

甯柏青著

債 編 各 論

上海法學書局出版

債編各論目錄

緒言

第一章	買賣	一
第一節	買賣之性質	一
第二節	買賣之成立	五
第三節	買賣之効力	七
第一項	出賣人之義務	七
第二項	買受人之義務	一一
第四節	買回	二五
第五節	特種買賣	三一
第二章	互易	三九
第三章	交互計算	四一

債編各論目錄

一



3 0600 9640 5

5843
701

2

第一節	交互計算之性質	四一
第二節	交互計算之効力	四三
第三節	交互計算契約之消滅	四七
第四章	贈與	四七
第一節	贈與之性質	四七
第二節	贈與之効力	五〇
第三節	特種贈與	五五
第五章	租賃	五七
第一節	租賃之性質	五七
第二節	租賃之期限	六〇
第三節	租賃之効力	六一
第四節	租賃契約之消滅	七三
第五節	耕作地之租賃	七六

第六章	借貸	八四
第一節	使用借貸	八四
第一項	使用借貸之性質	八四
第二項	使用借貸之効力	八六
第三項	使用借貸契約之消滅	九〇
第二節	消費借貸	九一
第一項	消費借貸之性質	九一
第二項	消費借貸之効力	九三
第七章	僱傭	九八
第一節	僱傭之性質	九八
第二節	僱傭之効力	一〇〇
第三節	僱傭契約之消滅	一〇二
第八章	承攬	一〇五

第一節	承攬之性質	一〇五
第二節	承攬之効力	一〇八
第三節	承攬契約之消滅	一一一
第九章	出版	一二三
第一節	出版之性質	一二三
第二節	出版之効力	一二七
第三節	出版契約之消滅	一三三
第十章	委任	一三五
第一節	委任之性質	一三五
第二節	委任之効力	一三九
第三節	委任契約之消滅	一四七
第十一章	經理人	一五〇
第一節	經理人	一五〇

第一項	經理人之性質	一五〇
第二項	經理權	一五二
第三項	經理人之競業禁止	一五六
第四項	經理權之消滅	一五七
第二節	代辦商	一五八
第一項	代辦商之性質	一五八
第二項	代辦權之範圍	一六〇
第三項	代辦商之權利義務	一六一
第四項	代辦權之消滅	一六三
第十一章	居間	一六四
第一節	居間之性質	一六四
第二節	居間之効力	一六七
第三節	居間契約之消滅	一七一

第十三章 行紀 一七二

第一節 行紀人之性質 一七二

第二節 行紀人與交易相對人及委託人之關係 一七四

第三節 行紀人之權利義務 一七六

第十四章 寄託 一八一

第一節 寄託之性質 一八一

第二節 寄託之効力 一八四

第三節 寄託契約之消滅 一九〇

第四節 消費寄託 一九二

第五節 旅店等主人對於客人攜帶物品之責任及權利 一九四

第十五章 倉庫 一九七

第一節 倉庫營業人之性質 一九八

第二節 倉庫營業人之權利義務 二〇〇

第二節	倉單	二〇二
第十六章	運送營業	二〇五
第一節	通則	二〇五
第二節	物品運送	二〇八
第三節	旅客運送	二二七
第十七章	承攬運送	二三〇
第一節	承攬運送人之性質	二三〇
第二節	承攬運送人之權利義務	二三二
第十八章	合夥	二三七
第一節	合夥之性質	二三七
第二節	合夥之効力	二四一
第一項	合夥事務之執行	二四一
第二項	合夥之財產關係	二四七

第三節	合夥人之退夥及加入	二五四
第四節	合夥之解散及清算	二五九
第十九章	隱名合夥	二六三
第一節	隱名合夥之性質	二六三
第二節	隱名合夥之効力	二六七
第三節	隱名合夥之消滅	二七一
第二十章	指示證券	二七二
第一節	指示證券之性質	二七二
第二節	指示證券之効力	二七六
第三節	指示證券効力之消滅	二八〇
第二十一章	無記名證券	二八一
第一節	無記名證券之性質	二八一
第二節	無記名證券之効力	二八二

第三節	無記名證券効力之消滅	二八五
第二十二章	終身定期金	二九〇
第一節	終身定期金契約之性質	二九〇
第二節	終身定期金契約之効力	二九〇
第三節	終身定期金契約之消滅	二九三
第二十三章	和解	二九六
第一節	和解之性質	二九七
第二節	和解之効力	二九九
第三節	和解契約之消滅	三〇一
第二十四章	保證	三〇二
第一節	保證之性質	三〇二
第二節	保證之効力	三〇五
第三節	保證責任之消滅	三一三

第四節 信用委任……………三二六

債編各論

緒言

甯柏青編

講學上稱爲債編各論者。卽就債編第二章各種之債所規定者而爲論述之也。旣曰債編各論。本應就一切各個債之關係。成立要件、効力、以及消滅事由等。而一一加以討論。方爲名實相符。但我國民法債編之編制。所有關於各種之債。却不盡皆規定在第二章各種之債中。而第一章通則中所規定者亦屬不少。如無因管理。不當得利。侵權行爲等皆是。此等之債。旣規定在通則之中。則在講學時之編制上。自亦以編入債編總論較爲便利。因之編述債編各論時。卽應專就各種之債中所規定者而論述之。其於無因管理。不當得利。侵權行爲等。則讓之債編總論。

第二章各種之債。計有買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、委任、經理人及代辦商、居間、行紀、寄託、倉庫、運送營業、承攬運送、合夥、隱名合夥、指示證券、無記名證券、終身定期金、和解、保證等二十四種。其中如交互計算。經理人代

辦商行紀、倉庫運送營業、承攬運送、隱名合夥等。本均屬於商法範圍者。因我民法採取民商合一之理論。故均於各種之債中規定之。

就上列各種之債觀之。除指示證券與無記名證券之債。可認為基於單獨行為而發生者外。其餘均是一種契約。既然如此。則債編各論。如除去指示證券與無記名證券兩種後。即可稱之為契約各論。

最後就債編各論編制之方法言之。約有兩種。(一)係依債法法典之規定為標準而依次論述之者。(二)係依學理上之組織為標準而論述之者。依學理上之組織而為論述。則將各種之債。依其性質列為若干種類。然後再按類分述之。如以買賣、互易、贈與等。列為關於財產移轉之債。租賃、借貸等。列為關於財產用益之債。僱傭、承攬、委任等。列為關於勞務之債。交互計算、合夥等。列為關於信用之債。是也。本書為使讀者便於參照法規起見。特依債法法典之規定為標準而依次論述之。

債編各論

第一章 買賣

第一節 買賣之性質

買賣者。乃當事人約定一方移轉財產權於他方。而他方支付價金之契約也。(三四五條) 茲分析說明於次。

第一 買賣為契約。

(甲) 買賣為諾成契約。賣買原不以現實給付為成立要件者。如雙方已就買賣標的物及價金互相同意時。即行成立。(三四五條二項) 故為諾成契約。

(乙) 買賣為不要式契約。買賣不必具備何種一定之方式。祇須雙方意思一致。即可成立。此不僅在動產買賣為然。即不動產買賣亦係如此。

(丙) 買賣為雙務契約。買賣契約成立後。一方負有移轉財產權債務。一方



負有支付價金債務。故爲雙務契約。

(丁)買賣爲有償契約。有償者。卽雙方互受償付之利益之謂。買賣。乃係一方移轉財產權。一方支付價金。而爲一種對待給付之契約。故爲有償契約。

買賣之爲有償契約固矣。而且買賣在有償契約中。尙能作爲有償契約之典型。故買賣以外之有償契約。除該契約之性質所不許者外。如互易。租賃。承攬等。均可準用買賣之規定。(三四七條)

(戊)買賣常爲債權契約。買賣有於買賣契約成立後。而爲給付行爲者。有契約與給付行爲同時行之者。在前者之買賣契約。其爲債權契約。固已無疑。在後者之買賣契約。卽所謂現實買賣。其爲債權契約與否。則學者間頗有爭論。然現實買賣。其與普通買賣不同者。僅在履行期與契約成立期爲同時耳。而此點並不損債權契約之本質。故買賣常爲債權契約。

第二 買賣爲當事人一方約定移轉財產權於他方之契約。

(甲)財產權 買賣之標的。以財產權爲限。不問爲物權債權無體財產權電
話使用權等均屬之。至非財產權。如人格權。身分權等。則當然不能爲買
賣之標的。又雖爲財產權。而不有移轉性者（如地役權）亦不能爲買
賣之標的。其有財產上之價值。而難稱爲財產權者（如祕傳顧客）固
不能爲買賣之標的。然可以準用買賣之規定。而成立有償契約。此卽無
名契約之一種。

買賣標的之財產權。不必自始卽已特定。惟得以確定其給付內容已足。

又買賣契約之成立。亦不以財產權現時存在爲要件。卽關於將來可以產生之
財產權（如將來製造之商品之類）買賣亦爲有效。此項買賣。普通稱之爲附停
止條件買賣。至於約定不問財產權將來成立與否均當支付價金之契約。則是
以希望讓與將來成立之財產權爲標的者。可稱之曰希望買賣。此與附停止條
件買賣不同。非民法上所稱之買賣。祇能認爲與買賣相似之有償契約。而爲無

名契約一種。

買賣標的之財產權。又不必限於買賣契約成立時。已爲出賣人所屬者。即屬於他人之財產權。亦得爲買賣之標的。惟出賣人須向他人取得其權利而移轉於買受人。

(乙)財產權之移轉 買賣固以移轉財產權爲標的。然所謂移轉者。不僅以移轉已有之物權。債權。無體財產權等爲限。即受領價金而從新設定地上權。永佃權等物權或租賃權。此項設定。亦包括在移轉之中。

第三 買賣爲他方約定支付價金之契約

買賣支付價金。爲買受人應負之義務。非約定支付價金者。即不得以買賣論。換言之。即買賣必須價金與財產權立於對待給付關係之上也。此在必須對待給付一點。則與贈與不同。在給付之標的物必須爲價金一點。又與互易及僱傭等有別。

價金之約定。不必與市價相等。即低於市價。亦不妨於買賣之成立。又價金不必

限於本國貨幣。即外國貨幣亦可。但禁止流通者。則不能作為價金。價金亦不必為具體的確定。惟於履行時得依情形可得而定者為已足。其有約定依照市價者。除契約另有訂定外。則以標的物清償地清償時之市價為準。（三四六條）

第二節 買賣之成立

買賣為諾成契約。且為不要式契約。祇須當事人就標的物及其價金意思一致時。其買賣即為成立。前已述之矣。惟此項要件之外。尚有與買賣之成立有關者三事。應當加以說明。即買賣之豫約定金。買賣契約之費用是也。

第一 買賣之預約

關於預約一事。在各國立法例上。有設一般預約之規定者（如瑞債務法與民法）有單設買賣預約之規定者（如日民法）有毫不設規定者（德民法）我國民法則與德國民法相同。未就預約設置何種規定。但在習慣。則買賣預約事所恆有。按之民法總則第一條「民事法律所未規定者依習慣」之規定。自應承認。

有法律上之效力。所謂買賣預約者。即是以當事人負擔締結買賣契約之債務爲標的。而預先約定之債權契約也。買賣預約既爲債權契約。因之亦可適用一般債權之規定。而請求法院強制其履行。其所受損害。亦得請求賠償。

買賣預約。與附停止條件之買賣契約。其性質各異。附停止條件之買賣契約。乃係一種本契約。僅能在條件成否未定之期。發生一種期待權。並不能使之即刻發生債權債務之關係。至於預約。則一經成立。即當發生締結本契約之債權債務也。

第二 定金

定金者。當締結契約之際。當事人一方對於他方所預付之金錢或其他有價物也。此項定金之授受。原不僅買賣契約有之。而一般有債契約。亦莫不皆然。故我國民法關於定金一項。則規定於債編通則之中。而不於買賣中規定之。其買賣契約之定金。即應就債編通則所規定者而適用之。

第三 買賣契約之費用

買賣契約之費用與後面所述履行契約時或受領履行時之費用不同。所謂買賣契約費用者。即締結買賣契約時所需要之種種費用也。如印花費。文書作成費。估價費等是。此等費用。在德法日諸國民法。均規定由當事人雙方平均負擔。我國民法亦然（三七八條一項）惟法律另有規定。或契約另有訂定。或另有習慣者。則不能按照本條負擔之。應從其規定。訂定或習慣。

第三節 買賣之效力

第一項 出賣人之義務

第一 財產權移轉之義務

（甲）出賣標的物爲物時之移轉義務 出賣標的物爲物者。即是指出賣物權中之所有權而言。此時物之出賣人。一面負交付其物於買受人之義務。一面負使其取得該物所有權之義務（三四八條一項）交付其物者。即移轉其占有之謂。使其取得該物所有權者。即爲使買受人可以取得所有權之一切必要行動之謂（如作成不動產移轉之字據。交付關

於證明所有權之文書等等。如果僅交付其物。買受人固不能有效的行使其所有權。而僅使取得其所有權。亦不能完成其所有權之功用。其出賣人不履行此項義務時。買受人即得依債務不履行之規定行使權利（三五三條）。

（乙）出賣標的物爲權利時之移轉義務 出賣標的物爲權利者。即是指出賣所有權以外之權利而言。此時權利之出賣人。僅負有使買受人取得其權利之義務（如債權移轉。須通知債務人之類）。蓋以權利多爲無物可交付者故也。惟因其權利而得占有有一定之物者。如地上權。永佃權等物權。以及租賃權之債權等等。則又須並負交付其物之義務（三四八條二項）。其出賣人不履行此項義務時。買受人亦得依債務不履行之規定行使權利（三五三條）。

（丙）負擔標的物危險之義務 出賣人既負有交付標的物於買受人之義務。則在未交付前。除應以善良管理人之注意。保管標的物外。並應負擔

標的物之危險。蓋以不如此。則標的物罹於危險時。而所謂交付義務。卽已等於無有之故。我國民法第三百七十三條云。買賣標的物之利益及危險。自交付時起。均由買受人承受負擔。若從反面言之。則未交付之前。卽應由出賣人承受負擔矣。

標的物未交付前。其標的物危險。應由出賣人負擔固矣。但其義務亦有相當之範圍。茲列舉於下。

A. 買受人請求將標的物送交清償地以外之處所者。自出賣人交付其標的物於運送承攬人時起。卽不負擔標的物危險之義務。而應由買受人負擔。(二七四條) 惟出賣人違反買受人對於送交標的物之特別指示者。除有緊急之原因外。其因此所受之損害。應負賠償責任。(二七六條)

B. 在標的物交付前。其危險已移轉於買受人而歸其負擔者。如當事人間定有買受人負擔危險特約之類。出賣人應不負擔危險之義務。其在危險移轉後標的物交付前之間所支出之費用。係必要者。應依關於委任之規定。

由買受人償還於出賣人。非必要者。亦應依關於無因管理之規定償還之。
(三七五條)

上述負擔標的物危險之義務。係指以物爲買賣者而言。至以權利爲買賣者。則原則上無物可以交付。自無負擔標的物危險之可言。惟因其權利而得占有有一定之物者。自應準用物的買賣之規定。(三七七條)

C. 負擔買賣費用之義務。出賣人所應負擔之買賣費用。以在其移轉義務範圍以內者爲限。如移轉權利之費用。運送標的物至清償地之費用。交付標的物之費用是也。但法律另有規定或另有特約或習慣由買受人負擔或雙方分担者。則從其規定或特約或習慣。(二七八條二款)

第二 擔保責任

擔保責任者。卽出賣人就其出賣之物或權利對於買受人担保其瑕疵之責任也。關於出賣人之擔保責任。可分爲三部分說明之。(一)權利瑕疵之擔保責任。(二)物的瑕疵之擔保責任。(三)擔保責任之特約。

一 權利瑕疵之担保責任

(甲)權利瑕疵担保責任之範圍 出賣人對於權利之如何瑕疵始負担保之責。在我國民法原未一一列舉。乃係仿照德國民法之例而為一種概括的規定。茲列舉其條文如下。再為分析說明之。

(一)第三百四十九條。出賣人應担保第三人就買賣之標的物。不得主張任何權利。

(二)第三百五十條。債權或其他權利之出賣人。應担保其權利確係存在。有價證券之出賣人。並應担保其證券。未因公示催告為無效。

上列(一)項情形。即出賣之標的物上。不能有他人權利存在之意。如有他人權利存在。則他人即可出而主張權利。而買受人必至因此而蒙不測之損害。出賣人關於此點。即應負擔担保之責任。此學者所謂追奪担保是也。關於此項担保之具體的事實。試舉其主要者如左。

(1)權利之全部或一部屬於第三人所有時。而第三人即可對於標的物主

張全部或一部之所有權。出賣人應由三人取得此項權利而移轉於買受人。担保第三人不得出而主張之。

(2) 出賣之標的物上有他項權利存在時（如土地所有權上之地上權永佃權及抵押權等）而第三人即可主張他項權利。使所買受之權利受其限制。在為抵押權時。並可因其權利之主張。而使所買受之權利歸於喪失。此時出賣人應與第三人交割清楚。担保其不得主張之。

上列二二項情形。即買賣成立當時應確有其權利存在之意。如權利已不存在。則買受人即不免空耗價金。自非由出賣人予以担保不可。其具體的主要事實。亦可略舉示如下。

(1) 出賣者為債權時。須担保債權為有效成立且未因時效而消滅。

(2) 出賣者為債權以外之其他權利時。如商標權。著作權。專賣權等。須担保為現在尙有其權利。

(3) 出賣者為有價證券時。須担保其證券未因公示催告而宣示為無效。

關於權利之瑕疵。出賣人應予担保固矣。然其瑕疵並非在任何情形之下均應負担保之責者。假使買受人於契約成立時。已對於權利知有瑕疵。則出賣人即可不負担保之責（三五五條）。蓋以既已明知其瑕疵。而仍與之訂立買賣契約。不但可認為買受人已拋棄其担保權。而且在其權利之價格上。亦必已有相當之斟酌也。

（乙）權利瑕疵擔保責任之效力。出賣人對於權利之瑕疵。不能盡其担保之責任時。其在法律上當發生若何之效力。據民法第三百五十五條之規定。買受人得依關於債務不履行之規定。行使其權利。其能行使之權利如左。

（1）契約解除權。

（2）損害賠償請求權。

（3）免付全部價金或減付一部價金請求權。

（4）違約金請求權。

在權利全部有瑕疵。或雖僅一部有瑕疵。而其他部分之履行於買受人無利益時。

得解除契約。或免付全部價金。或請求全部不履行之損害賠償。

在權利一部有瑕疵。而買受人尙欲領受其他部分時。得請求減付一部之價金。並得請求一部不履行之損害賠償。

二 物的瑕疵之担保責任

(甲)物的瑕疵擔保責任之範圍 物之出賣人對於物的瑕疵之担保。其範圍如何。據我國民法第三百五十四條規定。約爲左列三種情形。

圍如何。據我國民法第三百五十四條規定。約爲左列三種情形。

(1)標的物須無滅失或減少其價值之瑕疵。

(2)標的物須無滅失或減少其通常效用。或契約預定效用之瑕疵。

以上(1)(2)兩項所謂價值減少及效用減少者。係以有關重要者爲限。否則不得視爲瑕疵。(三五四條一項後段)

(3)標的物須具有所保證之品質。

出賣人關於上述之物的瑕疵。應負擔担保之責固矣。但對於左列各點。尙須予以注意。

(1) 出賣人祇須担保標的物於危險移轉時無其瑕疵 (三五四條前段) 其危險移轉後所發生者。當然不必担保。

(2) 買受人於契約成立時已知其有瑕疵者。不負担保之責。蓋以明知之而情願承買。必係已因價格上之關係或其他必要。而拋棄其担保權也 (三五五條一項)

(3) 買受人因重大過失而不知有瑕疵者。不負担保之責。所謂重大過失者。即不依通常之注意而查視其標的物也。此時之瑕疵。咎在買受人之疏忽。故法律不必予以保護。但出賣人已保證其無瑕疵。或故意隱匿瑕疵而不告知買受人時。出賣人仍應負擔担保之責 (三五五條二項)

(4) 買受人須將檢查其受領標的物所發見之瑕疵。通知於出賣人。若怠於通知者。則視為承認其所受領之物。而出賣人即不負担保之責。惟因種種情形不同。而檢查通知之程序。則有差別 (一) 瑕疵得即時發見者。即按物之性質。依通常程序從速檢查之。如發見有應由出賣人負擔保責任之瑕

疵時。應即通知於出賣人（三五六條一項）（二）瑕疵不得即時發見者。買受人於日後發見時。應即通知於出賣人（三五六條三項）茲所謂日後者。當然以不超過本法第三百六十五條之六個月內為限。蓋以買受人逾此期限。即不能行使瑕疵擔保上之契約解除權及減少價金請求權。而以後即以發見之瑕疵通知亦無益也。以上檢查通知之規定。係適用於出賣人無惡意時者。若出賣人故意不告知其瑕疵於買受人時。即屬迹近欺詐。買受人雖未依照法律所定程序檢查通知。而以後發見時。出賣人仍應負擔擔保責任（三五七條）

（5）買受人對於他地送來之物。主張有瑕疵而不願受領者。須速依相當方法證明其瑕疵之存在。否則推定於受領時為無瑕疵（三五八條二項）此蓋所以防買受人之詐偽而保護出賣人之利益也。

乙物的瑕疵擔保責任之效力。出賣人對於買受人應擔保之物的瑕疵責任。其法律上所給與之效力如何。據民法第三百五十九條規定。買受人則

有契約除解權及價金減少請求權。有時並得不解除契約或減少價金。而請求不履行之損害賠償（二六〇條）及請求易以無瑕疵之物。茲分述於下。

（一）契約解除權 買受人承買某物。原爲達到某種目的起見。既有瑕疵。卽難如願相償。按之人情。自不能不予以解除契約之權。惟關於契約之解除。尙有應注意者數事。（一）解除契約顯失公平者。買受人僅得請求減少價金。（三五九條但書）（二）買受人主張物有瑕疵而未請求解除契約者。出賣人得定相當期限。催令買受人按期解除契約與否。如不於其期限內解除契約者。卽喪失其解除權。（三六一條）（三）主物有瑕疵而解除契約者。其效力及於從物。但從物有瑕疵時。僅得就從物之部分解除之。（三六二條）（四）以多數之物爲買賣標的者。其中一物有瑕疵時。買受人僅得就有瑕疵之物解除契約。其以總價金將數物同時賣出者。並得請求減少與瑕疵物相當之價金。惟因解除有瑕疵物之契約。致他物因分離而顯

受損害時。雙方均得請求解除全部契約。(三六三條)

(2) 價金減少請求權 買賣標的物雖有瑕疵。然買受人因需用在急。或有其他情形。不願解約時。亦得請求減少價金。此時或解除契約。或請求減少價金。其選擇之權。完全操之於買受人。蓋以標的物既有瑕疵。當然要予買受人以此項選擇權而保護其利益也。

(3) 損害賠償請求權 買受人於買賣標的物有瑕疵時。得就解除契約及減少價金。任意選擇其一而行之。已述於前矣。然尙不止此也。有時並得不解除契約或減少價金。而請求不履行之損害賠償。其能行使此項賠償請求權者。約有兩種情形。(一) 買賣之物。缺少出賣人所保證之品質時。(二) 出賣人故意不告知物之瑕疵時。(三六〇條) 蓋一則所以維信用。一則所以儆詐僞也。

(4) 易以他物請求權 買賣之物。僅係指定種類者。如原物有瑕疵時。得不解除契約或請求減少價金。而即時請求另以無瑕疵之物交付之。惟就另

行交付之物。仍應負擔擔保之責（二六四條）。蓋以標的物僅指定種類。其有瑕疵時。而易以同種類之物。在雙方均無何種不利之故。

以上買受人所行使之四種權利。其中契約解除權及減少價金請求權。則於物之交付後六個月內不行使而消滅。此項期間。德國學者謂之非難期間。如不限以一定之期間。則買受人之契約解除權及價金減少請求權。即可永久存在。此於出賣人之經濟上。實有大不利益者存也。惟出賣人故意不告知其瑕疵者。則買受人可不受此期間之限制。此雖待出賣人太苛。然因其咎由自取。亦不爲過。（二六五條）

三 担保責任之特約

民法關於担保責任之規定。並非强行法則。而是一種任意法則。所謂任意法則者。即當事人間得以特約另定辦法。不必依照法律上之規定是也。關於担保責任之特約。可分爲減免責任之特約與加重責任之特約兩種。

（甲）減免責任之特約 關於出賣人瑕疵担保責任。原爲保持買受人利益之法則。如果買受人情願與出賣人締結特約。而免除或限制此項担保責

任時。當然認爲有效（三六六條前段）。免除担保責任者。即出賣人不負其責任之謂。限制担保責任者。即減輕其責任之謂。惟雖有特約免除或限制其責任。然出賣人故意不告知其瑕疵者。其特約爲無效（三六六條但書）。

（乙）加重責任之特約 依民法之規定。本可不必負擔担保責任之瑕疵。而以契約特定負責者。即爲加重責任之特約。關於此項特約。約有下列兩種情形。

（1）買受人於契約成立時已知之權利瑕疵。出賣人原不負擔担保之責。但另以契約特定負擔責任者。可認爲有效（三五一條但書）。

（2）債權出賣人對於債務人之支付能力。亦不負擔担保之責。但亦可以契約特定負擔之。至於此項担保責任之時期。則推定以債權移轉時爲限。逾越其時期者。即不能再由出賣人負責。然所謂推定者。係就未有特約担保時期者而言。若就其時期曾有約定時。仍當從其約定（三五二條一項）。

第二項 買受人之義務

第一 交付價金之義務

如前所述。買賣原爲一方約定移轉財產權。一方約定交付價金之契約。則買受人之應負擔交付價金之義務。自係當然之理。惟關於價金交付之程序。在民法上尙有幾種明白之規定如左。

(一) 交付價金之時期 關於價金交付之時期。在另有法律規定。或特約。或習慣時。則從其規定。特約或習慣。若另無法律規定。特約或習慣時。則價金之交付。即應與交付標的物同時爲之。(三六九條) 其僅定有交付標的物之期限者。亦即推定其期限。爲交付價金之同一期限。(三七〇條)

(二) 交付價金之處所 關於價金交付之處所。除有特約。習慣等種種情形外。原則上是以出賣人之住所地爲交付處所。但標的物與價金應同時交付者。則價金之交付。應於標的物之交付處所爲之。(三七一條) 此項立法意旨。一方係爲交易上之便宜計。一方亦係推測當事人之意思而爲之補充規定。

也。

(三)價金之計算 一般商品多用包皮封裝。其依物之重量而計算價金者。應否除去包皮。在當事人間未有特約。或履行地未有習慣時。則雙方不能毫無爭執。故特以明文規定『價金依物之重量計算者。應除去其包皮之重量』

(三七二條)

(四)價金支付之拒絕權 出賣人對於買賣之標的物。應負追奪担保責任。不使第三人就其標的物主張任何權利。已述於前。既然如此。則買受人恐有將被追奪之危險時。自然可以拒絕價金之支付。民法第三百六十八條云『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。』即是承認買受人有此項拒絕權也。惟適用此項規定時。須注意左列數點。

(1)須買受人有正當理由。始可拒絕其支付。所謂正當理由者。即權利之全部或一部。在客觀上實有足被第三人追奪之危險也。若僅主觀的認為有

追奪危險。尙難謂之爲正當理由。例如第三人對於不動產之標的物上。僅有未經登記之地上權永佃權等。縱買受人認爲有追奪危險。然第三人所主張之此等權利。並不能對抗買受人。此卽在客觀上實無足被追奪之危險。而不能據爲拒絕支付價金之正當理由。

(2) 須出賣人未提出担保。始可拒絕其支付。所謂擔保者。不必爲物的担保。卽人的担保亦可。如出賣人已就追奪危險。對於買受人提出此項相當担保者。則買受人所得之權利。卽已無受損失之虞。自不能許其再拒絕價金之支付。(三六八條但書)

(3) 須出賣人請求交付價金。始可拒絕其支付。若出賣人不請求交付價金。而請求提存價金時。則於買受人並無損失。爲保護出賣人利益計。自不能許其拒絕其提存。(三六八條二項)

第二 受領標的物之義務

標的物之受領。就買受人請求一面言。則爲買受人之權利。就出賣人交付一面言。

又屬於買受人之義務。關於此項義務。除有違反時。應適用債權通則中一般債務不履行之規定外。尚有幾種關於買賣標的物受領時之特別規定如左。

(一)危險之負擔 買賣標的物自交付時起。其利益固應由買受人承受。而其危險亦應由買受人負擔。(三七三條)關於此點。已在前面言之。茲不贅及。

(二)標的物之保管 買受人對於出賣人由他地送到之物。主張有瑕疵。不願受領者。如出賣人於受領地無代理人時。買受人有暫為保管之責。(三五八條一項)所謂暫為保管者。並非指短時間而言。乃係在未有出賣人自為保管以前。而為保管之謂。此項保管。學者多以買受人之保管義務目之。

(三)標的物之變賣 買受人對於前項不願受領之物。如係易於敗壞者。得變賣之。其為出賣人利益有必要時。並負有變賣之義務。惟買受人須遵守兩種程序。(一)變賣時。應經物之所在地官署。商會。或公證人之許可。(二)變賣後。應即通知出賣人。否則當負損害賠償之責。(三五八條三項四項)

(四)買賣費用之負擔 此處所謂買賣費用。係專指受領標的物之費用。登記

之費用以及送交清償地以外處所之費用而言。此等費用均係基於受領標的物之義務而發生者。故應由買受人負擔（三七八條三款）。

第四節 買回

第一 買回之性質

買回者。即出賣人於買賣契約成立時。就出賣之標的物。約定於一定期限內。得以買回之謂。關於買回之性質若何。不但學說紛歧。即立法例亦不一致。有以買回爲原買賣契約之解除者。如日本民法是。其與買賣契約同時所訂立之買回特約。即認爲屬於保留解除權之契約。有以買回爲再買賣者。如德奧瑞士等民法是。其與買賣契約同時所訂立之買回特約。究爲再買賣之預約。抑係附停止條件之再買賣契約（即以出賣人買回表意爲停止條件之契約）則在解釋上意見參差。迄無定說。

我國民法第二百七十條云『出賣人於買賣契約保留買回之權利者。得返還其所受領之價金。而買回其標的物。』據此規定。則我民法上之買回。可認爲係

一種再買賣。其在買賣契約成立時所訂立之買回特約。應解爲係附停止條件之再買賣契約。較爲允當。茲就條文中之規定分析說明於下。

(甲)出賣人得買回其標的物。既曰買回其標的物。則買回二字。係於賣出之後而又收買回來之意。當然應解爲一種再買賣。而不能認爲係一種解除權之行使。我國許多學者。以民法第三百七十條所規定之買回。認爲買賣契約之解除。殊與立法之精神不相符合。至日本民法關於買回之規定。其所以能認爲買賣不解除者。因其條文中。已明定係「解除其買賣」。非如我國民法規定爲「買回其標的物」也。

至於得以買回之標的物。各國立法例所定之範圍。其廣狹亦不一致。有僅以不動產爲限者。如日本瑞士奧國等是也。有不論動產與不動產均得買回者。如德國是也。我國民法既未加以限制。自係與德國立法例同其精神。而對於動產與不動產。均可訂立買回之特約也。惟事實上動產買回者則較少耳。

(乙)出賣人得返還其所受領之價金而買回其標的物。返還其所受領之價

金一事。可認爲係出賣人買回表意之事實上的表現。出賣人一有此項事實上的表現。而所謂買回表意之停止條件。卽是早已成就。則再買賣契約（卽買回特約）當然要發生效力。換言之。卽一經返還受領價金。則標的物當然得由出賣人買回也。出賣人此種返還價金而買回標的物之權利。則稱之爲買回權。其行使此項買回權之出賣人。則稱之爲買回人。

上面所述返還所受領之價金云者。不過爲行使買回權時之原則。但就買回之價金另有特約者。則又當從其特約。此我民法第三百七十九條第二項所明定者也。

至返還原價金時。其原價金之利息。是否尙應支付。據民法第三百七十九條第三項規定。『原價金之利息。與買受人就標的物所得之利益。視爲互相抵銷。』此卽不認支付利息之規定也。蓋以出賣人所受領之價金。雖然應生利息。而買受人所受領之標的物。亦有相當收益。彼此互相抵銷。誠屬兩得其平。

（丙）出賣人須於買賣契約保留買回之權利者始得買回其標的物 買回之

制度。原非一種完善之制度。如果漫無限制。則有妨所有權之確定。而害及財產上之改良。故買回權之行使。必須以成立買賣契約而保留買回之權利者為限。此項買回權利之保留。即所謂買回特約是也。至所謂『於買賣契約保留』云云。一方可解為於成立買賣契約當時並為買回權之保留。一方又可解為於買賣契約當中附記買回權保留。在第一點。即買回特約。當與買賣契約同時為之。而在買賣契約後。即不許訂立買回之特約。此點當然未有問題。在第二點。即買回特約。原則上當於買賣契約中附載明白。然不附記之於買賣契約中。另於買賣契約外再立一種字據亦無不可。

第二 買回之期限

關於買回之期限。各國立法例極不一致。有規定為五年者（法意）有規定為十年者（日本）亦有規定為三十年者（德國）我國民法所規定者。則與法意同。其買回之期限。不得超過五年（二八〇條）

民法中之五年期限。乃係一種强行法規。當事人不能以雙方之意思約定延長

年之期。却可任意約定之也。(二八〇條)

在民法債編施行前所訂立之買回特約。其定有期限者。依其期限。但其殘餘期限。自施行日起算。較第法第三百八十條所定期限爲長者。應自施行日起。適用第三百八十條之規定。縮短爲五年。如未定期限者。則自施行日起。不得逾五年。(債編施行法二二條)

第三 買回之效力

買回之效力云者。即因買回權之行使。而出賣人(買回人)與買受人彼此應所負之義務也。在此國民法所規定之買回。有時對於第三人亦得發生對抗之效力。如日本民法五百八十一條規定。與不動產買賣登記。同時爲買回登記者。得以之對抗於第三人。是也。然我國民法。既無此種明文。自未便作如是之解釋。惟前大理院判例。則以『買回特約。雖原則上不許對抗第三人。惟於知情之第三人。應發生效力。爲我國通行之習慣。』是又以買回特約。有時可以對抗第三人矣。茲專就民法上對於買回人及買受人所規定之義務分述於下。

(甲)買回人(原出賣人)之義務 買回人之義務。可分爲(一)支付買回價金之義務。(二)償還改良及其他有益費用之義務。(三)償還原買賣費用並負擔買回費用之義務。

A. 支付買回價金之義務 買回價金之支付。以返還其所受領之價金爲原則。然另有特約者。則從其特約。已在前面述明。茲不贅及。至於原價金之利息。應與買受人就標的物所得之利益。互相抵銷。毋須返還。亦述於前矣。

B. 償還改良費用及其他有益費用之義務 此等費用。以增加其標的物價值。並其增價額現尙存在爲限。方由買回之負擔還之責。(二八二條)

C. 償還原買賣費用並負擔買回費用之義務 原買賣費用。前由出賣人支出者。則由買回人與買回價金連同償還之。而買回費用。並完全由買受人負擔。(二八一條)

(乙)買受人之義務 原買賣契約中之買受人。即買回特約中之出賣人其所負之義務如下。

A. 交付標的物及其附屬物之義務 買回人既已交付其買回之價金。則買受人當然須交還其原標的物。至附屬物。係常助標的物之用者。如係買回人原有之物。自應隨同交付之。否則應視買受人已就其物之價值。算為改良費或有益費與否為斷。已算為改良費或有益費者則交付之。未算入者則不必交付也。(二八三條一項)

B. 賠償損害之義務 買受人既有交付標的物之義務。如果標的物因可歸責於買受人之事由。以致不能交付。或顯有變更者。即應賠償因此所生之損害(二八三條二項)

第五節 特種買賣

在買賣之中。具有特殊之情形者。民法上稱之為特種買賣。種特買賣。名目繁多。就我民法所規定者。僅為最重要者之四種。(一)試驗買賣。(二)貨樣買賣。(三)分期付款買賣。(四)拍賣。

第一 試驗買賣

試驗買賣。乃以買受人承認標的爲停止條件而訂立之契約也（三八四條）所謂買受人承認標的物者。即買受人試驗標的物後。其標的物適合己意而表示承認買受之謂。此項試驗買賣。其買賣關係。本於訂約時即已成立（價金及標的物已定）。然買賣效力之發生。則須在買受人表示承認之時。因承認標的物。爲此項買賣所附之停止條件。在未表示承認之意思以前。當然停止其買賣行爲之效力也。

試驗買賣。既係以買受人承認標的物爲條件之買賣。則出賣人對於買受人。即負有允許其試驗標的物之義務（二八五條）蓋以不如此。則買受人在未試驗以前。即無從就標的物而爲承認與否之決定。而買受人之買受目的。將有不能完成之勢也。出賣人既負有此項義務。而買受人於出買人違反其義務時。即可依債務不履行之規定。以主張種種之權利。

出賣人對於買受人負有允許試驗標的物之義務固矣。然買受人於試驗標的物後。亦當即時表示承認與否之意思。如果不然。則買賣之效力。久處於不確定

狀態之下。在買受人不受拘束。隨時可以任意表示意思。固無何種不利。而出賣人則非待其表示意思之後。不能解脫其拘束。如此遷延既久。必然蒙受種種不利益之影響。吾國民法。於買受人遲遲不表示承認與否之意思時。爲保護出賣人利益起見。特定有下列幾種解決之方法。

(甲)標的物已經試驗尙未交付於買受人者。此時標的物尙存於出賣人之手。如雙方已約定表示承認之期限者。假使買受人不於約定期限內。爲承認之表示。則視爲拒絕。其未約定期限者。出賣人一方。亦得定以相當期限催告之。假使買受人不於此相當期限爲承認之表示。亦可視爲拒絕(三二八六條)。

