

實例研析系列

2015年最新版

債法各論

Particular Kinds of Obligations



| 李淑明 著 |

The civil law system, also known as the continental system, is used in many more countries than the common law. The prototypical civil law country is France, followed by Italy.

The essence of the civil law is that every law of the country is "codified," or written law. Codification is the responsibility of the legislative body. The judge's role is limited to the application of the law to the facts of a given case. For years, scholars believed the judge was not ever allowed to interpret the law. If a judge heard a case for which no law, he/she was obligated to refer the case to the legislative body, who would then deal with the circumstances of the case. Unlike the common law, then, the apparently had no "judge-made", or common, law. This lack of judicial precedent was designed to restrict the power of the judicial branch. Prior to the French Revolution, power of the bench had been overwhelming. Therefore, one of the main points of the

債法各論

李淑明 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

債法各論／李淑明著. -- 七版. -- 臺北市：

元照，2015.01

面；公分

ISBN 978-986-255-554-5（平裝）

1.債法

584.3

103025296

債法各論

5P005RG

2015 年 1 月 七版 1 刷

作 者 李淑明

出 版 者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 580 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-554-5

改版序

本書自初版至今，正好十年！若說這是個值得慶祝的時刻，應該不會太小題大作吧？！筆者常常喜歡開玩笑的說：寫序文，好比寫作文比賽！為了特別的十週年紀念，今天就來寫個不一樣的序文，好好談談這十年來的心路歷程。

民法有多達1,200餘個條文，該怎麼學？又該如何準備考試？想來想去、再仔細算算，這個科目，尤其是債法各論部分，投資報酬率實在太低。如果您和筆者一樣，對於「民法」有著說不出的喜歡，那麼大可以學學筆者，投注大把的時間，仔仔細細的研究每一種契約類型、好好讀讀每一本教科書的說明。可是，如果您一打開厚厚的債各教科書，不到5分鐘的光景，就想～～還是休息一下，看看臉書上大家在討論什麼好了（哈哈，別不好意思，這很正常啦）；債各，一點也留不住您的目光的話，那麼，這本「債法各論」應該是個不錯的選擇。

儘管債法各論有多達30餘種契約類型，但重要性不一、實務出現頻率的多寡，更有著天壤之別。筆者從中揀選出12種契約類型，這12種，不論是學術價值或實務運用率，都有著「叫我第一名」的重要性。只要好好精讀這12種契約類型，從應付考試到將來從事實務工作，真的！綽綽有餘了！這樣子，夠貼心了吧？！

再來說明一下這次改版重點，好讓您正確盤算一下該不該再傷荷包一次，買下這本新版書。

一、新增「經理人契約」（第五章第二節）、「合夥契約」（第十章）、「最高限額保證契約」與「銀行保證金保證書」（第十二章）。放心放心！筆者不會讓這本書越變越厚的，那種「不可承受之重」，絕對是背離筆者編寫本書的初衷。可又為什麼要增加這幾種契約類型呢？近幾年來，以合夥契約為核心的考題，突然成了當紅

炸子雞，讓人想不理它也不行；至於經理人契約，它和代理制度有著「異卵雙胞胎」的特質，有點像、又不很像，但如果只學了「代理」，卻不懂經理人契約，實在很「殘念」。至於「最高限額保證契約」與「銀行保證金保證書」，則是實務界的新寵。所以囉，筆者從善如流地在本次改版內容中，把這四種契約類型加入我們這個大家族裡。

二、寫作體例的調整。筆者所編寫的民法實例研析系列叢書，從「債法總論」開始，繼而「民法物權」、「民法總則」等，均已陸續調整體例，得到讀者們極為熱情又正面的迴響；等到本書改版完成之後，這四本書一字排開，嗯～～非常令人開心的成果。而且，這次改版的時間恰到好處，剛好接在103年司法官及律師第二試之後，所以這四年來的第一、二試考題，全都被筆者收編了。您拿著這個版次的新書，可以一邊讀著最新的學說與實務見解、一邊則拿著最應景的考題作為練習，為自己的研讀成果作個驗收。

三、學術論文與實務見解的補充。用功的民法學者們，好像從來不休假似的，研究的腳步從未減緩、發表論文的速度更是讓人很有壓力。當然，筆者也頂用功的，這次改版收錄了包括林誠二、姚志明、陳自強、楊淑文、謝哲勝、向明恩……等多位學者最新發表的近20篇著作。當然還有最高法院這一年多來公布的判決先例，筆者都幫您去蕪存菁後，把最精華的部分放在適當章節裡，讓您讀起來有事半功倍之效。

還是一句老話，希望您讀過本書之後，民法債編各論不再是您學習民法的夢魘！謝謝您過去十年來給予筆者的鼓勵和支持，也希望您在下一個十年、再一個十年、又再下一個十年……，繼續愛護本系列叢書，並請不吝指正，期使本書內容更臻完美，謝謝！

