

黄茂荣法学文丛

# 债法通则之一

# 债之概念与债务契约

黄茂荣 著

债法通则全面涵盖债之基础问题，原则上采专论的形式，收录法规、令函及判解，写作时注重法学方法的引用，有助于法学方法在债法上的应用，力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面能与法治及法学进步国家的现况接近



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

黄茂荣法学文丛

债法通则全面涵盖债之基础问题，原则上采专论的形式，收录法规、令函及判解，写作时注重法学方法的引用，有助于法学方法在债法上的应用，力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面能与法治及法学进步国家的现况接近

## 债法通则之一

# 债之概念与债务契约

黄茂荣 著



厦门大学出版社  
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社  
全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目(CIP)数据

债法通则. 1, 债之概念与债务契约/黄茂荣著. —厦门: 厦门大学出版社, 2014. 6  
(黄茂荣法学文丛)

ISBN 978-7-5615-4992-6

I. ①债… II. ①黄… III. ①债权法-研究-中国 IV. ①D923.34

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 120472 号

厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

<http://www.xmupress.com>

[xmup@xmupress.com](mailto:xmup@xmupress.com)

厦门集大印刷厂印刷

2014 年 6 月第 1 版 2014 年 6 月第 1 次印刷

开本: 787×1092 1/16 印张: 29.25 插页: 2

字数: 570 千字 印数: 1~3 000 册

定价: 59.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

## 序 言

债法通则将分五册：第一册含导论、债之关系及债之意定的发生原因。意定的发生原因指契约及悬赏广告。关于契约，再就契约之缔结、要式契约、电子商务进一步加以说明。第二册含损害赔偿之债的概论、债务不履行责任及特种侵权行为责任。第三册含债之保全、债权之确保、债之连带、债之移转、债之消灭。第四册含债之法定的发生原因中之无因管理及不当得利。另有一个重要之债的法定发生原因——一般侵权行为将编入第五册，预计一年内出版。以上将大致全面涵盖债之基础问题。

上述题目的体裁，原则上采专论的形式。法规、令函及判解的引用所以及于内容，主要是为节省读者查考的时间及检证的需要，因此篇幅比较长。写作时注重法学方法的引用，希望因此有助于法学方法在应用上的介绍，以及力求在法律价值、观点、论证及实务思潮方面，能和法治与法学进步国家的现况接近。

法律文化因与国情相依，而有不同法系间之差异，但由于人同此心，其基本价值及逻辑方法一般说来并无二异。如何透过比较法的研究，师人之长，缩短法治与法学之真正现代化及本土化的时程，与法律、经济及社会政策所追求之公平、效率及关怀目标的实践成果之高低，至为重要。愿以本书与有志于推动中华法治与法学之真正现代化及本土化的女士们、先生们，互相切磋、努力。

本书厦大简体版之出版，承厦门大学法学院李刚学长之慷慨帮助及厦门大学出版社副社长施高翔博士与责任编辑甘世恒先生之百般费心，十分感谢！

黄茂荣

2014年1月

# 目 录

|                    |     |
|--------------------|-----|
| 第一章 导论             | 1   |
| 一、债的概念             | 1   |
| 二、债权行为与物权行为        | 12  |
| 三、原因行为与无因行为        | 18  |
| 四、动机、契约目的与给付目的     | 26  |
| 五、债之发生原因或规范依据      | 31  |
| 六、债务不履行            | 37  |
| 第二章 请求权            | 40  |
| 第一节 债之关系、债权、债务与责任  | 40  |
| 一、债之关系、债权与请求权      | 40  |
| 二、债之关系的延伸拘束        | 60  |
| 三、债权人之权利性义务或对己义务   | 67  |
| 四、债务与责任            | 67  |
| 第二节 债之标的           | 83  |
| 一、债之标的概说           | 83  |
| 二、债之标的之确定的必要性      | 85  |
| 三、种类之债             | 87  |
| 四、货币之债             | 90  |
| 五、选择之债             | 95  |
| 第三节 论诉讼标的          | 101 |
| 一、诉讼标的之概念及其特定      | 101 |
| 二、德国学说发展概说         | 106 |
| 三、特定诉讼标的之因素        | 117 |
| 四、诉、原因事实与诉讼标的之逻辑关系 | 131 |

