

法 學 新 著

民 法 債 編 原 論

上 冊

編 著 者 屠 景 山

上 海 世 界 書 局 印 行



原
論

題
裁
傳
頤



前浙江省長張載陽序

法律所以範圍人民，亦保障人民之要具。惟須人人具有法律之常識而後可以指定範圍之界線，發展保障之功能。我國自秦漢以來，民風淳厚，秉國政者制定法律，寥寥數章，言簡意賅，不外持情理之平，爲雙方寧息之計。降及叔季，文法繁縟，詐僞叢生，牧民之官，不重法律之宣講，以開民智；刀筆之吏，反恃條文之疏闊，解釋可以模稜，因緣爲奸，顛倒黑白，以致蚩蚩之氓，不知何者爲法律所不許，何者爲權利所應爭，迨至獄訟既興，則又營營於僞證僞據，以冀倖免於罪，此固國家教育上之缺憾，抑亦邦人君子不負指導講演之責有以致之也。法學士屠景山君，秉英偉之天資，而又潛心法學，浸淫探討，歷十餘年，鑒於各國法制日有進步，端賴碩學之士爲導師，我國民法一部分尙在參考制訂之期間，於是獨具苦心，言人所未言，發人所未發，乃於授課餘閒，編著民法債編原論一書，凡二萬餘言，我國人民之心理，參以各國法律之精義，詳爲解釋，煞費苦心！從表面觀之，不過以學理之所得，貢獻於社會，使世界無不具法律常識之人，充其願力，直可傳我國人民人人有尊重法律之心，以謀民衆人格之進化。鄙人昔在鄉邦，忝領

民政，深苦民法迄無規定，致使人民對於戶籍婚姻財產債務，著手之初，即無可循之軌道，迨至歧途既入，又乏具有法學之族戚爲之排難解紛，是以文誥愈繁，訴訟愈不可解，甚有遷延數十年或貽子孫以永久之累者。要知債務一端，爲古今中外人事上不可避免。在審判上雖視爲平易之案件，然因此而釀成家族之嫌怨，鄰里之爭鬥，所在多有；甚或行爲非法，重利盤削，能使絕大經濟家於無形中受債務之壓迫。至於侵害其身家性命者，又不可勝數。其媒介實由於平時無指導之良師爲之分析而解釋之也。今得屠君是編，不異夜行見燭，使往日受債務塵翳之障礙者，一旦趨於光明；加惠於學校之教授，猶其餘事。苟使是編能於家喻戶曉，將來市村裁判之制成立，關於債務者必居多數，雙方均有常識，則理結必易爲力，是乃莫大之希望。聞屠君將致身政界，而是編適成鄙人與其尊甫有杯酒之雅，得讀是書，逆料屠君政治之前途，必有偉大之發展，因喜而爲之序。

例言

(1) 本書根據國民政府頒行之民法債編，參以東西各國法家之學說及立法例而為詳細的撰述，對於債編之原則原理，抉發無遺。

(2) 本書分上下兩部，上部為總論部；下部為各論部，足供各大學法科第一學年之用。

(3) 本書文字為淺顯語體文，不特法科學生，律師法官，手此一篇，即可對最複雜之法律關係，瞭若指掌；即一般民衆，讀之亦無扞格不入之弊，足為日常生活之準則。

(4) 本書編輯，廢時一載，完稿之後，迭經大法家與以指正，第一章之第一部分並曾呈法界泰斗戴季陶院長校閱，鑒益匪淺，實所感謝。

(5) 本書承同鄉前輩戴季陶院長題簽，張載陽省長賜序，增光篇幅不少，尤覺感戴。

(6) 本書草率成稿，遺誤必多，海內大雅，幸乞正之。

民法債編的立法精神

關於編別者

一、本編計分二章，第一章通則，共分六節；規定債之發生，債之標的，債之效力，多數債務人及債權人，債之移轉及債之消滅。第二章各種之債，自買賣，互易，交互計算，贈與，租賃，以迄於和解，保證，計二十四節。

二、本編做最新之立法例，而以契約，代理權之授與，無因管理，不當利得及侵權行為，同為債權發生之原因；並做瑞士債務法，將懸賞廣告定於契約條文之後，不另立一節，以免複雜。

民法總則編，僅規定法定代理，意定代理，共通之原則，而以意定代理於民法債編中規定之，顯意定代理與委任契約，性質上似屬相似，然如併為一節，又不可通，故本編特定將代理權之授與另立一款，緊接於契約條文之後，以明同為債權發生原因之旨趣。

三、本編依照中央政治會議民商法合一之原則，參酌瑞士，暹羅及蘇俄諸國

民法，特將商法總則中之經理人及代辦商，商行爲中之交易計算，行紀等一併訂入；並做瑞士債務法，以出版契約定爲專節，俾資援用。

四、關於契約之規定，有屬於契約之發生者，有屬於契約之效力者，實有分別規定之必要。故本編做最新立法例，除將契約之成立要件，即契約之要約承諾，於第一章第一節第一款規定外，關於契約效力部分，如給付不能，定金，違約金及契約之解除等，則於第一章第三節另立一款，以免混淆。

五、外國立法例，有將雙務契約，利他契約及有償契約，認爲各個契約者，本編則做一般立法例，以雙務契約及利他契約，訂於第一章第三節第四款一般契約效力之後，而以有償契約分置於第二章之各節，並於買賣通則中明定買賣契約以外之有償契約，準用關於買賣之規定。

六、我國關於懸賞廣告，提存諸端，尙屬幼稚，故本編對於是等規定，力求概括。

關於內容者

一、本編有貫通全編之精神，厥爲（一）社會公益之注重，（二）斟酌情形，分別爲保護債務人的規定。

二、重利盤剝，東西各國皆懸爲禁例，本編依照民法債編原則，設有限制。

三、因一方之故意過失，致他方發生損害者，應由加害人負賠償之責，固屬當然，然如損害之發生或擴大，在被害人亦與有過失，自應認爲例外，故本編規定，法院得斟酌情形，減輕或免除其賠償金額，以期公平。又損害非因故意或重大過失所致者，如因賠償致加害人之生計發生困難，衡之情理，亦屬太酷，故本編亦規定法院得減輕其賠償金額，藉資調劑。

四、誠實信用，爲社會生活之基礎，交易之安全發達，胥賴於是，法律乃所以維護此種基礎也，故本編明定行使債權履行債務，應依誠實及信用方法爲之。

五、債務人之利益，固應保護，然債權人之權利，亦非可置之不顧，故本編明定債權人有代位權廢罷權等，以保護其權利。

民法債編原論目次

民法債編的立法精神

導言

債編的位置 債編的內容 債的定義 自然債務 契約的集合化
無過失責任

第一章 通則……………二二

第一節 債的發生……………二二

第一款 契約……………二三

第二款 代理權之授與……………二四

第三款 無因管理……………二七

第四款 不當得利……………三一

第五款 侵權行爲……………三四

第二節 債之標的……………四五

第三節 債之效力……………五九

第一款	給付	六一
第二款	遲延	六五
第三款	保全	七〇
第四款	契約	七三
第四節	多數債務人及債權人	八四
第五節	債之移轉	九一
第六節	債之消滅	九七
第一款	通則	九八
第二款	清償	九八
第三款	提存	一〇二
第四款	抵銷	一〇四
第五款	免除	一〇五
第六款	混同	一〇六

附錄

大陸法律關於債的兩大思想

民法債編原論（總論部）

導言

債編的
位置

債編在法律上的位置，立法例中，除了瑞士民法，不列債編而以債務法獨立為一法典之外，各國大都將債法編入在民法法典之中。德國民法，襲用羅馬義務本位主義，於第二篇規定債法，以債務關係法名編。日本民法，採權利本位主義，所以民法第三篇債法以債權法標題。普、奧、法、意諸國的民法，從羅馬式編制法，故將物法和債法同置於財產法內，而不加以分別。——普、奧以債法物法同規定在財產篇內，法、意則將債法規定在財產取得編內。——蘇俄新民法置債編於物權編之後，並將公司法也規定在債編之內。我民律第一次草案，（宣統三年）採德國立法例，以債編為獨立的一部，置於物權編之前，稱為債權編。民國十四年北京修正法律館第二次民律草案，改稱第二編為債編；因為以債權二字名篇，顯出專保護債權人的意旨，偏重於債權人的利益，不免成為畸形的法律，今茲改定，則債權債務均可包括，並且隱寓保護債權

人債務人雙方的法意在內，本法從之。

債編的
內容

我第一次民律草案債權編，分爲七章，即：（一）通則，（二）契約，

（三）廣告，（四）發行指示證券，（五）發行無記名證券，（六）

管理事務，（七）不當利得，（八）侵權行爲。第二次民律草案，略仿瑞士立法

例，分爲七章：（一）債之原因，契約，懸賞廣告，無因管理，侵權行爲，不當利得屬

之；（二）債之標的；（三）債之效力；（四）債權之讓與及債務之承擔；（五）

一債之消滅；（六）多數債務人及債權人之債；（七）各個契約關係之債，計

買賣、互易、贈與、使用租賃、用益租賃、使用借貸、消費借貸、雇傭、承攬、居間、委任、寄

託、合夥、隱名合夥、終身定期金、賭博、和解、保證、十八種。本編依照中央政治會議

民商法合一的原則，參酌瑞士、暹羅及蘇俄諸國民法，將商法總則中的經理人

和代辦商，商行爲中的交互計算、行紀、倉庫、運送營業，及承攬運送，一併訂入；（

第二章第十一節，第十三節，第十五節，第十六節，第十七節等節）並做瑞士

債務法，以出版契約定爲專節，以資援用。全編計分爲兩大章：第一章總則，共爲

六節，規定債之發生，債之標的，債之效力，多數債務人及債權人，債之移轉及債

之消滅；第二章各種之債，自買賣、互易、交互計算，以迄於和解，保證計二十四節。

債的
定義

債 *Obligation* 之一詞，是由羅馬法 *Obligatio* 一字變化而來。 *Obligatio* 的意義是「法的鎖鏈」，羅馬人的觀念以為債關係成立之後，便有一種想像的（非現實的）鎖鏈，把債權人和債務人鎖連在一起；所以羅馬法上用 *Solutio* 一字表示「給付」之意，由此可以知道「債」乃是合法的鎖鏈，因了這個鎖鏈束在一起，我們必須為一種合法的作為。——借及司鐵尼 *Tuttilian* 語——這種偏重義務本位的學說，實在不能說明債的本質，其實呢，「債」是人和人的權利義務關係，就權利方面來觀察，「債權人基於債的關係，得向債務人請求作為或不作為的給付」；就義務方面來觀察，「債乃是法的必要，因了這個結果，某人對於他人有對於某事「交付」「作為」或「不作為」的拘束」；在名詞上雖有債權債務不同的地方，但是根本上卻沒有相異的獨立關係。——上之引語見 *Cours de droit civil Français* 及 *B. G. B. 291* 條——明白了這一點之後，我們才可以明白債的整個體，下面分別的將債權和債務的性質講一下。

（一）債權是什麼 關於債權的定義，學者間議論却不一致。康德主張意思主義，說債權是對於他人意思上所有的權利。撒維尼 *Savigny* 主張物體主義，

說債權是因爲實行債務得以受取某種物體的權利。勃力姆 *Brinn* 主張人身主義，說債權是對於他人身體上所有的權利。安山 *Aisen* 威德楷德 *Winchold* 則主張行爲主義，說債權是一特定人對於他特定人請求一定的行爲或不行爲的權利。這四說之中，以行爲說爲最有力，立法例中，如法民法，索遜民法，德民法，都採取行爲說。我民法從之，故第一百九十九條說：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付；給付不以有財產價格者爲限，不作爲亦得爲給付。」茲再詳釋之如左：

(A) 債權是特定人對於特定人的權利。債權是特定人（債權人）對於相對特定人（債務人）的權利；換句話說，債權祇能由特定人對於相對特定人行使他的權利。因此債的權利義務關係，必定有特定的雙方之一個人格者，或一個以上人格者的存在，才能組成。從權利方面來看，行使權利之人，即爲債權人；從義務方面來看，負擔義務之人，即爲債務人；所謂債權人或債務人，皆以特定人爲要件的。然而債權不僅爲單純的對人權，却也含有對世權的效果。我們知道無論何種權利，總含有對抗一般人的性質；世上的一般人，都有不得侵害他人權利之消極的義務；所謂「權利對世效力的一

般性，「債權當然也是具有的不過立法例，對於這個問題，主張分歧，有積極消極二說。採消極說的，以為債權是相對權，沒有對世效力，所以第三人的侵害行為，不構成侵權行為，例如羅馬法，德意志古法是採積極說的，以為凡是法律認許的權利，即不許他人侵害，否則構成侵權行為，並不以債權為相對權而有所差異，例如法意普瑞英諸國法律是，我民法也採積極說，如第一百四十九條說：「對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利，所為之行為，不負損害賠償之責。……」又第一百八十四條說：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。……」所謂權利，當然包含債權在內的。

債關係既是特定人和特定人間的關係，那末，在這種權義效力存續之中，當然不能任債權人債務人脫離他們的關係；因此古代的羅馬法，根據這種倫理，就絕對不認債移轉的效力。近代的立法，則兼顧實際上的便宜，認許債移轉的效力。我民法從最新法例，故第二百九十四條說：「債權人得將債權讓與第三人。」又第三百條說：「第三人與債權人訂立契約，承擔債務人之債務者，其債務於契約成立時，移轉於該第三人。」

(B) 債權為請求特定的行為或不行為的權利。債權的標的，在於債務人為特定的行為或不行為；就權利關係正面來說，使債務人為某事或不為某事，是債權人在法律上的能力；就義務方面來說，應求為某事或不為某事，是債務人在法律上的羈絆。由能力而生出權利；由羈絆而生出義務。當中却有因果的聯絡。「債權既是債權人支配債務人行為的權能，那末，債權的性質，實足破壞人類相互間的獨立平等之關係。」日法學家橫田秀維，却是這樣擔憂着！我的意見，以為債權人對於債務人行為上的支配權，是心理的，將來的，換句話講，債權人對於債務人的行為或不行為，決不能加以有形的強制；至於債權人應債務人的請求與否，完全是債務人心理上的作用，所以康德說：「債權乃是以我的意思制衡他人的意思，從自由的法則，使遂行其一定的行為或不行為。」撒維尼也說：「債權雖是制限他人的權利，但是非制限其全身，僅制限其特定的行為。」我民法第十七條規定：「自由不得拋棄……」第十六條規定：「權利能力及行為能力，不得拋棄。」蘇俄新民法第十條規定：「凡限制權利能力或行為能力的法律行為，都歸無效。」這全可以證明債權祇能限制債務人某特定的行為，而不能限制他全身的自由。

或固有的人格。

(G) 債權是獨立存在的權利。債權可以獨立而發生，可以獨立而存在，可以獨立而消滅；故債權為主權利，可以離從權利而獨立存在的權利。於此我們要問因親屬關係所生的權利，是不是債權？這個問題，在歐洲法學界中要算一個很大的問題。德民法第一次草案理由書，曾主張積極說；而民法註釋家則以為親屬中對於特定人的權利（如夫妻同居的權利）其性質和債權不同；因為這種權利是不能離開身分而獨立的；至於日民法規定扶養義務，含有債務的性質，這不過是一個例外罷了。（參見日本民法第九百五十四條至第九百六十三條）

(D) 債權和物權的區別。債權的性質，和物權有什麼差異，這是很有研究興味的一個問題。據廣田秀雄氏的解釋，說物權是支配物的權利，以物為目的；債權是支配人底行為的權利，以人之行為為目的。我們如用更顯明的話來說，就是物權是直接支配物的權利，債權則對於他人行為上的權利；前者為人和物的關係，後者為人和人的關係。債權雖有時亦以取得所有權或其餘物權為目的，但是債權人不能直接行使權利，必須以債務人的行為

為媒介，才能支配其物。債權和物權的性質既殊，所以牠的效力也不同了：第一，物權有優先權，如同一物體上數個物權並存的時候，先發生的物權，有優先於後發生物權的效力；債權則沒有優先權。第二，物權有追及權，如物權標的物，輾轉入於他人之手，物權人得追及其物之所在而行使權利。債權沒有追及權，所以債權人的給付標的物，倘若離去債務人之手，則不得追及其物。對第三人行使權利，祇能對於可歸責的債務人，請求賠償損害。（參見民法第二百六十五條及第二百六十六條）第三，物權有排他性，所以數人就同一不動產不能獨立各有所有權；成立在後的物權，祇能在不害成立在前者之範圍以內才能存在。債權則不然，數人對於同一債務人，則各可享有同一給付內容的債權；所以債權不因成立的先後，分權利的優劣。（參見民法第二百零七十一條以下）

（二）債務發生的原因 債務的發生，總不外是兩個原因：一是由於法律的行爲，（基於當事者意思的原因）二是由於法律的規定。（基於當事者意思以外的原因）前者如契約是；後者如侵權行爲等是。債關係成立以後，債權人基於這種關係，得向債務人請求給付。債務人不為給付或不為完全之給付，

債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。（見民法第二百二十七條）
 給付如有確定的期限，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。給付如無確定的期限，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。（見民法第二百二十九條）

自然債務

自然債務，就是不能以訴權而受制裁的債務。（註）本來債權人可以要求相對人（債務人）履行義務，至其不為履行的時候，就可以訴諸法院，請求強制履行；但自然義務，則不能以訴權強令履行，不過債務人任意為履行的時候，也作為債務的清償，認有效力而已。自然債務發生的原因，大約有下列幾種：（一）由羅馬法不完全的結果——羅馬法制定之初，祇有十二表法作基礎，當時法律的不完備，也可想而知；後來雖多所補充，然而自表面反對十二表法，當然非後世立法家所敢出；所以未為十二表所明認的義務，僅能認為自然義務，而使其行為有效罷了；（二）由羅馬法偏重形式——羅馬法上，視方式為形，為有效的要素；後來社會進步，曉得煩雜的手續，不適用於實際，於是欠缺方式的行為，雖不能認為法定義務，使之完全有效，但是也不能全然不認為義務，於是遂生一種自然義務。近世如德、法、兩國，仍有自然義務的規定；這原

是襲用羅馬法自然的結果。日本新民法，則不認自然債務，故履行已罹消滅時效的債務，不必認爲自然義務，而可作爲債務人的贈與行爲，使之有效。本法從德國法例，認自然債務的存在；民法第一百四十四條說：「時效完成後，債務人得拒絕給付。請求權已經時效消滅，債務人仍爲履行之給付者，不得以不知時效爲理由，請求返還；其以契約承認該債務，或提出擔保者亦同。」（參見德民法第二百二十二條，蘇俄民法第四十七條）

契約的 集合化

二十世紀，是契約萬能的時代。尤其是產業發達進步的國家，或置基礎於信用經濟的社會，「個人富」的大部分，多在約束形式之下存在，個人依他人履行約束的事，實現自己的利益，以形成他的財產的大部分。此種約束在正當保護之下，居債編中的主要部分。英法家梅因 H. Maine 所謂「由身分到契約」From status to contract 就是表示法律觀念在歷史上發達的徑途；而特別促進這個趨向，則爲個人主義的勃興。到了近代，契約所尊重的精神，第一是一意思自由的原則；「規定締結契約的時候，均以當事人相互的正意協定自由來決定；第二是「方式自由的原則」；訂約的當事者間，有實質的顯著合意的事實，雖然不踐一定的方式，也得承認牠發生法律上的效力。然而

