



名师书架

陈自强 ■ 著

民法讲义 II

契约之内容与消灭



法律出版社
LAW PRESS CHINA



民法讲义 II

契约之内容与消灭

陈自强 ■ 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民法讲义Ⅱ——契约之内容与消灭/陈自强著.
—北京:法律出版社,2004.11
(名师书架)
ISBN 7-5036-5176-8

I.民… II.陈… III.①民法—高等学校—教材
②契约法—高等学校—教材 IV.D913

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第106264号
©法律出版社·中国

责任编辑/丁海俊	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/13 字数/301千
版本/2004年11月第1版	印次/2004年11月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律教育出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939661	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.chinalawbook.com	电子邮件/service@chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382816/2908
中法图西安分公司/029-85388843	
书号:ISBN 7-5036-5176-8/D·4894	定价:26.00元

陈自强

- 1961年出生
- 台北市人
- 台湾大学法学学士、法学硕士
- 德国慕尼黑大学法学博士
- 律师、司法官考试及格
- 现任台湾政治大学法律系教授
- 研究领域：
民事财产法（总则、债法、物权、票据法）

出版说明

无论我们是欣喜,还是不满意,或是不满足,我们都已看到,从广度到深度,中国的法律教育事业正在进步。

法律教育的进步,自然也包含着法学教材的进步。但是,作为法律教育的知识载体,法学教材的理想目标应该是超越而不是同步甚或落后于法律教育的进步。就此而言,当前的法学教材出版事业的确任重道远,它既需要形式的改进,更需要理论的提升——其中包括需要一大部分具备相当理论水准的教材。无论使用法学教材欲培养的是“法律职业人”,还是“法律学术人”,都需如此。

法律出版社法律教育出版分社把服务于中国法律教育事业的发展引为己任。本着提高中国法律学生的理论素养的目的,我们推出这套阐发和探讨学理的高阶教材系列丛书。本丛书收入海外著名教材和优秀新著,也包括本社组稿推出的首版作品。不论作品是否严格采取了教科书的形式,只要它全面翔实地讲授知识,而非汲汲于某一个问题作专门讨论;只要它主要关注于知识的传承,而非完全偏重于学术上的创新,都可收入到丛书中来。由此出发,本丛书的特点是将全面传授知识、深入阐发理论、真诚中立地抒发己见和顺畅便捷地实现作者与读者的交流结合起来,不为片面,不为浮泛,不为平庸,不为晦涩。它是研究生阶段学习的得力参考书,我们也愿把它献给所有爱知爱智的法律读书人。

我们期待,本系列丛书能如瀑流水,汇入法治和正义事业的大水滚滚、江河滔滔。

法律出版社法律教育出版分社

2004年9月

序 言

本书以阐明契约的内容、变更与消灭为主旨，为继“契约之成立与生效”之后，民法讲义系列的二部曲，也是关于契约法体系的第二本论著。在契约法的首部曲，我在属于传统法律行为论的世界中，挑选其中最核心的部分，讨论契约的成立、私法自治原则乃至契约自由原则的内涵与限制，及针对自我决定过程本身，法律的内在要求。曾经阅读过该书的读者，不难发现契约自由原则与信赖保护原则，为民法总则法律行为内在体系的灵魂，对民法总则法律行为规定的解释与适用，居关键地位。然而，就契约自由原则及其界限的说明，如该书主题所示者，主要集中在与契约成立与生效有关的部分。“契约之成立与生效”虽然也触及契约内容自由，但除缔约自由、相对人选择自由，与方式自由外，也仅论述基于立法政策与最低限度的伦理道德，对契约内容自由原则的外在限制，消极地说明契约内容自由原则的限制，就契约内容，并未积极地加以说明。在本书，我将继续介绍契约内容自由的积极意涵、与由内容自由所延伸出来的变更自由与消灭自由。同时，读者也应该能感觉到诚实信用原则对现代契约法发展，影响至深且钜。

如果契约也有其生命，“契约之成立与生效”似乎在描述契约生命的形成过程，及不利于其诞生与成长的因素。民法讲义Ⅱ“契约之内容与消灭”，一开始，将先谈论契约所处的三千娑婆世界（第一章、债之关系总论），紧接着介绍契约呱呱坠地后，契约生命的内涵（第二

