

蘇俊雄著

契約原理及其實用

臺灣中華書局印行

蘇俊雄著

契約原理及其實用

臺灣中華書局印行

中華民國六十七年九月二版

契約原理及其實用

平裝一冊基本定價貳元正
(郵運滙費另加)



著者
發行人
本書局登
記證字號
印刷者
發行處

蘇俊雄
臺灣中華書局股份有限公司代表
熊鈍生
臺北市重慶南路一段九十四號
行政院新聞局出版
臺業字第捌叁伍號
臺灣中華書局印刷廠
臺 灣 中 華 書 局
臺北市重慶南路一段九十四號
郵政劃撥帳戶：三九四二二號
Chung Hwa Book Company, Ltd.
94, Chungking South Road, Section 1,
Taipei, Taiwan, Republic of China

(臺總)平戊華

自序

自古代法以來，契約思想及其原理，是民法學上主要課題之一，甚且在近代民主法治的社會中，更形成個人參加社會生活，創造法律關係的重要行爲。近代以來，由於法律思潮及民主自由理念，對於法律概念的結構，予以醇化的結果，注重個人自由平等的法律地位，與當事人相互追求利益的均整性，已將過去以利害對立的個人經濟關係，轉化爲互助互利的協同關係。特別是在民事雙務契約關係中，互負債務，互享債權，而在社會經濟秩序中，構成一種協同的關係狀態，非單反映出「一種單純分立的債權集體，尙且具有不鈔社會暨經濟的機能與任務，促進社會財貨的交換與分配，弘揚法律正義，維繫社會經濟的秩序。此等機能及任務，將個人的居於自由意志而發生的權利義務關係，歸納於一個有體系的契約範疇之下，合理的調協各當事人的契約目的。實現個人存在上主體性與社會性的意義。因此，現代私法上最高指導原理——誠實信用原則與正義衡平的理念，如何在契約關係上，發揮其實踐的作用，做爲創造經濟關係，形成社會秩序的基準，尤爲研究本題上，應加論敘貫通者。

民國五十一年，著者曾經在臺灣大學法律研究所，洪遜欣教授指導之下，完成以：「雙務契約之本質及其適用之研究」爲題的一論文。數年來，在德國研究法學，就有關契約理論及其經濟企業生活上的實用情形，更做補充修訂，今乘返國參加學會之便，交臺灣中華書局出版。

本書注重契約理論體系之形成過程，分析其結構要素，並觀察其社會，企業及經濟上之作用。理論上，間引各國立法例，比較研究，詳加註解，務期明義。惟因旅居國外，對國內實用情形，觀察未必盡緻，加以著者文才不敏，尙祈賢達指正，至爲感幸。本書出版，承劉白如先生鼓勵，厚意隆情，至深感荷。

著者寓於臺北·民國五八年八月

目 錄

第一章 導 論	一
第一節 契約在社會文化上之作用	一
第二節 契約法理與經濟	八
第三節 法律思想之契機與近代契約理論之基礎	一四
第四節 契約自由原則在廿世紀之態樣及其界限	一六
第二章 債權契約之概論	二八
第一節 契約之法律概念	二八
I 契約之社會規範性——債務與責任	二八
II 契約之法律涵義	三五
III 債權契約之要素	三八
IV 債權契約行為之性質	三九
第二節 債權契約之類型	四一
I 契約類型之法律意義	四一

II 典型契約與非典型契約	四六
III 雙務契約與單務契約	四八
IV 有償契約與無償契約	四八
V 要因契約與非要因契約	五一
VI 交換機能與支配機能之契約	五六
第三章 雙務契約之基礎論	五九

第一節 雙務契約理論之形成經過	五九
I 概說	五九
II 羅馬法上之雙務契約關係	六〇
III 日耳曼法上之雙務契約關係	六二
IV 英美法上之雙方契約關係	六六
第二節 雙務契約之本質	七二
I 雙務契約之一般概念	七二
II 民法典上關於雙務契約概念規定之態樣	七二
III 雙務契約對價負擔之必然性——完全雙務契約與不完全雙務契約	七四

