

文章编号: 1671-6914(2003)02-0078-(08)

论债务免除的性质

张 谷

(北京大学法学院, 北京 100871)

[摘要] 债务免除的性质向来有单方行为和契约两说。单方纳税以权利可得抛弃为其逻辑起点,即以对债务人的意思推定为基础,其逻辑必然是完全不需要虑及债务人的利益、意志,殊为不妥。而契约说则能克服此缺陷,又能满足法律实务之需求,更具说服力。

[关键词] 债务免除; 单方行为; 双方行为; 债法

Abstract: As to the nature of debt relief there are unilateral act theory and contract theory. The unilateral act theory logically based on the rights can be abandoned and do not consider the interest and intention of the debtor, while the contract theory can meet the demands of the legal practice.

Key Words: debt relief; unilateral act; bilateral act; law of obligation

中图分类号: DF522 文献标识码: A

一、罗马法上的免除

免除(德 Erlass, 法 remise de la dette, 英 release)乃债权人债务人订立契约,用以放弃债权者,至少传统观念如此。〔1〕(P383)自沿革上考察,罗马法上无如今日立法上所认免除之观念,惟与免除相当之债务消灭方法有二,即 *acceptilatio*(免责确认契约), *pactum de non petendo*(债权不行使契约)。〔2〕(P348)〔3〕(P829)又别为两类:一曰正式免除(即市民法上之免除),二曰略式免除(即裁判官法上之免除)。

正式免除(*acceptilatio*),是古典罗马法中消灭债务的要式行为。盖罗马古代法律,债务免除与债务创设须用同一方法。例如,依要式口约(*stipulatio*)创设债务者,其免除亦须用问答方式。详言之,即债务人问债权人曰:“余与汝所约之物,汝曾受领否”(Quod ego tibi promisi habesne acceptum)? 债权人答曰:“余已受领焉”(Habeo)。如此,则债务完全免除。故债权人虽于实际上未受清偿,而既用此方式者,即与已受清偿同。否则,不依此方式,虽债务人实已履行,而债务仍不消灭。故有学者称其为一种

虚拟的清偿。如上述,正式免除通常是口头的(*verbis*),以消灭要式口约创设的债务,但也可以是书面的(*litteris*)。依文书契约创设债务者,免除时必须记入该情事于账簿。依 *nexum*^① 创设债务者,免除时亦须司秤人及见证人到场(即在履行“铜块和秤式的方式”时,由债权人声明已收到还款)。总之,不论基于何种契约,必例行债务创设之同一方法者,方有免除之效力。但对准契约、要物契约、诺成契约^②和私犯等所生之债,则不能以相反的方式以为免除,故甚感不便。至公元前65年,裁判官 *Aquilius Gallus* 发明一方法,凡不依要式口约所创设之债务,可先以要式口约将其“更改”为口约之债,然后再以问答程序免除之。此种更改之法称为“阿奎利亚那要式口约”(*stipulatio aquiliana*)。至优帝时代,“口头受领契约”(*acceptilatio verbis*)被保留下来,作为债务免除之方式,于是债务创设与债务免除之方法乃分为二矣。

略式免除,即未依法定方式免除债务,仅债权人以简约(*pactum*)和债务人约定,其于一定时期内或

① *nexum* 系一种古老的契约形式,当事人在见证人和司秤面前缔结关于消费借贷方面的契约,债务人以出卖其人身的方式为借贷担保。

② 诺成契约(又称合意契约)的当事人又可通过“反对的合意”(contrarius consensus)解除已缔结的契约,只要对该契约的执行尚未开始。

收稿日期: 2002-10-10

作者简介: 张谷(1964—),男,江苏海门人,北京大学法学院副教授,法学博士。

在一定情况下,或者永远不向债务人请求履行。此所谓“不索债的简约”(pactum de non petendo),又译为“不请求之约束”、“债权不行使契约”。这在市民法上当然不生效力,债权人往往在免除后又反悔,复向债务人请求给付。裁判官为维护诚信原则,因而规定,只要当事人具备免除债务和受领免除债务的能力,又曾同意免除的,如债权人事后反悔,债务人可提起“已有简约的抗辩”(exceptio pacti conventi),拒绝其请求。

略式免除与正式免除颇有差别:(1)正式免除不得附条件和期限,而略式免除则否;(2)正式免除须以债权人问答程序为之,而略式免除则不拘于特定方式,明示如订立“不索债简约”固然可以,默示也可以,如债权人将债券退还债务人是,故较为灵活;(3)正式免除乃虚拟的清偿,与清偿发生同等的效力,故主债务免除的,保证人亦免其责。连带债权人中一人为免除的,其他连带债权人的债权也因而丧失。连带债务人中一人受免除的,其他连带债务人也免其债务。略式免除之效力可以是对人的(pactum in personam),也可以是对物的(pactum in rem)。前者仅于当事人间有其效力,而不及于双方的继承人。后者则不仅对当事人及双方的继承人生效,如从债务人的利益考虑,必须使第三人同沾免除的利益时,则该第三人亦受免除的利益。如债权人免除债务人的给付,保证人亦因而解除责任,盖不如是,则债权人向保证人追偿后,保证人仍可向债务人索还,则债务人与未受免除,殆无以异。但反之则否。又连带债务人中一人受简约免除时,他连带债务人于该连带债务人应分担的范围内享受免除的利益。但连带债权人中一人以简约免除债务人的给付时,则仅该为免除者不得向债务人再行追索,他连带债权人仍可向债务人请求全部的给付。基于上述差异,凡市民法上的免除因不符合规定而无效的,如果当事人确有免除的意思,均可发生裁判官法上免除之效力。惟略式免除不消灭债之本体,仅予债务人以永久性抗辩权,且债务人不负自然债务之责任。^①[4](P847—850)[5](P238—240)[6](P324)[7](P2、71、195)

