

漢譯世界名著

比較法哲學

下冊

密拉格利亞著

朱敏章 吳澤炎 徐百齊 吳鵬飛 譯

商務印書館發行

Luigi Miraglia 著
朱敏章 吳澤炎 譯
徐百齊 吳鵬飛 譯

漢譯世界名著
比較法律哲學
下冊

商務印書館發行

第十二章 債權債務

三五〇 債的定義

人的財產，不僅以對物的權利爲限，對人的權利如債權等，也包括在內。對人的權利，是「對人權，即對人行使的權利，」故涉及「不能觸覺的無體物，」至於對物的權利則是「對物權，」涉及「可能觸覺的有體物。」債的意義，有人解爲法律的拘束，當事人因這拘束而負給付的義務。如果引用於對物的權利，或引用於其他對人的權利，這定義就另有一種意義了。惟就這見地而觀察，債權實是對物的權利的擴張。債權就其構成財產的一項而論，實是以物質利益爲主要目的。的權利，或如一般人所說，是具有經濟意義的權利。羅馬法學家，着重於這種權利的原因，謂「債權是具金錢價值的權利。」至於斯塔爾及阿楞斯二人稱爲倫理法律的債務，如夫婦貞操義務等則完全以道德爲根基，非我們所得任意變更，絕不能成爲我們的財產，因爲牠們本身並沒有經濟的價值。

將倫理法律的債務，與具有經濟價值的債務，彼此區分的原理，是在人類能力的有限，「一人等於無人」爲求達我們的目的，我們必須與他人合作。我們必須經由這種關係，纔能自足，而達到亞里斯多德所說的獨斷專裁的目的。人類企圖發展的傾向，促使各人從事於相互的交換。各人因此而增加其力量，而整個社會的力量的增加，也即寓於個人力量的增加中。

三五 債的要件

債的成立，至少須有二人，即債權人及債務人。債權債務是一人與另一人間的一種直接關係，故只能拘束牠的當事人，而不能拘束第三人。債權並非對於債務人的身體，有什麼權力，牠只是在某方面對於債務人的自由，加以一時的限制而已。古書上有這樣一句話，表示這個觀念，「債權的本質，並非支配他人的身體，而是對於他人的一種行爲的請求權。」債的標的必須在物理道德及法律三方面，均屬可能；換句話說，債必須合於自然及自由的法則。不論什麼人，如果有所允約，必其允約在物理上可能履行，否則所立契約，即非合法，締約人破壞了自由的自然法了。同樣，他們不可約爲違背道德或法律的行爲，否則構成自由法則的破壞，因爲自由是應以信實及正義來獲取的；沒

有信實及正義，即不能有自由，而只有任性及放肆。又債的標的具有經濟價值，構成財產的一種，必須能以金錢計算。違反債務者，須受損害賠償的制裁。損害指財產的減少及喪失的利益二者而言。損害賠償的理論，可直接適用於具有經濟價值的債權關係，也可準用於另一種類的債權關係，如由於身體的傷害或卑劣的行為，而發生的債權等。布朗斯曾謂，侵害他人肉體或精神的行為，實非定立賠償方法，即足填補損害的結果，但以金錢為賠償，俾使受害人獲得另新的利益，也不是不適當的辦法。我們贊同耶陵及溫得舍特的意見，認為司法保護的範圍，應該推及理想的利益，認為利益的意義，應該是完滿的相對的，包括一切人的生活必需品，因時代、地域、及種族的不同而有異；如耶陵所說：「我們不可否認，金錢的賠償，除有制裁的作用外，每能填補損害，在有些侵權行為的事件中，被害人提起賠償的訴訟，法院判令加害人以金錢填補損害，我們不可因此而謂債的標的是商業的；我們只可說，凡能影響於財產的債，通常均可直接以金錢來估定其價值，雖然有時也有些標的的價值，不能以金錢來精確估定，因為人的感情是無法權衡的，但精確的估價雖不可能，我們仍能作一間接的或近似的估價，對於那些倫理法律的債權，這種估價並非以金錢表示牠們的