IV	雙務契約對價之交換性	七六
V	雙務契約原因之依存關係	七六
VI	雙務契約之對價關係	七六
	一、對價關係之學說	七八
	二、對價關係之適當性	七八
	三、對價關係之相互性	八四
VII	特殊給付對價關係之檢討	八六
	一、附有負擔之贈與契約	八六
	二、使用借貸與有償的消費借貸	八六
	三、合類契約	八九
	四、分酬契約	九〇
第三節	雙務契約本質上的牽連性	九三
I	概說	九六
II	雙務契約成立上的牽連性	九六
III	雙務契約機能上的牽連性	九六

第四章 債權契約之指導原理……………九八

第一節 債權契約指導原理之新動向……………九八

I 從個人本位至團體本位之思想……………九八

II 契約自由原則及其規整……………一〇〇

III 誠實信用原則之應用……………一〇六

第二節 雙務契約之指導原理……………一一一

I 當事人雙方利益之衡平原則……………一一一

II 契約具體妥當性之維持原則……………一一四

一、情事變更原則之應用……………一一四

(一) 一般規定……………一一五

(二) 特別之規定……………一一七

二、審判官形成權之承認……………一一八

第五章 雙務契約原理在經濟生活上之適用……………一二一

第一節 概說……………一二一

第二節 雙務契約發生上之牽連關係……………一二一

第三節	雙務契約履行上之牽連關係（同時履行抗辯權）	一三三
I	一般規定之態樣	一三三
II	同時履行抗辯權	一三五
一、同時履行抗辯權之意義及性質		一二五
二、同時履行抗辯權與留置權之區別		一二八
三、同時履行抗辯權之適用範圍		一二九
四、同時履行抗辯權之成立要件		一三〇
五、同時履行抗辯權之效力		一四一
III	不安抗辯權	一四四
一、不安抗辯權之意義及性質		一四四
二、不安抗辯權之要件		一四五
三、不安抗辯權之效力		一四六
第四節	雙務契約存續上之牽連關係（危險負擔）	一四七
I	概說	一四七
II	對價危險負擔之意義及其立法主義	一四九
一、對價危險負擔之意義		一四九

二、對價危險負擔之立法主義·····	一四九
三、對價危險負擔諸主義之批判·····	一五〇
III 民法典上關於危險負擔規定之態樣·····	一五五
一、對價危險負擔之規定·····	一五五
(一) 一般情形·····	一五六
(二) 因不可歸責於雙方當事人之事由致給付不能時之危險負擔·····	一五六
甲、危險負擔之要件·····	一五八
乙、危險負擔之效力·····	一六〇
(三) 因可歸責於債權人之事由致給付不能時之對價危險負擔之效力·····	一六一
二、履行危險負擔之規定·····	一六四
第六章 結 論·····	一六四

契約原理及其實用

第一章 導 論

第一節 契約在社會文化上之作用

在人類漫延之社會進化過程中，以契約規律人類生活關係的現象，日益擴展，而竟成爲近代法的一大原則。契約的觀念，自古有之。然而，在寰宇秩序裏，以「意思」之合意 (*Zusage, Convention*) 爲依歸，而規律個人間之生活關係；從而，以契約關係爲社會暨經濟秩序的基礎，此種「契約至上」之思想，殆爲近代法之特色。其中，尤其受到崇尚個人人格的自由主義法理的薰陶，而更發揚光大。

英人梅茵氏 (*Sir Henry Sumner Maine*) 研究古代法，認爲在社會進化過程中，有其不移的軌跡。昔日，家族農業社會時代，人與人間的關係，局限於家族。各成員均有特定身份。整個社會秩序，可說建樹於身份關係之上。家族身份與財產關係，殆不可分離。法律的存在作用，庶幾在規令個人，盡其特定身份 (*Status*) 上的義務。在身份的支配關係下，個人鮮有平等性主體的人格可言 (註一)。嗣後，隨着生產事業之改進，與都市經濟組織，資本主義之興盛，自由主義暨個人之權利觀念，亦油

然而生。於是法制上，身份的支配關係，服從關係或采邑關係 (Lehnverhältnis) 之色彩，也逐漸淡薄，擷取自由平等爲基本觀念，而轉化爲近代的契約關係。因此家族或封建的身份支配權，漸漸喪失其性質，個人從支配的關係 (Herrschafts- und Unterwerfungsverhältnis) 中，釋放出自主性的人格。昔日在政治、經濟或社會方面，以家族爲單位之現象，亦逐漸轉化；近代以降，個人 (Einzelnher) 成爲政治、經濟社會之獨立單位。任何關係之發生，悉以個人之意思爲依歸。此種過程，即所謂「由身份進至契約」之說 (from status to contract) (註一)。

