

百 科 小 叢 書

契 約 法 論

胡 長 清 著

王 雲 五 主 編

商 務 印 書 館 發 行

上海图书馆藏书



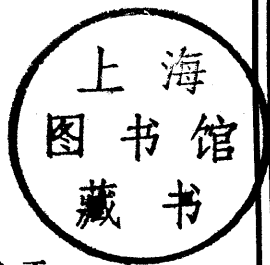
A541 212 0000 5427B

書叢小科百

論 法 約 契

著 清 長 胡

方 坦 著



編 主 五 雲 王

行 發 館 書 印 務 商

契約法論

目錄

第一章	契約之概念	一
第二章	契約之種類	四
第三章	契約之成立	一〇
第一節	概說	一〇
第二節	要約	一〇
第一款	要約之概念	一〇
第二款	要約之效力	一三
第三節	承諾	一九

第一款 承諾之概念……………一九

第二款 承諾之效力……………二二

第四節 要約與承諾之一致……………二六

第五節 懸賞廣告……………二七

第一款 懸賞廣告之概念……………二七

第二款 懸賞契約之成立……………三〇

第三款 懸賞契約之效力……………三一

第四款 懸賞廣告之撤回……………三二

第四章 契約之效力……………三四

第一節 概說……………三四

第二節 關於契約之標的者……………三四

第一款 概說……………三五

第二款	給付之不能	三六
第三節	關於契約之確保者	四〇
第一款	概說	四〇
第二款	定金	四一
第三款	違約金	四四
第四節	關於對待給付者	四九
第一款	概說	四九
第二款	對待給付與同時履行抗辯	五〇
第三款	對待給付與履行不能	五三
第五節	關於涉他契約者	五七
第一款	概說	五七
第二款	由第三人爲給付之契約	五八

第三款 向第三人爲給付之契約……………五九

第五章 契約之解除……………六六

第一節 解除之概念……………六六

第二節 解除權之由來……………六九

第一款 基因於法律者……………六九

第二款 基因於契約者……………七五

第三節 解除權之行使……………七五

第四節 解除之效力……………七七

第五節 解除權之消滅……………八一

第六節 終止契約……………八三

各國民法條文對照……………八四

契約法論

第一章 契約之概念

第一 廣義契約與狹義契約

法律術語之所謂契約 (contractus, Vertrag, contrat) 原有廣狹二義。狹義契約專指以發生債權爲內容之合意而言。廣義契約則凡以發生私法上效果爲目的之合意皆屬之。法與日本及瑞士等國民法所謂契約，概從狹義（法國民法第一一〇〇條以下與國民法八六〇條以下日本民法第五二一條以下瑞士債務法第一條以下參照）。自德國學者 Savigny 氏出，謂契約不獨以發生債權爲內容之合意爲限，即其他以發生私法上效果爲目的之合意亦可認爲契約。德國民法從之，於是於民法總則編特設關於契約之規定，以爲適用於民法全部之通則（德國民法第一〇五條以下參照）。我國民法則做法瑞立法例，不規定契約於總則，而規定契約於債

編(第一五三條以下參照)是我國民法所謂契約，專指狹義契約而言(狹義契約一稱債權契約)。至債權契約以外之契約，依據類推解釋自不妨適用關於債權契約之規定(日本大審院判例即從此見解)。

第二 狹義契約之意義

狹義契約云者，謂二以上之當事人，依相互的意思表示之一致，而以發生債權為目的之法律行為也。茲分析說明如左。

① 契約須二以上當事人相互的意思表示之一致

甲 契約須有二以上之當事人。契約之當事人，至少須為二人。如為二人以上，自屬無礙。苟為二人以上，其數別如何，則無限制。如合夥契約，其一例也。

乙 契約須二以上當事人各為其意思表示。其各個意思表示之時期，常有先後。最初所為之意思表示，謂之要約。應此要約所為之意思表示，謂之承諾。此等意思表示即為構成契約之要件，其為明示默示，在所不問。

丙 契約以二個以上之意思表示相互爲之爲必要。即二個以上之意思表示須相互對立，始足以成立契約。如甲向乙爲意思表示，而乙亦向甲爲意思表示是。此即契約與共同行爲區別之點。

丁 契約須二個以上意思表示之一致。斯即所謂合意 (consensus, agreement) 而合意之成立，以意思表示之內容一致，及當事人間有互相協力使生共同結果之意欲爲必要。然此就通常契約言之，如屬要物契約，則於合意以外又以物之移轉爲必要矣。

② 契約以發生債權爲目的

債權契約以發生債權爲目的，而一般契約則以發生私法上效果爲目的。債權契約與一般契約不同之點，即在於此。

三 契約爲法律行爲

契約係以二個以上之意思表示爲其構成要件，自係法律行爲。民法總則編關於法律行爲之規定，對於契約亦有其適用，是不待言。

第二章 契約之種類

第一 雙務契約與單務契約

雙務契約與單務契約，以雙方當事人是否負擔有對價關係之債務為區別之標準。即雙務契約者，雙方當事人各須負擔有對價關係之債務之契約也。其要件有二：（一）當事人雙方均須負擔債務。（二）當事人雙方所負擔之債務須有對價關係。所謂對價關係以主觀方面有報酬關係為已足，不以客觀的價值相等為必要。反是，則為單務契約。即單務契約者，雙務契約以外之契約也。單務契約有純正與不純正之分：純正的單務契約，指僅由當事人一方負擔債務之契約而言。不純正的單務契約，則雙方當事人雖皆負擔債務，然無何種之對價關係。其情形有二：（一）契約成立後，當事人之一方因特別情事負擔債務者；（二）雙方當事人之負擔債務，係由契約當然而生之結果者。然以其無對價關係，故稱為不純正之單務契約。至雙務契約與單務契約區別之實益，在其應行適用之法律規定頗有差異。即同時履行抗辯（第二六四條）危險負擔（第

六六條以下）等問題，惟在雙務契約始得發生。又契約之解除，亦重在適用於雙務契約。

第二 有償契約與無償契約

有償契約與無償契約，係以雙方當事人是否因給付取得利益，爲區別之標準。即有償契約者，雙方當事人各因給付而取得利益之契約也。無償契約者，當事人之一方無所給付而取得利益之契約也。各種契約，有性質上常爲有償者，如買賣及互易是。有性質上常爲無償者，如贈與及使用借貸是。有依當事人之意思，或爲無償，或爲有償者，如消費借貸是。至區別有償契約與無償契約之實益，亦在應行適用之法律規定頗有差異。即（一）買賣之規定，有償契約得準用之（第三四七條）；無償則否（二）限制行爲能力人，未經法定代理人之允許，不得訂立有償契約，純獲法律上利益之無償契約，則無經法定代理人允許之必要（第七七條）。

學人於雙務契約與單務契約之區別外，復設有償契約與無償契約之區別者，蓋以區別之理由兩不相同：即一則從雙方當事人是否負擔有對價關係之債務着眼，一則從雙方當事人是否因給付取得利益着眼。故兩者之領域非必一致，即雙務契約必爲有償契約，而單務契約非必無償。

契約；亦有爲有償契約者，如約定支付利息之消費借貸是。

第三 諾成契約與要物契約

諾成契約與要物契約，以契約之成立，於合意以外是否尚須實行給付爲區別之標準。即諾成契約者，僅以合意爲成立要件之契約也。要物契約者，於合意以外，而以實行給付爲成立要件之契約也。要物契約之觀念，始於羅馬法，法國、德國及日本民法均有要物契約之規定，我民法亦以使用借貸、消費借貸、出版寄託、倉庫等契約爲要物契約（第四六四條、第四七四條、第五一五條、第五八九條第六一三條）。瑞士債務法則不認要物契約之存在。至區別諾成契約與要物契約之實益，則在契約成立之時期有其差異焉。

第四 要式契約與不要式契約

要式契約與不要式契約，以契約之成立是否須依一定方式爲其區別之標準。即契約之成立須依法定方式者，爲要式契約。反是，契約之成立，不須一定方式者，則爲不要式契約。古代契約，多屬要式契約；晚近以還，因受契約自由原則之影響，無論何種契約皆以不須一定方式爲原則。我民

法從之；但亦非無例外，如不動產之租賃契約其期限逾一年者，應以字據訂立，其一例也（第四二二條）。又縱屬不要式契約，當事人約定須依一定方式爲之，亦無不可。（第一六六條）要式契約如不具備法定或約定之必要方式，則其契約原則上應爲無效（第七三條），此卽二者區別之實益也。

第五 有名契約與無名契約

有名契約與無名契約，以其契約是否爲法律所明定，爲其區別之標準。卽有名契約者，法律付予一定名稱，並設有特別規定之契約也。反是，法律無一定名稱，亦未設有特別規定之契約，則屬無名契約。就債編言之，第二章各種之債，其性質爲契約者，皆屬有名契約。無名契約則有純粹無名契約，混合契約，及準混合契約之分。凡不反於契約之原理原則者，無名契約均可自由訂立。至有名契約與無名契約區別之實益，則在適用法規之不同。卽有名契約，直接適用其特別之規定；而無名契約，除適用關於債之通則之規定外，因無特別規定，僅以性質類似者爲限，準用有名契約之規定。

第六 有因契約與無因契約

有因契約與無因契約之區別，在以給付財產爲標的之契約中，其所以給付之原因是否爲契約之成立要件。即有因契約者，其成立必須有原因存在之契約也。無因契約者，其成立無須有原因存在之契約也。申言之，即在有因契約，其契約行爲與原因不可分離，如原因欠缺，則契約即屬無效。反之無因契約，其契約行爲與原因兩相分離，原因之存否與契約之效力無關，故原因雖有欠缺，而契約仍屬有效成立，惟受益人因無法律上之原因，應依不當得利之規定而負返還之義務而已（第一七九條以下），有因契約與無因契約之區別，在債權契約頗爲重要，即通常之債權契約，殆皆爲有因契約。至如當事人不問原因，僅單純負擔債務者，則爲無因契約。如德國民法所謂債務之約束，及債務之承認是（德國民法第七八〇條至第七八二條）。

第七 主契約與從契約

主契約與從契約，以其契約是否以他種契約存在爲前提，爲其區別之標準。即主契約者，不以他種契約存在爲前提，而能獨立成立之契約也。從契約者，必須以他種契約爲前提，始能成立之契

約也。無論債權契約或物權契約，均可成立。從契約前者如保證契約及違約金契約是；後者如質權契約及抵押權契約是。

第八 本約與預約

預約者約定將來訂立一定契約之契約也。嗣後履行預約而訂立之契約，則謂之本約。本約與預約之關係如何，學說不一。有謂其係屬一體者；有謂其毫無關係者。夫自理論言之，本約與預約係屬二個獨立之契約，必須履行預約義務，然後本約始能成立，自以無關係之說爲是。至關於預約，各國法律有設明文規定者，如奧國民法及瑞士債務法是（奧國民法第九三六條瑞士債務法第二二條）。有不設明文規定者，如德國及日本之民法是。我國民法倣德日立法例，未設關於預約之規定，然自契約自由之原則言之，苟非違反契約之原理原則，其訂立預約自爲法所不禁。

第三章 契約之成立

第一節 概說

契約，指二以上之當事人，依相互的意思表示之一致，而以發生債權爲目的之法律行爲而言。是契約之成立，以二以上之意思表示爲必要。此二以上之意思表示，有同時爲之者，有交叉爲之者，前者謂之同時表示，後者謂之交叉要約。但在通常情形，則係先後爲之，先爲之意思表示謂之要約，後爲之意思表示謂之承諾。故我民法特就契約成立要件之要約及承諾，設有一般之規定。僅有要約之意思表示及承諾之意思表示，仍不能成立契約，契約之成立尙以要約與承諾之一致爲必要。關於此點，我民法亦設有適用之準則。至懸賞廣告是否契約之要約，學說及立法例尙未一致，我民法則認爲要約。而於契約條文之後，便宜上特設關於懸賞廣告之規定。本書依此順序，分節說明之。

第二節 要約

第一款 要約之概念

第一 要約之意義

要約 (offer, offre, sollicitation, Antrag, Offerte) 者，以訂立契約之目的，所爲之意思表示也。茲分析說明如左。

一 要約爲意思表示

關於要約之性質，其說不一。有謂其爲事實行爲者，此說爲不可通。蓋要約之目的發生在私法上之效果，其非事實行爲甚爲顯然。有謂要約爲法律行爲者，此說亦非允當。蓋要約之目的固在發生私法上之效果，然決非僅有要約即能生效，必須另有承諾始能發生私法上之效果，故通說謂要約爲構成法律行爲之意思表示。要約既屬意思表示，則民法總則編關於意思表示之規定（第八六條以下）對於要約亦能適用，自不待言。

二 要約之目的在於訂立契約

要約之目的，在於訂立契約，即相對人對於要約一爲承諾，則其契約即屬成立。要約與要約引誘 (invitation of offer, Einladung zu Offerte) 區別之點，即在於此。即要約爲組成契約

之意思表示，要約引誘乃在引誘他人向其爲要約之意思表示。換言之，不過契約之準備行爲，其自身不發生何種法律上之效果。二者之差異，理論上固極顯然，但實際上頗難辨認，故我民法特於第一五四條第二項規定：貨物標定賣價陳列者，視爲要約；價目表之寄送，則認爲要約引誘俾爲適用之準則焉（德國舊商法第三三七條瑞士債務法第七條第二項第三項參照）。

第二 要約之要件

要約之有效成立，必須具備左列之要件。

一 要約須係特定人爲之

所謂須係特定人爲之者，以其要約係特定人之意思表示爲已足，要約者究屬何人，不必於要約中明白表示之。如自動販賣機之設置，縱不知其設置者爲誰，然不失其爲要約焉。

二 要約須對於相對人爲之

要約必待相對人之承諾，始能發生要約人所欲發生之效力，故要約必須對於相對人爲之。但對於相對人爲之爲已足，相對人之爲特定人與否，在所不問。對於不特定的相對人之要約，如自

動販賣機之設置，電車公共汽車之開駛，以及劇場電影院之開設等，其適例也。

三 要約須足以決定契約之內容

相對人對於要約一經承諾，則其契約即為成立，故要約人之為要約，須足以決定契約之內容，以便適於契約之成立。但所謂決定，不以明示為必要；且無須決定契約內容之全部，即以其中之一部委諸相對人之自由決定，亦屬無礙。

第二款 要約之效力

第一 對於相對人之效力

對於相對人之效力云者，即相對人對於要約一為承諾，則其契約即為成立之效力也。學者稱之為承諾能力 (Annahmefähigkeit)；亦稱之為實質的效力，蓋以其係由要約之性質上當然發生之效力也，惟此效力，僅對於相對人予以得為承諾之權利，而非使相對人因此負擔必為承諾之義務。換言之，即相對人之為承諾與否，概屬自由，即不為承認，亦無通知要約人之義務。(德國商法第三六二條第一項及日本商法第二七一條參照)。要約人之以現物為要約者，相對人亦

不負受領保存及返還之責（德國商法第三六二條第二項及日本商法第二七二條參照）。

第二 對於要約人之效力

對於要約人之效力云者，即要約人爲其要約所拘束於一定期限內不得撤回擴張限制或變更其要約之效力也。學者稱之爲要約之拘束力（bindende Kraft），亦稱爲要約之形式的效力。要約有無拘束要約人之效力，各國法律不同，新民法則從多數立法例明定要約有拘束要約人之效力（德國民法第一四五條奧國民法第八六二條日本民法第五二一條第一項及第五二四條瑞士債務法第三條至第五條及新民法第一五四條第一項前段參照）。蓋相對人在要約之期限內，深信一爲承諾，則其契約即爲成立，於是拒絕同一之要約者有之，不另爲要約者有之，而爲一定之準備者亦有之，若要約人得以自由撤回擴張限制或變更其要約，則相對人難免不受意外之損害。明定要約有拘束要約人之效力，蓋所以確保交易之安全。夫契約之要約人固因要約而受拘束，但不妨於要約當時預先聲明不受拘束；或雖無此聲明，而依其情形，或事件之性質可認當事人無受拘束之意思者，則要約人得不受要約之拘束（德國民法第一四五條瑞士

債務法第七條及新民法第一五四條第一項後段參照。蓋在此時，要約之相對人既知悉要約之無拘束力，即不至因此受不測之損害故也。

第三 效力之存續期限

一 要約未定有承諾期限者

甲 對話爲要約時

向對話人爲要約，未定有承諾期限者，如相對人於要約當時未爲承諾，是否當然喪失其效力，各國法律不同。有非當然喪失其效力，尙有待於要約人之撤回者（就日本民法解釋如此）有不待撤回，即當然喪失其效力者。新民法則從大多數立法例，於第一五六條明定：對話爲要約者，非立時承諾，即失其拘束力（德國民法第一四七條第一項第一四六條奧國民法第八六二條瑞士債務法第四條蘇俄民法第一三一一條參照）。此時不但喪失要約之拘束力，即要約之實質的效力亦全行喪失，嗣後縱爲承諾，亦不能成立契約。

乙 非對話爲要約時

向非對話人爲要約，未定有承諾期限者，如相對人於依通常情形可期待之達到時期內不爲承諾，是否當然喪失其效力，各國法律亦不盡相同。有非當然喪失其效力，尙有待於要約人之撤回者（日本民法第五二四條參照），有不待撤回，即當然喪失其效力者。新民法則從大多數立法例，於第一五七條明定：非對話爲要約者，依通常情形可期待承諾之達到時期內，相對人不爲承諾時，其要約失其拘束力（德國民法第一四七條第二項第一四六條奧國民法第八六二條瑞士債務法第五條蘇俄民法第一三二條參照）。所謂依通常情形可期待之達到時期，通常指要約達到於相對人之期間，爲承諾之適當期間，及承諾通知達到於要約人之期間而言。逾期不爲承諾，不但喪失要約之拘束力，即要約之實質的效力亦全行喪失，嗣後縱爲承諾，亦不能成立契約。

二 要約定有承諾期限者

要約人定有承諾期限，而爲要約時，無論其爲對於對話人之要約，抑爲對於非對話人之要約，在承諾期限應存續其效力，此各國法律之所同。新民法從之，於第一五八條規定曰：要約定有承

諾期限者，非於期限內爲承諾，失其拘束力（德國民法第一四八條第一四六條瑞士債務法第三條日本民法第五二一條蘇俄民法第一三三條參照）。所謂承諾期限，即相對人適於爲承諾通知之期限。其爲明示默示，以及是否與要約同時表示，在所不問。如逾此期限，不但要約失其拘束力，即要約之實質的效力亦全行喪失，嗣後縱爲承諾，亦不能成立契約。

第四 效力之消滅

一 承諾期限之經過

要約之效力，因承諾期限之經過而消滅，參看前段說明即可瞭然，茲不再述。

二 對於要約之拒絕

對於要約之拒絕云者，即對於要約表示不爲承諾之意思之謂也。對於要約既已表示拒絕，則無成立契約之可能，至爲顯然，故新民法第一五五條明定：要約經拒絕者，失其拘束力。於此情形不但喪失要約之拘束力，即要約之實質的效力亦全行消滅，嗣後縱再爲承諾，亦不能成立契約。至所謂要約之拒絕，非單指絕對的拒絕而言；即將要約擴張限制或變更而爲承諾，亦視

爲要約之拒絕。但如絕對貫徹此旨，亦殊不便，故新民法倣日本立法例視爲拒絕原要約，而爲新要約。俾原要約人對之一爲承諾，即可成立契約，以期適合於雙方當事人之意思（新民法第一六〇條第二項及日本民法第五二九條參照）。

三 要約之撤回

要約之撤回云者，卽要約人收回要約，使喪失其效力，或使其效力不發之意思表示也。依新民法規定，撤回要約之情事有二：（一）要約人於要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形，或事件之性質可認爲無受其拘束之意思者，得隨時撤回其要約（第一五四條第一項）。此時之要約，祇有承認能力，而無拘束力，一旦撤回，則喪失其承認能力之效力。（二）要約人於要約尙未達到相對人以前，亦得撤回其要約。蓋要約以達到相對人而生效力，在未達到以前，要約人得爲撤回，自屬當然。惟撤回要約之通知，須與要約同時或先時達到於相對人，始能生效。否則要約之拘束力，業已發生，已無復許其撤回之餘地。但按其傳達方法，依通常情形應先時或同時達到者，相對人應向要約人卽發遲到之通知。如怠於爲此通知，則撤回要約之通知視

爲未遲到，卽仍使其發生撤回之效力（第一六二條）。蓋要約人預料其所發出之撤回要約之通知可以按時達到，乃因故遲到，而相對人不爲遲到之通知，則要約人將因契約之成立而受不測之損害焉。

第三節 承諾

第一款 承諾之概念

第一 承認之意義

承諾 (acceptation, Annahme, acceptance, Akzept.) 者，以與要約人訂立契約爲目的，所爲之意思表示也。茲分析說明如左。

一 承諾爲意思表示

受要約之相對人，對於要約一爲承諾，則其契約卽因以成立，於此可知承諾同屬契約構成分子之意思表示，而非法律行爲。承諾既屬意思表示，則民法總則編關於意思表示之規定（第八六條以下）亦應適用，與要約同。

二 承諾之目的在與要約人訂立契約

承諾乃受要約之相對人同意於其要約所爲之意思表示，而其目的在與要約人訂立一定之契約，故要約之相對人須知有要約，然後始有同意於其要約而爲承諾之可言。然此指通常情形而言，縱不知有要約而爲意思表示，如其意思表示互相一致（即所謂同時表示），雖非此之所謂承諾，然亦未始不可成立一定之契約。

第二 承諾之要件

承諾之有效成立，尙須具備左列之要件。

一 承諾須由受要約之相對人爲之

此因對於特定人之要約與非特定人之要約而不同，對於特定人之要約，應由受要約之特定人爲其承諾，始能成立契約。對於非特定人之要約，則無論何人皆可爲其承諾，如相互一致，則其契約即爲成立。

二 承諾須對於要約人爲之

承諾之目的，在與要約人訂立契約，故承諾須對於要約人爲之。要約雖可對於不特定人爲之，而承諾則非對於特定人爲之不可，此承諾與要約不同之點。

三 承諾須在要約發生效力以後爲之

對於有效要約予以承諾，始能成立契約，故承諾須在要約發生效力以後爲之。如在發生效力以前，則屬交叉要約（Kreuzofferte），雖可成立契約，然非此之所謂承諾。如在效力消滅以後，則不能成立契約，是不待言。

四 承諾之內容須與要約之內容一致

承諾與要約結合，即可成立契約，故二者之內容不可不完全一致。所謂一致，不但法定要素一致，即約定要素亦須一致。受要約之相對人將要約擴張限制或變更而爲承諾者，新民法做德國立法例，視爲拒絕原要約，而爲新要約（德國民法第一五〇條第二項及新民法第一六〇條第二項）。要約具有不可分性。擴張限制或變更原要約而爲承諾，應屬無效；然所以認其爲新要約者，蓋以其便於契約之成立，而免要約之重複也。

第二款 承諾之效力

第一 必須通知之承諾

一 承諾發生效力之時期

承諾之效力，在於成立契約，故關於承諾發生效力之時期如何，極關重要。但我國民法，關於此點尚無明文規定，依據一般通則，應如左述。

甲 對話爲承諾時

對話爲意思表示者，其意思表示以相對人了解時發生效力（第九四條），承諾乃同意於要約之意思表示，如係對話爲之，應以要約人了解時發生效力，自不待言。惟所謂了解，以可能了解爲已足；相對人之現實了解與否，在所不問。蓋不如是，則相對人如以故意或過失妨害其了解時，則契約無由成立，衡諸誠信原則，顯相背謬。

乙 非對話爲承諾時

非對話而爲意思表示者，其意思表示以通知達到相對人時發生效力（九五條第一項前

段）承諾乃同意於要約之意思表示，如係非對話爲之，應以達到相對人時發生效力，自無疑義。惟此係就我國民法而言，各國法律則不盡然。有對於一般之意思表示採達到主義，而對於承諾之意思表示採發信主義者，如日本民法是。（日本民法第五二六條第一項）有承諾之意思表示。雖於達到相對人時發生效力，但承諾如係在得爲承諾之期間爲之，則遑及發信時發生效力者，如瑞士債務法是（瑞士債務法第一條第一項）。我國民法既無明文規定，自以從一般意思表示之規定爲是（德國民法第一三〇條蘇俄民法第一三四條）。

二 承諾之遲到

承諾未於承諾期限，或承諾相當時期達到相對人者，謂之承諾之遲到。承諾之遲到，有承諾人可以預見者，有不然者。前者即故意之遲到，後者即承諾之通知，按其傳達方法，依通常情形，在相當時期內可達到而遲到。關於後者，在承諾人恆信其承諾之通知可以按期達到，故新民法使要約人對承諾人即發遲到通知之責，俾免其受意外之損害。要約人如怠於爲此通知，則其承諾視爲未遲到（第一五九條），以保護承諾人之利益。關於此點，外國民法有須由要約人

發撤回要約之通知，否則應負損害賠償之責者（普國國法第一部第五章第一〇〇條以下）。我民法則做一般立法通例，視爲未遲到，仍使其發生承諾之效力（德國民法第一四九條日本民法第五二三條瑞士債務法第五條第三項蘇俄民法第一三三條）。

三 新要約之擬制

我民法第一六〇條第一項規定：遲到之承諾，視爲新要約，此之所謂遲到，指第一五九條遲到以外之遲到而言。蓋在第一五九條之遲到，要約人要於承諾人如已發遲到之通知，則其契約不成立；如未發遲到之通知，則其契約爲成立，均不視爲新要約故也。承諾如係遲到，在理論上似不發生承諾之效力，但承諾縱屬遲到，仍不失其爲以與要約人訂立契約爲目的之意思表示，故我民法爲顧全交易之便宜起見，當然視爲新要約。如原要約人一爲承諾，則其契約即可成立。但在外國法律有非當然視爲新要約，其視爲新要約，必待原要約人之主張者（日本民法第五二三條日本商法第二七〇條第二項）。此種立法例，爲我民法所不採。

第二 無須通知之承諾

契約通常須有承諾之通知，且須使要約人了解，或達到要約人，始能成立；但在事實上則不必如是，故民法特設無須通知之例外（第一六一條）。其情形有三：（一）依照習慣，承諾無須通知者；（二）依其事件之性質，承諾無須通知者；（三）要約人於要約當時預先聲明承諾無須通知者，均可不必通知，祇須在相當時期內有可認為承諾之事實，則其契約即為成立。所謂相當時期，即要約效力之存續期限。何者為要約效力之存續期限，則依習慣、事件之性質，及要約人之意思表示決之。至何種事實可認為承諾之事實，則因情形而不同，例如（一）履行因契約成立所應負擔之債務，（二）行使因契約成立所得取得之權利，以及（三）因履行由契約成立所負擔之債務，而為準備行為等，皆可認為承諾之事實焉。

第三 承諾之撤回

承諾之撤回云者，承諾人以不使承諾發生效力之目的，所為之意思表示也。承諾以達到要約人而生效力，在未達到以前，承諾人得為撤回，自屬當然。惟撤回承諾之通知，須與承諾同時或先時達到於要約人，始能生效。否則承諾之效力業已發生，即無復許其撤回之餘地。但按其傳達方

法，依通常情形，應先時或同時達到者，要約人應向承諾人即發遲到之通知。如怠於爲此通知，則撤回承諾之通知，視爲未遲到，即使其發生撤回之效力（第一六三條）。蓋承諾人預料其所發出之撤回承諾之通知可以按時達到，乃因故遲到，而要約人不爲遲到之通知，則承諾人將因契約之成立而受不測之損害焉。

第四節 要約與承諾之一致

新民法第一五三條第一項規定：當事人互相表示意見一致者，無論其爲明示或默示，契約即爲成立。據此規定，則契約之成立：（一）須雙方當事人互爲意思表示；（二）雙方當事人所爲之意思表示須係一致，其爲明示之一致，或默示之一致，在所不問。惟所謂一致，有凡關於契約之內容，不問其爲必要之點或非必要之點，皆屬一致者。有惟必要之點業經一致，而非必要之點未經表示，或已表示而不一致者。關於前者，其契約即爲成立，固不待言。關於後者，我民法則做瑞士立法例，而於第一五三條第二項明定：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，推定其契約爲成立。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。（瑞士債

務法第二條）何者謂之必要之點，我民法無明文規定；但在解釋上，自係兼指法定要件及約定要件而言，殆無可疑（蘇俄第一三〇條）。然此係就不要式契約言之，如屬要式契約，則於雙方當事人所爲之意思表示互相一致以外，尙以完成一定方式爲必要。惟所謂要式契約，有法定約定之分，某種契約在法律上定有方式者，如不依其方式，原則上應屬無效，已爲第七三條所明定。至關於當事人約定須用一定方式之契約，我民法第一六六條則明定：在該方式未完成前，推其契約爲不成立。蓋當事人約定須用一定方式之契約，即係以具備一定方式爲契約成立之要件，在該方式未完成以前，推定其契約爲不成立，實深合於當事人之意思。

第五節 懸賞廣告

第一款 懸賞廣告之概念

第一 懸賞廣告之意義

懸賞廣告 (Anstobung) 云者，以廣告之方法，對於完成一定行爲之人給與報酬之行爲也。廣告 (öffentliche Bekanntmachung) 之種類甚多，有足以發生法律上之效果者，有不足以發生

法律上之效果者。而於足以發生法律上之效果之中，有屬於事實之通知者，有屬於意思表示者。屬於意思表示之廣告，又可大別爲四：（一）要約之引誘；（二）對於特定人之要約；（三）對於不特定人之要約；（四）即懸賞廣告。區別顯然，不容牽混。

第二 懸賞廣告之要件

懸賞廣告之有效成立，尙須具備左列之要件。

一 須以廣告之方法爲其意思表示

廣告云者，使不特定多數人知悉之表示方法也。表示方法不一：或以文書，登載於報章，張貼於通衢；或於稠人廣衆之中，以言詞爲之，均無不可。惟其所與表示之人須爲不特定人，如屬特定人，則非懸賞廣告而爲通常廣告。又所謂不特定人，以屬於多數爲已足，不以限於一般人爲必要。故雖一定範圍內之人，亦屬不特定人。

二 須聲明給與報酬

報酬之種類不一，不以金錢或其他有財產價格之給付爲限，凡得爲債之標的者，皆此之所謂

報酬也（第一九九條）。又報酬額，不必於聲明給與之時即屬確定，縱係可得確定，亦無不可。如云相當之謝禮，或從優酬勞，其適例也。

三 須係聲明對於完成一定行爲之人給與報酬

行爲之種類，殊無限制，或爲法律上之行爲，或爲事實上之行爲，或爲作爲，或爲不作爲，均無不可。懸賞廣告之標的既爲行爲，故聲明對於在某種事實狀態者給與報酬，則不能以懸賞廣告目之。又懸賞廣告，以廣告人以廣告聲明對於完成一定行爲之人給與報酬即可，廣告人對於完成之行爲是否享受利益，在所不問。

第三 懸賞廣告之性質

懸賞廣告之性質如何，學說及立法例頗不一致。就學說言之，可大別爲三：（一）單獨行爲說，即廣告人乃基於自己之意思表示，對於完成一定行爲之人負擔給付報酬之義務；完成一定行爲之人，亦係基於廣告人之意思表示而生請求給付報酬之權利；惟在一定行爲尙未完成以前，尙難謂其即已發生債權，乃以一定行爲之完成，爲廣告人以單獨行爲負擔債務之停止條件。（二）

要約說，即懸賞廣告乃廣告人對於不特定人所爲之要約，必俟行爲人予以承諾，始能成立契約。

(三) 要約引誘說，即懸賞廣告乃廣告人引誘要約之方法，必行爲人進而要約，廣告人更爲承諾，其契約始能成立。至就立法例言之，有認爲單獨行爲，對於懸賞廣告另設一節，以別於契約者，如德國民法是（德國民法第二編第七章第九節懸賞廣告參照）。有認懸賞廣告爲要約，而即以之規定於契約條文之後者，如日本民法瑞士債務法是（日本民法第五二九條以下瑞士債務法第八條以下參照）。新民法以懸賞廣告認爲要約較爲合理，故於第二編（債）第一章（通則）第一節（債之發生）第一款（契約）第一六四條以下，特設關於懸賞廣告之規定。

第二款 懸賞契約之成立

懸賞廣告既具有要約之性質，一經承諾，則其契約即爲成立。但何者謂之承諾，學說不一；因之懸賞廣告成立之時期，亦不一致。有謂着手指定行爲前所爲之意思表示爲承諾者，有謂着手指定行爲爲承諾者，有謂指定行爲之完成爲承諾者，有謂指定行爲完成後所爲之意思表示爲承諾者，有謂將指定行爲之結果移轉於廣告人爲承諾者。以上五說，以第三說較爲合理，故我民法採之。但依第

三說，以指定行爲之完成爲承諾，則其前提要件以知有廣告存在爲必要，從而不知有廣告而完成其行爲者，自不能以承諾目之。故我民法第一六四條第一項後段特設擬制之規定，以補其缺。至同條第二項所謂：如廣告人對於最先通知者已爲報酬之給付，其給付報酬之義務卽爲消滅者，乃屬便宜的規定，不能據此卽謂我民法係以第四說，卽指定行爲完成後所爲之意思表示爲其承諾焉。

第三款 懸賞契約之效力

行爲人完成一定行爲，懸賞契約卽爲成立，行爲人因之取得請求報酬之債權，廣告人亦因之負擔給付報酬之債務，此卽懸賞契約之效力。但此指一人完成一定行爲而言，如係數人完成一定行爲，其辦法如何，頗屬疑問。關於此點，其情形有二：（一）數人各自單獨同時或先後完成一定行爲時，我民法做德日立法例，於第一六四條第二項明定：如廣告人對於最先通知者已爲報酬之給付，其給付報酬之義務卽爲消滅，此係爲使廣告人容易消滅其義務之便宜規定，與德日民法之以完成行爲能否辨別先後爲報酬之給付及分配者，自不相同。（德國民法第六五九條，日本民法第五三一條參照）（二）數人共同完成一定行爲時，關於此點，外國法律有另設明文解決者，有不另設

明文解決者。前者如德國民法是（德國民法第六六〇條），後者如日本民法及瑞士民法是。我民法則倣日瑞民法，不另設明文，解釋上自應適用關於多數債權人之規定（第二七一條第二九二條參照）。

第四款 懸賞廣告之撤回

第一 撤回之認許

我民法第一六五條謂預定報酬之廣告如於行為完成前撤銷云云其意若謂懸賞廣告一經揭示即生效力，祇許撤銷，不許撤回。不知懸賞廣告乃性質上不受拘束之要約（第一五四條第一項參照）縱在懸賞廣告發生效力以後，如其行為尙未完成，自無不許其撤回之理由。我民法不曰撤回而曰撤銷，乃用語之誤。

第二 撤回之要件

懸賞廣告之撤回，須具備左列要件。

- 一 撤回人須爲廣告人。

二 撤回須在行爲人未完成一定行爲以前爲之（第一六五條前段）。

三 撤回須以同一之廣告方法爲之。

四 撤回須未於廣告內定有期限或拋棄撤回權，始得爲之。

第三 撤回之效力

懸賞廣告一經撤回，卽失其效力，廣告人不應給付報酬，是爲當然。但行爲人因該廣告所受之損害，廣告人應否負賠償之責，各國法律未能一致。我民法則做瑞士立法例，於第一六五條明定：預定報酬之廣告，如於行爲未成前撤銷（回）時，除廣告人證明行爲人不能完成其行爲外，對於行爲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爲限，以期無損於雙方之利益。

第四章 契約之效力

第一節 概說

我民法將契約之成立，與契約之效力歧而爲二，以前者爲債之發生之原因，規定於第一章（通則）第一節（債之發生）第一款（契約）以後者爲債之發生以後之效力，規定於第一章（通則）第三節（債之效力）第四款（契約）。實則契約之效力與債之效力不同，契約僅爲發生債權之原因，而其效力亦僅在發生債權；至債之效力，則屬債權發生以後之問題，以之混爲一氣，殊爲失當。我民法之所以如此者，不過一種便宜的規定而已。至我民法關於契約效力之規定，考其內容，約分五端：（一）關於契約之標的者；（二）關於契約之確保者；（三）關於契約之解除者；（四）關於雙務契約者；（五）關於涉他契約者。關於契約之解除，乃契約消滅之問題，本著於第五章研究之。茲就其他各點，分節闡述如左。

第二節 關於契約之標的者

第一款 概說

契約之標的如何，依據契約自由之原則 (Prinzip der Vertragsfreiheit) 當事人固可自由訂定。但準據一般法理，仍應以契約之標的屬於適法，確定及可能為必要。其以不能給付為契約標的之效力，我民法已有明文解決，俟於次款述之。至關於以違法給付為契約標的者，其效力如何，我民法則未設明文。惟據民法總則編第七一條規定：『法律行為違反強制或禁止之規定者，無效。』又第七二條規定：『法律行為有背於公共秩序或善良風俗者，無效。』契約為法律行為之一種，對於上述規定亦應適用，自不待言。至關於以不確定之給付為契約標的者，我民法惟於第二〇〇條選擇債權，及第二〇八條種類債權，設有解決規定，而於一般規定則付闕如。此不但我國民法為然，即日本民法及瑞士民法，亦復如是。關於此點，規定最詳者，則屬德國民法。所謂確定，以可得確定為已足，不以現實確定為必要。確定契約標的之方法，可大別為三：有應由債權人確定者，有應由債務人確定者，有應由第三人確定者。而於三者之中，有由確定權人自由確定者，有由確定權人依據條理確定者。前者則以其是否適法為確定之準據（德國民法第三一五條至第三一九條參照）。

第二款 給付之不能

第一 給付不能之意義

給付不能，對於給付可能而言。給付不能，不但以作為爲標的之契約可以發生，即以不作爲爲標的之契約亦可發生。如某甲與某乙約定不居南京，適因犯罪，強制其拘禁於江蘇第一監獄是。

第二 給付不能之種類

給付不能，因觀察之標準不同，可爲種種之分類，茲述其重要者如左。

一 物理的不能與社會觀念的不能

前者乃從物理的見解認爲不能，後者乃從社會的觀念認爲不能。其情形有二：（一）因爲給付，而致債務人所受犧牲與債權人所得利益決不相稱者；（二）因爲給付，而致債務人感受危險或違背法律上道德上及職務上之義務者。但給付不能與給付困難有別，給付困難，如因交通不便，關稅增高，或價格遽長難於給付是。

二 主觀不能與客觀不能

欲知何者謂之主觀不能，不可不先知何者謂之客觀不能。關於客觀不能之學說有二：有謂盡人皆屬不能，始爲不能者；有謂常人居於行爲人之地位係屬不能，卽爲不能者，自以後說爲是。反是，則爲主觀不能。

三 自然不能與擬制不能

前者指事物性質不能而言，如挾泰山以超北海是。後者指法律規定不能而言，如不融通物之讓與是。

四 自始不能與嗣後不能

法律行爲成立當時，卽屬不能者，謂之自始不能。法律行爲成立當時，本屬可能，事後陷於不能者，謂之嗣後不能。

五 絕對不能與相對不能

前者乃抽象的不能，如死人不能復活是。後者乃具體的不能，如賣給之馬臨時倒斃是。

六 全部不能與一部不能

給付之全部係屬不能者，謂之全部不能。給付僅屬一部不能者，謂之一部不能。前者如給付爲房屋時，已燒燬其全部是。後者僅燒燬其一部是。

第三 給付不能之效力

契約之標的以可能給付爲必要，如以不能給付爲契約之標的，則訂立契約之目的不可得而達；故我民法做一般立法通例，於第二四六條第二項規定：以不能之給付爲契約標的者，其契約爲無效。但有下例兩種之例外，即（一）其不能情形可以除去，而當事人訂約時，並預期於不能情形除去後爲給付者，其契約仍爲有效（同項但書）。所謂不能情形可以除去，於社會觀念的不能，主觀不能，擬制不能，嗣後不能，相對不能及一部不能，實所常見。於此情形，當事人於訂約當時既預期於不能情形除去後再爲給付，對於契約本旨並無妨礙，故我民法認爲有效。（二）附停止條件或始期之契約，於條件成就或期限屆至前，不能之情形已除去者，其契約爲有效（同條第二項）。蓋在附有停止條件之法律行爲，於條件成就時發生效力；附始期之法律行爲，於期限屆至時發生效力（第九九條第一項第一〇二條第一項），在契約未發生效力以前，其不能情

形既已除去，亦無使其無效之理由。故我民法特設明文，認爲例外。

第四 給付不能之賠償責任

契約上之注意義務，當事人不惟於契約成立以後應盡其責，即於訂約當時亦應盡其責。故契約標的之給付是否可能，當事人於訂約當時，應爲相當之注意。如當事人於訂約當時知其不能，或可得而知其不能，對於他方當事人即應負損害賠償之責。但他方當事人，以非因過失而信契約爲有效者爲限。如他方當事人亦有過失，則無使當事人負賠償責任之理由。我民法特設第二四七條第一項，以明示之。至損害賠償之範圍如何，各國法律不同，我民法解釋上則以消極的應得之利益爲限。所謂消極的應得之利益，指自始不訂該約所應有之利益而言。就中，有屬於積極的損害者，有屬於消極的損害者，前者即既存的利益之喪失是，後者即喪失訂立其他契約之機會是。至積極的利益，則不包含在內。所謂積極的利益，即因契約之成立，所能得之利益是。

第五 一部不能與一宗不能之準用

給付如屬全部不能，則係以不能爲標的之契約，依法應爲無效，其賠償責任，應適用第二四七條

第一項之規定，固不待言。然如給付僅屬一部不能，而契約就其他部分仍屬有效，其無效部分之賠償責任如何，則非當然適用該項之規定。故我民法特設準用明文，俾資援用（第二四七條第二項前段）。即當事人就其不能給付之部分，於訂約當時已知其不能，或可得而知者，對於非因過失而信契約為有效，致受損害之他方當事人，負賠償之責。又依選擇而定之數宗給付中，有一宗給付不能者，如當事人之意思以數宗給付完全可能為必要，則其契約無效，應適用第二四七條第一項損害賠償之規定，固屬當然。然如當事人之意思，就可能部分仍為有效，則損害賠償之責任如何，不無疑問。故我民法特設第二四七條第二項後段之規定，以解決之。

第三節 關於契約之確保者

第一款 概說

定金及違約金，皆為確保契約之履行而設，惟規定之地位，各國法律頗不相同。就定金言之，日本民法以定金規定於買賣之解除中，而以其為解除買賣之一種保留（日本民法第五五七條第一項參照）。德國民法則規定於債權通則，以收受定金視為契約之成立（德國民法第三三六條至第

三三八條參照)。其次就違約金言之，日本民法認爲一般債權之效力（日本民法第四二〇條第四二一條參照）。德國民法則規定於基於契約之債務關係中，以爲確保契約之履行（德國民法第三三九條至第三四五條參照）。我民法則從德國立法例，而於第三節第四款特設關於定金及違約金之規定（第二四八條至第二五三條）。

第二款 定金

第一 定金之意義

定金（arrha, Draufgabe, arrhes）即當事人之一方，在契約着手履行前，交付於他方之金錢，或其他之代替物。茲分析說明如左。

一 定金爲金錢或其他代替物

定金固不必爲金錢，但必爲其他之代替物（第四七四條參照）。此就我民法第二四九條第三款，契約因可歸責於定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金觀之，即可瞭然。

二 定金乃當事人之一方交付於他方之代替物

就買賣言之，通常交付定金者爲買主，但賣主亦非無交付之可能。如由賣主交付，則準用關於定金之規定。所謂交付，不必爲現實交付；即簡易交付，改定占有，及指示移轉，亦無不可（第七六一條參照）。又所謂交付，究係移轉其所有權，抑係移轉其保管權，則依當事人之意思決之。如意思不明，則認爲移轉其所有權。定金既須交付，則定金契約爲要物契約，自不待言。

三 定金之交付須在契約着手履行前

定金祇須在契約着手履行前交付即可，不必與契約成立同時交付。但欲證明契約成立之時期，則以於契約成立時交付爲宜。

第二 定金之效力

定金之目的不一，有以交付定金爲契約成立之要件者，是謂成約定金。有以交付定金爲契約成立之證據者，是謂證約定金（*arraha confirmataria*）。有以交付定金爲解除權之保留者，是謂解約定金（*arraha poenentialis*）。有以交付定金爲違約之擔保者，是謂違約定金（*arraha*）。

penalis)。當事人交付定金之目的如何，固應依當事人之意思決之；我民法則以無論何種定金，皆兼有證明契約成立之目的，故於第二四八條規定：訂約當事人之一方，由他方受有定金時，其契約視為成立。

第三 契約成立後關於定金之處置

我民法第二四九條規定：定金，除當事人另有訂定外，適用左列之規定。即

一 契約履行時

契約既已履行，則定金失其效用，故交付定金之一方，得基於契約上之請求權，請求返還。收受定金之他方，即有應為返還之義務。如定金與其所負之給付係屬同一性質，且可作為給付之一部，以期便利。

二 契約不能履行時

甲 契約因可歸責於付定金當事人之事由，致不能履行時，定金不得請求返還。於此情形，定金頗具有違約定金之性質，交付定金之一方，以喪失定金之返還請求權為已足；他方縱受

有損害，亦不得於定金以外請求損害賠償。

乙 契約因可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金。所謂加倍返還其所受之定金，即一面返還其所受之定金，一面再返還與其定金同種類數額之定金。於此以外，交付定金之一方縱受有損害，亦不得請求損害賠償，與上述同。

丙 契約因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行時，應返還其定金。依第二二五條第一項規定：『因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務。』又依第二六六條第一項前段：『因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。』我民法第二四九條第四款之規定，蓋屬當然。

第三款 違約金

第一 違約金之意義

違約金 (poenae stipulatio, Konventionalstrafe)，乃當事人約定，債務人於不履行債務時，對於債權人或第三人所支付之給付。茲分析說明如左。

一 違約金之客體不必爲金錢

違約金之客體，通常爲金錢。但金錢以外之給付亦可。且不限於代替物。學者有稱前者爲狹義違約金，後者爲廣義違約金者；亦有稱前者爲違約金，後者爲準違約金者。實則違約金之客體，不以金錢爲限，我民法第二五三條所謂準用云云，應解爲一種注意規定。

二 違約金係債務人對於債權人或第三人所爲之給付

違約金，通常係債務人對於債權人支付，但當事人約定，債務人對於第三人支付，亦無不可。此在違約金具有罰款性質者，實所常見。例如當事人約定，債務人於不履行債務時，支付違約金千元於孤兒院是。但在違約金具有賠償額預定性質時，則通常對於債權人支付之。

三 違約金係債務人於不履行債務時所爲之給付

當事人得約定，債務人不履行債務時，應支付違約金（第二五〇條參照）。違約金之約定，不以違反契約時爲限，即對於一方行爲，或依法律所生之債務，亦不妨附以違約金，我民法所謂違約云云，蓋從日本民法之用語（日本民法第四二〇條參照）。

第二 違約金與其類似情事

左列情形，與違約金似是而非，不可不辨。

一 失權特約

違約金與失權特約 (Verwirkungsklausel) 不同，蓋違約金係於某條件之下，負擔新債務；失權特約則係於某條件之下，喪失其既得之權利。

二 違約定金

違約金似為違約定金，實則違約金係以將來不履行債務為條件之諾成契約；違約定金則係依現實支付而生效力之要物契約。

三 保證特約

為確保過去行為，而為一定給付之約束者，非違約金。蓋違約金係以將來不履行債務為條件故也。

四 非純正之違約金

違約金之支付，乃以債務不履行爲條件，如自始即無債務存在，則所附之違約金，爲非純正之違約金（uneigentliche Vertragsstrafe）。此種違約金，通常雖附以違約金之名稱，實則欠缺法律上之要件。

第三 違約金之效力

違約金，有以預定損害賠償額爲目的者，有以強制債務之履行爲目的者。法國及日本民法所謂違約金，專指前者而言（法國民法第一二二九條；日本民法第四二〇條參照）；德國及瑞士民法，則兩種情形皆包含之（德國民法第三三九條至第三四五條；瑞士民法第一六〇條至第一六三條參照）。我民法倣德瑞立法例，而於第二五〇條第二項特設原則及例外之規定。即違約金，除當事人另有訂定外，視爲因不履行而生損害之賠償總額。但約定，如債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行，或不履行之損害賠償。其在前者，既視違約金爲因不履行而生損害之賠償總額，則債權人不得請求賠償其他之損害。至有無損害，亦不負舉證之責，是爲當然。

第四 違約金之減少

債務人有無請求減少違約金之權，各國法律不同。得請求減少者，如德國民法及法國民法是。
（德國民法第二四三條法國民法第一二三一條參照）。不得請求減少者，如日本民法及德國商法是。（日本民法第四二〇條德國商法第二四八條參照）。我民法則做前之立法例，特設左列之規定。

一 債務已爲一部履行時

夫自學理言之，違約金之具有賠償預定性質者，法院固得依據債務人之聲請，比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。反之違約金之具有強制履行性質者，如債務人僅爲一部之履行，不得請求減少違約金。我民法則不問其性質如何，均得比例減少，以期無害於債務人之利益（第二五一條）。

二 約定之違約金額過高時

約定之違約金額過高者，自社會政策及債務人之道義心言之，均有許其請求減少之必要。蓋

債務人多屬經濟上之弱者，如約定違約金額過高，而不許其請求減少，殊不足以保護債務人之利益。且債務人於約定違約金之際，無論其額如何，多屬不願爭執，如事後不許其請求減少，則債權人將利用債務人之弱點，恆約定過高額之違約金。故我民法明定，約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額。（第二五二條）

第四節 關於對待給付者

第一款 概說

雙務契約之契約當事人，相互負擔有對價的意義之債務，是為對待付。此種對待給付之關係，學者稱之為牽連關係。惟此牽連關係，學者有謂惟於雙務契約成立時存在，一旦成立以後，則無牽連關係者，換言之，即雙務契約成立之際，一方債務因欠缺無效原因無效者，則雙務契約為無效。一方債務因意思表示有瑕疵致被撤銷者，則雙務契約全部亦自始為無效。一旦成立以後，則無牽連關係，縱一方不為給付，他方亦非為履行不可。若依此說，則有失公平。故多數說均謂，此種牽連關係，即在雙務契約成立以後，亦屬有之。於是發生兩種問題：（一）於雙方債權均存在時，一方之債權得獨

立行使與否之問題；(二)於一方債權，因給付不能歸於消滅時，他方之債權是否亦歸消滅之問題。前者爲同時履行抗辯之問題 (exceptio non adimpleti contractus, Einrede des nichterfüllten Vertrages)；後者爲危險負擔之問題 (Gefahrtragung, question des risques)。我民法做一般立法通例，均設有明文解決之。

第二款 對待給付與同時履行抗辯

第一 同時履行抗辯之立法例

關於同時履行抗辯之立法例有二：(一)當然牽連之立法例，法國民法及瑞士債務法屬之。依此立法例，凡因雙務契約互負債務者，當事人之一方請求他方履行債務時，須先履行自己之債務。或爲履行之提出（瑞士債務法第八二條參照）。換言之，即以當事人之一方履行債務，爲對於他方請求履行之前提要件，如未備此要件，則法院應依職權駁斥原告之訴。(二)非當然牽連之立法例，德國民法及日本民法屬之。依此立法例，凡因雙務契約互負債務者，惟得於他方當事人未爲對待給付以前，拒絕自己之給付（德國民法第三二〇條，日本民法第五三三條參照）。

換言之，即非以當事人之一方履行債務，爲對於他方請求履行之前提要件，如他方當事人不爲抗辯，法院卽不得以職權駁斥原告之訴。我民法以非當然牽連之立法例較爲合理，故於第二六四條第一項前段規定：因契約互負債務者，於他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付。

第二 同時履行抗辯之要件

據我民法解釋，同時履行抗辯應具備左列之要件：

一 雙方債務須由雙務契約而生

契約當事人須互負債務，且其債務須由雙務契約而生，此就我民法第二六四條第一項因契約互負債務一語，即可明瞭。故契約當事人雖互負債務，然其債務非由雙務契約而生，則無同時履行抗辯權。例如因處理委任事務之結果，而有費用償還請求權時，受任人及委任人均無此抗辯權，其適例也。由雙務契約而生之一方債務，因給付不能，或其他事由而消滅時，同時履行抗辯權固亦消滅；然如因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，原來之債務雖變爲損害賠償之債務（第二二六條第一項參照），然因損害賠償之債務與原來之債務仍不失其同

一性，其同時履行抗辯權並不歸於消滅焉。

二 雙方債務須均至清償期且非自己有先為給付之義務

由雙務契約而生之債務，如僅一方之債務已至清償期，則無請求他方給付之可能。故在解釋上，由雙務契約而生之債務，必均至清償期，始有主張同時履行抗辯之餘地。所謂均至清償期，非指同一清償期而言，即清償期不同而均屆至者，亦是。惟在主張同時履行抗辯權人，須非自己已有先為給付之義務，否則與當事人之意思及公平之原則顯相背馳。故我民法於第二六四條第一項特設但書規定，以明示之。但亦非無例外，即我民法第二六五條規定：當事人之一方，應向他方先為給付者，如他方之財產於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞時，於他方未為對待給付，或提出擔保前，得自己之給付是。

三 須他方當事人未為對待給付

如他方當事人已依債務本旨實行給付，或實行提出給付，則無同時履行抗辯之可言。故同時履行抗辯之第三要件，以他方當事人未為對待給付為必要。此在解釋上自應如是。故如他方

當事人僅爲部分之給付，其得就全部債務成立同時履行抗辯，自不待言。但我民法爲維持公平起見，特設第二六四條第二項之規定，認爲例外。即他方當事人已爲部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付焉。夫行使權利，應依誠實及信用方法爲之，已爲我民法第二一九條所明定，本項之設，不過一種注意的規定而已。

第三 同時履行抗辯之效力

我民法第二六四條第一項規定，因契約互負債務者，於他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付；所謂得拒絕自己之給付，即同時履行抗辯之效力。同時履行抗辯，惟在拒絕自己之給付，故學者稱此抗辯爲延期的抗辯，以期別於否認的抗辯焉。惟於此有一問題，即雙方當事人因此涉訟，被告於裁判上援用此種抗辯時，如原告不能證明已爲給付，或已提出給付，法院應爲原告敗訴之判決，抑應爲交互給付之判決，不無疑問。德國民法則明定其應爲交互給付之判決（德國民法第三二二條第一項參照），我民法雖無明文規定，解釋上自應相同。

第三款 對待給付與履行不能

第一 概說

此之所謂不能，指嗣後不能而言，如屬自始不能，則其契約應爲無效。即在雙務契約，亦不外是。由雙務契約而生之一方債務，如於成立以後不能履行，惟其不能履行之債務，歸於消滅乎？抑他方之債務即對待給付，亦歸於消滅乎？此即履行不能與危險負擔之問題。關於此點，就一般通則言之：（一）因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債務人免給付義務（第二二五條第一項參照）；（二）因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害（第二二六條第一項參照）。然在雙務契約，則因債務性質上有牽連關係，不能依此通則解決，故我民法特設明文，俾資適用。

第二 因不可歸責於雙方當事人時

一 各國立法例

因不可歸責於雙方當事人之事由，致給付不能者，其危險應由何人負擔，各國法律則因契約標的之爲特定給付物與否而不同。即（一）以非特定給付物爲標的之契約，如因不可歸責

於雙方當事人之事由，致一方之給付不能者，他方免爲對待給付之義務。即其危險歸債務人負擔。此爲各國法律之所同。(二)以特定給付物爲標的之契約，如因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付不能者，他方仍有對待給付之義務。即其危險歸債權人負擔。此在法國瑞士荷蘭意大利及日本民法，莫不皆然。

二 我國民法之規定

我國民法則不問契約標的之爲特定給付物與否，危險概由債務人負擔。故第二六六條第一項前段規定：因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免爲對待給付之義務。所謂因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付不能，指雙方當事人對於給付不能之原因均無故意或過失而言(第二二〇條參照)。但我民法設有下列之例外：(一)一部給付不能時，此時債務人仍須爲可能部分之給付，債權人則可按其比例減少對待給付(第二六六條第一項後段)。但給付一部不能，若其他部分之履行於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，自不待言。(第二二六條第二項參照)(二)已爲對待給付時，此時

不問其爲全部之給付，抑爲一部之給付，得依關於不當得利之規定，請求返還（第二六六條第二項）。但明知無給付之義務，而爲給付者，則無請求返還之權利（第一八〇條第三款參照）。

第三 因可歸責於他方當事人時

當事人之一方，因可歸責於他方即債權人之事由，致不能給付者，債權人無免爲對待給付之理由。故我民法做一般立法通例，採危險歸債權人負擔之主義（第二六七條前段）。即債務人固免給付之義務，然並不因此喪失其對待給付請求權。即一面許債務人之債務消滅，一面仍使債權人之債務存在。所謂因可歸責於債權人之事由，指債權人具有故意或過失而言。其不能給付之爲全部一部，在所不問。但如屬一部不能，應解爲債權人得請求可能部分之給付，而債務人則得請求全部之對待給付。因可歸責於債權人之事由，不能給付者，債務人固得請求對待給付；但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所請之對待給付中扣除，以期公平。故我民法第二六七條特設但書規定，以明示之。所謂因免給付義務所得之利益，如因免給付

義務所節省之費用是。所謂因免給付應得之利益，即應行取得之利益而實際怠於取得者是。

第四 因可歸責於自己時

因可歸責於自己之事由，致不能給付者，其危險究歸何人負擔，我民法無明文規定。但依第二二六條及第二五六條類推解釋，危險應由債務人負擔。即如屬全部給付不能，債權人得請求全部不履行之損害賠償（第二二六條第一項參照）或解除契約（第二五六條參照）。如屬一部給付不能，而其他部分之履行於債權人無利益者，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償（第二二六條第二項參照）或解除契約（第二五六條參照）。惟不履行之損害賠償，其效力如何，則有二說。有謂損害賠償請求權與對待給付係屬交換性質者，有謂債權人係就一己應為之給付與債務人應為之給付比較，而請求賠償之差額者。前者謂之交換說（Austauschtheorie），後者謂之差額說（Differenztheorie），理論上自以前說為是。

第五節 關於涉他契約者

第一款 概說

涉他契約云者，即契約當事人約定，由第三人向他方爲給付，或向第三人爲給付之契約也。在昔羅馬法律，惟認契約僅對於契約當事人間發生效力，契約當事人以外之第三人，則不受契約之影響。法國民法從之，故無所謂涉他之契約。嗣因實際上之需要，暫認涉他契約之存在，但以向第三人爲給付者爲限（德國民法第三二八條以下日本民法第五三七條以下參照），如使第三人爲給付，則所不許。蓋一則係使第三人享受權利，一則係使第三人負擔義務，故也。然自契約自由之原則，及實際上之需要言之，此種限制，殊屬無謂。故近世立法所謂涉他契約，則兼指由第三人爲給付，及向第三人爲給付之契約而言。如瑞士債務法，即其一例（瑞士債務法第一二二條以下參照）。新民法從之，特設由第三人爲給付，及向第三人爲給付之規定。

第二款 由第三人爲給付之契約

契約當事人之一方約定，由第三人對於他方爲給付之契約，謂之由第三人爲給付之契約（第二六八條前段）。由第三人爲給付之契約，是否有效，以其契約之內容是否違反契約之原理原則決之。惟應注意者，由第三人爲給付之契約，其契約當事人仍爲訂立該契約之債權人及債務人；第三

人並非因此負有對於該契約之債權人而爲給付之債務。縱令第三人與該契約當事人間，因特法原因負有與該契約標的爲同一給付之義務，然此係屬另一問題，亦不能謂第三人即該契約之當事人。如第三人已對他方給付，固屬不成問題；如第三人不爲給付，我民法則明定其由契約當事人之一方即債務人，負損害賠償之責（第二六八條後段）。至債務人對於第三人之不爲給付，有無故意或過失，在所不問。蓋債務人既經於成立契約時，定明由第三人對債權人爲給付，則是顯有擔保其必爲給付之意思，故祇須第三人不爲給付，則債務人即應負損害賠償責任，以期適合於當事人之真意。

第三款 向第三人爲給付之契約

第一 向第三人爲給付契約之本質

雙方當事人以契約訂定，向第三人爲給付之契約，謂之向第三人爲給付之契約（第二六九條第一項前段）。亦稱利他契約。茲就其本質言之，有應注意者二。

一 利他契約仍爲當事人間之契約

關於此點，有下列三說：（一）無權代理說，此說以要約人爲第三人之無權代理人，其說爲不可通，蓋代理必以本人之名義爲之（第一〇三條第一項參照），此則係要約人以自己之名義爲之。又代理係直接對於本人發生效力（第一〇三條第一項參照），此則一面對於第三人發生效力。一面對於當事人間亦生效力。（二）間接取得說，此說謂係要約人先取得權利，然後讓與第三人。實則係第三人直接取得權利，非由要約人轉讓而來，是此說亦不可通。（三）直接取得說，此說謂第三人係依當事人間之契約直接取得權利。但有謂第三人係因債務人之單獨行爲而取得權利者，是謂單獨行爲說。有謂第三人係因要約人與債務人之共同行爲而取得權利者，是謂共同行爲說。有謂第三人係因要約人與債務人之契約而取得權利者，是謂契約說。我民法係採直接取得說中之契約說。其契約之當事人，仍爲要約人與債務人，而非第三人。故曰，向第三人爲給付之契約，仍爲當事人間之契約。

二 利他契約係以向第三人爲給付爲標的

此卽向第三人爲給付之契約之特質。所謂第三人，指契約當事人以外之人而言，不問其爲自

然人及法人爲此契約標的之給付之爲作爲不作爲，亦在所不問。惟就利他契約之地位及用語（卽所謂請求給付云云）言之，第三人所取得者，僅以債權爲限，如屬物權準物權，依照契約自由之原則固不妨成立利他契約，但惟準用關於利他契約之規定而已。至所謂向第三人爲給付，不以第三人純獲法律上之利益爲必要；卽附以附款，使第三人亦爲一定之給付，或卽爲對待給付，亦無不可。於此情形，一方爲向第三人爲給付之契約，一方則屬雙務契約之關係，自不待言。

第二 向第三人爲給付契約之要件

關於向第三人爲給付契約之要件，有應注意者三，茲分述之。

一 須具備一般契約之要件

一般契約之成立，有所謂成立要件及有效要件，其於向第三人爲給付之契約亦然。蓋向第三人爲給付之契約，亦不失其爲契約故也。

二 須有向第三人爲給付之合意

一般契約，以要約之意思表示與承諾之意思表示相互一致而成立，而於向第三人爲給付之契約，則除此合意外，以有向第三人爲給付之合意爲必要。關於此點，德國民法設有推定之規定（德國民法第三三〇條參照），我民法無之，解釋上自屬相同。

三 不須第三人表示享受其利益之意思

向第三人爲給付之契約，有以第三人表示享受其利益之意思爲成立要件者，如日本民法是（日本民法第五三七條第二項參照）。有不以第三人表示享有其利益之意思爲成立要件者，如德國民法是（德國民法第三二八條第一項參照）。我民法則做德國民法，卽向第三人爲給付之契約，以契約當事人間之意思一致爲已足，不以第三人表示享受其利益之意思爲必要。但於第二六九條第三項規定：『第三人對於當事人之一方表示不欲享受其契約之利益者，視爲自始未取得其權利』（德國民法第三三三條參照）。似若以第三人表示享受其利益之意思爲利他契約成立之要件，實則爲第三人享受利益之要件，而非利他契約成立之要件，縱第三人表示不欲享受其利益之意思，亦於利他契約之成立不生影響焉。

第三 向第三人爲給付契約之效力

關於向第三人爲給付契約之效力，可分三方面言之。

一 對於第三人之效力

我民法第二六九條第一項規定：以契約訂定向第三人爲給付者，……：第三人對於債務人亦有直接請求給付之權，是爲利他契約對於第三人之效力。依此規定，則第三人所取得者僅爲債權之本身，即給付請求權。由此請求權而生之權利，如因債務人給付遲延而生之損害賠償請求權，及因可歸責於債務人之事由致不能給付而生之損害賠償請求權（第二三一條第一項第二二六條第一項參照），第三人亦得有之，固不待言。反之，與債權獨立之權利，如契約之撤銷權及解除權等，則惟要約人有之。蓋以第三人非契約當事人故也。第三人既非契約當事人，故我民法第二六九條第二項規定：第三人對於前項契約未表示享受其利益之意思前，當事人得變更其契約，或撤銷之。

二 對於要約人之效力

我民法第二六九條第一項規定：以契約訂定向第三人爲給付者，要約人得請求債務人向第三人爲給付，是爲利他契約對於要約人之效力，一個利他契約，要約人既得請求債務人爲給付，第三人對於債務人亦有直接請求給付之權，於是有謂利他契約爲多數當事人之契約者。實則要約人係請求債務人向第三人爲給付，而非請求向自己爲給付，與多數當事人之契約似是而不同。要約人不但得請求債務人向第三人履行固有之債務，卽由此固有債務而生之債務，亦得請求債務人向第三人爲給付，是不待言。至與債權獨立之權利，如契約之撤銷權及解除權等，惟要約人有之，又屬當然，毋庸疑義。至若第三人表示不欲享受其利益之意思時，要約人能否請求債務人向自己爲給付，或向他人爲給付，則依當事人間之意思表示決之，與利他契約之成立，不相牽涉。

三 對於債務人之效力

向第三人爲給付之契約，一經成立，則債務人對於第三人卽有爲給付之義務，此就我民法第二六九條第一項反面解釋，是爲當然。雖然，債務人向第三人爲給付之義務，係由利他契約而

生，故我民法第二七〇條規定：前條債務人得以由契約而生之一切抗辯，對抗受益之第三人。所謂由契約而生之一切抗辯，舉凡權利不發生之抗辯，權利消滅之抗辯，及同時履行之抗辯，均屬之。惟應注意者，關於權利不發生之抗辯，據我民法第八七條第一項規定：「表意人與相對人通謀而爲虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效對抗善意第三人。」又第九二條第二項規定：「被詐欺而爲之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。」似若債務人之得對抗第三人者，僅以惡意第三人爲限，實則善意第三人亦得對抗，是爲一般規定之例外。

第五章 契約之解除

第一節 解除之概念

第一 解除之意思

契約之解除 (résolution, Rücktritt) 云者，契約當事人之一方，因行使其解除權，使債權契約自始歸於消滅之法律行為也。茲分析說明如左。

一 解除乃由一方意思表示而成之法律行為

契約之解除，在使契約自始歸於消滅，故解除為法律行為。解除祇須有解除權人一方之意思表示即生效力，而不以他方當事人同意為必要，故解除又為法律行為中之單獨行為。

二 解除乃解除權之行使

契約一經成立，即不得無故解除，故契約之解除必有一定之原因。所謂一定之原因，有基因於法律者，有基因於契約者，其得為解除，乃一種權利，是為解除權。其基因於法律而生之解除權，

謂之法定解除權。其基因於契約而生之解除權，則謂之約定解除權。解除權爲形成權之一種，是不待言。

三 解除乃就債權契約爲之

就關於解除契約規定之地位言之，其得解除者，自應以債權契約爲限。但關於物權契約及準物權契約，則不妨準用關於解除契約之規定，惟不發生回復原狀之問題。

四 解除乃使契約自始歸於消滅

解除在使契約之效力自始歸於消滅。所謂自始歸於消滅者，即使契約發生與自始未存在相同之效力也。是爲解除契約之溯及效。但有謂解除契約無溯及既往之效力，如解除在履行前，惟得拒絕履行；在履行後，祇能新發生返還請求權者。亦有謂解除在履行前雖得自始消滅其效力；然如在履行後惟能新發生返還請求權者。我民法第二五九條明定，契約解除時，當事人雙方互負回復原狀之義務，上開異說，顯爲我民法所不採。

第二 解除與其相似情事

左列各種情事，與解除之性質根本不同，不可不辨。

一 解除與撤銷

解除與撤銷，其顯著不同之點有二：（一）撤銷，通常以意思表示有瑕疵為原因（第八八條第八九條第九二條參照）；解除則除約定解除外，以給付遲延及給付不能為原因（第二五四條至第二五六條參照）。（二）撤銷之結果，當事人間之返還義務應依不當得利之辦法（第一七九條以下參照）；解除則依回復原狀之規定（第二五九條參照）。

二 解除與撤回

解除與撤回，其顯著不同之點有三：（一）撤回，係消滅未生效力之法律行為；解除則係消滅已生效力之法律行為。（二）撤回之原因，存在於該法律行為之本身；解除則通常為給付遲延及給付不能。（三）撤回無溯及既往之效力；解除則有溯及既往之效力。

三 解除與解除條件

解除與解除條件，其顯著不同之點有三：（一）解除條件以自然事為內容，不以意思表示

爲必要（第九九條第二項參照）；解除則非有意思表示不可（第二五八條第一項參照）。

（二）解除條件成就，無溯及既往之效力；解除則有溯及既往之效力。（三）解除條件成就，當事人間之返還義務，應依不當得利之辦法，解除則依回復原狀之規定。

第二節 解除權之由來

第一款 基因於法律者

第一 概說

解除權之基因於法律之規定而生者，稱曰法定解除權。法定解除權可大別爲二：一爲關於各種契約之特別規定，如我民法第三五九條第四九四條及第四九五條等之規定是。一爲關於一般契約之共通規定，如我民法第二五四條至第二五六條之規定是。本款則專就後者言之。至發生法定解除權之原因，依我民法規定，僅爲給付遲延與給付不能之二種。實則給付不完全亦爲發生解除權之原因，故本著一併及之，俾便適用。

第二 因給付遲延之解除權

債務人給付遲延，依我民法規定，債權人得聲請法院強制執行（第二二七條參照），或請求賠償因遲延所生之損害（第二三一條參照），或請求賠償因遲延所生之損害（第二三一條參照），或請求賠償因不履行所生之損害（第三三二條參照）。而法律猶恐未足以保獲債權人之利益，故更與債權人以契約解除權，使得回復未有該契約前之原狀。但因給付遲延而生之契約解除權，其成立要件法律上別之爲二。

一 非定期行爲之契約

非定期行爲之契約云者，即依契約之性質，或當事人之意思表示，縱不於一定時期爲給付，亦足以達其契約之目的者是也。於此情形，債權人並非於債務人給付遲延後即取得解除權，尙須定相當期限，催告其履行，如於期限內不爲履行，始得解除其契約（第二五四條）。茲述其要件如下。

甲 須債務人給付遲延

何謂給付遲延，依第二二九條決之。即給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未爲給付，自受催告

時起，負遲延責任。換言之，即前者於期限屆滿時不爲給付，謂之給付遲延。後者於受催告之時不爲給付，謂之給付遲延。

乙 債權人須定相當期限催告其履行

履行之催告 (Kündigung) 與履行之請求，同爲要求債務人爲給付之意思通知，惟在前者以定有相當期限爲必要，此其不同之點。給付之無確定期限者，依我民法解釋，似非爲兩重之催告不可；實則以逕爲履行之催告爲已足，不必先請求履行，再爲催告。至其所定之期限是否相當，應依客觀的標準決之。如所定之期限較長於相當期限，固屬不成問題。如較短於相當期限，有謂其應屬無效者，有謂經過相當期限後仍成立解除權者，從文理解釋，自以前說爲是。

丙 須債務人於其期限內不爲履行

債務人如於其期限內，已依債務本旨實行給付，或實行提出給付（第二一九條第二三五條參照），自不發生解除契約之問題。故契約之解除，尙以債務人於其期限內不爲履行爲必

要。且其不爲履行，須債務人具有過失，此就無過失無責任之原則言之，自應如此。至其過失是否在催告以後，在所不問。但應注意者，債權人取得解除權後，債務人再爲履行債權，能否拒絕，應以其履行能否達契約之目的，及因遲延給付而生之損害賠償是否一併提出，決之。

二 定期行爲之契約

定期行爲之契約云者，即依契約之性質，或當事人之意思表示，非於一定時期爲給付，不能達其契約之目的者是也（第二五五條前段）。於此情形，如債務人不按照時期給付，則債權人得不爲前條之催告，解除其契約（第二五五條後段）。茲述其要件如下。

甲 須爲定期行爲

所謂定期行爲，有依契約之性質，非於一定時期爲給付，不能達其契約之目的者。有依當事人之意思表示，不能達其契約之目的者。前者謂之絕對的定期行爲，後者謂之相對的定期行爲。我民法做德國民法，所謂定期行爲，包含兩者而言（德國民法第三六一條參照）。

乙 須債務人不按照時期給付

債務人如已按照時期，依債務本旨實行給付，或實行提出給付，自不發生解除契約之問題。故契約之解除，以債務人不按照時期給付爲必要。且其不爲給付，須債務人具有過失，又不得言。

丙 債權人得不爲催告逕行解約

既屬定期行爲之契約，依期限代催告之原則，如債務人於期限屆至後不爲給付，則債權人毋庸定相當期限催告其履行，即可逕爲契約之解除。但債權人祇得不爲催告，如欲解除契約，仍須爲解除契約之意思表示，又屬當然。

第三 因給付不能之解除權

所謂給付不能，有因不可歸責於債務人之事由，致給付不能者（第二二五條第一項參照）。有因可歸責於債務人之事由，致給付不能者（第二二六條第一項參照），此之所謂給付不能，指後者而言。蓋在前者，債務人已免給付義務，自不發生解除契約之問題。其在後者，債權人固得請求賠償損害，然如屬雙務契約，仍須爲對待給付，常有不欲求爲對待給付而願解除契約者。故我

民法第二五六條規定：債權人於有第二二六條之情形時，得解除其契約。所謂給付不能，不以全部爲限，即給付一部不能，若其他部分之履行於債權人無利益時，亦得解除其契約。又所謂給付不能，縱在給付期前，亦可解除其契約，但以其不能係屬確定者爲限。

第四 因給付不完全之解除權

依我民法第二二七條規定，債務人不爲給付，或不爲完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。不爲給付即遲延給付，及不能給付，既可爲解除契約之原因，則不完全之給付，自屬不能獨外。惟我民法關於此點，尙無明文規定，茲就學理解決如左。

一 不完全給付後尙可依債務本旨爲給付時

於此情形，可依非定期行爲之契約辦理。即債權人得定相當期限，催告債務人爲完全之給付，如於其期限內不爲完全之給付，則由債權人解除其契約（第二五四條參照）。但如係可以補充給付，則不必返還其已爲之給付。否則須返還其已爲之給付，再請求爲完全之給付。

二 不完全給付後不能依債務本旨爲給付時

於此情形，可依定期行為之契約辦理。即債權人得不定相當期限，催告債務人爲完全之給付，逕行解除其契約（第二五五條參照）。蓋債務人既已不能依債務本旨重爲給付，則契約之目的，已不可得而達，故無復催告其再爲給付之必要。

第二款 基因於契約者

解除權之基因於契約之訂定而生者，謂之約定解除權。約定解除權，當事人或即依該契約保留之，或由嗣後另訂契約保留之，均無不可。又是否僅當事人之一方有之，或雙方均有之，皆須從其契約之內容而定。至有解除權人是否任意行使其權利；抑或附有條件期限，必俟條件之成就，或期限之屆至，始能行使其權利，亦應依其契約之內容決之。

第三節 解除權之行使

關於解除權之行使，依我民法規定，有應說明者三。茲分述如左。

第一 解除權行使之期間

解除權之行使，定有期間者，有解除權人固可於其所定之期間內，行使其解除權。如逾期不行使，

則解除權歸於消滅，是爲當然。反之，解除權之行使，未定有期間者，有解除權人何時行使其解除權，他方當事人不可得而知，則權利狀態永不確定，殊非所以保護他方當事人之利益。故我民法第二五七條規定：解除權之行使未定有期限者，他方當事人得定相當期限，催告解除權人於期限內確答是否解除，如逾期未受解除之通知，則解除權歸於消滅焉。

第二 解除權行使之方法

關於解除權行使之方法，外國法律有必須以訴訟爲之者，如法國民法是（法國民法第一一八四條參照）。有以對於他方當事人爲解除之意思表示爲已足者，如德日民法是（德國民法第三四九條日本民法第五四〇條第一項參照）。我國民法則倣德日立法例，於第二五八條第一項明定：解除權之行使，應向他方當事人以意思表示爲之。解除契約之意思表示，一經生效，則不得撤回。故我民法特於第二五八條第三項規定：解除契約之意思表示，不得撤回（原條文係用撤銷），以明示之。但撤回之通知，與解除之通知如係同時達到，或先時達到，仍爲有效，自不待言（第九五條第一項參照）。

第三 解除權之不可分

我民法第二五八條第二項規定：契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體，或向其全體爲之。是爲解除權之不可分。所以避免法律關係之複雜也。但此非基於公益上之理由，當事人以契約爲相異之訂定，自無不可。但所謂契約當事人之一方有數人，不以契約成立時有數人爲限，契約成立時雖僅一人，而其人死亡後，遺產繼承人有數人時，亦包含之。又數人相互間有無連帶關係，在所不問。所謂由其全體，或向其全體爲解除之意思表示，不必同時爲之，即先後爲之，亦屬無妨。其先後爲之者，則其效力應以最後意思表示發生效力之時爲準。

第四節 解除之效力

第一 概說

依我民法第二五九條規定：契約一經解除，則雙方當事人互負回復原狀之義務。由是可知解除之效力，在使債權契約與自始不存在發生同一之結果。但所謂回復原狀，自指雙方當事人已依據契約爲給付者而言。如未爲給付，自不發生回復原狀之問題。又所謂回復原狀，祇雙方當事人

互負回復原狀之義務，非契約一經解除，即當然回復原狀。世謂解除祇生債權的效力者，蓋以此也。

第二 回復原狀之範圍

契約既經解除，則其所受領之給付，已失其法律上之原因，在理論上本負不當得利之返還義務（第一七九條以下參照）。但我民法為適於解除之目的起見，關於返還義務，不依不當得利之規定，而於第二五九條明定回復原狀之範圍。即契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定，或契約另有訂定外，依左列之規定。

- 一 由他方所受領之給付物，應返還之。
- 二 受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息，償還之。實際之取得利息與否，在所不問。蓋金錢係屬可以生利之物，故也。此為法定利息之一種，利息之數額，自應依法定利率計算之。

三 受領之給付為勞務，或為物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。此之所謂價額，

以客觀的價額爲準。

四 受領之給付物生有孳息者，應返還之。須生有孳息，始負返還之義務，此與惡意占有者有別（第九五八條後段參照）。至孳息之現尙存在與否，則非所問。

五 就返還之物已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內，請求其返還。蓋不如此，則他方當事人將因此取得不當之利益。但其請求返還，亦有一定之限制。

六 應返還之物有毀損滅失，或因其他事由致不能返還者，應返還其價額。受領人對於不能返還之事由有無過失，在所不問。若其滅失毀損，係由他方當事人或第三人之侵權行爲時，受領人仍保有侵權行爲之損害賠償請求權，自不待言。

