



2024年增修10版

論各編債 義釋條逐

第345條稱買賣者，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。當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。第346條價金雖未具體約定，而依情形可得而定者，視為定有價金。價金約定依市價者，視為標的物清償時、清償地之市價。但契約另有訂定者，不在此限。第347條本節規定，於買賣契約以外之有償契約準用之。但為其契約性質所不許者，不在此限。第348條物之出賣人，負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。權利之出賣人，負使買受人取得其權利之義務，如因其權利而得占有一定之物者，並負交付其物之義務。第349條出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。第350條債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在。有價證券之出賣人，並應擔保其證券未因公示催告而宣示無效。第351條買受人於契約成立時，知有權利之瑕疵者，出賣人不負擔保之責。但契約另有訂定者，不在此限。第352條債權之出賣人，對於債務人之支付能力，除契約另有訂定外，不負擔保責任，出賣人就債務人之支付能力，負擔保責任者，推定其擔保債權移轉時債務人之支付能力。第353條出賣人不履行第三百四十八條至第三百五十一條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。第354條物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。

吳志正、管靜怡 著



元照

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>



元照出版

搶先試閱版

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>

債編各論逐條釋義

吳志正、管靜怡 著



元照出版

搶先試閱版

元照出版公司

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>



元照出版

搶先試閱版

第十版 吳序

此次改版，要特別感謝管靜怡法官，前由合著《債編總論逐條釋義》的因緣，得以經常就債法問題交換意見。從本書第7版開始，管法官即陸續對修訂內容提供實務面的寶貴意見，而此次協助參與修訂幅度之大，更是歷次改版之最，相信本書爾後，得管法官持續挹注心血，將能更臻完善。

於法院組織法修法後，案例法學成為方法論上不容忽視的環節，可以讓台灣民法邁步走向本土在地法學的康莊大道，此不僅具有實務重要性，亦成為法律學習應有的態度。此次改版得以補充大量最新實務觀點，恰可與理論法學互為表裡，賦予本書新風貌。

繼家父 吳賢盛先生於109年冬之離世，慈母 吳黃文麗女士於113年春，也永遠地離開了筆者。但很幸運地，在得知所剩無幾的2年多歲月裡，筆者能時刻陪伴在旁，減輕母親病苦並免於孤單；因病情，家母的飲食有極其嚴格的醫學上要求，從選定食材到準備每餐飯菜，人子親力親為，這離別的食譜，每一頁，都是對慈恩的感念，也是送行者相依不捨的滋味。

雖曰微塵，即非微塵，是名微塵，如夢幻泡影，如露亦如電；但逝去的，不能重來，盼各位讀者珍惜親情因緣，再怎麼忙，多留一些時間，及時珍惜身旁所愛的人。

吳志正 於豐原
2024年 甲辰立秋

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>



元照出版

搶先試閱版

第十版 管序

吳志正老師所撰寫《債編各論逐條釋義》，可以說是各編逐條釋義著作的濫觴，且以債編各論編排的體例來說，尤適合以逐條釋義形式表達，非常方便使用者翻查對照。

幸因與吳志正老師合著《債編總論逐條釋義》的機緣，得以常與吳老師討論債法問題，並得吳老師邀請參與此次《債編各論逐條釋義》修訂，實深感榮幸！希冀藉由就現行民法債編各論之逐條釋義，體現臺灣民法數十年來本土化發展，更得使閱讀者承先啟後，讓這塊土地上的法學發展更有生命力！

本書的完成，除了感謝吳老師這段時間耐心與我反覆討論、編寫及修改內容外，也感謝曾經教導過師長的無私教誨，服務單位長官與同事的體諒與鼓勵，及司法體系提供充分且多元的審判環境，使我得以更深切瞭解法律的價值，暨無數前輩與同儕對司法審判的奉獻，提供了本土司法見解與素材，豐富了此書的內容，衷心感謝！

管靜怡 於最高法院

2024年8月16日

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>



元照出版

搶先試閱版

此書緣由

這本書，最初只是一張張A4大小的講義，是筆者在東吳大學擔任債法各論授課時發給學生參考的教材。筆者研習民法，師承前司法院大法官 孫森焱恩師，因此在教材內容的取捨上，很自然地是以台灣的實務見解為經緯，將判解文字擇要剪裁或以淺易文字重新演繹，再適度地參考學說爭議所編寫而成。教材採逐條釋義的方式編排，是為了拉近學生與法條文字間之距離，以加強對現行法之熟悉度；筆者同時試著於各條文中整合民總、債總與物權概念，更藉由繪製的圖表與安排的各個專論，引導學生由法條釋義中建構出完整的民事財產法體系。

今承蒙元照出版公司將筆者的授課教材出版為講義書，筆者更針對初學與進階學習者設計不同的學習區塊，方便讀者依自身需求與能力挑選適合的內容閱讀。但筆者必須強調，此書不是、也絕不能取代教科書，毋寧只是提供讀者以此書作為學習債各之筆記本，將自修學習的心得、學校老師授課的內容、與學者的論述陸續補充記入本書相對應法條的空白處，使成為讀者為自己量身訂製之專屬筆記書，方便日後複習參考，或準備考試之用。

