



修訂六版

*General Provisions of Obligations*

# 判解民法 債編通則

劉春堂 著

 三民書局



修訂六版

*General Provisions of Obligations*

# 判解民法 債編通則

劉春堂 著



三民書局

國家圖書館出版品預行編目資料

判解民法債編通則 / 劉春堂著. -- 修訂六版一刷. --

— 臺北市: 三民, 2010

面; 公分

參考書目: 面

ISBN 978-957-14-5365-1 (平裝)

1. 債法 2. 判解

584.3

99015507

◎ 判解民法債編通則

著 作 人 劉春堂

責任編輯 陳亞旋

美術設計 陳宛琳

發 行 人 劉振強

著作財產權人 三民書局股份有限公司

發 行 所 三民書局股份有限公司

地址 臺北市復興北路386號

電話 (02)25006600

郵撥帳號 0009998-5

門 市 部 (復北店) 臺北市復興北路386號

(重南店) 臺北市重慶南路一段61號

出版日期 初版一刷 1978年10月

修訂五版一刷 2000年1月

修訂六版一刷 2010年9月

編 號 S 581360

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二〇〇號

有著作權·不准侵害

ISBN 978-957-14-5365-1 (平裝)

<http://www.sanmin.com.tw> 三民網路書店

※本書如有缺頁、破損或裝訂錯誤，請寄回本公司更換。



## 增修新版序言

本書自民國六十七年十月初版發行，迄今已逾三十寒暑。前曾於民國八十八年間，為因應民法債編修正條文之公布施行，並配合新判例之釐定，而進行全面的修訂，藉資刷新內容，於民國八十九年一月發行。此次增修之主要目的有二：其一為配合隨時代演變而推陳出新之新解釋、判例或決議，修訂相關部分。其二為期本書在體系上更為井然，在結構上更為完整，在內容上更能溝通理論與實務，因此就重要基本問題增加必要之說明及理論之敘述，尤其是就「不當得利」及「侵權行為」兩部分為大幅度的增修。期望本書經過此次之增修，更具有參考價值，對我國債法之發展及進步，能留下一些可供比較、批評與討論的痕跡。惟筆者才疏學淺，雖數次易稿，修訂之後，疏漏仍所難免，尚祈宏達不吝教正為幸。

關於本書，以及《判解民法總則》、《判解民法物權》之撰寫暨出版，我要特別衷心的感謝我的長官張教授則堯先生、我的老師鄭教授玉波先生，沒有他們兩位不斷的鼓勵、督促、教導及推薦，我不可能撰寫並由三民書局出版上開書籍。雖然上開書籍不是什麼名著，內容上更無高明卓見，惟這是引導我努力向學的原動力，開啟我鑽研學術及撰寫論文書籍之志趣，讓我有信心在為學的道路上繼續努力前進。張教授則堯先生及鄭教授玉波先生雖均已作古多年，惟三十多年前對我的鼓勵、督促、教導、期盼及提攜，其情景至今仍歷歷在目，長官之情及老師之恩，永難忘懷。我有幸受教於王教授澤鑑先生，因為他與鄭教授玉波先生共同悉心指導，讓我得以完成〈締約上過失之研究〉一文，而獲得臺灣大學法學博士學位。又因長期受教於王教授澤鑑先生，讓我學習到法學思考及問題分析的方法，尤其是有關判決（例）的比較及評析，引領我走入學術的殿堂，得以成為法學研究之園丁。凡此均銘感肺腑內，謹藉本書修訂之完成，併誌感恩之忱。

劉春堂 謹誌

九十九年八月十六日（七夕）

於輔仁大學法律學院研究室

## 修訂新版序

民法債編修正條文，已經總統於八十八年四月二十一日明令公布，並將於民國八十九年五月五日施行，修正幅度甚大，就民法債編通則章（民法第一五三條至第三四四條）而言，全部一百九十二條中，計增訂十五條、修正三十五條及刪除二條，超過原條文四分之一。其次，最高法院至八十三年止之新判例，亦經釐定刊行。法律及判例既已隨時代之演變而推陳出新，本書自當配合修訂，藉資刷新內容。此外，書中所引其他相關法令如有修正者，自亦應參照修訂，以求本書之完整、正確及實用。

本書出版迄今已逾二十寒暑，在這段期間內，新的學說及判例大量不斷推陳出新，對民法之發展及進步極有貢獻，令人感佩。為期本書在體系上更為完整，在內容上更能溝通理論與實務，因此本次修訂，除循原來之撰寫方式外，就較有疑義或新興尚在發展中之問題，乃增加必要之說明及理論之敘述，尤其是針對諸如定型化契約、商品製造人責任、締約上過失責任等問題。惟筆者才疏學淺，雖數次易稿，修訂之後，疏漏仍所難免，尚祈宏達不吝教正為幸。

最後我要衷心的感謝多年來提攜我、教導我、鼓勵我的師長及親友，而促使我持續不斷從事民法的學習及研究者，除了興趣及使命感外，則為課堂上認真上課的同學，因此我也要感謝他們。內子陳民治女士多年來承擔全部家務，讓我於公餘有充分的時間，得以從事研究及撰寫工作，行政院消費者保護委員會專員林亞齡小姐協助整理並擔任本書之校讎工作，均備極辛勞，心感之餘，併此誌謝。

劉春堂 謹誌  
八十八年八月十七日（七夕）  
於行政院消費者保護委員會

## 自序

法律這門學問，原以實用為主，從而研習法律，除閱讀教科書以了解法學理論外，更須研讀判解以明個案，並從個案中去發掘問題、處理問題、解決問題，且亦如此才更能發揮法學的功能。我國坊間有甚多判解彙編之類書籍，此固為習法者所不可不備，惟是類書籍，大都篇幅較多、內容浩繁，且均係依法條之次序及判解公布時序之先後編排，閱讀之後不易整體的、系統的加以把握及了解；而一般教科書則著重於法學理論與體系之敘述及闡明，以致理論與實務未能兼顧。本書撰寫之目的，乃在以教科書之體裁，納入司法實務之見解，期能兼顧理論與實務，使讀者對判解能有系統的予以把握並了解，也因此雖然有些判解之見解未必就是我所贊同的，亦仍盡可能的一一編入本書。此外，對於較為具體或特殊之問題，則以問答題的方式予以編寫，附於每章（節）後面。至於引用先進學者見解之處，則一一註明，俾便讀者查閱原始文獻，為更進一步之研究。

由於本書之編寫，係以經公布之判解為主要材料，理論之敘述則僅止於必要的範圍，從而如能以之與一本有系統的民法債編通則教科書比較參閱，也許更有助於問題的發掘與研究。又本書之撰寫是一種嘗試，書中之一字一句，雖曾經相當的斟酌，但為學力及時間所限，疏誤之處，在所難免，尚祈宏達不吝教正是幸。

最後我要衷心的感謝多年來提攜我、教導我、鼓勵我的師長及親友們，尤其是財政部財稅人員訓練所張所長則堯先生、大法官鄭師玉波先生、臺大教授王師澤鑑先生，因為他們的教導及鼓勵，我才能於「判解民法物權」一書付梓後，繼續完成本書。又本書前後易稿三次，均由內子陳民治代為抄謄，心感之餘，併此誌謝。

劉春堂謹誌  
六十七年八月



# 判解民法債編通則

## 目次

增修新版序言

修訂新版序

自序

前言

### 第一章 債之發生

第一節 契約..... 5

第一項 概說..... 5

壹、契約之意義..... 5

貳、契約之種類..... 6

參、契約之成立..... 9

第二項 要約與承諾..... 10

第一目 要約..... 10

壹、要約之意義..... 10

貳、要約之成立要件..... 10

參、要約之效力..... 11

肆、要約拘束力之存續期限..... 12

伍、要約之消滅..... 13

第二目 承諾..... 14

壹、承諾之意義..... 14

貳、承諾之成立要件..... 14

參、承諾之方法..... 15

肆、承諾之效力	15
伍、承諾之撤回	15
第三項 要約交錯	16
第四項 意思實現	16
第五項 懸賞廣告	17
壹、懸賞廣告之意義	17
貳、懸賞契約之成立	18
參、懸賞契約之效力	18
肆、懸賞廣告之撤回	19
第六項 優等懸賞廣告	20
壹、優等懸賞廣告之意義	20
貳、優等懸賞廣告之效力	20
第七項 契約之方式	21
第八項 定型化契約	22
壹、概    說	22
貳、一般契約條款或定型化契約之 規制	24
參、一般契約條款之意義	26
肆、一般契約條款之拘束力	28
伍、一般契約條款之解釋	30
陸、一般契約條款效力之審查	33
柒、一般契約條款未納入契約或無 效時之法律效果	39
第九項 問題與解說	40
第二節 代理權之授與	50
第一項 代理權之發生	50
第二項 共同代理	51
第三項 無權代理	52



第一目 表見代理	52
壹、表見代理之意義	52
貳、表見代理之成立	52
參、表見代理之效力	54
第二目 狹義的無權代理	55
壹、狹義的無權代理之意義	55
貳、狹義的無權代理之效力	55
參、無權代理人與本人地位之混同	57
第四項 問題與解說	58
第三節 無因管理	60
第一項 無因管理之意義、性質及成立	60
壹、無因管理之意義	60
貳、無因管理之性質	60
參、無因管理之成立要件	61
第二項 無因管理之效力	62
壹、管理人之義務	62
貳、本人之義務	64
第三項 無因管理之消滅	65
壹、管理人中止管理	65
貳、本人承認管理	65
第四項 問題與解說	65
第四節 不當得利	67
第一項 不當得利之意義及成立	67
壹、不當得利之意義	67
貳、不當得利之成立要件	67
第二項 不當得利之類型化	75
壹、因給付而受利益（給付不當得利）	75

貳、	因給付以外事由而受利益(非給付不當得利) .....	76
<b>第三項</b>	<b>三人關係之給付不當得利</b> .....	84
壹、	給付串聯 .....	84
貳、	指示給付 .....	85
<b>第四項</b>	<b>給付不當得利之例外</b> .....	87
壹、	給付係履行道德上之義務者 .....	88
貳、	清償期前之清償 .....	88
參、	明知無債務之清償 .....	88
肆、	因不法原因而為之給付 .....	89
<b>第五項</b>	<b>不當得利之效力</b> .....	91
壹、	受領人之返還義務 .....	91
貳、	第三人之返還義務 .....	99
參、	不當得利返還請求權與其他請求權之競合 .....	99
肆、	不當得利請求權之消滅時效 .....	102
<b>第六項</b>	<b>問題與解說</b> .....	104
<b>第五節</b>	<b>侵權行為</b> .....	108
<b>第一項</b>	<b>概    說</b> .....	108
壹、	侵權行為之概念 .....	108
貳、	民事責任與刑事責任 .....	109
參、	過失責任與無過失責任 .....	109
肆、	一般侵權行為與特殊侵權行為 .....	109
<b>第二項</b>	<b>一般侵權行為之成立要件</b> .....	110
壹、	須為自己之行為 .....	110
貳、	行為須不法 .....	110
參、	侵害權利或利益 .....	112
肆、	須致損害 .....	122

