

緒 論

一、契約行為的基本概念

在法治的社會裡，每個人的行為，都受法律的支配，依照法律享受權利，負擔義務，沒有一個人能夠例外。所以，法律是社會生活的準繩，與每個人息息相關。

法律大致可分為公法與私法兩大領域，規律行使公權力的法律為公法，除此以外，均為私法¹。一般人民與公法的直接關係較少，但與私法的關係卻與日俱增。而私法關係中，又以契約為中心，契約可以說是最重要也最普遍的法律關係。舉例來說，我們早晨起床，刷牙、洗臉、吃飯、看報，所用的牙刷、毛巾、臉盆，所吃的飯菜，所看的報章雜誌，無一不是經由「買賣契約」而獲得。其他如上班搭公車、住居租房子、缺錢用而向銀行貸款，以及請別人洗衣、刻章、照相、理髮、印刷、打字、建屋等等，幾乎沒有不和契約發生關係的。所以，契約是現代生活的中心，脫離契約，就等於脫離了社會。

既然我們每天都在從事契約的簽訂與履行，為了保護我們在契約上的權利，對於契約的行為，我們必須有幾個基本的概念：

¹ 公法上契約與私法上契約，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（參 61 年台上字第 1672 號判例）。

契約 權利停看聽

1. 契約和契約書不同 所謂「契約」，簡單的說，是指為了使某件事發生法律上的效果，雙方當事人間合意的行為。所以，除了法律有特別規定以外，原則上只要雙方同意，契約就立刻成立，並不以訂立書面為必要。例如借給同學幾千元，雖然沒有借據，但「借貸契約」仍然成立。至於一般人觀念中所謂的契約，常指的是契約書，其實，契約書只是契約成立的證明文件而已，本身不是契約。

契約的成立，在原則上雖不需要一定的方式和書面，但在複雜的社會活動中，以書面訂立契約，對我們權利的保護卻更為周全。比如借錢給別人，屆期不還，要討債便發生沒有證據的困擾，而且口頭契約常欠明確，也容易遺忘，所以在工商業的交易中，以書面訂約尤為必要，從事任何交易，應徹底摒除口頭契約的舊習，以減少契約的糾紛。

2. 契約自由受有限制 在以前的社會裡，任何人想訂契約，想和誰訂立契約，契約的內容要如何約定，都有絕對的自由，不受任何干涉。在這個契約自由的原則下，往往是由大企業的一方來決定契約的內容，經濟上的弱者，只有接受或不接受的權利，其結果，造成社會上的強者支配弱者的情形，極為不公平。例如各種保險契約，其契約條款都是由保險公司一方來擬定，投保人實在沒有討價還價的餘地，這種假借契約自由的美名，而造成契約不公平的情形，便是契約自由原則的惡化。所以，現在的法律對契約內容如何約定，多有限制的規定，例如，契約的內容違背法律強行規定或公序良俗時，契約均歸無效。也就是說，契約自由的原則，必須在法令限制的範圍內，才有意義。

3.現代契約的特徵 由於人際間往返的頻繁，經濟成長的快速，使契約關係愈趨複雜，尤其契約當事人的團體化、契約條款的定型化，以及契約領域的國際化，更是現代契約發展的特徵。

二、契約的種類

契約通常依各種不同的標準，區分為不同種類的契約：

1.有名契約和無名契約 在法律上有規定名稱的契約，稱為「有名契約」。例如買賣東西，法律給它個名稱是「買賣契約」，租房子，稱「租賃契約」，其他如贈與、借貸、僱傭、承攬、委任、寄託、合夥、保證……等等均是有名契約。至於在法律上找不到適當名稱的，稱為「無名契約」。例如現行不動產仲介契約，雖與居間契約相近，但不盡相同，一般認係「無名契約」。無名契約只要不違背公序良俗，均屬有效。

