

民法債編總論

上冊

孫森焱著

民法債編總論

上冊

孫森焱著

中華民國六十八年九月初版
中華民國九十九年五月修訂版（上冊）

民法債編總論上冊

定價：平裝新臺幣肆佰元

著作者：
發行人：孫 森 焱

印刷者：文太印刷企業有限公司
臺北縣中和市中正路九〇八號六樓
電話：二二二三—九四九七

經銷處：三 民 書 局
臺北市重慶南路一段六十一號
電話：二三六一—七五二一
傳真：二五〇八一四〇〇〇

郵政劃撥帳號：〇〇〇九九九八—五號

版權所有
翻印必究

風俗與裁判（代序）

民國七十年六月三十日出版的「臺灣風物」發表數篇介紹日籍臺灣民俗學者池田敏雄先生的紀念文章。臺灣大學教授黃得時先生介紹池田氏說：「當時住在臺北的日本人，可以分為兩種類型，一種是據守日本人的城牆，事事只圖日本人本位的利益和繁榮，一步也不願意跳出城牆外面，跟城外的本地人交往，一切採取不聞不問的態度，甚至以白眼相待本地人。另一種類型，是喜歡跳出城外，積極地跟本地人做朋友，和本地人手拉手，來過同甘共苦，休戚相關的生活。池田敏雄先生就是屬於這種典型的人。」原來池田氏自日據昭和十六年（民國三十年）七月起到昭和二十年（民國三十四年）一月間編輯雜誌「民俗臺灣」。當時正是日本政府大力推行所謂「皇民化」運動的時期，因此這本民俗雜誌的刊行，被認為是「倒行逆施」。歷史學家楊雲萍教授說：「『民俗臺灣』月刊的存在，是代表日本人的良心。日本的臺灣統治，可恥的事情甚多，只此一刊物的存在，卻成為日本人可以引為自慰的事情。」可謂春秋之筆，一言以定褒貶。當時在「民俗臺灣」撰稿的作者有楊雲萍、黃得時及戴炎輝、廖漢臣諸位先生。臺灣文獻委員會前編纂組長王詩琅先生（艋舺人）說：池田氏對臺灣民俗學的貢獻很大，他更是一位「艋舺通」，他的大作「臺灣的家庭生活」大部分取材自艋舺，其中竟有連王氏也都不知道的寶貴資料。說起來，臺灣的民俗還要依賴日本人來研究保存，真是令人感慨系之。

民俗學的研究，對於司法官來說，也是很值得重視的一件事。本來法院的裁判是宣示當事人應該

遵行的行為準則，這個行為準則是司法官個人修養的高度反應；換句話說，這是司法官對於社會現象的價值判斷，經他決定之是非，可藉公權力強制當事人遵行。因此，裁判的內容，不但要依法有據，而且要合情合理。假定裁判的結果，違反風土人情，不但不足以杜紛爭，反而可能引發當事人甚至社會大眾，對法治的懷疑，最後走向傷風敗俗的地步。受理過民間合會事件的推事，當能體會到判斷民間合會法律關係遭遇到的困擾，假若判斷：「得標會員出具借用證交付未得標會員，即是表示會首已將其債權讓與未得標會員，從此可以置身權義之外」，給與合會會員的衝擊，會令其哭笑不得。臺灣祭祀公業派下身分的認定，與當地親屬法上之習慣，更有密切關係。假若未詳加研究，竟將真正派下判出局外，豈不迫令當事人空望祖先牌位浩歎！寺廟的法律性質為何，如未熟稔當地風俗習慣之演變過程，又如何得窺其中堂奧？凡此問題的研究，早已引起有關機關的注意，加以調查整理，當是可喜現象。

司法官的個人修養，會透過裁判，影響到當事人的生活裡層，對於當地的風俗習慣，自應深入瞭解，融入其中。假若固步自封，竟與社會脫節，又如何能創造符合社會正義的裁判！

按：「風俗與裁判」一文發表於民國七十年九月二十三日，刊登於司法周刊。

民法債編於民國八十八年四月二十一日經修正公布，其修正條文定自八十九年五月五日起施行。這是為「我們自己的社會」量身修正的民法，希望能夠適應本土的民情。修訂新版以修正條文為論述基礎。

中華民國八十八年十月二十日

序言

民法債編自民國八十九年五月五日起施行以後，最高法院即開始全盤審查研究現行判例，從九十年開始，由民事庭會議陸續決議將不合時宜者，分別「不再援用」、「刪除」及「廢止」三種情形整理公布，其間又發表新判例多則，頗具意義者，諸如發出逾越一般人所能忍受之噪音可認為侵害他人居住安寧之人格法益；民法上名譽權有無受侵害，應以社會上對個人評價是否貶損作為判斷之依據等，顯現實務見解反應現實社會生活而進展的軌跡。本書內容亦隨此演變而年有補充，茲因原有版面已不足容納新見解的介紹，爰增加編幅從新排版，相關法律條文、判例、解釋及最高法院民事庭會議之索引則由司法院大法官書記處專員王美慧、助理潘怡宏、劉后安、鄭伊玲諸君義助，利用公餘編製，備極辛勞，隆情厚意，特表謝忱。

孫森焱謹識

九十三年一月三日

自序（初版）

私法之功能在定分息爭，故治法者，須理論與實務兼顧，使理論指導實務，以實務印證理論，兩相貫通，互為引發，始克有濟，識者早無異詞。森焱濫竽一、二、三審民事審判工作，蹉跎歲月，百無所成，惟對法律運作之應符合社會價值觀念，以求切當，則曾冥思默索，未敢後人。聞之臺灣高等法院庭長李志青先生云：聽訟而使勝者知勝非倖致，敗者信敗有必然，從而躁釋矜平，心悅誠服，則庶幾矣。語自禮檀弓中悟出，吾儕深有同感。

溯六十四年夏，承前臺灣高等法院院長周旋冠先生推轂，兼任私立東吳大學法律學系債編總論講席，為便於傳授，輒旁徵中外論著，近稽裁判實例，融匯己見，撰為講義，數年來不覺積稿盈尺，復荷最高法院院長錢國成先生不棄，出示其在國立臺灣大學法律學系原授之補充教材，使窺津奧，而就繩檢，更對本書理論體系之建立，作若干重點上之指示，無不中窾要，感佩奚似。

既付剞劂，而家嚴七秩雙慶良辰亦屆，人子之事親也，首曰養志，其次養體，謹以此書為堂上壽。

兼就正於法學先進，幸垂誨焉。

內子黃綠星女士，任二審檢察官，好學敏求，本書之成，深倚其扶助，否則未有若是之捷且易也。

關於校讎正誤方面，則出臺灣臺北地方法院吳庭長啟賓，臺灣桃園地方法院張庭長登科及福建高等法院廈門分院楊推事仁壽諸兄手，諸兄所學皆出人頭地，間承評騭，輒如鐵鑄，覆按之，卒無以易也。併此誌謝。

中華民國六十八年七月三日

孫森焱 謹識

民法債編總論 目錄

上 冊

緒 論

第一章 債之作用……………一

第二章 債之原理——由個人本位趨向社會本位……………三

本 論

第一章 總說……………六

第二章 債之發生……………二二

第一節 總說	二一
第二節 契約	二三
第一款 總說	二三
第二款 契約之成立與不成立	二四
第三款 契約自由之原則及其限制	三五
第四款 契約之分類	四〇
第五款 要約與承諾	五一
第六款 契約之方式	六六
第七款 懸賞廣告	七一
第三節 代理權之授與	八四
第一款 總說	八四
第二款 授權行為	八七
第三款 共同代理	九三
第四款 無權代理	九六
第四節 無因管理	一一〇

第一款	總說	一一〇
第二款	無因管理之要件	一一二
第三款	無因管理之效力	一二〇
第四款	無因管理之承認	一三四
第五節	不當得利	一三八
第一款	總說	一三八
第二款	不當得利之成立要件	一三九
第三款	特殊不當得利	一六五
第四款	不當得利之效力	一七五
第五款	不當得利返還請求權與其他請求權	一八八
第六款	不當得利返還請求權之消滅時效	一九一
第六節	侵權行為	一九二
第一款	總說	一九二
第二款	通常侵權行為	二〇四
第三款	特殊侵權行為	二七三

第四款 侵權行為之效力……………三三四

第三章 債之標的……………三六七

第一節 總說……………三六七

第二節 種類之債……………三七五

第三節 貨幣之債……………三八四

第四節 利息之債……………三九六

第五節 選擇之債……………四一三

第六節 損害賠償之債……………四二九

附 錄 (上冊)

判例解釋及會議記錄索引

條文索引

緒論

第一章 債之作用

財產權可大別為物權及債權。

物權是直接管領物的權利，以能夠滿足吾人生活需要的物資為對象。債權則為交換或分配此物資的法律關係。

在自給自足的生活時代，社會上有關財產的法律關係，祇要憑藉物權的法律制度即足維持。國家祇要承認每個人有直接管領生活資料的物權並加保護；每個人則祇要依賴物權所保護的利益，加以利用，即足維持生活。迨人類社會演進到交換經濟時代，人與人間需要物物交換才能滿足生活需要時，債之關係於焉發生。

以現存的物互相交易，就是以所有權交換所有權。即使在移轉物權以後，雙方的關係並非即能了斷。倘若有第三人主張權利或交換之物有瑕疵，應如何解決？凡此，均屬債之關係。另一方面當一方將現有的物與他方將來可能取得的物交換時，即成立消費借貸關係，是為所有權與債權的交換。若當事人間互以將來可能取得的物以資交換時，即成立典型的雙務契約。由是，人類藉債之關係，乃得利用

將來可能取得的物資，經濟生活因而獲得充實。

債之關係或由一方信賴他方將來可能給付特定利益（不以物為限），因而將自己的現存利益交付；或互相信賴對方將來可能向自己給付特定利益為內容。因此惟有在社會上相互間發生信賴關係，並且具備完整的權力機構，用以確保相互間的法律地位，債之關係始能穩固。因此，在動盪不安的社會，債之關係容易有衰退現象，然而社會物資的交換移轉，終究要藉債之關係而愈趨頻繁。社會的經濟關係不但以過去及現在的財富為標的，更以將來可能發生的社會財富為內容，使財富的融通，更加頻繁，因而加速促進經濟的發展。

物權以直接管領物的特定利益為內容，屬於靜態的法律關係。惟有依債之關係以為物資流通之媒介，始克演變為動態的社會，互相信賴的社會，更能促進經濟的發展，增加社會財富（註）。

（註）我妻榮著「現代債權法之基礎理論」，收錄於民法研究第五冊債權總論三頁。

第二章 債之原理——由個人本位趨向社會本位

自法國大革命以來，近代私法建立所有權絕對、契約自由及過失責任的基本理論。法律以保障個人的自由平等為惟一目標，期望每個人在社會生活中得依其自由意思，為合理的考慮，以衡量利害，支配財富，用資發揮個人的才能。每個人的生命及財產在社會生活中，均能獲得法律的保障，其中心意旨表現在「每一個人僅就其有意識的行動，負其責任」。由是引起經濟上的自由競爭。公共福祉亦因而獲得增進。

然而所謂「自由平等的個人」究屬理想的抽象的觀念，在複雜的有機的社會裡，有不同才能和素質的人，有不同財力和不同性格的人，經濟上自由競爭的結果，聰明才智者，勢必漸佔上風，因而逐漸形成資本的聚集，促成獨占事業的發達。

由於所有權絕對和契約自由的原則相結合，所有權和債權不再是屬於消極地保護特定法益的權利，更演變為積極地聚集資本，利用物資以獲得物資的手段。終其極，公益和私益竟發生不能相容，相互排斥的地步，社會的進步因而受到阻礙（註一）。

個人不能離開社會而獨立生存，為達成社會的進步和發展，所有權或債權均不能依舊堅持絕對或自由的原則。所謂個人並非孤立的個人，乃在有機體的團體下生存的個人。個人的自由平等應在社會安全制度下始能獲得保障，所有權或債權亦應具備其社會機能，能夠充分發揮其功能，國家社會才能

趨向繁榮。

就所有權的絕對言，法律所以保護所有權，並非消極地保障財富的分配而使其固定，乃在維護所有權的有效利用，發揮物的完全效果。因此所有權的行使必須顧到社會全體的利益；更不得將物棄置不顧，才能發揮所有權的社會機能(註二)。就契約的自由言，則獨占事業之禁止，契約內容之限制(註三)等，均係國家權力機構，積極干預私法，以保護社會上的每個人，謀求私法自治的改進所採措施(註四)。從過失責任的原則言，本來是為保障個人活動的自由而加強其責任意識，因而產生「無過失即無責任」的原則，惟自工商業發達以後，使用機械發生的危險增加，環境污染問題更日見嚴重，若仍堅守過失責任，被害人所受損害，將很難獲得補償。因此「無過失責任」漸受重視，並由國家機關積極參與損害的彌補，社會保險制度亦因此勃興，使侵權行為之法律關係，由加害人與被害人間之賠償問題，演變為由社會全體分擔損害的制度(註五)。