伍、行為與損害間須有因果關係	125
陸、須有故意或過失	126
柒、須有責任能力	127
<b>第三項 特殊侵權行為</b>	128
<b>第一目 共同侵權行為</b>	128
壹、共同加害行為	128
貳、共同危險行為	129
參、造意及幫助	130
肆、法律效果	130
<b>第二目 公務員之侵權行為</b>	130
壹、公務員之意義	130
貳、公務員侵權責任之成立	130
參、公務員責任之免除	131
<b>第三目 法定代理人之責任</b>	132
壹、法定代理人責任之依據	132
貳、法定代理人責任之成立	133
參、法定代理人之免責	134
肆、無責任能力人或法定代理人之 衡平責任	134
<b>第四目 僱用人之責任</b>	135
壹、僱用人責任之依據	135
貳、僱用人責任之成立	135
參、僱用人之免責	138
肆、僱用人之衡平責任	139
伍、僱用人之求償權	139
<b>第五目 定作人之責任</b>	140
<b>第六目 動物占有人之責任</b>	141
壹、動物占有人之意義	141

貳、動物占有人責任之依據	141
參、動物占有人責任之成立	142
肆、動物占有人之免責	142
伍、動物占有人之求償權	142
<b>第七目 工作物所有人之責任</b>	143
壹、工作物所有人責任之依據	143
貳、工作物所有人責任之成立	143
參、工作物所有人之免責	144
肆、工作物所有人之求償權	145
<b>第八目 商品製造人之責任</b>	145
壹、商品製造人責任之依據	145
貳、責任主體	146
參、商品製造人責任之成立	147
肆、商品製造人之免責	153
<b>第九目 機動車輛駕駛人之責任</b>	154
壹、機動車輛駕駛人責任之依據	154
貳、責任主體	155
參、機動車輛駕駛人責任之成立	156
肆、機動車輛駕駛人之免責	156
<b>第十目 事業經營人之責任</b>	157
壹、事業經營人責任之依據	157
貳、事業經營人責任之成立	157
參、事業經營人之免責	158
<b>第四項 侵權行為之效力</b>	158
壹、損害賠償之當事人	159
貳、損害賠償之範圍及方法	163
參、損害賠償請求權之特別消滅時效	170
<b>第五項 問題與解說</b>	173

**第二章 債之標的**

<b>第一節 概 說</b> .....	183
壹、債之標的之意義 .....	183
貳、債之標的之種類 .....	183
<b>第二節 種類之債</b> .....	184
壹、種類之債之意義 .....	184
貳、種類之債數量品質之確定 .....	185
參、種類之債之特定 .....	186
<b>第三節 貨幣之債</b> .....	187
壹、貨幣之債之意義 .....	187
貳、國內貨幣之債 .....	188
參、外國貨幣之債 .....	189
<b>第四節 利息之債</b> .....	190
<b>第一項 利息之債之意義及性質</b> .....	190
壹、利息之債之意義 .....	190
貳、利息之債之性質 .....	190
<b>第二項 約定利息、法定利息及複利息</b> .....	191
壹、約定利息 .....	191
貳、法定利息 .....	195
參、複利息 .....	196
<b>第三項 問題與解說</b> .....	197
<b>第五節 選擇之債</b> .....	198
<b>第一項 選擇之債之意義及特定</b> .....	198
壹、選擇之債之意義 .....	198
貳、選擇之債之特定 .....	198
參、選擇之債特定之效力 .....	200
<b>第二項 問題與解說</b> .....	200
<b>第六節 損害賠償之債</b> .....	202



<b>第一項 概    說</b> .....	202
壹、損害賠償之債之意義及種類.....	202
貳、損害賠償之債之發生原因及要件.....	203
<b>第二項 損害賠償之方法</b> .....	203
壹、回復原狀.....	204
貳、金錢賠償.....	205
<b>第三項 損害賠償之範圍</b> .....	207
<b>第一目 約定賠償範圍</b> .....	207
<b>第二目 法定賠償範圍</b> .....	207
壹、一般範圍.....	207
貳、特殊範圍.....	208
<b>第四項 損害賠償之效力</b> .....	213
壹、一般效力.....	213
貳、特別效力.....	214
<b>第五項 問題與解說</b> .....	215
<b>第三章 債之效力</b>	
<b>第一節 總    說</b> .....	221
<b>第一項 債務人之給付及誠信原則</b> .....	221
壹、給付之意義.....	221
貳、誠實信用原則.....	221
參、情事變更原則.....	221
<b>第二項 債務人之責任</b> .....	223
壹、債務人之故意過失責任.....	223
貳、債務人之責任能力.....	224
參、債務人對於履行輔助人之故意 過失的責任.....	225
<b>第三項 問題與解說</b> .....	226
<b>第二節 債務不履行</b> .....	230

第一項 給付不能	230
壹、給付不能之意義	230
貳、給付不能之效力	231
第二項 不完全給付	235
壹、不完全給付之意義	235
貳、不完全給付之成立要件	235
參、不完全給付之效力	237
肆、不完全給付與物的瑕疵擔保責任	238
第三項 遲延	240
第一目 給付遲延	240
壹、給付遲延之意義	240
貳、給付遲延之成立要件	240
參、給付遲延之效力	242
肆、給付遲延之終了	247
第二目 受領遲延	247
壹、受領遲延之意義	247
貳、受領遲延之成立要件	248
參、受領遲延之效力	249
肆、受領遲延之終了	251
第四項 給付拒絕	251
壹、給付拒絕之意義	251
貳、給付拒絕之成立要件	252
參、給付拒絕之效力	252
第五項 問題與解說	253
第三節 保全	258
第一項 代位權	259
壹、代位權之意義	259
貳、行使代位權之要件	259

參、代位權之客體	260
肆、代位權之行使	262
伍、行使代位權之效力	263
<b>第二項 撤銷權</b>	265
壹、撤銷權之意義	265
貳、行使撤銷權之要件	265
參、撤銷權之主體	269
肆、撤銷權之客體	270
伍、撤銷權之行使	271
陸、撤銷權之效力	272
柒、撤銷權之消滅	273
<b>第三項 問題與解說</b>	273
<b>第四節 契約</b>	277
<b>第一項 締約上過失責任</b>	277
<b>第一目 總說</b>	277
壹、締約上過失責任制度之建立	277
貳、締約上過失責任之理論基礎	278
參、附隨義務之發生及內容	279
肆、締約上過失責任之類型	280
伍、締約上過失責任之成立要件	283
陸、締約上過失責任之法律效果	284
<b>第二目 契約不成立</b>	286
壹、民法第二四五條之一之規範功能	286
貳、責任成立要件	287
參、法律效果	289
<b>第三目 契約標的不能</b>	289
壹、契約標的不能之意義	289
貳、契約標的不能之效力	290



第二項 契約之確保	292
第一目 定    金	292
壹、定金之意義	292
貳、定金之效力	293
第二目 違約金	296
壹、違約金之意義	296
貳、違約金之效力	296
參、違約金之酌減	298
肆、準違約金	300
第三項 契約之解除	301
壹、契約解除之意義	301
貳、解除權之發生	301
參、解除權之行使	306
肆、契約解除之效力	307
伍、解除權之消滅	311
第四項 契約之終止	312
壹、契約終止之意義	312
貳、終止權之發生	312
參、終止權之行使	312
肆、契約終止之效力	313
伍、終止權之消滅	314
第五項 雙務契約之效力	314
第一目 同時履行抗辯權	314
壹、同時履行抗辯權之意義	314
貳、同時履行抗辯權之成立要件	314
參、同時履行抗辯權之效力	317
第二目 危險負擔	318
壹、危險負擔之意義	318

貳、給付不能之效力	318
<b>第六項 涉他契約</b>	320
<b>第一目 第三人負擔契約</b>	320
壹、第三人負擔契約之意義	320
貳、第三人負擔契約之效力	320
<b>第二目 第三人利益契約</b>	320
壹、第三人利益契約之意義	320
貳、第三人利益契約之效力	320
參、第三人利益契約之原因關係	322
<b>第七項 問題與解說</b>	323
<b>第四章 多數債務人及債權人</b>	
<b>第一節 可分之債</b>	331
<b>第一項 可分之債之意義及成立</b>	331
壹、可分之債之意義	331
貳、可分之債之成立	331
<b>第二項 可分之債之效力</b>	331
壹、債權人為多數時	331
貳、債務人為多數時	332
參、債權人及債務人均為多數時	332
<b>第三項 問題與解說</b>	332
<b>第二節 連帶之債</b>	333
<b>第一項 連帶債務</b>	334
<b>第一目 連帶債務之意義及成立</b>	334
壹、連帶債務之意義	334
貳、連帶債務之成立	334
<b>第二目 連帶債務之效力</b>	335
壹、債權人之權利	335
貳、就債務人中一人所生事項之效力	335

參、債務人相互間之效力	339
<b>第二項 連帶債權</b>	342
<b>第一目 連帶債權之意義及成立</b>	342
壹、連帶債權之意義	342
貳、連帶債權之成立	342
<b>第二目 連帶債權之效力</b>	343
壹、債權人之權利	343
貳、就債權人中一人所生事項之效力	343
參、債務人相互間之效力	344
<b>第三項 問題與解說</b>	344
<b>第三節 不可分之債</b>	347
<b>第一項 不可分債權</b>	347
壹、不可分債權之意義	347
貳、不可分債權之效力	347
<b>第二項 不可分債務</b>	348
壹、不可分債務之意義	348
貳、不可分債務之效力	348
<b>第三項 問題與解說</b>	349
<b>第五章 債之移轉</b>	
<b>第一節 債權讓與</b>	353
<b>第一項 債權讓與之意義及債權             之讓與性</b>	353
壹、債權讓與之意義	353
貳、債權之讓與性	353
<b>第二項 債權讓與之效力</b>	354
壹、讓與人與受讓人間之效力	354
貳、債務人與受讓人間之效力	356
<b>第三項 問題與解說</b>	360

第二節 債務承擔	362
第一項 概    說	362
壹、債務承擔之意義	362
貳、債務之承擔性	362
第二項 免責的債務承擔	363
壹、免責的債務承擔之意義	363
貳、免責的債務承擔契約之成立	363
參、免責的債務承擔契約之效力	365
第三項 併存的債務承擔	367
壹、併存的債務承擔之意義	367
貳、法定之併存的債務承擔	367
第四項 問題與解說	368
第六章 債之消滅	
第一節 總    說	373
壹、債之消滅之意義	373
貳、債之消滅之原因	373
參、債之消滅之共通效力	373
第二節 清    償	374
第一項 清償之意義及性質	374
壹、清償之意義	374
貳、清償之性質	374
第二項 清償之主體及客體	375
壹、清償之主體	375
貳、清償之客體	379
第三項 清償之相關事項	382
壹、清償地	382
貳、清償期	383
參、清償費用	384

