



《高大法學論叢》

第13卷第1期（09/2017），頁199-266

無名契約典型化之因素

游進發*

摘 要

民法上之有名債權契約，不僅具備整體或形成類型之性質，同時亦是平均或頻繁類型。立法者計劃將新型態契約有名契約化，亦即將無名契約典型契約化時，應注意方法論上類型論之要求。無名契約典型化之立法，首先應符合經驗類型之要求：該契約於人民法律生活中之實踐，應已達到頻繁以上之程度；將存在於一切個別、具體契約中均存在之特徵（必要之點，亦即要素），放進定義規定

* 國立台北大學法律學院副教授，德國柏林自由大學法學博士。

筆者衷心感謝審查委員與編輯委員們的修正建議，而且當然自負文責；感謝林軒鋒、曾文儀與蕭嘉德等助理們不辭辛勞，協助蒐集、整理文獻及校稿。

投稿日期：01/25/2017；接受刊登日期：06/06/2017

責任校對：李兆麒、葉蕙禎

裡，至於於個別、具體契約中通常發生之特徵（非必要之點裡之常素），則涉及契約典型風險之分配，通常以任意規定加以規範，亦有可能以強行規定進行規範。對這項立法作為而言，經驗類型之方法論認知，乃不可或缺者，否則新制定之有名契約法，恐怕將違逆經驗。違逆人民經驗之有名契約法，不僅增加人民適應法律之成本，恐怕亦有侵害國民主權之嫌疑。

無名契約典型化之立法，其次則應注意規範類型之要求。無名契約典型化之立法，應自現行規定中取得意義關聯，亦即將之融入現行法秩序內，以使相同者受到相同評價，不同者受到不同評價。換句話說，不應與現行法規定發生衝突。民國 88 年 4 月 21 日施行之民法債編修正，例如其中關於合會與旅遊契約之規定之部分，符合方法論上經驗類型規範化要求，乃相當成功之立法作為。其不僅自人民之生活經驗而出，亦即符合人民之合會與旅遊生活經驗，亦與現行法秩序相融合。

The Elements for the Typification of a Contract

Chin-Fa You**

Abstract

The nominated contract in civil law not only has the nature of the whole or formational type, but also has the average or frequent type. When the Lawmaker plans to typify a new kind of contract, he should pay attention to the requirements of the methodology of typification. The legislation of the typification of contract should firstly meet the requirements of the empirical type. The practice of the contract in people's legal life should have reached the level of frequency; characteristics that exist in each individual specific contract, i.e. essence of contract, should be put in the definition, on the other hand, characteristics that are usually occurring in a particular contract, i.e. *naturalia*, distribute typical risks involved in contract which usually governed by arbitrary regulations and may be regulated by force regulations. For this legislativation, the methodological

** Associate Professor, College of law, National Taipei University, Dr. jur., Freie Universität Berlin, Germany.

knowledge of the empirical type is indispensable, otherwise the new kind of legislated nominated contract law will violate the life experience of people, which not only increases the cost of the people's adaptation to the law, but might be the infringement of popular sovereignty.

In the process of Legislation of contract typification, lawmakers should pay attention to the requirements of normative type. What shall be included in the definition regulation? The legislation of contract typification should obtain the meaningful relation from the existing regulations and be integrated into the existing law order, so that the same things are evaluated in the same way, and different things are evaluated differently. In the Republic of China on April 21, 2008, the debt amendment of Civil Law such as the provisions of the bid society and tourism contract are coordinated with the requirements of empirical type, therefore it was a quite successful legislation. It not only come from the people's life experience i.e. in line with the life experience of bid society and tourism, but also integrated with the existing law order.

無名契約典型化之因素

游進發

目錄

壹、問題提出與背景

貳、典型是類型

一、概念與類型在有名契約法並無不同

二、經驗性類型作為出發點

三、亦是規範性類型—在既存規定之意義關聯
中規範化

四、定義不須包括全部因素

參、新形態契約

一、融資性租賃

二、加盟契約

肆、結論

關鍵字：典型、類型、有名契約、加盟契約、融資性租賃。

Keywords: typical, type, contract with a name, franchise, financing
leasing.

壹、問題提出與背景

民法制定當時之生活形態，與現今之生活形態大不相同：現今不僅生活步調較百年前加快許多，資訊取得容易許多，交易形態與法律生活，亦複雜或多樣了許多。若干不在民法規範範圍內之契約「類型」，於是自人民日常法律生活中發展出來。以下舉幾則涉及新形態契約之最高法院判決。

最高法院90年度台上字第1841號判決¹：「系爭機器固係大批發公司自行出資向鴻英公司購買，嗣將系爭機器連同其他標價機等設備轉售被上訴人，同時以承租方式繼續使用，而與傳統融資性租賃契約由需用機器之企業（承租人），於機器供給者處選中機器，再由租賃公司（出租人）出資向機器供給者購買，轉而出租予該需用機器之企業，承租人分期給付租金之交易流程不同。惟其差異僅在縮短租賃公司（即被上訴人）向機器供應者購買之流程，逕由大批發公司向鴻英公司購買系爭機器，再與被上訴人成立買賣及租賃契約，將傳統融資性租賃契約分由被上訴人與鴻英公司訂立之買賣契約、與大批發公司訂立之租賃

¹ 最高法院93年度臺上字第482號判決、最高法院92年度臺上字第990號判決、最高法院90年度臺上字第1841號判決。

契約，均併同與大批發公司訂立之，其融通資金之目的與傳統融資性租賃契約並無不同，可謂傳統融資性租賃之變形。然自融資性租賃之特性觀之，出租人所追求者，為融資之利益，從出租人融通『買賣機器設備資金』之金融行為觀之，實與金錢消費借貸無異，因此，在解釋融資性租賃契約之法律性質時，學說上有採消費借貸說者。」關於融資租賃之法律適用，問題首先在於，民法租賃契約法與其他有名契約法，能否妥當規範出租人、承租人與供貨人間之法律關係？倘若無法提供妥當解決之道，則進一步問題是，應增訂如何內容之融資租賃契約法？

關於加盟店契約。最高法院101年度台上字第966號判決²：「查勤實加公司為被上訴人中信公司之加盟店，基於該公司與中信公司間之加盟契約，獲得使用『中信房屋勤實加正三民加盟店』服務標章及名稱之授權，且其招牌上標有『中信房屋』字樣，本件相關之購屋承諾書、不動產買賣契約書全銜並均載為『中信房屋勤實加正三民加盟店勤實加房屋仲介股份有限公司』，既為原審認定之事實，則依前開說明，本件經紀業是否僅限於勤實加公司，而未包括中信公司在內，自非無疑。倘中信公司與勤實加公司

² 另外，依臺灣高等法院臺南分院99年度上易字第196號判決，加盟者之配偶負有競業禁止義務；依臺灣高等法院89年度重上字第224號判決，加盟者之員工則不負有競業禁止義務。

均屬經紀業，該公司對於上訴人應否負授予代理權之本人責任或表見代理之授權人責任，即值斟酌。」

當人民遇到這類關於新形態契約的紛爭時，對其而言，知悉自己之實體法律關係如何，是最迫切解決之問題。但由於該契約是無名契約，人們於是很難或根本無法於民法典中尋得問題之答案。對法官而言，基於法官知法之憲法要求，瞭解規範當事人間權利義務關係之法，為其職責之所在。對民法研究者而言，其首先反應亦與法官相同，即瞭解規範當事人間權利義務關係之法，亦即解決應適用，或類推適用民法相關有名契約法之問題；當民法並無任何規定涉及該契約紛爭時，立法論上應否為這類契約紛爭，增訂相應之有名契約法？應是如何之相應內容：應將哪些因素放進該有名契約法之定義規定中？當事人間除了主給付關係外，還應有著如何內容之權利義務關係？是否應增訂若干強制規定？是否應增訂若干現行法之特別規定？基於以上之理由，無名契約典型化因素之研究，顯得有非常必要。再者，最高法院關於新型態契約之裁判不在少數。單是這點亦可彰顯，無名契約典型化因素研究之必要性。

本文主要目的，並不在解決新形態契約具體內容應如何之問題。這並非本文抽象命題式之題旨所能涵蓋者，而是將目的僅設定於：其一，解決某種新型態之契約是否足

以典型化，亦即典型化要件之問題。在此間尚須特別說明者，乃縱使現行法已足以解決關於新形態契約之紛爭，但這並不足以阻止立法者，將新型態之契約有名契約化，因為將新形態契約有名化後之法律適用狀態，仍然較無名契約之法律狀態安定許多。更何況，立法者本於憲法所賦予之立法權力，原即得作出任何不違反憲法之立法或修法決定。儘管基於法實證主義之立場，立法者原則上享有內容形成自由³。但這項論據不僅無法充份說明，何以立法者應將無名契約典型化，亦無法說明無名契約典型化因素之研究，何以並無必要，良以其並不祇針對某項特定之立法作為，而是對任何立法作為開放。總而言之，當立法者企圖將無名契約典型化時，無名契約典型化之因素，對其而言。至少乃必須受關切者。

貳、典型是類型

立法者計劃典型化某新型態之契約時，不僅應瞭解典型化之因素；如此一則抽象與前置之命題，尚須瞭解且進而區別二點：其一，構成各該有名契約所不可或缺之因素，而這則問題又涉及到，何者得為定義規定之內容；其二，在各該有名契約中通常存在之因素為何？一般而言，

³ 關於立法者是否享有內容形成自由之問題，Walter R. Schlupe, *Einladung zur Rechtstheorie*, 1. Aufl., 2006, § 11 S. 1287f.

這則問題涉及到任意規定，在極少數情形，則涉及強行規定。以下研究客體，即上述問題。

一、概念與類型在有名契約法並無不同

對於概念與類型之理解，始終存在著歧異。在較早期之文獻大抵有兩大對立之見解，即概念是清楚（*eindeutig*）、精準（*exakt*）與安定的（*sicher*），類型則是不清楚、不精準與不安定的⁴。在晚近相關文獻則主要有兩大對立見解，例如Rolf Wank、Reinhold Zippelius、Bernd Rüthers等教授均認為，類型祇是用來比較系爭事實是否與已規範之典型事實類似，亦即均只以類型為案例比較，用以實現平等原則之思考工具⁵。例如Karl Larenz與Detlef Leenen教授（兩人為師徒關係）則以類型作為形成體系（*Systembildung*）與發現法（*Rechtsfindung*）之思考工具⁶。

⁴ 關於這項爭論，詳細整理與說明，Detlef Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, 1. Aufl., 1971, S. 28。方向性的說明：Bernd Rüthers/Christian Fischer, *Rechtstheorie*, 5. Aufl., 2010, S. 576；王利明（2011），《法學方法論》，頁661，北京：中國人民大學出版社。

⁵ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 8. Aufl., 2003, S. 72; Bernd Rüthers/ Christian Fischer, a.a.O. (Fn. 4.), S. 577 f; Rolf Wank, *Die Auslegung von Gesetzen*, 4. Aufl., 2008, S. 49.

