

學術專論叢書

契約化定型 論文專輯

劉宗榮著

三民書局 印行

／學術專論叢書／

定型化契約論文專輯

劉宗榮 著

學歷：國立臺灣大學法學士
國立臺灣大學法學碩士
國立臺灣大學法學博士
美國紐約大學法律學院研究

經歷：律師
國立空中大學民法概要電視主
講教師

現職：國立臺灣大學法律學系暨法律
學研究所專任副教授
私立東吳大學兼任副教授
私立文化大學兼任副教授

三民書局印行

◎ 定型化契約論文專輯

作者 劉宗榮

發行人 劉振強

出版者 三民書局股份有限公司

印刷所 三民書局股份有限公司

地址／臺北市重慶南路一段六十一號

郵撥／〇〇〇九九九八—五號

初版 中華民國七十七年一月

編號 S 58363

基本定價 拾壹元壹角壹分

行政院新聞局登記證局版臺業字第〇二一〇〇號



序 文

現行工商經濟，爲減低生產成本，促進交易敏活，一方面講求產品及服務的規格化，另一方面大量使用定型化契約。在定型化契約情形下，契約自由原則所揭櫫的四大自由——締結契約之自由、契約相對人選擇之自由、契約內容決定之自由，及契約締結方式之自由——分別受到嚴重的衝擊。因此，檢討傳統契約的觀點，發展定型化契約理論，俾回復契約本旨，體現法律公正，已成爲當前契約法的主要課題。

本專輯收錄論文四篇，討論定型化契約的三個重點及提出立法改革的芻議。另附法典翻譯二篇，分別爲德國、英國定型化契約法之法典全文，係當今世界關於定型化契約最先進的立法。惟以筆者學殖不深，論述容有錯誤，譯文難稱達雅，尙祈方家先進指教，幸甚。

劉 宗 榮

民國七十六年十月

定型化契約論文專輯 目次

第一編 定型化約款之訂入契約

第一節 前言	3
第二節 定型化約款訂入個別商議契約	4
第三節 定型化約款訂入定型化契約	6
第一目 判斷定型化約款訂入定型化消費者契約的標準—積極要件	7
第一款 提請相對人注意定型化約款	7
第二款 提供相對人合理的機會了解定型化約款	18
第三款 相對人同意使用該定型化約款訂立契約	18
第四款 例外	20
第二目 判斷定型化約款訂入定型化商業性契約的標準—積極要件	21
第一款 適用民法訂約理論	21
第二款 因「系列交易理論」「特定種類之商業實務」或「商業慣例」而訂入契約	22
第三款 「何一」及「何方」之定型化免責約款訂入契約	30

2 定型化契約論文專輯

第三目 異常約款 (Surprising Clauses) 之排除—共同消極要件.....	32
第四節 國際性契約所發生之特殊問題.....	36
第一目 國際商業性契約之範圍.....	36
第二目 語言文字問題與法律效果問題.....	36
第一款 語言文字問題.....	37
第二款 法律效果問題.....	39
第三目 國內消費者契約、國際商業性契約某些理論對於國際消費者契約之適用.....	40
第五節 小結論.....	40

第二編 定型化約款之規制

第一節 契約自由原則與定型化契約.....	45
第一目 契約自由原則之內容.....	45
第一款 締結契約之自由.....	45
第二款 相對人選擇之自由.....	45
第三款 內容決定之自由.....	46
第四款 方式之自由.....	46
第二目 現代交易制度對契約自由原則之衝擊—定型化契約之接受.....	47
第一款 對締約自由之衝擊.....	47
第二款 對契約相對人選擇自由之衝擊.....	48
第三款 對契約內容決定自由之衝擊.....	49
第四款 對契約締結方式自由之衝擊.....	51

第三目 定型化契約之主要問題	52
第二節 定型化約款之規制	53
第一目 現行法對定型化約款規制之理論與實際	53
第一款 理論	53
第二款 實際	58
第三款 評論	63
第二目 定型化約款規制之理論體系	65
第一款 免於規制之定型化約款範圍	68
第二款 定型化約款規制之立法體例、規制技術及規制主體 之種類	76
第三款 定型化約款有效性之判斷因素	96
第三節 結論	112

