

《臺大法學論叢》與臺灣民法學說、實務 及立法之發展

詹森林*

〈摘要〉

2011 年 10 月為臺大法學論叢發行 40 週年紀念日！40 年來，臺大法學論叢提供國內外學者、法官、律師、學生發表法律專業論文，量多質精。在民法方面，發表於臺大法學論叢之論文，包含歷史法學、法制史、比較法、外國判決研究、國內判決研究、立法建議、法律經濟分析及其他等各類。

本文從侵權行為、損害賠償、定型化契約及出賣人物之瑕疵擔保責任四部分，說明臺灣民法學說、實務與立法之發展上，臺大法學論叢所扮演之功能。

關鍵詞：侵權行為、保護法益、第三人與有過失、定型化契約條款、定型化契約應記載及不得記載事項、買賣契約、物之瑕疵擔保

* 國立臺灣大學法律學院教授。E-mail: shlijan@ntu.edu.tw
• 責任校對：許哲涵、黃凱紳。

◆ 目 次 ◆

壹、前言

貳、利益在侵權行為法上之保護

一、學者通說及最高法院裁判

二、陳忠五教授見解

三、評釋

參、第三人與有過失與損害賠償責任之減免

一、問題提出

二、王澤鑑教授見解

肆、定型化契約條款

一、概說

二、劉宗榮教授見解

三、我國定型化契約法之發展

伍、買賣標之物之交付與出賣人物之瑕疵擔保責任

陸、結論

壹、前 言

臺灣大學法律學系自民國 60 年 10 月起，定期出版《臺大法學論叢》，提供系內與系外之教師、學者與實務家發表論文，迄今年為止，共四十年。

四十年來，《臺大法學論叢》刊行許多重要著作。在民法方面，計有歷史法學¹、法制史²、方法論³、比較法⁴、外國判決研究⁵、國內判決研究⁶、立

¹ 例如：戴東雄（1971），〈論德國繼受羅馬法之本質精神〉，《臺大法學論叢》，1 卷 1 期，頁 21-34；王泰升（2008），〈學說與政策交織下的日治台灣民事法制變遷：以岡松文書為中心〉，《臺大法學論叢》，37 卷 3 期，頁 47-95。

² 例如：戴東雄（1972），〈論中國固有法上家長權與尊長權的關係（上）〉，《臺大法學論叢》，2 卷 1 期，頁 1-14；戴東雄（1973），〈論中國固有法上家長權與尊長權

法建議⁷、法律經濟分析⁸、其他⁹等等性質。

的關係（下）》，《臺大法學論叢》，2卷2期，頁267-286；蘇達志（1991），〈臺灣固有習慣與民法之適用〉，《臺大法學論叢》，21卷1期，頁407-418；黃詩淳（2010），〈特留分意義之重建：一個法制史的考察〉，《臺大法學論叢》，39卷1期，頁109-160。

³ 例如：黃茂榮（1976），〈法律解釋學基本問題（一）〉，《臺大法學論叢》，5卷2期，頁49-80；黃茂榮（1977），〈法律解釋學基本問題（二）〉，《臺大法學論叢》，6卷2期，頁7-62。

⁴ 例如：韓忠謨（1972），〈養子女制度：中美兩國制度之比較〉（英文），《臺大法學論叢》，1卷2期，頁335-358；曾陳明汝（1972），〈法國收養制度之研究〉，《臺大法學論叢》，2卷1期，頁127-134；朱柏松（1981），〈論日本契約法上商品製造人責任〉，《臺大法學論叢》，10卷2期，頁163-196；黃宗樂（1983），〈東南亞各國之婚姻、離婚法〉，《臺大法學論叢》，12卷2期，頁73-128；陳聰富（1997），〈美國懲罰性賠償金的發展趨勢〉，《臺大法學論叢》，27卷1期，頁231-264；陳忠五（2001），〈法國侵權責任法上的損害概念〉，《臺大法學論叢》，30卷4期，頁111-214；陳自強（2008），〈德國消費借貸之修正與債法之現代化〉，《臺大法學論叢》，37卷1期，頁269-361；陳自強（2010），〈聯合國商事契約通則在契約法中之地位〉，《臺大法學論叢》，39卷4期，頁299-348。

⁵ 例如：王澤鑑（1972），〈德國最高法院民事判例研究（一）〉，《臺大法學論叢》，1卷2期，頁533-545；王澤鑑（1973），〈德國最高法院民事判例研究（二）〉，《臺大法學論叢》，2卷2期，頁229-247。

⁶ 例如：陳棋炎（1972-80），〈親屬、繼承法判例判決之研究（一）至（十六）〉，《臺大法學論叢》，1卷2期至9卷2期，頁515-532、263-306；王澤鑑（1973），〈最高法院六十年十則民事判決之檢討〉，《臺大法學論叢》，2卷2期，頁387-452；王澤鑑（1973），〈最高法院四則民事判決之研究〉，《臺大法學論叢》，3卷1期，頁197-220；謝在全（1986），〈最高法院69年度臺上字第3708號民事判決評釋：地上權於取得時效完成後未登記前，有無占有之正當權源〉，《臺大法學論叢特刊》，74年度民商事裁判研究專集，頁143-156；陳聰富（2004），〈論侵權行為法上之過失概念：最高法院90年度臺上字第1682號民事判決評釋〉，《臺大法學論叢》，33卷4期，頁145-204；詹森林（2010），〈不完全給付與物之瑕疵擔保之實務發展：從最高法院77年度第7次到96年度第8次民事庭會議決議〉，《臺大法學論叢》，39卷3期，頁69-108。

⁷ 例如：陳棋炎（1974），〈關於修改民法親屬、繼承兩篇之管見〉，《臺大法學論叢》，4卷1期，頁179-236；戴東雄（1981），〈從西德、瑞士普通法定財產制檢討我國聯合財產制之修正草案〉，《臺大法學論叢》，11卷1期，頁123-158。

⁸ 例如：蘇永欽（2004），〈締約過失責任的經濟分析：從現代交易的階段化談起〉，《臺大法學論叢》，33卷1期，頁183-218。

⁹ 例如：吳從周（2010），〈試論判例作為民法第1條之習慣法：為我國判例制度而辯護〉，《臺大法學論叢》，39卷2期，頁227-299。

為紀念《臺大法學論叢》發行四十週年，本文特以筆者較為熟悉之侵權行為法、損害賠償法、定型化契約法、買賣法為例，說明《臺大法學論叢》與臺灣民法學說、實務與立法發展之關係，以為回顧及展望。

貳、利益在侵權行為法上之保護

一、學者通說及最高法院裁判

因侵權行為而加損害於他人者，加害人應如何對被害人負賠償責任，各國民法有不同之規範模型¹⁰。我國民法第 184 條規定：「（第一項）因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。（第二項）違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限¹¹。」

前述規定，基本上，係仿效德國民法。詳言之，民法第 184 條第 1 項前段及第 2 項相當於德國民法第 823 條，民法第 184 條第 1 項後段則相當於德國民法第 826 條¹²。此種規範模型，原則上係區分「權利」與「權利以外之法益」，而賦與侵權行為法上之不同保護方式¹³。

¹⁰ 王澤鑑（2009），《侵權行為法》，頁 43-72，台北：自刊；CHRISTIAN VON BAR, THE COMMON EUROPEAN LAW OF TORTS 17 (1998); WALTER VAN GERVEN, JEREMY LEVER & PIERRE LAROCHE, CASES, MATERIALS AND TEXT ON NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL TORT LAW, SCOPE OF PROTECTION 71 (2000)。

¹¹ 民國 19 年 5 月 5 日施行之民法第 184 條第 2 項規定內容為：「違反保護他人之法律者，推定其有過失。」此項規定，究竟僅為同條第 1 項前段所稱「過失」之推定，或為獨立侵權行為類型，學說上有爭議。88 年 4 月 21 日公布之修正條文，乃修正為：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」參林誠二（2010），《債法總論新解：體系化解說（上）》，頁 311，台北：瑞興；劉春堂（2010），《判解民法債編通則》，頁 121，台北：三民；姚立明（2002），《侵權行為法研究（一）》，頁 43，台北：元照。