⁶ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1975, S. 453,

然而，在許多無關概念與類型區別問題之文獻中，往往有著類似以下之說明：法律概念先天上有著不確定性，法律必然是以語言之形態呈現出，必然繼受語言之不確定性與多義性，而有解釋之必要⁷。由此可見，法律概念並不總是如同一些專門處理類型與概念之文獻所宣稱之清楚與精確，其適用亦並不總是安定⁸。否則與概念與類型無關之文獻，豈非互相矛盾⁹。儘管文獻上對類型與概念之理解存在著歧異，而且綜合以觀，甚至還彼此矛盾，但仍存在著一項共識，即類型是較具體之概念¹⁰。類型是種思考方式，概念也是種思考方式。人們於是可能將某項事物以概念之方式思考著，同時亦可能將該項事物以類型之方式思考著。本文基本上採取Karl Larenz與Detlef Leenen教授所提出之類型論，而不擬進入這彷彿無盡之論爭中，因為對此項論爭所持之立場不同，並不影響法律解釋與適用。本文主旨只在借助Karl Larenz與Detlef Leenen教授所

456; Detlef Leenen, a.a.O. (Fn. 4), S. 80 f, 173 f; Thomas Vesting, *Rechtstheorie*, 1. Aufl., 2007, S. 17.

⁷ Karl Engisch, *Einführung in das Juristische Denken*, 9. Aufl., 1997, S. 134 f.

⁸ Reinhold Zippelius, a.a.O. (Fn. 5.), S. 42; Detlef Leenen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 125-126.

⁹ 早觀察到這項矛盾者，Detlef Leenen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 28.

¹⁰ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 444-445; Reinhold Zippelius, a.a.O. (Fn. 5.), S. 73.

持之類型論，提出一項方法論上之要求：制定有名契約法時，應以類型論之認知為前提。以下將透過較具體之例子，說明抱持如此立場之理由。

民法有著許多有名債權契約。縱使有認為，立法者以概念之型態制定這些契約，但其中仍有不否認這些契約具有類型性質者¹¹。本文一貫基本立場是，不論認為有名契約是概念或是類型，這兩項見解在實際上並無差異，其理由如下：其一，不論認為各該有名契約是概念或類型，這些有名契約均指向同一，均指向各該被經驗、被觀察到之有名契約；其二，均不致於造成法律適用上之差異，詳細來說，無論解釋論或立法論，均追求貫徹平等原則，使相同者，受到相同之對待，使不相同者，受到不相同之對待，凡為某有名契約法之適用範圍所及者，該有名契約法對其便有適用之餘地，凡不為有名契約法之適用範圍所及者，該有名契約法對其便無適用之餘地，而這項法律適用，並不因立法者以概念或類型之型態制訂有名契約，而有不同。簡單來講，無論認為民法上有名契約是概念或類型，它們都經過法律制定之程序，亦即法定類型。

準以上所言，民法上之有名債權契約，不僅是法律規

¹¹ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 449; Detlef Leenen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 125-126, 129, 133.

定之類型，即法定類型，同時亦是法律規定之概念。既然民法上之有名債權契約亦是類型，則為解決是否足以將無名契約典型化，亦即為解決無名契約典型化要件之問題，必須先掌握類型之意義。以下研究便是以此項認知作為出發點。

二、經驗性類型作為出發點

法律學是社會學科。不僅法之內涵於社會生活中受到實踐，法之形成原則上亦應以一定社會實踐為基礎，否則恐怕將使人民拒絕法律¹²。是以關於法學方法論中之類型，首先應該討論的是經驗類型：整體或形成類型（Ganzheits- oder Gestaltstypus）與平均或頻繁類型（Durchschnitt- oder Häufigkeitstypus）。依Karl Larenz教授之說明，平均或頻繁類型，是指「依通常過程可期待者」或「一般而論者」；整體或形成類型，是指具有一定特徵或某些因素所形成的整體，才能形成之類型¹³。舉例說明平均或頻繁類型：對台灣夏天而言，高溫、潮濕與午後多雨是典型、普遍的，換句話說，在台灣夏天，高溫、潮濕與午後多雨之日數，已達到普遍或平均以上之頻率。平均或頻繁類型指涉者，乃量之比例。亦可舉相同例子說明整

¹² Bernd Rüthers/ Christian Fischer, a.a.O. (Fn. 4.), S. 220.

¹³ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 444.

體或形成類型：高溫、潮濕與午後多雨，是典型台灣夏天，換句話說，必須具有這些特徵，才稱得上是台灣夏天。整體或形成類型不僅關係一定之特徵，而這些特徵還必須形成一整體，才能組成類型。單從以上對兩項類型之說明可知，無論是平均或頻繁類型，抑或是整體或形成類型，均能藉由經驗而被證實¹⁴。

民法上之有名債權契約，不僅具備整體或形成類型之性質¹⁵，同時亦是平均或頻繁類型。德國民法典與法國民法典，均繼受羅馬法。民法上之有名債權契約因此亦繼受羅馬法。縱使其中若干債權契約，並非繼受自羅馬法，例如旅遊契約，但這些契約絕非民法典立法者所憑空捏造者，而是於人們常年反覆不斷之契約締結行為中誕生。準此而論，民法上之有名債權契約，是平均或頻繁類型。民法立法者對每則有名債權契約皆設有定義規定。於這些定義規定中可察知，形成每則有名契約之特徵，例如於買賣契約，乃價金與財產權之交換，於承攬契約，乃報酬與完成工作之交換，於租賃契約，則為租金與租賃物使用收益之交換。立法者置於契約定義規定中之契約必要之點，亦由人民常年反覆不斷實施之締結行為中歸納出。於是，有

¹⁴ Ebd., S. 445.

¹⁵ Ebd., S. 449.

名債權契約，必定同時具備平均或頻繁類型與整體或形成類型之性質。

新形態契約是否足以典型化？這則問題之答案，關鍵首先在於其是否具有一定之特徵，或是否是由某些因素所形成之整體，以及其是否已達到頻繁甚至普遍以上之程度。當立法者企圖將無名契約典型化時，首先必須注意到以上兩種經驗類型，換句話說，關於經驗類型之方法論認知，對這項立法作為乃不可或缺者，否則新制定之有名契約法，恐怕將違逆經驗。違逆人民經驗之有名契約法，不僅增加人民適應法律之成本，恐怕亦有侵害國民主權之嫌疑。

最容易用來檢驗有名契約法之增訂，是否符合方法論上經驗類型要求之方法，乃從習慣、商業習慣或習慣法切入之檢驗。從習慣、商業習慣與習慣法可導出典型之行為方式。由此衍生之個別習慣、商業習慣與習慣法，性質上首先屬於平均或頻繁類型，因為不論是習慣、商業習慣或習慣法，均指向多年來人們反覆不斷實施之行為，而反覆不斷實施意味著頻繁。再者，當立法者制訂有名契約法時，必定於編纂位置之首，制定一條定義規定，而於定義規定中所放置者，便是各該有名契約之必要之點。這些必要之點，即由反覆不斷實施之締結行為中歸納出。於是，當立法者將已成為個別習慣、商業習慣或習慣法之無名契

約典型化時，自然而然便應輕而易舉地，符合方法論上經驗類型對於立法作為之要求。

民法第709條之1第1項前半段規定之立法理由：「第一項規定合會之意義，將民間習慣明文化，俾資適用。」從以上合會契約法之立法理由不難瞭解到，立法者增訂合會契約，將合會典型化，首先便是由習慣出發，是以多年來人們反覆不斷實施之合會行為為基礎。民法第709條之5規定之立法理由：「民間合會之運作方式，首期合會金係由會首取得，不經過投標手續。其餘各期由會員依約定方法標取，由得標會員取得，爰將習慣明文化。」這條條文所規定者，乃會首之首期合會金請求權，而且其發生並不取決於投標。其立法理由亦明白表示，會首首期合會金請求權，乃民間習慣之成文化。

民法第709之9條第1項與第2項規定之規範客體，乃會首與已得標會員之連帶責任，其規範目的在於擔保未得標會員之各期會款債權。倒會在台灣似乎是常見之現象。不少人於日常生活中常聽聞倒會一事。立法者於是增定這兩項規定，用以明確與擔保未得標會員之各期會款債權。上開規定一方面意味著，合會是台灣民間小型之投資管道，另一方面意味著，合會乃高風險之投資。綜上以上說明，合會契約之典型化立法，符合方法論上關於經驗類型之要求。

民法第881條之1第1項規定的立法理由：「實務上行之有年之最高限額抵押權，以抵押人與債權人間約定債權人對於債務人就現有或將來可能發生最高限額內之不特定債權，就抵押物賣得價金優先受償為其特徵，與供特定債權擔保之普通抵押權不同，是其要件宜予明定，俾利適用，爰增訂第一項規定。」在修法增訂之前，最高限額抵押權契約已行之有年。物權編修正之立法者在如此之環境中，以慣行之內容將最高限額抵押權物權契約化，亦符合方法論上關於經驗類型之要求。但應特別說明者，Larenz教授並不認為物權契約是類型，而是以物權契約為概念性質之種類，因為其對類型之出發點認知，乃概念是清楚、準確的，類型則與此相反，是有待澄清的¹⁶。但本文並不贊同這項觀察。概念可能是清楚、準確的，其亦可能是不清楚、不準確的，類型亦可以是概念，是較具體之概念（如前所述，這點亦是文獻上對類型之共識）。是以於本文如此之認知下，物權契約亦是類型，是透過法律明文規定，概念化之類型（法定類型），是以亦是典型契約之性質。在關於類型方面，有名債權契約與有名物權契約之區別只在於，於物權契約，適用物權法定主義，當事人之物權意思，必須合於物權法，於有名債權契約，則適用債權契約

¹⁶ Detlef Leenen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 28-29; Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 448-449.

自由原則，當事人得以其意思排除物權契約法之適用。關於這項認知上之差距，礙於題旨與篇幅，此間不對其繼續深入研究。

應在此說明者，乃當立法者計劃將新型態時，應注意方法論上對經驗類型之要求，僅收集與分析各級法院相關裁判，原則上並不當然能滿足這項要求，因為只有紛爭才可能進入法院，當事人亦非遇到紛爭，便使用法院。立法者為使其立法作為不違背社會實踐，於是首先可以藉助相關政府機關所掌握，足夠數量之新型態契約資料，而若無這些政府機關相關資料時，則必須進行相關之田野調查，調查客體便是人民法律生活中個別，足夠數量之新型態契約資料¹⁷。單從應對新型態契約從事田野調查，進行實證研究，便可瞭解到，將無名契約典型化之立法工作，向非輕而易舉之事。

三、亦是規範性類型—在既存規定之意義關聯中規範化

民法上各項典型契約，不僅是平均或頻繁之經驗類型，還是整體或形成之經驗類型；不僅是經驗類型，還是規範類型：各類契約不僅必須透過立法者之制定行為，尚必須是在社會實際存在中所發展出來者，其規範化才可能

¹⁷ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 452.

