



民国初年 “契约自由”概念的诞生

——以大理院的言说实践为中心

周伯峰 著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

民国初年 “契约自由”概念的诞生

——以大理院的言说实践为中心

周伯峰 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号:图字 01-2005-6209

图书在版编目(CIP)数据

民国初年“契约自由”概念的诞生:以大理院的言说实践为中心/周伯峰
著. —北京:北京大学出版社,2006.1

(法史论丛)

ISBN 7-301-10144-9

I. 民… II. 周… III. 契约法-研究-中国-民国 IV. D923.62

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 133448 号

书 名: 民国初年“契约自由”概念的诞生——以大理院的言说实践为中心

著作责任者: 周伯峰 著

责任编辑: 付 芳 谢海燕

标准书号: ISBN 7-301-10144-9/D·1358

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 14.75 印张 219 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 23.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

出版说明

当今社会是信息社会。信息的交流和互动使我们可以站在巨人的肩膀上俯瞰整个学科的发展,进而推动该领域学科的发展壮大。我国台湾地区的法学研究较为成熟,但目前大量读者还不易直接在祖国大陆购买台湾地区的书籍,而大量复印又有违著作权法的有关规定。在这种情况下,我社引进了一些已经在我国台湾地区出版的优秀法学著作。我们希望通过这种方式给祖国大陆读者提供一种获取信息的捷径,从而可以比较迅速地了解各个地区的教学和学术成果,为深入学习和研究打下更坚实的基础。

我们引进这些学术著作,主要目的在于介绍我国台湾地区的相关法学理论和方法,推动学术交流,促进学科发展,完善教学体系。而其著作者的出发点、指导思想、基本观点和结论等,属于学术范畴的讨论,均不代表北京大学出版社的立场和观点。

由于海峡两岸的具体情况不尽相同,为方便读者,经授权出版社同意,我们在排版时对原书的某些行文方式作了少量技术性处理。至于原书内容,我们遵从著者的意愿,未作任何改动。需要特别说明的是:(1)台湾地区是中国不可分割的一部分,这是不争的事实。但目前由于特殊原因,台湾地区还实行本地区的法律、法规,包括“宪法”。学界从宪法的视角研究、审视法律已经成为一种趋势和必然。因此,从学术研究出发,对书中涉及的“宪法”规定及其分析,并没有加以删减。(2)一些机关和机构,比如行政法院、学会等,系指我国台湾地区之机构,为了保持行文顺畅,并使读者明确地查证,一般按照原有的称呼,没有进行特别的处理。(3)为了行文的简洁,对具体的法律、法规没有一一加以

说明,因此如果没有特殊标注,书中所涉及的法律、法规均为我国台湾地区的法律。(4)我国台湾地区法学领域有些用语与祖国大陆不尽一致。比如一些国际条约的翻译、学科设置等,为了保持作品原貌,也没有加以修改。特此一并声明,敬请读者注意,以免产生误会和质疑。

序 一

对于清末民初法律继受课题的探讨，相对于刑事法而言，民事法还是一片有待开垦的荒野。本书是伯峰在台湾政治大学法律学研究所的硕士论文，写作的主要论点在于检视当代民法最重要的基础原则之一——“契约自由”的概念。在民国初年(1912—1928)，民法典尚未具备的年代究竟如何萌生？是否通过当时最高审判机构大理院的司法实践而出现？而这样的历史事实背后所代表的社会意义与文化意义又是什么？

作者首先通过“法律释义学”的方法，采集大量的相关案例，并特别针对“买空卖空”这种具体交易类型作深入的实证分析后，得出结论，“契约自由”概念的确是通过大理院的诠释而被继受到近代中国的法律实践之中。

在得出结论“契约自由”概念确实成为大理院解决民事纠纷的依据之后，作者更进一步借着法理学与法社会学的分析方法，观照大理院运用“契约自由”的概念所代表的社会文化意义，认为这是一种以建立在西方“启蒙式世界观”下的“授权模式”来取代传统中国社会“天理式世界观”下“治理模式”的典范移转过程。在这样的观点下，作者继续讨论中国法律近代化的相关问题，在结论处也点出了法律继受的可能性、法律本土化的实质意涵与法治国建立的理论反思。

