

大 學 用 書

民 法 債 權 實 務 研 究

張 龍 文 著

大 學 用 書

民 法 債 權 實 物 研 究

張 龍 文 著

東 亞 法 律 叢 書



版 權 所 有 • 翻 印 必 究

東 亞 法 律 叢 書 刀 榮 華 主 編

民 法 債 權 實 務 研 究

定價：新台幣

著 者 張 龍 文

發 行 人 刁 榮 華

發 行 所 漢 林 出 版 社

台北市重慶南路一段50號三樓

電話 三七一九八七五

郵政劃撥一〇八八三二號

經 銷 處 各 大 書 局

中華民國六十六年六月初版
新聞局局版業字第一四九三號

民法債權實務研究目錄

第一章 債權人代位權

- 一、代位權之性質
- 二、代位權之要件
- 三、代位權之客體
- 四、代位權之行使
- 五、代位權行使之效力

第二章 債權人撤銷權

- 一、撤銷權之性質
- 二、撤銷權之主體
- 三、撤銷權之要件
- 四、撤銷權之行使
- 五、撤銷之訴與債務人破產之關係

第三章 遲延利息

- 一、法定孳息一般論
- 二、利息一般論
- 三、遲延利息之性質概說
- 四、遲延利息之利率問題
- 五、遲延利息與複利之問題
- 六、利息債務不履行與遲延利息
- 七、遲延利息債權是否原本債權之擴張抑或新債權
- 八、賠償額之預定與遲延利息
- 九、遲延利息與其他之損害賠償之關係
- 十、結語

第四章 租金債務之遲延利息之起算日

- 一、租金債務之遲延
- 二、遲延利息之起算日

第五章 定金

一、定金之意義 二、定金之種類 三、羅馬法制史上之定金 四、日本法制史上之定金 五、中國法制史上之定金 六、日本民法上定金之性質及效力 七、現行民法上定金之性質及效力 八、我國習慣上定金之性質及效力 九、定金與其他損害賠償額之預定等

第六章 違約金.....六六

一、違約金之一般論 二、金錢債務與違約金 三、違約金之過高與減少 四、違約金之抵充關係 五、違約金與抵押權 六、定金與賠償額之預定是否得併存 七、違約金條項與公證書調解書和解筆錄

第七章 損害賠償之方法.....七八

壹、賠償方法之立法主義.....七八

一、回復原狀主義 二、金錢賠償主義 貳、我民法所定之賠償方法.....七九

一、總說 二、原則 三、例外

第八章 給付稻谷之債權.....九八

一、租賃契約之租金是否限於金錢之給付 二、稻谷可否得為消費借貸之標的 三、金錢債務以糧食給付利息之限制 四、貸放金錢或其他物品而收回糧食，或以糧食為擔保之貸款，其借貸契約是否有效？ 五、耕地租金以稻谷計算時，於租賃關係消滅後之損害賠償，是否仍以稻谷計算，抑或應以金錢計算？

第九章 房屋租賃.....一〇四

- 一、城市地方與都市土地之含義
- 二、土地法關於租金限制之特別規定
- 三、土地法關於擔保金之特別規定
- 四、土地法上關於出租人於終止租約之特別規定
- 五、期限屆滿
- 六、房屋租約書是否應寫為房地租約書
- 七、租金之增加
- 八、租賃物之修繕
- 九、租賃與解除契約

第十章 基地租賃.....一二九

- 一、地上權與租賃權之差異及區別標準
- 二、房屋之讓與及基地租賃權之移轉
- 三、基地租賃之消滅
- 四、租金額之限制
- 五、租金之增加
- 六、基地承租人之優先承買權
- 七、租賃與解除契約

