

R. W. Holland 著
林振鏞 譯

英國契約法

正中書局印行

584.31

577

2



3 0600 9655 3

自敘

余譯美國刑法學及英國侵權法既竟，諸生讀而好之，請更遂譯英美法數種，爲讀法者一助；遂忘其譾陋，於講授餘晷，竭兩週之力，而復譯此書。

契約法者，時代之產物也。古時社會中，雖有契約行爲，而其解釋與效力，多以法官之主觀意思定之；自近代工商業日趨興盛，交易頻繁，人事錯雜，契約法之講求，遂愈爲急務；我民法總則及債編中，對契約之效力及兩造權義之規定，不厭其詳者，亦所以應時代之要求也。願我立法之始，係以大陸法爲借鑑，而於英美法，則採擇殊渺；不知英美法雖多爲不成文的，而其理論之精湛，有爲大陸法所不能幾及者，以本書言，關於契約之原因，契約之解除，及違約之責任各點，多與大陸法相異其趣。他山之石，可以攻玉，誠宜攝彼所長，匡我所弗逮也。故譯者於每章之後，繫以註解，以較其異同，明其得失。自法權收復，中英美文化交流，永爲兄弟之邦，此時互爲研討其法理之精髓，爲未來損益法律時之根據，並以資僑民訴訟時之參考，此法學者之責任，無可旁貸者也。譯者竊有志從事於斯。繼今以往，當擬更取英美名家所著之物權法親屬繼承法以及訴訟法等，譯以問世，冀成立一完整的英美法系統，竭區區之知能，爲涓埃之貢獻，庶幾無負於讀書之志；然而歲月匆匆，勞人草草，又未知果克償茲願否也。隨園詩話中有句云，「此事不知何日了，著書翻恨古人多」。三復斯言，可勝慨歎，爰綴數語，自爲之券云。

自

敘

三十三年三月振鏞識於國立中央大學

譯例

一、本書著者荷倫 (R. W. Holland) 爲英國名商法學家，著有商法票據法等書七八種，風行一時，本書爲其一九二七年所著之一，其中每段每句所述，均有例案以爲根據，書中並附註有各例案之名稱及出處，以資查閱；譯者爲便利手民起見，除將較重要部分之例案，依原文註出外，餘均從略。

二、英國之法律，無固定之法典，可以研究，故除一部分根據議會隨時所頒布之單行法外，餘皆所謂不成文法，即法院所判決之例案也。不成文法又分兩種：一爲習慣法 (Common Law)，一爲平衡法 (Equity)；前者爲自古沿傳之習慣，經法官採入判例而垂爲典則，後者即以比較持平之法理爲判決，以補救習慣法之缺陷者也。例如本書第八章所述訂約之一方違約時，法律所予相對人之救濟方法，即分爲習慣法與平衡法兩點論之；蓋英國法雖偏於保守精神，而社會日益進步，人事日益複雜，習慣法泥古不化，未可以應變，故不得不補充以平衡法，又不足則議會中復以單行法隨時補救之，所以臻於至善也。本書內容，成文法與不成文法，均有所論述，所舉例案之名稱，譯者爲節省篇幅，多從簡寫。例案出處則原文向例皆以簡寫出之，如 T. O. B. 235，即 Queen's Bench (女王法庭) 判決書彙編卷一第一三五頁之謂，他如 T. L. R. 爲 Time Law Report, A. C. 爲 Appeal Cases, K. B. 爲 King's Bench，不遑逐一枚舉，常讀英國法者，可一望而知。英美各大學法學院及各法院中，均存有此類判例彙編之書，多至汗牛充棟，如能檢得其書，不難按圖而索驥也。

三、本書原本只分章而未註節目，譯者特爲加註節目次序，以便閱讀，惟畫分節目之處，有時不

無稍涉牽強，此係限於原文之層次，亦無可如何耳。

四、各章重要部分，譯者於章末各附有註釋，與我國民法所規定者，作一比較，以明得失，惟註解處遺漏仍恐甚多，幸讀者有以匡正之。至譯筆則以忠實為主。未敢稍有所損益也。

五、書中重要之法律上名詞，多附英文原文，其非重要者從略。

六、拙譯英國侵權法一書（正中出版），可與本書相互參閱，蓋侵權行為亦債之一種，與契約法有同源也。

英國單行法中英文對照表

原 名	譯 名	頒布日期
Infants' Relief Act	未成年入救濟法	1874
Statute of Limitations	訴權時效法	1623
Copyright Act	著作權法	1911
Merchant Shipping Act	商船法	1894
Companies, Clauses Consolidation Act	公司團結法	1845
Law of Property Act	財產法	1925
Railway and Canal Traffic Act	鐵路及海港交通法	1854
Sale of Goods Act	售貨法	1828
Statute of Frauds Amendment Act	修正詐欺法	1828
Moneylenders Act	貸金法	1900-1911
The Courts, Emergency Powers Act	非常時期法院權力法	1917
Trade Union Acts	商業組合法	1871-1876
Gaming Acts	賭博法	1845-1892
Diplomatic Privileges Act	外交使節特權法	
Married Women Property Act	已婚女子財產法	1882

Partnership Act	合夥法	1890
Companies Act	公司法	1908-1917
Bills of Exchange Act	匯票法	1882
Judicature Act	裁判法	
Bankruptcy Act	破產法	1883
Civil Procedure Act	民事訴訟法	1833
Judgement Act	判決法	1838
Trade Disputes Act	商業糾紛法	1910
Betting and Loans (Infants) Act	兒童賭博及借款法	1892
Sunday Law	星期日法	1677
Real Property Limitation Act	不動產訴權限制法	1874

第一章 契約之意義

契約 (Contract) 者，人人熟知之二名詞也。然若不加以法學上之分析，則商業中人，對於何種行為，屬於契約範圍，何種行為為非契約，殆難獲一明晰之概念。一經法學者施以精密之解剖，並說明其要素，則不特非法界中人，將感覺新奇，即法界人士，亦必倍饒興趣也。茲在分析契約要素以前，試先將契約二字，下一定義。

第一節 契約之定義

名法學家勃勒斯頓 (Blackstone) 在註解「英國法」一書中，曾云：

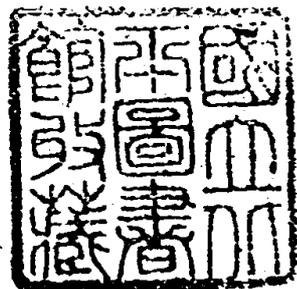
「契約者，雙方約定，基於一種充分之原因 (sufficient consideration) 為某種之作爲或不作爲也」。

上述之一定義，殊不甚妥。蓋所謂「充分之原因」。即「適當之原因」之謂，在法律上，契約雖需要原因，而原因之充分或適當與否，則無關重要也。

威廉安孫爵士 (Sir Wm. Anson) 對於契約二字，亦曾下一較長之定義，氏之定義曰：

「契約者，兩人或兩人以上之訂約，就中一人或數人獲得權利，要求相對人爲某種之作爲或不作爲，而在法律上可以強迫相對人履行者也」。

苟吾人欲接受此一定義，則必須對所謂「強迫履行」(enforceable) 一字，下一特殊之解釋乃可。



蓋通常所謂契約，多無履行之可能性者，法律對此例以賠償損失，代替履行也。此點決不當予以忽視，蓋法庭對於強迫履行一點，恆認為最應考慮之一問題也。實際上僅極少數之契約，得強迫其履行，此點姑留後述。

尚有一種較簡短之定義，即謂「契約者，一種之訂約或承諾在法律上有強迫履行性者也」。同樣的，此一定義，亦以強迫履行為契約之要件，然人類間有各種複雜之關係，足以形成契約，而事實上不能訴之於法律者，則此定義，亦豈得成立乎？故最適當之簡單定義，即樸納克爵士（Sir Frederick Pollack）所云者：

「任何之訂約及承諾，凡在法律上有強迫履行之性質者，即契約是也」。此定義自較妥善，雖或不能包括人類間各種關係，而容納於契約之中，要之，其所包括者，固已甚廣泛矣。

第二節 所謂「訂約」

訂約不必皆合於契約性質，而任何契約，必皆始於訂約無疑，蓋訂約為契約成立要素之一種也。例如甲與乙訂約，遇假期當共出遊覽，此僅為訂約而非契約。又如甲曾允為乙之遺產執行人，縱使乙於死亡時，遺囑中允許予甲以利益，甲仍可拒絕不為其遺產之執行人，蓋甲當時雖有承諾之表示，而無法律上義務之可言也。契約中之訂約，乃係給予當事人以一種法律上義務之謂，故訂約必須使兩造之間，發生法律關係，若缺乏此法律關係，則僅為單純的承諾而已，不能據以控訴也。

（一）社會交際無契約性 社會交際與商業交際之分別，在於前者不發生法律上之義務，而後者則有法律上之義務。例如甲允赴乙之宴會，而屆時不往，則甲亦不能有法律上之責任，縱使乙因甲承諾

赴約之故，曾費多金以治餐，亦不能責甲以賠償。同樣的，若甲與乙約定，共同跳舞，而乙於舞前即行離去，乙亦不負法律上之義務，彼所負者，僅社交上之責任耳。故社會交際與法律上之訂約行為，其間區別，縱屬狹隘，而兩造間是否已發生法律上之關係則至為顯明也。

(二)對自己訂立之契約 人不能對自己訂立契約，此一原則，殆無人可予否認。故任何契約之訂立，至少須有兩造，然倘有人對他人連其本身作為對象，而訂立契約時，則不無困難問題之發生。但此種契約，嘗被認為無意義的，故某案中甲乙訂約，甲自居為出租人，而以對方連甲本人作為承租人，法院認其為無契約可言。是以在敘述契約定義之時，所用「兩人或兩人以上」等字，似無必要也。

(三)契約中之義務性 凡屬契約，其中必發生法律上的關係，而此關係，必係予兩造以一種束縛或義務。一造恆希望對方之履行其契約，即可解除對方束縛而消滅其義務。凡不能履行契約者，則應予受害之一方以損失的賠償，而此種賠償之要求，則常須假法庭之力而執行焉。

第二節 要約與承諾 (Offer and Acceptance)

欲使法庭認契約拘束已經成立，必須證明一方確有要約，而他方對此要約，確曾承諾，而後交易乃獲完成。每一契約之構成，必須有要約與承諾兩要素，換言之，即一造要約，一造承諾是也。無論契約內容，如何複雜，亦無論雙方定議手續，如何繁瑣，要之必有一要點在焉，即一造必須為下列或其相之表示：「你如承諾以某某為交換條件，我願擔任為此事」。而他造必答以：「我願接受你的要求」。樸納克氏嘗謂此點亦不可過於擴大，但此一根本原則，實可以普遍適用於每一契約之中，則屬毫無疑問。吾人通常在社會中之生活，即常包括各種契約方式，例如某市民乘公共汽車或電車出資

購票時，其契約即已成立，在汽車公司方面，即為一種暗示的要約，汽車既係用以搭客者，公司經理即是向大衆作暗示的要約，謂此車將搭載合法之人數，而前往某一定之處所，願出資者，皆可乘往，而任何人登車入座，即係承諾此要約之表示也。

(一)單純的承諾非契約。要約與承諾，因為契約之要素，然要約之後，若僅繼以單純之應許而無原因存在，則亦未足以構成契約。例如甲告乙，謂其汽車房中有車一輛，乙如願接受，可逕取去，此時即使乙欣然接受，亦無契約可言。縱甲忽反悔，拒絕交車，乙亦不能控之於法，除非訂約之時，甲確曾向乙取得一種之代價耳。

(二)承諾應與要約相符合。所謂要約者，其目的或為一種現在的或將來的服務，或為某種貨物之交付，又或為某種之不作爲，均無不可。惟關於要約與承諾之間，亦須有相當之法定要件耳。承諾之方式，應與要約一致，例如某甲懸賞一英鎊，以尋覓其錢袋，某乙適拾得該袋，即可持以訪甲，接受其要約是也。

第四節 關於要約與承諾之法定規則

關於要約與承諾之法定規則，有如下述：

- (1) 要約須於通知相對人後，始能成立，蓋必通知而後相對人始有承諾之可能。
- (2) 要約得以言語或行爲爲之。
- (3) 承諾得依要約性質以言語或行爲表示之，惟承諾必須確已到達要約人，始生效力。
- (4) 未經承諾之要約，無法律上責任之可言，在承諾之前要約者可以自由撤回，既承諾之後，即

不得任意撤回。

(5) 要約可對全世界爲之，但非遇一特定之人，予以承諾時，該要約不能視爲契約。

(6) 承諾必須爲絕對的，必須爲完全符合要約之內容的。

(7) 要約者與承諾者之間，必須發生法律上之關係。

(一) 要約之通知 以上所舉之七條，茲分別予以說明，俾由此得明契約之意義。要約未經通知者，對方既不知要約之爲何，自無承諾之可能，事理至明，無待贅述。在下舉 *T. vs. L.* 一案中，法庭即已決定此一原則，凡未經通知之要約，既無承諾之可能，自不得發生任何法律上之權利問題也。

例案(1) *Taylor vs. Laird* (1856), 25 L. J. Ex. 329

本案原告爲一船舶之指導員，在辭去其指導職務之後，忽向船主控追其過去駛船之酬勞。法院判原告無此權利，其駛船之勞役，雖屬實在，而其駛船之時，迄未有要求酬金之要約，先期通知於船主，船主既無機會以承諾或拒絕其要約，豈能於事後復予控追？

因此，遂可確定一原則，即任何人爲他人擔任一種勞務時，除非事先已給予對方以承諾或拒絕其要約之機會，不能於事後遽行控訴追償，若已予對方以此種機會，則無論其承諾方式之爲明示的或默認的，相對人皆應負其責任。

(二) 不知有要約之承諾的效力問題 假定有人發出一種要約，對方並未知悉，無意中竟予以行爲的承諾，其間並無任何取巧的動機，而於事後發現有此要約時，能否依據契約原則，向要約人要求報酬乎！此一困難之問題也。例如某甲因感覺對乙負有道德上之義務，以某一事項告知某乙，不知某乙

於事前業已發出懸賞，徵求告發某事之要約，甲於告發之後，始知乙有此要約，能據以索酬否？此依上述之一般原則規定，乙之要約既未通知於甲，自無契約之可言，事後知之，自不能據以索酬也。

關於此點英國有一權威之例案如下所述：

例案(1) *Wm. vs. Carwardine, 1833*, 4 B. & Ad. 621

本案被告懸賞徵求報告一暗殺案之凶手姓名，原告為解除其良心痛苦，及避免死亡之威脅起見，向被告告知凶手姓名，其後原告知悉被告有懸賞一舉，乃向其控追酬報，被告方面，堅執謂原告之出頭告發，動機並非由於得見被告之懸賞，故不能以之控訴，法院判原告勝訴。在本案中，原告是否確於事前知悉有懸賞一舉紀錄中未有述及，惟郝金士(Hedges)法官在另一案中，提及此案時，曾謂原告在未出頭告發之先，已知有被告懸賞之事云：(註1)。

(三)要約中之全部條款須通知對方 有時一種要約，包含有各種之條款時，欲使對方受此拘束，全部之條款，必須完全通知於對方。所謂通知者，祇須其條款，業已全數通知，使對方有完全明悉其內容之可能已足，至其是否已經明瞭，則不問也。例如一旅客託火車站寄遞行李，從寄遞處取得收據一紙，上載多種條款，此旅客即可認為已受該收據中各條款之拘束，至其果否明瞭其內容在所不問，祇須該收據業已交付，已足發生效力矣。

例案(11) *In Roc vs. Naylor, Ltd. (1917)*, 33 T. L. R. 203

本家中兩造訂有買賣契約，賣方以賣據一紙交付買方，上載多種之條款，惟其印刷，極為模糊，所印之地位，又不顯著，雖一極謹慎之商人亦難注意及之，法院判買主不能受此條款之拘束，

此賣據應作爲無條件論。

(四)要約與承諾得以言語或行爲表示之。通常契約之訂立，雖多以口頭爲要約，而亦有以行爲表示者。例如煙草商人，常以貨樣致送與人，在包裹之上，附有價目，希望人之購吸，若受者逕行吸用，則事後必須依價付款，此卽以行爲表示要約之一例也。故在原則上，任何人如允許他人爲自己作某種之服役，而此種服役情形，足使有理性之人，感覺有付給酬報之必要者，其契約卽爲成立，蓋此種允許行爲，雖未有口頭表示，實已爲含有默示性質之承諾矣！

(五)以行爲表示承諾。無論要約之出於口頭或書面，若依該要約之性質，可以行爲表示承諾者，對方之某種行爲，得視爲對該要約之承諾。例如甲要求乙爲某事，隱示謂乙若爲之，甲當付酬，乙若依其要約而爲其事，雖無口頭或書面之承諾，表示其行爲已是代替承諾矣。「承諾必須通知要約者」，此爲早已決定之原則；遠在英王愛德華第四在位時，勃蘭(Brid)審判長曾謂，若非一造表示接受要約之愉快，則不能視爲承諾，蓋他人意思，不能以己意窺測之也。下列 *H. vs. B.* 一案中，亦曾側重此點，謂沈默不能作爲承諾之表示，縱使要約人在要約中證明「過若干時日不得回信，卽可視爲承諾」之條款，亦不能以之拘束對方，認對方之沈默爲承諾也。

例案(四) *Felhouse vs. Bindly* (1862), 11 C. B. N. S. 869

某甲致函其甥乙，欲以一定之價格購買其馬，言明「如不得覆書，卽認爲承諾，以三十鎊十五先令之價，出售該馬」。其甥不覆其舅之信，但告知代售此馬之拍賣行，謂此馬將售與乃舅，勿以售與他人云云。其後拍賣行中人，誤將此馬售與他人，甲乃控告該拍賣行，謂馬已屬己有，何得任意轉售？法院判此案乙對甲之要約，並未有承諾，卽是無契約之可言，既無契約，則售馬時，

該馬並非甲之所有，甲自無控追之權利。

所謂承諾者，不能僅以內心上之承諾爲已足，至少須有行爲或言語之表示，乃得成立。然有時要約之中，特別註明承諾必以某種方式爲之者，例如「等待回郵承諾」或「交來人帶回」等語，則承諾者，必須依此一定方式爲之，否則自不以承諾論。

(六)要約之撤回 要約發出以後，除非具有書面方式，加蓋印章，正式交付，否則雖已發出，要約者仍無法律上責任可言。因之在對方未承諾以前，通常之要約，仍可隨時撤回。所謂撤回，其方法或爲正式通知撤回，或爲以某種行爲表示履行之標的，已脫離其法律上或身體上之掌握，且使對方明悉其情事。此兩種方法，均可視爲撤回要約。例如甲縱以一圖畫售乙，索價十鎊，在乙未承諾以前，甲當乙之面前，將該畫復售與丙，乙已知其事，即可認爲要約已經撤回，屆時乙自不能再表示承諾矣。

例案(五) Cartwright vs. Hoogstool (1911), 105 L. T. R. 628

本案甲向乙要約出租其屋，說明此要約時期，只以七日爲限。甫及第二日，甲遽將屋出租與丙，其後於要約七日之內，乙向甲承諾租屋未果，遂以違約控甲，要求履行前約。乙復提出證據，謂甲確曾背棄其要約，擅以其屋出租與丙，但法院認爲甲在乙未承諾之前，業已通知撤回該要約，是甲已無責任可言，應歸甲勝訴。惟判詞中，又謂倘要約係有時間性的，乙確未接撤回之聲明，而丙在承諾租賃該屋之前，復完全未知悉甲乙之事，則在平衡法(Equity)上，丙仍應有優先承租之權，而乙則祇能向甲索取損害賠償，無強迫履行之權利也。

(七)郵遞要約 今日商業中，往返之函件，常利用郵遞方法，故關於要約承諾以及撤回等函件，

由於郵遞者，所發生之效力問題，殊有注意之必要。吾人可推定一原則，凡要約之由於郵遞者，除要約內容，別有規定外，承諾亦應以郵遞爲之。又除非要約內規定一承諾之期限，或於對方承諾以前，發出撤回之通知者外，要約之發出，所予對方以承諾之期限，應以合理之時期爲限。在此合理之時期內，如對方予以承諾，要約即發生拘束力，而成爲一正式契約。然所謂承諾者，若由於郵遞，究應於何時始發生效力而成爲契約乎？英國法對於此點，有一確定之原則，曾經上議院之通過，即「承諾者在合理期限之內，將承諾之函投入郵箱以後，彼之責任即了，郵遞上如發生任何遲滯情事，則非彼權力之所能及矣，能使彼更負其責乎？」

(八) 郵遞承諾一經投郵即生效力 故若某甲在利物浦地方營業，於五月一日，致函某乙，兜售一批貨物，乙住紐約，於五月七日收到該信，同日函覆承諾，契約即告成立。甲必須依約交貨，乙亦必須依約接受，並付價款。故乙之承諾函件，一經投郵，契約即已成立，對於此項承諾之函件，乙不能任意將其撤回，以逃避其法律責任。故承諾之函，一經付郵，除獲得要約者之允許外，不得隨意又將其撤回。試再舉一例，某乙於上午十時發出一承諾之函，接受某甲之要約，該函發出後，乙忽發覺有誤，乃於十二時發出一電，致甲說明撤回承諾之函，縱使電報到達某甲之時間，較之前函爲早，乙仍應受其前函之拘束，非得甲之允許，不得因已致電之故，遂可撤回某承諾(註二)。

(九) 郵遞撤回要約須到達後始生效力 依前所述，要約未經承諾以前，不發生法律之責任，要約者得隨時撤回其要約。然關於要約承諾及撤回之時間問題，關係複雜，須詳加以研究。試再以前舉之例說明之，假定某甲住利物浦，於五月一日致函住在紐約之某乙，兜售貨物，乙於五月七日接到該函，當日即覆函承諾，但於五月六日，甲忽悔前約，致函某乙，撤回要約；乙於五月十二日，始接到

甲撤回要約之函，但五日以前，乙之承諾函已交郵矣。在此情形之下，甲之撤回要約，有效乎？抑乙之承諾有效乎？當五月七日，乙投函承諾之時，契約即已成立矣。蓋依法固不必俟其到達某甲而後發生效力也。甲之撤回要約一函，雖寄遞在五月六日，在承諾之前，然非待到達某乙之手，不能發生效力，故該契約仍應視為成立，撤回要約一舉，應認為無效。簡言之，承諾效力之發生，以承諾之函投郵時即告完成，但要約之撤回，則非俟撤回之函到達相對人手中時不能生效。關於此一原則之理由為何，此處可勿詳述，但其目的，則為便利起見，所以節省訴訟上之繁瑣也。在事實上，雖不免有偏袒承諾者一造之處，然此一造須負有舉證之責任，承諾者欲證明此點，祇須呈驗其付郵時之郵局排號收據，此即最好之證據也（註三）。

(十) 承諾函之遺失 法律既確定承諾人在將承諾函投郵之時，承諾條件，即告完成，故縱使該函中途因故遺失，不能到達要約人手之，其契約仍為成立。

例案(T) *In re London and Northern Bank* (1900), 1 Ch. 290.