契約自由的流弊，迄於今日，可謂已經登峯造極了。因此自入二十世紀以來，反對契約自由的趨勢，隨着社會潮流一天甚一天。從前拿破崙法典對於義務一層，——包括勞動契約——讓與個人的自由意志；現在的立法者，則不讓個人自由的訂立勞動契約，以免不幸的結果。契約當事人的能力，契約的題目，Subject 契約的約因，Consideration 契約所引起的權利和義務，契約的期限，全由特別規條所制定。不但勞動契約是如此，一切的契約都是如此；正如愛來 Ely 所說：「契約為社會公共福利而存在」——見 *Ely, Property and Contract, Vol. II P. 615* ——契約已由「個人契約」的觀念，轉向「集合契約」的觀念。Individual contract to Collective contract. 在契約的內容上，則由減少個人意思合致 Meeting of minds 的部分，趨向着擴充內容適法的部分。（參見末宏博士民法講話一九二頁——二〇〇頁）

無過失
責任

無過失不負損害賠償的責任，是羅馬法上最大的原則。耶靈 The- ring 曾說：「一生賠償的義務，不必有損害而須有過失。」近代呢，自從大工業發達以來，過失責任的原則，實在包括不了這許多的問題。例如鑛山爆發，汽車破裂等意外危險，不是管理精密所能免去的事，假使依照過失責任的

原則，不令資本家，企業家，負擔勞動工人損害的義務，實在是違反社會公道 Social justice 的事；因此現代的法律，在民事責任中的過失責任之外，還有原因責任（即無過失責任）Kausalhaftung 的規定。原因責任，從前在法國判例上，雖則有此解釋，不過大戰以後，德俄新法，更集其大成，使社會化的色彩，愈益顯著了。

（註）此定義係根據德民法所示。

第一章 通則

第一節 債的發生

債的發生，大約有兩個原因：一是由於法律的行為；（基於當事者意思的原因）二是由於法律行為以外的事實。（基於當事者意思以外的行為的原因）前者如契約，代理權之授與是；後者如無因管理，不當利得，侵權行為是。從前羅馬法規定債權發生的原因有四種：（一）是契約；Contractual（二）是準契約；Quasi-contractual（三）是侵權行為；Deictoral（四）是準侵權行為。Quasi-deictoral 法國民法則規定契約和契約以外的原因 Engagements 為債發生的原因。

德國民法規定債發生的原因爲兩大類：（一）由契約以外而發生；（二）由特別債務而發生。Obligations ex contractis and particular kinds of obligations. 瑞士民法則分爲三種：（一）契約；（二）不當利得；（三）侵權行爲。蘇俄新法規定債發生原因有四：（一）契約；（二）法令內所指定的其他原因；（三）不當利得；（四）侵權行爲。我民法明定契約、代理權之授與、無因管理、不當利得、侵權行爲；五種爲債發生的原因，實是最進步的立法。

第一款 契約 Contract; Vertrag.

（一）什麼是契約？給契約下一個定義，確是一樁很難的事。Carpus Juris 一書上說：「契約一詞的完全永久的定義，是永久不會造成的。」我們在拿翁法典上，曾看見說：「契約乃是一人或數人對於他一人或數人和某物或行爲某事或不爲的義務之約束。」我們又在英美法的威權作家勃來克 東 Blackstone 著作上看見說：「契約是基於滿足的約因 Consideration 去作爲或不作爲一樁特定事件的合同。」然而這兩個定義仍不能使我們滿足。我很大膽地說：「契約是以法律上的效果爲目的的意思，彼此合致的行爲。」組成一個合法

契約的要素，有下列的幾種：(a) 當事人 Parties，合法契約的第一要素，就是當事人都有契約的權利和能力。Capacity to contract (參看民法總則第四章)；(b) 相互表示意思一致。Meeting of minds 當事人一方要約，一方承諾，意思表示合致，契約方可成立，意思表示，有明示和默示的分別。Expressed intention and secret intention differing 所謂明示，就是以言語行動明白表示他的意思，而默示乃是行為人雖未明示何種意思，可是依照他的行為，由理論上或經驗上當然可以斷定有該意思之謂；(即有消極的動作) 所以單純的沉默，不能即謂為默示。(參見大理院判例三年上字一二〇三號四年上字九六〇號) 當事人對於必要之點，意思已經一致，而對於非必要之點，未經表示意思，則推定契約成立；例如買賣一事，他的價額和標的物的指定，實為買賣的必要事項，至於交付價金和交付處所，祇可以認為買賣的附帶事項，倘若標的物和價額等事項，已經合意，那末，交付價金和交付處所等事項，雖沒有表示意思，其契約本身依舊推定為成立的。關於該非必要之點，當事人意思不一致的時候，法院得就該事件的性質斟酌定之。——民法第一百五十三條——(c) 可給付的標的。Subject matter 當事人得自由以契約訂定債關係的內容，而其標的，則以可能給付為必要，故以不

能給付（無論實質上的不能或法律上的不能）為契約標的，其契約即為無效。——民法第二百四十六條——(d) 約因 *Consideration* 的具備英[美]習慣法規定，凡是契約——除了蓋印為憑的契約——必須有約因以維持契約之成立。*Consideration is the material cause of the contract* 所謂約因，乃是對於要約人有利承諾人有不利之謂。例如金錢，是有價值的約因（支付金錢為不利，受收金錢為有利）所以以金錢為讓與交付等為約因的契約都得成立。服務也是約因之一，（勞役人有不利，受役人有利）故物之出賣人，以他的所有物交由代理人代為出賣，而支付酬金，此種契約，也是合法成立；因為有代理人的代理行為作其約因。 *Workins V. Fogg*, 66 N. H. 402 又如一個分店經理在 B 地支持一家分店，他的工作便是總店給他一切辦公費用的約因。 *Peck V. M. Q. Silea Co.* 金錢；工作；權利；土地；牲畜；時間；都是約因，但約因須有金錢的價值並且須適合法律。(e) 合於法律、合法的契約，不但要具備消極的要件，還要具備積極的要件；例如 (1) 不違反強制或禁止的規定；(2) 不背公共秩序或善良風俗；(3) 不是乘他人的急迫、輕率，或無經驗而為給付的約定等是。——民法第七十一條，第七十二條，第七十三條，第七十四條——(f) 方式。 *Form* 「契約當事人約定其契約須用一定方式

者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」——民法第一百六十六條

(二) 要約和承諾 契約以當事人互相表示意思一致而成立；故當事人一方，必須將欲為契約內容之旨，提示於他方，得他方承諾之後，契約才能成立。由此可以知道契約包含兩個部段；第一部段是要約；Offer 第二部段是承諾。Accept 茲分別述明之如左：

(A) 要約的意義 要約就是說當事人的一方，以得相對人承諾而成立一定契約為標的之意思表示。關於要約的性質，學者間主張分歧；有的說是事實行為；有的說是法律行為；然而多數學者，都說要約是意思表示。為什麼呢？要約是以發生一定法律上效力為標的，當然不是事實行為；此外呢，僅有一方要約，實際上尚不足以發生契約的效力，當然不是法律行為，由此可以知道，要約須當事人一方，有得相對人的承諾，即成立契約的意思表示；換句話說，就是得相對人的承諾後，不必再有新意思表示，契約即為成立了。要約的效力有兩個；就是形式的效力和實質的效力。要約形式的效力，例如(1)「要約定有承諾期限者，非於其期限內為承諾，失其拘束力。」——此時期即稱為承諾時期 Annahmefrist，見民法第一百五十八條，德民法第一百四十

八條，蘇俄新法第一百三十三條前段——(2)「對話為要約者，非立時承諾，即失其拘束力。」——民法第一百五十六條，德民法第一百四十七條，蘇俄新法第一百三十一條前段——(3)「非對話為要約者，依通常情形可期待承諾之達到時期內，相對人不為承諾時，其要約失其拘束力。」——民法第一百五十七條，德民法第一百四十七條，蘇俄新法第一百三十二條

要約有沒有拘束力？或者說，要約人在自定承諾時期內能否自由撤回要約？這却是一個很大的問題。英美主義，不承認要約有拘束力；羅馬法，德國普通法的通說也是如此主張。大陸主義（德、奧、日、瑞）則認要約有拘束的效力。立法上認要約有拘束力，大約因為要約人定有承諾時期，則為要約時，已足推測他在此時期之內，有維持他的要約以待相對人確答的意思；就相對人一方面來看，相對人在此時間之內，為承諾的決定，當然豫期契約的成立，倘若要約人定有承諾時期，仍得自由撤銷他的要約，則相對人將蒙不測的損害，而影響交易的安全了。我民法從大陸主義，亦認要約有拘束力；因此第一百五十四條規定契約的要約人，因要約而受拘束。

要約實質的效力，（即要約的承諾能力）就是要約人，得相對人的承諾

之後，而有成立契約的效力之謂。例如(1)要約人在承諾以前，死亡，或是喪失能力的時候，他的要約，還是有效，還是因得了相對人的承諾，成立契約。照原理上說，以當事人意思合致為要件之契約，要約人接授相對人的承諾，必須在有意思能力的時候；若在接受承諾以前，已經死亡或喪失能力，要約當然失了牠的效力；然而如此解釋，則相對人將受不測的損害，是以各國立法，多着眼保護相對人的利益，而使要約的效力，不因要約人的死亡，喪失或限制能力而受到影響。——民法第九十五條德國民法第一百五十三條

要約的效力，因下列情形而消滅，就是：(1)要約人在相對人承諾以前，撤回要約。(2)要約經拒絕者——民法第一百五十五條，德民法第一百四十六條——(3)將要約擴張，限制，或變更而為承諾，視為拒絕原要約。——民法第一百六十條二項，德民法第一百五十條二項，蘇俄新法第一百三十五條——(4)要約時期已過，如「對話為要約，非立時承諾，即失其拘束力」，「非對話為要約，依通常情形可期待承諾之達到時期內，相對人不為承諾時，其要約失其拘束力」，「要約定有承諾期限者，非於其限期內為承諾，失其拘束力」等是。——民法第一百五十六條，第一百五十七條，第一百五十八條

(B) 承諾的意義 承諾就是相對人對於當事人一方的要約表同意所爲的意思表示。承諾和要約合致，就成立契約；倘若承諾和要約內容相異之時，（如將要約擴張限制或變更）則法律就視爲拒絕要約了。——民法第一百六十條二項，德民法第一百五十條二項——承諾須和要約並存，才能成立契約；所以遲到的承諾，法律又視爲新的要約。——民法第一百六十條一項，德民法第一百五十條一項——承諾須通知要約人；當面要約的，則承諾的意思，須使要約人了解；非常面要約，則承諾須通知要約人；但「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認爲承諾之事實時，其契約爲成立。」——民法第一百六十一條，日本民法第五百二十六條，德國民法第一百五十一條

(三) 契約的種類 契約觀念的範圍，因各國的立法不同而異；法國民法，沿羅馬舊習，拿狹義解釋契約，所以雙方行爲中，祇以成立債權債務的關係者爲限，才稱爲契約。德國民法，則以廣義解釋契約，以契約爲雙方行爲的總稱，於民法總則之中，載關於契約總則的規定；所以德意志民法上的契約，不限於成立債權債務關係的行爲，就是物權轉移；債權讓與；親屬關係成立消滅爲標的

的法律行爲，全都是契約。下面將契約特有的種類略述一下：(1)雙務契約和片務契約。Contracts synallagmatiques, contracts unilatéraux. 雙務契約就是因契約而當事人兩造生債務的契約如買賣貸借合夥等是；片務契約就是契約僅由當事人一造發生債務的契約，如贈與，消費貸借，寄託，委任等是。(2)諾成契約和要物契約。Contracts consensuels, contracts réels. 諾成契約就是僅因當事人意思表示的合致而成立的契約，如買賣，貸借，委任等是；要物契約就是於意思表示合致以外，尚須物之交付而成立的契約，如使用貸借，消費貸借質契約等是。(3)有名契約和無名契約。Contracts nommés, contracts innommes. 法律上設有特別名稱及規定的，稱爲有名契約；否則稱爲無名契約。(4)債權契約和物權契約。Obligatoires, dinglicher vertrag. 契約以發生債權關係爲目的，稱爲債權契約；契約以物權的轉移爲目的，稱爲物權契約。(5)財產上契約和身分上契約。Vermögensverträge, personalen verträge. 債權物權契約，爲財產上契約；婚姻豫約，爲身分上契約。(6)有償契約和無償契約。Entgeltliche verträge, unentgeltliche verträge. 有償契約就是當事人兩造，各爲一定出捐而取得利益的契約，如買賣貸借等是；無償契約僅當事人一造爲一定出捐，相對人一造不爲出捐而取得利益的契約，如贈與使

用貸借等是，有償契約無償契約區別的實益有四，即（一）關於債務消滅的實益，（有償者有求償權，無償者則否）（二）關於法律規定的實益，（有償者無特別規定準用買賣，無償者祇得用贈與）（三）關於效力的實益，（四）關於破產法適用的實益，（無償契約，破產時當然無效，有償契約，破產者得述異議）（7）要式契約和不要式契約。 *Formliche verträge, formloses verträge* 要式契約，須當事人依一定方式表示意思的契約；不要式契約則無須當事人依一定方式為意思表示。例如婚姻承繼，以及兩願離婚等，必須呈報戶籍吏，這類都是要式契約；他如買賣贈與等則任當事人的意思為之，不必要一定的方式。要式契約，在實際上殊多不便，所以近世法律，皆以不要式為原則，梅因說由要式向不要式，也是契約發達的一個徵象。（8）有因契約和無因契約。 *Kausale rechtsgeschäfte, Abstrakte rechtsgeschäfte* 有因契約乃是契約的內容，以原因的存在為必要，無因契約則反是，不以原因為存在的必要。這種區別，德國學者創之，適用於以財產上的出捐為目的的法律行為。（9）主契約和從契約。 *Contracts principaux, Contracts accessoires* 不以他法律關係存在為前提，所以單獨成立的契約稱為主契約，否則稱為從契約，例如買賣，贈與，都是直接而為法律行為，所以是主契約；保證契

約，違約金契約等，則皆須先有他的債權關係，而後才生這種契約，所以是從契約。⁽¹⁰⁾本契約和豫約。Hauptvertrag, vorvertrag 豫約是對本契約而言。法國民法，首設關於買賣豫約的規定，後來法國法系的法典，都加以採用。（法一五八九條；西一四五一條；荷一五四八條；荷一四九八條；比一五八九條）德國民法，以爲豫約爲不必要，所以未加規定。瑞士債務法，奧國民法亦然。日本民法仿法國民法，於五百五十六條，設買賣豫約的規定，而五百五十九條又規定準用於買賣以外的有償契約。主契約和從契約的關係，當就各種情形解釋當事人意思定之。從原則來說，從契約的成立，必定以主契約成立爲前提；主契約無效的時候，從契約亦隨之無效；而從契約無效的時候，主契約則不因之而無效；不過當事人如視兩種契約有不可分離的關係，那末，從契約的有效無效便和主契約有關係了。

（四）懸賞廣告 本編仿瑞士立法例，在契約條文之後，（參見民法第一六四條及第一六五條兩條）還附有懸賞廣告的規定，所謂懸賞廣告，乃是以廣告聲明對完成一定行爲之人給與報酬者，對於完成該行爲之人，負給付報酬之義務。（對於不知有廣告而完成該行爲之人亦同）——民

法第一百六十四條——懸賞廣告的性質，學者間對之有三說：第一說主張廣告是單獨的行為，因為廣告人以自己一方的意思負擔債務，所以是單獨的行為；第二說主張廣告是一種要約，廣告人經廣告後，必須得相對人的承諾之後，契約才能夠成立，所以是一種要約。（如商品上所附的價目標籤，車站內所揭示的車價時刻等表是）第三說主張廣告是一種要約引誘，因為廣告不過誘起要約的方法，必定等看了廣告的人對於廣告行要約，廣告人因而承諾，契約才能成立，所以是要約引誘。本編列懸賞廣告在契約一節之後，這當然承認廣告是一種要約，換一句話講，本編是採第二說的。（舊草案列懸賞廣告為單獨的一章，蓋採單獨行為說）

數人同時或先後完成懸賞廣告行為的時候，如廣告人對於最先通知者已給付報酬，則對於其餘諸人給付報酬的義務，即行消滅了。

廣告人在他所指定的行為完成以前，得將預定報酬的廣告撤消；但必須證明行為人不能完成他的行為，廣告人方得免了責任；否則對於行為人因該廣告善意所受的損害，應負賠償責任，但不超過預定的報酬額。——民法第一百六十五條

第二款 代理權之授與

代理的觀念，實在是近代的產物；在古代羅馬法上，我們就找不出代理制度的法理。到了羅馬末葉的時代，有所謂 *Actio infortoria*, *actio exercitoria*（就是規定商業家本人委經理人 *Institio* 經營商業；船舶所有主，委奴隸或自由人為船長 *Magister navis* 以運轉貨物，商業家本人和船舶所有主，均應受訴，這和近世的代理，直接對於本人生效相同；不過經理人和船長自身，亦不免受訴之責，則又不是純粹的代理了。）這不過是對於兩三種的特別行為，承認有代理的必要，而現時所謂的代理制度，實在是當時所未經夢見的。在法國民法當中，代理制度也並不十分明白。代理制度，在法律上有明確的地位，可以說自德國普通法始。到了德國民法制定的時候，代理制度才有充分的規定。（德國民法第一百六十四條以下）後來日本民法和一九一一年修正的瑞士債務法，對代理制度都因而有詳細的規定。（日第九十九條以下，瑞第三十二條以下）

代理乃是以本人名義就法律行為，為意思表示或受意思表示，直接對於本人生效力的行為。（民法第一百〇三條以下，德第一百六十四條，法第一千九

百八十四條，日第九十九條，蘇俄第三十九條）代理可分爲兩種：一是法定代理，即依法律規定所授與代理權的代理，如父爲子的代理人，監護人爲被監護人的代理人是；二是意定代理，即依當事人意思表示授與代理權的代理。本款所論到的是意定代理，至於法定代理，則規定在總則編裏面，現在不再贅述了。

意定代理權的發生，依從來普通的觀念，說是由於委任契約；委任以外，則不許發生代理權。這個主義法國法系採用之。（法第一千九百八十四條）不過在法國學者間，却仍有區別委任代理的意思表示 *Procuracion* 和委任契約 *Mandat* 的主張。實際上，委任和授權，却極有辨別的。委任者一方委任之後，必須有一方承諾，才有效力；授權行爲則反是，但須此方之授與，不問彼方之諾否。此外呢，委任的效力，間接及於本人；授權的效力，直接及於本人，也是一個很大的區別點。近世德國法系的觀念，對於委任契約和代理權的起因，認爲是性質不同的兩件事。委任契約，以處理他人事務爲目的；代理權的起因，成於授權的單獨行爲，委任契約，不是以代理法律行爲爲目的，雖則契約的成立，有與代理權同時發生，然而因此所生的法律關係，乃本人和代理人的契約關係；而代理權則不是契約的結果，乃是由於授權行爲而發生的結果；所以委任契約，未必授以