自然人之權利能力 (Rechtsfähigkeit)，誠是個人爲參與法律生活，與其他人發生法律關係，所必須具有享受權利負擔義務之資格。自然人之此種資格，亦經過歷史上一段漫長之過程，逐漸擴張，而至近代法體系，始建立自然人享有平等權利能力之原則。此種演化之過程，庶幾與契約的擴張相呼應。蓋從動態上加以觀察，個人享有權利能力主體的地位，亦即表示能享有財產所有權及締結契約權能之意味。換言之，權利能力，委實是個人享有財產及締結契約時，理論上應存在之法律前提；蓋財產之所有或契約締結之權能，無非是權利能力現實的姿態。故個人能享有平等之權利能力，從他人之支配關係中解放出來，確立其獨立的主體性，誠是人類文化發達的一種結果。

〔註一〕 學者有謂該時代之法律爲義務本位時期，而契約思想發達後爲權利本位時期者。參照王伯琦著民法總則第三章。就中國古代法制上之身份關係見戴炎輝著中國法制史概要第二篇第四章家屬關係及家產等節。

至身份關係在西洋法制之作用，見原田慶吉著羅馬法上卷〔四〇〕，下卷〔三一五〕，以及磯村哲著（法學

理論篇) Eugen Ehrlich 之社會學(上)第四十八頁)。

〔註二〕 參見：我妻榮著 民法總則(三)(二六八)；田甲耕太郎：法律學概論，一九六四年，東京三九三頁以下。

其次，就契約關係擴展之主要經過，敘述如左(註三)，以求瞭解契約社會的作用，進而探究契約之本質所在：

I、就土地及財產利用關係而觀察，古時家族農業社會的生活關係，不外建立於一種家長制(Patriarchate Herrschaft)、家產制(Patrimoniale Herrschaft)的支配形象之上。家長就其家庭屬員或佣人等，掌有支配與保護的權力(Herrschafts- und Schutzgewalt)，例如在日耳曼法上的「Munt」，與羅馬法上的「manus」之家權(Hausgewalt)。家長權力之大，得以動用全家族的土地及生產設備。在社會經濟活動上，猶以自給自足為原則，鮮與他人發生交易來往，建立法律關係。從而，利用他人土地或生產設備之法律關係，也殆無存在之餘地。封建時代以後，封建領主邑有廣幅之土地，其家臣或農民，為土地之利用，常與領主締結「采邑關係」(Lehnhaltis)。此種采邑關係，形式上亦是一種契約關係，即以一方庇護他方，而他方獻身效勞為內容的一種人的支配關係。農民無遷居之自由，諸如強制課以他方獻身效勞為勞動，強制婚嫁等，與近代法上之契約，尚異其趣。然而，領主與農民之關係，逐漸淡薄，其支配權漸漸轉化為純粹物的支配所有權，並接近近代契約之色彩。

在封建時代，與土地之支配乘有重要意義之都市手工業，其利用關係，最初亦猶若土地一般，由

家長包括掌握。但是，自從中世紀都市經濟崩潰，商人階級興起之後，彼等漸漸奪取家長對於生產設備之地位；商人與家長之間，設定契約關係，以利用生產設備之現象日增。如此，利用他人土地或生產設備之關係，先由身份的支配關係，漸次轉化，竟成爲法律人格者 (Person) 間，一種物權設立契約或租賃契約之債權關係。

II、就對於他人勞動力之利用關係而言，在家族的農業時代，家長對於其家屬構成員（包括家族員，奴婢，不自由民等）勞動力之利用關係，以及中世紀都市手工業業主，對於職員徒弟勞動力之利用關係，幾乎悉建立於身份的支配權作用之上。封建領主對於其家臣或農民勞動力之利用，亦受采邑的身份支配之束拘。然而，自從領主對於土地支配權，或業主對於生產設備之支配權，漸漸喪失其身份之性質，轉化爲純粹物的支配權之後，自由民亦從身份受佔有之狀態解放出來；生產事業上勞動力的利用關係，亦隨着改化爲一種契約（僱傭契約）的關係。這種趨勢，由於資本主義、自由主義的推展，在近代經濟社會中，更加顯著。並且，由於企業組織大規模化的結果，參加生產工作的人數增多，人事制度以及定型的工職制度，勞資關社會協同關係之建立等項問題，更形成現代契約社會化的重心課題之一。（詳見下節）。