(乙)標的物已因試驗交付於買受人者。此時標的物已移轉於買受人之手。關於此項移轉。雖與通常買賣之移轉不同。不能視爲買賣効力之結果。然買受人因試驗而受領其物以後。若不予以交還。或不於約定期限以及出賣人所定之相當期限內表示拒絕。則推定顯有承認之意思。而視爲承認(三二八七條一項)。

(丙)已付價金或爲試驗外之行爲者。賣受人於試驗標的物以後。已支付價金全部或一部。或已就標的物爲非試驗所必要之行爲者。其有承認之意思。已屬顯然。在法律上亦視爲承認(二八七條二項)。

第二 貨樣買賣

貨樣買賣者。即依照貨樣(現物樣本或模型等)以定其標的物之買賣也。此項買賣。出賣人應担保其交付之標的物。與貨樣有同一之品質(二八八條)。

然則出賣人交付之物。不與貨樣相同時。其所負之責任如何。此在民法中雖無明文規定。然出賣人既應担保交付之物與貨樣同其品質。買受人當然可適用瑕疵擔保責任之規定。而行使其權利。因此。則或解除其契約。或請求減少其價金。或請求交付與貨樣相同之物。均可行之。惟品質不同之程度無關重要者。應解爲與貨樣相同(參照二五四條一項末段)。

第三 分期付款買賣

分期付款買賣者。即當事人約定分期支付價金之買賣也。此項買賣。僅支付價

金方法之爲分期一點。與一般買賣不同。其餘則無何種差異。分期之標準。有按日扣算者。有按月扣算者。亦有按年按季扣算者。每期之支付額。有各期平均分配者。亦有各期多寡不同者。均得由當事人於成立買賣契約時合意約定之。

當買賣當事人締結買賣契約時。對於價金一項。其所以約定分期支付者。大概一方係買受人處境窘迫。資力不充。一時不能籌齊價金。一方係出賣人處境優裕。資力較厚。不必急需價金之給付。此時買賣之間。出賣人方面。必將利用其經濟優越之地位。要求與買受人附訂種種有利於己之特約。以便失之於分期支付者。而得之於附帶條款。如果法律對於此種情形。一任當事人絕對自由爲之。則經濟上居於劣等地位之買受人。不論附帶條款如何苛刻。自有不得不隱忍接受之勢。不平之甚。孰逾於此。故法律爲保護此類弱者起見。則設有限制之明文。此則所謂契約自由之限制也。茲就其限制說明如下。

(甲)剝奪期限利益之限制 分期付價買賣。買受人因籌款困難。每有不能按期給付者。出賣人爲防止買受人此項違約情事起見。多與買受人約定付價

如果遲期。即得請求支付全部價金。此種特約。學者稱之爲喪失期限利益之約款。我民法對於此種特約。則設有種種限制。(一)須買受人遲延兩期之給付。如僅遲延一期者。雖有請求支付全部價金之特約。而出賣人不得請求之。(二)須遲延給付者爲連續兩期。如遲延之兩期中。曾爲一期以上之給付者。其遲延即非連續兩期。出賣人不得請求全部支付。(三)遲付價額須達總價額五分之一。如遲延給付之價金。爲額甚微。而不及全部價額五分之一者。出賣人不得請求全部支付。(二八九條)

(乙)扣留受領價金之限期。分期付款買賣。常有因買受人不能如期支付價金而解除契約者。出賣人當訂立買賣契約時。必多慮及於此。而與買受人約定解除契約時。得扣留其所受領之價金。此種特約。學者稱之爲失權約款。然法律對於此種特約。如果漫無限制。則出賣人所扣留之價金額。有時必將逾越其限度。而使買受人蒙重大之損失。故我民法特予限制。即扣留之數額。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是也。此種限制。

在出賣人與買受人兩方均無損害。誠爲比較公平之立法（二九〇條）。

第四 拍賣

拍賣之成立，通常均須經過三種階段。即（一）拍賣人之拍賣表示。（二）應買人之應買表示。（三）拍賣人之賣定表示是也。試述於左。

（甲）拍賣人之拍賣表示。拍賣必由拍賣人先爲拍賣之表示。此即所謂要約之勸誘也。其表示之方法。多以公告行之。有僅於公告中列舉拍賣之日期。處所及標的物者。亦有豫定最高價格或最低價格而一併公告之者。豫定最高價格。而在其價格以下成立契約者。學者稱之爲競下拍賣。豫定最低價格或不定價格。而順次待其高價應買以決定應買人者。學者稱之爲競上拍賣。

（乙）應買人之表示。各應買人爭出高價以求買受拍賣之標的物者。是爲應買之表示。即所謂要約是也。此項要約。於（一）已有出價較高之應買時及（二）撤回拍賣物時。即失其拘束力（二九五條）。

表示應買之應買人。原不必設以何種之限制。然拍賣人對於其所經營之拍

賣。關於太較密切。若許其自己應買。或令他人爲之應買。勢必發生種種流弊。故民法特設規定以禁止之（三九二條）。

（丙）拍賣人之賣定表示。互賣人於各應買人爲應買之表示後。除拍賣之委任人有反對之意思表示外。得擇其出價最高之應買人。而爲賣定之表示（三九三條）。此項賣定之表示。卽謂之承諾。其方法。或拍板。或以其他慣用信號行之。

拍賣人得將拍賣物擇其出價最高之應買人而爲賣定之表示固矣。然於所出最高之價。認爲尙不足時。亦得不爲賣定之表示而撤回其物（三九四條）。蓋以物品應需何價。自可由拍賣人之主觀意志決定之。應賣人所出價額。既尙不能滿足拍賣人之意。當然不必強令出賣也。

至於拍賣人已爲賣定之表示而成立拍賣時。則應買人（卽買受人）卽須於當時以現金支付買價。其在拍賣公告內。另定有交價之時期者。則應按時支付之（三九六條）。如果買受人延期不能交價。拍賣人卽得解除契約。再行拍

賣。其再行拍賣所得利益。如少於原拍賣時。原買受人應負賠償其差額之責任（二九七條一項二項）

第二章 互易

第一 互易之性質

互易者。當事人雙方約定互相移轉金錢以外之財產權之契約也。互易與買賣不同之點。僅在互相移轉金錢以外之財產權一事。其餘則與買賣完全同其性質。雖然羅馬法曾以互易爲要物契約。須一方實行給付。始認爲成立。然近世法律。却均認爲諾成契約之一種。

互易發達最早。自貨幣制度盛行以後。已多爲金錢交易所代替。所有物物互易之事。在今日雖尙間有行之者。然亦寥寥無幾矣。故民法關於互易之規定。除法國法系之立法例。有比較的詳細規定外。而德國法系之立法例。則僅就互易設準用買賣規定之條文。我國民法亦然（二九八條）

互易既是以移轉金錢以外之財產權爲目的。則兩種貨幣相交換之兌換契約。係以金錢所有權互相給付者。自不能認爲互易。兌換固不能認爲互易。却亦不能認爲買賣。因買賣須財產權與金錢相交換也。因此則兌換之性質。卽不外屬於無名契約之一種。惟以不能通用之貨幣而與通用貨幣相交換時。又可以買賣論。

此外一方移轉財產權。一方給與以僅有財產價值之利益者（如祕傳、顧客等）亦非民法上之互易。祇能準用互易之規定。可名之曰準互易。

第二 互易之効力

關於互易之効力。既有民法第三百九十八條之規定。當然可以就買賣効力之規定完全準用之。換言之。卽互易之雙方當事人。均與買賣契約中負移轉財產權責任之出賣人地位相當。所有出賣人應負之義務。而互易之雙方當事人。亦應分別負擔也。

第三 附有補足金之互易

互易。亦有當事人之一方。於約定移轉非金錢之財產權外。同時並交付一部之金錢者。此項金錢。即稱之爲補足金。附有此項補足金之互易。本有互易說與買賣說兩種。然就其性質言之。却爲一種混合契約。不過我民法既規定於互易中。當然以互易論也。至於所交付之金錢部分。則仍準用關於買賣價金之規定（三九九條）。

第三章 交互計算

第一節 交互計算之性質

交互計算者。乃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也（四〇〇條）。

社會發達。交易頻繁。同一之當事人間。每有互爲債權人與債務人者。若能不就各個交易而一一爲之支付。僅於某定期內而爲一次之總計算。則不但可以省手續而免煩雜。移現金以作他用。並且互負債務。互以債權爲担保。復不至有拖欠債務

之危險。此各國立法例所以均承認交互計算之制度也。茲就其性質分述於下。

第一 交互計算爲契約

交互計算。在昔日亦曾有以之爲計算方法之一種。而不承認爲契約者（法國一八六二年判例。）然今日大概均已認爲一種契約。且我民法業已明定。尤無可疑。又此項契約既僅由當事人合意而成立。復不須一定方式。自爲諾成及不要式契約。至雙方均能定期計算。互相抵銷。其爲雙務並有償契約。亦不待言。

第二 交互計算當事人以其相互交易所生之債權債務爲定期計算互相抵銷之契約。

（甲）交互計算之當事人 交易計算之當事人。是否可以廣及於一般人。則各國立法例殊不一致。日德係以締結交互計算契約之當事人。至少須有一方爲商人。瑞士意大利等則不以商人爲限。而一般人均可締結之。惟意大利却僅限於商車。限於商人者爲商人主義。限於商事者爲商事主義。不限商人或商事者。爲一般主義。我國既規定民法中。且亦僅泛言「當事人」自係採一般

主義也。

(乙)須相互間可以發生債權債務。相互間之交易。僅一方專有債權。一方專負債務者（如小販與一般消費者間）自無交互計算之可言。

(丙)須債權債務可以定期計算互相抵銷。不能抵銷之債權債務（如有特約或其性質不能抵銷者）自不能計入於交互計算之中。至計算抵銷期如無特約時。則每六個月計算一次（四〇二條）。

第三 交互計算爲僅支付其差額之契約

交互計算之債權債務。須於互相抵銷後僅支付其差額。蓋以交互計算之目的。原在對於各個交易而爲總結。以圖節省其各別支出之手續。故在記入計算期間。債權人及債務人彼此不得請求支付或爲支付。必須在計算期就各債權債務之總額計算抵銷後。如有殘額不能相抵銷者。始能支付之。

第二節 交互計算之効力

第一 記入計算期間之効力

(甲)不得就各債權爲各別之處分。交互計算之各項債權及債務。須於以後依總額抵銷之方法而計算之。不得在中途就各債權而爲各別之處分。此即所謂計算不可分之原則。如此。則對各債權即不得各別要求交付。不得各別讓與。且亦不得各別作爲質權標的。因之在其期間內。時效即應停止進行。而債務者之遲延責任。亦不發生。

由以上不得各別處分之理由。如一方就各債務中之債務而爲支付。亦不能即時消滅其債務。其支付額。祇能作爲交互計算之一項目。而記入於交互計算之中。待以後依總額抵銷之方法而結算之。

(乙)不得任意除去交互計算之項目。既已記入於交互計算之項目。不得由當事人任意除去。此原則也。惟匯票。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。(四〇一條)此蓋以當事人之所以以此項證券之對價。而記入於交互計算者。每以必須債務人清償爲條件。而保留其除去之權。茲既不爲清償。當然可以

許其除去。此項除去之方式。不是直接抹消其項目。乃是以新記入反對項目之方式行之。

(丙) 記入交互計算之項目得附加利息。記入交互計算之項目原則上本不應附加利息。惟經當事人雙方之同意。亦得約定自記入之時起。附加利息。(四〇四條一項)

第二 計算時期之効力

(甲) 總額抵銷及確定差額 交互計算之雙方當事人。一到計算時期。即當先計算債權及債務之總額。由相互間之承認使彼此互相抵銷。若無差額。則總額債權及債務。即由抵銷而消滅。如有差額。又由相互間之承認而確定之。使成爲一種獨立之差額債權。前項承認總額抵銷及差額債權之行爲。均係與承認計算書同時表示之。雖次序有先後之分。而時間則相同也。至計算書應由何人作成。則以有無特約爲斷。有特約時。則從其特約。無特約時。則任何一方均可先作成計算書。要求地方承認。此項承認。不必爲明白之意思表示。即

不予答復而仍繼續交易者。亦認爲默示之承認。

(乙) 計算書承認後。不得任意請求除去或改正。記入計算之項目。在承認計算書之時。其記入交互計算之項目。有無瑕疵。自應加以詳細之審核。既已承認。自不得任意請求除去或改正。惟有正當理由時。如記入之證券債務人。不爲清償。或計算實有誤錯脫漏時。則得請求除去或改正之。不過經過一年後。此請求權仍歸消滅。(四〇五條)

(丙) 差額債權。得請求支付利息。關於差額債權。得請求自計算時起。支付利息。(四〇四條二項) 此項利息支付之請求。不問當事人曾否約定。均得行之。此與記入計算項目附加利息之必須約定者不同也。所謂自計算時起者。究竟係自作成計算書時起乎。抑係自承認計算書時起乎。余意以爲應自承認計算書時起。因當事人既未承認。而差額債權尙未成立故也。

(丁) 差額債權。應記入次期計算。交互計算契約尙在繼續之中時。所有差額債權。應記入於次期之計算中。作爲次期第一之計算項目。不得單獨請求支

付。但於承認差額後。而契約已經終止者。其得即時請求支付。自不待言。

第三節 交互計算契約之消滅

交互計算契約爲一種債權契約。自可適用一般契約之規定而消滅之。惟交互計算。原以相互信任爲基礎。如一方對於他方之信用有疑慮時。無妨許其隨時得以終止其契約。此第四百〇三條所以有當事人之一方得隨時終止交互計算契約之規定也。惟於契約中已特約有效之一定期間者。自不得隨時終止之（同條但書）。

契約一旦終止。不問法定或約定之計算期如何。即當進行結算。殘額債權者。可對殘額債務者即時請求支付。

第四章 贈與

第一節 贈與之性質

贈與。係當事人約定一方以自己之財產。爲無償給與於他方之意思表示。經他方

允受而生效力之契約也（四〇六條）以下分述之。

第一 贈與爲契約

贈與亦爲一種契約。而非單獨行爲。此與遺贈不同之處。故贈與之成立。不僅以有一方無償給與財產之意思表示爲已足。必須尙有他方爲允受之意思表示。始可成立。惟吾國民法第四百零六條所謂「經他方允受而生效力」云云。似乎一方表示給與財產即可成立。而「他方允受」祇是生效條件者。然贈與既應認爲一種契約。自非雙方意思合致不可。因之「他方允受」宜爲成立條件。而非生效條件。其條文中之「而生效力」一語。應作爲發生成立之效力而解釋之。換言之。即在僅一方有給與財產之意思表示。尙不能發生成立之效力。必須他方允受。始發生成立之效力也。至於非經登記不得移轉之財產爲贈與。則於雙方合意外。更須爲移轉登記。方得有效成立（四〇七條）。

贈與既爲契約。究爲何種契約。

（甲）贈與爲諾成契約。民法第四百〇六條。既明示一方表示贈與之意思。他

方表示允受之意思時。贈與即可發生效力。其爲諾成契約。自無疑義。

(乙)贈與爲不要式契約。贈與應否要式。各國立法例多不一致。在德(民法五一八條)瑞(債法二四三條)法(民法九三一條)意(民法一〇五六條)諸國。則以作成書面爲贈與成立之要件。在日本則否。我國民法。係仿日本法例。完全爲不要式。惟據四百零八條第二項規定。立有字據之贈與。其效力較強而已。

(丙)贈與爲無償契約。贈與祇是一方給與財產。而他方不爲對待給付。其爲無償契約。自屬顯然。在附負擔贈與。似乎受贈與人方面。亦有一種給付。不能謂爲無償。然此項負擔。常事人並未以之視爲對價關係。故此種贈與。仍爲無償契約。

(丁)贈與爲債權契約。不與贈與契約同時爲給付行爲之贈與。其爲債權契約。自屬無疑。惟現實贈與(即贈與契約與給付行爲同時行之)是否爲債權契約。學者間不無爭論。余對此點。則與前述現實買賣之意見相同。認爲仍

係債權契約。

第二 贈與以給與財產爲標的之契約

民法第四百零六條。『以自己之財產。無償給與於他方』云云。可知贈與之標的。卽在以財產給與他人。此所謂給與財產者。不是專指移轉財產而言。凡一方減少贈與人之財產。同時增加受贈人之財產者皆屬之。

贈與既以財產之給與爲標的。故金錢。物品之可爲贈與。自不待言。卽債權。無體財產權之讓與。以及贈與人在自己財產上爲他人設定担保物權。或其他物權。苟爲無償。亦得謂爲贈與。反之。如以勞力供給他人。雖係無償。則不得以贈與視之。祇能認爲無償之無名契約。而準用贈與之規定。

第二節 贈與之效力

第一 贈與人履行義務

贈與既爲無償之行爲。故法律上對於贈與人所規定之履行義務。亦較一般債務人不同。茲述於次。

(甲)贈與人對於立有字據或履行道德上義務之贈與。負有履行之義務。若不履行時。受贈人得請求交付贈與物或其價金。但仍不得請求利息或其他不履行之損害賠償(四〇九條)。

(乙)贈與人因可歸責於自己之事由而致履行不能者。僅就其故意或重大過失。對於受贈人負其責任(四一〇條)。

(丙)贈與人於贈與約定後。其經濟狀況顯有變更。如因贈與致其生計有重大之影響。或妨礙其扶養義務之履行者。得拒絕贈與之履行(四一八條)。蓋贈與既係無償行爲。自不能苦人以所難。若於事實上不便履行時。仍非責令履行不可。則待贈與人過苛。或者有礙及第三人之利益。故法律上許其有拒絕權。

第二 贈與人担保責任

贈與與有償契約之買賣等不同。故對於贈與人之担保責任。法律上亦特別減輕。換言之。即贈與人對於贈與之物或權利遇有瑕疵時。原則上不負担保責任。

是也（四二一條前段）惟有左列三種例外。

（甲）贈與人故意不告知其瑕疵時。所謂故意者。即明知之謂。贈與人既明知已有瑕疵。即應告知受贈人。以免蒙不測之損害。既不如此。自應負責。惟其負責範圍。僅以賠償受贈人因瑕疵所生之損害為限（四二一條但書）不過受贈人本身已明知為有瑕疵之物時。則贈與人可不負責。此雖無明文規定。當然可作如是解釋。

（乙）贈與人保證其無瑕疵時。贈與人既已保證贈與之物或權利未有瑕疵。當然應負責任。其負責範圍與故意不告知其瑕疵者同（四二一條但書）。

（丙）附負擔贈與之贈與物或權利有瑕疵時。在此種情形之下。贈與人於受贈人負擔之限度內。負與出賣人同一之担保責任（四二四條）蓋附負擔贈與。雖仍為無償行為。但因其附有負擔。與有償行為相似。而與單純贈與不同。故使其與出賣人負相同之担保責任。

第三 贈與之撤銷

(甲)撤銷之原因 民法對於贈與撤銷之特別規定如左。

A. 未立字據之贈與在未交付前者 民法第四百〇八條一項「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。」此本未明定爲未立字據之贈與。然因本條第二項之規定立有字據之贈與不適用之。則係指未立字據之贈與也無疑。

立有字據之贈與。雖未交付。不適用撤銷之規定。已如上述。此外因履行道德上之義務而爲贈與者亦然(四〇八條二項)。

B. 附有負擔贈與之受贈人不履行負擔者 附有負擔之贈與。贈與人已爲給付。而受贈人不履行其負擔時。贈與人得不請求履行。而逕行撤銷贈與(四一二條)。

C. 受贈人有忘恩或違背義務之行爲者 關於此項情形。據民法第四百一十六條規定。則有兩種。(一)對於贈與人或其最近親屬。有故意侵害之行爲。依刑法有處罰之明文者。(二)對於贈與人有扶養義務而不履行者。

惟對於前項情形之撤銷權，若有下列原因。即歸銷滅。(一)贈與人知有撤銷原因。一年內不行使者。(二)贈與人對受贈人已爲宥恕之表示者。(四一六條二項)

D. 受贈人故意致贈與人死亡或妨礙其爲贈與撤銷者。受贈人因故意不法之行爲。致撤銷人死亡或妨礙其爲贈與之撤銷時。事實上已無贈與人行使其撤銷權。或贈與人勢難行使其撤銷權。此時可由贈與人之繼承人撤銷其贈與。惟自知有撤銷原因之時起。六月內不行使而消滅(四一九條)

(乙) 撤銷之方法。贈與之撤銷。應向受贈人以意思表示爲之(四一九條)。若向第三人爲之。則不能有效。因之受贈人如已死亡。其贈與之撤銷權。即歸消滅(四二〇條)

(丙) 撤銷之效力。贈與之撤銷。在其履行以前者。則僅使贈與喪失效力。自無問題。若撤銷在贈與後時。其贈與物如何索還。據民法第四百一十九條規定。贈與撤銷後。撤銷人得依關於不當得利之規定。請求返還贈與物。

第三節 特種贈與

第一 附有負擔之贈與

(甲)附有負擔贈與之性質。附有負擔贈與者。即受贈人附加約款。使受贈人對於自己或第三人。或爲公益。而負擔某種給付義務之贈與也。此項附有負擔之贈與。與附條件贈與不同。前者契約仍發生效力。後者則限制效力之發生。

(乙)贈與人負擔之履行請求權。附有負擔之贈與。其贈與與負擔。受非雙務契約之對待給付。贈與人不得主張民法第二百六十四條之同時履行抗辯權。必須贈與人先爲給付後。而受贈人不履行其負擔時。始得請求原贈人履行負擔。此時贈與人如不請求履行。而逕行撤銷贈與亦可。(四一二條)已述於前。

贈與人已爲結付而死亡後。如約定之負擔。係爲贈與人自己或第三人利益者。自可由繼承人繼承其負擔履行請求權。若負擔係以公益爲目的時。則得

由主管官署命受贈人履行其負擔（四一二條二項）

（丙）受贈人無履行負擔超過贈與價值之責任。附有負擔之贈與。其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（四一三條）

第二 定期給付贈與

定期給付贈與者。即以每月每季或每年等之定期給付為標的之贈與也。此項贈與。有約定繼續期限者。亦有不約定繼續期限者。前者為有期限贈與。後者為無期贈與。

定期給付贈與之有效時期如何。據我民法第四百一十五條規定。『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者。不在此限。』據此規定。則有期贈與。除繼續期限屆滿。當然失效外。如有贈與人或受贈人一方中途死亡。亦應失其效力。無期贈與。則須贈與人與受贈人均生存時。始可無期繼續。在有一方死亡時。即當失其效力。惟贈與人表示不以一方死亡

爲限時。其效力自仍繼續之。此又本條但書所明定者也。至贈與人之表示。不必經受贈人同意。亦不必在成立贈與契約時爲之。均可有效。

第五章 租賃

第一節 租賃之性質

租賃者。乃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也。（四二二條）

第一 租賃爲契約

（甲）租賃爲雙務契約。租賃契約成立後。出租人對於承租人負有使之就租賃物使用收益之義務。而承租人對於出租人負有支付租金之義務。故租賃爲雙務契約。

（乙）租賃爲有償契約。租賃與使用借貸不同。原以支付租金爲主。此項租金之支付與租賃物之使用收益。乃有一種對價關係。故租賃爲有償契約。

(丙)租賃爲諾成契約。使用借貸與消費借貸均爲要物契約。而租賃則爲諾成契約。並不以租賃物之交付爲契約成立之要件。

(丁)租賃爲不要式契約。一般租賃契約並不以作成字據爲要件。不過不動產之租賃。其期限逾一年者。應以字據訂立契約。然此亦並非以字據之訂立。視爲契約成立之要件。其未訂立字據者。契約仍爲有效。所不同者。僅效力較弱。而以不定期限之租賃視之(四二二條)有隨時得以終止契約之虞而已。(四五〇條二項)

(戊)租賃爲債權契約。出租人對於承租人之租金請求權。其爲債權。自無疑義。即承租人之租賃權(就租賃物使用收益之權)雖對於第三人亦有效力(四二五條四二六條)然此並非與物權同視。而享有一種物上請求權。祇是基於其租賃權而使第三人承受出租人之義務而已。故租賃係債權契約。

第二 租賃係一方以物租與他方使用收益之契約

(甲)民法條文既泛稱曰「物」則物之種類如何。自無限制。其特定物。非消費物。

固無論矣。即不特定物。消費物。亦得成立租賃。惟消費物。須依消費以外之方法而使用之。

(乙)租賃之標的物。不必須出租人有所有權者。即就他人所有物成立租賃。亦應有效。又就自己之所有物而自爲承租人。亦無妨礙。如乙在甲所有之土地。上有地上權或永佃權。又可由甲租賃之是也。

(丙)使用與收益。其意義各不相同。在德國及瑞士之立法例。本將租賃分爲使用租賃與收益租賃兩種。我國民法雖以使用收益合并規定之。然並非租賃之成立。必須承租人同時享有此使用與收益之兩種權利也。故僅以使用爲目的之租賃。自亦有效。

使用收益。通例雖以若干時日之繼續爲主。然亦並非必要條件。故臨時一次之使用收益。亦無妨成立租賃。

第三 租賃係他方支付租金之契約

租賃之必須支付租金一事。乃與使用借貸不同之點。然所謂租金者。並不以金

錢爲限。卽租賃物之孳息亦可充之（四二二條二項）。

又租金固多按期限之長短比例支付之。然僅一次給付。亦可認爲租金。

又租金之額。固多自始卽已具體確定。然成立契約時並未確定者。祇須有可以計算之基礎。亦不失爲定有租金額。

第二節 租賃之期限

第一 期限之限制

（甲）限制之理由 租賃期限。如果漫無限制。或期限過長。則出租人與承租人。彼此對於物之改良利用。均不肯盡力爲之。其影響社會經濟。已非淺鮮。且歷時既久。社會情事。多有變化。租金之或增或減。實有改定之必要。否則一方必蒙重大之不利。故現代各國民法。多設期限之限制。惟瑞士債務法。雖無規定。然有重要事故時。得告知一定之期間而爲解約（瑞債二六九條）亦足以補救之。

（乙）限制之標準 關於期限限制之標準。各國立法例亦不一致。德、意民法定

爲不得逾三十年。日本從前民法草案。定爲不得逾十年。現行民法。定爲不得逾二十年。我國民法與日本現行民法同。亦以二十年爲限。至於當事人所定期限逾二十年時。亦非完全無效。不過縮短爲二十年而已（四四九條）。

我國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。較二十年爲長者。亦縮短爲二十年（民法債編施行法一三條二項）。

第二 租賃期限之更新

租賃期限。雖規定不得逾二十年。但當事人對於其期限。得更新之（四四九條二項）。所謂更新者。卽就原存之租賃。而重新定其期限也。此項期限之更新。自更新之時起。當然亦不得逾二十年。期限既已更新。其對於原租賃之保證人及物上保證人。除得其同意外。祇能在原期限內負擔責任。

第三節 租賃之效力

第一 出租人之權利義務

(甲)租金增額請求權 此種請求權之行使。惟以不動產租賃物爲限。因不動產之價值。每因社會情事之變化而有昇降。而租金亦即隨時高低不同。故當不動產價值增高時。出租人得請求增加租金。如承租人不允其請求者。得聲請法院增加之。不過租賃已定期限者。雖爲不動產之租賃物。仍不得請求增加(四四二條)。

(乙)損害賠償請求權 租賃物受有損害時。出租人對於承租人。得請求賠償。惟此請求權。如自受租賃物時起。在二年內不行使者。即歸消滅(四五六條)。

(丙)不動產出租人之留置權 不動產出租人得以行使留置權之情形如下。A 可以行使留置權之物 可以行使留置權之物。(一)須爲承租人之物而置於該不動產上者。其爲他人之物。或雖非他人之物而未置於該不動產之上者。均不得行使留置權。(二)須非禁止扣押之物。禁止扣押之物。種類甚多。據民事執行規則所定。如債務人及其家屬一月之生活必要物品。職業所必要之器具物品及蠶非已成繭者之類皆是。對於此類之物。亦不得行使留置權。

(四四五條一項)

B 可以行使留置權之債務。不動產出租人可以行使留置權之物。已如上述。然其債務得就留置物取償者。亦有相當之範圍。即(一)已得請求之損害賠償。(二)本期與以前未交付之租金是也。(四四五條二項)

C 留置權之消滅。留置權有下列兩種情形時消滅之。

(1) 承租人取去留置物時。不動產出租人留置權之行使。既以置於該不動產上之物爲限。則承租人已將其留置物取去而移置於他處時。自不能再行使其留置權。惟取去係乘出租人之不知。或出租人曾於取去時提出異議者。則留置權不得消滅。(四四六條一項)並得因承租人乘其不知或不顧異議而取去之故。進而終止其契約。(四四七條二項)

不過於取去其物時。得以提出異議者。亦有相當之範圍。如因執行業務取去其物。或其取去適於通常之生活關係。或所留之物足以担保租金之支付者。出租人均不得提出異議。(四四六條二項)

至若對於取去之物可以行使異議權時。出租人可不必聲請法院。而逕行阻止承租人取去其留置物。如承租人離開租賃之不動產時。並得佔有之（四四七條一項）。

（2）承租人提出擔保時。法律之所以承認不動產出租人有留置權者。原為保護出租人利益起見。承租人既能提出擔保。即與出租人利益無妨。故留置權當然歸於消滅。承租人所提出之擔保。不必須與全部留置物之價值相當。以消滅全部之留置權。即就各個留置物而分別提出相當擔保。亦得對於各個留置物單獨消滅其留置權（四四八條）。

（丁）交付租賃物之義務。租賃既在以物租與他方使用收益。而出租人之一方。自應負交付租賃物之義務。並且所交付者。尚須與雙方約定之物相合（四二三條前段）。

（戊）保持租賃物狀態之義務。租賃物交付之後。其在租賃關係存續中。又須保持租賃物合於約定使用收益之狀態。此種保持狀態之義務。其主要者為

修繕義務。俟在下項另述之。

(己)修繕之義務。租賃物之修繕。除有特約或習慣外。應由出租人負擔。(四二九條)試述於下。

A 需要修繕之程度。租賃物達到如何程度。始須修繕。據條文觀之。應以有修繕之必要時為限(四二〇條)所謂必要者。即租賃物已不合於約定使用收益之狀態也。

B 需要修繕之原因。租賃物需要修繕之原因。由於出租人之行為。或由於第三人之行為。或不可抗力時。其修繕之義務。應歸出租人負擔。尙無問題。惟其原因發生於承租人時。則如之何。關於此點。因法律上未就修繕之原因。設有何等限制。有主張仍由出租人負擔修繕義務。而另由承租人負擔反保管義務。或侵權行為之責者。然在此種情形之下。仍令出租人負此義務。而使承租人得以提出同時履行之抗辯。而拒付租金。未免不合。余意此時出租人無此義務。並由出租人負違反保管義務或侵權行為之責。

C 違反修繕義務之效果 租賃物當必要修繕時。承租人得定相當期限。催告出租人修繕。如出租人於其期限不為修繕者。即是違反修繕之義務。此時承租人得於左列二者選擇其一行之。

(1) 不願契約繼續時。得終止契約(四三〇條中段)並得依債務不履行之一般原則。請求損害賠償(二二七條參照)。

(2) 願契約繼續時。得自行修繕。其費用或請求出租人償還。或於租金中扣除之(四二〇條末段)其在出租人不為修繕。而自己修繕費用。又未由出租人償還或扣除時。得提出同時履行之抗辯。拒絕支付租金(二六四條參照)。

以上已就出租人修繕之義務說明矣。此種義務。就保存租賃物之點言之。又可視為出租人之權利。故出租人為保全租賃物所為之必要行為。承租人不得拒絕(四一九條二項)此時即令有暫時妨害承租人使用收益之處。承租人亦祇能請求減少或免除其租金。而無拒絕之權。

(庚) 除去妨害之義務 出租人除負修繕之義務外。如租賃物有其他妨害時。

亦應負除去之責。所謂其他妨害者。如租賃物有事實上之危害或第三人就租賃物主張權利皆是（四二七條中段）。出租人遇有此種情形。對於危害須爲防止之設備。對於第三人主張權利須謀排除之方法。

（辛）瑕疵擔保責任。租賃既爲有償契約。出租人自應與出賣人之地位相同。而對於租賃物負相同之擔保責任（參照三四七條）。惟租賃物爲房屋或其他供居住之處所者。如有瑕疵危及承租人或同居人之安全或健康時。承租人雖於訂約時已知其瑕疵。或已拋棄其終止契約之權利。仍得終止契約（四二四條）。此係就此等租賃物而加重出租人之擔保責任也。

（壬）負擔稅捐之義務。對於租賃物之捐稅。自應由租賃物之出租人負擔。因出租人已就租賃物收有租金。且出租人多爲租賃物之所有人也（四二七條）。

（癸）償還費用之義務。承租人就租賃物所支出之費用。係必要者（如四三〇條末段之修繕費。爲必要費之一。此外地租房捐之類亦是）。自應由出租

人償還。惟動物之飼養費，雖爲必要，仍由承租人負擔（四二八條）。

至於有益費用，其應由出租人償還者：（一）須因而增加該物之價值，而且增價額現存者；（二）須出租人知其情事而不爲反對之表示者。否則承租人不

得請求償還。惟得以請求償還之費用，亦須於租賃關係終止時請求之。在租賃關係存續中，不得行使其請求權（四二二條）。

又承租人就租賃物所增設之工作物，除已請求償還有益費用者外，得取回之。但應回復租賃物之原狀（四二二條二項）。

第二 承租人之權利義務

（甲）就租賃物使用收益之權利 此種權利，謂之租賃權。如前所述，租賃權既是債權，故其主要內容，在得請求出租人使其就租賃物爲使用收益，而爲對於出租人之一種請求權。與物權之有物上請求權者不同。換言之，出租人如將租賃物所有權讓與第三人，或設定物權時，承租人不得對抗第三人，爲所有權或其他物權之取得。惟因其讓與或設定，有妨礙承租人之使用收益，仍

可使其租賃契約對於第三人繼續存在耳（四二五條及四二六條）

承租人就租賃物有使用收益之權利固矣。然其範圍亦有相當之限制。茲述於下。

A 使用收益須依約定之方法爲之。無約定方法者應依租賃物性質而定之方法（四二八條一項）

承租人違反前項之規定爲租賃物之使用收益。經出租人阻止而仍繼續爲之者。出租人得終止契約（四二八條二項）其因此而致租賃物變更或毀損者得請求損害賠償（四三二條二項末段）

B 非經出租人承諾不得轉租於他人。惟租賃物爲房屋者。除當事人間有反對之約定外。承租人得不經出租人諾將其房屋之一部分轉租他人（四四三條）

轉租既須經出租人承諾後始可爲之。因之經其承諾者。則爲合法轉租（房屋一部轉租亦然）否則爲不合法轉租。茲分述其效力如下。

(1) 合法轉租之效力 (一) 承租人(即轉租人)與次承租人間之權利義務。依其次租賃契約所定。自不待言。(二) 承租人與出租人間之租賃關係。仍為繼續。其因次承租人應負責之事由所生之損害。歸承租人負賠償責任(四四四條)。

(2) 不合法轉租之效力 不經出租人承諾而將租賃物轉租於他人者。出租人得終止契約(四四二條二項)。

(乙) 租金減少請求權 承租人得請求減少租金之情形有三。(一) 租賃關係存續中。因不可歸責於承租人之事由。致租賃物之一部滅失者。承租人得按滅失之部分。請求減少租金。其殘餘部分不能達到租賃之目的時。並得終止契約(四二五條)。(二) 因第三人就租賃物主張權利。致不能為約定之使用收益者。準用前項情形辦理(四二六條)。(三) 租賃物為不動產者。因其價值之低降。得請求減少租金。如出租人不允其請求時。得聲請法院核減之。但租賃定有期限者。不在此限(四四二條)。

(丙)償還費用請求權及工作物取回權 承租人就租賃物所支出之必要費及有益費。可以請求償還。所增設之工作物。可以取回。已在出租人之償還費用義務一項述之矣。惟此項權利。如在二年間不行使者。即歸消滅（四五六條）

(丁)支付租金之義務 支付租金。為租賃契約成立要件之一。故此項義務。亦即為承租人之主要義務。除不可歸責於承租人之事由外。則不得因不能為租賃物全部或一部之使用收益而免除之。其租金物體之不必限於金錢。以及租金額數之不必自始即為確定。前在租賃之性質中已述及之。茲特專就租金支付之時期及租金支付之遲延分述於下。

A 支付租金之時期 (一)承租人應依約定日期支付租金。無約定者依習慣。(二)無約定亦無習慣者。應於租賃期滿時支付之。(三)租金分期支付者。於每期屆滿時支付之。(四)租賃物之收益有季節者。於收益季節終了時支付之。(四三九條)

B 支付租金之遲延 承租人支付租金有遲延者。出租人得定相當期限。催告承租人支付。如承租人於其期限內。不爲支付。出租人得終止契約（四四〇條一項）。惟房屋之租賃契約。則遲延不付之租金總額。須達兩期租額後。始得終止契約（四四〇條二項）。

（戊）保管租賃物之義務 如後面所述承租人既負有返還租賃物之義務。則在未返還以前。自應負保管之義務。民法第四百三十二條『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。』即所以規定保管義務也。其違反此項義務時。應負損害賠償責任。其情形如下。

A 承租人違反保管義務。致租賃物毀損滅失者。應負損害賠償責任。但依約定之方法。或依物之性質而定之方法爲使用收益。致有變更或毀損者。承租人不任其責（四三二條二項）。

B 因承租人之同居人。或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。亦由承租人負損害賠償責任（四三三條）。

