

大學叢書

中國民法債篇總論

下冊

胡長清著

商務印書館發行

大 學 叢 書
中國民法債篇總論

下 冊

胡 長 清 著

商務印書館發行

中華民國二十四年一月初版
中華民國二十四年七月再版

(35673.8平)

大學叢書
(教本)

中國民法債篇總論二冊

裝平 每部定價大洋叁元貳角

外埠酌加運費匯費

著者 胡長清

發行人 王雲五
上海河南路

印刷所 商務印書館
上海河南路

發行所 商務印書館
上海及各埠

版權印翻
所有必究

(本書校對者朱公垂)

大 學 叢 書 委 員 會

委 員

李書田君	李書華君	李建勛君	李四光君	朱家驊君	朱經農君	任鴻雋君	王雲五君	王世杰君	丁燮林君
秉志君	周昌壽君	周仁君	吳經熊君	吳澤霖君	辛樹幟君	何炳松君	余青松君	李權時君	李聖五君
徐誦明君	孫貴定君	馬寅初君	馬君武君	翁文灝君	翁之龍君	姜立夫君	胡庶華君	胡適君	竺可楨君
馮友蘭君	程演生君	程天放君	梅貽琦君	張伯苓君	曹惠羣君	陳裕光君	陶孟和君	郭任遠君	唐鉞君
蔣夢麟君	蔡元培君	黎照寰君	劉湛恩君	劉秉麟君	鄭振鐸君	鄭貞文君	鄒魯君	傅運森君	傅斯年君
			顧頤剛君	羅家倫君	顏福慶君	顏任光君	歐元懷君		

大 學 叢 書

中國民法總論

下 冊

第一款 概說

給付之意義有二，自靜態觀察，所謂債之給付，與債之標的債之內容相同，自動態觀察，所謂債之給付，則與債之清償債之履行相當。此之所謂給付，係指後者而言。即債之給付（*Leistung, prestation*）云者，實現債之內容之債務人之行為也。其別於債之清償者，債之清償係由債權消滅之點以爲觀察，債之給付則由債權活動之點以爲觀察，與債之履行相同。債務人對於債權人應負給付之義務，係債之主要效力，已於前述，依法理以言，債務人之給付義務（*Leistungspflicht*）自應於債之效力中規定之，但在我民法則以之規定於債之標的中（民法第十九條第一項），此點已於前述，茲不贅。又關於債務人之給付義務，首應解決者，爲給付之內容如何，主體如何，時期如何，以及處所如何，依法理以言，此等之點，均應於債之效力中規定之，但在我民法則以之規定於債之清償中（民法第三〇九條以下），其詳俟後述之，茲從略。

第二款 給付之方法

依我民法第二一九條規定：『行使債權，履行債務，應依誠實及信用方法。』是即所謂誠實信用之原則。茲述誠實信用之意義及此原則之適用如左。

第一 誠實信用之意義

誠實信用，在羅馬法爲 *bona fides*，在法國民法爲 *bonne foi*（法民第一一三四條），在德國民法爲

Treu und Glauben (德民第一五七條及第二四二條) 所謂誠實信用，其意義如何，學說紛紜，尙未一致，有從主觀立場，謂已所不欲勿施於人爲誠實信用者，如 Stenmüller 是有從客觀立場，謂無背於一般交易之道德的基礎爲誠實信用者，如 Dernburg 是有折衷於二說之間，謂公平較量當事人雙方之利益爲誠實信用者，如 Schneider 是。前兩說皆失之空泛，依余所信，應以後說爲是。即誠實信用云者，斟酌各種特別情事，比較當事人雙方之對立的利益之中道也。

第二 誠實信用原則之適用

債之關係如由法律規定而生，則給付之內容及其方法如何，自應依法律規定決之，又債之關係如由契約而生，則給付之內容及其方法如何，自應依契約之訂定決之，契約之訂定如有不備，則應依法律規定以爲補充，此爲解釋所當然。雖然，社會生活，複雜萬端，法律規定，有時而窮，自不能不有一至當之標準以爲審判官判定之準則，此標準爲何，即所謂誠實信用原則者是已。此原則之適用，其情形有二，有爲給付之內容者，此係一般契約之解釋問題，俟於相當場合述之，茲不贅。有爲給付之方法者，例如給付之時期業已確定，但究應於何時給付，如法律與契約均付闕如，則依誠實信用原則以定其給付之時間是。又如給付之處所爲債權人之住所地業已確定，但運送方法如何，如法律與契約均付闕如，則依誠實信用原則以定其運送之方法是。

