

② 輯選文論學法

(上) 輯選文論編債法民

編主 波玉鄭

② 輯選文論學法

(上) 輯選文論編債法民

編主 波玉鄭

業畢學大都京本日
授教系律法學大灣台立國
官法大院法司

行印司公版出書圖南五

——鄭玉波總主編——

法學論文選輯

書目及各冊主編

本選輯聘請

鄭大法官玉波先生擔任總主編，分別敦聘權威學者，各就專攻，擔任各冊之主編。書目及主編姓名如左：

1. 民法總則論文選輯 鄭玉波教授
2. 民法債編論文選輯 鄭玉波教授
3. 民法物權論文選輯 鄭玉波教授
4. 民法親屬繼承論文選輯 戴東雄教授
5. 商事法論文選輯 林詠榮教授
6. 民事訴訟法論文選輯 楊建華教授
7. 強制執行法破產法論文選輯 楊建華教授
8. 刑法總則論文選輯 蔡墩銘教授
9. 刑法分則論文選輯 蔡墩銘教授
10. 刑事訴訟法論文選輯 陳樸生教授
11. 國際私法論文選輯 馬漢寶教授

法學論文選輯

總序

民主、法治，國家「現代化」之特徵也。吾國廣土衆民，將來完成統一，堂堂大國，而欲現代化，則舍民主、法治而外，別無捷徑。惟民主須賴法治以為運作，亦即法治為民主之基礎。故吾人今日當務之急，在乎推動法治。法治不僅指國家依法行政及依法審判而言，人民之依法生活尤為切要。蓋人無論個人團體，事無論大小公私，彼此關係之處理，相互問題之解決，苟能悉以法律為其準繩，則正義伸，紛爭息，社會和諧，經濟繁榮，國家焉有不現代化者乎？

其次，法治須以人人有守法精神為前提；而守法精神則建築於法律知識普及之上；法律知識之普及，又以法學之昌明為後盾。法學昌明之途甚多，出版法學書籍，供法學之研究，不失為要道。多年來，吾國出版業已蓬勃發展，出版物之數量，亦日益增多，固屬可喜之現象，然而出版物中，有關法學者，則比率甚少，足徵法學之不受重視，法律知識之未能普及，則法治云者，豈不徒託空言耶？

五南圖書出版有限公司以出版法學書籍為主，近年來已刊行甚多，對於法學界研究參考上頗有貢獻。民國七十二年春，其總經理楊榮川先生擬出版「法學論文選輯」十一冊，囑余

擔任總主編。余雖從事法學有年，但對於編輯一道，經驗不足，原不敢承乏斯任，但念及出版法學刊物，為法學昌明之手段，亦為國家法治之原動力，個人既忝列法學界之末，又為國民之一份子，則又責無旁貸，不得不勉盡棉薄矣。爰商諸法學先進及友好，欣承惠允擔任各冊之主編，共襄斯舉，計：1. 民法總則編，2. 民法債編，3. 民法物權編，由本人擔任。4. 民法親屬編及繼承編，由戴東雄先生擔任。5. 刑法總則，6. 刑法分則，由蔡墩銘先生擔任。7. 商事法，由林咏榮先生擔任。8. 民事訴訟法，由楊建華先生擔任。9. 刑事訴訟法，由陳樸生先生擔任。10. 強制執行法及破產法，由楊建華先生擔任。11. 國際私法，由馬漢寶先生擔任。於是著手研訂「編輯要旨」，開始蒐集論文，迨選稿初定，乃由五南圖書出版有限公司，函徵各論文原作者同意轉載，歷時一年，現已定稿，共選論文五二五篇，除選輯要旨，詳見「凡例」及各冊「編輯說明」，於此不贅外，茲當出版之際，應敘明編輯緣起及經過，并向各冊主編先生及各篇論文原作者，致最大之敬意與謝意。同時因本選輯篇幅有限，總主編個人所見不廣，不無遺珠之憾。至於本選輯設計之未週，校讐之疏漏，均所難免。倘蒙斯學宏達，不吝賜正，則無任企幸！

鄭玉波

序於台大法學院研究室

中華民國七十三年四月二日

法學論文選輯

凡例

一、本選輯旨在提供司法界、律師界以及從事法學研究者，進一步深入研究參考之用。尤可作為各大學法律系、所學生研修各法之補充教材。

二、本選輯收錄之論文，始自民國三十八年，以迄民國七十二年止。舉凡發表於國內著名之法學期刊中之法學論著，富於學術參考價值者，均在蒐羅之列。至於非法學期刊中之法學論著，若其內容翔實、見解精闢，確有參考價值者，亦予輯入，以免遺珠之憾。

三、本選輯係依下列標準，選其重要而有價值之法學論文，加以輯成：

1. 對向來之法學論爭點，提出精闢獨到之見解者。
2. 發掘法律新問題，加以探討分析而有創見者。
3. 分析闡述現行法之規定，而內容新穎，鞭辟入裏，深得法律真義者。
4. 介紹外國立法例或判解、學說，而有助於本國法律問題之解決者。

四、本選輯依法律別編輯成冊，共計十一種，每種書名如下：

1. 民法總則論文選輯（上、下）；
2. 民法債編論文選輯（上、中、下）；

3. 民法物權論文選輯（上、下）；
 4. 民法親屬·繼承論文選輯；
 5. 商事法論文選輯（上、下）；
 6. 民事訴訟法論文選輯（上、下）；
 7. 強制執行法·破產法論文選輯；
 8. 刑法總則論文選輯（上、下）；
 9. 刑法分則論文選輯（上、下）；
 10. 刑事訴訟法論文選輯；
 11. 國際私法論文選輯（上、下）。
- 五、本選輯論文之編排，按其探討主題，依各法之編章次第、法條順序，列其先後，不考慮論文發表時間，以利讀者之研究，並便理論系統之建構。
- 六、本選輯所收論文中，其所引用之法令條文，間或已有修正者，爲了保存原文面貌，在編排時一仍其舊，不加更動。
- 七、本選輯於每篇論文文末，均註明該論文出處，發表之年、月以及期刊之卷、期，俾便讀者查考，並示不敢掠美之意。
- 八、本選輯所收之論文作者中，有現任司法院大法官，有在各大學法律系、所擔任教席，有從事司法審判工作，亦有從事律師業務者，均爲研究斯學之學者專家，爲使讀者讀其文而得識其人起見，

遂於每篇論文之後附上「作者簡介」，對該文作者之學經歷及現職，略作介紹，藉此可知各學者專家之學術有所專精，或可供讀者進一步研究之參考。

九、本選輯所收論文，除已故及旅居國外者外，均已獲得原作者之同意准予刊載，部分作者甚至就原論文再作潤飾或修訂，在此謹誌謝忱。至於少數作者或用筆名發表，或因地址異動等因素以致無法取得連繫，在此深表歉意。

十、本選輯各冊之後附錄各該法重要論文索引，舉凡登載於法學專業期刊之論文均在網羅之列，編成索引，以供參考。

民法債編論文選輯

編輯說明

債法為交易法，規範吾人之動態，包羅甚廣，尤其我民法債篇因採民商統一制度之結果，有關商事之規定，納入不少，故其範圍更大，法條達六百餘，佔民法總條文之半數。另一方面，債法為民法中理論最精奧之所在，而債之通則，又為債法理論之薈萃，錯綜複雜，不易究詰，故學者對於債法之研究莫不深感棘手，亦莫不深感興趣，蓋「射人先射馬，擒賊要擒王」，學問如作戰，亦當如是耳。歷年來，研究債法者既衆，所發表之著作亦夥，專書有之，論文有之，已由債法教科書時代，進入債法專題研究時代，實我法學界之光也。惟專書固不難流傳，論文則極易散佚，若不編輯成冊，不惟研究者集中資料不便，而作者之研究結晶亦紛失可惜。五南圖書出版有限公司有鑒及此，乃尋印法學論文選輯，用心甚善。其中民法債篇之編輯，囑余擔任。余任重才輕。勉從事，現已編輯完竣，共選入論文七十篇，都一百零五萬言。本擬對於有價值之論文，悉予網羅，然限於篇幅，力不從心，但望能有續輯，以免遺珠之憾。茲當刊行之際，應予說明者如下：

一、論文之排列，依編排體例應按法典之章次為之。惟民法債編條文雖多，但分章過少，僅有二章，而分節甚多。故本輯論文之排列，不得不明標章次，隱含節次，以期井然有序。

二、第一章債之通則，債之通則即講學上簡稱之「債總」，自民法第一百五十三條至第三百四十四條，計一百九十二條，共分六節。本章共選論文四十八篇。蓋債總乃債法理之總匯，故此方面有關之論著特多，因之選輯亦多。其中有關第一節債之發生者二十五篇（一一—二五），對於契約、代理權授與、無因管理、不當得利及侵權行為有關之論文，均分別輯列。尤其有關定型化契約或附合契約之論文及契約責任與侵權行為責任競合之論文，或為新興之問題，或為爭議之所在，本輯各選數篇以供比較研究。其次有關不當得利及侵權行為之論文亦各選輯多篇，因斯二者亦為債之發生之重要原因，問題複雜，值得研究也。第二節債之標的，有關論文暫無適合本選輯所定體例者，從缺。第三節債之效力，此為債總之中心，故選輯論文十四篇（二六—三九），以示研究重點之所在。第四節多數債務人及債權人，僅選一篇（四〇）。第五節債之移轉，則選兩篇（四一、四二）。第六節債之消滅，較為重要，共選六篇（四三—四八），其中關於清償、提存、抵銷三者均有之，至於免除及混同二者，較為次要，乃亦從缺。

三、第二章各種之債，各種之債在講學上簡稱「債各」，自民法第三百四十五條至第七百五十六條，計四百十二條，共分二十四節，其條文雖多，但所涉及之理論則遠不如債總，

故有關之論文較少。本選輯僅選入有關買賣者二篇（四九、五〇），有關租賃者五篇（五一—五五），有關借貸者一篇（五六），有關承攬者五篇（五七—六一），有關出版者一篇（六二），有關倉單者一篇（六三），有關運送營業者一篇（六四），有關指示證券及無記名證券者一篇（六五），有關終身定期金者一篇（六六），及有關保證者四篇（六七—七〇）。其餘各節如互易、交互計算、贈與等等，均少論文可輯，故亦從缺。

四、本輯論文之排列，以梅仲協先生之遺作，冠諸編首者，乃表示對一代民法學大師之崇敬也。蓋梅先生當年主持台大法律研究所，注重大陸法系法制之研究，嚴限學生進修德文，結果畢業生赴德留學習法者多，學成歸國任教者亦多，發表法學論文，推動法學進步，獲有今日之豐碩成果。吾人選輯法學論文之際飲水思源，對此於法學有偉大貢獻之學者焉得不肅然起敬耶？又所選之論文中，由理論界執筆者有之，由實務界撰述者有之，兼容並採者，因理論與實務宜併重也。至於作者中已有少數作古者，然其所遺之大作，曾不因時序之遞嬗而退色，後之學者，觀其議論之宏辯，踵事增華，發揚光大，使我法學能與世界之法學齊驅，甚或超越之，則本輯之編，亦與有榮焉！最後編者學驗不足，疏漏難免，海內宏達不吝賜教，則無任感幸。

