

民法

債編總論 上



楊芳賢
著

民法

債編總論 上



楊芳賢
著

國家圖書館出版品預行編目資料

民法債編總論 / 楊芳賢著. -- 初版一刷. -- 臺北市：三民，2016
冊；公分

ISBN 978-957-14-6186-1 (上冊:平裝)

1. 債法

584.3

105014363

◎ 民法債編總論(上)

著 作 人 楊芳賢

責任編輯 王怡婷

美術設計 陳智媽

發 行 人 劉振強

著作財產權人 三民書局股份有限公司

發 行 所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 2016年8月

編 號 S 586260

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權不得侵害

ISBN 978-957-14-6186-1 (上冊:平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。

序

本書說明民法債編通則規定及制度之篇幅，粗略而言，係依最高法院民法債編通則相關判決之數量多寡而定；即判決越多，可謂即實務重點所在，應說明較多；反之，較少或毫無最高法院判決者，則僅精簡說明。作者期望本書得以幫助讀者理解民法債編通則法律規定，並且在面臨個案之法律問題時，能夠獨立思考及尋找法律依據，並依解釋、補充及各種論證方法，在提供具體理由下作成論斷。但無論如何，對讀者而言，本書應當僅是入門性質的讀物；作者期望，三年、五年或最晚七年，讀者已有能力親自閱讀英文（或其他外文）著作及判決。

作者感謝歷年上課學生的聽講與問答，尤其願意主動獨立思考，並質疑或挑戰作者看法的學生們；作者所教的根本遠不如她（他）們教作者的。但國考通過，才是真正競爭及努力的開始；而且凡事須謹慎依（過去及持續）所學方法進行研究思考。最後，若非三民書局主動要約，作者不可能有意願及機會完成本書，作者謹在此對三民書局及編輯人員致上謝意。

楊芳賢

民法債編總論（上）

目次

序

第一章 民法債編導論

壹、民法債編通則及債之關係	3
一、民法債編通則及本書簡略大綱	3
二、債之關係之意義、分類與功能	4
貳、誠信原則以及債之關係之各種義務	10
一、誠信原則	10
二、債之關係之各種義務	12
參、債權、債務與債之關係相對性原則等	16
一、債權	16
二、債務與責任	19
三、債之關係相對性原則及其例外	22
四、繼續性債之關係	26

第二章 契約成立與締約上過失

壹、契約成立	31
一、依要約與承諾意思表示之一致	31
二、契約成立之特殊形式	50
三、依定型化契約條款締約之問題	55
貳、締約上過失	67
一、意義、依據與制度發展	67

二、類 型	69
三、第 245 條之 1 第 1 項之其他問題	75
四、法律效果及消滅時效	80
五、結 論	81

第三章 無因管理

壹、導 論	85
一、無因管理之意義與法制背景	85
二、類 型	86
三、無因管理之性質	88
貳、適法無因管理	89
一、構成要件	89
二、法律效果	100
參、不適法無因管理	110
一、構成要件	110
二、法律效果	110
肆、非無因管理	114
一、明知不法管理	114
二、誤信管理	116
伍、無因管理之承認	117

第四章 不當得利

壹、不當得利之功能、分類與依據	121
一、不當得利之功能	121
二、分類與依據	121

貳、給付類型不當得利之構成要件及其限制	123
一、給付類型不當得利之構成要件	123
二、三方當事人之給付類型不當得利	145
三、給付類型不當得利返還請求權之限制	166
參、非給付類型不當得利之構成要件	175
一、侵害型	176
二、費用型	181
三、求償型	185
四、法定型	186
五、無權處分型	190
六、非給付類型不當得利之舉證責任	195
肆、不當得利之法律效果	195
一、不當得利返還請求權之客體	196
二、不當得利返還請求權之範圍	204
三、對第三人之前不當得利返還請求權	223
四、不當得利返還之其他問題	227

第五章 侵權行為及其損害賠償

壹、侵權行為之構成要件	233
一、導論	233
二、侵權行為之三項基本規定	247
三、特別侵權行為	304
貳、侵權行為有關損害賠償之規定	357
一、侵權行為對侵害人格法益或身分法益之規定	358
二、侵害他人之物之損害賠償	374
三、侵權行為損害賠償之其他規定	380

參考文獻

第一章

民法債編導論

壹、民法債編通則及債之關係

- 一、民法債編通則及本書簡略大綱
- 二、債之關係之意義、分類與功能

貳、誠信原則以及債之關係之各種義務

- 一、誠信原則
- 二、債之關係之各種義務

參、債權、債務與債之關係相對性原則等

- 一、債權
- 二、債務與責任
- 三、債之關係相對性原則及其例外
- 四、繼續性債之關係



關鍵字

壹 | 民法債編通則及債之關係

債之關係、廣義債之關係、狹義債之關係、法定債之關係、意定債之關係、契約原則、請求權依據、私法自治、契約自由

貳 | 誠信原則以及債之關係之各種義務

誠信原則、主給付義務、從給付義務、保護義務、不真正義務、原給付義務、次給付義務

參 | 債權、債務與債之關係相對性原則等

債權、請求權、相對權、債務、責任、債之關係相對性原則、所謂買賣不破租賃原則、繼續性債之關係

壹 民法債編通則及債之關係

一、民法債編通則及本書簡略大綱

(一)民法債編通則

民法是私法關係的主要規範。私法關係中之財產交易，主要是依民法債編及物權編規定加以規範，但是亦有一些特別法值得注意，例如消費者保護法及土地法等。

債編主要涉及人與人之間的債權債務關係；至於物權編主要涉及人與物之法律關係，即人如何取得、移轉或喪失物權之法律關係。債編又分為通則及各論，債編通則主要涉及債法之共通性原則，債編各論則是有關各種具體債之關係，尤其個別契約之規定。

