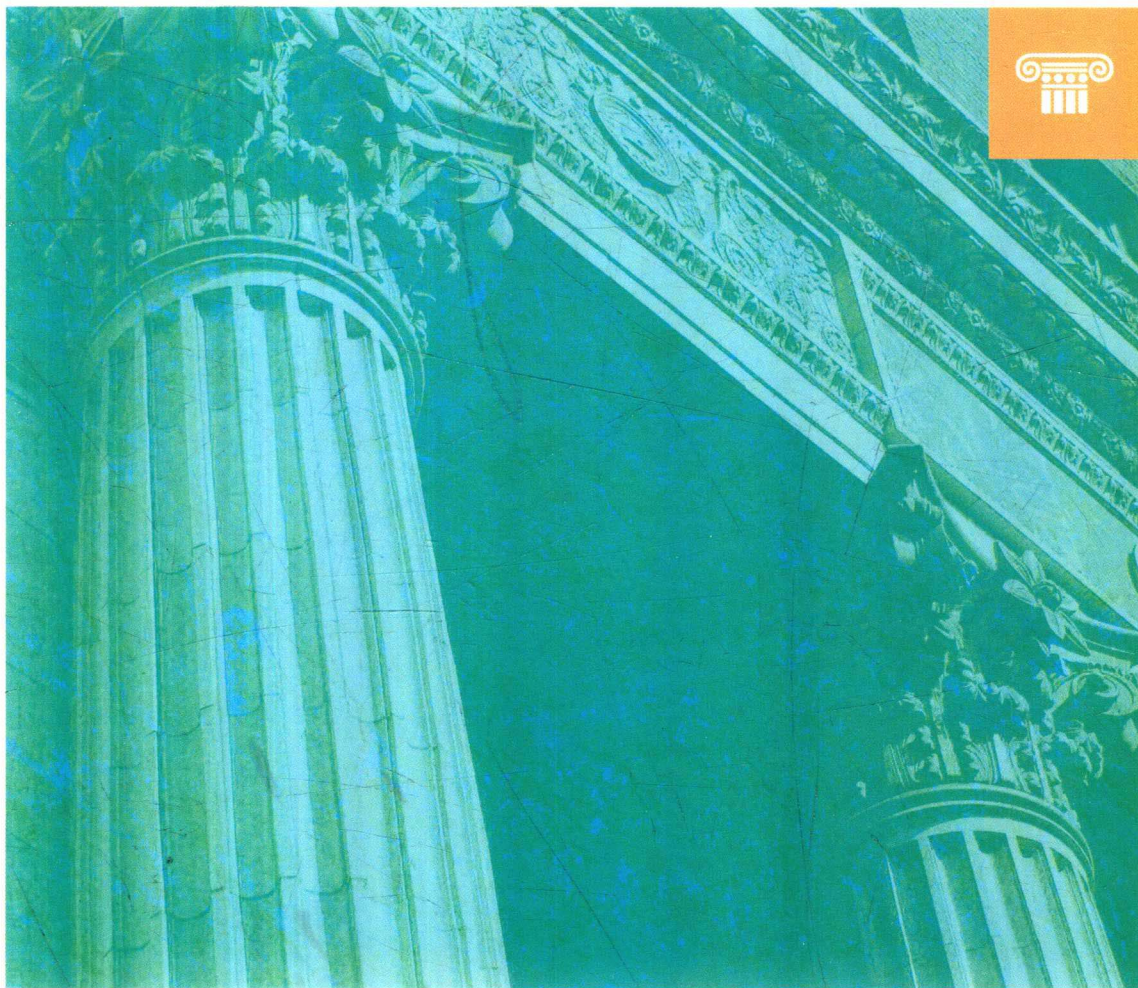




比较民法与判例研究

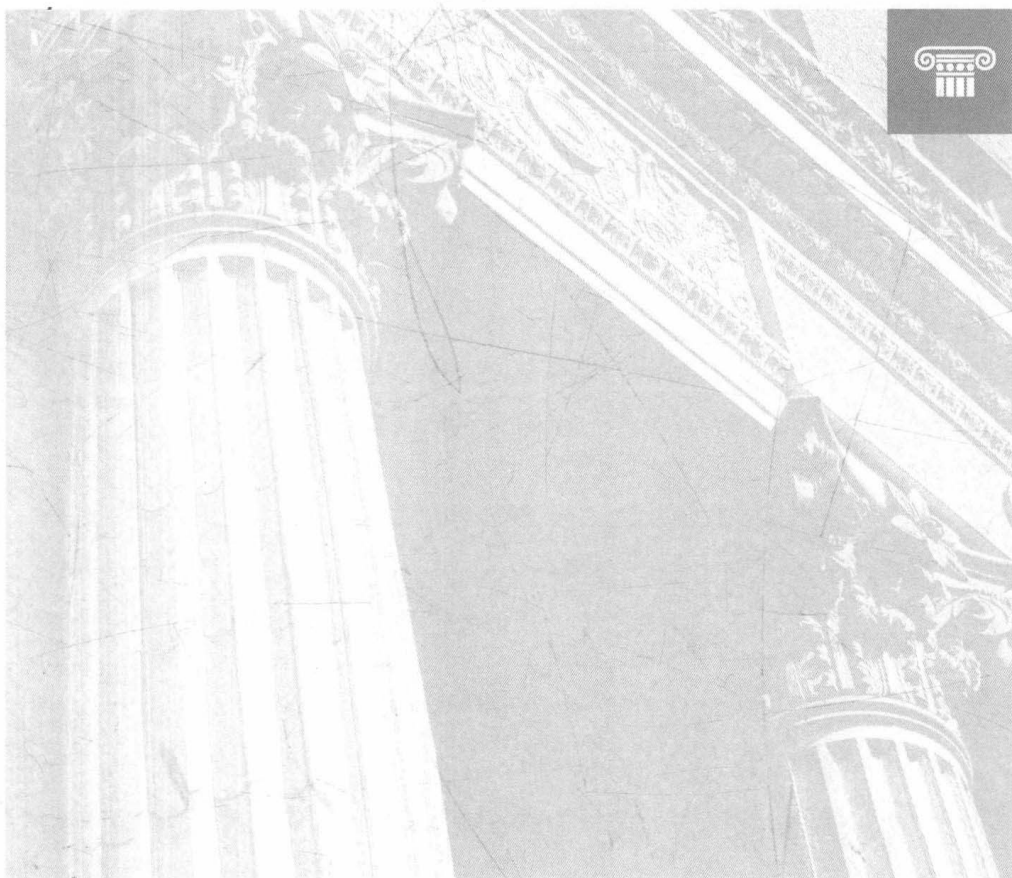
第三卷

Comparative Civil Law and Case Study Vol.3

詹森林 朱晓喆 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



比较民法与判例研究

第三卷

Comparative Civil Law and Case Study Vol.3

詹森林 朱晓喆 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较民法与判例研究. 第三卷 / 詹森林, 朱晓喆主
编. -- 北京: 法律出版社, 2018
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1926 - 5

I. ①比… II. ①詹… ②朱… III. ①民法—比较法
—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 013462 号

比较民法与判例研究 第三卷
BIJIAO MINFA YU PANLI YANJIU
DI SAN JUAN

詹森林 朱晓喆 主编

策划编辑 刘文科
责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 张建伟

编辑统筹 法研工作室
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 26
字数 390 千
版本 2018 年 1 月第 1 版
印次 2018 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1926-5

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

《比较民法与判例研究》第三卷即将出版。编者就本卷文章形成和编辑主旨略作说明。本卷的第一组主题文章“旅游合同辅助人的民事责任比较法研究”来自于2016年4月上海财经大学法学院与苏州大学王健法学院合作苏州召开“第四届比较民商法与判例研究两岸学术研讨会”(苏州会议)上的主题案例研讨报告。第二组主题文章“和解合同法律效力的比较法研究”来自于2015年4月在上海财经大学召开的“第三届比较民商法与判例研究两岸学术研讨会”的主题案例研讨报告。其余学者的文章也均来自上述会议的收稿。一如既往,编者还是衷心感谢案例比较研究报告的参与策划者和撰写者。

