

國立政治大學法律學院法律學系

碩士論文

指導教授：黃源盛 博士

債權相對性的規範、法理與實踐

——以民初大理院裁判為中心

研究生：陳琦妍 撰

中華民國 101 年 5 月



## 謝辭

不知覺地，來到政大竟已八個年頭，在同樣的環境中，安心地讓我誤以為一切都沒有太大的變動，直至研究所階段的中、尾聲，到完成這本論文，寫謝辭的這一刻，才真正深刻地感覺到長久持續的學生生涯即將結束。許多的不捨以外，要感謝的人，卻是更多。

指導老師黃源盛老師不只在學業上的指導，做人、做事都是學生的楷模。大二第一次上黃老師的法制史，記得傍晚在清幽的大勇教室，老師幽默的講課、禪意的言談、課堂上寧靜深思的片刻，讓人不自覺地想追隨走進法史的世界中。進入研究所有幸能成為黃老師的指導學生，課堂上，學習法史知識以外，更重要的是學習老師做學問嚴謹的態度；課堂之外，老師常關心學生的生活、為學生著想，雖然有時羞於說出自己的困境，但老師總能理解，給予協助和支持，或給予學生空間自在地完成許多目標。研究所的幾年，如果學業上能有些許成長，比起過去能稍微懂得做人、做事的道理，不再莽撞有如井底之蛙，都要謝謝老師各方面以身作則的指導與關心。

論文的完成，還要感謝口試委員歐陽正老師和楊芳賢老師。歐陽老師從史學的角度清晰地剖析民國初年的法律習慣，並勉勵不差澀於闡述自己的論文價值；楊芳賢老師除了深厚的民法學素養，在德國法制史的部分也給予精闢的指點。真的謝謝兩位老師的指導與勉勵，論文中許多不足之處，經過兩位老師指點，讓通篇的文路更清晰貫通，我才能順利完成最後一階段的論文修改。此外，論文著手之前在組上發表研究計畫，組上的陳惠馨老師、陳起行老師、江玉林老師、劉宏恩老師和王曉丹老師也給予許多指導，教導如何聚焦於論文主題，在寫作開始之前先避免失焦的困境，並提出許多不同的面向，讓論文在同一焦點上更多元全面，謝謝老師們。還有好多感謝，無論是過去在課堂上跟陳惠馨老師學習法史的研究方法，或江玉林老師半強迫發表、評論，讓人迅速學習、成長等等，能跌跌撞撞地完成研究所階段，要謝謝基法組老師們的指導與鼓勵。

也要謝謝黃門的師兄、師姊和師弟，雖然在讀書會之前，總是害怕的想要逃避，但大家不嫌麻煩地閱讀我無趣的論文，提出許多中肯的建議，事後回想，卻

是無比感謝。謝謝存孝學長與我討論課業上的問題，還特地來看比賽；怡君學姊在我尋找論文主題時給予建議，讀書會時協助我更嚴謹的統整論文架構；張銘學長常耐心的聽我述說對生活、未來的想法與擔憂，工作上很多事也都是在學長的協助之下完成；朝欽提供羅馬法的中英文文獻，謝謝你，這部分少了你的幫助就無法完成；以哲在讀書會提出建議，也特地恭賀口試完成，謝謝你的幫助與貼心。也要特別感謝琴唐學長和以馨學姊，雖然課業方面沒能直接向學長姊請教，但學長姊平時的諸多照顧，工作上還要補足我經常少根筋的失誤，謝謝學長姊。還有基法的學長姊、同學們，雖然我不常出現，但偶爾的叨擾總得到大家的照顧，還有前年暑假與大家同遊北京，是我研究所生涯難忘的回憶之一，慶幸能參與大家的出遊。

學業以外，不可諱言在政大生活的另一個重心就是校女籃。童文俊老師總是主動關心大家的生活、學業，練球和出隊時老師在一旁陪伴、教導，是一種讓人安心的習慣，謝謝童老師。前後三位教練——鳳君姊、河馬先生和 Blue 姊分別教導我信心、積極與思考，但一樣的是他們的耐心，讓球技基礎不足的我緩慢的依照自己的步調前進，並給予空間任我發揮。那些在場上奔馳的片刻，至今都是我珍惜的瑰寶，謝謝教練們。還有球隊親愛的學姊妹們（原諒我無法一一列出大家的名字，這樣謝辭就太長了……），謝謝學姊們包容不善與人打交道、球技又不足的我，場上細心的指導，場下能跟隨大家遍足烏來、金山、淡水；謝謝學妹們容忍我的過度嚴肅，課業忙碌之餘，能與你們一起度過練球時揮汗、比賽各處征戰，令人難以忘懷，還要感謝你們送的送舊卡片與影片，真的很感動。特別要感謝一起拼戰多年的好隊友小玉，有你在場上讓人很安心，相處也總是這麼輕鬆，很難聊的我可以隨意地跟你傾訴苦惱、瞎聊，還有當初推甄時的緊張焦慮，謝謝你的鼓勵，祝你也能順利完成學業。

系女籃的大學姊、隊友和學妹們，與你們打球、聊天、聚餐，是研究所生活的調劑，一直覺得很幸運曾為系女籃的一份子，才能認識大家，與大家共同度過許多時光。另外也要感謝政大宿舍幫的大家，謝謝大家不時關心論文進度，特別要感謝雅琪，是撰寫論文的戰友，很多思考打結的時候，你總能協助化解，還邀

請小目和我三人一起組成讀書會，監督彼此的進度，儘管三人的領域不盡相同，在讀書會時卻也能從不同的角度切入討論，相互激盪，祝福你以及宿舍幫的大家工作順利！

最後的最後，要感謝我的家人。謝謝爸爸和媽媽對於我執意進入研究所，並以法制史為研究主題，雖然無法理解，但仍給予經濟無虞的環境，容我任性地花費將近四年的時間完成學業，如果天底下有無私的愛，我想就是這種無法贊成仍願意付出支持的親情吧！還要謝謝爸，在我突襲性地告知已經推甄上基法組時，儘管你們震驚，一定有更多話想與我討論，但卻先說了「恭喜」，無法忘記在女宿的頂樓通話中，淚流不止，或許所有成就，能得到你們的肯定仍是一件重要的事。也要謝謝哥哥，你來台北工作後，得利最多的應該是我吧（笑）！謝謝哥哥在我撰寫論文之時，總不時邀約我吃飯、帶我去看展、聽我訴說心情，希望你未來的工作、生活也能順利，並成功追求心目中的成就。

謹在論文完成之際，向大家，以及其他未及提及的貴人，致上我最深的感謝。

陳琦妍

2012.09.01

## 摘要

本文主題為清末民初繼受而來的「債權相對性」法理，透過史料文獻的耙梳，研究債權相對性法理的定義、發展，比較古今相關的規範、裁判，並著重於繼受初期的民初大理院，以大理院的判決例為中心，釋明該院如何從審判的實然面實踐法理，適用的法理表徵何等思想，又應如何評價繼受過程的時代意義。

首先整理羅馬法、德國法中債法的流變，債權相對性理論乃漸進發展，非一蹴可幾。至晚清民初清廷繼受近代歐陸法律，債權相對性法理也在這過程中，呈現於《大清民律草案》的債編編首和條文的立法理由中——特定人使他特定人為一定行為的權利。雖民國政府並未公布《大清民律草案》，審理民事案件時無法直接適用法條，但草案表徵的近代民法法理，包含債權相對性法理，大理院以法理之名，偷渡、實踐於審判中。

然而，民初大理院面對傳統法思想、意識仍深植少變的社會，適用債權相對性法理時，遇到最大的困難為：傳統中國法律中，並不存在現代意義下的債權相對性法理，規範闕如，繼受前的清代判牘中，亦不見特定人對特定人為一定給付的法理存在。耙梳清代地方「錢債田土案件」，當事人的範圍必須從全體社會關係切入定義，給付金額也不必然等於契據中的數額，無論錢債、田土糾紛的主體或客體，都由地方官依「情理」判定。

因此，大理院必須清楚定義、靈活適用債權相對性法理，本文將判例的實際體現分為主、客體兩種類型：①主體相對性：債之關係中的當事人相對特定，不得對特定人以外之人主張，此概念觀諸出賣他人（共有人）之物、買賣破租賃，以及一物二賣等類型案件即明；②客體相對性：債權債務範圍、內容相對特定，除當事人意定或法定外，債權人請求受領或債務人應給付者，限於「特定之給付」，這部分又與傳統中國行政、司法權糾纏有關。

與債權相對性相關的大理院案件中，可以看出大理院大致堅持適用近代繼受法理，駁斥下級審判廳「准情度理」的審判方式，不論直接適用新式法理，或是在既有的舊法框架上注入近代民法的詞彙、思想，都是以繼受法理為裁判的小前

提，不同的審判依據也漸漸影響下級審判廳和一般人民的法思想、意識。然而，當適用債權相對性法理，將衝擊社會根本的家族主義價值時，大理院選擇妥協、微調，以漸進、婉轉的方式改變傳統的習慣，避免過渡激烈的改變，造成人民對審判不信任，影響社會秩序。故本文以債權相對性法理為中心，觀察大理院在變與未變的時空點，其實踐法理的果斷決心和對於法理適用的取捨標準，毋寧更值得後人設身處地於過去的時空氛圍中省思。

關鍵字：債權（之）相對性、大理院、大清民律草案、錢債田土案件、情理、繼受法理





## 目次

謝辭 .....	I
摘要 .....	IV
目次 .....	VII
第一章 緒說 .....	1
第一節 研究動機與問題意識 .....	1
第一項 研究動機 .....	1
第二項 問題意識 .....	3
第二節 研究方法與研究對象 .....	5
第一項 分析歷史中的規範面與司法實踐面 .....	6
第二項 比較法制史的研究方式 .....	9
第三節 研究成果回顧 .....	10
第一項 清代民事審判的研究成果 .....	10
第二項 民初大理院民事審判的研究成果 .....	12
第二章 債權相對性的濫觴與發展 .....	15
第一節 歐陸債法流變——以德國為中心 .....	15
第一項 私法源頭：古羅馬法 .....	16
第二項 十一至十八世紀歐陸繼受羅馬法和德國地區的法律發展 .....	19
第三項 《德國民法典》的問世 .....	24
第二節 晚清民初繼受的靜態面 .....	27
第一項 繼受背景及近代民事法發展 .....	28
第二項 《大清民律草案》與學說中的債權相對性 .....	35
第三節 大理院判決例中債權相對性法理的確立 .....	42
第一項 債權與物權的分流 .....	43

第二項 債權相對性的基本型態.....	46
第四節 小結.....	50
第三章 傳統中國法中的債主與負債者 .....	53
第一節 傳統法時期的規範.....	54
第一項 宋元以前的規範.....	55
第二項 明清的規範.....	62
第二節 清代「錢債田土案件」的審判模式 .....	67
第一項 人人皆為魯仲連，好義輕利持高節？ .....	68
——債主、負債者的相對特定案件.....	68
第二項 重複典賣田宅案件.....	73
第三項 馮驩燒券的美德與義務——債務範圍的相對性或任意性？ ..76	
第三節 轉變初試啼聲？——研析晚清各省審判廳判牘 .....	81
第一項 判牘解析.....	81
第二項 晚清審判廳的延續性.....	84
第四節 小結.....	85
第四章 民初大理院判決例實踐債權相對性 .....	89
第一節 當事人相對特定.....	90
第一項 多角度再論主體關係.....	90
第二項 一物二賣（典）案件.....	100
第二節 債之範圍的相對特定.....	109
第一項 當事人一方要求.....	110
第二項 行政機關增減額度.....	112
第三節 小結.....	118
第五章 繼受債權相對性的過程與時代意義 .....	121
第一節 大理院運用債權相對性的方式與思想 .....	121

第一項 法源內涵的創新與再造.....	121
第二項 民事審判原則與民法價值的走向.....	130
第二節 大理院運用債權相對性的影響與評價 .....	139
第一項 屬於「變法的觀念」的時代.....	139
第二項 法理適用的評價.....	144
第六章 結論 .....	147
附錄：大理院債權相對性相關判例索引 .....	153
參考書目 .....	163





## 第一章 緒說

論文主題乃探討民國初年大理院適用債權相對性法理，尚未進入本論前，本章先簡單說明論文的研究動機、問題意識，交代開展本文的起源；接續說明研究方法與對象，並回顧目前學界對論文主題的研究成果。

### 第一節 研究動機與問題意識

私人間的單純的財產法律糾紛，在傳統中國法中，不算是國家關注的重點，大致是交由各州縣官自理，但它們卻是最常發生於人民間的問題，也是拼出傳統中國法文化地圖的其中一塊圖案。清末民初繼受歐陸、日本法，完成獨立民法典（草案），引入許多新式民法法理，新法理中，本文探討的債權相對性法理內涵為何？民國初年的最高審判機構——大理院又如何運用法理？在這些思考脈絡下，先敘述撰寫本論文的研究動機與問題意識。

#### 第一項 研究動機

我國債權相對性法理繼受自近代歐陸民法，亦貫穿於臺灣現行《民法》第二編（債編）的債之關係中。國內學說認為，此係指特定債權人基於債之關係，得向特定債務人請求一定給付的法律關係<sup>1</sup>。在立法實踐上，《民法》第199條規定：

債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。

給付，不以有財產價格者為限。

不作為亦得為給付。

該條位於〈債編〉首章「通則」，第二節「債之標的」的第一條，依體系方法解釋，似可說明債之標的本質上具有相對性，而〈債編〉通編適用此規則。這部今日施行於臺灣的《民法》，雖早在民國十八至二十五年（1929-1936）間即已正式

---

<sup>1</sup> 參閱：王澤鑑，《債法原理（一） 基礎理論債之發生：契約、代理權授與與無因管理》（臺北市：王慕華發行，2006年），頁10。

頒布、施行<sup>2</sup>，惟其雛形尚可回溯至清宣統三年（1911）九月五日草擬完成的《大清民律草案》前三編<sup>3</sup>。方其時，是一段以歐陸法為師的變法修律過程，草擬完成這部繼受日、德等國的近代民法典，而債權相對性的原理，即可見於這部中國法律史上首見的獨立民法典，儘管只是草案。草案〈債權編〉編首有如下說明：

謹按：債權者，特定一私人債權人使他之特定一私人債務者為一定之行為或不行為之權利也。<sup>4</sup>

草案說明與當今的臺灣學說幾無差異，在這之中，隱含一些令筆者有興趣的議題，即論文的研究動機：繼受日本、歐洲近代歐陸法系之後，將民法的法律行為區分為負擔行為與處分行為，負擔行為即為債權行為，處分行為則包含物權行為及準物權行為；債權行為具相對性，而物權行為具絕對性（對世性）。上述分類與分類實益，恐怕今日一般民眾尚且無法完全明瞭，甚至未曾聽聞，遑論甫繼受外國法的民初人民，則此法學原理如何立基於繼受法社會？

尤其，民法與人民貼身相關，研究民法，當有其必要性，如民初法學家王寵惠（1881-1958）所言：

如憲法，為政治之本源固也，然全國人民，非人人於政治有直接之關係。他如刑法所以制裁犯罪，苟稍知潔身自愛之人，亦何至觸罹刑網？商法所以規定貿易，非商人則無所用之。獨民法則不然，蓋吾人自有生之始，民法即規定其權利能力；及其長也，民法又規定其成年之時期；進而婚姻，民法復規定夫婦、父子乃至家族之種種關係；逮至死亡，民法並規定遺囑繼承之法則。他如畢生之中，凡吾人在社會上之一言一動，要不可與民法

<sup>2</sup> 民法各編頒布、施行時間：〈總則〉公布於民國十八年（1929）九月二十四日，同年十月十日施行；〈債〉及〈物權〉兩編於民國十八年（1929）十一月先後公布，翌年五月五日施行；〈親屬〉與〈繼承〉至民國十九年（1930）十二月二十六日始公布，前者民國二十五年（1936）方為施行，後者則自民國二十年（1931）起施行。

<sup>3</sup> 清朝的最後一年（1911），法律修訂館僅呈上《大清民律草案》的前三編：〈總則〉、〈債權〉及〈物權〉，而〈親屬〉、〈繼承〉兩編則因「關涉禮教」，須會同禮學館商訂，故未一併呈上。參閱：俞廉三、劉若曾，〈編輯民律前三編草案告成摺〉，收於法律修訂館（編），《法律草案彙編（一）》（臺北：成文出版社，1973年），大清民律草案彙編 奏摺頁 1-3。

<sup>4</sup> 參閱：修訂法律館（編），《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 1。

須史離，而吾人每日所為之法律行為，無往而不關係於權利義務。<sup>5</sup>

因此，那些每日確實地發生於一般人民生活中，因其法律行為產生種種民事債之糾紛，人與人之間的權利、義務亟待釐清，那用來定分止爭的債法規範從何而來？如何解決？筆者希望能從法制史研究的觀點，在繼受法社會，面對非根生於本土的規範時，提出一些不一樣思考取徑。

## 第二項 問題意識

完整流傳至今的傳統律典，以《唐律》為傳統中國法典中集大成的經典，以迄《大清律例》、《大清現行刑律》<sup>6</sup>，過去雖無獨立民法典，卻不乏規範細事的律令散見其中<sup>7</sup>，反觀清末民法典草案的擬定乍見成就，清亡，法典未及頒布施行。接續的中華民國國會議員淹沒於政治角力的漩渦內，無暇顧及編修頒布各新式法律，如《民國民法草案》至民國十四、十五年（1925、1926）才完成<sup>8</sup>，遲至民國十八至二十五年（1929-1936）間，草案方陸續公布施行，或可想像當時審判者沒有律條可引為審判的困境與焦慮——十餘年間面對民事糾紛，可使用的法源除民初頒布的少量特別法令外，依令另可援用前清纂修之《大

---

<sup>5</sup> 參閱：王寵惠，〈比較民法概要（總則上卷）〉，收於王寵惠（著），張仁善（編），《王寵惠法學文集》（北京：法律出版社，2008年），頁165。

<sup>6</sup> 《大清現行刑律》自光緒三十一年（1905）開始編修，宣統二年（1910）四月頒行；當時因為草擬中的《大清新刑律》受到禮教派的人士阻撓，但《大清律例》又有諸多不敷時代變化的部分，故沈家本師法日本，對舊有的《大清律例》律條修改、整併、續纂及刪除而編成，以濟新舊過渡之用。因為該法典以傳統法為基礎，而非繼受法，又於清朝的最後幾年頒行，故有學者稱之為「帝制中國最後一部傳統刑法典」，相關介紹可參閱：黃源盛，《法律繼受與近代中國法》（臺北市：黃若喬出版，2007年），頁159-195。

<sup>7</sup> 以唐、清兩朝代的律典為例，細事規範散見於《唐律》的〈戶婚〉、〈雜律〉，以及《大清律例·戶律》中的〈戶役〉、〈田宅〉、〈婚姻〉、〈錢債〉等。

<sup>8</sup> 修訂法律館於民國十四年（1925）完成《民國民法草案》的〈總則〉、〈債〉以及〈物權〉三編，〈親屬〉早在民國四年（1915）完成，民國十四年（1925）曾修正一次，〈繼承〉則於民國十五年（1926）完成。

又《大清民律草案》稱「民律第一次草案」，簡稱「民律一草」；而《民國民法草案》則稱「民律第二次草案」，簡稱「民律二草」。參閱：修訂法律館（編），《法律草案彙編（一）》，總目次頁1-2。

清現行刑律》中與民國國體不相牴觸的民事相關部分<sup>9</sup>，但刪修自《大清律例》的法典，與民事相關的律條不足，也未能跟上劇烈變動的民初社會。面臨無法可引的窘境，最高審判機構的大理院大量以「法理」之名，審理上告至此的民事糾紛<sup>10</sup>，著為判決例，而為各級審判廳所遵循。

可稱為「法理」之內容多矣，除前述大理院判決例<sup>11</sup>，尚包含：宣統三年（1911）的《大清民律草案》、民國十四至十五年（1925-1926）完成的《國民民法草案》、大理院解釋例、類推適用、學說見解、外國立法例，以及義理與倫理道德規範等<sup>12</sup>，無論何者，所蘊涵的大多是繼受歐陸的新式民法概念。因筆者有幸參與《大理院民事判例全文彙編》（全11冊）<sup>13</sup>其中若干本的點校工作，得一窺民國初年最高審判機構適用法律的動態實況，也在研讀過程中，發現多則判例涉及債權相對性法理，引發筆者思考：許多案件不過是兩、三人間欠錢、欠款、欠貨等今日看來法理簡單、法律事實關係清晰的案件，卻上告（訴）至最高審判機構，推事們亦不厭其煩地以債權相對性的法理審理、釐清當事人債之關係，著為判例。由是以觀，債權相對性法理在民初判決例中，應有其特殊、重要的地位。

<sup>9</sup> 民國元年（1912）三月十一日臨時大總統令：「現在民國法律未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體牴觸各條，應失效力之外，餘均暫行援用，以資信守，此令。」參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》（臺北市：元照出版，2011年），頁160。

<sup>10</sup> 文中蘊含民事審判法源「法律—習慣—法理」位階性的思考模式，同樣於清末民初進入中國，大理院民國二年上字第六四號判例明確指稱：「判斷民事案件應先依法律所規定，無法律明文者，依習慣法，無習慣法者，依條理。」參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例輯存 總則編》（臺北市：元照出版社，2012年），頁7。民事法源位階的相關論述，可參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁145-159。

<sup>11</sup> 本文並不打算深入探討「判例」的法源依據、位階性等問題，而在乎其中的法理精神。關於大理院判例的性質，有習慣法說、司法解釋說、獨立法源說，以及條理說。相關論述可參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁159-174；黃聖棻，〈大理院民事判決法源之研究（1912-1928）〉（臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2003年），頁143-155；張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》（北京：中國政法大學出版社，2002年），頁66-73。

<sup>12</sup> 參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁154-155。

<sup>13</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》（全11冊），臺北市：國立政治大學基礎法學中心典藏，2005年。

藉由前述史料的耙梳，本文欲探究民初大理院填充入「判例」的債權相對性法理，其內涵為何？與傳統法時期處理錢債、田土糾紛的方式有無不同？以繼受民法前的氛圍作為比較對象，為此，首先應理解傳統中國法如何處理錢債、田土糾紛？使用哪些規範？作成何種裁判？規範與判牘的背後蘊涵著什麼思想與歷史社會脈絡？過去是否存在類似債權相對性的律例、法理？釐清傳統法律及文化，走在接續的時間度與空間度中，才能提煉出相關事實，與清末民初繼受民法和大理院運用法理相互比較。

其次，明確運用債權相對性的大理院推事們，如何活用法理？動盪的時代，立法、司法者亟欲破毀舊律條，整備各式繼受法帶領時代大邁步，大理院以當時審判龍頭之姿寫入歷史中一頁，究竟如何確立、運用債之相對性法理，解決相關民事案件？又當法理與人民的法意識有所抵觸時，大理院推事是絕對堅持新式思想，抑或調和兩者？又是否深入解析法理內容後，可能反而發見債權相對性法理其實僅以另一種包裝形式詮釋傳統法？若相同，則民初所運用的近代歐陸民法法理，與傳統中華法相同之處為何？從表層的法律效果到深層的法律思想、社會文化上的同與異，利用此辯證思索：我們認為走向近代之際，法思想、意識與過去相距幾多？若相距已遠，在繼受改變中，又付出什麼代價？

完成對法規範、司法實踐的研究，最終思考：民初適用債權相對性法理十餘年之間或之後，對往後的大理院、各級審判廳推事們，以及民事訴訟中的當事人，產生何種影響呢？從今天的眼光檢視債法的債權相對性繼受過程，以及法理背後的價值的轉變，又該給予什麼歷史評價，方得公允呈現史觀？

## 第二節 研究方法與研究對象

研究中國法制史，在方法上可能面臨史料蒐集困難、詮釋史實囿於語境和現代法思維之前見，以及古今比較對照後，如何賦予傳統法制妥當意義等問題<sup>14</sup>。因史料蒐整的部分，筆者以政治大學基礎法學組碩士生的身分，取得使

---

<sup>14</sup> 參閱：陳惠馨，《傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法》（臺北市：

用《大理院民事判例全文彙編》（全 11 冊）此珍貴裁判史料，故最不易取得的史料問題已解決，其他論文所需的律條、裁判史料如《大清律例》、《法律草案彙編》、《各省審判廳判牘》、《大理院民事判例輯存 總則編》等亦已出版，在各大圖書館均得借閱，因此，以下僅就論文如何重現史實、提出史論進行說明。具體的研究對象及研究方法有二，一是分析規範史與審判史，二是以比較法制史的進路進行分析，茲分別說明如下：

### 第一項 分析歷史中的規範面與司法實踐面

面對眾多史料，如何重現史實？因法制史研究的獨特性，仍有別於其他政治、經濟、社會及文化史等史學領域的研究方法，對法制史研究而言，律條及判決應是呈現過去的重要素材，因此論文擬從靜態律條的研究著手，再以動態審判實況應證規範，期能完備呈現史實。

至若先以相關的法律條文、法典作為研究對象，除了因為法規範是研究法制歷史重要史料，也因為從外在名稱看來，將各種律典判讀為法史研究對象是最不具爭議的；更因為法典可以具體地呈現「統治者對於人民的生活如何計畫性、整體性地規範<sup>15</sup>」，在中國這個很早就開始編纂法典的國家，應有一探內容的價值。儘管法制的設計與現實運作是否一致，有待考證，但統治階級設計的規範框架，值得注意。

深入債法主題，先梳理與研究計畫相關之歷代中國田土、錢債的規範。回溯傳統中華法時期，錢債規定早見於秦朝，如睡虎地秦簡的《秦律十八種·金布律》中即有之。時代往後，傳統法典經典之作的《唐律》、帝制中國最後一個朝代頒布的《大清律例》等，都有相關的錢債、田土規定。即便傳統中國沒有獨立民法典，類似今日民事意義的條文也不若刑律之多，但它的缺少，不代表不應研究，反而提供筆者思考，是否傳統中國統治者對錢債、田土規範的態度

---

五南圖書出版，2006 年），頁 13-27。

<sup>15</sup> 參閱：陳惠馨，〈《唐律》與《大清律例》法典形式規範體系——一個比較法制史觀點〉，收於黃源盛(主編)，《唐律與傳統法文化》（臺北市：元照出版，2011 年），頁 266。

較為漠視（比起威脅政權存亡的行為）？那在不被統治者重視的情形下，存在哪種類型的規範？規範內容為何？

到了清末民初繼受歐陸民法後，《大清民律草案》、《民國民律草案》，以及臺灣現行《民法》中〈債編〉的規定，都與本主題相關。又清末民初繼受之始，許多學者紛紛著書說明新法理的意義，這部分的學說論著，亦可輔助條文，理解法理，也在論文研究範圍之內。

秦漢至民初，法規範絕非一成不變，故筆者期待論文能跳脫泛論傳統律文模糊的窠臼，清晰梳理歷代民事債法相關規定，也避免流水帳式的條列，多花點心思審度古今，重建靜態史實，作為觀察動態史實的基石。

其次，審判史研究的必要性，在於本研究方法可真實地深入呈現過往操作法制的過程。因此，對於法制史研究，除法規範、制度，更應包含司法實踐面，論者有謂：

事實上，法典固然重要，但至多只是一個法制的設計大綱，就此所作的研究只能見到這法制靜態的框架，那是一種「應然的觀察」，倘尚未能輔以實證的判例判牘，往往僅局限於表層的泛泛之論；而審判記錄則是一個法制的運作痕跡，它活生生地以司法判決解決人類現實生活中無窮無盡的紛爭，就此作的研究，可以見到這法制的動靜兩態的種種細節，它是一種「實然的觀察」。<sup>16</sup>

從前述思考脈絡，本文的研究方法從靜態法制面的觀察分析，到動態司法實踐面的觀察，而進一步重整清代、民初債法案例中的法律關係、法律見解等，結合規範與審判記錄。

除了研究的價值，對筆者而言，只有從過去的案件事實中，才能較貼近地看到相對於統治者所制定的規範外，市井小民的生活。案件由每個個人所組成，民事債法案件或許不如殺人、強制性交等重大刑案聳動，但它們代表著許多平凡人努力生活的點滴——或許一貧如洗無力償債，或許適逢戰亂積蓄財產付之

---

<sup>16</sup> 參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁 88。

一炬，尚須面對融資者的追索，又或許貌似可憐之人卻是個貪財詐欺的好訟者……。這些如今被遺忘的人、事曾經存在，而有幸閱覽些許案件，只想說說這些故事，重拾他們的遭遇，證明那些無法再言的人與事曾真確地存乎天地間。

最後，論文研究旨在探究債法於民國初年新法未頒布，惟新法草案時常為大理院法曹引作法理適用之實況，故案例自限縮於民國元年至民國十七年（1912-1928）大理院的判決例<sup>17</sup>。利用收錄判決全文的《大理院民事判例全文彙編》，以動態審判史的角度切入觀察，更能抽絲剝繭地審視債之相對性法理。相對言之，欲追究該法理或類似法理念是否存在民初繼受之前，則可閱讀傳統法時期的判牘，比較兩者因契約（買賣、借貸、租賃等）<sup>18</sup>所生的債之關係，嘗試審視傳統法至繼受歐陸法的民初大理院時期，就當事人在民事關係中呈現何種型態，審判者如何安排。

又歷史研究的目標或在於通古今之變，故援引傳統法時期的案例亦不可缺，然現實上囿於保存至今的司法檔案多集中於明清兩代，又以銜接時間遠近為考量，因而揀擇清代案件為比較對象，並直接取用判牘作為研究對象，包含《徐公讞詞：清代名吏徐士林判案手記》、《清代名吏判牘七種彙編》、《巴縣檔案匯編 乾隆卷》，以及前面提及的《各省審判廳判牘》等判牘史料，藉此瞭解傳

---

<sup>17</sup> 清光緒三十二年（1906），光緒皇帝下諭將大理寺改為大理院，同年頒布的《大理院審判編制法》，以及宣統二年（1910）頒行並取代前法的《法院編制法》，兩者都是大理院改置的法源。民國援用前清《法院編制法》，故也承繼了大理院的編制運作，直至民國十七年（1928）國民政府北伐完成後，大理院閉院。參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁 12-20、32-36。

<sup>18</sup> 依現行民法，債之關係的發生除契約外，尚包含無因管理、不當得利及侵權行為，若謂債之關係皆有相對性法理的拘束，則四種債之發生的方式皆應一併討論，但在《大理院民事判例全文彙編》中，被歸類至管理事務（無因管理）及不當得利（不當得利）者，前者僅五個判例，後者亦不過九則，且分別有一則的判例全文缺失，分析時恐囿於史料不足的侷限；又傳統律學對於不法侵害他人生命、身體等權利的侵權行為雖不乏討論，惟範圍多集中於對該行為人應如何比附罪刑，雖然在元、明、清的律例中，也有對造成死亡結果的行為人課予補償被害人家屬「燒埋銀」、「埋葬銀」的義務，與現行民法侵權行為規定（民法第 192 條）頗有異曲同工之妙，惟若欲說明比較，恐需另闢專文討論，故在此亦略而不談。因此，為避免比較上的困境，並顧及聚焦於論文主題，本文的討論範圍將儘量限縮於類似今日民法意義中的契約關係者，觀察傳統法中是否存有債之相對性法理，以及民初大理院推事們如何適用。關於埋葬銀的討論，參閱：陳郁如，〈清乾隆時期刑科題本之研究——以調姦本婦未成致本婦羞忿自盡類型案例為例〉（臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年），頁 134-147。

統法制實際運作的情形。

## 第二項 比較法制史的研究方式

臺灣目前的法制，毫無疑問是繼受的法體系，既然學習他國的法律，應該一併認識該國的社會文化、歷史背景，畢竟法律的形成，很多時候是經驗累積而來，在民法一塊，更是隨著氣候、地理、俗尚、宗教、歷史等因素之不同，發展出不同的民法法理<sup>19</sup>。因此，繼受國除繼受該國法制，在此希望選擇歷史為切入點，深入瞭解法制的發展歷程、脈絡，才能從歷史中理解該國的民法法律理論，再進一步與自己的社會結合。因此，筆者預計探討債之相對性法理在歐陸的發展脈絡，從源頭之羅馬法開始，再以晚清民初繼受民法時，主要學習的國家——德國為中心，探討債法及其法理的演變。

其次，儘管現行的繼受法律似已與傳統法全然不同，但社會風俗、道德習慣的轉變，其實不如法制廢立那樣迅速；其影響之深，也毫不遜於實體法的規訓程度。想解開為何許多法制與今日社會格格不入的問題，或許可以先瞭解社會風俗、道德習慣。這些因素醞釀於歷史的長河，對於這些過去長久存續、影響人民債法觀的傳統法文化，不應單純以落伍的眼光看待之。

過去參與研討會時，曾聽聞現行法研究者或感於今日的臺灣法學似處於斷層上，往西構不著羅馬、德國法制史，返東又未能尋獲傳統中國的法律文化，欠缺踏實感，筆者亦認同。欠缺歷史感的學科研究，猶如踩在不穩的地面，似乎少了紮實著地，反思過去，以此向前的能量。因此，在繼受法國家中，東西、古今法律的比較分析，應該是在斷層上架設一座橋樑，給予法制研究一條新的思考進路，如同論者所言：

對於繼受外國法律國家的人民而言，唯有透過比較法制史的研究，才能知道自己國家是否真的繼受他國的法律制度。還是，有可能繼受百年的經驗，所學習到的只是皮毛罷了。我們唯有透過對於法制史的研究（傳統自

---

<sup>19</sup> 參閱：王寵惠，〈比較民法概要（總則上卷）〉，收於王寵惠（著），張仁善（編），《王寵惠法學文集》，頁 165。

己本國以及繼受學習國家的法制史)，才能確定繼受的效果。<sup>20</sup>

透過外國（以德國為中心）的法制史比較，才能明瞭使用的法理是來自什麼社會背景、歷史脈絡，進而解決適用的問題；而觀察自身的法制歷史，才能明白自生的風土習俗，也才有比較繼受前後的樣本，據此確定繼受的效果。

### 第三節 研究成果回顧

回顧與論文相關的專書論著、文章等研究成果，以下區分與清代民事審判相關的書籍，以及與民初大理院民事審判相關的研究成果兩種，兩者分別在傳統法與民初繼受法的研究上，帶給本文寫作相當的啟發。

#### 第一項 清代民事審判的研究成果

自從明清新史料出土問世<sup>21</sup>以來，明清的民法史研究蔚為風潮。除了傳統的正史史料，許多學者以大量地方層級的審判文書、士人判詞等為研究對象，探究明清以降的民事審判、民間契約及法典習俗在司法上的實踐等議題，其中，研究成果最為顯著者，當屬日本的研究者滋賀秀三、寺田浩明等及美國黃宗智的研究團隊。雖然兩方對於明清時如何解決細故糾紛、案件的詮釋有些歧異，但皆為筆者開啟通往傳統中國民法史的重要鑰匙。作為對明清傳統法研究的背景理解，無論是滋賀氏、寺田氏等人共同著述的《明清時期的民事審判與民間契約》<sup>22</sup>，或是黃氏撰寫的《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》<sup>23</sup>、

---

<sup>20</sup> 參閱：陳惠馨，《德國法制史——從日耳曼到近代》（臺北市：元照出版，2007年），頁103。

<sup>21</sup> 明清新史料異於前朝者，主要在於大量司法檔案的整編問世，尤其著重於地方層級的檔案，諸如臺灣淡水廳至新竹縣的淡新檔案、四川乾隆至道光年間的巴縣檔案，以及浙江的黃岩縣訴訟檔案等等。

<sup>22</sup> 參閱：滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，北京：法律出版社，1998年。

<sup>23</sup> 參閱：黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，上海：上海書店出版社，2001年。

《法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較》<sup>24</sup>等，都是不可或缺的經典之作。

《明清時期的民事審判與民間契約》一書集結四位日本東亞法史學者的單篇學術論著而成。其中與論文較相關者，有滋賀秀三的文章，其文試圖釐清清代的民事審判，認為清代州縣官在面對州縣自理案件中採取調解的方式，而非審判，他們將周遭相關的人士都納入全盤考慮的範圍，提出解決紛爭、追求整體社會和諧的方案<sup>25</sup>，在寺田浩明的文章中也表達了同樣的想法<sup>26</sup>。這種研究取徑，對本文分析清代判牘時，給予很大的協助。另外，關於黃宗智的論著研究，筆者雖然無法贊同黃氏認為清代知縣處理州縣自理案件時，完全依據《大清律例》做出明確的勝負判決，反而極少從事調解工作<sup>27</sup>，但黃氏的研究，其實與滋賀氏、寺田氏等人相同，都想要重現清代州縣官審理州縣自理案件的原貌，至於不同的研究成果，值得省思、相互參照。

除此之外，研究清代民事法中值得一提的，還有學者梁治平的《清代習慣法：社會與國家》<sup>28</sup>，梁氏採取不同於滋賀氏、黃氏等從州縣官所代表的政府為觀察視角，他是以法律社會學的方式，直接探討出自人類社會生活的民間秩序，梁氏認為研究重點應從大傳統的國家法，轉向小傳統的習慣法<sup>29</sup>。梁氏另一本作品《在邊緣處思考》<sup>30</sup>，同樣強調研究社會內部發展的重要性，以內在視角從下往上瞭解民間秩序。梁氏的視角、研究方式及成果，是從另一種角度解析過去，對本文研究大理院案件的視角亦深具啟發。本文在觀察推事們的法

---

<sup>24</sup> 參閱：黃宗智，《法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較》，上海：上海書店出版社，2003年。

<sup>25</sup> 參閱：滋賀秀三，〈中國法文化考察〉、〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁12-13、16、21。

<sup>26</sup> 參閱：寺田浩明，〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁194。

<sup>27</sup> 參閱：黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，頁77。

<sup>28</sup> 參閱：梁治平，《清代習慣法：社會與國家》，北京：中國政法大學出版社，1996年。

<sup>29</sup> 參閱：梁治平，《清代習慣法：社會與國家》，頁1。

<sup>30</sup> 參閱：梁治平，《在邊緣處思考》，北京：法律出版社，2009年。

律見解以外，也注意到當事人、律師面對變動法理所展現的態度，分析這些來自民間的法律思想、意識。

## 第二項 民初大理院民事審判的研究成果

關於民初大理院的研究回顧如下：首部以民國初年大理院為研究主題的，是歐陽正於 1993 年留學美國哈佛大學法學院時撰寫的博士論文《民國初期中國法律的現代化（1912-1927）——以最高法院對家庭法的運作為中心（Modernization of Chinese law during the early Republican period (1912-1927): with a particular emphasis on the application of family law by the Supreme Court）》，惟當時判例全文尚未問世，論文的研究也只能限縮於對判例要旨進行分析討論<sup>31</sup>。

直到 1995 至 1997 年間，黃源盛多次往返南京「中國第二歷史檔案館」，經該館同意，將民初大理院時期的司法判決文書複印攜回臺灣<sup>32</sup>，為民初大理院判決的研究開啟一個廣闊的新天地。至今十餘年，突破過去僅止於堆砌判例要旨的侷限，更多涉及大理院民、刑事判決全文史實的研究紛紛問世。專書研究有黃氏本人撰寫的《民初大理院與裁判》，該書先總論性地探討大理院的歷史始末、機關組織、人事執掌<sup>33</sup>；其後與民法相關的各論論述，黃氏是以判例、判決全文的研究對象，深入地探討大理院民事審判法源、民事習慣，以及誠實信用法理在大理院的運用<sup>34</sup>，在研究方法、掌握史料，以及史實呈現等方面，都深富啟發。

至於以大理院民事判例及判例全文為研究對象的博、碩士論文及期刊論文，暫且不論以〈親屬〉、〈繼承〉兩編為研究主題的文章論著，聚焦於研究財

---

<sup>31</sup> 參閱：黃琴唐，〈民國初年親權法制的開展——以大理院的司法實踐為中心〉（臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008 年），頁 20。

<sup>32</sup> 參閱：黃源盛，〈民初大理院與裁判〉，頁 83-94。

<sup>33</sup> 參閱：黃源盛，〈導論——從大理寺到大理院〉、〈民國初期大理院〉，收於氏著，〈民初大理院與裁判〉，頁 1-82。

<sup>34</sup> 參閱：黃源盛，〈大理院民事審判法源探蹟〉、〈大理院裁判中的民事習慣〉、〈大理院關於誠實原則的法理運用〉，收於氏著，〈民初大理院與裁判〉，頁 135-280。

產法案件並與本計畫主題相似者，有周伯峰《民國初年“契約自由”概念的誕生——以大理院的言語實踐為中心》<sup>35</sup>一書，以及李啟成〈民事權利在近代中國的生成——以大理院祭田案件為中心的實證考察〉<sup>36</sup>一文。前者說明大理院如何操縱「契約自由」概念，進而探討法理背後的文化意義；後者則以大理院的祭田案件為中心，探究民事「權利」如何在中國的生成。前述周氏對民初「契約自由」概念的研究相當精闢，惟契約自由主要表現於締約自由、相對人選擇自由、方式自由及內容自由<sup>37</sup>，此概念強調當事人於契約法律行為中享有的諸多自由，但本文欲探究的債之相對性法理，則是貫穿債法的指導原則，強調特定債權、債務人間的一定給付，故前書無法涵蓋本計畫欲探討的範圍。李氏的文章以祭田的繼承、買賣等案件探究「權利」在中國的生成過程，對本文雖不無啟發民法如何近代化的功用，惟亦未觸及論文探究的主題領域。

其他尚有一些對民法總論性的探討，如黃聖羣的碩士論文〈大理院民事判決法源之研究（1912-1928）〉，在民初民法法源研究上極具參考價值。此外，張生的著作《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》一書，以民國初期的民法近代化為主題，論及民初大理院如何以判例、判例要旨等實現繼受民事法律規範<sup>38</sup>，並以典權等物權面向為例，說明大理院整合固有法與繼受法的過程與影響<sup>39</sup>。兩書運用民初大理院判例全文、要旨，就其主題皆有相當精闢、深入的研究成果，對本文的寫作也有相當的啟發，惟兩書皆未直接觸及本文探討的主題。

綜上看來，關於本論文主題，似乎未見有進一步的研究文獻，不過，關於明清法史、大理院民事判例的研究成果則頗為豐富，站在彼等巨人肩膀上，雖藉助

---

<sup>35</sup> 參閱：周伯峰，《民國初年“契約自由”概念的誕生——以大理院的言語實踐為中心》，北京：北京大學出版社，2006年。

<sup>36</sup> 參閱：李啟成，〈民事權利在近代中國的生成——以大理院祭田案件為中心的實證考察〉，《比較法研究》，2010年06期（北京市，2010.11），頁1-17。

<sup>37</sup> 參閱：周伯峰，《民國初年“契約自由”概念的誕生——以大理院的言語實踐為中心》，頁27。

<sup>38</sup> 參閱：張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》，頁74-98。

<sup>39</sup> 參閱：張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》，頁134-139、174-177、182。

債權相對性的規範、法理與實踐——以民初大理院裁判為中心

他們的成果，但盼能不被拘束，在論文主題中開展成就。



## 第二章 債權相對性的濫觴與發展

本章作為架構全論文的基礎背景，首先欲就發源、傳播近代民法的歐陸，探究債權相對性意義，並側重於繼受母國——德國，其民法、債法的發展：在羅馬法時代是否存在？若已存在，其表徵何種內涵？若尚未出現，則至何時、何種機緣下，觀念開始發展？而時間經過，歷經中世紀義大利、法國、德國等國繼受羅馬法，在後世法學家的釋譯重整後，法理意義是否依舊？或是有所變異？十九世紀德國在法典化運動之後誕生《德國民法典》，法典中債的意義、內涵又為何？其後，不過十數年，甚至同時地，走過空間的藩籬，亞洲國家紛紛放棄中華法系，轉向繼受英美、大陸法系，又出自什麼心態？

第二節先簡單交代前述十九世紀清代中國繼受近代歐陸法的遠、近因後，思考晚清民初這段時間民事法繼受的發展：民事法繼受有何特點？近代民事財產法將民事權利分為債權與物權，其中，債之關係的相對性，其定義為何？在繼受初期，恐應從確立、解釋，或傳播繼受民法學之人、其著作中尋繹。這些人例如協助清廷起草法律的日籍法學者、留學歸國的法政畢業生，或在新式法律學堂接受教育的法政學生等<sup>1</sup>，而以日籍法學者協助完成的民律草案、學說論著，甚或是法政生學習新式民法整編的上課筆記等史料為媒介，澄清債權相對性的定義、剖析法律思維，進而還原當時的繼受法律文化。

至若同樣表徵法律專家思想的大理院判決例，作為論文的核心，將另闢一節，在本章第三節專論判決例對於債權相對性的定義，並由推事們一再聲明確立。又為呼應第二節，該節將先論述債權與物權分流的判例，定義兩個不同的法律行為，再深入敘明大理院推事們如何說明、確立債權相對性。

### 第一節 歐陸債法流變——以德國為中心

若說西洋法學的發源，則不得不歸諸羅馬法。羅馬法以個人的自由、利益為

---

<sup>1</sup> 參閱：俞江，《近代中國民法學中的私權理論》（北京：北京大學出版社，2003年），頁39-42。

基礎，使個人在法律上享有各種權利，物法中物權法及債權法的理論發展都十分發達，民法詳而刑法略的法學體系，也肇因於斯。研究法律繼受的歷史，應回到繼受母國的法律史，對於近代意義的債法淵源、演變，以及債權相對性是否存在及如何定義等，亦當從古羅馬法論起。

五世紀日耳曼人入侵古羅馬帝國，致羅馬法衰亡，直至中世紀義大利、法國、德國等歐陸國家繼受羅馬法，羅馬法復興。然而，除了羅馬法，十一世紀以降眾多研究古羅馬法的各流派法學家紛紛提出許多觀點，帶來新的法學進展，其債法法理、債之相對性內涵是否變異？此外，中世紀適用習慣法的日耳曼地區，扎根於當地的習慣法，又對後來的德國債法帶來什麼樣的影響？十七、八世紀啟蒙思想帶來的理性法思潮，以及法國大革命鼓吹自由、民主、博愛的精神，又對債法產生什麼樣的影響？最後，十九世紀德國歷史法學的回顧與影響，法典化之爭最終仍產生《德國民法典》，法典中的債之相對性內涵又呈現什麼思想？

考量中國清末民初繼受的歷史事實，選擇以德國為中心，作為中外法制史比較的對象，稍微旁及歐陸各國對債法、債之相對性理論發展的重要影響。協助清末變法修律的外籍顧問多為日本學者，而日本繼受民法雖兼有德、法兩國法的色彩，但在日本法制史中，明治四〇年代（1907-1911）至大正初期，卻是德意志法學在日本的全盛時期<sup>2</sup>，此時，也正是日籍修律顧問協助清朝草擬民律的時期。因此，回溯外國法制史中的債法內涵及債之相對性法理時，仍以德國法為中心，探究其理論與歷史社會的發展。

## 第一項 私法源頭：古羅馬法

撇開羅馬最初不成文法的時期不談，《十二銅表法》是羅馬法學在古代時代<sup>3</sup>

<sup>2</sup> 參閱：大久保泰甫，〈民法典編纂史のパラダイム轉換と今後の課題—法制史生徒の立場から〉，《法律時報》，70：9（東京，1998.8），頁6。

<sup>3</sup> 將羅馬法以其法律科學發展分為古代時代（The archaic period）、希臘化時代（The Hellenistic period）、古典時期（The Classical period）與官僚時期（The Bureaucratic period）的方式，參閱：Fritz Schulz, *History of Roman legal science* (Oxford: Clarendon Press, 1967), Content pp.vi-x；陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，《法形成與法典化——法律資訊研究》（臺北市：學林文化，

的代表作，也是往後羅馬立法的基础<sup>4</sup>。法典編纂肇因於平民長期受貴族壓制及剝削，為爭取個人自由、利益，兩方爭執，遂於西元前 451 年開始編纂《十二銅表法》，兩年後完成並揭示。儘管今所傳之法典條文，每表僅四、五條，至多十餘條，餘多佚失，但各表標題仍存，其第一表至第三表分別為提傳（*De in ius vocando*）、審問（*De iudiciis*）及責償（*De aere confesso rebusque iure iudicatis*）<sup>5</sup>，即關於法院的召喚、審理及執行，對於平民債務人給予法律程序與實體上的保護。

歷經古代時代、希臘化時代、古典時期至官僚時期，法律持續發展，多位重要的羅馬法學者激盪思想，對往後的羅馬法影響甚鉅，官僚時期的《查士丁尼法典》<sup>6</sup>（西元 529 年）是古羅馬最後階段集大成之作，當然吸收眾多法學家的學說理念。例如西元二、三世紀之交的優秀法學家蓋尤斯（*Gaius*）的代表作《法學提要》（或稱《法學階梯》、《法學總論》，*Institutes*）分三編，即「人法（*Ius personarum*）、物法（*Ius rerum*）與訴訟（或稱行為，*In actionum*）」<sup>7</sup>的三分法（*triad*）<sup>8</sup>體例，包含這種架構體例及該書其他大部分的內容都被《查士丁尼法典》的「法學提要」收錄<sup>9</sup>。

《查士丁尼法典》的「法學提要」是簡單但有體系介紹羅馬法的入門書籍，它將關於財產契約的法律——「物法」分為上、中、下三部，第一部是物權法，

---

1999 年），頁 117-119。

<sup>4</sup> 參閱：戴東雄，〈中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法〉（臺北：戴東雄出版，1999 年二版），頁 31。

<sup>5</sup> 參閱：黃右昌（著），丁玫（勘校），《羅馬法與現代》（北京：北京大學出版社，2008 年），頁 5-6。

<sup>6</sup> 《查士丁尼法典》，又稱為《羅馬法大全》（*Corpus juris civilis*），其編纂大致完成於東羅馬帝國皇帝查士丁尼（*Justinien*，527-565）在位時的西元 529 年，是一部相當重要的民法典，共分四部分，分別為「法學提要」（法學階梯、法學通論、法學大綱等，*Institutes*）、「敕諭集成」（法典，*Codex*）、「學說彙纂」（匯編，*Digesta*）及「新敕諭」（新律，*Novelle*）。參閱：王伯琦，〈近代法律思潮與中國固有文化〉（臺北市：法務通訊雜誌社，1989 年四版），頁 92-93；戴東雄，〈中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法〉，頁 43-46。

<sup>7</sup> 參閱：鄭玉波（編譯），《羅馬法要義》（臺北市：三民書局，1958 年），頁 9。

<sup>8</sup> 參閱：陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，〈法形成與法典化——法律資訊研究〉，頁 123。

<sup>9</sup> 參閱：David Johnston, *Roman Law in Context* (Cambridge, U.K.; New York: Cambridge University Press, 1999), pp. 6,14.

