

東海大學法律學系研究所

碩士論文

指導教授 溫豐文 教授



研究生 李智威

2014 年 1 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 李智威 君所提之論文：

默示分管契約

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

林煒秋

溫豐文

林更威

2014年 1 月 9 日

摘要

默示分管契約理論為我國最高法院透過判決所創設，旨在處理特定共有人就共用部分是否有排他專用權之爭議。實務透過系爭理論，將多數共有人之單純沉默擬制為默示意思表示，進而認為全體共有人就共有物之管理已合意成立分管契約(民法§820 I 參照)。所謂分管契約，乃共有人關於共有物管理方法之團體性協議，本質上與學理上契約不同，系爭協議之成立無由透過默示之方式為之，故本文認為，最高法院相關見解過度擬制共有人之意思，未能顧及多數共有人財產權之保障，實有檢討之必要。

公寓大廈管理條例第 58 條 2 項之規定，允許公寓大廈之起造人或建築業者就法定防空避難設備、法定空地及法定停車空間等共用部分，為特定之區分所有權人設定排他的專用使用權。此外，公寓大廈之起造人於申請建造執照時所設計之約定專用部分(公寓§56 I 參照)，非經使用該約定專用部分之區分所有權人同意，縱經區分所有權人會議之決議亦不得加以變更(公寓§33③參照)。共用部分為全體區分所有權人共有，尤其是法定防空避難設備等共用部分之規劃設計有公益上之需求，不應使特定人取得排他的專用權。縱然要設定專用使用權，亦應由區分所有權人會議以決議方式為之，不宜由公寓大廈之起造人任意決定。本文認為，公寓大廈管理條例上開規定，不無斟酌檢討之餘地。

關鍵字：分管契約、默示分管契約、學理上契約、團體性協議、
單純沉默、約定專用權

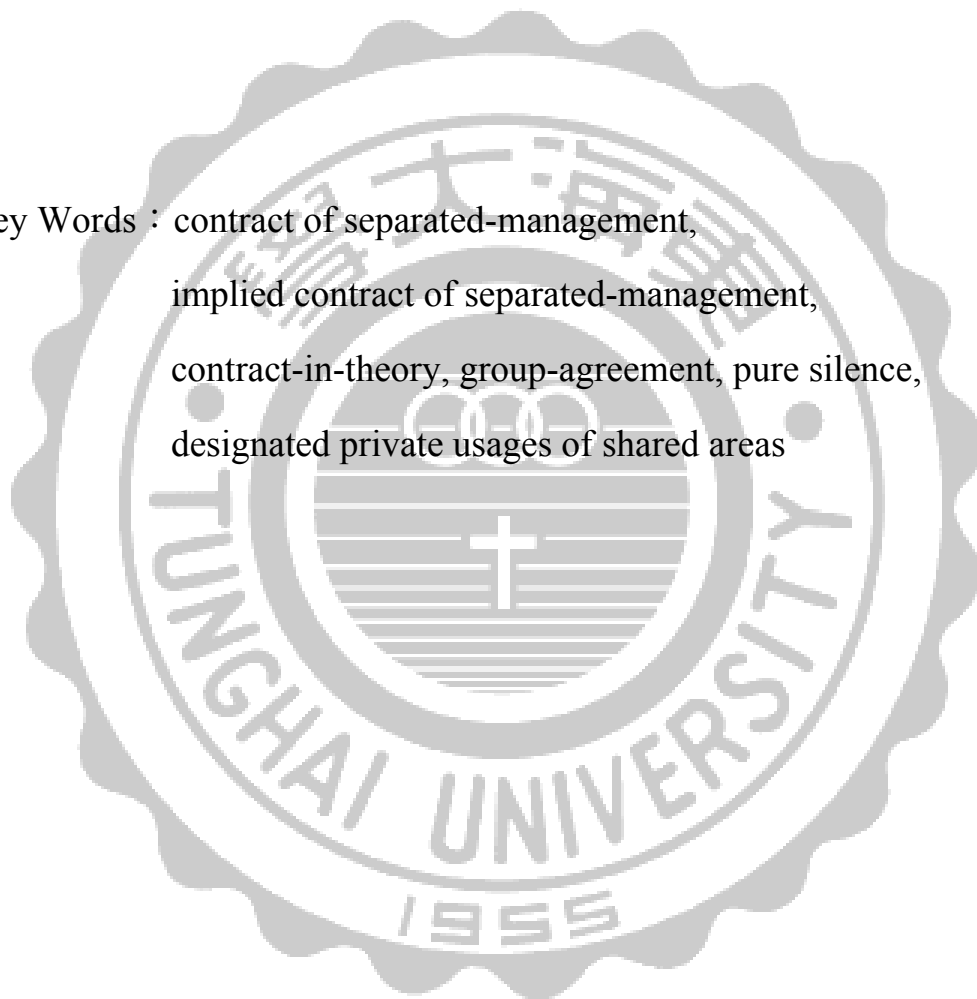
Abstract

Theory of *implied contract of separated-management* is created by Supreme Court through judgments, who try to solve *controversy over the right of private usage of sepecific co-owners* by using the said theory. Pure silence of multiple co-owners is deemed *an implied expression of intent* by the practice, and the practice consider that *an implied contract of separated-management* is constituted among all the co-owners about the methods of management of the thing held in indivision(Article 820 I of Civil Law). So-called *contract of separated-management* is a group-agreement among all the co-owners about methods of management of the thing held in indivision, and it is essentially different from *contract-in-theory* so that the said agreement can not be constituted through *implied expression of intent*. We consider that Supreme Court assumed excessively the intent of co-owners regardless of protection of property rights of multiple co-owners.

According to the recent provisions of *Condominium Administration Act Building Administration Division*, the builder of a condominium is allowed to register specific unit owners for the right of designated private usages of shared areas such as statutory air raid facilities and statutory open space and statutory parking spaces(Article 58 II). In addition, changes can not be made to a designated private area which is designed by the builder of a condominium while applying for the building license (Article 56 I) without the consent of the unit owner using the said designated private area even if the decision is made by the unit owner assembly(Article 33③). Shared areas are co-owned by all the unit owners. Shared areas such as statutory air raid

facilities are designed for demands of public welfare and shall not be registered private areas for specific unit owners. We consider that the right of designated private usages of shared areas should be registered by decision of the unit owner assembly instead of the builder of a condominium and those articles referred above should be amended.

Key Words : contract of separated-management,
implied contract of separated-management,
contract-in-theory, group-agreement, pure silence,
designated private usages of shared areas



目 錄

第一章 緒論	1
第一節 問題的提出	1
第二節 研究架構與範圍	2
第三節 研究方法	3
第一項 文獻分析法	3
第二項 判例(決)研究法	3
第二章 相關理論基礎	5
第一節 共有	6
第一項 外國立法例	6
第二項 共同所有的概念	6
第一款 國內學說概述	6
第二款 本文見解	8
第三項 共有的法律性質	8
第一款 分量說	8
第二款 所有權說	9
第三款 本文見解	9
第四項 共同所有的各種型態	10
第一款 總有 Gesamteigentum	11
第二款 共有 Miteigentum	12
第三款 合有 Eigentum zur gesamten Hand	12
第五項 共有理論與制度之探討	13
第一款 肯定說	13
第二款 共有性惡說	13
第三款 本文意見	14
第二節 契約	15
第一項 契約的意義	15
第一款 實定法	15
第二款 國內學說概述	16
第三款 日本學說概述	22
第四款 學說見解整理與分析	24
第五款 本文見解	27
第二項 債之發生與各種之債	33
第一款 德國立法例	33
第二款 我國立法例	36
第三款 我國與德國債編立法例之比較	37
第三項 契約成立的方式	41

第一款 國內學說介紹	42
第二款 日本學說介紹	45
第三款 本文見解	47
第四項 默示意思表示	50
第一款 各國立法例	50
第二款 國內學說介紹	50
第三款 我國實務見解	56
第四款 日本學說介紹	56
第五款 本文見解	58
第三節 合夥	64
第一項 合夥之意義與性質	64
第二項 合夥之成立要件	66
第一款 立法理由	66
第二款 實務見解	67
第三款 國內學說見解	68
第四款 外國立法例	69
第三項 本文見解	70
第一款 合夥之性質	70
第二款 合夥的成立	72
第四節 本文見解	81
第一項 共有之性質	81
第二項 契約	81
第一款 我國民法典上所謂的「契約」	82
第二款 合夥並非民法 153 條規範意義之契約	84
第三款 團體性協議沒有默示成立的可能性	88
第四款 民法典上「契約」用語概念的再確定	90
第三章 默示分管契約	91
第一節 分管契約的意義	91
第一項 國內學說介紹	91
第二項 實務見解	93
第三項 小結	94
第二節 分管契約之成立	96
第一項 國內學說介紹	97
第二項 國內學說整理	98
第三項 實務見解整理	99
第四項 本文見解	106
第一款 實務所謂「默示成立分管契約」之理論基礎	107
第二款 沒有依默示成立分管協議的可能性	108

第三節 民法 820 條修正之檢討	111
第一項 修正前之規定	111
第二項 修正後之規定	111
第三項 本條修正之檢討	112
第一款 民法 820 條 1 項	112
第二款 民法 820 條 2 項	113
第四章 公寓大廈管理條例相關規定	115
第一節 立法及修法歷程總說	115
第一項 草案提案經過與審查歷程	115
第二項 重要修法歷程及立法說明	116
第一款 制定公布全文 52 條	116
第二款 修正公布全文 63 條	116
第三項 小結	117
第二節 關於「不得約定為專用部分」的問題	118
第一項 草案條文與草案說明	119
第一款 行政院版草案與草案說明	119
第二款 李顯榮版草案與草案說明	119
第二項 立法歷程	120
第三項 小結	121
第三節 關於「專用使用權」的問題	122
第一項 草案條文與草案說明	122
第一款 行政院版草案	122
第二款 趙少康版草案	123
第二項 立法歷程	123
第一款 審查會第一次會議內政部長答詢	123
第二款 審查會通過條文	123
第三款 憑空出現的八個字	124
第四款 復議	124
第三項 小結	125
第四節 關於「應檢附圖說」的問題	127
第一項 相關草案與提案過程	127
第二項 制定時立法歷程	128
第三項 修正過程	128
第四項 小結	129
第五節 關於系爭條例的適用問題	131
第一項 各種版本草案與草案說明	131
第一款 行政院版草案	131
第二款 李顯榮版草案	131

第三款 趙少康版草案	131
第二項 立法歷程	132
第三項 小結	133
第五章 結論與建議	134



第一章 緒論

第一節 問題的提出

設甲、乙、丙三人共有一筆土地，土地上有一棟三層區分所有建物，一、二、三樓分屬甲、乙、丙區分所有。甲占用法定空地(共用部分)，連同一樓出租予 A 經營托兒所；嗣後丙將三樓連同土地應有部分出賣予 B。

B 起訴請求 A 拆除占用法定空地部分之圍牆、遊樂設施，將系爭空地騰空返還全體共有人¹。最高法院判決 B 敗訴，理由為：(1)原共有人間就系爭土地，有默示分管契約、(2)受讓人就分管契約之存在，有可得而知之情形，受讓人應受分管契約之拘束。

本文擬由上開設問展開，整理並探討相關實務見解，釐清何謂默示分管契約？分管契約能否透過默示而成立？並進一步分析最高法院在推導相關論述時，有無方法論上的謬誤？為剖析上述問題，擬先從契約與分管契約之基本理論著手。

學說上多從分管契約的效力²加以論述，旨在探討分管契約對於共有物繼受人之效力。而本文的研究係從分管契約之成立切入，旨在探討分管契約如何成立？因為如果共有人間的分管契約根本未成立，就沒有繼續討論分管契約繼受效力之必要。

¹ 本例改編自 98 台上 1087 號判決之案件事實。

² 早期國內學說及實務意見整理，參郭兩嵐、林發立，試論分管契約之效力—兼論最高法院四十八年台上字第一〇六五號判例及司法院大法官會議釋字第三四九號解釋，萬國法律，76 期，1994.08，頁 10-13。

第二節 研究架構與範圍

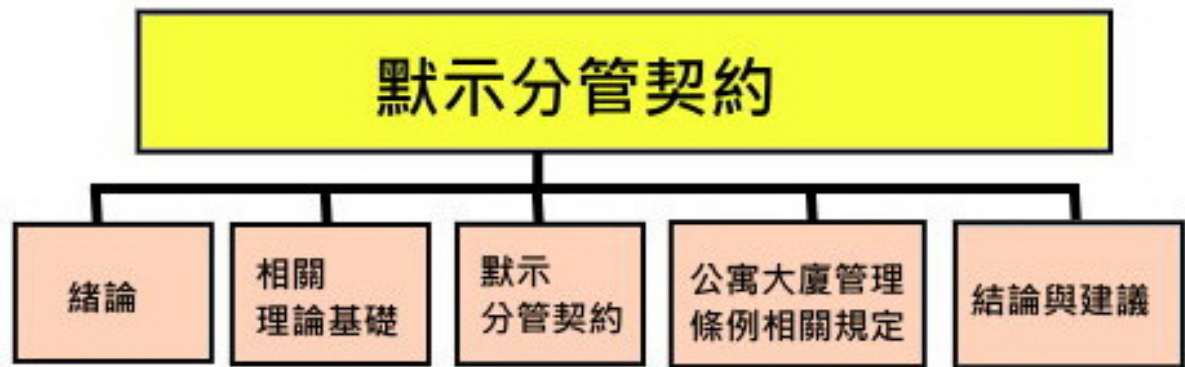
本文共分五章，第一章為「緒論」、第二章為「相關理論基礎」、第三章為「默示分管契約」、第四章為「公寓大廈管理條例相關規定」、第五章為「結論與建議」。

於第二章中，本文擬進行國內以及日本相關文獻回顧，研究的內容包括「共有」、「契約」、「合夥」等法律概念。本文透過體系的觀點，就國內學者之見解分別加以整理、分析，並嘗試就上開法律概念提出本文之操作性定義(operational definition)，以利後文之展開。

於第三章中，本文地毯性搜索過去 17 年來，最高法院就「分管契約」曾表示見解之判決，凡 299 則；另外於民國 85 年之前，具有原則重要性之判決亦一併予以整理分析。本章嘗試分析最高法院相關見解之演變，並論證最高法院建構相關理論之思考模式，最後以本文研究所得之理論予以分析、批判。

於第四章中，本文擬回顧公寓大廈管理條例之立法資料，整理並分析與本文主題相關條文之由來。透過草案、立法理由、會議紀錄等資料，詳實呈現公寓大廈管理條例之相關條文如何成為現在的模樣？並於各節文末，提出筆者研究成果之摘要。

第五章為結論，以極簡約的文字呈現研究之成果、明白表示就系爭議題本文所採取之見解，最後抒發筆者研究之心得，並提出相關條文之修正建議，作為結論。



第三節 研究方法

本文的主要研究方法為文獻分析法與判例(決)研究法。

第一項 文獻分析法

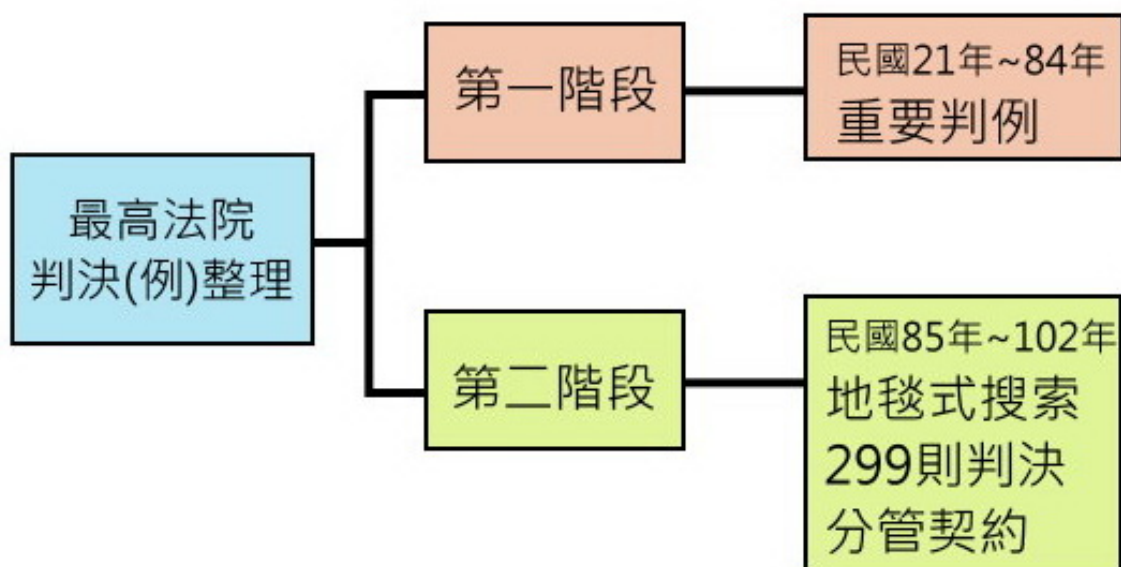
本文所觀察之文獻主要集中於我國及日本民法學者之相關著作，研究之主題集中於：(1)共有之意義及定性、(2)契約之學理上意義及契約成立之方式、(3)我國民法典所謂「各種之債」之法律性質—主要研究對象為合夥之性質與成立。

另外，本文針對公寓大廈管理條例立法以及歷次修法過程相關文獻加以整理分析，以探究與本文主題直接相關之內容。

第二項 判例(決)研究法

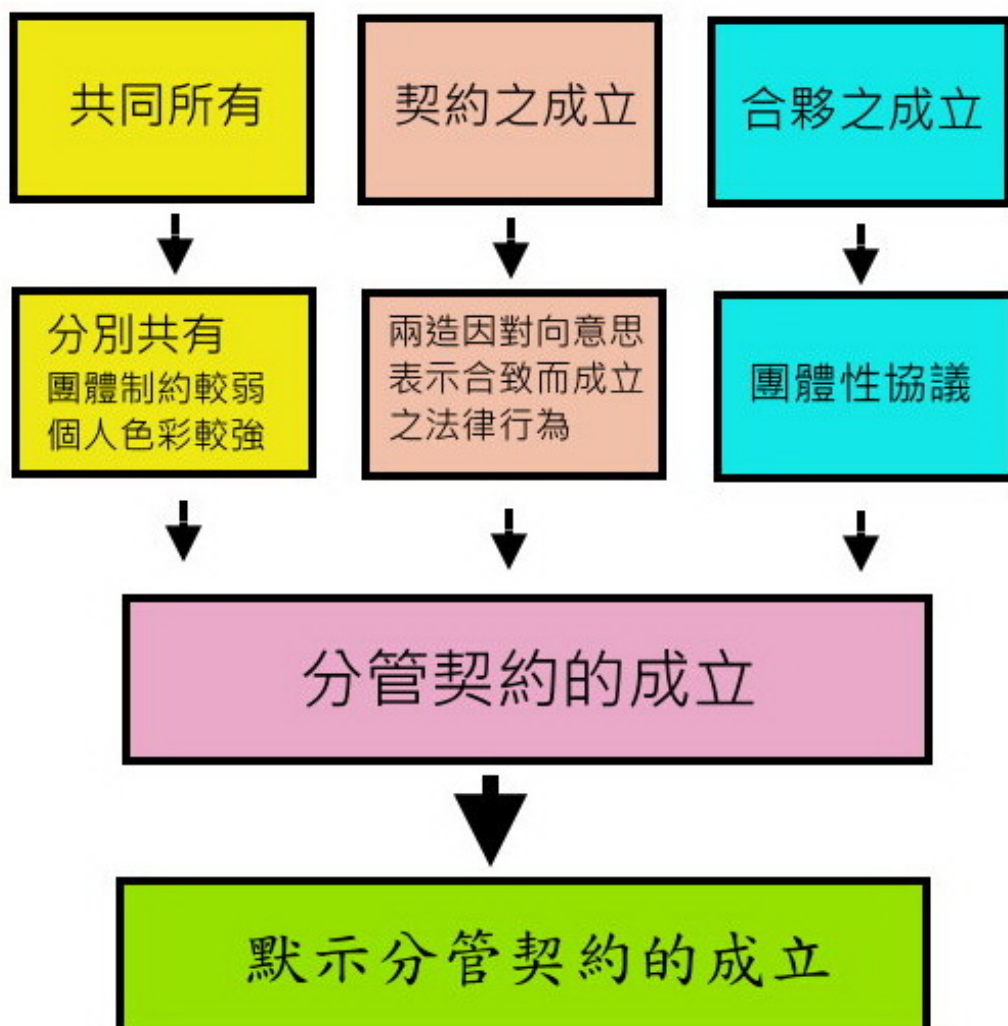
本文採取判例(決)研究法之研究標的，主要集中於最高法院就分管契約曾表示過見解之相關判決。本文研究的重心在於分管契約之成立方式與默示分管契約理論之建立與發展。判例(決)的選擇範圍依時間可以概分為兩個階段。第一階段自民國 21 年開始，至民國 84 年底為止，本階段僅蒐集、整理重要判例。第二階段自民國 85 年開始至

民國 102 年為止，主要內容是地毯式搜索最高法院全部民事判決，以「分管契約」為關鍵字，共整理分析 299 則相關判決，試圖為最高法院所建立之相關理論釐清一個大致的輪廓。



第二章 相關理論基礎

分管契約存在於共有人之間，因而共有之性質為何？實有研究之必要。有關共有物之管理，實務及學說均承認得以默示成立分管契約，故有先討論契約概念而研究如何默示成立契約之必要。又合夥與共有之法律關係，均具有團體性，因此，本文擬透過合夥相關概念之分析，據以推論共有關係中，共有人間應如何合意成立法律關係。本章共分四節，前三節分別探討共有、契約以及合夥等法律概念，第四節為本章研究結論。本文擬以上開相關理論之研究、分析成果，以為後文展開之基礎。



第一節 共有

本節透過整理外國立法例、國內及日本學說，分析共有之概念與法律性質。

第一項 外國立法例

德國民法將「共有」分割規定在物權編與債編中。德國債編的標題是 *Recht der Schuldverhältnisse* (債之關係法)，2002 年修法後，第二編(Buch 2) 共分八章(Abschnitt)，第八章標題 *Einzelne Schuldverhältnisse* (各個債之關係)，本章有 27 節，第 17 節標題為 *Gemeinschaft* (共有關係)，本節規定數人共同享有一個權利，並規定共有物之管理方式等，共 18 個條文 (§§741-758)。第三編(Buch 3)標題為 *Sachenrecht* (物權法)，共分五章，第三章標題為 *Eigentum* (所有權)，本章共分五節。第五節標題為 *Miteigentum* (分別共有)，設有 4 個條文 (§§1008-1011)，本節規定數人依應有部分對於一物有一個所有權之情形。

日本民法第二編為物權，共分十章，第三章為所有權。本章共分三節，第三節為共有，共 16 個條文 (§§249-264)。

第二項 共同所有的概念

第一款 國內學說概述

共同所有之性質為何？國內學者之見解或有不同，依本文整理，約可分為狀態說(共同所有是數人共同享有一所有權之狀態)與類似狀態說。採

狀態說的學者有黃右昌、姚瑞光與鄭玉波教授。採類似狀態說的學者有謝在全、謝哲勝與鄭冠宇教授。茲整理如下表：

國內學者關於共同所有性質之見解	
狀態說	黃右昌 數人共有一所有權於一物之上之狀態 ³
	姚瑞光 數人共同享有一個所有權之狀態 ⁴
	鄭玉波 一物之所有權同時為數人共同享有之狀態 ⁵
類似狀態說	謝在全 共同所有係一所有權由二人以上共同享有 ⁶
	謝哲勝 一物而為二人以上所共同享有所有權 ⁷
	鄭冠宇 數人共同享有一物之所有權 ⁸

另外，王澤鑑教授認為，民法上的所有權⁹，分為兩類，一為單獨所有權，一為共有。共有又分為分別共有與共同共有¹⁰。

³ 見黃右昌，民法物權鉅解，1961，頁 172。

⁴ 見姚瑞光，民法物權論，1999，頁 118。

⁵ 見鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法物權，2009，頁 154。

鄭玉波教授將共有視為數人共享一物所有權之狀態，依本文推論，應採分量說。但前揭書中，又使用共同所有權之用語。

⁶ 見謝在全，民法物權論(上)，2010，頁 483。

⁷ 見謝哲勝，民法物權，2007，頁 158。

⁸ 見鄭冠宇，民法物權，2011，頁 264。

⁹ 依本文理解，王澤鑑教授似將共有視為所有權概念下的形態之一。日本學者亦有將持分權視為所有權的一個亞種，參鈴木祿弥，物權法講義 改訂版，1977，頁 18。(持分權は、所有權の一亜種であり)

¹⁰ 見王澤鑑，民法物權，2010，頁 269。

依本文理解，如果單獨所有權與共有是所有權的一種分割，則共有必須稱為共同所有權。意即，單獨所有權與共同所有權的差異，僅在於所有權之上所存在的權利主體數量。準此以言，從準共有的角度加以理解，抵押權也有兩種，單獨抵押權與共有(共同抵押權)；地上權也有兩種，單獨地上權與共有(共同地上權)……。本文以為，若從民法權利體系加以理解，每個權利之上所存在的權利主體數量，都可能是一個或數個，因而，將所有權分割為單獨所有權與共有，從邏輯的角度加以觀察，實為無益之分類。再者，若如前述，謂共有係共同所有權，於共同所有權項下再分為分別共有與共同共有，則兩者

第二款 本文見解

就本文之理解，分別共有(Miteigentum nach Bruchteilen)應為數人共同享有一物之所有權能，但若考慮總有與合有¹¹亦為廣義共有之型態，共有之意義宜理解為，數人共享物之所有權能。

第三項 共有的法律性質

關於分別共有(Miteigentum)的法律性質，日本學說上主要有兩種不同見解，分量說及所有權說¹²。

第一款 分量說

本說認為，依一物一權主義，一個共有物上僅存在一個所有權，而各共有人係共有一個所有權。各共有人相互間，就對於共有物之使用、收益權能，依一定比例受到彼此持分的限制。共有是對於一個所有權的量的分割。日本民法制定當時，所採取的是分量說¹³。日本最高法院亦採分量說¹⁴(最判昭 46・10・7・民集 25・7・885)。

必須稱為分別共有所有權及公同共有所有權。依本文理解，實為不妥。

¹¹ 關於總有與合有相關制度之介紹，詳後文第四項「共同所有的各種型態」。

¹² 關於 Miteigentum(分別共有)概念的學說，我國學者亦有稱之為**標的物分割主義**及**權利分割主義**者，參倪江表，民法物權論，1965，頁 118-119。其中，標的物分割主義係指，共有人於共有物上，各有一所有權，相當於日本的所有權說；權利分割主義係指，共有人於共有物上，共有一所有權，相當於日本的分量說。

¹³ 參鷹巢信孝，財産における権利の構造，1996，頁 13。

¹⁴ 參北川善太郎，物權—民法講要 II，第 3 版，有斐閣，頁 113；

第二款 所有權說

本說認為，各共有人對於共有物均有一個所有權，亦即，共有物上同時存有**數個所有權**。但在權利的行使上，各別共有人的權利均受到他共有人所有權之制約¹⁵。本說認為，共有構成一物一權主義的例外¹⁶。所有權說較適合說明**共有的獨立性與彈力性**(日民 255)，為日本學界的有力說¹⁷。

日本學界通說認為，從實用法學的觀點，兩說在實際運用上並無差別，故無區分實益。但有學者主張，於討論共有權或共有關係是否為固有必要共同訴訟之際，必須先確認共有關係法理上的構成為其前提，此時，共有關係的性質為何？便成為問題所在¹⁸。

我妻榮教授認為，「持分」這個用語，有兩種可能的意義。第一種意義係指，各共有人受限制的**所有權**(我妻教授採所有權說)，可稱之為持分權。第二種意義係指，共有人各別享有的**比例**，可稱之為持分率。

第三款 本文見解

參酌國內學者上開關於共有之說明，均係在一物一權主義的前提下，認為共有係數人共享一個**所有權**，依日本學說之分類，似均採分量說。從這個角度加以理解，應有部分僅為行使所有權能的一定比例，而非權利。

¹⁵ 參稻本洋之助，民法Ⅱ 物權，青林書院新社，1983，頁 299。

¹⁶ 參山川一陽，物權法講義，第 2 版，日本評論社，頁 226。

¹⁷ 參鷹巢信孝，同前註 13，頁 13-15。**分量說**以我妻榮、梅謙次郎為代表；**所有權說**以末弘嚴太郎為代表。有趣的是，我妻榮教授原採分量說(參氏著，物權法，岩波書店，1932，頁 184)，後改採所有權說(參氏著，物權法，岩波書店，1952，頁 211、213)

¹⁸ 參鷹巢信孝，同前註 13，頁 16-17。

本文認為，從分量說的立場，共有並無「權利」之面向，而僅為權利主體間，就權利客體，相互調整彼此權利義務的一種事實或狀態，故稱共有權似有不妥。

第四項 共同所有的各種型態

學理上廣義的共同所有¹⁹，可以區分為三種理想形態²⁰：**總有**(Gesamteigentum、總有)、**共有**(Miteigentum)及**合有**(Eigentum zur gesamten Hand、合手的共有、總手的共有)²¹。而狹義的共同所有，僅指分別共有(Miteigentum)。我國仿瑞士民法例，於民法物權編對共有設有一般規定。我民法並無總有之規定，僅就共有及合有設有規定。共有(Miteigentum)在學說上稱為**分別共有**(Miteigentum nach Bruchteilen)(民法第 817 條至第 826 條之 1)，而合有在我民法稱為**共同共有**²²(民法第 827 條至第 830 條)。

¹⁹ 關於總有、共有、合有相關制度之緣起及沿革，國內外文獻均有有完整詳盡之介紹，參鷹巢信孝，同前註 13，頁 1-3；中文部分，參謝在全，同前註 6，頁 483-486；史尚寬，物權法論，1957，頁 138-140；鄭玉波，同前註 5，頁 154-157；溫豐文，論共有，2011，頁 8-11。

²⁰ 我妻榮教授認為，共同所有的三種類型，僅為**理想的形態**，與現實生活中或實定法上的共同所有形態，並非完全相同。參我妻榮 著・有泉亨 補訂，新訂物權法 民法講義 II，岩波書店，2001，頁 318。(共同所有における右の三つの態様は、はじめに述べたように理想型であって、社会に現実に存在する共同所有形態、あるいは実定法の定める共同所有形態びたりとこれに当てはまるわけではない。)

²¹ 參我妻榮・有泉亨 著・清水誠 補訂，新版コンメンタール物權法，日本評論社，2004，頁 175。

²² 我民法明文規定，屬**共同共有之財產**有：合夥財產(民 668)、夫妻共同財產(民 1031)及分割前之遺產(民 1151)。

但日本民法並無合有之明文規定，分割前之遺產(日民 898 條)如何定性？日本學說上則有爭議。有認為屬「**共有**」者，參山川一陽，同前註 19，頁 229；亦有認為屬「**合有**」者，參板橋郁夫・湯淺道男，物權法 改訂增補版，成文堂，2001，頁 149。

第一款 總有 Gesamteigentum

財產的共同所有，為人類生活中存在已久之財產制度。

Gesamteigentum 可以追溯至日耳曼法村落共同體之所有形態²³。團體構成員對於總有財產僅有使用、收益權能，而總有財產的處分、管理權能則為團體所擁有，總有制度中關於所有權的內容是一種質的分割²⁴。

我國並無總有(Gesamteigentum)相關法律制度。

一、日本法上總有之制度

日本法上，類似 Gesamteigentum 的制度有入會權(日民 263 條・294 條)・水利權・溫泉權・漁業權(入漁權)等²⁵。日本最高法院判決亦有認為，無權利能力社團之財產，應為構成員總有(最判昭 39.10.15 民集 18 卷 8 号 1671 頁)。；但田中整爾教授特別強調，如果將無權利能力社團的所有關係一律依總有加以處理，是有問題的²⁶。

二、我國習慣上類似總有之制度

史尚寬教授指出，我國習慣上亦有類似總有之形態，例如祀產、祠堂、學田，其他宗族共同財產、會館²⁷。謝在全教授指出，我國漁業法關於入

²³ 參謝在全，同前註 6，頁 483；黃右昌，同前註 3，頁 172；鄭玉波，同前註 5，頁 155。

倪江表指出，公同共有制導源於德意志古代法，(時僅以土地為限)係數人結合為一體，而共有一物之謂。參倪江表，同前註 12，頁 118。

²⁴ 參鷹巢信孝，同前註 13，頁 1；謝在全，同前註 6，頁 483。

²⁵ 參田中整爾編，物權法，法律文化社，1993，頁 200-201。

²⁶ しかし、権利能力なき社團の所有關係を画一的に總有と捉えることには疑問がある。參田中整爾，同前註 25，頁 200-201。

²⁷ 參史尚寬，同前註 19，頁 140。

漁權之規定，與總有頗為類似²⁸。溫豐文教授研究指出，日治時期的台灣，農村社會裡所謂牛埔、溪埔、海埔等土地，與日本的人會地相當，而具有總有之性質²⁹。

第二款 共有 Miteigentum

Miteigentum 則源自於個人主義色彩濃厚之羅馬法³⁰，共有人得任意處分其應有部分、原則上得隨時請求分割共有物，共有人間團體的結合關係相當微弱³¹。三種共同所有型態中，相較於合有及總有，共有(Miteigentum)的團體制約較弱而個人的色彩較強³²。

第三款 合有 Eigentum zur gesamten Hand

Eigentum zur gesamten Hand(合有、公同共有)亦源自於日耳曼法³³。合有在概念上介於總有與共有中間。我妻榮教授認為，各共有者均有持分權(潛在應有部分³⁴)及分割請求權，但其處分應有部分之自由以及分割請求權之行使，在共同目的終了前，均受到一定的限制³⁵。

²⁸ 參謝在全，同前註 6，頁 486。

²⁹ 參溫豐文，同前註 19，頁 9。

³⁰ 參溫豐文，同前註 19，頁 10；謝在全，同前註 6，頁 484。李肇偉教授特別指出，分別共有係由羅馬法之財產團體 *Uniuierstates rerum* 轉化而生。參李肇偉，民法物權，1962，頁 216。

