

105_1 法 3B 債各期中考試題 (林信和) ※考題不收回

註一：不參看法典，不作弊，憑自己的實力作答，字體端正適中、附法條、判決判例及理由。

註二：閱卷係依題序給分，請按考題所示題序號碼逐一作答。亂序不利得分，校內外考試皆然！

一、「受領」可分為意思表示的受領、給付的受領、買賣標的物(還有承攬工作)的受領，請教其法律性質及效力各有何不同？10%

答：

1. 意思表示的受領：

- (1) 意思表示可分「需相對人受領之意思表示」及「無需相對人受領之意思表示」，如民法第 116 條規定：「撤銷及承認，應以意思表示為之。如相對人確定者，前項意思表示，應向相對人為之。」
- (2) 凡是「需相對人受領之意思表示」，均有民法第 94 條至第 97 條有關「意思表示受領」規定之適用，例如抵銷(民法第 335 第 1 項)與免除(民法第 343 條)；反之，凡是「無需相對人受領之意思表示」，僅需表示行為，即生表示內容之法律效果，無需相對人受領，例如懸賞廣告(民法第 164 條第 1 項)與懸賞廣告之撤回(民法第 165 條)。
- (3) 需相對人受領之意思表示，其意思表示之受領，因對話為意思表示、非對話為意思表示，而有不同：
 - a. 對話為意思表示之受領以受領人即「相對人了解時，發生效力」：民法第 94 條所稱「相對人了解時」，非指真正的了解(沒有人知道)，係指「相對人處於得了解之狀態」，例如對台灣人講台灣話，又沒有使聽不到話的干擾(如狂風暴雨、打雷)存在，此時縱令相對人心不在焉真的沒聽到(耳邊東風)，亦已受領矣！
 - b. 非對話為意思表示之受領以「通知達到相對人時，發生效力」：民法第 95 條第一項規定：「非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。但撤回之通知，同時或先時到達者，不在此限。」從而，任何非對話之意思表示，都可以同時或先

時到達之「撤回之意思表示」阻其發生效力。

- (4) 由上可知，意思表示之受領，無論其為對話或非對話，都是「意思表示處於相對人可得而知之狀態」，都必經相對人受領後，始生其效力。例如，民法第 154 條第 1 項前段規定「契約之要約人，因要約而受拘束。」必該要約之意思表示經受領者，要約人始受其拘束。
- (5) 惟因民法第 96 條規定的結果，使得無行為能力人或限制行為能力人不具受領能力：「向無行為能力人或限制行為能力人為意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。」這個法條，通說認有隱藏性之法律漏洞(versteckte Rechtslücke)，應予限縮適用(eineingeschränkte Anwendung)，因限制行為能力人依法得例外單獨為有效之法律行為(77、83、84、85)，此時當無第 96 條無受領能力之適用，否則即無以達成例外規定之立法目的矣。
- (6) 綜上，意思表示之受領僅為「被動之感知狀態」，甚至包括受領人之未感知(耳邊東風、沒開信箱)，根本無須受領人任何之主動或被動之行為！

2. 給付的受領：

- (1) 給付即係債務人向債權人為一定之行為(199 II、III)。債務人既向債權人給付，債權人即有受領之問題。而受領為債權之權能，為債權人之權利，民法第 309 第 1 項規定：「依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。彰顯債權人為受領權人原則(在強制執行、破產法制上，債權人可以例外為無受領權人)。
- (2) 但受領也是債權人對於債務人的義務，民法第 234 條即規定：「債權人對於已提出之給付，拒絕受領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。」然債權人對於債務人之受領給付義務，依其法定效力觀察(民法第 237 條～第 241 條、第 326 條)，僅生失權或其他法律效果，性質上為對己義務，為法律上效力較弱之不真正義務。
- (3) 不作為之給付，性質上無須受領，應類推適用民法第 510 條規定：「前

二條所定之受領，如依工作之性質，無須交付者，以工作完成時視為受領。」此時即無受領遲延之問題。無財產價格之給付，亦不乏性質上無須受領者，例如交通安全之維持、神明戲之包演，亦應類推適用民法第 510 條之規定而無須受領。

3. 買賣標之物之受領：

- (1) 買賣標之物，可為物或權利，民法第 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有一定之物者，並負交付其物之義務。」。對於物之受領即「受領物之交付」（民法第 761 條事實行為或債權契約、物權合意），以及「讓與合意」（物權行為）；對於權利之受領即「讓與合意」（準物權行為）及「受領物之交付」（民法第 761 條事實行為或債權契約、物權合意）。
- (2) 然民法第 367 條規定：「買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標之物之義務。」；最高法院民事判例 64 年台上字第 2367 號指出：「買受人對於出賣人有受領標之物之義務，為民法第三百六十七條所明定，故出賣人已有給付之合法提出而買受人不履行其受領義務時，買受人非但陷於受領遲延，並陷於給付遲延，出賣人非不得依民法第二百五十四條規定據以解除契約。」最高法院 101 年台上字第 1836 號判決意旨：「按買受人依民法第 367 條規定，對於出賣人負有給付價金及受領標之物之義務，買受人對於出賣人依債務本旨提出之給付不履行受領標之物之義務，不僅構成受領遲延，同時應負給付遲延責任」，亦持相同見解。
- (3) 故而在買賣契約中，受領依債之本旨所提出之標之物，一方面是買受人之權利，另一方面也是買受人之（雙重）義務：就債務人給付之受領為對己義務（不真正義務），就出賣人買賣標之物之受領是對於出賣人的給付義務（真正的義務）。

