

黄茂荣 著


# 买卖法

(增订版)

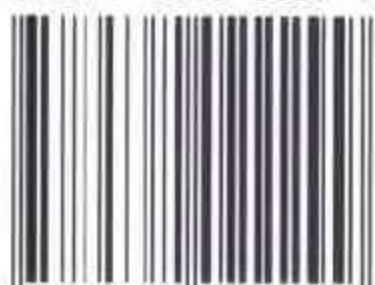
中国政法大学出版社

# 买卖法

项目编辑：张 越  
文稿编辑：齐 心

 红十月工作室 RED OCTOBER STUDIO  
TEL: 13801108814

ISBN 7-5620-2229-1



9 787562 022299 >

ISBN 7-5620-2229-1/D · 2189

定价：46.00元

# 买 卖 法

(增订版)

黄茂荣 著

中国政法大学出版社

**图书在版编目(CIP)数据**

买卖法/黄茂荣著. —北京:中国政法大学出版社,  
2002.6

ISBN 7 - 5620 - 2229 - 1

I. 买... II. 黄... III. 贸易法—研究  
IV. D996.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052175 号

项目编辑 张越  
文稿编辑 齐心  
出版人 李传敏  
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

---

787×960 16 开本 36 印张 640 千字  
2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷  
ISBN 7 - 5620 - 2229 - 1/D · 2189  
印数:0 001 - 5 000 定价:46.00 元

---

社 址 北京市海淀区西上城路 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,由本社发行科负责退换。



### 作者简介

---

## 黄茂荣

1955年1月11日出生

现任台湾大学法学院教授

### 学历

1. 台湾大学法学学士
2. 台湾大学法学硕士
3. 德国杜宾根大学法学博士

### 曾获得之学术奖励情形

1. “科学委员会”甲种研究奖
2. “科学委员会”杰出研究奖

### 经历

1. 美国华盛顿大学博士后研究员
2. 台湾大学法学院副教授
3. “民法研究修正委员会”委员
4. “公平交易委员会”委员

## 说 明

本书之内容略分为二部分，一为笔者就现行买卖规定在理论上之探讨，一为有关买卖法之实务上资料的搜集和评注。关于前者，都分为买卖之性质、买卖契约之缔结、买卖之效力等章节；至于后者，则分别逐条检讨，并予体系化。为使读者在此两者间能有较方便的比较与研究，故在编辑上，采用穿插、并列之方式。又为考虑其在说明上之完整，故于穿插时，仍以每一独立成篇之章节为单位，亦即，在每一章节的说明之后，紧列与其相关法条之判决。如此前后呼应，盼望于理论与实务的认识和学习上，能提供较好的帮助。特此说明，俾便于本书之使用。

## 五版序言

岁月匆匆，自本书在杨盘江及陈金围两位先生的鼎力协助下于一九八〇年四月十日出版以来，迄今天刚好已过了二十二年。回想当年相处美好时光，恍如昨日，无限怀念。

为了使本书的陈述更为准确，本次全盘修订或改写了所有的章节，增补了一些问题点相关的判解。希望经过这次修正可以使本书能够有深入浅出的意境。本次修订虽尽力求好，但力不从心之处尚多，所述如有未当，敬请指教。

最后要感谢王大法官泽鉴老师的栽培，读者的爱护及各方贤达的指正，还有植根同仁数十年如一日不计名利的辛苦奉献。

黄茂荣

二〇〇二年四月十日于台北

## 序 言

法院之裁判对法律的学习、研究和实务之执行的重要性，不论如何强调都不为过。希望本书的出版能增加一次有效果地促请注意的机会。本书与拙著民事法判决评释（I）及民法总则，一样地以法院的见解作为主要的讨论对象。一方面力求因而能够促使法院在实务上所蓄积的经验与智能能凝为我们的文化结晶；另一方面也希望藉此与法学先进共同引起大家对法院在现代国家中所扮演之角色的注意，并一起思考如何才能与法院共同推动我们的现代化。

法院是现代人在追求正义之实现的努力中，制度上之最后希望所寄。假使正直的人常在法院受到冤抑，那么便会使“法律社会禁止私力救济”的要求丧失伦理基础。因此我们应该一起努力帮助法院了解正直人的希望。

国父孙中山先生在其遗嘱郑重提到：“余致力国民革命，凡四十年。其目的在求中国之自由平等。积四十年之经验，深知欲达到此目的必须唤起民众，及联合世界上以平等待我之民族，共同奋斗”。这代表一个正直人常有的最谦逊的愿望。这个愿望，在“国内法”上，通过“宪法”第七条，时时刻刻为弱者不断呼唤！为了使这个愿望能有比较高程度之实现，一方面，我们必须为法院归纳判决资料，以帮助法院避免由于过去的裁判资料难找，而无心地违反平等原则之要求，



## 2 序 言

无意中造成厚此薄彼的意象；另一方面，我们也应为法院做好研究工作，为法院澄清一些疑难的问题，减轻其思虑上的负荷，以避免不成熟的裁判。为了使这种幕僚性的、沟通性的工作能够被圆满地达成，裁判汇编及以之为基础所作的探讨成为当前法律界之当务之急。基于这个认识，作者收集了五百则与买卖法有关之判决，加以体系化；并以之为基础引证各重要学说加以申论、检讨。通过这个处理，本书具有教科书与实务手册的功能。希望这种努力能对理论与实务之结合略尽棉薄。

本书的完成要感谢的学生及助理在资料之准备作业上的辛劳，以及在研讨过程中所提供的智慧。尤其感谢杨盘江同学在判决的体系化，陈金围同学在讲义的整理上所提供之杰出的帮助，没有他们的帮助，本书的出版至少还要再候上一段不短的时间。

学无止境，凡所论述若有未当，敬请前辈及后起之秀多予指教，作者将很感激。

黄茂荣

一九八〇年四月十日

于台大法学院综合研究大楼四一〇室

# 目 录

## Part I

<b>【绪论】</b> .....	(1)
<b>【本论】</b> .....	(17)
<b>第一章 买卖总说</b> .....	(19)
<b>第一节 买卖契约之性质</b> .....	(19)
第一款 债权性 .....	(19)
第二款 有偿性 .....	(29)
<b>第二章 买卖契约之缔结</b> .....	(51)
<b>第一节 概说</b> .....	(51)
第一款 应获致一致之意思表示的范围 .....	(52)
第二款 缔结是否应依一定之法定的方式 .....	(53)
第三款 要式规定之功能 .....	(54)
第四款 第七六〇条之规范功能 .....	(56)
第五款 第七六〇条应贯彻于债权行为中 .....	(57)
<b>第二节 买卖之缔结</b> .....	(58)
第一款 必须就标的物 and 价金获致合意 .....	(58)
第二款 其他重要之点的合意 .....	(61)
<b>第三节 买卖之特殊案型</b> .....	(62)
第一款 自动贩卖机 .....	(62)
第二款 自助商店 .....	(64)
<b>第三章 买卖之效力</b> .....	(163)
<b>第一节 对出卖人之效力</b> .....	(164)
第一款 负有交付标的物并移转所有权之义务 .....	(167)

第二款 担保瑕疵之义务	(172)
第一项 权利瑕疵担保	(172)
a 概说	(172)
b 权利瑕疵之态样	(174)
c 权利瑕疵担保与物之瑕疵担保之区别	(184)
d 权利无缺担保与他人之物的买卖	(185)
e 权利存在担保与自始客观不能	(194)
f 权利瑕疵担保之免除	(195)
g 权利瑕疵担保之效果	(196)
h 小结	(201)
第二项 物之瑕疵担保	(202)
a 概说	(202)
b 物的瑕疵之概念	(204)
c 物之瑕疵之其他分类——法定与约定	(207)
d 保证品质之案型	(208)
e 物之瑕疵担保责任之法律性质	(210)
f 物之瑕疵担保责任之积极要件	(214)
g 物之瑕疵担保责任之消极要件	(227)
h 物之瑕疵担保之效力	(232)
i 瑕疵给付是否合乎债务本旨	(256)
j 以物有瑕疵为理由, 买受人所得采取之措施	(261)
k 当事人间关于瑕疵之有无及其善后的 争执成立和解	(265)
第三项 瑕疵担保与债务不履行之竞合关系	(267)
第二节 对买受人之效力	(404)
第一款 交付价金之义务	(404)
第一项 价金支付拒绝权	(405)
第二项 价金交付之时期	(408)
第三项 价金之支付处所	(410)
第二款 受领标的物之义务	(411)
第三款 保管及变卖义务	(412)
第三节 标的物之危险负担	(438)

第一款	危险负担之意义	(438)
第二款	危险负担问题之发生	(439)
第三款	危险负担在何时移转	(440)
第四款	危险负担移转时点之决定	(441)
<b>第四章</b>	<b>特种买卖</b>	<b>(506)</b>
<b>第一节</b>	<b>买回</b>	<b>(506)</b>
第一款	定义	(506)
第二款	买回之期限	(507)
第三款	买回关系之发展	(507)
第四款	买回约定的作用	(509)
第五款	买回权之行使为要物行为	(510)
<b>第二节</b>	<b>试验买卖</b>	<b>(525)</b>
第一款	定义	(525)
第二款	试验标的物之承认	(526)
第三款	试验买卖之危险负担	(527)
第四款	试验买卖之物的瑕疵担保	(527)
第五款	试验买卖与货样买卖	(527)
<b>第三节</b>	<b>货样买卖</b>	<b>(529)</b>
<b>第四节</b>	<b>分期付款买卖</b>	<b>(531)</b>
第一款	定义	(531)
第二款	分期付款之债务不履行	(531)
第三款	附条件买卖对于分期付款买卖之 特别规定	(532)
第四款	消费者保护法对于分期付款买卖 之特别规定	(533)
<b>第五节</b>	<b>拍卖</b>	<b>(538)</b>
第一款	拍卖之定义	(538)
第二款	变卖与拍卖	(538)
第三款	法定之拍卖事由与方法	(541)
第四款	当事人	(542)
第五款	拍卖之成立	(543)
第六款	契约之履行	(543)

#### 4 目 录

第七款 价金之债务不履行·····	(543)
第八款 拍卖人非为出卖人者, 其权限·····	(547)
第九款 拍卖之瑕疵担保:·····	(547)

### Part II

<b>第一章 买卖总说</b> ·····	(19)
第一节 买卖契约之性质·····	(19)
<b>第二章 买卖契约之缔结</b> ·····	(51)
第一节 买卖之成立·····	(66)
第三百四十五条【买卖之意义】·····	(66)
第三百四十六条【价金之约定】·····	(158)
第二节 有偿契约之准用·····	(162)
第三百四十七条【有偿契约之准用】·····	(162)
<b>第三章 买卖之效力</b> ·····	(163)
第一节 对出卖人之效力·····	(269)
第一款 交付标的物及移转所有权之义务·····	(269)
第三百四十八条【交付标的物及移转所有权 之义务】·····	(269)
第二款 担保瑕疵之责任·····	(302)
第一项 权利瑕疵担保·····	(302)
第三百四十九条【权利无缺担保】·····	(302)
第三百五十条【权利存在担保】·····	(302)
第三百五十一条【权利瑕疵担保责任之免除】·····	(323)
第三百五十二条【债务人支付能力之担保】·····	(326)
第三百五十三条【权利瑕疵担保之效果】·····	(328)
第二项 物之瑕疵担保·····	(330)
第三百五十四条【构成瑕疵担保责任之瑕疵】·····	(330)
第三百五十五条【担保责任之免除】·····	(356)
第三百五十六条【买受人之检查通知义务】·····	(367)

