

柯凌漢著

中華債法論綱

商務印書館發行

中

華

柯
凌

江苏工业学院图书馆
藏书章

法

論

綱

下

商務印書館發行

中華民國二十三年三月初版

(一九四一)

中華債法論綱二冊

每部定價大洋貳元伍角

外埠酌加運費匯費

著者 柯 凌 漢

發行人 王 雲 五

上海河南路

印刷所 商務印書館

上海河南路

發行所 商務印書館

上海及各埠

版權所有
翻印必究

(本書校對者滕秉全)

第二部 各論

第一章 因契約而生之債

第一節 總說

第一款 契約之意義

契約一語，本有廣狹二義。廣義之契約，泛指發生私法上效果之一切合意；不但發生債權關係之合意，得稱契約，即發生物權關係，親屬關係及其他私法上法律關係之合意，亦莫非契約。反之，狹義之契約，則祇指發生債權關係之合意，即所謂債權契約是也。德國民法上契約之用語，從廣義。法日兩國民法則從狹義。〔一三一〕我民法規定契約于債編，甚似亦從狹義解釋，但同時于第七十九條至第八十二條，第八二〇條，第八二三條，第八六一條，第一〇〇四條，第一一六四條，又廣用契約之名稱。且契約一語，亦無專指債權契約之理由，以從廣義解釋為適當。故我民法上所謂契約者，乃以二個以上，相互的意思表示之合致，為成立要件之法律行為也。（第一五三條一項）析言之：

〔一三一〕德國民法規定契約于總則編；（德民第一四五條以下）法國民法則規定之于財產取得編；（法民第一一〇〇條以下）日本民法，規定之于債權編；（日民第五二一條以下）我舊民律從德制（司律第二〇一條以下）新民法則改從日本立法例。由理論言以德國民法之編

制爲宜。

(一) 契約者法律行爲也。契約爲發生私法上效果之行爲，且以意思表示爲成立要件，故爲法律行爲。惟其所生之私法上效果，不以債權關係爲限，即發生物權法親屬法及繼承法上之效果，亦得謂之契約。

(二) 契約以二個以上相互的意思表示之合致爲成立要件。契約以二個以上意思表示之合致爲要件，故與單獨行爲有別。且其多數意思表示之合致，爲相互的而非平行的，故與合同行爲又不相同。【一三二】合致云者，二個以上之意思表示，其內容相一致，且其各表示人，均有相互訂立契約之意思之謂。其表示方法及外形相同與否，可不問之。故甲以言詞表示其意思，乙以書件爲表示，或甲用明示，乙用默示時，均不失爲意思表示之合致。又甲表示願買之意思，乙表示願賣之意思時，亦不妨爲意思表示之合致。至其二個之意思表示，其內容一致與否，要不外依各場合之事實定之。

【一三二】契約與合同行爲之區別，除其兩者意思表示之方向，彼此不同外，尙有二個之異點：其一，在契約，其二個以上之意思表示，有相異之意義。如在買賣契約，一方表示願買，一方表示願賣是。反之，在合同行爲，則各個意思表示，有相同之意義。如多數人共同訂立法人之章程是。其二，在契約，其各當事人有相異之目的。反之，在合同行爲，則其多數當事人有共同之目的。

契約之意義，應從廣義解釋，固如上述。但民法債編中，關於契約之規定，除關於契約之成立者外，其餘無不以債權契約爲對象。故其規定之得適用於物權契約及其他契約者，僅關於契約成立之規定（即第一五三條至第一六六條）而已。