某甲致函一公司，要求加入為股東，公司允之。於適當時間之內，覆函承諾，附寄股票一紙，該函及股票，竟因故遺失，迄未到達甲之手中，法院判公司之承諾，仍為有效，該契約業已成立，某甲之股東資格，業已取得。

此外尚有其他案件無數，皆對此點，加以有力之承認。

(十一) 承諾期間之過去 要約一經承諾，契約即告成立，故相對人應於接到要約後，相當時間內，決定承諾與否，若要約中，規定有一承諾之期限，則相對人必須在此期限之內承諾之，若過期始發出承諾，則接受與否，須由要約人，自行以友誼決定之。倘要約中未規定有承諾之期限，則在合理

的時間過去後，該要約即失效力，何謂合理之時間，則須以案情決定之。

例案(七) Ramsgate Hotel Co. vs. Mont. (1866), L. R. 1. Ex. 109

某甲致函一公司，要求加入為股東，該函發出後，等候五個月之久，迄未接到覆書，其後公司忽又來信承諾，但甲已於其時，投資他處，對此承諾，不肯承認，理由則以所發要約之函，不能無期延長其效力，其承諾的效，業已過去，法院判甲之聲辯為有理由。

(十二)要約之期間 要約中訂明有一定之期限者，要約人在此期限中，有等候對方答覆之義務，其責任在給予對方以考慮之時間，惟要約人仍得在此期限內隨時撤回其要約。例如甲告乙擬以某物售之，定價二十鎊，期限為下星期三，若甲在下星期三以前未曾撤回其要約，乙得於該期限內承諾之。有時甲若因曾受乙之某種利益之故，願將該要約之期間無期延長，法律上仍允許甲之隨時撤回其要約，惟在此種情形之下，甲須賠償乙之損失耳。

(十三)其他關於失卻時效之例案 要約發出後，在對方未承諾以前，兩造中如有一造死亡，該要約即失去其時效。然在要約已經承諾之後，一造之死亡，對該契約並不發生影響，故通常在承諾之後，契約已經成立之時，一造忽告死亡者，其所遺之財產，應作為履行契約之標的，此法律上一定之原則也。

要約中如規定有承諾之地點與方式，而對方承諾時未曾依照該要約內容辦理者，要約仍屬無效。故若要約中規定「覆函請交來人帶回」，而對方之承諾，乃以郵遞出之，則契約不能成立。美國有一案件，援用之法理，同於英國法。該案中某甲令僕人送一函與乙，擬售一物與之，說明如願承諾，應將覆函交來人帶回，乃某乙以該僕人行路濡緩，將承諾之函，由郵寄甲，以為到達甲手，可以較速，

法院判乙之承諾爲無效。蓋任何承諾方式，如與要約內容規定不符合者，契約即不能成立，除非得要約人之允許耳。

(十四)對不確定之人發出要約 要約之發出，非必對於某一特定之人爲之，有時可對公衆發出要約，但公衆決不能對一要約，發出承諾，故凡對公衆發出之要約，須由某人承諾時，該契約始能成立。例如某甲之物遺失，向公衆懸賞追求其物，須由拾物者送還其物時，契約乃成，此種承諾可以行爲表示之，無須於事前先行通知要約者，謂將代爲尋覓該物，蓋一種要約之本身性質，即含有對方得以行爲表示承諾之意也。惟若承諾者不止一人時，各人皆可認爲已成立契約，則困難問題，不免發生耳。例如懸償覓物一舉，拾物領償者，自以極少數之人爲限，但若懸償非爲覓物而爲徵求一種報告，則報告者或不止於少數人，若有衆多之人數，作同樣之報告時，酬金將付與何人乎，此待決之一問題也。通常之原則，爲第一個報告之人，有領取報酬之權利，其餘則否(註四)。反之，鐵路公司陳列一行車時間表，並出售車票時，任何人前來購票，契約皆爲成立，該時間表即爲一種向大衆之要約，表示火車將依法令規定，依約準時駛往某地，來購票者，不論先後均應認爲契約之相對人。

(十五)廣告非皆爲要約 一切廣告，非皆爲要約之謂。書店登載出版之書目，僅爲邀請購買之表示，不能視爲要約。書目寄與一人，該人就中選定一書，函請購買時，要約者係屬該買客，而非賣書之人。同樣的，公司之緣起書，並非要約，目的僅爲邀請大衆前來要約，要約人須按該緣起書內容要約之，投函該公司請求爲股東之人係要約者非承諾人。故在公司未承諾以前，要約人仍得隨時撤回其要約。公司寄送股票，爲承諾對方加入爲股東之表示，故一經投郵契約即爲成立，不能撤回其承諾，此節上文已述及矣。

復次，登出廣告出售貨物而未定價格者，不能謂爲只許賣與出價最高之人。反之，用拍賣方法，出賣貨物時不能以一人之來買，遂可成立契約，凡用拍賣方法，賣物者，係指該物將賣與出一價最高之人，無人出更高之價，該承諾即爲有效，故當拍賣人，將手中之槌擊桌時，最後出價之人，所訂契約，即先成立，不能撤回。

(十六)要約與廣告 廣告非要約，前段已詳述之，然邀請他人來選購或光顧營業之舉，究與要約之區別何在，則殊不易斷言。下列例案，可資研究：

例案(八) *Carlin vs. C. S. Ball Co.* (1893), 1 Q. B. 256

本案中一出售炭氣球 (smoke ball) 公司登一廣告，謂若有人依法使用該炭而致患流行性感冒者，該公司將給予以一百鎊之醫藥費；任何人閱此廣告，皆有承諾之資格。未幾果有一婦人，依法使用該炭，致患流行性感冒，遂據以要求給付醫藥費。法院判該婦既履行廣告中之條件，即已可視爲承諾該公司之要約，該公司自應如約付款。公司辯謂廣告云云，係屬宣傳鼓吹之性質，非真爲一種要約，若必謂爲要約，原告應於接受之先預函表示承諾乃可，法院謂其聲辯爲無理由。

(十七)承諾須爲無條件的 承諾須爲無條件的，若承諾之語句，意在模稜而可，或另提新的條件，則不得謂之承諾，契約亦即不能謂之成立。例如甲以一物，向乙求售，索價二十鎊，乙之覆函謂：「二十鎊之價可答應，惟須分四次交付，每次付五鎊正」。此即無契約之可言。蓋要約內容，係全索現金，而承諾內容，則爲信用付款，顯爲不符，故契約之成立，須要約與承諾雙方意思完全一致，否則不生拘束力。承諾若非爲無條件的則不得視爲承諾，祇能認作「相對的要約」或逕認爲拒絕要約亦

可。

例案(九) Hyde vs. Wrench (1840), 3 Beav. 334.

本家中甲告乙欲以田地一塊售之，索價千鎊，乙還以九百五十鎊。甲拒絕此還價，乙乃又函謂可接受千鎊之價願購此田。甲不肯再議此事，乙乃控之法院，要求履行契約。法院判甲勝訴，蓋乙第一次還甲以九百五十鎊之價，明係拒絕甲之千鎊要約，在乙方面祇可認為一種相對的要約，甲之前次要約，既遭拒絕，非得甲之允許，乙無再度承諾之權利也。

然此並非謂要約一經發出，對方除承諾外，不能作任何之答覆也。若必如此武斷，則商業上之往返磋商，必形困難矣。故若甲以一定價格，求售一物與乙，乙覆函詢問交物之時間，可否定一期限，此不能謂為拒絕要約，乙仍可於合理時間之內，承諾其要約，甲縱不予置覆，若非撤回要約，乙以後之承諾，仍有其拘束力也(註五)。

(十八)要約目的須為發生法律上之關係 契約中之兩造，須有發生法律關係之意思存在。如前所述，社會交際與法律關係，其間之區別甚微，不可不辨。欲使雙方發生法律關係，須有一種法律上之責任，即一造違約時，他造得以訴之於法庭是也。雖訂約之時，未必皆有分析契約之能力，然若違約時，無控之於法庭之可能，則契約根本，即不能成立。故凡屬一種社交或道德上之訂約行為，能否視為契約，應視其是否構成雙方法律關係而定，欲使契約之構成，其內容必須確定，而非僅為一種口頭的或書面的游移意思之表示。

例案(10) Farina vs. Fickus (1900, 1 Ch., 331

某甲致函某乙，謂其女將來可承襲其遺產一部分云，乙信其言，乃與甲女結婚，法院判甲乙之

間，並無契約可言，甲函云云，僅為一種意思之表示，乙不能執此以控甲，要求分給遺產也。

第五節 構成契約之其他要素

欲使契約在法律上有履行之強迫性，除上述以外，尚有其他要素之存在。綜上文所列，契約要件，有以下之三項：

- (一) 一方要約，對方承諾。
 - (二) 兩造之間，有發生法律關係之意思存在。
 - (三) 兩造間確有訂約之事實，即雙方意思，確屬一致。
 - 除上述三者以外，尚有下列三種之要素：
 - (四) 契約須為要式的，如非要式的契約，則必須有「原因」存在。
 - (五) 契約標的須為合法的。
 - (六) 契約當事人，須有訂約能力。
- 以次各章，即就此數點分別說明之。

(註一) 我民法第一六四條有與此相共之規定，該條規定，以廣告聲明對完成一定行為之人，負給付報酬之責，對於不知有廣告而完成該行為之人，亦同。

(註二) 按我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」。英國法認郵遞承諾，一經投郵，非得對方訂可，即不能撤回，似與我國法律迥異。

(註三) 按我民法第一六二條規定：「撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時

到達者，相對人應向要約人，即發達到之通知。相對人怠於為前項通知者，其要約撤回之通知，視為未達到。又第一六三條規定：「前條之規定於承諾之撤回準用之」。是我國法律，注意在「相對人須發達到之通知」一點，與英國法稍異。

(註四)按此與我民法規定相同，參看我民法第一六四條第二項。

(註五)承諾須為無條件的，此點亦與我民法規定相同，民法第一六〇條二項規定：「將要約擴張限制或變更而為承諾者，視為拒絕原要約，而為新要約。」

第二章 原因 (Consideration)

第一節 契約須有要式或原因

欲使契約發生法律上之效力，依英國法，須提出證據以證明該契約係有原因之存在。如無原因，則該契約，必須為要式契約，乃可有效。古代之法律，視要式契約，為惟一證據，但因近代商業關係，日益複雜之故，法律上乃認為應以其他要素，代替一定之要式，此即所謂「原因」是也。除經正式簽字蓋章立有書據之要式契約者外，其他契約，概須有原因存在，始能生效。換言之，即兩造間必須互相允許為一事，而後契約始為成立。例如甲願出五十鎊令乙為某事，甲之一方面，係付出金錢，乙一方面則為供給勞力，雙方交換條件，此種條件，即原因也。故若甲允付五十鎊，而乙並無交換條件，則甲之諾言，僅為片面的允許，其間無原因之存在，即無契約可言，甲如爽約，乙不能控之於法也(註一)。

第二節 「原因」之定義

所謂「有價的原因」(valuable consideration)者，其定義爲「一方得享受一種之權利、利益或裨助，而另一方則負有一種不作爲、不利、損失、忍受或負擔責任之義務也」。但尙應注意者，原因須爲兩造所相互擔負者。依英國法，原因分爲兩種，上述之定義，指「有價的原因」而言，另一種則所謂「善意的原因」(good consideration)，善意之原因，卽一方基於純粹自然之情感或愛情而訂約之謂也。在商業契約中，此類善意的原因，殊無可言，故可置而不論。凡契約非出於要式者，必須有有價原因之存在，此爲一定之原則。所謂有價之原因，或爲金錢，或爲可以同金錢計算價值之行爲，就中惟以結婚爲原因之契約，應視爲特殊的原因。然卽在婚姻契約中，雙方訂立之條件，亦足視爲該婚姻之原因。例如甲男與乙女結婚時，約定以財產一部給予其妻，若婚後改變其初心，應負違約責任，其妻得控之於法，要求履行是也。

第三節 關於原因之各種規則

關於原因，法律上假定有各種重要之條件，與前章所述之要約及承諾兩點相同，較重要之條件，略如下述：

- (一)未蓋章之契約，必須有原因。
- (二)契約如係以書面作成，則原因亦必須以書面爲之，惟極少數之案件爲例外。
- (三)原因必須有真實性，如有真實性，則法庭可不必追究其原因價值之是否相當。

(四)一造允許對方以某事時，其原因須由對方擔任之。

(五)原因或爲未完成的，或爲已完成的，但不能以已過去之事作爲原因。

(一)契約必須有原因。關於上述之第一條，即每一契約，均須有原因存在，此點雖有例外，而例外僅有一個（按即已蓋章之書面契約得免除原因），實際尚有第二種之例外，即安孫氏爵士所提出者，凡一切由於流通票據而訂立之契約，即使其中兩造，未曾接受原因，第三者付出代價取得證券權利後，亦得向之控追，該兩造不得因未有原因之故，而逃避其票面之責任。故凡在流通票據上簽署有付款姓名之人，不問其是否受有原因，對於善意之持票人，皆應負付款之責任。此一例外之用意，蓋謂任何人自願爲某種之義務時，即須負有謹慎盡此義務之責任也。在 *O. v. G.* 一案中，一造願無償爲對方運送貨物，但運貨時，因不慎而致損失，法院判應負賠償之責。然此案並非以契約論，不發生契約問題，故並非上述原則之例外。凡人出於自願無償的爲他人作某事時，如承諾之後，忽而悔約，對方自不能控之於法責以必踐，然若已經實行所擔任之事，則必須以合理而謹慎之方法爲之，此法律及常識所認定之原則也。故若因不慎而致對方於損失，則自應負法律上之責任，無可疑也。

(二)書面契約應載明原因。多數契約應否用書面爲之，常聽當事人之自擇，然依習慣法或成文法，有若干種之契約，依法必須出於書面，此點姑留後述。契約之出於書面者，無論是依法或自願，均應將一切條件，詳細載明於契約之中，原因尤爲重要，必須詳列於書面之內，倘契約中未載明原因，則除將明定原因問題，留待以後再爲決定，即爲不合法定條件之契約。此原則雖有下列二例外，但須知在此例外之中，縱不必將原因敘入契約，要之，原因亦必須存在。倘一造證明並無原因存在，對方即無控訴之權利。

第一例外，爲各種票據，如匯票本票支票等，除有相反之規定外，法律上皆推定善意之持票人，皆已付出代價，即皆有原因存在，故通常在票據之上，毋須註明「曾受代價」(for value received)等字樣。

第二種例外，則爲擔保之契約，依一八六八年修正商業法之規定，凡擔保契約，如別無其他違法問題，不得僅因契約上未載明原因之故，即認其爲無效。

(三)原因須有真實性 原因之最重要條件之一，即爲真實性。所謂真實性，即原因之內容，並非該訂約者依法必須作爲或必須不作爲之事。例如某甲，依法本應償付某乙之債務一百鎊，若與某乙訂約，令某乙作某事，而後甲乃付給該一百鎊之欠款，此即無原因之可言，蓋甲依法本應付出欠款，自不得以此爲原因，而另訂他約也。故若乙竟承諾爲此事，及領到欠款之後，違約不爲，甲亦無權向乙控訴也。

例案(11) *Stiek vs. Meyrick*, 2 Camp. 317

某船主因該船有兩船員離職，與其餘船員約定，如將船平安駛至目的地，當於工資之外，另給若干酬報，法院判此種允許，僅屬恩惠性質，不發生拘束力，蓋船員駕駛船舶，係屬應盡義務，祇須該船確無不宜航海之處，航員自有執行職務之責任，不能以此爲原因，而訂立別有酬報之契約也。

但，若有人接受對方代價之後，而以本身依法所應爲之義務，作爲原因，而訂約之時，其義務尙未確定者，對方得控之於法，要求履行。

單純債務之存在，不能作爲擔保其債務之原因。

例案(11) Wigan vs. E. S. L. A. Society (1909), 1 Ch., 291

某保險戶將其保險利益，用蓋有印章之書據移轉其利益於其債權人，但並未通知該債權人。法院判此種移轉，應認為無原因之存在，債務係屬過去，故移轉行為，係屬自願，不得以之對抗債權人。

(四)原因須為有價的 原因須有真實性，已如上述，此外尤須為有價的。倘原因之價值，可以估算，則其價值之大小，殊無關重要。此方之原因，其價值無須相等於對方之原因，原因之相當與否，其決定權，在雙方之當事人；故除非有證據以證明雙方原因之懸殊過甚，係由於欺騙脅迫，或一方缺少訂約之能力時，則此點法律不加過問，聽當事人之自決而已。故若某甲以價值千鎊之房屋，僅以百五十鎊售與某乙，法律決不干涉其契約，除非有上述欺騙等各種情形之存在耳(註二)。

(五)小額之款不能解除較多之債額 雙方原因價值之懸殊，雖不能作為控訴之理由，但以小額之款，解除巨額之債務，則不能認其解除之有效。此非原因價值之懸殊與否的問題，乃此種解除債務，根本上，少原因之問題也。例如甲欠乙一百鎊，而僅以六十鎊還之，縱使雙方同意該百鎊之債務，業已解除，又縱使乙願出全部清償之收據，仍不得視為合法的解除，何則？甲之付出六十鎊，係還其百鎊債務中之一部分，乙雖承諾作為全數清還，而放棄其餘之四十鎊，而在甲方面，並無合法之原因，以交換乙放棄四十鎊債務之一舉，故乙之放棄行為，係屬片面的，未有原因存在之契約。換言之，此種訂約，應歸納為下列之方式，「你本應尚欠我四十鎊之債，但此項我已恩惠的放棄矣」。倘認此訂約為有拘束力，則甲必須另以其他原因，為交換之條件，否則該約必須出以要式之字據(即蓋章署名)，非然者，應不發生拘束力。在甲一方面，可以其他不同性質之任何事物，作為原因，以交換對方之放

乘四十鎊餘債之行爲。例如以一價值僅二十鎊之風琴一具，即可抵銷其餘債，祇須對方承允即可。又若簽發一本票或其他流通票據作爲抵償餘債之原因，亦無不可。依商業上之慣例，流通票據之應用，往往較之現金交易，更爲普通，故此種辦法，自應適用，然從理論上言之，凡對他人負有現金債務者，自應以現金償還，但若債權人願接受一種新的原因，用以代替舊的原因時，舊的原因，即歸消滅，故若債權人願接受一支票，以抵銷舊債全額，即使票面金額，較原負之債務數額爲小，其債務亦應解除，蓋債權人所接受者，非現金乃支票，係不同性質之一物，支票一物，係屬可以流通的，故與現金截然兩物，以小額之支票，抵銷巨額之債款，於法理上並無不可也。簡言之，欠人五十鎊之款，以二十五鎊現金還之縱得對方同意，其債仍未消滅，若以價值二十五鎊之馬一匹，或二十五鎊之支票一紙還之，祇須得有對方同意，債務即歸消滅。

(六)原因必須合法 契約中之原因，必須合法，此爲一定之原則，要式之契約，毋需原因，此點下文，當再述及。至於原因，必須合法，則任何契約，均同此例，決無例外。故一種承諾之原因，必須爲不違法的，必須非出欺騙，且非不道德的，或有任何犯罪之傾向。若甲與乙約定，命乙爲一種犯罪行爲，甲允以若干金錢爲酬。此即不合法，乙不能執此而控甲於法，即使該契約係出要式即係經蓋章簽字者亦不生效力。關於契約標的之合法與否的問題，當於下章另詳之。

(七)原因須由被應許人出之 凡訂約之一方，有所應許時，其原因須由對方即被應許人 (promisee) 出之。即被應許人，必須有所作爲或不作爲，例如勸某甲還債百鎊，即一原因也。若其人並非契約之當事人，則雖對該契約有利害關係，亦不能就中取得任何權益。例如某案甲男與乙女結婚之後，甲父丙與乙父丁訂立契約，各以若干金錢予甲，並訂明甲有權可向丙丁索取此款，及丁死後，甲乃向

丁之遺產管理人控追此款，法院判甲無此權，因契約係丙丁共訂，甲非當事人之一，無控追之權利也。

兩造訂立契約關係之後，即係有祕密性之存在，故非參加該契約之人，縱使該契約係為彼之利益而訂，亦無權利可以提出要求，此上述原則之一解釋也。

(八)契約之祕密性 契約應有祕密性，已如上述，然亦有一二例外，下列一案可作說明：

例案(111) Lang. vs. Levy (1837), 2 M. W. 519

原告之父，向被告購買一槍，說明供父子二人之用。被告保證該槍，製造穩固，不生危險，及後原告使用該槍，槍忽爆炸，因發現該槍製造方法，並非為被告所保證者，原告遂執以控被告，實際買槍契約，係原告之父所訂，原告被告之間，並無契約存在，但法院仍判原告勝訴，被告應賠償損失。

然試一細察此案，則知其並非前文所述之例外。蓋此案完全為一詐欺之案件，原告所控者，為詐欺而背約，若被告於訂約後，違約而不將該槍交付，則控告之人應為原告之父，而非原告本人，因其父係訂約購槍之人也。本案之判決，係基於詐欺，而非背約，蓋詐欺之人，對於因其詐欺而受損害之人，有賠償之義務也。

(九)原因須為現在或將來而非過去的 對於一種應許之原因，或為作為，或為不作為，或為將來之作為，或將來之不作為均可。若為現在已完成之作為或不作為，則為基於現在之原因，反之，若為將來之作為或不作為，則為基於將來之原因(executory consideration)。所謂現在之原因(executed consideration)，即為在應許之當時，對方業已完成其行為或不行為，故凡以信用購物者，貨已買

到，貨款於將來付給，則為基於現在的原因。又例如一方已完成其任務，而對方允許將來付給酬勞，此種應許，亦是基於現在的原因。換言之，原因與應許之兩種行為，發生於同一時間，皆為基於現在的原因，故此種應許，得為默認的方式。例如甲囑乙為某事，凡有理性之人，皆能預料乙之行為，決非義務，必須獲有酬報，則甲雖未言明有酬報，亦得推定其為默認付酬，故若乙應甲之囑完成該行為時，即為完成現在的原因，與甲之應許付酬，發生於同一時間者。又例如甲自薦為某種服務，凡有理性之人，皆能預料甲之服務，必當獲有酬報，則承諾之對方，即為對於現在原因之承諾。試舉下列兩例以說明之。如某甲遺失一鑽戒，懸賞以求此戒指之歸還，某乙適拾得該戒指，因而歸還某甲，甲即應按照契約，付給酬報，此即基於現在的原因也。又如一營業汽車沿路兜客，一路人開車門入內，即為接受該汽車之服務，亦即為對於現在原因之承諾也。

(十)過去與現在的原因之區別 過去與現在的原因之區別，並不困難。過去的原因 (Past consideration)，不能作為契約中之原因，反之，現在之原因則可。茲再將前文所述關於原因之定義複述之如下：

所謂有價之原因者，其定義為：「一方得享受一種之權利、利益、或裨助，而另一方則負有一種不作為、不利、損失、忍受負擔責任之義務也。」

因一方有此原因，故對方亦必須有原因以相交換，而後契約乃可成立。由上述之定義論之，可知契約之訂立，應許之一方，須享有某種權益，而被應許之一方，則須忍受若干之損失。故凡非要式之契約，一方必須於現在或將來得有一種之權益。若過去之原因，則對應許之一方，毫無裨益之可言，自不能作為契約之原因，若過去曾享受利益，則不必負擔有責任，若必負擔責任，則此責任必須發生於

受益之當時。故從負擔責任方面言之，其所受之利益，必須爲現在的或將來的，而非過去的。試舉一例，某甲之船脫纜飄流於河上，某乙見之，遂代爲拽船泊岸，仍繫纜上，依此情形而論，甲對乙，應負有責任乎？若乙有向甲索酬之權，則此權利須於現在發生，不能於該事件過去之後，復發生索酬之權利。而依此案事實觀之，乙對甲，實無索酬權利之可言。今若假定甲因其船脫纜飄流，無法繫住，適見另一船上水手某乙，遂囑其代爲拉船繫岸，並未訂明契約，乙果遵命辦理，此時甲應對乙負何責任乎？乙如有對甲索酬之權利，該權利必須發生於當時，至其權利之價值如何，則固不妨俟事後再爲確定。蓋此案中，乙代爲拉船繫岸之時，必希望有相當之酬報，即甲一方面，亦必知悉乙有此希望也。是則甲乙之間，已有勞務契約之默認矣。倘甲於是時，果出十先令之款給乙，則甲乙間之法律地位，果如何乎？依第一案而論，甲之付款，純爲恩惠的，蓋乙之繫船，既出自動，甲實無法律上責任之可言，而依第二案而論：甲之付款實爲解除其法律之責任起見，以乙之繫船，乃係應甲之請求也。然則能謂甲之付款，係基於過去之原因乎？當然非也，吾人對於此案，應從個案情觀察，甲乙間之契約發生，非始於甲付款與乙之時，而始於甲請求乙繫船之時，當甲作此請求時，已默認將付以酬報矣，故此係一勞務之契約，當乙接受甲之請求而代爲繫船時，其原因已完成，甲之付款，乃默認其應盡之責任也，此即所謂現在的原因也。

