

契約法講義 I

# 契約之成立與生效

陳自強 著

契約法講義 I

# 契約之成立與生效

---

陳自強 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

契約之成立與生效／陳自強著. -- 二版. -- 臺北市：

陳自強出版：元照總經銷， 2012.09

面； 公分

ISBN 978-957-41-9432-2（平裝）

1.契約

584.31

101016648

# 契約之成立與生效

5C139PB

2012年9月 二版第1刷

作 者 陳自強

出 版 者 陳自強

總 經 銷 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

定 價 新臺幣 580 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publis

登記證號：局版臺業字第

3N 978-957-41-9432-2

## 第二版自序

時光荏苒，本書自初版完成迄今匆匆又是十載，其間曾因 2005 年消費者保護法的修正，小幅更動。原本預計在契約法第三部曲關於債務不履行（契約之違反）之論述大功告成後，再徹頭徹尾改頭換面，無奈 2004 年契約法二部曲「契約之內容與消滅」付梓後，因其他寫作計畫遲未能動筆，致未能按原訂時程完成修訂。促成本書進行中幅修正最主要的契機，乃 2009 年民法總則及親屬編關於禁治產及法定成年監護之修正，初版行為能力及關於禁治產人的說明，顯然不合法律規定，亟待修正。抑有其甚者，由於本書並非專以民法總則法律行為之規定為說明對象，而係以契約之成立與生效為核心，並貫穿民事財產法法律行為全般的論述，有許多關於物權行為基本概念的鋪陳，2009 年民法物權編通則與所有權的修正，雖未使本書初版成為廢紙一堆，事實上也未嘗撼動本書基本論旨，但條文內容及條文號數亦有調整的必要。最後但並非最不重要，乃學說及實務見解的發展使本書在不少之處有改弦更張之必要。除刪除不合時宜的實務見解外，第二版也增加一些個人認為有助於理解與學習的實務見解。

除因法律修正而不得不的修訂及實務見解的增刪外，第二版也試圖處理若干前版無暇觸及的交易類型及紛爭。舉其犖犖大者：因電子商務發達而衍生的法律問題、預售屋廣告是否為契約內容之爭議，均引起社會軒然大波，相關法律文獻也如爆炸性展開；堪稱台灣特產的「借名登記契約」，最高法院雖然承認其有效性，但問題並未完全解決，出名者處分行為的效力如何，學者

見解分歧依舊。個人雖無法提出解決良策，也將盡力呈現問題所在。

第二版實質內容變動最大的章節，應為五章「代理」。個人在完成「契約之內容與消滅」後，對商事代理與民事代理的關係發生濃厚興趣，並因而讓我再思民法與商法的分合關係，深深體會到企業經營者的觀點，對契約法的理解有舉足輕重的重要性。契約法的真正面貌，即契約法在現代經濟生活的展開，不能無視商業活動的特殊性，契約法律原則的形成更不應完全站在傳統民法的觀點，對商事習慣、商人自治規則及 Soft Law 等制定法以外的規範亦應兼籌並顧。在代理一章，個人明確指出民事代理與商事代理本質的不同及法律原則之差異。除此之外，個人近年來對契約法發展的體會，如契約法法源的特殊性、契約拘束力對契約法理建構的重要性及商事行為理論構築的必要性等論述，也算野人獻曝。

本書撰寫之際，對象設定在不受限於傳統法律教育框架、講究事半功倍的法律學習者，為使閱讀更為容易，盡量簡化法學文獻的引用，且省略附註，而在正文中穿插必要的說明。近年來學生對教科書的需求似乎越來越低，補習班講義取而代之，介於傳統教科書及專論之間的書籍，更無生存空間。本書空有專論之名，卻無附註，並非適格的專書，他方面又無法與一般法律教科書相提並論，可謂不上不下、不倫不類。第二版決定回復專書必有及一般教科書通常會有的隨頁附註，增加寫作的自由度，日後若再有修訂，細微末節可不必更動正文，在附註處理即可。第二版相較於第一版篇幅增加不少，固然非字字珠璣，但也非滿紙荒唐語。本書或許越來越像「寫給自己看的書」，孤芳自賞，也請讀者見諒。

