

世纪法学研究生参考书系列

民法债编各论

(上)

林诚二◎著

中国人民大学出版社

D927.583.3

5

:1

2007

林诚二◎著

民法债编各论

(上)

中国人民大学出版社

作者简介

林诚二，台湾省台中市人，中兴大学法学硕士，美国伊利诺伊州立大学比较法学硕士，美国北俄亥俄大学及美国伊利诺伊州立大学研究，东吴大学法学院法律学系教授。讲授民法总则、民法债编总论、民法债编各论、国际贸易法等课程。主要学术著作有：《民法总则讲义》（上、下册），《民法债编总论》（上、下册），《民法债编各论》，《民法理论与问题研究》，发表《由个案论债法上情事变更原则之适用》、《民法上信赖利益赔偿之研究》等学术论文数十篇。

修订二版序

民法各种之债，浩瀚深奥，实非个人能力所及，但见此次“民法债编”全盘修正以来，坊间仍欠缺一套完整债编各论教材，同学需求甚殷，乃不自量力，将多年来教授讲义重新充实整编，先后出版民法债编各论上、中、下三册，不敢言说学术价值，但求尽点心力，让有志于研习民法各种之债者，能有所参用。作者自知才疏学浅，书中论点谬误难免，尚盼先进专家不吝指正，以为切当，使民法债编各论之学说与实务更加进步。

本书上册系以民法债编修正草案为基础书写，自1994年11月出版以来，迄未修正，笔者有感于著作之完整性，乃依立法修正通过之民法债编，先完成本书中、下册之出版后，再开始修正本书上册，除配合本书中、下册之排版略作更动，使其具有一贯性外，并就近年实务与理论之发展，再为更新，使之更具阅读性与参考性。

本书之成，蒙贤棣叶张基君帮忙搜集资料、汇整编辑与缮打，谨此志谢。

最后，谨以本书深深感谢三十多年来无怨无悔陪伴笔者之内人叶芳芸女士，并祝她永远健康青春美丽。

林诚二

序于东吴大学法学院研究室

2003年7月1日

序 言

本书系笔者之教学资料，辅以实务之见解，及参加“法务部民法修正委员会”多年之心得而成，拟分上、中、下三册出版，但盼能如愿完成。其中所广泛搜集之实务见解及特意留白之版面，祈同学多加利用，得因此获得独立思考判断及资料整理之能力。此外，本书中不乏现今实务问题之介绍与评论，尚祈对台湾地区“民法”之注释及实务问题之解决有所助益。

滥竽民法教学，忝逾二十余年，自知不才，倘非为教学之便利，以及在大法官王泽鉴教授与好友甘添贵教授、王宝辉律师之鞭策下，实未敢于教科书之写作。笔者学力有限，且因仓促付梓，疏漏谬误之处，尚祈海内宏达，得不吝指正。

本书之缮打校对及资料整理工作，承贤棣吴至格同学协助，谨此志谢。

林诚二

1994年9月于中兴大学教授研究室

目 录

第一编 绪 论

- 第一节 体制之认识 /3
- 第二节 民法债编各论之体系 /4
- 第三节 债权契约之基本认识 /5
- 第四节 债权契约法之立法大原则 /14
- 第五节 债权契约之类型及其特性 /15
- 第六节 具体案件之检视要点 /43

第二编 各 论

第一章 买卖 /57

- 第一节 买卖法之认识 /58
- 第二节 买卖之意义、性质与其他概念 /62
- 第三节 买卖之成立 /74
- 第四节 买卖之效力 /78
- 第五节 特种买卖 /132
- 第六节 国际贸易契约 /167

第二章 互易 /179

- 第一节 互易之意义、性质与种类 /179
- 第二节 互易之成立 /187
- 第三节 互易之效力 /187
- 第四节 互易之消灭 /190

第三章 交互计算 /191

- 第一节 交互计算之意义、性质与种类 /191
- 第二节 交互计算之效力 /194
- 第三节 交互计算之消灭 /199

第四章 赠与 /200

- 第一节 赠与之意义、性质与类似概念 /201
- 第二节 赠与之成立 /207
- 第三节 赠与之效力 /209
- 第四节 特种赠与 /220

第五章 租赁 /227

- 第一节 租赁之意义、性质与种类 /228
- 第二节 租赁之成立 /245
- 第三节 租赁之效力 /245
- 第四节 租赁之变更 /314
- 第五节 租赁之消灭 /321
- 第六节 特种租赁 /327