其次是繼承法，第三部是債權法<sup>10</sup>。以下就透過《查士丁尼法典》對債權法的定義，觀察古羅馬法時代如何理解「債」。

羅馬法中“Obligatio”一詞，可表彰債權、債務或債之關係三種概念，《查士丁尼法典》的「法學提要」中記載：「債，法律之鎖，拘束我們按照國法而為一定之給付（行為或不行為）。（Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.）<sup>11</sup>」此處以拘束方式著重於債務的內涵，並蘊涵給予一定給付的特定性。此外，《查士丁尼法典》中整理學說見解的「學說彙纂」，對於債之關係的本質提出如下定義：「債之關係之本質，非以某物或某役權為我有，乃使他人與某物、為某事，或為某物之給付為本質。（Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostrum faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.）<sup>12</sup>」可以看到債之關係具有使他人為一定行為或給付某物的概念。

除了《查士丁尼法典》，羅馬法諺亦謂：「任何人不得為他人為約定（Alteri stipulari nemo potest.）<sup>13</sup>」羅馬法認為兩人之間的訂約，乃特定於相對當事人之間，效力不及於第三人，第三人不得向當事人主張，亦不受拘束。在羅馬法中，也不承認債權讓與、債務承擔制度，只能透過更改的方式，消滅舊債權、原擔保的方式<sup>14</sup>。綜上，無論是主體間的相對性或客體上要求一定給付，羅馬法中似蘊涵債之相對性的法理，但是否等同於近代意義債法中的債之相對性內涵，或容有疑問。

後世研究者認為，羅馬法在發展之初，“Obligatio”對羅馬法學家而言，其客體不是人的行為，是締結負擔關係的本人<sup>15</sup>，且“Obligatio”同時代表責任

<sup>10</sup> 參閱：黃右昌(著)，丁玫(勘校)，《羅馬法與現代》，頁 45。

<sup>11</sup> 參閱：黃右昌(著)，丁玫(勘校)，《羅馬法與現代》，頁 231；朱曉喆，《近代歐陸民法思想史——十六至十九世紀》（北京：清華大學出版社，2010 年），頁 99-100。

<sup>12</sup> 參閱：黃右昌(著)，丁玫(勘校)，《羅馬法與現代》，頁 231-232。

<sup>13</sup> 參閱：鄭玉波(解譯)，《法諺(一)》（臺北市：解譯者發行，1986 年再版），頁 64。

<sup>14</sup> 參閱：鄭玉波(編譯)，《羅馬法要義》，頁 72。

<sup>15</sup> 參閱：李宜琛，〈債務與責任〉，《法學專刊》，第 3、4 期合刊(北平，1935.05)，收於何勤

(duty) 與債務 (liability)，雖後者只有當為給付的概念，即使債務人不給付，債權人亦不得強制履行；但若依「責任」之意涵，不履行責任時，相對人可求實現責任的替代給付，以強制手段由承擔責任之人代償<sup>16</sup>。所以，在古羅馬時代，當債務不履行的情形發生，代替債務為滿足物的內容則當然地包含債務人的人身及其所有財產，亦即當債務人之財產無法償清負債時，人身將如抵押物般，債權人獲得逮捕、扣押債務人的權利；即便羅馬法進入成熟的階段，這樣的觀念還是普遍地存在於一般大眾的想法之中<sup>17</sup>。於此，古羅馬法確實認為債權存於相對特定人身上，但支配債務人人身的制度，難認具有近代債法之意義。

## 第二項 十一至十八世紀歐陸繼受羅馬法和德國地區的法律發展

中世紀羅馬法興起，從義大利北部開始發達，以享有地利之便的波隆那大學 (Bologna) 為中心開始重新研究羅馬法學，以《查士丁尼法典》為主要研究學習對象者，包含註釋法學派 (又稱波隆那法學派，Glossatoren) 以及評釋法學派 (或稱評論法學派、疏證法學派，Commentators)，都嘗試對羅馬法進行註評，研究當然涉及債法和債之意義等。十四世紀文藝復興開始，受此影響，義大利出現法律人文主義者 (Legal Humanists)，著重於回顧歷史與哲學等基礎法學，反駁前兩學派的斷章取義與曲解法典，希冀回覆羅馬法的面貌。待至十五世紀末法國攻打義大利，法律人文主義的重心也因之轉移至法國<sup>18</sup>。

至於德意志地區，繼受羅馬法時間較晚，境內在十世紀至十四世紀初期之間，沒有任何承擔法學教育的法科大學或大學法律系存在，欲進一步研究法律的神職人員、法律家，必須前往義大利北部進修，當然也就以《查士丁尼法典》及

---

華、李秀清(主編)，《民國法學論文精萃》，第3卷. 民商法律篇(北京：法律出版社，2004年)，頁180。

<sup>16</sup> 參閱：李宜琛，〈債務與責任〉，收於何勤華、李秀清(主編)，《民國法學論文精萃》，第3卷. 民商法律篇，頁181-182。

<sup>17</sup> 參閱：Reinhard Zimmermann, *The law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition* (Oxford [England] : New York : Oxford University Press, 1996), pp.5-6.

<sup>18</sup> 參閱：陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，《法形成與法典化——法律資訊研究》，頁127-128、133。

其評註內容等古典羅馬法為主要的研習標的。這批羅馬法的追隨者歸國後，為了能發揮所長、促進羅馬法學，說服教會及統治階級開辦大學，十四世紀末，境內陸續設立大學，入學學習羅馬法的法律學生，也迅速增加。他們除了投入法學教育，在十三、四世紀也陸續投入教會法院的審判職務，或統治階層的行政體系<sup>19</sup>。然而，逐步繼受、實踐羅馬法的日耳曼地區，仍存在傳統習慣法，取捨之間、繼受之際，又是另一種與義大利、法國等不同的法律歷史。

在義大利、法國地區的羅馬法復興運動，對於古羅馬法有些許「改造」，尤其十七、八世紀科學興起、啟蒙運動催化出理性法的思維，理性法思維進一步造就法國大革命鼓吹自由、平等、博愛，與羅馬時代的政治法理思想有所差異，不得不先提這段歷史對債法的影響與改造。有了這些基礎連接古羅馬法與中世紀、近代歐陸國家繼受羅馬法，才能接續它們，再來觀看德國地區這段時間的法史背景，以及因其歷史文化、社會情況等因素所創造出來的債法內涵。

## 一、羅馬復興及歐陸的債法發展

日耳曼人於四世紀開始大舉侵入古羅馬帝國的領地，致西羅馬帝國於西元476年滅亡，羅馬法也在六世紀隨著日耳曼人制定自己的成文法後漸漸衰亡。然而十一世紀以來，西歐地區的商業貿易逐漸活躍，商人需要統一法律作為交易依據的準則，但此時的歐洲又處於國王、教會、封建諸侯以及城市商人等在各自法庭適用不同法律的狀態，於是人民開始將眼光轉向理性的羅馬法，十二、三世紀義大利的註釋法學派對《查士丁尼法典》進行釋譯與注疏，以及繼起的評釋法學派，在十三世紀中葉至十六世紀初期以務實態度將羅馬法研究與具體的案件裁判結合，開啟中世紀後期的羅馬法復興運動，使之再現高峰<sup>20</sup>。

然而，中世紀的註釋法學派僅專注於對《查士丁尼法典》註釋，尤其限於「學說匯覽」，但欠缺法哲學、法史學、比較法學等方法論，流於文義解釋，甚至出現任意斷章取義，扭取法典原意的缺失；而評釋法學派雖然結合實務運作，卻造成將法學教育視為培養解決實務問題法匠的風氣，面對這些缺失，又隨十四世紀

<sup>19</sup> 參閱：陳惠馨，《德國法制史——從日耳曼到近代》，頁235-243。

<sup>20</sup> 參閱：朱曉喆，《近代歐陸民法思想史——十六至十九世紀》，頁5-10。

文義復興、人文主義的興起，義大利出現了重視歷史、哲學等基礎法學的法律人文主義者<sup>21</sup>。十五世紀末，隨著戰爭等原因，學者轉至法國大學執教，法律人文主義的中心也從義大利移至法國<sup>22</sup>。法律人文主義重要的貢獻，應是改正註釋法學派較限縮於針對《查士丁尼法典》的「學說匯覽」進行註釋，他們轉向研究法典中更具體系性的「法學提要」，不僅止於分析個別法理學說，希望進而認識個別法理背後的內在連結，並且建立整體的民法學體系，例如前述「法學提要」仿效法學家蓋尤斯「人一物一訴訟（行為）」的三分法，法律人文主義者將「物」分為有體物 and 無體物，無體物則包含遺產繼承權、用益權、使用權、債權等<sup>23</sup>，試圖建立一整套的架構。儘管體系化還在萌芽階段，很多觀念的定位尚且模糊不清，但是架構民法典，以及法學概念的定位漸漸開始，包含對於「物」與「債」的區分與定義定位。

深入探究各學派對權利的劃分方式，中世紀以前不算有類似區分「物」與「債」的理論，直到十二世紀註釋法學派將個人權利區分為「對物權」(ius in re)與「向物權」(ius ad rem)，後者是一種向他人要求取得某物的權利，這種並非直接對於物的支配，而是向他人要求物的權利，往後演變為債權。十六、七世紀法律人文主義者將「向物權」轉為「對人權」(ius personale)的概念<sup>24</sup>，對人權的定義，依荷蘭的法律人文主義學家雨果·格勞秀斯（或譯為格老秀斯、格羅迪斯等，Hugo Grotius, 1583-1645）認為，對人權是指一個人對另一個人有受領某物或者行為的財產權<sup>25</sup>。此時，法律人文主義者開始從債權人的視角定義債，而非過去皆從物的角度定義。特定人對特定人受領物或行為的權利這種論述也持續展開。

這些私法法理持續為十七、八世紀的法學家繼承，但有所不同的是，受到十七世紀的科學興起和十八世紀啟蒙運動的影響，人們渴求追尋真相，嘗試擺脫以

<sup>21</sup> 參閱：陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，《法形成與法典化——法律資訊研究》，頁 127-128。

<sup>22</sup> 參閱：陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，《法形成與法典化——法律資訊研究》，頁 133；朱曉喆，《近代歐陸民法思想史——十六至十九世紀》，頁 14-15。

<sup>23</sup> 參閱：朱曉喆，《近代歐陸民法思想史——十六至十九世紀》，頁 26-28。

<sup>24</sup> 參閱：朱曉喆，《近代歐陸民法思想史——十六至十九世紀》，頁 87-89。

<sup>25</sup> 參閱：Hugo Grotius, *The Jurisprudence of Holland* (Oxford: Clarendon Press, 1926), p.295.

神為中心社會，認為一切的實定法皆源自普遍的人類自然理性，可透過嚴密的邏輯，推論出一部完美、永恆的法典。這種自然法論，在法國配合十八世紀的法國大革命（1789-1799）倡導人的自由與平等，法律上產生 1804 年《法國民法典》（或稱《拿破崙法典》）的結果。

《法國民法典》在民事領域廢除了身分等級制度，確立主體資格的平等，確實以個體權利為思考出發點，彰顯個人主義及自由、平等、博愛的價值。以堪稱西方理性法、自然法巔峰之作的《法國民法典》為首，十八世紀的歐洲大陸陸續摸索、嘗試，開始民法典的運動。從體系概念上以觀，《法國民法典》以理性法精確的架構方式，建構出財產權的取得來自「繼承與遺囑」和「債」兩種來源<sup>26</sup>；從思想觀念上，它以個人作為法律起點，宣揚自由、平等、博愛的精神，也影響了歐洲諸國近代民法典的內涵。顯而易見地，與過去不同的在於這些近代民法典受到啟蒙運動的影響，相信個人自由和自利動機，會為社會帶來最大的福祉，因而建立全面一致的個人主義價值<sup>27</sup>，個人以其由自由意志創設行為，雙方合意決定決定債之關係中的相對權利義務，故當事人的意志，也成為權利義務的根源<sup>28</sup>。

## 二、日耳曼民族的習慣法及中世紀以來的法律發展

在羅馬法復興以前，歐洲有好長一段時間都是使用習慣法等不成文法的型態，或是嚴格說來，也有認為在十八世紀法典化運動開始前，當今屬於民法典的內容，也是以習慣或習慣法的型態存在<sup>29</sup>，而較慢形成統一國家的日耳曼地區，其統一的法典也較遲問世，故 1900 年《德國民法典》（*Bürgerliches Gesetzbuch*，簡稱 BGB）施行前，其法律如何發展，及近代化後債的本質、意義，以及債之相對性的內涵，是本段要討論的重心。

<sup>26</sup> 參閱：Franz Wieacker(著)，陳愛娥、黃建輝(合譯)，《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》（臺北市：五南圖書出版，2004 年），頁 325。

<sup>27</sup> 參閱：蘇永欽，《尋找新民法》（臺北市：元照出版社，2008 年），頁 5-7。

<sup>28</sup> 參閱：洪瑞君，〈論第三人利益契約—以實務適用之綜合探討為中心〉（臺北：國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004 年），頁 4。

<sup>29</sup> 參閱：陳惠馨，〈《唐律》與《大清律例》法典形式規範體系——一個比較法制史觀點〉，收於黃源盛(主編)，《唐律與傳統法文化》（臺北市：元照出版，2011 年），頁 265。

日耳曼地區中世紀的法律主要是日耳曼習慣法，也受到教會的倫理觀影響，地方習慣法的代表作是西元 1230 年左右完成《薩克森寶鑑》(Sachsenspiegel)。然而，面對日耳曼地區之間交流增加，地方習慣法開始無法解決地區間習慣差距所產生的問題，又羅馬法在民法法理上的精緻細膩，比習慣法完整，諸多因素，讓德國開始繼受羅馬法<sup>30</sup>。中世紀末期很多德國人到義大利學習羅馬法，他們學成歸來後，並沒有將羅馬法法典的形式帶回，而是以習慣法的方式，在行政、司法領域落實羅馬法的精神。除了實務上的發展，十四世紀開始，德國境內也陸續成立大學、培育法學人才，這些於國內外學成羅馬法的法律人，深刻影響德國繼受羅馬法的方向，尤其是因為地區君主興起，君主為求權力的完整，不再將案件送到其他城市的上訴法院，反而將這些疑難案件移送到地區內的大學法律系，請法學教授協助、做出判斷，法學教授們的判斷，法院也大多全盤接受，這些以羅馬法為基礎的法學教授見解，也促成羅馬法的繼受<sup>31</sup>。

羅馬法以發達的私法著稱，但羅馬法的繼受，也造成法律人與一般人間產生鴻溝<sup>32</sup>，不算順利；相對地，原生的日耳曼習慣法在德國繼受羅馬法後，未曾消失，它在債法內涵上，仍對後世的德國法產生影響。例如，前曾論及“Obligatio”一詞在羅馬法中，同時意味著責任(duty)與債務(liability)，債權人對債務人所有的財產，包含以債務人的人身為擔保，都有強制履行的能力；然而，日耳曼法卻對債務及責任做出區分。古日耳曼習慣法認為債務不具強制性，只有履行給付的義務，債權則是受領給付的狀態，除非另有人格責任或財產責任，否則債權人沒有強制債務人給付的權利。相對而言，責任則具有擔保作用，若債務人未給付、給付不能或不完全時，債權人可以強制方式取得<sup>33</sup>。

不過，日耳曼習慣法中另有制約族人履行債務的思想，這種思想是利用榮譽感及誠實信用原則。因日耳曼人是團體共同生活，追求全體的和平與秩序，在團

<sup>30</sup> 參閱：陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，《法形成與法典化——法律資訊研究》，頁 138-139。

<sup>31</sup> 參閱：陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，《法形成與法典化——法律資訊研究》，頁 139。

<sup>32</sup> 參閱：陳惠馨，《德國法制史——從日耳曼到近代》，頁 248-249。

<sup>33</sup> 參閱：林誠二，〈論債之本質與責任〉，《中興法學》，13(臺北，1978.04)，頁 54-55。

體中重視榮譽感，古日耳曼習慣中，須以自己的誠信發誓遵守契約內容，如違誓言，人格尊嚴將受嚴重損害，成為不名譽之人。失去名譽的人，將失去一切的法律權利，被放逐於團體生活之外，在個人很難獨立生存的環境中，是相當嚴酷的懲處<sup>34</sup>。因此，日耳曼習慣法一方面區分債務與責任，有別於羅馬法的見解，將人身責任與債務分離，對後世德國法有深遠的影響；另一方面，對於債之履行仍以誓約的方式，要求當事人履行義務，與今日債之相對性強調債之發生乃個人自由意志決定，而受自己意思表示拘束，以個人主義、理性主義為出發點，兩者大不相同。

### 第三項 《德國民法典》的問世

德國繼受羅馬法的原因之一，上一段曾提及關於地方習慣法無法共通適用於各區域之間的紛爭，面對這樣的問題，十八世紀初在布蘭登堡域內，腓特烈·威廉一世（1688-1740）希望能統合該領域，達成統一私法的立法工作，這樣的計畫，到繼任的腓特烈大帝（1712-1786）全面展開<sup>35</sup>。直到1792年公布《普魯士一般邦法典》，兩年後生效。這部略早於《法國民法典》，自然法時代末期的產物，在德意志地區拉開了法典化的序幕<sup>36</sup>。表徵理性法、自然法特質的《普魯士一般邦法典》中，收入一些民法的理性內容，例如將債務法引進「物法」中，或是關於財產權取得的合意原則等<sup>37</sup>。

雖然啟蒙理性清除了舊時代不合理的傳統，揭示人性尊嚴的標誌，但相信可以超越時空獲得絕對正確法規範的想法，仍屬極限，此等因素使理性法遭到新興力量——歷史法學派的批判及超越<sup>38</sup>。十九世紀初，自然法學派的蒂堡（Anton

<sup>34</sup> 參閱：戴東雄，《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》，頁18-19、22。

<sup>35</sup> 參閱：Franz Wieacker(著)，陳愛娥、黃建輝(合譯)，《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，頁312-313。

<sup>36</sup> 參閱：羅爾夫·克尼佩爾（Rolf Knieper）(著)，朱岩(譯)，《法律與歷史——論《德國民法典》的形成與變遷》（北京：法律出版社，2003年），頁17。

<sup>37</sup> 參閱：Franz Wieacker(著)，陳愛娥、黃建輝(合譯)，《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，頁316。

<sup>38</sup> 參閱：Franz Wieacker(著)，陳愛娥、黃建輝(合譯)，《近代私法史：以德意志的發展為觀察重

Friedrich Justus Thibaut, 1772-1840) 與歷史法學派的薩維尼 (Friedrich Karl von Savigny, 1779-1861) 爭論德意志是否應編纂統一民法典。反對制定統一法典的薩維尼認為，法律只有通過民族確信，才能有機的形成<sup>39</sup>，在法學水準不足時不應制定法典。薩維尼的主張乘著歷史法學的興起，暫時阻止德國編纂民法典，因此，將近一世紀後，《德國民法典》才完成問世。

經歷漫長的國家統一過程及法典化之爭等因素，《德國民法典》遲於 1896 年公布，1900 年施行<sup>40</sup>，較《法國民法典》慢了近百年。不過，《德國民法典》除了同樣標誌著個人主義的秩序，以及自由、平等的信念，更反應出這部立足於二十世紀的縝密法典，如何應對歐洲十八世紀以來工業革命對社會經濟秩序造成的影響，例如賦予「物權行為」無因性，是回應工業化後的德國交易需求量增加，為了讓交易者不必擔心他方和前手的買賣會不會對自己造成影響，而發展出來的理論<sup>41</sup>。

從法理概念與體系結構比較《德國民法典》與其繼受母法之一的羅馬法，大約可認定《德國民法典》中的概念，是將羅馬法法理抽象化、提煉而成<sup>42</sup>，例如債權與物權的區分，是導源於古羅馬法中對物訴訟 (*actiones in rem*) 和對人訴訟 (*actiones in personam*) 的制度，但《德國民法典》除了繼受羅馬法，更融合了羅馬法與日耳曼固有法<sup>43</sup>，並配合現實政經社會秩序的需求，制定相應的規範制度，例如前述物權行為無因性理論，依羅馬法所有權取得理論，物權移轉須有交付 (*traditio*) 的形式與合法的取得原因 (*titulus iustus, iusta causa traditionis*)，但

---

點》，頁 317-318、335。

<sup>39</sup> 參閱：Franz Wieacker(著)，陳愛娥、黃建輝(合譯)，《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，頁 364。

<sup>40</sup> 參閱：王澤鑑，《民法總則》(臺北市：三民書局經銷，2000 年增訂版)，頁 40。

<sup>41</sup> 參閱：蘇永欽，《尋找新民法》，頁 6。

<sup>42</sup> 《德國民法典》中的許多概念、體系仍源自於羅馬法，但它的頒布，也意味著羅馬法在德國境內失去了作為有效法源的權威性，至此，羅馬法理雖然因其蘊含普遍理性，潛伏於條文之下，再也不是直接法源。參閱：傅廣宇，〈法律史與法釋義學——以德國民法為考察對象〉，《法制史研究》，19(臺北，2011.06)，頁 269。

<sup>43</sup> 參閱：向明恩，〈德國民法一百年之回顧與展望〉，《東吳大學法律學報》，13：1(臺北，2001.08)，頁 81。

德國民法創制的物權無因性理論，卻認為處分行為的有效與否的認定，不受負擔行為是否有效的影響，將原因與取得行為分離的制度，一方面如前述受到工業化交易行為增加的影響，另一方面，也受到薩維尼的影響<sup>44</sup>，《德國民法典》也可以說是德國歷史法學的具體成就<sup>45</sup>。總之，《德國民法典》的規範理論與內容，與歷史上的羅馬法已有差異。

《德國民法典》的體系結構繼受、學習羅馬法的架構，但有所創新。與蓋尤斯的《法學提要》區分為人法、物法、訴訟（行為）的三分法體系不同，《德國民法典》首創總則編，以及由其統領其他四編的五編制<sup>46</sup>；其次，吸收蓋氏《法學提要》的《查士丁尼法典》「法學提要」中，物法先論述物權法，後論述債權法，但《德國民法典》的五編排序反而將債權法（*Schuldrecht*）置於物權法（*Sachenrecht*）之前，亦有別於稍早的《法國民法典》等民法典，《法國民法典》將債權視為獲得物權的手段，以及市民社會首重保護所有權的目標，仍仿羅馬法，將物權法制於債權法之前。《德國民法典》編排倒置的原因，或許只是推定這樣較符合從一般到具體的立法系統<sup>47</sup>。不過，《德國民法典》五編制與先債法後物法的編排體系，都直接影響到我國的民法典。

深入探究債的內涵，羅馬法認為債之關係在當事人間具有不可分離的法拘束力（*iuris vinculum*），這種「法鎖」的定性，以及「任何人不得為他人為約定（*Alteri stipulari nemo potest.*）」等概念亦由《德國民法典》繼受，編入第二編債權法（*Schuldrecht*）的債法通則（*Allgemeiner Teil*）中<sup>48</sup>。然而，債權相對性背後的規制力量不像過去是受制於制度（前述古羅馬法所稱「國法」，或是德國統一前各地的地方法律等），亦非遵從來自神的制約（如古日耳曼習慣的發誓），而是源自啟蒙思想催化的理性法思維，理性法相信每個個人可以依理性行為，自由的意志制約自己的行為，創造新的民法關係，即透過雙方的合意之後，使給付之義務

<sup>44</sup> 參閱：向明恩，〈德國民法一百年之回顧與展望〉，頁 87-88。

<sup>45</sup> 參閱：陳起行，〈法典化研究〉，收於氏著，《法形成與法典化——法律資訊研究》，頁 115。

<sup>46</sup> 參閱：蘇永欽，《尋找新民法》，頁 19-21。

<sup>47</sup> 參閱：羅爾夫·克尼佩爾（*Rolf Knieper*）(著)，朱岩(譯)，《法律與歷史——論《德國民法典》的形成與變遷》，頁 236-237。

<sup>48</sup> 參閱：向明恩，〈德國民法一百年之回顧與展望〉，頁 85。

合法化<sup>49</sup>。

此外，「特定債權人僅得向特定債務人請求一定給付」的債之相對性法理，基於社會實際發展的需求，以及法學研究的發展，有時並不完全恪守內涵，而有所變通、突破，例如利益第三人契約。承繼自《普魯士一般邦法典》的法條、法學概念，但內容過於狹隘嚴苛，經過法學家的思考改正後，認為契約當事人本身的意思，足以賦予第三人請求權<sup>50</sup>。至《德國民法典》中，終能明文實現債之關係主體可與法律效果歸屬之人不一致，例如利益第三人契約、直接代理；此外，也承認主體嗣後變動的可能，如請求權的讓與<sup>51</sup>。

從羅馬法就存在的債之相對性法理，隨著中世紀繼受、法律人文主義者的再造，以及法國大革命、啟蒙思想帶來的理性法思維，到 1900 年施行的《德國民法典》中呈現的法理，其內涵已大有不同。不管是債務人人身自由獨立於債之關係的限制，或是制約債之關係相對權利義務的力量，變為由每個個人的理性意志達成的合意所拘束等。看到法理概念的演進變化，明白古羅馬法雖然是今日歐陸多國，以及繼受歐陸法的諸多國家，制定頒布法典的源頭，但法理並非一成不變，也不是一開始就完備無缺，必須跨過上百年的思辯，才形成近世的法理面貌。法律的進程非一蹴可幾，藉由對歐陸、德國債法史的回顧，或許也可以思考，面對無論是中國或外國的過去，若只有非難，或直指為落後野蠻，是否有欠公允？

相當簡略地瀏覽羅馬法、中世紀近代債法、債之相對性，接下來要關心的是它們與傳統中國接觸後，豐沛的民法內容、思想，將對「以刑為主」的傳統中國法帶來什麼樣的衝擊呢？

## 第二節 晚清民初繼受的靜態面

光緒二十八年（1902），在慈禧太后的一聲令下，清廷嘗試揮別為外國人詬

<sup>49</sup> 參閱：羅爾夫·克尼佩爾（Rolf Knieper）(著)，朱岩(譯)，《法律與歷史——論《德國民法典》的形成與變遷》，頁 130-135。

<sup>50</sup> 參閱：洪瑞君，〈論第三人利益契約—以實務適用之綜合探討為中心〉，頁 5-6。

<sup>51</sup> 參閱：向明恩，〈德國民法一百年之回顧與展望〉，頁 86。

病的傳統中國法，故命沈家本、伍廷芳為修律大臣，並延聘日籍的岡田朝太郎、松岡義正等外籍法學者為顧問，希冀改頭換面，期能迎頭趕上歐美國家，進而取得談判收回領事裁判權的機會。然而變法圖強的氛圍內，由中央知識份子帶領中國拚命繼受的究竟是什麼？

## 第一項 繼受背景及近代民事法發展

十九世紀中葉，歐美多國以優勢軍事力量屢屢擊敗清廷，並挾著自負眼光驚訝於中國的種種落後，至 1904、1905 年間（光緒三十、三十一年）由法國駐中國領事館的法國士兵拍攝凌遲照片流入歐洲後，應可算是歐洲人以為中國野蠻、落後的著名事件<sup>52</sup>。儘管許多身處歐、美的外國人對當時的中國法可能只是略知一二，甚或渾然不知，就以「施行凌遲即野蠻國度」等刻板印象嚴厲批判中華法系乃重法酷刑；加上欠缺獨立民商法典、訴訟法典，以及獄政腐敗等議題，外國人質疑中華法系落後的聲音似乎更為有力，而不願放棄在華領事裁判權。

當然不可否認清朝法制本身的缺陷，但面對前述批判甚或以偏概全的全盤詆毀，當時的中國人不但無力反駁，面對接踵的戰敗，割地、賠款、喪權的條約，似乎讓國人自小而認定傳統法絕對落後，應全面廢除積弊舊法、制定新法。例如修律大臣沈家本、伍廷芳即呈上奏摺主張應刪去傳統律法中凌遲、梟首、戮屍等重法，免去被外人「訾為不仁<sup>53</sup>」的觀感；此外，以國人與西人通商交際已相當頻繁，新增相關律法才能讓人有所率從的觀點，主張制定民商法典<sup>54</sup>。總之，無

<sup>52</sup> 參閱：卜正民（Timothy Brook），〈近代西方人眼中的中國凌遲〉，《復旦大學文史研究院學術通訊》，2007：2（上海市，2007.06），頁 25。

<sup>53</sup> 沈家本與伍廷芳上奏的〈刪除律例內重法摺〉中提到：「故中國之重法，西人每訾為不仁」然而，究竟西方人是否使用「仁」或「不仁」的標準，或者其實是「文明」與「野蠻」對立的觀點？不知是沈氏等知識份子未能辨明，或是作為上奏朝廷的奏摺，寄寓傳統文化較能被接受？無論如何，清朝的知識份子期望變法的焦急心情躍然紙上。奏摺內容參閱：沈家本、伍廷芳，〈刪除律例內重法摺〉，收於沈家本，《寄移文存》，上冊（臺北：臺灣商務印書館，1976 年），卷 1 頁 1。

<sup>54</sup> 康有為在光緒二十四年（1898）就提出制定民法、民律的主張：「今宜採羅馬及英、美、德、法、日本之律，重定施行……。其民法、民律、商法、市則、舶則、訟律、軍律、國際公法，西人皆極詳明，既不能閉關絕市，則通商交際，勢不能不概予通行。然既無律法，吏民無所率

論為求與近代歐陸法律法理同一，以獲取談判收回領事裁判權的地位，或認為傳統法無法再規制這個複雜變動的社會，種種外發壓力及內誘轉型的動因<sup>55</sup>，清廷以「強國利民」為目標，踏上了變法修律一途。

再就制定民法（典）一點深入探詢：傳統中國法儘管發源甚早、悠久存續，惟欠缺完備、獨立的民法典，在清末變動複雜的時代，或謂人民不知自身私法上權利義務的具體範圍，易生無益爭端。如清末民政部大臣善耆於光緒三十三年（1907）四月上奏請速定民律：

各國民法編制各殊，而要旨閱綱，大略相似。舉其犖犖大者，如物權法定財產之主權，債權法堅交際之信義，親族法明倫類之關係，相續法杜繼承之紛爭，靡不縷晰條分，著為定律。臨事有率由之准，判決無疑似之文，政通民和，職由於此。中國律例，民刑不分，而民法之稱，見於《尚書·孔傳》。歷代律文，戶婚諸條，實近民法，然皆闕焉不完……。<sup>56</sup>

清末民政部大臣善耆似認為傳統律中的戶婚律條之性質雖與民法相近，但規範內容不足、不完備，故應制定近代民法，處理相關案件才有準則依據，避免模稜的判決，進而達到政通民和的目標。同年十一月，修訂法律大臣沈家本、俞廉三、英瑞<sup>57</sup>在〈奏開館日期並擬辦事章程摺〉中探討對民法的理解：

民商各法，意在區別凡人之權利義務，而盡納於軌物之中，本末洪纖，條理至密，非如昔之言立法者，僅設禁以防民，其事尚簡也。<sup>58</sup>

這段論述就清楚的說明了民法用以規範人民的權利義務範圍，與舊時律文用以防民犯禁、維持社會秩序的思考模式大不相同。

---

從，必致更滋百弊。」參閱：康有為，〈上清帝第六書〉，收於湯志鈞（編），《康有為論政集》，上冊（北京：中華書局，1998年），頁215。

<sup>55</sup> 關於晚清法制近代化的原因，參閱：黃源盛，〈晚清法制近代化的動因及其開展〉，收於氏著，《法律繼受與近代中國法》，頁45-65。

<sup>56</sup> 參閱：司法院行政部民法研究修正委員會（編），《中華民國民法制訂史料彙編》，上冊（臺北：司法行政部印行，1976年），頁183-184。

<sup>57</sup> 參閱：黃源盛，〈晚清修律大臣沈家本〉，收於氏著，《法律繼受與近代中國法》，頁119。

<sup>58</sup> 參閱：司法院行政部民法研究修正委員會（編），《中華民國民法制訂史料彙編》，上冊，頁191-193。

除上述變法之初的晚清知識份子對於近代民法的理解，並論述傳統法典體例在民事糾紛處理的不足不備外，今日法史學者討論傳統中國法典的編纂體例，並給予評價仍多，無論認其體系為「民刑不分」或「民刑有分」<sup>59</sup>，總結得出傳統法不具備獨立民法典，恐為不爭事實，但若謂過去欠缺類似今日意義下的民事規範，則值得商榷。

回顧傳統中國法典，現存最早的法典乃李悝的《法經》六篇（B.C.406），六篇篇名分別為「盜、賊、囚、捕、雜、具」，依這部先秦時期僅存篇名的法典觀之，或可推測內容近於刑法之禁止、誡命規範的律例多，而涉及戶婚、田土、錢債者或較不足；至西漢初蕭何整編《九章律》（約B.C.201），除採《法經》六篇，再增「戶、興、廩」三篇合為九章，〈戶律〉這個類似近代意義下的民事規範才獨門獨章地出現於中國法律史的法典體例中。儘管民事規範開始有「自成一格」的氣象，惟直至清廷變法修律前，獨立的民法典未見於歷史洪流，是故對於晚清主導法制近代化的修訂法律館<sup>60</sup>而言，民法典的生成是否可說是無中生有的挑戰？

由修訂法律館組織人力起草民法典的工作大約起於光緒三十三年（1907），雖說無中生有，但在此之前，已開始一系列的整備工作，並持續進行，方得在短短三、四年後，由修訂法律大臣俞廉三等人於宣統三年（1911）九月，將《大清民律草案》前三編呈交清廷閱覽。制定前的準備工作即學習德國、瑞士、日本等國的民事法典，以及調查整理國內相關的民商事習慣。首先，向國外取經的方式，包含招攬歸國留學生、編譯外國法律法學文獻、延聘日本學者等，關於延聘日籍學者一點，如前述提及的民法及民事訴訟法經驗實務家松岡義正（1870-1939）<sup>61</sup>，

<sup>59</sup> 參閱：黃源盛，〈中國法律文化的傳統與蛻變〉，收於氏著，《法律繼受與近代中國法》，頁9-13。

<sup>60</sup> 修訂法律館於光緒三十年（1904）四月一日開館，完成的任務包含改造傳統的《大清律例》為《大清現行刑律》、起草一批近代化的法律、翻譯國外法典及法學著作、促成京師法律學堂的成立，以及調查民商事習慣等。中國法律史上第一部獨立民法典草案——《大清民律草案》即由修訂法律館組織人力，完成起草。參閱：陳煜，《清末新政中的修訂法律館：中國法律近代化的一段往事》（北京：中國政法大學出版社，2009年），頁47、121-160、334-337、341-360。

<sup>61</sup> 松岡義正（まつおか・よしまさ），日本東京府人，1870-1939年（明治3年至昭和14年），

或商法學者志田鉀太郎（1868-1951）等多名日本專家，皆為修律大臣沈家本上奏朝廷，請求聘用彼等協助編纂民法草案，清廷同意而成<sup>62</sup>；另一方面，調查國內的民商事習慣也是清朝知識份子認為必要者，例如法部尚書戴鴻慈等人在光緒三十三年（1907）六月上奏的《擬修訂法律辦法摺》中就有「至若先事之預備，則在調查習慣<sup>63</sup>」的想法，大約在同年十月，清末民商事習慣調查活動正式啟動。中國開始對於自身民間法律慣行進行有組織的調查，清末進行的調查工作是由修訂法律館擬定調查問題，交給各省、縣調查人員根據問題蒐集當地習慣，答覆法律館<sup>64</sup>。專職專員的設置與調查，也可以看出清末民事立法前，對固有習慣的重視。

眾多的前置整備工作，以及日籍修律顧問松岡義正、志田鉀太郎等人的協助下，多人投入時間、腦力草擬的《大清民律草案》前三編，終於宣統三年（1911）完成呈上，在帝制中國的最後一頁留下一筆。這部中國法律史上首見的獨立民法典，儘管只是草案也未及施行，但它表徵了近代化的法律、法理，具體言之，或可從修律大臣俞廉三等人上奏的〈編輯民律三編草案告成摺〉中宏觀其概。奏摺說明編輯民律草案的要旨共有四點，一是注重世界最普通之法，二是追求原本後出最精確之法理，三是求最適於中國民情之法，四則是期於改進上最有利之法

---

東京帝國大學法科畢業（1892）、法學博士（1916）。歷任東京地方法院、東京高等法院、大審院（最高法院）法官、部長法官。1902年11月受聘至清，協助起草《大清民律草案》（1911）的〈總則〉、〈債權〉、〈物權〉部分，以及《民事訴訟律草案》（1910）等法典；並擔任京師法律學堂民法、民事訴訟法及破產法教習。著有《破產法「明治三十二年」講義》（1903）、《民法論總則編》（1907）、《特別民事訴訟論》（1916）、《新民事訴訟法註釋》全6卷（1929-1939）、《民法論 物權法》（1930）等書。參閱：豬野三郎（編），《大正人名辭典Ⅱ》，下卷（東京：日本図書センター，1989年），マ部頁23；伊藤隆、季武嘉也（編），《近現代日本人物史料情報辭典.3》（東京：吉川弘文館，2007年），頁222-223；黃源盛，《法律繼受與近代中國法》，頁82-83。

<sup>62</sup> 參閱：沈家本，〈奏請聘用日本法學家編纂法律草案〉，收於司法院行政部民法研究修正委員會（編），《中華民國法制訂史料彙編》，上冊，頁200-201。

<sup>63</sup> 故宮博物院明清檔案部（編），《清末籌備立憲檔案史料》，下冊（北京：中華書局，1979年），頁842。

<sup>64</sup> 參閱：胡旭晟，〈20世紀前期中國之民商事習慣調查及其意義（代序）〉，收於前南京國民政府司法行政部（編），胡旭晟、夏新華、李交發（點校），《民事習慣調查報告錄》，上冊（北京：中國政法大學出版社，2000年），頁2。

則<sup>65</sup>。第一及第二個原則較適用於〈總則〉、〈債權〉及〈物權〉三編<sup>66</sup>——第一個原則追求中國法與世界一致，使新法為中外國人貿易糾紛的公平量尺；第二個原則強調經過學說與實務經驗的淬煉，最精確留存於世的法律法理，才是中國變法學習的目標。

《大清民律草案》與傳統法迥異處眾，此處須稍微提及者，是它的體例編纂方式：以傳統中國法典代表作的《唐律》十二篇<sup>67</sup>為例，以事項的種類為篇目區分，並具有「諸法合體」的形式，律典中包羅各形各色的規範，至宋、明、清律也大抵莫能軼其繩墨之外。僅在明太祖洪武二十二年（1389）時重整篇目，律典伊始冠以〈名例律〉（清律則在〈名例律〉前再添諸圖、〈服制〉<sup>68</sup>），其後則以吏、戶、禮、兵、刑、工六部組織對應六律，即以中央各部部名分類、賦予律典名稱；六律架構之下重新安置《唐律》以降相襲至清代的「戶婚」、「賊盜」等各類規範。以《大清律例》為例，〈戶律〉之下有「田宅」、「錢債」、「市廛」等七類，各類之下臚列相關律例，如《大清律例·戶律·田宅》有「盜賣田宅」律例、「典買田宅」律例等。

至若《大清民律草案》，已完全捨棄舊律六部對應六律的編纂方式，改採日、德等國的編纂體例，綜合而成。草案集中規範民事事務，可就法律行為作更深入的架構、剖析。新法典草案凡五編三十七章，五編為〈總則〉、〈債權〉、〈物權〉、〈親屬〉、〈繼承〉，除編名已與今日台灣適用的《民法》幾乎相同<sup>69</sup>，各章的體

<sup>65</sup> 參閱：俞廉三、劉若曾，〈編輯民律前三編草案告成摺〉，收於法律修訂館（編），《法律草案彙編（一）》，大清民律草案彙編 奏摺頁 1-3。

<sup>66</sup> 奏摺中說明第三個原則乃求「維持數千年民彝於不敝」，主要表徵於親屬、婚姻、繼承等事，第四點則有「法教」意味，兩點皆與論文主要討論的債法主題較無關連，故未加討論，僅在此略為說明。

<sup>67</sup> 《唐律》的《律疏》成於唐高宗永徽四年（653）十月，由長孫無忌等當朝一批律學菁英奉敕，為《永徽律》逐條編寫「義疏」，律及疏合為《唐律疏議》，十二篇篇名分別為：〈名例〉、〈衛禁〉、〈職制〉、〈戶婚〉、〈廩庫〉、〈擅興〉、〈賊盜〉、〈鬥訟〉、〈詐偽〉、〈雜律〉、〈捕亡〉、〈斷獄〉共十二篇。今傳之《唐律疏議》所據底本，有學者以為應是唐中宗神龍（705-707）以後，唐玄宗開元二十五年（737）以前的通行本，參閱：劉俊文（撰），《唐律疏議箋解》，上冊（北京：中華書局，1996年），〈序論〉頁 69-70。

<sup>68</sup> 參閱：田濤、鄭秦（點校），《大清律例》（北京：法律出版社，1998年），目錄頁 2。

<sup>69</sup> 不同之處是《大清民律草案》稱第二編為「債權」，惟《國民律草案》以降，民法第二編

例、內容也與今日相似，惟從《大清民律草案》、《民國民法草案》，至民國十八年（1929）陸續頒行的現行《民法》，近二十年來的三部法典（草案），卻是三次繼受，融合歐陸諸國的法律，致三者間仍有些許差異<sup>70</sup>，但區分〈債權〉、〈物權〉兩編的大原則，卻是三部民法典（草案）皆同。從《大清民律草案》直接引進德、日近代民法體系開始，將關於財產事務的規範區分為債權行為與物權行為，如此全新的繼受嘗試，如何分別給予債權、物權定義，並詳述其性質？利用《大清民律草案》作為探討論文主題——債權相對性與物權絕對性（對世性）的路徑之一，因它是中國法律史上首部民法典草案，也是往後中華民國繼受歐陸近代法的藍本。

《大清民律草案》的問世在中國法律制度史上具劃時代的地位，此外，其尚與民國初年大理院民事審判運作具相當關係，至今日臺灣民事規範、法理的源頭，仍須遠溯百年前的草案法理。宣統三年（1911）完成的《大清民律草案》未及頒行，清朝已亡，至民國創建，政府僅頒令以《大清現行刑律》中與民國國體不相牴觸的民事相關部分作為民事審判的法源，而非頒行《大清民律草案》，惟大理院多數受過新式法學教育的推事們，常將民律一草的法律、法理以法理位階偷渡為審判法源<sup>71</sup>，一方面解決民初民事法規範不足的困境<sup>72</sup>，另一方面援用近代法理進行審判，著為判例，扭轉傳統法思維的氛圍，頗與〈編輯民律三編草案告成摺〉中提到「期於改進上最有利之法則」的法教方式有異曲同工之妙。故研

---

改稱「債」，沿用至今日通行於台灣的《民法》編名。據《民法》起草者之一史尚寬的著述，說明《民法》第二編編名不若日本稱「債權」，或瑞士稱之為「債務」，「單稱曰債者，就債權債務綜合而言之也。」參閱：史尚寬，《債法總論》，上冊（臺北市：台北監獄印刷工場，1960年），頁1。

<sup>70</sup> 舉債法中債之發生原因為例，民律一草大體仿效德國民法，除契約、管理事務、不當利得及侵權行為四者外，尚有廣告、發行指示證券及發行無記名證券三者，共計七種原因；民律二草則繼受瑞士債法，僅保留契約、侵權行為與不當得利三種原因；現行民法債編最終從暹羅債法，以契約、無因管理、不當得利以及侵權行為四者為債之發生的原因。參閱：林誠二，〈論債之本質與責任〉，《中興法學》，13，頁56。

<sup>71</sup> 參閱：黃源盛，〈大理院民事審判法源探蹟〉，收於氏著，《民初大理院與裁判》，頁174-179。

<sup>72</sup> 關於民初大理院推事審理民事案件的處境，可參閱：周伯峰，《民國初年“契約自由”概念的誕生——以大理院的言語實踐為中心》，頁4-5。

究大理院民事法理，不能不先提《大清民律草案》。

《大清民律草案》已奠定了近代民法在中國的樣態，影響往後百年間兩部重要的民法典（或草案）：一是民國十四年（1925）前後完成的《民國民律草案》，儘管《民國民律草案》改善《大清民律草案》生硬的法律術語，並使典權制度、夫妻財產制等制度更為完善<sup>73</sup>，但其體系架構實無太大翻修；二是民國十八至二十五年（1929-1936）陸續頒行，至今仍通行於台灣的《民法》，其法理、法律體系之雛形也與《大清民律草案》相仿，至民國七十年代以後，〈總則編〉、〈親屬編〉、〈繼承編〉、〈債編〉及〈物權編〉，才依序開始有較大規模的修改<sup>74</sup>。經過一甲子時光，民法規範慢慢走出民國初年立法時對社會的想像，跟上百年後仍持續變動的台灣社會現狀。

通古今之變，以今論古、以古鑑今，因不知古，無以視諸來。為理解現今民法法理的由來，遙指中國法律史上首部近代民法典《大清民律草案》，以草案律

---

<sup>73</sup> 參閱：張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》，頁 181-184。

<sup>74</sup> 關於《民法》五編百年來的增訂刪修：〈總則編〉於民國七十一年（1982）大幅修正公布，隔年施行。該次的修正重點以死亡宣告、法人的監督管理為重點，以及加強對人格權的保護，並將原列於〈債編〉的誠信原則改列至〈總則編〉（第 148 條第 2 項），明示其為整部民法的帝王條款。〈債編〉同樣從民初施行以來，長達七十年未見任何修正，直到民國八十八年（1999）開始大幅修正，包含不完全給付的明文化、增訂締約上過失規定、增訂合會等有名契約類型等，至今仍有零星條文的修正。〈物權編〉與〈債編〉相似，七十年來幾乎沒有任何修正，直到民國七〇年代後研議修正物權，前後歷經二十餘年，至九〇年代才以三階段的方式公布修正條文：民國九十六年（2007）通過「擔保物權部分」條文的修正，九十八年（2009）通過「通則及所有權部分」條文修正，隔年通過「用益物權及占有部分」的修正條文。〈親屬編〉施行歷經五十多年頭，始在民國七十四年（1985）總統令公布新增修的條文，首次修正、增訂、刪除近五十條條文，民國八〇至九〇年代修正次數仍有十數次，近乎一年一修，可算是民法各編中立法變革最劇烈的領域。〈繼承編〉同樣在民國七十四年（1985）因應社會發展需要，大幅度修正，該次修正要點包含貫徹男女平等、修正養子女的差別待遇，以及消除宗祧繼承的遺緒等；民國九十六（2007）、九十八年（2009）各修正一次，主要重點在繼承保證債務、限定繼承，以及拋棄繼承三部分。以上參閱：王澤鑑，〈民法五十年〉，收於氏著，《民法學說與判例研究》，第 5 冊（臺北市：作者自刊，2004 年），頁 1-2、27-29；陳忠五，〈2010 年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，40 特刊（臺北市，2011.10），頁 1702-1703、1708、1720；陳自強，〈台灣民法百年——以財產法之修正為中心〉，《月旦法學雜誌》，186（臺北，2010.10），頁 122-128；陳惠馨，《傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法》，頁 199-206、280-283；林秀雄，《繼承法講義》（臺北市：林秀雄出版，2009 年），頁 8-14。

條、法理、學說、思想等等為基礎，方能進入民初大理院推事對於債權行為的思考模式，理解新式民法法理如何運用。

## 第二項 《大清民律草案》與學說中的債權相對性

走過晚清的時代風雨，利用表徵近代民法法制的《大清民律草案》，本段將直接闡述繼受民法債權的相對性法理。討論法理內涵與運用之前，首先定義法理。除了透過《大清民律草案》，筆者更欲透過晚清繼受後在中國論述近代法學的論著，從學說的角度剖析。

### 一、《大清民律草案》

《大清民律草案》第二編〈債權編〉編首有如下說明：

謹按：債權者，特定一私人債權人使他之特定一私人債務者為一定之行為或不行為之權利也。<sup>75</sup>

草案在債權編編首開門見山地定義何謂債權，定義債權為「特定債權人得向特定債務人請求一定給付的權利」，這種僅得對特定人請求一定給付的權利，即法律關係僅存於相對特定人間，往後之判例、國內學說稱此為債權（或債之關係）的相對性<sup>76</sup>。債之關係的特定權利義務存乎一定私人之間，債權作為一種請求權，而非支配權，只擁有對特定之人請求一定給付（為一定行為、不行為）的權利，故謂債權具有相對性。

必須說明的是，稱「債權相對性」是來自債權具有特定人使特定人為一定給付的本質，一如《大清民律草案·債權編》編首所述，故從對於債權的定義，自然可歸結出債權具有相對性的特性，草案並沒有對於「債權相對性」此一名詞的定義。

就「債權是一種相對權」更具體的說明，在草案第 324 條及其立法理由，先

<sup>75</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編(一)》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 1。