主編人 鄭玉波 謹識

七十二年七月

民法債編論文選輯（上）目錄

總序

凡例

編輯說明

第一章 通則

- 1 美國法上契約類別及所謂意思之一致……………梅仲協……………〇〇三
- 2 債務與責任……………諸葛魯……………〇二〇
- 3 論債之本質與責任……………林誠二……………〇二六
- 4 民事責任之分析……………鄭玉波……………〇六〇
- 5 私法上交易自由的發展及其限制……………劉甲一……………〇七二
- 6 契約法思想的趨向……………李鍾聲……………一四五
- 7 契約自由與契約社會化……………蘇明詩……………一六三
- 8 混合契約之研究……………楊崇森……………一九四

- 9 一般契約條款之解釋……………劉春堂……………二二一
- 10 論免責約款之訂入定型化契約……………劉宗榮……………二四八
- 11 論附合契約……………黃越欽……………二八八
- 12 狹義無權代理之研究……………劉春堂……………四〇五
- 13 無因管理之研討……………史尚寬……………四三三
- 14 民法上不當得利之研究……………史尚寬……………四五〇
- 15 論自然債務……………王伯琦……………四九〇

附：中冊目錄

- 16 論賭債……………鄭玉波……………五〇九
- 17 論共同侵權行爲與共犯……………史尚寬……………五一九
- 18 共同侵權行爲之研討……………溫汶科……………五四一
- 19 論僱用人之侵權行爲責任……………陳和慧……………五五二
- 20 律師費用之損害賠償請求……………林錫璋……………五六六
- 21 醫療過失與侵權行爲……………邱聰智……………五八三
- 22 概論不法侵害他人致死加害人對於被害人之法定的扶養權利人之損害賠償責任……………左覺先……………六一七

23 通姦事件的非財產上損害賠償·····	林榮耀·····六二五
24 契約責任與侵權責任之競合·····	王伯琦·····六三五
25 侵權責任與契約責任之競合·····	李明章·····六五五
26 出賣之土地於移轉登記前被徵收時，買受人得否向出賣人請求交付受領之補償費·····	王澤鑑·····六七九
27 不完全給付之研究·····	史尚寬·····六九九
28 論不為給付與不為完全之給付·····	鄭玉波·····七一一
29 不完全給付與瑕疵擔保·····	錢國成·····七二二
30 略論賠償義務人之讓與請求權·····	錢國成·····七四〇
31 論遲延利息·····	張龍文·····七四六
32 情事變更原則之理論與實際·····	林榮耀·····七六四
33 債權之對外的效力·····	諸葛魯·····七八五
34 論債之效力及一般擔保·····	鄭玉波·····八〇二
35 債權人撤銷權之研究·····	張龍文·····八一四
36 特定物債權與撤銷權·····	劉春堂·····八三四
37 金錢債務與違約金·····	林榮耀·····八四九
38 論契約解除後違約金之請求權是否存在·····	左覺先·····八五五

39 論附隨債務之不履行與契約之解除	林誠二	八六三
40 論不真正連帶債務	溫汶科	八七七
41 「將來之債權」的讓與	劉紹猷	八八三
42 論概括的債務承擔	史尙寬	九二三
43 論清償代位	史尙寬	九三一
44 論代物清償與瑕疵擔保	鄭玉波	九四五
45 提存制度之研究	屠文	九五五
46 抵銷在擔保上機能	劉得寬	九六二
47 債之抵銷	諸葛魯	九七九
48 論民法第三四〇條第三債務人對受扣押債權抵銷之限制	黃獻全	九九一

附：下冊目錄

第二章 各種之債

49 論雙重買賣	孫森焱	一〇〇一
50 買賣契約中之危險負擔及利益承受	錢國成	一〇一一
51 租賃期限之研究	楊崇森	一〇一六

52 押租之研究·····	史尙寬·····	一〇三三
53 論押租金·····	吳啓賓·····	一〇四二
54 論轉租·····	張龍文·····	一〇六四
55 土地法第一百條之適用及於民法有關房屋租賃規定之影響·····	李 模·····	一〇八五
56 消費借貸之研究·····	史尙寬·····	一一〇八
57 承攬供給契約之性質及其工作物所有權之歸屬·····	王和雄·····	一一一七
58 論承攬完成工作物所有權之歸屬·····	陳和慧·····	一一四五
59 承攬契約之履行責任與瑕疵擔保責任·····	黃越欽·····	一一五五
60 承攬人瑕疵擔保責任與債務不完全履行及侵權行爲之關係·····	王和雄·····	一二八五
61 委建及合建房屋產權之歸屬暨糾紛之防止·····	劉宗榮·····	一二八八
62 出版契約之研究·····	史尙寬·····	一三一六
63 論倉單·····	鄭玉波·····	一三四〇
64 貨物運送人損害賠償之有限責任·····	吳昭瑩·····	一三五八
65 有價證券之研究·····	史尙寬·····	一三六一
66 論終身定期金·····	錢國成·····	一三九三
67 被保證之主債務與保證債務之關係·····	錢國成·····	一四〇三
68 保證人與主債務人之關係·····	錢國成·····	一四〇九

69 保證責任研究·····	錢桐蓀·····	一四一八
70 民間合會契約與人事保證契約之研究·····	歐陽經宇·····	一四二八

論文索引

第一章 通則

缺 页

1 美國法上契約類別及所謂意思之一致

梅仲協

美國法上所謂契約 (Contract)，係指二以上的當事人，具備相當約因，約定作為或不作為一特定的事情，而在法律上得以強制其履行的意思之一致（合意）而言。所以契約應該具有四種主要的特徵。

（一）契約係當事人的意思之一致，在技術上的用語，即所謂合意。合意，就是當事人對於契約之一切的條款，必已互相同意。可是合意 (Agreement)，並非即係契約。要想成為契約，務使其在法律上有強制履行的可能性才行。雙方當事人應了解這一合意，有其法律上的拘束在，縱或當事人的一方，無此意思，但其行為或情節，足以使人認其有此意願者，仍不妨於契約的成立。不過僅係一種社交的約定，即如與友人相約，共渡假期，則非係契約，事至顯然。意思的表示，全然由於憤怒、誇耀、戲謔、酒醉，或因受劇烈的刺激，而為之者，亦不能認為可構成契約的要約。此外，為最近親屬之血親，服其勞務，除依其情形，可認為有訂立契約的意思外，應推定為無償行為，而不能謂係契約。

(判例 1) Keller v. Holderman, H Mich. 248 (1863)。

H 有意戲謔，對 K 提出要約，願以三百美元，買入其銀質舊錶一枚，實則此錶僅值美金十元而已。K 許其所請，於是 H 即與以三百元之支票，唯聲明此票尚未可兌現，擬在票面註明待有存款即行照兌字樣，但亦未曾記載。嗣 K 就支票提起訴訟。K 直至傳訊之日，尚持有此一舊錶，而願當庭返還於原告。統觀一切證據，雙方當事人，當時均屬缺乏誠意，不過意存戲弄而已。

此案 H 勝訴。以當事人都不具有可得強制執行的意思故也。雙方的支付，都在戲謔，原告並不希望以錶賣出，而被告亦無意於買入此錶，所以並未為契約的作成。

(判例 11) Higgins v. Lessig, 49 Ill. App. 459 (1898)。

L 有馬具一副，價約十五美元，為賊所竊。在發覺被竊的時候，L 頗受刺激，揚言將以一百美元，購索姦人，且另以一百美元，延聘律師起訴。當時復以極粗魯的詞句，詛咒賊盜。過了幾天，見一童子，在破布堆中，覓得馬具的一部份，L 即以美金二角五分為酬，並囑之曰，如獲全璧，當再給美金一元。在當初 L 揚言如何重金購盜，如何聘請律師的時候，H 曾親耳聞之，旋 H 果偵知盜人，告之於 L，可是 L 却拒不予以百金，且亦不延聘律師訴追。於是 H 便向法院提起給付報酬之訴。

此案 L 勝訴。認契約並不存在。其判決理由略稱：「L 當時係表示其憤怒的情緒，並誇張其詞，如何對賊訴究。這僅僅是一種過份刺激的表現，却不能認為確有訂立契約的意思。」這一解釋，乃依據於 L 之另一作為，即其對那發見馬具一部份的童子，只給他很少的錢，若能全部尋獲，也不過得報

酬一元耳。

(二) 契約應該有兩方的當事人。一人有時固亦可以不同的資格，作成種種行爲，但是不能與自己訂立契約。契約當事人人數之最低限，應爲二個不同之人格者，至其最高數額，則不加限制，縱係有千萬人，亦屬無妨。當事人尚須具有訂立契約的能力，亦宜加以肯定。這當事人一詞，含有技術上的意義。在書面契約中，發見有所謂甲方當事人與乙方當事人之稱者，這是把若干之人，連爲一組，在契約上有其同樣的權利與義務。

(三) 契約須具備約因 (Consideration)。約因有欠缺時，便不能成爲法律上之債。人之所以同意作成某一行爲者，必有一有效之緣由或誘引在，足以使其自願受其拘束。在法律上的用語，這個緣由或誘引，輒稱之曰約因。假若約定是由于施與時，則此約定人，在道德上也許受其拘束，但在法律上並不負擔義務。所以空虛的約定，亦即不具約因的約定，不能向法院請求強制履行。

(四) 契約的成立，應該是有關於債務的負擔，或就物有所作爲。即如金錢的支付，工作的實施，物的交付，或對於契約當事人之一方有權爲某一行爲時，予以容忍是。要之，凡不背於法律的事情，都可充作契約的內容。

契約的類別，有如下述：

(一) 印章契約 (Contract Under Seal)

印章是一種古舊的標記，迄今却尚有其應用處。即如有關不動產的移轉，擔保物權的設定，公司契約的訂立等種種重要書面，都須蓋用印章。在許多州，認印章的蓋用，足以推定其有約因的存在。

[1] 英國法上契約類別及所謂意思之一致。

(二) 片務契約與雙務契約 (Unilateral and Bilateral Contracts)

僅有當事人之一方，作成約定，而他方爲了這一約定，會已完成某一行爲者，這種契約，謂之片務契約。下列二種，均屬之：1. 關於現時者，例如鐵路公司，約定運送已經購票的旅客於特定之目的地。2. 關於將來者，例如約定假若遺失物被拾得而受返還者，當給與一定的報酬。所謂雙務契約，即係交互的相與約定是。例如在貨物的定製，製造商約定製造並交付其貨物，而定貨者則約定受領貨物並支付其價金。

(三) 明示契約與默示契約 (Express and Implied Contracts)

從立證的觀點言，契約得分爲明示的與默示的兩類。在當事人以文字或語言，表示其全部之意思時，這種契約，謂之明示契約。在當事人以行爲或動作表現其意思時，是之謂默示契約。當事人一方，明知從他方受其利益，而依其情形，自己應該負擔給付，方爲合理者，此際便有默示契約的存在。例如承租人在租賃期限屆滿後，尚繼續占有租賃物，而出租人並未表示異議者，則應認其爲默示更新其租賃契約。

(判例 1) Mckevitt et al. v. Golden Age Breweries, Inc., 14 Wash. (2d) 50, 126 Pac. (2d) 1077 (1942)。

原告均係某一律師團的律師，訴求被告給付公費。緣被告曾聘請原告等爲其法律顧問，並代爲經收款項，歷來原告所經辦的事件，被告都曾予以接受，唯對於公費的多寡，則當時尚無成議，原告認爲此乃一默示的契約，請求就其所經辦的事件，給以相當的報酬。

此案原告勝訴。認為確有默示契約的存在。其判決理由稱：按默示契約，亦係當事人的合意之一種，此項合意，專由於行爲或動作而完成，而無庸具備一定的言詞或書面，唯亦必當事人有此立約的意思，且互相一致者然後可，斯固與明示契約同，但其所以異於明示契約，端在於立證的方式有差別耳。