III、從商品之交換而觀察，在家族的農業時代或封建時代，家長或領主之間，就剩餘生產物相互之交換，或其家屬臣民間物物之交易行爲，實爲罕見。至貨幣出現以後，以買賣形式的交換行爲漸多。然而該時代之經濟制度 (Wirtschaftliche Verfassung)，以自給自足爲其本質，財貨交易之重要

性，並未受到當代社會經濟觀念所重視，殆無疑問。直至都市經濟發達以後，其重要性始獲確認。蓋一般工職人員，生活逐漸獨立，沒有昔日之家族照應，須賴其勞力或手工生產，換購生活物品，以維持生活，滿足需要。因此，財貨交易的現象，逐漸興盛。然而，在中世紀都市經濟組織隆盛時期，生產與買賣，尚受同業者組織或都市強力的統制。直至新興的商人階級之活動逐漸活躍之後，這種統制力始次第減退。生產物透過商人之媒介，漸具純粹商品之性質，達到自由買賣之目的。同時，農業生產物，亦因土地利用關係變成爲租賃契約之性質，農民得充之爲商品而行買賣。於是社會之物質，似乎悉爲商品而生產。買賣契約漸漸形成爲社會經濟組織所重視之中心制度。這種買賣關係，至機械發明之後，利用自然力而產生大規模之生產組織，更爲頻繁。其交易之範圍甚至擴及土地不動產等等。商品交易之靈活性與複雜性，在今日社會中各種商事制度，票據，保險，運送，倉庫等等，無不以商品之買賣爲基軸。

IV、就貨幣之利用關係而觀察，從古以來，爲週轉困難而借用他人之所有物資消費之現象不鮮。但是這種現象，在封建制度崩潰之前，多少具有恩惠的性質，殆與身份的支配關係，幾乎不可分離，且利息之收取，又常常受到嚴格之限制。至於投資生產而利用他人資金之制度，可謂始於封建制度崩潰之後，由於生產自由與商品買賣自由之刺激而起。隨着資本主義之發展，利用他人資金之需要性亦大爲增加。於是起初爲通融資金契約之關係，更促進許多新制度之形成。如股份有限公司，公司債，銀行及物的擔保制度等之發達，概同出一轍。

〔註三〕 我妻榮著「近代法上債權之優越地位」第四章，債權各論上卷第六頁以下參照。

誠如前文所述，從契約觀念的發展而論，以當事人的「合意」為依歸，創造法律關係，做為經濟生活規律基礎之觀念，並非樹自近代法。然而以前的契約，在家族及封建社會下，却帶有濃厚的身份支配關係之色彩。至於近代的契約，已脫離身份支配關係之羈絆，各個契約當事人均為平等之人格主體，庇護關係之託身或封建契約，殆已不可能存在。

近世以降，私法係以自由平等為其指導原理。近代之契約亦於假定各個人有自由人格之前題下，保障其經濟生活平等發展之可能性。可依各個人之意思，創造其個人之法律關係。這種契約自由之思想，在現代私法上已經根深蒂固。雖然，當初這種依據自己之創意，自由利用財產之思想，亦曾在經濟關係上獲得合理的處理，並催化自由主義文化之發達。換言之，個人創意之最大發揮，無異是資本主義發達之原動力，而擔當實踐這種創意之任務者，則為近代的契約理論思想。但是資本主義過份發達的結果，私有財產制度却因而發生弊端。近代的契約，無形中成為經濟地位優勢者，鞏固其既得地位的工具。自由與所有權結合之結果，又轉化為強者支配弱者之現象。故契約原理上應如何規整，才能使自由平等及個性發揮其社會機能，而使社會、經濟、文化等達到合理的完整之存在狀態，實為吾人今日研究契約理論，應加重視者。（詳見下節）。

據個人主義之近代法思想加以觀察，契約當事人間個別的利益關係，顯然相形對立。以「合意」所創造之法律關係，被認為最高之規範，其他法規大部份屬於任意法規，而僅有補助的次元性的存在