章、契约之内容)、其可能的生成发展演变过程(第四章、契约之变更),及契约生命是在何种情形下,因自我目的的实现或其他原因,而走入人生的终点,销声匿迹于滚滚红尘(第五章、契约之消灭)。在契约内容自由原则的支配下,契约如人,形形色色,千奇百怪,每一个契约均有其独特的生命。虽然如此,从物以类聚的观点,在相同或类似的具体生活契约中,归纳出共通的特征,形成契约的类型,对契约可能内容的认识与掌握,当有相当的助益。因此,在探讨契约内容为职志的本书,除探讨契约关系内容的形成及其义务群,与典型的债权内容外,也将从契约类型论的观点,对民法债编各种之债纷然杂陈的有名契约,耙梳厘清其轮廓,架构其体系,并叙述其基本法律关系与核心问题,期使读者不仅能对债权的内容,也能对契约类型特征与契约内容有所认识(第三章、契约之类型)。然而,也由于本书的目的,在讨论契约法的原理原则,契约类型论的说明,无法如坊间债各教科书以动辄上千页的篇幅,钜细靡遗的铺陈债编各论所有的规定,论述焦点遂不得不集中在交易上重要的交换契约上,非交换契约,特别是有关合伙等团体契约族群及债之履行与确保之契约族群(交互计算、和解、保证等等),不得不有所割爱。而且,因我打算在民法讲义的第三部曲,讨论债务不履行,本书关于债各的说明,亦将局限于契约类型特征与基本的法律关系,其他部分,将连同债总债务不履行一般原则之阐述,于民法讲义Ⅲ再论。

上述各章,如与按照民法典体例与编排顺序来论述的传统民法教科书相对照,第一章的内容,见诸于一般债总教科书绪论;第二章债权典型之内容(Ⅲ),比较接近债总教科书关于债之标的的部分,其他关于契约内容之形成(Ⅰ)与契约关系之构成要素(Ⅱ),在传统教科书中,则多散见于债总教科书;第三章契约类型的探讨,除关于有名与无名契约的概念(Ⅰ与Ⅵ)外,绝大多数出现在债各教科书中;第四章契约之变更,除涵盖一般债总教科书债之移转的部分外,更兼及

契约关系主体与内容的变更;第五章契约消灭,主要系关于债编通则债之消灭的论述,就契约关系全部的消灭,也有简要的说明。

整体而言,本书论述的范围,大致上仍不出脱债法领域。但是,正如同“契约之成立与生效”并未命名为“法律行为论”,本书也未冠以诸如“债之标的与消灭”的名称。此种命名方式,并非哗众取宠,也非标新立异,事实上,对一般忠于大学教育课程安排而学习的法律系学生来说,与其诱发其购买或阅读的意愿,不如有吓阻的效果。相对于冠以“民法债编总论”或“民法债编各论”的标准教科书,本书纵然不是异类,也可能被归类为专论或参考书籍。在此情形下,花费一年多的时间撰写一本无法被认为属于专论,在当今以 SSCI 为评价社会科学研究唯一标准的学术主流或教育最高当局眼中,更为不入流的书籍,不仅无法引诱学生阅读,更无助于研究业绩,似乎得不偿失。然而,以契约为核心,观察债法,建构民事财产法的体系,应该能对民事财产法的学习,敞开另一扇大门,至少提供不同的学习可能性。民法总则法律行为概念的掌握,与法律行为规定具体运用在实际案例,对初学民法者,形成第一道且最不易跨越的鸿沟。“契约之成立与生效”的问世,希望有助于困境的突破。在债编课程,学习者又将面临由债之抽象概念所建构的债法世界。债编通则的规定如何与债编各论,乃至民总法律行为论接轨,攸关民法学习之成败,又形成学习上第二道障碍。债编所规范的对象,更为复杂,此第二道关卡,宛如重峦叠嶂,突破尤其不易。也许因为代价过大,从准备统一考试的观点,投资报酬率过低(债法条文约六百余条、法律系 10 学分课程,统一考试却仅占 25 分),正在准备考试的人,如有弃守的想法,而将宝贵的时间与精力,投资在报酬率较高、比较需要记忆背诵的课目上,情有可原,但若正在奠定法律基础的初学者也有此念头,对债编的学习,只求过关了事,不求甚解,不仅影响到民法的理解与运用的能力,也应该会严重降低法律学习整体的成效。盖不仅因民法源远流长,

发展较为成熟,法律概念被其他法律引为借镜者,不在少数,债编与总则更均蕴含许多法律共通的基本原理原则(如诚实信用原则、信赖保护原则等),自绝于债编,必将无法体会法律殿堂的宫室之美。本书的目的之一,即在为债法学习,提供新途径,或许能使一些迷失的羔羊,迷途知返,重回民法的怀抱。