|                           |            |
|---------------------------|------------|
| 五、诉讼标的理论与请求权之竞合学说 .....   | 136        |
| 六、新旧诉讼标的理论之作用上的差异 .....   | 143        |
| 七、阐明与诉之强制提起与合并 .....      | 144        |
| 八、阐明与诉讼标的及既判力之客观范围 .....  | 150        |
| 九、结论与建议 .....             | 151        |
| <b>第三章 契约之缔结</b> .....    | <b>158</b> |
| 第一节 法律行为与契约之缔结 .....      | 158        |
| 一、概说 .....                | 158        |
| 二、私法自治 .....              | 158        |
| 三、意思表示 .....              | 164        |
| 四、契约之缔结 .....             | 184        |
| 五、悔约 .....                | 203        |
| 六、契约关系发展之四阶段 .....        | 206        |
| 七、特别生效要件 .....            | 212        |
| 八、要式或要物契约与预约 .....        | 217        |
| 第二节 论代理 .....             | 220        |
| 一、代理之概念 .....             | 220        |
| 二、代理之类型 .....             | 223        |
| 三、次代理及其基础关系 .....         | 226        |
| 四、拟制的代理权 .....            | 232        |
| 五、不属于代理之其他为他人的行为 .....    | 233        |
| 六、代理权之授予行为及其基础关系 .....    | 236        |
| 七、代理之效力 .....             | 246        |
| 八、无权代理 .....              | 249        |
| 九、表见代理 .....              | 253        |
| 十、无权代理与无权处分 .....         | 258        |
| 十一、空白文书之授权 .....          | 263        |
| 第三节 情事变更：契约基础之欠缺或丧失 ..... | 264        |
| 一、前言 .....                | 264        |
| 二、契约之内容不得任意变更 .....       | 269        |
| 三、情事变更之概念 .....           | 270        |
| 四、情事变更之法律效力 .....         | 277        |

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 第四章 要式行为              | 281 |
| 第一节 不动产契约之要式性         | 281 |
| 一、方式自由与要式机能           | 282 |
| 二、要式要求的着力点            | 284 |
| 三、修正规定引起的问题           | 287 |
| 四、“民法”第166条之一之客体的适用范围 | 301 |
| 第二节 婚姻之形式要件           | 306 |
| 第三节 两愿离婚之方式           | 311 |
| 第五章 电子商务契约            | 313 |
| 第一节 电子商务契约与电子签章       | 313 |
| 一、电子商务之概述             | 313 |
| 二、意思表示及其归属            | 318 |
| 三、电子的意思表示             | 329 |
| 四、网络通信之数位签章及其认证       | 331 |
| 五、利用电子信息之要件           | 341 |
| 六、电子商务契约之缔结           | 344 |
| 七、缔约上过失与积极侵害债权        | 355 |
| 八、简介电子签章法             | 358 |
| 九、结论                  | 362 |
| 第二节 电子金融商务契约          | 363 |
| 一、电子金融商务概说            | 363 |
| 二、电子金融商务              | 365 |
| 三、转账之安全需求与冒名指示转账      | 374 |
| 第三节 电子商务上之消费者保护       | 376 |
| 一、电子商务之概念             | 376 |
| 二、消费者的数位落差及资讯不对称      | 377 |
| 三、消费者保护               | 379 |
| 四、结论                  | 384 |
| 第四节 电子商务上之不公平竞争       | 385 |
| 一、电子商务之概念及其特征         | 385 |
| 二、电子商务上之不公平竞争的态样      | 389 |
| 三、侵害之法律责任             | 413 |

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 第六章 悬赏广告                     | 427 |
| 第一节 悬赏广告                     | 427 |
| 一、悬赏广告之成立行为究为契约或单独行为         | 428 |
| 二、如何规定报酬请求权之归属               | 434 |
| 三、完成广告行为所获致之成果的归属            | 437 |
| 四、与其他规定的竞合关系                 | 438 |
| 五、悬赏广告之撤销或撤回                 | 439 |
| 六、关于优等悬赏广告之规范                | 440 |
| 第二节 不实广告者之告知义务或担保责任          | 442 |
| 一、问题缘起                       | 442 |
| 二、“最高法院”2004 年台上字第 695 号民事判决 | 443 |
| 三、事实要略                       | 446 |
| 四、评释                         | 447 |