此講義書之寫成，除大量援引實務判解外，主要參考林誠二教授、邱聰智教授以及劉春堂教授所著之債各教科書，並補充以知名學者之期刊論文，而東吳大學法律系可敬的學生們對筆者教材的建議與回饋，更提供筆者靈感與動力。惟筆者學養不足，斷無著書立論之資，故僅能以弄斧獻曝之忱勉力而為，盼此書能協助讀者輕鬆地一窺債法各論之美。

吳志正

2013.11 於豐原寓所

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>



元照出版

搶先試閱版

目 錄

十版序 吳序

十版序 管序

此書緣由

第一章 總 說	1
第二章 各 論	15
第一節 買 賣	17
第二節 互 易	89
第三節 交互計算	91
第四節 贈 與	95
第五節 租 賃	111
第六節之一 使用借貸	204
第六節之二 消費借貸	213
第七節 僱 傭	223
第八節 承 攬	233
第八節之一 旅 遊	296
第九節 出 版	303
第十節 委 任	310
第十一節 經理人及代辦商	357
第十二節 居 間	368
第十三節 行 紀	377
第十四節 寄 託	385
第十五節 倉 庫	404
第十六節 運 送	411

第十七節 承攬運送.....	441
第十八節 合夥.....	448
第十九節 隱名合夥.....	483
第十九節之一 合會.....	489
第二十節 指示證券.....	498
第二十一節 無記名證券.....	506
第二十二節 終身定期金.....	512
第二十三節 和解.....	515
第二十四節 保證.....	528
第二十四節之一 人事保證.....	563

第一章



元照出版

總

說

搶先試閱版

.....

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>



元照出版

搶先試閱版

❖ 凡 例

❖ **法條**：§ 416(1)②指民法第416條第1項第2款。未標明者為民法，其餘各法以簡稱代之，譬如土§ 18＝土地法§ 18，民訴§ 52＝民事訴訟法§ 52等。又本書採「逐條釋義」之編排，故原則上依債各條文依序編排，惟於必要處，筆者例外更動次序以利說明。

❖ **實務見解**：以釋字、判例、院解釋、決議、以及最高法院判決為主，少數輔以下級審判決。採簡式表明出處，譬如52台上418（指依法院組織法§ 57-1(2)效力與最高法院裁判相同之前判例），52台上1125原決（指該前判例之原判決），22上33[㊟]（指依法院組織法停用之判例），84台上1121決（指最高法院判決），108台上大980裁（指最高法院依法院組織法經大法庭審理之裁定），84年台上1121裁（指最高法院裁定），89・9民決（指最高法院89年度第9次民庭決議、民推總會決議、民事庭會議等），釋748、院1221、院解418（指司法院之釋字、院字、院解字解釋）。於不增加閱讀負擔前提下，筆者羅列豐富實務見解，目的在於建構以本土法學為根基之學習方法，並盼讀者行有餘力時，能閱讀原判解中之法律事實，與理論相印證。

❖ **學者見解**：孫師（孫森焱老師）、王師（王澤鑑老師）、謝師（謝在全老師）、林師（林誠二老師）、邱師（邱聰智老師）、劉師（劉春堂老師），通說不另註明出處。

❖ **符號**：文中標示【注意】、【思考】、【練習】等一適合初學者閱讀。標示【進階注意】、【進階思考】、【進階練習】等一適合進階者閱讀。思考或練習之解答或提示以「㊟……」表示。《說明》與《余意以為》則為筆者個人意見。

❖ 鳥 瞰

❖ 民法各種之債之結構

廣義各種之債包括：無因管理、不當得利、侵權行為（以上我民法編入債總）＋民法債各所列27種有名契約（稱「有名契約」或「典型契約」）與2種證券發行之單獨行為＋債各所無之無名契約（由當事人約定）＋其他民法上之損害賠償或求償規定（譬如§ 779、§ 816、§ 822、§ 978）等。

4 債編各論逐條釋義

◇民法債各之各債類型（概略）¹

(1)財產性契約—買賣／互易／贈與（財產移轉型）、租賃／使用借貸／消費借貸（財產利用型）；(2)勞務性契約—僱傭（單純勞務提供）、委任／經理人／代辦商／居間／行紀／寄託／倉庫／承攬運送（處理事務型）、承攬／旅遊／運送／承攬運送／出版（完成一定工作）；(3)信用性契約—交互計算／合會／保證／人事保證（契約）、指示證券／無記名證券（單獨行為）；(4)組織型契約—合夥／隱名合夥／合會；(5)其他型契約—終身定期金／和解。

◇債各學習過程須注意與民總²、債總³、物權⁴、甚至親屬繼承⁵之適用關係與整合問題（詳後述於各節）

.....
1 不論實務或國考，於處理當事人間契約關係之糾紛或解題時，起手式就是判斷契約之類型，譬如當事人間究竟適用僱傭？委任？或承攬？解為不同契約將對應至迥異之權利義務關係。