完成¹⁸。然而，單只滿足這兩項要求，這類經驗類型尚無法完成其規範化，亦不應因此而完成。立法者將無名契約典型化，除立法作為應以社會實踐為基礎外，尚須注意者，乃新增之規定應與現行法取得一致，新形態契約必須從民法現行法相關規定中取得規範類型之性質，必須融入現行法體系，不與現行法體系發生衝突¹⁹，如此才能貫徹平等原則，以使相同者，受到相同之對待；不相同者，受到不相同之對待²⁰。

關於以類型形成體系，亦即類型應自現行規定之意義關聯中獲取規範意義（制定新形態契約時，必須將其融入現行法體系，不與現行法體系發生衝突）一事，依Detlef Leenen教授再清楚不過且完整之說明，任意規定之目的，在於重現當事人面對典型利益衝突時之典型意思，任意規定因此是類型形成之根據；即便是強行規定，其目的亦在規範相關契約典型之利益衝突，例如調整典型不對等之社會與經濟狀態，或限制典型之濫用契約自由²¹。以下舉幾則有名契約之例子，用以說明立法將某無名契約典型化，應以既存之意義關聯作為根據（必須融入現行法體系）。

¹⁸ Ebd., S. 451.

¹⁹ Detlef Leenen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 179; Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 452.

²⁰ Bernd Rütters/ Christian Fischer, a.a.O. (Fn. 4.), S.576; Reinhold Zippelius, a.a.O. (Fn. 5.), S. 74; Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 453.

²¹ Detlef Leenen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 180.

民法第756條之9規定，乃以人事保證準用關於保證之規定。該條立法理由：「人事保證之性質與保證相類，以本節無特別規定者為限，得準用關於保證之規定，爰設本條規定。」台灣僱主通常與勞工訂定人事保證契約。立法理由指出其與保證性質類似，故準用保證相關規定。立法者透過準用法條使人事保證與保證取得關聯，使人事保證受到與保證相同之對待。這項作法在無名契約典型化之過程中，是最容易進入之作法之一²²。

依民法第756條之4第1項規定，人事保證人得隨時終止契約。在繼續性契約關係中，通常有著類似規定。至於是哪一方當事人才享有終止權？這則問題之答案，一般來講，若不是在於締約力較弱之一方，則只能依各該契約關係來決定，無法一概而論。例如民法第488條第2項本文規定，僱傭未定期限者，亦不能依勞務之性質或目的定其期限者，各當事人得隨時終止契約。依民法第511條規定，工作未完成前，定作人得隨時終止契約。依民法第514條之9規定，旅遊未完成前，旅客得隨時終止契約。依民法第549條第1項規定，委任人與受任人得隨時終止委任契約。依民法第561條第1項規定，代辦權未定期限者，當事

²² 林誠二（2015），《債編各論新解—體系化解說（下）》，頁399，台北：瑞興；劉春堂（2012），《民法債編各論（下）》，修訂版，頁410，台北：作者自版。

人之任何一方得隨時終止契約。人事保證既也是繼續性債之關係，則立法者在民法第756條之4第1項規定保證人之隨時終止權，便使人事保證取得現行法所規定規範類型（繼續性債之關係）之性質（隨時終止權）。換句話說，人事保證因此融入民法秩序，而與民法以上規定取得一致，使相同者受到相同之評價，亦即繼續性之債之關係，包括人事保證關係，均有隨時終止權之結構。

依民法第450條第2項規定，租賃定有期限者，其租賃關係，於期限屆滿時消滅。依民法第470條第2項關於使用借貸之規定，在未定期限之借貸，依借貸之目的使用完畢時，應返還借用物。依民法第478條規定，在未定返還期限之消費借貸，借用人得隨時返還借用物。依民法第598條第1項規定，於未定返還期限之寄託，受寄人得隨時返還寄託物。依民法第619條第2項規定，未約定保管期間者，自為保管時起經過六個月，倉庫營業人得隨時請求移去寄託物。但應於一個月前通知。依民法第686條第1項規定，合夥未定有存續期間，或經訂明以合夥人中一人之終身，為其存續期間者，各合夥人得聲明退夥。民法以上規定均允許權利人得隨時行使其所規定之權利，而透過該等權利之行使，繼續性之債之關係均消滅。由此可見，繼續性債之關係這項結構與上開繼續性債之關係隨時終止權之結構具有類似性，即均是繼續性債之關係、均允許權利人隨時行使權利、均導致繼續性債之關係消滅。但為何人事

保證取用隨時終止權之結構，而非另一項結構？蓋在上開規定大多涉及物之返還，若僅賦與隨時終止權之結構，則勢必另外規範返還請求權，則多此一舉，而不如直接給與隨時返還請求權之結構，隨著因返還請求而取得物，各該繼續性債之關係亦隨之消滅，人事保證既完全不涉及物之返還，則並不適合這項結構。

依民法第514條之6規定，旅遊營業人負有無瑕疵之旅遊服務提供義務。這條規定不僅是無瑕疵給付義務（請求權）依據，同時也是旅遊服務瑕疵之定義規定。民法第514條之7第1項規定旅客的改善請求權。既然旅遊營業人負有提供無瑕疵旅遊服務之義務，則當其提供之服務有瑕疵時，使其負有改善義務，便是可能且正當。當旅遊營業人無法改善或不願改善時，賦與旅客減少費用請求權與終止權之目的在於，將因瑕疵而受到干擾之旅客與旅遊營業人間之對價關係，重新調整到均衡狀態。

民法第514條之7第2項關於旅客瑕疵損害賠償請求權之規定，包括小損害賠償（例如因瑕疵所減損價額之賠償，但保有瑕疵給付）與大損害賠償（損害賠償替代整體給付包括給付與無瑕疵給付）。立法者設計這項損害賠償請求權規範之目的，並不在於維持旅遊關係對價關係之均衡，而是在填補旅客所受之財產上不利益，瑕疵不只可能干擾到對價關係之均衡，它同時往往也造成財產上不利

益，終止權與減少報酬權對此是無能為力。

立法者賦與旅遊雙方當事人以上權利義務關係，其主要考量有幾點：其一，有償契約典型之利益衝突點在於，瑕疵給付意味著，破壞原本處在均衡狀態的對價關係，而與此相應且最適當的解決之道之一，是瑕疵擔保責任，旅遊契約既是有償契約，於是也應參與這項意義關聯，即使旅客也享有終止權與減少報酬權，融入整體瑕疵擔保責任法體系之中，使相同者受到相同評價²³；其二，承攬人無疑是以其完成之工作交換報酬，彷彿將完成之工作當成商品販賣，於是也應如同買賣契約法，使定作人享有終止權與減少報酬權，旅遊契約如同承攬契約，不僅是以勞務給付為內容之契約，旅遊營業人亦是以提供旅遊服務交換報酬，彷彿將旅遊服務當成商品販賣，因而亦應如同買賣契約法與承攬契約法，使旅客享有終止權與減少報酬權²⁴；其三，承攬人完成工作，是具有專業能力，當完成之工作有瑕疵時，亦具有修補瑕疵的專業能力，使其負有修補義務因此是可能且正當，旅遊營業人提供旅遊服務，亦是其

²³ 林誠二（2011），《民法債編各論（中）》，頁160-161、171-172，台北：瑞興；邱聰智著、姚志明校訂（2002），《新訂債法各論（中）》，頁136、137、146-147，臺北市：作者自版；劉春堂（2012），同前註22，頁22-24。

²⁴ 林誠二，同前註23，頁173-174；邱聰智著、姚志明校訂，同前註23，頁147-148；劉春堂，同前註22，頁25-26。

專業能力之所在，當提供之旅遊服務具有瑕疵時，亦有改善這項瑕疵之專業能力，於是立法者使其亦負有改善義務，不僅是可能且正當之作法，亦使旅遊契約因此取得與承攬契約在這方面之關聯性，使相同者受到相同評價。

綜合以上說明，或許可以大膽進一步地推論，民國88年4月21日施行之民法債編修正，大抵是符合方法論上經驗類型規範化之要求。立法者將無名契約典型化時，不僅應注意到經驗類型之要求，還應將既存之規範關聯納入典型化過程中，亦即使自現行法秩序取得意義關聯，如此才能避免矛盾，使相同者受到相同之對待，不相同者，受到不同之對待，從而維護或充實現行法體系。方法意識在立法或修法過程中或許往往受到忽視，但這不意味著它是可有可無。方法論之目的主要在於，防免立法論與解釋論走入恣意，因此並不是毫無意義。

四、定義不須包括全部因素

主給付義務（即要素債務或契約之必要之點），決定系爭契約是民法哪種有名契約。這項說法當然沒有任何問題。但為何主給付義務為判斷有名契約之標準？民法文獻上對其並未提供答案。實則這則問題之答案，必須訴諸方法論上之類型論。制訂有名契約法時，首先必須處理定義規定一事。此由民法立法者於各該有名契約法之首位，放

置定義規定，即可得知。定義規定之功能在於，與適用法律者進行溝通，向適用法律者指出²⁵，只有符合定義時，定義規定以下之相關規定，才有適用之可能，各該有名契約法以下之規定，才有適用之餘地。但立法者應將何等因素放進定義規定之中？以上兩則問題其實是相同之問題，因為應放進有名契約法之定義規定中者，必定是主給付，主給付解決系爭契約屬於民法上哪種有名契約之問題。

從更前面之說明中可知，民法上之典型契約，同時是平均或頻繁類型與整體或形成類型。典型契約法之制定，不僅求諸於法律生活中已達平均以上頻率之實踐，還必須在其中導出因素即特徵。若立法者於定義規定中遺漏一項，甚至多項必要之點，則如此之定義規定，並不符合經驗類型之要求，勢必只能處在更抽象之層次，對人們理解如此抽象之有名契約一事而言，不僅並無太多幫助，甚至可能意味著立法錯誤²⁶。但以其中一切因素形成定義規定，首先將是滯礙難行，因法條勢必非常冗長；將使各該類型毫無彈性，因為當事人意思將很難完全符合定義規定，各該有名契約法之適用範圍，將因此過於狹隘，以致於在法律生活中無法繼續發展。為避免這兩項缺點，立法者只能回頭審視，究竟在類型中之一切因素中，有哪些是

²⁵ Bernd Rüthers/ Christian Fischer, a.a.O. (Fn. 4.), S. 141-142.

²⁶ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 451.