肆、清償之抵充	384
伍、清償之證明	385
陸、清償之效力	385
第四項 問題與解說	386
第三節 提 存	387
第一項 提存之意義及要件	387
壹、提存之意義	387
貳、提存之要件	388
第二項 提存之程序及效力	389
壹、提存之程序	389
貳、提存之效力	389
參、提存之費用	391
第三項 問題與解說	391
第四節 抵 銷	392
第一項 抵銷之意義及要件	392
壹、抵銷之意義	392
貳、抵銷之要件	393
第二項 抵銷之方法及效力	396
壹、抵銷之方法	396
貳、抵銷之效力	396
參、抵銷之抵充	397
第三項 問題與解說	397
第五節 免 除	400
壹、免除之意義	400
貳、免除之性質	400
參、免除之要件	400
肆、免除之方法	400
伍、免除之效力	401



第六節 混 同 .....	401
壹、混同之意義 .....	401
貳、混同之原因 .....	401
參、混同之效力 .....	401
第七節 更 改 .....	402
壹、更改之意義 .....	402
貳、更改之成立 .....	402
參、更改之效力 .....	403

**參考書目**


# 前 言

我國民法第二編稱「債」，乃含債權與債務雙重意義在內，俾債權人與債務人，於可能之範圍內，受法律同等之保護也。所謂債即特定人與特定人間得請求為特定行為（作為或不作為）之法律關係也，得請求特定人（債務人）為特定行為之權利，謂之債權，對於特定人（債權人）有為特定行為之義務，謂之債務。此之所謂特定行為，又稱給付，不一定是給與金錢或財產，其範圍包括所有的給付，積極之作為或消極之不作為均包括在內，且不以具有財產價值者為限（民法第一九九條）。

其次，債編之規定，其性質為財產法、任意法、交易法，分為二章，第一章通則，第二章各種之債。通則係規定債之關係之一般原則，為各種債權債務關係共通適用之法則，計分債之發生、債之標的、債之效力、多數債務人及債權人、債之移轉、債之消滅等六節（自第一五三條至第三四四條），本書所述者，即以此為對象。各種之債，則係就各種典型的債之關係而為規定。我民法係採民商合一制，其主要表現即將經理人及代辦商、居間、行紀、倉庫、運送等併入債編各種之債章中規定。







# 第一章

## 債之發生



此之所謂債之發生者，乃指原始的發生債之關係之一種法律現象也。關於債之發生原因，我民法債編通則列舉有五種，即契約、代理權之授與、無因管理、不當得利、侵權行為是。應予注意者，乃債之發生原因並不以此五種為限，惟因此五種乃為債之普遍的獨立的發生原因，故民法將之列入債編通則。又其中代理權之授與，並不足以發生債之關係，以之列為債之發生原因之一，立法技術頗受批評，茲為敘述方便計，仍將之列入。

## 第一節 契 約

### 第一項 概 說

契約可分為公法上之契約與私法上之契約，其主要之區別為契約之內容與效力，是否均為公法所規定，苟契約之內容及效力，並無公法規定，而全由當事人之意思訂定者，縱其一方為執行公務，仍屬於私法上契約之範圍（最高法院六十一年臺上字第一六七二號判例）。本書所述者，乃以私法上之契約為對象。

#### 壹、契約之意義

私法上之契約有廣狹二義，廣義契約乃指以發生私法上效果為目的之一切合意，如訂婚、收養、物權之設定等均屬之。狹義的契約，則專指債權契約，即雙方當事人以發生債之關係為目的，相互為對立的意思表示，而趨於合致之法律行為。此之所謂契約，乃專指此種以發生債之關係為目的之契約而言，故亦稱債權契約。契約為發生債權債務之主要原因之一，在現代社會生活關係上，具有極重要之地位。

又契約與好意施惠關係之發生，雖均出於當事人之約定，惟兩者性質不同，應予區別。契約為法律行為之一種，訂立契約之雙方當事人，在主觀上須有透過當事人之合意，而發生權利義務之效果意思。在好意施惠關係，例如同意他人搭便車到某地，同意代為投寄信件，應友人之邀約同意參加宴會或郊遊等是，因當事人間就其約定，欠缺法律行為上的效果意思，

且無受其拘束之意思，故非契約。此項效果意思之存否，即為契約與好意施惠關係之區別標準<sup>①</sup>。

## 貳、契約之種類

### 一、有名契約與無名契約

有名契約亦稱典型契約，乃法律上依其類型而賦與一定名稱之契約也，如民法債編第二章所定之各種契約是。無名契約乃由當事人所創設，法律上未賦與一定名稱之契約，有名契約以外之契約均屬之。無名契約尚可分為純粹的無名契約與混合契約兩者，前者係以法律全無規定之事項為內容，其內容不合乎任何有名契約之要件，如廣告使用他人姓名之契約是也；後者則係由典型契約構成分子與其他構成分子混合而成之單一債權契約，此與數個契約互相結合，而均不失其個性之契約聯立，有所不同（參閱司法院三十一年院字第二二八七號解釋），其情形亦可分為二，即有由二以上有名契約之要件混合而成者，如買賣與租賃混合是，有由有名契約之要件與他一無名契約相混合者<sup>②</sup>。

### 二、雙務契約與單務契約

雙務契約者，雙方當事人互負有對價關係（即互為因果、互為代價之關係）的債務之契約也，如買賣、互易、租賃等是。單務契約，有稱為片務契約者，乃僅由當事人之一方負擔債務，或雖由雙方當事人負擔債務，但其債務並無對價關係之契約是，前者又稱純正的單務契約，如贈與、無償寄託、保證是；後者又稱非純正的單務契約，如無償委任、使用借貸等是。所謂對價，非必在客觀上價值相等，係指當事人主觀上各認為他方之給付堪為自己之給付即為已足。

### 三、有償契約與無償契約

有償契約者，雙方當事人各由自己予他方以利益而自他方取得對待利益或對價給付之契約，如買賣、租賃、僱傭是。無償契約者，當事人之一方對他方為給付而不自他方取得對待利益或對價給付之契約，如使用借貸、

<sup>①</sup> 參閱劉春堂，《民法債編通則(-)》，第二十六頁以下。

<sup>②</sup> 以上參閱鄭玉波，《民法債編總論》，第二十六頁。

贈與是。理論上言之，雙務契約與有償契約，單務契約與無償契約，應相一致，雖有認為附有利息之消費借貸係有償契約，但為單務契約之例外情形，惟附有利息之消費借貸應認為係雙務契約，蓋因借用人之支付利息，係在獲得借用物（金錢或其他代替物）之使用收益價值，並非在取得借用物所有權本身，在雙方當事人之主觀上，係使貸與人負有讓借用人使用借用物之債務，借用人負有就使用借用物支付利息之債務，顯然具有兩足相償之性質，彼此立於互為因果，互為代價之關係，故不應發生雖為有償契約，但為單務契約之現象<sup>③</sup>。

#### 四、諾成契約與要物契約

諾成契約者，因雙方當事人意思表示合致即能成立之契約也，亦稱不要物契約，如買賣、租賃、僱傭等是。要物契約者，除意思表示之合致外，更以標的物之交付為成立要件之契約也，亦稱踐成契約，如使用借貸、消費借貸、寄託等是。

#### 五、要式契約與不要式契約

要式契約者，除意思表示之合致外，更以履行一定方式為成立要件之契約，其方式有由法律規定者，是為法定要式契約，如終身定期金契約（民法第七三〇條）是，有由當事人約定者，是為約定要式契約。契約之訂立，如未履行法定之方式者，除法律有特別規定者外（如民法第四二二條），其契約原則上為無效（參閱民法第七十三條）；如未履行約定方式者，則依民法第一六六條規定：「契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」至於不要式契約者，乃不以履行一定方式為成立要件之契約也，債權契約通常為不要式契約。

#### 六、要因契約與非要因契約

要因契約者，以給付原因之存在及合法為要件之契約也，債權契約通常為要因契約。不要因契約者，不以給付原因之存在及合法為要件之契約也，如債權讓與契約是。

#### 七、預約與本約

<sup>③</sup> 參閱劉春堂，《民法債編通則(-)》，第十九頁至第二十頁。

預約者乃約定將來訂立一定契約之契約，並非每一契約均有預約，通常適用於要式契約或要物契約。我民法對預約原未設有規定，民國八十九年施行之修正民法債編雖亦僅對之設有個別規定（參閱民法第四六五條之一、第四七五條之一），惟基於契約自由原則，故學說及判例均承認之。本約則為履行該預約而訂立之契約。預約與本約為二個獨立之契約，二者之性質及效力不同，預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行。又買賣預約，非不得就標的物及價金之範圍先為擬定，作為將來訂立本約之張本，但不能因此即認買賣本約業已成立（參閱最高法院六十一年臺上字第九六四號判例）。又因預約係約定將來訂立一定契約（本約）之契約，倘將來係依所訂之契約履行，而無須另訂本約者，則縱名為預約，仍非預約，如當事人所訂契約，雖名為「土地買賣預約書」，但買賣坪數、價金、繳納價款、移轉登記期限等均經明確約定，並無將來訂立買賣本約之約定，且其內容均為雙方照所訂契約履行之約定，自屬本約而非預約（參閱最高法院六十四年臺上字第一五六七號判例）。

#### 八、主契約與從契約

主契約者，不以他契約存在為前提而能獨立成立之契約也。從契約者，必須以他種契約存在為前提而不能獨立成立之契約也，例如定金契約、違約金契約、保證契約等是。

#### 九、一時的契約與繼續的契約

一時的契約乃其債之關係之內容，一次即可實現也，如買賣、贈與等是。繼續的契約乃其債之關係之內容，須繼續的實現，其中有須持續不斷的實現者，如僱傭、租賃等是，有須間隔循環的實現者，如終身定期金是。繼續性契約之特質，在於基於該契約所發生之給付範圍（量），係隨時間之繼續或經過而增加，從而給付之範圍不因時間因素而受影響，只其給付應於不同時點為之者，如分期付款買賣、物品之分期供給等是，則非繼續性契約。

#### 十、定型化契約與非定型化契約

定型化契約，係指依照當事人一方預定用於多數同類契約之一般契約條款（定型化契約條款），以之作為契約內容之全部或一部而訂立之契約（參

閱民法第二四七條之一前段)；非定型化契約，係指經由當事人就具體事項及內容進行個別磋商而訂立之契約。由於定型化契約之訂立，當事人並未就契約之內容為個別磋商，僅由當事人之一方對他方當事人所提供之一般契約條款予以附合而締結，無討價還價之餘地，故又稱之為附合契約(Contrat d'adhésion)。至於所謂一般契約條款，係指為供與多數人訂立多數同類契約使用，由當事人之一方於訂立契約時，向他方當事人所提出之一切預先擬訂之契約條款（參閱消費者保護法第二條第七款）。

### 參、契約之成立

契約之成立，除須具備一般法律行為之成立要件外，必須有二個以上互相對立之意思表示合致。所謂意思表示之合致，乃雙方之意思表示在內容上客觀的趨於一致（客觀的合致），且在當事人主觀上須有締約之意思，換言之，即一方之意思表示有願與他方之意思表示相結合而成立契約之意思（主觀的合致）。民法第一五三條第一項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」從而契約之成立，除有特別規定者外，以能證明該契約當事人雙方之意思表示已趨於一致為已足，不以使用何種文字及本人親自署名、畫押為要件（參閱最高法院二十年上字第一七二七號、二十二年上字第七一五號判例），至於買賣標的物及契據等，已否交付，並有無出賣人、族人到場作中，均與契約之成立無關（參閱最高法院二十一年上字第二二八一號判例）。所謂默示，乃指不以行為直接表示其意思，而依行為人之舉動或其他情事，足以間接推知其意思之表示也，單純之沉默，則不得遽認為係默示（參閱最高法院二十一年上字第一五九八號、二十二年上字第五五二號、二十二年上字第九五〇號判例）。

依民法第一五三條第一項規定，契約固須當事人互相表示意思一致始能成立，但所謂互相表示意思一致，並不限於當事人間直接為之，其由第三人為媒介而將各方互為之意思表示從中傳達因而獲致意思表示之一致者，仍不得謂契約並未成立（參閱最高法院六十八年臺上字第一五〇四號判例）。至於當事人之意思表示，究竟須對如何之點趨於一致，始得謂之合致，則依民法第一五三條第二項規定：「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，推定其契約為成立，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。」所謂「必要之點」，即契約之要素，乃構成契約內容所必不可欠缺之要件，應依契約之種類及性質並其他具體情形定之。關於契約成立之方法，約有下列三種，即①依要約與承諾而成立，②依要約交錯而成立，③依意思實現而成立，以下分述之。

## 第二項 要約與承諾

### 第一目 要 約

#### 壹、要約之意義

要約者，以喚起相對人承諾而與之訂立一定契約為目的，所為之單方的確定的意思表示也。由於要約之目的乃在喚起相對人之承諾而成立契約，故與要約引誘之僅能喚起他人向自己為要約，必須更經自己承諾後，始能成立契約者不同。要約與要約之引誘在理論上雖顯然有別，但在實際上則頗易混淆，故民法第一五四條第二項特設例示規定：「貨物標定賣價陳列者，視為要約。但價目表之寄送，不視為要約。」此外，如公產機關通知承租人辦理國有特種房地申購手續，其性質亦為要約之誘引（參閱最高法院五十一年臺上字第三一二一號判例）。至於標賣之表示究為要約之引誘，抑為要約，法律無明文規定，應解釋標賣人之意思定之。依普通情形而論，標賣人無以之為要約之意思，應解為要約之引誘，但標賣之表示，如明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留外，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務（最高法院三十三年永上字第五三一號判例）。

#### 貳、要約之成立要件

##### 一、須由特定人為之

要約之表意人必須為確定或可得確定之特定人，該為要約之表意人稱之為要約人。



## 二、須向相對人為之

要約必須向相對人為之，屬於有相對人之意思表示，至於其相對人通常固多為特定人，但不以特定人為必要，對不特定之多數人為要約，亦無不可。

## 三、須足以決定契約之必要之點

要約之內容必須標明該契約之要素，即要約須足以決定契約之內容，蓋依民法第一五三條第二項規定，當事人對於契約之必要之點，意思表示須一致也。惟關於必要之點之表示，無須為全部之確定，僅達於得確定之程度即可，如買賣雖未言明價金，但言明聽憑市價時，或就交易之數量或金額之多少等賦予相對人決定者，亦無不可是。

## 參、要約之效力

要約為意思表示之一，故於向特定人為要約時，對話要約，以相對人了解時發生效力，非對話要約，以到達相對人時發生效力（參閱民法第九十四條、第九十五條）；於向非特定人為要約時，則以使不特定之相對人處於可了解要約之狀態，其要約始發生效力。至其效力之內容，則可分為下列兩點述之：

### 一、對於相對人之效力

此乃要約之實質效力，即賦予收受要約之相對人以承諾之能力或得為承諾之地位或資格是，亦稱為承諾適格或承諾能力。相對人取得此種地位或資格後，即可為有效的承諾而成立契約。然要約之相對人原則上不負承諾之義務，僅於法律設有特別規定（如民法第八三九條第二項；醫師法第二十一條），或契約另有特別之約定，或要約之相對人係專利、獨占等機構之例外情形下，始負有承諾之義務。又要約之相對人不為承諾時，除法律有特別規定（如民法第五三〇條），或契約另有特別之約定外，亦無通知要約人之義務。從而要約人表示，如要約受領人未確答承諾與否，即視為承諾者，要約受領人亦不受其拘束，即要約受領人縱未表示拒絕承諾，契約仍不因而成立，蓋要約人不能以一己之意思使相對人負義務也。至於對相對人逕行發送標的物而為要約之現物要約者，相對人對於該標的物亦無受領、

保管或送還之義務，惟不得故意加以損害（參閱消費者保護法第二十條）。

## 二、對於要約人之效力

此乃要約之形式效力，即要約一經生效，要約人即應受其拘束，不得加以擴張、限制、變更、撤銷，亦稱要約之不可撤回性或要約之拘束力。民法第一五四條第一項規定：「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。」本條項但書所稱不受拘束，係指在相對人為承諾之前，要約人得隨時撤回、變更、擴張或限制要約而言，若相對人已為承諾者，則契約即因而成立，不再發生不受拘束的問題<sup>④</sup>。

## 肆、要約拘束力之存續期限

### 一、要約定有承諾期限者

要約定有承諾期限者，非於其期限內為承諾，失其拘束力（民法第一五八條）。此項期限，除當事人另有約定，或交易上另有習慣外，應自要約通知發出時起算，蓋要約人通常有以自己可確知之時期為起算點之意思，而惟其通知發出之時期為其所確知者也。此外，要約人為要約時原未定有承諾期限，其後又另定承諾期限，而該另定承諾期限之通知與原要約同時或先時到達相對人者，自屬有效，相對人應於其期限內為承諾。反之，該另定承諾期限之通知非與原要約同時或先時到達相對人者，如其所定承諾期限又較民法第一五七條所規定之期限為短時，是為變更要約之內容，則仍應認為係未定承諾期限而適用民法第一五七條之規定；如其所定承諾期限較民法第一五七條所規定之期限為長時，雖其通知到達在原要約之後，仍可認為相對人就其所定承諾期限之意思表示當然予以同意而發生效力，蓋此對於相對人之權利並無任何妨害或損害也。此時相對人之承諾，雖到達在民法第一五七條所規定期限之後，而在要約人所另定承諾期限之內者，仍成立契約。

### 二、要約未定有承諾期限者

關於此可分為下列二點說明之：

<sup>④</sup> 參閱劉春堂，《民法債編通則(-)》，第六十二頁以下。

(一)對話之要約：對話之要約，非立時承諾，即失其拘束力（民法第一五六條）。此之所謂立時，應依一般社會觀念解釋之，不可拘泥於文字也。

(二)非對話之要約：非對話為要約者，依通常情形可期待承諾之達到時期內，相對人不為承諾時，其要約失其拘束力（民法第一五七條）。此之所謂可期待承諾之達到時期者，應斟酌要約到達相對人之期間，相對人考慮承諾之期間及承諾到達要約人之期間等因素；而其中「相對人考慮承諾之期間」更應斟酌相對人之屬性。至於要約到達相對人之期間及承諾到達要約人之期間，係指依通常之交通方法，書信往返必需之時期而言，至應否需用電報或其他電傳方法，亦必視要約人是否有此特約定之，相對人無負以電報或其他電傳方法回答之義務<sup>⑤</sup>。

### 伍、要約之消滅

要約之消滅，即要約之意思表示客觀的失其存在而完全失去其效力之意也，其原因有三：

#### 一、於承諾期限內未為承諾

要約發生效力後，相對人於其承諾期限內，不為承諾者，則要約失其拘束力（參閱民法第一五六條至第一五八條），此時要約當亦消滅。

#### 二、拒絕要約

要約經拒絕者，失其拘束力（民法第一五五條），故要約因而消滅。此之所謂拒絕，乃要約之受領人於承諾期限內對要約人所為之不為承諾之意思通知也。至於將要約擴張、限制或為其他變更而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約（民法第一六〇條第二項），原要約亦因而消滅。

#### 三、撤回要約

要約之撤回者，乃要約人阻止要約發生效力為目的之意思表示。要約為意思表示之一，故於要約未生效前，要約人得撤回其要約，惟撤回要約之通知必須與要約同時或先時到達，始生撤回之效力（參閱民法第九十五條第一項）。至於撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，依通常情形在相當時期內應先時或同時到達，其情形為相對人可得而

<sup>⑤</sup> 參閱民法第一五七條立法理由。

知者，相對人應向要約人即發遲到之通知（民法第一六二條第一項）。相對人如怠於為前項通知者，其要約撤回之通知，視為未遲到（民法第一六二條第二項），即其要約視為撤回。

## 第二目 承 諾

### 壹、承諾之意義

承諾者，以與要約人訂立一定契約為目的，對要約所為之同意的意思表示也。所謂同意，即承諾人願意照要約之內容（客觀的合致）與要約人締結契約（主觀的合致）之謂。

### 貳、承諾之成立要件

#### 一、須由受領要約之相對人為之

承諾原則上須由要約受領人為之，惟由其代理人為之者，亦無不可。

#### 二、須向要約人為之

要約人須為確定或可得確定之特定人，前已述及，故承諾必須向要約人為之。從而被上訴人向上訴人申請承購系爭土地，上訴人所為徵詢異議之公告明載「查某甲等申購臺北市國有特種基地案四十筆，茲列表公告，如有權利關係人提出異議，應自公告之日起一星期內，檢同有關證件正本，並聲敘理由申請本部核辦，逾期概不受理」等語，就其記載內容觀之，顯係對第三人所為，不能視為對被上訴人之承諾行為（最高法院五十年臺上字第一七一六號判例）。

#### 三、須於要約有效期間內為之

承諾乃以要約為對象，故須於要約有效期間內為之，即須於要約生效後，而其拘束力尚存續期間內為之，始能發生效力。要約之意思表示未生效前（到達於相對人前或為相對人了解前），在法律之意義上言之，應認為相對人尚無為承諾之資格或地位，從而其預先所為之承諾，只能認為係其所為之要約，如與要約之內容一致，則構成要約交錯，可成立契約。

#### 四、須與要約之內容完全一致

承諾之目的，在於成立契約，而契約必須雙方意思表示趨於合致，始

能成立，故承諾之內容自應與要約之內容一致，如將要約擴張、限制或為其他變更而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約（民法第一六〇條第二項），此時非經原要約人更為承諾，契約尚不能成立。民法所以將此等擴張、限制或其他變更要約之承諾，視為新要約，乃為使契約易於成立，且此亦甚合於當事人之意思也。

### 參、承諾之方法

關於承諾之方法，民法並未設規定，原則上應與要約相同，但當事人有特別約定，或要約人預為指定，或交易上另有習慣者，則仍應依照各該方法為之。

### 肆、承諾之效力

承諾應於承諾期限或要約拘束力存續期限內為之，對話之承諾，於要約人了解時，發生效力，非對話之承諾，則以承諾之通知在承諾期限或要約拘束力存續期限內達到要約人時，發生效力（參閱民法第九十四條、第九十五條）。承諾一經發生效力，即與要約相結合而成立契約，故承諾生效的時期，亦即契約成立的時期。至於遲到之承諾，則除有民法第一五九條所規定之情形外，視為新要約（民法第一六〇條第一項），即承諾一經遲到，雖不發生承諾之效力，但法律上視為新要約，俾要約人得對之更為承諾，而成立契約。

又承諾固應於承諾期限或要約拘束力存續期間內到達要約人始發生效力，惟承諾之通知，按其傳達方法，依通常情形在相當時期內可達到而遲到，其情形為要約人可得而知者，要約人應向相對人即發遲到之通知，要約人怠於為前項通知者，其承諾視為未遲到（民法第一五九條），故契約可因而成立。又民法第一六〇條第一項所稱遲到之承諾，專以因相對人之遲誤而遲到之承諾者為限，不包括民法第一五九條因故障而遲到之承諾，即具備民法第一五九條規定之要件者，其效力依民法第一五九條定之，不得視為新要約；不合乎民法第一五九條規定之要件者，則視為新要約。

### 伍、承諾之撤回

承諾之撤回者，乃承諾人阻止承諾發生效力為目的之意思表示。承諾

撤回之通知，應與承諾之通知同時或先時到達，始生撤回之效力（參閱民法第九十五條第一項但書）。惟撤回承諾之通知，其到達在承諾到達之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時到達，其情形為要約人可得而知者，要約人應向承諾人即發遲到之通知。倘要約人怠於為此項之通知，則其承諾撤回之通知，視為未遲到（民法第一六三條準用第一六二條），即可發生撤回之效力，不能成立契約。

### 第三項 要約交錯

要約交錯，乃當事人偶然的互為要約，而其內容卻完全一致之謂，亦稱交錯要約或要約之吻合，如某甲向某乙為以十萬元出賣某土地要約，而某乙亦恰同時向某甲為以十萬元購買該土地之要約是。此時是否成立契約，不無問題，蓋要約既尚未到達，則在法律之意義上，應認相對人尚無為承諾之資格也，惟因要約交錯，其雙方之意思表示，不僅內容已一致（客觀合致），而且均有與相對人訂立契約之意思（主觀合致），故學者通說認要約交錯，可以成立契約。至其契約成立之時期，則因對話或非對話要約而有所不同，非對話之要約交錯，於後一要約到達時，成立契約，對話之要約交錯，於雙方當事人相互了解時，成立契約。此外，尚有所謂「同時表示」者，即對話當事人間同時為同一內容之意思表示，亦可成立契約。

### 第四項 意思實現

意思實現，即承諾不需要以意思表示為之，而以一定時期內一定事實之發生，視為承諾也。民法第一六一條第一項規定：「依習慣或依事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。」所謂「有可認為承諾之事實」，即某種事實在客觀上足以推斷要約相對人有承諾之意思也，如行使由契約成立而得之權利，或為契約成立後所應負擔之義務之準備行為是。一有此等事實發生，即可成立契約，不必通知要約人，亦不須經要約人之受領，係承諾之意思依一定的事實而實現。所謂「相當時期」，當指得為承諾之時期，亦即要約拘束力存續時期而言。

又依要約人之意思表示，以承諾為不必通知者，其情形亦同，故民法第一六一條第二項規定：「前項規定，於要約人要約當時，預先聲明承諾無須通知者，準用之。」

關於意思實現，除外部存有前述「可認為承諾之事實」之行為外，要約相對人（即承諾人）主觀上是否須有承諾之意思存在，我國學者見解不一。有採否定說，主張只須客觀上有可認為承諾之事實發生，契約即為成立，至於要約相對人是否認識該行為係承諾意思之表示，主觀上是否有承諾之意思，在所不問。有採肯定說，主張除須外部存有「可認為承諾之事實」之行為外，要約相對人主觀上尚須有承諾意思始可，所謂可認為承諾之事實，應解為係承諾之意思依一定事實而實現，不必通知要約人，亦不必要約人受領，乃承諾意思表示須經受領始生效力之例外。以上兩說，應以肯定說為是，本書採之。又意思實現雖為無須通知及受領之意思表示，惟民法關於意思表示之一般規定，應類推適用之<sup>⑥</sup>。

## 第五項 懸賞廣告

### 壹、懸賞廣告之意義

懸賞廣告者，乃廣告人以廣告聲明，對於完成一定行為之人，給與報酬之意思表示也（民法第一六四條第一項前段）。所謂廣告，乃以足使不特定之多數人得以知曉之方法而為表示，如刊登報紙、張貼通衢、在電視臺播報等均是，此不特定之多數人雖有一定範圍之限制，亦屬無妨。關於懸賞廣告之性質為何？各國立法例及學說均不相同，有認為係單獨行為者，亦有認為係契約者，因我民法將懸賞廣告規定於「契約」款中，故我國學者以契約說為通說<sup>⑦</sup>。從而懸賞廣告僅為懸賞契約之要約，係對不特定多數人所為之要約。至其標的，則必以完成一定行為為限，所謂完成一定行為，乃指完成廣告人於廣告內容所指定之特定行為而言，故以廣告聲明，對於發生某種事實狀態，給與報酬者，則非懸賞廣告，如聲明對當選中國

<sup>⑥</sup> 參閱劉春堂，《民法債編通則(-)》，第八十一頁以下。

<sup>⑦</sup> 其詳請參閱本書第四十七頁問題十一。

小姐者，給予獎金，即非懸賞廣告是。又此之所謂「一定行為」，其種類並無限制，苟非違法或有背公序良俗，不論對於廣告人是否有利，均無不可。

## 貳、懸賞契約之成立

依學者通說認為懸賞契約於一定行為完成時即為成立，並非最先通知者與懸賞廣告人成立契約<sup>⑧</sup>。

## 參、懸賞契約之效力

### 一、給付報酬義務

懸賞廣告，乃廣告人對於完成其所定行為之人，應予以一定報酬之單務約束，故懸賞契約成立後，廣告人即負有給付報酬之義務，行為人則取得給付報酬請求權。民法第一六四條第一項規定：「以廣告聲明對完成一定行為之人給與報酬者，為懸賞廣告。廣告人對於完成該行為之人，負給付報酬之義務。」即在表明此旨。因廣告人所負此種債務之性質，本係僅就一定之結果給予報酬，原不須別具何項條件，從而就完成該行為之人，所用完成方法如何，是否利用時機或事出不意，苟非廣告內特有聲明，皆非廣告人所應過問，即此等事項對於廣告人所負之支付報酬義務，應無任何影響（參閱最高法院十九年上字第一八九一號判例）。至於數人先後分別或共同或同時分別完成廣告中所指定之行為時，非明定給付報酬之方法，不能杜絕爭端，故民法第一六四條第二項乃規定：「數人先後分別完成前項行為時，由最先完成該行為之人，取得報酬請求權；數人共同或同時分別完成行為時，由行為人共同取得報酬請求權。」

其次，關於懸賞廣告之性質，我國民法係採契約說，因此懸賞廣告僅為懸賞契約之要約，故不知有廣告而完成廣告所定行為之人，因不知要約之存在，原無從成立契約而請求給付報酬。惟因一定行為之完成，乃廣告人之主要目的，現既已有人完成該行為，則廣告人之目的已達，行為人雖不知有廣告，依理亦應使其享有受領報酬之權利，故民法第一六四條第四項規定：「前三項規定，於不知有廣告而完成廣告所定行為之人，準用之。」又完成廣告所指定者，係無行為能力人時，應解釋為得類推適用民法第一

<sup>⑧</sup> 其詳請參閱本書第四十八頁問題一二。



六四條第四項規定，而有報酬給付請求權。

## 二、權利之歸屬

行為人完成一定行為之結果，如可取得一定權利者，如專利權、著作權等是，因該權利係行為人個人投入心血及勞力之結晶，故民法第一六四條之一本文規定：「因完成前條之行為而可取得一定之權利者，其權利屬於行為人。」惟廣告中關於此項權利之歸屬有特別聲明者，如聲明廣告人對於行為人有權請求其將該權利移轉於己者，則依其聲明（民法第一六四條之一但書）。

## 三、廣告人之免責

數人先後分別或共同或同時分別完成廣告人所指定之行為時，廣告人應將報酬給付予民法第一六四條第二項所規定之受領報酬請求權人，其給付報酬義務始消滅。因而廣告人將報酬給付予最先通知但無受領報酬請求權之人時，自不發生清償之效力，惟民法為保護善意廣告人，乃於民法第一六四條第三項規定：「前項情形，廣告人善意給付報酬於最先通知之人時，其給付報酬之義務，即為消滅。」職是之故，如廣告人知悉最先通知之人非最先完成指定行為之人，竟對於最先通知而非最先完成指定行為之人給與報酬者，當不能免其對於最先完成行為之人再給付報酬之義務；反之，廣告人善意不知另有最先完成行為之人，而以為最先通知者即為最先完成行為之人時，自可免其再負給付報酬之義務。

## 肆、懸賞廣告之撤回

懸賞廣告係對不特定人為要約，要約人（廣告人）通常無受其拘束之意思，故可於行為完成前（即懸賞契約成立前）撤回之。至於懸賞廣告撤回之方法，我民法未予規定，其方法自不受限制，只要能使原向之為廣告之不特定多數人知悉其撤回懸賞廣告者即可，不以採取與原廣告同一之方法為必要，然通常係採取與原廣告同一之方法為主。懸賞廣告一經撤回，則視為自始無廣告，故於撤回後縱有人完成廣告中所指定之行為，亦不得請求報酬。惟預定報酬之廣告，如於行為完成前撤回時，除廣告人證明行為人不能完成其行為外，對於行為人因該廣告善意所受之損害應負賠償之

責，但以不超過預定報酬額為限（民法第一六五條第一項）。

廣告人之任意撤回權，自得明示或默示拋棄之。此外，廣告人於廣告中，定有完成行為之期間者，在通常情形，可解為廣告人於該期間內，有受其拘束而不撤回之意思，故民法第一六五條第二項規定：「廣告定有完成行為之期間者，推定廣告人拋棄其撤回權。」

## 第六項 優等懸賞廣告

### 壹、優等懸賞廣告之意義

優等懸賞廣告者，乃以廣告聲明對完成一定行為，於一定期間內為通知，而經評定為優等之人給與報酬之意思表示（民法第一六五條之一前段）。優等懸賞廣告，亦為懸賞廣告之一種，但有下列三特點，即①廣告中聲明完成一定行為者須經評定為優等者始給與報酬；②定有一定應徵期間；③完成指定行為之人須有應徵之通知，此項應徵之通知，係附有以經評定為優等始生效力之承諾，屬於一種附停止條件之法律行為。

