

中国政法大学出版社

民事法理与 判决研究

詹森林 著

民事法理与判决研究

詹森林 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

民事法理与判决研究/詹森林著. - 北京: 中国政法大学出版社, 2002

ISBN 7-5620-2235-6

I. 民… II. 詹… III. ①民事诉讼法-法的理论-中国②民事诉讼-审判-研究-中国 IV. D925.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 052169 号

- 书 名 民事法理与判决研究
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 13.75
字 数 330 千字
版 本 2002 年 8 月第 1 版 2002 年 8 月第 1 次印刷
印 数 0 001—5 000
书 号 ISBN 7-5620-2235-6/D·2195
定 价 28.00 元
- 社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>
☆ ☆ ☆ ☆ ☆
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

作者简介

詹森林

一九五七年生于南投县

台湾大学法学士、法学硕士

台湾大学法律研究所博士班肄业

德国法兰克福大学法学博士

曾任律师

现任台湾大学法律学系教授

序

本书收集关于民事法理与判决之论文二十篇，并依其性质，分为契约法总论、契约法各论、侵权行为法、身份法、比较民法，共五部分，代表个人研究民法之些许心得。

民法，系以严谨之概念，组成价值判断之体系，并据以规范私人间财产上及身份上之权利义务。学习民法，即在掌握概念、衡量价值、区别是非。本书之论文，除着重民事基本理论之阐述外，尤其强调实务案例之解析，并以法学方法，就“最高法院”之判决，在结论上、或理由上，提供不同观点，以供参考；惟其中论述，必有不当，敬请斧正，无任感禱。

作者自就读大学时起，即蒙 恩师王泽鉴教授之教诲与奖掖。厕身教学研究，亦系 恩师之感召及鼓舞所致。今年六月，喜逢恩师六秩华诞，受业门生，原已决议筹集论文，以示祝寿。惟恩师谦冲为怀，坚辞未允。兹值本书付梓，仅献给 恩师，略表谢忱，并祝 恩师

时时喜乐，合家欢欣。

感谢翁岳生教授、杨日然教授、戴东雄教授、曾陈明汝教授、廖义男教授、黄茂荣教授、刘宗荣教授等师长，于作者就学期间，启迪学问、关怀生活。师恩浩瀚，终身感激。

本书顺利出版，归功于王凯玲、刘庆蓓、曾品杰、陈佑寰、林孜俞、邱永豪、郑伯禹、简美慧、陈鹏光等同学之细心校对与鼎力协助，谨致上诚挚之谢意。

多年来，内子淑文致力教学、操持家务、养育儿女，备极辛劳，就作者之疏于分忧，仍处处宽容。此情此爱，永志不忘！

詹森林

一九九八年十月

目 录

契约法总论

- 一、私法自治原则之理论与实务
——台湾地区法制发展之情形…………… (3)
- 二、中断时效之债务承认与时效消灭后之契约承认债务，兼论时效利益之抛弃、时效抗辩与权利之不法行使 …… (37)
- 三、空白契据签名者之责任 …… (61)
- 四、给付迟延之不履行损害赔偿与“民法”第二百二十七条规范意义之新认识 …… (85)
- 五、非典型契约之基本问题…………… (110)

契约法各论

- 六、租赁物返还请求权与所有物返还请求权之竞合关系…………… (131)
- 七、受任人移转权利之义务与委任人之代位权…………… (149)
- 八、运送物丧失毁损时，赔偿权利人得否请求运送人回复原状…………… (166)

2 目 录

- 九、先后订立之数保险契约与复保险之成立…………… (184)
- 十、信托之基本问题
——“最高法院”判决与信托法规定之分析比较…………… (203)

侵权行为法

- 十一、自由权之侵害与非财产上之损害赔偿…………… (247)
- 十二、互殴与与有过失…………… (276)
- 十三、机车骑士与其搭载者间之与有过失承担…………… (286)
- 十四、雇用人行使求偿权时与有过失原则之类推适用…………… (310)

身 份 法

- 十五、海峡两岸双重婚姻之抗争
——“最高法院”判决撤销在台之重婚于方法论
上之检讨…………… (321)
- 十六、待婚期间之约定与善良风俗…………… (350)
- 十七、误信妻于婚前所生子女为亲生子女而结婚者，
得否请求撤销婚姻？…………… (371)

比较民法

- 十八、西德一九八八年产品责任法草案…………… (385)
- 十九、德国劳工法上雇主对于求职者之询问权…………… (409)
- 二十、借腹生子契约之违背善良风俗性与不当得利
 返还请求权
 〔西德法院裁判要旨介绍〕…………… (429)

契约法总论



私法自治原则之理论与实务

—台湾地区法制发展之情形—

目 次

壹、私法自治原则之基本理论	伍、台湾之市场经济发展与契约自由
贰、私法自治原则之立法化	一、信托让与担保
叁、意思表示、法律行为与私法自治	二、最高限额抵押
肆、契约自由与私法自治	三、合会
一、概说	四、房屋之委建、合建
二、契约自由之功能	五、其他
三、缔约强制	陆、结论
四、定型化约款与契约自由	

壹、私法自治原则之基本理论^{〔1〕}

法律者，人类生活关系之规范也。人类之生活关系，可分为公法上之生活关系及私法上之生活关系两种。一般而言，公法上之生活关系，系以权力服从关系为基础，并以国家或公共团体作为当事人之一方或双方为原则。规范此种权力服从关系之法律，即为学说上所称之为公法（Public law; öffentliches Recht），宪法、刑法、税法、诉讼法及行政法规等属之。私法上之生活关系，则以自由平等关系为其基础，至于其当事人之一方或双方究为私人、私团体、国家或公共团体，并无关系紧要。规范此种平等关系之法律，学说上称之为私法（private law; Privatrecht），例如民法、商法（公司法、票据法、海商法、保险法）、动产担保交易法等，即为私法。^{〔2〕}

如前所述，公法关系与私法关系，分别以权力服从及自由平等为其基础，故在公法上，鲜少有个人自由意思之可言，^{〔3〕}亦

〔1〕 关于私法自治之意义、功能、限制及私法自治与法律行为之扼要论述，请参阅王泽鉴，民法总则，一九九二年九月十一版，一八三页以下；黄茂荣，民法总则，一九八二年增订二版，三九五页以下。

〔2〕 王泽鉴，前揭注1，二页。Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, S. 1.