【注意】一般而言，就當事人所約定之契約內容，學說上分為：❶要素—此為構成契約內容之必備要件，是該契約主給付義務之內容，而此內容是有名契約定性之依據。譬如構成承攬契約之必備要件即「完成一定工作」與「俟工作完成後支付報酬」，缺任何一要件，就不是承攬契約，則完成一定工作與俟工作完成後支付報酬即屬承攬契約之要素；相對地，倘某契約為無償而欠缺給付報酬要素，僅有工作之完成，雖非承攬契約，但可能是無償委任契約，若涉及工作物財產權移轉則另有贈與契約之要素，而成為無償委任與贈與之混合契約。❷常素—通常情形雖構成契約之內容，但除去該部分，契約之定性不受影響，譬如承攬契約關於承攬人之瑕疵擔保責任，縱當事人約定排除於契約內容之外，亦不妨礙承攬契約之成立。❸偶素—通常不構成契約之內容，譬如民法承攬一節並無承攬人任意終止之規定，倘當事人於承攬契約中約定承攬人得任意終止契約是。其中，僅「要素」，為契約定性之判斷關鍵，常素與偶素，則不與焉。【思考】應如何判斷？➡要訣：①債各中各有名契約之主給付義務，均規範於各節之第一條條文，此為判斷契約類型之主要依據，因此務必理解各該條文涵攝之範圍。譬如一方提供自己財產「有償」供他方「使用收益」者，可能為租賃，但「無償」供他人「收益」，則屬贈與；惟「無償」供人「使用」時，則應適用使用或消費借貸之規定。又譬如，一方出資而由他方經營事業，依損益分配之約定或其他情形，可能是合夥、隱名合夥、或僅是消費借貸或租賃等。就此，本書於各節第一條之注釋中會詳加說明，請不要輕忽各節第一條條文之重要性。②解釋意思表

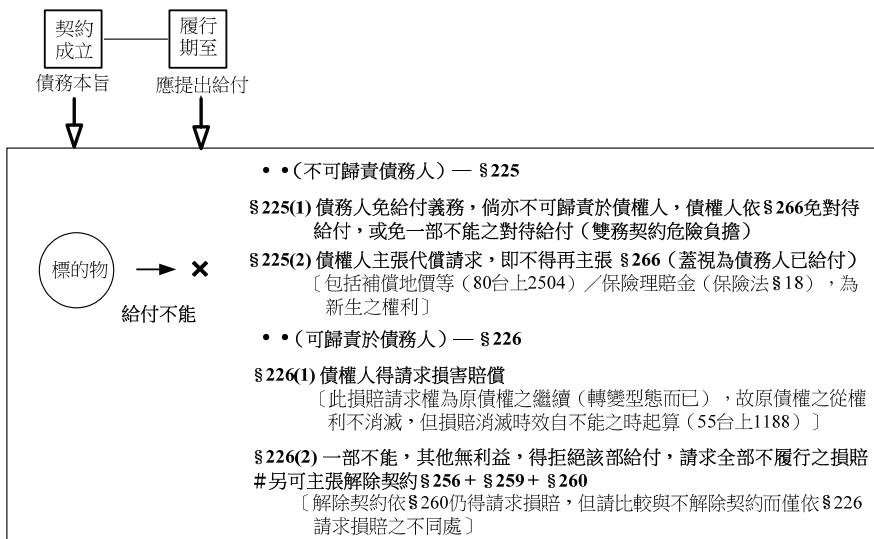
示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，故當事人約定「訂購」特殊式樣之T恤10萬件，其真意可能是承攬而非買賣（可參83台上2410決之案件事實，【提醒】解讀法院文字時亦須探求其真意，本件最高法院謂「原審謂：上訴人向被上訴人採購沙漠迷彩T恤衫10萬件。所云『採購』如係指『買受』而言，則……」，則最高法院並未認本件為「買賣」，否則無須載「所云『採購』如係指『買受』」云云），又如約定互贈土地，其真意可能非贈與而是互易。

- 2 譬如，關於行為能力、代理、意思表示之解釋等與各契約成立之關係。
- 3 譬如，買賣瑕疵擔保與債務不履行之適用關係、債各關於危險負擔係相對於債總 § 225 + § 266之特別規定、承攬就給付遲延與不完全給付與債總規定之適用優先性等。
- 4 譬如，就房屋與土地不屬於同一人事件，以及人保與物保共同擔保等事件，均涉及債各與物權之整合議題。
- 5 譬如，法定代理人能否代理未成年人締結保證契約將涉及 § 1088(2)但書之解釋等。