第六章 借贷 /360

- 第一节 总说 /361
- 第二节 使用借贷 /363
- 第三节 消费借贷 /377

第一编

绪 论

21 世纪法学研究生参考书系列

欲了解台湾民法债编中各种之债（“民法”第三百四十五条至第七百五十六条之九），应先对下述观念有所认识。必先有此认识，乃能入门而正确适用法条，进一步解释具体案件之事实，而得到债之精髓——即契约之正义。

第一节 体制之认识

壹、主义

一、民商合一主义

采民商合一主义者，法制上即无民商法之别，商事交易契约亦订入民法债编各论中，即民法之商化，如瑞士债务法、俄国民法、英美法等是。

二、民商分立主义

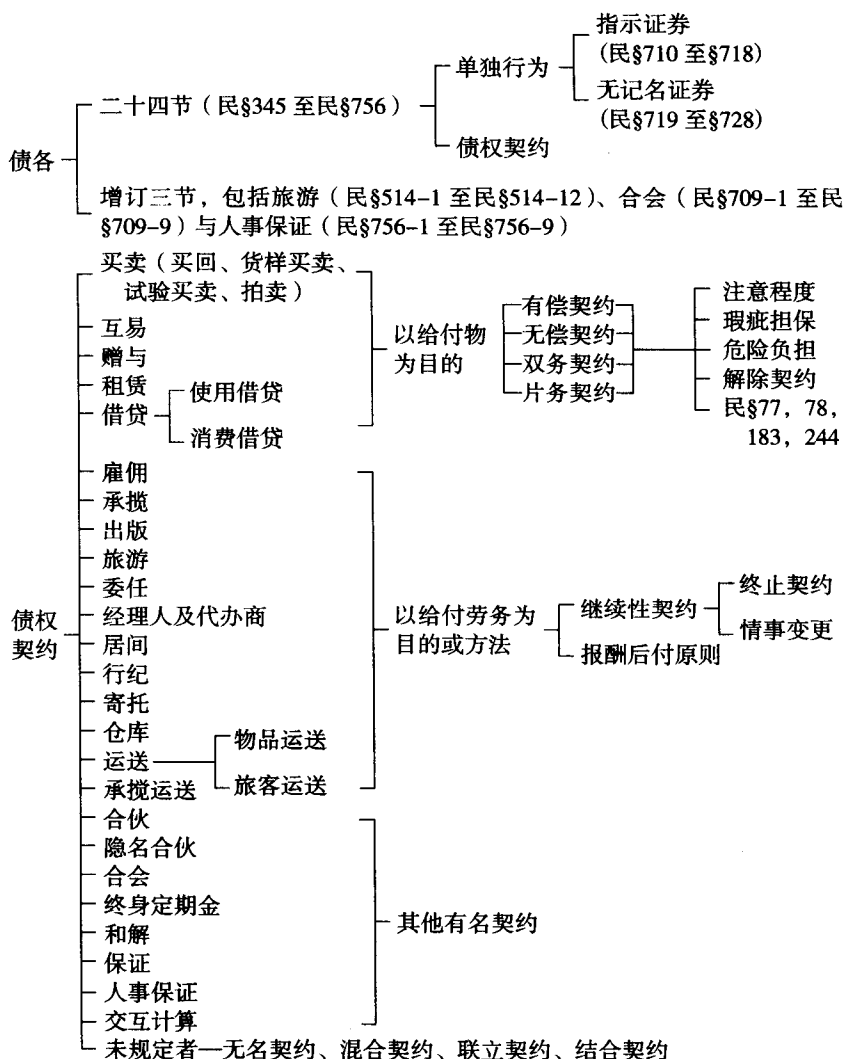
采民商分立主义者，法制上即有民商法之别，商事交易契约单独立法，如法国民法、德国民法、日本民法等是。

