

民商法

论丛

第3卷

CIVIL AND COMMERCIAL
LAW REVIEW VOL. 3

■ 梁慧星 / 主编

法律出版社

民 商 法 论 丛

第 3 卷

(1995 年第 1

梁慧星 主编

法 律 出 版 社

民商法论丛 第3卷

梁慧星 主编

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/外文印刷厂

开本/850×1168毫米 1/32 印张 16.125 字数/430千

版本/1995年10月第1版 1997年10月第3次印刷

印数/8,001-11,000

社址/北京市广外六里桥北里甲1号八一厂内(100073)

电话/63266796 63266781

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-1722-5/D·1365

定价:26.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

卷首语

本卷为 1995 年第 1 号。

本卷在[专题研究]栏编入三篇论文。其一是王利明教授的《论双务合同中的同时履行抗辩权》，其二是孙宪忠博士的《不动产物权取得研究》，其三是陈华彬博士的《土地所有权理论发展之动向》。另在[域外法]一栏编入尹田先生的《法国合同责任的理论和实践》，及拙文《日本担保法制及其对我国制定担保法的启示》。

本卷设[法学名著]一栏，编入美国学者格兰特·吉尔莫教授的《契约的死亡》，和日本学者内田贵教授的《契约的再生》。吉尔莫先生是耶鲁法学院终身教授，他于 1970 年 4 月在俄亥俄州立大学法学院就契约法基本理论作系列讲演，讲演稿经整理充实后于 1974 年出版，即《契约的死亡》。谢怀轼先生在 1986 年出版的《合同法》一书中有极简单的介绍，使中国民商法学者知有《契约的死亡》一书。吉尔莫先生在绪论中写到：“有人对我们说，契约和上帝一样，已经死亡。的确如此，这决无任何争论的必要”。值得注意的是，作者在详细探讨 20 世纪以来，契约理论所发生的巨大变化以及有关的各种问题之后，却在本书结尾写下如下寓意深长的话：“契约确实死了——但谁又能够保证它在复活节不会复活呢？”有趣的是，《契约的死亡》一书出版 10 年后，日本东京大学教授内田贵先生于 1983 年至 1985 年间留学美国康乃尔大学，从事契约法学基本理论的研究，归国后于 1990 年出版了《契约的再生》一书，无疑是对吉尔莫先生留下的疑问作了肯定的答复。《契约的再生》内容包括七章：一、“契约之死”；二、“契约之死”的病因；三、作为社会现象的契约之死；四、作为原理的契约之死；五、契约法与意识形态；六、关系契约理论与日本民法；七、契约的再生。契约作为现代

市场经济社会的基本制度,实际上在我国已经死过一回,只是到了80年代初实行经济体制改革和发展社会主义市场经济,导致了契约制度的复活。目前立法机关正在起草统一的合同法,建立符合现代化市场经济客观规律的契约制度。《契约的死亡》和《契约的再生》这两部著作,对于我们了解契约法和契约法理论的发展潮流,对于建立我国现代化的契约法和契约法理论无疑有重大的参考价值。《契约的死亡》由民法博士生曹士兵先生与姚建宗先生、吴巍女士合译,《契约的再生》由民法博士生胡宝海先生翻译。

[判解研究]栏编入拙文《电视节目预告表的法律保护与利益衡量》。广西电视节目投诉广西煤矿工人报侵权一案,由于著作权法对于电视节目预告表是否受法律保护未有明文规定,一审法院将电视节目预告表解释为时事新闻,并据以判决原告败诉,而终审法院依民法通则原则性条文改判原告胜诉。本案终审判决的意义,不仅在于实现个案的妥当性,而且在于法无明文规定的情形,能够直接适用原则性条文以弥补现行规定之不足,无疑在法解释学上有其重要意义。

[硕士学位论文]栏编入两篇论文。其一是《预期违约规则研究》,作者是中国人民大学民法硕士杨永清先生;其二是《动产抵押制度研究》,作者是吉林大学民法硕士王闯先生。

[资料]栏编入《关于统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》,即“巴塞尔协议”,是民法博士生陈晓翻译,对于我国致力于建立与国际接轨的银行制度和金融制度,显有借鉴意义。