李淑明

2014年10月

序 言

該怎麼樣形容學習法律的心情呢？若將其中學習的歷程形容為像「哈利波特」的劇情，充滿冒險、刺激，似乎有刻意美化它枯燥、繁瑣的另一面之嫌；若說當您學有所成時的見識，有如「魔戒三部曲」的氣勢磅礴，又似乎太……，小題大作了！

回想七年前，筆者提起筆來寫下第一個字，說實在的，當時實是無心插柳的巧合，不過這個美麗的巧合，也開啟了筆者民法寫作的生涯。想想當時無論運用多豐富的想像力，也絕對無法預見七年之後，筆者仍然堅持寫作的路子，並且樂此不疲。

在近十年的時間，民法有相當大的改變，除了八十八年民法債編的大翻修、九十一年消費者保護法自公布施行後的第一次修正，民法研究會於八十三年第一次召開，許多學成歸國民法學者的投入，都為民法界注入相當的活力！

但民法的學習的確有其說資料之沉重的一面，因為它的體系龐雜、概念抽象、尤其是學多，有如汗牛充棟，相信即使是像筆者一樣，從一進入法律系開始，就深深為民法著迷者，仍然會時時感到力有不逮。而本書的目的，就是希望能從學習者的角度出發，將筆者十多年來點點滴滴所累積的心得，去蕪存菁之後，以實例題帶動的方式，輕鬆活潑的呈現民法的另一面貌。透過實例題的串連，民法法條不再是僵硬死板的文字，而是鮮明生動的生活規範。如果您在閱讀本書時，能夠感受到筆者是以這樣的心情，字斟句酌地寫下對於民法的體會，時時刻刻以喜悅、進取的心情學習法律，那將是筆者最大的收穫了！

謝謝讀者們多年來對於本書的愛護，更感謝元照出版公司在同時出版拙著「民法總則」、「債法總論」、「債法各論」、「民法物權」時所付出的辛勞與努力。同時，筆者學植未深，相信書中仍有不少謬誤，望請讀者們能惠予指正，以求本書更加精進。

李淑明

二〇〇四年六月寫在

Basking Ridge, New Jersey

目 錄

改版序

序 言

第一章 買賣契約

一、買賣契約之必要之點·····	1
二、出賣人之給付義務·····	5
三、買受人之給付義務·····	8
四、權利瑕疵擔保·····	10
案例1·····	10
五、物之瑕疵擔保·····	33
案例2·····	33
六、危險負擔·····	85
案例3·····	85

第二章 贈與契約

一、總 說·····	99
二、贈與契約之成立與生效·····	101
三、贈與人之給付義務·····	105
案例4·····	105
四、特殊贈與·····	117

第三章 租賃契約

一、租賃契約之必要之點	123
案例5	123
二、出租人之給付義務	137
案例6	137
三、承租人之給付義務	163
案例7	163
四、買賣（所有權讓與）不破租賃	173
五、轉租	185
六、押租金契約	196
案例8	196
七、租用基地之特殊規定	202
八、融資性租賃	215

第四章 借貸契約

導讀——幫助您了解契約類型特徵	223
第一節 使用借貸契約	224
一、使用借貸契約之必要之點	226
二、使用借貸契約之要物性與預約	231
三、貸與人之義務	234
四、借用人之義務	236
五、使用借貸契約之物權化——擋不住的趨勢？	239
第二節 消費借貸契約	243
案例9	243
一、消費借貸契約之必要之點	243

二、消費借貸契約之要物性與預約	246
三、貸與人之義務	247
四、借用人之義務	251

第五章 委任契約

導讀——勞務型契約總說	257
第一節 委任契約	259
一、委任契約之成立	259
二、委任事務之處理	264
案例10	264
三、複委任與代委任	281
案例11	281
四、委任契約之終止	293
案例12	293
第二節 經理人契約	300
案例13	300
一、商業輔助人——經理人	301
二、商事代理權	303
三、經理權	306

第六章 僱傭契約

案例14	313
一、僱傭契約之特性與必要之點	314
二、僱用人之義務	321

三、受僱人之義務·····	324
四、僱傭契約之消滅·····	327

第七章 承攬契約

第一節 承攬契約·····	333
一、承攬契約之特性與必要之點·····	333
二、物之瑕疵擔保·····	339
案例15·····	339
三、承攬人之其他損害賠償責任·····	366
案例16·····	366
四、定作人之協力義務·····	381
五、危險負擔與情事變更·····	385
六、承攬契約之終止與解除·····	398
案例17·····	398
七、承攬人之抵押權·····	408
案例18·····	408
第二節 特殊承攬·····	415
一、工作物（製造物）供給契約·····	415
二、合建契約·····	423
案例19·····	423
三、委建契約·····	430
案例20·····	430

