

契約總論

契約與契約書的製作

契約的成立

契約的效力

契約不履行

契約履行之確保與契約之解除

第1章 契約與契約書的製作

第一節 契約的意義

(審訂：恆業法律事務所律師 吳佩諭、恆業法律事務所
律師 謝昆峯)

契約係法律行為。有廣狹二義，廣義契約泛指以發生私法上效果的合意。所以無論債法上的契約，物權法上的契約，或是親屬法上的契約皆屬之。至於狹義之契約，則專指債法上的契約。我國規定契約於債編，而不規定於總則，蓋採狹義之意義。這是因為以債的發生為目的的契約實際上適用最多，並非不認同廣義契約的觀念，所以非以債之發生為目的的契約，亦得准用債權契約的規定。

債權契約為二人以上的當事人，以債之發生為目的，彼此所為對立的意思表示互相一致的法律行為（民法第一五三條第一項）。茲分析如下：

1. 契約是法律行為：契約既是以二個以上的意思表示為其構成要件，自係法律行為。所以民法總則中關於法律行為的規定，契約應該適用。
2. 意思表示的內容須要以發生債權為目的：債權契約和一般契約之所以不相同，就是債權契約以發生債權關係為目的，而一般契約則以發生私法上效果為目的。
3. 契約的成立須有二人以上的當事人：法律行為，有以一人為原則者，為單獨行為。有以二人以上為原則者，是契約行為。所以契約的成立，須有二人以上的當事人。如果是二人以上，其數目則無限制，例如合

夥、合會等等。

4. 二人以上的當事人須互為意思表示：僅有二人以上當事人，不能成立契約。此二人以上的當事人必須有對立的或交換的互為意思表示，契約才能成立。所謂對立的互相所為的意思表示，仍是各意思表示對於各當事人，有相對而立並互相求取一致的意義，契約才能成立。契約行為和共同行為所以不相同，乃是在共同行為各意思表示並非對立的一致，而是平等的一致，例如公司股東會的決議。所謂意思表示，不論明示或是默示，均無不可。

5. 二人以上當事人互為的意思表示須為一致：所謂一致，須有主觀和客觀的一致。主觀的一致是各意思表示必須希望和他方的意思表示相結合，而發生法律上的效果。客觀一致是各意思表示，在客觀上具有同一的內容。

第二節 契約的分類

(審訂：恆業法律事務所律師 吳佩諭、恆業法律事務所
律師 謝昆峯)

契約為發生私法上效果為目的合意，依其意義、目的效果，有下列的分類：

一、雙務契約和單務契約

雙務契約是雙方當事人各須負擔有對價關係互負債務的契約，例如買賣、交易、租賃、承攬、有償委任、有償寄託、居間、合夥等。所謂對價關係，以主觀的有報償關係為已足，客觀的價格是否相同，在所不問。

單務契約是僅當事人一方負擔債務，或雙方均負擔債務，而其債務無對價意義之契約。一方負擔債務，例如贈與等。雙方負擔債務，例如買賣。

雙務契約和單務契約區別，主要仍在於雙方當事人是負擔有對價的關係的債務。而且在雙務契約有同時履行抗辯權（民法第二六四條）和危險負擔（民法第二六六條以下），而在單務契約則無。

二、有償契約和無償契約

有償契約是雙方當事人各須由給付而取得利益之契約，例如買賣、交易、租賃、僱傭、承攬等等。

無償契約為當事人之一方無所給付而取利益之契約，例如贈與、使用借貸等等。

有償契約與無償契約之區別在：1.有償契約準用於買賣的規定（民法第三四七條），而無償契約則無。2.有償契約債務人之注意程度重，無償契約則輕（民法第五三五條及第五九〇條）。3.限制行為能力人未經法定代理人的允許，不得訂立有償契約，但純獲法律上利益之無償契約，則無須法定代理人的允許（民法第七七條）。

三、諾成契約和要物契約

諾成契約是因當事人意思表示的一致，契約即能成立，例如買賣、租賃、僱傭等等。

要物契約是契約的成立除意思表示外，尚須實行一定的給付，例如使用借貸、消費借貸、寄託等等。諾成契約和要物契約的區別在於合意之外，是否實行一定的給付為契約成立的要件。