¹² 史尚寬（1975），《債法總論》，頁 106，台北：自刊；王澤鑑，前揭註 10，頁 83-84。梅仲協（1970），《民法要義》，頁 137，台北：自刊。

¹³ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., Neuwied: 2006, Rn. ff.; Brox/Walker,

詳言之，學者通說認為，民法第 184 條第 1 項前段規定保護之客體為「權利」；同條項後段規定保護之客體主要為「權利以外之法益」，但亦可包含「權利」在內；本條第 2 項規定保護之客體，則為保護他人為目的之法律所欲保護之「權利」或「權利以外之利益」¹⁴。因此，凡「權利」受侵害者，如其侵害不具阻卻違法事由，且行為人有故意或過失時，被害人即得請求賠償；惟「權利以外之法益」受侵害者，須該侵害行為違反保護他人之法律，或其侵害在客觀評價上違背善良風俗且行為人主觀意思上為故意，被害人始得請求賠償。

最高法院亦採相同看法，而首先於 86 年度台上字第 3760 號「預售屋買賣廣告不實案」之判決中表示：「按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同，民法第一百八十四條第一項定有明文。**本項規定前後兩段為相異之侵權行為類型。關於保護之法益，前段為權利，後段為一般法益。關於主觀責任，前者以故意過失為已足，後者則限制須故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，兩者要件有別，請求權基礎相異，訴訟標的自屬不同。**」（粗黑體為作者所加，以下同）。嗣後，最高法院於 89 年度台上字第 2560 號之「工程承攬廠商借牌及偷工減料案」、97 年度台上字第 1352 號之「指封土地錯誤案」、97 年度台上字第 2530 號之「合夥會計師另立事務所搶奪客戶案」、98 年度台上字第 1843 號之「出賣債權案」等判決中，一再重申前述裁判要旨。

二、陳忠五教授見解

對於前述學者與實務通說見解，陳忠五教授提出詳盡理由，持不同意見

Besonderes Schuldrecht, 34. Aufl., München 2010, § 41 Rn. 2、65、76; VON BAR, *supra* note 10, at 17; VAN GERVEN ET AL., *supra* note 10, at 63; CEES VAN DAM, EUROPEAN TORT LAW 67 at 402-1 (2006).

¹⁴ 鄭玉波（1963），《民法債編總論》，頁 154，台北：三民；孫森焱（2008），《民法債編總論（上）》，頁 210、241、242、244，台北：自刊；王澤鑑，前揭註 10，頁 83-87；林誠二，前揭註 11，頁 340。

而強調¹⁵：

（一）就保護客體範圍而言，契約責任與侵權責任，有逐漸趨近的發展趨勢，二者原則上並無不同，均包含權利與利益。

（二）權利與利益，難以嚴格區別，二者之差異，往往只是不同觀察角度而已。人格權或人格利益、身分權或身分利益、物權或支配利益、債權或給付利益、財產權或財產利益，均是明顯例證。此種微妙模糊的關係，不足以作為差別保護的正當性基礎，亦不足以作為拒絕保護利益的法律理由。

（三）權利與利益的區別所反映者，並非截然不同的「價值判斷」，而係各具特色的「法律技術」。利益，尤其是「純粹經濟上損失」，充滿不確定性與不可預見性，範圍廣泛，難以精確預估，故侵權責任法保護被害人「利益」時，應兼顧加害人之「行為自由」，以適度合理限制加害人責任。惟為落實此一需求，其方法不應為以權利或利益之侵害作為侵權責任類型化之基礎，並據以適用不同的歸責原理，而應在相同的過失責任原則下，於實際認定「損害」、「行為不法」、「過失」、「因果關係」等責任成立要件時，參酌權利與利益不同的特性，作出合理妥適的判斷。

（四）傳統見解將侵權責任法對利益之保護，侷限於民法第 184 條第 1 項後段所定「違背善良風俗之侵權行為」，或同條第 2 項所定「違反保護他人法律之侵權行為」，過於僵化，欠缺彈性，無法適應社會變遷。解決之道，應揚棄差別保護「權利」與「利益」之傳統見解，直接擴張民法第 184 條第 1 項前段所稱「權利」之範圍，使其包含「利益」在內，使權利與利益的侵害，均有「過失責任責任」的適用。

三、評釋

按侵權行為應採何種規範模式，各國因為其立法當時之社會背景、經濟狀況、道德觀念、政治體制、司法公信等因素，而有不同。英國採列舉式、

¹⁵ 陳忠五（2007），〈論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《臺大法學論叢》，36 卷 3 期，頁 51-254。

法國及日本採概括式、德國及瑞士採折衷式¹⁶，皆具有特色，並無對錯可言，更無優劣之別。重要者，係法官應體會立法意旨、因應社會變遷、熟悉比較法制、不拘泥法條、不背離事理，以尋求最公正、合理、妥適之裁判。

就我國民法第 184 條規定而言，從立法體例、法條文義及立法意旨觀察，在侵權行為法上，確實應區別「權利」與「權利以外之法益」，而為不同之保護，學者通說及最高法院裁判，難謂無據。又，理論上，民法第 184 條第 1 項前段所稱之「權利」，通說認為係指既存法律體系所明認之權利，而「權利以外之法益或利益」，則指規律社會生活之公序良俗及保護個人法益之法規所包括之一切法益¹⁷。

然而，實務上，在不少具體案件中，法院於適用民法第 184 條第 1 項前段時，面臨無法精確區分「權利」與「權利以外之法益」之難題，惟為達成個案公平目的，法官遂將問題焦點轉移為如何解釋同條第二項所稱之違反保護他人法律。經典之例子「預售屋交付後受損案」。基本事實及法律問題為：預售屋交付後，發現因設計、興建或監造過程有瑕疵，甚至偷工減料，致發生天然災害（大雨或地震等）時，房屋因而受損，甚至倒塌。問：第一手買受人或第二手以後之買受人，就該屋價值之減損或滅失，得否請求該屋之建商、承包商、設計及監造商，及各該法人之負責人，分別依民法第 184 條及第 28 條或公司法第 23 條規定，負賠償責任？

按買受人於取得房屋所有權之前，並非該屋所有人，僅得請求出賣人交付房屋並移轉所有權（民法第 348 條第 1 項），故在買受人取得所有權之前，第三人縱有侵害房屋之行為，買受人亦不得對該第三人主張侵權行為之損害賠償請求權。由於房屋之設計、興建及監造，均發生於該屋買受人取得所有權之前，故設計、興建或監造縱有瑕疵，亦難謂侵害買受人之所有權，買受人尚難依民法第 184 條第 1 項前段，對設計、興建及監造之廠商，主張侵權責任，而僅得對出賣人主張物之瑕疵擔保或不完全給付之契約責任。

¹⁶ 史尚寬，前揭註 12，頁 105-106；詳細說明，參王澤鑑，前揭註 10，頁 43-62；Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 597-625.

¹⁷ 孫森焱，前揭註 14，頁 210。

惟買受人依物之瑕疵擔保或不完全給付規定尋求救濟時，經常遭遇下列困難：

（一）受害人非第一手買受人者，除經第一手買受人轉讓其物之瑕疵擔保或不完全給付權利外，不得主張之。

（二）受害人雖為第一手買受人或從第一手買受人受讓權利之後手買受人，亦僅得向出賣人即建商主張物之瑕疵擔保權利，而不得向非買賣契約相對人之房屋設計、承包及監造廠商主張。

（三）受害人對建商之契約解除權或減少價金請求權，須於短期除斥期間內行使，否則歸於消滅（民法第 365 條）。

（四）受害人通常無法證明建商故意不告知瑕疵或有保證品質，故無法依物之瑕疵擔保規定請求損害賠償（民法第 360 條）。

（五）受害人就房屋因有瑕疵所生價值之減損，依不完全給付請求建商賠償者，依最高法院見解，限於瑕疵發生於買賣契約成立後之情形（77 年度第 7 次民事庭會議決議），且因係主張契約責任，而建商之負責人並非房屋出賣人，故受害人不得對該負責人依契約責任請求損害賠償。