〔3〕 例如“宪法”第二十条及第二十一条规定，人民有依法律服兵役之义务，及受教育之权利与义务，其被规范之人民，均不得依自己之意思，而拒服兵役，或拒受教育。参阅“兵役法”第四十八条、妨害兵役治罪条例第一条、第二条；“教育法”第二条第二项。

未必有权利义务之对立。^{〔4〕}反之，在私法上，则以尊重个人之自由意思为指导思想，并以对立之权利义务为基本原则。^{〔5〕}

由于尊重个人之自由意思，私法自治乃成为私法领域上之最高指导原则。所谓私法自治，其意义为：当事人得依其自由意思创设、变更及消灭其私法上之生活关系。在私法自治原则之下，法律就私法上之生活关系，基本上并未预设当事人应予依循之强制规范。相反地，法律原则上承认当事人本于自由意思所为之表示具有法之约束力，并对于基于此种表示所形成之私法上生活关系赋予法律上之保护。^{〔6〕}

法律上之私法自治原则与经济学上之自由经济思想密切相关。在经济学上，有著名之“看不见之手”（invisible hand）原则。依据是项原则，个人系其私益之最佳追求者，故在私人经济生活领域内，国家应尽量减少干预，而委诸个人自行决定。个人在公平、自由之秩序上追求其最佳之个体利益，即为法律上之尊重当事人自主，而赋予当事人自由，以规律其生活关系。^{〔7〕}

贰、私法自治原则之立法化

兹就上述关于私法自治原则之理论，以台湾地区现行民法之规定说明之。

〔4〕例如人民有依法律纳税之义务，但人民并不因已缴纳税捐而对国家享有对立之权利。

〔5〕洪逊欣，中国民法总则，一九七六年修订版，八页，〔三〕（二）。

〔6〕Raiser, JZ 1958, 1; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 1990, Rd 174.

〔7〕Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl. 1990, Rd 24. 曾世雄，民法总则之现在与未来，一九九三，一九页。

现行民法系于一九三〇年代，由当时之国民政府制定、公布并施行之。在体例上，现行民法仿效德国民法例，采五编制，即总则编、债编、物权编、亲属编及继承编。故现行民法系将私法上之生活关系大别为财产关系及身份关系。对于前者，设债及物权两编予以规范；对于后者，则设亲属编（纯粹身份法律关系）及继承编（身份财产法律关系）以为准绳。此外，再就债、物权、亲属及继承等四编之共通事项，推究其原理，归纳其精神，并将可共同适用于财产关系及身份关系之原则，在总则编上设立规定，共分七章，即法例、人、物、法律行为、期日及期间、消灭时效及权利之行使。其中又以法律行为（第七十一条至第一百八十八条）之规定，应如何适用于债、物权、亲属及继承编上，最具学术上及实务上之研究价值。^{〔8〕}

德国民法并未明文规定私法自治原则，^{〔9〕}而仅于债编中之第三百零五条规定：“除法律另有规定外，依法律行为创立债之关系，及债之关系内容之变更，以当事人间有契约为必要。”（原文为：Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.）惟德国联邦宪法法院认为，德国基本法（Grundgesetz）第二条第一项关于任何人有自由发展其人格之基本权利的规定，保障人之一般行为的自由（allgemeine Handlungsfreiheit）。就此而言，经济交易之自由（Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr）

〔8〕 王泽鉴，民法物权，一九九二年，七页；同作者，民法总则编关于法律行为之规定对物权行为适用之基本问题，民法学说与判例研究第七册，一九九二年，四一页；戴炎辉、戴东雄合著，中国亲属法，一九九一年修订第三版，五页以下。

〔9〕 Rütters, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 1989, Rd 36.

及契约自由（Vertragsfreiheit）除已经特别的基本权利之规定保护者外，亦属于行为自由范畴。^[10]由于契约自由乃私法自治原则之具体实践，故德国实务及学者一致认为，私法自治乃民法最基本之原则。^[11]

现行民法亦未就私法自治原则设有明文规定。惟其债编开宗明义于第一百五十三条第一项规定：“当事人互相表示意思一致者，无论其为明示或默示，契约即为成立”；又于物权编之第七百六十五条规定：“所有人，于法令限制之范围内，得自由使用、收益、处分其所有物，并排除他人之干涉”；于亲属编之第九百七十二项规定：“婚约，应由男女当事人自行订定”，^[12]第一千零四十九条前段规定：“夫妻两愿离婚者，得自行离婚”；于继承编第一千一百八十七条规定：“遗嘱人于不违反关于特留分规定之范围内，得以遗嘱自由处分遗产”，第一千一百五十四条第一项规定：“继承人得限定以因继承所得之遗产，偿还被继承人之债务”，第一千一百七十四条第一项规定：“继承人得抛弃其继承权”；并于总则编第四章法律行为之第一节通则中规定，“法律行为，违反强制或禁止之规定者，无效。但其规定并不以之为无效者，不在此限”（第七十一条）；“法律行为，有背于公共秩序或善良风俗者，无效”（第七十二条）；“法律行为，系乘他人之胁迫、轻率或无经验，使其为财产上之给付，或为给付之约定，依当时情形显失公平者，法院得因利害关系人之声请，撤销其法律行为，或减轻其给付。前项声请，应于法律行为后一年内为之”

[10] BVerfG 8, 274, 328; 12, 341, 347.

[11] BVerfG 70, 123; 72, 170; Palandt/Heinrichs, 51. Aufl. 1992, Vor § 104, Rd 1.