第三 解除與損害賠償

一 各國立法例

契約當事人解除契約後，是否得爲損害賠償之請求，各國法律不同。有定爲債權人須於損害賠償之請求，與解除權之行使選擇其一者，如德國民法是（德國民法第三二五條參照）。有

定爲解除契約時，得請求賠償因債務不履行所生之損害者，如法國民法是（法國民法第一一八四條第二項參照）。有定爲解除契約時，得請求賠償因契約消滅所生之損害者，如瑞士民法是（瑞士民法第一〇九條參照）。有定爲解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求者，如日本民法是（日本民法第三四三條第三項參照）。自純理立論，以德國民法爲是。蓋因債務不履行之損害賠償，不過爲原債務之變形或擴張，原債務既因契約之解除而消滅，自不發生損害賠償之問題，故解除契約與請求損害賠償，祇能選擇其一。反之，法瑞等國民法，則從實際着眼，蓋必解除契約與請求損害賠償二者並存，始足以保持公平焉。

二 我國民法之規定

我民法第二六〇條規定，解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，蓋採日本民法之立法例。所謂不妨礙損害賠償之請求云者，乃指因債務不履行已發生之損害賠償，不因解除權之行使而受妨礙；並非於已發生之損害賠償而外，尙積極的承認新損害賠償請求權之存在。此不但就用語觀察如此，卽就理論言之，亦應如是。否則在非以不履行為原因之解除（如契約上之

解除），相對人縱無過失，亦應負責，與我民法損害賠償之原理，顯有不符。我民法所謂損害賠償，既指因不履行所生之損害賠償而言（第二二七條參照），則其範圍自應適用一般之規定。即依第二一六條規定，凡積極的損害（即所受損害）及消極的損害（即所失利益），皆包含之。但在雙務契約，應扣除因扣除因不履行所受之利益，自屬當然。

第四 關於對待給付規定之準用

雙方當事人相互間，因解除契約而生之回復原狀及其他之義務，雖非因雙務契約而生之債務，但雙方債務間如認其有牽連關係，實適合於正義公平之原則。故我民法第二六一條明定：準用第二六四條至第二六七條之規定。申言之，即關於同時履行抗辯及危險負擔之規定，亦準用之於當事人因契約解除而生之相互義務焉。

第五節 解除權之消滅

解除權亦權利之一，凡關於權利消滅之規定，於解除權之消滅亦有其適用，自不待言。茲惟述我民法關於消滅解除權之特別規定如左。

第一 解除權之行使未定期間者經催告後不爲確答時

依我民法第二五七條規定，解除權之行使，未定有期間者，他方當事人得定相當期限，催告解除權人於期限內確答是否解除，如逾期未受解除之通知，解除權即消滅，此爲我民法所定解除權消滅原因之一種。

第二 有解除權人因可歸責於自己之事由致其所受領之給付物不能返還時

有解除權人，因可歸責於自己之事由，致其所受領之給付物有毀損滅失，或其他情形不能返還者，未始不可依據第二五九條第六款之規定償還其價額。但在他方當事人，究不能與返還原物得同一之利益，故我民法第二六二條前段明定，其解除權歸於消滅焉。但所謂毀損滅失，以依一般通念已達於不能回復原狀之程度者爲限，否則不應消滅其解除權。所謂其他情形不能返還，如已將所受領之給付物讓與第三人者是。

第三 有解除權人將所受領之給付物變其種類時

有解除權人，將所受領之給付物變其種類者，即不能以原狀返還，故我民法第二六二條後段，明

定其解除權歸於消滅焉。但加工改造，須達於變其種類之程度，始能援用本條消滅解除權。至是否已達變其種類之程度，應依一般通念決之，無待深論。

第六節 終止契約

終止契約，在英語爲 *terminate contract*，即日本民法所謂告知解約（日本民法第六二〇條參照）。我民法規定終止契約之處，不一而足，如第四二四條，第四三五條，第四三六條，第四三八條，第四四〇條，第四四三條，第四四七條，第四五〇條，第四五二條，第四五八條，第四五九條，第四七二條，第四八四條，第四八五條，第四八九條，第五四九條，第五六一條等，皆是。終止契約，乃終結繼續性之契約關係，僅消滅其契約將來之效果；解除契約則在溯及既往發生效力，二者之性質甚不相同。但終止契約之權利，亦屬一種以一方意思表示消滅契約關係之形成權，故我民法第二六三條規定，第二五八條關於解除權之行使，及第二六〇條關於行使解除權，不妨礙損害賠償之請求，於當事人依法律之規定終止契約者，準用之。

各國民法條文對照

第一百五十三條

參照 第二次草案第二三四條 德國民法第一五四條第一五五條 暹羅民商法第三六六

條第三六七條 瑞士債務法第一條第二條

第一百五十四條

參照 第二次草案第一三五條 德國民法第一四五條 瑞士債務法第三條第七條 法意

民法共同草案第二條 日本民法第五二一條

第一百五十五條

參照 第二次草案第一三六條 德國民法第一四六條 暹羅民商法第三五七條 法意民

法共同草案第二條

第一百五十六條

參照 第二次草案第一三八條 德國民法第一四七條 暹羅民商法第三五六條 瑞士債

務法第四條 蘇俄民法第一三一條

第一百五十七條

參照 第二次草案第一三九條 德國民法第一四七條 暹羅民商法第三五五條 瑞士債

務法第五條 日本民法第五二四條 蘇俄民法第一三二條

第一百五十八條

參照 第二次草案第一四〇條 德國民法第一四八條 暹羅民商法第三五四條 瑞士債

務法第三條 日本民法第五二二條 蘇俄民法第一三三條 法意民法共同草案第

二條

第一百五十九條

參照 第二次草案第一四一條 德國民法第一四九條 暹羅民商法第三五八條 瑞士債

務法第五條 日本民法第五二二條 蘇俄民法第一三三條 法意民法共同草案第

二條

第一百六十條

參照 第二次草案第一四二條 德國民法第一五〇條 暹羅民商法第三五九條 日本民

法第五二二條第五二八條 蘇俄民法第一三五條 法意民法共同草案第二條

第一百六十一條

參照 第二次草案第一四三條 德國民法第一五一條 暹羅民商法第三六一條 瑞士債

務法第六條第一〇條 日本民法第五二六條 蘇俄民法第一三四條 法意民法共

同草案第二條

第一百六十二條

參照 日本民法第五二七條 瑞士債務法第九條

第一百六十三條

參照 瑞士債務法第九條

第一百六十四條

參照 第二次草案第七二九條 德國民法第六五七條第六五九條 暹羅民商法第三六二

條第三六四條 日本民法第五二九條第五三一條 瑞士債務法第八條

第一百六十五條

參照 瑞士債務法第八條 日本民法第五三〇條 法國民法第六五八條

第一百六十六條

參照 第二次草案第一四五條 德國民法第一五二條第一二八條 瑞士債務法第一六條

蘇俄民法第一三〇條

第二百四十六條

參照 第二次草案第二二九條 德國民法第三〇六條第三〇八條 埃及民法第一四九條

第二四〇條 瑞士債務法第二〇條

第二百四十七條

參照 第二次草案第二三〇條 德國民法第三〇七條

第二百四十八條

參照 德國民法第三三六條 暹羅民商法第三七七條 日本民法第五五七條

第二百四十九條

參照 第二次草案第三三四條 德國民法第三三七條第三五九條 暹羅民商法第三七八

條 蘇俄民法第一四三條 日本民法第五五七條

第二百五十條

參照 第二次草案第三〇七條 德國民法第三三九條第三四〇條第三四一條 日本民法

第四二〇條 瑞士債務法第一六〇條第一六一條 暹羅民商法第三七九條第三八

〇條第三八一條 法國民法第一一二六條第一一二九條

第二百五十一條

參照 第二次草案第三〇七條 瑞士債務法第一六二條 法國民法第一二三一條

第二百五十二條

參照 德國民法第三四三條 瑞士債務法第一六三條 暹羅民法第三八三條 法意第

一六六條

第二百五十三條

參照 第二次草案第三〇七條 德國民法第三四二條 日本民法第四二二條 暹羅民商

法第三八二條

第二百五十四條

參照 第二次草案第二三三條 德國民法第三二六條 日本民法第五四一條 瑞士債務

法第一〇七條 法意民法共同草案第四七條 法國民法第一一八四條

第二百五十五條

參照 第二次草案第二三二條 德國民法第三六一條 日本民法第五四二條 暹羅民商

法第三八八條 瑞士債務法第一〇八條

第二百五十六條

參照 第二次草案第二三二條 德國民法第三二五條 日本民法第五四三條 暹羅民商

法第三八九條 埃及民法第一七三條

第二百五十七條

參照 第二次草案第二四四條 德國民法第三五五條 日本民法第五四七條 暹羅民商

法第三九三條

第二百五十八條

參照 第二次草案第二三五條 德國民法第三四九條第三五六條 日本民法第五四〇條

第五四四條 暹羅民商法第三八六條第三九〇條 瑞士債務法第一〇七條

第二百五十九條

參照 第二次草案第二三七條 德國民法第三二六條第三二七條第三四六條第三四七條

日本民法第五四五條 暹羅民商法第三九一條 瑞士債務法第一〇九條

第二百六十條

參照 第二次草案第二三六條 德國民法第三四七條 日本民法第五四五條 暹羅民商

法第三九一條

第二百六十一條

參照 第二次草案第二三八條 德國民法第三四八條 日本民法第五四六條 暹羅民商

法第三九二條

第二百六十二條

參照 第二次草案第二四一條第二四二條 德國民法第二五一條第三五二條 日本民法

第五四八條 暹羅民商法第三九四條

第二百六十三條

參照 無

第二百六十四條

參照 第二次草案第四〇九條第四一〇條 德國民法第三二〇條第三二一條 日本民法

第五三五條 瑞士債務法第八二條 暹羅民法第三六九條 法意民法共同草案

第四八條 蘇俄民法第一三九條

第二百六十五條

參照 第二次草案第四一〇條 日本民法第五三三條 瑞士債務法第八二條第八三條

德國民法第三二一條

第二百六十六條

參照 第二次草案第四一二條 德國民法第三二三條 日本民法第五三六條 埃及民法

第二四〇條 蘇俄民法第一四四條

第二百六十七條

參照 第二次草案第四一三條 德國民法第三二四條 蘇俄民法第一四六條 日本民法

第五三六條 瑞士債務法第一一九條

第二百六十八條

參照 瑞士債務法第一一一條 法意民法共同草案第四六條 法國民法第一二〇條

第二百六十九條

參照 第二次草案第四一七條第四一九條 德國民法第三二八條 日本民法第五三七條

第五三八條 瑞士債務法第一一二條 暹羅民商法第三七四條第三七五條 法意

民法共同草案第四五條 蘇俄民法第一四〇條 法國民法第一二二條

第二百七十條

參照 第二次草案第四一八條 德國民法第三三四條 日本民法第五三九條 暹羅民商

法第三七六條



A541 212 0000 5427B

中華民國二十三年
五月初版

(二一九八七)

百
小叢書
契約法論一冊

每冊定價大洋貳角伍分

外埠酌加運費匯費

著
者
胡
長
清

主
編
兼
發
行
人
王
雲
五

印
刷
所
商
務
印
書
館

發
行
所
商
務
印
書
館

版 翻
權 印
所 必
有 究

三四一〇上

協記



928463