○ 承租人因失火致租賃物毀損滅失者。於有重大過失時。負損害賠償責任（四三四條）。僅有輕微過失者。則免其責。

（己）容許修繕之義務。關於租賃物之修繕。如前所述。一方屬於出租人之義務。一方又係出租人爲保存租賃物之權利。因之承租人對於出租人之修繕。即不得予以拒絕（四一九條）。而負有容許之義務。

（庚）通知之義務。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。若怠於爲此項通知。致出租人不能及時救濟者。應賠償出租人因此所生之損害。但爲出租人所已知者。承租人不負通知之義務（四三七條）。

（辛）返還租賃物之義務。承租人於租賃關係終止後。應返還租賃物。租賃物有生產力者。並應保持其生產狀態返還出租人（四五五條）。

第四節 租賃契約之消滅

租賃除因一般契約之消滅原因而消滅外。尚有應特別說明者如左。

第一 期限之屆滿

租賃定有期限者。其租賃關係。於期限屆滿時消滅（四五〇條一項）。

期限屆滿時。當事人不欲租賃關係消滅。得以合意明示更新其期限。原為法律所許（四四九條二項）已述於前。不僅可以明示更新已也。並可默示更新之。民法第四百五十一條之規定。即是承認默示更新之旨。其情形如下。

（一）默示更新。須承租人一方。仍就租賃物繼續使用收益。出租人一方不表示反對之意思。

（二）默示更新。既非由當事人明示約定期限。即祇能視為以不定期限而繼續契約。

第二 終止契約

終止契約。其效力僅在使契約自終止時起消滅。此與解除契約不同之處。民法關於租賃契約終止之規定如下。

(甲)租賃未定期限之契約終止。租賃未定期限者，各當事人得隨時終止契約。但有左例兩種例外(四五〇條二項三項)。

A 有利於承租人之習慣。從其習慣。

B 不動產之租賃。其租金以星期、半個月或一個月定其支付之期限者。出租人應以歷定星期、半個月或一個月之末日為契約終止期。

以上契約之終止。應依習慣先期通知。其B項不動產租賃契約之終止。並應按期所定租金支付之期限如何。至少於一星期、半個月或一個月前通知之。(四五〇條三項末段)。

(乙)租賃定有期限之契約終止。定有期限之租賃契約。原不能由當事人隨意終止。不過在契約成立時已約定當事人一方於期限屆滿前得終止契約者。自可隨時終止契約。其終止契約之務須先期通知。則與四五〇條三項之程序相同(四五三條)。

(丙)承租人死亡時之契約終止。承租人死亡者。租賃契約雖定有期限。然承

租人之繼承人。無須繼續此項租賃契約者。得終止契約。但仍須依第四五〇條三項之規定先期通知之（四五二條）。

（丁）基於特種原因之契約終止。關於此點。其原因發生於承租人者。則出租人可以終止契約。如第四百三十八條二項。第四百四十條一項。第四百四十三條二項。第四百四十七條是也。其原因發生於出租人者。則承租人可以終止契約。如第四百三十條是也。又原因本非發生於雙方當事人。然繼續租賃於承租人無益或有害者。承租人亦可終止契約。如第四百三十五條二項。第四百三十六條。第四百二十四條是也。

此處所述契約終止。一有原因發生。即可行之。不必先期通知。

第五節 耕作地之租賃

以自爲耕種爲目的。約定支付地租。就他人之農地使用收益者。爲耕作地租賃（參照土地法一七一條一項）。耕作是否包括畜牧在內。在民法中未有明文。而土地法第一百七十一條二項。則已明定「耕作包括畜牧」。

關於耕作地之租賃。民法債編租賃中。本已有相當規定。但因此項租賃於窮苦佃農。關於至鉅。不有詳細之立法。以調和佃農與地主間之利益。則佃農迫於地主之壓制太甚。必將惹起農村之不安。故於民法規定之外。又在土地法中。另設『耕地租用』專節。民法爲普通法。土地法爲特別法。遇有此項租賃之爭執。其應先適用土地法。自不待言。茲就民法與土地法關於耕作地租賃之規定。併述於下。

第一 租金之特例

(甲) 租金之最高額 關於耕作地之租金。在民法中原與一般租金無異。可由當事人自由約定。並無何種限制。但土地法第一百七十七條。則規定『地租不得超過正產物收穫總額千分之三百七十五。約定地租超過千分之三百七十五者。應減爲千分之三百七十五。不及千分之三百七十五者。依其約定。』是已限定千分之三百七十五爲租金最高額也。

(乙) 禁止收取押租及預收租金 收取押租及預收租金兩事。乃地主對於佃農搾取利潤之巧妙方法。故土地法特予禁止。(土地法一七七條二項)

(丙)租金之一部支付 承租人不能按期支付應交地租之全部者得先以一部支付。此時出租人不得拒絕收受。不過承租人亦不得因其收受而推定爲減租之承諾(土地法第一七九條)

(丁)租金之減免 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(四五七條)蓋耕作地之租賃多以收益爲目之既因不可抗力而減少或全無收益則爲保護佃農起見自應許其可以減免且此項租金減免請求權與佃農之生活有重要關係並不許預先以自由意思拋棄之此亦限制契約自由之一端也(四五七條二項)

第二 承租人對於耕作地之權利

(甲)特別改良權 於保持耕作地原有性質及效能之外以增加勞力資本之結果致增加耕作地生產力或耕作便利者爲耕作地特別改良此項耕作地特別改良承租人有自由爲之之權不必得出租人之承諾因之出租人亦不能如民法第四百三十一條所規定可爲反對之表示不過特別改良費之數

額。應即通知於出租人（土地法第一七六條）。

（乙）先買權 出租人出賣耕作地時。承租人依同樣條件。有優先承買之權（土地法一七三條）。

（丙）再承租權 出租人收回自耕之耕作地。如再出租時。原承租人有優先承租之權。且自收回自耕之日起。未滿一年而再出租者。並得以原租用條件承租（土地法一八四條）。

第三 轉租之禁止

據民法第四百四十三條規定。一般租賃物。如經出租人承諾時。承租人原得轉租於他人。但土地法則絕對禁止轉租。雖得出租人之承諾。仍不得將耕作地全部或一部轉租於他人（土地法一七四條）。

第四 出租人留置權之限制

據民法第四百四十五條。但書規定。不動產出租人行使留置權時。對於禁止扣押之物。原不能有留置之權。其禁止扣押之物。乃包含職業上所必需之器具物。

品在內也（參照民事訴訟執行規則二〇條）而耕作地承租人在耕作上必需之農具。牲畜。肥料及其農產物。即是職等上必需之器具物品。故土地法第一百八十五條。特以明文規定承租人此等耕作上必需之農具等。出租人不得行使留置權。

第五 終止契約之特例

（甲）定有期限之契約 定有期限之租賃契約。據民法對於一般租賃之規定。其期限屆滿時。承租人仍為租賃物之使用收益。須出租人不即為反對之意思表示。始視為不定期限。繼續契約（四五一條）。在土地法。則除出租人收回自耕外。如承租人繼續耕作。則可不問出租人有無反對之意思表示。均應視為不定期限。繼續契約（土地法一七二條）。前者承租人雖欲繼續。有時尙不能如願相償。後者祇須承租人不欲消滅租賃關係。則可任意繼續之。

至於在租賃期限未屆滿以前。民法雖亦與一般租賃相同。承認出租人於特種原因之下。可以終止契約。但僅限於下列幾種原因。（一）收回自己耕作者（四

五八條)(二)承租人租金支付遲延者(三)承租人違反善良管理義務者(四)未經出租人承認將耕作地轉租他人者(五)附屬物滅失應歸承租人負責而不為補充者(四五九條)

(乙)不定期限之契約 一般不定期限之租賃契約除有利於承租人之習慣者從其習慣外原可隨時終止契約(四五〇條)但土地法對於耕作地之租賃其能終止者須有下例特種原因之一(土地法一八〇條)

- 一 承租人死亡而無繼承人時
- 二 承租人拋棄其耕作權時
- 三 出租人收回自耕時
- 四 耕地依法變更其使用時
- 五 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
- 六 違反土地法一百七十四條之規定時
- 七 地租債欠達二年之總額時

(丙)終止之時期及通知 耕作地之出租人終止契約者。應以收益季節後次期作業開始前之時日。爲契約之終止期。此民法第四百六十條所規定者。至終止契約之通知。民法第四百五十條。本亦已就不動產之租賃。加以規定。但土地法復規定。因收回自耕。或因承租人違反管理義務。或違背附屬物補充責任而終止契約者。出租人應於一年前通知承租人（土地法一八三條）。至承租人之拋棄耕作權利而終止契約。則無時期之限制。祇須於三個月前。向出租人以意思表示爲之（土地法一八一條）。惟非因不可抗力繼續一年不爲耕作者。亦視爲拋棄耕作權利（土地法一八二條）。

(丁)耕作費用及特別改良費之償還 耕作地之承租人在租賃關係終止時。其就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（四六一條）。又承租人對於耕作地之特別改良費。承租人亦得於契約終止。返還耕地時。向出租人請求償還。但其請求額。亦不得超過現存效能部分之價值（土地法一八六條）。

第六 耕作地附屬物之補充及返還

耕作地之租賃。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（四六二條一項）其補充責任及返還義務如下。

（甲）補充責任 清單所載之附屬物。因可歸責於承租人之事由而滅失者。由承租人負補充之責任。其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（四六二條二項二項）

（乙）返還義務 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。則應賠償其依清單所定之價值（四六三條）。但物件使用日久。自不免有天然之耗損。此種天然耗損之損失。實不應由承租人負擔。故民法第四百六十三條。又有但書之規定。即因使用所生之通常折耗。應在原定價值內扣除後而為償還是也。

第六章 借貸

第一節 使用借貸

第一項 使用借貸之性質

使用借貸者。乃當事人約定一方以物無償貸與地方使用。他方於使用後返還其物之契約也（四六四條）試分述於下。

第一 使用借貸爲契約

（甲）使用借貸爲片務契約。使用借貸契約成立後。貸與人有容許借用人就借用物使用之義務。而借用人有返還借用物之義務。從表面上觀之。彷彿爲一種雙務契約。但借用人所負之義務。乃借用物交付之結果。並不能視爲對於貸與人所負義務之對價。其爲片務契約也已屬顯然。

（乙）使用借貸爲要物契約。考瑞士債務法（瑞債二〇五條）本認使用借貸爲諾成契約。但其他多數國家之立法例（如德日）則多認爲要物契約。我國

民法第四百六十五條。『使用借貸。因借用物之交付而生効力。』乃亦認爲要物契約也。

使用借貸之爲要物契約。本與後面所述之消費借貸無異。不過使用借貸之交付借用物。並未移轉其所有權。此與消費借貸不同之處也。因之借用人破產時。所有者對於借用物有取回權。

使用借貸雖爲要物契約。但仍爲不要式契約之一。此點毋庸詳述。

(丙)使用借貸爲無償契約。使用借貸之爲無償契約。觀條文『無償貸與他方使用』一語自明。其與租賃不同之主要點。卽在於此。

第二 爲一方以物貸與他方使用之契約

(甲)使用借貸以物爲限。所謂物者。不問爲動產與不動產。亦不問爲物之全部或一部。又不問爲消費物與非消費物。代替物與非代替物。均包括在內。惟使用借貸。須負返還原物之義務。其就代替物與消費物成立使用借貸者。自然應以不變更原物之方法使用之。

(乙)使用借貸以使用爲限。使用者謂不變更其物而使用之也。在各國立法例。對於使用借貸。有僅限於使用者(德瑞)亦有兼括使用與收益者(日本)。我民法則採前者之例。僅以使用爲限。惟雙方以特約明定使用而兼收益亦無不可。

第三 使用借貸爲他方於使用後返還其物之契約。使用借貸用消費借貸不同。使用借貸僅移轉其占有。而非移轉借用物之所有權。故借與人於使用後。卽須返還『其物』者。卽原物也。至消費借貸。則祇須返還種類。品質。數量相同之物。

第二項 使用借貸之効力

第一 貸與人之權利義務

(甲)借用物返還請求權。此種請求權。從反面言之。又爲借用人之義務。其貸與人可行使此種請求權之時期如下(四七〇條)。

A 契約已定期限者。其期限屆滿時。

B 未定期限者。已依借貸目的使用完畢時。其經過相當期限。可以推定借用人已使用完畢者。貸與人亦得請求返還。

C 未定期限。又不能依借貸目的定其何時使用完畢者。貸與人可以隨時請求返還。

(乙)容許使用之義務 使用借貸契約。既係一方以物貸與他方使用。則貸與人自應負容許使用之義務。惟容許使用。祇是任其使用而不加妨害之意。乃係一種消極的義務。貸與人對於借用人就借用物之使用。僅負此項義務。爲止。並不如出租人對於承租人。尙須更進一步。而負「保持其合於約定使用收益狀態」之積極的義務。因之雙方當事人如無特約時。貸與人絕不負修繕借用物之義務。

(丙)瑕疵担保責任 使用借貸。既係無償契約。在原則上。本不負瑕疵担保責任。惟貸與人明知其物有瑕疵。而不告知於借用人時。未免欠缺誠實。如果借用人因之而受損害者。又須負賠償責任(四六六條)。至借用人之此項賠償

請求權。則因六個月內不行使而消滅（四七三條一項）。

第二 借用人之權利義務

（甲）使用權 貸與人就借用物既有容許借用人使用之義務。而借用人就借用物即有使用之權利。此乃當然之結果。但其使用權之範圍。在民法上却有相當之限制。

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（四六七條第一項）。

B 借用人非經貸與人之同意。不得允許第三人使用借用物（四六七條二項）。借用人違反上述兩項限制時。貸與人除得行使終止契約權外（四七二條二項）。並不請求損害賠償。請求停止違反行爲。以及請求返還不當得利等權。

（乙）保管借用物之義務 借用人。在未返還借用物以前。須以善良管理人之注意。保管借用物（四六八條一項）。若借用人違反此項義務。致借用物毀損滅失者。須負損害賠償責任（同條二項）。惟依約定或物之性質而定之方法。

以爲使用。乃借用人所應有之行爲。其因此而致有變更或毀損者。則不負責任（同條二項末段）。

貸與人對於借用人之賠償請求權。在六個月內不行使者。即歸消滅（四七三條一項）。

（丙）負擔通常保管費用之義務。借用物之通常保管費用。由借用人負擔。借用物爲動物者。其飼養費亦歸借用人負擔（四八九條一項）。

惟借用人就借用物所增加之工作物。得於返還時取回之。但應回復借用物之原狀（四六九條二項）。此項取回權。自借貸關係終止時起。如六個月內不行使時。即歸消滅（四七二條）。

（丁）返還借用物之義務。此項義務。從反面言之。又係貸與人之權利。其返還之時期。與前述貸與人可以請求返還之時期相同。毋再贅及。惟應當返還之物體。原則上自應以合於借用當時狀態之原物返還之。惟依約定或物之性質而定之方法使用借用物。致有變更或毀損者。雖返還時已不合於借用當

時之狀態。則不妨就其變更或毀損之狀態返還之。反之。借用物因自然增長。而超過借用當時狀態時。亦當就其增長狀態而為返還。

(戊)共同借用人之連帶責任。數人共借一物者。對於貸與人負連帶責任。(四七一條)。因此。各借用人就返還借用物言。應各負返還借用物之責任。就借用物之損害賠償言。應各負損害賠償之責任。

第三項 使用借貸契約之消滅

使用借貸。除因一般法律行為(特別是契約)之共通消滅原因而消滅外。尚可因左列情形而消滅。

第一 期限屆滿及其他應當返還或可請求返還借用物之時。

此即民法第四百七十條所規定返還借用物之時期。前在貸與人借用物返還請求權項下。已經言之。在此情形之下。契約自然消滅。

第二 貸與人終止契約

據民法第四百七十二條規定。貸與人於種種情形之下。得以終止契約。在貸與

人行使此項終止契約權時。其契約即因之而消滅。可以行使終止契約權之情形如左。

(甲)貸與人因不可預知之情事。自己需用借用物者。

(乙)借用人違反約定或物之性質而定之方法使用借用物。或未經貸與人同意。允許第三人使用者。

(丙)因借用人怠於注意。致借用物毀損。或有毀損之虞者。

(丁)借用人死亡者。

第二節 消費借貸

第一項 消費借貸之性質

消費借貸者。乃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也(四四七條)試分述於下。

第一 消費借貸爲契約

(甲)消費借貸爲片務契約。消費借貸契約有效成立以後。僅借用人負返還

標的物之義務。而貸與人不負何種義務。其爲片務契約。自屬顯然。

(乙)消費借貸原則上爲無償契約。消費借貸之爲片務契約。雖爲絕對的。然其爲無償契約。則不過原則上如此。而例外則有爲有償契約者。在消費借貸不附利息時爲無償契約。附有利息時。則爲有償契約。

(丙)消費借貸爲要物契約。消費借貸與使用借貸無異。一面爲不要式契約。而一面又爲要物契約。此就我國民法第四百七十五條所謂「消費借貸。因金錢或其他代替物之交付而生效力。」云云觀之。即可明瞭。消費借貸既爲要物契約。如僅有當事人合意。而未交付借用物者。祇能認爲消費借貸之豫約。須於交付後。始得認爲本契約之成立。

第二 消費借貸爲一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方之契約。

(甲)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。是否專以代替物爲限。因少數立法例未於條文中明白規定。日本民法僅規定金錢或其他之物。學者間解釋頗不一致。我國民法既已明定以金錢或其

他代替物爲限。則如不動產之非代替物。自不能作爲消費借貸之標的物。此蓋以消費借貸。其目的在供消費。而將來之返還。又爲種類。品質。數量相同之物。在非代替物。則不易達此目的也。

(乙)消費借貸。必須移轉其標的物之所有權。消費借貸。既以消費爲目的。即必須就其物而處分之。如果所有權不歸之於借用人。則不能有處分之權。故消費借貸。必須移轉其所有權。

第三 消費借貸爲他方以種類品質數量相同之物返還之契約

在使用借貸。其借用人所返還者。須爲原物。此則係以種類品質數量相同之物返還之。消費借貸與使用借貸不同之主要點。即在於此。如上所述。其移轉所有權。固然亦爲與使用借貸不同之處。然其所以必須移轉所有權者。正因其返還者不是原物。而是與受領之物。同其種類。品質。數量者故也。

第二項 消費借貸之效力

第一 貸與人之義務

消費借貸。原爲片務契約。而貸與人本不負何等義務。然法律爲維持交易信用起見。對於本有瑕疵之物。却不得不使之負其担保責任。惟因消費借貸之爲有償與無償。而責任亦各不同。試述於左。

(甲)有償消費借貸之担保責任。在約定有利息或其他報償之消費借貸。如借用物有瑕疵時。貸與人應另易以無瑕疵之物。但借用人仍得請求損害賠償(四七六條一項)。

以上貸與人之担保責任。不問貸與人知有瑕疵與否。均應負責。惟借用人如已知其物有瑕疵時。則不在此限。

(乙)無償消費借貸之担保責任。消費借貸爲無報償時。貸與人原則上不負瑕疵担保責任。但貸與人明知其瑕疵而故意不告知借用人者。借用人得請求損害賠償(四六七條二項)。

第二 借用人之義務

(甲)返還借用物之義務。借用人所應負之義務。主要的爲返還借用物之義務。

務。茲特詳述於下。

A 返還之物體 消費借貸之借用物返還。不是返還借用物之原物。而是返還與借用物種類品質數量相同之物。已述於前。但有左例兩種例外。

(1) 借用物有瑕疵時 無償消費借貸。其借用人所受領之借用物有瑕疵時。既不能如有償消費借貸。有一種代物請求權。則以同樣瑕疵之物返還於貸與人。自無不可。惟返還時。欲覓一絲毫不差之同樣瑕疵物。頗屬不易。在此情形之下。借用人得依照有瑕疵原物之價值返還之。(四七六條二項) 此項價值計算之標準。可依返還時返還地之價值定之。

(2) 借用物不能返還時 借用人所負返還義務。雖為返還種類品質數量相同物之義務。但因特別情形。亦必間有不能返還之時。此時既不得因不能而免除義務。自非另有其他償還之法不可。故法律明定應以其物在返還時返還地所應有之價值償還之。(四七九條) 其返還時或返還地未約定者。應以其物在訂約時或訂約地之價值償還之。(同條二項)

B. 返還之時期 關於返還之時期，因當事人定有期限與否而不同。

(1) 定有期限者。借用人應於約定期限內返還之（四七八條前段）。所謂約定期限內者。指期限屆時而言。至期限未屆滿前。借用人亦得為其返還。自不待言。

(2) 未定期限者。借用人得隨時返還。貸與人亦得定一個月以上之相當期限催告返還（四七八條後段）。

C 返還之處所 民法對於消費借貸返還借用物之處所。既無特別規定。自應適用債編通則之規定。除契約另有訂定或另有習慣外。應於貸與人之住所地為之（參照二二四條一款）。

D 金錢借貸返還之特例 金錢借貸之返還。除契約另有訂定外。應依下列方法返還之。

(1) 以通用貨幣為借貸者。如於返還時已失其通用效力。應以返還時有通用效力之貨幣償還之（四八〇條一款）。

(2) 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值之增減。均應以返還時有通用效力之貨幣償還之。(四八〇條二款)

(3) 金錢借貸。約定以特種貨幣爲計算者。應以該特種貨幣償還。或按返還時返還地該特種貨幣之市價以通用貨幣償還之。(四八〇條三款)

(乙) 支付利息或其他報償之義務。利息或其他報償。並非當然隨消費借貸而發生者。惟當事人約定支付時。借用人始負其義務。

當事人得約定支付利息或其他報償固矣。然其約定之數額。却不得違反民法第二百零五條百分之二十之規定。其超過此項利率時。則無支付之義務。至以貨物折算金錢而爲借貸者。縱有反對之約定。仍應以該貨物按照交付時交付地之市價所應有之價值。爲其借貸金額(四八一條)亦所以防止抬高貨價。而冀暗中博得高利也。

前項約定利息或其他報償之支付時期。其定有期限者。則於契約所定期限支付之。未定期限者。應於借貸關係終止時支付之。但其借貸期限逾一年者。

則應於每年終支付之（四七七條）

第七章 僱傭

第一節 僱傭之性質

僱傭者。乃當事人約定一方於一定或不定之期限內爲他方服勞務。他方給付報酬之契約也（四八二條）茲分述於下。

第一 僱傭爲契約

（甲）僱傭爲有償契約及雙務契約 僱傭以一方供給勞務。一方給付報酬爲契約成立之要件。故爲有償契約。

又僱傭契約成立。一方負有供給勞務之債務。一方負有給付報酬之債務。故又爲雙務契約。

（乙）僱傭爲諾成契約及不要式契約 僱傭契約。祇須雙方當事人意思一致。即可成立。故爲諾成契約之一種。

第二 僱傭係一方爲他方服勞務之契約

(甲)服勞務之意義 服勞務者受僱人在僱用人指揮監督之下專供給其勞務之謂。就廣義言之。所有承攬委任。本亦有稱之爲供給勞務契約者。然承攬係以完成工作爲目的。委任係以處理事務爲目的。而供給勞務不過爲達到目的之手段。至於僱傭則係專以供給勞務本身爲目的者。

(乙)勞務之範圍 僱傭契約專以供給勞務爲目的固矣。然則勞務之範圍如何。則除二三立法例外(如法意)大概均包括體力勞務與精神勞務在內。換言之。卽下級勞動與高尚勞動均得爲僱傭之標的也。我國民法既無明文限制。自係指體力上精神上之一切勞務而言。因此則就工人農人等之體力勞務。固可成立僱傭契約。卽就醫生律師教師等之精神勞務。亦可成立僱傭契約。

第三 僱傭係他方給付報酬之契約

給付報酬爲僱傭契約成立要件之一。已如前述。其於契約成立時。雙方已定報

酬者。自然照約給付。即雙方未曾明白約定報酬。如依供給勞務人之身分。職業。以及交易上習慣等情形。非受報酬。即不服勞務者。則視爲允與報酬（四八三條一項）。茲就報酬之種類。額數。分述於下。

（甲）報酬之種類。報酬之種類。以何種爲限。在民法中原無規定。故約定以金錢給付之也可以。其他現物給付。或供給勞務。亦無不可。

（乙）報酬之額數。報酬額之多寡。原可由當事人自由約定之。其在締結契約時未定報酬額者。據民法規定。須按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付（四八三條二項）。

第二節 僱傭之効力

第一 僱用人之義務

（甲）給付報酬之義務。僱傭契約。僱用人對受僱人。須負給付報酬之義務。其給付之時期如下。

A 當事人約定有給付期限者。依其期限給付之。

B 無約定給付期限者。依習慣之期限給付之。

C 無約定亦無習慣者。則因報酬是否爲分期計算而異。其爲分期計算者。應於每期屆滿時給付之。如非分期計算者。應於勞務完畢時給付之（四八六條）。

（乙）不得自由讓與勞務。請求權於第三人之義務。僱用人之本身及其家庭狀況。或其他工作處所。均與勞務人有重大關係。如不先經勞務人之同意。而逕行讓與於第三人。有時必非勞務人所情願。故民法明定僱用人非經受僱人同意。不得將其勞務請求權讓與第三人（四八四條一項前段）。

第二 受僱人之義務

（甲）供給勞務之義務。此項義務。爲受僱人對於僱用人之主要義務。受僱人如不履行時。僱用人得依債務不履行之規定行使權利。

受僱人有供給勞務之義務固矣。但僱用人受領勞務遲延者。受僱人無補服勞務之義務。一面仍得請求僱用人給付報酬。不過受僱人因不服勞務所減省之費用。或轉向他處服勞務所取得。或故意怠於取得之利益。僱用人得由報酬額

內扣除之（四八七條）

（乙）不得自由使第三人代服勞務之義務。僱用人固不得以其勞務請求權自由讓與於第三人。而受僱人非經僱用人同意，亦不得使第三人代自己而服勞務（四八四條後段）。蓋以僱傭契約，乃屬對人關係。原則上須由受僱人本身供給其勞務。如果不經僱用人同意，而令他人代為供給，則有違契約之本旨也。

（丙）特種技能之保證責任。受僱人與僱用人締結僱傭契約時，並未對僱用人保證自己有何種特別技能者，自不負何種責任。惟已明示或默示保證其有特種技能時，即應負責（四八五條）。

第三節 僱傭契約之消滅

僱傭契約，除因一般法律行為（特別是契約）之共通消滅原因而消滅外，尚有因左列之事由而消滅者。

第一 期限屆滿

僱傭定有期限者。其僱傭關係於期限屆滿時消滅（四八八條一項）。

第二 勞務完畢

僱傭未定期限。而約定之勞務已經完畢者。僱傭關係之應歸消滅。自不待言。

第三 終止契約

（甲）未定期限者 僱傭未定期限。亦不能依勞務之性質或目的定期限者。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（四八八條二項）。

（乙）有重大事由時 當事人之一方。遇有重大事由。其僱傭契約縱定有期限。仍得於期限屆滿前終止之。不過事由係因當事人一方之過失而生者。他方得向其請求損害賠償（四八九條一項二項）。

民法關於上述遇有重大事由。得於期前終止契約之規定。乃係一種強行法規。故當事人約定遇有重大事由不能終止契約。或終止契約時須支付遠約金者。均應認為無效。不過豫先約定因過失而生重大事由之損害賠償額。則

與第四百八十九條二項之精神相合。自可認為有效。

(丙)僱用人讓與勞務請求權或受僱人使人代服勞務時。僱用人非經受僱人同意。不得將其勞務請求權讓與第三人。而受僱人非經僱用人同意。亦不得使第三人代服勞務。前已述明。如僱用人或受僱人之一方違反前項規定時。他方即得終止契約(四八四條二項)。

(丁)受僱人無特種技能時。如前所述。受僱人明示或默示保證其有特種技能者。應負保證責任。因之受僱人如無此種技能。僱用人即得終止契約(四八五條)。

第四 當事人一方之死亡

(甲)僱用人之死亡。僱用人死亡。其僱傭契約。是否因之消滅。則應視其僱傭人情形而決定之。如專屬於僱用人一身之僱傭。則因僱用人之死亡而消滅。(如為看護僱用人疾病而僱用看護婦)否則可由繼承人繼承之。(如家中僱工之類)。

(乙)受僱人之死亡。受僱人死亡。原則上本爲僱傭契約消滅之原因。惟例外亦可由繼承人繼承之。例如父子均有泥木工匠之技能。父與某人所締結之僱傭契約。父死後。如無特殊事情。其子得以繼承之是也。

第八章 承攬

第一節 承攬之性質

承攬者。乃當事人約定一方爲他方完成一定之工作。他方俟工作完成。給付報酬之契約也。(四九〇條)約定完成工作之一方。民法上稱爲承攬人。約定給付報酬之一方。則稱爲定作人。

第一 承攬爲契約

(甲)承攬爲有償契約並雙務契約。承攬以給付報酬爲要件。且契約成立後。雙方均負有對待義務。(一方負完成工作義務。一方負給付報酬義務)故爲有償契約並雙務契約。

(乙)承攬爲不要式並諾成契約。重大工作之承攬固然多有以書面爲之者。然法律上並不以之爲成立要件。故爲不要式契約。又雙方一經合意即可成立。故爲諾成契約。

第二 承攬係一方爲他方完成一定工作之契約

(甲)工作 工作有積極的工作與消極的工作之分。承攬之標的。通常本屬於積極的工作。如某物之製造。加工或改造之類。卽民法亦係着眼於此點而爲規定。但法律上却亦未限定消極的工作。不能爲承攬之標的。因之折毀某物之工作。亦得成立承攬契約。

又工作有物質上的工作(又名有形的工作)與精神上的工作(又名無形的工作)之分。不僅建築家屋。造船。製造或改造其他品具等一切物質上工作。可爲承攬之標的。卽著作。診斷。辯護。偵探等一切精神上工作。亦可爲承攬之標的。

(乙)工作之完成 所謂工作完成者。卽依勞務而令發生其結果也。承攬以工

作完成爲目的。其無此目的者。雖爲他人供給勞務。究不能謂之承攬契約。祇是屬於僱傭或委任等而已。

此外尙有不規則承攬與電氣供給契約。須在此略爲述之。(一)不規則承攬。所謂不規則承攬者。卽定作人提供材料後。復約定由承攬人以他種材料代替製造之。謂此項特約。雖有主張爲承攬與互易之混合契約者。然其目的重在工作完成。應認爲民法上之承攬契約。(二)電氣供給契約。此項契約。究係買賣。抑爲承攬。或爲消費借貸。然電氣既非物或權利。不能爲買賣之標的。又因不是以同種同量之物返還。亦不能爲消費借貸。因此。故多數學者。多認電氣供給契約爲承攬。不過如承包街燈及其他電光裝飾等而供給電力時。是於單純供給電力以外。尙以生一定之結果爲目的。固然可認爲承攬。但在單純供給普通家庭或工場之一切電力時。乃僅以供給電力爲目的。則又不能認爲承攬。有學者謂此應認爲準買賣契約。余亦從之。

第三 承攬係他方俟工作完成給付報酬之契約

(甲)如前所述。給付報酬。爲承攬之要件。其當事人有約定者。固應依其約定給付。其未經約定。如依情形非受報酬。卽不爲完成其工作者。視爲允與報酬。(四九一條一項)

(乙)報酬之標的物。固多爲金錢。但約定金錢以外之有財產上價值者。作爲報酬時。亦得行之。

(丙)報酬之額數。多由當事人自由約定。其未約定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付。(四九一條二項)

(丁)報酬之給付。不是對於勞務之供給。乃係對於工作之結果。故云俟工作完成。給付報酬。惟約定不生結果。亦當給付報酬若干。或約定不生結果。須給報酬。萬一發生結果。並多給報酬時。均不失其爲承攬。

第二節 承攬之効力

第一 承攬人之權利義務

(甲)定成工作之義務 此項義務。爲承攬人之主要義務。茲特分述其情形於

下。

A 工作完成遲延時 工作逾期不能完成。其事由應歸承攬人負責者。定作人得按照下列情形。分別請求減少報酬或解除契約。(一)非以特定期限完成工作爲契約之要素者。其工作不能於約定期限完成。或未定期限而經過相當期限不能完成者。定作人得請求減少報酬(五〇二條一項)(二)以特定期限完成或交付工作爲契約之要素者。如於特定期限內不能完成或交付時。定作人得解除契約(五〇二條二項)蓋以第一項情形。承攬人固須負遲延之責。然因非以特定期限完成工作爲契約要素。其工作之遲延完成。尙非於定作人完全無益。故祇許請求減少報酬。若第二項情形。既於特定期限內不能完成或交付。而定作人卽已無從達到契約之目的。故許定作人得解除契約。惟工作完成遲延。承攬人固須負遲延之責。但定作人受領工作時不爲保留者。卽係對於遲延已無異議。承攬人卽不再負責任(五〇四條)

以上係就期限屆滿時之工作完成遲延而言。若在期限屆滿以前。因可歸承

攬人負責之事由而遲延工作。顯可預見其不能於期限內完成者。定作人亦得解除契約。但以其遲延可爲工作完成後解除契約之原因者爲限（五〇三條）。此項規定係爲事前救濟。以利雙方起見。蓋以可爲將來解除契約原因之工作遲延。既已發見於事前。若不許定作人解除契約。卽令將來工作完成。終不免出於解除契約之一途。彼時在承攬人則係徒費勞力。而定作人仍無何種實益也。

B 工作完成不能時 因可歸責於承攬人之事由。以致工作完成不能者。如係全部不能時。定作人得請求不履行之損害賠償。並得解除契約。（參照二二六條一項二五六條）如僅一部不能時。定作人得就其不能部分。行使前述權利。惟其餘部分之完成。於定作人無利益時。亦得就全部請求損害賠償。並得解除契約（二二六條二項二五六條）。

C 使用他人完成工作時 承攬與僱傭不同。除依契約性質（如畫像、演劇等承攬）或當事人意思。必須承攬人自己完成工作外。原可使用第三人爲之。

惟其所負責任如何。則可就下列兩種情形言之。

(1) 使用第三人爲補助人時。補助人之行爲。承攬人應否負責。據我民法第二百二十四條規定觀之。除當事人間特約不負責任外。應當與自己行爲同視。而負同一之責。蓋以該條已明定債務人之使用人。關於債務履行之故意或過失。卽與債務人自己之故意過失相同也。

(2) 與第三人締結次承攬契約時。承攬人對次承攬人之行爲。亦與前述對於補助人行爲之責任相同。因爲次承攬人不外承攬人之代理人。在民法第二百二十四條中。其代理人故意或過失之行爲。應由債務人自己負責。亦已明定也。

(乙) 工作物交付之義務。承攬之工作。有無須交付者。有須交付者。其屬於無形的結果之工作。原則上多無須交付。若爲有形的結果之工作。原則上則多須交付。凡應行交付之工作。承攬人除負完成之義務外。更宜負交付之義務。

(丙) 同時履行抗辯權及法定抵押權。先就同時履行抗辯權言。承攬契約。乃

係定作人俟工作完成而後給付報酬者。因之承攬人在工作完成前。即不得拒絕其履行。而提出同時履行之抗辯。惟（一）工作物須交付者。得於交付時行使同時履行抗辯權。（二）當事人訂有先付報酬特約者。在給付期到來後。亦得行使同時履行抗辯權。

次就法定抵押權言。承攬之工作。為建築物或其他土地上之工作物。或為此等工作物之重大修繕者。承攬人就承攬關係所生之債權。對於其工作物所附之定作人不動產。有抵押權（五一三條）。

（丁）擔保責任 承攬為有償契約。據民法第三百四十七條之規定。自得就買賣擔保責任之規定準用之。惟民法對於承攬之擔保責任。更設有若干之特別規定如下。

A 擔保責任之範圍 承攬人對於工作之如何瑕疵。始負擔保責任。據民法第四百九十二條規定。可分為三。（一）工作物不具備約定品質者。（二）工作物之價值減少或滅失者。（三）工作物不適於通常或約定使用者。

B 担保責任之効力 工作有瑕疵時。承攬人之担保責任。在法律上之効力如何。據民法規定。定作人有下列三種權利。

(1) 修補請求權 工作有瑕疵者。定作人得定相當期限。請求承攬人修補之。(四九三條一項)

若承攬人不於前項期限內修補者。定作人得自行修補。並得向承攬人請求償還修補之必要費用。(四九三條二項)

惟修補所需費用過鉅者。承攬人得拒絕修補。前項規定。不適用之。(四九三條三項) 所謂修補所需費用過鉅云云。應解爲瑕疵不重大。而修補非需過鉅費用不行之類。此時若強令承攬人負修補之責。不僅待個人太刻。且於社會經濟上。亦非得計。所謂前項規定不適用之云云。卽同條第二項所定工作人得向承攬人請求自行修補之費用一事。不得對於此種情形適用也。換言之。卽定作人縱令自行修補。亦不得向承攬人請求償還修補之必要費用。不過定作人仍得按照第四百九十四條及第四百九十五條解除契約或請求

減少報酬。並請求損害賠償。

(2) 解除契約權及減少報酬請求權 定作人得行使此等權利者。據民法第四百九十四條之規定。約有三種情形。(一) 承攬人不於第四百九十三條第一項所定期限內修補瑕疵時。(二) 承攬人依第四百九十三條第三項拒絕修補時。(三) 工作瑕疵不能修補時。

定作人在上述三種情形之下。得自由權衡其利害。就解除契約及請求減少報酬兩者擇一爲之。但有下列情形之一。定作人祇能減少報酬。不得解除契約。(一) 瑕疵非重要者。工作之瑕疵既非重要。則謂求減少報酬。卽足以償定作人之失。且使承攬人因不關重要之瑕疵。而遭解除契約之累。亦有違交易上之公平。故法律上不許定作人解除契約。(二) 工作爲建築物或其他土地上之工作物者。蓋以此等工作物。若許解除契約。則恢復原狀。多屬不易。縱令能之。而承攬人之受損失。固不待言。卽社會經濟上。亦將受莫大之不利。