代理權，而授權雖無委任契約，也能成立的。（德第一百六十七條，德商第五十
 八條，民法債第三十九條）關於意定代理權授與行為的性質如何，學者間對之
 意見也不一致；從來法國學者，皆以委任契約和代理權的授與，視為一列而不
 加區別；到了近代，德國公法家 Hübner 才發見代理權授與的法律行為，不是委
 任契約，而是一種特別的法律行為；所以代理權授與的意思表示，得向代理人
 為之，亦得向代理人對之為代理行為的第三人為之。——民法第一百六十七
 條

因事情的複雜，設定二人以上的代理人，則代理行為，由數代理人共同為之；
 ——此種代理權，法律上稱為共同代理權；和各別的代理權不同。——但法律
 另有規定或本人另有意思表示，則不在此限。——民法第一百六十八條。——
 代理人雖無代理權而亦生代理的效果，學者間稱之為代理的變態，其情形
 有二：（一）表見代理，即第一百六十九條規定：「由自己之行為表示以代理
 權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對表示者，對第三人應負授
 權人之責任；但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」（二）無
 權代理行為之承認，即第一百七十條所規定：「無代理權人以代理之名義所

爲之法律行爲，非經本人承認，對於本人，不生效力。前項情形，法律行爲之相對人，得定相當期限，催告本人確答是否承認，本人逾期未爲確答者，視爲拒絕承認。

無代理權人所爲的法律行爲，其相對人在本人未承認之前，得撤回之；但爲法律行爲時，明知其無代理權者，則不在此限。——民法第一百七十一條

第三款 無因管理

無因管理，乃是一「未受委任，並無義務，而爲他人管理事務」之意。無因管理的動機，完全是本於人類的互助性；人類因了這種互助的天性，所以有時也願意去做沒有權利義務關係的事。沒有法律原因去管理他人的事務，當然不是一樁合法的事，不過法律上既沒有加以禁止，自然也不能認爲是一樁違法的事；所以無因管理乃是一種事實，此種事實祇能在法定範圍以內本於互相的精神而加以認許罷了。立法例中，對於無因管理的事項，有規定在普通法中，有規定在特別法中。（例如海商法中關於海難救助的規定是，）前者以無報酬爲原則，後者則多有報酬。我民律草案稱之爲管理事務，本法改稱爲無因管理，

定爲債發生原因之一。茲分述之如下：

(一) 無因管理的成立。無因管理的成立，有三個要件：(一) 所管的事務是他人的事務；例如爲他人修理房屋，飼養家畜，清償債務，購買物品，租賃房屋等是。(二) 未受委任並無義務而爲他人管理事務；倘若受任人在委任範圍內爲委任人處理事務或法定代理人爲本人處理事務，這全不生無因管理的問題。(三) 「其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法爲之；」換一句話講，即管理人明知其事務是他人的事務，並且以「爲他人」的意思，去管理事務；所以誤信自己的事務，是他人的事務，爲自己起見而處理其事，或者明知其事務是他人的事務，因爲欲謀自己的利益而處理其事，這種管理全不是無因管理，而他的權責問題，應依不當利得或侵權行爲的原則來定了。

(二) 無因管理的效力。無因管理的效力，不外乎管理人和本人權利義務的關係，分述之如左：

(A) 管理人的義務

(a) 管理事務的義務。沒有義務的人，法律上當然不能強使任管理之

責的理由，但是管理人一旦自願代他人管理事務，則不得任意爲之，而有左列的義務：

(1) 管理人的管理行爲應依本人明示或可得推知的意思，以有利於本人的方法行之。——民法第一百七十二條；日民法第六百九十七條

(2) 管理人違反本人明示或可得推知的意思，而爲事務管理時，對於因其管理所生的損害，雖無過失，亦應負賠償之責。但管理係爲本人盡公益上的義務或履行法定的扶養義務，則不負賠償之責。——民法第一百七十四條

(3) 管理人爲免除本人的生命、身體，或財產上急迫危險而爲事務的管理，對於因其管理所生的損害，如有惡意或重大過失，應負賠償的責任。——民法第一百七十五條

(b) 通知的義務 管理人開始管理時以能通知爲限，應即通知本人，如無急迫的情事，應俟本人的指示。——民法第一百七十三條

(c) 報告的義務 管理人應將管理事務進行的狀況，報告本人。——參考民法第五百四十條

(d) 實物交付的義務 管理人因管理事務，所收取的金錢物品及孳息，應交付於本人。——參考民法第五百四十一條一項

(e) 權利移轉的義務 管理人以自己的名義，為本人取得的權利，應移轉於本人。——民法第五百四十一條二項——管理人為自己的利益，使用應交付於本人的金錢，或使用應為本人利益而使用的金錢，應自使用日起，支付利息；如有損害並應賠償。——民法第五百四十二條

(B) 本人的義務

(a) 償還的義務 管理事務，有利於本人，並不違反本人明示或可得推知的意思，本人對於管理人支出必要或有益的費用，或所負擔的債務，或所受的損害，應償還其費用及自支出時起的利息，或清償其所負擔的債務，或賠償其損害。——民法第一百七十六條——管理人反乎本人的意思而為管理的時候，則本人僅在所得利益之限度內，負擔責任。——民法第一百七十七條

(b) 管理行為追認後的義務 管理事務，如經本人承認，則視與委任相同，本人負與委任人同一的責任。——民法第一百七十八條

第四款 不當得利

沒有法律上的原因而受利益，致使他人受到損害，在法律上稱為不當得利。——民法第一百七十九條——不當得利的觀念，在法學上却發達得很早；不過古代以不當得利為準犯罪，近世則僅使之負返還利益的義務。自來立法，關於不當得利的規定，都是散漫而沒有系統，在法律上設置統一的規定，可以說自一八八一年瑞士債務法為始。

不當得利成立的要件有三；分述之如下：

(一) 無法律上原因而受利益 各人就自己的財產或勞務，享受利益；或者基於法律上的原因，依他人的財產勞務而受利益，這當然不構成不當得利的原因；可是沒有法律上的原因，而因他人的給付或其他方法受利益，不論是積極的利益（積極的使自己財產增加或積極的擴充自己的需要）或者是消極的利益（自己財產減少的防止或脫免自己權利上所加的限制）都構成不當得利，受益人就負有返還其利益的義務。（參考大理院判例三年上字二〇七號四年上字五五七號）

依舊時的立法例雖則沒有法律上的原因，而在德義上認為正當的，即不生不當得利的問題；但德、日兩國的新民法，限定沒有法律上的原因而受益才是不當得利，所以在德義上雖認為正當，而在法律上觀察，則仍以不當得利論。我民法對此有相異的規定，第一百八十條說給付是履行道德上的義務，則不得請求返還，（如破產法所謂依協議契約而得免除的債務是）那末，在德義上認為正當的，即不作爲不當得利論了。

（二）他人因不當得利的受領人受益而受損害 因他人的給付，或其他方法受益，而未致他人受損害，則不是不當得利；不當得利以加害他人爲要件；所謂加害他人，就是使爲其財產勞務的主體者受到損害，如妨害他的財產之增加，或者他的權利因此受限制，或者他的財產因此減少等事實是。（大理院判例三年上字二〇七號四年上字五五七號）

（三）雖有法律上的原因，而其後已不存在 凡因他人的給付而受利益，如爲其給付的法律上原因，一旦消滅，（例如撤銷契約解除契約之類）致使他人受意外的損失，亦構成不當得利的原因。（參考民法第一百七十九條，大理院判例四年私上一二號）

不當得利的受領人，對於他人（受損者）有返還其利益的義務；就他人論，則對於不當得利的受領人，有要求返還利益的權利；因此不當得利的法律事實，乃是使財產勞務的主體者（即本人）一方發生債權的一個原因。

對於上述的原則，却有四個例外，就是第一百八十條所規定的，(1) 給付係履行道德上之義務者；(2) 債務人於未到期之債務因清償而為給付者；(3) 因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者；(4) 因不法之原因而為給付者（但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限）；給付有上列情形之一者，即不得請求返還。

不當得利的受領人，所負的返還義務，可分下列三個情形來說：

(一) 不當得利之受領人，除返還其所受的利益之外，如本於該利益更有所取者並應返還；但依其利益的性質或其他情形不能返還，則應償還其價額。

—— 民法第一百八十一條

(二) 不當得利之受領人，不知無法律上的原因，則其受領是出於善意，而其對受的利益，現在已不存在，（如目的物因不可抗力而滅失）法律為保護善意的受領人起見，免除其返還或償還價額的責任；但受領人在受領時，已知

無法律上的原因，則其受領是出於惡意；或者受領人在受領之後，方悉無法律上的原因，則已由善意而變為惡意，於法均應加重責任，以示惡意的制裁，所以第一百八十二條二項規定「應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還，如有損害，並應賠償。」

(三) 不當得利的受領人，以其所受的，無償讓與第三人，而受領人，因此免除返還義務時，第三人於其所免返還義務的限度以內，負返還責任。——民法第一百八十三條。

第五款 侵權行為

侵權行為乃是「因故意或過失不法侵害他人的權利，或者故意以背於善良風俗的方法加損害於他人」的行為。我們知道不論那個法系，在不法行為中，總分出一種違反國家的不法行為；一種對私人的不法行為，前者稱之為罪，*Crimina* 而受刑事上的制裁；後者稱之為侵權行為，*Delicta* 而受民事上的裁判。在法律萌芽的時代，保障人民權利及相互間秩序的法規，都包含在侵權行為之中，*The law of torts* 而無所謂刑事上的制裁；這正是因為即時的觀念，以為受

損害的是私人，不是國家，這不過是一種對私人的侵權行為而已；所以羅馬古法規定竊盜罪 *Furtum* 的被害人，有請求損害賠償金的權利。 *See Maine, ancient Law 217—226* 到後來，罪和侵權行為的性質分析清楚了，而刑事上責任和民事上責任的問題也起了。刑事責任，以維持將來的安寧為主要，民事責任，則以彌補已往的損害為主要，這兩種觀念的判分，却是法律進化的一個現象！

民事責任的構成，是否以過失或故意為必要，在立法例中則有兩種主義：一為過失責任主義，一為結果責任主義。過失責任主義，濫觴於羅馬法；結果責任主義濫觴於日耳曼古法。近世因人事日繁，其結果遂使過失責任主義和結果責任主義相輔而行了。

侵權行為亦是債權發生的重要原因，所以本法訂為專款，茲詳述之如下：

(一) 侵權行為構成的要件 「因故意或過失，不法侵害他人的權利，」可以說是侵權行為構成的主要條件。日本民法第七百〇九條明白的說：「因故意或過失，而侵害他人之權利者，任賠償因此而生之損害之責。」法國民法雖認侵權行為的情形有三，即不因何事而為加損害於人的行為；因自己的懈怠或疏忽所加於人的損害；因自己所應引受者或自己所管守之物（謂獸類

等）之行爲而加於人的損害，要而言之，這還是歸納在「因故意或過失，不法侵害他人的權利」之原則之下。（見法國民法第千三百八十二條，千三百八十三條；千三百八十四條。）蘇俄新民法對此則有較新的規定，第四百〇三條說：「對於他人的人格或財產，而加以損害者，應負賠償責任；但能證明因不能預防或有權爲此種損害，或由於被害人的有意或不注意而發生者，不負賠償責任。」他一方面對於加害人規定他的責任，同時對於有疏忽的被害人加以保護。英美法也有這樣的一個觀念，他們有句格言說：「法律不准人利用他自己的錯誤。」*"No one shall be permitted to take advantage of his own wrong"*。這便是說一個人對於他自己過失所造成的損害，不得請求賠償。（見 T. M. Cooley, Law of Torts P. 468 等。）——我民法規定侵權行爲構成的情形有三，即（1）因故意或過失，不法侵害他人的權利；（2）故意以背於善良風俗的方法，加損害於他人；（3）違反保護他人的法律是。——民法第一百八十四條——茲分述之如下：

（A）因故意或過失不法侵害他人的權利，便構成侵權行爲。在這個定義之下，我們可以看出他組成的要件有三：第一，行爲是故意或過失的；所謂故意，乃是指豫見本人行爲的結果並且希望這種結果或至少可得認許

之意思上的狀態而言；所謂過失，乃指凡應注意並能注意而不注意而言。——大理院判決五年上字一〇一二號——侵權行為的賠償責任，必須加害人的行為是故意或過失的，並且故意或過失和被害人的損害有因果的聯絡。可是故意或過失，用什麼方法來證明呢？（參考大理院判例四年上字四號）可萊博士 Dr. T. M. Cooley 在他的偉著侵權法一書上曾討論到這一點。他說這種舉證的責任完全放在原告的身上，法律總是假定人們合法履行他們的義務，Duty 除非有相反的證明。在被告一方面，他當然可以舉出原告自己的疏忽，所謂 Contributory negligence 以卸除他的責任。（見 T. M. Cooley, The Law of Torts, Chap. I.）我大理院三年上字四四八號判例主張賠償的標準如何，由法院調查實際上的損害和牠的事由，是否須歸責於加害人，再衡情以定其數額的多寡；因此故意和過失的程度怎樣，是否足以構成侵權行為，在法律上既無明文規定，祇有讓法院來解決了。第二，行為是不法的，這是很明白的一件事，倘若行為是適法的，那末，縱使侵害他人的權利，也不構成侵權行為，例如「對於他人不法之侵害，為防禦自己或第三人之權利所為急迫不得已之加害」等是。——大理院判例三年上字六八〇號——第三，行

爲是不法侵害他人的權利，侵權行爲是侵害法律所創設或認許的權利，所以從法律上觀察，侵害某人的權利某人受到損害，不侵害某的權利即無所謂損害。——Savage, C. J. in Mahan V. Brown, 13 Wend. 230, 261. Parker V. Griswold, 17 Conn. 287, 302, 42 Am. Dec. 739. ——在英法上，侵權行爲的意義包含兩方面：一方面是指侵害他人的權利，他方面是指加害人違反自己的義務，所以侵害他人的權利之積極的行爲當然是侵權行爲，而違背自己所應守的義務的消極行爲 Violation of duty 也是侵權行爲。——Cooley, The Law of Torts, P. 9, §21.

——侵權行爲損害賠償的請求權，以權利受有實際損害爲成立要件。——大理院判例五年上字九六七號——德國民法第八百二十三條，日本民法第七百〇九條解釋上也以爲侵害他人的權利，受有損害，才是不法的行爲。英法法同樣的主張不法行爲和損害有因果聯絡才構成侵權行爲。Waterer V. Freeman, Hob. 203; Bailey, J., in Rex V. Pagham 8 B. & C. 362. 由此看來，權利的範圍是怎樣，却是一個很重要的問題了。侵權行爲中所說的權利，是私權 Private Rights 而不是公權，這是第一件所應明了的事；至於私權，以其中的那裏幾種爲侵權行爲的標的，法律上既沒有明白的規定，事實上就得拿廣義來解釋。

牠，這是第二件應明了的事。廣義的私權可分爲人身權和財產權兩種：Droits de p. rone; droits des patrimoines. 人身權是和人格或身分不可分離的私權；更可分之爲二：（一）人格權 droits de personnalité, 如生命權，身體權，自由權，名譽權等是；（二）身分權 Droits de l'état 如親權，夫權等是。財產權是以有經濟的價值有體無體之物爲內容的私權；更可分之爲三：（一）債權，Droits d'créance（二）物件 Droits réels（三）無形財產權，Propriétés intellectuelles 除此以外，形成權 Gestaltungsrechte 如在事實上得由他人侵犯，也能爲侵權行爲的標的。

（B）故意以背於善良風俗的方法，加損害於他人，也構成侵權行爲，例如故意漏洩他人的祕密或者宣揚他人的書札以加害他人，這也應當負擔賠償責任，以維持適於善良風俗的國民生活。

（C）違反保護他人的法律，則推定有過失，而認爲侵權行爲；例如以保護他人利益爲目的之警察法規，他的用意在使人類互盡保護的義務，倘若違反此種法規而害及他人的權利，這和親自加害他人一樣，所以法律認此種行爲同於侵權行爲。

（二）共同行爲人的責任 數人共同不法侵害他人的權利，應連帶負擔

害賠償責任。因共同侵權行為加害於他人，而不能知其中誰為加害人，應同負賠償的義務。造意人和幫助人，視為共同行為人。——民法第一百八十五條，大理院判例四年私上二號，四年上字一三四二號，五年私上二四號，日本民法第七百十九條，蘇俄民法第四百〇八條——同一權利，為數人所侵害，則各有賠償其損害全部的責任，（即連帶負損害賠償責任）但是各加害人沒有意思上的聯絡，所為的侵權行為，當然不能負連帶的責任，而應由加害人各就其所加的損害分別負賠償責任。——大理院判例五年上字一〇一二號十年上字四號

（三）公務員的責任 公務員因故意違背對於第三人應執行的職務，致第三人的權利受損害，法律為保護第三人起見，使負損害賠償的責任；但公務員因過失違背對於第三人應執行的職務，則以被害人不能依他項方法受賠償時為限，方負賠償的責任。（例如別無賠償的義務人，或有負此義務者而無實力不能達其目的等情形是）前項情形，如被害人得依法律上的救濟方法，除去損害，而因故意或過失不為此種救濟方法，例如不為上訴聲明不服等事，則公務員不負賠償責任。——民法第一百八十六條

(四) 無行為能力人和限制行為能力人的責任 無行為能力人(即未滿七歲的未成年人和禁治產人)或限制行為能力人(即滿七歲以上的未成年入)不法侵害他人的權利,其賠償責任,應以行為時有無辨別是非利害的能力為斷;如行為時有識別的能力,則應與法定代理人連帶負賠償責任;反之,如行為時沒有識別的能力,則由法定代理人獨負賠償之責。前項情形,法定代理人倘若監督並未疏懈,或者縱加以相當的監督,而仍不免發生損害,則不負賠償責任。如不能依上二項規定受損害賠償的時候,(例如不應由法定代理負賠償責任;或雖應由法定代理人負賠償責任而法定代理人缺乏賠償資力等情形是)則法院因被害人的聲請,得斟酌行為人和被害人的經濟狀況,使行為人賠償一部或全部的損害。成年人在無意識或精神錯亂中所為的行為,致第三人受有損害,則亦斟酌行為人和被害人的經濟狀況,定賠償責任。——民法第一百八十八條,日本民法第七百十二條,第七百十三條,第七百十四條——在英美法上,未成年入不法侵害他人的權利,以自己負責任為原則。But *Hard V. Haggis*, 14 C. B. (N. S.) 45; *Mills V. Graham*, 4 B. & P. 140; *Campbell V. Shaker*, 2 Ward. 138, 19 Am. Dec. 561. 行親權人對於子女的侵權行為,不負賠償責任;不過子女受

了他的命令去做這種行爲，或者他有從中取利的事實，那末，他就要負責任了。

——Coxley, *The Law of Torts*, P. 62, §23.