標的，而實爲一種制裁及補救的方法，雖然牠們的標的原與財產毫無關係，但基於這種估價而賠償的金錢，成爲財產的一部。」總之，不論那一種債，都有牠的目的，雖有直接與非直接，固有與非固有之分，但其爲目的則一，至於內在及主觀的動機如何，則屬另一問題，這點我們還要在下面說明。

三五二 債的發生原因

依照近代的法學家，債的發生原因有五，——契約、準契約、侵權行爲、準侵權行爲、及法規。羅馬法學家，只承認四種原因：「債權的發生，或由於契約，或由於侵權行爲，或由於法規，或由於各種類似的原因。」所謂「各種類似的原因」，在羅馬典籍上，係指「準契約，及準侵權行爲。」法律哲學，可把這些原因歸納爲二，——人類的意志，及自然的法律秩序，——因爲一切債務（除由於契約而發生者外）都不是基於自由意志而負擔，如下所述，牠們都是直接或間接爲理性法則所課責的。準契約實由於當事人一方的合法行爲而成立，這一方對他方負責事前並沒有明確的合意。準契約與侵權行爲不同，因爲準契約是以當事人一方的意志爲其淵源的契約。票據的承兌、第三人債務的清償，及共有等，都是準契約的實例。牠的根據，是法律所假定的（拉薩利曾論及的）人類

普通意志也可說是與公道原則相符的推定同意票據的承兌可成立準契約這話並無不合我們可以假定本人的同意。凡有所望於於目的者，亦必有所望於其手段，故可推定其人負有償還的義務。依照洛斯基尼的看法，準契約一詞，是一妄謬的名稱，他不能想像一種介於契約與非契約之間的东西。他以為法律在所謂準契約中設想了一個同意，而實際上則並沒有什麼同意，他以為基於不完全的契約而發生的債，可用公道的原則來釋明。但他不承認債的一般要素是意志，他沒有瞭解人類普通意志的意義，他以為這意志，即是個人具體的變動的意志，他說，推定的同意，是不確實的，不能產生確實的權利義務的，因為所謂本人有時因精神病或未成年，而無表示同意的能力。其實，普通意志是與理性相合的，牠是一個人待人接物所應具的意志，是心神健全人的意志。這樣的一個意志，總是確確實實的，如果精神病人不患精神病而是一個神志清明人的話，如果未成年人不是未成年而是一個成年人的話，這樣的意志，也可在他們身上找出。除此以外，沒有別的意志，可認為法律的原則，可認為理性的表現。由此可見準契約中的債，以推定同意，以意志，為其發生的直接原因，而以意志為根據的法規，為其發生的間接原因。

三五三 債與侵權行爲

因欺詐或過失而生的債，是由於自然的法律秩序這個觀念而來的。秩序一經侵犯，法律一經破壞，恢復的必要即隨之而起，恢復的方法，是懲罰及賠償損害。侵權行爲是欺詐或損傷的結果。過失是一種準侵權行爲，因違反相當注意，而釀成某種損害。過失與意外不同，過失是能注意而未注意，意外是不能注意而未注意。在現代，侵權行爲及準侵權行爲的效果，第一是懲罰，其次是賠償義務。羅馬法上原有一種私人懲罰的制度，即被告得以一定金額給付原告，這制度後來廢止了，另外又成立了一個原則，認懲罰是社會正義的要求，是公法上的制度，於是以侵權行爲及準侵權行爲爲根據的主要的債務，對於羅馬人不復構成私法的一部，而只有一種着眼於被害利益的從屬的債務。但由於自然的法律秩序，直接發生了幾種有關金錢問題的債務。有些人以爲以法規爲根源的一切債務，均屬於公法，這話是不對的，因爲法規可爲私人的利益，而設定各種債務。