(3) 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

作人除依第四百九十三條及第四百九十四條之規定。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（四九五條）在第四百九十三條及第四百九十四條之規定。定作人就工作之瑕疵。其所以僅得請求修補。或解除契約。或請求減少報酬者。原不以其事由是否應歸承攬人負責爲限。此項必須因可歸責於承攬人之事由。致工作發生瑕疵者始得同時又有損害賠償請求權。

○ 担保責任之免除。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。承攬人得免除前述之担保責任（四九六條前段）蓋以瑕疵之所由生。既係基於定作人方面之事由。自不能再歸承攬人負責。此項規定。祇以瑕疵基於定作人之事由而生爲已足。其定作人之爲善意或惡意。以及承攬人是否因過失而不知其材料或指示之不適當。均非所問。惟承攬人明知其材料或指示不適當。而不告知定作人者。換言之。卽非因過失而不知。乃係明知而故意不告知者。則不能免除責任（四九六條後段）

D 担保責任期限之限制 承攬人雖應負瑕疵担保責任。但亦不能漫無期限之限制。民法關於此項期限之限制規定。可分爲四種說明之。

(1) 一般工作瑕疵之責任期限 一般工作之瑕疵。其担保責任期限爲一年。在工作交付後。經過一年始發見者。定作人不得再主張前述之各項權利。如工作無須交付者。其一年之期間。自工作完成時起算。(四九八條一項二項)

(2) 特別工作瑕疵之責任期限 特別工作者。即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是也。此項工作。其瑕疵担保責任延爲五年。(四九九條)

以上(1)(2)兩種期限。得由當事人以特約加長。但不得減短。(五〇一條)

(3) 承攬人有惡意時之責任期限 承攬人明知工作有瑕疵。故意不告知定作人者。即係一種惡意之欺詐。故法律將其責任期限。特爲延長。其前述(1)項之一年期限。延爲五年。(2)項之五年期限。延爲十年。(五〇〇條)

(4) 定作人發見疵瑕後之責任期限。定作人之瑕疵修補請求權。修補費用償還請求權。減少報酬請求權或契約解除權。均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅。(五一四條) 前述各項期限。是指定作人得於發見後主張其權利之期限而言。此則係指定作人已發見後得以行使其權利之期限而言。前者因各項情形。而責任期限各有長短。此則無論屬於何項情形。均為一年。蓋以事實既已明白。即不必有長短之不同也。

Ⓔ 定作人之瑕疵預防請求權。承攬人不僅就完成之工作。應負瑕疵担保責任已也。其工作進行中。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。則定作人得使第三人改善或繼續其工作。凡此時所生之危險及所需之費用。均由承攬人負擔。(四九七條)

第二 定作人之權利義務

(甲) 給付報酬之義務。給付報酬之義務。爲定作人之主要義務。關於報酬之種類。額數等。已述於前。茲僅就報酬給付之時期及報酬概數之估計兩者述明於下。

A 報酬給付之時期。報酬給付之時期如何原可由當事人任意約定。之惟無此特約時。則應按照民法第五百另五條之規定。(一) 工作須交付者。報酬應於交付時給付。(二) 工作無須交付者。報酬應於工作完成時給付。(三) 工作係分部交付。而報酬係就各部分定之者。報酬應於工作每部分交付時。分就該部分給付。

B 報酬概數之估計。依工作之性質。於訂立契約時。未能具體的算定報酬之額數者。自由由當事人僅就概數估計之。惟僅估計其概數時。如因非可歸責於定作人之事由。而超過概數甚鉅者。定作人得於工作進行中或完成後解除契約。(五〇六條一項) 惟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時。則又當分別下列情形處理之。(一) 工作已完

成者。定作人僅得請求相當的減少報酬。不得解除契約。(二)工作物尙未完
成者。定作人則得通知承攬人停止工作。並得解除契約。(五〇六條二項)
定作人依前述各種情形而解除契約時。對於承攬人應賠償相當之損害。(一
五〇六條三項)蓋以既爲定作人利益。而許定作人解除契約。同時對於承
攬人之損害。亦不得有以補償之也。承攬人此項損害賠償請求權。於解除
契約後一年內若不行使。即歸消滅。(五一四條二項)

(乙)工作完成之協助義務 凡工作必須賴定作人之行爲始能完成者。定作
人即負有協助之義務。如定作人不盡此協助義務而爲其行爲時。承攬人得
先定相當期限。催告定作人爲之。如定作人不於其期限內爲之時。即得解除
契約。(五〇七條一項二項)承攬人此項解除契約權。自催告所定期限屆
滿後一年內若不行使。即歸消滅。(五一四條二項)

(丙)工作受領之義務 在工作無須交付者。其工作完成時。即視爲受領。自不
生受領義務之問題。至必須交付之工作。在他國固有規定受領義務者。(德

民六四〇條。而我國民法則無此項明文。因之除有特約外。定作人僅有受領之權利。並無受領之義務。此時定作人如不為受領。惟負債權人受領遲延之責。而不負債務人遲延責任。

(丁)危險負擔 危險負擔。本不屬於定作人之義務。因其與給付報酬及工作受領之義務有關。故附述於此。關於承攬之危險負擔問題。據民法之規定。可以分為兩種說明之。(一)因不可歸責於雙方之事由而生之危險。(二)因可歸責於定作人之事由而生之危險。

A 因不可責於雙方之事由而生之危險 此處所謂危險。指工作毀損滅失之危險而言。其危險在定作人受領工作前。由承攬人負擔。如定作人受領遲延者。其危險由定作人負擔。(五〇八條一項) 在由承攬人負擔危險者。而承攬人即不能就其工作而請求給付報酬。在由定作人負擔危險者。而定作人即不能免給付報酬之義務。

至定作人所供給之材料。因不可抗力(即不可歸責於雙方之事由)而毀損

滅失者。承攬人亦不負其責（五〇八條二項）。

B 因可歸責於定作人之事由而生之危險。此處所謂危險。不僅指工作毀損滅失而言。而工作之不能完成（如砍伐森林工作中途被人阻止而不能完成之類）亦包含在內。此項工作毀損滅失或不能完成之危險。於定作人受領工作前。因定作人所供給材料之瑕疵。或其指示不適當而生者。承攬人如及時將材料之瑕疵。或指示不適當之情事。通知定作人時。得請求給付其已服勞務之報酬並償還其墊款。此尙係指定作人未有過失而言。如有過失者（如誤以他人森林爲己有而使承攬人砍伐之類）並得請求損害賠償（五〇九條）。

以上A B 兩款所謂受領。自係指可以交付之工作而言。如依工作之性質。無須交付者。即以工作完成時視爲受領（五一〇條）。

第三節 承攬契約之消滅

第一 解除契約

(甲)定作人解除契約 定作人得解除契約者有四種情形。(一)工作有瑕疵。承攬人不於相當期限內而為修補。或需費過鉅而拒絕修補。或修補不能者。惟工作為建築物或其他土地上之工作物。則不得解除契約。(四九四條)

(二)以特定期限內完成或交付工作為契約要素而不能如期完成者。(五〇二條二項)。(三)因可歸責於承攬人之事由遲延工作。而預見不能如期完成者。(五〇三條)。(四)報酬因非可歸責於定作人之事由而超過預計之報酬概數者。(五〇六條)

(乙)承攬人解除契約 工作必須有定作人之協助行為始能完成者。如定作人不應承攬人之催告而為協助時。承攬人得解除契約。(五〇七條二項)

第二 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。(五一一條) 本條規定。專為定作人之便利而設。蓋以定作人如果不欲完成工作。法律自毋庸加以強制也。

第三 承攬人死亡及不能完成工作

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。此時工作已完成之部分。於定作人爲有用者。定作人有受領及給付相當報酬之義務（五一二條）

至定作人死亡時。如工作係以滿足定作人本身需要爲契約要素者。其契約之應終止。亦不待言。

第四 定作人破產

定作人受破產宣告時。承攬人或破產管財人能否解除契約。我民法未有明文。破產法草案第八十五條。則已明定可以解除契約。此時承攬人得就其已爲工作部分之報酬及其他費用。爲破產債權者而行使其權利。

第九章 出版

第一節 出版之性質

出版者。乃當事人約定一方以文藝學術或美術之著作物。爲出版而交付於他方。他方擔任印刷及發行之契約也（五一五條）。務定爲出版而交付著作物之一方。民法上稱爲出版權授與人。約定擔任及印刷發行之一方。則稱爲出版人。茲就其性質分述於下。

第一 出版爲契約

（甲）出版爲諾成契約且爲不要式契約。出版契約，祇須雙方當事人意思一致。不必實行給付。並且口頭約定即可。不必訂以書面。故爲諾成且不要式契約。

（乙）出版爲雙務契約且多爲有償契約。出版契約成立後。一方負交付著作物之義務。一方負印刷發行之義務。其爲雙務契約。自不待言。至於給付報酬與否。純由當事人自由約定之。其約定給付報酬者。卽爲有償契約。否則爲無償契約。

第二 出版係一方（出版權授與人）以文藝學術或美術之著作物。爲出版而交

付於他方之契約

(甲)著作物之種類。著作物者。係以某一定之形式。而向外部所表白之個人的思想感情也。簡言之。即爲個人之精神的產物。其種類有屬於文藝者。有屬於學術者。有屬於美術者。惟其可以成爲出版契約之標的者。須以得爲著作權客體者爲限。如關於社會公共利益之著作物(如公文書等)以及法律禁止發行之著作物等(參照著作權二〇條及二二條)既不能成爲著作權。亦即不能爲出版契約之標的。

何謂著作權？即著作人就其著作物所享有之排他的利用權也。關於著作權。在他國立法例。本有認爲一有著作。即當然發生者(如日本不必註冊)在我國則非由內政部註冊後。不能有著作權(參照著作權法第一條)。

(乙)出版權授與人。出版權授與人者。即授與出版權於出版人之人。就一般情形言。在出版契約。其授與著作物之出版權於出版人者。本多爲著作人。惟著作權可以讓與或繼承。其讓受人或繼承人與人締結出版契約者。自亦有

之。故僅稱爲出版權授與人而不稱爲著作人。

(丙)爲出版而交付著作物。所謂爲出版者。即允許他人出版也。在享有著作物著作權之人。欲利用著作物以求獲得收益。祇有兩途。一係自己利用。一係允許他人利用。但享有著作權者本人。因其未有相當之設備與經驗。大概多係允許他人利用爲常。出版。係利用著作物方法之一。故爲出版而交付著作物於他人者。即爲一般通例。

第三 出版係他方担任印刷及發行之契約

(甲)印刷及發行。印刷及發行。總稱曰出版。印刷者。即用機械或印板及其他化學方法製成文書圖畫之謂。發行者。即出售或散發之謂。散發係無償向公衆散佈。出售係有償向公衆售賣。在出版契約之出版人所擔任之發行。大抵多係有償售賣。

(乙)担任印刷及發行。担任印刷及發行之人。即名曰出版人。所謂担任者。即出版時之一切費用及方法。由出版人負擔並計畫之。出版後之一切利益或

損失亦全屬於出版人。而與出版權授與人無涉也。惟當事人曾特約給付報酬者。其計算報酬之方法。如係依出版物銷行之多寡而定時。則出版人因銷路不旺而受損失。其出版權授與人之連帶受損。自不待言。

第二節 出版之効力

第一 出版權授與人之義務

(甲) 交付著作物之義務 出版權授與人與出版人締結出版契約。其目的即在使出版人以出版之方法利用其著作物。故出版權授與人之交付著作物。即爲其主要之義務。惟著作物之交付。

(乙) 移轉必要權利之義務 必要權利者。乃實行出版契約所必要之權利也。此項必要權利。即係對於著作物之排他的出版權。亦即著作權法所稱專有重製之權利。著作物專有重製之權利。本爲著作人所享有。但出版契約。既在使用出版人以出版之方法。而利用其著作物。若不以此項權利。移轉於出版人。則出版人即有難以達到契約目的之勢。故民法特別明定「著作人之權

利於實行契約之必要範圍內移轉於出版人」(五一六條)

實行契約所必要之專有重製權。既須移轉於出版人。而出版權授與人於出版人得印行之出版物未賣完時。即不得就其著作物之全部或一部爲不利於出版人之處分(五一七條)。所謂不利於出版人之處分者。如以著作權讓與於第三人。或允許第三人爲出版之利用。或自己出版之類皆是。

惟移轉之權利。既以實行契約所必要者爲限。則非屬於必要範圍內者。自不受其限制。故對於著作權之翻譯權。仍當歸出版權授與人享有之。換言之。即締結出版契約後。除有特約外。出版權授與人。仍得以他國交字翻譯其著作物而利用之也。(五二二條)

(丙)拍保責任。出版權授與人。既與出版人締結契約。而以出版權授與之。即應於契約成立時。担保自己有授與之權利。如著作物受法律之保護者。並應担保其有著作權(五一六條二項)

(丁)曾經出版或公表之告知之義務。出版權授與人已將著作物之全部或

一部交付第三人出版。或雖非自己交付。而第三人公表已爲自己所明知者。應於契約成立前。將其情事告知出版人（五一六條三項）。

第二 出版人之義務

（甲）印刷及發行之義務 印刷及發行。一方係出版人本身之權利。而出版權授與人不能防止之。而令其不印刷不發行。一方又係出版人對於出版權授與人所負之義務。而出版人亦不能擱置之。而不印刷不發行。惟印刷及發行。尙應注意於下列幾點。

A 應以適當格式印刷著作物 格式如不適當。而形式卽不雅觀。於銷路上必生影響。此時對於出版人固屬不利。而出版權授與人亦當受損。故民法明定須以適當格式印刷著作物（五一九條二項前段）。

B 應出必要廣告及用通常方法推銷 欲求出版物之銷路暢旺。自非有必要廣告及通常推銷方法（如折價批發之類）不可。故民法亦明定之（五一九條二項後段）。

C 賣價不得過高。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（五一九條三項）。

（乙）不得增減變更或分合著作物之義務。對於著作物加以增減變更或分合。則有損著作物之價值。

著作人所有之著作物。一面係財產權。一面又具有人格權之性質。財產權可以授與於人。而使人使用處分。人格權則不能授與之。如果由出版人爲有損價值之增減變更或分合。即是對於不能授與之人格權（名譽權）而加以一種侵害。故爲法律所限制。（五二一條）。

（丙）給付報酬之義務。如前所述。出版契約。有約定給付報酬者。亦有不給付報酬者。在約定給付報酬時。出版人對於出版權授與人。卽有給付報酬之義務。惟雖未約付報酬。如依情形。非受報酬。卽不爲著作物之交付者。亦視爲允與報酬（五二三條一項）。此時出版人仍有給付報酬之義務。茲將報酬之種類。額數及支付時期分述於下。

A 報酬之種類 報酬之給付固多以金錢爲主。然金錢以外有財產價值之物。自亦可作爲報酬給付之。

B 報酬之額數 通常多以頁數字數或部數爲決定額數之標準。然亦有依出版物銷行多寡或定價比例而定之者。

C 報酬給付之時期 報酬給付之時期如當事人已約定者。自應依其特約。未有特約時。則視著作物之爲全部出版或分部出版而定之。全部出版者。於其全部印刷完畢時。給付報酬。分部出版者。於其各部分印刷完畢時。給付報酬。

(五二四條一項)

惟報酬之全部或一部。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。(五二四條二項)

(丁) 遵守約定版數之義務 當事人未約定版數(或僅約定一版)者。出版人僅得出一版。(五一八條) 若出版人依約得出數版或永遠出版者。則於前版之出版物賣完後。即應續出新版。如果怠於新版之印刷時。出版權授與人。

得聲請法院。令出版人於一定期限內。再新出版。逾期不遵行者。喪失其出版權（五一八條）。

至於續出新版之報酬及其者出版之條件。如當事人間有特約時。則依其特約。否則推定與前版相同。（五二三條二項）。

（戊）容許訂正或修改之義務。著作物之妥善與否。於著作人之人格權有重要之關係。在著作人認為必須訂正或修改時。出版人自不得拒絕。故民法明定著作人於不妨害出版人之利益。或增加其責任之範圍內。得訂正或修改其著作物。但對於出版人因此所生不可預見之費用。應負賠償責任（五二〇條）。

出版人對於著作人之訂定或修改。不僅不得拒絕已也。並應於印刷新版前。予著作人有可以訂正或修改著作物之機會。（五二〇條二項）。

（己）危險負擔。著作物交付出版人後。因不可抗力致滅失者。出版人仍負給付報酬之義務（五二五條一項前段）。此即由出版人負擔危險也。惟著作

人另存有稿本者。此時有將該稿本交付於出版人之義務。無稿本時。如著作人不多費勞力。即可重作者。此時亦應重作之。（五二五條一項後段）蓋以危險雖應由出版人負擔。但在可能範圍以內。亦應就出版人之利益予以保護也。

惟著作人如因作著作物之滅失以及另交稿本或重作等情形而受有損害時。又得請求相當之賠償（五二五條二項）此即一方既須顧及出版人之利益。一方又須使著作人不受損害也。

以上係就著作物之滅失而言。至印刷完畢之出版物。於發行前因不可抗力致全部或一部滅失者。又將若何？此時因有紙版或著作物原稿存在（無者應依著作物滅失之規定。自不待言）出版人即得以自己之費用。就滅失之出版物。補行出版。不過既是補行出版。則除就一版計算報酬外。其已經滅失之前版出版物。自無須對於出版權授與人。補給報酬（五二六條）

第三節 出版契約之消滅

出版契約除因有一般法律行爲共通之消滅原因而消滅外，尚有下列幾種特別原因。

第一 出版人得印行之出版物已賣完時

當事人約定出版人得以印行之一版或數版，以及每版若干部之出版物已賣完時，其出版契約關係當然消滅。惟約定以年月爲出版契約有效之期限者，權如果年月已屆，雖出版物尙未賣完，契約亦應終了。此時未賣完之出版物，所有雖屬之於出版人，但已受著作權之限制，而不能再事發行。

第二 著作物滅失

著作物交付於出版人後，因不可抗力而滅失，且著作人另無存稿，復不能重作者，除由出版人負擔危險外，其契約自然消滅。

第三 著作物完成不能

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時，其出版契約關係消滅（五二七條一項）。不過出版契約關係之全部或

一部之繼續。爲可能且公平者。法院得許其繼續。並命爲必要之處置（五二七條二項）。所謂可能且公平者。如由繼承人。或他人補行作成。毫無妨障時。卽是尙有可能。又如未完成之部分。無關重要。而出版尙有價值時。卽不失爲公平。所謂必要處置者。如變更契約內容之類是。

第十章 委任

第一節 委任之性質

委任者。乃當事人約定一方委託他方處理事務。他方允爲處理之契約也（五二八條）。委託處理事務之一方。民法上稱爲委任人。允爲處理之一方。則稱爲受任人。茲就委任之性質拆明如次。

第一 委任爲契約。

（甲）委任爲諾成契約。且爲不要式契約。委任一經當事人間意思表示一致。卽行成立。自爲諾成契約。而且不必須何種方式。故又爲不要式契約。固然某

種委任。亦有常用委任狀者（如訴訟委任之類）。但此不過爲一種證明方法。並非法律上必要之方式。又民法五百三十一條雖明定委任處理之法律行爲。依法應以文字爲之者（如民法四二二條不動產租賃契約）。其處理權之授與。亦應以文字爲之。但處理權之授與。應解爲與訂立委任契約爲兩事。此時授與處理權。固然應照該法律行爲之爲要式。而爲一種要式行爲。然委任契約本身。則仍不必要式也。

（乙）委任原則爲無償契約並片務契約。民法五百四十七條規定除依習慣或依委任事務之性質應給與報酬者外。如當事人未有約定時。卽不得請求報酬。此可謂委任在原則上是無償並片務契約也。

第二 委任係一方委託他方處理事務之契約。

（甲）事務。可爲委任契約之標的者。須爲法律行爲之事務。我民法第五百三十一條已經明定。惟關於事實行爲。雖不能成立委任契約。但以處理此項事務爲標的而委託他人時。則可稱爲準委任。而適用關於委任之規定。我民法

雖未如他國立法例而有此項明文（日民六五條有非法律行爲之事務委託。準用委任之規定。）然據第五百二十條規定『關於勞務給付之契約。不屬於法律所定其他契約之種類者。適用關於委任之規定。』即是承認法律行爲外之事實上勞務給付契約。如不屬於其他契約範圍之內。即可視爲準委任也。故委託會計師清理帳目。委託律師辦理訴訟。以及委託醫生診病。教師教讀等。均可稱之爲一種準委任。

（乙）處理事務 所謂處理事務者。即對於某事務而處置整理之謂。就處理二字細玩之。多少含有獨立裁量之意。然謂獨立裁量者。並非絕對的獨立不受拘束也。若委任人有所指示者。尙須依委任人之指示而處理之（五三五條參照）不過受任人亦不完全受其監督。而自己可以參加其意見耳。

處理事務爲委任契約之目的。因之即與雇傭及承攬均不相同。雇傭以供給勞務爲目的。承攬以完成工作爲目的。而委任則以處理事務爲目的。此乃三者不同之主要點。且受僱人之供給勞務。須受僱用人之監督。而受任人處理事務。則

不必受委任人之監督。又承攬人原則上不必自己完成工作。受任人則以自己處理事務爲原則（五三七條）亦爲委任與僱傭及承攬不同之處也。

（丙）委託 委託者。事務之付託也。在委任契約之事務付託。係以信任關係爲唯一之要素。其信任喪失時。即可隨時解除契約（五四九條參照）

第三 委任係他方允爲處理事務之契約

委任契約。必須一方委託。一方允諾。始得成立。此與代理權授與不同之點也。代理係代理人以本人之名義。與第三人爲法律行爲。而爲一種外部關係。其代理權授與。僅有本人授權行爲之一方意思時。即可生效。委任係受任人以受任人之名義。爲委任人處理事務。而爲一種內都關係。其委任契約。非有雙方意思一致。不能生效。兩者性質既不相同。故受任人。不能即認爲委任人之代理人。如受任人對外代理本人而爲代理行爲時。尙須有委任人爲代理權之授與。否則不發生代理關係。

如上所述。委任固須受任人允諾。始得有效成立。但未向委任人直接表示允諾

意思。而僅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。不即爲拒絕之通知時。視爲允受委託（五三〇條）。

第二節 委任之效力

第一 受任人之義務

（甲）處理事務之義務 處理事務之義務。爲受任人主要之義務。茲就其應行注意之點分述於下。

A 處理事務之權限 關於受任人處理事務之權限如何。應依委任契約之訂定。未訂定者。依其委任事務之性質定之（五三二條一項）。惟委任人對於事務之委任。原不必就事務之單位而一一特定之。其特別指定一項或數項事務而爲特別委任。或不特別指定。而惟就一切事務而爲概括委任。均無不可（五三二條一項）。

在受任人受特別委任者。其就委任事務之處理。得爲本人爲一切必要之行為（五三三條）。

在受任人受概括受任者。除須有特別授權之行爲外。得爲本人爲一切法律行爲（五三四條）。所謂須有特別授權之行爲。據民法第五百三十四條所列舉者。計有六款。（一）不動產之出賣或設定負擔。（二）不動產之租賃。其期限逾二年者。（三）贈與。（四）和解。（五）起訴。（六）提付仲裁。蓋以此等行爲。均與委任人之權利有重大之關係。故非經委任人特別授權不可。

B 應依委任人之指示。受任人爲委任人而處理事務。自應尊重委任人之意思。如有指示時。當然須依其指示行之（五三五條前段）。蓋以處理事務之結果。其利害均係由委任人承擔。固然如前面所述。受任人雖得對於委任事務。而獨立裁量之。但決非可以於違反委任人指示之下而獨立裁量也。惟遇有急迫情事。並推定委任人知有此情事時。亦將允許變更其指示者。則委任人可以變更之。如或不然。即令受任人認爲必須變更。亦當以其意見報告於委任人。以待其決定。萬不得逕行予以變更（參照五三六條）。

C 處理事務時之注意。受任人處理委任事務。其應爲一種注意。自所應然。惟

其注意程度如何？則因有無報酬而異。受有報酬者，應爲善良管理人之注意。未受報酬者，亦須與處理自己事務爲同一之注意（五三五條）。

D 受任人須自己處理事務。受任人對於委任事務，須受任人自己處理之。此委任與承攬不同，而與雇傭相同之點，惟有下列情形之一：得使第三人代爲處理（即複委任）（一）經委任人之同意；（二）另有習慣；（三）有不得已之事由（五三七條）。

據上所述，受任人得使第三人代爲處理事務者，謹以上列三種情形爲限。若受任人違反此種情形，而使第三人代爲處理事務者，受任人應就該第三人之行爲，負與自己處理事務時之同一責任（五三八條一項）。如使第三人代爲處理事務，係依照前述三種情形而爲之者，則僅就第三人之選任及其對於第三人所爲之指示，負其責任（五三八條二項）。換言之，即僅因用人不當或指示不當而不能履行契約時，應由受任人負責也。又受任人使第三人代爲處理委任事務時，委任人對於第三人關於委任事務之履行，有直接

請求權。(五三九條)蓋以此時第三人所處理之事務。雖係由於受任人之委託。却仍屬委任人之事務。因之第三人即須對於委任人負處理之義務。而使委任人有直接請求履行之權。

(乙)報告之義務 民法第五百四十條規定。受任人應將委任事務進行之狀況。報告委任人。委任關係終止時。應明確報告其顛末。據此規定觀之。受任人負有兩種報告義務。一係事務進行中之報告。一係委任關係終止時之報告。蓋以在事務進行之中。其進行狀況如何。不問委任人有無請求。均須告知於委任人。以便得為相當之計畫。而予以指示。至委任關係終止之時。受任人一面須表明自己之責任。一面須使委任人明瞭其結果。故又當明確報告其顛末。

(丙)交付金錢物品及孳息之義務 受任人因處理委任事務。其所收取之金錢物品及孳息。須交付於委任人。(五四一條一項)

(丁)移轉權利之義務 民法第五百四十一條第二項。受任人以自己之名義

爲委任人取得之權利。應移轉於委任人。在受任人處理委任事務時。如已有代理權之授與。則爲委任人取得權利。卽以委任人名義行之。無代理權之授與。卽以受任人自己之名義行之。前者當然爲委任人所取得。不生權利移轉之問題。後者則受任人須對於委任人爲權利之移轉。

(戊) 支付利息及賠償損害之義務。受任人爲自己之利益。使用應交付於委任人之金錢。或使用應爲委任人利益而使用之金錢者。應自使用之日起支付利息。如有損害。並應賠償。(五四二條)

(己) 過失或越權之責任。民法第五百四十四條所規定之受任人此項責任。與民法第五百三十五條規定注意程度相似。彼係以有償無償爲注意程度之標準。此則係以有償無償爲責任輕重之標準。茲述於下。

A 受任人因處理事務有過失。或因逾越權限之行爲所生之損害。對於委任人應負賠償之責。(五四四條一項) 此項規定。與同條第二項比較。自係就有償之委任而言。所謂過失所生損害。卽是違反第五百三十五條所定善良管

理人注意之義務而使委任人受有損害。所謂逾越權限所生損害。即是逾越第五百三十二條至五百三十四條所定之權限而使委任人受有損害。二者如有其一。即須賠償。

B 委任爲無償者。受任人謹就重大過失。負過失責任（五四四條二項）據五百三十五條規定。無償委任。原只應與處理自己事務爲同一之注意。所謂重大過失者。即是違反此項注意之義務也。故無償委任之過失責任。亦謹以重大過失爲限。

第二 委任人之義務。

（甲）不得讓與處理事務請求權於第三人之事務。委任係基於信任關係而來。受任人固不得隨意使第三人代爲處理事務。而委任人亦不得以對於受任人處理委任事務之請求權。隨意讓與第三人。如欲讓與時。必須經受任人之同意而後可（五四三條）。

（乙）預付必要費用之義務。委任人因受任人之請求。應預付處理委任事務

之必要費用（五四五條）此項費用祇須為處理委任事務所必要。委任人於受任人請求後。即負有預付之義務。不得藉口受任人尙未着手於事務之處理而拒絕之。

（丙）償還必要費用之義務 委任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（五四六條一項）

（丁）清償受任人債務之義務 受任人因處理委任事務負擔必要債務者。得請求委任人代其清償。未至清償期者。得請求委任人提出相當担保（五四六條二項）

（戊）賠償損害之義務 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（五四六條三項）委任人此項損害賠償責任。係一種結果責任。而不是過失責任。故祇須具備（一）係處理委任事務而生之損害。（二）係因非可歸責於受任人之事由兩種要件。受任人即可向委任人請求賠償損害。而委任人有無過失。則可不問。惟條文祇云「受任人

處理委任義務。』究竟是「當」處理事務時。不問是否與處理事務有關之損害。均得請求賠償。抑僅「因」處理事務之故而發生之損害。始得請求賠償。余以為得請求賠償者。須為「因」處理事務而生之損害。換言之。即損害與處理事務須有因果之關係。

(巳)給付報酬之義務 委任契約並不以給付報酬為要件。故給付報酬亦非委任人主要之義務。惟(一)有給付報酬特約時。(二)依習慣應給與報酬時。(三)依委任事務性質應給與報酬時。委任人始負有給付報酬之義務。茲就報酬之種類及給付時期。並委任關係中途終止時之報酬三點。說明於下。

A 報酬之種類 關於報酬之種類。原不必以金錢為限。其他物品。亦得行之。惟以供給勞務為報酬時。則為委任與雇傭之混合契約。以物之使用收益為報酬時。則為委任與租賃之混合契約。

B 報酬給付之時期。受任人應受報酬者。除契約另有訂定外。非於委任關係終止及為明確報告顯末後。不得請求給付。(五四八條一項)

C 委任關係中途終止時之報酬。受任人應受報酬者。其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份。請求報酬（五四八條二項）。所謂就其已處理之部份請求報酬者。即按照已費勞力之比例而請求之也。委任關係之中途終止。既因非可歸責於受任人之事由而來。此項已費勞力之部分。自以許其請求報酬。較爲公允。惟因可歸責於受任人之事由而終止者。則受任人當然不能請求之。

第三節 委任契約之消滅

第一 委任消滅之事由。

委任契約，除基於委任事務消滅，事務處理不能，期間滿了，解除條件成就等一般原因而消滅外，尚有左列特別之消滅事由。

（甲）終止契約。委任既以信任關係爲主。故民法承認雙方當事人。有隨時終止契約之權（五四九條一項）。所謂隨時者。即不必有不得已事由。而任何時期。均得通知終止契約也。惟當事人一方。於不利於他方之時期終止契約。

者。除因非可歸責於該當事人之事由致不得不終止契約外。應負損害賠償責任。(五四九條二項)

(乙)當事人死亡破產或喪失能力。委任關係。因當事人一方死亡破產或喪失行為能力而消滅(五五〇條前段)。蓋以當事人一方死亡。則以信任關係為基礎之委任關係。自不便由他人繼續之。故必須因之而消滅。又當事人一方破產。其信任關係。亦有變更。且破產者屬於委任人時。已無管理及處分財產之權(其權歸破產管財人)。故委任關係。亦當因之而消滅。至當事人一方喪失行為能力時。如此項情形屬於受任人方面。則受任人已不能為善良管理人之注意。屬於委任人方面。則委任人已難對受任人處理事務而盡監督之能事。故亦非使委任關係因而消滅不可。

惟當事人雙方訂有特約不能消滅。或因委任事務之性質不能消滅者。則雖有一方死亡破產。或喪失行為能力。仍不能消滅之。(五五〇條)

第二 委任消滅時之防止損害

在委任關係消滅時。民法上規定防止損害之方法有二。(一)係消滅時之繼續處理。(二)係消滅時之視為存續。

(甲)消滅時之繼續處理 因當事人一方死亡破產或喪失行為能力而消滅委任關係。如有損害委任人利益之虞時。受任人或其繼承人。或其法定代理人。於委任人或其繼承人。或其法定代理人能接受委任事務前。應繼續處理其事務。(五五一條) 此條專為保護委任人利益而設。蓋以委任關係消滅之事由發生後。若使即時消滅其委任關係。則遇有必須處理之事務。必至因委任人或其繼承人。或其法定代理人尚未接受。而無人處理之故。致受不測之損害。故民法特規定受任人或其繼承人。或其法定代理人。應繼續處理其事務。

(乙)消滅時之視為存續 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。或可得而知其事由前。委任關係視為存續。(五五二條) 此條係為保護雙方利益而設。蓋以一方發生委任關係消滅之事由後。他方

既不知之或不可得而知之。自然是持着委任關係未消滅前之態度無疑。若遽認委任關係不能存續，必將有令一方受其損害之虞。

第十一章 經理人及代辦商

第一節 經理人

第一項 經理人之性質

經理人者。謂有爲商號管理事務及爲其簽名之權利之人也（五五三條一項）。茲就其性質分析如下。

第一 經理人係受商號所選任之人。

商號者。商人營業之名稱也。所謂商號選任者。即是商號所有人（一般稱爲號東）選任之意。惟此項選任人（即商業所有人）與被選人（即經理人）間之法律關係。究竟如何？在日本商法及我國前商人通例。是以經理人認爲商業使用人。因之經理人與商業所有人間之法律關係。即爲一種雇傭契約關係。即爲與

經理權授與行爲相結合之雇傭契約關係。惟現在民法。則仿德國商法之例。僅以經理人是具有經理權之人。並未規定爲商業使用人。因之兩者間之法律關係。卽不能完全謂爲一種雇傭關係。故商業所有人選任經理人之行爲。有本於雇傭契約者。亦有本於委任。承攬等契約者。

第二 經理人係有爲商號管理事務及代其簽名之權利之人。

爲商號管理事務及代商號簽名之權。卽是經理權。此項權利。惟經理人有之。其餘商號夥友等。自不能有此權利。所謂爲商號管理事務云者。卽指對於與商號營業有關之一切事務而爲管理而言。不問商號之內部關係事項。抑不問商號之外部關係事項。不問審判外之事項。抑不問審判上之事項。均包含之。所謂代商號簽名云者。卽指商號與第三人之交易必須簽名時。由經理人代表爲之而言。此項簽名之權。是基於管理事務之權而來。既有管理事務之權。卽不得不許其有簽名之權。否則卽是對於經理權加以限制。而不能對抗善意之第三人（參照五五七條）。

第二項 經理權

第一 經理權授與之方式

經理權之授與。其方式如何。各國立法例。原不一致。德國商法及我國前商法草案。則規定須有明白之意思表示。瑞士債務法。則不必限於明示。即默示亦可。我國現行民法。係仿瑞士之例。其第五百五十三條第二項云。『經理權之授與。得以明示或默示爲之。』惟此項明示或默示之授權行爲。究爲單獨行爲（即商號所有人一方之意思表示）抑爲契約（即須商號所有人與經理人之合意）尙不無疑義。然就理論上言。經理權之授與。應與代理權之授與相同。而解爲單獨行爲。換言之。即授與經理權之基本法律關係。雖爲契約。而經理權之授與。則爲單獨行爲。

第二 經理權之範圍

關於經理權之範圍。乃係明白規定於法律之中者。而商號所有人。亦不能任意限制之。故經理權。謂之一種法定代理權。此即爲使一般之第三人。不必就每個

行爲。一一考查經理權之有無。祇須知其爲經理人。即可知其經理權之範圍。以便與之安心交易故也。茲述其範圍如左。

(甲)經理權得限定商號及其事務。民法第五百五十三條第三項。『經理權得限於管理商號事務之一部或商號之一分號或數分號。』經理人對於商號之經理權。本以管理商號全部事務爲原則。但在營業範圍較大之商號。而限定一經理人。僅有管理商務事務一部之經理權。自無不可。又經理人之經理權。本以管理一個商號爲原則。但商號所有人授權於一經理人。而管理一分號或數分號。亦無不可。

(乙)經理人有爲管理上一切必要行爲之權。民法第五百五十四條。『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。視爲其有爲管理上一切必要行爲之權。所謂商號或其分號或其事務之一部者。即商號所有人授權經理人所管理之商號或其分號或其事務之一部也。所謂管理上之一切必要行爲者。即與管理商號事務有關之一切行爲也。』經理人與第三人

之往來交易。如不逾越此項權限以外。其效力即能及於商號所有人。故關於管理商號事務之買賣物品。雇傭夥友。借貸金錢。發行期票等。經理人均能代表商號爲之。反之。如其行爲。不關於管理商號事務。而爲處分商號本身者。如商號之歇業或讓與。或設置分號等。則經理人無此代表之權。

又不動產之買賣或設定負擔（如抵押之類）因與商業所有人之利害關係較爲重大。須另有商業所有人書面之授權。經理人始得爲之。否則不能發生效力（五五四條二項）

（丙）經理人有爲訴訟上行爲之權。民法第五百五十五條。『經理人就所任之事務。視爲有代表商號爲原告或被告或其他一切訴訟上行爲之權。』關於訴訟上之行爲。其由他人代理時。原應由本人提出委任書後。方可行之。惟經理人就其所任之事務。則基於其法定權限。當然有代表商號爲此項行爲之權。不須特別委任。

（丁）共同經理權。所謂共同經理權者。即一個經理權而由數個經理人共有

之謂。蓋以每一商號。原不必以一個經理人爲限。有時亦得授權於數經理人。以使之共同行使其一經理權。惟經理權不問爲若干人共同行使。而對外簽名時。祇須二人爲之。即可對於商號發生効力（五五六條）。其所以承認共同經理者。原在使經理人互相牽制。以圖減少誤用或濫用經理權之弊。其所以承認二人簽名。卽生効力者。原在使事實上不生困難。以圖交易上之便利。