“旅游合同辅助人的民事责任”主题在我国民法上是个理论和实践的难点问题,尤其是它可以上升到我国《合同法》上“债务履行辅助人”的存废之争,具有基础性的地位,事关《合同法》第121条的理解与适用。“和解合同”则受到最高人民法院第2号指导案例的启发,是个跨越民事实体法与程序法的课题。放眼未来,以上两个主题,在我国未来的《民法典·合同编》中都会有所回应。前者属于合同编的总则问题,后者关涉是否增订“和解”这一有名合同类型。

回想2016年4月春雨如酥的姑苏城,大陆与台湾地区两岸民法学者及其他参会者近百人济济一堂,在前“东吴大学”的院落内,和着淅淅沥沥的春雨,细细品读两岸中青年民法学者的学术高论,真有时空对话之感。这次会议,苏州大学王健法学院在人、财、物方面均给予大力支持,使两岸学者能够专注于会议主题的研究报告。犹记得会议开幕式上,方新军教授(法学院副院长)提及我们的相识经历,一下回溯到十多年前在贵州召开的全国外国法制史年会期间,同游黄果树瀑布,因为学术志趣相投,结下了深厚的革命友谊。不想,因缘际会,十多年后,我们共同组织召开在国内较有影响的“比较民商法与判例研究两岸学术研讨会”(苏州会议),也算是这段友谊结出的善果吧。

上海财经大学“比较民法与判例研究所”除了创办和组织一年一度的两岸会议之外,平常也会安排一些学术活动。本卷的第一篇演讲稿《债之相对性及其效力》,就是台湾著名法学家黄茂荣教授于2016年3月11日在上海财经大学所作的两场学术报告中的其

中一个记录稿(另一场报告是税法主题)。以往读书,看了黄茂荣老师的著述,总觉得他是个严肃的学者,然而一旦接触却发现黄老师平易近人且非常幽默,眼中时常闪烁着孩童般的智慧光芒。他不仅著书立说,而且开发植根法律数据库,并很得意于这个法律检索系统。黄老师谈及学术和人生,总有令人意想不到的角度,读者诸君从本篇演讲稿可有所体会。2017年4月,我与大陆十余位青年民法学者到访台湾大学,期间拜访黄茂荣老师夫妇,岂料甫一见面,黄老师便赠与我们一行人每人一套自己的大作,从法学方法论到民法再到税法,沉甸甸的七八本,真是感激又钦佩。黄老师曾说,在上海财经大学所作的债法讲座是他现场发挥很好的一次。笔者荣幸,能够将黄老师的讲座整理记录,并作为两岸民商法学术交流的结晶而发表出版。