在“契约之成立与生效”,我摒弃以法律行为概念为中心的论述方式,本书同样避免以债之概念为核心的思考方式,代之以契约或契约关系。我始终相信民法总法律行为规定,主要适用的对象为债权契约,除无因管理、不当得利与侵权行为等规定外,债编通则其他规定,主要适用于契约,尤其是以买卖契约为首的交换契约,因此,以交换契约为讨论的主题,最能呈现民法总与债总的真实面貌。契约关系以外的其他债之关系,尤其是不当得利与侵权行为所生者,虽然被植入于债编通则中,但无论其债之发生要件,或债之关系的内容,均有异于契约关系的特殊性,甚至各有其独特的生命。契约法的精髓与学者关注的焦点,固然是一般被称为债务不履行的部分,但世界上绝大多数的契约,在成立生效后,均因契约目的实现而消灭,因债务不履行或给付障碍而使契约目的的达成受到阻碍的情形,属于少数。论述契约一般发展的历程,不仅有助于契约的构造与生成发展的认识,契约内容的厘清,也是探讨债务不履行所不可或缺。本书可说是对健康的契约关系的剖析。至于,遭遇给付障碍或债务不履行的契约关系,将留待民法讲义Ⅲ再论。债务不履行的部分,在个人契约法体系三部曲中,问题最复杂,困难度最高,此领域的法学发展,又深具国际性格,理论的发展,一日千里、瞬息万变。此时此刻着手撰写民法讲义Ⅲ,徒留法学界笑柄。契约法体系的建构,始终是我研究的心愿,但何时方能大功告成,我只能说“时机成熟时”。当然,此并不意味“契约之成立与生效”与本书,均为深思熟虑之作。相反地,前者刊行后不久,即发现许多观点有待斟酌,甚至破绽与错误。好在个人写

作目的,并非提供问题解决之标准答案,而在呈现对契约法异类之思考模式,与不同的观察视野,思虑欠周之处,尚望诸位先进有以教之。

在“契约之成立与生效”,我试图用简单的文字,详细的论证,引领对民法基本理论有兴趣的人,进入法学的堂奥。本书延续该书的基本论点,伴随读者探险债法浩瀚无垠的世界。阅读本书的读者,应该是对“契约之成立与生效”有若干基本认识或已学毕民法总则的人,因此,本书在用字遣词上,或许更像法律人,论证说理上,也许更深入详尽,更有个人主观的见解。不过,在此可以保证两本书的作者为同一个人。本书一半以上的部分,系我任职政治大学法律系教职期间完成,其余部分写作的环境,从指南山脚下综合院馆十六楼研究室,变成徐州路研究大楼二楼。写作本书过程,蒙读者垂询进度,昔日政大同事与同学的鼓励,永志难忘。台湾大学法律研究所张志朋先生、政治大学法律研究所蔡佩玲小姐与法学士谢智洁小姐,对本书的实质内容,提出针砭与药石,减少本书的错误并增加阅读性,功不可没,谨致谢忱。

陈自强

2004年1月8日

目 录

序 言	(1)
第一章 债之关系总论	(1)
I 债之关系之概念	(1)
II 债权	(8)
III 债务与责任	(22)
IV 约定与其他债之关系	(28)
第二章 契约之内容	(39)
I 契约内容之形成	(40)
II 契约关系之构成要素	(70)
III 债权典型之内容	(88)
第三章 契约之类型	(113)
I 有名契约与有偿契约	(113)
II 以终局移转财产权为内容之有名契约	(117)
III 法定租借契约	(130)
IV 劳务契约	(165)
V 其他有名契约类型	(211)
VI 广义非典型契约类型	(212)
第四章 契约之变更	(228)
I 总说	(228)
II 债权让与	(232)
III 免责债务承担	(268)

IV 契约关系之变更	(275)
第五章 债务与契约之消灭	(298)
I 总说	(298)
II 清偿	(300)
III 其他债务消灭原因	(338)
IV 契约关系之消灭	(355)
名词索引	(360)

详 目

序 言	(1)
第一章 债之关系总论	(1)
I 债之关系之概念	(1)
一、债之关系之相对性	(1)
二、对人关系	(3)
三、法律上特别结合关系	(5)
A. 基本法律关系与法律上特别结合关系	(5)
B. 法律上特别结合关系与诚信原则	(6)
II 债权	(8)
一、债权为给付请求权	(8)
A. 给付行为与给付结果	(8)
B. 债权与请求权	(9)
二、债权与物权之区别	(12)
A. 债权之相对性	(12)
B. 与所谓物权之效力相对比	(13)
1. 债权无优先性	(13)
2. 债权无排他性	(15)
3. 债权无追及效	(16)
C. 债之物权化	(17)
1. 契约关系之物权化	(17)
2. 债权之物权化	(17)