第十一章 論轉租.....一五五

- 一、民法上租賃物轉租之一般論
- 二、土地法上租用耕地轉租之特殊性質
- 三、耕地三七五減租條例上租用耕地轉租之特殊性質

第十二章 經理人之經理權及經理人之登記.....一七四

- 一、管理事務權限之範圍
- 二、代理權限之範圍
- 三、關於經理人之登記問題

第十三章 商號若干問題.....一八六

- 一、商號之概念
- 二、商號之使用
- 三、關於商號若干之原則
- 四、商號之登記
- 五、商號之轉讓

第十四章 合夥若干問題……………二〇〇

一、合夥之訴訟當事人能力 二、合夥之借款能力 三、合夥之保證能力 四、合夥清償債務之確定判決與對股東之執行 五、合夥爲債權人時，是否得由合夥人全體起訴 六、合夥爲債務人時，是否得由合夥人全體被訴 七、聲明退夥之方法 八、商業登記法第九條第二項之規定 九、關於合夥契約存在不存在或合夥之決議有效無效之訴訟 一〇、業務執行（對內關係及對外關係） 十一、退夥與出資退還請求權 十二、解散與出資返還請求權

第十五章 保證若干問題……………二一八

一、普通保證 二、債權人允許主債務人延期清償與保證責任 三、定有保證期間或未定保證期間 四、繼續的保證、將來債務之保證 五、職務保證 六、票據保證 夫妻財產制諸問題……………二二三

一、夫妻財產制契約登記效力問題 二、特有財產 三、夫妻財產制契約之內容 四、法定財產制概說 五、民法施行前已結婚者之夫妻財產關係 六、台灣省民在光復前已結婚者之夫妻關係

第十七章 父母之法定代理權諸問題……………二四三

一、父母法定代理權之共同行使 二、未成年子女之特有財產 三、父母代理處分未成年子女之特有財產 四、日本民法與我民法之比較

民法債權實務研究

張龍文著

第一章 債權人代位權

民法就債權人代位權，僅規定兩條（二四二條及二四三條），因條文過簡，在實務上，不敷應用，遇到實際問題，頗多疑義。茲就其主要之問題，加以研究。

一、代位權之性質

債權人代位權，係債權人以自己之名義，行使債務人之權利爲目的之實體法上權利，屬於類似形成權之管理權或能權（Kannrecht）（註一）。

（一）債權人代位權係債權人以自己名義行使債務人之權利爲目的，並非以債務人之代理人而行使債務人之權利，故非代理權。

公司法第二三三條所定債權人對於不法分派股利之退還於公司之請求權，雖與債權人代位權相似，然此非以行使他人權利爲目的，實爲債權人固有之權利，自不屬此所謂代位權。

（二）債權人代位權係實體法上之權利而非訴訟法上之權利。

代位並非以強制債務人直接受償權之滿足爲目的，而以保全債務人之財產，增加債權之擔保實力

爲目的，因此，有強制執行之準備之效用。

(三)債權人代位權之法律上性質爲管理權或能權。

代位權並非對於債務人或第三人之請求權。縱令代位標的之權利爲債權，然代位權本身並非債權，僅爲行使他人債權之權利。其以權利或法律關係之變更爲目的之點而言，雖與形成權相類似，然非依權利人一方之意思表示而形成法律上效果。代位權係依實行債務人之權利而行使，故非純粹之形成權，乃以行使他人權利爲內容之管理權或能權。

二、代位權之要件

(一)須債權人因保全自己之債權有所必要

所謂有保全債權之必要，並非如法國民法，一律以債務人之無資力爲要件。但在不特定債權或金錢債權，以債務人之無資力爲要件，而在特定債權或其他以與債務人之資力無關之債務，則以保全該債權有所必要爲已足。例如債務人乙向丙買受不動產，於未爲移轉登記前，復轉賣與甲，則乙縱非無資力，然甲爲保全其對於乙之登記請求權，仍得代位行使乙對於丙之不動產登記請求權（註二）。又如甲不法占有丙之承租地，丙爲保全其對於出租人乙使用收益之債權，得代位行使乙對於甲之基於所有權之妨害除去請求權（註三）。其他與債務人之資力無關之債權，例如墓地使用權（註四），石材採取權（註五）等，亦可行使代位權。

代位權人之權利，須爲債權，且須適於代位保全，因此對於抵押權不適用之（註六）。不適於保

全之債權，例如不作爲債權、以勞動爲標的之債權，此等債權，原則上，除因其不履行變爲損害賠償請求權外，不得爲之行使代位權。又代位者與被代位者之間，必須有債權債務關係之存在，否則即無行使代位權之可言（註七）。