可以看出，本书在研究与论述的方法上是具有“企图心”的，除了传统法律史史实的论证外，也想通过西方法理学与法社会学的理论来建构史观，并试着将两者相结合。其中，有些观点或有缺漏、或尚未成熟，但作者试着将法律史、法理学、法社会学等基础法学部门结合起来的努力是值得肯定的。也许，这正开拓出基础法学研究未来的另一个新方向。

伯峰资质聪慧，敏学而善巧思，个人忝为本论文的指导者，在写作过程中，常有机会相互辩难、寻思，共尝“困而知之”的苦与甘，近闻悉论文

将由北京大学出版社付梓问世,得以面对更多同好,接受更深广的指正。我们期待着这一份善缘。

黄源盛

2005年5月28日写于木栅梨斋

序 二

周伯峰律师所著《民国初年“契约自由”概念的诞生——以大理院的言说实践为中心》一书,是有关中国近代法律史以及相关法理学问题的重要研究著作。这本书在下列几个方面吸引我,并且也显示了作者的研究能力。首先,本书以民国初年大理院的判决为研究材料,这是一笔到目前为止研究还不算多的史料。其次,作者以大理院判决中的契约自由观念为主要的考察对象。契约自由的观念必定存在于任何有契约制度的文化社群当中,自然也包括传统中国。但是传统中国始终未能清楚发展出契约“自由”的观念与论述,传统中国法也未能明确将之表彰为私法自治的基本原则。作者选择在传统与现代化交界阶段中的契约自由概念为研究主题,深具慧眼。再次,作者运用史料论证,尤其是通过对买空卖空的研究,论证证明在大理院的判决中,契约自由已经成为解决民事纷争所必须考虑的要素。此一发现,深具价值。最后,也是最重要的一点,作者由原本单纯的民国法律史研究,引申思考中国近代法律继受的问题,并提出此一继受,是以契约自由为代表、以启蒙世界观为观点的“授权模式”来取代以天理世界观为基础的“治理模式”。作者在此基础上,讨论了法律继受、法律本土化、法治国建立等重要的基础法学问题,提出了许多重要的法理学见解,值得所有关心近代亚洲法律现代化问题者共同思考。

我个人认为,本书显现了法律史、法社会学与法理学等研究取径能够成功地结合成一种具有内在联系的基础法学研究,而不再是各自分离的领域,因此大大有助于法学研究未来的发展与丰富化。

颜厥安

2005年4月28日于台北

CONTENTS 目 录

第一章 引言：一段空白的“过去”	1
第一节 问题意识	2
第一项 民事判决为主要分析对象	3
第二项 “契约自由”的概念为主要讨论范围	6
第三项 探求大理院法律言说后的社会文化意义	7
第二节 研究对象	8
第一项 民初法律史：重现荒烟蔓草中的风华	9
第二项 民事法学：寻找现代民法的基因	12
第三节 研究方法	15
第一项 史料的整理	15
第二项 理论的进路	18
第三项 本书章节的安排	23

第二章 大理院时期“契约自由”的意义与界限	26
第一节 大理院对契约自由意义的操作	26
第一项 方式自由原则	28
第二项 内容自由原则	35
第三项 契约原则	42
第二节 契约自由的界限	48
第一项 强行法规的概念	49
第二项 公序公益的概念	58
第三节 传达的寓意	63
第一项 结构下的隐喻	63
第二项 更具体的观察	64

CONTENTS 目 录

第三章 以买空卖空行为检视大理院对	
“契约自由”概念之运用	66
第一节 买空卖空行为的意义	67
第一项 定性	67
第二项 构成要件	74
第三项 效力	83
第二节 法学观点的分析	91
第一项 定性的合理性:以期货交易为对比	91
第二项 要件认定的方法:契约解释的方法论	97
第三节 大理院言说背后的意义	101
第一项 大理院言说的模式	101
第二项 另一种处理方案	104
第三项 新的起点	107
 第四章 “契约自由”概念诞生的社会制度意义:	
法律系统的结构转换	111
第一节 “契约自由”概念背后架构	
的模式结构	113
第一项 授权模式	114
第二项 授权模式的结构功能	125
第二节 传统中国社会处理生活资源	
分配与交换纠纷的模式	130
第一项 治理模式	131
第二项 治理模式的结构功能	142