<sup>76</sup> 參閱：王澤鑑，《債法原理(一) 基礎理論債之發生：契約、代理權授與與無因管理》，頁 10。

列條文：

債權人得向債務人請求給付。

前項給付不以有財產價格為限。<sup>77</sup>

條文第一項其實重複編首的說明，債權人得向債務人請求給付，債之主體相對特定，只是本條不再以定義債權的角度出發；第二項則說明債權標的的範圍，作為債編第一章「通則」第一節「債權之標的」的首條條文，本條有明示債權標的不以有財產價格為限的指標作用，惟本項與債權的相對性並無關連。回到債權相對性的討論，進一步清晰的說明在本條的立法理由：

謹按債權者，即得向債務人請求其行為、不行為或忍耐之相對權。<sup>78</sup>

這段立法理由清楚地說出債權是一種得向債務人請求給付的相對權；有別於債權編編首說明債權本質，卻未明指債權乃相對權，本條規範債之關係主體，立法理由可以看到債權具相對性的說明。

換一個角度，以物權絕對性（對世性）的性質觀察比較之，或許更能清晰地明白為何債權本質是相對的<sup>79</sup>。物權對世性的繼受，同樣出現於《大清民律草案》第三編〈物權編〉編首：

謹按：物權者，直接管領特定物之權利也，此權利有對抗一般人之效力。

即自己對於某物有權利，若人為害及其權利之行為時，有可以請求勿為之效力。<sup>80</sup>

物權是對特定物擁有直接支配管領的權利，並非債權乃特定人間要求為一定行為的權利。擁有物權權利之人，就該物權有「對抗一般人之效力」，直接就該特定物對於一般之人，使之皆不得侵害，亦稱為「絕對性」。物權直接支配特定物，可對任何一般人主張不受干擾之擁有或用益，相較之下，債權只存在於當事人間，使特定義務人為一定行為的相對性權利。利用物權絕對性的特質比較對照，

<sup>77</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 2。

<sup>78</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 2。

<sup>79</sup> 參閱：王澤鑑，《債法原理（一） 基礎理論債之發生：契約、代理權授與與無因管理》，頁 8。

<sup>80</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第三編物權附理由書頁 1。

債權只存在於特定人對特定人請求一定給付的相對性性質，或許更為清晰。

《大清民律草案》就債權與物權性質之定義可謂清晰，也可從中看得債權相對性與物權絕對性的本質，惟上述定義債權與物權的字句不復見於民國初年的民律草案，遑論民國十八年（1929）以降陸續頒行、現行仍在台灣有效適用的《民法》，時人或謂多數國家的立法例並未明文定義債權的意義，而我國從之<sup>81</sup>。至若民律一草第 324 條規定「債權人得向債務人請求給付」的條文，民律二草將之移至第 286 條<sup>82</sup>，惟整部《民國民法草案》都未保留編首說明及各條的立法理由，前述條文中與「債權乃相對權」最直接相關的立法理由亦不再編列於法典草案中。今日《民法》亦僅留存條文，與債權相對性最直接關連的條文改列於第 199 條，條文之後未見說明債之關係具有相對性的立法理由。現行《民法》第 199 條條文如下：

債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。

給付，不以有財產價格者為限。

不作為亦得為給付。

現行《民法》在〈債〉、〈物權〉兩編已不列編首說明，條文後解說債權乃相對權的立法理由亦未存留，至今，「債權相對性」一詞及其相關解釋在法典中缺漏的現況，或許更顯追尋事物源頭，是理解事物的重要方式之一。慶幸的是，雖民法典（草案）更易，詞彙與解說未能留存其中，但法理並未消失，藉由民初大理院推事援用，影響所及之下級法院，和觸及法律的一般民眾漸而週知。此外，債權相對性法理亦完整地保留於當時學者的論述，傳授至今，仍存在於多本民法論著，以下再從學說論著的角度切入理解債之相對性的定義內涵。

## 二、日、中學者說明

晚清繼受近代民法法制，將民事財產法劃分為債權與物權，然而，這樣的區

<sup>81</sup> 參閱：陳瑾昆，《民法通義債編<sup>總論</sup>》（北平市：北平朝陽學院，1933 年三版），頁 7。陳瑾昆乃清末民初的法律人，生平作為可參本章註 90。

<sup>82</sup> 《民國民律草案》第 285 條第 1、2 項文字略為修改，並新增第 3 項：「債權人得據債之關係向債務人請求給付。（Ⅰ）給付不以有財產價格為限。（Ⅱ）不作為亦得為給付。（Ⅲ）」參閱：修訂法律館（編），《法律草案彙編（一）》，民律草案債編頁 9。

分方式並不存於傳統中國法，使一般民眾接受這樣的法理前，知識份子如何理解債權相對性與物權絕對性的意涵？閱讀新式民法的書籍，應是不可避免的方式之一。因此，回歸當時的人閱讀的書籍，接近他們的思考模式，才能更完整呈現史實。

本文首先利用京師法律學堂民法債權的筆記，該書是根據松岡義正講授的民法課程，並參考松岡氏的著書編成<sup>83</sup>。松岡氏以日本民法實務家的身分受聘至清，除在京師法律學堂對中國學習近代民法法制的知識份子講授民法課程外，最重要的是協助編纂《大清民律草案》的〈總則〉、〈債權〉與〈物權〉三編。故以松岡氏的身分、作為及該書的使用地點、對象，在當時應可算是具相當影響力的債法論著。筆記首先總論式地說明債權：

第一、意義： 債權者，乃特定之一私人，使他之特定一私人，為某一定之行為或不行為之權利也。<sup>84</sup>

這段說明，其實與《大清民律草案·債權編》的編首一致，因草案與講義出於同一人的思想，對於這種結果出現，本當無疑，但講義更進一步從債權的本質、目的、效力三方面觀察債權的意義，較民律一草清楚，利用這三個角度書寫債權意義時，也明白指出債權的「相對性」：

（一）債權之本質……物權無特定之一私人，又直接對於物，間接對於人<sup>85</sup>；而債權則有特定一私人，又直接對於人，間接對於物。故物權為絕對的，債權為相對的。……

（三）債權之效力 對於特定之一私人，故稱相對的效力。<sup>86</sup>

筆記說明債權本質上是相對的，效力只及於相對特定人，並以「對人」或是「對物」的觀念來解釋債權與物權的差異，這樣的分類概念，對照本章第一節對羅馬

<sup>83</sup> 參閱：熊元楷、熊元襄(編輯)，《民法債編<sup>總論</sup>各論》(北京：安徽法學社，1914年四版)，例言頁1。

<sup>84</sup> 參閱：熊元楷、熊元襄(編輯)，《民法債編<sup>總論</sup>各論》，頁3。

<sup>85</sup> 此處史料原文為「接對間於人」，應為「間接對於人」之筆誤，筆者逕為更正。

<sup>86</sup> 參閱：熊元楷、熊元襄(編輯)，《民法債編<sup>總論</sup>各論》，頁4-6。

法、近代歐陸、德國法的耙梳，並不陌生。

從《大清民律草案》到京師法律學堂債總筆記，都說明債權具相對性本質的論點。事實上，除了草案與松岡義正的論著，同樣的說明，也出現在日籍修律顧問岡田朝太郎（1868-1936）的《法學通論》一書。有別於松岡義正的專長是民法學，岡田氏學術成就在刑法與刑事訴訟法，並協助清朝完成《大清刑律草案》等多部法典草案的擬定。然而除了刑法領域的專精，岡田氏客座中國時，也在京師法學堂講授「法學通論」等科目，將「法學通論」課程講授的講義收集刪修為《法學通論》一書<sup>87</sup>，本書足以代表晚清繼受法學中通論式的著述。關於債權相對性法理，書本於民法卷<sup>88</sup>債權編的總則章（第一章）最前面的「開端」段有如下說明：

債權トハ、特定人ニ特定ノ作為又ハ不作為ヲ要求スル財産權ナリ、其要求セラル、作為又ハ不作為ヲ指シテ債務ト云フ<sup>89</sup>

債編伊始先解釋債權的概念，清楚說明債權是特定人向特定人要求作為或不作為的財產權，與前述草案及松岡氏的教授內容一致。

經過日籍講習的指導，清末民初的法律人對於「債權乃使特定私人為一定給付」的定義，已認同並在著作中繼續傳述，他們說明債權本質上具相對性，而且更進一步解析債權的意義，如民初大理院民事庭的推事兼庭長陳瑾昆（1887-1959）<sup>90</sup>，在他《民法通義債編<sup>總論</sup>》一書中提到：

權利之主體必為特定，已於總則述之。故債權權利人之必為特定，乃與物

<sup>87</sup> 參閱：岡田朝太郎，《法學通論》（東京都：信山社出版，2008年復刻版），緒言頁1；沈家本，〈法學通論講義序〉，收於氏著，《寄移文存》，下冊，卷6頁26-27。

<sup>88</sup> 《法學通論》以總說為第一卷，次以憲法、行政法、民法、商法、刑法、編制法、訴訟法、國際私法、國際公法各為一卷，沈家本稱該書「條分縷析，何其審且明也。」參閱：沈家本，〈法學通論講義序〉，收於氏著，《寄移文存》，下冊，卷6頁27。

<sup>89</sup> 參閱：岡田朝太郎，《法學通論》，頁211。

<sup>90</sup> 陳瑾昆，湖南常德人，1887-1959年。日本東京帝國大學法學士。民國初年曾任修訂法律館纂修、民國大理院推事、庭長，並曾任教於北京大學、朝陽學院。著有《民法總則》、《民法通義<sup>總論</sup>》、《民法通義債編<sup>總論</sup>》、《民法通義債編<sup>各論</sup>》等書。參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁76。

權、人格權、身分權等絕對權無異；其與絕對權不同者，在其義務人之必為特定，故債權乃相對權。<sup>91</sup>

除權利人本係特定，陳氏特別強調義務人的特定，而特定義務人的性質有別於物權對於所有人可以主張，彰顯債權只能對特定義務人主張的權利，故債權是相對權。

上述引文是陳氏分析債權意義的第一種角度——從「債權為特定人對特定人之權利」這個角度切入，除了（一）債權為特定人對特定人之權利，陳氏還從另外兩個角度切入分析債權，即（二）債權為要求行為之權利、（三）債權為要求特定行為之權利<sup>92</sup>，其中第三點強調債權只能要求特定行為的權利，倒是一個值得注意的焦點，陳氏在第三點說明：

債權之標的，只能為債務人特定之行為，若以法律行為拘束他人使為不特定之行為，則依第七十二條應屬無效。<sup>93</sup>

關於債權是要求特定行為的權利，陳氏在此以債權人不得以不特定權利拘束債務人，否則有違公序良俗，法律行為無效。這是依據歐陸債法的發展脈絡，古羅馬法時代，債權人在債務人不履行時有拘束其人身、財產的權利，啟蒙時代之後，近代因人生而平等等思想的崛起，即使是債權人也沒有支配他人人身的權利，將債權定位為對人的請求權而非對人的支配權，其標的、內容當需特定，不可無窮無盡。

歐陸債法發展的歷史、社會，造就陳氏說明繼受法時，對「特定行為」的解釋有所侷限，如果暫時跳脫歐陸債法史的影響，單純從論述的反面思考，債權人不得要求債務人為不特定行為，則債務人也不可要求不為特定之行為。債務人為一定給付的說明，似也可認為債權的標的、內容，即債之客體，也受到相對特定的拘束。這個問題在本章的下一節及第三章還會接續論述，也因本文涉及傳統中國法律審判，而傳統中國法律社會、文化追求和諧的特質，使債權客體相對性的

<sup>91</sup> 參閱：陳瑾昆，《民法通義債編<sup>總論</sup>》，頁7-8。

<sup>92</sup> 參閱：陳瑾昆，《民法通義債編<sup>總論</sup>》，頁8-9。

<sup>93</sup> 參閱：陳瑾昆，《民法通義債編<sup>總論</sup>》，頁9。

討論成為論述的重心之一。

綜上，藉由松岡氏、岡田氏、陳瑾昆等人的論著，理解晚清民初學界解說債權相對性法理。本段最後一點尾巴，則欲遙接民初以降的民法學界見解，以迄今日臺灣。

首先是史尚寬（1898-1970）的法學見解，史氏在 1950 至 70 年代完成六冊民法巨著，其中《債法總論》一書論及債之意義、性質，茲抄錄如下：

債權（Forderungsrecht）者，以對於特定之人，請求特定之行為（作為或不作為）為內容之權利也。即一方對於他方，請求其為一定行為之權利，而他方則負有為之之義務。……為債權內容之債務人行為（作為或不作為），謂之給付（Leistung）。<sup>94</sup>

這段論述內容與《大清民律草案》及前述晚清民初學說之論述相似，同樣認為債權是對於特定人請求特定行為之權利，而相對特定人負有為債權內容之義務。且書中討論債權有無不可侵性，更明文點出：「債權雖為相對權，而相對權並非不容有不可侵性。<sup>95</sup>」說明債權雖屬相對權，但他人仍不可侵害。藉由此句，債權是相對權的概念，明文清晰的出現於史氏的論著中。

以史尚寬的論述觀點印證《大清民律草案》到現行《民法》的連續性，因為史氏曾於民國十八年（1929）擔任立法院法制委員會的民法起草小組之一<sup>96</sup>，現行《民法》既為氏等起草，窺其論著應可得其本心，故以其論著作為上承《大清民律草案》，下啟現行《民法》的標竿。

最後，直接以 1980 年代至今，引領臺灣民法學說，影響更及於對岸的王澤鑑氏（1938-）的著作說明之。王氏所著《債法原理》書中說明債之相對性定義的內容，以之證實今日通說論述仍與清末草案、學說極其相似：

<sup>94</sup> 參閱：史尚寬，《債法總論》，上冊，頁 1。

<sup>95</sup> 參閱：史尚寬，《債法總論》，上冊，頁 1-2。

<sup>96</sup> 史尚寬於民國十一年（1923）留學德國柏林大學法律研究所，民國十六年（1927）回國，十八年（1929）就任立法委員，並參與現行民法之起草，為起草委員之一。參閱：鄭玉波，〈論不為給付與不為完全之給付〉，收於鄭玉波（主編），《民法債編論文選輯（中）》（臺北市：五南圖書出版，1984 年），頁 717。

債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。……此種僅特定債權人得向特定債務人請求給付的法律關係，學說上稱為債權（或債之關係）的相對性（Relativität der Forderung），與物權所具有對抗一般不特定人的絕對性不同。<sup>97</sup>

債之關係相對性的敘述似乎寥寥數筆，法理簡單毫無爭議的立足於清末至今百年來的民法草案、法典及學者論述中，通行於知識份子、法律人之間。相對而言，債權、物權的區分，前者具相對性，而後者有絕對性這樣突來的觀念，似乎讓一般民眾有些困惑，大理院以判例來回解說十餘年，才讓這個觀念漸漸普行於下級法院和使用法院的人民。改變民眾法律觀念、意識的部分，留待第五章第二節討論；本章的下一節先以大理院的判例文本，討論債權與物權的區分，以及債權的相對性如何由大理院確立。

### 第三節 大理院判決例中債權相對性法理的確立

本節以民國初年大理院的民事判決例全文為文本，揀擇判例，研析大理院推事們確立債權相對性的判例要旨、判決全文，並深入判決全文，還原當事人法律關係，以及推事們判決的思考模式。

民國初年民事法律缺漏，除少數民事特別法外，僅得援用前清纂修之《大清現行刑律》中與民國國體不相牴觸的民事相關部分<sup>98</sup>；又《大清現行刑律》刪訂自《大清律例》，仍保有傳統法解決細故的規範與思維，這種抱持消極防免人民犯禁的態度，知識份子以為過於簡單而不足為取；再來，則是民國初年最高審判機關中的菁英推事們，法律素養的培育過程無論經由留洋或就讀於京師法學堂，學習內容皆為新式歐陸民法<sup>99</sup>，故雖判決文中一再聲明草案未經頒布，

<sup>97</sup> 參閱：王澤鑑，《債法原理（一） 基礎理論債之發生：契約、代理權授與與無因管理》，頁 10。

<sup>98</sup> 參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁 160。

<sup>99</sup> 關於民初大理院推事的學、經歷，可參閱：黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁 64-82。

不生效力<sup>100</sup>，惟審理案件時，他們似已將《大清民律草案》中的條文、思想化為法理的位階適用於個案。這些近代繼受法理，在債法中以本文主題的「債權相對性」法理為首，因緣際會立足於民初大理院的判決書中。

儘管第四章全章，亦以民初大理院判例為文本研究債權相對性的實踐，惟本節欲達到的目的與第四章不同，本節先敘明債權與物權分流，續簡單以兩則判例說明大理院推事們對於債權具相對性的認知，利用判決再做一次定義性的工作，檢視其與民律一草、學說論點之間的關係，藉此研析大理院推事們填入法理位階的實質內涵；且作為下一章清代傳統法文化中的審判情境的比較對象，透過判決全文內容，審視法理如何實際運用，讓閱讀者可以更明顯地感受法律繼受前後，實務運作的同或異，故於此仍先選擇兩則民初大理院關於債權相對性的判例，並陳述、解析之。反觀第四章將以更多種不同的角度，如從債權與物權的比較、出賣他人或共有之物、一物二賣等，觀察民初大理院在更複雜、多變法律關係中，如何貫徹實踐債權乃相對權的原則。因此，此節仍先提出民初大理院確立債權相對性的判例。

### 第一項 債權與物權的分流

《大清民律草案》將民事財產權利區分為債權與物權，但傳統法中並無此定義，如何先將債權與物權分流，再就債權一端確立其相對性，應是大理院推事們首先面對的問題。故本段選擇幾則大理院判決，尤著重民國二、三年(1913、1914)的早期判決，觀察大理院推事如何分別債權與物權的不同性質，方能依此基礎，深入檢視債權相對性的相關判決。

大理院民事判決二年上字第八號判決理由載：

按我國慣例及法理，契約關係本可分為債權、物權二種，物權契約以直接

---

<sup>100</sup> 如民國四年上字第一〇六五號判例要旨：「民律草案現尚未頒布，所載周年利率百分之五，自不能遽行援用。」或民國四年上字第二八二號判例理由：「至民律草案既未頒布，自非有效。」其他諸如三年上字第四七二號、三年上字第六七八號等判例要旨、四年上字第一二七一號、五年上字第二四〇號等判決文中，都有此聲明。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁352；黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，頁56。

發生物權設定變更之效果為目的，與債權契約異，契約成立同時履行，更無存留義務之可言。<sup>101</sup>

本段理由主要說明物權契約的意義，是以直接發生物權的設定、變更為目的的契約。物權契約的作成、移轉，在民國初年具有判定不動產物權移轉的重要地位，雖今日物權的得喪變更以登記（不動產）和交付（動產）為限<sup>102</sup>，惟民初無確實之登記制度，不動產物權關係倚賴契據為重要證憑，而且在傳統中國的田宅買賣中，以賣契作成、交付買主收執，證明移轉其「業」的觀念<sup>103</sup>，這種法意識不只存續於民間，官府解決地權爭執時，也相當倚賴各種類的契書<sup>104</sup>。這樣的觀點，大理院輕易地承續，常以實體物權契約的作成、移轉，判斷物權變更與否<sup>105</sup>。因此，說明物權契約的定義、成立要件自為必要。物權契約成立要件恰恰接續於本段定義的引文之後，亦為本字號（二年上字第八號）之判例要旨：

物權契約以直接發生物權上之變動為目的，其普通有效成立要件約有三端：（一）當事人須有完全能力，且締約者除法律有特別規定外，須就該物或權利有完全處分之權，故無處分權者，所為之物權契約當然不發生效力。如賣自己所有之特定物，則物權契約即包含於債權契約，二者同時發生效力。若賣他人所有之物，或不確定之物，則其債權契約雖屬有效，然不能即發生移轉物權之效力，有時仍不能不為物權契約之意思表示；（二）

<sup>101</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁389-390。

<sup>102</sup> 《民法》第758條：「不動產物權，依法律行為而取得者、設定、喪失及變更者，非經登記，不生效力。」第761條第1項本文：「動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。」

<sup>103</sup> 參閱：仁井田陞，《補訂中國法制史：土地法·取引法》（東京：東京大學出版會，1991年補訂版），頁337。

<sup>104</sup> 參閱：梁治平，《清代習慣法：社會與國家》，頁129。

<sup>105</sup> 儘管大理院推事們已在二年上字第八號中認物權契約「概非要示行為，因當事人之意思表示即生效力。」五年上字第八五一號亦稱：「至置產契據雖為不動產所有權之重要證據，而與該所有權究非有不可分之關係，故雖未交契據，而依他種方法足證明該所有權確已移轉者，於法仍應認為有效。」等，說明物權契約的成立及物權的移轉，並不等於實體契據確實作成及交付他人，惟五年上字第二〇八號判決要旨又謂：「依向來慣例，移轉不動產所有權之物權契約，通常以作成契據為其成立要件。」五年上字第一四九號判例要旨亦持同樣見解。則「契據」在登記制度未完善施行前，似乎仍是大理院推事們判斷不動產物權歸屬的重要依據。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁390、450、451；黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，頁764。

標的物須確定；(三)當事人之意思表示不得反於一般法律行為及契約之原則。<sup>106</sup>

判例要旨說明物權契約的目的與三點成立要件<sup>107</sup>，並於第一點指出了一個民法上重要的議題：出賣他人之物，此議題適足區辨債權與物權之不同。判例要旨中說明若出賣他人所有之物或不確定所有權之物，則因出賣人並無所有權，無法將所有權移轉於買受人，則雙方以物權變更為目的所締結之物權契約，自然不能發生效力；至若債權契約，是經過雙方合意，使債權人居受領地位、債務人負擔給付義務，目的不是變更物權，而是發生債務人負擔給付的義務<sup>108</sup>，故本案之買受人仍保有向出賣人請求給付物的權利，而出賣人亦負擔給付之義務，債權契約有效成立！於此也明確的看出債權與物權性質、目的之不同。

最後，回到判例全文中「按我國慣例及法理，契約關係本可分為債權、物權二種」一句。儘管本字號的判例理由及判例要旨主要在說明物權契約的定義與成立要件，但「契約關係本可分為債權、物權兩種」一語，已點出債權與物權有異；雖二者相異的依據是「我國慣例及法理」，「慣例」或許有待考證，「法理」一語則是否可以大膽推測即為影響推事心證甚鉅的《大清民律草案》？

同樣出現於大理院早期的判決——三年上字第四五號，其判例要旨說明債權與物權的不同：

無權限人與人約定絕賣他人之產者，在債權法上，該契約當事人間雖可有

<sup>106</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁387。

<sup>107</sup> 此處大理院所稱「成立要件」，或有學者認為法律行為的成立要件僅指當事人、意思表示及標的一般成立要件；關於當事人行為能力之有無，意思表示是否有瑕疵，以及標的是否確定、可能、適法、正當的要件應為法律行為的「生效(有效)要件」，兩者不可混為一談。也有學者的見解與大理院的見解相同，並未將生效要件特別獨立說明，通稱之為成立要件。參閱：王澤鑑，〈出租他人之物、負擔行為與無權處分〉，收於氏著，《民法學說與判例研究》，第5冊，頁110；史尚寬，《債法總論》，上冊，頁14。

<sup>108</sup> 關於物權契約及債權契約的定義，大理院十四年上字第五九八號判例要旨又說：「查契約有物權契約，有債權契約。在物權契約，無所謂履行義務之觀念，依其契約之成立，即以設定或移轉物權；而在債權契約，則以使債務人負擔給付之義務為目的，依其契約僅發生移轉物權之義務，因其履行義務尚須締結物權契約。」參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，頁589。

效發生權利義務關係，而於他人物權之取得，則非由諾約人先取得其物權後，再為有效之物權移轉契約不可。<sup>109</sup>

案件是出賣他人之物的行為，大理院認為，即便是出賣他人之物，當事人間於債權法上契約仍屬有效，發生債權人請求債務人給付特定物，而債務人亦負擔義務的權義關係；但物權移轉的契約，若出賣人（判例中所稱「諾約人」）就物權並無處分之權利，則不生物權移轉的效力。

整理大理院三年上字第四五號的判決理由後，得法律關係大抵如下：無繼承權之出賣人王宗泗將地產賣予上告人徐省三，嗣後被上告人王潤生與上告人發生爭訟，大理院以為出賣人無處分權限出賣他人之物，故物權不生移轉效力，惟出賣人與買受人間之債權法上關係，仍有效發生。判例點出債權與物權之不同，更重要的，在判決理由中陳述出賣人王宗泗、上告人即買受人徐省三，以及被上告人王潤生三者間的關係時，提及關於債權相對性的敘述：

上告人與王宗泗間即有債權法上權利義務之約定，原不能對抗該當事人以外之人，……<sup>110</sup>

大理院推事於判決理由中清晰辨明債權關係，並指出債權具相對性，上告人（即買受人）與王宗泗（出賣人）間雖有債權法上權利義務，但這種權義關係不可用於對抗當事人以外之人，即無法以此債權契約向當事人以外之人主張取得地產之所有權。

以本判決理由作結並為引，大理院推事們點明債權與物權不同之後，進一步提出債權的相對性，申論其定義。本文則跟隨他們的目光，一探究竟。

## 第二項 債權相對性的基本型態

確立了債權與物權兩種不同性質的民事權利，接續討論債權相對性性質。前一節的《大清民律草案》、學說都以「特定人向特定人請求一定給付」定義債之

<sup>109</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁399。

<sup>110</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁400。

相對性，惟細究定義，似可再將債之關係的相對性分為兩部分：①主體的相對性：特定於當事人間，債權人固不可以其債權向債務人以外之人請求，債務人亦不得反乎債權人的意願向債之關係以外之人償還；及②客體的相對性：債權債務範圍、內容特定，除當事人的意定或法律上有明定外，債權人得請求受領或債務人應給付者，限於「特定之給付」。

今日學說上通常認定的債之相對性，指特定債權人對特定債務人請求給付之權利，即債之主體的相對性，不涉及債之範圍的相對特定<sup>111</sup>，但回顧傳統中國法時代的案件，卻覺有必要討論債之客體相對性的案件——「債」在傳統中國法律社會中，究竟是作為一種受保護、拘束的權利與義務，存在於當事人間？或僅是一種主張，任由其他因素增減債務人償還的價額？債之範圍相對特定的觀點，似乎少有人從正面觀點切入討論，反而都從增減範圍的反面切入，利用多種法定增減債之範圍的規定（如今日《民法》第 252 條違約金酌減、第 148 條誠信原則等）。這些例外的存在，難道不是因為債之範圍本具相對特定的原則，存在於現代債法法理，故須明文規定允許債額變更的情形？因此，筆者以為債之客體相對性問題仍有討論的實益。此外，這樣的區分、說明，除了從內部更清楚呈現債權相對性的定義，也是為了第三、四章討論案件時能類型化觀察。

就今日一般學說所關注，債之關係主體間的相對性的說明，載於大理院判例要旨或判決全文中多矣，舉大理院民事判決三年上字第一三號判例，判例要旨如下：

債權係特定人對於特定人之權利，故債務人不履行債務時，債權人惟得對於債務人請求履行。<sup>112</sup>

判例要旨前段的敘述與《大清民律草案》編首所稱「債權者，特定一私人債權人

<sup>111</sup> 今之學者論述亦有區分債之關係主體相對性與客體相對性，認為主體相對性是債之關係當事人間的相對性，客體相對性則論述債之範圍的相對特定，參閱：黃茂榮，《債法總論（第一冊）》（臺北市：黃茂榮出版，2002年），頁 2-13。

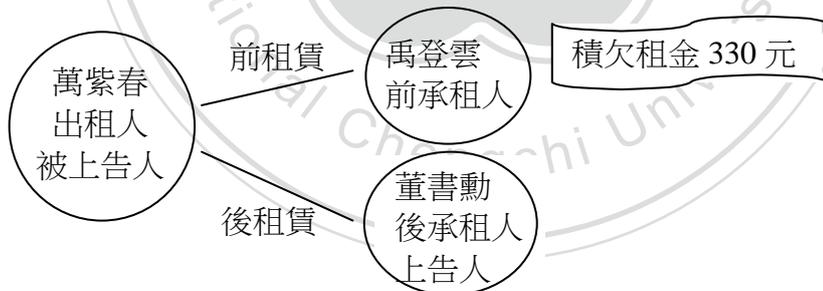
<sup>112</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 2 冊，頁 471。

使他之特定一私人債務者為一定之行為或不行為之權利也。<sup>113</sup>」一致，明確陳述債權乃特定人對特定人的權利，具相對性原則。

債權相對性的概念對現今法律人而言似乎簡單不過，如何理解近百年前的法史時空背景？藉由判決全文，探究當事人間法律關係，地方、高等審判廳做出什麼樣的判決，致使這種「簡單」的法理需上告（訴）至大理院，方得見解之統一？而大理院又如何理解法律關係，進而為債權相對性的判決？故本文摘錄理由全文，分(1)法律關係、(2)原審判決、(3)大理院判決、(4)判決結果四部分，前兩部分由筆者自行整理，第三部分則直接節選大理院判決理由欄中的原文，以存其真，第四部分僅列出與債權相對性相關部分之判決結果（部分主文），不相關的上告或附帶上告，則略而不提。先將三年上字第一三號判決全文整理如下：

#### 判決一 民國三年上字第一三號

(1) 法律關係：被上告人萬紫春為出租人，主張雖然積欠租金的是前租客禹登雲（訴外人），但他與後承租人（即上告人董書勳）訂立租賃契約時，已與之對明，由上告人董氏付清新租時一併代還前租客禹氏所積欠的陳租。



(2) 原審判決：前天津高等審判分廳以兩方均應負過失責任為由，判令上告人與被上告人分擔責任，陳租三百三十元由上告人（承租人）負擔一百七十五元交付被上告人（出租人）。

(3) 大理院判決：

本院查債權係為特定人對於特定人之權利，故債務人不履行債務時，債權

<sup>113</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 1。

人惟得對於債務人請求履行。然如第三人特向債權人訂立承任債務人債務之契約者，則因承任契約之效力，債權人即得向第三人為履行債務之要求，若無承認契約，債權人欲要求第三人履行債務人之債務，實為法所不許。此係債權法上通理，亦即現行之先例也。<sup>114</sup>

(4) 判決結果：原審判令上告人（承租人）負擔一半陳租之部分撤銷，發還直隸高等審判廳迅予更為審判。

就個案剖析，大理院推事有條不紊地釐清事實關係，並清晰糾正原審因錯誤認識法律關係、未能適用正確「法理」，說明若非第三人與債權人訂立承任（認）債務人債務之承任（認）契約，則債權人不得向第三人請求履行該特定債務人之債務，而將本案撤銷，發還高等審判廳更為審判。

然而，從法律繼受的宏觀角度以觀，債權相對性的定義清晰呈現，且調為「債權法上通理」、「現行之先例」，又將「債權係特定人對於特定人之權利，故債務人不履行債務時，債權人惟得對於債務人請求履行」一句揀擇為判例，也往後拘束下級法院判決，確立債權相對性法理在民初繼受法律社會的有效存在，並持續適用的決心。

判決一所稱「債務人不履行債務時，債權人惟得對於債務人請求履行」、「債權人欲要求第三人履行債務人之債務，實為法所不許」等語，確定當事人主體的相對性，債權人不可對特定人以外之人請求。以下另一則判決——大理院三年上字第一〇五四號判例，則說明債權債務範圍相對特定，即債之關係的客體亦受相對性法理拘束，要旨如下：

#### 判決二 民國三年上字第一〇五四號

金錢債務之債務人，雖實因不可祛避之事故以致資力喪失者，亦不得反乎債權人之意思，而主張減免。<sup>115</sup>

(1) 法律關係：被上告人劉源興積欠上告人等十二人金錢，兩造就數額並不爭執，

<sup>114</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁472。

<sup>115</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁550。

上告人等（債權人）允諾被上告人（債務人）僅須償還債務之六成。

(2) 原審判決：四川高等審判廳慮及被上告人終難履行，擅將清償債務減為五成。

(3) 大理院判決：

本院按現行法例，凡金錢債務已至清償期者，債務人即負如數清償之義務。雖實因不可祛避之事故以致資力喪失者，亦自不得反乎債權人之意思而主張減免清償。惟債權人對於債務人之要求減免已表示承諾之意思者，則應本於承諾以為清償，而債權人亦自不容反汗。<sup>116</sup>

(4) 判決結果：撤銷原判，大理院改判被上告人積欠上告人等之債務，應即按六成清償。

如前所述，判決二是關於債權債務範圍相對特定的案件——若非債權人就債務人要求減免債務額數之意思表示做出承諾，則債務人必須如數返還，即便是審判廳也不可反乎當事人之意思，逕行做出減免債權額的判決。回到債權相對性定義：由特定人對特定人請求一定行為給付，所稱「一定行為」既決定於特定人間，則其相對性自不容破壞。

今日看來，判決二似乎也是一段簡單不過的法律關係，爭點解決當如是，既雙方就債之數額已無所爭執，債權人未承諾再減免，豈得依債務人一方之請求而逕為之？然而，如果這類法律關係、法理適用等應屬「簡單正確」，又為何必須上告至大理院方得解決？或許，從民初回溯數十年至清朝，即可一較古今，從傳統審判、文化中理解大理院判決見解所使用的法理為何深具時代意義——立足於繼受初期，開啟往後民事審判中債權相對性法理的適用。

#### 第四節 小結

從歐陸債法史到晚清民初變法的中國，本章先簡單介紹債權相對性在被繼受國和繼受國的發展。

---

<sup>116</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁550。

在歐陸法史部分，雖側重德國法，但不能忽略私法源頭之一的古羅馬，《查士丁尼法典》的「法學提要」中記載：「債，法律之鎖，拘束我們按照國法而為一定之給付（行為或不行為）。<sup>117</sup>」此處以拘束方式著重於債務的內涵，並蘊含給予一定給付的特定性。但在古羅馬時代，當債務不履行的情形發生，代替債務為滿足物的內容則當然地包含債務人的人身及其所有財產，亦即當債務人之財產無法償清負債時，人身將如抵押物般，債權人獲得逮捕、扣押債務人的權力，因此，古羅馬法確實認為債權存於相對特定人身上，但支配債務人人身的制度，難認具有近代債法之意義。十一世紀羅馬法復興以來，重新檢視、註解羅馬法，致使債權的概念、體系進化，與當代意義更相近，尤其十七、八世紀，啟蒙運動帶起的理性法、自然法思潮，造就法國大革命與《法國民法典》問世，《法國民法典》追求自由、平等、博愛的精神，並以個人為法律起點，以理性、自由、平等的個人決定自己的行為，並未自己作的決定負責。

羅馬法、理性法的思潮衝擊德意志地區，但原生的日耳曼習慣法仍影響日後德國的法學思想，例如古日耳曼習慣法區分債務和責任兩者，並認債權人沒有強制債務人給付的權利。近代德國法史中最重要《德國民法典》，除了受到前述習慣法的影響，羅馬法亦深深影響之，《德國民法典》融合二者，兼蓄其他法源，並配合現實政經社會的需求，制定相應的規範制度，包含民法典五編制、債權編制於物權編之前，以及賦予物權無因性的性質等，都是它在民法上的創舉，也都深深影響我國的民法法制。債權相對性的概念也在時代中獲得繼受，拘束特定權利、義務存乎特定人間的思想，也不再如羅馬法是因為國法的規制，或是習慣法時代來自發誓的制約，而是源自啟蒙時代相信每個人可以依自己的理性行為，以雙方的自由意志合致，使特定人間約定的一定給付合法化。

《德國民法典》施行不過兩年，東方的慈禧太后下令清廷變法修律，期能藉此與外國人談判領事裁判權的收回。多項整備工作及外籍修律顧問松岡義正等人的協助下，《大清民律草案》前三編在宣統三年（1911）完成呈上，首部獨立民

---

<sup>117</sup> 參閱：黃右昌(著)，丁玫(勘校)，《羅馬法與現代》，頁 231；朱曉喆，《近代歐陸民法思想史——十六至十九世紀》，頁 99-100。

法典（草案）也才趕在帝制中國的最後一頁寫下一筆。《大清民律草案》不僅是現行《民法》的基礎，也被民初大理院推事們以「法理」、「條理」的位階，將草案蘊涵的近代民法法理引進審判，當然包含債權相對性法理。草案在〈債權編〉的編首說明「謹按：債權者，特定一私人債權人使他之特定一私人債務者為一定之行為或不行為之權利也。<sup>118</sup>」清晰定義債權相對性理論，條文的立法理由也說明債權是相對權。儘管《國民律草案》及臺灣現行《民法》未能保留這些說明，但法理另藉由學說論著和大理院的審判，無間斷地繼受至今。

劃分債權與物權，分別給予相對性與絕對性性質的法學概念，雖然可以藉由新式法學堂的授課或法學書籍的說明，讓知識份子明瞭這些外來的知識，但要以讓使用法院的一般民眾接收新的法學內涵，仍須藉助大理院的判決。大理院說明債權與物權性質不同，進一步說明債權相對性概念，對於大理院解說債權相對性的判決，本文區分為債權主體的相對性與客體相對性兩種：主體相對性說明債權存在於特定當事人之間，客體相對性則說明債權債務範圍、內容的相對特定。針對兩種類型，大理院都做出判例確立：在主體相對特定，大理院認為「債權是對於特定人的權利」；在客體的相對性，大理院則說「債務人不得反乎債權人意思主張減免」。

法律關係更複雜的債權相對性案件，以及大理院判決表徵出的法理思想等細節，將在第四章作進一步的討論，本章先提出兩則大理院關於債權相對性判例的預備工作，用於對照下一章傳統中國法的判牘，觀察判決結果、思想等，有何不同，也正因為回到自身的法律歷史中作一比較，債權客體相對特定的問題才會顯得重要，必須獨立討論，有別於學說提及債之相對性，大多集中討論特定人之間的關係。這樣的思考脈絡，會呈現於下一章伊始的傳統案件。

---

<sup>118</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 1。

### 第三章 傳統中國法中的債主與負債者

進入正文前，先來看一個有趣的案件：事情是發生在光緒九年（1883）的臺灣恆春，一位店主以賒帳的方式將商品賣給一位士兵，總額為 38 元，士兵不付帳，店主呈告，士兵則反控店主實際上欠他超過 160 元。州縣官審理時，士兵無法提出借契，店主卻提出與其帳目相符且經士兵簽署的收據，即由官員認可士兵 38 元的欠款，但即令州縣官承認在帳目裡全部 38 元的主張是有效的，他卻以 20 元結算這件債務糾紛，幾乎減少了業經完全證明的數額的百分之五十<sup>1</sup>。

故事至此，是否感到有一點熟悉？回顧前一章的最後一個案件，民國三年（1914），類似的情境再次上演於四川：被上告人劉源興積欠上告人等多人金錢，數額為兩造所不爭，上告人等（債權人）允諾被上告人（債務人）僅須償還債務之六成，惟四川高等審判廳慮及被上告人終難履行，擅將清償債務減為五成。

然而，相距不過三十年，民初四川案件（判決二）的判決結果卻與清朝士兵賒帳案大不相同——大理院第三審判決以反乎債權人之意思為由，駁斥高審廳的擅減，債務人仍須償還雙方同意之債務六成。大理院所持見解，對於今之法律人而言易懂無疑，則高審廳為何會做出擅減的行為？若能以違反債之客體相對特定的行為，以及債之主體是否相對特定的案件，觀察清代州縣官審理錢債、田土案件的風格，或許可以歸結出另一種不同的審判思維、當事人法律關係和法律社會文化。

本章將回溯傳統法時期，惟礙於篇幅與比較法時間接連性，以清代為重心。第一節先耙梳傳統法時期的相關規範，藉此理解清末變法以前的傳統律法氛圍，並以規範為基礎，進而於第二節探討清代地方官對於錢債、田土案件<sup>2</sup>的審判，

<sup>1</sup> 參閱：鞏濤（Jérôme Bourgon）（著），黃世杰（譯），〈地毯上的圖案：試論清代法律文化中的「習慣」與「契約」〉，收於邱澎生、陳熙遠（編），《明清法律運作中的權力與文化》（臺北市：中央研究院、聯經出版，2009年），頁 241-242。

<sup>2</sup> 如何定義古代的民事案件眾說紛紜，集中於對清代司法制度的討論，大致上有如下說法：黃宗智認為相對於「重案」的案件類型是「細事」，黃氏並引乾隆中葉刑名專家王又槐的說法，略加

從個案研析、彙整審判文化。最後一節則以晚清各省審判廳（1910-1911）的判牘為文本，研究當時各省、各級審判廳推事的審判思維。此時新法早已輸入，各種翻譯外國法學文獻、編纂新式法典等繼受活動在中央如火如荼的進行，青黃不接的時代，第一線接觸人民的地方審判廳推事，面對民事糾紛做出的判決，其思維屬於傳統的？近代的？抑或是新舊雜陳其間？從晚清到民初，從地方到中央，晚清各省、各級審判廳處在時間上、空間上都值得留意的位置，故亦以此銜接下一章，作為全盤探究大理院債法判決的比較對象。

## 第一節 傳統法時期的規範

清末民政部大臣善耆光緒三十三年（1907）的奏摺中提到：「歷代律文，戶婚諸條，實近民法，然皆闕焉不完<sup>3</sup>」，說明傳統法中並沒有近代意義下的「民法」一詞，然而，人民之間買賣、借貸、租賃等金錢上糾紛確實存在，無法私下調和時，以此訴諸官方，官員該如何處理？自當有據。此據，在清代大多散見於《大

---

批判後，指出「細事」包括戶婚、田土、錢債，以及鬥毆無傷、賭博無據的案件，歸州縣衙門的戶房處理，其他盜竊、毆打等「重案」則歸刑房處理；而這樣的區別為後來民國時期的民事、刑事之分奠定了實踐基礎。寺田浩明認為，清代司法制度不存在現代所謂「民事審判程序」或「刑事審判程序」性質上的區分，而是以官員的刑罰權限決定最終處理的級別。州縣地方官的權限在笞、杖以下，他們擁有最終處理權限的「州縣自理的案件」，主要處理人們日常生活中圍繞的財產、身分地位發生的爭執（「戶婚田土之案」）和輕微的犯罪等，即以民事案件與微罪案件為主要對象，所以「州縣自理」的審判可以理解類似今天的民事審判（相對於「命盜重案」審判可理解為類似今日的刑事審判）。那思陸則認為清代的民事案件常稱為「戶婚田土（錢債）案件」，似認戶婚、田土、錢債案件即為民事案件。參閱：黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，頁 206-208；寺田浩明，〈日本的清代司法制度研究與對“法”的理解〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 115-116；那思陸，《清代州縣衙門審判制度》（臺北市：文史哲出版，1982 年），頁 247。

本文無意爭論現代意義下的民事案件是否存在傳統中國，但以清代的案件作為民初大理院民事審判、債法案件的比較對象，仍須說明使用的名詞及其包含的範圍。筆者直接揀擇錢債、田土案件及其相關規範為討論範圍，一方面排除戶役、婚姻等案件類型，他方面聚焦於論文主軸，免於定義上的爭執，故以下論述傳統法時，仿寺田氏所生「戶婚田土之案」及那氏說明的「戶婚田土（錢債）案件」詞彙，本文使用「錢債田土案件」一詞，而不用「細事」、「州縣自理案件」及「民事案件」等詞彙，在此先為說明。

<sup>3</sup> 參閱：司法院行政部民法研究修正委員會(編)，《中華民國民法制訂史料彙編》，上冊，頁 184。

清律例·戶律》中的〈田宅〉、〈錢債〉等，以及其他省例等規範。又此類田土、錢債的規範，實早於先秦時期存在，一路至清，規範斷續損益，並非靜若止水。因此，本節以時間度為分界點，分宋元以前與明清以後，整理、解析與論文相關的債法規範。

## 第一項 宋元以前的規範

回溯傳統中華法時期，與今日民事事務相類的債法規範，起源於何時，或難定論，但可追溯久遠之前，應無庸置疑，且最初是源自借貸關係<sup>4</sup>。事實上，在私法不發達的中國法制歷史中，各朝代與債法相關的規範，常與借貸規範有密不可分的關係。

早在《周禮·秋官·朝士》就有記載：「凡有責<sup>5</sup>者，有判書以治，則聽。<sup>6</sup>」唐代的賈公彥疏曰：「云『玄謂古者出責之息，亦如國服與』者，案泉府云：『凡民之貸者，以國服為之息。』彼謂貸官物之法。今此是私民，謂出責之法，無正文，約與之同。<sup>7</sup>」說明當時存在民間借貸的債之糾紛，以及官方介入解決。而官方介入解決一般人民之間的糾紛，當有相關的規定作為依據，以湖北省雲夢縣出土的睡虎地秦簡為例，其《秦律十八種·金布律》有關於逾歲弗入責（債）的規定，時或被援引為秦律提及負債應於時限內償還的明文規定：

其責（債）毋敢逾（逾）歲，逾（逾）歲而弗入及不如令者，皆以律論之。<sup>8</sup>

<sup>4</sup> 參閱：霍存福，〈古中國與古羅馬契約制度與觀念的比較〉，收於曾憲義(主編)，《百年回眸：法律史研究在中國》，第2卷·當代大陸卷（下）（北京：中國人民大學出版社，2009年），頁668。

<sup>5</sup> 清代段玉裁注解漢代許慎《說文解字》一書時，於「責」字下注曰：「責，即今之舉債，古無債字」，可知過去「責」一字時通「債」。參閱：許慎(著)，段玉裁(注)，《圈點段注說文解字》（臺北市：萬卷樓，2002年），頁284。

<sup>6</sup> 參閱：鄭玄(注)，賈公彥(疏)，趙伯雄(整理)，《周禮注疏》，第5冊（臺北市：台灣古籍出版，2001年），頁1102。

<sup>7</sup> 參閱：鄭玄(注)，賈公彥(疏)，趙伯雄(整理)，《周禮注疏》，第5冊，頁1102。

<sup>8</sup> 參閱：睡虎地秦墓竹簡小組(編)，《睡虎地秦墓竹簡》（北京市：文物出版社，2001年），頁39。

本律條規定欠負債務當年不還，以及不依法令償還的人，皆依律論處。如此以觀，國家似以律文形式介入處理欠債逾期的行為，雖無法從律文得知違反規定的法律效果，但要求當事人給付，似乎具備類似近代意義的「債」、「法」特性——要求為一定給付的債之特色，以及具強制性的法律特質。然而，律文似又非全然與近代意義下的債法相同，該律由睡虎地秦墓竹簡小組整編全文如下：

縣、都官坐效、計以負賞（債）者，已論，嗇夫即以其直（值）錢分負其官長及冗吏，而人與參辨券，以效少內，少內以收責之。其入贏者，亦官與辨券，入之。其責（債）毋敢隄（逾）歲，隄（逾）歲而弗入及不如令者，皆以律論之。<sup>9</sup>

律文整體說明：當縣、都官在點驗、會計中犯罪須賠償，且已判決者，行為人所屬機關的負責人（嗇夫）就應負擔賠償的金額，分攤給其官長和群吏，發給每人一份繳納賠款的憑證（參辨券），以便向朝廷管理財務的機構（少內）繳納，負責機構則憑券收取賠償。如果收取之數有盈餘者，也由官方發給憑證上繳。欠債不可超過當年度，超過當年不繳納及不按法令繳納者，皆依律論處<sup>10</sup>。

如此看來，睡虎地秦簡中規定負欠債務應於時限內償還的秦律，並非存乎私人之間，而是在於國家與官員間，就當事人的關係及規範目的以論，本律在規範官員犯罪使國家受損時，官員賠償方式及時限，故本文以為，無法單純將該條劃歸為「民事法規範」，這其中牽涉的是國家府庫金錢布帛之事，一如律文劃歸於〈金布律〉<sup>11</sup>。本律非單純處理人民間的債之糾紛，但仍可指稱當時已存在表徵負欠概念的「責」一字，以及在某些條件下，定有償還期限的規定。不過，出土的秦簡遠非秦律的全部內容，最有可能規範借貸違法的秦代〈雜律〉未見於睡虎地秦墓竹簡，也無法指稱當時欠缺「借假不廉」規範。

那麼，若私人間的發生債之糾紛，在兩千餘年前的古老中國中是否已有規範？睡虎地秦簡中〈法律問答〉有更深刻的說明：

<sup>9</sup> 參閱：睡虎地秦墓竹簡小組(編)，《睡虎地秦墓竹簡》，頁 39。

<sup>10</sup> 參閱：睡虎地秦墓竹簡小組(編)，《睡虎地秦墓竹簡》，頁 39。

<sup>11</sup> 參閱：睡虎地秦墓竹簡小組(編)，《睡虎地秦墓竹簡》，頁 35-36。

「百姓有責（債），勿敢擅強質，擅強質及和受質者，皆貶二甲。」廷行事強質人者論，鼠（予）者不論；和受質者，鼠（予）者□論。<sup>12</sup>

本段問答先說明國家的司法成例（廷行事）：「百姓舉債、負債，不可以擅自強略人或物來作為擔保，擅自強質或雙方合意質押的，都罰二甲。」以強行方式索取質押者要論罪，被迫給予質物、以人為質的不用論罪；雙方合意質押的，給予之人也要論罪<sup>13</sup>。不同於前述〈金布律〉條文，問答首句就明確地說明用於規範百姓間的債之關係，禁止債主以強行的方式取得負債者的物品，或以人為質。

漢律因於秦律，有所損可知也。前述《睡虎地秦墓竹簡·法律問答》的廷行事，從漢簡亦可尋得相類似的規範——西漢初期《張家山漢墓竹簡·二年律令》的〈襍<sup>14</sup>律〉有一條文與前述〈法律問答〉的內容相似：