³¹ 參藤雅信，新民法大系 II 物權法，2005，頁 283。

³² 參遠藤浩・水本浩・北川善太郎・伊藤滋夫 監修，民法注解 財產法 第 2 卷—物權法，青林書院，1997，頁 519。

³³ 參鷹巢信孝，同前註 13，頁 3。(なお、私には、合有や総有概念がゲルマン法に由来することを理由に……)謝在全教授認為，合有係導源於日耳曼法之總有，參謝在全，同前註 6，頁 484。而溫豐文教授則主張，合有導源於日耳曼法家族共同體。參溫豐文，同前註 19，頁 2。

依本文理解，總有導源於日耳曼法村落共同體，而合有導源於日耳曼法家族共同體，故總有及合有均導源於日耳曼法應無誤。但合有是否導源於總有？似有詳究之必要。

³⁴ 我國通說認為，公同共有(合有)關係存續期間，共有人之應有部分是潛在的。

³⁵ 參我妻榮・有泉亨 著・清水誠 補訂，同前註 21，頁 176。

第五項 共有理論與制度之探討

關於共有(Miteigentum)此一制度，要進行討論之前，首先必須予以確認的是，所有權為社會經濟發展之產物，故所有制度為歷史之觀念，而非邏輯之觀念³⁶。田中整爾教授從歷史的角度加以觀察，其主張封建的協同體關係崩壞之後，於現實的社會中，共同所有形態的發生是無法避免的³⁷。

在文獻考察的過程中，學者大多未針對共有此一制度表示支持或反對之意見，僅中性地介紹並闡述各種共有型態的沿革及特性。

第一款 肯定說

關於共有制度，持肯定說者，係以社會生活需要作為主要支持之論點³⁸；或謂共有係為實際上之必要³⁹。文獻所舉適例中，大多是數人共同購買一匹馬，依出資比例，輪流使用；或因個人資力不足，數人共同出資購買別墅一幢，輪流使用；或數人合資購買一筆土地，以為合夥目的事業之用。

第二款 共有性惡說

日本學者鷹巢信孝認為，日本向來的通說為共有性惡說，羅馬法諺有「共有為紛爭之母」(communio mater rixarum)⁴⁰的說法⁴¹；對於共有財產的管理變得容易疏忽。謝在全教授認為，民法 820 條修法前，共有物之使

³⁶ 參溫豐文，同前註 19，頁 8。

³⁷ 參田中整爾，同註 25，頁 199。

³⁸ 社會生活需要說，參謝在全，同前註 6，頁 483。

³⁹ 參曹傑，中國民法物權論，商務印書館，1937，頁 96。

⁴⁰ 系爭羅馬法諺之引用，另參古振暉，共同所有之比較研究，翰蘆，2006，頁 312。

⁴¹ 従来の通説が共有性悪説、即ち「共有は紛争の母」であり。參鷹巢信孝，同前註 13，頁 5。

用、收益等管理原則須經共有人全體同意，不易達成，致妨礙共有物之利用⁴²。且共有物之受益難以順利為之，又無流通之自由，對社會經濟不利，且其受益、改良、處分極易發生糾紛⁴³。

第三款 本文意見

共有關係之發生，有基於當事人意思而成立共有關係，亦有基於法律規定而成立共有關係(§808 發見埋藏物之共有、§812 動產附合之共有、§813 動產混合之共有、§1151 未分割遺產之共同共有)。本文以下僅就基於當事人意思而成立共有關係之情形加以討論。

研究相關判決的過程中，可以輕易發現，與共有相關的民事爭議佔了民事訴訟案源的相當部分。常見的訴訟有：返還共有物(拆屋還地、回復原狀、返還停車位、返還屋頂突出物)、分割共有物、分擔共有物費用等。所謂共有為紛爭之母，應屬的論。

本文擬進一步分析，肯定說所謂共有係基於社會生活需要的說法。肯定說所舉的適例中，第一個例子，數人共有一匹馬(注意，不是繼承而來，而是共同出資購買)。本文以為，共有一匹馬似非社會生活需要。如果我們將馬視為交通工具，轉而思考數人出資購買，而共有一輛車的情形，在現實生活中，亦相當少見。第二個例子，數人合資購買一幢別墅，於假日依出資比例或依協議輪流使用，更是殊難想像(德國債編新增之分時居住權契約則為另外一種類型)。第三個例子，數人合資購買土地，本文以為，當事人間必存在一定共同目的，或為投資、或為興建建物出售、出租或為營業之用。依常理衡之，當事人間必不可能就系爭土地單純成立分別共有

⁴² 參謝在全，同前註 6，頁 521。

⁴³ 參謝在全，同前註 6，頁 533。

(Miteigentum nach Bruchteilen)，從理性(ration)加以判斷，當事人間應合意成立合夥或成立公司以營目的事業⁴⁴。

綜上討論，所謂共有係基於社會生活需要，究為何指？一個可能的想像是，土地所有人與建商成立合建契約，而共有系爭基地及區分所有建物。然而，在此種情形，當事人間必有完整、詳細的契約內容規範彼此之權利義務，依本文理解，適例中關於共有物之管理，殊無適用民法 820 條規定之必要。

第二節 契約

契約(contract)，對於法律人而言，是個再熟悉不過的法律概念。但契約這個名詞，在我國實務的運用上，卻又不是那麼精確；而在學說的論述上，似亦相當分歧。因而本文認為，有進一步確認、分析此概念之必要。本節擬透過我國及日本學說之回顧，探討(1)契約之意義與定性、(2)契約相關規定在我國民法體系中之定位、(3)契約成立之方式以及(4)默示成立契約之方法等主題，釐清相關概念後，再以系爭研究成果作為後文分析默示分管契約之理論基礎。

第一項 契約的意義

第一款 實定法

我民法共分五編，債編第一章為通則，通則第一節為債之發生，我國將契約、代理權授與、無因管理、不當得利及侵權行為等列為五款債之發

⁴⁴ 參王澤鑑，同前註 10，頁 272。

生原因。債編中就契約設有規定者，計有：債之發生(§153 以下)、債之效力(§245-1 以下)及各種之債(§345 以下)。

我國民法條文中，並未就契約設有定義。民法 153 條第一項「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」係規定契約之成立以當事人意思表示合致為要件，其中意思表示不以明示為必要。民法 153 條立法理由⁴⁵對契約設有定義「契約者，由二人以上意思表示一致而成之雙方行為也。」

第二款 國內學說概述

關於契約概念之描述，國內學者多於法律行為此一概念項下加以討論，關於契約之意義與定位，學者間之說明或有不同；而關於法律行為之分類，大體上來說，有三元說與二元說之區別，茲臚列如下：

關於法律行為之分類，國內學者採取三元說者，有史尚寬、洪遜欣、王澤鑑、施啟揚、邱聰智等教授。

一、史尚寬教授認為契約係指「由兩個交換的所為意思表示之一致，而成立之法律行為」

史尚寬教授將法律行為區分為一方行為、契約及合同行為⁴⁶；契約係指由兩個交換的所為意思表示之一致，而成立之法律行為⁴⁷。因要約與承諾一致，而成立契約，故亦稱雙方行為。在合夥契約，得有兩個以上意思

⁴⁵ 參黃宗樂監修，六法全書—民法，保成，頁 296。

⁴⁶ 多數意思表示平行一致而成立之法律行為，國內學者或稱為共同行為(如鄭玉波、王伯琦、施啟揚、邱聰智教授)，或稱為合同行為(如史尚寬、洪遜欣、王澤鑑、陳自強教授)，兩者所指稱之意義大致相同。然而，中國所謂合同法，係指契約法而言，因為兩岸均使用中文，為避免理解上之混淆，本文以下相關論述不再使用合同行為用語，一律稱為共同行為。

⁴⁷ 見史尚寬，民法總論，1980，頁 276-277。

表示之一致，然此多數之意思表示，各當事人個別的有不同之意義，與次述之合同行為不同。

二、洪遜欣教授認為契約係「當事人雙方對立之意思表示(要約與承諾)相互合致而成立之法律行為」

洪遜欣教授將法律行為區分為單獨行為、契約及合同行為。洪教授認為契約係當事人雙方對立之意思表示(要約與承諾)相互合致而成立之法律行為⁴⁸。

三、王澤鑑教授認為契約「因當事人互相意思表示一致而成立」

王澤鑑教授將法律行為分為單方行為、契約及合同行為；王教授認為，契約因當事人互相意思表示一致而成立。此種互相意思表示一致的二個意思表示，其在前者稱為要約，其在後者稱為承諾。合同行為與契約同屬多方行為，合同行為乃由同一內容的多數意思表示合致而成立。⁴⁹

四、施啟揚教授認為契約乃「相對立的意思表示趨於一致而成立的法律行為」。

施啟揚教授將法律行為分為單獨行為、契約行為與共同行為⁵⁰；施教授認為，契約行為又稱為雙方行為，乃相對立的意思表示趨於一致而成立的法律行為。契約行為的主要特徵為：(1)須有兩個不同方向的意思表示、(2)雙方意思表示趨於一致(異向的一致)。

⁴⁸ 見洪遜欣，中國民法總則，1987，頁 264-265。

⁴⁹ 參王澤鑑，民法總則，2011，頁 279-281。

⁵⁰ 見施啟揚，民法總則，2009，頁 241-242。

五、邱聰智教授認為契約係指「因當事人相對立但趨於一致之意思表示結合而成立(法律行為)之法律行為類型」

邱聰智教授依意思表示之單複及結成狀態之不同，將法律行為區分為單獨行為、契約與共同行為三種類型。契約係指因當事人相對立但趨於一致之意思表示結合而成立(法律行為)之法律行為類型。⁵¹ 此對立而一致之意思表示，通常為對立之當事人雙方，故亦稱雙方行為。狹義的契約係指「當事人以發生債之關係為目的，相互為對立之意思表示，而趨於一致之法律行為⁵²。」「契約，日常交易上，固以二個意思表示聚合成立為常態，但制度設計上，並不以此為限。」例如，合夥、合會，均得由多數人成立契約。

關於法律行為之分類，國內學者採取二元說者，有鄭玉波、王伯琦、姚瑞光、黃立等教授。

六、鄭玉波教授認為契約「乃由雙方內容互異而相對應之意思表示合致(錯綜的合致)而成立之法律行為。」

鄭玉波教授以是否由當事人一方之意思表示即可成立為標準，將法律行為區分為一方行為與多方行為。多方行為係指由多方意思表示之合致，始可成立之行為。而多方行為又可區分為雙方行為與共同行為。雙方行為即契約，乃由雙方內容互異而相對應之意思表示合致(錯綜的合致)而成立之法律行為⁵³。

⁵¹ 參邱聰智，民法總則(上)，2005，頁462-463。

⁵² 參邱聰智，新訂民法債編通則(上)，2003，頁31-33。邱聰智教授表示，「隨著信賴契約、強制契約、事實上契約概念的產生與應用，契約是否仍為意思表示合致所可儘為說明」，學理上已多有反省及檢討。

⁵³ 見鄭玉波，民法總則，2008，頁246-247。

七、王伯琦教授認為契約係「由二以上之意思表示趨於一致而成立之行為」。

王伯琦教授將法律行為區分為單獨行為及契約行為，王教授認為契約行為係由二以上之意思表示趨於一致而成立之行為⁵⁴。共同行為與契約行為，均係二以上意思表示趨於一致而成立，惟契約行為之多數意思表示是相互的，對立的；在共同行為，其意思表示為並行的，其標的為同一的。

八、姚瑞光教授認為契約係「由雙方面對立的意思表示互相一致，始生效力之行為」

姚瑞光教授將法律行為區分為單方行為及雙方行為；姚教授認為由雙方對立的意思表示互相一致，始生效力之行為，稱為雙方行為，又稱契約行為。⁵⁵

九、黃立教授認為契約係「兩個以上參與人，以內容不同，但相互呼應之意思表示，以達成同一法律效果為目的之法律行為」

黃立教授依參與人數不同，將法律行為區分單獨行為與多方行為。多方法律行為包含兩個以上當事人之意思表示，分為(1)契約、(2)決議及(3)章程。契約係兩個以上參與人，以內容不同，但相互呼應之意思表示，以達成同一法律效果為目的之法律行為⁵⁶。

⁵⁴ 參王伯琦，民法總則，正中書局，8版，1979，頁125。

⁵⁵ 見姚瑞光，民法總則論，2002，頁259-260。

⁵⁶ 見黃立，民法總則，2005，頁195-196。

十、孫森焱教授認為契約是「雙方當事人以發生債之關係為目的，相互為對立的意思表示，趨於一致的法律行為。」。

孫森焱教授認為，契約是雙方當事人以發生債之關係為目的，相互為對立的意思表示，趨於一致的法律行為⁵⁷。而廣義的契約是雙方當事人合意而生法律上效果的行為。

十一、陳自強教授認為契約是「當事人透過自我約束為自我決定的行為」

陳自強教授認為，「以意思表示的方向性或內容是否同一，來決定法律行為屬於契約或合同行為，均有待斟酌⁵⁸」。而陳自強教授對於契約的描述是「契約是當事人透過自我約束為自我決定的行為，是因為一方取得他方的自我拘束，而決定向他方表示願意因此自我拘束，他方也願意因此自我拘束，因此，契約發生拘束彼此雙方的結果⁵⁹。」

十二、杜怡靜教授認為契約是雙方當事人合意而生私法上法律效果之一種法律行為

杜怡靜教授認為，契約係兩個以上互相對立之意思表示所構成，當二個意思表示(要約與承諾)合致時，契約即為成立⁶⁰；契約是雙方當事人合意而生私法上法律效果之一種法律行為。

⁵⁷ 見孫森焱，民法債編總論上冊，2001，頁 22-23。

⁵⁸ 見陳自強，契約之成立與生效，2005，頁 43。

⁵⁹ 見陳自強，同前註 58，頁 41-42。

⁶⁰ 見杜怡靜，契約之成立與效力，2006，頁 11。

國內學者關於契約之說明與法律行為之分類方式或有不同，茲整理如下：

下：

學說分類	學者	法律行為之分類			
三元說	史尚寬	一方行為	契約	合同行為	
	洪遜欣	單獨行為	契約	合同行為	
	王澤鑑	單方行為	契約	合同行為	
	施啟揚	單獨行為	契約	共同行為	
	邱聰智	單獨行為	契約	共同行為	
二元說	鄭玉波	一方行為	多方行為		
			雙方行為 (契約)	共同行為	
	王伯琦	一方意思表示	二以上之意思表示趨於一致而成立之行為		
		單獨行為	契約	共同行為	
	姚瑞光	單方行為	雙方行為		
黃立	單獨行為	多方行為 (契約、決議、章程)			
未區分說	陳自強	以意思表示的方向性或內容是否同一，來決定法律行為屬於契約或合同行為，均有待斟酌。契約是當事人透過自我約束為自我決定的行為			

第三款 日本學說概述

一、我妻榮教授認為廣義的契約，係以發生私法上效果為目的之合意的總稱。

我妻榮教授認為廣義的契約，係以發生私法上效果為目的之合意的總稱，不僅指以發生債權為目的之合意，以發生物權變動(移轉所有權、設定抵押權)為目的之合意、以債權讓與為目的之合意、以設定、變更身分關係(結婚、協議離婚)為目的之合意，均包含其中⁶¹。狹義的契約，係指以發生債權為目的之合意。

二、林良平教授認為契約係指「依相對立的當事人雙方意思表示合致而成立的法律行為」

林良平教授認為，契約係指依相對立的當事人雙方意思表示合致而成立的法律行為，依此合意，當事人間發生一定的法律效果。以發生財產權變動為目的之契約稱為財產契約，以身分關係變動為目的之契約稱為身分契約。財產契約中，以物權的變動為直接目的之契約稱為物權契約，以物權以外財產權的變動為直接目的之契約稱為準物權契約⁶²。

三、水本浩教授認為契約是「意思表示的合致(合意)」⁶³

⁶¹ 參我妻榮，債權各論上卷，岩波書店，2004，頁 42-43。廣義では、私法上の効果の發生を目的とする合意の總稱である。

⁶² 參林良平編，債權各論，青林書院，1986，頁 3。契約とは、相對する立場にある当事者双方意思表示の合致によって成立する法律行為であり、それによって当事者間に一定法律効果を發生されるものである。

⁶³ 見水本浩、遠藤浩編，債權各論(改訂版)，青林書院，1993，頁 10。意思表示の合致つまり合意を契約という。

四、長尾治助教授認為契約是「以二人以上相對立意思表示合致為必要的法律行為」

長尾治助教授將法律行為分為單獨行為、契約與合同行為；長尾教授認為契約是以二人以上相對立意思表示合致為必要的法律行為。民法規定13種典型契約，其他如商法等特別法也有規定，因為法律行為自由的緣故，縱使法律未規定的類型的契約，亦同樣受到保護。合同行為，如社團的設立行為，以多數當事人的意思表示合致為必要，這點與契約相同。⁶⁴

五、近江幸治教授認為契約是「人與人的約束(=合意)」

近江幸治教授認為契約是人與人的約束(=合意)，依此合意，當事人間發生債權債務關係。若契約成立，各當事人即受到契約內容履行規範之拘束。依此合意，發生當為的規範的拘束關係。依合意而生的規範拘束，稱作規範的拘束力⁶⁵。

六、潮見佳男教授認為契約原則上「依兩當事人意思表示合致而成立」

潮見佳男教授認為，契約原則上依兩當事人的合意(意思表示的合致)而成立，合意的內容形成拘束兩當事人的規範⁶⁶。

⁶⁴ 參乾昭三、長尾治助編，新民法講義1 契約法，有斐閣ブックス，1992，頁59-60。

⁶⁵ 參近江幸治，契約法，第3版，成文堂，2007，頁5。「契約」(Vertrag, contrat, contract)とは、人と人の「約束」(=合意)であって、この合意により、当事者間に「義務」関係—債権・債務の関係—が発生する。「合意」による当為(Sollen)的な規範的拘束関係の発生である。

⁶⁶ 參潮見佳男，債權各論I 契約法·事務管理·不当利得，新世社，2005，頁1。

第四款 學說見解整理與分析

關於契約的意義為何，由上開國內見解概述可知，契約是法律行為的一種，而法律行為是以意思表示為要素的法律事實。通說依不同標準，將法律行為予以類型化，關於契約應置於法律行為體系中的何種位置？學說多以意思表示的數量及方向性予以區分。

僅一個意思表示即可發生效力的法律行為，學說上稱為單獨行為、單方行為或一方行為，所舉的適例有捐助行為⁶⁷、形成權的行使⁶⁸、拋棄、遺囑、認領⁶⁹。關於單獨行為或一方行為之概念，學說上並無異說。

國內學者關於契約概念之說明，依本文整理，約有下列四種不同說法：

一、契約是雙方當事人以對向意思表示合致而成立之法律行為

採取此說的有洪遜欣、施啟揚、孫森焱、鄭玉波、史尚寬、姚瑞光及杜怡靜等教授。此說的重點在於，契約的當事人僅有兩造，而兩造的意思表示是對向的合致。民法 153 條立法理由亦採此說。本說所謂雙方或兩造，並未限制一方或一造之人數，所強調者毋寧是雙方或兩造意思表示之對向性，亦即，任一造的人數均可為多數。本說應可論為國內學界通說或多數說。

⁶⁷ 參邱聰智，同前註 51，頁 462。

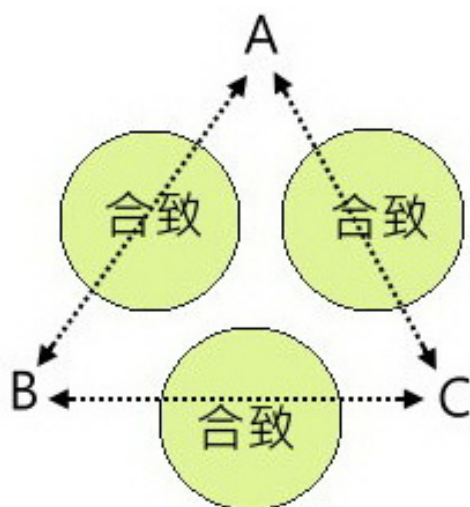
⁶⁸ 參鄭玉波，同前註 53，頁 246-247。鄭玉波教授所舉的例子是撤銷、承認、契約之解除及債務之免除。另參邱聰智，同前註 51，頁 464。邱聰智教授所舉的例子還包括允許、撤回、選擇、終止及抵銷。另參陳自強，同前註 58，頁 45。陳自強教授認為，形成權的行使必然不需要他方當事人之同意，這種類型的單獨行為，就是實現形成權的手段。

⁶⁹ 參史尚寬，同前註 47，頁 277。

二、契約是「兩個以上」當事人，意思表示相互、對立趨於一致之法律行為

採取此說的有王伯琦、黃立及長尾治助教授。依本文觀察，本說的重點在於契約的當事人似不限於兩造。黃立教授強調，構成契約之意思表示內容不同但相互呼應，並以達成同一法律效果為目的。

王伯琦教授並未說明兩造以上之意思表示要如何相互、對立而趨於一致。舉例來說，契約當事人有 A、B、C 三造，依現行法，如何為要約？如何為承諾？當事人間之意思表示要如何相互、對立而趨於一致？應論為雙務契約或三務契約或多務契約？在買賣契約中，如何成立兩造以上之當事人？本文以為，若無法釐清上開問題，卻於契約之定義中強調二以上意思表示，徒治絲益棼。



兩兩合致？

王伯琦、黃立、長尾治助教授
關於契約之見解
契約是「兩個以上」當事人，
意思表示相互、對立
趨於一致之法律行為

黃立教授並未說明何謂內容不同但相互呼應。若是指要約與承諾對向的合致，則該說與通說並無不同。另外，黃立教授並未清楚指出，所謂兩

個以上參與人是否限於兩造？有無可能於契約中成立兩造以上之當事人？若肯定，則同樣應面對上開質疑。若否定，則其見解與通說並無不同。

三、契約是當事人相對立之意思表示趨於一致而成立之法律行為

採本說者為邱聰智教授。邱教授認為，對立而一致之意思表示，通常為對立之當事人雙方，故亦稱雙方行為。契約，日常交易上，固以二個意思表示聚合成立為常態，但制度設計上，並不以此為限。例如，合夥、合會，均得由多數人成立契約。同樣的，邱聰智教授並未說明合夥或合會當事人之意思表示要如何對立而趨於一致。如何為要約？如何為承諾？合夥多數當事人間所謂對立而趨於一致之意思表示，其中「對立」意所指？同樣的疑問，合會當中，會首以外的會員之間，其意思表示要如何對立而趨於一致？

四、契約是當事人透過自我約束為自我決定之行為

採本說者為陳自強教授。陳教授認為契約係先於法律而存在的制度，當事人因契約的締結而自我約束，常無待法律承認其效力，故契約成立，因自我拘束而發生形式拘束力⁷⁰；這種互為自我拘束的表示，法律上理解為意思表示。合夥契約當事人目的不在交換出資，而是經營共同事業；而婚姻當事人是以永久共同生活為目的，這兩種情形均難認為互異而相對立的意思表示的合致⁷¹，因而陳教授質疑通說「契約係由雙方互異而相對立的意思表示的合致而構成」的說法。(1)契約與合同行為：陳自強教授認為，通說以意思表示的方向性或內容是否同一，來決定法律行為屬契約或合同行為⁷²這種說法，有待斟酌⁷³。(2)契約與社團設立行為：此外，陳教

⁷⁰ 參陳自強，同前註 58，頁 423。

⁷¹ 見陳自強，同前註 58，頁 42。

⁷² 要特別注意的是，陳自強教授所認知的合同行為，與通說不同。陳教授認為，社團總會決議或股東

授亦認為，社團設立行為，只有對設立行為的內容表示同意，且願意以設立人身分成為社團成員的人，才成為設立人。這種情形，與「只有對契約內容表示同意，願意受契約拘束的人，才成為契約當事人，並無重大差異⁷⁴。」陳教授並指出，依德國通說，咸認為社團的設立行為，具有契約的要素。

第五款 本文見解

一、契約與共同行為之分類—分類與歸納的無限循環

(一) 國內學者關於法律行為的各種分類

契約，是法律行為的一種，以意思表示為要素；這種說法，國內並無異說。法律行為作為一個上位概念，學說依不同觀點、不同角度、不同標準來解構法律行為此一概念，而各自得出各種不同的分類。舉例來說，鄭玉波教授依不同標準，將法律行為作出 9 種分類⁷⁵：(1)財產行為、身分行為、(2)一方行為、多方行為、(3)要式行為、不要式行為、(4)要物行為、不要物行為、(5)要因行為、不要因行為、(6)有償行為、無償行為、(7)主行為、從行為、(8)獨立行為、補助行為、(9)生存行為、死因行為；施啟揚教授更就法律行為作出 11 種分類⁷⁶。

會決議均非合同行為；真正的合同行為，係共同買受人依民法 258 條 2 項與 359 條共同行使解除權。參陳自強，同前註 58，頁 43。

⁷³ 參陳自強，同前註 58，頁 43。

⁷⁴ 見陳自強，同前註 58，頁 44。

⁷⁵ 參鄭玉波，同前註 53，頁 244-251。

⁷⁶ 參施啟揚，同前註 50，頁 241-247。鄭玉波教授將「債權行為、物權行為、準物權行為」此一分類置於財產行為項下，而施啟揚教授將之獨立出來作為一個不同分類。就分類邏輯概念來說，由於上開分類可以完全包攝於財產行為項下，本文認為，若將該分類提升，與「財產行為、身分行為」此一分類並置，似有不妥，故鄭玉波教授的分類較為妥適。

另外，施啟揚教授於「債權行為、物權行為、準物權行為」分類之外，另提出「處分行為、負擔行為」

(二) 總匯 pizza 的各種切法

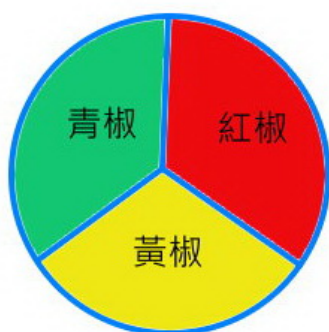
如果我們將法律行為此一概念視為一塊總匯 pizza(字集)，每一種分類標準都是不同的切法，用一種切法(縱切)可以分成有鳳梨與沒有鳳梨的兩塊(A、B 兩個子集合)，如果是另一種切法(橫切)可以分成有火腿與沒有火腿的兩塊(甲、乙兩個子集合)，第三種切法可以切成分別僅含青椒、黃椒、紅椒三塊 pizza(ㄅ、ㄆ、ㄇ三個子集合)。其中 A、B 兩個子集合彼此互斥，甲、乙兩個子集合彼此互斥，ㄅ、ㄆ、ㄇ三個子集合彼此互斥；而 A、B 兩個子集合的聯集為字集(一整塊完整的 pizza)，甲、乙兩個子集合的聯集為字集(一整塊完整的 pizza)，ㄅ、ㄆ、ㄇ三個子集合的聯集亦為字集(一整塊完整的 pizza)。



第一種切法(縱切)



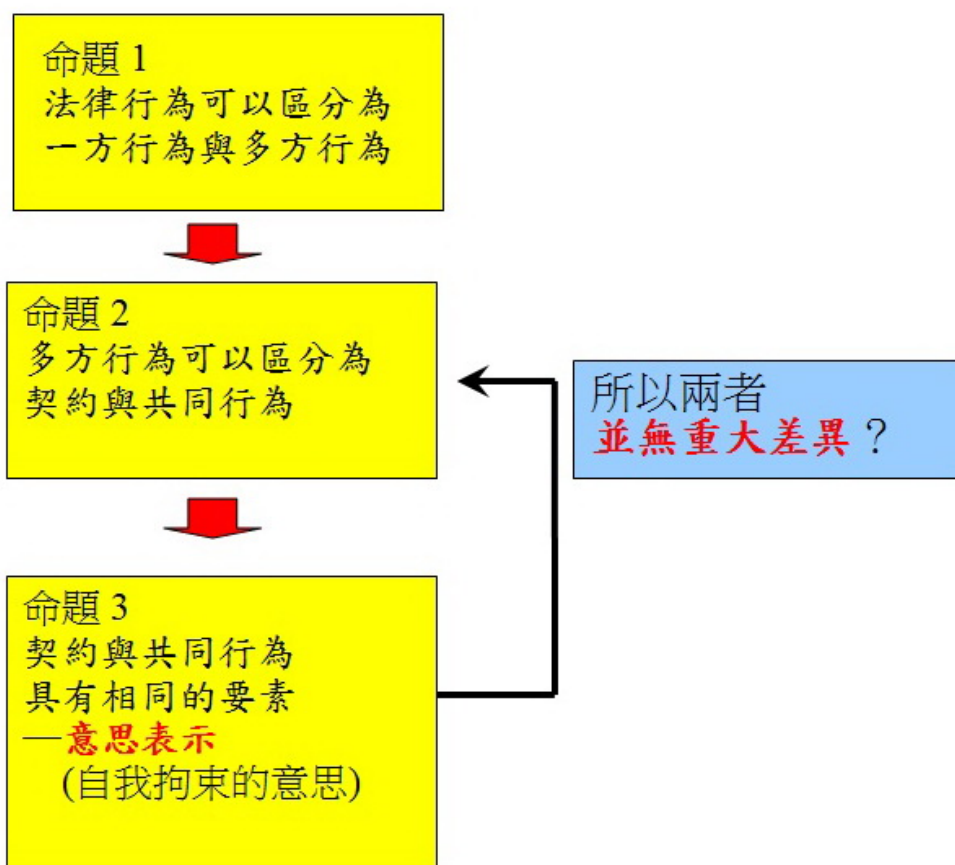
第二種切法(橫切)



第三種切法

此一分類。本文認為，依通說，物權行為與準物權行為合稱處分行為，而債權行為與負擔行為所指涉的概念似完全相同，因而，於法律行為項下並置此兩組分類，是否妥適，尚非無疑。

我們從上開說法來檢視陳自強教授的說法。陳教授認為，契約的效力來自於當事人的自我約束；參與社團設立的當事人亦因其對內容表示同意而受到約束，從這個觀點來看，兩者並無重大差異。



依本文理解，陳教授觀察的重點，在於從契約與(通說所認知的)共同行為中抽離出共同的要素—自我拘束的意思(意思表示)，以此作為陳述的論點，並認為就此角度觀察，兩者並無重大差異。本文認為，陳教授上開說法，就好像說，有火腿那塊 pizza 有餅皮，沒有火腿那塊 pizza 也有餅皮，這兩塊 pizza 具有相同的要素(都有餅皮)，因此兩者並無重大差異。

學說上係就法律行為概念依不同標準進行各種分類，而陳教授就其中一種分類(單獨行為、契約、共同行為)進行歸納的動作，從其中抽取出共同的要素，進而反駁系爭分類。本文認為，只要在分類的階段沒有出錯，

依陳教授的邏輯，針對上開任一種分類加以歸納，都可以抽取出相同要素——自我拘束的意思(意思表示)。舉例來說，我們也可以這麼說，債權行為先於法律而存在，當事人因債權行為的意思而自我約束，常無待法律承認其效力，故債權行為成立，因自我拘束而發生形式拘束力；物權行為亦先於法律而存在，當事人因物權行為的意思而自我約束，常無待法律承認其效力，故物權行為成立，因自我拘束而發生形式拘束力。兩者均因為表意人有意讓其表示的內容發生法律上效力，該內容被承認，而發生與實定法相同的效力，故兩者並無重大差異？

綜上所述，本文認為，將契約定義為**兩造因對向意思表示合致而成立**之法律行為，並無問題。

二、婚姻契約不得適用民法 153 條

陳自強教授認為婚姻當事人是以永久共同生活為目的，這種情形難認為是互異而相對立的意思表示的合致，因而陳教授質疑通說「契約係由雙方互異而相對立的意思表示的合致」的說法。本文認為，陳教授上開見解似有進一步檢討之必要。國內多數民總及債總教科書，均將財產契約與身分契約⁷⁷列為廣義的契約概念，依本文整理文獻結果，似僅有何孝元教授未於闡述契約時，列入身分行為⁷⁸。而國內身分法學者於親屬法教科書中，則進一步區分純粹身分行為與身分財產行為⁷⁹。

⁷⁷ 參史尚寬，債法總論，1983，頁 7；王澤鑑，同前註 49，頁 280-281；施啟揚，同前註 50，頁 241；孫森焱，同前註 57，頁 22；王伯琦，同前註 54，頁 125-126；邱聰智，同前註 52，頁 31；；洪遜欣，同前註 48，頁 265，洪遜欣教授未採廣義契約之說法，而是將契約分類為債權契約、物權契約及身分契約；姚瑞光，同前註 55，頁 259-260，姚瑞光教授並無廣義契約的說法，他將身分行為中的婚約、結婚、收養與財產行為中的買賣、賃等列為雙方行為(契約行為)。

⁷⁸ 參何孝元，民法總則，1983，三民，頁 105-106。

⁷⁹ 參陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，民法親屬新論，1998，三民，頁 19。

(一) 陳棋炎教授關於身分行為之見解

陳棋炎教授提出「親屬的身分行為」概念。所謂親屬的身分行為，係指以親屬的身分之取得與喪失為目的之行為，例如結婚、收養⁸⁰。陳教授指出，親屬的身分行為有合同行為⁸¹性質，且具有下列特性：無所謂「行為能力」、無所謂「意思表示」、不得代理、不准附條件、期限等。陳棋炎教授特別強調，親屬的身分行為是否發生效力「切勿逕行適用其為財產法基本原則之民法總則之規定」；親屬法上合意，絕非財產法上意思表示一致⁸²。而身分行為是否屬於法律行為？陳棋炎教授認為「構成財產法上法律行為之主要因素之意思表示，與身分及身分行為並無任何關係」；民法總則關於意思表示之規定，自不可適用於身分行為⁸³。陳教授並引用山中康雄⁸⁴教授之見解，認為「身分行為與市民社會法上之契約不同，在其本質上，無法分為要約與承諾兩個意思表示行為，蓋身分行為之效果發生根據，並不在意思表示之故⁸⁵。」