# 第一章

## 导 论

### 一、债的概念

债之概念,从权利面说明之,指“特定人对于特定人得请求为特定给付之权利”,此即债权;从义务面说明之,指“特定人对于特定人负为特定给付之义务”,此即债务。其权利人称为债权人,其义务人称为债务人。债权人(甲)与债务人(乙)合称为债之当事人,其他人称之为第三人(丙)。与处分行为相比,负担行为的客体并不必须针对具体个别之客体,而得笼统地以一定之数量之物、集合物为其客体。此外,负担行为的客体也“不以有财产价格者为限”,“不作为亦得为给付”(“民法”第199条第2项、第3项),甚至得以种类指示之物或还待生产、制造之物亦得作为负担行为的客体。<sup>①</sup> 归纳之,债之关系具有“主体的相对性”、[与物权比较时,学说上通常所称之债的相对性,指债之主体的相对性而言的。盖债以请求债务人履行为目标,为对于人之关系;而物权则以就特定物,对于任何人主张不受干扰之拥有及用益为目标,属于对于物之关系。对于特定债务人请求履行,在对象上有相对的局限性,故称债有相对性;对于任何人主张不得干扰物权之拥有及用益,在对象上不受限制,故称物权有绝对性。物权负有义务时,对于该物权因该义务而享有之权利,称为限制物权或他项物权。其权利人称为限制物权人或他项物权人,而不称为债权人。例如地上权人、抵押权人、地役权人。此为直接对于物之权利。然其间债权的义务与物权的义务可能竞合。请参考 Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 4f.。不过,与物权有关之权利也有属于债权性质者,例如共有人间关于共有物之分管契约亦属于债权契约,不当然有对抗对于共有物应有部分之受让人的追及效力。关于共有物分管契约对于应有部分受让人之效力,“最高法院”1959年台上字第1065号判例,认为“共有人对

<sup>①</sup> Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 10.

于与其他共有人订立共有物分割或分管之特约后,纵将其应有部分让与第三人,其分割或分管契约,对于受让人仍继续存在”。“司法院”1994年6月3日大法官会议释字第349号解释认为该判例之见解,“就维持法律秩序之安定性而言,固有其必要,唯应有部分之受让人若不知悉有分管契约,亦无可得而知之情形,受让人仍受让与人所订分管契约之拘束,有使善意第三人受不测损害之虞,与‘宪法’保障人民财产权之意旨有违,首开判例在此范围内,嗣后应不再援用。至建筑物为区分所有,其法定空地应如何使用,是否共有共用或共有专用,以及该部分让与之效力如何,应尽速立法加以规范”(领导人机构公报第5898号第2页)。该解释之看法已为“最高法院”1995年11月23日台上字第2744号民事判决所采:“共有人与其他共有人订立共有物分管之特约后,将其应有部分让与第三人,若受让人知或可得而知,其分管契约对于受让人仍继续存在。”该见解之适用结果与买卖不破租赁原则相近,可谓在一定要件下赋予债权以物权效力的规定。]“客体的相对性”及“关系的发展性”。

### (一)主体的相对性

所谓“主体的相对性”,是指“只有特定人对于特定人”有请求给付之权利,或有给付之义务。<sup>①</sup>要改变特定之债的主体,必须经由债权之移转<sup>②</sup>、债务之承担<sup>③</sup>

---

① Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7., Aufl., 1989, S. 325:“处分行为对每一个人都有效,其效力是‘绝对的’。反之,负担行为仅相对于不特定或特定他人构成义务。因此,其仅有‘相对的’效力。”“该所谓之债之拘束的相对性为一切债之关系所共同。此与物权对于第三人之绝对的保护效力不同。”(Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 3)

② 利益第三人契约具有与债权之移转类似的作用。所不同者为,在利益第三人契约要约人(债权人)并不因利益第三人之约定,而退出由该利益第三人契约构成之债权债务关系。要约人不但“得请求债务人向第三人为给付(第一项)”,而且于“第三人对于前项契约,未表示享受其利益之意思前,当事人得变更其契约或撤销之(第二项)”,另“第三人对于当事人之一方表示不欲享受其契约之利益者,视为自始未取得其权利(第三项)”(“民法”第269条)。

③ 学说上与实务上称“契约当事人之一方,约定由第三人对于他方为给付者”为“由第三人给付契约”。此种契约非债务承担契约。第三人根本不因债权人与债务人订立由第三人给付契约,而对于债权人负给付义务。依“民法”第268条之规定,由第三人给付契约之订立,只是使约定由第三人对于他方为给付之当事人,“于第三人不为给付时,(对于他方)负担损害赔偿赔偿责任”。