4. 承攬工作之受領：

- (1) 民法第 347 條規定：「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。」；又民法第 490 條第 1 項就承攬契約定義為：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」。故承攬契約乃有償契約，因而買賣契約之第 367 條於承攬契約準用之。定作人對於承攬人依債之本旨完成並交付之工作，除依民法第 510 條：「前二條所定之受領，如依工作之性質，無須交付者，以工作完成時視為受領。」者外，有受領之義務。

(2) 此外，依民法第 512 規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務。」，從而，就承攬人已完成且對定作人有用之工作，定作人亦有受領之義務。

(3) 前述定作人就承攬人已完成或未完成工作之受領，當依第 347 條所示，準用第 367 條關於「買賣標之物之受領」規定，從而其受領，既係定作人之權利，亦係定作人之(雙重)義務，最高法院前揭判決、判例，均可供參酌引用。

二、法律之準用規定，有向內之準用及向外之準用，有個別條文之準用及整個法律制度之準用，有構成要件之準用及法律效果之準用。試就所知舉我國民法之規定闡述之。10%

答：

1. 準用者，乃立法者為某立法上便宜起見，將某一事項不另為詳細規定，而明文規定援用其相類似事項而已有詳細明文規定之立法技術，此乃將類推解釋(請注意類推適用為一種法律適用，非屬法律解釋，故正確用語為類推適用，非早期常誤稱之類推解釋，本課堂常提醒之)在法條中明文規範者，以避免立法上重複，並示兩事項之類似性也規定之立法技巧者，稱之。「準用」之

立法技術，除在條文中有「準用」二字者外，另有以「得依」或「應依」表達者，亦有以「比照」表達者。

2. 民法第 89 條：「意思表示，因傳達人或傳達機關的傳達不實者，得比照前條之規定，撤銷之。」，即係個別條文之準用。
3. 民法第 347 條規定：「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。」，即屬整節法律規定之準用。
4. 民法第 266 條：「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務；如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付。前項情形，已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還。」。有學說認為，因不可歸責於雙方之事由導致給付不能時，狹義之個別給付關係雖已消滅，然整個債之關係仍未消滅，此由債權人仍得依民法第 225 條第 2 項代償請求權之規定向債務人請求讓與損害賠償請求權，或請求交付其所受領之賠償物即知。因此，該條第 2 項「得依關於不當得利之規定」乃法律效果之準用。意即，僅準用民法有關不當得利規定中之法律效果部分~~第 181 條-第 183 條~~，不再審究其是否符合被準用法條之構成要件。
5. 民法第 419 條第 2 項規定：「贈與撤銷後，贈與人得依關於不當得利之規定，請求返還贈與物。」為第 1 項撤銷之法律效果規定，故所稱「依關於不當得利之規定」當然在指不當得利法律效果之準用，此與前述第 266 條第 2 項、以及第 375 條第 1、2 項之立法設計，並無二致。因贈與撤銷後，雙方間之贈與契約視為自始無效(民法第 114 條第 1 項參照)，則受贈人受領贈與物已無法律上原因，贈與人本即得依民法第 179 條不當得利向受贈人請求返還，故而民法第 419 條第 2 項乃不當得利規定之構成要件準用。意即，準用民法第 179 條~~第 183 條~~。(刪除部分誤會大矣！)
6. 民法第 816 條規定：「因前五條之規定而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償還價額。」，而該條修正理由第二點謂：「本條規範意義有二，一為宣示不當得利請求權，縱使財產上損益變動係依法(例如第八百十一條至第八百十五條規定)而發生，仍屬無法律上原因。其二係指明此本質上為不

當得利，故本法第一百七十九條至第一百八十三條均在準用之列，僅特別排除第一百八十一條關於不當得利返還客體規定之適用。」，因此該條之修正理由非常有問題(ambiguous, 歧義)，如依所述「宣示不當得利請求權，縱使財產上損益變動係依法(例如第八百十一條至第八百十五條規定)而發生，仍屬無法律上原因」，則為法律效果之準用矣！(蘇永欽教授主此說)，但因並非凡「財產上損益變動係依法(例如第八百十一條至第八百十五條規定)而發生」，均屬無法律上原因，例如無因管理人將自家油漆塗抹於鄰居牆壁、承攬人將自有之磚瓦更新於定作人之房屋，均因添附而失其所有權(物權變動)，但得利人均有法律上之原因而非屬不當得利，所以第 816 條之「依關於不當得利之規定」，應解為：當有添附之物權變動時，請依不當得利之規定，審查是否構成不當得利，以決定是否適用其法律效果，此即為構成要件準用說，而為通說！(本課堂從之)已指明該條係不當得利規定之構成要件準用。(修正理由不完整，看不出來哇！)

7. 至於民法第 197 條第 2 項：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」，究係不當得利之法律效果準用或構成要件準用，學說上則有爭議。

