

民法債編總論

上冊

孫森焱著

民法債編總論

上冊

孫森焱著

中華民國六十八年九月初版
中華民國九十九年五月修訂版〔上冊〕

民法債編總論上冊

定價：平裝新臺幣肆佰元

著作者：
發行人：
孫 森 焱

印刷者：文太印刷企業有限公司
臺北縣中和市中正路九〇八號六樓
電話：二二二三—九四九七

經銷處：三 民 書 局
臺北市重慶南路一段六十一號
電話：二三六一—七五二一
傳真：二五〇八一四〇〇〇

郵政劃撥帳號：〇〇〇九九九八—五號

版權所有
翻印必究

風俗與裁判（代序）

民國七十年六月三十日出版的「臺灣風物」發表數篇介紹日籍臺灣民俗學者池田敏雄先生的紀念文章。臺灣大學教授黃得時先生介紹池田氏說：「當時住在臺北的日本人，可以分為兩種類型，一種是據守日本人的城牆，事事只圖日本人本位的利益和繁榮，一步也不願意跳出城牆外面，跟城外的本地人交往，一切採取不聞不問的態度，甚至以白眼相待本地人。另一種類型，是喜歡跳出城外，積極地跟本地人做朋友，和本地人手拉手，來過同甘共苦，休戚相關的生活。池田敏雄先生就是屬於這種典型的人。」原來池田氏自日據昭和十六年（民國三十年）七月起到昭和二十年（民國三十四年）一月間編輯雜誌「民俗臺灣」。當時正是日本政府大力推行所謂「皇民化」運動的時期，因此這本民俗雜誌的刊行，被認為是「倒行逆施」。歷史學家楊雲萍教授說：「『民俗臺灣』月刊的存在，是代表日本人的良心。日本的臺灣統治，可恥的事情甚多，只此一刊物的存在，卻成為日本人可以引為自慰的事情。」可謂春秋之筆，一言以定褒貶。當時在「民俗臺灣」撰稿的作者有楊雲萍、黃得時及戴炎輝、廖漢臣諸位先生。臺灣文獻委員會前編纂組長王詩琅先生（艋舺人）說：池田氏對臺灣民俗學的貢獻很大，他更是一位「艋舺通」，他的大作「臺灣的家庭生活」大部分取材自艋舺，其中竟有連王氏也都不知道的寶貴資料。說起來，臺灣的民俗還要依賴日本人來研究保存，真是令人感慨系之。

民俗學的研究，對於司法官來說，也是很值得重視的一件事。本來法院的裁判是宣示當事人應該

遵行的行為準則，這個行為準則是司法官個人修養的高度反應；換句話說，這是司法官對於社會現象的價值判斷，經他決定之是非，可藉公權力強制當事人遵行。因此，裁判的內容，不但要依法有據，而且要合情合理。假定裁判的結果，違反風土人情，不但不足以杜紛爭，反而可能引發當事人甚至社會大眾，對法治的懷疑，最後走向傷風敗俗的地步。受理過民間合會事件的推事，當能體會到判斷民間合會法律關係遭遇到的困擾，假若判斷：「得標會員出具借用證交付未得標會員，即是表示會首已將其債權讓與未得標會員，從此可以置身權義之外」，給與合會會員的衝擊，會令其哭笑不得。臺灣祭祀公業派下身分的認定，與當地親屬法上之習慣，更有密切關係。假若未詳加研究，竟將真正派下判出局外，豈不迫令當事人空望祖先牌位浩歎！寺廟的法律性質為何，如未熟稔當地風俗習慣之演變過程，又如何得窺其中堂奧？凡此問題的研究，早已引起有關機關的注意，加以調查整理，當是可喜現象。

司法官的個人修養，會透過裁判，影響到當事人的生活裡層，對於當地的風俗習慣，自應深入瞭解，融入其中。假若固步自封，竟與社會脫節，又如何能創造符合社會正義的裁判！

按：「風俗與裁判」一文發表於民國七十年九月二十三日，刊登於司法周刊。

民法債編於民國八十八年四月二十一日經修正公布，其修正條文定自八十九年五月五日起施行。這是為「我們自己的社會」量身修正的民法，希望能夠適應本土的民情。修訂新版以修正條文為論述基礎。

中華民國八十八年十月二十日

孫森焱 謹識

序言

民法債編自民國八十九年五月五日起施行以後，最高法院即開始全盤審查研究現行判例，從九十年開始，由民事庭會議陸續決議將不合時宜者，分別「不再援用」、「刪除」及「廢止」三種情形整理公布，其間又發表新判例多則，頗具意義者，諸如發出逾越一般人所能忍受之噪音可認為侵害他人居住安寧之人格法益；民法上名譽權有無受侵害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據等，顯現實務見解反應現實社會生活而進展的軌跡。本書內容亦隨此演變而年有補充，茲因原有版面已不足容納新見解的介紹，爰增加編幅從新排版，相關法律條文、判例、解釋及最高法院民事庭會議之索引則由司法院大法官書記處專員王美慧、助理潘怡宏、劉后安、鄭伊玲諸君義助，利用公餘編製，備極辛勞，隆情厚意，特表謝忱。