不可或缺，即必要者。詳細來講，於足夠之契約資料中便可得知，究竟哪些因素是存在於一切個別、具體契約中，亦即存在於一切個別、具體當事人間權利義務關係者。至於其它並不總是，但通常存在於個別、具體契約中之因素（常素與偶素），則應放置在定義規定後之其他規定中，以解決通常或偶爾發生之利益衝突。這些規定大多是以任意規定之形態，與定義規定共同形成類型整體，如此之組成，使有名契約能適應當事人之意思，且因此在法律生活中能繼續發展²⁷。

立法者計劃將無名契約典型化時，必須注意者，有三點：其一，應符合經驗類型之要求，最簡單之方法乃自習慣、商業習慣或習慣法著手，法院裁判與政府機關相關統計文獻，亦是借助之資料，較龐大且嚴謹之立法前置活動，則是進行田野調查；其二，應於既存規範之關聯性展開典型化，亦即應將新型態之契約融入現行法體系，使其與其他規定處在和諧之狀態，使相同者受到相同評價，不同者受到不同評價；其三，只須在定義規定中，放置在一一切個別、具體契約中均存在之因素，此間所指之因素，乃當事人間之權利義務關係，而由於其已達一定之程度，故而只可能是當事人間之主給付，至於通常發生之因素事

²⁷ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 6.), S. 450-451.

項，則應以任意規定加以規範，以合理妥當解決當事人在未另有相關約定時之利益衝突。

參、新形態契約

以上說明，乃關於無名契約典型化之條件，是較抽象與前置性之論述。以下說明，則是將前述理論應用於文獻上較常受到討論，且常為法院裁判內容之新形態契約，即融資性租賃與加盟契約。融資性租賃與加盟契約之完整、深入，且細節之研究，並非本研究之目的，亦非本研究所能負載者。

一、融資性租賃

以下所說明者，乃融資租賃典型化之立法，是否符合經驗類型之要求，應放置於定義規定內之必要之點，以及應以任意規定或強行規定妥當分配，在融資性租賃關係中通常發生之風險²⁸。

²⁸ 無論應將融資性租賃有名化於債法或物權法，融資性租賃均具有擔保之作用。本文立場，乃應將其置於債務法，良以其主要仍為債法結構，而且對當事人而言，往往該結構較為要緊；物權法主要在限制當事人之物權行為，而在融資性租賃，當事人間原則上僅發生債權債務關係。礙於篇幅與主題，在此間不詳細分析這則立法問題。相關說明，高聖平（2015），〈民法典中擔保物權的體系重構〉，《法學雜誌》，6期，頁43以下。

（一）頻繁以上程度之實施

依台北市租賃商業同業公會的統計結果顯示，其全體會員103年承作契約額為2,935億元，比102年的2,551億元增加384億元，成長15%，乃台北市租賃商業同業公會成立以來的最佳紀錄²⁹。由此亦可得知，在人民的法律生活中，融資性租賃真實且為數不少地存在著³⁰。實則在台灣街頭，從汽車牌照即可觀察到應用於融資性租賃之出租汽車，其汽車牌照之起始編排號碼，即與自用汽車牌照有所不同。中華民國交通部公路總局牌照申領審核第9條規定³¹，即特別針對申融資性租賃進行規範。

最高法院涉及到融資性租賃之判決，不在少數。若於以融資性租賃為關鍵字，於法源法律網進行搜尋，則自民

²⁹ 台北市租賃商業同業工會（2015），〈2014經濟年鑑租賃業概況〉，<http://tpeleasing.com/download/2015report/2014經濟年鑑租賃業概況.pdf>（最後瀏覽日：23/01/2017）。林昭蓉（2012），〈臺灣與中國大陸融資租賃行業概況〉，《今日合庫》，38卷7期，頁32-65；許如瑩（2016），《兩岸融資租賃法制之研究》，頁35-38，東吳大學法學院法律學系碩士論文。

³⁰ 大陸融資租賃的發展：楊立新（2006），《合同法專論》，頁413，北京：高等教育出版社；曾大鵬（2014），〈融資租賃法制創新的體系化思考〉，《法學》，9期，頁116。

³¹ 此間礙於篇幅，並不具體列出這條規定之規範，參閱中華民國交通部公路總局之「牌照申領審核規定」，<http://www.thb.gov.tw/page?node=9212d270-24b1-4959-9677-956f0fd368a2>（最後瀏覽日：22/01/2017）。

國85年至104年間，一共有26則最高法院裁判³²。單從最高法院這些判決便可大膽推論，融資性租賃在人民法律生活中，應已達到平均或甚至頻繁以上之實踐程度。最高法院作有若干判決，以說明融資性租賃之合法性³³。這現象其實意味著，在人民法律生活裡，融資性租賃之使用已頻繁到達一定程度，以至於最高法院有必要清楚表明，其以融資性租賃為合法之立場。最高法院以下這則判決，不僅

³² 最高法院85度台上字第1887號判決、最高法院85度台上字第2080號判決、最高法院86度台上字第2777號判決、最高法院86度台上字第3758號判決、最高法院87年度台上字第1097號判決、最高法院87年度台上字第1657號判決、最高法院88年度台上字第667號判決、最高法院89年度台上字第1072號判決、最高法院89年度台上字第2879號判決、最高法院90年度台上字第1841號判決、最高法院92年度台上字第990號判決、最高法院92年度台簡上字第33號判決、最高法院92年度台上字第2788號判決、最高法院93年度台上字第482號判決、最高法院96年度台上字203號判決、最高法院97年度台上字第2488號判決、最高法院101年度台上字第2121號判決、最高法院102年度台上字第6號判決、最高法院102年度台聲字第564號判決、最高法院102年度台上字第1314號判決

³³ 最高法院93年度台上字第482號判決、最高法院90年度台上字第1841號判決。黃陽壽（2005），〈大陸融資租賃合同制度之介紹〉，方文長教授九十華誕祝壽論文集編輯委員會，《比較民商法論文集—方文長教授九十華誕祝壽論文集》，頁236-237，臺北：元照；屬於法律補充之層次，而非法律創造之層次，吳從周（2004），〈論民法第一條之「法理」—最高法院相關民事判決判例綜合整理分析〉，《東吳法律學報》，15卷2期，頁6。

確認融資性租賃之合法性，甚至罕見地以相當篇幅，闡釋一般之融資性租賃與售後租回（Sale-and-Lease back）變形之融資性租賃，以及兩者之異同，相當具有參考價值，最高法院90年度台上字第1841號判決：「按所謂融資性租賃，係指租賃公司應承租人要求，購入租賃標的物，以融資方式出租予承租者使用而言，換言之，即指需要機械設備之企業，在機械設備供給者即製造商或經銷商之處，看中機械設備，不願籌湊資金購買或無資金又無法籌湊資金購買，乃申請租賃公司出資向供給者買下，再出租予需用該機械設備者，而由該承租者按期給付租金，以保租賃公司收回購買該機械設備之本金、利息、利潤及其他費用之經濟活動。因出租人僅居於融資人之地位，並未擁有庫存之機器、設備，亦不瞭解機器、設備，在全部租賃交易活動中，祇負提供資金購買機器、設備供承租人使用之義務。故凡屬於所有權者之義務，例如保管、修繕、稅捐、危險責任等，皆由承租人負擔。系爭機器固係大批發公司自行出資向鴻英公司購買，嗣將系爭機器連同其他標價機等設備轉售被上訴人，同時以承租方式繼續使用，而與傳統融資性租賃契約由需用機器之企業（承租人），於機器供給者處選中機器，再由租賃公司（出租人）出資向機器供給者購買，轉而出租予該需用機器之企業，承租人分期給付租金之交易流程不同。惟其差異僅在縮短租賃公司

（即被上訴人）向機器供應者購買之流程，逕由大批發公司向鴻英公司購買系爭機器，再與被上訴人成立買賣及租賃契約，將傳統融資性租賃契約分由被上訴人與鴻英公司訂立之買賣契約、與大批發公司訂立之租賃契約，均併同與大批發公司訂立之，其融通資金之目的與傳統融資性租賃契約並無不同，可謂傳統融資性租賃之變形。然自融資性租賃之特性觀之，出租人所追求者，為融資之利益，從出租人融通『買賣機器設備資金』之金融行為觀之，實與金錢消費借貸無異，因此，在解釋融資性租賃契約之法律性質時，學說上有採消費借貸說者。而被上訴人與大批發公司間之租賃契約，乃傳統融資性租賃之變形，除交易流程外，仍保有融資性租賃之特性，已如前述，縱認被上訴人確曾自認系爭租賃契約之租金係擔保借貸本金收回等語，亦僅係對其與大批發公司間租賃契約之法律性質為闡述，尚不得謂彼等間之買賣及租賃契約均係通謀虛偽意思表示，隱藏借貸之法律行為。」

綜合以上說明，融資性租賃已具備典型化立法條件，亦即符合經驗類型要求：其在法律生活中之實施，須達到頻繁、常見之程度。而且從最高法院涉及融資性租賃之裁判可以推知，融資性租賃已成為中小企業購置機械、生財器具等之主要融資手段，以融資性租賃為業之融資企業，已發展到購置相關機械或生財器具相當專業之程度，而非

僅僅是一般之金錢借貸相關專業程度而已³⁴。

（二）必要之點

最高法院上開判決涉及幾則法律問題。本文在此間僅舉其中兩則與融資性租賃契約有名契約化最有關係之問題：其一，融資性租賃是否為通謀虛偽意思表示？而這則問題主要關係到租賃物所有權之歸屬，涉及到所有物返還請求權（民法第767條第1項前段）主張有無理由之問題，以及第三人就執行標的物，是否有足以排除強制執行之權利（強制執行法第15條）之問題；其二，融資性租賃是否包括售後租回？類型論上，這兩則問題實則是一則問題：何者是融資性租賃必要之特徵？

依國際融資性租賃公約第1條第1項規定，融資性租賃，是指當事人約定，一方（出租人）與第三人成立供貨契約，取得他方所指示之設備，並交付他方使用收益，而他方支付租金。中華人民共和國合同法第237條規定³⁵：「融資租賃合同是出租人根據承租人對出賣人、租賃物的選擇，向出賣人購買租賃物，提供給承租人使用，承租人支付租金的合同。」外國立法例具有參考價值。國際公約更是如此。中華人民共和國第237條規定，以及國際融資

³⁴ 黃陽壽，同前註33，頁215-216。

³⁵ 楊立新，同前註30，頁412。

性租賃公約（UNIDROIT Convention on International Financial Leasing）第1條第1項第1款與第2款等定義規定，均只以出租人與第三人訂定供貨契約取得設備所有權，出租人交付設備於承租人，以及承租人占有使用收益租賃物與承租人支付租金，作為融資性租賃契約之必要之點³⁶。

但一般認為，融資性租賃除具有融資之功能外，尚具有擔保租金債權之作用³⁷，而擔保之作用表現在：出租人於承租人支付租金遲延時，得請求支付全部租金（中華人民共和國合同法第248條前段），或終止契約後取回租賃物（國際融資性租賃公約第13條第2項、中華人民共和國合同法第248條後段），承租人為避免出租人取回租賃物，從而影響其使用設備，甚至營業，便不得不按時支付租金；承租人為於租賃期限屆至時，能取得、買回租賃物所有權或續租，便不得不按期支付租金（債務履行之心理強制）。