諸有責（債）而敢強質者，罰金四兩。<sup>15</sup>

律文精簡，與秦簡差異僅在於雙方合意質押擔保債權的行為不再處罰。懲處債主強掠負欠者人身、財產的規定，固然保護負債者免於威脅，但或許並非僅止於保護每個個人的人身、財產，更重要的是國家欲以其強制力介入社會運作，免於舉債負欠的多數農民——同時也是社會體系賴為生存的主體，因破產而出逃、流亡，瓦解帝國的戶籍制度。除了造成賦役制度失靈，更有部分破產的農民流散為盜、越貨求存，對社會秩序是一大威脅。儘管規範隱含的原則更多反應當時的社會環境，則為避免社會不安，先行管束民間的債之關係，與今日不盡相同，惟將律條視為表徵戰國乃至秦漢帝國的債法借貸規範，應仍屬適宜。

從秦漢出土的斷簡殘篇中，債的問題確實是法律上不得不面對、處理的，且年代愈往後，規範處理的問題更是愈精細、複雜。若將時針往後撥至唐代，觀察

<sup>12</sup> 參閱：睡虎地秦墓竹簡小組(編)，《睡虎地秦墓竹簡》，頁 127-128。

<sup>13</sup> 參閱：睡虎地秦墓竹簡小組(編)，《睡虎地秦墓竹簡》，頁 128。惟本文逕行以現代相類似的法律名詞解釋。

<sup>14</sup> 「襍」為「雜」之異體。《說文解字》說明「雜」一字「從衣集聲」，「襍」形當即由小篆形構移易部件位置楷化而成，當為「雜」之異體字。參閱：教育部《異體字字典》字形檢索，網址：<http://dict.variants.moe.edu.tw/yitia/fra/fra04462.htm>，最後瀏覽日期：2011/09/19。

<sup>15</sup> 參閱：張家山二四七號漢墓竹簡整理小組(編著)，《張家山漢墓竹簡〔二四七號墓〕：釋文修訂本》（北京：文物出版社，2006年），頁 33-34。

今日完整保留最早的法典《唐律疏議》，可知這部律典的內容雖是以刑為主，惟數條與買賣、借貸、寄託等相關的條文依然出現於〈雜律〉，如「負債違契不償」條（總 398 條）、「受寄物輒費用」條（總 397 條）<sup>16</sup>等，規範處理的問題較過去更為詳細。

先看《唐律》的「負債違契不償」條（總 398 條）如何展現債法規範因時代而演進損益，條文如下：

諸負債違契不償，一疋以上，違二十日笞二十，二十日加一等，罪止杖六十；三十疋加二等，百疋又加三等。各令備償。<sup>17</sup>

本律所稱「負債」不可以今日的意義想像，疏文中的「負債」是指「非出舉之物<sup>18</sup>」，即為無息之債，如果是生息之債，令文規定「任依私契，官不為理<sup>19</sup>」；其次，律文規定負欠一定數量、逾越一定時間的債務關係才責以本律；最後，律文除對於行為人處以笞、杖等刑，尚課予「備償」的處分，即要求負債者清償所欠負的債務。

<sup>16</sup> 因「受寄物輒費用」條與本論文議題關連性較低，故僅約略於註腳中說明。

《唐律·雜律》「受寄物輒費用」條（總 397 條）：「諸受寄財物而輒費用者坐贓論減一等，詐言死失者以詐欺取財物論減一等。問曰：受人寄付財物，實死、失，何嘗以否？又，監臨受寄，乍言死失，合得何罪？答曰：下條云，亡失官私器物各備償，被強盜者不償。即失非強盜，仍合備之。以理死者，不合備償；非理死者，准〈廩牧令〉合償減價。」參閱：劉俊文(撰)，《唐律疏議箋解》，下冊，頁 1800-1801。

本條的問答說明類似近代民法中債務人給付不能的事由及法律效果，但《唐律》中將器物亡失之因區分為「強盜」或「非強盜」，以及畜產之死係由於「理」或「非理」來決定受寄人的備償與否，是相對客觀具體的立法方式；相較今日民法區分類型詳盡，債之給付的規定，除了區分主觀或客觀上是否可歸責於債權人及債務人，債務人的給付也區分為不能、不完全，或是遲延，可知近代繼受法的立法方式抽象、一般化的風格。雖然這部分的討論也可以看出傳統法的錢債規範內容，不如近代繼受民法，有細緻的概念類型及體系化的架構，但畢竟不是論文主要要討論的債權相對性法理，故僅於此說明。

<sup>17</sup> 參閱：劉俊文(撰)，《唐律疏議箋解》，下冊，頁 1802-1803。

<sup>18</sup> 「【疏】議曰：負債者，謂非出舉之物，依令合理者。」參閱：劉俊文(撰)，《唐律疏議箋解》，下冊，頁 1803。

<sup>19</sup> 參閱：劉俊文(撰)，《唐律疏議箋解》，下冊，頁 1803。但令文除劉氏書中提及的《宋刑統》外，同樣內容另可參閱《天聖令·雜令》的「財物出舉」條，因正文於稍後將提及該令，故本註解先略過不提。

相較前面提及的秦、漢律文，《唐律》對於欠負公、私債務的人除了給予懲罰，並加上課予負債者清償義務的規定，更類似今日債法中要求債務人向債權人給付的民事效果概念。

至若秦漢律文禁止債主私自強取負債者財物、強以人為質押的行為，相似規範依舊留存於《唐律》的〈雜律〉中，即「負債強牽財物」條（總 399 條）及「以良人為奴婢質債」條（總 400 條）<sup>20</sup>，但後者的規範目的，似乎更在意因良人入賤籍，破壞國家戶籍稅賦機制，以及壓良為賤，被賣者淪為債務奴隸，喪失人身自由的身分秩序問題<sup>21</sup>。因此，「以良人為奴婢質債」條（總 400 條），其重點毋寧是處理借債者無法清償債務時，債法以外的後續問題，故非本論文的重點；有趣的在前者——「負債強牽財物」條（總 399 條）是否具備債權相對性的雛形呢？先列條文：

諸負債不告官司，而強牽財物過本契者，坐贓論。<sup>22</sup>

本條強調債的範圍，債主不可強牽財物超過原本契約所約定，強取超過的部分計贓論罪。問本條是否具有現代債之客體的相對性，即債權範圍、內容的相對特定，債主就其物之價額受法律保障？本文以為非。最主要論點，首先在於本條違背債務人特定的原則，以及債權作為請求權，債權人不可以債權支配他人身自由。而這兩點是現今債之相對性原則遵循者，甚至可以說是近代債法理論中的根本原則。

上一章說明近代意義繼承的「債」，表徵的是特定人對特定人請求一定行為或不行為，此種債權人受領給付、向債務人請求給付的關係，是以雙方自由、平等為基礎，故債權人並不能強制支配債務人的人身、財產<sup>23</sup>；但《唐律》的規定

<sup>20</sup> 《唐律疏議·雜律》「以良人為奴婢質債」條（總 400 條）：「諸妄以良人為奴婢用質債者，各減自相賣罪三等；知情而取者，又減一等。仍計庸以當債質。」條文與本條解析參閱：劉俊文（撰），《唐律疏議箋解》，下冊，頁 1809-1811。

<sup>21</sup> 參閱：李淑媛，〈唐代的「典賣妻女」現象——以律令為中心〉，《臺灣師大歷史學報》，42(臺北，2009.12)，頁 61-63。

<sup>22</sup> 參閱：劉俊文（撰），《唐律疏議箋解》，下冊，頁 1807。

<sup>23</sup> 參閱：王澤鑑，〈債之關係的結構分析〉，收於氏著，《民法學說與判例研究》，第 4 冊（臺

只懲罰「強牽財物過本契」的部分，換言之，債主強取若未超過債額，其私力扣押強取負債者財產、身體，甚至強押戶內男口役身折酬，都不構成本罪<sup>24</sup>，故本條雖就債主對負債者的債權範圍相對特定，惟債主對負債者人身、財物上的支配行為，甚至得支配其家內男口的人身自由，不只違反對相對人（債務人）特定的定義，本質上不宜與現代意義下的債法規範同等視之。

除《唐律》以外，唐代的法規範架構包含「令、格、式」三者，律與三者之間具一體而密切的關係<sup>25</sup>，如前述「負債違契不償」條（總 398 條），律文並未陳列所有行為，依疏議的說明，適用律文尚須參照令文。令文規定生息之債的部分「任依私契」，適足說明律、令相互補充的密切關係，故檢視唐令，當可得知更多被納入規範的行為。這些呈現於令文中的多種類型，令文除了前述「任依私契」的放任態度，更列舉許多今日民法意義中的無效法律行為，這些行為在傳統法時代時被視為不法行為，作為違反律條的構成要件，依律懲處。

既然令文說明了許多類似今日的無效負擔行為，自有探究的必要，可惜的是唐令佚失。然而，幸好在 1999 年時，戴建國在天一閣發現的《天聖令》殘卷，戴氏並向學界介紹說明，學界震撼於殘卷包含宋令與唐令，彌補了唐令佚失的缺憾，更精準地復原唐、宋令文。以下以此重新問世的令文為對象，引《天聖令·雜令》宋 24 條「財物出舉」參照《唐律》的「負債違契不償」條（總 398 條）。

《天聖令·雜令》「財物出舉」（宋 24 條）規定：

諸以財物出舉者，任依私契，官不為理。每月取利不過六分。積日雖多，不得過一倍，亦不得迴利為本。其放物者准此。若違法責利、契外掣奪，及非出息之債者，官為里（理）斷。收執者若計利過本不贖，聽從私納。如負債者逃，保人代償。<sup>26</sup>

---

北市：王慕華發行，2004 年），頁 101-102。

<sup>24</sup> 參閱：戴炎輝，《唐律各論》，下冊（台北市：成文出版社，1988 年增訂版），頁 645-646。

<sup>25</sup> 參閱：陳惠馨，〈《唐律》與《大清律例》法典形式規範體系——一個比較法制史觀點〉，收於黃源盛（主編），《唐律與傳統法文化》，頁 271。

<sup>26</sup> 參閱：天一閣博物館、中國社會科學院歷史研究所天聖令整理課題組（校證），《天一閣藏明鈔本天聖令校證：附唐令復原研究》，下冊（北京：中華書局，2006 年），頁 371。

前述《唐律》律文規範無息的債之關係，令文則適用於有利息的債之關係。令文首先規定：有息之債原則上依私人間的契據處理，官府不受理；例外於利率違法（月利超過六分、收取之利息超過本金額數，或是將利息滾入本金，提高本金以獲得更多利息、迴避一本一利規範的情形），以及債主奪取超過契據數額時，官府才會受理審判。其次，若負債者負欠的利息累積金額超過本金，仍不回贖出質之物，則質物聽由債主收受。最後，如果負債者逃亡，保人須代替負債者清償本利。

《天聖令·雜令》宋 24 條與仁井田陞所復原的《唐令·雜令》第 17 條幾乎一致<sup>27</sup>，《宋刑統》也幾乎承襲《唐律》，故直接以宋令令文與《唐律》律文比較。對照之下可以看出令文考慮更多情事，對於債主收取不合理的高額利率、負債者償還的時限（時限是累積的利息未超過本金以前），以及保人的責任都給予明確的行事準則；此外，完備的規範也更能看出統治階層對於債之事務的態度：對民間財物出舉給予很大的自理空間，原則上任依私人間的契據，官府並不介入，《天聖令》規範出舉之債時，一律歸「私契」，由人民自行處理，只有在放貸之利率超過法律規定時，因擔憂恐致負債者傾家蕩產，進而危害社會安定等情形時，官方才會出面干涉。

這種放任的態度，一方面肇因於古代的統治者認為「為政以順民為本」，由民間自發地調整自己的事務才是真正尊重人民的態度<sup>28</sup>；另一方面也歸咎中國廣土眾民的現實環境，以少數官僚治理大範圍帝國，官方實也無力負擔這麼多的事務，因此，在未破壞整體社會秩序前，統治者選擇忽略。舉《唐律》的「負債違契不償」條（總 398 條）說明，負債者償還之額應等於付欠的本利和，無論短少多寡或拖延多久都應視為違法給予懲處，但律文卻在負債者積欠一定價額以上且

<sup>27</sup> 《唐令·雜令》復原第 17：「諸公、私以財物出舉者，任依私契，官不為理。每月取利，不得過六分，積日雖多，不得過一倍。若官物及公廩，本利停訖，每計過五十日，不送盡者，餘本生利如初，不得更過一倍。家資盡者，役身折酬，役通取戶內男口，又不得迴利為本。（其放財物為粟、麥者，亦不得迴利為本及過一倍。）若違法積利、契外掣奪，及非出息之債者，官為理。收質者，非對物主，不得輒賣。若計利過本不贖，聽告市司對賣，有剩還之。如負債者逃，保人代償。」參閱：仁井田陞，《唐令拾遺》（東京：東京大學出版會，1964 年復刻版），頁 853-854。

<sup>28</sup> 參閱：俞江，《近代中國民法學中的私權理論》，頁 34。

逾一定期間，官方才介入處罰負債者，如此作為，反足顯示統治者能力不足負擔所有事務，故以積欠價額及逾期長短劃定官方是否受理的標準。

## 第二項 明清的規範

唐宋以前的〈雜律〉諸條，在明代以後因六部對應六律的體例，改歸〈戶律〉門下新增的〈錢債〉；其次，與田宅相關的條文，唐代將之通歸於〈戶婚〉類目下，明代則將〈戶婚〉析為〈戶役〉、〈婚姻〉、〈田宅〉（皆屬〈戶律〉門），將田宅典買等條文統整於〈田宅〉中。不過，明代雖以〈戶律〉的形式將近代意義下的民事規範獨立為一門，然而終明、清兩代，中國都沒有獨立民法典，體系性地討論財產法律關係，當然也沒能系統性地深入解析債法理論。

清律多承襲明律，形式體例與實質內容大致保持明律原貌。又，明代以降，除律以外尚有例，清朝沿襲其制，且條例的刪定更為發達。條例存在乃考量到不改變開國皇帝頒布的律典，而以修訂「例」的方式，補充、變通永恆的律，而例也可以視為因應社會脈動的具體法、細目法<sup>29</sup>。因清律既繼承明律，清例又更為豐厚，故筆者此處專以《大清律例》中與債之規範相關的律例為研究對象，觀察中華法系最成熟、細膩時期，債法規範的相關內容。

首先提及《大清律例·戶律·錢債》「違禁取利」條，相關的律文有：

凡私放錢債及典當財物，每月取利並不得過三分，年歲雖多，不過一本一利，違者，笞四十，以餘利計贓。重於笞四十者，坐贓論，罪止杖一百。

其負欠私債，違約不還者，五兩以上，違三月，笞一十，每月加一等，罪止笞四十；五十兩以上，違三月，笞二十，每月加一等，罪止笞五十；百兩以上，違三月，笞三十，每月加一等，罪止笞六十，並追本利還主。

若豪勢之人，於違約負債者，不告官司，以私債強奪去人孳畜產業者，杖八十。

無多取餘利，聽贖不追。若估所奪畜產之價過本利者，計多餘之物罪有重於杖八十者坐贓

<sup>29</sup> 參閱：黃靜嘉，《中國法制史論叢稿》（北京：清華大學出版社，2006年），頁270-274。

論，罪止杖一百、徒三年，依多餘之數追還。主。<sup>30</sup>

引文第一段的構成要件與《天聖令·雜令》的「財物出舉」條（宋 24 條）相類，條文劃出利息的極限及越限的懲處，茲不贅述；第二段則與《唐律》「負債違契不償」條（總 398 條）相似，就民間私債關係<sup>31</sup>，對於逾越一定期限且負欠超過一定金額的負債者給予懲處，並同樣有「備償」及「追本利還主」這種類似今日民事法上的效果。

第三段與《唐律》的「負欠強牽財物」條（總 399 條）相似，但清律在此有所不同。首先是強奪畜產的價值即使低於欠債的本利和，亦給予杖八十的懲處，以遏止強奪的行為。其次，即使對於強奪行為都給予懲處，若債主強奪之資不超過本利，就由負債者以等於負欠本利和的價金贖回畜產，由債主獲得本應得的本利，而負債者不應失去的畜產也回贖於己<sup>32</sup>。最後，債主強奪畜產若超過本利，就多餘之部分，則課予追還原主之義務。

從《唐律》的「負債強牽財物」條（總 399 條）規定「強牽財物過本契」才計贓論罪，到清律「違禁取利」條規定在債之關係中，只要強奪他人貲財，無論價值是否超過本利，皆予懲處。這樣的規定，似乎將債主追索的性質，消去了支配負債者財產、人身的權利，更貼近現代意義下的債權非支配權的法理。

至若前論述《唐律》時曾提及的「受寄物輒費用」條（總 397 條），至清代以「費用受寄財產」之名，重新劃分至《大清律例·戶律·錢債》之下，且律文經更精準的統整，例文則以典商、典舖為主體，明晰其給付不能時的歸責範圍<sup>33</sup>，

<sup>30</sup> 參閱：田濤、鄭秦（點校），《大清律例》（北京：法律出版社，1998 年），頁 263-264。

<sup>31</sup> 參閱：沈之奇（著），懷效鋒、李俊（點校），《大清律輯註》，上冊（北京：法律出版社，2000 年），頁 366。

<sup>32</sup> 參閱：沈之奇（著），懷效鋒、李俊（點校），《大清律輯註》，上冊，頁 367。

<sup>33</sup> 《大清律例·戶律·錢債》「費用受寄財產」條：「凡受寄他人財物、畜產而輒費用者，坐贓論，以坐贓致罪律。減一等。罪止杖九十、徒二年半。詐言死失者，准竊盜論，減一等。罪止杖一百、徒三年，免刺。並追物還主，其被水火、盜賊、費失，及畜產病死有顯跡者，勿論。若受寄財畜而隱匿不認，依誣騙律。如以產業轉寄他人戶下，而為所賣失，自有詭計盜賣條。」參閱：田濤、鄭秦（點校），《大清律例》，頁 265-266。該條的例文有三，可參照：薛允升（著述），黃靜嘉（編校），《讀例存疑重刊本》，第 3 冊（臺北市：成文出版社，1970 年），頁 401-402。

惟內容、法理皆無太大區別，故此處略而不論。

其次要討論的是規範重複典賣田宅行為的律文，提重複典賣田宅，是因為可與今之一物二賣對照比較。現行民法處理一物二賣的思維，圍繞債之相對性原則，與論文主題密切相關。今日臺灣處理一物二賣時，運用繼受自德國的法理，分別處理物權與債權關係，當出賣人與前買受人訂立買賣契約（債權關係），而物權尚未移轉於前買受人，出賣人再將該物出賣於後買受人並將物權移轉時，前買受人不得以其與出賣人之買賣契約，向已獲得所有權的後買受人請求移轉物之所有權，因買賣契約乃債權，僅具相對性，不得用於對抗第三人<sup>34</sup>。此「三角習題」乃觀察債權相對性是否存在、如何運用的重要視角，於此稍做補充，法理及其相關案例，將於本章下一節及第三章第一節再深入討論。

今日處理一物二賣既區分債權、物權關係，債權關係僅具相對性，不得用於對抗第三人，那傳統中國法對於重複典賣田宅的糾紛，又依據哪種制度、思想所制定呢？先看條文，《大清律例·戶律·田宅》「典買田宅」條之節錄：

若將已典賣與人田宅，朦朧重複典賣者，以所得重典賣之價錢，計贓，准竊盜論，免刺，追價還後典買之主。田宅從原典買主為業。若重複典買之人及牙保知其重典賣之情者，與犯人同罪，追價入官；不知者，不坐。<sup>35</sup>

律文規定大約可分三部分：一是說明賣主（原業主）若將已經典、賣給別人的田宅重複典賣給第三人者，要以典賣給後買主之所得計贓，準用竊盜罪論罪科刑；第二部分確立田宅歸前典買主；第三部分則將後典買主（包含中介人）的典買行為區分為知與不知，若不知，則返還支出的價金，反之，倘若知情，則與賣主同罪，支付的價金也沒入官府。

條文規定重複出賣（出典）之人，其由後典賣關係所得之財必須計贓，准竊盜罪論處，且後典買之人若知情，也准竊盜罪論處，規範背後表徵的思想，即重複典賣與盜賣無異。清初名幕沈之奇在其論著《大清律輯註》中，就重複典賣田

<sup>34</sup> 參閱：王澤鑑，〈二重買賣〉，收於氏著，《民法學說與判例研究》，第4冊，頁155-156。

<sup>35</sup> 參閱：田濤、鄭秦（點校），《大清律例》，頁198。

宅的行為評曰：「田宅已經典賣與人，即是他人之業矣，若朦朧重復典賣，與盜何異？」<sup>36</sup>」所以重複典賣，出典、出賣的已不是自己的田宅，而是他人的田宅。

「典買田宅」條不是單純用於調節人民的買賣關係，而是視重複典賣為犯罪行為，一方面懲罰「盜賣他人田宅」的原業主，另一方面，也對於知情的後典買者、中介人，以與原業主同論及價金充公的方式懲罰、遏阻。這種思考模式，當然與今日一物二賣的思考方式截然不同<sup>37</sup>。

此外，還要探討本條與現行民法法律效果較相似的部分，也就是田宅及後典買者已支付之價金的歸屬。關於田宅的歸屬，條文直接規定田宅歸前典買主，至於後典買主的權益，在不知先前已經存在典賣關係時，僅獲得回復原狀，即「追價還後典買之主」的結果，交易關係無法獲得更進一步的保護，條文也沒有就當事人（原業主）之給付不能，課予賠償後典買主損失的規定。因此如論者的研究成果，或可再次應證立法者明顯地認為，田宅首次典賣後，即便田宅的外觀上還處於原業主支配使用的階段，但契書的交換收執，已具有移轉「業」的意義，業主地位移轉為前典買主，先成立的交易關係也是必須保護的<sup>38</sup>。其實這樣的規範與思想，也是立基於當時的經濟社會，傳統農業社會中，田宅是最重要的社會財富，也是法律保護不受侵犯的重點，因此，田宅業的歸屬，當然也是以保障先有的、既有的利益為優先<sup>39</sup>。

其次，關於後典買者已支付的價金，如前所述，既然業主已非出典、出賣之人，而原業主與後典買之人的典賣關係當然不被承認，清律只能做出回到起點，即一切回復原狀的規定，自然也沒有現代意義下，債權關係成立，出賣人給付不能時，須負損害賠償責任的可能性<sup>40</sup>。

<sup>36</sup> 參閱：沈之奇(著)，懷效鋒、李俊(點校)，《大清律輯註》，上冊，頁 236。

<sup>37</sup> 參閱：張益祥，〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉（臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年），頁 119-125。

<sup>38</sup> 參閱：張益祥，〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉，頁 122-123。

<sup>39</sup> 參閱：張生，〈民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心〉，頁 16。

<sup>40</sup> 參閱：張益祥，〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉，頁 123-124。

至此，對帝制中國的傳統法典中相關規定的討論，算是告一段落<sup>41</sup>。整理分析上述法規範，筆者粗略歸結傳統法官方律、令、例對於「債」的認識與想像：從體系上，並沒有將債的概念從財產法律中分析出來，只是在個別條文中各自適用，沒能發展出成套的債法理論<sup>42</sup>；因此律令實質內容中，無法從近代法權利、義務的概念體系出發，也不是從當事人——人民的角度出發制定規範，而是從統治階層的觀點出發，認為行為到達影響社會秩序時，即給予行為人懲處，即便該原因行為出於簡單的負債、催討等，清代循吏劉衡（1776-1841）即謂：

民間命案及械鬪巨案，其起釁之由，往往基於細故，不可不慎也。如些小錢債、尋常口角之類，其事微矣。<sup>43</sup>

例如前面提及的清律「違禁取利」條，規定處罰債主以私債強奪貲財，這不是單純規範債之追討的律文，或許是擔心強奪過程中致人傷亡的結果，影響地方秩序、社會安寧；甚或可與《大清律例·刑律·賊盜》的「白晝搶奪」律例比較行為動機、手段，而決定行為人應適用哪條律例<sup>44</sup>。因私債追討導致強奪傷人，甚至命案、械鬥等，或許就是傳統中國的統治階級極力避免，以強制性的法律規定

<sup>41</sup> 至若清朝的《戶部則例》及各省省例，本論文並打算探討。因後者範圍過廣，而前者乃戶部的官修書籍，禁止坊間翻刻，行用範圍有限，且內容應可說是機構的管理章程和辦事規則，並非用於調整民事法律關係。參閱：田濤，〈虛假的材料與結論的虛假——從《崇德會典》到《戶部則例》〉，收於倪正茂(主編)，《批判與重建：中國法律史研究反撥》（北京：法律出版社，2002年），頁251-261。

<sup>42</sup> 參閱：霍存福，〈古中國與古羅馬契約制度與觀念的比較〉，收於曾憲義(主編)，《百年回眸：法律史研究在中國》，第2卷·當代大陸卷（下），頁669-670。

<sup>43</sup> 參閱：劉衡(撰)，《庸吏庸言》，收於官箴書集成編輯委員會(編)，《官箴書集成》，第6冊（合肥：黃山書社，1997年），頁196。

<sup>44</sup> 《駁案續編》卷2的「索欠搶奪公牛毆傷事主身死」一案，巡撫與刑部於乾隆年間，就債主溫其海揪同鄭乾彩、鄭光瓏向負債者張祖俊及其兄張祖超索欠負債，毆傷張祖超（負債者之兄）致死一事，巡撫原以「搶奪殺人」例，對下手致張祖超死亡的鄭乾彩擬斬立決等，刑部卻以「律載『以私債強奪取人孳畜者，杖八十』等語，此則雖有強奪之事，而衅起私債，情非盜賊可比，故罪止擬杖，不與搶奪同科。」及「情節雖屬強橫，但就因其弟張祖俊負欠不還所致，與匪徒憑空搶奪者迥不相侔。」等等為由，駁回巡撫之見。於此，或可謂為追討私債而強奪與一般的搶奪乃肇因不同動機，刑部以為不可相提並科同樣的罪刑，但從另一方面思考，刑部提出統一的見解後，才解決了地方疑問，是否也表示這兩個罪名是曾被相提、交互適用，容易混淆的。參閱：全士潮等(纂)，何勤華等(點校)，《駁案匯編》（北京：法律出版社，2009年），頁632-635。

者。

除了對債主行為的限制，懲處負債違約不還的明文亦清楚地規定於歷代的律典中，以罰金、笞、杖等手段威嚇負欠之人，並要求備償，但更細部的情節，諸如今日民事法中的給付不能、給付遲延等問題發生時，該如何解決，則未見其詳。在少數規範運作下，當實際遇到更複雜的錢債、田土糾紛時，將如何解決債之給付對象及範圍的相關問題？因此下一節希望能藉由判牘、案件，尋求問題的答案。

## 第二節 清代「錢債田土案件」的審判模式

上一節列舉秦漢以降至明清的錢債、田土規範，大致上重現中國法律史中靜態規範對於民間債之糾紛的想像及防禁界限，然而，實務操作中，規範是否被遵循？又傳統法典中雖然具有調整私人利益關係的條文，但從前述說明，也可以看出不僅數量不足，更缺乏一致的體系性，則審判無法可依時，又該如何處理？從靜態規範面到動態審判面，考量史料數量與時間上的接續比較，本節以清代「錢債田土案件」的審判為例，在帝制的最後一個王朝，與人民最頻繁、密切接觸的地方基層衙門（府、州縣）如何審理這些佔總案件量半數的「民間細故」？面對最直接影響民眾日常生活的案件<sup>45</sup>，運用了哪些律例？蘊涵何種法思想？審判結果是否皆如本章之首提及的恆春士兵賒帳案的處理方式，債之關係的客體欠缺相對性？或該例僅為特例，當時早蘊涵類似債權相對性的法思想存在？

為解答前述問題，筆者以清代州縣衙門堂斷，以及文人、名吏判牘為媒介，從他們（或說是隱身其後的幕友們）的專業眼光，觀察清代的審判文化。為求集中在與主題相關的案件比較，並參照條文及前一章的債之相對性定義，故將判牘分為三類，第一類討論債主、負債者之間是否具有主體相對性的案例；第二類則接續對債之主體相對性進行探討，將重複典賣田宅案件專列一項討論之；第三類則探究在傳統審判中，債之額數等客體內涵究竟為相對特定或實具任意性？

此外，行文上為使讀者閱讀時能清晰瞭解案件，故將判牘分為(1)事實關係、

<sup>45</sup> 參閱：梁治平，《在邊緣處思考》，頁 152。

(2)承審官吏判詞，兩部分，前者由筆者自行整理史料，後者則直接摘錄原文，以存其真。

## 第一項 人人皆為魯仲連<sup>46</sup>，好義輕利持高節？

### ——債主、負債者的相對特定案件

關於傳統「錢債田土案件」的審判，交易行為主體是否存在相對性的法理，藉由判牘內容探討如下：

#### 判牘一 李全盛拐騙方豫泰行棉花案

(1) 事實關係：李全盛於乾隆三十九年（1774）向武全德、康有增領得八百兩銀從事買賣銅鉛的生意，乾隆五十三年（1788），李全盛生意失敗逃亡；同年，李全盛至四川巴縣請姚治珍（即姚興盛）出圖章，向方豫泰行賒取棉花，積欠該行及吳行義一千餘兩銀，又逃逸。

方豫泰行、吳行義對李全盛、姚治珍，以及姚治珍的雇主趙公佐提告，要求償還銀兩。縣令先判趙公佐、姚治珍兩年內找回李全盛還債，姚治珍找尋李全盛不得，認昔日出資予李全盛的武全德、康有增為李全盛的伙計，將他們一起押解到案。

(2) 巴縣堂斷：

前經訊明有判，原令趙公佐、姚興盛找回李全盛還賬，如逾限兩年，全盛不來，賬歸趙、姚兩姓倍繳。不料興盛回陝，找不著李全盛，乃以全盛之本之財東康有增、武全德解渝，拖累二載。姚治珍已押斃，趙公佐旅食維艱，若再拘押，是實騙債者李全盛置身遠揚，而拖累死者又有三人矣。堂

<sup>46</sup> 《史記·魯仲連鄒陽列傳第二十三》記載：「魯仲連者，奇人也，好奇偉倜儻之畫策，而不肯仕官任職，好持高節。」魯仲連協助趙國退秦，趙平原君欲封賞他，他卻辭不肯受，平原君只能設宴款待，在酒酣之際取千金贈魯仲連，他仍不受，說：「所謂貴於天下之士者，為人排患釋難，解紛亂而無取也；即有取者，是商賈之事也，而連不忍為也。」辭平原君，不復見。參閱：司馬遷（撰），裴駟（集解），《史記》，下冊（臺北：宏業書局，1972年），頁994-996。此處小標題以魯仲連為名，借其輕利行為，配合本段判牘二于成龍的判詞，于縣令要求人人皆為魯仲連，好義輕財，一起擔負債務。這種審理的思考方式，值得討論。

斷債銀既有全盛，理宜備文赴陝原籍查拿，康與武著帶文回去安業，趙公佐具結回省，各尋生理。俟李全盛獲日，再來對質。<sup>47</sup>

案件主線圍繞著騙債人李全盛，他先後經商失敗、賒欠債款逃亡，債主於是向縣衙稟報，希望能將銀兩要回。

若以現代法學眼光來看，本案當事人關係層層複雜，可能產生合夥、僱傭、代理、買賣等法律關係，須個別釐清，方能處理個別當事人間的特定債權債務問題。然而，從巴縣的堂斷看來，不止一次的審判，做出了一些足令今人注意的命令。首先，命令將圖章交給騙債人李全盛的姚治珍（即姚興盛），還有姚治珍的雇主趙公佐必須在兩年內找回李全盛還債，否則李全盛所積欠的債款，須由趙、姚兩人加倍繳納，這一個判決結果，不僅在債之主體上未能個別說明趙、姚兩人須繳納李全盛欠款的原因，而且加倍繳納的理由為何，也未能進一步說明。

其次，姚治珍遍尋不著李全盛，竟將過去給予李全盛資金的武全德、康有增押解到案，縣衙一開始未釐清武、康二人與李全盛的關係，以及二人與方豫泰行之間有無關係，即一併予以看押，這樣的作法全然違背債權相對性原理。清代縣衙在本案的處理方式是另一套存在於過去選任官吏腦中的「知識」：處理問題時，將「有關」人等押解到案，尋出騙債之人，對質明白，追債治罪，達到簡化案情、有效處理糾紛的目的<sup>48</sup>，難謂其審判思維具近代民法債之相對性的法理，其判決結果自與債權相對性不符。

判牘一最終因被押的姚治珍在案件審理過程中病逝，同樣被押的趙公佐（姚氏的雇主）也處於「旅食維艱」的困境，縣令擔心若持續拘押趙公佐與武、康二人，真正騙債的李全盛尚未到案，三人重蹈姚氏覆轍，被拖累病死，因此終於決定將三人釋放，使回鄉安業，待查拿李全盛之後，三人再到案說明即可。判決結果認為真正應該清償債款的是李全盛，暫不對其他人追究，但仍未釐清他們與方豫泰行的關係——縣令過去逕自認定姚治珍、趙公佐應清償，且須加倍清償，後

<sup>47</sup> 參閱：四川省檔案館(編)，《清代巴縣檔案匯編 乾隆卷》（北京市：檔案出版社，1991年），頁269。

<sup>48</sup> 參閱：梁治平，《清代習慣法：社會與國家》，頁136-137。

來卻又免除了趙公佐的清償地位，只給予了未來須對質的義務。縣衙最終釋放三人的考量，或許只是簡單的出於避免纏訟多年，又發生當事人痠斃的結果，但未能釐清個別關係，逕將所有可能有關的人一併看押、一併釋放的審理方式，顯然與今日債之相對性的法理不相符合。在判牘一中未見法理，那另一件由清初縣令于成龍（1618-1685）<sup>49</sup>審判的案件內容又如何？

## 判牘二 購貨爭執之妙判

(1) 事實關係：錢歸氏中秋日向月中桂茶食店購買月餅共三百文，因店中生意忙碌，店夥孫小弟謂錢尚未收，錢歸氏則謂錢已付訖，兩方爭執口角，縣令于成龍經過，雙方喊稟，于縣令聽雙方供詞並詢問在場旁人，旁人之詞又異。

(2) 于成龍判詞：

本縣細核雙方情節，錢歸氏年已六旬，貌尚誠實，似不至因此三百文之數，而頓起邪心，……。月中桂一省馳名，年湮代遠，信用之佳、生意之忙，冠絕全省，當亦萬無以此區區三百文之數，而索詐一鄉嫗，……況店夥孫小弟供稱在店服務已有八年，則其人自必誠實可靠，更不至有索財之事故。查核情節，雙方似均無誤。……本縣令為爾等判，使錢歸氏再出三百文，則錢歸氏未免太冤；使月中桂認收三百文錢，則月中桂亦必以人人效尤為慮，而不肯受屈。本縣現查店中購物者，計有三百人以上，何不人人為魯仲連，出而一解此紛乎？每名一文，一鼓而三百之數可足。在出錢者不過一文之微，當必無甚吝惜，而雙方爭端，自可平息，為計之善，莫善於此。平訟聽獄，本縣之職，排難解紛，亦賢者之責也。<sup>50</sup>

<sup>49</sup> 于成龍，字北溟，號于山，山西省永甯縣人，明萬曆四十六年至清康熙二十四年（1618-1685）。順治十八年（1661）任廣西柳州羅城縣縣令，康熙六年（1667）升為四川和州知州，兩年後遷湖廣黃州府同知，康熙十三年（1674）又升湖廣武昌府知府、十七年（1678）任福建按察使、十九年（1680）擢為直隸巡撫，隔年躍至兩江（江南、江西）總督，卒於任期。其古文詞亦稱盛，清初良吏、廉吏。參閱：襟霞閣(主編)，《清代名吏判牘七種彙編》（臺北市：老古文化事業，2000年），頁2；于成龍(撰)，《于山奏牘》（北京：全國圖書館文獻縮微複製中心，2006年），說明頁1-7。

<sup>50</sup> 參閱：于成龍，〈購貨爭執之妙判〉，收於襟霞閣(主編)，《清代名吏判牘七種彙編》，頁47-48。

本則清初判詞更有意思，縣令于成龍面對買賣雙方各執一詞，旁人又沒有一致證詞，即以買主錢歸氏「貌尚誠實」、賣主月中桂「信用佳」，以及受僱於賣主的孫小弟「誠實可靠」為由，認為雙方皆無誤，既無法要求買主再支付買價，也不願判令賣主承擔損失的情形下，乾脆令在店購買、圍觀的三百餘人一人出一文錢，集資給賣主，解決這次價金交付與否的紛爭。于縣令本人對於自己的審判結果相當滿意，認為「為計之妙，莫善於此」。

由此案看清初地方官解決人民錢債糾紛的方式，同樣並未按照某種客觀規範解析債之關係，甚至沒有使用到任何當時的律例，相反地，解決爭端的方式是要求雙方協調，甚至雙方以外的周圍人們都進入協助解決糾紛的範圍，由整體付出弭平個別的損失，過去對於債務、責任的歸屬，必須從全體社會關係的角度切入思考。這也是研究傳統中國民事審判的學者滋賀秀三所稱，存在於中國傳統社會，重視全部與整體，多方協調的一種「正義衡平感覺」，也就是所謂的「情理」<sup>51</sup>。作為清代「錢債田土案件」的判斷指針，「情理」（「天理」、「人情」）概念<sup>52</sup>，在判牘中被高高揭示，不斷出現。

在判牘二中，依「情理」所作成的結果，以今日眼光乍看，或許有些不可思議，因為如此一來，在場購物、圍觀的人莫名地被課予給付價金的義務，成了債務人，當然也違反今日債之相對性原理中，債之關係存乎特定相對當事人之間的原則。

然而，清代對「錢債田土案件」的審判，堅守債之關係存在於特定債主、負債者之間的判決結果全然無存，而皆要求雙方、多方退讓協調？恐亦不然。同由縣令于成龍作成的另一則錢債糾葛批詞，卻與本案審判結果大不相同。該案事實關係大約是吳辛承欠董康明錢債八十千，縣令于成龍將吳辛承拘押，令負債吳氏十日內如數將欠款繳案，或先覓殷實舖保，保證款項。此時，負債人之兄吳辛源提出兩項主張：弟弟過去已付款兩次共本利六十五千，且餘欠三十千亦已由債主

<sup>51</sup> 參閱：滋賀秀三，〈中國法文化的考察——以訴訟的型態為素材〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 13。

<sup>52</sup> 參閱：滋賀秀三，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 22。

董氏情讓免付，請求縣令開釋弟弟，縣令于成龍除駁回負債者之兄吳氏的主張，並仍堅持原先的審判結果：

（吳辛源）稟稱兩次付款均由陸景山過付，計本錢五十千、利錢十五千，餘欠三十千，已由債主董康明情讓免付，則當時債務已清、糾葛早了，何不將借據收回銷毀？……總之，錢債糾葛以契據為憑，空口說話，斷難作據，亦斷難取信。……仍着爾兄趕速將欠款如數依限，交到本署以便開釋。如謂在押不便尋款，准取具殷實舖保，亦可釋出。倘延宕不理，再經原告覆控，定當從重責罰不貸。<sup>53</sup>

審理結果，並不像判牘一將「有關」人等全部押解到案，或是判牘二由多方協調、相讓，反而明確要求負債者將欠款如數依限交到，債主毋庸妥協，錢債糾葛中的當事人並無更動，債額也未增減，負債者必須向債主如數清償，連償還期限都依照原限，完全符合今日債權相對性法理的內涵。這類簡單、俐落，要求負債者依契據向債主清償的判詞，亦非特例。

不過，在做出傳統中國法中是否存有債之相對性法理的結論之前，筆者稍稍岔開，從本案延伸探討清代「錢債田土案件」的審判特色之一：契據的重要性。從縣令的批詞可知，重點著眼於契據的有無，以契據、券約為憑，是錢債案件最重要的判斷依據<sup>54</sup>。不只從前述購貨爭執的批詞有「錢債糾葛以契據為憑」一語，可以看出契據的重要性，本章之首的恆春士兵賒帳案，也提及店主提出士兵簽署的欠款收據，故州縣官認定士兵欠款為真的判決結果，同樣可以看出契據的重要性，可見契據在清代民間審判中擁有重要，甚至是決定性的地位。這種對要式契據的重視態度，延續到民國初年大理院的判決中，仍然是判決勝敗的關鍵，民初大理院審判時，契據的作成、移轉，成為物權是否移轉的重要要件，在登記制度未完善施行前，填補了這段真空的時間<sup>55</sup>。

回到傳統中國法時期，「錢債田土案件」的審判中是否存在債權相對性法理，

<sup>53</sup> 參閱：于成龍，〈錢債糾葛之妙批〉，收於襟霞閣(主編)，《清代名吏判牘七種彙編》，頁 65-66。

<sup>54</sup> 參閱：那思陸，《清代州縣衙門審判制度》，頁 249。

<sup>55</sup> 詳參論文第二章註 105。

藉由前述判牘，仍無法確認類似的觀念是否存在於傳統中國，故續以重複典賣田宅案件為例，觀察傳統中國法社會，當出賣人非田宅的業主時，地方官如何確認三方，甚至多方的錢債、田宅關係，藉此觀察州縣官審理案件時的法理思想。

## 第二項 重複典賣田宅案件

清代官府對於重複典賣田宅的審判，張益祥已研究官方的審理結果，研究結果指出，關於田產的歸屬，按照《大清律例·戶律·田宅》「典買田宅」條的規定，須還前買主管業，但遇有特殊狀況時，官吏可能做出將田宅歸給後買主管業的決定，例如前買賣關係未必存在時等情；至於重複典賣的田價，依律本應由賣主將重複典賣的田價還給不知情的後典買人，但有時會基於賣主本身的償還能力，決定是否令其追還重賣價金，若賣主無法歸還後典賣價金時，則返還之責甚或可能轉嫁至前買主，即現業主<sup>56</sup>。

依張氏對重複典賣田宅案件中，田宅歸屬及返還重典賣價的歸責對象，這兩方面的研究結果，傳統州縣官的審判並未完全依據律條，也不存在債權相對性的法理的拘束，尤其在重典價金這部分，州縣官依據賣主本身的資力決定是否追還價金，甚至可能將返還價金的關係轉至原本並無典買關係的前、後買主之間，要求前典買主支付金錢給後典買主，如此作為，當然違反債權相對性法理，債之關係僅存在特定人與特定人之間。不過，也有完全依照律條解決糾紛的判決結果，若完全依照律條判決，則田宅歸前典買人為業，出賣（典）人向後典買人重複收取的價金，則須返還之。這樣的結果，雖然恰巧合乎現今繼受歐陸法的處理方式，但所依據的並不是債權相對性法理，僅是一種類似出（典）賣人盜賣田宅，後出賣（典）行為不能成立，只好消除後典賣行為，使回復原先第一次出賣（典）的態樣，故命出（盜）賣人將重複收取的典價還給不知情的後典買人。

關於條文規範的論述，在本章第一節第二項已對《大清律例·戶律·田宅》「典買田宅」條進行深刻的討論；至若審判史實，研究者張益祥的碩士論文〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉一文的第五章第二節也做

<sup>56</sup> 參閱：張益祥，〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉，頁 188、190。

出深入的分析<sup>57</sup>，筆者相當認同張氏的研究成果，因此，以下僅就筆者所見州縣官審理重複典賣糾紛時，綜合舉一則判牘並分析之。該判牘在田土歸屬上未完全遵照律例規定「從原典買主為業」，但在價金返還的部分仍可謂符合律例規定，要求出賣一方將所得重賣之價還給後買受人，呈現如下：

### 判牘三 王越萬父子重典私賣案

(1) 事實關係：父親王越萬於雍正元年（1723）先後將一筆田地典與周兼兩、李堯階。後來，越萬之子澤雅於雍正四年（1726）冬季，背著父親將該田以三十九兩田價成交賣與汪見武，已收二十兩銀；隔年春天，父親王越萬又將同一筆田地絕賣給周兼兩。兒子王澤雅並未將已收的田價還給汪見武，汪見武不滿，故割刈、破壞田地作物，致多方纏訟多年。時任江南安慶府知府的清代名吏徐士林做出讞詞。

(2) 徐士林判詞：

見武買於子手，兼兩買於父手，直在兼兩，曲在見武矣。……蓋此案買田，論是非，不論先後也。

當傳汪見武當堂詰訊，重責二十五板，以儆刁貪。王越萬本應提究，卷內詞稱年老，姑從寬免。其子王澤雅縣雖薄責，不足蔽辜，飭縣加責十五板，以儆騙詐。仍照縣斷，著落汪見武名下追搶稻六石，即於王越萬繳田價銀內扣除稻價二兩，給周兼兩收領完糧。田歸兼兩，照契管業。汪見武買契，發縣塗銷。王越萬繳庫銀二十兩，除扣稻價二兩外，餘著汪見武領回結案。<sup>58</sup>

可見知府徐士林審理本案時，認為前買賣關係的買主汪見武買於兒子之手，後買賣關係的買主周兼兩買於父親之手，故徐士林以「父在子不得自專，理也<sup>59</sup>」等語為由，判令田歸後買主周兼兩管業。這部分的判決跳脫律條，而以「理」之

<sup>57</sup> 參閱：張益祥，〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉，頁 182-191。

<sup>58</sup> 參閱：陳全倫、畢可娟、呂曉東(主編)，《徐公讞詞：清代名吏徐士林判案手記》（濟南：齊魯書社，2001年），頁 158-159。

<sup>59</sup> 參閱：陳全倫、畢可娟、呂曉東(主編)，《徐公讞詞：清代名吏徐士林判案手記》，頁 157。

曲直為判案依據。

至於重複賣價的部分，前買主汪見武當初先支付的二十兩田價，仍令王越萬如數返還汪見武，但二十兩須扣除二兩給田地業主周兼兩受領，作為汪氏過去追搶田中稻穀六石的補償，即仍由重複出賣田地的王家將重複收受的賣價還給重買人汪見武。雖然本案並未出現賣主資力不足，由業主代替返還重賣價銀的判決結果，不過，另外值得注意的是，在本案中，身為父親的王越萬並非將田地出賣與汪見武之人（出賣人是兒子王澤雅），但父親在小家庭中為輩份、年齡最高的男子，被賦予家長的職責，須代表家對國家負責<sup>60</sup>，此外，家中財產也是由家長統一支配<sup>61</sup>，因此知府徐士林最終命父親王越萬將王家重複賣田獲得的銀兩繳還予重買人汪見武，而不是要求當初的出賣人兒子王澤雅返還重複出賣的價金。可以說判決不符合今日債權主體上的相對性，締結買賣契約的雙方當事人才是債之關係中的特定人，但這裡觸及的是傳統中國法以家庭為單位的概念，而非近代歐陸法的個人主義思想，因此，知府將王家視為一單位，要求王父返還重複收受的田價，並未將返還田價的義務轉而歸責予不相干的前典買主（業主），也算是符合《大清律例》「典買田宅」條的規定。至若關於家族主義和個人主義兩個衝突的價值觀，以及價值觀帶來對債之關係的衝擊等問題，則留待第五章第一節再做更深入論述。

回到判牘一至三的審理原則，以判牘三為例，很明顯地看到知府徐士林以「父在子不得自專，理也<sup>62</sup>」這樣的用語來判定是非，也就是前面提到以「情理」這套「常識性的正義衡平感覺」來處理人民的錢債、田土糾紛。「情理」的內涵如學者寺田浩明所言，強調重視調整人際關係時的衡平感覺，一方面依據一般的人

<sup>60</sup> 參閱：滋賀秀三，《中國家族法の原理》（東京：創文社，1967年），頁290-291。中譯本：張建國、李力（譯），《中國家族法原理》（北京：法律出版社，2002年），頁236-237。

《大清律例·名例律》「共犯罪分首從」條：「若一家人共犯，只坐尊長。若尊長年八十以上及篤疾，歸罪於共犯罪以次尊長。如無以次尊長，方坐卑幼。謂如尊長與卑幼共犯罪，不論造意，獨坐尊長，卑幼無罪，以尊長有專制之義也。」從該條條文也可以看出統治者認尊長在家既有專制之權，故對國家負有責任，以其為責任主體的想法。參閱：田濤、鄭秦（點校），《大清律例》，頁118。

<sup>61</sup> 參閱：黃琴唐，〈民國初年親權法制的開展——以大理院的司法實踐為中心〉，頁33-34。

<sup>62</sup> 參閱：陳全倫、畢可娟、呂曉東（主編），《徐公讞詞：清代名吏徐士林判案手記》，頁157。

情道理，他方面亦須顧慮個別案件情況，而非追尋某種預先客觀存在的嚴格規則，因此在傳統中國，無論在民間或國家，具體化、實定化的處理規範都是不存在的<sup>63</sup>，不存在制度化後的法律、規則，當然包含債權主體相對性法理，或其類似概念。

### 第三項 馮驩燒券<sup>64</sup>的美德與義務——債務範圍的相對性或任意性？

從前兩項的論述歸結，所謂債之關係中的主體相對性法理，不存在於傳統法社會中的債主與負債者之間，當無疑問。本段另起探討的，則是債之範圍、內容是否受到相對性法理的限制。

#### 判牘四 林老告鄭祖案

(1) 事實關係：鄭興於康熙五十五年（1716）以住屋向林老胎借二十兩，約定每年利銀六兩，三年內還清，如違契未償，則屋交給債主林老典賣。但鄭興當年只還利銀二兩，次年鄭興亡故，其子鄭祖亦只還利銀一兩，至雍正九年（1731）進而將住屋典於第三人王福，致債主林老損失，故呈告。縣令判鄭興利銀免追，將住屋交付林老掌管，仍以二十兩本銀贖回。

後林老亦亡，鄭祖一再拖延，兩年間都不肯將本銀還給林老之子宗興，並稱銀兩乃向族叔鄭允借支，與林老無關，知府徐士林駁斥之。

(2) 徐士林讞詞：

<sup>63</sup> 參閱：寺田浩明，〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 194。