四、要式契約與非要式契約

要式契約是指契約成立須有一定的方式，如不具備法定的方式者，其契約原則上應為無效（民法第七三條），例如不動產物權的移轉與設定（民法第七六〇條）、兩願離婚之協定（民法第一〇五〇條），均應以書面

為之。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（民法第一六六條）。

非要式契約指契約之成立不須具備一定方式，債法上的契約大抵屬此類契約。

五、要因契約和非要因契約

要因契約是契約的成立必須有原因存在為前提。要因契約如果原因欠缺，契約即屬無效。

非要因契約是契約的成立與原因的有無沒有關聯。縱然原因欠缺，契約仍屬有效成立，不過如果受益人因無法律上原因而受有利益，那就應該依照不當得利的規定，負返還的義務。

要因契約和非要因契約的區別，在於是否以給付原因的存在為契約成立的要件。債權契約多為要因契約，物權契約則多為非要因契約。

六、有名契約和無名契約

有名契約指在法律上賦與一定名稱的契約，又稱為「典型契約」、「模範契約」，法律對這種契約並且設有特別規定，我國民法債編各種的債就是有名契約。

無名契約是法律並沒有賦與一定名稱的契約，又稱為「非典型契約」，或「非模範契約」，法律對這種契約沒有設定特別規定。法律全無規定為內容者為「純粹無名契約」，有二個以上有名契約的內容為內容者為「混合契約」。

有名契約和無名契約的區別，為契約有無法律規定的名稱和內容而已。

七、主契約和從契約

主契約為不以他種契約存在為前提，而能獨立成立的契約，例如債權契約、物權契約。

從契約是必須以主契約存在為前提的契約，例如債權契約中的保證契約、違約金契約，物權中的質權契約和抵押權契約。

主契約和從契約的區別為主契約是獨立的契約，而從契約因主契約的存在而存在。所以主契約消滅，從契約也消滅。但從契約消滅，主契約並不會因此而消滅。

八、本約和預約

預約是約定將來訂立一定契約的契約，本約乃是因履行預約而訂立的契約。所以預約在使當事人負擔締結本約的義務。

本約和預約的區別在於兩者都是獨立的契約，預約義務人如果不訂立本約，預約權利人得請求履行，並請求損害賠償（民法第二二七條），或解除預約（民法第二五四條）。

九、繼續性契約

繼續性契約是契約的內容必須經過債務人繼續一定時間的履行，才能實現契約的目的，例如僱傭契約、租賃契約、終身定期金契約。

十、附合契約

附合契約是契約的內容預先由當事人一方確定，他方當事人則只有依照其既定內容加入的契約。此種契約的條款多是定型，當事人之他方無詳細考慮的餘地。

第三節 契約的自由和限制

(審訂：恆業法律事務所律師 吳佩諭、恆業法律事務所
律師 謝昆峯)

契約自由是私法自治的重要原則，在私法關係中，個人的取得權利、負擔義務，純由個人的自由意思決定，非國家及其他外力所能干涉。從此，基於此個人的自由意思，其締結任何契約，不論其內容如何，方式如何，法律一概須予保護。契約自由原則的內容，有下列四端：1.締結契約的自由。2.契約相對人選擇的自由。3.契約內容決定的自由。4.契約方式的自由。

1.締結契約的自由，就是是否訂立契約，當事人有其自由，不能予以強制，如果不願意訂立契約，任何一方不能強制脅迫他方訂立契約。

2.契約相對人選擇的自由，就是契約當事人一方可以自由選擇任何人訂立契約，不受任何限制。

3.契約內容決定的自由，就是契約內容除不違反法律強行規定、禁止規定、公序良俗外，契約當事人對契約內容可以自由訂立。

4.契約方式的自由，就是契約方式除依法律規定外，任何方式皆可由契約當事人自由訂定。

但是契約為法律行為，應受民法總則法律行為章規定的規範，所以契約自由應受民法的規範和限制。

民法第七一條前段規定：「法律行為，違反強制或禁止規定者，無效。」例如婚約，應由男女當事人自行訂定（民法第九七二條）為強制的規定。婚約不得請求強迫履行（民法第九七五條）為禁止規定。結婚違反民法第九八八條規定為無效。