本書書名雖仍維持不變，但為讓讀者有耳目一新的錯覺，除重新調整版面配置，增加每頁的承載量外，原冠加的「民法講義」叢書名，也替換為「契約法講義」。契約法看似僅為民法的一小部分，「契約法講義」格局氣度因而比「民法講義」狹隘，然實際情形則恰好相反：契約法主要為規範商事交易之法，除涵蓋傳統民法債之基本法律原則外，更包括商事行為法總論及各種商事契約，乃橫跨民法商法二法之法律領域，觸角甚可及於國際商事契約法，包羅萬象、無遠弗屆，延展性及包容性遠遠超過傳統民法。

本書的因緣與來龍去脈，已詳述於前版「緣起」，此心路歷程也許對本書閱讀與民法學習有幫助，故特予保留。臺灣大學法律研究所蔡承育及杜春緯君協助新版校對，謹致謝意。讀者對民法講義 III 的垂詢與期待，希望不久將來能轉變為對契約法講義 III 的批評與指正。

陳自強

2012 年 8 月 8 日

臺灣大學萬才館研究室

## 緣 起

### I

一九九三年八月起，我陸續在國立政治大學法律系開設民法債編總論、債編各論、物權編、總則編等課程，濫竽民事財產法的教學工作。任教的前三年，大多數的時間與精力，投注在課程的準備，希望除能透過教學的準備過程，全面探究民法理論的發展，並建立個人民事財產法的體系外，更能反省檢討傳統民事法學課程內容的妥當性，構思一個可能更有體系、有效率的替代方案。在講授內容的安排上，力求不自限於法典規定的順序，從了解的難易度與重要性，重新構思，最終的目的，是希望能經過教學相長，建構個人民事財產法的體系。但由於課程的安排，依然是以民法典各編為講授的對象，此種理論體系的建構，當然也無法遊走於民法各編之間，無論如何努力，都無法跳離如來佛的手掌心。民法各編的講授，令我感到最困難且挫折感最深的，莫過於民法總則。民法總則，理論上來說，是民法其他各編，甚至是所有實質意義的民法（包括商事法在內的民事法）共通適用的原則規定，大多數的規定，均與民法總則以外的法律，適用上密不可分。其中，尤其是關於法律行為的部分，如果沒有舉實際生活上的案例為例，不僅講學有困難，學生除非事先有預習，否則必將如鴨子聽雷，不知所云。所謂實際生活案例，其具體的規定，幾乎都散見民法總則以外的其他法律。初習民法者，要透過陌生的東西，了解新的事物，困難度實在不可以道里計。民法總

則的規定，不僅與民法其他各編或其他民事法，息息相關，其所使用的法學概念，可以說是民法法律概念中最抽象的。就民法財產法而言，最具體可徵的，反倒是大三的債法各論，縱然從未接觸民法，從字義也粗知買賣、贈與、租賃等法律概念，其次是大二的物權，再其次是債編總論。大一新生如果不事先準備，課堂上就能聽懂並充分掌握民法總則的規定，如果不是老師特別傑出，就是學生聰穎過人。對大多數的學生，真正進入民法的堂奧，最快還是二年級以後的事。

流行於我國各大專院校法律系傳統民法教育課程的設計，未必盡善盡美。現在大學法律系課程安排的現狀下，法律系的新生最先接觸民法總則，大多數大學法律系，甚至有擋修的規定，非先通過民法總則，不得修習民法其他各編。將民總視為民法入門的想法，由來已久，相當程度已根深蒂固。將民法總則置諸法律學習伊始，雖然有點先苦後甘的味道，但也使法律的學習，容易讓人感到挫折。大一新生可能枯坐窗前，冥想一個民法總則教科書所提到的法律概念或術語，百思不得其解，等到大二大三，才發現不是自己資質駑鈍，而是當時時候未到，等到法律概念的理解累積到一定程度，民法總則的法律概念，其實不是如此難以理解。如果要使民法的學習更有效率，難道非從民法最難理解的部分開始，而不能由淺入深？法律學習的生涯，難道非如此不快樂才可以嗎？如果傳統民法教育的安排，並無法使初學者輕鬆的進入民法的殿堂，就應該重新省思民法教育課程的設計。