<sup>64</sup> 《史記·孟嘗君列傳第十五》記錄孟嘗君請食客馮驩至薛地收取息錢，馮驩至薛收取部分息錢，對其餘未償還者，「持券如前合之，能與息者，與為期；貧不能與息者，取其券而燒之。」參閱：司馬遷(撰)，裴駟(集解)，《史記》，下冊，頁 947。儘管以現代眼光，馮驩以債權人之代理人的地位，當有免除債務、延緩清償期限的權利，並不違背債之相對性，但若司法者認為債權人皆應有馮驩風度，遂判令減免債務人的債務，則恐怕有失之違背債之相對性的可能，例如清中葉著名官員胡林翼曾於判牘中認為身為債主應該做到「稍具天良，亦可效馮煖之市義，而將借券焚矣。」故以此正、反面思考，「馮驩燒券」究竟只是一種美德，還是官員以審判強加債主的義務，以此為小標題。參閱：胡林翼，〈索債逼命之妙批〉，收於襟霞閣(主編)，《清代名吏判牘七種彙編》，頁 278。

對之簿下，鄭祖自認借銀情實，唯以家貧不能完納為詞，且有「極知林老叔恩情」一語，天良未泯，尚存一線耳。丁署丞憐其貧苦，議詳積欠利銀，概與免追。著將前進之屋，暫付林老掌管，俟銀到贖回。縣批如議飭遵。

豈（鄭祖）一充道役，即聰明頓開，知騙債、知翻供、知欺人，並知抗官耶？……予以重杖革職，以儆冥頑。契內銀兩，本應本利倍追，乃林宗興稟稱，鄭祖哀求伊母，母憐其貧，只求歸還原本。賢哉巾幗！鄭祖寧不愧死？<sup>65</sup>

案件纏訟多年，前部分是負債的鄭興、鄭祖父子與出借銀兩的林老之間的胎借糾紛，由縣令處理；後部分則是債主林老已亡故，由兒子林宗興出面，續與負債者鄭祖爭執，這部分則由知府徐士林處理。

關於縣令解決的前部分，主要有兩點：①負債者鄭祖典與第三人王福的住所交由債主即林老管業；②憐憫負債者貧苦，免除負債者鄭祖的十五兩利銀，僅需償還本銀二十兩，即可向林老贖回住屋。

知府徐士林處理的後部分，他首先確認原債主及負債者間債之關係存續，並申斥負債者提出債主另有其人和不願償還二十兩本銀的主張。然徐士林本欲命負債者償還雙倍本利，作為懲處，但因債主主張願意免除利銀，只求追回本銀，故徐士林仍從縣令見解，判令負債鄭氏僅需清償二十兩本銀。

本案主要爭點在縣令處理糾紛的前部分。第一，胎借的意義類似今日的抵押權<sup>66</sup>，舉債者將住屋設定抵押予放貸者，以獲取貸款，但在本案中，舉債的鄭氏父子嗣後又將住屋典與第三人，為平反債主無故失去利益的委屈，縣衙直接除去典權人之權利（要求將住屋交付抵押權人管業），無論以今日民法的法理、條文，或是置身於傳統法社會，理解過去的審判思維，都可歸結出這是對於先設定抵押權之人的保護，並無不妥<sup>67</sup>。第二個爭點，就值得討論：縣令因負債者貧苦，逕

<sup>65</sup> 參閱：陳全倫、畢可娟、呂曉東(主編)，《徐公讞詞：清代名吏徐士林判案手記》，頁 486-488。

<sup>66</sup> 參閱：王泰升，《台灣法的斷裂與連續》（臺北市：元照出版，2002年），頁 134-135。

<sup>67</sup> 民法第 866 條：「不動產所有人設定抵押權後，於同一不動產上，得設定地上權或其他以使用收益為目的之物權，或成立租賃關係。但抵押權不因此而受影響。（I）前項情形，抵押權人

自判令減免負債之利銀十五兩，僅需償還本銀二十兩。雖之後知府徐士林判決時，債主的母親已指示債主免除利銀十五兩，僅須返還本銀二十兩，但債主在前階段爭訟時既未表示免除，則縣令可憐負債者家貧，減少債務的決定，必然影響債主的利益。相較繼受法債權相對性，特定人使特定人為一定給付的法理概念，論者認為在傳統中國州縣官的觀念裡，契據呈現當事人之間的關係（bond），一方的確欠另一方錢，但內容（債務的數額）仍然由他裁量：州縣官可以要求一方返還全額、半額或更少，全由他決定，且不必考量債權人的意見，契約字據僅僅使債權人對債務人得有所要求（a mere claim）<sup>68</sup>，而非絕對必須遵守的特定給付。

至於州縣官裁量數額的多寡如何決定？研究者指出是由當事人向州縣官申冤，訴說自己被欺壓，對方的無理霸道，請求「青天大老爺」作主<sup>69</sup>。這種當事人申冤請求官員作主的說法，與今日主張自己權利的言談很不一樣，後者著眼於證明自己擁有的特定權利，在雙方主張不一或對立的部分，請求法官做出勝敗判斷；前者則主訴自己的委屈，如何可憐被欺壓，以及對方如何惡形惡狀<sup>70</sup>。州縣官依據當事人喊冤的內容，做出合情合理的判斷，在林老告鄭祖一案（判牘四），州縣官一方面遵循一般人民認知「殺人償命，欠債還錢<sup>71</sup>」的普遍「道理」，但又顧及負債的鄭祖家貧，事出無奈，本諸「人情」憐憫，故令免去償還利銀，僅

---

實行抵押權受有影響者，法院得除去該權利或終止該租賃關係後拍賣之。（II）」在林老告鄭祖案（判牘四）中，若以現今觀點解決當事人關係，則抵押人鄭祖可將已抵押之住屋典（其他以收益為目的之物權）給第三人王福，但抵押權人林老如果覺得實行抵押權有影響時，可請求法院除去該權利後拍賣。回到史料本身與歷史情境，縣令並未將住屋拍賣，或許在於過去甚少以絕賣清償債務；此外傳統中國為熟人社會，因此，知悉他人的田宅所有、典、胎借等狀態，應不是難事，推定後來的典權人知曉典物現況（已被胎借），直接除去典權，雖無法保護典權人的利益，但仍不失其合理性，故傳統法在抉擇保護誰的權利上，毋寧採取保護既有利益（先設定者）更勝於後來的交易安全，此態度觀前述《大清律例》的「典買田宅」條關於重複典買的部分即明。

<sup>68</sup> 參閱：鞏濤（Jérôme Bourgon）（著），黃世杰（譯），〈地毯上的圖案：試論清代法律文化中的「習慣」與「契約」〉，收於邱澎生、陳熙遠（編），《明清法律運作中的權力與文化》（臺北市：中央研究院、聯經，2009年），頁241-242。

<sup>69</sup> 參閱：寺田浩明，〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，收於滋賀秀三等（著），王亞新、梁治平（編），《明清時期的民事審判與民間契約》，頁216-218。

<sup>70</sup> 參閱：寺田浩明，〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，收於滋賀秀三等（著），王亞新、梁治平（編），《明清時期的民事審判與民間契約》，頁214-218。

<sup>71</sup> 參閱：瀧川政次郎，〈非理法權天：法諺の研究〉（東京都：青蛙房，1964年），頁283-284。

需清償本銀即可。在「情理」的交互作用中，有理之方未必全勝，無理他方也未必全敗<sup>72</sup>，位處外觀上弱勢的一方，甚至可能利用自己的弱勢，在對方無理時申冤，甚或對方有理不屈時，非議這種態度乃不近「情理」。

和本章之初提及的恆春士兵賒帳案一樣，債務的範圍是由州縣官自行裁量，不具有繼受民法債之關係客體的相對性。儘管州縣官有裁量的權力，也不代表清代審判都導致債務範圍被任意增減，仍有為數不少的案件，是州縣官判令負債者如數清償的，如乾隆時期知府張船山所判「索債口角妙批」一案，案件事實是謝泰和欠張啟華貨價四兩銀，儘管另外涉及債主張氏家人受託往赴索債時，與負債者謝氏家人衝突，動手的負債者謝氏之子成立手足毆人成傷律等，但知府張船山仍不忘命令「謝泰和欠張啟華銀四兩，即飭當庭清償。<sup>73</sup>」判詞中雖提到當事人「彼此素識<sup>74</sup>」，但知府張船山仍作出欠款者清償之價額與當初欠負之額相等，並當庭清償的判決，並未因雙方相識，或負債者家人毆傷債主家人，而使清償債額、時限有所增減變更。

此外，本章註 44 提及《駁案續編》卷 2 的「索欠搶奪公牛毆傷事主身死」一案，張祖俊積欠溫其海食宿費，並向溫氏借銀，共計十五兩，事後釀成債主溫氏帶人往赴討債時，毆打負債張氏之兄致死，但刑部除就債主及同往討債之人毆斃他人等行為給予制裁外，就張氏積欠十五兩的部分，仍作出如下判決：

張祖俊因欠銀不償以致釀命，本有應得之罪，但今伊兄已死於非命，姑從寬免其究擬，仍照追銀十五兩給溫其海。<sup>75</sup>

也就是刑部仍判決要求負債張氏須照數向債主溫氏償還積欠費用及借款，並未因為討債糾紛致負債者受損等情，逕減免負債債額。

總之，無論地方官審判民間錢債糾紛之結果，是否以「負債者貧苦」等理由

<sup>72</sup> 參閱：梁治平，《在邊緣處思考》，頁 153。

<sup>73</sup> 參閱：張船山，〈索債口角之妙判〉，收於襟霞閣(主編)，《清代名吏判牘七種彙編》，頁 173。

<sup>74</sup> 參閱：張船山，〈索債口角之妙判〉，收於襟霞閣(主編)，《清代名吏判牘七種彙編》，頁 173。

<sup>75</sup> 參閱：全士潮等(纂)，何勤華等(點校)，《駁案匯編》，頁 635。

增減債務範圍，或仍命如數清償，未見債之關係客體的相對性原理存乎其間。故州縣官員審理結果，雖有時恰好符合特定人間請求給付的債權相對性定義，但他們審理時是依據「欠債還錢」、「典當備償」的「理」；並不能將「理」等同視為現代抽象存在的法理，「理」是斟酌具體案件，在一般大眾都能認可的範圍內，做出大家都能接受的判決，以求得社會安定，如清代曾任知縣、知府的官員方大湜（1821-1886）稱：

錢債以券約為憑，……其券約分明者，自應照律追償。若不追償，則富民不敢放債。一遇歲饑，或新陳不接，小民束手矣。<sup>76</sup>

官員指出照律追償債務，未必對借債者不利，反而因為債務都能清楚結算，才能維持富民對於放貸事業的信心，貧民荒歲時才有借款之處，保有維繫生活的機會，達到維持社會和諧穩定的狀態。因此，地方官做出對欠債者追償的判決，也是合理、達到社會安定的方式。

從另一方面看，官員、幕友同時也須考量「情」——維持公平，以減輕貧苦負債者之債務，或要求有餘力的人都出一己之力等方式，作出減少償還債額、增加其他債務人等判決結果。判決結果是為了最終達到保持鄰里關係和諧、化解緊張情緒，讓他們能長久共同生活，也是州縣官身兼地方統治者，在實際審判時最在乎的。

換一個角度，或許傳統法律社會認定包含於「特定人」範圍的當事人，並不是現代透過締結債權關係的債權人和債務人，而是共同生活在糾紛範圍中的一群人，他們有時剛好是現代意義下的債權人與債務人，有時則包含更多；而所稱「特定範圍」，也不以現代民法眼光的債額為衡量標準，而是一筆能彌平糾紛、實現正義的數額，目的是讓債主、負債者，乃至他們的家人、鄰里朋友都能繼續在原地生活，同樣地，這筆數額有時等於當初雙方訂立的債額，更多時候卻是依靠地方官審酌雙方關係、財力背景等，決定負債者必須償還若干價金。

所以，確實沒有合乎現代法學意義的「債權相對性」法理存在、支配這個傳

---

<sup>76</sup> 參閱：方大湜，《平平言》，收於官箴書集成編纂委員會(編)，《官箴書集成》，第7冊，頁675。

統法社會，但是當然也不能直接認定傳統中國地方官審理「錢債田土案件」時不具邏輯，過去存在一套自行運作的邏輯，只是與今日不同罷了。

### 第三節 轉變初試啼聲？——研析晚清各省審判廳判牘

走過兩百餘年，清朝的統治從生澀到成熟，是否也開始僵化老舊？迎面吹來西風，帶著「司法獨立」等嶄新氣味，漸漸覆蓋紫禁城區，伴著社會經濟變遷，法律不足因應的困窘時勢，西方法思潮發酵。統治菁英們開始反思是否拋棄行政、司法一體的制度，給予司法審判獨立地位，以此標誌法律文化進步。因此在中央，光緒三十二年（1906）改大理寺為大理院，專司審判；在地方各省，各級審判廳於宣統二年（1910）陸續成立，依據的法源，追溯至光緒三十三年（1907）頒行的《各級審判廳試辦章程》及宣統元年（1909）的《法院編制法》<sup>77</sup>。

除了司法機構獨立設置，不得不提的是，依據《各級審判廳試辦章程》第1條規定，案件被劃分為民事與刑事二項<sup>78</sup>，不再延續清代審判制度以徒刑為界，區分徒以下的「州縣自理」案件，或以上必須交由上級衙門覆審者。清朝末年，新法給予審定「理之曲直」的民事案件一套屬於自己的審判規則，程序上似乎開始繼受歐陸近代法，然而在民事實體審判中，是否同步更新？或仍是承接傳統法思想的遺續？轉型初試啼聲的司法單位，審判者及人民如何理解這些從「錢債田土案件」轉變而成的民事案件？這類案件的判決結果又為何？

#### 第一項 判牘解析

抱持著債權相對性法理是否在地方司法機關萌芽，又或是仍然未存的疑問，深入帝制中國最後二年（1910-1911）的晚清各級審判廳一探究竟。以下仍將債權相對性區分為當事人主體相對性和債之客體相對性兩種，綜合以兩則欠債未還

<sup>77</sup> 參閱：李啟成，《晚清各級審判廳研究》（北京：北京大學出版社，2004年），頁58、67-74。

<sup>78</sup> 《各級審判廳試辦章程》第1條：「凡審判案件分刑事、民事二項，其區別如左：一、刑事案件：凡因訴訟而審定罪之有無者，屬刑事案件。二、民事案件：凡因訴訟而審定理之曲直者，屬民事案件。」參閱：政學社（印行），《大清法規大全》，第4冊（臺北市：宏業出版社，1972年），頁1857。

的判牘討論研析之。行文方式同前一節區分(1)事實關係、(2)審判廳判決，兩部分解析案件，前者由筆者自行整理，後者則直接摘錄判詞原文。

#### 判牘五 職官虧空公款借債不償 梧州地方審判廳

(1) 事實關係：浙江玉環同知駱子卓虧空公款，無力償還，故於光緒三十三年（1907）四月向嚴冥階立借據借洋一千元，約定是年冬季照數本利歸清，惟尚未償清，負債之駱氏即於次年八月不告離浙，轉赴梧州、柳州任職，債主嚴氏多方打聽、追至梧、柳州，於梧州審判廳呈訴，請求償還欠款本息並旅費、雜費等因追債虧累者。

(2) 審判廳判詞：

（駱子卓）所借嚴冥階之款自應回粵售產或另籌清償，以踐前約，否則於柳州府署任內，嚴冥階來署追債，即應設法清理，乃遲之又久，償款無著，致令嚴冥階迭稟上訴，逗留甚久，請求損害賠償，本無不合。惟嚴冥階以前慨然以千百元鉅款濟駱子卓之急，交誼不為不篤，今雖遠道索償，而駱子卓近況欠佳，本息償還，一時尚難辦到，若復備列他項費用，絲絲計較，負擔過重，於事實究屬難行。應判令駱子卓按照原約本息銀色限期清償，以息訟端而全友誼。嚴冥階追債來桂不無損失，即以柳府所用之款作為川資，嚴冥階不得格外要求，駱子卓亦不得再求減少。判決完案。<sup>79</sup>

晚清由廣西省梧州地方審判廳所審理的案件，債主提出兩個項目請求償還：一是借款本息，二是追債旅費。判詞認此二請求並無不合，然考量下列兩要素：一是兩人過去交情，二是負債者的財務近況，而做出如下判決結果：借款本息部分，限期命負債者還清；債主追債旅費部分，則以柳州府用款項償還；最後責令債主不得格外請求，負債者亦不可再求減少。

晚清地方審判廳的審判者一方面同意債主所主張的債款、支出費用成立，另一方面卻又以當事人之間的關係及負債者財務情形為由，未命負債者如數歸還，

<sup>79</sup> 參閱：汪慶祺(編)，李啟成(點校)，《各省審判廳判牘》(北京：北京大學出版社，2007年)，頁97-98。

反而減免債主要求的旅費部分，僅命負債者償還原借約之本息。但又考慮到債主追債的損失，命另一人（機關）清償，即負債者所任職之官署，要求官署出資補償債主的損失。若以繼受法的債權相對性法理為思考依歸，審判者另命一新償還者，而此人與原債之關係並無關連，僅為負債者所屬官府，已與今日債權相對性法理不符；且判詞中無法看出剝奪債權係依法審判，或由債主同意減免，亦違反債之客體相對性的法理。

判決結果大有歸諸「情理」，安撫雙方當事人、調整當事人關係的意味，相較前述清朝年間作成的判牘，邏輯似乎一致。然而，晚清審判廳作出悖於債之相對性的判牘非僅一例，再舉另一判詞為例：

#### 判牘六 積欠貨款無力繳還趁隙潛逃 安慶地方審判廳

(1) 事實關係：張光梯於光緒三十三年（1907）向金赤紅、潮世高開設之同萬順木棚批發木料，陸續歸還貨款，仍欠洋二百八十九元，金氏等出賣木料之人提出告訴，張氏亦承認欠款，惟其主張之款數與原告所主張者不一致。雖有保人劉鎮堃具保，被告仍於訴訟期間趁隙潛逃，未清償欠款。

(2) 審判廳判詞：

本廳責令保人劉鎮堃、該族族長張湖榮、張湖峰將光梯家產切實查明，開單呈核，以憑拍賣抵款。茲據張湖峰等開單前來，應即闕席判決。

查閱張湖榮等開呈張光梯家產只有瓦屋四間、菜園一個，已押與人田種五斗零，賃種他人田種三斗零，此外別無值錢之物可以抵債，當將單開田產一併斷歸金赤紅等收受，金赤紅等以變價為難，不願受產，亦係實情，著劉鎮堃、張湖峰等限期兩月變價呈繳，以便飭領，除變價外尚有不足之數，自應責令張光梯一律清償，以為懸債遠颺者為戒。惟張光梯家產既經查明抵債，准情度理，自不能則將餘債即日繳還，應寬限償期，自宣統五年正月起，每月繳還本洋二元，至數迄乃止。訟費應由張光梯繳納，姑念

赤貧，遵章寬免。此判。<sup>80</sup>

同時期由安徽省安慶地方審判廳作成的判詞，雖未如前述梧州地方審判廳之判詞，減免原負債者債務，並另命他人一同擔負償還債務的義務，惟本判詞以欠款人潛逃，故地方審判廳命保人及家族族長變賣欠款人家產償還；但家產仍不足清償，故判令寬限債務清償期限。雖謂欠款人赤貧無力償債，此乃「准情度理」之舉，惟此卻拘束債權人之期限利益，即特定人債權人受領一定給付內涵中的時間利益被剝奪，違反今日債權相對性的法理。

## 第二項 晚清審判廳的延續性

如上一節所述，傳統中國社會中，州縣官、知府等地方官處理錢債、田土紛爭時，與其適用數量不足的律例，不如在不極端違背法律的範圍內引用「情理」，除填補條文之不足，更因「情理」乃深藏官民心中的一套「常識性的正義衡平感覺」，以此為裁判基礎，更容易使民眾接受，方可達維持秩序、親民服民的目的<sup>81</sup>。以此觀點出發，有學者統計晚清各級審判廳判詞，以「情理」進行判決的民事案件所佔比率將近一半<sup>82</sup>。晚清變法修律，儘管引進民法法理的衝突疑慮，遠不如刑法變法那般引人注目<sup>83</sup>，但看似順利的民事財產法繼受<sup>84</sup>，在實務審判操作上，卻不像條文、法理的翻譯那般簡單；何況這些新式民法法理甫由松岡義正等外籍修律顧問於京師法律學堂（1906年成立）講授予有幸進入中央的知識份子，教授範圍、時間不能稱廣泛、長久，難想像距離繼受核心較遠的地方法律人員知悉債權相對性法理。

<sup>80</sup> 參閱：汪慶祺（編），李啟成（點校），《各省審判廳判牘》，頁 103-104。

<sup>81</sup> 參閱：滋賀秀三，〈中國法文化的考察——以訴訟型態為素材〉，收於滋賀秀三等（著），王亞新、梁治平（編），《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 12-15。

<sup>82</sup> 參閱：李啟成，《晚清各級審判廳研究》，頁 165-173。

<sup>83</sup> 關於晚清刑法繼受時，就多項議題引起的禮法之爭，可參閱：黃源盛，《法律繼受與近代中國法》，頁 199-286。

<sup>84</sup> 身分法在民律一草頒布時，修訂法律館就注意到「關涉禮教」，會同禮學館審定；相較之下，民事財產法（前三編）的繼受，確實較為順利。參閱：俞廉三、劉若曾，〈編輯民律前三編草案告成摺〉，收於法律修訂館（編），《法律草案彙編（一）》，大清民律草案彙編 奏摺頁 3。

綜觀晚清審判廳推事們的判決，實質上仍與清代傳統審判相同，審理被賦予「民事案件」新名的錢債、田土糾葛時，情理，似乎仍舊是最重要的審判法源，「准情度理」斷之一一「准情」係指考量「情誼」，故於判牘五說明當事人雙方的交誼，盼能「息訟端而全友誼」，亦指考量「人情」，期許當事人雙方相互體諒，故於判牘六中延緩債務人的清償期限；「度理」，則是衡諸事物的普遍道理，於錢債問題是「欠債本應還債」的理解<sup>85</sup>，並非繼受法體系建構「當事人一方得依法向他方請求一定給付」的邏輯法理，審判者並非依繼受法理判令特定債務人清償債務，且對於雙方已確定之一定債額，亦未要求債務人如期、如數地提出給付。

那麼，在傳統法氛圍仍遍行於各級審判廳的民事審判時，不過一、二年光景，民國初年的大理院受理、審判民事案件時，如何運用繼受之債權相對性，與傳統法理進行競逐呢？

#### 第四節 小結

從法規範面看來，傳統中國法處理錢債糾紛的律法發源甚早，秦代的出土文獻中就有規定負債應限時償還，以及禁止債主以強行的手段質押人或物以擔保債權等。然而，儘管錢債問題隨著時代推行，國家法律的規範內容稍加清晰複雜，但統治者只在田土、錢債糾紛危害社會秩序，或有破壞安定之虞時，方以律法干涉之，以期一方面達到「為政以順民為本」的理想，他方面實在也受限於傳統中國廣土眾民，少數官僚無力負擔過多民間事務的現實問題。

深入聚焦於「債」之性質，秦漢至明清，變與不變的少量錢債、田土條文中，傳統中國法規範對於「債」的認識與想像並非近代民法權利、義務的架構，遑論「特定債權人對特定債務人請求一定給付」此般債權相對性法理的存在；此外，條文規範也不是以當事人的角度制定，而是從統治者的觀點出發，認為人民的行為達到影響社會秩序時，則給予行為人懲處，故無論是債主的特定催討手段或負債者積欠債款，都清楚地明定以罰錢、笞、杖等方式威嚇破壞社會秩序的行為人。

<sup>85</sup> 參閱：滋賀秀三，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁 29-42。

懲處「不法」的行為人之外，關於要求負債者償還的規定，雖唐代以降，條文已有要求負債者「備償」這類較似近代民事效果的規定，但更精細如給付不能、遲延等問題，即便至清代，在《大清律例·戶律·田宅》「典買田宅」條等律例中，仍未見其詳。至此，可斷定傳統中國關於錢債、田土的規範，與今日繼受的民事法並不相同，過去也未曾看見符合債權相對性，或與之相類的規定。

從傳統中國法中的審判實踐面觀察，州縣官、知府等地方官依據具體個案不同的情事，做出不同的判決，並不需要顧及各判決確立的結果之間有無邏輯的一貫性<sup>86</sup>，或者說，現在以為的「邏輯」，並不存在於過去，當然也沒有債權相對性法理的拘束。不受債權相對性法理拘束，不代表地方官處理「錢債田土案件」時沒有一個既定的方式。地方官從全體社會關係的角度切入思考，要求當事人雙方，甚至周圍的人們都進入協調的範圍，共同負擔負欠；對於債主提出契據中的數額，也只能代表當事人之間的關係、債主的要求，而非地方官審判時絕對必須遵守的特定給付，數額仍由地方官考量整體關係及個別情事，做出定奪。

決定哪些人必須進入協調範圍，以及債之數額的多寡，則以「情理」判定。若使有餘力之人都出一己之力，減少負債者須償還的價額，而親鄰關係可和諧、長久的走下去，基於官民心中「常識性的正義衡平感覺」，則使原來錢債糾紛以外的人償還，並無不可；或州縣官雖基於欠債還錢的當然之「理」，但又照顧負債者貧困無法全額清償的自然之「情」，自行裁量清償之額，亦無不可，事實上，能達到化解鄉里緊張情緒、親民和民的目的，這才是地方官統治時最在乎的。

總之，無論是從傳統中國法的靜態條文面或動態審判面，都不能看到近代民法債權相對性法理，或與其相類的法理存在，或是換一個角度說，傳統法律社會中所認定的「特定」相對人，並不是以締結錢債借貸、田土典買等債之關係的當事人為特定人，而是共同生活在糾紛範圍中的一群人，他們有些是親戚，有些是鄰里，有些則兼具雙重身分，有時恰巧符合現代民法意義下的債權人及債務人；同樣地，「一定給付」也未必等於契據作成、交執時的金額，而是糾紛發生時，

---

<sup>86</sup> 參閱：賀衛方，〈司法獨立在近代中國的展開〉，收於何勤華(主編)，《法的移植與法的本土化》(北京：法律出版社，2001年)，頁44。

州縣官、知府等官員認定足以彌平爭執、實現正義的數額，因此，除了契據上的數額可參照執行，更多時候，官員還需審酌雙方關係、財力背景等因素，決定負債者償還若干價金及償還時限。

到了清朝的最後幾年，繼受腳步踏出，《大清民律草案》完成於宣統三年（1911），表徵「司法獨立」的各級審判廳也在草案完稿的前一年陸續於各省成立。這股西風，儘管圍繞在外，促成獨立司法機構成立，卻好像沒有完全吹入新式審判廳推事的民事審判中，傳統法「准情度理」的思維仍充斥於各省地方、高等審判廳對於民事案件的處理，而未實現《大清民律草案》及各家學說所說明的債權相對性法理。轉瞬十年內，民初大理院作為司法審判的最高機構，卻做出確立債權相對性的見解，在細節內容上，又是如何說明、運用呢？





## 第四章 民初大理院判決例實踐債權相對性

晚清以前的傳統中國法審判，並不存在近代意義民法中的債之相對性法理，無論主體間或客體範圍，審判者（在晚清各地設立審判廳以前，他們同時也是地方的最高行政長官）依照情理裁決民間的錢債、田土糾紛，或許也可以說，過去對於「特定當事人」及「一定給付」的想像與現在不同，定義是否是糾紛範圍內的當事人，依據的不僅是債之關係，還有很多社群牽連，給付範圍也只要足以弭平紛爭即可。

在第二章說過兩個大理院指稱債權乃相對權的判例（判決一、二），它們的法律關係都是相對簡單的，如果遇上更複雜的案件，大理院的推事們又是如何貫徹債權相對性的法理呢？因此，第四章的目的用於獨立討論這些判例，深入判決全文內容，觀察民初最高審判機構對於債權相對性的運用，以及確定法理是否確實貫徹，或仍有搖擺不定之例？

第一節將從更多類型的複雜案例切入，如比較債權與物權、出賣他人或共有物的案件、買賣租賃關係和一物二賣等，觀察民初大理院在複雜、多變的法律關係中，如何貫徹適用於債權、債務人相對特定有疑義的案件；並獨立出一物二賣（典）的案件類型，分析討論，觀看大理院如何在紛亂的債之關係中釐清孰為債權人、債務人，或只是關係以外的第三人？民初的法律菁英們是否具備重整債法關係的能力？

第二節則探究債之範圍、內容有爭執的案件：大理院面對債權、債務人單方面要求增減債務或變更清償期限時，作何判斷？第三人介入要求債權人刪減債權數額或延緩債權實現的期限時，又該如何處理？或許今日我們可以簡單以為當事人不可單方面要求，第三人若無法定原因，當然也不能介入他人的債之關係，然而，回想前一章的傳統法氛圍，債額實踐的多寡依人際關係等因素增減調整，則民國初年繼受歐陸法之初，直覺認定推事們必能做出符合債權相對性法理判決的想法，或也有待商榷。又當第三人並非單純私人，而是行政機關時，大理院如何

分別公權力與私人關係領域、界分行政與司法的權能？

本章將更深刻剖析大理院推事在判決中運用債權相對性的態度，呼應法理的定義，並接續晚清各級審判廳的時空，簡單點出這些判決可能蘊涵哪些思想，開啟下一章法史觀論述。

## 第一節 當事人相對特定

時至清末民初變法繼受，整個學術、實務界瀰漫著近代民法的氛圍，民初大理院對於民事債之關係的案件，開始做出有別於傳統法的見解，也就是遵照債權相對性的法理運作審判，論文第二章曾提及三年上字第一三號（判決一）判例要旨：

債權係特定人對於特定人之權利，故債務人不履行債務時，債權人惟得對於債務人請求履行。<sup>1</sup>

要旨明確定義債權的性質具相對性，這相對關係存續於債權人與債務人之間，也就是債之關係主體間的相對特定。符合《大清民律草案》債編編首所稱「債權者，特定一私人（債權人）使他之特定一私人（債務人）為一定行為或不為行為之權利也。」<sup>2</sup>者，非僅一例，有更多更複雜的案件援引債權相對性法理審判，下面就這些判決要旨、全文理由進行剖析，並提出筆者個人見解。

### 第一項 多角度再論主體關係

以下從三件不同類型的判例為例，切入再論大理院判例中債之關係主體間相對特定性質。首先，如同第二章第二節從民律草案及學說解析債權具相對性性質時，利用物權絕對性作為比較，彰顯債權相對性的特徵，其實比單純說明債權更為清晰；實務運作也採行這種比較方式，如二年上字第一三一號判例：

#### 判決三 民國二年上字第一三一號

<sup>1</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁471。

<sup>2</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁1。

抵押權在現行法律上為一種物權關係，故抵押權人之權利，對於抵押義務人以外之第三人，亦得依法對抗，若第三人就抵押物取得所有權時，抵押權人仍得依法實行其權利。惟抵押權人對買主自可為提存買價之請求，買主若應所求，則抵押權人之權利，即為該買主之第三人而消滅。而該買主之第三人，亦得對於抵押權人提存其滿意之金額，令抵押權人之權利歸於消滅，而安然取得其物之所有權。反是，抵押權人斷不能令買主之第三人，於提存買價之外，更代債務人為單純債務之償還。蓋債權、債務為特定人對於特定人之關係，苟無法律上特別原因，自無向債務人以外之第三人得以主張之理。<sup>3</sup>

(1) 法律關係：上告人王春暉主張李繼廣以茶店、醬園店底、傢具為質，向他借錢三千吊，後又將醬園店底、傢具賣給被上告人劉仞千，故王春暉（債權人）以被上告人劉仞千（第三人）替李繼廣（債務人）代還李氏欠負他人之債等理由，主張劉仞千亦應向他清償李氏欠負之債。

(2) 原審判決：山東高等審判廳認為出賣人與他人之債務，斷無由買受人承還之理，故買受人劉仞千以所應出之買價無代負他債義務。

(3) 大理院判決：

抵當權人之債權斷不能令買主之第三人於提存賣價之外，更代債務者為單純債務之償還。蓋債權、債務為特定人對於特定人之關係，苟無法律上特別原因，自無向債權人以外之第三人得以主張之理。<sup>4</sup>

(4) 判決結果：大理院另以原判未確認上告人王春暉與第三人李繼廣之間債權債務關係是否存在，於職權上應盡能事未盡，故撤銷發還山東高等審判廳。

大理院撤銷高等審判廳判決的主要爭點，在於上告人王氏與第三人李氏之間是否確實存在債權、債務關係未臻明確，故撤銷發還高等審判廳更為審理，撤銷判決的理由與債權相對性無涉，但判決文中可見上告人主張李繼廣以其店底為質

<sup>3</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第8冊，頁80。

<sup>4</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第8冊，頁82。

向他借款，李氏後又將店底賣與被上告人劉仞千後，上告人要求店底買受人劉氏代還，卻接連被高等審判廳、大理院駁回此項上告意旨，大理院更明確指出抵押權是一種物權關係，得對抗一般人，惟雖抵押權人得命抵押物所有權人（在本案為買受抵押物之劉仞千）提存外，不能令抵押物所有權人代債務人清償債務，因債之關係乃特定人間的關係，不能對第三人主張。此番說明清晰比較物權與債權的差異，說明物權具絕對性，債權僅具相對性。

儘管是從與物權比較的角度上觀察，判決三的法律關係依然相對簡單，故再舉五年上字第五三一號判決，本案有四方關係，其判例要旨如下：

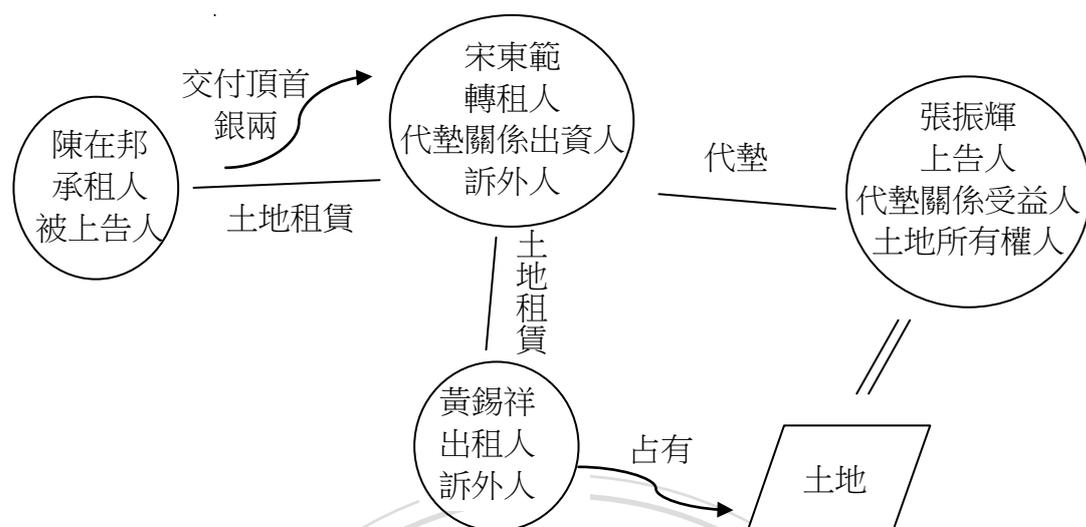
#### 判決四 民國五年上字第五三一號

債權乃對於特定義務人之權利，非經他人合法承認債務，或其債務因法令當然移轉於人者（如共有人關於共有物費用，對他共有人所負債務，當然隨應有部分轉移是），債權人不得對於債務人以外之人請求履行。<sup>5</sup>

(1) 法律關係：被上告人陳在邦向訴外人宋東範承租土地，並繳交頂首銀兩（類似今日的押金<sup>6</sup>），被上告人因認宋東範替上告人張振輝（即土地所有人）墊付訟費及築圩等費，且係由於上告人向土地占有人黃錫祥（訴外人）收地，致其租賃權不能存續，故於租賃關係終結後，向上告人請求償還頂首銀兩。

<sup>5</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁6。

<sup>6</sup> 頂首銀：又稱為頂耕銀、頂手銀、頂價等。清代指佃戶租地時所交業主銀錢，退佃時須歸還。佃戶往往據此可將租地轉佃。又，佃戶轉佃時，向新佃收取的銀錢亦稱頂首銀，退佃時亦須歸還。參閱：中國歷史大辭典編纂委員會(編纂)，《中國歷史大辭典》，下卷（上海：上海辭書出版社，2000年），頁1770。



(2) 原審判決：江蘇高等審判廳判被告陳在邦給付與宋東範之頂首銀兩，由上告人張振輝償還，抵銷宋東範（代墊關係債權人）對上告人張振輝（代墊關係債務人）之債權。

(3) 大理院判決：

債權乃對於特定義務人之權利，非經他人合法承認債務，或其債務因法令當然移轉於人者（如共有人關於共有物費用，對他共有人所負債務，當然隨應有部分轉移是），債權人不得對於債務人以外之人請求履行，此至當之條理也。

被告承租第三□沙地時，其所出之頂首銀兩既係由宋東範收受，則於租借關係終止時，即應仍由宋東範負償還之責（債權關係），上告人既未合法承認其債務，法律上亦無當然移轉之原因，自不得責上告人代為負擔。至上告人於宋東範所墊付之訟費及築圩等費，雖尚未償還，然此乃上告人與宋東範之債權關係，與被告無涉。<sup>7</sup>

(4) 判決結果：撤銷原判，大理院改判宋東範所收被告陳在邦之頂首銀兩，毋庸由上告人張振輝償還。

判決四的法律關係較為複雜多層。大理院特以括號說明被告（承租人）

<sup>7</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁7。

與轉租人宋氏之間的土地租賃乃債權關係，並以「債權乃對於特定義務人之權利」等觀點提示下級審判廳：若非當事人間合意，或有法定移轉債務之因，債權人不能對債務人以外之人請求債權<sup>8</sup>，故廢棄高等審判廳的判決。大理院堅守債權相對性的法理，說明上告人張振輝與訴外人宋東範之間為代墊關係，而宋東範與被上告人陳在邦之間則是租賃關係，陳在邦不得以該債權關係，要求當事人以外之人償還銀兩。大理院清楚解析每段法律關係，反對高等審判廳塊狀式、恐怕只為了方便而任意抵銷債權、債務的作風。

再次，下一個案件是出賣他人之物的案件，本案涉及三方債權、物權契約關係，尤可觀察大理院說明債權相對性，不可對抗契約外之人的法理，先列判例要旨如下：

#### 判決五 民國三年上字第四五號

無權限人與人約定絕賣他人之產者，在債權法上該契約當事人間，雖可有效發生權利義務關係，而於他人物權之取得，則非由諾約人先取得其物權後，再為有效之物權移轉契約不可。<sup>9</sup>

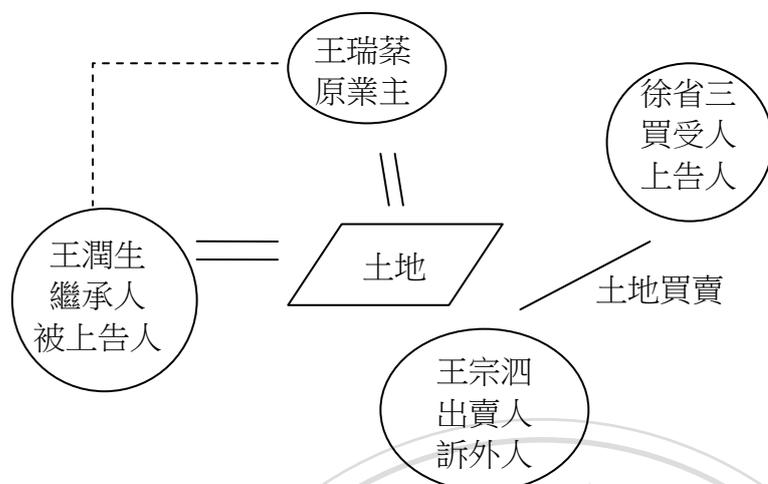
(1) 法律關係：土地原業主王瑞棻故後，王宗泗（訴外人）雖非王瑞棻之繼承人，卻將遺產六頃餘畝賣給上告人徐省三，上告人徐省三主張請求確認此絕賣土地之契約有效，擁有土地所有權。

---

<sup>8</sup> 「債權之讓與」和「債權之承任（債務承擔）」已明文於《大清民律草案》，作為〈債權編〉第一章「通則」中的兩個小節；大理院也多次以判例承認當事人意定移轉債權、債務，並說明要件，如大理院三年上字第六五八號判例要旨：「債務之承任，若係第三人與債權人所為者，則經第三人要約，而債權人承諾即成立承任契約，無論其債務人是否同意、曾否知悉，均非所問，嗣後該承任人對於債權人即應負清償之責。」判決四判例要旨也提到「他人合法承任債務」等語，顯見大理院審理本案時，亦已考量是否有成立債權讓與、承任之情，惟本案並無此等法律關係，故審判機關當然不可團塊式地任意抵銷。參閱：修訂法律館（編），《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 23-30；黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 3 冊，頁 252。

因此，當時債權、債務並非完全不可依當事人的意思表示合致進行移轉，只是在本案中，上告人並未提出承任債務的要約，所以大理院仍清晰梳理三人間的債之關係，駁回債權人、下級審判廳任意抵銷債務的作風。

<sup>9</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 2 冊，頁 399。



(2) 原審判決：直隸高等審判廳以老契仍在被告王潤生之手，歷年納糧亦歸王姓等因，為本案所有權未合法移轉之證，判令原告徐省三返還地產。

(3) 大理院判決：

按現行法例，物權移轉契約須由有完全處分權人與人所締結者方始有效，如係無權限人之侵權行為，則該件所有權仍應維持原狀，不生移轉之效力。其無權限人與人約定絕賣他人之產者，在債權法上，該契約當事人間本可有效發生權利義務關係，而於他人物權之取得，固非由諾約人先取得其物權後，再為有效之物權移轉契約而不可。……原告與王宗泗間即有債權法上權利義務之約定，原不能對抗該當事人以外之人。<sup>10</sup>

(4) 判決結果：原判認定的理由雖有誤會法理之處，但判令原告徐省三返還地產的結果，於法並無不當，仍駁回原告之上告。

大理院明確指出原告徐省三（買受人）與王宗泗（出賣人）之間的買賣契約，並不能對抗債之關係以外之人，即原告不能逕以土地買賣契約對被告王潤生主張土地之所有權，而駁回原告確認土地所有權的主張。

除了債權相對，不能對抗當事人以外之人，另外值得一提的是無權處分的法理。大理院清楚說明王宗泗係出賣他人之物，雖出賣人並無處分權，但其與買受人間的買賣契約（債權關係）仍有效存在，物權行為則須出賣人取得物權後，才

<sup>10</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第8冊，頁82。

能為有效之物權移轉，出賣人王宗泗既未取得物權，則物權移轉仍不能認為有效，買受人徐省三不能謂已得土地之物權。因此，大理院論斷，買受人徐氏未得物權，並非如高等審判廳以老契仍在被上告人王氏之手、納糧仍歸王姓等，只是利用證據證明的方式，大理院從根本的債權、物權關係剖析，利用繼受法理處理法律問題。

此外，大理院清楚區分債權與物權行為，以無權處分的法理確認物權狀態，並同意債權行為仍有效存在買賣當事人間，正確分析法律關係，做出相當精準的法理判斷，此舉恐怕連民國十七年（1928）成立的最高法院<sup>11</sup>，其部分判決尚不及本則判決<sup>12</sup>。

債權乃「特定人對特定人主張，不可對抗當事人以外之人」的法理如何在民初大理院根深蒂固，再看一個令人玩味的買賣與租賃關係的判決：

#### 判決六 民國三年上字第三〇五號

佃權本係物權性質，無論業主更換何人，當然永久存在不受影響；現租則係債權性質，僅對於原業主得以主張，如新業主並未允佃，當然無強求之權。<sup>13</sup>

(1) 法律關係：上告人馬蔭堂主張因負欠官款，而變賣被上告人徐日東向其承租的田地，故應令被上告人交出土地。被上告人則主張向馬蔭堂承租之地與其

<sup>11</sup> 民國十七年（1928）十一月十七日公布國民政府最高法院組織法，定最高法院為全國終審審判機關，設院長一人，綜理全院事務，但不能指揮審判，至此最高法院正式成立。民國三十八年（1949）三月本院隨司法院先遷往廣州，同年八月，由廣州遷至臺北，於重慶南路司法大廈內辦公；八十一年（1992）三月二十三日新建大廈落成後，遷入臺北市長沙街一段六號現址辦公迄今。參閱：最高法院網頁，網址：<http://tps.judicial.gov.tw/about/>，最後瀏覽日期：2011/11/21。

<sup>12</sup> 如最高法院十八年上字六七六號判例謂：「共有財產非經共有人全體之同意，不得由共有人之一人或數人自由處分，若無共有人之同意而與他人締結買賣財產之契約者，則該契約自不得認為有效。」此判例竟謂共有人未得全體同意，與他人締結之買賣契約不得認為有效，以處分權之有無決定債權契約的成立與否，其法理運用顯係錯誤，反不如本文中大理院三年上字第四五號判例（判決五）；惟最高法院今亦廢止十八年上字第六七六號判例，認出賣他人之物時，其債權行為仍係有效。相關討論可參閱：王澤鑑，〈三論「出賣他人之物與無權處分」〉，收於氏著，《民法學說與判例研究》，第5冊，頁77-103。

<sup>13</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第7冊，頁503。

變賣者，並非同一筆土地，即便相同，被告對土地有永佃之權，並非原告所稱的承租關係。

(2) 原審判決：奉天高等審判廳並未審究被告徐日東對土地是否有永佃權，或僅係承租關係，逕認定原告馬蔭堂變賣之地另於他處，不得假冒係爭地段為變賣之地。

(3) 大理院判決：

究竟奉省清查莊地章程在何年、月施行，而當時報領允准之地是否證明確在偏西，第一審檢證報告是否一無可採，原判於此並未詳加釋明，似於職權上應盡能事不得謂為已盡。至被告對於原告之地本有永佃之權（兩造不爭事實），原告則主張繳還押租後，有收條為證，已變為現租，應於原告出賣地畝同時消滅。……本案被告與原告所有永佃關係，是否當時即已聲明繳還押租即變現租，抑該省確有此種習慣法則，原審關於此項重要之點，亦並未依法調查，殊有未合。<sup>14</sup>

(4) 判決結果：撤銷原判，發還奉天高等審判廳。

這則令人玩味的判決主要探討的核心，在今日民法學說稱為「買賣（讓與）不破租賃」，現行《民法》第 425 條<sup>15</sup>有明文，規定縱使出租人將承租人占有中的租賃物交付予第三人，出租人與承租人之間的租賃契約仍對受讓人繼續有效。現行法以突破債權主體相對性的方式，將租賃權此類債權物權化，使之足以對抗當事人以外之人，以保障經濟上通常較弱勢的承租人<sup>16</sup>。

觀諸現行法以立法方式突破債權相對性法理，大理院民國三年上字第三〇五號（判決六）判例要旨所稱「現租則係債權性質，僅對於原業主得以主張，如新

<sup>14</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 7 冊，頁 504-505。

<sup>15</sup> 民法第 425 條：「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。（I）前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。（II）」

<sup>16</sup> 參閱：王澤鑑，《債法原理（一）基礎理論債之發生：契約、代理權授與與無因管理》，頁 18。

業主並未允佃，當然無強求之權。<sup>17</sup>」一語，恰可反證當時大理院遵守債權相對性法理，認為現租乃債權，僅能對締結債權契約的原業主主張，而不能對新業主主張，做出「買賣破租賃」的判決，且被揀擇為判例要旨。同樣貫徹債權相對性原則的案件非僅一例，如民國六年上字第九九四號判例要旨：

租賃契約僅有債權效力，除當事人兩造應受其拘束外，不能對抗第三人。故出租主以所租物之所有權讓與人者，如非讓受人承認其租用之義務，則租主僅得對於原出租主請求履行，或賠償因不履行所受之損害，而不得對於買主拒絕交物。<sup>18</sup>

判例要旨同樣清楚說明租賃契約的債權效力，不能對抗當事人以外的第三人，惟六年上字第九九四號判決全文缺漏，無法確認當事人的法律關係。

最後值得一提的是，儘管大理院關於租賃關係與買賣關係的判決，大致採取「買賣破租賃」的原則，著為判例要旨<sup>19</sup>，但在法條（草案）繼受層面，卻顯現出搖擺不一的情狀。在《大清民律草案》第 680 條反於大理院「買賣破租賃」的主張，規定

不動產之賃貸主將不動產所有權讓與第三人，第三人有此所有權時，代賃貸主有賃貸借關係所生的權利義務。<sup>20</sup>

條文規定不動產所有權讓與第三人時，該第三人即讓受不動產賃貸主（出租人）所有權利義務。就此「買賣（讓與）不破租賃」的規定，條文後的理由說明「使賃貸借仍舊存續，始能保護賃借人之利益<sup>21</sup>」，明顯可知民律一草完全接受德國

<sup>17</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 7 冊，頁 503。

<sup>18</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 4 冊，頁 323。

<sup>19</sup> 除三年上字第三〇五號（判決六）和六年上字第九九四號判例要旨外，八年上字第六八二號判例要旨也以「房東與租主所訂租約，雖有不許主辭客之語，然此項債權契約，依法僅有拘束當事人之效力，不能對抗第三人。故該房屋之買主，除就原租約所訂債務明示或默示承任之意思外，即可不受其拘束。」的見解，重申「買賣破租賃」。八年上字第六八二號判決內容雖得留存，但與判例要旨不符，同樣無法就案情的法律關係深入研析。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 3 冊，頁 281。

<sup>20</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 100。

<sup>21</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第二編債權附理由書頁 100。

民法的立法政策，保護賃借人（承租人），故以法定方式由第三人承受承租人與出租人的租賃契約義務。惟《大清民律草案》對於大理院的判決儘管具相當地影響力，卻沒有絕對拘束力，民律一草中「買賣不破租賃」的規定並未成為大理院審判時依據的法理；此外民國十四年（1925）完成的《民國民法草案·債編》，反而否定《大清民律草案》「買賣不破租賃」的規定，在民律二草第 511 條規定：