编者注意到立法史上一个饶有兴趣的现象,即大凡重要的法典编纂,均发生在“世纪之交”。如法国民法典之制定,是在18世纪与19世纪之交,德国民法典与日本民法典之制定,是在19世纪与20世纪之交。中国何尝不是如此!1900年庚子之乱,八国联军攻入北京,致朝野上下,体察时局艰难,历经争议,达成共识,认为国家之富强非全恃坚甲利兵,变革法制实属势在必行。于是光绪皇帝颁布修律上谕,设立修订法律馆,派沈家本、伍廷芳为修律大臣,主持民刑法典之编纂。此次法典编纂意义深远:斩断源远流长的中华法系,继受西方法制和

法学,充分显示我中华民族在外来压力之下,毅然决然地抛弃固有传统法制,继受西方法学思潮,以求生存的决心、挣扎与奋斗!在20世纪的最后20年,中国再次实行门户开放政策,进行经济体制改革,发展现代化的社会主义市场经济。在这一历史背景之下,立法、司法和法学界面临的任务是,立足于改革开放和发展现代化市场经济的实际,广泛借鉴市场经济发达国家和地区成功的立法经验和判例学说,力求尽快实现法制的现代化,包括立法的现代化、法学的现代化和审判实务的科学化。我国当前进行大规模的民商事立法,恰好又处在另一个“世纪之交”,即20世纪行将结束而21世纪即将揭幕之时。这就使我们无法回避一个应予慎重考虑的问题,即民法的模式问题。

自进入20世纪以来,尤其是二次大战后,民法本身发生的种种变化,可以归结为从民法的近代模式演进到民法的现代模式。由欧洲大陆法所确立的民法近代模式,其集中表现为:其一,自由平等的人格。即对于一切人,不分国籍、年龄、性别、职业,具有平等的权利能力。当时,在资本主义体制下作为商品交换主体的劳动者、消费者、大企业、中小企业等具体类型,在民法典上,被抽象为“人”这一法人格。法人的权利能力,被认为与自然人相同,仅法人格的取得,因公益法人、营利法人而稍有不同而已。其二,私的所有。私的所有制,乃是资本主义社会的基干。其确立,系近代法的辉煌成果。民法典规定的以所有权为中心的物权制度,使私的所有制法制化。因此,物权被视为绝对权,具有可以对抗一切人的绝对性。其三,私法自治。私法上的法律关系,依私人的自由意思。此私法自治,与自由平等的人格,为近代私法的根本原则。私法自治,乃是维持市场自由竞争的法原则。作为私法自治原则的下位的原则,有契约自由、遗嘱自由、团体设立的自由诸原则。其中,以契约自由原则为最重要。其四,自己责任。私法自治,系自由平等的私法主体的意思自治。因此自由之行使致他人受害或不利益的情形,行为人只在有故意、过失时,始承担法律责任。此即所谓自己责任原则。

所谓民法的现代模式,其集中表现为:其一,具体的人格。基于

自由平等的法人格,由于对一切人作抽象的对待,在多种法律关系中,造成了社会的经济强者,对社会的经济弱者的支配,反过来动摇了民法的根基。其结果,导致从抽象的法人格中,分化出若干具体的法人格。其代表的例子是劳动法上,形成劳动者的具体人格,由雇用契约的主体成为服从团体法理的劳动法的主体。其次,为了阻止大企业垄断的弊害,经济法、反垄断法、成为独自的法域。此外,消费者及公害的受害者,也作为一定的法人格类型,出现在特别法上。其二,私的所有的社会制约。姑且不论战后出现的公有制和国有制,现代法上对私的所有的社会制约,首先表现在对土地所有权的公法规制,及对主要生活物资的统制,使所有权具有社会性。即所谓所有权附有义务。经由判例所确立的权利滥用之禁止原则,也突显出所有权的社會性。其三,受规制的竞争。民法的近代模式中,变化最大的莫过于私法自治原则,特别是契约自由原则。自由竞争,为近代社会之活力源泉,但自由竞争的结果,也带来社会的许多弊害。所谓“私法的公法化”,指从立法和行政多方面对交易进行公法的规制,造成契约制度衰退的印象。作为近代法基本原则的私法自治,已不再是从前的面貌。其四,社会责任。现代社会中,企业事故、公害、交通事故、缺陷产品致损等大量的损害的发生,使作为自己责任原则之基础的社会、经济伦理,发生动摇。与此相应,代替个人的有责性,产生了以举证责任转换所加重的推定过失责任、危险责任、无过失责任即严格责任,此外还导入了与民事责任无关的损害赔偿制度。