基於以上認識，我開始建構學習民法的藍圖。將我的想法，落實在實際教學上。第一個機緣，是為外系所開設的民法概要。將民法概要列為必修科目的學系，民法概要的理解，重要性自然不在話下，但學生因並非法律本科系出身，大多不會事先預習，考試也求過關了事，將之視為主要科目用心學習的，少之又



少。要讓他們對民法的學習有興趣並不容易，至少要讓他們聽得懂，不排斥上課。於是，我嘗試完全擺脫民法典安排的順序，依個人對民法的初淺認識，依法律素材與實際生活的近接度與法律概念了解的難易度，依循由淺到深原則，規劃民法概要課程的進度與內容。具體教學上，力求透過簡單的實例題，說明複雜的法律問題。數年下來，發現此種不按牌理出牌的教學方式，並沒有增加學生了解的困難，反倒使若干學生對民法發生興趣。

民法概要課程，並不屬於大學法律系正規教育的一環，多半寓有翼輔其他專業，甚至通識教育的性質。我的試驗，也只能說是小小的一步。一九九五年政大法律系進行課程改革時，我曾提案大學部以民法基礎課程上下學期共計十學分，得取代民總與債總課程，也獲得通過，但因諸多實際上的困難，迄今仍未實現，二〇〇一年政大法律系課程大改革，再也沒有列此科目。使我上述構想，在比較正規法律教育付諸實現的，是「民法基礎課程」。一九九七年政治大學法律學研究所開始招收非法律系畢業的碩乙班學生，為精簡法律學習的過程，設計一套專為其量身訂做的基礎課程。民法的部分，分為財產法一學年共計八學分，身分法兩學分，其中財產法部分由我負責。課程設計上，我並沒有依民法典編排的順序，濃縮講授的內容，而是貫徹個人對民事財產法教學的體驗，揀選民事財產法學習上，不可欠缺的學習素材，重新規劃與安排講授內容。二〇〇一年的課程改革，廢除實施五年的碩乙班基礎課程，法學基礎的學習，改為與大學部併班上課的方式。民法基礎課程於焉壽終正寢。

我對民事財產法課程改革的實驗，失去戰場，但希望不是無疾而終。我深信法學教育的改革，不應該僅止於課程的濃縮，或像立法院審查預算，任意增刪課程與學分數，而也應該反省檢討現行法學教育課程內容的妥當性。如果調整講學的順序與方

式，或許也能使法律學習更有效率，因而使諸如科技法律、電子商務等熱門領域，縱使新增課程，也不至於加重學生的負擔。為不使我的心得與體驗，煙消雲散，因此決定將幾年來在碩乙班民法基礎課程的講授內容，形諸文字，留下歷史的見證。當然，我也深盼民事法學教育的改造，不是遙不可望。如何調整講授的內容，使教學能更有效率，我願野叟獻曝，提供個人一愚之得。

## II

完全遵循法條規定的章節順序，按部就班的論述方式，在當今德國民法教科書，就我個人所知，並不是絕對多數。現在有愈來愈多給初學者閱讀的教科書，採用民法基礎課程的模式，將民事財產法的核心概念與原理原則，以作者個人的認識與理解，建構教學上的體系。此類教科書有廣大的市場，原因相當簡單：德國相當多數的大學，民法課程的安排，並不採取各編分別授課的方式，而是分基礎課程與進階課程，由淺入深。法律新鮮人一開始學習民法，並不是從第一條學起，老師很少詳細說明法人的規定，而是打破民法典章節安排的順序，透過案例，說明重要而複雜的法律概念與思想，簡單的說，法學基礎教育，就是採取基礎課程的模式。以此課程為目的而撰寫的教科書，自然有其市場。反觀我國的情形，普遍施行民法各編的分科教育，無基礎與進階課程之別，幾乎所有的教科書，也都是按照大學法律系必修課程的安排而撰寫，諸此民法基礎課程的教科書，並無法配合教學課程，其市場性如何，可想而知。如專考慮市場性，本書似乎不應該問世。本書所提供的法律見解，縱然極端不成熟，貽笑大