(判例二) Woods v. Fifty Third Union Trust Co., 54 Ohio App 303, 6 N.E. (2d) 987 (1936)。

原告訴稱，曾爲其母經理價值約八萬美元的財產，請求其母之遺囑執行人，應給與以相當的報酬。據證人證稱：曾親聞其母生前對原告有言，無論替她做了何事，都願給以酬謝。但無法證明究竟給過多少，或依照某一標準給付。因而遺囑執行人辯稱：這不能夠證實確有默示契約的存在。

此案遺囑執行人勝訴，認為無法證明確有默示契約之存在。其判決理由稱：「約定一詞，並非在任何情形，都可認爲係屬契約之意思表示。父母子女之間，誼關血親，感情密切，彼此互服勞務，事屬尋常，並不一定具有獲取報酬的意圖……按照吾人一般的經驗，爲人子者，爲母理財，母寧係子女之道德上應盡的義務。」

(四) 未履行的契約與已履行的契約 (Executory and Executed Contracts)

契約上的義務，尙待完成者，謂之未履行的契約，其已完成者，謂之已履行的契約。例如某商人與製造商訂立契約，定製貨物，此際就兩方言，均屬未履行的契約。唯在貨物已經出廠，且曾交由輪

[1] 美國法上契約類別及所謂意思之一致。七。

船運送於商人時，則就製造商言，其契約為已經履行，而就該商人言，則其契約仍屬未曾履行，因為尚須付款，始能完成其自己的義務。

(判例三) Mather v. Mather, 25 Cal. (2d) 582, 154 Pac (2d) 684 (1944)。

依照 Hawaii 的制定法，已婚女子，不得與其夫訂立契約，但夫妻間作成有關不動產移轉的行為，仍為有效。本件被告，係原告已離之妻，在未經離異以前，原告曾為被告置一產業，關於置產的合意，雙方早已完全履行，並無異議。現原告援引夫妻間不得訂立契約為理由，訴求撤銷其為妻置產之行為。

此案被告勝訴。其判決理由稱：「按聯邦最高法院首席大法官 Marshall 氏有言：所謂未履行的契約者，乃當事人約定作為或不作為某一事情的契約，而所謂已履行的契約，則指契約的目的，已經完成者而言，正如 Blackstone 所云，其與單純的給與，並無一致。(Fletcher v. Peck, 6 Cranch. (U.S.) 87, 136—137) 本件按照 Hawaii 法律，固曾有明文允許配偶間已經完成之不動產移轉，應為有效，……則本件當事人就已經履行的置產合意，而為財產權的移轉，且其行為，早已確定，要難遽認為無效。」

(五) 準契約 (Quasi-Contract)

在有些情形之下，當事人間並無明示或默示的契約在，但一方往往因他方的行為，受有利益，而

依公平原則，應就其所受的利益，有所報償，方為正辦。因此法律推定其有擬制的契約之存在，而使給付的一方，對於受取利益的他方，提起契約之訴，請求報償。這種推定的合意，便稱之曰準契約。準契約的認許，乃依照衡平原理，使雙方當事人，都可獲得公平與美滿的結果，故其理論的出發點，毋寧是植根於義務的觀念，而並不依據於當事人的意思。這是普通法法院法官們所發見的一種原則。他們目覩大法官公署的高級法庭，日事擴張其權限，心多羨忌，因亦尋求一種法律上的擬制，或法律所創制的契約，以應付一切情節複雜的訴訟事件，而使其亦由普通法法院受理，因而自行擴充其管轄權。

(判例四) *Herrman v. Gleason*, 126 Fed. (2d) 936 (1942)

原告以所有土地一片，出租於人，限期十年，約定其租金數額，由雙方協議定之，如協議不諧，由仲裁人酌定，當初雙方議定每月租金為六百美元。迨第七年年底，承租人破產，即由被告接收，仍依原約，按月付租。嗣原告調整租金，雙方未能協議，交付仲裁，當由仲裁人酌定，其租期之最近二十個月，每月增為七百二十五美元。被告允諾，並補給各期末付之租金，唯不願加付利息。原告乃就利息之給付，提起訴訟。

此案原告勝訴。被告在此二十個月中，繼續經營土地，並引用其應付而未付的租金之全部價值，就衡平言，自應給付利息。被告此種負擔，乃基於準契約上之義務也，其判決理由稱：「當事人一方，因他方而受利益，倘任其享受，則必有背衡平原則者，自應令其返還，此乃構成準契約債務之主

要的因素……本件被告既確曾自己獲有利益，致原告蒙受損失，則依照不當得利的原理，按其情形，應令被告負擔利益返還的法定義務。」

因為美國各州的法律，都不一致，所以對於某一契約，應適用何種法律，此項決定，至關重要，但亦頗感困難。在當事人於契約上訂明應受某州法律之支配時，則其意思應生效力。然若未為明白訂定，則法院就契約效力及解釋發生疑義時，應依契約成立地的法律，以資解決。再者，契約若在甲州成立，而履行地則在乙州，此際關於契約履行的事項地，履行所在之州之法律，常有其適用。唯上述各種原則，俱不適用於不動產，此乃重要的例外，應予注意。蓋以各州的法律，都普遍支配着在各該州以內的土地，凡關於不動產買賣契約的方式及效力，不動產的移轉，租賃，或不動產擔保物權的設定，自不能不依照該不動產所在地之法律，以資解決。

所謂意思之一致，亦即合意是已。當事人一方，作成要約，而他方予以承諾者，合意即屬構成。要約或承諾，均得以言詞或書面為之，但在例外時，亦有以使用書面為必要者，並且在有些場合，要約或承諾，或此二者，都尚須以行為予以證明的。以一明定價目出售貨品的要約，而與一依其定價買入該項貨品的承諾，兩相結合，便成立了契約，不過這是一個最簡單的契約態樣而已。若要約係由函件作成，而承諾亦由函件為之者，則結連双方的函件，便成為一完全的買賣契約。至若雙方有反覆磋商，書柬往還，不止一次，那末其契約即由此一連串的函件，予以構成。作成要約者，謂之要約人（Offeror），接受要約者，謂之要約相對人（Offeree）。

關於契約的一切事項，都須詳加研討，經合意以後，應明晰的記載於契約之上。在某些事情，如果未經記載，往往均認其已有意思之一致。即如不別附條款時，法律推定其為現錢買賣，不訂明交付期限時，推定其為在相當之期間內為交付。凡此種種，在當事人不有反對之意思表示者，固得予以推定，但為避免誤解及爭執起見，能夠確切訂明，自屬最為妥善。在訂立契約之前，當事人間往往作初步的磋商，但此項磋商，不能視同要約。在商業上嘗有寄送通啟、目錄、或價目表於顧客，而這祇能算是一種要約之誘引，藉此使相對人提供購買的要約。公開的廣告，亦不過是誘引的一法，除非該廣告別有聲明，否則不能視同要約。在拍賣，拍賣人祇為出價之邀請，對於出價最高之應買人，並不負有必須訂立契約之義務。應買人提出要約時，拍賣人欲為承諾，則尚須為賣定之表示（Sold）並同時敲擊其錘。有些州的法律，認拍賣人應將標的物賣給出價最高之應買人，但法院則以為縱在拍賣的通告內，不作任何保留，亦不能遽認拍賣人，就每一買賣標的物，都負有必須賣與於出價最高之應買人之義務。關於建築投標的廣告，亦仍屬要約之誘引，唯投標人則為要約人。在公共工程之招標亦同。有些州的制定法規定，招標契約，應與標買長氏之發票人訂立之，但這不過是一種限制選擇權的方法，仍無碍拒絕一切標價，而另行招標。

為使避免誤會，並求當事人意思之真實的一致起見，要約的表示，務期明確。要約應係一種確定而完善的提議，倘措詞兩歧或語涉游移，則極易惹起歧解，且可能使相對人的承諾，未能盡如要約人之意。不過相對人基於要約而構成的承諾表示，不出於常人的意料之外者，則要約人應受其拘束。唯要

約用語，倘極空泛，不似就任何確定的事物，有所約定者，則契約簡直無法成立的。在 *Butler v. Kemmerer*, 218 Pa. 242 案件中，有公司大股東，曾與該公司某一重要職員為分紅的約定，但未指定任何標準，法院認其約定太屬含糊，不能視同要約。其理由稱：「要約必須明確而完善，使人一經承諾，輒得構成契約，而在此一契約中，包括一切必要的條款，足以決定其契約是否已經完成。」再者，商人售賣貨品，嘗指定數量與價目，提出要約，而受其拘束，但若僅示數量者，則應視為僅係一種投議，而非真正的要約。關於此點，在 *Moulton v. Kershaw*, 59 Wis. 316 18 N. W. 172 案件中，曾有所決定。K 於其致 M 函中有云：「因食鹽的運輸阻塞，我們曾向 Michigan 洽辦上色食鹽一批，卡車專運，每車可載八十五桶至九十五桶，在貴處交貨，每桶價金約八角五分，如蒙惠賜訂購，至所歡迎。」M 即訂購二千桶，而 K 則拒絕之。如是 M 遂提起不為交貨的損害賠償之訴。旋經法院認定，此項函件，僅係交易上的邀請而已，蓋若以此為要約，則 M 訂購任何車數的食鹽，K 將不能不受其拘束，倘其數量過於鉅大，非任何商人的能力所可成交者，勢必使人極感困難；而若以此函係限於相當數量的買賣要約，那末在此契約中，便有一至為不確定的要素在，常使人無法予以解決。當然，人們可以作成一個不加限制的買賣要約，也就是買受人得隨意購買任何數量的貨品，但必其要約上所用的語句，極為明顯，足以表明其確有此意者，始受其拘束。在出賣人聲明其所為之意思表示，係屬要約，而非僅僅是要約的誘引時，則能指示其所提議的，乃係「堅定之要約」(firm-offer)，自屬最佳，因為這樣的用語，才足以表示其要約是特定的，而且是願受拘束的。

在買賣契約，要約相對人，於一定的期間內，常獲得承諾或拒絕的選擇權（Options）。唯此項選擇權，係要約人自願在所定的期間內，維持其要約，而使相對人有其選擇的權利，却並不因此而受法律上的拘束，蓋此際契約尙未訂立，要約人不曾受有任何約因，亦即自願與相對人以選擇權，而自己並不由是而獲得些須之報酬，故得任意撤回其要約也。關於這種不具約因的選擇權的撤回，並不受時間的限制，亦無須預先通知，不過其撤回的意思，必須向相對人爲之，也就是依照撤回的原則，通知相對人其選擇權已不復生效，而在爲此通知以前，相對人仍得承諾其要約。唯須注意，倘相對人已有所給與，或曾提供關於選擇權的約因，則關於選擇權的契約（Contract of Option），便已成立，蓋相對人既有所報償，自有權於一定的期間內，使要約仍可維持。在有選擇權的契約之當事人間，如相對人承諾其要約時，關於選擇權所付的代價，除別有約定外，不算入於買賣價金以內。

要約非經通知，不能成立，必相對人知悉有此要約，然後要約始得因承諾而構成契約。例如爲了尋覓一個名貴的鑽戒，刊登懸賞廣告的要約一則，而鑽戒的拾得人之返還其物於遺失人時，却並不知有此廣告之存在者，則此際該拾得人無權請求報酬。因爲返還鑽戒之一事實，在表面上雖似承諾，實則絲毫不曾具有願受報酬的意思，所以並非真正的承諾。要約人將其要約通知於相對人者，始得謂爲合法之表示。要約的通知，倘有遺失（例如因郵局誤投），則相對人縱或偶因第三人而獲悉有此要約之存在，尙爲未足，於此情形，果欲承諾其要約，而取得法律上之保障者，必須告知要約人，使其重爲要約之通知。