贰、台湾地区之体制

台湾地区系采民商合一主义，故民法之外，不另立商事法对商事交易事项加以规定，商事交易契约亦适用民法之规定，尤其是债编中各种之债各节规定。实际上，台湾地区却常以单行法形式另行颁订商业登记法、公司法、票据法、海商法及保险法，在学校开课或考试上，将其合称为商事法，并以之俗称迄今未变。故台湾地区民法虽无民商分立之形式，却有民商分立之实。由于此一现象之奇特，适用法条时，尚须注意特别法优于普通法之原则。实则为民商合一之主义下，不妨将台湾之公司、票据、海商、保险等特别法看成台湾各种之债中之一环，而加以适用，即可免去被讥为民商分立之实。例如“民法”债编中各种之债第十一节对一般经理人设有规定，而“公司法”第二十九条至第三十四条及第三十六条亦设有经理人之规定，适用时应注意公司法之优先规定。又

如雇佣，适用时尚须注意“劳动基准法”及其相关法令之有关强制性（强制或禁止）之规定。

第二节 民法债编各论之体系

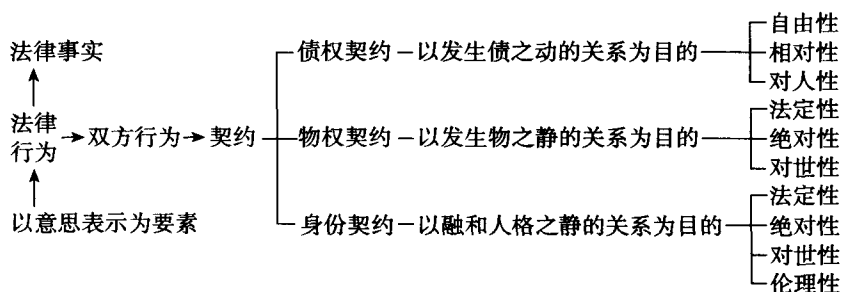


第三节 债权契约之基本认识

如上所述，民法各种之债，其发生大多以债权契约为原因，故初学民法债各者，有必要再就债权契约之各种基本法则加以认识，兹就其要者，陈述如下：

壹、债权契约之意义与特性

所谓债权契约，系指两人以上以债之发生为目的而相互对立合意之法律事实（“民法”第一百五十三条），有别于物权契约与身份契约。故须注意下列之特性：



贰、债权契约之自由原则及其限制

关于债权契约之自由原则及其限制之缘起，以及将来发展趋势，请参见拙著民法债编总论（上册）。兹就其内容略述如下：

自由原则	限制（例如）
订定契约之自由	1. 法定租赁权（“民法”第 425 条之 1）、法定地上权（“民法”第 876 条）。 2. 地上权消灭时，土地所有人以时价购买其工作物或竹木者，地上权人不得拒绝（“民法”第 839 条第 2 项）。 3. 绝卖之限制（“民法”第 913 条）。 4. 绝押（“民法”第 973 条）或流质（“民法”第 893 条）之禁止。