（戊）經理權之限制 經理權既爲法定代理權。因之商號所有人對於此項權限所加之限制。祇是商號所有人與經理人相互間之關係。祇能對抗知其限制者之第三人。若善意之第三人。則不得以之對抗之。惟法律明定得以限定範圍者。如第五百五十三條第三項（限於管理商號事務一部或商號之一分號或數分號）或須特別授權者。如第五百五十四條第二項（不動產買賣或設定負擔須書面授權）或得共同經理者。如第五十六條（商號得授權於數經理人）則雖爲善意之第三人。亦不必加以保護（五五七條）。蓋以此等情事。既爲法律所定。第三人既應就此加以注意。茲既不爲注意而與

之交易。當然可以認爲無効也。

第三項 經理人之競業禁止

經理人與商業所有人間之權利義務。自應依其內部關係決定之。惟民法對於經理人之忠實義務。曾有特別之規定。此即經理人之競業禁止規定是也。茲述於下。

(甲)競業禁止之範圍 日本商法規定經理人不得爲自己或第三人而爲一切商行爲。又不得爲一切公司之無限責任股東。其禁止之範圍較廣。然吾國民法。則仿瑞士之例。惟以經理人所經理之同類事業。或同類事業公司之無限責任股東爲限。(五六二條)

前述競業之禁止。原爲保護商號所有人之私人利益起見。如果商號所有人已經允許時。自爲法所不禁。(五六二條前段參照)所謂允許。毋須明示。即默示亦可。如商號所有人選任向營某業之人爲經理人。在選任時。並未表示禁止之意思。此即可認爲係默示之允許。

(乙)違反競業禁止之制裁 經理人有違反競業禁止之行爲時。其商號得請求因其行爲所得之利益。作爲損害賠償（五六三號一項）此卽對於經理人之制裁也。此項禁止之規定。在經理人原宜遵守。如有違反。商號所有人自請求損害賠償。惟究竟有無損害。以及損害程度如何。每每難以證明。故不如許其請求經理人因前項行爲所得之利益。作爲損害賠償。較爲簡捷。至此種請求權之行使。亦有相當之期限。自商號知有違反行爲時起。經過一個月。或自違反行爲時起。經過一年。如不行使時。其請求權卽歸消滅（五六三條二項）

第四項 經理權之消滅

經理權之授與。是隨同商號所有人與經理人之基本法律關係而來者。其基本法律關係消滅時。而經理權自亦因之而消滅。故如經理人之死亡。商號之歇業。或讓與等。得爲基本法律關係消滅之原因者。同時亦得爲經理權消滅之原因。惟商號歇業後。如商號所有人未明白將經理人辭任時。其經理人就歇業後之

事務而爲處理者。仍直接對於商號所有人發生効力（參照前大理院民國四
年上字一一一五號判例）

至於商號所有人之死亡。破產。或喪失能力時。據民法第五百六十四條規定。則
經理權不因之而消滅。惟經理權之授與。乃爲管理商號事務而爲之者。商務所
有人之死亡。或喪失能力。因其與商號事務。不生何種重大關係。其經理權之不
因而消滅。自係當然。若商號所有人已受破產宣告時。而商號事務。亦告停頓。其
經理權似以隨同消滅爲宜。民法定爲不得因而消滅。其理由何在。頗難索解。

第二節 代辦商

第一項 代辦商之性質

代辦商者。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人也（五五八條一項）代辦商此項辦
理事務之權限。民法上稱爲代辦權。茲就其性質分述於下。

第一 代辦商係非經理人。

代辦商與經理人。固然同爲特定商號之商業補助人。然兩者性質却異。經理人是立於商號從屬關係之下。而在商號組織範圍內以補助其商業者。至代辦商則無此項從屬關係。而獨立在商號組織外以補助之。故代辦商係非經理人。

第二 代辦商係受商號委託之人。

非受商號委託辦理事務者。雖有時亦用代辦商名稱。但非民法上之所謂代辦商（如農業、漁業、林業等補助人）。民法上所謂代辦商者。乃係受商號委託之人也。受商號委託云云。自係一方委託一方允受之意。當然是一種契約關係。惟此項代辦商契約在法律上之性質若何。原有委任、承攬、僱傭及獨立契約四說。余意我國民法。既已定明代辦商係受商號委託之人。則與委任契約之所謂委託與允受相同。且此項代辦商契約。其目的原在辦理商號事務。與委任契約之以處理事務爲目的者。亦無甚差異。因此。則代辦商契約。應以解作委任契約爲適當。除在本節有特別規定外。即可適用委任之規定。

第三 代辦商係於一定處所或一定區域內辦理商號事務之人。

經理人辦理商號事務。常在商號所有人之營業所。而代辦商則係於商號所有人之營業所以外。而在一定處所或一定區域內獨立辦理商號事務。所謂「於一定處所」者。即住居於特定地點之意。所謂「於一定區域內」者。即巡行於特定地段之意。

第四 代辦商係以商號名義辦理其事務全部或一部之人。在以商號名義爲他人辦事一點。是代辦商與後述行紀人相異之處。同時又係與經理人相同之處。惟經理人之管理事務。有一定之法定權限。非商號所得任意限制之。而代辦商之辦理事務。商號可以任意限定範圍。絕不發生不得對抗善意第三人之間題。

第二項 代辦權之範圍

代辦權之發生。係隨同代辦商契約之締結而來者。因之代辦權之範圍。其應依契約內容而決定之。自不待言。惟民法尙有下列兩種補充規定。

第一 有就代辦事務爲一切必要行爲之權。

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（五五八條二項）。對於第三人之關係。卽是對外關係。代辦事務。卽是商號所委託之事務。代辦商於此等事務之範圍內。祇須商號未特加限制。凡與其有關聯之一切必要行爲。其在對外關係上。均視爲有爲之之權。不得主張對於商號不生效力。

第二 必須書面授權代辦之事務。

代辦商除有書面之授權外。不得負擔票據上之義務。或爲消費借貸。或爲訴訟（五五八條三項）。如前項所述。代辦商在對外關係上。雖就代辦事務。有爲一切必要行爲之權。但此等行爲。縱令與代辦事務有關。惟因於商號利害關係太大。却非特別有書面之授權。不得爲之。

第三項 代辦商之權利義務

第一 報酬及費用償還請求權。

（甲）報酬請求權 代辦商爲商號辦理事務。原則上得請求商號給付報酬。其

報酬之種類額數及支付時期。自應依契約所定。無約定者則依習慣。無約定亦無習慣者。則依其代辦事務之重要程度及多寡定之（五六〇條）。

（乙）費用償還請求權。代辦商辦理商號事務所支出之必要費用。是否可以請求商號償還。以有無約定習慣為主。有約定者。則依約定請求償還。無約定者。亦得依習慣請求之。惟無約定亦無習慣時。除如前述得依辦事之程度及多寡請求報酬外。再不得請求費用之償還（五六〇條）。

第二 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。並應將其所為之交易。即時報告之（五五九條）。據此規定。其報告義務為二。一係報告與代辦事務有關之商業狀況。一係報告對於代辦事務所為之交易。前者須於辦理事務之進行中。隨時報告。後者須於已為交易時。即時報告。

第三 遵守競業禁止之義務

代辦商對於商號。亦與經理人相同。有遵守競業禁止之義務。其義務之內容及

違反義務之効力。並商號請求權之時效係與經理人同在民法第五百六十二條及五百六十三條一併規定者。關於此等情事。既已在經理人項下述之。自不必再爲贅述。

第四項 代辦權之消滅

代辦權之消滅。亦即代辦商契約之終了。代辦商契約。如前所述。原係一種委任契約。其契約之終了。即代辦權之消滅。自應適用一般委任契約之規定。惟民法對於代辦權之消滅。尚有下列之特別規定。

第一 終止契約

代辦權定有期限者。自應於期限屆滿時消滅。惟未定期限者。當事人之一任何一方。均得隨時終止契約。以消滅其代辦權。不過爲避免當事人於忽遭終止時發生不測之損害起見。而終止契約之一方。應於三個月前通知他方（五六一條一項）。

前項通知期限之規定。係就在通常情形之下終止契約而言。若有不得不終止

契約之特別事由發生而又不是歸責於終止契約之一方者。即得不必先期通知而終止之（五六一條二項）

第二 商號所有人之死亡破產或喪失行爲能力。

代辦權與經理權相同。亦不以商號所有人之死亡破產或喪失行爲能力而消滅。此兩者係合併規定在民法第五百六十四條之中。其立法理由。可參照前面經理權消滅項下之說明。

第十二章 居間

第一節 居間之性質

居間者。乃當事人約定一方爲他方報告訂約之機會。或爲訂約之媒介。他方結付報酬之契約也（五六五條）。約定報告訂約機會或爲訂約媒介之一方。民法稱爲居間人。約定給付報酬之一方。則稱爲委託人。茲就其性質分述於下。

第一 居間爲契約。

(甲)居間爲諾成契約且爲不要式契約。關於此點一觀條文自明毋庸多述。

(乙)居間爲有償契約，且爲雙務契約。居間契約一方以報告或媒介爲給付，一方給付報酬，其間顯有對價關係，故爲有償契約。而且此項給付於居間契約成立後，彼此均係負有義務，故又爲雙務契約。

(丙)居間爲獨立有名契約。居間契約究屬何種？學者間議論不一。有以爲居間人是就報告或媒介而供給勞務，應以居間屬於僱傭契約者。有以爲居間人之報告或媒介是處理委託之事務，應以之屬於委任契約者。有以爲居間人於當事人間契約不成立時，即不得請求報酬，應以之屬於承攬契約者。然就契約不成立，即不得請求報酬一點言之，居間不能認爲僱傭或委任契約，已不待言。但亦不能因之，即謂爲係承攬契約。蓋以承攬契約之工作完成，其權操之於承攬人，而居間人之爲報告或媒介，其契約成立與否（即工作完成與否）則完全由委託人決定，而非居間人所得自主也。居間既與僱傭委任或承攬契約不同，而且我國民法已規定爲獨立契約，自應認爲獨立的

有名契約之一種。

第二 居間係一方爲他方報告訂約機會或爲訂約媒介之契約。

報告訂約機會者。卽於某人無訂約之相對人時。爲之調查報告。便知其訂約之機會也。爲訂約媒介者。卽於某人已有訂約之相對人時。周旋於兩者之間。而爲之盡力於契約之成立也。此項報告訂約機會及盡力於契約成立。雖情形各有不同。然均可謂爲一種媒介。蓋一則爲訂約機會之媒介。一則爲成立契約之媒介也。故他國立法例（如日本）雖偏於成立契約方面。僅規定「居間人係就他人間之行爲而以媒介爲業之人。」但學者之解釋。仍以報告訂約機會。亦包含於媒介之中。

第三 居間係他方給付報酬之契約。

如前所述。居間原爲有償契約。故給付報酬。卽爲居間契約之要素。其不爲報酬之給付者。不能以民法上之居間論。惟婚姻契約。與一般契約不同。其本身既不許有涉於營利情事。而對於居間人。亦不許約定報酬。如有約定者。其約定卽爲

無效。(五七三條) 茲就報酬之合意額數及給付時期述明於下。

(甲) 報酬之合意 居間之報酬自以合意約定給付者方給付之。惟合意不必以明示爲限。即默示亦可。換言之。即依其情形。非受報酬。即不爲報告訂約機會或媒介者。視爲允與報酬。(五六六條一項)

(乙) 報酬之額數 報酬之額數。自以契約訂定爲原則。其未約定報酬額者。按照價目表所定給付之。無價目表者。按照習慣給付。(五六六條二項)

(丙) 給付之時期 報酬給付之時期。以契約有效成立後爲限。其契約未因居間人之報告或媒介而成立後。以及契約附有停止條件。而條件尙未成就前。居間人均不得請求報酬。(五六八條一項二項)

第二節 居間之效力

第一 居間人之義務

(甲) 報告訂約機會或爲媒介之義務 民法既定明居間係一方爲他方報告或媒介。而他方給付報酬之契約。則居間人之應負報告或媒介之義務。自不

待言。蓋以一般交易上之實際情況。委託人既已委託居間人就某種交易而為居間。當然預期其有相當之成功。若不使居間人負此義務。殊不足以保護委託人之利益。

(乙)報告訂約事項於各當事人之義務 居間行為原有一種中立性質。居間人一方固須為委託人計劃利益。同時又須就委託人的相對人之利益加以公平之考慮。故民法特定居間人關於訂約事項。應就其所知。據實報告於各當事人（五六七條前段）。此即為求居間人在公平之立場上。以顧及雙方當事人之利益起見。故不得不使之負擔此項報告之義務也。

(丙)不得濫為媒介之義務 對於顯無支付能力之人。或知其無訂立該約能力之人。不得為其媒介（五六七條後段）。此亦為保護雙方當事人之利益而設。不問委任人或其相對人顯無支付能力或無訂約能力。均應不予媒介。

(丁)隱名之義務 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（五七五條一項）。當事人間之交易。本係

以互通姓名或商號爲常。但當事人有不願告知時。居間人自應依其指示行之。

居間人不以當事人一方之姓名或商號告知相對人時。應就該方當事人由契約所生之義務。自己負履行之責。並得爲其受領給付。（五七五條二項）據民法第五百七十四條規定。居間人就其媒介所成立之契約。原則上本無爲當事人給付或受領給付之權。然居間人既未以一方之姓名或商號告知他方。而他方即無從直接請求履行。或爲給付。此時自非由居間人代爲履行義務。並代爲受領給付不可。此項情形。學者稱爲居間人之介入。

第二 委託人之義務

（甲）給付報酬之義務 給付報酬。爲委託人之主要義務。其報酬之合意及額數。並給付報酬之時期。已述於前。茲特專就下列數種言之。

A 報酬由雙方平均負擔 如前所述。居間人所負義務。多係對於當事人雙方之義務。因之由媒介應得之報酬。除契約另有訂定。或另有習慣外。亦應由契

約當事人雙方平均負擔（五七〇條）據此規定。則委託人及其相對人均應負給付報酬之義務。在委託人之此項義務。是與居間人締結契約之當然結果。至委託人之相對人之此項義務。則係基於居間之中立性而生。而為一種例外也。

B 報酬之免除 居間人所媒介之契約成立後。委託人原應負給付報酬之義務。但據民法第五百七十一條規定。居間人違反其對於委託人之義務而為利於委託人相對人之行為。或違反誠實及信用方法由相對人收受利益者。則居間人不得請求報酬。在此情形之下。委託人即得免除報酬之給付。

C 報酬之減少 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。不得請求返還（五七二條）報酬既經約定。原不得任意減少。但報酬與勞務價值相較。甚失公平者。自難強令仍照原約履行。故涉訟於法院時。得反乎當事人間之初意。而以判決酌量減少之。惟既已給付。即應認為已拋棄其減少請求權。自不許再為

返還之請求。

(乙)償還費用之義務。委託人對於居間人因報告或媒介所支出之費用。僅以有特約者爲限。始負償還之義務。並非因居間契約而當然發生者。如未經約定時。居間人則不得請求償還之。(五六九條一項)惟既已約定。祇須居間人已爲報告或媒介。而契約縱不成立。居間人亦得請求償還。此與請求報酬之必須契約成立者不同也。(五六九條二項)

不過居間人違反對委託人之義務而爲利於委託人之行爲。或違反誠實及信用方法由相對人收受利益者。既不得如前所述。向委託人請求報酬。復不得請求償還費用。(五七一條)

第三節 居間契約之消滅

民法對於居間契約之消滅。並未特設規定。自應就一般契約共通消滅事由之規定而適用之。惟就居間之性質言之。則下列兩點。亦得解爲屬於居間之特別消滅事由。

(甲)委託人終止契約 如前所述。居間人雖已爲報告或媒介。而契約成立與否。則完全由委託人決定之。委託人既有此種自由決定之權。其在契約未成立以前。自得隨時終止居間契約。

(乙)居間人死亡 居間人死亡。亦應解爲居間契約。當因之而消滅。

第十三章 行紀

第一節 行紀之性質

行紀者。乃以自己之名義。爲他人之計算。爲動產之買賣或其他商業上之交易。而受報酬之營業也。(五七六條。)行紀舊稱牙行。其爲此營業之人。民法稱爲行紀人(俗稱經紀人)。委託交易之他人。則稱爲委託人。茲就其性質分述於下。

第一 行紀係以自己之名義爲他人之計算而爲交易者

(甲)行紀係以自己之名義而爲交易 所請以自己之名義者。即指自己爲交

易之主體而言。此時因交易所生之權利均歸自己取得。義務均歸自己負擔。故行紀與以他人名義代辦事務之代辦商不同。復與僅爲媒介而自己非權利義務主體之居間人亦異。不過以自己之名義而爲交易。並非謂對於交易之相對人。完全不指明委託人之姓名也。其指明委託人之姓名時。仍不妨於『以自己之名義而爲交易』。

(乙)行紀係爲他人之計算而爲交易。所謂爲他人之計算者。即指因交易所生之利益與損失。歸之於他人(委託人)而言。若交易非爲他人計算而爲自己計算者。則此所謂非行紀。

第二 行紀係爲動產買賣或其他商業上之交易

關於行紀行爲之範圍。在德國新商法及瑞士債務法。則限於商品或有價證券之買賣。日本商法。則限於物品之買賣。(在解釋上亦以物品包含有價證券)我國民法所定之範圍較廣。不謹限於動產買賣。即其他商業上之交易。亦屬於行紀行爲之範圍以內。動產自然是並有價證券亦包括之。所謂其他商業上之

交易者。即其動產買賣以外之商業上交易而言。如船舶租賃之類是。日本商法以此類行為認為準行紀。惟實際上自以動產買賣為多。

第三 行紀係受報酬之營業

(甲)行紀係營業 營業者。即以營利為目的之繼續的事業也。行紀乃係以自己名義而代他人交易為業者。如不以之為業。謹係偶爾為之。則非民法上之所謂行紀。

(乙)行紀應受報酬 行紀既係一種營業。即應享受報酬。此項報酬。俗稱佣金。即未約定。行紀人亦得請求。

第二節 行紀人與交易相對人及委託人之關係

第一 行紀人與交易相對之關係

交易相對人者。即行紀人為委託人之計算。而以自己名義與之相交易之人也。此時行紀人與相對人間之關係。乃為直接之交易關係。換言之。即行紀人對於交易之相對人。應自得權利。並自負義務是也。(五七八條) 蓋以如前所述。行

紀人以自己名義代委託人所爲之交易行爲。原係自爲主體。其由該行爲所生之法律上效力（權利義務）自應屬之於行紀人。而與委託人無涉。此不問行紀人曾否表明該交易係是委託人所爲。亦不問交易相對人曾否知此情事。均屬相同。

第二 行紀人與委託人之關係

行紀人與委託人間之關係。原爲一種契約關係。此種契約。究屬何種性質。學者主張不一。有認爲承攬契約者。有認爲委任契約者。有認爲獨立契約者。惟行紀爲他人計算而爲交易。完全基於他人之委託。其行紀人與委託人間之關係。較之受任人與委任人間之關係。大政相同。各說之中。應以委任契約說爲適當。且我國民法第五百七十七條規定。『行紀除本節有規定者外。適用關於委任之規定。』其應解爲委任契約。更無可疑。

行紀人與委託人間既爲委任契約關係。則行紀人以自己名義就交易相對人所取得之權利。即應移轉於委託人（五四一條二項）至所負擔之義務。其應

向委託人取償亦不待言。

第三節 行紀人之權利義務

第一 行紀人之義務

(甲)履行担保責任。行紀人爲委託人之計算所訂立之契約。其契約之他方當事人不履行債務時。對於委託人應由行紀人負直接履行契約之義務。但契約另有訂定或另有習慣者。不在此限。(五七九條)此項規定。不外使行紀人對於委託人負一種履行之担保責任。蓋以行紀人既以自己名義爲委託人訂立契約。其他方當事人之履行能力。自應負擔担保之責。如果不履行時。其基於此項担保責任。而負直接履行之義務。原所應然。

(乙)不依指定價額之差額負擔。行紀人既受委託人之委託而爲買賣。自應依委託人所指定之價額爲準。如果以低於委託人所指定之價額賣出。或以高於委託人所指定之價額買入。均屬與委託人之原意不合。而委託人本可否認其買賣係履行自己之委託。惟行紀人如就不足指定價額或超過指定

價額之差額。担任補償。其賣出或買入。仍對於委任人發生效力（五八〇條）。

以上係就不依委託人指定。而以低價賣出或以高價買入者而言。若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。則如之何。此時則以因此所生之利益。均歸屬於委託人（五八一條）。蓋以行紀人所為買賣。本係為委託人之計算而為之。以其利益屬之於委託人。乃為當然之結果也。

（丙）占有買賣物時之責任 行紀人為委託人之計算所買入或賣出之物。為其占有時。適用寄託之規定（五八三條一項）。

上述占有之物。如委託人認為應付保險者。須有特別指示時。行紀人始負代付保險之責。否則無此義務（五八三條二項）。蓋以代付保險。並非行紀人保管買賣物之當然義務也。

（丁）適當處置出賣物之責任 委託出賣之物。於達到行紀人時有瑕疵。或依其物之性質易於敗壞者。行紀人為保護委託人之利益。應與保護自己之利

益爲同一之處置（五八四條）蓋以委託出賣物既已達到於行紀人之處所而物之瑕疵或敗壞。委託人已不能自爲處置之。此時若不責行紀人以適當處置之義務。即不足以保護委託人之利益。

第二 行紀人之權利

（甲）報酬及費用請求權 行紀人得依約定或習慣請求報酬。寄存費及運送費。並得請求償還其爲委託人之利益而支出之費用及利息（五八二條）茲分述於下。

A 請求報酬 行紀之委託契約。原係有償契約。即無約定。行紀人亦得請求報酬。惟報酬之額數及給付時期。則當依照約定或習慣。無約定或習慣者。其額數應依公平估計之。其給付時期。應在履行委託契約後。即爲委託人之計算。訂立契約後給付之（參照五四八條）

B 請求寄存費及運送費 委託賣出。或買入之物需寄存費。或運送費者。行紀人自得依約定或習慣向委託人請求給付。

C 請求償還支出費用及利息。此項費用。即是指前項之寄存費、運送費以及
其他一切必要費用而言。如行紀人已爲代墊者。自得請求償還。又代璧之費
用。當然應生利息。故亦得就其利息請求償還之。

(乙)對於買入物之拍賣權。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(五八五條一項)。

以上係就一般所買入之物而言。若所買之物爲易於敗壞者。即可省略催告程
序。而逕行拍賣(五八五條二項)。

(丙)對於出賣物之拍賣權。委託行紀人出賣之物。不能賣出。或委託人撤回
其出賣之委託者。如委託人不於相當期間取回或處分其物時。行紀人得依
前條之規定。行使其權利(五八六條)。

所謂得依前條行使權利者。即得於催告之後而行使其拍賣權也。

(丁)介入權 行紀人本係受委託人之委託而以其物出賣於第二人或從第三人買入者。但於不害委託人之利益時。亦得許行紀人自爲買受人或出賣人。行紀人此種自爲買受人或出賣人之權利。學者稱爲行紀人之介入權。民法第五百八十七條曾就此加以規定。茲述於下。

A 介入之要件 此項要件有二。(一)受託出賣或買入者。須爲貨幣、股票或其他市場定有市價之物。蓋以不如此。恐行紀人任意高下其價。而有害委託人之利益也。惟市價亦時有高低。究以何時之市價爲準。亦當明定。故條文中又規定『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』。(二)須當事人無反對行紀人自爲買受人或出賣人之約定。

B 介入之效果 行紀人一經介入。卽與買受人或出賣人立於同一之地位。換言之。卽委託賣出時。而對於委託人。則具有與買受人同一之權利義務。委託買入時。而對於委託人。則具有與出賣人同一之權利義務是也。惟此項介入。不過法律上所承認的履行委託契約之一方法。其行紀人之本質。究不能因

此而消失。故民法第五百八十二條所定之報酬及費用請求權。行紀人仍得行使之。

據上所述。行紀人有介入權固矣。然有時並有介入之義務。民法第五百八十八條。『行紀人得自爲買受人或出賣人時。如僅將訂立契約之情事通知委託人。而不以他方當事人之姓名告知者。視爲自己負擔該方當事人之義務。』此即規定行紀人有介入之義務也。蓋以委託人委託賣出或買入之物。行紀人既得自爲買受人或賣出人。其於與第三人訂立買賣契約。僅通知其情事。而不告知其姓名時。即令自己本未介入。然爲保護委託人利益計。自非視爲介入。而使之負擔該方當事人之義務不可。

第十四章 寄託

第一節 寄託之性質

寄託者。乃當事人一方以物交付他方。他方允爲保管之契約也。（五八九條一

項)以物交付之一方。民法稱曰寄託人。尤爲保管之一方。則稱爲受寄人。茲分析其性質如下。

第一 寄託爲契約

(甲)寄託爲要物不要式契約 寄託爲要物契約。據條文「以物交付他方」觀之。已屬無疑。此項立法。自羅馬法以來。各國大概均係相同。惟瑞士債務法(四二七條)則採諾成契約主義。

寄託契約之成立。雖然要物。但不必要何等方式。故爲不要式契約。

(乙)寄託原則上爲無償並片務契約 寄託不以給付報酬爲要素。原則上係無償並片務契約。惟有給付酬報之特約。或依其情形非受報酬卽不爲保管者。受寄人得以請求報酬(五八九條二項)此時則爲有償並雙務契約。

第二 寄託係一方以物交付他方之契約

如前所述。寄託原爲要物契約。如僅有當事人合意而未以物交付時。則不能成立寄託契約。惟先就寄託成立豫約。俟將來交物時成立寄託本契約。自亦可認

爲有效。

條文既明定爲「物」則物以外之人。自不能爲寄託之標的（如託人撫養兒女）惟物之種類如何。我國民法。既無限制。當然不問動產與不動產均包括之。不過事實上締結不動產寄託契約者。則較少耳。

「交付」祇是移轉占有。不是移轉所有權。但在消費寄託。則爲例外。又交付不必由寄託人自己爲之。而使第三人爲之亦可。並且不必爲現實之交付。亦可依簡易交付（七六一條一項）之方法行之。

第三 寄託係他方允爲保管之契約

寄託物之保管。爲寄託契約之目的。在受寄人未有允爲保管前。自不生契約之效力。

物之保管。爲寄託契約之目的固矣。然於以保管爲目的時。而又兼有其他目的者。是否仍可認爲寄託契約關於此點。多數學者。多認爲係一種混合契約。例如甲以馬託乙保管。同時又約定爲之訓練者。則爲寄託與僱傭或承攬之混合契

約是。惟保管不是契約內容之目的。而係由契約效力所生之結果者。自不能認爲混合契約。如承租人或借用人。對於租賃物或借用物。雖負保管義務。但非寄託與租賃或使用借貸之混合。

第二節 寄託之效力

第一 受寄人之義務

(甲) 保管寄託之義務 此項義務。爲受寄人之主要義務。茲就下列幾點說明之。

A 保管之注意程度 受寄人就保管寄託物應予注意之程度。因寄託之爲有償與無償而不同。寄託未受報酬者。僅以與處理自己事務爲同一之注意已足。其受有報酬者。應以善良管理人之注意爲之。(五九〇條)

B 保管之方法 寄託物保管之方法。有特約時。則應從其特約。無特約時。則應按照契約之本旨及寄託物之性質。以適當之方法保管之。

惟於保管方法已有特約者。原則上受寄人固無變更之權。但有急迫之情事。

並可推定寄託人若知有此情事亦允許變更其約定方法時。則得變更之（五九四條）。此外方法縱須變更。而情事並不急迫者。受寄人須告知於寄託人以求得其同意而後可。

C. 須自爲保管 寄託人與受寄人訂立寄託契約。原係信任受寄人足以當受寄人之任。故受寄人之於寄託物。應自爲保管。但有下列情事時：（一）經寄託人之同意。（二）另有習慣。（三）有不得已之事由。則得使第三人代爲保管之（五九二條）。此處所謂第三人代爲保管。乃指獨立爲保管行爲而言。若僅用以爲補助人者。自得自由行之。不受前列情事之拘束。

據上所述。受寄人得使第三人代爲保管寄託物者。既以上面規定三種情形爲限。因之對於受寄人使第三人代爲保管時。即應視其曾否依照此項規定。以定其責任之大小。

（1）受寄人違反前述之規定使第三人代爲保管寄託物者。對於寄託物因此所受之損害。應負賠償責任。但能證明縱不使第三人代爲保管。仍不免發

生損害者。不在此限（五九三條一項）。

（2）受寄人依前述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（五九三條二項）。

D 不得自由使用寄託物。受寄人非經寄託人之同意。不得自己使用或令第三人使用寄託物（五九一條一項）。若受寄人違反此項同意之限制。而自己使用或使第三人使用者。其對於寄託人。即應給付相當報酬。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。則不在此限（五九一條一項）。

（乙）危險通知之義務。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。受寄人應即通知受寄人（六〇四條二項）。蓋以第三人既如此主張權利。而寄託物即已感受法律上之危險（第三人對寄託物之毀壞竊取搶奪。為事實上之危險。受寄人應基於注意義務。盡力防衛。自不適用本條）。自當從速通知於寄託人。使之不失其防衛權利之機會。以便參加訴訟。或

對扣押申述異義

(丙)返還寄託物之義務 受寄人於寄託關係終了時。其應爲寄託物之返還。自係當然之事。並且卽有第三人就寄託物主張權利。除對於受寄人提起訴訟或爲扣押外。仍負有返還之義務（六〇四條一項）茲特就其應行注意之點。述明於下。

A 返還義務之性質 受寄人返還寄託物之義務。乃係基於寄託人在寄託契約上之返還請求權而發生者。假使寄託人此時尙有所有權及其他物權。則又可以基於此等權利。而行使其物上請求權。此卽所謂請求權之競合。惟無此項物上請求權時。則僅有契約上之返還請求權而已。

B 返還之相對人 受寄人僅對寄託人有返還寄託物之義務。此原則也。但於訂立寄託契約時。曾約定係爲第三人而寄託者。則應依其契約之本旨。而以第三人爲返還之相對人。

C 返還之客體 寄託物之返還。除後述之消費寄託外。自應以受寄人所收取

之原物爲限。如寄託物生有孳息者。並將其孳息一併返還之（五九九條）。惟寄託物之危險。乃係應由寄託人負擔者。如非因受寄人過失而致寄託物滅失時。則可免除返還義務。而不任賠償之責（損壞時。可就損壞原狀返還之）。

D 返還之處所 寄託物返還之處所。在當事人間有特約時。自應從其特約。如無特約時。則按下列規定返還之。

- (1) 原則 寄託物之返還。於該物應爲保管之地行之（六〇〇條一項）。
- (2) 例外 受寄人依第五百九十二條或依第五百九十四條之規定。將寄託物轉置他處者。得於物之現在地返還之（六〇〇條二項）。

第二 寄託人之義務

(甲) 償還費用之義務 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（五九五條）。

此外受寄人對於保管之必要費用。可否請求預付。以及因保管所負擔之必要

債務。可否請求清償。民法上雖均未如委任設有明文。惟在解釋上應以認為可以請求為宜。關於此點。在外國立法例（日民六六五條）並曾設有準用委任之明文者。

（乙）賠償損害之責任 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（五九六條前段）

惟寄託與委任不同。寄託人之責任。不是絕對的結果責任（參照五四六條三項）。如（一）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者。（二）受寄人已知其性質或瑕疵者。則不任賠償之責（五九六條但書）

（丙）給付報酬之義務 給付報酬。非寄託契約之要件。因之必須在雙方約定報酬時。寄託人始有給付報酬之義務。茲特就民法所規定之報酬給付時期及寄託中途終止時之報酬。說明於下。

A 報酬給付之時期 約定報酬。未定期限時。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。（六〇一條一項。）

B 寄託中途終止時之報酬。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。受寄人得就其已爲保管之部分。請求報酬（六〇一條二項）。其理由可參照委任章報酬項下之說明。

第三 消滅時效

民法第六百零五條規定。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。此即關於消滅時效之規定也。一般債權之消滅時效。本已定之於民法總則中。但本條所舉各請求權之消滅時效。以期間較短爲宜。故在此特別規定之。報酬請求權及費用償還請求權。屬於受寄人方面之權利。如第五百九十五條及第六百〇一條之規定。是。損害賠償請求權。屬於受寄人與寄託人雙方同有之權利。如第五百九十一條第二項。第五百九十三條。第五百九十六條之規定。是。

第三節 寄託契約之消滅

寄託契約。除因一般契約消滅原因而消滅外。尚有一種特別之消滅原因。此種特別消滅原因。卽是當事人之任意終止契約。惟民法對於寄託之終止契約。並未明白標示終止契約之名詞。而是以寄託人請求返還寄託物。或受寄人返還寄託物之名詞表示之。蓋以既經請求返還寄託物。或返還寄託物。則契約關係當然終止也。茲特分敘於下。

(甲)寄託人之終止契約。契約未定期限者。寄託人得隨時終止。固不待言。卽定有期限者。亦得終止之。就民法第五百九十七條所定「寄託物返還之期限。雖然約定。寄託人仍得隨時請求返還」觀之。卽可明瞭。民法上之所以認寄託人有此項隨時請求返還。而任意終止其契約之權利者。蓋以寄託原爲寄託人之利益起見。寄託人既已不願寄託。自可許其隨時終止其契約。惟特約於一定期內不得終止者。亦可認爲有效。

(乙)受託人之終止契約。受託人僅於契約未定期限者。得以隨時終止之。其定有期限時。則無終止之權。據民法第五百九十八條第一項云。「未定返還

期限者。受寄人得隨時返還寄託物。』又第二項云。『定有返還期限者。受寄人有不得已之事由。不得於期限屆滿前返還寄託物。』亦可明瞭矣。

第四節 消費寄託

消費寄託。又稱不規則寄託。即受寄人得消費其寄託物。而以同種類。同品質。同數量之物返還之寄託也。民法關於此項消費寄託之規定。約有下列兩種情形。

(甲)有特約之消費寄託 民法第六百零二條。『寄託物爲代替物時。如約定寄託物之所有權移轉於受寄人。並由受寄人以種類品質數量相同之物返還者。自受寄人受領該物時起。適用關於消費借貸之規定。』此即有特約之消費寄託也。消費寄託。以保管爲目的。其利益偏有於寄託人方面。消費假貸。以消費爲目的。其利益偏於借用人方面。兩者之性質。本各有不同。惟(一)寄託之標的物爲代替物。(二)寄託物之所有權移轉於受寄人。(三)返還同種同質同量之物。則完全與消費借貸無異。故規定自受領該物時起。適用消費借貸之規定。

(乙)無特約之消費寄託。民法第六百零三條第一項「寄託物爲金錢時。推定受寄人無返還原物之義務。但須返還同一數額。」所謂推定云者。即當事人無此特約。而由法律推定當事人之意思。而爲之規定也。不須返還原物。僅返還同一數額。即屬於消費寄託之範圍。故以本條規定。稱爲無特約之消費寄託。惟寄託物雖爲金錢。苟寄託人已明示或默示（如封包之金錢）須返還原物者。自不得以消費寄託視之。

關於無特約之消費寄託。民法雖未如有特約之消費寄託。定明適用關於消費借貸之規定。然既可認爲屬於消費寄託。則在解釋上。自可適用消費借貸中金錢借貸之規定。惟在民法中。尙有兩種特別規定如下。

A 利益及危險移轉於受寄人。受寄人依前項規定。僅須返還同一數額者。寄託物之利益及危險。於該物交付時移轉於受寄人（六〇三條二項）。此項利益及危險之移轉。在有特約之消費寄託。本亦相同。惟既已明白「約定寄託物之所有權移轉於受寄人。」則利益及危險之應當移轉。自不待言。故不

必就此再加規定。至無特約之消費寄託。既係由法律上之推定。因之對於利益及危險之移轉。亦即以明文規定之。以免適用時發生疑義。

B 不得於期限屆滿前請求償還。前項情形。如寄託物之返還。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（六〇二條三項）。在一般寄託。如前所述。乃係雖經約定期限。仍得隨時請求返還者。然關於金錢之寄託。則除有不得已之事由外。務須遵守約定之期限。蓋以一般寄託。係返還原物。隨時請求返還。受寄人並不感受返還之困難。而金錢寄託。受寄人既可消費。如許於期前隨時請求返還。則受寄人必將因未準備籌措不易。而有一時不能返還之苦。故民法特加以限制之規定。

第五節 旅店等主人對於客人攜帶物品之責任及權利

第一 主人之責任

旅店。飲食店。浴室等之營業組織。較為複雜。而來往之人。復賢愚不齊。其客人攜帶之物品。每易遭受散亂盜竊之危險。該旅店等主人。既為自己之利益。而經營

含有此等危險之事業。當然應對此等危險而負責任。茲特分述於下。

(甲)旅店及住宿場所主人之責任。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。(六〇六條一項)據此規定。則客人之物品。祇須攜帶之至該旅店或其他住宿之所。不問交付主人保管與否。且不問主人本身有無故意或過失。苟有毀損喪失之事實發生。卽應任賠償之責。惟毀損喪失由於(一)不可抗力。(二)物品之性質。(三)客人自己或其伴侶隨從或來賓之故意或過失所致者。則主人不負責任。(六〇六條二項)

(乙)飲食店及浴堂主人之責任。飲食店。浴堂之主人。對於客人所攜帶通常物品之毀損喪失。負其責任。但有前條第二項之情形時不在此限。(六〇七條)此等營業主人之責任。其大旨與旅店等主人相同。惟一則係對於客人攜帶之一切物品負責。一則僅以通常物品爲限。其責任略較輕耳。

(丙)主人對於客人貴重物品之責任。客人之金錢。有價證券。珠寶。或其他貴重

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（六〇八條一項）。此處所謂主人。凡旅店及住宿場所主人。飲食店及浴室主人。均包括在內。是等物品。關係較重。損失亦易。如未交付保管。而限令負責。未免對於主人太苛。惟有下列兩種情形者。仍應就毀損喪失負其責任。（一）主人無正當理由拒絕為客人保管前項物品者。（二）物品因主人或其僱用人之故意或過失。而致毀損喪失者。（六〇八條二項）