或契约之继受<sup>①</sup>。至于债权之移转或债务之承担契约的订立,是否应有债权人或债务人之参与应依私法自治原则判断之。债权之移转,相对于债权人,因涉及权利之处分,所以必须有债权人之参与;相对于债务人,虽因不涉及权利之处分,而无须债务人之参与,但因改变债权人之结果,会影响债务人在移转后之抗辩权或抵销权的行使,是故,除法律另有规定外,债权之移转非经通知债务人,对于债务人不生效力(“民法”第297条第1项)。反之,债务之承担,相对于债务人因不涉及权利之处分,所以不一定必须有债务人参与,得由第三人分别与债务人或债权人订立债务承担契约为之。然相对于债权人,债务承担虽不涉及权利之处分,但在免责的债务承担,<sup>②</sup>因其改变债权人得对之请求给付的对象,可能影响其债权之实现的利益,因此,债务承担契约由第三人与债务人订立者,非经债权人承认,对于债权人不生效力(“民法”第301条)。<sup>③</sup>

关于债之清偿,除在履行上具有属人性或当事人有反对之约定者外,[系争债务在履行上是否具有属人性,及其当事人是否同意得由履行辅助人或第三人清偿,为契约之解释的问题。在具体的案件中,其解释,有约定者,依约定;无约

① 基于债之目的或债之性质,虽有债权之不可让与性及债务在履行上之属人性的问题,从而构成其移转或继受上的障碍。但这些障碍并非以债之主体上的相对性为其立论依据。请参考 Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 79。关于债权之让与性,民法债编首先于第294条一般规定:除有该条但书规定之情形外,债权人得将债权让与第三人。另再针对各种之债,有规定原则上不得让与者,例如就侵害人格权所生之非财产上损害的请求权,原则上不得让与或继承。但以金额赔偿之请求权已依契约承诺,或已起诉者,不在此限(第195条)。雇用人非经受雇人同意,不得将其劳务请求权让与第三人,受雇人非经雇用人同意,不得使第三人代服劳务(第484条第1项)。委任人非经受任人之同意,不得将处理委任事务之请求权,让与第三人(第543条)。有规定原则上得请求让与者,例如关于物或权利之丧失或损害,负赔偿责任之人,得向损害赔偿请求权人,请求让与基于其物之所有权或基于其权利对第三人之请求权(第218条之一第1项)。债务人因前项给付不能之事由,对第三人有损害赔偿请求权者,债权人得向债务人请求让与其损害赔偿请求权,或交付其所受领之赔偿物(第225条第2项)。领取人得将指示证券让与第三人。但指示人于指示证券有禁止让与之记载者,不在此限(第716条第1项)。

② Larenz 认为:“免责的债务承担、更改及和解皆属于在一个法律行为中兼有负担行为及处分行为之因素的情形。”(Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7., Aufl., 1989, S. 326)免责的债务承担,即对于原债务人之债务的免除为权利之处分行为,承担人(新债务人)之承担债务为负担行为;更改,即旧债务之消灭对于债权人而言为处分行为,新债务之负担对于债务人为负担行为;和解,即权利之让步对于让步者为处分行为,义务之让步对于让步者为负担行为。

③ 由于债务承担的结果,可能因新债务人不履行债务而使第三担保人的利益受到影响,因此,“民法”第304条第2项规定:“由第三人就债权所为之担保,除该第三人对于债务之承担已为承认外,因债务之承担而消灭。”

