

國立臺灣大學法學叢書200

臺灣民法與日本債權法 之現代化

Taiwan Civil Law and the Modernization
of Japanese Contract Law

陳自強 著

 元照

臺灣民法與日本債權法之現代化

近年來，世界契約法之整合加速。面對全球化之契約法變局，日本2006年啟動之債權法改正試圖對其契約法進行大刀闊斧之改革。本書前四章乃就臺灣1999年之債編及成年監護制度之修正，提供一愚之得。其後四章介紹日本債權法改正之初步成果，觀察其如何面對世界契約法之新變局。從本書之論述，不難發現日本民法對臺灣民法之影響，超出吾人想像，第九章乃簡要說明此影響之軌跡及消長。第十章則為個人對民法學習之感想。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏
www.lawdata.com.tw

ISBN 978-957-41-7650-2



9 789 574 17 650 2



5D204PA

定價：500元



國立臺灣大學法學叢書(200)

臺灣民法與 日本債權法之現代化

陳自強 著

元照出版公司



國家圖書館出版品預行編目資料

臺灣民法與日本債權法之現代化／陳自強著．--

初版．-- 臺北市：陳自強出版：元照總經銷，
2011.04

面：公分—(國立臺灣大學法學叢書：200)
ISBN 978-957-41-7650-2 (平裝)

1.民法 2.債法

584

99024560

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

臺灣民法與 日本債權法之現代化

5D204PA

2011年4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 500 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 978-957-41-7650-2



自序

法律規定內容之學習雖為法律學習之始業，然法律規定愈與社會生活現實脫節，法條之學習對實際問題之解決幫助愈有限。在法定債之關係，法律規定乃債之發生原因，法律規定若未能滿足社會之規範需要，而形成法律未規定之情形，則充其量乃不發生法定債之關係，而可能為立法者有意不加規範之生活關係，也可能為立法者規範計畫內的法律漏洞。若法律規定愈抽象，其所能涵蓋之生活關係愈廣，發生法律漏洞之機會愈低，然仰賴學說判例之助之處必然愈夥。最典型之例證乃侵權行為法。侵權行為法並無類似刑法之罪刑法定主義，無論如何詳細列舉侵權行為類型，仍不免掛一漏萬，不得不有諸如民法第184條與第191條之3等概括條款之設計，從而，侵權行為法乃典型判例法領域，法律縱未修正，判例若能與時俱進，必要時進行所謂違反法律之續造*Rechtsfortbildung contra legum*，則透過判例法所補充或修正之法律仍能符合規範之實際需要。反之，在約定債之關係，在契約自由原則支配下，契約規定多為任意規定，當事人得以契約排除任意規定之適用，並使用定型化契約成立無名契約。若交易上常見之契約類型，與立法者所設想之有名契約類型差距愈大，現行法之契約規定偏離社會生活之程度必愈烈，法條之學習也更容易像不食人間煙火，法律人也不知不覺走進象牙塔。

如謂交易生活形形色色、千奇百怪，立法者本來就無法一網打盡，而僅能弱水三千取一瓢飲，擇要有名契約化，其餘均仍須善用契約自由原則與契約一般法律原則。然而，在契約一般法律原則方面，依附在債之一般理論下之契約法理論及抽象空洞化之思考模式，非唯使法律學習與其主要規範對象之生活

事實脫離，也無法培養解決問題之能力，更無法彰顯契約法律原則在經濟生活法律規範上之獨特地位。更有其甚者，契約一般法律原則究竟仍須適用在個別契約上，一旦制定法所揭櫫之契約一般法律原則運用到實際交易，與交易習慣南轅北轍，或與當事人契約之約定內容有差距時，在國際商事交易，與國際間多數人共信共守之契約法原則不同時，制定法削足適履式的法律適用，是否可能反而抵觸以當事人約定為基礎之契約自由原則，不無斟酌餘地。

職是之故，最近十年來各國若有契約法之制定（如中國合同法）或契約法乃至於債法修正，不僅旁徵博引其他國家之成文法，更廣泛參照1980年聯合國國際商品買賣公約（United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods；簡稱CISG）、國際統一私法協會（International Institute for the Unification of Private Law，簡稱UNIDROIT）於1994年通過，並於2004年擴編之國際商事契約通則（UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts；簡稱PICC），甚至歐洲契約法委員會於1999年出版之歐洲契約法原則（The Principles of European Contract Law；簡稱PECL）等所謂世界契約法統一文件。立法者逐漸認識到全球化下之契約法規範，不再能劃地自限，傳統比較法之研究已有未足，而需有更開創之格局與視野。

德國2002年完成之債法現代化，修正之重點仍為契約法，而不及法定債之關係，且為契約法中債務不履行，包括與債務不履行息息相關之消滅時效之部分。除歐盟契約法指令之轉化與整合外，德國債編修正也是在回應世界契約法整合之變局。歐盟契約法指令之轉化涉及「區域性的契約法合流」，世界契約法整合則觸及「全球性的契約法合流」之議題，二者均為世界契約法合流之表現。關於處在此潮流下之德國法發展，及世界契約法合流之發展，個人已在本書姊妹作「整合中之契約

法」有說明，有興趣的讀者可參閱。同處東亞之日本，並無類似歐盟私法領域指令轉化之壓力，也尚未意識到東亞契約法乃至於私法區域整合之可能性或必要性。然對此全球性的契約法合流趨勢，了然於胸，深知自己所處之環境已不容其以不變應萬變，而思有以變。在前東京大學法學部內田貴教授引領下，日本在2006年啓動債權法改正大業，由民法學界菁英所組成之「民法（債權法）改正檢討委員會」研究團體組成，2009年3月間完成其所稱之債權法改正試案，2009年5月8日出版該委員會稱為「債權法改正の基本方針」之債權法改正試案及提案要旨。2009年11月24日法務省法制審議會民法（債權關係）部會第1回會議召開，選出檢討委員會委員長鎌田薰為其部會長，預計2012年向國會提出新法案甚至通過改正。依個人所得之資訊，此次日本民法修正雖名為「債權法」，然仍限於得適用於契約及契約關係之法律規定，不及於法定之債，且檢討對象更擴及於消費者契約法所規定之消費者契約及商法典所規定之商行為，故實質上與德國債法現代化相同，均為契約法之修正，唯其檢討對象更廣。

臺灣現行民法制定於30年代，但其適用於臺灣乃日治時代結束後之事。民法在臺灣施行後不到三十年，主管機關即決定從總則編逐一全盤檢討民法。總則編在1982年、債編在1998年完成全盤檢討修正，物權編分三次修正，2010年用益物權修正結束，可謂大功告成。照理來說，此歷經約二十年之民法修正，應可呈現臺灣民法學說判例發展之成果，並使民法符合今後私法生活之實際需要，成文之法律規定Law in book與有實際規範效力之法Law in action之差距應不至於有雲泥之別。

但是，依個人認知，至少在財產法領域，除少數法律政策上具有實質意之重大修正外，多數的修正乃確認通說判例之見解並解決學說之爭議，某程度來說，係將法典條文外判例法發展所形成之龐大規範群再法典化（Recodification）。1999年債

編修正，債各增訂旅遊、合會及人事保證三個契約類型，的確也解決或規範台灣經濟生活重要而敏感之契約類型。然而，不僅如融資性租賃、加盟店、應收帳款買賣等從美國經濟實務進口而來所謂之現代契約類型，立法者未置一詞，民法制定時即已存在之有名契約類型，如消費借貸之規定也不見有具實質意義之重大修正，修正後之現行法仍遠遠不能滿足現代經濟生活之實際需要，遑論充分顧及消費者借貸特殊保護必要。再者，民商分立國家列在商法典之商事契約與制度，如經理人及代辦商，也未予以現代化。即使是傳統之買賣承攬，民法之規定是否能應付現代商品交易及如工程等極其複雜之交易型態，在在均有待檢視。關於侵權行為法方面，1999年債編修正雖增訂產品製造人責任（第191條之1）、動力車輛駕駛人責任（第191條之2）及危險行為責任（第191條之3）三個特殊侵權行為類型，但此三者是否為比較侵權法所謂之「危險責任」？與其他法律競合關係如何？特別是第191條之3解釋適用如何？均有待學說判例之發展。2009年11月23日施行之新成年監護制度，雖以監護宣告取代禁治產宣告，並增訂輔助監護制度，但受監護宣告人仍為無行為能力人，與世界發展動向背道而馳，且未同時將基於契約自由成立之任意監護納入法律規範，也使此修正不無有功虧一簣之憾。

本書乃將視野從遠在天邊之德國與歐洲拉回到吾人身處的東亞，看看自己，也看看鄰國之日本，觀察二者是如何因應法律全球化下契約法合流之大勢所趨，及如何調整民法以符合社會之實際需要。本書共分十章，第一章到第四章均與臺灣民法修正有關，第五章到第九章則圍繞在日本2006年啟動之債權法改正，尤其是2009年公表之「債權法改正基本方針」內容之介紹與評析。最後一章「學習民法的感想」，與民法或債法修正無關，為自己學習民法的一些體會，提供初學民法者參考。

本書第一章「法律行為、法律性質與民法債編修正」乃個人1999年10月9日民法研究會第十六次學術研討會報告之書面內容，於今又匆匆十年。報告當時債編修正甫施行不久，判例極其有限，唯有從學理上檢討債編修正，礙於時間及能力，全盤檢討不可行，遂以民法債編關於法律行為性質學說之爭議之修正為中心，提出個人之淺見。該文所提出之契約成立與生效的三個層次，也確立日後個人契約法講義第一冊「契約成立與生效」之體系架構。

上述民法研究會報告後半年，個人奉命擔任2000年3月11日民法研究會第十九次研討會蘇惠卿教授「自危險責任之形成與發展論民法第一百九十一條之三」報告之評論人。該報告討論之議題乃1999年債編侵權行為法修正中最具爭議者。由於該條並非我國民法主要繼受對象之德國之立法例，亦非日本民法之繼受，而係1999年債編修正所增訂，且據聞係從對我國民法完全陌生的義大利民法（第2050條）繼受而來，如何正確解讀並適用乃債編修正施行後學說判例之重大挑戰。為準備該報告之評論，個人參閱比較侵權行為法之文獻，對危險責任及危險行為責任理論之發展，有較為清楚之輪廓後，撰寫本書第二章「民法侵權行為體系之再構成—民第一九一條之三之體系地位」。除對該條之解釋適用提出個人一愚之得外，也試圖重新勾勒出債編修正後侵權行為法之體系。

之後十年左右，個人主要仍以德國法律文獻為研究主要參考文獻，雖間亦及於日本民法之研究，但終究為輔助之資。2009年7月因緣際會到日本北海道大學法學部研究一個月，行前受鈴木賢教授囑咐在2009年7月3日民法研究會簡要報告臺灣民法之發展。為使日本東道主能更明瞭臺灣財產法之發展，稍微大量參考日本民法文獻。在比較之間，強烈感受到日本民法

學在學說繼受方面，對臺灣，乃至於中國民法學之發展，影響無與倫比，事實上，也遠遠超出德國民法法律繼受對臺灣現行法之斧鑿痕跡。

2010年4月到8月間個人分別受日本交流協會「日本交流協會招聘活動」之聘邀及住友財團2009年度「アジア諸国における日本関連研究助成」之資助，以日本債務不履行之新發展為題，在日本東北大學法學部擔任客座研究員。本書第五章到第七章關於日本債權法改正新動向論文，均為此時期研讀日本債權法改正試案內容，基於對日本民法及債權法改正膚淺之認識，分別對債權法改正方針之理念、基本架構及債務不履行改正方向賅要之介紹。

2010年7月10日個人受日本成年後見法學會理事長新井誠教授（筑波大學法科大學院院長）及該會常務理事村田彰教授（流通經濟大學法學部部長）之邀，赴該會學習日本成年監護發展之現況，並順便在該會介紹臺灣甫完成修正之成年監護制度。個人研究領域向來集中在財產法，近年來更聚焦於契約法領域，屬於人法領域之成年監護，個人可謂毫無所悉，勉力而為，僅能介紹修正之梗概，不敢有個人獨創見解。報告特別將我國之修正條文與日本成年後見之法律制定作對比，讀者不難發現日本法繼受之痕跡，俯拾皆是。書面報告內容（即本書第四章）自忖參考價值有限，未曾刊載於雜誌中，但該議題終究屬臺灣民法重大修正，雖屬人法範疇，卻攸關交易安全之保障，與財產法息息相關。敝帚自珍，特收錄於本書以為紀念。

除日本成年後見學會之報告外，在村田彰部長及明治大學長坂純教授居中安排下，2010年7月9日個人尚以「從臺灣債編修正看日本債權法改正」為題，作為明治大學大學院法學研究科特別講義之報告內容。該報告雖論及臺灣債編修正，但重點乃為日本2006年啟動之債權法改正。該報告雖提出個人對日本

債權法改正之若干淺見，但成熟度不足，充其量僅為一個外國人對日本債權法改正試案之內容初步印象。然對臺灣的讀者，該章之論述也許亦能隱約浮現個人對將來我國契約法修正方向之期許。

關於日本民法對臺灣民法之影響，個人在本書第三章「臺灣民法百年」以許多例證說明我國民法早期之發展，主要乃繼受自經日本學說吸收消化過後之德國學說。1970年以後，我國民法之發展才逐漸擺脫日本學說之影響，而邁入直接繼受德國民法學說及更廣泛吸納美國法學方法（特別是法律經濟分析）之時期。此歷史發展之軌跡，乃個人在2010年7月13日受村田彰部長之邀，與流通經濟大學法學部先進進行學術交流，並以「台灣民法に対する日本の影響」為題之報告內容，此即本書第九章「日本民法對臺灣民法之影響」之經緯。

以上三個報告，均由村田彰教授促成。教授在個人東京停留期間，在許多方面予以協助，並惠賜珍貴書籍文獻，謹表無上謝意。口頭報告皆由流通經濟大學法學部周作彩教授擔任翻譯，謹表謝忱。本書第三章「臺灣民法百年」口頭報告蒙鈴木賢教授促成，並親自擔任中日文口譯，在北海道大學法學部研究期間更鼎力協助。會中及會後並蒙東海林邦彥、瀨川信久、松久三四彥、吉田邦彥、藤原正則、曾野裕夫等教授垂詢論文相關內容，使我對日本民法之發展有更進一步之認識。因受限於時間，研究會口頭報告主要為物權及侵權行為法之部分，契約法則僅浮光掠影。回國後，除修訂口頭報告內容外，並將契約法部分形諸文字。該書面報告蒙鈴木賢教授及其高徒黃淨愉小姐不辭辛勞將本文翻譯為日文，使本報告有機會刊載於北大法學論集（黃淨愉、鈴木賢譯，台灣民法の百年—財産法の改正を中心として—、北大法學論集，61卷3号，2010年9月，頁227-285）。以上北海道大學法學部諸位先生及女士，個人均表由衷敬意與謝意。