民法第七二條規定：「法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」公共秩序係指社會的公安和公益而言，例如就相對人犯罪的行為，約定給予報酬的契約，此項約定，就是屬於違反公共秩序，其契約應歸無效。善良風俗的意義殊難確定，因時代的推移、文明的進展，隨時隨地變

更其內容，是故什麼是善良風俗，應視國家社會之情況而觀之，不能囿於某特殊情形。夫妻間為恐一方於日後或有虐待或侮辱他方情事，而預立離婚契約者，其契約即與善良風俗有背，此即法律行為有背於善良風俗。

民法第七三條前段規定：「法律行為，不依法定方式者，無效。」契約的自由自然包括方式的自由，但本條規定為方式自由的限制。此即所謂要式行為，即法律上規定其方式，凡是法律行為，必須依此方式才能發生效力，否則其法律行為就是無效。例如兩願離婚應以書面為之，並應有二人以上證人之簽名（民法第一〇五〇條）。收養子女應以書面為之（民法第一〇七九條第一項前段）。不動產物權之移轉或設定，應以書面為之（民法第七六〇條）。

民法第一四八條規定：「權利的行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」按權利人在法律限制內，雖得自由行使其權利，然其目的要以保護自己的利益為必要，假如專以損害他人利益為目的者，其權利的行使實為不法行為，自然為法律所不允許。誠信的原則，應該適用於任何權利的行使和義務的履行。

從以上看來，契約自由雖是私法自治的重要原則，但是也應該受到上述民法規定的限制。

第四節 契約製作的方法及要領

（審訂：恆業法律事務所律師 吳佩諭、恆業法律事務所
律師 謝昆峯）

一、契約與書寫格式的要點

（一）契約與契約書的關係

契約的成立極為簡單，只要契約雙方相互意思表示一致，契約就立即成立。所以一方提出說：「我要買。」一方同意「我要賣」，則買賣契約就

立刻成立。又譬如某甲說：「請把這東西借我。」某乙同意：「好的，請便。」則借貸契約就成立了。因此，若認為契約的成立，必須經過雙方在契約書上簽名蓋章，否則便無法有效地成立，或是無法互換文件，這實在是個錯誤的想法。事實上，法律並未明文規定，無契約書契約就不能成立或是不能生效。

「契約自由原則」是私法自治的一大原則，基於此項原則，除了特定契約外，只要契約雙方的當事人意思一致，而且是基於自由意志，那麼契約的訂定是不計任何形式的。所以，如果單純地以為沒有契約書，契約就不存在，或者未在契約書上簽名蓋章，契約就不能產生法律上的效果，那就大錯特錯了。事實上，許多人在社會上，就因為欠缺對契約的充分認識，而吃虧上當的例子很多。例如：地主甲先生在租賃土地給乙先生時，認為如果正式地簽訂土地租賃契約書，那麼乙方事後可能會堅持長久的租地權，或者提出一些麻煩的要求。所以甲先生故意不與乙先生訂約換文，而直接租地給乙先生。甲先生還沾沾自喜地向人誇說：「一般地主因為與人訂有租地契約，所以事後常常會自尋煩惱，麻煩極了。不如學我，不訂契約，那麼對方要要求什麼權利，都無憑無據，一切操之在我。老實說，在沒有契約之下收地租，才是最安全妥當的出租方法。」

甲先生如此說法真是一個可笑的錯誤想法，雙方雖然沒有正式締結租地契約書，但實際上，租地契約仍然有效地成立了。如果地主想推拖義務，租方在必要時，只要檢具一張租金收據，便可以正正當當地要求對方承認其租地權。屆時即使甲先生驚愕、恐慌，亦於事無補了。更可怕的是，依據民法第四二二條的規定：「不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃。」所以，地主甲要收回租賃地，可能要大費周章了。

還有一個實際的例子。某機車廠商營業部經理葉先生有一次因業務出差，而與當地機車店老闆李先生熟識，兩人並作了口頭約定，葉經理承諾聘李先生的機車店為公司的特約代理店。在這位經理的看法，是準備依照公司正常的程序，先委派分公司或營業處對李先生作信用調查，調查沒有