要約經承諾以後，契約即屬成立，任何一方，不得撤回。設若此一原則，不能確立，則所謂契約

也者，直一「廢紙」(a scrap of paper)耳。但是在未經承諾以前，要約人或其相對人，都不受其拘束，所以要約人自可有權予以撤回，縱使因撤回而致相對人蒙受相當重大的損失，亦所不恤。不過要約的撤回，必須通知相對人，否則，應認該要約於相對期間以內，尚有其效力。

(判例三) Shuey v. U. S. 73 (1875)

Lincoln 總統被刺以後，同謀兇犯中，有名 Surratt 者，陸軍部曾以廣告懸賞二萬五千元，予以購緝。閱時六月，該那奉 Johnson 總統之命，撤回此項廣告，其撤回所用之方法，與廣告時同。原告知有此項廣告，唯對於廣告之撤回，則並無所悉。嗣以原告之提供線索，捕獲 Surratt。原告因而對政府提起給付報酬之訴。

此案政府勝訴。蓋懸賞廣告，得以同一之方法，予以撤回也。其判決理由稱：「按契約所定之事項，在未經完成以前，該項契約，委係無法成立。基於要約可能發生之權利，如果尚未實現，則任何契約之要約，均可予以撤回。懸賞廣告，亦復如是，祇須其撤回所用之方法，與廣告時同，即屬合法。本件懸賞之要約，係以公開方法，向社會宣露，並非直接對原告而為之，故原告自應注意廣告人以同一方法為懸賞之撤回。」

要約定有期間者，在所定期間內，要約人應受其拘束，而期間屆滿以後，便失其效力。要約未定有期間者，則於相當的期間以內，亦應維持其效力。要約遇有下列情形之一時，歸於消滅：(一)要約經撤回，而撤回之通知，已送達於相對人者。(二)要約經拒絕者。(三)相對人提出對待要約

counter offer)。此際，要約相對人往往自謂已接受要約，但就要約人所作成的條款，則予以變更。（四）當事人之一方死亡，或心神喪失，或罹於破產，或其公司或合夥經解散者。

以上所述，均屬有關要約的情形，茲再就承諾一事，言其概略如次：

要約相對人，應就要約的全部條款，予以承諾，不可增多，亦不可減少。倘若加以限制，或附以條件，則其承諾，不生效力，在 *Myers v. Tresscott*, 59 Hun (N.Y.) 395 判例中，T 以函件向 M 提出要約，願售與蘋果一批，並指明其數量及價金。M 接受其要約，但於其覆函內，附註「貨色應為上等品質，每桶須實裝二百枚」兩語。T 拒絕交付，M 便提起契約不履行之訴。法院判決 T 勝訴，其理由略稱：M 的承諾，已有所變更，其契約能否成立，則全繫諸買賣的要約中所不會列入的事實。誠以 M 的所謂承諾，實際上乃係拒絕要約，而另提新要約或對待要約。T 對於這個新要約的條款，可能予以接受，但因此而作成的契約，却不是原先所擬締結的，而則是另一新的合意，況且 T 對於這個新要約，本來是有權予以全部的拒絕。由此以言，凡欲就特定的要約，作成一双方意思一致的契約，則非為無條件的承諾不可。但是相對人接受要約時，亦可徵詢要約人能否就某一條款，略予變更，這種承諾，應認為有效。如上例，M 同意要約中所指示的貨品，但表示擬增加或減少其數量，或其交付日期，稍予更動，倘 T 允其所請，則此一經過變更的契約，於以成立，而較適於 M 的意思。不過，遇有此種情形，最好是不先為承諾，經過磋商的途徑，以探測要約人有否變更條款的可能，倘偵知欲強其變更，必將撤回要約者，則可儘速接受其要約之全部，使契約得以成立。所宜注意者，相對人變更要約約款而為承諾時，視為要約之拒絕，嗣後便不復享有要約上的利益。因為要約一經拒絕，

非經要約人的同意，便無法回復其效力。

(判例二) Minneapolis & St. Louis Ry. Co. v. Columbus Rolling Mill 119 U. S. 149, 30 Law Ed, 376 (1886)

C鋼軌廠於十二月八日，向M鐵道公司，提出要約願售與二十噸至五千噸鋼軌，但聲明須於同月二十日以前，予以承諾。同月十六日，鐵道公司函覆接受其要約，唯其所需的數量，僅為一千二百噸。此項覆函，於同月十八日，為鋼軌廠所拒絕。翌日，鐵道公司復致函訂貨二千噸。因廠方拒絕其請，公司輒提起損害賠償之訴。

此案廠方勝訴。其判決理由稱：「按本件所應適用的法理，早經著有定例。蓋契約倘無雙方當事人的同意，碍難成立。在買賣契約，要約未經承諾以前，要約人不負任何義務。在相對人諾否未定之時，彼此固得從長磋商，但任何一方，就此均無義務之可言，一方可以拒絕其要約，而他方亦得撤回之，其拒絕或撤回，均可使事件罹於有似要約之從未提出也者。僅為承諾的擬議，或難為承諾，而其內容與要約的條款，有所差異時，均應認為係要約之拒絕，倘提供原始要約的一方，不復更新其要約，或接受對方所變更之條款者，則其磋商一事，即告結束。相對人既已拒絕要約，嗣後便無法因復為承諾之表示，而回復其要約的效力。」按鐵道公司十二月十六日覆函，僅訂購一千二百噸，係對於鋼軌廠的要約，為有限度的承諾，「其噸數既不相符，在法律上即為要約之拒絕。」廠方既不予以允諾，「則雙方磋商之門，由是緊閉，原告要難於事後復行接受被告之原始的要約。」

要約人聲明，承諾的通知，須用函件或電報爲之者，那末郵局或電報局，便成爲要約人接受承諾的代理人，在承諾的函件，貼足郵票並書明要約人地址無誤而投置於信箱時，契約即屬成立，即使該項函件未曾送達於要約人，亦無礙於契約效力的發生。在以電報爲承諾者，在預備報費的覆電，書明地址無誤，而交由報局拍發時，契約亦即成立。要約係以函件或電報送達，除另有聲明，承諾須用他種方法爲之者，推定其所需要的承諾，亦應以同樣的方法作成之。於此情形，相對人祇須發送其承諾的通知，承諾即生效力，不過倘若別以他種方法爲之者，則在要約人未曾確已收到其通知以前，其承諾尙難生效。是故要約人避免種種困惑與不確定的情形起見，往往在要約中，特行聲明，承諾的通知，非於確已收受以後，尙不發生效力。承諾的表示，亦要明白清晰，不可語出兩歧。例如在 *Mahar*

v. Compton 18 App. Div. (N.Y.) 536 事件中，債務人與債權人間，爲一部清償，彼此磋商，債務人要債權人頂受其兩架發動機，以抵償一部分價款，經雙方爭論的結果，始由債務人決定機器折價的數額。於是債權人便立一書據爲証，其詞句如下：「你做事很像我的太太，所以我必須等她作一最後的決定。請你告訴那些朋友們，去找一根機器上的槓子。機件姑且不要裝置，因爲我現在太忙，沒有一天去照料它。」法院認爲這不成爲一個承諾。此一裁判，固然未免太過嚴厲，但由此可知承諾的表示，必須清楚明白。

要約定有承諾的期間者，則承諾應於該期間內爲之。例如芝加哥商店，對紐約商人，提出要約，並指定其承諾的期間爲三日，那末紐約商人應在第三日的午夜以前，將其承諾之通知，投交郵局或電報局。因爲如上所述，此項承諾，祇須在期間內爲發送，而無須必於其期間內到達也。在要約未定有

期間者，則相對人得於相當的期間以內，表示其承諾的意思。所謂相當期間，應依情形定之。關於易於腐爛的貨品，應該即時為承諾，在物價漲跌失常時，出賣人亦亟需得有迅速承諾，否則，買受人很可能靜待市場的變化，坐沾其利，而致出賣人蒙受損失。

要約以相對人之一定行為為其內容者，則此項要約，往往無須先為承諾之通知，祇要完成其行為，即為已足。例如關於懸賞廣告的要約，祇要完成廣告所示之一定行為，契約即屬成立。

(判例三) *Carhill v. The Carbolic Smoke Ball Co.*, L.R. 10. B. 256 (1893)

被告係藥品製造商，其公司定名為 *Carbolic Smoke Ball*。在 *Pail Mail Gazette* 登載廣告一則，文曰：「凡購用本公司出品之丸藥，依照仿單指示，每日三次，連服二星期，如仍感流行性傷風，感冒，或其他因感寒而罹病者，本公司當致送黃金一百鎊，決不食言。茲在 *Albion Bank Regent Street*，儲款一千鎊，以示信實。」云云。原告閱悉此項廣告，即購用該公司之丸藥，並依照仿單指示，連服數週。嗣因感染流行性傷風，旋即訴求支付懸賞金額。

此案原告勝訴。其判決理由稱：「依照法理，本件懸賞一百鎊之廣告係對不特定人要求完成一定行為所為之要約，祇須其人完成其一切條件，即屬承諾其要約。」關於約因一事，該判決亦別有所說明曰：「依照廣告完成一定行為並承諾其要約之人，是否因被告廣告上所要求之事項，而感覺不便？依仿單所示，每日服用三次，連服二週，是否於人毫無影響？服後是否並不見效？凡此種種，雖不能

謂爲損失，要難否認其爲係服用此藥者所感受一種顯著的不便。本法官認此中具有廣泛的約因在焉。」

相對人對要約不爲答覆時，並不因此負有責任，蓋沉默不能認爲合意也。要約中即或聲明不爲致答即屬承諾其要約者，相對人亦不受其拘束，不過在有些事件中，因爲當時人事先已所接洽，而相對人負有答覆之義務者，則不在此限。雖事前並無接洽，但若要約係有關特定物之買賣，且其物之運送相對人，而相對人占有其物並曾爲使用者，則此一事實，應認爲係屬接受其要約，即所謂默示的承諾是也。

原載法律評論第一八卷第四、五期（41年4、5月）

2 債務與責任

諸葛魯

壹

債務云者，言應履行之義務也。責任云者，言對於債務履行之擔保也。詳言之，即債務人不履行其債務時，債權人得聲請法院，依強制執行程序，而使之履行者，乃基於債務人之責任也。例如：因消費借貸關係，借用人對於貸與人，負返還金額若干之義務，是為債務。若借用人遲延返還時，貸與人得聲請法院強制其履行，是為債務人之責任。昔時，羅馬法以債務之觀念，須由債務與責任兩者相合而成，凡有債務，必有責任。所謂債務當然包含責任在內。德國固有法則反是。債務與責任有各自獨立存在之觀念。此為德國學者一般所公認。

貳

債務關係與責任關係，有各自獨立存在之觀念。得依左列各項說明之：

(一) 債務關係與責任關係得分離存在，債務關係與責任關係兩者，固以合一存在為原則。惟亦有不然者即：

1. 或僅有債務關係而無責任關係者，學者所謂「自然債務」是。例如德民法第二百二十二條罹於時效之債務；第六百五十六條因婚姻媒介所生居間費用之債務；第七百六十二條至第七百六十四條因賭博所生之債務；第八百十四條基於道德上之義務或基於禮儀之債務；第一千六百二十四條父母供給子女嫁資等項之債務，均屬之。我民法第一百八十條第一款道德上之義務；同條第四款因不法原因所生之債務；第二百零五條及利率管理條例第四條第五條超過法定最高利率限制之利息債務亦同。此種欠缺責任關係之債務，債權人雖不得以訴請求命債務人履行，然債務人苟任意履行時，其履行仍為有效，不得本於不當得利之法則，請求返還。其所以不得本於不當得利之法則請求返還者，實以其債務之成立為前提也。此際可謂債務關係已經成立，而責任關係則不發生。