二、免除之立法例

罗马法遗风所及,近世各国多以免除为契约。在法国民法,第1285条规定:“债权人作为连带债务人中一人的利益而以契约免除或解除其债务时,其他连带债务人的债务亦归消灭,但债权人明示保留其

对他连带债务人的权利者,不在此限”(2款)。第1287条规定:“债权人以契约免除或解除其债务人的债务者,保证人的债务亦归消灭”(2款);“如对保证人以契约免除或解除其债务者,主债务人的债务不消灭”(1款)。即明定免除以契约为之。此外,法国民法中还设有解释性规则,债权人自愿以私人署名的证书原本交还于债务人者,为免除债务的证明(1282条);自愿以具有执行力的债务证书公证大字誊本交付于债务人者,推定为债务已清偿或已免除,但有反证者除外(1283条);债权人自愿以私证书或具有执行力的债务证书公证大字誊本交付于连带债务人中之一人者,为其他连带债务人的利益亦有同一效力(1284条)。但是,退还已设定质押之物不足以推定为免除债务(1286条)。

德国民法第397条规定:“债权人以契约对债务人免除其债务者,债务关系消灭”(1款)。“债权人与债务人订立契约承认债务关系不存在者,亦同”(2款)。第1款所规定的是免除契约(erlassvertrag),第2款规定的则是所谓的债务“消极承认”(negatives anerkenntnis),也是以契约为之。这两种使债务消灭的方式,前者是创设性的(konstitutiv),后者则是宣告性的(deklaratorisch)。^②但因免除契约能使债务消灭,故与pactum de non petendo不同。^③

瑞士债务法第115条规定:“以协议全部或部分免除债务者,没有形式上的要求,即便缔约时依照法律或双方当事人的安排曾要求具备特定形式的,亦然”。保加利亚债与契约法第108条亦规定:“如债权人依契约对债务人放弃其请求权者,其债务因免除而消灭”。[8](P159)依1922年苏俄民法典第129条4项规定:当双方协议消灭债权关系,免除债务人的给付时,债即因双方协议而消灭。^④我国澳门地区因受葡萄牙法律影响,澳门民法典第854条1款规定:“债权人得通过与债务人订立契约而免除债务人之债务”。

尽管多数国家以免除为双方行为,亦有少数国

^① “自然债务”虽不得强制执行,但仍发生一定的法律效力,其详见[4](P635)。

^② Dieter Medicus, Schuldrecht I, AT, 9. Auflage, § 27 I b, S. 138.

^③ Karl Larenz, SAT, 13. Auflage, § 19 I a, S. 248.

^④ 坚金、布拉图斯:《苏维埃民法》第2册,第254页。又1964年苏俄民法典采取与1922年法典相同的立场,其第233条1款规定:“债可以由于双方协议而终止”。此处的协议包括三类:免除协议、和解协议及更新,见格里巴诺夫、科尔涅耶夫主编:《苏联民法》上册,法律出版社1984年版,第520页;B. T. 斯米尔诺夫等:《苏联民法》上卷,中国人民大学出版社1987年版,第442页—443页。

家以之为单独行为。据介绍,奥地利民法 1444 条即如此。〔9〕(P744)加拿大《魁北克民法典》第 1687 条规定,在债权人免除债务人的债务时,免除发生法律效力。其免除也是单方行为。〔10〕(P338)日本旧民法因受法国法影响,故免除在旧民法中特称为合意上之免除,以债务人之承诺为必要(日本旧民法财产编 504 条至 507 条)。而明治民法,即日本现行民法第 519 条则改为单独行为,因此,只要债权人对于债务人表示其免除债务之意思,则其债权为消灭。〔11〕(P210)泰国民法第 340 条亦然。〔12〕(P509—511)我大清民律草案前三编因假手日人,故在免除上自带有日本民法的痕迹。草案第 480 条谓:“债权人对于债务人表示免除其债务之意思者,其债权消灭”。理由略谓:谨按债务免除之方法,各国之立法例虽多以契约为据,然本案求实际上之便利,以债权人之单独行为即可。此本条所由设也。〔13〕(P70、71)民律二草第 439 条因袭之,“债权人表示免除债务之意思者,债之关系消灭”(1 项),“前项情形,债务人依第 402 条第 2 项之规定,请求制给公证书者,其费用归债务人负担”(2 项)。国民民法第 343 条与大清民律草案第 480 条大体相同,既然依法条文义,债权人一经向债务人表示免除之意思,无容得债务人之同意,而即发生消灭债之关系之效果,故免除不得不解为单独行为之一种。〔14〕(P365)