[12] 依一九八〇年台上字第三六七一号民事判例，由父母代订之婚约，经男女双方当事人互相承认，即生效力。

(第七十四条)。第七十一条及第七十二条规定，理论上于财产上之私法法律关系及身份上之私法法律关系，均有其适用余地，将其规定于总则编，实属妥适。第七十四条则仅于财产上法律行为有其适用，身份法上之法律行为，不得依该条规定，请求撤销，应请注意（一九三九年上字第一〇七号民事判例）。〔13〕

此外，现行民法于债编第二章“各种之债”中，列举买卖（含试验买卖、货样买卖、分期付款买卖及拍卖等四项特种买卖）、互易、交互计算、赠与、租赁、借贷（分为借用人应返还原物之使用借贷与借用人系以相同种类、品质、数量之物返还之消费借贷两种）、雇佣、承揽、出版、委任、经理人及代办商、居间、行纪、寄托、仓库、运送营业（分为物品运送及旅客运送两种）、承揽运送、合伙、隐名合伙、终身定期金、和解及保证等二十二种契约，暨指示证券与无记名证券等两种单独行为。应注意的是，民法债编虽列举上述契约类型，但当事人于此等契约之外，得自由创设其他类型之契约，只要其内容不违背强制或禁止之规定（第七十一条）、或公共秩序及善良风俗（第七十二条），均发生法律上之效力，而得据以拘束契约之当事人，此于前揭德国民法第三百零五条规定，在结果上实无不同。

抑有进者，有关前述所列举各种契约之规定，在性质上，绝大部分系属于所谓之任意规定。易言之，该等规定或在解释当事人意思之不明（即解释规定，如第三百四十六条第二项规定：价金约定依市价者，视为标的物清偿时满偿地之市价。但契约另有订定者，不在此限。），或在补充当事人意思之不备（即补充规

〔13〕 参阅大陆民法通则第七条，第五十五条第三款，第五十八条第一项第五、七款，第五十九条第一项第二款；婚姻法第四条、第二十四条；继承法第十六条、第二十五条。

定，如第三百五十四条以下关于出卖人物之瑕疵担保责任之规定)。不论系解释规定，或系补充规定，原则上，当事人得依其同意而排除之。

综合以上现行民法之相关条文，吾人可知，私法自治原则，虽未经明文规定，但其精神，则表现于民法各编之上。尤其在债编中，由于采取“契约自由”原则，^[14] 更是充分反应私法自治之理念。

叁、意思表示、法律行为与私法自治

私法自治赋予当事人得以自己之意思规范其私法上生活关系之权利，而当事人之意思，须藉行为表达之。此种当事人将其内心欲发生私法上效果之意思，表示于外部之行为，即为民法上之意思表示 (Willenserklärung)。而以意思表示为要素，因意思表示而发生一定私法上效果之法律事实，学说上称为法律行为 (Rechtsgeschäft)。^[15] 由此可知，法律行为乃私法自治之手段，而意思表示又为法律行为之方法。当事人欲实践私法自治，必须借助于法律行为；而在当事人之外部行为中，必须含有意思表示，始足构成法律行为。^[16]

以现行民法为例，意思表示可分为对话之意思表示及非对话之意思表示。前者，指表意人得与相对人直接表达意思而言，并

[14] 郑玉波，民法债编各论，一九七五年四版，一页。郑老师乃台湾著名民法学者，著作等身，桃李满门，功在民法，实堪景仰，不幸于最近辞世，谨此附志，以表敬意。

[15] 王泽鉴，同注1，二六八页，一八八页。

[16] Medicus，同注6，Rd 175.

以相对人了解时，发生效力（第九十四条）。后者，指表意人仅得以间接方法，向相对人传达其意思而言，而以通知到达相对人时，发生效力，但撤回之通知，同时或先时到达者，不在此限（第九十五条第一项）。

无论对话或非对话之意思表示，欲发生法律上之效力，以无虚伪、错误或被诈欺、被胁迫等情事，为其要件（第八十六条至第九十三条）。否则，其意思表示，或者当然无效，或者得由表意人在一定期间内撤销之。经撤销之意思表示，视为自始无效（第一百一十四条第一项参照）。

法律行为系以意思表示为要素，故意思表示若有上述虚伪、错误等不一致、或被诈欺、被胁迫等不自由情事时，皆构成法律行为之无效或得撤销。此外，法律行为欲发生法律上之效力，尚须其当事人具备行为能力，且其标的须可能、确定、适法及妥当。^{〔17〕}

在现行民法，行为能力系指得独立自主地为意思表示之资格，并以年龄为标准而区分为完全行为能力（满二十岁，或未满二十岁而已结婚）、限制行为能力（七岁以上未满二十岁）及无行为能力（七岁以下）（第十二条、第十三条）；又禁治产人亦为无行为能力之人（第十四条、第十五条）。完全行为能力人，除其意思表示系在无意识或精神错乱中所为者外，得自为有效之意思表示或受领意思表示（参阅第七十五条后段）。无行为能力人所为之意思表示无效，应由其法定代理人（父母或监护人）代为或代受意思表示（第七十六条）。限制行为能力人，为意思表示及受意思表示，原则上应得法定代理人之允许（即事前之同意），但纯获法律上之利益或依其年龄及身份，日常生活所必需者，不

〔17〕 王泽鉴，同注1，一八八至一九五页。

在此限。限制行为能力人未经法定代理人之允许所为之法律行为，若为单独行为者，无效；若为契约，则应经法定代理人之承认（即事后之同意），始生效力（第七十七条至第七十九条，并请参阅第八十条至第八十五条）。

法律行为之标的，即法律行为之内容。法律行为（契约）若以自始客观不能之给付为标的者，该法律行为无效（第二百四十六条）。故买卖私有农地，而其承受人无自耕能力者，该买卖契约即因违反“土地法”第三十条之规定，而为以自始客观不能之给付，为契约之标的，应属无效（参阅一九七七年台上字第二六五五号民事判例）。