第三編 免責約款之解釋 ——以定型化契約為中心——

第一節 前言	117
第二節 免責約款所存在之契約類型	117
第三節 兩種解釋學說——抗辯說與界定說	118
第一目 抗辯說	118
第二目 界定說	120
第四節 免責約款之解釋方法	123
第一目 契約之共同解釋原則	123
第一款 平易明白原則	123
第二款 有效意義原則	124
第三款 明示其一排斥其他	124

第四款 類推項目受到列舉項目共同性質之限制之解釋原則	124
第二目 免責約款之共同解釋原則	125
第一款 為不利於擬約人解釋之原則	125
第二款 嚴格解釋原則或限制解釋原則	128
第三款 免責約款不得違反契約主要目的之解釋原則	136
第四款 不得將「免責約款之合意」視為「自甘冒險」之解釋原則	137
第五款 非為企業合理化經營所必需之免責約款應從嚴規制之解釋原則	137
第三目 定型化免責約款之解釋原則	138
第一款 個別商議免責約款應優先於定型化免責約款	139
第二款 應依免責約款所附麗之定型化約款之可能訂約者之合理了解為解釋之原則	141
第三款 基於契約精神為改變或忽視某些約款之解釋原則	144
第四款 以法律或裁判補充之解釋原則	145
第五節 小結論	148

第四編 論民法第二百四十七條之一修正草案

第一節 前言	153
第二節 草案之優點	153
第三節 草案之缺點	154
第四節 對修正草案條文之修正草案	158

第五編 一九七六年德國一般交易條款規制法 (附 原 文)

第一節 實體法	167
第一目 通則	167
第二目 無效之條款	168
第二節 法律之衝突(適用法)	174
第三節 程序法	175
第四節 適用範圍	178
第五節 最後以及過渡規定	180

第六編 一九七七年英國不公正契約條款法 (附 原 文)

第一節 導言	205
第二節 因過失、違約所生債務之迴避	206
第三節 因貨物買賣或供給所生債務	207
第四節 關於契約之其他條文	209
第五節 解釋性之條文	210

第一編
定型化約款之訂入契約

第一節 前 言

經濟結構的發展，產銷效率的要求，以及科技產品做為訂約媒介，導致訂約過程的變化。經濟的發展，使契約當事人交涉力量失去平衡，產銷效率的要求以及科技產品的使用，使得定型化約款廣被採用，交涉能力較強的一方每將免責約款訂入定型化約款中，做為訂立契約的基礎。契約主體儘管有「商人與商人」、「商人與消費者」之區別，交涉力量儘管有強弱之差異，但定型化約款（內常含免責約款，以下同）^①之訂入契約與傳統經「自由商議，因意思表示之合致而成立」者不同則一。因此傳統以「自由商議」為訂約方法，以「交涉力量」平衡為前提之契約理論，必須因應發展，以符實際。

定型化約款之訂入契約是定型化約款規制以及解釋的前提。若定型化約款不構成契約內容之一部分，則無庸討論「定型化約款之規

-
- ① (1)本文所稱定型化約款係指為了供訂立多數契約之用而預先擬訂，由契約之一方於訂約時，提交契約之另一方的所有契約條款。
- (2)上述將定型化約款提交契約之另一方人為契約「使用人」，該另一方為「相對人」。
- (3)免責約款之存在於定型化約款中者為「定型化免責約款」。定型化契約款可以與其他書面約款或口頭約款共同形成一個契約。在舉證責任上，書面所載約款被推定為契約之全部，主張口頭約定與書面所載約款（定型化契約條款）共同形成契約之全部者須負舉證責任。又傳統所謂「口頭約定若與書面契約矛盾……則不得成為契約內容」之見解，目前已經改變，若法院發現「書面文件被證實只是契約內容的一部份，口頭約定即可形成契約的另一部份」此時依個別商議約款效力優先於定型化契約條款之原則，口頭約定反而可以推翻定型化約款。 *Exclusion Clauses after the Unfair Contract Terms Act P.7*, Richard Lawson, (1966) 1, Q. B. 742.