定者,依法律。无约定者亦无法律者,依习惯;无习惯者,依债之性质或其他情形决定之。关于委任事务在处理上之专属性与复委任,“民法”第 537 条规定:“受任人应自己处理委任事务。但经委任人之同意或有习惯或有不得已之事由者,得使第三人代为处理。”依该条规定,不得委任第三人作为履行辅助人协助清偿债务,而委任之者,该第三人在该债务之清偿的地位为第三人清偿。受任人“就该第三人之行为,与就自己之行为,负同一责任”,亦即应负无过失责任(第 538 条第 1 项)。该项所定责任重于第 224 条关于债务人为其履行辅助人的行为所当负的责任。盖依第 224 条规定,债务人仅就其代理人或使用人关于债之履行的故意或过失行为,应与自己之故意或过失行为负同一责任。而非像第 538 条第 1 项所定情形,泛就履行辅助人之行为,不论故意或过失之有无,一概皆应负责。反之,如得委任第三人为次受任人,代为处理委任事务,受任人仅就第三人之选任及其对于第三人所为之指示,负其责任(第 538 条第 2 项)。该责任轻于第 224 条所定债务人为其履行辅助人的行为所当负的责任。]原则上第三人(丙)得因债务人之委任[在此,委托仅是第三人受人之托而为其清偿债务之泛称。为债务之清偿,第三人与债务人之间之基础关系不一定是委任关系。也可能是雇佣、承揽、运送或任何其他可能的债务关系。唯该基础关系之当事人间尚须另有一个委任上的约定,以使该基础关系中之债务人(第三人)愿意或负有义务代向债权人清偿债务。]或自愿为之(“民法”第 310 条);[其基于债务人之委任者,第三人在该债务之履行上的地位为“履行辅助人”。唯第三人清偿债务不一定消灭所清偿之债权。例如第三人清偿就债之清偿有利害关系者,该债权即不因清偿而消灭。盖“民法”第 312 条规定:“就债之履行有利害关系之第三人为清偿者,于其清偿之限度内承受债权人之权利,但不得有害于债权人之利益。”亦即该债权于有利害关系之第三人清偿后,法定地移转于清偿人。既云移转,即无消灭可言。类似之规定有:关于连带债务人中之一人,因清偿、代物清偿、提存、抵销或混同,致他债务人同免责任者,“民法”第 281 条第 2 项规定“求偿权人于求偿范围内,承受债权人之权利。但不得有害于债权人之利益”。关于保证人清偿后之权利,同法第 749 条规定“保证人向债权人为清偿后,于其清偿之限度内,承受债权人对于主债务人之债权。但不得有害于债权人之利益”。关于物上保证人清偿后之权利,同法第 879 条规定“为债务人设定抵押权之第三人,代为清偿债务,或因抵押权人实行抵押权致失抵押物之所有权时,依关于保证之规定,对于债务人有求偿权”。“民法”第 312 条就有利害关系之第三人的清偿原来的规定:“就债之履行有利害关系之第三人为清偿者,得按其限度,就债权人之权利,以自己之名义,代位行使。但不得有害于债权人之利益。”此即第三人清偿之代位权。既云代位,即无移转。代位权与代理权不同。在代位权之行使,代位人应以自己

之名义；而在代理权之行使，代理人应以本人之名义为法律行为。不过，不论依代位权或代理权，其所从事之法律行为的效力皆直接及于本人。在代位权之行使，其效力之所以能直接及于本人的规范机制相当于信托。对外虽以受托人之名义从事法律行为，但对内，首先仍以信托人为信托财产或利益所当归属之人。是故，代位之规定的效力，在顺利时最后虽与使该债权法定移转于清偿人相同，但所构成之法律关系比较复杂。因为代位行使的成果原则上应先归属于债权人，而后才以继受的方法移归于清偿人。其间，如有债权人之其他债权人出而请求参与分配，将使清偿人因此受到不利。如直接规定为法定移转于清偿人则无这些难题。唯必须注意，第三人无偿代为清偿者，依“遗产及赠与税法”第5条的规定视同赠与。]但无论如何，第三人(丙)除因保证、承担债务，或与债务人(乙)为以债权人(甲)为受益人之“利益第三人契约”<sup>①</sup>的约定外，原则上第三人(丙)无代债务人(乙)对于债权人(甲)清偿之义务。至于依第三人(丙)与债务人(乙)之内部关系，<sup>②</sup>第三人(丙)有无义务为债务人履行债务，则属另一问题。

① 在这里该“利益第三人契约”中之第三人为原来债之关系中的债权人。关于利益第三人契约，“民法”第269条第1项规定“以契约订定向第三人为给付者，要约人得请求债务人向第三人为给付，其第三人对于债务人，亦有直接请求给付之权”。关于复委任第539条的规定“受任人使第三人代为处理委任事务者，委任人对于该第三人关于委任事务之履行，有直接请求权”。由以上规定观之，“民法”不但在“向第三人为给付契约”原则上解释，当事人“有利益第三人意思”，亦即将之认定为“利益第三人契约”，而且将复委任解释为“利益第三人契约”。基于前述规定，债务人(乙)为A债务之履行，如以其债权人(甲)为利益第三人契约中之第三人(甲)，与他人缔结利益第三人契约，该他人就A债务之履行，对于债权人(甲)具有相当于并存之债务承担之承担人的地位。倒是由第三人给付之契约中之第三人并不依该契约对于该契约之债权人负给付义务(“民法”第268条)。

