



陈自强/著

法律出版社

民法讲义 I 契约之成立 与生效

法学研究生
精读书系

陈自强 / 著
法律出版社

民法讲义 I 契约之成立 与生效

陈自强/著

法律出版社

民法讲义 I 契约之成立 与生效

法学研究生
精读书系

图书在版编目(CIP)数据

民法讲义 I——契约之成立与生效/陈自强著. —北京:
法律出版社, 2002. 8

ISBN 7-5036-3930-X

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(2002)第 063549 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律教育出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	责任印制/李跃
开本/A5	印张/16 字数/382 千
版本/2002 年 9 月第 1 版	印次/2002 年 9 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	电话/010-88414121
电子邮件/info@lawpress.com.cn	传真/010-88414115
网址/www.lawpress.com.cn	
法律教育出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/jiaoyu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-68710329	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897	销售热线/010-88414896 010-88414900
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414899
书号:ISBN 7-5036-3930-X/D·3647	定价:29.50 元

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中心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,而非汲汲于某一个具体问题作专门讨论;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,本系列丛书能如潺湲流水,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中心

2002年7月

缘 起

I

1993年8月起,我陆续在台湾政治大学法律系开设民法债编总论、债编各论、物权编、总则编等课程,滥竽民事财产法的教学工作。任教的前三年,大多数的时间与精力,投注在课程的准备,希望能透过教学的准备过程,全面探究民法理论的发展,并建立个人民事财产法的体系,此外更能反省检讨传统民法课程内容的妥当性,构思一个可能更有体系、有效率的替代方案。在讲授内容的安排上,力求不自限于法典规定的顺序,从了解的难易度与重要性,重新构思,最终的目的,是希望能经过教学相长,建构个人民事财产法的体系。但由于课程的安排,依然是以“民法典”各编为讲授的对象,此种理论体系的建构,当然也无法游走于“民法”各编之间,无论如何努力,都无法跳离如来佛的手掌心。“民法”各编的讲授,令我感到最困难且挫折感最深的,莫过于民法总则。从理论上说,民法总则是“民法”其它各编,甚至是所有实质意义的“民法”(包括商事法在内的民法)共通适用的原则规定,大多数的规定,均与民法总则以外的法律,适用上密不可分。其中,尤其是关于法律行为的部分,如果没有举实际生活上的案例为例,不仅讲学有困难,学生除非事先有预习,否则必将如鸭子听雷,不知所云。所谓

II

实际生活案例,其具体的规定,几乎都散见民法总则以外的其它法律。初习民法者,要透过陌生的东西,了解新的事物,困难度实在不可以道里计。“民法”总则的规定,不仅与“民法”其它各编或其它民事法,息息相关,其所使用的法学概念,可以说是民法法律概念中最抽象的。就民法财产法而言,最具体可征的,反倒是大三的债法各论,纵然从未接触民法,从字义也粗知买卖、赠与、租赁等法律概念,其次是大二的物权,再其次是债编总论。大一新生如果不事先准备,课堂上就能听懂并充分掌握民法总则的规定,如果不是老师特别杰出,就是学生聪颖过人。对大多数的学生,真正进入民法的堂奥,最快还是二年级以后的事。

流行于我们各大专院校法律系传统民法教育课程的设计,未必善尽善。现在大学法律系课程安排的现状下,法律系的新生最先接触民法总则,大多数大学法律系,甚至有挡修的规定,非先通过民法总则,不得修习民法其它各编。将民法总则视为民法入门的想法,由来已久,相当程度已根深蒂固。将民法总则置诸法律学习伊始,虽然有点先苦后甘的味道,但也使法律的学习,容易让人感到挫折。大一新生可能枯坐窗前,冥想一个民法总则教科书所提到的法律概念或术语,百思不得其解,等到大二大三,才发现不是自己资质驽钝,而是当时时候未到,等到法律概念的理解累积到一定程度,民法总则的法律概念,其实不是如此难以理解。如果要使民法的学习更有效率,难道非从民法最难理解的部分开始,而不能由浅入深?法律学习的生涯,难道非如此不快乐才可以吗?如果传统民法教育的安排,并无法使初学者轻松地进入民法的殿堂,就应该重新省思民法教育课程的设计。