鑑於前述困難，買受人（含第一手及後手買受人）遂改依侵權行為規定，請求建商及設計、興建與監造之廠商，暨各該廠商之負責人，賠償房屋因有瑕疵所生價值減少或滅失之損害。

就買受人此項請求，最高法院首先於民國 88 年九二一大地震所引起之「美麗殿大樓受損案」中，以 92 年度台上字第 2406 號判決表示：「按民法第一百八十四條第一項前段之規定，固係以權利之侵害為侵權行為要件之一，非侵害既存法律體系所明認之權利，不構成侵權行為。惟同法條後段規定故意以背於善良風俗之方法加害於他人者，亦同。則侵權行為係指違法以及不當加損害於他人之行為而言，至於侵害係何權利，要非所問。而所謂違法以及不當，不僅限於侵害法律明定之權利，即違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理之公序良俗者，亦同。故同法第一百八十四條第二項規定之所謂法律，係指一切以保護他人為目的之法律規範而言。建築改良物為土地改良物之一，為具高價值之不動產，其興建、使用應

依法管理（土地法第五條、第一百六十一條、建築法第一條、第二十八條參看），倘於興建時有設計缺失、未按規定施工，或偷工減料情事，即足以影響建築改良物本身之使用及其價值。關於建築改良物之興建，建築法就起造人、承造人、設計人、監造人所為規範（建築法第十三條、第三十九條、第六十條、第七十條），自均為保護他人為目的之法律，彼等應負誠實履行義務，不得違反，如有違反而造成建築改良物之損害，對建築改良物所有人，難謂毋庸負損害賠償責任。且此之所謂損害，不以人身之損害為限，亦包括建築改良物應有價值之財產損害在內¹⁸。」嗣後，最高法院於其他類似案情之裁判中，亦堅持此項見解¹⁹。

從最高法院前述裁判，可以得知，最高法院一方面固守「權利」與「權利以外之利益」在民法第 184 條第 1 項前段上之不同保護，以維護立法意旨，惟他方面為無辜受害之買受人另闢蹊徑，繞道同條第 2 項，以兼顧個案公平。最高法院此種解決方式，用心良苦，結論上，應值贊同。

參、第三人與有過失與損害賠償責任之減免

一、問題提出

關於「與有過失」，民國 19 年 5 月 5 日施行之民法債編第 217 條規定：「（第一項）損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。（第二項）重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失²⁰。」。日本民法就債務不

¹⁸ 本判決之評釋，請參劉昭辰（2007），〈侵權行為法體系上的「保護他人之法律」：最高法院 92 年度台上字第 2406 號判決的震撼性〉，《月旦法學雜誌》，146 期，頁 232-251。

¹⁹ 參最高法院 93 年度台上字第 381 號、95 年度台上字第 395 號（亦為 921 地震案件）、95 年度台上字第 625 號（與 93 年度台上字第 381 號為同一事件）、95 年度台上字第 1174 號（亦為 921 地震案件）等判決。

²⁰ 民法第 217 條第 1 項規定，實務適用甚廣，最高法院著有不少重要判例。依該等判例，與有過失，不僅適用於侵權行為之法定損害賠償，契約所定之損害賠償，

履行所生之損害賠償，及不法行為（即我國之侵權行為）所生之損害賠償，分別於第 418 條及第 722 條第 2 項，設有「過失相抵」規定，其內容與我國民法第 217 條相似，故我國學說²¹及實務²²亦將民法第 217 條規定之「與有過失」稱為「過失相抵」。

前述條文所稱之「被害人」，係指「被害人自己」，蓋第三人之行為，對被害人而言，原則上屬於「事變」，故損害之發生或擴大，係因他人之過失所致者，當然不可歸由被害人承擔而減免其得請求之賠償金額。

惟損害係因第三人之過失所致者，除該第三人為加害人之債務履行輔助人，或與加害人有共同侵權行為關係，故加害人應就該第三人之行為負責外（參見民法第 224 條、第 185 條），對加害人而言，第三人之行為，亦同屬事變，不應轉嫁由加害人承擔。

從而，損害除因加害人之過失所致者外，並因第三人與有過失而發生或擴大者，在被害人與加害人之間，應如何分擔，即為重要而困難之問題。

除有反對之特約外，亦難謂無其適用，且此項基於過失相抵之責任減輕或免除，非僅視為抗辯之一種，亦可使請求權全部或一部為之消滅，故債務人就此得為提起確認之訴之標的（最高法院 54 年台上字第 2433 號判例）；債務人或加害人應負無過失責任時，亦有與有過失規定之適用（最高法院 79 年台上字第 2734 號判例）；與有過失規定之目的，在謀求加害人與被害人間之公平，故在裁判上法院得不待當事人主張，而以職權減輕賠償金額或免除之（最高法院 85 年台上字第 1756 號判例）；惟法院對於賠償金額減至何程度，抑為完全免除，雖有裁量之自由，但應斟酌雙方原因力之強弱與過失之輕重以定之（最高法院 54 年台上字第 2433 號判例）。另外，最高法院最近裁判稱：「所謂損害之發生，被害人與有過失者，須其過失行為亦係造成該損害發生之直接原因，始足當之。如損害之發生，因加害人一方之故意不法行為引起，被害人縱未採取相當防範措施或迴避手段，不能因此認被害人對損害之發生亦與有過失，而有前揭過失相抵之適用。」（最高法院 98 年度台上字第 2157 號判決）。

²¹ 史尚寬，前揭註 12，頁 292；劉春堂，前揭註 11，頁 210；鄭玉波，前揭註 14，頁 252。孫森焱，前揭註 14，頁 445。

²² 參最高法院 54 年台上字第 2433 號、68 年台上字第 967 號、73 年台上字第 2201 號及 73 年台再字第 182 號等判例，及最高法院 68 年度第 3 次民事庭庭推總會決議（三）。

二、王澤鑑教授見解

就此問題，王澤鑑教授整理國內學說，並參酌德、瑞、英、美立法與實務，分別四種類型而提出其見解：（一）法定代理人或使用人與有過失，（二）直接受害人與有過失，（三）在所謂損害延伸作用案例中，前受害人與有過失，（四）被害人與第三人共同與有過失²³。

茲就嗣後對最高法院裁判及民法修正發生影響之（一）及（二）類型，說明於後。

（一）法定代理人或使用人與有過失

依王澤鑑教授見解，被害人之法定代理人或使用人對於損害之發生或擴大與有過失者，加害人得否主張減免其賠償責任，應視損害事故發生前，被害人與加害人之間有無債之關係存在，而為不同之處理：

1. 損害事故發生前，被害人與加害人之間**有債之關係**（通常為契約關係）存在者，王澤鑑教授認為應將民法第 224 條「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任」之規定，準用於過失相抵之情形。易言之，被害人之法定代理人或使用人，就損害之發生或擴大與有過失者，法院亦應減輕或免除加害人之賠償金額。

2. 損害事故發生前，被害人與加害人之間**無債之關係**（通常為契約關係）存在者，王澤鑑教授認為：

（1）被害人之**使用人**對於損害之發生或擴大與有過失者，由於被害人將自己法益委由其使用人照顧處理，則該使用人之過失，應視同被害人自己之過失，且被害人利用其使用人而擴大活動範圍，故該使用人之與有過失，應由被害人承擔，以避免加害人因事實上不能向該使用人求償，而發生不合情理之結果。

（2）被害人之**法定代理人**對於損害之發生或擴大與有過失者，代理僅限

²³ 王澤鑑（1971），〈第三人與有過失與損害賠償之減免〉，《臺大法學論叢》，1 卷 1 期，頁 185-194；王澤鑑（1972），〈間接受害人之損害賠償請求權及與有過失原則之適用〉，《臺大法學論叢》，2 卷 1 期，頁 223-228。

於法律行為，故關於債之履行，法定代理人之行為，始得視為被害人之行為，在侵權行為情形，法定代理人之行為，以不具代理之意義。此外，如使未成年人承擔法定代理人之與有過失，則與法定代理制度係為保護未成年人而設之意旨，似有違背。而且，法定代理人對損害之發生，既具有相當因果關係，與有原因，則由加害人直接向法定代理人求償即可，已足以兼顧加害人責任之減輕。

對王澤鑑教授前開見解，最高法院於 68 年 3 月 21 日作成 68 年度第 3 次民事庭庭推總會議決議（二）及決議（三），其內容分別為：「民法第二百二十四條所謂代理人，包括意定代理人及法定代理人而言。」、「民法第二百二十四條可類推適用於同法第二百十七條被害人與有過失之規定，亦即在適用民法第二百十七條之場合，損害賠償權利人之代理人或使用人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。」。嗣後，最高法院並綜合此二決議，而作成 73 年台上字第 2201 號判例，其要旨為：「民法第二百二十四條所謂代理人，應包括法定代理人在內，該條可類推適用於同法第二百十七條被害人與有過失之規定，亦即在適用民法第二百十七條之場合，損害賠償權利人之代理人或使用人之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。」

88 年 4 月 21 日公布，89 年 5 月 5 日施行之民法債編修正條文，將最高法院上述決議及判例明文化，而於第 217 條增訂第 3 項規定：「前二項規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。」²⁴

由是可知，王澤鑑教授所持「被害人之意定代理人或使用人與有過失時，應準用民法第 224 條規定，使被害人承擔該與有過失」之見解，經最高法院採為決議及判例，並成為立法條文²⁵。

²⁴ 民法第 217 條第 3 項修正理由為：「按學者通說及實務上之見解（最高法院 68.3.21 民庭會議決議參考）均認為民法第 224 條之規定，於過失相抵之情形，被害人方面應有其類推適用，亦即第 1 項及第 2 項之規定，關於被害人之代理人或使用人之過失，應視同被害人之過失，方得其平，爰增訂第 3 項之規定。」。

²⁵ 至於侵權行為被害人之法定代理人與有過失者，加害人得否主張民法第 217 條規定，而減免被害人所得請求之賠償金額，在最高法院 68 年度第 3 次民庭庭推總

（二）直接受害人與有過失

因侵權行為而發生損害時，原則上，該侵權行為之直接被害人，始得請求賠償，間接被害人不得就其所受損害，向侵權行為人請求賠償。典型之例子為：受僱人、承攬人或受任人因第三人之侵權行為而受傷住院，甚至喪失勞動能力時，直接受害之受僱人、承攬人或受任人，當然得請求加害人賠償損害（民法第 184 條第 1 項前段、第 193 條），但雇用人、定作人或委任人縱因該受僱人、承攬人或受任人無法提供勞務而受有損害，仍無向加害人請求賠償餘地。雇用人在受僱人住院期間，應依法律規定繼續支付工資；定作人因承攬人喪失勞動能力，須以較高之報酬，與他人另訂相同內容之承攬契約；委任人因受任人臨時住院，致喪失重要商機等，均為間接被害人不得請求賠償之例子。

對於前述原則，民法於第 192 條及第 194 條，設有例外。依該 2 條規定，在不法侵害他人致死之情形，為死者支出該侵害行為所生醫療費、增加生活上需要之費用或殯喪費之人²⁶，及死者生前之法定扶養權利人，暨死者之父母、子女與配偶，雖為系爭死亡事件之間接被害人，但均得向該侵權行為之

會會議上，乙說持否定看法，與王澤鑑教授見解相同。惟決議採甲說，認為損害賠償權利之代理人（亦即含法定代理人）之過失，可視同損害賠償權利人之過失，適用過失相抵之法則。

²⁶ 民法第 192 條第 1 項，於民國 19 年 5 月 5 日開始施行時，僅規定為死者支出「殯喪費」之人，亦得請求加害人賠償該殯喪費。89 年 5 月 5 日施行之修正條文，始增設為死者支出「醫療或增加生活上需要之費用」之人，亦得請求加害人賠償之。在此之前，被害人因傷致死，其生前因傷害所支出之「醫藥費」，被害人之繼承人得依繼承關係，主張繼承被害人之損害賠償請求權，由全體繼承人向加害人請求賠償。其由無繼承權之第三人支出者，對於被害人得依無因管理或其他法律關係主張有償還請求權，並得代位債務人（被害人之繼承人）向加害人請求賠償。請參最高法院 67 年度第 14 次民庭庭推總會議決議、87 年度台上字第 2727 號判決。惟應併注意者，民法第 194 條第 1 項修正條文施行後，最高法院以 92 年度第 8 次民事庭會議，就前述 67 年度第 14 次民庭庭推總會議決議之後段「其由無繼承權之第三人支出者，對於被害人得依無因管理或其他法律關係主張有償還請求權，並得代位債務人（被害人之繼承人）向加害人請求賠償。」決議不再供參考。蓋該第三人於修法後，就其所支出之醫藥費，已得直接依民法第 192 條第 1 項規定請求加害人賠償。

賠償義務人，請求賠償前述之醫療、生活上需要及扶養等費用（民法第 192 條）或慰撫金（民法第 194 條）。

損害之發生或擴大，直接被害人與有過失者，於該直接被害人請求賠償損害時，加害人得依民法第 217 條主張減免賠償金額，固不待言。損害之發生或擴大，間接被害人與有過失，而該間接被害人依民法第 192 條及第 194 條規定請求賠償者，加害人得主張與有過失，亦屬當然²⁷；例如：父母騎機車時，於後座超載年幼子女，且未為該子女戴安全帽，途中被違規駕駛汽車之第三人擦撞，該年幼子女死亡，則父母依民法第 192 條或及第 194 條請求肇事者負賠償責任時，法院應直接適用民法第 217 條規定，減免父母得請求賠償之金額。

惟有問題者，間接被害人就直接被害人發生損害之事故，依民法第 192 條或第 194 條請求賠償，而直接被害人與有過失者，是否仍有民法第 217 條適用餘地，則不無疑問。在台灣最常發生之實務案例為：甲開車或騎機車時，違反交通規則而擦撞或追撞乙騎乘之機車，乙因未戴安全帽致當場或事後傷重死亡。乙之父母、配偶及子女請求甲賠償損害時，法院得否減免甲之賠償責任²⁸？

就此，王澤鑑教授贊同梅仲協先生所持肯定見解²⁹，並指出：「間接被害人之請求權，自理論言，雖係為固有之權利，但其權利既係基於侵害行為整個要件（Gesamtatbestand der schädigenden Handlung）而發生，實不能不負擔直接被害人之過失也。」

嗣後，最高法院作成 73 年台再字 182 號判例謂：「民法第一百九十二條第一項規定不法侵害他人致死者，對於支出殯葬費之人，亦應負損害賠償

²⁷ 梅仲協，前揭註 12，頁 149 稱：「但在間接被害人於損害之發生或擴大，與有過失時，是否亦得適用民法第二百十七條，頗滋疑義。就公平之原則言，應認為亦可適用。」。

²⁸ 參最高法院 100 年度台上字第 1253 號裁定，及 100 年度台上字第 1088 號、90 年度台上字第 55 號、87 年度台上字第 2722 號、85 年度台上字第 2536 號等判決。

²⁹ 梅仲協，前揭註 12，頁 149 稱：「上述損害賠償請求權，係屬於間接被害人固有之權利。唯對於損害之發生或擴大，該直接被害人，與有過失者，法院仍得依照民法第二一七條第一項，減輕賠償金額或免除之。」。

責任，係間接被害人得請求賠償之特例。此項請求權，自理論言，雖係固有之權利，然其權利係基於侵權行為之規定而發生，自不能不負擔直接被害人之過失，倘直接被害人於損害之發生或擴大與有過失時，依公平之原則，亦應有民法第二百十七條過失相抵規定之適用。」，本判例明顯採納王澤鑑教授前述見解。

值得一提者，民法第 192 條第 1 項，於民國 19 年 5 月 5 日開始施行時，僅規定為死者支出殯喪費之人，亦得請求加害人賠償該殯喪費。89 年 5 月 5 日施行之修正條文，增訂為死者支出醫療或增加生活上需要之費用之人，亦得請求加害人賠償之。因此，最高法院 73 年台再字第 182 號判例雖僅談及殯喪費用，惟該判例對於民法第 192 條第 1 項新增之醫療費及增加生活上需要之費用，亦應有適用餘地³⁰。另外，民法第 192 條第 2 項之法定扶養費及第 194 條之慰撫金請求，當然仍應適用本件判例³¹。