出租主於租賃契約成立後，將租賃物所有權讓與第三人者，租賃人僅得向出租主請求履行或賠償不履行之損害，而不得迫令讓受人繼續租賃契約。但讓受人自行承認其租賃義務者，不在此限。

不動產讓受人請求解約者，應遵守相當通知期限；其不為解約之請求者，推定為繼續租賃契約。<sup>22</sup>

租賃人僅得向出租主請求履行或賠償不履行的義務，而不能向讓受所有權的第三人請求繼續履行租賃契約，明顯表現出債權僅具相對性，不能對當事人以外之人請求履行，與前述大理院判例「買賣破租賃」的判例要旨相符。

關於債權主體相對性是否應徹底貫徹至租賃契約，民律二草在此做出與民律一草完全相反的立法，肯定債權相對性，訂立「買賣破租賃」的條文。其原因為何？是否受到前述大理院判例要旨的影響？至民國十八年（1928）的《民法》第 425 條，卻又明訂「出租人於租賃物交付後，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人，仍繼續存在。<sup>23</sup>」本條雖於民國八十八年（1999）稍作修正，但「買賣不破租賃」的法理並未更動，則延續至今日的條文，在立法之初為何做出否定民律二草、回歸民律一草的選擇？礙於篇幅，這些問題或有待未來另起篇章研究之。

<sup>22</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，民律草案債編頁 40。

<sup>23</sup> 參閱：立法院法律系統網頁，網址：

[http://lis.ly.gov.tw/lcggi/lglaw?@67:1804289383:f:NO%3DE04509\\*%20OR%20NO%3DB04509\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcggi/lglaw?@67:1804289383:f:NO%3DE04509*%20OR%20NO%3DB04509$$$NO-PD)，最後瀏覽日期：2012/08/29。

## 第二項 一物二賣（典）案件

民初大理院審理關於債權相對性的案件，有相當簡單的法律關係，也有一連串相類似的案件，如判決五出賣他人（共有人）之物的案件類型，亦不僅一例；然而筆者接下來要從另一個類型的案件——一物二賣（典）<sup>24</sup>案件作為觀察對象，除了因為本類型案件涉及債權契約與物權移轉兩種法律行為，可作為觀察債權相對性的典型案件，更因為《大清律例》中有懲處重複典買田宅的規範，可呼應、比較前一章清代的規範與審判。又清律典買田宅的條文稍做修改後續存於《大清現行刑律》，《大清現行刑律》中與民國國體不相抵觸的民事相關部分，成為民國初年民法典未公布施行前，民事審判應有效援用的法源依據。

學習近代民法的大理院推事們，面對傳統法的束縛，又如何調和、穿梭其間？先列《大清現行刑律·田宅》「典買田宅」條：

若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，以所得重典賣之價錢計贓，准竊盜論，追價還後典買之主，田宅從原典買主為業。若重複典買之人及牙保知其重典賣之情者，與犯人同罪，追價入官。不知者，不坐。<sup>25</sup>

本條與《大清律例·戶律·田宅》的「典買田宅」條幾乎一致，僅將《大清律例》中對重複典賣之人處以「准竊盜論，免刺」的「免刺」兩字刪除，但仍停留在傳統法中回復原狀的概念，欠缺當出賣者給付不能時，對買受人損害賠償的規定<sup>26</sup>。

<sup>24</sup> 由於傳統中國法長期以來在立法上都將「典」與「賣」連稱，程序相同，也都會形成田宅之「業」移轉的外觀，而且在清朝雍正、乾隆以前，出賣人尚可回贖出賣之田宅，與出典人幾乎無異，因此，不可避免地民間出現典、賣交易合流混用的局面。民初大理院時期，仍沿用刪修自《大清律例》的《大清現行刑律》，典與賣存在於同一條文，推事們一併解釋兩者，當事人論述中也常見兩者混用的情形，所以論文行文涉及不動產時，大致上仍同時併列出賣與出典。關於典賣的合分論述，可參閱：郭建，《典權制度源流考》（北京：社會科學文獻出版社，2009年），頁147-150、180-182、192-196。

<sup>25</sup> 參閱：鄭愛詠（編輯），《現行律民事有效部分集解》（上海：世界書局，1928年），第六章頁13。相較《大清律例》，《大清現行刑律》援用處理民事案件的條文雖承繼過去對於違反特定行為的認定，但效力或屬無效，或屬得撤銷，不再據以處罰。

<sup>26</sup> 參閱論文第三章第一節第二項對於《大清律例》「典買田宅」條的論述。

民初大理院推事們面對這樣簡略的條文，如何適用於一物二賣（典）類型的案件，並引進債權相對性這種繼受法的法理，分析前、後（典）買受人與出賣（典）人的法律關係，令人好奇。因此，以下利用大理院的判例，先解析三方的法律關係：一是前（典）買受人與出賣（典）人的債權與物權關係，另一是後（典）買受人與出賣（典）人的債權關係——拘束於傳統律條，大理院推事如何別出心裁，讓舊法更生新意。其次，則從田宅這類不動產為標的物的典買，轉至動產一物二賣的案件，因動產一物二賣案件未包含在《大清現行刑律》民事有效部分的適用範圍內，大理院脫離傳統律例的束縛後，如何以債權相對性法理保障當事人的權利。

### 一、三方法律關係

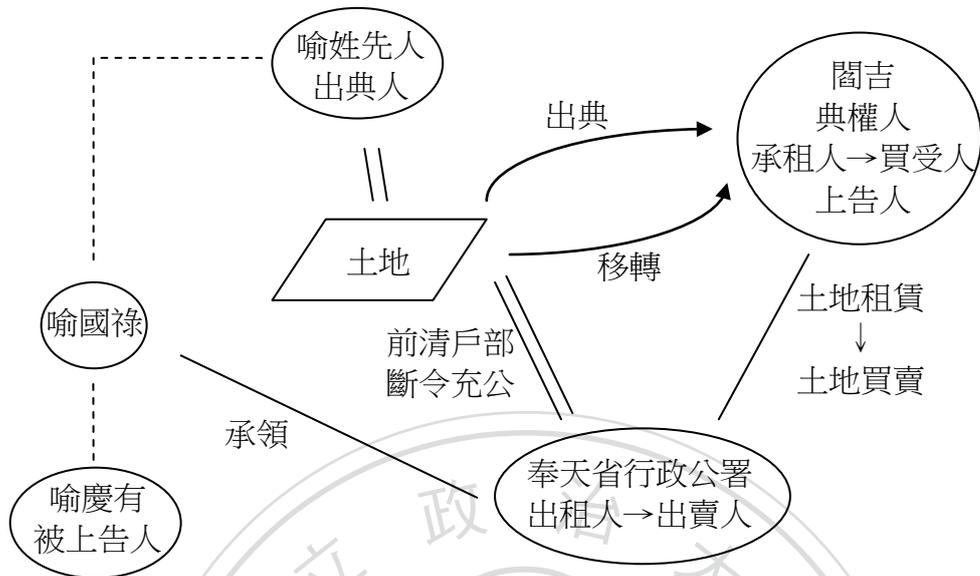
關於前（典）買受人與出賣（典）人間的法律關係，先以大理院四年上字第三二五號判決要旨暨理由討論之：

#### 判決七 民國四年上字第三二五號

律載：「若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，追債還主，田宅從原典賣主為業。」等語，是在現行法上不動產之所有人，以一不動產出賣，如其買賣業經合法成立，則僅最初之買主取得不動產之物權。至價錢之交付係買賣契約之履行，並非買賣契約成立之要件，故買主不依約支付價金，雖可為買賣契約解除之原因，而未經解除以前，其最初買賣仍屬有效，決不能因此遂復以裁判令第三人取得該物所有權，致以一不動產而有兩重之買賣。<sup>27</sup>

(1) 法律關係：被上告人喻慶有先人將土地典予上告人閻吉佃種，後該地由前清戶部斷令充公，上告人閻氏持續佃種，並於民國二年（1913）向前度支司，將該地買為己有，惟僅繳納部分價款。上告人喻慶有則主張喻國祿（訴外人）向官署領名該充公官地，又因喻國祿絕嗣，故主張由己承領。

<sup>27</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁415。



(2) 原審判決：奉天高等審判廳認上告人閻吉拖欠地價，判令係爭土地由被上告人喻慶有承領。

(3) 大理院判決：

該地所有權業經管理該地之主務官署合法移轉於上告人，……主務官廳不但無解除買賣契約之意思表示，且已證明其照章繳價，則無論喻國祿是否絕嗣，即被上告人與喻國祿有何等關係，地既充公即屬官地，自與喻姓無涉。而人民與官廳私法上之權義關係，以視私人與私人相互間之所為，並無或殊，即亦無有以一不動產而為二重買賣之理。乃第一審徒謂被上告人思復祖業情有可原，原審又仍以上告人拖欠地價為詞，遂將財政司已賣與上告人之地復判令被上告人承領，按諸前示律例，實係違法。<sup>28</sup>

(4) 判決結果：原審及第一審判決撤銷，係爭地畝由上告人閻吉承買管業。

判決七值得注意的地方有二：第一，大理院以為所有權既已合法移轉登記於前買受人閻吉，則他人並不能以之後再與官署（出賣人）締結的承領契約，主張取得不動產的所有權，因此撤銷第一審與原審將土地判歸被上告人喻慶有的判

<sup>28</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁416-417。

決，無論第一審以為被上告人喻慶有「思復祖業情有可原」，或原審認定上告人閻吉拖欠地價等理由，皆無法動搖土地所有權的已移轉於上告人閻吉的事實。從大理院判決理由引述第一審判決（很可能是奉天地方審判廳所為）見解，很熟悉地出現「思復祖業情有可原」這類文句，回溯晚清審判廳、清代府州縣衙門對於民事、田土案件的審判，經常看到這種以「情」為審判依據的法思想。因此，可以證明「情理」斷案的方式依舊存在民初的下級審判廳，但大理院堅持繼受法理，駁斥第一審以「情理」斷案的判決，對於這種現象，或許可以稍大膽地歸結：「思復祖業」的「人情」，至此時，已不再是民事審判中最重要依據，大理院有更多的想法、更細緻的法理抱負，解析每一個案件、每一段法律關係，做出合「法」的判決。

第二，本案判決認為契約成立，未經撤銷前，則有效存在，但未區分契約係屬債權契約或是物權契約，亦未以債權相對性及物權絕對性的法理解釋當事人關係、土地歸屬、買賣價金等問題。然而，依照債權相對性的法理，要旨所稱「買賣業經合法成立」，應指買賣關係中的債權契約與物權契約皆合法成立，始能以所有之物權對抗第三人，而非最初買主即可以其與賣主之買賣（債權）契約對抗第三人。此般推測，至民國五年（1916）的上字第二〇八號判決要旨，更能清楚地看出當事人用以對抗第三人的是物權而非債權，判決要旨如下：

#### 判決八 民國五年上字第二〇八號

按現行律〈田宅〉門「典買田宅」律文載：「若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，追價還主，田宅仍從原典買主為業。」云云，其所謂「典賣與人」，自係指設定移轉不動產物權之契約（物權契約）業經合法成立者而言，非僅締結買賣之債權契約者所可遽行援用，依向來慣例，移轉不動產所有權之物權契約，通常以作成契據為其成立要件。故合法作成契據一經交付之後，其標的物之所有權即移轉於讓受人，倘原所有人有重複典賣情事，則後典、後買之人，即使確係善意，亦僅能對於原所有人請求返還價

金，賠償因此所生之損害，而不能取得典權或所有權。<sup>29</sup>

(1) 法律關係：訴外人朱麗庚及朱嚴氏以其所有之田，先後與被上告人顧企香及上告人儲文生立有出賣契約，上告人儲氏（後買受人）以被上告人顧氏（前買受人）之買賣契約內容不完整、土地已過戶於己，並完糧等為由，主張前買受人顧氏與出賣人朱氏等人訂立的契約並未成立。

(2) 原審判決：江蘇高等審判廳將地判歸前買受人顧企香（被上告人）所有，出賣人朱氏償還後買受人儲文生（上告人）支出之買價。

(3) 大理院判決：

乃朱麗庚、朱嚴氏於其田產所有權業已移轉於被上告人之後，竟又以其中一部出賣於上告人，縱使上告人確係善意，而朱姓究不能謂非重複出賣，依上開法例，上告人僅可對於朱姓主張債權追還價銀，並請求損害賠償，而不能以之對抗已經取得所有權之被上告人。<sup>30</sup>

(4) 判決結果：同意高等審判廳之判決，上告駁回。

首先，可以看出《大清現行刑律》「典買田宅」條確實有效拘束大理院推事們的審判，但推事們對於固有法卻給予了新意義。本案就田宅「典賣與人」行為，判例要旨指出必須債權契約和物權契約皆合法成立，所有權才移轉於買受人。區分債權與物權契約皆合法成立一點，並不存在《大清現行刑律》中，四年上字第三二五號（判決七）亦僅對律文做出「買賣業經合法成立，則僅最初之買主取得不動產之物權」的文義解釋，未跳脫固有法的律文框架；然而在五年上字第二〇八（判決八）中，卻將當事人間「典賣與人」的民法行為區分為債權關係與物權關係，物權亦有效移轉<sup>31</sup>後，前買受人才擁有主張「田宅從原典買主為業」此法

<sup>29</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁451。

<sup>30</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判決全文匯覽》（全25冊），第1冊，未刊稿，頁 。

<sup>31</sup> 關於不動產物權移轉的方式，判決八全文亦提到「登記制度尚未頒行，而依向來慣例，則移轉不動產所有權之物權契約通常以作成契據為其成立要件（除有特別習慣法則外），故經合法作成契據，一經交付之後，其目的物所有權即移轉於相對人。」故常以契據的交付為物權移轉的標準，論文第二章第三節第一項「債權與物權的分流」已論述。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判決全文匯覽》（全25冊），第1冊，未刊稿，頁 。

律效果的權利。面對帝制中國法的框架，大理院成功地將繼受法理滲入。

此外，判決理由更清楚的指出：後買受人僅可對於出賣人主張債權，不可以債權對抗已取得田地所有權的前買受人。債權僅具相對性，不可用於對抗當事人以外之人，明確呈現於中。

既然大理院推事以為後買受田宅之人只能向出賣人主張返回價銀和請求損害賠償，則退一步言，後買受人與出賣人間的債權契約有效成立一點，自為大理院所肯認，大理院也不只一次提出這樣的觀點，如四年上字第二二五九號判例要旨說明：

不動產之所有人，以一不動產為二重買賣者，其嗣後所締結之買賣契約，無論其買主是否善意，要皆不過發生債權法上之關係。<sup>32</sup>

不過，肯定後買受人與出賣人之間成立債權契約一點，實亦溢出《大清現行刑律》「典買田宅」條的文義解釋範圍，但無論是四年上字第二二五九號判例要旨，或是五年上字第〇八號判決（判決八）理由中，兩者都承認後買受人與出賣人之間的債權契約成立——後買受人以債權人的身分，對於出賣之債務人，除了可以請求符合條文所稱「追價還主」一語，請求返還支出買價的權利，並增加向給付不能的出賣人請求損害賠償的權利。傳統法以盜賣模式套入重複典賣，無法承認後買受人與非業主的出賣人之間的買賣關係有效存在，只有要求出賣人返還價銀予後買受人，達到「回復原狀」的結果。相同「典買田宅」條文，在民初大理院推事手中，卻注入新式民法觀點，肯認債權契約的存在，而說明依據該債權契約，債權人對於債務人可以主張債之給付，或給付遲延、不完全，乃至給付不能時，各種請求賠償的權利。

## 二、從不動產到動產的一物二賣

前述判決七、八及四年上字第二二五九號三個判決，都是以不動產為買賣客體，而必須適用《大清現行刑律》「典買田宅」條，判決結果，也都將田宅所有權判歸前買受人。事實上，從前面三個判決內容，還是可以感受到傳統社會對於

<sup>32</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第4冊，頁70。

不動產價值的重視，保障不動產所有權人不被侵犯的價值觀。不過，若跳脫傳統社會最重視的田宅財產，而從動產買賣觀察債權相對性法理的適用，反而可以看到大理院跳出律條、傳統社會的框架，找到一片自由適用的天空。如十年上字第七〇四號判決，在該判決中可以看到大理院處理一物二賣案件時，更能條理分明、毫無拘束地運用債權相對性法理：

### 判決九 民國十年上字第七〇四號

賣主就同一標的物為二重買賣，在前之賣約僅發生債權關係，而後之賣約已發生物權關係者，即令後買主締結賣約實有惡意，其對於前買主亦僅發生是否侵害債權及應否賠償損失之問題，前買主對於後買主不能就該標的物已經發生之物權關係，主張其為無效。<sup>33</sup>

- (1) 法律關係：訴外人劉忠祥以同一批木材先與被上告人大高太郎締結賣約，上告人裕盛東明知，仍與劉忠祥締結買賣契約。又劉忠祥（出賣人）與被上告人大高太郎（前買受人）所立之契約書第五條明訂授受木材期限，惟尚未交付；上告人裕盛東（後買受人）主張訴外人王某將係爭木材交由上告人保人（訴外人），轉付上告人，則被上告人不可本其與劉忠祥所締結之交木契約向他請求交付木材。
- (2) 原審判決：吉林高等審判廳認定上告人裕盛東締結契約的行為惡意，令其同受被上告人大高太郎與劉忠祥所締結合同的拘束。
- (3) 大理院判決：

被上告人與劉忠祥所立契約書雖有「非本契約完全履行，不得更與他人締結賣約」之訂立，就屬被上告人與劉忠祥之關係，而在上告人一面即令其與劉忠祥締結新約之時，曾知有該約，而對於被上告人實無違約之可言。……又訟爭木材既經劉忠祥二重買賣，在上告人與被上告人之關係，果應由何造取得所有權，自應視何造首先由劉忠祥履行本約實行交付。……（被上告人）於劉忠祥實行交付以前，未能就訟爭木材取得所有

<sup>33</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁461。

權，自屬顯然。若果如上告人所稱，訟爭木材係於王姓把頭交由上告人保人轉付上告人後，始由被上告人打印，則被上告人即無本其與劉忠祥所結交木契約，逕向上告人請求交木之理。<sup>34</sup>

(4) 判決結果：原判撤銷，發還吉林高等審判廳迅予更為審判。

判決要旨中，大理院清楚分明債權關係與物權關係，認為買賣雙方若僅生債權關係，而無物權關係，則不可以債權關係對抗他人。因此，儘管出賣人劉氏先與被上告人大高太郎締結債權契約，但劉氏嗣後又與上告人裕盛東締結買賣契約，並交付移轉木材，故大理院認為後買受人裕盛東獲得動產所有權，而被上告人與上告人之間的債權契約「就屬被上告人與劉忠祥之關係」，並不能用來向第三人請求交付，即判決理由所稱「被上告人即無本其與劉忠祥所結交木契約，逕向上告人請求交木之理」。

至此，債權相對性道理甚明，且不再拘泥於《大清現行刑律》「典買田宅」條規定「田宅從原典買主為業」，田宅之業必須判歸前買受人（典權人）的限制。在動產一物二賣案件，大理院可以細心分析雙方的債權、物權關係，如本案不動產已交付移轉予後買受人，依近代民法原則，有些時候，保障民事主體間的動態交易安全，反而是比確保物的靜態所有權歸屬更重要的事<sup>35</sup>。因為不受限於《大清現行刑律》歸定由前買受人獲得不動產所有權的律條，本案在三方的債權契約皆有效成立的前提下，端看孰先獲得動產物權之交付移轉，故後買受人也可能獲得物權。且依債權相對性法理，出賣人與一買受人之間債權契約，並不能以之對抗其他買受人。在本案，前買受人（被上告人）僅有與出賣人間締結的債權契約，依債權相對性法理，不可以之對抗第三人，故被上告人（前買受人）不得以其與他人訂立之買賣（債權）契約對抗後買受木材之上告人。

復觀判決全文，可知原審（吉林高等審判廳）及訴訟兩造均將爭點聚焦於上告人與訴外人締結契約的行為是否「惡意」，或許肇因於《大清現行刑律·田宅》「典買田宅」條規定知情（惡意）的後典買者，被視為惡意重複出賣田宅者的共

<sup>34</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁463。

<sup>35</sup> 參閱：張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》，頁16-17。

犯。不過，傳統法的規範目的終究在保護既有利益，避免人民因細事起釁，故將知情的重買人視為破壞秩序的犯罪者；但近代的繼受民法在保護既有靜態利益外，也有保護交易安全、物之流通的價值觀，民初大理院處理一物二賣的案件，買受人知情與否，並不影響債權契約的成立<sup>36</sup>，不僅本判決要旨有「即今後買主締結賣約實有惡意，……前買主對於後買主不能就該標的物已經發生之物權關係，主張其為無效。<sup>37</sup>」的說明，前述四年上字第二二五九號及五年上字第二〇八號（判決八）判例要旨，都提及「無論其買主是否善意，要皆不過發生債權法上之關係<sup>38</sup>」、「後典、後買之人，即使確係善意，亦僅能對於原所有人請求返還價金，賠償因此所生之損害，而不能取得典權或所有權<sup>39</sup>」，可以看出大理院推事們面對舊時代律條將重複典賣當作犯罪行為時，毅然跳出過去的邏輯，以新式民法法理的邏輯法理建構：買受人是否明知出賣人已與他人締結典買契約，並不影響該買受人其後與出賣人締結債權契約的有效存在——惡意與否此要件，不再是繼受法對締結債權契約的限制。

雖本案出賣物是木材，未受典買田宅條禁止知情之人重複典買田宅的拘束，但典賣客體為田產的五年上字第二〇八號（判決八）判決中，就出現後買受人主張自己善意的爭點，惟判決八只處理到前、後買受人雖善意，也只能向出賣人請求，而未論及其中一位買受人係惡意時，該如何解決，在此利用十年上字第七〇

<sup>36</sup> 然而，在雙重買賣的案件中，兩個買受人之間雖不存在買賣契約（債權關係），仍可能成立侵權行為的債之關係，即獲得物權的買受人也可能涉及侵害他人（未獲得物權的買受人）債權，而須負擔損害賠償的責任。惟學說認為，債權不是「權利」，只是一般法益，只能適用民法侵權行為規定中的第 184 條第 1 項後段，因此，必須行為人「故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人」時，債權被侵害的買受人才能向侵害他人債權的他買受人請求損害賠償，並要求賠償義務人回復損害發生前之原狀（《民法》第 213 條第 1 項），即直接請求返還買賣標的物。在此，傳統法的「知情」與繼受法的「故意以背於善良風俗之方法」似乎又有所連結，不過繼受法認定成立侵權行為的要件更嚴苛，乃是繼受法考量到債權的不公開性，並衡量利益後，選擇維護現代社會活絡的經濟活動環境。參閱：王澤鑑，〈二重買賣〉，收於氏著，《民法學說與判例研究》，第 4 冊，頁 160-162；王澤鑑，〈侵害他人債權之侵權責任〉，收於氏著，《民法學說與判例研究》，第 5 冊，頁 217-223。

<sup>37</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 6 冊，頁 461。

<sup>38</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 4 冊，頁 70。

<sup>39</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 6 冊，頁 451。

四號（判決九）更清晰的判例要旨說明。對照前述認定惡意重複典買田宅行為無效的條文，大理院判決可以說突破《大清現行刑律》「典買田宅」條，以新式民法法理判斷，後買受人（典權人）的惡意與否，並不影響債權契約、物權移轉的成立或生效。

從上述判決，或可認為大理院法官一方面援用《大清現行刑律》中民事有效部分，另一方面卻以「法例」的名稱偷渡繼受法的概念。在他們心中，是否以為雖傳統舊律必須援用，然而對於牴觸繼受法概念的部分，應以繼受法的概念重新詮釋舊律，甚或超越律條本義，依據新式法理斷案？這樣的推測當然有待考證更多其他類型的案例，本文不過提供冰山一角的觀察心得；但利用前述判例，仍然可以在此堅定地指出：確知民初大理院已能清晰掌握債權與物權性質不同，並活用債權相對性法理。

## 第二節 債之範圍的相對特定

利用許多判例及一物二賣（典）類型的案件解釋當事人相對特定，確定債權相對性中主體相對成立，並被靈活適用於案件後，本節接續探討債之範圍、內容相對特定的案件。第二章第三節曾利用三年上字第一〇五四號判決（判決二）說明解析，該判決要旨指出債之關係客體間相對特定的特性，債務人不得單方面逕要求債權人減免或延緩清償期限，第三人也不得隨意介入雙方的債之關係：

金錢債務之債務人，雖實因不可祛避之事故以致資力喪失者，亦不得反乎債權人之意思，而主張減免。<sup>40</sup>

當然，這種債務範圍或期限的相對性，除保護債權人受領的權利，也保障債務人不受債權人單方面的增加索求或要求提早清償。

以下先說明當事人一方要求增減債額、變更期限的案件，當事人、第一審、原審及大理院分別提出何種見解；其次是行政機關介入債之關係增減債額時，大理院作為最高的司法審判機構，如何認定債額之數。

<sup>40</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁550。

## 第一項 當事人一方要求

除了三年上字第一〇五四號判決（判決二），事實上，大理院探討債額範圍時，清償期限常與之相提共論，如六年上字第一二二七號判例要旨稱：

債務已至清償期者，債務人負即時清償之義務，所有利息亦應依約定利率計至清償之日為止，縱令其間債務人因不可祛避之事故致資力受損，亦不得反於債權人之意思而要求展緩清償或減免利息。<sup>41</sup>

本判例要旨說明縱然債務人因不可祛避的事故導致資力受損，若未得債權人的同意，不能單方面的要求延緩清償時限或要求減免清償之總額。可惜本案判決全文付之闕如，無法進一步探討案件事實及當事人的法律關係。

六年上字第一二二七號判例要旨說明債務人不得反於債權人之意思，要求減免債務數額或展緩清償期限。在爭執數額或時限的案件中，除了債務人單方面的主張，大部分卻是債務人以行政機關制定的辦法，或是依據高等、地方審判廳，或兼理司法的州縣衙門的判決、命令，請求大理院命債權人減免債額。然而，行政機關介入當事人關係者，其實牽涉更多複雜的概念，如行政、司法權從一體到獨立的歷史進程，或是各種行政命令的位階等等，這部分，留待下一段再深入討論，但可以先注意的是，債務人無論是向第一、二審提出減免債務，或一路上告到大理院仍有所爭執，背後的想法，或許不脫第三章曾討論，傳統社會人民心中，仍對官府抱持著是一個可以訴說自己的冤情及他人的欺壓之處，可以替人民懲罰豪勢的地方。當自己遭受大筆債務壓迫時，政府的任何機關都應出面為他緩和壓力、懲處代表「豪勢」一方的債權人。

債務人期待伸張冤抑，請求減免債額的主張，無論原審、第一審是否認同，大理院皆統一提出：一方未獲他方當事人同意，亦無法定原因時，不得要求減免利息或展緩清償，觀三年上字第一〇五四號判決（判決二）及前述六年上字第一二二七號的判例要旨即明。兩則內容中都可看到大理院駁回有違債權客體上相對性的見解。本段再舉四年上字第一三一〇號判決說明大理院駁斥債之關係當事人

<sup>41</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁59。

單方面要求減免債額，有違債權客體相對性的主張，雖判決要旨與債權客體相對性無涉，但全文提及上告人提出減免債額的主張，利用本案法律關係彌補前述六年上字第一二二七號判決全文缺漏之處：

**判決十 民國四年上字第一三一〇號**

(1) 法律關係：被上告人杜立亭宣統三年（1911）時，在上告人于繼亭開設的銀號先後共存二千兩銀，並言明月息八釐，上告人于繼亭亦承認，惟上告人以銀號被搶且兵變後政府的卹金尚未頒發為由，主張無法如數清償。

(2) 原審判決：京師高等審判廳判令上告人于繼亭於二個月內清償本利，第一審判決亦同。

(3) 大理院判決：

本院查現行法例，金錢債務之清償與特定物為標的之債權不同，債務人自不能藉口給付不能主張減免本息或展緩清償，此定則也。……月息八厘既於當時約定，則依上開法例，苟非被上告人自願減讓，即上告人不能以兵變被搶為理由，主張應行減免。至政府對於被災各戶之撫恤，係政府與被災各戶間之關係，自與被災各戶之債權人無涉。今依上開法例，金錢債務既不能發生給付不能之觀念，則上告人就此項存款即不能藉口卹金未蒙頒發，反乎被上告人之意思而欲展期清償。<sup>42</sup>

(4) 判決結果：同意高等審判廳之判決，上告駁回。

上告人（債務人）于繼亭提出兩項主張，一是清末民初兵變，銀號被搶，故欠缺償還債權人過去存入銀兩的資力；二是政府給予災戶的撫卹金尚未發放，無力償還。關於這兩項主張，大理院明確駁斥，首先認為債務人並不能以兵變被搶為由，要求債權人（被上告人）承受減少獲得本息的不利益，此部分說明債權範圍特定，債之客體相對性不容破壞；在第二點，更提出「政府對於被災各戶之撫恤，係政府與被災各戶間之關係，自與被災各戶之債權人無涉」，說明債權主體間的相對特定，債務人不得以與第三人的債之關係，對抗債權人，該部分段落恰

<sup>42</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁646。

為本判例要旨，尤可補充大理院在債權主體相對性的說明。

回顧前一章第三節晚清地方、高等審判廳對債權範圍、內容的態度，仍保存中國傳統結合「情、理、法」三者處理「錢債田土案件」的審判方式，晚清至民初不過十年間，大理院雖然注意到古今之異，仍提出債權相對性等近代繼受法理來解決爭執債額的案件，這樣對比的見解，在三年上字第八〇七號理由清楚呈現：

原判令分期還本及免除革命後利息之部分，雖為調劑債務人之利益，維持商業金融起見。惟是審判衙門之判斷必須以法例為根據，反乎現行法例而斟酌利害以為取捨，實非審判衙門職權之所應及。如果債務人財產實不能清償，或非展緩其清償而債務人資力即難恢復，一般債權人亦將同受損失，則在執行衙門固可參酌情形量予猶豫，而依上開法例，債務人要無主張展緩或減免之權利。<sup>43</sup>

上述引文可以清楚看出大理院以為審判衙門應該以「法例」為判決根據，如果只為了調劑一方利益而違反法例，則不是審判衙門應有的作為。

因此，無論說審判的方式是「准情度理」，或更具體的說是「調劑債務人之利益」，這些地方審判衙門以「情有可原」等語主宰判決結果，大理院卻不再以此為判決的主要依據，反而認為應在認定事實的基礎上，運用相關法例（理），跳脫情理的拘束，依據繼受法理做出判決。回顧前一章晚清各級審判廳的法思想，發現晚清審判廳的法思想仍留存於民國初年高等、地方審判廳，以及兼理司法事務的地方衙門的判決中，而與中央最高司法審判機構——大理院所持法理有所齟齬，或許，法思想的差異不僅在於清朝到民國時間軸上的推進，也呈現地方到中央，繼受腳步不一、法律見解尚未統一的實況。

## 第二項 行政機關增減額度

在對當事人、下級審判廳說明債額不應僅由債之關係的一方當事人或債之關係以外的第三人（即便該第三人是審判廳）擅減的同時，馬不停蹄地，大理院再

<sup>43</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁319。

提出不認同行政機關以命令作為減少私人間債額的手段，作成多則判例。如三年上字第一一八九號判決要旨所載：

**判決十一 民國三年上字第一一八九號**

行政長官對於受災商人所定辦法，如事關私法上之權義關係，亦不過勸令暫予緩償，決不能有拘束債權人之效力。<sup>44</sup>

(1) 法律關係：被上告人姜桐軒欠上告人李紹蓮本銀八千兩，逾期已久，而被上告人姜氏以其所經營之義發順皮貨店遭搶燒淨盡，依直隸總督所定災商辦法，災商可延期償還為由，提出附帶上告，主張上告人李氏不可追討欠款之利息，而且他可以分期償還。上告人李氏（債權人）則主張被上告人姜氏（債務人）應即時清償本利，利息算至判決執行日止。

(2) 原審判決：直隸高等審判廳判令被上告人姜桐軒（債務人）自第二審判決確定之日起分兩年償還。

(3) 大理院判決：

無論該省行政長官對於受災商人所定辦法如何，事關私法上之權義關係，亦不過勸令暫予緩償，而決不能有拘束債權人之效力。……因義發順牽連無力償還，亦係執行上問題。被上告人之所主張未得上告人之同意，依上開法例，自不容以兵變受損，清償無力為理由主張緩期清償。

至利息計算請求至執行之日為止一層，依利息法之原則，固應算至執行之日為止，惟檢閱訴訟記錄，上告人在一審呈訴，自初並未將此旨主張，據民國三年三月五日上告人供述：「有利息截至元年歲底，除收五百餘兩之外，現在所欠只是二年至刻下利息未付。」等語，則是該項利息，上告人明明承認算至起訴日為止，至起訴以後、執行以前之利息上告人業已拋棄。依現行法例，拋棄之後不得再為主張。<sup>45</sup>

(4) 判決結果：原判判令被上告人姜桐軒（債務人）所欠上告人李紹蓮（債權人）

<sup>44</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁564。

<sup>45</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁565-566。

本銀八千兩，自第二審判決之日確定起分兩年償還之部分撤銷，被上告人姜氏應即時清償上告人李氏本銀八千兩。

判決有兩個值得注意者：首先，大理院判決文中，屢見行政官署欲免除債務，消滅特定債權人之債權者，如本案直隸省總督訂定的「災商辦法」。行政官署如此作為，自不能脫離民國初年兵燹不絕，人民常面臨因戰爭動亂失去財產，致無力償還債務的時空背景，故行政機關欲以免除特定債務或延緩清償期限的方式協助債務人。對此，大理院以債權客體具相對性的法理思考，反駁債務人主張依據行政機關訂定的辦法，要求減免債務或延期清償。其次，本案大理院在駁斥債務人觀點時，另一方面，對於債權人李氏主張債務人姜氏欠負的利息需算至執行日止的上告意旨，大理院卻以上告人（債權人）在第一審供述時，只要求起訴前的利息，故駁回上告人要求起訴後至執行日前這段期間的利息。大理院早期的判決，不乏以債權人起訴時主張請求債務人償還當時的本息，駁回其上告時要求起訴至執行期間的利息者<sup>46</sup>，於此，除了可以證明當事人受自己意思表示拘束，大理院推事也嚴格適用新式民事訴訟法理外，是否有另一種可能，是大理院利用法理，對於債務人無力清償的處境，給予減輕部分負擔的幫助？

除了對於三年上字第一一八九號（判決十一）的本案探討，在此並綜合前述數則判例對於清償期限的劃定。在判決十一中，大理院撤銷直隸高等審判廳判令債務人分兩年償還的判決，要求債務人即時清償，保障債權人的期限利益，判決法理呼應前述六年上字第一一二七號判例要旨所稱「債務已至清償期者，債務人負即時清償之義務<sup>47</sup>」，即要求「即時清償」的法理，同樣的法律見解，早見於三年上字第八七八號判例要旨：

---

<sup>46</sup> 如四年上字第三八四號判決，被上告人（債權人）附帶上告時主張利息應算至結案日止時，大理院駁回曰：「查閱第一審訴訟記錄，被上告人訴狀祇為利洋八百八十五元之請求，其在第一審言詞辯論聲明應受判決事項亦然，是被上告人對於起訴以後之利息已為默示之拋棄，不應再行請求。蓋利息之推算及上訴為當事人之權利，得以自由行使，被上告人於起訴時儘可預見，此項附帶上告意旨亦非有理由。」同樣駁回債權人在要求起訴後至結案日止的利息。五年上字第一〇二六號判決理由中亦提及相同見解，可一併參照。參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁329、230。

<sup>47</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁59。

有確定期限之債務期限到來，債務人即須清償，苟非得債權人同意不得延期。<sup>48</sup>

因此，若沒有其他法定原因，或當事人合意變更清償期<sup>49</sup>等情，債務人在清償期屆至後，須即刻清償，這樣的法律見解是大理院所認定，並多次於判決中提及，少有例外<sup>50</sup>。對於債權客體內容之一的清償期限，大理院也恪守債權相對性原則，不同意當事人片面要求變更清償期限，對於判決十一中債務人以行政官署頒布的辦法主張緩期清償，也持反對的見解。

大理院以近代法理觀之，行政官署的作為對債權人卻無拘束力。但是進一步追究，大理院為何做出聲明行政官署無法介入債權人相對關係的判例，或是換一個角度思考：為什麼有一方當事人向行政官署尋求解決債務問題，或許牽涉行政權與司法權的糾纏。傳統中國是由皇帝派行政官員至各地，他們是皇權在地方的唯一代表，統轄地方行政事務之外，同時兼掌司法審判的工作<sup>51</sup>。直到民國初年，不只人民將行政官署視為當地唯一的申冤管道，事實上，國家關於司法擺脫行政干預的政策面上，在民國初年也開倒車——礙於經費，民國三年（1914）修訂《法

<sup>48</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁526。

<sup>49</sup> 關於當事人合意變更清償期限，如四年上字第二七號判決指出，債權人在高等審判廳審理過程，對於地方審判廳判決債務人分四年清償的部分並無不服，故大理院認債權人附帶上告至該院時，即不得再爭執清償期限。原判決：「災商還債辦法不能有拘束債權人之效力既如上所述，則被上告人附帶上告請求上告人同時清償全部，似不能謂無理由。惟查閱訴訟記錄，被上告人在原審供稱：『地方廳所判我不敢不遵。』是判分四年清償並無不服之意思，……附帶上告理由亦難認成立。」可知若債務人提出延緩清償，債權人同意，則當然可以變更為雙方合意之期限。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁324-325。

<sup>50</sup> 筆者看得十數個雙方當事人爭執期限的案件，大理院都判令債務人「即時」、「即須」清償，連原審延緩不到一年的短限，都遭到大理院撤銷發還，如四年上字第三四五號提及直隸高等審判廳認債務人經濟狀況不佳，給限十個月，命債務人十個月後備價回贖其出典之屋，債權人不滿上告，大理院即撤銷該高審廳原判，要求債務人即時備價回贖。對於這些嚴格的「即時清償」判決，少見的例外是前述四年上字第一三一〇號判決（判決十），雖大理院認債務人不應反乎債權人之意思要求展期清償，但對於第一、二兩審判令債務人兩個月內本利清償的判決，卻未提出應即刻清償的反對見解，惟債權人亦未就原審判決提出上告，是否也可以認為債權人未反對兩個月的展期，故大理院也不應逕行撤銷原判。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁584、646。

<sup>51</sup> 參閱：李啟成，《晚清各級審判廳研究》，頁180-181。

院編制法》廢止初級審判廳，也裁撤多處地方審判廳，並於同年頒布《縣知事兼理司法事務暫行條例》，該法第 1 條就規定：「凡未設法院各縣之司法事務，委由縣知事處理之。<sup>52</sup>」以地方行政首長兼理詞訟的方式，作為第一審地方審判廳未能普設的過渡措施<sup>53</sup>。好不容易開始將司法權抽離行政機構的掌控，又回歸舊時代的束縛，且直至民國十五年（1926），由縣級地方首長兼理司法者仍占全國的 92%（1800 縣），設立新式第一審法院的 89 縣，僅占全國縣市總數 1950 縣的 5%<sup>54</sup>，莫怪民國初年絕大部分的民眾以為縣市衙門（行政機關）是解決紛爭的代表，連國家在立法以及實踐上也未能劃清兩者界限，才會出現下述大理院四年上字第二四六一號判決要旨，以司法裁判的方式澄清：儘管大部分的縣衙具有兼理司法事務的職權，仍不得以行政命令的方式介入消滅特定債權人之債權：

#### 判決十二 民國四年上字第二四六一號

查前清兼理司法之州縣衙門，因行政之必要固得頒發命令，但不得即以命令消滅特定債權人之債權。<sup>55</sup>

- (1) 法律關係：被上告人婁敬山開設仁興茂錢舖，因於光緒二十九年（1903）虧欠官洋及上告人王果銳等人（持有銀錢帖）而歇業，故於翌年乘天津縣，縣衙門出告示招收荒帖，曉諭各持帖債權人於兩個月內赴縣換照，以便集款具領，若逾限則荒帖為廢紙。被上告人（債務人）以上告人（債權人）所持銀錢帖未遵限赴縣換照，拒絕給付，上告人遂提出告訴。
- (2) 原審判決：直隸高等審判廳謂天津縣告示命令與法律有同一效力，上告人王氏（債權人）應受拘束，判令上告人所持荒票為無效之廢紙，債權消滅。
- (3) 大理院判決：

<sup>52</sup> 參閱：蔡鴻源(主編)，《民國法規集成》，第 31 冊（合肥市：黃山書社，1999 年），頁 42。

<sup>53</sup> 參閱：歐陽正，〈民國初年的法制改革與司法獨立理念的實踐〉，《法制史研究》，創刊號(臺北，2000.12)，頁 92。

<sup>54</sup> 參閱：居正，〈二十五年來司法之回顧與展望〉，收於陳三井、居蜜(主編)，《居正先生全集》，上冊（臺北市：中央研究院近代史研究所，1998 年），頁 265-266。

<sup>55</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 2 冊，頁 672。

蓋天津縣之告示，僅可認為催告持有仁興茂銀錢各帖之債權人赴縣換照，並不能有消滅私人債權之效力。<sup>56</sup>

(4) 判決結果：原判撤銷，被上告人婁氏（債務人）之控告駁回。

從判決十二中，不難看出行政官署在民眾心中仍具有主持公道的依靠性地位——債務人無力償還銀錢帖時，乘請縣衙門協助集款（以命債權人換照的方式統計金額），若債權人未依衙門公告前往換照，依衙門命令，該銀錢帖無效，被上告人（債務人）亦以之對抗上告人（債權人），債權人之債權竟而消滅。案件一直上告到大理院，大理院才以行政命令不可消滅特定債權為由，駁回債務人的主張。

至若本案的「命令」，與前面判決十一所稱「辦法」，在大理院推事們的認知裡，不具拘束法院及當事人私法上的效力。雖然大理院的若干判決中對於特定行政機關頒布的「命令」，給予與法律相同的效力，可知當時法律與命令的位階區分仍未臻完備，但在論文提及的判決十一、十二，以及其他大理院判決中，看出大理院欲區分「命令」與法律，給予不同效力的意圖<sup>57</sup>。

如果在司法權已劃分至地方審判廳的縣市，仍出現行政介入干預司法的情形，如何希冀兼理司法事務的縣衙門分清兩種權力的不同呢？又如何讓行政官員、人民明瞭當事人間的債之關係具相對性，不因行政機關介入而任意增減呢？清末繼受之初未能實現，民國初年，新式審判廳、推事不足等因素，可以看到傳統的法律意識與價值觀念仍籠罩於地方。

轉回中央，民國初年繼受法所標榜者為行政、司法、立法三權分立相峙的體例，大理院法曹當深服膺此理，且民初三部國家根本大法性質的律典——《中華民國臨時約法》（1912）、《中華民國約法》（1914）及《中華民國憲法》（1923），皆明定國家政權實行三權分立的組織原則<sup>58</sup>，身為國家最高審判機構的審判者應當熟知，故謂司法機關不可擁有行政、立法權限，避免濫權，而行政亦不可介入

<sup>56</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁673。

<sup>57</sup> 參閱：黃源盛，〈大理院民事審判法源探蹟〉，收於氏著，《民初大理院與裁判》，頁149-150。

<sup>58</sup> 參閱：張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》，頁53。

司法，以第三人之姿破壞債權、債務人間債之相對地位。大理院的判決中，已經看不到司法干預行政權的情形，但從判決十一、十二仍可看出行政衙門對審判的干預：因行政官署長官不熟悉繼受法法理，常以行政兼理司法之姿介入債之關係，消滅特定債權人之債權，然而，大理院秉持債權客體相對性的法理，展現其風骨，直接明白地告知人民與行政機關——債權不可由特定債權人以外之第三人免除，即使該第三人為行政官署亦同。

從判決二、十至十二，清楚說明債之範圍具相對性，不可能由當事人一方、審判、行政機關逕自改變，澄清觀念，本段以大理院四年上字第一〇二六號判例要旨（判例全文缺）為結，綜合性地說明債之客體相對性的法理，以此為本段法理作結：

債權法上，於金錢債權不能發生給付不能之觀念，債權人若因一定事由致無力清償債務，應認為執行不能或執行有窒礙，在執行法上自有一定之辦法，故或因事故不克履行者，惟債務人得債權人之同意時，可免除其義務之全部或一部，或展緩償還之期限，否則不得以裁判及行政處分強令債權人受其虧損。<sup>59</sup>

### 第三節 小結

走過清朝傳統法律審判模式，繼受民法中的債權相對性法理，其定義、內涵在民國初年大理院推事們的建構下，有了完整的呈現。

在債之主體相對特定的部分，大理院利用物權絕對性作為比較對象，以物權得對抗一般人，但債權是特定人間的關係，除非他人合法承認債務，或另有法定移轉債權的原因，當事人不能對債之關係以外的第三人主張債權。大理院清楚地駁斥下級審判廳傳統的審判模式——即將有關的當事人一併拉入，未清楚分析每個個人之間的債之關係，只是找出整體事件中的得利者，要求他將所得之利交付予事件中受損害之人，即認已彌平糾紛。相反地，大理院則以繼受法理清楚解析

---

<sup>59</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁640。

案件，以債權相對性的法理審視每段債之關係，確認特定債權人與債務人。此外，大理院也藉由出賣他人之物的案件，說明當事人須有處分權方能為有效之物權行為，但無權處分的狀態並不影響有效存在的債權關係，清楚區分債權行為與物權行為的判斷，相當成熟。

另外，用來觀察是否適用債權相對性法理的最佳案件類型——一物二賣案件，在田宅等不動產交易案件，大理院審理時受限於《大清現行刑律·田宅》「典買田宅」條的限制，就田宅的物權（包含所有權或典權）歸屬，依律必須將物權判給前（典）買受人，但在條文的框架之下，大理院卻增加了必須前（典）買受人與出賣（典）人的債權契約與物權契約皆合法成立的條件，才會發生物權移轉於前（典）買受人的效果，釐清前（典）買受人得以之對抗後（典）買受人等第三人的是物權，而非其與出賣（典）人之間的債權契約。至於後（典）買受人與出賣（典）人之間僅成立債權契約，後（典）買受人不得以其與出賣（典）人之間的債權契約要求前（典）買受人移轉物權，因債權僅具相對性，僅成立於債之關係的特定當事人間，不過，大理院在後（典）買受人與出賣（典）人債權契約成立的條件下，進一步說明後（典）買受人得向出賣（典）人請求賠償其給付不能的損害。

事實上，大理院對於運用債權關係的相對性與物權關係具絕對性等法理已相當熟稔，如果走出「典買田宅」律規定物權必歸屬前（典）買受人的框架，以動產的一物二賣案件為解析對象，就可以清楚的看到大理院細心的分析三方的債權、物權關係，當動產的所有權已交付移轉於後買受人時，大理院就堅持前買受人不能以他與出賣人之間的買賣契約對抗後買受人，債權相對性法理，在此明晰確立。

在債之客體相對特定的部分，大理院則說明縱然債務人因不可祛避的事故致資力受損，但若沒有得到債權人的同意，或其他法定原因，不能單方面要求減免清償金額或要求延緩清償期限。這跟前一章論及府、州縣衙門（甚至包含晚清的各級審判廳）「審情度理」的審判方式截然不同，對大理院推事們而言，任何更動債額的原因，都必須在符合債權相對性等近代繼受法理的前提下，才能成立，

下級審判廳僅依「情理」刪減債額、違背債之關係客體相對性的判決，是會遭到駁斥、撤銷發回的。

不過，民國初年大理院受理有違客體相對性的上告案件中，比起當事人一方逕向審判機關要求減免債務或延緩清償期，更棘手的是行政官署以「辦法」、「行政命令」等方式消滅特定債務人之債務、延緩清償期限，債權人為了對抗行政機關的決定，轉至審判機關爭取權利的案件。依據債權相對性法理，行政官署消滅債務的行為對債權人並無拘束力，大理院也做出行政機關的命令不能拘束債權人的判決，然而，交錯的行政命令與法院判決底下，更深層的是涉及行政權與司法權的糾纏。在傳統中國，地方官掌行政、司法權於一身，這種政治體制卻完全抵觸民國初年朝向三權分立的體例架構。行政機關仍欲掌握司法權，民初又礙於經費，絕大部分的縣級的司法職權只能交由地方首長兼理，更增添行政干預司法的可能性。在財產法層面，呈現為行政官員（包含兼理司法的縣市級首長）逕自介入當事人間的債權債務關係，消滅特定債權或延緩清償期限，但大理院反駁這樣的作為，堅持行政權不應介入當事人之間的債之關係。

在民國初年大理院的努力下，債權相對性法理總算確立、運用於民事裁判案件中。從傳統法到繼受法的變與不變，不同的審理過程各自蘊涵了什麼思想、原則與價值？而民初大理院的作為，對下級審判廳、人民又造成什麼影響？史料的整理、史實的再現，才能在下一章思考大理院確立、適用債權相對性法理的歷史時代意義。

## 第五章 繼受債權相對性的過程與時代意義

作為本論的最後一章，希望能先統整性地說明債權相對性在民事審判的運用中，從無到有的繼受過程：以民初大理院判決為論文最主要的研究對象，判決例中大理院實踐債權相對性的方式有二，一是以法理之名，填入繼受新思想適用之；二是對民國初年仍屬有效的《大清現行刑律》相關律例進行改造。這些在前一章都曾零散地提及，但本章將直接抽出大理院運用的方式，藉由這樣的觀察，希望進一步深入探討、比較民國初年大理院適用新法理審理民事事件的原則，與傳統審理「錢債田土案件」的思想有何齟齬、衝突？分析傳統、近代的民事審理原則後，再思考這些審判方式代表的價值又是什麼？若選擇新的價值將深刻地衝擊文化時，大理院推事又如何抉擇？