東北大學研究期間，森田果教授在生活上的照顧，及東北大學提供外國學人幽靜的學術環境，才能有學術成果得以分享；北海道大學瀨川信久、東京大學中田裕康、河上正二、京都大學山本敬三、東北大學小粥太郎（以上諸位，均為「民法（債權法）改正檢討委員會」委員）、北海道大學吉田邦彥、東北大學渡邊達德與學習院大學小塚莊一郎等教授，提供日本債權法改正一手資訊及珍貴資料，使關於日本債權法改正之研究得以順利進行，謹致由衷感謝之意。

個人並非留學日本，日文程度極為幼稚，日文法學文獻之閱讀相當辛苦，誤解之處，比比皆是。關於日本法之論述，在留日民法前輩前班門弄斧，舛誤疏漏之處必多，尚望海量包容。

陳自強

二〇一〇年十一月十四日臺灣大學校慶
於萬才館研究室



【臺大法律學叢書目錄】

1	既判力之研究	駱永家	臺大法律學系教授
2	行政法與現代法治國家	翁岳生	臺大法律學系教授
3	民商法問題研究（一）	鄭玉波	臺大法律學系教授
4	親屬、繼承基本問題	陳棋炎	臺大法律學系教授
5	民法學說與判例研究（一）	王澤鑑	臺大法律學系教授
6	現代刑法思潮與刑事立法	蔡墩銘	臺大法律學系教授
7	法實證主義	林文雄	臺大法律學系教授
10	國際經濟法專題研究	王仁宏	臺大法律學系教授
11	公司法專題研究	柯芳枝	臺大法律學系教授
12	國際私法專論	曾陳明汝	臺大法律學系教授
13	專利商標法選論	曾陳明汝	臺大法律學系教授
14	民事程序法與訴訟標的理論	陳榮宗	臺大法律學系教授
15	刑法推理方法及案例研究	蘇俊雄	臺大法律學系教授
16	民法學說與判例研究（二）	王澤鑑	臺大法律學系教授
17	舉證責任分配與民事程序法	陳榮宗	臺大法律學系教授
18	企業與經濟法	廖義男	臺大法律學系教授
19	民商法問題研究（二）	鄭玉波	臺大法律學系教授
20	民商法問題研究（三）	鄭玉波	臺大法律學系教授
21	親屬繼承法判例判決之研究	陳棋炎	臺大法律學系教授
22	刑法例題演習	蔡墩銘	臺大法律學系教授
23	國際貿易法專論	柯澤東	臺大法律學系教授
26	刑事訴訟法例題演習	蔡墩銘	臺大法律學系教授
27	民事法研究 I	駱永家	臺大法律學系教授
28	德國繼受羅馬法	戴東雄	臺大法律學系教授
29	工業財產權法專論	曾陳明汝	臺大法律學系教授
30	國際私法原理	曾陳明汝	臺大法律學系教授
31	繼承法實例研究	戴東雄	臺大法律學系教授
32	法學方法與現代民法	黃茂榮	臺大法律學系教授

33	Legal Handbook for doing Business in the R.O.C	徐小波	臺大法律學系教授
34	民法學說與判例研究（四）	王澤鑑	臺大法律學系教授
35	合資事業之法律研究	徐小波	臺大法律學系教授
36	最高法院刑事判決研究	蔡墩銘	臺大法律學系教授
38	民商法問題研究（四）	鄭玉波	臺大法律學系教授
39	憲法與人權	李鴻禧	臺大法律學系教授
40	違憲審查權	李鴻禧	臺大法律學系教授
41	著作權論文集	賀德芬	臺大法律學系教授
42	我國資本市場發展之法律研究	徐小波	臺大法律學系教授
43	資訊法論：電腦與法律問題之探討	劉江彬	華盛頓大學法學院教授
45	民事法研究Ⅱ	駱永家	臺大法律學系教授
46	海商法論	柯澤東	臺大法律學系教授
47	民法學說與判例研究（五）	王澤鑑	臺大法律學系教授
50	定型化契約論文選輯	劉宗榮	臺大法律學系教授
51	當事人與民事程序法（三）	陳榮宗	臺大法律學系教授
52	民事程序法之理論與實務（第一卷）	邱聯恭	臺大法律學系教授
53	環境法論	柯澤東	臺大法律學系教授
54	合資事業法律問題之研究（二）	徐小波	臺大法律學系教授
55	國際私法	柯澤東	臺大法律學系教授
56	民事法研究Ⅲ	駱永家	臺大法律學系教授
57	商品製造人侵權行為責任之比較研究	朱柏松	臺大法律學系教授
58	Equitable Ocean Boundary Delimitation	傅崑成	臺大法律學系副教授
59	民法學說與判例研究（六）	王澤鑑	臺大法律學系教授
60	親屬法實例解說	戴東雄	臺大法律學系教授
61	法益與刑事立法	陳志龍	臺大法律學系教授
62	人性尊嚴與刑法體系入門	陳志龍	臺大法律學系教授
63	環境政策與法律（Ⅰ）	葉俊榮	臺大法律學系教授
64	法治國家之行政法與司法	翁岳生	臺大法律學系教授
67	中共對外經濟貿易法	王泰銓	臺大法律學系教授

68	中國社會主義法律研究（I）	王泰銓	臺大法律學系教授
69	中國社會主義法律研究（II）	王泰銓	臺大法律學系教授
70	歐洲共同體法（總論）	王泰銓	臺大法律學系教授
71	法與國家權力	許宗力	臺大法律學系教授
72	司法之現代化與程序法	邱聯恭	臺大法律學系教授
74	民法學說與判例研究（七）	王澤鑑	臺大法律學系教授
75	美國商標制度之研究兼論其最新變革	曾陳明汝	臺大法律學系教授
76	環境行政與正當法律程序	葉俊榮	臺大法律學系教授
77	權利分立與憲法發展	林子儀	臺大法律學系教授
78	言論自由與新聞自由	林子儀	臺大法律學系教授
79	民事訴訟法論文集	陳榮宗	臺大法律學系教授
80	國際貿易法研究第一冊：美國貿易救濟制度	羅昌發	臺大法律學系教授
81	國際貿易法研究第二冊：貿易關係之法律問題	羅昌發	臺大法律學系教授
82	國際貿易法研究第三冊：貿易與競爭之法律互動	羅昌發	臺大法律學系教授
83	環境法論（二）	柯澤東	臺大法律學系教授
84	智慧財產權之基礎理論：智慧財產權法系列（一）	謝銘洋	臺大法律學系教授
85	智慧財產權之制度與實務：智慧財產權法系列（二）	謝銘洋	臺大法律學系教授
86	刑法問題與利益思考	黃榮堅	臺大法律學系教授
87	GATT/WTO與我國貿易：國際經貿法研究（四）	羅昌發	臺大法律學系教授
88	國際私法原理續集：衝突法論	曾陳明汝	臺大法律學系教授
90	公司法論集	柯菊	臺大法律學系副教授
91	國家學與國家法	葛克昌	臺大法律學系教授
92	稅法基本問題	葛克昌	臺大法律學系教授
93	歐洲事業法（一）：歐洲企業組織法	王泰銓	臺大法律學系教授
94	當前兩岸法律問題分析：中國社會主	王泰銓	臺大法律學系教授

	義法律研究（第三冊）		
95	公司法爭議問題	王泰銓	臺大法律學系教授
96	民法學說與判例研究（八）	王澤鑑	臺大法律學系教授
97	國際貿易法：世界貿易組織下之法律新秩序	羅昌發	臺大法律學系教授
98	西洋法律思想主流之發展	馬漢寶	臺大法律學系教授
99	法律與中國社會之變遷	馬漢寶	臺大法律學系教授
100	Law and Traditions in Contemporary Chinese Society	馬漢寶	臺大法律學系教授
101	憲法與憲政	李鴻禧	臺大法律學系教授
102	憲法與議會	李鴻禧	臺大法律學系教授
103	發明專利法研究	蔡明誠	臺大法律學系教授
104	歐洲事業法（二）：歐洲競爭規範	王泰銓	臺大法律學系教授
105	公司法新論	王泰銓	臺大法律學系教授
106	WTO發展與台港經貿關係	羅昌發	臺大法律學系教授
107	台灣法律史的建立	王泰升	臺大法律學系教授
108	法與實踐理性	顏厥安	臺大法律學系教授
109	國際民事訴訟與民事程序法	陳榮宗	臺大法律學系教授
110	環境理性與制度選擇	葉俊榮	臺大法律學系教授
111	權力、主體與刑事法—法邊緣的論述	李茂生	臺大法律學系教授
112	綜合所得稅與憲法	葛克昌	臺大法律學系教授
113	民事法理與判決研究	詹森林	臺大法律學系教授
114	憲法與法治國行政	許宗力	臺大法律學系教授
115	刑罰的極限	黃榮堅	臺大法律學系教授
116	刑事被告的憲法權利	王兆鵬	臺大法律學系教授
117	智慧財產權基本問題研究	謝銘洋	臺大法律學系教授
118	新海商法：貨物運送人之責任	柯澤東	臺大法律學系教授
119	政府採購法與政府採購協定論析	羅昌發	臺大法律學系教授
120	公務員法研究（一）	林明鏘	臺大法律學系教授
121	公司與企業法制（一）	王文宇	臺大法律學系教授
122	民商法理論與經濟分析（一）	王文宇	臺大法律學系教授

124	搜索扣押與刑事被告的憲法權利	王兆鵬	臺大法律學系教授
125	海商法修正新論	柯澤東	臺大法律學系教授
126	民事程序法之理論與實務（第二卷）	邱聯恭	臺大法律學系教授
127	投資大陸市場法律與實務解析	王泰銓	臺大法律學系教授
128	路檢、盤查與人權	王兆鵬	臺大法律學系教授
129	比較關係企業法	王泰銓	臺大法律學系教授
130	民事程序法之理論與實務（第三卷）：爭點整理方法論	邱聯恭	臺大法律學系教授
131	控股公司與金融控股公司法	王文宇	臺大法律學系教授
132	嚴格證明與刑事證據	林鈺雄	臺大法律學系副教授
133	中國法律思想初探	林文雄	臺大法律學系教授
134	台灣法的斷裂與連續	王泰升	臺大法律學系教授
135	公司管理與資本市場法制專論（一）	曾宛如	臺大法律學系教授
136	當事人進行主義之刑事訴訟	王兆鵬	臺大法律學系教授
137	民主轉型與憲法變遷	葉俊榮	臺大法律學系教授
138	執行力擴張與不動產執行	許士宦	臺大法律學系副教授
139	民事法理與判決研究（二）	詹森林	臺大法律學系教授
140	民商法理論與經濟分析	王文宇	臺大法律學系教授
141	民事法理與判決研究（三）	詹森林	臺大法律學系教授
142	物權法研究	蔡明誠	臺大法律學系教授
143	程序保障與闡明義務	許士宦	臺大法律學系副教授
144	因果關係與損害賠償	陳聰富	臺大法律學系教授
145	侵權歸責原則與損害賠償	陳聰富	臺大法律學系教授
146	憲法理論與實踐（三）	李建良	臺大法律學系副教授
147	新刑訴·新思維	王兆鵬	臺大法律學系教授
148	臺灣法的世紀變革	王泰升	臺大法律學系教授
149	證據蒐集與紛爭解決	許士宦	臺大法律學系副教授
150	程序利益保護論	邱聯恭	臺大法律學系教授
151	科技發展之智慧財產權議題	謝銘洋	臺大法律學系教授
152	訴訟權保障與裁判外紛爭處理	沈冠伶	臺大法律學系副教授
153	代理權與經理權之間	陳自強	臺大法律學系教授

154	審判對象與適時審判	許士宦	臺大法律學系副教授
155	行政契約法研究	林明鏘	臺大法律學系教授
156	國際私法新境界：國際私法專論	柯澤東	臺大法律學系教授
157	法與國家權力（二）	許宗力	臺大法律學系教授
158	營建法學研究	林明鏘	臺大法律學系教授
159	國土計畫法學研究	林明鏘	臺大法律學系教授
160	辯護權與詰問權	王兆鵬	臺大法律學系教授
161	民事法理與判決研究（四）：消費者保護法專論（2）	詹森林	臺大法律學系教授
162	民事證據法與武器平等原則	沈冠伶	臺大法律學系副教授
163	財經發展與財經刑法	陳志龍	臺大法律學系教授
164	民事法理與判決研究（五）	詹森林	臺大法律學系教授
165	公司管理與資本市場法制專論（二）	曾宛如	臺大法律學系教授
166	憲法理論與實踐（二）	李建良	臺大法律學系副教授
167	民事問題與研究：民法總論	朱柏松	臺大法律學系教授
168	民事問題與研究：債法總論	朱柏松	臺大法律學系教授
169	民事問題與研究：侵權行為法論	朱柏松	臺大法律學系教授
170	民事問題與研究：物權行為法論	朱柏松	臺大法律學系教授
171	民事問題與研究：消費者保護法論（上）	朱柏松	臺大法律學系教授
172	民事問題與研究：消費者保護法論（下）	朱柏松	臺大法律學系教授
173	一事不再理	王兆鵬	臺大法律學系教授
174	侵權違法性與損害賠償	陳聰富	臺大法律學系教授
175	債務清理法之基本構造（第一卷）	許士宦	臺大法律學系副教授
176	預算法之原理	蔡茂寅	臺大法律學系教授
177	國際貿易習慣法暨國際商務仲裁	柯澤東	臺大法律學系教授
178	刑事程序與國際人權	林鈺雄	臺大法律學系副教授
179	干預處分與刑事證據	林鈺雄	臺大法律學系副教授
180	刑法與刑訴之交錯適用	林鈺雄	臺大法律學系副教授
181	公司之經營者、股東與債權人	曾宛如	臺大法律學系教授

182	契約責任與侵權責任的保護客體： 「權利」與「利益」區別正當性的再 反省	陳忠五	臺大法律學系教授
183	社會健康保險法制之研究	蔡茂寅	臺大法律學系教授
184	刑罰與社會規訓：臺灣刑事制裁新舊 思維的衝突與轉變	王皇玉	臺大法律學系副教授
185	辯證與法學	陳志龍	臺大法律學系教授
186	集中審理與審理原則	許士宦	臺大法律學系副教授
187	民事程序法之新變革	沈冠伶	臺大法律學系副教授
188	競爭法與智慧財產法之交會：相生與 相剋之間（新版）	黃銘傑	臺大法律學系教授
189	公司治理與企業金融法制之挑戰與興革	黃銘傑	臺大法律學系教授
190	透視財經犯罪	陳志龍	臺大法律學系教授
191	金融監理與財經犯罪	陳志龍	臺大法律學系教授
192	財經犯罪的全球化	陳志龍	臺大法律學系教授
193	歐盟行政法：德國行政法總論之變革	林明鏘	臺大法律學系教授
194	基因體醫學研發創新與智慧財產權學 術論文集	謝銘洋	臺大法律學系教授
195	人權思維的承與變：憲法理論與實踐 （四）	李建良	臺大法律學系教授
196	具有歷史思維的法學：結合台灣法律 社會史與法律論證	王泰升	臺大法律學系教授
197	訴訟參與與判決效力	許士宦	臺大法律學系教授
198	刑事救濟程序之新思維	王兆鵬	臺大法律學系教授
199	警察法學研究	林明鏘	臺大法律學系教授
200	台灣民法與日本債權法之現代化	陳自強	臺大法律學系教授
201	整合中之契約法	陳自強	臺大法律學系教授

