

現代非典型契約論

著 曾 隆 興 法學博士

中華民國七十七年一月修訂三版



D423.6

Z103

現代非典型契約論

著 曾 隆 興 法學博士

中華民國七十七年一月修訂三版

著者簡介

曾隆興

一、學歷：日本東洋大學法學博士

二、考試：

(一)高等考試司法官考試及格

(二)高等考試教育行政人員考試及格

(三)特種考試甲級社會教育行政人員

考試及格

三、現職：台灣高等法院推事

四、其他著作：

(一)民法（定價新台幣三百元）

(二)現代損害賠償法論（定價新台幣

五百元）

(三)汽車交通事故損害賠償制度之比較研究（定價新台幣三百元）

版權
所有
翻印
必究

中華民國七十五年九月初版
中華民國七十七年一月修訂三版

現代非典型契約法論

定價：精裝新台幣肆佰元
平裝新台幣叁佰伍拾元

編著者：曾隆興
發行人：曾隆興

住址：台北市桂林路四巷一之一號三樓
電話：三〇六八七四六

郵政劃撥帳號：〇七二六九八三一五

印刷者：先鋒打字印刷有限公司
總經理：三民書局股份有限公司

序

我民法第二編債第二章各種之債所列典型契約，係沿襲西歐大陸法制，將往昔日常生活較為常見之契約，加以規定。至其他非典型契約，依契約自由原則，固仍承認其效力，但因較為少見，故未予列入民法典之中。惟時至今日，因社會進步及交易形態逐見發生變化，若干非典型契約，例如合建契約、委建契約、合會契約、人事保證契約、信託契約、融資性租賃契約等有關非典型契約之訴訟，日漸增多，甚至其案件數量有超過典型契約者，並不在少數。此等有關非典型契約之事件，因法律無明文規定，故遇有當事人無約定或約定不明確時，如何解決問題，成為現代法曹及法學界重要問題。本書特選擇現代較為常見之若干非典型契約，加以論述。惟著者才疏學淺，疏誤難免，尚祈賢達指正。

著者 法學博士 曾隆興 謹識

中華民國七十七年一月

凡例

六五臺上二四三六判例

最高法院六十五年臺上

院解三八四五

司法院院解字第三八四五號

字第二四三六號判例

解釋（民國三十四年以後之

五五臺上七〇七判決

最高法院五十五年臺上

解釋例）

字第七〇七號判決

公報

司法院公報

63.12.3.

最高法院六十二年十二

類編

中華民國裁判類編

月三日民庭庭推總會決

選輯

最高法院民刑事裁判選輯

議（六十一年七月以前

發回要旨

民事裁判發回更審要旨選輯

爲民刑庭總會決議）。

廣編

民事法裁判要旨廣編

釋五八

司法院大法官會議釋字

合建專輯

最高法院民刑事裁判專輯有關

第五十八號解釋

合建專輯

房屋合建契約之裁判

院一五四三

司法院院字第一五四三

醫療專輯

最高法院民刑事裁判專輯有關

號解釋（民國三十四年

關醫療糾紛之裁判

以前之解釋例）

目錄

壹、非典型契約	一
貳、合會契約	七
叁、存款契約	一九
肆、簽帳卡契約	四三
伍、信託行爲	六五
陸、融資性租賃契約	九三
柒、人事保證契約（職務保證契約）	一四一
捌、合建契約	一五七
玖、委建契約	一八三
拾、設計委託契約	一九七
拾壹、製作物供給契約	二〇一
拾貳、繼續的供給契約	二一五
拾叁、代理店契約	二二一
拾肆、廣告契約	二三九
拾伍、旅店住宿契約	二四五
拾陸、旅遊契約（國外團體旅遊契約）	二五三
拾柒、合辦契約（合資契約）	二六五
拾捌、醫療契約	二七九