所謂有保全債權之必要，並不限於除代位權而外即無其他救濟之方法。祇要行使代位權，其債權就得保全即足。故債權人以債權侵害爲理由，或得依債權人撤銷權，對於第三人行使救濟權時，則爲救濟權之競合，債權人得選擇其一而行使之。其保全債權之必要狀態，應由債權人負舉證責任。

(一)須債務人陷於遲延

民法規定以債務人陷於遲延爲要件（二四三條），故在確定期限之債權，須期限屆滿後，債權人始得行使代位權。在無確定期限之債權，須經催告後，債權人始得行使代位權（二二九條）。但亦有例外，即專爲保存債務人權利之行爲，雖在債務人給付遲延之前，亦得行使代位權（二四三條但書）。所謂保存債務人權利之行爲（保存行爲），指防止債務人權利之消滅、變更之行爲而言，例如中斷消滅時效之進行，或聲請保存登記。蓋此等行爲，於債務人並無不利，且因情形急迫，不能候至債務人遲延以後故也。

(二)須債務人怠於行使其權利

債務人怠於行使，其是否出於故意或過失，在所不問，債權人曾經催告債務人行使其權利與否，亦非所問。代位之效果，歸屬於債務人，故債務人雖爲未成年人、禁治產人而欠缺權利行使之能力，但苟有權利歸屬能力，債權人得代位行使。

債務人已經行使權利時，債權人不得代位行使。茲應研究者，債務人之行使權利之方法不適當或不完全之場合，例如訴訟攻擊防禦方法之失當而受不利之確定判決時，債權人是否尙得代位爲完全之行使，就此應以否定說爲當（註八）。

二、代位權之客體

(一)須屬於債務人之權利

債權人代位權，係行使債務人之權利，故債務人以外之第三人之權利，不得行使。債務人對於第三人初無權利之存在或已無權利之存在，債權人即無代位行使其權利之餘地（註九）。又雖爲債務人之權利而債務人自己不能行使者（例如業經扣押之權利），債權人亦不得行使。

(二)須非專屬於債務人本身之權利

債務人之權利，專屬於債務人本身者，債權人不得代位行使（二四二條但書）。所謂專屬於債務人本身之權利（一身專屬權），其意義如何，應加研究。民法中有兩處使用此語，一爲繼承（一一四八條），一爲債權人代位權（二四二條），然其意義未必相同。在繼承，權利之歸屬爲一身的而不許繼承，即爲一身專屬權。在代位權，權利之行使爲一身的而不許由他人行使，即爲一身專屬權。兩者範圍不同。不得爲繼承之權利，但得爲代位者，例如終身定期金是。得爲繼承之權利，但不得爲代位者，例如繼承或遺贈之承諾或拋棄之權利，禁止扣押之權利等是。不得爲繼承之權利，多爲不得代位之權利。

茲所謂一身的專屬權（行使的專屬權），應如何劃定其範圍，民法無明文規定。如其權利之性質上，須由特定之權利人本身，依其意思決定是否行使其權利者，該權利即屬一身專屬權（註一〇）。因此：（1）純然之非財產的權利，皆為一身專屬權，例如婚姻撤銷權、離婚請求權、親權等親屬法上之權利。（2）雖為財產的權利，然主要在於保護權利人之無形的利益，其權利之行使與否，依特定權利人之意思而決定者，例如扶養請求權、繼承或遺贈之承認或拋棄之權利，因生命、身體、健康、自由或名譽之侵害之損害賠償請求權等是。（3）雖為財產的權利，然使之具體化與否，應依特定權利人之意思而決定者，例如公司因設定行為或加入契約，對於發起人或股東所生之出資請求權。但經繳款催告後之具體的出資請求權，出資額業已確定並屆清償期之具體的出資請求權，則成為普通債權，得代位行使（註一一）。