(2011.03.08更新)

目 錄

自 序

第一章 法律行為、法律性質與民法債編修正

一、前 言	1
二、解決學說關於法律行為性質爭議之修正.....	6
A 懸賞廣告之法律性質與修正	6
B 要物契約說與債編之修正.....	8
1 借貸契約之性質.....	8
2 倉庫契約之性質.....	9
C 成立要件與生效要件之爭議.....	10
三、債編修正之檢討	11
A 法律性質與法學理論	12
1 法律繼受與理論繼受.....	12
2 法學理論	16
3 法律構成理論.....	19
4 體系之建構在法律構成理論之意義.....	20
a 法律抽象概念與外在體系	20
b 類型論.....	21
c 法律內在體系與功能決定概念	23
B 懸賞廣告法律性質爭議之修正.....	26
1 契約說與單獨行為說之評價.....	26
2 契約說下之法律狀態.....	30

a	要約生效後不得任意撤回	30
b	懸賞廣告「契約」之成立	31
c	行為人為無行為能力人	32
3	修正後懸賞廣告之法律性質	32
a	不知有廣告之人亦得請求報酬	33
b	「撤銷」改「撤回」	36
c	仍應採單獨行為說	36
C	法律行為成立要件與生效要件之區別	36
1	成立與生效要件概念之區別	37
2	法律行為類型論	41
3	契約成立與生效的三個層次	43
a	契約成立	44
b	是否在契約自由原則容許之範圍內	45
c	意思表示是否健全	46
4	概念之釐清	47
a	契約成立與契約締結	48
b	契約不成立與不生效力	48
c	契約成立要件、效力阻卻事由、積極的有效要件 ...	49
5	贈與契約之成立與生效	52
a	第406條之修正	52
b	第407條之刪除	54
D	與要物契約有關之修正	56
1	我國要物契約之三個形態	56
a	債之發生上之要物契約	57
b	債之消滅上之要物契約	58
c	「物權之要物契約」	58
2	有償消費借貸要物性之檢討	59
a	消費借貸要物性之原始機能	59

b 現代消費借貸之要物性係基於德國普通法錯誤 之發展.....	60
c 借用物返還義務之發生無待要物契約說之助	61
d 要物契約說之真諦	62
e 定性為要物契約常有害交易安全	63
3 修正後之有償消費借貸已不具要物性.....	64
a 第474條第1項與475條之修正不具實質意義	64
b 「預約」實即本約.....	64
c 倉庫契約之修正	65
4 修正後使用借貸與無償消費借貸亦無要物性.....	66
四、結 論	66

第二章 民法侵權行為法體系之再構成 ——民法第191條之3之體系地位

一、導 論	69
二、意外事故損害賠償法之發展.....	75
A 意外事故損害賠償法	75
1 以保護客體為中心之侵權行為類型論.....	75
2 侵害行為典型之態樣.....	78
3 現代意外事故之損害.....	80
a 交通事故.....	81
b 商品瑕疵所造成之意外.....	82
c 公害.....	82
d 勞動災害（職業災害）	82
e 工業設備災害	83
B 危險責任之特別立法.....	83
C 嚴格責任之概括條款.....	87
1 管理人責任.....	87

a 對物責任	87
b 對人責任	88
2 危險行為責任	89
3 英美法上嚴格責任	91
a 賴蘭斯法則	92
b 異常危險行為責任	93
D 德國交易安全義務理論	94
1 領域責任	96
2 任務承擔責任	98
3 先行為責任	99
4 交易安全義務理論之評價	100
三、民法第191條之3之體系地位	101
A 民法第191條之3法律性質之爭論	101
B 過失責任與嚴格責任之間	104
1 過失責任之傳統見解	104
a 於直接侵害	105
b 於間接侵害	106
2 絕對嚴格責任	107
3 過失不法侵害一元論	109
a 比較法之考察	110
b 對我國通說之批判	113
c 主觀非難性之斟酌	116
4 現代意外事故責任	118
C 民法特殊侵權行為結構之分析	122
1 修正前特殊侵權行為法之體系	122
a 自己行為責任	122
b 準侵權行為法	123
c 傳統過失責任與中間責任	125

2 注意義務與交易安全義務.....	126
3 修正第191條之1與之2.....	127
D 民法第191條之3之解釋與適用	129
1 法律性質	129
a 非德國法意義下的危險責任	129
b 非義大利民法危險行為責任	130
c 過失推定責任（中間責任）	131
d 以危險源為責任基礎的不作為責任概括條款	133
e 客觀責任	135
2 危險行為之界定.....	135
a 現代科技危險	136
b 對物責任與舉辦者責任（管領或監督責任）	137
c 危險之證明	138
3 責任主體	139
a 事業經營者責任	139
b 對獨立使用人負責	141
c 醫師責任	141
4 被保護法益之範圍.....	145
四、結 論	145

第三章 台灣民法百年

——以財產法之修正為中心

一、前 言	151
二、物權法之發展	153
A 物權法體系與特色	153
1 外在體系	153
2 物之概念	154
3 物權之變動.....	154

B 關於不動產所有權之發展.....	156
1 特別法之制定.....	156
2 物權編通則之修正.....	157
3 物權編所有權之修正.....	158
4 公司共有	159
C 擔保物權之修正.....	160
1 特別法之制定.....	160
2 物權編之修正.....	161
三、侵權行為法之發展	163
A 體系與特色	163
1 外在體系	163
2 保護客體	164
3 過失責任主義之堅持.....	165
B 民法外之危險責任.....	166
C 債編修正	167
1 產品製造人責任.....	167
2 動力車輛駕駛人責任.....	167
3 危險行為責任.....	168
4 人格權保護之強化.....	168
四、契約法之發展	170
A 體系與特色	170
1 外在體系	170
2 德國法律行為論之繼受.....	172
3 無因性理論之繼受.....	175
a 物權行為無因性	175
b 無因債權行為.....	177
c 代理權授與行為無因性理論	177
4 採瑞士民商合一.....	178

B 特別法之制定.....	179
1 商事契約之立法.....	179
2 勞動契約關係之規範.....	180
3 承租人之保護.....	181
a 耕地承租人.....	181
b 房屋承租人.....	182
c 基地承租人.....	183
4 消費者保護.....	184
a 定型化契約.....	184
b 特種買賣.....	185
c 消費資訊.....	186
C 債編修正.....	186
1 與特別法有關之修正.....	186
2 與法律行為性質有關之修正.....	187
3 不完全給付之明文化.....	188
4 締約上過失一般規定之制定.....	190
5 有名契約類型之增訂.....	191
a 旅遊契約.....	192
b 合會契約.....	192
c 人事保證.....	193
五、展 望.....	194

第四章 臺灣新成年監護制度之修正

一、前 言.....	197
二、成年監護之修正.....	198
A 修正前成年監護制度.....	198
1 禁治產宣告.....	199
2 監護人之確定.....	199

B 外國法借鏡	200
C 法律之修正	200
1 實體法	200
2 程序法	201
三、監護及輔助之宣告	201
A 監護之宣告	202
1 宣告之原因.....	202
2 宣告之效力—無行為能力.....	202
B 輔助之宣告	203
1 宣告之原因.....	203
2 宣告之效力.....	203
a 不受限制之行為.....	203
b 特定重要法律行為應經輔助人同意	204
c 未經輔助人同意之效力	205
C 監護及輔助宣告事件程序.....	206
1 聲請人	207
2 宣告之程序.....	207
3 撤銷監護或輔助宣告之訴.....	207
4 聲請撤銷監護或輔助之宣告.....	208
5 囑託登記	208
四、監護人與輔助人	208
A 監護人及輔助人之設置	209
1 選 任	209
2 法 人	209
3 多數監護人或輔助人之選任.....	210
4 辭任與解任.....	210
5 缺 格	210
B 職 務	211

1 監護人身上監護之職務.....	211
a 養護療治.....	212
b 身上監護其他內容.....	212
2 監護人之財產管理.....	212
a 開具財產清冊.....	212
b 財產之管理.....	213
3 輔助人之職務.....	213
4 多數監護人或輔助人.....	213
C 監護人或輔助人之權利義務.....	213
1 注意義務.....	213
2 損害賠償責任.....	214
3 報酬請求權.....	214
D 監護人之法定代理權.....	214
1 概括代理權.....	215
2 利益相反行為與特別代理人.....	215
3 處分財產之限制.....	215
4 受讓受監護人之財產.....	216
E 監護之終了.....	216
1 終了原因.....	216
2 監護人之義務.....	216
a 監護關係絕對終了.....	216
b 監護關係相對終了.....	217
五、任意監護制度.....	217
A 國家監督下的任意監護制度.....	217
B 無國家機關監督之任意監護制度.....	218
1 臺灣現行法解釋.....	219
2 日本之任意代理權授與.....	220
六、結 語.....	221

第五章 日本債權法改正新動向 ——改正試案之理念

一、前 言	225
二、以契約爲中心之民法（債權法）改正試案.....	228
A 現階段檢討之對象	228
B 檢討委員會	231
C 改正試案之性質.....	233
三、修正之必要性	234
A 符合今後社會實情的民法	234
B 提高民法之透明度.....	235
1 爲國民而存在之民法.....	235
2 判例規則之確認與續造.....	237
C 與契約法之國際動向調和.....	239
1 歐洲債法改正之風潮.....	239
2 世界契約法統一大勢所趨.....	241
3 東亞契約法領導地位之鞏固.....	243
四、結 語	244

第六章 日本債權法改正新動向 ——改正試案之體系架構

一、再法典化	247
A 消費者契約法特別規定之統合	248
B 消費者契約特別規定之一般法化.....	251
C 商行爲	254
1 商行爲規定之一般法化.....	254
2 商行爲規定統合於民法典.....	255
D 消費者及事業者概念置入民法典	256
二、民法總則之命運	258

A 法律行為之規定	258
B 時 效	260
C 架 空?	261
三、債權編架構之調整	262
A 三部曲	262
B 債總一般理論之地位.....	263
1 契約法一般原則之確立.....	263
2 債法之一般原則.....	264
3 債務承擔及契約承擔之新設.....	265
4 保 證	266
5 有價證券一般規定.....	266
6 利他契約	266
7 繼續的契約.....	266
C 典型契約	267
1 調整架構	267
2 現代契約類型.....	267
3 役務提供契約.....	268
4 特殊委任及特殊寄託.....	269
四、啓 發	270

第七章 日本債權法改正新動向

——債務不履行

一、債務不履行損害賠償之要件.....	273
A 現行日本民法債務不履行體系	274
1 債務不履行之概念.....	274
2 債務不履行之態樣.....	275
3 債務不履行責任.....	275
B 改採一元論之債務不履行體系.....	276

C 從過失責任到免責事由.....	279
D 債務人有抗辯權之免責.....	280
二、債務不履行損害賠償之效果.....	281
A 遲延賠償及替代履行之損害賠償.....	281
1 遲延賠償.....	281
2 履行不能替代履行之損害賠償.....	281
3 履行拒絕.....	282
4 催告及解除.....	283
B 損害賠償之範圍.....	283
1 日本損害賠償之體系.....	283
2 預見可能性原則.....	284
3 預見時期—日本特色.....	285
C 金錢賠償原則.....	286
D 損害賠償額之算定.....	287
1 物之價格之算定.....	287
a 基準時.....	288
b 不履行後物之價格上漲.....	288
c 發生替代交易時.....	288
2 金錢債務之損害賠償.....	289
a 利息.....	289
b 其他損害賠償.....	289
E 損害減輕之事由.....	289
1 損益相抵.....	289
2 損害減輕義務.....	290
三、契約之解消.....	291
A 法定解除權之發生.....	292
1 從可歸責到重大違約.....	292
2 無催告解除.....	293

a 廢除履行不能解除之規定	293
b 定期行爲.....	293
3 催告解除	293
4 解除權之排除.....	294
a 抗辯權	294
b 債權人義務違反	294
B 解除之效果—契約清算之回復原狀.....	294
1 不得請求履行契約.....	295
2 標的物毀損滅失.....	295
3 損害賠償	295
4 契約回復原狀關係.....	296
a 回復原狀與不當得利	296
b 價額償還.....	297
C 危險負擔制度之廢除.....	297
1 台灣危險負擔之制度.....	297
2 不可歸責於雙方當事人危險負擔規定廢除.....	298
a 日本現行法規定	298
b 廢止之後.....	299
3 可歸責於債權人時.....	299
D 繼續性契約之解消	300
1 繼續性契約（繼續性契約關係）	300
2 繼續性契約關係之消滅與更新.....	301
3 分割履行契約之解除.....	301
四、結 語	302

第八章 從臺灣債編修正看日本債權法改正

一、臺灣債編修正	306
A 與特別法有關之修正	307

B 與法律行為性質有關之修正.....	308
1 懸賞廣告	308
2 要物契約	308
3 公證之法定方式之導入.....	309
C 給付障礙法之修正.....	309
1 不完全給付之明文化.....	309
2 締約上過失一般規定之制定.....	310
二、契約法修正之必要性	310
A 臺灣契約法再生？	310
B 契約法存在之現代意義.....	313
1 契約法之法源.....	313
2 商人間契約之契約之法.....	314
3 消費者契約之契約之法.....	315
4 任意規定與強行規定之存在價值.....	316
C 為市民而存在之契約法？	316
1 契約法之人的形象—抽象存在之人？	317
2 交易之法=事業者契約之法.....	318
3 改正試案規範對象之主體.....	320
D 本土化或國際化之契約法改正	321
三、債權法改正之特色	323
A 合意重視	323
B 契約相對性原則之突破.....	323
C 跳脫二人關係之契約構造.....	324
1 多數當事人型態之繼續性契約.....	324
2 複數契約之解除.....	325
D 法國與德國法系之調和	326
四、結 語.....	328

第九章 日本民法對臺灣民法之影響 ——以財產法為中心

一、前 言	331
二、日治時期的臺灣民法	332
A 日治時期之前	332
B 特別統治法制時期（1985-1922年）	333
C 內地延長主義時期（日治後期）	334
三、日本民法及學說之繼受	335
A 日本民法之歐陸法繼受	335
B 日本對中國民法現代化早期之影響	337
C 中華民國民法之繼受日本民法	339
D 臺灣之日本民法學說之繼受	342
1 人才培養	343
2 日本之德國學說繼受	344
3 臺灣繼受日本學說之界線	345
E 日本民法影響之式微	346
1 留學歐陸民法學者增加	346
2 日本民法學潮之轉向	347
3 法律本土化—判例法研究之重視	348
4 美國法之影響	348
四、日本債權法改正——東亞契約法新典範	350

