

國立臺灣大學法學叢書218

和解與計算錯誤

契約法之現代化Ⅲ

陳自強 著

 元照

國立臺灣大學法學叢書 218

和解與計算錯誤

契約法之現代化Ⅲ

陳自強 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

和解與計算錯誤：契約法之現代化.Ⅲ／
陳自強著. -- 初版. -- 臺北市：元照，2014.12
面；公分 -- (國立臺灣大學法學叢書；218)
ISBN 978-986-255-534-7 (平裝)

1.契約

584.31

103021583

和解與計算錯誤

—契約法之現代化Ⅲ

5D346PA

2014年12月 初版第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
定價 新臺幣 420 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 publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-255-534-7

本書獲國立臺灣大學 103 年度
邁向頂尖大學學術領域全面提升計畫
補助出版

自序

本書由四篇文章所構成，乃個人早期研究兩個主軸的交會。第一章「民法上和解之效力」，探討和解契約是否發生新的權利義務關係及和解對原有法律關係之影響。因和解契約是否具有無因性而屬於無因債權契約之問題，也屬於和解法律性質論之課題，就此點而言，該章乃賡續個人無因債權契約理論之研究。第二章以下諸部分均屬於民法錯誤論之範疇，套用債總及債各之用語，乃錯誤論之各論，第三章「政府工程採購中之計算錯誤」又為第二章「計算錯誤」之各論中之各論。因計算錯誤並不完全發生在意思表達階段，反而常發生在意思形成階段，若將得依民法錯誤法則撤銷之錯誤限制在表示上錯誤時，除非對發生在意思形成階段之計算錯誤毫不予以救濟，否則，不得不在錯誤法則外建構其他救濟管道，在德國，此主要為主觀法律行為基礎理論之運用。從而，關於計算錯誤之研究，不僅涉及錯誤法則之運用，更介紹寫作當時台灣尙少人提及的前述理論。第四章「和解之錯誤」不僅與錯誤論有關，更須以民法上和解契約之性質論及效力論為基礎，因民法和解所規定之錯誤均非意思表達階段上錯誤，德國法系國家多回歸法律行為基礎理論以為問題處理之張本，第二章提出的法律行為基礎理論之又成為第四章研究之基礎。因此之故，本書四個單元乃首尾相接，環環相扣。

本書各章發表時間相隔近二十年。最早的「計算錯誤」發表於1995年6月（政大法學評論第53期，頁183-207），為個人回國任教之處女作「意思表示錯誤基礎理論」（意思表示錯誤之基本問題，政大法學評論第52期，1994年12月，頁311-344）之延續，「民法上和解之效力」公表於1999年6月（政大法學評論第61期，頁253-338），均為任職於國立政治大學法律系時期之研究成果，「政府採購中之計算錯誤」（政大法學評論，第105期，2008年10月，頁1-61）則臺大法律學院徐州路時代的作品，也是當時參與公共工程採購爭議申訴及調解案件的紀念。「和解之錯誤」為個人最近從法律發展史及比較法觀點重拾意思表示錯誤一般理論，結合民法上和解契約研究之成果（月旦法學雜誌第233期，2014年10月，頁42-70）。

本書第二章完成後法律並非變動不居，1999年通過民法債編修正。若立法者的三言兩語能使圖書館成為廢紙，本書半數以上的內容更盡數成為滿紙荒唐語。幸運地，本書債編修正前完成的各章並不屬於債編修正的焦點，債各和解之規定不動如山。本書第二章介紹的德國主觀法律行為基礎理論，在2002年德國施行債法現代化法後，已有法律明文規定，但此修正僅將近百年來的學說判例發展明文化，並未改變修正前的法律狀態，對現行法之理解反而須回溯修正前的法律發展。第三章涉及政府採購相關法規固然也有修正，但不影響該章論述之主軸。

本書第四章增刪修補及全書的排版校對，多在日本京都大學修學院國際交流會館宿舍完成。京都大學法學部圖書館關於德國法異常豐富之館藏，個人雖無法盡收眼底，但也弱水三千取一瓢飲，對法國和解錯誤之論述作若干補充。然時間精力有限，無法將相關文獻網羅殆盡，更新到最近的法律狀況，請讀者見諒。

