

訂單也可以是契約？契約成立的第一堂課



惇安法律事務所李昱霆律師
886-2741-5555 (#3027)
alexli@lexgroup.com.tw

訂單也可以是契約？契約成立的第一堂課

古往今來，人們透過契約，建構交往互動應遵守之規則，小至日常生活之食衣住行，大至不動產買賣或結婚等人生大事，以及政府採購、商業交易及企業併購等，均與契約密不可分，因此，稱契約為人類社會生活之基石，毫不為過。鑒於契約之重要性，本文將簡介契約之要素、要約與承諾如何構成契約以及契約常見之無效事由，至於契約之履行及相關法律責任，則將以另文介紹。

一、 契約要素—當事人與意思表示

民法第 153 條規定：「**當事人互相表示意思**一致，無論其為明示或默示，契約即為成立」，由是可知，契約之構成要素有二，即當事人及意思表示：

(一)、 當事人 - 誰可以成立契約？

契約必須有當事人，其可為自然人或法人，如為自然人者，須注意其應具行為能力或限制行為能力¹，始得與他人訂約。不具行為能力者，雖不得主動與他訂約，但經他人合法代理者，仍得為契約之當事人²。

契約當事人如為法人者，因法人必然透過自然人為其手腳與他人締約，故法人是否成為契約當事人而受契約拘束，端看為其簽署契約之自然人，是否有代表或代理法人之權限。代表權通常由法律予以明定，例如董事長依公司法之規定為公司之代表人。反之，代理權除依法律規定授予外，亦可根據本人之意思授予³。

不具代表或代理法人權限之人所簽署之契約，除嗣後經法人予以承認，原則不拘束法人。少數例外如，法人明知他人冒充為其代理人簽署契約而不為反對

¹ 滿十八歲之成年人，除有受輔助宣告或監護宣告之情事者，具有行為能力，具與他人訂立契約之能力。滿七歲以上之未成年，有限制行為能力，於特定情況下，仍得與他人訂立契約。未滿七歲之未成年人無行為能力，不得與他人訂立契約。

² 民法第 6 條：「人之權利能力，始於出生，終於死亡。」，故現生存之人均有權利能力，縱其因欠缺行為能力而不得與他人締結契約，仍得透過法定代理或其他法律上之原因，成為契約之當事人享有權利。

³ 民法第 167 條：「代理權係以法律行為授與者，其授與應向代理人或向代理人對之為代理行為之第三人，以意思表示為之。」

(例如知悉他人冒充為其代理人後未即時澄清)，則依表見代理之規定⁴，法人仍受契約拘束。

(二)、 意思表示 – 締約需要怎樣表達？

意思表示，指表意人將企圖發生一定民事法律效果之意思，表示於外部之行為⁵，白話而言，將心中想要達成一定法律效果之想法（例如與他人成立契約），對外表達之行為即為意思表示。

意思表示可分為兩部分，表示行為及法效意思。表示行為指將心中所想表示於外之行止，其不限於言詞而亦包含行為，是特定情況下，當事人雖然沉默，但透過其行為可推知其意者，仍構成表示行為，此即為「默示之意思表示」。與此不同者，如當事人並未有一定之行為使他人得推知其意思，則屬「單純沉默」非屬表示行為⁶。舉例而言，A公司向B公司下訂單，B公司雖未簽回訂單，惟仍依訂單內容出貨，此時，因出貨之行為足以推知B公司同意訂單條件之意思，而屬默示同意之意思表示，雙方仍成立契約關係。反之，如B公司收到訂單後未表示拒絕，惟亦無任何表示，則此僅屬單純沉默，雙方不成立契約關係。

法效意思，指希望發生一定法律效果之想法或意欲，如情人間許諾要將天上之星星摘下來給對方，因心中並無受該等承諾拘束之意思，而不具法效意思，故雙方不因此成立有效之契約。

二、 契約之要約與承諾

如前所述，當事人互相表示意思一致者，契約即為成立，又何謂「互相表示一致」？法律上可細分為「要約」與「承諾」。申言之，契約需由一方當事人先向他方發出要約，而他方當事人對要約為承諾者，即屬互相表示一致，而契約成立，惟要約或承諾於發出後是否仍得反悔？如對他方之要約內容予以修改後承諾，其效力為何？均為實務上常見之問題，謹分別說明如下：

(一)、 訂約過程所為的提議是否可反悔？

根據民法之規定，除非發出要約當時，預先表示不受要約拘束⁷（例如在交易備忘錄上載明內容不具拘束力），否則一但要約到達他方，即不得任意反悔，縱使他方尚未對要約為承諾亦同。又何謂「到達」他方？可分為「對話」及「非對話」兩種情形，前者指口頭對話（包含電話或視訊溝通）之情形，後者則指非口頭對話，如簡訊、書信或電子郵件等。

於對話之情形，於他方了解對話內容時，要約即到達而生效⁸，表意人不得任意反悔其已發出之要約，不過，他方亦需立即對要約為承諾，若未立即承諾者，則要約失其拘束力。舉例而言，小明與小王在進行對話時，小明表示欲以10萬元出售二手車，如小王立即承諾願意購買，則買賣契約成立，小明不得任意反悔。

⁴ 民法第169條：「由自己之行為表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」

⁵ 見王澤鑑(2014)，《民法總則》，自刊，頁373-375。

⁶ 最高法院101年度台簡上字第24號民事判決：「沈默與默示意思表示不同，沈默係單純之不作為，並非間接意思表示，除法律或契約另有規定外，原則上不生法律效果，默示意思表示則係以言語文字以外之其他方法，間接使人推知其意思，原則上與明示之意思表示有同一之效力。」

⁷ 民法第154條：「契約之要約人，因要約而受拘束。但要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限。」

⁸ 民法第94條：「對話人為意思表示者，其意思表示，以相對人了解時，發生效力。」

於非對話之情形，要約於進入他人之支配範圍，置於隨時可以了解其內容之客觀狀態時生效⁹。將信件投入收件人信箱，或送達收發室時即為顯例。實務上曾就郵務機關因無法會晤收件人，而製作招領通知單通知收件人領取，是否已屬「到達」有爭議。根據最高法院大法庭之見解，除非收件人能舉證其有客觀上有不能領取之正當事由外，收件人於收到招領通知單時，意思表示（包含要約）即到達收件人而生效¹⁰。

舉例而言，A 公司將訂單寄給 B 公司後反悔，希望修改訂單內容，如訂單係以書信之方式寄送，則於訂單送達 B 公司信箱或收發室以前，A 公司仍得撤回其訂單，反之，則應受訂單拘束，不得反悔，如 B 公司對訂單為承諾者，雙方即應按訂單之內容履行。

(二)、可否修改對方的提議？

收到要約後，如對要約進行修改後始為承諾，例如變更訂單購買之數量、金額或付款期限後表示願意接受訂單內容，應視為拒絕原先之要約，而係以修改後之條件，對他方發出新要約¹¹。如他方對新要約承諾者，雙方契約始為成立。

舉例而言，A 公司下訂 100 件商品，B 公司僅能出貨 50 件，故將訂單上所載 100 件商品塗改為 50 件後回傳 A 公司，則應視為 B 公司拒絕 A 公司原先 100 件商品之訂單，而就 50 件商品對 A 公司重新發出新要約，如 A 公司表示同意將商品件數減為 50 件，雙方始成立契約。

三、契約常見之無效事由

契約之無效，係指自始、當然、確定的不生效力，縱經當事人承認，亦不能使其發生效力¹²。簡言之，契約無效如同死亡，縱使加以治療（當事人承認），亦不得起死回生發生效力。

契約無效之事由諸如定型化契約顯失公平、欠缺形式要件、違反強制禁止規定或公序良俗等，原因眾多爰不逐一列舉。以下謹就違反強制禁止規定或公序良俗此二常見之無效是由為介紹：

(一)、違反強制禁止規定

按民法第 71 條：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」其中，強制規定指法律規定應為一定行為之規定，而禁止規定則指法律規定不得為一定行為之規定¹³，惟契約違反強制禁止規定者，如該強制禁止規定並不以之為無效者，則法律行為（如契約）並不因違反強制禁止規定而無效。

⁹ 最高法院民事大法庭裁定 109 年度台上大字第 908 號：「所謂達到，係指意思表示已進入相對人之支配範圍，置於相對人隨時可以了解其內容之客觀狀態。…表意人將其意思表示以書面郵寄掛號寄送至相對人之住所地，郵務機關因不獲會晤相對人，而製作招領通知單通知相對人領取者，除相對人能證明其客觀上有不能領取之正當事由外，應認相對人受招領通知時，表意人之意思表示已到達相對人而發生效力，不以相對人實際領取為必要。」

¹⁰ 見前揭註後段。

¹¹ 民法第 154 條第 2 項：「將要約擴張、限制或為其他變更而承諾者，視為拒絕原要約而為新要約。」

¹² 臺灣高等法院 103 年度上字第 1297 號判決：「再所謂無效，係指自始、當然、確定的不生效力，縱經當事人承認，亦不能使其發生效力（最高法院 73 年度台上字第 1633 號裁判要旨參照）」。

¹³ 例如公司法第 24 條：「解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算。」屬強制規定，而公司法第 16 條：「公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人。」為禁止規定。

故須予究明者，實為「效力規定」與「取締規定」之分，違反前者，則法律行為為無效，違反後者，雖會遭致行政或刑事處罰，惟不影響法律行為本身之效力，惟兩者究竟如何區分，法律並未有一定之標準，司法實務¹⁴認為須權衡立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平等諸多因素，判斷法律行為違反之法律究為效力規定抑或取締規定，進而定其效力。

例如最高法院曾指出，政府採購法所定之採購制度，乃為公平、公開之採購程序，以提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，權衡該法之立法目的，以及私法行為本身涉及交易安全、信賴保護之法益（採購機關與投標廠商間對於政府採購契約之信賴），應認政府採購法為行政機關辦理採購時之取締規定，而非效力規定，縱採購機關未依該法規定辦理採購，僅生該機關首長或採購人員之行政責任，不影響政府機關依民事法規締結採購契約之效力¹⁵。

（二）、違反公序良俗

公序良俗即公共秩序與善良風俗，其中公共秩序指法律本身之價值體系（例如人民基本權，如生命、財產、自由及訴訟權應受保護之價值體系），善良風俗則指法律外之倫理秩序¹⁶。

舉例而言，就公共秩序部分，司法實務認為刑事訴訟上之告訴權屬公法上之權利，不得以契約捨棄，縱被害人與加害人達成和解，其中如約定被害人應捨棄刑事告訴權者，該捨棄告訴權之約定將因違反公共秩序而無效，故被害人仍得於和解後提出刑事告訴¹⁷。就善良風俗部分，司法實務上有認為以發生性行為做為條件之契約，及為履行該契約所簽發之本票，均違反善良風俗而屬無效¹⁸。

¹⁴最高法院 103 年度台上字第 1620 號民事判決：「...經權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力時，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護」。

¹⁵最高法院 100 年台上 481 號民事判決：「按國家為維持社會秩序、增進公共利益、確保人民福祉及貫徹政府政策，在不違反憲法第二十三條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容倘在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第七十一條前段所稱之「禁止規定」者，經權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力時，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。」

¹⁶見王澤鑑，前揭註 5，頁 326-328。另可參臺灣士林地方法院 108 年度海商字第 1 號民事判決：「而所謂違背善良風俗乃係指廣泛悖反規律之社會生活根本原理公序良俗者，屬於一般保護規範，亦即，由社會生活上之一般人觀之，群我之間本即具備之生活規範。」

¹⁷最高法院 90 年台非字第 16 號刑事判決：「又刑事訴訟上之告訴權，性質上屬於人民在公法上之權利，刑事訴訟法既未規定得予捨棄，告訴權人自不得予以捨棄，其縱有捨棄之意思表示，亦屬無效。」；臺灣宜蘭地方法院 100 年度訴字第 238 號民事判決：「惟刑事訴訟係以確定國家刑罰權為目的，犯罪嫌疑人如確有刑事責任，即應受法律制裁，不能因當事人雙方約定不得提起刑事告訴，以免除刑責，否則公共秩序即無從維持。兩造於簽立系爭協議書之同時，約定被告應放棄刑事告訴權，否則應賠償鉅額違約金，自難謂係純屬個人財產權之約定而未違背公共秩序，依民法第 72 條規定，...，應認屬違反公共秩序而無效，被告自仍得行使刑事告訴權或自訴權，而不受該約定之拘束。」

¹⁸臺灣新北地方法院 111 年度重簡字第 409 號民事判決：「顯見被告係基於與原告間之性愛契約而取得系爭本票，而因性愛契約依一般道德觀念而言，有背於善良風俗者，應屬無效之法律

四、 小結

當事人以要約及承諾之方式相互表達意思一致時，契約即為成立，又契約既然是當事人相互表達一致之意思，則基於誠信，當事人自應受契約內容所拘束，此即為契約之基本精神。日常用品之採買、政府採購乃至於企業併購，均需要透過契約規範當事人間之權利義務關係，而本文所介紹者，為民法對於契約成立之基本規定，於各種類型之契約均有適用，惟契約根據內容之不同，就契約成立後之履行，將依具體個案適用不同之法律規定，此部分將以另文說明之。