

债法总论

— 黄茂荣 著

(第一册)

中国政法大学出版社

债 法 总 论

(第一册)

黄茂荣 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

债法总论. 第1册/黄茂荣著. —北京: 中国政法大学出版社, 2002. 10

ISBN 7-5620-0954-6

I. 债... II. 黄... III. 债权法—法的理论—中国
IV. D923.31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084759 号

书 名 债法总论(第一册)
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 787×960 1/16
印 张 16.5
字 数 310 千字
版 本 2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-0954-6/D·904
定 价 24.00 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。

序

岁月匆匆，自一九七五年回台任教于台大法律学系及法律学研究所讲授债法课程迄今，已过四分之一世纪。这当中教学相长，从而对于债法理论与实务虽有一些心得，但总是不够踏实。

几年来，债法方面的文章陆续写了一些。这些文章因各种机缘，触发动笔的念头。这些文章的写作方式介于教科书与专论之间。整体看来，在内容上还有许多尚待补充的题目，但心想等到初步完整，可能还需要两年左右的时间，而且篇幅也可能太大，有点不妥，乃将与债法总论有关的文章整理成第一册、第二册先行出版。第三册以下的编排将与第一册、第二册对应，以方便读者归纳各册文章之所属。债各部分，买卖法于本年四月改写再版，改写重点之一置于其与债总规定或理论之联系，以便互相参照。

今日能有本书之出版，要特别感谢恩师王大法官泽鉴教授，当年允收为徒，并让我有机会回台大讲授债法课程，取得学习的机会。最后也要感谢我的博士论文指导教授 Dr. Josef Esser，无限怀念！

学无止境，凡所论述若有未妥，敬请师长及各界贤达惠予赐教，笔者将很感激。

黄茂荣

二〇〇二年五月二十日

于台大法律学院

简 目

壹 导论.....	(1)
§ 1 导论	(1)
贰 请求权	(33)
§ 1 债之关系、债权、债务与责任	(33)
叁、契约之缔结	(75)
§ 1 法律行为与契约之缔结	(75)
肆 要式行为	(118)
§ 1 不动产契约之要式性	(118)
§ 2 婚姻之形式要件	(143)
§ 3 两愿离婚之方式	(148)
伍 电子商务契约	(150)
§ 1 电子商务契约的一些法律问题	(150)
§ 2 电子金融商务契约	(185)
§ 3 电子商务上之不公平竞争	(198)
陆 悬赏广告	(239)
§ 1 悬赏广告	(239)

详 目

壹 导论

§ 1 导论	(1)
一 债的概念	(1)
A 主体的相对性	(2)
B 客体的相对性	(8)
C 债之关系的发展性	(8)
二 债权行为与物权行为	(9)
三 原因行为与无因行为	(14)
四 动机、契约目的与给付目的	(21)
五 债之发生原因或规范依据	(25)
A 法律事实与债之发生概说	(25)
B 债之发生原因或规范依据	(27)
C 疑似之债的发生原因	(30)
六 债务不履行	(31)

贰 请求权

§ 1 债之关系、债权、债务与责任	(33)
一 债之关系、债权与请求权	(33)
A 债之关系	(33)
B 债权与请求权	(35)
C 请求权之竞合	(39)

2 详 目

D 请求与抗辩	(44)
E 债权对于债之关系的独立性	(47)
二 债之关系的延伸拘束	(51)
A 债权人之权利性义务或对己义务	(59)
三 债务与责任	(59)
A 债务与义务	(59)
B 债务与诉权	(61)
C 债务之责任	(62)
D 无限责任与有限责任	(65)
E 无责任之债务及较低责任之义务	(66)
F 强制处分的种类	(70)

叁 契约之缔结

§ 1 法律行为与契约之缔结	(75)
一 概说	(76)
二 私法自治	(76)
A 契约原则	(76)
B 单独行为是否得为债之发生原因	(77)
C 契约自由原则	(79)
D 契约自由之限制	(79)
三 意思表示	(80)
A 意思表示之概念	(80)
B 法效意思或缔约意思	(80)
C 意思表示之种类	(83)
I 表示方法：对话、非对话或网路通信之意思表示	(83)
II 明示或默示	(87)
III 需相对人与不需相对人之意思表示	(88)
IV 需要第三人同意之意思表示	(89)