2. 或僅有責任關係存在，而債務關係尚未發生者。例如：因擔保將來之債務，或附停止條件之債務而為保證或設定質權。此際其將來之債務，或附停止條件之債務，尚未發生，而其保證或質之責任關係，則已存在。就上述責任不存在之債務，或債務未發生之責任各事例參觀互證，可為債務關係與責任關係有各自獨立存在之觀念之證明者一。

(二) 以上所述，惟指債務關係與責任關係得分離獨立之情形而言。此外尚有兩者同時併存，而其主體，範圍或內容各異者。此亦可為兩者有各自獨立存在之觀念之明證者二。茲分項說明之：

1. 債務關係與責任關係得異其主體 債務關係與責任關係同時併存而其主體或有互異者。按「責任」，關係有人的責任，與物的責任兩種。就前者之情形言之，債務關係與責任關係異其主體之適當事例，即為德國民法第七百六十五條規定之保證。蓋此項法條之內容，係規定保證人對於債權人負擔保主債務人履行其債之責任。申言之，即：保證人非約定於債務人對於債權人不履行其債務時代負履行主債務人債務之責任；乃擔保主債務人不履行其債務時，使債權人不受因此所生損害之責任。而與我民法第七百三十九條稱保證者，謂：當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約之規定不同。故主債務人之負擔，與保證人之負擔，不相一致，即主債務人僅負「債務」，保證人僅負「責任」。由是而觀，債務關係之主體，與責任關係之主體，其不同也可知。在就後者之情形言之，其債務關係之主體，與責任關係之主體，恒不一致，雖物之本質，不得為債務關係之主體，亦即無負擔債務之能力，然非不得負擔責任。例如質、抵押、留置權，其他如德民法之土地負擔、土地債務、冒險借貸均屬之。此等情形，物僅負責任，而不負債務。其中有物的責任與人的責任併存者，如質、抵押、留置權、土地負擔是。有僅物的責任存在者，如土地債務、冒險借貸是。或有主張物的責任與人的責任不過為物權與債權之區別，根本不認兩種責任之區別者。此說不能認為正當。蓋物的責任（質、抵押、留置權等）其本質非屬物權，因物權乃為物之使用收益之權利，故屬於此等物的責任之物權，應以由物權中除外，而與人的責任合為責任權之獨立分類，較為適當。

2. 債務關係與責任關係得異其範圍 責任因擔保債務履行而存在。責任之範圍得較債務之範圍為狹。此不惟兩者異其主體所如是，即同其主體亦然。詳言之，即債務人於其所負債務同時併負責任時

，其責任之範圍得較債務之範圍為狹，稱之曰：「有限責任」。此由近世因限制經濟上企業危險之必要而產生之制度。「有限責任」得分為「人的有限責任」，與「物的有限責任」兩種。前者，係以一定金額為應負責任之限度。例如兩合公司之有限責任股東，及有限公司之股東，均以其出資額為對於公司之債務應負責任之限度（公司法第八九條第二項、第一〇六條）。股份有限公司之股東，以繳納其股份金額，為對於公司之債務，應負責任之限度（公司法第一五三條第一項）。其他如對於他人之債務，以一定金額為保證之限度，亦屬之。後者係以特定財產為應負責任之限度例如限定繼承，以因繼承所得之遺產為其對於被繼承人之債務應負責任之限度（民法第一一五四條第一項）。船舶所有人對於某種債務，以本次航海之船舶價值，運費及其他附屬費，為應負責任之限度（海商法第二三條第一項）。此外，債務關係併得自由以契約訂定物的有限責任。又債務得不限定期間，僅責任限定某項負擔之。例如保證人僅於某期內，負擔保證責任是。以上所列人的有限責任，與物的有限責任之範圍例，債務得以一定金額或特別財產為限度而免除其責任。故責任之範圍較債務之範圍為狹。此兩者所以得異其範圍也。

3. 債務關係與責任關係得異其內容 債務關係與責任關係異其主體時，兩者之內容得因之而異。以物的責任之質權、抵押權、留置權而論，其所擔保債務之內容，雖有種種之差異，然其責任之內容，則恒為同一。即惟在擔保主債務不履行時，使債權人得就擔保物，因拍賣所得之價金，藉資補償損害而已。更以人的責任之保證而論，保證之目的，在擔保主債務之履行，故其責任亦以以擔保主債務人不履行債務時，使債權人不受因此所生之損害為其內容。蓋其所擔保債務之內容，並非以債權人

爲限。尙有以勞務爲標的之債務，或以不作爲爲標的之債務種種，而其責任之內容，則專在擔保債務之履行，且僅以保證人之財產負其責任。是以保證內容與債務內容，往往未能一致，爲債務標的之給付，自身有時且不爲保證之標的，保證人僅負財產上損害之賠償責任，不負自然回復之賠償責任。綜上各情以爲觀察，則債務關係與責任關係，得異其內容，實屬顯而易見。從而兩者有各自獨立存在之觀念，益臻明瞭爲。

叁

以上所論，乃責任關係得與債務關係獨立存在之觀念。然則責任關係究應適用民法上何種規定之問題，遂因是而生。按民法對於債務關係與責任關係，並未有所區別。故關於責任關係亦未設有特別規定。惟兩者之間，既有各自獨立存在之觀念，則關於債務關係之規定，得否逕行適用於責任關係，殊有研究之必要。

債編之總則中關於債務人給付義務（債之標的及效力）之規定（民法第一九九條以下）係因爲債務關係之內容，有種種不同而設。而責任關係之內容則恒爲同一。故除強制執行法別有規定外，關於給付義務之規定，適用於責任關係者甚少殊，如給付不能，過失等之規定，並無直接關係，至關於債權之讓與之規定，僅於債務關係適用之。惟債權讓與時，其責任關係之權利，亦以隨同移轉爲原則（民法第二九五條第一項）。又關於債務承擔之規定（民法第三〇〇條以下），亦僅債務關係有其適用

。但債務人同時負擔責任之際，債務承擔亦為責任承擔，僅對責任而為承擔。民法雖未就此有所規定，然在應予准許之列，亦不容疑。此際關係於債務承擔之規定，得準用之。此外關於債之消滅之規定中，如清償、提存、抵銷、免除等規定，於責任之消滅亦得為準用。第關於責任之消滅，尚有下列三種原因：一為時效。債務關係固不因消滅時效完成而消滅，責任關係則反是。此為時效與除斥期間不同之點。蓋除斥期間之經過，債務關係與責任關係固屬一併消滅；時效完成則僅責任關係消滅而已。二為債務關係之消滅。責任關係原為債務之擔保而存在，故債務關係消滅時，責任關係亦當然消滅。三為債務關係有移轉情事時，若責任關係不隨同移轉，則責任關係因之消滅。再關於債之契約之規定，係為給付內容之種類而設，故於責任無重大影響。

原載法令月刊第五卷第七期（43年7月）

3

論債之本質與責任

林誠二

壹、序 說

(一) 歷史的觀察與區別觀念之確定

羅馬法上之債的觀念，並未區別債務與責任，而係融合二者為單一之「*Obligatio*」(註一)。按「*Obligatio*」一語，乃指「*nexum*」或「*teneri*」，即「*Juris Vinculum*」之意。為債之鎖，用以表示債權，或債務，或債之關係，而拘束（*Ceppenteinheit*）當事人之狀態也。依優帝法典之定義，債云者，當事人之一方依法得請求他方為一定給付之法律關係也（註二）。債之關係，因有上述之拘束狀態，乃有債務（*Schuld*）與責任（*Haftung*）之區別觀念。羅馬法既不區別債務與責任，故有時主動的請求權（*Forderung*）或受動的債務（*Schuldpflicht*），亦意味着「*Obligatio*」（註三）。

德國普通法時代，沿羅馬法思想，亦未對「債務」與「責任」予以區別。一般言之，債務云者，指債權人對於債務人所有財產上之效果（註四）。Savigny氏認為，債權者，乃債權人之自然的自由之擴大；而債務者，則係債務人之自然的自由之限制。債權人之自然進行狀態，即債務人之任意地履行，若債務人不履行債務，則僅債權人之強制履行，係一種正對不正之爭執，債權若發生爭執，債權即不自然地進行（註五）。

於一般債權法上，最早談及債務與責任之區別觀念，首推Brinz氏（註六）。他從債權之目的為出發點，認為債權須有責任才能產生，然後再有所謂債務，更強調有訴權之責任，才有債權之觀念（註七）。不過其見解，似有將債權即視為責任之嫌，而忽略債務之要素。

債務與責任之明確區別觀念，乃日耳曼人之功勞。其研究日耳曼法中，對後世法學貢獻最大且深遠者，為債務與責任之區別觀念及其區別標準。Amira氏從語源研究債權法，Pantschart氏則由法源研究債權法，最後由Gierke氏集大成（註八）。

日耳曼古法，債務為Schuld，屬於法的當為（Rechtliches Sollen），不含有法的強制（Rechtliches Müssen）之觀念（註九）。詳言之，債務者，乃當為履行其給付之義務（Leisten-sollen）；而債權者，則係得為給付受領（Bekommen-sollen）之狀態。由是觀之，債務人之給付，絲毫未受他人之強制，而係由債務人之意思自由給付，因之，一旦給付，則不得任意請求返還（民第一八〇條參照）。亦即債權人沒有強制債務人給付之權利，欲強制債務人為給付，則必另有人格的責任或財產的責任等關係存在（註一〇）。

至於日耳曼法上之「責任」，乃 *Varpa*，係指「替代」(*dafür Zustehen* 或 *haften*)之關係(註一一)。亦即指債務人當為給付而未為給付或不完全給付時，應服從債權人之強制取得(*Zwangsgrifsmacht*)之關係。由於此種強制取得之責任關係，附加於債務關係，債務關係才有拘束力(*Bindung*)，從而，為實現債之目的，責任乃具有擔保(*Garantie*)之作用。此種擔保作用，於債務不履行時見之，蓋債務若自然地履行，則依債之本旨所為之給付，已能滿足債之目的，而債之關係亦因此而消滅；如債務人不履行債務時，則債權人依債務人之擔保責任，按強制之方法，以求滿足，故性質上屬於一種給付之代償(*Surrogat*)。由是觀之，債務與責任未必相結合，其發生之條件各有不同，有責任未必有債務，有債務未必有責任，無責任之債務亦有之。

從法制史觀察，日耳曼法對後世貢獻最大者，誠為「責任」與「債務」之區別觀念的確立，影響所及，德國普通法時代之「自然債務」(*Obligatio naturalis*)、擔保物權之物的責任(*Sachhaftung*)、有限責任與無限責任等觀念，相繼確立。例如 *Isay* 氏，認為將來立法時，有將責任關係予以獨立，而與債權法中之保證及物權法中之擔保物權，一併制訂責任法之必要(註一二)。 *Schwerin* 氏，進一步認為債權法總論中，應有債務法與責任法之分類(註一三)。余以為將來立法時，責任法應否獨立列編，是否妥當，姑且不論，單從現代法律學言，責任與債務之區別觀念，在理論與事實上誠有其價值存在。

英美法上債(*Obligation*)之概念，與我國債法上債之概念大致相同。債者，乃一人或多數人因受法律之拘束，負有對他人作為或不作為之義務也(註一四)。至於債務與責任(*duty*)，英美