(註一) 洪遜欣著「我國現行民事法原理之研究」稱：「近世私法所重視『自由』之主體，非具有個性之實在個人，而係『澈底於物的計慮之唯有理性的、抽象的經濟人(homo oeconomicus)』；其所謂平等，非社會生活條件之實質平等，而係法律上之形式平等；近世法所重視之『人』究亦僅係法律上自由平等之抽象的人格者而已。唯經濟人為自由競爭時，須承認私有財產，令其有經濟活動之資本。於是個人私有財產制度逐漸產生，經其發展而竟確立所有權絕對思想，認為所有權係天賦人權，亦是法律上完全無缺之絕對支配

權。再者資本本身有其無窮儲蓄之可能性，故對經濟人承認其有競爭自由，逐漸發展為許其自由儲蓄資本；自由競爭之組織，亦因必然促進獨占事業之發達，故漸變為阻礙自律的意思主體之實在個人，利用自己之創作意志與能力而為自由活動之制度。」收錄於國父法律思想論集六四五頁。

(註 二) 例如依土地法第八九條規定，直轄市或縣(市)地政機關對於私有空地及荒地得強制依法使用或強制收買。平均地權條例第二六條第一項亦規定：直轄市或縣(市)政府對於私有空地，得視建設發展情形，分別劃定區域，限期建築、增建、改建或重建；逾期未建築、增建、改建或重建者，按該宗土地應納地價稅基本稅額加徵二至五倍之空地稅或照價收買。

(註 三) 公平交易法、勞動基準法及工廠法等法律，對於契約自由之限制，多設規定，詳見本書三五頁所述契約自由之原則及其限制。

(註 四) 洪遜欣著中國民法總則二四七頁。

(註 五) 消費者保護法對於企業經營者課以無過失賠償責任；核子損害賠償法對於核子設施經營人；民用航空法對於航空器所有人、承租人或借用人亦同。

本論

第一章 總說

一、債之意義

債兼指債權及債務而言，係指特定人對於特定人得請求為特定行為的法律關係。得請求為特定行為之權利謂之債權；為滿足債權而為特定行為（作為或不作為）的義務謂之債務。

(一) 債為特定人對特定人間的法律關係 債乃一方信賴他方將給付特定利益，或互相信賴對方將給付特定利益為內容，成立的法律關係。所以債之關係是以相互間的信賴關係為基礎，依此信賴關係，一方得請求他方為特定行為，他方有為特定行為之義務。是債之關係為特定人與特定人間的法律關係，與物權為特定人直接管領物的特定利益者，有所不同（註一）。

(二) 債為特定人得請求特定人為特定行為的法律關係 特定人的一方得請求他方為特定行為者，謂債權人；他方負有滿足債權人請求的義務者為債務人（註二）。債務人的特定行為即為債之標的；債務人為特定行為是為給付。給付內容為債務人的作為者，謂積極給付；不作為者為消極給付。債權人恆依債務人之給付為媒介，獲得法律上利益。債權通常經由請求權之作用，實現給付內容，惟債務

人任意給付者，雖未經由債權人發動請求權，債權人仍得合法受領其給付。債權人得享有給付利益之權限，實乃債權之本質內容，請求權僅為達成此目的之手段而已。債權人請求債務人履行債務，若債務人延不履行，即須藉助公權力，強制其履行，以實現債的內容。因此，債權具有強制實現力，以確保債權得獲滿足（註三）。

二、債法之特色

(一) 債法採民商合一制 自拿破崙法典採民商分編以來，商人有特殊的地位，並以其行為的性質有異於一般私法行為，乃另設法庭以適應之，以是歐洲各國靡然相效。然而商法所訂，僅為具有商業性質的契約，至於法律原則仍須援用民法，尤其買賣的規定多在民法中規定之，是商法僅具補充民法之效用。社會經濟既漸發達，股票、票據等之交易已非商人所專用，商行為與非商行為之區分，事實上亦甚困難。故民法採民商合一制，將買賣、行紀、居間、倉庫、運送、承攬、經理、代辦商等一併訂入債編。至公司、票據、保險、海商則專訂單行法，以資適用。

(二) 債法具有交易法性質 債編與物權編雖然同為財產法，然物權法重在物資的享有，規定靜態的財產關係；債編則重在物資的交易，規定動態的財產關係。

交易關係不惟於國內發生，於國際間亦發生貿易關係。經濟發達以後，國家既不能閉關自守，進口外國物資固有必要，出口國內生產物品更感殷切，國與國間的經濟依賴愈見擴展，是債法有趨向國際化的現象。國際間統一的債法實為走向世界大同的指標。

(三) 債法多為任意法 債的關係僅存於特定人對特定人間的相對關係。此與物權具有排他性及絕

對性者不同。故物權法多具強制性，以求其內容之統一，使各個人均能瞭解權利人享有權利之內容，進而尊重權利之存在，然後權利人享有之物權方能受到保障。至於債法，因事關當事人相互間之權利義務關係，苟不違背公共秩序、善良風俗，當可任由當事人自由商洽訂定。是債法之規定多任意法，私法上意思自由之原則亦多於債法中顯現。惟個人利害，若委諸個人之自由衡量，而其結果又與整個社會經濟無礙者，國家機關固無積極干預必要，若私益與公益發生牴觸，則仍應以公益為重，自應設置強行規定以限制之。

（四）債法富於科學性 工商業既發達，社會經濟即越繁榮，財物之利用多，交易頻仍，物資之融通即越頻繁。社會之財富亦自物權轉向債權。交易之標的不惟以現在的物資為對象，而且及於將來可能取得的物資。各個人互相依賴的信用關係，更見密切。為規律此種複雜的經濟活動所生法律關係而釐訂的抽象原則，自需有嚴密的邏輯組織始足適應。債法的富於科學性，乃屬當然。

三、債權與其他權利

（一）債權與物權

1. 就性質言 物權為直接管領物的權利。債權則為對特定人請求為特定行為的權利。債權人對於請求之標的物不能直接行使債權，應待債務人給付，取得其物權，始得管領其物（註四）。故物權因支配特定之物而享有法律上利益，債權則因請求權之發動而獲得給付之利益。物權為直接對物的權利，對於任何人均得主張之，是為絕對權；債權則惟有對債務人始得主張，第三人不受債權的拘束，是為相對權（註五）。

2. 就效力言

(1) 物權有排他性，故在同一客體上不得有互不相容的二個以上物權同時存在。如有二個物權競合，則先發生的物權有排除後發生物權的效力（註六）。債權則無排他性，故數人對於同一債務人不妨有同一內容的債權，債權人相互之間亦無排他的效力。

(2) 物權有優先權，故物權與物權間，以先發生的物權優先於後發生的物權，後發生的物權不得妨礙先發生的物權（註七）。物權與債權間原則上亦以物權優先於債權。例如抵押權人得優先於一般債權人而受清償是（註八）。民法第四二五條規定，租賃關係於租賃物所有權移轉時，對於受讓人仍繼續存在，則屬例外。又數債權之間，不問成立之先後，無優先順序（註九）。

(3) 物權有追及權，故物權的標的物被第三人占有時，權利人得基於物上請求權追及其所在，主張權利。債權則無追及權，如債務人將應交付債權人的標的物所有權移轉第三人，則債權人不得對該第三人就標的物有所主張（註十）。

(二) 債權與親屬權 親屬權的發生，以特定的身分關係存在為前提。債權的發生則與身分關係無關；親屬權屬於支配權，債權則以請求權為主要內容。

(三) 債權與請求權 請求權者，根據基礎權的內容，得請求他人為一定行為的權利。債權既為特定人對特定人請求為特定行為的權利，則請求權與債權的內容相同，故有主張債權與請求權為同一者。實則請求權與債權雖同為請求他人為一定行為之權利，惟因債權所生的權利除請求權外，尚有代位權、撤銷權、抗辯權、抵銷權、解除權等，而請求權則非僅債權有之，即物權亦有物上請求權。債

權的請求權雖罹於時效而消滅，其債權則仍存在。足見債權與請求權究有不同，請求權僅屬債權的作用而已。

四、債務—債務人的給付義務

民法第一九九條第一項規定：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」因此，債權人得請求債務人依債務本旨實行提出給付（參照民法第二三五條）。故債權經由請求權的作用獲得滿足；債務人基於債之關係給付者，債權人得合法受領而享有給付之利益，債務人如不履行債務，債權人得藉由公權力強制債務人實現債權，故稱強制實現力。由此，債權之主要內容有請求權、受領權及強制執行請求權。其中強制執行請求權為請求權得發生作用的強制手段。惟請求權得自債權分離而歸於消滅，強制執行請求權亦隨同喪失，此際債務人所負債務即屬自然債務。如債務人任意給付，債權人仍有受領權，可見債權人得享有給付利益之權限，為債權之本質內容，業如一、(二)所述。債權人請求債務人給付，須「基於債之關係」，故債權人向法院起訴，請求判令債務人給付時，應於訴狀表明「訴訟標的」（民事訴訟法第二四四條第一項第二款前段），此所謂訴訟標的即提起給付之訴主張之法律關係，即請求權基礎是（註十一）。另一方面，債務人應依債務本旨實行提出給付，是為債務人的給付義務。債務的內容除債務人應為特定行為外，尚負注意義務，即應盡相當的注意，依債務本旨履行債務，避免債權人受不測的損害。就契約責任言，注意義務的發生，始自契約訂立以前，因而發生「締約上過失」的問題，修正民法第二四五條之一就此設有明文規範；即使契約因債務人履行債務而消滅以後，有時仍繼續延續，例如附隨義務中之守密義務是（參看醫療法第七二條）（註十二）。所謂附隨義務係

對於主給付義務而言，均為債務人的給付義務。分述如次：

(一) 主給付義務（又稱給付義務） 確定給付內容之要素有給付之時間、地點及標的。所謂給付之標的有二，一為單純作為或不作為的給付，例如勞務的提供；二為給與的給付，即以積極作為而有所給與之物，例如金錢之支付是（註十三）。依債務本旨債務人應為之作為或不作為，須具有上述之要素，符合債之目的的基本義務，例如買賣契約之出賣人負有移轉財產權於買受人之義務、物之出賣人並負有交付其物於買受人之義務；買受人則負有交付約定價金及受領標的物之義務是。在雙務契約，雙方當事人所負主給付義務恆有對價關係而有同時履行抗辯權的適用，並發生一方給付不能所致危險負擔問題。在主給付義務外，尚有所謂從給付義務，例如民法第二九六條之告知義務、第五四〇條之報告義務、第五四一條之計算義務、醫療法第七一條提供病歷複製本或病歷摘要之義務、第八一條之告知義務是。當事人亦得約定從給付義務，例如技術合作契約約定應提供技術轉移屬之。從給付義務僅具有補助主給付義務之功能，尚非債務本旨主要的目的。惟在雙務契約，從給付義務依訂約目的，或與他方所負主給付義務有對待給付之關係，因而發生同時履行抗辯權，從而從給付義務如不履行，得訴請法院判令給付（註十四）。

(二) 附隨義務 附隨義務係從屬於主給付義務而發生，其與從給付義務不同者，為附隨義務不適用於強制執行，故無從以訴請求法院判令債務人履行。惟債務人如不履行附隨義務，仍得依不完全給付請求損害賠償。附隨義務的發生係本於履行債務應依誠實及信用方法為依據，其類型雖尚未有定說，惟附隨義務自給付義務之發生、履行至消滅各過程均存在。就給付義務的發生過程言，如醫療法第六

三條第一項前段規定醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。就履行過程言，如雇主應提供安全的工作環境，避免勞工在工作場所遭受災害是。就債務消滅後的過程言，如醫療法第七〇條規定病歷之保管義務、第七二條之守密義務是。就附隨義務的功能分類，可分：1. 對於人的身體提供場所為給付者，例如僱傭契約的僱用人、旅客運送的運送人、旅店住宿主人等應提供保障受僱人或旅客人身安全的場所或設備。2. 為協力實現債務本旨所為之給付者，例如房屋仲介商應提供仲介房屋之正確訊息，避免買受人受不測的損害。3. 依誠實信用原則而為者。例如退出合夥後，對於合夥的營業秘密不得洩漏是（註十五）。

五、自然債務

羅馬法對於具有訴權的債權相對的債務稱為法定債務，對於無訴權的債權相對的債務，則稱為自然債務。亦稱不完全債務。

按：民事訴訟法學者對於訴權的解釋不一，採權利保護請求權說者，認為訴權係就具體內容請求法院為自己有利判決的權利。債權暨其請求權均存在者，固有訴權存在，債權存在而請求權不存在者，則不得請求為有利於己之判決，自無訴權存在。雖有債權，若無訴權可資行使，即無從請求強制執行，其相對的債務，即所謂自然債務。採本案判決請求權說者，則認為訴權為當事人得向法院起訴請求審判的權利。則債權之無請求權者，仍得請求法院審理而為本案判決——即使原告係受到敗訴判決，仍應認為具有訴權。換言之，訴權為訴訟法上之權利，與私法上債權之存在與否無關。如依此說，則所謂