值得特别注意的是,民法的现代模式并非完全取代其近代模式。日本民法学者北川善太郎先生谓为,民法的近代模式与现代模式的“两者共生现象”。在近代模式与现代模式之间,起桥梁作用的,是判例和特别法,此外,诚实信用原则等一般条款也起了重要作用。毫无疑问,民法模式之正确把握,对于确定我国民商事立法和民商法理论之取向,有重要意义。

编者

1995年3月25日

目 录

卷首语

[专题研究]

- 论双务合同中的同时履行抗辩权 王利明(1)
- 不动产物权取得研究 孙宪忠(37)
- 土地所有权理论发展之动向 陈华彬(63)

[域外法]

- 法国合同责任的理论与实践 尹田(129)
- 日本现代担保法制及其对我国制定担保法的启示
..... 梁慧星(171)

[法学名著]

- 契约的死亡 [美]格兰特·吉尔莫著 曹士兵等译(198)
- 契约的再生 [日]内田贵著 胡宝海译(294)

[判解研究]

- 电视节目预告表的法律保护与利益衡量 梁慧星(333)

[硕士学位论文]

预期违约规则研究.....	杨永清(349)
动产抵押制度研究.....	王 闻(395)

[资料]

关于统一国际银行资本衡量和资本标准的协议	
.....	陈晓译(473)

编后记.....	(503)
1994 年度朋友资助民商法研究赠款收支明细报告	(505)

[专题研究]

论双务合同中的同时履行抗辩权

王 利 明

目 次

引言

- 一、同时履行抗辩权的概念
- 二、同时履行抗辩权制度的比较
- 三、同时履行抗辩制度的适用范围
- 四、同时履行抗辩权的适用条件
- 五、违约行为与同时履行抗辩权的适用
- 六、同时履行抗辩和双方违约问题
- 七、行使同时履行抗辩权与暂时中止合同履行
- 八、援用同时履行抗辩与解除合同
- 九、同时履行抗辩权的排除

引 言

双务合同是指当事人双方互负对待给付义务的合同,^①即一方

① 参见杨振山主编:《民商法实务研究》,山西经济出版社,1993年版,第249页。

当事人愿意负担履行义务,旨在使他方当事人因此负有对待履行的义务,或者说,一方当事人享有的权利也就是他方当事人所负担的义务。可见,双务合同是建立在“你与则我与(do ut es)”的原则之上的,它与仅有一方负担债务的单务合同,或仅一方必然负担债务而另一方只是偶然负担债务的合同是不同的。^①

双务合同是财产交换在法律上最典型的表现,也是对每时每刻重复发生的大量市场交易行为的高度抽象。适用于双务合同的各项规则都体现了平等、等价的交易原则的精神,也是维护交易秩序所必须遵循的法律规则。可见,建立双务合同中的一项重要制度,即同时履行抗辩制度,乃是完善我国市场规则不可缺少的一项内容。下面,我们将就同时履行抗辩问题谈几点粗浅的看法。

一、同时履行抗辩权的概念

同时履行抗辩权,也称为履行合同的抗辩权(exceptionon adimpleti contrattus),是指双务合同的当事人一方在他方未为对待履行以前,有权拒绝自己的履行。^②同时履行抗辩权是抗辩权的一种。所谓抗辩权,又称为异议权,是指对抗请求权或否认对方的权利主张的权利。抗辩权的作用一般只是阻碍对方当事人的请求权发生效力,它可以分为延期的抗辩权和消灭的抗辩权,前者指不使对方当事人的请求权归于消灭,而仅仅只是阻碍其效力发生;后者指抗辩权的行使将导致对方请求权消灭(如因时效届满产生的抗辩权)。同时履行抗辩权,在性质上属于延期的抗辩权。

同时履行抗辩权的法律根据在于双务合同的牵联性。所谓双务合同的牵联性是指在双务合同中,一方的权利与另一方的义务之间具有相互依存、互为因果的关系,此种牵联性表现为三方面:一是发

① 仅一方必然负担债务,而另一方只是偶然负担债务的合同称为不完全或不平等的双务合同,如委任合同中受托人必然负有处理委任事务的义务,而委托人并不必然承担费用偿还义务,所以此类合同不属于双务合同。