第三百五十七条【检查通知义务之排除】 .....	(367)
第三百五十八条【异地送到物之保管，通知及 变卖义务】 .....	(372)
第三百五十九条【一般瑕疵所引起之瑕疵担保 请求权】 .....	(376)
第三百六十条【欠缺保证品质所引起之瑕疵担 保请求权】 .....	(390)
第三百六十一条【解约之催告】 .....	(393)
第三百六十二条【解约与主物从物之关系】 .....	(394)
第三百六十三条【解约与数物同时出卖之关系】 .....	(394)
第三百六十四条【种类买卖之瑕疵担保请求权】 .....	(396)
第三百六十五条【物之瑕疵担保请求权之 除斥期间】 .....	(397)
第三百六十六条【免除或限制担保义务之特约】 .....	(401)
第二节 对买受人之效力 .....	(417)
第三百六十七条【支付价金及受领标的 物之义务】 .....	(417)
第三百六十八条【价金支付拒绝权】 .....	(426)
第三百六十九条【标的物与价金之交付时期】 .....	(431)
第三百七十条【价金交付时期之推定】 .....	(431)
第三百七十一条【价金交付之处所】 .....	(432)
第三百七十二条【价金之计算】 .....	(432)
第三节 标的物之危险负担 .....	(452)
第三百七十三条【危险负担移转之时点】 .....	(452)
第三百七十四条【代送买卖之危险负担移转时】 .....	(453)
第四节 费用之负担 .....	(503)
第三百七十五条【交付前已移转危险之费用 之偿还】 .....	(503)
第三百七十六条【出卖人违反特别指示之 损害赔偿】 .....	(503)
第三百七十七条【以权利为标的之危险负担 之准用】 .....	(503)

第三百七十八条【买卖费用之负担】 .....	(505)
<b>第四章 特种买卖</b> .....	<b>(506)</b>
<b>第一节 买回</b> .....	<b>(506)</b>
第三百七十九条【买回之要件】 .....	(511)
第三百八十条【买回之期限】 .....	(523)
第三百八十一条【买卖费用与买回费用之价还】 .....	(525)
第三百八十二条【改良费用及有益费用之价还】 .....	(525)
第三百八十三条【原买受人之义务及责任】 .....	(525)
<b>第二节 试验买卖</b> .....	<b>(528)</b>
第三百八十四条【试验买卖之意义】 .....	(528)
第三百八十五条【试验之容许义务】 .....	(528)
第三百八十六条【试验买卖拒绝之拟制】 .....	(528)
第三百八十七条【试验买卖承认之拟制】 .....	(528)
<b>第三节 货样买卖</b> .....	<b>(529)</b>
第三百八十八条【货样买卖之意义】 .....	(529)
<b>第四节 分期付款买卖</b> .....	<b>(534)</b>
第三百八十九条【期限利益之丧失】 .....	(534)
第三百九十条【解约扣价范围之限制】 .....	(536)
<b>第五节 拍卖</b> .....	<b>(547)</b>
第三百九十一条【拍定之表示方法】 .....	(547)
第三百九十二条【拍卖人应买之禁止】 .....	(554)
第三百九十三条【拍卖物之拍定】 .....	(555)
第三百九十四条【拍卖之撤回】 .....	(555)
第三百九十五条【应买表示之失效】 .....	(556)
第三百九十六条【以现金支付买价之时期】 .....	(557)
第三百九十七条【不按时支付买价之效果】 .....	(557)

# 绪 论





## 法律行为与有名契约

### 【说明】

- |                |                |
|----------------|----------------|
| 一、有名契约之意义      | B. 应斟酌当事人之缔约目的 |
| 二、有名契约之规范功能    | 四、债各中之有名契约     |
| 三、如何将契约归属于有名契约 | 五、货币经济与有名契约    |
| A. 应依类型观察法为之   | 六、有名契约的规范架构    |

### 一、有名契约之意义

契约，以法律对之是否设有专章加以特别规定为标准，可区分为有名契约与无名契约。当法律将一个契约类型明文地当成一个规范模式（Regelungsmuster）加以规范时，法律为了指称上的方便，势必给与该契约类型以一个特定的名称，所以这些契约类型也便因有法定的名称，而被称为有名契约。其他未为法律所明文当成一个规范模式加以规定的契约，纵使其在实际生活上已定型化地予以应用，也非学说上所称之有名契约，例如融资性租赁。申言之，有名契约乃立法机关所制定之定型化契约；而通常所称之定型化契约则指私人所预为起草供其相对人照章签署的契约而言，其特点在一般契约条款的引用。惟纵使有名契约系立法机关所制定，实际上它也不是为立法机关所创设，它只不过为立法机关所发现，而考虑到该实际已经存在的契约类型中之利益状态及其冲突的情形，或单纯地加以接受，或进一步加以详细规定而已。即使如此，一个既存之契约类型是否被立法机关接受为有名契约仍有其意义，亦即当其被接受为有名契约后，在该契约类型中本来习见之约款中，一部分会被采为强制规定，另一部分则会被采为任意规定。当其被采为强制规定，这些规定便成为该契约类型之不能任意排除的准绳；

当其被采为任意规定，则它们便成为该契约类型之补充的规定。反之，假若系争契约类型未被采为有名契约，则其中之约款若未为具体契约所明采，那么极其量只能以交易习惯<sup>〔1〕</sup>的地位，在契约之解释上供为斟酌的标准。

## 二、有名契约的规范功能

有名契约之规范功能最主要表现在其强制规定对系争契约类型之强制的规整作用，以及其任意规定对系争契约类型之补充的调整作用。由于对债权契约，民法基于契约自由原则并不采债权（类型）法定主义，因此有名契约的制定与胪列并不具有禁止采用无名契约或将两种以上之有名契约加以混合的意义；除非当事人对有名契约之回避，构成脱法行为。<sup>〔2〕</sup>此外，不论是契约之成立或生效原则

〔1〕 习惯在法源上的地位有习惯法或事实上之惯行两种类型。其概念上的区别在于惯行当地的人对于该习惯有无法的确信。有之者为习惯法，无者为事实上之惯行。惟在权力区分之民主宪政的实务上，一个事实上之惯行最终要演变为习惯法，通常需要司法机关在具体案件之裁判中将之宣称为习惯法。这时候司法机关藉习惯法之名，等于可以将一定之惯行“公布”为“宪法”或法律一部分的条文或规定，其效力与制定法同阶。在习惯法之宣告，司法机关所扮演之角色，虽状似临门一脚，但也不无法官造法的意味隐藏其中。在各种法源中，习惯法之形成可谓是最为接近人民，但却也是最为神秘的。由司法机关将一个惯行宣告为习惯法与由立法机关行使立法权将之接纳为制定法，其结果虽可能类似，但司法机关与立法机关在这当中所享有之回旋余地是不同的。司法机关所享有者为认定该惯行是否符合实质意义之法律的要求，以及当地人民对之有无法的确信；立法机关所享有者为以自己之判断参考该惯行制定与之相关之规范的内容。换言之，在惯行之接纳的过程中，如果该惯行已具习惯法之资格要件，司法机关所能做的，只是将之宣告为习惯法而已，并不得改变其内容；反之，立法机关基于其立法权，在习惯法之继受中，并不受习惯法内容之限制或拘束。只要不违反实质意义之法律标准的要求，立法机关还可以修改该惯行之内容，使之更切合于其确信之规范上的需要。在本次债编修正中，立法机关在参酌民间习惯，增订“合会”（“民法”第七〇九条之一以下）这一新有名契约时即对于其所参酌之习惯做了重要的修正，以较好的保护会员。

〔2〕 例如一九七一年度台上字第七十五号民事再审判决：“至再审原告谓吴阿添基于信托关系，委由再审被告出名向林孝钦购买系争土地，其买卖虽系通谋而为之虚伪意思表示，却隐藏信托之法律行为，适用第五四一条第二项之规定，再审被告亦应将系争土地所有权移转登记与再审原告，原确定终局判决对此竟疏忽不问，为不适用法规，显有错误一节，查林孝钦与再审被告暨再审被告与吴阿添间所订之买卖契约既系通谋而为之虚伪意思表示，目的在规避法律与（大法官会议释字第七八号）解释之限制。有如前述，显系一种脱法行为，不容依第八七条第二项，第五四一条第二项之规定请求再审被告为所有权移转登记，是原确定终局判决并无适用法规违误之可言，本件再审之诉显非有理由”。

上也不规定以“要物”，亦即不以债务人履行其债务，为成立或生效要件，<sup>〔3〕</sup>此即法定之要物契约。<sup>〔4〕</sup>是故，罗马法中关于诺成契约与要物契约的区分，在现行民法上，应已因契约自由原则之肯认而失其意义，代之而起的区分是要式契约与非要式契约的区别。在广泛承认要物契约之预约的情形，事实上等于任何债权契约基于当事人间之合意，皆得以诺成的方式约定之。

固然民法就一些传统的契约类型，例如使用借贷（第四六四条）、消费借贷（第四七四条）、寄托（第五八九条第一项）尚规定为要物契约，以致于人们将当事人间关于使用借贷、消费借贷、寄托之单纯的合意，看成是各该契约之预约。但在这些预约，债权人最后一样地可以对债务人请求借用物或贷与物或寄托物之交付，所不同的只是债权人在为前述之请求前，因其被定性为预约，而被要求必须先提起缔结本约之诉。<sup>〔5〕</sup>此外在给付迟延、主观的给付不能之情形，债务人同样地也必须因该“预约”而为全部之损害（迟延损害、履行利益），负损害赔偿赔偿责任。换言之，将该等合意定性为预约，于实务上完全没有实益。<sup>〔6〕</sup>

又契约自由原则也排除债法上之类型强制，亦即当事人并没有在法律所规定之有名契约类型中选择适合自己缔约目的之类型的义务；他可以依契约自由原

〔3〕 目前民法债编明文规定以债务人履行契约为契约之成立要件者例如第三七九条（买回）、第四六四条（使用借贷）、第四七四条（消费借贷）、第五八九条第一项（寄托）。以之为生效要件者为本次修正经删除之第四〇七条：“以非经登记不得移转之财产为赠与者，在未为移转登记前，其赠与不生效力。”此外，依第二四八条规定“订约当事人之一方，由他方受有定金时，其契约视为成立。”定金之约定亦被定性为“要物行为”。

〔4〕 要物的规定仅得以法律定之，而不得以约定的方法定之。盖要物要件属于随意条件，如以约定的方法为之，该契约应论为不成立。

〔5〕 一九七六年台上字第一一七八号：“当事人订立之契约，为本约？抑预约？应就当事人之意思定之，当事人之意思不明或有争执时，则应通观契约全部内容定之，若契约要素已明确合致，其他有关事项亦规定繁详，已无另行订定契约之必要，应即认为本约，至于为买卖契约之标的物，于订约时是否为出卖人所有，当可不问”。

一九七五年台上字第一五六七号：“预约系约定将来订立一定契约（本约）之契约。倘将来系依所订之契约履行而无须另订本约者，纵名为预约，仍非预约。本件两造所订契约，虽名为“土地买卖预约书”，但除买卖坪数、价金、缴纳价款，移转登记期限等均经明确约定外，并于第十条明订“本约之履行，对方愿抛弃先诉抗辩权”等语，非但并无将来订立买卖本约之约定，且自第三条（第一条买卖坪数及单价第二条交付价金及费用）以下，均为双方照所订契约履行之约定，自属本约而非预约。原判决竟以预约视之，不无误会”。

关于要式或要物契约与预约请参考黄茂荣，民法债编部分修正条文要论（债各部分），植根杂志第十六卷第一期，页十二以下。

〔6〕 Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. S. 53f..

