

定型化契約之相關法律問題研究 —以我國消費者保護法為中心—

戴志傑* **著

壹、前言	肆、定型化契約條款之效力及其
貳、定型化契約之概念	行政規制
參、定型化契約條款之成立要件 (使用方式)	伍、結論

壹、前言

基於民法上私法自治與契約自由原則，傳統上契約之締結，均是以個別磋商之方式為之。然而，隨者現代社會變遷、經濟環境快速的變化，大量的締結契約，便是此種環境下的產物。故企業界為達成有效率之交易、契約之管理以及交易風險的評估，往往預先擬訂契約條款以供不特定之交易相對人與其締約，而交易相對人只能選擇接受與否，此種契約模式，便是定型化契約。定型化契約的運用，一方面可節省當事人間締結契約之時間與費用，且亦可補充當事人間之權利義務，使其法律關係更為明確；另一方面又可使企業界預先評估、控制及分配交易之風險，是故，定型化契約的運用，便成為現今社會交易上不可或缺的締約方式。然而，定型化契約實際運用之結果，往往是經濟地位強勢之一方，利用其優勢之地位，訂定不合理之條款，例如「免責條款」、「失權條款」、「管轄條款」等，而迫使弱勢之他方接受與否；或是利用條款文字的安排，例如使用較細小的文字或運用較艱澀的法律文字，而使弱勢之他方難以注意該條款之存在或難以了解其真意；亦或是利用時間的壓迫而使弱勢之他方無法充分的了解條款之內容，且某些經濟地位強勢之一方具有獨佔性或企業界間之默契，該有利於己的不合理條款，

* 作者為國立中正大學法律學研究所博士生。

** 本文為作者就讀國立中正大學法律學研究所商事法與經濟法學組碩士班期間所完成之論文。

均會載明於其定型化契約當中而成為普遍之現象，使得弱勢之一方立於無從選擇之地位，如此之結果，將使得定型化契約成為強者欺壓弱者之工具，而有違交易的自主性並有害於契約之實質正義。因此，如何規範定型化契約的使用而保護經濟上的弱者，以達契約的實質正義，便是現今法律所要重視的課題。

關於定型化契約之不合理條款，於消費者保護法公布實行前，我國司法實務上，均是以民法第七十二條所定之公序良俗來加以認定該條款無效，例如，最高法院七十三年度第十次民庭會議中，便首度認為金融機關在定型化契約中載明免責條款，應為無效，蓋因其違反公共秩序；且最高法院八十年台上字第七九二號判決，亦認為定型化旅行契約之免責條款，違反公共秩序，應為無效。對於司法實務運用公序良俗之標準來認定定型化契約免責條款無效之「結論」，吾人贊同之，但有問題的是其認定標準，蓋因「公共秩序」乃係涉及國家社會之一般利益，其判斷標準應就法律行為之內容、附隨情況、行為人之動機、目的以及其他相關因素綜合判斷之¹；而定型化契約之不合理條款，乃係涉及到締約當事人間締約之自主性、權益之分配以及契約之實質正義，故若以「公序良俗」來判斷定型化契約條款是否合理，將有失公平，蓋因不合理之條款未必便是有違公序良俗，因此學說上有認為應以「誠信原則」作為判斷該條款是否合理之標準²。然而，消費者保護法公布施行後，關於定型化契約條款之相關問題，已於該法中加以規定，易言之，該條款是否合理，應就「平等互惠」、「誠信原則」等標準加以認定，因此「公序良俗」應不再是定型化契約條款之判斷標準。

本文以下首先對於消費者保護法中有關定型化契約之意義、適用範圍、規範主體做一介紹並對於民法第二百四十七條之一與消費者保護法有關定型化契約之規定作一比較與適用上之區分；其次，並就定型化契約條款使用之方式、條款之效力等規定做一論述並提出現行法規規定之缺失；再者，關於定型化契約於我國司法實務上已累積相當多的判決與見解，此些判決與見解之間是否產生齟齬，亦是值得探究之問題；最後，對於定型化契約於消費者保護法規定中，再一次提出其規範不足之處，尤其是隨者網際網路運用之結果，更顯得現行法規範的不足，因此如何於現行法規範不足以及法院實務上紛亂的判決中，靈活運用該法相關之

¹ 最高法院八三台上一五三〇號判例。

² 王澤鑑 著，定型化旅行契約的司法控制，民法學說與判例研究第七冊，一九九九年十月出版，第六十六頁；楊淑文 著，新型契約與消費者保護法，翰蘆圖書出版有限公司，一九九九年八月二刷，第八十七頁。

規定，便是本文之重點。

貳、定型化契約之概念

一、定型化契約之意義

定型化契約，又稱附合契約，其係指契約當事人一方預先擬定交易條款而供他方簽訂之契約。然而消費者保護法第二條第七款所稱之定型化契約，係指企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款。易言之，消費者保護法所規定的定型化契約其規範主體僅限於「企業經營者」與「消費者」之間，其適用上較一般所稱的定型化契約狹窄³。關於消費者保護法所稱定型化契約，其要件分述如下：

(一)係企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用所擬定之契約

消費者保護法所稱之定型化契約，其條款之擬定者必須為「企業經營者」，其目的須係「為與不特定多數人訂約之用」，換言之，若非消費者保護法所稱之企業經營者所定訂之條款，即非該法所稱的定型化契約；或是只供一次訂約之用的契約條款亦非該法所稱的定型化契約，蓋因該法所稱之定型化契約其內涵具有供多數契約達成之用的本質⁴。

(二)係企業經營者單方預先擬定之契約條款

消費者保護法之所以對於定型化契約加以規範，乃在於其本質上係由企業經營者以單方之意思，迫使消費者為附合與否之意思表示，而無從參與契約內容之形成⁵。故該定型化契約條款必須係企業經營者在締約前「單方」、「預先」所擬訂，因此若係在訂約時所擬訂，或是經由雙方磋商合致之條款，均非該法所稱之定型化契約。

又該法所稱之定型化契約，其究以何種形式出現，均非所問。關於此點，可參照該法施行細則第九條之規定，換言之，若以放映字幕、張貼、

³ 詹森林、馮震宇、李明珠等 合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會印行，民國八十四年二月，第六十頁。

⁴ 馮震宇、姜志俊、謝穎青、江炳俊等 合著，消費者保護法解讀，元照出版公司，二〇〇〇年九月初刷一版，第一〇三頁。

⁵ 李伸一 著，消費者保護法論，凱倫出版社，民國八十四年四月初版，第一五二頁。

牌示或其他方法表示者，均可認為係屬定型化契約之條款，而不認為僅限於書面之方式。但必須要強調的是，其表示之方式必須要使消費者在合理、適當的機會下，得以瞭解該契約之內容方可，以避免擴大解釋該法所稱的定型化契約。

然而有問題的是「靠電腦科技的運用，將定型化契約條款建成資料庫，依使用者之需要或交易條件之不同而予以組合取用，究係是否亦為該法所稱之定型化契約？」關於此點，有論者採肯定之見解⁶。首先，基於科技之發達、網際網路之運用以及電子商務的蓬勃發展，運用電腦科技將契約條款建成資料庫而放置於網頁之上，以供消費者締約，應肯定其亦為消費者保護法所稱的定型化契約，只要其符合該法所稱定型化契約之要件且亦使得消費者得以適當、合理了解其條款之內容；其次，論者有謂「將定型化契約條款建成資料庫，依使用者之需要或交易條件之不同予以組合取用，亦為該法所稱之定型化契約」，但於該文之中，未見其說理，吾人大膽推測其立論基礎應係為擴大該法所稱定型化契約的適用，以保護消費者之權益。但吾人認為此一契約模式，應非為該法所稱的定型化契約且亦非一般的定型化契約，蓋因站在定型化契約的本質而言，其應係一方預先擬定契約條款以供訂約之用，而他方無從選擇契約之內容，若契約條款之安排可讓使用人依其需要或交易條件之不同予以組合取用，該交易相對人已非立於無從選擇之地位，而不符合定型化契約之本質；且站在定型化契約運用之角度而言，定型化契約乃係契約之一方預先擬定契約之條款以供不特定多數人締約，其締約之結果，應係具有一定數量且相同內容的契約合致，若係依使用者之需要或交易條件之不同予以組合取用之契約，將產生數份不相同內容，且選擇項目越多，締結不相同內容契約之數量便越多，故應不符合現今定型化契約運用之結果；且依使用者之需要或交易條件之不同予以組合取用，似乎亦可將其認定為各別磋商之「非一般條款」；最後，站在定型化契約的定義而言，實務上與學說上已累積相當多且一致的認定標準，若斷然將「依使用者之需要或交易條件之不同予以組合取用之契約模式」，認為係定型化契約，將使得定型化契約在適用上產生模糊不清的不良結果。因此，基於以上理由，吾人認為「將契約條款建成資料庫，依使用者之需要或交易條件之不同予以組合取用」，應非之定型化契