方，但我相信本書的構想，應該能提供民法教育的一個新的可能性。

成功的民法基礎課程的教科書，應該簡明扼要，不能鉅細靡遺，知無不言，言無不盡，尤其忌諱將所有學說判例見解，赤裸裸的展示在讀者面前。最好能在五百頁的範圍內，將民法最重要的原理原則與法律概念，說明清楚。否則，此類為法律人而撰寫的基礎教科書，與坊間的民法概要教科書，大同小異（以此標準衡量本書，本書顯然不算成功）。教材選取方面，我將身分法中與財產法律關係無關的部分排除在外，並非因其不重要，而是因為個人無深入研究。再者，身分法的指導思想，與財產法並不相同，將身分法併入民法基礎課程，容易造成初學者的困惑。物權法雖然也屬於財產法，但特別關於擔保物權的部分，有其自己的指導思想與法律原則，其實行有賴民事程序法的適用，不動產的規範方面，與國家土地登記制度，乃至於不動產政策有密切的關連，因此，物權法在財產法領域，獨樹一幟，別具特色。民法總則中法人的規定，性質上屬於團體法的一環，經濟生活中最重要的法人，毫無疑問的，是公司法所規範的公司。民法關於社團法人的規定，雖然屬於一般法，公司法屬於特別法，但學習上，二者應該合而為一。民法法人規定，並無非在大一初學民法就熟悉的急迫性。我認為民事財產法核心的部分，非債之關係莫屬。

債編為債之關係的核心規範，其大部分的內容，與債權契約有關。債編各論絕大多數的規範對象，為債權契約（有名契約類型），這些規定的條文數目，近四百條，約佔民法典的三分之一，佔據民法典主要的空間。民法與債之關係有關的部分，不限於債法。民法總則法律行為的規定，主要的適用對象，也是債權契約。債權契約的內容，如果是一方負有使物權發生變動的義務（如物之出賣人的所有權移轉義務），物權行為就成為債權行為

的履行行為，債權行為成為物權行為的原因行為，二者皆屬於經濟目的達成上不可分割的整體。雖然基於物權行為獨立性原則，物權行為規定在物權法中，但此部分的學習，與債之關係不可須臾或離。總而言之，無論從條文數目，或實際生活的重要性，契約法居其首位，當之無愧。此部分的學習，不僅重要，依我的判斷，也最複雜與困難。蓋我國契約法體系的建構，是建立在抽象程度不一的法律概念上，規定在民法總則的法律行為，最抽象最難懂，債權行為與物權行為次之，各種契約類型最具體。想要徹底掌握契約法，非對上述法律概念有全盤的理解不為功。具體契約類型雖然比較接近生活現實，但各種契約內容，千差萬別，即使屬於同一契約類型，如買賣契約，就可能有日常生活用品的買賣、有價證券買賣、不動產買賣、船舶航空器買賣、國際貿易買賣，甚至軍火買賣，各種買賣形態，法律問題的重心，各有不同，更何況不同的契約類型，經濟目的各異，當事人利益狀態形形色色，不一而足。想要在基礎課程吾道一以貫之，根本是癡人說夢。職是之故，在討論契約法原理原則之際，所舉案例，不得不有所選取。我認為買賣契約，是立法者所設想最典型的契約類型。民法總則中的法律行為規定也好，債編通則關於契約成立或債之效力的規定，立法者就是以買賣契約為典型案型。民法基礎課程的學習，依我的判斷，應該以買賣契約為核心，逐漸延伸，以竟全功。

債之關係的規定，除契約法外，依其重要性，還有侵權行為法、不當得利法與無因管理法。在無民法典的國家，如英美法，無不開設契約法與侵權行為法的課程，作為法學教育的基礎內容。侵權行為法的重要性，由此可見一斑。大學部債編總論的課程也好，碩乙班的民法基礎課程也好，我都先講授侵權行為法。蓋侵權行為的結構，與刑法犯罪行為類似，類似的問題不

少。互相參照對比，有助於釐清觀念。相較於契約法，侵權行為法涉及的法律概念，較接近生活，比較容易理解。侵權行為法固然是民事財產法學習的重心之一，不可否認，契約法的學習佔據更多的時間。本書開始構思之際，原本計劃以契約法為首，殿以侵權行為、不當得利、無因管理等所謂法定債之關係。撰寫過程，發現許多概念的說明，若過於精簡，反而無益於理解，再因時間能力兩不相許，於是決定分冊撰寫（如果還有第二冊、第三冊、、、），此系列命名為民法講義。