(五) 使用人的責任 受僱人因執行職務，不法侵害他人的權利，由僱用人 and 行爲人連帶負損害賠償責任；但僱用人選任受僱人及監督其職務的執行，已盡相當的注意，或者縱加以相當的注意而仍不免發生損害，則僱用人不負賠償責任。應行負責賠償的受僱人，缺乏賠償資力，法院得因加害人的聲請，斟酌僱用人 and 被害人的經濟狀況，使僱用人爲全部或一部的損害賠償。僱用人賠償損害時，對於爲侵權行爲的受僱人，有求償權。——民法第一百八十八條，日本民法第七百十五條——英美法對於受僱人因執行職務，不法侵害他人的權利，僱用人負賠償的責任；因爲僱用人命令受僱人去執行一種職務，這和他自己去執行是一樣的，他應當負一切的責任，所謂 *Qui facit per alium facit per se*。是僱用人對於受僱人執行職務範圍內的侵權行爲，才負責任，倘若受僱人在這個範圍以外所爲的不法行爲，僱用人就不負責任了；祇要是在執行職務的範圍以內，即使僱用人誠實指導其職務，而受僱人的侵權行爲由於自己的疏忽，僱用人仍須負責任；因爲僱用人不但負指導的責任，同時還要負監督他

們遵守指導的責任。——Cooley, Torts, Chap. 16, Diggins v. Watson, 15 Ark. 118, 40 Am. Dec. 540; Southwick v. Estes, 7 Quab. 385.

(六) 定作人的責任 承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人的權利，定作人不負損害賠償責任；但定作人對於定作或指示有過失的地方，則應負損害賠償責任。——民法第一百八十九條

(七) 占有人和所有人的責任 占有人對於他的動物加損害於他人，負損害賠償責任；但依動物的種類及性質，已為相當注意的管束，或縱為相當注意的管束而仍不免發生損害，則不在此限。動物是由第三人或其他動物的挑動致加損害於他人，其占有人對於該第三人或該他動物之占有人，有求償權。——民法第一百九十條，日本民法第七百十八條

土地上的建築物或其他工作物，因設置或保管有欠缺，以致損害他人的權利，工作物所有人應負賠償責任；但對於防止損害的發生，已盡相當的注意，則不在此限。前項損害的發生，如另有應負責任之人，（例如工作物的承攬人等）賠償損害的所有人，對於該應負責者，有求償權。——民法第一百九十一條，日本民法第七百十七條

(八) 損害賠償的範圍和方法 (1) 不法侵害他人致死，對於支出殮葬費之人，亦負損害賠償責任。被害人對於第三人負有法定扶養義務，則加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。——民法第一百九十二條——(2) 不法侵害他人的身體或健康，對於被害人因此喪失或減少勞動能力或增加生活上的需要時，加害人應負損害賠償責任。前項損害賠償，法院得因當事人之聲請，定為支付定期金；但須命加害人提出擔保。——民法第一百九十三條——(3) 不法侵害他人致死，被害人的父母子女和配偶，雖非財產上的損害，亦得請求賠償相當的金額。——民法第一百九十四條——(4) 不法侵害他人的身體、健康、名譽或自由，被害人亦得請求相當賠償的金額；其名譽被侵害的，並得請求為回復名譽的適當處分。前項損害賠償請求權，乃專屬於被害人的權利，除因契約承諾或已提起訴訟外，不得讓與或繼承。——民法第一百九十五條——(5) 不法毀損他人所有物，加害人應向被害人賠償其物因毀損所減少的價額。——民法第一百九十六條

(九) 損害賠償請求權的時效 因侵權行為所生的損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，兩年間不行使而消滅；自有侵權行為

時起，逾十年者亦同。損害賠償的義務人，因侵權行為受利益，以致被害人受有損害，雖在前項時效完成之後，仍應依關於不當利得的規定，返還其所受的利益於被害人。——民法第一百九十七條——因侵權行為對於被害人取得債權，（例如因詐欺而對於被害人使為債務約束是）被害人對於加害人，有債權廢止的請求權，此項請求權雖因時效而消滅，被害人仍得拒絕債務的履行。

——民法第一百九十八條

第二節 債之標的

講到「債之標的」底意義，我們可以用很簡單的一句話來回答，就是說：債之標的乃是債務人的行為或不行為。債務關係成立以後，債權人有要求債務人行為或不行為的權利；所以債務人的行為或不行為，是債的標的。

關於「債之標的」底學說有五派：第一派否認債是有標的，哈德姆氏 Hartmann 主張之。其實沒有標的底權利是不能存在，哈氏的學說當然不能得我們的同情。第二派說債的標的是債務人，來葛司及氏 Regelsberger 主張之。這一說受了羅馬法對人執行觀念的影響，當然不合現在的情形；要知道債務人是債關

係的主體，現在的立法，對於債權僅置重他的實質，債主體的變更，是不生什麼問題的。第三派說債之標的為債務人的意思，司屈海氏 *Sachal* 主張之，然而意思不能離人身而存在，人身的存亡，可以作為債務存滅的標準，於理不合，實在是很顯明的。第四派說債之標的為債務人的財產，開白氏 *Kapfer* 主張之。其實債之標的，不以有財產價額者為限，不作為也是債之標的，這一說當然也是不妥的。第五派說債之標的為債務人應給付之物；可是債務人應給付之物，乃是給付的標的，而非債的標的；況且債亦有以單純的作為為內容的，所以這一說也不可信。除了上五說之外，還有行為說，以行為為債的標的，溫司却氏 *Windsch* 主張之，這一說比較上是最妥的，所以德普通法和法、日民法，我民法都採這一說。——見民法第一百九十九條

債權人基於債之關係，得向債務人請求作為或不作為，所謂作為或不作為，就是債之標的，總稱之為給付。

給付的要件，據多數學者的意見，約有四端：

(一) 給付須為可能的事項。給付應當限於可能的事項，不能以不可能的事項為債之標的，這是當然之理；所謂「不能者」要以絕對的永久的客觀

的「不能」爲限，倘若祇是相對的一時的主觀的不能，即不能視之爲「不能」。

(二) 給付須爲適法的事項。適法的給付，就是不反乎強行法和反乎其他公之秩序或善良風俗的給付。(參考民法第七十一條以下，德民法第一百三十八條，日民法第九十條) 給付違反強制或禁止的法規，因而無效，這一點是很易了解，無待詳述，但公之秩序或善良風俗一語，却有討論的必要，公之秩序乃就社會的靜態而言；社會的組織，原應該秩然有序，倘若以某行爲變動這個自然的靜態，那末，就一國公共利益來說，某行爲就是有害於國家之公益或紊亂社會秩序的行爲；例如違背強行規定的契約是善良風俗乃就社會的動態而言；社會具足生活的進行，應有一定的規則，倘若以某行爲破壞這個進行，則以國民信守契約道德上的觀念來看，某行爲是背戾道德上共守的信條破壞風俗的行爲；例如和他人結賣淫的契約是。然而一國的公安公益，不是有確定不移的觀念；而善良風俗，也每因地因時而易其見解，所以怎樣才是違反公之秩序或善良風俗的行爲，完全是一個事實問題，祇能由法官運用自由心證來判斷了。

(三) 給付須為確定的事項。債權的目的，是一定行為或不行為的給付，已如上述，所以給付要是不能確定，債關係就因而不能成立；換一句話講，債關係發生的時候，目的之給付，必須當時完全確定或者他日可得確定的。基於這個要件，就生出下之三大原則：(一) 給付須不使債務人服從無限的羈絆之性質。——債權之目的，在乎制限債務人行為自由的一部而非剝奪他的全部；所以債務人所受的制限，要有一定的範圍，換句話講，債務人所應為的給付，要有一定的分量，倘若給付的內容，全不確定，其結果就有剝奪債務人關於金錢給付的全部自由，使債務人無從為其給付義務的實行。(二) 給付須不使債務人全然免脫一切羈絆之性質。——債之目的，雖然不是剝奪債務人行為自由的全部，然應限制他的一部；所以完全沒有羈束債務人行為的性質，就不得成為給付。(三) 給付的內容，倘若不是當時完全確定，則其未確定而可確定的利益，常屬於債務人。——給付的內容，如在行為時，全已確定，則債務人關於他的給付行為，絕對不得享受自由，這是自債務性質所生的當然結果；倘若給付並不以當時全然確定，為他的絕對要件，則債務人即於此未曾確定的範圍之內，任意決定，對於其他已經確定的部分，仍應受他的拘束。(四) 給付須

爲有益債權人的事項，有益的給付，就是有利債權人的給付；自羅馬法以來，就有「無利益則無訴權」的格言，所以給付必以有利益爲要件；至於利益的標準，應以給付的性質就常識判斷而有利益的爲準，不以債權人之所欲爲準，這是新民法注重社會公益的當然結果。

給付的四要件，在上面已經講過，現在要研究給付是否「以有財產價格者爲限」。對於這個問題，各國立法例不一致。羅馬古法規定給付必須有財產價格。法國法系的民法，也規定以財產價格爲給付的要件。英美法亦規定給付非有財產的價格，則契約不成立。德國民法第二百四十一條創設新的規定說：「債務者的不行爲亦得爲給付，」則債權人依給付所受的利益，初不以金錢的價值爲限，實至明顯。日本民法第三百九十九條則明定給付不必有財產價格。我民法從之，所以第一百九十九條二項說：「給付不以有財產價格者爲限。」日本的立法例却是很新的，因爲現在的社會，人事極爲複雜，吾人欲望不必盡以得財產的有形利益，方爲滿足，他如精神上學問上的無形利益，爲吾人所切要而不可或缺的，比比皆是，倘若法律不保護這種無形的利益，事實上却有和實際生活情形有悍格不入的弊端。

債之標的底種類，大別可分爲五種：即種類債權；金錢債權；利息債權；選擇債務；損害賠償是。茲分述之如下：

(一) 種類債權 以給付不特定物爲標的底債權，通常稱爲種類債權。種類債權的內容，不是個別確定之物，乃是有一定數量屬於一種類之物，例如約定交付杭州米一百石而未曾指定何等的米是。種類債權和以給付特定物爲標的底債權性質不同。第一，特定物的設定移轉，僅由當事人的意思表示就生效力。（見日本民法第七十六條）例如甲和乙約轉讓他的所有房屋於乙，於是房屋的所有權，和甲乙間買賣的成立，同時移轉；不特定物給付的債，他的物權移轉，不在契約成立的時候，而在交付其物或指定其物的時候。——民法第二百零二條二項——第二，關於特定物的給付，債務人對於債權人，負擔交付其物的義務，爲希望債務人實行義務起見，同時又生一種目的物保管的義務；日本民法第四百條說：「債權之目的爲特定物的引渡時，債務人在爲其引渡以前，須以善良管理者之注意而保管其物；」以不特定物爲給付，則債務人可以種類相同的物爲替代，所以保存與否，完全屬於債務人自身的利害，對於保存義務，不生什麼問題。——參考民律草案第三百二十五條——第三，以特定物

爲給付的內容，債務人有交付其物的義務，這是容易解決的一樁事；倘若給付僅以種類指示，依法律行爲的性質，或當事人的意思，不能定他的品質底時候，債務人應給付何等品質之物，這却成了一個問題了。日本舊民法，法國民法，意大利民法，荷蘭民法，都規定「給付除最上等最下等以外品質之物」；他們以爲當事人既不定物₍₁₎的品質，債權人當然沒有要求最上品的意思，債務人也料沒有給付最下品的意思。對於這個主義，在實際應用上很有不便的地方，因爲「最上品不可求」而「最下品不可供」其結果必以中等品給付才對，要以中等品爲給付，必定需要世間之物，僅有上中下三等，而沒有其他的等差，才能定中等品質，然而普通的物品，實有許多品質所謂中等，究以什麼爲準呢？例如米有七等品質，則債權人可以要求第二等米而債務人亦可以給付第六等米，紛爭便不易解決了。瑞士債務法，索遜舊民法，則規定給付中等以上品質之物，這個主義和上述的主義有同樣的弊病，所謂「中等以上品質之物」究以什麼爲標準，我們仍不能確定，有時債務人爲早免債務起見，就容許債權人的要求，給付第一等或第二等品質之物，所以此種主義，常不利於債務人。德國民法，日本民法，我民法則規定僅以種類指示給付物，債務人應給以中等之物。

——德國民法第二百四十三條、日本民法第四百〇一條，我民法第二百條——
——這個主義比較上是妥善些，給付物僅以種類指示，實際上常有這種事，此時
——既依法律行為的性質，或當事人的意思，不能定他的品質，祇有使債務人交付
——中等品質之物，才合於當事人的意思呢。不過遇到品質的等級是偶數無所謂
——中等品質之物的時候，適用上依舊感到困難，我大理院四年上字二二三五號
——判例，對於這個問題，曾加以解決的方法，他說：「以給付不特定物為標的之債
——務，僅訂明其物之種類者，若依行為性質及當事人意思不能定其等級，則債務
——人應以中等品質之物給付；若其物品，僅有兩種，則應由債務人自行選擇之。」
——因此中等物品有兩種或數種的時候，債務人就有自行選擇其中某種為給付
——的權利。

(二) 金錢債權 金錢債權是以金錢給付為標的底債權。金錢債權可以
——分為兩種：一種是以國內貨幣為給付的金錢債權；一種是以外國貨幣為給付
——的金錢債權。以外國通用貨幣定給付額，債務人得按給付時給付地的市價，以
——中國通用貨幣給付之；但訂明應以外國通用貨幣為給付，那末，這必定因為外
——國通用貨幣的給付，有益於交易的實用，債務人就有必須以外國通用貨幣為

給付的義務——民法第二百零二條——以特種通用貨幣的給付爲債之標的，如至給付的時候，貨幣失了通用效力，債務人應給以他種通用貨幣；例如一有華商甲於一九一九年八月十日爲乙商號對於俄商丙負擔債務日本金票一萬元，當立欠券擔任代價，以俄國一九一七年克林斯基所出綠色大帖十五萬五千五百〇五元，自本日起，以四個月爲限，如數交付，不給利息，屆時如大帖作廢，應交他項同等價值之俄幣。甲至期用破綠色大帖交付，丙以當地習慣不用破帖拒之……當事人既有約定，應以契約本旨履行債務，如果清償時克林斯基所出綠色大帖已完全失去通用之效力（事實上廢止）即應依立約時綠色大帖價值比算交付相當之俄幣。」又一「甲於民國五年二月間將祖遺田業向乙押省平官票銀六千兩，當時雙方訂有取贖此業，無論年月遠近，銀價低昂，均照質押數目省平官票爲準之特約。至六年八月甲向乙取贖，乙收票銀價抵不允，甲遂與涉訟，並繳存支票，直至八年督軍佈告：省平官票銀作廢，乙即以票銀作廢爲理由，請求現金取贖。今甲僅繳支票，如果並未因此受有損失，自應令甲以依約請求取贖日之票價，折合現金向乙取贖。」（見大理院解釋八年五月統字一〇〇八號十年一月統字一四六七號）

(三) 利息債權 對於利息的性質，學者間議論不一，不過多數的意見以爲利息是債務人使用債權人的金錢或其他的代替物，按其數額和使用時期依照利率而生的對價，簡單地說，利息是金錢或其他代替物的消費期間內自元本所生的收益，這種收益，依法律關係而生，民法上稱之爲法定孳息。因是利息的特質有三：(一) 元本債權須爲金錢或代替物；(二) 利息必須就債務人使用元本的數額和時期折算而生；(三) 利息債權爲元本債權的從權利，不能先於元本債權而發生。

利息因發生原因各異，可分爲約定利息和法定利息兩種：約定利息是當事人約定給付一定的利息；換句話說，就是依法律行爲所定的利率。關於約定的利率，應否採取限制之義，還是任當事人自由約定，各國立法例不一致；本法在民事上則採限制主義，所以「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」又「約定利率超過年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本；但須於一個月前預告債權人。前項清償之權利，不得以契約除去或限制之。」——民法第二百零五條、第二百零四條——債務人除第二百零五條限定利息之外，不得以折扣或其他方法巧取利息。——民法第二

百〇六條——利息不得滾入原本，再生利息；但當事人以書面約定利息遲付逾一年後經催告而不償還的時候，債權人得將遲付的利息滾入原本，得依其約定。前項規定，如商業上另有習慣，則從其習慣。——民法第二百〇七條——

(註)除了約定利率，還有法定利率，此種利息的數額，基於法律上的規定，所以稱之為法定利率。應付利息的債務，倘若未曾約定利率，又無法律可據，那末，就以法定利率來作標準，普通法定利率，法、意、日諸國均定週年利率為百分之五。我民法從之。——民法第二百零三條

(註)將利息滾入原本，再生利息，名為重利。對於重利盤剝，東西各國皆懸為禁例。法、意諸國規定利息非經遲延一年以後，不得附利息；並且每回須由當事人間的特約或由債權人起訴。普國則規定利息非經遲延二年之後，不得附利息；且須有特約。德國規定當事人預約至清償期的利息再附利息，其契約無效。日本規定利息非經遲延一年後不得附利息；且須有債權人催告。

備債務人不為償還的事實。我民法第二百零七條則兼採德、日兩立法例。

(註)選擇債務(註)選擇債務就是以數個給付為目的底數個債務任其選擇履行或種給付的債務。選擇債務的特質有三：(一)選擇債務，以數個的

給付爲目的之數個債務；（二）選擇債務，債務人不論爲何種的給付，都可以免除全部的債務；（三）選擇債務，必有選擇權。選擇債務和種類債權有重大相異的地方，這一點却要注意。第一，種類債權，得爲債權標的底給付範圍，還沒有個別的預定，而選擇債務則已個別的預定了；第二，選擇債務，常有選擇權，因選擇權的行使而標的才得特定；種類債權是反是。關於選擇權的行使，特則如下：

（A）行使選擇權人 「於數宗給付中，得選定其一者，其選擇權屬於債務人；但法律另有規定或契約另有訂定者，不在此限。」「債權人或債務人有選擇權者，應向他方當事人以意思表示爲之。」「由第三人爲選擇者，應向債權人及債務人以意思表示爲之。」——民法第二百零八條第二百零九條

（B）行使選擇權的變動 「選擇權定有行使期間者，如於該期間內不行使時，其選擇權，移屬於他方當事人。選擇權未定有行使期間者，債權至清償期時，無選擇權之當事人，得定相當期限催告他方當事人行使其選擇權；如他方當事人不於所定期限內行使選擇權者，其選擇權移屬於爲催告

之當事人。由第三人為選擇者，如第三人不能或不欲選擇時，選擇權屬於債務人。」——民法第二百零十條

(C) 選擇給付的不能。「數宗給付中，有自始不能或嗣後不能給付者，債之關係僅存在於餘存之給付；但其不能之事由，應由無選擇權之當事人負責者，不在此限。」——民法第二百零十一條

(D) 選擇效力。「選擇之效力，溯及於債之發生時。」民法第二百零十二條

(註) 選擇債務，從債權人方面觀察，則為選擇債權；所以有稱之為選擇債權的。本書因為此種選擇權，原則上多屬於債務人，所以稱為選擇債務。

(五) 損害賠償 損害賠償乃是加害人填補受害人所受法律上利益的損失。損害賠償的原因約可分為兩類：(一) 以當事人的意思為原因；(這是基於契約的，如因損害保險契約發生損害賠償請求權之類是)。(二) 以法律的規定為原因；(如公用徵收、侵權行為、不履行債務等是) 現在將損害賠償的方法以及他的範圍，分述之如下：