CONTENTS 目 录

第三节 法律系统的结构转换：“契约自由” 概念诞生的社会制度意义	144
第五章 “契约自由”概念诞生的法律文化意义： 两种生活世界观的竞逐	150
第一节 自由、理性、法治：启蒙式的世界观	151
第二节 天理循环、至公无私、沉冤得雪： 天理式的世界观	160
第三节 “契约自由”概念诞生的法律文化 意义：“法律继受”是两种世界观 的竞逐	170
第一项 进行继受需付出的“代价”： 进行一场“竞逐”	171
第二项 付出了多少“代价”：战果如何？	181
第六章 结语与反思	194
参考资料	211
后记	222

第一章 引言：一段空白的“过去”

若用宏观的角度看待历史，也许可以这样标示出“中国”社会两个重大的变动时期。第一个时期是战国时代，一个各种旧体制崩溃（礼崩乐坏），各种新的体制正在生成的时代，而新生成的体制系统经由秦帝国画出草稿，再由汉帝国为之修正确立后，从此沿袭运作不断，持续了约摸两千年，构成了所谓的传统社会。而这套系统在经过近两千年的运作之后，忽然间遇到了最严厉的挑战，一场从公元 1840 年鸦片战争后所发生的“近代化”挑战，而在此同时，也带来第二个最大变动的时期，这个时间点已经来到了中国最后一个帝国“大清朝”气数已尽，而第一个共和国“中华民国”初生的时候。

在这有清末季，民国肇始之时，政治上由专制皇权体制易改为民主共和体制，经济上西方资本主义的生产方式与观念也被带入了社会之中，各种社会制度、生活方式、文化都发生了变革。这些也许在速度与表现上给予我们的感觉，虽然没有像政治组织一夕而变那么快而明显的印象，但有变化是确定的事情。当然，法律制度也产生了变动，即在清末以沈家本（1840—1913）领衔主导的修订法律馆为核心，将原本惯行于传统社会的法律修改、废弃，改采与西方各国相同的现代西方法律，从事法律的近代化^①。换言之，法律制度的改变，就是在“继受”（reception; Die Rezeption）^② 近代西方法律制度。

① 关于晚清法律近代化的相关介绍与讨论，参阅黄源盛：《晚清法制近代化的动因及其开展》，载黄源盛：《中国传统法制与思想》，台北：五南出版社 1998 年版，第 271 页以下。关于沈家本的简介，参阅黄源盛：《晚清修律大臣沈家本》，同上，第 307 页以下。

② 本书这里使用“继受”（reception; Die Rezeption）一词，是较通俗（也可能是需要更多反省）的说法，而其本意是指对某种文化、思想的接纳学习。不过对于这种改变（学习、接纳），有论者指出，我们不能只将它当作一种“过渡”（transition）过程来看待，而忽略其背后的权力关系，亦即不能忽略这亦可能是一套“殖民”（colonialism）、“自内殖民”（internal colonialism）的关系。参阅黄丞仪：《台湾近代行政法的生成——以“替现”与“揭露”的书写策略为核心，1885—1901》，台北：台湾大学法律学研究所硕士论文，2002 年，第 27 页。

清末由沈家本所主导的“变法修律”只是整个法律近代化过程的开端,而“法律继受”一旦激活之后,就无法逆转地一直往前,这个过程亦延续到民国成立之后。在民国建立之后,除了在立法层面上继续各种法律的拟定及法律草案的修改外,在司法层面上也开始了以西方法律观念为核心的实践。在司法实践之中,可以观察到,当时最高审判机关“大理院”(1912—1928)^③占有相当重要的一席之地。那么若想更进一步了解民国初年,在司法实务上是以怎样的方式来实践法律变迁(继受),那么,大理院所做出的判决是绝对不能错过的。在这样的想法下,也可能为民国初年的法制史研究找到一个可能的研究脉络^④。

正是在这种时代背景下,笔者挑定以大理院判决为本书主要的讨论对象。接下来则一一叙述,全书所要讨论的研究问题意识为何、此研究可能对话的对象,以及要如何进行这研究的方法,并对于各章的内容及成果作一概要的整理、介绍。