³⁶ 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34-38。

³⁷ Jürgen F. Baur/ Rolf Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, S. 622；許忠信（2003），〈從國際金融法之觀點論融資性租賃立法規範之必要性〉，《月旦法學雜誌》，95期，頁89；楊立新，同前註30，頁413；高聖平，同前註28，頁42；高聖平（2014），〈中國融資租賃法制：權利再造與制度重塑—以《開普敦公約》及相關議定書為參照〉，《中國人民大學學報》，1期，頁84。

無名契約典型化，應自既存規定之意義關聯中，取得規範意義，亦即應融入於現行法體系中。既然融資性租賃亦是擔保工具，則在其定義規定中所放置之必要之點，似應與現行擔保制度之定義規定相同，均以擔保作用作為必要之點，例如與抵押權、保證及附條件買賣等定義規定相同，均以擔保作用之表現，即以實行抵押權（抵押權）、保證人責任（保證）、取得買賣標的物所有權（附條件買賣），以及取得或買回租賃物所有權或續租（融資性租賃），作為必要之點。

售後租回（**Sale-and-Lease back**）是變形融資性租賃。顧名思義，出租人同時是租賃物之買受人，承租人同時是租賃物之出賣人。法律生活中常見到這類形態之融資性租賃。最高法院一再肯認售後租回之效力，例如最高法院93年度台上字第482號判決即謂³⁸：「又機械設備縱係由承租人自行出資購買，嗣再將機械設備轉售出租人，同時以承租方式繼續使用，而與傳統融資性租賃契約由需用機械之企業（即承租人）於機械供給者處選中機械，再由租賃公司（即出租人）出資向機械供給者購買，轉而出租予該需用機械之企業，承租人分期給付租金之交易流程不

³⁸ 最高法院90年度臺上字第1841號判決、最高法院89年度臺上字第2879號判決；楊淑文，同前註36，頁43。

同，惟其差異僅在縮短租賃公司向機械供應者購買之流程，其融通資金之目的與傳統融資性租賃契約並無不同，可謂傳統融資性租賃之變形。」

中小企業往往並不缺乏機器設備，而是缺乏購買原物料或用做其它用途之資金，例如研發資金或提升工作環境品質所需之費用。肯認這類融資性租賃之效力³⁹，使中小企業得以現存設備獲得融資，不僅能達到使資產盡其用之目的，尚能促進中小企業與整體經濟發展。售後租回既然是一般融資性租賃之特種類型，並非存在於一切個別、具體融資性租賃之中，而甚至頂多只是常見於法律生活之中，於是便無法將其售後租回置入在定義規定之中。

售後租回適當之編纂位置，應在於其與一般融資性租賃不同之處，即於以瑕疵擔保之規定，作為售後租回之編纂位置：於一般之融資性租賃，出租人對承租人負有權利追奪擔保責任，但不負有物之瑕疵擔保責任（國際融資租賃公約第8條第2項、中華人民共和國合同法第244條與第245條）⁴⁰，但在售後租回，出租人不僅對承租人不負有

³⁹ Jürgen F. Baur/ Rolf Stürner, a.a.O. (Fn. 37.), S. 623；雷繼平、原爽、李志剛（2014），〈交易實踐與司法回應：融資租賃合同若干法律問題—「最高人民法院關於審理融資租賃合同糾紛案件適用法律問題的解釋」解讀〉，《法律適用》，4期，頁34。

⁴⁰ 國內文獻：楊淑文，同前註36，頁32；黃陽壽，同前註33，頁238-239。

物之瑕疵擔保責任，亦不負有權利追奪擔保責任，其理由在於，為避免買受人對出賣人負有瑕疵擔保責任，避免違反買賣關係之本質：承租人同時是租賃物之出賣人，出租人同時是租賃物之買受人，倘若使出租人（買受人）對承租人（出賣人）負權利追奪擔保責任，勢將違背買賣關係之本質，即在買賣關係中，乃出賣人對買受人可能負有瑕疵擔保責任，而非買受人對出賣人可能負有瑕疵擔保責任。這項理解，將售後租回之融資性租賃，融入租賃瑕疵擔保法與買賣瑕疵擔保法中，用以避免售後租回型之融資性租賃與買賣瑕疵擔保法衝突，是無名契約典型化應自既存規定之意義關聯中，取得規範意義之表現，亦即無名契約典型化之立法應融入現行法秩序，使相同者受到相同評價，不同者受到不同評價。

（三）常素—瑕疵擔保責任之排除

在融資性租賃關係裡，常有租賃物患有瑕疵，包括物之瑕疵與權利追奪瑕疵之問題。這則問題既然是在融資性租賃關係裡通常發生之事項（常素），則其解決方案，自也構成融資性租賃常素之一部分。出租人所交付於承租人之租賃物，乃出租人依承租人之指定，向供貨人（承租人指定）所買受且取得之物（承租人指定）。出租人在這項

關係裡，原則上乃授與承租人信用之人，亦即給與承租人融資之人，融資乃出租人之主要營業活動⁴¹，原則上並無排除租賃物之瑕疵之能力或專業。是以不同於普通租賃之出租人負有無瑕疵租賃物之交付義務（民法第423條）、狀態維持義務（繼續性債之關係之無瑕疵給付義務，民法第423條）與修繕義務（僅以排除瑕疵為內容之補正義務，民法第437條）；融資性租賃之出租人並不負有無物之瑕疵給付義務⁴²。

如前所述，在售後租回之融資性租賃，出租人乃自承租人買受及取得租賃物所有權，是以並無理由認為，出租人有排除物之瑕疵之能力，而負有無物之瑕疵之給付義務；倘若使出租人負有無物之瑕疵之給付義務，將造成同時作為買受人之出租人，對同時作為出賣人之承租人，負有無物之瑕疵之給付義務，形同買受人對出賣人負有無物之瑕疵給付義務之結果，違反只有出賣人始對買受人負有權利追奪瑕疵給付義務之評價。

普通租賃之出租人負有權利無缺之給付義務（民法第436條與第437條）。在一般融資性租賃，出租人大多以依承租人指定，向供貨人買受且取得租賃物為營業，其與供

⁴¹ 最高法院93年度台上字第482號判決、最高法院90年台上字第1841號判決。

⁴² Jürgen F. Baur/ Rolf Stürner, a.a.O. (Fn. 37.), S. 622

貨人之關係乃買賣關係，對供貨人享有買賣瑕疵擔保法上相關權利，包括得請求出賣人排除第三人就租賃物所得行使之權利（民法第349條）。是以對其而言，如何行使此等權利，不僅並非難事，而且甚至可以是例行公事。因此，一般融資性租賃之出租人負有無權利瑕疵之給付義務（權利無缺給付義務）⁴³。國際融資租賃公約（UNIDROIT Convention on International Financial）第8條第2項規定，亦以一般融資性租賃之出租人負有無權利追奪瑕疵之擔保義務：「The lessor warrants that the lessee's quiet possession will not be disturbed by a person who has a superior title or right, or who claims a superior title or right and acts under the authority of a court, where such title, right or claim is not derived from an act or omission of the lessee.」中華人民共和國合同法第244條亦明文規定，一般融資性租賃之出租人不負有無物之瑕疵之給付義務⁴⁴：「租賃物不符合約定或者不符合使用目的的，出租人不承擔責任。」中華人民共和國合同法第245條亦明文規定，一般融資性出租人負有無權利追奪瑕疵之給付義務：「出租人應當保證承租人

⁴³ 杜曉帆（2000），〈試論融資租賃合同的違約救濟問題〉，《山東對外經貿》，10期，頁43。

⁴⁴ 吳君年、李蘭秋（2001），〈《國際融資租賃公約》與我國融資租賃法律的比較〉，《華東政法學院學報》，5期，頁72。

對租賃物的佔有和使用。」

但如前所述，在售後租回之變形融資性租賃，出租人乃自承租人買受與取得租賃物所有權，承租人對第三人就租賃物行使權利一事，不僅應有所掌握，將有權利追奪瑕疵之租賃物出賣於出租人後，反而要求出租人排除這項瑕疵，亦明顯違反誠實信用原則。而且倘若使出租人負有無權利追奪瑕疵之給付義務，將造成同時作為買受人之出租人，對同時作為出賣人之承租人，負有無權利追奪瑕疵之給付義務，形同買受人對出賣人負有無權利追奪瑕疵之瑕疵給付義務之結果，違反只有出賣人始對買受人負有權利追奪瑕疵給付義務之評價。

以上關於融資性租賃出租人是否負有無瑕疵給付義務，包括無物之瑕疵與無權利追奪瑕疵之給付義務瑕疵之解釋，乃為符合方法論上類型論之要求，即無名契約典型化之立法應自現行規定之意義關聯中，取得規範意義。換句話說，無名契約典型化之立法應融入現行法秩序，使相同者受到相同評價，不同者受到不同評價。

二、加盟契約

以下之研究，首先著眼於加盟契約是否具備典型化之條件；其次則是在加盟契約典型化之立法過程中，在任何加盟契約裡均存在，必須以其作為必要之點置於定義規定內者；再其次則為，在任何加盟契約裡通常發生之事項，

以及以這些事項之解決之道作為任意規定或強行規定之內容者。

（一）頻繁以上程度之實踐

最高法院判決主要涉及加盟關係者：最高法院101年度台上字第966號判決、最高法院86年度台上字第1042號判決。儘管最高法院以加盟關係為主要內容的判決數量不多。但這並不意味著，加盟契約在我國人民法律生活中是無關緊要。蓋關於加盟契約者，並不總是成為紛爭，縱使成為紛爭，亦不總是進入法院尋求解決之道，而縱使進入法院，亦不總是進入最高法院。在如此之認知下，加盟契約典型化之過程中，是否符合經驗類型之要求，亦即加盟契約在法律生活裡是否確實有著平均或頻繁以上程序之發生或實施，即有待進一步之確認。

在台灣，加盟事業實際上是非常普遍之現象⁴⁵。小至路邊小吃店之加盟，大至跨國餐飲業、民生用品事業與觀光旅館事業之加盟，在我國街頭巷尾均可輕易觀察到它們的存在。依台灣連鎖暨加盟協會之說明⁴⁶：「根據商業司

⁴⁵ 向明恩（2015），〈加盟契約在臺灣司法判決帶來之民事爭議—從加盟契約之目的出發〉，《月旦法學雜誌》，238期，頁132；吳光明（2010），〈論加盟契約〉，《月旦法學雜誌》，187期，頁5-6、19。