我国民法通则中未规定“免除”制度,但学理上则鲜有不提及者。对其性质的看法,俨然分为二派:一派主张单独行为说,〔15〕(P252)〔16〕(P303)〔17〕(P169)〔18〕(P478)〔19〕(P477)〔20〕(P474)〔21〕(P215)〔22〕(P661)另一派则主张双方行为说。〔23〕(P159)〔24〕(P340)〔25〕(P309)〔26〕(P636)我国合同法第 105 条规定:“债权人免除债务人部分或者全部债务的,合同的权利义务部分或者全部终止”。此后,学理上几乎众口一词,认为该条之“免除”为单方行为。〔27〕(P543)〔28〕(P541)〔29〕(P320)〔30〕(P378)〔31〕(P255)〔32〕(P175)〔33〕(P87)〔34〕(P248)〔35〕(P514)〔36〕(P210)〔37〕(P380)唯独孔祥俊先生见解不同:

“从理论上说,主张免除为契约更为有理,只不过对债务人的同意方式可以作更为宽泛的理解,即只要没有使免除不生效的行为,如履行债务,就可以视为同意。”

“但是,从《合同法》第 105 条规定看不出债务免除需经过债务人同意。”“当然,也可以认为本条只是从免除为债的消灭原因的角度规定免除制度的,至

于是否需要债务人同意,仍然可以留给司法实践和合同法理论探索,最高法院也可以对此作出必要的解释,即将债务免除解释为合同行为,但对债务人的同意的解释从宽。”〔38〕(P382、383)

严格说来,《合同法》第 105 条的措辞既不同于日本民法第 519 条和国民民法第 343 条(债权人向债务人表示免除其债务之意思者,债之关系消灭),从而不能当然、也不必然能解释为单方行为;条文亦不同于德国民法第 379 条 1 款,瑞士债务法第 115 条、保加利亚债与契约法第 108 条和澳门民法典第 854 条第 1 款。因为这些法律的相关条款都明确指示债务免除要以“契约”或“协议”为之,从而合同法 105 条,虽有可能解释为免除契约,但从法条的文义上难有确切的依据。在这种解释上存在两可而有疑义(im Zweifel)时,学者众口一词采单方行为说,并不足以说明单方行为说一定合理,反倒让人怀疑:学者们是否出于某种“前见”的影响?实践并非检验真理的唯一标准——如果实践“仅仅是指多数人的选择;真理的标准存乎真理本身”(斯宾诺莎语)——如果我们确信真理是存在的话。从认知的角度来说,如果我们可能接近真理,那么我们怎样去接近,才是问题的根本所在。因而,言说本身就并不重要,瞎猫也能撞上死耗子,但也仅仅是“撞上”而已;如何言说才是最重要的,哪怕其言说本身彻头彻尾就是一个谬误。但是言说的方法(即如何言说)至少能给后来者插上一个路标,告诉说:“此路不通”!正是从这一宗旨出发,我们不妨先把法条搁置在一边,回到债务免除行为性质的讨论上来,在这方面尝试着应该“如何言说”。

三、免除的性质

关于债务免除行为,采单方行为说者和采契约说者,各执一词,互不相让。

在日本,其旧民法原采双方行为说,何以明治民法改采单方行为说?曾躬与其事的梅谦次郎博士对此颇有一番说道:

“凡利益,任何人得抛弃之,此为法家之格言,无俟特别言之者,新民法所以不复揭此义也。惟如第三百三十六条第二项,需有但书之规定者,乃特揭之。故物权皆得以权利者一人之意思而抛弃之,此自來人无间言,并为各国法律所皆认。又即使有关于债务,如期限之利益,苟专为债权人而存此,则亦得因其一己之意思而抛弃之,此亦人无异言,而为第三百三十六条第二项所明认。若然则债权亦一种权利,若

谓物权得抛弃之,即债权亦得抛弃,此不免权衡未当。非论者所可主持。惟债权之抛弃,乃直接利其债务者,此非如地上权、永小作权之抛弃,地役权之抛弃,直接利其承役地之所有者乎?吾未闻彼之抛弃,要得所有者之承诺。至谓期限之利益,要不过为债权所生利益之一部。此一部得止以债权人之意思而抛弃,其全部则不得抛弃之,则亦非权衡得当之语。此在新民法所以改向来之立法例及学说,而于此乃专以债权人之意思,得为债务之免除也”。〔11〕(P210—211)^①

鸠山秀夫博士也为单方行为说辩护道:

“债权人非负有行使债权之义务,则无仅依其意思不得处分债权之理。以之与抛弃他权利(所有权限制物权等)比较,亦无依单独行为,不认债权抛弃之理。在外国法律不认之者,不得不谓为多系受罗马法之影响”。“以不得反于债务人之意思,而强使受利益,为反对说之根据,此原则,法律上通常不认之(第三人之清偿、遗赠、为第三人之契约及债务人替换之更改等参照),且债务人因免除得利益,不过免除之间接结果而已。”〔39〕(P335—336)