(A) 損害賠償的方法 損害賠償的方法有兩種：一是回復原狀，就是

回復債權人在損害原因未發生前同一的狀態；一是金錢補償，以金錢補償債權人的損害，使他回復財產上未受損害的狀態。德國民法以回復原狀為原則，例外認許金錢賠償。（見德國民法二四九條二五一條）日本民法則以金錢賠償為原則。（見日本民法第三八五條）本法做德國立法例，以回復原狀為原則，金錢賠償為例外，所以第二百十三條規定：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。」——民法第二百十三條——「應回復原狀者，如經債權人定相當期限催告後，逾期不為回復時，債權人得請求以金錢賠償其損害。」——不能回復原狀或回復顯有重大困難者，應以金錢賠償其損害。」——民法第二百二十四條第二十五條

（B）損害賠償的範圍 損害賠償的範圍，可分為法定賠償範圍和約定賠償範圍兩種：法定賠償的範圍，學說和立法例有種種的不同：第一是參酌債務人過失的輕重而異其範圍說，瑞士民法採之；第二是一切損害均須賠償說，德國民法採之；第三是僅須賠償直接的損害說，德、意民法採之；第四是以損害發生由於故意或過失而異其賠償範圍說，日本舊民法採之；第五

是分別通常損害和特別損害而異其賠償範圍說，日本新民法採之；我民法從德國立法例，故第二百十六條規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。」「依通常情形，或依已定之計劃設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」

(C) 損害賠償的減免 因一方的故意過失，以致他方發生損害，應由加害人負賠償的責任，這是當然的事；不過損害的發生或擴大，被害人亦與有過失，則法律為維持公平計，得由法院斟酌情形，減輕或免除他的賠償金額。（重大的損害原因，為債務人所不及知那被害人不予促其注意，或怠於避免，或減少損害，視為與有過失。）

損害非因故意或重大過失所致，倘若因賠償的原故，使加害人的生計，發生重大影響，衡之理事，亦屬過酷，法院亦得減輕加害人的賠償金額，以資調劑。——民法第二百十七條第二百十八條

第三節 債之效力

債之效力是什麼？對於這個問題，我們可以由兩方面來說：由債權人方面來

說，債之效力乃是債權人基於債關係所有的權能；由債務人方面來說，債之效力是債務人基於債關係所負的義務。債務的效力，有普通和特別兩種：債務的履行是普通效力；價金交付則為「買賣」債權的特別效力。本節所規定的是債的普通效力，至於債的特別效力，則規定在債之各個關係裏面。

債之普通效力有左列四種：

(一) 債之標的是在於給付，上面已經講過；所以債權人有請求給付的權利，債務人有應為給付的義務，這便是債之主要效力。

(二) 債務人不為給付或不為完全的給付，債權人得聲請強制執行，並得請求損害賠償，這是債的從效力。——民法第二百零二十七條

(三) 債務人遲延給付負遲延責任；債權人對於已提出的給付，拒絕受領或不能受領，負遲延責任，這也是債的從效力。——民法第二百零二十九條第二百零三十四條

(四) 債權人為保全自己的債權起見，有時得行使債務人的應有權利或撤銷債務人的法律行為，這是債的附隨效力。——民法第二百零四十二條第二百零四十四條

對於債之效力，今昔的觀念不同，因而所採的主義也不同；十八世紀以前，完全探對人的強制履行主義；近世各國的立法，則探對物的強制履行主義。羅馬十二表法的第三表 *De rebus creditis* 曾規定債務人對於他所承認的債務，以及法庭判決應償還的債務，須在三十天內償還；如債務人逾期不還，債權人得依 *Manus injectio* 程序逮捕債務人到庭。又債務人不能履行債務，或沒有人作他的保證，債權人得將債務人繫縛拘至家中，或加以不逾十五鎊重的桎梏；逾「第三市日」債權人得將債務人流放或賣至 *Flores* 河流域以外的區域，如債權人有多數的時候，則可以分割債務人的軀體，以爲抵償，所割超過應得時，並不論罪。十八世紀以降，極端的對物強制主義起而代之，而對人的強制履行主義。法國民法規定債務人不履行債務的時候，債權人僅能要求賠償損害。——法國民法第一一四二條——英國習慣法也規定不履行債務，祇能求諸損害賠償，不許請求強制履行，僅有二三例外的情形，才得以強制履行。近世德日新民法則以給付，強制履行，賠償損害，債權保全四者爲債的效力。我民法大致從德、日立法例，茲分述之如下：

第一款 給付

債務人對於債權人有爲一定的行爲或不行爲的義務，這種義務，我們稱之爲給付義務。——給付、履行、清償，三種，都是債所生的效力，而三者的實質，又全是債務人的行爲和不行爲，所以三者的意義，大致是相同的；不過從債標的之點觀察，就稱爲給付；從債效力之點觀察，就稱爲履行；從債消滅之點觀察，就稱爲清償；這用語的不同，完全因了觀察的不同而生的。——在上一節，曾將給付關於債之標的方面加以說明，現在將關於債效力方面的給付分述之如下：

(一) 行使債權履行債務的方法 行使債權，履行債務，應依誠實和信用的方法爲之；因爲誠實和信用，是社會生活的基礎，交易的安全發達，全賴於此，法律於是明定加以維護。——民法第二百零九條

(二) 債務人的責任 (給付責任) 債務人對於給付應該負怎樣一個責任，這是法律上應得明白規定的。我民法第二百零二條至第二百零四條便是規定給付的責任。第二百零二條規定：「債務人就其故意或過失之行爲，應負責任；過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」對於本條的規定，我們所應該研究的，便是故意和過失的標準是怎樣？所謂故意就是行爲人有責任能力，自己曉得他的行爲是違法而期待

他的行為發生結果；因是構成故意行為的要件有四：（一）行為出於行為人的意思；（二）行為人期待他的行為發生結果；（三）行為人自知他的行為是違法；（四）行為人有責任能力。債務人就他的故意行為以致不能為給付，則應負責任；並且為保護債權人的利益計，不許預以契約免除故意的責任。——民法第二百二十二條——過失乃是指應注意並能注意而不注意的行為而言；然而法律所謂「注意」以怎樣的程度為標準呢？古代羅馬法分注意程度為二：（一）應如通常人所為的注意；（二）為善良家父的注意；或者如自己財產有同一的注意。缺乏第一種的注意為重過失；缺乏第二種的注意為輕過失。中世以後，解釋羅馬法的又分為三等：一重過失；二輕過失；三最輕過失。最輕過失是欠缺非常注意的注意。法法系的民法就從這個標準。

德國民法也分輕過失和重過失兩種：缺乏交易上必要的注意和通常對於自己事務的注意為輕過失；缺乏交易上顯著的必要注意為重過失。本法則做最新立法例，分注意為善良管理人的注意和處理自己事務的同一注意兩種。民法第二百零二十條規定則屬於前者，所以輕微的過失也負責任；民法第二百零二十三條規定屬於後者，則以重大過失為負責的標準；重大過失的責任，不得

預先約定免除。

債務人是無行為能力人或限制行為能力人，他的責任依第一百八十七條的規定之。——民法第二百零二十一條

債務人的代理人或使用者，關於債的履行有故意或過失的時候，債務人應與自己的故意或過失負同一責任，以確保交易上的安全；但當事人另有訂定則從他們的訂定。——民法第二百零二十四條

(三) 給付不能 因不可歸責於債務人的事由，以致給付不能，則債務人得免除給付義務；因可歸責於債務人的事由，以致給付不能，債權人得請求賠償損害，但給付僅有一部不能，這個時候應以其他部分的履行於債權人有無利益為標準；假如其他部份的履行與債權人無利益，則債權人得拒絕該部份的給付而請求全部不履行的損害賠償。——民法第二百零二十五條一項；第二百零二十六條

(四) 強制執行的聲請 債務人不為給付或不為完全的給付，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。——民法第二百零二十七條

(五) 代償請求權 債務人因不可歸責自己的事由，以致給付不能，則免

除給付義務；但債務人對於第三人有損害賠償的請求權，或受領第三人的賠償物，債權人得向債務人請求讓與他的損害請求賠償權或交付所受領的賠償物，以代債務的標的。——民法第二百二十五條二項

(六) 賠償責任人的請求權 負賠償責任人，關於物或權利的喪失或損害，負完全賠償責任，因而基於其物的所有權或基於其權利有對於第三人的請求權，此種權利負賠償責任人得向損害賠償請求權人請求讓與以保護他的權利。——民法第二百二十八條

第二款 遲延

債務人或債權人不在履行時期之中而為履行，民法上稱之為遲延；由遲延而生的責任，稱之為遲延責任。遲延大別可分為兩種：因可歸責於債務人的事由以致遲延的，稱為債務人的遲延；因債權人的不協助以致遲延，稱為債權人的遲延。茲分述之如下：

(一) 債務人的遲延 關於債務人的遲延，立法例分為三種：(1) 依法系民法規定，僅僅空過債務履行的時期，並不發生遲延的責任；必定等到債務人

送達合式催告書；或向法院請求履行債務；或以執行文示知之後，債務人仍不履行，這時候債務人才任遲延責任；(2)依德國民法規定，有可歸責債務人的事由而空過時期才負遲延責任；(3)依日本民法規定，不問原因如何，倘若空過時期就要負遲延責任。我民法從德立法例規定如左：

(A) 遲延之時：——

(1) 定有確定期限的債務 給付有確定期限的，債務人自期限屆滿時起，不待債權人催告，即負給付義務，否則應負遲延責任。——民法第二百二十九條一項

(2) 定有不確定期限的債務 給付沒有確定期限，則債務人於債權人得請求給付的時候，經催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。前項催告定有期限，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。又凡經債權人起訴，或依督促程序送達支付命令的，其效力和催告相同。——民法第二百二十九條二項三項

民法二百二十九條所規定的債務人遲延責任，是以可歸責於債務人的事由以致遲延為要件；所以因不可歸責於債務人的事由，（即由於不

可抗力) 以致未為給付, 債務人即不負遲延責任。——民法第二百三十三條

(B) 遲延的效力

(1) 債務人的責任 債務人遲延的, 債權人得請求其賠償因遲延而生的損害。前項債務人, 在遲延中, 對於因不可抗力而生的損害, 亦應負責, 因為債務人遲延給付, 咎由自取, 法律遂不加以保護; 但債務人能證明縱使不遲延給付, 而因不可抗力之故仍不能免發生損害, 則其損害, 不本於債務人的遲延, 可想而知, 債務人即不負損害賠償的責任。——民法第二百三十一條

(2) 債權人拒絕給付權 遲延後的給付, 對於債權人沒有利益的, 債權人得拒絕其給付, 並得請求賠償因不履行而生的損害。(例如定期宴會, 酒席逾期是; 此時債權人除不受酒席之外, 並得要求不履行的損害, 如急往他處另買酒席, 其中所增添的費用是)

(C) 遲延責任的範圍 遲延責任的範圍, 就是損害賠償責任的範圍, 對於這個問題應該特別注意的, 便是利息的問題。照民法第二百三十三條

規定：「遲延之債務，以支付金錢為標的者，（即金錢債權）債權人得請求依法定利率計算之遲延利息，但約定利率較高者，仍從其約定利率。對於利息無須支付遲延利息。前二項情形，債權人證明有其他損害者，並得請求賠償。」

（二）債權人的遲延 關於債權人的遲延，可分下列幾項來說：

（A）債權人遲延的要件。

（1）債權人對於已提出的給付，拒絕受領，（例如對於實行的提出，積極不受領；對於言辭的提出，消極拒絕是。）自提出時起，負遲延責任，以保護債務人的利益。

（2）債權人對於已提出的給付，不能受領，（即因自身週圍的情事以致不能協助；如赴債權人提出的給付，因交通斷絕，不能屆期前往是。）此時不問債權人有無過失，自提出時起，負遲延責任。（見民法第二百三十四條。）

（3）債權人任遲延之責，以債務人於正當時期，正當處所，以正當的標的物，實行提出於債權人為限；所以「債務人非依債務本旨實行提出給付

者，不生提出之效力；但債權人如已表示拒絕受領的意思，或者債務人的給付兼需債權人的行為，例如必須債權人接收其物，則債務人不必為現實的給付，祇須以現實給付的準備通知債權人，以代提出。——民法第二百零三十五條

(4) 給付沒有確定期限；或債務人在清償期前得為給付，債權人就一時不能受領的情事，不負遲延責任；但提出給付，由於債權人的催告，或債務人已在相當期間前預告債權人，債權人仍任遲延的責任。——民法第二百零三十六條

(B) 債權人遲延的效力

(1) 債務人的責任減輕 債務人的債務，雖當債權人遲延之後，依然存在；但應減輕債務人的責任，方為公允；所以民法第二百零三十七條規定：「在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失，負其責任。」

(2) 債務人的義務減輕 有交付不動產義務的債務人，在債權人遲延之後，得拋棄其占有；但拋棄如能通知，應預先通知債權人。——民法第二百零四十一條——債務人應返還由標的物所生的孳息或償還其價金的，

在債權人遲延中，以已收取的孳息為限，負返還的責任。——民法第二百零三十九條——在債權人遲延中，債務人對於生有利息的債務，無須支付利息——民法第二百零三十八條，從德國立法例

(3) 債務人生遲延損害賠償權 債務人已提出給付物，債權人有拒絕受領或不能受領的事由，債權人應負遲延之責；此時債務人得請求債權人賠償提出及保管給付物的必要費用。——民法第二百零四十條

第三款 保全

本款所稱的保全，是指債權的保全而言。外國立法例，多將債權的保全和給付，遲延給付併成一節；本法則另立專款，以顯保全債權的效用。茲分五節述之如下：

(一) 債權人的代位權(註) 代位權是債權人因保全債權而行使債務人權利之權。——本屬於債務人的權利，而由債權人以自己名義行使，這種關係是間接的而非直接的，所以代位權又稱為間接訴權——代位權的性質可以分三點說明：第一，代位權是債權的效力，他的目的在乎切實擔保債權的易為

給付；所以先有債權的主權利，然後才有代位權的從權利；換句話講，代位權不是可以離債權而為獨立存在的權利，祇能隨着債權而生的權利；第二，代位權隨主權利的主體為轉移並且不得單獨讓與，所以代位權是債權人的固有權利，得以自己的名義行使；第三，代位權以債務人的權利為物體；債權人因為欲行使債務人的權利而行代位權，所以受代位權適用的物體，乃是債務人的權利，例如債權人代債務人為登記行為，被登記的權利乃不動產所有權；得以代位登記的權利是代位權，兩者判然為二物，不相混同。代位權的物體，雖則是權利，但專屬於債務人本身的權利，如親權夫權等，事實上既與人身不可分離，即不得易其主體而行使之，這是代位權行使的一個例外。——民法第二百四十二條

(二) 代位權的要件 代位權的要件有二：(一) 有保全債權的必要——債權人非於債務人負遲延責任的時候，不得行使代位權；(二) 不專屬於債務人本身的權利——專屬於債務人本身的權利，不構成代位權適用的物體；所謂專屬於本身的權利，約有兩種：一是純然非財產的權利，如請求離婚權，私生子認知權等；一為財產上權利而重在保護無形利益，如損害賠償請求

權，扶養請求權等是專屬於債務人一身的權利，不許債權人代位行使。——民法第二百四十三條

(三) 債權人的廢罷權 (或稱撤銷訴權) (註) 廢罷權是債權人對於債務人和第三人所為損害債權關係的行為得以訴請求撤銷的權利。債權具有對於第三人的效力，這却是一個明例，所以學者間又稱廢罷權為「直接訴權」。廢罷權和代位權性質不同；第一，廢罷權是基於債務人積極行為而發生；代位權則基於債務人消極的行為而發生；第二，廢罷權是以防止擔保的財產減少為標的；代位權是以保存擔保的財產增加為標的；第三，廢罷權是債權人的直接權利；代位權是債權人的間接權利；第四，廢罷權的相對人為第三人和債務人；代位權的相對人祇為第三人；第五，廢罷權第三人不能以對抗債務人的權利對抗債權人；代位權第三人則得以對抗債務人的權利對抗債權人。

(四) 廢罷權的要件 廢罷權的要件有：(一) 債務人所為的無償行為有害及債權者；(二) 債務人所為的有償行為，於行為時明知有損害於債權人的權利，受益人於受益時亦明知其情事；(三) 債務人的行為以財產為標的者。——民法第二百四十四條

(五)廢罷權的特別時效 廢罷權於債權人知有撤銷原因的時候起，一年間不行使；或自行爲時起經過十年不行使，即行消滅。——民法第二百四十五條

(註一)代位權或稱爲代位訴權間接訴權，查稱爲訴權，導源於羅馬法；其實債權人行使代位權，本不以訴的方法爲限，稱爲訴權，似覺不妥，故本書改正稱之爲代位權。

(註二)廢罷權或稱包耳訴權，因此項權利，最先承認的爲羅馬法官包耳。

第四款 契約

外國立法例，有將不能的給付，定金，違約金，契約的解除，以及對待給付，和契約的成立不成立，同隸一款，認爲債的發生，本法則做最新立法例，以契約的成立不成立，爲債的發生，而生「債之效力」一節之中，另訂一款，規定契約的效力，茲分述之如下：

(一)不能的給付 以不能的給付爲契約底標的，其契約即爲無效，以防無益的爭議；但其不能的情形可以除去，而當事人訂約時並預期在不能的情

形除去之後爲給付，（即附有停止條件的契約）則契約仍爲有效。以附停止條件的契約，或以附始期的契約，爲不能給付的約定底，倘若不能給付的情形，在條件成就以前或到期以前，已經除去，則於事實上既無妨礙，其契約即應認爲有效。——民法第二百四十六條——契約因以不能之給付爲標的而無效的，一方當事人在訂約的時候，已知其不能或可得而知其不能，則對於非因過失而信契約爲有效以致受損害的他方當事人，負賠償責任。——民法第二百四十七條一項——對於給付一部不能，一部可能，其可能之一部爲有時；或依選擇而定的數宗給付之中有一宗給付不能時，準用上項的規定。——民法第二百四十七條二項

（二）定金 } 關於定金的立法例不一：各國民法有不設定金之規定的；有將定金訂在買賣通則之中，本法则做最新立法例，於本款加以規定。茲分兩項述之：

（A）訂約當事人的一方，由他方受有定金的時候，其契約視爲成立。——民法第二百四十八條

（B）定金除當事人另有訂定之外，適用左列的規定：

(1) 契約履行時，定金應返還或作為給付的一部分；

(2) 契約因可歸責於付定金當事人的事由，致不能履行時，定金不得請求返還；

(3) 契約因可歸責於受定金當事人的事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受的定金；

(4) 契約因不可歸責於雙方當事人的事由，致不能履行時，定金應返還。
—— 民法第二百四十九條

(三) 違約金 當事人得約定債務人不履行債務的時候，應支付違約金—— 民法第二百五十條一項—— 違約金是預定賠償額，和處罰不同，因是違約不履行債務的時候，無論損害為多少，須依此約定數額賠償，故民法第二百五十條二項規定：「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害的賠償總額。」但當事人約定如債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務的時候，即須支付違約金的，則債權人於債務不履行時，除違約金之外，並得請求履行或不履行的損害賠償—— 民法第二百五十條二項