则，选择缔结任何有名或无名契约。不过，依法律所定之类型缔结契约，还是能够获得一些帮助。然纵使当事人选取法律所不规定之类型，在有争议时，与其性质最为相近之有名契约的规定亦势必被引为处理之依据。<sup>〔7〕</sup>另当事人所选取之契约类型：（1）假若与其所追求之缔约目的格格不入，其关于契约类型所使用之用语，可能被认为系误用，<sup>〔8〕</sup>（2）如果相对于其所追求之缔约目的，显得太过于迂回，则其所选取之契约类型也可能因被定型为其他类型，或被视为脱法行

〔7〕 例如一九六一年台上字第九五一号：“雇佣契约之受雇人仅系以自己之劳力为雇用人服务，其服劳务之结果，无论雇用人有无所得，均须给付一定之报酬。至若一方以土地交由他方耕作，他方须将收益付为耕作之对价，有余时始归自己所得者，则非雇佣而为租赁。本件两造所订之契约虽名为“雇工请负契约”，并有“残余农作物做为工资”等字样，但实系上诉人将土地交由被上诉人耕作，被上诉人除须以收益为上诉人缴纳田赋地价谷肥料谷等外，并须每年缴付上诉人蓬莱谷一千台斤，有余时始归被上诉人所得，与为雇用人服劳务之结果，无论雇用人有无所得均须给付一定报酬之雇佣契约，向不相同”。

〔8〕 在不动产之让与担保，其不移转占有者，论为抵押，例如院字第一八三二号：“债务人依当地习惯，以所负债额作为不动产买卖，与债权人订立买卖契约，既不移转占有，并约明于一定期限内备价回赎，则此种契约名为买卖，实系就原有债务设定抵押权，而以回赎之期间为其清偿之期间，此与附期限之买卖有别，自应受第八七三条第二项之限制，纵令届期不赎，亦不发生所有权移转之效力”。纵使当事人将之称为质权，亦然。例如：“抵押权为对于债务人或第三人不移转占有，而供担保之不动产，得就其卖得价金受清偿之权利，第八六〇条规定甚明。债务人就其所有之不动产，向债权人设定如斯内容之权利时，虽其设定之书面称为质权而不称为抵押权，亦不得拘泥于所用之辞句，即谓非属抵押权之设定”（一九三九年上字第五九八号判例）。其移转占有者，论为出典，例如一九四一年院字第二一四五号：“当事人之一方，支付定额之金钱，取得占有他方之不动产而为使用及收益之权，约明日后他方得以同额之金钱回赎者，不问当事人所用名称如何，在法律上应认为出典”。虽有移转占有，但同时有租金及利息之约定者，论为抵押，例如一九五〇年台上字第二〇七号：“解释契约，原须探求当事人立约时之真意，不能拘泥于契约之文字。检阅存案原契约虽载有出典字样，然核其内容既有月息之约定，又系以一部分租金抵充利息，且原契约之内容与设定典权之要件亦确不相符（未移转占有）。原审斟酌全辩论意旨及调查证据结果，认定系抵押权之设定，于法尚无不合”。

为，而不生其选择之契约类型的效力。<sup>〔9〕</sup>在个别约款<sup>〔10〕</sup>或法律行为之定性<sup>〔11〕</sup>或诉之声明<sup>〔12〕</sup>有误用的情形，其解释，亦同。此种解释上之弹性的补救，具有缓和法律规定之过度技术化的意义。

〔9〕 这种问题通常发生在税捐规划上。例如契约当事人为缩小税基，关于支付名目所作之约定，可能被认为脱法行为，例如行政法院一九七一年度判字第四六二号：“再审原告所称之租赁补偿金，纯属变相方式之给付，以遂其逃漏土地增值税之企图”。行政法院一九七一年度判字第三四〇号判决：“‘凡以迁移补偿等变相方式支付产价，取得不动产所有权者，应照买卖契税申报契约’，为‘契税条例’第十二条前段所明定。原告向诉外人购进楼房，经被告官署查明买卖行为未成立前系由原业主自营委托商行及自用居住，并无与另二诉外人发生租赁关系之事实，原告补偿该二诉外人之迁移费等，纯为产价之变相方式支付产价”。行政法院一九七一年度判字第二二二二号判决：“实施都市平均地权条例第六六条所谓‘土地现值’，系指该土地之移转现值。本件土地买卖，镇农会以每坪新台币七〇〇元之价金及每坪新台币三六八元之补偿金，共一、〇六八元承买，此每坪增加给付之三六八元实为买卖成立与否之要件，其为土地买卖价之一部分，故本件土地买卖之真正价格，每坪为新台币一、〇六八元，亦即土地移转之‘土地现值’，原告申报土地现值为每坪新台币七〇〇元，显系虚伪申报，以图隐匿或减少土地涨价，被告官署发现以后，依首开条例之规定，发单补征原告等土地增值税，原处分尚无不合”。此为依法应按实际移转价格计算涨价数额，以课征土地增值税时常见之税捐规划的安排。

〔10〕 例如一九五四年台上字第五七六号判例：“关于延滞利息部分，原审以该项食谷债务，既非以支付金钱为标的之债，纵令债务人到期未能清偿，应负迟延之责，亦不容债权人依第二三三条之规定，请求迟延利息。惟迟延利息原有违约金之性质，如该项契约当事人之真意，其约定债务人给付迟延时，应支付迟延利息，即系关于违约金之订定，自应依民法关于违约金之规定，而为实质上之裁判，不得以其契约字面用语为迟滞利息，遽予一概驳回”。

〔11〕 一九七五年五月二十一日台一九七五函民决字第四四四五号函：“查解释意思表示，应探求当事人之真意，不得拘泥于所用之辞句。本件被告致函原告表示没收定金，将契约作废并终止契约，显含有解除契约之意思。本判决竟谓买卖契约无终止之行为，被告之其意仅在没收定金，被告诉讼代理人误以契约已解除为抗辩，无斟酌之必要，其解释意思表示，不能谓无错误”。

〔12〕 一九七四年台上字第一〇五号：“本件原审将第一审所为上诉人胜诉判决废弃，改判驳回上诉人之诉，系以确认之诉除确认证书真伪外，应以法律关系为诉讼标的，至契约为法律关系发生之原因，非即法律关系，其有效与否不得为确定之诉之标的，因之上诉人在第一审诉请确认其与被上诉人间之土地赠与契约为无效，自非法之所许，虽上诉人以起诉真意在于确认自己之所有权仍属存在云云为主张，但既与其起诉表示不一致，仍非可采，为理由。惟查当事人如以自己之所有物被订立无效之赠与契约为无效者，揆诸“民事诉讼法”第二四七条之规定其真意显系以自己之所有权不因赠与契约为无效者，而请求确认自己就该物之所有权仍属存在，法院自应就其真意加以裁判，从而原审拘泥于起诉状用语，而置上诉人之一再表示其真意为何于不顾，自属欠合”。

### 三、如何将契约归属于有名契约

#### A 应依类型观察法为之

依据民法之规范架构处理民事关系时，势必要考虑到底系争生活关系究为法定的或意定的法律关系。当其为意定的法律关系，又必须是否为契约关系。如属肯定，又究竟属于哪一种有名契约，混合契约或是一个无名契约，以决定契约的总则规定（债总中关于契约的规定）和契约的分则规定（债各及其他特别法规定，例如保险法）对之是否有适用性。契约之定性，不仅对任意规定，而且对强制规定之适用皆有其意义。有些强制规定泛就一般之契约（例如第七三条规定：“法律行为，不依法定方式者，无效。但法律另有规定者，不在此限”）为规定，而有些则专就特定之有名契约（例如第四二二条规定：“不动产之租赁契约，其期限逾一年者，应以字据订立之，未以字据订立者，视为不定期限之租赁”）为规定。所以若谓在契约法上契约之定性只对任意规定才有意义，是不成立的。不同的只是由于任意规定之大量的补充功能，使得契约之定性对任意规定之引用的重要性较为显著而已。因之，为确定对系争生活事实在契约法上之准据规定，首先必须依契约法认定它究竟是否为契约，以及属于那一种有名契约。

依一般之认识，常以为这一准据规定之确定的过程属于逻辑上之涵摄过程。惟由于涵摄推论，以有足以供为大前提之定义性概念的存在为前提，而有名契约并非定义性概念，它只是类型性概念。因此涵摄推论显然不能圆满发挥将一个生活事实归类于特定有名契约之功能。固然债各中关于各个有名契约之规定，常常以定义的句式描写所规范之生活事实的特征，而具有定义的外观，但其实这些“定义”只是虚有其表，其所具有者仍仅是描述类型（der Typus）特征的功能，而未达于描述概念（Der Begriff）所需要之精准的程度。

例如第三四五条第一项规定“称买卖者，谓当事人约定一方移转财产权于他方，他方支付价金之契约”、第四二一条第一项规定：“称租赁者，谓当事人约定，一方以物租与他方使用、收益，他方支付租金之契约”、第四七四条：“称消费借贷者，谓当事人约定，一方移转金钱或其他代替物之所有权于他方，而他方以种类、品质、数量相同之物返还之契约”等规定观之，民法似乎分别对买卖、

租赁及消费借贷做了定义性规定。但融资性的分期付款买卖，则显然兼具买卖、租赁（及消费借贷）之特征，从而不能单纯地将之涵摄于二者之一。由之可见，民法就契约之类型并未真的将之定义化。它事实上仅将之当成类型加以规范而已。

类型与概念间有重要的区别。现代法学方法意义下之“概念”意指：其指称之法律事实的特征已被穷尽地胪列。从而系争法律事实是否得涵摄于某一法律概念下，便可以单纯地通过逻辑的推论加以确定，这种概念便是“确定的法律概念”，学说上将之称为本来意义的或狭义的法律概念。

惟事实上法律所运用之用语极少如“确定概念”般之确定，而是或多或少具有多义性。亦即通常之法律用语所负载之消息并未能恰到好处地涵盖所欲指称之对象的一切重要特征，此种用语，法律上称之为“不确定概念”。

由于法律上所运用之概念多具不确定性，因此方法论上谓法律运用之概念几乎都是不确定的。“类型”（式概念）即属不确定概念中之一重要案型，其与狭义概念之区别更可由下列二点观之：

(1) 人们相应于类型式概念所创之用语无法涵盖人们拟藉以描述之对象之一切重要特征。反之狭义概念则不多不少地涵盖了其所指称的对象之一切重要特征。

(2) 类型式概念之用语所涵盖之特征，在类型式概念中所扮演的角色的分量并非绝对。即其中之一特征也许较其他特征重要，或某特征对该类型而言缺亦无妨。申言之，在类型的判断上由系争法律事实之各种特征所构成的整体面貌是否与法律所预定之类型相符才是决定性的。而在狭义概念中之每一特征均为不可或缺，亦无由评量何者为重何者为轻。

由此可知类型式概念之外延模糊、不确定，因此在操作上就不能以简单地，纯逻辑的方式行之，而须或多或少地作价值判断。

由以上的说明可以发现：通过概念的使用可比较确定地控制推论的逻辑结果。不过，由于人们对其所欲处理之对象的了解，事实上很难达到可以将一切重要的特征尽数胪列，以加以概念化的地步，所以法律上所应用之确定的概念都不免涉及人为的假定，亦即将其所拟处理之对象的某些特征假定为绝对的重要，同时又将其他特征假定为绝对的不重要。例如第十二条把自然人之年龄是否满二十



岁假定绝对的重要，而不再考虑其他特征，规定满二十岁者为成年人。<sup>[13]</sup> 这种处理方式，对法的安定性之提高固有帮助，但对具体案件之衡平的实现则不能一直尽如人意。盖在概念的构成上，其必要之前提（对所处理之对象必须有完全的了解，以穷尽其特征）事实上既不存在，则人为地通过假定，利用概念式规定加以处理，便不免有削足适履的现象。