其次，變法修律之後的民國初年，中國很多地方的社會環境仍與變法前差異不大，一般人民習慣於傳統法氛圍，大理院一再使用判例創新改造，人民對這些作為有什麼反應？在變法之後，進一步利用大理院判例全文呈現人民法觀念的變化過程。從「變法」到「變法的概念」，應如何評價大理院在民國初年的歷史地位？褒貶之間，希望能利用大理院作成的債權相對性判決例，說明它的時代意義。

### 第一節 大理院運用債權相對性的方式與思想

從傳統中國法一路走到民初大理院，債法審判有著不太相同的過程與方式，透過前兩章的描述，可以略知一二。本節將重整細碎分散於各章的觀點，說明債權相對性的相關規範如何創新與再造，以及債法審判的中心思想、價值，從傳統至民初適用繼受民法後，各自圍繞著什麼理念？

#### 第一項 法源內涵的創新與再造

民國創立，民事審理的法典並未使用前清宣統三年（1911）完成的《大清民律草案》，而是頒令適用《大清現行刑律》中與民國國體不相牴觸的民事相關部

分。外籍顧問松岡義正等人協助起草的《大清民律草案》是以歐陸近代民法法理為編纂基礎，相較之下，頒行於清宣統二年（1910）的《大清現行刑律》，則是一部「雖隱喻循序漸進之義，仍嚴遵舊日之範圍<sup>1</sup>」的法典，也就是以傳統的《大清律例》為基礎，刪修編纂後的成果<sup>2</sup>。因此，在新觀念進入，而傳統法仍有效適用的情境中，大理院推事們如何作成最佳的裁決？

回顧傳統法規範，以《大清律例》為例，可將〈戶律·田宅〉的「典買田宅」條及〈戶律·錢債〉中的「違禁取利」條視為處理「錢債田土案件」的代表性規範。然而，從內容上觀察彼等傳統律例，一來過於具體限縮，作為眾多不同情境案件的小前提，大理院推事在適用上，難免受到侷限；二來，條文中儘管有「備償」這種類似近代民法中的法律效果，但依舊欠缺主、客觀給付不能，與損害賠償等抽象化、體系化的概念，這些概念卻是近代新式民法細緻區分，給予定義內涵者。於此，不難想像《大清現行刑律》作為民事審判法源的不足之處，大理院亟於尋求其他審判依據。

又傳統中國法規對於「錢債田土案件」，總以笞、杖的處罰方式懲處這些被視為「違法」的行為，其後才附帶對「違法」之人諭知「追價」、「備償」等較似今日民事法的效果，債主、借債者的主體性在此相對退縮，錢債、田土糾紛能否得到令當事人滿意的價金與賠償，似乎不是律例所重視的。追究背後的立法目的，不外是防民禁民，所以相關律法「其事尚簡也」——條文數量少、內容簡略，難以構成近代民法全面性的架構體系。不過筆者以為，也不因此直認傳統中國法沒有邏輯概念，反之，它自成一格，中心思想是在不影響社會秩序的前提下，順民、交由民間自發地調整自己的事務。這樣的思想，或許肇因於中國以少數官僚治理廣土眾民的大帝國，人力、物力皆有限的現實因素。

既然立法從統治階層的角度出發，而不是站在維護人民權利的立場，也就欠缺孕育近代西方民法著重個人、權利本位等民法規範、法理的背景，當然也未曾

<sup>1</sup> 參閱：沈家本等，〈奏編定現行刑律告竣摺〉，收於劉錦藻（撰），《清朝續文獻通考》（臺北市：新興書局，1963年），頁 。

<sup>2</sup> 關於《大清現行刑律》的研究，參閱：黃源盛，〈帝制中國最後一部傳統行法典〉，收於氏著，《法律繼受與近代中國法》，頁 159-195。

出現債權相對性法理，或與之相類似的法規範、理論。至民國初年，繼受而來的民法法理並非源自民族經驗的累積，猝然問世，大理院推事們在民事案件中運用債權相對性的方式，當然不外乎兩種：一是完全運用所學的西方法學內容，以「法理」、「條理」<sup>3</sup>或「（現行）法例」等詞彙包裝債權相對性，將之納為作成民事判決的法源；二是對民初持續適用的傳統律法注入新的意義，如當時援用《大清現行刑律》中的「典買田宅」條，規範重複典買田宅的行為，在大理院推事們「舊瓶裝新酒」後，呈現不同的風貌。以下就大理院推事們兩種適用債權相對性的方式分別敘述：

### 一、新式法理的推行

傳統中國法欠缺「特定人向特定人請求一定給付」的債權相對性法理，或表徵類似意義的法規範，大理院推事卻以所學的西方法學知識，大膽地將債權相對性的概念以「法理」之名，帶入案件，適用、判斷，進而解決民事糾紛。這些法理內容經擇選為判例，往後的大理院推事也以之為「現行法例」，在各類案件中再次聲明。

就主體相對特定的案件以觀，如二年上字第一三一號（判決三）判例要旨：「蓋債權、債務為特定人對於特定人之關係，苟無法律上特別原因，自無向債務人以外之第三人得以主張之理。<sup>4</sup>」判例要旨是從物權具對世性，得對抗義務人以外之第三人為切入點，再以比較的方式，說明債權乃特定人對於特定人之關係，不得以債權向債務人以外之第三人主張。判例要旨所稱「無向債務人以外之第三人得以主張之『理』」，似指出債權人向債務人以外之第三人主張債權，於「法理」、「條理」未合。再觀五年上字第五三一號判例（判決四）要旨，同樣指出「債權乃對於特定義務人之權利，非經他人合法承任（認）債務，或其債務因法令當然移轉於人者，（如共有人關於共有物費用，對他共有人所負債務，當然隨應有

<sup>3</sup> 「法理」與「條理」有無區別，學說上或有爭議，但在大理院的判決中多半混用，對兩詞彙的認知並無差別，本論文也同等視之。關於「法理」與「條理」的討論，可參閱：黃源盛，〈大理院民事審判法源探蹟〉，收於氏著，《民初大理院與裁判》，頁 154；黃琴唐，〈民國初年親權法制的開展——以大理院的司法實踐為中心〉，頁 147。

<sup>4</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 8 冊，頁 80。

部分轉移是)債權人不得對於債務人以外之人而請求履行。<sup>5</sup>」說明債權是對於特定義務人的權利，其相對性法定或當事人意定外，不容破壞，並可從判決全文理由中，看到接續前述判例要旨之後的文句稱債權相對性是「至當之條理也<sup>6</sup>」，更可確立債權是特定人向特定人主張權利，債權相對性是大理院推事們認為非常正確的法理。

大理院提出債權主體相對性的法理，著為判例，也影響往後多年的大理院判決。確實有判決提到運用債權相對性乃遵行先前判例，如三年上字第一三號(判決一)判決理由稱：「債權係特定人對於特定人之權利，故債務人不履行債務時，債權人惟得對於債務人請求履行。然如第三人特向債權人訂立承任債務人債務之契約者，則因承任(認)契約之效力，債權人即得向第三人為履行債務之要求，若無承認契約，債權人欲要求第三人履行債務人之債務，實為法所不許。此係債權法上通理，亦即現行之先例也。<sup>7</sup>」這段判決文前兩句精簡確實地說明債之關係主體間的相對特定性質，文末也說債權相對性是債權法上的「通理」，也是「現行之先例」。三年上字第一三號是民國三年(1914)一月底做出的判決<sup>8</sup>，時間點可說相當早，卻提到債權相對性已是「現行先例」，可以推斷在它之前，已有判例確定法理的適用，前述二年上字第一三一號判例(判決三)正可證明債權相對性法理已在稍早一年成為判例，影響往後的判決。

事實上，前述大理院判例文句，與《大清民律草案》第二編〈債權編〉編首的說明幾乎一致，草案的說明是：

債權者，特定一私人債權人使他之特定一私人債務者為一定之行為或不行為之權利也。<sup>9</sup>

強調債權是特定私人對特定私人的權利，大理院提出的債權相對性「法理」，或

<sup>5</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁6。

<sup>6</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁7。

<sup>7</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁472。

<sup>8</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁473。

<sup>9</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編(一)》，大清民律草案第二編債權附理由書頁1。

是形成「先例」，究其來源，都可以歸至《大清民律草案》<sup>10</sup>。除了判決與草案的一致，甚至可以從大理院三年統字第一四四號解釋例中看到引民律一草為條理的言論，解釋例稱：

民法草案雖未頒行，其中與國情及法理適合之條文，本可認為條理，斟酌採用。<sup>11</sup>

解釋例清楚點出與國情、法理相符的民律草案條文，是可作為條理適用於民事審判中，也與前述債權相對性的相關判決內容相互呼應。

再來，就客體相對性的判決以觀，如三年上字第一〇五四號（判決二）判例要旨說明：「金錢債務之債務人，雖實因不可祛避之事故以致資力喪失者，亦不得反乎債權人之意思，而主張減免。<sup>12</sup>」或是六年上字第一二二七號判例要旨：「債務已至清償期者，債務人負即時清償之義務，所有利息亦應依約定利率計至清償之日為止，縱令其間債務人因不可祛避之事故致資力受損，亦不得反於債權人之意思而要求展緩清償或減免利息。<sup>13</sup>」兩則要旨都清楚說明債務範圍相對特定，不能反乎一方當事人之意思而做調整，債務人不能任意主張減免或展緩清償期限，相對地，雖然判例要旨中未提到的，但債權人同樣也不能任意要求債務人履行其他不特定之給付、增加債額，或提早索求。

儘管今日通說、實務的債之相對性僅限於主體的相對性，但觀諸本文第三章第二節第三項的討論，整理判牘史實，歸納出常見於傳統錢債、田土審判的現象：過去的地方官認為契據只是呈現當事人之間的關係，是債權人對債務人的要求，卻不是必須遵守的一定給付，反而應由地方官衡諸情理之平，自行決定一個最能達到解決紛爭、親民服民的債額，才是最佳的判決。這個債額，當然不必等於契據上的數字。這樣的觀念，延續至清末民初，仍存在於各級審判廳推事的判決內

<sup>10</sup> 關於民初大理院將《大清民律草案》化為條理運用於民事案件中，可參閱：黃源盛，〈大理院民事審判法院探蹟〉，收於氏著，《民初大理院與裁判》，頁 174-179；黃聖棻，〈大理院民事判決法源之研究〉，頁 131-134。

<sup>11</sup> 參閱：郭衛(編)，《大理院解釋例全文》（臺北市：成文出版社，1972 年），頁 95。

<sup>12</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 2 冊，頁 550。

<sup>13</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 3 冊，頁 59。

容，民國初年上告至大理院的案件中，仍有許多是當事人就債之範圍、清償期限有所爭執，或是地方行政機關及兼理司法的州縣衙門插手介入當事人間的債額，如同傳統府、州縣官依情理擅自刪減債額、展緩清償期的作為。因為這些歷史因素、脈絡，使本論文不同於通說，提出繼受之後，大理院就債之關係的客體，做出具有相對特定性質的判決。

民國初年，政府機關仍積極介入當事人間的個別債法關係，大理院對此表示反對，如三年上字第一一八九號（判決十一）判決理由：「行政長官對於受災商人所定辦法，如事關私法上之權義關係，亦不過勸令暫予緩償，決不能有拘束債權人之效力。……因義發順牽連無力償還，亦係執行上問題。被上告人之所主張未得上告人之同意，依上開法例，自不容以兵變受損，清償無力為理由主張緩期清償。<sup>14</sup>」對於行政長官制定的「辦法」，大理院認為沒有介入拘束特定債權人的效力，債務人不能依此對抗債權人，要求延緩清償期限。此外，大理院作成的四年上字第二四六一號（判決十二）判例要旨，更是針對兼理司法的州縣衙門，告知不能以命令消滅特定債權人債權：「查前清兼理司法之州縣衙門，因行政之必要固得頒發命令，但不得即以命令消滅特定債權人之債權。<sup>15</sup>」在此，可以清楚看到大理院希望能將民之事還諸於民，減少政府的介入，以人民的自主決定、合意約定、自我負責等一連串行為，確保個人主體的自由發展，充分展現繼受民法迥異於傳統法的特質。

## 二、舊律內容的再造

除了新法理的創造適用，因《大清現行刑律》中與民國國體不抵觸的民事有效部分，被民國政府認可，有效存在、適用於民初的民事案件中。這部保有傳統中國法規範、精神的法典，對於田土糾葛定有一些禁誡規範，而大理院推事們面臨必須適用相關法條時，卻是進一步跳脫傳統法條文意、立法目的，在新法未頒布的過渡時期，賦予傳統法新式民法的意義。

聚焦於本論文探討的債權相對性，大理院推事以債權相對性法理處理重複典

---

<sup>14</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁564。

<sup>15</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁672。

買田宅案件，同時必須適用《大清現行刑律·田宅》「典買田宅」條，新舊之間，傳統條文卻有了不太一樣的近代民法意義。

《大清現行刑律·田宅》「典買田宅」條相關條例如下：

若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，以所得重典賣之價錢計贓，准竊盜論，追償還後典買之主，田宅從原典買主為業。若重複典買之人及牙保知其重典賣之情者，與犯人同罪，追償入官。不知者，不坐。<sup>16</sup>

與《大清律例》的「典買田宅」條幾乎一致的條文，仍停留在傳統法中回復原狀的概念，欠缺當出賣者給付不能時，須賠償買受人損害的規定。

對此，大理院四年上字第三二五號（判決七）的判例要旨首先說明：「律載：『若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，追償還主，田宅從原典賣主為業。』」等語，是在現行法上不動產之所有人，以一不動產出賣，如其買賣業經合法成立，則僅最初之買主取得不動產之物權。至價錢之交付係買賣契約之履行，並非買賣契約成立之要件，故買主不依約支付價金，雖可為買賣契約解除之原因，而未經解除以前，其最初買賣仍屬有效，決不能因此遂復以裁判令第三人取得該物所有權，致以一不動產而有兩重之買賣。<sup>17</sup>」本案判決認為契約成立未撤銷前，有效存在，但未將該未經解除的契約定性為債權契約或是物權契約，也沒有利用債權相對性及物權絕對性法理解釋當事人關係、土地歸屬、買賣價金等問題。可以看出四年上字第三二五號判決（判決七）只是對舊律文從文義上再加解釋，儘管安裝了「不動產」、「債權」、「物權」等繼受法用詞，但未能就繼受法理作進一步的闡述，新法體系尚未開展——案件中的哪些法律關係有效成立？當事人如何主張其債權或物權？這些問題都未獲解答，可以看出本則判例尚未突破傳統法的框架。

然而，依照債權相對性的法理，四年上字第三二五號（判決七）判例要旨所稱「買賣業經合法成立」，應指買賣關係中的債權契約與物權契約皆合法成立，

<sup>16</sup> 參閱：鄭愛誡（編輯），《現行律民事有效部分集解》，第六章頁 13。

<sup>17</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 6 冊，頁 415。

始能以所有之物權對抗第三人，而非買主可以其與賣主之買賣債權契約對抗第三人。再觀五年上字第二〇八號判決（判決八），法理推論即明，判例要旨稱：「按現行律〈田宅〉門「典買田宅」律文載：『若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，追價還主，田宅仍從原典買主為業。』云云，其所謂『典賣與人』，自係指設定移轉不動產物權之契約（物權契約）業經合法成立者而言，非僅締結買賣之債權契約者所可遽行援用，依向來慣例，移轉不動產所有權之物權契約，通常以作成契據為其成立要件。故合法作成契據一經交付之後，其標的物之所有權即移轉於讓受人，倘原所有人有重複典賣情事，則後典、後買之人，即使確係善意，亦僅能對於原所有人請求返還價金，賠償因此所生之損害，而不能取得典權或所有權。<sup>18</sup>」要旨指出當事人間「典賣與人」的民法行為應區分為債權關係與物權關係，物權亦有效移轉後，前買受人才擁有主張「田宅從原典買主為業」此法律效果的權利。區分債權與物權契約皆合法成立一點，並不存在《大清現行刑律》中，面對帝制中國法的框架，大理院推事們以繼受法理滲入，明晰債權僅具相對性，不能以債權關係對抗當事人以外的第三人。

無論是在五年上字第二〇八號（判決八），大理院推事以新法理滲入舊律條，或是四年上字第三二五號（判決七）中，從舊律條安裝上新法理，以支持繼受法的合法性，這樣的現象從晚清變法以來就漸次發生，顯示新舊法律相互妥協、讓步的情形。不過，研究者也指出，正是這樣的現象，足以說明在這個法律變動，新法萌芽茲長的時代，傳統律條仍強悍地存在於變動不大的社會中<sup>19</sup>。

欲跳脫《大清現行刑律·田宅》「典買田宅」條的既定框架，不僅在於將「典買與人」行為分為債權契約與物權契約，還有出賣人對其一買受人給付不能時，產生的法律效果。首先，大理院認為，若不動產所有權已移轉於前買受人，則出賣人與後買受人間的法律關係，不過是債權法上的關係，如四年上字第二二五九判例要旨稱：「動產之所有人，以一不動產為二重買賣者，其嗣後所締結之買賣

<sup>18</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁451。

<sup>19</sup> 參閱：李啟成，〈晚清地方司法改革之成果匯集——《各省審判廳判牘》導讀〉，收於汪慶祺（編），李啟成（點校），《各省審判廳判牘》，頁15。

契約，無論其買主是否善意，要皆不過發生債權法上之關係。<sup>20</sup>」進一步言，依債權關係，出賣人給付不能時，買受人的權利是「對於朱姓（出賣人）主張債權追還價銀，並請求損害賠償，而不能以之對抗已經取得所有權之被上告人。<sup>21</sup>」，這段五年上字第二〇八號（判決八）判決理由記錄的審判文句，給予出賣人價金返還的義務，這部分與《大清現行刑律》「典買田宅」條所稱「追價還主」一致，但更進一步賦予買受人請求損害賠償的權利，超出條文的框架，兼顧保障當事人的交易安全。

值得一提的是，儘管大理院給予舊條文債權、物權意義，也解說出賣人因一物二賣給付不能時，買受人除了請求價金返還，尚有請求損害賠償的權利。然而，在土地、田宅等不動產的所有權歸屬上，大理院卻是嚴格遵守「典賣田宅」條的規定——「田宅從原典買主為業」，即歸前買受人所有。大理院適用繼受法的概念，為舊法不具彈性的規定和不健全的登記制度解套，如前述提及的四年上字第二二五九號判例要旨所稱：「動產之所有人，以一不動產為二重買賣者，其嗣後所締結之買賣契約，無論其買主是否善意，要皆不過發生債權法上之關係。<sup>22</sup>」及五年上字第二〇八號（判決八）判例要旨之言：「合法作成契據一經交付之後，其標的物之所有權即移轉於讓受人，倘原所有人有重複典賣情事，則後典、後買之人，即使確係善意，亦僅能對於原所有人請求返還價金，賠償因此所生之損害，而不能取得典權或所有權。<sup>23</sup>」兩者共同指出契據作成交付前買受人後，債權關係成立，且物之所有權亦移轉，而出賣人與後買受人之間的買賣契約，只成立債權上的關係，多將不動產所有權判歸前買受人。

新舊雜陳的時代，最終，大理院在選擇走向促進物之流通、保障交易安全這些繼受法法理，或是保有傳統法主在維護原有秩序、保護既有利益的岔路上，似乎仍有所保留。創新再造，或是遵循現行有效的《大清現行刑律》，大理院在進取、效法西方法律時，保留一定程度的空間，選擇了傳統法的審判思維，尤其顯

<sup>20</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第4冊，頁70。

<sup>21</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判決全文匯覽》，第1冊，頁 。

<sup>22</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第4冊，頁70。

<sup>23</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁451。

示於將田宅判歸重複典買的前買受人，保護原有秩序一點。或許也是考量到人民習慣於舊法氛圍，且舊社會尚未完全蛻變，務農、安土重遷的傳統社會中，田宅是賴以維生的最重要財產，任意破毀既有秩序，對田宅所有權人可能造成生活上的重大影響；此外，人、物較少流動的環境中，當地人大多知悉田宅的歸屬，即便不知，也可以輕易打聽，故對買受人課予購買前確定田宅法律狀態的義務，也不是太過份的要求<sup>24</sup>。面對社會變遷不及變法之速，大理院也暫緩腳步，帶領下級審判廳、人民漸進向前，在以超前立法進行法教，以及過度顛覆人民法意識之間，尋找一個平衡點。

## 第二項 民事審判原則與民法價值的走向

前述規範內涵的創新與再造，除了從表面上觀察，作為法史研究者，尚應思考規範制度蘊涵的法律思想。回溯傳統中國府、州縣等地方官審理「錢債田土案件」的原則時，不免與「審情度理」劃上等號，這個審判原則到民國初年與繼受法法理正面交鋒時，大理院如何面對？

其次，傳統上以「情理」為判斷「錢債田土案件」的標準，則支持情理維續的是什麼社會價值？組成繼受債法法理的價值，又是什麼？事實上，不諱言地說，這部分本文想要探討的分別是藏身於兩者背後，傳統中國的家族主義與繼受近代歐陸的個人主義思潮。學者曾說清末法制改革風潮，主在個人主義與家族主義的爭執<sup>25</sup>，可看出兩者的重要性及各自深入鑲嵌於不同的法律制度中；至民初，衝突的價值如何各自實體化為審判原則，表徵於民事法律、審判之中？另外也思考，在民國初年，儘管法理、法律可以一刀兩斷的切割舊與新，但法律背後的價值，是由整個社會文化所支持，當社會尚未劇烈變動，則債法價值觀處於變與不變的渾沌期時，大理院又如何能在顧及舊慣和開展創新之間，選擇一條最恰當的路？

<sup>24</sup> 參閱：王泰升，〈台灣法的斷裂與連續〉，頁 207-209。

<sup>25</sup> 參閱：陶希聖，〈清末法制改革的風潮〉，《東方雜誌》，復刊 13：9(臺北，1980.03)，頁 10-11。

## 一、傳統到近代的「民事」審判原則

民國初年，不僅是法理、條文搖擺於創新再造與傳統固守之間，事實上，民事審判的中心思想也開始動搖，立足於未變與已變的時空點，儘管現在知道歷史結果終究是走向適用歐陸法理的審判模式，然而回顧民國初年審判思想原則混雜的時代，歷史過程的交雜與衝突，仍值得整理、省思。

傳統中國在錢債、田土審判時，多注重「情理」之平，這一套深藏於官民心中的「常識性正義衡平感覺」<sup>26</sup>，一方面補足條文不足不備之需，另一方面讓市井小民感覺親近、容易接受，達到親民服民的目的。這樣的審判中心思想，直到清朝的最後幾年，西風東漸，仍存在於法部官員的想法，法部於光緒三十三年（1907）上奏《酌擬各級審判廳試辦章程》時提到：

向來辦理民事案件，僅限於刑法之制裁，今審判各廳既分民事為專科，自宜酌乎情理之平，以求盡乎保護治安之責。<sup>27</sup>

儘管學習歐陸分別民刑的體例，將民事案件獨立出來，清末的法部對於民事案件的審理方式，仍提出「宜酌乎情理之平」的說明。「情理」，仍然是審理民事應該注意，被特別提出的原則。

前面提到傳統法中沒有債權相對性法理，或相似的條文、法理存在，但也不代表傳統中國的州縣官面對錢債、田土糾紛時，可隨心之所欲任意判決，不受到任何拘束。面對錢債、田土糾紛，他們必須從社會整體和諧的角度切入思考，要求當事人雙方，甚至周圍的人都進入協調範圍，而哪些特定相關之人必須進入協調範圍，則以「情理」判定，如果有錢、有力的人能以己之能力化解錢債糾紛，成就親鄰關係平和維繫的狀態，基於情理，使原來負債者以外之人償還，亦無不可。至於償還的範圍，在地方官的考量，一方面基於欠債還錢的當然之「理」，他方面又照顧到負債弱者無法全額清償的自然之「情」，裁定一個可以達到化解

<sup>26</sup> 參閱：滋賀秀三，〈中國法文化的考察——以訴訟型態為素材〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，頁13。

<sup>27</sup> 參閱：袁世凱，〈奏報天津地方試辦審判情形摺〉，收於廖一中、羅真容(整理)，天津圖書館、天津社會科學院歷史研究所(編)，《袁世凱奏議》，卷42（天津：天津古籍出版社，1987年），頁1492-1494。

雙方緊張關係的數額。為此，甚至如父母角色般訓斥那些無理申冤，或有理不屈的爭執者不近人情，依據相關律條，或適用「不應為」條文<sup>28</sup>，給予薄杖儆戒。

所以，或許可以說傳統文化強調人際社會的和諧關係，而法律制度及審判都是達成社會安定的方式之一。尤其在「錢債田土案件」的審判中，官員以「情理」這個標準決定哪些是破壞社會和諧的人，對於他們造成的不和諧，官員又各課予何等義務來彌補破損，或使之受到何等懲處，以及認定可達恢復社會和諧的彌補方式或給予懲處的輕重，都是依「情理」來決定。

這樣的審判運作模式，持續到清末，甚至民初下級審判廳仍存在這些觀念，例如四年上字第三二五號（判決七）稱「第一審徒謂被上告人思復祖業情有可原<sup>29</sup>」一語，或是三年上字第八〇七號中提到「原判令分期還本及免除革命後利息之部分，雖為調劑債務人之利益<sup>30</sup>」等，仍然可以看到上告至大理院的案件，仍有地方、高等審判廳以「思復祖業」之「情」作為判決標準，或是以免除利息的方式「調劑債務人之利益」，達到人際關係和諧的目的。

法律新舊雜陳的民國初年，面對服膺「情理衡平」法思想的下級推事、兼理推事的縣級地方首長所做出的民事裁判，接受西方法學教育的大理院推事們開始使用近代民事法理邏輯作為裁判的小前提，也是唯一標準。從本文討論的債權相對性法理，可知繼受民法將債權定位為相對權利、請求權，只成立於債之關係特定人間，一方要求他方為一定給付的權利，他方對特定一方負擔一定義務的法理制度。形成債權相對性的基礎思想是以人為本位，維護個人權利的主體性、每個人的平等地位、自由行使私法行為，以及對自己的行為負責的基本原則<sup>31</sup>，或許也可以說是整部民法的指導原則。無論民初大理院推事們是否瞭解繼受民法所蘊涵的文化思想，他們都將繼受法的法理制度運用於民事審判中，以之為最重要的

---

<sup>28</sup> 《大清律例·刑律·雜犯》「不應為」條：「凡不應得為而為之者，笞四十；事理重者，杖八十。」官員在處理田土、錢債事務時，廣泛適用該律，適用範圍主要及於瑣碎至律典不欲亦不能一一規範的行為。參閱：梁治平，《清代習慣法：社會與國家》，頁 139；田濤、鄭秦（點校），《大清律例》，頁 540。

<sup>29</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 6 冊，頁 417。

<sup>30</sup> 參閱：黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 2 冊，頁 319。

<sup>31</sup> 參閱：王澤鑑，《民法總則》，頁 37-39。

審判依據。

然而，繼受法的思想文化與追求社會人際和諧的傳統法思維不盡相同，而適用代表不同思想文化的西方法理做成裁判，也造成大理院適用繼受的債權相對性法理判案時，駁回下級審判廳依情理衡平做成的判決。大理院推事們在個案中嚴格確立、運用債權相對性法理時，對於下級審判廳判決不合法律、法理，僅訴諸「人情」的判決，抱持不予採納的立場。如前述提及使用情理審判的下級審判廳判決，對於四年上字第三二五號（判決七）中，大理院推事認為「第一審徒謂被上告人思復祖業情有可原，……按諸前示律例，實係違法<sup>32</sup>」；在三年上字第八〇七號，大理院也提出「惟是審判衙門之判斷必須以法例為根據，反乎現行法例而斟酌利害以為取捨，實非審判衙門職權之所應及。<sup>33</sup>」在此，看到中央最高審判機構以繼受法理，駁斥尚未脫離情理斷案的下級審判廳所作成的判決。

從訴諸情理之平到審理案件時強調繼受法理的適用，中央最高審判機構與下級審判廳見解不一的史實，其實很難定論是非優劣，只簡單做出中央、地方繼受腳步不一的小結論。

## 二、民法核心價值的變與不變之間

民事審判原則從情理法改向繼受法理，不僅是審判原則的轉向，其後代表的核心價值，也不相同。從民法行為的主體切入，在傳統中國社會中，一個人的基本身分首先是表現為某個家的成員，而這種以家庭為單位的倫理關係中，個人主義中的「個人」是不存在的，無論是家中的尊長或子女，都沒有獨立人格、自由意志與行動，在財產關係上，也沒有屬於個人的財產得自由支配，他們都只是家的一部分，遵循禮法道德履行自己在家中地位應盡的義務<sup>34</sup>，例如「王越萬父子重典私賣案」（判牘三）中，田地重複出賣人王越萬之子未將重賣所得之價返還予重買人，地方官卻判令由父親償還，也就是父親代表王姓一家，負擔義務，父

<sup>32</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第6冊，頁417。

<sup>33</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁319。

<sup>34</sup> 參閱：梁治平，《尋求自然秩序中的和諧：中國傳統法律文化研究》（臺北市：國立臺灣大學出版中心，2011年），頁150-151、156。

子兩人都欠缺個人主體性。透過這個判牘，也可以看到律例及審判是國家以強制力量支持家族制度，以維護社會基本單位的倫常秩序，達到維持社會、國家的整體和諧。

相對而言，繼受法理則是以個人為基本單位，其法理思想反應於草案條文，如《大清民律草案·總則編》的編排，第一章「法例」之後的第二章就是「人」，該章之始說明：

謹按人<sup>即自然</sup>為權利及義務之重要主體，故第二章規定人之權利能力、行為能力、責任能力、住址、保護人格，及宣告死亡等。<sup>35</sup>

以個人而非家庭為權利義務主體，個人擁有權利能力、行為能力等，擁有自己做成負擔行為、支配財產的能力。

事實上，個人本位或家族主義的抉擇，也是清末法理派與禮教派爭論的主要焦點之一<sup>36</sup>。儘管清末兩派煙硝爭執的戰場主在刑法及訴訟法，對於新式民事財產法，官員們究竟抱持著什麼樣的態度，已無法得知，但不可不注意的是，近代歐陸民法法理事實上蘊涵著個人主義而非家族觀念的色彩——個人擁有行為能力，自己作為生活事務處理的主體，也是負責人，債法中的債權相對性法理即表徵這種態度：債權債務僅存在於債之關係的特定人與特定人間的一定權利義務，原則上他人無由介入、不需負責，即便是家族成員，這是與傳統觀念截然不同的。

或許清朝的禮教派人士仔細閱讀《大清民律草案》，就可以注意到近代民事財產法的價值，與貫穿於傳統法的家族主義之間存在著矛盾，對此發出激烈的不滿與抗議，如同對於《大清新刑律》、《刑事民事訴訟法》草案的大加撻伐，然而《大清民律草案》前三編上奏的時間點是清王朝的最後一年（1911），官員無暇評判，就轉入民國時期<sup>37</sup>，新政府也未公布適用，在未被關注的情形下，民初大理院的推事們直接將蘊涵個人本位思想的債權相對性法理，以條理、法例之名偷

<sup>35</sup> 參閱：修訂法律館(編)，《法律草案彙編（一）》，大清民律草案第一編總則附理由書頁 1。

<sup>36</sup> 參閱：張仁善，〈清末禮法分離的社會動因與文化動因新探〉，收於氏著，《法律社會史的視野》（北京：法律出版社，2007 年），頁 387。

<sup>37</sup> 參閱：黃宗智，《法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較》，頁 33。

渡適用於民事案件中。

從第四章的判例看來，大理院推事相當確實地貫徹債權相對性法理，以個人為主，使特定人對特定人主張權利、負擔義務，但當法理思想衝擊到根本的家庭與個人的抉擇時，大理院推事們則使用較婉轉、漸進的方式改變傳統的觀念。例如四年上字第五三一號判決理由先鋪陳債權相對性法理，後論及法理如何處理家庭債務，前段說明如下：

本院按現行法例，債權為對於特定人之權利，非經第三人合法承認其債務，則債權人不得向第三人請求履行。<sup>38</sup>

大理院先重申債權相對性法理，接續說明法律關係。案件的法律關係大約是上告人之兄某甲將銀兩託被告人之姪某乙運送給上告人 A，惟某乙遠出未歸，上告人遂 A 向某乙同居之叔 B（即被告上告人）請求返還託運之銀兩。對此上告意旨，大理院做出如下判決：

復按現行法例，同居家族之一人，若代表家族與他人為負擔債務之行為者，因該行為所生之債務，固得向主持家事之人或其餘家族請求履行，若其負擔債務之行為非代表家族為之者，則其債務自應由行為人負擔，不能涉及同居家族。本案萬雲卿受上告人兄之託為之寄款，顯然與家事無關，自不能認為代表家族之行為。無論被告上告人與雲卿曾否分產，而因該行為所生之債務，均不能責被告上告人負擔。<sup>39</sup>

對於衝擊家族制度的個人主義思維，大理院以「代理」的法理緩和個人主義，指出若家族中一人代表家族與他人為債務行為，法律效果當然歸屬全家族（這部分的判決文句被揀選為判例），結果上，家族一人的行為，全家族必須負責，與傳統法相同。然而，大理院卻進一步提出，若行為人之行為非代表家族為之，則債務應由行為人個人負責，債權人不能對債務人以外之人請求，即便是與債務人同居未分產的家族成員<sup>40</sup>。在此，面對家族本位這個傳統中國社會中重要的概念，

<sup>38</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，頁 617。

<sup>39</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，頁 617-618。

<sup>40</sup> 同樣以「代理」法理緩和個人主義與家族主義衝突的判例，另有七年上字第二九五號，判例

個人主義的思想稍作妥協，但大理院推事仍藉由債權相對性法理，稍微調整、漸進過渡另一種價值。

當然，傳統法與繼受法，家族制度與個人主義，這些相對的概念都無法在某時點一刀兩斷地切割，相反地，他們交錯於同一時空，複雜而精彩。傳統是否全然拋棄個人的存在而屈就家庭、社會的和諧，筆者並未深入研究，在此無法申論，但是對於民國的大理院判決，不應以為是全然地繼受、全然地二分。民國初年是一個民法價值正在轉變的時代，轉變之中，變與不變的史實俱在，尤其所涉及者並非單純制度改變，而是衝擊核心價值時，其間的掙扎、漸進式的改變，自為理所當然的結果。

四年上字第五三一號判決涉及債權人向債務人同居的叔父請求代為返還銀兩，大理院以「代理」法理調整家族主義的觀念。然而，當家族關係較前述叔姪關係更為親密，如父子之間，兒子是否負有償還父親積欠之債務的義務？就不得不牽涉到承續自過去的「父債子還」習慣<sup>41</sup>，對此，大理院五年上字第一〇〇一號判例要旨稱：

父債子還，係指父死後而言，若父尚生存，而其子已經分財異居，則除其子表示承任（認）外，對於其父之債務，非當然負償還責任。<sup>42</sup>

---

要旨：「家族中一人僅以自己名義對於各人負有債務者，自不得以共有財產之全部供清償。惟其負債之行為，若係代理全家族，則此項債務本應由家族全員負責；債權人就其共有未分之產之全部請求執行，自非法所不許。」惟本判例要旨全文缺，無法得知案件事實與法律關係，甚為可惜。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第7冊，頁195。

<sup>41</sup> 傳統中國法律社會中有兒子代還父親的債務的習慣，然父親是否須代償兒子負欠的債務？以清代為例，無論依律例或習慣，都是否定的。《大清律例·戶律·戶役》「卑幼私擅用財」條：「凡同居卑幼，不由尊長，私擅用本家財產者，十兩，笞二十，每十兩加一等，罪止杖一百。」律條既然規定了卑幼不能擅自使用家中的財產，當然不可能出現未得父親允許、只屬於兒子的債務，也不會產生子債父還的情形。除國家律例如是想像，民間實際運作中，也有「父債子還，子債父不知（還）」，或與之相類的法諺。當然，現實生活中，儘管兒子私自在外負債是不合法的，父親可以不認債，但父親無論是出於對兒子的溺愛或是道德上的義務等，代還子債的行為，亦非不存在。參閱：田濤、鄭秦(點校)，《大清律例》，頁187；瀧川政次郎，《非理法權天：法諺の研究》，頁317；滋賀秀三，《中國家族法の原理》，頁164-165、167-168。中譯本：張建國、李力(譯)，《中國家族法原理》，頁132-133、135-136。

<sup>42</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁262。

對於民間「父債子還」的習慣<sup>43</sup>，大理院推事限縮適用範圍，但仍然承認這個違反債權相對性法理的習慣繼續存在。

大理院先以負債父親尚生存或已亡故為界分，若父親已亡，則兒子當然負擔父親遺留下來的債務。以負債父親的生與死區分父債子還的成立與否，並不是偶然，是結合了傳統中國「報」與兒子盡孝的思想。傳統中國社會存在父債子還的思想，出於父親代表家族共同體向他人為負擔行為，責任由家族共同承擔<sup>44</sup>，此外，更重要的原因在於父親現世無法償清債務，則死去將在另一個世界受苦，或是轉世為債主的家畜作為償還，這類「報」的故事並不罕見。對此，兒子理所當然必須為死去的父親償還債務，將父親從痛苦中解救出來，也是為人子盡孝的本分<sup>45</sup>。大理院巧妙地承繼父債子還的思想，先將兒子還債限定於父親亡故之後。

至於父親尚存於世時，其子是否須代為償還？大理院在本則判例中說明，若兒子已分財異居，則應依兒子自主之意思表示，除非兒子承認，否則父親的債務，非當然由兒子負償還責任；即父親與他人之間的債權債務關係僅具相對性，債權人不可向他人主張，即便是債務人之子。在本案中，上告人黃姓兄弟三人主張父親（亦為上告人）借債前，已將田產分授給三子，故被上告人等（債權人）不得收取這些田地的租金來抵償父親的債務；大理院同意上告人的上告意旨，認為父子之間若已分財異居，則父親的債務，兒子不負當然償還之義務，故要求廣東高等審判廳查明田產所有人是父親？或已分給兒子們？因而撤銷第一審和原判確認債務存在於上告人等父子四人與被上告人之間，判令兒子三人對於被上告人亦

<sup>43</sup> 南京國民政府民國七年（1918）開始調查民事習慣，其中，包含山西省汾陽、平定、榮河縣、福建省連城縣、湖北省漢陽、五峰、竹溪、興山、麻城、鄖、廣濟潛江、京山、谷城、巴東、竹山縣、陝西省渭南縣，以及江西省萍鄉縣等，都查得父債子還、子孫債的習慣，也有部分縣報告提到子債父不知的議題。至於五年上字第一〇〇一號判決發生於廣東省番禺縣，因該省當時已宣告獨立，未能調查，故無法對照確認。參閱：前南京國民政府司法行政部（編），胡旭晟、夏新華、李交發（點校），《民事習慣調查報告錄》，下冊，頁 473、482、495、629、647、660、706、886；黃源盛（纂輯），《大理院民事判例全文彙編》，第 3 冊，頁 262；胡旭晟，〈20 世紀前期中國之民商事習慣調查及其意義（代序）〉，收於前南京國民政府司法行政部（編），胡旭晟、夏新華、李交發（點校），《民事習慣調查報告錄》，上冊，頁 4-5。

<sup>44</sup> 參閱：仁井田陞，《補訂中國法制史：土地法·取引法》，頁 470。

<sup>45</sup> 參閱：仁井田陞，《中國法制史》（東京：岩波書局，1963 年增訂版），頁 39-40。中譯本：牟發松（譯），《中國法制史》（上海：上海古籍出版社，2011 年），頁 29-30。

負清償責任的部分，發還要求更為審判<sup>46</sup>。

在父親尚存於世的前提下，以分財異居與否，作為兒子是否應代還父親之債務的標準，即在分財異居的要件成就下，認定父子各具主體性，各自對自己的債務負責，債權人也不能以父子關係、血緣為由，要求債務人之子清償債務，在此，要肯認大理院在一定條件下，成就個人主體性，貫徹適用債權相對性法理，試圖改變部分地區認定無論父親生前死後和父子之間是否別財異居，子皆須償還父債的習慣<sup>47</sup>。

然而，若父子尚未分產，或是未分產前父親積欠的債務，大理院似認為彼等債務當然由家中的所有人，不分父子一起承擔。這與個人主義扞格的結論，或許基於傳統父子一體的思想，認定父親生存時，兒子的人格、財產能力被父吸收的法思想<sup>48</sup>，或許更直接地受限於民國初年民事審判仍適用《大清現行刑律》與民國國體不相牴觸的部分，律典中規定卑幼不得私擅用本家財產<sup>49</sup>，律條體現出同居共財卑幼與尊長在對外的債之關係中，被視之一體的概念。雖承認同居共財的兒子必須負擔父親債務，實有違具體彰顯近代個人主義思潮的債權相對性法理，但如同一屋二賣案件必須適用《大清現行刑律》「典買田宅」條，在此，有效適用的《大清現行刑律》「卑幼私擅用財」條及其表徵的概念，仍確實影響大理院的判決。

民國初年法思想變與未變並存的時代，大理院一方面雖積極帶來新法理，一

<sup>46</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第3冊，頁264-265。

<sup>47</sup> 前述註43的民初民事習慣調查報告中，查得存有父債子還習慣的縣，對於父債子還的範圍也各有不同的劃定，如福建省連城縣和江西省萍鄉縣習慣，認為即使父親尚存，債權人亦得逕向其子追討；湖北省漢陽、五峰、鄖、京山、竹山、潛江、廣濟縣習慣，則認為縱使父子分居，不問父親的債務是分居前或後，兒子皆須償還；湖北省竹溪、興山縣則以父子分居後，父親無力償還為限，要求兒子清償父親債務。民國七至十年（1918-1921）間的習慣調查報告中，可見得部分地區人民腦海中對於父債子還習慣的依存與信守，認定無論如何兒子皆須擔負父親債務，不難想見大理院做出五年上字第一〇〇一號判例時，這些習慣當然挑戰債權相對性法理的適用。參閱：前南京國民政府司法行政部(編)，胡旭晟、夏新華、李交發(點校)，《民事習慣調查報告錄》，下冊，頁629、647、660、886。

<sup>48</sup> 參閱：林秀雄，〈繼承權之拋棄與詐害債權〉，收於氏著，《家族法論集(三)》(臺北市：漢興書局，1994年)，頁246-247。

<sup>49</sup> 參閱：鄭爰諷(編輯)，《現行律民事有效部分集解》，第五章頁4。

方面也顧及舊時「父債子還」習慣、父子一體的法思想，以及《大清現行刑律》民事有效部分的限制，在涉及受傳統法文化影響最深的部分，並不貿然扭轉。此外，尚有論者從現實面的角度論述，認為當時社會經濟尚未發達成熟，如果輕易認「父債子還」習慣為無效，債權人失去法合法的求償管道，可能透過對借債者要求更多的擔保，或縮減清償等方式，來確保債的回收，如此，將造成社會交易成本的增加，經濟活動反受抑制，對債務人也未必有利<sup>50</sup>。

因此，若以此譴責大理院的守舊，但換一個角度，過於激進的改變，也可能造成人民對法律、審判的不安定與不信任，或抑制尚未成熟的經濟秩序。因此，大理院以公益、公序良俗為標準斟酌「父債子還」習慣，確認習慣中的部分內涵無違前述標準，故承認習慣存在，給予法之效力。新舊之間，亦不失為一種微調導正的作用<sup>51</sup>。在強硬主導改變以及認同人民習慣之間，大理院的地位、作為，毋寧更值得後人設身處地於過去的時空氛圍，再省思。

## 第二節 大理院運用債權相對性的影響與評價

無論是債權相對性法理本身，或是整部民法、債法所表徵的價值，都存在於大理院的判決中，並漸漸改變、影響下級審判廳、一般民眾適用債法時的決定。審判法源由大理院偷渡適用，「變法」不算太難，但改變下級審判廳、一般人民債法觀念的過程，恐怕就需費點功夫。因此，本文陳述大理院適用債權相對性法理的方式與思想之後，接續探討的就是大理院適用債權相對性法理後，對於下級審判廳、一般人民產生什麼影響，就這些影響與大理院判決本身，又應給予何種評價？

### 第一項 屬於「變法的觀念」的時代

民事財產法，尤其是債法，在清末中國變法繼受時，新式民法在擬定過程中

<sup>50</sup> 參閱：張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》，頁 173-174。

<sup>51</sup> 參閱：黃源盛，〈大理院裁判中的民事習慣〉，收於氏著，《民初大理院與裁判》，頁 223、225。

可說是相對簡單、未受阻撓，相對於朝野紛紛擾擾於刑法、民事身分法等諸多爭點，債法在「變法」這階段算是輕鬆完成。然而，即便「變法」容易，卻不代表「變法的觀念」也是一件容易的事——簡單明瞭如債權相對性法理，大理院推事們在運用上，仍花費十數年的時間，才讓下級審判廳及一般民眾漸漸瞭解債權相對性法理的內涵。

## 一、對下級審判廳的影響

對於下級審判廳的影響，就個案而言，依據《法院編制法》第 45 條規定：

大理院及分院發交下級審判廳之案件，下級審判廳對於該案不得違背該院法令上之意見。<sup>52</sup>

很明顯地，下級審判廳在個案上對於大理院法令上的意見必須遵守。以此規定回想論文中提到的所有判決，只要是大理院撤銷原判，發回高等審判廳，要求迅予更為審判者，高等審判廳在更審時都必須遵守大理院債權相對性的見解，故該案最終依照債權相對性法理做出判決的結局，應屬當然。

設身處地置於下級審判廳的位置，當判決被大理院撤銷發回，高審廳推事之後審理相類案件時，為了避免案件上訴後再度被大理院撤銷發回，不難想像他們參考先前的審判經驗，再度做出符合債權相對性的判決。以此推測債權相對性法理不只成功立足於下級審判廳所審理的個別案件，因下級審判廳推事們避免案件被撤銷發回，它已內化為下級審判廳推事們認為必須遵守的民法原則。

## 二、對民眾的影響

債權相對性法理對一般人民的影響，筆者從大理院的判決中區別出兩階段，一是民國二至五年（1913-1916），即民國大理院運作初期，剛引入西方法理審判案件，一般民眾處於困惑、無法接受並爭執的階段，只有少數涉略繼受法的專業

---

<sup>52</sup> 《法院編制法》於宣統元年（1909）十二月二十八日頒布，民國初期仍有效實施，並在民國四年（1915）六月二十日司法部呈准重刊。此處使用民國四年（1915）重刊者，與清末版本的差異主要在民初版本已刪除初級審判廳的設置。參閱：蔡鴻源(主編)，《民國法規集成》，第 31 冊，頁 8、13；黃源盛，《民初大理院與裁判》，頁 34、40。

法律人，如律師等，已明瞭、使用該法理；二是民國七至十五年（1918-1926）<sup>53</sup>，即大理院運作後期，似乎已有一般人民債權相對性法理這樣相對簡易的概念，至少，當使用法院的人民想要獲得勝訴時，他們必須接受，甚至為了勝訴，以債權相對性法理作為上告意旨，或補強上告主張。

民國大理院運作初期，三年上字第一一九號判決中，上告人的上告理由已提出債權相對性及物權絕對性支持其上告：

查本案上告狀內所列論旨計有四點：一、該產既由被上告人絕賣於參加人，而參加人更絕賣於上告人，則上告人即有該產之所有權，既已過戶承糧，自應有對抗一般人之效力，更何能許被上告人之回贖？且該推情回贖據既立於絕賣之時，又未明定期限，按之習慣及法例均難認為有效；就令有效，亦屬參加人與被上告人間之關係，自與上告人無涉。<sup>54</sup>

法律關係簡單說來是房屋買賣，由甲賣給乙，乙再賣給丙，而丙這一造主張甲乙之間的買回特約只屬於兩人之間的法律關係，與他無涉。對此，上告人丙提出上述債權相對性及「有該產之所有權……有對抗一般人之效力」物權絕對性的一番話，主張甲乙間的特約不能拘受他。

不過，這些闡釋債權相對性及物權絕對性的言說，恐非出自其口，應是由代理人潘承鏗律師<sup>55</sup>提出。對照前一章民國二至五年（1913-1916）各則判決全文，推事必須細心地向當事人解釋債權相對性等法理，著成多則判例的結果，應該可以合理推論三年上字第一一九號上告意旨中，以債權相對性法理支持、補充上告

<sup>53</sup> 忽略民國元年（1912）及六年（1917）的分期歸類，是因為筆者所參考的大理院判例史料是《大理院民事判例全文彙編》的〈總則〉、〈債權〉、〈物權〉三編，三編皆無民國元年（1912）的判例，或可想見民國元年（1912），案件尚未上告至大理院，故不予列入分期；至民國六年（1917）未歸入任何分期，則因史料中雖載該年度的判例要旨，惟判例全文多數缺漏（116個判例中僅有14則附全文，其中1則尚與判例要旨不符），欲從分析律師、當事人陳述是否受到債權相對性法理影響的面向切入，無法僅從判例要旨，也很難就極少數的判決全文觀察之，因此，亦不列入分期。參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第1-8冊；黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》。

<sup>54</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第4冊，頁227。

<sup>55</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第4冊，頁226。

的方式出自律師，即已涉略近代法學知識的專業法律人之手，而非一般民眾。

不過，債權相對性這種簡單的法理，漸漸地就被一般民眾知悉，進而提出成為自己上告至最高審時，不服前審判決的法律見解。例如七年上字第二七〇號判決：以讀書為業的上告人楊伯濤主張其與均和典之間的往來欠項只限於他本人償還，不能逕以其弟伯恭、伯儉存放於均和典的存款抵銷，故提起上告，上告意旨清楚援引債權相對性的法理論述：