D 意思表示之成立与生效	(92)
I 成立要件与生效要件	(92)
II 法律事实对于成立或生效要件之连结	(94)
四 契约之缔结	(94)
A 契约之构造	(94)
B 要式行为、要式契约与诺成行为	(95)
C 要约之概念及其拘束力	(97)
D 要约拘束力之存续期间	(97)
E 要约拘束力之保留	(98)
F 承诺之概念及其效力	(99)
G 契约内容的必要之点	(100)
H 预约与本约	(105)
五 后悔	(106)
六 契约关系发展之三阶段	(107)
A 成立阶段与生效阶段	(108)
B 生效阶段与履行阶段	(109)
C 要式或要物契约与预约	(115)

肆 要式行为

§ 1 不动产契约之要式性	(118)
一 方式自由与要式机能	(119)
二 要式要求的着力点	(121)
A 现行法上的规定	(121)
B 修正规定	(124)
三 修正规定引起的问题	(124)
A 要式类型之选择	(125)
B 债权行为违反强制公证之效力为何	(125)
C 债权行为之要式欠缺时地政机关如何登记	(132)
D 物权行为可治愈其债权行为之要式欠缺	(133)

E 债权契约之强制公证得否以预约规避之	(135)
F 强制公证及其欠缺的治疗规定是否矛盾	(137)
四 第一百六十六条之一之客体的适用范围	(138)
A 地的适用范围	(138)
B 事的适用范围	(138)
C 时的适用范围	(142)
§ 2 婚姻之形式要件	(143)
§ 3 两愿离婚之方式	(148)

伍 电子商务契约

§ 1 电子商务契约的一些法律问题	(150)
一 电子商务之概念及其特征	(150)
A 电子商务之概念特征在于表示方法	(150)
B 电子信息之定性：文件	(153)
C 电子商务的类型	(157)
二 电子商务契约之缔结	(157)
A 概说	(157)
B 诺成或要式	(162)
C 要约诱引、要约与承诺	(164)
三 数位签章	(168)
A 印鉴与数位签章	(168)
B 数位签章与电子金钥	(171)
C 电子金钥之认证	(172)
D 冒用数位签章	(174)
四 缔约上过失与积极侵害债权	(178)
五 交易记录之保存义务	(180)
六 简介电子签章法草案	(180)
七 结论	(184)
§ 2 电子金融商务契约	(185)

一 电子金融商务概说	(185)
二 电子金融商务	(186)
A 电子金融商务	(186)
B 电子金融服务的种类	(187)
I 电子转账	(187)
II 事业对事业之金融电子资料交换	(190)
III 消费性电子转账	(191)
IV 线上信用卡付款	(191)
V 电子支票	(193)
VI 数位现金	(193)
三 转账之安全需求与冒名指示转账	(195)
§ 3 电子商务上之不公平竞争	(198)
一 电子商务之概念及其特征	(198)
A 电子商务之概念特征在于表示方法	(198)
B 电子商务在公平交易法上之规范需要	(201)
二 电子商务上之不公平竞争的态样	(202)
A 仿冒	(202)
B 不实广告	(211)
C 妨碍商誉	(211)
D 欺罔或显失公平之竞争行为	(217)
E 滥用智财权	(218)
三 侵害之法律责任	(225)
A 民事责任及其损害赔偿范围之计算标准	(226)
I 侵害商标权	(227)
II 侵害专利权	(229)
III 侵害著作权	(231)
IV 违反公平交易法之规定	(234)
B 侵害之刑事责任	(235)
I 侵害商标权	(235)
II 侵害专利权	(235)

Ⅲ 侵害著作权	(236)
Ⅳ 违反公平交易法之规定	(237)

陆 悬赏广告

§ 1 悬赏广告	(239)
一 悬赏广告之成立行为究为契约或单独行为	(240)
A 单独行为是否得为债之发生原因	(240)
B 契约说或单独行为说	(241)
二 如何规定报酬请求权人之认定	(245)
三 完成广告行为所获致之成果的归属	(248)
四 与其他规定的竞合关系	(249)
五 悬赏广告之撤销或撤回	(250)
六 关于优等悬赏广告之规范	(251)

导 论

导 论

【目次】

- | | |
|-------------|----------------|
| 一 债的概念 | 四 动机、契约目的与给付目的 |
| A 主体的相对性 | 五 债之发生原因或规范依据 |
| B 客体的相对性 | A 法律事实与债之发生概说 |
| C 债之关系的发展性 | B 债之发生原因或规范依据 |
| 二 债权行为与物权行为 | C 疑似之债的发生原因 |
| 三 原因行为与无因行为 | 六 债务不履行 |

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，而得笼统的以一定之数量之物、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”第一百九十九条第二项、第三项），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。^{〔1〕}归纳之，债之关系具有

〔1〕 Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 10.