(二) 戴炎輝、戴東雄教授關於身分行為之見解

戴教授認為，身分關係具有「事實先在性」，意即先有身分關係，而後法律予以規律；非先有法律，而後成立身分關係。從而身分行為僅具有「宣言的性質」⁸⁶。在身分行為，與財產上之法律行為不同，毋庸區別行為能力與限制行為能力，當事人僅以有意思能力已足。戴教授並於上開親

⁸⁰ 參陳棋炎等，同前註 79，頁 24 以下。

⁸¹ 參陳棋炎，近代法上婚姻之法律性質，收錄於親屬、繼承法基本問題，1980，頁 161-163。

⁸² 見陳棋炎等，同前註 79，頁 28-29。

⁸³ 參陳棋炎，親屬、繼承法與民法總則間之礙難問題，收錄於親屬、繼承法基本問題，1980，頁 12-15。

⁸⁴ 該書因年代久遠，本文作者無法取得，請自行參閱。(山中康雄，市民社會と親族身分法，頁 237-238)

⁸⁵ 參陳棋炎，同前註 81，頁 162-163。陳棋炎教授認為，婚約是通常契約，而結婚是合同行為。

⁸⁶ 參戴炎輝、戴東雄，親屬法，2002，頁 5。

屬法一書中，用去 6 頁的篇幅，詳述民法總則編與親屬編之關係，因總則編多以財產交易為規範目標，不應將此內容作為親屬編總則之規定⁸⁷。

(三) 小結

由上開介紹可知，於探討身分行為之成立與效力時，國內身分法學者明示反對逕行適用總則編之規定，而應區分不同情形，予以適用或不予適用⁸⁸。依本文理解，區分的理由毋寧是身分行為與財產行為之性質不同使然。本文認為，債編之規定係完全以財產交易行為作為規範標的，既然總則編的規定都不一定能適用於身分行為，舉輕明重，親屬的身分行為更無逕行適用債編規定之餘地。

陳自強教授於「意思表示與契約」的討論中，似未區分財產行為與身分行為本質上之差異，而以結婚非互異而相對立的意思表示的合致之觀點，據以質疑國內通說對契約之定義—雙方互異而相對立的意思表示的合致⁸⁹。陳自強教授並認為「契約法之法律規範，法律行為及意思表示之概念若並非想像其不存在，則立法論上，法律行為是否仍應作為契約法外在體系之抽象法律概念，或直接以契約取而代之，仍有討論空間⁹⁰。」

本文以為，民法 153 條係規定於債編通則中債之發生一節，就體例上，殊無逕行適用於結婚行為之可能⁹¹，但有不同見解⁹²。反面言之，以

⁸⁷ 見戴炎輝等，同前註 86，頁 6-12。

⁸⁸ 另參姚瑞光，同前註 55，頁 3-4。姚瑞光教授認為，民法總則編各條之規定，是否得適用於民法其他各編，應依具體個案，視其他各編有無特別規定，有無性質上不相容即相牴觸之規定，分別認定，不能一概而論。

⁸⁹ 見陳自強，同前註 58，頁 40-42。

⁹⁰ 見陳自強，台灣民法百年—以財產法之修正為中心，月旦法學雜誌，186 期，2010，頁 113。

⁹¹ 參王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，2000，頁 113。王澤鑑教授明白指出，債編通則第一章第一節第一款所稱契約，乃指債權契約而言，又稱負擔契約(obligatorischer Vertrag)。

⁹² 參史尚寬，同前註 77，頁 7。史尚寬教授認為，我民法於債編通則第一章第一節第一款規定契約通

當事人結婚之目的並非「互異而相對立的意思表示的合致」作為質疑通說關於狹義契約定義之論點，似為無的放矢，故為本文所不採⁹³。

第二項 債之發生與各種之債

本項之研究目的，在於透過觀察德國及我國民法典關於債之發生與各種之債的相關規定，歸納並整理各種之債的法律性質。透過學說與制定法的結合與比較，釐清各種債之關係在學理上之對應，進而確認契約在民法體系中應有的地位。

第一款 德國立法例

德國聯邦共和國民法典的前身是德意志帝國民法典，公布於 1896 年 8 月 24 日，於 1900 年 1 月 1 日施行。德國民法典(Bürgerliches Gesetzbuch)共分五編，第二編(Buch 2)為債的關係法(Recht der Schuldverhältnisse)，第 7 章(Abschnitt 7)規定各個債之關係(Einzelne Schuldverhältnisse)，共分 25 節(Titel)：(1) Kauf, Tausch(買賣、互易)、(2) Schenkung(贈與)、(3) Mietvertrag, Pachtvertrag(使用租賃、用益租賃)、(4) Leihe(使用借貸)、(5) Darlehen(消費借貸)、(6) Dienstvertrag(僱傭)、(7) Werkvertrag(承攬)、(8) Maklervertrag(居間)、(9) Auslobung(懸賞廣告)、(10) Auftrag(委任)、(11) Geschäftsführung ohne Auftrag(無因管理)、(12) Verwahrung(寄託)、(13) Einbringung von Sachen bei Gastwirten(旅店中物之攜入)、

則，解釋上於債權契約以外之契約，可準用之。

史尚寬教授前開書中僅謂「可準用之」，並未詳述如何準用。本文亦未完全排除準用之可能性，僅認為不得逕行適用，就此角度觀察，兩說並無扞格之處。

⁹³ 王澤鑑教授認為，物權契約之成立應類推適用民法 153 條以下之規定。參王澤鑑，民法學說與判例研究(五)，頁。但陳自強教授認為，我國民法關於契約成立之規定，縱理論上得類推適用於債權契約以外的廣義契約，但實際問題的解決上，必要性並不高。參陳自強，同前註 58，頁 392-394。

(14) Gesellschaft(合夥)、(15) Gemeinschaft(共有關係)、(16) Leibrente (終身定期金)、(17) Spiel、Wette(賭博、打賭)、(18) Bürgschaft (保證)、(19) Vergleich (和解)、(20) Schuldversprechen,Schuldanerkenntnis(債務約定、債務承認)、(21) Anweisung(指示證券)、(22) Schuldverschreibung auf den Inhaber(無記名證券)、(23) Vorlegung von Sachen(物之提示)、(24) Ungerechtfertigte Bereicherung(不當得利)、(25) Unerlaubte Handlungen(侵權行為)。

關於各種債之關係部分，(1)1999年7月21日修正第10節標題名稱為 Auftrag und ähnliche Verträge(委任與類似的契約)；(2)2001年大幅修正債編，2002年施行(BGBl. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738)，各種債之關係由第7章移置第8章，新增2節債之關係，Titel 2 Teilzeit-Wohnrechtverträge⁹⁴，Vertrag über langfristig Urlaubsprodukte, Vermittlungsvertrag und Tauschsystemvertrag 及 Titel 3 Darlehensvertrag⁹⁵；Finanzierungshilfen⁹⁶ und Ratenlieferungsvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher⁹⁷。其餘各節號次遞延。第7節(原第5節)標題由 Darlehen 修正為 Sachdarlehensvertrag⁹⁸。第8節(原第6節)標題名稱修正為 Dienstvertrag und ähnliche Verträge(僱傭契約與類似的契約)，第

⁹⁴ 參陳自強，整合中之契約法，元照，2011，頁6。陳自強教授介紹，Teilzeit-Wohnrechtverträge 係由1996年制定之之分時居住權法 Teilzeit-Wohnrechtgesetz 整合於民法債編加以規定。

Teilzeit-Wohnrechtgesetz 國內亦有譯為分時分享契約法、度假村契約法。

⁹⁵ 陳自強教授將 Darlehensvertrag 譯為金錢借貸，參陳自強，同前註94，頁26。

⁹⁶ 陳自強教授將 Finanzierungshilfen 譯為「融資協助」。參陳自強，同前註94，頁27。

⁹⁷ Ratenlieferungsvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher，陳自強教授譯為「企業經營者與消費者間之分期交付契約」，參陳自強，同前註94，頁27。

⁹⁸ 陳自強教授指出，修正前 Darlehen(消費借貸)包括金錢及金錢以外代替物之消費借貸。修正後，第三節 Darlehensvertrag 僅指金錢消費借貸，第七節則更名 Sachdarlehensvertrag，僅指金錢以外代替物之消費借貸。參陳自強，同前註94，頁26以下。

12 節(原第 10 節)標題名稱修正為 Auftrag,Geschäftsbesorgungsvertrag und Zahlungsdienste(委任、法律行為的委託契約與支付服務)，第 19 節(原第 17 節)標題名稱修正為 Unvollkommene Verbindlichkeiten (不完全債務)。

關於德國民法債編 2002 年修正—各個債之關係部分，本文茲以表列整理修正前後之比較如下：

各個債之關係(Einzeln Schuldverhältnisse) 修正前後之比較			
	修正後	修正前	
Abschnitt 8	Einzelne Schuldverhältnisse	Abschnitt 7	
Titel 1	Kauf, Tausch (買賣、互易)	Titel 1	
Titel 2	Teilzeit-Wohnrechterträge (分時居住權契約), Vertrag über langfristig Urlaubsprodukte, Vermittlungsvertrag und Tauschsystemvertrag	本節新增	
Titel 3	Darlehensvertrag (金錢消費借貸); Finanzierungshilfen (融資協助) und Ratenlieferungsvertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (企業經營者與消費者間之分期交付契約)	本節新增	
Titel 4	Schenkung (贈與)	Titel 2	
Titel 5	Mietvertrag,Pachtvertrag (使用租賃、用益租賃)	Titel 3	
Titel 6	Leihe (使用借貸)	Titel 4	
Titel 7	Sachdarlehensvertrag (金錢以外代替物之消費借貸)	Titel 5	Darlehen (消費借貸)
Titel 8	Dienstvertrag und ähnliche Verträge (僱傭契約與類似的契約)	Titel 6	Dienstvertrag (僱傭)
Titel 9	Werkvertrag (承攬)	Titel 7	
Titel 10	Mäklervertrag (居間)	Titel 8	
Titel 11	Auslobun (懸賞廣告)	Titel 9	
Titel 12	Auftrag,Geschäftsbesorgungsvertrag und Zahlungsdienste (委任、法律行為的委託契約與支付服務)	Titel 10	Auftrag (委任)

Titel 13	Geschäftsführung ohne Auftrag (無因管理)	Titel 11	
Titel 14	Verwahrung (寄託)	Titel 12	
Titel 15	Einbringung von Sachen bei Gastwirten (旅店中物之攜入)	Titel 13	
Titel 16	Gesellschaft (合夥)	Titel 14	
Titel 17	Gemeinschaft (共有關係)	Titel 15	
Titel 18	Leibrente (終身定期金)	Titel 16	
Titel 19	Unvollkommene Verbindlichkeiten (不完全債務)	Titel 17	Spiel · Wette (賭博、打賭)
Titel 20	Bürgschaft (保證)	Titel 18	
Titel 21	Vergleich (和解)	Titel 19	
Titel 22	Schuldversprechen, Schuldanerkennnis (債務約定、債務承認)	Titel 20	
Titel 23	Anweisung (指示證券)	Titel 21	
Titel 24	Schuldverschreibung auf den Inhaber (無記名證券)	Titel 22	
Titel 25	Vorlegung von Sachen (物之提示)	Titel 23	
Titel 26	Ungerechtfertigte Bereicherung (不當得利)	Titel 24	
Titel 27	Unerlaubte Handlungen (侵權行為)	Titel 25	

第二款 我國立法例

我民法仿瑞士例，將契約列為債之發生原因之一⁹⁹。債編第二章為各種之債，為典型的債之關係，然而所謂典型與否，仍因地制宜，依各國經濟、文化、習慣而有所不同。本章立法理由「僅按債之發生，種類不一，各有其特殊之性質。故於通則之外，復就各種債務規定之，名曰各種之債¹⁰⁰。」我國民法債編於民國 18 年 11 月 22 日制定公布，施行於民國 19 年 5 月 5 日，採民商統一制度¹⁰¹，第二章規定 24 節各種之債：(1)買賣、

⁹⁹ 瑞士債務法僅列契約、侵權行為、不當得利三款，以無因管理具有準委任之性質，列為各個債之關係中之一項。參史尚寬，同前註 77，頁 7。

¹⁰⁰ 參黃宗樂監修，同前註 45，頁 653。

¹⁰¹ 關於我國民法採用民商統一制的緣由，以及系爭制度的詳盡介紹，參鄭玉波，同前註 53，頁 33-39。

(2)互易、(3)交互計算、(4)贈與、(5)租賃、(6)借貸(使用借貸、消費借貸)、(7)僱傭、(8)承攬、(9)出版、(10)委任、(11)經理人及代辦商、(12)居間、(13)行紀、(14)寄託、(15)倉庫、(16)運送營業(物品運送、旅客運送)、(17)承攬運送、(18)合夥、(19)隱名合夥、(20)指示證券、(21)無記名證券、(22)終身定期金、(23)和解、(24)保證。

民法債編於民國 88 年 4 月 21 日修正公布，89 年 5 月 5 日施行。第二章各種之債增訂：旅遊(8 節之 1)、混藏寄託(603 之 1)、合會(19 節之 1)、人事保證(24 節之 1)。

第三款 我國與德國債編立法例之比較

我國於民法債編第一章通則中，規定 5 款債之發生原因¹⁰²，第一款為契約，該款各條分別規定契約成立之方式、要約、承諾、懸賞廣告及不動產物權契約之要式性。復於債編第二章各種之債中規定 27 節債之關係。

德國民法第二編為債之關係法(Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse)，第三章(原第二章)為因契約而成立之債之關係(Abschnitt 3 Schuldverhältnisse aus Vertrag)¹⁰³，該章規定契約的成立、內容、雙務契約、訂金、違約金、契約解除等。第八章(原第七章)規定 27 節債之關係。

1. 懸賞廣告

我民法將懸賞廣告規定於債之發生第一款契約項下，因規定體例的問題，1999 年債編修正前，關於懸賞廣告之性質，有單獨行為說

¹⁰² 代理權之授與是否發生債之關係？國內學者多採否定說。參王澤鑑，同前註 91，頁 328-329；另參孫森焱，同前註 57，頁 84-85；另參邱聰智，同前註 52，頁 27-28。鄭玉波教授與史尚寬教授採肯定說，參鄭玉波，民法債編總論，三民，1996，頁 72-73；史尚寬，同前註 77，頁 44。

¹⁰³ 德國民法債編第二章 Schuldverhältnisse aus Vertrag，陳自強教授譯為「約定債之關係」。見陳自強，同前註 94，頁 1。

(Polizitationstheorie)與契約說(Vertragstheorie)之爭議，修法後，已定性為契約。德國民法將懸賞廣告 (Auslobun)列為債之關係之一，關於懸賞廣告之性質，德國通說採單獨行為說¹⁰⁴。

懸賞廣告為發生債之關係的方式之一，應無疑問。因而在立法體例上置於「債之發生原因—契約」款下予以規定，是否合適，非無討論之必要。申言之，懸賞廣告究竟是一種有名契約？抑或僅為成立契約的方式之一？近江幸治教授認為，意思實現、交錯要約、懸賞廣告、契約的競爭締結¹⁰⁵均為成立契約的方法，亦即，懸賞廣告為成立契約的方式之一。

本文以為，(1)若採有名契約說，則懸賞廣告之相關規定似不應置於「債之發生原因—契約」款下予以規定；若然，則買賣、贈與、租賃、承攬等有名契約似均應一併移置「債之發生原因—契約」款下加以規定為是，以符體例。(2)若採成立契約方式說，則現行規定之方式於體例上並無不合。

2.無因管理、不當得利、侵權行為

德國將無因管理(Titel 13 Geschäftsführung ohne Auftrag 沒有委任的事物管理)、不當得利(Titel 26 Ungerechtfertigte Bereicherung)、侵權行為(Titel 27 Unerlaubte Handlungen 不法行為)列為三款債之關係 Schuldverhältnisse。立法體例上，德國民法並未區分不同債之發生原因而分別規定不同債之關係，而將各種不同成立原因之債，通通規定到同一章(Abschnitt 8 Einzelne Schuldverhältnisse)中。

我國將無因管理、不當得利、侵權行為列為三款債之發生原因，而非列於各種之債中。首先要予以確認的是，我國民法債編第二章各種之債所

¹⁰⁴ 參黃立，民法債編總論，元照，2006，頁 132。

¹⁰⁵ 參近江幸治，同前註 65，頁 17-23。

規定的內容為何？各種之債間有無共同之要素？我民法採民商統一制度，27 節各種之債中，含有各種不同意義的債之關係，無法以特定的標準予以適當分類¹⁰⁶。略有(1)傳統意義的商行為，如經理人與代辦商、交互計算、居間、行紀、倉庫、運送營業與承攬運送等¹⁰⁷。(2)以規範兩造當事人權利義務關係為最為主要設計目的的雙務契約¹⁰⁸，如買賣、互易、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬等。(3)具有團體性的債之關係，如合夥、合會。(4)有價證券¹⁰⁹，如指示證券、無記名證券¹¹⁰。(5)終身定期金契約¹¹¹。(6)非以財產交易為主要規範對象的債之關係，如和解、保證、人事保證。(7)其他。日本亦有學說將日本民法所訂 13 種契約予以分類¹¹²：(1)財產終局地移轉給對方的契約：贈與、買賣、互易；(2)財產一時地讓對方使用：使用借貸、消費借貸、租賃；(3)屬於勞務契約的類型：僱傭、承攬、委任與寄託；(4)其他：終身定期金。

¹⁰⁶ 劉春堂教授將 27 種有名契約分為四大類，(1)財產性契約 (2)勞務(服務)性契約 (3)信用性契約 (4)其他契約。參劉春堂，民法債編各論(上冊)，2003，頁 2-3。

¹⁰⁷ 參鄭玉波，同前註 53，頁 39。

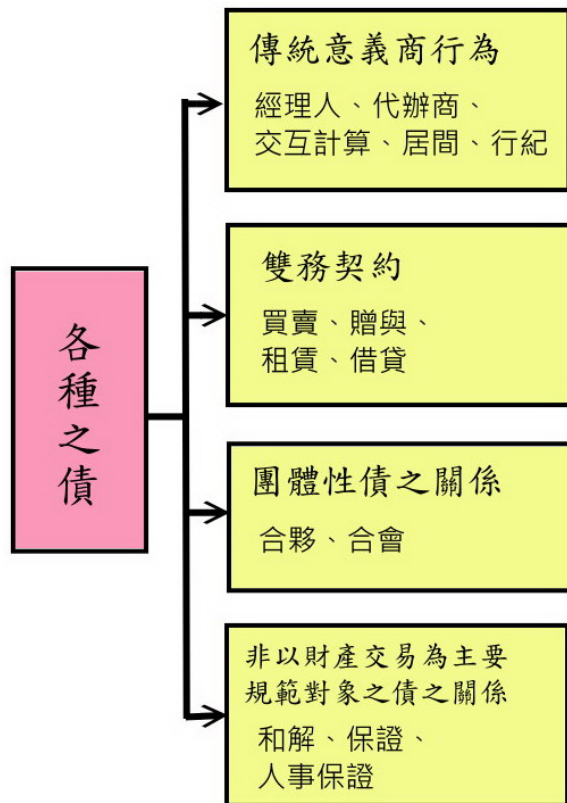
¹⁰⁸ 這類型契約的最大特色，就是債之關係的當事人只有兩造，法律關係相對單純。

¹⁰⁹ 參邱聰智，新訂債法各論(下)，元照，2008，頁 305-306。

¹¹⁰ 鄭玉波教授認為，指示證券與無記名證券之發行，為單獨行為。參鄭玉波，民法債編各論(上)，三民，1975，頁 1。

¹¹¹ 邱聰智教授認為，終身定期金契約為射倖契約，為繼續性契約，多為單務無償契約。參邱聰智，同前註 109，頁 445-446。

¹¹² 參柚木馨、高木多喜男編，新版注釋民法(14)—債權(5)，有斐閣，頁 2-3。



由上開不精確的分類可知，27 節各種之債中，以契約為大宗，但不以契約為限，有價證券的規定毋寧是一種制度，而指示證券¹¹³與無記名證券¹¹⁴的發行為法律行為，依國內通說為單獨行為¹¹⁵。但總的來看，債編第二章所規定之各種之債，均可視為因法律行為而生之債之關係。而國內學者均認為無因管理、不當得利、侵權行為三者係因法律行為以外之法律事實¹¹⁶而生之債之關係。就是否因法律行為而發生債之關係這一點來看，將無因管理、不當得利、侵權行為三者排除在 27 節債之關係之外，似有其道理。問題是，27 節債之關係並非都是契約，如此一來，又產生體系的紊亂。

¹¹³ 指示證券一節之立法理由節錄「關於此制度之性質，有謂應為契約者，有謂應為一方行為者，本法則不認其為契約。」參黃宗樂監修，同前註 45，頁 926。

¹¹⁴ 民法 721 條立法理由節錄「查民律草案第 901 條理由謂無記名證券之債務關係，非因彼此間締結契約而生，乃因發行人有使債務發生之單獨意思表示而生。」參黃宗樂監修，同前註 45，頁 933。

¹¹⁵ 參鄭玉波，民法債編各論(下)，頁 738、766-767；另參邱聰智，同前註 109，頁 343-344、397-398。

¹¹⁶ 參鄭玉波，同前註 102，頁 18-19。鄭玉波教授認為，無因管理是混合的事實行為，侵權行為是違法行為，而不當得利是行為以外之事實。

3.代理權授與

關於代理制度與代理權授與割裂而分別規定於總則及債編，迭受國內學者批評，本文茲不贅，請自行參閱相關文獻。

4.共有關係

德國民法債編將共有關係(Gemeinschaft)列為各種債之關係之一，並於物權編另外就分別共有(Miteigentum §§1008-1011)設有規定。而我國民法債編並未就共有設有一般性規定，僅零星規定混藏寄託之效果(§603-1 I 依比例共有混合保管物)及合夥財產之共同共有(§668)，其餘則讓諸物權編加以規定。

第三項 契約成立的方式

我國民法債編通則第一節債之發生，第一款—契約，本款的規定相當簡略，但就體例上觀之，可視為契約通則。本款規定兩種契約成立的方式：(1)意思表示互相一致(§153 I)；(2)意思實現(§161)。

所謂當事人互相表示意思一致，意義為何？我們可以透過觀察民法153條立法理由獲得理解「當事人之一方，將欲為契約內容之旨，提示於他方，得他方之承諾，而後契約使能成立也。其僅由一方表示要約之意思，而他方不表示承諾之意思者，當然不受契約之拘束。」所謂互相意思表示一致，係指當事人兩造互為意思表示，一為要約，一為承諾，要約與承諾對向地合致而成立契約。意思表示的方式，不限於明示，只要意思表示達成合致，縱為默示，亦能成立契約。所謂意思實現，係指依習慣或事件之性質，承諾無需通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契

約成立。學說認為契約成立的方式，不限於明文規定之要約與承諾一致及意思實現兩種。

關於契約之成立方式，學者間或有不同見解，依本文整理，國內多數見解採三元說，區分：(1)要約與承諾合致、(2)要約交錯、(3)意思實現，代表學者有鄭玉波、王澤鑑與孫森焱教授。而日本通說採二元說，區分(1)要約與承諾合致、(2)要約與承諾合致以外之方法，代表學者有我妻榮、林良平、水本浩與近江幸治教授；關於(2)要約與承諾合致以外之方法，不同學者所舉適例容有差異，茲分述如下：

第一款 國內學說介紹

關於契約成立之方式，學者採取三元說者有鄭玉波、王澤鑑與孫森焱教授。

一、鄭玉波教授認為契約成立的方法有下列方式

鄭玉波教授認為，契約成立的要件係，意思表示合致¹¹⁷。而契約成立的方法有三種¹¹⁸：(1)依要約與承諾成立契約、(2)依要約交錯而成立契約(同時表示亦可成立契約¹¹⁹)、(3)依意思實現而成立契約

二、王澤鑑教授認為締結契約有下列機制

王澤鑑教授認為，契約因雙方當事人互相表示意思一致(合意)而成立¹²⁰。締結契約有下列三種機制¹²¹：(1)依要約與承諾成立契約、(2)依一方的要約與他方的意思實現而成立契約、(3)依要約交錯而成立契約

¹¹⁷ 參鄭玉波，同前註 102，頁 38-39。

¹¹⁸ 參鄭玉波，同前註 102，頁 42。

¹¹⁹ 參鄭玉波，同前註 102，頁 58。

¹²⁰ 參王澤鑑，同前註 91，頁 207。

三、孫森焱教授認為契約成立之形態有三

孫森焱教授認為，契約當事人相互為意思表示趨於一致而成立之契約，其成立之形態有三¹²²：(1)要約與承諾之合致、(2)交錯要約、(3)意思實現。

四、史尚寬教授認為契約的成立有下列四種方式¹²³(四元說)

(1)要約與承諾相對立的一致、(2)交叉要約(Kreuzofferte)、(3)同時表示(Simultaneous declaration)、(4)意思實現。

五、邱聰智教授認為意思表示一致之途徑如下(五元說)

邱聰智教授認為，當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約固當然為之成立。惟此之意思表示一致，其途徑有三：(1)要約、承諾一致、(2)要約交錯、(3)意思實現¹²⁴。此外，邱聰智教授另外指出契約成立有下列兩種特殊方法：(4)強制契約¹²⁵：邱教授所舉強制契約之適例，係買賣不破租賃(民法 425)與地上權人不得拒絕土地所有人以時價購買工作物(民法 839 III)。(5)事實(上)契約：邱教授認為，事實公共契約於公共服務給付、事實上勞動或事實上合夥等現代生活領域，有承認之必要「主張者亦屬頗多¹²⁶，但因其與意思表示之基本原理，尚難謂完全吻合，故一時尚未被普遍接受。」¹²⁷邱教授所舉的適例有：搭霸王車、偷偷駐車

¹²¹ 參王澤鑑，同前註 91，頁 172。

¹²² 參孫森焱，同前註 57，頁 24-29。

¹²³ 參史尚寬，同前註 77，頁 18-32。

¹²⁴ 見邱聰智，同前註 52，頁 45-47。

¹²⁵ 參邱聰智，同前註 52，頁 47-48。

¹²⁶ 關於事實上契約之討論，國內學者於介紹此概念時似乎多採反對之態度，本文不擬詳論，請自行參閱王澤鑑、孫森焱、黃立等教授相關論著。

¹²⁷ 見邱聰智，同前註 52，頁 48。

於他人停車場等。邱教授並認為，我國法律已採肯定態度，利用大眾捷運，不問當事人真意，均認運送契約成立。

六、陳自強教授關於契約成立之見解 (拘束說)

陳自強教授介紹契約成立概念時，亦區分：(1)要約承諾意思表示一致、(2)意思實現、(3)交錯要約。

但陳自強教授特別指出，契約的成立方法，是否僅以此三者為限？最重要的，是雙方當事人是否皆願意受到契約拘束的意思，此意思是否在契約成立的過程，清楚表示出來。不同的交易類型，法律上判斷契約成立與否的必要性，南轅北轍。在現物買賣，就契約成立是否成立而爭訟的機率微乎其微；而不動產買賣、不動產租賃或履行期較長的契約，多以書面為之，因契約成立與否發生問題，亦不多見。陳自強教授認為，利害關係重大的契約，其成立若歷經你來我往的談判交涉過程，若一定要以要約承諾合致的框架加以理解，難逃削足適履之譏¹²⁸。

七、黃立教授關於契約成立之見解

黃立教授闡述契約之成立時，僅論及「契約在當事人就契約內容必要之點(die Essentialia)意思一致時成立。」¹²⁹ 相關篇幅均集中於要約與承諾合致的相關討論。黃立教授並未另外介紹意思實現、交錯要約等契約成立方式。

¹²⁸ 參陳自強，同前註 58，頁 86-92。

¹²⁹ 見黃立，同前註 104，頁 57。

第二款 日本學說介紹

一、我妻榮教授關於契約成立態樣之見解

我妻教授認為，契約的成立以相對立的數個意思表示為要件。合意的成立，以客觀的合致與主觀的合致為必要¹³⁰。契約成立的態樣有下列兩種情形：**(1) 要約與承諾合致(申込と承諾によって成立)**、**(2) 要約與承諾以外的方法：意思實現(日民 526 II)、懸賞廣告(日民 529-532)。**

二、林良平教授關於契約成立方法之見解

林良平教授認為，一般來說，契約的成立以數個意思表示合致為必要¹³¹。而契約成立的方式有下列情形：**(1) 要約與承諾¹³²**、**(2) 要約與承諾以外的方法—交錯要約(交叉申込)、意思實現(意思の実現)**

三、水本浩教授關於契約成立形態之見解

水本教授認為，契約的成立以相對立的意思表示合致為必要¹³³。而契約成立的特殊形態有下列幾種情形：**(1)交錯要約、(2)意思實現、(3)事實的契約關係**。水本教授指出，日本採**推定默示的合意與意思實現**來說明當事人間契約的成立。水本教授並認為，若肯定事實的契約關係此一概念，將較為便利¹³⁴。

¹³⁰ 參我妻榮，同前註 61，頁 54-56。

¹³¹ 參林良平，同前註 62，頁 21-28。一般に、契約が成立するためには、数個意思表示が合致することが必要である。

¹³² 林良平教授將契約的競爭締結(契約の競争締結)，置於要約與承諾項下予以討論。參林良平，同前註 62，頁 27。

¹³³ 參水本浩、遠藤浩，同前註 63，頁 8-13。

¹³⁴ わが国においては、黙示の意思の推定や意思実現による契約の成立をもって説明しうる場合も存在しうるが、もっと広く事実的契約関係という概念を肯定しうるとすれば、便利である。見水本浩、遠藤浩，同前註 63，頁 13。

四、近江幸治教授關於契約成立方式之見解

近江教授認為，契約是兩當事人間意思表示合致而成立的法律行為。近江教授將契約成立的方式分為兩類：¹³⁵1.依要約與承諾成立契約(申込みと承諾の合致)、2.依要約與擬制的承諾成立契約(申込みと承諾の擬制による契約成立)：有下列四種類型：(1)意思實現、(2)交錯要約、(3)懸賞廣告、(4)契約的競爭締結¹³⁶。

關於契約成立的方式，學者間的見解不盡相同，茲整理如下：

學說類型	契約成立的方式	學者代表
類型說 (二元說)	1.要約與承諾合致 2.要約與承諾合致以外的方式 (A)意思實現、懸賞廣告(我妻榮) (B)交錯要約、意思實現(林良平) (C)交錯要約、意思實現、事實上契約(水本浩)	我妻榮 林良平 水本浩
	1.要約與承諾合致 2.要約與承諾的擬制 (A)意思實現 (B)交錯要約 (C)懸賞廣告 (D)契約的競爭締結	近江幸治

¹³⁵ 參近江幸治，同前註 65，頁 17-23。

¹³⁶ 關於「契約的競爭締結」，屬於「要約與承諾合致」(林良平教授採此說)或者屬於「要約與承諾合致以外之方法」(近江幸治教授採此說)？日本學說有不同意見。

本文以為，典型的「契約的競爭締結」當屬拍賣無疑。拍賣作為買賣的一種，價金為契約的必要之點。若將拍賣人的意思表示視為要約，最高出價者的意思表示視為承諾，則採「要約與承諾合致」說並無不妥。但若強調，拍賣人於提出拍賣時，尚無確定之價金，僅能視為要約之引誘；而將最高競標者的意思表示視為要約，將拍定視為承諾，亦無不可。無論採何種理解方式，均可依「要約與承諾合致」予以解釋。

類型說 (三元說)	1.要約與承諾合致 2.要約交錯 3.意思實現	鄭玉波 王澤鑑 孫森焱
類型說 (四元說)	1.要約與承諾合致 2.交叉要約 3.同時表示 4.意思實現	史尚寬
類型說 (五元說)	1.要約與承諾合致 2.要約交錯 3.意思實現 4.強制契約 5.事實上契約	邱聰智
拘束說	1.要約、承諾一致 2.要約交錯 3.意思實現 4.其他(不以上開三種方式為限)	陳自強

第三款 本文見解

若兩造意思表示對向的合致，則兩造當事人間成立契約，兩造因其意思表示而受到拘束。意思表示合致的方法，最常見的是要約與承諾合致，例外有交錯要約及意思實現。本文認為，契約成立與否，最重要的不在於方式，而在於意思表示是否一致。質言之，契約成立與否的重點不在於所採取的方式，也就是說，無論是三元說、四元說、五元說或拘束說，真正重要的毋寧是雙方當事人意思表示是否一致。意即，無論是依要約與承諾合致成立契約或者依交錯要約、意思實現而成立契約，都是因雙方意思表示一致而成立契約。

一、意思實現的履行行為就是承諾的意思表示

在探討文獻的過程中，關於意思實現所舉的適例，都是極為單純的日常生活中發生的法律事實。例如：以傳真機傳真到附近的米店叫米，米店老闆看了傳真，就搬一包米過來，兩造成立買賣契約¹³⁷。在這個例子中，依本文理解，將老闆送米過去的行為視為承諾，似亦無不妥；只是承諾的意思表示與履行行為在客觀上甚難區分；或者，其實根本無區分之必要。

在現物買賣的情形，一手交錢一手交貨，雖然在這麼簡單的情形下，王澤鑑老師都可以區分出好幾個負擔行為與處分行為¹³⁸，但是，沒有人可以告訴我們，交錢與交貨的當下，哪個部分是要約、承諾的意思表示？哪個部分是契約的履行行為？在上開情形，若硬要套用民法 153 條以下之規定，雖不免引來陳自強教授的批評。但本文以為，為了維持理論體系的一致性，似無不可。

在意思實現的情形，逕將履行行為視為承諾，就體系上的觀察，亦無扞格之處。透過歷史解釋的觀察，民法 161 條立法理由亦表明，在相當時期內，有可認為承諾之事實者，其契約即為成立；制訂本條文之目的，只是以防無益之爭論。簡單地說，意思實現的履行行為本來就是承諾！依意思實現成立契約的情形，因雙方意思表示—要約與履行行為—合致而成立契約，本質上與民法 153 條並無任何差異。

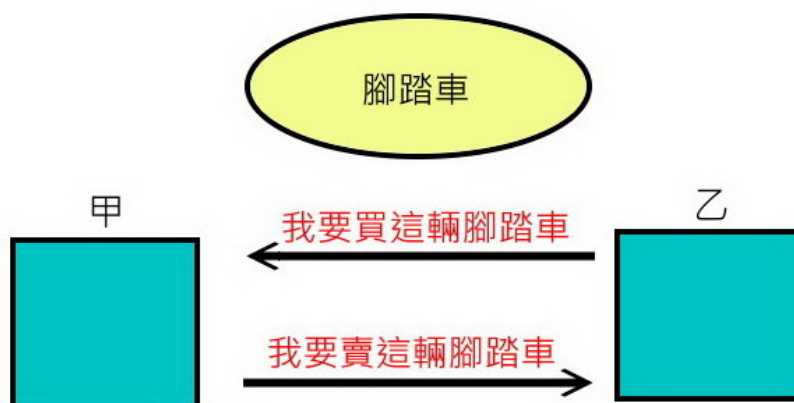
二、因交錯要約而成立契約，純為理論的想像

交錯要約，在現實生活中，依本文理解，殊難想像。在法無明文的前提下，討論交錯要約是否得成立契約？毫無意義。舉個最簡單的例子來

¹³⁷ 系爭案例事實，參潮見佳男，同前註 66，頁 12。

¹³⁸ 參王澤鑑，同前註 49，頁 283-286。

說，A 有一輛腳踏車，B 想買腳踏車，A 想賣這台腳踏。某天，兩人不約而同地向對方發出意思表示，意思表示交錯，A、B 想賣(買)這台腳踏車的意思表示分別到達對方。依通說，買賣契約似因交錯要約一致而成立，就是有這麼巧的事，皆大歡喜。但是，問題真的有這麼簡單嗎？買賣契約意思表示一致，並非僅是一個想買一個想賣就可以成立，買賣契約的必要之點(民 153 II)除了標的物，還有價金(民 345 II)。除非兩人心有靈犀，發出的交錯要約連金額都一樣，否則，殊無透過交錯要約制度成立契約的可能。因而，上開適例中所謂之交錯要約，依本文理解，充其量只是交錯「要約之引誘」而已，真正要成立買賣契約，還要透過後續的磋商，但到了那個階段，也已無借用交錯要約理論之必要。



買賣契約已經依交錯要約而成立？

歷年的國考選擇題中，似僅有出過兩題意思實現的實例題(99 司法預試、95 地三財稅)，還沒見過交錯要約的實例題。為什麼呢？一個可能的想像是，雖然通說均認為得依交錯要約而成立契約，但事實上，卻連一個可能的實例都想像不出來；因而，本文認為所謂交錯要約的理論，僅純為學術上的想像。而交錯要約理論之價值，依本文理解，毋寧是再次確認，契約係因兩造當事人意思一致而成立。

第四項 默示意思表示

所謂默示意思表示，規定於民法 153 條，當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。本文回顧國內與日本相關學說，試圖描繪默示意思表示的輪廓，進而檢討如何依默示意思表示成立契約，並釐清學說所舉的相關適例，作為進入主題研究之準備。

第一款 各國立法例

我國民法 153 條立法理由「若當事人之表示意思彼此一致，則無論其為明示或默示，契約即為成立」除本條外，我國民法條文有使用「默示」用語者，尚有(1) 485 條：受僱人明示或默示保證其有特種技能時，如無此種技能時，僱用人得終止契約、及(2) 553 條 2 項：前項經理權之授與，得以明示或默示為之。

德國民法並無得以默示成立契約之明文規定。關於契約之成立，德國民法規定於 311 條 1 項(修正前 305 條)：以法律行為成立債之關係，或是改變債之關係的內容，除法律另有規定外，應由當事人以契約為之¹³⁹。

日本民法典並無得以默示意思表示成立契約之明文規定，但學說及實務均採肯定說。

第二款 國內學說介紹

國內學者關於明示意思表示與默示意思表示兩者區分之說明，多以「明示—直接」、「默示—間接」的對應關係加以說明。意即，明示意思表示係表意人直接表達其意思，而默示意思表示係表意人以間接—需加以

¹³⁹ Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.