III

基于以上认识,我开始建构学习民法的蓝图。将我的想法,落实在实际教学上。第一个机缘,是为外系所开设的民法概要。将民法概要列为必修科目的学系,民法概要的理解,重要性自然不在

话下,但学生因并非法律本科系出身,大多不会事先预习,考试也求过关了事,将之视为主要科目用心学习的,少之又少。要让他们对民法的学习有兴趣并不容易,至少要让他们听得懂,不排斥上课。于是,我尝试完全摆脱“民法典”安排的顺序,依个人对民法的初浅认识,依法律素材与实际生活的近接度与法律概念了解的难易度,依循由浅到深原则,规划民法概要课程的进度与内容。具体教学上,力求透过简单的实例题,说明复杂的法律问题。数年下来,发现此种不按牌理出牌的教学方式,并没有增加学生了解的困难,反倒使若干学生对民法发生兴趣。

民法概要课程,并不属于大学法律系正规教育的一环,多半寓有翼辅其它专业,甚至通识教育的性质。我的试验,也只能说是小小的一步。1995年政大法律系进行课程改革时,我曾提案大学部以民法基础课程上下学期共计十学分,得取代民法总论与债总论课程,也获得通过,但因诸多实际上的困难,迄今仍未实现,2001年政大法律系课程大改革,再也没有列此科目。使我上述构想,在比较正规法律教育付诸实现的,是“民法基础课程”。1997年政治大学法律学研究所开始招收非法律系毕业的硕乙班学生,为精简法律学习的过程,设计一套专为其量身订做的基础课程。民法的部分,分为财产法一学年共计八学分,身份法两学分,其中财产法部分由我负责。课程设计上,我并没有依“民法典”编排的顺序,浓缩讲授的内容,而是贯彻个人对民事财产法教学的体验,拣选民事财产法学习上,不可欠缺的学习素材,重新规划与安排讲授内容。2001年的课程改革,废除实施五年的硕乙班基础课程,法学基础的学习,改为与大学部并班上课的方式。民法基础课程于焉寿终正寝。

我对民事财产法课程改革的实验,失去战场,但希望不是无疾而终。我深信法学教育的改革,不应该仅止于课程的浓缩,或像“立法院”审查预算,任意增删课程与学分数,而也应该反省检讨现

行法学教育课程内容的妥当性。如果调整讲学的顺序与方式,或许也能使法律学习更有效率,因而使诸如科技法律、电子商务等热门领域,纵使新增课程,也不至于加重学生的负担。为不使我的心得与体验,烟消云散,因此决定将几年来在硕乙班民法基础课程的讲授内容,形诸文字,留下历史的见证。当然,我也深盼民事法学教育的改造,不是遥不可望。如何调整讲授的内容,使教学能更有效率,我愿野叟献曝,提供个人一愚之得。

II

V 完全遵循法条规定的章节顺序,按部就班的论述方式,在当今德国民法教科书,就我个人所知,并不是绝大多数。现在有愈来愈多给初学者阅读的教科书,采用民法基础课程的模式,将民事财产法的核心概念与原理原则,以作者个人的认识与理解,建构教学上的体系。此类教科书有广大的市场,原因相当简单:德国相当多数的大学,民法课程的安排,并不采取各编分别授课的方式,而是分基础课程与进阶课程,由浅入深。法律新鲜人一开始学习民法,并不是从第一条学起,老师很少详细说明法人的规定,而是打破“民法典”章节安排的顺序,透过案例,说明重要而复杂的法律概念与思想,简单的说,法学基础教育,就是采取基础课程的模式。以此课程为目的而撰写的教科书,自然有其市场。反观我们的情形,普遍施行“民法”各编的分科教育,无基础与进阶课程之别,几乎所有的教科书,也都是按照大学法律系必修课程的安排而撰写,诸此民法基础课程的教科书,并无法配合教学课程,其市场性如何,可想而知。如专考虑市场性,本书似乎不应该问世。本书所提供的法律见解,纵然极端不成熟,贻笑大方,但我相信本书的构想,应该能提供民法教育的一个新的可能性。