法與羅馬法同，不加以區別，爰英美法視責任乃債務履行之必然結果，無區別之必要（註一五）。英美法雖無自然債務之規定，但有類似自然債務存在，即所謂不能強制履行之契約（unenforceable contracts）。此項契約債務，或因法律上無救濟方法規定而不能予強制履行，如英國律師不得向當事人請求報酬是；或因未依法律所規定之方式而訂立之契約，如缺少詐欺防止法規（Statute of Frauds）所規定之要件；或因罹於時效而無法實行其權利，如超過時效法規（Statutes of Limitations）所規定之期限（註一六）。

（二）問題提示

從現代法律生活關係來說，債務與責任究應具有何種關係，債權關係才有其實質意義，殊值吾人從動態法學加以分析研究之必要。債務與責任應予區別概念，已如前揭，但二者究為如羅馬法之「聯合」關係，抑或為「結合」關係？為達到現代法律生活之實際需要，似應認為二者係一種結合關係，而構成單一之債權關係。關於單一之結合關係，本文擬先加以分析，再予綜合研討。簡言之，債務應否包含在責任內？或責任被債務所吸收？又債之本質究為債務？抑為責任？均為現代動態法學上研究所不能忽略之問題。

貳、債權關係之重點

（一）債權關係的發生

甲、大陸法系

羅馬法上債之發生原因，約有兩類，即（一）因契約（*Contractus*）而生之債權，及（二）因私犯（*delictum*）而生之債權。但此兩類債權非即一切之債權，另有與契約相類似之準契約（*quasi contractus*），及與私犯相類似之準私犯（*quasi delictum*）（註一七）。

我民法債編中關於債之發生原因，於第一次草案時，大體倣德國民法，以契約、廣告、發行無記名證券、發行無記名證券、管理事務、不當得利及侵權行為等七種為債之發生原因。迨第二次草案時，則從瑞士債法，而以契約、侵權行為及不當得利等三者為債之發生原因。現行民法債編最後從暹羅債法，以契約、無因管理、不當得利及侵權行為為債之發生原因，至於將代理權之授與一款，列入債之發生原因，是否妥當？學者見解不一，肯定說謂：「民法以代理權之授與，為單獨行為，獨立為債之發生原因，故於債編通則中，另設一款。」（註一八）「本人由授權行為，將代理權授與代理人後，代理人在其代理權限內，所為之代理行為，即應由本人負其責任，故授權行為為債之發生原因云矣。」（註一九）否定說謂：「代理人對於本人亦非基於代理權之授與，即負為代理行為之義務，其非債之發生之原因，本甚明顯，本法以之規定於本節內，殆係補總則之疏漏，且以代理人在其代理權限內所為之行為，應由本人負其責任故也。」（註二〇）

按債權之發生，或出於法律規定，或出於法律行為，其因法律行為而生者，固以契約為主，但單獨行為如法律有特別規定時，亦非不可為債之發生原因。查德國民法第三〇五條規定：「依法律行為設定債務關係或變更債務關係之內容者，除法律另有規定外，當事人間應以契約為之。」此意旨

。例如設立財團之捐助行爲、票據之承兌及指示證券之承擔等，雖係單獨行爲，但不失爲債之發生原因。再查我民法第一六七條規定：「代理權以法律行爲授與者，其授與應向代理人或向代理人對之代理人行爲之第三人，以意思表示爲之。」可知代理權之授與，應屬單獨行爲，甚爲明顯，其得爲債之發生原因，應無置疑（註二一）。其有問題者，乃在我民法編列體制下，將代理權之授與列入債之發生原因，而將代理制度列入總則編，是否有前後割裂，有失完整之嫌，頗值商榷。因非本文重點，姑略之。

乙、英美法系

英美法系關於債之發生原因，似有雜亂無章之嫌，但歸納起來，約有左列五端（註二二）：

(1) 直接由合意而生者（*directly from agreement*）：謂直接由合意而生者，係指債之法律關係因合意而生，如契約行爲是。蓋一方要約，經他方承諾後，雙方即因而發生作爲或不作爲之債權債務關係也。

(2) 由侵權行爲而生者（*delict or tort*）：侵權行爲之所以爲債之發生原因，蓋任何對於他人之財物或身體，負有絕對不可侵犯之義務，此項義務雖非因當事人之合意而生，但違犯者對其不法行爲之結果，即負有損害賠償之責，從而損害賠償之債生焉。而被害人（*victim*）對於加害人（*offender or wrongdoer*），亦享有損害賠償訴權（*action ex delicto*）。

(3) 由於違反契約而生者（*breach of contract*）：債務固因契約而生，但債務人違約時亦可發生，亦即屆期應爲給付，而竟不爲給付（*non-performance*）或給付遲延（*delayed performance*）或不完全給付（*incomplete performance*），致他方受損害，此際，他方即得向

應為給付之債務人請求損害賠償，從而亦生損害賠償之債。

(4) 由準契約而生 (quasi contract)：在普通法制度下，準契約乃係金錢債之訴 (money in an action) 之一種訴之理由 (cause of action)，但其債既非因侵權行為而生，亦非因契約行為而生，其理論根據實基於不當得利 (unjust enrichment) (註一三)。此項債務因非雙方當事人之合意，而係由於法律規定加之於債務人者，故名之曰準契約，例如裁判上之契約 (contract of record)，因法院之判決而責令一方對於他方為積極或消極之給付是。

我國債法認為因違反契約而生之損害賠償，與因侵權行為而生之損害賠償，並無二致，故皆歸納於債法中，且英美法則不然，從而於其民事法中，將違約 (breach of contract) 與侵權行為 (tort)，分列二系統加以規範。

(二) 債之目的觀

債權關係者，乃特定人間請求特定作為或不作為之法律關係也。權利與義務係一種相對觀念，故債務人對債權人之義務關係，實即債權關係。從法律之目的觀，此一債權人與債務人間之法律關係，係在達一定法律目的之手段 (註二四)。債權關係之首要法律目的，乃在將債權轉變成物權或與物權具有相等價值之權利。故從法律目的來說，債權關係之目的，並不在於債務人約定給付之「實行」 (performance)，而係在於債務人約定給付之使債權人獲得「滿足」 (satisfactory)。因是，債權關係不若物權關係，只要物權存在，權利即成立；於債權關係中，則必消滅現有債務，債權所欲取得之權利 (例如物權)，乃能成立，如此說來，債權關係尚存在時，債務尚未完結；至於物權滿足

，則永遠滿足。債權滿足之時，乃債權自體消滅之時。由上觀之，債權關係僅係確定債務人之「給付義務」之法律手段耳。至於因債權關係而將來可取得之權利，則須按法律規定爲之。不過，此一將來可取得之權利，則有待債務人之給付行爲，才能發生。從這一點來看，債權無既存利益可言，債務人之給付義務，僅係因債權之存在而受之一種拘束耳，實非債權人之法律目的所在（註二五）。何況債權人之法律目的（利益），並非必然到來，苟債務人之給付行爲發生遲延或不能，則可能有不到來之情事，故債權人之法律目的，僅可謂爲係債務人依誠實信用原則（民法第二一九條）履行給付義務之一種期待利益耳。準是以觀，吾人爲確定債之本質觀念，似應從目的方面來觀察，較能切合法之動的理論要求（註二六）。亦從而「目的」應包含在債之觀念內，且債權關係之成立與債務之履行，應有其時間上之距離。茲舉附停止條件之債權行爲爲例說明之。按我民法第九十九條第一項規定：「附停止條件之法律行爲，於條件成就時，發生效力。」顯然可見債權行爲在條件成就時業已成立，僅係尚未生效耳，既然債權行爲尚未生效，自不發生履行問題，良以債權之最終目的係在於履行債務，故在法律上使其限制其效力之發生，實則吾人如按法之動的理論來分析，所謂限制其效力之發生，其作用乃在停止債權之人行使與債務人之履行，因爲債權關係之成立，係爲達給付目的之一種手段。傳統上之觀念，認爲附停止條件之法律行爲，係在限制法律行爲效力之發生，究諸法之動的經濟效果，似宜認其係債權債務之停止，有稱之爲「履行停止」（此種觀念能否爲國內學者專家承認，當尙待斟酌）（註二七）。反之，在附停止條件之物權行爲，因物權行爲係以直接發生物權之變動爲目的，故於條件成就前，物權自體根本不成立，與附停止條件之債權行爲，於條件成就前，債權自體業已成立，有

所不同，蓋物權行為除以物權自體發生變動為目的外，並無其他目的存在，但債權行為固以履行行為最終目的，所謂最終目的，係指給付結果（*Leistungserfolg*）之實現，亦即滿足債權之需要，而非指履行行為之本體，從而附停止條件之債權行為與物權行為，於條件成就前之效力，自應有不同。查我國實務上認為，物權行為既為法律行為之一，自應適用民法總則有關法律行為之規定，例如甲以向乙購買尚未登記之房屋，預供丙設定抵押權，約定民國六十五年三月三十一日以前辦理抵押權登記，屆期房屋尚未移轉登記，丙可否訴請甲辦理抵押權設定登記？四十臺上一六八二號判例：「民法第九九條規定，附停止條件之法律行為，於條件成就時發生效力。甲以將來可取得之特定不動產所有權，供丙抵押，甲丙間之抵押設定行為，乃係附停止條件之法律行為，在條件成就時發生效力。而不動產物權，依法律行為而取得者，非經登記不生效力（民第七五八）。故在甲尚未取得房屋所有權登記以前，所附停止條件，尚未成就，甲丙間設定抵押權之法律行為，尚未發生效力。丙不得訴請甲辦理抵押權設定登記。」上開判例，對於附停止條件之物權行為（此指以發生物權變動——抵押權設定），未能與附停止條件之債權行為，於條件成就前，分別其效力，似可商榷。蓋如不分別其效力，則如有一附停止條件之物權行為，雖其條件已成就，但尚未依民法第七五八條登記，則該物權行為，究已生效否？即生問題。因此，個人認為物權行為既以直接發生物權變動為目的，則停止條件未成就前，所謂不生效力，應指物權本體不成立言。

叁、給付與履行之不同概念

債權者，乃使債務人爲給付之權利也。所謂給付，則指爲達債之目的——履行結果——之債務人之行爲或不行爲。但「給付」又與「給付目的」不同，故給付目的，並非單純指債務人之行爲或不行爲，而係指債權之結果實現言。因是，個人以爲「債務人之給付行爲」必與「債權人受領給付之結果發生」，二者相結合，才能謂之「給付目的」。債權關係，依給付目的之發生，進而始可謂之「債務履行」，從而債之關係乃告消滅，亦即所謂「債務清償」或「結果給付」。由上觀之，履行並非指債務人之給付行爲，履行重結果，給付僅係履行之手段，必也債權人實際獲得給付結果，才能謂之「履行」（註二八）。

「給付」與「履行」既然在概念上有其不同，則吾人對此二者之研究角度，自亦有差異。給付重債務人之行爲，履行則重結果——債權之滿足，故其效果，前者應從債務人來觀察；後者則應從債權人來觀察。從法理上言，所謂履行，概念上當然要包含給付結果，但給付則不包含給付結果。蓋債權關係，僅有債務人之給付行爲，尙不能消滅，必也債務人之給付行爲發生結果，滿足債權人之需要，債之關係乃能消滅，因之，給付行爲完畢，給付結果發生前，債務人之債務仍不能免除，只可說給付行爲已因給付而免除，至於債務人之債務是否因其給付行爲而免除，則尙須視其給付行爲是否發生履行結果，即滿足債權人之需要，必也履行結果發生，債之關係才能消滅。由是觀之，給付之免除，乃債務人方面之問題，而債之消滅，則係債權人方面之問題。