然而,在日本始终有持不同见解者。有的主张对单独行为说应有所限制。如小池隆一谓债权人为免除,必有一定之动机或原因,依其动机或原因之如何,不得断定免除必不善于债务人利益。即令免除常与债务人以利益,违反债务人意思而与以免除之效果,亦绝非妥当。故免除虽为债权人单独行为,然不得反于债务人意思为之。并主张如债权人对于债务人为免除,而债务人拒绝之时,债权人得更为债务履行之请求。〔40〕(P383)再如胜本正晃谓债权人虽得自由处分其债权,然不得滥用其权利侵害他人之利益,故立法上为债务人利益之保护,对于依一方意思之免除,就其方法及效力应多少加以限制。主张虽无以之为契约之必要,然应不得违反债务人意思而为免除,或使免除之效力得由债务人抛弃之,或使免除后发生有类于自然债务之债权债务关系。〔41〕(P394)有的则认单独行为说为不当。盖认为债乃债权人与债务人双方关系,与物权为直接支配物之权利者,应有不同。倘仅依债权人意思而免除,对于债务人意思全不置问,则未免欠当,况揆诸“恩惠不得强制接受”(beneficia non obtruduntur)之说,免除亦应以得债务人同意为宜。〔42〕(P367)〔43〕(P220)〔44〕(P845)

旧中国民法学者多数赞同单方行为说,其理由基本上祖述梅谦次郎、鸠山秀夫的观点。如陈瑾昆

先生谓:“现行民法亦采此主义(按,指日民519条之立法例),以立法言,洵属正当。盖一般财产权,既许权利人抛弃,债权之行使,亦非债权人之义务,要无不许由其一方行为以为处分之理”。〔45〕(P478)〔14〕(P366)而胡长清先生则是以破代立,指出:“在主张免除为契约者,不外下列两种论据:一说谓债务为相对的义务,债务人不欲受债务之免除时,如以债权人一方之行为强为免除,甚为不当,故须得债务人之承诺,从而免除为契约。此说似有理由,实则不然,即债务人之免除债务,不过债权人抛弃债权间接之结果,债务人纵因此而受利益,亦无得其承诺之必要,且如须得债务人之承诺,则在债务人不为承诺时,将发生债权人不得抛弃其债权之结果,岂得谓为允当乎?一说谓债权关系,系债权人债务人之间之法锁(juris vinculum),故如欲断绝此项法锁,则性质上须得债权人债务人之间之契约。此说亦难赞同,即所谓法锁云者,不过藉以形容债务人因债权人之权利而受拘束,初无不许以债权人之一方行为断绝此项法锁之理由。契约说既不足取,故我民法特从日、暹立法例”。〔46〕(P602—603)而戴修瓚先生也象小池隆一、胜本正晃一样主张对单方免除行为予以限制。“窃惟债之关系,固多为债权人利益,然为债务人利益者,亦或有之(例如工人以练习为目的,在某工厂服务;又如因使马运动,而借与某人使用是)。又债权人固多得自由处分债权,然亦不得滥用其权利,以侵害他人之利害。故由立法论言之,免除方法,固不必采用契约,而单独行为,似可稍加限制。例如更规定免除不得违反债务人意思,又如债务人得抛弃免除之效力等是”。〔47〕(P530)

梅祖芳先生独排众议,批评单方行为说。“按现代立法之趋势,咸认法律之基础为义务而非权利(按:似受狄骥的影响极大),且依我国固有之风尚,常有以克尽义务为荣者,若因自己抛弃权利,而强迫他人不许履行义务者,殊非事理之所通。余以为德瑞法例,颇足资楷模,而日本民法,不屑取也”。〔48〕(P397)其立论之基础与我妻荣、松坂佐一不尽相同。

我国目前学理上之讨论,也未超出上述诸家观点所及的范围。〔21〕(P214—215)〔22〕(P660)〔28〕(P540—541)我们认为,免除债务之行为性质上应为双方行为,理由如下:

^① 日民第136条2项:“期限的利益可以抛弃。但不得因此而损害相对人的利益”。永小作权,今译作永佃权。

1. 免除者, 债权人抛弃债权之行为也。有谓免除债务, 抛弃债权, 名称虽异, 实质则同。不过一系着眼于义务而言之, 一系着眼于权利而言之而已。姑不论抛弃债权是否即等于免除债务, 免除至少需以债权人对于债权之抛弃为前提。债权乃特定人与特定人之权利(*actio in personam, jus in personam, droit personne*^①), 债的关系便是两人间之法锁(*L' obligation est un lien de droit entre deux personnes'*), 而物权乃对物权(*actio in rem, jus in rem, droit réel*), 系人对物之关系。由于权利客体不同, 导致两类权利的差异极大。作为物权客体之物(*Sachen und Tiere*), 或有气、或有气有生、或有气有生有知, 然终无意志, 权利人可任意支配之, 驱使之, 以满足一己之欲望。而作为债权的客体——给付, 无不以债务人为中介, 与起人须臾不可分, 而债务人与物不同者, 其尚负载意志, 而为法律关系之主体也, 其气、生、知、义俱完足(借用荀子之说法)。故债权人不能象对待物那样任意支配之, 只能请求之, 此亦现代法律尊重人格理想之要求。故物权为人对物之支配权, 债权则为人对人请求给付之权。