非典型契約

一、序 言

我民法因採契約自由原則，故許當事人於不違反強制規定及公序良俗範圍內，得自由訂定各種不同內容之契約。惟當事人訂約時，常不能預想各種可能發生之糾紛而訂立預防糾紛之明確約款。故爲備當事人所訂契約不明確或就某事項根本未有約定而發生糾紛涉訟時，使法官裁判或當事人解決糾紛有所依據，乃沿襲西歐大陸法制，於民法第二編債第二章各種之債中，選擇往昔日常生活較爲常見之契約類型，即買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、出版、委任、經理人、代辦商、居間、行紀、寄託、倉庫、運送營業、承攬運送、合夥、隱名合夥、指示證券、無記名證券、終身定期金、和解、保證等二十五種契約類型，加以規定，稱爲典型契約（*Typische Verträge*）。或有名契約（*Benannte Verträge*）。他如特別法上所定契約，例如保險法上保險契約，海商法上海上運送契約等，亦屬典型契約。其餘法律未加規定之契約，即爲非典型契約（*Nicht typische Verträge*）。或無名契約（*Nichtbenannte Verträge*）。換言之，非典型契約可謂係因民法一方面採契約自由原則，一方面又列舉典型契約所生產物。

二、非典型契約之種類

非典型契約，依其內容，可分爲下列三種：

（一）狹義非典型契約

契約之任何部分均不屬於任何典型契約之構成分子爲內容之契約，稱爲狹義非典型契約，或純粹

非典型契約，例如於廣告使用他人姓名及肖像之契約是。

(二) 混合契約

一個契約之構成分子係由複數之典型契約之構成分子所成立之契約，稱為混合契約，例如混合租賃、僱傭、寄託、買賣等典型契約之旅店住宿契約是。

(三) 準混合契約

契約之一部分雖屬典型契約，但其他部分則不屬於任何典型契約者，稱為準混合契約，例如小費制之女服務生僱傭契約，其契約中之有關僱傭部分雖屬僱傭契約，但就僱用人並不給付報酬，而由客人給付小費之契約內容而言，則不屬於任何典型契約是。

三、契約之聯立

與混合契約類似而實不同者為契約之聯立 (Vertragsverbindungen)。契約之聯立，指數個契約不失其個性，而相結合之謂。其結合情形，有下列四種：

(一) 單純外觀之結合

數個獨立契約，因締結契約行為，例如依一個書面契約而結合，其相互間並無任何牽連關係，例如向建設公司購買房屋，同時約定由建設公司另在庭院製造游泳池時，買賣契約與承攬契約因同時締結而有外觀上結合，但各契約仍適用其固有之典型契約規定，即關於購買房屋應適用買賣規定，關於製造游泳池則適用承攬規定。此種單純結合之契約之聯立，在法律適用上並不生若何困難問題。

(二) 一方依存之結合

甲契約之存立依存乙契約之存立，而乙契約則不依存甲契約之存立，例如約定買馬而租借馬鞍一

個月之契約，租賃契約之成否依存於買賣契約，而買賣契約之成否則不依存於租賃契約之成立與否是。此種情形，甲契約之成立雖依存乙契約，但在法律適用上仍分別適用其固有之契約法則。

(三) 相互依存之結合

數個契約之結合有相互依存關係，例如出租酒店並且出賣啤酒契約之情形，租賃契約與買賣契約有相互依存之密切牽連關係。此種情形，在適用法律上，仍各自適用其固有之契約規定。

(四) 擇一之結合

多數契約因某條件之發生，使甲契約失其效力而乙契約發生其效力之結合，稱為擇一之結合，例如一個月內如為公務員則買汽車代步，否則租用汽車一個月是。此種擇一之結合，僅適用發生效力之典型契約規定，在法律適用上亦不發生任何困難。

四、非典型契約之法律適用問題

關於非典型契約，因無直接可以適用之法規，故遇有法律糾紛時，應如何解決，不無問題。茲分述之：

(一) 狹義非典型契約

民法總則有關法律行為及債篇契約通則之規定，非但典型契約有其適用，即非典型契約，亦得適用，應無疑義。

(二) 混合契約及準混合契約

混合契約及準混合契約，既包括一種或兩種以上典型契約之構成要素，則其如何適用典型契約規定，有下列三種主義：

1. 吸收主義

吸收主義主張將構成混合契約之各分子區分爲主要分子與非主要分子，而適用主要分子之典型契約之規定，亦即在法律效果上非主要分子爲主要分子所吸收。羅馬法因不承認契約自由原則，故採吸收主義。但一個契約中，那一部分爲主要分子，那一部分爲非主要分子，有時甚難分別，且若僅適用主要分子之典型契約規定，而置非主要分子之典型契約之規定於不顧，殊與當事人立約之本意不符。故現今此說已不被學說所採用。