制」以及「定型化約款之解釋」問題，因此定型化約款是否訂入契約十分重要。

定型化約款或因基於「自由商議」而訂入契約，或「未經自由商議」而訂入契約。後者又因其所訂立之契約種類為商業性契約或消費者契約，其訂入契約之程序及理論均有差異。此觀目前在此一領域為最先進之立法——德國一九七六年一般交易條款規制法（AGB）與一九七七年英國不公正契約條款法（The Unfair Contract Terms Act 1977）——均將契約分為「個別商議契約」與「定型化契約」，又將二者各再分為「商業性契約」與「消費者契約」可知。

第二節 定型化約款訂入個別商議契約

契約之基於「定型化約款」而訂立者，依其是否經過「自由商議」之過程，可以分為「個別商議契約」與「定型化契約」。契約之經自由商議而訂立者，為個別商議契約。反之，雙方基於使用人預先擬定之「定型化約款」，未經「自由商議」而訂立之契約為「定型化契約」。定型化契約之當事人分別為契約使用人（der Verwender）與相對人（Vertragspartner oder die andere Vertragspartei）。判斷契約究為「個別商議契約」或為「定型化契約」不可只從「契約外型」判斷，而應兼從各種事實，包括當事人是否有真正的契約自由，是否各得防禦其利益，是否各能影響契約內容，特別是「當事人相對之經濟談判條件」、「專業知識」、「一般商業知識」以及「經驗」判斷。

主張契約為「個別商議契約」者，必需負舉證責任。基於大量印刷的定型化約款而訂立之契約被推定為「定型化契約」，主張該契約

爲「個別商議契約」者，必須就當事人已就「定型化約款自由商議」之事實負舉證責任。舉證之方法可以證明(1)使用人真誠地願意改變所提之定型化約款內容，且(2)使用人已將前開「真誠地願意改變所提之定型化約款」之事實通知相對人兩件事實之方法爲之。苟能證明此二點，縱令作爲契約談判基礎之「定型化約款」未經任何修改或更正，亦不失爲「個別商議契約」。反之，若不能證明此二點，縱令作爲契約談判基礎之「定型化約款」經修正或補充，但因欠缺「自由商議」，所修正補充者並未改變定型化約款的實質，則仍屬定型化契約。否則有經驗之使用人只要在定型化約款中以書寫方式科自己以輕微負擔，即可使「定型化契約」轉換爲「個別商議契約」達到逃避被一般交易條款規制法規制之目的，此斷非立法者之本意。由於定型化契約並非基於「自由商議」而訂立，因此，法律對於其訂約程序採取嚴格態度。反之，個別商議契約係基於「自由商議」而訂立，因此，可以依普通契約法之規定規範之。

個別商議契約若以口頭契約方式訂立，定型化約款之是否訂入契約，須依當事人交涉內容以及意思表示判斷之。個別商議契約若以書面契約方式訂立，既有書面可據，定型化約款是否訂入契約，甚少發生爭執。不論以口頭方式訂立或以書面方式訂立二者同爲個別商議契約，與現行契約法之立法背景無殊，因此以現行法律規範此類契約，理論與實務均不致扞格不入，於此不另贅述。

契約中，有性質上適合以自由商議訂立者，例如傭船契約，有性質上適合以定型化約款訂立者，例如件貨運送契約或保險契約^②。

② 參閱何佐治著「最新海商法釋義」第 203 頁，民國五十一年九月出版。

第三節 定型化約款訂入定型化契約

依定型化契約之主體是否為營業種類行為主體，可將契約分為「定型化消費者契約」及「定型化商業性契約」。消費者契約之主體為「消費者」與「商人」^③，交易標的物是「物品與服務」者，主體間「交涉能力」及「注意能力」差距甚大。商業性契約之主體均為經營及營業種類之「商人」，交易標的物在營業項目之範圍內，因此主體的「交涉能力」及「注意能力」沒有差別或差別甚小。由於契約思潮已由傳統以「商業利益」(Commercial Interest)為主轉換為以「消費者利益」(Consumer Interest)為主，因此在研究定型化約款訂入定型化契約時，英德諸國悉以此標準加以區分，對「消費者契約」採嚴格態度，對「商業性契約」採寬容態度。

據上所述，定型化約款之訂入「定型化消費者契約」與「定型化商業性契約」可分別稱為「定型化約款訂入定型化消費者契約」與「定型化約款訂入定型化商業性契約」，於以下諸段論述之。至於定型化約款之經「個別商議」而訂入契約者，不論為消費者契約或商業性契約，均成為「個別商議契約」，有民法之規定可資規範，茲從略。定型化約款因其所訂入之契約的種類不一樣，其積極要件容有不同，但其不得有「異常約款」之消極要件則一。

③ 學說上對“消費者”之解釋大致相同，所謂消費者指(1)非因經營商業而訂立契約；(2)他方當事人在其營業範圍內訂立契約；(3)契約通常係提供私人使用、消費之貨品或服務之類型。736, vol. 121 *The Solicitors' Journal* Nov. 1977.