续前表

自由原则	限制（例如）
	5. 优先承买权（“民法”第 426 条之 2、“土地法”第 104 条、第 107 条）。 6. 优先承租权（“土地法”第 117 条）。 7. 优先承典权（“耕地三七五减租条例”第 15 条）。 8. “劳动基准法”、“就业服务法”之特别规定。
选择当事人之自由	1. 典权人之留置权（“民法”第 919 条）。 2. 社会性契约，如乘客、国民住宅申购人、邮票购买人。
决定契约内容之自由	1. 高利率（“民法”第 205 条）、复利之限制（“民法”第 207 条）。 2. 巧取利益之禁止（“民法”第 206 条）。 3. “劳动基准法”、“就业服务法”之特别规定。 4. “民法”第 71 条、第 72 条之基本规定。
契约方式之自由	1. “民法”第 73 条之基本限制规定。 2. 借贷及寄托之物之交付（“民法”第 464 条、第 474 条、第 589 条）、不动产租赁之方式（“民法”第 422 条）、委任事务处理权之书面授予（“民法”第 531 条）、经理人之管理权（“民法”第 554 条第 2 项）、代办商之权限（“民法”第 558 条第 2 项）、终生定期金契约之订立（“民法”第 730 条）、终生定期金遗赠之订立（“民法”第 735 条）。 3. 以负担不动产物权之移转、设定或变更义务之债权契约之公证（“民法”第 166 条之 1，尚未施行）。 4. “劳动基准法”、“就业服务法”之特别规定。
契约内容变更之自由	1. 债务人提前还本权（“民法”第 204 条）。 2. 买回最长期限之限制（“民法”第 380 条）。 3. 不动产租赁租金增减请求权（“民法”第 442 条）。 4. 租赁最长期限之限制（“民法”第 449 条）。 5. “劳动基准法”、“就业服务法”之特别规定。
契约解除之自由	1. 实际报酬超过预估概数甚巨时之承揽解除权（“民法”第 506 条）。 2. 解除之催告限制（“民法”第 254 条、第 361 条）。
契约终止之自由	1. 重大事由之雇佣终止权（“民法”第 489 条）。 2. 承租人死亡之终止权（“民法”第 424 条）。 3. 终止劳动契约之要件（“劳动基准法”第 11 条至第 16 条）。

此外，债权契约之自由，在现代正义观念下，不但要重视契约之形成公平（procedural fairness），同时也要重视契约形成后之实质公平

(substantial fairness), 前者如不得有暴利行为、错误、不知、误传、诈欺、胁迫等, 后者如契约内容必须公平、合理。

叁、定型化契约、标准格式契约与附合(从)契约及不公平契约之关系

一、意义

以上各种契约之概念, 请参见拙著民法债编总论(上册)之说明。

二、源由

定型化契约及标准格式契约, 如保险契约、运送契约、证券买卖契约、证券集中保管契约、船舶或航空机建造契约、加盟经销契约, 乃因应不断发展之商业交易活动及型态与交易对象, 为交易方便及经济考虑所设计出来之契约, 若契约之内容公平, 则无可责性存在, 亦无加以法律强行规范之必要。民法所要规范者, 乃附合契约及不公平契约。为此, “民法”债编新修正第二百四十七条之一特设有一般性之限制规定, 其内容为: “依照当事人一方预定用于同类契约之条款而订定之契约, 为左列各款之约定, 按其情形显失公平者, 该部分约定无效: 一、免除或减轻预定契约条款之当事人之责任者。二、加重他方当事人之责任者。三、使他方当事人抛弃权利或限制其行使权利者。四、其他于他方当事人有重大不利益者。”¹

1 1999.4.21 “民法”债编本条增订理由: 一、本条新增。二、当事人一方预定契约之条款而由需要订约之他方, 依照该项预定条款签订之契约, 学说上名之为“附合契约”(contrat of adhesion)。此类契约, 通常由工商企业者一方, 预定适用于同类契约之条款, 由他方依其契约条款而订定之。预定契约条款之一方, 大多为经济上较强者, 而依其预定条款订约之一方, 则多为经济上之较弱者, 为防止契约自由之滥用, 外国立法例对于附合契约之规范方式有二: 其一, 在民法法典中增设若干条文已规定之, 如意大利于1942年修正民法时增列第一千三百四十一条、第一千三百四十二条及第一千三百七十条之规定; 其二, 以单行法方式规定之, 如以色列于1964年颁行之标准契约法之规定是。以上两种立法例, 各有其优点, 衡之台湾情形及工商业发展之现况, 为使社会大众普遍知法、守法起见, 宜于“民法”法典中列原则性规定, 爰增订本条, 明定附合契约之意义。为依照当事人一方预定用于同类契约之条款而订定之契约, 此类契约他方每无磋商变更之余地。为防止此类契约自由之滥用及维护交易之公平, 列举四款有关他方当事人利害之约定, 如按其情形显失公平者, 明定该部分之约定为无效。至于所谓“按其情形显失公平者”, 系指依契约本质所生之主要权利义务, 或按法律规定加以综合判断而有显失公平之情形而言。