(1) 有學說認為該項乃構成要件之準用，認為侵權得利部分於逾第 1 項短期時效後，「仍」得依不當得利之法則處理，其「仍」字僅係在闡釋不當得利請求權與侵權行為損害賠償請求權之競合併存，並不承認侵權得利部分之損害賠償請求權依第 2 項之規定適用不當得利法則之一般時效期間，並不適用第 1 項之短期消滅時效。

(2) 但亦有見解認為該項乃法律效果之準用，認為侵權得利部分於逾第 1 項短期時效後，「仍」得依不當得利之法則處理，其「仍」字乃在指明其不受第 1 項短期時效之適用，因侵權行為的損害賠償請求權依債之通則為回復原狀請求權(民法第 213 條第 1 項參照)，故民法第 197 條第 2 項係針對回復原狀請求權而為規定，意指「當債權人請求時，賠償義務人

仍不得為短期消滅時效已完成之抗辯」而言，蓋依消滅時效「抗辯權發生說」理論，債務人給付義務並不因時效完成而免除，且債權人之請求權猶然存在，只是不堪抗辯而已。且故第 197 條第 2 項依其體系係在規定「侵權得利」之損害賠償請求權，不是在規範不當得利返還請求權，故僅需得利與侵權行為間具備因果關係，即應就該侵權得利部分適用不當得利之效果規定，予以損害賠償，無需具備不當得利「無法律上之原因」之構成要件；侵權得利要件規定完畢之後，當係法律效果之規定，所以回復原狀之方法，所以除返還原得利外，及於更有所取得者(民法第 181 條參照)，利益不存在之處理(民法第 182 條參照)，及其 15 年的一般時效期間。故而，民法第 197 條第 2 項應屬不當得利法律效果之準用。

(3) 採用法律效果準用說者，當然知道民法體系上另外存在一個平行的不當得利法則，當然知道侵權債權可以、但不必然構成不當得利：

a. 侵權得利，係取得侵權債權並已受領給付者：

(a) 如債權已因撤銷而視為自始無效(92、114 I)，或已依侵權行為為法則廢止債權(184 I 前段、213 I)，那麼併存著侵權行為損害賠償請求權、不當得利返還請求權。

(b) 如債權未因撤銷而視為自始無效(92、114 I)，或未依侵權行為為法則廢止債權(184 I 前段、213 I)，那麼只有侵權行為損害賠償請求權，沒有不當得利返還請求權。此時：

i. 損人不利己部分之侵權行為損害賠償請求權，適用第 197 條第 1 項之短期消滅時效。

ii. 侵權得利部分之侵權行為損害賠償請求權(請注意不是不當得利返還請求權!)，適用第 197 條第 2 項之一般消滅時效(即所稱依不當得利之規定)。

(c) 以上如此清晰的法律圖像，即使是最高法院，也不容易辨識，可知國內法學教育之限制：

i. 630409 [最高法院 63 年度第 2 次民庭庭推總會會議決議\(二\)](#)：「因受詐欺而

為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言。即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償或依不當得利之法則而對之請求返還所受之利益。」

依此，甲身無分文卻向乙騙購汽車得逞，乙取得無法獲償之價金債權，茲因乙財產總額並未減少(失去一輛車，但取得相當價值之價金債權)，故未受損害而無侵權行為之賠償請求權，復因買賣契約未經撤銷，故乙取得汽車並非不當得利！

可見，最高法院將侵權行為與買賣之債之關係(在價金債權上做文章)、及與不當得利之法律關係(在撤銷上做文章)混為一談，民法秩序大亂矣！

ii. 671114 [最高法院 67 年度第 13 次民事庭庭推總會會議決定](#)：「六十三年四月九日本院六十三年度第二次民庭庭推總會會議議案 (二) 之決議所謂「因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言，即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償.....」。旨在闡明侵權行為以實際受有損害為其成立要件。非謂類此事件，在經依法撤銷前，當事人縱已受有實際損害，亦不得依侵權行為法則請求損害賠償。」

經過此一猶抱琵琶半遮面之修正決定，前舉案例，將獲致如下之結果：「即使該買賣契約在依法撤銷前，被害人乙已因侵權行為(詐欺)受有實際損害(汽車所有權)，當得依侵權行為法則請求損害賠償」、「如經依法撤銷後，被害人乙另有不當得利之返還請求權」！明確區分侵權行為與不當得利之個別適用！

(4) 依體系的解釋以及合目的性解釋，當應採後說，因第 197 條是在處理侵權行為損害賠償請求權的消滅時效，不是不當得利的規範，且目的在不

使侵權得利部分之賠償請求權適用第1項之短期時效，以彰法律正義。

延伸參考資料(信和初稿)

一般稱法律適用(Rechtsanwendung)，廣義的包括法律條文的(狹義的)適用(Anwendung)、準用(entsprechende Anwendung)與類推適用(Analogie, analoge Anwendung)。而狹義的法律適用，專指依所擬適用法條之內容及範圍(此時需要法律解釋)，使具體的案例事實分別歸攝(subsumieren)於該法條之成立要件(此時需要具體比對)，從而得致其法律效果，此即傳統邏輯的三段論法(syllogism)：大前提、小前提與結論。