³⁰ 參台灣高等法院台中分院 93 年度上易字第 186 號判決（上訴人駕車肇事致被上訴人夫妻二人之子死亡，被上訴人依民法第 192 條第 1 項請求上訴人賠償醫療費，本判決就死者之與有過失，參最高法院 73 年台再字第 182 號判例要旨，減輕上訴人之賠償責任 70%）。另外，在 97 年度台上字第 448 號判決中，被上訴人之被繼承人林○敏騎機車時，因路面坑洞而摔倒致死。被上訴人請求上訴人負包含醫藥費在內之國賠責任，最高法院指出：「倘林○敏確因無駕駛執照駕駛機車，不諳道路交通安全規則，致生事故，能否謂其行為與系爭事故之發生無相當因果關係，而無須負『與有過失』之責任？上訴人辯稱：林○敏無照違規駕駛機車致生事故，與有過失，依法應減輕伊之賠償金額，是否全然無據？即有斟酌之餘地。」。

³¹ 參最高法院 91 年度台上字第 2411 號判決。該判決之事實為：上訴人將於樓頂所加蓋之房屋分租予被上訴人之女兒居住，並負責水電瓦斯熱水器之供應，竟將瓦斯熱水器設置於浴室內，僅要求房客於使用熱水器洗澡時須打開窗戶，疏未為適當之安全防範措施，導致被上訴人之女兒使用瓦斯熱水器洗澡時，不知不覺中吸入過量之一氧化碳中毒死亡。關於被上訴人請求上訴人賠償民法第 192 條第 2 項之扶養費及第 194 條之精神損害部分，最高法院維持原審法院所持下列見解：「瓦斯熱水器應裝置於室外通風處，不得裝置在浴室內，為一般社會大眾所週知之常識；另上訴人曾告知分租之房客，須待熱水放完關掉熱水器及瓦斯後，始能沐浴，陳○○（被上訴人女兒）未依告知行事，致發生死亡結果，對於損害之發生與有過失。」。

肆、定型化契約條款

一、概說

工業化以後，商品生產規格化，銷售系統化，造成契約交易之通用條件一致化，定型化契約條款因而出現。時至今日，日常生活相關商品及服務之交易，或多或少均與定型化契約條款相關。

在台灣，隨著經濟發展，各式各樣定型化契約條款之使用，亦已非常普遍，銀行及保險機構之交易，尤其如此。定型化契約條款之爭議，因此成為學說與實務必須面臨之問題³²。

關於定型化契約問題，應依下列次序處理之³³：

- (一) 契約當事人有無一方或雙方使用定型化契約條款？
- (二) 一方或雙方使用之定型化契約條款有無成為契約之內容（或稱「定型化契約條款訂入契約」）？
- (三) 成為契約內容之定型化契約條款有無解釋上之疑義？
- (四) 無解釋疑義之定型化契約條款是否有效（或稱「定型化契約條款效力之控制」）？
- (五) 無效之定型化契約條款是否影響契約全部或一部？
- (六) 因定型化契約條款無效而契約一部無效者，該部分如何補充？

³² 王澤鑑（1992），〈定型化旅行契約的司法控制：最高法院 80 年度台上字第 792 號判決的評釋〉，《保險專刊》，28 輯，頁 18-28；楊芳賢（2005），〈定型化契約條款的規制：若干經濟觀點的介紹〉，《政大法學評論》，86 期，頁 49-88；金融人員研究訓練中心（1995），《銀行定型化契約之研究：授信及催收有關契約研究報告》，財政部金融局委託研究報告，台北：財政部金融局；財政部金融局（1996），《銀行定型化契約之研究：存款及匯兌有關契約》，台北：金融人員研究訓練中心；財政部金融局（1999），《銀行定型化契約之研究：外匯及其他銀行業務有關契約》，台北：金融人員研究訓練中心。

³³ 王澤鑑（1999），《債法原理》，頁 99，台北：自刊；Belke, Die Prüfung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der Klausur, JA 1988, S. 475 (476)。

二、劉宗榮教授見解

對於前述定型化契約問題，劉宗榮教授於台大法學論叢發表數篇論文，頗富創見，甚值參考³⁴。

（一）定型化契約條款訂入契約

關於定型化約款訂入契約部分，依劉教授分析，應區分消費性定型化契約及商業性定型化契約，而有差異³⁵。

1. 消費性定型化契約

在消費性定型化契約，商人必須 1.提請消費者注意其欲以定型化約款訂立契約；2.給予相對人（消費者）合理機會使消費者能了解定型化約款之內容；而且 3.消費者同意以該定型化約款訂立契約。三者具備時，該定型化約款才訂入定型化契約。

在判斷商人是否已經「提請消費者注意」上，應採客觀說，亦即應以商人提請注意之行為，是否已達足使系爭定型化約款之一般相對人注意之程度，至於具體個案中之相對人是否有文盲、視障等「官能障礙」之特殊情事，則不予考慮。因此，原告於搭乘被告經營之火車時，因被告之過失而受傷者，被告得依火車時刻表上之定型化免責條款拒絕賠償，原告雖為文盲，乃其個人之個別因素，原告提請注意之方法，不宜因被告官能障礙而有不同。況且，定型化契約不乏藉機器或代理人而訂立，定型化約款之使用人事實上不可能因相對人「官能障礙」因素而調整提請注意定型化約款之程度。

再者，在相對人同意以該定型化約款訂立契約上，可採用英美法之「簽

³⁴ 劉宗榮教授為台灣首先專門研究定型化契約之學者，博士論文為《免責約款之研究》（1984），國立臺灣大學法律學系研究所，另著有《定型化契約論文專輯》（1988），闡述英國、美國及德國定型化契約理論與實務，甚具啟示性，並引導台灣定型化契約法之發展。

³⁵ 以下所述，參劉宗榮（1982），〈論免責條款之訂入定型化契約〉，《臺大法學論叢》，11 卷 2 期，頁 285-311。

名視為已經同意」原則。易言之，含有免責約款之定型化契約經相對人簽名者，除非該約款屬於異常條款，否則該約款即具有訂入契約之效力，至於該約款是否有拘束力，則為另一問題。定型化約款使用人就「提請相對人注意」及「給予相對人合理機會」所負之舉證責任，因相對人於定型化契約簽名而免除。

此外，當事人預先約定以「特定之定型化契約條款」適用於當事人間「特定種類之所有法律行為」者，定型化約款使用人除初次訂約外，無庸提請相對人注意約款或公開張貼該約款，銀行、保險、合作社等行業，常以此種方式與消費者訂約。又，定型化約款係預先經行政機關審核、立法機關通過，或經其他有權機關核准者，約款使用人無須提請相對人注意及給予相對人合理機會了解該約款，相對人未為反對之表示者，約款當然訂入契約；蓋此種約款於社會上公開使用，具有制度性質，相對人應有知悉之機會，且業經審核，不致發生不公平之情事。

2. 商業性定型化契約

在商業性定型化契約，訂約雙方均為商人，有相當之經驗及知識，亦有足夠之交涉能力，無須特別保護，故關於定型化約款是否訂入契約，適用民法契約理論即可。

此外，商業性定型化約款，亦可因「系列交易理論」及「特定種類之商業實務」或「商業慣例」，而訂入契約。「系列交易理論」，係指當事人因多次交易均使用同一內容之定型化約款，使當事人產生信賴，故定型化約款除非被明白排除，否則不待約定即當然訂入契約。「特定種類之商業實務」或「商業慣例」，則係指定型約款已成為某種行業之正常操作實務，或交易之既成慣例，而對相對人而言，視為訂入契約。

（二）定型化契約條款之解釋

關於定型化契約條款之解釋，劉教授強調³⁶：

³⁶ 劉宗榮(1975)，〈定型化契約條款之研究〉，《臺大法學論叢》，4卷2期，頁333-339。

1. 所謂「定型化契約條款有疑義時，應為有利於消費者利益之解釋」，斷非衡量各個消費者之特別利益而解釋，而係指該條款基於一般消費者合理理解之意義上，對消費者圈為有利之解釋。又，所謂「定型化契約條款有疑義」，係指其適用之消費者圈依誠實信用原則，客觀上不明瞭或條款意義二元化或互相矛盾而言，而不及於消費者個人特有之疑義。

2. 定型化契約條款之解釋，須超脫契約當事人訂約時特別環境及特殊意思表示，而以企業者與消費者圈兩者利益之規整為鵠的。其結果，必然導致定型化契約條款解釋之統一性。基於解釋統一性的考慮，定型化契約條款內某些知識或術語，縱為消費者個人所不明瞭，亦應依該消費者圈一般消費者對該知識或書與瞭解之意義加以解釋，以免分歧。惟定型化契約之統一解釋原則，本無絕對性，故雙方當事人就定型化契約條款之專門術語如已知之甚稔，則宜排除統一性之解釋原則，而為特殊意義之解釋，以達成交易敏捷及迅速之功能。