D. 债法与物权法	(17)
三、债权之实现	(18)
A. 公力救济	(19)
B. 私力实现	(20)
四、债权为财产权	(21)
A. 财产权	(21)
B. 属于债权人之财产	(21)
C. 得为交易客体	(22)
Ⅲ 债务与责任	(22)
一、责任之概念	(22)
A. 法律责任	(22)
B. 债务与责任	(23)
C. 有限责任	(24)
1. 有责任无债务	(24)
2. 有责任但负物的有限责任	(25)
二、债务之担保	(25)
1. 以责任财产担保债务之履行	(25)
2. 以特定财产担保债务之履行	(26)
三、自然债务	(26)
Ⅳ 约定与其他债之关系	(28)
一、约定债之关系	(28)
A. 双务契约	(29)
1. 概念	(29)
2. 发生上牵连关系	(30)
3. 功能上牵连关系	(30)
a. 履行上牵连	(30)
b. 存续上牵连	(31)

4. 回复原状关系上之牵连性	(31)
B. 单务契约与一方负担契约	(32)
二、其他债之关系	(33)
A. 因单独行为而发生者	(33)
B. 法定债之关系	(34)
三、债编通则主要适用对象为双务契约	(36)
第二章 契约之内容	(39)
I 契约内容之形成	(40)
一、约定之内容与法律规定	(40)
A. 契约内容	(40)
1. 契约内容即约定债之关系之标的	(40)
2. 债之标的即债权客体?	(41)
3. 债之标的与给付标的物不同	(41)
B. 约定之内容	(42)
1. 约定内容与契约自由原则	(42)
2. 约定之内容与契约实质拘束力	(42)
C. 法律规定	(44)
1. 任意规定	(44)
2. 强行规定	(46)
3. 任意规定之半强行化	(46)
4. 半强行性法	(47)
D. 消费性定型化契约之内容形成	(48)
二、契约内容之确定	(50)
A. 债之标的应确定之主张	(50)
1. 关于债之标的一般生效要件之见解	(50)
2. 债之标的确定性	(52)
3. 契约内容不确定与契约拘束力	(52)

B. 给付标的物之确定	(54)
C. 约定由一方或第三人确定契约之内容	(55)
1. 保留确定权之约定	(55)
2. 约定由一方当事人确定契约之内容	(56)
a. 单方决定价格	(56)
b. 给付数量之决定	(58)
c. 涉及给付态样	(58)
3. 约定由第三人确定契约之内容	(59)
三、契约之解释及漏洞之填补	(60)
A. 契约之解释	(60)
1. 与单纯意思表示解释不同	(60)
2. 当事人主观意思之探求	(62)
3. 客观解释	(62)
B. 契约漏洞	(66)
1. 契约漏洞之概念	(66)
2. 契约漏洞发生之原因	(66)
C. 契约漏洞之填补	(67)
1. 任意规定	(67)
2. 契约补充解释	(68)
II 契约关系之构成要素	(70)
一、给付义务	(71)
A. 主给付义务	(71)
B. 从给付义务	(72)
C. 给付利益	(73)
D. 第一次与第二次给付义务	(74)
二、保护义务	(75)
A. 发展	(75)

B. 用语	(76)
C. 与给付义务之不同	(78)
1. 固有利益(完整利益)之保护	(78)
2. 不以给付义务的存在为前提	(79)
三、其他构成要素	(81)
A. 不真正义务	(81)
B. 形成权	(83)
C. 抗辩关系	(84)
1. 权利障碍抗辩	(84)
2. 权利消灭抗辩	(85)
3. 权利排除抗辩(实体法意义下的抗辩权)	(85)
四、契约关系之整体性与有机体性	(85)
A. 目的性	(85)
B. 发展性	(86)
C. 移转与交易性	(87)
II 债权典型之内容	(88)
一、债权内容之类型化	(88)
A. 强制执行法之观点	(88)
1. 金钱请求权	(88)
2. 物之交付请求权	(89)
3. 行为请求权	(89)
4. 不行为请求权	(90)
B. 依给付标的物有无与种类	(91)
1. 金钱之债	(91)
2. 给付物之债	(92)
3. 给付其他标的之债	(93)
4. 单纯行为之债	(93)