② 参见王家福主编:《民法债权》,法律出版社,1991年版,第400页。

生上的牵联性,指双方当事人的权利义务由一个合同所产生,双方的权利义务从一开始就是互为条件的,一方的权利不发生、不成立或无效,另一方的权利也发生同样的效果。二是履行上的牵联性,是指在双务合同成立上,当事人各基于合同负履行义务,一方负担的义务是以他方负担义务为前提的,如果一方不履行自己的义务,对方的权利不能实现,其义务的履行也要受到影响,只有在双方均履行了各自义务以后,债的目的才能达到。三是存续上的牵联性,这是指如果非因双方的过错导致合同事实上履行不能时,所发生的危险应由哪一方负担的问题。既然双务合同中双方的权利和义务是相互依存、互为条件的,因此原则上要求双方当事人同时履行自己所负的债务。一方当事人只有在已经履行或者已提出履行的前提下,才能要求对方当事人履行义务;反过来说,在对方未为对待履行或未提出履行以前,可以将自己的履行暂时中止,而拒绝对方的履行请求。

同时履行抗辩权所赖以产生的法律基础是诚实信用原则。诚实信用原则作为民法的基本原则,乃是指导双务合同的重要原则,而同时履行抗辩权乃是诚信原则的具体引申,同时也只有在诚信原则的指导下才能发挥其具体的规范功能。否则,该原则在具体适用中,就有可能背离立法者所设立该规则的宗旨。诚信原则对同时履行抗辩权的指导作用主要体现在三方面:第一,根据诚信原则,如果发生特殊情况使当事人之间的利益关系失去平衡时,应进行调整,使利益平衡得到恢复,由此维持一定的社会经济秩序。^① 双务合同的基本性质决定了双方的利益应维持平衡,这不仅表现在双方的债权债务是相互对等的,一方的义务是另一方的权利,一方的权利是建筑在另一方的义务的基础之上的,同时表现在“双方债务在契约之结构本质上,具有统一的目的,即所谓均整价值(symmetrischer Wert),此种目的利益均衡存在,而成为一种整合(Integrality)之状态,苟有一方之债务由于不法,或其他事由而不存在时,他方之债务,居于目的利益

① 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社,1992年版,第78页。

平衡之原则,亦无从成立。”^①同时履行抗辩权的设立旨在维持双方的利益平衡,这种利益平衡的维持当然应以诚信原则为指导。所以,如果当事人未履行自己的债务而仅请求他人提供履行,是不符合诚信原则的。而当事人仅提供部分履行或不完全履行,或发生履行迟延,另一方是否可行使同时履行抗辩权也应依诚信原则加以判断。其次,诚信原则要求双务合同的当事人应彼此尊重对方的利益,并建立密切的协作关系。^②“诚实信用原则,在私法体系上作用之结果,债务人与债权人对于债务之履行与权利之行使,互有协力之义务(Mitwirkungspflicht)。”当事人在履行合同义务时,应充分考虑对方的利益,若自己尚未履行,不得要求对方先为履行。一方已构成严重违约而要求对方履行,则对方有权拒绝。同时履行抗辩制度不仅可以督促当事人履行各自的义务,从而圆满地实现各自的权利,同时也有利于促使双方建立密切的协作关系。第三,诚信原则要求当事人应正当行使同时履行抗辩权,不得滥用该项权利,致对方以损害。诚如何孝元所指出的,行使同时履行抗辩权“亦如一般权利之行使,欲受诚信原则之支配而不得滥用,故倘若他方当事人已为部分之给付时,依其情形,如拒绝自己之给付有违诚实及信用方法者,则不得拒绝自己之给付。”^③

同时履行抗辩制度在适用中常常与留置权制度发生冲突。所谓留置权,是指债权人按照合同约定占有对方(债务人)的财产,当债务人不按照合同给付款项超过约定期限时,占有财产的债权人可以留置该财产,依照法律的规定以留置之财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还的权利。留置权与同时履行抗辩权极为类似。因为留置权发生的前提要件是债权人的债权与债权人占有的财产之间具有牵连关系,留置权允许债权人在债务人不履行其债务时,可留置对