反之，通过类型（亦称类型式概念）的使用虽不能逻辑地控制推论结果，但由于类型观察法已忠实地承认人们对其所欲处理对象之了解的不完全性，因此在立场上便不会涉及强不知以为知的虚张假定，因而可以开放地随着知识经验的累积或甚至随着所拟处理对象之变迁而演进，从而具有处理千变万化之法律现象所需要的规范弹性。或谓这种弹性将减低法的安定性；但它却提高了法律对事实之真正的适应能力。至于概念所提供之绝对的法之安定性却常常必须以“恶法亦法”为其代价而牺牲实质的公平。上述之规范弹性在契约法上基于契约自由原则有其必要性；盖由于契约自由原则的运用，当事人事实上所缔结之契约不必然常常与法律所规定之契约类型互相一致，其间或多或少总是有些差距，有时当事人甚至构思出法律所未规定之新契约类型。惟法院却倾向于尽可能利用法律所已规定之契约类型处理当事人所缔结之契约，而忽略其间之差距。<sup>[14]</sup>

## B 应斟酌当事人之缔约目的

然则一个具体的契约应如何被归属于有名契约？由于契约之归类亦为契约解释之问题，故在归类上除应依类型观察法为之外，尚须遵守契约解释之要求，特别是应注意缔约目的在当事人之真意的探求上所具有之功能。例如银行甲急需现成房屋供为设置分行之用，并看上乙所拥有坐落某地之楼房一栋，且乙因急需钱用，拟将该楼房及其定着之土地一并出卖。甲乙双方经过商谈，并就价金达成协议。奈因甲为公营事业，就土地之买卖事先须经其上级机关之核准，而甲乙却分别急需办公用地与金钱，于是双方乃变通地将所欲缔结之买卖契约，以附有五年

[13] 第十二条关于自然人之成年的规定，可以说是法律规定中最接近于概念层次的规定方式。因为该规定以利用数字表示之年龄作为成年与否的标准，所以该标准基本上是明确的，误差在二十四小时之内。然正因为其明确，在将之进一步适用至行为能力之有无的认定标准时，在具体案件便会有过或不及的问题。为因应之乃有结婚成年制、禁治产宣告以及限制行为能力的配套规定。

[14] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. S. 285ff.; 关于法律概念请参考黄茂荣，法学方法与现代民法，一九九三年七月增订三版，页四一以下。

期限之买卖预约的方式代之，并就该楼房及土地缔结设定典权之契约，典期二年。由于甲乙在五年内并未缔结买卖本约，且乙在典期届满后二年内未以原典价回赎典物，故甲乃经其上级机关之核准，拟依第九二三条第二项主张其已取得典物所有权，请求乙协同办理所有权移转登记；乙主张甲乙所缔结者为买卖预约，至于典权契约之缔结则属通谋之虚伪意思表示，今买卖预约已因期间之经过失其效力，而典权契约又依第八七条无效，是则甲并未取得系争房地之所有权，亦不享有请求缔结买卖本约之权利，故甲之主张为无理由。在此双方所争执者，显为系争典权之设定契约，是否为通谋虚伪意思表示，以及其中是否另有隐藏之法律行为存在。一九七五年度台上字第四三八号民事判决认为：“乙虽谓‘虚伪之意思表示设定典权’，如果系通谋虚伪之意思表示，则乙不能因此受领典价一百六十万元，甲亦不能因此而使用系争不动产，今乙既依约受领典价一百六十万元，甲亦依约使用系争不动产，双方表示均与真意相符，自无通谋虚伪意思表示可言”。惟鉴于甲乙所以迂回地缔结设定典权之契约的理由在甲因系公营事业，未经上级机关允许，不得就房地缔结买卖契约。但基于出典人在典权契约享有回赎权，而不负有回赎义务之特点，且在典期届满后二年内实际上享有通过不行使回赎权，而强使典权人以原典价买受典物的权利。故典权契约之缔结使甲处于比买卖契约更不利之地位。既然如此，设若甲乙当初所以不缔结买卖契约，而缔结买卖预约与设定典权契约之真意在遵守甲方就系争买卖须先经上级机关核准之规定，则甲乙双方所缔结者应非典权之设定契约，而系其他足以满足甲急需办公处所以及乙急需现金之需要的契约类型。是故，甲乙之所为，或者是用错了描写其所缔结之契约的用语，或者是利用设定典权契约之通谋虚伪意思表示来隐藏其真正意图。不管实际上究竟属于何者，其所缔结者应非典权契约。民法所规定之契约类型中最能满足双方之需要者，当推租赁契约与附有抵押权担保的消费借贷契约之对向混合契约。盖这种混合契约不但能使甲能不违反其内部规定，不经上级机关之允许，获得急需之办公用地，使乙获得急需之金钱，尚可使甲对乙所支付之金钱取得必要之担保；至于关于所有权之让与的问题，则已有买卖预约给予必要之处理。以上所述，在说明缔约目的在契约类型之归类上的意义。<sup>[15]</sup>

[15] 关于本案的详细评述，详情请参照拙著民事法判解评释（1）：缔约目的与当事人真意之探求，页九七以下。

#### 四、债各中之有名契约

债法各论通常指民法债编第二章各种之债所定之有名契约。债各所定之有名契约加上本次债编修正新增旅游（第五一四条之一以下）、合会（第七〇九条之一以下）及人事保证计（第七五六条之一以下）计二十七个类型。如果再加上债总中所定之悬赏广告则为二十八个类型。

以上二十八个类型中大多数可按其主要给付之客体的特征要分为：①让与之债，②用益之债，③劳务之债，④组织之债。前三者属于流通关系，第四种属于组织关系。兹表述如下：

		流通关系				组织关系
		让与之债	用益之债		劳务之债	组织之债
有偿	买卖	互易、交互计算、终身定期金、指示证券、无记名证券、 <sup>〔16〕</sup> 和解	租赁	消费借贷、合会、出版	雇佣、承揽、委任	合伙、隐名合伙 <sup>〔17〕</sup>
无偿	赠与、遗赠	终身定期金、指示证券、无记名证券	使用借贷	消费借贷、出版	委任	

雇佣、承揽、委任为劳务契约之一般的类型，在其下还有更为具体之类型，兹表述如下：

雇佣	承揽	委任
经理人	运送营业、承揽运送、旅游	代办商、寄托、仓库、信托、出版、授信（保证）、人事保证、居间、行纪

〔16〕 指示证券、无记名证券之进一步发展为表征社员权、股权之股票、表征金钱债权之各种票据、公司债券以及表彰各种债权之证券。证券之类型特征首先表现于其文义性。而后表现在其无因性及独立性。无因性及独立性可谓为自文义性延伸出来之属性。

〔17〕 组织之债之类型的进一步发展为合作社、公司之组织。

基于类型之特征的可塑性或弹性，以上类型的归类皆有一定程度之流动性。然基本上无碍于从较为抽象的类型观察其下位类型时可能获得之触类旁通的统合效益。

当有名契约同属一个基础之债的下位类型，该有名契约一方面有其所以属于该基础类型之共通特征，另一方面也会有其个别的特色。例如让与之债的基本共通特征在于财产权之归属的移转义务。由之延伸出瑕疵担保及危险负担之详细的规范需要。用益之债的基本共通特征在于物、权利或其他不具权利地位之财产之用益权的授与义务。由之延伸出具有类型特色之保管、修缮义务以及被授权人之保护的规范需要。劳务之债的基本共通特征在于他人事务之处理。由之延伸出授权及其范围、如何处理、处理费用之负担、处理利益之归属以及终止之规范上的需要。组织之债的特征在于当事人之多数性及事业之营运机能的维护。由之延伸出决定或决策方法、事务之执行与监督、成员对于团体债务之责任，以及加入与退出之规范需要。根据这些规范上的需要债编各论发展出针对各种有名契约之具体规定。这些规定与债法总论中的规定间的关系大体而论，属于一般与具体，而非普通与特别之关系。但非谓概无构成普通与特别之关系的可能。仍须视具体情形而论。

按现行民法第债篇第二章“各种之债”中，分二十七节。关于契约如何归属于有名契约，已如前所述。吾人在认定当事人所缔结之契约为何种类型时，首当斟酌当事人之真意，而后将其归属于最适当之契约类型中，如此方不致指鹿为马，而违反当事人合意所要达成之法律效果。

## 五、货币经济与有名契约

在有名契约之规范的规划上，为使法律规定的规范模型达到最简单的境地，于无偿契约尽可能规划成仅一方当事人负主要的给付义务；在有偿契约，配合货币经济，则规划成仅一方负不以金钱为内容之主要的给付义务，至于他方则单纯的负以金钱为内容之主要的给付义务。但这并非当然禁止当事人约定互负非以金钱为内容之主要的给付义务。只是在前述背景下，此种契约势必兼具两种以上有

名契约，或一种有名契约与无名契约的特征，而成为混合契约或契约联立。<sup>〔18〕</sup>惟以物易物，虽属两个买卖契约之对向混合，“民法”在第三九八条至第三九九条还是将之当成一个有名契约规定之。此为例外的情形。<sup>〔19〕</sup>在对向之混合契约，由于双方用来交换之给付的市场价值不一定会恰恰相等，所以有可能发生有一方兼负以金钱及非金钱为内容之主要的给付义务（第三九九条）。

在货币经济下，利用货币作为交易媒介，本来是交易成本最低，也最为方便之交易方式，然为何还是会有以货易货，以货易劳务，或以劳务易劳务之交易呢？这通常因物质短缺，为了互通有无，或因通货膨胀为了保值。<sup>〔20〕</sup>

## 六、有名契约的规范架构

通常所称有名契约，核其规范内容皆属债之契约。此种契约因有法律所定之主要给付义务的内容，所以法律能以法定之名称名之。从而该主要给付义务的内容也成为该有名契约之规范架构的发展基础，并由之导出其规范架构。此即当为的要求（规范内容）应有事实的基础（存在特征）的道理。因之，关于有名契约之规范架构的探讨，首先自其定义出发，以界定该契约之主要给付义务的内容。而后根据该定义中解析该有名契约之类型特征，发展适合其特征之规范内容。其规范内容可从双方当事人依该有名契约（可能）享有之权利或义务规定之。关

〔18〕 混合契约指双方对于他方，皆负非以金钱为内容之主要的给付义务的情形，所以这亦称为对向的混合，例如甲向乙租屋，乙向甲购买家俱所构成之房屋租赁与家俱买卖之对向混合；契约联立指只有一方对于他方，负非以金钱为内容之主要的给付义务的情形，至于他方则仅负以金钱为内容之主要的给付义务，所以这亦称为同向的混合，例如甲向乙租房屋带买家俱所构成之房屋租赁与家俱买卖之同向混合。同向混合之交易客体，在竞争法上如经认定为属于无正当关连之交易组合，即构成无正当理由之搭售。搭售从竞争者的利益出发，属于“以胁迫、利诱或其他不正当之方法，使竞争者之交易相对人与自己交易之行为”（“公平交易法”第十九条第三款）（“公平交易委员会”81.8.6.公研释第〇三五号），自交易相对人之事业活动的自由出发，属于“以不正当限制交易相对人之事业活动为条件，而与其交易之行为”（“公平交易法”第十九条第六款）（“公平交易委员会”81.7.9.公研释第〇二〇号）。搭售在具体案件，如有限制竞争或妨碍公平竞争之虞者，违反“公平交易法”第十九条，事业不得为之。

〔19〕 与之类似，但更复杂之同向的混合契约为本次债编修正时新引进之旅游契约。旅游营业人依旅游契约对于旅客所负之主要给付义务包含提供交通、住宿、餐饮、参观景点等服务。这些服务分别皆能够构成一个有名契约。

〔20〕 Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II · Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Aufl., S. 6.

