

大 學 叢 書

中 國 民 法 債 權 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 權 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
中華民國二十八年三月三版

(35673·84)

中G二五九三

版權所有
翻印必究

大學叢書
(教本)

中國民法債篇總論二冊

裝平

本書實價國幣叁元貳角

外埠酌加運費匯費

著者

胡長清

發行人

王雲五
長沙南正路

印刷所

商務印書館

發行所

商務印書館
各埠

(本書校對者朱公垂)

大 學 叢 書

中 國 民 法 債 權 篇 總 論

下 冊

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	朱君農君	任鴻雋君	王雲五君	王世杰君	丁燮林君
竺可楨君	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
唐鉞君	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
傅斯年君	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
顏任光君	歐元懷君	蔣夢麟君	蔡元培君	黎照寰君	劉秉麟君	鄭振鐸君	鄭貞文君	鄒魯君	傅運森君

顏福慶君
羅家倫君
顧頡剛君

第四章 債之效力

第一節 概說

債之效力 (Wirkung der Obligation, effets des obligations) 者，基於債權債務關係所生法律上之力也。債之效力，有屬於普通者，有屬於特別者，此之所述，爲債之普通效力，債之特別效力，則於各種之債詳述之。債之普通效力，有屬於主要者，有屬於從屬者，債之主要效力，即債務人之給付義務是。債之從屬效力，即債務人之注意義務，債務人之不給付，債權人之受領遲延及債權人對於債之保全是。又債之效力，有屬於對內者，有屬於對外者，前者即債務人之給付義務，債務人之注意義務。債務人之不給付及債權人之受領遲延是。後者即債權人對於債之保全是。我民法依此理論，以債務人之給付義務，債務人之注意義務及債務人之給付不能不完全給付合併爲一款，題曰「給付。」以債務人之給付遲延及債權人之受領遲延合併爲一款，題曰「遲延。」債權人對於債之保全，則獨立爲一款，題曰「保全。」本書即依此順序述之。但在我民法尚有「契約之效力」之規定，此種規定，係從法國民法之立法例（法民一一三四條以下），依學理以言，契約之效力，即在發生債權債務之關係，與債之效力迥不相同，不過我民法既與債之效力併爲一節，爲明瞭法典之編制計，自以於本章敘述爲適當。

第二節 給付

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為觀察，債之給付則由債權活動之點以為觀察，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（民法第一九九條第一項），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，為給付之內容如何，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，在羅馬法為 *bona fides*，在法國民法為 *bonne foi*（法民第一一三四條），在德國民法為

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，謂己所不欲勿施於人爲誠實信用者，如 *Stemmler* 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 *Derenburg* 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。卽誠實信用云者，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，卽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，通常均可分爲衡平法及嚴格法，審判官適用法律之際，得適合各種情事，以爲適用者，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*）。債權法固原則上爲衡平法，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，誠信則爲一般行爲之準則，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，爲債之主要效力，已如前述，爲確保此項效力起見，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*）之存在爲前提。雖然，在我民法非無縱無注意義務存在而亦稱爲過失者，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爲對於他人之過失（*Verschulden gegen andere*），後者之過失爲對於自己之過失（*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

對於故意過失之行為應負責任，係屬原則，在我民法非無縱無故意過失而亦負責任者，然此乃為例外，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為適當。德國民法教科書，多數於總則中說明之（如 Zitelmann, Cosack, Crome, Enneccerus, Eck, Goldmann-Lilienthal, Landsberg, Matthiass 等），少數則於債權法中說明之（如 Dernburg, Endemann, Stammer, 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，行為人明知且容認自己之行為應生一定結果之心理狀態也。其詳已於侵權行為中述之，茲不贅。雖然，何謂故意，學說上非無爭論，有以行為人認識其行為之結果為已足者，謂之認識主義或觀念主義 (Vorstellungstheorie)。有不以認識其行為之結果為已足，且以希望其結果之發生為必要者，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，則在行為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，反之在行為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*），則將因行為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 *Bekker* 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 *Rehbein*, *Örtmann*, *Schollmeyer*, *Kuhlenbeck-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，戴氏前揭一八〇頁）。

（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，三浦信三諸氏。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為無效者，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為無效（橫田氏前揭二五五頁川名氏前揭一八七頁石坂氏前揭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，自不能不謂其為適法（鳩山氏前揭一五九頁），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，可為左列之分類。(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為具有相當知識經驗之人，對於一定事件所用之注意為標準，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為高是。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所用之注意，應較普通人為高是。

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為同一注意(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為標準，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為同一注意，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，倘祇為善良管理人之注意，而未與處理自己事務為同一注意，其有無過失，則屬疑問？依余所信，應認為無過失，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為高故也。

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，而竟怠於注意不為相當準備，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）。重大過失與故意頗為相近，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，通常分過失為重過失(Culpa lata)輕過失(Culpa levis)最輕過失(Culpa levissima)，輕過失又分為抽象的過失(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，分過失為輕過失與重過失，輕過失又分為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 (德民一草第一四四條 *ordentlicher Hausvater*) 即德國民法或為正式法典時，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為是。蓋善良家父云云，家族的意味甚為濃厚，與現代立法精神頗相鑿納故也。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，祇能解為委任或無因管理等管理人之意義，而於發生侵權行為上之責任時，亦用善良管理人之注意，殊不相宜。

第二 對於過失之責任

一 債務人對於過失行為應負責任

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，如許其漫不注意，而為違反債務之行為，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，大體兼為或專為自己利益而負債務者，過失責任重，專為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），為之審判官者，應斟酌各種具體情形，而為決定，以斷於事理之平。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為豫先免除者，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為相近，故特設明文以其與故意為同一處置（民法第二二二條）。但我民法所禁止者僅為豫先免除，事後拋棄其請求救濟之權利，自無不可。又在瑞士債務法，以一定情形為限，豫先免除輕過失之特約，亦得依審判官之裁量宣告為無效（瑞債第一〇〇條第二項），我民法未為採用，自難為同一之解釋。