債務人已為一部債務的履行，則為維持公平起見，得由法院比照債權人因

一部履行所受的利益，減少違約金。——民法第二百五十一條——約定的違約金過高的，法院得減至相當的數額。——民法第二百五十二條

約定違約時應爲金錢以外的給付，（如移轉特定物的所有權等）準用上各條的規定。——民法第二百五十三條

（四）契約的解除 「契約的解除」就是契約當事人的一造，行使契約上或法律上所賦與的解除權，爲一定的意思表示，使該契約的效果消滅而回復未有該約以前狀態的思意。關於契約的解除，在法律上有詳密的規定，則始自德國民法。

解除權發生的原因有二：一由法律規定而生的；一由契約而生的；前者稱之爲法律上的解除，而後者則稱之爲契約上的解除。（參考民法第二百五十四條第二百五十五條）契約上的解除，爲當事人自由訂定，無待詳論；至於法律上的解除，他的原因有特別的，有普通的；特別的原因，祇有特種契約才適用，普通的原因，可適用一般的契約，他的原因有兩種：就是履行遲延和給付不能。民法第二百五十四條說：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。」這便是因履行遲

延而生的解除權。又第二百五十五條也是同樣規定因履行遲延而生的解除權，他說：「依契約之性質或當事人之意思表示，非於一定時期爲給付，不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期給付者，他方當事人得不爲（相當期限）之催告，解除其契約。」民法第二百五十六條規定因給付不能而生的解除權；由此，因可歸責於債務人的事由，以致給付不能，或給付一部不能，其他部分的履行，對於債權人無利益，債權人均得行使解除權以保護他的利益。

（五）解除權的行使期間 解除權的行使，未定有期間，則他方當事人得定相當期限，催告解除權人於期限內確答是否解除，（所謂除斥期限是）如逾期未受解除的通知，解除權即消滅——民法第二百五十七條

（六）解除權行使的方法 解除權行使的方法，立法例中分爲三個主義：
（一）當然解除主義，就是當事人約定或依法律規定已屆給付履行時期而不履行，契約即當然解除的主義，日本商法探此主義；（二）法庭解除主義，就是解除事實發生的時候，經法庭判決方始解除的主義，法國民法探此主義；（三）意思解除主義，就是解除由有解除權人向相對人以意思表示爲之的主

義、德、日、新民法以及我民法均採此主義。我民法第二百五十八條規定：「解除權之行使，應向他方當事人以意思表示爲之。」「契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體向其全體爲之。」「解除契約之意思表示，不得撤銷。」

(七) 解除權的效果 契約解除有回遑的效力，換句話講，解除乃使債務關係消滅而回復未訂契約以前的原狀態。(參考德、日立法例) 但是回復契約前的原狀，發生怎樣的效果呢？立法例對於這個問題，自來就有兩種主義：(一) 因回復原狀而生物權上的效果，無論何人可以對抗、法意及日本舊民法採之；(二) 因回復原狀而生債權上的效果，僅於當事人間生回復原狀的債權關係，德、日、民法採之。

我民法從德、日立法例，因爲契約解除而使生物權上的效果，往往害及善意第三人，流弊所及，足以妨礙一般交易的發達。

在契約解除的時候，當事人雙方回復原狀的義務，除法律另有規定或契約另有訂定之外，依左列的規定：——民法第二百五十九條

(a) 由他方所受領之給付物，應返還之；

(b) 受領之給付爲金錢者，應附加自受領時起之利息償還之；
(c) 受領之給付爲勞務或爲物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之；

(d) 受領之給付物生有孳息者，應返還之；

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

(f) 應返還之物有毀損滅失，或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額。解除權行使以後，債權人還能請求損害賠償嗎？對於這個問題，立法例也是不一致的。德國民法，匈牙利民法草案規定債務人不履行債務時，債權人或請求賠償損害，或解除契約。（見德國民法第三百二十五條，第三百二十六條，匈牙利民法草案第九百十八條，第九百十九條）法國民法規定債務人不履行債務時，債權人除解除契約外，並得請求債務人賠償因不履行債務所生的損害。（見法國民法第八百十四條二項）瑞士民法規定債權人除解除契約之外，並得請求賠償因契約消滅所生的損害。（見瑞士民法第九十條）日本新民法規定解除契約之外，並得請求賠償因期待完全履行所受的損失。

（見日本民法第五百四十五條三項）（註）我民法規定解除權的行使，不妨礙損害賠償的請求。——民法第二百零六條

當事人因契約解除而生的相互義務，準用第二百零六十四條至第二百零六十七條規定。——民法第二百零六十一條

（八）解除權的消滅。解除權除因第二百零五十七條規定消滅外，又有解除權人，因可歸責於己之事由，致其所受領之給付物有毀損滅失，或其他情形不能返還者，解除權消滅；因加工或改造，將所受領之給付物變其種類者亦同。——民法第二百零六十二條

（九）對待給付。因契約互負債務的稱為雙務契約。雙務契約的當事人一造於相對人未為對待給付以前，得拒絕履行自己的給付。這種拒絕給付，學者間稱為同時履行的抗辯；或稱暫緩抗辯。對於此種抗辯的學說，約分兩種：一種說暫緩抗辯是否認相對人請求權的存在，普國法，瑞士債務法採之；一種說暫緩抗辯並非否認相對人有請求權，不過在相對人未為對待給付以前，得據此為抗辯以拒絕他的請求而已，德國民法採之。我民法從德立法例，故第二百零六十四條規定：「因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕

自己之給付，但自己有先為給付之義務者，不在此限。」當事人之一方，應向他方為給付者，如他方之財產，於訂約後顯形減少有難為對待給付之虞時，於他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。」——民法第二百六十五條——「他方當事人已為部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。」——民法第二百六十四條二項

(十) 雙務契約的危險負擔 雙務契約的一造給付不能，危險負擔究應屬於何方，這是很重要的問題，我們可以分兩點來說：(一) 因不可歸責於雙方當事人的事由以致給付不能的；(二) 因可歸責於當事人之一方的事由以致給付不能的。對於第一個情形，立法例所下的解決方法不同，法、意、民和瑞士債務法探危險歸債權人主義，因是一造給付不能所生的損失，應由債權人負擔，換言之，債權人仍須為對待的給付；英國法探危險歸物權人主義，就是對於契約標的物有物權的人負擔損失；德國民法探危險歸債務人主義，由此主義，一造給付不能所生的損失應由負負擔，不能向相對人請求對待給付。我民法從德國立法例，第二百六十六條規定：「因不可歸責於雙方當事人

之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。」如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。」前項情形，已為全部或一部之對待給付者，得依不當得利之規定，請求返還。」——民法第二百六十六條一項——對於第二個情形，我民法規定因可歸責於他方之事由，以致當事人之一方不能給付，得請求對待給付；但當事人一方因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由所得請求之對待給付中扣除，以昭公允。——民法第二百六十七條

(十一) 利他契約 利他契約或稱「為第三人的契約」乃是為第三人利益而結的契約。允諾向第三人為給付之一造稱為允約人；對於允約人要求締約的一造稱為要約人。在從前羅馬法上，有句格言說：不得為他人締結契約；但是近代的立法例及學說則多數認「為第三人的契約」為有效。至於兩造間的契約，何以對於第三人發生效力，學者間立論的根據不一：有主要約說，以為要約人允約人間的契約，不是直接使第三人取得債權，不過對於第三人有一種要約，必待第三人承諾之後，才取得債權；有主代理說，以為要約人與允約人締約使第三人取得給付請求權，要約人不過是第三人的無權代理人，必須

經第三人追認方始取得權利；有主直接取得說，以爲第三人因要約人和允約人間的契約，即直接取得其權利，無所謂代理亦無所謂待第三人的承諾而後契約才成立，直接取得說又可分爲三說：即單約說；合同說；契約說。德國新民法採契約說，以爲第三人取得權利，是根據於約束人和受約人的利他契約，既不是根據於約束人的單獨行爲，也不是根據約束人和受約人的合意；所以第三人僅因利他契約的成立而取得權利。我民法規定似兼採要約和直接取得說（一）「以契約訂定向第三人爲給付者，要約人得請求債務人向第三人爲給付，其第三人對於債務人亦有直接請求給付之權。」——民法第二百六十九條，又參看德國民法第二編第二章第三節第三百二十八條，瑞士債務法第一百十條二項——（二）「契約當事人之一方，約定由第三人對於他方爲給付者，於第三人不爲給付時，應負損害賠償責任。」——民法第二百六十八條——（三）「第三人對於前項（利他）契約，未表示享受其利益之意思前，當事人得變更其契約或撤銷之。」——民法第二百六十九條二項——（四）「第三人對於當事人之一方表示不欲享受其契約之利益者，視爲自始未取得其權利。」——民法第二百六十九條三項，並參考日本民法第五百三

十七條二項及法國民法第一千一百二十一條，又據按條文之意，似以第三人未表示意思以前，權利不能發生，按之利他契約本旨，實有未合——（五）——前條債務人（即向第三人為給付契約的債務人）得以由契約所生之一切抗辯，對抗受益之第三人。——民法第二百零七條。

（六）日本民法第五百四十五條三項說解除權之行使，無礙損害賠償的請求，學者間對解釋頗多爭議，但觀察同法第五百五十七條說買主交付定金於賣主時，各當事人至着手履行契約時止，買主得拋棄其定金，賣主得償還倍於定金之金額於買主而解除契約，又同條第二項說第五百四十五條的規定，對於前項情形不適用之，並就日本民法關於損害賠償規定的全部精神加以研究，即可知第五百四十五條三項所謂損害賠償，不是指因債務不履行所生損害的賠償而言，也不是指因契約消滅所生損害的賠償而言，乃是指因期待完全履行所生損害的賠償而言，所以本書說他採用第四辦法。

第四節 多數債務人及債權人

債關係的主體不必僅爲一個債權人或一個債務人，倘若數人共有一債權或數人共負一債務，這也是可能的事。共有一債權的數人，稱爲多數債權人；共有一債務的數人，稱爲多數債務人。多數債務人及多數債權人的債關係，可分爲左之三種：

(一) 連合債的關係。債的標的可以分割，而多數債務人債權人可以各別負擔一部的義務或享受一部的權利爲連合債的關係。——民法第二百七十一條

(二) 連帶債務關係。數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付的責任爲連帶債務關係。——民法第二百七十二條

(三) 連帶債權關係。數人依法律或法律行爲有同一債權，而各得向債務人爲全部給付的請求爲連帶債權關係。——民法第二百八十三條

(四) 不可分債關係。數人負同一債務，或有同一債權，而其給付不可分者爲不可分債關係。——民法第二百九十二條

茲分述之如下：

(一) 連合債的關係。民法第二百七十一條說：「數人負同一債務，或有

同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之。其給付本不可分，而變為可分者亦同。」依此規定，連合債務有左列的要件和效力：

(A) 連合債的要件 連合債的要件有二：即(1)多數主體的債關係(2)債標的可以分割是。

(B) 連合債的效力 連合債的效力有三：即(1)分割的比例以平等為原則；(2)各債務人各債權人所有的義務權利，實質上為各獨立數個的義務和權利；因是一債務人或一債權人所生的遲延履行給付不能等事項，不影響他債務人或債權人；(3)多數的債務及債權，雖各個獨立，但形式上既認為一宗的債關係，當中即不能不有連絡關係，德國民法第三百二十條規定從雙務契約面生的分割債務，一債務人不履行其給付時，雖他之債務人履行其一部之債務，而債權人得援契約不履行之原則，拒絕全部的反對給付。日本民法第五百四十四條則規定當事者之一方有數人時，契約之解除，惟得由其全員或對於全員為之。我民法對此無規定，但大理院判例七年上字六百二十八號曾有規定說：「兄弟未分析前，共同借用之債，至分析後始行償

還者，若無連帶特約或合法之債務移轉，自應按連合債務之原則，依兄弟人數，平均分償；債權人固不能僅向其中一人求償，債務人亦不能以分歸何人名下爲詞，拒絕分償。惟應行分償之人，如果證明絕無資力，則其他確有資力之人，又不得負按分代償之責。」

(二) 連帶債的關係 連帶債的關係，有主動的連帶債關係和受動的連帶債關係之分。前者爲連帶債權；後者爲連帶債務。「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，爲連帶債務。」——民法第二百七十二條連帶債權的成立以明示爲要件，如「無前項之明示時，連帶債權之成立，以法律有規定者爲限。」——民法第二百七十二條二項——「數人依法律或法律行爲，有同一債權，而各得向債務人爲全部給付之請求者，爲連帶債權。」——民法第二百八十三條

(三) 債權人和連帶債務人的效力 (A) 連帶債務的債權人，得對於債務人中的一人，或數人，或其全體，同時或先後請求全部或一部的給付。連帶債務未全部履行之前，全體債務人得負連帶責任。——民法第二百七十三條

(B) 因連帶債務人中的一人爲清償，代物清償，提存、抵銷、或混同而債

務消滅的，他債務人亦同免其責任。——民法第二百七十四條——(C) 債權人對於連帶債務人之一人提起訴訟，經判決確定，如果該判決有利益於其他債務人，則本於連帶關係的性質，對於其他債務人亦生效力，但以該判決非基於該債務人的個人關係者為限。——民法第二百七十五條——(D) 債權人向連帶債務人中的一人免除債務，而無消滅全部債務的意思表示，則除該債務人應分擔之部分外，他債務人仍負其殘餘部分的責任；此項規定，對於連帶債務中之一人消滅時效已完成的，準用之。——民法第二百七十六條——(E) 連帶債務人中的一人，對於債權人享有債權，(即債權人對於債務人負給債務) 他債務人得以該債務人應分擔之部分為限，主張抵銷。——民法第二百七十七條——(F) 債權人如僅對於連帶債務人中的一人有遲延時，(例如連帶債務人中的一人向債權人提出給付而債權人不能受領是) 為他債務人的利益，亦生效力。——民法第二百七十八條——(G) 就連帶債務人中的一人，所生的事項，除前述五條規定或契約另有訂定之外，其利益或不利益，對他債務人無效力。——民法第二百七十九條

(四) 連帶債務人相互間的效力 (A) 連帶債務人相互間，除法律另

有規定或契約另有訂定之外，應平均分擔義務；但因債務人中之一人應單獨負責的事由所致底損害及支付之費用，由該債務人負擔，不使其他債務人共同負責，以昭公允。——民法第二百零八條。——（B）連帶債務人中之一人，因清償或其他行為，以致他債務人同免責任，得向他債務人請求償還其各自分擔的部分，並自免責時起的利息。前項情形，求償權人（即為清償之債務人）在求償範圍內承受債權人的權利；但不得有害於債權人的利益。——民法第二百零八條。——（C）連帶債務人中之一人，不能償還其分擔額，此時該債務人不能償還的部份，由求償權人（即債權人）與他債務人按照比例分擔；但其不能償還，由於求償權人過失所致，則不得請求他債務人分擔責任。連帶債務人中之一人，其自己應分擔的部份，已經免責，例如消滅時效已完成或已由債權人免除責任，對於他債務人不能償還的部份，仍應負擔。——民法第二百零八條。

（五）連帶債權人和債務人的效力（A）連帶債務的債權人，既能向債務人請求全部的給付，所以連帶債權的債務人，亦得向債權人中之一人，為全部的給付。——民法第二百零八條。——（B）連帶債權人中之一人，為

給付之請求者爲他債權人的利益，亦生效力。——民法第二百八十五條——

(C) 因連帶債權人中之一人，已受領清償；代物清償；或經提存，抵銷，混同，而債權消滅，他債權人的權利，亦同消滅。——民法第二百八十六條——

(D) 連帶債權人中之一人，受有利益的確定判決，爲他債權人之利益，亦生效力；連帶債權人中之一人，受不利益的確定判決，如其判決非基於該債權人的個人關係，則對於他債權人，亦生效力。——民法第二百八十七條——

(E) 連帶債權人中之一人，向債務人免除債務時，除該債權人應享有的部分外，他債權人的權利，並不消滅。前項規定，對於連帶債權人中之一人，消滅時效已完成者，準用之。——民法第二百八十八條——

(F) 連帶債權人中之一人有遲延，他債權人亦負其責任。——民法第二百八十九條——

(G) 就連帶債權人中之一人所生的事項，除第二百八十五條至第二百八十九條規定或契約另有訂定之外，其利益或不利益，對他債權人，不生效力。——民法第二百九十條——

(H) 連帶債權人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定之外，應平均分受利益。——民法第二百九十一條

(六) 不可分債的關係 數人負同一債務或有同一債權，但其給付不可

分的，各債權人僅得爲債權人全體請求給付；債務人亦僅得向債權人全體爲給付。除前項規定之外，債權人中之一人與債務人間所生的事項，其利益或不利益，對他債權人無效力。——民法第二百九十三條——除上條規定之外，不可分債的關係準用連帶債務或連帶債權的規定。——民法第二百九十二條

第五節 債之移轉

債之移轉，包括債權之讓與，債務之承擔，債權和債務之承受三種，茲分述之如下：

(一) 債權之讓與 債權之讓與就是原債權人以他的債權移轉於他人，由他人繼受權利而居於債權人之地位的法律行爲；原債權人稱爲讓與人，繼受權利人稱爲受讓人。債權讓與的制度，完全是近代法律的產兒，在從前羅馬古代的法律上，就不承認這種制度；他們以爲債權關係是特定人間的關係，債權人變更，債權也就隨之變更了。萬民法上雖不明認這種制度，但是在事實上則認有訴訟代理的制度；就是債權人得以契約委任他人爲訴訟代理人，使他

代為追取債權，並且約明追取之物，得自為保有無須交還債權人。這種制度却也和債權讓與有同一的結果。近世各國立法為求交易上的便利，則明認債權讓與的制度，我民法從多數立法例，設債之移轉一節，包有債權之讓與，債務之承擔，債權與債務之承受二種。

債權人得不經債務人的承認將債權讓與第三人。——民法第二百九十四條——對於這個原則有三個例外，第一依債權的性質不得讓與的債權，不得讓與，如扶養請求權；第二依當事人特約不得讓與的債權，（註）第三是禁止扣押的債權如民事訴訟執行規則第九十七條規定的債權是維持生活必要費用的，不得為強制執行是。依當事人的特約不得讓與的時候，第三人不知有特約而善意讓受債權的，債務人不得以特約為對抗的理由。——民法第二百九十四條二項

（註）依德、日民事訴訟法執行編的規定，不許扣押的債權約有下之數種：
 (1) 法律上的扶養費；(2) 由慈善機關或由第三人的慈善所受的繼續收入而為自己或家族生活所必需的；(3) 兵士之兵餉及其遺族扶助金；(4) 屬於出征軍隊或服務軍艦之軍人所得職務上的收入；(5) 文武官吏公私立學校教師

的職務上收入及遺族扶助金；(6)職工或勞役人雇工因勞力所受的報酬。上述的債權，均不得扣押。

讓與債權的時候，凡是擔保債權的權利如質權抵押權保證之類，以及其他從屬於債權的權利，均隨同債權移轉於受讓人，但與讓與人有不可分離的關係的權利，則不隨債權的讓與而移轉。——民法第二百九十五條——未支付的利息，推定隨同原本移轉於受讓人。——民法第二百九十五條二項

(二) 債權讓與的要件 債權的讓人，使受讓人對於已受讓的債權，而能易於行使及易於保全起見，所以：「讓與人應將證明債權之文件，交付受讓人，並應告以關於主張該債權人所必要之一切情形。」——民法第二百九十六條