三、观念澄清

目前通行之保险契约²以及各项有关费率契约（如用电、电话、煤气、自来水）虽为定型化契约，也可称为标准格式契约，但不一定为附合契约，更不一定为不公平契约。只能说由于定型化契约及标准格式契约之制作当事人，因其经济地位与有关契约法律知识较他方当事人为高，议价力（bargaining power）强，故此类契约常被诟为附合契约或不公平契约。实则社会性契约，常由于法令要求必须事先送目的事业主管机关之核备或核准（即所谓形成私法契约效力之行政处分），始能付诸使用。故欲使此等社会性契约能得契约之公平正义，目的事业主管机关应发挥其职权指导功能（行政指导），并由立法机关增修相关法律予以规范之。现行公平交易法对事业联合、结合等行为及不公平竞争，已有所限制；又消费者保护法对于消费者之权益及安全，均有详全之保护规定，适用时须注意，例如“消费者保护法施行细则”第十一条第一项规定给予消费者对定型化契约有三十日审阅期间。

四、定型化契约之性质

关于定型化契约之性质，向来有三说，即契约说、规范说及折衷说：

（一）契约说

此说认为，定型化契约仅系表达双方意思表示合致之一种方法。缔约时如法律上仍属公平，形式上虽由一方事先拟定契约内容，应无碍于契约之成立，与一般契约之成立无异。反对者认为，定型化契约在缔约时，一方之议价力（bargaining power）极为薄弱，有违契约内容自由及探求当事人真意之原则，故契约说有修正之必要。

（二）规范说

此说认为，一方当事人以预先拟定之条款而令他方当事人附合之行为，

2 “最高法院”1995年度台上字第1627号判决：“按保险人在承保危险事故发生时，依其承保之责任，负担赔偿之义务，为‘保险法’第二条所明定。本件汽车保险单将被保险汽车出险时被保险人报警处理及通知之义务，同规定于保险基本条款第二十一条，并记明‘被保险人未依上述规定办理者，上诉人不负赔偿责任’。但该两者，同在防范保险人损害之扩大，初与危险责任之预估不生影响。要保人或被保险人违反通知之义务者，‘保险法’第六十三条仅规定对保险人因此所受之损失应负赔偿责任，而未规定保险人得免除保险责任。被保险人违反报警义务时，亦应类推适用该规定，认仅发生对保险人是否负赔偿损失之问题，要不能因而免除其给付保险金之义务，如此解释方与保险契约分散损失之旨相符。否则违反通知或报警之义务，即依定型化契约之约定免除保险人之责任，将使保险之机能丧失殆尽，实非所宜。”

仅系将已成立之条款付诸实现，形同法律或习惯法，具有法规范之性质。反对者认为，定型化契约之条款系基于企业者或经济强者一方之利益，其适用范围一定，与法规范之目标在于正义，维持一般社会交易秩序之目标有违。

（三）折衷说

此说认为，定型化契约之性质，就其发生经过、拘束性及目的需要性考虑，实兼具契约与规范性。例如各企业所颁行之劳工工作规则，依“劳基法”第七十条规定，须报请主管机关核备后并公开揭示之，故兼具契约与规范性质。

本书以为，18、19 世纪所建立之契约自由原则，迄今仍为经济活动之灵魂，20 世纪以还，虽因资本主义兴起所生弊端及社会利益为重之观念影响，契约绝对自由之原则有加以修正之必要，但经济弱者及一般消费者之保护，仍可透过立法加以强行规范，殊无因定型化契约可能导致之不公平，即改变其为契约性质之认定。最重要者，乃不论定型化契约或非定型化契约，均应立法规范保护契约之形式自由与内容实质自由。

五、定型化契约之效力

定型化契约之效力，环观台湾民法及“消费者保护法”（以下简称“消保法”）之规定，约可窥知其效力如下：

（一）个别型定型化条款

所谓个别型定型条款，即指定型化契约条款（又称为一般条款，general conditions）与契约分开，而仅于契约中载明定型化条款为契约之一部分，同具契约效力。例如雇佣契约中约明受雇人应遵守雇用人公司所定工作规则；又如经销契约中载明经销商经销产品应遵守供应商所定颁之经销守则。