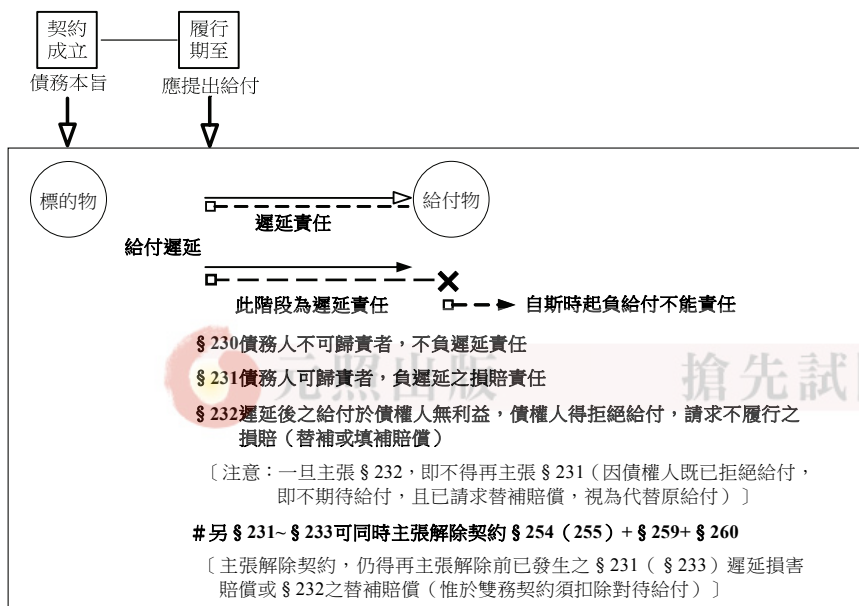
❖複習一下：債務不履行圖示

1. 給付不能



6 債編各論逐條釋義

2. 給付遲延



【注意】① § 232 「遲延後之給付，於債權人無利益」要件之判斷 = § 255

「非於一定時期為給付不能達其契約之目的」，據此：(1)非定期行為不得主張 § 232，亦即給付雖有遲延，但仍可達契約之目的，於此情形，債權人不得主張無利益—即客觀上非一次性使用、消費，或與時間無緊密結合者；(2)定期行為方得主張 § 232，亦即非於一定期限履行，客觀上（絕對定期¹），或主觀上（相對定期²）不能達契約目的，債權人方能主張無利益；前者依債之性質判斷，後者須以契約約定（而非僅動機）。②債務人給付不能或遲延時，債權人除得依 § 226、§ 231、§ 232 等請求損害賠償³外，尚得依 § 256、§ 254、§ 255 等解除契約⁴而不妨礙損害賠償之請求（§ 260），究應如何主張，任聽債權人擇最有利方式為之⁵。

.....

1 64台再177：「民法第255條所謂依契約之性質，非於一定時期為給付不能達其

契約之目的者。係指就契約本身，自客觀上觀察，即可認識非於一定時期為給付不能達契約目的之情形而言（按：此即絕對定期），如定製慶祝國慶牌坊是……。」

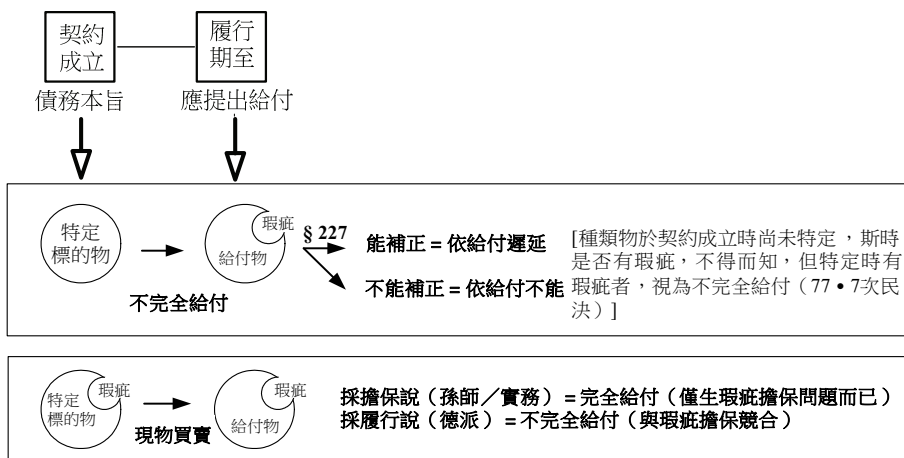
- 2 64台再177：「……又所謂依當事人之意思表示，非於一定時期為給付不能達其契約之目的者，必須契約當事人間有嚴守履行期間之合意，並對此期間之重要（契約之目的所在）有所認識（按：此即相對定期），如定製手工藝品一套，並告以係為本月五日出國贈送親友之用。必須於本月四日交付是。本件再審原告應為之給付，係買賣價金，自客觀上觀察殊無非於一定時期為給付不能達其契約目的之情形，而兩造間又無從證明有嚴守六個月履行期限之合意，並對此期限之重要已有所認識，自無民法第255條之適用。」再參31上2840：「民法第255條之規定，固於相對定期行為亦有適用，惟相對定期行為之成立，以當事人間就履行期之特別重要成立合意為要件。上訴人賣地於被上訴人，僅與被上訴人約定立契過交日期，並未主張別有可認其履行期特別重要之合意，既無從認為相對定期行為，即無適用同條之餘地。」
- 3 關於損害賠償額之計算準據時點：①孫師認為，①關於「物之給付」之損害賠償，當以（實際）給付時之通常價格（市價）計算損害賠償額，實務上無從斟酌賠償義務人將來實際為給付時之價格為若干，判決文常依「給付時以市價計算之新台幣」命為給付，於此情形，強制執行程序中之執行法院即應先就市價若干予以裁定。惟求其便宜，當事人亦不妨以請求（或起訴）時，或事實審言詞辯論終結時之通常價格作為請求依據，再以此價額請求法院判以計算至包括實際給付時之遲延利息，即可依判決主文計算出支付總額，取其簡便。②至於「物之毀損」之侵權行為損害賠償，理應以毀損時之差價為計算基準，但64・6民決：「損害賠償之目的在於填補所生之損害。其應回復者，並非『原來狀態』，而係『應有狀態』，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。故其價格應以加害人應為給付之時為準，被害人請求賠償時，加害人即有給付之義務，（所以）算定被害物價格時，應以起訴（＝請求）時之市價為準，被害人於起訴前已曾為請求賠償時，以請求時之市價為準。惟被害人如能證明在請求或起訴前有具體事實，可以獲得較高之交換價格者，應以該較高之價格為準。因被害人如未被侵害，即可獲得該項利益也。」②最高法院實務似亦有將「物之給付」適用64・6民決關於「物之毀損」之計算基準，可參104台上1432決：「民法第260條所指損害賠償之請求，係專指因給付遲延或給付不能所生損害之賠償而言……其應回復者，並非『原來狀態』，而係『應有狀態』，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。故其價格應以加害人應為給付之時為準，被害人請求賠償時，加害人即有給付之義務，故算定被害物價格時，應以起訴時之市價為準，被害人於起訴前已曾為請求者，以請求時之市價為準。」
- 4 須注意解除權行使之方式（§ 257、§ 258）、效力（§ 259、§ 260）、限制（§ 262）、以及同時履行抗辯（§ 261）。
- 5 債權人選擇解除契約，有以下實益：