第三 誠信與衡平 (Billigkeit)

一切法規，通常均可分為衡平法及嚴格法，審判官適用法律之際，得適合各種情事，以為適用者，曰衡平法（*Jus aequum*）；反是，審判官適用法律之際，不得斟酌各種情事，必適用同一之標準者，曰嚴格法（*Jus strictus*）。債權法固原則上為衡平法，但衡平與誠信，其範疇非必相同，即衡平係判斷某種關係之標準，誠信則為一般行為之準則，不可不辨。

依我民法第二一九條規定，不但履行債務應依誠實及信用之方法，即行使債權亦應依誠實信用方法，此就法文觀察，了無可疑，不過行使權利，依我民法第一四八條已有其適用之準則，本條行使債權云云，不能謂非贅文也。

第三款 債務人之注意義務

第一項 概說

債務人之給付義務，為債之主要效力，已如前述，為確保此項效力起見，債務人不可不負注意之義務，債務人既負注意之義務，則對於故意過失之行爲即不可不負責任，由此可知此之所謂故意過失，係以注意義務（*Sorgfaltspflicht*）之存在為前提。雖然，在我民法非無縱無注意義務存在而亦稱為過失者，例如民法第二一七條所謂被害人與有過失是。學者通常稱前者之過失為對於他人之過失（*Verschulden gegen andere*），後者之過失為對於自己之過失（*Verschulden gegen sich selbst*）或自己之過失（*Eigene Verschulden*）。實則前者之過失係由怠於注意義務而生，後者之過失則係怠於注意而生，而非怠於注意義務而生，不可以不辨也。又債務人

對於故意過失之行爲應負責任，係屬原則。在我民法非無縱無故意過失而亦負責任者，然此乃爲例外，即所謂對於事變負其責任是已。（註）

（註）注意義務，不但債權法有其適用，他如物權法親屬法繼承法亦無不有其適用，故關於故意過失之問題，自應以之於民法總則中說明爲適當。德國民法教科書，多數於總則中說明之（如 Zielmann, Cosack, Crome, Enneccerus, Eek, Goldmann-Jirjenthal, Landberg, Mathias 等），少數則於債權法中說明之（如 Dernburg, Endemann, Stammler, Engelmann, Bendix 等），但在德國民法註釋書則皆於債權法中說明之，良以德國民法關於故意過失之一般規定，係在債權法中故也。我民法亦然，故本書亦特就債之關係而論故意過失之問題。

第二項 故意

第一 故意之意義

故意 (Dolus Vorsatz, Dol) 者，行爲人明知且容認自己之行爲應生一定結果之心理狀態也。其詳已於侵權行爲中述之，茲不贅。雖然，何謂故意，學說上非無爭論，有以行爲人認識其行爲之結果爲已足者，謂之認識主義或觀念主義 (Vorstellungstheorie)。有不以認識其行爲之結果爲已足，且以希望其結果之發生爲必要者，謂之希望主義或意思主義 (Willenstheorie)。此兩種主義各有短長，即如採觀念主義，則在欲得保險金，放火燒燬其保險之建築物者，祇能謂其有詐欺取財之故意，而不能謂其有放火之故意。如採意思主義，則在行爲與結果之間有必然的因果關係時（即所謂確定故意 *dolus determinatus*），固屬不成問題，反之在行爲與結果之間如僅有可能的因果關係時（即所謂未必的故意 *dolus eventualis*），則將因行爲人之注意周到及輕率，有

時應認為故意，有時不應認為故意。我民法對於故意，並未加以解說，究以採何種主義為宜，不無疑問。但依余所信，為使民刑兩法用語之解釋一貫起見，自以採後之主義為適當。其詳已於前述，茲不贅。（註一）至故意之成立，是否須有違法（Rechtswidrigkeit）之認識，學說上頗有爭論，依余所信，應以否定說為是。換言之，即故意之成立，以行為人對於法律所定之事實認識為已足，縱不知法律規定該事實為違法，亦無礙於故意之成立。（註二）