1. 準用係廣義的法律適用之一環

準用者，係指法律就某事項不自為規定，而明文指示準用他事項法規之立法技術，從而成為法律適用之一環。其立法之目的或在避免法律條文之繁複，或在表達準用及被準用條文所涉法律事實(Rechtstatsache)之類似性(Ähnlichkeit)，或兩者兼而有之。前者如民法第398條規定互易準用關於買賣之規定，中者如民法第347條規定買賣之規定準用於其他有償性契約，後者如民法第173條第2項規定第540條至第542條關於委任之規定於無因管理準用之。

如前所述，準用性規定固可彰顯所擬準用之法律事實，與所擬準用之法條所規範之法律事實之類似性，但亦同時彰顯兩件法律事實(事項)之不為同一(nicht identisch)，而有區別以觀之意義，例如民法增訂第165條之4規定：「第一百六十四條之一之規定，於優等懸賞廣告準用之。」就在表示優等懸賞廣告與懸賞廣告為同類，但不同一。

2. 準用的法條表達

準用性條文，固常明文規定其「準用」，但另有更多準用性條文係以「依」其他法條或法制之方式顯示之。此外，亦常見以「亦同」表示之者，例如第179條後段以及第184條第1項後段，旨在引用前段之法律效果，免為重複之規定。

法條上如為「比照」其他法條之規定者，當即為準用性規定無疑。但應注意並非所有「比照」都旨在準用其他法條。例如第251條規定：債務已為一部履行者，法院得「比照」債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。此時比照係「依其所受利益之比例斟酌權衡」之意，而無關乎其他法條之準用。民法第662條規定「按其比例」對於運送物有留置權之規定，堪可比擬。

此外，法條上亦不乏以擬制性規定達到準用之效果，例如：民法第7條將一定之胎兒視為既已出生，則使該胎兒準用到第6條之人而具有一定之權利能力；

第88條第2項「視為意思表示內容之錯誤」係以擬制為同一成立要件以達到法律效果之準用。但擬制性條文另有定義性法條的功能(如第216條第2項)及法律效果之一環(如第114條第1項)，非必具準用性功能。

如前例示之民法法條，準用性規定可為單一或列舉之數條文之指定準用，也可不列舉條文而指定某一整體法制之準用。前者如民法第221條及第173條第2項之規定；後者如第347條規定整體買賣契約制度(效力)準用於其他契約、第375條亦係規定委任即無因管理整個制度(效力)之準用(引用)。

另外，法律上亦偶見稱為「適用」但實為「準用」者，例如第178條規定：「管理事務經本人承認者，除當事人有特別意思表示外，溯及管理事務開始時，『適用』關於委任之規定。」、第192條第2項規定：「第一百九十三條第二項之規定，於前項損害賠償『適用』之。」凡此類所稱『適用』之規定，既係在不同事項之間，故絕非真正之適用，故應類推適用民法第98條之規定，「探求法條之真意，不得拘泥於所用之辭句」，而承認其為準用之規定！於此，須知法條捨準用而稱適用，旨在彰顯其高度之類似性，可謂幾達「視為」之擬制規定，而得致最大範圍之準用，準此，原本絕為無償之無因管理，因為第178條適用(最大程度準用)委任之結果，而有第547條規定「報酬縱未約定，如依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，受任人得請求報酬」之適用(準用)，而可有報酬請求權之例外結果矣！

3. 法律效果之準用為常態，構成要件之準用為例外

吾人不難察覺，因兩件法律事實(事項)本非同一，則其構成要件自不相同，故準用性規定通常在引用其他法條或法制之法律效果部分，此即所謂的「法律效果之準用」，前面引述之民法法條俱屬之。但如法條未使用「準用」一詞，而係指示「依」其他法條或法制之規定，且其規範意旨不只在引用其他法條或法制之法律效果，而是指引所敘述之法律事實(事項)去「適用」其他法條或法制者，則此一準用性條文當非法律效果之準用，而是構成要件連同法律效果之準用，習稱「構成要件之準用」，此時，此一準用性條文與第260條規定「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」同，僅具宣示性(deklatorisch)之作用，而不為請求權之基礎(或其一環)¹。

關乎此，民法第811條至第815條就添附所生之物權變動規定之餘，復於第816條規定：「因前五條之規定而受損害者，得依關於不當得利之規定，請求償還價額。」，如解為法律效果之準用，則因添附喪失權利而受損害者，當可不問其添附之緣由(原因)，逕依該條之規定準用不當得利之效果規定(請求權基礎)，請求償還價額。但這顯然行不通，因為添附常係因債權契約之履約行為，例如連工

¹ 最高法院55年台上字第1188、2727號判例參照。惟應注意者，所稱宣示性條文雖不作為請求權基礎，但於相關論述或答題時仍須提示，始稱完整。

帶料之承攬(第 490 條第 2 項)，承攬人將磚石泥灰砌入定作人之房屋，將油漆塗附於定作人之牆壁，均屬承攬人完成工作之一環，其固因添附而喪失物權，但換取約定之報酬請求權，定作人依約受領利益並使承攬人消滅債務(第 309 條第 1 項)，絕無不當得利之可言。故遇有添附之情形，必依不當得利之整體規定，審查是否符合不當得利之構成要件(所謂的歸攝作用)，要必符合不當得利之成立要件，始得請求得利人償還價額。²蘇永欽固主張法律效果準用說，但係認本條規定當係就不存在給付關係之添附所致物權變動而生之法定物權負擔，倘依此說，則第 816 條之價額償還請求權當與第 179 條之利益返還請求權併存而為請求權競合。³