（丁）主人不能一方限制或免除責任。主人不能一方以揭示限制或免除其應有之責任。如有此項揭示。亦應認為無效。（六〇九條）蓋以就客人攜帶物品之責任。如當事人間以合意免除或限制。尚無不可。若許其以單方之表示。而減輕其責任。則未免有害一般客人之利益矣。

（戊）客人損害賠償請求權之喪失及消滅

A 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（六一〇條）蓋以客人之物品遭受毀損喪失之後。

若不使其負即時通知之義務。則主人既無從施其救濟之方法。復不易就損失而爲之證實。責以賠償。未免失之於苛。

B 請求權之消滅 依第六百零六條至第六百零八條規定所生之損害賠償請求權。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。經過六個月者亦同（六一一條）。蓋以此項請求權。如果使之長期存續。亦未免對於主人過苛。故定以極短期之消滅時效。

第二 主人之權利

主人之權利。卽爲一種留置權。據民法第六百一十二條。主人就住宿飲食或墊款所生之債權。於未清償前。對於客人所攜帶之行李及其他物品。有留置權。蓋以此等債權。主人原有請求償還之權利。在未就清償以前。如不許其對於行李等物品有留置權。則客人一旦離開他去。勢將有無從索償之虞也。

第十五章 倉庫

第一節 倉庫營業人之性質

倉庫營業人者。乃以受報酬而爲他人堆藏及保管物品爲營業之人也（六一三條）茲分述於下。

第一 倉庫營業人係以倉庫爲營業之人

（甲）倉庫 所謂倉庫者。不過係指適於物品堆藏及保管之設備而言。並不必以有掩蓋或鎖鑰者。方得謂之倉庫。故如劃分段而堆藏及保管木材煤炭等之所。祇要曾施以相當之設備者。亦得以倉庫視之。又倉庫不必以特作倉庫而建造者爲限。卽一面可作他用之場所亦可。且或爲倉庫營業人所有。抑係租自他人。均非所問。

（乙）以倉庫爲營業 所謂以倉庫爲營業云者。卽指以承受倉庫寄託爲業而言。倉庫營業人。必須係以倉庫爲營業者。如偶爲他人堆藏及保管物品。或因他項營業行爲而當然爲之堆藏及保管者（如運送營業）既非以倉庫寄託爲營業。卽不能謂之倉庫營業人。惟倉庫營業人。却不必以倉庫爲專業。而

兼營他業。自無不可。

第二 倉庫營業人係受報酬而爲他人堆藏及保管物品之人

(甲)爲他人堆藏及保管物品。既曰物品。當然僅以動產爲限。而不動產不屬之。惟動產中之貴重物品及動物。可否作爲倉庫寄託之標的物。余意祇須適於倉庫之堆藏及保管。不問何物。均可作爲標的。

不過倉庫寄託與一般寄託之所以不同。即在堆藏與保管之目的兼而有之。如貨幣。有價值證券。以及數量較少之物品。僅可云保管。而缺乏堆藏觀念者。或租賃場所於他人放置物品。僅有堆藏之事實。而缺乏保管觀念者。均不得爲倉庫寄託。惟倉庫寄託之堆藏及保管。通常固係比較的巨於長期。但僅爲短期時。仍不妨爲倉庫寄託。

此外尚有應說明者。倉庫營業人爲他人堆藏及保管物品。其與他人間即寄託人間之法律關係。原爲倉庫寄託契約之關係。此項倉庫寄託契約。民法稱之曰倉庫契約。顯然屬於倉庫契約之一種。故民法第六百一十四條明定「倉庫除

本節有規定者外。準用關於寄託之規定。」

(乙)受報酬而爲他人堆藏及保管物品。倉庫營業人。既是以倉庫爲營業。則爲他人堆藏及保管物品。自然須由他人受領報酬。以爲營業上之收入。故一般寄託。雖以無償爲原則。而倉庫寄託。則爲有償契約。

第二節 倉庫營業人之權利義務

第一 倉庫營業人之義務

(甲)填發倉單之義務。倉庫營業人。因寄託人之請求。應由倉庫簿填發倉單。(六一五條)所謂由倉庫簿填發者。卽倉庫營業人應備置一種倉庫簿。另以用紙分爲倉單及存根兩聯。按照簿中所載。而以倉單填發於寄託人。以存根留作查考是也。此項倉單。一經寄託人請求填發。倉庫營業人卽有填發之義務。不得拒不填發。亦不得不由倉庫簿填發。

倉單填發之後。如倉單持有人請求倉庫營業人將寄託物分割爲數部分。並填發各該部分之倉單時。倉庫營業人亦當應其請求而爲之分割填發之。惟持有

人(一)須交還原倉單。(二)須負擔分割及填發新倉單之費用。(六一七條一項二項)

(乙)保管寄託物之義務。倉庫寄託。既係有償契約。則倉庫營業人即應以善良管理人之注意。負保管寄託物之義務。(準用五九〇條規定)自不待言。惟民法對於保管期間。曾設有上列之特別規定。

A 約定保管期間者。當事人曾約定保管期間者。倉庫營業人於約定保管期間屆滿前。不得請求移去寄託物。(六一九條一項)在一般寄託。其定有返還期限者。如有不得已之事由時。原可於期限屆滿發返還寄託物。(五九八條二項)而此處既祇云期間屆滿前不得請求移去。則縱有不得已之事由。自亦不得於期前請求移去之。

B 未定保管期間者。未約定保管期間者。自為保管時起經過六個月。倉庫營業人得隨時請求移去寄託物。但應於一個月前通知。(六一九條二項)在一般寄託。其未定返還期限者。受寄人得隨時返還寄託物。(五九八條一項)

一而此則必須保管經過六個月。且必須於一個月前通知。蓋以倉庫營業人既以倉庫爲營業而得報酬。而倉庫寄託復恆爲多量之物品。就責任及事實言。實有不得不加以如此之相當限制。以保護寄託人之利益也。

(丙)容許檢點寄託物或摘取樣本之義務。倉庫營業人。因寄託人或倉單持有人之請求。應許其檢點寄託物或摘取樣本。(六二〇條)

第二 倉庫營業人之權利

(甲)報酬請求權。民法第六百一十三條規定。倉庫營業人。既係以受報酬而爲倉庫營業之人。則有特約時。其可請求報酬。自不待言。即無特約時。亦得請求相當之報酬。惟可以請求之時期如何。民法既未就此特設規定。當然可準用第六百〇一條關於有償寄託之規定請求之。

(乙)寄託物拍賣權。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。請求於期限內移去寄託物。逾期不移去者。倉庫營業人得拍賣寄託物。由拍賣代價中扣去拍賣費用及保管費。

用並應以其餘額交付於應得之人（六二二條）

第三節 倉單

倉單。又可名爲倉庫證券。倉庫營業人於寄託人請求時。有填發倉單之義務。已在前節言之矣。茲就倉單之立法例及其形式與效力說明於下。

第一 倉庫之立法例

倉單之立法例有二主義。一爲複券主義。（又名二券主義）一爲單券主義（又名一券主義）。複券主義者。即同時以同一號數之存單（提取倉單）及質單（質入倉單）兩張填發於寄託人之主義也。存單可以供寄託物所有權移轉之用。質單可以供寄託物出質之用。在此主義之下。寄託人一方得以質單提供担保而通融金錢。一方仍得依據存單而出賣寄託物。殊於寄託人有種種便利。故法奧意比諸國。多採此種主義。

單券主義者。即僅以倉單一張填發於寄託人之主義也。在此主義之下。不問爲移轉寄託物所有權。或在寄託物上設定物權。均須依一張之倉單行之。事實上

每有不便之處（既以倉單出質即不便再行出賣）採此主義者爲德國日本則兼採兩種主義（寄託人請求填發何種則填發何種）我國民法乃係仿德國之例而採單券主義者也。

第二 倉單之形式

據民法第六百一十六條規定。倉單須具備一定之形式。一面應記載下列事項。一面應由倉庫營業人簽名。其事項（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。數量。及其包皮之種類。個數。及記號。（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）受寄物已付保險者。其保險金額。保險期間。及保險人之名號。

以上各款事項。除記載於倉單中而發給寄託人外。並應記載於倉庫簿之存根（六一六條二項）

第三 倉單之效力

（甲）債權的效力 填發倉單之後。倉單持有人對於倉庫營業人。所有關於寄

託事項。即得依倉單所記載。而行使其寄託物返還請求權。此即有債權的效力也。不過此種返還請求權。並非與票據相似而爲一種無因債權。乃係基於倉庫寄託契約之寄託物返還義務而來。如果倉單之記載實與契約所定者不符。仍應依照契約行之。

(乙)物權的效力 所謂物權的效力者。即持有倉單時。其倉單所記載之貨物。即與現實持有者無異也。如將貨物所有權移轉於他人。祇須交付倉單。亦與交付現實貨物相同。惟必須由貨物所有人於倉單背書。並經倉庫營業人簽名。而倉單所載之貨物。始能發生所有權移轉之效力耳。(六一八條)

第十六章 運送營業

第一節 通則

第一 運送人之性質

運送人者。乃以運送物品或旅客爲營業而受運費之人也。(六一二二條) 茲分

述於下。

(甲)運送人係以運送爲營業之人。

A 運送 運送。卽搬運之謂。其搬運之距離長短若何。以及搬運之方法若何。均非所問。故長距離之搬運。固爲運送。卽短距離之搬運。亦可謂之運送。又以舟車驢馬等而爲搬運。固爲運送。卽以人力擔負。或驅牛豚步行（藉其本身之力）而爲搬運。亦可謂之運送。

不過運送。從其實行運送之處所言之。則有陸上運送與水上運送之別。水上運送。又有內水運送及海上運送。陸上運送。又有鐵道運送及非鐵道運送。海上運送。當依海商法之規定。鐵道運送。當依鐵道運輸特別法之規定。

B 以運送爲營業 運送人。必須以運送爲營業者。偶爾爲運送行爲之人。固非民法中之所謂運送人。卽常爲運送行爲。而係受人僱用。並非獨立以之爲營業者。亦不得以運送人目之。惟此所謂營業。自不必限於專業。而運送人。亦不必限於自然人。

此項運送營業。其運送人與託運人間之關係。仍係一種運送契約之關係。關於運送契約之性質。有以之爲僱傭者（法國學者）有以之爲寄託者（英國學者）有以之爲承攬者（德國學者）余意運送既非單純之勞務供給。亦非保管寄託物於一定處所。以之認爲僱傭或寄託均非允當。惟承攬契約。說頗有理由。因運送實以完成轉運工作爲目的。而具有承攬之性質也。

（乙）運送人係以運送物品或旅客爲營業之人。得爲運送之標的者。爲物與人兩種。物之運送。稱爲物品運送。人之運送。稱爲旅客運送。德國學者於此兩種運送之外。復有主張一種通信運送者。通信。乃指書函電報電話等通信而言。在書函之遞送。固可名爲運送。然祇是物品運送之一種。至電報之拍發。僅可視爲承攬電話之通信。亦不過類於租賃而已。故運送之標的。僅分爲物品運送與旅客運送兩種已足。

（丙）運送人係以運送爲營業而受運費之人。運費。卽運送人所爲運送行爲之報酬。如前所述。運送契約。原爲承攬契約。承攬爲有償契約之一。故運送亦

爲有償契約。其以無償而約爲運送者。則非民法上之所謂運送。

第二 運送賠償請求權之消滅時效

關於物品或旅客之運送。如因喪失。損傷。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（六二三條）。此項請求權之消滅時效。其所以定爲二年者。因民法總則第一百二十七條第二款。曾規定運送費及運送人所墊之款。其請求權之消滅時效爲二年。故就託運人或受貨人之賠償請求權。亦定消滅時效爲二年。以示平允。

第二節 物品運送

第一 託運人之權利義務

（甲）填給託運單之義務 託運送人因運送人之請求。應填給託運單（六二四條一項）。茲就託運單之形式及效力述明於下。

A 形式 託運單應記載下列事項。並由託運人簽名（六二四條二項）一、託運人之姓名及住址。二、運送物之種類。品質。數量。及包皮之種類。個數及記號。

三、目的地。四、受貨人之名號及住址。五、託運單之填給地及填給之年月日。以上五項爲法律規定應行記載之事項，如當事人再於此外添記其他事項，如運送物價格、運送費用等，亦無不可。

B效力 託運單之效力如何。我國民民法別無規定。然就其性質言，自非有價證券，而祇是一種證明契約內容之方法。蓋以有此託運單，一方可使運送人據此而履行其運送，同時又足令受貨人一望而知其契約內容也。

(乙)交付並說明必要文件之義務 託運人對於運送人應交付運送及關於稅捐警察所必要之文件，並應爲必要之說明（六二六條）

(丙)怠於告知之賠償責任 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（六三一條）

(丁)運送中止請求權 運送人未將運送物達到通知受貨人前，或受貨人於運送物達到後，尙未請求交付運送物前，託運人對於運送人得請求中止運

送。返還運送物或爲其他之處分。（六四二條一項）此項運送中止請求權。學者稱之謂託運人指示權。又曰運送品處分權。所謂返還者。不是運回於發送地而返還之之意。而託運人請求在何地返還。即應就何地返還之。所謂其他處分者。如受貨人之更易以及運送物之暫緩交付等是。

託運人有請求中止運送之權固矣。其運送人在中止運送前已爲運送之部分。自得按照比例請求運費。又因中止運送而返還或其他處分所支出之費用。自亦得如數請求償還。不僅此也。如有損害。並得請求相當之賠償。（六四二條二項）

以上請求中止運送之權。如運送人已填發提單者。其提單之持有人。亦得對於運送人行使之。（六四二條中段）

第二 運送人之權利義務

（甲）填發提單之義務 運送人因託運人之請求。應填發提單（六二五條一項）提單較之託運單爲重要。其形式及效力。後面另項說明之。

(乙)按期運送之義務 託運物品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。(六三二條一項) 蓋以託運人所託運之物品。多為於一定期內以應其需要者。運送人如不能按期運送。則有違託運人託運之本旨。故運送人必須按期運送之。而後可。至於所謂相當期間。究依如何標準而為決定。則又當顧及各該運送之特殊情形。(六三二條二項) 所謂特殊情形者。如運送之路線。運送中之天氣等皆是。

(丙)不得變更指示之義務 運送人關於物品之運送。在託運人若有指示時。應依其指示運送之。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。(六三三條)

(丁)必要注意及處置之義務 運送人運送物品。應時時顧及運送物所有人之利益。如有足以妨礙或遲延運送。或危害運送物安全之情形時。運送人為保護運送物所有人之利益計。應為必要之注意及處置。(六四一條一項) 此項足以發生妨礙遲延危害之情形。究為如何情形。在條文中已例示三項。

(一)爲第六百三十三條之情形。卽所謂急迫情事是。(二)爲第六百五十條之情形。卽運送物無人受領。而又不能保管或寄存等情事是。(三)爲第六百五十一條之情形。卽運送物受領權發生訟爭情事是。除此三項情形以外。而有其他情形足以發生妨礙遲延或危害者。運送人仍有爲必要注意及處置之義務。此亦曾在條文中以「或其他情形」之句概括規定者也。

運送人怠於上述之注意及處置者。對於因此所致之損害。應負責任。(六四一條二項)

(戊)運送物喪失毀損或遲到之責任。民法關於運送人此項責任。規定甚詳。試分述於下。

A 一般喪失毀損或遲到之責任。民法第六百三十四條。『運送人對於運送物之喪失。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。』此卽一般責任之規定也。關於運送人之此項責任。各國立法例。原有過

失責任主義與結果責任主義之分。德國新商法及日本商法採過失責任主義。餘多採結果責任主義。採過失責任主義者。能證明無過失時。即可免責。採結果責任主義者。必須證明係因不可抗力時。始得不負責任。我國民法既規定因不可抗力者可以免責。亦係採結果責任主義也。至於因運送物之性質或因託運人或受貨人之過失而致喪失毀損或遲到者。則事由既不得發生於運送人。而責任自亦與運送人無關。民法規定能證明者亦可免責。亦係從結果責任主義而立論也。

B 因包皮瑕疵而生喪失毀損之責任 運送物因包皮有易見之瑕疵而喪失或毀損時。運送人如於接收該物時不為保留者。應負責任（六三五條）在運送物之包皮有瑕疵時。其因此所致之喪失或毀損。原則上不應負責。惟運送人接收運送物時。理應為相當之檢查。其有顯而易見之瑕疵。在當時未有不知之者。如知之而不通知託運人。以為免責之保留。即是自己願負此責。縱令實係不知。亦係自己之疎忽。故均不許事後再以此為藉口而圖免除其責。

任。

C 因第三人過失而生喪失毀損或遲到之責任。運送物因運送人之僱用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。（六三六條）蓋以運送契約乃託運人與運送人所締結。而運送人之僱用人或委託爲運送之人均與託運人無何等直接之關係。其因過失而致喪失毀損或遲到時。自然與運送人自己因過失所致者相同。故仍應由運送人負責。

D 遞此運送之責任。遞次運送者。即由數個運送人相繼而爲運送之謂。關於此項遞次運送之責任。據民法第六百三十七條規定。『運送物由數運送人相繼爲運送者。除其中有能證明無前三條所規定之責任者外。對於運送物之喪失。毀損或遲到。應連帶負責。』蓋以數運送人相繼而爲運送。其損害究由何人而生。每有不易探明者。若責令託運人或受貨人搜求實際上之加以損害者而請求賠償。必有因搜求不得而不能獲到賠償之勢。如此。則法律上

之保護殊欠周到。故有連帶責任之規定。不過此項連帶責任亦應以法律上必須負責者爲限。如各運送人中祇須有人能爲無法定責任之證明。則各運送人當然不負責任。此條文中所以又有除外之規定也。

惟遞次運送之情形。原有次運送。部分運送。連帶運送三種。究竟何種遞次運送。屬於本條遞次運送之範圍。而應負連帶責任。因條文中未有明定。而學中間主張不一。有以三種遞次運送。均應負連帶責任者。有僅以連帶運送爲條文所指之遞次運送者。前說於保護託運人或受貨人固已盡至。而對於運送人則未免太酷。余意民法所定遞次運送。其範圍實不如是之廣。應以後說較爲允當。茲就三種遞次運送情形。分述如下。

(1)次運送 第一運送人爲實行其所承擔之運送區域內之運送起見。再與第二運送人締結運送契約。此時第一運送人謂之主運送人。第二運送人謂之次運送人。其次運送人所承擔之運送。卽爲次運送。惟此項次運送人。不過爲主運送人履行運送債務之補助人（卽民法第六百三十六條運送人

委託爲運送之人。其所生之責任。亦卽爲主債務人之責任。而託運人與次運送人之間。無何等直接法律關係。故此項次運送。不能認爲民法上之遞次運送。

(2) 部分運送 託運人或其代理人就同一運送物與甲締結運送契約。爲第一段之運送。再與乙締結運送契約。爲第二段之運送。此卽所謂部分運送。此時甲乙之間。無何等牽連關係。祇能各就其運送範圍內負責。故亦不能認爲民法上之遞次運送。

(3) 連帶運送 連舉運送有兩種情形。(一)爲數運送人。由一個契約共同承受一個運送者。(二)爲第二運送人。當繼續第一運送人而爲運送時。加入第一運送人所承擔之運送關係者。在第一連帶運送。其數運送人應連帶負責。自所當然。至第二連帶運送。因其繼續爲運送時。既已加入第一運送人所承擔之運送關係。故亦應連帶負責。但究有如何情事。方可認爲加入。有學者謂受領最初之託運單（卽第一運送人所承受之託運單）而繼續運送者

足以當之。其說近是。

E 損害賠償額 民法對於損害賠償額之規定。有種種情形。茲分述於下。

(1) 普通情形之損害賠償額 民法第六百三十八條規定。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。此乃就運送人發生損害事由之普通情形而規定其賠償額也。

惟運送物既已喪失毀損。而託運人即無須支付運費及其他費用。在運送人負擔賠償時。因其係依全都價值計算其賠償額。則未支付之運費等。即應從其賠償額中扣除之。(六三八條二項)

(2) 故意或重大過失時之損害賠償額 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。(六三八條三項) 蓋以運送人對於運送物之喪失毀損或遲到。既有故意或重大過失。當然應較之普通情形加重其責任。故前者僅限定賠償額。在一定價值之範圍內。此則並應負一切損害之倍償責任。

(3) 遲到之損害賠償額。遲到之損害賠償額。其計算之標準。原與喪失毀損之情形相同。已併述於前。惟計算所得之總額。則不得超過因其運送物全部喪失可得請求之賠償額。(六四〇條)

F 貴重物品之責任。金錢。有價證券。珠寶。或其他貴重物品。除託運人於託運時報明其性質及價值者外。運送人對於其喪失或毀損不負責任。(六三九條一項) 所謂託運時報明者。或在契約成立前。至遲亦須在契約成立時報明之。蓋以於契約成立後始為報明。則運送人除解約外。已不能因係貴重物品而斟酌契約之條件也。

上述貴重物品。其價值已經報明者。運送人以所報價額為限。負其責任。(六三九條二項) 此所謂以所報價額為限者。即至多祇能以其所報價額為賠償額也。若託送人故報高價。而與實際價額不符時。應解為不能作為發生損害時之賠償額。以拘束運送人。此時仍當適用民法第六百三十八條第一項之規定。依其應交付時目的地之價值計算之。

(己) 運送人責任之消滅免除或限制

A 責任消滅 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。(六四八條一項)

受貨人不爲保留時。運送人之責任消滅固矣。但有下列情形。則不在此限。

(1) 喪失毀損不易發見者 運送物內部有喪失或毀損不易發見者。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。其責任不得消滅。(六四八條二項)

(2) 運送人有隱蔽或故意等情事者 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。其責任不得消滅。並且受貨人亦不必受前項十日內通知運送人之限制。(六四八條三項)

B 責任免除或限制 運送人交與託運人之提單或其他文件。其有免除或限制運送人責任之記載者。須有託運人之明示同意。方生效力。如不能證明託運人實有明示之同意者。而運送人之責任仍不能免除或限制之。(六四九

條。

(庚)運費及其他費用請求權。如前所述。運送契約爲一種有償契約。其已約定運費者。自然可以請求給付。即未約定時。亦得請求相當之運費。至運送人因運送而墊支之其他費用。既係爲託運人而墊支。自亦可以請求託運人償還。

惟運送物於運送中。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。(六四五條)蓋以運送契約爲雙務契約。既因喪失而未克完成運送工作。而託運人即亦可以不負給付運費之義務。

(辛)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。(六四七條一項)

惟運送費及其他費用之數額有爭執時。在未解決以前。運送人本亦可以不交付運送物。但此時受貨人如將有爭執之數額提存。而請求爲運送物之交付。運送人不得拒絕。(六四七條二項)

(壬)寄存及拍賣權 (A)寄存權。在受貨人所在不明或拒絕受領運送物。如受貨人主張物品數量不足或樣式不符而拒絕受領之類)時。運送人應即時以此旨通知於託運人並請求其指示。如其所指示者事實上不能實行。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(六五〇條一項二項)(B)拍賣權。運送物如有不能寄存於倉庫之情形。或有腐壞之性質。或顯見其價值不足抵償運費及其他費用時。運送人得拍賣之(六五〇條三項)。惟運送人於寄存或拍賣之後。應於可能之範圍內。將其寄存或拍賣之事情。通知託運人及受貨人(六五〇條四項)。前項寄存及拍賣之權。不僅於受貨人所在不明或絕拒受領運送物時。得以行使已也。其於受領權之歸屬有訴訟。致交付遲延時。亦得行使之。故遇有此種情事。即可按照前述情形辦理(六五一條)。

以上所述各項情形之拍賣。運送人均得就其拍賣代價。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（六五二條）

（癸）後運送人之責任及權利 運送物由數運送人相繼而為運送者。後運送人 運費及其他費用。一面對於前運送人負有責任。一面對於運送物得代 行其一切權利。茲就民法所規定者述之於下。

A 責任 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（六四六條）

B 權利 運送物由數運送人相繼運送者。其最後之運送人。就運送人全體應 得之運費及其他費用。得行使第六百四十七條第六百五十條第六百五十 二條所定之權利（六五三條）

第三 受貨人之權利義務

（甲）受貨人之權利 運送物達到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（六四四條） 在運送契約之當事人。本 為託運人及運送人。而受貨人乃係被指示交付物品者。從此點言之。受貨人

完全爲運送契約之第三人。似乎對於運送人不能有何種權利。但運送物既須於運送終了交付於受貨人。則彼時與受貨人卽生密切之關係。如法律上不認受貨人可以取得其權利。則必有種種不便利之處。至受貨人取得權利後。託運人之權利是否完全消滅。余意此時託運人之權利尙非完全消滅。不過居於劣後地位而已。交受貨人於請求交付後。忽然不行使其權利時。運送人仍得請求託運人之指示。（參照六五〇條一項）

受貨人得於運送物達到目的地並經請求交付後取得權利固矣。但運送物之達到目的地。究在何時。每於受貨人所不能知。如不使運送人負通知之義務。則受貨人必將不知爲交付之請求。故法律明定運送人於運送物達到目的地時。應卽通知受貨人（六四三條）

（乙）受貨人之義務 受貨人對於運送人應否負有義務。法律本無明文。但權利是與義務相對待者。如前項所述。受貨人既可取得權利。則同時卽應承受其義務。此項義務。卽所謂支付運費及其他費用之義務也。（參照六四七條）

及六四八條)不過受貨人雖已承受義務而託運人之義務並未消滅。如受貨人不能履行義務時。運送人仍得向託運人請求之。

第四 提單

運送人因託運人之請求。有填發提單之義務。已如前述。惟託運人可以請求之時。須在運送物交付於運送人以後。蓋以運送人未檢視運送物之前。自不能責令先行填發提單也。茲就提單之形式及效力分述於下。

(甲)形式 提單應記載左列事項。並由運送人簽名(六二五條)其不簽名而以蓋章代之。自無不可。

- 一 前條第二項所列第一款至第四款事項。此即(一)託運人之姓名及住址。
- (二)運送物之種類品質數量及其包皮之種類個數及記號。(三)目的地。
- (四)受貨人之名號及住址。
- 二 運費之數額及其支付人爲託運人或爲受貨人。
- 三 提單之填發地及填發之年月日。

(乙) 効力 提單。乃運送人承認已受領單中所載之運送物。而約定以之返還於權利者之有價證券。就此點言。本祇有表示運送物返還請求權之債權的効力。但法律於債權的効力之外。並承認有物權的効力。

A 債權的効力 民法第六百二十七條規定。提單填發後。運送人與提單持有人間。關於運送事項。依其提單之記載。此即規定提單之債權的効力也。惟提單持有人。雖亦包括託運人在內（如託運人即為受貨人時）。但本條所定効力。則不能完全適用於託運人。因之運送人對於託運人。可以基於運送契約而為抗辯。如提單所載與運送契約不符者。仍當以契約為根據而負責任。至於與其他提單持有人之間。則專依提單之記載。不應據原約而推翻之。不過學者之間。多以提單並非與票據相似而為一種無因債權。其事實上受領之運送物與提單不符者。運送人祇負交付實際受領物品之義務。此說亦頗有理。

關於運送事項。既應依其提單之記載。故受貨人請求交付運送物時。即應將

提單交還（六三〇條）此時受貨人如果不為交還。運送人即得拒絕交付。因不憑證券交物。恐以後有真正之提單持有人。再行請求交付之危險也。惟真正持有人喪失其提單時。亦得提供担保而請求交付之。

又提單既為具有債權効力之有價證券。故又得移轉於他人。民法第六百二十八條云。『提單縱為記名式。仍得以背書移轉於他人。但提單上有禁止背書之記載者。不在此限。』蓋提單除禁止背書外。如不許隨時可以移轉他人。殊不足以顯提單之功用。而資經濟上之流通也。

B 物權的効力 民法第六百二十九條規定。交付提單於有受領物品權利之人時。其交付就物品所有權移轉之關係。與物品之交付。有同一之効力。此即規定提單之物權的効力也。蓋以動產物權之讓與。非將動產交付。原不能發生効力。然運送物在運送人運送或占有中。如有移轉其所有權之必要時。既無現實物品可資交付。勢必難以如其所期。故法律特賦與提單以物權的効力。使之交付提單。即與交付現實物品之効力相同。因之運送物雖在運送人

之運送或占有中。而於流通上。仍與自己現實持有者無異。誠屬最便利之制度也。

第三節 旅客運送

第一 旅客

(甲) 傷害及遲延之損害賠償 運送人對於旅客之運送。一面負有維持安全之義務。同時又負有按期達到之義務。如果違反此項義務。其旅客因運送所受之傷害及遲延之遲延。運送人應負損害賠償之責任。但傷害係因不可抗力。或因旅客之過失所致者。不在此限。(六五四條) 此項責任。與第六百三十四條規定之旨相似。亦為一種結果責任。不過所定免責之事由。僅限於傷害。而對於遲延者則未言及。似乎因不可抗力或因旅客過失而致運送遲延時。運送人亦將不能免除責任。此未免對於運送人太苛。余意但書中之傷害字樣。應予刪去。以便可以賅括傷害與遲延兩項為妥。

(乙) 損害賠償額 關於旅客傷害及運送遲延之損害賠償額。民法既未就此

設有特別規定。自應適用一般規定（即第二百一十六條之規定）以填補旅客所受損害及所失利益爲限。

第二 旅客行李

（甲）旅客行李交託運送人者 旅客以其行李交託於運送人者。運送人有下列之權利義務。

A 行李返還之義務 行李及時交付運送人者。應於旅客達到時返還之（六五五條）所謂及時者。卽就旅客而開始運送前之當時也。凡屬及時交付之行李。卽須隨同旅客達到而返還之。如有遲延。應負責任。

B 行李拍賣權 旅客達到後六個月內不取回其行李者。運送人得拍賣之。行李有易於腐壞之性質者。運送人得於達到後經過四十八小時拍賣之（五六條一項二項）

其拍賣之代價。運送人可以從中扣除拍賣費用。運費及其他費用。其餘額並應交付於應得之人。如應得之人所在不明者。應爲其利益提存之。觀同條第

三項規定「第六百五十二條之規定。於前項情形準用之。」即可明瞭。

C 適用物品運送規定之權利義務。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。適用關於物品運送之規定。（六五七條）。蓋以行李既已交託於運送人。即係在運送人保管之下。雖非單純之物品運送契約。却可謂為與旅客運送契約相結合之一種物品運送契約。其已收運費者。固應適用關於物品運送規定之權利義務。即未另收運費。自亦可以適用之。惟本款已有特別規定者。其應依其規定。又不待言。

(乙) 旅客行李未交託運送人者。運送人對於旅客所未交託之行李。如因自己或其僱用人之過失。致有喪失或毀損者。仍負責任。（六五八條）。旅客行李。既未交託於運送人。則運送人。就行李之運送。不過屬於旅客運送之內容一部。並不另有物品運送之性質。其責任自與已交託於運送人者不同。故僅於自己或其僱用人有過失時。負其責任。

第三 運送人責任之免除或限制

運送人交付旅客之票收據或其他文件上。有免除或限制運送人責任之記載者。除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。（六五九條）

第十七章 承攬運送

第一節 承攬運送人之性質

承攬運送人者。乃以自己之名義。爲他人之計算。使運送人運送物品而受報酬爲營業之人也（六六〇條）茲分述於下。

第一 承攬運送人係以自己名義爲他人計算而使運送人運送物品之人

（甲）以自己名義使運送人而爲運送 承攬運送人使運送人而爲運送。非運送委託人之代理人。亦非其代辦商。更與居間人亦不相同。乃係以自己之名義爲之。所謂使運送人運送者。卽承攬運送人直接與運送人締結運送契約。而託令運送之謂。此時承攬運送人之於運送人。正是立於運送契約之託運

人地位。

(乙)爲他人計算使運送人而爲運送。承攬運送人之與運送人締結運送契約。不問其利益與損失。均應歸之於委託人。此卽所謂爲他人計算也。

(丙)使運送人運送物品。運送之標的物。本爲物品運送與旅客運送兩種。但承攬運送之運送標的。則僅以物品爲限。而旅客不得爲其標的。惟運送之處所。不問爲水上運送與陸上運送。亦不問爲內水運送與海上運送。鐵道運送與非鐵道運送。均得成立承攬運送契約。又承攬運送人。其主要任務。本在爲使運送人運送物品（卽與運送人締結運送物品契約）。但爲運送所必要之種種手續。如代報關稅。就運送品爲適當之包裝等等。亦可屬於承攬運送人之任務。惟此項任務。應以有特約爲限。

就以上所述。承攬運送人既是以自己名義。爲他人計算。而使運送人運送物品。其承攬運送之性質。卽與前述行紀相似。故關於承攬運送。除本節有規定外。可準用關於行紀之規定（六六條二項）。因之承攬運送人與委託人間之關係。

亦即屬於委任契約之關係（參照五七七條）

第二 承攬運送人係以使運送人運送物品而受報酬為營業之人

（甲）須以使運送人運送物品為營業。此項營業。即謂之承攬運送營業。若不以為營業。而僅偶爾承攬運送者。則不能謂之承攬運送人。祇能適用一般承攬之規定。惟所謂營業者。並不限於以之為專業。即兼營他業亦可。且實際上承攬運送營業者。復兼營運送。則所常見。

（乙）須受報酬。承攬運送。既為一種營業。即應享受報酬。故承攬運送契約。無異為一種有償委任契約。

第二節 承攬運送人之權利義務

第一 承攬運送人之義務

（甲）一般喪失毀損或遲到之責任。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（六六一條）

承攬運送人所負之此項喪失毀損或遲到等責任。本與前述運送人之責任相同。(六三四條)但運送人之責任。係一種結果責任。必須運送人能證明係因不可抗力時。始得免責。此則係一種過失責任。祇須能證明就法定事項已無怠於注意之過失。即可免責。蓋以承攬運送人。僅在為運送之承攬。非如運送人之自以物品運送於他地者可比。僅為運送之承攬。則物品不能常在其支配之下。而於喪失毀損或遲到。每有非自己之力所能避免者。而自為運送。則物品既常在其支配之下。自能於喪失毀損或遲到。而多有可以力求避免之機會。故法律上對於二者之責任。而有輕重之分。

(乙)因包皮瑕疵而生喪失毀損之責任 託運物品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者。應負責任。此項責任。與運送人之責任同。法律上準用之明文(六六五條六三五條)可參閱前章所述。

(丙)損害賠償額 關於承攬人應負損害賠償責任之損害賠償額。亦與運送

人負担損害賠償時之額相同。法律亦有準用明文（六六五條六三八條六四〇條）可參閱前章所述。

（丁）貴重物品之責任。金錢。有價證券。珠寶。或其他貴重物品。若委託人報明其性質及價值者。承攬運送人始負責任。否則不負其責。此亦準用運送人責任之規定也（六六五條六三九條）。

（戊）責任之消滅時效。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。（六六六條）既然如此。則承攬運送人之賠償責任。自亦因其二年間不行使其請求權。隨之而消滅。至交付或應交付之時云云。前者係適用於毀損或遲到者。後者係適用於喪失者。

第二 承攬運送人之權利

（甲）報酬請求權。有特約時。承攬運送人可以請求報酬。自不待言。即無特約。亦得請求之。惟在何時可以請求。當然祇須承攬運送人爲委託人而交付運

送物於運送人時即可行之。因承攬運送契約。係一種委任契約。以運送物交付運送人時。已可視為委任事務處理完畢。故此時可以行使其報酬請求權。不過約定在目的地受領運送物而交付於受貨人者。則應解為於交付受貨人時請求之。

報酬之外。如承攬運送人尙有其他必要費用之墊款者。其得請求償還。自不待言。

(乙)損害賠償請求權 運送物依其性質。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。在此情形之下。承攬運送人又有一種損害賠償請求權。此在法律上。亦已有明文規定。準用運送營業章中之規定也。(六六五條六三一條)

(丙)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。(六六二條) 惟承攬運送人行使此項留置權時。自

應以物品歸其占有者爲限。此在承攬運送之物品。尙未由承攬運送人交付於運送人時。其應認爲占有。原無問題。若已交付於運送人時。是否尙能認爲占有。按承攬運送人。乃係以自己之名義委託運送人運送者。此時承攬運送人實已立於託運人之地位。而在運送之物品上原有間接占有權。既然如此。故運送物已交付於運送人後。承攬運送人仍得行使其留置權。而令運送人中止交付於受貨人。

(丁)介入權 承攬運送人。原爲運送之承攬者。而非自己爲運送者。但除契約另有訂定外。亦得自行運送。此時其權利義務。則與運送人同。(六六三條)此種自爲運送之權。學者稱之爲承攬運送人之介入權。惟此項介入。並非以運送契約而代替承攬運送契約。而祇是履行承攬運送契約之一方法。除一面爲運送人而可請求運費外。又可爲承攬運送人而請求報酬。此與行紀人之介入無異者也。(六六條二項。五八二條二項)不過行紀人之介入。於有反對約定外。尙有物品種類之限制。(五八二條一項)此則對於一切物品。

均許其得自行運送。

至就運送全部約定價額。或承攬運送人填發提單於委託人時。則視爲承攬人自己運送。惟此時雖已視爲自己運送。但其權利則與前面真正自己運送者不同。不得於運費外。另行請求報酬（六六四條）。蓋以既約定全部價額或自己填發提單。而此時之報酬。即應認爲包含於運費之中也。

第十八章 合夥

第一節 合夥之性質

合夥者。乃二人以上互約出資。以經營共同事業之契約也（六六七條）。其互約出資之各人。民法上稱爲合夥人。

關於合夥之性質。在羅馬法則認爲單純的當事人間之契約關係。而毫未含有何等團體之意味。如不認合夥有合夥財產。而以之屬於各合夥人所分有。又以合夥人之破產死亡等事。由認爲合夥關係當然消滅等皆是也。現代各國民法（如德