第十章 學習民法的感想

一、初習民法	353
二、民法學習的目的	355
A 對已然發生之私權紛爭為法律上之判斷	356
B 事先規劃法律生活、防止糾紛之發生	358

三、法律學習與法律體系	360
四、結 語	367
索 引	369
參考文獻	379



第一章



法律行為、法律性質 與民法債編修正

一、前言

早期，法律之制定與增刪修訂，多半集中在刑法特別法（如已廢止之動員戡亂時期諸特別刑法）、學說所謂行政法各論（租稅法規、建築法規等）上。立法者對憲法、民法典、刑法典等屬於常態性、一般性法律，多半傾向於維持其原貌，而由特別立法來限制其適用之範圍，甚至使其效力，實際上化於烏有。民事特別法，數量並不多，法律之解釋與適用，因而多半集中在常態性的法律上。近年來，為因應伴隨著社會政治經濟局勢之丕變而產生的立法政策上的變化，法律之增刪修訂，速度加快，法律不僅瞬息萬變，在立法諸公恣意與擅斷間，立法意旨何在，經常雌雄莫辨，法律之解釋與適用，即使是法律專家，亦無所措其手足。在民事實體法領域，消費者保護法、公寓大廈管理條例等民事特別法之制定，實際上，已相當程度將民法典架空，其研究的迫切性與重要性，更是無以復加。特別是消費者保護法公布施行後，實務界與民法學界對消費者保護法之關注，可說是三千寵愛集一身，傳統民法學，好像被打入冷宮，處在陰冷的角落。

民事實體法領域，民事特別法中，公司法、票據法、海商法與保險法學說所謂商事法、涉外民事法律適用法，其與民法典之分合關係，並非事物本質使然，毋寧起因於法典編纂技術上的考

量或歷史的因素¹。但現今絕大多數的民事特別法之制定，基於社會政策的考量，保護典型經濟上弱者（承租人、勞工、消費者），可說是最重要之動機。例如，企業經營者使用單方預先擬定之定型化契約條款與消費者訂立契約，條款中，有違反誠實信用原則對消費者顯失公平者，因契約雙方當事人處於結構性之不對等²，國家法律不承認其條款具有法律上的實質拘束力（消費者保護法第12條）。反之，民事法律關係之當事人，若以自己之意思形成其私法生活關係之地位是平等的，即雙方皆有相當之談判能力與經濟力，得以充分表達其利益，維護其利益，則欠缺特別的保護必要性。此時，民事法律關係之規範，應回歸一般性、常態性的法律，契約之內容是否在私法自治容許之範圍，其內容控制，依民法第71條、72條，而無適用消費者保護法之必要。民法典所規範之主體，或立法者所設想之「人」，基本上，乃能依其理性，自由地且負責地形成其私法生活關係者³。從而，在廣泛適用私法自治原則之領域，特別是民法關於契約規定中，基於特別社會政策之保護規定或立法政策之考量，雖非烏有，但不可諱言，屬於例外⁴。縱然社會結構、政治環境、經濟形態及人民生活觀念會有改變，但此種改變對私法生活關係之影響，通常是漸進的，而非革命性的，民法之規定縱有隨之改變之必要，通常，透過學說判例之發展，即能滿足此種需要。相較於其他法律領域，由立法者對民法典之規定直接予以增刪修訂之必要性與急迫性，顯然較低。

1999年4月2日，立法院在第四屆第一會期第五次會議修正通

¹ 例如，在德國，學說所謂「國際私法」，規定於民法典施行法Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch中，而非特別法。

² 參照，Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1994, Einl. Rz. 3; Larenz, AT, 7. Aufl., 1989, § 2 II C, S. 59 f.。

³ Larenz, AT, 7. Aufl., 1989, § 2 I, S. 33 f.認為倫理的個人主義為德國民法精神之基礎，此在我國民法亦應無不同。

⁴ 最重要者，應推關於利息之債之規定（民法第204條以下）。

過民法債編及其施行法。對民事財產法學者而言，債編之修正，可說是繼消費者保護法之制定後，另一重大之衝擊。然此次修正，係針對處於一般法地位之民法債編本身，其涵蓋面之大，震撼性無以復加。債編修正，依個人分析，得大別為法政策上具有實質意義之重大修正、新交易上典型契約類型之增訂與不脫現行法架構之修正三者⁵：

首先，立法政策上具有實質意義之重大修正：例如：增訂不動產債權契約之公證（民法161條之1⁶；並參照425條；513條第3項）；增訂商品製造人責任（191條之1）；增列法定代理人之衡平責任（187條第3項）；增訂駕駛動力交通工具侵害他人之嚴格責任（191條之2）；增訂疑似危險責任之概括規定（191條之3）⁷；⁸加強人格權及身分法益之保護（195條；227條之1）、增訂締約上過失（245之1）；附合契約（247條之1）；限制買賣不破租賃原則之適用（425條第2項）；修正承攬人之法定抵押權（513條）等。

其次，新交易上典型契約類型之增訂：主要為旅遊（增訂第8節之1）、合會（增訂19節之1）、人事保證（增訂24節之1）等三者。在契約自由原則下，當事人本得創設法律所未規定之契約類型，法律規範有名契約類型，其意義並不同於刑法分則各犯罪類型之規定，故交易上縱出現新典型契約類型，只要未逾越契約自由容許之範圍，縱法律未明文承認之，亦有效力。故此類新有名契約類型之增訂，除非有強行法規定，否則，雖令人有耳目一新之感，其重要性，與立法政策上具有實質意義之重大修正之修正，仍無

⁵ 關於民法債編修正要旨，參照，楊興齡，民法債編修正經過及其修正要旨，法學叢刊，175期，1999年7月，頁1以下；黃茂榮，民法債編部份修正條文要論（債各部份）大綱（上），法令月刊，50卷第7期，頁7以下；（下），法令月刊，50卷第8期，頁3以下。

⁶ 以下，條文前未明示為何種法律者，皆為民法。

⁷ 王澤鑑，侵權行為法第1冊，頁25稱為「推定過失的危險責任」。

⁸ 以上數點，提案要旨並未視為修正之重點，個人認為屬於影響深遠之重大修正。

法相提並論。

最後，不脫現行法架構之修正：此類型之債編修正又有幾個類型：

第一、單純文字修正：如確認民法第160條第2項要約「擴張」、「限制」亦為「變更」；將「不履行債務」修正為「債務不履行」（第250條第1項）；將第312條「得按其限度就債權人之權利，以自己之名義代位行使」，文字修正為「於其清償之限度內承受債權人之權利」；將第16節「運送營業」修正為「運送」；刪除標點符號（第625條第2項第2款、第3款）、增加標點符號（第642條）、將「遲延」修正為「遲到」（第623條、第654條）等。此種修正乃有意識的文字修正，此外，尚有無意識的修正，即第248條修正之目的，僅在將「視為」修正為「推定」，不料，1999年債編首次修正時，卻將法律用語之「定金」，書為民間用語之「訂金」，因第249條未同時修正，使人懷疑二者規範之對象，是否已有不同，2000年債編二次修正已再次修正為「定金」，證明第一次修正純為擦槍走火。

第二、移位之修正：如將228移至218之1；將民事訴訟法397條之情事變更原則移至227條之2；將土地法102條之地上權設定登記請求權移列於422條之1。

第三、確認通說判例之見解：如增訂準無因管理（177條第2項）、物之毀損之損害賠償（196條）、損益相抵（216條之1）、被害人之代理人或使用人與有過失（217條第3項）；明文規定不完全給付（227條）、明文規定保護義務（483條之1）等等。

第四、避免解釋之紛歧與解決學說之爭議：此類修正，為數最多，不勝枚舉。例如依第159條第1項，要約人須否具備可得而知之主觀要件，始應向相對人即發遲到之通知？縱現行條文尚乏明確規定，但學說上並未有嚴重對立。學者如有論及，亦採肯定

說⁹，依修正理由，唯「為避免疑義」，債編修正增列要約人可得而知之要件。此類修正，雖寓有明確法律解釋與適用之意，但或無反對說，或根本微不足道，性質上，較接近上述第三之情形。不同於此者，亦有學者所持之見解，相互對立。行政院、司法院草案條文說明最常使用「學者間見解不一」之字眼，表示該修正係在解決學說之爭議。其犖犖大者，如第184條第2項究為舉證責任之規定，抑為獨立之侵權行為類型？依修正理由，「為明確計，爰將其修正為獨立之侵權行為類型」此修正因攸關侵權行為體系之再構成，顯然具有重大意義。本次債法修正相當具有特色者，乃解決學說有關法律性質之爭議關此，詳下，二。

債編修正後，民法之廬山真面，有待學界與實務界闡揚發揮者，所在多有。修正理由，雖有行政院、司法院草案條文說明之公表，然其言簡意賅，其有助於法律之解釋與適用者，恐極其有限。有鑑於此，民法研究會計劃在債編施行前，舉辦一系列關於債編修正之研討會。陳泐岳教授與黃立教授已先後就具有法律政策上重要意義之修正，發表精闢的報告。據民法研究會秘書長詹教授透露，其他具有實質意義之重要修正，皆洽有學有精專者為報告。其餘有研究之興味者，唯關於解決學說爭議之修正。蓋單純文字修正，唯使法律盡善盡美，但無討論之必要。移位之修正與確認通說判例之見解，或攸關法律規定之體系地位，或杜絕爭議之復燃，頗有收蓋棺論定之效，然因其見解亦為現今流行之看法，縱無修法，亦無傷大雅。解決學說爭議之修正，雖仍不脫現行法（舊法）之架構，但由立法者對某特定學說予以背書擔保其正確性，對持相反態度之學者，頗有另一番滋味在心頭。

限於個人能力，本文擬從法學方法論上的觀點，就與解決學說爭議之修正中，特別與法律行為性質有關者（下述二），為扼要

⁹ 參照，史尚寬，債總，頁27；王澤鑑，債總一，頁142，亦認為須要約人明知或可得而知。

之評述（下述三）。此種專為解決法律性質之爭議所為之修正，仍舊停留在現行法之架構中，不屬於所謂法律政策上重大之變革，是否有其必要性，誠屬見仁見智。然縱無必要，若屬於無益但無害之修正，在債編修正通過後，木已成舟，似無討論之價值與實益。然而，本文之目的，不在力挽狂瀾，惟透過此一修正主題，探討法律性質在法律解釋上所扮演之角色，在法學方法論上地位如何，增進吾人對法律行為基本理論之認識，裨益於法律之解釋與適用。

二、解決學說關於法律行為性質爭議之修正

A 懸賞廣告之法律性質與修正

懸賞廣告，例如對尋獲愛狗之人，或對提供一定線索使重大刑案因而偵破者，或為獎勵檢舉漏稅，對提出檢舉因而查獲漏稅者¹⁰，允諾給與一定之金錢，相當常見。懸賞廣告中，亦常見為獎勵學術上、技術上之發明、發現或徵求學術上、技術上或文學上之著作、製造品或為運動競賽，僅對入選之作品或成果給付報酬者，此即所謂優等懸賞廣告¹¹。以上情形，對一定行為之完成，懸賞廣告之聲明人，皆樂觀其成。反之，亦有雖同樣以廣告聲明對完成一定行為之人，給與報酬，但聲明人相信或希望無人能完成該行為，純然出諸於宣傳上之目的而為者¹²。例如在最高法院

¹⁰ 行政法院60年度判字第77號判例：「查國家為獎勵檢舉漏稅，所頒訂之檢舉人分配獎金法令，固係基於公權之作用，但根據檢舉查獲漏稅之後，檢舉人向行政官署所為發給獎金之請求，則係本於私法上之權義關係，如有爭執，應由普通司法機關受理審判，不屬行政訴訟之範圍。」可資參照。

¹¹ 關於優等懸賞廣告，詳參，林廷瑞，優等懸賞廣告之研究，法學評論，第48卷第3期，1982年，頁3以下。

¹² 在德國，此類型之懸賞廣告之聲明人是否根本具有負擔義務之真意，學說上有爭議，Larenz, SBT, Halbband 1, 13. Aufl., 1986, §55, S. 406, 認為聲明之人仍有負擔債務之意思。

82年度台上字第2569號判決之案例中，有儒林補習班負責人（被告）於1992年9月23日在中國晚報第4版刊登廣告，稱：「若有補習班錄取台大人數超越儒林獎賞百萬」云云，嗣有非補習班業者之原告，發現學人補習班於聯合晚報第四版刊登廣告聲稱該補習班學生錄取台大人數超過儒林補習班，原告遂向被告依其廣告內容請求給付報酬。前揭判決，雖無關乎學說對懸賞廣告之法律性質之爭議，而僅在對該懸賞廣告之具體內容為解釋，但因懸賞廣告而涉訟之案例，並不多見，可說彌足珍貴。

債編修正前，懸賞廣告之規定，共有兩條：164條與165條。因懸賞廣告而涉訟，起因於規定本身不完備、欠周延、有疑義者，似並不多見。優等懸賞廣告，雖未有明文規定，交易生活上，不因而有窒礙難行之處。然而，對懸賞廣告之債編修正，可謂大張旗鼓：除舊有條文之修訂外，並新增五個條文。其修正重點有二：第一，確認債編所規定之懸賞廣告，法律性質為契約而非單獨行為（164條、165條）；第二，增訂優等懸賞廣告（165條之1至165條之4）。後者，與本文無直接關係，不贅。前者，屬於解決學說關於法律性質爭議之修正。依修正理由：「懸賞廣告之性質如何，有單獨行為與契約之不同立法例。我國學者間亦有如是二種見解。惟為免理論爭議影響法律之適用，並使本法之體例與規定之內容一致」，爰將第1項末段「對與不知有廣告而完成該行為之人，亦同」移列為第4項，並將『亦同』修正為『準用之』，以明示本法採取契約說之旨。」。

關於懸賞廣告之法律性質，誠如修正理由所言，我國學者間有單獨行為說與契約說之對立。債編修正委員，欲透過修法，特別揭示契約說之大纛，以解決懸賞廣告法律性質爭議，在債編修正草案公表後，即引起相當程度之質疑¹³。立法院三讀通過前，

¹³ 詳參，孫森焱，論懸賞廣告之法律上性質，法學評論，第55卷第5期，1984年，頁5以下；黃立，債總，頁114。

法務部在今年1月4日召集學者專家研商「民法債編部份條文修正草案」暨「民法債編施行法修正草案」，討論提綱僅列五點，其中第一點為：「民法債編部分條文修正草案第164條是否維持現行法之規定（即不修正）？」懸賞廣告關於法律性質之修正，在三讀前夕，依然面臨反對勢力之頑強抵抗，由此可見一斑。