陳自強

於京都大學修學院國際交流會館

2014年8月22日

詳 目

詳 目	1
第一章 民法上和解之效力	1
一 導論	1
A 訴訟外紛爭處理之制度	1
B 和解在契約法中之地位	8
C 和解之課題與本文研究之範圍	13
二 學說判例之見解及問題所在	18
A 不直接發生訴訟上效果	19
B 和解為雙務契約與有償契約	20
C 確定效	22
D 認定效與創設效之論爭	23
1 學說關於認定與創設效力之論爭	23
2 最高法院 77 年度第 19 次民庭總會決議	24
a 應依個案認定其效力	26
b 對明確之法律關係亦得成立和解	27
c 認定效	27
d 無因債務約束之一般性承認	27
3 最高法院 83 年台上字第 620 號判例	27
4 日本學說之繼受	30
三 財產法律關係所生之爭執	35
A 對物關係與對人關係所生之爭執	35
1 對物關係所生之爭執	36

2 對人關係所生之爭執.....	39
a 對債之關係是否成立之爭執.....	40
b 對約定債之關係是否有效存在之爭執.....	40
c 對狹義債之關係是否消滅之爭執.....	41
d 關於實體法意義的抗辯權之爭執.....	41
e 關於給付態樣之爭執.....	41
3 實務見解僅針對債權之和解.....	42
B 終止爭執與防止爭執發生.....	44
1 終止爭執.....	44
2 因法律關係不明確而成立和解.....	45
3 因權利實現與否不確定而成立和解？.....	47
C 固有的與現代型紛爭事件.....	50
1 固有的民事紛爭類型.....	50
2 現代型紛爭類型.....	53
3 權利之確定.....	57
a 裁判上確定權利.....	57
b 裁判外確定私權—和解.....	60
四 債之關係和解之效力.....	62
A 和解不必然創設新的債權.....	63
1 給付態樣有爭執之和解.....	64
2 契約給付數額有爭執之和解.....	66
3 無因債務之負擔.....	67
4 要因債務之負擔.....	68
B 對認定效與創設效論爭之批判.....	70
1 「認定的」或「創設的」概念之多義性.....	70
a 溯及效之有無.....	70
b 和解是否反於真實.....	71

c 新的法律關係是否創設.....	71
d 法律關係是否仍有其同一性.....	72
2 學說對「創設的效力」之理解.....	74
3 反於真實之和解？.....	76
4 最高法院對認定效之判定.....	80
5 最高法院對創設效之判斷.....	82
a 以無因債務約束代替原債務而成立和解？.....	83
b 以其他法律關係替代原有法律關係：債之更改.....	86
C 和解契約典型內容：確定效.....	87
1 民法第 737 條之規範意義.....	87
a 契約典型效果之規定.....	88
b 非在解決認定效與創設效之爭議.....	90
c 為確定效之規定.....	91
2 確定效之基礎.....	94
a 實體法律關係變動說之一：債之更改.....	95
b 實體法律關係變動說之二：債之變更.....	96
c 不起訴合意.....	99
d 本文見解：法律關係之確定.....	100
3 和解屬確認契約.....	104
a 確認契約.....	104
b 和解契約皆具有處分行爲之性格.....	106
c 對明確之法律關係成立和解？.....	108
4 確定效之相對性.....	109
5 溯及效與非溯及效.....	111
D 依和解契約主張權利.....	113
1 確定效之積極面.....	114
2 因和解額外負擔新的給付義務.....	117

3 訴訟上請求.....	118
a 因和解額外負擔新的給付義務.....	119
b 和解所確認之債之關係.....	119
4 最高法院 83 年度台上字第 620 號案例之檢討.....	122
五 對物關係和解之效力.....	124
A 所有權歸屬關係之爭執.....	125
1 學說之基本見解.....	125
2 所有權歸屬之和解具有處分行爲之性格.....	128
a 確定所有權之歸屬主體爲處分行爲.....	128
b 和解確認之歸屬主體與徵表不符時.....	129
c 和解確認之歸屬主體與徵表相符時.....	131
3 所有權人爲第三人時.....	133
a 確定所有權歸屬主體須有處分權限.....	133
b 當事人一方爲占有人或登記名義人.....	133
c 雙方皆非占有人或登記名義人.....	134
B 其他權利歸屬關係之和解.....	135
六 結論.....	136
第二章 計算錯誤.....	141
一 導論.....	141
二 隱藏估算錯誤.....	144
A 民法第 88 條第 1 項之適用.....	144
B 民法第 88 條第 2 項之適用.....	146
C 特殊情形.....	148
1 錯誤於相對人明知.....	148
2 錯誤於相對人爲顯然.....	150
3 約定以正確計算出之價格爲內容.....	150