日等國)雖然仍以合夥為契約關係。然其含有團體之意味者不少。我國民法亦然。就我民法之規定觀之。(一)認各合夥人共同共有之合夥財產(六六八條)。(二)合夥事務之執行。由合夥人全體共同為之(六七一條)。(三)合夥人請求分析合夥財產之限制(六八二條)。(四)合夥債務與合夥人個人債務之區別(六八二條二項)。(五)認合夥人之退夥加入及合夥之解散(六八七條六九一條六九二條)等等。均係含有團體之意味也。

不過此等情形。雖然具有團體之意味。然合夥仍不外為合夥人間之結合關係。而祇有一種契約之效力。其合夥本身。並非如法人而為離開社員之獨立人格者。且非如法人具有特有財產。可為強制執行之標的。或可對之而為特別破產。雖然在對外關係上。亦有常用合夥之名義者。(如用某商號之名)然此並非如法人之名稱。可以表現其獨立人格。而有法律上之作用。總而言之。合夥不是法人。而是契約關係。其權利義務主體為各合夥人。而非為合夥人本身。

以下就民法上合夥之性質分析述明之。

第一 合夥爲契約

(甲)合夥爲諾成且不要式契約。合夥雖以各合夥人出資爲必要。然並不必須於已爲出資時始得認爲契約成立。故爲諾成契約。

又合夥契約。不要作成書面或其他方式。雖在一般規模較大之合夥。通常多有訂立合同者。然此並非合夥契約之要件。故又爲不要式契約。

(乙)合夥爲有償契約。合夥既係各合夥人彼此互約出資。自爲有償契約。

(丙)合夥爲雙務契約。各合夥人之出資義務。原係彼此立於對價關係之下。故合夥契約。爲雙務契約。惟此項雙務契約。與一般雙務不同。在一般雙務契約。雙方當事人。是各爲本己而請求相對人給付。此則祇能爲合夥(總合夥人)而互相請求給付。不是爲本己而請求給付也。雖然如此。然在此種爲合夥而請求給付之意義中。其爲有對價關係則一。

第二 合夥爲二人以上互約出資之契約

各合夥人互約出資。爲合夥契約要件之一。其出資之種類。祇須適於合夥事業。

之經營者即可。在金錢或他物或勞務。均得爲出資之標的。（六六七條二項）又各合夥人之出資。其種類分量及方法等。並不必彼此同一。或者出金錢。或者出勞力。或者出資較多。或者出資較少。或者一次出資。或者分期出資。均得行之。

第三 合夥爲經營共同事業之契約

（甲）事業 事業原有營利的事業與非營利的事業之分。各夥事業。祇須其目的爲適法與可能。而是否爲營利的。抑爲非營利的（如懇親娛樂慈善等）則可不問。

又合夥事業。亦不須長期繼續。卽以一時的事業爲目的之臨時合夥。亦可有效。例如數人釀金購買煤炭一船而分配之。亦可認爲合夥之事業。

（乙）共同事業 合夥事業。須爲共同。所謂共同者。卽各合夥人對於其事業之成功。皆得受利益分配之謂。故合夥人中一二人獨享利益之契約。則不能認爲合夥。惟在不反乎公序良俗之範圍內。此項契約。亦可作爲一種無名契約。而認爲有效。若約定利益分配於全體。而損失由某一二人負擔者。此項契約。

又不妨認爲合夥。因其與共同之意義相合也。

不過上述之利益分配。其利益不是以物質的利益爲限。而精神的利益亦包括之。又各合夥人所受之分配。其分配率之大小以及利益之種類。亦不必彼此相同。

第二節 合夥之効力

第一項 合夥事務之執行

第一 合夥之內部關係

所謂內部關係云者。指各合夥人相互間執行合夥事務之關係而言也。茲述於下。

(甲)執行事務之決定方法 關於合夥事務之執行。其決定之方法。各國立法例多不相同。有許各合夥人得單獨專行者。如法國(法民一八五九條)瑞士(瑞債五三五條)意大利(意民一七二三條)是有許依過半數決定執行者。如日本(日民六七〇條一項二項)是有定爲全體共同決定執行者。

如德國（德民七〇九條一條）是。我國民法之規定。則與德國民法同。其情形有二。（一）合夥事務。由總合夥人執行者。則由合夥人全體共同決定執行之。（六七一條一項）（二）合夥事務。約定由合夥人中數人執行者。由該數人全體共同決定執行之。（六七一條二項）茲所謂約定者。即是委任之意。由最初之合夥契約委任之。或由以後之追加契約委任之。均無不可。

以上所述之決定方法。不過為一種原則。然完全以全體共同決定為限。則於事務之進行。每有許多窒礙不便之處。故法律上又承認左列二種例外。

A 得以特約由過半數決定或一人單獨執行。民法第六百七十一條第一項。既規定「合夥之事務。除契約另有訂定外。由合夥人全體共同執行之。」則可依特約訂定由合夥人過半數決定執行。或由一人單獨決定執行。自不待言。此項特約執行之事務。或僅以某一定之事務為限。或廣及全體事務。均無不可。又在由約定之數人執行事務時。亦可特約由該數人中之過半數決定執行。或由一人單獨決定執行。此在民法同條第二項雖未明定。當然可以適

用第一項之規定。

前述之過半數。其表決權是否以一人一權爲限。抑或由出資之多寡定之。據民法第六百七十三條規定。『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。』是表決權僅限於一人一權。而不因出資之多寡而有區別也。惟所謂推定者。僅各合夥人未特約時可以有適用。如有特約定明出資超過若干以上。得增加幾表決權者。自不限於一人一權矣。

B 通常事務得由各合夥人單獨執行。合夥之通常義務。得由有執行權之合夥人單獨行之（六七一條三項）。通常事務者。指日常之輕微事務而言。其決定事務之爲輕微與否。不僅以其價格大小及數量多寡爲標準。而事務本身之重要與否。亦應作爲決定之準標。不過通常事務。雖可單獨執行。若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（六七一條三項但書）。

以上係就決定執行事務之方法而言。至於變更合夥契約或其事業之種類。則

更非經全體合夥人之同意不可。若契約另有訂定，自亦可以由一人或數人或過半數行之（六七〇條）。

（乙）合夥人之注意義務。合夥人履行依合夥契約所負擔之義務，應與處理自己事務為同一之注意（六七二條）。蓋以合夥之事業，原係合夥人自己出資經營之，其履行依合夥契約所生之義務，實不啻就自己之事務而為處理，故其注意程度，亦祇定為應與處理自己之事務相同。惟此項規定，應僅適用合夥人無償而履行其負擔之義務者。若為定有報酬時，則應負善良保管人之責任。此就民法第六百八十條所規定準用委任之規定觀之，即可明瞭。因其所定之準用條文中，有第五百四十四條在內，而第五百四十四條之所定，即係受任人未為善良管理人注意之普通過失，亦應負責也。

（丙）準用委任規定之權利義務。第五百三十七條至第五百四十六條關於委任之規定，於合夥人之執行合夥事務準用之（六八〇條）。惟準用各條中，如在合夥中已有特別規定者，如前所述之注意義務，以及後述之費用償

還請求權等。自應先適用之。

(丁)費用償還及報酬請求權 合夥人因合夥事務所支出之費用。得請求償還。(六七八條)此處所謂費用。不問必要費與有益費均包含在內。在民法等五百四十六條。原祇以必要範圍爲限。而於有益費則無規定。準用條文中。雖包含有第五百四十六條。而此處却不得不另有特別規定。而使合夥人就所支出之必要費與有益費。均得請求償還之。

至於執行事務之合夥人之報酬。則以契約另有訂定者爲限。始得請求之。否則不得請求報酬。(六七八條二項)

(戊)辭任及解任 合夥人中之一人或數人被委任執行合夥事務者。非有正當事由不得辭任。其他合夥人。非有正當事由。亦不得將其解任。又因正當事由而解任時。必須經其他合夥人全體之同意。否則亦不得爲之。(六七四條)

(己)合夥人之檢查權 未經被委任爲執行合夥事務之合夥人。雖無執行合

夥事務之權。然於其監督權仍得享有之故。此項合夥人得以隨時檢查合夥事務及其財產之狀況。並得查閱賬簿。此項檢查權。如契約有剝奪或限制之反對訂定時。亦爲無效（六七五條）。

第二 合夥之外部關係

所謂外部關係云者。指執行合夥事務之合夥人對於第三人之代理關係而言。此項合夥人與第二人所爲之法律行爲。其合夥（總合夥人）得以直接享有其權利或負擔其義務者。必須該合夥人對外有代理其他總合夥人之權利而後可。關於此項代理權之發生。在日本民法因無明文規定。而議論即不一致。有謂應適用代理權授與之規定。而由代理權授與行爲發生者。有謂委任合夥人執行事務時。如無反對之意思表示。即推定有與第三人爲法律行爲之權者。此外德國民法及瑞士債務法。關於此點。已有明文。即以合夥契約委任合夥人執行合夥事務時。推定有代理權之授與是也。

我國民法第六百七十九條。『合夥人被委任執行合夥事務者。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。』據此規定。則代理權當然隨合夥契約或追加契約之委任關係而發生。其較之德國及瑞士之推定的規定。尤爲確定。在推定的規定。祇是於不能證明未許代理時。而推定有此代理權。否則無之。若我民法規定。則是有合夥事務之執行權。卽有對外之代理權。而內部曾否許其代理。則不問也。惟此項代理權之行使。僅以委任執行事務之範圍爲限。在其範圍之外。仍不能有代理權。又所謂「爲他人合夥人之代表」者。卽以合夥不是法人。祇能以其他總合夥人之名義而代表之。不能以合夥之名義而代表之也。

第二項 合夥之財產關係

第一 合夥人之出資

關於出資之種類。已在前面述明。茲僅就下列幾點言之。

(甲)出資之受領人及其時期 出資之義務。原爲對於其他各合夥人之義務。其履行此項義務時。究竟以誰爲受領人。接受領清償。爲合夥事務之執行。凡

屬有執行權之人。均可受領。惟以特約指定某合夥人有受領權者。應專以被指定之人爲受領人。

又出資之時期。應依合夥契約及追加契約定之。如無此項約定時。應以有領受權之人請求出資時。爲出資之時期。在合夥人屆期而不履行其出資之義務者。自應適用一般債務不履行之規定。並得作爲除名之正當理由（六八八條）。

（乙）出資之增加及補充。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（六六九條）。

第二 合夥財產

（甲）合夥財產之構成。合夥財產。由下列二部構成之。（一）出資。（二）其他財產。

A 出資。此處所謂出資。專指財產的出資而言。而勞務之非財產的出資。自不在內。惟財產的出資。在已經交付者。其可爲合夥財產之構成分。原不待言。若尙未交付之出資。在各合夥人祇有一種請求出資之債權。此項債權。是否

亦得構成合夥財產。則無定說。然多數學者。大概均認爲應屬於合夥財產。余亦以爲然。

B 其他財產 所謂其他財產者。乃指因執行事務所得之財產及從合夥財產本身所生之財產而言。前者如合夥人執行合夥事務而取得之有體財產與無體財產皆是。後者如天然孳息與法定孳息皆是。

(乙)合夥財產之歸屬 合夥財產之歸屬者。即謂何者爲合夥財產之權利主體也。在合夥財產。原爲合夥之共同目的而存在。依理似應歸於合夥本身。但合夥非如法人而有權利能力。自不能爲合夥財產之權利主體。既然如此。則合夥財產。即不得不認爲合夥人全體之共有。惟共有有單純共有與共同共有之分。日本民法則規定爲單純共有。德國民法。則規定爲共同共有。我國民法第六百六十八條規定。『各合夥人之出資及其他合夥財產。爲合夥人全體之共同共有。』是仿德國之立法例也。

單純共有與共同共有不同。單純共有。得自由處分其應有部分。得隨時請求分

割共有物（民法八一九條及八二三條）而共同共有則不能也。惟日本民法雖規定合夥財產爲單純共有。同時因其具有共同目的之特別性質。而比之一般單純共有。設有多少之限制。如不得隨時請求分割。處分其應有部分不得對抗合夥及第三人。是也。

我國民法。既認合夥財產爲共同共有。因之即有下列幾種特別之規定。

A 禁止分割 合夥人於合夥清算前。不得請求合夥之分析（六八二條）

B 禁止抵銷 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（六八二條一項）

C 股分轉讓之限制 『合夥人非經他合夥人之同意。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。』（六八三條）所謂股分者。不單指出資而言。乃係合夥人對於合夥財產應有部分之意。合夥基於信任關係而成立。第三人是否爲其他合夥人所信任。則不得而知。若合夥人未經他合夥人之同意之前。而以個人之單獨意思轉讓之。殊與合夥契約之精神。

相背。至轉讓於他合夥人。則因其並無第三人參加。自不發生信任與否之問題。故又不必經全體之同意。

股分既不得任意轉讓於第三人。則合夥人之債權人。依理亦似不得就該合夥人之股分。聲請扣押。不過法律爲保護合夥人之債權人利益起見。特別承認該債權人可以聲請扣押。但應於兩個月前通知合夥。並使其通知有爲該合夥人聲明退夥之效力（六八五條一項二項）。其限於兩月前通知並使有退夥效力者。蓋使他合夥人有準備。不致因扣押後之執行。而影響於合夥之事業也。

D 代位行使權利之限制 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（六八四條）。蓋以合夥存續期間內。合夥人爲維持合夥財產起見。於有可以對於合夥行使權利之時。每有故意不爲行使者。若許該合夥人之債權人得代位行使之。則有違該合夥人之維持本意。而影響於合夥事業之發展也。必大。惟應行

分配之利益。則已離合夥財產而獨立。該合夥人如怠於行使此項請求權時。自可許其代位行使。

(丙)合夥之決算及損益分配 民法關於此類事項之規定。其情形如下。

A 決算及分配利益之時期 合夥之決算及分配利益。除契約另有訂定外。應於每屆年度事務終爲之。(六七六條)

B 分配損益之成數 分配損益之成數。有約定者。依其約定。未經約定者。即按照各合夥人出資額之比例定之。(六七七條一項)

又僅就利益定分配之成數而未定損失分配成數時。或僅就損失定分配成數而未定利益分配成數時。則視爲損益共通之分配成數。(六七七條二項)

至以勞務爲出資之合夥人。除契約另有訂定外。應不受損失之分配。(六七七條三項) 因勞務之出資。其額數之算定。每多困難也。

第三 合夥之債務

(甲)合夥債務之主體 合夥未有法人人格。已屢如前述。故合夥所負之債務。雖名為合夥之債務。其實在法律上乃為各合夥人之債務。然與各合夥人本己之固有債務。却又不同。而係由執行事務人從合夥財產中而為償還者。不過合夥之債權人。並無必須先從合夥財產中受其償還之義務。而直接向各合夥人請求之亦可。(二七三條)

(乙)合夥債務之連帶責任 合夥人對於合夥債務所負之責任。各國立法例亦不一致。有採分担主義者。如法意日諸國是。(法民一八六二條以下。意民一七二六條以下。日民六七五條)有採連帶主義者。如德國及瑞士是。(德民四二七條。瑞債五四四條)民法第六百八十一條。『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。』則係採連帶主義也。分担主義。可以減輕合夥人之責任。使一般人不致視合夥為畏途。而合夥比較的容易成立。連帶主義。可以增進合夥之信用。使一般人均樂於與之交。易。而合夥事業易增發達。兩者各有所長。均可採用。惟上海商會曾以連帶主

義。不適合產業落後之我國國情。電請立法院修改爲分担主義。而立法院尙未遽允修改。

第三節 合夥人之退夥及加入

第一 退夥

如前所述。我民法對於合夥。原認有幾分團體意味。不是單純的個人契約關係。故特以明文承認合夥人之退夥。不使因一二契約當事人之變動。而影響於合夥契約之效力。以下試就任意退夥與非任意退夥。並退夥之效力分述之。

(甲)任意退夥 任意退夥者。即合夥人以一方之意思。隨時自由退出合夥關係之謂。此項任意退夥。與一般契約之隨時終止契約相同。故退夥之意思表示。須向合夥人全體爲之。(二五八條參照)惟在如何情形之下。可以任意退夥。除依當事人契約所定外。民法上又設有兩種補充規定。

A 合夥未定存續期間。或經訂明以合夥人中一人之終身爲其存續期間者。合夥既未定存續期間。或其存續期間以一人終身爲標準。均屬未有止境。若

於此種情形之下。必欲強令各合夥人受其拘束。殊欠允當。故非許其隨時得以任意聲請退夥不可。惟須遵守兩種限制。(一)應於兩個月前通知合夥人。(二)不得於有不利於合夥之時期而為退夥。(六八六條一項二項)

B 合夥定有存續期間而合夥人有非可歸責於自己之重大事由者。合夥既定有存續期間。合夥人原則上本不得有任意退夥之權。但既已發生重大事由。且非可歸責於其自己。自可許其仍得聲請退夥。(六八六條三項)

(乙)非任意的退夥。非任意的退夥。又可名為法定退夥。其情形如下。

A 合夥人死亡。合夥人死亡。羅馬法係認為合夥之當然解散事由。已如前述。我民法則僅認為合夥之當然退夥事由。蓋基於合夥帶有團體意味而來也。惟契約訂明其繼承人得繼承者。並不因合夥人之死亡而當然退夥。(六八七條一款)

B 合夥人破產或禁治產。破產則喪失信用。禁治產則喪失行為能力。故均認為當然退夥。(六八七條二款)

C 合夥人之開除 合夥人既被開除。自應認爲當然退夥之事由（六八七條三款）惟其開除之原因及方法如何。據民法規定如下。

（1）原因 合夥人之開除。以有正當理由爲限（六八八條一項）所謂正當理由者。即對於合夥事業已不能共謀發展。非強制其退夥不可之正當事由也。如不履行出資義務。勞務出資不能。與其他合夥人之重大不和等皆是。

（2）方法 合夥人之開除。應以他合夥人全體之同意爲之。並應通知被開除之合夥人（六八八條二項）此項全體同意及通知兩點。均爲除名之要件。有一不備。即不能發生除名之效力。

（丙）退夥之効力 合夥人於退夥。僅退夥人於退夥時起喪失其合夥人地位。而合夥本身。不失其同一性。其効力之詳情如下。

A 依退夥時之財產狀況結算 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之（六八九條一項）

B 合夥得以金錢抵還股分 退夥人之股分。不問其出資之種類。得由合夥以

金錢抵還之（六八九條二項）合夥財產。有爲金錢者。亦有爲現物者。因之退夥人之股分。卽係對於金錢與現物兼而有之。惟退夥人取回其股分時。合夥如返還現物。其於合夥事業有不利者。自得不以現物返還之。此時縱令退夥人之出資係某項現物。仍得以金錢而爲抵還。不過出資僅係物之利用權者。除返還利用權之價額外。當然不得以金錢抵還。而取得其物之所有權。

C 退夥時尙未了結事務之計算。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（六八九條三項）。

D 退夥前之合夥債務。仍應負責。合夥人退夥後。對於其退夥前合夥所負之債務。仍應負責（六九〇條）。此時縱令他合夥人已允許於退夥後不負以前債務之責任。亦祇於合夥人相互間有其效力。而合夥債權人對於退夥人之權利。仍不受絲毫影響。

第二 加入

加入者。第三人於中途加入現存之合夥關係也。茲就所定加入之方法及其效

力分述於下。

(甲)加入之方法。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(六九一條一項)。此蓋以合夥原係基於信任關係而成立。在合夥成立後。其中途加入之第三人。如合夥人中有一不信任時。自不能許其加入。致影響於合夥事業之前途。故非經合夥人全體同意不可。至第三人之加入。其與全體合夥人間之關係。乃係一種契約關係。自無疑義。

(乙)加入之效力。加入亦與退夥同。祇是加入人取得合夥人之地位。而合夥仍不失其同一性。換言之。卽並非舊合夥消滅。而另行成立新合夥也。茲述其效力如下。

A 加入人爲合夥財產共同共有人。第三人一經加入。卽對於合夥財產爲當然共同共有人。而取得其股份。並不必另須何種移轉行爲。

B 加入人負以前合夥債務之責。加入爲合夥人者。對於其加入前合夥所負之債務。與他合夥人負同一之責任(六九一條二項)。

第四節 合夥之解散及清算

第一 解散

(甲)解散之事由 關於合夥解散之事由。在民法上規定有下列三種。惟由合夥契約或追加契約另訂解散事由時。自亦可以承認有效。茲就民法所規定三種事由分述之。

A 合夥存續期限屆滿者 合夥既定有一定之存續期限。則期限屆滿後。自應當然解散(六九二條一款)。惟期限屆滿後。合夥人仍繼續其事務時。其合夥契約仍可繼續有效。不過此時之繼續只能視為不定期契約。可以隨時解散之。(六九三條)

B 合夥人全體同意解散者 合夥原係契約。其成立既係由於合夥人之全體意思。自亦可以由於合夥人之全體意思而解散(六九二條二款)。

C 全體之目的事業已完成或不能完成者 目的事業已經完成。自當解散。其不能完成時。亦非解散不可(六九二條三款)。

(乙)解散之效力 合夥之解散。祇是以後合夥事業不再繼續。而合夥關係。並非一經解散。卽行完全消滅。蓋以合夥解散後。尙須經過清算程序。必須清算終結後。而合夥關係始得完全消滅也。

第二 清算

(甲)清算人 合夥雖非法人。但在已爲解散時。仍非清算不可。既須清算。究竟清算人可由何人担任。據民法六百九十四條之規定有二。(一)由合夥人全體負清算之責。蓋以合夥人平時均有檢查合夥事務及財產狀況之權。解散時以之爲清算人。不僅爲其權限所應然。且於清算上亦甚便利也。(二)由合夥人所選任之清算人爲之。清算固以合夥人全體任之爲宜。但有時在事實上不能以全體爲之者。自非另行選任清算人不可。其被選任之人。不必限於合夥人。第三人亦得被選任之。又選任之決定。不必合夥人全體一致。僅須過半數之同意已足。(六九四條二項)

至以合夥契約。選任合夥人中一人或數人爲清算人者。則應適用民法第六百

七十四條關於委任合夥人執行合夥事務者之規定（六九六條）因之該清算人非有正當事由不得辭任。而其他合夥人非有正當事由亦不得將其解任。並且即令有解任之正當事由亦須全體同意爲之。

（乙）清算之決議 數人爲清算人時。關於清算之決議應以過半數行之（六九五條）在清算人僅爲一人時。其關於清算事務逕由一人單獨執行。原無問題。若爲數人時。究由全體決定執行。抑由過半數決定執行。自非以明文規定之不可。其所以規定爲過半數者。因清算事務原貴迅速。如必須由全體一致決定執行。恐有遲延清算程序之虞也。

（丙）清算人之職權 合夥之清算。原與法人之清算相似。其清算人之職權。大概亦不外與法人清算人之職權相同。如了結現務。收取債權。清償債務。移交贖餘財產於應得者等是（參照四〇條）不過民法對於合夥之清算尙就合夥財產之處分。設有左列之規定。

A 先清償債務 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。應將其清償所必需之數額。由合夥財產中劃出保留之（六九七條一項）。

B 次返還出資。清償債務或劃出必需之數額後。其賸餘財產。應返還各合夥人之出資。（六九七條二項）債務既已清償。即應就合夥人之出資而返還之。蓋出資係合夥人之所固有者。不爲返還。即蒙損失。自應先於利益分配而受返還也。惟此時合夥財產。如已不足返還各合夥人之出資者。則按照各合夥人出資額之比例返還之（六九八條）。

以上A B兩項之清償債務及返還出資。清算人應於必要限度內。將合夥財產變爲金錢（六九七條三項）。

C 最後分配餘利。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（六九九條）。關於賸餘財產分配之方法。各國立法例殊不一致。有按合夥人出資之價額而爲分配者（日民六八八條二項）。有按利益分配之成數而爲分配者（德民七三

四條瑞債五四九條一項）我國民法是依後者之立法例也。惟此係任意規定。如有特約另定分配方法時。自宜依其特約。

第十九章 隱名合夥

第一節 隱名合夥之性質

隱名合夥者。乃當事人約定一方對於他方所經營之事業出資。而分受其營業所生之利益。及分担其所生損失之契約也。（七〇〇條）出資之一方。民法稱曰隱名合夥人。營業之一方。則稱爲出名營業人。茲就其性質分述於下。

第一 隱名合夥爲契約

（甲）隱名合夥爲諾成契約。且不要式契約。隱名合夥契約。祇須當事人雙方意思之一致。即可成立。既不必要現實之出資。（要物）亦不必需何種方式。此就民法第七百條條文所謂「當事人約定……契約」云云。即可無疑者也。

(乙) 隱名合夥爲雙務契約且爲有償契約。隱名合夥契約成立後。隱名合夥人負有出資及分担營業損失之債務。出名營業人負有分配其營業利益於隱名合夥人之債務。此種各負之債務。又立於互相報償的關係之下。故爲雙務契約且爲有償契約。

第二 隱名合夥爲當事人約定一方對於他方所經營之事業出經之契約

(甲) 當事人 隱名合夥之當事人。乃爲雙方對待之兩當事人。不能如普通合夥而有互相平列之多數當事人。此就民法條文「一方對於他方」之語氣觀之。即可明瞭。故多數當事人間。不能成立隱名合夥契約。惟出名營業人與多數當事人分別成立複數之獨立隱名合夥契約。自屬有效。又隱名合夥人之一方。集合數人而與一出名營業人共同成立一個隱名合夥契約。亦自可行。

(乙) 經營之事業。經營之事業云者。簡言之。即是營業。隱名合夥之營業。祇是出名營業人之營業。不是雙方當事人之共同事業。此即與普通合夥不同之一

點。惟事業雖非雙方之所共同。而其結果。則有共通之利害關係。從經濟上言之。仍不外爲一種共同之事業。故隱名合夥。雖非普通合夥之一種。然在經濟上之利害共通。却與普通合夥相類似。因之『隱名合夥除本節有規定外。準用關於合夥之規定』(七〇一條)。

又隱名合夥之營業。不必限於個人營業。即公司營業或合夥營業均可。亦不必限於全部營業。即一部營業(例如支店營業)仍得成立隱名合夥契約。又隱名合夥之營業。不必在契約成立時已經開始。其在契約成立後可以開始之營業。亦可成立隱名合夥。

(丙)出資 隱名合夥人之出資。須爲財產出資。而信用或勞務。不得爲出資之標的。因隱名合夥人參加隱名合夥之事業。祇是物的關係。而非人的關係也。又隱名合夥人之出資。係專屬於出名營業人之財產。(七〇二條)而非隱名合夥人與出名營業人之共同共有財產。此亦隱名合夥與普通合夥不同之點。

第三 隱名合夥爲一方分受其營業所生利益之契約

隱名合夥人由出名營人業之營業而分受其利益。乃隱名合夥之一要件。其不分受其利益之出資。則不能以隱名合夥目之。惟利益之分受。本係依營業之成績如何。而決定其數目之多寡。但不分受其全部利益。而爲最高額之限制者。亦不妨成立隱名合夥。至由出名營業人保護應行分受若干之最低額時。則係不問利益有無。均得分受其利之意。此種情形。與其謂係分受利益。毋寧謂係支付利息。而與隱名合夥之本質殊有違背也。（應認爲消費借貸）若一面約定分受利益。一面又約定支付利息。却又可認爲隱名合夥。因於分受利益之要件。尙未欠缺之故。

第四 隱名合夥爲一方分担其營業所生損失之契約

隱名合夥人既由其營業分受其利益。其生有損失時。亦自應爲之分担。因之分担損失。亦爲隱名合夥要件之一。惟德國商法。則有隱名合夥不須分担損失之明文。日本商法。則於應否分担損失。均無規定。而學者之間。多與德國立法例持同一之見解。而認爲非隱名合夥之要件。我國民法條文。既已明定須分担其損

失。其認爲隱名合夥要件。自無可疑。

第二節 隱名合夥之效力

第一 隱名合夥之內部關係

(甲) 出資 隱名合夥契約成立後。隱名合夥人即須爲一定之出資。此項出資。僅以財產出資爲限。已述於前。所謂財產出資者。不問爲提供財產所有權。或提供財產使用收益權。均屬可行。至出資後。其財產權即移屬於出名營業人。

(七〇二條)

至出名營業人。則無所謂出資。雖其供給勞務於該營業。有似於合夥或公司之勞務出資。提供財產於該營業。有似於合夥或公司之財產出資。然隱名合夥財產。既均屬於出名營業人之財產。而無有所謂公共共有之特別合夥財產。則此項供給勞務。祇是出名營業人爲自己之營業執行事務。提供財產。祇是出名營業人就自己之財產而分別管理。均不能以出資目之也。

(乙) 分受利益 分受利益。爲隱名合夥之要件。已如前述。故出名營業人。除契

約另定有營業損益之計算期外。應於每屆事務年度終計算其損益。其有應歸隱名合夥人之利益者。須即支付之（七〇七條一項）。此項利益分受之成數。自應以雙方契約所爲爲標準。如無特約時。則應準用合夥之規定。按照出資之比例定之（六七七條）。不過出名營業人既無所謂出資。自應先就出名營業人自己之營業財產及其勞務爲適當之評價後。方可定其比例。前項利益。除另有約定爲出資之增加外。不得因隱名合夥人尙未支取。而認其利益爲出資之增加（七〇七條二項）。

（丙）分擔損失。分擔損失。亦爲隱名合夥之要件。亦如前述。故如約定只分受利益而不分擔損失者。祇能準用隱名合夥之規定。而非此之所謂隱名合夥。惟隱名合夥人之分擔損失。却有一定之限制。僅於其出資之限度內。負分擔損失之責。（七〇三條）。所謂出資之限度內負責者。有兩種意義。（一）是負擔之損失額。按照出資之比例定之。（二）是負擔之損失。祇須減少其出資。不必於出資以外。另以財產填補之。而出資減盡後。即亦不必再負擔其損失。

(丁)執行事務 隱名合夥之事務專由出名營業人執行之。(七〇四條)此蓋以隱名合夥之營業祇是出名營業人之營業而非隱名合夥人與出名營業人之共同事業。故其事務之執行權應專屬於出名營業人而隱名合夥人則不能有此權利。

隱名合夥之事務如上所述。固應專由出名營業人執行之。但隱名合夥人對於出名營業人却有請求依照契約本旨而執行之權利。故出名營業人不為營業。例如不於約定期內開始營業時。隱名合夥人得請求依約而為營業。又出名營業人反乎約定目的而執行事務。例如以其財產而使用約定之營業以外時。隱名合夥人得請求依約執行之。

(戊)查閱及檢查權 隱名合夥人雖無執行合夥事務之權。然營業結果之損益。却與隱名合夥人有重要利害關係。因之法律為使隱名合夥人得以監督出名營業人起見。允許其有查閱賬簿並檢查事務及財產狀況之權。此項查閱及檢查權。不能由當事人以特約剝奪之。縱有此項約定。亦屬無效。惟法律

所定此項權利。有下列兩種情形。

A 年度終之查閱及檢查。每屆事務年度終。隱名合夥人均得查閱合夥之賬簿。並檢查其事務及財產之狀況。(七〇六條一項。)

B 隨時之查閱及檢查。有重大事由時。法院因隱名合夥人之聲請。得許其隨時為前項之查閱及檢查。(七〇六條二項。)

第二 隱名合夥之外部關係

(甲)原則 隱名合夥之營業。因其主體係出名營業人。故合夥之事務。即專由出名營業人執行。事務既專由出名營業人執行。則對於第三人之權利義務。即應由出名營業人享受或負擔。而隱名合夥人與第三人之間。就出名營業人所為之行為。毫不生權利義務之關係。(七〇四條二項。)

(乙)例外 隱名合夥人之於第三人。固不生權利義務之關係。但有左列情事之一者。縱於隱名合夥契約內。有不負責任之反對記載。對於第三人仍應負出名營業人之責任。(七〇五條。)

A 參與合夥事務之執行者。

B 爲參與執行之表示者。

C 知他人表示其參與執行而不否認者。

第三節 隱名合夥契約之消滅

第一 消滅之原因

隱名合夥契約。除依一般契約之原則而消滅外。民法尙規定有左列之特別消滅原因（七〇八條）

（甲）當事人依六百八十六條之規定聲明退夥者。

（乙）存續期間屆滿者。

（丙）當事人同意者。

（丁）目的事業已完成或不能完成者。

（戊）出名營業人死亡或受禁治產之宣告者。

（己）出名營業人或隱名合夥人受破產之宣告者。

(庚)營業之廢止或轉讓者

第二 消滅之効力

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。但出資因損失而減少者。僅返還其餘存額(七〇九條)。據此規定。則契約消滅之効力。則不外爲一種必要之結算。其結算有利益時。出名營業人除返還其出資外。並須給與應得之利益。結算有損失時。出名營業人即可於其出資內扣除其損失。而以餘額返還之。

第二十章 指示證券

第一節 指示證券之性質

指示證券者。乃指示他人將金錢。有價證券及其他代替物給付第三人之證券也。其爲指示之人。稱爲指示人。被指示之他人。稱爲被指示人。受給付之第三人。稱爲領取人。(七一〇條一項二項)。茲就此項證券之性質分述於下。

第一 指示證券之指示行爲。係單獨行爲及無因行爲

(甲) 指示行爲係單獨行爲。指示行爲。亦即發行指示證券之行爲。指示人。一有此項行爲。而此項指示證券之債權。(即所謂指示債權)即行成立。故應認爲單獨行爲。雖然民法第七百一十一條規定。須被指示人承擔給付後。始有爲給付之義務。彷彿與一般契約相似。但此項承擔之表示。並非如一般契約之承諾。而向要約人爲之。祇是對於第三人(即領取人)之一種給付承擔。不能因此即以指示行爲而認爲一種契約也。

(乙) 指示行爲係無因行爲。人類一切行爲。均有一定之目的。爲達到此種目的。而有其行爲。即是行爲之原因。發行指示證券之行爲。鮮有無一定之目的者。謂爲無因。似乎不當。但所謂無因者。非謂其真無何種原因也。不過其行爲已離原因而獨立。原因雖不存在。而此項發行證券之指示行爲。仍然有效也。例如因買賣之價金而發行指示證券。買賣關係雖因故而消滅。而指示證券仍得有效存在是。

第二 指示證券之債權。係債權證券化之債權。

如上所述。指示證券之債權。謂之指示債權。此項指示債權。其發生也。必須有證券之作成。在未有證券以前。即不能有所謂指示債權其行使也。必須提示其證券。否則不能請求給付。其移轉於他人也。必須交付其證券。否則不能發生債權移轉之效力。故此項債權之與證券。實已化爲一體。學者稱之爲債權之證券體化。吾姑名之債權證券化。

指示債權。既係債權之證券化。因之即與指名債權（又可稱記名債權）不同。然指示債權。雖係債權之證券化。究不如無記名債權之爲完全證券化之債權。因之又與無記名債權不同。茲述於左。

A 指示債權與指名債權不同。指示債權之證券。係與債權化爲一體。指名債權之證券。不過爲債權之單純證明書。因之指示債權之移轉。須交付證券並爲背書而讓與之（七一六條）而指名債權之移轉。則須依債權通則通知於債務人後。方生效力（參照二九七條）。

B 指示債權與無記名債權不同。指示債權係對特定人或其指定人而為給付之債權。雖與證券化為一體。但尚非完全成為證券化。而無記名債權則係對於非特定人而為給付之債權。實已成為完全證券化。因之指示債權之移轉。除須交付證券外。尚須為背書。如有禁止背書之記載者。且不得依背書而為讓與。至無記名債權之移轉。祇須交付其證券。不必須為背書也。

第三 指示證券係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。

指示證券。雖民法未規定特別之方式。而券面上却須記載相當之指示文句。此項文句之範圍。第一須指示他人向第三人給付。第二須指示以金錢有價證券或其他代替物為給付。茲分述於下。

(甲) 指示他人向第三人給付。在票據法上之票據以及民法上之倉單提單等。本亦有指示證券之性質。然給付者並不限於他人。領取人復不限於第三人。而發行證券之本人。亦得自為給付者或領取人。(參照票據法之匯票本

票支票以及民法之倉單提單等規定。不過此處所規定之指示證券須爲指示他人向第三人而給付之。若給付者或領取人爲本人時。則不能適用此處之規定。

(乙)指示以金錢有價證券或其他代替物爲給付。指示證券原有流通性質。故指示證券之給付標的。須爲金錢等之代替物。方可便於流通。

第二節 指示證券之効力

(甲)被指示人之給付義務及抗辯權。被指示人雖已受指示人之指示。令向領取人而爲給付。但並非指示人一經指示之後。而被指示人當然負有給付之義務。必須被指示人向領取人承擔所指示之給付者。始應依其證券內容而給付之。(七一一條一項)此蓋以被指示人尙未承擔以前。領取人對於被指示人之給付請求權。祇是在假定的狀態之下。而由指示人負一種擔保責任。一經有承擔之思意表示。而被指示人方已受其拘束。而有給付之義務矣。

被指示人既已承擔之後。對於領取人。尙得爲一種抗辯。惟其抗辯則有限制。據民法規定被指示人得對抗領取人者有二。(一)本於證券內容所得對抗者。(二)本於指示人與領取人間之法律關係所得對抗者。(七一一條二項)第一種對抗情形。學者名爲物的抗辯。如證券非由指示人簽名之類。是爲物的抗辯之事由。所謂物的抗辯者。卽爲可以對抗一般人之抗辯。而不限於特定當事人之間是也。第二種對抗情形。學者名爲人的抗辯。如被指示人與領取人間原有交互計算或抵銷及延期等契約。均爲人的抗辯之事由。所謂人的抗辯者。僅爲特定債務人可以對抗特定債權人之抗辯。而不能及於一般人是也。故對於讓與人之人的抗辯。卽不能對抗讓受人。