### III

本書為契約法的第一個部分，討論契約的成立與生效，內容上，涵蓋傳統法學教育課程民法總則法律行為的部分，與債編通則關於契約之成立與代理權授與的部分，以及物權法中有關物權行為的基本概念。買賣契約既然是法律行為中的典範，債編各論買賣若干的規定，也成為討論的對象。締約上過失，是因談判締約磋商而發生的法律問題，教科書多在契約成立的脈絡中討論之。但此制度理解上，許多基礎知識，出現在後，與債之關係的內容有密切的關係，擬待他日再論。本書雖然無法將身分行為也一起討論，沒有資格稱為完整的法律行為論述。然而，身分行為在法律行為當中，具有特殊性，被德國法律行為論收入其法律行為的最上位概念的抽屜中，一定感到相當的不自在，彷彿走進陌生的國度。終究，民法總則關於法律行為規定，最主要的適用對象，並不是身分行為，而是財產行為，尤其是其中的債權契約。身分行為究竟得否適用民法總則法律行為的規定，學說始終有爭論。職是之故，探討法律行為的概念與規定時，本書儘可能不舉

身分行為為例。本書主要的部分雖然集中在民法總則，但因不是以專以論述民法總則的規定為目標，當然無法取代民法總則的教科書，要能過關，取得學分，傳統民法總則教科書，仍然不可不讀。就修習民法總則的課程而言，本書只能說是補充教材，充其量也僅是關於民法總則法律行為的教科書。但毫無疑問的，此部分最為重要。

為使初學者能對法律行為論的發展，有粗淺的認識，在第一章「法律行為總論」的部分，我將簡要的勾勒出法律行為論重要的概念。以後的章節安排，並不是恣意擅斷，可以說是我數年來對法律行為研究的心得。若干粗淺的想法，曾發表在「意思表示錯誤的基本問題」（政大法學評論第五十二期，八三年十二月，三一—頁以下）。在民法研究會第十六次的報告：「法律行為、法律性質與民法債編修正」（一九九九年十月九日，全文刊載於台灣本土法學雜誌第五期，一九九九年十二月，一頁以下、第六期，二〇〇〇年一月，一頁以下）中，我批判我國傳統法律行為成立與生效要件的概念及區別，並提出我個人的淺見。其中，關於契約成立與生效的層次，與有關契約要件的區別，我所提出的建議，成為本書架構的理論基礎。就此點而言，本書就是將我的認知（如果不能說是理論），實踐到法律體系的建構。我在本書最後一段，扼要的說明上述內容，一來，總結全文，二來，也希望透過架構的說明，使讀者對民法的結構，比較容易掌握。法律學習，不能見樹不見林，如果整天面對的，都是具體的學說爭議與實務見解，無視法律背後的原理原則與基本價值判斷，就像盲人摸象，對法律永遠無法有整體的認知，與健全的法律感情。個人期許本書不只具有教學意義，同時也兼具體系書的性質。

如果要讓完全未接觸民法文獻、未具備基礎認識的讀者，能夠透過本書的閱讀，更容易進入民法的殿堂，行文就必須簡明易懂。在民法講義的第一本書，我嘗試以比較口語的方式論述，儘可能精簡文句，避免冗長的敘述。法律概念與要件的說明，傳統教科書多將法律概念切割支解為細小的構成要件要素，逐一敘述。此種說法，基本上是承襲德國十九世紀以來盛行的概念法學的論述方法，雖然有條理分明的優點，卻常使讀者無法認識到問題真正的所在與學習的重心。因此，本書儘可能以問題為取向，依問題實際重要性的不同，為詳簡不一的說明，論述風格上，或許與傳統的教科書有所不同，也算是新的嘗試。重要的法律概念與問題爭議，我將儘可能舉例說明。所舉的例子，也儘可能簡化，避免如言情小說複雜的情節。因唯有簡化案情，法律思想法律原則如何運用在具體個案，才可能真正顯現出來。複雜的案情，其實是由許多不同的問題點所組成，因為盤根錯節，所以令人不知所措。法律訓練目的之一，是要使法律人能抽絲剝繭，分析整理複雜的法律問題，針對各個具體的問題，各個擊破。在法律學習的開始，如果終日面對遠離生活現實的複雜案例，縱然有助於法律思惟（頭腦體操），而對簡單案例不屑一顧，眼高手低的結果，很可能適得其反。複雜的案例，因為太過複雜，所以只有記憶背誦其解決答案，簡單而基礎的案例，因從未思考如何解決，也束手無策。再者，法律解釋與適用，經常涉及學說與實務見解的爭議，本書雖然偶爾提出個人淺見，但我力求將達到結論的論證過程，清楚地呈現在讀者面前。論證基礎的法學方法論，本書也在相關的地方，附帶提及。讀者如果能透過本書的閱讀，增加對法學方法運用的認識，並對法律學說爭議的真諦，有更深刻的體會，也算本書功德一樁。