于义务，在有名契约中主要以给付义务及瑕疵担保为其内容，至于债务不履行或保护义务的违反，在有名契约中虽偶有规定，但原则上仍以债总中关于债务不履行或积极侵害债权的规定为依据。此外，有名契约之主要给付义务的履行如有继续性，不论该契约是否定有期限，对之通常会有终止的规定，以规范终止权人，终止事由、方法及终止效力。



# 本 论





# 第一章 买卖总说

## 第一节 买卖契约之性质

### 【说明】

买卖契约之性质

#### A. 债权性

I. 制度基础：物权行为之无因性

II. 在买卖法之规范基础

III. 债权性表现在二重买卖之效果

a. 二重买卖及其履行

b. 二重买卖与对于债权之侵权行为

IV. 债权性表现在他人之物买卖之效果

a. 其契约并非无效

b. 真正所有权人之法律上地位

1. 债权行为与物权处分行为应分别考虑

2. 第二四四条与第一一八条之问题

B. 有偿性

## 买卖契约之性质

在所谓买卖契约的性质中所指称之特征主要为买卖系有偿的债权契约。因之，认为买卖契约具有债权性与有偿性。至于所谓诺成性，论诸实际非买卖契约之类型上的特征，而属于买卖契约之成立要件方面的规定或问题。

### A 债权性

契约之债权性上的分类，为相对于物权性而言。此为民法在建制上将法律行为区分为债权行为与物权行为的结果。债权行为与物权行为之最重要的区别在于其效力。债权行为的效力特征在于使当事人之一方或双方因之对于他方负给付义务，因此，债权行为属于一种负担行为；而物权行为则在于使权利在归属上因之

发生改变，或在内容或范围上因之受到限制。在归属发生改变者为移转的物权行为，在内容或范围因之受到限制者为他项物权之负担的设定。

买卖契约之债权性，乃指买卖契约之订立，仅使出卖人负担交付买卖标的物及移转所有权之义务，并不使买受人因契约之作成，立即取得该所有权。买卖契约之债权性，可从物权之无因性和第三四八条之规范意旨，探求得之。

## I 制度基础：物权行为之无因性

移转买卖标的物所有权之物权行为的无因性乃配合买卖之债权性的规定。基于物权行为之无因性，物权行为独立于债权行为之外。亦即物权法上关于所有权之移转，只有以所有权之移转为内容之物权行为，而无以买卖为所有权移转原因的物权行为。物权行为与债权行为互相分开。<sup>〔1〕</sup>因此我们在研讨买卖这契约类型时，不可将单纯的债权行为与直接使所有权移转之物权行为混淆。<sup>〔2〕</sup>因“买卖契约与移转所有权之契约不同，出卖人对于出卖之标的物，不以有处分权为必要”（一九四八年上字第七六四五号）。

## II 在买卖法之规范基础

买卖契约之债权性，在第三四八条第一项完全表现出来。按第三四八条第一项规定“物之出卖人，负交付其物于买受人并使其取得该物所有权之义务。”该条既明文规定，物之出卖人应负标的物之交付及所有权之移转义务，则依买卖契约之缔结，买受人并不即取得该物之占有或所有权，<sup>〔3〕</sup>买卖契约之债权性，由此可证。反之，其若具物权性，则买受人不待于移转，即可取得该物所有权，也

〔1〕 关于债权行为与物权行为间之关系，请参考黄茂荣，债法总论/第一章绪论，植根杂志第十五卷第一期，页五以下。

〔2〕 一九四九年台上字第 一一一 号：“买卖契约不过一种以移转物权为目的之债权契约，尚难谓即为移转物权之物权契约。惟经双方合意之债权契约已经成立，上诉人基于买卖契约，请求被上诉人履行物权移转必要程序之义务，如非另有其他情事，尚非无据。”

〔3〕 一九五二年台上字第一五六四号“讼争土地被上诉人系为出卖人，依第三四八条第一项之规定，固负交付于买受人之义务，惟该条项所谓交付其物于买受人，系指移转其物之占有于买受人而言。”一九四三年上字第五六〇五号“被上诉人某甲系讼争房地之出卖人，对于买受人即上诉人本有交付买卖标的物之义务，无论其与某乙所定之租赁期限是否尚未届满，苟非将其对于某乙之返还请求权已让与于上诉人，仍不得免其交付买卖标的物之义务。”

不待于交付，即可取得占有（例如间接占有），从而出卖人也不再负交付、移转之义务。由于在买卖契约尚须经由履行，买受人始能实现其债权，取得作为买卖标的之“权利”或“物之占有及其所有权”，所以，在履行上如有障碍事由，致债务人迟延给付或给付不能，即构成债务不履行。其给付不能者，买受人不得再请求履行契约。<sup>〔4〕</sup>至于是否因此得请求损害赔偿，除非债务人事先允负担担保责任，否则，尚须视其迟延给付或给付不能是否可归责于债务人而定（第二三〇条、第二二六条）。

### Ⅲ 债权性表现在二重买卖之效果

#### a. 二重买卖及其履行

所谓二重买卖，指出卖人先后或同时以两个买卖契约，将同一个特定物<sup>〔5〕</sup>价卖于两个不同的买受人。在二重买卖之处理上，首先须注意到负担行为与处分行为在现行民法是被作严格区分的前置决定。在此基本决定下，由于系争买卖标的物之所有权，并不因买卖契约（负担行为）之缔结，而在归属上发生变动，而

〔4〕 一九五〇年台上字第四二二号“物之出卖人应负交付其物于买受人，并使其取得该物所有权之义务，固为第三四八条第一项所明定，惟债之给付不能时，除系因可归责于债务人之事由所致者，债权人得依同法第二二六条第一项规定，请求赔偿外，不得仍请求履行契约。”

〔5〕 种类之物的买卖，在经债权人或债务人依法将之集中为特定物之前，其标的因仅以“种类指示”之（第二〇〇条），其存在是抽象的，可以有二个以上之物符合该种类之指示，所以无所谓二重买卖的问题。必须直到“债务人交付其物之必要行为完结后，或经债权人之同意指定其应交付之物时，其物（始变）为特定给付物”（第二〇〇条第二项）。自此以后，即有二重买卖之可能。惟因出卖人在二重买卖，即便将经集中之物，交付、移转于第三人，还是可能另行交付同种类之物，买受人如要据此坚持主张给付不能的赔偿责任，而不容出卖人另行交付同种类之物，可能被指为滥用权利，违反诚信原则。此为种类之债在履行上特有之问题。其解答应视当事人就集中结果之法律效力具体约定的情形，以及另行交付同种类之物是否会损及买受人之利益而定。苟另行交付同种类之物对于买受人的利益并无明显之影响，且当初买受人就集中之结果无不得替换之特别约定，可能倾向于容许出卖人另行交付同种类之物的看法。

仅是使双方当事人，因之负有实现该买卖契约所约定之给付的履行义务而已。<sup>〔6〕</sup>是故，出卖人能够没有障碍地先后或同时与两个买受人缔结买卖契约，构成二重买卖，不因前买卖契约之存在，而使后买卖契约无效。在不考虑侵权行为的情形下，甚至可以说，二重买卖契约根本是两个毫不相干的法律行为。然基于特定物在时空上之存在的惟一性，出卖人无法同时或先后将其所有权移转于两个买卖契约之买受人，而又不发生移转效力互相冲突的结果。因此，在二重买卖最后履行的结果，若非对于其中之一买卖契约导致主观给付不能，即会发生侵害移转在先之所有权的情形。<sup>〔7〕</sup>其导致主观给付不能者，有该二重买卖对于买受人自第一次买卖契约所取得之债权是否构成侵权行为的问题。

〔6〕 买卖契约之缔结仅使买受人取得请求出卖人交付标的物，移转所有权之权利，而非使买受人于缔约时立即取得标的物之所有权。因此出卖人可以先后与二人订立以同一物为标的之买卖契约，甚至于更多之人订立也无碍于契约之效力。如此之见解，在实务上可找到肯认的看法：例如一九一五年上字二二五九号判例谓：“不动产二重买卖后，发生债权关系”。“卖主为二重买卖，如前之卖约仅有债权关系，后之卖约已发生物权关系者，前买主不得主张后卖约无效”（一九二一年上字第七〇四号判例）（一九三〇年上字第一三八号判例意旨同上）。在这种情形，“物之出卖人固有使买受人取得该物所有权之义务，惟买卖契约成立后，出卖人为二重买卖，并已将该物之所有权移转于后之买受人者，移转该物所有权于原买受人之义务，即属给付不能，原买受人对于出卖人仅得请求赔偿损害，不得请求为移转该物之所有权之行为”（一九四一年上字第一二五三三号判例）。是故，“买卖不动产，虽已书立定约，交付定银，亦不过出卖人与买受人间发生债之关系，若出卖人于未订立移转物权之契据前，将该不动产之所有权订立契据，移转于第三人，第三人即取得该不动产之所有权，最初之买受人，只能向出卖人主张债法之权利，要不得主张出卖人与第三人之间之物权移转契约无效”（一九三五年上字第九二五号）。要之，先后买受人间，以物权契约之缔结，决定所有权之归属。惟一九二九年上字第二七七二号判例曾持相反见解谓：“以同一不动产为二重买卖者，其在合法成立契约之买主，当然取得该不动产之所有权。其后之买主，无论是否善意，其契约要不能发生移转物权之效力”。

〔7〕 在二重买卖，因出卖人就特定物，只能对于其中之一买卖契约，履行交付占有及移转所有权的义务，所以一为履行，即会使出卖人就尚未履行之另一买卖契约的债务陷于主观给付不能。此为最可能发生之结果。惟倘出卖人对第一受让人利用占有改定履行其交付占有及移转所有权的义务，且第二受让人根据对于系争标的物之现实占有状态所构成之表见事实，善意信赖出卖人还是该物之所有权人，则第二受让人还有可能依善意取得的规定（第八〇一条、第九四八条）后来居上，取得所有权。于是，移转在先之买受人受让之所有权便受到侵害。在这种情形可能发生第三六八条所定之抗辩：“买受人有正当理由，恐第三人主张权利，致失其因买卖契约所得权利之全部或一部者，得拒绝支付价金之全部或一部。但出卖人已提出相当担保者，不在此限（第一项）。前项情形，出卖人得请求买受人提存价金（第二项）。”

## b. 二重买卖与对于债权之侵权行为

基于债权之相对性，引起一个疑问，即债权得否为侵权行为之客体？按所谓债权之相对性在主体上乃指仅债权人得请求债务人为给付，在客体上指仅得请求为特定给付而言。<sup>〔8〕</sup>至于债权有无可侵害性，属于债权之客观特征的问题，应从其事实上有无受侵害之可能论断。鉴于一个债权可能因其债务人受怂恿、遭挟持、受伤害，或客体受侵害而迟延给付、不为给付、不能给付，或虽能给付而会带有瑕疵，所以第三人可能有意利用前述手段，或无心由于前述事由，使债权不能实现，受到侵害。由此可见，债权在客观上具有可侵害性是没有疑问的。有疑问者是：这些债权之侵害的态样是否皆为侵权行为法各该规定所要保护的對象？因之，简单的以债权之相对性为依据，主张其非侵权行为法保护之客体显然是不成立的。<sup>〔9〕</sup>

债权之侵害适格的问题，主要为侵权行为法上的，而非法律行为法上的问题。盖二重买卖之债权人之间并无个别之法律关系，其在一般法律关系间所存在之利益冲突，应纳入侵权行为法的规范范畴。

债权既为法律上所肯认之权利，亦即为第一八四条第一项前段所称之权利，且债权有可侵害性至为显然，然为何对于债权之侵害要构成侵权行为在具体案件还有困难？其理由不在于债权本身所具之相对性，而在于一个权利义务关系，若仅停留在债权阶段，则因一方面债权通常不予公示，第三人不易探知，也无探知义务，所以在债权之侵害，加害人常常不知其行为会加害于他人之债权。其结果，在债权之侵害，债权人所受者常属于间接受害而非直接受害。而从侵权行为法保护之法益的范畴来说，其所指之侵害通常限于直接侵害。所以如此之理由，乃为避免因果关系界定上之过于延长或认为此种损害之保护非第一八四条第一项