(二)本書簡略大綱

本書涉及債編通則中有關債權債務之法律關係，或債之關係之發生、內容、債務不履行、債之關係涉及多數人及債之關係消滅等。本書在債編導論後，於第二章首先說明契約關係之發生及締約上過失。其次，第三章至第五章則說明法定債之關係，即無因管理、不當得利、侵權行為及其本身之法律效果規定。本書下冊第一章債之內容及債之相關權利，說明債之內容如金錢之債等，及債之相關權利如代位權、撤銷權、同時履行抗辯權及不安抗辯權。本書下冊第二章至第八章，主要說明債務不履行之成立及其類型，並說明其法律效果即解除契約及（或）損害賠償。其後，本書下冊第九章以下，主要說明第三人利益契約、債權讓與、債務承擔以及多數債權人或債務人，尤其是真正

與不真正連帶債務。最後，本書下冊第十二章說明債之關係消滅，尤其是清償及抵銷。

債編導論	
上冊第二章至第五章 債之發生	契約關係之發生與締約上過失 法定債之關係（無因管理、不當得利、侵權行為）
下冊第一章 債之內容與相關權利	種類之債、金錢之債及選擇之債 代位權 撤銷權 同時履行抗辯權 不安抗辯權
下冊第二章至第八章 債務不履行	債務不履行之成立與類型 法律效果（解除契約、損害賠償）
下冊第九章至第十一章 債之關係涉及多數人	第三人利益契約 債權讓與 債務承擔 多數債權人、多數債務人 真正、不真正連帶債務
下冊第十二章 債之消滅	清償 抵銷

二、債之關係之意義、分類與功能

(一)債之關係之意義

債之關係是指債權債務之法律關係。依第 153 條以下規定，契約、無因管理、不當得利與侵權行為等，均為債之關係之發生依據，而使債權人得向債務人請求給付（第 199 條第 1 項）¹。

¹ 第 167 條以下代理權授與規定，雖列在債編通則之「債之發生」，但明顯有誤。首先，授與代理權，依第 167 條，係單獨行為（對此，Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, 823 (unter § 49 1) 認為，依契約自由原則，當事人亦得依契約

又發生債之關係後，依第 199 條第 1 項，債權人得請求債務人給付，且給付包括作為與不作為。但第 199 條第 1 項只是通則性質之抽象規定，實際個案之當事人應主張特定具體之債之關係，如買賣契約或僱傭契約等。又給付涉及作為乃多數情形，例如債務人負有提供勞務、移轉標的物所有權並交付等義務。但給付亦可能包括不作為，例如受僱人負有競業禁止或不得洩漏僱用人商業機密等義務；又出租土地供承租人通行，出租人亦負有容忍之義務。個別契約，通常包括作為及不作為之債務，例如受僱人負提供勞務之作為義務，亦負不得競業或洩密之不作為義務；或出租人負交付租賃標的物等作為義務，亦負不得妨礙承租人使用收益等不作為義務。

（二）債之關係之分類

1. 狹義與廣義債之關係

廣義債之關係是指涉及雙方當事人一切權利義務所依據之債之關係，例如買賣契約或僱傭契約，而債編所規定屬於廣義債之關係者，尚有無因管理、不當得利及侵權行為等。至於依此等廣義債之關係所生之「得請求債務人給付之請求權」，則是所謂狹義債之關係，例如買受人依第 348 條第 1 項之請求權，以及出賣人依第 367 條之價金請求

授與代理權），不符所謂「契約原則」（參見下述），對代理人並不發生任何債務。其次，授與代理權僅賦予代理人以本人名義為或受意思表示之權能或資格（第 103 條），亦不發生債之關係。反而代理權授與之基礎關係，例如僱傭或委任契約等，才是本人與代理人發生債之關係之依據。再者，民法將代理權及其授與，分別規定於總則編之第 103 條以下及債編通則之第 167 條以下，亦不妥適，反而應集中規定在總則編；因此民法債編修正時，未斟酌調整，亦有疑問。

權等。此等權利，均為債權性質之請求權，但民法亦有其他眾多請求權，例如物權編最重要之物上請求權（第 767 條），或其他如親屬編或繼承編之請求權。

2. 意定與法定債之關係

意定債之關係是指依當事人之意思表示所生之債之關係，其中最重要者乃契約關係，此為絕大多數商品或勞務等財產交易行為的規範基礎。雙方當事人因成立契約而發生債權與債務之法律關係，並進而依履行債務之物權行為或其他履行債務行為，而達到雙方交易目的。但是自契約協商、成立迄清償債務，任何一個環節，均有可能發生重要法律問題。

在此，有所謂「契約原則」，即依法律行為而發生、變更或消滅債之關係，除非法律另有規定，例如遺贈或遺囑等，否則均應經雙方當事人意思表示之合意²。換言之，未經他方當事人意思表示同意，無從賦予他方權利，例如贈與契約（第 406 條）單純賦予受贈人財產移轉請求權，亦須受贈人意思表示同意。至於使他方當事人負擔債務之情形，更須他方當事人意思表示同意；此外，雙方依約定由第三人履行債務之情形，亦同；未經該第三人意思表示同意，該第三人不負擔債務（對此，參見第 268 條）。

至於法定債之關係是指非依當事人意思表示，反而是依法律規定所生之債之關係，例如第 245 條之 1 第 1 項，對基於締約協商或其他交易接觸所生之特定義務違反，明定損害賠償請求權，故屬法定債之關係³。此外，尚有諸如無因管理、不當得利與侵權行為等，均涉及

² 參見德國民法第 311 條第 1 項。又對「契約原則」，參見 MK/Emmerich, 2016, §311 Rn 1.

³ Looschelders, SAT 2015 Rn 89.

