

民法诸问题

—刘得宽 著

与新展望

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民法诸问题与新展望/刘得宽著. —北京: 中国政法大学出版社, 2001. 11

ISBN 7-5620-2126-0

I. 民... II. 刘... III. 民法—研究—中国
IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 092136 号

书 名 民法诸问题与新展望
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 清华大学印刷厂
开 本 880 × 1230mm 1/32
印 张 21
字 数 500 千字
版 本 2002 年 1 月第 1 版 2002 年 1 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-2126-0/D·2086
定 价 39.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。



作者简介

刘得宽

台湾大学法律学系毕业(1960)

日本国立东北大学法学硕士(1965), 法学博士(1968)

(日本文部省奖学金)

美国维琴尼亚大学访问教授(Visiting Professor, ACLS Fellow)(1971-72)

德国杜宾根大学研究(Humboldt-Stipendiät)(1976-77, 79)

日本国立东北大学访问教授(日本交流协会邀请, 1980)

德国柏林洪堡大学(Humboldt University)交换教授

(1997, 2000)

曾任: 政大、台大、文化、辅大、东吴、东海、警官学校教授

现任: 日本东海大学法学部专任教授

主授: 民法总则、民法物权、比较民法、民法专题、土地法、
法学绪论、德国法

主著: 民法总则(五南图书出版公司)

分期付款买卖(正中实用法律讲座之一)

民法诸问题与新展望(获1979年嘉新优良著作奖)

民法亲属继承实例研究(五南图书出版公司)

抵押权不可侵性(博士论文)

法学入门(五南图书出版公司)

于中国大陆再版序

法谚云：“有社会之处必有法”（ubi societas ibi ius），斯主要系指私法（民法）而言。德语称“法”为“Recht”（此乃英文之 Right），法语称之为“droit”，拉丁语则称之为“ius”、係“正”的意思，亦有“权利”之意思，故“法”与“正”（即公正、公平、正确、正义）或“权利”皆具共同性。

美国已故名法学家庞德（Roscoe Pound 1890 - 1964）将法的机能“法学”比喻为社会工程学（social engineering），“法学家”则喻为社会工程师（social engineer）。因此好的法学家应常具备“平衡意识”（the sense of balance），且不能与社会脱节，充寔智能，培养独自思考力，尤其是法的“精密逻辑”思考力（legal mind）。余从事法学工作已 30 年余，常以此自勉，并鼓励后进。

拙著《民法诸问题与新展望》1979 年在台湾出版，曾获嘉新文化优良著作奖。10 年前曾在中国大陆“印刷”过，遍及诸地，余甚觉荣幸，惟斯后因囿于版权、

未见再版。今年9月余因日本学术振兴会之派遣出差，至北京、长春、济南、南京、上海等地访问，与该地之社会科学院及北京大学、吉林大学、山东大学、南京大学等重点名大学之法学同仁座谈，并为诸大学法学院院生作演讲，发见该著颇受厚爱，尚有被作为指定教材，也有特地向台湾订购者。余深受感动，认为，学无“止境”，也盼能在中国大陆正式出版。以文会友，俾资相互砥砺，并促进两岸学术交流。然，疏漏尚属难免，敬请识者指正，无任感幸！

本次之出版，得王文杰学棣之鼓励与介绍，并承中国政法大学出版社李传敢社长之协助，附此致谢。

刘得宽 谨识
于日本东海大学
2001年10月

林 序

前为苏俊雄学棣所著的宪政论集作序，曾谓：“近几年来，法学界有几件可喜的事情，其中之一，是好几位少壮学人的学成归来。他们给法学界带回了新的资料，也带回了新的观念，和新的方法。他们更以所得的新观念，利用新的资料和方法，著为文章，尤其可喜者，他们都是温文尔雅的笃学之士，不以学成而自傲，不以年壮而轻浮”。这一段话，自信是对于少壮等人忠实的写照，并无溢美之处，且深信我们的法学，因此将更见昌明。

刘得宽学棣新著的出版，更加强了我前述的自信。得宽早年毕业于台湾大学法律系，成绩优异，乃得日本文部省奖学金，在日本国立东北大学，专攻民法，于1968年，得法学博士学位，回台执教数年后，复获美国福特基金会之选，在美国维琴尼亚大学研究。嗣又膺西德政府的鸿博奖学金，在德国杜宾根大学研究。在这些经历上，可以看出得宽治学之勤，成就之宏。但他并不以此自满——“不以学成而自傲，不以年少而轻浮”，是朋侪所公认的谦谦君子；当亦是同学们所尊敬的——态度温和和诚恳的教师。

得宽对民法有相当的造诣，亦是朋儕所公认的。我对于民法毫无研究，但对于由科技发达，经济进步，而发生的民法上的新问题，有时亦甚关心。今读得宽之书，喜其于深究民法基础理论，叙论民法最新趋势之外，复就“分期付款买卖之法律上效力”等，民法上的新问题，分别以专题研究的方式，为缜密的检讨，使我们民法的研究，因此迈进了一大步，其研究的勤劳，于此可见。深盼青年同学，读完本书之后，要学习得宽温和诚恳的态度，也要学他勤于研究的精神。

林纪东

1979年5月7日

自序

法学乃社会科学之一种，而民法又为法学之基石；故欲钻研法学，必先厚植此一基石。近数年来，台湾有关启蒙性之民法教科书所在多有，但对个别问题再作深入探讨者，则仍付诸阙如。笔者不揣翦陋，因将最近数年来个人发表于法学杂志上之民法研究心得（其中泰半为近一年来之新著），加以选择整理，汇编成册，以供法学界同仁、学长、暨大学法律所系高年级同学作为参考，并盼能收“抛砖引玉”之效。

本书理论与实用并重，以民法之初步知识为基础，进而对若干新问题作更深入之探讨。故除基础理论体系之讨论外，尚参照欧美日等先进国家之新动态，展望民法之新趋势。深盼读者能藉此一“桥梁”，探求民法之精蕴。惟笔者学殖未深，疏漏难免，尚祈海内外贤达，不吝赐教，无任感幸！

本书之问世，曾受“科学委员会”暨西德鸿博基金会（Alexander von Humboldt - Stiftung）之赐助，并承林大法官纪东老师惠赐序文，衷心感铭；又承吴月珍、刘庆生二位同学，任校对之劳，特此志谢。

刘得宽

1979年5月20日

于政治大学法律系

目 录

于中国大陆再版序·····	(1)
林序·····	(1)
自序·····	(1)
1. 分期付款买卖之法律上效力	
—所有权保留买卖为中心—·····	(1)
2. 建筑物区分所有者之空间所有权	
—公寓大厦各户之所有权形态— ·····	(30)
3. 土地所有权理论之新展开·····	(54)
4. 民法之理论体系与其展开·····	(82)
5. 委建契约与房屋所有权之归属(判决评释) ·····	(99)
6. 预售房屋之买受人与合建地主间之 法律关系(判决评释) ·····	(117)
7. 房屋基地之租赁与地上权(裁定评释) ·····	(130)
8. 就西德亲属法之修改展望婚姻法及收养法之新趋向	
—男女同权、破绽主义、净益共同、完全收养、 养子福祉—·····	(146)
9. 西德之消费者保护立法	
—以最近之民事立法及判例为中心—·····	(177)
10. 汽车事故民事赔偿责任之探讨	

2 目 录

—以日本之判例学说为中心—	(222)
11. 汽车事故之民事过失与刑事过失	(260)
12. 就“试管婴儿”探讨“人工授精”之法律问题	(272)
13. 民法上对于交易安全(善意无过失者)之保护	(282)
14. 票据行为与表见代理	(289)
15. 论著作人格权	(301)
16. 日耳曼法上之占有—Gewere	(351)
17. 论占有诉权制度	(355)
18. 占有改定与即时取得	(368)
19. 担保物权之物权性与债权性	(377)
20. 抵押权之附从性与特定性	(390)
21. 论抵押权之物上代位性	(404)
22. 美国法上的“Mortgage(不动产抵押)”制度	
—附美国一般抵押购屋买卖—	(427)
23. 德国之住居权	
—物权法上之住居所有权及债权法上之	
承租人保护—	(460)
24. 德国民法上的若干新观念(介绍)	
—事实上契约关系、缔约缔结之际的过失、	
危险责任—	(474)
25. 法人之本质与其能力	(494)
26. 论无权利能力之社团	(507)
27. 对物权行为的“独立性”与“无因性”之探讨	(523)
28. 抗辩权之永久性	

—抗辩权不应罹于时效—	(538)
29. 赖扎 (Ludwig Raiser) “物权期待”之研究	(542)
30. 抵销在担保上之机能 (日本判例介绍及评释)	(566)
31. 大陆法与英美法	
—现行民法系属于大陆法系—	(582)
32. “最高法院”特殊判例三则评释	
—邻地通行权、最高额抵押、商品制造人 之赔偿责任—	(594)
33. (附录) 法与正义	(626)
事项索引	(639)
西文索引	(659)

分期付款买卖之法律上效力

——所有权保留买卖为中心——

目 次

一、序	三、买受人与出卖人间之关系
二、出卖人之保留所有权	(内部关系)
(1) 所有权保留之意义及其推定	四、对于第三人之关系 (外部关系)
(2) 所有权保留买卖之法律上性质	五、结论

一、序

1. 在今日的交易活动里，分期付款 (installment selling; vente à tempérament; Abzahlungsgeschäft) 制度所占的地位，愈来愈形重要。尤其对于汽车、机车、家庭电器用具、乐器、缝纫机以及其他耐久性的消费物之分期付款买卖在市面上更是屡见不鲜。

最近对于建设或生产用的机械以及土地房屋等买卖亦有采用分期付款方式者。分期付款的方式，能够如此普及也有其相当理由，然不管原因如何，该方式的买卖对买受人以及出卖人皆具重要的益处，此乃不可否认的事实。首先就买受人的立场言，买受人只准备比较少额的头金（第一次分期金）即可把数倍或数十倍价额的欲购商品即时得手使用；相反的、因买受人购买力之提高，物的销路亦随之扩张，出卖人自可因此获取多销之益。

分期付款买卖者乃约定分期给付货款之买卖也。其标的物常于给付第一期货款同时交付与买受人，对分期金的给付在台湾地区通常以月为单位（在外国也有以周为单位者），故亦可称之为分月付款买卖。然，分期付款买卖中，须对买受人授予一定的信用。对于出卖人难免负有价金债权收回不能的危险性，同时愈是对于低所得之买受人或高价商品，其所负之危险性亦愈大。因此，分期付款买卖愈普及则所发生的问题亦愈多。出卖人对这些危险与不安亦非想尽办法避免不可。

2. 出卖人对这些危险的防御方法不外乎有下列二种：第一即在缔结契约前，对买受人作完全的信用调查；第二即在价金债权收回不能的事由发生或有发生之虞时，趁早采取对自己有利的措施。然，信用调查，在现阶段里诚未能有多大的期待。非但如此，如果对买受人的信用调查愈是严格执行，或对买受人的财力愈加重视时，无形的会影响到分期付款交易。故在现社会中，信用调查只能限于某一程度。于缔结契约时，对日后可能发生之价金不给付，以及其他之纷争，预先以准备周到的合意互相的把它订定下来。实际上，这种合意并非依各契约的当事人详为商议后依各具体情形所缔结下来，而是采取在出卖人一方预先所准备周详的约款上，由买受人签名盖章之“誓约书”的方式。

3. 一般商品买卖之核心问题在买受人一方能够确实的获取

买卖标的物；而出卖人一方能够确实的收回买卖价金。分期付款方式的买卖亦为商品买卖，故也不为例外。惟，在通常的分期付款买卖里，其标的物常于契约成立时或给付第一期货款同时，由出卖人交付与买受人。在这种“物先交付型”之最典型的分期付款形态里，因标的物已归买受人占有，因此，如何的使出卖人确实能收回残余的各期价金债权，成为分期付款买卖中的最重要课题。

大别之有下列的二种方法：第一种为把标的物所有权移转与买受人，同时在该标的物上设定出卖人的第一次序抵押权之方法（简称为设定抵押权的方法）；第二种为于各期的买卖价金完全付清以前，虽由买受人占有使用标的物，但该标的物之所有权犹保留于出卖人的方法（简称为所有权保留的方法）。除以上的二种方法以外，还有立连带保证人或使出卖人具备标的物买回权之方法。实际上，后述的二种方法被单独使用者绝少，其大部与前述之方法并为使用。

所有权保留的方法，得使用于所有的标的物。但在分期付款买卖契约继续中，标的物的所有人（属于出卖人）与使用人（属于买受人）分开的结果，会影响私法上权利关系的不明确，以致有害于交易的安全，其以动产为标的者尤然。然抵押权设定的方法为近代的债权担保手段也，同时也比较接近于当事人的本意。惟这种抵押制度，在公示方法（登记、登录）不完备的动产里无法适用，在今日的分期付款买卖又以这种的标的物为最多。

动产抵押制度，未发达的理由有数种，其中以动产标的物之不易确保其同一性，且欠缺一般公示方法等有关技术上的理由为大。在“现行民法”里并不承认动产抵押制度，但在“动产担保交易法”（1963年9月5日公布）里有动产抵押；在海商法上有船舶抵押；以及在民用航空法上有航空器抵押等规定。然，观察最近分期付款买卖的实情，连不动产在内，绝大多数仍采用所有

权保留的方法，而不适用设定抵押之方法者，盖以（1）抵押权设定手续较为麻烦，且要负担登记手续费；（2）抵押权实行手续相当烦琐，效率不高又不切实际，当事人为图避免之而加订附停止条件的代物清偿预约（流抵押特约），依此虽大致能与所有权保留方法的实行手续得到同样结果，但“现行民法”禁止流抵押的约定（第 873 条^{*} II）；（3）由出卖人保留标的物之所有权，其可使买受人自觉使用他人之物，以加强买受人之对价金债务的意识，俾促残余债务的履行。

有关分期付款买卖之问题，其所涉及的范围极广，因时间篇幅所限，在本稿里暂拟把焦点摆在最重要且被广泛使用之“所有权保留之诸问题”上。换言之，兹对标的物交付后，分期价金未完全清偿前，以之为担保出卖人的买卖价金债权为目的，被广泛行使的所有权保留之诸关系，由法律的观点分析讨论如下：^{〔1〕}

二、出卖人之保留所有权

一、所有权保留之意义及其推定

1. 分期付款买卖契约中，当事人间大都以特约规定，买受人付清全部买卖价金以前，标的物（以及其附属物）所有权仍保留于出卖人一方。换言之，即等待全部价金之付清同时，标的物的所有权才当然移转与买受人。所谓所有权保留约款者，此之谓也。这种特约乃以担保价金债权为其主要目的。标的物为不动产

* 文中法律条文如无特别注明均为台湾地区“现行民法”，文中“现行民法”均指台湾地区现行法。——编者注

〔1〕拙著，“分期付款买卖”（正中实用法律讲座）。