债权关系, 以个人间高度信任为前提, 个人间之信任受 *pacta sunt servanda* 此一规范意识之强有力支持, 同时以责任制度、担保制度相匹配, 以国家公权力救济作后盾。〔49〕(P2—3) 换言之, 债权中有虚实两方面之保障; 一为负担义务之人, 一为义务人之责任财产。债务人丧失其财产时, 债权人之权利不因之而消灭; 即如债务人死亡, 其义务仍由其继承人负担, 惟继承人亦得以其义务限于现有遗产范围之内, 是谓限定继承; 惟其遗产不足清偿债务时, 债权人之权利仍非消灭, 仅继承人有抗辩权而已。如继承人未为抗辩, 则其权利既仍存在, 自有实现之望。〔1〕(P64—65) 因此, 在债之领域内, 法律一方面以“义务恪守”相号召, 另一方面使出浑身解数, 防止债务人堕于不义, 害及债权人。法律的这种现实的品格, 吾人多可理解。

既受约束之债务人, 如果其秉承“义务恪守”之原则, 坚持此种伦理上的约束(*ein ethisches Band*), 欲克尽义务, 此亦法律本来之目的。倘债权人果不愿受此给付上之利益, 不妨受领后, 转用于他处, 并不过分增加其不便。倘若法律定免除为单方行为, 则债权人一旦抛弃债权, 即令债务一并消灭, 势必使债务人不得其门而入, 立陷债务人于“不义”(债务人纵坚持给付, 亦不可能)。法律之目的虽不在于使人人皆为尧舜, 止在于使人勿为不义, 但于债务人以克

尽义务为荣, 取义成仁之时, 法律本应对此多行方便, 断无襄助债权人, 共陷债务人于不义之理。否则法律实有违背初衷、自相矛盾的嫌疑。所以, 对免除采单方行为说, 确实忽略了债权物权之差别, 在立法论上不能谓为妥当。

2. 债权并非皆可抛弃

免除既为债权之抛弃, 则抛弃债权与让与债权一样都意味着对于债权之处分。凡为处分行为, 其客体必须具备可处分性, 否则处分之效果必不能发生, 甚或须负赔偿责任。物权原则上皆得为转让或抛。而债权原来不许转让, 现代民法虽许其转让, 但应具有可让与性(我合同法 79 条参照)。债权之抛弃, 亦为处分之一种, 但与债权之转让不同, 即权利人非将其债权移转于他人, 而是简单的放弃其权利。并非所有的债权皆得抛弃。如在德国法上将来债权(*kuenftige Forderung*)中, 亲属间或夫妻间对于未来生活费请求权不得放弃(1614 条 1 款, 1360a 条 3 款)。又如工人的工资请求权及患病期间继续支付工资之请求权也不可以作为将来债权予以放弃, 否则其放弃不生效力。^②这些债权以免除契约尚不得抛弃, 遑论单方免除? 所以对于债权或利益无不可以抛弃之理论应多少加以限制, 此在免除采单方行为说、双方行为说时皆一体适用, 自不待言。

3. 债权抛弃行为与其他权益之抛弃相比确实有其特殊性, 因而要求有债务人的意思参与其间。

处分行为包括转让行为和抛弃行为。广义之抛弃(*Verzicht*)为一总名称, 具体行为可能是免除(*Erlaß*)、抛弃(*Ausschlagung*),^③ 拒绝(*Ablehnung*)^④、不欲享受(*Zurueckweisung*)。^⑤ 依据私法自治原则, 除去义务、义务权^⑥(如亲权、监护权等)、自由、为保护当事人生存之扶养权利、人的品质(如权利能力、行为能力)及非为权利之其他法律上事实而外, 法律上认可得抛弃者, 范围至为广泛。凡属权利, 原则上

① 当然, 此表述易引起混淆, 因为人们有时用人役权(*servitutes personelles*)指称本质上为物权(*droit réel*)的用益权(*droit d'usufruit*)及使用权和居住权(*droits d'usage et d'habitation*); Weill et Terré, *Droit civil. Les obligations*, 4ed. Dalloz, 1986, n° 1.

② Vgl. Larenz, *SAT*, § 19 I a, S. 247; Medicus, *Lehrb. I*, § 27 I 1 a.

③ *Ausschlagung*, 参见德民 517、1455、1822、2310 等条。

④ *Ablehnung*, 如 2180 拒绝遗赠(我继承法 25 条参照), 1455 条夫妻一方拒绝归属于其的遗产。

⑤ *Zurueckweisung*, 见德民 111 条、174 条、333 条(第三人向立约人表示不欲享受因合同而取得的权利时, 视为自始未取得该权利, 民法 269 条 3 项亦同, 我合同法无规定)。

⑥ Gernhuber, *Lehrbuch des Familienrechts*, 3. Aufl. § 2. II, 6.