推論一之方式表達其意思。採「直接—間接」說的學者有鄭玉波、王澤鑑、施啟揚、邱聰智等教授。

一、鄭玉波教授關於明示、默示、單純沉默之見解(直接 vs 間接說)

(一) 明示與默示之區別：明示的意思表示，係以言語文字或其他習用的表意方法，直接表明意思。默示的意思表示，乃以使人推知之方法，間接表示意思。

(二) 單純之沉默，除法律另有規定¹⁴⁰其效力外，不發生默示意思表示之效力。單純之沉默，一般而言不可認為承諾之事實。除非雙方當事人間有特約「如不承諾，須通知」則要約相對人之單純沉默，亦可認為有承諾之事實¹⁴¹。履行行為屬意思實現或默示意思表示？鄭玉波教授採默示意思表示說，理由為一蓋不如此，則意思實現與默示的承諾將無所區別矣(此兩者區別之所在，即在前者無須送達，後者仍須送達始生效力)。

二、王澤鑑教授關於明示、默示、單純沉默之見解(直接 vs 間接說)

(一) 明示與默示之區別：明示者，行為人直接將其效果意思表示於外。默示者，由特定行為間接推知行為人的意思表示¹⁴²。例如：在自助餐廳直接拿麵包起來吃、將汽車停入收費的停車場¹⁴³。

(二) 沉默是單純不作為，原則上不具有意思表示的價值。沉默得例外作為意思表示(Schweigen als Willenserklärung)，情形有二：(1) 基於當事

¹⁴⁰ 所謂法律另有規定，鄭玉波教授舉了兩個例子。(1) §80 II：經催告而不確答，視為拒絕承認、(2) §451：出租人不即為反對之意思，視為不定期租賃。參鄭玉波，同前註 53，頁 274。

¹⁴¹ 參鄭玉波，同前註 102，頁 58-59。

¹⁴² 參王澤鑑，同前註 49，頁 364-366。

¹⁴³ 王澤鑑教授所舉的兩個例子，學說上有認為當事人間成立事實上契約。但王澤鑑教授不採事實上契約理論，故認為當事人的食用行為與停車場利用行為係默示的承諾。

人約定、(2) 法律規定具有表示作用的沉默(Schweigen mit Erklärungswirkung)¹⁴⁴

三、施啟揚教授關於明示、默示、沉默之見解 (直接 vs 間接說)

(一) 明示與默示之區別：明示的意思表示係指，以語言、文字或當事人了解的符號等表示方法，直接表明意思。默示的意思表示係指，以舉動或使人推知的方法，間接表示意思¹⁴⁵。

(二) 沉默與默示意思表示之區別：沉默是單純的不作為，並非間接的意思表示。而默示的意思表示是一種「積極的行為」，以事實行為表示某種特定的效果意思。沉默原則上不發生法律效果，法律規定在某些情形將沉默視為一定內容的表示，通常將沉默擬制為不同意的意思表示。這種具有法律意義的沉默，Larenze 稱之為 normiertes Schweigen(規範性的沉默)。

四、邱聰智教授關於明示、默示之見解 (直接 vs 間接說)

(一) 明示與默示：

明示，係指表意人以語言、文字、符號、手勢或其他方式，將其效果意思直接表示於外部之意思表示方法，又稱直接的意思表示。默示，係指表意人以其他舉動或其他可以推知其效果意思之方法，間接表示其意思於外部之意思表示方法，又稱間接的意思表示。如取用旅館內的飲料、租期屆滿後，出租人繼續收取租金¹⁴⁶。

¹⁴⁴ 王澤鑑教授認為，法律規定具有表示作用的沉默(Schweigen mit Erklärungswirkung)之情形，又可分為擬制為同意與擬制為不同意兩種情形。(1) 擬制為不同意：視為拒絕承認(§80 II、§170 II、§302 I)、(2) 擬制為同意：試驗買賣的擬制承諾(§387)、租賃的默示更新(§451)

¹⁴⁵ 參施啟揚，同前註 50，頁 276-277。

¹⁴⁶ 參邱聰智，同前註 51，頁 537。

(二) 意思實現與默示意思表示：

意思實現係以客觀之事實存在為要件，當事人主觀上是否有承諾之意思，在所不問。而**默示意思表示**，表意人須有法效意思及表示行為，意思表示達到相對人時契約始告成立。**承諾無須通知(意思實現)**的情形，於發送訂購物品或匯寄價款時，契約成立。**承諾須通知(默示承諾)**的情形，物品或價款送達時，契約成立¹⁴⁷。

五、史尚寬教授關於明示、默示、意思實現之見解

史尚寬教授認為「以本來表示一定意思之適當方法為表示者」為明示，如文字、言語或動作(點頭或舉手)；「以其他方法為表示，惟可依生活經驗或其他情形或依任意法或解釋法規之規定」，間接可推知者，為默示¹⁴⁸。而可認為承諾之事實應論為默示的承諾的意思表示或是意思實現？史尚寬教授認為，意思實現(Willensbetätigung, Willensäußerung)與意思表示(Willenserklärung)不同。意思實現與意思表示，當事人均有承諾的效果意思。不同的是，默示承諾的當事人須有表示效果意思於外的表示行為；在意思實現，僅需有承諾之意思，而不需有表示其效果意思之意思，當事人的行為係表示行為以外之他行為。史尚寬教授認為「可認為承諾之事實」應解釋為意思實現¹⁴⁹。

¹⁴⁷ 參邱聰智，同前註 52，頁 46-47。

¹⁴⁸ 參史尚寬，同前註 77，頁 15。

¹⁴⁹ 參史尚寬，同前註 77，頁 30-31。

史尚寬教授認為(1)一般的履行行為、(2)占有、使用或消費現實要約送來的物品、(3)將契約成立通知第三人，均可認為有承諾的事實。依史尚寬老師所言，無論是默示承諾或是意思實現，當事人均需有承諾的效果意思，意思實現無表示意思，而默示承諾有表示意思。

就履行行為的例子來說，收到要約之人逕為履行行為，依史尚寬教授之分析，(A) 若論為默示承諾，當事人有承諾的效果意思，而且有表示意思，卻選擇須間接推知其意思的表示行為？殊難想像。(況且，本文認為，履行行為根本就已經是明示的承諾了)(B) 若論為意思實現，當事人並無表示意思，其所為的行為係表示行為以外之他行為。試問，在當事人有承諾效果意思的前提下，史尚寬教授如何認知履

六、孫森焱教授關於意思實現、默示意思表示之見解

意思實現以「承諾無須通知」為要件，相當時期內有可認為承諾之事實，契約成立。「承諾人是否認識該事實為承諾之意思表示」，主觀上是否有承諾之意思，在所不問。意思實現不以主觀上有承諾之認識為要件¹⁵⁰。所謂有可認為承諾之事實，應依具體事實決定之，例如：(1)行使契約成立所可取得的權利、(2)履行契約成立後，所應負擔的債務、(3)為履行債務而有所準備。

以默示意思表示為承諾者，表意人應有法效意思、表示意思及表示行為。發送訂購物品，應認為默示意思表示。

七、黃立教授關於明示、默示之見解（明示—自始確定）

明示的意思表示，指以言語、文字或其他表示方法表示其意思。其他表示方法，係指其意義依法律、交易習慣或當事人間之特別約定「自始確定」者。默示(*Stillschweigende Erklärung*)係指表意人不以前述之表示方法為表示，而以其他行為，與個案中之情況相聯結而可當作默認之情形。惟明示、默示僅惟「表示力強弱」之區別，一旦被視為意思表示，除法律有特別規定外，無任何差別。

黃立教授認為，關於默示的意思表示，實務明顯採取客觀說(*Objektive Theorie*)之理論。黃立教授並以下列兩種情形為默示意思表示之適例¹⁵¹：
(1)以明確行為表示—意思實現、(2)消費或使用有償提供之給付。

行為係屬表示行為或表示行為以外之他行為？再者，既然當事人已有承諾的效果意思，且已為履行行為，當事人主觀上為何要認知其行為係表示行為以外之他行為？亦殊難想像。綜上所述，本文認為，史尚寬教授上開討論實毫無意義。

¹⁵⁰ 參孫森焱，同前註 57，頁 24-29。

¹⁵¹ 參黃立，同前註 56，頁 220-226。黃立教授書中另外舉了「對於無效、得撤銷或待承認行為之履行」及「起訴」兩款為默示意思表示之適例，請自行參閱。

依據一般規則，承諾可以默示為之¹⁵²。一般單純的沉默，原則上不得被認為有意思表示的意義。如雙方當事人在長期債之關係中、或有經常性業務往來時，在此一關係範疇內，依當事人前此的習慣或先前的行為，沉默可視為承諾，但以「要約的內容對於沉默人純獲利益」為必要¹⁵³。

國內學者關於默示之見解，或有不同，主要有以下兩種見解。第一種見解認為，明示係指表意人以直接方式表明其意思；而默示係指表意人以間接方式表明其意思(本文稱之為「直接—間接」說)。採本說的學者有鄭玉波、王澤鑑、施啟揚與邱聰智教授。第二種見解認為，明示係以本來表示一定意思之適當方法為表示，而默示係明示以外之表示方法。茲以表格整理如下：

	第一種見解 「直接—間接」說
鄭玉波	明示：以言語文字或其他習用的表意方法，直接表明意思 默示：以使人推知之方法，間接表示意思。
王澤鑑	明示：直接將其效果意思表示於外 默示：由特定行為間接推知行為人的意思表示。
施啟揚	明示：以語言、文字或當事人了解的符號等表示方法，直接表明意思 默示：以舉動或使人推知的方法，間接表示意思
邱聰智	明示：表意人以語言、文字、符號、手勢或其他方式，將其效果意思直接表示於外部之意思表示方法。 默示：以其他舉動或其他可以推知其效果意思之方法，間接表示其意思於外部之意思表示方法

¹⁵² 參黃立，同前註 104，頁 70-71。

¹⁵³ 參 Canaris, Festschrift Willburg, S.77(78)

第二種見解 — 默示是明示以外之表示方法	
史尚寬	<p>明示：以本來表示一定意思之適當方法為表示，如文字、言語或動作(點頭或舉手)</p> <p>默示：以其他方法為表示，惟可依生活經驗或其他情形或依任意法或解釋法規之規定，間接可推知者。</p>
黃立	<p>明示：以言語、文字或其他表示方法表示其意思。其他表示方法，係指其意義依法律、交易習慣或當事人間之特別約定自始確定者。</p> <p>默示：不以前述之表示方法為表示，而以其他行為，與個案中之情況相聯結而可當作默認之情形。</p>

第三款 我國實務見解

- (一) 21 上 1598 判例「默示之承諾，必依要約受領人之舉動，或其他情事足以間接推知其有承諾之意思者，始得認之。若單純之沉默，則除交易上之慣例或特定人間之特別情事，足認為承諾者外，不得認為承諾¹⁵⁴。」

本判例認為，單純沉默原則上不得認為默示承諾。

- (二) 29 上 762 判例：「所謂默示之意思表示，係指依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其效果意思者而言，若單純之沉默，則除有特別情事，依社會觀念可認為一定意思表示者外，不得謂為默示之意思表示¹⁵⁵。」

本判例認為，單純沉默原則上不得認為默示意思表示。

第四款 日本學說介紹

一、林良平教授關於意思實現之見解

¹⁵⁴ 見黃宗樂監修，同前註 45，頁 300。

¹⁵⁵ 見黃宗樂監修，同前註 45，頁 300。

林良平教授認為，意思實現與默示承諾兩者的區別，多少有點曖昧。對於要約者發送訂購物品等行為，是默示的承諾¹⁵⁶。學說上認為，可認為意思實現行為的有：(1)依契約取得權利的實行行為¹⁵⁷、(2)依契約應負擔債務之履行準備行為¹⁵⁸。

二、北川善太郎教授關於意思實現之見解

北川善太郎教授認為，依意思實現成立契約¹⁵⁹之情形，並未對要約者為任何的通知(從這點來看，與默示的意思表示有所區別)，因為對外部表示了與承諾意思等價值的意思，有時認為可以依事實行為成立契約¹⁶⁰。

三、広中俊雄教授關於沉默之見解

若對於要約者無任何積極的行為—沉默—原則上不得當作認為承諾意思表示的事實¹⁶¹。

四、近江幸治教授關於意思實現之見解

有可認為是承諾的意思表示的事實存在時，可以成立契約。就像這樣，承諾的通知是不必要的，依一定的事實而成立契約，稱為依意思實現成立契約¹⁶²。

¹⁵⁶ 參林良平，同前註 62，頁 28-29。

¹⁵⁷ 契約によって取得する権利の實行行為

¹⁵⁸ 契約によって負担債務の履行準備行為

¹⁵⁹ 意思實現による契約成立

¹⁶⁰ 何ら申込者に対して通知されなくても（この点で一応、黙示の意思表示と區別）、承諾意思と等価値の意味を外部に対してもっているの、かかる事實行為時に契約の成立を認める。參北川善太郎，債權各論，第 3 版，有斐閣，2003，頁 15。

¹⁶¹ 申込者に対して何ら積極的な行為をしないことは、原則として「承諾ノ意思表示ト認ムヘキ事實」にはならない。見広中俊雄，債權各論講義，有斐閣，1989，頁 14。

¹⁶² 契約は、承諾の意思表示と認められる「事實」があった時に成立する。このように、承諾の通知を必要とせず、一定の「事實」によって契約が成立することを、「意思の實現」による契約の成立と

第五款 本文見解

一、民法 153 條條文中所謂的默示，並非間接的表示方法

關於明示與默示的區分，國內學者多認為，明示係指，表意人對於要約，以**直接的方法**對外表示其願意締約的意思(承諾)。而默示係指，表意人以**間接的方法**對外表示其承諾的意思，而這個表示的方法必須透過間接推論的方式，才能夠理解其意思。無論明示或默示，承諾的意思表示都必須到達要約人始成立契約。

上開以直接、間接的表示方法來理解明示與默示意思表示的區別，乍看之下，似乎沒有問題。但何謂直接？何謂間接？似乎無法直觀地加以理解。通說均肯定，無論明示或默示意思表示(承諾)，表意人均有效果意思、表示意思與表示行為；所不同者，在於所採取的表示行為。若採取的表示行為是相對人可以**直接理解為承諾者**，則認為明示。若採取的表示行為是相對人必須進一步推論始可認為承諾者，則認為默示。在這裡，我們仔細一想，就可以發現問題所在。當要約的相對人(潛在的承諾人)接受到要約的訊息時，有意願依要約內容締結契約，並進而要通知對方時，**為什麼要選擇採取間接(無法直接理解，需要進一步推論)的表示方法**，來通知對方其承諾之意思？作為一個理性的經濟人，有意願締結契約卻選擇採取無法使人直接理解的表示方法，**實在令人難以想像**。我們進一步深入分析學說所舉的例子就會發現，其實他們所認為的默示意思表示，**通通都是明示(無須推論)**。

(一) 在自助餐廳取食麵包：若將陳列的麵包視為買賣的要約(§154 II 本文：貨物標定賣價陳列者，視為要約)，而系爭要約為承諾當事人所明

いう。參近江幸治，同前註 65，頁 21-22。

知，承諾人有意願締結買賣契約而取食麵包。從第三人的角度加以觀察，承諾人所採取的表示行為(取食麵包)，無論如何都不可能被認為是需要加以推論始得確認的間接表示方法，任誰來看，都會認為取食麵包者就是要買這塊麵包，而這個人主觀上的確要買這塊麵包(依通說的解釋，默示承諾的表意人有效果意思)。取食麵包者用取食麵包的動作明白地、直接地對外表示其承諾之意思，依學說的分類，本例係屬於明示承諾。

(二) 將汽車停入收費的停車場: 本例為德國學說事實上契約理論的典型事實。事實上契約理論的採用與否，學說上迭有爭論。依王澤鑑、孫森焱、黃立等教授教科書中所言，事實上契約理論在 Larenz 教授揚棄其典型社會行為理論後，終告沒落。依通說，默示意思表示的表意人有締約效果意思，已如前述。據此，停車人既然已明知系爭停車場為收費停車場，且停車人有締約意思而將汽車停入，任何第三人來看，都會認為停車人明示其締約之表示意思(明示的承諾)，而無庸以間接的方法推論其承諾意思。就學說所提出的要件檢視本例，本文以為，應認為停車人係以明示承諾成立契約。

二、明示與默示的真正意義

基於上述討論可以發現，若依通說以表示方法係直接或間接來區分明示或默示，在表意人有締約效果意思的前提下，實屬不可能。從 153 條的立法理由加以觀察，亦無法找到直接與間接表示方法的區別。因而本文認為，所謂明示或默示，似無法依通說所言加以理解。

首先，我國民法債編制訂於民國 18 年前後，當時立法者的想像，係意思表示的方法不以書面與文字為必要。若表意人以書面或文字以外的表示方法直接表示其締約之意思，而為相對人可得而知其承諾的意思，只要

意思表示合致，亦不妨礙契約之成立。例如，對於買賣的要約，以點頭或搖頭的方法**直接對外表示**其締約與否的意思。因而，本文以為，立法者當時的想像，所謂明示或默示的區別，係以言語或文字表示其意思者為明示，以言語、文字以外之舉動直接表示其意思者為默示。依本文所理解，無論明示或默示的表示方法，均為承諾人**直接表示**其承諾之意思。係因從理性的角度加以觀察，表意人**不可能**選擇以需加以推論始能理解的間接方法，傳達其承諾的意思，如同前述。

三、意思實現的履行行為其實就是默示承諾

從文獻考察的過程中我們可以發現，如何區分**默示意思表示**與**意思實現**？對於研究民法的人而言—無論是我國或日本的民法學者—都是相當困難的問題。

(一) **學說整理**：關於兩者的**區分標準**，依本文整理，有下列各說

1.效果意思說：孫森焱及邱聰智教授採此說。默示意思表示與意思實現的差別在於，當事人有無效果意思(締約意思)。默示意思表示的表意人需有效果意思；而意思實現無需效果意思，意思實現人**無需認識**其是否有承諾之意思。

2.表示意思說：採此說者為史尚寬教授。本說認為，默示意思表示與意思實現的差別在於—行為人有無表示意思。史尚寬教授認為，默示意思表示與意思實現兩者的行為人均需有效果意思；但是默示意思表示的表意人需有表示意思，而意思實現的行為人無需表示意思。

3.承諾通知說：採此說者為鄭玉波及邱聰智教授。本說認為兩者的區別在於，默示意思表示需通知要約人，而意思實現無需通知要約人。

區分標準	默示意思表示	意思實現	學說代表
有無效果意思	有效果意思	無效果意思	孫森焱、邱聰智
有無表示意思	有表示意思	無表示意思	史尚寬
承諾是否需通知	承諾需通知	承諾無需通知	鄭玉波、邱聰智 北川善太郎 近江幸治

依本文的研究結果，關於默示意思表示與意思實現應如何區分？完全是個假議題，我們從比較法的觀點就可以看出端倪。

(二) 比較法的觀察

日本民法關於契約之成立，規定於債編第二章契約第一節總則，第 521 條規定「契約之要約定有承諾期間者，不得撤回(第一項) 於前項期間內，要約人未受承諾之通知者，要約失其效力 (第二項)¹⁶³」本條並無明示或默示成立意思表示之相關規定。關於意思實現之規定，日本民法修正前第 526 條 2 項規定「依要約者之意思表示或依習慣承諾無需通知者，有可認為承諾之意思表示之事實時，契約成立。¹⁶⁴」日本民法修正後第 526 條 2 項規定「依要約者之意思表示或依交易習慣承諾無需通知者，有可認為

¹⁶³ 承諾の期間を定めてした契約の申込みは、撤回することができない。(第一項) 申込者が前項の申込みに対して同項の期間内に承諾の通知を受けなかったときは、その申込みは、その効力を失う。(第二項)

¹⁶⁴ 申込者ノ意思表示又ハ慣習ニ依リ承諾ノ通知ヲ必要トセザル場合ニ於テハ、契約ハ承諾ノ意思表示ト認ムベキ事実アリタル時ニ成立ス。

承諾之意思表示之事實時，契約成立。¹⁶⁵」本項修正前後內容上的差異，僅有將「慣習」改為「取引上の慣習」。

德國民法上，依本文理解，並無契約得依默示成立或依意思實現成立之明文規定。

雖然我們沒有直接證據證明我國民法 161 條 1 項是由日本民法 526 條 2 項逐譯而來，但由兩國民法債編制定時間上的先後順序，我們可以合理假設我國民法起草者有相當程度參考了日本民法典。日本民法並無默示意思表示之明文規定，但學說均承認之。因而部分日本學者於討論意思實現之要件時，同時比較了與默示意思表示之異同。而德國民法典中根本沒有相關之明文規定。本文認為，我國民法於起草當時，同時規定了默示成立契約與意思實現，是個立法錯誤。民法制定以後，為了遷就立法錯誤的實定法，幾十年來，我國債法學者莫不致力於區分默示意思表示與意思實現兩者要件之異同。至今，依本文整理，各家學說仍莫衷一是。

我國民法 153 條與 161 條均規定在債之發生第一款契約，依我國與日本通說，均認為意思實現係契約成立方式之規定。從本章大量引用、闡述、討論中外各家學說關於契約的意義與效力可知，所謂契約，就是兩造當事人意思表示一致成立之雙方法律行為，雙方因意思表示合致而彼此拘束。從這個角度來觀察，所謂依意思實現而成立契約，根本就是學說上所謂的默示承諾。質言之，為什麼 161 條要規定「承諾無需通知」，因為通知必為明示承諾；若依習慣或事件性質¹⁶⁶承諾必須通知，則相對人因違反「承

¹⁶⁵ 申込者の意思表示又は取引上の慣習により承諾の通知を必要としない場合には、契約は、承諾の意思表示と認めるべき事実があった時に成立する。

¹⁶⁶ 本文認為，本條應參考日本民法相關規定修正，增加「要約人之意思表示」。因為所謂習慣若為相對人否認，有舉證責任的問題。而事件性質是不確定法律概念，在適用與解釋上有不確定性。因而本文認為，成立意思實現的主要情形應該是「依要約人之意思表示承諾必須通知」。

諾必須通知」之要求，而無從以意思實現達成意思合致，從而無法成立契約。

四、承諾無需通知並非意思實現之要件

從這個觀點來看，所謂「承諾無須通知」根本不是「意思實現」的要件，因為「承諾無須通知」完全不具備要件適格，只是單純在本質上若承諾必須通知，則相對人因違反通知義務而無從成立契約。進而，我們可以想一想，依意思實現而成立契約的情形，有什麼契約是——依習慣或事件性質——非通知不可的？依本文理解，根本沒有。申言之，因為可以透過意思實現而成立契約的情形，都是極為單純的、兩造間的一時的契約。要約者所企盼的，就是對造的履行行為，若對造以履行行為表示其承諾之意思，又有什麼習慣或事件性質，會要求相對人必須先為承諾之通知而後為履行行為？

五、通知，係指直接地明示意思表示

這裡所使用的通知，當然必須是直接地、明白地向要約人為承諾之意思表示，也就是通說所謂的明示。相反的情形，就是相對人以履行行為或履行準備行為對外表示其願意締約的意思，相對於上開明示的情形，意思實現其實就是通說所說的默示意思表示。因而，本文認為，我民法 161 條所要規範的依意思實現成立契約，根本就是通說所謂的默示承諾。最後，本文要強調的是，學說上所舉默示成立契約之適例，依本文觀察，均為直接的意思表示，而非間接(須經推論而後始能確定其意思)的意思表示。國內學說上，黃立教授亦認為以明確行為表示——意思實現是默示意思表示之適例。

第三節 合夥

合夥與共有均有團體性，本節擬透過檢討國內學說及實務見解，分析合夥之意義、性質及成立方式，以上開研究成果，進而推導團體性協議之成立方式。

第一項 合夥之意義與性質

我國民法 667 條規定，「稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。」關於合夥之法律性質，立法者明文規定其為契約。合夥為我國有名之債，規定於民法債編第二章各種之債第 18 節。以下介紹國內學者關於合夥之意義與性質之說明。

一、駱永家教授認為合夥有兩種意義

合夥有兩種意義，一指合夥契約而言，一指合夥團體而言。我國合夥不限以營利為目的，這點與法國民法的合夥(société)或英美法上的合夥(Partnership)不同；而與德國民法上的合夥(Gesellschaft)或日本民法上的合夥(組合)相若¹⁶⁷。

二、史尚寬教授認為合夥有強烈的共同共有的團體性

合夥雖非法人，然有強烈的共同共有的團體性。設有退夥、加入及解散之規定，表示合夥具有獨立的團體性。在合夥之出資雖非互為交換，然苟為對價而給付，尚不妨為雙務契約，從而為有償契約¹⁶⁸。

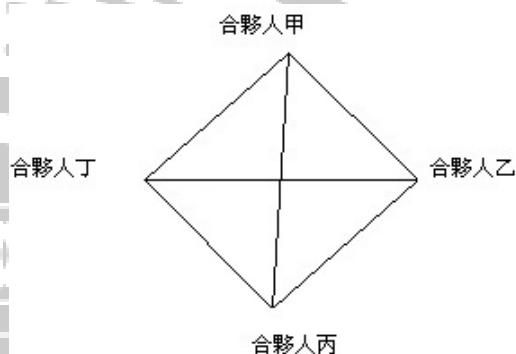
¹⁶⁷ 參駱永家，合夥與當事人能力，國立台灣大學法學論叢，6 卷 2 期，1977.06，頁 385。

¹⁶⁸ 參史尚寬，債法各論，1986，頁 647-649。

三、鄭玉波教授認為已成立之合夥無法單以債之契約關係加以說明

合夥是一種契約，其各當事人稱為合夥人(Gesellschafter)。合夥人須有二人以上，多則無限制。一般契約只有雙方當事人，而合夥契約可能有多方當事人。合夥人間之出資義務，屬於對價性之給付，故合夥為有償契約。合夥雖然是一種契約，但民法上對於已成立之合夥，賦予**團體性**，無法單以債之契約關係加以說明。

合夥當事人之意思表示仍屬對立的一致，與合同行為有別，而仍屬於契約。此契約以圖示如下¹⁶⁹：



四、邱聰智教授認為合夥為民法上具有團體性之契約型態

合夥為民法上具有**團體性**之契約型態，不僅諸多制度內容與本章所定其他契約類型有所不同，且非債總有關契約總論之規定可盡為說明，規範構成上有時尚須援用**團體法**之相關規定，作為法律解釋之依據。「就合夥成立之社會事實而言，與法人或公司之成立，幾乎相同。」而法人或公司之成立，通說與實務採共同行為說。然而，民法於合夥之法律行為性質，明定為契約。因此，儘管從社會生活秩序的實質，乃至於合夥之整體規範內涵而言，合夥與無限公司極其類似，但合夥仍僅是當事人間之契約，而非共同行為¹⁷⁰。

¹⁶⁹ 參鄭玉波，同前註 115，頁 637-641。

¹⁷⁰ 參邱聰智，同前註 109，頁 5-7。

五、劉春堂教授認為合夥同時具有契約的元素與團體的元素

合夥同時具有契約的元素與**團體**的元素。以設立合夥為目的之約定，從法律行為之分類觀之，應屬合同行為(共同行為)，並非契約。蓋因當事人所為設立合夥之約定，係由同一內容之多數意思表示之合致(平行的合致)所成立之法律行為，並非由雙方內容互異而相對之意思表示之合致(錯綜的合致、對立的合致)所成立之法律行為。惟因民法已明定合夥為契約的一種，並考量合夥所具有之團體性，故應將合夥解為係一種具有團體性之特殊的契約。有關契約之規定，並不能完全適用於合夥¹⁷¹。

六、姚志明教授認為合夥具有團體性

合夥、獨資及公司為實務上常見的營利組織。合夥具有**團體性**，合夥關係之終了稱為解散；隱名合夥無團體性，其關係之終了，稱為終止¹⁷²。

由上開整理可知，國內學者均認為合夥係具有**團體性**之契約；而劉春堂教授特別強調，關於契約之規定並不能完全適用於合夥。

第二項 合夥之成立要件

第一款 立法理由

民法 667 條立法理由節錄「合夥之契約，以出資為成立要件，其出資之種類，雖必依契約而定，然不必限於金錢，亦得以金錢以外之他物，或以勞務代之，以定出資之標準。」由本條立法理由可知，民法起草者於立法時的想像，係以出資為合夥之成立要件。

¹⁷¹ 參劉春堂，民法債編各論(下)，2005，頁 41-46。

¹⁷² 參姚志明，合夥，收錄於黃立主編 民法債編各論(下)，元照，2002，頁 389。

第二款 實務見解

- (一) 18 上 2524 號判例 「合夥契約為諾成契約，苟經合法表示入夥意思，則股金是否實交，股票是否收執，均非所問，而合同議單之有無，自亦不得認為合夥之要件。」¹⁷³
- (二) 22 上 2894 號判例 「合夥為二人以上互約出資以經營共同事業之契約，祇須有各合夥人悉為出資之約定，並不以各合夥人皆已以實行出資為成立要件。合夥人不履行其出資之義務者，雖得依民法第二百五十四條解除契約，或依民法第六百八十八條予以開除，要不得因此而謂合夥契約尚未成立。」¹⁷⁴
- (三) 56 台上 2568 號判決 「合夥為二人以上互約出資，以經營共同事業之契約，雖祇須各合夥人間互有出資之約定，並不以各合夥人皆已實行出資為要件，但合夥人究竟各出資若干，其以他物或勞務出資者，其折算標準如何，要須相互間明確約定，始能做為日後合夥權義分擔之依據，藉以確保交易之安全，非謂二人以上一經有共同事業之一致意思，不問出資條件如何，合夥契約即為成立。」

我國實務向來認為，關於合夥之成立，不以各合夥人皆已實行出資為要件，為諾成契約(不要物契約)；而合同議單之有無，亦非合夥成立之要件，為不要式契約。

¹⁷³ 參黃宗樂監修，同前註，頁 895-896。

¹⁷⁴ 參黃宗樂監修，同前註，頁 896。

第三款 國內學說見解

一、史尚寬教授認為合夥為諾成契約

史尚寬教授認為，合夥因合夥人意思平行的一致而成立，現實為給付並非合夥成立之要件，故為諾成契約¹⁷⁵。

二、鄭玉波教授認為合夥為不要式契約且為不要物契約

鄭玉波教授認為合夥為不要式契約；又合夥人雖互約出資，但出資不以於合夥成立時現實履行為要件，故合夥為不要物契約(諾成契約)¹⁷⁶。

三、邱聰智教授認為合夥為不要式契約且為不要物契約

邱聰智教授認為合夥人雖有出資及經營事業之義務，惟此等義務，係合夥成立生效後之效力內容，非謂合夥人應為現實之履行。合夥為不要式契約，亦為不要物契約(諾成契約)¹⁷⁷。

四、劉春堂教授認為合夥為不要式契約且為不要物契約

劉春堂教授認為合夥為不要式、不要物契約。各合夥人應如何出資及所欲經營之共同事業為何，係其契約必要之點，對此二者必須有明確之約定。非謂二人以上一經有經營共同事業之合意，而不問其出資條件如何，合夥契約即可成立¹⁷⁸。

¹⁷⁵ 參史尚寬，同前註 168，頁 649。

¹⁷⁶ 參鄭玉波，同前註 115，頁 647。

¹⁷⁷ 參邱聰智，同前註 109，頁 14-15。

¹⁷⁸ 參劉春堂，同前註 171，頁 43-44。

五、姚志明教授認為合夥為不要式契約且為諾成契約

姚志明教授認為合夥係不要式契約及諾成契約。出資並非合夥之成立要件，只是有履行義務。數人以口頭協議成立之合夥契約乃為有效¹⁷⁹。

由以上整理可知，國內學者通說與實務見解相同，均認為合夥為不要式契約，且為不要物契約(諾成契約)。

第四款 外國立法例

日本民法債權編第二章為契約，第二節以下規定 13 種有名契約，其中第 12 節為合夥。日本民法第 667 條規定合夥之成立¹⁸⁰：「合夥契約，因各當事人約定出資以經營共同事業，而生效力 (1 項)。得以勞務為出資之標的 (2 項)。¹⁸¹」日本民法使用「組合契約」用語，明文將合夥規定為契約。

德國民法第二編債之關係法 Recht der Schuldverhältnisse，第八章各個債之關係 Einzelne Schuldverhältnisse，第 16 節合夥 Gesellschaft，第 705 條規定合夥契約之內容「透過合夥契約，各合夥人相互負有義務依契約所定方法，去促進共同目的之達成，特別是履行約定之出資」¹⁸²。德國民法使用 Gesellschaftsvertrag 用語，明文將合夥視為契約。

¹⁷⁹ 見姚志明，同前註 172，頁 392。

¹⁸⁰ 研究的過程中，赫然發現，我國民法與日本民法，恰巧都將合夥之成立規定在第 667 條。這也是從事比較法研究的樂趣之一。

¹⁸¹ 組合契約は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる(1項)。出資は、労務をその目的とすることができる(2項)。

¹⁸² Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten.