債務人「應爲之給付行爲」與「債權人之受領給付結果」，既有如上之差異，本人擬從民法上之解釋論，使之明瞭。無庸多言，債權關係，乃以債務人之給付行爲發生結果爲目的。給付結果之發生

，通常固多由債務人之給付行爲而生，但債之消滅既然係視給付結果能否滿足債權人之需要而定，故不以專由債務人之給付行爲而生爲必要，苟能滿足其需要，則何人爲給付行爲，在法理上言，並非必要。例如我民法第三一一條（日民法第四七四條）規定：「債之清償，得由第三人爲之；但當事人另有訂定或依債之性質不得由第三人清償者，不在此限。」由此可知債之關係，亦可因第三人之清償生給付結果而消滅。至於其例外情形，或基於契約自由原則（另有約定），或因債之性質不得由第三人清償者（如重視人之性質、身分或技能之一身專屬給付），或尊重債務人之意思（如第二項：第三人之清償，債務人有異議並經債權人拒絕者）。又如現代國際貿易有關價金之支付方式，習慣上都以信用狀（*letter of credit*）爲支付之方式，例如設在甲地之進口商甲，擬向乙地之出口商乙，購買五金一批。於買賣契約成立後，甲爲確保其貨物按約交付，乙爲確保其價金支付，乃由甲向其所在地之丙銀行，申請開發信用狀，丙銀行開發後即照會其在乙地之分行或聯行，將該信用狀通知乙，乙於符合狀內所載條款時簽發指己滙票提出押滙，丙銀行審查狀載條款無誤時予以承兌或付款。此種由丙銀行付款之給付行爲，亦係第三人清償之一種。一般而言，在買賣契約之下，依民法第三六七條規定，買受人（債務人）當然有給付義務，不過此一給付義務所生之給付行爲，却可由開狀銀行或押滙銀行行之，只要開狀銀行或押滙銀行之付款，能滿足出賣人（債權人）之需要，買賣契約所生之債權債務即因之消滅，反之，若不能滿足出賣人之需要，例如開狀銀行破產，此時買受人之給付義務仍不能免除，債之關係仍繼續存在（註二九），蓋信用狀開發之給付行爲尙未發生給付結果也。

此時，債務人雖應爲給付行爲，然尙不足以發生給付結果，需復加其他條件才能使之發生，例如

債權人之協力受領給付，倘債權人不爲此協力受領，則給付之結果尙未發生，債之關係尙未消滅，僅對於債權人發生不利之結果。一般言之，受領並非債權人之義務，而係受領給付權之不行使，故其結果法律上只生債務人責任之減輕（民法第二三七條、第二三八條、第二三九條、第二四〇條、第二四一條）。但有時協力受領，同時係債權人之權利與義務，例如我民法第三六七條規定：「買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標的物之義務。」此時，即同時發生受領遲延與給付遲延之法律效果。要之，債之履行，乃指給付之結果，非給付行爲本身。從債務人言，其能否免於給付之行爲，在於其是否完成給付行爲；從債權人言，債是否消滅，則在於債務人之給付行爲是否發生滿足債權之結果。從而，債務人給付結果發生前之過程，對債權人言，並不重要，其所重要者係債權之滿足，蓋法律爲保障債權關係，令債務人應爲或不應爲，僅係爲達到給付結果之一手段耳。申言之，債之關係，由動的理論來分析，其重點並不在於債務人之給付行爲，而係在於債權人之給付受領權（Bekommen-ensollen），此爲近代學說所確認（註三〇）。

肆、給付受領權與責任

（一）責任之本質

債權法有「命令目的」與「保護目的」二種（註三一）。命令目的在使債務人爲給付行爲；保護目的則在使債權人有一種法律上之力量得以實現其債權。給付行爲固爲債務人之義務，但若債務人不

履行此項給付義務，則債權人依上開給付受領權未得受領，此際，當由法律先予保護，此種保護方法，係依給付行為以外之方法來達到與給付結果同一價值，例如強制執行、損害賠償。不過，此種保護方法之實現，必有其法律上之力，使債權人得據以行之，此一法律上之力，學者間稱之曰責任（*responsibility*）。給付行為既僅係實現債權之一手段，而非債之目的本體，則責任並非與債務人之給付行為直接結合，而係與債權關係之重點——給付受領權相結合。

責任者，乃義務不履行之一種擔保。言之於債，即債務不履行之擔保。按責任，可分為「人的責任」與「物的責任」。舊日法律觀念，認人身為物之一種，故債務不履行時，債權人可將債務人當做隸使用或賣與他人，亦即可以債務人之身體為義務不履行之擔保。近代文明發達結果，已不再承認此種人的責任，轉而採取物的責任，認為債務人之一般財產係債務不履行對債權之總擔保。如前所揭責任係對債權人賦與法律上之力，但債權若能完全實現，則此一法律上之力不動，必也給付不生問題，即債務不履行時，此一法律上之力——責任，乃藉國家之權力而發動，就債務人之總財產取得與給付結果同一價值之效力。茲有問題者，即債務人是否有容忍（*Duldung*）此一法律上之力之義務？個人以為只要債務不履行，債務人即須服從此一法律上之力，故服從係債務人責任之本質，而非容忍義務問題（註三二）。

是故，債權人之給付受領權，係以責任為擔保，而其債權乃能鞏固，如此，債權人因債權契約所生預期之利益，因責任之保障而有其現代化經濟意義（註三三）。蓋責任乃強制實現債務之手段，而一般債權乃能由債務人之主觀因素分離而客觀化，使之得為讓與之標的（註三四），學者間稱之

債權利流動化（註三五）。按我民法第二九四條第一項規定：「債權人得將債權讓與於第三人。」即以債權可得自由讓與爲原則，至於（一）依債權之性質不得讓與者；（二）依當事人之特約不得讓與者及（三）債權禁止扣押者（同條但書），或因債權人之信賴關係，或因尊重當事人意思，或因社會立法政策，然究屬例外情形。是故，責任如予以動的觀察，乃直接附着於給付受領權，而一般所謂債務人應負擔責任，即指責任之作用。

（二）損害賠償與責任

損害賠償者，乃填補他人所受損害之謂。其以損害賠償爲標的之債，謂之損害賠償之債。損害賠償之債，有原始的損害賠償之債與轉變的損害賠償之債之別。前者指自始即以損害賠償爲標的之債，例如我民法第一八四條所規定者是也。後者則指原屬一般債權，後因法定或約定原因而轉變爲損害賠償之債，例如我民法第二二六條、第二二七條及第二三〇條等債務不履行所生之損害賠償是。

按債務人如依債之本旨履行債務，即發生給付結果，滿足債權人之需要，而實現債權，則債之關係消滅。我民法第三〇九條至三四四條所規定：清償、提存、抵銷、免除及混同，均爲消滅債之關係之原因，蓋其結果均在實現債權也。債之關係因上述原因消滅後，只剩物權變動之結果問題。但債務人若未依債之本旨履行債務，則生轉變的損害賠償之債，亦有稱之傳來的損害賠償之債。現代債權法之主要重點，可說在於規範損害賠償，同時，債權關係除因給付結果發生而消滅外，其最後解決途徑，不外強制執行與損害賠償。但給付既不以債務人爲限，例如第三人清償或銀行受託付款（如國際貿易常以信用狀（L/C）爲付款方式），則債務人債務不履行，例如不爲給付或不爲完全之給付（

民法第二二七條）時，債權人聲請法院強制債務人履行，亦應認係一種給付行爲，蓋其亦能滿足債權人也。其與原來債務之履行所不同者，唯一出乎自動給付，一出乎強制給付，其均爲給付則無二致（註三六），故債權法之重點，在於損害賠償之債。

由上述說明，可知損害賠償係債權人給付受領權之一種保護手段，而其保護基礎則在於責任關係，但責任效力之發揮，係以債務不履行爲條件，以債權人不能受領給付爲原因，亦即責任之發生，乃因給付無結果之客觀的事實而發生（註三七）。所謂責任關係，指債務人不履行其給付義務時，以其總財產擔保其債務之一種特定人間的關係，藉此責任關係，以達到與因給付結果同一價值之債的目的。再從現代交易言，債權乃客觀存在之一種法的財產，故可爲讓與或質押之標的物，現代資本主義下，更可顯出債權之爲財產權的重要性，如化體於證券上，即可視爲一種商品而爲交易。債權固有其財產價值，但其讓與性何在？吾人亦可從責任關係來探討。債權人依債權關係而有給付受領權，此給付受領權因有責任擔保，乃能與債務人分離而客觀存在，故有其讓與性。從而現代實際生活中，社會大眾之所以承認票據行爲，例如匯票之承兌、背書等，與其稱之爲債務行爲，倒不如稱之爲責任負擔行爲。

於此吾人可得一概念，即債權人之給付受領權，因有責任擔保乃能成立，而債權人對債務人之給付請求權，亦因而有其法律意義。從另一方面來看，債務人負擔債務，因有責任關係，故在債權法上乃成爲給付義務或損害賠償義務。是故，責任不但與義務有密切之關係，即與給付受領權亦有密切之關係。此一關係，就如同一個橘子，債務是肉，責任是皮，肉是用外皮保護，亦即債務爲責任所包含

全社會大眾利益，條文之規定，應依學理為適當類推說明權利，也必如斯，權利之真正意義乃能顯現出來，而社會生活關係遂得圓滿暢達。

(二) 私權與訴權——橋樑

權利依不同之標準，可為種種分類，然其根本則為公權與私權，此與公法私法之別相對應，即權利以國民生活關係上之利益為其內容者，謂之公權；反之，以私人生活關係上之利益為其內容者，則別之曰私權（註四〇）。在現代國家所實行之法治制度下，私權如何獲得最後保障？顯然地，此項最後保障之責任，係由國家之司法機關負擔之。茲就私權中之債權來說，債權之最後實現手段，即債權人依債務人之責任關係，請求司法機關強制其履行或使之負損害賠償責任。此種人民對於國家司法機關請求有利於己判決之權利，稱之訴權。訴權亦係以國民生活關係上之利益為內容之權利，故為公權之一種。吾人從權利之本質係法律上之力來看，私權與訴權即發生了密切之關係，尤以債權與訴權為最。

德國普通法時代，學說大體上採訴權私法論，謂訴權乃指私權中司法上請求權之作用、效果或裁判上之行使方法（註四一）。但從現代訴訟法學來言，訴權實際上係指人民為保護其私權，請求國家司法機關確定其權利存否之權利，其表現方式為求利己之判決。新舊二說概念上之區別，為訴權私法解釋論，從訴權之發生觀察，以為私權因私法之規定已確定存在，至於私權之以裁判方法實行，即為訴權之表現，故訴權乃私權之作用及效果。反之，現代訴權公權論，則從法律關係觀察，以為訴訟關係係法院與原告或被告之二面關係，非原告被告之一面關係。故依此說，法院與原告或被告之一

註四二)。由是觀之，訴權之爲公權，乃極爲顯明之理。再從訴權存在要件中之權利保護要件言，權利保護要件者，當事人對法院請求爲有利於己之本案判決所必要之要件也。權利保護要件之成立，固因依判決保護權利之請求權種類不同而異，但其訴訟標的之法律關係，如債權債務關係，應於訴訟外卽已具備，故原則上私權——如債權請求權之存在，係權利保護要件，惟於消極確認之訴，因原告須其否認之訴訟標的之法律關係實際不存在（註四三），故私權卽非必要存在，從而私權乃非訴權之對前提條件，此與訴權私法論之戶解不同。反之，權利既係法律所賦予之力，則私權從動的理論，必伴有訴權，否則私權失之訴權，私權何能受到法的保護？又何能具有其法律經濟意義？此吾人研究時不可不注意及之。

