

一之書叢學法

論新則分編債法民

著民新周

冊上

版出社譯編學法海上
行發局書記新堂文會

民法債編分則新論

周新民著

緒論

債法的研究，通常分爲總論與各論兩部：總論係研究各種之債的共通法則；各論係研究各種之債的特殊法則。詳言之，總論係說明債編第一章通則的規定（第一五三條至第三四四條），即說明債的本質，發生，標的，效力，移轉，消滅，及多數債務人債權人相互間的關係；各論係說明債編第二章各種之債的規定，（第三四五條至第七五六條）即說明買賣，互易，交互計算，贈與，租賃，僱傭，承攬，出版，委任，及其他各種之債的成立要件，發生效力，及消滅事由。此種分部研究法是否適當？學者間不無議論；惟爲講學便利計，仍宜按照債編規定的次序，分爲總論各論研究之。債編第一章所規定者。總論已詳論之，茲所講述的內容，當以債編第二章所規定者爲限。

關於債編各論的講述，其方法有二：（一）以各種之債的目的為標準；（二）以各種之債的規定為標準。採用前者，即依契約的目的，將各種之債分為：（1）關於財產移轉之債（如買賣，互易，贈與等）；（2）關於財產用益之債（如租賃，借貸等）；（3）關於勞務之債（如僱傭，承攬，出版，委任，經理人及代辦商，居間，行紀，寄託，倉庫，運送營業，承攬運送等）；（4）關於信用之債（如交互計算，合夥，隱名合夥，指示證券，無記名證券，終身定期金，和解，保證等）講述之。採用後者，即不問契約的目的如何，按照債編第二章規定的順序，分為二十四章講述之。本書為謀讀者的便利起見，特採第二方法編述之。

本書的內容，以民法債編及關係重要法規為根據，并引用外國立法例，及學說，判例，以期理論與事實雙方兼顧，而免蹈用非所學，與學非所用之弊。

第一章

買賣

(民三四五條以下，德民四三三條以下，瑞債一八五條以下，法民一五八條以下，日民五五五條以下，俄民一八〇條以下，)

第一節 買賣的意義

買賣的意義

買賣乃當事人約定一方(出賣人)移轉財產權於他方，他方(買受人)支付其價金的契約(三四五條一項)茲分析其性質如左：

(一) 買賣為契約

買賣為諾成契約，且為不要式契約

(1) 買賣為諾成契約，且為不要式契約 買賣只須雙方當事人就標的物及其價金，互相表示意思一致，即為成立(三四五條二項)不必以現實給付為其成立要件，是為『諾成契約』。買賣當事人的意思表示，不須具備一定方式，即可成立，是為『不要式契約』。

買賣為雙務契約，

(2) 買賣為雙務契約，且為有償契約 出賣人負移轉財產權的債務，與買受人

第一章 買賣

且爲有價
契約

買賣爲模
範的有價
契約
買賣爲價
權契約

民法債編分則新論

四

負支付價金的債務，乃有對價的關係，是爲『雙務契約』。出賣人須爲移轉財產權的給付，始得受領價金，買受人須爲支付價金的給付，始得受領買賣標的物，是爲『有償契約』。買賣的規定，除契約性質所不許者外，準用於買賣以外的有償契約，故又爲『模範的有償契約』（三四）。

（3）買賣爲債權契約 買賣契約的直接效力，只發生債務關係，即一方面使出賣人負移轉財產權的債務，他方面使買受人負支付價金的債務，其履行時始爲移轉財產權及支付價金的物權契約。徵之民法第三四五條第一項所謂約定，亦明示非逕行移轉及支付之意，乃謂將來須移轉及支付之意；申信之，買賣契約，乃雙方當事人以約定使發生各移轉其權利之債務關係爲目的的行爲。況民法第三四五條第二項明定，當事人就標的物及其價金，如已互相同意者，買賣契約即爲成立，而不以移轉財產權及交付價金爲其成立要件，則買賣契約係創設債務關係，益可證明。

現實買賣

買賣通常爲債權契約，雖無疑義；但所謂現實買賣（現實買賣），是否爲債權契約？學說上尚有爭執：（A）債權契約說，謂現實買賣的成立與其履行，其間仍存有極短時間，非無發生財產權移轉之債務的餘地，故謂其爲債權契約。（B）非債權契約說，謂現實買賣的當事人，非先有負擔財產權移轉的債務，復有履行其債務的意思。且謂債務成立，同時卽爲債務履行，亦反乎債務的性質，故謂其爲非債權契約。德日兩國學者贊成前說者爲多數，主張後說者爲少數。余從前說，仍解現實買賣先有債權的合意，後有物權的合意，而與一般買賣同。

（二）買賣爲當事人一方約定移轉財產權的契約

買賣的標的物限於財產權

（1）買賣的標的物 買賣的特徵，係當事人一方對於他方負移轉財產權的債務，其標的物自限於財產權，則非財產權的人格權（如身體權，自由權，名譽權等），及身分權（如親權，夫權，家長權等），均不得爲買賣的標的物。他如業

務上的祕密，營業上的顧客，及信用等，雖均有財產的價值，得就其爲有價移轉的契約，然以其非財產權，則不得爲買賣的標的，只可成立類似買賣的無名契約，類推適用關於買賣的規定而已。茲更就買賣的標的物說明其觀念如左：

(A) 財產權非均得爲買賣的標的物，常有因當事人的特約（例如當事人約定不許讓與的債權），權利性質的限制（例如扶養請求權，及地役權，）法律規定的禁止（例如屍體所有權），而不得爲買賣的標的物。其得爲買賣的標的物，不以所有權爲限，限制物權，準物權（如漁業權，鑛業權等），無體財產權（如著作權，專賣特許權等），及債權，固得爲買賣的標的物；即電話使用權，亦有認爲買賣的標的物【註】。

(B) 財產權不必在買賣成立時屬於出賣人所有，即他人之物或權利，亦得爲買賣的標的物。

(C) 財產權不必於買賣成立時即行存在，即將來可以收穫的孳息，將來可以

何謂財產
權的移轉

製成的物品，及將得允許的漁業權，亦不妨爲買賣的標的物。

(D) 財產權不必於買賣成立時卽已特定，卽不特定物或不特定權利，如依法律或當事人的意思，得確定其給付的內容，亦得爲買賣的標的物。

(2) 財產權的移轉 買賣契約，爲出賣人移轉財產權於買受人的契約。出賣人對於買受人，自應負移轉財產權的債務。此所謂財產權移轉，係指一方使他方繼承取得其財產權之義，當較一般所謂權利移轉之義爲廣；換言之，乃與繼承同義，非專指移轉繼承而言，卽創設繼承（例如約定限制物權），亦包括在內。

(三) 買賣爲當事人一方約支付價金的契約

買賣與贈
與，互易
，僱傭承
攬，乃混
合契約的
差異點

買賣契約，必須當事人一方支付一定數額的價金，以爲移轉財產權的對價，是與『贈與』不同。買賣的價金，限於金錢，不得以金錢以外的財產或勞力充之，是與『互易』『僱傭』或『承攬』不同。買受人既於價金以外，不須更爲其他給付，是又與『混合契約』不同。至買賣的價金，果係法定貨幣，抑係自由貨幣？貨

第一章 買賣

幣的價格，果以銘價爲標準，抑以通價爲標準？價金債權，果爲金額債權，抑爲金種債權，或特定金錢債權？均非所問。價金的數額，不必限於具體約定，其依情形可得而定者，視爲定有價金。價金約定依市價者，除契約另有規定外，視爲清償地清償時的市價（三四六條）。

【註】日本大審院判例，明認電話使用權得爲買賣標的。

第二節 買賣的成立

買賣既爲當事人一方約移轉財產權於他方，他方約支付價金以爲反對給付的諾成契約，則買賣契約，自以有當事人意思表示的合致，即爲成立；換言之，即當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即爲成立（三四五條二項）。至其他從屬事項，如契約的費用，履行的時期，處所，及擔保責任等，均非買賣契約的要素，當事人如不以之爲買賣的成立要件，雖意思表示不合致，亦不妨契約的成立。

買賣的成立，大都適用一般關於法律行爲及契約通則的規定，自無特別敘述的必要。茲應敘述者，即買賣的預約，及買賣契約的費用。

(一) 買賣的預約

一般預約
的性質

(1) 一般預約的性質 預約係對於本契約而稱，即以發生締結本契約之債務爲標的的契約。預約與附停止條件的契約不同：附停止條件的契約，即爲本契約，不過其效力須待條件成就時始能發生；預約則僅生締結本契約之債的關係，本契約並未成立。

本契約與
預約的關係

(A) 預約爲債權契約 預約雖就物權契約（例如創設抵押權的預約），或其他的契約（例如訂立婚姻的預約），亦得成立。然此所謂預約，乃當事人於相對人爲本契約的要約時，有對其要約而爲承諾之意思表示的債務，係指債權契約而言。在當事人雙方均負此債務者，是爲雙務預約，亦稱當事人雙方的預約；其僅一方負此債務者，是爲片務預約，亦稱當事人一方的預約。茲將

第一章 買賣

本契約與預約的關係分析如左：

(甲) 從本契約方式上觀察其與預約的關係 本契約爲要式行爲，預約應否依同一方式，須視本契約定爲要式，其理由是否出於慎重以爲決。本契約定爲要式，如在期於慎重，預約亦須依同一方式。反之，預約則可任意締結。

(乙) 從本契約種類上觀察其與預約的關係 預約雖不問本契約爲諾成契約，或要物契約，均得成立；但通常爲預約的實際必要，則多於要物契約見之。

(丙) 從本契約解除或終了上觀察其與預約的關係 預約乃以締結本契約爲目的而爲的準備行爲。若就將來應締結的本契約，發生法律上解除或終了原因時，預約亦當然共其命運。例如委任人或受任人死亡，破產，或喪失行爲能力爲委任契約的終了原因（五五條），則在預約成立後本契約締結前

，其間如有此等事由發生，委任的預約亦應終了。

(B) 預約的成立及生效要件，應從一般債權契約的通則。預約既以締結本契約為標的，則本契約的內容，須可能，適法，且須確定，或可得確定，已無疑義。

(C) 由預約所生的債權，其效力與一般債權同。預約義務人若任意不為承諾的意思表示時，預約權利人即得請求其履行，并聲請法院強制執行，而以判決，代其為意思表示。其受有損害者，亦得請求損害賠償。(二七條，二三一條，二二六條，參照)。

買賣預約 的性質

(2) 買賣預約的性質。買賣的預約，亦可成立雙務預約與片務預約：前者即當事人雙方的預約，例如甲乙二人互對於相對人為出賣或買受房屋的預約；後者即當事人一方的預約，例如甲對於相對人乙為出賣房屋的預約；或乙對於相對人甲為買受房屋的預約。雙務的買賣預約，可分為二種：(A) 更須為本契約

的要約或承諾，本契約始得成立；（B）只須他方表示完結買賣的意思，本契約即得成立。究竟此雙務預約屬於何種，唯有解釋當事人的意思決定之。片務的買賣預約，亦可分爲二種：（A）更須雙方爲本契約的要約及承諾，本契約始得成立；（B）只須權利人爲完結買賣的意思表示（即承諾），本契約即得成立。義務人既有締結本契約的義務，通常自可解爲第二情形。

（二）買賣契約的費用

所謂買賣契約的費用，非謂清償契約上之債務所需的費用，乃指締結契約時所需的費用而言。例如買賣標的物估價費，證書作成費，及印花費。此等費用，依法意民法的規定，應由買受人負擔之（法民一四五六三條）；依日本民法的規定，應由雙方平均負擔之（日民五八條）。我民法明定：買賣契約的費用，除法律另有規定，或契約另有訂定，或另有習慣外，由當事人平均負擔（三七八條），其大旨殆與日民的規定同。

第三節 買賣的種類

(一) 公賣 私賣

此分類係以買賣的程序爲標準。凡依公的程序所爲的買賣，是爲公賣；其不依公的程序所爲的買賣，是爲私賣。前者即經官署所爲的買賣，例如依執行法所爲的拍賣；後者即由私人所爲的買賣，例如依民法所爲的買賣。

(二) 通常買賣 競爭買賣

此分類係以買賣的方法爲標準。凡依通常方法而成立的買賣，即由當事人任意定明價金，并選擇特定相對人而爲的買賣，是爲通常買賣；其依競爭方法而成立的買賣，即向公衆爲要約勸誘，而以若干限度的價額者爲相對人的買賣，是爲競爭買賣。前者例如隨意買賣，後者例如投標拍賣。

(三) 現金買賣 信用買賣 前付買賣

此分類係以支付價金的時期爲標準。現金買賣，即出賣人移轉財產權，買受人須同時支付價金的買賣。信用買賣，即出賣人須先移轉財產權，嗣後方受領價金的買賣。前付買賣，即買受人於出賣人移轉財產權以前，須支付價金的買賣。同時履行的抗辯，唯適用於現金買賣，信用買賣與前付買賣均不能適用之。

(四) 定期買賣 即時買賣

此分類係以移轉財產權或支付價金的時期爲標準。定期買賣，即不須與買賣契約成立同時移轉財產權或支付價金的買賣，例如交易所的買賣；即時買賣，即須與買賣契約的成立同時移轉財產權或支付價金的買賣，例如小商店的現物買賣。

(五) 特定物買賣 不特定物買賣

此分類係以買賣標的物爲標準。特定物買賣，即出賣標的物爲特定物；不特定買賣，即出賣標的物爲不特定物。

(六) 貨樣買賣 試驗買賣 分期付款買賣

此分類均爲特種買賣，民法另有規定，俟於本章第六節詳論之。

第四節 買賣的效力

第一款 出賣人的義務

第一項 總說

出賣人於訂立契約後，對於買受人須負完全移轉財產權的義務，而使其在法律上事實上完全取得其權利，得爲財產權的主體。詳言之，即出賣人在積極方面，負有財產權移轉的義務，在消極方面，負有瑕疵擔保的責任。前者乃本於效力意思而生，即爲買賣法律行爲之效果的義務；後者乃本於法律規定而生，即爲買賣非法律行爲之效果的義務。

第二項 財產權移轉的義務

第一章 買賣

何謂買有
移轉財產
權的債務

買賣乃以財產權的移轉與價金的支付相交換爲其本體。故普通買賣，非與買賣契約成立同時移轉財產權，出賣人自應負擔財產權移轉的債務。反之，現實買賣，則與買賣契約成立同時移轉財產權，主張非債權契約說者，遂謂其無發生移轉財產權之債務的餘地。要之，買賣通常爲債權契約，亦可解爲買賣常發生財產權移轉的債務。出賣人負有移轉財產權的債務，即負有移轉權利或交付標的物的義務；詳言之，即物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得所有權的義務；權利之出賣人，負使買受人取得其權利的義務，如因其權利而得占有一定之物者，並負交付其物的義務（三四八條）。此種義務爲出賣人的主要義務，亦即買賣的主要效力。茲分述之如左：

（一）權利移轉的義務

買賣不問以物權，準物權，無體財產權，或債權爲標的，出賣人均應依關於移轉權利的方法，實行移轉，使買受人完全取得其財產權。茲將權利移轉的方法分述