三五四 以主體爲標準的債的分類

債可依其主體、客體、拘束力及訴訟，而作種種的分類，（這裏不再討論債的發生原因，如依發

生原因而論，債可分爲自願的與非自願的二類。債的主體，或爲債務人債權人各一人，或爲債務人數人而債權人一人，或爲債務人數人而債權人一人，或爲債務人債權人各數人。多數主體的債，或爲分別的債，或爲聯合的債。在分別的債中，債權人與債務人互有權利互負義務。但牠不是單一的，而是依照當事者的人數，分爲許多部分。聯合的債，是單一的，每一債權人，有要求債務人爲全部給付的權利，每一債務人有爲債務人履行全部債務的義務。羅馬法把聯合的債，分爲共同的債與連帶的債二種。共同的債務，是債務人數人共同的，連帶的債務，是債務人數人各負有履行全部債務的義務。在共同債務中，一債務人履行債務後，他債務人同免責任，他沒有要求他債務人償還其分擔部分的權利，這是與連帶債務不同的；又對於一債務人的判決確定後，他債務人也同免責任，這效果有時也是連帶債務所沒有的。有些法學家，也作類似於此的分類，他們依從摩利尼奧的學說，謂有共同的債與連帶的債的分別。前者以當事人明示的或推定的契約爲根據。後者係基於事實或法規而發生，並不推定其當事人間有何契約。這二種債所同有的效果，是「全部債務」但在共同的債中，一債權人或一債務人的時效利益，得由其他各人據爲抗辯的根據，又對於二人所爲的

停止訴訟程序的抗辯，對於他人也有效力，這些在連帶的債都是不適用的。這二種債，所以有這些不同的效果，是因為在共同的債，推定其當事人間有合意，而在連帶的債，則不能有這推定。

三五五 以客體為標準的債的分類

以客體為標準，債可有可分的、不可分的、選擇的、及任意的幾種。給付在物理上或法律上可能分割者，是為可分的債；物或行為，性質上不能分割者，（例如約定給付馬一匹，）或性質上雖能分割，而當事人沒有這種意思者，（例如約定建築一所房屋，）是為不可分的債。債的不可分，是客體的單一，對於多數的繼承人，也有其適用。在這一點上，牠與聯合不同，後者是隨同主體而消滅的。依從摩利尼奧的那些著作家，往往把不可分的債，分為完全不可分的與非完全不可分的二種。前者係由於債的性質及契約而發生，故有「個別的全部債務」牠必須是「個別的，」因為當事人並不組成一個單一體，如同共同的債那樣，但牠仍須基於「同一事由。」在完全不可分的債中，對於一債務人有所請求時，這債務人所為的抗辯，對於全體債權人均有效力，因為一債權人不能對於債權保全其自己的應有部分，而同時不保全其他債權人的應有部分。非完全不可分的債，是為避

免「不適當的給付」而成立的，即牠的作用，是要避免劃分給付所能發生的損害；牠只能存在於債務人的繼承人間，而不能存在於債權人的繼承人間，這一點，足以證明事實上不能有完全「不可分的給付。」選擇的債，是債務人在數宗特定的給付中，只須擇一爲之，這選擇權，由債務人行使。任意的債，是標的物非所注重，債務人得依其所願，而爲任何給付。

三五六 債的拘束力的種類

就拘束力而論，契約可分爲單純的、附條件的、模範的、及附罰則的四種。關於給付的方法，沒有任何特別規定者，是爲單純的契約。條件是指拘束力須視將來的或不確定的事實而定。條件可依這種事實的性質，條件所能發生的效果，及其方式而分爲數種。就事實的性質而論，條件有積極的、消極的、隨意的、偶成的、及混合的的分別。積極的條件，是條件的成就爲契約的要件，消極的條件，是條件的不成就爲契約的要件，隨意的條件，是條件的成就與否，以債權人或債務人的意志而定，偶成的條件，是條件的成就與否，繫於自然的事實，混合的條件，是條件的成就與否，一部分繫於第三人的意志，一部分繫於自然的事實。這類條件，在物理上、道德上、及法律上，有可能與不可能的分別。