（註一）十九世紀以前，刑法學界以意思主義為通說，及 Becker 氏出，始創為觀念主義，Liszt, Frank 諸氏從之，近則成為刑法學界一般之通說。我國刑法學者亦大都贊成此說者也。至在民法學界，就德國言之，有採觀念主義者，如 Zitelmann, Endemann, Crome, Kipp, Weyl, Enneccerus 諸氏。是有採意思主義者，如 Belbain, Örtmann, Schollmeyer, Kahlenbeck-standinger 諸氏。是我國民法學者則大都採意思主義（陳氏前揭二〇五頁洪氏前揭一二二頁藏氏前揭一八〇頁）。

（註二）故意之成立，是否須有違法之認識，在德日民法學界頗有爭論，主肯定說者，在德國為 Zitelmann, Crome, Weyl, Enneccerus, Planck 諸氏，在日本為石坂音四郎氏。主否定說者，在德國為 Örtmann, Kipp 諸氏，在日本為川名兼四郎，中島玉吉，鳩山秀夫，三瀨信三諸氏。我國學者則多採否定說（陳氏前揭二〇五頁洪氏前揭一二二頁）。

第二 對於故意之責任

一 債務人對於故意行為應負責任

依我民法第二二〇條第一項規定，債務人就其故意之行為，應負責任，此為債務性質所當然。何則，蓋債務人既負擔債務，如許其故意為違反債務之行為，則顯然與債務之性質相反故也。

二 故意責任預先免除之禁止

故意責任能否預先免除，各國法律不同，有雖無明文規定，但一般通說及判決認為預先免除之契約背於善良風俗爲無效者，如日本是。（註三）有明定其不得預先免除者，如德國民法第二七六條及瑞士債務法第一〇〇條第一項之規定是。我民法則從德瑞立法例，於第二二二條明定故意之責任不得預先免除。既不許預先免除，則預先免除之行爲自屬無效。此種規定是否合理，非無爭論，但我民法所以明定其不得預先免除者，蓋預先免除之意思表示，殊有背於善良風俗故也。雖然，故意之責任固不許預先免除，但事後拋棄其請求救濟之權利，則其拋棄行爲仍屬有效，是不待言。

（註三）關於此點，日本民法無明文規定，通說及判例與我民法同，即預先免除故意責任之意思表示爲無效（橫田氏前掲二五五頁）名氏前掲一八七頁 石坂氏前掲四二二頁 大正五年一月二九日大審院判決），惟鳩山氏獨持異說，略謂當事人拋棄可得處分之法益，既無何種妨礙，則宥恕其對於該法益之故意侵害，自不能不謂其爲適法（鳩山氏前掲一五九頁），其說頗可傾聽。

第三項 過失

第一 過失之意義及分類

何謂過失，我民法無明文解說，但就現行刑法之規定觀之，則有所謂無認識的過失與有認識的過失，故吾人爲使民刑兩法用語之一貫起見，特下一統一的定義曰，過失（*Culpa im engeren Sinne, Fahrlässigkeit, negligence*）者，因不注意致未預見行爲之結果，或縱已預見而不容認其結果之心理狀態也（侵權行爲章

參照)。過失常因其注意(diligence)程度不同，可爲左列之分類。(註一)

一 抽象的過失

抽象的過失(Culpa in abstracto)，一稱抽象的輕過失(Culpa levis in abstracto)，抽象的輕過失者，欠缺善良管理人之注意之謂也。善良管理人之注意，係從日本民法用語而來(日民第四〇〇條)，與羅馬法所謂善良家父之注意(Bonus paterfamilias)，德國民法所謂交易上必要之注意(德民第二七六條 die im Verkehr erforderliche Sorgfalt)同一意義。(註二)此種注意，係以交易上一般觀念認爲具有相當知識經驗之人，對於一定事件所用之注意爲標準，客觀的決之。債務人有無盡此注意義務之知識經驗，以及向來對於事物所用之注意程度如何，則非所問。雖然，各個情事之客觀的特質，仍應予以斟酌，例如保管或送交貴重物品所用之注意，應較保管或送交尋常物品爲高是。又債務人之職務，亦應予以斟酌，例如醫生對於衛生事務，律師對於法律事務所用之注意，應較普通人爲高是。