得為代位權之客體的權利，除專屬於債務人者外，不問其種類，均得為代位行使，茲就其主要者列舉如下：

（1）契約上之財產的債權及基於無因管理或不當得利之償還或返還請求權。

（2）物權及物權的請求權

所有物返還請求權、土地妨害排除請求權、房屋遷讓之物上請求權，均得為代位權之客體。又債務人就第三債務人之財產上有抵押權時，債權人得代位債務人行使抵押權。

（3）以財產的利益為目的之形成權

例如契約解除權、買回權、選擇的債之選擇權。

(4)登記請求權、保存登記請求權、登記塗銷請求權、電話名義變更請求權。

(5)損害賠償請求權（以基於財產權之侵害或債務不履行者爲限）。

(6)財產上之利益爲主要目的所認之權利。

例如因詐欺、錯誤、脅迫之撤銷權（八八條、九二條），繼承回復請求權（一一四六條），特留權利人之扣減請求權（一二二五條）。

(7)代位權亦得爲代位權之客體。

債務人之代位權，是否得由債務人之債權人代位行使，不無疑問。按代位權之客體，除一身專屬權外，既無其他限制，故應以肯定說爲當（註一二）。例如不動產由甲讓與乙，再由乙讓與丙，均未爲移轉登記時，丙之債權人丁亦得代位丙聲請甲乙間之移轉登記。

(8)民事訴訟法上之權利，亦得爲代位權之客體。

民事訴訟法上之權利，是否得代位行使，不無疑問。民法第二四二條之權利，原則上以私權爲限。訴訟法上之權利係屬公權，本不得爲代位權之客體，然債權人代位權之行使方法，並無限制，不以裁判上之行使爲必要，於裁判外亦得行使，故應解爲債權人得提起給付之訴，聲請強制執行，或提起執行異議之訴（註一三）。

(9)違章建築與執行異議之訴訟。

甲興建之違章建築，地政機關不許登記，乙雖向甲買受，但因該屋未經登記，乙未能取得所有權。丙誤認該屋爲債務人丁所有，指向執行法院予以查封。此時依民法第七五八條之規定，乙固無從

本於所有權而排除丙之強制執行，但原始建築該屋之甲，其所有權既不以登記爲生效要件，則第三人丙就該屋對於乙主張權利，指由執行法院實施查封之情形，甲應本於民法第三四九條所定之擔保義務，排除丙所加之侵害，若怠於行使此項排除侵害之請求權，乙因保全債權，得依民法第二四二條，以自己之名義，代位行使而提出異議訴訟（註一四）。但執行之房屋，如非違章建築而不許登記之房屋，則該房屋之承買人未依民法第七五八條辦理所有權移轉登記，亦不得依民法第二四二條之規定，指該屋出賣人怠於行使權利而以承買人自己名義行使代位權排除第三人之侵害（註一五）。

違章建築之房屋，原非債務人所有而被執行法院誤予查封者，買受人因不能登記，自得代位原所有人提起異議之訴。若該房屋爲債務人所有，買受人雖買受在先，亦無排除強制執行之權利（註一六）。

在此應附帶說明者有二點：

(1) 不得讓與之權利是否得爲代位。

按不得讓與，有依法律之規定者，有基於權利之性質者，又有基於當事人之契約者。以契約禁止讓與之權利，祇使其權利之歸屬限於其權利人本身，故不妨債權人代位行使，性質上不得讓與之權利，多非以財產之利益爲標的，就此點而言，已不適於代位。其依法律之規定禁止讓與者，如其禁止之意旨在於使權利人本人行使其權利，則代位爲不可能。例如受扶養之權利，使用借貸之借用人之權利等，以權利人本人行使其權利爲前提，均禁止其讓與，因此原則上其代位爲不可能。

(2) 權能債權人不得代位行使。

法律上之權能，尙未經實現爲權利者，債權人不得代位行使。例如債務人受有利之要約，不爲

承諾時，債權人不得代位行使。又債務人怠於其所有物之使用收益，並非所有權之不行使，不發生代位權。例如債務人不出租其所有房屋，任其所有房屋土地荒廢而不為修繕等之場合，債權人不得代位行使。