實例問題的解答，經常涉及許多不同的法律條文，也可能發生請求權競合的問題，法律概念之間，也經常會與其他法律概念發生關連或區別。如果相關的問題理解，需要以其他法律認識為基礎，牽涉其他制度，無法在本書說明清楚，我將盡量不去談論，避免節外生枝。相關的問題，諸如請求權競合，或完整當事人法律關係的分析，將等到相關部分論述完畢後再說明。最後，本書並無隨頁附註，而採取隨文說明的方式。本書的定位，無論如何高估其價值，也不過是教科書，不可能被認為專論。詳細的註解，或許有助於問題的深入探討，但也使閱讀無法一氣呵成，增加讀者閱讀的困難。另外，旁徵博引參考文獻，對內容貧乏的書籍（如本書），固然能遮羞包醜，但為減輕讀者的負擔，我並未羅列國內外諸說文獻出處，而盡量簡化之。王澤鑑大法官實例研習叢書及其學說判例研究，不僅陪伴著我渡過法律學習的所有階段，更成為我教學上與本書寫作上最主要的參考教材。如果我能夠眺望的更遠，一定是站在巨人的肩膀上。

本書雖然主要是針對大學法律系的民法課程或研習而寫，但也誠摯邀請其他對法律基本思想有興趣的讀者一起進入法律的殿堂。在漫長的西歐法律發展上，民法淵遠流長，具有悠久的歷史傳統，蘊含豐富的法律思想，想一窺法律究竟，而不只是接觸法律文義，應該從民法入手。法律行為論乃至於契約論，最值得細心品味。



## 引用文獻略語表

- |             |                                   |
|-------------|-----------------------------------|
| 王澤鑑，民法思維    | 王澤鑑，民法思維與民法實例，1999 年              |
| 王澤鑑，民總      | 王澤鑑，民法總則，增訂版，2009 年               |
| 王澤鑑，侵權      | 王澤鑑，侵權行為法，2009 年                  |
| 王澤鑑，債法原理    | 王澤鑑，債法原理，增訂三版，2012 年              |
| 王澤鑑，物權      | 王澤鑑，民法物權，增訂二版，2010 年              |
| 史尚寬，民總      | 史尚寬，民法總論，1970 年                   |
| 林秀雄，親屬法     | 林秀雄，親屬法講義，初版 1 刷，2011 年           |
| 林誠二，民總上     | 林誠二，民法總則（上），2005 年                |
| 林誠二，民總下     | 林誠二，民法總則講義，下冊，1995 年              |
| 邱聰智，民總上     | 邱聰智，民法總則（上），初版，三民，2005 年          |
| 施啓揚，民總      | 施啓揚，民法總則，7 版，2007 年               |
| 洪遜欣，民總      | 洪遜欣，中國民法總則，1978 年                 |
| 孫森焱，債總      | 孫森焱，民法債編總論，修訂版，2010 年             |
| 陳自強，無因債權契約論 | 陳自強，無因債權契約論，學林，1998 年             |
| 陳自強，契約之內容   | 陳自強，契約之內容與消滅，學林，2004 年            |
| 陳自強，代理      | 陳自強，代理權與經理權之間，民商合一與民商分立，元照，2006 年 |
| 陳自強，債權法現代化  | 陳自強，臺灣民法與日本債權法之現代化，元照，2011 年 4 月  |
| 陳自強，整合中之契約法 | 陳自強，整合中之契約法，元照，2011 年 5 月         |