第一节 问题意识

虽说要以大理院判决为主要研究对象,但这仍是一个粗略的范围划定而已。若要讨论全部的大理院判决,就现有的档案资料来看^⑤,依笔者个人能力不敢做这种妄想,势必要更仔细地选定分析对象、界定讨论范围与提出更清晰的论题主张。换言之,即提出更为明确、有意义的研究问题。

^③ 关于大理院的介绍,参阅黄源盛:《民初大理院(1912—1928)》,载黄源盛:《民初法律变迁与裁判》,台北:政治大学法学丛书(47),2000年,第3页以下。

^④ 对于民初法制史研究的相关讨论,参阅欧阳正:《民国初年(1912—1927)法制史研究刍论——中国法制研究的一个新方向》,载《空中大学社会科学学报》第三期(1995),第213页以下。另参阅欧阳正:《民国初年的法制改革与司法独立》,载《法制史研究》创刊号(2000),第80—81页。黄源盛:《大理院司法档案的典藏整理与研究》,同上注3,前掲书,第83页以下。

^⑤ 就目前现有的史料来看,由黄源盛教授所整理出的大理院判决原始档案,民事判决即计有《大理院民事判例全文汇编》二十六册、《大理院民事判例全文汇编》点校本十一册、《大理院民事判决汇览》二十五册,刑事判决则有《大理院刑事判例全文汇编》十七册、《大理院刑事判例全文汇编》点校本六册、《大理院刑事判决汇览》三十册。而目前大理院判决档案,全国共有两套,一套在国科会,另一套典藏在政治大学基础法学研究中心。

第一项 民事判决为主要分析对象

本书计划将主要的研究对象限定于大理院所做的民事判决之中，而笔者选择以民事判决为讨论标的，大致上基于下面两点理由：

一、“民事”观念在传统中国法制上的不可能性

首先，对于一定的“民事”(civil; bürgerlich)纷争，由独立的“民事”法院，依据特定的“民事”法理来做判断，这个对于学习现代“民事”法律的人们来说，是再平常不过的一个观念，甚至会认为这是理所当然，还有其他的选择吗？但想象一下，若将时间的指针往前回溯九十年以前，这件事还会是如此的理所当然吗？其实不是那么地想当然耳，反而会显得有点突兀，关键在于“民事”这个概念在传统中国法中其实是不可想象与不可能的。

有论者曾经提出传统中国法制的特色之一，就是在法典编纂上采取“诸法合体的法典编纂体例”，即在律典的结构形式上，基本上都是刑法典，但亦涵盖有关的民事法、程序法以及行政法等各领域，形成民刑不分、实体与程序混杂的诸法合体结构^⑥。但在这种法典编制的特色下，似乎就给人一种只有“刑事”没有“民事”的感觉，故而就有论者提出传统中国法制在法律体系上是“诸法并存、民刑有分”的说法^⑦，即除了有“刑事”规范外，亦有“民事”的规范与实践，并也提出一定的史料来加以支持。的确，若由律典中具体条文的规定，如《唐律》田土、钱债、户婚等等，似乎可以发现这与现代的“民事”法所要规范的问题差不多^⑧，另加上一些可见的裁判档案，其中亦有为数不少关于解决“民事”纠纷的裁判，而且现在也有不少关于传统中国法制上“民事”部分有意义的研究

⑥ 参阅黄源盛：《中国法律的传统与蜕变》，同注1，前揭书，第250页。

⑦ 参阅张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，北京：法律出版社1997年版，第310页以下。

⑧ 清末修律大臣俞廉三在奏呈《大清民律草案》的奏折上就说：“贞观准开皇之旧，凡户婚、钱债、田土等事，摭取入律，宋以后因之，至今未替，此为固有民法之明证”。参阅“修订法律大臣俞廉三奏编辑民律前三编草案告成缮册承览折”，载《清末筹备立宪档案史料》下册，北京：中华书局1976年版，第912页。