B 要物契約說與債編之修正

其次，與法律行為之性質爭議有關之修正，非與要物契約說有關者莫屬。依修正理由，直接與要物契約之概念有關者，略有如下數端：

1 借貸契約之性質

修正前，465條明文規定：「使用借貸，因借用物之交付而生效力。」於消費借貸，475條亦有相同意旨之規定，但因此二者僅規定以物之交付為借貸之生效要件，而非成立要件，故通說認為我國民法上之借貸已非屬於嚴格意義之要物契約¹⁴。債編修正，將前揭兩條刪除，並調整464條之條文為：「稱使用借貸者，為當事人一方以物交付他方無償使用，約定他方於使用後返還其物之契約。」474條第1項：「稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」使用借貸之部分，修正理由認為「我國民法規定之使用借貸，通說認係要物契約，於當事人合意外，更須交付借用物始能成立。惟依現行法本條及次條（465條）合併觀察，易使人誤認為使用借貸為諾成契約，而以物之交付為其生效要件。為免疑義，爰修正如上。」消費借貸修正之理由，毫無以異。

債編修正，一方面，執著於嚴格意義之要物契約說，他方面，又明文承認使用借貸預約與消費借貸預約。修正465之1規定：「使

¹⁴ 鄭玉波，債各上，頁302；邱聰智，債各上，頁508。

用借貸預約成立後，預約貸與人得撤銷其約定。但預約借用人已請求履行預約而預約貸與人未即時撤銷者，不在此限」。修正理由謂：「預約為約定負擔訂立本約之義務之契約。通常在要式或要物契約始有其存在之價值。使用借貸為要物契約，常先有預約之訂立，惟其亦為無償契約，故於預約成立後，預約貸與人如不預受預約之拘束，法律應許其撤銷預約，始為合理。但預約借用人已請求履行預約而預約貸與人未即時撤銷者，應限制其復任意撤銷其預約。爰參照第408條第1項、第269條第2項規定，增設本條。」就消費借貸預約，修正475之1則區別為有償與無償契約，分別規定其法律效果：「消費借貸之預約，其約定之消費借貸有利息或其他報償，當事人之一方於預約成立後，成為無支付能力者，預約貸與人得撤銷其預約（第1項）。消費借貸之預約，其約定之消費借貸為無報償者，準用第465條之1之規定」。

關於借貸契約之法律性質，修正理由以通說係採要物契約說，為貫徹要物契約之旨，遂有如上修正。準此以言，該修正並不在解決學說對法律性質之爭議，毋寧屬於確認通說之修正（上述，一、2、c）。然而，個人早對要物契約概念存在之意義，提出質疑，認為要物契約乃陳舊過時的概念¹⁵。縱承認要物契約之概念，物之交付，究為成立要件，抑或生效要件，舊法與學說之間，似存在一定程度之距離。邱聰智教授認為要物契約，「指契約之成立或生效，須交付標的物者而言。」依之，似不限於以物之交付為契約成立要件之情形¹⁶。從而，以上修正，具有澄清學說爭議之性質，當可斷言。

2 倉庫契約之性質

除於借貸中有關於要物契約之修正外，依立法理由，尚有615條。舊法原來規定：「倉庫營業人，因寄託人之請求，應由倉庫簿

¹⁵ 陳自強，無因債權契約論，頁344以下。

¹⁶ 邱聰智，債總，頁31。

填發倉單。」修正理由謂：「又倉庫寄託契約之性質如何？學者間意見分歧，有主張為要物契約者，有主張為諾成契約者，為免於寄託物收受前，能否填發倉單，發生疑義，遂參照海商法第79條立法例修正如上，以期明確」遂將之修正為規定：「倉庫營業人於收受寄託物後，因寄託人之請求，應填發倉單。」準此以解，該條之修正，顯然係為解決學說關於法律行為性質爭議之情形。

C 成立要件與生效要件之爭議

如上所述，法律行為成立要件與生效要件之區別，對要物契約概念之理解，扮演相當重要之角色。此種區別，無論於我國學說，乃至於實務見解，皆根深蒂固。在此背景下，對與要物契約雖無直接關係，但亦係因法律行為成立要件與生效要件之爭議，為其他修正，乃順理成章，此即406條、407條關於贈與契約之修正。前者修正為：「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。」此項修正，依理由所言，為文字修正。

相對於此，407條之刪除，意義非凡。修正前，贈與規定中，最具爭議者，非407條莫屬：「以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力。」其主要問題有二：第一，該條本身應如何解釋；第二，407條與408條間之關連。此二者，舊法之解釋上，皆極具爭議。後者，牽涉到407條之適用範圍，無關本文之討論，不贅¹⁷。前者，關涉該條贈與契約之性質。邱聰智教授認為：「登記為交付行為態樣之一，學理上或以為，不動產贈與為要物契約，此外之贈與，始為不要物契約¹⁸。然……贈與契約，因當事人意思表示一致而成立，非唯民法第四零六條

¹⁷ 王澤鑑，不動產贈與契約特別生效要件之補正義務，民法學說與判例研究，第一冊，頁435以下，認為407條專指不動產物權等非經登記不得移轉之權利，而第408條則專以動產為對象。

¹⁸ 鄭玉波，債各上，頁149。

規定甚明，學說實務均無一說，縱於須經登記權利始告變動之財產之贈與，未經登記，亦僅效力有無之問題，與贈與是否成立無關。……不過，國內文獻，於要物契約，究為成立要件？抑或生效要件？或未有盡嚴格區別之情形。……從而如稱其為非典型之要物契約，或較貼切。」¹⁹；再者，關於該條之規範意義，眾說紛紜。邱聰智教授歸納為五說：贈與無效說、贈與預約說、物權行為規定說、贈與特別生效未完成說與法律規定無效說，認為預約說之立場，顯較中庸妥當，值得採取，從而，贈與契約雖無效，受贈人仍得依贈與預約，請求贈與人成立本約，履行登記²⁰。最高法院40年度台上字第1496號判例、最高法院41年度台上字第175號判例，咸認此之登記僅為特別生效要件，而非成立要件，縱未具備贈與契約之特別生效要件，要難謂贈與契約之效力亦未發生，債務人自應受此契約之拘束，負有移轉登記使贈與生效之義務。王澤鑑大法官雖肯定二者在理論上之區別，但在「實際上尚無差異，質言之，即在兩種情形，該法律行為所意圖實現之法律效果，均不發生，即當事人不得主張契約上之權利義務」²¹。債編修正委員或係為避免學說判例之爭議，建議將407條刪除。

三、債編修正之檢討

以上債編修正，無論關於懸賞廣告、借貸、倉庫寄託或贈與，皆與法律行為之性質有關，修正之目的，直接或間接，亦在解決學說關於法律行為性質之爭議。事實上，如依鄭玉波²²，懸賞廣告俟所指定之行為之完成，始能成立，故應屬於踐成契約（要物

¹⁹ 邱聰智，債各上，頁280。

²⁰ 邱聰智，債各上，頁284；同說，鄭玉波，債各上，頁149。

²¹ 王澤鑑，不動產贈與契約特別生效要件之補正義務，民法學說與判例研究，第一冊，頁438。

²² 債總，頁61。

契約)，則懸賞廣告亦為要物契約之屬。贈與契約，如前所述，至少，不動產贈與契約，依鄭玉波與邱聰智教授，舊法407條下之贈與契約，亦屬於（非典型）要物契約。準此，本文所言及之債編修正，可謂直接或間接與要物契約概念之理解有關，且此理解，又植基於我國學說判例對法律行為成立要件與生效要件之區別之傳統見解。在分別針對各該修正為檢討前，應簡要個人在方法論上粗淺之想法，以為評論之基礎。

A 法律性質與法學理論

本文之重點之一，既然在檢討與法律行為性質爭議有關之修正，則至少應澄清者，有如下數端：其一，此等學說爭議之真實面貌；第二，學說爭議之真正意義；第三，法律行為性質論之意義。

1 法律繼受與理論繼受

以上無論關於懸賞廣告法律性質之爭議，或債編修正所由而起的要物契約之概念，事實上，如同我國大多數之學說或法學理論，非我國學者之創見，毋寧各自有所本。諾成契約與要物契約之區別，與借貸契約之要物性，乃沿襲羅馬法而來²³。懸賞廣告契約說 *Vertragstheorie* 與單獨行為說 *Pollizitationstheorie* 之對立，德國民法制定之際，即已有之。前者，乃德儒 *Windscheid* 氏所主張，氏認為懸賞廣告乃對不特定人之要約，因特定人承諾行為而成立契約，廣告人因該契約負有按廣告內容為給付之義務；後者，取向於德國固有法之觀念，認為廣告人單獨的、公開的給付承諾之表示所具有之拘束力，乃債務發生之唯一基礎，行為人僅需完成廣告所定之工作，無待其承諾，廣告人即負有給付報酬之義務。德國民法第1草案與第2草案皆採取後者之見解，現行德

²³ Kaser, *Römisches Privatrecht*, 16. Aufl., 1992, S. 179.

國民法第657條更揭櫫其旨²⁴，從而，單獨行為說為德國學說之一致見解²⁵。我國學說採單獨行為說者，諒係受德國民法之影響²⁶。我國民法雖大致繼受德國民法，懸賞廣告之規定，大體上更仿自前揭規定²⁷，但我國學說採契約說者，卻略居上風²⁸，馴至有為契約說辯護之債編修正。依個人觀察，此無法單純以比較法之觀點論之，而應係「法律繼受」後「理論繼受」之課題。

我國民法所規定之契約中，是否有所謂要物契約？懸賞廣告規定之理論基礎，究為單獨行為說或契約說，相關之規定如何解釋與適用，為我國法律解釋與適用者之任務。為完成此任務，當可在「法律本土化」之號召下，象牙塔中我行我素，發展出相當程度可行的解決方案。然而，至少在以財貨自由交換為規範重心之一的債法領域²⁹，際此國際交往日益頻繁之時，法律之規定與解釋，若曲高和寡，或因而肇致國際間法律相互瞭解之困難，徒增法律交往上之風險，有礙財貨自由流通，故重要外國法之比較研究，實乃不可或缺。不僅在法案草擬過程，外國相關法制之對比參照，已屬例行工作，我國學說在探究現行法現有之內容*de lege*

²⁴ 以上，Staudinger/Wittmann, Vorbem zu §§657-661, Rz. 3。

²⁵ Statt aller, Larenz, SBT, Halbband 1, 13. Aufl., 1986, §55, S. 406.

²⁶ 王澤鑑，懸賞廣告法律性質之再檢討，民法學說與判例研究，第二冊，頁69；梅仲協，民法要義，1966年版，頁93；史尚寬，債總，頁33；胡長清，債總，頁54；黃立，債總，頁113；錢國成，民法判解研究，1975年3版，頁10，亦認為：「我民法關於懸賞廣告之規定，其所以未別為一款，而規定於契約同款，或僅係便宜上之理由，似不能以其法條編列之形式，遽解其為契約也。」

²⁷ 參照，史尚寬，債總，頁33：「我民法在體裁上，係仿日本之例，將懸賞廣告規定於契約通則，驟觀之似採契約說。然考其規定之內容，則係仿德民之例」。

²⁸ 鄭玉波，債總，頁61；邱聰智，債總，頁43；王伯琦，債總，頁31；曾隆興，債總，頁45。

²⁹ 債法規範任務，除財貨自由移轉之促進，實現當事人之意思自主，貫徹私法自治外，外尚有法益靜態之保護，此觀諸民法侵權行為與不當得利（至少，侵害他人權益之不當得利）之規定自明。

lata及其適用之際³⁰，外國學說判例之發展及其學說，常直接或間接成爲法理而被引用，所謂比較法研究，亦早屬理所當然者也。我國法學研究中，明文揭櫫比較法之旨者，有單純就法律條文lex scripta爲比較者，有進而闡揚外國學說判例發展現狀者。前者，應尙非嚴格意義之比較法Rechtsvergleichung³¹，蓋比較法與一般法學因學科目的設定之不同，其所運用之方法，究亦有別，著名比較法學者，多強調比較法之功能性原則Funktionalitätsprinzip³²。至若探究外國現行法之現狀，進而以之爲法理以解釋我國現行法者，究竟較爲常見。此種法學研究方法，究得否謂係比較法研究，當屬見仁見智³³。依本文所見，似應稱爲「理論繼受」Theorienrezeption，乃至於「學說繼受」³⁴。

法律繼受與否，對象如何，取決於立法者；法律繼受後，法律如何解釋與適用，屬法律本土化之工作。法律繼受之被繼受國，若亦爲本國法律繼受之主要對象，則基於法律體系之同質性，常無須改造本國法律，外國學說或法學理論即得成爲本國法律解釋之助³⁵。若該外國法學理論本身，即爲該外國法律制定之基礎，

³⁰ 此種以探求現行法及其適用爲主要目的之法律科學，德文稱之爲Rechtsdogmatik，中文翻譯，相當不一，無論如何，其所確立之法律內容，具有拘束性，與其他法律科學有所不同，vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.17 ff.。

³¹ 此種法條之比較，Rheinstein, Einführung in die Rechtsvergleichung, München 1974, S.27，認爲非比較法，而爲對外國法之認識Auslandrechtskunde而已。

³² 如Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, §3 I, S. ff.; Rheinstein, aaO., S. 25 ff.，並認爲唯有以探尋法律規範之社會功能爲目的，比較問題解決方式之考察方式，方爲真正之比較法funktionelle Rechtsvergleichung；關於功能性原則，中文文獻，王澤鑑，比較法與法律之解釋適用，民法學說與判例研究，第二冊，頁15。

³³ 如Rheinstein, aaO., S. 22，即認爲僅對外國法爲單純之描述，並非比較法。

³⁴ 以上，參照，陳自強，無因債權契約論，頁299。關於理論繼受之概念，vgl. Canaris, Theorienrezeption und Theorienstruktur, in: Festschrift für Zentaro Kitagawa, Berlin 1992, S. 59 ff.。

³⁵ 關於比較法與法律之解釋適用，參照，王澤鑑，民法學說與判例研究，第二

則引用之，以解釋我國法律，雖不具有邏輯必然性，但有其相當程度之說服力。隨諸外國法學理論之生成發展，被繼受國法制定後學說或法學理論之消長，典型之例證，如締約上過失與不完全給付，常繼續影響法律被繼受國理論之更替。從而，法律繼受後，接踵而至者，多半為法律被繼受國法學理論或學說之繼受。我國早期民法之發展，可說是理論繼受之歷史。因理論繼受之結果，經常又影響到其後之法律修正，因而，理論繼受後，相俟而生者，常為法律續受。債編修正中，許多關於確認通說判例見解之修正，皆可從此觀點理解之³⁶，物權修正草案之若干規定，亦無不然³⁷。就懸賞廣告規定之內容而言，我國民法與德國民法之同質性既然較高，則採取單獨行為說，似更為理所當然。雖然，我國民法學說發展上，偏離此一軌跡者，卻不在少數³⁸。推源其故，據個人推測，應與早期我國理論繼受之被繼受國家，主要為日本，而非德國，有相當之關連³⁹。日本，懸賞廣告之法律性質，從民法起草伊始，迄二次大戰後，我妻榮改採單獨行為說⁴⁰，單獨行為說漸次成為有力說前，契約說始終為彼邦支配性之見解。在此法學