尽管在2015年以后,中国民法典的立法规划进入实施阶段,并且2017年颁布《民法总则》,民法学界的研究注意力都被吸引到民法典上来。包括我本人在内,很多学者的研究重点集中在《民法总则》的解读和《民法典》分则各编的立法上。但是,上海财经大学“比较民法与判例研究所”倡导的研究风格不会变化,我们仍将秉持以比较法为视角,以案例为具体内容,以教义学为依归的民法学研究方法。我们相信,法典化只是法律发展的一个总结阶段,在立法进程结束之后,法律的续造仍将依赖学说与判例的参与和形成。在某种意义上说,比较法与判例研究没有终点,只有无尽的、动态的发展前景。这是变化中人类社会法律生活的宿命,或许也是研究者的宿命。

编者谨识

2017年12月

目 录

主题演讲

债之相对性及其效力	黄茂荣(001)
-----------------	----------

主题案例比较研究之一:旅游合同辅助人的民事责任比较法研究

旅行社转团中的责任承担	
——德国法的视角	申海恩(022)
论旅游营业人为其旅游辅助人而负责	
——从法国法谈起	曾品杰(044)
法国法上的旅游损害责任	叶名怡(062)
论意大利法中旅游合同之债务不履行责任的规范构成	张晓勇(085)
旅游人身损害赔偿责任的中日比较	
——以履行辅助人理论为中心	周江洪(100)
旅游契约履行辅助人之责任	
——以台湾地区实务见解为中心	许政贤(117)
论英美法上的旅游经营者责任	李 昊(139)
罗马法中客服设施经营人的承保责任及其在现代法中的继受和发展	徐国栋(155)

主题案例比较研究之二:和解合同法律效力的比较法研究

诉讼上和解与裁判外纷争处理	沈冠伶(180)
日本法上的和解制度	
——要件、确定效、定位	解 豆(205)
意大利法中的和解合同研究	肖 俊(214)
论和解协议的法律效力	
——从法国法的比较角度探析“吴梅案”的理想逻辑	周建华(230)

和解合同的实体法效力

——基于德国法视角的考察	庄加园 (245)
美国和解协议效力研究	商 舒 (265)
错误和解对于责任保险人之拘束力	叶启洲 (275)

民商法原理与案例研究

自己与双方代理限制之解构与重塑

——以利益冲突为导向	向明恩 (286)
------------------	-----------

情事变更原则在工程契约之适用情况

——以嘉义市市政中心新建大楼工程款调整案	
“物价涨跌型”相关判决为例	吴从周 (304)
台湾地区商品责任判决之发展	郭丽珍 (339)

产品自损、纯粹经济损失与侵权责任

——以最高人民法院(2013)民申字第 908 号民事裁定书为	
切入点	朱晓喆 冯洁语 (363)
医学美容契约之问题研析	王怡苹 (383)
车祸伤员之急重症状态及强制车险给付对后续医疗过失责任之影响	叶启洲 (398)

主题演讲

债之相对性及其效力^{*}

黄茂荣^{**}

目 次

- 一、债的概念
- 二、债之主体相对性和涉他性
- 三、债之主体相对性与第三人侵害债权
- 四、债之主体相对性与债之转移
- 五、债之客体的相对性
- 六、债之内容
- 七、总结
- 八、刘言浩法官评议
- 九、讲座现场互动

朱晓喆教授:各位同学好!今天我们有幸邀请到台湾大学黄茂荣教授为我们作债法导论的演讲,大家欢迎!黄老师在台湾民法学界的地位不用我再多作强调。黄老师是台湾大学的教授。此外,我们今天也很荣幸邀请到了上海市一中院研究室主任刘言浩法官。刘老师是一位有学术背景的、有深厚学养的法官。下面我们先请黄老师进行讲座。

黄茂荣教授:谢谢!朱教授、刘教授,各位老师、还有各位学生,晚上好。我今天介绍的是债法导论,分以下几个方面来报告:债的概念、债权行为、物权行为、债的相对性、债的客体、债的内容等。

^{*} 本文为黄茂荣教授于2016年3月11日在上海财经大学同名讲座的记录稿。讲座由上海财经大学法学院朱晓喆教授主持,上海市第一中级人民法院研究室主任、上海财经大学法学院兼职教授刘言浩法官评议。

^{**} 黄茂荣,台湾大学法学院教授。

一、债的概念

关于债的概念,从权利方面加以说明,指“特定人对于特定人得请求为特定给付之权利”,此即债权;从义务方面来说明,指“特定人对于特定人负为特定给付之义务”,此即债务。其权利人称为债权人,其义务人为债务人,其他人通常称之为第三人。这当中,必须要特别注意的是:在主体层面,所谓特定人对特定人,它所表现出来的是债之关系主体上的相对性;得请求特定给付或者互为特定给付,指的是客体上的相对性。另外,所谓债务,指的是为特定给付之义务,表现出债的一个效力特征,即一个待于履行才能够实现其内容的法律关系。这是它跟物权行为的基本区别:比方说为取得买卖标的物之所有权,买卖是一个债的契约,在买卖契约缔结生效的时候,它的效力仅是使出卖人就买卖标的物的所有权,负有将之移转至买受人之义务。它只是一个义务,这属于债权债务关系的特性。反之,出卖人跟买受人以买卖标的物所有权之移转为内容作出合意,则是一个物权契约。当该物权契约缔结且生效时,该标的物的所有权就移转至买受人。