四、代位權之行使

(一) 代位權行使之名義

債權人具備代位權之要件時，得以自己之名義行使屬於債務人之權利。雖以債權人名義行使，然須表示代位行使之意旨。例如債權人代位債務人之登記請求權而行使之場合，申請人雖為債權人，然須在申請書亦表示債務人之姓名。

(二) 代位權行使之方法

債權人行使代位權，應以善良管理人之注意為之。其行使方法，並無限制，不以裁判上之行使為必要，於裁判外亦得行使之。茲應研究者，代位權之行使，債權人是否得請求第三人直接對於自己為給付，就此應以否定說為當。

(三) 代位權行使之態樣

權利行使之態樣，有在於權利效力之實現者，有在於權利之保存者，亦有藉裁判上方法而行使者，有時藉裁判外方法而行使。

(1) 債權人得代位債務人實現債務人之權利之效力。例如債務人對於第三人之請求權，使第三人直接

對於債務人爲給付，如債務人不肯受領時，債權人得代位債務人爲受領（註一七）。債務人對於第三人所有之擔保權，債權人亦得行使。

(2) 債權人得就債務人所有之權利爲保存行爲。例如債權人代位債務人爲時效之中斷。或代位債務人爲其權利之登記。

(3) 債權人因爲前開權利之實現或保存直接必要之裁判上或裁判外之方法，均得實施之。裁判上之方法，例如提起給付之訴，聲請強制執行或提起執行異議之訴。

四 代位權行使之界限

(1) 代位權行使之範圍，法律並無明文規定，其不以保存行爲爲限，觀之於民法第二四三條但書甚明。以權利之保存及實現爲目的之行爲，不論在裁判上或裁判外，債權人均得代位行使，自無疑義。其有疑問者，乃爲處分行爲。按債務之免除，權利之拋棄等減少債務人之財產之處分行爲，固不得代位爲之，但因其處分行爲而得增強債務人之財產價值或得有效的保全債務人之財產價值者，例外的亦得代位爲之。例如以有利之條件爲交換或更改，或因抵銷而消滅債務人財產上之負擔，或處分易腐壞之物品是。

(2) 代位行使之範圍，以債權保全之必要爲其限度。如有必要，並不限於一個權利，亦得同時或依次代位行使債務人之數個權利。

五、代位權行使之效力

(一) 對於債務人之效力

(1) 債務人之權利處分權，是否因代位權之行使而受限制。關於此點，有否定與肯定兩說。否定說謂：代位權之行使，並非強制執行，既無明文規定，債務人之權利處分權，不應因而受限制。肯定說謂：代位權行使後，債務人如仍得就其權利為妨害代位行使之處分行爲，例如拋棄、免除或讓與，則代位制度勢必失去其效用。兩說之中，應以肯定說爲當。債務人違反此限制而處分其權利，例如將債權讓與第三人，則債權人得對於第三債務人主張其讓與爲無效。然債務人與受讓人間之對內關係，並非無效，受讓人得對於債務人請求損害賠償。茲應研究者，訴訟之提起，雖非處分行爲，然訴訟實施權，係以處分權爲前提。是故債權人行使代位權，因而債務人喪失其處分權時，應解爲於債權人代位提起訴訟後，債務人不得基於其直接訴權，再行起訴（註一八）。

(2) 代位權行使所生效果，歸屬於債務人。例如債權人代位債務人對第三人行使請求權時，第三人應對於債務人爲給付。如債務人不肯受領時，債權人得代位債務人爲受領。債權人代位債務人所受領之給付，其標的物仍爲一般債權人之共同擔保，行使代位權者，不得直接以之抵充清償。因代位行使之效果而得之權利，債務人仍有處分權，但其處分行爲是否得爲債權人撤銷權之標的，即爲另一問題。

(3) 債權人因行使代位權，以自己名義起訴時，其判決之效力，僅及於訴訟當事人（債權人與第三債務人）。債務人並不受既判力之拘束。因此，債權人敗訴時，債務人得更行起訴，惟債務人曾參加訴訟時，其判決之效力，亦及於債務人。債權人勝訴時，債務人亦不得基於該判決，對於第三人爲執行，代位債權人，依執行結果取得之物，應交付債務人。