

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10228>

臺大法學教科書(1)

契約法講義 I

契約之成立與生效

陳自強 著



元照出版提供 請勿公開散布。

元照出版公司

第一章 法律行為總論

I 法律行為之概念

一 法律行為之本質

傳統上，法律行為被理解為以欲發生私法上效果之意思表示為要素之一種法律事實。對初學者來說，此定義稍嫌抽象。欲參透法律行為的本質，以侵權行為作對比，為不二法門。如：

甲酒醉開車撞傷路人乙。

是具體生活事實。民法第 184 條第 1 項前段規定：「因故意或過失不法侵害他人權利者，負損害賠償責任。」。因故意或過失不法侵害他人權利，是發生損害賠償責任法律效果的要件，所以是法律要件。該他人得依據上述規定，請求侵害權利的加害人賠償損害，損害賠償為侵權行為的法律效果。該法條本身成為損害賠償請求權的依據，學說稱為請求權基礎¹。法律人的任務之一，是判斷具體的生活事實，或實例題所陳述的生活事實，是否符合法律所規定的抽象法律要件，具體生活事實若該當（符合）該法條抽象法律要件，則發生損害賠償責任的法律效果。此

¹ 諸如第 184 條第 1 項前段，既有法律要件，也有法律效果的規定，本身即得成為請求權基礎者，學說上稱為完全性法條。相對於此，諸如第 12 條規定：「滿二十歲為成年。」僅在闡釋成年的意義（定義性法條），本身無法成為請求權基礎，被稱為不完全性法條。關於法條的類型，參照，王澤鑑，民法思維與民法實例，1999 年，頁 67-72。關於請求權基礎的意義及功能，詳參，王澤鑑，前揭書，頁 60。

· 2 · 契約之成立與生效

種將具體生活事實（甲酒醉開車撞傷路人乙），置於法條的抽象法律要件（因故意或過失不法侵害他人權利）之下，法學方法上，稱為涵攝。

法律的適用，傳統上認為是以涵攝為核心，運用邏輯三段論法的法律適用過程：法條為大前提，具體生活事實為小前提，以該法條所規定的法律效果為結論，具體生活事實若該當該法條所規定的所有法律要件，則發生該法條所規定的法律效果²。乙依民法第 184 條第 1 項前段的規定，得向甲請求損害賠償，該法條本身就能成為乙向甲請求損害賠償的依據，該規定也成為法院判決的實體法依據。侵權行為損害賠償請求權的法律效果的發生，是基於法律規定，與當事人的意思無關。換言之，無論甲是否同意自己負擔損害賠償責任，乙是否也希望取得損害賠償請求權，只要具體生活事實符合該法條的法律要件，乙即可以該規定請求甲賠償損害，甲對法院確定判決不服拒絕依判決賠償，乙得以該確定判決為執行名義，聲請法院強制執行。

法律行為與侵權行為，結構上截然不同，不可相提並論。以下舉法律行為中最重要的契約為例說明之：

甲向乙表示願意以一萬元出售其畫，乙表示同意，而後甲反悔，不願將畫交付於乙。

當甲向乙表示願意以一萬元的代價負擔交付標的物及移轉所有權的義務，乙向甲表示願意以負擔支付一萬元代價，取得對甲上述權利時，甲乙間意思表示一致，契約成立（民法第 153 條第 1 項）。因甲乙間約定的內容符合民法第 345 條第 1 項描述的買賣契約類型特徵：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」甲乙間成立的契約遂被歸類（定性）為買賣。

民法買賣所規定的物之出賣人交付標的物及移轉所有權義務（民法第 348 條第 1 項）及買受人交付約定價金義務（民法第 367 條），為構

² 法律適用的邏輯結構，詳參，王澤鑑，民法思維與民法實例，1999 年，頁 240-245。

成買賣契約類型特徵不可欠缺的義務（主給付義務）³。契約若沒有以財產權移轉取得價金的約定時，即使成立契約，也不會是買賣契約。甲若同意負擔交付標的物及移轉所有權義務，乙雖願意取得此權利，但僅願無償取得，甲也同意時，甲乙間的約定並非因違反民法第 345 條的規定而無效，而是甲乙間的契約不符合民法買賣契約類型特徵，卻符合民法第 406 條贈與契約類型特徵的規定：「稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約。」，而被定性為贈與契約。