可不待言。附隨意條件的契約，即僅以債務人「願意」爲條件的契約，不能有拘束力，又僅以債務人的一種無關重要的，與所謂「願意」無甚區別的行爲，爲條件的契約，也不能有拘束力；例如「如果你注視我面，我給你百金。」契約所附的條件，如果在物理上，道德上，及法律上，均屬不可能，其契約應爲無效，但如果所附的條件，是不爲一種不可能的行爲，則其契約爲有效。消極的不道德的條件，是法律所認許的，因爲法律對於爲使對方不爲有害的行爲而接受的允約，不能不加以重視。積極的不道德的條件，如果牠是偶成的條件，則就債務人言，應認爲合法，因爲這條件的成就與否，繫於第三人的行爲，這條件對於他實與任何其他條件，並無區別。就條件的效果而論，條件可分爲停止的條件及解除的條件二種。前者使拘束力於條件成就前，停止發生。條件成就時，拘束力不看作基於條件的成就而發生，而看作基於契約而發生，如果條件不成就，則契約義務，看作從未存在。後者並不使拘束力延不發生，但條件成就時，拘束力看作從未存在，債權人應返還其所受領的一切。就條件的方式而論，條件有明示的默示的含蓄的分別。如果契約的標的，繫於將來確定的事實，這與拘束力無關，而僅遲延其履行。契約中的罰則，是關於賠償數額的一種預定。契約附有罰

則，是締約人爲欲確保契約的履行，而約定於怠於履行或遲延履行時，爲一定的給付。這種罰則，是附從的約定，故契約歸於無效時，罰則也歸於無效。

三五七 現實法上的債與自然法上的債

就訴訟而論，債可分爲法定的與自然的二種。法定的債，當然與自然的債一樣，係以自然法爲其根據（現實法是依自然法而造成的），對於這種法定的債，法規加以充分的承認，並賦與訴權。自然的債，也是以現實法爲根據的，不過現實法雖予牠們以承認，卻不予以完全的效力，僅在理性法爲牠們直接的淵源時，纔予以保護。自然債務，與道德的義務不同，道德的義務，只基於道德而有其效力。站在現實法的見地上看來，自然的債是不完全的債，並非絕對沒有效力，在某種關係中，牠們法律上的效果，仍有承認的必要，但基於許多有關社會利益的理由，牠們不能享有訴權。在自然的債中，我們可以承認古代羅馬法所說的「衡平的債務」及「自然的債務」，約言的實踐，不看作道德義務的履行，而看作「自然債務」的法律義務的履行。故債務人所爲的給付，不得請求返還。這「衡平的債務」，在法律哲學上，就是「法律的債務」，須由現實法納入一定的範圍，即以人

格而論，欲使其成爲有效力的權利義務的主體，實有在現實法上加以規定的必要。以這種承認，賦予自然的債，實是無足爲奇的，這不是表示這種債除了現實法以外，別無根據。理性法非經法規認定，不能有實際的效力，但這不是說，法律及人格，是法規的產物。自然的債，係淵源於「條理」而來，這「條理」表現於吾們的法規中，但非由於法規而發生，就這意義而論，自然的債，是在現實法之外另有其根據的。這表示自然的債，有一較高的淵源，但這淵源，並非絕對外來，絕對超越，因爲自然法是在現實法中發展，並與現實法相關聯的，正如與真確互相貫通一樣。在另一方面，自然的債，又是存在於現實法中的。牠以法規爲其根據，因爲牠在例外的情形之下，可有更大的價值。溫得舍特以爲自然的債，代表法律體系中無機的部分，從歷史的見地上看來，這話是很對的。古時，「市民法」的範圍，很狹小很嚴格，把許多實際上確屬法律範圍的關係，置諸不顧。這些關係，後來漸漸被人注意，最初爲「萬民法」或「自然法」規律，最後構成「市民法」的一部分。但溫得舍特的話，就其本身而論，不能算作原則，因爲自然的債所具的不完全性，是基於牠自己的作用及性質而來的。我們可以說，牠的不完全性，是在牠的淵源有缺乏，由於牠的淵源有缺點，故牠與法定的債不能並駕