8 債編各論逐條釋義

- ①可免己方之給付義務—其實益於給付價金之情形下固較不明顯（因可與債務人之賠償額抵銷），惟於給付特定物（譬如名畫一幅）之情形下即具實益，蓋可避免給付該特定物後相對人仍不能給付之風險，甚至於給付該特定物前即解除，更可免相對人不能返還之風險、以及考慮特定物價格會有波動之可能。
- ②可求取價差利益—①以買賣之給付遲延為例，出賣人遲延給付，倘買賣標的物於遲延後市場行情下跌，買受人即可選擇解除契約免給付價金或取回價金，蓋該價金現顯然已高於標的物之價值，至於解除契約並不妨礙買受人請求遲延所生損害（§ 260），乃屬當然；反之，倘買賣標的物於遲延後市場行情走高，買受人當然可選擇不解除契約（亦即須給付原價金）而仍要求給付現價格較高之標的物，並請求遲延之損害賠償。②以買賣之給付不能為例，買受人所得請求之損害賠償範圍為「所受損害」與「所失利益」，其中「所受損害」之內容即包括「不能受領該標的物」在內，就此，倘該標的物之行情慘跌，買受人即可選擇解除契約，蓋其所得請求「不能受領該標的物」之損害賠償金額（按：計算基準參前註），顯然遠低於買賣價金，毋寧解除契約，若然，買受人免支付價金，而出賣人免賠償買受人「不能受領該標的物」之損害，至於解除契約並不妨礙買受人其他（譬如轉售所失利益、或另受有轉售違約金損害等）損害賠償之請求（§ 260），乃屬當然；反之，倘買賣標的物市場行情飆高，買受人當然可選擇不解除契約（仍給付原價金）而為包括「不能受領該標的物」在內之損害賠償請求。



3. 不完全給付



❖ 契約之分類

◆ 有名（典型）・無名契約

- ◎ 民法債編各論所列、特別法（保險契約、海上運送等）＝有名契約、典型契約。
- ◎ 當事人約定之內容與有名契約不同者＝無名契約¹。
- ◎ 區分實益：法律之適用與類推適用²。

-
- 1 廣義「無名契約」包括：(一)純無名契約（又稱非典型契約），即當事人約定之內容完全不能為現有典型契約所涵攝者。例：債各增訂「合會」一節之前，民間之合會契約即屬無名契約，於增訂後即為有名契約；醫療契約則屬近似委任之無名契約。(二)混合或準混合契約—由一典型契約構成分子與其他典型或非典型契約構成分子混合而成之單一債權契約（院2287），契約個數：1個。例：工作物供給契約即可能屬買賣與承攬之混合契約（參承攬一節）；乘坐飛機則屬旅客運送、（空姐）勞務與（餐飲）買賣之混合契約。(三)聯立契約—數契約間，具有依存關係者，契約個數：≥2個。例：押租金契約與租賃契約（參租賃一節）。(四)結合契約—不具依存關係之數契約，為求方便，同時訂立於一紙契約書上，契約個數：≥2個。【思考】妳（你）到三商巧福買碗原汁牛肉麵吃（內用），順便上洗手間，請問有多少有名契約之構成分子？➡至少有買賣（原汁牛肉麵）、使用借貸（場地、碗筷、桌椅、洗手間）、贈與（擦手紙、免洗筷、牙籤）、法定寄託（場所主人責任）等。
 - 2 處理當事人間契約關係之糾紛時，辨明契約定性之目的在於正確地論斷其間之權利義務關係，而於混合契約中辨識出其中之有名契約要素，將有助於此目的之達成。有名契約直接適用債各各節之規定；無名契約則類推適用性質相近之有名契約，或依當事人之約定；混合契約應視該爭議事項屬何有名契約構成分子之特徵及內容，而類推適用各該有名契約以定法律之適用，方符合當事人之利益狀態及契約目的（112台上2370決）。