2. 結合主義

結合主義，主張分解各種典型契約之規定，而尋求其法律要件，以發現其法律加以調和統一，創造一種混成法，而予以適用。此說忽視各個典型契約具有獨自之經濟目的及社會作用，故在實際上每有難於將典型契約之構成分子分解，以求其各個構成分子之法則，且其機械地結合各構成分子之法則，以定其適用，亦有違背當事人意思之缺點。

3. 類推適用主義

此說主張可就混合契約之各構成分子類推適用關於各典型契約之特別規定，但類推適用時，應斟酌當事人訂立契約所欲達成之經濟上目的暨社會上機能，而加以類推適用。此說爲現今通說。

五、結 論

按非典型契約，既爲契約自由原則之產物，則法官於解決當事人所訂非典型契約糾紛時，自應先行尊重當事人約定，若當事人並無約定，或當事人約定不明確時，自可適用民法總則及債篇通則有關契約之規定。若契約內某一事項，與民法債篇各種之債所定典型契約相符合時，亦可適用有關典型契

約之規定。如全無可資適用之法規，而有習慣時，應適用習慣，無習慣時應依法理解決（民法一條參照）。故法官於處理非典型契約案件，遇有法律無規定，亦無習慣時，自可依據法理（註一），自行創造判例，以補充立法上之欠缺。目前社會上甚為盛行之合建契約、信託契約、融資性租賃契約、合會契約、人事保證契約等非典型契約均有待於法官創造充足判例以爲行爲或交易之準繩也。

註一：法理者，乃推定社交上必應之處置，例如事親以孝及一切當然應遵守者皆是（民律草案第一條理由）。又在我國法律無明文，又無習慣，而外國立法例有明文規定而合乎情理時，可將外國立法例視爲法理而適用（五九台上—一〇〇五判決類編十二冊一三一頁參照）。

參考文獻

史尚寬：有名契約與無名契約·債法總論上冊九頁。

楊崇森：混合契約之研究·民法債篇論文選輯一九四頁以下。

長尾治助：非典型契約·演習民法（債權）三九九頁以下。

來栖三郎：典型契約と非典型契約·契約法七三六頁以下。

合會契約

一、序 言

(一) 合會係東方國家獨特之民間經濟合作制度。我國稱為「會」或「合會」。臺灣合會俗稱為「會仔」，寫立書面時則稱為「互助會」或「會」。日本稱為「講」、「無盡講」或「賴母子講」。韓國稱為「契」。印度稱為「奪標制」(Kuttu - Chittu)、「友助會」(Nidi) (註1)。

(二) 我國合會，係以濟急、互助、儲蓄為目的之民間融通資金或儲蓄之重要方法。因係東方國家特有之融資制度，為歐陸國家之所無。而民國十八年制定公布之現行民法，係承襲歐洲大陸法制，故現行民法中並無有關合會之規定。若有糾紛發生時，法院多依判例、學說及習慣加以判決。究竟合會契約之意義、法律性質及其權利關係如何？不無研究必要。

二、合會意義

(一) 合會係由需款應用之起會人邀請多數之親朋好友參加為會員，約定每期應給付之金錢或物品（如稻穀或白米等），集成一筆整數先給付起會人，嗣後則以約定方法（通常以競標方法），先後給付各會員為目的而成立之組織。

(二) 起會人稱為「會頭」或「會首」，參加人稱為「會腳」或「會員」，每人每會逐期給付之金錢或物品，稱為「會款」或「會錢」或「會金」。已領取會款者稱為「死會」，應給付約定全部金額尚未領取會款者，稱為「活會」，每期給付金額，應扣除標會人所願支付之利息。會首或死會會員無法繼續按期繳納約定之會款或物品，致合會無法繼續運作情形，稱為「倒會」。

三、合會契約之成立要件

(一) 合會契約，係由二人以上會員，約定：①會數（一個會員在同一合會中可參加數會，故會員人數不一定與會數相符），②每次每會應支付之金額，或每次應得之總金額，③每次支付會金之時期（月標、半月標、日標）與方法，④決定每次受領會款人之方法（競標或抽籤等）及金額，⑤惟須注意者，合會契約須至最後一會員均有受領會款機會與權利，否則為違反公序良俗，應屬無效。

(二) 合會契約之成立，最少須有上述各要件之合意，但合會契約為諾成契約，並不以寫立書面為必要。通常情形，亦多以口頭約定。

(三) 合會契約所約定事項，經全體會員承認而生效力，如會員接受印好合會契約單者，應推定其承認會約。

四、合會之種類

(一) 依給付內容可分為下列二種：

1. 現金會

以現金作為給付會款之標的者稱為現金會，係目前民間合會最為普遍及最簡便之一種。

2. 稻穀會

以稻穀或其他農作物作為給付會款之標的者，稱為稻穀會。稻穀會會員多屬農民。稻穀會優點在於可以避免通貨膨脹、貨幣貶值影響，但如有換成得標時稻穀市價，折付現金之約定者，依其約定。

(二) 依投標日期之不同可分為下列二種：

1. 月標

以每月固定日期爲投標日，而以願支付標息最高之人爲得標者，稱爲月標。係目前最普遍之一種民間合會。

2. 非月標

凡非按月標會者，如每半月一次或每十日一次，或每季一次標會者，均屬之。

(二) 依競標方式可分下列二種：

1. 內標

活會會員每期自會金內，扣除得標人所出標息而繳納會款，死會會員則繳納每期約定會款者爲內標。通常民間合會多數屬於內標性質。

2. 外標

活會會員每期按約定之會金繳納，死會會員則除約定會金外，再加標息繳納者，稱爲外標。

五、合會之法律性質

民間合會係東方國家特有之民間金融制度，爲歐陸國家之所無，而現行民法多係沿襲歐陸法制，故並無有關合會契約之規定。故合會契約之法律性質如何，學說甚爲紛歧，尙無定論。茲分述如左：

(一) 無名契約說

此說認爲合會契約既爲東方國家特有民間金融制度，因而不屬於現行民法典型契約之任何一種，故爲無名契約，乃學者通說（註二）本書亦贊同此說。

(二) 合夥說

此說認爲合會乃數人互約提出一定之金錢或實物以抽籤、投標等方法，使參加會員依序享有財產

上利益爲目的之契約，與民法上合夥之多數人互約出資以經營共同事業之要件相符，故屬於民法上合夥契約（註三）。惟合夥係以經營共同事業及合夥人間之共同利益爲前提，但合會會員間之利害關係却相衝突，且合夥須與外界經濟上來往，合會則僅會員間內部之關係而不發生損益分配問題，性質上似有分別（註四）。

（三）消費借貸說

此說認爲未得標者所繳納之活會金，具有貸款性質，經以投標等方法取得會款者，與未得標者間成立消費借貸關係，而得標者嗣後繳納之死會金，應解爲分期清償借款之性質（註五）。惟我民法債篇第四七五條規定消費借貸屬於要物契約，顯與民間合會習慣不符，且此說無法說明會員未得標前何以負有支付會款義務，以及無法說明最後得標者何以不負返還義務（註六）。

六、會首與會員之權利義務

實務上最高法院四十九年臺上字第一六三五號判例謂：「臺灣合會性質，乃會員與會首間締結之契約，會員相互間除有特約外，不發生債權債務關係。」依此判例，民間合會之法律性質屬於單線之法律關係，爲會首與會員間所締結的無名契約。就會首而言，係有數個合會契約，而會員與會員間，原則上並無契約關係存在。合會契約既爲無名契約，則合會契約當事人間之權利義務關係，應視契約內容如何而定。惟目前民間合會契約，除有會單記載會員姓名、每會金額、標會地點外，對於當事人間之權利義務，則無約定。於此情形，祇有適用習慣加以解決。茲分述如左：

（一）會首之權利義務

1. 會首之權利

民間合會習慣，會首有收取首期會款全部權利，無須經過競標手續，在第二會以後，則按所收會款全額繳納會款。

2. 會首之義務

會首有左列義務

(1) 指定標會時間，提供標會場所，通知會員到場競標。競標時會員如不親自到場，亦不委託他人代標者，視為棄權。

(2) 收集會款轉交得標人。會員有不能給付會款之情形者，即會員倒會，會首有代付會款之義務。

(3) 會首死亡，其權利義務，由其繼承人繼承之。

(4) 會首有數人時，各會首對於會款應負連帶清償責任（五一臺上二四一六判決）。

(5) 亦有會首於每會開標時請客習慣，原則上應視為贈與性質。

(二) 會員之權利義務

1. 會員之權利

會員給付首會會款後，享有以後各會之競標或抽籤權利（如無人競標時以抽籤決定得標人），得標後享有請求會首給付會款之權利。如得會首同意，亦得將其權利義務轉讓第三人，不必得其他會員同意。

2. 會員之義務

會員主要義務為按期繳納會款。死會會員應繳納全部會款，活會會員可扣除標息繳納會款。又會