① 苏俊雄:《契约原则及其实用》,(台湾)1978年版,第111页。

② 苏俊雄:《契约原则及其应用》,(台湾)1978年版,第111页。

③ 何孝元:《诚实信用原则与衡平法》,(台湾)1966年版,第83页。

方的财产以实现自己的债权。按照英国学者猜图(Treital)的看法,留置权(The right of retention, Lien)与同时履行抗辩制度一样都是为了保护已经履行的一方,不致于在履行后不能收到对方履行,而留置权可以填补因同时履行抗辩适用范围的有限性所留下的空白。^①此种看法是有一定道理的,但是,这并不意味着因为留置权的存在,可以不必设立同时履行抗辩权。事实上,由于两者之间存在着明显的区别,因此不能相互替代。它们的区别表现在如下几点:

1. 目的不同。留置权以担保合同债务履行为目的。留置权是债权未受偿前,留置对方财产,目的在于经过约定期限以后,债务人仍不支付其应付款项时,可依照法律规定,以留置财产折价或是以变卖该财产的款项优先受偿。而同时履行抗辩权的发生和行使主要不在于担保债务履行,而在于谋求双方同时履行,以维护利益的公平。^②

2. 性质不同。留置权是担保物权,是为担保债务人履行其合同债务而设立的,留置权人可以按照留置的债务人的财产的价值优先受偿,而同时履行抗辩为对抗权,不具有物权性质,它只能对抗双务合同中对方当事人的请求权,拒绝履行其义务。

3. 根据不同。留置权的发生必须是一方按照合同约定占有对方的财产,对方不按照合同给付应付款项超过约定期限。也就是说,在留置权发生时,一方已占有对方的财产。而同时履行抗辩权的发生根据是双务合同在债务履行上的牵联性。对方未履行给付义务,才可行使抗辩权,通常在抗辩权发生时一方并不占有对方的财产。

留置权与同时履行抗辩权的区别,表明不能因为有留置权制度而否定同时履行抗辩制度存在的必要性,也不可以将法律关于留置权的制度简单地适用于同时履行抗辩的情况。

① G. H. Treital, Remedies for Breach of Contract, Clarendon Press, Oxford, 1988, 第288页。

② 王家福主编:《民法债权》,法律出版社,1991年版,第401页。

二、同时履行抗辩权制度的比较

双务合同(gegenseitige oder synallagmatische vertraege)的概念始于罗马法。在罗马法中,双务合同具有以相互的债务为交换目的的特点,但合同成立以后,双方的债权各自独立,当事人一方不能履行时,另一方享有不履行的损害赔偿请求权,而并不享有合同解除权。根据罗马共和末期的法律规定,出卖人对于价金给付的请求,或买受人对于商品给付的请求,可以不考虑自己是否已经履行,而直接请求他方履行。可见,罗马法实际上认为双务合同并无牵联关系,因此罗马法并不存在同时履行抗辩权制度。不过,根据一些学者的观点,在日耳曼法中,承认了双务合同的牵联性。^① 日耳曼法认为双方偿付的义务,构成一个统一的债务关系的要素,双务合同的根本观念,建立在双方债务互为条件的牵联关系基础上,如在现物交换时,两个当事人之间实行同时交换(zag vin zng),一方交付,另一方才负同时对待给付的义务,这就具有同时履行抗辩的基本特征。

法国法规定了债务人不履行其给付的义务,应对债权人承担损害赔偿赔偿责任(法国民法典第 1136 条),而并没有规定债权人是否可以拒绝履行的问题。在法国法中,常常将拒绝履行与解除合同同等看待。^② 由于法国法对解除合同作了极为严格的限制(要求解除合同必须由法院作出,而不能由当事人自行宣告合同解除),因而对拒绝履行的抗辩权也有严格的限制。一般来说,只有在严重违约的情况下才能适用拒绝履行的抗辩,^③ 例如,出租人不修缮房屋,承租人不得拒绝支付租金,即使因房屋的瑕疵使承租人不能居住,承租人也不能拒绝履行义务。^④ 当然,违约的严重性的认定属于法院的职权问题。不过,法国民法典虽没有明确规定同时履行抗辩权,但法典中的

① 苏俊雄:《契约原理及其实用》,第 63 页。

② G. H. Treitel, ante, P 286。

③ G. H. Treitel, ante, P 302。

④ Encyclopedie Dalloz, Droit Civil III Contracts et conventions, P 265。

某些条文却也体现了同时履行抗辩的精神。如民法典第 1465 条规定：“买受人因由于抵押权或所有物返还请求权而提起的诉讼受到阻碍，或有正当理由担心受到上述诉讼的阻碍时，得停止支付价金，直至出卖人排除此种妨碍为止。”该条规定极类似于同时履行抗辩制度。

德国法确认了同时履行抗辩权，民法典第 326 条规定：“因双务契约而负担债务者，在他方当事人为对待给付之前，得拒绝自己的给付，但自己有先为给付的义务者，不在此限。”“应向多数人为给付者，在未为全部对待给付之前，对于对方各个当事人应受领的给付部分得拒绝履行。”法典第 326 条规定了一方迟延履行履行的情况下，另一方有权拒绝受领给付。不过，在德国法院和学者中，关于双务合同中同时履行抗辩的性质，历来存在着“交换理论”和“抗辩理论”的争论。前一种观点认为，双务合同的当事人仅享有以自己的履行请求他方履行的权利，这是由交换请求所决定的，因此在诉讼上，原告必须证明其本身也已履行其义务或没有先行履行的义务。后一种观点认为，双务合同的当事人所享有的请求权是相互独立的，请求权的行使因他方抗辩权的行使而受到阻碍，根据这种观点，一方只要证明对方没有履行就可以拒绝履行自己的义务。两种观点的主要区别在于，一方是否必须证明自己已履行，才能请求对方履行，或者仅证明对方没有履行即可以拒绝对自己要求履行的请求。^①显然，第二种理论与德国民法典第 326 条的规定是相符的，德国的法院亦大都采纳了第二种观点。由于这种观点仅要求一方证明对方没有履行就可以拒绝自己的履行，而不必证明自己是否已经履行，这对行使抗辩权一方显然可减轻其举证责任。^②在德国法中，同时履行抗辩权除适用于买卖以外，还适用于租赁（民法典第 537 条）、承揽（民法典第 633 条）等合同关系。

① Mvñchener Kommentar zum Bürgerliche Gesetzbuch(1977), P 112。

② G. H. Treitel, ante, P 316。

英美法也承认了双务合同(bilateral contract),且在概念上与大陆法的双务合同的概念十分相似,它是指双方当事人都负有履行和对待履行义务的合同。在双务合同的履行方面,普通法区分了先决条件和嗣后条件。如果一方当事人的履行是另一方履行的先决条件,则一方不履行,另一方有权拒绝履行。^① 1979年的英国《货物买卖法》第284条规定双方必须同时履行。在美国法中,也承认双务合同的双方履行义务是“对流条件”(Concurrent condition),所谓“对流条件”是指合同的双方当事人应同时履行义务,或者至少是每一方当事人都同时准备并愿意履行其义务。如无特别约定,一方不履行,另一方可以拒绝履行。^② 美国《合同法重述》(2版)第232条规定双务合同双方如无特别约定,应同时履行。当然,普通法对同时履行的要求与大陆法的同时履行抗辩权仍有一些区别。这主要表现在普通法并不象大陆法那样强调双方义务的牵联、对价关系,因此有时候一方未履行时,另一方仍然要履行。^③ 例如,在租赁合同中如果承租人拖欠租金,出租人仍须根据合同规定修缮房屋,但是,如果出租人没有修缮房屋,则承租人有权拒付租金。^④ 可见双方的权利和义务并不完全具有对等性。此外,在英美法中,若某个双务合同为一方当事人规定了多项债务,该当事人仅违反了其中的某项义务,并没有给对方造成严重损失,这样,对方不能以违约为理由而拒绝履行。普通法对此所作的解释是:违约的当事人所违反的是独立的义务,^⑤ 既然该义务与对方的义务是相互独立的,因此在违反该义务后,对方不能拒绝履行自己的义务。

我国合同法并没有对双务合同同时履行抗辩权作出明确规定。

① G. H. Treitel, ante, P 277.

② 见 Palmer V. Fox 264 LV·W·361(1936)。

③ 参见 Coben V. Kranz 189N. E.2d 473 (1963)。

④ G. H. Treitel, ante P 279.

⑤ 普通法在很长时间内不承认“独立义务”的理由,可能是受到18世纪英国的 Kingston v. Preston 一案的影响,不过现在已普遍接受了这一理论。