(三) 債權讓與和債務人的關係 債權的讓與，非經讓與人或受讓人通知債務人，對於債務人不生效力；但法律另有規定，則不在此限。受讓人以讓與人所立的讓與字據，提示於債務人的，此項提示和通知有同一的效力。——民法第二百九十七條——債權的讓與人，已將債權的讓與通知債務人，即使以債權的讓與不成立，或者讓與無效，債務人仍得以對抗受讓人的事由，對抗

讓與人前項通知，非經受讓人的同意，不得撤銷，以保護受讓人的利益。——民法第二百九十八條——債務人在受通知時，所得對抗讓與人的事由，皆得以之對抗受讓人。債務人在受通知時，對於讓與人有債權的，如此項債權的清償期，先於所讓與的債權，或兩項債權的清償期同時屆至，債務人得對於受讓人主張抵銷。——民法第二百九十九條

(四) 債務承擔的性質 債務承擔，就是第三人擔承債務人所負債務的。法律行為擔承他人義務的方法有兩種：一是一般擔承，如包括承繼；包括贈遺之類是；一是特定擔承，就是本節所謂的債務承擔。立法例對於債務承擔原則承認與否，很不一致。羅馬法因為不認債權的讓與，所以同時不認債務承擔的原則；但為交易上便利起見，常使第三人依承受理的方法承受債務。普國國法巴西民法以及奧大利民法繼承羅馬法，所以對於債務承擔，僅有不完整的規定。到了十九世紀末葉，德國民法，瑞士債務法，匈牙利民法，才對此設一般規定。（見德國民法第四百十四條以下；瑞士債務法第一百七十五條以下；匈牙利民法第一千二百六十七條以下。）法國民法則否認擔承債務。日本民法雖屬德法系，但是對於擔承債務的規定，則付之缺如。最近的蘇俄新民法第一百

二十六條也承認承擔債務的原則。我民法從多數立法例，在第三百條規定說：「第三人與債權人訂立契約，承擔債務人之債務者，其債務於契約成立時，移轉於該第三人。」

債務的承擔，對於債權人有重大的利害關係，所以第三人和債務人訂立承任的契約，非經債權人同意，不能發生效力。——民法第三百〇一條，大理院判例三年上字七〇〇號，三年上字一千〇四十三號

債務的承擔，以債權人承認為要件，所以債務人或承擔人，得定相當期限，催告債權人在該期限之內確答是否承認；倘若債權人不在所定期限之內為確實的答覆，視為拒絕承認。債權人拒絕承認時，債務人或承擔人得撤銷他們的承擔契約。——民法第三百〇二條

（五）承擔人的對抗力 債務人因其法律關係所得對抗債權人的事由，承繼人亦得以之對抗債權人；但不得以屬於債務人的債權為抵銷。

承擔人因其承擔債務的法律關係所得對抗債務人的事由，不得以之對抗債權人；例如甲（承擔人）承擔乙（債務人）的債務，他承擔的原因，以乙曾交付千元於甲，甲和乙雖可因此而為特約，然對於丙（債權人）則不得主張

由於該特約的對抗。——民法第三百〇三條

(六) 承擔債務和從屬權利的關係。從屬於債權的權利，不因債務的承擔而妨礙他的存在；但和債務人有不可分離關係的從權利，不在此限。——民法第三百〇四條一項

(七) 承擔債務和第三人的擔保。債務人的債務，假如由第三人擔保的，不問為物的擔保（第三人為擔保債務人的債務，在自己不動產上設定抵押權或質權）或人的擔保（第三人為保證）在擔保人無非信任債務人，才有這種擔保行為，債務既以移轉於承擔人，則此種擔保，不能不視為消滅；但第三人對於債務之承擔已為承認，則不在此限。——民法第三百〇四條二項

(八) 債權債務的承受。關於債權債務的概括承受，各國法律有說明文規定，有不說明文規定，本法則做最新立法例，明文規定。民法第三百〇五條規定：「就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受之通告或公告而生承擔債務之效力。前項情形，債務人關於到期之債權，自通知或公告時起；未到期之債權，自到期時起，二年以內，與承擔人連帶負其責任。」——民法第三百〇五條——第三百〇六條規定：「營業與他營業合併，而互

相承受其資產及負債者，與前條之概括承受同。其合併之新營業，對於各營業之債務，負其責任。」

第六節 債之消滅

債的消滅就是債的客觀失了他的存在；當發生債關係的時候，當事人間就預期到債的客觀失其存在；因為債的標的在於要求特定人爲一定行爲或不

行爲以取得利益，利益既得，債就歸於消滅了。債的消滅，有種種的原因，本法所規定的有五種，就是清償、提存、抵銷、免除、混同是。除此以外，債消滅的原因，還有左之九種：

- (一) 法律行爲的撤銷。
- (二) 解除條件的成就。
- (三) 終期的屆至。
- (四) 消滅時效的完成。
- (五) 給付不能。
- (六) 契約解除。

(七) 當事人死亡。

(八) 反對契約的成立。

(九) 無價原因的競合。

上列九種，債消滅的原因，或散見於本法，或規定在其他法律之中，或為法理的當然，本書不再加以討論，祇就本法所規定的論之。

第一款 通則

債之消滅的通則有二：(一) 債的關係消滅，則存於債權上的擔保，(如抵押權、質權等) 以及其他從屬的權利，(如違約金請求權、利息請求權等) 亦同時消滅；——民法第三百〇七條——(二) 債的全部已消滅，債務人得請求返還或塗銷負債的字據；債僅一部消滅，或負債字據上載有債權人他項權利的，債務人得請求將消滅事由，記入字據。負債字據，如債權人主張有不能返還或有不能記入的事情時，債務人得請求給與債務消滅的公認證書。——民法第三百〇八條

第二款 清償

清償就是債務人以消滅債權為標的依債務本旨而為給付的意思。清償雖和履行、給付、字義有相同的地方；但是按其實，却有很大的區別：履行是從債的效力方面所用的名稱；給付是從債的標的方面所用的名稱；而清償則是從債消滅方面所用的名稱。茲分述之如下：

(一) 清償受領人 依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領的，債之關係消滅。持有債權人簽名的收據，視為有受領權人；但債務人已知或因過失而不知其無權受領的，不在此限。——民法第三百〇九條。——向第三人為清償，經其受領的，其效力依左列各款的規定：

(A) 經債權人承認，或受領人於受領後取得他的債權，有清償的效力；
(B) 受領人是債權的準占有，以債務人不知其非債權人者為限，有清償的效力；

(C) 除前二款情形外，於債權人因而受利益的限度內，有清償的效力。
民法第三百一十條

(三) 第三人的清償 債的清償，得由第三人為之，但當事人另有訂定，或依債的性質不得由第三人清償的，不在此限。第三人的清償，債務人有異議時，

債權人得拒絕其清償；但第三人就債的履行有利害關係，則債權人不得拒絕。
—— 民法第三百十一條

第三人就債的履行有利害關係因而為清償的，則為保護第三人的利益計，得於其限度內，就債權人的權利，以自己的名義，代位行使；但不得有害於債權人的利益。—— 民法第三百十二條

(三) 清償地 清償地，除法律另有規定或契約另有訂定，或另有習慣，或不能依債的性質或其他情形決定者外，應依左列各款的規定：

(A) 以給付特定物為標的，於訂約時物的所在地為之；

(B) 其他的債，於債權人住所地為之。—— 民法第三百十四條

(四) 清償期 清償期除法律另有規定或契約另有訂定，或不能依債的性質或其他情形決定者外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償。

—— 民法第三百十五條

定有清償期的，債權人不得於期前請求清償；如無反對的意思表示時，債務人得於期前為清償。—— 民法第三百十六條

(五) 清償費用 清償債務的費用，除法律另有規定，或契約另有訂定外，

由債務人負擔；但因債權人變更住所或其他行爲以致增加清償費用，其增加的費用，由債權人負擔。——民法第二百零十七條

(六) 一部清償 債務人無爲一部清償的權利；但法院得斟酌債務人的境況，許其於無甚害於債權人利益的相當期限內，分期給付，或緩期清償。給付不可分的，法院得比照前項，但書的規定，許其緩期清償。——民法第二百零八條

(七) 代物清償 債權人受領他種給付以代原定的給付，債之關係亦消滅。——民法第二百零九條

(八) 清償和新債務的關係 因清償債務而對於債權人負擔新的債務，除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅。——民法第二百零十條

(九) 抵充清償 對於一人負擔數重債務而其給付的種類相同，如清償人所提出的給付，不足清償全部債額時，由清償人於清償時，指定其應抵充的債務。——民法第三百二十一條

清償人不爲前條的指定，則依左列的規定，定應抵充的債務：

(A) 債務已屆清償期的，儘先抵充；

(B) 債務均已屆清償期，或均未屆清償期，則以債務擔保最少的，儘先抵充；擔保相等的，以債務人因清償而獲益最多的，儘先抵充；獲益相等的，以先到期的債務，儘先抵充。

(C) 獲益及清償期均相等的，各按比例，抵充其一部。——民法第三百二十二條

清償人所提出的給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本。——民法第三百二十三條

(十) 受領證書 清償人對於受領清償人，得請求給與受領證書。——民法第三百二十四條——關於利息或其他定期給付，如債權人給與受領一期給付的證書，未為他期之保留的，推定其以前各期的給付，已為清償。如債權人給與受領原本的證書，推定其利息亦已受領；債權證書已返還的，推定其債之關係消滅。——民法第三百二十五條

第三款 提存

提存契約，乃是清償人和提存所之間，為債權人所為的寄託契約。清償標的物的提存，亦為債消滅原因之一。茲分述之如下：

(一) 提存的原因 債權人受領遲延，或不能確知孰為債權人而難為給付時，清償人得將其給付物，為債權人提存之。——民法第三百二十六條

(二) 提存之程序 提存應於清償地的提存所為之；無提存所的，該地的初級法院，因清償人的聲請，應指定提存所或選任保管提存物之人。——民法第三百二十七條

(三) 提存的效力 提存後，給付物毀損滅失的危險，由債權人負擔之，債務人亦無須支付利息或賠償其孳息未收取的損害。——民法第三百二十八條

債權人得隨時受取提存物；如債務人的清償，是對債權人的給付而為的，在債權人未為對待給付或提出相當擔保前，得阻止其受取提存物。——民法第三百二十九條

債權人關於提存物的權利，自提存後十年間不行使而消滅，其提存物屬於國庫。——民法第三百三十條

(四) 提存物的拍賣。給付物不適於提存，或有毀損滅之虞，或提存需費過鉅，清償人得聲請清償地的初級法院拍賣而提存其價金。——民法第三百三十一條

上述給付物有市價的，該管法院得許可清償人照市價出賣而提存其價金。——民法第三百三十二條

提存拍賣及出賣的費用，由債權人負擔。——民法第三百三十三條

第四款 抵銷

抵銷是二人互有債務，各有債權，各自以其債權充債務的清償，使同時消滅債務的方法。抵銷的立法例有二：(一) 實質主義，即二人互有債權，倘若具備一定條件，就當然消滅。法、奧以及日本舊民法採之；(二) 形式主義，即二人互有債權，具備一定條件後，尚須一造有審判上的主張才能消滅。是；(三) 德、瑞主義，即二人互有債權，具備條件後，由一造的意思表示以為抵銷。是。日本新民法採之。我民法大致採德、瑞主義，第三百三十四條規定：「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他人之債務，互相抵銷。但

依債務之性質，不得抵銷者不在此限。——民法第三百三十四條——又第三百三十五條規定：「抵銷應以意思表示，向他方爲之。……意思表示不得附有條件或期限。」

清償地不同的債務，亦得爲抵銷；但爲抵銷之人，應賠償他方因抵銷而生的損害。——民法第三百三十六條

禁止扣押的債，債務人不得主張抵銷。——民法第三百三十八條

因故意侵權行爲而負擔的債，債務人不得主張抵銷。——民法第三百三十九條

約定應向第三人爲給付的債務人，不得以其債務，和他方當事人對於自己的債務，爲抵銷。——民法第三百四十一條

受債權扣押命令的第三債務人，於扣押後才對於債權人取得債權，不得以其所取得的債權，和受扣押的債權抵銷。——民法第三百四十條

關於抵充清償的規定，對於抵銷準用之。——民法第三百四十二條。

第五款 免除

關於免除的性質，學說及立法例不一：法、德民法瑞士債務法，都採契約說，主張免除是一種契約，須債權人一方有免除的意思表示，債務人一方有承認的意思表示，方為成立；日本新民法採單獨行為說，主張免除是債務人的單獨行為，不必債務人的承諾。我民法從日本立法例，第三百四十三條規定：「債權人向債務人表示免除其債務的意思者，債之關係消滅。」

第六款 混同

債權和他的債務同歸一人時，債的關係消滅；但債權為他人權利的標的或法律另有規定的，不在此限。——民法第三百四十四條

（民法債編原論總論部完）

附錄

大陸法律關於債的兩大思想

① 契約理論的變遷

契約在一切個人主義的法典中的地位，是很顯明。契約在衆個人間衆團體間衆國家間的關係中，事實上所保持的地位，仍是很重要的。但是契約也有與上文所述性質相同的深廣變遷，根本於同樣的原則，向同樣的方向發展。通常的見解，以爲只有契約能引起一種可生法律效果的事實狀態，現在已經不的確了。與契約並行的，又發現出些新種類的法律行動；這些行動那般個人主義者誤置於舊的契約範圍以內；其實這些行動明明是別爲一種，或者可稱爲單方面 (Unilateral) 的行動。

個人主義的契約觀念

按個人主義的制度，以爲只有契約能夠建立一種能生法律效果的事實狀態，是合於邏輯的。倘若每個人的法律分位或行動範圍是以個人意志爲根據，以個人意志爲標準，倘若能生法律效果的事實就是兩個人間的一種關係，就中一個人是自動之主，一個人是被動之主，那麼這兩個意志之會合當然要更動法律行動之範圍，或縮減此人之範圍，或增加彼人之範圍，簡單言之，能生法律效果事實之狀態既然是兩個人間的關係，那麼這狀態只能由兩個意志中

一種關係之結合發生；有法律結果的事實狀態既然是聯起兩個人的一種約束物，這當然代表兩個個人意志的約束物。

這個原則，在拿破崙法典及所有根據拿破崙法典的法典中，表現的很清楚。這個原則淵源於羅馬法；所有的法律家又都承認他為不可磨滅的道理，嗣續之行為認為一個例外，但即在嗣續之行為內，嗣續者之承受遺產也是約束嗣續者的義務。只在生人中的交互行動上（*Actus 'inter vivos'*）認有極少的例外，但是即使在這種例內，也不能否認一種義務之存在。但是既為契約的理論所支配，解釋這義務時，以這事實之發現，彷彿是已有契約存在。換言之，這義務似乎是「從契約中」（*'Quasi ex contractu'*）發生的。

那有名的熱心的個人主義的辯護者卜蘭尼阿，我已屢次稱道他說義務之根源只有兩種，即契約與法律。在那正統派教義之下，這當然是合邏輯的。契約之外，換言之，即更改各人行動範圍的兩個心理的同意之外，只有法律。因為法律是全能的，所以能夠造出能生法律效果事實狀態。

羅馬的契約觀念

羅馬法中關於契約的堅強的組織，一直保存在我們近代法典中。現在契約之種類，當然已不是如羅馬法中限制的。契約自由，現在是一個原則。在拿破崙法典中與阿金庭法典中，只要合同是有合同的目的，即成爲當事人的法律。這樣表示這原則，是不能滿意的。但這態度頗能將契約創造力提出。凡持有創造力，成爲一個契約的行動，一定要具羅馬法所定下的幾種條件；這行動一定要合於格烏斯 (Gaius) 帕匹尼安 (Papinian) 等所嚴格建造的模型，這模型已經完全無缺的傳到杜茂林 (Dumoulin) 泡第阿 (Pothier) 又傳到十九世紀大部分的法典編訂上。

這個模型是羅馬法上「誓約」(Stipulation) 的公式：汝允諾否？(Spondesne) 我允諾。(Spondeo) 今日之結契約，當然需何種誓詞，也不須加何種特別形式。但是兩個人的心理，必定要相會合；一個心理是要承諾某種事件之履行，一個心理是要享受這履行的利益。契約之發生，只在兩個心理由商議而接觸因而同意。於一種行動目的之後，這就是契約之所以爲契約了！這就是兩個個人意志會合以後，發生的對於目的上的合同。人嘗說欲成功一個契約，一方面當事者的意志行動必定要爲他方面當事者意志行動所指定。

非契約之法律行動

若上述各條件不同時存在，照羅馬法制度與個人主義的法律制度說來即無契約，意志之會合實可以不要契約，而這種會合亦未常不可以稱為契約，但是名同而實異，就引起多少糾紛謬誤。

在近代的社會生活中，有許多例可以產出那能有法律效果的事實狀態；但這事實狀態之根源實不是我剛才所說的那樣性質。這一層是無可驚奇的，因為以契約為事實狀態之根源的理想是根據一個觀念。這個觀念就是這種事實狀態總是兩個意志間的關係，我們既然承認那沒有那種性質的事實狀態也可以產生法律效果，我們必然要承認這種事實狀態能夠從契約（這契約一字是按着個人主義法律中所用的意義）以外的其他根源上起來的。

但是大多數的法律家總是為正統派的觀念所支配，他們看不出在這些行動上有個人主義的法律制度所不知的新的法律機能，又不去分析這些行動的奇異的性質，但竟將這些事實一齊放在那腐舊狹陋的契約模型中。他們正與對於「團體人格」所做的相同，煞費其辯解之力，證明所有這些的行動實

在是可溯源到契約上的。他們當然不能證明，因為他們不能夠證明非契約的東西為契約。此外他們豈不是已承認契約一字之上必須加一個形容詞嗎？倘若一種行動實在是契約，這些形容詞豈不是不必需的嗎？他們用「表示允諾的行爲」及「等於契約的行爲」，「過渡的契約」(Gate Contracts)「合體契約」(Collective Contracts)「協作的契約」(Contracts of Collaboration)等字。這幾個字中沒有一個真是契約。

等於契約的行爲

表明許多法律家所稱為「表示允諾的行爲」及「等於契約的行爲」的最簡單的例，就是那習見的自動機 (Automatic Slot-machine) 製造者，或政府的一個管理局，將這樣的一個自動機器放在一個公共地方，就成立了一種事實狀態，就是使無論何人以一種相當的錢幣置於這機器之中者，成為這機器上所廣告的目的的債主，或所應還以這錢幣的債主。這種事體稱為「表示允諾的行爲」而成的契約，因為用這個機器的當事者由他的行爲表示他對於一種事實狀態的允諾，這種允諾就成為契約。

對於一種事實狀態表示允諾的行為，誠然是有的，我不駁詰的，但是欲尋求這種行動的根源於那舊式契約的，確是錯誤的，我們尋不出兩個意志能面面相對而會合同意。這兩個意志實完全各不相知，不能由任何公共的同意來指定正式契約上的文辭。這裏有兩種意志，一種發生一個事實狀態，這狀態之性質不是孤立的，不是暫時的，是普通的，永久的。一種意志是要享受那種事實狀態之益的。實則所謂主體權利，實是從一種單方面的意志中發生。當事者之目的，是要去做一種法律行動，而用這種機械，合法的，有效的，將他的慾望實行。因為這種機械是合於一種合法的事實狀態，並無心理之會合，只有片面的意志表示。