附带跟大家说明的是,事实行为并不能使权利在归属上发生变动,这一定要特别注意。举例来说,甲同学、乙同学刚刚学过刚才我讲的“权利之归属在主体间的移动必须要透过法律行为,事实行为不能使它发生移动”。下课以后,假如甲同学有一颗樱桃,乙同学看到后便讲:“你看,我现在要让樱桃的所有权之归属发生变动,怎样发生变动呢?”他就把樱桃拿起来往嘴里一送,这颗樱桃是谁的呢?把这颗樱桃往嘴里一送,这是一个事实行为,不是一个法律行为。这告诉我们什么呢?事实行为可以把甲对那颗樱桃的所有权消灭掉,但是不能让它转移。接下来,甲跟乙之间关于那颗樱桃的关系,就不是从给付的观点来理解。而是要从不当得利法的角度来理解:乙消灭甲对该颗樱桃之所有权,在他们之间构成不当得利,属于侵权性不当得利,而不是给付性的不当得利^①。(至于什么是给付型不当得利,是指甲、乙两人之间虽就该颗樱桃之所有权作出使该所有权发生转移的物权行为,但他们之间关于该颗樱桃所有权之移转的原因行为自始或事后不存在,即他们之间原以为存在之买卖契约无效或被撤销。当移转该颗樱桃所有权的物权行为是有效的,而却欠缺一个有效的原因行为时,该颗樱桃所有权之移转即属于无法律上原因之移转,于是构成所谓的给付型不当得利。)

接着,我们回到本题。跟大家附带说明物权行为,是为了凸显债之关系的特点。债

^① 关于给付性不当得利及非给付性不当得利,请参考黄茂荣:《无因管理与不当得利》(债法通则之四),厦门大学出版社2014年版,第86页以下。

权行为或债权契约,从义务方面来观察,使债务人负有义务,因为它产生一种义务,所以该义务,也就是债务的内容,必须透过履行才能够实现。反之,物权行为能即刻使该物权行为之标的(权利)的归属发生变动,不再需要履行。由此可见,我们在学习法律时,对每一个概念的掌握都必须精准。掌握不精准的话,后来要将法律知识进行推演,就会发生困难。

我可以再举另外一个例子。物权法上有一个法律制度叫做添附。添附有很多类型,其中有一个情形是加工。比方说,甲是一个有名的雕刻师,他将乙的一个好木头,雕成一尊雕像。因木头的所有权本来属于乙,所以雕刻完以后,该雕像的所有权应属于谁,引起疑问?假如说,雕刻增加之价值远远大于材料的价值,根据物权法关于添附的规定,其所有权应归于雕刻师。这与刚才谈到的樱桃的情形,同样有导致物之所有权,因事实行为而移动之类似的问题。即那个木头的所有权本来是属于乙,经过雕刻这一事实行为,木头成为雕像后,其所有权人就变成甲。然而关于材料的归属甲乙双方并没有缔结物权行为。那为什么该所有权会由乙移动到甲?于是有人可能会质疑,认为事实行为不能使所有权发生变动的看法与法律规定的情形是不一致的!针对这个质疑,添附是通过下述的论据,说明之:在该木头因雕刻而发生加工性添附时,乙对该木头原来享有的所有权消灭,雕刻后的雕像是由雕刻师原始取得,而非自乙继受取得。因此,也就不需要甲与乙之间有一个物权行为为其移转之规范基础。然雕刻师因该添附事件,无法律上原因而取得利益,致使材料所有人乙遭受损害,所以乙得依关于不当得利之规定,对雕刻师请求偿还价额(参照台湾地区“民法”第816条)。该规定表明物权法的规定固得为物权之归属变动的规范基础,但不一定同时为其变动之法律上的原因。同时为其变动之法律上原因者,例如,“果实自落于邻地者,视为属于邻地所有人”(参照台湾地区“民法”第798条前段),在果实自落邻地,另有落地果实如无利益,且反造成污染及清除之费用时,邻地所有人得为如何之主张的问题。

以上主要是说明债务关系是一种义务,它不使标的之所有权在归属上马上因法律行为之有效成立就发生转移,以及因此表现债的关系是个动态发展的过程,债法中专门有一章规定关于“债之履行或债之清偿”问题,就是规定如何让债的内容实现。债不是静态的,它是动态的,就好像好的画家画出来的画“栩栩如生”,好像画布上画的那只鸟想要飞出来的样子。如果这样描述、想象债的关系,就会浮现:一个债务关系,依据债之目的,灵动地向着将来发展。

二、债之主体相对性和涉他性

接下来,从债的概念来讲,它是在特定人与特定人之间发生,客体是特定的给付,

亦即是主体相对性与客体相对性的问题。主体的相对性,是指债权人与债务人才是债之关系的当事人,其他人叫第三人。不过,债的关系常常会有涉他性。债的涉他性情形,例如,由第三人给付,比方说,甲乙两个人约定就一部汽车缔结一个买卖契约。甲是出卖人,甲乙约定由汽车工厂丙直接对乙为给付,这就是所谓由第三人给付。在第三人给付的时候,因为债的关系在主体上具有相对性,所以虽然约定由第三人丙来对乙给付,但是如果只看甲乙之间的买卖契约,不会因包含着由丙给付的这个约定,而使丙负给付之义务。甲、乙可以约定由第三人给付,但第三人不是甲乙买卖契约之缔约当事人。