成功的民法基础课程的教科书,应该简明扼要,不能巨细靡遗,知无不言,言无不尽,尤其忌讳将所有学说判例见解,赤裸裸的展示在读者面前。最好能在 500 页的范围内,将民法最重要的原理原则与法律概念,说明清楚。否则,此类为法律人而撰写的基础教科书,与坊间的民法概要教科书,大同小异(以此标准衡量本书,本书显然不算成功)。教材选取方面,我将身份法中与财产法律关系无关的部分排除在外,并非因其不重要,而是因为个人无深入研究。再者,身份法的指导思想,与财产法并不相同,将身份法并入民法基础课程,容易造成初学者的困惑。物权法虽然也属于财产法,但特别关于担保物权的部分,有其自己的指导思想与法律原则,其实行有赖民事程序法的适用,不动产的规范方面,与土地登记制度,乃至不动产政策有密切的关连,因此,物权法在财产法领域,独树一帜,别具特色。民法总则中法人的规定,性质上属于团体法的一环,经济生活中最重要的法人,毫无疑问的,是公司法所规范的公司。民法关于社团法人的规定,虽然属于一般法,公司法属于特别法,但学习上,二者应该合而为一。民法法人规定,并无非在大一初学民法就熟悉的急迫性。我认为民事财产法核心的部分,非债之关系莫属。

债编为债之关系的核心规范,其大部分的内容,与债权契约有关。债编各论绝大多数的规范对象,为债权契约(有名契约类型),这些规定的条文数目,近四百条,约占民法典的 1/3,占据民法典主要的空间。民法与债之关系有关的部分,不限于债法。民法总则法律行为的规定,主要的适用对象,也是债权契约。债权契约的内容,如果是一方负有使物权发生变动的义务(如物之出卖人的所有权移转义务),物权行为就成为债权行为的履行行为,债权行为成为物权行为的原因行为,二者皆属于经济目的达成上不可分割的整体。虽然基于物权行为独立性原则,物权行为规定在物权法

中,但此部分的学习,与债之关系不可须臾或离。总而言之,无论从条文数目,或实际生活的重要性,契约法居其首位,当之无愧。此部分的学习,不仅重要,依我的判断,也最复杂与困难。盖我们的契约法体系建构,是建立在抽象程度不一的法律概念上,规定在民法总则的法律行为,最抽象最难懂,债权行为与物权行为次之,各种契约类型最具体。想要彻底掌握契约法,非对上述法律概念有全盘的理解不为功。具体契约类型虽然比较接近生活现实,但各种契约内容,千差万别,即使属于同一契约类型,如买卖契约,就可能有日常生活用品的买卖、有价证券买卖、不动产买卖、船舶航空器买卖、国际贸易买卖,甚至军火买卖,各种买卖形态,法律问题的重心,各有不同,更何况不同的契约类型,经济目的各异,当事人利益状态形形色色,不一而足。想要在基础课程吾道一以贯之,根本是痴人说梦。职是之故,在讨论契约法原理原则之际,所举案例,不得不有所选取。我认为买卖契约,是立法者所设想最典型的契约类型。民法总则中的法律行为规定也好,债编通则关于契约成立或债之效力的规定,立法者就是以买卖契约为典型案型。民法基础课程的学习,依我的判断,应该以买卖契约为核心,逐渐延伸,以竟全功。

债之关系的规定,除契约法外,依其重要性,还有侵权行为法、不当得利法与无因管理法。在无民法典的国家,如英美法,无不开设契约法与侵权行为法的课程,作为法学教育的基础内容。侵权行为法的重要性,由此可见一斑。大学部债编总论的课程也好,硕乙班的民法基础课程也好,我都先讲授侵权行为法。盖侵权行为的结构,与刑法犯罪行为为类似,类似的问题不少。互相参照对比,有助于厘清观念。相较于契约法,侵权行为法涉及的法律概念,较接近生活,比较容易理解。侵权行为法固然是民事财产法学习的重心之一,不可否认,契约法的学习占据更多的时间。本书开始构