利用一種公共服役行動

這個說法也可以用在個人利用公共服役之行動上，個人利用一種公共服役，對於這種服役付給法律所規定的費用。這個動作最合式的例，就是貼用郵票郵寄信札，個人主義者說這些行動造成一種運載的契約 (Contract of Carriage) 於國家與寄信者之間，國家為載送者，寄信者為被載者，這種契約是為那運載

契約上通常規則所支配，這樣剖析，我覺得是完全錯誤的。此處實無所謂契約，不過只有寄信者一方面的動作，那組成公共服役的法律，已經造出一個法律情勢，使任何個人能夠發動意志發生法律效果。他只要付出一筆為有機法律所規定的這個服役的費用，他就可以隨意傳遞一個物件，此處所能夠發現出的只是一班合法的行為。寄信者只須拿信交給郵局，他就是依法而發動意志，這就是合於規定這公共服役的法律。他的意志行動必須受保護，像這種契約，若當事者預先受約束，而又不能決定他們契約的條件，那豈不是一種很奇怪異的契約嗎？倘若我們將這契約認為一種單方面的行動，其所以能生法律效果者，是因為合於公共服役的法律，那麼這個情形就解釋明白了。

這些話不僅是辯論上的巧詞，亦不是純粹理論上的考慮；即使如此，亦應該解說這幾點，因為一個觀念在理論上真實，是極端重要的，但是這實在利益是顯而易見的。倘若一個負載的契約是存立的，國家（負載者）的負責必將為那管理運輸的規條所試驗；這是純粹契約的問題。倘若不過是社會分子的單方面行動，而這分子是想依照法律來利用一種為大眾利益而設的公共服役，那麼這又是另外一個問題，這就是一個公共服役之對於私人負債的問題。這

問題之解決，將依據一班另外的觀念。可惜我不能在此處討論這些問題。

構成所謂合體契約之行動

近代法律關係上所發現的最有趣味的新行動，就是人所妄稱的「團體契約」。這個名詞的本身就是自相矛盾的。契約，在性質上，在定義上，完全是個人之義的。這一層我早已證實過。契約的性質與團體的性質，是不相容的。法律家往往使自己的錯誤深陷欲犧牲一切而將這種行動強拉入那歷來的契約模型中，故將這種行為叫作「團體契約」(Collective Contracts)

兩年以前，法國立法研究社(Société d'Études Législatives)（會中人員有法國最博深的法學者）打算草訂一種條例以管理勞動的團體契約，希望以這條例來指導下議院關於這個問題上的立法。這社中委員會所預備出之法律，直接為民法上契約的綱領原則所感化；他們的事業竟沒有耐久的結果。有一個對於他們極適當的批評，說這草案上一個無可救藥的弊病就是將這種新式樣的法律動作歸併到那舊式的契約，而不知這種新的法律動作實代表一種完全不同的性質；這委員會的草案在下院討論時未得通過。

人所妄稱的團體契約，我將稱爲與法律相等之盟約 (Compacts Equivalent to Laws) 我現在來討論這命名的意義。

對於履行公共服役之讓許

近代社會的團體契約可用兩種動作作例，履行公共服役的讓許 (Concession) 及所謂勞動的團體契約。

讓許在大體上是一種行動，一個社會（國家或省、或府、或地方）可由這種行動，以一種有條件的爲公共服役的義務加諸一個當事者之身；這受義務的當事者往往是一個公司 (Company) 這些行動在細則上雖各有區別，但在近代國家中這些行動所在皆有，且皆有普通同樣的根本性質。今日允許這些行動專給公衆設備運輸的方法（鐵路、市街鐵路、或公用汽車的路線）以煤氣與電力供給公衆照夜。

讓許的行爲當然即是契約，這些行爲包括一種有嚴格契約意義的原素，就是包括專支配社會（允給服役者）與被允給者間的關係一些條文，譬如關於允給原因的條件。但是「讓許」行動又包括（實在這是最重要的原素）

許多影響第三當事者（公衆）的條文。例如那些決定這項「讓許」的施行條件的條文：譬如價格的計算，服役工人的工作條件等等。這後一類的條文，在歐洲許多關於這種讓許的契約中，可以尋得出的。按法國，一八九九年八月十日密勒蘭（Millard）的條例，這些契約必須列入那所有為政府所締結的法律行為中。

這些條文的性質是什麼呢？個人主義派的法學家覺得很難決定他。這樣的規定直接的影響，那些與這契約無關的人，如公衆、乘客、煤電氣的用戶、傭工，這班人明明不是所謂「讓許契約」的關係人。契約的一個原則，就是關於契約的條文只能影響契約當事人，而不能有利或有害於第三者。拿破崙法典第一一六五條說得很明瞭，阿金庭民法典第一一九五條及一一九九條兩條也是如此，第一一九九條頗值得一引：「契約不能夠作反對第三者之用，或利於第三者之用，但第一一六五條及一一六二條所規定的事例不在此內。」個人主義者，明明是依靠這些例外的事例及類此的事例，（拿破崙法典中管理那對於第三者的利益允許的一一二〇條及一一二一條兩條所包括的）來解釋讓許行為上這些條文。這幾條款允許一種利於第三者的契約，並且宣言如果

第三者承受這契約，則這契約可爲有效。我覺得這些條款解釋不出什麼東西，絕對與讓許行爲的問題無關，這些條款固然允許契約內加入特別條文之有顯明的決定的目的，而能在第三者方面造出一種權利或義務者。（但第三者須允諾這個條文）但是在讓許行爲的契約中決不如此。契約中關於第三者的部分，決不包含有利於第三者或有所要求於第三者的條款。契約中往往包含許多規則，在事先設立了那被允許者和被備者的分位，他方面設立了被允許者和公衆的分位，在這種事例中，並沒有什麼約款有利於第三者或有所要求於第三者。所有的不過是一班規則將來依次應用在許多單獨的行動上的。現在無論如何，這些規則不過是一種法律。這些規則的性質是普通的，普通正是法律的眞性質。管理公共服役的法律就是這樣的按契約設立。普通的契約法律已不能應用，事實上已爲一種新法律所代替。普通的契約法律本是打算規定個人間的關係的，但是現在所討論的是規定公共服役之條律，二者的區別是不可不承認的。

這種理論的變遷有極重大的影響；但是我不能在此處討論。今簡單述其影響。即倘若被允給者或政府行政的官吏不尊重關於第三者的條文，這第三者

無論是公衆中的一分子或是被僱者，皆應以所在國中屬於一個契約關係人的一切強制執行的法律方法爲後盾，而督促這管理公役履行的規則之施行。

所謂勞動的團體契約

勞動的團體契約發現的情形與上述的情形稍有不同，但是這契約的法律性質有類於讓許行爲。我想阿金庭沒有許多這種契約的例。英法兩國常常用這種契約。這契約是非常重要的，所以法國商部竟將關於這個項目的兩個議案報告於下議院。但是照我的意思關於這個問題的立法時機尙早。

發生團體契約的根源最常見的，就是勞動罷工。假使有一班泥水匠，宣言罷工，僱雇主的組織與泥水匠工會有了諒解之後，即恢復原狀。依照這種諒解，大家同意從此以後在該地方上雇用泥水匠的個人契約關於工資，時間等等問題，必須合於這種諒解所決定的條件。這些合同當然是合法的。這合同的目的，是合法的。這合同是爲一種合於社會團體的宗旨所決定，什麼是這種合同的目的呢？照我看來，不過是如此：倘若雇主不按這勞動團體契約所決定的條件範圍內雇用工人，這些個人的雇用契約就不發生效力。

但是什麼人來取消這種個人契約呢？取消又將在什麼時候呢？假如一個雇主雇用一個工人，這工人當那諒解成立的時候，即合體契約被採用的時候，尚不是那泥水匠工會中一個會員；或者他從那時候卸脫了這會員資格。這種個人雇用契約能因其不合於合體契約就無效嗎？倘若一個雇主曾為雇主組織會（這組織會是合體契約一個當事者）中一個會員，而後來脫離此會，那麼他仍受這合體契約的束縛嗎？工人能否個人要求取消這種背叛合體契約的契約呢？或只有工會能取消而個人不能呢？或必須雇主組織會之加入呢？

這些問題實在是很重要的很難解決的。個人主義派（覬想犧牲一切而保守其契約上的正統觀念）只尋出「代理的原則」（Principle of agency）對答這些問題，在擔任公共服役之履行的契約中，個人主義派勉強用一種利於第三者的條款解釋在勞動合體契約中既不能採用第三者的條款，故只能用代理的原則。個人主義者說，合體契約乃成立於兩個組合體之間，這契約的效力只能及於那互付與這些組合體權力代表的人等。因此當結定契約之時不屬於各個組合體的工人或雇主，不能受合體契約的影響。再者權力的性質總是可以取消的，各人不必永遠在組合中作一份子，所以雇主及工人永遠可以自由

脫離或自由停止這合體契約的效力，就是說，合體契約在他們身上隨時可以
不生效力。

這就是上文所說的「立法研究社」所採的理論。這個學者的團體討論這
些困難抵觸之點，不得不認明解決之不可能。

等於法律的盟約

合體契約是法律行動之一種；對於個人主義的正統模型，是新異的，是完全
外來的。他是一種等於法律的契約（Contract equivalent to a law）規定社會上兩個
團體間的關係。他不是兩個權利主間引起特別暫時義務的一種契約。他是
一種法律設立兩個社會團體間，永遠長存的關係。他定下法律條件，這些條件
必為這兩個團體中衆分子所結的個別契約所採用。這是一個真正合理的觀
察點，這觀察點解決了這困難，而供出一個基礎；在這基礎上那所謂合體契約
可以成立。

我承認即使在英法德諸國，這一部分的法律仍在發展的程序中，離結晶時
期尚遠。這個法律觀念，假定各種類的工人階級皆已依法組織起來，每種工業

亦已結成一種聯合強而有力，所有同類的工人皆包括在內，即使有孤立的雇主，或孤立的工人也無足重輕。照我的意思看來，許多歐洲國家皆趨向這種社會的，工業的國家。但是他們離着目標尚很遠，同時這合體契約仍是未完結，未完成。但是那契約即在現在的情形已不合於那舊的契約的模型。

合體的契約引起公法上一個極重要的問題，我只能略略提及。我剛才說過等於法律的契約。但是法律與契約是否為兩個極不相謀的觀念？法律是否為主權者所頒出而加諸其屬民身上的規條？這個定義以先為人所常用；但現在的法律不是如此，或不是一概法律都如此。近代的公法所發現的變遷與私法的變遷相應合。國家主權漸漸消滅，正如個人自治權之漸漸消滅一樣。個人的主體權利（以「完全所有權」*Dominium* 為最嚴確的例）既漸漸消滅，所以國家的主體權利（完全主權 *Imperium*）也漸漸消滅。行為的規則為許多社會團體間的契約所設立，而為政府的實質力量所裁可的當然可以為法律的一種根源。

(II) 傷害行為負責的新觀念

個人主義的負責的原則

我現在沒有時間來討論這重大的負責問題；我只舉出那根本重要的論點，表明這部分的法律也與一切別的法律一樣，現出社會性質的演化。

個人主義的「負責」原則，在拿破崙法典第一三三、三三二條規定：「一個人的行動傷害別人者，必定要這行動者賠償他這種因過失而做的傷害」阿金庭法典第一一〇九條差不多與這條一字不差：「無論何人做出一種行動，因過失或大意而使得別人受損害者，他是要賠償這損害的……」

對於有害行動的主觀負責及對於意外危險的客觀負責

這規條是很簡單，又與全部個人主義制度的組織相合。

兩個權利主人間的關係所發生的義務只能源於契約。倘若一種錯誤的或大意的行動能歸罪於一個當事者，這種歸罪就引起一個義務，要求他賠償一個權利主所受的損害。受傷害的當事者，必證明那行動者的錯誤或大意。照最後的分析說來，那導成各當事者間法律關係的動因，實仍是權利主的意志。在

這種制度中，權利主所有民事負責及刑事負責的惟一基礎，當然就是道德上的歸罪（Moral Imputation）的原則，因此這個制度稱為主觀負責（Subjective Liability）。

我不說主觀負責已經完全消滅，或應當完全消滅。這負責在衆個人的關係間，是繼續存在於將來之長時期。但是我所主張的就是主體負責的範圍漸漸縮小，衆團體間或團體與個人間所發生的負責問題，（非衆人間所發生的負責問題）已不能以「歸罪」為標準。個人間的關係，實在往往為一種團體間的關係或團體與個人間的關係。這是不能否認的。在這種事例中，這問題並不是歸罪問題，不過是一種意外危險的問題。這問題就是要決定用什麼利益來始終保證那些團體活動所附帶而生的意外。如果將這問題這樣看來，這便就發生一種客觀的負責，與主觀的負責不同。欲決定負責之存在與否，我們已不去查問是否有一種過失行動或大意行動之發生，只問那一個團體應當保證這意外。對於這一層僅有的證明，就是那弄出來，對傷害，只要這一層一經認定，這負責自然的與往日一樣的出現了。

團體所有的客觀負責

這種負責怎樣成了法律社會化的結果，我們很容易看出。當個人生活上的行動皆是淵源於個人意志自動權的時候，除非將意志之結果看作義務，很難想像有義務發生。倘若一個權利主依照法律而發動意志，他因此成爲債權者，或債務者。倘若他違背法律而發動意志，他就對於這損害的範圍爲負責者或債務者。

現在社會的生活，（卽是今日映照於法律上的生活）乃個人活動或團體活動上分工的結果。團體不是意志之主，所以不能要求團體負責。但是團體活動仍是社會活動中一個重要的原素。團體所做的工作當然是利於社會全體的；但他的更直接的利益是回到團體中各分子的。倘若這後者獲得那接近的利益，他就去防護個人或別的團體。因這個團體的活動而受得着的意外危險，也是公道的。

這是一個很簡單的觀念，所有客觀負責的案件都以這觀念爲樞紐去逐條研究近代律例及案件中客觀負責的例，是很有趣味的事。但是我只能提出兩個最重要的事例：一個就是對於工人意外危險的負責，一個是對於公共服役中損害的負責。

對於工人受傷的負責

那關於工人意外的一八九八年四月九日的條律又爲一九〇六年四月十二日，條例所完成所擴張——這是在法國建立一個明顯的客觀負責的第一個法律。這種法律在外國，特如英美二國，早已成立。在法國，未曾通過這種法律以前，著作家及法庭人曾努力將證據的責任移轉以爲這個條律通過的先聲。他們宣言，除非雇主證明那過失可以歸罪於工人，就應當對於意外危險永遠負責。他們因爲要辯解他們的理論是對的，所以將拿破崙法典中幾個條文的意義，特別是第一三三四條及以下諸條，牽強附會。及至一八九八年的條律就設立完全的客觀負責的制度。我們當然熟知這個原則。倘若工人在工作時受傷，或者因僱傭而受損傷，僱主就負着這損傷賠償的責任。法律按照工資定他的賠償。工人只須證出意外危險的事實，雇主不純託詞於工人方面的大意或手術不巧而解除自己的責任。他欲避去負責，只須證明工人是有意傷害自己的。

個人主義派之抨擊這種制度仍甚力。這種制度固明明背乎個人主義的原

則；但是這種制度之傳播，是個人主義失敗一個最好的證據。倘若我們只注意那工業界的關係，只雇主與傭工中的單獨關係，則所以能對於雇主而起的顯然只是一種損傷行為的主體負責。則此處僅有「問題」或就是這負責是源於契約 (Ex contract) 還是源於過失 (Ex delicto) 但是在近代社會中情形已不同了。工業的機關在社會中已占重要的地位。雇主實是施行一種社會的職務 (Social function) 實則兩種相對立的元素即資本與勞動。這全部的問題就是要決定這兩個元素中那一個應當保證這企業的意外危險，或這危險是否應當為這兩元素所共同保證，而最末，傭工之災難或傭工之死是否構成危險之一部分。既然資本元素總是享受那企業上所有的利益，那麼這結論，就是這個元素應當保證所有的危險，對於工人的災難負責。但這種負責是與「歸罪」的元素完全不相容的。

但是只有資本獨享這企業之益麼？勞動的原素在事實上不也是享受這利益麼？被傭者豈不是漸要增加他所享受的利益麼？使資本與勞動對於意外危險共同負責，（雖負責不必為同等的）豈不是更合於近代社會演化的趨向麼？無論如何，一切企業豈不應當即刻依照工人是否實在參與利益之享受而

區別出來麼？這都是經濟學上的問題，我不能在此處討論。

對於工人災難的負責，應當與法庭承認多次的客觀負責化為一體。這負責的損傷是認作物所弄出的而非人所弄出的。法庭判定這物主必須賠償這物所弄出的損傷，除非這物主證出受傷者自己的過失，即無須賠償。財產在此處不能成爲權利，已成爲一種社會職務，這個道理我在下章解釋。物主既然享受他的工人健康之利益，那麼他就應當保證這物所弄出的災害。

公共服役中損傷的負責

最末，客觀負責又明明在我所簡稱的「公共服役中損害的負責」中發現。這個應當叫作「因爲公共服役上可以發生事實公共財庫所負之責。」法國國家法院的判決已經對於這件事設立一個理論，保護那享受公共服役的公衆。這個理論比其他國家所有者更爲進步。我不能討論這理論。我願意討論公共服役的理論全部；但是那是在我的講題以外。總而言之，法國的理論是完全根據這個理想：公共財庫必須保證那因公共服役而起的危險。法國國家法院已不須個人證明那實在的過失是由於公共服役的代辦人（即爲公共服役

的傭工)再者,無論公共服役是什麼種類,負責總是常在的。因為那種處理上負責的公共服役與處理上不負責的公共服役的警區別現已完全消滅。最末,國家法院在今日竟容許那對於保安行動(Police)的負責了。——轉錄大陸近代法律思想小史下冊。

中華民國二十年四月出版 民法債編原論(上) (全一册)

【每册定價銀七角五分】

(外埠酌加郵費函費)



著者 屠景山

印刷者 世界書局

發行者 世界書局

印刷所 上海大馬路世界書局

總發行所 上海四馬路中市世界書局

分發行所

瀋陽 北平 天津 太原 濟南 漢口
長沙 衡州 重慶 南昌 蕪湖 徐州
南京 無錫 杭州 溫州 蘭縣
福州 廈門 廣州 汕頭 梧州

世界書局

最近出版

法界用書

民法物權集解

朱鴻達編

第一冊 七角

本書就國民政府公布之現行民法物權編，逐章逐條，加註理由。所採理由，求簡刪繁，以揭明各條之精義爲主旨。對於立法理由，有修改之處，亦考慮周詳，以便瞭解本法原意之所在，且各條附入前大理院判例，更足以供學者參考之實用。

- | | | |
|--------|------|--------|
| 民法總則集解 | 鄭愛諫編 | 一冊定價七角 |
| 民法債編集解 | 朱鴻達編 | 一冊一元五角 |
| 民法物權集解 | 朱鴻達編 | 一冊定價七角 |
| 票據法集解 | 朱鴻達編 | 一冊定價七角 |

世界書局印行