二 具體的過失

具體的過失(Culpa in concreto)，一稱具體的輕過失(Culpa levis in concreto)，具體的輕過失者，欠缺與處理自己事務爲同一注意(Diligentia quam suis)之謂也。此亦係從日本民法用語而來(日民第六五九條第八〇五條第八八九條第一〇四〇條)，所謂自己之事務，不限於法律上之事務，舉凡經濟上身分

上一切屬於自己利益範圍之事務皆屬之。此種注意，係以債務人其人對於一定事件所用之注意爲標準，主觀的決之。雖然，債務人如向來處理自己事務所用之注意程度低，苟已與處理自己事務爲同一注意，固無過失之可言，反是如向來處理自己事務所用之注意程度高，倘祇爲善良管理人之注意，而未與處理自己事務爲同一注意，其有無過失，則屬疑問。依余所信，應認爲無過失，何則，蓋債務人對於具體的過失所負之責任，不能較抽象的過失所負之責任爲高故也。

三 重過失

重過失(Culpa lata)，我民法一稱重大過失，重大過失者，全然欠缺注意之謂也。故僅須用輕微注意即可預見之情形，而竟怠於注意不爲相當準備，即不能不謂其有重大之過失（前大理院四年上字二一一八號判決）。重大過失與故意頗爲相近，但一則無容許結果發生之意思，一則有容許結果發生之意思，其性質究不相同，不可不辨。又有無重大過失，應就各種情事抽象的決之，由此可知重大過失與抽象的輕過失不過程度之差，而其性質則無區別，此重大過失所以仍屬於過失之範疇也。

（註一）在最早之學說，通常分過失爲重過失(Culpa lata)輕過失(Culpa levis)最輕過失(Culpa levissima)，輕過失又分爲抽象的過失(Culpa in abstracto)具體的過失(Culpa in concreto)，自Hasse氏出（一八一五年），則排斥此種分類，分過失爲輕

過失與重過失，輕過失又分爲抽象的輕過失與具體的輕過失。現代各國民法皆從此分類，我民法亦然。

(註二) 法國民法及意大利民法均用善良家父字樣(法民第一一三七條 *bon père de famille*; 意民第一二二四條 *bonon padre di famiglia*)。德國第一次民法草案亦然(德民一章第一四四條 *ordentlicher Hausvater*)。即德國民法成爲正式法典時，則改用交易上必要注意之文句，自理論言之，應以德國民法之用語爲是。蓋善良家父云云，家族の意味甚爲濃厚，與現代立法精神頗相鑒納故也。又善良管理人云云，雖適於足以表示債權關係之注意程度，然於債權關係以外之注意程度則不相當；且所謂管理人，祇能解爲委任或無因管理等管理人之意義，而於發生侵權行爲上之責任時，亦用善良管理人之注意，殊不相宜。

第二 對於過失之責任

一 債務人對於過失行爲應負責任

依我民法第二二〇條第一項規定，債務人就其過失之行爲應負責任，此爲債務性質所當然。何則，蓋債務人既負擔債務，如許其漫不注意，而爲違反債務之行爲，則顯然與債務之性質相反故也。

二 過失責任輕重之酌定

關於過失責任之規定，我民法至不一例，有明定其就抽象的過失負責任者，例如第四三二條第一項第四六八條第一項第五三五條後段第八八條第九三三條是。有明定其就具體的過失負責任者，例如第五三五條前段第五九〇條前段第六七二條第一一〇〇條第二項是。有明定其就重過失負責任者，例如第一七五條第二三七條第四一〇條第五四四條第二項是。如法律無特別規定，當事人亦未以契約訂定，則債務人應

就何種過失負其責任，實屬疑問。故我民法特從瑞士立法例，於第二二〇條第二項設一抽象規定曰：「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。」（瑞債第九九條第二項）所謂過失之責任就事件特性而有輕重，就我民法立法精神言之，大體兼爲或專爲自己利益而負債務者，過失責任重，專爲他人利益而負債務者，過失責任輕（但不盡然，例如無因管理，管理人之注意義務是其詳見前，茲不贅），爲之審判官者，應斟酌各種具體情形，而爲決定，以斬於事理之平。至所謂如其事件非予債務人以利益應從輕酌定，即過失責任依事件特性而有輕重之一例，就見諸明文規定者言之，例如因贈與而生之債，即非予債務人以何種利益，故贈與人僅就故意或重大過失，對於受贈人負其責任是（民法第四一〇條）。