自然債務，亦應認為具備訴權。由是觀之，鑑於訴權意義之演變，以訴權之存否，為辨別自然債務之準據，已不可採。

依自然債務之內涵言，謂債權人不能請求債務人履行，但如債務人任意給付，債權人仍得基於債權而受領，並非無法律上之原因而受利益，此與不當得利之情形自屬有別，則所謂自然債務實指不具備請求權的債權相對的債務而言。亦即無責任之債務是。例如時效完成之債務（民法第一四四條第二項）、超過法定最高限制之利息債務（民法第二〇五條）、依調協或破產程序未受清償之債務（破產法第一四九條）均屬之。

顧法國民法第一二三五條第二項規定：「任意清償自然債務者，不得請求返還。」惟所謂自然債務云何？則未設規定。審判實務上，判例承認因賭博發生之債務或基於道德上之義務而為給付者均屬之（註十六）。關此，王伯琦先生闡述自然債務乃道德上義務之昇華而由法律賦與相當之效力。故債務人履行道德上之義務，在債權人方面不構成不當之利得，債務人即不得請求返還。若債權人與債務人以契約承認自然債務，即發生債之效力。惟其合意不得違反法律強制或禁止之規定；亦不得違反公共秩序、善良風俗。因此，承認賭博債務仍不發生法律上效力。蓋因不法原因而給付者（民法第一八〇條第四款），在法律上原無給付義務，道德上更無何負擔，給付者所以不得請求返還，乃基於當事人不得主張自己不法行為之原則，與自然債務之性質，尚屬有間（註十七）。惟學說上有不同見解，有認為應依各該債務之立法理由，分別尋求法律上不得請求履行之意旨，非不得廣泛承認自然債務之觀念者；亦有依債務之欠缺訴權或雖得訴請給付，但不得請求強制執行；雖得強制執行，但責任範圍受有

限制（例如限制繼承）等各種不同情形，統稱為不完全債務者，其類型益見詳盡（註十八）。

自然債務之效力，依各該債務之性質，分別決定。例如民法第一四四條第二項、第一四五條、第三三七條設有關於自然債務之特別規定，學者稱為效力較強之自然債務，以別於其他（註十九）。

六、債務與責任

債務為債務人履行其給付之義務，責任則為對於履行的擔保。即債務人不履行債務時，債權人得依強制之方法，以求滿足。兩者既有不同，自非必同時存在。有債務而無責任者，自然債務是。無債務而有責任者，如為第三人債務設定擔保物權者是。

關於債務之履行所負責任，有無限與有限之分，前者以債務人之全部財產為履行之擔保；後者則指債務人僅以特定財產提供為履行之擔保。債務人所負責任，以無限責任為原則，有限責任則以法律有明文規定或契約有特別約定者，始有適用。例如民法第一一四八條第二項規定之限定責任、公司法第九九條、第一一四條第二項之股東有限責任是（註二十）。

七、債權的社會機能

物權是直接管領物的權利，所以權利人對於物有實質上管領力，得使用、收益或處分物權標的物。惟物的所有人在經濟上除得享有所有物的上開權能外，並得提供所有權為債權的擔保，為債權人設定質權或抵押權，亦得將所有物出租他人，將使用權能依債的關係畀予承租人，用以獲得融資或租金。此為利用物權，藉由債的關係，享有對價利益，逾越物權原有以管領物為方法方能獲得利益的範圍。就企業的經營言，資方利用融資，增加生產設備，復藉助於法律制度，大量僱傭勞工，從事生產，製

造商品，銷售於社會大眾，其過程莫不以債權為基礎，擴大企業的經營。另一方面，債之關係雖係存在於特定人與特定人間，惟近代法在資本主義經濟組織下，承認債權讓與及債務承擔之合法性，促成投資之流動，發揮債之關係的經濟上價值。因此，債權的讓與與物權契約同，具有無因性，債權人對於債權有處分權能，形成債權的物權化。債權具有財產價格者，與物權結合而構成債權人的財產權，債權的融通性，因經濟的發達而愈見增強，因而促進資本的流通，債權證券化以後，以證券證明債權的發生及存在，債權的行使或讓與，悉依法定方式為之，並由發行人及讓與人負擔保責任，受讓人的法律上地位因而獲得保障。此項債權如今以票據、倉單、提單、載貨證券、債券之形式，流通於貿易市場，形同貨幣，於經濟社會發揮優越性功能（註二一）。

（註 一）債的關係既為特定人與特定人間的法律關係，則第三人對於債權人是否負有債權不可侵之義務？其說有二：

- （一）積極說 認為第三人應負債權不可侵之義務。蓋債權既屬權利，即應受尊重，如第三人加以侵害，即係侵害債權，應依侵權行為之規定負賠償之責。
- （二）消極說 認為債務人不履行債務時，應由債務人自負其責。蓋第三人既非債務人，即不受債之效力之拘束，因而不發生侵害債權問題。債權如未能獲得滿足，為債務人應否負責之問題，與第三人則屬無關。
- （三）折衷說 認為一般情形，第三人之行為不構成對於債權的侵權行為，但如第三人的行為為足以消滅債權時，例如盜取債權人收據而受領清償（民法第三〇九條第二項），或侵

占無記名債權之證書而受清償（民法第三二〇條第二款）則應負侵權行為責任。

通說採積極說，見戴修瓚著民法債編總論上冊八頁、史尚寬著債法總論上冊二頁、胡長清著中國民法債編總論八頁、王伯琦著民法債編總論四頁。實務上最高法院十八年上字第二六三三號判例謂：「債權之行使通常雖應對特定之債務人為之，但第三人如教唆債務人合謀，使債務之全部或一部陷於不能履行時，則債權人因此所受之損害得依侵權行為之法則，向該第三人請求賠償。」雖採積極說，惟三十一年上字第八九一號判例似採折衷說，詳見後述侵權行為。

（註 二）最高法院十七年上字第九〇六號判例：「債權債務之主體，以締結契約之當事人為準，故出立借約之債務人，不問其果為實際受益與否，就其債務應負償還之責，債權人不得對於債務人以外之人而請求履行。」

最高法院七十六年臺上字第一八〇號判例：「保險契約為要保人與保險人所訂立之債權契約，要保人指定第三人為受益人者，該第三人並非契約當事人，原審認被上訴人（保險人）得向上訴人（受益人）解除契約，並據以認定上訴人無請求被上訴人給付保險金之權利，自欠允洽。」

（註 三）於保不二雄著債權總論六頁謂：自債務人獲得給付利益而保持之，其效力稱為「給付保持力」。又參看林良平、石田喜久男、高本多喜男共著債權總論十頁。

（註 四）債之契約與物權契約應有區別。例如買賣謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約（民法第三四五條第一項），是為債之契約。至於出賣人將買賣標的物之財產權移轉於他方時，除有移轉財產權之合意外，在動產物權之讓與，非將動產交付，不生效

力（民法第七六一條第一項前段）；在不動產物權之變動，其依法律行為者，應以書面為之，且非經登記，不生效力（民法第七五八條），是為物權契約，與債之契約有顯然的區別。但日本民法第一七六條規定，物權之設定及移轉，因當事人之意思表示而生效力。至於動產之交付、不動產之登記，僅係對抗第三人之要件（日本民法第一七七條、第一七八條）。是故，依日本民法，債之契約與物權契約，在形式上甚難區別。又外國立法例對於債權契約與物權契約有採無區別主義者，即對於債權予以物權的效力是。詳見胡長清著中國民法債篇總論九頁（註）。

（註 五）最高法院三十三年上字第404一號判例：「土地所有人與鄰地所有人於不違反公益之程度所訂禁止鄰地所有人建築房屋之契約固非無效，但僅於契約當事人間發生債之關係，不能發生物權之效力。」又四十八年臺上字第1065號判例謂：「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約對於受讓人仍繼續存在。」蓋分管或分割契約乃基於共有關係而訂定，受讓共有物之應有部分者，即應繼受其法律關係。惟司法院釋字第三四九號解釋認為應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，即不受讓與人與其他共有人所訂分管契約之拘束。公寓大廈管理條例第二四條第一項乃本此解釋修正為：「區分所有權之繼受人，應於繼受前向管理負責人或管理委員會請求閱覽或影印第三十五條所定文件，並應於繼受後遵守原區分所有權人依本條例或規約所定之一切權利義務事項。」

（註 六）承攬人依修正後之民法第五一三條規定對於建築物有法定抵押權時，仍以登記為成立要件，故與約定抵押權之已登記者，應以登記時間之先後定優先順序。

(註 七) 物權因有排他性，乃有優先權。司法院釋字第一一九號解釋：「所有人於其不動產上設定抵押權後，復就同一不動產上與第三人設定典權，抵押權自不因此而受影響。抵押權人屆期未受清償，實行抵押權，拍賣抵押物時，因有典權之存在，無人應買，或出價不足清償抵押債權，執行法院得除去典權負擔，重行估價拍賣。拍賣之結果，清償抵押權有餘時，典權人之典價對於登記在後之權利人，享有優先受償權。執行法院於發給權利移轉證書時，依職權通知地政機關塗銷其典權之登記。」

(註 八) 司法院院字第一四四六號解釋：「抵押權乃就抵押物之賣得價金，得受清償之權。其效力並及於抵押物扣押後，由抵押物分離之天然孳息，或就該抵押物得收取之法定孳息。故不動產所有人於設定抵押權後，雖得依民法第八六六條規定，復就同一不動產與第三人設定權利，但於抵押物之賣得價金或該物扣押後由抵押物分離之天然孳息，或抵押權人原得收取之法定孳息有所影響，則依同條但書之規定，其所設定之權利，對於抵押權人自不生效。如於抵押權設定後，與第三人訂立租賃契約而致有上述之影響者，依同條之規定言之，不問其契約之成立在抵押物扣押之前後，對於抵押權人亦當然不能生效。其抵押權人因屆期未受清償或經確定判決，聲請拍賣抵押物時，執行法院自可依法逕予執行。至於抵押權設定後，取得權利之人因其權利不能使抵押權受其影響，即不足以排除強制執行，除得依民法第二二六條向設定權利人求償損害外，自不得提起異議之訴。」按：民法第八六六條已依上開解釋意旨，於九十六年三月二十八日修正。

(註 九) 最高法院十九年上字第一三八號判例認二重買賣契約均為有效。又八十四年臺上字第一六三號判例認第三人得所有人同意而為出租時，亦應類推適用民法第四二五條規定。

(註十) 參照最高法院三十年上字第一二二號判例：「所有權之讓與人與受讓人，於不違反公益之程度，所訂禁止受讓人處分所有權之特約，固應認為有效，但僅於當事人間發生債之關係，不能發生物權的效力。」又二十三年上字第四〇四一號、七十一年臺上字第一八九〇號（本判例不再援用）、七十一年臺上字第二七一五號判例意旨相同。

(註十一) 關於請求權基礎之說明，參看王澤鑑著債編總論第一卷五六頁起。

(註十二) 北川善太郎著契約責任の研究九二頁以下。

(註十三) 參看奧田昌道編集「注釋民法」第十冊三二四頁北川善太郎註釋日本民法第四一五條「債務の構造」。北川善太郎著前註前揭書八四頁。

(註十四) 看王澤鑑著（註十一）前揭書二七頁。

(註十五) 關於附隨義務參看王澤鑑著（註十一）前揭書二九頁。北川善太郎撰述日本民法第四一五條「債務の構造」（註十三）前揭書「注釋民法」三二五、三四九頁。平井宜雄著債權總論四五頁。

(註十六) 看川上太郎編譯「佛蘭西民法」第三冊一八一頁。（有斐閣復刊版）

(註十七) 看王伯琦著論自然債務，刊登於五南圖書出版公司出版「民法債編論文選輯」上冊四九〇頁。

(註十八) 我妻榮著債權總論七十頁、林良平、石田喜久夫、高木多喜男共著債權總論六二頁。

(註十九) 債權人是否得依契約拋棄訴權或強制執行請求權，因而發生約定之自然債務，說者不一。或謂拋棄訴權或強制執行請求權並非公權之拋棄，實係具體債權的私權保護請求權的拋棄，亦即債權權能的拋棄，應認有效。按：拋棄請求權之契約既與公序良俗無違，應認有

效。果爾，債權人如違約起訴請求給付，應認欠缺權利保護要件而受不利判決。如係判決確定後，拋棄請求權，即得提起債務人異議之訴，但學說尚未一致。見石田喜久夫著自然債務序說一三二頁。