法律行为之标的，必须具体确定或至少可得确定。故甲向乙称：“吾愿出售东西于汝”，乙虽答曰：“可！”，双方仍未订立有效之买卖契约，因所谓“东西”究为何者，既不具体确定，又无从确定。惟若甲、乙约定，甲出售白米一斤予乙，或甲出售其所有之三辆汽车中之一辆予乙者，则甲乙间之买卖契约为有效。出售白米一斤，系属种类之债，当事人从未具体约定标的物之品质，其契约仍为有效，如依该法律行为之性质或当事人之意思，不能确定其品质时，债务人（出卖人）应给以中等品质之物。种类之债，债务人交付其物之必要行为完结后，或经债权人之同意，指定其应交付之物时，即为特定给付物。债之关系，即成为特定物之债，而以该特定物之给付为债之标的（第二百条）。又出售自己所有三部车中之一部，是为选择之债。出卖人应以何部汽车交售予买受人，得由双方当事人自行约定。无约定者，其选择权属于债务人，即出卖人（第二百零八条）。

法律行为之标的必须合法、妥当。合法云者，法律行为不得违反强制或禁止之规定也（第七十一条）。如前所述，现行民法债编规定多为任意规定，故债权契约因其内容违反强制或禁止规

定而无效之事例，实务上较为少见。物权法上，因采物权法定主义，故当事人约定创设法律所不承认之物权者，其约定无效（第七百五十七条）。依第七百六十一条规定，动产所有权之移转，以交付该动产予受让人为要件。故甲向乙购买古董一件，约定在交付前，甲已就该古董取得物权之受让权，并从而使出卖人乙丧失对该古董之处分权者，该约定无效。乙于嗣后再将该古董之所有权移转予第三者，该第三人仍取得所有权。甲仅得向乙请求债务不履行之损害赔偿（第二百二十六条），或于该第三人具备故意背于善良风俗之侵权行为要件时，向其请求损害赔偿（第一百八十四条第一项后段）。〔18〕

亲属法上之行为，因涉及当事人间之身份关系，故其规定多属强行法规，如有违反，即为无效。在台湾习俗上，偶见当事人约定脱离父子（或母子）关系之协议。是项协议，意在消灭彼此间之血亲关系，但依一九五二年台上字第一一五一号民事判例，血亲关系原非当事人间所能以同意使其消灭，纵有脱离父子关系之协议，亦不生法律上之效力。另一实例，系所谓之“指腹为婚”。依一九四〇年上字第六一八号民事判例，婚约应由男女当事人自行订定，第九百七十二条约有明文，依第一条之规定，〔19〕虽有得由双方父母于其年幼时为之订订婚约之习惯，亦无法之效力。

关于继承法上之行为因违反法律而无效之案例，兹以继承权之抛弃说明之。在私法自治原则下，继承人得抛弃其继承权（第一千一百七十四条第一项）。但所谓继承权之抛弃，系指继承权开始后，否认继承效力之意思表示而言，此由第一千一百七十四

〔18〕 M. Wolf, Sachenrecht, 10. Aufl. 1991, Rd 21ff.

〔19〕 第一条规定为：“民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理”。

条第二项：“前项抛弃，应于知悉其得继承之时起二个月内以书面向法院为之，并以书面通知因其抛弃而应为继承之人。但不能通知者，不在此限”，及第一千一百七十五条：“继承之抛弃，溯及于继承开始时发生效力”之规定，甚为明显。故继承人若于继承开始前（即被继承人死亡前，第一千一百四十七条），预为继承之抛弃者，不生抛弃继承之效力（一九三三年上字第二六五二号民事判例）。再者，继承之抛弃，系就被继承人全部遗产，为抛弃继承权之表示，不得专就被继承人之某一特定债权为继承之抛弃。故继承人表示抛弃一部遗产者，即不生抛弃之效力（一九七八年台上字第三四四八号及同年台上字第三七八八号民事判例）。

所谓法律行为之标的应具备妥当性，系指法律行为不得违反公共秩序或善良风俗（第七十二条），且不得为暴利行为（第七十四条）之谓。兹仅就前者略加说明于后。

公共秩序者，社会之一般利益也。善良风俗者，指社会之一般道德观念。二者合称为公序良俗，与诚实信用原则（第一百四十八条第一项）同属民法上最重要之不确定法律概念，系法官于具体案件中，斟酌各项因素，做出妥适裁判之重要媒介。^[20]

关于“最高法院”认定法律行为因背于公共秩序而无效之案例有二，即外汇证券之买卖或设质，及金融机构以定型化契约免除抽象轻过失责任；因违反善良风俗而无效之案例有三，即父母健在时预立财产分管契约、夫妻预立离婚契约，与为维持婚姻外之同居关系而为赠与；因违背公序良俗而无效之案例有二，即交付金钱以维持通奸关系，及金融机构定型化契约之免责条款。^[21]

[20] 王泽鉴，同注1，二四五页以下；Larenz，同注2，S.435ff.

[21] 王泽鉴，劳动契约上之单身条款，基本人权与公序良俗，民法学说与判例研究第七册，三六页以下，五二页。

肆、契约自由与私法自治

一、概说

私法自治原则在民法上之主要具体化有四：(1) 契约自由；(2) 结社自由（即组织社团之自由）；(3) 所有权自由（参阅七百六十五条、第七百七十三条）；(4) 遗嘱自由（参阅第一千一百八十七条）。〔22〕本文将仅就契约自由之相关重要问题加以探讨。

契约自由之主要内容有四：

其一为缔约之自由。即当事人根本是否愿缔结契约，应听任其自由决定。故某民俗画家甲贫无立锥之地，但其作品则洛阳纸贵，众人争欲抢购，惟甲始终拒绝出售。不久，某甲死亡，而其作品亦突然乏人问津，价格一落千丈。此为台湾发生于一九七〇年代之真实事例，亦为缔约自由之现实写照。

其二为相对人选择之自由。在前举民俗画家案例中，设有乙出价一百元，而丙出价五十元，则甲虽将其图画出卖予丙，乙在法律上并无任何表示不满之权利，盖此乃甲选择其契约相对人之自由也。

其三为方式之自由。即契约原则上得仅因当事人口头之意思表示一致而生效力，不以履行一定方式为必要（参阅第一百五十三条第一项）。在现行民法上，应依一定方式订立，否则无效之重要契约类型计有：终身定期金契约（书面，第七百三十条）、以债权为标的物之权利质权设定契约（书面，第九百零四条、

〔22〕 Palandt/Heinrichs, 同注 11, Vor § 104 Rd 1.