⁴⁶ 參見：台灣連鎖暨加盟協會（2002），〈兩岸連鎖加盟制度及發展研究報告〉，

2001年產業動態報告，零售業產值為3兆506億元、餐飲產值為2,228億元合計約3兆2735億元。流通業連鎖店產值約1兆1,500億元，其中綜合零售為6,207億元（百貨、超市、量販、便利商店），餐飲為800億元，其他為服務及加油站3,500億元，連鎖化佔比為35.1%。但相較於美國及歐洲連鎖化達60%的情況，台灣連鎖店發展還有很大的發展空間，尤其是生活服務產業。根據台灣連鎖暨加盟協會資訊統計委員會針對台灣流通業，以連鎖加盟方式經營，且連鎖加盟門市數量達七家以上之系統為調查統計對象，統計截止日為2002年4月30日。2001年連鎖店家數共有721家，總店數達59,123家門市。相較於2000年，連鎖企業家數成長63家約9.7%、店數成長則為11.3%，其中直營店數為15,155家門市，加盟為39,120家門市，專櫃數為4,848。整體上一般零售業成長為9.8%，餐飲服務為13.4%成長最大，而綜合零售成長5.5%，生活服務成長為13.0%幅度大。這顯示台灣企業以連鎖經營型式愈來愈普遍，連鎖店經營技術日趨成熟，而連鎖加盟概念也普及至各行各業，生活服務產業在台灣發展漸有起色，同時也是未來連鎖店主要發展方向。」

2000年及2001年流通及連鎖店產值比較表

(表格製作：台灣連鎖暨加盟協會)

年份	流通產值	流通產值	連鎖店 產值	佔比
2000	3兆3,840億元	3兆3,840億元	1兆239億元	31 %
2001	3兆2,735億元	3兆2,735億元	1兆1,500億元	35.1 %

資料來源：經濟部商業司《商業統計月報》

年	2011 年	2012 年	2013 年
連鎖總部家數	1,759 家	1,934家	2,264家
總店數	8萬9654家	9萬0080家	9萬8399家
加盟店數	5萬5399家	5萬 2119家	5萬7511家
直營店數	3萬4255家	3萬7961家	4萬888家
每1總部平均店數	51.0家	46.6家	43.5家

資料來源：台灣連鎖店年鑑（2014）

依據國際統一私法協會（International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT）之說明，加盟事業對越來越多國家之經濟，帶來重大影響⁴⁷。足見加盟契

⁴⁷ UNIDROIT, GUIDE TO INTERNATIONAL MASTER FRANCHISE

約不僅在我國人民法律生活裡，在世界各國人民之法律生活中，亦確實有著平均或頻繁以上程度之實踐。國際統一私法協會甚至出版了加盟指南一書，篇幅不在少數。由以上說明足見，加盟不僅在我國有著頻繁以上程度之實踐，在中國、世界各國與國際社會（跨國加盟）裡，亦有著頻繁以上程度之實施。加盟契約之典型化立法，因此首先符合方法論上經驗類型之要求。

（二）必要之點

最高法院86年度台上字第1042號判決⁴⁸：「本件上訴人於被上訴人提起損害賠償之本訴中，提起反訴主張：兩造於民國八十二年九月一日訂立『小日本日式經濟速廚連鎖加盟合約書』，約定被上訴人授與伊『小日本速廚』商標專用權並移轉技術，伊已付定金新台幣（以下同）二十萬元。惟因被上訴人未具備使用該『小日本速廚』商標專用權之權限，自無法移轉該商標專用權，且被上訴人明知伊之廚房為違建，無法開業，竟欺罔伊簽約，顯係以不能之給付為契約標的，合約無效。」最高法院這則判決提到，加盟主應授權加盟者使用其商標。這點在任何加盟契

ARRANGEMENTS, xxxi (2nd ed. 2007).

⁴⁸ 最高法院103年度台上字第2040號判決、最高法院101年度台上字第966號判決；楊宏暉（2012），〈從加盟契約的特性初探當事人的基本義務〉，《中正財經法學》，5期，頁58-60、73-75。

約中都存在著，否則加盟契約並無存在之必要。

依國際統一私法協會之見解，在商業形式之加盟協議中，加盟主授權加盟者使用其商標或商號名稱，是必要的，即應將其置入定義規定之中⁴⁹。依國際加盟協會（International Franchise Association）之定義，加盟契約，是指當事人約定，一方授權他方以其商標或商號名義，將產品或服務流入市場，而他方支付費用⁵⁰。依不動產經紀業管理條例第4條第8款規定，加盟經營者，是指作為經紀業一方，使用他方所發展的服務、營運方式、商標或服務標章等，並受其規範或監督。

依「行政院公平交易委員會對於加盟業主經營行為之規範說明」第2點第3款，加盟經營關係，是指加盟業主將商標或經營技術等授權加盟店使用，並協助或指導加盟店經營，而加盟店對此支付一定對價。依同點第4款規定，

⁴⁹ UNIDROIT, *supra* note 47, at 1:“A business format franchise agreement is thus concluded between two independent undertakings, whereby one, the franchisor, against compensation (normally, but not exclusively, in the form of an entry fee and/or continuing fees) grants the other, the franchisee, the right to market goods or supply services under its trademark and/or trade name following the business method or procedures which it has elaborated and tested.”

⁵⁰ 參見：International Franchise Association（國際加盟業協會），at <http://www.franchise.org/what-is-a-franchise> (last visited 01/23/2017).

支付一定對價，指加盟店為締結加盟經營關係，所支付予加盟業主或其受任人之加盟金、權利金、教育訓練費、購買商品、資本設備等相關費用。由此可見，國際統一私法協會、國際加盟協會與行政院公平交易委員會，對於加盟主經營行為之規範說明，以及不動產經紀業管理條例，均以加盟主授權加盟者，使用其商標或以其名義從事加盟事業一點，作為加盟契約之必要特徵。在現行智慧財產權法中之有名契約法，亦存在著與無體財產權相關授權使用之必要之點，例如著作權法第36條規定所指授權契約、商標法第36條規定所指授權契約、專利法第60條與第126條規定所指授權契約，從而與加盟契約法構成關於無體財產權授權使用之體系。

不動產經紀業管理條例之定義規定，缺少加盟者應支付加盟金或其它費用一點。在現代社會中，無償是殊難想象之事。經紀業者本以經紀為營業，並非無償。民法典中若干以一方當事人為營業主體之有名契約，均是有償契約，例如，民法第514條之1第1項規定：「稱旅遊營業人者，謂以提供旅客旅遊服務為營業而收取旅遊費用之人。」同法第576條規定：「稱行紀者，謂以自己之名義，為他人之計算，為動產之買賣或其他商業上之交易，而受報酬之營業。」同法第613條規定：「稱倉庫營業人者，謂以受報酬而為他人堆藏及保管物品為營業之人。」民法第622條規定：「稱運送人者，謂以運送物品或旅客為營業而

受運費之人。」同法第660條規定「稱承攬運送人者，謂以自己之名義，為他人之計算，使運送人運送物品而受報酬為營業之人。」不動產經紀業管理條例第4條第8款規定，如此欠缺有償與無償說明之定義規定，恐是疏漏。加盟者支付加盟金與其它費用，是加盟契約之必要之點，應將其置入定義規定之中，國際統一私法協會亦認為，在任何加盟契約中，一定存在著對價⁵¹。

最高法院101年台上字第966號判決：「按加盟業主對加盟經營者有規範或監督之權利義務，為不動產經紀條例第四條第八款所明定。」從最高法院這則判決可以推知，加盟主對加盟者之指導與監督，應是加盟契約之必要之點⁵²。儘管國際加盟協會之定義，並未提及加盟業主指導與協助加盟者一事。但這點不僅對加盟者而言是必要的，因為加盟者欠缺相關專業認知（know-how），將無法順利進行加盟事業，甚至可能造成重大虧損；對加盟主而言，亦是不可或缺的，因加盟者因欠缺專業認知所造成之後果，通常將波及加盟主。應將加盟主指導與協助加盟者一事，放置

⁵¹ UNIDROIT, *supra* note 47, at xxvi, 2: “Essential to any description of franchising is what financial arrangements and payments are to be made by the sub-franchisor in return for the rights granted. This financial compensation is normally in the form of initial and/or continuing fees.”

⁵² 楊宏暉，同前註48，頁58-60、80-81。

於定義規定之中。國際統一私法協會在其說明中，透過「在大多案例中（in most cases）」與「典型而言（typically）」這兩字清楚地傳遞出一則訊息，即加盟主指導與協助加盟者一事，是構成加盟契約類型所不可或缺之特徵，而應將其置入定義規定之中⁵³。

（三）分配典型風險

以下分析者，乃在加盟關係中常常發生之問題。這些問題既然涉及在加盟契約裡通常發生之事項（常素），則其解決方案，自也成為加盟契約常素之一部分。

1. 加盟關係獨有之信賴責任

最高法院101年台上字第966號判決：「按加盟業主對加盟經營者有規範或監督之權利義務，為不動產經紀條例第四條第八款所明定。且加盟經營者對外表明其為加盟業主之加盟店，並使用加盟業主之商標、服務標章，客觀上亦足使一般消費者認為至加盟店營業場所為交易，係由加

⁵³ UNIDROIT, *supra* note 47, at 1-2:“the franchisor will provide the franchisee with the know-how required and with the training needed to use this know-how. The franchisor will also in most cases provide a detailed manual containing the necessary instructions for the running of the business. Furthermore, for the duration of the agreement the franchisor will typically provide the franchisee with any assistance it might need in the operation of the franchise.”

盟業主及加盟經營者共同提供不動產仲介服務。查勤實加公司為被上訴人中信公司之加盟店，基於該公司與中信公司間之加盟契約，獲得使用『中信房屋勤實加正三民加盟店』服務標章及名稱之授權，且其招牌上標有『中信房屋』字樣，本件相關之購屋承諾書、不動產買賣契約書全銜並均載為『中信房屋勤實加正三民加盟店勤實加房屋仲介股份有限公司』，既為原審認定之事實，則依前開說明，本件經紀業是否僅限於勤實加公司，而未包括中信公司在內，自非無疑。倘中信公司與勤實加公司均屬經紀業，該公司對於上訴人應否負授予代理權之本人責任或表見代理之授權人責任，即值斟酌。」

最高法院這則判決裡認為，加盟主可能對加盟者之相對人負有表見責任。其下級審法院則認為，加盟主與加盟者之間，並無表見代理可言，臺灣高等法院98年重上字第192號判決：「按『民法第169條所為表見代理之規定，係指代理人之代理行為，雖無代理權，而有可使第三人信其代理權之理由，因而使本人對於第三人負授權人責任之無權代理行為，仍須以先有代理行為之存在為要件。代理或表見代理，前者為有權代理，後者屬無權代理，僅因本人有使第三人信為以代理權授與他人之行為，而令本人負授權人責任，但二者既均屬於代理行為，故必以本人名義為法律行為，倘其並無代理本人之意思表示，而係以自己名

義為法律行為，即無代理或表見代理之適用。」（最高法院70年台上字第1250號判決參照）。本件勤實加公司與被上訴人定約時，於名片、契約上均明確載明該公司名稱為「中信房屋勤實加正三民加盟店『勤實加房屋仲介股份有限公司』」，勤實加公司自係以『自己名義』為法律行為，並無代理中信房屋之意思表示，是被上訴人主張勤實加公司與中信房屋有表見代理之適用，亦無足取。」

但臺灣高等法院其他裁判，亦有採取與最高法院上開見解類似之法律見解，即以加盟主與加盟者間可能成立表見代理者。臺灣高等法院94年上易字第249號判決：「按公司許他人以其公司名義為同一營業或許他人以其支店名義營業者，他人所經營之公司或開設之店鋪，固不因此而成為本公司之一部，惟其許他人使用自己公司或支店名義與第三人為法律行為，即係民法第一百六十九條所謂表示以代理權授與他人之行為，如無同條但書情形，對於第三人自應負授權人之責任。就外部觀察言，本案上訴人既已授權力毅公司使用其『力霸房屋桃園縣（市）縣府加盟店』之服務標章，並為力毅公司設計招牌、宣傳企劃，已足使第三人產生總店、加盟店係同一企業之信賴，進而因信賴被告力霸公司服務標章所表彰之服務品質，而與加盟店進行交易；至渠等內部關係，上訴人限制力毅公司須以其發展之營運方式提供仲介服務，並給予營業稽核，顯具相當程度之控管；足認上訴人已有表示以代理權授與力毅公司

之行為。」

從以上最高法院與高等法院裁判可知，在加盟關係裡，加盟者必定使用加盟主之商標、名稱，而如前所述，依加盟契約，加盟者的確得使用加盟主之商標或名稱，加盟主亦有授權加盟者使用其商標或名稱之義務，這項使用權利與授權使用義務，乃加盟契約之必要之點，亦即任何加盟契約均以此為內容。有疑問者，乃透過商標或名稱之使用，加盟主是否以自己行為，表示授權與加盟業者，從而應負表見代理之責任？高等法院在上開裁判裡曾表示，表見代理亦以代理行為要件，而代理行為，乃代理人以本人名義為法律行為。高等法院這項見解，當然正確。但在加盟關係裡，加盟者並非以加盟主之名義為代理行為，而是以自己名義為法律行為。加盟關係這項釋義結構亦不意味著，加盟主完全不可能對加盟業者之行為負任何責任。加盟業者既然使用加盟主之商標或名稱，而且這項使用亦是經過加盟主之授權，則並無理由認為，這項使用完全不可能惹起與加盟者交易之相對人信賴，信賴加盟主亦應對加盟者之行為負責，而毋寧是通常可能惹起該項信賴。

再者，在加盟關係裡，加盟主對加盟者，負有指導與監督實施加盟事業之義務。最高法院在上開判決亦如此認為。這項指導與監督義務之範圍，亦可及於指導或監督加盟業者不應作出任何違反商譽，包括違約之行為，如此之

指導與監督義務不僅維護加盟主自己之利益，亦因此可以間接保護到與加盟者交易之相對人。透過如此能間接保護到相對人之釋義結構，再加上加盟者使用商標或名稱行為，則更無理由認為，加盟主對與加盟業者交易之信賴相對人，完全不可能負有任何責任⁵⁴。綜合以上說明，加盟主對加盟者相對人之信賴責任⁵⁵，乃加盟關係裡通常發生事項，乃在加盟契約典型化立法過程裡，應一併加以規範之事項，而且應以強行規範規範之，蓋加盟者之相對人根本並無機會，可與加盟主磋商此一事項，而且否則這項信賴保護必定落空，加盟事業之推廣則因此將顯得困難重重，不為人們所偏好。

加盟主信賴責任之發生，完全與代理行為無關，亦即

⁵⁴ 關於保護義務（附隨義務）亦及於保護與相對有一定關係之第三人：姚志明（2004），《誠信原則與附隨義務之研究》，初版二刷，頁77-80，台北：元照；林易典（2002），〈德國民法債篇修正簡介〉，《月旦法學雜誌》，85期，頁231；林易典（2003），〈德國民法典新舊法部分譯文〉，《月旦法學雜誌》，99期，頁109。

⁵⁵ 國內相關文獻：蕭富庭（2014），〈加盟業主表見代理授權人責任之研究—綜合分析我國與美國實務見解〉，《財產法暨經濟法》，38期，頁101-140；林美惠（1995），〈加盟店契約法律問題之研究—以企業規劃（隸屬）加盟為主〉，《月旦法學雜誌》，6期，頁93-101；楊宏暉（2016），〈加盟業主先契約資訊揭露義務之建構〉，《政大法學評論》，頁227-314；黃淳鈺（2013），〈不動產仲介業總店之僱用人責任—以加盟店受僱人侵權行為為中心〉，《月旦法學雜誌》，219期，頁143-161。

並無法自民法關於表見代理責任之規定取得意義關聯。加盟主之信賴責任，乃加盟關係所獨有之責任，其責任規範正當性基礎在於，加盟者之相對人值得保護之信賴。這項信賴值得保護之理由在於，加盟者必定使用加盟主之名稱或商標，而且必定引起加盟者之相對人之信賴，以及加盟主對加盟者所負之監督、指導義務。

2. 競業禁止義務與其擴張

臺灣高等法院臺南分院99年上易字第196號判決：「加盟店競業禁止條款之目的，係為避免契約終止後，加盟者取得專門知識及營業秘密而立即成為競爭對手，故授權者基於經營專門知識及營業秘密有法律上及經濟上值得保護之利益存在，自得約定契約後競業禁止之義務授權者以契約約定競業禁止義務係限於特定地區、特定時間禁止加盟者為競業行為，對於加盟者之生存權、工作權並無重大妨害，即無違反民法第72條、第72條之1及第247條之1顯失公平之情事。又加盟契約固僅由加盟者出面簽立，惟加盟者之配偶亦實際參與溝通及聯繫，基於競業禁止目的，加盟者之配偶既亦為實際經營者之一，自仍應受加盟契約之競業禁止規定之拘束，始符合競業禁止中之誠信原則。」

當事人約定競業禁止者，該競業禁止乃給付義務。當事人並未約定競業禁止義務者，則該競業禁止原則上乃保

護義務（附隨義務）。當競業禁止義務乃給付義務時，依誠實信用原則，與負有競業禁止義務之當事人有一定關係之人，對他方當事人亦可能負有競業禁止義務，這項競業禁止義務，則是保護義務性質；當競業禁止義務是保護義務時，與負有競業禁止義務之當事人有一定關係之人，對他方當事人亦可能負有競業禁止義務，這項競業禁止義務，則仍是保護義務之性質。

依誠實信用原則，當事人以外之第三人，亦可能負有保護義務性質之競業禁止義務。以這項釋義結構為內容之理論，文獻上稱之為契約保護第三人效力之理論⁵⁶。在這項理論裡，須依個案加以判斷，且最常是則問題者，乃其中所指之一定關係。依最高法院上開見解，不僅加盟者對加盟主負有競業禁止義務，加盟者之配偶亦負有這項義務，與加盟者處在一定關係之人，因此被具體化至加盟者之配偶。競業禁止乃任何加盟關係裡常發生之事項，而且有必要以強行規定規範競業禁止義務，而非僅以任意規定加以規範，亦即不應允許當事人約定排除這項義務，蓋非如此，加盟主對加盟一事將表現出非常保守之態度，將難

⁵⁶ 王澤鑑（1996），〈契約關係對第三人之保護效力—德美兩國契約法之發展趨勢與我國現行制度檢討〉，王澤鑑編，《民法學說與判例研究（第二冊）》，頁35-41，台北：自版；陳忠五（2008），《契約責任與侵權責任的保護客體》，頁276-288，台北：新學林；王怡蘋（2005），〈論德國法中契約對第三人之保護效力〉，《法學叢刊》，50卷2期，頁131-146。

以推廣加盟事業，個人透過加盟制度創業將因此顯得困難。

以上是以加盟契約與融資性租賃例子來說明，關於立法者將加盟契約、融資性租賃或其它無名契約典型化時，應注意到方法論上類型論之認知。如同在這章節一開始提到者，全面研究這兩則契約，並不是本文目的。將抽象理論直接適用或套用在現實發生之案例中，是最容易讓身處在其中之人，瞭解理論之方法之一。

肆、結論

社會與經濟之發展，往往使制定法顯得不足。使法律規定適應社會與經濟現況，其中最直接之方法是修法。人們的經驗是，新型態契約不斷從人民法律生活中發展出來。民法上之有名契約法，並無法真的窮盡一切事物。立法者進行修法活動時，不僅必須解決法律規定內容如何與內容是否妥當等問題，尚應具備方法論上相關之認知，才不致動輒制訂出違反有待規範客體本質、逆於經驗或與現行法規矛盾之規定。當立法者計劃將新型態契約有名契約化，亦即典型契約化時，為避免增訂之規定與現行法矛盾，為避免新增訂規定違反經驗，以及為避免違反尚待規範客體之本質，應注意到方法論上類型論之要求。

民法上之典型契約，同時是平均或頻繁類型與整體或

形成類型，兩者都是經驗類型，即典型契約必定在人民法律生活中發展而出。立法者在將無名契約典型化時，應注意到人民使用待規範之契約，是否已達使用頻繁之程度，對此最簡單之檢驗方法乃自習慣、商業習慣或習慣法著手，法院裁判與政府機關相關統計文獻，亦是藉助之資料，較龐大且嚴謹之立法前置活動，則是進行田野調查。幸運的是，縱使立法者忽略上開檢驗活動，其將無名契約典型化之立法活動，往往輕而易舉地符合這項要求，蓋立法計劃通常起因於法律生活上之迫切需求。

在無名契約典型化之立法過程中，尚應注意到待典型化契約之特徵，但並不應將全部特徵均放置在定義規定中，而只須將必要之特徵（要素），亦即將存在於一切個別、具體契約中均存在之特徵，放置在定義規定之中，此間所指之因素，乃當事人間之權利義務關係，而由於其已達一切之程度，故而只可能是當事人間之主給付，至於通常發生之因素事項，則應以任意規定加以規範，以合理妥當解決當事人在未另有相關約定時之利益衝突。在無名契約典型化之立法過程裡，更重要且往往是最為艱難之部分，乃待典型化之契約，應自現行規定取得意義關聯，亦即應於既存規範之關聯性中展開典型化，將新的有名契約法融入現行法體系中，使相同者受到相同評價，不同者受到不同評價。

參考文獻

一、中文部分

王利明（2011）。《法學方法論》。北京：中國人民大學出版社。

Li-ming Wang (2011). *Legal Methodology*, Beijing: China Renmin University Press.

王怡蘋（2005）。〈論德國法中契約對第三人之保護效力〉，《法學叢刊》，50卷2期，頁131-146。

I-Ping Wang (2005). On the protection of contract to a third party in German Law, *Law Journal*, 50 (2), 131-146.