【注意】109台上1021決：「基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之種類及內容，以形成其所欲發生之權利義務關係。倘當事人所訂定之契約，其性質究係屬成文法典所預設之契約類型（民法各種之債或其他法律所規定之有名契約），或為法律所未規定之契約種類（非典型契約，包含純粹之無名契約與混合契約）有所不明，致造成法規適用上之疑義時，法院即應為契約之定性（辨識或識別），將契約內容或待決之法律關係套入典型契約之法規範，以檢視其是否與法規範構成要件之連結對象相符，進而確定其契約之屬性，俾選擇適當之法規適用，以解決當事人間之紛爭。而當事人訂定不能歸類之非典型契約，於性質相類者，自仍可類推適用民法或其他法律相關之規定。此項契約之定性及法規適用之選擇，乃對於契約本身之性質在

10 債編各論逐條釋義

法律上之評價，屬於法院之職責。」



◇雙務・單（片）務契約

- ◎雙務＝雙方當事人約定互負「對價」關係¹之債務所成立之契約²。
- ◎單務＝僅一方負債務、他方不負，或均負債務但無對價關係之契約³。
- ◎區分實益：雙務契約有同時履行抗辯、危險負擔問題。

.....

- 1 對價關係：非指客觀上有同一價格之謂。乃指主觀上雙方所為之給付相互依存而有報償關係之謂，故債務與債務間具有補償性質互為代價。
- 2 雙務：譬如買賣、互易、租賃、承攬、有償委任、有償寄託、居間、合夥等。
- 3 單務：譬如贈與、無償委任、保證、使用借貸、消費借貸等。



◇有償・無償契約

- ◎有償＝雙方當事人各因給付而取得「對價」利益之契約。
- ◎無償＝一方為給付、他方無給付，或均有給付但無對價關係之契約。
 - ◎與單、雙務之判斷不同：
 - A.單雙務之觀察點一於契約成立時是否因該契約之成立而負擔對價關係之債務。
 - B.有無償之觀察點一自契約成立當時起至契約內容實現為止之整起歷程中，是否取得對價利益。故有償契約之範疇自是較雙務契約為廣，契約為雙務者必為有償，而有償者未必雙務¹。
 - ◎區分實益：有償準用買賣（瑕疵擔保），另§ 244、§ 183、§ 220因有償或無償而異其效果。

.....

- 1 譬如，約定利息之消費借貸雖有償，但為單務契約。附負擔之贈與雖有雙方均負擔給付義務，但非對價義務，故為單務無償（此處有爭議）。



◇諾成・要式・要物契約

- ◎要式¹：終身定期金§ 730書面要式、合會§ 709-3書面要式、不動產債

權契約 § 166-1（公證要式，尚未實施）、人事保證 § 756-1(2)書面要式等。

◎要物²：使用借貸、消費借貸、寄託。

◎不要物（諾成）：買賣、租賃等。

◎區分實益：契約是否成立之判斷（§ 73）³。

.....

- 1 可能在各該節第1條法文中規定，譬如人事保證規定於該節第1條（§ 756-1）第2項「前項契約，應以書面為之」；或是在該節其他條法文中標示出「要式」性，譬如，終身定期金一節於第2條（§ 730）始規定「終身定期金契約之訂立，應以書面為之」；甚至合會係於第3條始為書面要式規定。
- 2 通常從該節第1條法文即可判斷為「要物」契約，譬如使用借貸 § 464：「稱使用借貸者，謂當事人一方以物交付他方，而約定他方於無償使用後返還其物之契約。」比較：倘本條為不要物契約，其法條文字會是「稱使用借貸者，謂當事人約定一方以物交付他方，而他方於無償使用後返還其物之契約」。
- 3 違反法定方式（包括要式、要物）者，契約不成立（§ 73雖稱「法律行為，不依法定方式者，無效」，但通說認應指不成立）；相對地，違反約定要式者，依 § 166係推定其契約不成立。



◆一時性・繼續性契約

◎區分實益：繼續性契約有契約終止¹、情事變更原則之規定。

◎另注意「繼續性契約」中之特殊類型—「繼續性供給契約²」。

.....

- 1 債總僅規範契約解除權之要件（§ 254～§ 256），至於契約終止權之要件則分散規定於債各之各契約中，僅終止權之行使方式與損害賠償二項準用解除權之規定而已（§ 263準用 § 258、§ 260）。譬如，租賃為繼續性契約，於租賃關係存續中契約終止權之行使概依租賃一節之規定，故於租賃關係持續中，承租人即不得謂出租人有給付遲延之情事，遂依 § 254或 § 255主張終止或解除契約（除非係出租人自始即陷於遲延者，通說與實務則認仍有 § 254或 § 255解除契約之適用）。
- 2 按：①繼續性供給契約，乃當事人約定一方於一定或不定之期限內，向他方繼續供給定量或不定量之一定種類、品質之物，而由他方按一定之標準支付價金之契約（譬如訂閱報紙，於當月月底收報費）。又繼續性供給契約，若於中途當事人之一方發生債務不履行情事，民法雖無債權人得終止契約之明