冊，比較法與法律之解釋適用，頁1以下。

³⁶ 例如，德國民法第687條第2項（修正理由誤書為684條第1項）對所謂「不法管理unerlaubte Eigengeschäftsführung」有明文規定，我國民法制定時並未同時繼受，然學說多已有所論及（參照，王澤鑑，債總一，頁270），此番債編修正，增列第177條第2項，乃本文所謂「法律續受」之典型。

³⁷ 例如，關於動產善意取得之修正中，第948條第1項但書之增列，乃續受自德國民法第932條第2項，同條第2項之增訂，修正草案理由雖未言明，但顯係續受自德國民法第933條之規定。

³⁸ 茲舉另一例證：債務變更契約與債務更改契約，我國民法皆未明文規定，然後者受到我國學說判例之青睞，前者飽嚙冷漢，絕非其重要性上，前者輕如鴻毛，後者，重如泰山，毋寧與理論繼受之來原有必然之關連，關此，詳參，陳自強，無因債權契約論，頁373以下。

³⁹ 此點，或許與文獻之接近度有直接關係。

⁴⁰ 日本單獨行為說，1915年由神戶濱次郎提倡，1918年，由末川博發展之，今日已成為多數說，關此，參照，谷口知平、五十嵐清編，『新版注釋民法（13），債權（4）』，1996年初版第1刷，頁418〔植林、五十嵐〕。

理論發展之大勢下，契約說亦成爲我國之多數說，良有以也。不可否認者，我國民法雖大致繼受德國民法，而與德國民法之體系較爲近似，然被繼受國之德國法學理論，並無繼受之必然性，更非其宿命。然而，多數說捨德國之單獨行爲說，而取日本早期之通說，吾人應進而探究其正當性。

理論繼受與法律繼受雖多接踵而至，然而，該被繼受國之法學理論或以特定法學理論爲基礎之該國法律規定，是否有繼受之必要與正當性，不可無視該法學理論所提示之解決方案，是否符合法律體系價值一貫性、內在統一性之基本要求⁴¹，與本國法之基本價值判斷是否有矛盾衝突之處。基於法律體系之同質性，該外國法學理論若在其自己之法律體系中，已格格不入，則其繼受，雖非必然，但通常與繼受國之法律體系，亦多有牴觸。從而，特定外國法學理論是否有繼受之價值，該外國法學理論於該外國法學之評價，有探究之必要。縱該法學理論已蔚爲通說，甚成爲法律規定之基礎，且與自己法律體系相容，然是否有繼受之價值，則須從繼受國本身之立場，查其是否可採。此時，所運用之方法，顯非嚴格意義之比較法之方法，而爲一般的法學方法。易言之，法學理論繼受，並非比較法研究之課題，毋寧係本國現行法解釋與適用之問題。

2 法學理論

關於法律行爲法律性質之爭議所提出來之見解，是否足以成爲法學理論？涉及一個在臺灣少被提及的問題，即何謂法學理論 *juristische Theorie*？法學理論與學說有何不同？若二者並非名異而實同，而有程度上或本質上差異，則「理論繼受」與「學說繼受」之間，無法相提並論也。

在德國，「學說」*Lehre*與「法學理論」，一般並未加以區別，

⁴¹ Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983.

僅為用語之差別⁴²。反之，若認為學說係：「研究法律的人對成文法之闡釋、習慣法之認知、法理之探求所表示之意見」⁴³，則法學論著中所言，無非學說。甚至，法院裁判中，對法律之解釋，亦無非學說，蓋法官對法律多半有相當程度之研究⁴⁴。此意義下之學說，未必具有嚴謹之學術價值。個人認為非所有學者對現行法之解釋，皆足以構成學說。蓋法學之所以成為科學，而非單純法律問題解決之雕蟲小技，必有其科學性Wissenschaftlichkeit。學說如滿足一定之科學性，本文稱為法學理論。從而，嚴格以言，「學說」係研究法律之人對法律之闡釋，「法學理論」為「法律科學」之理論。與法律有關之科學，除法解釋學Jurisprudenz (Rechtsdogmatik)⁴⁵外，尚有：法哲學、法理論學Rechtstheorie、法社會學、法制史、比較法⁴⁶、法律人類學，甚至新興且極端熱門的法律經濟分析，各學科各有其研究之方法，亦可能各有獨特之法學理論構成之方法⁴⁷。本文所關心者，為法律修正後之法律狀態，當運用以探究現行法之應然de lege lata為職志之法解釋學之方法及其法學理論。法學方法論，黃茂榮老師已有詳細之論

⁴² Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, Wiederabdruck in Recht- Moral- Ideologie, 1981, S. 78.

⁴³ 王澤鑑，民總，頁14。

⁴⁴ 參照，王伯琦，判例與學說，王伯琦法學論著集，1999年初版，頁213對判例與學說之闡釋：「判例視為國家權力機關的法官，在適用法律或解釋法律時表示的意見；學說氏私人就法律從事科學研究時所表示的意見。二者的來源雖有不同，但實質上並無區別，同是個人的意見，謝尼（Geny）統稱之為權威」。

⁴⁵ 法解釋學是否具有科學性而有資格成為科學，見仁見智，正反兩極見解對立，關此，參照，Dreier, zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, Wiederabdruck in Recht- Moral- Ideologie, 1981, S. 48 ff.; Bydliniski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, S. 76 f., 附有詳細文獻。

⁴⁶ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 11.

⁴⁷ 例如，關於法理論學之理論之建構，參照，Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, S. 93 ff.。

述⁴⁸。反之，法學理論本身如何構成，國內尚乏專論，有賴進一步研究。

依Canaris教授，法學理論，不僅為一般性之陳述，其論述更應規整以統一之基準，彼此間具有體系性之關連，故為「一般陳述體系」System von allgemeinen Aussage⁴⁹。一致性Konsistenz及檢驗可能性Prüfbarkeit為法學理論所應具備之基本要求⁵⁰。法學理論，依Dreier之分析，按其對象與功能之差異，約有數種⁵¹：(一)解釋性理論Interpretative Theorien⁵²：乃解釋具體法律規範要素之理論，例如對188條第1項「執行職務」之法律構成要件，應如何解釋，學說上有僱用人意思說、受僱人意思說與客觀說等對立⁵³；(二)規範建議理論Normvorschlagende Theorien：現行法雖未明文規定，但以理論建構具有法律規範效力之制度，例如對修正前法律所未明文規定之締約上過失理論之建立；(三)定性理論、法律構成理論Konstruktive bzw. Qualifikationstheorien：即將社會或法律現象規整於法律概念之體系中，例如空氣污染防治費之性質，依釋字第426號之解釋，並非稅捐，而屬於特別公課；(四)制度理論Institutstheorien，即闡發法律制度之理論，例如所有權理論；(五)原則理論Prinzipientheorien：例如誠信原則之內容、法律性格與功能之闡發；(六)基本概念理論Grundbegriffstheorien：如權利論、法人本質理論等法律基本概念之理解；(七)法律領域理論Rechtsgebietstheorien：例如對經濟法、勞工法等法律領域之理論。

⁴⁸ 黃茂榮，法學方法與現代民法，1982年增訂再版。

⁴⁹ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 277 ; vgl., Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, S. 82.

⁵⁰ 關此，詳參，Canaris, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 384 ff.; Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, S. 82。

⁵¹ Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, S. 73 ff.

⁵² Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983, S. 認此理論僅為對個別法條解釋之建議，而將之排除在理論之列。

⁵³ 孫森焱，債總，頁218。

以上諸分類，無法嚴格區別，實際上亦無重大區別實益，故無詳細界定之必要。其中，與本文有關，應特別加以強調者，乃（三）法律構成理論或定性理論。

3 法律構成理論

法律構成理論所探討者，可能係一定之法律規範內容，例如，附條件買賣買受人之期待權之法律性質⁵⁴、949條之回復請求權之法律性質⁵⁵、破產管理人之法律地位⁵⁶等。此外，即為有關法律行為之法律性質。與法律行為性質有關之法律構成理論，多半針對交易上典型之契約類型，特別是融資性租賃契約、加盟店契約、應收帳款買賣業務、信用卡契約等所謂現代典型契約類型⁵⁷，判斷其是否屬於法定有名契約類型，或為非典型契約類型所提出者，即契約定性理論，其目的主要在補充當事人意思之不足，並確認是否有強行法之適用⁵⁸。然而，與法律行為性質有關之理論，不以此為限。蓋法律定性理論亦可能針對社會上典型之行爲，探討其於法律上意義之有無，若為具有法律上意義之行爲，則其在法律體系上之地位又如何。懸賞廣告法律性質理論，及與其類似者，如票據行為法律性質理論⁵⁹、清償行為法律性質理論⁶⁰，乃此之屬。法律構成之理解，主要就是將交易上典型之契約、社會上典型之行爲或法律規定內容，規整於一定之法律體系中，使處於無矛盾之關連中，並得與其他契約、其他行爲或法律規定內容，

⁵⁴ 詳參，王澤鑑，附條件買賣買受人之期待權，民法學說與判例研究，第一冊，頁193以下。

⁵⁵ 參照，王澤鑑，占有，頁195。

⁵⁶ 大致有代理說與職務說之別，詳參，陳真真撰，破產管理人的法律地位，台灣大學1986年度碩士論文，頁41以下。

⁵⁷ 關其問題之提出，參照，Martinek, *Moderne Vertragstypen*, Band I, Leasing und Factoring, 1991, §1f.; 關其理論之展望，ders., Band III, 1993, §29 f.。

⁵⁸ 參照，陳自強，無因債權契約論，頁33。

⁵⁹ 關此，參照，陳自強，無因債權契約論，頁116。

⁶⁰ 參照，陳自強，無因債權契約論，頁318。

互相參照，並別其異同⁶¹，從而，得以增進吾人對被規整對象在法律體系中之理解與認識⁶²。

4 體系之建構在法律構成理論之意義

a 法律抽象概念與外在體系

因法律構成與體系建構有直接與內在之關連，故法律構成理論本身應滿足體系性之基本要求，固不待言。因法律定性，在使被定性之對象與法律體系發生關連，故具體之法律構成，必然涉及被定性之對象與法律體系本身。準此以言，法律體系如何構成，當然影響到定性工作之內容。法律體系之構成，對大陸法系而言，乃法律科學最重要的任務之一，也是法學方法論上永恆的課題，其詳論當非本人能力之所及⁶³，唯以本文論述所必要者為限。

以形式邏輯規則形成抽象而一般性的概念 *abstrakte Begriffe*，以此概念建構法律體系，乃其中一種可能性。就法律行為之體系而言，法律行為之概念本身，乃抽象化程度最高者，與概念化之客體（如懸賞廣告），距離最遠。法律行為，一般認為係以意思表示為要素，因意思表示而發生一定私法效果之法律要件⁶⁴，故無論係以一個意思表示為要素之單獨行為，或二個或以上意思表示為要素之多方行為，皆可涵蓋。從而，「法律行為」屬於「單獨行為」與「多方行為」之上位概念；「多方行為」又為「共同行為」與「契約」之上位概念；債權契約、物權契約、身分法上契約又為「契約」之下位概念……，諸此而形成金字塔型之抽

⁶¹ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 268.

⁶² 自然科學理論，主要透過自然法則之建立以理解自然之現象，故其功能亦為理解與認識，參照，Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ 1993, 378。

⁶³ 關於法律體系，我國文獻上詳細之說明，參照，黃茂榮，*法學方法與現代民法*，1982年增訂再版，頁388以下。

⁶⁴ 王澤鑑，*民總*，頁188。

象概念體系⁶⁵。方法論上，稱此種以抽象概念所架構出來的體系為「外在體系」*das äussere System*⁶⁶。由於我國民法財產法架構在概念化之體系上，與法律行為有關之規定，更係以抽象程度不一之法律概念為基礎⁶⁷，法律效果亦有所不同。在懸賞廣告係法律行為之前提下，進一步定性為契約或單獨行為，不僅能增進對吾人懸賞廣告在法律上之認識與理解，例如在完成一定行為之人為無行為能力人時，並能解決其報酬請求權有無之法律適用上的問題。蓋依單獨行為說，該人既已完成指定行為，不論是否有行為能力，廣告之人均負有給付報酬之義務；依契約說，則無法取得報酬請求權（參照，78條與79條）⁶⁸。Larenz教授謂：「法律構成的問題通常也是解釋的問題。」⁶⁹，良有以也。總之，法律構成理論之功能有二。其一，乃其認識與理解之功能；其二，則為其實際問題解決之功能。前者，乃探求被定性對象，於現行法體系中所處之地位；後者，關涉法律之解釋與適用，即具體之法律問題，在現行法應如何解決⁷⁰。

b 類型論

此種以抽象概念建構體系，並將一定之法律規定或行為透過涵攝之方式，歸類在概念下，以解決法律適用之問題，乍看之下，最能符合科學性之基本要求。此種被稱為「概念法學」

⁶⁵ 王澤鑑，民總，頁191、頁197對法律行為體系圖有清楚之說明。

⁶⁶ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, S. 265.

⁶⁷ 我國民法典之編排，乃參照德國民法之立法體例，身分法部份，乃依不同之生活關係（主要為婚姻與親子關係），分別而為規定；財產法與總則編，則建立在法律概念化之體系上，財產法體系，更係架構在債權與物權之區別上，vgl. Medicus, AT, 5. Aufl., 1992, Rz. 16 f.

⁶⁸ 王澤鑑，懸賞廣告法律性質之再檢討，民法學說與判例研究，第二冊，頁59，認為此者乃契約說與單獨行為說爭論實益所在。

⁶⁹ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., 1983, S. 434.

⁷⁰ 關於法學理論之功能，Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ 1993, 377 ff.。

Begriffsjurisprudenz之思惟方式⁷¹，在重視經驗而不重概念之英美法系⁷²，固不待言，在今日大陸法系之法學方法論上，似已如昨日黃花⁷³。一般認為欲以抽象概念將所有法律規定之對象囊括無餘，乃緣木求魚⁷⁴。法律規定中，不乏諸如「誠實與信用之方法」、「公序良俗」等概括條款或不確定法律概念，有待個案中進一步具體化其內容者。且抽象概念下，不允許有中間形態之出現：民法上之物，非不動產，即為動產（66條參照），不可能有既不屬於不動產，亦非動產者；契約當事人如非約定一方移轉財產權於他方，他方給與價金，則不可能為買賣契約，當然不可能有所謂半買半送之「混合贈與」形態之存在⁷⁵。就法律行為領域而論，將345條與406條，解為關於買賣與贈與法律抽象概念定義性規定，無法理解混合贈與等所謂「非典型契約」或「無名契約」⁷⁶。民法債各定義性規定，事實上，並非抽象概念構成要件之規定，而為類型Typen之描述⁷⁷。對債權契約法律定性工作，乃判斷具體契約較接近何種甚至幾種有名契約類型之特徵，例如在「工作物供給契約」⁷⁸，非民法債編各論所明文規定之有名契約，一般認為兼具有買賣契約及承攬契約之類型特徵，而屬所謂之類型結合契約

⁷¹ 參照，Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983, S. 19 ff.

