

# 民法债编总论

(下册)

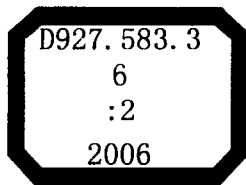
孙森焱 著



法学家书坊

JURISTS SERIES

  
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA



法学家书坊  
JURISTS SERIES

# 民法债编总论

(下册)

孙森焱 著

**图书在版编目(CIP)数据**

民法债编总论/孙森焱著. —北京:法律出版社,2006.11

(法学家书坊)

ISBN 7-5036-6761-3

I. 民... II. 孙... III. 债权法—研究—台湾省

IV. D927.580.334

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第124052号

© 法律出版社·中国

法学家书坊

民法债编总论  
(上下册)

孙森焱 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2006年12月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

首印数 1-3,000册

印张 30 字数 781千

印次 2006年12月第1次印刷

编辑 法学学术出版社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6761-3/D·6478

定价:69.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

## 上 册

### 绪 论

第一章 债之作用 /3

第二章 债之原理——由个人本位趋向社会本位 /5

### 本 论

第一章 总说 /11

第二章 债之发生 /24

第一节 总说 /24

第二节 契约 /25

第一款 总说 /25

第二款 契约之成立与不成立 /27

第三款 契约自由之原则及其限制 /35

第四款 契约之分类 /40

第五款 要约与承诺 /49

第六款 契约之方式 /60

第七款 悬赏广告 /64

第三节 代理权之授与 /75

第一款 总说 /75

第二款 授权行为 /77

|            |                      |
|------------|----------------------|
| 第三款        | 共同代理 /83             |
| 第四款        | 无权代理 /85             |
| 第四节        | 无因管理 /96             |
| 第一款        | 总说 /96               |
| 第二款        | 无因管理之要件 /98          |
| 第三款        | 无因管理之效力 /105         |
| 第四款        | 无因管理之承认 /117         |
| 第五节        | 不当得利 /120            |
| 第一款        | 总说 /120              |
| 第二款        | 不当得利之成立要件 /121       |
| 第三款        | 特殊不当得利 /142          |
| 第四款        | 不当得利之效力 /150         |
| 第五款        | 不当得利返还请求权与其他请求权 /161 |
| 第六款        | 不当得利返还请求权之消灭时效 /164  |
| 第六节        | 侵权行为 /164            |
| 第一款        | 总说 /164              |
| 第二款        | 通常侵权行为 /175          |
| 第三款        | 特殊侵权行为 /230          |
| 第四款        | 侵权行为之效力 /281         |
| <b>第三章</b> | <b>债之标的 /308</b>     |
| 第一节        | 总说 /308              |
| 第二节        | 种类之债 /315            |
| 第三节        | 货币之债 /322            |
| 第四节        | 利息之债 /332            |
| 第五节        | 选择之债 /346            |
| 第六节        | 损害赔偿之债 /359          |

## 下 册

### 第四章 债之效力 /397

#### 第一节 总说 /397

#### 第二节 债务履行 /398

#### 第三节 债务不履行 /405

##### 第一款 总说 /405

##### 第二款 给付不能 /416

##### 第三款 给付迟延 /445

##### 第四款 不完全给付 /473

##### 第五款 债务不履行之效力 /490

#### 第四节 保全 /506

##### 第一款 总说 /506

##### 第二款 代位权 /507

##### 第三款 撤销权 /530

#### 第五节 契约之效力 /565

##### 第一款 总说 /565

##### 第二款 缔约过失责任 /566

##### 第三款 契约之标的 /573

##### 第四款 定型化契约之效力 /579

##### 第五款 契约之确保 /591

##### 第六款 契约之解除 /615

##### 第七款 契约之终止 /658

##### 第八款 双务契约之效力 /663

##### 第九款 涉他契约之效力 /695

### 第五章 多数债务人与债权人 /709

#### 第一节 总说 /709

|     |                   |
|-----|-------------------|
| 第二节 | 可分之债 /711         |
| 第三节 | 连带之债 /715         |
| 第一款 | 总说 /715           |
| 第二款 | 连带债务 /717         |
| 第三款 | 连带债权 /749         |
| 第四节 | 不可分之债 /756        |
| 第一款 | 总说 /756           |
| 第二款 | 不可分债权 /758        |
| 第三款 | 不可分债务 /763        |
| 第四款 | 不可分之债与债之共有关系 /765 |

## **第六章 债之移转 /774**

|     |              |
|-----|--------------|
| 第一节 | 总说 /774      |
| 第二节 | 债权之让与 /777   |
| 第三节 | 债务之承担 /800   |
| 第一款 | 总说 /800      |
| 第二款 | 免责的债务承担 /804 |
| 第三款 | 并存的债务承担 /814 |
| 第四节 | 债之概括承受 /818  |

## **第七章 债之消灭 /826**

|     |         |
|-----|---------|
| 第一节 | 总说 /826 |
| 第二节 | 清偿 /832 |
| 第三节 | 提存 /887 |
| 第四节 | 抵销 /902 |
| 第五节 | 免除 /922 |
| 第六节 | 混同 /928 |

## 第四章 债之效力

### 第一节 总 说

债之效力谓债之关系成立后,为实现其内容,法律上赋予之效果。债编总论所述系关于债之普通效力,至于其特别效力则规定在各种之债中。

就债之普通效力言,又分为对内效力及对外效力,兹分述之:

#### 一、对内效力

债之效力主要者为给付。“民法”第199条第1项规定:债权人基于债之关系,得向债务人请求给付。是就债权人言,债之效力系指请求实现债之内容的权能。就债务人言,即为实现债之内容应为特定行为之义务。“民法”第199条第1项所谓给付即指实现债之内容的行为,与债之履行或债之清偿同义,惟债之清偿系从债之消灭而为观察,债之履行即指给付。债务人如不给付,即发生债务不履行之问题。债务人不能为给付者谓之给付不能;能给



付而不给付者谓之给付迟延;给付而未符合债务本旨者谓之不完全给付。若债务之履行需债权人协力,因债权人不予协力而致无从履行,即属债权人受领迟延,凡此均为债之对内效力。

## 二、对外效力

债务人的财产为债权的总担保,维持债务人的财产方可保全债之给付,有关保全之规定即赋予债权人以代位权及撤销权,因涉及第三人的权利义务关系,是为债之对外效力。<sup>[1]</sup>

民法除就债之一般效力有所规定以外,就契约所生之债发生之特殊效力,另设契约之标的、确保、解除及终止、双务契约、涉他契约之效力等规定。

### 注释:

[1] 於保不二雄著:《债权总论》(新版),第70页,认为债权之侵害构成侵权行为,并以债权之排除侵害请求权是否应予承认,均属债权之对外效力所生问题。

## 第二节 债务履行

### 一、债务履行之意义

债务履行为实现债之内容的行为。实现债之内容为由债权人藉公权力强制执行者,有由债务人任意履行者。兹所谓债务履行系指债务人任意为实现债之内容的行为,亦即给付。关于债务人之给付义务,其有关内容、主体、时期及处所,民法均规定于债之清偿,另于债之标的规定债务人的给付义务。其给付方法涉及债权之行使及债务之履行则应依诚实及信用方法为之。

### 二、诚实信用之原则

修正前“民法”第219条规定:“行使债权、履行债务,应依诚实及信

用方法。”系就债之效力而为规定,实则诚实信用之原则系私法上之普遍原则。瑞士民法第2条规定:“行使权利履行义务,应依诚实及信用之原则为之。”“显然滥用权利者不受法律之保护。”即是明示此旨。1982年1月4日修正“民法”第148条文规定:“权利之行使,不得违反公共利益,或以损害他人为主要目的。”“行使权利,履行义务,应依诚实及信用方法。”既云“行使权利,履行义务”,自包括“行使债权,履行债务”之情形,是“民法”第219条规定即属赘文,因而经修正删除。

债之关系原以当事人间之信赖关系为基础,苟非诉诸诚实信用原则之运用,无从圆满达成债之目的。盖社会结合关系愈趋紧密,债之关系形成社会经济组织之重要支柱,益见显著,依诚实信用原则规律债之关系,亦愈见重要。所谓诚实信用之原则系在具体的债之关系,依正义公平之方法,确定并实现债权的内容,避免当事人间牺牲他方利益以图利自己,自应以债权人及债务人双方利益为衡量依据,并应考察债权债务之社会上作用,于具体事实妥善运用之。<sup>(1)</sup>兹就债之关系举例述之:<sup>(2)</sup>

### (一) 给付何物

1. 履行债务时应保持给付物之良好状态 例如出卖马时,应防止马之过于疲劳;交付房屋时,保持房屋之完整及清洁;提供土地与他人通行时,应在通行时间开放门户是。

2. 履行债务时应并履行补充的附随义务 例如借出名贵绘画者,应交付保险;车站饮食店对旅客应提供确实开车时刻之讯息是。

3. 种类之债的变更权 种类之债经特定后,如债务人变更给付之标的物而以同种类之物给付,对于债权人并无不利时,债权人即不得拒绝。

4. 一部清偿 依“民法”第318条规定,一部清偿虽非债务人得任意为之,惟其给付倘若分数次为之,亦不至于使债权人感到不便,即应许其分次给付。

5. 过剩给付 债务人提供之给付如超过应付数量,债权人固应找回超过部分,但如超过太多时,债权人当得拒绝。例如应给付0.1元而竟付以百元钞,债权人应找回99.9元,如债权人无从找回时,得拒绝受

领是。

## (二) 如何给付

1. 给付时期 给付之时期、时刻及期间均应合于诚实信用原则。例如大量之物于清偿期前,突然提出给付,则债权人每无受领之准备。应不构成受领迟延(“民法”第236条)。<sup>[3]</sup>

2. 给付场所 给付之所在虽得依当事人约定,惟如债权人与债务人同在途中遇见强盗之际,债务人急将借款返还债权人,应认不生清偿效力。

3. 给付方法 给付应依诚实信用方法为之,乃属当然。例如应返还之物,以脚踢之,不用手递,是有违诚实信用之原则。<sup>[4]</sup>

诚实信用之原则不惟于行使债权、履行债务有其适用,即在债之关系成立以前,或债之关系终了以后亦有适用。在债之关系成立以前适用诚实及信用之方法,乃发生缔约上过失问题,修正“民法”第245条之1就此设有明文;债之关系存续中或终了后,适用诚实信用原则,其涵盖范围则及于从给付义务及附随义务。例如出卖人对买卖标的物之使用方法,应依诚实信用之方法告知之。租地建屋之情形,租赁期间如过于短暂,对于承租人拆屋之损害过大时,应予衡量其利害是。惟所谓衡量当事人之利害并非谓得破坏法律所欲维持之秩序。不动产所有权之移转,虽有当事人间之合意,苟未登记,依“民法”第758条规定仍未发生效力。男女同居虽历有年所,如未结婚,仍非夫妻。

## 三、情事变更之原则

诚实信用之原则,情事变更之原则及权利滥用之禁止为私法上衡量当事人间权利义务关系之三大原则,<sup>[5]</sup>就权利滥用之禁止言,权利之行使,应以不妨碍社会秩序及公共利益为其界限,权利人应依诚实及信用方法,在不违反公共秩序、善良风俗或社会观念之范围内行使之。<sup>[6]</sup>因此,权利滥用之禁止系在公序良俗及诚实信用原则规范下,对权利之行使是否正当设定的判断标准。至于情事变更之原则亦系确立在诚实信

用原则之基础上,盖在常态下,债权人得依债之本旨,向债务人请求给付。若遇情事变更,则得请求增、减给付,或变更其他原有之效果,此系债之关系在变态下,适用诚实信用原则之结果。“民法”就情事变更之原则虽于第265条、第442条设有特别规定,修正“民法”第227条之2则设原则规定:“契约成立后,情事变更,非当时所得预料,而依其原有效果,显失公平者,当事人得声请法院增、减其给付或变更其他原有之效果。”“前项规定,于非因契约所发生之债,准用之。”再就“民事诉讼法”言,其第397条规定:“确定判决之内容如尚未实现,而因言词辩论终结后之情事变更,依其情形显失公平者,当事人得更行起诉,请求变更原判决之给付或其他原有效果。但以不得依其他法定程序请求救济者为限。”“前项规定,于和解、调解或其他与确定判决有同一效力者准用之。”按依“民事诉讼法”第400条第1项规定,确定之终局判决就经裁判之诉讼标的有既判力。此项判决之既判力系仅关于为确定判决之事实审言词辩论终结时之状态而生,故在确定判决事实审言词辩论终结后所发生之事实,并不受其既判力之拘束。因言词辩论终结后之情事变更,依其情形显失公平者,当事人得更行起诉,请求变更原判决之给付或其他原有效果,此在“司法院”院字第2759号解释及“最高法院”1950年台上字第214号判例阐述甚明。“民事诉讼法”上开情事变更之规定系本此意旨而修正。<sup>[7]</sup>相对于此,“民法”第227条之2系规范言词辩论终结前之情事变更,限于契约成立后所发生;并准用于非因契约所发生之债,与“民事诉讼法”第397条第1项但书规定,以不得依其他法定程序请求救济者方得更行起诉,规范意旨不同。<sup>[8]</sup>

#### 注释:

[1] 诚实信用之原则,学说之解释有四:①法律应以社会的理想,即以爱人如己之人类最高理想为标准,诚实信用原则即以此理想为准则,用以补充法律及契约之不足。如法律或契约与诚实信用之原则不符,即得摒斥之。②诚实信用为交易上公认之道德准则。③诚实信用与罗马法之一般的

恶意抗辩同义。④诚实信用为当事人双方利益之公平衡量。以上见史尚宽著:《债法总论》(中册),第319页。

[2] 史尚宽,前掲书,第328页,就诚实信用原则与债之关系,有详尽之解说。

[3] 最高法院民国26年沪上字第69号判例:“债权人甲与债务人乙成立和解契约,约明如乙依此次所定日期数额如数付清,则全部债款作为清偿。每期付款,均应于午十二时前为之。嗣后乙已将第八期以前各期应付之款如数付清,其最后第九第十两期之款,应于上年十二月三十一日付清,是日乙因须以即期支票换取银行本票始可付甲,而是日银行业务纷忙,致稽时间,送交甲处已十二时三十分,乙于是日上午十一时三十二分曾以电话致甲,商缓数分钟,甲虽未允缓三十分钟,而乙之迟误时间,按其情形非无可原,双方之和解契约系因该地商业习惯,票据于下午二时送入银行,须作为翌日所收之款,故特约明须于午十二时前付款。如甲于十二时三十分收款后,即以之送入银行,银行仍可作为当日所收之款,于甲并无损失,乃甲以乙已迟延三十分钟,拒绝受领,主张乙应偿还全部债款,其行使债权,实有背于诚实及信用方法,依民法第二百十九条之规定不能认为正当。”按:本判决涉及之问题乃债务人迟延给付三十分钟,是否发生失权效果是已。是为解释契约应依诚实信用之方法为之之问题,与债权人行使债权之意义尚属有间。详看本人:“从判例看诚实信用原则的规范功能”,载杨建华教授七秩诞辰祝寿论文集《法制现代化之回顾与前瞻》,第243页。

“最高法院”1967年台上字第1708号判例:“上诉人就系争土地上虽非无租赁关系,然于被上诉人未履行出租人之义务达十一年之久,上诉人迄未行使其租赁权或声请为假处分,以保全强制执行,坐令被上诉人于系争土地上建筑房屋,种植果树,耗费甚钜,始引起诉讼,求命其除去地上物交付土地,核其情形虽非给付不能,然亦系权利之滥用,有违诚信原则。”本判决涉及“权利失效原则”之适用,为禁止权利滥用之一种特殊形态,以违反诚实信用原则为主要论据。见本人著前掲文。

“最高法院”1969年台上字第2929号判例:“媒介居间人固以契约因其媒介而成立时为限,始得请求报酬,但委托人为避免报酬之支付,故意拒绝

订立该媒介就绪之契约，而再由自己与相对人订立同一内容之契约者，依诚实信用原则，仍应支付报酬。又委托人虽得随时终止居间契约，然契约之终止，究不应以使居间人丧失报酬请求权为目的而为之，否则仍应支付报酬。”

〔4〕“最高法院”1954年台上字第762号判例：“行使债权应依诚实及信用方法，民法第二百十九条定有明文。上诉人支付被上诉人之租金，关于四百元之存折部分，其存入数额如非不实，则纵使有用被上诉人委托之收租人某甲名义为存款人情事，被上诉人尽可转囑某甲盖章领取，亦于被上诉人并无损失。乃被上诉人竟以存款人非其本人名义，拒绝受领，并因而主张上诉人未于其所定催告期限内支付租金，应负积欠租金达二个月以上总额之责任，为终止系争房屋租赁合同之理由，其行使债权不得谓非违背诚实及信用方法。”

“最高法院”1956年台上字第597号判例：“被上诉人于民国四十四年十月三日接受上诉人催告，限期三日支付积欠是年一月份至九月份租金后，即于同月五日将此项租金全部向台北地方法院提存所提存，并经上诉人受领，暨为上诉人所不争执。则上诉人受领被上诉人在催告期限内提存之租金，纵使被上诉人之提存有不法法定要件情事，亦于上诉人无甚损害。依民法第二百十九条关于行使债权，应依诚实及信用方法之规定，上诉人自不得仅以提存不法法定要件，为主张不生清偿效力之论据。”按被上诉人提存虽有不法法定要件情事，既经上诉人领取，则提存之程序纵有瑕疵，亦应认为业已补正，见前注本人著前揭文。

“最高法院”1950年台上字第128号判例：“两造所订委任契约，既定酬金十万元，包括受任人承办地方法院、高等法院、最高法院及强制执行等事务之酬劳在内，则上诉人于受任后，虽曾代为撰状向台北地方法院声请调解，充其量不过办理第一审事务中小部。在调解程序中，其代理权既因当事人在外成立和解而撤销，依契约本旨及诚信法则，自只能请求给付第一审事务之酬金，而不得及于全部。”按债之目的因偶然之事实而达成者，债之关系随之消灭。详见“债之消灭”所述。诉讼因和解而终结者，诉权即归消灭。如在起诉前当事人双方和解成立，自无起诉必要，双方当事人因而均免

给付义务。惟应类推适用“民法”第247条规定负损害赔偿责任为另一问题。依诚实信用原则而推论债权之一部消灭,已逾越债权应如何行使之范畴。见前注本人著前揭文。

[5] 实务上以诚实信用之原则适用于情事变更之判例,有下列数则:

“最高法院”1958年台上字第1180号判例:“日据时代之信用组合与战后之信用合作社固可经营存款、放款及票据承兑业务,与银行业之性质颇相近似,惟银行业战前存款放款清偿条例第一条第二项,既特别注明前项银行业‘包括中央储蓄会及邮政储金汇业局’字样,可见信用合作社非该条例所称之银行业,其在战前贷放之款项,不能依同条例第二条规定而为清偿,只能斟酌战前战后一切情形,秉诚实信用法则,以确定其应清偿之数额。”

“最高法院”1958年台上字第1771号判例:“因情事变更,增加给付之法理,于适用时,应斟酌当事人因情事变更,一方所受不相当之损失,他方所得不预期之利益及彼此间之关系,为公平之裁量。”

“最高法院”1967年台上字第789号判例:“耕地租赁,如其地租系依据日据时期旧约而给付现金者,在约定当时币值较高,嗣后币值跌落,致出租人所得现款租金,不敷缴纳出租地之税捐者,出租人于不违反耕地三七五减租条例第二条之规定范围内,非不得比照当时实物价值,为换算地租之请求。”