“司法院”院字第九九八号解释)、夫妻财产制契约(书面,第一千零七条)、收养契约,但被收养者未满七岁而无法定代理人时,不在此限(书面,第一千零七十九条)、收养关系之合意终止(书面,第一千零八十条第二项)、离婚(书面及二人以上证人之签名,并为离婚之登记,第一千零五十条)、结婚(公开仪式及二人以上之证人,第九百八十二条)。又继承权之抛弃及遗嘱虽非契约,而为单独行为,但仍应以书面为之,否则不生效力(第一千一百七十四条第二项、第一千一百九十条以下)。

应注意者,不动产所有权之移转或其他不动产物权(抵押权、典权、地上权、地役权)之设定(物权契约),虽应以书面为之(第七百六十条),但依一九三三年上字第二一号民事判例以来之一贯见解,当事人间关于约定移转不动产所有权或设定其他不动产物权之债权契约,如买卖、赠与、互易、或约定设定抵押权之契约,则不以书面为必要,双方就该债权契约互相意思表示一致时,即生效力。^[23]

其四为内容自由,即当事人得就其需要,依合意而创设契约之内容,只要其内容不违背强行法规或公序良俗,概属有效。在现代市场经济活络下,先则盛行于美国,继而传播于世界各地之信用状契约(Letter of Credit)、融资性租赁契约(Leasing)及 Factoring 等等,皆不属于现代民法所规定之契约类型,但上开契约普遍盛行,而法院亦莫不承认其合法性,即为契约内容自由之体现。

[23] 参阅王泽鉴,论移转不动产物权之书面契约,民法学说与判例研究第七册,一九七页;李模,论移转不动产物权之书面契约,法令月刊,一九八九年九月,一一页。

二、契约自由之功能

关于契约自由之功能，可略以简化性及灵活性说明之。^[24]

就简化性而言，由于方式之自由，订立契约——尤其是债之契约——原则上无须履行任何方式，债之交易得以简单化与迅速化，促进经济活动之发展，裨益甚大。惟另一方面，订约方式之简略对于交易之安全亦不无妨碍。盖口头合意即可有效成立契约，则若偶因轻率而与他人达成口头协议，其内容如何，证明不易，一有纠纷，殊难判断。在一九九二年台上字第二三七二号民事判例案例中，甲汇款新台币一千余万元予乙在某银行之账户，嗣主张其汇款系因乙向其借款所致，故请求乙返还尚欠之尾款二百万元。乙虽承认甲有汇款之事实，但否认与甲间有借贷关系，主张该一千余万元并非借款。“最高法院”在上述判例中认为，“当事人（甲）主张有金钱借贷关系存在，须就其发生所须具备之特别要件，即金钱之交付及借贷意思表示互相一致者，尚不能认为有金钱借贷关系存在”。^[25]由是可知，当事人间如仅有口头协议，第三人甚难探究其实情，纵使诉诸法院，其裁判结果，仍不免侥幸成分。

就灵活性而言，在内容自由之下，当事人得依其需要，缔结现行法已有规定之契约，如买卖、租赁、承揽等典型契约。当事人亦得综合参酌既有之法律规定，而缔结所谓之混合契约，如房屋之委建、合建契约、住院医疗契约等。^[26]抑有进者，当事人并得在不违反强行法规及公序良俗之范围内，自由创设现行法根

[24] Medicus, Schuldrecht I, 5. Aufl. 1992, § 10 II.

[25] “司法院公报”，一九九三年三月，七五页。

[26] 王泽鉴，民法债编总论第一册，一九九一年五版，九六页。参阅一九九一年台上字第二二七六号民事判决，“最高法院”民事裁判文书汇编，第六期，五三页、五五页。

本未为规定之新型契约，如前述之 Leasing、Factoring 及 Franchising 等。惟伴随契约灵活性而来的，则是契约正义之问题。申言之，在灵活性之要求下，当事人所缔结之契约，是否符合公平正义之要求，即有疑义。此乃现代契约法面临之新课题。

三、缔约强制

基于缔约自由及相对人选择之自由，当事人得依其自主意思，决定是否订立契约及与何人订立契约。

惟当事人一方之缔约自由与选择相对人之自由，即为他方当事人之缔约限制与选择相对人之限制。此在一般私人间之物品与劳务之交易上，乃尊重私有财产及个人自由所必要，他方当事人自应予容忍。故甲虽急需贷款，并愿支付高利，仍不得强迫富人乙借款。再者，商品之交易或劳务之提供，在市场上具竞争性时，缔约自由与相对人选择之自由，亦不致造成违反契约正义之结果，故他方当事人仍有容忍之义务。

然而，在特殊情形下，为避免契约自由之滥用，或照顾他方当事人之正当利益，法律上，即有限制缔约自由及相对人选择自由之必要，而应课一方当事人缔约之义务，此为所谓强制缔约之制度（Kontrahierungszwang）。〔27〕

以台湾现行规定为例，强制缔约可分为下列二类型：〔28〕

（一）直接基于法律之明文规定

1. 有关公用事业之法规。

公用事业具有独占或寡占性质者，若允许其享有缔约自由或选择相对人之自由，必将危害一般公众之日常民生需要，故此类公用事业负有强制缔约之义务，非有正当理由，不得拒绝客户或

〔27〕 参阅 Bydlinski, AcP 180, S.1ff.; Kilian, AcP 180, S.47ff.

〔28〕 王泽鉴，同注 26，七三页以下；洪逊欣，同注 5，二四八页、二四九页。

用户缔约之请求（参阅“邮政法”第十一条、第十五条第二项、“电业法”第五十七条、“电信法”第十五条、“自来水法”第六十一条）。

2. 有关医护行为之法规。

医护行为攸关病患之生命、身体、健康，故医生对于危急病症，不得无故不应招请或无故迟延（“医师法”第二十一条）；药师执行药局业务，非确有正当理由，不得拒绝处方之调剂。前项药局经指定日夜调剂者，其药师应日夜为处方之调剂（“药师法”第十二条）；助产士不得无故拒绝迟延接生（“助产士法”第二十二条）；医院、诊所遇有危急病人，应即依其设备予以救治或采取一切必要措施，不得无故拖延（“医疗法”第四十三条第一项）；精神医疗机构应提供病人积极适当之治疗，不得无故延误（“精神卫生法”第二十六条第一项）。

3. “民法”第五百三十条。

本条规定：“有承受委托处理一定事务之公然表示者，如对于该事务之委托，不即为拒绝之通知时，视为允受委托”。立法目的，在从速确定法律关系，以保障委托人之利益。律师、会计师、医师对于非危急病患等专业人员业务上行为，均有本条规定之适用。

（二）间接基于法律之一般规定

1. 公平交易法。

台湾于一九九一年为维护交易秩序与消费者利益，确保公平竞争，促进经济之安定与繁荣，制定公平交易法，并自一九九二年二月四日起施行。该法所规范者，系公司、独资或合伙之工商行号、同业工会，及其他提供商品或服务从事交易之人或团体等事业之营业行为。此等事业如无正当理由，拒绝与相对人缔约者，如该事业就其所提供之商品或服务，具有足以影响市场之地

位，或有其他情事存在，堪认事业之拒绝缔约构成差别待遇之行为，而有妨碍公平竞争之虞时，依“公平交易法”第十九条第二款规定，该事业不得为之。易言之，该事业负有强制缔约之义务。^[29]

2. “民法”第一百八十四条第一项后段。

强制缔约，亦可依第一百八十四条第一项后段之规定而成立。申言之，如拒绝他方当事人缔约之请求，构成故意以背于善良风俗之方法加损害于他人之侵权行为者，依第一百八十四条第一项后段规定，应负损害赔偿赔偿责任。而负损害赔偿赔偿责任者，应回复他方损害发生前之原状（第二百十三条第一项），此在拒绝缔约之情形，即为应与该他人订立契约。德国实务早期于适用其民法第八百二十六条（相当于第一百八十四条第一项后段）以认定强制缔约时，系以拒绝缔约者有无垄断地位，致他人只能与其缔约为标准。近来则以拒绝缔约者，是否负有提供公众生活必需品（如饮水、药品等）之义务（*öffentliche Versorgungsaufgabe*）为标准。^[30]

四、定型化契约与契约自由

（一）意义、内容特色及类型

现代契约交易之一大特色，系定型化约款之大量运用。所谓定型化约款，系指契约之一方当事人，为供与不特定之多数相对人订立契约，而事先拟定之交易条款。德国法上称之为一般交易条款（*Allgemeine Geschäftsbedingungen*，参阅德国一般交易条款法（*AGBG*）第一条）；日本法上则称为普通条款。

以定型化约款规律契约当事人之法律关系，在现代经济交易

[29] Medicus, 同注 24, § 11 III 1.

[30] Brox, Allgemeines Schuldrecht, 20. Aufl. 1992, Rd 36.

上，日渐普遍，且属必要。以台湾交易形态而言，信用状、信用卡、银行存放款、融资性租赁、连锁加盟店、保险、旅游、运送、预售屋买卖、房屋土地中介、医疗等等……，倘不借助定型化约款，实难以详细规定当事人间权利义务内容。

在大量交易之契约类型，提供商品或劳务之一方，势必无法与个别消费者，逐一磋商契约内容，且事实上亦无此必要。盖此等契约之一项特色，即不重视交易相对人之个人因素，故就交易条件，得予等同化。由于使用定型化约款，厂商得与相对人迅速缔约，节省费用，并合理规划生产或服务。而厂商是项订约之效率化及经营之合理化，对消费者而言，亦属有利，自不待言。

大体而言，定型化约款之内容特色，或为补充法律所未规定之事项，或为排除法律之任意规定。而其类型则可大别为下列五种：

(1) 减轻或免除自己之责任：如规定自己仅就故意或重大过失负责（参阅第二百二十条）；

(2) 加重相对人之责任：如规定相对人就不可抗力亦应负责；

(3) 限制或剥夺相对人权利之行使：如规定买受人于物有瑕疵时，仅得请求更换标的物，而不得解除契约或减少价金，亦不得请求损害赔偿（参阅第三百五十九条、第三百六十条）；

(4) 分配危险：如规定因不可抗力或第三人行为而生危险，由相对人负担；

(5) 其他：如规定以自己之住所或营业所之管辖法院为第一审法院，或以本土之法律为准据法，或规定商务仲裁约款等。

(二) 实例介绍

关于定型化约款之一般问题，尤其是定型化之认定、订入契约、解释、内容控制、条款无效之法律效果等，现行法上之文献

已有详细论述，^{〔31〕}兹不复赘。以下则介绍定型化约款在台湾实务之案例，以供参考。

1. 印章真正之辨识。

在可见之资料中，“最高法院”第一次就定型化约款表示其见解者，系关于金融机构所定之免责约款之效力问题。

在一九八四年第十次民事法庭庭推会议中，“院长”提请决议之法律问题为：“当事人约定甲方以印鉴留存于乙方之印章，纵令系被他人盗用或伪造使用，如乙方认为与印鉴相符，甲方愿负一切责任。此项约定是否违背公共秩序或善良风俗，而为无效？”其决议为：

“甲种活期存款户与金融机关之关系，为消费寄托与委任之混合契约。第三人盗盖存款户在金融机关留存印鉴之印章而伪造支票，向金融机关支领款项，除金融机关明知其为盗盖印章，而仍予付款之情形外，其凭留存印鉴之印文而付款，与委任意旨并无违背，金融机关应不负损害赔偿赔偿责任。若第三人伪造存款户该项印章盖于支票，持向金融机关支领款项，金融机关如已尽其善良管理人之注意义务，仍不能辨认盖于支票上之印章系伪造时，即不能认其处理委任事务有过失，金融机关亦不负损害赔偿赔偿责任。金融机关执业人员有未迟善良管理人之注意业务，应就个案认定。至金融机关如以定型化契约约定其不负善良管理人注意之义务，免除其抽象的轻过失责任，则应认此项特约违背公共秩序，而解为无效。”