思之际,原本计划以契约法为首,殿以侵权行为、不当得利、无因管理等所谓法定债之关系。撰写过程,发现许多概念的说明,若过于精简,反而无益于理解,再因时间能力两不相许,于是决定分册撰写(如果还有第二册、第三册……),此系列命名为民法讲义。

III

本书为契约法的第一个部分,讨论契约的成立与生效。在内容上涵盖传统法学教育课程民法总则法律行为的部分,与债编通则关于契约之成立与代理权授与的部分,以及物权法中有关物权行为的基本概念。买卖契约既然是法律行为中的典范,债编各论买卖若干的规定,也成为讨论的对象。缔约上过失,是因谈判缔约磋商而发生的法律问题,教科书多在契约成立的脉络中讨论之。但此制度理解上,许多基础知识,出现在后,与债之关系的内容有密切的关系,拟待他日再论。本书虽然无法将身份行为也一起讨论,没有资格称为完整的法律行为论述。然而,身份行为在法律行为当中,具有特殊性,被德国法律行为论收入其法律行为的最上位概念的抽屉中,一定感到相当的不自在,仿佛走进陌生的国度。终究,民法总则关于法律行为规定,最主要的适用对象,并不是身份行为,而是财产行为,尤其是其中的债权契约。身份行为究竟得否适用民法总则法律行为的规定,学说始终有争论。职是之故,探讨法律行为的概念与规定时,本书尽可能不举身份行为为例。本书主要的部分虽然集中在民法总则,但因不是以专以论述民法总则的规定为目标,当然无法取代民法总则的教科书,要能过关,取得学分,传统民法总则教科书,仍然不可不读。就修习民法总则的课程而言,本书只能说是补充教材,充其量也仅是关于民法总则法律行为的教科书。但毫无疑问的,此部分最为重要。

IX

为使初学者能对法律行为论的发展,有粗浅的认识,在第一章“法律行为总论”的部分,我将简要的勾勒出法律行为论重要的概念。以后的章节安排,并不是恣意擅断,可以说是我数年来对法律行为研究的心得。若干粗浅的想法,曾发表在“意思表示错误的基本问题”(政大法学评论第五十二期,1994年12月,311页以下)。在民法研究会第十六次的报告:“法律行为、法律性质与民法债编修正”(1999年10月9日,全文刊载于“台湾本土法学杂志”第五期,1999年12月,1页以下;第六期,2000年1月,1页以下)中,我批判我们的传统法律行为成立与生效要件的概念及区别,并提出我个人的浅见。其中,关于契约成立与生效的层次,与有关契约要件的区别,我所提出的建议,成为本书架构的理论基础。就此点而言,本书就是将我的认知(如果不能说是理论),实践到法律体系的建构。我在本书最后一段,扼要地说明上述内容,一来,总结全文,二来,也希望透过架构的说明,使读者对民法的结构,比较容易掌握。法律学习,不能见树不见林,如果整天面对的,都是具体的学说争议与实务见解,无视法律背后的原理原则与基本价值判断,就像盲人摸象,对法律永远无法有整体的认知,与健全的法律感情。个人期许本书不只具有教学意义,同时也兼具体系书的性质。

如果能让完全未接触民法文献、未具备基础认识的读者,能够透过本书的阅读,更容易进入民法的殿堂,行文就必须简明易懂。在民法讲义的第一本书,我尝试以比较口语的方式论述,尽可能精简文句,避免冗长的叙述。法律概念与要件的说明,传统教科书多将法律概念切割支解为细小的构成要件要素,逐一叙述。此种说法,基本上是承袭德国19世纪以来盛行的概念法学的论述方法,虽然有条理分明的优点,却常使读者无法认识到问题真正的所在与学习的重心。因此,本书尽可能以问题为取向,依问题实际重要性的不同,为详简不一的说明,论述风格上,或许与传统的教科书