4. 民法第 197 條第 2 項所稱「依不當得利之規定」之準用爭議

學說上可有爭議者，尚有關於侵權行為損害賠償請求權消滅時效之規定。民法第 197 條第 2 項規定：「損害賠償之義務人，因侵權行為受利益，致被害人受損害者，於前項時效完成後，仍應依關於不當得利之規定，返還其所受之利益於被害人。」第 197 條之規定，依其所在法之體系解釋，當在就「侵權行為損害賠償請求權」規範其消滅時效期間，故不致也無須就其他請求權(例如不當得利請求權)而為規定。抑有進者，第 197 條第 2 項依其文義，顯係就「損人利己」型侵權行為所致受害人之損害賠償請求權所為之特別規定，故其適用之損害賠償範圍以得利之範圍為限，而不及於得利範圍以外之其他損害，所以使此一部分之賠償請求權準用不當得利之法律效果，其中包括 15 年之一般消滅時效期間！使因侵權得利者不致因本條短期時效之規定反而得以拒絕賠償而因此保有侵權利益。從而，不得誤以為此處所謂依不當得利之規定係為構成要件之準用性規定⁴，亦不得誤以為此一請求權為不當得利返還請求權！⁵

關乎此，最高法院 29 年上字第 1615 號民事判例：「民法第 197 條第 2 項之不當得利返還請求權，依同法第 125 條之規定，因 15 年間不行使而消滅。」其指出民法第 197 條第 2 項規定了 15 年之消滅時效期間，固屬正確，但其指稱「民法第 197 條第 2 項之不當得利返還請求權」即係誤侵權行為損害賠償請求權為不當得利請求權。如前所述，民法第 197 條第 2 項規範之對象，係為得利型侵權行為之損害賠償請求權，雖然準用不當得利之法律效果，所以也適用不當得利的一般時效期間，但究不得直接稱之為「民法第 197 條第 2 項之不當得利返還請求權」！63 年 4 月 9 日最高法院 63 年度第 2 次民庭庭推總會決議（二）：「因

² 謝在全，物權中冊，第 538-542、鄭冠宇，物權，第 159-161 頁。

³ 蘇永欽，政大法律評論第 37 期第 79 頁。

⁴ 鄭冠宇稱本條之規定應屬構成要件之準用，而非法律效果之準用，顯有誤會。氏著，民法債編總論，2015 年 9 一版，第 491 頁。

⁵ Palandt, Beck'sche Kurz-Kommentare, 2014, S.1500 (§852)" Deshalb bleibt der Anspruch aus unerlaubter Handlung als Schdensersatzanspruch erhalten...beinhaltet eine Rechtsfolgeverweisung."

受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言。即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償或依不當得利之法則而對之請求返還所受之利益。」完全忘記侵權行為之損害賠償請求權即係回復原狀請求權，混淆侵權行為「損害」與不當得利「損失」之概念(我民§179 法條本身即有此缺陷)，更誤民法第 197 條第 2 項規定之侵權行為之損害賠償請求權為第 179 條之不當得利返還請求權，實有重大之誤會！所幸，67 年 11 月 14 日最高法院 67 年度第 13 次民事庭庭推總會會議決定：「六十三年四月九日本院六十三年度第二次民庭庭推總會會議議案 (二) 之決議所謂『因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言，即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償...』。旨在闡明侵權行為以實際受有損害為其成立要件。非謂類此事件，在經依法撤銷前，當事人縱已受有實際損害，亦不得依侵權行為法則請求損害賠償。」技巧修正了 63 年決議的重大誤會，間接承認了民法第 197 條第 2 項係為侵權行為之損害賠償請求權之規定，也間接採認該項所稱「仍應依關於不當得利之規定」，當然係在準用不當得利之法律效果！⁶

5. 向外之準用與向內之準用

準用依其法條被指引之方向，可有向外之準用及向內之準用。前者如民法第347條將買賣節之規定推出利用，猶似嫁女；後者如民法第173條第2項將委任之規定引入利用，有如娶媳。無論何者面向，都同樣達到法條準用之效果。關乎此，法條亦不乏直接以所示法律事實引用其他類似事項之法條者，此種準用之立法技術，仍屬向內之準用，第221條規定：「債務人為無行為能力人或限制行為能力人者，其責任依第一百八十七條之規定定之。」，以及第375條兩項準用性規定，均為其適例。

向外之準用常係法條規定將自己(抽象的法條)對外準用於其他類似事項，例如民法第119條規定「法令、審判或法律行為所定之期日及期間…其計算依本章之規定」，又如第347條規定「本節規定，於…準用之」；向內之準用常以本事項作為類似事項而援引其他事項所得歸攝之法條以為應用，例如民法第221條規定「債務人為無行為能力人或限制行為能力人者，其責任依…」，亦不乏有指名其他條文向內準用於本類似事項者，例如第173條第2項「第五百四十條至第五百四十二條關於委任之規定，於…準用之。」