3. 定型化契約條款，係為規範多數契約關係，達成「集團契約合理化之意圖」而設計，自應保持其意義之一致性，不許下級法院在其消費者圈內為不同意義之解釋，故定型化契約條款之解釋有錯誤者，得據為上訴第三審之理由。

4. 定型化契約條款，原則上係為保護企業者之利益而制訂，故就定型化契約條款，不得為擴充、類推或補充解釋，以免消費者陷於更不利的地位。定型化契約中有免責條款時，尤其應予貫徹。

5. 免責條款是否有效之解釋，應注意該定型化契約條款適用對象之消費者圈之性質，苟消費者圈為一般消費者，由於交涉能力相差懸殊，企業者易於謀取不平衡利益，因此免責條款之合法性，應從嚴解釋；反之，定型化契約條款之適用消費者圈為具有專門知識之商人，則免責條款之合法性可從寬認定，例如海上保險契約、工場火災保險契約或海上運送契約，為迎合需要低廉保險費或運送費之消費者圈，其免責條款應被許可³⁷。

³⁷ 請併參劉宗榮（1988），〈免責約款之解釋：以定型化契約為中心〉，《定型化契約論文專輯（第三編）》，頁117-152，台北：三民。

（三）定型化契約條款之效力控制

定型化契約條款效力之控制，乃定型化契約之核心問題。就此，劉教授分別從立法、司法、行政及其他方法四方面，進行比較法之討論並提出我國法之建議³⁸。

在立法控制上，劉教授說明英國 1938 年之租購法（Hire Purchase Act）明定，企業經營者負有義務提供消費者相關資訊及充足思考期間（猶豫期間），義大利 1942 年之民法第 1341 條規定，免責條款唯有經消費者以書面特別承諾時才有效力，美國統一商法典（UCC）§ 2-316(2)規定，適當（fitness）品質保證（請求權）之放棄，須（經消費者）以書面明示為之。就我國法而言，劉教授提議，無庸制訂通盤之定型化契約法，但對獨占、事實上獨占或某些特定企業使用之定型化契約條款，得單獨立法控制之，而對企業之定型化契約條款共同發生之弊病，似可在民法典中對免責條款或其他限制條款特設規定而謀控制。

在司法控制上，劉教授指出，德、美、英等國發展過程，大抵為初期受契約自由原則之影響，不干預定型化契約條款之效力，嗣後則逐漸藉用「獨占或事實上獨占」、「善良風俗」、「誠實信用原則」、「交涉能力是否平衡」、「不公平」、「基本條款原則」等方法，而判定定型化契約條款無效之情形。就我國法而言，劉教授認為，司法控制擔任重要任務，最高法院對獨占性企業或事實上獨占之企業，似宜順應潮流，創造判例，禁止過失責任或瑕疵擔保責任之免責條款，並在其他企業定型化契約條款案件，就交涉機會、交涉能力、法益衡平等，依各定型化契約條款適用對象之消費者圈，提示具體司法見解，俾供各級法院仿效，庶誠實信用原則及公序良俗條款能發生司法控制之「法律氣孔」作用。

在行政控制上，劉教授認主張，行政機關審核定型化契約條款時，應兼顧法益之衡平，召集消費者代表、企業者、代表公益之法律人員及經濟學家共同審議，通盤斟酌。此外，劉教授強調，依據司法院大法官會議釋字第

³⁸ 劉宗榮，前揭註 36，頁 341-360。

137 號解釋，法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解，故法院對於行政機關核准之定型化契約條款或其解釋意見，仍得加以審判，以決定其效力，不受行政機關之拘束。

在其他控制方法上，劉教授敘述英國及德國消費者保護團體參與定型化契約訂定之情形，並建議強化我國消保團體之功能。

此外，針對免責約款之控制，劉宗榮教授綜合整理國內銀行、保險、運送、洗衣、醫療、電器買賣等等各式各樣之定型化「排除或限制義務或責任」、「適用外國法」、「保留解除權、中止權、終止權或停止權」、「保留改變或逃避承諾權利」、「任意變更契約主體」、「保留太長或不確定履行期」、「擬制相對人收到特別重要意思表示」、「瑕疵擔保」、「排除或限制因履行遲延或不能之解除權或損害賠償請求權」、「排除故意或過失責任」、「合意管轄法院」、「排除或限制證據法則」等共十二項免責條款之實際使用狀況，剖析其內容，並闡述英、美及德國相關法律規定與裁判實務。依劉教授之見解，民法對於免責約款雖設有「硬性控制」（例如民法第 222 條）及「概括控制」（例如債編修正前之第 219 條，即修正後之民法第 148 條第 2 項），但「硬性控制」規定有限，已不敷規制益趨複雜之免責約款，而囿於契約自由原則的理論，法院引用「概括控制」條文以否定免責約款效力之判決或判例，仍然鳳毛麟角，欲由法院判決或判例，形成免責約款之控制體系，實已不可能。以「立法方法」帶動「司法裁判」，並借司法裁判的經驗，作為將來修訂法條之參考，殆為為一可行之途徑³⁹。

³⁹ 劉宗榮（1982），〈論免責約款之控制體系（上）〉，《臺大法學論叢》，12 卷 1 期，頁 205-254；劉宗榮（1983a），〈論免責約款之控制體系（中）〉，《臺大法學論叢》，12 卷 2 期，頁 129-186；劉宗榮（1983b），〈論免責約款之控制體系（下）〉，《臺大法學論叢》，13 卷 1 期，頁 187-257。

三、我國定型化契約法之發展

（一）立法

19 年 5 月 5 日施行之民法，就定型化契約條款，僅設有第 609 條（限制或免除場所主人責任之揭示）、第 649 條（免除或限制物品運送人責任之提單或其他文件）及第 659 條（免除或限制旅客運送人責任之票、收據或其他文件）等零星條文，並無一般原則之規定。當然，民法之一般強行規定，如第 71 條至第 73 條、第 204 條第 2 項、第 222 條等，對於定型化契約條款，亦有適用。

83 年 1 月 11 日公布施行，92 年 1 月 22 日修正公布之「消費者保護法」，就企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之「消費性定型化契約條款」，及企業經營者以該條款而與消費者訂立之「消費性定型化契約」，設有相關規定。參見該法第 2 條第 7 款至第 9 款、第 11 條至第 17 條⁴⁰。

88 年 4 月 21 日公布，次年 5 月 5 日施行之民法債編修正條文，增訂第 247 條之 1，就當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之定型化契約，規定其四種無效之事由。本條規定，適用於所有之定型化契約，不分其為消費性或非消費性⁴¹，且具有溯及效力（參見民法債編施行法第 17 條）⁴²。

⁴⁰ 參王澤鑑，前揭註 33，頁 99-110；劉春堂（2001），〈民法債編通則（一）契約法總論〉，頁 107-135，台北：三民；黃立（2004），〈消保法的定型化契約條款（一）〉，《月旦法學教室》，15 期，頁 98-107；黃立（2004），〈消保法的定型化契約條款（二）〉，《月旦法學教室》，16 期，頁 78-84；詹森林（2003），〈定型化約款之基本概念及其效力之規範〉，《民事法理與判決研究（三）：消費者保護專論》，頁 29-87，台北：元照。

⁴¹ 實務上最常見之非消費性定型化契約，為機關與廠商間之公共工程承攬、委託設計及監造契約，暨資方與勞方間之勞資契約（尤其是競業禁止條款與保密條款）。參楊淑文（1999），〈融資性租賃之法律性質與定型化約款〉，《台灣本土法學雜誌》，3 期，頁 27-51；楊淑文（2010），〈新型契約 / 工程定型化契約之履約保證條款（含立即照付約款）：最高法院相關實務判決評析〉，《月旦法學雜誌》，187 期，頁 21-38。

⁴² 關於民法第 247 條之 1 之詳細評述，參朱柏松（1999），〈民法定型化契約規範之

100年6月29日公布，並經行政院定於同年12月30日施行之「金融消費者保護法」，於第7條第1項及第2項規定：「金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約，應本公平合理、平等互惠及誠信原則。金融服務業與金融消費者訂立之契約條款顯失公平者，該部分條款無效；契約條款如有疑義時，應為有利於金融消費者之解釋。」此處所稱「金融服務業與金融消費者訂立提供金融商品或服務之契約或契約條款」，實務上，幾乎全為定型化方式，故本條所規範者，堪稱「金融定型化契約」或「金融定型化契約條款」。又，本條第1項及第2項規定，與消保法第11條及第12條第1項，在實質內容上，並無差異；惟性質上，本條第1項及第2項規定，仍為消保法前述條文及民法第247條之1之特別法，故應優先適用。

值得一提的是，消費者保護法於92年1月22日公布之修正條文，增訂第11條之1「定型化契約（條款）審閱期間」之規定，此與劉教授所提英國1938年之租購法（Hire Purchase Act）規定企業經營者就其使用之定型化契約條款，負有義務提供消費者充足思考期間（猶豫期間）⁴³，正可相互呼應。

對於民法第247條之1，劉教授則於該條草案階段，即已指出其缺點為：缺少體系完備性、規制技術不夠周延、欠缺有效性判斷因素之立法、條文位置妥適性尚待斟酌、法條用語不夠嚴謹⁴⁴。

（二）行政

消費者保護法第11條之1第3項及第17條第1項，分別規定行政機關得公告定型化契約之審閱期間及其應記載與不得記載事項，乃定型化契約條款行政控制之表現。行政院消費者保護委員會及各中央目的事業主管機關於制訂定型化契約條款之應記載及不得記載事項過程中，亦如同劉教授所建議，邀請企業經營者團體代表、消費者團體代表、學者專家參與，以兼顧業

適用與解釋》，《月旦法學雜誌》，54期，頁52-64。

⁴³ 劉宗榮，前揭註36，頁341。

⁴⁴ 劉宗榮（1983b），前揭註39，頁252-258。請併參劉宗榮（1988），〈論民法第二百四十七條之一修正草案〉，《定型化契約論文專輯（第四編）》，頁153-166，台北：三民，附有劉教授對民法第247條之1所提之修正草案內容。

者與消費者利益之衡平⁴⁵。

（三）司法

在消費者保護法及民法第 247 條之 1 施行前，各級法院主要係依據民法第 71 條及第 72 條判斷定型化契約條款之效力⁴⁶，實務上最重要者為最高法院 73 年度第 10 次⁴⁷及第 11 次⁴⁸民事庭會議決議，處理金融機構使用之定型化免責條款之效力。

消費者保護法及民法第 247 條之 1 陸續施行後，法院關於定型化契約（條款）之裁判增加許多。綜合而言，原則上，固可認為最高法院因消保法及民法第 247 條之 1 之施行，更加重視定型化契約條款相對人權益之保護⁴⁹，惟

⁴⁵ 劉宗榮，前揭註 36，頁 360。

⁴⁶ 詹森林，前揭註 40，頁 37-44。

⁴⁷ 本決議之內容為：「甲種活期存款戶與金融機關之關係，為消費寄託與委任之混合契約。第三人盜蓋存款戶在金融機關留存印鑑之印章而偽造支票，向金融機關支領款項，除金融機關明知其為盜蓋印章而仍予付款之情形外，其憑留存印鑑之印文而付款，與委任意旨並無違背，金融機關應不負損害賠償責任。若第三人偽造存款戶該項印章蓋於支票持向金融機關支領款項，金融機關如已盡其善良管理人之注意義務，仍不能辨認蓋於支票上之印章係偽造時，即不能認其處理委任事務有過失，金融機關亦不負損害賠償責任。金融機關執業人員有未盡善良管理人之注意義務，應就個案認定。至金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效。」應注意者，本決議業經最高法院於 90 年 5 月 1 日之 90 年度第 5 次民事庭會議決議不再供參考。

⁴⁸ 本決議之內容為：「乙種活期存款戶與金融機關之間為消費寄託關係。第三人持真正存摺並在取款條上盜蓋存款戶真正印章向金融機關提取存款，金融機關不知其係冒領而如數給付時，為善意的向債權之準占有人清償，依民法第三百十條第二款規定，對存款戶有清償之效力。至第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章於取款條上提取存款，則不能認係債權之準占有人。縱令金融機關以定式契約與存款戶訂有特約，約明存款戶事前承認，如金融機關已盡善良管理人之注意義務，以肉眼辨認，不能發見蓋於取款條上之印章係屬偽造而照數付款時，對存款戶即發生清償之效力，亦因此項定式契約之特約，有違公共秩序，應解為無效，不能認為合於同條第一款規定，謂金融機關向第三人清償係經債權人即存款戶之承認而生清償之效力」。

⁴⁹ 陳聰富（2002），〈契約自由與定型化契約的管制〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁

下列事項，仍待重視：

1. 在消保法之適用上，最高法院於解釋該法第 2 條第 1 款所稱「消費者」時，始終將保證人排除於外，導致金融機構使用之定型化保證契約，不生因有消保法所定違反誠信原則或平等互惠原則而無效之問題⁵⁰。抑有進者，最高法院又以「定型化契約應受衡平原則限制，係指締約之一方之契約條款已預先擬定，他方僅能依該條款訂立契約，否則，即受不締約之不利利益，始應適用衡平原則之法理，以排除不公平之『單方利益條款』，避免居於經濟弱勢之一方無締約之可能，而忍受不締約之不利利益，是縱他方接受該條款而締約，亦應認違反衡平原則而無效，俾符平等互惠原則。查保證人係擔保他人之債務清償，非經濟上之弱者，如認保證契約有違反保護保證人之任意規定，自可不訂定保證契約，並不會因未為保證人而生不利利益，或其經濟生活受制而不得不為保證人之情形」為理由，認為金融機構所使用之定型化保證契約，縱有使保證人拋棄權利或遭受其他不利之情事，亦無適用民法第 247 條之 1 致該條款無效餘地⁵¹。其結果，定型化保證契約，除有銀行法第 12 條之 1 所定違法徵提連帶保證人情事外⁵²，不論其內容如何不利於保證人，皆為有效。定型化契約之保證人成為法院裁判時之棄嬰，無人理睬，無處申冤！

2. 在民法第 247 條之 1 之適用上，最高法院一直強調：本條第 1 款所

51-62；楊淑文（2006），〈消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析〉，《新型契約與消費者保護法》，頁 83-218，台北：元照，頁 83-218；曾品傑（2006），〈附合契約與定型化契約之基本問題〉，《東海大學法學研究》，25 期，頁 39-74；歐陽勝嘉（2010），〈定型化契約之異常條款〉，《全國律師》，14 卷 8 期，頁 66-85；詹森林（2003），〈消費者保護法與預售屋買賣定型化契約〉，《民事法理與判決研究（三）：消費者保護專論》，頁 87-108，台北：元照；詹森林（2006），〈消費者保護法之定型化契約最新實務發展〉，《民事法理與判決研究（四）：消費者保護專論(2)》，頁 225-271，台北：元照。

⁵⁰ 參最高法院 88 年度台上字第 2053 號、98 年度台上字第 1652 號等判決，及 100 年度台上字第 394 號裁定。

⁵¹ 參最高法院 88 年度台上字第 1079 號、93 年度台上字第 710 號、96 年度台上字第 1246 號、98 年度台上字第 1652 號等判決。

⁵² 參最高法院 99 年度台上字第 1987 號判決。

謂「免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者」、第 2 款所謂「加重他方當事人之責任」及第 3 款所謂「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」，均「應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言」，且「而該法條所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。」⁵³、「所謂定型化契約之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，應屬無效，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件⁵⁴。」。依據最高法院上述見解，定型化契約相對人無法證明其於訂約時，有「不及知條款內容或無磋商變更餘地」或「無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定」情事者，即不得於訂約之後，主張對其不利之定型化契約條款有民法第 247 條之 1 所定無效之事由。最高法院此項見解，使得民法第 247 條之 1 在實務上幾乎毫無適用機會，顯非本條立法意旨，殊屬不妥⁵⁵。

從最高法院上開裁判之妥當性而言，劉宗榮教授二十七年前所稱「囿於契約自由原則的理論，法院引用『概括控制』條文以否定免責約款效力之判決或判例，仍然鳳毛麟角，欲由法院判決或判例，形成免責約款之控制體系，實已不可能⁵⁶。」，似乎仍然應驗於今日。

⁵³ 參最高法院 91 年度台上字第 2336 號、92 年度台上字第 2744 號、94 年度台再字第 2340 號、96 年度台上字第 168 號、96 年度台上字第 684 號、97 年度台上字第 1154 號、98 年度台上字第 1793 號、99 年度台上字第 747 號等判決。

⁵⁴ 參最高法院 87 年度台上字第 476 號、90 年度台上字第 2011 號、91 年度台再字第 45 號、91 年度台上字第 2220 號、92 年度台上字第 39 號等判決，及 100 年度台上字第 564 號裁定。

⁵⁵ 請參詹森林 (2006)，〈定型化契約條款效力之規範〉，《民事法理與判決研究 (四)：消費者保護專論(2)》，頁 107-142，台北：元照；詹森林 (2006)，〈最高法院與定型化契約法之發展〉，《民事法理與判決研究 (四)：消費者保護專論(2)》，頁 143-224，台北：元照。

⁵⁶ 劉宗榮 (1983b)，前揭註 39，頁 252。

伍、買賣標之物之交付與出賣人物之瑕疵擔保責任

民法第 354 條規定：「物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵。出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質。」。本條所指之「危險移轉時」，則為民法第 373 條所規定之「買賣標之物之…危險，自交付時起，…由買受人…負擔，但契約另有訂定者，不在此限。」

換言之，依民法第 354 條及第 373 條規定之文義，出賣人交付標之物於買受人後，買受人始得以物有瑕疵為由，主張出賣人應負擔保責任；在交付之前，買賣標之物縱有瑕疵，仍無出賣人應負物之瑕疵擔保責任可言。

最高法院早期裁判，的確採此見解。71 年度台上字第 1553 號民事判決謂：「有關瑕疵擔保之規定，原則上於危險移轉後始有適用⁵⁷。」。73 年度台上字第 3195 號判決更明示：「第按物之出賣人，對於買受人所負瑕疵擔保之責任，係以其物依民法第三七三條之規定，危險移轉於買受人時有瑕疵存在為要件。在危險移轉前，買受人雖已發覺其物有瑕疵，如出賣人未確定的拒絕擔保，買受人尚不得依民法第三五九條之規定解除契約⁵⁸。」。

惟本文作者認為⁵⁹，以標之物交付（危險移轉）為出賣人應負瑕疵擔保責任之要件，其理由在於：自買賣契約訂立時起，出賣人即負有物之瑕疵擔保責任，但標之物雖有瑕疵，於交付之前，應使出賣人得予除去，俾得以無瑕疵之物交付，以免因交付之物有瑕疵，致買受人主張瑕疵擔保權利，出賣人因而輕則減少或喪失價金請求權（參見民法第 359 條所定買受人之減少價金請求權及契約解除權），重則更應就買受人因瑕疵所受損害負賠償責任（參

⁵⁷ 最高法院民刑事裁判選輯，3 卷 2 期，頁 131。

⁵⁸ 最高法院民刑事裁判選輯，5 卷 2 期，頁 136。

⁵⁹ 詹森林（1992），〈危險負擔移轉前，出賣人物之瑕疵擔保責任及買受人拒絕受領標之物之權利：最高法院相關民事判決之評釋〉，《臺大法學論叢》，22 卷 1 期，頁 419-440。

見民法第 360 條所定買受人之損害賠償請求權)。

由是觀之，在下列兩種情形，雖危險尚未移轉於買受人，但出賣人仍例外地應負瑕疵擔保責任：

(一) 買賣標的物具有民法第 354 條所稱之瑕疵，而該瑕疵在性質上無法除去，或買賣標的物已確定無法具備出賣人所保證之品質；

(二) 買賣標的物之瑕疵雖可除去，惟出賣人明確表示拒絕除去，或斟酌時間上及費用上等情形，顯可預期出賣人無法於清償期前予以除去。

蓋於上開兩項情形，顯可預見出賣人無法以無瑕疵之物交付於買受人，甚至將以具有瑕疵之物交付，則如謂買受人仍須等待危險移轉時，始得主張瑕疵擔保權利，即無異強迫買受人在明知物有瑕疵之情形下，仍須等待出賣人之提出給付，並予受領。惟此不特於法律上毫無意義，且將徒增當事人無謂之負擔，而於買受人正當利益之保護，亦嫌不周⁶⁰。特定物之買賣，固然如此。種類物之買賣，亦無不同；換言之，在種類物之買賣，如於契約訂立後至交標的物之間，已足以確定該種類之物皆無法符合無瑕疵之狀態者，買受人亦得於出賣人交付之前，主張物之瑕疵擔保責任。

嗣後，最高法院改變其見解，認為：「物之出賣人，對於買受人應擔保其物依民法第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無減失或減少其價值之瑕疵。但在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘出賣人並無不負擔保責任之特約，而又確定的拒絕擔保，尚難謂買受人不得對之解除契約。」

(84 年度台上字第 2785 號判決)、「買受人在危險移轉前如已發覺物有瑕疵，而其瑕疵之除去，於危險移轉時已屬不能，或出賣人確定的拒絕擔保時，買受人非不得主張出賣人應負擔保之責而對之解除契約」(85 年度台上字第 878 號判決)、「民法第三百五十九條前段規定，買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約，或請求減少其價金。買賣標的物之瑕疵擔保請求權，依前揭規定，固於危險移轉時始能成立，

⁶⁰ Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., Stuttgart 1991, Vor § 459 Rn. 184, § 459 Rn. 84f.; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/1, 13. Aufl., München 1986, § 41 I c, S. 45; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 6. Aufl., Neuwied 1997, Rn. 637.

但在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘能證明其瑕疵不能除去或確定出賣人拒絕為除去時，尚難謂買受人不得對之解除契約。」（85 年度台上字第 1306 號判決）、「有關瑕疵擔保之規定，原則上於危險移轉後，始有適用，但在危險移轉前，買受人已發覺其物有瑕疵，倘出賣人無法提出無瑕疵物，或擔保除去該瑕疵後給付，則買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，並解除契約。」（86 年度台上字第 1303 號判決、99 年度台上字第 2443 號判決）、「…在特定物之買賣，依法律規範之目的，物之瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，應認為在危險移轉前買受人即得行使擔保請求權，並得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益。」（89 年度台上字第 1085 號判決）。

陸、結 論

四十年來，《臺大法學論叢》作為民法學者專家發表論文之園地，臺灣民法因而生根茁壯。本文限於篇幅，僅就侵權行為、損害賠償、定型化契約、及買賣四部分，探討《臺大法學論叢》刊載之論文，在臺灣民法學說、實務及立法之發展上，所扮演之功能。

基於本文之說明，吾人可以確信，許多刊載於《臺大法學論叢》之論文，皆以批判之精神及詳盡之說理，對民法之理論、實務及立法，進行論辯、反覆檢討、提供建言、指引方向，故在學說演進、裁判改善及法律增修上，時時可見其影響力。

緬懷過去，《臺大法學論叢》充分發揮法學園地之功能，提供民法充足的養分，在四十週年之際，固可慶賀。但學術研究，永無止盡，故展望未來，《臺大法學論叢》仍待全體學者專家共同努力灌溉，期待四十年後，本論叢展現更為豐碩之成果。

The NTU Law Journal and the Development of Legal Theory, Practice and Codification of Civil Law in Taiwan

Sheng-Lin Jan^{*}

Abstract

NTU Law Journal celebrates its 40th anniversary of publication in October 2011. In the last 40 years, The journal has provided a forum for domestic and foreign scholars, judges, lawyers, and law students to publish professional papers. In terms of civil law, the papers published in the NTU Law Journal include the history of civil law, the legal history, comparative law, case studies of foreign judgments, case studies of domestic decisions, legislative proposals, law and economics, and others.

Focusing on the issues related to tort, damages compensation, standard form contracts, and the sales warranties, this article elaborates the function that NTU Law Journal has played in the development of the legal theory, practice and codification of civil law in Taiwan.

Keywords: tort, protected legal interests, third party's contributory negligence, standard contractual general terms, sale contract, mandatory and prohibitory provisions of standard contracts, warranty

^{*} Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.
E-mail: shlijan@ntu.edu.tw