② 在利益第三人契约中有两个基础关系。一个存在于要约人(乙)与受约人(丙)间，他们分别相当于一般债务关系中之债权人与债务人；另一个存在于要约人(乙)与第三人(甲)间。至于受约人(丙)与第三人(甲)间并无基础关系。要约人(乙)与受约人(丙)间之基础关系是受约人(丙)为何愿意为要约人(乙)之利益向第三人(甲)给付之原因。该基础关系称为补偿关系(das Deckungsverhältnis)。盖受约人(丙)对第三人(甲)之给付可以自要约人(乙)获得补偿。要约人(乙)与第三人(甲)间之基础关系为要约人(乙)所以愿意与受约人(丙)约定，由受约人(丙)直接向第三人(甲)给付的原因。该基础关系称为对价关系(das Valutaverhältnis)。盖以商务上之有偿关系为例，要约人(乙)自第三人(甲)原则上为此获有对价。至少是清偿了要约人(乙)对第三人(甲)先前所负之债务，或对于第三人(甲)因此取得债权。在利益第三人契约所构成之三角关系中，为给付之受约人(Promittent)会自要约人(Promissar, Stipulant)受到补偿，所以其间之基础关系称为补偿关系；受领给付之第三人(Destinatär)，在有偿的情形下，应向要约人支付对价，所以其间之基础关系称为对价关系。请参考 Esser, Schuldrecht 2. Aufl. 1960, S. 407。此种三角的基础关系亦存在于由第三人给付之契约。在此种关系中，同样的是为给付者应获得补偿；受领给付者，应给付对价。

鉴于债之效力在“主体的相对性”，债权契约即便以他人之物为客体，因其对于客体之真正权利人无加害能力，所以该契约之订立不但无当然之客观的可非难性，<sup>①</sup>而且无须该物之真正权利人的参与；事前允许或事后承认。不过，到履行阶段，他人之物的买卖除有善意取得之事由外，<sup>②</sup>无真正权利人之配合，可能导致给付不能。<sup>③</sup>类似的问题亦存在于物之直接占有人未经真正权利人同意，而以自己名义与第三人缔约，对于他人之物为修缮、保养的情形。在这种情形下，真正权利人就该修缮或保养费用，对于该直接占有人或第三人虽不负契约之债，但仍可能依无因管理或不当得利之规定，对于该直接占有人负返还义务。同理，真正权利人除非自该直接占有人受让对于第三人之债权，并不当然得以所有人的地位，对于第三人主张债务不履行或积极侵害债权的责任。<sup>④</sup>

---

① 所谓他人之物的买卖，指买卖时，买卖标的物之所有权属于他人，而不属于出卖人。他人之物的买卖固有自始主观不能的情事，但并不因此当然具有可非难性。其是否有可非难性尚系于个案之具体情况，包括交易习惯、当事人之特别约定，以及出卖人对于买受人是否有刻意隐瞒买卖标的物在买卖时之权属。另在种类之买卖，因非以特定物为买卖标的物，亦无所谓以他人之物为标的之问题。

② 如果他人之物的买卖之出卖人，后来不是因为获得真正权利人之配合，而系基于买受人关于买卖标的物之所有权之归属的善意，使买受人从自己取得对于标的物之占有及所有权，则出卖人应对于真正权利人负侵权行为责任或不当得利之返还义务。此外，真正权利人还可能主张出卖人就其物为不法管理，依（不真正）无因管理请求享受管理利益。不法管理的立论依据在于恶意抗辩之禁止，盖出卖人如要否认其擅为买卖之行为不是无因管理，必须主张其无因管理他人事务之意思，而恶意价卖他人之物。若出卖人主张其系误他人之物为己物而价卖之，则其所为可认为属于不真正无因管理中之误信管理。不真正无因管理之肯认的道理与根本是否肯认真正无因管理制度其实是一贯的。盖真正与不真正无因管理之区别标准为：管理人是否有管理他人事务之意思。当本人事后表示其不计较该区别，亦即原谅管理人无因管理他人事务之意思而为管理时，管理人相反之主张，违反诚实信用原则。至于本人逾越消灭或取得时效期间，始依无因管理之规定对于管理人主张其权利，可能遭遇之请求障碍属于另一个问题。

③ 在他人之物的买卖中，于履行时出卖人如不能获得真正权利人之配合，就其债务之履行，虽有自始主观给付不能的情事，但基于自始主观给付不能之可预知性及可掌控性，当事人间关于其给付不能之排除或担保义务之有无的规范需要通常因案而异，因此，他人之物的买卖不宜因涉及自始主观给付不能，便认为应依“民法”第246条一概而论为无效，而应容许当事人针对个案之具体情形约定其法律效力。或谓在不能情形可以除去的情形下，依该条第1项但书规定约定“于不能之情形除去后为给付”一样能满足个别案件之特别安排的需要，使其契约仍为有效。唯不尽然。盖依该项但书规定当事人只能为该但书所示之消极约定，而不能积极约定；出卖人应负责克服给付障碍，或甚至负给付危险，于无过失时亦应负给付不能之损害赔偿赔偿责任。

④ Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 6, 9.