6. 同一法域間之準用與跨法域之準用

⁶ 筆者，論侵權行為損害賠償請求權之性質及時效期間，月旦法學教室第 142 期，2014 年 8 月，第 12-14 頁。

準用常係相同法域(Rechtsgebiete)間之流通適用，但也可有不同法域間之流用。最出名的例子便是民法第119條之規定，該條將民法關於期日期間之規定，一律準用於法令、審判及法律行為，而不分其為公法或私法領域，其唯我獨尊、放諸四海皆準之宣告，猶如憲法規範之至高無上，一舉使國家期日期間之計算法制定於一尊！關乎此，中央法規標準法第13條之規定(第22條第3項亦同)，以及司法院釋字第161號所為之解釋，另起爐灶，割裂法律適用，就不足為訓了！

三、買受人依法有從速檢查所受領之物並即通知瑕疵之義務，如係由他地送到之義務，則更有進一步之義務。願聞其詳。(提示：各義務之法律性質) 10%

答：

1. 民法第 358 條規定：「買受人對於由他地送到之物，主張有瑕疵，不願受領者，如出賣人於受領地無代理人，買受人有暫為保管之責。前項情形，如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者，推定於受領時為無瑕疵。送到之物易於敗壞者，買受人經依相當方法之證明，得照市價變賣之。如為出賣人之利益，有必要時，並有變賣之義務。買受人依前項規定為變賣者，應即通知出賣人。如怠於通知，應負損害賠償之責。」
2. 因此，依前開民法規定，對於他地送到之物，若買受人主張物有瑕疵而不願受領，則負有暫為保管之義務。若他地送到之物易於敗壞，於必要時買受人甚至有變賣之義務。變賣後，買受人並應立即通知出賣人。

四、出賣人或買受人就買賣標之物之瑕疵是否知情，或雖不知但有過失，至關出賣人瑕疵擔保責任之有無，試就我國民法之規定說明之？10%

答：

3. 民法第 358 條規定：「買受人對於由他地送到之物，主張有瑕疵，不願受領者，如出賣人於受領地無代理人，買受人有暫為保管之責。前項情形，如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者，推定於受領時為無瑕疵。送到之

物易於敗壞者，買受人經依相當方法之證明，得照市價變賣之。如為出賣人之利益，有必要時，並有變賣之義務。買受人依前項規定為變賣者，應即通知出賣人。如怠於通知，應負損害賠償之責。」

4. 因此，依前開民法規定，對於他地送到之物，若買受人主張物有瑕疵而不願受領，則負有暫為保管之義務。若他地送到之物易於敗壞，於必要時買受人甚至有變賣之義務。變賣後，買受人並應立即通知出賣人。

5. 民法第 357 條規定之買受人之從速檢查及應即通知物有瑕疵之義務，故為法律上之義務(法定義務)，但其違反義務之效果，僅生買受人(權利人)喪失主張物有瑕疵之權利，而不在使出賣人(義務人)生損害賠償之效果，故該檢查及通知之義務，純屬買受人之「對己義務」，非為對於出賣人之給付義務 (§199)，故為「不真正義務」(Obliegenheiten)，為一種法律上效力較弱之義務。

6. 反觀第 358 條之規定，則相當有趣：

(1) 「買受人有暫為保管之責」，為就所不願受領之瑕疵之物對於出賣人之從給付義務(法定義務)，義務之違反即有債務不履行之賠償責任；

(2) 「如買受人不『即依相當方法證明其瑕疵之存在』者，推定於受領時為無瑕疵」，使「即依相當方法證明其瑕疵之存在」成為買受人之不真正義務，該對己義務之違反僅生推定無瑕疵之法律效果，亦即失權 (Verwirkung)之效果！

(3) 應予注意者，一旦買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在，而生推定其於受領時為無瑕疵之效果者，即生§309 I 債之消滅之效果！繼之，買受人對於所受領(成為自己所有之)無瑕疵之物(即使事實存在瑕疵!)自無對於任何人負任何保管之義務問題，故此時第 358 條第 1 項所稱之「買受人有暫為保管之責」即失所附麗而不再有適用之餘地矣！

(4) 「送到之物易於敗壞者，買受人經『依相當方法之證明』，得照市價變賣之。」使『依相當方法之證明』為買受人取得依市價變賣權的必要條件，故非為義務，如未經證明即予變賣，為無權處分，而有效力(118、

801、948)及賠償責任(184、220)之問題。

- (5) 「如為出賣人之利益，有必要時，並有『變賣之義務』」，為買受人對於出賣人之從給付義務(法定義務)，義務之違反即有債務不履行之賠償責任。
- (6) 「買受人依前項規定為變賣者，應『即通知出賣人』。如怠於通知，應負損害賠償之責」，此一即通知之義務，能生損害賠償之效果，故其無論解為從給付義務(本課堂主張之)或附隨義務，均屬對於出賣人之給付義務(真正義務)。
- (7) 應予注意者，第 358 條第 3、4 項關於變賣之規定，仍係就他地送到之物主張有瑕疵而不願受領者，故仍受第 2 項規定之適用，亦即「如買受人不即依相當方法證明其瑕疵之存在者，推定於受領時為無瑕疵」，而使第 358 條第 3、4 項關於變賣之規定，全部失所附麗而不再有適用之餘地！

五、甲附 10 年買回條款將母犬出售乙，沒想到三年後表示買回時發現母犬已經植入晶片且穿戴耳環，又生下 10 隻可愛的小犬。問：30%

(一)乙可否拒絕甲買回之意思表示?(約款無效?締約自由?)