成果^⑨。那么,是否可以因此确认“民事”观念在传统中国法中的存在吗?笔者必须承认,在传统中国法制上关于如何处理、界定人与人之间生活资源的归属与发生分配纠纷时的规范与实践,本书也会处理到这部分的问题,但这与在此所特别标示出来“民事”观念是不一样的。

在此所指涉的“民事”观念,正是西方近代化,尤其是西方近代资本主义生产方式兴起后,所谈的“民事”观念,其是指一种“市民”(civilian)或“资产阶级”(Der Bürger)间的关系,以一种独立的、可以从事理性(rational)计算,追求自己利益的个人形象为背景^⑩。现在通常所使用的“民事”法院、“民事”关系、“民事”法律这些词语,基本上都是在这个脉络下,而本书在此所用的“民事”也是在这样的意涵下。如果“民事”是指涉到这样的意义,那么,可以在传统中国法中找到这样的想法吗?答案似乎是“不可能”^⑪。而这在传统中国法中的“不可能性”居然在距今九十年前“出现”^⑫了。以实践“民事”法律(理)来解决“民事”纷争的“民事”法院做成了不少“民事”判决。这样的转变就令笔者相当的疑惑,它们是如何运作与实践这种“民事”法律(理)以及如何面对上述的“不可能性”的呢?这是笔者挑选民事判决作为研究对象的第一个理由。

二、大理院处理民事案件的处境

第二个以民事判决为研究对象的理由,在于大理院当时处理民事案

^⑨ 如日本滋贺秀三、寺田浩明,以及美国黄宗智等学者的研究成果。而讨论传统法制中的“民事”关系、“民法”史,现今似乎是一种相当主流的趋势。

^⑩ 这里就会涉及到“市民社会”的相关讨论,对于“市民社会”的语意脉络与法律特色介绍,请参阅颜厥安:《沟通、制度、民主文化》,载《台大法学论丛》30卷3期,第13—17页。

^⑪ 也许会有这样的质疑,因为笔者如此使用“民事”观念,中国传统法制上没有。笔者承认也接受这样的说法,不过,笔者正是要指出,在谈中国传统法制的“民事”时,很多研究没有把这点说出来,就直观(去脉络)地谈传统法上的“民事”规范或实践是如何如何,这正是笔者想要避免的“盲点”。从而这里带出一个法史学上的理论问题,即要去讨论“民法”史该要用什么观点?对于“民法”史讨论的系谱考察及相关反省,参阅徐忠明:《从西方民法视角看中国固有“民法”问题——对一种主流观点的评论》,载何勤华编:《法的移植与法的本土化》,北京:法律出版社2001年版,第501—534页。其实如果将笔者的想法推广一点,“行政”的观念,甚至“刑事”的观念在传统法制上都是“不可能”的,对此亦有相关的反省、讨论,参阅黄丞仪,同注2,第6—9页。

^⑫ 虽然本书只简单地使用“出现”两字,但其实这是一个具有复杂“动因”的“结果”,当然,这是与整个法律继受、变迁有关,可说是法律继受、变迁过程的具体化与实践。

件的处境。大理院处理民事案件的处境？不是应该与现在一样，大部分只要依照成文法律规定如《民法》各篇、《消费者保护法》等，做出判断就可以了？大理院当然与现在不一样，只要注意一下，现行民法典是在民国十八年（1929）公布施行的，就可以了解了。也就是说，在大理院存续期间（1912—1928）是没有现在所谓的《民法》，而且相对于当时的刑事法院，至少有《暂行新刑律》^⑩ 可供作为适用法律之文本，当时并没有所谓“暂行新民法”可以作为依据。换句话说，在大理院当时要处理民事案件，基本上是没有太多“成文法”^⑪ 可供参考。

大理院在做民事判决时的处境，正是如上所述，处于“成文法”空白的状况下，但遇到问题又不得不处理。法院不得因无“法律”而拒绝正义，正是近代民法的精神之一。在这种条件、状况下，即形成了民事法源多样化的可能^⑫，并使大理院负担起部分的法律创造工作^⑬。这是大理院当时的时代“困境”，不过，这也为大理院提供了一个可以尽情挥洒的历史舞台，让其所作所为都更显示出它的特色与历史意义。如此一来，反而更令人好奇，大理院在对民事案件进行法律言说时，所采用的论据是什么，为何采用这样的论据，其在每次言说背后所想达到或建立的目标到底是什么？而这目标达到了吗？也正是在这种时代背景与历史意义之下，让笔者更想以大理院民事判决来观察民国初年法律的言说与开展。