类似的考量亦适用于二重买卖。基于债之效力在主体上的相对性,至少于债的层次,第二次买卖对于第一次买卖并无妨碍。然因一个人就其对于特定物之所有权只能为一次之处分行为,以移转之,当其将就所有之同一物,先后缔结两个买卖契约,分别卖给两个人时,由于出卖人只能对于其中一个人履行,而且在履行后对于其他买受人即陷于嗣后主观给付不能。因此,缔结在后之买卖契约发展到履行阶段,会造成缔结在先之买卖债权不能实现之结果,从而可能构成损害。<sup>①</sup> 为因应此种第三人加害债权的情事,必须借助于侵权行为<sup>②</sup>或诈害债权的制度。基于债之效力的相对性及债权关系通常不以占有或登记加以公示的特征,因第三人加害债权,而要依侵权行为或诈害债权有关规定请求赔偿或撤销诈害行为,其请求权或撤销诉权在实务上一般会遭遇到不具加害意思的成立障碍。然即便后来能够证明第三人(第二买受人)有加害第一买受人之买卖债权的故意,并因此认为构成侵权行为或诈害债权,亦不宜以撤销第二买卖契约作为赔偿或除去诈害结果的手段。[不过,在实务上有不同之一贯的看法:“最高法院”1953年台上字第323号判例:“债权人依‘民法’第二百四十四条规定,撤销债务人所为之有偿或无偿行为者,只需具备下列之条件:(一)为债务人所为之法律行为;(二)其法律行为有害于债权人;(三)其法律行为系以财产权为目的;(四)如为有偿之法律行为,债务人于行为时,明知其行为有害于债权人,受益人于受益时,亦明知其事情。至于债务人之法律行为除有特别规定外,无论为债权行为抑为物权行为,均非所问。”(《“最高法院”判例要旨》上册,1983年版,第161页)。“债权人行使此种撤销权时,既可同时诉请撤销债务人之债权行为及物权行为,亦可先诉请撤销债务人之债权行为;然后再视情形诉请撤销债务人之物权行为,不能谓仅诉请撤销债务人之债权行为,为‘于法无据’。”(《“最高法院”民刑事裁判选辑》第2卷第2期,第90页:“最高法院”1981年台上字第1706号民事判决)此外,也“不能谓已有物权行为之后,即不能将债权撤销”(“最高法院”1957年台上字第1500号民事判决)。所以“债务人所有之财产除对于特定债权人设有担保物权外,应为一切债务之总担保,故债务人明知其财产不足清偿一切债务,而竟将财产出卖于人,及受益人于受益时亦知其情事者,债权人即得依‘民法’第二百四十四条第二项之规定,声请法院撤销。此项撤销权之效力,不特及于债权行为,即物权行为亦无例外”。(《“最高法院”判例要旨》上册,1983年版,第161页:“最高法院”1959年台上字第1750号判例)。自前引判解观之,“最高

① Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7., Aufl., 1989, S. 325.

② Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 10, 80f..



法院”所关心者不是得否撤销“债权行为”，而是得否撤销“物权行为”。核其缘由当在于因“民法”第244条按行为之有偿、无偿，异其撤销诉权之要件，而有偿、无偿只能就债权行为论之。物权行为基于其无因性本无有偿、无偿可言。请参考孙森焱：《民法债编总论》，1979年初版，第474页；黄立：《民法债编总论》，1996年版，第501页。为避免前述疑义，“民法”第244条之比较适当的规定内容当是：“债务人所为之无偿行为，有害及债权人者，债权人得声请法院撤销其履行行为（第一项）。债务人所为之有偿行为，明知有损害于债权人之权利者，以受益人于受益时亦知其情事者为限，债权人得声请法院撤销其履行行为（第二项）。债务人之行为非以财产为标的者，不适用前二项之规定（第三项）。”]合理的做法应以撤销为履行第二买卖合同所作之处分行为，使之失去效力为限。盖超出该限度，已非保护第一买受人之权利所必需。唯其他债权人就经撤销物权行为而恢复之物为强制取偿时，第二买受人不得以其依该第二买卖合同所取得之债权声请参与分配。

因为“民法”第244条第2项以撤销债务人所为之有偿行为，于行为时明知有损害于债权人之权利，且受益人于受益时亦知其情事为债权人得声请法院撤销之要件，所以当肯认债权得为侵权行为之被害客体时，自亦可满足侵权行为之构成要件。不过，鉴于本次债编修正将同条第3项修正为：“债务人之行为……仅有害于以给付特定物为标的之债权人者，不适用前二项之规定。”明知有损害于第一买受人之二重买卖，自己不再构成得声请法院撤销第二买卖合同及其履行行为的事由，从而第一买受人就其因之所受的损害，当只得依债务不履行的规定对于出卖人请求赔偿，而不得依侵权行为的规定对于第二买受人请求赔偿。