2.要式契約與不要式契約 契約須依一定方式（如書面）做成的，稱為「要式契約」；而不須一定方式，也能成立或生效的契約，則為「不要式契約」。例如，期限逾一年的不動產租賃契約，應該用書面訂立，就是「要式契約」；而締結不動產買賣的債權契約，只要雙方就買賣標的不動產及價金互相同意，買賣契約就告成立，不須一定方式，就是「不要式契約」。一般契約以不要式為原則，要式契約甚少。

另外，民法債編已經於民國 88 年 4 月 21 日公布修正，其

契約 權利停看聽

中新增了民法第 166 條之 1 的規定：「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，應由公證人做成公證書。」而房屋及土地都屬於不動產，如果要買賣房地，依新的規定（施行日期由行政院會同司法院另定之），都要辦理公證²的手續，應該注意。但如果當事人雙方已經完成登記手續時，該移轉登記仍為有效。

3.要物契約與不要物契約 不要物契約又稱「諾成契約」，只要雙方同意，便能成立。大部分的契約，都是這種契約。至於要物契約，除雙方同意外，還要交付特定物，才能成立。這種契約為數甚少，通常都由法律明文規定。例如甲向乙借書，雖經雙方同意，但契約仍不生效，必須乙將書交付給甲後，契約才開始生效（民法第 464 條）。

4.雙務契約與單務契約 所謂「雙務契約」，是指雙方當事人互負債務的契約。例如買賣契約，一方須交錢（是買方的債務），一方須交貨（是賣方的債務），所以買賣是雙務契約。至於「單務契約」，則只是單方負擔債務的契約。例如贈與契約，只有贈與人負擔給付贈與物的債務，受贈人則不須負擔任何債務。

5.有償契約與無償契約 雙方當事人由於自己的給付行為，使他方取得利益，而本身亦同時從他方獲得利益的契約，稱為「有償契約」。例如買賣契約的一方，雖須交錢，但自己也同

² 公證法已經修正，現在不但可以在法院辦理公證，也可以在民間的公證人辦理公證，手續至為簡便。契約經過公證後，發生糾紛或打官司時，公證書就是最好的證據，但在新法正式施行前買賣房地不受新法的拘束，毋須辦理公證手續。

時得到所要買的貨物，就是有償契約。至於只有使對方取得利益，而自己並沒有獲得對待利益的，如贈與契約，便是「無償契約」。

6. 預約和本約 預約是預定將來要簽訂某種契約的契約，而本約則是依照預約而訂立的契約。預約訂立後，當事人就負有依照預約簽訂本約的義務。例如，準備購買房屋，雙方先就房屋貸款方式、利率、交屋期限等詳細商量，獲得協議就是「預約」，依據預約簽訂房屋買賣契約，則為「本約」。應注意的是，使用借貸預約或無報償的消費借貸（如無息貸款）的預約，預約貸與人得在預約借用人請求履行預約前，撤銷其約定（民法第 465 條之 1、第 475 條之 1），而有利息或其他報償的消費借貸預約，當事人之一方於預約成立後，成為無支付能力時，預約貸與人亦得撤銷其預約。

三、契約行為的法律性質

契約是法律行為的一種，所謂「法律行為」，是指能夠發生法律上效果的行為，這個行為是以意思表示做基礎的。而所謂「意思表示」，是指表示意思的人，將想要做法律行為的意思，表示於外在的行為。例如，店鋪老闆把砂糖標定賣價陳列，等於是把他要賣砂糖的意思表示出來，這是一個意思表示，我們看到了，向老闆說：「我要買一包砂糖。」這也是一個意思表示，因為一方有「要賣」的意思表示，另一方有「要買」的