第三項 本文見解

第一款 合夥之性質

合夥，是兩個人以上互相約定出資(vereinbarten Beiträge)，以經營共同事業的法律行為。我國及德國、日本均將合夥明文定性為契約。然而，學說上均承認，合夥作為一種契約，有其特殊的團體性，其法律性質的構成上，與傳統契約以**雙務、有償、兩造**的規範設計取向，有很大的不同。學說上亦承認，關於契約之規定，不能完全適用於合夥。雖說如此，因為有於實定法所使用的文字，部分學者仍然將合夥定義為雙務契約、其給付具有對價性的有償契約。關於這個問題，本文認為仍有進一步討論之必要。

一、合夥不是有償契約

國內學者對於有償契約(entgeltlicher Vertrag)的定義，係「雙方當事人有相互為對價的給付意義之契約¹⁸³」；或以各當事人是否因給付而取得對價為標準，區分有償與無償契約；「雙方當事人各因給付而取得對待給付的¹⁸⁴」為有償契約。從而，所謂的有償，係指雙方當事人的給付有相互的對價性。從這個角度觀察，雖然各合夥人均有出資義務，但其給付並非互相交換，各自的給付間並不具有對價性，從而本文認為合夥並非有償契約。

二、合夥不是雙務契約

雙務契約(Zweiseitiger oder gegenseitiger Vertrag)，依國內學者的說明，係「當事人之一方對於互有債權債務，而彼此給付互為對價(Entgelt)關係之法律行為¹⁸⁵」；或「雙方當事人互負義務之契約¹⁸⁶」

¹⁸³ 見史尚寬，同前註 77，頁 11；另參鄭玉波，同前註 102，頁 29。

¹⁸⁴ 見王澤鑑，同前註 91，頁 153。

¹⁸⁵ 見史尚寬，同前註 77，頁 8。

所謂雙務契約，從債之權利面向觀察，係指契約兩造當事人得依債之本旨互為請求之契約。而合夥人間並無所謂得互相請求之權利。硬要說有的話，就是兩個不履行出資義務的合夥人，相互請求對方履行出資義務；但要特別說明的是，這裡的請求，並非相互的給付；而且，履行出資義務也並非依債之本旨的給付，或者說，出資本身並非合夥之目的，合夥的目的應該是經營共同事業。

國內早期的債各教科書中，有個有趣的命題「合夥，能否適用同時履行抗辯之規定」？書中用了相當篇幅分析合夥的性質，區分不同情形，討論在何種情況下，被請求履行出資義務之合夥人得行使同時履行抗辯？得向誰行使抗辯？不得向誰行使抗辯¹⁸⁷？關於這個問題，本文認為，完全是個假議題。問題出在於，書中的見解有於¹⁸⁸實定法將合夥明定為契約之見解，而契約在分類上又有「雙務契約、片務契約」之區分，就有學者嘗試著把合夥拿進「雙務契約、片務契約」這個框架套套看，因而得出合夥是雙務契約這個結論。又因為依 246 條，雙務契約當事人有同時履行抗辯

¹⁸⁶ 參王澤鑑，同前註 91，頁 160-163。

¹⁸⁷ 參史尚寬，同前註 168，頁 647-649；另參鄭玉波，同前註 115，頁 640。

¹⁸⁸ 簡單地說，當我們已經合理確信「合夥並非學理上契約」時，我們應該做的，究竟是屈服於實定法所使用的文字，進而曲解相關規定之用法(例如，在合夥當事人間，思考如何適用同時履行抗辯之規定)？或者是提出修法建議，主張在現行法底下予以目的性限縮？

我國民法制定於軍閥割據年代(中原大戰)，兵馬倥傯，民法條文的制定相當程度是透過參考外國立法而來。在系爭法律的解釋與適用上，制定法(Gesetz)所扮演的角色為何？非無認真思考之必要。當然，本文此處所採見解，若不小心使用，對於法安定性是相當危險的。

另參 Kaufmann 著，吳從周譯，顏厥安審校，類推與「事物本質」—兼論類型理論—，學林，1999，頁 16-17；「因為我們仍被實證主義的教條(dem positivistischen Dogma)所蒙蔽，認為法僅存在於制定法內(das Recht stecke allein im Gesetz)，因此在法認識的過程(Rechtserkenntnisprozeß)中，高估了制定法的角色。_(weil wir noch immer von dem positivistischen Dogma, das Recht stecke allein im Gesetz, geblendet sind und infolgedessen die Rolle, die das Gesetz beim Rechtserkenntnisprozeß spielt, erheblich überschätzen.)

權，學者就繼續依循著前開思緒理路，從而衍生出上開議題—合夥，能否適用同時履行抗辯之規定？

本文認為，合夥根本無法放入契約既有的框架下予以思考，因而合夥根本無從論為雙務契約。質言之，合夥具有濃厚的團體性格；而契約關係的理論，係架構在一對一權利義務相互的調整之上，合夥與契約兩者本質完全不同。我們換個角度思考，如果民法條文並未將合夥定性為契約，有多少學者會認為合夥是學理上的契約關係？其實，合夥的本質就是一群人與財產(出資)所構成的非法人團體，合夥人相互間權利義務之調整，自應依循團體法之法理，想要透過契約法理去找到正確答案，無異緣木求魚。

第二款 合夥的成立

國內學界與實務通說均認為，合夥契約的成立無庸踐行一定的方式，只要當事人口頭合意，即可成立合夥契約，不以書面為必要，故合夥為不要式契約。另外，雖然合夥人互相約定出資，但是出資不以合夥成立時，現實履行為必要，故合夥為諾成契約(不要物契約)。進一步討論之前，我們先確認一下學說上習慣的用語與分類方式。常見的分類方法是：「要式契約、不要式契約」¹⁸⁹ (契約之成立，是否須依一定方式?)與「要物契約、不要物契約」¹⁹⁰ (契約之成立，除意思合致外，是否尚須現實交付一定之物?) 而要物契約(Realvertrag)又稱踐成契約，不要物契約又稱諾成契約(Konsensualvertrag)。

¹⁸⁹ 參我妻榮，新訂民法總則，岩波書店，2004，42刷，頁244-245；另參鄭玉波，同前註53，頁247-248；另參史尚寬，同前註，頁280以下；另參王澤鑑，同前註49，頁271-274。

¹⁹⁰ 參鄭玉波，同前註53，頁248-249；另參史尚寬，同前註77，頁8-9。

與通說不同，黃茂榮教授將法律行為區分為「要式行為與諾成行為」¹⁹¹，而黃茂榮教授所謂「諾成行為」，係指法律行為的作成無一定方式之要求；這個定義，與通說「不要式行為」的定義相同。

諾成契約(Konsensualvertrag) 與踐成契約(Realvertrag)，在概念上，係位於同一個向度(dimension)上的兩端，彼此相對。而「要式、不要式」的區別，是位於另一個不同的向度上。兩組概念不應混淆。本文認為，除非作者對於某個用語的逕譯有其不同於通說之見解或用法，並給予明確的說明與定義，否則，應盡可能採取通說之用語，以作為學術上合理的對話基礎¹⁹²。

一、合夥為不要式契約？

法律行為在學理上，可以分為單獨行為、契約與共同行為，而學理意義的契約，可區分為「要式契約、不要式契約」。合夥並非學理意義上之契約，已如前述，因而合夥根本無從論為要式契約或不要式契約！

進一步想，合夥之成立為要式行為或不要式行為？首先，法律行為之作成，以不要式為原則。法律明文規定契約之成立必須以一定方式為之者，立法目的為何，無法一概而論。為什麼有些法律行為係法定要式？其他則否？目前我國民法關於法律行為之作成，明文規定為法定要式者，約有：(1) 終身定期金、(2) 不動產債權契約¹⁹³、(3) 人事保證、(4) 不動產物權契約、(5) 離婚、(6) 收養等。採取法定要式之理由，不外慎重、預

¹⁹¹ 見黃茂榮，債法總論(一)，植根，2003，頁168-169。

¹⁹² 關於用語的一致性，吳從周教授亦採與本文相同見解。參 Kaufmann 著，吳從周譯，同前註188，頁15。「職是，儘量使用國內學術界(特別是法學界)，已經趨於一致的用語，或使用中文比較容易理解的字眼，但不致過份全然偏離原作者的意思，以助於學術界在共同語言基礎上對話，係譯者在這些譯語取捨上主要的考量，而譯者也相信這也符合語言哲學上用語約定成俗的基本觀念。」

¹⁹³ 關於民法166條之1的修正，學說上迭有批評，參王澤鑑，同前註91，頁129-135。

防訴訟¹⁹⁴。但是，為什麼只有這幾種法律行為，必須慎重、有預防訴訟之需求，其他則否？立法者並沒有提供進一步的說明。

本文嘗試分析法律明文採取法定要式之理由，大致可以分為三種態樣：(1)繼續性債之關係：如人事保證、終身定期金；(2)與不動產相牽連之法律行為¹⁹⁵；；(3)身分行為。

二、本文認為合夥之成立應規定為要式行為

從實然面來看，我民法關於合夥成立之規定，為不要式行為，固無疑問。然而本文認為，就應然面而言，合夥之成立應該規定為法定要式，茲說明如下。

(一) 從民法立法體系觀察：

合夥與終身定期金是最典型的繼續性債之關係。民法 730 條將終身定期金之成立規定為法定要式，立法理由係「終身定期金契約，為永續契約，故應訂立書據，以免日後之爭執。」從這個角度觀察，合夥完全符合這個要件，故本文認為，合夥之成立應規定為法定要式，此其一。

(二) 社會經濟生活的實際需要——避免紛爭、預防訴訟、交易安全：

合夥的本質是經營共同事業的**非法人團體**。合夥與公司最大的不同，僅在於獨立法人格的有無。試想，如果我們依通說，將合夥當作不要式契約，會遇到怎麼樣的問題？試舉一例說明之。假設有三五好友在閒聊，A 說我們來合夥做點小生意；B 附和說我是學西點的，租個店面來賣麵包好了，我負責做麵包；C 附和說資金大概需要 300 萬；D 附和說那每個人大

¹⁹⁴ 參民法 166 條之 1 立法理由(1999.04.02)

¹⁹⁵ 民法 166 條之 1 立法理由(1999.04.02)認為，不動產物權具有高度經濟價值，故契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人做成公證書。

概要拿個 100 萬出來，ABC 三個人都說好。依通說，合夥契約的必要之點是(1)出資與(2)共同事業。依照不要式契約說，因 ABCD 相互間之口頭承諾，合夥契約已經成立。於是隔天，A 向 B 請求履行出資義務，B 抗辯說自己只負責做麵包(勞務出資)，而且 C 也沒拿錢出來；A 說我已經出錢了，你不可以對我行使同時履行抗辯。於是 ABCD 通通鬧上了法院。

在這個例子中，很明顯並非全部當事人都已經認知到彼此間已成立合夥，而需負擔出資義務，但是實務卻越俎代庖，認為合夥已成立。本文認為，就避免紛爭、預防訴訟或當事人間交易安全之維護上，關於合夥之成立採「不要式契約說」，實屬不當，此其二。

(三) 實務意見之觀察：

合夥之成立，早期實務採嚴格的「不要式契約說」，只要當事人間互為出資之約定以經營共同事業，合夥即為成立，至於合夥人不履行其出資之義務者，「雖得依民法第二百五十四條解除契約¹⁹⁶，或依民法第六百八十八條予以開除，要不得因此而謂合夥契約尚未成立。」(22 台上 2894 號判例) 如此一來，在現實生活中，這樣的遊戲規則將無可避免成為無止盡紛爭的來源。三十幾年後，實務也發現了，如果這麼輕易就可以在當事人之間就成立合夥，不但無法解決問題，只會衍生出更多問題，因此，實務小幅度地修正其見解。

在堅持合夥契約的不要式性與諾成性之餘，基於交易安全的考量，最高法院進一步認為，關於合夥人之出資以及彼此權義分擔之內容，必須相

¹⁹⁶ 22 台上 2894 號判例這個見解有很大的問題。民法 254 條是規定兩造間因一方給付遲延，他方定期催告後得解除契約之規定。合夥當事人若只有兩造，當然不成問題。如果當事人有三人以上，難道因為其中一人不履行出資義務，就可以解除整個合夥關係？這點其實也明白反映出，將合夥視為雙務契約是有問題的。

互間明確約定，合夥始能成立。「合夥為二人以上互約出資，以經營共同事業之契約，雖祇須各合夥人間互有出資之約定，並不以各合夥人皆已實行出資為要件，但合夥人究竟各出資若干，其以他物或勞務出資者，其折算標準如何，要須相互間明確約定，始能做為日後合夥權義分擔之依據，藉以確保交易之安全，非謂二人以上一經有共同事業之一致意思，不問出資條件如何，合夥契約即為成立」(56 台上 2568 號判決) 但是問題就在於，合夥人相互間究竟各自出資若干？折算標準為何？彼此權義關係為何？這麼複雜的內容，如果不以書面為之，僅各合夥人以口頭表示，如何確定或擔保合夥人相互間合意的一致？綜上所述，本文認為，從立法論的觀點，關於合夥之成立，應仿終身定期金之規定，應以書面為之。

三、合夥為諾成契約？

從民國 18 年開始，最高法院就認為合夥是諾成契約(不要物契約)。「合夥契約為諾成契約，苟經合法表示入夥意思，則股金是否實交，股票是否收執，均非所問，而合同議單之有無，自亦不得認為合夥之要件。」(18 上 2524 號判例)。我們從時間的先後順序加以觀察，民法債編制定於民國 18 年 11 月 22 日，而施行於民國 19 年 5 月 5 日，因此我們可以知道，在民法債編制定施行之前，關於合夥的成立，最高法院就已經採「諾成契約說」。

(一) 歷史解釋的觀點¹⁹⁷：

民法施行 (民國 19 年 5 月 5 日) 以後，最高法院仍然堅持其向來的見解—「合夥為二人以上互約出資以經營共同事業之契約，祇須有各合夥人悉為出資之約定，並不以各合夥人皆以實行出資為成立要件。」(22 上 2894

¹⁹⁷ 關於歷史解釋的意義與操作方法，參李惠宗，案例式法學方法論，新學林，2009，頁 258-261。

號判例) 這樣一來，問題就大了。問題在哪裡呢？單純從條文所使用的文字—二人以上互約出資—觀察，我們並無法明確得知，關於合夥之成立，立法者是否採取—以出資為成立要件—之觀點？但是，如果我們觀察民國19年民法 667 條制定時的立法理由，就可以清楚地找到答案—「合夥之契約，以出資為成立要件」。意即，民法立法者已經明確地透過立法的方式，否定最高法院先前所採取的見解—合夥契約為諾成契約—；而認為「合夥之契約，以出資為成立要件」，關於合夥的成立，明白地採「要物行為說」(踐成行為)。

關於法律解釋的目標，德國法上有「主觀說」(subjektive Theorie)、「客觀說」¹⁹⁸(objektive Theorie)及「統一說」(Vereinigungstheorie)等不同之觀點。雖然國內學者的相關論述上，似乎都認為德國法學上係以客觀說為通說。但林更盛教授從羅馬法開始，深入分析相關學說的演變，一直到納粹時期、二戰之後，以至於當今學說的概況。林更盛教授明白指出，實際上當前德國法，關於法律解釋的目標，係以統一說為通說¹⁹⁹。

法律解釋的目標

主觀說 subjektive Theorie

客觀說 objektive Theorie

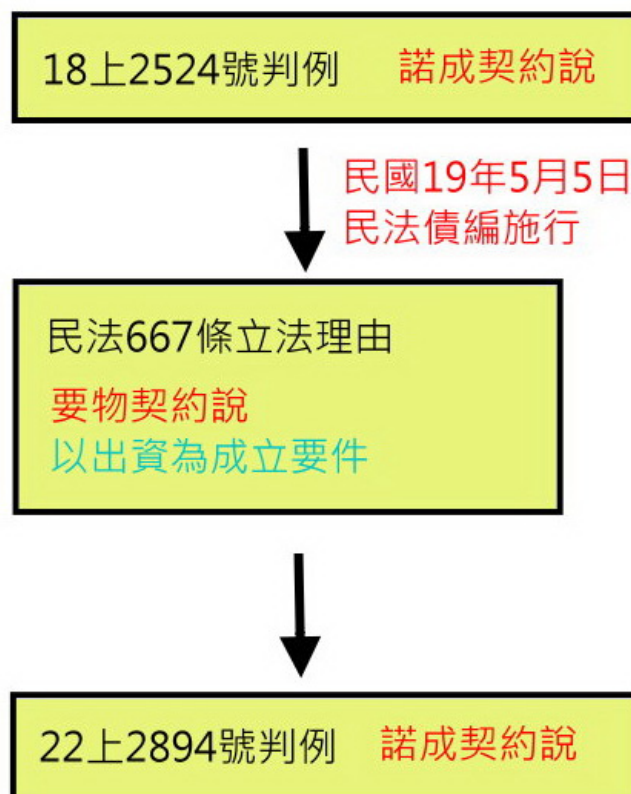
統一說 Vereinigungstheorie

林更盛教授認為
德國目前以統一說為通說

¹⁹⁸ 學說上有使用主觀解釋與客觀解釋用語者，參黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法(下)，植根雜誌，22卷2期，2006，頁600-601。「所謂立法意旨，係指存在於法律基礎之客觀目的。」「立法意旨不但得自主觀解釋，而且得自客觀解釋得知。所謂主觀解釋，係指探求立法者之意思；所謂客觀解釋，係指探求存在於法律之客觀意旨。」

¹⁹⁹ 參林更盛，論法律解釋的目標，高大法學論叢，7卷2期，2012，頁1-40。

我們從憲法的角度思考權力分立的觀點，可以得出「法院有依法律審判之義務」的結論。但如果因為長時間時代的演變，發生了立法者當時所未預見的情形，在這種狀況下，我們也都承認，法院於適用或解釋法律時，應有法律續造 (Rechtsfortbildung) 的需求或義務。但是在本例中，關於合夥的成立要件，最高法院在債編制定施行前一年(民國 18 年)，採「諾成契約說」；隔年債編施行，立法者改採「要物說」，從時間的鄰接性來看，上述關於時間演變的客觀要件完全不存在。雖然客觀說認為「法解釋應脫離立法者主觀的意志，以探求法律客觀的意旨。我們仍然認為，在立法者已經透過立法的方式並於立法理由中明確表達其規範意旨時，除非客觀說能提出有力的論證以支持其反對見解，否則在解釋或適用法律時，應充分尊重立法者的修正意旨。」²⁰⁰



²⁰⁰ 見李智威，不利益變更禁止—刑事訴訟法第 370 條的再構成，刑事法雜誌，57 卷 3 期，2013，頁 159-160。

(二) 體系解釋的觀點：

1.關於請求履行出資義務：

我們從最高法院 22 上 2894 號判例可以看出來，最高法院認為，如果有合夥人不履行出資義務，他合夥人得依 254 條解除契約或依 688 條予以開除。合夥規定於債編第二章各種之債第 18 節，§§667-699，共 33 條，條文之多，於各種之債中，僅次於租賃及買賣。買賣一節中，關於價金給付的相關規定，就規定了 4 個條文(§§368-371)；而租賃一節中，關於給付租金之時期、方法、分期給付、遲延、租金增減等，均有鉅細靡遺的規定 (§§439-442)。但是合夥一節 33 個條文中，關於請求履行出資義務的條文，一條都沒有！



從這裡就可以清楚看出來，立法者當時的想像是，出資為合夥的成立要件，必須所有人都履行出資義務後合夥始成立。因而當合夥成立後，完全沒有設置「請求履行出資義務」相關規定之必要，至為明顯。因為最高

法院不當地將合夥理解為「諾成契約」，而產生了合夥成立後請求履行出資義務的問題。最高法院查遍了合夥全部 33 條的條文，竟然找不到一條解決的辦法！只得求助於雙務契約中，關於因一造給付遲延而解除契約之規定(§254)；再不然，就只好選擇開除未履行出資義務之合夥人(§688)。

2.關於出資之增加與補充：

民法 669 條規定「合夥人，除有特別訂定²⁰¹外，無於約定出資之外增加出資之義務。因損失而致資本減少者，合夥人無補充之義務。」本條的規範意旨是，出資的總額原則上於合夥成立時，就已經終局地確定了，合夥人只要拿一次錢出來就可以了，不論盈虧，嗣後都沒有補充的義務。若真如最高法院所言，合夥不以出資為成立要件，如果合夥成立後一旦資金沒有到位，不足以支應共同事業所需時，其他合夥人又沒有增加或補充資本之義務，屆時要如何處理？

由上開說明可知，立法者當時的想像是，資本於合夥成立當時就已經全部到位，成立合夥財產，與各別合夥人人格分離，為合夥人全體共同共有。因而在合夥成立之後，合夥人除有特別「訂定」外，無增加或補充資本之義務。

²⁰¹ 這裡使用的用語是「訂定」，從文義的理解上，所謂「訂定」，應該是指「書面的約定」。如果，真如實務及通說所言，合夥之成立為不要式行為，何以出資的約定不以書面為必要？而增加出資的約定卻須以書面為之？從這點更可以看出，立法者當時的想像是，合夥人一定是履行出資以後，拿到作為證明文書的股票、合同議單或其他書據，合夥始成立，合夥根本就是典型的要式行為。立法者壓根沒有想過，後來的人會將合夥理解為「不要式契約」。

第四節 本文見解

本章由文獻考察及相關實務意見出發，針對共有、契約、默示意思表示及合夥等法律概念，依本文的思考邏輯，分別加以定義；另外針對系爭法律概念，若本文的理解角度與通說或實務有所不同者，筆者亦竭力於文中一一予以釐清，茲說明如下。

第一項 共有之性質

共有，是數人同享權利的一種狀態。共有，並不具有權利的本質，毋寧更接近一種「比例」(proportion)的概念。由於所有權說無法圓滿解釋一物一權主義，我國通說係採分量說，本文從之。

第二項 契約

學理上的法律行為，可以區分為單獨行為、雙方行為與共同行為。我國民法債編關於債之發生，基於法律行為而成立的，有契約與代理權之授與。其中，代理權之授與，依通說為單獨行為。而第二章各種之債所規定的各種有名之債中，(1)明文規定為契約的有：買賣、交互計算、贈與、租賃、使用借貸、消費借貸、僱傭、承攬、出版、委任、代辦、居間、寄託、合夥、隱名合夥、合會、終身定期金、和解、保證、人事保證等。(2)條文未明文規定為契約，透過準用，解釋為契約的有：互易(準用買賣)、行紀(準用委任)、倉庫(準用寄託)、承攬運送(準用行紀)。(3)債之關係本質為契約的有：物品運送、旅客運送。(4)其他：經理人、指示證券、無記名證券。

第一款 我國民法典上所謂的「契約」

一、我國民法上並無共同行為之概念

指示證券及無記名證券之發行，依通說為單獨行為(一方行為)；而經理權之授與，依本文理解，亦為單獨行為。由上開整理可知，我國民法典關於債之發生，並無共同行為之概念。

我們進一步觀察上開第(1)種「明文規定為契約」之類型，其定義性條文²⁰²(各該節第一條)不外下列形式：

- (A) 「稱○○者，謂當事人約定……之契約」
- (B) 「稱○○者，謂當事人一方…交付(移轉)…他方，而約定他方……之契約」
- (C) 「稱○○者，謂二人以上互約……之契約」

以(B)類型規定的有，使用借貸及消費借貸。民國 88 年債編修正前，464 條規定的內容為「稱使用借貸者，謂當事人約定，一方以物，無償貸與他方使用，他方於使用後，返還其物之契約。」而修正前 474 條的規定是「稱消費借貸者，謂當事人約定，一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」我們可以

²⁰² 王澤鑑教授將法條的類型區分為：(1)完全性法條(請求權規範)、(2)不完全性法條、(3)準用、擬制性規定。而不完全性法條又區分為：(a)定義性法條、(b)補充性法條。參王澤鑑，法律思維與民法實例，1999，頁 67-72。

Larenz 教授將不完全性法條(Unvollständige Rechtssätze)分為 4 種類型：(1)Erläuternde Rechtssätze(解釋性法條)、(2)Einschränkende Rechtssätze(限制性法條)、(3)Verweisende Rechtssätze(參照性法條)、(4)Gesetzliche Fiktionen als Verweisungen。Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6, Aufl. 1991, S.257ff.

觀察到，修正前使用借貸及消費借貸之規定，也是採用(A)類型的定義方式。

修正後 464 條的規定為「稱使用借貸者，謂當事人一方以物交付他方，而約定他方於無償使用後返還其物之契約。」修正後 474 條 1 項的規定是「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，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。」民法 464 條之修正理由為「我國民法規定之使用借貸，通說認為係要物契約，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(第四百六十五條)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²⁰³。」民法 474 條之修正理由為「我國民法規定之消費借貸，通說認為係要物契約，於當事人合意外，更須交付金錢或其他代替物，以移轉所有權於他方，始能成立。惟依現行法本條及次條(第四百七十五條)合併觀察，易使人誤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，並移列第一項²⁰⁴。」

二、民法上，依「契約」成立之債之關係

由上開介紹，我們可以得到下列結論：

(A)類型「稱○○者，謂當事人約定……之契約」的立法模式，依立法者的想像，係針對諾成契約(不要物契約)；而(B)類型的立法模式「稱○○者，謂當事人一方…交付(移轉)…他方，而約定他方……之契約」，係針對要物契約而設。

²⁰³ 見民法債編、民法債編施行法修訂資料彙編，五南，1999，頁 106。

²⁰⁴ 見修訂資料彙編，同前註 203，頁 109-110。

依本文分析，(A)類型的契約，都是典型的**雙務契約**、**諾成契約**(不要物契約)。(A)類型的契約計有：買賣契約、交互計算契約、贈與契約、租賃契約、僱傭契約、承攬契約、出版契約、委任契約、代辦契約、居間契約、寄託契約、隱名合夥契約、終身定期金契約、和解契約、保證契約、人事保證契約。本類型契約成立的方式，依民法 153 條，係以**雙方當事人意思表示對向合致**而成立。

採(C)類型立法模式的僅有合夥，從體系解釋的觀點來說，亦可推論合夥的規範意義與其他類型的契約有很大的不同。

第二款 合夥並非民法 153 條規範意義之契約

一、學理上的契約，限於兩造意思表示對向而成立

合夥與合會具有**團體性**²⁰⁵，並非典型的雙方行為，不因雙方意思表示對向合致而成立。而是數人透過協議，相互間彼此意思表示一致而成立之多方行為，概念上屬於一種**團體的協議**。與學理上契約不同的是，數人意思表示間不具有對向性，可以理解為平行(parallel)同向的一致，也可理解為會聚(convergent)的一致或是交錯(crossed)的一致。

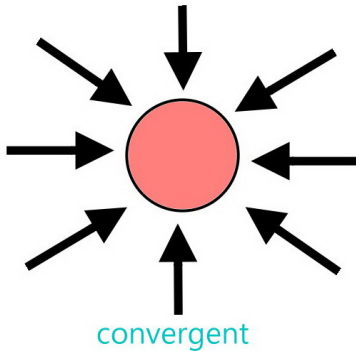


²⁰⁵ 合會在學理上可以區分為單線關係之合會與團體性之合會。參林誠二，論合會(上)，台灣本土法學，16期，2000，頁42-45。

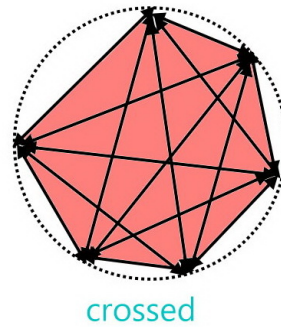
但由民法上 709 條之 1 關於合會契約之定義性規定可知，民法上之契約規定對於團體性合會與單線關係一體適用。參陳聰富，合會習慣之成文化，全國律師，3卷7期，1999，頁102。

謝哲勝教授對照法務部民國 80 年 10 月之草案初稿得知，民法 709 條之 1 第一項後段之**單線關係合會**(謝哲勝教授文中稱**個別性合會**)係事後所加。參謝哲勝，合會契約，月旦法學，27期，1997，頁37。

團體性協議成立的方式(2)
意思表示會聚的一致



團體性協議成立的方式(3)
意思表示交錯的一致



如果將這種團體的協議，理解為意思表示平行同向的一致，則概念上與學理上的共同行為相同。如果理解為意思表示會聚的一致或交錯的一致，則學理上並無相對應的概念。關於團體的協議，無論理解為平行的一致、會聚的一致或交錯的一致，通通不是學理上契約(兩造意思表示對向的合致)。

由於我國民法典的立法上，並未明確採取學理上共同行為的概念，因而在各種有名債之關係的解釋上，關於法律行為的成立，不是解釋為單獨行為(證券的發行、授與經理權)，就是明文規定為契約。但是，民法債編中，關於契約成立(153條)、債之選擇(208條以下)、契約解除(254條以下)、同時履行抗辯(264條)、不安抗辯(265條)、債之抵銷(334-342條)及債之免除(343條)等規定，都是針對學理上契約之概念而設計，其規整(Regelung)的目的在調整兩造當事人間之權利義務；無論是法律原本的計劃(des ursprünglichen Plans des Gesetzes)²⁰⁶或者法的目的本身，都沒有把上開規定適用於合夥等團體性法律行為的想法。

²⁰⁶ Larenz, aaO (Fn 202), S.366 f.

二、類型比較(Typenvergleich)的觀點

傳統法學上，區分概念(Begriff) 與類型(Typus)。概念，可以透過充分且必要的特徵予以定義。而類型，僅能透過一系列的特徵加以說明，而且不以具備全部的特徵為必要；質言之，兩個類型可能具有相同的特徵。因此，類型是有開放性的，而類型的界限是流動的。在這個遊戲規則底下，各種有名之債，應該是類型的，而非概念的。

關於合夥是否學理上契約？我們可以透過類型比較(Typenvergleich)的觀點，找到可能的答案。意即，我們可以從明確屬於某一規定範圍的各種類型中，各自歸納其相關的、重要的特徵，藉以作為比較的基準²⁰⁷。我們觀察買賣、租賃、承攬、僱傭等類型，可以歸納出幾個重要的特徵：(1)當事人只有兩造、(2)基於合意，雙方互有債權債務關係、(3)兩造關於成立債之關係的動機(motive)是對向的。而合夥，當事人通常有兩人以上，合夥人間並未基於合夥成立而相互享有債權或負擔債務，當事人間關於成立合夥的動機是平行而同向的一致。從上開比較，可知合夥並不具有任何契約的重要特徵²⁰⁸。

三、法體系的建立與法的解釋，不應該是一種「藝術」

綜上所述，民法典所稱之「契約」，並非全部都是學理上之契約。雖然國內學說的處理方式，都是先強調合夥之團體性，稱之為團體性契約，然後在法律的適用上，再排除一些針對雙務契約而設計的規定。然而，上

²⁰⁷ 關於類型比較之概念，參林更盛，勞動契約上離職後競業禁止約款的控制，收錄於論契約控制—從Rawls的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆，2009，頁135-136。

²⁰⁸ 合夥與上開契約之成立均以意思表示為要素，但是意思表示並非在系爭分類下契約的特徵，而是更上位的特徵。意即，意思表示是法律行為的重要特徵，在法律行為項下，再區分契約與契約以外法律行為，故不得以合夥與買賣等契約均以意思表示為要素，而認為合夥具有契約之特徵，特予敘明。

開這種為了遷就實定法而使用團體性契約用語的作法，將徹底混淆「契約」之定義，造成法律概念體系的紊亂，本文無法贊同！

所謂 Rechtsdogmatik 的穩定性功能，係指透過邏輯分析、建立法律體系並運用於司法裁判，可使實務上常見的問題「獲得較穩定的解決方法」²⁰⁹。關於合夥的定性，並非學理上契約，毋寧更接近共同行為。但是在法律已經明文規定合夥為契約的前提下，若將合夥解釋為不是契約，已經超過可能的文義 (des möglichen Wortsinns) 範圍，性質上已經是一種漏洞填補(Lückenausfüllung)。

本文認為，實定法將合夥規定為契約，存在一種規範過度的隱藏漏洞(verdeckte Lücken)；從方法論上，應採取目的性限縮(teleologische Reduktion)，因為並未超出法本身的目的(der Teleologie des Gesetzes selbst)，所以可視為一種法律以內法的續造(gesetzsimmanente Rechtsfortbildung)。

Savigny 曾說：「解釋法律，係法律學的開端，並為其基礎，係一項科學性的工作，但又為一種藝術²¹⁰。」本文贊同「解釋法律是一項科學性工作」的說法，但關於後者——但又為一種藝術——本文則持保留之態度。就本例來說，雖然學說上有認為關於合夥「有關契約規定之適用，亦應顧及其所具有之團體性而加以限制、修正或排除」；但是實務相關見解，仍游移兩可之間。如果訴訟當事人的權益，必須取決於法官解釋的藝術，本文認為，法釋義學的穩定性功能將蕩然無存！

²⁰⁹ 關於 Rechtsdogmatik 的穩定性功能，參顏厥安，法與實踐理性，頁 170 以下。

²¹⁰ 王澤鑑教授於闡述法律解釋必要性時，引述 Savigny 上開說法。見王澤鑑，同前註 202，頁 255。

四、目的性限縮？修法？

質言之，債編通則的條文有一百多條，針對契約設計的條文也有數十條，在法條的適用上，那條規定應該透過目的性限縮予以排除？那條又不應該排除？學說上至今並無明確之見解。再者，我國的法官中，在依法審判的大帽子底下，又有多少人願意跳出法匠的窠臼，而從事法的續造 (richterliche Rechtsfortbildung)？

因而本文認為，關於合夥的性質，在現行法制下，應透過目的性限縮一不認合夥為契約，並排除相關規定之適用。進而，於考量我國司法實務現實面的情形下，應正本清源，透過修法徹底解決這個問題。

民法 667 條第一項應修正為「稱合夥者，謂二人以上出資而約定經營共同事業之團體。」增訂第二項「前項約定，應以書面為之。」關於合夥之成立，應明白採取要物行為以及要式行為說。

第三款 團體性協議沒有默示成立的可能性

一、並非「默示成立契約」

德國與日本民法典，並無得默示成立契約的規定，但學說承認之，因而民法 153 條 1 項之相關規定，毋寧我國獨創。本文認為，關於默示成立契約的說法，有進一步澄清的必要。所謂默示成立契約，從字面上來看，有三種可能的組合，(1)默示要約與默示承諾一致、(2)默示要約與明示承諾一致、(3)明示要約與默示承諾一致。

日本學說上，僅將第(3)種一要約與默示承諾合致，列為契約成立的方式之一。而我國學說上相關討論所舉的適例，亦僅有要約與默示的承諾合致而成立契約。因而我們可以知道，默示的要約這種情形是不存在的。要

約作為一種意思表示，其表示方法必須明確，不得以須間接推知的方法為之。也因此，嚴格來說，並非默示成立契約，而是要約與默示承諾合致而成立契約。



二、不得透過默示成立團體協議

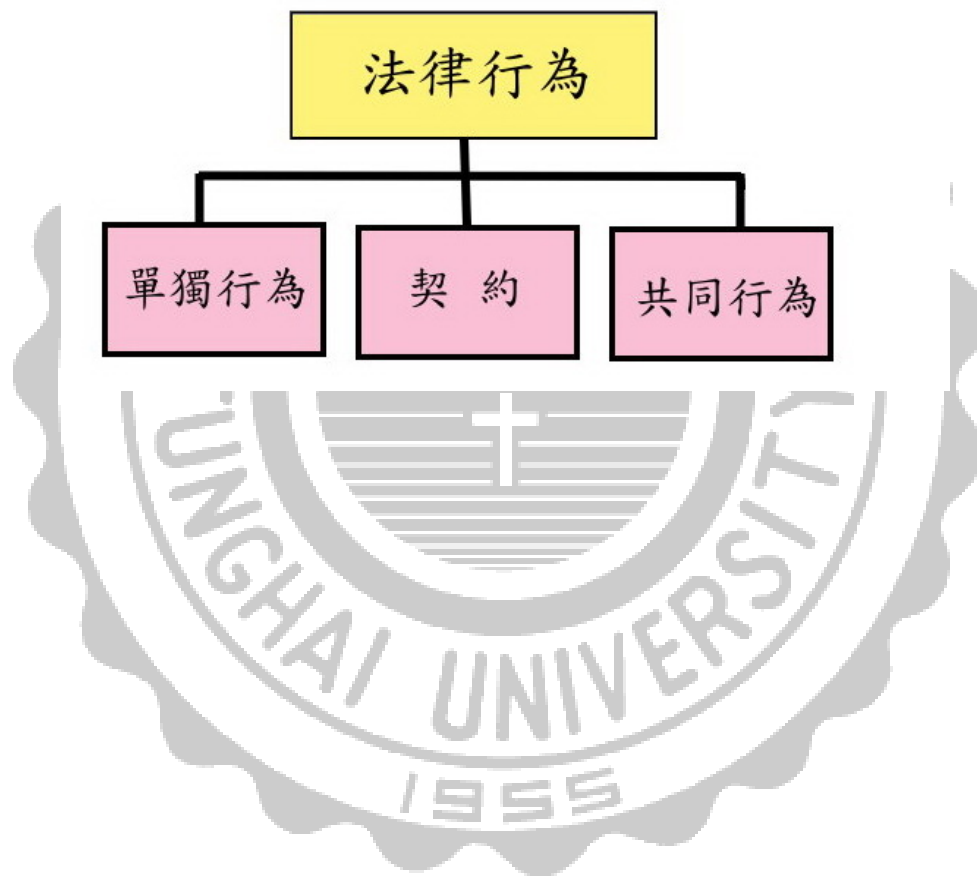
學說上，關於默示承諾成立契約所舉的適例²¹¹，不外現實要約 (Realofferte)、事實上契約 (如開車進停車場、喝旅館冰箱的飲料) 等，都是法律關係極為單純的類型。本文認為，得以默示成立的法律關係類型，具有下列兩種特性：(1)法律事實單純：當事人僅有兩造，一方明示要約，他方默示承諾。(2)一時性債之關係 (Vorübergehende Schuldverhältnisse)：債之關係之內容，因一次之給付，即可實現²¹²。由上開說明可知，學說上所謂團體性契約如合夥、合會等，當事人都在兩造以上，法律事實並不單純。而且系爭法律關係都是繼續性債之關係 (Dauerschuldverhältnisse)，隨著時間的經過，當事人間會產生新的權利義務。這種類型的債之關係，法律關係複雜，默示並不足以確定當事人間之權利義務關係！因而本文認為，這種透過團體協議而成立的債之關係，不應適用 153 條關於默示意思表示之規定。

²¹¹ 本文認為，依「是否直接可知或必須間接推知表意人的意思」作為區分「明示、默示」之標準，學說上所舉的例子都是「明示」，而真正的「默示」，是意思實現。見本文第二章第四項第五款之討論。

²¹² 參王澤鑑，同前註 91，頁 144-152。

第四款 民法典上「契約」用語概念的再確定

就民法債編各種之債中有使用「契約」用語的條文加以觀察，我們可以輕易地瞭解，立法者關於「契約」的想像，僅止於**依當事人間之合意而成立債之關係**。也就是說，立法者所理解的契約，其實就是**多方行為**；而學理上的多方行為包括契約與共同行為。因為實定法未將兩者予以明確區分，本文認為，在透過修法改正以前，相關條文的適用上必須特別注意。



第三章 默示分管契約

本章透過國內學說及實務意見的整理，分別探討分管契約之意義(第一節)與成立方式(第二節)，進而分析最高法院相關見解之演變。本章的研究目的之一，在於釐清何謂分管契約？何謂默示分管契約？實務所認知的默示成立分管契約究竟是麼意思？文末，本文擬以第二章之研究成果就實務見解加以分析，並提出本文意見作結。第三節中，本文擬以前開研究所得分析民法 820 條之修正，並嘗試理解系爭條文之規範意義。

第一節 分管契約的意義

由於分管契約並非我國實定法上之用語，因而於進一步討論前，本文認為有先釐清系爭用語意義及內涵之必要。

第一項 國內學說介紹

國內學者關於分管契約之意義，所持見解不盡相同，茲分述如下：

- 一、謝在全教授認為分管契約係指「共有人間約定各自分別占有共有物之特定部分而為管理」之契約

此種契約為共有人全體所訂立，即民法 820 條第 1 項所稱「除契約另有約定」之情形，符合共有物管理以自治為優先之原則²¹³。「經

²¹³ 參謝在全，同前註 6，頁 529。

共有人以協議所定之共有物使用、收益方法，係共有物管理約定之一種」²¹⁴

二、溫豐文教授認為分管契約「乃共有人約定各自分別就其共有物之特定部分，而為管理之契約」

管理約定者，乃共有人全體以契約方式約定共有物之管理方法而言。民法 820 條第 1 項規定，共有物之管理，先依共有人之契約定之，未定管理契約者，除簡易修繕及其他保存行為得由各共有人單獨為之，依共有人之多數決行之。所謂「分管契約，乃共有人約定各自分別就其共有物之特定部分，而為管理之契約」²¹⁵

三、蔡明誠教授認為分管契約係「由各共有人分別占有共有物之特定部分而為管理之契約」²¹⁶

四、王澤鑑教授認為分管契約係「共有人間約定各自分別就共有物之特定部分而為使用、收益等管理行為的契約」

王澤鑑教授認為共有物管理契約係指共有人為共有物管理而訂立之契約。共有物管理契約中有所謂分管契約者，係共有人間約定各自分別就共有物之特定部分而為使用、收益等管理行為的契約²¹⁷。

²¹⁴ 見謝在全，同前註 6，頁 527-528。

²¹⁵ 參溫豐文，論共有物之管理，台灣法學雜誌，135 期，2009.09，頁 95。

²¹⁶ 參蔡明誠，共有物分管契約與物上請求權問題—最高法院八十七年台上字第二三五號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌，12 期，2000.07，頁 79-80。

²¹⁷ 參王澤鑑，同前註 10，頁 297-298。

五、鄭冠宇教授認為共有人全體就共有物所為分管約定，通稱為 分管契約

鄭冠宇教授認為分管約定係「就共有物之使用、收益或管理方法所為之約定，乃就共有物之管理定暫時狀態之使用」。「共有人全體就共有物所為此種分管約定，通稱為分管契約。」²¹⁸

第二項 實務見解

本文整理民國 85 年至 102 年，最高法院關於分管契約曾表示意見之全部判決，計 299 則。關於分管契約的定義，最高法院曾出現六種說法，茲臚列如下：

	最高法院關於分管契約的定義
(A)	分管契約，係共有人就共有物之使用、收益或管理方法所訂定之契約 ²¹⁹ 。
(B)	共有人間就共有物之全部劃定範圍，各自占用共有物之特定部分而為管理者，為共有物之分管契約 ²²⁰
(C)	共有人全體就共有物劃定範圍，約定各自使用共有物之特定部分者，為共有物之分管契約 ²²¹
(D)	共有物分管契約係共有人就共有物管理方法所成立之協議 ²²²
(E)	分管契約，係指共有人間約定各自分別占有共有物之特定部分而為管理之契約 ²²³
(F)	共有人全體就共有物之全部劃定範圍，各自使用共有物之特定部分之契約 ²²⁴

²¹⁸ 見鄭冠宇，同前註 8，頁 281-282。

²¹⁹ 85 台上 53 號判決、86 台上 992 號判決

²²⁰ 86 台上 1832 號判決、100 台上 1776 號判決

²²¹ 88 台上 817 號判決

²²² 89 台上 585 號判決、95 台上 765 號判決、97 台上 1350 號判決、99 台上 1553 號判決。

²²³ 92 台上 1124 號判決

²²⁴ 99 台上 946 號判決

實務上開各種分管契約之定義，關於分管契約特徵之說明，均有所取捨，茲以表格整理如下：

分管契約之特徵	最高法院所採取之見解	
「使用、收益、管理」	強調「使用、收益、管理」 (A) 出現次數 2 次	僅謂「管理」 (B)、(C)、(D)、(E)、(F) 出現次數 9 次
「各自分別」使用、占用共有物之特定部分	強調「各自分別」使用、占用共有物之特定部分 (B)、(C)、(E)、(F) 出現次數 5 次	未強調 (A)、(D) 出現次數 6 次
「約定」或「協議」	強調「約定」或「協議」 (C)、(D)、(E) 出現次數 6 次	未強調「約定」或「協議」 (A)、(B)、(F) 出現次數 5 次
「就共有物劃定範圍」	強調「就共有物劃定範圍」 (B)、(C)、(F) 出現次數 4 次	未強調 (A)、(D)、(E) 出現次數 7 次

第三項 小結

由於日本民法典關於共有物之管理，並無分管契約之相關規定，而日本學說亦無相關討論，因而本文擬就我國實務及學說探討並分析分管契約之意義。民法第 820 條 1 項規定「共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」條文中所謂共有物管理之**契約**，即實務所稱分管契約之**實定法基礎**。然而，共有物管理契約是否即等同於分管契約？學說上仍有不同意見：

一、是否區分「共有物管理契約」及「分管契約」？

(一) 區分說：

溫豐文及王澤鑑教授區分共有物管理契約及分管契約。民法 820 條所謂的「契約」係指共有物管理契約—共有人為共有物管理而訂立之契約。採廣義的管理定義，包括狹義的管理、使用、收益。而分管契約是共有物管理契約概念項下的子分類，分管契約係指共有人間約定各自分別就共有物之特定部分而為使用、收益等管理行為的契約。謝在全及蔡明誠教授並未明確區分共有物管理契約及分管契約兩者，但二位教授關於分管契約之說明，所採分管契約之定義，與區分說同。

最高法院關於分管契約的各種定義中，(B)、(C)、(E)、(F)等說，係採區分說。

基於上開說明，依本文理解，共有物管理契約及分管契約兩者間之差異，似乎在於分管契約所約定的內容係當事人間約定各自分別就共有物之特定部分而為使用、收益，而共有物管理契約並未特別強調各自分別管理。也就是說，分管契約係以每個共有人均有分得部分加以管理為必要。若不為上開解釋，似無法明確區分兩者之差別。

(二) 未區分說：

鄭冠宇教授認為，當事人間「就共有物之使用、收益或管理方法所為之約定」(通說所謂的共有物管理契約)，稱為分管契約。鄭冠宇教授將共有人間關於共有物所為之管理約定—即民法 820 條所謂契約，逕稱為分管契約。

最高法院關於分管契約的各種定義中，(A)、(D)兩說，係採未區分說。

二、分管契約是否以共有人約定「各自分別」占有共有物特定部分為內容？

至於分管契約的規範內容，是否以共有人約定各自分別占有共有物特定部分為要件？依本文分析，就分管契約之定義採區分說者，關於約定之內容，係以各共有人各自分別占有共有物特定部分為必要。採未區分說者，則並未特別強調各自分別占有、使用。

三、我國學說以「區分說」為多數說

綜上所述，關於分管契約之定義，就數量的統計上來說，我國學說係以區分說為多數說。

但就最高法院曾表示之見解觀察，兩說並無數量上的明顯差異(區分說 5 次、未區分說 6 次)。關於這個情形，依本文的研究結果，並非不同審判庭間所採取之見解、立場不同所致，毋寧是法官依個案說理上之必要，而游移於兩說之間，茲於後文析述之。

第二節 分管契約之成立

本節中，本文擬透過回顧國內相關學說，試圖分析國內學者關於分管契約成立方式之見解，先予釐清並整理出一個大致的輪廓。接下來本文整理最高法院歷年來關於分管契約曾表示意見之全部判決，依時間先後予以歸納、分類，區分辯證不同見解間彼此之關連性，嘗試說明最高法院相關見解如何變化。

第一項 國內學說介紹

一、謝在全教授認為分管契約之成立須由共有人全體共同協議定之

分管契約係關於共有物管理之約定，故其成立「須由共有人全體共同協議定之」，不以書面為必要，以明示或默示為之均無不可²²⁵。

訂立分管契約時，雖尚非共有人，例如僅為共有物之各買受人，但嗣後已全部取得共有物之所有權，成為共有人，並已依分管契約分管共有物者，亦應認此分管契約業已成立，「蓋此際當可認共有人已默示同意成立分管契約也」²²⁶。

二、溫豐文教授關於分管契約成立之見解

分管契約乃共有物管理契約中，就共有物之使用、收益或管理方法所為之約定²²⁷。其成立不以共有人明示之意思表示為限，共有人默示之意思表示，亦包括在內。依共有人之舉動或其他情事，足以間接推知其效果意思者，如共有人間實際劃定使用範圍，對於各自占有管領之部分，互相容忍，對於他共有人使用、收益各自占有之土地未予干涉，已歷有年所，即非不得認有默示分管契約存在。

三、蔡明誠教授關於分管契約成立之見解

共有物分管契約，係屬共有人間明示或默示之共同約定²²⁸。

²²⁵ 參謝在全，同前註 6，頁 529-530。

²²⁶ 見謝在全，同前註 6，頁 530。

²²⁷ 參溫豐文，分管契約之效力，月旦法學教室，50 期，頁 12。

²²⁸ 參蔡明誠，同前註 216，頁 79-80。

第二項 國內學說整理

一、分管契約須由共有人全體共同協議定之

分管契約的本質係民法 820 條 1 項所規定之共有物管理契約，故其成立「須由共有人全體共同協議定之」。

二、共有人間得以默示成立分管契約

分管契約之成立，不以共有人明示之意思表示為限，共有人默示之意思表示，亦包括在內。默示分管契約之要件有二²²⁹：

- (1) 共有人間實際劃定使用範圍，對各自占有管領之部分，互相容忍。
- (2) 對他共有人使用、收益、各自占有之部分未予干涉，已歷有年所。

三、分管契約為不要式契約

契約之成立以不要式為原則，分管契約之成立不以作成書面為必要，故分管契約為不要式契約。

四、分管契約為要物契約？

關於分管契約之成立，是否以各共有人實際管領共有物特定部分為成立要件？學說上並無明確之主張。但透過觀察前開最高法院關於分管契約所為之定義(B)，似可找到肯定之依據「共有人間就共有物之全部劃定範圍，各自占用共有物之特定部分而為管理者，為共有物之分管契約²³⁰」

²²⁹ 參溫豐文，默示的分管契約/最高院 98 台上 1087，台灣法學雜誌，170 期，2011，頁 200。

²³⁰ 86 台上 1832 號判決、100 台上 1776 號判決

溫豐文教授整理實務見解認為，默示分管契約之成立，以共有人間實際劃定使用範圍「各自占有管領」為要件。依本文理解，似認為默示分管契約為要物契約（踐成契約）。

第三項 實務見解整理

關於分管契約的意義與成立方式，實務見解不盡相同。本文透過地毯性搜索過去 17 年來最高法院所曾表示之相關見解²³¹，並加以整理分析如下：

（一）按民法第八百十八條規定，各共有人按其應有部分，對共有物之全部有使用收益之權，故共有物之分管契約，應由全體共有人合意訂立，始生效力，如非共有人，自無從訂立共有物之分管契約。

本說為最高法院關於分管契約成立方式之早期見解²³²，此說認為，分管契約應由全體共有人合意訂定，如非共有人，無從訂立分管契約。本說與其後最高法院之見解，最大的不同在於，依本說：(1)並沒有所謂的「默示分管契約」、(2)共有人間也無從依所謂「第三人媒介」而成立分管契約。

²³¹ 最高法院相關判決，案號起訖，85 台上 53 號判決~102 台上 1527 號判決。

²³² 81 台上 2976

(二) 所謂分管，乃共有人間就共有物之使用、收益或管理方法所訂定之契約，分管契約雖不以作成書面為必要，然必須全體共有人就共有物如何分配管理達成協議始生效力。

本說²³³係承繼第(一)說而來，雖然肯定分管為不要式契約，但強調關於共有物究竟如何分配管理？仍須透過共有人全體協議予以明白確定。在立場上，本說反對默示成立分管契約之見解。

(三) 共有物分管契約，係共有人就共有物管理方法所成立之協議，依民法第八百二十條第一項規定，應由共有人全體共同協議訂定之。

本說²³⁴強調，分管契約的本質係一共有人間關於共有物之管理所為之協議，故其成立須經共有人全體同意為之。在立場上，本說並不認為有所謂的「默示分管契約」。

(四) 共有物分管契約，係共有人就共有物管理方法所成立之協議，依民法第八百二十條第一項規定，應由共有人全體共同協議訂定之。其未定有分管期限者，因終止分管契約係關係共有物管理方法之變更，自須經共有人全體同意，始得為之。

本說係由上開第(三)說衍生而來²³⁵，但本說並非在強調分管契約之成立須經共有人全體之同意。本說之重點毋寧在後段「終止分管契約係關係共有物管理方法之變更，自須經共有人全體同意，始得為之。」從這個見解開始，就埋下了一個伏筆：分管契約可以默示成立，但要終止「默示成立」的分管契約，必須全體共有人明示同意，始得為之。

²³³ 86 台上 3276

²³⁴ 95 台上 765、99 台上 1553

²³⁵ 89 台上 585、97 台上 1350

(五) 共有物分管之約定，不以訂立書面為要件，以明示或默示之意思表示成立亦無不可，是倘共有人間實際上劃定使用範圍，對各自占有管領之部分，互相容忍對於他共有人使用、收益，各自占有之土地，未與干涉，已歷有年所，即非不得認有默示分管契約之存在。

依本文研究結果，本說係最高法院判決中，最早使用「默示分管契約」用語者²³⁶。本說亦是最高法院所發明之「默示分管契約」理論中，尚未變形的基礎型態，此說的特點在於：(1)關於成立默示分管契約之標的，限於「土地」；(2)共有人間必須「實際上劃定使用範圍」；(3)並且以各共有人「各自占有管領」共有土地之特定部分為必要。

(六) 按公寓大廈管理條例實施前，區分所有建築物之所有人，於分別出售其區分所有權時，以契約約定將該建築物之特定共用部分供特定區分所有權人使用，倘無違反強制或禁止之規定，成立分管契約，各立約之區分所有權人及知悉或可得知悉該約定之受讓人，應受其拘束。

本說²³⁷認為區分所有建物所有人，於出售區分所有權時，在買賣契約中與各別買受人就特定共用部分約定專用，成立分管契約，各立約人應受拘束。本說的重點在於：(1)分管契約的標的不再限於「土地」，最高法院所創設的分管契約理論開始進入「區分所有建物」。(2)突破民法 820 條 1 項以及第(一)說所設下的限制：買受人於締結買賣契約時，尚非共有人，如何約定分管？系爭約定專用之約定，係出售人與各別買受人之約定，而非全體共有人之約定。

²³⁶ 81 台上 505、83 台上 1377、89 台上 1228、93 台上 1779、96 台上 1870、99 台上 1150、99 台上 2278、100 台上 2103。

²³⁷ 87 台上 960、88 台上 3223

(七) 按契約固須當事人互相表示意思一致始能成立，但所謂互相表示意思一致，不限於當事人直接為之，其經第三人為媒介而將當事人互為之意思表示從中傳達而獲致意思表示一致者，仍不得謂契約未成立。

公寓大廈之買賣，建商與各承購戶分別約定，該公寓大廈之共用部分或其基地之空地由特定共有人使用者，除別有規定外，應認共有人間已合意成立分管契約。又倘共有人已按分管契約占有共有物之特定部分，他共有人嗣後將其應有部分讓與第三人，除有特別情事外，其受讓人對於分管契約之存在，通常即有可得而知之情形，而應受分管契約之拘束。

本說²³⁸開始解釋第(六)說中，無法自圓其說的質疑。關於契約成立的方式，除了要約承諾一致、交錯要約、意思實現外，在本說中，最高法院創造了一種新的契約成立方式—透過第三人媒介而將當事人互為之意思表示從中傳達而獲致一致。除此之外，分管契約理論的射程範圍，在本說中，又更進一步：關於約定專用之標的，增加「基地空地」。

(八) 公寓大廈等集合住宅之買賣，建商與各承購戶約定，公寓大廈之共用部分或其基地之空地由特定共有人使用者，除別有規定外，應認共有人間已合意成立分管契約。倘共有人已按分管契約占有共有物之特定部分，他共有人嗣後將其應有部分讓與第三人，除有特別情事外，其受讓人對於分管契約之存在，通常即有可得而知之情形，而應受分管契約之拘束。

²³⁸ 91 台上 2477、96 台上 2025

本說係由第(七)說修正而來²³⁹，最大的不同在於，刪除了以「第三人為媒介」而成立分管契約的說法。經本文地毯式搜索，上述第(七)說以「第三人為媒介」而成立契約的說法，總共僅出現過兩次²⁴⁰。

從本說開始「公寓大廈等集合住宅之買賣，建商與各承購戶約定，公寓大廈之共用部分或其基地之空地由特定共有人使用者，除別有規定外，應認共有人間已合意成立分管契約。」此一說法，正式確認成為最高法院的通說，不再是特定審判庭的獨門見解，而為不同民事庭交互引用。值得注意的是，本說關於區分建物之約定專用，並未引用默示成立分管契約之說法。

(九) 按所謂默示之意思表示，除依表意人之舉動或其他情事，足以間接推知其有承諾之效果意思者外，倘單純之沉默，依交易上之慣例或特定人間之特別情事，在一般社會之通念，可認為有一定之意思表示者，亦非不得謂為默示之意思表示。

是以公寓大廈等集合住宅之買賣，建商與各承購戶約定，公寓大廈之共用部分或其基地之空地由特定共有人使用者，各共有人間對各自占有管領之部分，互相容忍，對於他共有人所占有土地之使用、管理未予干涉，歷有年所，即非不得認有默示分管契約之存在。

於此情形，倘共有人已按分管契約占有共有物之特定部分，他共有人嗣後將其應有部分讓與第三人，除有特別情事外，其受讓人對於分管契約之存在，通常即有可得而知之情形，而應受分管契約之拘束。

從本說開始，可謂失控的「默示成立分管契約」理論的最高峰。本說集過去 16 年來各說之大成(81 台上 2976~97 台上 909)，揉合「默

²³⁹ 97 台上 909、98 台上 633

²⁴⁰ 91 台上 2477、96 台上 2025

示意思表示」說、關於土地各自分管特定部分「相互容忍、歷有年所」說、「建商與各承購戶分別約定而成立分管契約」說，創造出「區分所有建物關於共用部分及基地之默示分管契約」說。由於以上各說在發展時均有各自不同之適用要件，或為實際劃分，或為各自管領使用，或僅限於共有土地，或限於明示，但本說一口氣突破上開各說之要件限制，通通抓在一起，完成一次偉大的創舉。

經本文整理結果，本說一共出現四次，出現的時間相當密集，集中在民國 98 年至民國 99 年兩年之間。本說從 99 年 5 月最後一次出現至今(民國 102 年 12 月)，均未再出現過。

本文交叉比對最高法院歷年來，各說之審判日期、審判庭及審判法官等因素，得到不少有趣的研究心得。關於本說之資料，茲以表格臚列如下。

裁判字號	審判庭	法官	裁判日期
98 台上 1087	最高法院 民事第五庭	朱建男(審判長) 顏南全 林大洋 沈方維 陳碧玉	民國 98 年 6 月 18 日
98 台上 1570	同上	同上	民國 98 年 8 月 27 日
98 台上 2426	同上	朱建男(審判長) 顏南全 林大洋 沈方維 張宗權	民國 98 年 12 月 24 日
99 台上 790	同上	朱建男(審判長) 顏南全 林大洋 沈方維 陳碧玉	民國 99 年 5 月 6 日

(十) 按共有物分管契約係共有人就共有物管理方法所成立之協議，依民法第八百二十條第一項規定，應由共有人全體共同協議訂定之。究係如何達成繼受前手與其他共有人間之協議？協議分管之使用範圍為何？有無經全體共有人之同意？自待釐清。

從本說開始²⁴¹，最高法院關於區分所有建物共有人間之分管協議，較少出現「默示分管」、「歷有年所」等用語。關於本說，本文的觀察重點如下：(1)最高法院立場的主軸有所偏移，又開始採用「共有物分管契約係共有人就共有物管理方法所成立之協議，依民法第八百二十條第一項規定，應由共有人全體共同協議訂定之」的說法(同第(三)說)。(2)關於協議分管之使用範圍為何？是否經全體共有人之同意？均以明示為必要，而後分管契約始有可能因全體意思一致而成立。

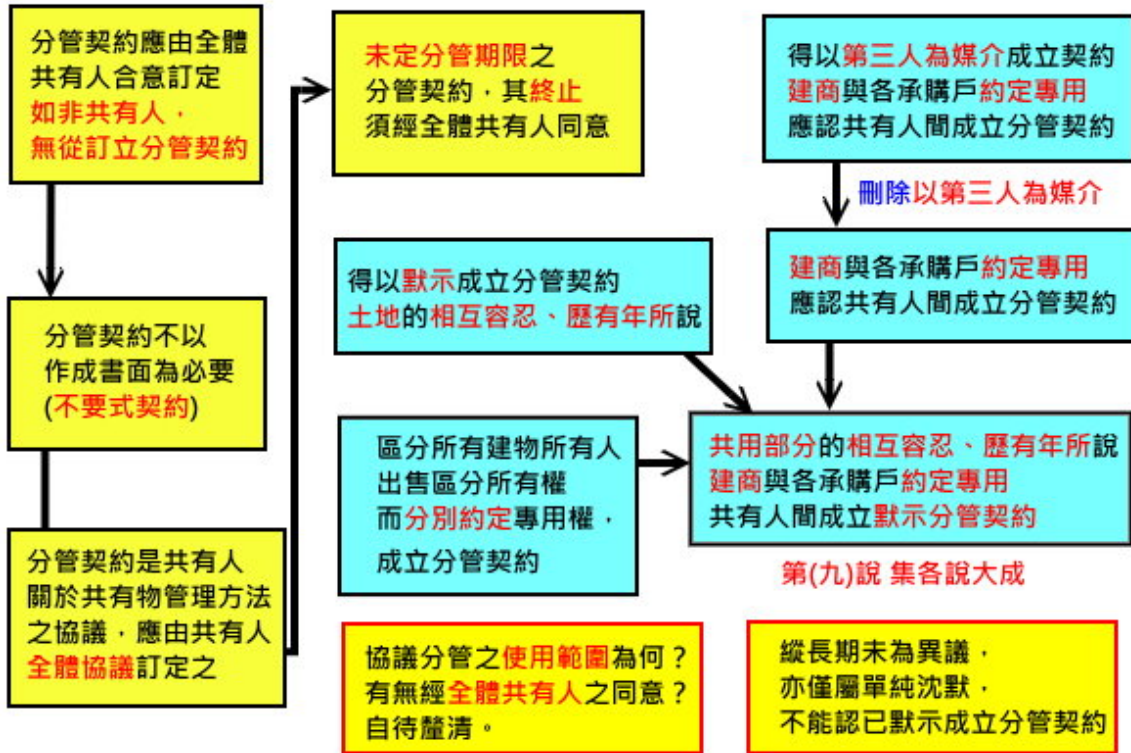
(十一) 無權占有，被上訴人縱長期未為異議，亦僅屬單純沈默，不能認已默示成立分管契約。

本說²⁴²徹底否定「各共有人間對各自占有管領之部分，互相容忍，對於他共有人所占有土地之使用、管理，未予干涉，歷有年所，即非不得認有默示分管契約之存在」之說法。本說認為，縱使共有人對於他共有人占有共有物之特定部分而長期未為異議，亦僅屬單純之沈默，不能認為已經默示成立分管契約。

²⁴¹ 99 台上 1553

²⁴² 102 台上 1527

最高法院關於**分管契約**見解之變遷



第四項 本文見解

所謂分管契約，依我國學說，是共有人全體關於共有物之管理方法所為的協議，或是各個共有人分別各自管理共有物特定部分之約定。本文以下將嘗試分析最高法院關於架構默示分管契約理論的步驟以及其推論過程，末以本文意見作結。

第一款 實務所謂「默示成立分管契約」之理論基礎

一、將全體共有人之分管協議定性為「契約」

實務上，關於建構「默示分管契約」理論的方法，依本文理解，第一步必須先將全體共有人之分管協議定性為「契約」。關於這點，民法 820 條 1 項似已提供實定法之依據。

二、以「契約」為橋樑，與民法 153 條 1 項加以連結

依民法 153 條 1 項，關於契約的成立，其意思表示不以明示為必要，意思表示的作成亦得以默示為之。因為分管協議是「契約」，因而分管契約之成立得以默示為之。

三、描述據以間接推知當事人意思的事實

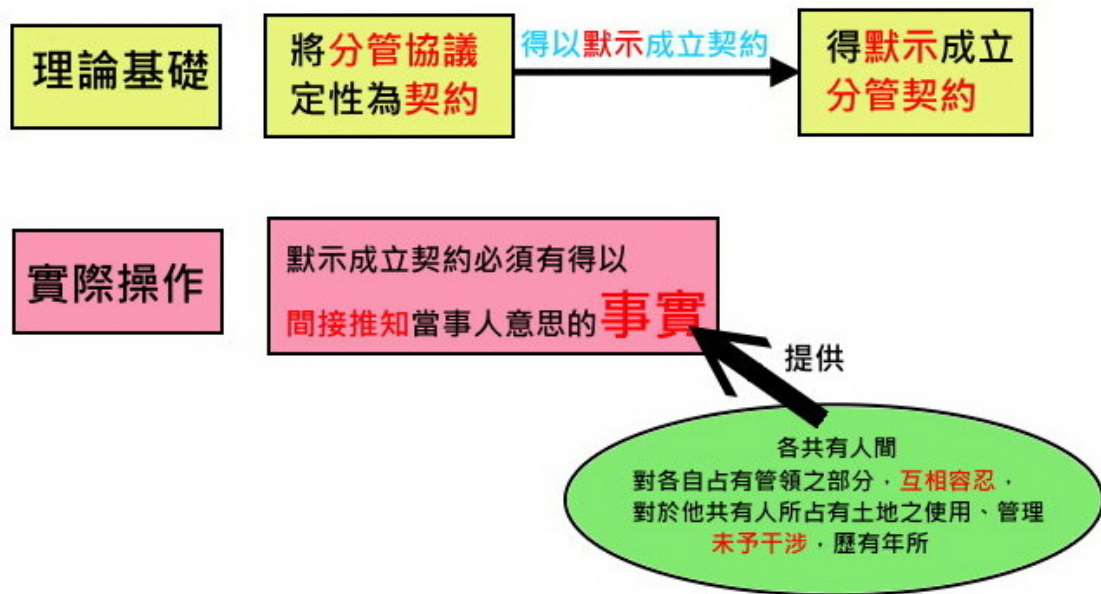
所謂默示意思表示，必須有得以間接推知當事人意思的事實存在。最高法院先肯定依默示意思表示得成立契約，而後認為「各共有人間對各自占有管領之部分，互相容忍，對於他共有人所占有土地之使用、管理，未予干涉，歷有年所」此一事實足以推論當事人間有默示成立分管契約的意思存在。

四、架構意思表示一致的橋樑

在建商或原始起造人出售區分所有建物的情形，建商在各別買賣契約中與各個買受人分別約定法定空地、屋頂突出物或地下室停車位的約定專用權。然而系爭約定並非存在於全體共有人之間，而是存在建商或原始起造人與各別買受人之間，系爭約定能否認為係全體共有

人間之協議？似有疑問。因此，最高法院發明了一種新的意思表示合致的方法—以第三人為媒介而意思表示合致。

最高法院建構默示分管契約理論的步驟



至此，最高法院所提倡的默示分管契約概念，理論基礎已燦然大備，可論為法官從事法的續造(richterliche Rechtsfortbildung)之典範，甚至堪稱法學上的發現(Juristische Entdeckungen)。誠如 Dölle 教授所言：「他的創見開始之際，被譏為異端邪說，最後則被貶為陳腔濫調，他所享有的，只是在此兩極之間短暫勝利的喝采²⁴³。」

第二款 沒有依默示成立分管協議的可能性

一、分管協議並非民法 153 條所稱之契約

共有人間關於共有物管理方法之協議，應屬法律行為，然而是否屬於學理上的契約，依前文的討論，本文採否定見解。質言之，共有

²⁴³ 參王澤鑑，法學上的發現，收錄於民法學說與判例研究(四)，1998，頁 1。

人間協議的成立，以全體共有人意思表示合致為必要。除共有人僅有兩人的情形以外，當事人間之意思表示無從透過對向的合致而產生法律上之拘束力。本文認為，民法 820 條 1 項所稱「契約」，並非學理上契約，而是如同前文的討論²⁴⁴，僅指依當事人間之合意而成立債之關係，在適用上，分管協議無從依民法 153 條 1 項而成立。從而民法 820 條 1 項使用「契約」用語，實為錯誤用法，流弊所及，非無檢討之必要。

二、團體性協議無從依默示成立

由於共有的本質上具有團體性²⁴⁵，依本文見解，民法 820 條 1 項所稱「契約」，性質上為**團體性協議**²⁴⁶，沒有默示成立的可能性。退萬步言，所謂默示意思表示的情形，係指**兩造**當事人間，一方以明示的要約，他方以默示的承諾，兩者意思表示合致而成立契約之謂。在團體的協議中，以分管契約協議為例，所謂默示分管契約，誰為明示要約？誰為默示承諾？

況且，依學者通說，默示的意思表示是一種**積極的行為**，而所謂「相互容忍、未予干涉，歷有年所」僅為**單純的沉默**！從客觀上來看，**並無任何積極的行為存在**。從而，**除非**當事人間另有約定或依法律規定而構成規範性沉默；否則，僅依「**單純之沉默**」**就要推論**他共有人全體已默示為承諾，進而認定共有人間已合意成立分管契約，尚嫌率斷。最高法院 102 台上 1527 號判決之見解「無權占有，被上訴人縱長期未為異議，亦僅屬單純沈默，不能認已默示成立分管契約」，可資參照。

²⁴⁴ 參本文第二章第四節第二項第四款

²⁴⁵ 參古振暉，同前註 40，頁 312。

²⁴⁶ 參本文第二章第四節第二項第三款

三、切片蛋糕與水蜜桃

本文推測，最高法院之所以要**大費周章**創造一套理論來**擬制**共有人之合意，應該是想在個案中保護當事人之利益，以維個案正義。因為事實上，從近三百則相關判決的案例事實中，多數個案的當事人都用較高的價格向建商或原始起造人**買受**法定空地、屋頂突出物或地下室停車格的「約定專用權」。從系爭當事人比其他區分所有權人多花了幾百萬或者上千萬的角度來說，這些一樓或頂樓的住戶，似乎有更值得保護之必要？但是，關於這個問題，本文認為可以從**分配正義**的另外一個角度來思考，也就是一**誰是有權分配的人**？我們可以舉一個例子來類比，有四個人到蛋糕店買了一盒切成四片的蛋糕，而蛋糕上放了一塊水蜜桃，蛋糕一人一片固然沒有問題，但是水蜜桃要給誰呢？於是蛋糕店老闆跳出來說，這樣好了，你們誰多給我一百元，這塊水蜜桃就給誰！

從這個例子加以思考，**沒有人**會認為蛋糕店老闆有權利「透過額外收錢的模式來分配」水蜜桃的歸屬。回到區分所有建物的例子，基地空地、屋頂突出物或者地下室，除非有單獨編定建號，否則就是屬於全體區分所有權人共有，應無疑問，更何況區分所有權人的買賣價金中，本來就包含買受系爭共用部分的應有部分。在這種情形下，系爭共用部分要如何管理利用，應屬全體區分所有權人之權責，**為什麼**會認為建商或原始起造人**有權**以分別約定的方式「透過額外收錢的模式來分配」系爭共用部分使用權的歸屬？而最高法院這二十年來，部分審判庭卻透過建構上開理論，一再地以判決肯認建商分配的權利，實在令人百思不得其解。

第三節 民法 820 條修正之檢討

本文擬比較修正前後系爭條文內容之異同，並參照修正理由，試圖釐清現行法 820 條 1 項之規範意義為何。

第一項 修正前之規定

民法 820 條 1 項修正前條文「共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之。」可知本條項修正以前，共有物之管理方法，原則上需由共有人全體以「契約」訂定之。所謂「契約」係指共有人全體之協議，亦即必須透過共有人之**全數決**為之。如果共有人全體無法達成協議，則必須共同管理之；如果共有物性質上無法共同管理，則只有透過分割共有物解除共有關係一途²⁴⁷。

第二項 修正後之規定

現行民法 820 條 1 項規定「共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。」本條項修正後關於共有物之管理，原則上仍由共有人以「契約」約定之；例外由共有人**多數決**決定之。

民法 820 條 1 項修正理由「為促使共有物有效利用，立法例上就共有物之管理，已傾向依多數決為之」，爰仿多數立法例(瑞士、日本、義大利、奧地利、德國等)，修正第一項。立法者明示本項之修正理由為「促使共有物有效利用」。

²⁴⁷ 參謝在全，分別共有之內部關係，收錄於民法物權論文選輯(上)，鄭玉波主編，五南，1984，頁 318-319。

第三項 本條修正之檢討

第一款 民法 820 條 1 項

本項修正前關於管理方法之決定，原則上以契約為之，例外則共同管理；所謂「以契約為之」係指共有人全體以協議為之一亦即全數決。從可決數的角度來說，原則上採全數決，無法達成一致協議時，則共同管理之。

修正後，關於管理方法之決定，原則上仍以契約為之，例外則依共有人多數決決定之。關於本項修正，有很大的問題。質言之，從可決數的角度來看，關於共有物管理方法之決定，原則上採全數決，例外採多數決。如果在同一項規定之中，其構成要件的原則規定與例外規定只有數量上的差異，則本項需較高可決數的原則規定(全數決)將完全被架空，形同具文。

820條1項修正前

共有物，除契約另有訂定外，由共有人共同管理之

原則：全數決(契約)

例外：共同管理

820條1項修正後

共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算

原則：全數決(契約)

例外：多數決

↑

同一項的原則規定與例外規定
僅有可決數的差異
需較高可決數的原則規定
將完全被架空，形同具文

既然修正理由都已經明示，本法基於「促使共有物有效利用」的理由，而改採多數決，為什麼條文中還要保留**勢必被徹底架空**的「契約」用語？關於這點，筆者有一個相當「陰謀論」(conspiracy theory)的想法：如果本條條文刪除「契約」字眼，則關於共有物管理方法之決定，勢必要透過共有人全體明示以多數決為之，這樣一來，建商與實務將**無從**透過「默示分管契約」理論**操弄**區分所有建物中一所謂依默示分管契約而成立約定專用之情形；從這個角度來看，條文中之「契約」用語似有保留之**必要**。

第二款 民法 820 條 2 項

民法 820 條 2 項「依前項規定之管理顯失公平者，不同意之共有人得聲請法院以裁定變更之。」所謂「前項規定之管理」，從文義觀察，應包括全體共有人以「**契約**」約定之管理方法(學說稱之為**管理約定**)，以及依**多數決**同意之管理方法(學說稱之為**管理決定**)。

如果依**多數決**導致對少數不同意之共有人顯失公平時，不同意之共有人得依本項聲請法院以裁定(學說稱之為**管理裁定**)變更該管理，俾免多數決之濫用。站在保護少數的立場而言，本項規定之立法目的應不成問題。

問題在於，所謂「**前項規定之管理**」除管理決定外，還包括依全體同意之契約所定之管理方法(管理約定)，這樣一來，難道本項規定允許當事人於全體協議後，尚可對於所約定之管理方法加以爭執？本文認為，如果是因為共有人於為管理約定後發生情事變更，應該是依本條第三項「前二項所定之管理，因情事變更難以繼續時，法院得因

任何共有人之聲請，以裁定變更之。」加以救濟，而非依第二項。如此一來，我們應該如何理解所謂的「前項規定」？

再者，所謂管理約定須經共有人全體一致之同意始成立，何來「不同意之共有人」？或謂第二項規定應予目的性限縮，所規範之標的僅有管理決定，而不及於管理約定。上開論點固言之成理，但是在做出上開推論之前，我們必須特別意識到的一點是，時間的問題。質言之，目的性限縮已超越文義範圍，在學理上屬於法律內法的續造，而系爭條文修正於民國 98 年，除非是立法錯誤，否則為什麼在這麼短的時間內，需要透過目的性限縮來詮釋系爭條文？

我們進一步觀察本項之立法理由「共有人依第一項規定就共有物所定之管理，對少數不同意之共有人顯失公平時，不同意之共有人得聲請法院以裁定變更該管理，俾免多數決之濫用，並保障全體共有人之權益，爰增訂第二項。又依第一項規定之管理，係指多數決或應有部分超過三分之二所定之管理。」可以知道，本項立法之起草者在設計相關制度時，所認知的「前項規定之管理」僅有「管理決定」而不及於「管理約定」。如此一來，就可以說明為什麼本條第一項有這麼不合邏輯的立法方式！一個合理的推論是，在立法的過程中，有一隻看不見的手伸進了立法院，基於我們不清楚的原因，硬生生在第一項保留了「契約」的用語，但卻忘了修改立法理由，或者，是根本說不出口的理由。

第四章 公寓大廈管理條例相關規定

本章擬討論公寓大廈管理條例中，與分管契約論述相關之條文。研究主題集中在「不得為約定專用部分」(公寓§7)、「起造人或建築業者設定專用使用權」(公寓§58 II)、「起造人於申請建造執照時，應檢附之相關圖說」(公寓§56I)以及「公寓大廈管理條例施行前，已建造完成之公寓大廈，如何適用本條例規定」(公寓§55 II)等諸議題。

本章的研究方法係透過立法資料的回顧，研究相關規定之立法歷程。分析各種草案所採取的規範模式，並擷取立法院審查會議中相關人士的發言紀錄，試圖去呈現立法當時最真實的樣貌，以為後來之研究者從事相關論述之基礎。

第一節 立法及修法歷程總說

第一項 草案提案經過與審查歷程

立法院於民國 84 年 6 月 9 日三讀通過公寓大廈管理條例全文 52 條，本條例於同年 2 月 28 日經總統公布施行。公寓大廈管理條例於立法當初，共有三份草案。第一份是行政院於民國 82 年 2 月 25 日函請²⁴⁸立法院審議之草案(下稱**行政院版**)，並於民國 82 年 3 月 5 日完成一讀。第二份草案由立法委員李顯榮等 21 人所提出(下稱**李顯榮版**)，於民國 82 年 12 月 3 日完成一讀。第三份草案由立法委員趙少康等 16 人所提出(下稱**趙少康版**)，於民國 83 年 6 月 17 日完成一讀。

²⁴⁸ 行政院台 82 內字第 04789 號函(中華民國 82 年 2 月 25 日)，見法律案專輯第 184 輯(上) 內政(八十三) 公寓大廈管理條例案，立法院秘書處，1996，頁 1。

公寓大廈管理條例草案由立法院內政及邊政委員會進行審查，共進行 10 次審查會議，第 1 次會議於民國 82 年 3 月 25 日進行，第 10 次會議於民國 84 年 3 月 20 日進行，本草案的審查時間先後長達兩年。公寓大廈管理條例於民國 84 年 6 月 9 日完成二讀，並於同日完成三讀。

第二項 重要修法歷程及立法說明

第一款 制定公布全文 52 條

本條例於民國 84 年 6 月 28 日制定公布全文 52 條。制定通過的條文，主要是以行政院版草案為基礎，並參酌另外兩種版本草案意見綜合而成。茲節錄行政院版立法總說明如下「近年來，由於高層公寓大廈隨社會社會經濟發展與人口大量都市化而激增，有關其住戶權利義務關係日趨複雜，於區分所有與管理維護上所產生的爭議也層出不窮；諸如專有及共有權屬界定混淆不清、附屬共用設施之管理維護、違規使用及對公共安全與衛生之危害問題等。」²⁴⁹

第二款 修正公布全文 63 條

民國 91 年 5 月 24 日行政院檢具修正理由函請²⁵⁰立法院審議公寓大廈管理條例修正草案，民國 92 年 12 月 9 日立法院完成三讀，修正全文 63 條，民國 92 年 12 月 28 日總統公布施行。

關於本次全文修正，本文的觀察重點在於修正理由。歷時一年半的修法過程中，行政院版修正草案被大幅刪改，修改後已非草案原始

²⁴⁹ 見法律案專輯第 184 輯(上)，同前註 248，頁 2。

²⁵⁰ 參行政院院臺內字第○九一○○一六九一○號。見立法院第五屆第一會期第十九次會議議案關係文書，院總第一五七一號—政府提案第八六四一號，政四七。

模樣，面目全非。三讀通過之修正條文，修法理由多為「**照黨團協商條文通過**」。茲整理如下：

公寓大廈管理條例 92 年全文修正之比較	
(1) 本條未修正：條號與條文內容均無變動者有	共計 13 條
第 1、2、4、5、7、9、11、12、15、17、19、23 條	
(2) 條文移列或由施行細則移列，內容未修正者	共計 8 條
第 34、38、39、53、54、58、62、63 條	
(3)修正理由「 照黨團協商條文通過 」	共計 22 條
第 8、10、14、16、18、22、24~26、30、32、33、40、46~51、59~61 條	

透過上開整理，可知 92 年全文修正 63 個條文中，與 84 年制定時條文相較，內容未修正者有 21 條；內容修正者有 22 條，而這 22 個條文的修正理由全部都是「**照黨團協商條文通過**」，而行政院版草案之修正理由已蕩然無存。

第三項 小結

違憲審查 (Judicial Review)中，審查的標的之一就是**立法目的**。關於立法目的之探求，立法資料是非常好的研究資料，特別是草案總說明、草案說明、立法理由或修正理由等書面資料。如果立法理由或修正理由僅用「**照黨團協商條文通過**」九個字帶過，司法權將無法適當、有效地發現並釐清系爭條文之立法目的，而有規避司法審查之嫌。

民國 97 年 4 月 25 日修正立法院職權行使法第 70 條，增列第 5 項規定「協商結論如與審查會之決議或原提案條文有明顯差異時，應由提出修正之黨團或提案委員，以書面附具條文及立法理由，併同協商結論，刊登公報。」增列本項之立法理由為「黨團協商過程除重點紀錄外，應全程錄影、錄音，以破除外界密室協商疑慮，更可體現國會議員公開負責與受民意監督之精神。」

本條例民國 92 年全文修正時，尚未制定立法院職權行使法第 70 條第 5 項之規定，本條例修正之立法資料—包括修正理由、修正目的、修正相關之討論記錄等—全部付之闕如。

第二節 關於「不得約定為專用部分」的問題

本節擬討論公寓大廈管理條例中，關於「不得為約定專用部分」的規定。現行法第 7 條（共用部分不得約定專用之範圍）規定「公寓大廈共用部分不得獨立使用供做專有部分。其為下列各款者，並不得為約定專用部分：一、公寓大廈本身所占之地面。二、連通數個專有部分之走廊或樓梯，及其通往室外之通路或門廳；社區內各巷道、防火巷弄。三、公寓大廈基礎、主要樑柱、承重牆壁、樓地板及屋頂之構造。四、約定專用有違法令使用限制之規定者。五、其他有固定使用方法，並屬區分所有權人生活利用上不可或缺之共用部分。」

在立法過程中，為了保護全體區分所有權人之利益，曾討論過「法定停車空間、避難空間」、「建築物法定防空避難空間」等共用部分

不得為約定專用部分，但最後這部分的規定就無疾而終了。本文嘗試透過客觀立法資料的分析，呈現立法過程最真實的樣貌。

第一項 草案條文與草案說明

三種版本草案中，李顯榮版草案第 8 條 1 項 3 款規定「法定停車空間、避難空間。」不得為約定專用部分，而行政院版與趙少康版草案則未設規定。

第一款 行政院版草案與草案說明

行政院版草案第 7 條 1 項規定「左列各款共用部分，不得為約定專用部分。一、公寓大廈本身所占之地面。二、連通數個專有部分之走廊或樓梯，及其通往室外之通路或門廳。三、公寓大廈基礎、主要樑柱、承重牆壁、樓地板及屋頂之構造。四、約定專用有違法令使用限制之規定者。五、其他有固定使用方法，並屬區分所有權人生活利用上不可或缺之共用部分。」

行政院版第 7 條草案說明節錄「因應實際使用需要，明定應為共用部分而不得為約定專用部分者，以確保區分所有權人權益。」²⁵¹

第二款 李顯榮版草案與草案說明

李顯榮版草案第 8 條(共同部分約定專用之限制)規定「左列各款共同部分，不得為約定專用部分：一、連通各個專有部分之走廊、電梯或樓梯，及其通往室外支通路或門廳。二、公寓大廈基礎、樑柱、承重牆壁、樓地板及屋頂。三、法定停車空間、避難空間。四、其他

²⁵¹ 行政院版草案條文及立法理由，見立法院議案關係文書，院總第 1571 號，政府提案第 4545 號，頁 40-41。

有固定使用方法，並屬區分所有權人對區分所有標的物使用收益不可或缺之共同部分(第一項)。共同部分約定專用不得違反本條例或其他法令使用限制之規定。違反者，其約定無效。管理委員會對該違反規定之行為應予制止，並得按其性質請求各該主管機關或訴請法院為必要之處置。如有損害，並得請求損害賠償(第二項)。」

李顯榮版第8條草案說明「為因應實際需要，共同部分得約定為特定區分權人所專用，但為保護全體區分所有權人之利益，爰規定共同部分不得約定專用之範圍，以資限制。」²⁵²

第二項 立法歷程

審查會通過條文第7條3款「公寓大廈共用部分不得獨立使用供作專有部分。其為下列各款者，並不得為約定專用部分：三、建築物法定防空避難空間。」²⁵³

二讀會時(民國84年6月9日下午15時)，立法委員劉炳華提議刪除第七條三款，經主席裁示保留。茲照錄發言紀錄如下：

劉炳華：「(在台下)本席提議第七條第三款刪除²⁵⁴。」

主席：「第七條剛才已經宣讀過了，若有修正意見，在法定程序上，以於宣讀後即行提出為妥；現在係處理保留條文，提案修正的時效已經過了，不宜再提出修正案；但朝野同仁如無異議，本席特別允許劉委員提案。」

²⁵² 李顯榮版草案條文及立法理由，見法律案專輯第184輯(上)，同前註248，頁34。

²⁵³ 見法律案專輯第184輯(下)，同前註248，頁588-589。

²⁵⁴ 見法律案專輯第184輯(下)，同前註248，頁687。

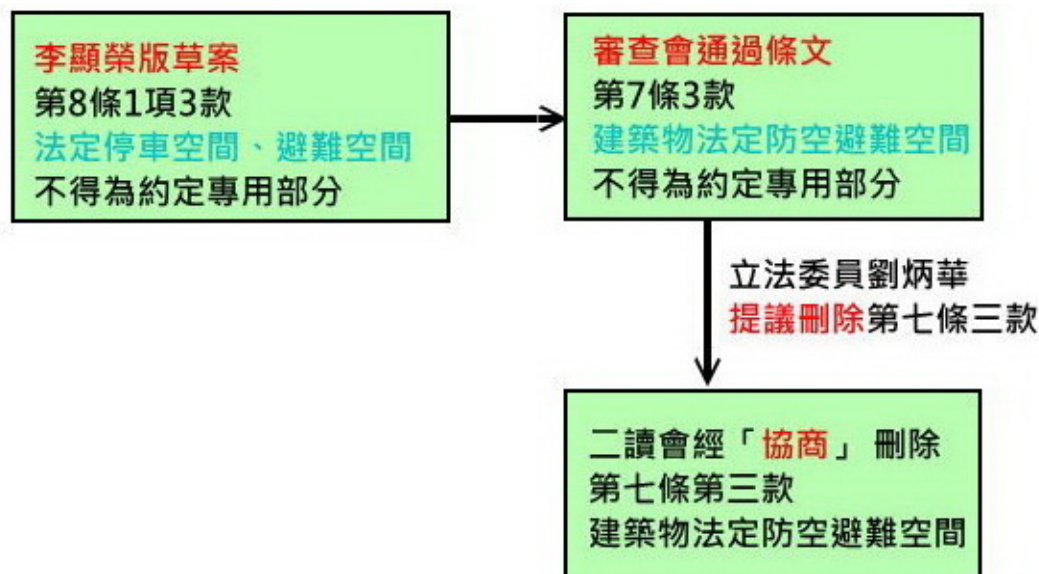
當日下午(民國 84 年 6 月 9 日下午 16 時 20 分)，經「協商」²⁵⁵刪除第七條第三款「建築物法定防空避難空間」。

公寓大廈管理條例第 7 條之立法理由為「照黨團協商條文通過」。

第三項 小結

審查會通過的條文中，第 7 條 3 款原本明定「建築物法定防空避難空間」，並於二讀會中(民國 84 年 6 月 9 日上午)已經宣讀通過。結果，當天下午某立法委員違反議事規定提案刪除本款，後來本款經協商予以刪除，刪除之理由不明。

現行法條文第七條所規定「不得約定為專用部分」的共用部分，並不包括「建築物法定防空避難空間」，意即從這裡開了一扇大門，從此以後地下室等建築物法定防空避難空間，均得約定為專用。



立法理由
照黨團協商條文通過

²⁵⁵ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 691。

第三節 關於「專用使用權」的問題

本節擬討論關於公寓大廈之起造人或建築業者設定專用使用權的問題，本文透過研究相關立法過程，設法釐清現行條文相關規範之由來？

現行法第58條
公寓大廈之起造人或建築業者，
不得將共用部分，包含法定空地、法定防空避難設備及法定停車空間
讓售於特定人或為區分所有權人以外特定人設定專用使用權
或為其他有損害區分所有權人權益之行為。

現行法規定，公寓大廈之起造人或建築業者
得將法定空地、法定防空避難設備及法定停車空間
為特定區分所有權人設定專用使用權

第一項 草案條文與草案說明

第一款 行政院版草案

行政院版草案 44 條 2 項內容「公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分讓售於特定人或為特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為²⁵⁶。」本項草案說明「規定公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分讓售於特定人或為特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為，以維消費者權益。」

²⁵⁶ 見法律案專輯第 184 輯(上)，同前註 248，頁 26。

第二款 趙少康版草案

趙少康版草案第 44 條 2 項規定「公寓大廈、社區之起造人或建築業者不得將共用部分、約定共用部分讓售於特定人或為特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為。」本項草案說明節錄「規定公寓大廈、社區之起造人或建築業者…不得將共用部分、約定共用部分讓售於特定人或為特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為，以維護消費者權益。」²⁵⁷

第二項 立法歷程

第一款 審查會第一次會議內政部長答詢

內政部長吳伯雄於第一次審查會中答詢時表示「第二項則是很有突破性的規定，公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分讓售於特定人或為特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為。以前很多建築商，私下將屋頂售予頂樓住戶，以後是不准這麼做的」²⁵⁸(節錄)。

第二款 審查會通過條文

審查會第十次會議(民國 84 年 3 月 20 日)通過條文第 44 條「公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分，包含法定空地，讓售於特定人或為特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為」²⁵⁹。」

²⁵⁷ 趙少康版草案 44 條 2 項條文及草案說明，見法律案專輯第 184 輯(上)，同前註 248，頁 79-80。

²⁵⁸ 內政部長吳伯雄答詢內容，見法律案專輯第 184 輯(上)，同前註 248，頁 125。

²⁵⁹ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 555。

第三款 憑空出現的八個字

立法院內政及邊政委員會於民國 84 年 3 月 31 日發函²⁶⁰給立法院秘書處，提報審查報告，所附審查報告所示條文²⁶¹第 45 條 2 項「公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分，包含法定空地，讓售於特定人或為區分所有權人以外特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為。」本項依審查會通過之條文內容原為「不得為特定人設定專用使用權」，但是內政及邊政委員會的報告中所附的條文，卻變成「不得為區分所有權人以外特定人設定專用使用權」。其中，多出來的「區分所有權人以外」八個字從何而來？則不得而知。

二讀會時宣讀第 45 條 2 項「公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分，包含法定空地，讓售於特定人或為區分所有權人以外特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為²⁶²。」

第四款 復議

二讀會最後(民國 84 年 6 月 9 日 16 時 20 分)，立法委員李顯榮等 32 人針對第 45 條 2 項提出復議案²⁶³，條文內容「公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分，包含法定空地、法定防空避難設備及法定停車空間讓售於特定人或為區分所有權人以外特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為。」系爭復議案經院會無異議通過。民國 92 年全文修正時，本條移列第 58 條，內容未修正。

²⁶⁰ (84)台內發字第○五四號，見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 567。

²⁶¹ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 634-635。

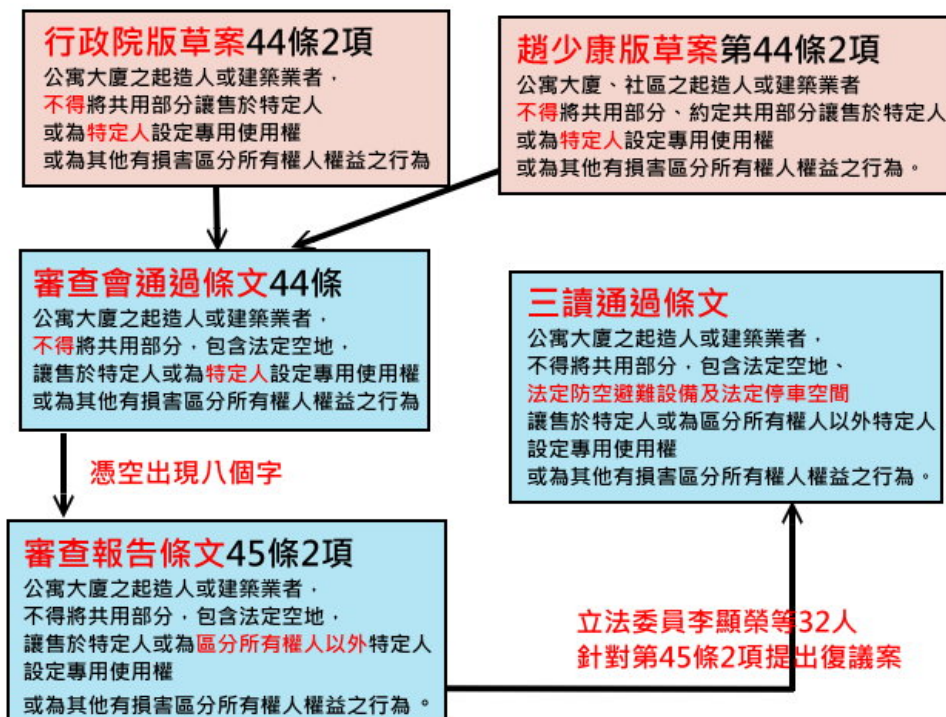
²⁶² 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 684-685。

²⁶³ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 692-693。

第三項 小結

關於公寓大廈之起造人或建築業者，為特定人設定專用使用權的問題。三種版本的草案以及審查會所通過的條文，其內容本來是規定「不得將共用部分，包含法定空地，讓售於特定人或為特定人設定專用使用權」。從這個條文加以觀察，公寓大廈之起造人或建築業者**無權**就共用部分為特定人設定專用權。

可是立法院內政及邊政委員會發函給秘書處所附的條文中，卻憑空多出了「**區分所有權人以外**」八個字。從而這個條文解釋上，就變成公寓大廈之起造人或建築業者可以就共用部分包括法定空地為「**特定區分所有權人**」設定專用使用權。僅僅多了這八個字，條文所規範的意義便豬羊變色，與過去長達兩年來所審查的內容南轅北轍，恰好相反。原本是為了限制公寓大廈之起造人或建築業者所設計的規定，加上這八個字，反而為建商開了一扇大門。



二讀會最後所提出的復議案，在條文中又加上「法定防空避難設備及法定停車空間」幾個字，解釋上公寓大廈之起造人或建築業者可以更就「法定防空避難設備及法定停車空間」為「特定區分所有權人」設定專用使用權²⁶⁴。



²⁶⁴ 相同見解，參溫豐文，從「灌虛坪」論公寓大廈管理條例之若干規定，台灣法學雜誌，140期，2009.11，頁4。「……其反面解釋，就是容許建商將共用部分為特定區分所有權人設定專用權。」

第四節 關於「應檢附圖說」的問題

本節擬討論公寓大廈之起造人，於申請建造執照時，應檢附何種內容之圖說的問題。現行法第 56 條 1 項規定「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分、約定專用部分、約定共用部分標示之詳細圖說及規約草約。於設計變更時亦同。」

第一項 相關草案與提案過程

關於起造人於申請建造執照時，應檢附何種圖說？三種版本草案均未設有相關規定，而是立法委員趙永清於審查會第 9 次會議（民國 84 年 3 月 8 日）時提案增訂第 43 之 1 條，於審查會第 10 次會議（民國 84 年 3 月 20 日）決議通過²⁶⁵，該條條文第一項「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分標示之詳細圖說及住戶規約草約。於設計變更時亦同。」

我們透過觀察審查會第 10 次會議中主席劉炳華²⁶⁶之發言紀錄，可以知道「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分標示之詳細圖說」相關規定，其原始條文係「**建築投資商業同業公會**」所提出²⁶⁷。

²⁶⁵ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 565。

²⁶⁶ 參維基百科，查詢條目「劉炳華」。內容節錄「劉炳華，中華民國政治人物，曾任第 2 屆立法委員，國家安全會議副秘書長等職。出身於板橋劉家。與三重幫具有姻親關係，其妻為國順建設集團創辦人陳萬富之女陳雪鳳。隨著劉家在政壇的勢力衰退，劉炳華也從政壇淡出，回歸家族事業，現職為永泰開發實業股份有限公司董事長。」

(<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%8A%89%E7%82%B3%E8%8F%AF> 最後查詢時間：2013.12.09 下午 15:50)

²⁶⁷ 審查會第 10 次會議，主席劉炳華發言紀錄節錄「此外，除行政院版本外，我們另外有通過一條文，即四十三條第一項是**建築投資商業同業公會**(原文為「建築投資商同樣公會」，應係誤植)提案條文第四十六條，即公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部份、共用部份的詳

第二項 制定時立法歷程

審查會通過條文第 44 條 1 項「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分標示之詳細圖說及住戶規約草約。於設計變更時亦同。」

進行二讀時(民國 84 年 6 月 9 日上午)，第 44 條因為異議而遭到保留。從立法資料²⁶⁸無法看出異議者為何人？立法委員陳宏昌²⁶⁹針對 44 條提出修正²⁷⁰，僅修正第 3 項，第 1 項之內容並無異動；系爭修正條文經院會無異議通過。

同日(民國 84 年 6 月 9 日)三讀通過，制定公寓大廈管理條例全文 52 條。第 44 條 1 項規定「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分標示之詳細圖說及住戶規約草約。於設計變更時亦同。(同審查會條文)」本條立法理由「照修正動議條文通過」。

第三項 修正過程

民國 91 年 5 月 24 日行政院函請立法院審議之公寓大廈管理條例草案第 54 條 1 項「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分標示之詳細圖說及住戶規約草約。於設計變更時亦同²⁷¹。」僅為條次變更，並未修正第一項之內容。

細圖說。」見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 552。

²⁶⁸ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 684。

²⁶⁹ 參維基百科，查詢條目「陳宏昌」。內容節錄「陳宏昌為台灣的政治人物之一，是三重幫林榮三的外甥。」(<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%99%B3%E5%AE%8F%E6%98%8C> 最後查詢時間：2013.12.09 16:30)

²⁷⁰ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 691-692。

²⁷¹ 見立法院第五屆第四會期第十二次會議議案關係文書，討二九八。

民國 92 年 4 月 21 日立法院內政及民族委員會併案審查公寓大廈管理條例修正草案，立法委員蔡家福²⁷²提案修正²⁷³行政院版草案第 54 條，其中第一項修正為「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分、約定專用部分、約定共用部分標示之詳細圖說及住戶規約草約。於設計變更時亦同。」關於應檢附之圖說，增加了「約定專用部分」及約定共用部分。同日，立法院內政及民族委員會審查通過²⁷⁴草案第 54 條 1 項蔡家福所提之修正條文。

民國 92 年 12 月 9 日公寓大廈管理條例全文修正，本條移列第 56 條。56 條 1 項規定「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分、約定專用部分、約定共用部分標示之詳細圖說及規約草約。於設計變更時亦同。」

第四項 小結

公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附之圖說究竟有何重要性？而必須特別規定於公寓大廈管理條例本文當中？事實上，民國 82 年行政院版的草案中，根本沒有這個條文，另外兩個版本的草案，亦完全未提及。系爭條文是建築投資商業同業公會透過立委趙永清提案而增訂。而這個看起來毫不起眼的條文，其實暗藏了一些竅門，但是單純從民國 84 年制訂的條文 44 條 1 項之規定「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分標示之詳細圖說」並

²⁷² 參維基百科，查詢條目「蔡家福」。內容節錄「政治人物，立法委員。曾任新莊市市長，在大台北地區推案量相當龐大的家福建設、家欣建設為其家族所經營。」

(<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%94%A1%E5%AE%B6%E7%A6%8F> 最後查詢時間：2013.12.09 17:00)

²⁷³ 見立法院公報第九十二卷第二十四期委員會紀錄，頁 220。

²⁷⁴ 見立法院公報第九十二卷第二十四期委員會紀錄，頁 231。

看不出來有什麼問題；必須結合民國 92 年全文修正時立委蔡家福所提之修正，才能顯現其效力。

民國 92 年系爭條例修正前，44 條 1 項只是一個平淡無奇的條文；然而，一旦加上了「約定專用部分」幾個字，就等同於法律明白宣示，公寓大廈之起造人於申請建造執照時，就可以一甚至是必須一規劃好「約定專用部分」！這樣一來，後來的買受人**完全沒有就「共用部分如何約定專用」**加以置喙的餘地。再配合最高法院所創設的默示分管契約之**成立與繼受理論**，起造人所設計的「約定專用」根本就取得了**事實上絕對的物權效力**！無論是區分所有建物的買受人，或者後來成立的區分所有權人會議所為之決議，甚至是於規約中加以明定，都**無權加以變更**²⁷⁵。質言之，因為最高法院所創設的默示分管契約，必須經**全體**共有人同意始得解除或終止；如此一來，因為享有約定專用權之區分所有權人是既得利益者，對這些人來說，**根本不可能同意解除或終止所謂分管契約**，而自願被剝奪專用權(尤其是對這些人來說，系爭專用權是他們多花了一筆錢向建商買來的)。公寓大廈管理條例第 33 條 3 款本文進一步規定「區分所有權人會議之決議，未經依下列各款事項辦理者，不生效力：三、依第五十六條第一項規定成立之約定專用部分變更時，應經使用該約定專用部分之區分所有權人同意。」也因此，這種透過起造人原始規劃約定專用部分而成立的所謂分管契約，將處於一種事實上**完全不可能終止**的狀態。

²⁷⁵ 參最高法院 102 台上 1279 判決節錄「請求返還占有按公寓大廈管理條例係於八十四年六月二十八日公布，同年月三十日施行，該條例施行之前，倘系爭大樓地主、建商與各承購戶，就屬地下室作為停車場之管理範圍，訂有分管之約定，此應解該大樓共有人已默示同意成立分管契約，為維持共有物管理秩序之安定性，若受讓人知悉有該分管契約，或有可得知之情形，仍應受分管契約之約束。該分管契約倘未經全體共有人之同意終止，自不因公寓大廈管理條例施行後區分所有權人會議決議另訂規約而失其效力。」

第五節 關於系爭條例的適用問題

本節擬討論關於公寓大廈管理條例施行前，已完成建造之公寓大廈，應如何適用系爭條例的問題。

第一項 各種版本草案與草案說明

第一款 行政院版草案

行政院版草案第 43 條「本條例施行前已建造完成之公寓大廈，應依本條例規定成立管理組織。」本條草案說明「規定舊有公寓大廈應依本條例有關事項成立管理組織，新舊公寓大廈一體適用，以維公平性及利於管理。」

第二款 李顯榮版草案

李顯榮版草案 48 條 1 項「本條例施行前已建造完成之公寓大廈，應分期分區適用本條例規定，其未在主管機關公告區域之公寓大廈，得經區分所有權人準用第三十一條所定方式決議，適用本條例之規定。」本項草案說明「明定本條例公布施行前已建造完成之公寓大廈，應分期分區適用本條例規定以免因全面施行本條例對民眾造成太大衝擊。²⁷⁶」

第三款 趙少康版草案

趙少康版草案第 43 條「本條例施行前已建造完成之公寓、大廈、社區，適用本條例規定。」本條草案說明「規定舊有公寓大廈、社區

²⁷⁶ 見法律案專輯第 184 輯(上)，同前註 248，頁 46。

應依本條例有關事項組成管理組織，新舊公寓大廈、社區一體適用本條例，以維公平性及利於管理²⁷⁷。」

第二項 立法歷程

立法院內政及邊政委員會第 9 次審查會議時(民國 84 年 3 月 8 日)，將第 43 條 1 項修正為「本條例施行前已建造完成之公寓大廈，應分期分區適用本條例規定，其未在主管機關公告區域之公寓大廈，得經區分所有權人準用第三十一條所定方式決議，適用本條例之規定²⁷⁸」(李顯榮版草案)

進行二讀時(民國 84 年 6 月 9 日上午)，第 43 條因為異議而遭到保留。從立法資料²⁷⁹無法看出異議者為何人？二讀會時第 43 條條文修正²⁸⁰為「本條例施行前已取得建造執照之公寓大廈，應依本條例規定成立管理組織 (第一項)。前項公寓大廈得不受第七條各款不得約定為約定專用部分之限制 (第二項)。」本條立法理由「規定本條例施行前已取得建造執照之公寓大廈，應依本條例規定成立管理組織。」

民國 92 年 12 月 9 日全文修正，移列第 55 條，第二項內容修正為「前項公寓大廈於區分所有權人會議訂定規約前，以第六十條規約範本視為規約。但得不受第七條各款不得為約定專用部分之限制。」

²⁷⁷ 見法律案專輯第 184 輯(上)，同前註 248，頁 79。

²⁷⁸ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 521。

²⁷⁹ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 684。

²⁸⁰ 見法律案專輯第 184 輯(下)，同前註 248，頁 690。

第三項 小結

我們依時間先後順序觀察本條的立法資料可以發現，制定時第 43 條 2 項之規定「前項公寓大廈得不受第七條各款不得約定為約定專用部分之限制」完全是無中生有，天外飛來一筆。本條之立法理由為「規定本條例施行前已取得建造執照之公寓大廈，應依本條例規定成立管理組織。」只是單純重複第一項之條文內容，而完全沒提到與第二項相關之立法理由。至於其他與第二項相關之立法資料——如審查會相關討論或發言紀錄等——完全付之闕如。

長達兩年的審查，審查會通過的條文本來是「本條例施行前已建造完成之公寓大廈，應分期分區適用本條例規定」，卻在二讀會時一次不知名的異議遭到保留，當日下午經密室協商²⁸¹就變成了現在這個模樣「前項公寓大廈得不受第七條各款不得約定為約定專用部分之限制」，不禁令人喟然而嘆，真不知道長達兩年的審查所為何來？

²⁸¹ 「密室協商」用語，參立法院職權行使法第 70 條 5 項增訂立法理由「黨團協商過程除重點紀錄外，應全程錄影、錄音，以破除外界密室協商疑慮，更可體現國會議員公開負責與受民意監督之精神。」。

第五章 結論與建議

綜上討論，本章擬依前開研究成果，就默示分管契約部分，以及公寓大廈管理條例中關於設定專用權及約定專用部分，提出本文結論並分別提出相關修法建議。

一、默示分管契約部分

關於默示分管契約理論，最高法院係以民法 153 條 1 項之規定為基礎加以建構。但是民法 153 條 1 項所謂默示，係指要約之相對人以「默示承諾」與明示要約合致而成立契約而言。民法 153 條 1 項關於契約成立之方式，僅能適用於法律關係單純的學理上契約，亦即限於當事人僅有兩造的情形下，始有可能透過「默示」成立契約。

民法 820 條 1 項所謂「契約」，並非學理上契約之概念。之所以使用「契約」用語，毋寧強調管理方法之決議需透過共有人間一致的意思表示為之，而系爭決議在概念上則類似學理上的共同行為。共有關係與合夥均有濃厚的團體性，關於共有人間權利義務之調整，必須透過團體法理為之，無由藉「學理上契約關係」加以處理。全體共有人之決議，或是合夥人間關於成立合夥的意思表示，都是團體性協議，本質上根本不可能因為默示而合致進而形成任何法律關係。所謂「默示分管契約」理論，在論理上與現行民法思維模式無法契合，然而相關理論卻已經支配或者嚴重影響我國實務見解超過 20 年。

本文認為，系爭理論**過度擬制**共有人的意思，實務或許是為了追求個案的公平正義，但本文仍然認為，在某些領域中，我們有充分的理由認為，

法安定性(Rechtssicherheit)或合目的性(Zweckmäßigkeit)應優先於個案正義(Fallgerechtigkeit)²⁸²。

二、公寓大廈管理條例部分

若非針對立法資料進行地毯性的研究，根本無從發現原來有這麼多看不見的手，不著痕跡地操弄著立法的過程。但百密終有一疏，只要肯花時間仔細地比對立法過程的書面資料，總是可以發現一些一看似無法合理解釋—暗地裡斧鑿的蛛絲馬跡。

研究相關立法資料後發現，立法理由或修正理由越是語焉不詳，如「照黨團協商條文通過」(公寓§7 參照)或是「照修正動議條文通過」(公寓§44 參照，全文修正後第 56 條)，或者根本付之闕如(公寓 43 條 2 項參照，全文修正後第 55 條 2 項)，背後越是隱藏著不可告人的秘密。最誇張的是，公寓大廈管理條例第 45 條 2 項(全文修正後第 58 條)，各種版本的草案均未提及，亦非審查通過之條文，卻在審查委員會函請院會審查的條文中，直接偷渡了「區分所有權人以外」幾個字，其操弄手法之拙劣不禁令人咋舌，而立法素質之粗糙亦可見一斑。

(一) 法定防空避難空間不應約定專用

所謂公寓大廈之法定防空避難空間，多為未單獨編定建號之地下室，亦即系爭空間為全體區分所有權人共有。而防空避難之需求，無由專屬於特定人，準此以言，法定防空避難空間自始即應排除於「約定專用」之範圍以外。實際上，系爭空間多被建商劃定為停車格分別搭售而約定專用，系爭專用權在性質上是排他的專用，如此一來，國家於建築法規中為不

²⁸² Larenz, aaO (Fn 202), S.349. 「Hinzu kommt, daß das Gesetz in manchen Materien mit guten Gründen der Rechtssicherheit, der Zweckmäßigkeit, oder Praktikabilität, den Vorrang vor der Fallgerechtigkeit gibt.」

特定人所規劃之法定防空避難空間，本意將落空。**或謂**我國目前處於承平時時期，無防空避難需求；惟孫子兵法有言，無恃敵之不來，恃吾有以待之，防患於未然實有其必要，是以上開言論似為託辭。再者，國內建商關於停車位之規劃，多朝向機械停車位之設計，如此一來，一旦發生防空避難需求，系爭車位必定大量限縮可能的避難空間。綜上所述，本文認為，應於公寓大廈管理條例中明文規定，法定防空避難空間不得約定專用。

(二) 起造人及建商不得就共用部分設定專用使用權

共用部分為全體共有人所共有，就系爭部分如何加以利用，應由全體區分所有權人加以決定，而無由讓諸建商或起造人加以置喙。**或謂**若需透過全體區分所有權人決議將不利於系爭空間之有效利用；本文以為，法定空間或共用部分設計之本意，本來就不在於讓特定人取得排他之專用，毋寧維持一種開放的、共用的空間。縱使區分所有權人會議決議將系爭部分交由特定人**管理維護**，亦非允許排他的使用。退萬步言，縱事實上特定人就共用部分有排他管理維護之需求，亦不應由建商透過設定專用權之方式加以干涉²⁸³。

(三) 關於「應檢附圖說」部分

公寓大廈管理條例第 56 條 1 項規定「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分、約定專用部分、約定共用部分標示之詳細圖說及規約草約。於設計變更時亦同。」與同條例第 7 條、第 58 條 2 項(全文修正前 44 條 2 項)合併觀察，無疑法律明文允許起造人於申請建造執照時，得就共用部分為特定人設定專用。第 56 條 1 項條文使用「應檢附……約定專用部分」用語，甚至暗示起造人有為特定人設定專用權

²⁸³ 相同見解，參溫豐文，同前註 264，頁 7「治本方法：即立法禁止建商以讓售契約設定專用權。」

之義務。本文以為，相關立法實屬不當，依本文一貫見解，既然建商或起造人**無權**就共用部分為特定人設定專用權，本項關於要求起造人應檢附「約定專用部分」圖說之規定，自應予以刪除。

(四) 關於系爭條例之適用

審查會通過之草案原為「本條例施行前已建造完成之公寓大廈，應分期分區適用本條例規定」，賦予本條例適用的溯及效力，如果通過立法，所有公寓大廈將一體適用。但系爭草案卻因為**密室協商**而予以刪除，如此一來，民國 84 年以前留下的問題無法獲得徹底的解決，以致於最高法院需透過創設默示分管契約理論來處理這些問題。依上開研究結果，本文認為最高法院在相關理論構成上，推論似有瑕疵，未能顧及多數共有人財產權之保障，實有遺憾；但追根究柢，還是因為當初立法**未能徹底賦予本條例溯及效力**之故也。

三、修法建議

(一) 民法部分：

修法建議總說明—債編部分：

- 1.修正有關契約成立之規定：刪除依默示成立契約之規定
- 2.修正有關意思實現之規定：刪除承諾無須通知之規定
- 3.修正有關合夥之規定：(1) 明定合夥為「非法人團體」、
(2) 明定合夥之成立為要物行為、要式行為

修法建議總說明—物權編部分：

- 4.修正有關共有物管理決定方式之規定：刪除依契約決定管理方式之規定

民法 建議修正條文、現行法條文 條文對照表

建議修正條文	現行法條文	修正說明
<p>第一百五十三條 當事人互相表示意思一致者，契約即為成立。 當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。</p>	<p>第一百五十三條 當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。 當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。</p>	<p>一、明定當事人互相表示意思一致為契約之成立要件。現行條文「默示」究何所指？與本法第一百六十一條規定依「意思實現」成立契約，有何不同？現行條文之規定易滋疑義，為明確計，爰刪除「無論其為明示或默示」等字。 二、第二項未修正。</p>
<p>第一百六十一條 有可認為承諾之事實時，其契約為成立。<u>但要約人要約當時預先聲明承諾必須通知者，不在此限。</u></p>	<p>第一百六十一條 依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。 前項規定，於要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者準用之。</p>	<p>一、明定意思實現為成立契約之方式，有可認為承諾之事實時，其契約即為成立。現行條文「依習慣或依其事件之性質」究何所指？為明確計，爰刪除「依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內」等字。 二、要約人要約當時預先聲明承諾必須通知者，則無由依意思實現成立契約，爰修正第二項並移列為第一項但書。</p>
<p>第六百六十七條 稱合夥者，謂二人以上<u>出資而約定經營共同事業之團體。</u> <u>前項約定，應以書面為之。</u> <u>第一項之出資</u>，得為金錢或其他財產權，或以勞務、信用或其他利益代之。 金錢以外之出資，應估定價額為其出資額。未經估定者，以他合夥人之平均出資額視為其出資額。</p>	<p>第六百六十七條 稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。 前項出資，得為金錢或其他財產權，或以勞務、信用或其他利益代之。 金錢以外之出資，應估定價額為其出資額。未經估定者，以他合夥人之平均出資額視為其出資額。</p>	<p>一、合夥並非學理上契約，其本質為經營共同事業之非法人團體。又合夥以出資為成立要件，現行法條文之規定方式易使人誤解合夥之成立為諾成行為，爰作文字修正如條文。 二、為避免紛爭、預防訴訟並保護當事人交易安全，合夥之成立宜規定為要式行為，爰增訂第二項。 三、第二項移列第三項並作文字</p>

		修正。 四、第三項移列第四項，文字未修正。
<p>第八百二十條 共有物之管理，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。 依前項規定之管理顯失公平者，不同意之共有人得聲請法院以裁定變更之。 前二項所定之管理，因情事變更難以繼續時，法院得因任何共有人之聲請，以裁定變更之。 共有人依第一項規定為管理之決定，有故意或重大過失，致共有人受損害者，對不同意之共有人連帶負賠償責任。 共有物之簡易修繕及其他保存行為，得由各共有人單獨為之。</p>	<p>第八百二十條 共有物之管理，除契約另有約定外，應以共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意行之。但其應有部分合計逾三分之二者，其人數不予計算。 依前項規定之管理顯失公平者，不同意之共有人得聲請法院以裁定變更之。 前二項所定之管理，因情事變更難以繼續時，法院得因任何共有人之聲請，以裁定變更之。 共有人依第一項規定為管理之決定，有故意或重大過失，致共有人受損害者，對不同意之共有人連帶負賠償責任。 共有物之簡易修繕及其他保存行為，得由各共有人單獨為之。</p>	<p>一、共有物之管理契約須經全體共有人一致同意始能成立，而共有物管理方式之決定，民國九十八年修正時已改依多數決為之，本項依契約決定共有物管理方式之規定勢必被完全架空而形同具文，爰刪除第一項「除契約另有約定外」等字。 二、其餘各項未修正。</p>



(二) 公寓大廈管理條例部分：

修法建議總說明：

1. 修正有關不得為約定專用部分之規定：

增訂「建築物法定防空避難空間」不得約定專用之規定。

2. 修正有關應檢附圖說之規定：刪除「約定專用部分」之規定

3. 修正有關設定專用使用權之規定：

刪除「區分所有權人以外之」等字

公寓大廈管理條例 建議修正條文、現行法條文 條文對照表		
建議修正條文	現行法條文	修正說明
<p>第七條</p> <p>公寓大廈共用部分不得獨立使用供做專有部分。其為下列各款者，並不得為約定專用部分：</p> <p>一、公寓大廈本身所占之地面。</p> <p>二、連通數個專有部分之走廊或樓梯，及其通往室外之通路或門廳；社區內各巷道、防火巷弄。</p> <p>三、<u>建築物法定防空避難空間</u></p> <p>四、公寓大廈基礎、主要樑柱、承重牆壁、樓地板及屋頂之構造。</p> <p>五、約定專用有違法令使用限制之規定者。</p> <p>六、其他有固定使用方法，並屬區分所有權人生活利用上不可或缺之共用部分。</p>	<p>第七條</p> <p>公寓大廈共用部分不得獨立使用供做專有部分。其為下列各款者，並不得為約定專用部分：</p> <p>一、公寓大廈本身所占之地面。</p> <p>二、連通數個專有部分之走廊或樓梯，及其通往室外之通路或門廳；社區內各巷道、防火巷弄。</p> <p>三、公寓大廈基礎、主要樑柱、承重牆壁、樓地板及屋頂之構造。</p> <p>四、約定專用有違法令使用限制之規定者。</p> <p>五、其他有固定使用方法，並屬區分所有權人生活利用上不可或缺之共用部分。</p>	<p>一、第一款、第二款未修正。</p> <p>二、為因應實際需要，共同部分得約定為特定區分權人所專用，但為保護全體區分所有權人之利益，爰增訂第三款，規定建築物法定防空避難空間不得約定專用，以資限制。</p> <p>三、其餘各款號次變更。</p>
<p>第三十三條</p> <p>區分所有權人會議之決議，未經依下列各款事項辦理者，不生效力：</p> <p>一、專有部分經依區分所有權人會議約定為約定共用部分者，應</p>	<p>第三十三條</p> <p>區分所有權人會議之決議，未經依下列各款事項辦理者，不生效力：</p> <p>一、專有部分經依區分所有權人會議約定為約定共用部分者，應</p>	<p>一、配合第五十六條之修正，爰刪除第三款。</p> <p>二、其餘各款未修正。</p>

<p>經該專有部分區分所有權人同意。</p> <p>二、公寓大廈外牆面、樓頂平臺，設置廣告物、無線電台基地台等類似強波發射設備或其他類似之行為，設置於屋頂者，應經頂層區分所有權人同意；設置其他樓層者，應經該樓層區分所有權人同意。該層住戶，並得參加區分所有權人會議陳述意見。</p>	<p>經該專有部分區分所有權人同意。</p> <p>二、公寓大廈外牆面、樓頂平臺，設置廣告物、無線電台基地台等類似強波發射設備或其他類似之行為，設置於屋頂者，應經頂層區分所有權人同意；設置其他樓層者，應經該樓層區分所有權人同意。該層住戶，並得參加區分所有權人會議陳述意見。</p> <p>三、依第五十六條第一項規定成立之約定專用部分變更時，應經使用該約定專用部分之區分所有權人同意。但該約定專用顯已違反公共利益，經管理委員會或管理負責人訴請法院判決確定者，不在此限。</p>	
<p>第五十六條</p> <p>公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分、約定共用部分標示之詳細圖說及規約草約。於設計變更時亦同。</p> <p>前項規約草約經承受人簽署同意後，於區分所有權人會議訂定規約前，視為規約。</p> <p>公寓大廈之起造人或區分所有權人應依使用執照所記載之用途及下列測繪規定，辦理建物所有權第一次登記：</p> <p>一、獨立建築物所有權之牆壁，以牆之外緣為界。</p> <p>二、建築物共用之牆壁，以牆壁之中心為界。</p> <p>三、附屬建物以其外緣為界辦理登記。</p> <p>四、有隔牆之共用牆壁，依第二款之規定，無隔牆設置者，以使</p>	<p>第五十六條</p> <p>公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分、約定專用部分、約定共用部分標示之詳細圖說及規約草約。於設計變更時亦同。</p> <p>前項規約草約經承受人簽署同意後，於區分所有權人會議訂定規約前，視為規約。</p> <p>公寓大廈之起造人或區分所有權人應依使用執照所記載之用途及下列測繪規定，辦理建物所有權第一次登記：</p> <p>一、獨立建築物所有權之牆壁，以牆之外緣為界。</p> <p>二、建築物共用之牆壁，以牆壁之中心為界。</p> <p>三、附屬建物以其外緣為界辦理登記。</p> <p>四、有隔牆之共用牆壁，依第二款之規定，無隔牆設置者，以使</p>	<p>一、公寓大廈之共用部分得約定專用，而共用部分為全體區分所有權人共有，關於共用部分如何為約定專用？應由全體區分所有權人決定之，應不得由起造人加以干涉或預為規劃，爰刪除第一項「約定專用部分」等字。</p> <p>二、其餘各項未修正。</p>

<p>用執照竣工平面圖區分範圍為界，其面積應包括四周牆壁之厚度。</p> <p>第一項共用部分之圖說，應包括設置管理維護使用空間之詳細位置圖說。</p> <p>本條例中華民國九十二年十二月九日修正施行前，領得使用執照之公寓大廈，得設置一定規模、高度之管理維護使用空間，並不計入建築面積及總樓地板面積；其免計入建築面積及總樓地板面積之一定規模、高度之管理維護使用空間及設置條件等事項之辦法，由直轄市、縣（市）主管機關定之。</p>	<p>用執照竣工平面圖區分範圍為界，其面積應包括四周牆壁之厚度。</p> <p>第一項共用部分之圖說，應包括設置管理維護使用空間之詳細位置圖說。</p> <p>本條例中華民國九十二年十二月九日修正施行前，領得使用執照之公寓大廈，得設置一定規模、高度之管理維護使用空間，並不計入建築面積及總樓地板面積；其免計入建築面積及總樓地板面積之一定規模、高度之管理維護使用空間及設置條件等事項之辦法，由直轄市、縣（市）主管機關定之。</p>	
<p>第五十八條</p> <p>公寓大廈起造人或建築業者，非經領得建造執照，不得辦理銷售。公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分，包含法定空地、法定停車空間及法定防空避難設備，讓售於特定人或為特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為。</p>	<p>第五十八條</p> <p>公寓大廈起造人或建築業者，非經領得建造執照，不得辦理銷售。公寓大廈之起造人或建築業者，不得將共用部分，包含法定空地、法定停車空間及法定防空避難設備，讓售於特定人或為區分所有權人以外之特定人設定專用使用權或為其他有損害區分所有權人權益之行為。</p>	<p>一、第一項未修正。</p> <p>二、法定防空避難設備不應由特定人取得排他的專用使用權。而法定空地、法定停車空間等共用部分應如何規劃使用？應由全體區分所有權人決定之，公寓大廈之起造人或建築業者應不得加以干涉，爰配合第七條、第五十六條之修正，刪除第二項「區分所有權人以外之」等字。</p>

參考文獻

書籍

中文部分

- 王澤鑑(1999)，法律思維與民法實例，自版。
- 王澤鑑(2011)，民法總則，自版。
- 王澤鑑(2000)，債法原理(一)基本理論債之發生，自版。
- 王澤鑑(2010)，民法物權，增訂2版。
- 王伯琦(1979)，民法總則，8版，正中書局。
- 史尚寬(1980)，民法總論，3版，自版。
- 史尚寬(1983)，債法總論，自版。
- 史尚寬(1986)，債法各論，自版。
- 史尚寬(1987)，物權法論，自版。
- 古振暉(2006)，共同所有之比較研究，翰蘆。
- 何孝元(1983)，李志鵬修訂，民法總則，修訂初版，三民。
- 杜怡靜(2006)，契約之成立與效力，三民。
- 洪遜欣(1987)，洪滿惠修訂，中國民法總則，再修訂初版。
- 姚瑞光(1999)，民法物權論，自版。
- 姚瑞光(2002)，民法總則論，自版。
- 倪江表(1965)，民法物權論，4版，正中書局。
- 溫豐文(2011)，論共有，三民。
- 李惠宗(2009)，案例式法學方法論，新學林。
- 李肇偉(1962)，民法物權，自版。
- 施啟揚(2009)，民法總則，8版。
- 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭(1998)，民法親屬新論，增訂2版，三民。
- 陳自強(2005)，契約之成立與生效，新學林。
- 陳自強(2011)，整合中之契約法，元照。
- 邱聰智(2005)，民法總則(上)，三民。
- 邱聰智(2003)，新民法債編通則(上)，自版。
- 邱聰智(2008)，新訂債法各論(下)，自版。
- 曾隆興(2000)，修正民法債編總論，再版。
- 鄭冠宇(2011)，民法物權，2版，新學林。
- 鄭玉波 著 黃宗樂 修訂(2009)，民法物權，16版，三民。
- 鄭玉波(1996)，民法債編總論，三民。
- 鄭玉波(1975)，民法債編各論(上)，4版，三民。
- 鄭玉波(1985)，民法債編各論(下)，三民。

- 鄭玉波(2008)，黃宗樂修訂，民法總則，11 版，三民。
- 劉得寬(1980)，民法總則，3 版，自版。
- 劉春堂(2003)，民法債編各論(上冊)，自版。
- 劉春堂(2005)，民法債編各論(下冊)，自版。
- 謝哲勝(2007)，民法物權，三民。
- 謝在全(2010)，民法物權論(上)，修訂 5 版。
- 戴炎輝、戴東雄(2002)，親屬法，自版。
- 曹傑(1937)，中國民法物權論，商務印書館。
- 孫森焱(2001)，民法債編總論上冊，自版。
- 黃茂榮(2003)，債法總論(一)，植根，修訂版。
- 黃右昌(1961)，民法物權銓解，自版。
- 黃立(2005)，民法總則，4 版。
- 黃立(2006)，民法債編總論，3 版。
- 黃立 主編(2002)，民法債編各論(下)，元照。
- 黃宗樂 監修(1996)，六法全書—民法，保成，修訂 4 版。
- 民法債編、民法債編施行法修訂資料彙編(1999)，五南。
- 法律案專輯—第 184 輯(上)(下) 內政(八十三) 公寓大廈管理條例案(1996)，立法院秘書處。
- Kaufmann(1999)，吳從周譯，顏厥安審校，類推與「事物本質」—兼論類型理論—，學林。

期刊論文

- 林更盛(2012)，論法律解釋的目標，高大法學論叢，7 卷 2 期，頁 1-40。
- 林誠二(2000)，論合會(上)，台灣本土法學，16 期，頁 31-46。
- 李智威(2013)，不利益變更禁止—刑事訴訟法第 370 條的再構成，刑事法雜誌，57 卷 3 期，頁 139-178。
- 溫豐文(2001)，專用使用權，月旦法學雜誌，72 期，頁 12-13。
- 溫豐文(2006)，分管契約之效力，月旦法學教室，50 期，頁 12-13。
- 溫豐文(2009)，從「灌虛坪」論公寓大廈管理條例之若干規定，台灣法學雜誌，140 期，頁 1-8。
- 溫豐文(2009)，論共有物之管理，台灣法學雜誌，135 期，頁 92-101。
- 溫豐文(2011)，默示的分管契約/最高院 98 台上 1087，台灣法學雜誌，170 期，頁 199-201。
- 駱永家(1977)，合夥與當事人能力，國立台灣大學法學論叢，6 卷 2 期，頁 381-393。
- 吳光明(2012)，默示分管契約之探討—兼論最高法院九十九年度台上字第七九〇號判決，月旦法學雜誌，209 期，頁 5-21。
- 黃茂榮(2006)，法律漏洞及其補充的方法(下)，植根雜誌，22 卷 2 期，頁 573-620。
- 蔡明誠(2000)，共有物分管契約與物上請求權問題—最高法院八十七年台上字第二

- 三五號民事判決評釋，台灣本土法學雜誌，12期，頁77-89。
- 蔡明誠(2012)，區分所有建物之專有部分與分管契約—高法院九十九年台上字第一一五〇號民事判決，月旦裁判時報，頁28-35。
- 郭雨嵐、林發立(1994)，試論分管契約之效力—兼評最高法院四十八年台上字第一〇六五號判例及司法院大法官會議釋字第三四九號解釋，萬國法律，頁10-13。
- 陳自強(2010)，台灣民法百年—以財產法之修正為中心，月旦法學雜誌，186期，頁99-129。
- 陳自強(2010)，日本債權法改正新動向—改正試案之體系架構，月旦法學雜誌，187期，頁87-103。
- 陳聰富(1999)，合會習慣之成文化，全國律師，3卷7期，1999，頁93-102。
- 謝哲勝(1997)，合會契約，月旦法學，27期，1997，頁31-39。

專書論文

- 王澤鑑(1998)，法學上的發現，收錄於民法學說與判例研究(四)。
- 林更盛(2009)，勞動契約上離職後競業禁止約款的控制，收錄於論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆。
- 陳棋炎(1980)，親屬、繼承法與民法總則間之礙難問題，收錄於親屬、繼承法基本問題。
- 陳棋炎(1980)，近代法上婚姻之法律性質，收錄於親屬、繼承法基本問題。
- 謝在全(1984)，分別共有之內部關係，收錄於民法物權論文選輯(上)，鄭玉波主編，五南。

外國文獻

日文部分

- 我妻榮・有泉亨・清水誠・田山輝明(2006)，我妻・有泉コンメンタール民法—總則・物權・債權—補訂版，日本評論社。
- 我妻榮 著・有泉亨 補訂(2001)，新訂物權法 民法講義 II，岩波書店。
- 我妻榮・有泉亨 著・清水誠 補訂(2004)，新版コンメンタール物權法，日本評論社。
- 我妻榮(2004)，新訂民法總則，岩波書店。
- 我妻榮(2004)，債權各論上卷，岩波書店。
- 遠藤浩・水本浩・北川善太郎・伊藤滋夫 監修(1997)，民法注解 財產法 第2卷—物權法，青林書院。
- 板橋郁夫・湯淺道男(2001)，物權法 改訂增補版，成文堂。

鷹巢信孝(1996)，財産における権利の構造，成文堂。
川島武宜 編(1967)，注釈民法(7)—物権(2)，有斐閣。
柚木馨、高木多喜男 編，新版注釈民法(14)—債権(5)，有斐閣。
林良平 編(1986)，債権各論，青林書院。
林良平 編(1986)，物権法，青林書院。
広中俊雄(1989)，債権各論講義，有斐閣。
稲本洋之助(1983)，民法 II 物権，青林書院新社。
河内宏(2004)，権利能力なき社団・財団の判例総合解説，信山社。
半田正夫(1990)，物権法，有斐閣。
北川善太郎(2004)，物権 第3版 民法講要 II，有斐閣。
北川善太郎(2004)，債権總論，第3版，有斐閣。
北川善太郎(2003)，債権各論，第3版，有斐閣。
加藤雅信(2005)，新民法大系 II 物権法 第2版，有斐閣。
鈴木禄弥(1977)，物権法講義 改訂版，創文社。
田中整爾 編(1967)，物権法—現代民法講義 2，法律文化社。
山川一陽(2006)，物権法講義 第2版，日本評論社。
水本浩、遠藤浩 編(1993)，債権各論(改訂版)，青林書院。
近江幸治(2007)，契約法，第3版，成文堂。
乾昭三、長尾治助 編(1992)，新民法講義 1 契約法，有斐閣ブックス。
潮見佳男(2005)，債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得，新世社。

徳文部分

Larenz(1991), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl.