

## 法律行為與契約之締結(四)

黃茂榮\*

### E 要約拘束力之保留

第一百五十四條第一項規定「契約之要約人，因要約而受拘束。但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。」該項但書所規定者即是要約拘束力之保留。當要約之拘束力經此保留，該要約是否還有拘束力？這要看要約人如何預先聲明不受拘束，亦即視其保留者為何而定。如果所保留者為在要約到達後，承諾前之撤回權，則該要約還是一個有效的要約。蓋只要受要約人在要約撤回前為承諾，還是可以成立契約關係。不過，必須注意如果在撤回要約之通知到達前，受要約人對於要約人為承諾之表示，會發生效力相反之意思表示的交錯問題。可能的解決觀點為「採先到達說」，以先到達之通知為準，撤回要約之通知先於承諾到達者，契約不成立；承諾之通知先於撤回之要約到達者，契約成立。這是貫徹到達主義的看法。然鑑於在交錯之意思表示，要證明各該意思表示之到達的先後，在舉證上有一定之困難，而要約人既為保留撤回權，且受要約地位之利益，原則上為無償取得之利益，沒有過度勉強其成立契約之價值，所以不論何者後來先到達，皆應直接論為契約不成立。這亦可從比較形式的觀點立論，認為在保留要約之撤回權的情形，只要是意思相反之交錯的意思表示，便因其意思表示之內容不一致，而不成立契約。論諸實際，等於以撤回要約通知之發出先於承諾之到達為標準。這可稱為交錯衝突說。衡諸交易安全與要約之真正保護的需要，以及要約人本來即可先將其保留之程度，擴大至該範圍，當以交錯衝突說為妥。在實務上，此為保留之撤回權範圍的解釋問題。

保留撤回權固為要約拘束力之保留的主要態樣，但還有其他修正類型，例如

---

\* 司法院大法官、台灣大學法律學院兼任教授。

為考慮供貨能力，而附上存貨無多，欲購從速等以存貨所及為供貨極限的要約，或附上價格變動或交易條件的變動不另通知的要約，或甚至聲明承諾應經要約人確認方始有效的限制。在保留變動價格或其他交易條件之權限的情形，其變動權限如受交易習慣或誠實信用原則之限制，有該保留之要約還有其要約之拘束力的意義。反之，如果其保留之權限包括可事後任意變更要約之內容，則該要約之表示經此保留後，已漸趨向於要約引誘發展。保留承諾應經要約人確認始生效力者，亦同。

第一百五十四條第二項關於「貨物標定賣價陳列者，視為要約；價目表之寄送，不視為要約」的規定，屬於一種默示的意思表示。由於默示的意思表示，其有無及內容，容易引起爭議，所以，該項利用擬制的方法堵絕之。其擬制之存在面的考量為，在貨物標定賣價陳列的情形，要約對象雖不特定，但有機會承諾者原則上維持在單一的情形，是故，以之為要約，不致於發生一物二賣的情事。反之，在價目表之寄送，其對象為複數，容易發生承諾者超出價目表之寄送者的履行能力，而引發各種債務不履行的情事。鑑於價目表之寄送，視為非要約，而價目表之寄送即是一種典型的廣告，由是可見，立法者原則上無意以廣告為要約之表示方法的規範立場。是故，只有在立法者在法律中明文規定一定之廣告具有要約效力的情形，廣告才有要約的效力。例如懸賞廣告（民法第一百六十四條）。

消費者保護法第二十二條雖規定「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。」但廣告中之表示還是非要約，極其量，僅具有相當於契約一般約款的效力。當消費契約成立時，與該交易有關之廣告的內容始因構成契約內容的一部分而產生拘束力。惟正如一個人不因預擬契約一般約款而有締約義務，廣告人並不因刊登廣告而有與看到廣告者締約之義務。是否締約，廣告人還是享有決定權。不過，廣告人如果與消費者締結以其廣告標的為交易客體之契約，則關於消費者利益之保護，其廣告內容所示之交易條件將成為其與消費者締結之契約的最低條件。其規範機制相當於團體協約之於勞動契約：相對於團體協約中之協議，具體勞動契約之約定對於勞工比較有利時，適用勞動契約中之約定；比較不有利時，適用團體協約中之協議。

以招標契約之締結方法時，招標者原則上在招標公告中已明確表示交易之標的，至其價金或報酬則待於經由投標確定。其確定方法有在公告中明示：在買進

時，以出價最低者得標；在賣出時，以出價最高者得標。在有該明示的情形，招標者在投標公告中之招標的表示為一種要約，投標者之投標的表示為承諾<sup>53</sup>。反之，如在招標公告中，招標者保留單方決定是否與出價最低或最高者締約之權利者，其招標公告僅具要約誘引的意義。投標者之投標的表示為要約。在招標公告中如未為前述保留時，其招標究為要約或要約誘引應經由解釋定之。原則上應解釋為要約。

## F 承諾之概念及其效力

所謂承諾，指當事人一方(受要約人)向他方(要約人)所作，願意以所受要約之法效意思的內容，與他方成立契約關係的表示。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（民法第一百五十三條）。

關於承諾，除一般之意思表示外，民法還肯認一些特殊的類型，例如依習慣或依其事件之性質，或要約人於要約當時，預先聲明承諾無須通知者，在相當期時內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。此即意思實現（第一百六十一條）。在這種情形，承諾只需要有法效意思，而不需要有到達於要約人之承諾的表示行為<sup>54</sup>。另在一定前提下，縱使是既無法效意思及表示行為之沈默也可以構成相當於承諾之意思表示。例如民法第三百八十六條規定「標的物經試驗而未交付者，買受人於約定期限內，未就標的物為承認之表示，視為拒絕；其無約定期限，而於出賣人所定之相當期限內，未為承認之表示者亦同。」第三百八十七條規定「標的物因試驗已交付於買受人，而買受人不交還其物，或於約定期限或出賣人所定之相當期限內不為拒絕之表示者，視為承認（第一項）。買受人已支付價金之全部或一部，或就標的物為非試驗所必要之行為者，視為承認（第二項）。」

---

<sup>53</sup> 最高法院八十四年七月二十一日八十四年度臺上字第一八二一號民事判決「上開公告已明示以超過底價最高者得標，應屬要約，投標出價最高者，即為承諾，該標售性質上為買賣，其買賣契約是否成立，應以標售人與應買人之意思表示是否一致為斷。」

<sup>54</sup> 在意思實現固不需要有到達於要約人之承諾的表示行為，但仍非根本不需要表示行為。在締約當事人處於面對面的情形，因無直接對於要約人表示承諾之障礙，應無意思實現的適用餘地。在當面之疑似為意思實現的情形，其所涉者事實上可能是意思表示之為明示或默示的問題。例如醫療機構二話不說對於急診病人提供醫療服務。

## G 契約內容的必要之點

基於私法自治原則，私人事務原則上應由私人自己或委由代理人或傳達人<sup>55</sup>表示其意思，以依其意思表示決定其規範之內容。當事務涉及兩個人以上，該事務自當由其共同以意思表示決定之。此種由當事人全體以意思表示所做之共同決定，有各種不同之稱呼。例如協約<sup>56</sup>、協議<sup>57</sup>、合同<sup>58</sup>、契約、合約<sup>59</sup>。其中以契約之稱呼最為常見。習慣上以契約作為其共通的稱謂<sup>60</sup>。從而契約也被定義為當事人

<sup>55</sup> 最高法院八十四年五月三十一日八十四年度台上字第一三七四號民事判決「按契約之成立，固以當事人互相表示意思一致為要件，但所謂互相表示意思一致，並不限於當事人間直接為之，其由第三人為媒介而獲致意思表示之一致者，仍不得謂契約並未成立。」

<sup>56</sup> 協約主要用於國際協約及勞工法中之團體協約，其共同特徵為有對於第三人之效力。例如中華民國專屬經濟海域及大陸礁層法第十一條第二項「……國際協約……。」工會法第五條第一款、第三十五條第二項，團體協約法。

<sup>57</sup> 在民法，協議通常用為動詞，例如民法第四百二十五條之一第二項、第八百二十四條第二項、第八百二十六條第二項、第八百七十六條第一項、第一千零零二條第一項、第一千零五十五條第一、二項、第一千一百二十條，強制執行法第六十條。用為名詞者例如政府採購法第二十五條第五項「共同投標廠商應於投標時檢附共同投標協議書。」第八十七條第四項「意圖影響決標價格或獲取不當利益，而以契約、協議或其他方式之合意」。土地法第三十條之一「依協議補償之。」