三 公開估算錯誤	151
A 問題之說明	151
B 契約之成立	155
1 用語錯誤無害真意	155
2 隱藏不合意	156
C 錯誤之撤銷	158
1 德國帝國法院之見解	158
2 我國學說	160
3 分析檢討	161
D 法律行為基礎理論	163
1 一般論	164
2 Larenz 主觀法律行為基礎理論	171
3 主觀法律行為基礎理論在我國法之運用	175
四 法律行為之解釋	178
A 計算基礎不成為契約內容時	178
B 誤寫誤算（單純計算上錯誤）	179
1 更正錯誤	180
2 契約解釋	183
五 結論	184
第三章 政府工程採購中之計算錯誤	187
一 導論	187
二 標價偏低機關依採購法之處置	192
A 標價偏低採購法之相關規定	192
B 標價偏低相關規定之解釋與適用	196
1 適用範圍	196
2 標價錯誤不得更正	197

3 評估與再評估程序之踐行	197
4 事後審審理範圍	199
a 形式與實質審查說	200
b 形式審查說	204
c 高等行政法院之見解	206
C 廠商拒不簽約之停權處分	208
三 外國法例之他山之石	211
A 美國聯邦採購法	211
1 採購官之檢查及確認義務	212
2 明顯錯誤	213
3 決標前投標者之救濟	214
a 投標者之責任	214
b 錯誤之更正	215
c 撤回投標	216
d 主張錯誤時之處理程序	217
4 決標後之救濟	217
a 解消或修改契約	218
b Chemtronics test	218
c 顯失公平原則	219
5 共通錯誤	220
B 德國工程採購及契約規則	221
1 明顯誤算誤算之更正	221
2 標價過高或過低	223
3 估算錯誤之斟酌	225
四 對我國採購法之啟發	227
A 裁量權之行使或不確定法律概念？	227
B 採購機關之檢查與通知義務？	234

C 誤寫誤算之救濟.....	235
1 民法之救濟.....	235
a 更正錯誤.....	236
b 錯誤之撤銷.....	237
c 締約上過失責任.....	238
2 開標前更正錯誤.....	238
3 開標後決標前.....	239
4 決標後.....	240
D 在決標程序即斟酌估算錯誤之可能.....	240
E 停權處分判斷之檢討.....	243
五 結論.....	244
六 附錄.....	246
第四章 和解之錯誤.....	253
一 前言.....	253
二 得依民總撤銷之和解錯誤.....	255
A 我國學說及實務見解.....	255
1 民總錯誤規定之適用.....	256
2 依民總撤銷和解之錯誤.....	257
B 民法第 738 條之錯誤.....	259
1 文件偽造變造.....	260
2 確定判決.....	261
3 當事人資格或重要爭點有錯誤.....	263
三 和解基礎錯誤.....	264
A 比較法考察.....	265
1 德國法律行為基礎理論.....	265
a 制定史.....	265

b 現行法第 779 條 1 項	267
c 法律行為基礎一般規定之適用	269
d 民總錯誤規定之適用	269
2 瑞士基礎錯誤	270
3 奧地利民法第 1385 條	272
4 日本	274
B 不得以錯誤為理由撤銷	277
1 和解對象之錯誤不得撤銷	277
2 基於和解契約之效力	278
a 創設效與認定效?	278
b 確定效	280
3 確定效範圍為和解契約解釋問題	282
C 重要爭點錯誤	285
1 非爭執事項之錯誤	285
2 獨立錯誤類型	289
3 雙方共通動機錯誤	292
a 一方誤認?	292
b 第三人所提供之和解基礎	294
4 當事人資格錯誤	294
四 結論	295
事項索引	297
參考文獻	303
一 中文	303
二 日文	307
三 西文	309

第一章 民法上和解之效力

一 導論

A 訴訟外紛爭處理之制度

民事紛爭¹，為私人間利害關係之對立，自有人類社會，即無法避免。例如因意外事故造成人身或物之侵害，被認為應負損害賠償責任之人（甲），不願負擔損害賠償責任，或與被害人（乙）就賠償數額有爭執，紛爭無法解決，乙若不願忍氣吞聲，自認倒楣，則基於自力救濟禁止原則，唯有請求國家司法機關，協助實現其私權。此時，乙應依民事訴訟法之規定，向法院民事庭提起民事訴訟，由法院依民事訴訟法之規定，確定損害賠償請求權之存否及其內容。判決應負損害賠償責任之人，如仍不自願履行，則乙得依強制執行法之規定，請求強制執行甲之財產²。在強制執行階段，法律強制規範的性格，表

¹ 人與人間，因個人的或社會的價值觀念，乃至於宗教觀或世界觀的差異、感情上的糾葛、經濟利益的對立、政治立場的不同，存在形形色色的爭執，民事紛爭乃其中之一，參照，小島武司，紛爭處理制度之全體構造，講座民事訴訟，第一卷，民事紛爭の訴訟，初版1刷，1984年，頁355。

² 特別在強制執行之階段，顯現「民事責任」之本質。蓋義務人應負「民事責任」云爾，乃指義務人應以其責任財產之全部為其擔保，負

露無遺³。以民事裁判之方式，強制解決私人間之紛爭⁴，不僅為傳統法學教育之訓練之重心，在民事法學之研究上，亦多以裁判所顯現之紛爭為主要之對象⁵。然而，裁判所處理之民事紛爭，僅民事紛爭中冰山之一角，且因裁判乃適用法規於過去之事實，一刀兩斷式確定私權之存否，有其決定性與規範性⁶，當事人間協調之關係可能反而因此遭到破壞，紛爭是否從根本被解決，似未必盡然。故嚴格以言，紛爭之「處理」與紛爭之「解決」，有其層次上的差異，無法相提並論⁷。

其責任，今應負責任之人不自願履行義務，公權力唯有訴諸其責任財產，實現私權；關此，參照，王澤鑑，民法實例研習叢書第三冊，債編總論第一卷，1988年版，頁46。

³ 三ヶ月章，民事訴訟法，補正版5刷，弘文堂，1984年，頁9。

⁴ 然而，民事訴訟之目的，是否即在解決紛爭（解決紛爭說），乃民事訴訟法學重要之課題。傳統上，除紛爭解決說外，尚有權利保護說與法秩序維持說（關此，參照，三ヶ月章，民事訴訟の目的と機能，ジュリスト民事訴訟法の争点〔新版〕，1988年，6頁以下；其他訴訟目的觀，vgl. Jauernig, Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, 329 f.），相對於此，邱聯恭教授主張「法尋求說」，認為民事訴訟制度應以追求確定存在於實體利益與程序利益之平衡點上的「真實」即「法」為首要目標，關此，詳見，邱聯恭，程序選擇權之法理，民事訴訟法之研討（四），頁580；同氏，民事訴訟之目的，民事程序法之理論與實務第一卷，程序制度機能論，頁156以下。

⁵ 傳統法學方法論，亦以對已然發生之生活事實關係為法律上之判斷為討論之主要對象，探究法律之適用、法律之解釋與法律漏洞之填補，吾人不妨稱為「裁判法學」Dezisionsjurisprudenz（vgl. Langenfeld, Vertragsgestaltung, Methode-Verfahren-Vertragstypen, 1991, Rn.1 ff.）。

⁶ 吉村德重，裁判外紛爭處理の現状と將來，ジュリスト民事訴訟法争点（新版），1988年，頁54；Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 7. Aufl., 1992, S. 151。

⁷ 此點，依荻原金美，訴訟外の紛爭解決制度について，ジュリスト民事訴訟法の争点，1979年，21頁，乃由千葉正士，紛爭および紛