王澤鑑（1996）。〈契約關係對第三人之保護效力—德美兩國契約法之發展趨勢與我國現行制度檢討〉，王澤鑑編，《民法學說與判例研究（第二冊）》，頁33-56。台北：作者自版。

Tez-Chien Wang (1996). The protection of contract to a third party—an introduction to the development in German and American contract law, and a reflection on the existing regulation in Taiwan, in: Tez-Chien Wang ed., *A study on theories and precedents of Civil Law*, vol. 2, pp.33-56, Taipei: self-publishing.

台北市租賃商業同業工會（2015），〈2014經濟年鑑租賃業概況〉，載於台北市租賃商業同業工會 <http://tpeleasing.com/download/2015report/2014經濟年鑑租賃業概況.pdf>（最後瀏覽日：23/01/2017）。

Taipei Leasing Association (2015). 2014 Yearbook of financial leasing, retrieved Jan. 23, 2017, from the website of Taipei Leasing Association: <http://tpeleasing.com/law.htm>.

台灣連鎖暨加盟協會（2002），〈兩岸連鎖加盟制度及發展研究報告〉，載於台灣連鎖暨加盟協會 <http://www.tcfa.org.tw/2002report/index2-3.htm>（最後瀏覽日：23/01/2017）。

Taiwan Chain Stores and Franchise Association (2002). Research on the development of cross-strait chain-stores and franchise, retrieved Jan. 23, 2017, from the website of Taiwan Chain Stores and Franchise Association: <http://www.tcfa.org.tw/2002report/index2-3.htm>.

向明恩（2015）。〈加盟契約在臺灣司法判決帶來之民事爭議—從加盟契約之目的出發〉，《月旦法學雜誌》，238期，頁131-155。

Ming-En Hsiang (2015). The franchise agreement disputes observed in Taiwan civil judgements, *Taiwan Law Review*, 238, 131-155.

- 杜曉帆（2000）。〈試論融資租賃合同的違約救濟問題〉，
《山東對外經貿》，10期，頁42-48。
- Xiao-Fan Du (2000). A preliminary study on remedies for
breach of financial lease agreement, Shandong
Economic Relations and Trade, 10, 42-48.
- 吳光明（2010）。〈論加盟契約〉，《月旦法學雜誌》，187
期，頁5-20。
- Kuang-Ming Wu (2010). On franchise agreement, Taiwan
Law Review, 187, 5-20.
- 吳君年、李蘭秋（2001）。〈《國際融資租賃公約》與我國
融資租賃法律的比較〉，《華東政法學院學報》，5
期，頁70-76。
- Jun-Nian Wu/ Lan-Qiu Li (2001). A comparison between the
International Convention of Financing Lease and
China's financing lease law, ECUPL Journal, 5, 70-
76.
- 吳從周（2004）。〈論民法第一條之「法理」—最高法院相
關民事判決判例綜合整理分析〉，《東吳法律學
報》，15卷2期，頁1-104。
- Chung-Jau Wu (2004). On "The Nature of Things" in §1
Civil Code-A comprehensive analysis of related

Supreme Court civil judgements and precedents,
Soochow Law Review, 15 (2), 1-104.

林誠二 (2011)。《民法債編各論 (中)》。台北：瑞興。
Cheng-Er Lin (2011). On the Particular Kinds of Obligations
(II), Taipei: Ruei-Hsing.

林誠二 (2015)。《債編各論新解－體系化解說 (下)》。台
北：瑞興。
Cheng-Er Lin (2015). An Updated Elaboration on Particular
Kinds of Obligations-A Systematic Explanation (II),
Taipei: Ruei-Hsing.

林易典 (2002)。〈德國民法債篇修正簡介〉，《月旦法學雜
誌》，85期，頁228-234；

Yi-Tien Lin (2002). A brief introduction to the modernisation
of the German Law of Obligations, Taiwan Law
Review, 85, 228-234.

林易典 (2003)。〈德國民法典新舊法部分譯文〉，《月旦法
學雜誌》，99期，頁100-114。

Yi-Tien Lin (2002). A selected comparison between the
updated and original articles of German Civil Code,
Taiwan Law Review, 99, 100-114.

- 林昭蓉（2012）。〈臺灣與中國大陸融資租賃行業概況〉，
《今日合庫》，38卷7期，頁32-65。
- Zhao-Rong Lin (2012). An overview of financial leasing
industry in Taiwan and China, *Cooperative Today*, 38
(7), 32-65.
- 林美惠（1995）。〈加盟店契約法律問題之研究—以企業規
劃（隸屬）加盟為主〉，《月旦法學雜誌》，6期，頁
93-101。
- Mei-Hui Lin (1995). A study on legal issues of franchise
agreements- focusing on business format franchise,
Taiwan Law Review, 6, 93-101.
- 邱聰智著、姚志明校訂（2002）。《新訂債法各論（中）》，
臺北市：作者自版。
- Tsong-Juh Chiu/ Chih-Ming Jau ed. (2002). A Revised Study
on the Particular Kinds of Obligations, Taipei: self-
publishing.
- 姚志明（2004）。《誠信原則與附隨義務之研究》，初版二
刷。台北：元照。
- Chih-Ming Jau (2004). A Study on Good Faith Principle and
Collateral Obligation, 1st ed. 2nd print, Taipei: Angle.

高聖平（2014）。〈中國融資租賃法制：權利再造與制度重塑—以《開普敦公約》及相關議定書為參照〉，《中國人民大學學報》，1期，頁82-91。

Sheng-Ping Gao (2014). Financial Leasing Law in China: Reconstruction of the rights and remodeling of the system-Focusing on Cape Town Convention and its protocols, *Journal of Renmin University of China*, 1, 82-91.

高聖平（2015）。〈民法典中擔保物權的體系重構〉，《法學雜誌》，6期，頁33-45。

Sheng-Ping Gao (2015). Reconstruction of proprietary security rights in Civil Code, *Law Science Magazine*, 6, 33-45.

陳忠五（2008）。《契約責任與侵權責任的保護客體》。台北：新學林。

Chung-Wu Chen (2008). The Protected Objectives of Contractual Liability and Delictual Liability, Taipei: New Sharing.

許如瑩（2016）。《兩岸融資租賃法制之研究》，東吳大學法學院法律學系碩士論文。

Ju-Ying Hsu (2016). Research on Cross-Strait Financial Leasing Legal System, Soochow University LL.M. Thesis.

許忠信 (2003)。〈從國際金融法之觀點論融資性租賃立法規範之必要性〉，《月旦法學雜誌》，95期，頁84-95。

Chun-Hsin Hsu (2013). On the necessity for the legislation of financial leasing from the perspective of international financial law, Taiwan Law Review, 95, 84-95.

曾大鵬 (2014)。〈融資租賃法制創新的體系化思考〉，《法學》，9期，頁116-128。

Da-Peng Zeng (2014). A systematic thinking on legal system innovation in the financial leasing sector, Legal Science Monthly, 9, 116-128.

黃淳鈺 (2013)。〈不動產仲介業總店之僱用人責任—以加盟店受僱人侵權行為為中心〉，《月旦法學雜誌》，219期，頁143-161。

Chun-Yu Huang (2013). The employer's liability of a real estate brokerage franchisor-focusing on the torts of

the franchisee's employee, *Taiwan Law Review*, 219, 143-161.

黃陽壽（2005）。〈大陸融資租賃合同制度之介紹〉，方文長教授九十華誕祝壽論文集編輯委員會，《比較民商法論文集—方文長教授九十華誕祝壽論文集》，頁215-244。台北：元照。

Yang-Shou Huang (2005). An introduction to financial lease contract in Mainland China, in: The Editing Committee Festschrift in Honor of Prof. Wen-Zhang Fang's 70th Birthday eds., A collection of essays on comparative researches on civil and commercial law-in honor of the 90th birthday of professor Wen-Zhang Fang, pp. 215-244, Taipei: Angle.

楊立新（2006）。《合同法專論》。北京市：高等教育出版社。

Li-Xin Yang (2006). Monograph on Contract Law, Beijing: Higher Education Press.

楊宏暉（2012）。〈從加盟契約的特性初探當事人的基本義務〉，《中正財經法學》，5期，頁45-121。

Hung-Hui Yang (2012). A preliminary study on basic obligations of the parties under the franchise

agreement, *Chung Cheng Financial and Economic Law Review*, 5, 45-121.

楊宏暉（2016）。〈加盟業主先契約資訊揭露義務之建構〉，《政大法學評論》，144期，頁227-314。

Hung-Hui Yang (2016). On the pre-contractual information duty of franchisor, *Chengchi Law Review*, 144, 227-314.

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。

Shwu-Wen Yang (1999). The legal nature of financial lease agreement and adhesion contract clause, *Taiwan Law Journal*, 3, 27-51.

雷繼平，原爽，李志剛（2014）。〈交易實踐與司法回應：融資租賃合同若干法律問題—「最高人民法院關於審理融資租賃合同糾紛案件適用法律問題的解釋」解讀〉，《法律適用》，4期，頁33-41。

Ji-Ping Lei/ Shuang Yuan/ Zhi-Gang Li (2014). Trade practice and judicial responses: legal issues in finance lease contract cases-understanding the interpretation of the supreme people's court, *Journal of Law Application*, 4, 33-41.

劉春堂 (2012)。《民法債編各論 (下)》，修訂版。台北；
作者自版。

Chun-Tang Liu (2012). On the Particular Kinds of
Obligations (III), Taipei: self-publishing.

蕭富庭 (2014)。〈加盟業主表見代理授權人責任之研究—
綜合分析我國與美國實務見解〉，《財產法暨經濟
法》，38期，頁101-140。

Fu-ting Xiao (2014). Franchisor liability based on an
apparent agency: the comparative analysis of Taiwan
and the U.S., Property and Economic Law Journal,
38, 101-140.

二、英文部分

UNIDROIT (2nd ed. 2007). GUIDE TO INTERNATIONAL
MASTER FRANCHISE ARRANGEMENTS. Rome:
UNIDROIT.

三、德文部分

Baur, Jürgen F./ Stürner, Rolf (2009). Sachenrecht, 18. Aufl.,
München.

Engisch, Karl (1997). Einführung in das juristische Denken,
9. Aufl., Stuttgart.

- Larenz, Karl (1975). Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin/ Heidelberg.
- Leenen, Detlef (1971). Typus und Rechtsfindung, 1. Aufl., Berlin.
- Rüthers, Bernd/ Fischer, Christian (2010). Rechtstheorie, 5. Aufl., München.
- Schluep, Walter R. (2006). Einladung zur Rechtstheorie, 1. Aufl., Bern.
- Vesting, Thomas (2007). Rechtstheorie, 1. Aufl., München.
- Wank, Rolf (2008). Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl., München.
- Zippelius, Reinhold (2003). Juristische Methodenlehre, 8. Aufl., München.