契約 權利停看聽

意思表示，互相同意，買賣契約便告成立。

契約必須由雙方當事人訂定，如果只有一方當事人做意思表示，也可以發生效力的，只是單獨行為，並不是契約。例如寫遺囑的行為，並沒有相對人，是單獨行為，並非契約。合夥人在具備法律規定的退夥要件時（如民法第 686 條），聲明退夥，只須通知其他合夥人，即生效力，無待於其他合夥人的同意，也算是單獨行為。另外，許多相同方向的意思表示趨於一致的法律行為，是共同行為，也不是契約。例如社團開會決議，一致同意舉辦旅遊活動，這個決議，不是契約。

四、契約的成立、效力及解釋

契約行為，除了少數的要式契約或要物契約以外，只要締結契約的雙方當事人，就契約的內容互相同意，契約便已經成立。所以，契約行為的特徵，有下列三點：

1. 契約的成立，必須有雙方當事人，否則不是契約。
2. 雙方當事人必須互相做對立的意思表示：也就是說，當事人的一方，向他方做意思表示，他方當事人也對原當事人做意思表示。
3. 雙方當事人的意思表示須趨於一致：即雙方當事人都有和對方締結契約的意思，而雙方的意思表示互相結合，才能成立契約。至於意思表示的結合方式，不限於雙方當事人必須直接為之，即便是經由第三人的媒介，從中傳達，也包括在內。

契約行為具備了上述的要件以後，就已有效成立，而發生一定的效力，雙方當事人都應該依照契約的內容，誠實履行。如果一方有違約或毀約的情形時，他方當事人即可以請求法院強制執行，並請求損害賠償，甚至解除契約再請求賠償，所以契約是有法律上的拘束力。不過，債權債務的主體，是以締結契約的當事人為準，所以原則上，債權人不可以對債務人以外的其他人請求。例如一般民間合會契約，會首只能向契約當事人的會員請求會款，不能向會員的配偶請求。但如果第三人與債務人共同合謀，而使債權人的債權無法實現時，債權人可以依侵權行為的規定，向該第三人請求損害賠償。至於「債務人與第三人通謀移轉其財產，其目的雖在使債權無法實現，而應負債務不履行的責任，但債務人本人將自己的財產予以處分，原可自由為之，究難謂係故意不法侵害債權人的權利，其與侵害債權的該第三人即不能構成共同侵權行為，債權人如本於侵權行為訴請塗銷登記，僅得向該第三人為之，債務人既非共同侵權行為人，自不得對其一併為此請求。」（95 年度台上 628 號）

再者，某些契約是由數個內容不同的契約結合而成，我們稱為「契約的聯立」。例如訂立一個契約，但契約內容包含有租賃契約及典權設定契約，亦即所訂立的契約是由前述兩個契約互相結合訂定的。此時，如果是單純外觀上的結合，該數個契約間固然不具備依存關係，但如果依當事人的意思，一個契約的效力或存在，是依存在另一個契約的效力或存在身上時，則其中一個契約不成立、無效、撤銷或解除時，另一個契約即

契約 權利停看聽

應同其命運（參最高法院 88 年台上字第 1149 號、90 年台上字第 1779 號判決）。

另外，解釋意思表示，應該從文義上及理論上詳為推求，並應通觀契約全文，依誠信原則以探求當事人的真意，不得拘泥於字面所用的詞句。所以，解釋當事人雙方所訂立的契約時，應該以雙方當事人立約當時的真意為準；而真意何在，又應以過去發生的事實，以及其他一切證據資料為斷定的標準，不能拘泥文字或截取契約中部分字句任意解釋，致失真意³。不過，如果契約的文字及內容已經明白清楚的表示當事人真正的意思，不須另外再事探求時，解釋契約就不得反捨契約文字而予以曲解，以免反而失去立約人的真意。例如：最高法院曾就耕地租約登記，以判決做出解釋，認為：「所謂耕地租用，係以自任耕作為目的，約定支付地租使用他人之農地，土地法第 106 條第 1 項定有明文：故耕地租約登記，應專指農地租用之登記而言。至於耕地上之農舍，與耕地各為獨立之不動產，縱耕地租約之當事人就該農舍亦訂有租賃契約，承租人亦不得依耕地三七五減租條例第 6 條第 1 項規定，請求出租人會同辦理租約登記。」（89 年度台上字第 2743 號）