孫森焱謹識

九十三年一月三日

自序（初版）

私法之功能在定分息爭，故治法者，須理論與實務兼顧，使理論指導實務，以實務印證理論，兩相貫通，互為引發，始克有濟，識者早無異詞。森焱濫竽一、二、三審民事審判工作，蹉跎歲月，百無所成，惟對法律運作之應符合社會價值觀念，以求切當，則曾冥思默索，未敢後人。聞之臺灣高等法院庭長李志青先生云：聽訟而使勝者知勝非倖致，敗者信敗有必然，從而躁釋矜平，心悅誠服，則庶幾矣。語自禮檀弓中悟出，吾儕深有同感。

溯六十四年夏，承前臺灣高等法院院長周旋冠先生推轂，兼任私立東吳大學法律學系債編總論講席，為便於傳授，輒旁徵中外論著，近稽裁判實例，融匯己見，撰為講義，數年來不覺積稿盈尺，復荷最高法院院長錢國成先生不棄，出示其在國立臺灣大學法律學系原授之補充教材，使窺津奧，而就繩檢，更對本書理論體系之建立，作若干重點上之指示，無不中窾要，感佩奚似。

既付剞劂，而家嚴七秩雙慶良辰亦屆，人子之事親也，首曰養志，其次養體，謹以此書為堂上壽。

兼就正於法學先進，幸垂誨焉。

內子黃綠星女士，任二審檢察官，好學敏求，本書之成，深倚其欣助，否則未有若是之捷且易也。

關於校讎正誤方面，則出臺灣臺北地方法院吳庭長啟賓，臺灣桃園地方法院張庭長登科及福建高等法院廈門分院楊推事仁壽諸兄手，諸兄所學皆出人頭地，間承評騭，輒如鐵鑄，覆按之，卒無以易也。併此誌謝。

中華民國六十八年七月三日

孫森焱 謹識

民法債編總論 目錄

上 冊

緒 論

第一章 債之作用……………一

第二章 債之原理——由個人本位趨向社會本位……………三

本 論

第一章 總說……………六

第二章 債之發生……………二二

第一節 總說	二一
第二節 契約	二三
第一款 總說	二三
第二款 契約之成立與不成立	二四
第三款 契約自由之原則及其限制	三五
第四款 契約之分類	四〇
第五款 要約與承諾	五一
第六款 契約之方式	六六
第七款 懸賞廣告	七一
第三節 代理權之授與	八四
第一款 總說	八四
第二款 授權行為	八七
第三款 共同代理	九三
第四款 無權代理	九六
第四節 無因管理	一一〇

第一款	總說	一一〇
第二款	無因管理之要件	一一二
第三款	無因管理之效力	一二〇
第四款	無因管理之承認	一三四
第五節	不當得利	一三八
第一款	總說	一三八
第二款	不當得利之成立要件	一三九
第三款	特殊不當得利	一六五
第四款	不當得利之效力	一七五
第五款	不當得利返還請求權與其他請求權	一八八
第六款	不當得利返還請求權之消滅時效	一九一
第六節	侵權行為	一九二
第一款	總說	一九二
第二款	通常侵權行為	二〇四
第三款	特殊侵權行為	二七三

第四款 侵權行為之效力……………三三四

第三章 債之標的……………三六七

第一節 總說……………三六七

第二節 種類之債……………三七五

第三節 貨幣之債……………三八四

第四節 利息之債……………三九六

第五節 選擇之債……………四一三

第六節 損害賠償之債……………四二九

附 錄 (上冊)

判例解釋及會議記錄索引

條文索引

緒論

第一章 債之作用

財產權可大別為物權及債權。

物權是直接管領物的權利，以能夠滿足吾人生活需要的物資為對象。債權則為交換或分配此物資的法律關係。

在自給自足的生活時代，社會上有關財產的法律關係，祇要憑藉物權的法律制度即足維持。國家祇要承認每個人有直接管領生活資料的物權並加保護；每個人則祇要依賴物權所保護的利益，加以利用，即足維持生活。迨人類社會演進到交換經濟時代，人與人間需要物物交換才能滿足生活需要時，債之關係於焉發生。

以現存的物互相交易，就是以所有權交換所有權。即使在移轉物權以後，雙方的關係並非即能了斷。倘若有第三人主張權利或交換之物有瑕疵，應如何解決？凡此，均屬債之關係。另一方面當一方將現有的物與他方將來可能取得的物交換時，即成立消費借貸關係，是為所有權與債權的交換。若當事人間互以將來可能取得的物以資交換時，即成立典型的雙務契約。由是，人類藉債之關係，乃得利用

將來可能取得的物資，經濟生活因而獲得充實。

債之關係或由一方信賴他方將來可能給付特定利益（不以物為限），因而將自己的現存利益交付；或互相信賴對方將來可能向自己給付特定利益為內容。因此惟有在社會上相互間發生信賴關係，並且具備完整的權力機構，用以確保相互間的法律地位，債之關係始能穩固。因此，在動盪不安的社會，債之關係容易有衰退現象，然而社會物資的交換移轉，終究要藉債之關係而愈趨頻繁。社會的經濟關係不但以過去及現在的財富為標的，更以將來可能發生的社會財富為內容，使財富的融通，更加頻繁，因而加速促進經濟的發展。