（註二十）最高法院四十八年臺上字第一七五〇號判例：「債務人所有之財產，除對於特定債權人設有擔保物權外，應為一切債務之總擔保，故債務人明知其財產不足清償一切債務而竟將財產出賣於人及受益人於受益時亦知其情事者，債權人即得依民法第二百四十四條第二項之規定，聲請法院撤銷。此項撤銷權之效力，不特及於債權行為，即物權行為亦無例外。」

（註二十一）我妻榮著近代法における債權の優越的地位十五頁起。柚本馨著、高木多喜男補訂判例債權法總論三頁。

第二章 債之發生

第一節 總說

一、意義

債之發生謂債之關係原始的發生，如債權債務已經發生而由於債權之讓與或債務之承擔，發生債之關係，則為債之移轉，並非此所謂債之發生。

二、債之發生原因

債之發生原因本有多端，例如因捐助行為及遺贈、因相鄰關係而發生之負擔（民法第七七六條以下）、遺失物拾得人之報酬請求權（民法第八〇五條第二項）、因夫妻財產制發生之償還請求權（民法第一〇二三條第二項）等不一而足。民法債編特就債之發生原因，依行為及行為以外之事實編列，設有五類。茲分述之：

(一) 行為 人的行為可分適法行為及違法行為：

1. 適法行為 可分法律行為及法律行為以外之適法行為。
 - (1) 法律行為

甲、契約行為 法律行為中，以契約發生債之關係者，最為普遍。故債編於債之發生一節，首設

契約成立之有關規定，於債之效力一節，復就契約之效力設一般規定（註一）。

乙、單獨行為 因單獨行為發生債之關係者，以法律有明文規定者為限。債編規定以單獨行為為債之發生原因者，僅有代理權之授與行為（註二）。

(2) 法律行為以外之適法行為 即無因管理是。雖為適法行為，但非法律行為，蓋無因管理不以意思表示為要素。

2. 違法行為 侵權行為為違法行為中，債之發生原因。至於債務不履行之損害賠償債權，則為原來債權的變更，並非債之發生原因。

(二) 行為以外之事實 亦稱事件，如不當得利是。

（註一）契約不以發生債之關係者為限，除債之契約以外，另有物權契約，親屬契約等，故學者認為契約的一般原則，應於民法總則定之，規定於債編通則中，編制稍欠斟酌。見梅仲協著民法要義八八頁。

（註二）以代理權的授與列為債之發生原因，頗受學者批評，胡長清著中國民法債篇總論一五頁認係便宜的規定。梅仲協著民法要義一〇五頁則以為百思不得其解。

第二節 契約

第一款 總說

一、契約之概念

廣義的契約謂雙方當事人合意而生法律上效果的行為。包括物權契約、身分契約（如收養、訂婚）等，即國際法上國家與國家間所訂條約亦屬之。茲所謂契約乃專指發生債之關係為目的之契約。即債之契約（註一）。

二、契約成立之要件

契約為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。茲分述之：

(一) 契約之成立須有雙方當事人 契約因雙方當事人相互為對立的意思表示合致而成立，故有表意人及相對人。此與一方為意思表示即可成立的單獨行為不同，例如捐助行為、遺囑是。

(二) 契約為雙方當事人相互為對立之意思表示 一方當事人向他方為意思表示，他方當事人亦對此當事人為意思表示，意思表示之在先者為要約，在後者為承諾。要約與承諾係對立的，亦即意思表示的內容是互為需求的，利害相反而相成的。是與合同行為之各意思表示內容一致、需求相同而並行者（即統一的合致或平行的合致）不同。故決議並非契約。

(三) 雙方當事人之意思表示須趨於一致。要約與承諾應趨一致，即雙方當事人相互間有欲與他方意思表示相結合而生法律上效果的主觀意思（即結約意思）；其意思表示的客觀內容雖需求相反，但應互相合致。在通常情形，固先有要約，然後始有承諾，惟如雙方當事人偶然互為要約而其內容一致者，亦可成立契約，此即交錯要約。

(四) 意思表示之內容須以發生債之關係為目的。債之關係即債權債務關係。債之契約的內容，得由當事人任意約定。苟無害於社會經濟制度或利益，契約之內容委諸雙方當事人的自由，是為私法上意思自由原則的具體表現。此與發生身分關係或物權關係之契約，除當事人有結約意思外，就契約之內容不容有其他意思表示者，有所不同。

(五) 契約為法律行為。契約係以發生私法上效果之意思表示為要素的法律事實，故屬於法律行為。除意思表示外，契約有時尚須具備其他法律事實始得成立。如要物契約須具備物的交付行為，要式行為則尚須履行一定的方式，始得成立。

第二款 契約之成立與不成立

一、契約成立之型態

契約當事人相互為意思表示趨於一致而成立之契約，其成立之型態有二：

(一) 要約與承諾之合致。要約與承諾之內容合致，契約即成立。是為最尋常的型態，契約的成立，

須有互為對立的意思表示之合致，故民法第一五三條第一項規定，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。所謂合致，可分客觀合致及主觀合致：

1. 客觀的合致 即要約與承諾之內容在客觀上趨於一致之謂。契約內容可分要素、常素及偶素，要約及承諾應就表示之要素、常素及偶素在客觀上趨於一致。

(1) 要素 即構成契約內容必要之要件。如買賣之要素為約定移轉之財產權及支付之價金。

(2) 常素 即在通常情形雖構成契約的內容，惟若除去該內容，契約之性質亦不受影響，則關於該內容之事項為常素。例如買受人免除出賣人之瑕疵擔保責任時，契約之性質仍屬買賣，關於瑕疵擔保責任事項是為買賣之常素。

(3) 偶素 即通常雖非構成契約內容之法律事實，因當事人特以意思表示將其附加於契約內容者為偶素。例如買賣之附有條件或期限者，條件或期限即為偶素。

2. 主觀的合致 雙方當事人之一方，欲與他方之意思表示相結合而生統一的法律上效果的意思為結約意思。當事人雙方均有結約意思，契約始能成立。故如甲對乙為要約，乙對丙為承諾時，甲乙間在主觀上即非合致，亦即欠缺結約的意思，契約仍不成立（註二）。

民法第一五三條第一項規定，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（註三）。所謂意思一致即指具備客觀的合致及主觀的合致而言。惟意思表示通常不能將契約的內容表達無遺，故民法第一五三條第二項規定，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。

茲所謂「必要之點」，通常固指契約之要素而言，故當事人如證明已就契約之要素表示意思一致者，契約即推定其成立（註四）。他方若主張契約以常素或偶素為契約之成立要件，亦即當事人將常素或偶素視為契約的必要之點，並已經表示其意思而不一致，即應就此事實負舉證之責。如能提出證據，以證明契約不成立即可推翻法律推定之事實。

又民法第三四五條第二項規定：「當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。」立法意旨係說明買賣契約以標的物及價金為要素，其性質為諾成契約，故當事人就買賣契約之標的物及價金表示意思合致，即可成立，不以訂立書面為要件。若當事人就買賣之常素或偶素表示意思而尚未趨於合致，例如買賣雙方雖就標的物及價金表示意思一致，惟對於買受人應一次付款或得分期付款，協議不諧時，契約仍未成立。因此，當事人之一方主張就標的物及價金互相同意而成立契約，他方若抗辯尚有常素或偶素已經表示意思而未合致，依民法第一五三條第二項規定僅「推定」買賣契約為成立，他方則應就其抗辯之事實負舉證責任，以推翻上開推定之事實。

當事人以常素或偶素為契約的必要之點，經表示意思而一致者，契約固即成立。如僅就契約的要素意思一致，而對於常素及偶素則並不認為必要之點，因而未經表示意思者，契約仍推定其成立；嗣後如就該非必要之點，當事人意思不一致，則委由法院依事件之性質決定其內容，立法意旨無非藉法院之干預，以促成當事人間正當的經濟活動，有助於社會經濟之繁榮（註五）。

於現實生活中，當事人雖欠缺締結契約之意思表示，惟於具備特定之要件時，事實上有不能不承認當事人間確已發生與成立契約相同效果之關係者。是為事實上契約關係。依德國學者霍卜（Haupt）

主張，其發生之原因約有左列三種：

1. 基於社會上之接觸發生之事實上契約關係 例如因過失締結無效之契約而依民法第二四七條第一項規定負賠償責任、好意同意他人搭乘車輛之駕駛人，對該他人免負責任之推定、「使用租賃」之承租人於契約所定期限屆滿後繼續使用租賃物之情形是（德國民法第五六八條參照）。

2. 基於共同關係之參與發生之事實上契約關係 合夥契約有無效之原因或經撤銷者，與該合夥有事實上交易之第三人若不能主張合夥事實上存在，對於交易安全及法之安定性確有妨礙。又勞動契約或僱傭契約有無效之原因或經撤銷者，對於已從事工作之勞工或服勞務之受僱人不能不承認有事實上之勞動契約或僱傭契約存在。

3. 因社會的給付義務發生之事實上契約關係 例如捷運、鐵路、公共汽車等交通工具之利用，瓦斯、自來水、電力之需求，電視、收音機之收看、收聽等，為大眾之社會生活所不能欠缺。基於企業所負「社會的給付義務」發生之契約關係，以廣大的消費者為對造，依定型化契約為之。此類契約內容既非由消費者參與訂定，即無契約自由可言。上述生活必需品之提供，對於社會大眾確屬需要，企業經營者既經公然表示提供此類給付，即對大眾負給付義務。因此，大眾請求給付而經企業提供者，其事實上之契約關係，於焉發生。無行為能力人搭乘公車、誤認收費停車場為免費而停車之情形，均屬適例。

德國學者對於事實上之契約關係仍有批評者，雷曼（Lehmann）甚至指摘此項理論對於忠實遵循「法的思考方式」解釋法律者，無異投以具破壞力的原子炸彈。因此，未曾形成通說。延至一九八〇

年代以後，德國學說採否定評價者，似已定論（註六）。

(二) 交錯要約 交錯要約謂雙方當事人偶然交互為要約，要約的內容完全一致的情形。例如甲對乙要約欲以三千元售與腳踏車乙輛，乙亦適於此時對甲要約欲以三千元購其腳踏車一輛是。交錯的兩要約均非先有要約而後為相應的意思表示，自不得指為承諾，惟交錯的要約既然內容一致，且具有與他方意思表示結合而生統一的法律效果的意思，則交錯要約亦已具備成立契約所必要的合意。祇是要約而無承諾，民法第一五八條以下有關承諾的規定當無適用餘地，契約成立的時期應為後到要約依民法第九四條或第九五條規定發生效力的時期。

(三) 意思實現 意思實現雖然不是直接將一定的效果意思表示於外部的行為，乃依「有可認為承諾之事實」，以推斷有此效果意思，所以在本質上，仍屬廣義的意思表示。民法第一六一條第一項規定，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。此即契約因意思實現而成立之規定。所謂「有可認為承諾之事實」，應依具體事實決定之。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等情事，即可認為有此事實。因此，將要約人寄到的書籍藏於書櫃，簽名於書頁以示所有；將貨物之價金匯寄要約人；旅館主人於所定房間懸掛要約人姓名為履行契約之準備，均屬適例。此項事實並應於相當時期內為之，契約始屬成立。

契約是否因意思實現而成立，依民法第一六一條規定，以具備左列情事之一者，始足當之：

1. 依習慣承諾無須通知者 所謂習慣，指要約人所在地之習慣而言，蓋要約人所在地如無此習

慣，要約人必預期有承諾之通知，始認契約成立，倘逕依意思實現而認定契約成立，要約人即有受不測之損害之虞，當非妥適。例如寫信訂定旅館房間，習慣上其承諾不為通知。反之，如旅館已告客滿，不為承諾時，始予通知者是。

2. 依事件之性質承諾無須通知者 通常在現物要約，承諾多無須通知。所謂現物要約即以物品之送達，表示要約之意思。例如報社送報至住宅而為要約，住戶取而閱之，契約即成立，無須特向報社為承諾之通知也。

3. 要約人於要約當時預先聲明承諾無須通知者 依民法第一六一條第二項規定，要約人於要約當時預先聲明承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。依此規定，於要約當時為此聲明者，固屬有效，解釋上於要約前或要約後，為此聲明，亦無不可。惟應於聲明後有可認為承諾之事實時，其契約始為成立。至於聲明到達前之事實則不足為憑也。

以上所述情形，均以「承諾無須通知」為要件，於相當時期內有可認為承諾之事實時，契約始為成立。若無此事實，僅屬單純之沉默，則不能認為有承諾之事實（註七）。惟在例外情形，如當事人間特別約定拒絕承諾時，應行通知要約人；或另有交易上習慣時，在相當時期內保持沈默之事實，亦可認為承諾。至於非基於當事人約定，僅由要約人一方預先聲明：如未為承諾與否之確實答復，即視為承諾者，相對人並不受此項聲明之拘束，即使相對人保持沈默，契約亦不能認為成立。蓋要約人不能以其單方之意思，課相對人為承諾與否之通知義務也。同理，要約人逕行寄送物品，聲明：「如不購用，應即寄還。」相對人雖收受物品後未即寄還，契約亦不能認為成立。