凡契約之構成，必須一方要約，一方承諾，其原因須非過去之服務，若係過去之服務，該服務行爲，必須爲當時始知悉，而後乃可構成契約之原因。

(2) 業已解除之原因 所謂過去之原因者，除完全出於恩惠性質之應許者外，係指一種原因業已完成，且業已得到報酬者而言，例如甲購一馬已付價款，一方交付馬價，一方交付該馬，雙方原因，

均已解除，即不能再以此已解除之原因，作為另一新契約之原因。故任何自動的或道德上的服務，以及業已解除之原因，皆不能再作為其他契約之原因，上文所謂過去原因，不足以構成新契約者，毋寧謂為過去原因，根本不能成為契約原因，尙較合於定義之內容也。

例案(一四) Ros. vs. Thomas (1842), 3 Q. B. 234

甲向乙購馬，雙方交易完全完成以後，甲復要求乙保證該馬性質之淳良，乙允之，乃其後甲發覺該馬係一劣馬，遂控乙於法，要求賠償損失。法院判最初甲乙間之買馬契約，並未規定保證條款，該保證契約乃交易已完成後所訂，係以過去之契約作為原因，該原因既屬完成，且早已過去，自不能作為新保證契約之原因，蓋乙在此新契約中，毫無獲得之利益也，因判原告敗訴。

或謂過去原因，不能成立新契約，此一原則，應有例外，自屬可信，雖所謂例外，亦正難於斷定，然與其認其有道德上之原因，不如逕認定其為例外，蓋在法律範圍中，無道德義務之可言，故不能以道德為解釋也。此種例外案件，係因片面的履行而起，由於雙方意思上之契合，遂成一特殊之案件，蓋一遭受有對方之利益以後，依法雖不能予對方以報酬，乃於法律之外，自負道德之責任，故若一經訂定，則除非以後別有法律禁止此種無因之報酬，仍應負其責任（例如一八七四年頒布之兒童救濟法）。

如上所述，凡應他人之請求而完成之原因，可用以構成一簡單之契約（即非要式之契約），故有時或舉此一例，以說明過去之原因，亦可構成一契約，其例如下：

例案(一五) Lamp. vs. Bra. (1615), Hobart, 105

某甲曾允給相當酬報，請求某乙代赴某地為其疏通一刑事案件，事後甲不允付酬，乙乃控甲，法

院判原因雖屬過去，甲之應諾，仍有拘束力，因乙之爲此，係應甲之請求也。

此案似與前段所述駁船一案，內容相同，某種案件中，法律對於一方之服務行爲，並可推定其他一方有默示之請求，故服務行爲完成以後，對方自應付予酬報，如下所舉數例：

- (1) 凡一造依法應爲之事，另一造被逼而代爲之，則前者有付給後者以酬報之責任。
- (2) 凡甲造有依法應爲之事，而乙造自願代爲其事，甲造若明白允許給予酬報，或雖未明白允許，而享受其利益時，法律得推定乙造之行爲，係基於甲造之請求，而此種已完成之原因，亦可作契約之根據。

例案 (174) *Pay. vs. Wms.* (1833), 1 C. M. 810

一貧民住居一教區附近，該教區曾允維持其生活，該貧民一日忽患急病，藥劑師某甲，悉心爲之診治獲愈，法院判教區應補償某甲以醫藥費。

外此並可再舉一例，以實吾說，其他例案，則可參看安孫氏爵士所著之「契約法」一書，茲不復贅。某案中曾有一人負債，因閱時過久，對方未向索取，致訴訟之時效已失，其後此人重申前諾，仍願還債，依法其債務契約，即可復活；然吾人須明瞭者，該債之時效，雖已失却，由法律上及道德上觀之，其債務仍然存在，所消滅者，不過訴訟權而已，債權仍未消滅也。故凡依時效法 (*Statute of Limitation*) 而失效之債務，縱屬過去，仍得作爲原因，而成立一新契約。換言之，債務是否應依時效法之規定而消滅，其選擇權在債務人，倘債務人仍通知債權人繼續承認其已失效之舊債，則仍應負有償還之責任也。

(註一) 按約契須以原因爲要素，此爲英美法之特色，我民法並無明文之規定。惟在民法律編中，亦有數條規定有原因問題者，

例如第一章第一節第三款之「無因管理」，即規定未受委託並無義務而爲人管理事務者之權利與其義務者也。又如同節第四款之「不當利得」，亦指無法律上之原因而受利益，第一八〇條第四項規定因不法之原因而爲給付者，受領人應負返還之責任。本章所謂原因，必須合法，不法之原因，可使契約歸於無效，即斯意也。又我民法債編第二章中列有「贈與」一節，贈與行爲，顯爲無原因的，但亦發生債的關係，可知原因問題，中英法律觀點，有所不同也。

(註二)按我民法第七十四條規定「法律行爲係乘他人急迫輕率……使其爲財產給付……顯失公平者……得銷撤或減輕之」，卽爲原因懸殊過甚時，有撤銷權之規定。

第三章 要式契據 (Deeds)

前文已說明，依英國法，凡契約必須具有與要式性質相似之要素。通常此種要素，卽是所謂原因，但原因之成爲要素，乃近代法律之產物，因近代契約，皆以原因爲要素，故幾已遺忘其他。然由歷史上論之，原始時代，對於契約之要求，係一種嚴酷之形式，其在更古時代，則有採用儀式以訂約者，故古代所謂契約，僅指蓋有印章之契據，「原因」二字則並不知有此名詞也。因近代視原因爲契約惟一要素之故，是以近代眼光，乃謂要式契據，足以代替原因，其意卽謂以原因代替印章也。要式契據之效力，完全在其形式上，原因之有無，在所不問。所謂「要式契據」，亦可稱書面契據，係指一種合於法定方式之字據，用筆書寫，於印成之紙或羊皮紙上，加蓋印章，而交付對方者也。故此種契據之要件有二：一爲蓋章，又一則爲交付。所謂交付，或爲確實交與對方之手中，或爲交付於受益之第三者均可；故「交付」得爲假定的方式，假定的方式者，例如在契據上註明下列字樣：「我交付此物，作爲行爲或契據」(I Deliver this as my act and deed)，或用其他語句表示此契據卽可發生效

力之意思亦可。在未交付以前，該契據仍爲無效，若交付附有條件，則非待條件履行，契據仍不能發生效力。在未履行條件前，該契據謂之空頭契據，一經交付，始成爲正式契據(註)。

第一節 契據之種類

由歷史上論之，契據又分爲兩種，一爲合同式之契據(*indenture*)，又一則爲片面之契據(*Deeds* *pro*)，前者指數人共訂之契據，通常應加蓋印章，後者則僅爲一造單獨簽具之契據，兩者之區別，並無甚大關係，蓋所謂合同式之契據，係因該約每人應取得一分存查，故在一紙之上，抄錄該約原文若干分，然後參差剪斷之，各執一分爲據，將來將各紙拼合，各分裂處無缺痕，卽屬真紙，所以防假造也。至片面之契據，因僅屬一方單獨簽具，故無須分抄數分，僅割之使齊整而已。關於要式契據之其他問題，以下各段，當舉其較重要者述之。

(一)恩惠之應許 凡屬一種無原因的恩惠的應許(卽無償的應許)，必須於契據上蓋章，乃能有拘束力，如未蓋章，或開口頭訂約，則殊無拘束力可言，因其缺少原因或要式也。凡要式契據，可以無須原因，已如上述，然此中有一例外，卽限制營業之契約(*contracts in restraint of trade*)是也。凡限制他人營業之契約，欲求其發生拘束力，必須爲合理的契約，欲求其爲合理，必須有原因，不能以要式代替原因，且原因必須已給付對方始可。故實際言之，此種契約中原因之存在，已屬不成問題，但需要原因作爲合理與否之證明而已。又要式契約，雖不須有原因，然苟規定有原因，其原因必須爲合法的，若不合法，則雖蓋有印章，亦屬無效；法庭並得允許相對人以口頭證詞，證明其契據之不合法。復次，要式契約，雖無須有原因，法律對於其中恩惠的應許，亦不能強迫履行。又契據雖

已蓋章，若無原因存在，法庭亦得援無原因之普通契約為例，允許對方提出證據，證明其中有詐欺性質之存在，惟不能僅由法庭加以推定耳。

(二) 契據成立後無否認權 契據一經蓋章訂定，即可推定雙方當事人，於訂約及交付前，對本約中之利害問題，業已考慮周詳，故契據成立後，雙方即不能再行否認其事實。換言之，即受「無否認權」(estoppel)一原則所支配也。實際此一原則，不僅適用於契據方面，且亦適用於他種之法律關係上，例如利用此一原則，法庭即可禁止任何人在利用言語或行為，吸引他人之相信，因而訂立契約之後，又復反悔否認其事伴。如「合夥」營業中，即有一種同於此項法律上原則之規定，任何人其行為或言論，足使第三者相信其為合夥人之一者，不能於事後復否認其合夥責任，故凡普通契約中之聲明，縱可認為強有力之證據，仍不得視為最後之證據，而要式契約中所敘述者，則不問其為明白的或默認的，法律皆推定其為最終的證據，當事人無否認之權利。

(三) 契約與契據之混合 已蓋章之契據，因有要式之作用，其性質自較普通契約為高，效力自亦較大。故若兩造共訂一契約，並未蓋章，其後復將同樣之事由，再訂立一要式之契據，此時前約即被吸收於後約之中，而混合為一。此種混合之原則，並可適用於判決方面。凡因契約事件而涉訟者，無論該契約為要式與否，一經判決，該約之權利，即行消滅，新權利應基於判決之內容而產生；故舊契約即與判決混合為一，此判決即認為契約之本身，亦即所謂「判決的契約」也(Contract of record)。

(四) 要式契據之時效 本書後段有關於契約之解除一節，即為敘述契約因時效喪失而消滅其訴權問題，已蓋章之契據，其訴權經二十年時效，即告消滅，但若係基於土地之債務，則其時效，僅為十二年。其他未蓋章之契約，其訴權時效，僅六年而已。

(五)要式契據中之債權人 要式契據中之債權人，在從前享有較普通契約債權人更為優越之權利，但其後因成文法之陸續頒布，直至今日，一般要式契據中之債權人，除有特殊保證者外，其權益並不優越於普通債權人矣。

(六)要式契據之必要 在若干契約中，採用要式契據，雖有似於不合理，但就一般契約而言，採用要式方法，似均有其可能，就中並有各種契約，依法非用要式，不能生效者。一切法律之根據，或由於習慣法，或由於議會立法（即成文之單行法），依此兩種法律，對於某種契約，有認為須強迫採用要式者，必須採用要式。例如一九一一年之著作權法，即規定凡讓與雕刻著作權者，一律經採用蓋印之契據，一八九四年之商船法，對於移轉英國船舶或其股份之契約，亦有同樣規定，一八四五年之公司團結法，對於公司股分之移轉亦然。又依一九二五年之財產法第五十三節之規定，關於土地之契約，如長期租賃或不動產之抵押等之契約，亦同此例。

依習慣法，下列兩種契約，必須用要式契據，第一為未有有價原因之契約，第二為以公司為當事人而訂立之契約。第一點已於上章述及，茲不復贅，第二點則須詳細予以檢討，蓋時至今日，已有許多例外之事，其數量超於原則所規定者也（註一）。

第二節 公司訂立之契約

公司者，法人也。為依法組織而成者，與公司之組織分子各個人，地位性質，均不相同。公司之名稱，應永久如一，其組成分子，有永久繼承性，故公司性質，亦始終不變，法律要求公司之每一股東，對公司所訂立之契約，皆負其責任，故公司須用一定之印章。過去曾有一原則，凡公司訂約，非

蓋公司之章，不能生效。但其後因商業關係，日形複雜，故此原則，已有改變，因而遂有多數之例外。凡因蓋章而感覺不便利者，此原則即可無庸應用。

(一)營業公司之蓋章問題 公司之屬於營業性質者，其訂約方式，與私人同其辦法。即以該公司之重要職員，作為代理人，代表公司，而訂立契約。故惟私人契約，依法須蓋章，乃能有效者，公司訂約，始得援以為例，否則亦無蓋章之必要也。若某種契據，需要當事人或其代理人之簽字，乃為有效者，則凡公司職員依公司之明示或默認的命令，而代為簽字之契約，應由公司負其責任。凡私人契約依法無須要式者，若係受公司之委託為之，則雖僅為口頭之契約，亦由公司負責。

此原則適用於一般非有限責任之股分公司，故公司之營業目的，若必須為某種工作或必須有某種貨物之供應，而由該公司向他人為此要約，相對人已曾完成其原因，即貢獻其勞務或貨物時，則公司行為使其負有必須依約付酬之責任。若公司因此被控於法，不能用該契約未經蓋印二點，作為辯護，蓋此亦例外之一種也。

又一切流通票據，如由任何人受命於該公司，用該公司之名義簽發、接受、或移轉，亦應認為該公司本身之行為，足以拘束該公司。

(二)其他例外 其他例外，如公司所訂之契約，係屬細微事件，例如僱用工友之類，或因時機迫促，無遲延之可能而訂約時，此類契約，亦無蓋章之必要。故某案一公司自備有一船塢，與人訂立停泊一船之契約，法院判無蓋章之必要。

(三)一方已履行之契約 然有時亦發生一困難的問題，即如公司所訂契約，依法必須蓋章者，若竟未蓋有印章，而該公司對此契約業已受有利益時，公司之責任如何？頗值研究。若對方業已完全履

行其契約原因，則雖應蓋章而未蓋章，對方亦得依此而提出訴訟。但若在此種情形之下，已履行契約原因之人非該相對人，而為公司本身，則公司殊無權以控告對方以違約。對方未完全履行契約者亦不能以之控告公司。

此外應注意者，為都市各官辦公司所訂之契約，依一八七五年之公共衛生法，規定凡此類契約標的在五十鎊以上者，均應蓋章，都市各官辦公司之地位，雖相似於股分公司，但不能因對方已履行契約之故，遂可將蓋章之條件，予以取消。

本章所述者，為依要式而成及依原因而成立之契約，下章即可從事檢討一般契約之類別及其他形式上之瑣細的條件。

(註一)按本章所謂要式契約，係指經蓋章簽字並交付對方之書面契約而言。在我民法中並無此種之必要規定，僅若干種契約法律上，規定應以書面為之(參看第四章註解)，凡應以書面為之者，當事人當然須簽印其上以為證明，惟其方式為簽字，蓋章，或經二人之證明而以指印，十字或其他符號代替，均有同樣之效力(參看民法第三條)，並無必須以印章為準之規定。本章云云，蓋英國古代法律酷尚形式，至今猶存古風之故也。

第四章 契約之類別

本章專為研究依英國法對於一般契約之分類方法。通常對於契約有三種之分類：

- (一)(1)已履行之契約 (2)未履行之契約 (3)準契約
- (二)(1)明示之契約 (2)默認之契約 (3)準契約

(三)(1) 要式契約

蓋印之契據
判決契約

(2) 簡單契約

(3) 除判決契約外之準契約

以下分別論述之。

第一節 第一種之分類

(一) 已履行之契約 已履行之契約者，即該契約中之給付標的作爲或不作爲，一方業已完全履行之謂。例如甲允許乙在某種場合時，可自由通過甲之地面，乙若當時即當甲之前行過甲之地面，甲未加以干涉，則甲之不作爲或忍受之原因，業已完成，乙若對甲亦已訂有原因，則契約已經履行矣。

(二) 未履行之契約 未履行之契約者，即契約中之給付，標的、作爲或不作爲，須待至將來方能履行者也。例如甲允乙於下星期內某種場合時，可通過甲之地面，而乙則當付甲以五先令之酬報，此即未履行之契約也，故此類契約之標的，是否履行，尙在未定之時也。

由此點觀之，未履行之契約，須待原因完成後，乃成爲履行之契約。故訂約於將來出售貨物，即爲未履行之契約，須俟貨物交付後始可作爲已履行論。由此可以分別普通契約與移轉不動產行爲之要點，凡不動產之移轉行爲，係契約之結果。若先訂契約，由契約中發生不動產之移轉，則契約與移轉，係屬兩事，蓋單純之移轉於立約當時該產之所有權或占有權，即行移轉於對方，而契約則非待履行，不能移轉也。

(三) 準契約 (quasi-contract) 第一種分類中之所謂準契約，實不能視爲契約。所謂準契約，在

法律中頗難覓一適當之位置，故姑以此名之。準契約者，法律所默認之契約也。然非第二種分類中所稱之「準契約」。此處所謂準契約，係指兩造間之關係，足以發生與契約有同等效力之狀態。故此為兩造間之一種行爲，並無契約存在，而法律得推定其間有權利與義務之存在，因其並無任何明示的或默認的訂約，故不能認爲在「契約」一名詞之定義之中。

依英國法，此種準契約中之較重要者，可如下述：

(1) 債務責任之承認 凡一造對於他方依法之要求，自認應負擔責任者，此種承認行爲，在法律上，即可令其履行。例如兩造共立一賬冊，核算彼此往來之債務，一造承認其中有若干債務，應償還對方，此即承認在對方要求償還時，必當如數歸還，既自認負有歸還之義務，即無異雙方又訂一債務契約，若經催索而違約不還，對方即可依而控訴。

(2) 代人付款與不當利得之準契約 凡在某種情形之下，代他人付出款項，法律上，即可假定他人有償還該款之義務，此亦所謂準契約也。然以一般而論，凡他人依法應付之款，而此人代爲之付出，原則上本無令他人償還之權利。例如甲欠乙二十鎊，而丙代甲償還此款，則除非丙之還款，係由於甲之請求，或丙之還款，係由於法律上被逼而然，使甲丙之間，有準契約之關係，丙自無向甲索還該款之權利。但若房東欠人之地租，房客爲避免在地面上所存之物資，有被扣押之危險，而代房東付還之，該房客即有向房東索還之權，一似該房東會請求其代付並應許償還者然。然此中最重要之條件，即丙之付款，必須由於法律上強逼所致，否則甲無償還之義務，蓋未得他人之承諾而代爲付款，自不能以債權者自居也。通常欠人之款，可能於清還時，向對方要求有他種相對待之權利，今若由另一人代還，則不能向此新債權人，有同樣之要求，故凡自願爲人付款，竟無法律上之原因者，不得視爲準

契約。

此外尚有一種準契約，即一人收受一款，此款明示或暗認的係供第三者所有，第三者與收款之人，即有一種準契約之關係。例如甲收受一款，在某種情形之下，甲無存留該款爲己用之理由，否則爲「不當利得」；又例如甲因契約關係，受乙之款，而後甲未履行契約中之原因，乙即可向甲追還該款，其理由則謂甲之收款係爲乙之用途也。又其他凡基於詐欺脅迫或錯誤之契約而收受他人之款項，皆有償還之準契約責任（註一）。

（3）判決契約 第四種之準契約，爲另一不同之性質，即由於法庭之判決而發生者，例如判決一造應付對方以若干鎊，即爲一種準契約是也。此種判決詞，例得登入法院紀錄之中，故名之爲判決契約（即紀錄契約）。實際兩造，並無契約可言，特法律因判決中責成一造，應給付對方以款項，故作爲假定的契約，此種假定之契約，效力極大，所有兩造事前所訂之契約，無論是否要式契約，概被吸收於判決契約之中，而失其原來效力。

第二種之分類方法，即依契約之爲明示、默認或一部履行而區分者，雖無實在用途，但亦不妨分別論述之如次：

第二節 第二種之分類

（一）明示或默認之契約 明示的契約者，兩造間直接訂立之契約，以言語或文字明白敘明該契約中之各項條款也。暗示的契約者，以行爲間接的暗示，有訂約之存在也。第一章中，曾述過要約可以行爲爲承諾之表示，但若契約中，曾明示條款之內容，則對方雖以行爲表示承諾，該契約仍爲明示的

契約，而非默認的。若契約爲明示的，則不能強認其中有默認之條款存在，反之，如甲容許乙爲之服務，在某種情形之下，一有理性之人，可以斷定此種服務，必須有酬報，則甲雖未明示酬報，亦已暗認將有報酬之給付，甲乙之間即發生一種默認的契約，甲須付乙以酬，否則乙有權可以控訴。

(三)一部履行之契約 凡兩造訂立明示的契約以後，一造已履行其原因，但尙未完成，而由於對方之過失，致不能完全履行者，履行之一方，不特可向對方依原約而控訴，且可要求對已履行之部分，予以賠償。例如甲乙訂約，乙以羊五十頭售甲，每月交付十頭，乙履行該約，已交付二十頭與甲，其後正欲陸續交羊，甲忽拒絕受領，此時乙即可以違約控甲，並可向甲追索已付二十頭之價款，此種追索價款之訴狀，即所謂 *Quantum Meruit* 也。惟須注意者，欲提起此項訴狀，已履行之部分，其價值必須可作金錢上之計算，而其不能完全履行之故，必須係由於對方之過失，即由於對方拒絕收受之故，如此則未完全履行之一方，即可解除其履行之責任矣！

第三節 第二種之分類

契約分類中之最重要者，即爲要式契約與根據原因而成之簡單契約的區別。

要式契約之效力，完全因其爲有一定要式之故，乃發生拘束力，非因其有原因與否，而決定其效力也。

凡非因要式而成立之契約，其有效與否，全視其中有無原因之存在，故此類契約，可稱爲「簡單的契約」。

(一)簡單之契約 凡未蓋印之契約，不問其爲口頭或書面的，概稱爲簡單的契約。簡單的契約，

是否應採用書面方式，作為證據，由當事人自行決定，但有數種契約法律得強令其以書面為之，否則不成其為契約。又有數種契約，非常事人呈出書面之條款，法律不得強迫對方以履行。例如各種流通票據之契約，當然必須出以書面方式，蓋票據一物決不能以口頭作成也。又如提單契約，租船契約，及其他需要黏貼印花之契約，亦當然必須以書面為之。下列所舉為法律規定必須用書面作成或以書面作為證據之契約之較為重要者：

(1) 保險契約。

(2) 著作權之讓與契約。

(3) 借貸他人營業之契約，訂明該款出貨後，貸款人對該營業有分紅之權利，但並非合夥人之

(4) 依一八九四年之「鐵路及海港交通法」之規定，凡鐵路公司欲與旅客訂約，不受習慣法關於運輸責任之規定者，該約必須為合理的，必須由公司當局或其代理人簽字並必須為書面的。

(5) 依「售貨法」第四章規定之各種契約，須以書面作為證據之一。

(6) 依「詐欺法」第四章所規定，某數種契約必須以書面為之。

上舉六例，其中第五第六兩例俟後再行論述，但尚應注意者，此外尚有兩種契約，依法亦必須以書面為之，實際此兩種契約，並非嚴格的契約，但為敘述便利起見，特在此處附論之：

第一、凡一種債務依時效法已失去效力者，如債務人仍須承認其債務，則必須以書面作成，由本人或其代理人簽字，始能有效，實際此並非新的契約，不過為舊契約之復活而已。

第二、爲保證書。依「詐欺法」之規定，凡屬保證書，必須以書面爲之，始能證明其實在。過去之慣例，凡對他人之性格品行或能力有所保證時，若事後發現不符，第三者得以詐欺起訴保證人。但依一八二八年之修正詐欺法、通常稱爲鄧脫登法(Tord Tenterden Act)之規定，凡保證他人之品行行爲信用能力商業等，俾其新主願相信而與之有交易情事，此種保證書，若非確以書面出之，則將來雖發現詐欺情事，被害人亦不得據而控告。又此種書面保證，必須由保證人親自簽名，不得委託代理人代簽，否則亦爲無效。故若銀行經理，在保證他人之信用書上，用經理名義，代銀行保證，結果致第三者損害時，銀行不能負其責任。

(二) 售貨法第四章之規定 依售貨法第四章之規定，凡買賣契約，其價值超過十磅以上者，必須買主確曾收受一部分之貨物，或曾有所給付對方，乃可使契約發生拘束力，否則該契約須有附件，以書面爲之，經對方或其代理人之簽字。非符合上述各條件之一者，縱有違約情事，對方不得依而起訴。換言之，買賣契約，非物貨確經交付買主或買主之價款，已經付給，則該契約必須有書面之證明乃可控訴。然買賣契約，即使未有書面證明，該約仍屬完全有效，惟遇有一造違約時，則缺乏書面之證明，可使該約歸於無效耳。但在訴訟未提出以前，苟有一充分之書面附件存在，則雖契約未以書面爲之，訴權仍得成立。又若該附件中僅一造或其代理人，曾簽字於其上，而另一造則未有簽名，則僅簽字之一造，得以違約控訴對方，未簽字之一造，則無訴權之可言。此原則同適用於依詐欺法第四章之規定。

(三) 書面附件內容之要點 欲使附件成爲契約之有力證據，該附件內容，必須詳述兩造當事人之姓名，契約中之具體條款，原因之性質與價值(除依一八五六年修正商業法第三章及售貨法之規定

外），及被告人或其代理人之簽字。

簽字或爲符號，或爲簡寫字母均可，簽字之地位不拘，但須爲可能證實該約係其所訂者，又附件首端之名字若爲鉛印，亦屬有效，惟須確證該附件係出簽字者之親筆耳。有時可用一商業名片以代替。此種附件，不必定於契約訂立之當時作成，但提出訴訟時，必須存在耳。若有數紙之附件，必須連合一處，不能提證據以證明各紙之屬於一個文件。又此附件不必由一造交付與對方，例如在法庭中所作之供詞，若經過被告之簽字，即可作爲其中包含契約的證明。

經紀人代理其原主而簽署並交付買賣契約之筆記時，即與原契約之附件，具同等之效力，但內容須爲一致耳。

拍賣行在法律上，不特應爲賣主之代理人，且應爲買主之代理人，故依詐欺法在契約筆記中，必須簽名。但拍賣行並非在任何場合中，均爲買主之代理人，其地位應常爲賣主之代理人。

有時拍賣行之代理權，發生問題時，則應研究其所簽立契約之附件，是否訂約當時作成，並是否爲訂約之一部分。

例案（一七）Meekin vs. Stev. (1917), 11 R. 348

一拍賣行，在其筆記上註明某一契約之買賣條件。此點在買賣未成立前，即已註入，其他要點，如價值及買主姓名等，則於次晨，始在附件中填入，並加簽字，法院判此附件爲有效，足以對抗買主，並可假定爲在買賣時所作成，爲買賣契約中之一部分。

（四）詐欺法第四章之規定 依詐欺法第四章之規定，下列契約須有附件，以書面爲之，並須經過被告之簽字，乃可提出法庭，要求履行：

- (1) 遺產管理人允許由其本人財產中付出一部分，以爲損害之賠償。
- (2) 允許代他人清還債務，或代人賠償因過失所致之損害。
- (3) 以婚姻作爲原因之契約。
- (4) 買賣土地，住宅，或遺產處分或其他有關上列各項之利益。
- (5) 一年內不能履行之契約。
- (1) 一造已履行之契約 關於土地之契約，有時縱未有書面之訂定，若一造業對該契約履行其原因，則法庭亦得依其請求，令對方履行該契約。
- (2) 遺產管理人之允許 遺產管理人，對於債權者，有所許諾時，本只能限於其所管理之遺產數量，無自負其責任之理，故若欲遺產管理人，自負其責任，必須與之另立一契約，相對人必須已給付以原因，而此契約，亦必須爲書面乃可。

例案 (118) *Rand vs. Hughes* (1778), 7 T. R. 350

某甲爲一遺產管理人，作一書面契約與乙，說明所管遺產中一部分之債務，當由某甲自己之產中付出。該約，並無原因之存在，某乙謂甲乙有書面之訂定，依詐欺法第四章之規定，應毋庸有原因之存在。上議院對此案審核結果認爲一切契約，又分爲要式的或簡單的兩種，如僅用書面而未蓋章，則只能認爲簡單契約，簡單契約須有原因，無原因不能成立，故判某乙敗訴。

但若遺產管理人認爲緩付死者之債務較爲有利，因之要求延長其清償之期，而願以本身之財產作爲清償時，則此契約，已有原因存在，應認爲成立，對方得依而控訴該管理人，惟仍須有書面之訂定耳。

(3) 擔保契約 其次為允許代他人清還債務或代賠償因過失而致之損害，此即所謂擔保契約也。擔保人所負之責任，僅為第二步之責任，故凡本人之債務，本人自認將來償還者，此種直接之契約，無須以書面為之，反之，若為第二步之責任，即擔保代他人清還債務之行為，其契約必須以書面為之，否則無效。在 *B. vs. D.* 一案中，對擔保與保證之契約的分際，闡述頗詳。如甲乙兩人，共入一肆購物，甲告店主曰：「請任乙選購任何貨物，如乙不付款，我當代付之」。此即擔保之契約，依法必須以書面為之。反之，若甲對店主曰：「任乙選購貨物，我必代其付出價款」。此時甲之責任為直接的，非為乙而擔保還款，故甲乃真正之買主，即使未有書面約定，且使該貨係交付與乙，甲仍應負其責任。

例案 (119) *Guild vs. Conrad* (1894), 2 Q. B. 885

乙請求甲接受若干票據，由乙擔保，訂明所有該票據屆期時之款項，由乙負責。其後票據之付款人在債務上發生連帶關係，乙乃謂若甲願接受該項票據，付款人即可以該款付給，法院判前者為擔保契約，後者則僅為保證付款而已。

例案 (110) *Har. vs. Martin* (1902) 1 K. B. 778

某甲為一公司之董事兼股東，某乙為公司之債權人，甲口頭向乙擔保，將自出一本票，代公司還判決之債款，法院判此為擔保契約，而非保證契約，故應依詐欺法第四章之規定，以書面為之，今既僅為口頭之訂約，應以無效論，某乙敗訴。

(4) 婚姻契約 凡以婚姻作為原因而訂立契約者，並非即為訂立婚約之謂，其因背棄婚姻而涉訟者，多以函件作為婚約之證明，但此處所列之婚姻契約，係指為婚姻關係而訂立之錢債契約而言，此

類契約，須以書面爲之。

(5) 土地契約 凡關涉土地之契約，均應依一九二五年之財產法處理，惟過去所定之原則仍存在，即土地投資公司之股票買賣或土地上出產之米穀買賣，皆不在該法範圍以內。惟有關買賣債券，涉及地上之草木及其他自然出產品者，應依該法規定，用書面訂立其契約。凡訂約買賣樹木者，應認爲售賣貨物一類，屬於售貨法第四章之範圍。又凡訂約售屋，由買主於一定時間內拆除該屋，而買去建築材料者，應視爲財產法中所規定之契約。

(6) 不能於一年內履行之契約 任何契約，其內容若規定履行時期，超過一年，或其性質不可能於一年之內完全履行者，必須用書面訂約，否則無控訴之權。例如訂約爲七年合夥營業，此約必須以書面爲之。又例如與一俱樂部訂約，由第二年九月起，陸續售與文具，期間定爲一年，又例如訂約爲人服務，始期自訂約之第二日以後，至滿二年爲止，凡此皆非一年內可以完全履行之契約也。

在D. vs. P. 一案中，曾判定九月四日所訂之約，約定於次日開始履行，至一年爲止，亦應依詐欺法之規定，以書面訂立之。

若甲乙訂約，乙允赴南美洲，爲甲之代理人，期限兩年，自訂約之日起算，則除非有書面之訂約，該契約不得強迫履行，即使甲用普通免除代理人職務之方式，將乙免職，乙亦不能向之控訴，因無書面之根據也。至乙之已赴南美爲甲工作與否，並無若何關係。甲如違約，乙祇能向甲索取已服勞務之酬報，而不能向甲索取兩年之薪金，蓋因未具有詐欺法中規定之書面條件也。

最近有一案，關於此點，有更廣泛之解釋，即對於未確定期限之契約，亦概以不能於一年內履行論也。

例案 (111) Kay. vs. A. I. Co. (1919), 35 T. L. R. 453

甲乙訂一口頭契約，甲允爲乙之經理人，每年薪金四百五十磅。至支付薪金之時間，則未訂定，其任職日期，係自訂約後第一個星期一起算，法院判該契約得推定爲一年之僱用契約，須依詐欺法第四章規定，以書面爲之。

(7) 一方已履行其原因 然上述原則，對一方已履行其原因之契約，亦不能適用。例如乙已付甲以十八個月之薪金，則雖未有書面契約，甲亦必須依約負其責任。又如該契約可能於一年內完成，而對方於第二年内，並未履行者亦同。

在 P. vs. H. 一案中，發生一問題，即依詐欺法一年內不能完全履行之契約，須以書面爲之之規定，對於買賣貨物之契約，能否同樣適用之問題是也。關於此點，法院判應同樣適用，即謂售貨法第四章之規定，可以控訴之契約，若未有書面之訂約，復不能於一年內完全履行者，應依詐欺法第四章之規定，認爲無控訴權是也。例如甲乙訂約，甲向乙買貨物一批，價值四十磅，訂明於十八月內分期交貨，價款亦於交貨之時分期交付，此契約依售貨法第四章之規定，甲須已收受一次之貨，或已付一次之貨款，乃可發生訴權，依詐欺法第四章之規定，此契約須以書面爲之，故甲乙所訂之約，須完全符合上述兩種法令之條件，乃可有訴權之存在。

凡書面契約，完全用筆寫成者，若於契約上端，復以鉛印字由一造添印一句，則此句一經通知於對方，即可生效。

例案 (111) Oak. Co. vs. L. S. Ltd. (1918), S. C. (H. L.) 54

一造油公司，致函一木材商人，要求供給鑛坑中之木柱，列舉買木條件，並附有樣品，及一空白

之賣木表一紙，該商人即於表上註明一切內容，覆函承諾，但於該表之上，復以紅色鉛印字，註明一句，謂所供給木材，係運自他國，若在此時期中，該國入於戰爭狀態，無法運輸時，則該商人有權可以取消此要約云云，公司即與之訂立契約。

其後商人與對方屢次之通信，均印有此句在紙上，未幾戰爭爆發，產木之國家，發生變亂，該商人無法運木銷售，公司因而起訴，法院判商人在約上所註之一句，對方既已閱及，自屬有效，該約應告解除（註二）。

（五）口頭契約 近代商業契約，多以口頭爲之，口頭契約，除上列各法令別有規定者外，通常皆有拘束力。任何契約皆可以文字作成，除依詐欺法或售貨法之規定，須以筆記作證外，皆可以口頭證詞，以補充書面之契約，蓋有時書面契約，有不完全之處也。本書爲篇幅所限，雖不能列舉證據法中之種種問題，然吾人須知，一種契約，雖在雙方意思中，業已符合一切之條件，仍須有相當之證明乃可，故證據法必須詳加研究，不能忽視。商業上之慣例，固可於書面契約中推定，但其中若有意含雙關之語句，則必須以口頭說明之。書面之附件，不能以口頭之證詞推翻，但可以口頭證詞補充之。書面契約中若未填明日期，則可用口頭證詞，證明訂約之日期，及該約發生效力之日期。

（註一）按我民法對於代他人償債問題，於三二一條至三三三各條均有規定，三二一條規定，「債之清償得由第三人爲之」。三

一二條規定，就債之履行，有利害關係之第三人爲清償者，得按其限度，就債權人之權利，以自已之名義代位行使。

據此則代償之第三人，須爲有利害關係之人，始得於代償後代行債權人之權利，其純出道德上動機者，自不在此限。又

可參看民法一八〇條第一款。

（註二）按我民法規定契約必須以書面爲之者，其種類甚多，不勝枚舉，茲擇其較重要者述之如次：民法四八〇條立有字據之贈

與，四二三條不動產租賃契約之字據；六一五條有單之填發；六二二條提單之填發；七三〇條終身定期金之契約；七六〇條不動產物權之移轉或設定；九〇四條債權爲標的物之質權；九〇八條無記不證券爲標的物之質權；九七二條總約之訂定；一〇〇七條夫妻財產制之訂立或廢止；一〇五〇條兩願離婚之書據；一一八九條遺囑之方式。公司法一二、八八、九四、二一七、二一九各條之規定，票據法二、三、六、七、二一、二八、四〇、五一、五六、一一七、一二一各條之規定，海商法一〇、三四、八六、一四六各條之規定，及保險法第八條之規定，均定有以書面作成契約之法定條件。

第五章 有瑕疵之契約

第一節 契約之瑕疵

綜上所述，契約欲發生效力，須有確實之承認，而且標的復爲合法乃可。缺此兩要素之一者，該契約在表面上，縱屬完全，亦難於發生效力。然此兩方面之瑕疵，且效果並非一律，或使契約之存在，根本上發生問題，因之兩造無任何責任可言；又或則僅使該契約陷於不確定之狀態，其是否可以撤銷，由受害一方，自行決定之，此外尙有其他瑕疵，使契約雖屬有效而在法律上無強迫履行之效力，例如不依照詐欺法第四章之規定是已。

在未開始研究此數種契約瑕疵以前，試先將其效果之區別，略予論述如次：

第二節 無效與撤銷 (Void and Voidable)

契約法中最困難之問題，厥爲分別無效的契約與可撤銷之契約的內容。不僅讀法律者易於誤解此兩名詞，卽法官亦常於應用「撤銷」字樣時，誤用「無效」字樣。實際所謂無效的契約，其意義頗爲矛盾，蓋吾人曾將契約二字下一定義，謂爲在法律上可以強迫履行之一種訂約，若依此定義，則「無效契約」一名詞，其意將謂該契約本屬可以履行，但因其爲無效之故，致兩造對該契約毫不發生義務，故不能履行之，實際上無效之契約，根本不能成爲契約，故此名詞，頗不合於邏輯也。

(一) 可撤銷之契約 可撤銷之契約者，並非根本缺少法律效力之謂。因其陷於不確定狀態之故，受損害之一方，得自由決定其是否有效。是否應將其廢棄，抑或仍認爲有效，其選擇權必須在被損害之一方，而相對人則無此選擇權也。

(二) 數種例證 茲舉一例以說明前述之原則。甲欲售貨與丙，誤乙爲丙而與乙訂約，事後發覺其誤，則甲不能負契約責任。蓋甲之目的，在與丙訂約，甲乙之間實無契約之存在，故此爲無效的契約，乙不能於該約上取得權利。乙縱已依約取得該貨物，甲仍可向其要求返還，如此時若適有某丁向乙購得該貨，亦不能取得其所有權。時效之失卻與否，不能使一無效契約，變成有效，而第三者雖已就中取得權利，亦不能變更其契約之效力性質。

但若甲以虛僞之陳述，與乙訂約，取得貨物，則甲對該貨雖暫可取得所有權，惟此契約仍爲可撤銷的，乙如欲廢棄該約，可向甲要求取回該物。然此種撤銷權之行使，必須在一定之時期，並須在第三者未取得權利以前爲之。故凡可撤銷之所有權，在未撤銷以前，其權利仍屬完好，在乙未撤銷該契約以前，若甲以之售與某丙，甲丙之買賣仍爲有效，乙卽不能再要求撤銷該約，可撤銷之契約，有撤銷權之一方，若不於規定時間內行使其撤銷權，則雙方之權利義務仍然存在。

(三)有瑕疵契約不能強迫履行 契約缺少法定要式者，不得控之於法，以要求強迫履行，若此缺陷，可以補救，則該契約自始仍屬可以強迫履行。上章曾述及若干種之契約，必須以書面爲之，然並非謂必須於訂約當時，以書面爲之，在未提出訴訟以前，取得書面契約，亦即可據以起訴，以前所述者，僅爲書面與蓋印問題，茲再進而研究其他契約之瑕疵，足以使其成爲無效或可撤銷的契約。其中較重要者爲恐嚇、脅迫、詐欺、虛偽、錯誤、不可能、違法、及當事人無行爲能力各點，最後一點俟下章再爲論述，其餘當於本章陸續論之。

恐嚇與脅迫，依習慣法可歸併於「詐欺」一種，但衡平法庭則以此三者歸併於一個定義範圍之內，即「訂約之一方以行爲，不行爲，或隱匿之行爲背棄信用，而向對方取得違反其本意或無理的利益」是也。

(四)恐嚇 恐嚇者，用實施或示威之暴力逼使一人訂立契約，或以暴力施之該人之妻子兒女。行使暴力之人，或即訂約之相對人，或爲第三者，但其行爲必已爲相對人所知悉者，目的在使被恐嚇之人，不得不立約是也，此種恐嚇之性質，須爲身體之恐嚇，使一有理性之人，心理上發生即時身體上將有危害之恐懼。而非對於貨物損害或將提訴訟之恐嚇。此種恐嚇行爲，一經證實，即使該契約成爲可撤銷的契約，被恐嚇之一方，將決定其撤銷與否，恐嚇之一方，自不能強迫對方履行其契約，對方則可自由選擇在訂約後一定時日內，撤銷其契約。

(五)脅迫 欲使契約發生拘束力，最重要者，一方必須有真確之承諾，若此承諾，並非出於自由意志，則此契約即爲可撤銷的，故與恐嚇同此一例，凡用脅迫方法迫使對方訂立契約，對方得自行決定該約之效力。

脅迫者，指用不良的或無理的方法，以壓迫對方之謂。此種行爲，不能行使於不相識之人，故通常兩造須立於一種有信託之關係上，例如監護人與被監護人，父親與子女，律師與當事人，信託人與受託人及顧問與被顧問者之類。此外尙有其他要件，足以構成威迫條件，例如契約中不充足之原因，雖不能作爲控訴之理由，若於不充足原因之外，尙有年齡之幼稚，故意之教唆，以及其他相似之情形，皆足使法律推定其爲脅迫的行爲。

有時單純以兩造之關係而論，已足構成脅迫條件，例如律師向當事人購買某類有關之物品是。若當事人要求撤銷其契約，其間即不無脅迫問題之發生。然此爲極少數之例，下列一案可資說明。

例案 (1111) Poo. vs. Kan. Times 18 Nov. 1919

上訴人因簽立一要式契據謂其中有脅迫情事，控請廢約，不服高等法院之判決而上訴，法院判上訴駁回，訟費由上訴人負擔。

蕭氏爵士 (Lord Shaw) 謂本案之要點，在於上訴人所訂之契，是否可因脅迫而撤銷問題，依印度契約法第十四章之規定：「凡契約之承諾，非合於第十六章所規定之脅迫等條件者，應視爲自由之意思」。該法第十六章規定：「脅迫者，指兩造間有一種特殊關係存在，使一造有權可以支配對方之意志，因而利用此種地位，向對方獲取不正當之利益也」。該章第三節又規定：

「凡一造處於可以支配他造意志之地位，與之訂約，而該契約內容又顯明一望而知爲不合理者，則此造欲避免脅迫之事實而要求維持該約者，應負舉證之責任」。故所謂脅迫者，不能僅以一方處於支配對方意志之地位，對方必須服從其命令，即可構成脅迫，

不通之論也。此處只能認爲有壓迫之事實，凡壓迫力量之行使，未必皆爲不良的，正當的合理的壓迫，亦不能謂其必無，故無論依英國法或印度法，壓迫之外，必須更能證明其爲不良的壓迫，卽一造利用其支配對方意志之地位，以取得不合法之利益，因而致對方於損害是也。故凡脅迫條件之成立，第一步須先證明兩造間之特殊關係，第二步則爲證明該約係與脅迫者訂立而成，而該約又顯爲不合理的，此時被控脅迫之方，卽有一沉重之負擔，此負擔非他，卽須證明該契約之訂立，並無支配對方意志之事實，而對方之簽立契據，乃係與另一獨立的代理人訂立者也。本案中既未能證明買賣契約爲不合理的，又未能證明被上訴人曾向上訴人取得不合法之利益，簡言之，該買賣契約之價值，並非甚低，故殊無脅迫之可言也。

有時一脅迫案件，常發生脅迫人串通同黨之人，或與對方之代理人，連合一致，以壓迫相對人之事，今本案並無此種事實存在，故更難認爲脅迫。

(六)顯失公平之契約 習慣法中對於脅迫一點，已有規定，此外衡平法庭，復對於一般未來的遺產繼承人或其他急切需款之人，在因被壓迫情形之下，與貸款人訂立顯不公平之交易，有得予以撤銷之規定。例如一未來之繼承人以其未來財產抵押與出貸款項之人，若能證明其確爲不合理，衡平法庭，例得將該契約予以撤銷。同樣的，借款之利息過大，或所借之款與借款費用之比例過不合理，衡平法庭，亦得依一九〇〇至一九一一年之貸款法規定，將該借款合同，予以撤銷，因其顯失公平故也。此種救濟方法，係在衡平以外所增加者，遇此類案件，法庭得就本金利息及費用等項代爲決定一合理之數目，僅利息過高之一點，已足使契約撤銷矣。

(七)詐欺與虛偽 詐欺與虛偽之瑕疵，應併行研究之，所謂虛偽者，兩造均可發生，詐欺雖多

少與虛偽有關，然二者截然不同。虛偽者，對於契約之主要事實雖為虛偽之陳述，而係出於誠實動機，即不知其為虛偽者也。詐欺則為明知其為不實，或並不相信其為實在，又或可得而知其非實而不知，故為虛偽之陳述也。

例案(114) Derry vs. Peek (1889), 14 A. P. 337.

一電車公司之董事會，編發一營業計畫書，謂該公司將來駛行車輛，可用馬匹或蒸汽以發動云云，實際若使用蒸汽駛車，必須取得當地商業局之准許乃可，某甲因信賴該公司計畫書所言，遂購買其股票，嗣因商業局不允其採用蒸汽，甲乃舉證證明謂若早知該公司只能以馬匹駛車，決不購股，遂據以控告該公司，要求退回股票，並索取損失賠償。法院判該公司計畫書所述，雖非事實，要亦出於誠實之動機，凡因契約中有虛偽陳述，而要求對方賠償損失，必須確能證明對方明知其非事實，或可能而知而不知，或根本不相信其為真實，乃可據以控告，否則其訴權仍不能成立。若一造用虛偽之陳述：故意誘使他人與之訂約，則此約為可撤銷的，被害人得自行酌量其撤銷與否。此原則可更伸展論之，若契約中之詐欺性質，係一造有犯罪行為相當於竊盜者，其契約應認為根本無效，例如甲向丙自己認為乙，使丙與之訂約，丙因甲之詐欺，致有損害，此契約即為無效的而非可以撤銷的。

(八)欺騙訴狀 一方有詐欺行為，對方可對之提欺騙訴狀 (deceit)，此與要求廢約不同。凡提出此訴狀時，可向詐欺之一方，要求賠償損失，其理由則因信賴其說而致之損失，應予賠償是也。反之，僅為虛偽之陳述，而未構成詐欺者，則不能據以要求賠償損失。

然關於此點，有兩個例外：第一、若虛偽陳述之事，係屬一種保證契約，則此種虛偽陳述，可以

控訴理由，而向對方要求賠償損失，惟非根據欺騙，而係根據背約之理由耳。

第二、依一九〇八年之公司法第八十四章，即繼續一八九〇年之董事責任法而頒布者，凡董事或其他相當之人員，所編發之計畫書中，有敘述不實之處，致對方信賴其說，購買股票，而致損失時，該董事應負賠償損失之責任。惟若敘述之不實，確係出於誠實之動機且為合理的陳述時，或被告能舉出公司法第八十四章所規定，以為辯護時，其責任亦可以解除。

(九) 必須善意之契約 (Meritinal Fidei) 通常詐欺或虛偽之行爲，必須爲自動的性質，一方爲虛偽之陳述時，對方即使知悉其事實亦無加以糾正之義務，但亦不能以過失促成其虛偽。例如甲向乙詢問一碟之價，甲原預料該碟爲「瓦色斯盜質」所造成，乙僅答謂該碟確爲真盜所造，甲因依其索價而購買之，若事後知道該碟並非所謂「瓦色斯盜質」，亦不能向乙控訴，除非乙有確實之答覆，足以堅甲之信賴耳。英國法對此有一原則即 caveat emptor (買主須自己注意) 是也。

然有一類之契約，雙方均負有義務，必須將契約內容，爲誠實之敘述，稍有虛偽，即不但欺罔，且爲故匿真相之行爲者，此類契約中法律上規定必須爲善意的，必須雙方俱以極端之無隱匿行爲出之，故名之爲 (Meritinal Fidei) 契約。其中最重要者，爲保險契約，特別是船舶保險契約、火險契約、購買公司股票之契約，及土地之買賣契約等。關於保險契約，林德尼 (L. J. Liddell) 法官曾謂：「此類契約，必須被保險人或其他應負責任之人，向保險公司之敘述上，無絲毫之虛偽或隱匿真相乃可」。合夥契約與擔保契約，亦可認爲必須有善意存在之契約，惟此點尚有疑問，在合夥，或擔保行爲繼續進行時間內，雙方自應將營業情形或債務人與債權人之關係，隨時爲完全真實之報告，惟在訂約當時，似尚無此完全敘述義務耳。

第三節 契約之撤銷

凡因詐欺或虛偽，而致契約發生瑕疵者，被害之一方，事後得用明示或暗示方法，承認其契約之效力，否則亦可逕予撤銷。

撤銷契約，必須在發現瑕疵後，合理時期內爲之，必須有明白之表示或敘述，然若有善意之第三者，就中業已取得權利時，被害人縱使即時行使其撤銷權，亦不能以之對抗此第三人。

最後應注意者，所謂虛偽之陳述，必須與「意見之表示」或「商業廣告上之鼓吹」分開。例如商店在報上宣傳：「本店所售之盤子，與銀盤無異」「整舊如新」「裝璜美麗如飾以珠寶者然」。此類字樣，僅屬誇大宣傳之類，不能目爲虛偽之陳述。至於虛偽陳述之程度，雖有趣味，因篇幅關係，只可從略。

契約中之各種瑕疵，常有相因而至者，例如因根本上有錯誤而致發生履行上之不可能，又此種錯誤，乃係由於一方詐欺之所致皆互有關連也。

第四節 錯誤

錯誤之影響於契約效力者，必須爲事實上，而非法律上之錯誤。任何人皆假定其必知法律，此並非謂其皆可能知悉法律，乃係法律上必須就此點下一確定之原則，蓋若人人得以不知法律爲藉口而逃避責任，有此先例，人人效尤，以此爲辯護，將致法律於何地？故拉丁諺云：「不知法律，無可恕也」。卽是此義。

例案(二五) *Wm. vs. The King* (1909), 101 L. T. R. 741

某公司經營一大商業，僱有男廚子多人及侍役若干，爲料理職員膳食之事，稅務局向該公司聲稱謂其所僱之侍役均係男性，應依法付若干之捐稅，該公司雖經抗議，但爲避免被罰之故，終於照付。數年之後，忽又拒絕付出，稅務局遂據以控告，法庭查明所僱侍役，並非男性，於法無須納稅，該公司遂並提一訴狀，請求返還已付之捐稅，謂前此所誤付之稅額，係爲不明法令所致云云，法院判其錯誤在不知法律，無論係被逼付款，或依法而付款，皆無要求返還之權利。

凡錯誤由於雙方陳述之不實者，該契約爲無效，故通常欲根本廢棄一契約，其錯誤必須爲相互的，一造不能謂「我不能履行此約，因汝雖說此道彼，我實不懂汝的意思」，此不通之理由也。

錯誤必須爲根本的錯誤，例如善意的誤認契約中主要事實之存在或事實之真相，或誤認相對人爲另一人皆是。此類契約，均應以無效論，若因契約改用書面作成，對文字上發生錯誤時，契約仍爲有效，但相對人必須舉證以證明訂約時之實在相反意思耳。此類案中，祇須將書面矯正，即可復成正式契約。

凡因事實上錯誤而誤付款項者，其地位同於因誤認根本事實而訂立契約，但若因誤認法律而付款，則爲另一問題，已付之款不能要求返還。

例案(一七) *Mar. vs. Ham* (1797), 2 Esp. 546

甲售物與乙，已交付該物，控乙未付價款，要求付給，乙謂業已付款，但不能提出付款之證據，遂不得爲第二次之付款。其後乙忽發現第一次付款之收據，乃持以控甲；要求返還第二次所誤付之款，法院判此爲法律錯誤，甲不必返還。

例案(117) Ward vs. Wallis (1909), 1 Q. B. 675

某公司控甲要求付給酬資，公司在帳簿中誤記甲已付出一筆酬款，乃控甲以所餘未付之款，甲明知公司係誤記此帳，因將錯就錯，付出所欠之餘款，而取得已付全數之收條。其後公司方面，發現此項錯誤，乃控甲要求返還前所誤記已收之款，法院判公司所發收條，雖係依法定手續而為，但甲既明知為誤記而受其收據，即不能認為善意，因判決公司勝訴。

例案(118) Bon. vs. Jones (1857), 2 H. & N. 564

甲乙二人，素有交易往還，一日甲復向乙訂貨一批，同日乙已將其營業轉盤與丙，丙乃將甲所訂之貨寄甲，但未告知其本人已為乙之繼承者。後以甲未付款數，控甲於法院，法院判契約當事人有錯誤，丙無權以控甲追求價款。

上述之例為當事人之錯誤，茲再舉一例說明訂約內標的物之亡失。甲向乙訂貨一批，說明該貨係由瑪麗船上運到者，乃在契約未訂立以前，該船與貨，已一併在海上亡失，此即無契約可言。蓋凡契約標的不存在，所有契約關係，即完全消滅。一八九三年售貨法第六章，對此點曾特別加以規定，即凡買賣契約中之標的物在訂約當時，業已亡失，而賣主並不知情者，該契約應以無效論。

第五節 不可能履行之契約

關於不可能履行之契約，可分為兩種，第一種，在訂約當時，不可能之事實業已存在者，該契約亦即等於無。換言之，即根本無效之契約也。此即指在契約未訂立以前，契約中之標的業已滅失而雙方均不知情之謂。第二種之不可能係指契約已經訂立之後，契約之標的，忽告滅失，此種契約，仍屬

有效，但於訂約以後，不能履行而已。依英國法，此種不可能之事變，應於契約中預先載明，否則不能以此為理由，而解除契約。例如甲租一屋，定期三年，雖在三年期中，該屋遭火焚燬，無法繼續居住，仍應照付三年之租金，除非契約中對意外事變，別有規定耳。同樣的，如甲乙訂約，甲允交付一定質量之穀與乙，縱使該穀因某種原因無法如數交付，仍應賠償乙之損失。

然關於此點，亦有數例外，此即依一般常識所判斷，凡基於不可能預見之事變，而致發生不可能履行之原因者，得解除其契約責任。例如關於不可抗力之損失，關於土地法規之變遷，以及承諾服務之一方因疾病或死亡而不能履行者，凡此皆可以解除履行之責任，亦可免于給付對方以損失賠償。

(一) 不可抗力 凡因不可抗力(即上帝之行爲所致)因而致契約之履行不可能者，該契約完全無效。所謂不可抗力，即指突然間發生之自然的巨大的災變爲人力所不能抵抗或預見者而言，例如暴風雨、地震之類，若僅尋常之風雨，則爲人力所可防禦，自不在此限。

(二) 法令之變更 合法之契約，有時因議會中新法令之頒布，而成爲違法，即爲不可能履行之理由。同樣的，如訂約雙方，爲不同國籍，該兩國突然宣戰，該契約自亦爲不可能履行的。

(三) 標的物之不可能 自一九一四至一九一九世界大戰爆發後，還發生一種「標的物之不可能」一原則，關於此一原則有多數之例證可資說明：

例案(119) Wood vs. Thum. (1919) 36 T. L. R. 43

甲乙訂立契約，甲擔任爲乙製造船兩艘，該約中規定「該船交付日期，尙難預定，但甲方必儘一切可能，趕速製造，預料至早可於一九一八年交貨，但若因罷工、戰爭、叛變、內亂或其他不能預見之事變，而致工作發生阻礙時，甲方得要求展限交付」。

一九一六年十二月，政府發一命令，謂一切船舶製造，除依一定標準者外，概予停止。於是甲方即無法履行其契約，乙控甲以違約，法院判本案可依「標的物不可能」一原則之支配，契約以解除論，乙方敗訴。

例案(110) Black. vs. All. (1918), 2 K. B. 467

甲乙訂約，甲允以木料供乙，為紡紗軸之用，法院判甲不能以「標的物不可能」為藉口，而要求廢棄該約，除非有特殊事實之存在，否則此類契約，雖遇不可預見之事變，而不能履行，仍不得解除其責任。

契約若因政府法令上之阻礙，不能履行者，得予延期履行或解除其約，否則須該約中別有所規定乃可。又據原告聲稱本案法庭應援用一九一七年之「非常時期法院權力法」特准契約之解除。但法院謂該法第一章第一節僅適用於(一)建築契約，(二)類似建築之契約，(三)建築材料之契約，本案之標的為供給紡紗軸之木材，自不在此限。

例案(111) Fulton vs. C. T. (1919), 122 L. T. R. 66

甲乙訂約，甲允以一定數量之紙張，陸續交付與乙。一九一四年八月，甲函乙謂，除非增加價款，不能繼續供應，雙方乃成立和解，仍由甲繼續供應。

至一九一六年二月，政府頒布國防法，規定非取得執照不得運輸製紙原料入口，一九一四所供應之紙張，已領執照之入口商，祇准發給三分之二。並規定一條件，即一九一四年訂約供應之紙張，只許以三分之二，交付買主。乙乃控甲以違約。法院判(1)二月十六日以前違約未交付紙張之事，原告無告訴權，因兩造已訂有有原因之和解契約也。(2)二月十六日以後之違約，因契約之

基礎建立在對方有權可繼續運木入口，標的物既不可能，故原告亦無控訴權。

例案(1111) Met. vs. Dick. (1918), A. C. 119

甲乙訂約，甲允於六年內爲乙開鑿一儲水池，契約規定，若遇特殊事故得延期履行。一九一六年二月十六日，軍械部依國防法之規定，命令停止該項工程，並將建地之木柱等予以沒收。

法院判契約雖僅規定可以展期履行，但該契約已因法令變更，成爲違法行爲，標的物已不可能，應作爲解除論。

(四)疾病與死亡 若契約之標的，在令某特定之人爲某種服務，則因不治之疾病，而致履行之不可能者，自可解除履行義務，若死亡，則契約即告解除，因此類契約，例如著書或繪畫之類，死者之遺產管理人，無法代其履行也。但若在死亡或疾病以前，業已有違約情事，則雖死亡，對方亦得向其遺產管理人，要求賠償損失。例如甲乙訂約，甲允在乙之舞台上歌唱，乃屆期甲患重傷風，不能歌唱，乙自不能以此控甲，即購買該舞台戲票之人，亦不能控甲，蓋甲與購票人間，並無契約存在也。若甲乙訂約，甲允爲乙寫一書，定七月三十一日交稿，乃甲迄未着筆編寫，突於七月二十八日患病，自不能以疾病爲解除契約之理由，必須負責賠償對方之損失，但若甲之患病在元月，則或可作爲正當理由要求契約之解除也(註一)。

此外應注意者，若契約之履行，係在將來，而履行之一造，故意設法使其不能履行，則對方可不必俟至履行期限之到來，而逕行控訴之。有時基於一種書面之契約，兩造約定爲一事，而此事非雙方同作不能完成者，則此契約應作爲雙方均承認擔任其應作之一部分，不能獨責一方以履行。

例案(1111) Spragne vs. Booth (1909), A. C. 576

甲乙訂約，甲允售乙一鐵路，並訂明於某日，由甲簽發一鐵路債券與乙，然後乙乃照付價款。乙並預付若干定銀。惟約中並訂定，須由乙代為備妥債券，再行由甲簽發。屆時乙並未將債券備妥，甲無法簽發，遂將乙之定銀沒收，乙乃控甲以違約，法院判乙不能收回其定銀，因乙未盡其應為之一部分義務也。

第六節 不法之契約

本章最後所研討之有瑕疵的契約，即為不法的契約，此類契約，根本即為無效。不法之契約，即原因之不法。例如甲允給乙以酬勞，而囑乙為犯罪行為，或契約表面上為合法，而實際則作為不法之用途，例如合夥契約，表面上固屬合法，然合夥之目的為經營不法之事業，該契約即為無效。但若甲允租乙以屋，並不知乙將租此屋為不法用途者，甲於事後仍得控追其租金，反之，若甲已知乙之不法意思而租與之，則不得追索租金，若在未履行契約之前，發現乙之不法意思，則甲可以且必須拒絕履行其契約。

(一) 不法契約為無效 訂立不法契約之當事人，不得要求法庭，強迫對方之履行，但在訂立該約之時，一造若已付出款項，而該約始終未曾履行者，得要求對方返還其款。例如甲以五磅予乙，令乙於某日在中途襲擊某丙，在未到達是日以前，甲尚有餘時可以考慮若在此時期中，甲忽悔其行為之不法，可要求乙之返還其已付之五磅；反之，若甲至是日過去之後，發現乙並未襲擊某甲，始向其索還該款，則依法不許，因甲之反悔，已太遲也。

(二) 賭注契約 關於賭注契約，若一造將款交付與賭注經紀人，以某事為賭，在該事已揭曉之

後，若該款尙未由經紀人付與對方，則此造仍可以收回其賭注，反之，若經紀人已將該賭注善意的付與勝利之一方，則不能向經紀人索回之。

例案(III) Ham. vs. Walsh (1876), 1 R. B. D. 189

甲以五百磅予經紀人某乙，作為「地球是扁的」之賭注。結果甲失敗，在該款未付出以前，即向乙索還，但乙不理，仍將款付與勝利者，法院判甲有權可以索還。

(三)不法行爲之種類 所謂不法，可分兩種：第一爲本身顯爲不法性質之行爲，例如違反公共法益，或道德之行爲，又一種則爲本身並非不法，但依成文法之規定應認爲不法者。例如在僻靜鄉村之行人道上，行駛自由車，既非犯罪行爲，又非違反道德，但因其有肇禍之可能，故政府特頒法令以禁止之，遂成爲不法的。反之，其他行爲，顯爲不法者，即毋需單行法令之明文禁止。故不法行爲，通常可分爲依習慣法所認爲之不法契約，及依成文法所認爲之不法契約兩種。

(四)習慣法中所認爲不法之契約 吾人今可進而研究此兩種不法行爲之一。依習慣法，下列契約應認爲不法的：

- (1) 訂約要求對方爲犯罪行爲者；
- (2) 訂約要求對方出賣官職或恩俸之類；
- (3) 訂約爲阻礙刑事訴訟之行爲者；
- (4) 訂約爲幫助訴訟挑唆訴訟或擾亂刑事案件之行爲者；
- (5) 訂約爲違反道德之行爲者；
- (6) 訂約爲限制他人營業之行爲者。

(1) 幫助訴訟與挑唆訴訟之契約 以上所舉六項，就有三項宜加論列。所謂幫助訴訟者，指在合法刑事案件進行之間，毫無關係之人，無故參加其中，以金錢幫助一造之謂。然父母之幫助子女，親屬間之幫助，以及主人之幫助僕人，則不在此限，此原則並已縮小為富人以金錢幫助貧民，俾其爭得法益，亦不為非法。

所謂挑唆訴訟者與幫助訴訟之行爲相似，而較為重大，蓋此類契約，係一方出資幫助對方，使其勝訴，訂明於勝訴後，瓜分其獲得之利益是也。例如甲以錢助乙，控追某一土地，言明於勝訴後，以該土地之一部分予甲，即所謂挑唆訴訟也。此類幫助或挑唆訴訟之契約，皆屬無效，故前例中，甲不能於乙勝訴後，強其瓜分土地利益，以其爲無效的契約也。

(2) 限制他人營業之契約 限制他人營業或干涉他人自由訂約之契約，依習慣法，本屬不法的，但若所限制者，並非過當，則法庭可令對方履行該約，或禁止其違約，或命令其賠償原告之損失。例如主人或店東，可以限制其僱用人，以在服役期間所獲得之營業方法及其他祕訣，告知他人，致殆害於該主人之營業，此類限制契約自屬合法，其條件在其不超出合理的範圍而已。每一案件，均應就其案情，決定其是否合理，其中最重要者，爲所限制之營業的性質，顧客之種類，營業之活動範圍，以及限制對方營業所許給之原因。法律對此並無極嚴酷之規定，僅規定所限制之時期與地點，必須合理而已。例如甲在某地賣麵包，其營業係有地方性的，乃欲限制他人不在該地外圍五十哩內營麵包業，此即顯明不合理也。

例案(三五) *Nor. vs. Maxim (1894)*, A. C. 535

槍械製造商某甲，以其製造權售與某公司，訂明在二十五年以內，除爲該公司製造外，不再製造

任何槍械，法院判依此項營業之性質，顧客數量之有限，以及原因之適當，該契約應認為完全有效。

然在法庭方面，欲應用此原則，必須對於此類限制營業之契約內容，予以嚴格之解釋乃可。

例案(三十七) Level vs. Wall (1917), 104 L. T. R. 85

甲乙訂約，甲允在一定區域內，不經營糧食業，其後甲忽謂將在該地製造並出售人造牛酪，乙因控之於法院，要求禁止，法院判甲所製售係人造牛酪，不能以違背契約論。

例案(三十七) U. S. M. Co. vs. B. & Others (1909), 25 T. L. R. 442

某公司在加拿大，享有一種新式造鞋機器之專賣權，將該機器租與某乙，訂明某乙除用該機器外，不得以他種機器製造任何靴鞋，法院判此契約有效，不能以限制營業論。

例案(三十八) Hep. vs. Wer. (1919), 88 L. J. Ch. 432; (1920), 1 Ch. 1

某甲與其所服務之公司訂約，允於離開該公司職務後，不再採用服務時期所用之名字，以免妨礙公司營業，其後復允許將該名字歸屬公司之財產權範圍。法院判此種契約範圍太廣，超過於公司所需要，應認為無效。任何契約，凡限制職員之交易權利，超出保護限制者利益範圍以外者，均不得視為有效。所謂保護利益，限於下列二種：(1) 保護商業上之秘密，(2) 保護公司吸引顧客之能力，但以不妨礙商業競爭為限。

由上述例案(三十五)觀之，限制他人之營業，於必要時其範圍可擴大至全世界，惟此類契約，欲求有效，必須承諾之一方，其營業有吸引全世界顧客之可能耳。

例案(三十九) Rope. vs. Hoyle (1919), L. J. Ch. 446

甲與其僱主乙，訂約在離職後，五年內不在任何地方，與乙為營業上之競爭。實際甲並非乙之僕人，並不知乙營業上之秘密，無由利用以吸引顧客，法院因之判決該契約範圍，過於廣泛，應以無效論。

此原則其後又伸展於其他案件，下列即為其一。

例案(四〇) *G. W. M. vs. Gibbs* (1918), 34 T. L. R. 344

一牛乳公司參加該業之聯合會組織，會章訂明凡參加之公司所僱用人員，離職之後，應一律禁止其經營同樣之事業。

某甲為該公司之會計員，於離職後，公司與之訂約限制不得在該公司所在地圓徑二十哩以內，入任何之牛乳公司或製造牛乳器皿之公司服務，期間以一年為限。該公司是時並未製造牛乳器皿，大部顧客均係住在十哩以內，僅一二住二十哩以外。

某甲後背約而入於一某牛乳器皿製造公司內服務，舊公司控之。法院判甲不過一會計員而已，此種限制契約，並無保護舊公司營業之必要，應以無效論，公司敗訴。

(3) 違反公共政策之契約 尚有一種不法之契約，故意以訴訟為手段而冀圖獲得利益者，例如 *D. vs. C.* 一案，甲乙訂約，由甲控乙於法院，以毆擊罪名，目的在借此以為廣告宣傳，彼此皆知此為非實在之事，法院判此契約違反公共政策以無效論。然須注意者凡訂約為某事，此事之結果即使有擾亂社會秩序之可能，亦未必皆為不法，惟當研究其動機是否違反公共政策耳。

例案(四一) *M. vs. M. M. Co.* (1918), 2 K. B. 241

甲乙訂約，甲為乙作某事，乙允付以若干酬報，已而乙不履行該契約，甲因控之於法院，正在訴

訟進行之際，契約之秘密洩露，蓋乙係囑甲運動獲得政府之輔助，俾與政府訂立契約也。乙雖未持此點，作為辯護理由，法院仍判原契約為無效，甲無權以控乙，蓋乙雖不以此為辯護，而法庭必須對此點，加以重視，以盡法庭之職責，既屬違反公共政策之契約，自應以無效論。依習慣法，凡店主或僱員之組合目的，在限制或提高一般之工資標準者，應視為限制營業一類之契約，以無效論。但依一八七一至一八七六之商業組合法規定，此點已被推翻。依該法第三章及第四章之規定，此類契約，雖習慣法認為無效，該法仍可視為有效，一方得控追履行。

例案(四一) *Evans vs. Heat*. (1918), 1 K. B. 418

某商業公會，目的專為控制出品之價格，及各會員出品之數量。其中有一條件，即凡同業中之出產品數量，超過於規定之數量者，此項贏餘，應歸公核算，就中取出百分之幾，作為各月中出產較少之會員津貼。上訴庭認此契約為限制營業，依習慣法為無效，但因此種組織，合於一八七六年商業組合法之規定，其契約依該法第三四兩章應認有效，故判決有效。

第七節 成文法認為無效之契約

下列各種之契約依成文法之規定，應認為無效：

- (1) 凡與商人、工匠、工人、勞動者或其他相似之人，訂普通之契約，其訂約在星期日者，依一六七七年之「星期日法」規定，應作為無效。
- (2) 被保險人對所保險之物，並無利益而訂保險契約者，其契約為無效。
- (3) 依一八四五至一八九二之賭博法規定，凡賭博契約，概以無效論。人壽保險以理論言，應為

賭博契約之一種，其實任何保險契約，皆有賭博性質，但因其商業上之必要，故仍視為合法契約。例如甲投保人壽之險，付出每年之保險金，以其今年是否死亡為賭，而公司方面，則以保險金額為賭注，以甲今年之生命為賭，每年更換新約一次，此自係含有賭博性質，然仍不能謂為違法，以其為商業上之習慣也。

(一)賭博法之規定 依一八四五年賭博法之規定，凡賭博性質之契約，概屬無效，賭負者不能向賭勝者追回其款，即該款已付賭博經紀人，亦不得索還之。故若甲以金錢與乙為賽馬勝負之賭博，甲雖獲勝，亦不得控追乙之賭注。

以前之法律，有一原則，即若甲以賭注交與跑馬場之經紀人某丙，與乙為賽馬之賭博，甲獲勝後，丙可依數賠甲，然後向乙索還賠款。但一八九二年之法令，已將此原則推翻，即凡基於無效之契約，而許諾返還中間人代付之款項或付給佣金之契約，概屬無效，故若甲丙互以賽馬為賭，乙應甲之請求，以百磅代付與馬場之經紀人，訂明如甲獲勝，該款應付還與乙，甲縱獲勝，乙亦無權而控追其款。

(二)新的原因 若甲代乙付出賭注為賭，甲獲勝後，取得賭注，不能收為己有，應以之返還與乙。

例案(四三) Wilson vs. Con. (1911), 704 L. T. R. 94

訂書商人某甲控某乙，以賭輸未償之款，乙舉賭博法為辯護，甲乃修正其訴狀內容，謂乙之應許付款，乃基於甲不洩漏乙之弊端之原因，法院判此為基於新原因之新契約，即原告負不作為之義務，該款應許甲之追還。

在 S. vs. F. 一案中，曾判決凡在以金錢出借對方在外國賭博，而此種賭博依外國法為合法者，應許原告在英國追討其款。但下列一案，則為相反之規定：

例案 (HEE) Monlis vs. Owen (1907), 1 K. B. 746

甲在英國一俱樂部，為某種賭博，依該國法認為合法者，因無錢向該俱樂部之經理借款，償還賭債，繼續賭博，借款時，付以一英國銀行之支票，其後該經理持票向銀行兌現被拒絕乃控甲於法院，初判契約有效，上訴後，改判此種借款契約，係用作賭博者，其原因不法，應以無效論。凡以商業為賭博之契約，亦同樣無效，故股票交易所中，所訂立之契約，訂明於一定時期後，核算股票價格漲落之差額而付與獲勝者，此種契約為無效，即使在約中訂明除付差額外，並可選擇以實物為給付之辦法，亦同屬無效。

例案 (四五) Rich. vs. Starck (1911), 1 K. B. 296

某甲散布傳單，謂如有人出款相助，甲可運用此款，以操縱某種股票，九十日後，如股票漲價，甲當以贏餘提百分之十，給予出款之人，如無贏餘，則當以原款奉還云云。某乙信其說，果出款助之，股票漲價後，乃向甲控索原款及贏利，法院判此為賭博契約，無追控之權。

但須注意者，凡付款與賭博經紀人，以某事為賭者，在該款未由經紀人付與對方以前，仍可向其索還，於法認為可行，惟依法雖可索還，法庭仍不能強迫以經紀人手中之款項返還。故在某案，有人發行違法獎券，獎金在被告手中，法庭不允強迫履行，僅准購票人自行行使其追索一先令之權利耳。

(註一)按我民法對於契約效力問題有下列各點：

(一)兩造通謀為虛偽之表示者無效(八七條)；

- (2) 有背公共秩序或公共秩序者無效(七二條)；
 - (3) 違反強制或禁止之規定者無效(七一條)；
 - (4) 不依法定方式者無效(七三條)；
 - (5) 無行為能力，或雖有行為能力而精神錯亂中所爲之法律行為無效(七五條)；
 - (6) 錯誤、脅迫、詐欺，皆可使契約成爲可撤銷的，撤銷權之行使以一年爲限(八八至九三條)；
 - (7) 給付不可能者免其履行(二二五條)；
 - (8) 顯失公平之契約得予撤銷或減輕責任(七四條)。
- 與本章所逸各節可參互比較之。

第六章 當事人之行為能力

第一節 當事人訂約之能力問題

上文曾述及契約之要素，當事人訂約之能力，亦爲其中之一種。依英國法，原則上，凡屬成年之人，具有正常心理者，皆有訂約能力，可以控訴他人，亦可被控。但有若干之例外，如外國敵人，已婚婦人，以及法人如公司之類，其能力皆受相當之限制，故此原則，雖已確立，而因身分之不同，多少有變動之處。特別應注意者，爲外國人及外國大使，在政治上有特殊之身分，已婚女子則有夫權之關係，醉人及瘋子，無正常之訂約能力，幼童則因年齡之關係，此類之人所訂之約，皆缺少拘束力，法人之訂約能力，則限於其成立條件之範圍，以下分節述之：

第二節 外國人

外國人，其本國與英國處於和平狀態者，得依英國法，與英國人訂約。該外國人，得出席英國法庭，關於其所訂之契約，有控人及被控之能力。但若其本國，一旦與英國宣戰，則關於其以前所訂之契約，不能控訴他人，他人亦不能控訴之。在戰爭進行期內，更不能與人訂立任何契約。若在以前所訂之約繼續期間內，兩國戰爭爆發，契約應即延期，惟以該契約之性質可能延期者為限。若該契約在戰爭期內延期，必致原因滅失者，則不能延期，只能以契約解除論。過去所負契約之責任，只能於戰後控追之。若某甲屬R國籍，某乙屬A國籍，甲欠款未還而兩國開戰，該債權仍屬存在，但若甲乙二人共訂合夥契約，則戰爭爆發後，該契約立歸消滅。此為國際公法及英國法所同樣規定者。

有時契約中，雖規定有延期履行條款，但在戰爭繼續期中，契約仍應認為解除，不能以延期論。

例案(四十一) *Navy. vs. Krain. (1918)*, 2 K. B. 486.

一英國公司與一奧國公司於一九一二年二月訂約，陸續交付鐵鑛苗若干，至一九一五年十二月止，該約附有兩條款：

第一條為延期之條款，即如遇有罷工，戰事或意外事變得延期履行。

第二條為仲裁條款，即契約如發生糾紛，應由兩造在倫敦聘請仲裁人裁決之。

英奧未幾即宣戰，英國公司遂控之英法庭，要求廢止該約。法院判：

(1) 延期條款中，並無關於世界大戰之規定。

(2) 延期交付，若照該約規定付仲裁決定，則是兩造於戰時仍可交際往返，顯屬違法。

(3) 因大戰而修改條款一節，契約中無規定，亦無從考慮。

(4) 公共政策必須維持，該契約應即解除。

此外尚有其他例案甚多均同此例。

第二節 外國大使

依英國法，凡外國大使及其隨員，無論刑事或民事案件，皆有免訴之特權。依國際公法規定，其範圍似無如此之廣，但英國之「外交使節特權法」，及其他例案，則一致本此主張，超過於國際公認之原則之上。在 *H. S. B.* 一案中，尤認定外國大使應免除一切刑事或民事之責任，且擴大於其他之外交代表，如大使館之秘書或代辦等。故若外國大使在英國訂立私人借款契約，而拒絕不肯付還，且不肯出庭答辯時，則債權人，亦別無其他救濟辦法，僅有依外交方式，由政府交涉耳。縱使該原告在英國經營商業，亦無控追之權利。又若一外國大使，向英公司購買股票，而拒絕履行責任，並提身分為辯護，對方亦無法向之控訴。外國元首為同一之地位，雖可在英國與人訂約，在被控時，雖亦可以出席法庭，惟並無出庭之義務，不能強之出庭也。

第四節 已婚之女子

已婚女子之訂約能力，在一八八二年以前，並非重大問題，及至是年議會通過「已婚女子財產法」以後，遂成爲一最堪注意之問題。但卽在今日，已婚女子仍多少受有婚姻之拘束。已婚女子之訂約能力，何以發生問題？則以古代之觀念，妻子與丈夫，在法律應認爲一個人，而丈夫則爲此一個人

之代表。時代變遷，吾人觀念自亦隨而更變，因之丈夫遂不復再爲此一個人之代表。依習慣法，已婚女子之行爲，應受婚姻之拘束，亦即夫權之保護。故妻子之世襲不動產，因婚姻關係，應由丈夫管理，惟權利仍屬妻有，夫可收取租金，但不能任意支配其地產；妻不待夫之許可，或協助，亦不能自由支配其財產。妻所租賃之地產，完全屬夫所有，夫可收取其贏利，在同居關係繼續時期中，夫並可售賣該產而取得其價款，但若在該時期中，夫未動用該產，則將來仍屬妻有。妻之動產貨物等，則完全屬夫所有，妻之債權，若夫取爲己有。即亦歸屬於夫。

(一)妻之獨立財產 故依習慣法，妻既不能享有財產，當然亦無訂約能力。衡平法雖給予妻以相當之財產權，但一八八二年之已婚女子財產法，則予婦女以極大解放。依該法，已婚女子將來均可以自由意志取得並握有及支配任何動產及不動產，在一八八二年十二月三十一日以後，結婚之婦人，其財產有獨立性質，可任意支配，無論爲婚時或婚後所取得者均同。凡在一八八三年元月一日以前結婚之女子，在一八八二年十二月三十一日以後所取得之財產，亦同樣享得獨立之權利。

(二)已婚女子之責任 該法尚有一條款，即已婚女子此後可任意與人訂立契約，並負其責任，惟契約內容所關，以該女子獨立財產爲限，故任何已婚女子，所訂之約，只能拘束其本人之財產。一八九三年之修正法，復規定契約得拘束已婚女子婚後所取得之一切財產。然依法該女子不能負個人上之責任，故關於其契約之裁判，只能對抗其獨立財產部分，現在已婚女子之營業，除與其夫完全分開者外，應不礙破產之宣告。

(三)限制動用之財產 然須注意者，當他人給予已婚女子以財產時，恆附有條件，限制該女子不許其動用本金乃至利息，如是則該女子所訂之契約，其效力即不能達到其獨立財產。此一困難問題

也。

一八八三年之已婚女子財產法，對於此類情形之財產，亦認爲無爲契約原因之可能。然此種財產限制，祇能以婚姻存在期間爲限，又英國法律對於他人財產所有權之限制問題，素認爲違法，故法庭亦得爲該女子之利益起見，取消其財產權上之限制。

(四)例外之案件 除以上所述者外，有時習慣法中，對某種已婚女子，曾特許其有訂約能力，與未婚之女子同。例如依習慣法，英國皇后關於所訂契約，卽有控人及被控之能力，而依倫敦市之習慣，已婚女子對於本身所經營之商業，與人訂約，其契約爲有效。

凡經合法判決離婚之夫婦，其訂約能力，視同未婚。

在已婚女子財產法未公布前，依習慣法，妻雖不能與夫訂約，但若所訂之約，爲關於彼此分居之事，而包括一方應付贍養費等問題，法律上亦認爲有效。

(五)夫之責任 夫例不代其妻負債責任，除非妻負債時，曾得夫之明示或默認的代償耳。但法律上認妻爲夫之家務代理人，故關於家庭日用必需品，妻之債務契約有拘束其夫之效力。非必需品，則其夫無負擔之義務。故凡屬於食物，衣着之類，妻之債務，除非其夫能提出有力之反對證據外，必須負其責任。惟對股票或其他奢侈品之支出，則夫無責任之可言也。夫若企圖拒絕支付家用之債務，則殊不易易，任何默認或知悉其事而不爲反對之行爲，皆不能於事後否認其責任。

例案(三七) Swan. vs. Math. (1910), 103 L. T. R. 832

某甲之妻，當其與甲同居時，常向一店訂購貨物，寫入帳下，某甲代其還債，已非一次。其後甲妻忽背棄某甲，而與另一男子同居，復繼續在原店訂貨，而卽其將貨送至新住址，仍寫在舊帳

之中。其前夫乃登報聲明，不再代其前妻負任何債務責任，並拒絕再付此店之帳，法院判某甲之責任，只限於與其妻同居將妻所訂購之貨價，分居以後，不能負責。

惟此案之判決，並非謂夫婦分居，無論是否由於妻之過失，其夫概不負妻之家用責任也。若夫婦分居，確係由於夫之遺棄其妻，其妻在日用必需品範圍之內，仍得繼續認為夫之代理人，而夫之默認的還債責任，仍然存在。

第五節 瘋子

瘋子所訂之契約，原則上應認為完全有效，但若訂約相對人明知其為瘋子而與之訂約時，則該約為可撤銷，該瘋子於清醒時，得自行決定其撤銷與否。或由法庭指定數親友代瘋子決定之。瘋子所訂之約，有效與否，應先認定「該契約目的是否利用瘋子心神喪失之狀態而取得其利益」？如其然也，則此契約之效力，即發生問題矣！

例案(四八) *Inf. Co. vs. Stone* (1892), 1 Q. B. 599

某甲簽一本票，為保證作用，後拒絕兌現，對方控之，甲提出辯護，謂簽立該票時，適值本人瘋病發作，毫不明瞭其事，應作無效。訴訟進行中，甲之瘋病又作，經檢驗屬實，法院判甲如欲以瘋病為理由而廢棄該契約，不特須證明本人確有瘋疾，且須證明對方確知其為瘋子而後可。

若瘋子之瘋病，係間隔發作，則在將發未發之時，所訂之契約，仍屬有效。若在訂約後瘋病始發作者，則除非屬於個人服務之契約或兩造間有一種特殊信用關係之存在，否則仍負其責任。故本人患瘋病時，其代理人之代理權，即告終止。又依一八九〇年之合夥法，合夥人中有瘋疾者，對方得向法

庭請求解除其合夥契約。

對於瘋子生活必需品之供給契約，常為有效，瘋子之財產，應作此項債務之擔保物。

第六節 醉人

醉人之酗酒行為，即使出於自動，其訂約之效力，亦與瘋子相似。基於同樣之原則，若一方與泥醉之人訂約，該醉人對所訂之約內容，並不明白，對方明知其醉，而與之訂約者則此約為可撤銷的，即撤銷與否，由醉人於事後自決之。法律推定凡乘人之醉而與之訂約者，有乘機攫取利益之嫌疑。對方對於此種之推定，欲求反駁，較之與瘋子訂約，更不易易，人之醉酒與否，可以一望而知，不若瘋子之病，難於一時觀察也。故若某甲在酒醉時，以其所有物售與某乙，其價格遠較該物之價值為低，雖依常例，雙方契約原因之懸殊，不盡可作解約根據，然在此酒醉情形之下，則有解約之權利，蓋可以推定對方，係乘其心神喪失時，故意謀取利益也。

第七節 未成年人

年在二十一歲以下者，法律視為未成年人。其訂約能力，受嚴格之限制，除成文法別有規定外，依習慣法所規定者，有下列數原則：

- (1) 契約中規定若違約即應處罰相對人(未成年人)者，其契約為無效。例如附有罰則之債券。
- (2) 契約內容有利於未成年人者，如不含有不良之條款，以有效論。例如僱用童子為職員或學徒，別無限制其營業行為之條款是。在 *G. vs. T.* 一案中，曾有一童子與人訂立一學徒契據，約中附

有條款，不許該童以後擔任建築師職務，法院判此契約，在該童未成年以前不能強其履行，但在已成年以後，而有背約情事，可以控訴，惟仍須先決定此條款，是否合理耳。

未成年人與人訂約，而有限制其將來事業之條件時，若該條件內容，有數點有利於該童，數點不利於該童，有利部分應認為有效，無利者則否，如有利與無利部分可以分開時，得就有利部分履行之。

例案(四九) *Bromley vs. Smith* (1909) 2 K. B. 235

童子某甲與一賣麵包商人訂約，作其助手，其工作為取出麵包在附近地方兜售之。童子允於離職後三年以內不再經營麵粉業、麵包業及其他職業(包括某乙當時並未經營之職業)。地點範圍為十里以內。此為契約中之條件，非接受此條件，不得為乙之助手。訂約既成，童子於服務數年後，離職在同地開設一麵包店，法院判此契約條件，就其限制該童經營麵包業一點而論，應作為有效，其他部分無效，因之遂判決乙有權可以阻止該童之繼續經營麵包業。

但若未成年人在經營事業，則與之訂約可不受必須有利於該童一原則之限制，若該童詐欺取財時，則可以侵權行為控之於法院。

(8) 除上述兩項以外，未成年人所訂之約，無論在成年以前或方始成年之日，概可撤銷。

(一) 一八七四年未成年救濟法之規定 一八七四年公布之未成年人救濟法，已將前述習慣法原則，略有修改，但未修改之部分仍以習慣法為依據。依救濟法第一章之規定，凡與未成年人訂立借款契約，無論借出或借入契約，買賣貨物契約，無論買進或賣出(必需品除外)皆以無效論。

(二) 必需品之範圍 上文所謂「必需品」者，指某種物品，不僅可用為維持個人生活者，並可包括維持該人之身分境况，以適合其需要者而言。未成年人訂立買進必需品之契約，自應負其責任。但

若以未達成年爲棄約理由，則對方應負舉證責任，證明所供應者爲必需品。但某類之物，在某種人視之爲奢侈品，在某種人視之，或非必需品，殊難一概而論。例如珠寶在富厚家庭中之子女，應如必需品，而在貧家則反是。若該童家中富有，百物具備，則不能以供應之物係屬有用之一點，遂可認爲必需品，故在法官方面，應先確認該物是否屬於必需品之一類，而在陪審員方面，則須就事實及該童家境狀況方面，確認該物是否爲該童之必需品。例如法官可先認定銀爲必需品之一種，陪審員則研究購銀之童子其地位身分，是否必需一銀。

依一八九三年之售貨法規定，凡以必需品售與未成年人者，該未成年人應付以合理之價格。

(三)借款契約之效力 未成年人救濟法，關於借款契約問題亦有規定，即凡兒童之抵押借款的契約，概應視爲無效，故兒童訂立抵押契約時，得不負責任。

該法復規定，凡兒童於成年以後，訂約允付還其未成年時期所負之債務，或其他成年後之承認行爲，無論對方有無給付新的原因，概屬無效。因之凡未成年人對無效之借款而發流通票據爲抵償者，依一八九二年之未成年入借款及賭博法之規定，概不生效力。

(四)承認之效力 然吾人不能遂謂凡未成年人所訂之契約，皆不能有承認之效力也。依習慣法，有數種契約，非該童於成年後相當之時期內，明白表示廢棄之意思，該約仍屬有效。又有數種契約，非經該童成年後之正式承認，亦不能有效。關於後者，依成文法已認爲無追認之可能，但關於前者，若該童成年後，未明白表示廢棄時，似仍有其拘束力。例如數種有關財產性質之契約，若該童於成年後，仍繼續領取其利益，則契約應屬有效。公司中之股東未成年者，於達到成年後合理時間之內，固可表示廢棄其股東契約，然若在廢棄以前，仍繼續收受公司之利益，例如選舉爲職員或接受紅利等則

該約自仍有效。

當然，未成人之願付債務與否，無人能加以干涉，但除必需品外，不能逼其付款。反之，除非該契約為無效，否則對方又有背約行為，該童仍可委託其代理人控追損害之賠償，惟不能控求對方之履行契約，因兒童所訂之契約，在義務上缺少相互性質，衡平法所定之救濟辦法，係雙方一律，故凡對方所不能控告兒童者，兒童亦不能控告之。

(五)未成人能力問題之結論 簡言之，未成人對於借款，賒賬，或貨物之供應(必需品除外)，概不負責任。若兒童為流通票據之一方時，對該票據不得不負責，尙可以對抗對方，惟該證券之簽立，須不違反一八九二年之兒童賭博借款法之規定耳。兒童為公司之股東，或房屋之租戶時，若於成年以後，繼續享有其權益，即應負其責任。兒童對於必需品債務及有利於己之契約，均應負責。

他人不能將兒童之違約責任，變更為一種侵權行為而控告該童，例如童子訂立租馬之約，本屬無效，其後若使用馬力過度，致馬受傷，對方不得執此為理由，而控以侵權行為，因原來之租約本不生效力也。

第八節 公司

公司者，法人也。以若干之自然人，依法律規定而創立之。公司本身有特殊與獨立之地位，與其組成分子之各個人分開，因其具此特殊性質，故其訂約能力，宜有限制。若公司為個人所創立，則為「單獨公司」，不在此限。然若公司為若干人所合組而成，則為股分公司，此種公司之行為由其代理人為之，如上文所述，及公司須有一通用之印章。

公司之訂約能力，視其組織之方式而定。凡依單行法而組織成立之公司，其能力應由該法令賦予之。依一九〇八至一九一七年公司法之規定，凡屬有限責任公司之訂約能力，應依其所領得註冊證書中之規定，又凡取得皇家執照而組織之公司，其訂約能力除執照中有明白限制外，與自然人無異。

以上各章，已述及契約之方式與訂約人之能力問題，此後即可討論契約之解除或契約的關係及責任之破裂等問題（註一）。

（註一）按本章所列舉各種當事人行爲能力問題，依我國法律之規定，頗有相同，亦有不同之點，茲分別述之如次：

（1）外國人 外國人行爲能力，似無限制，關於外國法適用問題，參看第九章之註解。

（2）外國大使 外國使節，在刑事上享有特權，不能作爲起訴對象，爲國際法之慣例，我國法律，自無例外。惟民事上，是否原亦享此特權，則我國法律，似尙無此規定，亦無此先例，可資接證。

（4）已婚女子，現行法中，行爲能力上，毫無限制，此點自較英國法爲進步，論者謂我民法親屬編，饒有革命色彩，自非無故。

（5）瘋子及醉人等，我民法中視爲心神喪失（禁治產人）或精神錯亂者，禁治產人無行爲能力（民法十五條），醉人之類，雖有行爲能力，其酒醉時之意思表示，亦應視爲無效。

（6）我國以滿二十歲爲成年，與英國法稍異，未滿七歲者，無行爲能力，七歲至二十歲，有限制行爲能力（未成年已婚者視爲成年）（民二三條）。限制行爲能力人，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，但於限制原因消滅後，承認其所訂立之契約者，其承認與法定代理人之承認，有同一效力（民七九至八一條）。此點與英國法似不相同。又限制行爲能力人，爲意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許，但純獲法律上利益或依其年齡及身
份日常生活所必需者，不在此限（民七七條），此點與英國法完全相同。

（7）公司爲法人一種，依我國法，應有權利及義務能力，關於行爲能力，得以董事代之（民二五、二六、二七條）。

第七章 契約之解除 (Termination of Contract)

以下當以數章之篇幅，用以研討在何種方式之下，契約責任，可以消滅，契約關係，可以解除。解除契約之最普通而正常的方法，即為契約之履行，蓋契約一經履行，即可解除，自無待言，惟此外尚有其他多種之方式，可使契約終止。凡欲避免契約責任者，必須申述其不能履行之理由，不能履行之理由，重要者有下列各種：

(1) 關於債務契約業已提出給付欠款；關於出賣或出租契約業已提出給付該物；關於勞務契約業已提出給付勞力，而相對人拒絕收領者。

(2) 雙方訂立新原因之契約，或更換其原因，或約定移轉或放棄其原因。

(3) 依法律應解除之契約，如時效之喪失，契約之混合，破產之宣告，不得他方承諾而改變書面契約之內容等。

(4) 違約行為。

本章即將研究上述各種解除契約之方式，以下逐一論述之。

第一節 契約之履行

履行者，雙方完全依據契約之條款，而實行之謂也。欲使履行能解除契約，其履行必須嚴格的依照契約內容所規定者為之，稍有不符，即可構成多少之違約責任。又履行必須在契約所規定之時期

內，若未規定，則應於合理之時期內履行，如何乃為合理，應視契約內容而定。履行必須在契約規定之地點為之，例如甲允為乙在自由大禮堂演唱，則不能以甲之演唱為已足，必須甲確在該禮堂演唱，乃為符合條件。又契約中未規定履行地點，則應就事實決定之。例如甲欠乙款，甲必須在英國任何地方，覓得乙之所在地，而償還之。甲不能於覓得乙之地址後，由郵寄還其欠款，若甲用支票附在信內寄還與乙，而該信或支票，中途遺失，甲之契約責任，仍不能謂之解除。若乙曾向甲作明示或暗示的請求，因而甲由郵寄款還之，則甲如能提出寄款證據，其責任即可解除，否則其損失仍屬之甲。即使甲一方面，確有此種由郵匯款之習慣，而乙並未阻止，亦不能遂謂乙有暗示的匯款請求。故城內之商人，要求鄉間之顧客，寄以支票時，其意即可表示其可由郵寄來，同樣的，要求對方用某銀行之支票由回郵寄來亦同此例。

(一)法幣之給付 以前曾述及債務之清償，須以金錢或紙幣給付之，此即所謂法幣。法幣在五磅以上者，必須為英格蘭銀行所發行之紙幣，造幣廠所鑄之金錢，亦可作為法幣論。四十先令以下者，得以銀角給付，一先令以下者，得用銅元給付之。戰時財政庫券，亦為法幣之一種，依習慣，使用支票或流通票據，亦可解除契約之責任，若此票據，已完全償清其債，則債務即屬終了，以後如該票據不能兌現時，債權人祇能就票據之效力問題控訴對方，而不能就業已解除了債務再提訴訟。故通常以票據還債者，對方仍應認為債務尚未清了，如此則在票據未兌現以前，原債務契約之效力，仍然存在，僅暫時停止而已，一旦票據上發生問題，原來之契約上債權，即可復活，此時原先可控對方以原契約之責任，或票據上之責任，均無不可。

(二)收據之效力 債務人還清欠款後，必向對方索取收據，然收據並非絕對的清償證據，必須由

受款人親自簽名，作成一定要式，而後乃不至於發生抵賴情事。有時債務人仍可提出證據，證明並未收到欠款。凡按期付款之契約，持有最後付款之收據者，法律上即可推定其以前數期之欠款，均已還清，例如持有一九二六年六月二十五日之一季租金收據者，即可斷定其六月二十五日以前之租金，均已付清矣。

(三)錯誤之金錢給付 前章曾述及凡因對方之脅迫詐欺，或事實上之錯誤，而誤付款項者，依法得准返還，然若給付，係由於法律上之強迫或誤解法律者，則不在此例。若甲償還欠款與乙，其後乙忘卻甲之已經還清，又復控甲於法院，甲若能呈出還債之收據，自可不生問題，但若不幸，甲之收據遺失，縱使聲稱已還清其債，法庭或亦不能不令其再度清償，因其無收據故也。若甲以後復覓得其從前之還債收據，欲求追還其第二次誤付之款，則於法為不可能。蓋因從前之一切權利問題，於判決後，均已混合於判決之中，甲既錯過其舉證機會，此種問題，自不能再提起訴訟矣。

第二節 提出給付之效力 (Tender)

提出給付者，指負債之一方，已將應付之債款或貨物或勞務如數提交對方，要求解除其債務之謂也。若給付係完全依照契約行事，則給付之效力當視該契約之性質而定，若所給付者為貨物，且係依約辦理，而對方拒絕受領。則此造可認為契約已經破裂，即可將該貨任意售與他人，並可控告對方賠償損失，若對方向之控追貨物時，自可以已經提出給付為辯護。

同樣之原則，適用於依約為勞務之給付。

但金錢之給付，對於解除契約一點，並不能作為絕對之辯護。債務人提出金錢之給付，目的在避

免債務上利息之繼續增加，且所以避免不履行債務之責任。若對方當時拒絕接受，其後復提訴訟時，則債務人仍應如數付還，惟不能負擔訟費耳。欲發生不負擔訟費之效力，金錢給付之提出，除必須為法幣外，尚須依下列數種辦法為之。

(1) 金錢給付之提出，必須將該款確實獻與對方，若僅為口頭聲明即將還債，或儲款待領，則不生效力。

(2) 金錢給付之提出，必須恰合欠款之數目，如為數較多，不能要求對方之找補餘額，否則若對方拒絕找補，則此提出之給付，仍屬無效。例如甲欠乙九磅五先令之款，而以十磅之鈔票提出給付，乙若不反對找補餘額，則此種給付為有效，反之，若乙謂無零錢可以找補，而甲必欲乙之找補，否則不付，則甲之責任，仍不能因已提給付而解除。

(3) 提出給付欲求有效，必須為絕對的及無條件的給付。

(4) 債務人之提出給付，經對方拒絕後，必須保存其款不動，俟對方提起訴訟後，即可如數呈繳法院，不負遲延責任。

(5) 金錢之給付，如係提交與對方之代理人，則祇能以現金給付，不能以支票代替。若以支票直接交與債權人，而拒絕收受時，所持理由，除因給付方式之不合外，則給付提出，仍屬有效，反之，若付支票與代理人，則不能以給付論。律師受委託向買主索取價款時，亦無權接受對方之支票(註一)

第三節 利息之計算

依習慣法，還債可毋須付息，蓋古代法律否認一切之利息也，以前有禁止重利之法律，限制債務上之利率，但現在則雙方所約定之利率，若非極不合理，應有拘束力。惟非經契約訂定，不能以複利計算，或須提向衡平法庭控訴之，除若干例外外，通常利息，均以單利計算，依下例原則辦理：

(1) 雙方明文訂定，或由案情推定者。

(2) 過期之債券。

(3) 依議會通過之單行法，例如一八八二年之流通票據法第三十七章規定即期支票於提示時起算，其他支票從屆期之日起算。

(4) 判決之債務，由判決之日起，以四分利息起算。

(5) 書面票據上有確定之欠款數目時，或有索取欠款之正式書面，已通知對方求付利息者，得依通常利率計算之(註二)。

第四節 給付之抵充

一債務人，欠一債權人數宗之債款時，其給付應作為抵充何項欠款之用，頗成爲問題。在給付之時，債務人自有權聲明以此項給付償還某一項之債，但若未爲此種聲明時，則債權人自可任意將給付者，抵充償還任何一項或數項之債款，此種抵充，本不必即時爲之，但一經決定用以抵充某債以後，即不能再行更改。惟此一原則，僅適用於非活期之賬目而已。債權人並可將所給付之款，作為抵充已失時效之債款，但不能因有此種抵充辦法，遂可阻止債務之復活。若雙方均未行使其權利，即雙方均未聲明應抵充爲何項之給付時，則關於活期之賬款應依克拉敦案之原則辦理，其他則另有法律之

規定。

所謂克拉敦案之原則 (Clyton's Case) 者，凡在活期往返之賬冊中登記，分爲借出及收入兩項，收入之第一項，應作爲抵還借出第一項之款，例如銀行之活期存款，第一次付出之款，即爲抵銷第一次存入之款是。然若當事人刻有明文訂定辦法時，則不在此限(註三)。

第五節 一般之原則

就一般言之，利息之給付，應先於本金，附有保證之債務，於保證物售款收入後，原債務即消滅，一切債務之紅利、每磅應以五先令計。凡遺產管理人，對於同一債權人，負有兩宗債務，一爲其本身所負之債，一爲遺產所有人舊欠之債時，其給付之款，應先推定爲返還其本身之債務，蓋其給付之性質使然也。

第六節 勞務契約之終止

凡屬勞務契約，須一方正式通知對方後，乃可作爲解除論。例如僱用契約，在繼續服務期間，非契約中明定有服務期限者，必須一方正式通知後，始可作爲解除。關於此項通知之時間，除訂約中確有規定外，通常應依該項營業或職業之習慣爲之，例如僕人之僱用契約，一方應於一個月前通知對方，屆時始能解除。其他特殊契約之通知時間，應各依習慣定之。

例案 (五〇) Mc. vs. Path. (1919) 35 T. L. R. 313

某甲受聘爲一時事畫報之編輯，其工作與一般報館之編輯相似。依常例，報館編輯之解約，如契

約中無明白規定，應於六個月前通知之。某甲之僱主，於一個月前通知解約，甲不服，訴之於法院，要求給與六個月之薪俸。法院判甲之職務，雖與報館編輯相似，但未能證明此種畫報編輯之解約，應於六個月前通知之，遂判一個月前之通知，已足解除契約。

第七節 給付之變更與滿意之接受 (Accord and Satisfaction)

另一種履行勞務契約之方式，即為變更給付並滿意接受之。例如乙為甲服務，甲允酬以五十鎊，其後甲因無力付款，乃與乙商定，付乙以十鎊現金，及馬一匹作為清償五十鎊之債。此即所謂變更給付也。至其原因之價值，是否相當，則無關緊要。該馬或值十鎊，或值百鎊，概不成問題。但此種變更之給付，非完全見之實行，並經對方接受，認為滿意時，不能解除其責任。故須甲將十鎊之款及馬，完全交付與乙，乙接受無異詞後，其債始可終止。故債務之償還，不以現金而以較小數額之票據為代替時，如對方滿意，契約即解除，但不能以較小數額之現金清還較大數額之債款耳（註四）。

第八節 債之移轉 (Assignment)

契約當事人，得用移轉債務方法，解除其責任，但通常債權及債務之移轉，必須先得對方之承諾，始有效力，此即所謂移轉的承諾也 (Nortion)。

(一) 移轉之行爲 債之移轉，有兩種方法，一為由於當事人之行爲，一為由於法律之作用。前者是否有效，須以契約之性質定之。如訂約之基礎，建立於對方之資格及聲譽之上，則債務人不能以其責任，移轉他人。例如甲乙訂約，甲允為乙編寫一書，自不能以此作移轉與丙，遇此情形，乙得拒

絕之。關於信用借款亦同。甲之商業信用極佳，故乙願以貨物賒付之，甲自不能以其權利或義務移轉與乙素不相識之丙，在此情形之下，乙雖可依囑以貨物送丙接收，仍得向甲索款。又例如甲擅長於製造某物，馳名已久，乙因信賴甲之聲譽，乃向其訂購此物，甲不能以丙所製之同樣之物售之與乙。簡言之，遇有上述各種情形之移轉行為，縱使讓與人與受讓人，意見完全符合，而對於訂約之另一方，則不生拘束力。故若甲向乙訂造機器一具，乙因無法完成，許丙代造之，丙不能向甲索取貨價，亦不能因機器上之瑕疵，對甲負責，除非甲承諾此移轉行為耳。

(二)可移轉之契約 若干種之契約，得認為可移轉的，一經移轉，則一切權利義務，均歸屬於受讓人。但受讓人，對於第三者之權利，應受衡平法之拘束，例如保險款項，於通知保險公司後，得為移轉，惟讓與人所負保險公司以前之債務，受讓人應負返還之責；此外如提單，債券公司股票，股票擔保，即期交付書等基於契約而發生者，概可作移轉之客體。

(三)債權之移轉 凡一造對他造負有返還債務或其他依法應付之款項時，依裁判法第二十五章之規定，對方可能將此債權移轉他人。惟此種移轉，須以書面為之，並須為完全無負擔的移轉，同時並須通知債務人或持款人。此種移轉契約訂立後，受讓人對該債權原附之權利及負擔，均應負其責任，若移轉行為未即通知債務人，致債務人於事後將款給付與原債權人時，受讓人，僅能向讓與人，要求返還，與債務人，即不生關係(註五)。

(四)流通性與移轉性 此處限於篇幅，未能對流通票據問題，多所論述。所可知者，流通票據與普通之移轉，有數種之區別，例如流通票據，雖亦可以移轉，惟善意的持票人，應不受衡平法之拘束，即對該票據以前之種種負擔或債務糾紛，概不負責任是也。流通票據之移轉，僅以交付受讓人為

已足，毋須向第三者另發通知，亦一異點也。

(五)承諾移轉之訂約 移轉之承諾，出之訂約方式者，謂之移轉訂約 (novation)。凡以新的當事人代替契約中之當事人，而獲得各方面一致之承諾者，即為移轉訂約成立，原來當事人之責任，即可完全解除，由新當事人代負之。吾人對此，尙可作一解釋，即舊契約已告解除，另由新當事人依舊契約中之條款，另訂新契約是也。此類移轉契約，例證甚多，例如公司之發起人，與第三者訂有關該公司之契約時，該公司即就該約上，取得其利益或責任，非出之承認方式，乃出之移轉訂約之方式，即就以明示或默認的訂約方式，接受該契約而獲得第三者之承諾是也。又如一人承買他人之全部營業，所有債務，亦即隨而移轉，如獲得債權人之承諾，亦即移轉訂約之成立。

(六)法律作用之移轉 依法律而移轉之債，實際為法律之作用問題，當於下章詳述，此處僅就兩點加以論述，第一為破產之效力，第二為死亡後之效力！

(1)破產之效力 債權人破產時對於債權方面，並無影響，蓋債務人，仍應對破產者負清償之責任也。破產清算人，並可要求對方之清償，法律並已賦予以此項權利。

(2)破產後得予放棄之契約 同樣的，依一般原則，債權人宣告破產之後，破產清算人，應對破產人所訂之一切契約，負其責任。但依一八三三年之破產法第五十五章之規定，凡破產人之財產一部分，若包括有附有負擔之出租土地的契約，公司中之股票，或不能獲利之契約，或任何因附有作為或給付款項條件因而不能或不易出售之財產，破產清算人，雖依法有權出售，或已占有該財產，仍得於受委後十二個月以內，用書面簽字放棄之。此類財產，一經清算人之放棄，破產人對該財產所有之權利義務，亦即隨而消滅，清算人私人不負任何責任。因此種放棄而遭受損害之第三者，祇能提出損失

之證明，要求賠償而已。

若此財產關係人，致函破產清算人，詢問其是否決定放棄該財產，則清算人必須於接信後二十八日內，決定並答覆之。逾期不為決定者，即視為不放棄論。

(3) 訂約人死亡後之效力 訂約人於死亡後，其對於該契約之訴權，亦即移屬於其遺產執行人或管理人，而此訴權，亦即成爲其財產權之一種。死者生前所訂之約，無論爲口頭的或要式契據，其遺產執行人或管理人，皆可代其訴追。惟純粹個人性質之契約，則不在此限。例如婚姻契約，自不能於死後代爲訴追是。反之，若在其人生存時，可向其控訴之契約，則於其死亡後，仍得向其遺產管理人或執行人控追之；惟純屬個人性質之契約如婚姻之類，則無控追之權，亦同前例。

第九節 免除與取消

取消(rescission)與免除(release)二者，皆可作爲解除契約之根據。一般常將二者混爲一談，實則性質絕不相同。凡契約一經訂立，一造欲求對方之解除，無論如何，必須對方亦履行相當之步驟。例如甲函乙謂因麵粉價格之暴落，擬解除前所訂一千袋麵粉之契約，若乙同意，即可允許甲之解除其契約，此種相互的同意，即爲契約之取消也。實際上並非取消契約，仍係另訂一新契約，甲方放棄其出售麵粉之權利，乙方放棄其收買麵粉之權利也。所謂免除者，則不同。凡甲方因故不能履行其契約者，乙方決定不予追求，即可免除其責任，然所謂免除，不能爲無條件的，甲方仍須給付以其他原因，作爲代替，亦即前文所謂給付之變更與滿意之接受是也。如無新的原因以爲代替，則此免除之行爲，必須有書面蓋印之證明，始能發生拘束力，最重要者，爲乙方之蓋印其上，乃可決定其免除之效

力(註六)。

第十節 匯票責任之免除

上述之原則，有一例外，即匯票是也。依一八八二年匯票法第六十二章之規定，匯票持有人，不在匯票到期以前，或以後，皆可無條件的放棄對於受票人之權利，該匯票契約，即可完全解除，放棄行為，毋須對方給付以任何原因，亦無須將該票提示於受票人，更無須於作書面之證明，或予該票以銷毀。

(註一)按我民法第二三四條規定債權人對於已提出之給付拒絕收領或不能受領者，自提出時起，負遲延責任。又第三二六條規定：債權人受領遲延或不能確知孰為債權人而難為給付者，清償人得將其給付物為債權人提存之。此點與英國法顯然不同，蓋英法於拒絕受領之給付物，除金錢得予提存外，其他貨物均得由債務人另行自由處置，原契約即作消滅，且尙可向債權人控追損失。在法理上，兩法相較，孰得孰失，殊有待於研究也。

(註二)關於利息問題，我民法規定不得超過週年百分之二十，除經催告而不償還者外，不得再將利息滾入原本再生利息(二〇五、二〇七條)。

(註三)關於抵充問題，我民法規定應由清償人自行決定，清償人不自指定者，以已屆清償期之債務或擔保最少之債務儘先抵充，以有利於債權人為原則。

(註四)我民法第三一九條規定債權人受領他種給付以代原定之給付者，債之關係消滅，與此相同。

(註五)我民法規定債權除依其性質，或當事人特約或禁止扣押者外，均得移轉，惟債權讓與，必須通知債務人，債務之讓與亦同(二九四、二九七、三〇〇各條)，與本章所述大致相似。

(註六)我民法第三四三條關於債之免除，亦有同樣之規定。

第八章 法律作用與違約責任

第一節 法律的作用 (Operation of Law)

本章所述者，為法律作用與違背契約，對於解除契約的效力問題。上章本書曾述及一造之破產或死亡時，法律之作用，及關於要式契據之解除方法，茲再進而討論消滅時效問題，此亦法律上解除契約辦法之一種也。

(一) 訴權時效之限制 法律者，為清醒之人而設，非為睡眠之人而設者也。故有訴權之人，必須於合理時間之內，提起訴訟，否則縱有合法之權利，若遲延不行使，則其權利亦歸消滅。訴訟時效之期間，須依成文法之規定。嚴格言之，所謂消滅時效者，僅指訂約人不得控訴而言，契約本身，仍然存在，並非因逾時過久而消滅也。依一六二三年之時效限制法，普通契約之債權訴權，自訴訟原因發生之日起，經過六年不行使，即歸消滅，此僅對簡單契約而言。一八三三年之民事訴訟法，對於蓋有印章之契約其時效則延展至二十年，亦自訴訟原因發生之日起算。然此亦非絕對之原則，蓋一八七四年之不動產訴權限制法，凡關於抵押，判決之保證債權或由於土地及租金上之留置權，於訴訟原因發生後十二年內，若不為行使，即歸消滅，此又一原則也。(註一)

(二) 訴權之復活 然吾人必須注意者，上列各原則，雖規定有訴權消滅之時效，而原契約則仍然存在，還債之責任。仍未免除；對方之要求履行權，仍有復活之可能。所謂復活者，關於簡單之契

約。若債務人一度給付本金，或給付利息，或依一八二八年之修正詐欺法規定，經債務人或其代理人簽字於書面，承認有此種債務之存在及允許於將來償還此債時，其債即復活。此種承認行為，無須對方另給付以新原因，蓋以其並非一種新契約也。自此次償還本金或利息，或書面承認以後，債權人之訴權即復活，時效中斷，將來之消滅時效，即由此再行起算。關於要式契約權訴權之復活，任何給付或書面承認，皆可使債務復活十二年或二十年之久，惟有關土地之債務，則不在此限耳。

若訂約之一方，無訂約能力時，則時效自其將來有能力時起算，例如未成年人之訴權時效，應自其成年之日起起算是。有時原告方面，不知其訴訟原因應發生於何日，若係不知事實真相或由於對方詐欺之故，則時效應自其得知其事實或可得而知之日起算。若被告居住在英國本土以外，則非俟其返英時，時效不能起算，但時效一經起算以後，則除非被告一度給付其債務或為書面之承認，不能中斷耳。

上文已一再述及所謂消滅時效者，指訴訟救濟而言，非債務消滅之謂也。故除訴權外，契約之其他權利義務，仍然存在，債權人仍得行使其他之權利，例如債務人有貨物存在債權人手中，即可行使其留置權，以俟契約之履行後返還之是也。又債務人如另有其他給付時，債權人亦得將此項給付移作抵充已失時效之債務之用，惟須法庭判決喪失時效之債務，不在此限耳。

第二節 塗改書面契約之效力

凡屬書面之契約，無論蓋印與否，若一造任意在契約上主要部分添註、塗改、抹擦或插入數字，該契約即歸無效。塗改之一造，不能要求對方之履行。但塗改行為，在原則上，法律多認為係簽訂契

約以前之所爲，故須對方舉證以證明其塗改係在簽訂以後耳。匯票、支票或本票上發現塗改時，習慣法之原則，已經爲一八八一年之匯票法第六十四章所修正，該法令有下列之規定：

任何票據中之主要部分，如有塗改情事，未得各關係方面之承諾者，各人應不負責任。惟仍得以之對抗塗改之人或指使塗改之人或承諾塗改之人及塗改以後移轉之受讓人。但主要部分，雖經塗改，而塗改痕跡並不顯著時，合法之持票人，得認該票爲未經塗改，而依其原來條款，向發票人要求履行。

例如甲發一票據，上書五十鎊，乙爲持票人，若擅將五十鎊三字，改爲一百五十鎊，則乙不能要求甲之兌付。但若乙之塗改痕跡，並不顯著（例如甲書五十鎊，乙自易在五十鎊之前增加一百鎊，而所貼之印花，復恰符此數，則爲非顯著之塗改）而此票發於持票人丙之手時丙可依一百五十鎊之數目，向乙求償，但祇能向甲要求五十鎊耳。

第三節 混合之效力 (Mixture)

關於混合之效力，前文已有討論，茲所研究者，爲基於法律上之作用，混合是否有解除契約之效力耳。若某甲先與某乙訂立一簡單契約，其後復以蓋印之書面，另訂一擔保履行之債券，則原來之簡單契約，即行消滅其效力，而混合於要式契約之中。又無論簡單或要式之契約，若經過訴訟及判決之後，原來之契約亦歸消滅，一切應依判決之內容履行，此亦混合之原則，蓋法院之判決，具有無上之效力也。依一八三八年之判決法規定，判決之債務，其利率概爲百分之四十。故若一債務契約，原訂利率爲百分之五，經訴訟獲勝後，其原契約，已混合於判決之中，則其利率亦應由百分之五，改爲百

之四，依判決而履行，有無損失法律不過問也。一經判決之後，非上級法院撤銷其判決，不能以同一契約，再行控訴，原告不能有否認判決之權利。

第四節 違約之責任

兩造訂約之後，如有一造違約，該契約通常即應解除，違約行爲，雖可免除對方之責任，但亦並非絕對的，受損害之對方，通常可控訴違約者要求損害之賠償，同時並可避免本身之履行責任。若因對方之違約而致契約完全解除，則受害之一方，可就已履行之部分要求返還其價值。

有時兩造訂立買賣契約時，常訂立一附帶條款，即買主應先付定金與賣主，如買主將來有違約情事，此項定金即爲賣主所沒收，此種附約應認爲完全有效的。

例案（五一）Roberts vs. Sal. (1918), S. C. 794

甲乙訂立一買賣輪船之契約，該約附有條款云：「若買主不能如期交付價款，賣主得自由用公開或祕密方式將該船拍賣與他人，賣主所付之定金，應沒收作爲賣主拍賣該船之用度」。法院判此附帶之條款係爲防止對方之違約起見，沒收定金之行爲，應認爲合法。

所謂違約行爲者，可分爲三種，第一爲明白表示對未完成之契約，不再履行，第二爲故意使該契約成爲不能履行之狀態，第三爲未照契約所規定之條款履行。關於第一與第二種之違約行爲，被通知或受損害之一方，有即時提起控訴之權利。例如甲僱乙爲旅行時之僕役，自六月一日起服務，契約已訂立，但於五月十一日忽函乙，謂不需要其服務，乙於接函通知後，即可於當日提起控訴，不必候至六月一日。又例如甲乙訂約，爲乙允與甲結婚，甲當以一屋予乙，乃未幾甲竟將該屋售去，乙即可以

違約控甲。

(一) 條件之性質 上述第三種之違約行為，即不照契約所規定之條件履行，此種違約之效力如何，應視所違背之條件性質而定。換言之，即違約能否解除契約，須視其違約之程度，是否已合解除之要件。於是有一問題，即凡契約所依據而產生之條件，如經違背，該契約是否即為解除乎？於此有一原則，契約中之一條款若經違背，對方即不負履行責任者，此條款即可視為條件，例如契約中所規定之一方許諾行為，或該契約之真實性為一方所完全信賴者是，反之則不能視為條件。

(二) 保證條款 (Warranty) 凡契約中一方所許諾行為，並非契約中之基本條件時，雖屬契約之一部分，但僅與契約主體有附帶之關連者，此即所謂保證之條款，條件與保證二者易於混為一談，蓋在此契約中，所認為保證條款，若移在他契約中，則因有明白訂定之故，或變成為正式條件也。又一種條件，若破裂之後，違約人並無利益可言，則祇能視為保證條款，訂約者只能向對方索取損失賠償，不能以違約論也。例如甲乙訂約，甲允為乙擔任歌唱，其中有一條款，即甲必須六日以前到場試行練習，其後甲遲到四日，乙遂認為契約解除，法院判此條款雖似條件，實則為一保證條款而已。

(三) 條件之種類 (一) 先決條件——條件分為先決條件 (譯者按先決條件一稱停止條件) 及解除條件兩種，若履行之條件，須視某一事實之存在與否而定，此即先決條件，例如訂約購買某物，但該物必須經專家之審定乃允購買，則專家審定一舉，即先決條件也。(二) 解除條件——若兩造約定於某一事件實現時，其契約即行解除，在契約履行期內，該事件實現時，即所謂解除條件也。例如訂立一約，若對方履行一債券之義務，此契約即不再發生效力是。又例如船主運載某貨時，承認非必要時不將該船開往他處，若該船如中途易道，即為解除條件，客貨契約即可解除。

一八九三年之售貨法規定，凡買賣契約中訂有條款者，無論該條款是否條件性質，設有違背，對方得以違約論，如為保證性質，而有違背，對方得控追損失，此類條款應由法官就契約內容，為詳細之研究與解釋。

第五節 救濟之方法

違約之行為發生後，對方例得控追損失，即使僅為名義上的損失，亦可控追之。惟救濟方法，不限於控追損失之一種，尙有其他方法可以請求。綜結以上各章所述，凡因對方違約而致契約完全破裂者、受害一方，除可免除其將來繼續履行之責任外，並可控追損失，或就過去已履行之部分，要求返還或賠償，又或可以控告對方要求強迫履行，此皆救濟之方法也。惟若對方所違背者，僅屬契約中之保證條款，或該契約可以分為若干部分而分別履行時，則情形又當別論。通常對於違約行為，雖只能控追損失，但此外當可依衡平法之規定，請求強迫履行，或禁止違約兩種之救濟。

(一) 損失額之計算 關於損失之賠償問題，此處宜詳加以研究，兩造在訂約之時，可以先行預定，違約時之賠償損失數額，或預定一違約罰金，若無此約定，則為未約定之賠償額，其數目如何，應由陪審員就案情論定之。

(二) 約定之賠償額與違約罰 若契約中約定，於一方違約時，應付對方以一定之賠款，則此款究應作為賠償損失性質，抑或作為違約之罰金性質，為一問題。何以須研究此問題，則以違約金，依法不能控追，祇能以賠償之方式代替之，若當事人訂約意思，係認此為罰金而非賠償，則此款項依法不能控追。惟法庭方面仍得就對方實在損失之數額，責令違約者償付之，反之，若就案情觀察，此項

確爲損失額，則全數均應償付。至當事人在契約中所用之字樣如何，則不關重要，訂約者可認此項爲罰金，但事實則可證明其賠償；訂約者可認此項爲賠償，但法庭亦得就事實而斷定其爲罰金性質。總之，以事實決定之耳。

例案(五二) *Elp. vs. Monk* (1886), 11 App. Case 382

一鐵路公司約定，若不於某日將某一雪山鋤平時，當付對方以一百磅之罰金，法院判契約中雖明定爲罰金，但此數仍應認爲賠償性質。

解決此問題，應依下列原則決定之：

(1) 兩造在契約中所用之字樣，應就事實上予以解釋。

(2) 凡所定違約金，其數額過於契約標的中之價值時，應認爲罰金性質，而非賠償。例如甲允於一九二六年九月一日付五十鎊與乙，訂明若屆時違約，則至一九二七年一月一日，當付乙以一百鎊之數額，原債僅五十鎊而違約金則爲百鎊，自屬罰金性質無嫌，乙不能就此數控追之，故甲雖違約，其責任祇能賠償五十鎊及利息，並負擔訟費而已，不能別有增加也。

(3) 有時契約中所規定之若干條款，各條款內容輕重懸殊而違約金乃作爲一整個之規定者，應視爲罰金性質，例如訂定，如一造違反契約中任何一條款或全部之條款，應支付違約金一千鎊，此即明爲罰金而非賠償金；蓋不能謂一條款值一千鎊，全部條款，亦僅值一千鎊也。又如租屋者訂約，不將屋內之稻草及乾草出售，否則每售出一噸，應罰金三鎊，作爲增加租金，此亦只能以罰金論，蓋稻草與乾草之價值，大不相同也。故此案法院判應重行估定其損失額，原訂之罰金條款無效。

(4) 若契約原因之內容爲未能確定之價值而訂明違約者，應支付若干違約金時，此項應作爲約定之賠償額論。因契約價值既難確定，則損失將無從估計，故應推定此約定之違約金，乃兩造預先約定之合理的賠償額也。例如甲允爲乙擔任某種勞務，於某日完成，約中訂明如屆時不能完成，甲當支付違約金一百鎊，以後每一星期支付五鎊，至工作完成之日止，此即爲約定之損失賠償額，不能以罰金論，蓋將來之損失額兩造難於事先估定，故不得不就可能的損失額，預行約定數字，自非罰金所可比也。

(三) 未約定之損失賠償額 若契約中未定有損失額，則爲未規定之賠償額，自應就法庭判定之。法庭應就金錢之價值估算，使受害一方獲得適當之賠償，一若該契約對方已經履行者然。然須注意者，法庭雖可判定其損失，但除非契約中有明白之規定，對於間接或較疏遠之原因而發生之損失，則不能予以估算，損失之估算，通例只能就因違約而致直接或自然發生之損失估計之。在訂約當時，雙方所未曾考慮之損失，則無控追之可能。例如運輸公司代客運輸貨物，訂於某日送達，若確能於是日送達，該貨必可大獲其利，乃因公司運輸之遲延，以致到達較遲，此時受貨者，欲控告該公司，只能就通常因遲延所可能預測之損失數額，要求賠償，不能因該貨是日之突然漲價，遂引此以要求如數賠償，蓋此爲訂約當時不能考慮者也。又在此種情形之下，有時當事人縱使能預見有此事實，亦不能執而控追，除非此特殊之損失，當時確有以明白的或暗示的約定，使對方負其責任耳。例如訂約運輸某物，而遲延到達，縱使運輸人明知該物之爲麵粉機器，無此則麵粉廠工作立陷停頓，亦不能遂責令運輸人負此損失數額之賠償責任。

例案 (五三) *Horne vs. M. R. Co.* (1873), *L. R. 8 C. P. 131*

某甲與人訂約，由倫敦運送皮鞋一批，必須於某日交付，對方允給極高之價格。某甲將鞋送交一鐵路公司，囑其如期代運，乃該公司竟遲延送達，致買主拒絕接受，甲乃控告該公司，要求賠償損失，其損失額之計算，乃以該鞋在甲手中售出所可能獲得之價格，與該鞋交付買主後所可能獲得之價格兩者之差額。法院判此種計算方法，非該公司訂約代運時，確有負責賠償此種損失之訂定，不能視為合法，該公司既無此表示，應仍依通常遲延所可能發生之損失額計算之。

例案(五四) *Tarpin vs. Vic. Co.* (1919), 1 K. B. 366

某公司聘請某甲，在一音樂堂中表演，訂期四年，每次演若干週，契約訂立之後，公司忽悔其約，但仍任甲繼續演唱，通常表演戲劇，必須刊登廣告，甲乃控告公司，要求賠償損失，包括廣告費及四年之薪俸。法院判甲僅能控追四年之薪俸，不能控追廣告費之損失。

例案(五五) *Eric Co. vs. Car.* (1911), A. C. 105

甲公司經營燒煉石灰業，獲有天然煤氣之供給，以為燒鑿之用。旋甲公司以其氣井出售與乙公司，訂明仍保留若干之煤氣，足敷本身繼續營業之用，約已訂立，乙公司無故拒絕甲公司在其井內抽氣，致甲不得不另鑿他井，所費頗巨；甲乃控乙，要求賠償此項損失，惟甲於訴訟進行之中，又將其全部營業及新鑿之氣井，轉售他人，其新氣井之售價，竟超出於開鑿之費用，法院乃判甲僅能向乙要求賠償名義上之損失。

關於買賣契約，因遲延交付所發生之損失，祇能就如期交付時該貨之市價，與遲延交付時之市價的差額核定之，目的在使受害之一方，得有合理與適當的損失的填補。

例案(五六) *Worth. vs. Chic.* (1911), A. C. 301

甲向乙訂購一貨，訂於某日交貨，乙遲延若干日始交，但甲於乙未交付前，業將該貨轉售他人，較之乙交付時之市價相差無幾。法院判甲所要求之損失賠償只能就乙違約交付時之市價，與甲實得之價格差額計算之。法院續稱，如該貨之市價不明時，遲延交付之損失，祇能就乙所知甲意中欲售之價格，除去運輸費用外，與交付時之市價計算之。

(四) 分期付款之損失計算 有時兩造訂定之服務契約，規定有較長之服務時期，而對方付給酬報，則為分期付款辦法，若付款之一方，拒絕接受該勞務時，則法庭不能僅許受害之一方，索取違約後第一次應付之酬金，而應責令違約者付還所有未付各期酬金之總額。

例案(五七) *Int. vs. Ayres* (1912), 106 L. T. R. 845

甲與某公司訂約，請該公司常川為其電話機之通信顧問，訂明酬金總額為十四磅十先令，訂約時，先付十先令，其餘按月支付，每次付十先令。甲於付出定金十先令後，第一次又付十先令，旋即通知該公司，謂不願再繼續該契約，公司乃控甲，要求賠償五磅。上訴庭判決公司既願服務，甲已訂定契約，忽又無故反悔，應賠償所有欠付各期之酬金總額。

(五) 賠償性質之確定 違約者所付出之損失費，法律上已確認其為賠償性質，而非懲罰性質，故不能以復仇論，受害人所得而要求者，僅為金錢之損失，不能包括私人道德或身體以及因違約而產生之失望不安等精神上之損失。其中惟一之例外，則為婚約之背棄，對此類案件，陪審員得就原先之精神痛苦列為損失數額之內，此外皆不得為之(註二)。

第六節 衡平法之救濟辦法

依習慣法，對於違約者，受害人惟一救濟辦法，即為要求損失之賠償，然有時單純之損失賠償，未必皆能符合被害人之欲望，此時衡平法庭即可判決予以更合理更適當之救濟，其法維何？即契約中規定有作為之義務時，衡平法得強迫違約者以履行，規定有不作為之義務時，衡平法得施以禁止違約之處分是也。

(一) 強迫履行之方法 (specific performance) 有時依習慣法所規定，違約者之賠償，不足以抵償對方之損失時，法庭可採強迫履行之判決。此類判決，多適用於土地買賣之契約，蓋違背土地買賣契約時，易使對方喪失其居住或地點上之便利，不能僅以金錢作為抵償損失也。又如在市價可能買到之貨，自可對違約者，要求其相差之貨價，以為損失賠償，惟若此貨為一種難得之奇貨，不能求之市上者，則不能以賠償損失為已足；必須責令對方依約履行之，所謂強迫履行者，即遵照法庭之指示，勒令違約者，依照契約所列各條款，完全履行，或使未完成之契約，成為已完成的契約之謂也。

(1) 不能強迫履行之契約 有時賠償損失，雖非適當之救濟方法，但法庭於無法強迫之案件亦不能強迫違約者以履行。例如甲乙訂立合夥契約，訂期三年，兩年之後，甲忽違約，雖無法以金錢估計乙之損失準額，亦不能強迫甲之履行是也。又若某種案件，於判決強迫履行以後，法庭對於違約人之履行行為，有繼續性者，必須隨時予以稽察及考慮者，則對法庭方面亦未免過於繁瑣，故此類案件，被害人應以賠償損失為滿足。

例案(五八) Pow. vs. Taff (1874), 9 Ch. A. 331

甲公司(鐵路公司)與乙公司(煤礦公司)訂約，甲許乙在鐵路上運用滾力機，旋又違約，乙控之。法院判此約如欲強迫甲之履行，必須先行確定乙之機器在鐵路上運用之點線與標識等，法院既不能督察此種行爲，自難依其請求強迫甲之履行。

(2) 個人性質之契約 同樣的，對一切以個人行爲爲原因之契約，例如代理人契約，僱用契約，及其他需要技術才幹之勞務契約，皆在無法強迫履行之列，蓋此類契約，縱使判決強迫履行，亦難保被強迫者，情有未甘，故意於服務時，懈怠工作，不行使其才能智巧，則法庭亦無如之何耳。此種之例證頗多，如某案法庭曾拒絕判令某女士履行其歌唱契約是也(註三)。

(二) 禁止違約之處分(Injunction) 與強迫履行具有相似之效力者，爲禁止違約之處分。前者爲命令履行之處分，後者則爲制止違約之處分。故禁止處分，卽爲責令對方不爲違約行爲以完成該契約。例如甲乙訂約，甲允不在一定範圍，對乙爲競爭之營業，衡平法庭卽可依乙之請求，禁止乙之事實的或恐嚇的違約行爲是也。綜言之，法庭所發之禁止違約處分，祇能就反面的契約行之(卽不作爲之契約)。正面之契約(卽作爲之契約)，須其中含有反面之意義者，乃可施以禁止違約之處分；但若此類案件中，如必須禁止違約，其結果等於強迫被告履行一種不能強迫之義務，則不能施以禁止。例如甲乙訂一服務契約，甲允以其全部時間爲乙服務，乙不能控求禁止其兼職他處，蓋此類服務契約，例無法予以強迫也。乙祇能於甲違約時，控求賠償損失而已。但若甲乙訂約，甲允單純爲乙服務，決不爲他人服務，則甲於服務期中，若兼爲某丙服務，乙可請求法庭施行禁止處分。

通常兩造訂立之勞務契約，第三者予以干涉或破壞時，應認爲干涉他人法定權利，被害人得依法

提起訴訟。故有某案，曾判決凡嚇使他人破壞契約者，對方得控訴之，多數之法庭，皆認爲此種原則，可適用於主僕間之契約，亦可適用於舞臺主人與演員間之契約。其後又有某案，法庭判決，凡兩造訂約之後，而第三者誘使一造背約，企圖貽害他一造，或爲自己之圖利者，受害人得控訴之。其後又有數案，對此有同樣之規定，例如 *T. vs. R.* 及 *O. vs. L.* 兩案。

然須注意者，此兩案均爲關於商業糾紛之案件，上述法律上所規定之原則，雖仍屬繼續有效。但一九一〇年之商業糾紛法，則將此原則加以限制，即若第三者干涉兩造之契約，如其干涉行爲，目的在造成商業上之糾紛者，則不得以侵害他人法定權利論。

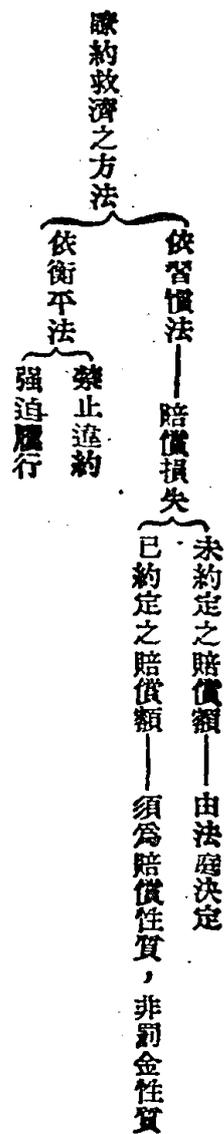
然法律上所定之下列原則，「凡無可恕之充分理由而干涉兩造之契約者，視爲侵害法定權利」。至今仍屬有效，但有時亦稍加限制，下列一案可資說明：

例案(五九) *Long vs. Smith.* (1919), 88 L. J. K. B. 223

若干船員合訂一合夥契約，依該約之條款，各合夥人在合夥期間，除在某一音樂院中表演外，不得在他處表演。某甲爲該契約訂立人之一，控告某乙於得知此合夥契約之後，誘使數合夥人離職另爲代謀位置，並繼續任用之。本案於初審時，法院判在某乙未代各合夥人謀得位置以前，該合夥契約業已終了，故判某乙勝訴。

上訴時，法院又宣稱，凡控告他人干涉契約者，必須原控告人，有繼續履行原契約之意思，若無此意思，則干涉者即不爲違法，法院又續稱，干涉他人契約，若非勞務契約，或其他相似性質之契約，則是否違法，尙屬疑問也。

故兩造訂約後，第三者施以干涉破壞者，固屬違法，然對於未加入訂約之人，加以干涉時，則不為非法，不能禁止其為此也。



(註一)我民法規定消滅時效，通常契約之請求權，十五年消滅，利息紅利租金之類，五年消滅，較瑣屑之債權如旅店飲食店之類，二年消滅(一一五至一二七條)，此外如損害賠償(一九七條)，租賃關係(四五六條)，使用借貸(四七三條)，承攬契約(五一四條)，抵押權(八八〇條)，寄託報酬(五〇六)，均另有消滅時效之期。

(註二)關於違約金問題，我民法有相似之規定，惟仍以當事人之約定者為例外，與此稍有不同。民法第二五〇條規定：當事人得約定債務人不履行債務時，應支付違約金。

違約金除當事人另有訂定外，視為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以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。

又第二一六條規定損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。

依通常情形，或依已定之計畫設備或其他特別情事可得預期之利益，視為所失利益。

按此當為估算損失之最合理的原則也。

(註三)我民法第二二七條規定有強制執行之原則，即債務人不為給付或不為完全之給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。

第九章 外國法之效力

第一節 與外國人訂立契約之效力

近代社會中之契約，恆含有重要之國際性，兩不同國籍之人民常有訂立契約之必要，第六章曾述及外國人在英國之訂約能力與英國人相同；惟正在與英國開戰中之敵國人民，則無訂約能力耳。然當戰爭將發生而未發生之際，兩國人民所訂契約，仍屬有效。例如某甲為某乙之貨物保險，戰爭將次爆發之際，乙之貨物突為其本國政府所徵用，縱使甲乙兩國即日宣戰，乙之貨物被徵用為對甲國作戰之用，甲仍應如約償還乙之保險。然若在戰事已經爆發正在進行之中，乙貨為其本國所徵用，則甲之履行責任，自可解除。此外有一問題，即為英國人與外人所訂之約，究應適用何國之法律是。例如比利時國人民某甲，與英人某乙訂約，在倫敦營業，甲之契約，在倫敦完成，英比兩國，對該約效力問題，法律上所規定，大為遲疑，果應適用何國之法律乎？

(一) 法律之適用須以契約之解釋定之 欲答覆上述之問題，須先研究兩造訂約時之意思如何，故須將契約中之條款，詳細解釋。當事人可以明示的或默認的方式，於條款中表示將適用何國之法律。例如某案中英人某甲在外國欠人之債，以一英國銀行之支票予以債權人，後因此發生訴訟，判決後，摩而敦(Moulton)法律獨持異議，摩氏謂關於此案，應適用何國法律，實無疑義，蓋原告雖屬外國人，既向英國法庭為一英國銀行之支票而控訴，則必須適用英國法律，實屬毫無問題。

在 *British vs. De Beers* (1910), 2 Ch. 502 案中，原告(英公司)欠被告(德公司)巨額之債

務，復向被告訂立再度分期借款之契約，訂定於次年全數清還，以財產作為抵押，被告後果陸續再將巨款貸與原告，原告乃以某種礦業作為抵押，其後原告如期還清債務，而被告堅不肯將抵押交還，於是遂發生法律抵觸的問題，將適用德國法乎？抑英國法乎？若依英國法，則債務終了，抵押自應依回贖原則歸還原主。原告公司，係由英國皇家特准設立，被告公司，則在德國一殖民地註冊，但在倫敦有營業所。契約訂立之地，係在倫敦，初審判決此契約，應認為英國契約，須適用英國之法律，上訴後，法院仍判維持原判決，因該契約完全依英國方式而訂立，於是遂確定一原則焉，即訂約所在地之法律，適用於契約是也。但有一例外，即英國契約有關外國土地之抵押事項者，雖係依該土地所在國之法律訂立，仍應視為英國之抵押契約，關於回贖等等之條件，仍須完全遵照英國法之規定。

(二)應考慮之要素 由於上述，可知若契約無明確之規定時，訂約之地點為適用法律之一重要標準。故此中應注意者，為下列五點：(1)訂約之地點，(2)履行之地，(3)兩造之住所，(4)契約之方式，(5)兩國法律對該契約之合法與否有無意見上之衝突。

關於契約性質之合法與否的問題，前文已述及，除該契約確為英國契約外，若依訂約地之法律，認為合法，而依英國法律認為不合法時，仍得向英國法庭要求履行之。

(三)訂約地法與訴訟地法 (Lex loci and lex fori) 此外應研討者為訴訟法及證據法上之衝突問題。契約之有效與否，應依訂約地之法律決定，雖在英國法庭控訴，亦應適用該地之法律，此即所謂訂約地法主義也。但關於訴訟程序問題，則與契約本身，不生關係，無論何種契約，均屬一例，即關於證據問題，應依訴訟地之法律決定之是也。此之謂訴訟地法主義。例如在法國所訂之契約依法

國法為完全有效，若在英國法庭起訴，則必須遵守英國之證據法，依英國法，契約須以書而為之者，應在法庭中呈出書面契約，以為證據，縱依法國法有相反之規定，亦不能違背英國之法定程序也。同樣的凡契約中之訴權，若依英國時效法之規定，業已喪失時效者，則雖依訂約地之法律，時效尚未喪失，亦不得於英國法庭控訴之，反之，若依訂約地法律，認為喪失時效，而依英國法則否，仍可於英國法庭控訴之。在英國法庭，可引外國法為事實之證明，雖向例有「不知法律者無可恕」之原則，但誤解外國之法律，在英國法庭中，仍得視為誤解事實而非法律。

第二節 外國判決之效力

一 若在法庭控訴私人，獲得勝訴時，如被告在判決國無財產而在英國有財產，得向英國法庭控追被告之財產為賠償；遇有此種案件，祇須該外國法庭，確有管轄權，無舞弊情事，英法庭仍得依據外國之判決，而處分被告之財產。蓋依國際通例，他國法庭之判決，例可向另一國家法庭控訴要求依此判決而履行也（註）。

（註）關於外國法之效力，係屬國際私法之範圍，我國之「法律適用條例中」，對此有詳盡之規定，錄之如次：

第二十三條 法律行為發生債權者，其成立要件及效力，依當事人之意思，定其應適用之法律。

當事人意思不明時，同國籍者依其本國法，國籍不同者，依行為地法。

行為地不同者，以發通知之地為行為地。

契約要約地與承諾地不同者，其契約之成立及效力，以發要約通知地為行為地，若受要約人於承認時，不知其要約地者，以要約人之住所地視為行為地。

第二十六條 法律行為之方式，除有特別規定外，依行為地法。但適用規定行為效力之法律所定之方式，亦為有效。



中國人文科學社叢刊

物價統制論

伍啓元編著

一元一角

中國法律之批判

蔡樞衡編著

八角

日本的歷史

王迅中編著

一元六角

民治獨裁與戰爭

王贛愚編著

六角

從心理觀點談人事問題

陳雪屏編著

七角五分

貨幣新論

滕茂桐編著

一元一角

國民所得概論

巫寶三編著

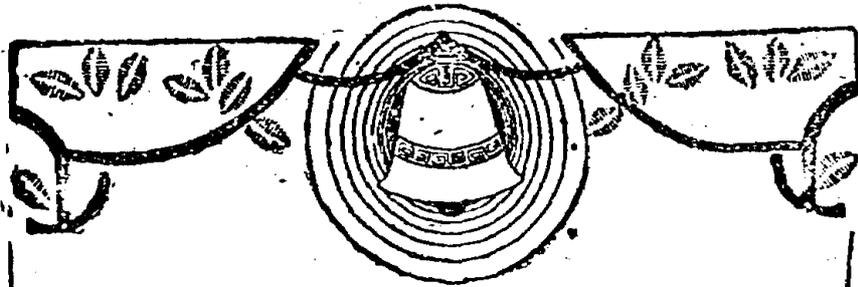
一元五角

◎書用學大科各版出◎

◎張紙具文種各造自◎

正 中 書 局 印 行

總局 重慶中山路二四二號
分局 全國各大都市



版 權 所 有
翻 印 必 究

中華民國三十三年十月初版
中華民國三十五年一月滬一版

英 國 契 約 法

全一册 定價國幣二元二角

(外埠酌加運費匯費)

著 者 R. W. Holland

譯 者 林 振 鏞

發 行 人 吳 秉 常

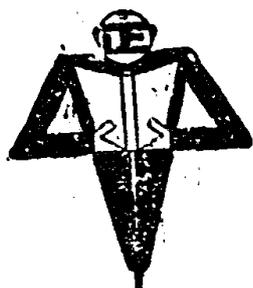
印 刷 所 正 中 書 局

發 行 所 正 中 書 局

(1903)

校 整
： 向 棟

重慶市圖書雜誌審查處忠圖字第五六六號審查證



.31
>
2.20