自债权效力在主体上的相对性亦导出债权效力及物权效力的区别。物权效力，指物权对于无权占有人之追及力。该效力即是学说上所称之物权的绝对性。不过，有时还误将该绝对性扩及物权之不可侵害性。其实，不可侵害性并非物权所独具。只要是权利皆有不可侵害性。债权受侵害时，其损害赔偿之请求所以遭遇困难，不是因为其不具备不可侵害性，而是一方面在其无适当之公示而受侵害时，行为人可能欠缺侵害之故意或过失；另一方面其受侵害往往是间接的，例如第三人因侵害债之标的，或侵害劳务之债的债务人，而侵害债权人之债权时，其行为与债权之受害结果间之因果关系是否相当不能一概而论，必须就具体情形认定之。再则，在市场经济下，债权如因竞买而由于债务人先对后买受人为给付，致受侵害时，还会有是否具备违法性的疑问（“民法”第244条第3项）。这涉及在制度的规划上，关于债权的保护强度要达到原来给付请求权内容之实现，或仅止于履行利益之赔偿的保障。债权效力，指债权人仅对于债务人，而不



对于第三人,特别是不对于就债权标的与债务人从事交易之第三人负给付义务。物权效力与债权效力之区分的问题,主要表现在像买卖不破租赁(“民法”第425条、第426条、第426条之1)、法定优先承买权的场合(“民法”第426条之二第3项、第460条之一第2项,“土地法”第104条第2项、第107条第2项)。(“司法院”1985年3月4日厅民一字第135号函复台湾高等法院:“甲在与乙共有之土地建屋一栋,使用面积未逾其应有部分,以土地持分设定抵押权,于土地及房屋一并拍卖予丙后,乙主张优先承购权,则丙之抗议如何?)

[法律问题]甲在其与乙共有之土地某特定部分建屋一栋,使用土地面积未逾其应有部分(持分)面积,而以土地持分为人设定抵押权,抵押之土地持分连同房屋经执行法院拍卖,由丙一并拍定,乙对丙起诉,主张其为抵押土地持分之共有人,求为确认其对抵押土地持分有优先承购权存在。丙抗辩主张其为该土地持分之法定地上权人,依法对该土地持分有优先购买权,且其优先购买权,有物权效力,优先于土地共有人之优先承购权,即乙不得对其主张优先承购权。丙之抗辩能否成立?

[‘司法院’第一厅研究意见]甲在与乙共有之土地建屋一栋,使用土地之面积并未逾其应有部分,如已经共有人同意,本有使用该土地之权,嗣甲仅以土地持分为他人设定抵押权,如仅就土地拍卖时,依‘民法’第八百七十六条第一项规定,对于房屋而言,视为已有地上权之设定,兹土地及房屋一并拍卖,由丙一并拍定,依‘民法’第七百六十二条规定,同一物之所有权及其他物权归于一人者,其他物权因混同而消灭,但其他物权之存续,于所有人或第三人有法律上之利益者,不在此限,故丙就拍定房屋而言,尚可本于其法定地上权,主张‘土地法’第一百零四条对于基地优先购买权对世之效力,殊不应因其对于土地亦已拍定,反而不得主张,是则土地共有人乙即无复得依‘土地法’第三十四条之一第四项规定仅就土地部分请求优先承购之余地。本院司法业务研究会第一期所研究法律问题,仅就并未设定抵押权之土地持分与地上房屋同时拍卖,土地共有人对于土地及房屋有无优先购买权而为研究,并未涉及土地已设定抵押权及‘民法’第八百七十六条特别规定问题(《民事法律问题汇编》第2辑,第476、479页第一百五十五则、第一百五十六则),与本件情形既有不同,结论即难一致。本件仍以甲说之结论为当。

[讨论意见甲(肯定)说]供抵押之土地持分与地上房屋,同属于甲所有,经法院一并拍卖由丙拍定,依‘民法’第八百七十六条第一项规定,该土地持分视为已为房屋拍定人即丙设定地上权。纵然拍定土地持分者亦为丙,但依上述情形,该土地持分抵押权之存续,于丙有法律上利益,不因混同而消灭。再丙其时纵仅拍定房屋而尚未取得其所有权(共有人表示优先承购,多于执行法院拍卖当场为