第八章 旅遊契約

案例21·····	439
一、旅遊契約之成立·····	439

二、旅遊營業人之給付義務	441
三、旅客之給付義務	445
四、旅遊契約之終止	445

第九章 運送契約

一、運送契約之成立	449
二、提單之債權效力	454
案例22	454
三、提單之物權效力	470
四、運送人之責任	471
案例23	471

第十章 合夥契約

案例24	485
一、合夥之法律性質	485
二、合夥契約之成立	487
三、合夥之內部關係	488
四、合夥之外部關係	493
五、合夥之變更與消滅	499

第十一章 合會契約

案例25	505
一、合會契約之成立	506
二、會首之給付義務	510
三、清 算	512

第十二章 保證與人事保證契約

第一節 保證契約	515
一、保證契約之特性	515
案例26	515
二、保證人之責任	525
三、保證人之權利	534
四、特種保證契約之研究	545
案例27	545
第二節 人事保證契約	552
案例28	552
一、人事保證契約之成立	553
二、人事保證人之責任	555
三、僱用人之義務	556

一、買賣契約之必要之點

「債」乃是權利主體與權利主體之間法律關係的統稱，而在民法債編總論所規範的四種債之發生原因當中，又以「契約」為主軸。於是，民法自第三四五條以下設計了近三十種契約類型，為權利主體之間因契約而發生債之關係者，提供規範基礎。

翻開民法債編各論，首先進入眼簾的，是日常生活中最為普遍、也最耳熟能詳的「買賣契約」。正因為如此，關於買賣契約的類型特徵、必要之點等問題，讀者們應該不會感到陌生；但是一談到「權利瑕疵擔保」、「物之瑕疵擔保」與「危險負擔」，其複雜程度及運用範圍之廣，值得好好的投注精力詳加研究。因而本章將會以極不成比例的篇幅論述「權利瑕疵擔保」、「物之瑕疵擔保」與「危險負擔」等問題。

還是先從必要之點談起。民法債編各論在每一章節的第一個條文，均就各個契約類型設有定義性規範，這些定義性規範將該契約類型所有的必要之點涵括在內，所以要想掌握每一個契約類型的必要之點，非得好好研究這些定義性規範不可。依民法第三四五條第一項規定：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」這個精簡的規範，可以析述如下。

(一)買賣契約乃有償契約

首先，買賣契約乃是有償契約，此點由本條項稱「他方支付價金」可見一斑。也由是可知，買賣契約乃是完全雙務契約，出賣人之一方負

有移轉財產權予他方之義務，買受人之一方則負有給付價金之義務，這兩個義務均構成買賣契約之主給付義務（對待給付義務）。

找出每一個契約類型的主給付義務，是很重要的基本功夫，從這個小小的動作，除了可以看出您對於該契約類型的了解程度外，更重要的是在法律效果的運用上。例如：當出賣人僅交付標的物，卻尚未移轉標的物所有權時，買受人得以出賣人尚未完全履行主給付義務為由，行使民法第二六四條之同時履行抗辯權；但是當出賣人已交付並移轉標的物之所有權，看似已經履行了買賣契約之主給付義務，惟該標的物存有物之瑕疵，或者該標的物上帶有其他權利負擔，例如：出賣人早已就該標的物設定擔保物權，買受人看到這樣帶有權利瑕疵之標的物，是否還應該如數支付價金？得否行使同時履行抗辯權，拒絕價金的給付？則是個大有學問的問題，詳如後述四、五的分析。

（二）買賣契約之標的

其次，買賣契約之標的乃是民法第三四五條第一項所稱「財產權」，而所謂「財產權」的概念，範圍十分廣泛，凡是具有經濟價值並得作為交易標的之權利，無論是「物」（所有權）或其他具有財產價值的「權利」，均可成為買賣契約之標的物。是以，大多數人將買賣契約之標的，狹隘地理解為「物」，詳究其內容，其實是買賣該標的物之「所有權」，所以還是屬於「權利」的買賣；但除此之外，智慧財產權、物權（如：地上權、抵押權）、準物權（如：礦業權、漁業權）、債權等具有財產價值的「權利」，亦可為買賣契約之標的。所以，買賣契約乃是關於「財產權」的買賣，才是正確的概念；有了這個正確且較為宏觀的概念後，才能真正地掌握「權利瑕疵」。

（三）諾成契約、不要式契約

原則上，買賣契約乃是諾成契約、不要式契約，於雙方當事人意思表示合致時即可有效成立。惟須注意的是尚未正式施行的民法第一六六條之一第一項規定：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。」待本條規定正式施行之後，凡