(二)甲乙間就該母犬及小犬之權利義務關係如何?

(三)本題如果母犬因為雷擊、或因乙過失致死、或乙已轉售他人，甲還能主張買回嗎?

答：

(一)

1. 民法第 379 條第 1 項規定：「出賣人於買賣契約保留買回之權利者，得返還其所受領之價金，而買回其標的物。」，故而基於締約自由，加之法律明文允許，甲乙間本即得訂立附買回條款之買賣契約。

2. 買回約款從屬於買賣契約，故為從契約；買回約款係以出賣人於買回期限內行使買回權為停止條件之契約。出賣人只要返還其所受領之價金就得主張買

回之權利，故買回權之行使為單獨行為、要物行為，其權利之性質為形成權；買回權之行使使買回契約之停止條件成就而發生效力，而有民法第 379 條至第 383 條規定之適用。

3. 理論上，買回之費用，固應由買回人負擔(381 II)，但我國既不採日民解除條件說(買回權之行使即在解除先前之買賣契約，日民第 579 條)，似不應兼仿日民第 579 條、第 583 條第 1 項之規定，而於第 381 條第 1 項規定「買賣費用由買受人支出者，買回人應與買回價金連同償還之」。
4. 然民法第 380 條規定：「買回之期限，不得超過五年，如約定之期限較長者縮短為五年。」，因甲乙約定之買回期限為 10 年，超過 5 年，故依前開規定，甲乙間之買回期限應縮短為 5 年。
5. 依題示，甲係於 3 年後為買回之意思表示，尚在五年之買回期限內，當即發生買回之效力，無須買受人另為同意之意思表示，故乙亦不得拒絕甲之買回。

(二)

1. 民法第 379 條第 3 項規定：「原價金之利息，與買受人就標的物所得之利益，視為互相抵銷。」
2. 其次，民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」第 69 條第 1 項規定：「稱天然孳息者，謂果實、動物之產物，及其他依物之用法所收穫之出產物。」第 70 條第 1 項規定：「有收取天然孳息權利之人，其權利存續期間內，取得與原物分離之孳息」第 766 條復規定：「物之成分及其天然孳息，於分離後，除法律另有規定外，仍屬於其物之所有人。」
3. 依前述物權之規定，題示 10 隻小犬為母犬之產物，故為天然孳息，甲出賣母犬並交付予乙後，乙取得母犬之所有權，依第 766 條之規定(請注意第 766 條只有除書、沒有但書，除書與但書是不同的立法設計)並取得自母犬分離之天然孳息 10 隻小犬之所有權，此即為典型買受人乙就標的物所得之利益，故買回人甲就小犬部分不得主張若何之權益。
4. 又民法第 383 條第 1 項規定：「買受人對於買回人負交付標的物及其附屬物

之義務。」，母犬所生之小犬既並非母犬之附屬物，故當甲行使買回權時，乙並無交付小犬之法律義務負有交付買賣契約標的物及其附屬物之義務。以上買回效力之規定既不及於買賣標的物之天然孳息(附屬物者例外)，顯非為§766 除書之適例，故縱令甲於標的物母犬生下天然孳息小犬後買回標的物母犬，天然孳息小犬仍屬買受人乙所有，乙依買回之規定並無依並返還天然孳息小犬之義務。

5. 至於母犬，當甲行使買回權之時(要物行為!)，乙即負有交付標的物母犬予甲之義務。
6. 另民法第 383 條第 2 項：「買受人因可歸責於自己之事由，致不能交付標的物或標的物顯有變更者，應賠償因此所生之損害。」。依題示，乙替母犬穿耳環，雖可能減損母犬之價值，然應不屬對標的物母犬之重大變更，甲不得依前開規定請求乙損害賠償。又乙替母犬穿耳環、植入晶片，若增加母犬之價值，則依民法第 382 條：「買受人為改良標的物所支出之費用及其他有益費用，而增加價值者，買回人應償還之。但以現存之增價額為限。」，在母犬現存之增價額範圍內，乙替母犬穿耳環，植入晶片所支出之有益費用得向甲請求償還之。

(三)

1. 買回之約定屬附停止條件債權契約之性質，故甲行使買回權後，甲乙間即成立買回契約即生效力，乙本負有交付標的物母犬予甲之義務。
2. 然若母犬已因雷擊死亡而滅失，則乙陷於給付不能。然因雷擊乃不可歸責於雙方之事由，此時債務人乙免負給付義務(民法第 225 條第 1 項參照)，甲不得再請求乙交付母犬，甲也因此免為對待給付予乙買回價金之義務(民法第 266 條第 1 項前段參照)為不可歸責於買受人乙之自始(買回權行使時)客觀給付不能，即為民法第 246 條第 1 項前段所規定之契約標的不能，故其買回契約無效，甲亦不得為任何之主張。
3. 若母犬之滅失，係因乙之過失致死所致，乙即無法交付母犬予甲而陷於給付不能。此時亦為自始客觀不能(買回標的物已經不存在)，如依第 246 條第 1