另外，就信用卡遺失的相關法律問題，最高法院亦做出解釋，認為：按持卡人依其與發卡機構所訂立之信用卡使用契約，取得使用信用卡向特約商店簽帳消費之資格，並對發卡機構承諾償付帳款，而發卡機構則負有代持卡人結帳、清償簽帳款項之義務。此種持卡人委託發卡機構付款之約定，具有委任契約

³ 參最高法院 82 年台上字第 920 號、83 年台上字第 550 號、84 年台上字第 1513 號判決。

之性質，倘持卡人選擇以循環信用方式繳款，就當期應償付之帳款僅繳付最低應繳金額，其餘應付款項由發卡機構先行墊付，持卡人則依約定給付循環利息者，又具有消費借貸契約之性質。信用卡使用契約既具有委任契約之性質，則發卡機構處理信用卡簽帳款之清償債務事務時，依民法第 535 條規定，應依持卡人指示為之。而持卡人在簽帳單上簽名，可視為請求代為處理事務之具體指示，若特約商店就簽帳單上之簽名是否真正，未盡核對之責，發卡機構竟對之為付款，其所支出之費用，尚難謂係必要費用，自難依民法第 546 條第 1 項規定向持卡人請求償還，從而持卡人如主張信用卡係因遺失、被盜而被冒用、盜用，除發卡機構能證明持卡人有消費行為，或就其簽名之真正，特約商店已盡核對責任外，尚不得請求持卡人償還墊款（89 年度台上字第 1628 號），足供參考。

五、實際訂約時應注意的事項

在撰擬契約書時，下列幾點應該特別注意：

1. 由於契約的種類繁多，契約內容各不相同，而且每個人所要求的事項，亦不可能一致，所以一般文具行出售的契約範本，只能供做訂約的參考，切莫為求一時方便，不經思索便全部援用。

2. 父子、夫婦、兄弟、姊妹，在法律上都是個別獨立的個體，除有特別情形外，母或妻所訂立的契約，其效力不及於子

契約 權利停看聽

或夫。所以，為避免契約效力發生疑義，對於擬與之簽約的主體，應該認識清楚。

3.對於素不相識的相對人，在簽約前，應仔細核對身分證件，以免節外生枝。另外，如果是自稱公司代表人的，也應注意其代表資格，否則所簽契約，對於被代表的公司，是否有效，容易發生爭執。

4.在和某公司團體或某人的代理人簽約時，應先確認其有無代理權（如請其提出委任狀或授權書），並仔細核對其代理權的範圍及代理的期限。簽約時，更應以本人（被代理人）的名義簽約，其效力才會及於本人。例如，直接寫本人的姓名，而在旁邊註明「代理人○○代」。至於僅記載本人的姓名或加蓋本人的印章時，雖然也能成立代理，但事後如果本人主張印章被偽刻或盜用，而不承認代理人所訂的契約時，則易滋糾紛。另代理人有數人時，依民法第 168 條前段規定，應由該數人共同為代理行為，若僅由其中一人為之，即屬無權代理行為。此時，除非其他代理人對所簽訂的契約表示承認，否則該契約對本人不生效力。另外，無代理權人以代理人名義簽約時，所簽訂的契約屬於一種「效力未定」的狀態，須經本人的承認，才對本人發生效力，如果本人已經明白表示拒絕承認，該所簽訂的契約便確定不生效力。縱然本人事後又再表示承認，也不能使該契約復活，又對本人發生效力⁴。而有權代表公司簽約的人，只須表明代表公司之意旨而簽約，即生效力，並不以加蓋公司的印章為必要。

⁴ 參最高法院 84 年台上字第 1371 號、2345 號判決。