此外，在同年第十一次民事庭会议时，“院长”再度提议讨

〔31〕 王泽鉴，同注 26，七六页以下；同作者，台湾的民法与市场经济，民法学说与判例研究第七册，一页以下。详细之讨论，参阅刘宗荣，免责约款之研究，一九八五年，台湾大学法律学研究所博士论文。

论：“关于当事人约定：一方以印鉴留存于他方之印章，纵令被第三人盗用或伪造而使用，如他方认为与印鉴相符，亦应负一切责任，此项约定是否有效？”，其决议内容为：

“乙种活期存款户与金融机关之间为消费寄托关系。第三人持真正存折并在取款条上盗盖存款户真正印章向金融机关提取存款，金融机关不知其系冒领而如数给付时，为善意的向债权之准占有人清偿，依第三百十一条第二款规定，对存款户有清偿之效力。至第三人持真正存折而盖用伪造之印章于取款条上提取存款，则不能认系债权之准占有人。纵令金融机关以定式契约与存款户订有特约，约明存款户事前承认，如金融机构已尽善良管理人之注意义务，以肉眼辨认，不能发现盖于取款条上之印章系属伪造而照数付款时，对存款户即发生清偿之效力，亦因此项定式契约之特约，有违公共秩序，应解为无效，不能认为合于同条第一款规定，谓金融机关向第三人清偿系经债权人即存款户之承认而生清偿之效力。”

由是可知，“最高法院”系以第七十二条关于“公共秩序”之概念，认为金融机关以定型化约款，免除其抽象的轻过失责任，或将因其肉眼无法辨识取款条上客户印章之真正，而发生之危险，移转予客户者，其约定概属无效。就结果而言，“最高法院”是项见解，诚可赞同。惟在理由构成上，金融机关上开约款，是否有背于公共秩序，仍有可疑，按债务人应就其故意或过失而言，即债务人未尽善良管理人之注意义务也。金融机关收受客户存款，受有利益，自应善尽注意之义务（第二百二十条第二项），且其复有机会审查印章之真正与否，而此项审查，并为避免客户因存款被冒领之最后一道防线，尤应慎重为之。故金融机关如以定型化约款，免除自己之善良管理人注意义务，或就存款被冒领所生之危险，不合理地分配予客户承担者，实属违反履行

债务应依诚信原则之要求。准此以言，关于定型化约款效力之审查，应以“诚信原则”为准据，较能平衡契约双方当事人之利益。德国一般交易条款法第九条即予明文揭示，足供参酌。^[32]

2. 旅行业者就使用人行为之责任。

台湾历经数十年之经济改革，人民财富逐渐累积，旅游活动，已成为大众休闲项目。就台湾盛行之出台旅游而言，通常情形，旅游者系与台内之旅行业者订约，支付全部报酬，并由后者负责提供有关旅行给付之全部予旅客。惟事实上，旅行中之食宿、交通、游览等，旅行业者均洽由旅行地当地国之相关业者安排并为给付。另一方面，旅行业者则以定型化约款与旅客约定，旅行业者就各该当地国相关业者之故意或过失行为，不负任何责任。是项约款，依一九九一年台上字第七九二号民事判决，殊与公共秩序有违，应不认其效力。^[33]

在前引判决中，“最高法院”仍以公共秩序之概念，审查定型化约款之效力。惟上开条款，是否确已达于有害社会一般利益之程度，而为有背于公共秩序，实有疑问。依本文见解，旅客所信赖者，系其本土之旅游业者，且旅游业者系向旅客收受全部之报酬，尤应就旅行中之一切给付，包含交通、食宿、游览及旅客安全等，负全部给付之责任。旅行业者固可使用第三人，以提供各该给付。但旅客对于旅行业者所使用之第三人，事前即无选择权利，临时亦无拒绝可能。旅客所信赖者，纯为旅行业者之决定。尤有进者，旅客若因外国之住宿、交通或游览给付者之行为而受有损害时，欲期待旅客在该外国起诉主张权利，实属强人所

[32] 参阅刘宗荣，定型化契约论文专辑，一九八八年，五八页以下。

[33] 参阅王泽鉴，定型化旅行契约的司法控制，民法学说与判例研究第七册，五六页以下。

难，且外国给付者与本土旅行业者之内部契约关系，亦非旅客所能窥知，自不应要求旅客承担其可能引发之不利益。在此情况下，若旅客请求本土旅行业者赔偿损害时，后者得依其定型化约款，免除其就外国给付提供者不法行为所应负之责任（第二百二十四条），不啻剥夺旅客任何请求救济之机会，则参加旅游活动，安全毫无保障，缔结旅游契约，显无任何意义，与诚信原则，殊有违背（参阅德国一般交易条款法第九条第二项第二款）。就此而言，旅行业者之上开免责条款，系属违反诚信原则而无效。至于该约款有无违背公共秩序，即无深入探讨之必要。

3. 金融机关之保证条款。

台湾金融机关于因贷款予债务人，而与第三人订立保证契约时，常以定型化约款规定，“保证人抛弃民法债编第二十四节所定关于保证人得主张之一切抗辩”，或“保证人抛弃第七百五十一条所定保证人之抗辩权”。

按保证具有从属性及补充性。从属性者，保证债务之成立与存在，以主债务之成立与存在为前提，故保证人之负担，不得逾主债务之范围（第七百四十一条）；主债务人所有之抗辩，保证人得主张之，主债务人抛弃其抗辩者，保证人仍得主张之（第七百四十二条）；主债权移转时，保证债权亦随同移转（第二百九十五条第一项前段）。补充性者，保证人原则上仅于主债权人不履行债务时，始代负履行之责任，故保证人得主张先诉抗辩（第七百四十五条）；债权人抛弃为其债权担保之物权者，保证人就债权人所抛弃权利之限度内，免其责任（第七百五十一条）；此外，保证人于特定情况下，亦得免除其保证责任（第七百五十二条至第七百五十五条）。