有所不同,也算是新的尝试。重要的法律概念与问题争议,我将尽可能举例说明。所举的例子,也尽可能简化,避免如言情小说复杂的情节。因唯有简化案情,法律思想法律原则如何运用在具体个案,才可能真正显现出来。复杂的案情,其实是由许多不同的问题点所组成,因为盘根错节,所以令人不知所措。法律训练目的之一,是要使法律人能抽丝剥茧,分析整理复杂的法律问题,针对各个具体的问题,各个击破。在法律学习的开始,如果终日面对远离生活现实的复杂案例,纵然有助于法律思惟(头脑体操),而对简单案例不屑一顾、眼高手低的结果,很可能适得其反。复杂的案例,因为太过复杂,所以只有记忆背诵其解决答案;简单而基础的案例,因从未思考如何解决,也束手无策。再者,法律解释与适用,经常涉及学说与实务见解的争议,本书虽然偶尔提出个人浅见,但我力求将达到结论的论证过程,清楚地呈现在读者面前。论证基础的法学方法论,本书也在相关的地方,附带提及。读者如果能透过本书的阅读,增加对法学方法运用的认识,并对法律学说争议的真谛,有更深刻的体会,也算本书功德一桩。

实例问题的解答,经常涉及许多不同的法律条文,也可能发生请求权竞合的问题,法律概念之间,也经常会与其它法律概念发生关联或区别。如果相关的问题理解,需要以其它法律认识为基础,牵涉其它制度,无法在本书说明清楚,我将尽量不去谈论,避免节外生枝。相关的问题,诸如请求权竞合,或完整当事人法律关系的分析,将等到相关部分论述完毕后再说明。最后,本书并无随页附注,而采取随文说明的方式。本书的定位,无论如何高估其价值,也不过是教科书,不可能被认为专论。详细的批注,或许有助于问题的深入探讨,但也使阅读无法一气呵成,增加读者阅读的困难。另外,旁征博引参考文献,对内容贫乏的书籍(如本书),固然能遮羞包丑,但为减轻读者的负担,我并未罗列内外诸说文献出处,而

XI 尽量简化之。王泽鉴教授实例研习丛书及其学说判例研究,不仅陪伴着我渡过法律学习的所有阶段,更成为我教学上与本书写作上最主要的参考教材。如果我能够眺望的更远,一定是站在巨人的肩膀上。

本书虽然主要是针对大学法律系的民法课程或研习而写,但也诚挚邀请其它对法律基本思想有兴趣的读者一起进入法律的殿堂。在漫长的西欧法律发展上,民法渊远流长,具有悠久的历史传统,蕴含丰富的法律思想,想一窥法律究竟,而不只是接触法律文义,应该从民法入手。法律行为论乃至契约论,最值得细心品味。

政治大学法律研究所钟熏娴、赵佑全及大学部蔡佩玲、邓依仁诸君,与学林公司专业编辑及校稿人员协助本书的校对,并惠赐宝贵意见,谨致谢忱。如果没有学林公司庄总编辑品秀小姐的鼓励与鼎力协助,本书不可能在此时问世,并此致谢。本书撰写之际,适逢小女嵩昀诞生,象征永续生命的开始,愿“民法讲义”也能像她及两个哥哥,嵩佑与嵩林一样,成长茁壮。

陈自强

2002年3月12日

自序

本书为“民法讲义”系列书关于契约总论的第一个部分,主要讨论的对象,囊括民法总则的法律行为、债编通则的契约之成立与代理权授与等相关规定,及物权法中有关物权行为的基本概念。本书的因缘与来龙去脉,已详论于导读中。助理政大法研所钟熏娴小姐与大学部蔡佩玲、邓依仁等诸位同学与学林公司专业校稿人员协助本书的校对,并惠赐宝贵意见,谨致谢忱。如果没有学林公司庄总编辑品秀小姐的鼓励与鼎力协助,本书不可能在此时间问世。本书撰写之际,适逢小女嵩昀诞生,象征永续生命的开始,愿“民法讲义”也能像她一样,成长茁壮。

陈自强

2002年2月15日