另外一种情形是向第三人给付。例如,甲把一部汽车卖给乙,甲对乙有给付汽车的义务,乙对甲就有价金的给付义务。就价金,甲、乙可能约定向第三人给付,例如,甲因为欠了丁一笔钱,于是,为清偿该债务,甲就向乙指示,将该价金,向丁为给付。总之,债权债务关系中,债权人与债务人是当事人,其他以外的人是第三人。但债之关系可能具有一定的涉他性,以上的涉他关系存在于给付义务中。

由债之关系产生的义务,除给付义务之外,为避免损害的发生,还会有保护义务。保护义务这个保护伞所及范围有时候会及于第三人。由此契约就会有对第三人保护的效力。例如,甲向乙买了一部汽车,载着他的朋友丙出去兜风,在兜风当中由于汽车的缺陷,而发生了车祸,致使甲受伤,丙也受伤。此时,如果丙对乙请求契约上的损害赔偿,则因乙与丙之间没有契约存在,而产生疑问:甲与乙之间买卖契约的保护义务能不能及于该汽车上的乘客?在学说发展史上,这个问题曾被这样设想:假如汽车上有五个座位,当然不是只有买汽车的那个驾驶员来坐,还会有经他邀请的乘车人。是故,汽车生产商在设计时就能预见到,汽车上将来除了买受人之外,还会有其他人乘坐。因此,契约所张开的保护伞就必须把其他乘客包括进来。这就是所谓“契约之保护第三人的效力”的问题。

另外,在“消费者保护法”上规定,当发生消费损害,消费者和第三人都有权请求损害赔偿(参照台湾地区“消费者保护法”第7条第3项)。比方说,妈妈到超商买汽水回来,经其小孩子邀请到家里来作客的小朋友,都可能喝那些汽水。可见,妈妈是购买人,但是她的小孩子、经小孩子邀请到家里来做客的那些人,都可能成为该汽水的消费者。简单地讲,“消费者保护法”上的“消费者”,除了购买者之外,还包括经购买人明示、默示允许来消费商品的人。于是就会发现,“消费者保护法”所定义的消费,包含债权人以外的人。然为何还会有受“消费者保护法”保护之第三人?该法所称第三人,指非消费者而有权接近供消费之物所构成之危险源的人,例如,宾客中不从事消费,而仅接近该危险源之人。

关于债权债务关系中所谓的第三人,就跟大家介绍这些。把上述整理起来,就会有

一个基础的架构,可以帮助我们判断一个债权债务关系里面谁是当事人(债权人或债务人)、谁是第三人。

三、债之主体相对性与第三人侵害债权

债之关系主体的相对性,亦可在第三人侵害债权问题上表现出来。一般而言,权利都具有不可侵害性,对所有的人都可以主张。因此,以债权具有相对性为论据,认为债权不能为侵权行为之被害客体,是不能成立的。^② 不过,在第三人侵害债权时,债权人要对第三人依侵权行为法来请求损害赔偿,常常会遭遇困难,为什么会这样呢?其理由不是因为债权具有相对性,而是债权是一种无体的存在,怎样加损害于它这本身认定起来就很困难。就像武侠小说里当一个人武功进入化境的时候,功夫施展开来时就使其看似无影无踪了。无影无踪就像无体一样,所以他的对手不知道从何打他。

然而,债权虽然是无体的存在,但它常常会连接到一个有体的对象。我们分别从两方面来谈。其一,当一个债以有体物作为标的的时候,第三人就有了攻击目标,使它发生毁损灭失或发生瑕疵,从而债权因给付不能而不能实现,于是,债权就受到了侵害。其二,在劳务之债中,如果第三人使债务人受伤,致债务人不能为劳务之给付的话,债权就受到损害。长话短说,一个债权,可以因为攻击了它的标的,或攻击它的债务人,使它不能实现,导致债权受到侵害。

但是,加害于债权的行为具有间接性。我们举个教科书里的例子:甲歌女在乙歌厅驻唱,丙对此不知而撞伤甲,甲因此不能唱歌。丙之行为对甲之身体受侵害具有相当因果关系。但由这个行为延伸出去,加害到乙对甲的债权这一问题,便有是否有相当因果关系的疑问。除此之外,由于丙不知道这样做会损害乙对甲的债权,所以在此情形也可能认为,就乙对甲的债权的受害,丙并没有故意或过失。简单说,第三人侵害债权,在因果关系上,或在故意或过失的归责要件上的构成,会遇到困难。

此外,在市场经济体制下,竞争有理。为了维护竞争机制,即关于交易中的“二重买

^② 在德国,就侵权行为所侵害之权利,因为德国《民法》第 823 条第 1 项先以例示的方式,规定生命、身体、健康、自由及所有权等权利,而后再续以“其他权利”,所以解释上认为其保护之客体,在财产方面应限于具有所有权之类似性,有典型对外公示之特征的权利,始属于该向所定之“其他权利”,不含债权这种单纯存在于债权人与债务人的关系。(Esser/Weyers, Schuldrecht Band II Besonderer Teil Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg 2000, S. 163; 不同看法,Becker, Christoph: Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht?, AcP 196 (1996), 439.) 因此,关于债权之侵害,其在侵权行为为上之损害赔偿的规范基础,除另有保护他人之法律加以规定之情形外(同条第 2 项),必须以其侵害符合第 826 条所定,故意违反善良风俗加损害于他人的要件。详情请参考 Rudolf Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, S. 87ff. 然因关于侵权行为法保护之客体,台湾地区“民法”第 184 条第 1 项前段仅规定限于“权利”,而限于支配权。所以关于债权之侵权行为的规范问题,与德国《民法》规定的情形并不相同,必须另行建构符合台湾民法体系的论据。