前述之从属性及补充性，乃保证契约之本质，而法律所定之抗辩权，亦系兼顾保证人正当利益所必需。故此等抗辩之规定，

原则上虽为任意规定（参阅第七百四十六条第一段），惟若债权人以定型化约款，概括地剥夺保证人所得主张之一切抗辩权者，显与保证契约之本质有违背，而为严重妨碍保证人之正当利益，不符诚信原则，殊可断言，是此项约款应属无效。

应继续研究者，系规定保证人抛弃特定抗辩权之定型化约款之效力问题。就此，一九八五年台上字第一〇六四号民事判决谓：“民法债编第二十四节内第七百五十一条规定之保证人权利，法律上并无不许抛弃之特别规定，就其性质而言，保证人非不得抛弃，且其抛弃与公共秩序无关”。〔34〕“最高法院”是项见解，在结论及理由构成上，均有商榷余地。

第七百五十一条关于保证人抗辩权之规定，依其性质，虽属任意法规，而得依当事人之合意，排除其适用，惟此仅限于当事人系经磋商决定后，保证人愿为抛弃之情形。若债权人（金融机构）以自行事先印就之约款，规定保证人抛弃该项抗辩权者，即不得以第七百五十一条系属任意规定为理由，而毫无限制地承认其效力。盖如前所述，定型化约款内容特色之一，即为排除法律之任意规定也。倘谓任意法规均得有效排除，即几无无效之定型化约款矣！

其次，保证人抛弃第七百五十一条系基于保证契约之补充性所为之规定，故保证人抛弃该条所定之抗辩权，如与保证债务之补充性无碍者，其抛弃即为有效。准此以言，债权人规定保证人抛弃该抗辩权，其目的如在于使主债务人能充分利用系争之担保物，以满足债权之清偿者，其抛弃即为有效。盖于此情形，保证人将随债权清偿之限度，而免除保证责任，与补充性之原则，殊无违背。

〔34〕“最高法院”民刑事裁判选辑（下称选辑），第六卷第一期，二三三页。

反之，债权人所订保证人抛弃第七百五十一条所定抗辩权之定型化约款，如不具上述之目的关联性者，即为片面考虑债权人求偿上之方便，乃不具实质理由之抛弃，不符补充性之原则，应为无效。^[35]

一九八五年台上字第一〇六四号民事判决所涉之定型化约款，仅泛称保证人抛弃第七百五十一条所定之抗辩权，而未表明该抛弃是否限于兼为主债务人方便利用担保物之情形，依定型化约款之解释原则，应为不利于制定条款者（即金融机关）之解释（参阅德国一般交易条款法第五条），而解为纵与主债务人得否利用担保物无关，保证人亦为抛弃。惟如上说明，是项情形之抛弃违反保证契约之补充性，故前揭之定型化约款，应属无效。

4. 董监事连保条款。

由于公司系属法人组织，乃独立于公司股东之权利主体，在有限公司及股份有限公司，股东对于公司债务不负任何责任（参阅“公司法”第九十九条、第一百五十四条）。公司之董监事系公司之股东（“公司法”第一百九十二条第一项、第二百一十六条第一项），自有上述原则之适用。惟董事系公司业务实际经营者，而监察人在实际上，又多为董事之亲友，欲期待其善尽监督之责，实有困难。因此，在台湾，凡对于公司贷款者，莫不要求董监事出任连带保证人，俾债权之清偿，能有较大之保障，此即为所谓之董监连保。实务上，公司多向金融机关融资，而由金融机关在其使用之定型化贷款契约书或另立之保证契约书上，为董监连保之约定。有问题者，曾同意担任连带保证人之董监事，于解除其董监事职务时，是否仍应依该约款规定，负代为清偿债务之责任？

[35] Wolf in Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 2. Aufl. 1989, § 9 B 21f.

就此问题，在一九八九年台上字第二五五七号民事判决中，^[36] 原审台湾高等法院谓：“两造所订保证书约定：在公司（主债务人）未清偿债务以前，不自行退保。可见未订立保证期间，亦未特定所保证债务发生之期限，更未约定以上诉人（董事）担任公司董、监事期间为保证期间”，从而认为上诉人虽未连任董事，仍应负保证责任。惟“最高法院”则认为：“在定型化契约，就具体个案，如有特殊情形，仍应参酌订约之内容，探求当事人之真意，解释契约，不能专以定型化契约之条款为惟一凭据。本件主债务人公司改选董监事，上诉人未经连任，而新任董监事又与被上诉人（债权人）签订新的连带保证契约，则上诉人抗辩，依其与被上诉人订约意旨，旧保证契约因新保证契约之订立而归于消灭，似非无据。……况公司董、监事如一旦就公司所负一定限额之债务，为概括保证，则其保证责任不因嗣后辞职经新任董、监事之更新保证而解免。如此解释，与被上诉人要求公司董、监事就公司所负债务负保证责任之趣旨，是否相符，尤值推敲，原审未注意及此，仅依定型化约款所定条款，为上诉人不利之规定，难谓已尽审理能事”。

首应提出者，“最高法院”本件民事判决涉及定型化约款之一项重要原则：于审查定型化约款内容之有效性前，应先解释该条款之意义。此即“条款之解释优先于条款之控制原则（Vorrang der Auslegung vor Inhaltskontrolle）”。申言之，即就定型化约款之文义，为限制之解释，将其适用范围减缩至合理之程度，而不为扩充解释，再宣示该条款为无效。^[37]

依据上述“定型化约款之解释优先于该条款有效性之审查”

[36] “司法院公报”一九九〇年三月，五五页。

[37] BGH NJW 1985, 623, 626; Wolf, 同注 35, § 9 Rd 31.