此类定型化契约条款（个别型定型化条款）之效力，应视其是否有在契约中明文约定适用而定其效力。按一般契约法观之，未将此定型化契约条款明载于契约者，自无契约效力可言。依“消保法”第十三条第一项规定，定型化契约条款如未记载于定型化契约中，原则上由企业经营者向消费者明示其内容，惟明示其内容显有困难之情形，例外允许得以显著之方式公告之。其经明示或公告后，尚须消费者同意受其拘束，且须依正常情形为消费者所得预见者（“消保法”第十四条参照），该定型化契约条款始得订入契约成为契约之内容。本书以为，凡未订入契约者，均无拘束力；至于订入者，如全部订入，仍须视其内容是否公平及有无违反消保法之规定而论其效力。例如载货证券（提单）（B/L, Air

Waybill) 常于背面载明一般定型化契约条款。³ 至于仅以“引述”性语句订入契约者，此时始有需要考虑“消保法”第十三条规定明示或公告之程序。须注意者，兹所谓“契约”仅指一般契约，非定型化契约，盖此时契约均为特别条款，而非定型化条款，其所定型者仅一般条款耳。

（二）单独型定型化契约

1. 有效：私法自治与契约自由化原则应受尊重，乃现代契约法之支柱，定型化契约所被诉病者，仅其条款内容显不公平且违正义之部分，故若定型化契约在形式与实质两方面均无违反法律强行规定，亦不背公序良俗，且合乎契约正义，其定型化契约条款既有其经济目的性存在，自无不发生其契约效力之理。

2. 无效：依通说见解，定型化契约中之条款、非定型化契约中之定型化契约条款（即一般定型化条款）或非定型化契约中引述定型化条款，有下列情事之一者，应为无效：

（1）违反强行规定

不论定型化契约或非定型化契约，若其约定条款之内容违反法律强制（作为）或禁止（不作为）规定者，原则上均应为无效⁴（“民法”第七

3 “最高法院”1991 年度台上字第 2362 号判决：“本件载货证券背面条款第二十四条记载，运送契约应适用日本法，乃一定型化条款，系单方所为之意思表示，不能认系双方当事人之约定，无‘涉外民事法律适用法’第六条第一项之适用。原判决谓本件应适用日本法云云，已有可议。”同院 1995 年度台上字第 1947 号判决：“单位责任限制规定之立法意旨，乃在保障运送人于遇有非可归责于运送人之意外事故致货物灭失，而无法查证其价值时，得藉以杜绝双方之纷争，并减轻运送人所承受海上变故之风险，故系争载货证券上如已记载系争货物之品名、性质、种类、重量、数量、产地等，而依该等记载之内容已得据以计算出其于到货港当地完好之市场价值时，应该无限制责任规定适用之余地。况海运实务，亦仅于载货证券上载明货物种类、品名、数量、运送人即应可初估其价值，以尽运送注意义务，并加买保险转嫁于运费，苟率谓货物之性质及价值均须记载，方无单位责任限制之适用，此已于实际操作之情形严重背离，且一般载货证券多为定型化格式，而其上均无‘货物价值’一栏，如运送人得执托运人未就货物价值并为记载，而主张单位责任限制，亦有违诚信原则。本件载货证券既已载明货物品名、种类、重量、体积、数量产地等，则其客观价值已可确定，当不复有限制责任规定之适用。”

4 “最高法院”1991 年度台上字第 792 号判决：“旅行契约系指旅行业者提供有关旅行给付之全部于旅客，而由旅客支付报酬之契约。故旅行中食宿及交通之提供，若由旅行业者洽由他人给付者，除旅客已直接与该他人发生契约行为外，该他人即为旅行业者之履行辅助人，如有故意或过失不法侵害旅客之行为，旅行业者应负损害赔偿赔偿责任。纵旅行业者印就之定型化旅行契约附有旅行业者就其代理人或使用人之故意或过失不负责任之条款，但因旅客就旅行中之食宿交通工具之种类、内容、场所、品质等项，并无选择之权，此项条款殊与公共秩序有违，应不认其效力。”