(乙)指示人之債務消滅 指示人爲清償其對於領取人之債務而交付指示證券者。其債務於被指示人爲給付時消滅。(七一二條一項)指示人既爲清償債務而交付指示證券。則於已受給付時而使債務消滅。自係當然。

惟於未受給付時。雖不得消滅債務。然債權人已受領指示證券者。卽亦不得請

求指示人就原有債務而爲給付。不過於指示證券所定期限內。或未定期限者之相當期限內。不能從被指示人領取給付者。仍得向指示人請求之。（七一二條二項）

債權人受領指示證券後。不得請求指示人而爲給付固矣。但指示證券之願意受領與否。則債權人原有選定之自由。如不願由其債務人受領此項指示證券者。應即通知債務人。以便有所準備（七一三條三項）

（丙）被指示人之債務免除。被指示人雖對於指示人負有債務。無承擔其所指示給付或爲給付之義務。但已向領取人爲給付者。就其給付之數額。對於指示人免其債務（七一三條）

被指示人無承擔或給付之義務固矣。而領取人於被指示人對於指示證券拒絕承擔或拒絕給付者。應即通知指示人。以便有所準備（七一四條）

（丁）指示人之證券撤回。指示人於發行指示證券之後。自己認爲應予撤回者。亦得撤回之。惟必須依照下列之時期及方法（一）撤回之時期。須在被指

示人未向領取人承擔所指示之給付或爲給付前。如已爲承擔或給付。則指示證券已在被指示人與領取人之間直接發生效力。自不能予以撤回。(二)撤回之方法。須指示人向被指示人以意思表示爲之。其向領取人或第三人所爲者。則不能有效。(七一五條一項)

又指示人雖未明白撤回。然被指示人在未承擔或給付前受破產宣告者。其指示證券。在法律上視爲撤回。(七一五條二項)

(戊)領取人之證券讓與。指示證券原有流通之性質。除指示人於證券載明禁止讓與外。領取人可以將指示證券讓與於第三人。不過如前所述。指示債權並非如無記名債權爲完全之證券化。故讓與不僅以交付證券爲已足。並須以背書爲之。(七一六條一項二項)

指示證券讓與以後。如被指示人對於指示證券之受讓人已爲承擔者。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。(七一六條二項)

蓋以如前所述。被指示人與領取人間法律關係所生之事由。係一種人的抗辯

之事由。領取人既將證券讓與第三人。被指示人自不得以之與第三人對抗也。至物的抗辯之事由。自然仍可對抗之。

第三節 指示證券効力之消滅

所謂指示證券効力者。即指示債權之効力也。關於指示債權。其具有一般債權消滅之原因時。自應適用一般之規定。惟民法對於指示債權。尙規定有幾種特別消滅原因。茲述於下。

(甲)指示證券之撤回 指示證券得撤回之。已如前述。一經撤回後。其指示債權之効力。當然消滅。

(乙)短期之消滅時效 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。(七一七條)

(丙)指示證券之遺失被盜或滅失 指示債權之行使。原以指示證券之存在為前提。如無證券。即不得行使其權利。因此。則對於真正權利者。一旦失其證券之占有時。若不另設救濟之法。未免對於證券持有人保護欠周。故指示證

券遺失被盜或滅失者。法院得因持有之聲請。依公示催告之程序宣告無效（七一八條）。

第二十一章 無記名證券

第一節 無記名證券之性質

無記名證券者。乃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也（七一九條）。其發行無記名證券之人。民法上稱爲發行人。持有之人。則稱爲持有人。

發行無記名證券之行為。爲單獨行為。並無因行為。原與指示證券無異。又無記名證券之債權（即無記名債權）。係較之指示債權。更爲完全證券化之債權。均已說明於前。無庸多述。茲僅就條文所載之性質分述於下。

第一 無記名證券爲持有人對於發行人得請求爲給付之證券

（甲）持有人請求給付 無記名證券。原係不指明特定債權人之證券。如兌換

券、火車電車票、禮券等皆是。既然如此。故凡屬持有證券之持有人。均得請求給付。不過發行人已知其爲無處分權者。則不得給付之。（七二〇條）

（乙）對於發行人請求給付。無記名證券。既與指示證券之指示他人爲給付者不同。故債務人專屬於發行人本人。而僅能對於發行人請求給付。

第二節 無記名證券爲得請求其依所記載之內容爲給付之證券。無記名證券。爲最完全之有價證券。其證券與權利。原係同時存在。換言之。卽是權利與證券化爲一體。除證券上所記載之內容外。發行人卽不負給付之義務。故持有人祇得依其記載內容而請求給付之。如證券上所記載者爲物品。祇得請求爲物品之給付。不得請求給付金錢之類是也。

第二節 無記名證券之效力

（甲）發行人之給付義務。無記名證券發行人。於持有人提示證券時。有爲給付之義務（七二〇條前段）。

發行人已爲給付之後。在持有人係就證券有處分權者。其債務應行免除。固不

待言。即爲無處分權者。亦當免其債務（七〇二條二項）。

不過發行人爲已知持有人就證券無處分之權利。或已受有遺失被盜或滅失之通知時。法律上原不許爲給付（七二〇條但書）。給付既爲法所不許。苟發行人仍然給付之。則對於債務尙不能免除。

（乙）發行人之證券責務。無記名證券在發行本乎已意而流通。以及本身並未發生變故而流通者。其證券之効力。自無何種妨礙。倘非出於已意而流通。或流通在本身已有變故時。則如之何。據民法七百二十一條規定如下。

A 流通非出已意時。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。

B 流通在本身已有變故時。無記名證券。不因發行在發行人死亡或喪失能力後失其効力。

（丙）發行人之抗辯權。無記名證券發行人。亦得行使其抗辯權而對抗持有人。惟亦有相當之限制。據民法第七百二十二條規定。其可以對抗之事由如

下。

A 本於證券之無効者。此就證券本身依法無効者而言。如依公示催告程序而判決無効之證券。以及因無能力人所發行而撤銷之證券均屬之。

B 本於證券之內容者。此就證券內容之所記載者而言。如證券之偽造。變造等均屬之。

C 本於發行人與持有人間之法律關係者。此就人的關係而言。應依兩者間具體的法律關係而決定之。其例參照指示證券章被指示人抗辯權項下之所述。

(丁) 無記名證券之交還。無記名證券持有人請求給付時。應將證券交還發行人（七二三條一項）。蓋以無記名債權。如持有人非以證券相交換。而債務人即可毋須為清償。故於請求給付時。非交還其證券於發行人不可。

發行人既已由給付而取回其證券。在交還證券之持有人為有處分權者。自無問題。即令就證券無處分之權利。仍能取得其證券之所有權（七二三條二項）。

（因取回之證券。係與給付相交換而來也。）

（戊）無記名證券之換給。無記名證券。因毀損或變形不適用於流通。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（七二四條一項）。蓋以無記名證券之債權既已有效發生。原不能因證券之毀損變形而消滅。債權既不因而消滅。則在不求給付而仍欲流通時。其有不適於流通者。祇須重要內容及識別記號尚能辨認。自可請求換給新券。惟毀損及變形之原因。既發生於持有人方面。其換給新券之費用。即應由持有人負擔。若證券為銀行兌換券或其他金錢兌換券者。仍應由發行人負擔之（七二四條二項）。因此等兌換券。在發行人常有多數之置備。以舊易新。其事極易。且其輾轉流通。復較頻煩。毀損變形之原因。每非專屬於現在之持有人。故其換給費用。須責令發行人負擔之。

第三節 無記名證券效力之消滅

無記名證券效力之消滅。除適用一般法律行為及債之效力消滅之規定外。民

法尙設有特別規定如下。

第一 關於通常無記名證券者

(甲)證券不存在時之公示催告 無記名證券遺失被盜或滅失者。法院得因持有人的聲請。依公示催告之程序宣告無效。(七二五條一項) 按無記名債權之行使。本以證券之存在爲前提。證券一旦失其存在。而債權即應消滅。但法律爲保護真正權利人起見。仍許其得聲請法院。依公示催告程序。宣示已失之證券爲無效。以便不依證券而可主張證券上之權利。不過無記名證券既已遺失被盜或滅失。而提出相當之證據。以爲公示催告之聲請。每每較爲困難。故事實上因證券之不存在。而債權亦即隨之而消滅者。殆居多數。持有人提出聲請公示催告之證據。既較困難。因之法律爲貫徹保護真正權利人之旨起見。復規定持有人爲公示催告聲請時。發行人對於持有人。應告知關於實施公示催告之必要事項。並供給其證明所必要之材料。(七二五條二項)

(乙) 證券不存在時停止提示期間之進行。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。對於發行人爲禁止給付之命令時。停止其提示期間之進行。(七二六條一項)

惟此種提示期間之停止進行。原爲公示催告未終止前之一種救濟辦法。自不能使之長期停止。故民法復規定此項停止。自聲請發禁止給付命令時起。至公示催告程序終止時爲止。(七二六條二項)

第二 關於利息年金及分配利益等無記名證券者

通常無記名證券之遺失被盜或滅失時。持有人祇得通知發行人不得向他人而爲給付。並須依公示催告程序聲請宣告無效後。始得行使其權利。惟利息年金及分配利益之無記名證券。則較之通常無記名證券。其債權人略有特定性質。且其債權均爲定期給付債權。其消滅時效期間極短。故法律爲保護此項證券之債權人起見。復另定有特別之救濟辦法如下。

(甲) 第三人未於時效期間屆滿前爲提示時。利息。年金。及分配利益之無記

名證券。已有遺失被盜或滅失。而持有人已通知於發行人者。其在定期給付債權之法定時效期間屆滿前（參照一二六條）未有第三人提示時。曾爲通知之持有人。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。但自時效期間屆滿後經過一年者。其請求權消滅（七二七條一項）在通常無記名證券。於未依公示催告程序宣告無效前。僅能通知不向他人給付。不能自己爲給付之請求。而此等證券。祇須第三人於時效期間屆滿前未爲提示。即可自己請求給付。因時效期間屆滿前既無第三人提示。而此項證券上之權利即已經過時效。已不患再有第三人爲之主張。故許真正權利人得以請求給付之。惟允許真正權利人於時效屆滿後得以行使其權利。原爲一種特別救濟方法。自不能使之爲長期之存續。故又規定以屆滿後一年爲限。

（乙）第三人已於時效期間屆滿前爲提示時。前項無記名證券遺失被盜或滅失。而持有人已通知於發行人者。如於時效期間屆滿前已由第三人提示

其證券時。發行人應將不爲給付之情事告知該第三人。並於該第三人與曾爲通知之人合意前。或於法院爲確定判決前。應不爲給付（七二七條二項）。蓋以第三人既於時效屆滿前已爲提示而主張其權利。而爲通知之持有人。自不能再請求給付。此際發行人當然一面須以不爲給付之事告知第三人。一面須對於雙方均不爲給付。以待將來彼此合意解決。或由法院判決之。

第三 關於無利息見票即付之無記名證券者

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。不適用第七百二十條但書及第七百二十五條之規定（七二八條）。查第七百二十條但書。係規定就證券無處分權之持有人或受有遺失被盜或滅失通知之證券。不得爲給付是也。第七百二十五條。係規定遺失被盜或滅失之證券。得聲請法院依公示催告程序宣告無效是也。然無利息見票即付之無記名證券。除利息等證券外。其所以不能適用此項規定者。蓋以（一）此項證券。其流通之性質。大概與金錢無異。轉輾易人。極爲容易。若對於現在之持有人不爲給付。易使善意

之交易人蒙其影響。而有害交易上之安全。(二)此項證券之發行。其樣式爲同一定型者。必不在少數。若許其爲公示催告之聲請。而宣告無效。殊難使一般人盡能辨別無效之證券。而不行使。

第二十二章 終身定期金

第一節 終身定期金契約之性質

終身定期金契約者。乃當事人約定一方於自己或他方或第三人生存之期內。定期以金錢給付他方或第三人之契約也。(七二九條)

關於終身定期金債權。有由契約而發生者。亦有由遺贈而發生者。本條既曰終身定期金契約。則由遺贈而生之終身定期金。自不在內。惟關於終身定期金契約之規定。於終身定期金之遺贈亦準用之。此民法已有明文規定者也。(七三五條)

茲就終身定期金契約之性質分述於下。

第一 終身定期金契約爲典型契約。有因契約。有償或無償契約。諾成而要式契

約。

(甲)終身定期金契約爲典型契約。關於終身定期金契約，有學者認爲非典型契約。祇是附屬於他項契約（如贈與買賣等）而決定以終身定期金債權爲給付之形式者。然此種契約實以發生終身定期金債權爲其目的。應以之解爲典型契約。而有獨立之性質。

(乙)終身定期金契約爲有因契約。關於終身定期金契約，亦有主張爲無因契約者。然此項契約之成立，鮮不有其原因者。原因消滅，而此項契約即當無效。仍屬認爲有因契約。例如由贈與原因而成立之終身定期金契約，贈與撤銷，契約當然失其效力是也。

(丙)終身定期金契約爲有償或無償契約。定期金債權人對於定期金債務人有對待給付者爲有償契約。例如以買賣價金爲終身定期金時，其定期債權人（即出賣人）已有對待給付是也。此時關於買賣之規定，亦應適用之。無對待給付者爲無償契約。例如以贈與之標的物爲終身定期金時，其定期

金債權人無對待給付是也。此時關於贈與之規定，亦應適用之。

(丁)終身定期金契約爲諾成而要式契約。條文既曰「當事人約定」其爲諾成契約，自無疑義。惟約定云者，不是指口頭約定而言，必須以書面爲之而後可。(七三〇條)故此項契約雖爲諾成，但須要式。

第二 終身定期金契約係一方以金錢給付他方或第三人之契約

(甲)以金錢爲給付。終身定期金，乃係按期而爲給付者，自以給付金錢較爲便宜。故民法規定給付之標的物，唯以金錢爲限。但日本民法，却認他物亦可爲給付之標的。(日民六八九條)

(乙)向他方或第三人爲給付。終身定期金契約，以他方爲給付之對象，可以第三人爲給付之對象亦可。前者係通常債權契約，後者係爲第三人利益之契約，尚應適用民法第二百六十九條及第二百七十條之規定。

第三 終身定期金契約係一方於自己或他方或第三人生存期內爲定期給付之契約

(甲)定期給付 定期金債權者。是由一個基本債權而又發生定期的各個支分債權也。所謂定期給付。即是於每一定期而反覆為特定給付之謂。然每期之特定給付。並不必要為同一額數。且其額數亦不必自始即已確定。祇須在履行前得以確定為已足。例如約定以定期金債務人之每月或每年實支生活費為給付之額。則非待月終或年終不能確定。此種情形。仍得成立終身定期金契約也。

(乙)於自己或他方或第三人生存期內為給付 以生存期為給付之存續期。即是終身定期金所謂「終身」之意義。此項生存期之決定。究以何人為標準。則不問為債務人自己或契約之相對人或第三人均可。當事人可以自由約定之。

第二節 終身定期金契約之効力

(甲)終身定期金之存續期及金額 終身定期金之存續期間。原可由當事人約定以債務人自己。或契約之相對人或第三人之生存期為標準。在此項標

準人已明白約定時。其存續期間自無問題。若未明白約定而有疑義時。則如之何。據民法第七百三十一條規定。則推定其為於債權人生存期內按期給付。蓋以終身定期金之存續期。通常係以債權人之生存期為標準。既於此而有義務自可為如此之推定也。

至於應給付之金額。自然亦當依契約所定者而給付之。惟契約所定之金額有疑義時（例如契約僅訂定終身定期金五百元。而為終身五百元。或為每季五百元。或每年五百元。則未定明之類。）則推定其為每年應給付之金額（七三一條二項）

（乙）終身定期金之支付期。關於定期金支付之時期。不問為每年每季每月等或預支或後付。均可由當事人自由以契約訂定之。惟無約定時。則應按季預行支付（七三二條一項）

惟既已預支之後。其依其生存期間而定終身定期金之人（即標準人）於該期屆滿前死亡者。究應按日數計算。抑使定期金債權人取得全期金額。民法為

保護債權人計。則承認定期金債權人應取得該期金額之全部（七三二條一二項）。

（丙）終身定期金債權之移轉。終身定期金債權可否移轉。應就基本債權與支分債權分別言之。基本債權原則上不得移轉。惟當事人約定可以移轉者。則爲例外。民法第七百三十四條所謂不得移轉者。即係指此而言也。至支分債權（即各期給付請求權）則與基本債權不同。雖無可以移轉之約定。亦得移轉之。

第三節 終身定期金契約之消滅

終身定期金契約。除得依一般法律行爲及契約之消滅原因而消滅外。其依其生存期間而定終身定期金之標準人死亡時。亦應當然消滅。毋待明言。惟其死亡之事由。應歸責於定期金債務人時。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（七三二條）。茲述其應當注意者如下。

（一）所謂「債權人或其繼承人之聲請」者。應以標準人屬於誰人而定之。在

標準人屬於債務人時。其因歸責於自己之事由而死亡者（如犯罪處死刑或自殺之類）則債權人可為聲請（標準人屬於第三人而因歸責於債務人之事由死亡者亦然）標準人屬於債權人時。其因歸責於債務人之事由而死亡者。債權人之繼承人可為聲請。

（二）所謂「法院得宣告債權存續」者。其「得」字之意。是指要件具備時則宣告之。否則應不宣告。並非謂要件已經具備。而法院仍得任意宣告或不宣告也。

（三）所謂「相當期限」者。即是標準人不因歸責於債務人之事由而死亡。而尚可生存之相當期間也。關於此點。應以標準人之生存能力（如健康狀態及年齡等）為本而決定之。法院除依此種事實而為判定外。不得依其他抽象的公平觀念而裁量之。

第二十三章 和解

第一節 和解之性質

和解者。乃當事人約定互相讓步。以終止爭執或防止爭執發生之契約也（七三六條）。茲分述其性質如下。

第一 和解爲契約

（甲）和解爲有償且雙務契約。和解是以雙方互相讓步爲對價。故爲有償契約。既爲有償契約。則關於買賣之規定。如瑕疵擔保責任之規定。於此應準用之。（如依和解本旨而給特定之物或權利時）

又和解成立後。雙方均有依照讓步本旨而爲給付義務。故爲雙務契約。既爲雙務契約。則關於雙務契約之規定。如同時履行抗辯等規定。於此亦應準用之。

（乙）和解爲諾成不要式契約。和解祇須當事人合意約定。即生效力。自爲諾成契約。惟是否要式。立法例殊不一致。法國民法。則以書面作成爲要件。我國民法。則不須書面也。至在法院所爲之訴訟上和解。則須記載於言詞辯論筆錄。或作成和解筆錄。（民訴法三七一條）又當別論。

第二 和解係當事人互相讓步之契約

互相讓步。乃民法上和解之要件。所謂互相讓步者。即當事人彼此願受多少損失之意。其互讓之方法如何。法律未設何等限制。在通常之互讓。固然是彼此各爲一部的承認或拋棄。但僅由當事人一方爲全部的承認或拋棄。而相對人另爲新給付者。亦得謂之互讓。此種新給付。本非就爭執之權利關係本身而爲讓步者。但其得爲終止爭執防止爭執發生之手段。則無二致。故仍可認爲本條之所謂互讓。

和解既係當事人互相讓步之契約。其非由當事人自己讓步。而係依判決公斷以息爭者。自不能謂之和解。又非由當事人雙方互相讓步。而僅一方拋棄自己之權利主張。或承認相對人之權利主張以息爭者。亦不能謂之和解。祇能謂之權利之拋棄或承認。

第三 和解係終止爭執或防止爭執發生之契約

終止爭執或防止爭執發生。爲和解之唯一目的。亦即和解之另一要件。故就

無爭之事項。僅由一方懇求他方承諾者。不能謂爲和解。惟所謂爭執者。原有現在之爭執與未來之爭執兩種。日本民法僅云「止爭」。是否包括現在與未來之兩種爭執而言。學者間議論不一。法國民法則已明定防止爭執發生。亦得成立和解。防止爭執發生云者。卽係就未來之爭執而預防發生之意。我國民法於終止現在爭執之外。復規定防止未來爭執發生。亦得爲和解之目的。殆仿法國之例而立法也。惟所爭執者須爲權利關係之事項。若爲權利關係以外者。例如單純的感情之衝突。則不能爲和解之對象。又權利關係之事項。須僅以有和解能力者爲限。所謂和解能力者。卽當事人有任意處分權之謂。在財產關係。如物權債權等。其有和解能力。自不待言。卽親屬法及繼承法上之權利。亦多有和解能力。其無和解能力者。如親子關係存否之事項。應受扶養之權利等皆是。

第二節 和解之效力

和解如前所述。既爲互相讓步以終止爭執或防止爭執發生之契約。因之和解之效力。不外下列兩點。

(甲)按照讓步本旨而為給付。當事人既已互相讓步而和解。則和解以後。即負有按照讓步本旨而為給付之債務。例如為權利之讓步者。即負有不反乎讓步而行使權利之債務。又對於相對人拋棄權利而約為新的給付者。即負有按約履行之債務是也。

(乙)確定係爭之權利關係。當事人既為終止爭執或防止爭執發生而和解。則和解以後。當事人即不得再就同一爭點而有所爭執。因之和解即不確定係爭之權利關係之效力。

和解有確定當事人間權利關係之效力固矣。究竟此項效力。果為認定的。抑為創設的。自來學者主張不一。所謂認定的效力者。即和解祇是就舊權利關係加以認定（限制或變更）而使原有之擔保及時效等。仍然存續其效力也。所謂創設的效力者。即和解乃以創造新的權利關係。其效力不溯及於已往。惟對於將來發生其效力也。

惟就我民法之規定解釋之。則以和解有創設的效力為允當。民法第七百三十

七條云。『和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所訂明權利之效力。』所謂拋棄之權利消滅。即是不認舊權利關係之存續。所謂取得契約訂明之權利。即是新權利關係由和解而發生。其非有認定的效力而有創設的效力也無疑。且第七百三十八條第一項。復規定和解原則上不得以錯誤爲理由而撤銷之。尤其是承認和解之創設的效力。此即以一經和解。其效力即與確定判決相等。不問以前之權利關係如何。而新權利關係已經創設鞏固。不容藉口錯誤而動搖之也。

第三節 和解之消滅

和解既係契約。即可因一般契約消滅之原因而消滅。故和解有一般撤銷之原因時（如因相對人之詐欺或脅迫）自亦得以主張撤銷之。惟在一般契約。其錯誤得爲撤銷之理由。而在和解。則如前面所述。原則上不得以錯誤爲理由而撤銷之。蓋以如一般契約而許以此爲理由而撤銷。實有反乎和解之本旨也。但有左列特別事項之一時。則例外可以撤銷。

(甲)文件係偽造或變造者。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。可以撤銷之。(七三八條一項)

(乙)事件經法院確定判決者。和解事件。經法院確定判決。而爲當事人雙方。或一方於和解當時不知者。可以撤銷之。(七三八條二項)

(丙)當事人資格或重要爭點有錯誤者。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。而爲和解者。可以撤銷之。(七二八條三項)

第二十四章 保證

第一節 保證之性質

保證。乃當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時。由其代負責任之契約也。(七三九條)其約定代爲履行之一方。民法稱爲保證人。承受履行之一方。仍

稱爲債權人。由此契約所生之債務。稱爲保證債務。而保證債務之基本債務。則稱爲主債務。債務人則稱爲主債務人。

保證制度。係於主債務人之外。另置一與之負擔同一內容債務之從債務人。以使債權得到確實保障之制度也。在物權編之抵押權及質權。係由担保物之物的責任。以確保債權之得受清償。而保證制度。則係由保證人之人的責任。以確保債權之履行。兩者性質雖不相同。而作用則無二致。茲就保證之性質分述於下。

第一 保證爲契約

(甲) 保證爲諾成且不要式契約。條文既曰當事人約定。則僅有保證人與債權人之意思表示一致。即可成立。自無疑義。故爲諾成契約。

保證原爲不要式。雖然多有作成保證書。或在借據上簽保證人之名者。然此並非保證之成立要件。又票據保證。雖應由保證人在票上或其謄本上簽名。並記載其他必要事項。(票據法五六條)。然票據保證行爲。祇應認爲保證人之單獨行爲。而非契約。

(乙)保證爲片務且無償契約。保證僅保證人對於債權人負有代主債務人履行債務之責任。而債權人並不因此而爲何種對待給付。故爲片務且爲無償契約。惟約定債權人對於保證人亦須爲一定給付時。如給與保證人一定報酬之類。如可認爲有對價關係者。則爲雙務並有償契約。

(丙)保證爲有因契約並從契約。保證契約係爲担保債權而締結之契約。其有效之成立。應以主債務之存在爲前提。主債務契約消滅。而保證契約亦因而消滅。故保證爲有因契約。

保證既以主債務之存在爲前提。則保證爲附屬於主債務契約之從契約。自不待言。在保證契約之無效或撤銷。主債務契約固不因之失效。而主債務契約若無效或撤銷時。保證契約則失其效力。

第二 保證爲當事人約定一方於他方債務人不履行債務時代負履行責任之契約

(甲)保證契約當事人 保證契約之當事人。爲保證人與債權人。雖有時保證

人與主債務人連署於同一證書而負擔其債務。然主債務契約與保證契約却為兩個不同之行爲。而發生兩個債權債務關係。因之主債務人即非保證契約之當事人。

一個主債務人。得由二人以上爲保證人。此等保證人。或各別締結保證契約。或共同締結一個保證契約（即後述之共同保證）均可。

（乙）他方債務人不履行債務時代負履行責任。此爲保證契約之內容。所謂他方債務人。即主債務人。所謂債務。即主債務。保證乃所以擔保主債務之履行者。故其契約內容。即限於主債務人不履行時而代負履行之責任。

第二節 保證之效力

第一 對於保證人與債權人間之效力

（甲）債權人之保證債務履行請求權。保證契約成立後。債權人自有請求保證人履行保證債務之權。惟其請求之範圍如何。則以有無約定爲斷。

A 已有約定者。保證債務之範圍。其契約另有訂定時。自應從其約定（七四

○條前段。惟約定之範圍。祇能在不超過主債務之範圍內任意定之。若超過主債務之範圍。而使保證人之負擔。較主債務人爲重者。其超過部分無效。應縮減至主債務之限度以內（七四一條）。

B 未有約定者。關於保證債務之範圍。未有約定時。其主債務之元本總額。應屬於保證債務之範圍。自不待言。而此外主債務之利息。違約金。損害賠償。及其他從屬於主債務之負擔。亦包含之（七四〇條）。按各國立法例對於此項保證債務之範圍。其規定原不一致。有限定其從屬性者。有擴充其從屬性者。前者祇以由主債務所生者爲限。而其他之獨立債務（如約定之利息。違約金等）則非當然屬於保證債務。如德國民法是（德民七六七條）。後者則以凡爲從屬於主債務之債務。不問係由主債務所生。抑爲各別獨立債務。均屬於保證債務。如法日民法是（法民二〇一條。日民四四七條）。我國民法。既以利息。違約金等一切從屬於主債務之負擔。皆認爲保證債務。乃係仿後者之例而立法也。

(乙)保證人之抗辯權 保證人對於債權人之請求。其得以行使之抗辯可分爲二。(一)係保證人固有之抗辯權。(二)係保證人本於主債務人所有之抗辯權。試述於下。

A 固有之抗辯權 此項抗辯權。學者名之爲檢索之抗辯權。民法第七百四十五條規定。『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。對於債權人得拒絕清償』。卽是承認保證人之檢索抗辯權也。

保證人對於債權人拒絕清償之權利。既爲一種抗辯權。則保證人不行使時。而債權人之請求。卽當有效。保證人卽不得不負給付遲延之責任。假使在訴訟上不行使時。而法院亦不得自動的以此作爲裁判之基礎。以駁斥債權人之請求。

保證人得行使其檢索抗辯權以拒絕清償固矣。但有左列各款情形之一者。則不得主張其權利。(七四六條)

一 保證人拋棄其權利者。

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。

三 主債務人受破產宣告者。

四 主債務人之財產不足清償其債務者。

B 本於主債務人所有之抗辯權。主債務人所有之抗辯。保證人得主張之（七四二條一項）。蓋以保證債務。既係附屬於主債務之債務。則主債務人所有之一切抗辯。保證人自得作為依據而主張之。所謂主債務人所有之抗辯者。不問其發生之原因。係為法定事由。抑為約定事由。祇須在法律上得以主張者均屬之。故主債務之給付拒絕之抗辯（如同時履行抗辯）權利不發生之抗辯（如主債務因有錯誤不法等理由而無效）以及權利消滅之抗辯（如主債務因清償時效等理由而消滅）等。保證人均得依其事實而主張之。以求除自己之保證債務。

保證人主張前項主債務人所有之抗辯權。既為免除自己之債務起見。則其

主張也。即係以自己名義行之。並非主債務人之代理。因之主債人縱令拋棄其抗辯。保證人仍得主張之。（七四二條二項）

以上所述。乃係一種原則。但亦有下列兩種例外。

（1）保證人知主債務無效之情事者。保證人對於錯誤或行爲能力之欠缺而無效之債務。如其情事而爲保證者。其保證仍爲有效。（七四三條）此等錯誤或行爲能力欠缺之無效事由。原亦爲主債務人所有之抗辯。不過既於成立保證契約時。已知其情。顯係願負此項保證之責任。故使其保證仍爲有效。不許保證人本於主債務人之抗辯而主張之。

（2）主債務人所有之撤銷權。主債務人就其債之發生原因之法律行爲。有撤銷權者。保證人不得主張之。祇得對於債權人拒絕清償（七四四條）蓋以可以撤銷之法律行爲。其撤銷與否。純任有撤銷權人之意思自由行之。主債務人所有之撤銷權。在主債務人未行使以前。自不許保證人從旁干涉。惟主債務既有得以撤銷之事由。將來難免主債務人不行使其撤

銷權。故又當許其有拒絕清償權。以保護其利益。

(丙)債權人對主債務人中斷時效之效力。向主債務人請求履行及爲其他中斷時效之行爲。對於保證人亦生效力。(七四七條)此項規定。蓋以保證爲担保主債務之履行。在主債務未罹時效時。應使保證債務。亦不罹於時效。以期適合保證之本旨。依民法第一百三十八條規定。時效中斷。本祇以當事人繼承人受讓人之間始有效力。此於保證人亦生效力者。乃係對於該條之一種例外規定耳。

第二 共同保證之效力

數人保證同一債務者。謂之共同保證。關於共同保證之效力如何。各國立法例原不一致。法、日、瑞士諸國。係採分擔責任主義。使各保證人依平等之比例。各負擔其保證債務。此卽認保債人有所謂「分別之利益」也。德、奧、普諸國。則採連帶責任主義。使各保證人連帶負全部債務之責任。我國民法第七百四十八條規定。數人保證同一債務者。應連帶負保證責任。亦係採連帶責任主義也。所謂

數人保證同一債務云。祇須爲數人共同保證足矣。其保證之行爲。是否係同一契約。抑係各別之行爲。又或先後各爲擔保。均可不問。從前大理院判例。本以同時共同爲保證者。應各負平均分擔代償之責。（民五上字五〇五號判例）先後各就全額爲保證者。應負連帶責任（民三上字六四一號判例）然按之現行民法。則不能作如是之解釋也。

以上所謂連帶責任。係就當事人未有特約而言。如債權人與保證人另有分擔負責之特約時。自應從其特約。此觀條文「除契約另有訂定外。」一語自明。

第三 對於保證人與債務人間之效力

主債務人對於保證契約。原居於第三人之地位。應爲此項契約效力所不能及。但因保證契約是爲擔保主債務之履行而成立者。故民法就保證人與主債務人之間。亦規定有一定效力。此項效力。謂之保證之外部關係。前述債權人與保證人間之效力。則爲保證之內部關係也。茲就保證人與債務人間之效力。述之於下。

(甲)保證人之代位權 民法第七百四十九條云。保證人向債權人爲清償後。債權人對於主債務人之債權。於其清償之限度內。移轉與保證人。此卽規定保證人對於主債務人之代位權也。此項代位權。在第三百一十二條已有規定。本條似不免涉於重複。然彼係就一般利害關係人之代位權而爲規定。此則專就保證人之代位權而規定之。可謂屬於一種適用規定也。

(乙)保證人之保證責任除去請求權 保證人之向債權人爲保證時。有受主債務人委任而爲之者。有未受主債務人委任而爲之者。(未受委任而爲保證。事實上本所罕有。然亦不能謂其絕無。如主債務人之戚友。自動而爲保證人者。亦或有之。)其受委任而爲保證時。如有左列各款情形之一。卽得向主債務人請求除去其保證責任。(七五〇條)

一 主債務人之財產顯形減少者。

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。

三 主債務人履行債務遲延者。

四 債權人依確定判決得令保證人清償者。

以上所述保證人之除去保證責任請求權。原爲保護保證人之利益起見。其通常之除去方法。自係由主債務人向債權人而爲清償。惟主債務未屆清償期者。自不能令主債務人拋棄其期限之利益。此時主債務人得提出相當擔保於保證人。以代保證責任之除去（七五〇條二項）。蓋以清償期既未到來。又已提出相當擔保。雖未除去保證責任。仍於保證人之利益足以保護之也。

第三節 保證責任之消滅

保證責任。除因保證有一般法律行爲及契約並債之消滅原因而消滅外。民法尙規定有保證責任消滅之特別原因如下。

（甲）債權人拋棄債權擔保物權者。債權人對於主債務人之債權。常有物的擔保與人的擔保同時存在者。此時保證人因於自己之人的擔保外。另有物的擔保。則主債務人不履行其債務時。自由債權人先就物的擔保而受清

償。以減免自己之責任。若債權人拋棄其債權担保之物權。即於保證人有重大之不利益。故法律爲保護保證人利益起見。許保證人就債權人所拋棄權利之限度內。免其責任（七五一條）。

（乙）債權人未於保證期內向保證人爲審判上請求者。約定保證人僅於一定期間內爲保證者。如債權人於其期間內。對於保證人不爲審判上之請求。保證人免其責任（七五二條）。此蓋以保證債務。既定有一定之負責期間。若主債務人不爲債務之履行時。債權人自當於其負責期間內。以審判上請求之最有效力的方法。追問保證人之責任。否則一經逾期。責任即當消滅。若令其於期間之外。仍然長期存續其責任。未免不合。

（丙）債權人未於催告期內主債務人爲審判上請求者。保證未定期間者。保證人於主債務清償期屆滿後。得定一個月之上之相當期限。催告債權人於其期限內。向主債務人爲審判上之請求。債權人不於其期限內爲請求者。保證人免其責任（七五三條一項二項）。在未定期間之保證債務。其主債務

一日未爲清償。而保證人原不能一日免除責任。若不予保證人以催告之權利。則於保護保證人之利益未免過薄。至債權人既不於其催告所定期限內向主債務人而爲請求。則以後主債務人資力減少以及其他有不能履行債務情事時。乃係債權人咎由自取。保證人自不能再負責任。

(丁)保證人通知終止保證契約者。就連續發生之債務爲保證。而未定有期間者。保證人得隨時通知債權人終止保證契約。其對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務。不負保證責任。(七五四條一項二項)連續發生之債務。就訂立保證契約時言。可云多屬將來之債務。對於此項債務而爲保證。既未定有期間。自應許保證人得以隨時終止保證契約。契約一經終止。其於終止以前發生之債務。雖不能免責。而終止之通知到達後所發生之債務。不使其再負責任。自係當然。

(戊)債權人允許主債務人延期清償者。就定有期限之債務爲保證者。如債權人允許主債務人延期清償時。保證人除對於其延期已爲同意外。不負保

證責任（七五五條）就保證債務之從屬性而言。主債務延期。保證債務本亦常隨之而延期。然此僅能以維持保證人之利益爲限。而不使債權人於其延期清償之期間內。又要求保證人負代爲履行之責。若從保證人之不利益方面着眼。則主債務清償延期。而保證責任之期限亦延長。此時保證人如已同意。自當繼續負責。否則無強令保證人負責之理。

第四節 信用委任

信用委任者。卽委任他人以該他人之名義及其計算。供給信用於第三人之謂。例如某甲委任某乙。用乙之名義及乙之計算。信任第三人丙而借給金錢若干之類是。此時第三人之受領信用而負擔債務。既係由委任人之委託而生。其履行能力如何。委任人自當深知。因之民法對於此種情形。特使委任人對於受任人負保證責任（七五六條）。此項信用委任。在以受任人之名義。而非用委任人之名義行之。固與代理不同。而在以受任人之計算（損益）。而非爲委任人之計算行之。其與通常委任。亦各有異。並且委任人對於受任人所負之責任。復

非由單純之保證契約而生。其與通常保證亦不相類。故學者之間多謂此種信用委任。乃具有一種委任與保證之混合契約性質。就我民法條文觀之。既曰委任他人供給信用於第三人。又曰對於受任人負保證責任。以之認為委任與保證之混合契約。實屬應有之解釋。因之關於信用委任。一面固須適用保證之規定。同時對於委任之規定亦應適用之。

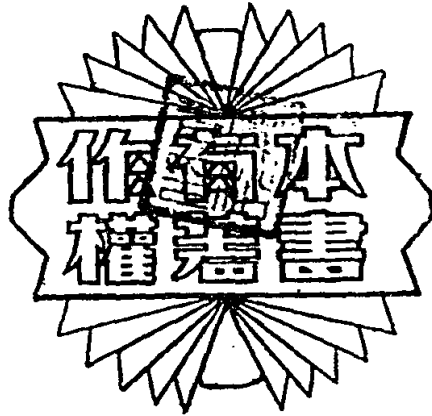
(完)

民國二十三年九月出版

債編各論

全書一册

定價大洋一元五角



著者 甯柏青

印刷者 上海法學書局

發行者 上海法學書局

總發行所

上海三馬路
雲南路東首

上海法學書局