第二款 契約之成立

契約因二個以上意思表示之合致而成立，其意思表示，通常多異時爲之。其先之意思表示曰要約，後之意思表示曰承諾，茲分述之：

第一項 要約

第一目 要約之意義

要約者，當事人之一方，以得相對人承諾即時完成契約爲目的，請求相對人訂立契約之意思表示也。故要約要具備左之條件：

(一) 爲要約之當事人要有得相對人承諾即時完成契約之意思。易言之，即要約人之意思，在經相對人承諾後，不必再有新意思表示，其契約即可成立。此即要約與要約之誘引相異之處。所謂要約之誘引者，引誘他人，使其對於自己爲要約之行爲也。如火車輪船之廣告，房屋之租標皆是。要約之誘引，於誘引人及相對人合意後，尚須一方要約，一方承諾，其契約方成立，故與要約有別。其爲要約抑爲要約之誘引，應就各場合，細察其意思表示之內容，及表示人之意思定之。但就於此點，民法尙設有特別規定：即貨物標定賣價陳列者，視爲要約。價目表之寄送，則不視爲要約（第一五四條二項）而視爲要約之誘引。

(二) 要約要包含契約主要之內容。要約經相對人承諾時，即成爲契約，故要約之內容，不可不包含契約成立所必要之條件。蓋不如是，即得相對人之承諾，其契約仍不能即時成立也。例如買賣之要約，其要約中，必須指定

標的物及價金；租賃之要約，其要約中，必須指定標的物及租金，不然則不能成爲買賣租賃之要約。但要約中祇以具備契約成立必要之條件爲足；至其附屬之條件（如買賣價金支付之時期）雖讓之當事人將來之協議，亦無不可。因其附屬條件，當事人縱未經表示意思，仍推定其契約業已成立故也。（第一五三條二項）

（三）要約須對於相對人爲之。要約乃當事人之一方，對於相對人，請求其訂約而爲之者，則其意思表示，當然應對相對人爲之；對於第三人爲之者無效。故相對人從第三人探知其要約表示，而爲承諾時，其契約仍不成立。但其相對人不以特定人爲限，固不待言。【一三三】

【一三三】如後述之懸賞廣告（本款第五項參照）在我民法上，應認爲要約之一種。然懸賞廣告，係對於不特定多數人爲之，故爲對於不特定人之要約。

第二目 要約之效力

要約乃一意思表示，故關於一般意思表示效力發生時期之規定，于要約當然有其適用。即對話之要約，于相對人了解其要約時，發生效力；非對話之要約，于其通知達到相對人時，發生效力。（第九四條第九五條參照）至其所生之效力，得由要約人及其相對人兩方面觀察之。

（一）對於要約人之效力。要約人有得相對人承諾，即時完成契約之意思，當然應受其要約之拘束。故要約人不得任意撤回其要約。學者稱之曰要約之拘束力。但在（甲）要約人于要約當時，曾預先聲明不受拘束之場合，（乙）依當時情形，或事件性質，可認當事人無受其拘束之意思之場合，不生拘束力。（第一五四條一項）

【一三四】

【一三四】依當時情形，可認當事人無受其拘束之意思者，如對於不特定人爲要約是。依事件性質，可認爲當事人無受其拘束之意思者，如請求贈與之要約是。

要約之拘束力，僅于一定期限內存續。即（甲）其要約定有承諾期限者，非于其期限內爲承諾，即失其拘束力。（第一五八條）（乙）其要約未有承諾期限者，若爲非對話之要約，非于要約人通常可受承諾之相當期限內爲承諾，亦失其拘束力。（第一五七條）若爲對話之要約，非立時承諾，即失其拘束力。（第一五六條）此種法律所定得爲承諾之期限，可稱法定承諾期限。上述要約人所定之承諾期限，可稱意定承諾期限。

（二）對於相對人之效力 要約之相對人，得對於要約人爲承諾，使其要約成爲契約。學者稱之曰要約之承諾能力，或稱承諾適格。相對人只有承諾之自由。（一三五）無須對於要約人爲承諾與否之確答。若要約人同時將物品送交相對人，得拒受絕領。倘因一定事由不及拒絕而受領之時，亦不負保管之義務。故相對人除因故意過失毀損其物外，不負損害賠償之責任。（一三六）

【一三五】此項自由，學者有稱之爲權利者（戴修瓚氏債總第四七頁）有稱之爲權能者（陳蓮昆氏債總第三四頁）均屬未當。蓋要約在未得承諾前，其契約尙未成立，其權利即無從發生，又權能不外權利之成分，權利既未發生，更無權能之可言。再承諾自由，祇就一般場合而言，在特種情形之下，相對人亦有負承諾之義務者。即（一）要約人與相對人，就其要約之事項，前已訂立預約之場合。（二）依法律特別規定，相對人不得拒絕承諾之場合。（如修正醫師暫行條例第十七條有開業醫不得拒絕診治之規定）是也。

（一三六）然則此際相對人負返還其物之義務否乎？我國學者有積極消極兩說。陳瑾昆氏（債總第三四頁）主積極說，戴修瓚氏（債總第四七頁）主消極說。余謂相對人既受領其物，即係不當得利，自應負返還之義務，且不得拋棄其物之占有。

依上所述，知要約自體可生一定之效力，然不得因此而生『要約爲單獨行爲』之誤解。蓋要約自體所生之效力，非其意思表示內容所欲生之私法上效果，（三七）倘欲發生此效果，不可不待乎契約之成立，而單獨行爲則非否。故要約乃意思表示，示而單獨行爲。

【三七】學者有以要約自體可生拘束力，謂要約乃單獨行爲之一種，如德儒Brockmann，日儒橫田秀雄是。然單獨行爲能獨立發生當事人所欲生之效果，而要約不過契約之成分，非與承諾結合，不能發生當事人所欲生之效果，故非單獨行爲。至要約所生之拘束力，乃法律規定之效果，而非要約人所欲生之效果。蓋未有因欲受拘束而爲要約故也。

第三目 要約之失效

要約之效力，因左列原因而消滅。

（一）要約之撤回 要約之撤回者，要約人以一方的意思表示，收回要約，使失其效力，或使其不生效力之謂也。此種撤回，應于相對人未爲承諾前，向相對人爲之，否則無效。

要約有拘束力時，要約人本不得撤回。又拘束力消滅後，其要約業已失效，（後詳）亦無須再行撤回。故要約之撤回，只於左列二種情形見之。

（甲）其要約本無拘束力者 要約有因要約人之特別聲明，與其他事故，本不生拘束力等，已如前述；此種

要約，尚有承諾能力，其要約人得撤回之，使其全然失效。

(乙) 其要約尚未達到于相對人者，要約之通知，未達到于相對人時，其要約尚未發生效力，要約人自得撤回之，使其永不發生效力。此種撤回，依第九十五條規定，其通知須較要約先時達到或同時達到。否則其要約已生拘束力，自不得再許撤回。但其撤回之通知，其達到雖在要約達到之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時達到者，相對人應向要約人發即遲到之通知。若相對人怠于通知，其撤回要約之通知，視為未遲到，其要約自始不生效力。(第一六二條)

(二) 要約之拒絕 要約之拒絕者，相對人對於要約人，表示不承諾之意思之謂也。要約一經拒絕，則失其要約之效力，故當事人欲再為契約時，非一方從新為要約不可。民法第一百五十五條規定：『要約經拒絕者，失其拘束力。』甚似尚有承諾能力者。然此與當事人之意思相反，應解為全然失效為正當。又將要約擴張、限制、或變更，而為承諾者，視為拒絕原要約，而為新要約。蓋對於要約之承諾，非單純承諾不可，若承諾而附加條件，或變更其內容，是其承諾與要約，已不一致，自無成立契約之理。但此等意思表示，究其真正拒絕要約可比，若直視之為無効，不特于當事人之意思有所不協，事實上亦多不便。故法律于此情形，特認其承諾為拒絕原要約，而為新要約。俾原要約人得對之再為承諾，使其契約即時成立。(第一六〇條二項)

(三) 承諾期限之經過 對於要約之承諾，本有一定之期限，已如前述，倘已逾此期限，不特要約人不受要約之拘束，其相對人亦不得為承諾，即其要約完全失其效力。(一三八) 故承諾期限經過後達到之承諾，不能成立契

約。(第一五六條至第一五八條)

「一三八」承諾期限經過後，依第一五六至第一五八條規定，其要約只失其拘束力，甚似尚有承諾能力，而非全然失效。然理論上應解為全然失效，其理由與（二）所述者同。

（四）相對人之承諾 要約經相對人承諾後，即成立契約，則要約與承諾，同時變為契約之成分，自失其獨立存在。故承諾亦為要約失效之原因。

第二項 承諾

承諾者，要約相對人，以與要約人訂立契約之目的，所為贊成要約之意思表示也。承諾之有效成立，須具備左之要件：

（一）承諾之內容須與要約全然一致 承諾為贊成要約之意思表示，故其內容非與要約全然同一不可。承諾內容與要約內容相異時，則當事人間即失其意思表示之合致，其契約不能成立。故擴張、限制、或變更要約內容之承諾，法律特視其為新要約，而不認其為承諾。（第一六〇條二項）

（二）承諾須于要約有效之時為之 承諾與要約並存，始能成立契約，故承諾發生成立契約之效力，非于要約有效之時為之不可。若其要約業已失效，即不得對之為承諾。是以遲到之承諾，祇可視為新要約，而非承諾。（第一六〇條一項）遲到之承諾者，即其承諾之通知，于承諾期限經過後，方達到于要約人之謂也。遲到之承諾，雖無承諾之效力，但按其傳達方法，依通常情形，其承諾之通知，在相當時期內可達到而遲到者，要約人須向相對

人發遲到之通知。若怠于爲此通知時，即視其承諾通知爲不遲到，其契約仍能成立。（第一五九條）

（三）承諾須由要約相對人爲之。故除要約相對人外，不得以自己名義，對於要約人爲承諾。至于要約相對人死亡後，其繼承人得爲承諾否乎？應于各場合，解釋要約人之意思定之。

（四）承諾須向要約人爲通知。承諾以與要約人訂立契約爲目的，當然應向要約人發承諾之通知。但依習慣或事件之性質，或要約人之預先聲明，其承諾不必通知者，則不必對於要約人爲承諾之通知，祇須有承諾意思之表現足矣。（第一六一條）此際由嚴格言，非有真正承諾之存在，于後當詳言之。（本款第三項之（二）參照）

承諾不外一意思表示，其效力發生之時期，依第九十四條及第九十五條前段之規定。且在其效力未發生以前，亦得依第九十五條但書之規定撤回之。但其撤回承諾之通知，其達到在承諾達到之後，而按其傳達方法，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。若怠于爲此通知，其撤回承諾之通知，視爲未遲到，其承諾仍不生效力。（第一六三條）

第三項 其他之訂約方法

契約通常依要約與承諾之合致而成立。但特殊場合，亦有以其他方法，以訂立契約者。茲舉於左：

（一）要約之交錯。當事人之一方向相對人爲要約，其相對人亦對要約人爲內容一致之要約時，謂之要約之交錯。

要約之交錯，得成立契約否乎？從來學者有積極消極兩說，余從積極說。蓋依我民法第一百五十三條一項之規定，當事人互相表示意思一致者，其契約即時成立，本非必須採用要約與承諾之方法。要約之交錯，其兩個相互的意思表示之內容，客觀的既相一致，而在主觀方面，雙方當事人，復均有互相訂約之意思，理論上其契約自可因之成立。且實際上亦以使其成立契約，較為便宜。消極說謂契約須有要約與承諾，方可成立。在我民法上，毫無根據，殊不足採。

(二) 承諾意思之表現 通常訂立契約，須由要約相對人，向要約人，發承諾之通知，契約即其承諾通知達到而成立。而在依習慣或依其事件之性質，或要約人之預先聲明，其承諾無須通知者，則無須發承諾之通知，其契約于相當期間內，有可認為承諾之事實時成立。(第一六一條) 因有此可認為承諾之事實，雖由外部得以推知要約相對人有承諾之意思，然此非要約相對人所為承諾之意思表示。學者特稱之曰承諾意思之表現。例如受領要約人隨同要約所送之物品並消費之，(買賣契約) 或為要約人所委託之行爲(委任契約是也)。

承諾意思之表現，須要約相對人，確有承諾之意思，且其意思已依一定事實間接表現於外部。此點與默示的承諾相同。以故從來學者，多解為默示之意思表示。然默示承諾，仍須有表示意識，而承諾意思之表現則否，且承諾意思之表現，若與默示承諾無別，則第一百五十三條一項，已有默示承諾之規定，即無再設第一百六十一條之必要。故兩者宜區別之。

第四項 契約成立之時期

契約以相互的意思表示之一致爲成立要件，故其意思表示一致時，契約即可成立，固不俟言。惟契約內所包含之事項，常甚複雜，應就如何之事項，有意思表示之一致，其契約方爲成立乎？此應于各場合解釋當事人之意思表示定之。當事人意思表示不明時，若其契約上必要之點，當事人之意思表示業已一致，縱其非必要之點，尙未經表示意思，仍推定其契約爲成立。此際其非必要之點，當事人應于契約成立後協定之。當事人協議不諧時，法院因當事人之請求應依其事件之性質定之。（第一五三條）所謂必要之點者，即客觀的要素之義。例如買賣契約上之標的物及價金是也。〔二三九〕

〔二三九〕非必要之點，經當事人表示意思時，亦可構成契約之要素，此可稱爲主觀的要素。此際就其主觀的要素，當事人之意思表示不一致時，其契約不成立。又其非必要之點，當事人認爲要素，而未表示意思時，若就必要之點，其意思表示，業已一致，雖推定其契約爲成立，但當事人不妨提出反證，以推翻其推定，使其契約不成立。

契約于其意思表示一致時成立，已如上述。今將此原則適用之：即（一）依契約承諾訂立之契約，于其承諾發生效力之時成立。（二）依契約之交錯成立之契約，于其後之要約發生效力之時成立。（三）依三個以上意思表示之一致成立之契約（如合夥契約）于其最後之意思表示發生效力之時成立。但對此原則，又有例外。

（甲）依承諾意思之表示成立之契約，無所謂意思表示之一致，於有可認爲承諾之事實時成立。（第一六一條）（乙）以交付物體爲成立要件之契約（要物契約）其交付物體于意思表示一致後爲之者，於交付物體時成

立（第五八九條參照）

（丙）契約當事人約定其契約須用一定方式者，除當事人另有訂定外，其契約於其方式完成時成立。（第一六六條）

（丁）契約當事人有交付定金者，其契約于交付定金時成立。（第二四八條）

第五項 懸賞廣告

第一目 懸賞廣告之性質

懸賞廣告者，以廣告聲明，應對完成一定行為之人，給與一定報酬之意思表示也。如懸賞尋人是習慣上稱之曰賞格，亦稱賞榜。

關於懸賞廣告之性質，從來有契約說與單獨行為說之爭。主張契約說者，謂懸賞廣告，乃對於不特定人之要約，須經行為人（即完成行為之人）之承諾，方能成立懸賞契約，而發生債務。主張單獨行為說者，謂懸賞廣告，乃單獨行為，廣告人基於廣告自體，對於行為人，即負給與報酬之義務，毋須再經行為人之承諾。惟初為廣告之時，尚未有行為人，不得謂即發生單純之債務。故主張單獨行為說者，多以指定行為之完成，為廣告人負擔債務之停止條件。即在其所指定之行為未完成以前，廣告人只負附停止條件之債務。日本民法，及瑞士債務法採前說；德國民法採後說。〔二四〇〕由當事人之意思，及實際之適用而言，均以後說為正當。但我民法採契約說，故將懸賞廣告規定於契約通則中，即認懸賞廣告為對於不特定人之要約。

【一四〇】日本民法第五二九條以下，瑞士債務法第八條，德國民法第六五七條以下參照。我國舊民律從德制，規定于第八七九條以下。

第二目 懸賞廣告之要件

懸賞廣告之成立，要件有三，列左：

(一) 須以廣告爲意思表示。廣告者，可使不特定多數人週知之表示方法也。其表示方法，或以言詞，或用文字，均無不可。其所向表示之人，雖須爲不特定多數人，但不必爲一般人，故其範圍不妨加以抽象的制限。如限定本國人之類。

(二) 須表示徵求完成一定行爲之人。此爲懸賞廣告之目的。其所徵求之行爲，即指定行爲，法律不限定其種類，祇須不違公之秩序及善良風俗足矣。但既限於行爲，故聲明對於具有一定狀態之人（如狀貌奇異者），應給付一定報酬者，非茲所謂懸賞廣告。

(三) 須聲明應對行爲人給與一定之報酬。若不爲給與報酬之聲明，即無所謂懸賞。但其報酬，不以有財產的價值者爲限；凡人類生活上需要之事項，而無違法性者，均得以之充報酬。例如給與獎狀是。

廣告之要件，僅如上述。此外學者有以廣告人有負擔債務之意，爲廣告成立之要件者。（戴修瓚氏債總第七八頁周新民氏債總第九五頁）余不贊成其說。蓋廣告人倘無負擔債務之意，而爲懸賞廣告時，其懸賞廣告，仍得成立，惟此際其所表示之意思，與廣告人真意不合，其效力應依第八十六條解決之耳。【二四一】

【二四一】戴周二氏之說，殆從日儒鳩山秀夫之主張。鳩山氏日本債權法各論第九一頁，有「客觀的不可認爲真意表示誇大廣告，非法律上」

所謂之懸賞廣告』云云。然此種非真意之廣告，即我民法第八六條所定之中心保留。其效力雖較遜于真意表示，但其意思表示尙非不成立。故廣告人有負担債務之意思，祇其有效要件，而非其成立要件。

第三目 懸賞契約

第一則 懸賞契約之成立

懸賞廣告，乃一要約，須俟成立懸賞契約後，方能發生債務。既如前述。然則其懸賞廣告，于何時變為懸賞契約乎？即懸賞契約，于何時成立乎？就此問題，學說紛紜。有謂指定行為之完成，應認為承諾，懸賞契約即因之成立者。有謂須于指定行為完成後，行為人再對廣告人，發完成之通知，其契約方成立者。日本學者多採前說。我民法之解釋，應從後說。蓋我民法第一百六十四條一項雖規定：『廣告人對於完成該行為之人，負給付報酬之義務。』甚似其契約已于行為完成之時成立。然其二項又定：『數人各完成指定行為時，廣告人祇應對於最先通知者，給付報酬。』不外認廣告人與先為通知之行為人，先訂立契約，即以通知之時，為契約成立之時。且依同條一項後段之規定，廣告人對於不知其廣告而完成該行為之人，亦負給付報酬之義務。若如前說，以指定行為之完成，即認其為承諾，則行為人尙不知有要約，而已有承諾，未免反於承諾之本質。故應解為於指定行為完成後，有完成之通知時，方有承諾，其契約即於此時成立。〔四二〕

〔四二〕同說載修瓚氏債總第七八頁，周新民氏債總第九六頁參照。陳瑾昆氏債總第五三頁，則從日本學者之通說，以指定行為之完成，認為承諾而以第一六四條一項之規定，作為例外，不免自相矛盾。蓋既有例外情形，足見其說不能適用於一切之懸賞廣告，其不足採也明矣。