承諾若須通知，則無從依意思實現而成立契約，固不待言。承諾與意思實現既有不同，兩者即不容混淆。尤其意思實現與默示意思表示應有區別。依默示意思表示而為承諾者，既屬意思表示，表意人應有法效意思、表示意思及表示行為。其效力之發生應適用民法第九四條、九五條規定。例如發送定購物品，應認為默示意思表示，必須於物品送達要約人時，契約始告成立。其發送之事實雖已實現而未到達，不能發生承諾之效力（註八）。反之，意思實現則以客觀上有可認為承諾之事實存在為必要，有此事實，契約即為成立。至於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。例如使用要約人送到之物品，雖主觀上無為承諾而成立契約之意思，仍應認為契約成立。藥房將各類成藥裝包置於消費者宅，孩童取而嚐之，有涼爽味，以之為零食之情形，與消費者間即成立買賣。寄送試閱之報紙以後，繼續寄送之報紙不再蓋有試閱字樣，收受人誤認為試閱，取而閱之，契約仍應認為成立，訂戶不得以錯誤為理由撤銷其意思表示。蓋意思實現不以主觀上有承諾之認識為要件故也。

二、契約之不成立——意思表示之不合致

當事人間明知而為不合致之意思表示者，例如討價還價終未成交之場合，契約固未成立，即如無意識而為不合致之意思表示者，亦同。例如誤會他方意思表示之內容因而為意思表示者，在客觀上意思表示並不合致，則雖表意人誤以為意思合致，契約仍不成立。甲示乙仿造骨董，欲以「仿造物」之價格出售，乙誤為真品，表示「購此真品」骨董，是為承諾與要約之不合致，此與意思表示之內容有錯誤，尚有不同。蓋在此情形，乙之法效意思係欲購真品，表示於外部之意思亦為購買真品，意思與

表示並無不一致，但與甲之要約則不相一致。倘如乙之內心法效意思係欲購真品，其表示於外部之意思則為購買仿造骨董，例如手指此仿造骨董而表示承諾，是為錯誤（註九）。此際在形式上甲與乙互相表示意思一致，契約成立，惟乙得依民法第八八條規定撤銷其意思表示。

（註一）民法總則並無關於契約的一般規定，有關物權契約、身分契約，應類推適用民法債編所定契約之有關規定。

（註二）鄭玉波著民法債編總論三九頁謂甲對丙表示願以一千元購買金筆，而乙對甲表示願以一千元出售金筆，契約仍不成立。如甲之要約不注重相對人其人，而祇注重商品，則以同一商品為承諾之乙，自亦可與甲成立契約。按：要約為有相對人之意思表示，故應向相對人為之。茲甲既向丙為要約，雖係注重商品，乙為之承諾，契約仍不成立。蓋乙非要約之相對人也。如甲係向不特定人為要約而非獨對丙為要約，則乙亦為相對人，自得為承諾而成立契約。

（註三）民法第二七二、六四九、六五九條規定，以明示意思表示始得成立之法律行為，即不得依默示之意思表示，成立契約。

（註四）最高法院六十九年臺上字第一七一〇號判例：「當事人締結不動產買賣之債權契約，固非要式行為，惟對於買賣契約必要之點，即價金與標的物之意思表示必須一致，否則其契約即難謂已成立。」

（註五）關於契約之成立有左列判例可供參考：

最高法院二十年上字第一七二七號判例：「契約之成立本不以署名畫押為要件，故凡當事人間締結契約，其書面之形式雖不完全，而能以其他方法，足以證明其意思已有合致之表示者，自無妨於契約之成立，當然發生法律上之效力。」

最高法院二十一年上字第八二四號判例：「當事人間往來存款之利息，向依市面拆息，即市面利率漲落之行情計算者，嗣後繼續存款，如未別為明示之約定，應認當事人間就仍照向例計算利息一事，已有默示之意思表示互相一致，自不得謂其利率未經約定。」

最高法院二十一年上字第一八〇七號判例：「和解契約非必當事人雙方當面協商而後成立，苟由調處人從中接洽，雙方意思已歸一致，各向調處人表示，經其互相傳達於他方者，其和解契約即為成立。」六十八年台上字第一五〇四號判例亦同此意旨。

最高法院三十一年上字第五一五號判例：「被上訴人於民國二十八年四月五日立給上訴人之當契，並未親自簽名，僅在出當人名下畫有十字，亦未經二人在該當契上簽名證明，為原審合法認定之事實，原判決以被上訴人所為設定典權之行為，不依法定方式，認為不能發生物權契約之效力，固非不當，惟兩造當時約定由上訴人支付定額典價，占有被上訴人之某處田業而為使用收益，其互相表示意思既屬一致，即已成立一種債權契約，雖其設定典權契約，因欠缺法定方式而無效，然該債權契約未經解除，被上訴人對於上訴人仍負補正法定方式，使典權設定契約合法成立之義務，自不得藉口物權契約無效，即謂該債權契約為不存在，請求准其返還原典價取回典物。」

最高法院四十年臺上字第一七四六號判例：「一族族眾同意訂立之規約，在未經同意修改以前，應有拘束全族人之效力」。按規約係由族眾或有權代表族眾之人所訂者，對於全體

族眾固具拘束力，然對於規約訂定後出生之族眾，何以亦有拘束力？殊難自圓其說。惟有認此係依習慣法發生之契約效力。

最高法院四十一年臺上字第一七五號判例：「以非經登記不得移轉之財產為贈與者，在未為移轉登記前，其贈與不生效力，固為民法第四百零七條所明定，惟當事人間對於無償給與不動產之約定，如已互相表示意思一致，依同法第一百五十三條第一項之規定，其契約即為成立。縱未具備贈與契約特別生效之要件，要難謂其一般契約之效力亦未發生，債務人自應受此契約之拘束，負有移轉登記，使生贈與效力之義務。」四十四年臺上字第一二八七號判例亦同此旨。按：契約之成立要件與生效要件，係屬二事。不動產物權之贈與，其成立要件固與一般契約無殊，但既以登記為其生效要件，則在當事人就贈與之意思合致而尚未登記以前，僅屬具備贈與契約之成立要件，至於生效要件則未具備，自不生效力。是上述判例頗受批評。見錢國成著民法判解研究四三頁。現行民法刪除民法第四〇七條規定，則贈與契約於當事人約定一方以自己之財產無償給與他方，他方允受而成立時，發生效力。上開二判例已不再援用。惟依第四〇八條第一項規定，贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與（同條第二項設有除外規定）。

最高法院四十九年臺上字第一六三五號判例：「台灣合會性質乃會員與會首間締結之契約。會員相互間除有特約外，不發生債權債務關係。」按：本判例對於認定台灣民間合會契約之當事人為孰，甚為重要。惟民法第七〇九條之一第一項增訂：「稱合會者，謂由會首邀集二人以上為會員，互約交付會款及標取合會金之契約。其僅由會首與會員為約定者，亦成立合會。」則合會契約原則上係由會首與會員，暨會員相互間締結之多數當

事人契約。上開判例於民法修正後，並不當然適用於民間合會，故不再援用。

最高法院五十六年臺上字六七二號判例：「租金為租賃契約之重要條件，出租人固有將此條件通知優先承租權人之義務，如優先承租（權）人未表示依此條件承租時，出租人尚不負與優先承租權人訂立租約之義務，雙方之租賃關係尤無從認已合法成立。」

（註 六）資料來源看森孝三著事實的契約關係，載於現代契約法大系第一冊二一六頁，谷口知平編集「注釋民法」第十三冊八五頁起，植林弘解說「前注」。谷川知平、五十嵐清編集「新版注釋民法」十三冊三〇四頁起，五十川直行解說「前注」。

（註 七）最高法院二十一年上字第一五九八號判例：「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。若單純之沈默則除依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。」二十九年上字第七六二號判例亦同此旨。

（註 八）同說：鄭玉波著民法債編總論五八頁。王伯琦著民法債篇總論二九頁。不同說：戴修瓚著民法債編總論上冊七三頁。

（註 九）院解字第三六三九號解釋：「中國女子雖與日人有結合關係而在淪陷時期以該女之母名義受讓物之所有權時，如無反證，其所有權仍應認為屬於該女之母。其有反證足認為日人假該女之母名義而自己受讓者，應分別情形予以處理。讓與人不知其假託時，即無讓與日人之意思，其讓與契約因意思不一致而不成立。物之所有權仍屬於讓與人，並未移轉於日人。讓與人知其假託而其讓與無效者，除其標的物為土地時，依當時適用之舊土地法施行法第十條之規定，應將其土地無償收歸國有外，物之所有權仍屬於讓與人，亦未移轉於日人。」

讓與人知其假託，而其讓與有效者，物之所有權即已移轉於日人，自應依處理敵人財產之例處理之。」此係將債權契約之規定類推適用於物權契約所得結論。惟其中敘述契約因意思不一致而不成立之論據，說理有欠明確。

第三款 契約自由之原則及其限制

一、契約之社會作用

近代私法承認個人有獨立平等的人格，得以自由意思利用其財產，以維持其生存。此原則反應在社會生活關係方面，即確立契約之成立，惟有基於個人與個人意思合致之原則。所以近代的社會生活實係基於私有財產及契約自由之制度所形成，僅依身分關係所形成的社會生活已成過去。

契約自由的原則促進資本主義的自由經濟，其結果並形成資本的累積，因而產生大企業。由於大企業產品規格的劃一，大企業與消費者間所訂契約的內容亦漸趨定型化，更由於大企業需要大量勞力；另一方面，勞工為獲得對等地位，亦不得不團結，以保障其權益，有關勞資契約之訂立，乃趨向團體化。資本主義經濟的高度發展，不惟促使社會上資本之集中，在契約自由的原則下，往往僅由大企業一方即能決定契約的內容，他方則僅有接受與否的自由。實際上若遇他方為經濟上之弱者，則惟有陷於不得不同意的地步。此種依當事人一方決定契約的內容，他方僅有表示同意而成立的契約，稱附合契約（Contrat d'adhésion）。附合契約並非實質上平等而自由訂定的契約。契約自由的原則既演變

為利用資本以累積資本的手段，因而影響社會生活的安定。其結果，國家機關基於經濟及社會政策，開始干涉、督導及執行私經濟活動，乃屬必然趨勢（註一）。因此，為保障大眾的利益，增進社會的福祉，其適合於國家社會之利益者，強制其締結（即契約強制）；內容不公平者，強制其修訂（契約修訂）；易生欺壓情事者，則嚴定其方式（方式之強制），此即對於契約自由原則的限制。

二、契約自由原則之限制

（一）契約強制：契約訂定的自由原來是指：①、訂定契約與否，任聽當事人自由決定；②、一方當事人有選擇他方當事人的自由。茲此項自由應受下列限制：

1. 公用或公益事業之強制承諾 對於公用或公益事業課以承諾義務者，例如醫師法第二一條規定醫師對於危急之病人應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。電業法第五七條規定電業在其營業區域內對於請求供電者，非有正當理由，不得拒絕。郵政法第十九條前段規定中華郵政公司非依法規，不得拒絕郵件之接受及遞送（註二）。此項承諾義務為公法上義務，因此，倘有違反情事，僅受公法上之處罰，並非當然成立契約，但應負侵權行為責任（註三）。

2. 為保護經濟上弱者之強制承諾 為保護經濟上弱者，於當事人之一方為要約時，他方非有正當理由，不得拒絕承諾。例如耕地三七五減租條例第二十條規定耕地租約於租期屆滿時，除出租人依本條例收回自耕外，如承租人願繼續承租者，應續訂租約。

3. 依國家機關調處之強制承諾 經特定人為要約時，相對人（即要約受領人）應即與其協議。協議不成，即由國家機關調處，訂立契約，此即命令契約。因非以當事人合意為基礎，已失契約之真

正意義。例如民法第八七六條第一項規定設定抵押權時，土地及其土地上之建築物，同屬於一人所有，而僅以土地或僅以建築物為抵押者，於抵押物拍賣時，視為已有地上權之設定，其地租、期間及範圍由當事人協議定之。不能協議者，得聲請法院以判決定之。礦業法第四七條規定土地之使用經核定後，礦業權者為取得土地使用權，應與土地所有人及關係人成立協議，不能達成協議時，雙方均得向主管機關申請調處，如不服調處，得依法提起民事訴訟。

4. 為增進經濟生活而限制契約之相對人 為增進經濟生活，加強行政管理，對於契約的相對人特別限制者，例如農產品市場交易法第十八條規定農產品批發市場供應人之資格採列舉方式，向農產品批發市場登記。第十九條規定承銷人之資格，經農產品批發市場報由當地主管機關核發承銷許可證。即係對於契約相對人之選擇自由，有所限制。又如合作社法施行細則第二條規定合作社之設立，以社員能實行合作之範圍為準是。外國立法例有工廠不得僱用非工會會員之限制者，例如日本勞動組合法第七條第一款但書規定，勞動團體代表特定工廠受僱之勞動者半數以上時，得訂立勞動協約，約定受僱之勞動者，應限於該勞動團體之會員，為僱傭之條件。

5. 以行政機關為契約之當事人 行政機關向特定人為要約時，特定人不得拒絕；或特定人對於行政機關負有要約之義務或享有要約之權利者，例如土地法第八九條第二項規定，對於私有荒地之強制收買；第一五七條規定，對於標準地價認為過高者，得聲請該管直轄市或縣（市）政府照標準地價收買其土地是。又如行政院四十年四月九日台四十一（財）檢字第二八七號令有關金融措施辦法所定之黃金外幣為國家總動員物資，人民所有之外國幣券需兌換新臺幣者，應持向指定之銀行，按外匯結匯

價格兌換。此項命令延至七十五年十一月一日始告廢止。

(二) 契約修訂： 契約內容原則上委諸當事人自由決定，如違反強制或禁止之規定，或有背於公共秩序或善良風俗者則例外的認為無效（民法第七一、七二條）。法律為保護經濟上弱者或增進公共福祉，多設強制或禁止規定，對於公共秩序及善良風俗之觀念亦日漸擴張其範疇。另一方面，國家對於獨占事業所訂契約之內容，則積極加以干預，以保護經濟上弱者：

1. 以法律限制契約內容 例如民法第二〇五條規定對於利率之限制；耕地三七五減租條例第二條規定對於地租之限制；土地法第九七條、第九八條、第一一〇條對於房屋及耕地租金之限制；勞動基準法、工廠法對於工作時間、工資之最低限制及退休金之給與標準，均設有規定。

2. 由行政機關核定契約之內容 例如民營公用事業監督條例第七條規定：民營公用事業，訂立或修正有關公眾用戶之收費及各項規章，應呈由地方監督機關簽具意見轉呈中央主管機關核准。煤氣事業管理規則第二七條第二款規定氣體之單位價格，應層報中央主管機關核准後始得實施是。均係行政機關基於法律之規定，決定私法上契約之內容。

3. 由行政機關參與變更契約之內容 依公平交易法第二五條規定，行政院為處理有關公平交易事項應設置公平交易委員會，其職權包括審議、調查，並處分違反同法案件之事項。對於違反該法規定之事業得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處以罰鍰（同法第四一條）。又消費者保護法第三條規定，政府為保護消費者權益，應確保商品或服務之標示或廣告，符合法令規定。促進商品或服務維持合理價格及其公平交易。同法第十一條並規定定型化契約訂定之內容應本平等互

惠之原則，如對其條款發生疑義，應為有利於消費者之解釋。第三三條以下則設有關於行政監督之規定，就消費者保護委員會之職掌、消費者保護官之任用等，有所規範。

4. 因情事變更由法院依聲請為增減給付或變更其他原有效果之判決 例如民法第二二七條之二規定。

5. 以法律規定特別救濟程序 民營公用事業監督條例第十五條規定民營公用事業如遇勞資爭議時，應依法受強制仲裁。按依仲裁法第一條第三項規定仲裁協議應由當事人以書面為之。上開強制仲裁之規定係以法律限制勞資雙方之訴訟權。蓋民營公用事業之經營涉及消費大眾之權益，有關勞資之爭議，以經由仲裁程序速謀解決，方可避免影響大眾之社會生活，因爭議之拖延未息而陷於癱瘓。又消費者保護法第四七條以次規定消費訴訟之有關事項，包括採用消費者保護團體為多數消費者提起損害賠償之訴，是以集體訴訟之方式保障各個消費者，因消費關係致權益受損時，請求救濟之程序。

6. 以法律規定定型化契約之無效條款 民法第二四七條之一對於定型化契約條款「按其情形顯示公平者」，宣示該部分約定為無效。消費者保護法第十二條規定意旨亦同。

(三) 方式之強制： 要約或承諾原則上不必具備一定方式，惟訂立契約如能慎重其事，以證實契約之存在，確定契約之內容，則強制當事人履行一定方式，亦屬有利公益。例如定金、借貸契約等要物契約，應有物之交付，契約始能成立；不動產租賃契約應以書面訂定等（民法第二四八、四二二、四六四、四七四條），均係對契約方式之自由所加限制。又耕地三七五減租條例第六條規定耕地租約應一律以書面為之，並辦理登記。至未履行法定方式之法律上效果，應依各該契約有關之規定決定之。

又民法第一六六條之一雖經公布，尚未施行，詳後述。

（註一）參照藍瀛芳著法國法上的附合契約與定型契約（刊於六十六年五月輔仁學誌）。

（註二）公證法所定公證人之公證或認證行為並非私法上法律行為，公證法第十五條第一項規定：

「公證人非有正當理由，不得拒絕請求人之請求。」並非對契約自由原則之限制。

（註三）鄭玉波著民法債編總論二六頁認違反強制承諾之義務者，在私法關係上，有時可認為故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人，成立侵權行為。實則如當事人之一方因違反強制承諾之義務，致他方受有財產上或非財產上損害者，即係違反保護他人之法律，而侵害他方之財產上權利或非財產上權利，依民法第一八四條第二項規定負賠償責任。

第四款 契約之分類

一、有名契約（典型契約）、無名契約（非典型契約）

民法將日常生活常見的契約依其類型賦與名稱，規定其內容，以供當事人適用而明其權利、義務關係者，計有買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、旅遊、出版、委任、經理人及代辦商、居間、行紀、寄託、倉庫、運送、承攬運送、合夥、隱名合夥、合會、終身定期金、和解、保證、人事保證共二六種，是為有名契約，亦稱典型契約（註一）。此外依特別法所定契約，例如海上

運送契約、保險契約亦屬之。關於契約之具體內容，原得依當事人意思定之，當事人訂定有名契約時，以特約排除法律規定之適用，為不同內容之約定者，原則上應優先適用特約，蓋債法為任意法，與物權法為強制法者，性質不同。又當事人訂定之契約與民法所定各種類型之有名契約均不相同者，為無名契約，亦即非典型契約。無名契約以外之事項為內容者，謂純粹無名契約，例如診療契約（註二），或民間盛行由土地所有人永久提供墓地，供他人辦理喪葬之用，既非借貸，又非租賃，類似買賣又未盡相同者是（註三）。以二以上有名契約之內容事項為內容者為混合契約，例如航空飛機提供旅客之膳食乃混合旅客運送、買賣膳食及提供勞務之僱傭，合而為單一契約之混合契約也。以有名契約之內容事項與無名契約混合者為準混合契約，例如電影院為場所之租賃及電影之放映混合的契約是。混合契約為單一契約，與契約之聯立係數個契約互相結合者不同。例如租賃契約與押租金契約聯立，以利息抵租金者，並非混合契約（註四）。

有名契約固有可資適用之法律規定，無名契約則依契約之性質及經濟目的，類推適用與該契約相近的有名契約有關的規定。

二、雙務契約、單務契約

雙務契約謂雙方當事人互負對價關係之債務之契約。所謂對價關係並非指雙方當事人互負之債務，在客觀上有同一價格之謂，乃指主觀上雙方當事人所為給付互相依存，互為因果而有報償關係之意，故債務與債務間互有補償性質，而彼此互為代價。如契約當事人之一方負有債務而他方不負擔債務者，固為單務契約，即契約之雙方當事人均負擔債務而無對價關係者，仍屬單務契約。因此買賣、

互易、租賃、承攬、有償委任、有償寄託、居間為雙務契約；贈與、保證、無償委任為單務契約，固不待言。至於：

(一) 合夥契約因各合夥人均負出資義務，合夥人間所負出資義務互為依存，互為因果而有報償關係，故為雙務契約。

(二) 使用借貸之貸與人負有容忍借用人使用收益借用物之義務，借用人則負有返還借用物之義務，由於使用借貸因交付借用物始能成立（民法第四六四條）。在契約成立以前，效力尚未發生，契約生效以後，貸與人僅有容忍借用人使用收益借用物之義務。借用人返還借用物之義務則延至借貸契約終止時始行發生，雙方當事人雖互負債務，但無對價關係，是為單務契約。

(三) 委任之受任人負有處理委任事務之義務，委任人則負擔償還費用之義務（民法第五四六條），但委任人所以負擔償還費用之義務係因受任人處理委任事務而支出必要費用所致，如受任人未曾支出必要費用，委任人即不負擔償還義務，是此項義務之發生係因特別事由所引起，與受任人所負處理委任事務之義務無對價關係。

(四) 消費借貸約定有利息者，貸與人固應移轉金錢或其他代替物之所有權於借用人（民法第四七四條），借用人則應負擔支付利息之義務，但貸與人將金錢或其他代替物交付借用人為消費借貸之成立要件，利息之給付義務則為消費借貸發生效力以後所發生，二者雖互有報償關係而互為對價，此與租賃為當事人之一方支付租金而使用收益他方之物，雖相類似，但其性質仍有不同。蓋租賃契約為諾成契約（民法第四二一條），出租人交付租賃物之義務與承租人支付租金之義務，均在租賃契約成立

時發生，二者互相對立，是為雙務契約。在消費借貸契約則貸與人之交付借用物為借貸契約之成立要件，借用物交付以前，契約尚未成立；借用人支付利息之義務則於契約成立後始發生，二者並非對立的債務（借貸契約為要物契約），是為單務契約。

雙務契約有同時履行抗辯權及危險負擔等問題（民法第二六四至二六七條）。契約解除後，雙方當事人互負回復原狀之義務，亦準用雙務契約之規定。

三、有償契約、無償契約

契約之雙方當事人各因給付而取得對價的利益者謂有償契約。如僅當事人之一方為給付，他方無對價關係之給付，即為無償契約。雙務契約與單務契約之區別係以契約效果所生債務的負擔為準，乃著眼於契約當事人於契約成立時是否負擔對價關係之債務；有償契約與無償契約之區別則溯自契約之成立起至契約效果所生債權內容之實現為止，所經歷的過程中，著眼於雙方當事人是否因互為給付而取得對價的利益。是有償契約在觀念上較諸雙務契約具有廣泛的範疇。換言之，雙務契約固恆為有償契約，但有償契約則未必為雙務契約。例如約定利息之消費借貸雖為有償契約，但為單務契約，有如上述。再如附有負擔之贈與契約雖雙方當事人均負擔給付義務，但雙方所負給付並非互為對立且無對價關係，負擔僅屬贈與契約之附款，受贈人於受領贈與物後，始有履行其負擔之義務。自屬無償契約，且為單務契約。

有償契約尚可區分左列三種契約：

(一) 實定契約 即契約成立時，當事人應為之給付及給付之範圍均已確定者是。一般有償契約均

屬實定契約。

(二) 射倖契約 當事人一方或雙方應為之給付，依偶然之機會，決定其內容之契約。例如保險契約、終身定期金契約是。

(三) 利益分配契約 因當事人一方所為之給付，致相對人獲得經濟上利益時，相對人按所獲利益之多寡而定利益分配標準之契約。例如公司與受僱人約定，按照所獲純利比例分紅是。

有償契約準用買賣之規定（民第三四七條）；債權人撤銷權之行使則因債務人之行為為有償或無償而不同（民法第二四四條）；限制行為能力人為意思表示或受意思表示，如係純獲利益之無償契約，雖未經法定代理人之允許，亦得為之（民法第七七條）；不當得利，如第三人係無償取得者，負返還責任（民法第一八三條）；有償契約債務人之注意義務較重，無償契約之債務人注意義務則較輕（民法第二二〇條）。

四、要式契約、不要式契約

契約之成立須依一定方式者為要式契約。如契約之成立，無須踐履一定方式者，則為不要式契約。

近代私法因盛行契約自由原則，一般契約多為不要式契約。民法所定債之契約而屬要式契約者，有終身定期金契約（民法第七三〇條）及期限逾一年之不動產租賃契約（民法第四二二條）。民法修正後增訂第一六六條之一第一項規定「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，應由公證人作成公證書。」是亦要式契約之一種。

五、要物契約、不要物契約（諾成契約）

契約的成立，於雙方當事人合意以外，尚須將標的物交付者，謂要物契約。如使用借貸、消費借貸、寄託屬之。因當事人意思表示一致，即可成立之契約，是為不要物契約，即諾成契約是。例如買賣、租賃、僱傭等條文規定：當事人約定云云者屬之（註五）。

六、要因契約、不要因契約

以給付財產為標的之契約，如其給付之原因為契約成立之要件者，謂要因契約。如契約之成立無須有給付之原因為要件者，即為不要因契約。故在要因契約，如其原因欠缺，則契約無效，例如買受人之支付價金係因出賣人約定移轉買賣標的物之所有權，在契約成立之初，出賣人之債務存在，即係買受人負擔債務之原因，反之亦然。在不要因契約，則不問原因之是否存在，對於給付財產之債務毫無影響，蓋原因之存在與不要因契約之成立係屬二事，不過原因欠缺時，因不要因契約而受益者係因無法律上之原因而受利益，應依不當得利之規定負返還之義務（註六）。

通常，債權契約多為要因契約。當事人不問原因，僅單純負擔債務者，僅有債務約束及債務承認二者，前者謂不標明原因而約定負擔債務之契約；後者則承認原有債務關係存在之契約，均屬不要因契約也（註七）。又民法第二九八條第一項規定讓與人已將債權之讓與通知債務人者，縱未為讓與或讓與無效，債務人仍得以其對抗受讓人之事由，對抗讓與人。是債權之讓與契約亦具不要因契約之性質（註八）。

七、本契約、預約

預約謂約定將來訂立一定契約之契約。因履行預約而訂立之契約為本契約。預約訂立後，當事人

即負有履行預約之義務，惟在本契約未訂立前，預約尚未履行，本契約並未成立，是與附停止條件之契約不同。附停止條件之契約於契約訂立時業已成立，僅其效力應待停止條件成就而已。要式契約與要物契約均得訂立預約，預約為諾成契約（註九），惟其訂立重在當事人間之信用，故預約之權利義務不得讓與或繼承。如因情事變更，不能達預約之目的時，預約失其效力（註十）。又民法第四六五條之一、第四七五條之一分別規定使用借貸預約及消費借貸預約得撤銷之要件。

對於諾成契約無從成立預約。蓋諾成契約因當事人雙方之意思表示一致而成立。雖約定內容附有始期或停止條件，乃屬本契約而非預約。如出賣人約定將來建築公寓時，願將其中一棟出賣某人而訂立預約，仍為本契約而非預約。惟最高法院判例認為對於買賣亦得成立預約（註十一），又預約內容倘未具體約定，例如約定將來訂定房屋買賣契約而未訂明價金且無從確定其價金者，為契約不成立，蓋縱認預約成立，亦因標的不確定而無從強制其訂立本契約也。

八、主契約、從契約

主契約謂契約之存在不以他契約之存在為前提，能獨立成立之契約。從契約則以他契約之存在為前提，始能成立之契約。例如利息契約、定金契約、違約金契約、保證契約、抵押權契約及質權契約均屬從契約。從契約以主契約之存在為前提，故如主契約消滅，則從契約原則上亦歸消滅，但例外亦有不消滅者，例如民法第七四三條規定之情形是（註十二）。

九、一時的契約、繼續的契約

一時的契約謂債之關係經當事人為一次履行即可實現者，例如買賣、贈與是。繼續契約則除當事

人為合致的意思表示外，其契約的內容須經債務人繼續的履行始能實現者，例如僱傭、租賃或終身定期金是。訂閱報紙雖屬買賣，惟報社須將每日發行之報紙按日送達，為循環給付，有稱為繼續性供給契約者，亦屬繼續的契約之一種（註十三），是分辨之準則，應依給付內容之具體情形定之（註十四）。

（註一）民法第七一〇條規定之指示證券與第七一九條規定之無記名證券，其發行究為契約行為抑或單獨所為？學說上迭有爭議，見史尚寬著債法各論七四〇頁。顧瑞士債務法第四六六條以次設有指示證券之規定，乃同法第二編規定各種契約關係之一種，惟無記名證券則於第五編有價證券內，自第九七八條以次設有相關之規定。其所指無記名證券乃指依證券文義或形式，表明任何持有人均為權利人之有價證券。較諸我民法第七一九條規定之無記名證券涵義更廣。德國民法則於第七章各種之債設第二二節指示證券（第七八二條以下）、第二二節無記名證券（第七九三條以下）之規定，與買賣、贈與、不當得利、侵權行為等同為債之發生原因。我民法第七一〇條以次及第七一九條以次之規定蓋倣德國民法上開規定而設。前清民律草案第八八六條設指示證券之規定，其立法理由謂「關於此制度之性質，則諸家之學說不同，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。」惟於第九〇〇條規定之無記名證券則謂「其發行人乃就其給付為單務契約。」意指其發行行為契約行為，繼則於第九〇一條之立法理由謂：「乃因發行人有使債務發生之單獨意思表示而生。」相互參酌，似係認各該證券之發行均屬單獨行為之性質。

（註二）診療契約學說上有認係委任契約者，亦有認為僱傭契約或承攬契約者，實則依診療契約之

特殊內容，應認係無名契約為是，見本人著論醫師為診療行為應負之義務，刊於「鄭玉波先生七秩華誕祝賀論文集」。

(註三) 合會契約於民法債編修正前係屬無名契約。前此最高法院四十七年臺上字第一八〇八號、四十九年臺上字第一六三五號、六十二年臺上字第一一五九號判例對於合會契約當事人之認定，究為會員間抑或會首與會員間，莫衷一是。自民法增訂第七〇九條之一以次有關合會之規定以後，合會契約之性質即屬典型契約。其當事人為會首與會員間，並會員相互間，為多數當事人之契約。看本人著合會之法律關係，刊於法令月刊四八卷十二期。上開四十九年及六十三年判例已不再援用。

(註四) 最高法院三十三年上字第六三七號判例：「使用租賃為諾成契約，當事人約定一方以物租與他方使用，他方支付租金，即生效力，不以押金之交付為成立要件。」又司法院院字第一九〇九號解釋認為押租金為要物契約，以金錢之交付為其成立要件，與租賃契約係屬別一契約。除以押租金視為租金之預付者外，出租人之繼受人如未受領押租金之交付，即不負返還之責。按：依土地法第九八條第一項規定：以現金為租賃之擔保者，其現金利息視為租金之一部。是押租金契約與租賃契約係屬契約之聯立。

(註五) 羅馬法分契約為要式言語契約、書面契約、要物契約及諾成契約，其中要物契約又分有名契約與無名契約。使用借貸、消費借貸、寄託及質均為有名之要物契約。見胡長清著中國民法債篇總論二二三頁。

(註六) 所謂原因即取得一定財產給付之法律上目的。可分：(一)清償原因：即以使既存債務消滅為原因。(二)與信原因：即以使相對人負擔債務為原因。(三)贈與原因：即以使相對人無償

取得利益為原因。(四)更改原因：即以更改契約之內容為原因。原因與動機亦有區別。原因為財產上給付之直接的法律上目的，動機則所以為此財產上給付之緣由，故先有動機，然後有財產上之給付，此項給付之法律上目的即原因。看洪遜欣著中國民法總則二六七頁。

(註七)關於債務約束民法尚無明文規定，惟在訴訟上和解，法院常勸諭當事人之一方向他方為給付，而不問其給付之原因如何，以息爭端，是為債務約束。至於債務承認則有民法第一四四條第二項後段規定可供參考。德國民法第七八〇條至第七八二條分別規定債務約束及債務承認，前者謂：以契約為給付之約定，依該約定獨立發生債務者是；後者謂：以契約承認債務關係之存在者是。洪遜欣註釋此所謂債務承認係指與既存之債務原因行為相獨立而創設新債務之無因契約，與單純確認既存債務存在者有別。

(註八)李模著民法總則之理論與實用一五一頁(八十七年九月修訂版)引用諸家著作，認為學者所謂法律上原因有類似動機者，有類似法效意思者，有類似給付之對價者，亦有認係給付之目的或併標的與目的均為原因者，莫衷一是。所引實例則多屬意思表示不一致之範圍。因而認與其謂為給付之原因欠缺，不如謂為契約之要件不備，逕認其債之關係不成立更為簡易明瞭。如謂契約不成立即為原因欠缺，則係以法律行為之自身作原因，因果合一，殊難分辨云云。按：法國民法第一一八〇條及第一一八一條規定，契約之成立，以合法之原因存在為必要。無原因之義務，不發生任何拘束。故要因契約以原因合法為要件，所以區別要因契約及不要因契約，其目的非僅為說明要因契約以原因存在為必要，如果原因不存在則契約不成立；並且著重在原因之合法性。換言之，如果原因不合法，要因契約之標的即屬不合法。

（註九）要式契約之預約，是否亦須具備與本契約同樣之方式，松坂佐一著民法提要債權各論八頁、鄭玉波著民法債編總論三三頁均認本契約所以為要式之理由，如係促使當事人慎重考慮者，則預約亦應為要式契約。實則法定要式契約，以法律有明文規定者為限。訂立預約如以書面為之，直與訂立本契約無異，如約定將來履行之事項，則為附始期或附有停止條件，斯為本契約而非預約。

（註十）戴修瓚著民法債編總論三六頁。

（註十一）本約或預約之辨別基準，參看最高法院六十四年臺上字第一五六七號判例。又最高法院六十一年臺上字第九六四號判例認為買賣亦得成立預約，買賣預約並得就標的物及價金之範圍先為擬定。是否允當，殊值商榷。按：日本民法第五五六條雖有買賣預約之規定，其內容為「買賣一方之預約，於他方表示完成買賣之意思時起發生買賣之效力。」「就前項意思表示未定期間者，預約人得定相當期間催告他方，於期間內為是否完成買賣之確答。若他方於期間內未為確答者，預約失其效力。」核其內容，與茲所謂預約尚屬有間。

（註十二）最高法院六十二年第三次民庭庭推總會議、六十一年臺上字第二九二號判例亦同此意旨。認為契約雖經解除，在解除前所已發生之違約罰性質違約金請求權不因契約解除而失其存在。

（註十三）繼續性供給契約包括牛奶、報紙之送達，瓦斯、自來水、電力之提供等契約，均屬繼續的契約。見有斐閣出版「注釋民法」第十三冊二十頁谷口知平註釋、二五二頁澤井裕註釋。

（註十四）契約之種類除本款所列者外，尚有公法上契約與私法上契約之分，參照最高法院六十一年臺上字第一六七二號判例：「公法上契約與私法上之契約，其主要之區別為契約之內容與

效力，是否均為公法所規定。苟契約之內容及效力，並無公法規定，而全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬於私法上契約之範圍。」依行政程序法第一三五條規定，公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。此即所謂行政契約。其訂約之要件、效力，於同法第一三六條以下設有詳盡規定。又關於公法上契約與私法上契約之分別，參看釋字第五三三號、五四〇號解釋。

第五款 要約與承諾

一、要約

(一) 要約之意義 要約者，以訂立契約為目的所為之意思表示也。分述如次：

1. 要約為意思表示 要約是以發生私法上之效果為目的，自非單純的事實。但僅有要約，尚不足發生私法上之效果，是與單獨行為亦有區別。要約應與承諾相結合，始發生私法上效果，是要約為構成法律行為的意思表示，應適用民法總則關於意思表示的規定。

2. 要約以訂立契約為目的 要約之目的在於訂立契約。即要約受領人對於要約為承諾，契約即成立。是要約的作用即在徵求相對人的承諾，如意思表示並非確定的以訂立契約為目的，於相對人為相對的意思表示時，契約仍不成立者，為要約之引誘，並非要約。

(二) 要約與要約之引誘 要約之引誘乃表示意思，使他人向自己為要約。是為契約的準備行為，

並不發生法律上效果，亦即無結約意思，其性質為意思通知。要約與要約之引誘在理論上固甚明瞭，然實際上殊難辨別。民法第一五四條第二項規定：貨物標定賣價陳列者，視為要約。但價目表之寄送不視為要約。僅係例示規定。一般言之，其區別標準，有如左述：

1. 依表示行為之內容而區別 即意思表示之內容已經具體表示契約的內容，使相對人得據以承諾者，是為要約。如意思表示並未具體表示契約的內容，即為要約之引誘（註一）。例如舟車開行之表示為要約，商品推銷之廣告、商品貨樣之寄送、小販沿街之叫賣，則為要約之引誘。

2. 依其意思表示是否注重相對人其人而區別 契約之訂定，不注重相對人其人者，是為要約，例如自動販賣機之設置、電影院、劇場之開設是。反之，表意人如注重相對人之信用或資力，始與締結者，則為要約之引誘，例如出租房屋之招貼、招聘職員之廣告是。

3. 依行為地之習慣或當事人間歷來的交易關係而區別 例如標賣之表示，在通常情形無以之為要約之意思，則為要約之引誘；若明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留外，應視為要約（註二）。惟依強制執行法第八七條第二項及第八八條規定，執行法院以投標方法拍賣不動產時，投標人應以書件載明願出之價額，開標時由執行法官當眾開示，並朗讀之。辦理強制執行事件應行注意事項第四九項第四款則訂定開標應以應買人所出價額達該次拍賣標之物之最低價額並係最高價者為得標。然則拍賣契約究於何時成立？最高法院認為「應買人之投標經執行法院認為廢標時，該應買人如有不服，得於強制執行程序終結前聲明異議。應買人所投之標經法院決定其得標後，又經認其為廢標者，應買人得另提起確認買賣成立之訴，以求救濟。」（註三）準此，以投標方法所為之拍賣，於法院

決定投標人得標時成立，應買人所投之標為要約，拍賣公告則為要約之引誘。

出賣人刊登廣告以廣招徠者，事恆有之，比照民法第一五四條第二項所舉價目表寄送之例，當屬要約之引誘，惟當事人於訂立契約時，不妨援用廣告之內容為契約之標的。若契約之內容，與廣告所示有所出入，應以契約表示合致之意思為準，有拘束當事人之效力。惟消費者保護法第二二條為保護消費者權益，特別規定「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務，不得低於廣告之內容。」即係以廣告內容拘束企業經營者，在此範圍賦與要約之效力。

(三) 要約之成立要件

1. 要約須由特定人為之 要約為特定人所為意思表示，故應於客觀上確定何人為要約人，確定要約人不必於要約內容明確表明，苟於客觀上可得確定，亦無不可。例如自動販賣機之設置是。要約無須踐行一定方式。要式契約雖須依法定方式為之，其意義無非謂應將當事人互為要約及承諾之意思表示以法定方式表達而已。依一定方式成立之要式契約，毋庸表示何者為要約、何者為承諾之意思（註四）。

2. 要約須向相對人為之 要約乃期待相對人受領後為承諾的意思表示，因而成立契約。故要約必須向相對人為之。相對人固多為特定人，即對不特定之多數人為要約，亦無不可（註五）。例如自動販賣機之設置、火車、公共汽車之行駛；劇場、電影院之開設均係對不特定人為要約也。

3. 要約須足以決定契約之必要之點 依民法第一五三條第二項規定，契約因當事人對於必要之點意思一致而成立，要約之內容自須足以決定契約必要之內容，始能使相對人對之為承諾而成立契

約。所謂契約之必要之點即構成契約內容之要素、常素與偶素而經表示意思者。

（四）要約之效力

1. 要約效力之發生時期 要約效力之發生時期，適用民法第九四條及第九五條規定。對於不特定人為要約時，何時發生效力，法無明文規定，解釋上應採達到主義，即以不特定人居於得了解其要約之狀態時，發生效力（註六）。

2. 要約對人之效力

（1）要約對要約人之效力 民法第一五四條第一項前段規定，契約之要約人因要約而受拘束。此即要約之形式的效力，亦稱要約之不可撤回性或要約之拘束力。所謂拘束即要約人不得將要約之內容擴張、限制、變更或撤回之意。蓋為保護相對人免受不虞之損害而確保交易之安全也。惟依同條項但書規定，要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限。此為拘束力之除外規定。所謂不受拘束，不但指在相對人為承諾以前得擴張、限制、變更或撤回其要約，即在相對人為承諾以後，亦可主張契約不成立（註七）。例如向數人為要約，表明與最初之承諾者成立契約，則對後之承諾者，要約人不受拘束；或電影院掛出「客滿」牌子而拒絕售票是（註八）。

（2）要約對相對人之效力 受領要約之相對人，因要約而取得承諾的能力。此即承諾適格或稱要約之實質上效力。相對人有承諾能力並非謂有承諾的義務。除依法律規定，例如醫師法第二一條、民法第八三九條第三項規定外，相對人承諾與否，任聽自由。即使要約人表示：如未確答承諾與否，即

視為承諾者，要約受領人亦不受其拘束，自不能因未表示拒絕承諾，即視為契約成立。其依民法第一六一條規定，承諾無須通知者，於具備可認為有承諾之事實時，方可成立契約，此即意思實現。依法律之規定當事人負有承諾義務者，如未承諾，是否擬制已有承諾之意思表示，應探求立法意旨分別判斷。詳前述第三款二、(一)、1、2、3。

要約人於要約同時寄送現物或逕寄送現物為要約者，要約受領人不負受領義務，惟要約受領人如占有其物即負有返還之義務。若因故意或過失毀損者，應負侵權行為責任。此際應認要約受領人僅負與處理自己財產同一的注意義務。倘要約受領人拒絕要約，則類推適用民法第二三七條規定，僅就故意或重大過失負其責任。又要約人係因消費關係寄投商品者，依消費者保護法第二〇條第一項規定，消費者不負保管義務，於具備同條第二項之要件時，寄投之商品視為拋棄。

(四) 要約之消滅 要約生效以後，在要約存續期間，要約受領人得為承諾的意思表示而成立契約。在未經承諾以前，要約因左列原因而失其效力：

1. 要約之拒絕 民法第一五五條規定要約經拒絕者，失其拘束力。要約之拒絕即要約受領人不為承諾之意思表示。要約如係對特定人為之，於特定人拒絕要約時，要約即失其拘束力，如事後再為承諾，亦不能成立契約。要約係對不特定人為之者，則該要約對於未拒絕要約之其他要約受領人仍不失其拘束力。民法第一六〇條第二項規定，將要約擴張、限制或為其他變更而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約。既視為新要約，則原要約已失其存在，應經原要約人更為承諾，契約始能成立。

2. 已逾要約之存續期限 要約在其存續期限內有拘束力，要約受領人在此期限內為承諾，契約

即成立，自承諾言之，即承諾期限。承諾期限有明定期間者，有未定期間者，茲分述之：

(1) 未定有承諾期限者 要約人未定有承諾期限者，其效力因要約之意思表示為對話或非對話而不同：

甲、對話之要約 民法第一五六條規定，對話為要約者，非立時承諾，即失其拘束力。所謂立時應依社會上一般觀念決定之，非謂迅速、間不容髮之短期間也。

乙、非對話之要約 民法第一五七條規定，非對話為要約者，依通常情形，可期待承諾之達到時期內，相對人不為承諾時，其要約失其拘束力。所謂「可期待承諾之達到時期內」謂要約達到相對人之期間暨一般人考慮承諾之期間及承諾達到要約人之期間也。考慮承諾之期間，可因契約內容之難易而伸縮之，惟因要約受領人個人之事由，例如因病住院，外出旅遊等情事，致不能考慮之期間，則不予斟酌（註九）。

(2) 定有承諾期限者 民法第一五八條規定，要約定有承諾期限者，非於其期限內為承諾，失其拘束力。此項規定於對話及非對話之要約，均有適用。關於期間之計算，應依要約之內容定之，不能依要約內容決定時，期間之起算，在對話為要約者，依民法第一二〇條所定；非對話為要約者，則自要約到達時起算為當。

民法第一六〇條第一項規定，遲到之承諾，除第一五九條規定情形外，視為新要約。蓋已逾承諾期限之要約已失拘束力，遲到之承諾，自不能成立契約也。惟既視為新要約，原要約人仍不妨為承諾而成立契約。

3. 要約之撤回 要約之撤回謂要約人所為使要約不生效力之通知也。按對話意思表示，於相對人了解時，發生效力，為民法第九四條所定，則在相對人了解以前，解釋上，固得撤回其意思表示。若非對話而為意思表示者，依民法第九五條第一項規定，以通知達到相對人時，發生效力。但撤回之通知，同時或先時到達者不在此限。是非對話而為要約者，亦得依此規定撤回要約（註十）。故要約撤回之意思表示應與要約同時或先時到達，始生撤回之效力。惟依民法第一六二條第一項規定，撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，通常情形在相當時期內應先時或同時到達，其情形為相對人可得而知者，相對人應向要約人即發遲到之通知。依此規定，撤回要約之通知，因為遲到，固不生撤回之效力，惟其所以遲到乃因在途中發生故障所致，如其情形為相對人可得而知者，為免要約人誤信撤回有效，乃使相對人負即發遲到通知之義務，以免要約人受不測之損害。如相對人怠於為此項通知，則依同條第二項規定，其要約撤回之通知，視為未遲到。亦即發生撤回要約的效力（註十一）。相對人若無從知悉撤回要約之通知，因途中發生障礙而遲到，即不負通知之義務，以兼顧相對人之利益。

二、承諾

(一) 承諾之意義 承諾者，以與要約人訂立契約為目的，所為的意思表示。分述如次：

1. 承諾為意思表示 要約受領人對於要約人為承諾，契約即成立，是承諾與要約同為構成契約之意思表示。承諾並非即法律行為。

2. 承諾之目的在於與要約人訂立契約 承諾乃受領要約之相對人同意要約的內容，與要約人訂

立契約為目的所為的意思表示。所以必先有要約，然後始有承諾。如不知有要約而為意思表示者，即使成立交錯要約，亦非承諾。所謂同意要約的內容即就契約內容有客觀的合致，並有與要約人訂立契約之意思，即有主觀的合致。

（二）承諾之成立要件

1. 承諾須由受領要約之相對人為之 受領要約之相對人為特定人者，惟有此特定人或其代理人始得為承諾。如受領要約之相對人為不特定人，則不論何人均得承諾之。又要約僅使相對人取得承諾的能力，並非取得訂立契約的權利，此項承諾適格不得為繼承之標的，故要約受領人如果死亡，其繼承人不得主張繼承關係而為承諾。如要約並非注重相對人個人之因素，則應認為要約係對不特定人為之，要約受領人之繼承人即得以自己為要約受領人而為承諾。

2. 承諾須對於要約人為之 承諾以與要約人訂定契約為目的，故須對於要約人為之，始能成立契約。此與要約得向不特定人為之者，有所不同（註十二）。

3. 承諾須與要約之內容一致 民法第一五三條規定，當事人互相表示意思一致者，契約即為成立。承諾既以與要約人成立契約為目的，承諾的內容即應與要約內容一致始可（客觀的合致）。如將要約擴張、限制或為其他變更而承諾者，依民法第一六〇條第二項規定，視為拒絕原要約而為新要約，亦即不發生承諾的效力（註十三）。將要約擴張或限制，原均屬要約之變更，如將買賣標的物的數量增加或減少，為要約的擴張或限制，附加條件、期限或違約金條款則屬其他變更之範圍。又要約之內容如屬可分者，對於其中一部為承諾，非茲所謂要約之變更，例如為出售房屋五幢而要約者，對於其中

一幢為承諾時，就一幢之買賣契約仍然成立也（註十四）。

(三) 承諾之方法 承諾應以意思表示為之。但要約人有所限定（如限以書面承諾）或當事人間有特約者（例如當事人間預先約定以密碼為意思表示），亦得依特約為之。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，其契約亦為成立。當事人於要約當時，預先聲明承諾無須通知者，亦同（民法第一六一條）。

(四) 承諾之效力 承諾的效力為契約成立，所以承諾生效的時期，亦即契約成立之時期。承諾為意思表示，其效力的發生，依民法第九四條及九五條規定：

1. 對話之承諾 承諾人對於要約人以對話而為承諾者，於要約人了解時，發生效力。
2. 非對話之承諾 承諾人對於要約人以非對話而為承諾者，以承諾的通知達到要約人時發生效力。

(五) 承諾之遲到 在承諾期限內承諾發生效力時，契約始得有效成立。在非對話的承諾，承諾之通知，若按其傳達方法，依通常情形在相當時期內可達到而遲到，其情形為要約人可得而知者，應向相對人即發遲到之通知（民法第一五九條第一項），蓋承諾若因途中障礙以致遲到，為相對人所不及知，則就要約人言，固因承諾之遲到而認為契約不成立，但相對人則以為承諾按其傳達方法，依通常情形，在相當時期內已達到而成立契約，因此誤信而難免蒙受不測之損害，是課要約人以通知之義務，亦為避免社會上財富遭受損害著想也。如要約人怠於為此項通知，則該承諾視為未遲到（民法第一五九條第二項），契約即成立。要約人對於承諾係因途中發生障礙而遲到之事實，倘非因過失而不知，

即不負通知之義務，以維利益之衡平。

承諾之意思表示，已逾要約之存續期間，始發生效力者（註十五），因要約已失其拘束力（民法第一五六至一五八條），契約固不成立，惟依民法第一五九條第一項規定，要約人對於因途中障礙以致遲到之承諾，可得而知者，原應即發遲到之通知，否則依同條第二項規定，其承諾視為未遲到而成立契約。茲如要約人有意與該遲到之承諾成立契約，儘可不發遲到之通知，使其承諾視為未遲到，契約即可成立。除此情形外，依民法第一六〇條第一項規定，遲到之承諾，視為新要約。此為將遲到之承諾，擬制為要約之規定。故原要約人如欲成立契約，則須更為承諾。兩相對照，要約人對於因途中障礙而遲到之承諾，既發遲到之通知，解釋上應認該遲到之通知，兼有拒絕新要約之表示，即不得再以遲到之承諾，視為新要約，對之為承諾，主張成立契約。

(六) 承諾之撤回 承諾之撤回謂承諾人以阻止承諾發生效力為目的所為之意思表示。承諾的撤回通知，依民法第九五條第一項但書規定，應與承諾之通知同時或先時到達，始生撤回的效力。依民法第一六三條規定，承諾的撤回準用第一六二條規定，故撤回承諾之通知，因途中障礙而遲到者，如為要約人可得而知，應即發遲到之通知。如其怠於通知，即視為未遲到，承諾應視為已撤回而不能成立契約。

(七) 承諾之生效時期

1. 在要約存續期間內，承諾發生效力時，契約即成立。
2. 契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立（民法第一