[6] 洪逊欣著:《中国民法总则》(初版),第649页。

[7] 关于“民事诉讼法”第397条规定之修正经纬,见陈计男著:《民事诉讼法论》,第43页起,三民书局印行。

[8] 2004年台上字第2446号判例:“未定期限之基地租赁,契约当事人约定租金按基地申报地价之固定比率计算者,虽所约定之租金系随基地申报地价之升降而调整,惟契约成立后,如基地周边环境、工商繁荣之程度、承租人利用基地之经济价值及所受利益等项,已有变更,非当时所得预料,而租金依原约定基地申报地价之固定比率计算显失公平者,出租人自得依民法第二百二十七条之二第一项规定,诉请法院调整其租金。”

### 第三节 债务不履行

#### 第一款 总 说

##### 一、债务不履行之意义

债务人应依债之关系成立的本旨而为给付。如其违反给付义务即属不给付,是为债务不履行。债务不履行有不能给付者,有虽为给付而迟延者,有虽为给付而不完全者,均属债之内容未依债之本旨实现,在法律上自应有所救济,此即声请强制执行或请求赔偿损害。惟声请强制执行惟有对给付可能者始得为之;请求损害赔偿则以有归责事由存在为限。因此债务不履行应分别给付不能、迟延给付及不完全给付述之;就其效果则应先就归责事由叙述。<sup>[1]</sup>

##### 二、归责事由

就侵权行为言,凡因故意或过失,不法侵害他人之权利者,均应负损害赔偿责任(“民法”第184条第1项),所谓过失则以未尽善良管理人之注意义务为准。盖他人之权利应予保护,行为人应在客观的社会观念要求下,善尽注意义务,若行为人欠缺善良管理人之注意,以致被害人受到损害,即应由行为人负赔偿责任,以维持社会的共同生活。他人之权利如因行为人之注意能力有所欠缺而致受到损害,竟未能获得填补,保护自属欠周。故即使行为人已尽与处理自己事务为同一之注意,如其欠缺善良管理人之注意,仍不能免赔偿责任。

在债务不履行,原则上固亦以债务人善尽注意义务为其免责条件,惟因债权人与债务人之间之特定关系,以主观因素居多,有仅就故意或重大过失负责者;即就过失责任言,依事件之性质亦有轻重之分;甚至债务人虽无故意过失,就事变亦应负责者。此所以在债务不履行,系以债务人有可归责之事由,为其负赔偿责任之要件,以与侵权行为系以故意或



过失为要件者,有所区别。兹分述之:

### (一)故意

故意之意义已于“无因管理”述之。债务人如因故意不履行债务,即应就债权人所受损害负赔偿责任,依“民法”第220条第1项规定,债务人就其故意之行为应负责任,乃属当然。第222条又规定故意之责任不得预先免除。盖如债务人得任意不履行债务,于社会整体终属有害也。“民法”使用“恶意”二字者,有时系指动机不善之故意而言,例如“民法”第175条规定是。有时则系相对于善意而言,为明知之意,例如第956条至第958条规定是。又债务人仅就故意始负责任者,如“民法”第355条第2项但书、第466条规定是。

### (二)过失

过失之意义已于“无因管理”述及。就债务不履行言,“民法”第220条第1项规定,债务人就其故意或过失之行为,应负责任,是为原则。就过失言,复可分为具体过失、抽象过失及重大过失,其中关于重大过失之责任,依“民法”第222条规定,不得预先免除。债务人所负过失责任之轻重既有不同,则债务人究应就何种过失负其责任,当依法律之规定定之,亦得由当事人以约定之。如无规定亦无约定,则依“民法”第220条第2项规定酌定过失之轻重,兹分述之:

1. 过失之规定 法律规定债务人应负过失责任时,多就应负过失责任之种类,有所规定。其规定应负过失责任者,对于故意更应负责,乃属当然。兹举例如下:

(1) 仅就故意或重大过失负责者,如“民法”第175条、第237条、第410条、第544条第2项是。

(2) 仅就具体过失负责者,如“民法”第535条前段、第590条前段、第672条、第1100条是。

(3) 就抽象过失负责者,如“民法”第432条第1项、第468条第1项、第535条后段、第590条后段、第888条、第933条是。

2. 过失之约定 当事人就债务人应负过失责任之轻重,得以契约订