項前段債之通則之規定，買回契約即應歸於無效，然因給付不能為可歸責於買受人乙之事由所致，民法第 383 條第 2 項既規定買受人「應賠償因此所生之損害」於買回人，此即構成第 1 項「交付標的物及其附屬物之義務」之給付不能之損害賠償，故買回契約仍為有效(契約有效才有債務不履行責任問題。延伸觀察：不存在之權利之買賣契約有效，出賣人始負§350 擔保責任)，而為第 246 條第 1 項前段標的不能契約無效之例外規定。依此觀察，民法第 383 條第 2 項規定可歸責於買受人之給付不能，當然包括自始及事後之不能、主觀與客觀之不能！實應注意及之向乙請求損害賠償。甲亦得依民法第 226 條第 1 項債務不履行之規定向乙請求損害賠償。

4. 因買回之約定屬債權行為性質，故在甲行使買回權前，母犬之所有權仍歸屬於乙，乙對母犬之處分為有權處分，乙得將母犬轉售予他人，且甲乙間買回之約定因僅屬債權性質，故不得對抗第三人。職是，第三人買受母犬而取得所有權後，甲無權對該第三人主張任何物權或債權之權利，亦當然不得對之行使買回權，此時，甲仍得對買受人乙行駛買回權，使乙僅得依民法第 383 條第 2 項之規定負(第 1 項給付義務之)債務不履行之損害賠償責任或第 226 條第 1 項向乙主張。

六、甲向乙車商分期付款買輛潮車，甲只獲告知三年內每月繳 10 萬元，繳清後車輛所有權歸甲，既不知利率也不知分期付款總價 360 萬元與現金價(200 萬元)的差額(竟差 160 萬元!)。請問：30%

(一)甲乙間分期付款買賣契約效力如何？願聞其詳。(要有論述)

(二)雙方明文約定甲如一期遲延付款，視為全部到期，沒想到甲不到半年就陷於遲延，乙乃向甲請求清償所有未到期款項，有無理由？

(三)雙方明文約定如因甲遲延付款致遭解約，乙即得沒收全部已繳之價金，沒想到甲竟在兩年後遲延繳款致遭解約，乙乃沒收甲全部已繳之價金，有無理由？

答：

(一)

1. 消費者保護法第 2 條第 2 款規定：「企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」，依題示，乙車商係經銷車輛為營業者，應屬消費者保護法所定義之企業經營者。
2. 消費者保護法第 21 條第 1 項規定：「企業經營者與消費者分期付款買賣契約應以書面為之。」；同條第 2 項規定：「前項契約書應載明下列事項：一 頭期款。二 各期價款與其他附加費用合計之總價款與現金交易價格之差額。三 利率。」；同條第 3 項規定：「企業經營者未依前項規定記載利率者，期利率按現金交易價格週年利率百分之五計算之。」；同條第 4 項規定：「企業經營者違反第二項第一款、第二款之規定者，消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務。」，依題示，甲乙間之車輛買賣契約為分期付款買賣契約，故有消費者保護法第 21 條之適用。
3. 甲乙間之分期買賣契約是否有作成書面，題示未明，然縱使未作成書面，有學說見解認為不宜依民法第 73 條規定而無效，而應參酌消費者保護法第 21 條第 4 項，解為消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務，而非契約無效。
4. 又甲乙間未約定利率，則依消費者保護法第 21 條第 3 項，利率應按現金交易價格週年利率百分之五計算。乙未告知甲分期繳納總價與現金價之差額，則依消費者保護法第 21 條第 4 項規定，甲僅有給付現金價 200 萬元之義務。

(二)

1. 依民法第 389 條規定：「分期付款之買賣，如約定買受人有遲延時，出賣人得即請求支付全部價金者，除買受人遲延之價額已達全部價金五分之一外，出賣人仍不得請求支付全部價金。」
2. 依題示，甲雖於半年後遲延繳款，然若甲僅遲延一期之款項即 10 萬元，因遲延給付之價款未達總價額 200 萬元(因乙未告知甲分期繳納總價與現金價，故甲僅負給付 200 萬元之義務)之五分之一，依民法第 389 條規定，乙

仍不得請求甲給付全部剩餘未到期之款項。

(三)

1. 依系爭分期付款買賣契約，甲有按期付款之給付義務，倘若甲未按期付款，即構成給付遲延。依民法第 254 條規定：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除契約。」，故當甲遲延給付一期款項時，乙應定相當期限催告甲給付，當甲未於期限內給付，乙方可對甲為解除契約之意思表示。
2. 假設乙已合法解除契約之前提下。民法第 390 條規定：「分期付款之買賣，如約定出賣人於解除契約時，得扣留其所受領價金者，其扣留之數額，不得超過標的物使用之代價，及標的物受有損害時之賠償額。」，而民法 390 條係屬強行規定，故甲乙間如約定一方得扣留之款項總額超過依民法第 390 條標準算出之數額，該超過部分之扣留的約定無效。是以，乙解除契約後，所得扣留甲已給付之價金總數，不得超過甲使用汽車之代價加上該車若受有損害之賠償額。故雖甲乙間之契約約定當乙解除契約時，乙得沒收甲全部已繳納之款項，然若甲已繳納之款項總額超過甲使用汽車之代價加上該車若受有損害之賠償額，則超過部分扣留之約定即無效，乙不得沒收超過之價金。