是以「不動產物權」（包括所有權、抵押權、地上權……）為買賣契約之標的者，該買賣契約不再是諾成契約，而質變為要式契約，須經作成公證書後，始得有效成立。

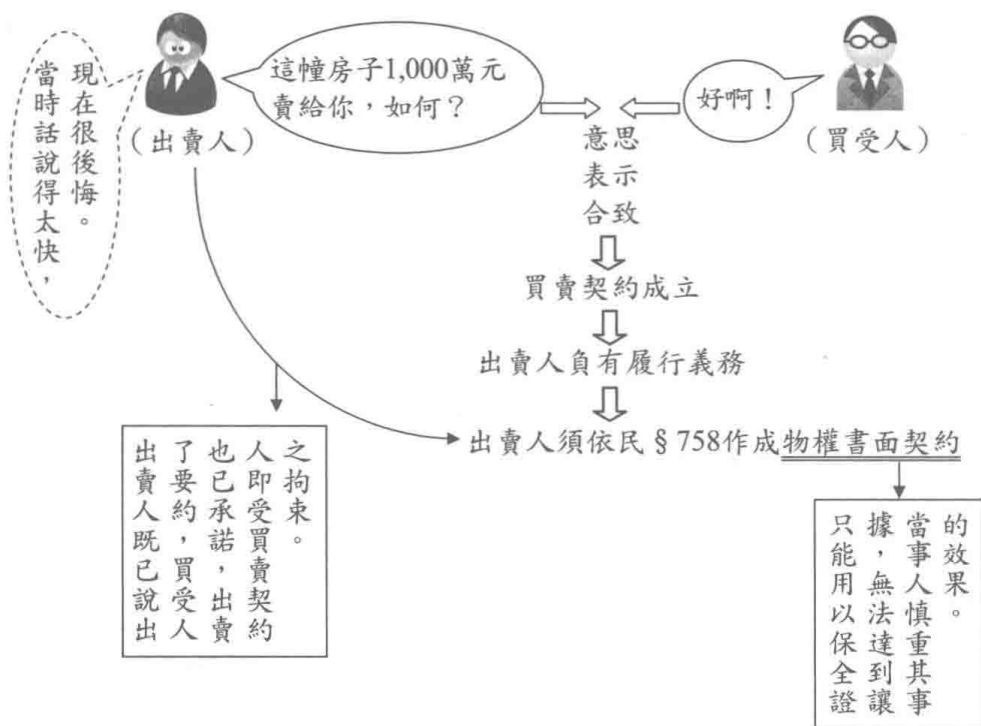
民法第一六六條之一規定乃八十八年債編修正時所新增，本條規範的新增絕非立法者的神來一筆，而是其來有自的。按以不動產物權為標的之契約，應以書面為之的要求，另有民法第七五八條第二項的規定：

「前項行為，應以書面為之。」而所謂「前項行為」，係指同條第一項之「不動產物權，依法律行為而取得、設定、喪失及變更」等物權行為。依此，凡不動產物權行為者，包括單獨行為及契約行為，均屬要式行為。

回到債權行為部分。在民法第一六六條之一正式施行之前，以不動產物權為標的之債權契約，仍為諾成契約，但到了訂立物權契約階段，則非以書面為之不可。然查要式性的要求，目的不外乎在於避免當事人輕率的決定，同時可以保存證據。畢竟「話說得太快」的情形時有所聞，而不動產物權的經濟價值較高，若是當事人在未經深思熟慮的前提下即率然作出承諾，只要相對人很爽快的答應了，「債權契約」即已有效成立，當事人因而負有履行之責。儘管民法要求不動產物權契約必須以書面為之，未作成書面者，「物權契約」尚無法有效成立，不生不動產物權變動的效力；但別忘了，物權契約通常是債權契約的履行行為，只要債權契約已然有效成立，當事人即負有「履行」之責，亦即必須作成有效的物權契約，而有效之物權契約的作成，又必須完成書面契約之訂立不可，否則即須面對違約之責。所以，僅將物權契約規範為要式契約，並不能達到上述的立法目的。唯有將「債權契約」亦納入要式性的要求，才能避免當事人一時興起而草率承諾，以及書面保存證據的目的。將來在民法第一六六條之一正式施行之後，當事人間如僅以口頭承諾將某不動產物權出賣或贈與第三人，尚不生債之效力；直至當事人以白紙黑字將不動產物權之買賣或贈與的意旨寫下，債權契約始告有效成立，出賣人或贈與人才開始負有履行之責，亦即應進而作成移轉不動產物權之物權行為，以履行該買賣或贈與契約。

【比較】

圖(一) 債權契約=諾成契約
不動產物權契約=要式契約+要物契約



圖(二) 債權契約=要式契約
不動產物權契約=要式契約+要物契約