三 重大過失責任豫先免除之禁止

重大過失責任能否豫先免除，各國法律不同，有雖無明文規定，但一般通說均謂其得爲豫先免除者，如日本是（但在日本尚有反對說三瀨氏關於醫師免責約款之質疑解答志林一八卷一號）。有明定其不得豫先免除者，如瑞士債務法第一〇〇條第一項之規定是。我民法從之，此因重大過失與故意甚爲相近，故特設明文以其與故意爲同一處置（民法第二二二條）。但我民法所禁止者僅爲豫先免除，事後拋棄其請求救濟之權利，自無不可。又在瑞士債務法，以一定情形爲限，豫先免除輕過失之特約，亦得依審判官之裁量宣告爲無效（瑞債第一〇〇條第二項），我民法未爲採用，自難爲同一之解釋。

四 具體的過失責任之加重

如前所述，過失既因注意義務之程度不同，分爲抽象的過失具體的過失及重過失，從而責任之重輕，自亦因之而不同。申言之，即抽象的過失，注意之程度高，故債務人之責任重，具體的過失，注意之程度低，故債務人之責任輕，重過失，注意之程度則最低，故債務人之責任亦最輕。過失與責任，關係顯然，不容牽混。雖然，在具體的過失，債務人之應負責任與否，固應以其對於一定事件所用之注意爲標準，具體的決之，然若債務人向極疏忽，即普通人之注意而亦無之，如亦因其已與處理自己事務爲同一注意，即可不負責任，則不但不足以保護債權人之利益，即衡諸交易安全之旨亦有未合，故我民法特從德國立法例，於第二二三條加重其責任曰：『應與處理自己事務爲同一注意者，如有重大過失，仍應負責。』（德民第二七七條）由此可知具體的過失固以債務人所用之注意爲標準決之，然其注意程度要不能低於普通人尋常所爲之注意，否則仍應負責。

第四項 事變

第一 事變之意義

事變(Casus, Zufall, Cas fortuit)者，非基於債務人之故意過失所生之事實也。此事實，有爲外界之事件者，有爲債權人債務人以外第三人之行爲者，有雖爲債務人之行爲而非基於其過失者，就廣義言之，皆屬事變。又事變可分爲通常事變(gewöhnlicher Zufall)與不可抗力(vis major, höhere Gewalt force

majeure)何謂不可抗力，學說不一，有從主觀說，謂縱盡最大之注意亦不能防止其發生之事件，爲不可抗力者(Goldschmidt, Dernburg, Windscheid 諸氏主此說)。有從客觀說，謂其發生原因不屬於業務執行之範圍，且以超越通常所生事變更大的勢力而生之事件，爲不可抗力者 (Exner, Pernice, Labeo, Bruckner, Örtmann 諸氏主此說)。依余所信，應以客觀說爲是，蓋債務人對於事變而負責任，非以其有故意過失，自不能從主觀以爲決定故也。

第二 對於事變之責任

依我民法第二二〇條規定，債務人固僅就故意過失之行爲負其責任，但例外有應就通常事變負其責任者，例如民法第六〇六條第一項第六〇七條第六三四條第六五四條第八九一條之規定是。亦有應就不可抗力負其責任者，例如民法第二三一一條第二項之規定是。不過此種例外規定，尙不多見。但應注意者，債務人對於事變而負責任，非以其主觀的有負責之事由，乃因客觀的發生債務不履行之結果即應負責，從而可知對於事變之責任非違反注意義務之問題。又對於事變之責任，不但債權關係上足以發生，即侵權行爲與其他之場合亦足以發生，其關於侵權行爲之事變責任，已於侵權行爲中述之，茲不贅。

第五項 故意過失之能力

債務人就其故意或過失之行爲應負責任，已於前述，所謂故意或過失，又均係以債務人具有意思能力爲其前