上告意旨略稱：查債權係特定人對於特定人之權利，債權人祇能向特定債務人請求償還，斷不能以第三人債權抵銷特定債務人之債務。本案上告人與均和典往來雖有欠項，祇由上告人自負其責，與弟伯恭、伯儉毫無關係，今以上告人弟存放該典之款抵銷上告人之債務，上告人縱承認，上告人之弟豈能甘心？且徵之法理亦有未符，此不服者一。<sup>56</sup>

來到大理院開院後期的民國七年（1918），未委任律師代理的上告人已能引述債權相對性法理，並以之為上告理由，請求大理院駁回原審之判。

雖然可推論民眾認知、使用債權相對性法理是來自大理院多年多次講解判決例的成果；但在本案中，或許也可以推測，因上告人楊伯濤的職業是「業讀<sup>57</sup>」，他也可能曾經於他處閱讀近代法學相關書籍，其運用債權相對性法理未必習自大理院的實務判例。

然而，除此之外，十五年上字第六二九號判決的上訴人亦曾提出類似債權相對性的主張，而持有這樣見解的人只是一名女僧，並非以讀書為業，也無律師擔任代理人<sup>58</sup>。十五年上字第六二九號上訴人尼修慧的上訴理由如下：

尼為買主，王繼瀛為賣主，買賣出自當事人自由意思，法律上並無禁止尼獨不能杜買王繼瀛之田，是田為尼杜買，有人、物兩證之證明，法律上又無禁止尼買王繼瀛田產之規定，當然受法律上之保護，而不能由第三者推

<sup>56</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，頁 652。

<sup>57</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，頁 651。

<sup>58</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第 2 冊，頁 213。

翻契約之無效等語。<sup>59</sup>

法律關係是案外人王繼瀛負欠被上訴人朱寔秋債務，且經判決確定，王繼瀛為避免財產被強制執行，將田產賣與知情之上訴人尼修慧，即提出類似債權相對性法理之人。

就十五年上字第六二九號的上訴意旨看來，暫且不論上訴人的買田行為乃脫法行為，遭大理院被駁斥，上訴人尼修慧認為，他與出賣人王氏之間的買賣契約不容當事人以外之人推翻，頗有債權相對性概念存在。不過，仔細看她的上訴說明，並不如前述七年上字第二七〇號判決的上告人楊伯濤那般，先清晰地引述債權相對性的意義，再提出自己的原因事實、法律關係，希望將小前提的法理適用於大前提的事實中；十五年上字第六二九號的本案上訴意旨，上訴人尼修慧反而是想要避免被上訴人朱氏主張撤銷自己與出賣人王氏之間的詐害債權行為，對照她上訴理由中的另一段陳述，即透露這種想法：「執行前王、朱涉訟時，王繼瀛主張以小庄頭賣去還債，是否有此供述，尼不得而知。假設有此供述，亦不過賣田還債而已。夫賣田為一事，還債為一事，買主不能干涉賣主還債。今田已由尼承買矣，王繼瀛是否還債，尼不負保證債權者之義務。<sup>60</sup>」

可以說上訴人似有類似債權相對性，認為債權關係當事人方能主張權利，避免第三人介入干涉的概念；也可以說，上訴人僅僅是以各種說詞，希冀可能被撤銷的詐害債權行為能不被發現，故提出排除買賣關係以外人干預的主張。

理論上，新法理的普遍推行，應該是人民先有所理解，進而獲得認同，才會自覺遵循。事實上，從大理院的判決中，可以看到使用法院的一般人民，對於債權相對性法理，許多人當然不知道新法理的存在，而大理院必須做出闡釋債權相對性法理的判決例，改變人民的法觀念，使之理解遵循；然而，從前述判決中也看到有些人已能掌握法理意義，有些雖仍抱持似是而非的法觀念，但在為了獲得勝訴判決的相同前提下，他們都不約而同地主張法理。

<sup>59</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁214。

<sup>60</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁214。

## 第二項 法理適用的評價

對於大理院一系列適用債權相對性等繼受法理，希望能漸漸擺脫傳統律條及情理斷案的因子，乃至於對下級審判廳、一般民眾造成影響，其時代意義為何？在提出個人見解前，筆者欲先轉述清末民初債法（民法）繼受、適用債權相對性的相關評論，利用他人的見解，先刻畫過去對於本議題相關的法史評價，在這基礎上，提出筆者的想法。

事實上，罕見單純評價債之相對性的論著文章，不過，有論者探究情事變更問題時，注意到民初大理院所做的幾則判例。論者列舉三年上字第一一八九號判例（判決十一）判例要旨：「行政長官對於受災商人所定辦法，如事關私法上之權義關係，亦不過勸令暫予緩償，決不能有拘束債權人之效力<sup>61</sup>」、三年上字第一〇五四號（判決二）判例要旨：「金錢債務之債務人，雖實因不可祛避之事故以致資力喪失者，亦不得反乎債權人之意思，而主張減免<sup>62</sup>」等判例要旨，說明大理院認為債務人之金錢債務無履行不能，可能是民律一草受到德國立法例的影響，而大理院適用之<sup>63</sup>。然而，論者認為大理院在私法自治的議題中，對於契約之成立與遵守，採取最嚴格的分析法學派觀點，不存在情事變更的適用餘地<sup>64</sup>，如此，可能造成只在乎形式正義、忽略實質正義，讓人民感到法律不公平的審判

<sup>61</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁564。

<sup>62</sup> 參閱：黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁550。

<sup>63</sup> 參閱：彭鳳至，《情事變更原則之研究——中、德立法、裁判、學說之比較》（臺北：五南圖書出版，1986年），頁175。

<sup>64</sup> 事實上，「情事變更原則」並非不存在於民初大理院的判決例和解釋例中，如七年上字第三六一號判決就體現情事變更原則——法律關係發生後至效力終了前，對於不可歸責於當事人的事由，致發生當初無法預料的變更，若仍堅持原定法律效力將明顯有失公平時，應認得有相當程度變更法律效力，該號判例要旨如下：「凡以常用之外國貨幣表示其給付額者，苟其立約之真意，不過以該幣為計算當時價格之標準，則嗣後應履行時，其價格漲落懸殊為當事人始料所不及者，自應仍以約定當時該幣所值之市價為標準。」彭氏也提到大理院面對錢價或物價起伏過大時，有時為救濟當事人，反採取「實價主義原則」，踐行保護經濟弱者的情事變更原理。彭氏認為肇因於民初政治、金融制度不健全，導致審判時面對類似問題，卻有不同處理方式的結果。參閱：彭鳳至，《情事變更原則之研究——中、德立法、裁判、學說之比較》，頁167-169、175-176；黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》，第2冊，頁403。關於情事變更原則及七年上字第三六一號判例的討論，另可參照：黃源盛，〈大理院關於誠信原則的法理運用〉，收於氏著，《民初大理院與裁判》，頁251-255。

結果<sup>65</sup>。

以判決結果稱大理院審判屬於「最嚴格的分析法學派觀點」，也沒有不對，但回想第三章所述傳統法時代，當事人範圍之廣，以及債之數額的不確定性，或許從傳統法走到民初繼受法，大理院推事急於擺脫傳統錢債、田土審判「准情酌理」的風格，傳統審判常是大筆一揮，要求親朋鄰里等關係人一併清償債務，或是訓誡債主不可貪得的父母官作為；相反地，大理院堅守債權相對性等西方法理，使當事人居於平等地位，債權人不可隨意要求債務人以外之人償還款項，債務人也不得以「不可祛避事變」、「無資力」的言論逃避責任，要求減免債額——以審判教導每個個人，使其學習成為獨立的個體，在不侵及他人的範圍內享受權利，但也須為自己的行為負責、完成義務。

因此，從今日眼光審視大理院判決，認為民初大理院只是嚴格遵守法律法理，未能顧及個案情事，或許有些許嚴苛。畢竟，民初大理院推事們站在整合新舊法理的岔路口，又延續擔著清末以來國力不振、國人信心不足的壓力，而繼受歐西近代民法，甚至是全盤移植適用，是當時知識份子認為可以救國圖存、刻不容緩之事。那麼，在不影響社會穩定的前提下，嚴格力求判決內容及適用之法理與西方同，才算象徵國家司法實踐的進步，這樣的想法出現在大理院，應該也是不難想見的。

---

<sup>65</sup> 參閱：彭鳳至，〈情事變更原則之研究——中、德立法、裁判、學說之比較〉，頁 164。



## 第六章 結論

清末民初繼受而來的債權相對性法理，說明債權是特定人向特定人請求一定給付的權利，債權僅具相對性。債權相對性的法理意義，從清末民初甫繼受，到今日臺灣的民法學說、實務界，仍認同、運用同一定義，並未改變。然而，債權相對性法理的定義為何，清末至今皆未曾見於任一民法（草案）法條，《大清民律草案》雖曾在編首及條文後的立法理由中說明，但今日同樣不存於法典之中，因此，民初大理院判例明確定義、運用債權相對性法理的這段法律歷史，當有其研究的必要性和價值。

回顧傳統中國法制和審判，它與今日的繼受法理呈現完全不同的思維模式，故繼受初期大理院必須不斷強調、運用，才能逐漸扭轉過去的法律思想、意識。不過，即使是在被繼受國——德國的法制歷史過程，債之相對性理論的發展也是循序漸進，故可知無論是法律的發展，或是繼受的過程，均非一蹴可幾，因此，面對外國或是我國的法律歷史，若只有非難，或直指為落後野蠻，恐怕有欠公允。

債權相對性法理可追溯回古羅馬法時代，但性質、思想與近代相異，經過中世紀羅馬法復興、近世啟蒙思想造就的理性法、自然法思潮等歷史因素的改造，在《德國民法典》中呈現出近世的意義，例如相信每個個人可以依理性行為，以自由的意志制約自己的行為創造民法關係，即透過雙方的合意，決定債之關係中的相對權利義務；或是區分債務與責任，並認債權人沒有強制債務人給付的權利，當然也不會產生債務不履行時，債權人支配債務人人身、其他財產的情形。

德國法中的近代意義債權相對性法理，透過日本修律顧問松岡義正、志田鉀太郎等人之手，引入清末中國，呈現於《大清民律草案》中。這部傳統中國首部民法典（草案），前三編完成於帝制的最後一年（1911），未及施行，清朝滅亡。繼起的中華民國並未選擇適用於民事案件中，但繼受法概念早就透過學說論著、法學教育等管道，影響民國初年最高審判機構——大理院。大理院在審理案件時說明債權與物權性質不同，進一步說明債權相對性概念。這些判決，部分被揀擇為判例，透過要旨與全文，可以針對這些判決例類型化兩種模式：一是債之關係

主體間的相對特定，強調債之關係僅存於特定當事人間；二是客體間的相對特定，著重於債之範圍、內容的一定給付，以兩種類型對照比較傳統中國的錢債、田土規範和審判。

傳統中國法規對於「債」的認識與想像並非近代民法權利、義務的架構，遑論「特定債權人對特定債務人請求一定給付」此般債權相對性法理的存在；從審判實踐面觀察，也沒有債權相對性法理的拘束。但不受債權相對性法理拘束，不代表知府、知州、知縣等地方官處理「錢債田土案件」時，沒有一個既定的方式，他們必須從全體社會關係的角度切入思考，要求當事人雙方，甚至周圍的人們都進入協調範圍；對於債主提出契據中的數額，也只能代表當事人之間的關係、債主的要求，而非絕對必須遵守的特定給付，數額仍由府、州、縣等地方官裁定。決定哪些人必須進入協調範圍，以及數額的多寡，則以「情理」判定。

或是換一個角度說，傳統法律社會中所認定的「特定」相對人，並不是以締結錢債借貸、田土典買等債之關係的當事人為特定人，而是共同生活在糾紛範圍中的一群人，他們有些是親戚，有些是鄰里，有些則兼具雙重身分，有時或許恰巧符合現代民法意義下的債權人及債務人；同樣地，「一定給付」也未必等於契據交執時的金額，而是糾紛發生時，州縣官、知府等官員認定可以彌平爭執、實現正義的數額，因此，除了契據上的數額可參照執行，更多時候，官員還需審酌雙方關係、財力背景等情理因素，決定負債者應償還若干價金，或清償時限。

到了民國初年，大理院卻認定不一樣的審判原則，他們學習繼受自歐陸的新式民法法理，以「法理」、「條理」之名將債權相對性法理偷渡至審判中。從無到有的繼受過程：民初大理院推事們實踐債權相對性的方式有二，一是以法理之名，填入繼受新思想適用之；二是對民國初年仍屬有效的《大清現行刑律》相關律例進行改造。

在債之主體相對特定的部分，大理院利用物權絕對性作為比較對象，以物權得對抗一般人，但債權是特定人間的關係，除非他人合法承認債務，或另有法定移轉債權、債務的原因，當事人不能對債之關係以外的第三人主張債權。大理院駁斥下級審判廳傳統的審判模式——即將有關的當事人一併拉入，不需清楚分析

每個個人之間的債之關係，只是找出整體事件中的得利者，要求他將所得之利交付給事件中受損害之人，即認已彌平糾紛。相反地，大理院以繼受法理清楚解析案件，以債權相對性的法理審視每段債之關係，確認特定債權人與債務人。此外，針對傳統法所稱「重複典賣」的案件，大理院則以新式一物二賣的法理審理之。審理時受限於《大清現行刑律·田宅》「典買田宅」條的限制，但在條文的框架之下，大理院仍增加必須債權契約與物權契約皆合法成立的條件，才會發生物權移轉的效果，釐清得對抗第三人的是物權，而非債權契約。至於未獲得物權的典買人不得以其與出賣（典）人之間的債權契約要求他人移轉物權，因債權僅具相對性，僅成立於債之關係的特定當事人間，不過，若未獲得物權的典買人與出賣（典）人之間的債權契約成立，大理院進一步說明契約權利人得向出賣（典）人請求賠償給付不能的損害。

在債之客體相對特定的部分，大理院則說明縱然債務人因不可祛避的事故致資力受損，但若沒有得到債權人的同意，或其他法定原因，不能單方面要求減免清償金額或要求延緩清償期限。這跟傳統中國州縣地方衙門（甚至包含晚清的各級審判廳）「審情度理」的審判方式截然不同，對大理院推事們而言，任何更動債額的原因，都必須在符合債權相對性等近代繼受法理的前提下，才能成立，下級審判廳僅依「情理」刪減債額、違背債之關係客體相對性的判決，會遭到駁斥、撤銷發回。面對服膺「情理衡平」法思想的下級推事、兼理推事的縣級地方首長所做出的民事裁判，接受西方法學教育的大理院推事們使用近代民事法理邏輯作為裁判的小前提，也是唯一標準。至此，可以清楚看到大理院成功地將債權主、客體相對性的法理落實於實際的審判中，在繼受法律的歷史過程中，留下紀錄。

民事審判原則從情理法改向繼受法理，不僅是審判原則的轉向，其後代表的核心價值，也不相同。從民法行為的主體切入，在傳統中國社會中，個人的基本身分是某個家的成員，而這種以家庭為單位的倫理關係中，個人主義意義中的「個人」是不存在的，沒有獨立人格、自由意志與行動，在財產關係上，也沒有屬於個人的財產得自由支配。相對而言，繼受法理則是以個人為基本單位，個人擁有權利能力、行為能力等，擁有自己做成負擔行為、支配財產的能力。

大理院推事確實欲貫徹債權相對性法理，以個人為主，使特定人對特定人主張權利、負擔義務，但當法理思想衝擊到根本的家庭與個人的抉擇時，大理院則使用較婉轉、漸進的方式改變傳統的觀念。例如以代理的法理緩和個人主義，指出若家族中一人代表家族對他人負擔債務，法律效果當然歸屬全家族，但若行為人的行為並非代表家族為之，則債務應由行為人個人負責，債權人不能對債務人以外之人請求，即便是與債務人同居未分產的家族成員。此外，對於民間「父債子還」的習慣，仍然承認這個違反債權相對性的習慣繼續存在，但限縮適用範圍：首先是父親已死，依照民間習慣，兒子當然負擔父親生前的債務，承認「父債子還」；但若父親仍在世，就以父子分財異居與否，作為兒子是否具個別主體性的標準，即若父子已分財異居，父親的債務應由其自行負責，債權人不得向當事人以外的獨立個體請求清償。

雖然一般人民認定的價值，在社會、經濟條件無太大變動時，鮮見變更，但人民上告至大理院主張權利時，卻可見當事人為了獲得勝訴判決主張債權相對性法理。這情形大約出現在民國七年（1918）以後，大理院利用若干判例確立、適用債權相對性法理，也逐漸影響下級審判廳及人民。

對於民初大理院債權相對性判決的評價，嚴格遵守法理的部分，或許批其不知變通，但回想傳統法時代，當事人範圍之廣和債之數額的不確定性，或許大理院急於擺脫錢債、田土審判「准情度理」的風格，使當事人居於平等地位，債權人不可隨意要求債務人以外之人償還款項，債務人也不得逃避責任，要求減免債額——以審判教導每個個人，使其學習成為獨立的個體，在不侵及他人的範圍內享受權利，但也須為自己的行為負責、完成義務。畢竟，民初大理院站在整合新舊法理的岔路口，又承擔清末以來國力不振、國人信心不足的壓力，而繼受歐西近代民法，甚至是全盤移植適用，是當時知識份子認為刻不容緩之事。那麼，在不影響社會穩定的前提下，嚴格力求判決內容及適用之法理與西方同，應該是當時他們所認定的進步。

相對地，如果判決將衝擊社會價值，影響秩序穩定，大理院選擇妥協、微調的方式。或許譴責大理院守舊，但過於激進的改變，可能造成人民對法律、審判的不安定與不信任，或抑制尚未成熟的經濟秩序。在強硬主導改變以及認同人民

習慣之間，大理院的地位、作為，毋寧更值得後人設身處地於過去的時空氛圍，再省思。

輕輕走過古今中外，或許學習歷史、撰寫法律史的文章，不是用來吹噓這套法律概念、制度、體系多早以前就存在，淵遠流長，拿著沈重的歷史包袱向人壓去，使人服從；或許也不是沈溺於緬懷過去美好的時光，以古非今，傲氣十足的以為今日光景不如自己喜愛的那段舊日時光。走過這段清末民初，甚至遠溯更遙遠的古老中國，還是要學著活在當下、珍惜當下，明瞭當下的一切，都是這樣一點一滴艱辛地累積而成。

只是提醒自己幸運地從些許文獻史料中得知從前的一段段「故事」，故事中的他們，有笑、有淚，或許為正直掙扎，或許狡詐、天花亂墜地強詞奪理，但都是堅持著自己的人生，曾經活著，而我試著代替他們說話、書記。最終，碰巧在這些故事中，利用法律規範與審判，提煉了可能屬於那個時代的法律思想與意識，進而完成這本論文。

然而，論文最終只是一本論文，未來可能躺在圖書館一角，乏人問津，重要的是書寫的過程與結果，要知道沒有對不起被書寫的他們與自己。



## 附錄：大理院債權相對性相關判例索引

序號	論文編號	判例字號	判例要旨／判決理由	論文頁數
01	X	二年上字第八號	<p><b>【判例要旨】</b>            物權契約以直接發生物權上之變動為目的，其普通有效成立要件約有三端：(一)當事人須有完全能力，且締約者除法律有特別規定外，須就該物或權利有完全處分之權，故無處分權者，所為之物權契約當然不發生效力。如賣自己所有之特定物，則物權契約即包含於債權契約，二者同時發生效力。若賣他人所有之物，或不確定之物，則其債權契約雖屬有效，然不能即發生移轉物權之效力，有時仍不能不為物權契約之意思表示；(二)標的物須確定；(三)當事人之意思表示不得反於一般法律行為及契約之原則。</p> <p><b>【判決理由】</b>            按我國慣例及法理，契約關係本可分為債權、物權二種，物權契約以直接發生物權設定變更之效果為目的，與債權契約異，契約成立同時履行，更無存留義務之可言。且物權契約除質權等關係外，概非要式行為，因當事人之意思表示即生效力。</p>	43 44
02	判決三	二年上字第一三一號	<p><b>【判例要旨】</b>            抵押權在現行法律上為一種物權關係，故抵押權人之權利，對於抵押義務人以外之第三人，亦得依法對抗，若第三人就抵押物取得所有權時，抵押權人仍得依法實行其權利。惟抵押權人對買主自可為提存買價之請求，買主若應所求，則抵押權人之權利，即為該買主之第三人而消滅。而該買主之第三人，亦得對於抵押權人提存其滿意之金額，令抵押權人之權利歸於消滅，而安然取得其物之所有權。反是，抵押權人斷不能令買主之第三人，於提存買</p>	90 92 123 124

			價之外，更代債務人為單純債務之償還。蓋債權、債務為特定人對於特定人之關係，苟無法律上特別原因，自無向債務人以外之第三人得以主張之理。	
03	判決一	三年上字第一三號	<p><b>【判例要旨】</b> 債權係特定人對於特定人之權利，故債務人不履行債務時，債權人惟得對於債務人請求履行。</p> <p><b>【判決理由】</b> 本院查債權係為特定人對於特定人之權利，故債務人不履行債務時，債權人惟得對於債務人請求履行。然如第三人特向債權人訂立承任債務人債務之契約者，則因承任契約之效力，債權人即得向第三人為履行債務之要求，若無承認契約，債權人欲要求第三人履行債務人之債務，實為法所不許。此係債權法上通理，亦即現行之先例也。</p>	47 48 49 89 90 124
04	判決五	三年上字第四五號	<p><b>【判例要旨】</b> 無權限人與人約定絕賣他人之產者，在債權法上，該契約當事人間雖可有效發生權利義務關係，而於他人物權之取得，則非由諾約人先取得其物權後，再為有效之物權移轉契約不可。</p> <p><b>【判決理由】</b> 上告人與王宗泗間即有債權法上權利義務之約定，原不能對抗該當事人以外之人。</p>	45 46 94 96 100
05	X	三年上字第一一九號	<p><b>【判例要旨】</b> 債權契約之效力，僅及於契約當事人間，而以不得對抗第三人為原則。</p> <p><b>【判決理由】</b> 查本案上告狀內所列論旨計有四點：一、該產既由被上告人絕賣於參加人，而參加人更絕賣於上告人，則上告人即有該產之所有權，既已過戶承糧，自應有對抗一般人之效力，更何能許被上告人之回贖？且</p>	141

			該推情回贖據既立於絕賣之時，又未明定期限，按之習慣及法例均難認為有效；就令有效，亦屬參加人與被上告人間之關係，自與上告人無涉。	
06	判決六	三年上字第三〇五號	<p><b>【判例要旨】</b> 佃權本係物權性質，無論業主更換何人，當然永久存在不受影響；現租則係債權性質，僅對於原業主得以主張，如新業主並未允佃，當然無強求之權。</p> <p><b>【判決理由】</b> 究竟奉省清查莊地章程在何年、月施行，而當時報領允准之地是否證明確在偏西，第一審檢證報告是否一無可採，原判於此並未詳加釋明，似於職權上應盡能事不得謂為已盡。至被上告人對於上告人之地本有永佃之權（兩造不爭事實），上告人則主張繳還押租後，有收條為證，已變為現租，應於上告人出賣地畝同時消滅。……本案被上告人與上告人所有永佃關係，是否當時即已聲明繳還押租即變現租，抑該省確有此種習慣法則，原審關於此項重要之點，亦並未依法調查，殊有未合。</p>	96 97 98
07	X	三年上字第八〇七號	<p><b>【判決理由】</b> 原判令分期還本及免除革命後利息之部分，雖為調劑債務人之利益，維持商業金融起見。惟是審判衙門之判斷必須以法例為根據，反乎現行法例而斟酌利害以為取捨，實非審判衙門職權之所應及。如果債務人財產實不能清償，或非展緩其清償而債務人資力即難恢復，一般債權人亦將同受損失，則在執行衙門固可參酌情形量予猶豫，而依上開法例，債務人要無主張展緩或減免之權利。</p>	112 132 133
08	X	三年上字第八七八號	<p><b>【判例要旨】</b> 有確定期限之債務期限到來，債務人即須清償，苟非得債權人同意不得延期</p>	114
09	判決二	三年上字	<p><b>【判例要旨】</b></p>	49

		第一〇五四號	<p>金錢債務之債務人，雖實因不可祛避之事故以致資力喪失者，亦不得反乎債權人之意思，而主張減免。</p> <p><b>【判決理由】</b>                  本院按現行法例，凡金錢債務已至清償期者，債務人即負如數清償之義務。雖實因不可祛避之事故以致資力喪失者，亦自不得反乎債權人之意思而主張減免清償。惟債權人對於債務人之要求減免已表示承諾之意思者，則應本於承諾以為清償，而債權人亦自不容反汗。</p>	50 53 109 110 118 125 144
10	判決十一	三年上字第一一八九號	<p><b>【判例要旨】</b>                  行政長官對於受災商人所定辦法，如事關私法上之權義關係，亦不過勸令暫予緩償，決不能有拘束債權人之效力。</p> <p><b>【判決理由】</b>                  因義發順牽連無力償還，亦係執行上問題。被上告人之所主張未得上告人之同意，依上開法例，自不容以兵變受損，清償無力為理由主張緩期清償。</p>	113 114 115 117 118 126 144
11	判決七	四年上字第三二五號	<p><b>【判例要旨】</b>                  律載：「若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，追償還主，田宅從原典賣主為業。」等語，是在現行法上不動產之所有人，以一不動產出賣，如其買賣業經合法成立，則僅最初之買主取得不動產之物權。至價錢之交付係買賣契約之履行，並非買賣契約成立之要件，故買主不依約支付價金，雖可為買賣契約解除之原因，而未經解除以前，其最初買賣仍屬有效，決不能因此遂復以裁判令第三人取得該物所有權，致以一不動產而有兩重之買賣。</p> <p><b>【判決理由】</b>                  該地所有權業經管理該地之主務官署合法移轉於上告人，……主務官廳不但無解除買賣契約之意思表示，且已證明其照章繳價，則無論喻國祿是否絕嗣，即被上告人</p>	101 102 104 105 127 128 132 133

			與喻國祿有何等關係，地既充公即屬官地，自與喻姓無涉。而人民與官廳私法上之權義關係，以視私人與私人相互間之所為，並無或殊，即亦無有以一不動產而為二重買賣之理。乃第一審徒謂被上告人思復祖業情有可原，原審又仍以上告人拖欠地價為詞，遂將財政司已賣與上告人之地復判令被上告人承領，按諸前示律例，實係違法。	
12	X	四年上字第五三一號	<p><b>【判例要旨】</b> 同居家族之一人，若代全家族與他人為負擔債務之行為者，因該行為所生之債務，固得向主持家事之人，或其餘家族請求履行。</p> <p><b>【判決理由】</b> 本院按現行法例，債權為對於特定人之權利，非經第三人合法承認其債務，則債權人不得向第三人請求履行。……復按現行法例，同居家族之一人，若代表家族與他人為負擔債務之行為者，因該行為所生之債務，固得向主持家事之人或其餘家族請求履行，若其負擔債務之行為非代表家族為之者，則其債務自應由行為人負擔，不能涉及同居家族。本案萬雲卿受上告人兄之託為之寄款，顯然與家事無關，自不能認為代表家族之行為。無論被上告人與雲卿曾否分產，而因該行為所生之債務，均不能責被上告人負擔。</p>	135 136
13	X	四年上字第一〇二六號	<p><b>【判例要旨】</b> 債權法上，於金錢債權不能發生給付不能之觀念，債權人若因一定事由致無力清償債務，應認為執行不能或執行有窒礙，在執行法上自有一定之辦法，故或因事故不克履行者，惟債務人得債權人之同意時，可免除其義務之全部或一部，或展緩償還之期限，否則不得以裁判及行政處分強令債權人受其虧損。</p>	118
14	判決十	四年上字	<b>【判決理由】</b>	110

		第一三一〇號	<p>本院查現行法例，金錢債務之清償與特定物為標的之債權不同，債務人自不能藉口給付不能主張減免本息或展緩清償，此定則也。……月息八厘既於當時約定，則依上開法例，苟非被上告人自願減讓，即上告人不能以兵變被搶為理由，主張應行減免。至政府對於被災各戶之撫恤，係政府與被災各戶間之關係，自與被災各戶之債權人無涉。今依上開法例，金錢債務既不能發生給付不能之觀念，則上告人就此項存款即不能藉口卹金未蒙頒發，反乎被上告人之意思而欲展期清償。</p>	111 115
15	X	四年上字第二二五九號	<p><b>【判例要旨】</b> 不動產之所有人，以一不動產為二重買賣者，其嗣後所締結之買賣契約，無論其買主是否善意，要皆不過發生債權法上之關係。</p>	105 108 128 129
16	判決十二	四年上字第二四六一號	<p><b>【判例要旨】</b> 查前清兼理司法之州縣衙門，因行政之必要固得頒發命令，但不得即以命令消滅特定債權人之債權。</p> <p><b>【判決理由】</b> 蓋天津縣之告示，僅可認為催告持有仁興茂銀錢各帖之債權人赴縣換照，並不能有消滅私人債權之效力。</p>	116 117 126
17	判決八	五年上字第二〇八號	<p><b>【判例要旨】</b> 按現行律〈田宅〉門「典買田宅」律文載：「若將已典賣與人田宅朦朧重複典賣者，追價還主，田宅仍從原典買主為業。」云云，其所謂典賣與人，自係指設定移轉不動產物權之契約（物權契約）業經合法成立者而言，非僅締結買賣之債權契約者所可遽行援用，依向來慣例，移轉不動產所有權之物權契約，通常以作成契據為其成立要件。故合法作成契據一經交付之後，其標的物之所有權即移轉於讓受人，倘原所有人有重複典賣情事，則後典、後買之人，即使確係善意，亦僅能對於原所有人</p>	44 103 104 105 108 128 129

			<p>請求返還價金，賠償因此所生之損害，而不能取得典權或所有權。</p> <p><b>【判決理由】</b>          乃朱麗庚、朱嚴氏於其田產所有權業已移轉於被上告人之後，竟又以其中一部出賣於上告人，縱使上告人確係善意，而朱姓究不能謂非重複出賣，依上開法例，上告人僅可對於朱姓主張債權追還價銀，並請求損害賠償，而不能以之對抗已經取得所有權之被上告人。</p>	
18	判決四	五年上字第五三一號	<p><b>【判例要旨】</b>          債權乃對於特定義務人之權利，非經他人合法承認債務，或其債務因法令當然移轉於人者（如共有人關於共有物費用，對他共有人所負債務，當然隨應有部分轉移是），債權人不得對於債務人以外之人請求履行。</p> <p><b>【判決理由】</b>          被上告人承租第三□沙地時，其所出之頂首銀兩既係由宋東範收受，則於租借關係終止時，即應仍由宋東範負償還之責（債權關係），上告人既未合法承認其債務，法律上亦無當然移轉之原因，自不得則上告人代為負擔。至上告人於宋東範所墊付之訟費及築圩等費，雖尚未償還，然此乃上告人與宋東範之債權關係，與被上告人無涉。</p>	92 93 94 123
19	X	五年上字第一〇〇一號	<p><b>【判例要旨】</b>          父債子還，係指父死後而言，若父尚生存，而其子已經分財異居，則除其子表示承任（認）外，對於其父之債務，非當然負償還責任。</p>	136
20	X	六年上字第九九四號	<p><b>【判例要旨】</b>          租賃契約僅有債權效力，除當事人兩造應受其拘束外，不能對抗第三人。故出租主以所租物之所有權讓與人者，如非讓受人承認其租用之義務，則租主僅得對於原出</p>	98

			租主請求履行，或賠償因不履行所受之損害，而不得對於買主拒絕交物。	
21	X	六年上字第一二二七號	<p><b>【判例要旨】</b> 債務已至清償期者，債務人負即時清償之義務，所有利息亦應依約定利率計至清償之日為止，縱令其間債務人因不可祛避之事故致資力受損，亦不得反於債權人之意思而要求展緩清償或減免利息。</p>	110 111 125
22	X	七年上字第二七〇號	<p><b>【判決理由】</b> 上告意旨略稱：查債權係特定人對於特定人之權利，債權人祇能向特定債務人請求償還，斷不能以第三人債權抵銷特定債務人之債務。本案上告人與均和典往來雖有欠項，祇由上告人自負其責，與弟伯恭、伯儉毫無關係，今以上告人弟存放該典之款抵銷上告人之債務，上告人縱承認，上告人之弟豈能甘心？且徵之法理亦有未符，此不服者一。</p>	142 143
23	X	七年上字第二九五號	<p><b>【判例要旨】</b> 家族中一人僅以自己名義對於各人負有債務者，自不得以共有財產之全部供清償。惟其負債之行為，若係代理全家族，則此項債務本應由家族全員負責；債權人就其共有未分之產之全部請求執行，自非法所不許。</p>	135
24	X	八年上字第六八二號	<p><b>【判例要旨】</b> 房東與租主所訂租約，雖有不許主辭客之語，然此項債權契約，依法僅有拘束當事人之效力，不能對抗第三人。故該房屋之買主，除就原租約所訂債務明示或默示承任之意思外，即可不受其拘束。</p>	98
25	判決九	十年上字第七〇四號	<p><b>【判例要旨】</b> 賣主就同一標的物為二重買賣，在前之賣約僅發生債權關係，而後之賣約已發生物權關係者，即令後買主締結賣約實有惡意，其對於前買主亦僅發生是否侵害債權及應否賠償損失之問題，前買主對於後買</p>	106 108 109

			<p>主不能就該標的物已經發生之物權關係，主張其為無效。</p> <p><b>【判決理由】</b>                  被上告人與劉忠祥所立契約書雖有「非本契約完全履行，不得更與他人締結賣約」之訂立，就屬被上告人與劉忠祥之關係，而在上告人一面即令其與劉忠祥締結新約之時，曾知有該約，而對於被上告人實無違約之可言。……又訟爭木材既經劉忠祥二重買賣，在上告人與被上告人之關係，果應由何造取得所有權，自應視何造首先由劉忠祥履行本約實行交付。……（被上告人）於劉忠祥實行交付以前，未能就訟爭木材取得所有權，自屬顯然。若果如上告人所稱，訟爭木材係於王姓把頭交由上告人保人轉付上告人後，始由被上告人打印，則被上告人即無本其與劉忠祥所結交木契約，竟向上告人請求交木之理。</p>	
26	X	十五年上字第六二九號	<p><b>【判決理由】</b>                  尼為買主，王繼瀛為賣主，買賣出自當事人自由意思，法律上並無禁止尼獨不能杜買王繼瀛之田，是田為尼杜買，有人、物兩證之證明，法律上又無禁止尼買王繼瀛田產之規定，當然受法律上之保護，而不能由第三者推翻契約之無效等語。</p>	142 143



## 參考書目

### 壹、中文文獻

#### 一、史料

##### (一) 史書

1. 司馬遷(撰)，裴駟(集解)，《史記》，下冊，臺北：宏業書局，1972年。
2. 許慎(著)，段玉裁(注)，《圈點段注說文解字》，臺北市：萬卷樓，2002年。
3. 劉錦藻(撰)，《清朝續文獻通考》，臺北市：新興書局，1963年。
4. 鄭玄(注)，賈公彥(疏)，趙伯雄(整理)，《周禮注疏》，第5冊，臺北市：台灣古籍出版，2001年。

##### (二) 法律註釋及立法史料

1. 天一閣博物館、中國社會科學院歷史研究所天聖令整理課題組(校證)，《天一閣藏明鈔本天聖令校證：附唐令復原研究》，下冊，北京：中華書局，2006年。
2. 仁井田陞，《唐令拾遺》，東京：東京大學出版會，1964年復刻版。
3. 司法院行政部民法研究修正委員會(編)，《中華民國民法制訂史料彙編》，上冊，臺北：司法行政部印行，1976年。
4. 田濤、鄭秦(點校)，《大清律例》，北京：法律出版社，1998年。
5. 法律修訂館(編)，《法律草案彙編(一)》，臺北：成文出版社，1973年。
6. 沈之奇(著)，懷效鋒、李俊(點校)，《大清律輯註》，上冊，北京：法律出版社，2000年。
7. 前南京國民政府司法行政部(編)，胡旭晟、夏新華、李交發(點校)，《民事習慣調查報告錄》，上、下冊，北京：中國政法大學出版社，2000年。
8. 政學社(印行)，《大清法規大全》，第4冊，臺北市：宏業出版社，1972年。
9. 故宮博物院明清檔案部(編)，《清末籌備立憲檔案史料》，下冊，北京：中華書

局，1979年。

10. 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組(編著)，《張家山漢墓竹簡〔二四七號墓〕：釋文修訂本》，北京：文物出版社，2006年。
11. 睡虎地秦墓竹簡小組(編)，《睡虎地秦墓竹簡》，北京市：文物出版社，2001年二刷。
12. 鄭愛諷(編輯)，《現行律民事有效部分集解》，上海：世界書局，1928年。
13. 蔡鴻源(主編)，《民國法規集成》，第31冊，合肥市：黃山書社，1999年。
14. 薛允升(著述)，黃靜嘉(編校)，《讀例存疑重刊本》，第3冊，臺北市：成文出版社，1970年。

### (三) 司法審判檔案、文書彙編

1. 于成龍(撰)，《于山奏牘》，北京：全國圖書館文獻縮微複製中心，2006年。
2. 四川省檔案館(編)，《清代巴縣檔案匯編 乾隆卷》，北京市：檔案出版社，1991年。
3. 全士潮等(纂)，何勤華等(點校)，《駁案匯編》，北京：法律出版社，2009年。
4. 汪慶祺(編)，李啟成(點校)，《各省審判廳判牘》，北京：北京大學出版社，2007年。
5. 郭衛(編)，《大理院解釋例全文》，臺北市：成文出版社，1972年。
6. 陳全倫、畢可娟、呂曉東(主編)，《徐公讞詞：清代名吏徐士林判案手記》，濟南：齊魯書社，2001年。
7. 黃源盛(纂輯)，《大理院民事判決全文匯覽》，第1冊，未刊稿。
8. 黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例全文彙編》(全11冊)，臺北市：國立政治大學基礎法學中心典藏，2005年。
9. 黃源盛(纂輯)，《大理院民事判例輯存 總則編》，臺北市：元照出版社，2012年。
10. 襟霞閣(主編)，《清代名吏判牘七種彙編》，臺北市：老古文化事業，2000年。

### (四) 法學書籍

1. 王寵惠(著),張仁善(編),《王寵惠法學文集》,北京:法律出版社,2008年。
2. 岡田朝太郎,《法學通論》,東京都:信山社出版,2008年復刻版。
3. 陳瑾昆,《民法通義債編<sup>總論</sup>》,北平市:北平朝陽學院,1933年三版。
4. 熊元楷、熊元襄(編輯),《民法債編<sup>總論</sup><sub>各論</sub>》,北京:安徽法學社,1914年四版。

### (五) 政書、文集

1. 沈家本,《寄謄文存》,上、下冊,臺北:臺灣商務印書館,1976年。
2. 官箴書集成編輯委員會(編),《官箴書集成》,第6、7冊,合肥:黃山書社,1997年。
3. 陳三井、居蜜(主編),《居正先生全集》,上冊,臺北市:中央研究院近代史研究所,1998年。
4. 湯志鈞(編),《康有為論政集》,上冊,北京:中華書局,1998年。
5. 廖一中、羅真容(整理),天津圖書館、天津社會科學院歷史研究所(編),《袁世凱奏議》,天津:天津古籍出版社,1987年。

## 二、近人著作

### (一) 專書

1. 中國歷史大辭典編纂委員會(編纂),《中國歷史大辭典》,下卷,上海:上海辭書出版社,2000年。
2. 王伯琦,《近代法律思潮與中國固有文化》,臺北市:法務通訊雜誌社,1989年四版。
3. 王泰升,《台灣法的斷裂與連續》,臺北市:元照出版,2002年。
4. 王澤鑑,《民法總則》,臺北市:三民書局經銷,2000年增訂版。
5. 王澤鑑,《民法學說與判例研究》,第4冊,臺北市:王慕華發行,2004年。
6. 王澤鑑,《民法學說與判例研究》,第5冊,臺北市:作者自刊,2004年。
7. 王澤鑑,《債法原理(一) 基礎理論債之發生:契約、代理權授與與無因管理》,臺北市:王慕華發行,2006年。
8. 仁井田陞(著),牟發松(譯),《中國法制史》,上海:上海古籍出版社,2011年。

9. 史尚寬，《債法總論》，上冊，臺北市：台北監獄印刷工場，1960年。
10. 朱曉喆，《近代歐陸民法思想史——十六至十九世紀》，北京：清華大學出版社，2010年。
11. 那思陸，《清代州縣衙門審判制度》，臺北市：文史哲出版，1982年。
12. 李啟成，《晚清各級審判廳研究》，北京：北京大學出版社，2004年。
13. 林秀雄，《家族法論集(三)》，臺北市：漢興書局，1994年。
14. 林秀雄，《繼承法講義》，臺北市：林秀雄出版，2009年。
15. 周伯峰，《民國初年“契約自由”概念的誕生——以大理院的言語實踐為中心》，北京：北京大學出版社，2006年。
16. 俞江，《近代中國民法學中的私權理論》，北京：北京大學出版社，2003年。
17. 梁治平，《清代習慣法：社會與國家》，北京：中國政法大學出版社，1996年。
18. 梁治平，《在邊緣處思考》，北京：法律出版社，2009年。
19. 梁治平，《尋求自然秩序中的和諧：中國傳統法律文化研究》，臺北市：國立臺灣大學出版中心，2011年。
20. 郭建，《典權制度源流考》，北京：社會科學文獻出版社，2009年。
21. 張生，《民國初期民法的近代化——以固有法與繼受法的整合為中心》，北京：中國政法大學出版社，2002年。
22. 張仁善，《法律社會史的視野》，北京：法律出版社，2007年。
23. 陳起行，《法形成與法典化——法律資訊研究》，臺北市：學林文化，1999年。
24. 陳惠馨，《傳統個人、家庭、婚姻與國家——中國法制史的研究與方法》，臺北市：五南圖書出版，2006年。
25. 陳惠馨，《德國法制史——從日耳曼到近代》，臺北市：元照出版，2007年。
26. 陳煜，《清末新政中的修訂法律館：中國法律近代化的一段往事》，北京：中國政法大學出版社，2009年。
27. 黃右昌(著)，丁玫(勘校)，《羅馬法與現代》，北京：北京大學出版社，2008年。
28. 黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》，上海：上海書店出版社，2001年。
29. 黃宗智，《法典、習俗與司法實踐：清代與民國的比較》，上海：上海書店出

版社，2003年。

30. 黃茂榮，《債法總論（第一冊）》，臺北市：黃茂榮出版，2002年。
31. 黃源盛，《法律繼受與近代中國法》，臺北市：黃若喬出版，2007年。
32. 黃源盛，《民初大理院與裁判》，臺北市：元照出版社，2011年。
33. 黃靜嘉，《中國法制史論述叢稿》，北京：清華大學出版社，2006年。
34. 滋賀秀三(著)，張建國、李力(譯)，《中國家族法原理》，北京：法律出版社，2002年。
35. 劉俊文(撰)，《唐律疏議箋解》，上、下冊，北京：中華書局，1996年。
36. 鄭玉波(編譯)，《羅馬法要義》，臺北市：三民書局，1958年。
37. 鄭玉波(主編)，《民法債編論文選輯(中)》，臺北市：五南圖書出版，1984年。
38. 鄭玉波(解譯)，《法諺(一)》，臺北市：解譯者發行，1986年再版。
39. 戴炎輝，《唐律各論》，下冊，台北市：成文出版社，1988年增訂版。
40. 戴東雄，《中世紀義大利法學與德國的繼受羅馬法》，臺北：戴東雄出版，1999年二版。
41. 蘇永欽，《尋找新民法》，臺北市：元照出版社，2008年。
42. 羅爾夫·克尼佩爾 (Rolf Knieper) (著)，朱岩(譯)，《法律與歷史——論《德國民法典》的形成與變遷》，北京：法律出版社，2003年。
43. Franz Wieacker(著)，陳愛娥、黃建輝(合譯)，《近代私法史：以德意志的發展為觀察重點》，臺北市：五南圖書出版，2004年。

## (二) 專書論文

1. 田濤，〈虛假的材料與結論的虛假——從《崇德會典》到《戶部則例》〉，收於倪正茂(主編)，《批判與重建：中國法律史研究反撥》，北京：法律出版社，2002年，頁201-262。
2. 寺田浩明，〈日本的清代司法制度研究與對“法”的理解〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，北京：法律出版社，1998年，頁112-138。
3. 寺田浩明，〈權利與冤抑——清代聽訟和民眾的民事法秩序〉，收於滋賀秀三

- 等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，北京：法律出版社，1998年，頁191-265。
4. 李宜琛，〈債務與責任〉，收於何勤華、李秀清(主編)，《民國法學論文精萃》，第3卷. 民商法律篇，北京：法律出版社，2004年，頁176-200。
  5. 陳惠馨，〈《唐律》與《大清律例》法典形式規範體系——一個比較法制史觀點〉，收於黃源盛(主編)，《唐律與傳統法文化》，臺北市：元照出版，2011年，頁261-288。
  6. 賀衛方，〈司法獨立在近代中國的展開〉，收於何勤華(主編)，《法的移植與法的本土化》，北京：法律出版社，2001年，頁35-73。
  7. 滋賀秀三，〈中國法文化的考察——以訴訟的型態為素材〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，北京：法律出版社，1998年，頁1-18。
  8. 滋賀秀三，〈清代訴訟制度之民事法源的概括性考察——情、理、法〉，收於滋賀秀三等(著)，王亞新、梁治平(編)，《明清時期的民事審判與民間契約》，北京：法律出版社，1998年，頁19-53。
  9. 鞏濤 (Jérôme Bourgon) (著)，黃世杰(譯)，〈地毯上的圖案：試論清代法律文化中的「習慣」與「契約」〉，收於邱澎生、陳熙遠(編)，《明清法律運作中的權力與文化》，臺北市：中央研究院、聯經出版，2009年，頁215-253。
  10. 霍存福，〈古中國與古羅馬契約制度與觀念的比較〉，收於曾憲義(主編)，《百年回眸：法律史研究在中國》，第2卷. 當代大陸卷(下)，北京：中國人民大學出版社，2009年，頁658-673。

### (三) 期刊論文

1. 卜正民 (Timothy Brook)，〈近代西方人眼中的中國凌遲〉，《復旦大學文史研究院學術通訊》，2007：2(上海市，2007.06)，頁25-27。
2. 向明恩，〈德國民法一百年之回顧與展望〉，《東吳大學法律學報》，13：1(臺北，2001.08)，頁71-104。
3. 李啟成，〈民事權利在近代中國的生成——以大理院祭田案件為中心的實證

- 考察》，《比較法研究》，2010年06期(北京市，2010.11)，頁1-17。
4. 李淑媛，〈唐代的「典賣妻女」現象——以律令為中心〉，《臺灣師大歷史學報》，42(臺北，2009.12)，頁51-80。
  5. 林誠二，〈論債之本質與責任〉，《中興法學》，13(臺北，1978.04)，頁53-73。
  6. 陶希聖，〈清末法制改革的風潮〉，《東方雜誌》，復刊13：9(臺北，1980.03)，頁7-11。
  7. 陳自強，〈台灣民法百年——以財產法之修正為中心〉，《月旦法學雜誌》，186(臺北，2010.10)，頁99-129。
  8. 陳忠五，〈2010年民事法發展回顧〉，《國立臺灣大學法學論叢》，40特刊(臺北市，2011.10)，頁1699-1755。
  9. 傅廣宇，〈法律史與法釋義學——以德國民法為考察對象〉，《法制史研究》，19(臺北，2011.06)，頁263-287。
  10. 歐陽正，〈民國初年的法制改革與司法獨立理念的實踐〉，《法制史研究》，創刊號(臺北，2000.12)，頁77-94。

#### (四) 博碩士論文

1. 洪瑞君，〈論第三人利益契約——以實務適用之綜合探討為中心〉，臺北：國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004年。
2. 張益祥，〈清代民間買賣田產法規範之研究——以官方表述為中心〉，臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年。
3. 陳郁如，〈清乾隆時期刑科題本之研究——以調姦本婦未成致本婦羞忿自盡類型案例為例〉，臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年。
4. 黃聖綦，〈大理院民事判決法源之研究（1912-1928）〉，臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2003年。
5. 黃琴唐，〈民國初年親權法制的開展——以大理院的司法實踐為中心〉，臺北：國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008年。

#### (五) 網路資源

1. 教育部《異體字字典》字形檢索：<http://dict.variants.moe.edu.tw/suo.htm>。
2. 最高法院：<http://tps.judicial.gov.tw/>。
3. 立法院法律系統：<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw>。

## 貳、外文文獻

1. 仁井田陞，《中國法制史》，東京：岩波書局，1963年增訂版。
2. 仁井田陞，《補訂中國法制史：土地法・取引法》，東京：東京大學出版會，1991年補訂版。
3. 伊藤隆、季武嘉也(編)，《近現代日本人物史料情報辭典.3》，東京：吉川弘文館，2007年。
4. 滋賀秀三，《中國家族法の原理》，東京：創文社，1967年。
5. 豬野三郎(編)，《大正人名辭典Ⅱ》，下卷，東京：日本図書センター，1989年。
6. 瀧川政次郎，《非理法權天：法諺の研究》，東京都：青蛙房，1964年。
7. 大久保泰甫，〈民法典編纂史のパラダイム転換と今後の課題—法制史生徒の立場から〉，《法律時報》，70：9(東京，1998.8)，頁6-10。
8. David Johnston, *Roman Law in Context*. Cambridge, U.K. ; New York : Cambridge University Press, 1999.
9. Fritz Schulz, *History of Roman legal science*. Oxford : Clarendon Press, 1967.
10. Hugo Grotius, *The Jurisprudence of Holland*. Oxford : Clarendon Press, 1926.
11. Reinhard Zimmermann, *The law of obligations : Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford [England] : New York : Oxford University Press, 1996.