⁷² 參照，Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, B I, §18 I。

⁷³ 王伯琦，論概念法學，王伯琦法學論著集，1999年初版，頁27提到：「到了今日，尤其在台灣，提到概念法學，幾乎人人唾棄。」

⁷⁴ 詳參，Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 283 ff。

⁷⁵ 關於混合贈與，參照，王澤鑑，債總一，頁98。

⁷⁶ 關此，王澤鑑，債總一，頁94以下。

⁷⁷ 關於概念與類型之差異，我國文獻，參照，黃茂榮，買賣法，1980年初版，頁56。

⁷⁸ 或稱製作物供給契約、作成物供給契約Werklieferungsvertrag，關此，參照，曾隆興，現代非典型契約論，1992年修訂5版，頁209以下；鄭玉波，債各上，頁350；史尚寬，債各，頁304。

Typenkombinationsverträge，法律適用上，亦應依類型特徵之不同而分別適用買賣或承攬之規定⁷⁹。

c 法律內在體系與功能決定概念

類型論，在現今德國民法學，特別是在債權契約法律構成理論，雖扮演舉足輕重的角色，但抽象概念並未隨同概念法學，銷聲匿跡，概念與類型之思考方法，毋寧係雜揉並處⁸⁰。然而，由於抽象法律概念之形成及其相應之法律定性工作，不允許價值判斷之存在，反之，類型論雖屬價值取向之思考方式⁸¹，其相應之法律定性工作，須同時考慮到規範目的與其背後之法律思想，但仍屬個別規定之法律解釋與適用。故而，無論何者，對法律體系中，相關規定整體之關連性、共通之價值判斷，卻無法清晰呈現出來。此點，唯有透過由一般法律原則allgemeine Rechtsprinzipien所形成之內在體系das innere System方足以達成⁸²，法律秩序價值判斷一貫性與內在統一性之基本要求方足以實現⁸³。關於內在體系之概念及其構成之法律原則間之關係，茲無法詳論⁸⁴。唯在內在體系之影響下，學說開始發展所謂「功能決定概念」Funktionsbestimmte Rechtsbegriffe，使一般法律原則之體系，得有與之相呼應之法律概念存在⁸⁵。茲舉法律行為之概念為例。法律

⁷⁹ Larenz, SBT, Halbband 1, 13. Aufl., 1986, §53 IV.

⁸⁰ 參照，Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 301。

⁸¹ 詳參，Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S.37 ff.。

⁸² 關於內在體系簡要說明，王澤鑑，民法思惟與民法實例，請求權基礎理論體系，1999年版，頁271。

⁸³ 詳參，Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., 1983, S. 40 ff.。

⁸⁴ 關此，詳參，Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.302 ff.; Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 31 ff.。

⁸⁵ Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 310.

行爲，如解爲係以意思表示爲要素，因意思表示而發生一定私法上效果之法律要件⁸⁶，則此抽象法律概念，顯然在法律行爲之法律領域，乃其外在體系建構之基礎。此極端抽象之概念，雖得以涵蓋所有種類、個別之法律行爲，然卻無法彰顯出有效法律行爲之本質內涵。蓋顯然並非所有得以發生一定私法上效果之行爲皆爲法律行爲，依其定義，須爲以意思表示爲要素者，方足以當之，然而，如又將意思表示解爲：「企圖發生一定私法上效果之意思，表示於外部之行爲」⁸⁷，則例如在因不具備法定方式而無效之法律行爲，不可謂無將企圖發生一定私法上效果之意思，表示於外部之行爲。此點，唯有歸結到法律行爲之基本原則：私法自治原則⁸⁸。蓋私法自治原則，指個人得依其意思自己形成其法律關係，因其所形成者，爲一定之「法律」關係，故法律行爲人所欲發生之法律效果：一定法律關係，須由法律加以承認，易言之，須在私法自治容許之範圍內，法律方承認其所欲實現之效果，具有法律規範效力。從而，如將法律行爲理解爲：實現私法自治原則之手段，同時又將意思表示理解爲：實現法律行爲之方法⁸⁹，則法律行爲乃至於意思表示，在法律行爲規定之內在體系中，所扮演之角色、所發揮之功能，昭然若揭。斯可謂爲法律行爲之功能決定概念⁹⁰。

綜上所述，概念之形成與體系建構雖爲法律之構成與法律之解釋所不可或缺⁹¹，然概念之形成與體系建構之方式，不一而足。立法者雖試圖透過抽象法律概念建構其法律體系，並寄望法律適

⁸⁶ 王澤鑑，民總，頁188註1，列舉各家之說，實際上，大同小異。

⁸⁷ 王澤鑑，民總，頁268。

⁸⁸ Vgl. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 147.

⁸⁹ Medicus, AT, 5. Aufl., 1992, Rz. 175.

⁹⁰ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 310.

⁹¹ Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, S.75.

用者能依循法律構成之工作，將被定性之對象，規整於一定法律概念中，從而使所有法律問題獲得解決，然此已被證實為不切實際。如縱認定結婚、收養等身分行為具備法律行為所有之構成要件要素，故為法律行為，然眾所公認者，民法總則關於法律行為之規定，於身分行為，並非得無條件適用⁹²。由此可證，法律行為之抽象概念，及其相應之法律構成，並非能公平妥適解決所有法律問題。相較於此，法律行為功能決定概念，雖能相當程度彰顯法律行為在私法自治原則中所發揮之功能，然因其為價值導向之思考方式，無法透過邏輯規則，推論出諸如單獨行為與契約等法律概念。縱然在外在體系金字塔型抽象概念之建構下，單獨行為與契約皆屬於法律行為之下位概念，然探究其實質內涵時，須探尋與之相呼應之法律原則，進一步之具體化與之呼應之私法自治原則，俾能彰顯法律概念在法律內在體系中之地位與功能。詳言之，如將契約理解為：「相對立的意思表示趨於一致而成立的法律行為」⁹³，則此抽象概念，顯然無法呈現契約在私法自治原則中之角色。契約自由原則既然被公認為私法自治原則最重要之內容，甚至成為後者之同義字⁹⁴，則吾人應探求究竟何種契約能實現契約自由原則。契約雖依其法律效果發生領域，得區分為債權契約、物權契約、身分契約⁹⁵，契約自由原則所指稱之契約，乃債權契約，且為要因債權契約也⁹⁶。其餘契約，無法與之相提並論。諸此從法律內在體系之觀點，進一步類型化契約、單獨行為等法律概念，乃法律構成上重要之準備步驟。

⁹² 參照，戴炎輝·戴東雄合著，中國親屬法，1986年版，頁7：關於第88條至第91條，不能適用於身分關係。

⁹³ 施啟揚，民總，頁200；其餘學說，似無重大差異。

⁹⁴ 陳自強，無因債權契約論，頁293。

⁹⁵ 參照，王澤鑑，債總一，頁90圖表。

⁹⁶ 陳自強，無因債權契約論，頁259。

B 懸賞廣告法律性質爭議之修正

如前所述，懸賞廣告契約說與單獨行為說之爭議，由來已久，德國民法採後者，第二次世界大戰前的日本與現在我國多數說，則採前者。此番債編修正，更於修正理由確認懸賞廣告之法律性質為契約。無論外國的或本土的法學理論，法學理論是否有可採之價值，其良窳優劣之判斷標準，應取決於法學理論提出之目的是否達成。法律構成理論，如前所述，除須滿足理論之基本要求，即其主張須有統一之基準，彼此間具有體系性之關連（上述，三、A、2），更應具有理論認識與問題解決之功能（二、A、4）。作為法律構成理論，就前者，應能將懸賞廣告規整於法律體系中；就後者而論，至少應有其主要欲解決之問題點⁹⁷。以下，擬以上述法學方法論之省思為基礎，先對學說予以評價，再論修正後之法律狀況。

1 契約說與單獨行為說之評價

對懸賞廣告進行法律定性工作，如前所述，主要之目的，在解決法律適用之問題，如契約之規定是否有適用之餘地，或應適用單獨行為之規定。此項作業，實質上，屬於現行法解釋之工作。關於修正前懸賞廣告法律性質之探討、契約說與單獨行為說之具體主張及其辯駁，王澤鑑大法官早在1979年2月軍法專刊第25卷第2期頁8以下，以「懸賞廣告法律性質之再檢討」為題，表明為單獨行為說而辯護之旨；無獨有偶，孫森焱大法官在1984年法學評論第55卷第5期，亦以「論懸賞廣告之法律上性質」為題，對當時進行的如火如荼的債編修正，提出質疑，二者均均有詳論，固不待言，其餘各法學名家在其債編總論之教科書中，對學說之爭議，亦有詳略不一之說明。為節省篇幅起見，茲不再贅述。以下所欲

⁹⁷ 就學說解決問題之機能而言，學說常有其射程距離，關此，詳參，陳自強，無因債權契約論，301頁以下。

探討者，乃此學說爭議，在立法政策上，乃至於法律修正上，與作為法律解釋作業之一部之法律定性工作，其意義是否全然相同。

首先，應先確認懸賞廣告法律性質之論爭，是否攸關懸賞廣告之本質。質言之，若懸賞廣告之本質為契約，則非唯修正前舊法之解釋，應採契約說，法律之制定，乃至於修正，亦不應違反事物之本質，逆勢而為，改採單獨行為說。顯而易見者，答案應為否定。試想若我國對懸賞廣告欠缺明文規定，法官面臨如下之法律爭訟，應如何裁判：完成懸賞廣告指定行為之人乙，為無行為能力人，廣告人甲以此為由，拒絕給付報酬。甲之表示本身，是否即得為發生義務之原因，故為單獨行為，故縱乙為無行為能力人，亦得取得報酬請求權？抑或仍須有乙之同意，乙因無行為能力，故無法取得報酬？此恐尚待推敲。此時，甲之表示，是否為懸賞廣告，無關宏旨，而是否應被歸類為單獨行為，或僅為法律行為構成要素之意思表示，並非單純事實認定之問題，而為對一定企圖以自己之意思形成私法關係者之行為，予以法律上評價，乃法律定性工作。甲表示在完成一定行為時，對完成該行為之人給與報酬，其以自己之意思決定在一定情形下願意承擔一定之義務，易言之，甲表示其負擔債務之意思 *Verpflichtungswille*，極為明顯。問題關鍵，在於是否因甲之該表示，即使自己在有人完成該行為時，即負有給付之義務。問題之解答，顯然無法單純透過契約與單獨行為抽象概念之定義，僅以形式邏輯規則，得出懸賞廣告為契約或單獨行為之結論。法官在認定懸賞廣告為契約或單獨行為之際，雖應尊重法律外在體系，以法律概念為出發點，然不可無視法律概念背後法律內在體系之基本價值判斷與基本思想，應思索何以在私法自治原則下，同時容許有單獨行為與契約等法律概念之存在？此二者，在私法自治原則中，各自扮演何等角色？何以以法律行為發生私法上效果，絕大多數之情形為契約，單獨行為尚有未足？若承認僅以一方之意思表示即能發生私法上效果，其正當性何在？諸此問題之解答，個人認為唯有回歸

私法自治原則及相關之其他法律原則，探求法律概念背後之基本法律思想，其於法律行為法律體系之功能如何。

係爭案件因牽涉報酬請求權，法官應想到契約原則 *Vertragsprinzip*：「因法律行為而發生債之關係及其內容之變更，除法律另有規定外，應以契約為之。」。契約原則，我國民法雖未明文規定，但屬債法之基本原則，應毋庸置疑⁹⁸。蓋私法自治原則下，個人雖得自己決定，但於債之關係，涉及他人，若一方之意思表示即得使債之關係發生或變更，他方在未經其意思決定之情形下，被他人決定自己之法律關係，反而牴觸私法自治原則⁹⁹。即使甲對乙表示無償給與一定財產之意思，亦不因此意思表示而使自己負有給付之法律上義務，乙對甲無償負擔債務之意思表示，須為承諾，而成立贈與契約，甲因有效之贈與契約，方負有給與之義務。因單獨行為發生債之關係，屬於例外¹⁰⁰，故法官如認定係爭懸賞廣告為契約，以乙為無行為能力人，適用75條之規定，為乙敗訴之判決，與現行債法之基本價值判斷相符。雖然，在契約原則下，法官亦非無認定懸賞廣告為單獨行為之餘地。蓋法律原則並非嚴格之邏輯規則，有原則斯有例外。因採取單獨行為說違背契約原則，為免擅斷，法官應詳細論證，對此例外予以正當化。理由構成上，當不一而足。個人認為在法律就懸賞廣告欠缺明文規定之情形下，以懸賞廣告之事物本質為討論之出發點，在方法論上，似具有相當說服力。蓋基於平等原則，相同之事物，應相同處理，不同之事物，應區別處理。若懸賞廣告在法律重要之點上，與一般契約成立之意思表示不同，而與公認發生債之關係之單獨行為相同，則報酬給付義務之發生，不以成立契約為要，至少言之成理。懸賞廣告，通常指公開以廣告之方式表

⁹⁸ 王澤鑑，債總一，頁5；黃立，債總，頁29。

⁹⁹ Medicus, SAT, 7. Aufl., 1993, §9, I.