三五八 債的消滅

(甲)清償 債的消滅方法，計有十種。第一種是清償，即依照債務的內容而為給付。為增進交易的利益，並為對於應為給付以解脫契約拘束的債務人，易於追償起見，法律採取代位清償的制度，即以一種擬制的方法，使債務因第三人的清償而消滅，但仍為這第三人的利益而視為存續，這第三人得行使契約上的一切權利，以收回其所為的給付。

(乙)更改 消滅契約的第二種方法，是更改。更改是舊債務改為新債務的意思。更改有涉及契約的主體者，是為主觀的更改，有涉及契約的客體者，是為客觀的更改。主觀的更改，有二種情形，一是新債務人代替了舊債務人，債權人對於舊債務人，不再有何拘束，一是新債權人代替了舊債權人，舊債權人脫離關係。前一情形，須有原債權人，及新債務人的同意。牠與債務根本消滅的情形不同，債務的根本消滅，祇須經債權人與債務人同意即可，不生更改的結果。後一情形，有委任及抵充二種方法。委任須有債務人及新舊債權人的同意，抵充則只須有債務人及新債權人的同意。當

事人的更改，以有同意爲要件，這原則的作用，是要保護當事人合理的利益，以免因這更改而受到損害。客觀的更改，是一種新的客體代替了原來的客體，而改變了契約的方式。

(丙)免除 第三種消滅方法，是債務的免除，即債權的無償拋棄。實際上牠是一種贈與，故須經雙方同意。

(丁)抵銷 第四種消滅方法，是抵銷。「債權與債務，互相交替」雙方給付，須種類相同，又雙方給付，須均屆清償期；換句話說，數量及期限均須確定，不附有任何條件。抵銷在現代占有極重要的地位，在大都市中成爲消滅債權債務的最重要的方法。文明國家會經過三個時期，牠們最初採取金屬貨幣，其後採取混合幣制，當牠們充分發達之後，牠們又限制紙幣的發行，而採取大規模信用的制度。盧乍提曾作一種很適當的譬喻，他把近代的貨幣經濟，比諸金字塔，以硬幣爲其底基，銀行券爲其頂尖，而其軀幹，則爲商業證券、存款及抵銷等。銀行券有使用硬幣減用的傾向，但其他各種信用在這方面的傾向，特別是由於抵銷制度的採取，比銀行券的傾向，力量更大，牠們利用期票的流通，由清算所或交易所結算其金額。巴忒松巴佐特及巴爾格累夫，曾以統計說明英國貿易的

信用由銀行券而進於抵銷一八四四年內清算所發出的數目還不超過紙幣總額的四十倍到了
一八七二年，牠達到紙幣總額的一百三十倍。可是英國及美國，還是曾經濫發紙幣的二個國家。

(戊)混同 第五種消滅方法，是混同，二個互相抵觸的資格，即債權人與債務人的資格，歸於一人。

(己)給付不能 債務人並無過失，應行給付的物，歸於滅失，或使契約履行成爲不可能的情事發生，而其情事又使契約的標的，絕對破毀，這是第六種消滅方法。這消滅方法，不適用於標的不特定的契約，因爲不特定的標的是不消滅的。這方法係以契約標的陷於不能爲其根據。

(庚)解約 第七種方法是撤銷或解約。撤銷以契約自始存有瑕疵爲原因。解約以契約不履行爲原因。債權債務，因撤銷而完全消滅。解約的效果，或使債權債務完全消滅或使已到期的部分仍爲給付。

(辛)履行 第八種消滅方法，是履行。

(壬)時效 第九種消滅方法，是消滅時效。