第一目 判斷定型化約款訂入定型化消費者契約的標準——積極要件

在消費者契約，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^④。茲析述如下：

第一款 提請相對人注意定型化約款

一、提請相對人注意義務之強制性：定型化約款使用人有義務就特定法律行為提請相對人注意其欲以定型化約款訂立契約之事實。英國法院認為免責約款（為定型化約款之一種）所免責之範圍愈大，定型化約款使用人提請相對人注意之義務愈大^⑤。在德國，往昔聯邦最高法院並未採「明白的提請相對人注意定型化約款」作為「定型化約款訂立契約」的要件。但嗣後「一般交易規制法」（AGB）則將之列為「訂入契約之要件」。依聯邦高法院之見解，苟相對人（消費者）「已經知悉」或「應該知悉」契約使用人只欲以其定型化約款作為契約之全部或一部，即使定型化約款之使用人並未履行「明白提請相對

④ 德國一般交易條款法（AGB）第二條

1. 一般契約條款只於下列條件下才形成為契約的一部份，即訂約時，使用人（定型化約款之提出者）：

(1) 明示地提請契約的相對人注意一般契約條款，或由於契約種類之原因，以明示方法提請注意有相當困難時，得在訂約地點以明顯可見的公告提請注意；並且

(2) 給予契約的相對人以合理的方法注意該約款內容之機會；而且

(3) 契約的相對人同意該一般交易條款之適用。

2. 訂約之當事人得預先為某一特定種類的法律行為約定適用某特定一般交易條款，但以遵照第一項之規定為限。

⑤ *Exclusion Clauses after the Unfair Contract Terms Act P. 7, Richard Lawson, (1966) 1 Q. B. 742.*

人注意之義務」，該定型化約款乃訂入契約。但依德國「一般交易條款規制法」，即令相對人（消費者）「已經知悉」或「應該知悉」定型化約款使用人欲以某定型化約款（包括有免責約款）作為契約內容之事實，仍無解於使用人應為「提請注意」之義務，縱令該定型化約款「常為當事人所使用」或「普遍被使用」亦然^⑥。

二、提請注意之合理程度的判斷：提請相對人注意定型化約款訂入定型化契約須達到合理程度。是否達到合理程度，可依用以「提請相對人注意」之(1)文件外型(2)提請注意之方法(3)清晰明白的程度(4)提請注意之時間以及(5)相對人性質等因素判斷之。任何因素之不備，均足以構成「提請注意之不充分或不合理」而使該定型化約款不訂入契約。茲分述如下：

(一)文件之外型：載有定型化約款之「文件外型」須予人以「文件」之感而非予人以「收據」之感^⑦。判斷「提請注意是否充分」的因素之一是「文件外型」。文件外型須予人以該文件載有足以影響當事人權義之約款之印象，否則相對人收到該文件根本不予閱讀，使用人之提請注意（通知或公告）即不充分。在 *Parker v. South-Eastern Railway Co.*^⑧ 一案，Mellish L. J. 表示「……有些情況，在交易行為中，一方（使用人）雖然將載有文字的紙張交給他方，但在該情形下，收到該紙張之人認為該紙張並未記載任何約款，因此未予閱讀即

⑥ *The German Standard Contract Act* P.19, Dr. Harry. Silberberg, Fritz Knapp Verlag, 1979.

⑦ 紙張之外型是「收據」，固不得謂定型化契約使用人已予相對人「合理的提請注意」（或謂合理之通告或公告），但紙張雖然名為「收據」，若基於雙方當事人之意思，或將載有免責約款之事實通知相對人，仍不失為「契約文件」，不能只以是否載有「收據」二字為斷，而應依「商業性契約」或「消費者契約」等情況之不同而具體判斷。

⑧ (1877) 2. CPD. 416.