債權爲有財產價值之一種私權，債權因與債務人之責任發生關係，其財產價值乃有其法律經濟意義，而得爲讓與標的物，但此一責任關係何以能發揮其功能，則又因伴有訴權，其受法之力的保護乃能實現，法律爲實現其保護私權之力，從而才有訴訟、裁判、破產、強制執行等程序法規產生。

（三）責任與訴權——橋樑

債權人之私權，既係法律上之一種力，其具有財產權之性質，自不待言。若就法之保護觀點來看，「債權關係」固有之特點，乃債權人對債務人得請求給付行爲之關係；另一方面，若債務人不履行債務時，債權人爲確保其給付受領權，得基於「責任關係」，依訴訟方式，對債務人之總財產予以強制執行，而達債權之滿足。是故，債務不履行，債務人之責任關係乃生，而形成另一種法律關係。由是觀之，單純「當爲」之債務關係，在法理上通常指「*Sein Sollen*」（要爲）之關係，但因當爲

之債務關係，僅係一種義務關係而已，若債務人不履行該義務，對債權人言，實際上仍係一種空的債務關係。反之，債權人基於責任關係，得以訴訟方式請求實現債權，則上開「當爲之債務關係」，乃轉變成法律上「應爲之債務關係」(*rechtl.liches soll*) (註四四)。

依上述說明，吾人若從重視法律經濟意義之動的理論來分析，責任乃債權關係爲法的認定之基礎，從而必有責任之債務關係，才構成法律關係，與一般權利具有法的保護要素，同其趣旨。準是，吾人可肯定之點，乃債務必以責任爲前提，亦唯有如是，債權始得有其法律上之力量。至於現行學者間有所謂無責任之債務，實際上並非法所表現之債務，乃係道德領域內所表現之債務，容後詳述。又從現代債權法來看，債權關係由債務與責任結合而成，而債權人之給付受領權復受責任關係所保護，但責任關係之具體表現，則在於訴權之行使，因是，責任乃債權與訴權之中間橋樑(註四五)。

④ Sohm 氏之債觀

德國法學家 Sohm 氏在其論債權之概念，謂債權關係乃係債權人與債務人間，在私法上以人格平等爲基礎，債務人得自由行爲所生之義務耳。故債權並非一種強制債務人給付之權利，其對債務人之強制給付權，並不存在於債權本體，而係因公法之規定取得。因之，債權人於債務人不履行債務時，必藉國家之權力，才能實現其債權，此權力之表現，即在於訴權之行使。債權之本質與物權之本質，其差異即在於前者無力(*Ohnmacht*)，而後者有力(*Macht*)。

(五) 私 見

個人以爲訴權既非私權之本質(與前述訴權私法論者不同)，則私權自應與訴權分離獨立，而爲

分析探討，乃能得其一貫理論，從而訴權亦應與債權區別。Sohm氏認爲物權之本質有力，債權之本質無力，個人認爲有斟酌餘地，蓋其所稱「力」，究何所指？假定該力係指物理意義之力，則物權乃對客體爲物理的支配（physical control），亦即一般所稱之「touch」（接觸）；但債權則僅係對債務人爲請求給付之權利耳，並無所謂物理的支配。吾人試從物權之本質來分析，物權者，乃直接支配其標的物，而享受其利益之具有排他性的權利也（註四七）。物權亦係權利之一種，而權利之本質又指法律上之力言，則所謂「力」，自應指法律上之力，而非指物理的力，蓋法律世界中言物，係指法的物故也。茲舉一例以明之，物之所有人雖未接觸物，甚或不知物之現時所在地，但依物權法之觀念，該所有人對其物仍享有完全之所有權；反之，物之承租人、使用人、借用人及受託人，現時對該物雖均有物理的支配力，但此等人不可謂享有該物之所有權，充其量僅有債權而得爲占有之管領力耳。職是，物權之本質亦係法律上之力，應無待爭論。同樣地，債權亦係權利之一種，Sohm氏爲何認定其爲無力？其立論似有偏差，且將「法律上之力」與「執行力」混爲一談。究之實際，物權之執行力，亦以訴權爲前提，故民法第七六七條：「所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之。對於妨害其所有權者，得請求除去之。有妨害其所有權之虞者，得請求防止之。」此項物上請求權之行使，不能僅憑個人之腕力以達之，仍須藉國之權力，乃能發生執行之效果。然而其理論基礎何在？余以爲與債權並無差別，蓋物權既係一種對世權，則任何第三人均負有不可對之侵害之義務，故若有人竟對之侵害，則必依民法第一八四條之規定，對物權所有人負侵權行爲之損害賠償責任。因此有此責任關係，物權之效力乃能發揮，亦即此項責任關係，乃擔保義務之不可侵害也。

(六) 英美法上債務不履行之救濟

英美法系關於債務不履行，雖亦有其救濟方式，但因其有普通法（Common Law）與衡平法（Equity Law）之別，因此救濟方式上有差別。要言之，普通法賦予債權人違約賠償請求權外，復於衡平法認許債權人有強制執行（specific performance）及禁止命令（injunction）請求權。但強制執行及禁止命令之救濟，惟於賠償不足以滿足債權人時，始准於衡平法院（Equity Court）為之（註四八）。由是觀之，英美法上認為債權之執行力之發生，必具有二個條件：(1) 債務人有違約情事（breach of contract）；(2) 須普通法院所為賠償之判決不足以滿足債權。不唯如是，衡平法院在審理債務不履行之案件時，具有充分之「司法上之自由裁量權」（judicial discretionary powers）（註四九），亦即衡平法院必須斟酌各案之具體情事（special circumstances）及請求要旨（the merits of claims），本諸公平正義（justice）之鵠旨，自由裁定各種適當之救濟方法，或為強制履行（specific enforcement），或為回復原狀（restitution），或為損害賠償（damages），或為契約之修改（reformation of contract），不一而足。

我民法於債務人不履行債務時，債權人即得請求強制執行，因強制執行而不能達違約之目的時，法院並許以損害賠償，此觀之民法第二二七條之規定，即可明白。反之，英美普通法於債務人不履行債務時，僅予債權人損害賠償之救濟，必此救濟不足以彌補其損害時，衡平法院方准予強制履行。究其原因，或係英美法之規定，多側重在保護債務人，以防其受債權人過份之壓迫；而我民法之規定，

則旨在使債權人取得債權契約上之利益，故有此不同之結果也。

至於英美法上債務（obligation）之概念，乃一人或多數人因受法律之拘束，負有對他人作爲或不作爲之義務（obligation, which binds a person, usually to do or abstain from doing a certain act）（註五〇）。大體上與我國債法上之概念無多大差異，但其責任（duty）之性質，則認爲係債務不履行之當然結果，因此，二者並不加以區別。由是觀之，英美法上，債務與責任係結合爲一之法律關係，不過，其認爲債權（creditor's right）之所以得爲讓與，亦係基於債務中含有拘束（binding）之法的力量存在，故有其財產權之性質。

又英美法上，債權與訴權亦有其區別，此可由英美法之約因主義（the doctrine of consideration）加以說明。按約因者，乃一方之行爲或容忍，或所爲之諾言，以換取對方諾言之代價（註五一）。因此，約因必須具有法律上之價值（legal value），乃能發生約束當事人之效力，從而訴訟權利之放棄（forbearance to sue），可認爲對於債務人或第三人清償，或爲其他行爲諾言之約因，蓋債權人放棄訴訟權利之行使，債務人不獨可免除經濟與時間之糜費，且可保全其在社會上之信譽（reputation），其訴權之放棄，自有法律上之損害（legal detriment），而得爲有價值之約因。由是以觀，不若德國普通法時代所採之訴權私法論，良以英美法若亦認爲訴權係一種私權行使之效果，則訴權之觀念應包含在債權之觀念內，而訴權之放棄，亦應認爲係一種過去之約因（past consideration），此項過去之約因，乃謂債權人之訴權，已因契約之生效而與債務人之約因互相抵銷，不復有效，嗣後債務人之新諾言，不再以之爲對價關係（bargain）（註五二）

。由上述說明，吾人可肯定英美債權法下，債權亦與訴權有其區別概念存在。但訴權之放棄，必先有債務之存在，如債務本不存在，而債權人亦知其在法律上無訴追權，則訴權不得為法律上之約因，蓋其欠缺訴之理由（*cause of action*），即欠缺訴權之保護要件也。

陸、無責任之債務與無債務之責任

（一）無責任之債務——與自然債務之區別

一般學者依債務之效力為標準，將債務分為完全債務與不完全債務兩種。前者指在法律上具有完全效力之債務，故又稱之為法定債務（*Obligatio Civilis*）；後者指債務之履行與否，唯債務人之意思是視，法律不加干涉，通常指自然債務言（*Obligatio naturalis*），或稱無責任之債務。

但吾人若依前述說明，可知債之本質係在於責任，亦即有責任之債務，才是法所認定之債務，反之，無責任之債務，在法的領域內則不得稱之為債務。如是，無責任之債務與自然債務，未必為同一之概念。自然債務係指無訴權保護之債務，而無責任之債務，則係指債務與責任分離之問題，相對言之，即有債務而無責任之債務（註五三）。

自然債務之觀念，肇端於羅馬法，當時自然債務之範圍甚廣，舉凡奴隸間之契約、家屬間之契約、權於時效之債務以及未得法定代理人之同意，未成年人所為之契約等均屬之。法國民法第一二三五條第二項：「就自然債務任意清償時，不許請求返還。」亦承認自然債務之存在，同時學說認為，夫

對私生子之扶養義務、父母對子女嫁粧之約定、賭博所生之債務以及禮儀上給付之約定等均屬於自然債務。德國普通法上亦承認自然債務，但其現行民法則乏明文，不過學說間認為，罹於時效之債務、婚姻居間之報酬（註五四）、賭博而生之債務、道德上之義務、父母對子女嫁粧及生活費之約定，破產調協後之債務等均係自然債務。日本舊民法對於自然債務亦詳有規定（第二九三條及五六二條以下），但其現行民法亦欠明文，惟學者間多數認為，因賭博而生之債務、罹於時效之債務、超過法定利率之利息債務、婚姻居間之報酬、有限責任股東其責任限制以外之債務等均屬自然債務性質（註五五）。至於我民法對於自然債務是否承認，亦無明文，學者間多作肯定說，認為消滅時效完成後之債務、超過利息限制之利息債務、基於道德上義務之債務及依調協成破產程序未受清償部分之債務等均屬之（註五六）。

無責任之債務，應否予以認定，學者上爭論甚多，已如上述。但近代通說則有趨於否定之看法，例如日本加藤博士認為，自然債務之債權，亦係一種給付受領權，於私法上與其他債權並無差異，僅係其受國家之力的保護與其他債權有所不同，亦即在公法上有所別耳（註五七）。個人以為自然債務應與無責任之債務相區別，良以自然債務係指無訴權保護之債務，而無責任之債務，則係債務與責任分離之問題。從而無責任之債務，在成文法上乃係肯定或否定債權之問題，並非謂有責任之債務與無責任之債務，係一種加減關係（plus or minus），依前述說明（請參閱本文肆說明），債務既係包在責任之內，同時，無責任之債務，其債權失去其法律上之經濟利益，而不得為讓與之標的，則吾人依法之動的理論來分析，似應認定無責任之債務，應係非法律所認定之債務（請參閱債權之法的