甲乙間約定的內容，若無任何影響契約效力的事實，在甲乙之間，法律賦予該內容與實定法相同的效力，也就是承認甲乙約定的內容，在甲乙間有法律上拘束力，即與立法者所制定的法律在當事人間有相同的規範效力。甲若反悔拒絕履行其義務，乙得向法院訴請履行甲在契約同意負擔的義務。乙對甲取得此項請求權，並非因為上述具體生活事實，該當（符合）該法條抽象法律要件，而是基於甲乙間的約定。換言之，乙得向甲請求交付標的物，並非因為有民法第 348 條第 1 項的規定，而是因為甲同意以 1 萬元為代價負擔此義務，乙也表示同意。

甲向乙表示願意以一萬元的代價負擔交付標的物及移轉所有權的義務，乃以訂立買賣契約（發生一定私法上效果）為目的的意思表示，乙向甲表示同意，也是得發生一定私法上效果的意思表示⁴。乙得向甲請求交付該畫並移轉所有權，是因為甲對乙表示願意負擔此項義務，乙也表示同意因此支付價金一萬元。無論甲對乙或乙對甲負擔的義務，都是因為甲乙約定的內容，被法律承認其具有法律上拘束力。所以，買賣契約是因意思表示而發生一定私法上效果的法律行為。

構成契約類型特徵不可欠缺的主給付義務，必定是基於當事人的約定，而不是基於法律的規定。傳統的請求權基礎方法認為無論侵權行為損害賠償請求權，或契約所生之給付請求權，請求權基礎均為得支持一

³ 關於主給付義務，陳自強，契約之內容與消滅，2013 年，第二章、II、一。

⁴ 甲向乙所為的意思表示與乙向甲所為的意思表示，分別為要約及承諾，詳見本書第二章。

· 4 · 契約之成立與生效

方當事人向他方當事人有所主張的法律規範（法條）⁵，買受人向出賣人請求交付標的物的請求權基礎為民法第 348 條第 1 項。解題者如果沒有援用該法條為請求權基礎，解答將被認為有瑕疵，當事人之約定若無法歸類於有名契約類型，則應視其情形，適用或類推適用法律的規定，無論如何，不可無法條為依據⁶。此外，我國傳統法源論認為民法第 1 條：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」係規定民事的法源⁷及其適用順序。所謂「法律」指成文形式的法律，「習慣」指習慣法，「法理」指法律的原理⁸，而此理解並不因是否為契約關係而有不同。

個人認為上述傳統見解忽視契約所生的法律關係（契約關係）與諸如侵權行為所生的法律關係（法定債之關係）本質的不同。誇張地說，縱使立法者不小心把上述民法第 348 條第 1 項刪除，法院審判的結果不應該有所不同。事實上，日常生活中，許多交易上典型的契約類型，如信用卡契約、加盟店契約等契約，民法並未明文規定當事人間權利義務關係，但無人因民法未明文規定而否認其效力。無名契約當事人若有金錢給付之約定，金錢給付請求權之依據依然是契約約定之內容，適用或類推適用法律之規定，個人認為均為畫蛇添足⁹。基於契約之法律上效力源自契約拘束力之命題，契約最重要之法源絕非成文形式的法律，而為在私法自治容許範圍內被賦予法律上效力之當事人約定。法律強制或禁止規定乃契約自由原則之例外，任意規定僅補充當事人意思之不

⁵ 王澤鑑，民法思維與民法實例，1999 年，頁 67。

⁶ 王澤鑑，民法思維與民法實例，1999 年，頁 227-228。

⁷ 我國民法學說多認為法源為法的存在形式，德國傳統見解認為唯有制定法及習慣法為法源，即在此意義下理解法源，但法之存在必然有其來源與發生之基礎，正因法之發生原因有別，導致法之存在形式亦有所不同，故法源也可被理解為法之發生原因，如制定法之發生原因為立法活動；習慣法則為習慣法表現出來之法律確信。關於法源的概念，陳自強，整合中之契約法，2011 年，頁 241-242。