社會生活中之重要事項，值得注意。

3. 請求權依據

請求權依據是指當事人對他人得以主張或請求民事法律效果之法律依據。任何民事法律問題，原則上均涉及何人對何人得主張何等內容權利之問題；債之關係，更是涉及何人對何人得主張何等內容之請求權之問題。思考請求權依據之次序分別是契約、無因管理、所有物返還請求權、不當得利及侵權行為，其簡要理由是，契約關係乃當事人最優先之法律依據（對此，請比較第 1 條規定）；若無契約關係，才有可能成立法定債之關係⁴，如無因管理（參見第 172 條規定）。又成立「適法」無因管理，當事人間之給付及占有等均有法律上之依據，就不會成立「無法律上之原因」的不當得利⁵或無權占有，故無因管理應在第 767 條及不當得利之前檢討。再者，第 767 條之所有物返還請求權，係物權之請求權，得對符合要件之任何人主張。相對的，不當得利僅係債之關係之請求權，原則上僅得對受領利益者請求返還，且得否對受領人以外之第三人請求不當得利返還，須依法定要件定之（第 183 條），故第 767 條應在不當得利之前檢討。此外，不當得利與侵權行為，二者請求客體有別，即前者係請求債務人返還其無法律上之原因所受利益；後者，則著重在請求債務人賠償債權人之損害。採取請求權依據之思考，較不致遺漏可能之請求權，且不易發生敘述矛盾⁶。

⁴ 第 245 條之 1 及第 110 條，均屬法定債之關係。但因二者均涉及締約問題，故乃在契約關係後，依個案事實，加以檢討。

⁵ 對 86 臺上 229 之批評，參見本書無因管理之說明。

⁶ 102 臺上 930，乃忽略請求權依據及其互斥關係之代表判決。對此，參見本書不當得利之說明。

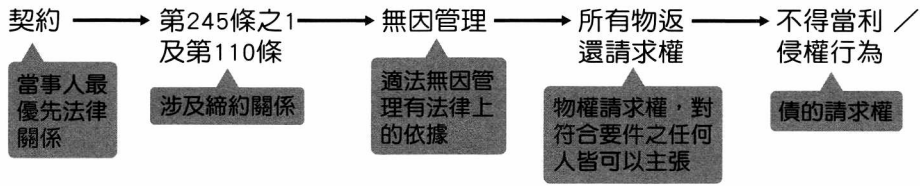


圖 1-1 請求權之思考順序

(三)債之關係之功能

1. 債之關係與物權行為

債之關係中的契約關係，乃財物或（與）勞務等交易之基礎法律關係，而法定之債如無因管理、不當得利或侵權行為，亦涉及財物或金錢請求之基礎法律關係。其次，無論意定或法定債之關係，均僅發生債權債務之法律關係，使債權人得請求債務人給付（第 199 條第 1 項），債之關係本身，不生財物或金錢等的移轉變動，反而須當事人進一步依（書面）讓與合意及登記或交付等物權行為或準物權行為，才會使不動產、動產、金錢或債權等發生所有權或權利之移轉變動（第 761 條第 1 項；第 758 條；第 294 條），而且（準）物權行為之效力，原則上不因債權行為無效、不成立或其意思表示被撤銷等而受影響。此即物權行為獨立性或無因性，也就是，原則上只有當物權行為本身之意思表示有瑕疵，才會影響物權行為之效力。

又涉及財物、金錢或債權等之移轉交易，若債權行為與物權行為二者均有效，則債務履行或清償僅消滅個別債權（狹義債之關係），至於廣義債之關係仍然存在，而成為債權人請求、受領以及保有給付之法律上之原因，不構成第 179 條之不當得利。例如買賣契約的出賣人請求買受人給付價金，而買受人立即為清償；或買受人請求出賣人移

轉標的物所有權及交付，出賣人立即為履行。在此，狹義之債之關係即出賣人或買受人之債權即消滅，但廣義債之關係買賣契約仍然存在，作為雙方保有給付之法律上依據。反之，只要債之關係無效、不成立或其意思表示被撤銷，且當事人間已有給付，即應思考依不當得利請求返還之問題。此外之細節，參見本書不當得利之說明⁷。

(四)私法自治、契約自由及任意、補充與強行規定

依私法自治及契約自由原則，契約乃當事人間最重要及應優先思考之法律關係依據。又法律承認個人符合法律有關年齡等規定即享有私法自治權限，得依意思表示自行決定生活事務，主要是因為當事人本身最清楚個人需要，理論上也最能為自己利益作決定；相對的，當事人自行決定個人事務亦應對自己決定負責，亦即應對其意思表示之法律效果負責，法院亦應依法確認當事人之約定並加以執行。

私法自治及契約自由原則下，只要內容或方式等未違反強行規定等，當事人得自行約定契約及其內容。民法債編之規定，多數乃任意及補充規定，即當事人之約定應優先適用，若當事人未特別約定，始適用相關任意規定或補充規定⁸（參見第 153 條第 2 項及第 247 條之 1 第 1 項），以達到節省交易成本、促進交易效率，並作為法院解決相關訴訟爭議之依據。

當然，民法亦例外明定法律行為違反強制或禁止規定，或公共秩序善良風俗者，無效（第 71 條、第 72 條），以避免當事人濫用私法自

⁷ 錯誤理解第 179 條之經典案例之一，參見 99 臺上 2006。即地政機關甲登記錯誤，將乙所有不動產登記為丙所有，丙知悉後即出售並移轉登記予第三人丁。但最高法院本判決錯誤認為，甲對丙得主張不當得利。但實際應當是乙才可對丙主張不當得利。對此，參見本書不當得利說明。

⁸ 94 臺上 1860 表示，無名契約，可類推適用民法相關之規定。

治及契約自由原則權限，危害社會共同生活之基本秩序或交易關係(對此，並參見第 247 條之 1)。

貳 誠信原則以及債之關係之各種義務

一、誠信原則

(一)法律依據

誠信原則⁹，原本規定於第 219 條的債編之中，但是目前僅規定在民法總則第 148 條第 2 項，主因是誠信原則非僅適用於債編，而是適用於一切民事或甚至其他法律關係，但後者因法無明文，宜小心論證¹⁰。

(二)適用之例

誠信原則之適用，並非如第 148 條第 2 項所示僅涉及行使權利及履行義務，而是涉及當事人與他人接觸交易或往來時，均應遵守誠信原則。

適用誠信原則之案例或明文規定，包括第 98 條有關意思表示解釋；對此，德國民法第 157 條規定，契約之解釋，應斟酌交易習慣，

⁹ 參見德國民法第 242 條；美國統一商法典 UCC 1-304。但英國法傳統上鮮少使用誠信原則處理契約之締結與履行，參見 Whittaker, (2013) 129 LQR 463. 此外，詳細英文文獻及細節說明，參見 Andrews, 2015 Chapter 21 and para 21.02 Fn 1 and 2.