物權以直接管領物的特定利益為內容，屬於靜態的法律關係。惟有依債之關係以為物資流通之媒介，始克演變為動態的社會，互相信賴的社會，更能促進經濟的發展，增加社會財富（註）。

（註）我妻榮著「現代債權法之基礎理論」，收錄於民法研究第五冊債權總論三頁。

第二章 債之原理——由個人本位趨向社會本位

自法國大革命以來，近代私法建立所有權絕對、契約自由及過失責任的基本理論。法律以保障個人的自由平等為惟一目標，期望每個人在社會生活中得依其自由意思，為合理的考慮，以衡量利害，支配財富，用資發揮個人的才能。每個人的生命及財產在社會生活中，均能獲得法律的保障，其中心意旨表現在「每一個人僅就其有意識的行動，負其責任」。由是引起經濟上的自由競爭。公共福祉亦因而獲得增進。

然而所謂「自由平等的個人」究屬理想的抽象的觀念，在複雜的有機的社會裡，有不同才能和素質的人，有不同財力和不同性格的人，經濟上自由競爭的結果，聰明才智者，勢必漸佔上風，因而逐漸形成資本的聚集，促成獨占事業的發達。

由於所有權絕對和契約自由的原則相結合，所有權和債權不再是屬於消極地保護特定法益的權利，更演變為積極地聚集資本，利用物資以獲得物資的手段。終其極，公益和私益竟發生不能相容，相互排斥的地步，社會的進步因而受到阻礙（註一）。

個人不能離開社會而獨立生存，為達成社會的進步和發展，所有權或債權均不能依舊堅持絕對或自由的原則。所謂個人並非孤立的個人，乃在有機體的團體下生存的個人。個人的自由平等應在社會安全制度下始能獲得保障，所有權或債權亦應具備其社會機能，能夠充分發揮其功能，國家社會才能

趨向繁榮。

就所有權的絕對言，法律所以保護所有權，並非消極地保障財富的分配而使其固定，乃在維護所有權的有效利用，發揮物的完全效果。因此所有權的行使必須顧到社會全體的利益；更不得將物棄置不顧，才能發揮所有權的社會機能（註二）。就契約的自由言，則獨占事業之禁止，契約內容之限制（註三）等，均係國家權力機構，積極干預私法，以保護社會上的每個人，謀求私法自治的改進所採措施（註四）。從過失責任的原則言，本來是為保障個人活動的自由而加強其責任意識，因而產生「無過失即無責任」的原則，惟自工商業發達以後，使用機械發生的危險增加，環境污染問題更日見嚴重，若仍堅守過失責任，被害人所受損害，將很難獲得補償。因此「無過失責任」漸受重視，並由國家機關積極參與損害的彌補，社會保險制度亦因此勃興，使侵權行為之法律關係，由加害人與被害人間之賠償問題，演變為由社會全體分擔損害的制度（註五）。

（註一）洪遜欣著「我國現行民事法原理之研究」稱：「近世私法所重視『自由』之主體，非具有個性之實在個人，而係『澈底於物的計慮之唯有理性的、抽象的經濟人（*homo oeconomicus*）」；其所謂平等，非社會生活條件之實質平等，而係法律上之形式平等；近世法所重視之『人』究亦僅係法律上自由平等之抽象的人格者而已。唯經濟人為自由競爭時，須承認私有財產，令其有經濟活動之資本。於是個人私有財產制度逐漸產生，經其發展而竟確立所有權絕對思想，認為所有權係天賦人權，亦是法律上完全無缺之絕對支配

權。再者資本本身有其無窮儲蓄之可能性，故對經濟人承認其有競爭自由，逐漸發展為許其自由儲蓄資本；自由競爭之組織，亦因必然促進獨占事業之發達，故漸變為阻礙自律的意思主體之實在個人，利用自己之創作意志與能力而為自由活動之制度。」收錄於國父法律思想論集六四五頁。

(註 二) 例如依土地法第八九條規定，直轄市或縣(市)地政機關對於私有空地及荒地得強制依法使用或強制收買。平均地權條例第二六條第一項亦規定：直轄市或縣(市)政府對於私有空地，得視建設發展情形，分別劃定區域，限期建築、增建、改建或重建；逾期未建築、增建、改建或重建者，按該宗土地應納地價稅基本稅額加徵二至五倍之空地稅或照價收買。

(註 三) 公平交易法、勞動基準法及工廠法等法律，對於契約自由之限制，多設規定，詳見本書三五頁所述契約自由之原則及其限制。

(註 四) 洪遜欣著中國民法總則二四七頁。

(註 五) 消費者保護法對於企業經營者課以無過失賠償責任；核子損害賠償法對於核子設施經營人；民用航空法對於航空器所有人、承租人或借用人亦同。