¹⁰⁰ 王澤鑑，債總一，頁5：「除懸賞廣告（有爭論）外，尚有捐助行為及遺贈」。

示對完成一定行為之人給與報酬之情形¹⁰¹，相較於一般對特定人以對話或非對話所為之意思表示，廣告人之表示乃透過廣告，方式有其特殊性。抑有進者，採單獨行為說，誠如王澤鑑大法官所言，既能使不知有廣告而完成一定行為之人，取得報酬請求權，亦能使無行為能力人因一定行為之完成而取得報酬，有其實質理由¹⁰²。他方面，使廣告人因一定行為之完成，即負有報酬給付義務，亦不違反其於廣告中所為之自我決定，利益衡量上，事理之平可期，誰曰不宜。

以上，假設欠缺懸賞廣告明文規定之情形下，法官應如何發現法律*Rechtsfindung*。基本上，此亦屬於法律構成作業，然單純抽象概念之運用，乃無濟於事，毋寧應回歸法律概念背後之基本法律原則，並運用類型論之思考方式，考慮被定性對象之事物本質，衡量當事人之利益狀態，以使法律之解釋與適用，能在法律體系中，達到一致性與內在統一性。以上之思考方式，不僅為法官法律發現過程中必要之步驟，其實，理性思考之立法者，在立法或修法之過程，亦無不然。立法者雖能透過決定法律性質之技巧，將其自身之價值判斷乃至於立法政策，體現在法律中，再由法律之適用，貫徹到具體個案中，法律適用者，僅需適用法律，即能實現立法目的。例如，贈與開宗明義規定為契約（406條），不啻表明其價值判斷，即縱然一方表示無償給與他方，但在一般情形下，非經他方承諾，對一方亦無法律上拘束力。法律修正之際，作為修法之準備，固應詳細檢討現行法之狀態及其優劣得失，但不必要將自己束縛在舊法之藩籬之中，透過法律之修正，決定舊法懸賞廣告之法律性質，蓋法律定性工作，本屬法律解釋之一部份，為法律適用者之任務。立法者若非透過定性之技術，貫徹一定之目的，僅在平息法律修正前法律構成理論之爭議，無乃越

¹⁰¹ 王澤鑑，懸賞廣告法律性質之再檢討，民法學說與判例研究，第二冊，頁57。

¹⁰² 王澤鑑，債總一，頁186。

俎代庖。

2 契約說下之法律狀態

以上所述者，乃在法律對懸賞廣告未規定之情形下，法官之法律發現過程，與審慎的立法者在立法或法律修正時，應歷經之思考道路。法律性質爭議所呈現者，無關懸賞廣告之本質，問題之關鍵，一言以蔽之，乃如何將之規整法律體系中，既能公平妥適解決問題，又能滿足法律體系一致性與統一性之基本要求。今法律就懸賞廣告既有明文規定，木已成舟，法律定性理論不能無視於法律明文規定，相反地，其理論至少應能說明法律規定之內容（認識的功能），同時，於法律不備時，能解決法律問題（解決問題的功能）。債編修正理由既然表明修正採契約說之旨，則契約說須能說明修正後之規定，並能解決其主要欲解決之問題點¹⁰³，否則，若非契約說本身有待商榷，即為債編修正之理由有待修正。以下，擬先以契約說為前提下，略述懸賞廣告應有之法律狀態，再論此種推論，是否符合立法者之本意。

a 要約生效後不得任意撤回

首應澄清者，縱採契約說，嚴格以言，亦無法將懸賞廣告理解為契約。蓋債編修正，特別在164條表明：「以廣告聲明對完成一定行為之人給與報酬者，為懸賞廣告」，依之，懸賞廣告乃廣告人之行為，在契約說下，充其量，乃以成立契約為目的所為之意思表示：要約。

按要約為有相對人之意思表示，相對人固然多為特定人，但向不特定人為之者，亦得為要約¹⁰⁴，故將懸賞廣告解為對不特定人之要約，並無問題。修正165條理由（一）中，亦採相同見解。

¹⁰³ 就學說解決問題之機能而言，學說常有其射程距離，關此，詳參，陳自強，無因債權契約論，頁301以下。

¹⁰⁴ 王澤鑑，債總一，頁123。

對話之要約，於相對人了解時（94條）；非對話者，於意思表示通知達到相對人時，發生效力（95條第1項本文）。要約生效前，固得撤回（95條第1項但書），一旦生效，即發生形式拘束力，要約人不得任意撤回或變更要約（154條第1項本文）。要約生效後，同時發生實質拘束力，相對人處於得以承諾使契約成立之地位¹⁰⁵。無論撤回要約，或相對人承諾適格，必然有一定對象，故要約之拘束力，乃對一定之對象而言，縱在對不特定人為要約之情形，亦同，換言之，要約拘束力，不可想像對不特定人而發生。若然，廣告人之「要約」，何時對何人生效？例如在劉邦友血案，政府透過各大傳播媒體，懸賞鉅額獎金於提供破案線索之人，至少可解為對知悉該事之社會大眾發生拘束力。要約形式拘束力雖得事先排除，而仍不失為要約¹⁰⁶，但此應依意思表示解釋之原則個案判斷之，不可一概而論¹⁰⁷。修正165條理由（一），雖謂：「在行為人完成行為前，依民法第154條第1項但書規定，並無拘束力。」並未詳細論證，何以在懸賞廣告之情形，要約「一律」無拘束力，故在行為完成前得任意撤回，而形成原則之例外。

b 懸賞廣告「契約」之成立

懸賞廣告「契約」，何時成立¹⁰⁸，契約說下，費思量。立法者設想典型契約成立，乃要約之相對人對要約人表示其欲成立契約之意思表示，二者意思表示一致（153條第1項）。故有知悉廣告內容者，向廣告人為承諾，懸賞廣告「契約」因而成立。此外，契約尚有因意思實現與交錯要約而成立之情形。懸賞廣告「契約」，因交錯要約而成立，殊難想像。因意思實現而成立契約，學說有

¹⁰⁵ 王澤鑑，債總一，頁128。

¹⁰⁶ 關於民法第154條「不受拘束」之意義，我國學者見解不一，詳參，王澤鑑，債總一，頁132以下。

¹⁰⁷ 參照，王澤鑑，債總一，頁133。

¹⁰⁸ 茲契約成立，意義如何，與契約生效之區別，詳下述（三、C、4）。

認為意思實現以客觀上有可認為承諾之事實存在為必要，有此事實，契約即為成立¹⁰⁹，亦有認為意思實現以有承諾之意思為必要¹¹⁰，然無論何種見解，契約成立均應有具有法律上拘束力之要約存在。要約相對人不知有要約之存在，仍能因意思實現而成立契約，衡諸契約原則，奇哉怪哉。

c 行為人為無行為能力人

契約成立生效後，當事人約定之內容，即具有法律規範之效力，斯乃契約之實質拘束力。基於債之關係之相對性，原則上，唯有有效成立之契約當事人方得主張契約所生之權利。契約關係，既為當事人基於意思自主所形成之法律關係，則不知有要約存在之人，無法成為契約當事人，固不待言¹¹¹。再者，完成行為人若為無行為能力人，則無法締結有效之契約，無法取得報酬請求權。

懸賞廣告「契約」有效成立後，契約關係之內容如何，固首應取決於當事人約定之內容，在懸賞廣告，即為廣告之內容。故而，報酬請求權人是否侷限一人，或凡完成一定行為之人均取得廣告所定之報酬請求權，應解釋契約，如前述最高法院82年度台上字第2569號判決，廣告乃「若有補習班、懸賞百萬」，則凡有補習班錄取人數超越廣告人者，應皆能請求百萬元之懸賞，而非共同取得。從而，縱在契約說下，修正164條第2項之規定，應為任意規定。

3 修正後懸賞廣告之法律性質

以上貫徹契約說探求而得之法律狀態，顯然無法完全說明修正之規定與其意旨，易言之，無法完整說明修正後懸賞廣告之規定。

¹⁰⁹ 孫森焱，債總，頁17。

¹¹⁰ 王澤鑑，債總一，頁146。

¹¹¹ 利他契約，或學說上所謂「附保護第三人作用之契約」，第三人雖得主張契約上請求權，然仍非契約當事人。

a 不知有廣告之人亦得請求報酬

如前所述，對不知有廣告而完成行為之人，廣告人亦負有報酬給付義務，乃基於一定之價值判斷，並非因懸賞廣告本質上為單獨行為使然。舊法164條規定既明文規定：「對於不知有廣告而完成該行為之人，亦同」，當以單獨行為說最能說明修正前之法律規定。修法之士，若認為使之取得報酬請求權，與法律體系之基本價值判斷不符，而欲回歸契約原則，則得明文規定懸賞廣告為契約，並將「對不知有廣告而完成該行為之人，亦同」刪除，表明契約為報酬給付義務之基礎，使懸賞廣告之（將來）之規定，與現行法律體系之基本價值判斷相一致。

債編修正，一方面，未明文規定懸賞廣告為契約；他方面，卻於修正164條第4項規定：「前三項規定，於不知有廣告而完成廣告所定行為之人，準用之」。其修正之目的，顯然並非在貫徹契約原則，實現一定之價值判斷，將不知有廣告之人排除在得為請求之列。依164條修正理由第4點：「不知有廣告而完成廣告所定行為之人，因不知要約之存在，原無從成立契約。惟因懸賞廣告之特性，亦應使其有受領報酬之權利。且其受領報酬之權利，與知廣告而完成一定行為之人，應無分別；爰將第1項後段之規定，移列於第4項，並規定前三項之規定，於不知有廣告而完成廣告所定行為之人，皆可準用。」其受領報酬之權利，與知有廣告而完成一定行為之人，應無分別。」，立法者雖不認為對不知有廣告之人亦得成立契約，但仍賦予其報酬請求權。「亦同」與「準用」，在立法技術上，雖均能避免重複，但意義不同。前者，為單純之省略，故法律修正前，廣告人對不知有廣告而完成行為之人，亦負有報酬給付義務。後者，則不盡然。蓋「準用」云爾，據王澤鑑大法官，「係法律明文授權將法定案例類型之規定適用於另一類型上，有稱之為授權式的類推適用」¹¹²；「準用式法律明定之類推適用，

¹¹² 舉重明輕、衡平原則與類推適用，民法學說與判例研究第八冊，頁88，然前

而類推適用式判例學說所創設之準用」¹¹³，從而，準用與類推適用並無本質上差別，二者均須依平等原則，當然容許因事物本質不同而區別處理¹¹⁴。準此以言，修正既然使用「準用」字眼，似並不認為對不知有廣告而完成行為之人，應「一律」負有報酬給付義務，容許並有必要依事物性質之不同為區別處理。然而，觀諸修正理由之說明，此似又非立法者本意。如無論知或不知，凡完成一定行為之人均有請求權，「應無分別」，則其「準用」應解讀為「亦同」。

從而，「亦同」修正為「準用」，唯一之用意，似僅在表彰修正後採契約說之旨。契約說固然能說明何以廣告人對知有廣告而完成一定行為之人負有給付義務，個人認為卻無法說明不知有廣告而完成一定行為之情形。前者之法律效果，係因當事人約定之內容，在私法自治容許之範圍內，基於私法自治原則，法律秩序承認其具有制定法相同之效力。後者，如同修正理由所言，既無從成立契約，其法律效果，並非法律行為的，而為法定的，廣告人與行為人間之債之關係，乃法定的，而非約定的。如不欲採單獨行為說，關於其規定正當化依據，個人認為不妨求諸信賴原則。信賴保護思想，在修正前後之165條，早已扮演關鍵性之角色。蓋懸賞廣告工作之內容，雖千變萬化，然實際生活上，應以查緝不法、獎勵創作發明為最重要之類型。其廣告人又多為公權力擁有者，或公益團體，廣告之內容，不僅攸關公益，社會大眾對其信賴，多半至深且鉅。今廣告人雖表示不欲受廣告拘束之意思，但因(一)客觀上，有信賴之客觀基礎，即廣告有效存在之外觀；(二)

揭處似認為「亦同」亦屬準用性之條文。

¹¹³ 同時履行抗辯：民法第264條規定之適用、準用與類推適用，民法學說與判例研究，第六冊，頁177。

¹¹⁴ Vgl. Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S.82.

行為人主觀上，因信賴廣告仍為有效而有所勞費¹¹⁵；(三)廣告人主觀上可歸責，即其不欲受懸賞廣告拘束之意思，並未以相同方式周知大眾，故廣告人應負信賴利益之損害賠償責任。今廣告對報酬給付，僅限定完成一定工作之人，廣告人並未表示不欲受拘束之意，則對此廣告內容信賴保護之必要性，有強化之必要，對不知有廣告而完成一定行為之人，事後依廣告內容行使報酬請求權，廣告人不得主張其於完成行為之際，不知有廣告存在。此種情形之信賴保護，類似於土地法第43條對不動產登記正確之信賴保護，取得人縱未閱覽土地登記簿，依然受土地登記公信力之保護¹¹⁶。

如此雜揉二說，分別情形，以說明某法律行為之性質，並非形單影隻，票據行為乃其著例¹¹⁷。然而，為善解並捍衛契約說而以信賴保護說為補充，不僅大費周章，若忽視修正理由之說明，在法律解釋上，置重於客觀說之立場，闡釋法律本身涵蘊之意旨，而非歷史上立法者主觀之意思（主觀說）¹¹⁸，修正理由之明示採契約說，對法律解釋無拘束力，則單獨行為說依然能說明修正後之法律規定，且更為簡潔明快。蓋在單獨行為說，因債務負擔之基礎，為廣告人單獨的、公開的給付承諾（上述，三、A、1），是否知有廣告，無關宏旨。以單獨行為說解釋修正後164條第4項之規定，亦符合立法者之價值判斷（參照，164條修正理由之4），則採取單獨行為說唯一之障礙，厥為165條「撤銷」改「撤回」之修正。

¹¹⁵ 反之，行為人不知懸賞廣告，不得請求損害賠償，在信賴原則下，理所當然；王澤鑑，債總一，頁191，結論相同。

¹¹⁶ 王澤鑑，民法物權，第一冊，頁109。

¹¹⁷ 現今德國通說，對有價證券之法律性質，乃以契約說為主軸，輔以權利外觀理論，參照，陳自強，無因債權契約論，頁116以下。

¹¹⁸ 參照，王澤鑑，民法思惟與民法實例，請求權基礎理論體系，1999年版，頁260；Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1995, S. 137 f.。

b 「撤銷」改「撤回」

立法者為遷就契約說，所為的第二個修正，乃將165條之「撤銷」修正為「撤回」，理由謂：「懸賞廣告係對不特定人為要約，在行為人完成行為前，依本法第154條第1項但書規定，並無拘束力。故於行為完成前，應許廣告人任意撤回知，爰將「撤銷」二字修正為「撤回」並列為第1項。」。縱認懸賞廣告為要約，是否行為完成前，廣告之要約一律無拘束力，姑不論是否有待斟酌，然其修正是否使修正後之懸賞廣告唯有採契約說之餘地？顯而易見者，答案為否定。德國民法懸賞廣告明示採單獨行為說，其相當於我國民法165條之規定（德國民法第658條），亦使用「撤回」Widerruf，而非「撤銷」。蓋於單獨行為說下，報酬給付義務之發生，純然係因一定行為之完成，未完成前，義務尚未發生，實質上，尚未生法律行為的效力，故得「撤回」其意思表示，以阻止其發生效力。此正如同遺囑在生效前，遺囑人得隨時撤回遺囑（1219條以下）¹¹⁹。

c 仍應採單獨行為說

綜上所述，縱在法律修正後，仍以單獨行為說最能說明法律之規定，且能合理解決諸如行為人為無行為能力人時，報酬請求權有無之疑義。

C 法律行為成立要件與生效要件之區別

如上所述（二、B與C），法律行為成立要件與生效要件之區別，在債編修正，扮演重要之角色。唯其並非因是否應加以區別而有所爭論，而係在此牢不可破之區別上，試圖解決贈與、借貸、倉庫等個別契約類型法律性質之爭議。非唯若是，民法研究會兩

¹¹⁹ 繼承法修正前，原規定遺囑人得隨時依遺囑之方式，「撤銷」遺囑，此乃重蹈日民法之錯誤，關此，參照，戴炎輝戴東雄合著，中國繼承法，1986年修訂第1版，頁264。