<sup>58</sup> 現行法以合同稱呼相當於契約之協議的規定不多。例如海上捕獲條例第七條第三、四款，中國國際商業銀行條例第三條「中國國際商業銀行總管理處設於中華民國臺北市，得於國內外設分支行，或與其他銀行訂立代理合同或匯兌契約。」惟大陸地區倒是主要以合同稱呼各種協議。在台灣地區，合同與契約還有一個相約成俗的區別，即契約用以指稱對向的合意，合同用以指稱同向的合意。例如最高法院五十七年度臺上字第二五五七號民事判決「民法第八十七條第一項之規定，在對於財產上之行為，除於無相對人之單獨行為不適用外，不僅於有相對人之契約等，皆得適用，即於合同行為，有時亦得適用。蓋合同行為之各當事人間，雖非相對人，但因須有二人以上，而其間亦得通謀虛偽表示，故實際上必須作如此解釋，始能防止債務人假託設立各種社團，而避免財產之扣押」（中華民國裁判類編（民事法）十冊 419 頁）。不過這種區分在實務上已不再是那麼明確。不但同向之合意有契約與合同混稱者，例如最高法院十八年上字第一六七五號判例「訂立合同文據，並非合夥契約成立之要件」（最高法院判例要旨（上冊七十二年五月版）309 頁）。亦有對向之合意稱為合同者，例如租地合同（最高法院四十七年度臺上字第四三號判例），田房押款合同（司法院二十年二月七日院字第四三四號解釋之二），和解除合同（最高法院三十九年度臺上字第一〇八號民事判決）。

<sup>59</sup> 合約雖非最常用的用法，但還是有相當多之重要法規用之。例如電業法第一百四條、商業會計法第五十九條第一項、大眾捷運法第十三條第五項、民用航空法第四十八條第一項、審計法第六十條。

<sup>60</sup> 為兼顧合同與契約，從中文的使用習慣，當可主張以合約作為其共通之上位概念。然鑑於契約自

雙方一致之意思表示。是故，民法第一百五十三條第一項規定「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。」契約須以當事人互相表示意思一致而成立。所謂一致通常係指對於必要之點表示之一致而言。然在當事人關於必要之點雖然尚未有一致之意思表示時，雙方得否約定契約已成立<sup>61</sup>。應採否定的見解。惟仍必須注意兩點：

第一、當事人互相表示一致之意思的範圍必須符合合同條第二項之規定，亦即首先涵蓋該契約必要之點，其次為對於非必要之點，當事人已經表示意思者，亦必須有一致的意思表示，契約方始成立。至於非必要之點，未經表示意思者，無礙於契約之成立<sup>62</sup>。這個部分必要時，應先以與該契約有關之任意規定及強制規定補充之<sup>63</sup>；經該補充而還有非必要之點，無明文規定，且當事人對之意思不一致時，當事人得聲請法院依其事件之性質以裁判定其規範之內容<sup>64</sup>。第二、民法第一百五

---

由、契約原則在學說與實務已屬普遍使用的用語，似乎不宜為求周全，而再事更張。契約原則早在最高法院十八年上字第二六三八號判例即已論及「使用流水之權利，除能證明歷來確有使用之事實，得為其用水權取得之原因外，自應以契據為憑。但契據所載之用水權必以其有正當權源始為有效，若其所載並無權源可據，或無特別原因，而任意限制他人之使用者，則依契約原則，自不發生效力，而第三人亦不受該契約之拘束。」（最高法院判例要旨（上冊七十二年五月版）377頁）。至於契約自由原則法律雖無明文規定，但仍已是實務上廣為引用的原則。

<sup>61</sup> 最高法院八十七年度臺上字第一三四六號民事判決「惟查被上訴人否認上訴人簽名時，借據金額欄為空白之事實，而依通常情形，借貸之當事人應先就借貸之金額、利息等必要之點，互相表示意思一致，始書立借據並交付借款，其未先談妥借貸金額即書立金額欄空白之借據，乃例外之事實，上訴人就此有利於己之例外事實，依民事訴訟法第二百七十七條規定，應負舉證之責。」然縱使上訴人就前開事實能為舉證，該消費借貸契約，是否即為成立？在契約的締結上，在這裡有當事人就契約標的未為約定，或雖為約定但不明確的情事。此為隱藏之意思不一致的問題。當這些不一致達到不適當由法院以裁判加以補充的程度，應論為契約不成立。

<sup>62</sup> 「未查當事人對於必要之點意思表示一致，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，民法第一百五十三條第二項定有明文。故兩造及其兄弟縱未就有關細節達成協議，倘該細節係屬非必要之點，依上開條項規定，亦應推定其契約成立，上訴人非不得依備忘錄之約定而為請求，原審為相反之認定，並有未合」（最高法院八十四年五月三十一日八十四年度台上字第一三七四號民事判決）。

<sup>63</sup> 雖然幾乎所有契約之內容皆經由與該契約有關之任意規定及強制規定的補充，但還是認為契約以當事人雙方所表示之法效意思的內容為其內容。同時所謂契約或法律行為無效所指者亦是：該契約或法律行為不生以所表示之法效意思的內容為其內容的效力，該無效之契約或法律行為還是可能發生一些法定的效力。例如損害賠償義務（民法第一百十三條）。

<sup>64</sup> 最高法院八十年十二月六日八十年度台上字第二六八五號判決「原審既認『系爭契約僅就買賣標的物及價金而為約定，應解為兩造係將其作為將來訂立本約之張本，並未就房屋品質、完工期限、

十三條只是關於契約之成立的規定，而非生效的規定。然何謂必要之點？

關於契約的必要之點<sup>65</sup>，實務上就買賣契約認為「買賣契約以價金及標的物為其要素，價金及標的物，自屬買賣契約必要之點<sup>66</sup>。」「定金收據業已表明買受人為被上訴人，並表明買賣之標的物及總價金，對於買賣必要之點（要素）既意思表示一致，依民法第一百五十三條第二項，第三百四十五條第二項規定，兩造間該房地之買賣契約自屬已有效成立。至其他非必要之點如付款方式、過戶程序、稅金負擔等兩造既無特別約定自應依法律規定為之，不能因此而謂買賣尚未成立<sup>67</sup>。」「廣名公司依上訴人之授權，代理出售系爭房地與被上訴人，雙方就標的物及其價金互相同意，廣名公司並代理收取定金，本件買賣契約業已成立甚明。至於付款方法及交屋條件，並非買賣契約必要之點，當事人如無約定，亦可依照法律規定辦理<sup>68</sup>。」

就合建房屋認為「觀之兩造所訂契約書之內容，既就上訴人提供土地予被上訴人興建三樓集合住宅之事，而對「土地坐落、房屋分配、押金給付及退還、土地過戶、稅金勿擔、違約罰則」等契約必要之點，均有具體之約定，其契約即已合法成立。至契約非必要之點而未於契約上明白記載之房屋形態、建材及設備等項，依證人即建築師事務所職員李宗信之證言，已足以認定兩造間有意思表示之合致<sup>69</sup>。」

---

房屋及基地所有權所占整棟大樓之比例及其保存登記或移轉登記之事項、車位之確實位置，加以確定』，……被上訴人既本於預約，請求上訴人訂立本約，則本約之內容應具體而確定，原審就此應行使闡明權，命被上訴人為適當之聲明及陳述，上訴人如對之有所爭執，則事實審法院即應就調查證據之結果，依民法第一百五十三條第二項後段規定，按事件之性質，就當事人不一致之內容確定之，期本約之內容合法、可能而確定。」

<sup>65</sup> 所謂必要之點，民法第一百五十三條第二項前段所稱者為法定的必要之點。此外，經當事人認為重要，亦應有一致之意思表示者為意定的必要之點。衡諸契約自由原則中之契約內容的自由，意定的必要之點之約定自為法律所容許。最高法院八十四年九月十三日八十四年度臺上字第二二九五號民事判決「苟當事人間，除標的物及價金外，尚約定將買賣價金之清償時、地或其他交易上之重要事項列為「必要之點」者，衡諸契約自由原則，應非法所不許。」

<sup>66</sup> 最高法院判例要旨（上冊七十二年五月版）80頁：最高法院四十年臺上字第一四八二號判例。

<sup>67</sup> 最高法院民刑事裁判選輯第九卷第四期 32頁：最高法院七十七年度臺上字第二四七九號民事判決。

<sup>68</sup> 最高法院七十九年七月十六日七十九年度台上字第一四六八號判決。

<sup>69</sup> 最高法院八十二年五月十日八十二年度台上字第一〇四六號判決。

就租賃契約認為「租賃為當事人約定一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約，故租賃必要之點自為租賃物與租金二者，此二者意思表示缺乏一致，其契約即難認為成立<sup>70</sup>。」「訂立基地租賃契約，提供其土地為通路用地，雙方當事人對於契約內容必要之點意思一致，僅於非必要之拆除竹籬一點略有爭議，縱該契約書未經上訴人（即承租人）及其法定代理人蓋章，且與定期一年以上租賃契約之法定程式未符，究不能謂不定期之租賃契約未成立<sup>71</sup>。」

就使用借貸認為「使用借貸為債權契約之一種，仍須當事人就一方無償以物貸與他方使用，他方允於使用後返還其物等契約必要之點，互有合致之意思表示，該項契約始能成立，此觀民法第一百五十三條、第四百六十四條之規定自明<sup>72</sup>。」

就保證認為「保證祇須保證人對債權人表示為保證債務之本旨，契約即為成立。至保證責任之範圍如何，期限若干，應否履行對保手續，除當事人有以之為契約成立之要素外，均於保證責任之存在不生影響<sup>73</sup>。」

歸納前述關於一些債權契約之種類的見解，可以發現，一般以各該契約類型之主要給付義務為當事人應獲致一致之意思表示的必要之點。對此，有時民法並以明文針對個別之有名契約規定之。例如民法第三百四十五條第二項規定「當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。」惟法律有時在法定之一定情況下，也容許部分必要之點，由意思表示以外之訊息補充之。例如民法第三百四十六條第一項規定「價金雖未具體約定，而依情形可得而定者，視為定有價金<sup>74</sup>。」同條第二項還規定「價金約定依市價者，視為標的物清償時、清償地之市價。但契約另有訂定者，不在此限。」按該規定之內容，在該項所定情形尚不能

<sup>70</sup> 中華民國裁判類編（民事法）三冊 417 頁：最高法院四十三年度臺上字第一〇九八號民事判決。

<sup>71</sup> 中華民國裁判類編（民事法）一冊 873 頁：最高法院四十年度臺上字第一七五四號民事判決。

<sup>72</sup> 最高法院八十五年度臺上字第三〇三四號民事判決。

<sup>73</sup> 中華民國裁判類編（民事法）三冊 336 頁：最高法院四十三年度臺上字第八四五號民事判決。

<sup>74</sup> 實務上亦肯認訂購數量得確定的契約。例如最高法院五十八年度臺上字第七七號民事判決「上訴人等填送之訂購單，既已指定訂購之數量、單價及總金額，即已具備要約之條件，被上訴人在訂購單上註明「接受登記」等字樣，交還各上訴人時，即係對其要約而為承諾。雖實際可得購買之數量尚未確定，但上訴人等於訂購單內既陳明願遵照預售須知第九點訂（定），是實際所得購買之數量，乃將來可得確定之狀態，只俟訂購日期屆滿確定後算明而已，兩造玉米之買賣，應認被上訴人於上訴人填送訂購單註明接受登記交還與上訴人等之時，雙方意思表示業因合致而成立」（中華民國裁判類編（民事法）十一冊 17 頁）。

說當事人關於價金根本沒有一致的意思表示。只是其所約定者為法律上認為已可以接受之得確定<sup>75</sup>的內容而已。再如鐵路運送規則第六條第二項「承運時，客貨運運價及雜費尚未確定者，先按概數計收。」惟關於報酬給付之數額，當事人倘以得以確定之概數約定之，則後來如其報酬，因非可歸責於債務人之事由，超過概數甚鉅，法律可能因此賦予報酬義務人，相當於情事變更時之契約調整權。例如民法第五百零六條「訂立契約時，僅估計報酬之概數者，如其報酬，因非可歸責於定作人之事由，超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約（第一項）。前項情形，工作如為建築物或其他土地上之工作物或為此等工作物之重大修繕者，定作人僅得請求相當減少報酬，如工作物尚未完成者，定作人得通知承攬人停止工作，並得解除契約（第二項）。（惟）定作人依前二項之規定解除契約時，對於承攬人，應賠償相當之損害（第三項）。」

## H 預約與本約

關於契約之締結，相對於要式或要物規定只有成立或生效與否，本當無預約或本約之別。蓋依民法第一百五十三條，在當事人之意思表示一致，且其表示之意思的範圍達於該條所定之程度時，契約應即成立。而所成立之契約無所謂預約或本約之別<sup>76</sup>。然我國實務上還是一般的肯認預約之契約類型。就法律意見的引導而論，這不是一個好的榜樣。

然為何外國司法實務亦有經由法官造法肯認預約的情形？蓋為了補充因為要

---

<sup>75</sup> 「契約之標的，固以自始確定為必要，但依其情形可得確定者，亦應解為自始確定。」（中華民國裁判類編（民事法）七冊 251 頁：最高法院五十一年度臺上字第二四四六號民事判決）。所以，「債之標的，於債之關係成立時，如根本無可確定，則其內容即屬不能實現，其法律行為固屬無效。但如有可得確定之方法，而於履行債務時，債之標的已得確定，則其法律行為仍屬有效。」（最高法院民刑事裁判選輯二卷一期 84 頁：最高法院七十年度臺上字第一〇四四號民事判決）。由此可見，關於契約客體之確定性，實務上只要求到得確定的程度。

<sup>76</sup> 最高法院八十五年一月二十五日八十五年度臺上字第一六五號民事判決「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，民法第一百五十三條第一項定有明文。又租賃契約為諾成契約，雖當事人間非不得就租賃物及租金之範圍先為擬定，成立預約以為將來訂立本約之張本。惟當事人間如已就租賃契約必要之點即租賃物與租金互相表示一致，其租賃契約即為成立，不能因尚未訂立書面契約，認其僅屬預約之性質。」



式或要物規定所造成之法律漏洞，而不得不引入之權宜的論點。這特別發生在有償的消費借貸。因為傳統上將消費借貸當成無償契約規劃其規範內容，在要物的規定上，未將有償與無償之消費借貸分別規定。其結果，即便在有償的情形，亦因將之規定為要物契約或賦予貸與人撤銷權，而一概肯認貸與人之悔約權：容許其事後任意撤銷契約，使契約溯及的失其效力，或以契約尚未生效為理由，拒絕履行契約。這種規定顯然不能滿足有償消費借貸在授信規劃上的交易需要。於是，在要物的消費借貸契約，於履行生效前，實務試圖利用預約的理論，賦予以契約為基礎之規範上的拘束力。由於該預約的觀點足以規避要物規定的適用，所以預約的肯認其實已改變了民法關於有償消費借貸契約的要物規定，從而具有修正法律明文規定內容的意義，屬於一種法律補充。這是在預約理論的提出必須注意到的。惟在本次民法債編修正時，已將消費借貸之要物的要件，自生效要件修正為成立要件<sup>77</sup>。

然是否在非要式或非要物契約即可基於契約自由原則，要求肯認預約之締約方式？自民法第一百五十三條的規定論，這種要求可謂欠缺法律保護要件。蓋只要當事人一致之意思表示已符合該條之規定，契約即已成立，究竟稱之為預約或本約，從契約之成立的觀點論，並無兩樣。在這當時，如有非必要之點尚待協議，亦應依該條規定處理，並不因將之稱為預約或本約而稍有不同。反之，當事人如因尚有一些事項未談妥，致對於本約之簽訂有所猶疑，其應採之保護安排當非預約，而是保留在一定要件下或無條件的解除權。因為契約只要簽訂，不論稱為預約或本約，當事人皆有履約的義務，至於尚未有一致之意思表示的部分，事後當事人如不能獲得協議，只得請求法院以裁判的方法定之，並不得以不能獲得協議為理由，主張契約未成立或無效。

今司法實務既然一般的肯認預約之類型。遷就之，應將之當成一種例外的締

---

<sup>77</sup> 關於要物的要件究竟應定為要物契約之成立要件或生效要件，不僅是單純之立法技術的問題。規定為成立要件的意義為，締結要物契約而不備要物要件，等於是根本未締約；反之，規定為生效要件，縱使尚未滿足要物要件，其締約活動仍有其規範上的意義。蓋契約仍然成立，只是其生效尚待於要物要件之具備。從在限制行為能力人未經其法定代理人之允許而訂立契約，或在無權代理，民法第七十九條、第一百七十條都將之規定為效力未定觀之，在價值判斷上，這種效力應該還是比較一貫的看法。至於以債務人履行債務作為債務契約之生效要件雖看似矛盾，但卻是要物契約在規範上為賦予債務人以悔約權所必需的規範設計，不足為奇。

約方式。是故，關於預約之締結，除了還是必須滿足民法第一百五十三條所定之要件，亦即當事人就必要之點應有一致之表示外，當事人同時還必須明示這只是一個預約，本約待他日再為締結<sup>78</sup>。惟當事人縱使將所定之契約名為「不動產預定買賣契約書」，但當事人之一方如已履行該契約，該契約仍應論為本約<sup>79</sup>。在法律有要式之規定的情形，其預約亦應具備要式，預約方始成立，原則上不得以不具備要式之預約作為要式規定之脫法行為，而只得於認為要式規定已不合時宜，構成漏洞時，方可基於法律漏洞之補充，容許所謂之預約。另法定之要式，依其規定如非絕對之要式行為，從而其不遵守，依法容許轉變其內容後發生效力者，則不備該方式之契約，亦不論為預約<sup>80</sup>。

## 五 後 悔

意思表示後，在不同的階段，當事人之一皆可能後悔，例如 1 在要約表示後到達前，撤回尚未生效之要約(民法第九十五條第一項但書)，2 要約人依其於要約時保留之撤回權，在受要約人承諾前撤回其要約(民法第一百五十四條第一項但書)，3 當事人依其在締約時保留之解除權，在契約履行前解除契約，4 在無償契約，債務人基於法律容許悔約之規定，在履行前<sup>81</sup>不備任何理由，撤銷已生效之

<sup>78</sup> 最高法院八十四年九月十三日八十四年度臺上字第二二九五號民事判決「買賣契約之成立，固應以標的物及價金之意思表示一致為其「必要之點」，惟買賣「預約」，亦非不得就標的物及價金之範圍先為擬定，作為將來訂立「本約」之張本，但不能因此即認買賣「本約」業已成立（見：本院六十一年臺上字第九六四號判例）。」

<sup>79</sup> 最高法院八十四年五月十八日八十四年度台上字第一二一三號民事判決「兩造所訂契約，雖名為「不動產預定買賣契約書」，但並無將來訂立買賣本約之約定。其對買賣價金、土地面積均已約定，雙方將來可據此履行，上訴人並已給付定金及全部買賣價金完畢，自屬本約而非預約。」

<sup>80</sup> 「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，民法第一百五十三條第一項定有明文。又租賃契約為諾成契約，雖當事人間非不得就租賃物及租金之範圍先為擬定，成立預約以為將來訂立本約之張本。惟當事人間如已就租賃契約必要之點即租賃物與租金互相表示一致，其租賃契約即為成立，不能因尚未訂立書面契約，認其僅屬預約之性質。」（最高法院民事裁判書彙編八十五年第二十三期 80 頁：最高法院八十五年度臺上字第一六五號民事判決）。

<sup>81</sup> 「按解約定金，係以定金為保留解除權之代價，定金付與人固得拋棄定金，以解除契約；定金收受人亦得加倍返還定金，以解除契約。惟此項解除須於相對人著手履行前為之，相對人已著手履行時，則不得再為此項解除權之行使」（最高法院八十四年五月十八日八十四年度台上字第一二一三號民事判決）。

契約(民法第四百零八條第一項、第四百六十五條之一、民法第四百七十五條之一第二項)<sup>82</sup>。5 在繼續性的勞務契約，當事人，特別是勞務債權人方得不具理由終止契約(民法第五百十一條、第五百十四條之九、第五百四十九條)。

在法律行為從事後，表意人在上述情形所以得後悔，其在契約原則下的理由為：在單獨行為，於表示後生效前，該意思表示對於表意人尚無拘束力，所以表意人得自由改變其主意。這種問題也可能發生於承諾的情形。由於要約或承諾之撤回通知皆必須同時或先於其欲撤回之要約或承諾的通知，因此，在具體情形可能發生，撤回通知之到達在要約或承諾到達之後，但按其傳達方法，通常在相當時期內應先時或同時到達，且其情形為相對人可得而知者。在這種情形，「相對人應向要約人即發遲到之通知。」否則，該要約或承諾之撤回通知，視為未遲到(第一百六十二條、第一百六十三條)。在該二條規定之情形，其通知之對己義務的要件，與第一百五十九條關於承諾通知之遲到一樣，皆自客觀說改為主觀說。

在契約之締結，除非受要約人為受要約地位之取得，亦即為要約之拘束力，對於要約人付出對價，否則，該地位所具利益之取得，即屬一種無償取得。應容許要約人保留撤回權，在其因承諾而實現前，撤回之。這種撤回權的賦予，與無償之債的債務人，在履行前之撤銷權的肯認類似。至於縱為有償契約，其履行前之解除權的保留，則為有限度的容許締約人以約定的方法保留悔約權，以避免過度擴張自己的債信。

## 六 契約關係發展之三階段

契約關係之發展可要分成三個階段：成立階段、生效階段及履行階段。該三

---

<sup>82</sup> 關於贈與之任意撤銷及其例外，民法第四百零八條規定「贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已移轉者，得就其未移轉之部分撤銷之(第一項)。前項規定，於經公證之贈與，或為履行道德上之義務而贈與者，不適用之(第二項)。」關於使用借貸預約之撤銷，民法第四百六十五條之一規定「使用借貸預約成立後，預約貸與人得撤銷其約定。但預約借用人已請求履行預約而預約貸與人未即時撤銷者，不在此限。」關於消費借貸預約之撤銷，民法第四百七十五條之一規定「消費借貸之預約，其約定之消費借貸有利息或其他報償，當事人之一方於預約成立後，成為無支付能力者，預約貸與人得撤銷其預約(第一項)。消費借貸之預約，其約定之消費借貸為無報償者，準用第四百六十五條之一之規定(第二項)。」由以上規定，可歸納出，無償契約才有悔約權的基本原則。

階段有是否得同時發生的問題。為安排其對應之規範事宜，不但在債之規範的設計上有「成立要件」、「生效要件」及「債之履行」的規定，而且為循序準確規範各該階段之重要事項，適應個別案件之實態，提供契約關係在形成上所需要之適當的規範環境，避免發生不適切干預私法自治的情事，以及說明上的方便，通常也將之分別規定<sup>83</sup>，少有以法律規定其中二者應同時發生的情形。

### A 成立階段與生效階段

成立階段與生效階段在事理上雖不是不能同時發生，而且在具體案件如無生效之障礙事由，當事人也常約定契約在成立時即生效，但由於規範上或規劃上的需要，在具體契約可能有法定<sup>84</sup>或意定（例如附始期或附停止條件）之生效要件。

---

<sup>83</sup> 例如民法第九十五條規定「非對話而為意思表示者，其意思表示，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（第一項）。表意人於發出通知後死亡或喪失行為能力，或其行為能力受限制者，其意思表示，不因之失其效力（第二項）。」依該項規定非對話之意思表示成立於表示時，生效於通知達到相對人時。因基於該規定，意思表示之成立與生效時點不同，方始給該項但書及第二項取得規範上之存在空間。此為關於單獨行為之規定。又民法第一百五十三條規定「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（第一項）。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（第二項）。」此為關於契約成立的基礎規定。以前述規定為基礎，開展與法律行為之成立與生效有關之的規範體系。

<sup>84</sup> 法定生效要件之主要規定方式如下：1 有以在一定要件滿足時「始生效力」定之者，例如關於限制行為能力人訂立之契約的效力，民法第七十九條規定「限制行為能力人未得法定代理人之允許，所訂立之契約，須經法定代理人之承認，始生效力。」關於無權處分同法第一百十八條規定「無權利人就權利標的物所為之處分，經有權利人之承認始生效力（第一項）。無權利人就權利標的物為處分後，取得其權利者，其處分自始有效。但原權利人或第三人已取得之利益，不因此而受影響（第二項）。前項情形，若數處分相抵觸時，以其最初之處分為有效（第三項）。」2 有以一定要件未滿足時「不生效力」定之者，例如關於第三人與債務人訂立之免責的債務承擔契約，民法第三百零一條規定「第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人不生效力。」關於提單或其他文件上之免責文句的記載，同法第六百四十九條規定「運送人交與託運人之提單或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載者，除能證明託運人對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力。」關於旅運票、收據或其他文件上免責文句之記載，第六百五十九條規定「運送人交與旅客之票、收據或其他文件上，有免除或限制運送人責任之記載者，除能證明旅客對於其責任之免除或限制明示同意外，不生效力。」惟第六百四十九條、第六百五十九條所定者其實是成立的問題。關於效力的規定以「始生效力」或「不生效力」的方式定之，與以像第四百零六條原來所定「而生效力」的方式定之，在作用上不同。前二者，縱使滿足其所定之要件，還是不終局決定

是故，法律原則上不宜一般的規定契約在其成立時生效，以免干預私人之契約自由，剝奪當事人依個案情況進行規劃的可能性，或引起該等規定與契約意定之生效要件衝突的情事。

關於贈與契約之締結，民法第四百零六條原規定「贈與，因當事人一方以自己之財產為無償給與於他方之意思表示，經他方允受而生效力。」該規定有將成立階段與生效階段規定在同一時點的問題。這種規定除妨礙當事人為相異之約定，並與無償契約應予債務人（贈與人）悔約權的「要物要件」相衝突，過早限制了關於該悔約權的規劃餘地外，顯然亦阻礙了實務對於生效要件之作用的正確認識<sup>85</sup>。該條本次經修正為「稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給

---

其生效與否，而只是排除一定之效力障礙而已。反之，在第四百零六條原來所定情形，則有因該要件之滿足即生效力的含意。

<sup>85</sup> 例如最高法院四十年臺上字第一四九六號判例「贈與契約之成立，以當事人以自己之財產，為無償給與於他方之意思表示，經他方允受為要件。此項成立要件，不因其贈與標的之為動產或不動產而有差異。惟以動產為贈與標的者，其成立要件具備時，即生效力。以不動產為贈與標的者，除成立要件具備外，並須登記始生效力。此就民法第四百零六條，與第四百零七條之各規定對照觀之甚明。故民法第四百零七條關於登記之規定，屬於不動產贈與之特別生效要件，而非成立要件，其贈與契約，苟具備上開成立要件時，除其一般生效要件尚有欠缺外，贈與人應即受其契約之拘束，就贈與之不動產，負為補正移轉物權登記之義務，受贈人自有此項請求權」（最高法院判例要旨（上冊七十二年五月版）240頁）。此為最高法院一貫之見解。請參見最高法院四十五年度臺上字第八四九號民事判決（中華民國裁判類編（民事法）四冊171頁）、最高法院四十六年度臺上字第四一三號民事判決（中華民國裁判類編（民事法）四冊356頁）、最高法院四十八年度臺上字第一一二九號民事判決（中華民國裁判類編（民事法）五冊691頁）、最高法院五十五年度臺上字第一四七號民事判決（中華民國裁判類編（民事法）九冊19頁）、最高法院五十七年度臺上字第三三四一號民事判決（中華民國裁判類編（民事法）十冊613頁）、最高法院八十六年一月十日八十六年度臺上字第九〇號民事判決。其中最高法院四十八年度臺上字第一一二九號民事判決並明白以民法第四百零六條排除掉民法第四百零七條之規定的規範作用：「雖不動產贈與，依民法第四百零七條之規定，在未為移轉登記前其贈與不生效力。惟贈與契約之成立係以當事人以自己之財產為無償給與他方之意思表示，經他方允受為要件，並不因其贈與標的為動產或不動產而有差異。此觀民法第四百零六條之規定自明，故民法第四百零七條關於登記之規定僅屬不動產贈與之特別生效要件。」在成立要件及生效要件的區分下，只要生效要件未滿足，當事人之一方即不得對他方有履行上的請求，但還是容易引起一個疑惑，即一個已成立而未生效的契約對於當事人究竟有何實益？其實益為當事人應受其內容之拘束，各皆再不得以單方行為改變之。惟雙方仍不得以「不正當行為阻其或促其（生效）條件之成就」（民法第一百零一條）。然即便如此，各當事人卻無義務使其成就。在法定之要物要件的成就上特別是更當如此。蓋要非如是，該法定之要物要件立成具文。所以，以已成立之契約在內容上對於當事人已有拘束力，不得再為內容之變更為理由，認為其當事人已可據之對於相對人請求「補正」法定之要物要件所構成之特別生效要件是沒有道理的。

與他方，他方允受之契約<sup>86</sup>。」這是妥當的。該修正使贈與契約之成立階段與生效階段取得區分之可能性。該區分之考量在與契約之定義或成立有關的規定上應予確立與貫徹。

## B 生效階段與履行階段

依事務發展之通常順序觀之，一方面債之契約必須在成立生效後，始有履行可言；另一方面，只要成立生效，債務人即負履行義務。因此，契約之成立、生效階段與履行階段本有先後之別。然正如締約當事人往往約定：契約之成立階段與生效階段同時發生；當事人也常常約定，在契約生效當時即為履行。此即現金現貨契約(*das Handgeschäft*)<sup>87</sup>。有疑問者為當事人得否約定以債務人將來履行債務為「停止條件」，或法律得否規定以債務人履行債務為其生效要件？

契約約定以債務人履行債務為「停止條件」，其所附之條件稱為「隨意條件」<sup>88</sup>，在這種情形，因至少債務人方尚未表示決意締結契約，以負擔債務，所以應論

<sup>86</sup> 惟仍必須注意這種規定方式並沒有將債之契約在效力上的特徵表現出來。按債之效力僅是使債務人對於債權人負為一定給付之義務；使債權人對於債務人有請求一定給付之權利。債權人權利之實現尚待於債務人履行其義務。該條關於贈與契約之定義的內容與贈與之履行行為的內容不易區別。

<sup>87</sup> 現金現貨契約與要物契約不同，現金現貨契約之類型特徵在於當事人雙方約定在契約生效時即為履行，而要物契約之特徵則在於約定以履行為生效要件。要之，在生效與履行間兩者有先後之別。前者先生效，後履行；後者先履行，才生效。然在該兩種契約類型，因其生效與履行先後之間僅有法律上一秒鐘之隔，所以容易引起區別上的疑惑。惟其區別仍非無意義。蓋一方面契約必須生效，當事人對於他方始得為履行契約之請求，另一方面在現金現貨契約，於契約成立、生效時，通常即是雙方依契約應為履行時，亦即在履行上具有現時性。反之，在要物契約，其履行時點不但往往約定在將來，而且其不履行原則上不構成債務不履行。關於現金現貨契約(*das Handgeschäft*)請參考 Esser, *Schuldrecht*, 2. Aufl., 1960, S.7, 9.

<sup>88</sup> 與附隨意條件類似而不同者，有「利率選擇權(*Interest Rate Options*)、股價選擇權(*Equity Options*)、國外利率、股價、商品之選擇權」、匯率選擇權(金融業務參考八十五年六月 17 頁：中央銀行外匯局八十五年一月二十九日(八十五)臺央外柒字第 0 二一二號；金融業務參考資料八十七年十月 7 頁：中央銀行外匯局八十七年五月二十七日(八十七)臺央外柒字第 0 四 0 一 0 0 八號函)、「期貨選擇權」(財政部公報第三十二卷第一六 0 八期 33350 頁：財政部八十三年八月二十日臺財稅字第八三一六 0 0 三三 0 號函)「店頭市場外幣選擇權交易(*OTC Currency Options*)、店頭市場外幣利率選擇權交易(*OTC Interest Rate Options*)」(財政部公報第三十二卷第一六 0 八期 33350 頁：財政部八十三年八月二十日臺財稅字第八三一六 0 0 三三 0 號函)等關於選擇權的交易。這些交易之共同特徵為係關於將來商品或貨幣之交易，且約定買方以一定數額之權利金為代價自賣方購入選擇權

為契約尚未成立<sup>89</sup>。同理，法律原則上也不規定以債務人履行債務為契約之法定的「生效要件」。惟法律如例外為此種規定，該種契約即為學說與實務所稱之「要物契約」，其作用雖與「任意撤銷權」類似，同樣是賦予債務人以「悔約權」，但不盡相同<sup>90</sup>。是故，要物契約限於法定，締約當事人並不得經由合意，將其擬締結之契約，約定為要物契約。這與當事人就擬締結之契約，得為意定之要式約定者，不同（民法第一百六十六條）。

悔約權之賦予通常規定於無償契約<sup>91</sup>。例如贈與、使用借貸、消費借貸。關於

---

(Optionsrecht)。後來買方選擇不履約時，由買方向賣方支付權利金結帳；反之，買方選擇履約時，除前述買方應向賣方支付權利金外，由賣方向買方支付清算利差、匯差或價差（財政部公報第三十二卷第一六〇八期 33350 頁；財政部八十三年八月二十日臺財稅字第八三一六〇〇三三〇號函）。在房屋之仲介買賣的實務上，仲介公司要求相對人於交付小訂金後始得審閱買賣契約的做法。由於買方在審閱後，決意不買，請求退還小訂金時，並不須任何理由；反之，決意要買時，賣方有義務依所提供審閱之買賣契約賣與買方。所以，此種締約方式會引起與賦予買方購入選擇權相同的效果，只是並不以該小訂金為代價。該小訂金之收受對於賣方之利益與「押瓶費」類似，蓋後來買方如果決定不購買，仍得返還買賣契約書，請求退還小訂金。

<sup>89</sup> 最高法院五十五年度臺上字第二一四號民事判決「附停止條件之法律行為，於條件成就時發生效力，民法第九十九條第一項定有明文。惟其條件僅依債務人（即因條件成就而受不利益之當事人）片面之意思表示者（學理上謂之隨意條件），應屬無效。」（中華民國裁判類編（民事法）九冊 33 頁）。附隨意條件之契約依該判決要旨之見解應論為無效。從附停止條件之法律行為原則上應以已成立為前提觀之，固以論為無效為妥，但從契約之成立，以當事人有意受其意思表示之拘束為前提觀之（民法第一百五十四條第一項），當以論為契約尚未成立為妥。

<sup>90</sup> 將無償契約規定為「要物契約」，賦予債務人「任意撤銷權」雖同樣具有讓債務人得任意悔約的意義。但在實際的適用上還是有些差異。在規定為要物的情形，債務人只要不履行債務，即可達到悔約的目的，不必對於債權人之履行上的請求有任何回應，其沈默無違反誠信原則或被擬制為一定內容之意思表示的疑慮。反之，在賦予債務人「任意撤銷權」的情形，因涉及形成權之行使，不免有其權利之行使是否違反誠信原則，以及該撤銷權是否與一般形成權一樣，可由相對人催告或請求其行使，而於撤銷權人不應催告或請求而有所表示時，解釋為撤銷權消滅的問題。這次民法修正，刪除第四百六十五條「使用借貸，因借用物之交付而生效力」之要物要件，而改於增訂第四百六十五條之一中規定「使用借貸預約成立後，預約貸與人得撤銷其約定。但預約借用人已請求履行預約而預約貸與人未即時撤銷者，不在此限。」該修正即屬以任意撤銷權取代要物要件之做法。其但書之規定，具有「撤銷權人不應催告或請求而有所表示時，撤銷權即消滅」的意義。將前述一般形成權之規定內容適用於債務人在無償契約之悔約權並不適當。

<sup>91</sup> 是否賦予無償契約之債務人以悔約權為立法政策的問題。賦予悔約權的道理為：將無償的許諾定位為介於「社交或應酬約定」與「意思表示」間的表示。從而給予介於「有拘束力」與「無拘束力」間的效力。在意思表示之制度的建構上，「社交或應酬約定」與「意思表示」間的區別在於法效意思之有無。所謂介於「有拘束力」與「無拘束力」間的效力指債務人締約後雖可自由決定是否履行債務，但其如為履行，該無償契約仍為不當得利法上合格之法律上原因。基於此種考量，民法第四

贈與、使用借貸、消費借貸之悔約權的賦予，現行民法本來主要採要物要件，惟這次修正已全盤翻改為以任意撤銷權<sup>92</sup>，作為賦予債務人以「悔約權」的方法。該修正自其修正理由及修正內容觀之，並不妥適：

### 1 關於不動產贈與之要物的特別生效要件

民法第四百零七條原規定「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。」

該條規定後來經刪除，改以擴充民法第四百零八條之任意撤銷權代之。關於贈與之任意撤銷及其例外，修正後之民法第四百零八條規定：「贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已移轉者，得就其未移轉之部分撤銷之（第一項）<sup>93</sup>。前項規定，於經公證之贈與，或為履行道德上之義務而贈與者，不適用

---

百零八條第二項規定「前項規定，於經公證之贈與，或為履行道德上之義務而贈與者，不適用之。」蓋經公證者，其贈與之法效意思應已明確，此為以「要式」替代「要物」的規定。容許此種替代的道理在於認為：要物與要式同有提醒表意人慎思及存證的作用。但還是必須注意要物的作用強於要式，要物規定還有無償債權比較不值得保護的看法為其基礎。為履行道德上之義務而贈與者，不得玩笑置之。法律行為違反要式規定的瑕疵有時得以其履行治癒之，例如民法第一百六十六條之一第二項規定「未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」但也有不能以履行行為治癒其要式欠缺之瑕疵者，例如事實婚不能治癒法律婚要件之欠缺。民法第九百八十二條規定「結婚，應有公開儀式及二人以上之證人(第一項)。經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚(第二項)。」違反該條第一項規定之男女，即便長期過著與一般夫妻類似之同居生活，在我國目前亦不能因此取得法律婚的效力。至於「曾依戶籍法為結婚登記，有戶籍登記簿謄本為證(者)，固可推定其已結婚，然若有證據以資證明其未有公開之儀式及二人以上證人之法定結婚要件時，非不得推翻其推定」(司法院公報第四十卷第七期 106 頁：最高法院八十四年度臺上字第八二九號民事判決)。對於該推定之事實有爭議時，「依民事訴訟法第二百七十七條規定……應由否認之一方就所主張未經舉行結婚公開儀式及二人以上之證人之形式要件舉證證明之。倘不能舉證以證實其主張之事實為真實，則他方就其抗辯事實即令不能舉證或所舉證據尚有疵累，亦應駁回該否認之當事人之請求」(最高法院八十五年十一月八日八十五年度臺上字第二五三四號民事判決)。

<sup>92</sup> 從民法第四百六十四條及第四百七十四條觀之，民法債編本次修正後對於使用借貸與消費借貸看似還採要物契約的規定方式，以要物為成立要件之一，保護債務人，使其因要物要件，而在履行前不負債務。然因民法第四百六十五條之一及第四百七十五條之一分別肯認使用借貸與消費借貸之預約的效力，而使前述要物規定形同具文。其結果修正後之使用借貸與消費借貸的悔約權便必須藉助於任意撤銷權。

<sup>93</sup> 贈與之無償契約縱以贈與人(債務人)履行債務為其生效要件，或賦予贈與人在履行前得任意撤銷



之（第二項）。」

關於不動產贈與，民法第四百零七條本來規定「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。」實務上稱之為不動產贈與之特別生效要件。該條規定所以被刪除的理由為「贈與為債權契約，於依民法第一百五十三條規定成立時，即生效力。惟現行條文規定，以非經登記不得移轉之財產為贈與者，須經移轉登記始生效力，致不動產物權移轉之生效要件與債權契約之生效要件相同，而使贈與契約之履行與生效混為一事<sup>94</sup>。為免疑義，爰將本條刪除。」惟關於契約之成立與生效，任何債權契約「於依民法第一百五十三條規定成立時，（並不一定）即生效力」，是否生效還視法律或契約對之是否另附以生效要件而定；關於契約之生效與履行，經法律規定以債務人履行債務為其生效要件，固屬罕見，然如是規定正是不動產贈與契約之所以為要物契約的要件所在，且亦為法律賦予無償契約之債務人以悔約權的標準手段之一。

## II 關於使用借貸之要物的特別生效要件

民法第四百六十五條原規定「使用借貸，因借用物之交付而生效力。」該條規定後來經刪除，改以增訂預約的規定代之<sup>95</sup>。民法第四百六十五條之一規定：「使

---

其贈與之權利，履行前之贈與契約仍為已成立，且不背於法律之禁止規定的契約。此與民法第二百零五條規定者不同。該條規定「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。」依該條規定，由於貸與人就超過法定限額之利息無請求權，所以債務人事後如為超過限額之利息的給付，構成不當得利。此與無償契約因履行而生效者不同。類似問題亦存在於違反法定方式之契約的履行。無效契約之履行本來屬於無法律上原因之給付，構成不當得利，但法律如有明文規定，違反法定方式之契約因履行而生效（例如民法第一百六十六條之一），則因該給付治癒該契約之法定方式之欠缺的結果，該給付仍屬有法律上原因之給付。惟仍應注意無效契約與成立而尚未生效之契約的法律地位並不相同。前者必須法律有關於治癒其無效原因之例外的特別規定始能轉為有效；而後者則僅需要有滿足其生效要件之法律事實。

<sup>94</sup> 將民法第四百零七條之修正理由與民法第四百六十四條及第四百七十四條修正後之內容對照觀之，立法者似乎認為僅宜將要物要件規定為成立要件，而不宜規定為生效要件。其實以之為生效要件不但在規範的安排上可更為活潑，而且能更清楚的彰顯要物要件作為賦予悔約權之手段的功能。

<sup>95</sup> 最高法院八十五年十月十八日八十五年度臺上字第二三九六號民事判決「當事人訂立之契約，究為本約或係預約，應就當事人之意思定之，當事人之意思不明或有爭執時，應通觀契約全體內容是否包含契約之要素，及得否依所訂之契約即可履行而無須另訂本約等情形決定之。」最高法院以「得否依所訂之契約即可履行，而無須另訂本約等情形」作為預約與本約之區別標準的看法與民法第一

用借貸預約成立後，預約貸與人得撤銷其約定。但預約借用人已請求履行預約而預約貸與人未即時撤銷者，不在此限<sup>96</sup>。」

### III 關於消費借貸之要物的特別生效要件

民法第四百七十五條原規定「消費借貸，因金錢或其他代替物之交付而生效力。」。該條規定後經刪除，改以增訂預約的規定代之。民法第四百七十五條之一規定「消費借貸之預約，其約定之消費借貸有利息或其他報償，當事人之一方於預約成立後，成為無支付能力者，預約貸與人得撤銷其預約<sup>97</sup>（第一項）。消費借貸之預約，其約定之消費借貸為無報償者，準用第四百六十五條之一之規定（第二項）。」

本次民法修正所以將第四百六十五條及第四百七十五條刪除的理由為：「我國民法規定之使用借貸，通說認係要物契約，於當事人合意外，更須交付借用物始能成立。惟依現行法本條(第四百六十四條／第四百七十四條)及次條合併觀察，

---

百五十三條之規定意旨顯不相符。蓋在契約之締結上，關於其成立，雙方一致之意思表示如果尚未涵蓋依該條規定應涵蓋之範圍，該契約即未成立，無所謂在尚未涵蓋時，先定預約，課相對人訂立詳細本約之義務。實務上如有此種約定，其關於訂立本約之義務部分應無拘束力。惟在這種情形如有定金之授受，其效力為何？本次修正後之民法第二百四十八條規定「訂約當事人之一方，由他方受有訂金時，推定其契約成立。」所以當事人應仍得以關於應合意之點，雙方意思表示尚未一致為證據，推翻該推定之事實。然如果認為一致之意思表示已涵蓋應涵蓋之範圍，則其所謂先定預約，再定本約的合意，等於是不堅持就已表示之非必要之點應經合意，契約方始成立。如是則其後來如就非必要之點另有合意，該合意對於已成立之契約的意義為新增補充約款。然仍無所謂新增補充約款後之契約為本約，先前訂立之契約為預約。反之，在這種情形倘雙方就非必要之點不能獲致協議，應聲請法院依其事件之性質定之（民法第一百五十三條第二項）。

<sup>96</sup> 這種規定可能的道理有二：或者認為預約貸與人之撤銷權，應與一般形成權一樣，因相對人(借用人)(定相當期間)請求行使而不行使時，消滅；或者認為基於雙方先前不具要物要件之借貸的合意，在借用人再次以請求履行預約的方式，請求確認時，貸與人有義務積極表示，其不表示者，應做有利於借用人之解釋。這種見解自形成權之行使的角度觀之，固不無道理，但自對於無償契約所以為要物規定之實質的考量觀之，在制度的協調上則顯然格格不入。

<sup>97</sup> 消費借貸契約有利息或其他報償之約定者，為有償之消費借貸契約，而當初關於消費借貸之規範計畫以無償為出發點，將之規定為要物契約。因此，該要物規定對於有償之消費借貸契約便不適合。這是現行民法中關於消費借貸契約之要物規定所以必須利用預約加以調整的道理所在。惟必須注意如無明文規定肯認此種預約之效力，而任由司法機關在實務上予以補救，則該補救屬於法官造法的活動。

易使人誤認為使用借貸/消費借貸為諾成契約，而以物之交付為其生效要件。」該修正理由對於要物契約之定義顯有誤解。按所謂要物契約本來就以債務人履行債務為其成立要件或生效要件。以使用借貸及消費借貸為例，在該認識下，於將民法第四百六十四條及第四百六十五條／第四百七十四條及第四百七十五條合併觀察時，使用借貸及消費借貸應論為要物契約。從體系的觀點，在這種情形不得分別將前述規定拆開來，單獨以第四百六十四條或第四百七十四條為依據，認為使用借貸及消費借貸是諾成契約。將使用借貸及消費借貸之要物性按第四百六十四條及第四百六十五條／第四百七十四條及第四百七十五條，分別加以規定的道理為：劃分契約之成立階段與生效階段，以便必要時得以之為基礎，進一步給予細緻的規範<sup>98</sup>。

配合刪除該要物之生效規定，本次民法修正分別將要物要件建入使用借貸及消費借貸之定義中<sup>99</sup>：民法第四百六十四條自「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。」，修正為「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。」第四百七十四條自「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。」，修正為「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（第一項）。當事人之一方對他方負金錢或其他代替物之給付義務而約定以之作為消費借貸之標的者，亦成立消費借貸（第二項）。」問題是刪除了要物之生效規定，將之轉為成立要件，以維持其要物性，使前開關於使用借貸及消費借貸之預約的規定更為突兀。蓋預約在這裡事實上是對於要物規定的脫法行為，其肯認為一種法律補充，今既將要物之生效規定，轉

<sup>98</sup> 利用將法律行為之成立要件與生效要件分別安排的技巧，民法第九十五條第一項首先規定「非對話而為意思表示者，其意思表示，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。」以提供同條第二項之規範安排的基礎：「表意人於發出通知後死亡或喪失行為能力，或其行為能力受限制者，其意思表示，不因之失其效力。」

<sup>99</sup> 將要物要件規定於契約定義，等於將之建入成立要件中。亦即以債務人履行契約為成立要件。當以要物要件作為契約之成立要件，其預約之存在餘地應較以之為生效要件為難。蓋在以之為生效要件的情形，在履行前，至少其成立是沒有問題的。從而必須迂迴安排者僅剩生效的問題。反之，如以要物要件為成立要件，在其滿足前，契約尚未成立；既尚未成立，當事人自享有決定是否締約的權利。

為要物之成立要件（民法第四百六十四條或第四百七十四條），即無在立法階段毫無保留的肯認使用借貸及消費借貸之預約，容許以預約規避要物規定之適用的道理（第四百六十五條之一或第四百七十五條之一）<sup>100</sup>。

### C 要式或要物契約與預約

基於契約自由中之方式自由，在契約之締結上，就契約內容論，只要當事人雙方獲得合致之意思表示的範圍達到民法第一百五十三條所規定的程度，契約即為成立，原則上不須踐行一定之方式。至於履行在債務契約則是契約成立、生效以後的事情。只有在例外的情形，為提醒締約人慎重將事，為保存與締約有關之證據方法，法律始對於一些契約類型規定應依法定方式為之。這些方式首推書面(字據(民法第四百二十二條)、文字(民法第五百三十一條))、其次為公證<sup>101</sup>，再其次為

<sup>100</sup> 民法第一百五十三條規定「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（第一項）。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（第二項）。」依該條規定，契約之締結原無本約與預約之別。只要關於必要之點，當事人互相表示意思一致，且對於非必要之點，未經表示意思必須一致，即推定其契約為成立。對於雙方尚未表示之非必要之點，當事人事後如不能有一致之意思，應藉助於與該契約有關之任意規定或法院之裁判補充該部分之契約內容。反之，當事人如表示契約先成立，但一部分約款留待他日再議，則該契約事實上並未成立。在這種情形，當事人後來對於留待再議的事項如果不能獲得協議，當事人並不得聲請法院依其事件之性質定之。蓋「他日再議」的意思為當事人要自己經由合意決定其內容，而不願藉助於與該契約有關之任意規定或法院之裁判補充該部分之契約內容。而締約雙方基於契約自由，無獲致合意的義務。是故，對於依雙方已表示之意思應合意之點，雙方後來如不能獲致合意，契約即不成立。在此意義下，可說天下雖大，但原則上並無預約容身之地。只有要物契約之規定在適用上已不合時宜，不能滿足交易上之規範需要，構成法律漏洞時，始有不得利用預約補充該漏洞，排除該要物規定之適用的必要性與妥當性。要之，必須認識到：主張以預約為一定之法律效力的依據時，其主張涉及法律漏洞之補充，已非單純之法律解釋。基於該認識，本次民法修正，在第四百六十四條及第四百七十四條分別將要物要件規定為使用借貸及消費借貸之成立要件後，隨即增定第四百六十五條之一及第四百七十五條之一肯認使用借貸及消費借貸之預約效力，顯然自相矛盾。

<sup>101</sup> 以公證作為一種法定之方式為本次民法債編修正始引入之新制度。新增之民法第一百六十六條之一第一項規定「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。」公證之方式對於要物或類似於要物之行為在機能上有時有替代性。例如第四百零八條規定「贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已移轉者，得就其未移轉之部分撤銷之（第一項）。前項規定，於經公證之贈與……不適用之（第二項）。」反之，法律有時規定要物行為亦即履行，可治癒公證方式之欠缺。例如民法第一百六十六條之一第二項規定「未依前項規定公證之

應有公開儀式及一定數目（例如二人以上）之證人（民法第九百八十二條）。至於民法第九百八十二條第二項關於「經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」的規定固有事實之推定，但無要式之替代的意義。不依法定方式之法律行為原則上無效（民法第七十三條）<sup>102</sup>。其例外有依法改變其內容而使之有效者<sup>103</sup>，有後來可因履行而依法轉為有效者<sup>104</sup>。

法律規定以債務人履行債務為債務契約之成立要件或生效要件者，該契約為要物契約。將一個契約類型規定為要物契約，對於當事人固有遠逾於要式規定的介入，但因其所以為如是規定之目的通常在於賦予無償契約之債務人以悔約權，使債務人決定是否締約之自由可以保留至最後一秒鐘。是故，在無償契約，要物規定對於唯一因該契約而負義務之債務人的契約自由，論其實際並無限制作用。

如果法律對於系爭契約有要式或要物的要求，則雙方意思表示獲致合意的範圍縱然已達民法第一百五十三條所定之程度，契約還是不成立或不生效力。其中

---

契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」不過，這種用來替代之行為的規定，不是以典型之要式或要物的方式表現出來。又民法第四百二十五條第二項規定「未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用」同條第一項關於買賣不破租賃原則對於承租人之保護規定，以及第五百十三條第三項規定「前二項之抵押權登記，如承攬契約已經公證者，承攬人得單獨申請之」等關於公證之規定的強度雖未至要式，亦即不遵守契約即無效的程度，但已有遵守一定方式，始提供保護或方便的意味。在此意義下可將之稱為「準要式行為」。

<sup>102</sup> 未滿足契約方式之效力究應如何？依民法第七十三條，所違反者為法定方式者，契約無效；依民法第一百六十六條，所違反者為約定方式者，推定其契約不成立。契約不成立與契約無效之效力在結果上雖然基本相同，但其發展仍有不同。蓋「契約不成立」可予推定，而「契約無效」則不得以推定的方式規定之。在約定方式之違反，因有保留依當事人之真意加以認定之餘地與必要，所以應規定為「推定其契約不成立」；在法定方式之違反，因當事人之真意不能替代法定方式之遵守，所以應規定為「契約無效」，以貫徹法定方式之規定的意旨。

<sup>103</sup> 例如民法第四百二十二條規定「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。」

<sup>104</sup> 例如民法第一百六十六條之一規定「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（第一項）。未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效（第二項）。」在該條第一項所定情形，如無第二項之規定，其履行所移動之財產利益，將因所履行者為無效之法律行為首先構成不當得利。從而在其給付時明知無給付之義務，符合非債清償之要件時，依民法第一百八十條第三款給付者不得請求返還。不過，這些皆因第一百六十六條之一第二項之規定而不再構成問題。此即履行可治癒法定方式欠缺的規定。然履行並不皆可治癒法定方式之欠缺，可治癒之情形原則上以法律有明文規定者為限。例如事實婚不能治癒法律婚之法定方式的欠缺。

要式要件可介入在成立階段，而要物要件可介入在成立或生效階段。關於契約之締結，本來無預約或本約之區分的實益<sup>105</sup>。然倘法定之要式或要物的規定有不合時宜的情形，致不能滿足交易上之規範需要，而構成漏洞，則學說與實務會嘗試利用所謂不須具備該要式或要物要件即可成立或生效的預約，補充該漏洞以規避之。其中之著例是：肯認附有利息之消費借貸的預約為有效<sup>106</sup>。由於預約事實上規避要式或要物之明文規定，因此要式或要物規定如無因不合時宜，而構成漏洞的情形，不得以預約規避之。附有利息之消費借貸的預約所以會被接受，其理由為此種消費借貸非無償契約，不當給予因無償，始賦予債務人之悔約權。

（本文原登載於植根雜誌第十七卷第一期頁 1 以下，爰予增補改寫之）。

<sup>105</sup> 最高法院八十六年二月二十日八十六年度臺上字第四六一號民事判決「惟查：「預約」既為可與「本約」併存之另一種「契約」型態（參見：本院六十一年臺上字第九六四號、七十年臺上字第一四七四號等判例），倘因該「預約」（契約）而負「債務」之當事人，有債務不履行之情事，他方當事人（債權人）即非不得依「債務不履行」之相關規定，對之請求損害賠償。本件上訴人係以：伊向被上訴人購買系爭土地，訂立「小訂協議書」，同時給付定金五百萬元後，被上訴人不履行契約，經催告仍置之不理，抑且為「二重買賣」，將系爭土地所有權移轉登記於他人，對伊已陷於給付不能，伊自得請求被上訴人賠償「債務不履行」所生之損害云云（見：第一審卷 4、5 頁），為請求被上訴人賠償損害之張本。雖上訴人所主張該「小訂協議書」之性質為「本約」非「預約」之法律見解，為原審所不採；但法院就原告（上訴人）所主張起訴原因之事實判斷其法律上之效果，原可不受原告所述法律上見解之拘束。（參見：本院二十六年渝上字第三五〇號、四十三年臺上字第六〇七號等判例）。縱兩造間所簽立之上開「小訂協議書」，僅屬原審所認定之「預約」，非「本約」。然依前揭說明，「預約」亦為「契約」之一種，如有不履行情事，自無從排斥權利人依「債務不履行」之法則所得行使之權利。」在本件判決所示情形，該判決意旨雖仍肯認預約之類型，但自結果論，將當事人具體之約定稱之為「預約」或「本約」已無任何效力上的差異。此所以說，肯認預約一事，在正當的情形事實上是多此一舉；反之，在不正當的情形，則提供脫法行為之論理基礎，徒增困擾。

<sup>106</sup> 民法第四百七十五條之一第一項規定「消費借貸之預約，其約定之消費借貸有利息或其他報償，當事人之一方於預約成立後，成為無支付能力者，預約貸與人得撤銷其預約。」依該項規定，有償之消費借貸的預約貸與人原則上不得撤銷，從而等於否定了第四百七十四條關於消費借貸是要物契約的規定。