¹⁰ Looschelders, SAT 2015 Rn 60 und 64.

依誠實信用原則為之¹¹。其次，尚未成立契約之締約協商階段，當事人依誠信原則，負有所謂先契約義務；如有違反，可能負損害賠償責任（但對此，參見第 245 條之 1 第 1 項）。又契約成立後，固然主給付義務的瑕疵給付構成不完全給付（例如塑化劑案、黑心油案或歐洲之馬肉混充牛肉案），但是除主給付義務之外，所謂從給付義務或保護義務¹²的違反，亦可能成立不完全給付。例如精神科陳姓醫師，在接受新聞採訪時公然洩露倪姓影星罹患憂鬱症之細節；又某醫院舊紙本病歷經民眾發現散佈於野外，亦違反病人赴醫院看病，醫院對其病歷應予妥善保管，保存年限屆至時亦應妥適銷毀之義務（否則，侵害病人之隱私權）。

再者，契約成立時，若一方當事人係使用定型化契約條款並訂入契約，則其規制亦以誠信原則為依據¹³（對此，參見消費者保護法第 12 條第 1 項，並比較第 247 條之 1 之規定）。此外，第 227 條之 2 所謂情事變更原則之規定，亦以誠信原則為依據¹⁴。並有認為，第 252 條違約金酌減規定，也是以誠信原則為依據¹⁵。最後，契約消滅後，當事人依誠信原則亦負所謂後契約義務¹⁶，例如受僱人離職後之保密義務或競業禁止義務等；相對的，僱用人亦負有一定義務，例如提供離職證明書等。又例如承租人租約到期，遷移至他處營業時，出租人負有義務容忍承租人張貼公告搬遷至他處營業。

違反後契約義務之法律效果，若當事人有約定，依其約定；例如

¹¹ 參見 93 臺抗 733 之說明。

¹² 對保護義務，參見 95 臺上 1076。

¹³ Looschelders, SAT 2015 Rn 88.

¹⁴ Looschelders, SAT 2015 Rn 88.

¹⁵ BGH NJW 1968, 1625f. (1625). 此外，參見 95 臺上 1095。

¹⁶ 對此一名詞，參見 95 臺上 1076。

當事人約定違約金條款之情形（第 250 條以下）；若無約定，因契約已消滅，故類推適用債務不履行之規定，請求損害賠償。對此，95 臺上 1076 認為係適用債務不履行規定，且對受僱人離職後仍應保密之保護義務，稱「其乃脫離契約而獨立，不以契約存在為前提」，且「違反此項義務，即構成契約終了後之過失責任」，「應依債務不履行之規定，負損害賠償責任」。

二、債之關係之各種義務

債之關係下，可能發生各種義務，即主給付義務、從給付義務以及保護義務¹⁷。此外，尚有所謂對己義務或稱不真正義務。

(一)主給付義務

主給付義務指在債之關係成立上，必備且得以決定契約類型之義務，此即第 153 條第 2 項所謂必要之點，故一般須在締約時由當事人明示或默示同意¹⁸。例如買賣、互易與贈與契約之區別，在於一方負移轉所有權及占有之義務，及他方是否負支付價金或負移轉財物所有權之義務而定。又租賃與使用借貸契約中，出租人與貸與人均負提供一定標的物供承租人或借用人使用收益之義務，但承租人負支付租金之義務，而借用人則不負支付對價之義務。

(二)從給付義務

債之關係並非僅限於債務人履行主給付義務而已，反而當事人間存在受誠信原則支配之特別聯繫關係，而有從給付義務與保護義務。

從給付義務，不具獨立目的，反而主要涉及主給付義務之準備、

¹⁷ 對保護義務一詞，參見 95 臺上 1076。

¹⁸ 但對買賣價金，參見第 346 條之特別規定。

實現與確保。即債務人負有義務，依其作為，對給付行為或結果加以準備、實現或確保，或不為任何可能妨礙或危害契約目的或給付結果的行為。

主給付義務及從給付義務，性質上皆得訴請履行¹⁹，但從給付義務可能遲至違反時才發現，如出賣人郵寄買賣標的物，因包裝不良致其毀損，買受人可能直接針對標的物瑕疵主張相關權利，而未必是訴請妥善包裝²⁰。又從給付義務之依據，包括基於法律明文規定，例如第 378 條、第 429 條及第 483 條之 1，或第 540 條與第 541 條（但是若無此等明文規定，實際上亦得依誠信原則或解釋契約而生）。其次，依當事人之約定。如醫院僱用醫生，約定其不得利用下班休息時間在家開業；或不動產買賣，買受人應提供辦理所有權移轉登記所必要之證件、資料文件等。再者，則是基於誠信原則解釋契約而生，例如買賣名種犬、貓或馬之契約，當事人縱未約定，依誠信原則亦應提供交付血統證明書。

又準備或實現給付之例，如出賣人對尚未交付之動物仍應飼養；寄送商品應妥善包裝；承攬人在施作前，應就工作既已存在且已知之瑕疵告知定作人。至於確保之例，例如出售營業或診所之後，不得競業；產品之製造人或出賣人，應在正常使用年限內維持相關零件供應；醫院或診所應保持病歷完整並保存一定年限。

雙務契約下，一方之從給付義務，是否與他方之給付，立於對待給付之關係，而得適用同時履行抗辯權（第 264 條第 1 項），或一方違

¹⁹ 依 99 臺上 2428，醫院或醫生有關實施手術前之告知及說明等義務，乃從給付義務，且得獨立訴請履行。

²⁰ Looschelders, SAT 2015 Rn 14. 在此並稱，若涉及繼續性債之關係，債務人一次未妥善包裝之義務違反，買受人得訴請妥善包裝，但訴訟費用及時間等因素下，現實生活中不易出現此例。