卖”或“二重交易”，即可能采取这种观点。比方说，甲歌女本来在乙歌厅驻唱，丙也开歌厅，丙对甲歌女说：“我可以给你较高的报酬”，或者他动之以情，用各种手段，让甲不到乙歌厅去唱，而到丙歌厅去唱。只要是为使甲歌女到丙歌厅而不到乙歌厅去唱，虽然丙之所为，使乙对甲之债权受到损害，但不因此认为丙所从事之竞争行为具有违法性，而是一个正当的竞争行为（参照台湾地区“民法”第244条第3项）。总之，第三人侵害债权在行为违法性的建构上也会遭遇到困难。

四、债之主体相对性与债之转移

所谓债之关系主体的相对性不仅止于此。一个已经存在的债的主体要发生改变，严格意义上不是单方可以改变的（法律另有规定的除外，如继承）。原则上，必须有债权人与债务人关于债之移转的契约，才能使它发生转移。

所谓使债的主体发生改变，就是债法总则里讲的“债之移转”，包含债权让与和债务承担两种情形。（这里附带提一下，“承担”在台湾地区“民法”上，固定用于债务在主体上归属变动的情形；而在大陆，一切产生了债务的场合，都可以说某人“承担”什么债务或责任，这个供大家参考。）在债权让与的情形下，首先必须把“除法律或当事人另有约定之情形外”放在一边，因为债权让与属于权利处分，原则上是可以让与的。所以债权人要为债权之让与，不需要债务人的同意，不过他必须要通知债务人，对债务人始生效力（台湾“民法”第297条第1项前段），才可以对抗债务人。什么是对抗呢？比方说，甲是乙的债权人，甲如果把他的债权让与给丙，而没有通知乙，乙在甲为债权之让与后，如果误向甲，而不是向丙为清偿之给付的话，因为甲丙之间的债权让与行为对乙不产生效力，不能对抗乙，所以乙对甲为清偿之给付，同样可以对抗丙；对丙仍然可产生清偿效力，丙因此所受损失，应依不当得利的规定，向甲请求返还。总之，如果没有债权让与通知的话，债权移转对债务人不产生效力，不能对抗债务人，这是第一种意义。

第二种意义，我们知道债的关系，就债权而言，常常带有抗辩，比方说时效抗辩等，或者可能存在可抵销的情形。因为甲丙之间债权移转行为并没有债务人乙的参与，所以这个移转行为就不可以影响到乙已享有的权利或利益。所谓不受影响的意思是，虽然甲对乙所享有的债权已经移转给丙，不过乙就该债权在受通知时已享有的抗辩权、抵销权，仍然可以对丙主张。

刚才讲的这些道理，大家必须要理解透彻，不能背。用背的方式一定会忘记的。大家要理解为什么是这个样子：首先，债权让与是一种权利的处分行为，所以出发点是无需债务人参与。然如果不通知债务人，债务人可能会误向原来的债权人为给付。假定发生这个情形，因为债务人没有受通知，所以其误向原来的债权人为给付，这个给付所产生

的清偿效力就可以对抗新的债权人。在学习时必须做到这样理解。我常常跟同学们讲,学法律其实真正的理解不是背出来的。

此外,法律学习的知识,本身是可以推演的。如果法律知识不能推演,那这知识就没有体系上及价值上的一贯性,是零散的细枝末节,容易有矛盾且恣意而为,是没有用的。因为法律知识能够推演,才能像武侠小说写的那样“一气化三千”。意思是你只学到一个问题的知识,可以解决三千个问题。

关于债权移转,须没有法律或者特约禁止移转,才可以进行权利的处分。我举个例子,比方说甲是名画家,乙是富商。乙知道财富再多,将来有一天也会败光,而艺术品才会永垂不朽。所以乙为了让自己永垂不朽,他就找甲给他画个人画像,说这是我们当代的大善人某某,然后再落款,题字。大家不一定喜欢那个富商或画像,但是喜欢那个画家,他画出来的画像很值钱。所以有人就看在那张画很有价值的面上愿意收藏这个富商的画像,后来就把它捐到博物馆,供后人观赏,于是该富商也似有受景仰的想象。假定有另一个富商丙,也希望请那个画家帮他画。乙就想,这样一个通过画像而得以永垂不朽的机会,把它移转出去会怎么样。比如,他本来约定的画像报酬是一亿元人民币,这时丙愿意出十亿元来买这个被画的机会,让自己永垂不朽。如果乙就把该债权让与给丙。于是就有该债权是否可移转的问题。后来丙就对甲请求说:“哎,请你画画,我们来约个时间。”甲就说:“你是谁呀?”“我是丙啊”,但甲认为“丙又不是乙”,认为画画的请求权是一项专属权,即便当事人没有特约这个债权不可让与,债务人甲也得主张它具有不可让与性。