〔8〕关于债权之主体上及客体上之相对性，请参考黄茂荣，债法总论/第一章绪论，植根杂志第十五卷第一期，页一以下。

〔9〕债权之侵害是否构成一般侵权行为，在现行民法之规范基础上的障碍与德国民法不同。盖现行第一八四条第一项前段以“权利”，而德国民法第八二三条第一项之相当规定以所有权及其他权利为被害客体之构成要件。债权为法律肯认的权利之一，而债权是否属于与所有权相类似之其他权利，则有疑问（请参照 Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 845）。然这不意味着侵害债权之侵权行为依现行民法没有成立上的问题。其问题存在于“因果关系”、“违法性”及“有责性”上。

之保护目的所在，从而无“违法性上之关联”（Rechtswidrigkeitszusammenhang）。<sup>〔10〕</sup>盖当因果关系拉得过长，或损害事件超出法律之保护目的时，如还是课以赔偿责任，则有可能对于行为人在行为时不能预料、识别之损害课以赔偿义务，这在规范上是有欠允当的。这影响到相当因果关系及故意过失之有无的认定。此外，在资源有限，不能满足所有人之交易需要时，自市场竞争机能立论，多数人通过交易活动之努力，而欲获得同一之给付内容（例如在参加竞买之情形），其努力之可非难性受到质疑。这影响到竞争行为之违法性的判断。

然这并非谓侵害债权之行为一概皆不构成违法。就其侵害情节，侵害债权还是可能被论为“民法”第一八四条第一项后段所定之特别侵权行为，或“公平交易法”第十九条、第二四条所定之违反公平竞争的行为。<sup>〔11〕</sup>

加害人倘若以债权作为其直接之加害对象，则在其手段有碍效能竞争，欠缺市场经济下之正当性时，仍可能构成侵权行为。譬如甲卖乙一幅画，而丙欲求该画而不可得，乃故意在甲将该画交付乙前，撕碎该幅名画。因客体同一，该举动同时加害于甲之所有权及乙之债权。从行为人之目的观之，固以加害于乙之债权为直接目的，但为达到加害之目的，仍必须通过加害于该画，使该画归于灭失，使甲因此陷于客观给付不能。由是可见其手段与目的间仍是有段距离。对照之下，如换成丙是就乙所有之名画加以撕碎，则对乙之损失而言，其加害或因果的

〔10〕 详请参照 Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 250。

〔11〕 这通常指恶意诱使他人违反其对于第三人之契约义务的情形。就此种竞争行为是否构成不公平竞争，“公平交易委员会”以其未违反效能竞争为理由，认为并不违反“公平交易法”第十九条第三款规定者，例如该会 87. 05. 27. (87) 公诉决字第〇七六号诉愿决定书；认为以偏低价格，诱使竞争者之客户改与自己交易，有违反效能竞争者，例如“公平交易委员会”86. 6. 12. 公处字第〇七六号处分书。

直接性就大得多了。<sup>[12]</sup> 基此认识，乃倾向于不以第一八四条第一项前段，而以同条项后段为其请求权之规范基础。惟如前所述，在现行民法这并非因为债权不能成为一般侵权行为之客体。

为克服对债权之侵权行为在相当因果关系、主观要件及其违法性之认定上的困难，有将其主观要件限于故意，以解决因果关系之认定上的疑虑，<sup>[13]</sup> 盖当引入故意因素（例如行为人在为契约之缔结时，即意图妨碍他人债权之实现），或者可以认为：行为与结果间之因果的相当性便可建立起来，从而满足侵权行为关于相当因果关系之成立要件，或者可以认为在这种情形即不再适用相当因果关系

[12] 此为与直接损害与间接损害之区分有关的问题。现行民法与德国民法一样并未对于直接损害与间接损害之区分一般的加以规定。德国实务根据因果之相当说的理论原则上认为，只要损害与侵害间有相当因果关系，侵害者即应就该损害负赔偿责任。然后才对于该原则提出若干修正。例如行为人就因其故意行为所生之损害、债务人就迟延中发生之损害、债务人就契约目的保护之利益所受的损害（例如疫苗过敏之损害、保险事故肇致之损害），即便其发生极不寻常，还是应负赔偿责任（Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 99）。直接损害与间接损害之区分的标准不一。有按加害行为之攻击客体划分者，在攻击之客体发生之损害为直接损害，在其他客体发生之损害为间接损害；有从时间之间隔划分者。直接损害与间接损害之区分在有些法律极为重要，例如保险契约利用该划分以界定其承保之危险（保险事故）的范围（Lange, aaO. S. 61ff.）。非以自己为直接加害对象，而民法明文规定得请求损害赔偿的情形，比较重要者例如现行第一九四条规定“不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，虽非财产上之损害，亦得请求赔偿相当之金额。”第一九五条第三项规定“前二项规定，于不法侵害他人基于父、母、子、女或配偶关系之身份法益而情节重大者，准用之。”

[13] “按将责任限于相当的损害（adäquate Schäden）之内在理由与人的行为之可操控性有关连。而这与自合法行为产生之责任不相契合。在这里，赔偿义务纯粹系于，系争损害是否因所以课于该责任之危险而发生，以除去受害人所受之损害；而不系于相当因果关系意义下之因果关连的可预见性”（Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 97）。“为何因果不相当之损害应排除于赔偿责任范围之外？相当因果关系说所确信之道理为，不应对行为人课以纯粹偶然之损害结果的负担。盖纵为慎思者亦不能操控因果不相当之结果，从而（其发生）与人之自由的自决无关。与之有关之思想为：损害赔偿法具有一般预防性格，而不相当之损害（inadäquate Schadensfolgen）对于赔偿义务人之行为，并没有影响上的着力点”（Lange, aaO., S. 87）。属于客观要件之因果关系与属于主观要件之故意过失的问题于是在相当因果关系说相交。这亦可说明为何在无过失之危险责任，其应赔偿之损害，只要求与规定之危险应有因果关系，但不要求其具有相当因果关系说意义下之因果关系。请参考 Lange, aaO., S. 97ff..



说，而适用；<sup>[14]</sup> 在客观要件加入其行为须违反善良风俗，以解决违法性上之判断的迷惑。以竞买所导致之二重买卖为例，在市场经济体制下，其伦理上之可非难性一直存有疑义。是故，有必要经由构成要件之调整，提高其可非难性之要求，以在维护市场竞争机能之同时，抑制滥用交易上允许的竞买行为所造成之不正当的二重买卖。在二重买卖有故意侵害和违背善良风俗之情形，依第一八四条第一项后段将之论为侵权行为。

综合言之，债权与物权一样，在侵害上皆具“绝对性”，亦即任何人皆不得直接对于债权加以侵害。是故，倘要藉权利之“相对性”与“绝对性”的区分，来否定债权之可被侵害的资格，将会徒劳无功。盖债权之相对性和不具公示性，充其量只影响到对于债权之侵权行为的因果关系、责任要件及违法性之充分，而不影响其被侵害之资格。纵使认为债权不是第一八四条第一项前段所称之权利，仍有第一八四条第一项后段可资援用。

[14] 在侵权行为之成立要件上，其因果关系所指者固为，因果相当说（Adäquanztheorie）意义下之相当因果关系。但这并不适用于故意引起之结果。民法并未对故意加以定义，而沿袭刑法对于故意所下之定义。该法第十三条规定“行为人对于构成犯罪之事实，明知并有意使其发生者，为故意（第一项）。行为人对于构成犯罪之事实，预见其发生，而其发生并不违背其本意者，以故意论（第二项）。”第一项所定者为直接故意，第二项所定者为间接故意，亦称为未必故意。不论属于哪一种情形，包含结果之犯罪事实，既为行为人所明知并有意使其发生；或预见其发生，而其发生并不违背其本意，则该结果与其行为间自当视为有规范意义下之相当因果关系。换言之，在这种情形，关于其因果关系之认定，不再需要引用因果相当说，限制其因果发展上的范围。Soergel - Mertens, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1986, Vor § 249 Rz121. 因此，也有学者直称，在这种情形行为人应为其故意行为所引起之不相当的损害负赔偿责任。盖赔偿义务人原则上所以不必对于极不可能之结果负责的道理为，这些损害不属于可预见及可控制之事件。而在这些极为不可能之结果正是赔偿义务人所欲其发生时，这个道理即不再成立（Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., 1990, S. 99）。这个看法应当也适用于“行为人对于构成犯罪之事实，虽预见其能发生而确信其不发生者，以过失论”（有认识之过失）的情形。反之，如仅属“刑法上之过失，（则）须其过失行为与结果间，在客观上有相当因果关系始得成立。所谓相当因果关系，系指依经验法则，综合行为当时所存在之一切事实，为客观之事后审查，认为在一般情形下，有此环境，有此行为之同一条件，均可发生同一之结果者，则该条件即为发生结果之相当条件，行为与结果即有相当之因果关系。反之，若在一般情形下，有此同一条件存在，而依客观之审查，认为不必皆发生此结果，则该条件与结果并不相当，其行为与结果间即无相当因果关系”（一九九六年度台上字第五七一一号刑事判决，一九九八年度台上字第七八号民事判决）。关于相当因果关系，在民事上，一九九八年度台上字第七八号民事判决亦采相同见解：“所谓相当因果关系，系指无此行为，虽必不生此损害，有此行为，通常即足生此损害，是为有因果关系，而如无此行为，必不生此损害，有此行为，通常亦不生此损害，即无因果关系之情形。”惟关于第一八四条第一项前段所要求之因果关系，也有指“行为与损害二者之间（应）有直接之因果关系（者）”（一九六七年度台上字第三〇八〇号民事判决）。

二重买卖的构成以出卖人在先后二次买卖契约之缔约时，均握有标的物之所有权为前提。在第二次缔约时，出卖人如果已不再拥有标的物之所有权，则其第二次买卖，将不是二重买卖，而为他人之物之买卖。基于买卖契约之债权性，其缔约并不使出卖人即刻失去其所有物（买卖标的物），因此只要缔约时买卖标的物之所有权属于出卖人，出卖人即不会陷于自始主观给付不能。二重买卖正是如此。所以二重买卖中之后者不会因为自始的给付不能而归于无效。故倘出卖人后来对于二重买卖中之一买受人履行其给付义务，则对于另一买受人而言，出卖人即陷于嗣后主观给付不能，依第二二六条应对其他买受人负损害赔偿赔偿责任。惟倘第一次买卖契约与其履行行为（物权行为）同时为之，使买受人在买卖契约缔约时，即取得所有权，则对第二买受人，出卖人便自始处于给付不能的状态，但此不能为主观不能，而非客观不能，其法律效力应当如何，仍应视具体情况而定，非当然无效。

由此观之，二重买卖中之第二次买卖契约虽非无效，然若有主观要件（故意）之充分及违背善良风俗之情事，构成竞买违法，则将成为第一八四条第一项后段所定之侵权行为。

有疑问者为，在二重买卖，第一买受人乙可否根据第二四四条撤销第二个买卖契约（设出卖人为甲，第二买受人为丙）。<sup>〔15〕</sup>对于这个问题过去“最高法院”实务上虽采肯定的看法，但这次民法债编关于该条之修正，已基本的改变了关于诈害债权之成立要件的规定：“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之（第一项）。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之（第二项）。债务人行为非以财产为标的，或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（第三项）。”惟即便第一买受人得依该条规定撤销甲丙间之所有权移转契约。但基于买卖契约之债权性，却不得撤销甲丙间的买卖契约。盖撤销之，对乙无实益，而对甲丙则有使甲丙失去，为调整其间因该物权契约被撤销而引起之利益冲突，所必要的规范基础。此外，鉴于该条第三项关于诈害债权之成立所采之保守的立场，在第一买受人得依该条规定撤销诈害债权之行为时，其是否即得主张第二买受人之所为已构成第一八四条第一项后段所定之侵权行为，仍非无疑义。其关键之要件当还在于该二重买卖是否违反善良风俗。至于“故意”之要件，在此因既已充分第二四四条之要件，自然也已充分。

〔15〕 详请参考黄茂荣，二重买卖与撤销诉权，植根杂志第十六卷第七期。

#### IV 债权性表现在他人之物买卖之效果

##### a. 其契约并非无效

所谓他人之物的买卖，指以所有权属于第三人之物为买卖标的物。由于买卖之法律性质为债权行为。它不但只使出卖人，<sup>[16]</sup>而不使该物之所有权人，依第三四八条负交付买卖标的物于买受人，并使其取得该物所有权之义务，而且买受人并不依该债权的买卖契约即取得该物所有权。因此他人之物的买卖对于其所有人并无加害能力。是故，以他人之物为买卖标的物，并不会阻止该买卖契约之成立。至于该契约是否因出卖人之主观给付不能<sup>[17]</sup>而在效力上受到影响，尚视双方之具体约定如何而定。<sup>[18]</sup>主观给付不能虽属于债务不履行的问题，但在物之买卖，这仍不属于权利瑕疵担保的问题。盖仅就权利的买卖，出卖人始担保权利之存在，而就物之买卖，则否。

[16] 买卖契约仅有债权效力，不能对抗契约外之第三人。（一九三一年上字第二四〇五号）此乃由债权相对性所导出之当然结论。申言之，所谓债权之相对性，乃指债权人仅能对特定人请求该债权行为所示之特定给付，即债权人不能请求债务人以外之第三人，履行该债权所指称之给付内容。由此衍申，使得二重负担行为之各债权人，皆不能依据各该负担行为请求对方履行其内容。从而，二重买卖之各买受人，基于上述之观点，其彼此间亦不得依其分别与出卖人所定之买卖契约，请求他方为给付。至于第一买受人是否得依第二四四条，以第二买受人诈害债权为理由，撤销其履行行为属于另一个问题。详请参考黄茂荣，二重买卖与撤销诉权，植根杂志第十六卷第七期。

[17] 一九八三年度台上字第四七一号民事判决“以他人所有之物为出卖之标的物，订立买卖契约者，其出卖人须先取得该物之所有权，然后移转于买受人；或使该他人径将物之所有权移转于买受人，如出卖人不履行所有权移转之义务，依第三五三条之规定，买受人得依关于债务不履行之规定，行使其权利。又民法上所谓给付不能，系指依社会观念，其给付已属不能者而言。所有权属于他人之物，出卖人固不能将其所有权移转与买受人，故在出卖人取得买卖标的物之所有权以前，尚无请求该他人将物之所有权移转于出卖人之权利；或径行移转于买受人之权利存在，则移转该物所有权于买受人之义务，即属不能给付”（“最高法院”民刑事裁判选辑四卷一期一三七页）。

[18] 一九六九年度台上字第三一四一号民事判决“出卖人对出卖之标的物不以有处分权为必要，纵就无处分权之物，亦非不可成立买卖。纵出卖人甲就所约出卖之土地未取得所有权为买受人乙所明知，但公证契约既订明甲负责保证确系完全所有物并无瑕疵，则在甲最后不能履行移转所有权之情形下，对乙要应负违约之责任”（民国裁判类编（民事法）十一册五〇七页）。在该判决中双方之特约超出第二四六条第一项但书所定的程度，出卖人对于买受人就主观给付不能之排除，不论有无过失，负担担保责任。这是为何该条但书不能满足主观给付不能之规范需要的道理。

## b. 真正所有权人之法律上地位

(1) 债权行为与物权处分行为应分别考虑。

鉴于债权行为与第一一八条所规定之处分行为的法律性质或功能不同，所以它们应被分别对待，不得误引第一一八条第一项认为“以他人之物为标的物之买卖，须经所有权人之承认始生效力”，而主张出卖人之债权行为不生效力。盖第一一八条所规范者仅物权（处分）行为，而不及于债权行为。

(2) 第二四四条与第一一八条之问题。

在他人之物的买卖，真正所有权人得否依第二四四条行使撤销诉权，应采否定的见解。盖如上所述，出卖人虽以他人之物为买卖之标的物，然其效力，极其量，仅使出卖人对买受人负获取该物之义务，并不使真正所有权人遭受任何损害。是故，真正所有权人自不得主张撤销该他人之物的买卖契约。何况，第二四四条以债权，而非以物权之诈害为其规范对象。

又纵买卖双方已为该物所有权移转之合意，根据第一一八条，只要真正所有权人不予承认，该处分行为即不生效力，既不生效力，则何庸撤销？是故真正所有权人在此所得，与所必须主张者，当非第二四四条之撤销权，而是依第一一八条该处分行为对其不生效力。必要时还得依第七六七条请求返还所有物。惟第一一八条及第七六七条之适用，仍应受“民法”第八〇一条和“土地法”第四三条等善意取得规定之限制。

## B 有偿性

由第三四五条可知，出卖人以交付标的物并移转所有权之义务为代价，换取买受人给付价金之义务；买受人以支付价金之义务为代价，换取出卖人移转标的物之所有权及交付标的物之义务。亦即双方皆须付出代价，以取得相对人之给付义务，此特征通常称之为“有偿性”。因此，买卖契约为一种有偿契约。将一个契约论为有偿契约之实益主要为：与同时履行抗辩有关规定之适用；论为无偿契约之实益主要为：债务人之悔约权及其债务不履行、积极侵害债权责任之减轻。

由于买卖契约是最典型的有偿契约，所以第三四七条规定其他之有偿契约准

用之，此种准用学说上称之为“授权式类推适用”。<sup>〔19〕</sup>惟在授权式类推适用，与非明文授权类推适用的情形一样，准用之法律（如买卖），到底只是被类推适用到“拟规范”之案型（如其他有偿契约）。其与直接规范究有不同。明文规范之案型与拟被类推适用之案型仅为相似而不同一，其间有大同中之小异。此小异部分，在法律的适用上每每有重大之意义。是故，必须先相应于此小异部分，将准用之规定，做必要的限制或修正后，方能适用到拟规范之案型。

基于此种考虑，第三四七条但书提醒我们，将买卖契约之规定，准用于其他有偿契约之案型时，必须排除与其契约性质不符之规定内容。

### 【实例】

#### 一、买卖之性质

##### A. 债权性

I. 先买权约款不得对抗第三人 1

II. 买卖不生物权移转效力

a. 肯定例 2

b. 否定例 3

III. 出卖人不须有处分权 4

a. 完全无处分权

1. 他人之物的买卖 5~10

b. 处分权受限制

1. 标的物被查封 11、12

2. 公地承领人未经核准而将土地出卖

(a) 肯定例：有效 13、14

(b) 否定例：无效 15、16

c. 仅有一部处分权

1. 共有人 17~22

2. 分别共有人 23、24

IV. 二重买卖仍然有效 25

a. 以物权关系之发生而非以订约先后，决定物权之归属

1. 肯定例 26~30

2. 否定例 31

b. 出卖人对另一买受人陷于给付不能 32、33

V. 不动产买卖契约请求权，不须查验物权证明 34

B. 双务性（有偿性）：价金与标的物之交付，原则上应同时为之 35、36

〔19〕 关于授权式类推适用请参考黄茂荣，法学方法与现代民法，一九九三年七月增订三版，页三四三以下。

## 一、买卖之性质

### A 债权性

#### 1 先买权约款不得对抗第三人

①先买权约款，不得对抗第三人。

- 1 当事人合意所生之先买权，如买卖当时买主并不知情，则其先买权仅得对于不遵合意之卖主请求损害赔偿，不得主张该买卖契约为无效（一九二九年上字第 一八六七号判例）。

【注】本案所涉先买权之约定，在作用上与附条件之选择权（Optionsrecht）的约款相当。依该约款，于所有权人就系争标的与他人达成买卖之协议，可成立买卖契约时，亦即约定之条件成就时，所有权人应将该事实通知先买权人，先买权人得选择是否请求所有权人，按其与他人达成之买卖协议的内容，向其购买该标的物。如其选择购买并对于所有权人为行使先买权之表示，则先买权人与所有权人间就该标的物成立买卖契约。在该先买契约之缔结，所有权人关于与第三人已达成买卖协议之通知，<sup>[20]</sup> 应解释为要约，先买权人关于先买权之行使表示，应解释为承诺。因该先买选择权之发生以所有权人与第三人已达成买卖协议为停止条件，所以，为使先买约款之发展不发生争议，所有权人就系争标的物与他人达成买卖之协议时，应将“先买权人行使先买权”附为解除条件，以避免形成二重买卖的事实。

[20] 如果所有权人后来一直未将其与第三人已达成买卖协议之事实通知先买权人，而先买权人自其他管道获悉该事实时，其先买之表示的法律地位究为要约或承诺？为使先买契约能够成立，如将之解释为要约，应课所有权人以承诺之义务，此为一种缔约强制（Kontrahierungszwang）；如将之解释为承诺，则应将所有权人之要约，解释为不须由所有权人直接对于先买权人通知之表示。与之类似之规定例如第一六四条第四项规定“前三项规定，于不知有广告而完成广告所定行为之人，准用之。”亦即完成广告所定行为之人虽不知有广告，以广告声明对完成一定行为之人给与报酬者，对于完成该行为之人，亦负给付报酬之义务。

然倘后来所有权人就系争标的物与他人为买卖之协议时，还是未将“先买权人行使先买权”附为解除条件，以致构成二重买卖。先买权人之先买权是否能对抗该买受人。此为意定先买权之约款的效力，究为债权性或物权性，<sup>[21]</sup>亦即有无对世效力的问题。与之类似的问题为：买卖双方关于买受人之买卖债权的让与，利用特约加以限制的情形。

[21] 先买权之保留并不限于买卖的情形。在租赁，为方便承租人在出租人处分租赁物时，可优先取得租赁物，或在共有关系，为促成产权自共有向单独所有发展，法律甚至规定在出租人或其他共有人处分其所有物时，承租人或有优先承买权。例如第四二六条之二“租用基地建筑房屋，出租人出卖基地时，承租人有依同样条件优先承买之权。承租人出卖房屋时，基地所有人依同样条件优先承买之权（第一项）。前项情形，出卖人应将出卖条件以书面通知优先承买权人。优先承买权人于通知达到后十日内未以书面表示承买者，视为放弃（第二项）。出卖人未以书面通知优先承买权人而为所有权之移转登记者，不得对抗优先承买权人（第三项）。”“耕地三七五减租条例”第十五条规定：“耕地出卖或出典时，承租人有优先承受之权，出租人应将卖典条件以书面通知承租人，承租人在十五日内未以书面表示承受者，视为放弃（第一项）。出租人因无人承买或受典而再行贬价出卖或出典时，仍应照前项规定办理（第二项）。出租人违反前二项规定而与第三人订立契约者，其契约不得对抗承租人。”“土地法”第二四条之一第四项“共有人出卖其应有部分时，他共有人得以同一价格共同或单独优先承购。”第一〇四条“基地出卖时，地上权人、典权人或承租人有依同样条件优先购买之权。房屋出卖时，基地所有权人有依同样条件优先购买之权。其顺序以登记之先后定之（第一项）。前项优先购买权人，于接到出卖通知后十日内不表示者，其优先权视为放弃。出卖人未通知优先购买权人而与第三人订立买卖契约者，其契约不得对抗优先购买权人（第二项）。”第一〇七条“出租人出卖或出典耕地时，承租人有依同样条件优先承买或承典之权（第一项）。第一〇四条第二项之规定，于前项承买、承典准用之（第二项）。”其中“土地法”第三四条之一第四项所定之优先承购权仅具债权效力，其余之优先承买权或购买权具有准物权之对世效力。此为“最高法院”判例所持之一贯见解：一九七九年台上字第二八五七号判例“土地法第三四条之一第五项、第二项所规定之通知义务，纯属共同共有人间之内部关系，共同共有人未践行此项通知义务，仅生应否负损害赔偿责任之问题，对于出卖处分之效力，尚无影响。”相同见解，另见行政法院 81. 9. 24. 一九九二年判字第一九五四号判决。一九七六年台上字第八五三三号判例“土地法第三四条之一第四项仅规定共有人出卖共有土地或建筑改良物之应有部分时，他共有人得以同一价格共同或单独优先承购，并未如同法第一〇四条第二项后段设有出卖人未通知优先购买权人而与第三人订立买卖契约者，其契约不得对抗优先购买权人之明文。故该条项规定之优先承购权系指他共有人于共有人出卖共有土地或建筑改良物时，对于该共有人有请求以同样条件订立买卖契约之权而言，倘共有人违反法律规定将应有部分卖与他人已依法取得所有权时，他共有人不得主张该买卖为无效而涂销其依法所为之登记。”相同见解另见一九七七年台上字第一五三〇号判例、一九七九年台上字第三一四一四号判例、一九八七年度台上字第二一〇一四号民事判决。“土地法第一〇四条第一项规定：承租人于基地出卖时，有依同样条件优先购买之权，在一九七五年七月二十四日该条文修正前，仅为承租人与基地所有人间之权利义务关系，即只发生债之效力。如出租基地之所有人违反此项义务，将其基地之所有权出卖与第三人，并已办理所有权移转登记时，承租人仅得向出租基地之所有人请求赔偿损害，不得主张第三人承买基地之契约为无效（参看一九五八年台上字第一五二二号判例）。现行法该条文第二项所定出卖人未通知优先购买权人，而与第三人订立买卖契约者，其契约不得对抗优先购买权人，为一九七五年七月二十四日修正时所新增，自是厥后该项优先购买权始具物权之效力。本件被上诉人间就系争建地为出卖并办毕所有权移转登记行为，时在一九七四年三月二十五日旧法尚未修改之际，虽未通知上诉人优先购买，然依法律不溯既往之原则，并无上开修正条文之适用”（一九七八年台上字第四七九号判例）。

按第二九四条第一项第二款固规定当事人得以特约禁止债权之让与。但依同条第二项规定该“不得让与之特约，不得以之对抗善意第三人。”而先买权之特约虽非关于买卖债权之禁止让与的特约，但可能为关于买受人行使买卖债权，取得之买卖标的物之让与限制的特约。前者为就因买卖取得之债权，后者为就因买卖取得之标的物的让与设限，该禁止或限制约款之客体的差异，对其违反的效力是否应发生影响？

按债权具有一定程度之属人性，因之，当事人就其让与事先为让与之禁止约定者，依第二九四条第二项之反面解释，该不得让与之特约得对抗恶意第三人。然买卖当事人事先关于先买权之特约，其限制者为买受人对于买卖标的物之所有权的自由处分权，此为对于物权之限制，其不得对抗善意第三人固不待言，但是否得对抗恶意第三人，则有疑义。所以有疑义的道理为：在此所涉者为有权处分，本当有效。与之类似的问题为在附买回条件之买卖，买受人违约将买卖标的物价卖于第三人之效力。对此实务上采“买回特约，对于知情之第三人有效”（一九一四年上字第一一九号）的观点。这个问题与债权之保护、诈害债权之规范政策有关。依本次修正后之第二四四条第三项，往后原则上当采买回特约，对于第三人不论知情与否，皆不得对抗的看法。惟仍应注意第一八四条第一项后段的适用可能性。<sup>〔22〕</sup>

要之，该约定仅使特定人（先买权人）对特定人（系争标的权利人）请求为一定之行为（为允与缔结买卖契约之要约性的通知）。亦即该约定仅具有债权之相对性，是故，当权利人违反先买特约将系争标的价卖于第三人时，先买权人首先仅得依债务不履行之规定对出卖人请求损害赔偿。这种先买约定之违反所构成的法律问题，在结构上与二重买卖相似。惟先买权人或第一买受人分别是否得依先买契约或第一次买卖契约对发生在后之买卖契约的买受人主张其先买权或第一次买卖契约之买受人地位，并请求依第二四四条撤销发生在后之买卖契约或以之为基础的所有权移转契约，或甚至依侵权行为法之规定请求损害赔偿，向有争议。

基于买卖契约之债权性及由之导出的相对性，第二次买卖契约之缔结，在效力上，并不导出侵害第一买受人之债权的结果，实际上对其债权构成侵害者，为该契约之履行行为（即所有权的移转契约）。是故，纵使认为出卖人与第二买受人之所为，已构成对第一买受人之债权的诈害行为，也当仅指所有权移转契约部

〔22〕 详请参考黄茂荣，二重买卖与撤销诉权，植根杂志第十六卷第七期。



分，而不及于其所欲履行之第二次买卖契约。因此，在诈害行为成立时，第一买受人所得撤销者当限于第二次买卖契约之履行行为：所有权移转契约。盖若兼及第二次买卖契约，则由于这种撤销对第一买受人无实益，而却会使出卖人与第二买受人间因撤销而必须处理之利益的调整，丧失契约法上的依据。是故，允许撤销第二次买卖契约的主张，有手段过当之嫌。

此外，在这里是否成立诈害债权或侵权行为之考虑，应注意到由于债权之相对性所常导出之债权损害的间接性。例如：为阻止某歌星至某歌厅演唱，而在演出时间拘禁该歌星之行为，对该歌星会构成直接之加害固无疑义。但该行为对该歌厅之加害的直接性便非全无疑问。其直接性通常必须利用加害人之主观上的认识与意欲连结之。否则，加害人之行为目的若非为阻止该歌星之演唱，而系为对该歌星有所需索，则该拘禁行为与歌厅营业人对该歌星所享之演唱债权的被害间之直接性，便不成立。另由于竞买在交易习惯上本极平常，是故对先后竞买之非难，宜有进一步之反伦理性的要求。所以为正当化第一买受人之侵权行为法上的损害赔偿请求权，当以第一八四条第一项后段作其规范基础比较妥当。亦即第二次买受人之所为必须充分该段所定故意与“违背善良风俗”之构成要件的要求。

在诈害债权的情形，其主观要件的要求已有同样的考虑（参照第二四四条第二项）。至于违“法”要件，因第二四四条之规范目的仅在于使第二买受人不能取得经由买卖契约所欲取得之买卖标的，而不在于使其负有损害赔偿 responsibility，故该条不进一步要求具有“违背善良风俗”之要件，尚称允当。

衡诸前开见解，第三人若不知有先买权之存在而与出卖人缔结买卖契约，并受买卖标的物之移转，则先买权人，基于先买权之相对性，不但不得依第二四四条第二项撤销系争买卖契约，也不得依第一八四条第一项请求损害赔偿。又纵使第三人明知他人就买卖标的物享有先买权而为购买，基于买卖契约之相对性，先买权人也不得据第二四四条第二项撤销该买卖契约，更不能径然主张其无效。本案判决要旨，对本案言，固不引起不当之法律效果，但其文义“买主并不知情，则其先买权仅得对于不遵合意之卖主请求损害赔偿，不得主张该买卖契约为无效”，可能引起误导，以为“买主若知情，则该买卖契约当因侵害先买权而无效。”按系争买卖契约，基于其效力之相对性，无论如何当不因其违反第三人之先买权而无效。

## II 买卖不生物权移转效力

### a. 肯定例

① 买卖契约系债权契约，而非物权契约。

- 2 契约不过一种以移转物权为目的之债权契约，尚难谓即为移转物权之物权契约。惟经双方合意之债权契约已经成立，上诉人基于买卖契约，请求被上诉人履行物权移转必要程序之义务，如非另有其他情事，尚非无据（一九四九年台上字第一一一号判例）。

### b. 否定例

① 不动产买卖契约，一经以书面成立，即生物权移转之效力。

- 3 不动产买卖契约一经以书面合法成立，即发生物权移转之效力。卖主不得以其亲房有先买权，主张解除契约（一九二八年上字第六二号判例）。

【注】本判例所持见解与现行法之规定不符。按现行法认为买卖契约为债权契约，亦即系一种负担行为，其功能仅在于使出卖人因买卖契约之缔结，而负交付买卖标的物并移转其所有权给买受人之义务，并不使该所有权因买卖契约之缔结而即移转于买受人。申言之，其移转尚待于以移转该所有权为内容之物权行为（履行行为）的作成，方始发生。是故，本判例要旨称不动产买卖契约一经书面合法成立即发生物权移转之效力，衡之前开见解与现行法便有出人。至于该判例要旨进一步所处理之问题，即卖主在这种情形是否得以其亲属有先买权为理由，主张解除契约？倘其以如知“亲房有先买权”，即不为买卖契约之缔结为理由，则其主张者为，欲以错误为理由，使契约无效。其该当之形成权应为撤销权，而非解除权。反之，其如以该先买权的存在及其遵守之结果，可能引起之主观的给付不能为理由，则虽能导出买主之解除权或债务不履行的损害赔偿请求权，但不能导出卖主之解除权。盖卖主陷于给付不能的情形，纵使是不可归责于卖主，卖主亦仅得依第二二五条之规定免给付之义务，而不得解除契约。盖在个别情形，当“债务人因……给付不能之事由，对第三人损害赔偿请求权”的情形，债权

人可能选择不依第二六六条主张免对待给付之义务，而依第二二五条第二项“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。”而欲为该项请求不得有任何一方解除契约。否则，该请求将丧失其必要之契约上的规范基础。

### Ⅲ 出卖人不须有处分权

① 出卖人对于买卖标的物，不以有处分权为必要。

4 买卖契约与移转所有权之契约不同，出卖人对于出卖之标的物，不以有处分权为必要（一九四八年上字第七六四五号判例）。

【注】由于买卖契约为债权契约，故出卖人对于买卖标的物，不以有处分权为必要。标的物为他人之物者，其效力亦不待于真正所有权人之承认。盖债权契约仅使债务人对债权人负担履行债务之义务，而不使系争债务在成立之当时立即实现，使买受人因买卖契约之缔结即取得标的物的所有权。是故，买卖契约并不会引起损及真正权利人的法律效果。此与处分行为或物权行为不同。处分行为或物权行为如果有效，会立即实现该行为所欲变动之法律关系。因之，设若行为人不享有处分权，其行为便须待于真正权利人之承认，始宜使之发生效力，以防止真正权利人的权利，在真正权利人未参加意见的情况下，违反其意思，受到不测的损害（参照第一一八条）。他人之物的买卖，在债权法上仍属有效的道理，即在于此。

#### a. 完全无处分权

##### 1. 他人之物的买卖。

① 他人之物的买卖仍为有效。

5 他人所有物之买卖，在债权法上仍属有效（一九一四年上字第四五号）。

6 出卖人以第三人所有之物为买卖标的物与买受人订立之买卖契约，并非所谓以不能之给付为契约标的，即不得依第二四六条第一项前段规定认该买卖契约为无效（一九八二年度台上字第三六八号民事判决）。

【注】按此为自始主观不能。本判决明白指出：自始主观不能非第二四六条第一项前段规定所称，以不能之给付为契约标的之情形。

① 买卖标的物之所有权，并非必须属于出卖人为必要。

7 第三四八条第一项规定，物之出卖人负交付其物于买受人，并使其取得