⁸ 參見，王澤鑑，民法總則，2014 年，頁 61、73、77。

⁹ 關於無名契約，詳參，陳自強，契約之內容與消滅，2013 年，第三章、VI、二。

足，均無法成為契約法首要法源¹⁰。準此，契約關係與契約外關係之本質，天差地別，傳統民法法源論之理解僅能說明法定債之關係，強加在契約關係上，不免削足適履之譏。

關於合同法法源，中國大陸民法總則或合同法均無明文規定。中國大陸民法總則第 10 條：「處理民事糾紛，應當依照法律；法律沒有規定的，可以適用習慣，但是不得違背公序良俗。」的規定，從字義上，看來比較像是適格的裁判規範，但學說認為是關於民法的形式淵源（民法淵源）¹¹的規定。抑有進者，有學者主張該條所謂法律，指有權立法機構的「制定法」，習慣則指「習慣法」，不僅法理未列為民法淵源，以前，基於民法通則第 6 條所承認的國家政策、司法解釋、指導性判例，也不再是民法的淵源¹²，但也有學者認為國家政策固然不再是民法法源，最高人民法院司法解釋是中國法律解釋中與立法解釋並列的正式解釋，應具有法律效力¹³。縱然民法淵源因民法總則的制定而有不同，但透過司法裁判、司法解釋、指導性判例等司法甚至行政活動也可能形成具有習慣法效力的法律原則與法律規則，應無疑義¹⁴。中國大陸民法總則第 119 條及合同法第 8 條均規定依法成立的合同，對當事人具有法律拘束力¹⁵，似亦可理解為依法成立的當事人約定內容，在當事人間具有

¹⁰ 關於契約法之法源，整合中之契約法，2011 年，頁 241-255，個人已有詳述。

¹¹ 朱慶育，民法總論，北京大學出版社，2 版，2016 年，頁 35，也稱「法源」；頁 42，並肯定法律行為的法源性。

¹² 龍衛球、劉保玉主編，中華人民共和國民法總則釋義與適用指導，中國法制出版社，2017 年，頁 35-41。

¹³ 杜萬華主編，中華人民共和國民法總則實務指南，中國法制出版社，2017 年，頁 54、58。

¹⁴ Rüthers, Rechtstheorie, München, 1999, Rn.233，認為於法治國，習慣法是否存在及其內容，是由終審法院決定，在現今內國法律生活，習慣法實際上僅存在於固定之法院慣習中。

¹⁵ 2016 年法國民法第 1103 條：「合法成立之契約在當事人間具有與立法的拘束力。」也有相同規定。

· 6 · 契約之成立與生效

與制定法相同的地位，在具體個案當事人間為合同關係的法律淵源（法源）。

二 抽象法律概念

A 法律行為

在市場經濟體制下，買賣契約可以說是實現經濟上交換目的不可或缺的法律行為，但卻不是唯一的。互易契約（民法第 398 條），以物易物，也可以達到交換財產權的目的。除交換財產權外，也可以以勞務交換金錢，如僱傭（民法第 482 條）、承攬（民法第 490 條）等。以上的法律行為，發生財產法上法律效果，被稱為財產行為。除財產行為外，也有得使身分關係變動的法律行為（身分行為）。如男女結婚（民法第 980 條以下），發生婚姻關係；收養子女（民法第 1072 條以下），發生親子關係。將法律行為了解為：「以欲發生私法上效果之意思表示為要素之一種法律事實。」是典型的抽象法律概念的定義方式。同樣一個抽象的法律概念，有發生財產法效果者（財產行為），有發生身分法上效果者（身分行為），形形色色，不一而足，涵蓋內容上、功能上，甚至在重要性上，極不相同的法律行為。由此可知，法律行為的概念，並非指稱某種具體生活事實，而是經過高度抽象化的結果，將許多典型的生活事實，如買賣、所有權移轉、法人設立行為、結婚、遺囑等等行為，抽離出其共通的特徵，歸納而得。對初習民法的學生來說，民法總則法律行為論的部分，極其抽象，不易理解。

法律行為，乃至於意思表示概念的發展，開始於十八世紀德國民法學說，而由德國民法集其大成。法律行為理論，歷經百餘年的發展，更成為德國法學對世界法學足以傲視群倫的重要貢獻，影響至深且鉅。我國及日本民法，固不待言，法國、義大利等羅馬法系國家，亦無不然。然而，德國民法關於法律行為之規定，並不是先有上述法律行為抽象概念，而後才有買賣、結婚等具體的法律行為。法制發展上，毋寧先有為

購書請至：<http://www.angle.com.tw/Book.asp?BKID=10228>

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. -- 四版.
-- 臺北市：陳自強出版：元照總經銷，
2018.10
面；公分. -- (臺大法學教科書. 1,
契約法講義；1)
ISBN 978-957-43-5912-7 (平裝)

1. 契約

584.31

107014584

契約之成立與生效

5C139PD

作 者 陳自強
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 560 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司
出版年月 2012 年 09 月 二版第 1 刷
2018 年 10 月 四版第 1 刷

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-43-5912-7