接下来,我们谈债务承担的部分。债务承担与债权让与不大一样,即债务承担不属于权利之处分,因为每一个人清偿债务的能力及意愿都可能不太一样,所以其承担可能不利于债权之实现,不利于债权人。是故,债务承担不能由债务人与第三人双方说了算。发生债务承担时通常债权人不一定在场,但是在观念上应认为,债务承担行为必须要有债权人参与,否则就不能对债权人发生效力。因此法律规定,债务承担必须经债权人承认,才能够对债权人发生效力。这就显示出债权让与同债务承担在有关的法律行为上的一个重要不同。不过要注意,债的承担本身分两个情形,一个是免责的债务承担,另一个是并存的债务承担。所谓免责的债务承担是指一经承担,原来的债务人就脱离债权债务关系,由新的债务人来取代原债务人负担清偿债务之义务的情形;并存的债务承担是指,不因为第三人承担债务而使原来的债务人脱离债权债务关系,而是承担人跟原来的债务人一起负连带清偿的义务。通过以上说明可以认识到,并存的债务承担不影响债权人的利益,所以可由债务人与第三人双方自主约定。但如果是免责的债务承担,就一定要有债权人的承认才能够对他发生效力。此外,在债务承担的情形,所发生的法律关系是相对较

复杂的。所谓较复杂,指会有类似担保、保证等关系之随同承接与否的问题。因为每个债务履行标的的不一样,所以一旦发生债务承担的关系,债权人一定要注意,原债务担保效力的承接问题。以上是谈债的法律关系之主体相对性的问题。

五、债之客体的相对性

债之客体的相对性这一问题,刚才提到,债之标的具有相对性。如果要改变债之标的,需要双方的合意才可以。在债法总论里面,常常会提到客体变更的以下三种情形。第一个情形,比方说,甲负有给付乙一匹马的义务,后来因为甲没有给付,就商量说:“我家有一头牛,来替代一匹马,好不好?”这时候他们可能怎么做呢?他们可能就牛来谈这个事情。我觉得那匹马最近精神不大好,可不可以换这头牛。考虑到瑕疵担保责任的问题,就跟他讲,这只牛不错。假定说,乙同意了,并把那头牛牵走了。如是,其合意及所为就是所谓代物清偿。或者说,乙即便不立刻把牛牵走,而说那么就这头牛好了,但我先把该牛寄养在你这里。那这样做的目的是什么呢?乙不想夜长梦多,再有变卦,希望早早了结该牛之债务关系。乙虽未将牛牵走,但甲乙之间关于寄养的合意,已经同时发生效力,以新的标的物作为给付的内容来完成该债务之履行。在这种情形,甲乙之合意仍是代物清偿。因已完成该债务之履行,这头牛就已经是乙所有了。接下去,乙如不方便把这头牛带走,就发生委托甲把牛看管寄养的关系。甲如果精打细算的话,就问乙:“寄养多久?”乙说:“个把月吧。这期间饲料、看管费、照顾费怎么算呢?”乙就告知甲说:“每一天的照顾费用是多少人民币,还有每一天的饲料要算多少人民币”,以计算一起应给甲多少钱。但如果甲不顾情面的话,则因为乙已经同意以这头牛代替那匹马,所以甲也可以要乙把那头牛带走。以上是债务发生后,债务人与债权人另为代物清偿之合意的情形。

第二个情形,还是以这头牛代替那匹马为例,乙对甲讲:“好好,但是我今天没有时间把它带走。”甲说:“这样子,那你可以把它寄养在这里。”乙说:“不对不对,不是寄养,这头牛还继续是你的牛,只是我同意以这头牛将来代那匹马来作为债之标的而已。”那么乙心中的盘算是什么呢?他就是想要一个月后才来要那匹代替马的牛,因牛还是甲的牛,所以那这个月的饲养费用乙不出,且在该期间该牛如由于任何原因意外死亡或受伤,其危险亦由甲负担。在这种盘算下,乙还担心这一个月里面,甲亏待那只牛,就和甲说,“这一个月你要把牛好好养哦,不可以让它瘦了、毛不亮了,或者得了皮肤病”等诸如此类的问题。总之,乙精打细算的结果,不是直接以牛代替马即为债务履行,所以它不是代物清

偿,而是以由债务人对债权人负担新债务,以清偿旧债务。这就是所谓的新债清偿^③或间接给付。^④在这种情形,新债务与旧债务并存。但债权人必须在就新债权请求给付而不能获得满足的时候,才可以行使旧债权。

第三个情形,甲如果对乙讲说:“这样不行啊,这样跟你做一个买卖,便把我一头牛和一匹马给锁住了,我不好运转了。”所以甲跟乙商量说,经此改变给付标的之合意,我们就只有新债务,而旧债务消灭了。原来那匹马如果有人中意的话,我可以马上把它卖出去。如果乙同意了的话,那么这时候他们之间,为债之履行,有变更债之客体的安排,改以那头牛代替那匹马,把债之客体改变了,因此旧债务消灭了。这个时候就称该合意为更改。^⑤“因清偿债务而对于债权人负担新债务者,除当事人另有意思表示外,若新债务不履行时,其旧债务仍不消灭”(参照台湾地区“民法”第300条)^⑥。所以在因清偿债务,而对债权人负担新债务的情形有疑义时,应解释为新债清偿(间接给付)。主张其为更改者,负举证责任。

以上所说的三种情形中,在发生代物清偿和间接给付的情形下,一般来说问题不大。但是在发生更改的情形就可能引起疑问了,债的同一性有没有发生改变。当发生改变的时候,会不会影响担保人的利益,就可能有讨论的空间了。关于债的客体的相对性,我跟大家报告到这里。

③ 台湾地区“最高法院”2008年1月10日2008年度台上字第52号民事判决:“按民法第三百二十条规定:因清偿债务而对于债权人负担新债务者,除当事人另有意思表示外,若新债务不履行时,其旧债务仍不消灭。乃学说上所谓之新债清偿,依该规定,其新债务不履行,旧债务仍不消灭。而同法第三百十九条规定:债权人受领他种给付以代原定之给付者,其债之关系消灭。即学说上所称之代物清偿。依此规定,代物清偿系一种消灭债之方法,且为要物契约,其成立除当事人之合意外,必须现实为他种给付,始生消灭债务关系之效力。两者迥不相同。”