皆可抛弃, 债权亦然。

在一般抛弃行为, 对于抛弃人自属有损。此时, 倘无相对人, 则对他人并不生妨碍。如所有人抛弃其动产, 此时, 某人发现该无主物, 苟欲取得之, 不妨通过先占; 不欲取得之, 则可置之不问。抛弃之时, 倘有相对人, 就相对人而言, 则为有益。盖抛弃之效力往往对于他方有利, 因此抛弃之结果, 多包含一对于他方之给与 (Zuwendung, 加利) 行为, 此种示惠于他方之行为, 实际上乃在移转某种权利, 只不过我们不能以之别为二部分。是故该项权利因故不能有效成立于对方时, 仍不因抛弃而归消灭, 应当仍就由移转人即抛弃人保留。〔1〕(P96) 如甲与乙约定, 使第三人丙取得对乙的请求权, 丙为不欲享受之表示, 则该项权利仍由甲保留。即使是通行地役权人抛弃其权利, 承役地 (供役地) 所有人仍可就通行之道路对地役权人保持畅通。换言之, 后者可以实际之行动表明其不欲享受之意思, 而不因地役权人之抛弃而根本上改变其在法律上之地位。所以, 在抛弃行为, 其对方之利益, 虽为被动, 但因其仍有维持原初地位之方法, 故法律上虽以抛弃为单独行为, 相对人也不至于感到有何压迫, 故无大碍。

然而, 在债权之抛弃则不然。倘若以债权之抛弃为单独行为, 一经债权人为抛弃行为, 则债权人之受损 (其债权消灭), 与夫债务人受益 (其债务因失其对立面无从存在), 两者同时发生。债务人纵不愿受此利益, 在法律上亦无维持原初地位之方法。有谓债务人苟不欲受此利益, 可以将给付物提存。然债权既已不存, 提存之原因也无法满足, 恐不便于行。又有谓债务人倘自愿履行, 不妨认为赠与。然债权人既为抛弃, 多不会对债务人之为要约表示接受, 则债务人连为赠与亦无可能。此时, 债务人地位, 不可逆转地被根本改变, 且完全出于债权人一己意思之结果, 不平孰甚? 至于梅谦次郎博士所谓, 期限利益 (一部利益) 既得抛弃, 债权 (全部利益) 何以不得抛弃云云。窃以为, 期限利益抛弃时, 债权债务尚在, 债务人仍得按原定之期限为给付, 其地位不因抛弃而改变。而债权一旦抛弃, “法律关系”之本座业已荡然无存, 债务人将无可作为, 虽不欲受此利益, 亦不得不受之。所以, 债权抛弃中, 利益乃直接实现于债务人方面, 债务人不仅为被动地, 且无其他维持地位之方法。由此, 德国民法第 397 条 1 款, 独独对于债权抛弃, 要求以契约为之, 可谓用心良苦。

采用契约说, 还有一个优点, 即债务人对于债权人 (抛弃债权) 为免除之要约, 不为承诺时, 因该项利

益不能有效成立于债务人方面, 故债权不因抛弃而告消灭, 而仍由债权人保有, 避免社会财富之浪费。采单方行为限制说者 (如胜本正晃), 亦有鉴于此。

4. 单方行为说理论上不能一以贯之, 难以自足。

从梅谦次郎、鸠山秀夫诸先生的观点来看, 债务免除上采单方行为说者, 无不以“权利可得抛弃”为其逻辑起点。此种理论前提本身忽视债权、物权之差异, 进而未能究明债权抛弃与物权抛弃之不同, 是为其内在缺陷。然而, 倘若从实际的角度观察, 的确绝大多数债权抛弃, 皆有利于债务人, 衡以人情世故, 债务人鲜有不乐于接受者, 故单方行为一般情况下尚能应付自如, 甚或比契约说更为简便。不过, 这恰恰正说明单方行为说, 乃本于对债务人意思之推定而为之规定也。既为推定, 当有相反情形出现, 此项推定应不成立。倘对于特定的债务人, 其出于志气、自尊、好强等动机而不愿接受债权人的恩惠 (如巨人集团之史玉柱是), 这便是可以使推定不成立的相反情形之一。又法律不可能处处对债务人之利益考虑周全, 难免有债权抛弃而不利于债务人者, 如学徒工为学手艺, 就不愿其工作的义务被免除, 此又是可以使推定不成立的相反情形。然而以“权利人得任意抛弃债权”立论, 其逻辑结论必然是完全不需要顾及债务人之意思、债务人之利益, 殊不妥当。所以小池隆一、胜本正晃、戴修瓚诸先生采单方行为修正说, 其实已经暗中将逻辑起点从“权利可得抛弃”改换到“对债务人意思之推定”, 从而对单方行为说进行修补。