### 貳、優等懸賞廣告之效力

#### 一、評定義務

優等懸賞廣告，因優等之評定而發生效力，故廣告人對於應徵人負有就其所完成之一定行為加以優劣判斷之評定義務，惟關於優等之評定，非必限於廣告人親自為之，由廣告中指定之第三人為之亦可，倘廣告中未指定者，則應由廣告人決定其評定之方法而評定之（民法第一六五條之二第一項）。評定之基準為優等，關於優等之人數、等級、優劣之判斷標準及方法、能否從缺（即為無優等之評定）、報酬等，應依廣告之內容定之。其次，評定乃主觀價值之比較，由評定人自由裁量，因此依前述規定所為之評定，對於廣告人及應徵人有拘束力（民法第一六五條之二第二項），其結果縱不公平，亦不得對之提出異議或為評定無效之主張。

#### 二、給付報酬義務

優等懸賞廣告契約，於評定完成且經評定為優等時發生效力，廣告人對經評定為優等之人，負給付報酬之義務（民法第一六五條之一後段）。至

於經評定之結果，被評定為優等之人有數人同等時，除廣告另有聲明外，由該數人共同取得報酬請求權（民法第一六五條之三），以示公平。

### 三、權利之歸屬

應徵人因完成一定行為而可取得一定之權利者，除廣告中另有聲明者外，其權利屬於應徵人（民法第一六五條之四準用第一六四條之一）。

## 第七項 契約之方式

關於契約之方式，法律規定者有之，當事人約定者亦有之。當事人約定方式之目的究屬何在，自應解釋當事人之意思而定，若當事人之意思不明時，則依民法第一六六條規定：「契約之當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」

其次，由於不動產物權具有高度經濟價值，因此訂立契約，約定負擔移轉、設定或變更不動產物權之義務者，不宜輕率。為求當事人締約時能審慎衡酌，辨明權義關係，並杜事後之爭議，而達成保障私權及預防訴訟之目的，民法第一六六條之一第一項規定：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。」此為法定要式契約，惟當事人合意訂立以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的之契約（債權契約），雖未經公證，如當事人間已有變動物權之合意，並已向地政機關完成物權變動之登記者，則已生物權變動之效力，自不宜因其債權契約未具備前開規定之公證要件，而否認該項債權契約之效力，俾免理論上滋生不當得利之疑義，故民法第一六六條之一第二項規定：「未依前項規定公證之契約，如當事人已合意為不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍為有效。」由是可知此項未經公證之契約，並非無效，地政機關不得以當事人間之債權契約未依前述規定公證，而拒絕受理登記之申請<sup>9</sup>。

<sup>9</sup> 參閱民法第一六六條之一立法說明。

## 第八項 定型化契約

### 壹、概 說

#### 一、定型化契約之產生與普遍化

契約通常係由當事人就具體事項進行個別磋商（或商議），互相為對立的意思表示趨於一致（合意）而成立（民法第一五三條）。現代社會之所以會有定型化契約之產生與普遍化，其主要原因有二：①因應現代交易之需要：現代經濟社會之商品或服務，大多已規格化，且進行大量交易，為因應此種交易之需要，並為謀交易之安全、迅速、明確、公平，避免於締結契約時需進行個別磋商之煩，自有使契約之內容及方式定型化之必要，因而乃一般契約條款（有稱定型化契約條款、一般交易條款、定型化條款、定型化約款、一般條款等）之產生及運用，即關於一定種類之交易內容，預先擬訂具體的契約條文，記載當事人間之權利義務關係，以之作為多數同種類交易當事人間契約之共同內容，利用定型化契約，以因應此種交易需求。②企業經營者以其為謀利工具：企業經營者為維持或強化其優勢地位，掌控主動權，獲取更多之利益，以定型化契約為工具。

一般言之，一般契約條款之使用，具有降低成本，節省時間及費用，促進交易敏活，提高經營效率，使交易條件平等化，得以事先確定雙方之權利義務關係並使之明確化，補充法規缺漏等重大功能。惟因企業經營者常以其為謀利工具，因而乃產生種種交易不公平、不合理之弊端。最常見的定型化契約，如預售屋買賣契約、保險契約、運送契約（如購買汽車票、飛機票、火車票）、自來水供給契約、電力供給契約、瓦斯供給契約、電話契約、旅遊契約、醫療契約、分期付款買賣契約、銀行貸款契約、信用卡契約、電視收視契約、娛樂契約（如購買電影票、歌星演唱會入場券）等是，可以說與每一個人之日常生活息息相關。由於定型化契約，已經成為現代契約交易所必不可少之工具，故如何有效加以規制，防止弊端之發生，乃成為重要課題。

#### 二、定型化契約之意義

依消費者保護法第二條第九款規定：「定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂立契約。」換言之，所謂定型化契約，係指依照當事人一方（以下稱利用人）預定用於同類契約之一般契約條款，以之作為契約內容之全部或一部而訂定之契約（參閱民法第二四七條之一前段）。此種契約之特色，在他方當事人（以下稱相對人）通常只能按一般契約條款與利用人訂定契約，並未就其內容進行磋商。關於此種依一般契約條款所簽訂之契約，在法國因注重其契約之締結，相對人僅能「毫無變更」地對利用人事先擬就之一般契約條款予以附合 (adherer) 之過程，而稱之為附合契約 (Contrat d'adhésion)，在英美則基於契約內容之定型化及標準化，而稱之為標準形式契約 (standard form contract) 或定型化契約 (contract type)。

### 三、定型化契約之問題

定型化契約本質上為契約自由原則之產物，惟因作為定型化契約內容之一般契約條款，通常係由立於優勢地位之企業經營者單方面所預先擬訂，其內容常包含有加重相對人（消費者）負擔與責任，不當減輕或免除利用人（企業經營者）責任，限制或剝奪相對人權利之行使，不當轉換舉證責任，使相對人負擔不合理或不公平之風險等違背契約正義之條項，以致形成假契約自由之名而行剝奪或限制相對人之契約自由之實，使相對人未能獲得公平交易。至於定型化契約之所以會產生侵害相對人權益問題，其主要原因有：①相對人並不知道一般契約條款的存在或不注意其內容，卻須受其拘束。②相對人雖知其存在，但因契約條款內容複雜，字體細小，沒有時間去了解及審閱其內容，無法詳加閱讀或仔細考慮。③相對人雖試圖了解契約條款內容，但因文義艱澀，難以了解其意義，不知道其重要性及法律效果。④相對人雖明知契約條款之內容不公平、不合理，對自己不利，但利用人不願意接受磋商或修正，相對人無力加以對抗，欠缺磋商交涉談判能力。職是之故，為維護契約正義及確保實質的契約自由原則，自有對一般契約條款，透過立法、行政、司法等方式來加以規制及導正。

### 四、定型化契約規制之基本事項

為維護契約正義及確保實質的契約自由原則，自應對一般契約條款（定型化契約條款），透過立法、行政、司法等方式來加以規制及導正。至於定型化契約規制之基本事項有五：①是否為定型化契約條款之認定，即當事人所使用者是否為定型化契約條款。②定型化契約條款是否已訂入契約之確定。③定型化契約條款之解釋，對已訂入契約之定型化契約條款，透過解釋確定其意義、內容、範圍、要件、效力等。④定型化契約條款效力之審查，即審查定型化契約條款有無違反誠信原則以致顯失公平。⑤定型化契約條款未納入契約或無效時契約之效力。

## 貳、一般契約條款或定型化契約之規制

關於一般契約條款（或定型化契約）之規制，一般言之，可分為自主規制、立法規制、行政規制、司法規制以及由具有準行政與準司法雙重性質之約款監視委員會規制等。此等規制方法，各有其利弊及優缺點，故各國均加以統合運用，而形成為多元化規制現象，我國亦同。以下就立法規制、行政規制及司法規制簡述之：

### 一、立法規制

此係指制定專門以規制不公正之一般契約條款為主要目的之法律，或於現行法律中訂定規制不公正一般契約條款之規定，或於法律中訂定有利於相對人（消費者）之強行規定，或於法律中授權行政主管機關頒布法規性命令或訂定營業規章等，均屬之。其主要目的，在透過法律規定強化處於弱勢之相對人之地位，使相對人取得與一般契約條款利用人（企業經營者）間平衡之地位，容易主張並實現自己之權利，同時作為行政規制及司法規制之法律依據。

就立法例觀之，有採單行法方式規制者，如德國一九七六年一般交易條款規制法（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen AGBG）<sup>10</sup>；英國一九七七年不公正契約條款法（Unfair Contract Terms Act, 1977）；韓國一九八六年一般契約條款規制法等

<sup>10</sup> 請參閱劉春堂譯，〈德國一般交易條款規制法〉，收錄於劉春堂著譯，《消費者保護與消費者法》，第二二五頁以下。

是；有採於民法或其他法律中設若干條文加以規制者，如義大利民法第一三四一條、第一三四二條、第一三七〇條，我國民法第二四七條之一，消費者保護法第十一條至第十七條等是。至於立法規制之技術，主要係設強行規定，明定一般契約條款應遵循之誠實信用及平等互惠原則，具體規定個別契約條款無效之事由（一般稱之為黑名單條款）等。

## 二、行政規制

此係指由行政主管機關基於保護處於弱勢地位之相對人（消費者）之立場，對於一般契約條款採取事前審查核准；事後查核監督；主動擬訂契約範本；發布法規命令等措施，維護契約正義及確保實質的契約自由原則。由於行政規制，可透過行政主管機關在行政上採取查核、糾舉、取締、命令變更及行政罰等事後之消極的抑制性措施；或採取建立申訴及調解制度等救濟性措施；或採取成立客觀公正委員會公開審查、核准使用或變更、制定契約範本、公告應記載或不得記載事項等事前之積極的預防性措施，故不失為規制或導正一般契約條款之重要手段及有效方法。

消費者保護法第十七條第一項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」同條第三項規定：「企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。」另依同法第五十三條規定，消費者保護官就企業經營者所使用之一般契約條款，認為有重大違反消費者保護法規定之情事者，得向法院提起不作為訴訟，訴請法院停止或禁止該契約條款之繼續使用，俾防範該契約條款繼續造成實害。此外，由公平交易委員會依公平交易法介入或導正不公正契約條款，亦屬行政規制<sup>①</sup>。

## 三、司法規制

此係由法院於具體個案，對一般契約條款以裁判肯定或否定其效力、限制或擴張其適用範圍、變更或補充或修正其法律效果，屬於事後救濟。司法規制之方法，有<sup>①</sup>審查一般契約條款是否訂入個別契約，而構成為契

<sup>①</sup> 關於定型化契約之行政規制，請參閱廖健男著，〈定型化契約條款之行政規制〉，輔大法研所碩士論文，八十七年六月。

約之內容。②對構成為契約內容之一般契約條款，以解釋之方法，實質地削弱或擴張其效力，使其更切合契約目的及契約正義。③對於無法不採用及無解釋餘地之一義性不公正及不合理條款，運用誠實信用及平等互惠等法律上之一般條項或具體無效事由之規定，為無效條款之審查，直接對其內容加以規制，妥適調整當事人間之不公平狀態。