12 債編各論逐條釋義

文規定，但債權人對於不履行或不為完全履行債務人之將來給付，必感不安，為解決此情形，應得類推適用 § 227 及 § 254 至 § 256 之規定，許其終止將來之契約關係（100台上675決、112台上2329決）；惟就給付有遲延者，債權人應依給付遲延之規定，先定相當期間催告補正而不補正，其主張終止契約始為適法（110台上3246決）。又已開始履行之繼續性供給契約，無須因嗣後有債務不履行之情事，而使其溯及的消滅已履行之契約關係，否則徒增法律關係之複雜，故繼續性供給契約已進入履行階段者，對於已履行部分，依51台上2829之法理，即不得以解除之意思表示使之消滅（102台上2375決）。再按繼續性供給契約，乃當事人約定一方於一定或不定之期限內，向他方繼續供給定量或不定量之一定種類、品質之物，而由他方按一定之標準支付價金之無名契約。民法就不定期之繼續性契約，如租賃、消費借貸、僱傭、委任等，均以得隨時終止為原則，此由 § 450(2)、§ 478 後段、§ 488(2)、§ 549(1) 規定至明。是無名之不定期繼續性供給契約，應可類推適用民法相關規定，允許契約當事人有任意終止契約之權（102台上2243決）。② 遞延性商品（服務）之預付型不定期繼續性契約，消費者已將費用一次繳清，嗣後始分次、分期或持續取得商品或服務，遞次或持續發生對價給付之效果，當事人間須具有相當之信賴，而因其具有長期性、繼續性之拘束力，應使消費者有任意終止之機制，以求衡平，且消費者無從為同時履行之抗辯，尤應賦予任意終止之權利，以資調和，準此，消費者自得類推適用民法繼續性有名契約如租賃之任意終止規定，予以終止（100台上1619決），至於契約終止後，其已預付之費用，應按比例依不當得利請求返還。③ 關於繼續性供給契約，譬如消費者B向出賣人A訂購每日鮮乳一瓶，每月結清價金一次為期一年，今A已按日給付B一個月鮮乳，惟B竟遲延支付價金，A能否就次月之鮮乳拒絕給付？亦即A能否就次月之鮮乳給付與B前一個月價金之支付行使同時履行抗辯？通說雖持肯定說，惟孫師認為理由並非基於「同時履行抗辯權」，而是基於契約解釋認為係此類繼續性給付契約所生「一方之履行拒絕權」，蓋倘認為「A次月之鮮乳給付」與「B前一個月價金之支付」間具有同時履行抗辯之牽連，則消費者B亦可就「其前一個月價金之支付」與A之「次月鮮乳給付」行使同時履行抗辯而主張「A不給付次月鮮乳，即不支付前一個月價金」，豈不謬哉！



◆預約・本約

- ◎契約有預約與本約之分¹，兩者異其性質及效力，預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行。
- ◎另注意預約之債務不履行²責任³。

-
- 1 究竟為預約或本約，須依當事人意思表示內容決之。
【注意】二者之區分，以下實務見解可參考：❶預約，非不得就標的物及價金之範圍先為擬定，作為將來訂立本約之張本，但不能因此即認買賣本約業已成立（61台上964）；❷但倘兩造所訂契約，雖名為「土地買賣預約書」，但除買賣坪數、價金、繳納價款、移轉登記期限等均經明確約定外，非但並無將來訂立買賣本約之約定，且自第3條以下均為雙方照所訂契約履行之約定，自屬本約而非預約（64台上1567）；❸系爭房屋，暨價金範圍雖達成合意，但關於買受房屋之價金給付方式及其他契約必要之點，仍待日後另行訂立買賣契約以確定之，足見系爭協議只為將來訂定買賣本約之張本，尚待雙方進一步磋商，並待意思合致時始告定案，自屬買賣預約（107台上507決原審）。
2 預約與本約同屬契約之一種，預約成立後，預約之債務人負有成立本約之義務，如有違反，固屬債務不履行，惟仍須可歸責於債務人之事由所致者，始成立債務不履行責任。是以：❶倘預約載有「待雙方協調議定後，另簽署購售合約」，自須當事人對於未能協調議定有可歸責之事由，始構成預約之債務不履行（106台上287決）；❷倘在本約訂立之前，本約之標的已不能履行，則當事人所訂立之預約，已失其目的，亦應認有不能成立本約之債務不履行，譬如出賣人A與B訂有預約，卻將標的物讓與他人，自屬可歸責於A之預約債務不履行（106台上281決）。❸預約成立後，兩造固應同受拘束，負有依照雙方合意內容訂立本約之義務，惟在本約訂立之前，如標的物之狀況已有非預約當時所知之變動，其違反預約義務之行為，是否有可歸責之事由，應就拒絕締結本約之原因，依簽立預約與議訂本約時之各種情事，按一般社會之理性客觀認知、交易之經驗法則、誠信原則為公平合理之判斷，如有故意違反、未盡注意義務或其他顯不正當之情事，自得認係可歸責；反之，則應認為不可歸責（109台上124決）。
【注意】當事人訂立預約，固不得逕為訂立本約後之履行請求，惟非不得於預約中，約定不履行簽訂本約之處罰（112台上1233決）。
3 【進階注意】預約債務不履行之賠償範圍，素有爭議，❶學說見解—❶吳從周師採德通說見解認為「其賠償範圍與債務人不履行本約時所引起之損害一樣，都是履行利益之損害賠償」，包括但不限於準備履行本約所受之損害等。❷林師採區分說，認為賠償項目與範圍為：訂立預約之締約費用或準備履行預約（即準備訂立本約）之費用；惟倘本約之必要之點已於預約中約定、且依誠信原則已無任何阻礙本約之訂立者，應容許請求因履行本約所生之預期利益（履行利益）；惟倘本約之不成立另有符合§245-1要件者，自得請求因預期訂立本約所生之締約或準備履行本約所支出費用。❷實務見解—❶103台上1981決：「按預約當事人一方不履行訂立本約之義務，債務不履行責任者，他方得依債務不履行相關規定請求損害賠償，賠償範圍包括所受損害及所失利益。其依預約可得預期訂立本約而獲履行之利