此处特别需要对鸠山秀夫先生的一个观点略加辨证。其谓“以不得反于债务人意思, 而强使受利益, 为反对说之根据。此原则, 法律上通常不认之”, 并以第三人之清偿、遗赠、为第三人之契约等作为证据。实际上, 对于第三人清偿, 倘该第三人无代位清偿权, 则债务人可以提出异议, 债权人得为拒绝。此在德民第 267 条 2 款、民国民法第 311 条 2 款皆有明确规定, 而日民第 474 条 2 款也规定第三人不得违反债务人意思而为给付。遗赠作为死因行为, 虽无须得受遗赠人之同意, 但在遗嘱人死后, 受遗赠人得为遗赠之放弃, 且溯及于遗嘱人死亡时发生效力 (日民 986 条 1 款、2 款, 我继承法 25 条 2 款参照)。至于为第三人之契约的场合, 第三人的权利, 在该第三人向债务人表示享受契约利益的意思时发生 (日民???) 条? 款)。由此看来, 使他人受利益时, 法律上通常还是要求尊重他人意思的。因此, 鸠

山秀夫先生的论据对他要论证的观点实在不太有利。

5. 采契约说,是否会因此使债权人负担行使债权之义务?或是否会于债务人不为承诺时,使债权人无法抛弃其债权?

首先,债务免除需以契约为之,是就债权人抛弃债权而言的,至于其债权行使与否,全凭其任意,并不会因为采契约说或单方行为说,而有什么差异。换言之,采契约说时,并不使债权人负担债权必须行使之义务。债权人不行使债权,甚至拒绝受领,债务人可以通过提存来寻求解脱。债权人对于提存之标的物是否领取,仍由其自为决定。至于债务人不为承诺时,债权人将无法抛弃其债权,这种担心亦属多余。债务人对于债务免除之要约,可以明示、默示为承诺。甚至于此之时,因为免除,原则上对债务人为有利,故债务人之单纯之沉默,法律上亦可以视为承诺。

综上所述,债务免除应为双方行为,此一理论,的确不是空穴来风。Larenz 教授尝谓:“一般而言,为了放弃(Verzicht)一项权利,由有资格之人,以单方的法律行为性质的行为(ein einseitige rechtsgeschäftlich Handlung)为之,即为足矣。此一行为,常为意思表示,有时也可是意思实现(Willensbestätigung)。而德国民法第 379 条 1 款要求以契约为之,债权之放弃始得生效,这一点颇足引人注目。然于债权之放弃,如此要求,实有充分之理由。未经债务人同意,债权人不得使其自义务下解脱出来。盖于义务负担之际,债务人或已措意于此,而债权人对之竟不予理会,终为不当。是否免除债务人之义务,顾及债务人一己之意思,此亦债务人人格尊重之所要求者也。诚然,倘若象第 333 条那样,法律上赋予债务人以权利,得对债务之免除表示其不欲享受(zurückweisen)之旨,固为已足。果如此,法律所要求者,恰为契约之缔结(den Abschluss eines

Vertrages),从而可能与实际情形不相吻合。故有人主张债务人对于债权人要求缔结免除契约之要约,保持沉默时(in dem Schweigen des Schuldners),无论如何,原则上应以之为承诺。”^①[9](P744)

需要附带说明的是,我们之所以对合同法 105 条之“免除”采契约说,最主要的原因是,该条中对免除未有任何的限制。采契约说,则可以藉由债权人债务人之“意思交换”之缔约程序,保障由此得到的免除的结果具有最低限度的形式公正。但这样的选择并非不可改变,^②如果将来在民法典制定过程中,或通过最高人民法院的司法解释,能够在免除的情况,对债务人的意思予以斟酌,则采取单方行为说也是可行的。只是在理论构成上,不能简单地以“债权得以抛弃”立论,同时要明确这仅仅是对债务人意思之推定。这样做,既可以使债权人通过单方行为抛弃债权而不害及债务人,从而法律上为当事人多提供一种选择,同时,根据契约自由原则,当事人也可以以免除契约达到同样的目的。为此,我们认为,意大利民法典第 1236 条值得借鉴:“债权人免除债务的意思表示的通知送达债务人时,发生债的消灭。但是,被通知的债务人在适当期间内不愿接受该意思表示的不在此限。”^③所以,理论上如何圆融无碍是一回事,立法上如何适应现实,又是一回事,必须要极高明而道中庸,不可偏废。

^① Vgl. Larenz, SAT, § 19 I a; 又见黄立,《民法债编总论》,744 页。

^② 立法者如果正确了解任意规范的社会功能,则应该考量社会典型的法律行为是什么,而不是抽象的研究行为本质,或以某个外国民法释义学的通论,作为法律修正的理论基础。对民事立法者来说,了解多数交易大众“正在做什么”,也远比研究某一行为“应该是什么”来得重要。见苏永钦《私法自治中的国家强制》,中外法学,2001 年 1 期,101 页。