⁶ 前揭註4，第一〇四頁。

約，若該條款選項有不合理、顯失公平之處，應回歸民法第一百四十八條第二項之誠實信用原則來加以判斷之。

(三)交易主體間須具有消費關係？（自求多福的要件）

依消費者保護法第二條第七款所稱之定型化契約，係指企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款。於此定義中並無法得知該法所稱定型化契約是否必須係具備「消費關係」，若為肯定，則消費關係便成為適用消費者保護法有關定型化契約之前提；若為否定，則將使得許多不具備消費關係之定型化契約均有消費者保護法的適用，若為如此，則其又如何與民法第二百四十七條之一的規定相區別，其是否又會造成適用法律上之混亂，均不無疑問。

關於消費者保護法所云的定型化契約究竟是否要求「消費關係」為前提，分述如下：

1. 否定說：

- (1) 有學者認為此一問題，乃係涉及到如何定義「消費者」與「消費關係」，其認為在定義消費者時，應以交易地位平等與否的觀點來認定，換言之，當事人間之一方於專業知識、技術或資訊上立於平等之地位時，則有消費者保護法的適用，故其認為無庸謹守於「消費關係」之要件⁷。
- (2) 學者認為定型化契約無庸具備消費關係亦可有消費者保護法的適用。首先，其認為我國消費者保護法乃係一「綜合的消費者保護法」，關於定型化契約相關問題本可單獨立法，但基於立法當時的考量，才將其加以訂入消費者保護法之中；其次，消費者保護法第二條第三款定義消費關係，只是作為第二條第五款之消費訴訟的前提，故

⁷ 陳忠五，88年9月18日消費者保護法適用座談會（北區）會議記錄，收入於消費者保護法判決函釋彙編（二）行政院消費者保護委員會出版，民國87年，第五七二～第五七三頁。台北高院八六年度重上字第20號民事判決認為：「工程契約一方為公務機構，其對於公共工程皆以招標、議價及比價之方式行之，他方於招標或議價、比價時就合約條款如有任何意見，應以評估風險，並利用保險或其他方式將違約風險轉嫁，此與一般消費者與企業經營者訂立定型化契約之情形顯有不同，不能相提並論，故應無違反誠信原則。」（但此一判決最後遭最高法院八七年度台上字第一四一九號民事判決廢棄，並認為其應有定型化契約的適用。）

消費關係僅與消費訴訟有關係而已，其應無必要限縮實體上之商品、服務責任、定型化契約、特種買賣或消費資訊；再者，若認為定型化契約僅限於消費關係方有消費者保護法的適用，將使得適用上產生不公平之現象，例如，最高限額保證契約，主債務人與銀行間之契約有該法的適用，而保證人便無該法的適用之不公平現象；最後，關於定型化契約所生相關之問題，其處理方式應著重於當事人間之地位來加以衡量，若當事人間交易地位不平等時，則應有消費者保護法定型化契約相關規定的適用⁸。

- (3) 實務上對於定型化契約是否必須具備消費關係，有許多之判決均採否定之見解，例如，台北地院八十七年度重訴字第一二二三號民事判決認為「...連帶保證契約，自屬消費者保護法上之定型化契約」、台北地院八十四年度訴字第一一六八號民事判決認為「連帶保證人須對持卡人增加之消費額度負責，有違平等互惠原則。」、最高法院八十七年度台上字第一四一九號民事判決認為：「工程契約條款應屬定型化契約，....」

2. 肯定說：

- (1) 最高法院八十八年度台上字第一 0 八四號民事判決認為「有關融資借貸之保證契約，乃係以公司之資金周轉為目的而為交易，顯非消費者之交易，...是本件保證契約自無消費者保護法適用之餘地。...」
- (2) 台 87 消保字第 00871 號書函認為「聘僱契約」無消費者保護法之定型化契約之適用，蓋因員工與公司間係屬僱傭關係之性質，而非消費關係。
- (3) 台 85 消保字第 01488 號書函認為「海外渡假村會員權利商品（如會員卡），若其契約內容係以定型化契約方式為之，自應有消費者保護法有關定型化契約規定之適用。」

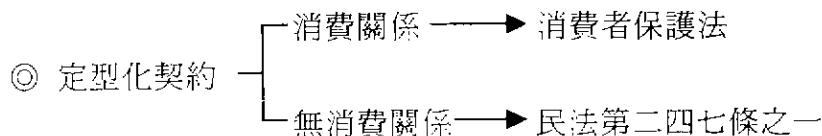
3. 小結

關於定型化契約是否必須具備消費關係方有消費者保護法的適用，於我國實務上之見解分歧，但大多數採否定見解的判決，並無特

⁸ 詹森林，88年12月14日消費者保護法適用座談會（南區）會議記錄，收入於消費者保護法判決函釋彙編（二）行政院消費者保護委員會出版，民國87年，第五九五～第五九八頁。

別對於定型化契約是否應具備消費關係方有消費者保護法的適用提出見解，其僅係直接進入消費者保護法有關定型化契約條款效力的判斷，或避而談論消費關係，僅就交易地位作條款效力的判斷；學者間有認為應就交易地位去判斷條款之效力，亦有認為無庸謹守消費關係方有消費者保護法之適用。

關於此點，吾人認為定型化契約應具備消費關係方有消費者保護法的適用，首先，本法立法目的係為保護消費者，且立法當時之考量而將定型化契約規定於消費者保護法之中，若認為無庸具備消費關係之定型化契約仍有消費者保護法的適用，著實不符合立法目的與立法原意；其次，消費者保護法乃係以保護消費者為目的而貫穿整部法律，若可依據各章節而有不同之認定，將使得該法第一章「總則」與各章節干格不入，有違體系之完整性；再者，雖站在定型化契約之本質上，理應無庸考量消費關係，其認定標準應係當事人有無交易地位之不平等，但現今民法第二四七條之一對於定型化契約亦有相關之規定，為使得法律適用上不致於混亂，故應認為欲適用消費者保護法相關規定之定型化契約應具備消費關係，若不具備消費關係之定型化契約應適用民法第二四七條之一之規定；最後，在民法第二四七條之一公布實行後，其與消費者保護法之定型化契約的適用上將產生重疊，是故，在現今認為消費者保護法之定型化契約仍可輔助民法二四七條之一，而不加以刪除之前提下，應認為定型化契約應具備消費關係方有消費者保護法的適用，如此方可使法院適用法律一致，使人民產生信賴。



二、定型化契約之規範主體與適用範圍

依消費者保護法第二條第七款所稱之定型化契約，係指企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款。可知其規範主體必須是消費者保護法中所稱的「企業經營者」與「消費者」；且其適用範圍必須係屬「消費關係」，方有該法的適用。若其締約之主體非為企業經營者或非為消費者或非為消費關係，則無消費者保護法的適用，而應適用民法第二百四十七條之一相關規定。

然而有問題的是，首先該法規定必須係企業經營者預先「擬定」，但有時真正使用該定型化契約之企業經營者非為「擬定者」，易言之，契約之「擬定者」與具體交易中的「使用者」是否同一，解釋上便有問題。例如，同業公會擬定模範契約，供所屬會員訂立契約之用，而該會員（即企業經營者）將其拿來使用而與消費者訂立契約，該契約究竟是否為消費者保護法中的定型化契約？關於此一問題，若係以法條的文義解釋，似乎無法認為係該法所稱定型化契約，蓋因其並非企業經營者所單方擬定的契約，但站在保護消費者權益、以及本法之立法意旨而言，似乎應將該企業經營者包括在內，較為妥適⁹。因此，吾人認為應將該法對於定型化契約定義之規定，加以修法而著重規範於實際使用該定型化契約者，如此方為妥適。