14 債編各論逐條釋義

益，依民法第216條第2項規定，視為所失利益；惟當事人於本約訂立前，原不得逕依預定之本約內容請求履行，他方就此既尚不負給付義務，其預為給付之準備，縱有損失，亦不能認係因預約不履行所受之損害。」似認為本約之履行利益，即為預約債務不履行損害中「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益」（§ 216(2)參照），至於「因預為準備給付本約之損失」則不包括在賠償範圍之內。②103台上2163裁所維持之原審所判准之賠償範圍係「被上訴人依不履行預約義務而得請求損害賠償之範圍，為履行利益之損害賠償（含所受損害及所失利益）。查系爭時鐘之本體製作費用1億171萬2,000元（不含運送、裝設及倉儲等費用）即為被上訴人A承製系爭時鐘所需製作成本及所生利潤。是以，系爭時鐘之本體製作費用1億171萬2,000元，自可認係被上訴人A因上訴人B怠於履行訂立本約所受履行利益之損害。」③107台上507決：「按預約當事人一方不履行訂立本約之義務負債務不履行責任者，他方得依債務不履行相關規定請求損害賠償，賠償範圍包括所受損害及所失利益。所謂所失利益包括依預約可得預期訂立本約而獲履行之利益，本件認A於簽立預約後，將系爭房屋出售，則B主張因被上訴人不履行預約，致其不能轉售他人可獲致扣除取得成本之差價履行利益為其損害內容。《余意以為》①本約內容既未確定，違反預約而請求依不履行本約所致之損害賠償，或有比較法上之學理基礎，但損害賠償範圍之認定確是不易，倘認為預約債務不履行範圍及於本約之所受損害與所失利益，其論證基礎似仍欠完備。②譬如實務見解將本約之履行利益，視為預約債務不履行損害中按§ 216(2)「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益」，惟本約是否能訂立，尚待雙方磋商，成否在未定之天，如何能將單方面訂立本約之單純「期待」，視為係依已訂之計劃？③預約之權利義務內容僅是作為訂立本約之張本，本約既未訂立，如何依本約之履行利益主張？給付與對待給付之內容為何均尚未確定，若一方請求本約給付不能之損害賠償，則其應給付之對待給付為若干？倘謂解除契約即可免去認定對待給付之難題，但今契約不成立又如何能解除？矛盾驟生。譬如前開103台上2163裁所示事件，倘依判決所示，B因預約債務不履行須賠償A時鐘之製作成本及所生利潤，則已製作完成之該鐘，理應即由B取得所有權，惟A-B間尚無本約，B取得該時鐘之法律上原因為何，亦屬難題。④準此，就預約債務不履行之賠償範圍，毋寧依具體情事，以有無相當因果關係為斷，而非拘泥於是否為本約之履行利益範圍，意即倘一方當事人所受損害與預約之違反不具相當因果關係者，縱屬本約之履行利益，亦非得請求賠償之內容。

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=17287>

國家圖書館出版品預行編目資料

債編各論逐條釋義／吳志正，管靜怡著．
-- 十版．-- 臺北市：元照出版公司，
2024.09

面：公分
ISBN 978-626-369-218-3（平裝）

1.CST：債法各論

584.38

113012002



元照出版

搶先試閱版

債編各論逐條釋義

5C162RJ

作 者 吳志正、管靜怡
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 650 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司
出版年月 2014 年 1 月 初版第 1 刷
2024 年 9 月 十版第 1 刷

Copyright © by Angle Publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-626-369-218-3

論各編債

逐條釋義

本書原是筆者任教東吳大學債編各論之上課講義，以逐條釋義方式編排，就條文中之各關鍵字以註腳方式解說，雖逐條釋義但其編寫亦不忘建構體系。以此講義授課二年後，見學習效果極佳，遂成書，至今已第十版。

於法院組織法修法後，案例法學成為方法論上不容忽視的環節，不僅具有實務重要性，亦成為法律學習應有的態度。此次改版得以補充大量最新實務觀點，恰可與理論法學互為表裡，賦予本書嶄新風貌，自修、實戰兩相宜。



元照網路書店



月旦品評家



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw