

法律行為與契約之締結(一)

黃 茂 榮*

【目 次】

一 概說	II 法律事實對於成立或生效要件之連結
二 私法自治	四 契約之締結
A 契約原則	A 契約之兩造構造
B 單獨行為是否得為債之發生原因	B 要式行為、要式契約與諾成行為
C 契約自由原則	C 要約之概念及其拘束力
D 契約自由之限制	D 要約拘束力之存續期間
三 意思表示	E 要約拘束力之保留
A 意思表示之概念	F 承諾之概念及其效力
B 法效意思或締約意思	G 契約內容的必要之點
C 意思表示之種類	H 預約與本約
I 表示方法：對話、非對話或網路通信之 意思表示	五 後悔
II 明示或默示	六 契約關係發展之三階段
III 需相對人與不需相對人之意思表示	A 成立階段與生效階段
IV 需要第三人同意之意思表示	B 生效階段與履行階段
D 文件之簽名	I 關於不動產贈與之要物的特別生效要件
E 意思表示之成立與生效	II 關於使用借貸之要物的特別生效要件
I 成立要件與生效要件	III 關於消費借貸之要物的特別生效要件
	C 要式或要物契約與預約

問 題：

- 一、意思表示之表示方法有哪幾種？利用網路通信表示者特別會有什麼規範需要？
- 二、何謂默示，其與沈默是否相同？意思表示得以明示為之者，是否皆得以默示的方式為之？
- 三、何謂要約之拘束力？要約人就要約拘束力有所保留者，其要約是否尚成其為要約？
- 四、在哪種情形要約人得撤回其要約？

* 司法院大法官、台灣大學法律學院兼任教授。

五、何謂契約內容的必要之點？為預約之締結，除法律另有規定外，締約人是否需要就必要之點皆獲致合意？

六、要物契約是否限於法定？

一 概 說

民事關係之發生、變更與消滅的規範基礎，固有以法律為依據者，但每天民商活動所賴以發展者，主要還是以當事人之意思表示或契約為基礎。此即私法自治原則的實踐。

二 私法自治

所謂私法自治原則，指肯認私法事務為私法自治事項，權利主體原則上得以意思表示的方法形成其法律關係的制度。私法自治之主體主要固指私人，但亦包括不行使公權力處理其私法事務時之公權力機關。

私法自治原則固為關於私法事務之規範的基礎原則，但在實踐上仍有一些例外的規定。其表現主要為關於意思表示之強制規定，以及對於契約自由原則之一些限制性的規定。此外，民法第九十八條關於意思表示之解釋的規定，在實務上其實亦可能產生由司法機關規制私人之締約活動的結果。

A 契約原則

基於私法自治原則，關於私法自治事項，既然肯認其權利主體原則上得以意思表示的方法形成其法律關係的內容，則當一件事務涉及到兩個以上之人的利益，其法律關係內容的形成自應由其當事人以一致之意思表示共同決定。該一致之意思表示法律上稱為契約。這是債務原則上應以當事人間之契約，例外才以當事人一方之單獨行為或法定要件為其發生之依據的道理。此即契約原則。因之，與法律行為有關的法律關係，首先應適用者為契約原則，而後才審查，是否應例外的適用信賴要件及與形成權有關的規定，以及意定之債的規定原則上優先於法

定之債的規定受適用。

以單獨行為為債之發生或消滅之依據者，例如捐助或捐贈、票據行為、遺贈¹、債務之免除²。這些單獨行為除債務之免除外，皆應遵守嚴格的法定方式³。關於債務之免除，民法第三百四十三條雖未規定應以一定的方式為之。但所要免除之債務，如「以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的」，其免除是否亦應踐行依民法第一百六十六條之一所定之方式：「由公證人作成公證書」？宜採肯定的見解。

B 單獨行為是否得為債之發生原因

關於以法律行為做為債之發生或其內容之改變的原因，我國民法並無類似於德國民法第三百零五條之規定：「為以法律行為建立一個債之關係或為改變一個債

¹ 贈與雖為一種契約，但以遺囑所作之遺贈則為單獨行為。民法第一千一百七十九條第一項第三款雖然規定，遺產管理人得「聲請法院依公示催告程序，限定一年以上之期間，公告被繼承人之債權人及受遺贈人，命其於該期間內報明債權及為願受遺贈與否之聲明，被繼承人之債權人及受遺贈人為管理人所已知者，應分別通知之。」「被繼承人之債權人或受遺贈人，不於第一千一百七十九條第一項第三款所定期間內為報明或聲明者，僅得就賸餘遺產，行使其權利」（第一千一百八十二條）。但縱使「繼承人或其他利害關係人，得定相當期限，請求受遺贈人於期限內為承認遺贈與否之表示；（然）期限屆滿，尚無表示者，（仍應）視為承認遺贈」（第一千二百零七條）。受遺贈人在遺囑人死亡後，得拋棄遺贈（第一千二百零六條第一項）。由以上規定可見遺贈與遺囑中之其他款項一樣，「自遺囑人死亡時，發生效力」（第一千一百九十九條）。惟「遺囑所定遺贈，附有停止條件者，（仍）自條件成就時，發生效力」（第一千二百條）。

² 債務不但不能由債務人自己以單方行為免除之，例如旅店、飲食店、浴堂或其他相類場所之主人責任（第六百零九條）、提單或其他文件上之免責文句（第六百四十九條）、旅運票上免責文句（第六百五十九條），其以契約合意免除者，有時也受到法律之限制，不得預先免除。至於事後之免除，債權人原則上得以單獨行為的方式為之，例如債之免除（第三百四十三條）。惟基於法律之規定，有債務人例外享有減免請求權，例如耕地租賃之租金減免請求權（第四百五十七條第一項），或法院得依法衡平免除者，例如基於過失相抵之免除（民法第二百十七條第一項）、人事保證責任之減免（第七百五十六條之六）。

³ 民法第六十條第一項規定「設立財團者，應訂立捐助章程。但以遺囑捐助者，不在此限。」惟不論何種遺囑（一、自書遺囑。二、公證遺囑。三、密封遺囑。四、代筆遺囑。五、口授遺囑）（第一千一百八十九條），皆必須以書面為之（第一千一百九十條至第一千一百九十六條）。基於類似的理由，民法第四百零八條第二項規定，贈與人不得依同條第一項，撤銷經公證之贈與。請參考 Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, S.20.

之內容，除法律另有規定者外，一個當事人間之契約是必要的。」本於該規定所表彰之法律思想，私法自治在以單獨行為建立或改變債之關係的活動上受到原則性的限制。然其道理何在？一方之單獨行為的效力如在於課相對人以義務，其不得為此種債務之發生原因，固為自明的道理，然為何對自己課以義務，亦原則上不可呢？其理由應為，在這種情形表意人既不得同時課相對人以義務，則這種以單獨行為為依據之債的關係，如果成立，勢必為一種課自己以義務的單務之債。而單務之債即便在以契約為其依據的情形，原則上應賦予債務人以悔約權。以此類推，以單獨行為做為依據之債，由於欠缺「合意」上的約束，其拘束力自當更形薄弱。必須法律另有明文規定肯認其為債之發生原因時，方可。然其肯認還是必須有其當予肯認之實質理由，以否定其悔約權。否則，一方面容許以單獨行為負擔債務，另一方面又容債務人不具任何理由任意撤回，自意思表示之成立而論，與容許債務人從事附隨意條件之意思表示無異，是沒有意義的。在德國經法律規定之重要的例外有：對於財團法人之捐助行為(德民第八十條、第八十二條)及遺贈(德民第一千九百三十九條、及第二千一百四十七條以下)、懸賞廣告(德民第六百五十七條)⁴。

以德國民法該三種例外規定所定之事例為例，其以單獨行為做為債之發生的實質理由，應朝為何例外不許其悔約的方向探討。參酌我國民法第四百零八條第二項後段關於「為履行道德上之義務而贈與者」，其贈與物之權利縱未移轉，亦不得悔約，撤銷其贈與⁵的規定，可以導出為何捐助行為這種單獨行為得為債之發生原因。至於遺贈的道理應在於其為死因行為，在其生效時，不但表意人已不再得為所謂之悔約的表示，而且如容其繼承人悔約，其悔約正是違逆被繼承人生前所

⁴ Soergel-Manfred Wolf, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1986, § 305 Rz 11.

⁵ 民法債編修正後，民法第四百零八條為關於贈與之悔約規定所在。這個看法在其修正理由的說明第二點明白的表示出來：「立有字據之贈與，間有因一時情感因素而欠於考慮時，如不許贈與人任意撤銷，有失事理之平。為避免爭議並求慎重，明定凡經過公證之贈與，始不適用前項撤銷之規定，爰修正第二項。」至於以「現行條文規定以贈與物未交付前，贈與人始得行使撤銷權，適用範圍太過狹隘」為理由，將同條第一項所定之悔約的要件，自「贈與物未交付前」，修正為「贈與物之權利未移轉前」，是否允當，值得檢討。蓋在像土地之買賣契約，所有權之移轉與土地之交付為不同之兩個請求權，所以，已先交付，而未移轉所有權之土地贈與，是否尚得任意撤銷，還是有明白加以規定的意義。

做之遺贈的意思⁶。而懸賞廣告當採單獨行為說，則因其並非純粹之無償的單務之債。事實上相對人已先於廣告主之報酬給付，投入於廣告行為之完成。是故，立法者在本次採契約說時，亦將民法第一百六十五條修正規定為「預定報酬之廣告，如於行為完成前撤回時，除廣告人證明行為人不能完成其行為外，對於行為人因該廣告善意所受之損害，應負賠償之責。但以不超過預定報酬額為限（第一項）。廣告定有完成行為之期間者，推定廣告人拋棄其撤回權（第二項）。」這皆在表徵懸賞廣告，不論將之定性為單獨行為或契約，究諸實際皆非無償的債務關係，不得任意悔約。

C 契約自由原則

契約自由原則指一個人自由決定根本是否締約、與誰締約、選擇何種契約類型、決定以何契約內容及何種方式締約的自由。此為私法自治原則具體化下來之基礎原則。其中根本是否締約與私法自治的關係最為密切，其餘則屬於其具體的實踐，以貫徹私法自治原則的精神。

D 契約自由之限制

關於私法自治事項，當事人原則上雖享有前述契約自由，得自由決定締約事宜。然為確保市場機能，維護交易安全、公平，必要時並照顧弱勢族群，特別是在市場機能已因市場結構之扭曲，不能適當發揮時，法律對於契約自由加以限制。例如 1 利用締約強制限制其締約自由，2 為確保交易安全將一些契約規定為要式契約，限制其方式自由，3 利用類型強制，限制其為達到一定之經濟目的得採取之契約類型，4 酌減過高報酬⁷或過高之違約金，5 禁止差別待遇，限制其交

⁶ 首先由民法第一千二百零七條規定「繼承人或其他利害關係人，得定相當期限，請求受遺贈人於期限內為承認遺贈與否之表示；期限屆滿，尚無表示者，視為承認遺贈。」可見遺贈之拘束力。自為繼承人之利益的保護，第一千二百二十五條規定僅於「應得特留分之人，...因被繼承人所為之遺贈，致其應得之數不足（時），（始）得按其不足之數由遺贈財產扣減之。受遺贈人有數人時，應按其所得遺贈價額比例扣減。」可清楚顯示遺贈對於繼承人之繼承權的優先性。

⁷ 第五百七十二條「約定之報酬，較居間人所任勞務之價值，為數過鉅失其公平者，法院得因報酬

易相對人之選擇自由或交易內容之決定的自由。這些限制有的存在於民事法中，有的存在於公法中。當其存在於公法中⁸，公法上之限制不一定影響該行為在私法上之效力。

三 意思表示

A 意思表示之概念

稱意思表示，指將法效意思表示出來之行為。解析之，包含兩個要素：法效意思及表示行為。所以，原則上如欠缺該要素之一，即不成其為意思表示。不過，現行法規定有各種例外之情形。例如心中保留——無法效意思(民法第八十六條)，意思實現——無表示行為(民法第一百六十一條)，沈默——無法效意思及表示行為(民法第一百七十條第二項：逾期末為確答者，視為拒絕承認；第三百八十六條：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；第三百八十七條：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)。其中沈默的情形因「表意人」根本未為表示，是故，其意思表示以擬制的方法規定其為存在。

B 法效意思或締約意思

為契約之締結，原則上表意者在表示時，必須有使自己因其表示，而負其表

給付義務人之請求酌減之。但報酬已給付者，不得請求返還。」

⁸ 類型強制所要對抗的稅捐安排，在法律行為的解釋上或評價上多論為脫法行為。例如為防止以變相方式取得所有權或使用權規避契稅義務，契稅條例第十二條規定「凡以遷移、補償等變相方式支付產價，取得不動產所有權者，應照買賣契稅申報納稅；其以抵押、借貸等變相方式代替設典，取得使用權者，應照典權契稅申報納稅（第一項）。建築物於建造完成前，因買賣、交換、贈與，以承受人為建造執照原始起造人或中途變更起造人名義，並取得使用執照者，應由使用執照所載起造人申報納稅（第二項）。」不過，在第二項規定情形，必須注意其實際移轉之範圍。蓋在中途變更起造人名義，始建造之部分，仍屬於原始取得，而非繼受取得，無契稅義務。

示所定內容之義務的意思，亦即應有法效意思（*Rechtsfolgewille*）⁹或締約意思。然究竟是其「表示」或立於其後之「意思」使其負有義務，素有爭議，此即關於意思表示應採表示說（*Erklärungstheorie*）或意思說（*Willenstheorie*）的問題¹⁰。此外，在表示時表意人是否應有表示意識（*das Erklärungsbewußtsein*）或表示意思（*die Erklärungswille*）至今亦無定論¹¹。所謂無表示意識而做表示，指表示者不知其動靜在當時之情境，他人通常已會將之理解成意思表示，例如在拍賣場以交易習慣上可能被理解為應買之手勢，與朋友打招呼時，其手勢雖不具應買之表示意識，還是會被認定為構成應買表示。蓋非如是，拍賣場之拍賣的交易秩序與法的安定性將難以維持。然即便認為不需要表示意識，還是不能沒有行為意思（*der Handlungswille*），蓋如無行為意思，該動靜已非行為，不得作為法律效力之歸屬依據。同理，因偽造之表示對於名義上之表意人而言，根本無行為存在，亦不論為本人之意思表示¹²。

⁹ 表示出來之法效意思究竟應涵蓋多廣？為契約之成立，依民法第一百五十三條第二項，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。後來關於該非必要之點，當事人意思不一致時，應聲請法院依其事件之性質定其內容。此外，約定之契約內容，特別是在其該當於有名契約之類型時，還應受其強行規定之規整與任意規定之補充（*Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1978, Rz 19 vor §116*）。

¹⁰ 關於意思表示的規範，我國民法與德國民法一樣，並未偏採表示說或意思說。首先就意思之有無及內容之認定採表示說，不拘泥於當事人所用之辭句，依社會通念、交易習慣，解釋意思表示，探求當事人之真意，以認定其在規範上當有之內容。因此，其認定之結果，與當事人事實上所持之意思便可能不一致。為緩和該規範上與事實上之內容的差距，民法另許以意思表示有錯誤，或因受詐欺或脅迫而為意思表示為理由，撤銷其意思表示。換言之，在該等撤銷之規定，兼採意思說。准以當事人心中事實上主觀存在之意思與依其表示解釋為客觀存在之意思不一致為理由，撤銷其意思表示（*Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1978, Rz 11 vor §116*）。

¹¹ *Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, S.20*。認為需要有表示意識之著名學者有 *Enn-Nipperdey, Staudinger-Coing, Canaris, Wieacker*，認為不需要者有 *Larenz, Bydlinski, Flume*（*Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1978, Rz 12 vor §116*）。

¹² *Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1978, Rz 16 vor §116*。冒名而為意思表示，所涉法律行為之態樣並不能一概而論。有只是名義的稱謂不同，而雙方就主體資格皆無誤認者。例如親自冒名投宿於旅館、冒名就醫或未表明代理意旨以非自己之名義為意思表示的情形。與之類似者為以筆名投稿，而不對於報社表明，該名義僅是筆名的情形。在這些情形，表意人並不因使用非本人之本名，而引起當事人之同一性，或非以自己之名義為意思表示的問題。在相對人因表意人表明代理意旨，而明知表示者非為該代理關係之本人的情形，如表意人未經授與代理權，或代理權經限制或撤回而越權代理者，其所為首先定性為無權代理，而後再視具體情況論其是否該當於表見代理之規定。其未經授與代理權或代理權經限制或撤回為相對人所明知或可得而知者，不構成表見代理（民

關於意思表示之有無及其內容的認定，學說上所以漸有不以表示意識為其要件，並不全然僅是基於實用性的考量，同時也因為：法律為實現其規範功能，必須以一個人形諸於外之行爲，依社會通念、按交易習慣，所能客觀認知之意思，而不能以隱藏於心中之意思為基礎，認定其法效意思；此與心理學上應以一個人內心事實上存在之意思為探討對象者不同。是故，與表示意識相結合之內心的法效意思不適當作為意思表示的重要成分，適當作為意思表示之重要成分者為行爲人之行爲意思。至於該行爲所表示之法效意思在規範上的內容該當為何，應參酌其附隨情況及交易習慣，客觀認定之¹³。此為意思表示之解釋的問題¹⁴。其結果，在無表示意識之意思表示，其表意人如不欲為其所拘束，應將其關於意思表示之存在的錯誤，論為關於其內容之錯誤，以表示內容有錯誤為理由，撤銷其意思表示¹⁵。

C 意思表示之種類

關於意思表示之分類，可為不同之目的，按不同的標準分類之。例如按其表示方法可分為對話與非對話之意思表示，按其是否需要相對人區分為須相對人與不須相對人之意思表示，按法律是否規定其應遵守一定之方式可區分為要式行爲與諾成行爲。

法第一百六十九條、第一百零七條)。關於冒名之意思表示，最高法院五十三年度臺上字第一三四三號民事判決要旨稱：「法人之代表機關冒名營私，除與之為法律行爲之相對人明知其情，可類推適用民法第八十六條但書規定，視該行爲乃代表機關個人之行爲者外，原應解為法人本身之行爲。且單獨之虛偽表示，基於民法第八十六條但書規定而無效時，為保護交易安全計，尤應類推適用民法第八十七條第一項但書規定，認其無效不得以之對抗善意第三人，此等民法關於法律行爲之規定，於票據行爲，並不排斥其適用。」然由於該判決中所示之機關為自然人，而所冒名者為法人，因之，並無將該機關誤認為該名義所指之本人的可能。是故，所示法律事實可能該當之法律類型應為無權代理或無權代表，與心中保留或通謀意思表示無涉。

¹³ 按一個表示行爲所以有傳遞意思的能力，即在於其表示依習慣具有一定之客觀意思的內容。因之，基於私法自治的精神，雖當以表意人事實上懷有之主觀的意思為其法效意思之內容，但該事實上存在之主觀的意思在法律行爲法上的考量仍應限於，在該主觀意思與其表示之規範上的內容不一致而有錯誤時，肯認表意人之錯誤為一種意思的瑕疵，表意人事後得據以撤銷其意思表示，尚不宜以該主觀意思的內容作為其表示在規範上可以生效的內容。

¹⁴ Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1978, Rz 16ff. vor §116.

¹⁵ Soergel-Hefermehl, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1978, Rz 49. vor §116.

I 表示方法：對話、非對話或網路通信之意思表示

關於意思表示現行法依其表示方法，區分為對話與非對話之意思表示。惟近年基於網路通信技術的研發及通信網路的建置，已發展出網路通信的表示方法。對於利用網路通信所作之意思表示民法尚無明文規定。今不但關於何謂對話與非對話之意思表示，而且關於何謂網路通信之意思表示，民法對之皆無定義，只在第九十四條及第九十五條分別規定對話與非對話之意思表示的成立及生效要件。因此關於對話、非對話及網路通信之意思表示所指者究竟為何，以及網路通信之意思表示的成立與生效要件皆尚待探究。

分析對話與非對話在存在上之基本特徵可得，最典型之對話應是「當面說」，反之，非對話則是「書面傳訊」。在對話之意思表示，因為是當面說，即說即到，所以原則上無歸屬及到達的問題；在非對話之意思表示，因為是書面傳訊，所以發信後，待於傳遞方始可能到達，所以有歸屬與到達的問題。在對話之意思表示雖無歸屬與到達，但卻有了解的問題；反之，在非對話之意思表示雖有歸屬與到達的問題，但卻無了解問題。然不論是對話或非對話之意思表示皆可能因冒名¹⁶，而發生歸屬的問題。

在對話之意思表示，所涉之了解問題，除非表意人明知相對人有聽覺障礙，否則，其了解自當亦以一般人「可了解」為準。如非以一般人「可了解時」為標準，而以受話人實際了解狀況為標準，考慮其聽覺之收訊情形，則第九十四條所定之「了解時」，具有以「到達」為要件類似之意義，惟在實務上不容易客觀驗證。認定非對話之意思表示的到達，原則上以投入相對人之信箱時，或以投入後依交易習慣通常可預期其開取時為其到達時，而不以相對人實際閱信時為準。

在非對話之意思表示，因傳達需要一定之時間，且關於其發生效力，第九十五條採到達主義，因此，除另有不同之特約，關於非對話之意思表示，其意思表

¹⁶ 冒名屬於一種通俗的，尚非法典中之制式的用語。冒名主要指兩種情形，未經表白而使用非本名，或未經授權而使用他人名義從事代理行為。前者雖無當事人同一性，但可能有當事人資格之錯誤，如涉及處分他人之物的情事，其所為屬於無權處分；如僅涉及負擔行為，因應負義務者為表意人，不因之產生效力障礙，不過，對於當事人之資格有錯誤者，得視情形以錯誤或受詐欺為理由，撤銷其意思表示。後者所涉者不論是負擔行為或處分行為，皆屬於無權代理。

示之成立與生效應不在同一時點，而有一段時間之間隔。由於該時間之間隔，使非對話之意思表示的發展狀態有處於「成立而未生效」之階段的可能。於是，提供兩個重要之規範可能性：在非對話之意思表示通知達到相對人前，表意人來得及以撤回的方法阻止其發生效力(第九十五條第一項但書)；表意人於發出非對話之意思表示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(第九十五條第二項)。該規定對於意思表示之成立與生效問題之認識有重要意義¹⁷。

在對話之意思表示，其傳達的媒體最原始時為空氣，在非對話之意思表示，則為信差。後來的演變為前者利用有線或無線電話，後者利用電報、傳真(Fax)或電子郵件(E-Mail)、錄音帶、錄影帶等新興媒體傳達信息。上述新興傳達方法在對話或非對話上的歸類，分別按其功能類似於當面說或書面傳訊的程度而定。其中將有線或無線電話類比於當面說，固有空間上的差異，造成些許辨識上的困難，然由於每人各有音色，在辨識上之爭議尚不太大；倒是在非對話之意思表示，將電報、傳真、電子郵件、錄音帶或錄影帶等新興媒體類比為書面之表示方法，使非對話之意思表示固有之歸屬的問題，倍增認證的難度。

民法第三條規定「依法律之規定有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名（第一項）。如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力（第二項）。如以指印、十字或其他符號代簽名者，在文件上，經二人簽名證明，亦與簽名生同等之效力（第三項）。」該條規定之意旨首先固為：法定應以書面為之的文據應由本人簽名，但論其功能，則在於利用簽名將以書面所作之意思表示歸屬於一定之簽名者。鑑於依當事人之一方之意思或雙方之協議，選擇以書面的方式表示其意思時，同樣會有書面所作之意思表示的歸屬問題，因此，該條規定應類

¹⁷ 按一個意思表示在發生上，其發展可分為未成立、成立；成立後又可能有無效、效力未定、生效等不同的效力狀態。不論是未成立或雖成立而無效或尚未生效，在債務契約，其債權人皆尚不能對於債務人據之有所請求。是故，很容易誤以為雖成立而無效或尚未生效之意思表示與未成立之意思表示的法律地位完全相同。其實不然。民法第九十五條第一項但書及第二項的規定最適合來說明：已成立而未生效之意思表示的法律地位或其對於法律關係之發展的意義。另已成立而無效的意思表示，除得為損害賠償之債的要件事實外（民法第一百十三條），有時法律亦規定其無效得因履行而治癒。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）。」

推適用於意定的文件¹⁸。然簽名一事，在以電報、傳真(Fax)或電子郵件(E-Mail)、錄音帶、錄影帶等新媒體傳達訊息的情形產生難題。其中電報由於有電信局介入，擔負類似於傳統信差的機能，其歸屬原則上較無疑義。傳真，當其以影像傳送因有接近於一般信函的外觀，雖然易於偽造，但通常還能滿足經常有交易來往者間之信息的傳遞需要。電子郵件，因其非以影像而以文字傳送，其內容容易變造，且因寄信人不能為傳統之簽名，以表示其願意受哪些信息拘束，其歸屬問題更大。至於錄音帶或錄影帶尚可以經簽名之文據的附件處理。於是，如何克服電報、傳真或電子郵件之簽名的困難，界定該簽名所涵蓋之表示的範圍，防止簽章之內容受到竄改，成為電報、傳真或電子郵件，特別是電子郵件，是否得用為非對話意思表示之傳達方式的關鍵。為克服該困難，除需要有對於與表示內容、表意人、表示日期有關資料之存證的可靠加密、解密技術外，並需要針對電子簽章¹⁹及其法律地位，制定特別法律以資配合²⁰。如果沒有針對前述相關事項之立法，網路通信倒不是因之即根本不得作為意思表示的方法，而是如果當事人之一方就是否接受

¹⁸ 最高法院四十二年度臺上字第八二三號民事判決「和解契約並非要式行為，當事人之意思表示一經一致，雙方即應受其拘束，自不因其所作字據未經簽名、蓋章或以指印、十字等以代簽名而受影響。」

¹⁹ 機關公文電子交換作業辦法第九條「機關公文電子交換之收、發文程序，應採電子認證方式處理，並得視需要增加其他安全管制措施。」其中最起碼之要求為電子認證的要求，請參考綜合所得稅網際網路結算申報作業要點、營利事業所得稅網際網路暫繳申報作業要點、網際網路傳輸電子計算機統一發票試辦作業要點。關於視需要增加其他安全管制措施，詳請參考金融機構辦理電子銀行業務安全控管作業基準中的規定。依該基準交易面之安全需求可包括訊息隱密性、訊息完整性、訊息來源辨識、訊息不可重複性、無法否認傳送訊息、無法否認接收訊息等方面。應視網路類別及交易類別決定其必要性，並在交易面之安全設計及管理面配合採取適當安全需求防護措施。為保障系統安全，唯有經授權之客戶得以存取系統資源，並降低非法者入侵之可能性。

²⁰ 將利用網路通信所為之意思表示或締結之契約與依傳統方法表示之意思表示或締結之契約互相比較，其區別不在於其內容，而在於其表示方法。從而因該區別導出一些特別之規範上的需要。由於利用網路通信傳遞之電子信息容易否認、偽造、變造，因此其規範重點首先應置於其歸屬與防偽上。此所以在與電子商務有關之制度的建置，首重數位簽章（電子簽章），其功能類似於印鑑證明，可證明電子文件之製作人；其次為收發的證明，其功能相當於雙掛號，可證明投遞之有無及收發日期、時刻；再則為電子信函內容之存證，其功能相當於存證信函。以上事務的管理，猶如印鑑證明及郵遞業務，應由收發信人以外之第三機構遵守一定之可靠的作業程序為之，以確保其正確、安全、可靠。因之，為使網路通信成為一個可靠之表示方法，在有疑義時，並為法院所信賴，除了必須有經濟、成熟之加密、解密的軟、硬設備外，並必須有依一定之設置規範，組織之認證機構提供前述關於文件製作人、文件收發、文件內容之認證、存證的服務。

以網路通信作為意思表示的方法²¹、就有無表示或其內容有所爭議時，將難有適當的方法來證明，從而危及其交易安全²²。此外，在法律對於一定之法律行為有書面之要式規定時，利用網路通信所作之表示是否論為各該規定所定之書面的一種，亦需要以正面或負面表列之規定方式予以釐清²³。

為使非對話之意思表示能夠到達相對人，還有應向哪一個地點送達，以及將信函置於何處即可認定為已送達的問題。除當事人間另有約定外，原則上信函應向相對人之住所、營業所或事務所為送達。無住所者，或依具體情形可認為應向居所送達者，應以居所為送達處所。至於在何種情形應向營業所或事務所，或向分營業所或分事務所送達，同樣應視具體情形認定之。例如與分營業所或分事務所之交易關係有關的意思表示應向分營業所或分事務所送達。惟事後如發生「表意人非因自己之過失，不知相對人之……居所者，得依民事訴訟法公示送達之規定，以公示送達為意思表示之通知」(民法第九十七條)。

至於相對人設有語音信箱或電子文件信箱者，表意人是否當然得以之為受信地址？原則上應採應經相對人明示或默示的事先同意為妥。惟除非另有表示方法之限制上的協議，否則，縱未經事先同意，如果事實上相對人已經由該管道獲悉意思表示之內容，還是會生送達之效力。

當意思表示有傳達上之必要，就有傳達機關或工具之資格及傳達錯誤的問題。關於傳達機關的資格，法律並無限制規定，只要經表意人利用為傳達媒體，當其為人，不論其是否為專業郵遞機構，或有無行為能力皆無不可。此外，即便是動物(例如信鴿、信犬)或無生命之物(例如弓箭、遙控飛機)亦可利用為傳達工具。

²¹ 按一個人縱使設有電子信箱，但不一定天天按時開取，因之，在以電子郵件作為意思表示的方法尚未成為交易習慣之前，當事人欲以電子郵件作為表示方法時，應先有雙方同意以之為表示方法的協議。其間，立法固有助於其推廣並排除一些疑義，但立法之內容仍非可無視於電子郵件在交易活動中一般實際利用之情形。此為當為的規定應有對應之存在基礎的要求問題。

²² 利用網路通信締結契約、履行債務，所從事之商務活動習稱為電子商務(electronic Commerce, e-Commerce)。請參考黃茂榮，電子金融商務契約，植根雜誌第十六卷第三期，頁97以下；電子商務契約的一些法律問題，植根雜誌第十六卷第六期，頁249以下；電子商務上之不公平競爭，植根雜誌第十六卷第九期，頁367以下。

²³ 書面要式的規範目的在於存證者，原則上只要網路通信能滿足存證之需要，便有將之等同於紙上文件所必須之存在基礎。反之，如其規範目的兼在於預警，則網路通信必須有進一步之提醒表意人慎重決定的作業步驟，始能達到與紙上文件相同的機能。在法律規定意思表示應以公證的方式為之的情形，網路通信不能取代公證。

當傳達有誤，依錯誤有關規定辦理（第八十九條）。

II 明示或默示

意思表示內容因其表示方法而有不等程度之直接可了解的程度。以該程度之高低可將意思表示區分為明示或默示。直接明白者為明示，待於推論而後始能知其表示之內容者，為默示²⁴。除法律有特別規定應以明示的方法表示者外²⁵，一般說來，明示與默示皆為適格之表示方法。當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，原則上契約即為成立。民法在一些重要的規定也都一再重申此原則²⁶。

（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）。

²⁴ 關於默示最高法院著有兩個判例：同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，若單純之沉默，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。」及同院二十九年上字第七六二號判例「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。」

²⁵ 例如關於營業秘密之保護，以經向相對人明示應予保密為要件：第二百四十五條之一第一項第二款規定，契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約，「知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者」，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任。關於連帶債務之成立，其以契約為依據者，以明示為必要：第二百七十二條「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務（第一項）。無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限（第二項）。」關於運送人責任之免責文句，除以經託運人明示同意為必要外，運送人就該同意並負舉證責任：第六百四十九條「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。」第六百五十九條「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。」

²⁶ 例如關於契約之締結：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。」關於受僱人具有特種技能之保證，其表示得以明示或默示的方式為之：第四百八十五條「受僱人明示或默示保證其有特種技能者，如無此種技能時，僱用人得終止契約。」關於經理權之授與，得以明示或默示為之（第五百五十三條第二項）。此外，關於適法與不適法無因管理之區別，亦兼以本人「本人明示或可得推知之意思」，而不單以「明示之意思」為標準：第一百七十二條「未受委任，並無義務，而為他人管理事務者，其管理應依本人明示或可得推知之意思，以有利於本人之方法為之。」第一百七十四條第一項「管理人違反本人明示或可得推知之意思，而為事務之管理者，對於因其管理所生之損害，雖無過失，亦應負賠償之責。」其中所謂可得推知之意思，即默示之意思。