再者，「法令」究竟是否為定型化契約條款？有論者¹⁰謂「法令非為定型化契約，若公營企業或民營企業的經營者以法律或基於法律授權行政機關頒佈法規性之委任命令加以規制，經引用於契約條款者，並非定型化契約。例如，郵政法第二十九條：「郵政機關除依本法第二十五條至二十七條之規定負補償責任外，關於從事郵務人員對他人所為之侵權行為，不負責任。」且其並認為「若依法令而經過行政規制例如使用前預先送請行政機關審查核准或者經由行政機關自行擬定，再由契約當事人訂立契約的定型化契約，仍為私法上的契約，若符合本法之規定，應為定型化契約，除法律另有規定外，自不得免於私法審查之控制，例如依據保險業管理辦法第二十八條第二項之規定之經財政部核准的各種保單條款、保費、要保書等¹¹。」關於此問題，吾人認為無論是將法律或法律授權的委任命令或是依法令而為的行政規

⁹ 前揭註 5，第一五二頁；前揭註 4，第一〇四頁。

¹⁰ 前揭註 4，第一〇五頁。

¹¹ 關於此點，於台 88 消保字第 01057 號的行政函釋中，亦有說明，該函釋說明中「對於依據郵政法第四十九條、第二十七條之規定，授權主管機關交通部所定訂的郵政規則第二百三十一條所定訂的國內掛號包裹收據背面注意事項（四）所制訂之賠償標準，不違反消費者保護法之規定。」換言之，該行政歸責亦得為定型化契約條款【八十八年消費者保護法適用座談會（北區）會議記錄，收入於消費者保護法判決函釋彙編（二），行政院消費者保護委員會出版，民國八十九年十月，第五一九頁】。但另有學者認為，在立法論上，應以法律明訂行政規制的定型化契約在「一定時間內」或「永久性」地免於私法審查之控制【劉宗榮著，定型化契約論文專輯，民國七十七年，第七十四頁】。

制，若經當事人一方加以載明於定型化契約之中，應可認為係定型化契約條款而成為私法上的契約，否則如論者所言，「法律或委任命令非為定型化契約」，將產生與人民的法律感情不相符合。但有問題的是，該法律或委任命令成為定型化契約條款之後，司法機關能否加以審查？換言之，司法機關能否逕以定型化契約的相關認定標準，對該法律或委任命令認定無效？蓋因大法官會議釋字第三七一號解釋認為「各級法院法於審理案件時，對於應適用之法律，得依其合理之確信，若認為有抵觸現法之疑義者，得裁定停止訴訟，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請釋憲」¹²，是故，吾人認為若司法機關認為該法律或委任命令有違憲之虞，得提請釋憲，裁定停止該訴訟；或認為該法律或委任命令並無違憲，便可依據定型化契約相關原則來認定該法律或委任命令載明於定型化契約之中究係有無違反平等互惠、誠信原則以及顯失公平之處。

三、消費者保護法之定型化契約與民法之定型化契約間之關係

傳統上所謂的「定型化契約」，係指當事人一方預先擬定契約條款以供交易相對人與之訂約的契約模式。而消費者保護法而民國八十三年公布實行，對於定型化契約的定義、適用範圍加以限縮，規定為：「企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款。」且民國八十八年民法債編修正，增訂第二百四十七條之一，亦係有關於定型化契約，其規定：「依照當事人一方預先擬定用於同類契約之條款而訂定之契約，...」是故，定型化契約於適用上究應如何區別？且此二部法律之間又係何種關係？茲分析如下：

(一) 適用上的區別

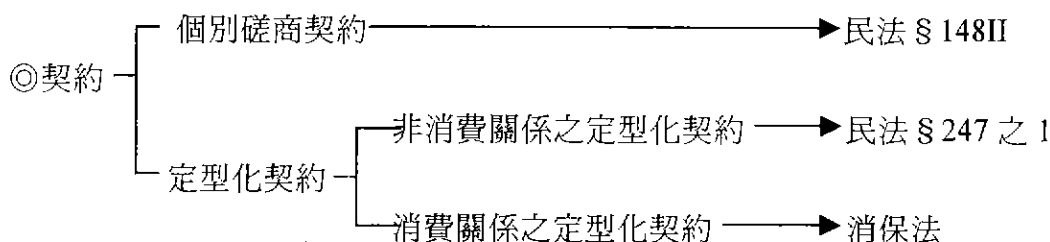
1. 適用主體的不同：

關於消費者保護法中所規定的定型化契約，其規範主體應係「企業經營者」與「消費者」之間；而民法第二百四十七條之一所稱的定型化契約，其規範主體應無主體上之要求，換言之，只要是當事人一方預先擬定的契約條款，便是民法所稱的定型化契約，若其當事人間係屬企業經營者與消費者，則應係消費者保護法中的定型化契約。

2. 適用範圍的不同：

¹² 吳庚 著，行政法之理論與實用，三民書局，民國八十九年九月增訂六版，第六八～七十一頁。

關於消費者保護法中所規定的定型化契約，其適用範圍必須係屬「消費關係」；而民法第二百四十七條之一所規定的定型化契約，便無



此一要件的要求，換言之，只要是符合定型化契約的要求便有民法規定的適用，但若係涉及消費關係時，則應適用消費者保護法相關的規定。

3. 小結：

由以上對於定型化契約於消費者保護法與民法第二百四十七條之一之規定中，可以將契約之種類區分如下：

(二) 兩部法律間的關係

消費者保護法的立法目的係為保護消費者之權利，為免企業經營者利用定型化契約，侵害消費者之權益，而有害契約的實質正義；民法的定型化契約，乃係保護社會大眾之權利，為免當事人一方利用定型化契約，侵害他方之權益，而有害契約之實質。是故，關於二者的規範目的均係為維護契約的實質正義，其不同的是保護對象，前者為消費者，後者為社會大眾；又從規範對象不同的角度而言，二者之間僅係適用範圍，前者較窄，後者較寬而已，因此吾人認為消費者保護法為民法的特別法，只要符合該法關於定型化契約之規定，便應優先適用。

然而有問題的是，民法第二百四十七條之一的規定，其適用上業已包括消費者保護法所規定的定型化契約，故消費者保護法有關於定型化契約的規定，是否有存在的必要？關於此點，吾人認為消費者保護法有關定型化契約的相關規定，仍有存在之必要，理由如下：

「雖說民法上之定型化契約的適用範圍足以涵蓋消費者保護法的定型化契約，但因民法上的規定不如消費者保護法規定的詳細，且消費者保護法實行至今已經累積相當多的實務見解以及相關的解釋原則，故消費者保護法的存在不但可較精準的「認事用法」以保護消費者的權利，且亦可

輔助民法該條的適用，以建立該法解釋的原則，因此，吾人認為消費者保護法與民法對於定型化契約規定的適用上，實具有相輔相成之效用，而不該刪除消費者保護法之規定¹³。」

參、定型化契約條款之成立要件（使用方式）

定型化契約條款之成立要件（使用方式），係指定型化契約條款究應如何載明於契約之中的問題，其分別規定於消費者保護法第十三條、第十四條。而透過此該法的規定，初步分析，可知定型化契約條款要正確合理的載明於定型化契約之中，便必須要符合「形式要件」以及「實質要件」。前者係指「應如何積極記載」，後者係指「應如何消極不記載」，因此，如何判斷該條款得以成為定型化契約條款，便成為以下所欲探討之課題。

由該法第十三條、第十五條之規定，可知定型化契約條款，可分為「一般條款」與「非一般條款」。所謂「一般條款」，係指企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用，而單方預先擬定之契約條款（參照細則第十條第一項）；而所謂「非一般條款」，係指契約當事人個別磋商而合意之契約條款（參照細則第十條第二項）。例如，汽車買賣契約中，載明「應收取頭期款新臺幣二十萬元整，方才交付該車與買受人」等印刷字樣，該條款即為「一般條款」，而受該法定型化契約所規範；若買受人僅交付新臺幣十五萬元整，出賣人便願意交付該車，則此種契約條款的合致，便是「非一般條款」，或稱「個別磋商條款」。嚴格來說，僅有「一般條款」係屬定型化契約條款，方受該法定型化契約規定所拘束；若係「非一般條款」，則非定型化契約條款，其約定應回歸民法的相關規定去處理。

在此仍要注意的是，關於定型化契約條款的展現方式，仍不以書面為之，只要其係可使消費者得以適當、合理之狀況下瞭解該條款之內容，即可（參照細則第九條）。

一、形式要件（一般條款的記載方式）

關於定型化契約的形式要件，規定於該法第十三條。該條規定：「契約

¹³ 關於此點，廖義男教授認為現今仍應保留消費者保護法有關定型化契約的規定，等到民法第二百四十七條之一的運用，透過法官案例的補充、闡明、擴大或類推適用，完整涵蓋所有定型化契約的問題時，再把消費者保護法有關於定型化契約條款的規定廢止，較為妥當。【前揭註8，第五六九～五七一頁。】

之一般條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容（I）。前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與契約一般條款之影本或將該影本附為該契約之附件（II）。」

由該法第十三條之規定，企業經營者若要將一般條款變成定型化契約之一般條款，其必須符合下列情形之一，即：

- (1)將一般條款記載於定型化契約之中；
- (2)若未將一般條款記載於定型化契約之中，其便應向消費者明示其內容；
- (3)明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並且經消費者同意願受其拘束。

所以，企業經營者原則上應將其一般條款記載於定型化契約之中，即便未有記載，其仍要向消費者明示其內容，方屬定型化契約的一般條款，若其在明示內容顯有困難時，方可以顯著的方式公告條款內容且並經消費者同意之情況下，才可例外的成為定型化契約的一般條款。

關於本條文的解釋上，首先必須要辨明的是，究竟何謂「明示」，何謂「顯著之方式」，吾人認為本條之規範的重點在於表現一般條款之方式，究竟能否使消費者在適當、合理之情形下，對於一般條款的內容加以獲悉、瞭解，是故，對於「明示」以及「顯著之方式」，應無庸拘泥於形式而為嚴格的解釋，其判斷方式應係以具體個案，並參酌訂約之情況、契約內容之難易度、交易時間等因素來加以認定消費者能否察覺、閱讀、理解該一般條款的內容，若一般條款的呈現方式，使消費者達到此種地位，則可認為係定型化契約的一般條款。例如，停車卡反面所記載之停車須知，應有消費者保護法之定型化契約之適用¹⁴，因此，企業經營者於訂約以前未明示、未公告一般條款的內容而於嗣後將一般條款附寄給消費者，該一般條款便非為契約的內容；或是企業經營者未於締約前給予消費者一段合理的時間供其審視、理解該契約之內容以決定締約與否，該條款便不得認為業已明示或公告，而成為契約之內容¹⁵。且若係契約當事人個別磋商而合議之契約條款，該消費者不

¹⁴ 台 87 消保字 00872 號書函，蓋其認為記載於停車卡反面的停車須知，應係可使消費者立於可了解條款之地位。

¹⁵ 關於何謂「合理期間」，可參照該法施行細則第十一條之規定，即應有三十日以內的合理期間，供消費者審閱全部條款之內容。若違反審視的合理期間，該條

得主張享有合理之審閱權。蓋因定型化契約之特色在於消費者只能按其契約條款與企業經營者訂約，且因此種契約之訂立，消費者並未就契約內容與企業經營者為個別磋商，其只能對於企業經營者所提供的定型化契約條款予以附合，而為討價還價之餘地，故為保障消費者之權益，方有消費者保護法有關定型化契約之相關規定，而今日個別磋商之契約與定型化契約之概念不合，當然無消費者保護法施行細則第十一條審閱權規定的適用¹⁶。

其次，何謂「明示其內容顯有困難」？有論者認為主要係發生於兩種交易場合，其一是與消費大眾所締結之契約，蓋因此種情形缺乏個別的接觸而無法向消費者明示其內容，例如自動販賣機；其二是交易頻繁的大量契約，蓋因此種契約雖有向消費大眾明示其內容之可能，但依其交易方式或型態，有現實上之困難，或甚而顯的多餘，例如戲院、博物館、運動比賽的門票等¹⁷。但吾人認為究竟明示其內容是否顯有困難，應由具體個案，參酌交易上的客觀因素來加以認定，以解決相關之爭議，且對於明示其內容是否顯有困難，應從寬認定，蓋因有時交易上的複雜化，使得明示內容是否顯有困難，在認定上變得不易，而且本條規範的重點在於使消費者能夠在適當、合理的情形下，獲悉、瞭解一般條款之內容，故只要消費者透過企業經營者的公告方式而處於瞭解一般條款的地位，應便可認為該一般條款係為契約之內容，如此方能平衡企業經營者與消費者間的權益，以避免消費者利用該條文的解釋而增加企業經營者的負擔。

再者，一般條款若以公告之方式表現，其必須係經消費者同意受其拘束

款不構成契約之內容，但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。關於該條之規定，吾人認為應加以修正，蓋因究係是否為一「合理期間」，應當參酌該定型化契約的重要性、涉及事項的多寡與複雜的程度，若有爭議而由法院加以判斷，現行法將其規定為三十日內，將會使得有些較為複雜、較為重要而需較長審視期間的定型化契約無法適用，且該法訂為三十日，著實想不出任何道理，故應將三十日之規定加以廢除，而由主管機關選定特定行業加以公告其契約之合理期間以輔助商業上、實務上之判斷；另外，吾人亦認為該條應將其規定於母法之中，蓋因該條乃係限制人民之權利、義務，故依據中央法規標準法第五條之規定，其應以法律訂之，且母法中的特種買賣對於猶豫期間亦規定於母法之中，因此該條文應加以修正並規定於母法之中。

¹⁶ 台 87 消保字第 00770 號書函。

¹⁷ 前揭註 4，第一〇九頁。

之情況下，方才成為契約之內容。而所謂「經消費者同意受其拘束」之認定上，亦無庸嚴格認定，蓋因該條文之規定在於使消費者得以處於瞭解該一般條款內容之地位，故只要消費者對於該一般條款得以預見，而客觀上可能同意，便可認為消費者業已同意受其拘束，而不以其主觀上具體之同意為要件¹⁸。易言之，在認定上無庸要求須經消費者明示的同意，只要其對於該公告處於可能瞭解之地位，並且透過客觀上之認定，若足以顯示其有接受該一般條款之行為，即可認定訂該消費者業已同意並願受拘束，如此方能避免消費者以該條文之規定作為不履行契約之藉口，而影響交易上之秩序。

最後，該條第二項規定：「前項情形，企業經營者經消費者請求，應給予契約一般條款之影本或將該影本附為該契約之附件。」關於此項之規定，有論者認為性質上為消費者之契約一般條款影本請求權，若企業經營者如經請求而不為履行，消費者得依債務不履行之規定來主張其權利，而不得對於契約之效力有所抗辯¹⁹。關於論者之見解，吾人贊同之。蓋因本條之立法目的在於使得消費者得以獲得或保留一般條款之影本，以作為日後有審閱該條款之機會或作為訴訟上之證據，但值得思考的是：若企業經營者不履行交付之義務時，消費者是否真會為了一份契約影本，而向法院提起訴訟？是否在立法論上可對企業經營者不履行交付契約影本之行為訂定其法律效果，以保護消費者之權益，應有討論之空間。

值得一提的是：關於該法第十三條第一項規定不妥之處，由該項之規定：「契約之一般條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容，..」換言之，若以文義解釋的角度而言，似乎只有一般條款沒有記載在定型化契約中者，才有向消費者明示其內容或公告，若有記載，便無庸明示或公告之結果。如此解釋之結果，將有違定型化契約規範之目的，故應將該項之規定加以修正，而規定不論有無記載於定型化契約之中，均應有使消費者得以瞭解該一般條款內容之明示或公告，如此方為妥適的立法。但必須要強調的是，該法第十三條第一項之規範目的係為使消費者得以瞭解一般條款之內容，因此若依據該項文義的解釋，而認為一般條款經記載於定型化契約之中，便無庸明示或公告的話，我們應可認為其仍要使消費者得以瞭解一般條款之內容，方才符合該項立法的目的，是故，站在此一角度而言，

¹⁸ 前揭註 5，第一五三頁。

¹⁹ 前揭註 4，第一〇九頁。

該項的規定仍無礙於實際上的運用。

二、實質要件（異常條款的排除）

定型化契約的一般條款若欲成為定型化契約的內容，其仍要符合形式的消極要件，換言之，其必須不屬於「異常條款」且不抵觸當事人間個別磋商的「非一般條款」。關於「異常條款」與「非一般條款優先效力」之規定，分別訂定於該法第十四條與第十五條，茲分述如下：

(一)異常條款

該法第十四條規定：「契約之一般條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容（I）。」換言之，對照該法第十三條第一項之規定，可知企業經營者以明示或公告的方法呈現一般條款時，其必須可使消費者得以預見，方可成為定型化契約之內容。

該條的立法目的乃係為保護消費者之權益而為特別的規定，蓋因消費者在市場上交易時，往往對於定型化契約的一般條款不會去閱讀，亦或是雖經閱讀卻不能理解條款的意義及其法律效果，所以即便消費者同意受該契約所拘束，但實際上仍是對於定型化契約的一般條款不甚瞭解，因此該條為減輕消費者之負擔，方才規定該一般條款必須係消費者在正常情形所得遇見之情形下，才可成為定型化契約的一般條款²⁰。

所謂「依正常情形顯非消費者所得遇見」，解釋上應就「一般」消費者的商業經驗、知識及其對於法律行為的認知與期望，為「客觀」的判斷²¹。關於判斷的測試標準，有學者提出六項參考因素²²：

- (1)廣告之內容及效果。
- (2)契約句子之長短及佈局。
- (3)印刷字體之大小以及提請特別注意之標誌。
- (4)契約約款呈現之順序以及前後文。
- (5)所用之語言文字。
- (6)主張該條款是異常條款之人的因素。

本條文適用上，學者通說均認為站在該條立法之目的以及該法施行細

²⁰ 前揭註4，第一一〇頁

²¹ 前揭註5，第一五四～第一五五頁。

²² 前揭註13，第三四頁。

則第十二條之規定而言，契約之一般條款無論是否有記載於定型化契約之中，只要該一般條款依正常情形顯非消費者所得預見，便不構成契約之內容。例如契約之一般條款記載於定型化契約之中，若其記載有字體、印刷或其他情事，致消費者難以注意其存在或辨識的話，均可認為係異常條款，而不構成契約之內容（但依據該法施行細則第十二條後段之規定，若難以注意或辨識的條款，消費者仍可主張該條款構成契約之內容）²³。

但吾人對於該條有不同之見解：首先，站在文義解釋的角度而言，由該款之規定可知，若經記載的一般條款應無該條的適用，而應適用該法第十三條的規定，換言之，已經記載的一般條款應去認定其是否可使消費者立於瞭解的地位來加以判斷其究竟能否成為契約之內容（如果先前對於第十三條適用上的解釋是正確的話），但若認為第十三條適用上不應包括已經記載的一般條款的話，只好進入定型化契約條款實質審查，換言之，應依該法第十一條、第十二條的規定加以控制（但吾人認為應儘量不要適用第十一條、第十二條的規定，蓋因此些條文畢竟是去處理效力之問題）；其次，站在法體系而言，若依學者通說的見解雖說較能落實該條之立法目的以保護消費者之權利，但能否基於此目的而超越法律解釋的界線而無視法律的規定，不無疑問；再者，施行細則第十二條之規定似有子法逾越母法之嫌，故應不能做為學者通說解釋的立論基礎；最後，吾人認為透過該法第十三條或第十一條、第十二條的運用，亦可達到控制不合理條款之效果。因此，關於第十四條的適用上，吾人最終仍是認為唯有修法一途方能解決現行法之窘境。

(二)非一般條款優先效力

所謂「非一般條款」係指契約當事人個別磋商而合意的契約條款（參照施行細則第十條第二項）。該條款的合致，係經當事人間彼此經過一段期間各自提出自身之要求而商議達成，而不具有定型化契約的性質，故應適用民法的相關規定而無定型化契約相關規定的適用，因此該法第十五條之規定：「定型化契約中之一般條款抵觸非一般條款之約定者，其抵觸部分無效。」例如一份經印刷的定型化契約書面中，若有一款項經修改而彼此間相互簽名其上，該經修改的款項便為非一般條款，若印刷的條款與經修改的條款相抵觸時，該印刷的條款無效。

²³ 前揭註4，第一一一頁；前揭註5，第一五五頁；前揭註3，第六五～第六六頁。

肆、定型化契約條款之效力及其行政規制

依據消費者保護法第十三條、第十四條而成為定型化契約內容的一般條款，充其量僅係法律為確保消費者能夠瞭解契約內容的強制規定，然而對於定型化契約之所以規定，除了係為確保消費者在訂約時能夠瞭解契約條款之內容外，更深層的意義乃在於「契約實質正義」的落實，易言之，其規定乃在於避免企業經營者預先擬定不合理的契約條款而迫使消費者與之訂約，因此如何落實契約的實質正義，即為該法規範的重點。

又定型化一般條款雖符合成立要件，但有時一般條款不明確，使得當事人間的權利義務不明，故如何解釋定型化契約之一般條款，亦為一重要之課題。關於此點該法第十一條第二項亦有規定，如何適用，亦為以下所要探討之議題。

該法對於如何落實契約的實質正義，乃係透過「司法控制」以及「行政規制」。前者乃係「事後的落實」，其規定於該法第十一條、第十二條，且違反該條文者係課以「無效」的法律效果。因此如何認定該條款是否合理、是否應為無效，影響企業經營者與消費者權益甚大，如何衡平二者間之利益，便是重要之課題；後者乃係「事前的落實」，規定於該法第十七條，透過主管機關預先選定特定行業公告其定型化契約之範本以作為該行業在訂立定型化契約之準則，其作用在於使得業者有利可循且亦可使司法機關在認定時之參考依據。

最後，所要探討的是定型化契約中其一般條款若全部或一部無效或不構成契約之內容之一部者，該定型化契約之效力究係如何？關於此點，該法第十六條亦有規定，亦為本文所要探討之議題。

一、定型化契約不明確條款之解釋原則

原則上，契約之條款，若經締約當事人雙方意思合致，無論明示或默示，契約即為成立，該條款及成為契約之內容，而可適用契約解釋的一般理論。換言之，若契約之條款產生疑義，應依據民法第九十八條之規定：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」但定型化契約有其特殊性，故該法第十一條第二項規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」因此，二者間有何關係，如何適用，分述如下：

(一) 民法一般解釋原則

民法九十八條規定：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」故契約條款若生疑義，應探求當事人間之真意，注重

意思表示的目的性及法律行為之和諧性，著重於各個法律行為及當事人具體妥當性的追求²⁴。因此何謂「真意」便是解釋條款之重點。

所謂「真意」，係指締約當事人依其意思表示所欲實現的法律效果，而非當事人間內心之意思，故解釋「真意」，應兼顧當事人間的利益，以保護當事人彼此間的信賴與交易上之安全。

又「真意」為何，學說上認為應審慎衡量意思表示之目的及當事人的特別約定，其亦可依據「習慣」、「誠信原則」、「法理」等標準來輔助認定，但若當事人間業已文字表示當事人之真意，無須別事探求者，即不得捨文字更為解釋²⁵。

實務上較具重要之見解²⁶，如最高法院 65 年台上字 2135 號判決：「按解釋契約，應探求當事人立約時之真意，而於文義上及論理上詳為推求當事人之真意如何？又應斟酌訂立契約當時即過去之事實，其經濟目的及交易上之習慣，而本於經驗法則，基於誠信原則而為判斷。」；又如最高法院 37 年上字第 7691 號判例乃係以「誤載，無害真意」之解釋方法；如最高法院 86 年台上字第 3873 號判決，乃係以「意義明確原則」之解釋方法；最高法院 86 年台上字 1843 號判決，乃係以「社會一般人之通念」之解釋方法。因此，解釋契約應以「客觀化」之標準來認定「真意」為何，不應認為該條有規定「不得拘泥所用之辭句」，即否定該有疑義之條文，而另為解釋。解釋意思表示，又因有無相對人存在而有不同的認定標準²⁷：

(1) 無相對人的意思表示之認定標準

此種情形，應以誠信原則及交易習慣來探求當事人「內心」之真意，蓋因無相對人之意思表示，不涉及信賴保護之問題²⁸。

(2) 有相對人的意思表示之認定標準

此種情形，應以客觀上的表示價值最為認定標準，以權衡當事人間之利益，換言之，乃係已上述之認定標準認定之，而非以當事人之

²⁴ 施啟陽 著，民法總則，三民書局，民國八十五年四月，第二三九頁。

²⁵ 前揭註 26，第二四〇～第二四一頁。

²⁶ 王澤鑑 著，民法總則，三民書局，民國八十九年九月，第四三六～第四四一頁。

²⁷ 關於此一認定標準，亦有學者認為應以「了解可能性」作為認定標準。【前揭註 26，第二四二。】

²⁸ 前揭註 28，第四三八頁。

內心真意為標準²⁹。

(二) 定型化契約之解釋原則

定型化契約，係指企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款，其乃係有相對人之意思表示，故依據民法第九十八條之規定，在解釋「真意」時，應探求當事人立約時之真意，而於文義上及論理上詳為推求當事人之真意，且應斟酌訂立契約當時即過去之事實，其經濟目的及交易上之習慣，而本於經驗法則，基於誠信原則而為判斷。但因定型化契約之特殊性，如消費者無法更改契約之內容（即其意思表示受到限制，其與一般契約之合致不相同）；消費者對於契約內容之認識與企業經營者之認識有程度上之差異；再者，該條款乃係企業經營者預先擬定以作為其商業上之運用，故其條款若生疑義，亦應由其負擔不利益解釋之結果，因此，對於定型化契約條款之解釋應與一般契約條款之解釋，有所不同。是故，該法第十一條第二項規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」以權衡締約當事人間之利益，落實契約之實質正義。

然而有問題的是，何謂定型化契約之「疑義」，吾人認為站在保護消費者之立場而言，只要係當事人間對於該條款有所爭議，經由解釋仍無法排除疑義之情形，換言之，該條款若有兩種以上之解釋可能時，便是有疑義，而應為有利於消費者之方向來加以解釋。然在此要強調的是所謂『解釋』並非去探求當事人間之真意，若係探求當事人間之真意，而為解釋，則便回歸民法之規定，相對的，該法之規定便為無意義，因此，定型化契約條款若生疑義，而有兩種以上解釋之可能時，此解釋之可能應放寬認定，使消費者能夠適用該條之規定，保護其權益，相對的，企業經營者在擬訂定型化契約條款時，應具體、明確，以避免該條之規定而生不利益。

二、定型化契約之司法控制

基於定型化契約之特殊性，企業經營者往往透過其經濟地位，訂定不合理之條款使消費者無法選擇的與其簽訂契約。因此，為保護消費者之權益，確保契約之實質正義，故消費者保護法特於該法第十一條第一項、第十二條規定「相關測試標準，以審查該條款有無不合理之處，若該條款有違「平等互惠」、「誠信原則」、「顯失公平」之時，該條款將認為無效。

²⁹ 前揭註 28，第四三八頁。

又此測試標準均是不確定之法律概念，故該法及其施行細則便規定較為具體的認定標準，但認定上必須由司法機關依據具體個案，按契約之性質、締約之目的、全部條款之內容、交易習慣以及其他情事加以綜合判斷之³⁰。

再者，應強調的是，該法之測試標準僅係針對於定型化契約之一般條款為之，若係定型化契約之非一般條款，則無該法之適用，蓋因非一般條款係由當事人間個別磋商而成，已不符合定型化契約之特殊性，若有不合理之處，應按民法相關規定處理之。

最後，關於定型化契約一般條款之效力，其測試標準第十一條第一項規定：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。」第十二條規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效 (I)。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：(II)

(1)違反平等互惠原則者。

(2)條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。

(3)契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」

是故，在適用上其審查標準應先以該法第十二條第二項來認定有無顯失公平之處，若推定其有顯失公平之時，再依該法第一項之規定來認定其有無違反誠信原則。因此以下便先就第十二條第二項加以說明，其次再論述該條第一項之規定。

()違反平等互惠原則

該法第十一條第一項規定：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。」又該法施行細則第十四條規定：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：(1)、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。(2)、消費者應負擔非其所能控制之危險者。(3)、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。(4)、其他顯有不利於消費者之情形者。」茲就違反互惠平等原則論述如下：

1. 當事人間之給付與對待給付顯不相當者

³⁰ 參照台 86 消保字第 01223 號書函：訂定契約要本諸「誠信原則」，且契約內容要力求公平，至於有無違反誠信原則，應由司法機關依具體個案，斟酌契約之性質、締約之目的、全部條款之內容、交易之習慣及其他情事，依法作最終判斷。

原則上，契約的合致乃係當事人雙方主觀上的意思表示，其中關於契約之價格、標的、內容等合致，往往涉及市場上之價格、當事人間的需求等因素，故基於私法自治原則，法律均相當的尊重當事人間有關契約的效力。但有時基於締約基礎的不當性，法律便會介入其間契約的效力，例如民法第七十四條「暴利行為」得聲請法院撤銷該契約，又如民法第二百零五條約定利率超過週年百分之二十，債權人對之無請求權等規定。因此定型化契約基於其特殊性，故認為若當事人間之給付與對待給付顯不相當，便有違平等互惠原則，而推定顯失公平，以維護契約之實質正義，保護弱勢的消費者。

有關當事人間之給付與對待給付顯不相當者之實例，如下：

- (1)「開放空間，自由選購，結帳包裝後，恕不退換」之公告，應為無效。蓋因該公告係屬定型化契約條款（細則第九條），且此種條款，係為排除顧客之瑕疵擔保請求權，有違平等互惠原則³¹。
- (2)業者片面宣稱「貨物出門，概不退換」之標示，應為無效。蓋因此種標示，係為定型化契約條款，且此種條款係為排除顧客之瑕疵擔保請求權，如此，將使得顧客支付之價款和其獲得之物品失去「對價上之平等」，顯然違反平等互惠原則，並導致契約之目的難以達成，故推定顯失公平³²。
- (3)預售屋買賣契約書中載明：「房屋或土地坪數誤差在百分之一範圍內，買賣收方互不找補價金」之約定，無效³³。蓋其給付與對待給付顯不相當，對消費者顯失公平，有違平等互惠原則。

2. 消費者應負擔非其所能控制之危險者

當事人間對於契約之合致，往往僅針對締約當時的契約之內容來加以估算，而將其所得之利益與其所應負擔之風險加以評估以決定是否締結契約。在此種締約情形下為保護消費者之權利，避免企業經營者利用定型化契約之特殊性而使消費者負擔其非能控制之危險，故該

³¹ 台 85 消保字第 01117 號書函。

³² 經 84 商字第 84221996 號函。

³³ 台 87 消保字第 00899 號書函認為：預售屋買賣定型化契約中載明「預售房屋面積誤差及其價款找補」之約款，是否有違誠信原則，應依實際狀況由法院判斷之。

法便規定若定型化契約之一般條款使消費者負擔非其所能控制之危險時，將推定顯失公平。

有關消費者應負擔非其所能控制之危險者之實例，如下：

- (1)信用卡定型化約款載明：「債權人（即發卡銀行）得依持卡人之信用及往來情形，核給並適時調整持卡人之信用額度。...連帶保證人對超過額度使用之帳款及停止使用生效前已發生之帳款仍應付清償之責。」，無效。蓋因此約定係將發卡銀行應負擔之風險，移轉於連帶保證人，而使得連帶保證人負擔非其所能控制之危險，顯違平等互惠，應屬無效³⁴。
- (2)金融機關在定型化契約中載明免責條款，如：「印鑑或簽章遭第三人偽造或變造，應由存款人負責。」等語，應為無效，蓋因其違反公共秩序³⁵。現今應認為此一約定將使存款人負擔非其所能控制之危險，有違平等互惠原則，應為無效。
- (3)片面變更信用卡契約之內容，對消費者顯失公平。亦即，信用卡契約條款中若訂有「單方保留約款」（如價格金額視市場狀況調整或實施新購票之優惠措施等），應為無效。蓋因此一條款將使消費者負擔不可預見之義務，且係片面變更契約之內容，對消費者顯失公平。故日後若遇有情事變更原則而須修改或增刪之情形時，非經當事人雙方之另行合意，不得具以片面終止或變更約款之內容³⁶。
- (4)信用卡定型化契約中載明：「持卡人憑信用卡向各該信用卡特約商簽帳消費時，應在簽單上簽具與信用卡相同之簽名」；「持卡人之信用卡如有遺失或被竊，持卡人應儘速以書面辦理掛失停用手續，於辦妥掛失手續之前二十四小時以前遭用所致之損失，無論其簽名是否完全相符，持卡人應負清償之責。如持卡人按期繳納各項費用及應付款，且辦妥書面掛失手續，則於書面掛失前二十四小時以內之被冒用所致損失，由發卡銀行負擔。」條款，無效。蓋就「優勢之風險承擔人」理論標準、專業能力、經濟觀點等觀之，此種條款無疑係增加持卡人不能控制之負擔，對於持卡人顯失公平，有違平等互

³⁴ 台北地院八四年度訴字第一一六八號民事判決。

³⁵ 最高法院七十三年第十次民庭會議。

³⁶ 台 86 消保字第 01004 號書函。

惠原則，應為無效³⁷。

- (5)保證書中載明：「連帶保證人等今向貴公司保證，凡貴公司所持有○
○電子企業股份有限公司於現在及將來所負之借款，票據、保證、
損害賠償等及其他一切債務以新臺幣五仟萬元為限額，保證願與債
務人連帶負擔全部清償之責任。」條款，無效。蓋此種未定期限之
最高限額保證條款，將使得連帶保證人一日為保，終身為保之窘境，
對其顯失公平，有違誠信原則，故應屬無效³⁸。
- (6)關於「保證陽豪公司於將來所負之借款、票據、保證、損害賠償等
及其他一切債務，以本金一億元為限額，願與債務人連帶負全部償
付之責任」之約定，若屬就將來可發生之債務為最高限額保證之約
定，而未定期間者，被上訴人既得依民法第七百五十四條規定，隨
時通知上訴人終止保證契約，即難謂該約定對被上訴人顯失公平而
為無效（最高法院民事判決八十九年度台上字第二三〇四號）。惟
查，所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為
目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構
與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機
構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，
保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無
償契約，尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適
用。（最高法院民事判決八十八年度台上字第二〇五三號、最高法
院民事判決八十八年度台上字第五七號）次就保證契約之法律關係而

³⁷ 台北地院八六年度簡上字第五八二號民事判決；台北地院八六年度簡上字第二六一號民事判決；台北地院八六年度簡上字第一六四號民事判決；台北地院八六年度簡上字五一〇號民事判決；台北地院八六年度北檢字五二一四號民事宣判筆錄；台北地院八五年度北簡字第一〇三四三號民事宣判筆錄；台北地院八六年度北簡字第一五三一號民事宣判筆錄。

³⁸ 高等法院台中分院八三年度上字第五七六號民事判決；台中地院八三年度訴字第六六一號民事判決。由此一判決似乎可知訂定為限期的最高限額保證契約應為無效，但若係訂立有期間的最高限額保證契約應屬有效。然而，保證契約是否可認為係消費者保護法中的定型化契約，其間是否具有消費關係，關於此點台灣最高法院八八年度台上字第一〇八四號民事判決此否定說而認為保證契約應無消費關係，而無消費者保護法有關定型化契約等規定的適用。

言，保證人既係負擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，有自由決定權以決定是否擔任保證人，如認保證契約對其非常不利，自得不訂定保證契約，亦不因而生不利益，或有經濟生活受制於出借人，不得不為保證人之情形。是上訴人所簽署之保證書及約定書上記載前開條款，亦無違反公序良俗或誠信原則之問題。（最高法院民事判決八十七年度台上字第三〇〇九號）再按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。系爭連帶保證契約縱存有利於連帶保證人一方之條款，惟締約當時，簽約之兩造並無前述無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，與前開違反誠信原則之要件不符，上訴人以系爭連帶保證契約條款違反誠信原則為由，抗辯不負契約責任云云，亦無可採。（最高法院民事判決八十七年度台上字第四七六號）

- (7)工程定型化契約條款載明：「因故延期，如定作人之原因，或不可抗力等因素，致須延長完工日期時，承攬人得以書面向定作人申請延期，定作人視其實際影響之情形酌予延期，承攬人對定作人最後核定之延期，不得提出異議。」條款，無效。蓋此一條款約定，係爭工程進行中，倘因可歸責於定作人之事由，或不可抗力，導致係爭工程無法施工，定作人可無視實際無法施工之日數，單方面擅自決定可展沿工期之日數，使得承攬人全無置喙餘地，有違誠信原則，對承攬人顯失公平，故應屬無效³⁹。

³⁹ 最高法院民事判決八十七年度台上字一四一九號民事判決。然而值得一提的是此案於二審時（高等法院八十六年度重上字第二〇號民事判決）法院認為定作人係為公務機關，其對公共工程皆以招標、議價及比價之方式行之，承攬人於招標或議價、比價時就合約條款如有任何意見，應以評估風險，並利用保險或其他方式將違約風險轉嫁，此與一般消費者與企業經營者訂立定型化契約之情形顯有不同，不能相提並論，故認為該條款並無違反該法第十二條之規定。關於此一案件，吾人提出一些見解，首先，最高法院並未對於高院認為非屬定型化契約之理由作進一步否定的解釋，而僅係輕描淡寫的引述該法關於定型化契約之定義，實過於粗糙之認定，蓋因高院就定型化契約之實質意義、立法目的做一說明進而否定此一約款有消費者保護法定型化契約之適用，但卻未見最高法院

3. 消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者

一般契約條款之中均會規定債務人違約（債務不履行）時，應負擔一定金額之賠償金額，此賠償金額有時均具有「違約金」之性質。所謂「違約金」，乃係當事人約定債務人於債務不履行時，應支付之金錢或其他給付，其目的乃係為了確保債務之履行所為之手段。而關於「違約金」之種類可分為「賠償額預定性之違約金」以及「懲罰性之違約金」二種類型（民法第二五〇條），且無論違約金係屬何種類型，若其約定金額過高，法院均得減至相當之數額⁴⁰（民法第二五一條、第二五二條），以保護經濟上之弱者及避免債權人巧取利益。至於酌減之標準仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人實際上所受之損害以及債務人若能如期履行債務，債權人可得享受之一切利益等原因來加以衡量之⁴¹。是故若契約條款使得當事人之一方負擔顯不相當之賠償金額時，依民法相關規定，僅得請求法院酌減至相當之數額，而不應逕認為該約款係為無效或無請求權⁴²。

然而基於定型化契約之特殊性，消費者對於違約時應負擔顯不相當之賠償責任條款無從對之磋商，其意思表示受到限制，故為保護消費者權益，該法便規定違約責任不相當之條款，推定具有顯失公平，應為無效，而非再由法院酌減至相當金額，此之規定更可督促企業經營者於擬訂定型化契約條款時，能夠訂立合理的違約金額，如此，一方面可確保契約的履行，一方面亦可確保消費者之權益。

有關消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者之實例，如下：

對此一見解提出看法；其次。高院以定型化契約規範之實質目的之角度而否定兩造間有任何顯失公平之處，此一見解，更深一層的思考是：究竟何謂消費者保護法中的定型化契約？是否只要符合該法所稱之定義以形式認定？亦或是應以締約實力之實質意義來加以認定？再者，關於本案，若站在只有消費關係方有消費者保護法的適用之角度而言，本案事例，兩造間應無消費關係，進而亦無消費者保護法有關定型化契約的適用。最後，究竟消費者保護法有關於定型化契約規定的適用上市否仍要謹守著「消費關係」，仍有討論的空間。

⁴⁰ 最高法院五〇年度台上字第五五號判例。

⁴¹ 最高法院四九年度台上字第八〇七號判例；最高法院一九年度上字第一五五四號判例；最高法院五一度年台上字第一九號判例。

⁴² 最高法院六八年度九次民事庭庭推總會決議。

- (1) 廳業者對於預定喜宴之消費者收受保證金並製給收據註記「屆時若未履行所定宴會，該保證金將予沒收」之條款，應屬定型化契約條款。蓋因該項保證金具有定金或違約金之性質，其目的在於確保契約之效力，並屬一般交易上之商業習慣，原則上該註記應可構成契約之內容，並受消費者保護法之定型化契約之適用。至於該保證金數額是否過高，應參酌契約之性質、締約之目的、全部條款之內容、交易習慣及其他情事，具體個案判斷，如仍有爭議時，則應依循司法途徑尋求解決⁴³。
- (2) 飯店業者對於預定喜宴之消費者收受訂金並於宴會合約書中記載「宴會舉行日前一個月取消訂席，應補償最低保證桌數之一半金額，另訂金不退還」，該項約款之目的在於確保契約之履行，為仍應受消費者保護法有關定型化契約中之誠信原則及平等互惠原則等規定之規制。至於取消訂席所應補償之金額與沒收之訂金數額是否過高，如有爭議，可依本法申訴、調解，或循司法途徑尋求解決⁴⁴。
- (3) 銀行貸款契約書中有關「借款人提前還款應負違約金」之約款，無效。但若係個別磋商而為約定，尚難認為有為消費者保護法之規定，至於違約金之金額是否過高，應依民法第二百五十二條之規定，請求法院酌減之⁴⁵。

4. 其他顯有不利於消費者之情形者

關於本條之規定，乃係一概括性之規定，使法院在認定該定型化契約條款是否有違平等互惠時，可依據個案加以判斷，使其更具彈性以避免掛一漏萬。

下列定型化條款是否顯有不利於消費者之情形，不無疑問，分析如下：

- (1) 停車須知約定條款中，若載明「本場僅供車輛停放之用，不負車輛保管之責。」之約款，此應為企業經營者單方預先擬定之一般條款，故有定型化契約之適用。至於該條款內容是否公平合理，仍應就個