其次，經行政主管機關事先審查並核准或認可之一般契約條款，法院對其公平性、妥適性、合理性、有效性等，均可再加審查，重新對之加以評價。蓋行政主管機關核准或認可一般契約條款，僅為行政監督權之行使，係行政主管機關與利用人間之公法上關係，並非就一般契約條款之效力為最後的決定，當事人間因利用一般契約條款所發生之法律關係，乃私法上之關係，其在私法關係上所能享有之司法救濟權利，更不能因而加以剝奪。又消費者保護法施行細則第十五條第一項規定：「定型化契約記載經中央主管機關公告應記載之事項者，仍有本法關於定型化契約規定之適用。」故中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載之事項，其內容仍不得違反誠實信用及平等互惠原則，法院對之仍得再加審查，重新對之加以評價。

### 參、一般契約條款之意義

關於一般契約條款，有稱之為一般交易條款、定型化契約條款、定型化條款、一般條款。所謂一般契約條款，係指為供與多數人訂立多數同類契約使用，由契約當事人一方（即利用人）於訂立契約時，向他方契約當事人（即相對人）所提出之一切預先擬定之契約條款<sup>12</sup>。消費者保護法第二條第七款規定：「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數人訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」從而契約條款雖係預先擬定並由當事人一方（即利用人）所提出，惟嗣經雙方當事人對其內容為個別磋商而合意議定者，則非一般契約條款<sup>13</sup>，一般

<sup>12</sup> 參閱德國民法第三〇五條第一項前段；德國原一般交易條款規制法（AGBG）第一條第一項前段。

<sup>13</sup> 參閱德國民法第三〇五條第一項後段；德國原一般交易條款規制法（AGBG）第



稱之為個別磋商條款。消費者保護法第二條第八款規定：「個別磋商條款：指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。」由是可知，構成一般契約條款之要件有三：①須為單方面預先擬定；②須供訂立多數同種類契約使用；③須未經個別磋商合意。

一般契約條款，通常係以小字體印刷於契約書面上，但不以記載於書面或契約文件本身者為限，其以放映字幕、張貼、牌示或其他方法表示者，不論是否在外觀上單獨成為契約的構成部分，不論其所涵蓋之範圍，書寫之方式為何，均包括在內<sup>14</sup>，如百貨公司所張貼之「貨既出門，概不退還」；火車站所公告之「旅客須知」或「敬告乘客」等均是。

一般契約條款係單方面預先擬定之契約條款，只要是單方面所預先擬定者即屬之，不問是否由利用人自己所擬定，換言之，即利用人所使用之契約條款，縱使是他人所預先擬定者，亦屬此處所稱一般契約條款。又一般契約條款係為供與多數人訂立多數同類契約使用所預先擬定者，惟究竟供訂立多少同類契約使用始為多數，不無問題，一般認為至少應供訂立三個以上同類契約使用，始能稱之為一般契約條款。

其次，一般契約條款係指預先擬定而未經當事人磋商之契約條款，從而經雙方當事人個別磋商而合意議定之契約條款，則非一般契約條款。此處所謂經雙方當事人個別磋商而合意議定，必須利用人將可以透過磋商而修正契約條款內容之意旨，明白通知相對人，且利用人亦有接受相對人所提修正意見而加以修正之準備，雙方當事人並實質上已就契約條款之內容互相表示意思，達成合意始可。如僅由利用人提示契約條款，就其內容一一加以朗讀或說明，徵得相對人同意，甚或由相對人於每一條文簽名，則非此處所稱經磋商而合意議定，利用人之此等行為，只能解為係對相對人明白提示契約條款。至於契約條款是否經當事人個別磋商而合意議定，有爭議時，應由主張其係非一般契約條款之當事人，負舉證責任。定型化契

---

一條第二項。

<sup>14</sup> 參閱德國民法第三〇五條第一項中段；德國原一般交易條款規制法(AGBG)第一條第一項後段；消費者保護法第二條第七款後段。

約中包含有一般契約條款與非一般契約條款時，應優先適用非一般契約條款<sup>15</sup>，惟消費者保護法第十五條規定：「定型化契約中之一般條款抵觸非一般條款之約定者，其抵觸部分無效。」

#### 肆、一般契約條款之拘束力

一般契約條款之內容，並未經當事人為具體的磋商與合意，因而必須於具備一定要件時，始可認為已經訂入定型化契約，構成為契約之內容，使當事人因而受其拘束。茲就使其訂入契約而發生拘束力之要件，分述如下：

##### 一、對相對人明示一般契約條款

契約當事人一方（利用人）欲利用一般契約條款訂立契約者，必須在契約訂立前明白地提示該一般契約條款，使他方當事人（相對人）得以預先知悉一般契約條款之存在及內容，並注意其欲依該一般契約條款訂立契約<sup>16</sup>。此項明白提示一般契約條款義務，不問當事人間是否立有定型化契約書，或係以口頭合意而締約；立有定型化契約書者，亦不問契約書中是否記載有該一般契約條款，均有其適用。惟依消費者保護法第十三條第一項規定，似僅以當事人間立有定型化契約書，且一般契約條款未經記載於定型化契約中者，利用人始有明白提示義務，此顯非妥適。

此處所稱明白提示，須達到合理的程度，即①提示之方法，原則上須對個別相對人為之，惟於因契約締結方法之原因，以致對個別相對人一一為明白地提示顯有困難時，如由自動販賣機購買入場券或物品；或者一一提示勢必妨礙大量快速交易之進行，如購買公車票，則得以在契約締結場所，以明顯可見的公告揭示之（參閱消費者保護法第十三條第一項中段；德國民法第三〇五條第二項第一款後段；德國原一般交易條款規制法（AGBG）第二條第一項第一款後段）。②提示之時間，必須在契約訂立之前，尤其不能使相對人處於進退維谷而難以變更之情形下為之。③提示之程度，原則上只要能達到足以促使一般相對人注意之程度即可，不必因個別相對

<sup>15</sup> 參閱德國民法第三〇五條之 b；德國原一般交易條款規制法（AGBG）第四條。

<sup>16</sup> 參閱德國民法第三〇五條第二項第一款；德國原一般交易條款規制法（AGBG）第二條第一項第一款。

人之不同而有不同程度之提示注意方法，但個別相對人客觀上存在之缺陷，如瞎子、文盲等，為利用人所明知者，則應針對該個別相對人之特殊情況而提示促使注意<sup>17</sup>。

## 二、提供相對人有合理的機會了解其內容

一般契約條款之利用人應提供相對人合理的機會，使其能以可得期待之方法認識或了解其內容<sup>18</sup>。利用人只要提供相對人有合理的機會了解其內容即可，至於相對人實際上是否真正加以閱讀及了解，則非所問。又因利用人須提供相對人合理的機會了解其內容，故利用人必須給予相對人有合理的審閱期間，供其審閱全部條款內容。消費者保護法第十一條之一規定：「企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。違反前項規定者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡與複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」即在明示此項意旨。

## 三、相對人同意使用該一般契約條款

一般契約條款係利用人所提示，並欲依該一般契約條款訂立契約，僅具有要約之性質，故必須經相對人了解並同意使用其所提示之一般契約條款訂立契約時，才能構成契約之內容而發生拘束力<sup>19</sup>。此處所謂同意，不以明示為限，默示亦可。一般言之，相對人在定型化契約書上簽名者，可推定為其已經同意。此外，如相對人已「被提請注意」，同時已給予「合理的機會」了解一般契約條款之內容，而不為反對之意思表示者，亦可解為其已經同意。惟關於一般契約條款是否已向相對人明示或公告，有無提供合理的機會了解其內容，發生爭議時，應由利用人負舉證責任。

<sup>17</sup> 參閱劉宗榮著，《定型化契約論文專輯》，第八頁以下。

<sup>18</sup> 參閱德國民法第三〇五條第二項第二款；德國原一般交易條款規制法(AGBG)第二條第一項第二款前段。

<sup>19</sup> 參閱消費者保護法第十三條第一項後段；德國民法第三〇五條第二項第一款後段；德國原一般交易條款規制法(AGBG)第二條第一項第二款後段。

#### 四、須非異常條款

所謂異常條款，一般言之，有兩種型態，其一為相對人難以注意其存在或辨識者，如字體太小、印刷不清楚、張貼或公告於隱密處所、記載於背後、或就重要事項未特別標示並夾在不相干處所等是；其二為相對人不能預見之內容者，即其內容超過一般相對人的知識程度、社會經驗及其原來所了解的範圍，致相對人受騙，或其內容極為突兀，非屬一般人預期之範圍。一般契約條款中之約款，從各種情事，特別是從契約的外型觀之，明顯地異於尋常，以致與利用人訂約之相對人無需加以斟酌考慮者，即依正常情形顯非相對人所得預見者，該當約款不構成契約之內容<sup>20</sup>。另消費者保護法施行細則第十二條規定：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」可供參考。又異常條款，不論是否記載於定型化契約書中，均不構成契約之內容，惟消費者保護法第十四條以異常條款未經記載於定型化契約中者，始不構成契約之內容，顯然不妥。

關於一般契約條款，固必須具備上述要件始具有拘束力，此處尚應予附帶一述者，乃消費者保護法第十七條第一項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」違反前項公告之定型化契約之一般條款無效（同法第十七條第二項前段），中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容（消費者保護法施行細則第十五條第二項）。

#### 伍、一般契約條款之解釋

為維護公平正義保護處於弱勢地位之相對人（消費者），並使一般契約條款合理的發揮其作為一種交易制度或規範之作用，則一般契約條款解釋之妥善運用，乃成為不可或缺之手段或工具，就對一般契約條款之司法規制而言，此係極為重要且有效之方法。茲就一般契約條款之解釋原則分述如下<sup>21</sup>：

<sup>20</sup> 參閱德國民法第三〇五條之c第一項；德國原一般交易條款規制法（AGBG）第三條；消費者保護法第十四條。

## 一、一般契約條款之解釋原則

(一)客觀解釋原則：依一般契約條款而成立之契約，對於該不特定多數相對人（顧客或消費者）應具有同一意義或效力，如果容許為適合各個交易當事人之個別情事，就一般契約條款為個別之解釋，則會使其意義及效力不統一，而使一般契約條款喪失其作為交易上之一種制度或規範的作用。故關於一般契約條款之解釋，應依客觀的標準為之，消極言之，即應不受交易當事人個別主觀情事之影響，積極言之，則應使將來不特定多數之交易具有統一之內容。又此之所謂客觀的解釋，係以該一般契約條款所預定適用之特定或不特定相對人（顧客圈或消費者）之平均的、合理的理解能力或理解可能性 (Verständnismöglichkeit) 為基準，與解釋法規時所用之純粹客觀方法不同。從而於就特殊術語或文句、外國術語、同詞異義之語詞或文句、引用法典中某些規定或用語等而為解釋時，均應以該一般契約條款所預定適用之相對人之平均而合理的理解可能性為基準解釋之，不問該術語、用語、文句、語詞之本義為何。

(二)統一解釋原則：一般契約條款之解釋，應脫離交易當事人之個別情事客觀為之；對於具有同一屬性之相對人，應保持其解釋之統一性。

(三)合目的解釋原則：一般契約條款之各個條項，皆有其特殊目的，對之為解釋時，自應顧及其目的因素，如對自殺條項為解釋時，自應就其防止自殺之目的加以考慮是。

(四)限制的解釋原則：就一般契約條款未規定或規定不完備之事項，不得如法律規定有欠缺或不明瞭時，採用論理的解釋方法，類推一般契約條款中其他條項之規定，而擴張其適用範圍或補充其規定之欠缺，應以國家實定法或習慣法補充之。此項解釋原則，於就一般契約條款中之免責條項為解釋時，尤應貫徹適用，蓋免責條項正為一般契約條款利用人（企業經營者）意圖維持並強化其經濟優位之具體表現。此外，尚有所謂同種限制或同一種類原則者，即於一般契約條款中，有將具體事項一一加以列舉，

① 參閱劉春堂，〈一般契約條款之解釋〉，收錄於劉春堂，《民商法論集(-)》，第一九〇頁以下。



最後使用「等」或「其他」等等包括的文句予以概括規定時，關於此項包括的文句，應視為與先前所列舉之具體事項屬於同種類而為解釋。

(五)調和解釋原則：一般契約條款中之某些條項間有互相對立矛盾之現象時，應將之視為皆係有效，且在其共通範圍內，盡可能使之調和。如一般契約條款中之用語或文句，有一般與特殊之對立矛盾現象時，應認為此等用語或文句皆為有效，惟特殊用語或文句之效力應優先於一般用語或文句。又如一般契約條款中有手寫條項與印刷條項、以圖印插入之特殊條項與印刷之一般條項、附加印刷條項與基本印刷條項併存時，應比照前述原則，認為各該前者之效力優於後者。

此外，一般契約條款中，如有曖昧之文句或其文字有疑義時，應為相對人之利益及利用人之不利益解釋之，一般稱之為「懷疑之利益」或「利用者不利益」原則。消費者保護法第十一條第二項規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」保險法第五十四條第二項規定：「保險契約之解釋，應探求契約當事人之真意，不得拘泥於所用之文字；如有疑義時，以作有利於被保險人之解釋為原則。」即在表明此項原則。應予注意者，乃此項解釋原則，僅於依其他一切解釋方法，尚無法解明該有疑義文句或用語之意義時，始可適用之。從而一般契約條款之規定，如係完全不明瞭，或確係具有雙重意義，以致於全然無法為任何解釋時，自無適用此原則之餘地。

## 二、解釋錯誤之第三審上訴

法律行為之解釋，乃在確定表示行為在社會上所應有之合理的意義，與確定某種事實是否存在者不同，本質上係對於事實依解釋之法則而為法律的判斷，即解釋並非事實之確定，而係關於意義之確定。職是之故，法律行為或契約之解釋，並非事實問題，屬於法律問題，法律行為解釋之錯誤，自得提起第三審上訴。最高法院八十三年臺上字第二一一八號判例謂：「解釋契約固屬事實審法院之職權，惟其解釋如違背法令或有悖於論理法則或經驗法則，自非不得以其解釋為不當，援為上訴第三審之理由。」可供參考。

一般契約條款本質上係一種私的交易規範或制度，因而一般契約條款之解釋，並非僅在探究當事人之真意，乃為客觀規範之解釋；又為使多數同類契約具有同一之內容，而謀交易迅速與安全之「集團契約合理化」要求，故應保持其意義及效力之統一性。基於一般契約條款解釋之客觀性及統一性要求，則一般契約條款之解釋，應屬於法律問題而非事實問題，當無疑義。故有關一般契約條款之解釋，應認係法律問題，得上訴第三審。

### 陸、一般契約條款效力之審查

#### 一、審查之基本準據

德國民法第三〇七條第一項規定：「一般交易條款之約款，如有違背誠實暨信用原則而不當地使利用人之契約相對人受到不利益者，無效。不相當之不利益，亦得基於約款之不明確且難以理解而發生。」德國原一般交易條款規制法 (AGBG) 第九條第一項規定：「一般交易條款之約款，如有違背誠實暨信用原則而不當地使利用人之契約相對人受到不利益者，無效。」韓國一般契約條款規制法第六條第一項規定：「契約條款違反誠實信用原則而顯失公正者，無效。」EC 1993 年有關消費者契約不公平條款指令第三條第一項規定：「未經個別磋商之契約條款，如有違反誠實信用原則之要求，而造成當事人間契約上權利義務之重大不平衡，致不利於消費者時，視為不公平之約款。」我國消費者保護法第十一條第一項規定：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。」同法第十二條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。」

綜據上述，可知以誠實信用原則及顯失公平，作為審查一般契約條款之效力之基本準據，係各國所共通之立法例。惟因在通常情形下，一般契約條款對相對人顯失公平者，應無不違反誠實信用原則；違反誠實信用原則者，大多亦導致對相對人顯失公平之結果，故誠實信用原則及顯失公平兩項基本準據，應非彼此獨立，而為互相補充<sup>22</sup>。從而我國民法第二四七條之一，雖未明白標示誠實信用原則，僅以「顯失公平」為審查之基本準

<sup>22</sup> 參閱詹森林，〈定型化契約之基本概念及其效力之規範〉，《消費者保護研究》，第一輯，八十四年六月，第九十六頁。



據，仍應解為有誠實信用原則之適用。至於一般契約條款有無違反誠實信用原則，並對相對人顯失公平，則應綜合衡量雙方當事人之利益而為判斷。消費者保護法施行細則第十三條規定：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情形判斷之。」職是之故，於綜合衡量利用人與相對人之利益時，自應考慮諸如契約之種類、性質、目的、全部內容；利用人經營效率上之必要性；對相對人之方便性及有用性；相對人有無其他選擇機會；風險之轉嫁能力及保險之可能性；危險之控制能力；交易成本及合理利潤；交易習慣等因素。

## 二、誠信原則之具體化

一般契約條款中之個別條項或約款，如有違反誠實信用原則及顯失公平者，無效。惟因誠實信用原則及顯失公平，係極為抽象及基本之法律概念，為方便適用，在立法政策上自有使其內容及事項具體化之必要<sup>23</sup>。民法第二四七條之一規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」消費者保護法第十二條第二項規定：「定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」此等規定，即具有具體化誠實信用原則及顯失公平等抽象法律概念之功能，在適用上，兩者並無相互排斥或效力優劣之問題，只是於有具體規定之情形時，得逕行加以引用，較為方便而已。

其次，消費者保護法第十一條以下有關定型化契約之規定，係以企業經營者（利用人）與消費者（相對人）間，因消費關係所訂立之定型化契

<sup>23</sup> 參閱德國民法第三〇八條、第三〇九條；德國原一般交易條款規制法（AGBG）第十條、第十一條；EC有關消費者契約不公平條款指令第三條第三項附件。



約為其適用對象，民法第二四七條之一則無此限制。惟因民法第二四七條之一，其內容甚為簡略，而消費者保護法第十一條以下有關定型化契約之規定，內容較為完整，且關於無效條款之審查，係以誠實信用原則為依歸，具有普遍妥當性及適用性<sup>24</sup>，故消費者保護法有關定型化契約之規定，仍可作為解釋及適用民法第二四七條之一時之重要參考依據。至於民法第二四七條之一，於消費者保護法所規定之定型化契約，有其適用，更不待言。

### 三、顯失公平之推定

定型化契約中之條款是否顯失公平，會因不同認定標準而有不同見解，為免爭議，故消費者保護法第十二條第二項乃規定有該條項所定情事之一時，推定其為顯失公平，又因顯失公平在一般情形下無不違反誠實信用原則，故應推定其亦違反誠實信用原則。從而一般契約條款，如有消費者保護法第十二條第二項所規定各款情事之一時，除非經利用人舉證證明其未對相對人顯失公平，或並未違反誠信原則，該條款即屬無效。以下就其事由分述之：

(一)違反平等互惠原則者(第一款)：維持契約交易之平等互惠，係尊重契約自由原則之必然結果，故一般契約條款自不得違反平等互惠原則。消費者保護法施行細則第十四條規定：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」

當事人間之給付與對待給付，固應維持其對價之適當公平性，惟不得以具體給付與其對待給付，如物品與價金、服務與報酬是，客觀上之價值是否相當為認定其公平性之標準<sup>25</sup>，應予注意。所謂消費者應負擔非其所能控制之危險者，係指未依優勢之風險承擔人理論，將風險分配於支付最少成本即可防阻風險發生或分散損失之人，而將是項風險分配由無預防損害發生能力及難以分散損失之相對人(消費者)承擔。如金融機構以定型

<sup>24</sup> 其內容基本上係參考德國原一般交易條款規制法(AGBG)第九條至第十一條。

<sup>25</sup> 參閱EC有關消費者契約不公平條款指令第四條第二項。

化契約規定，存款人（消費者或相對人）之存款為第三人偽造、變造或塗改簽章或印鑑所盜領時，視為已對存款人為清償是，此等契約條款應屬無效（參閱最高法院七十三年第十次及第十一次民事庭會議決議）。

此外，一般契約條款如有民法第二四七條之一所規定①免除或減輕預定契約條款之當事人（即利用人）之責任（第一款），②加重他方當事人（即相對人或消費者）之責任（第二款），③使他方當事人（即相對人或消費者）拋棄權利或限制其行使權利（第三款）等事由，致顯有不利於消費者之情形者，當解為有消費者保護法施行細則第十四條第四款規定之適用，推定其顯失公平。其次，消費者保護法施行細則第十四條規定，應可類推適用於民法第二四七條之一，即有該條所規定情事之一時，應解為已符合民法第二四七條之一第四款所稱其他於他方當事人（即相對人）有重大不利益，而顯失公平。

由於免除或減輕利用人（企業經營者）責任之條款，而顯有不利於消費者（相對人）之情形者，依民法第二四七條之一第一款及消費者保護法第十二條第二項第一款規定，應認為其顯失公平而無效。故最高法院八十年臺上字第七九二號判決稱：「旅行契約係指旅行業者提供有關旅行給付之全部於旅客，而由旅客支付報酬之契約。故旅行中食宿及交通之提供，若由旅行業者洽由他人給付者，除旅客已直接與該他人發生契約行為外，該他人即為旅行業者之履行輔助人，如有故意或過失不法侵害旅客之行為，旅行業者應負損害賠償責任。縱旅行業者印就之定型化旅行契約附有旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任之條款，但因旅客就旅行中之食宿及交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力。」以違反公共秩序為判決免責條款無效之理由，顯有不妥<sup>26</sup>，在今日自可直接依據上開規定，為免責條款無效之判決。

(二)違反任意規定之立法意旨者（第二款）：法律之規定，可分為強行規

<sup>26</sup> 關於本判決之評釋，請參閱王澤鑑，〈定型化旅行契約的司法控制〉，收錄於王澤鑑，《民法學說與判例研究(七)》，第五十八頁以下。