反時，他方得否解除契約，最高法院認為，原則上應視其對契約目的之達成是否必要而定²¹。

(三)保護義務

債之關係並非僅限於給付義務，而是雙方當事人依債之關係亦互負有義務注意他方之法益、權利與利益²²之保護，故得稱為保護義務²³。其次，保護義務之內容與範圍，依個別債之關係及個案狀況定之；而其具體化，得依契約補充解釋或誠信原則為之²⁴。再者，不少義務具有雙重性質，即可能兼具保護義務與從給付義務，例如電鋸之使用說明，雖係為確保電鋸之適當使用，但也足以防止買受人使用時遭受危害。此外，契約自由原則，當事人自得將保護他方之義務約定為從給付義務²⁵，例如保密義務經契約約定，即可能涉及契約關係中之從給付義務或後契約義務；第 483 條之 1 受僱人之保護，即將保護義務明定為從給付義務之例。

有爭議的是，保護義務得否訴請履行。對此宜認為諸如第 483 條之 1 對僱用人規定之必要預防措施，受僱人得訴請履行；其他如警告義務，係以一方知悉特定風險而他方不知為前提，但他方若不知，實際上就不可能進而訴請履行警告義務；不過，在具體損害事件發生前，若個別情形下之保護必要已具體化，仍可能得訴請遵守保護義務，因

²¹ 對後者，參見 100 臺上 2，101 臺上 246。對此，參見本書有關同時履行抗辯權之說明。

²² 單純財產利益亦受保護，參見 Looschelders, SAT 2015 Rn 21 bei Fn 40.

²³ 對保護義務一詞，參見 95 臺上 1076。但 103 臺上 2605，稱「附隨義務」。

²⁴ Looschelders, SAT 2015 Rn 19 und 20. 此外，參見德國民法第 241 條第 2 項規定。

²⁵ Looschelders, SAT 2015 Rn 24.

此歸類為從給付義務或保護義務，對債權人得否訴請履行，並無意義²⁶。

此外，保護義務，因非主給付義務，故不適用同時履行抗辯權（第 264 條第 1 項），但若僱用人提供工作之場所、設備或原物料，已知包含對受僱人健康有害之成分，因依誠信原則，僱用人對受僱人負保護義務，故縱無第 483 條之 1，受僱人亦得類推適用第 264 條第 1 項，拒絕在該等場所工作。此外，如已受有損害，對債務人違反此等義務，亦得依債務不履行之不完全給付，請求補正（第 227 條第 1 項），並請求其他諸如身體或健康之損害賠償（第 227 條第 2 項；第 227 條之 1）。

（四）不真正義務

不真正義務，或稱對己義務，乃指相關義務是否遵守，當事人自行決定，且他方亦無從訴請履行。又義務之違反，當事人並不發生損害賠償責任，而僅使其權利喪失或減損，或承擔一定不利後果，例如第 159 條第 1 項及第 2 項、第 162 條第 1 項及第 2 項有關遲到通知之規定；又第 217 條之與有過失，或者第 262 條及第 356 條規定，亦屬之。此外，第 234 條以下之債權人受領義務，原則上亦同，但對此應注意特別規定，即第 367 條有關買受人受領義務以及 64 臺上 2367 之相關見解（參見下冊第六章之說明）。

（五）原給付義務或次給付義務

原給付義務，指債之關係下，債務人所負之給付義務，例如出賣人負有第 348 條第 1 項移轉標的物所有權及占有之義務，或者買受人負有第 367 條給付價金之義務。若一方發生債務不履行時，則特定法定要件下，原給付義務即轉化為次給付義務，例如出賣人給付不能、

²⁶ Looschelders, SAT 2015 Rn 25 aE.

給付遲延、不完全給付或應負瑕疵擔保責任，買受人即可能得請求減少價金、解除契約與損害賠償等權利。

參 債權、債務與債之關係相對性原則等

一、債 權

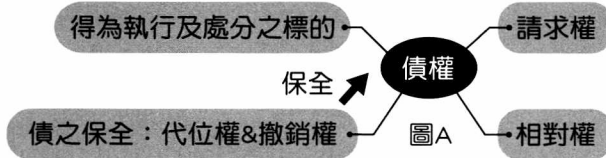


圖 1-2 債權特性

(一)債權乃請求權與相對權

債權，性質上乃請求權。即債權人依其債權，得對債務人請求一定之給付，並受領債務人之給付，且保有所受領之給付。又債權乃相對權，並非絕對權或支配權，因此債權人依其債權，對債務人人身、債務人之給付行為或給付標的物等，並不享有任何得加以支配之權利。此外，債權人對債務人以外之第三人，因後者並非債務人，亦無任何請求之權利。

原則上，有債權即有請求權，例外有債權而無請求權者，參見第 573 條，即因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權（但是若已給付，因有債權而受領給付，故無從依不當得利請求返還）。此外，婚約不得請求強迫履行（第 975 條）。

(二)債權之執行力與處分權

清償期屆至時，債權人得請求債務人給付，債務人遲延給付時，債權人得請求法院判決命令債務人給付，且判決確定即得聲請法院強制執行²⁷。又一定情形下，判決亦得假執行（民事訴訟法第 389 條以下）。另如僱傭契約受僱人之勞務，依強制執行法第 127 條第 1 項，執行法院得以債務人之費用，命第三人代為履行。但在此既以受僱人之勞務具有可代替性為前提，故於受僱人不履行勞務，僱用人選擇解除或終止契約並請求損害賠償，往往比起進行訴訟至確定且加以執行，更為實際。此外，私力實現權利之例外情形，參見第 151 條、第 334 條、第 447 條、第 612 條。

其次，債權人對其債權亦具有處分權限，包括債務免除（第 343 條）、債權讓與（第 294 條以下）及權利質權之設定（第 900 條以下）。債權讓與之限制，參見第 294 條第 1 項第 1 款至第 3 款。亦即債權，原則上具有財產價值，故債權人得依債權買賣契約（第 348 條第 2 項）出賣債權，並依第 294 條讓與債權（準物權行為的一種），而獲取對價；其次，債權人亦得以債權為標的設定權利質權（第 900 條以下），以擔保債務；而且債權本身亦為強制執行之標的（參見強制執行法第 115 條以下）。

此外，賭債，非債，不成立債權債務關係，並非「自然債務」。此乃因賭博若為公然，則違反刑法第 266 條，在民法上，該法律行為屬違反禁止規定而無效；若僅是私下賭博，亦因具有射倖性質，宜認為違反善良風俗，無效。但若賭輸者已給付，雖賭債非債，致受領人受領給付，無法律上之原因，成立第 179 條之不當得利，但依第 180 條第 4 款規定，不法原因之給付，不得請求返還，故給付者無從對受領人請求返還（對此，參見不當得利之說明）。

²⁷ 但參見強制執行法第 128 條之例外。

(三)債之保全與確保

債權人除得依債權請求債務人給付外，民法亦規定有債權之保全，即代位權（第 242 條）與撤銷權（第 244 條）。前者，即債務人怠於行使權利，致其財產消極不增加。後者，債務人積極減少其財產，例如賤賣或贈與資產予第三人之掏空行為。前者，債權人得代位行使債務人之債權；後者，債權人得聲請法院撤銷債務人有害債權之法律行為。在此，宜留意債務人掏空資產與脫產之區別在於，掏空資產情況下債務人與相對人有意進行交易行為，故有效，但債權人得依第 244 條訴請法院撤銷，而脫產則是債務人僅意欲規避債權人求償，無意與相對人進行真正交易行為，故依第 87 條第 1 項前段明定無效。又法律上二者雖得明確區分，但債權人未必得以明確區分，故在訴訟上得依預備之訴加以主張。即債權人先主張通謀虛偽意思表示無效（先位之訴），再併以法院認定不成立通謀虛偽意思表示，而在法律行為有效之前提下，主張撤銷之訴（預備之訴）。

其次，因債權僅為請求權，債權能否實現，或債務人是否履行等，並不確定，故除有同時履行抗辯權（第 264 條第 1 項）外，民法亦有諸如保證契約（第 739 條以下）、物權之擔保（例如抵押權，第 860 條以下；動產質權，第 884 條以下；權利質權，第 900 條以下）；此外，亦有動產擔保交易法等相關規定，供當事人運用，以確保債權之實現。但是上述人保或物保之情形，通常是由當事人事先依意思表示一致加以設定，若未事先設定，即難以確保債權，故在一定情形下，民法亦有諸如法定抵押權之規定（如第 513 條）。無論如何，尤其是侵權行為損害賠償請求權經常面臨肇事者逃逸、無財產、有財產卻脫產或進行訴訟，致被害人難以獲得賠償，因此強制責任險，雖然金額未必夠高，但對被害人仍具有重大意義（對此，參見本書侵權行為之說明）。

(四)債權人平等原則

債務人之財產不足以清償多數債權人之全部債權時，原則上即應依破產法，妥適分配債務人之財產供全體債權人受償。即個別債權人若無法定優先受償權，例如抵押權或質權等（參見破產法第 108 條），或者無從依據所有權主張所有物返還請求權（參見破產法第 110 條），則債務人之財產乃所有債權人之總擔保，債權人僅能平均受償。例如上述債權人行使代位權或撤銷權之後，仍係由全體債權人所共享，平均受分配。

二、債務與責任

(一)債務包括給付行為或（與）給付結果

所謂債務是指債務人應為一定給付之義務。此處應注意債務人之給付義務有給付行為或（與）給付結果之區別。債務人有可能僅負有給付行為之債務，亦有可能在給付行為之外，亦負有給付結果之債務，前者例如僱傭或委任契約；後者例如買賣或承攬契約。

1. 僅負給付行為之給付義務

如醫療契約，傳統認為乃委任契約²⁸，主要是醫生盡醫療專業上之努力與注意即可²⁹，原則上，難以要求其負治癒病人之義務；又如律師擔任辯護人或訴訟代理人亦同，難以要求其負使當事人無罪或勝訴之義務。但契約自由，若有醫生或律師願約定承擔風險與責任，則不在此限。

²⁸ 104 臺上 276 稱，類似有償之委任關係。

²⁹ 對此，參見 104 臺上 700。

2. 包含給付行為及給付結果之給付義務

出賣人負有使買受人取得買賣標之物之所有權與占有之義務（第 348 條第 1 項）。出賣人能否移轉買賣標之物所有權予買受人，須依出賣人有無所有權或處分權而定，若其非所有權人或處分權人，則所有權之移轉，乃效力未定（第 118 條第 1 項）。此等情形，僅有給付行為，尚無給付結果，出賣人仍未履行債務或尚未依清償使債務消滅。但依第 801 條及第 948 條第 1 項、第 759 條之 1 第 2 項之特別規定，受讓人可能得以善意受讓所有權。

承攬契約，亦同，例如承攬人甲僱用受僱人丙丁戊為定作人乙建屋，至將完工階段，卻發生大地震致所建房屋全毀，則承攬人應完成工作之給付結果，仍未發生。此時依第 508 條第 1 項，應由承攬人承擔報酬風險。但是承攬人對於其所僱用並提供勞務之受僱人，仍負有給付報酬之義務。換言之，僱傭契約係受僱人有給付行為即可，而由僱用人承擔受僱人提供之勞務未能發生工作結果之風險。但弊之所在亦利之所在，僱用人獲利時，即使有年終分紅等給予受僱人，但大多數利潤均歸僱用人。附帶而言，實務上，承攬人係投保工程綜合險，以分散上述之風險。

(二) 債權已罹於消滅時效

有債權，原則上債務人即負有債務，但是例外如第 144 條第 1 項之罹於消滅時效之債權，債權人仍可請求，惟債務人得拒絕給付。對此，最高法院宣稱，民法消滅時效係採德國制，且債務人於請求權時效期間屆滿時，取得時效抗辯權，一經行使抗辯權，該當請求權即歸於消滅³⁰。相對的，德國法，採消滅時效完成債務人取得抗辯權，故

