

民法講義I

契約之成立與生效

陳自強 著



新學林

 新學林出版股份有限公司

地址：台北市大安區和平東路二段339號9樓

TEL：(02)2700-1808 FAX：(02)2705-9080

郵政劃撥：19889774 新學林出版股份有限公司

E-mail:law@sharing.com.tw

民法講義 I

—契約之成立與生效—

新學林出版股份有限公司／出版

國家圖書館出版品預行編目資料

民法講義 / 陳自強主撰. -- 一版. -- 臺北市
：學林文化，2002- [民 91-]
冊；公分

ISBN 957-0413-48-4(平裝)

1. 民法 - 中國

584

91003276

民法講義 I —— 契約之成立與生效

作者：陳自強

出版者：新學林出版股份有限公司

地址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

電話：(02) 2700-1808 傳真：(02) 2705-9080

網址：<http://sharing.168city.com.tw/>

總經理：毛基正

總編輯：田金益

版權部：林靜妙

責任編輯：陳佳聖

製程管理：華穩

出版日期：2002 年 3 月 一版

2009 年 10 月 一版四刷

郵撥帳號：19889774 新學林出版股份有限公司

購書未滿 1000 元加收郵資 50 元

定價：480 元

ISBN 957-0413-48-4

本書如有缺頁、破損、倒裝，請寄回更換

門市地址：10670 台北市大安區和平東路二段 339 號 9 樓

團購專線：(02) 2700-1808 分機 18

讀者服務：law@sharing.com.tw

電子商務：<http://sharing.168city.com.tw/>

182.40

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。將民法總則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。

國立政治大學法律研究所鍾薰嫻、趙佑全及大學部蔡佩玲、鄧依仁諸君，與學林公司專業編輯及校稿人員協助本書的校對，並惠賜寶貴意見，謹致謝忱。如果沒有學林公司莊總編輯品秀小姐的鼓勵與鼎力協助，本書不可能在此時間世，併此致謝。本書撰寫之際，適逢小女嵩昀誕生，象徵永續生命的開始，願「民法講義」也能像她及兩個哥哥，嵩侑與嵩林一樣，成長茁壯。

陳自強

二〇〇二年三月十二日

簡 目

緣 起	I
第一章 法律行為總論	1
I 法律行為之概念	1
II 債權行為與物權行為	8
III 意思表示的概念	40
第二章 契約之成立	69
I 要 約	69
II 承諾與合意	86
III 具有拘束力與不具有拘束力之約定	126
第三章 契約自由原則及其界限	141
I 總 說	141
II 締約強制	158
III 契約方式規定	163
IV 契約內容自由之限制	178
第四章 能力與意思之欠缺	207