“主体的相对性”、^{〔2〕}“客体的相对性”及“关系的发展性”。

A 主体的相对性

所谓“主体的相对性”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。^{〔3〕}要改变特定之债的主体，必须经由债权之移转、^{〔4〕}债务之承

〔2〕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。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，一九五九年度台上字第一〇六五号判例，认为“共有人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”。一九九四年六月三日大法官会议释字第三四九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，惟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，受让人仍受受让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”。该解释之看法已为一九九五年度台上字第二七四四号民事判决所采：“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。

〔3〕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）。

〔4〕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）”（第二百六十九条）。

担^{〔5〕}或契约之继受。^{〔6〕}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,而不须有债务人参与,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(第二百九十七条第一项)。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,^{〔7〕}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(第三百零一条)。^{〔8〕}

〔5〕学说与实务称“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。依第二百六十八条之规定,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)负担损害赔偿責任。”

〔6〕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”首先于第二百九十四条一般规定: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,在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(第一百九十五条)。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(第四百八十四条第一项)。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(第五百四十三条)。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(第二百十八条之一第一项)。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(第二百二十五条第二项)。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(第七百十六条第一项)。

〔7〕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)。在免责的债务承担,对于原债务人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;在更改,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;在和解,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。

〔8〕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,第三百零四条第二项规定“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。”

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,^[9]原则上第三人(丙)得因债务人之委任^[10]或自愿为之(第三百十条);^[11]但无论如何,第三人(丙)除因承担债务、保证或债务人(乙)与其(丙)为“利益第

[9] 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,其解释,有约定者,依约定;无约定者依法律。无约定亦无法律者,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,第五百三十七条规定“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。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(第五百三十八条)。该责任低于第二百二十四条所定债务人为其履行辅助人的行为所当负的责任。依该条规定,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。而非像第五百三十八条第一项所定情形,泛就履行辅助人之行为,不论故意或过失之有无,一概负责。

[10] 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。惟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。

[11] 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”。惟第三人清偿债务不一定消灭所清偿之债权。第三清偿人就债之清偿为利害关系人者,该债权不因清偿而消灭,盖第三百十二条规定“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。该规定之效力,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。反之,如直接规定为法定移转于清偿人则无这些难题。是故,关于利害关系人之清偿效力,下述规定是比较合理的:第八百七十九条关于物上保证人之权利规定“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。”同法第七百四十九条关于保证人之代位权规定:“保证人向债权人清偿后,债权人对于主债务人之债权,于其清偿之限度内,移转与保证人。”惟必须注意,第三人无偿代为清偿者,依遗产及赠与“税法”第五条规定视同赠与。

三人（甲）契约”^{〔12〕}之约定外，原则上对于债权人（甲），无代债务人（乙）清偿之义务。至于依第三人（丙）与债务人（乙）之内部关系，^{〔13〕}第三人（丙）有无义务为债务人履行债务，则属另一问题。

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，^{〔14〕}而且不须该物之真正权利人的参与：事前允许或事后承认。不过，到

〔12〕 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，第二百六十九条第一项规定“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。”关于复委任第五百三十九条规定“受任人使第三人具有直接请求给付之权。”关于复委任第五百三十九条规定“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“有利益第三人之意思”，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（甲）为A债务之履行，如以其债权人（乙）为利益第三人契约中之第三人（乙），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（乙）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（第二百六十八条）。

〔13〕 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；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，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，同样的是为给付者应获得补偿；受领给付者，应给付对价。

〔14〕 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物之问题。

履行阶段，他人之物的买卖除有善意取得之事由外，^[15] 无真正权利人之配合，可能导致给付不能。^[16] 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，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。^[17]

类似的考量亦适用于二种买卖。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，分别卖给二人时，由于出卖人只能对于其中一人履行，而且在履行后对于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。^[18] 为因应此种第三人加害债权的情事，必须借助于侵权行为^[19] 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

[15] 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。盖作为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，如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。

[16] 在他人之物的买卖，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，便认为应依第二百四十六条一概论为无效，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，依该条第一项但书规定约定“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。惟不尽然。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。

[17] Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 6, 9.

[18] Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7., Aufl., 1989, S. 325

[19] Esser, Schuldrecht, 2., Aufl., 1960, S. 10, 80f..