^③ 引自费安玲、丁玫译《意大利民法典》,中国政法大学出版社,1997 年版。此外,俄罗斯新民法第 415 条也一改过去的契约说,而转向单方行为说。

参 考 文 献

- [1] 芮沐. 民法法律行为理论之全部[M]. 自刊, 1948.
- [2] 吴振源. 中国民法债编总论[M]. 世界书局, 1934.
- [3] 史尚宽. 债法总论[M]. 台北: 荣泰印书馆, 1978.
- [4] 周楠. 罗马法原论(下册)[M]. 北京: 商务印书馆, 1994.
- [5] 陈允, 应时. 罗马法[M]. 商务印书馆, 1933.
- [6] [意]彼德罗·彭梵得. 罗马法教科书[M]. 黄风, 北京: 中国政法大学出版社, 1996.
- [7] 黄风. 罗马法词典[Z]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [8] 全国人大常委会办公厅研究室. 各国民法分解资料汇编第 3 辑[Z]. 1955.
- [9] 黄立. 民法债编总论[M]. 自刊, 1996.

- [10]肖峒,魏耀荣. 中华人民共和国合同法释论(总则). 北京:中国法制出版社,1999.
- [11][日]梅谦次郎. 日本民法要义(第三卷债权)[M]. 孟森,商务印书馆,1912.
- [12]李祖萌. 比较民法·债编通则[M]. 北平朝阳学院,1933.
- [13]中华六法·民律(上)[Z]1 商务印书馆,1916.
- 1 142李谟,黄景柏1 债法总论1M21 上海:上海大东书局,1931.
- 1 152王作堂,魏振瀛,李志敏,朱启超1 民法教程1 M21 北京:北京大学出版社,1983.
- 1 162马原1 中国民法教程 M21 北京:人民法院出版社,1989.
- 1 172孙亚明1 民法通则要论1 M21 北京:法律出版社,1991.
- 1 182彭万林1 民法学1 M21 北京:中国政法大学出版社,1994.
- 1 192余能斌,马俊驹1 现代民法学1 M21 武汉:武汉大学出版社,1995.
- 1 202李开国1 中国民法学教程 M21 北京:法律出版社,1997.
- 1 212王家福1 民法债权1 M21 北京:法律出版社,1991.
- 1 222王利明,崔建远1 合同法新论#总则 M21 北京:中国政法大学出版社,1997.
- 1 232佟柔,赵中孚,郑立1 民法概论1 M21 北京:中国人民大学出版社,1988.
- 1 242王利明,郭明瑞,吴汉东1 民法新论(下册)1 北京:中国政法大学出版社,1988.
- 1 252郑立,王作堂1 民法学1M21 北京:北京大学出版社,1995.
- 1 262张俊浩1 民法学原理(修订版)1 M21 北京:中国政法大学出版社,2000.
- 1 272刘凯湘1 民法学1 M21 北京:中国法制出版社,2000.
- 1 282江平1 民法学1 M21 北京:中国政法大学出版社,2000.
- 1 292王利明1 民法1 M21 北京:中国人民大学出版社,2000.
- 1 302魏振瀛1 民法1 M21 北京:高等教育出版社,北京大学出版社,2000.
- 1 312王利明,房绍坤,王轶1 合同法 M21 北京:中国人民大学出版社,2002.
- 1 322胡康生1 中华人民共和国合同法释义1M21 北京:法律出版社,1999.
- 1 332江平1 中华人民共和国合同法精解1M21 北京:中国政法大学出版社,1999.
- 1 342董灵1 合同的履行、变更、转让与终止1 M21 北京:中国法制出版社,1998.
- 1 352余延满1 合同法原论1 M21 武汉:武汉大学出版社,1999.
- 1 362关怀1 合同法教程 M21 北京:首都经贸大学出版社,1999.
- 1 372邱鹭凤,叶金强,龚鹏程1 合同法学1 M21 南京:南京大学出版社,2000.
- 1 382孔祥俊1 合同法教程 M21 北京:中国人民公安大学出版社,1999.
- 1 392日2鸠山秀夫1 债权法总论1 M21 关兆凤,涂凤元,共和印刷局,1922.
- 1 402日2小池隆一1 日本债权法(总论)1 M21 转引自1 32 P827.
- 1 412日2胜本正晃1 债权概说 M21 转引自1 32 P829.
- 1 422日2我妻荣1 债权总论(民法讲义0)1 M21 转引自郑玉波1 民法债篇总论1 M21 台北:三民书局,1962.
- 1 432日2松板佐一1 民法提要#债权总论(初版)1M21 转引自郑玉波1 民法债篇总论1M21 台北:三民书局,1962.
- 1 442孙森焱1 民法债编总论1 M21 自刊,1988.
- 1 452陈瑾昆1 民法通义#债编总论1 M21 北平朝阳学院,1933.
- 1 462胡长清1 中国民法债篇总论1 M21 商务印书馆,1943.
- 1 472戴修瓚1 民法债篇总论(下册)1 M21 会文堂新记书局,1947.
- 1 482梅仲协1 民法要义1 M21 北京:中国政法大学出版社,1998.
- 1 492日2於保不二雄1 日本民法债权总论1 M21 台北:五南图书出版公司,1998.

(本文责任编辑 刘克毅)