³⁰ 參見 99 年第 5 次決議。

須經債務人自行主張時效完成抗辯³¹，法院才可採納而以原告之訴無理由駁回，但若債務人未主張，除非原告債權人之訴狀表明被告債務人已主張消滅時效，否則法院不得依職權斟酌而應判決債權人勝訴³²，但對此，德國法係採所謂債務人享有繼續性拒絕給付權之見解³³，因此即使債務人已主張消滅時效完成，債權人之債權³⁴及請求權³⁵均仍然存在，故嗣後債權人請求時，若債務人給付，債權人乃有法律上之原因而受領給付，債務人不得依第 179 條請求返還。

此外，在我國無論債務人知或不知時效完成致未主張時效完成之抗辯而給付，債務人均不得請求返還（第 144 條第 2 項）。換言之，不知而未主張時效抗辯之給付已無從請求返還，故已知而未主張更不得請求返還已為之給付³⁶。理由是債權人仍有債權，其受領債務人之給付有法律上之原因，債務人不得請求返還；且債務人本應自行維護利益主張第 144 條第 1 項之抗辯權，債務人於給付之後，再就此爭訟而請求返還，將造成訴訟資源等之浪費，故應由債務人自行承擔後果。

(三) 責 任

責任，文義上可能是指應負擔一定損害賠償之義務，例如第 184 條第 1 項前段之損害賠償責任，但是責任一語亦有可能是指債務人以

³¹ 性質上為準法律行為，MK/Grothe, 7. Aufl 2015 §214 Rn 4.

³² MK/Grothe, 7. Aufl 2015 §214 Rn 3 und 4.

³³ Palandt/Ellenberger, 2015 §214 Rn 1.

³⁴ 參見 MK/Grothe, 7. Aufl 2015 §214 之標題。

³⁵ BGH NJW 1983, 392 (392f unter II 3); MK/Grothe, 7. Aufl 2015 §214 Rn 1.

³⁶ 德國民法第 214 條第 2 項之文義係「縱使不知時效完成而為給付亦不得請求返還」，而我國民法第 144 條第 2 項，係規定「不得以不知時效為理由，請求返還」。

其全部財產作為履行義務之擔保，以確保債權之實現。以下說明僅涉及後者。

原則上有債務即有責任。例外，有債務而無責任，例如第 144 條第 1 項，債務人得抗辯時效完成而拒絕給付之情形。又無債務而有責任，例如抵押人與債務人並非同一人，也就是物上擔保人對抵押權人不負債務，僅依法（第 860 條以下）須容忍抵押權人行使抵押權拍賣抵押物而已。

再者，債務人原則上是負無限責任，即債務人應以其全部財產擔保其債務履行，因此債權人為實現其債權，得在債權額度內以債務人之財產為強制執行標的，但是強制執行法第 52 條及第 53 條亦有執行限制之規定。

例外即有限責任，是以特定財產或一定數額為限度而負責，法律明文規定者，如公司法之有限公司或股份有限公司之股東，對公司之債務，係以其出資或股份為限對公司債務負責。其次，如抵押人非同時為債務人者，則抵押人僅就抵押物作為擔保物而對債權人負責；此外，繼承人雖繼承被繼承人之債務（第 1148 條第 1 項），但依第 1148 條第 2 項，繼承人僅以所繼承之遺產為限，對被繼承人之債務負責，並不須以自己財產對被繼承人之債務負責。

三、債之關係相對性原則及其例外

(一)債之關係相對性原則

債之關係僅存在於債之關係之當事人，如契約關係之債權人與債務人之間。債務人以外之第三人，並非債務人，不負債務履行責任，債權人對第三人，亦無請求權，例如父債，請求子還，或者夫債，請求妻還，若別無特殊情事（如其乃保證人等），法律上均無理由。

(二)債之相對性原則之例外

1. 第三人利益契約

第 269 條第 1 項規定未盡精確，致最高法院不少判決亦不正確³⁷。要件上，須第三人有向債務人直接請求給付之權利，才屬真正第三人利益契約，否則只是所謂不真正第三人利益契約，僅有給付受領權，而無給付請求權。此外，並參第 268 條規定之第三人負擔契約。

2. 附保護第三人作用之契約

附保護第三人作用之契約，乃德國判決承認之制度，但我國最高法院至今尚未承認本項制度。典型案例是出租人出租並交付房屋予承租人，但租賃標的房屋有瑕疵，致承租人同居共同生活之家人受害。若堅持契約相對性原則，承租人之家人並非租賃契約當事人，僅得依侵權行為請求損害賠償（第 184 條第 1 項前段），但契約或侵權行為之責任要件、舉證責任、消滅時效、對第三人行為負責（即第 224 條或第 188 條第 1 項）或有關純粹經濟損失等，均有不同（對此，參見侵權行為與契約競合之說明），對承租人以外之請求權人，並非有利。

3. 買賣不破租賃

1) 租賃契約

契約相對性原則之另一重要例外是第 425 條第 1 項，即出租人已交付租賃標的物，且承租人占有中，縱出租人將租賃標的物所有權讓與第三人，其租賃契約對於受讓人仍繼續存在（第 425 條第 1 項）³⁸。

³⁷ 參見本書對第三人利益契約之說明。

³⁸ 本項制度之源由，參見 HKK/Oestman, 2013, §§533–580a, Rn 130ff.

精確而言，單依出租人與第三人之買賣契約，並不影響原租賃契約，反而本條項涉及「租賃標的物所有權讓與之物權行為」與「租賃契約」之關係（德國民法第 566 條係限於房屋租賃，至於其他建築物或土地，參見同法第 578 條。又承租人死亡，適用德國民法第 563 條以下之規定。至於現行我國民法，參見第 1148 條第 1 項）。

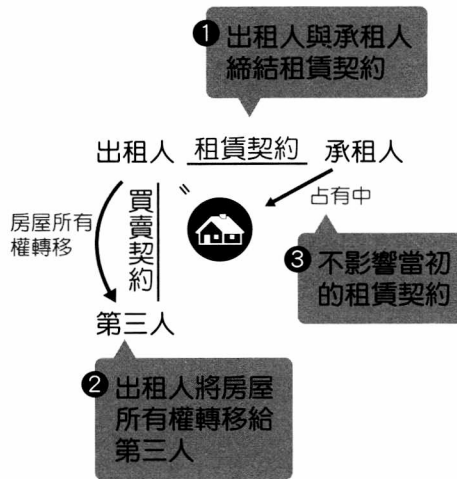


圖 1-3 買賣不破租賃

上述原則之理由依據，一般均稱係為了保護承租人³⁹。但本條項規定是任意規定，也就是說出租人與承租人得另為不同約定；至於出租人與受讓人間之約定，涉及承租人之給付，若未經承租人意思表示同意，對承租人不生效力⁴⁰（參見第 268 條）。

有關保護承租人，還包括受讓人對租賃契約債務不履行時，依德國民法第 566 條第 2 項，原出租人乃依所謂已拋棄先訴抗辯權之保證人而負責。此外，如何保護承租人不須重複對出租人或受讓人支付租金，或承租人得否以其對出租人之債權對受讓人行使抵銷權等，參見

³⁹ Palandt/Weidenkaff, 2015 §566 Rn 1.

⁴⁰ Palandt/Weidenkaff, 2015 §566 Rn 5.

德國民法第 566c 條及第 566d 條。又有關押租金之返還問題，德國民法第 566a 條明定，由受讓人承擔返還義務，但承租人無從自受讓人請求返還時，原出租人仍負返還義務。

反之，為免第 425 條第 1 項作為妨礙或侵害出租人之債權人對出租人行使債權之手段，亦應特別注意第 425 條第 2 項規定。

2) 借貸契約不類推適用買賣不破租賃

最後，借貸契約之情形下，貸與人將已交付予借用人之標的物轉讓所有權給第三人時，宜認為借用人無從類推適用第 425 條第 1 項對受讓人主張使用借貸契約仍繼續存在⁴¹。理由，首先是第 425 條第 1 項為契約相對性原則之法定例外⁴²，不宜擴大適用範圍。其次，無償之借用人，亦不宜享有同於承租人般之保護；即貸與人得依第 472 條第 1 款，因不可預知之情事，自己須用借用物而終止使用借貸契約。此外，民法對有償或無償契約當事人之權益保護，明顯有別，如債務人之注意義務（參見如第 535 條），或者作為第三人是否應負不當得利返還義務亦因有償或無償有所不同（如第 183 條）。至於債權人以無償契約為依據者，亦未享有同於以有償契約為依據之債權人般之權利（參見如第 410 條之受贈人；第 535 條之委任人）。故若借用人有意獲得第 425 條第 1 項之保護，應當自行與貸與人締結租賃契約並依交付占有標的物。更重要的是，即使貸與人違約將借貸標的物如房屋出賣並讓與第三人致影響借用人之使用收益之權利（參見第 470 條第 1 項），借用人得依借貸契約對貸與人請求損害賠償，對借用人利益之保護業已充分足夠，而不須另外類推適用第 425 條第 1 項使其得對受讓人主張使用借貸契約繼續存在。綜上所述，無論成立契約之前或之後，借用人法律上均得充分保護自己利益，故若借用人節省租金之支出，則

⁴¹ 59 臺上 2490。

⁴² Palandt/Weidenkaff, 2015 §566 Rn 1.

僅得享有對其相對人即貸與人主張使用借貸契約之權利，但不應享有同於支出對價且已受交付之承租人般之權利對抗受讓人。

4. 預告登記

對此，參見土地法第 79 條之 1。

四、繼續性債之關係

契約之法律關係有一次性之交易關係，例如日常生活中的買賣契約之多數情形。但是亦有可能給付義務有重複性，且（或）具長期性。前者，如日常生活中之水、電、瓦斯、電話等之使用契約，後者，如僱傭、租賃、消費寄託契約、連鎖加盟店契約等。

繼續性契約關係特色，首先是重視誠信原則，即當事人間法律關係持續長久之期間，對無明文規定或約定之事項，更須依賴誠信原則解決之。其次，僱傭契約中重大事由之終止契約規定（第 489 條第 1 項），性質上屬於繼續性債之關係的一般原則，因此可以類推適用至其他繼續性債之關係（對此，德國民法債編修正已增訂第 314 條）。而本條項之重大事由之例，如僱用人要求受僱人執行職務涉及犯罪行為，或受僱人貪贓舞弊等。

再者，繼續性債之關係，依 91 臺上 577，已為給付之後，（原則上）⁴³以終止權消滅契約關係，以免法律關係複雜；但尚未為給付，則仍得容許當事人行使法定或意定解除權。值得注意的是，95 臺上 1731 認為，不得謂「已履行之繼續性契約，均無容當事人行使法定或意定解除權之餘地，此觀民法（承攬契約中）第五百零二條第二項、

⁴³ 95 臺上 1731。依 BGH NJW 2002 1870，已履行之繼續性債之關係，只要完全回復原狀，乃無困難地可能，且依當事人之利益狀態亦屬適當，則仍得適用解除。

第五百零三條、第五百零六條、第五百零七條之規定自明」。但承攬契約，縱須長期履行，是否屬於繼續性契約，仍有爭議⁴⁴。其次，在已開始履行但尚未結束之情形，雖然瑞士債務法第 366 條第 1 項（高度類似我國民法第 503 條）及第 2 項（高度類似我國民法第 497 條）係明定「解除」，但瑞士聯邦法院（即瑞士最高法院）承認定作人得選擇終止契約而取代「解除」，以保留既存的法律關係⁴⁵。依此一見解，定作人得承認並接受承攬人之工作，而承攬人亦得對此一部分工作請求報酬。相對的，採取僅得解除契約見解，則消滅雙方債務，並應回復原狀（第 259 條），既耗費成本，亦不利承攬人及定作人。

⁴⁴ 參見 Medicus/Lorenz, SAT 2015 Rn 10 und 11（所謂真正繼續性債之關係乃指根本上由時間決定（債務人）應為給付之範圍，例如租賃契約）。

⁴⁵ BGE 116 II 450ff (452f., unter 2 a) aa).