^⑩ 关于《暂行新刑律》的介绍，请参阅黄源盛：《民初暂行新刑律的历史与理论》，同注1，前揭书，第453页以下。

^⑪ 这里的“成文法”指的是《大清现行刑律》“民事有效部分”及少数的单行法规，如《清理不动产典当办法》等。这里也许会有读者觉得疑惑，“刑律”怎么会有“民事部分”？这与《大清现行刑律》的性质有关，基本上《大清现行刑律》可算是最后一部传统法制的律典，故在编纂体例上，亦带有传统法制的特色，即“民刑不分”。也就是说其中还是有处理生活资源该如何分配的规范，而这规范亦经大理院所承认，作为成文法源的一部分。即大理院上字三〇四号判例：“民国民法典尚未公布，前清之现行律，除制裁部分及与国体有抵触者外，当然继续有效。至前清现行律虽名为现行刑律，而除刑事部分外，关于民商事之规定，仍属不少，自不能以名称为刑律之故，即误会其为以废。”参阅黄源盛，同注4，前揭文，第104—107页。

^⑫ 关于大理院民事判决所可能引用的法源，参阅黄源盛，同上注，前揭文，第104—113页。

^⑬ 关于大理院于司法过程中的立法契机，参阅黄源盛，同上注，前揭文，第67—70页。

第二项 “契约自由”的概念为主要讨论范围

虽说笔者选定以民事判决为主要讨论对象,但还是需要再进一步界定可能的讨论范围,因“民事”这个概念所可能包含的范围还是太广,从而民事判决这个研究对象就有必要再仔细挑出更精确的讨论范围。笔者计划以“契约自由”(freedom of contract; die vertragsfreiheit)的概念为本书的主要讨论范围,而选择以“契约自由”这个概念来界定讨论的范围是基于下面的理由。

前面提到,所谓的“民事”是指“市民”或“资产阶级”间的关系,换言之,是理性个体、主体间的关系。规范这种关系的法律为“民事”法,或称“私法”,其主要的功能就在于提供能保障个体与个体理性的进行财产交换、经济活动的法律制度^①。这种制度的设计以现代法律人所熟悉的“私法自治”的形式出现,即当事人得依其自由意思创设、变更及消灭其私法上的关系。也就是说现代民法的目的就在于达成“私法自治”的理念。“私法自治”的理念依据一般法律学说的看法,其内容主要有所有权自由、契约自由,等等^②,从静态面来看,是保障个体对于其财产的自由使用收益处分的支配权,即所有权自由;从动态面来看,则是个体与个体之间得自由通过法律行为缔结契约,进行财产移转动,即契约自由。

在“私法自治”之中,一般学说认为以“契约自由”最为重要^③。若说整个民事法律制度的设计就是在达成“私法自治”理念,而“私法自治”理念中又以“契约自由”最重要。这也就是说,如何通过法律行为来自由缔结契约进行财产移转的法律制度设计,自是民事法律制度的核心。

^① 这样的主张似乎忽略了民事法律对于婚姻与家庭这种非交易关系的规范功能,的确,民事法律对于婚姻与家庭亦有一定的规范,但这并不妨碍这里所主张的民事法以规范财产交换(经济活动)为主要核心,因为民事法的规范接近六分之五在规范财产交换关系。若再仔细观察民法亲属、继承两篇中的规定(尤其是继承),其实可说大部分还是规范财产间的关系(只是这关系渗入了某种身份要件),真正身份关系的规范说不定还比较少。

^② 参阅王泽鉴:《民法总则》,台北:自版,2000年,第264—265页。陈自强:《契约之成立与生效》,台北:学林出版社2000年版,第6页。

^③ 参阅王泽鉴,同上注,第265页。王泽鉴:《债法原理(一)基本理论债之发生》,台北:自版,1999年,第80页。陈自强:《契约之成立与生效》,台北:学林出版社2000年版,第7页。