④ 台湾地区“最高法院”2008年1月17日2008年度台上字第111号民事判决:“查间接给付系为清偿旧债务而负担新债务所订立之另一独立契约,债权人须先就新债务请求履行。国际贸易约定以信用状付款系属间接给付之一种,出卖人应先请求买受人交付信用状,以确保双方价金及货物之交付,用维交易之安全。倘出卖人不能凭信用状获得承兑、付款,经催告买受人履行,仍不获处理时,出卖人即得本于买卖契约请求给付价金。因信用状交付之间接给付与买卖契约为两个独立之契约,倘买卖双方未约定买受人有先为给付价金之义务,买受人自非不得主张同时履行之抗辩,以保交易之安全。”

⑤ 关于更改,实务上尚有关于债务人之变更的更改。例如“最高法院”1979年度台上字第3407号民事判例:“按契约债务人之更改,谓因变易债务人以消灭旧债务而发生新债务,与债务承担仅变更债务人,而债务仍属同一,其债务内容并不变更之情形回异。”

⑥ 台湾地区“最高法院”2010年8月26日2010年度台上字第1583号民事判决:“按当事人为清偿旧债务而成立之新债务,究为旧债务消灭之债之更改,或旧债务不消灭之新债清偿,端视双方有无消灭旧债务之意思而定。凡无旧债务消灭之合意者,若新债务不履行时,其旧债务仍不消灭,此系民法第三百二十条本文规定新债清偿之情形;倘另有消灭旧债务之意思表示,即属同条除外规定债之更改之情形,不容混淆。是所谓借新还旧,于双方无消灭旧债务之合意时,仍为新债清偿,旧债务不因清偿期、利息等非关债之要素之变更而当然消灭。”

六、债之内容

债的内容里面,义务可以分成两大类:主要的部分是给付义务,通常称为主给付义务,另一些为保护义务。如果按照武侠小说的写法来说明这两个问题,其情节为:当一个债的关系,无事则短,如果没有发生什么意外,你会只看到给付义务,不会看到保护义务。但是,有事则长,即债之关系的发展不理想的时候,就会出现保护义务问题。什么叫不理想?比方说在刚才讲的案例中,当乙到甲的牧场,请求甲给付那匹马的时候,如果牧场里附带养的鸡得了禽流感,乙被传染了,就发生债务人附随的保护义务之违反的问题。另外跟大家要谈的是,假定那个牧场有虎头蜂,而如果乙被虎头蜂蜇到了,牧场主人是不是必须要负责呢?关于被虎头蜂蜇到的事,可能法官会认为,如果甲的牧场里面没有虎头蜂巢,那就不会有甲应负责之虎头蜂蜇乙。也就是说,如果没有蜂巢,虎头蜂跑来蜇乙,不是牧场主应去管理的危险源。然即便有虎头蜂巢,如有类似台湾地区“民法”第190条第1项的规定:“动物加损害于他人者,由其占有人负损害赔偿责任。但依动物之种类及性质,已为相当注意之管束,或纵为相当注意之管束而仍不免发生损害者,不在此限。”则因虎头蜂通常为野蜂,非甲占有之动物,因此甲也可能据之主张不负赔偿责任。要之,保护义务的范围到底有多广,与牧场主为场所安全,应负责管理之危险源有关,需要结合具体情况来加以认定。以上提供给大家作为参考。

一个具体的债的关系,除了给付义务之外,还会有附随的保护义务。如果因有可归责之事由(故意或过失)^⑦,违反保护义务,造成损害,便构成积极侵害债权,有赔偿责任。这种责任也称为契约责任。在这种情形下,必须论究这种契约责任跟侵权行为法上所规定的侵权责任之竞合关系究竟如何,在与法律行为有关之损害赔偿法的发展上,这是一个相当重要的问题。在学说上,它的发展有三个阶段。

第一个阶段,倾向于认为这里所称的保护义务,通常为在一个契约关系中特定人跟特定人之间个别的保护义务,它不是对一般人的保护义务。侵权行为的违法性构成要件,就是一般保护义务的违反。在契约关系发展上,有个别的保护义务,在侵权行为法律

⑦ 在债务不履行,含给付迟延(“民法”第230条)、给付不能(第226条)及积极侵害债权(第227条)之损害赔偿义务的责任要件,所以通常不像侵权行为责任(第184条第1项前段),直接规定为有故意或过失,而规定为有可归责之事由,其理由为:为适应不同债务关系之不等注意程度的规定。以便分别将与不同债务关系之注意程度的规定相对应之责任要件,特别是“具体轻过失”“抽象轻过失”或“重大过失”,代入“可归责之事由”。例如“民法”第434条规定:“租赁物因承租人之重大过失,致失火而毁损、灭失者,承租人对于出租人负损害赔偿责任。”依该条规定,其失火责任之可归责之事由为“重大过失”。第535条规定:“受任人处理委任事务,应依委任人之指示,并与处理自己事务为同一之注意,其受有报酬者,应以善良管理人之注意为之。”依该条规定,受任人之赔偿责任的可归责之事由,在无偿委任为“具体轻过失”;在有偿委任为“抽象轻过失”。