⁴³ 台 86 消保字第 00904 號函。

⁴⁴ 台 88 消保字第 01352 號函。

⁴⁵ 台 88 消保字第 01065 號函。

案法律性質等因素綜合判斷⁴⁶。關於此一約款，有學者認為應視該定型化契約究竟為「租賃契約」或係「寄託契約」而定其效力。若係為租賃契約，則該條款仍為有效；若係寄託契約（如代客泊車）則該條款對於消費者顯失公平，應為無效⁴⁷。

- (2)建商於預售屋買賣定型化契約書中載明：「本公司為維護整體建築物外觀精緻之結構，保有各項立面、公共設施、門廳及一樓庭園之修改權，於必要時可使用同等建材，但不損害購買者之權益為原則，以求至善至美。」條款，即「保留外觀修正權」，並無違反消費者保護法有關定型化契約之平等互惠原則。若嗣後建商為履行債務，因不可歸責於建商之事由致無法在市場上取得原約定之建材設備時，自得依本款規定，以相同之規格、品質、效用或價值之產品替代，若非，則有違債之本旨⁴⁸。
- (3)定型化契約條款中若載有「雙方對此約定內容均已充分瞭解，不得再有任何異議。」之約款，其效力若有爭議，應由法院依消費者保護法第十一條、第十二條及施行細則第十一條、十三條之規定，視具體個案認定之⁴⁹。
- (4)若定型化契約條款中載明「消費者同意拋棄合理審閱期間」之約款，「似為」無效。蓋因此依約款將使消費者完全失去審閱之機會，違反平等互惠原則，但具體個案仍由法院判斷；若該約款係由個別磋商之方式達成，核其性質，因非屬自由拋棄或預先免除故意或重大過失責任，自無民法第十七條第一項或第二百二十二條規定之適用，該約定尚難為無效⁵⁰。
- (5)定型化契約中載明「得隨時調查借款人及連帶保證人之課稅資料代理權之約定」之約款，無效。蓋因違反消費者保護法有關定型化契

⁴⁶ 台 87 消保字 00872 號書函。

⁴⁷ 孫森焱 著，民法債編總論（下冊），三民書局，民國八十九年十一月修訂版，第七〇五頁；關於此一條款之效力於我國最高法院民事判決八十九年度台上字第一四六〇號亦認為應先探討其法律關係究係「租賃關係」或是「寄託關係」而定。

⁴⁸ 台 88 消保字第 00756 號，最高法院八六年度台上字第三三五九號民事判決。

⁴⁹ 台 87 消保字第 00871 號書函。

⁵⁰ 台 89 消保字第 00056 號函。

約之平等互惠原則⁵¹。

- (6) 定型化契約條款若記載「嗣後不得以任何理由要求解除契約之規定」，應為無效。蓋因一概排除消費者之其他解除權或撤銷契約之權利，似已違反平等互惠原則，對消費者顯失公平⁵²。
- (7) 銀行在定型化契約中明列「無須先就擔保品受償，得逕向保證人求償」之約款，『似』不違反消費者保護法中定型化契約條款之規定。蓋因債務關係如於設定擔保物權之外並有保證人者，該主債務人不清償其債務時，依最高法院十九年上字第三三〇號判例之見解，雖認為原則上仍應先就擔保物拍賣充償，惟依民法第七百四十九條及第八百七十九條之規定，保證人代主債務人清償債務後，得向主債務人行使代位求償權，且因原來擔保主債務之抵押物仍然存在，並未變動，保證契約又僅為債權契約，尚無求償順序之問題，保證人仍可就拍賣抵押物之結果受償，對保證人而言，似無不利之處；但究竟有無違反誠信而顯失公平，仍應由法院依據體個案判斷之⁵³。
- (8) 銀行與客戶間所定訂之「代墊不足款」之定型化契約款項，不違反消費者保護法中定型化契約條款之規定，惟應告知消費者代墊之時期、金額等事項，使消費者充分了解⁵⁴。
- (9) 不動產預定買賣契約書約定：「甲乙雙方均完全充分瞭解有關本約買賣之詳細內容，並同意完全按本書面買賣契約及其附件約定所載為依據，不受其他任何口頭陳述或供參考之說明、廣告、圖片、資料及有關展示空間、擺飾佈置；；等影響。後者如與前者有所抵觸或差異時，仍以雙方簽訂之買賣契約及其附件約定為準」，並約定：「有關本案在銷售過程中，甲乙雙方如有口頭約定其他任何事項，應在簽訂時一併提出，並以書面方式列入本不動產預定買賣契約書，始生效力。」等約定，違反消費者保護法第二十二條之強制規定，且預售屋之買賣，如建商可利用契約條款排除其所提供之房屋資訊，

⁵¹ 台 88 消保字第 00463 號函。

⁵² 台 86 消保字第 00547 號書函。

⁵³ 台 88 消保字第 01062 號函。關於此點有論者認為此種條款對於保證人似有失公平，而有違該法第十二條規定之虞。【前揭註 3，第八十八頁。】

⁵⁴ 台 88 消保字第 00835 號函。

自顯失公平，應認無效。(最高法院民事判決八十八年度台上字第一八九二號)

(二)條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者

按法律之規定可分為強制規定、禁止規定以及任意規定，契約條款若違反法律之強制規定或禁止規定時，應屬無效（民法第七十一條），又基於私法自治原則，當事人間對於法律之任意規定，均可以特約加以排除之，以維護比此間之利益。但基於定型化契約之特殊性，企業經營者往往均會預先擬訂一般條款來排除法律之任意規定，使得消費者之權益任由企業經營者擺佈，故該法便規定定型化契約之一般條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾時，即推定顯失公平，以保護消費者之權益。

而所謂「任意規定」，應係指經立法院通過，總統公布之形式意義之法律、任何抽象、概括的規定以及各機關發布的行政命令，且仍應包括法院以裁判方式而創設之法律制度，如此，方能周延的保護消費者之權益⁵⁵。

有關條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者，實例如下：

- (1)銀行所印行的信用卡申請書中記載「連帶保證人拋棄民法債編第二章第二十四節有關保證人規定之一切權利」之條款，應為無效。蓋因此種規定有違保證契約之本質，失去保證契約的從屬性，使得保證人不能主張抗辯權，如此，無異是促使保證人負擔債務，是故，此種條款，對保證人顯失公平，故應為無效⁵⁶。
- (2)定型化契約中載明「如買受人給付價款遲延時，出賣人得不經催告，逕行解除買賣契約」條款，應屬無效。蓋因該條款約定不經催告即

⁵⁵ 前揭註 3，第七十二頁。關於此店亦有學者以更抽象的標準來加以解釋，其認為所謂任意規定應內涵法律之基本原則，其中包括立法目的及為了保護、衡量當事人利益所為的價值判斷。【楊淑文 著，消費者保護法關於定型化契約在實務上之適用與評析，政大法學評論第六十期，民國八十七年十二月，第二六四頁。】

⁵⁶ 關於民法保證一節之任意規定，並非均不得以定型化一般條款來加以排除，若該一般條款不違背保證契約之本質時，仍可對之加以訂定，例如民法第七四五條、第七五一條等，蓋因限制保證人此些權利並不為保證契約之本質且亦可落實保證契約之目的。【前揭註 57，楊淑文 著，第二三五頁。】

得解除契約，其條款之目的係為排除民法第二五四條規定的適用，故該條款與民法第二五四條之立法意旨相違背，所以應為無效。

(三)契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者

契約之主要權利或義務，係指消費者之主要權利以及企業經營者之主要義務，又定型化之一般條款限制契約之主要權利或義務時，並不當然就該當顯失公平，其認定之重點在於是否使得契約之目的難以達成。而關於契約之目的是否難以達成必須考量企業經營者與消費者間對於契約之控制力，以及藉保險以分散該危險之可能性，就個別具體個案，斟酌各項因素，加以綜合判斷。最後，在認定是否係屬「主要義務」，應依契約之內容及目的，並考量該契約類型在交易上之特徵，以探求企業經營者之主要契約義務與消費者之主要契約權利⁵⁷。

有關契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者，實例如下：

- (1)醫院病房於其衣櫃門上張貼：「個人物品應妥善保管，若有遺失，本醫院概不負責」等條款，應為有效。蓋因醫院之住院契約，其主要義務係在於醫治病患，並非防範病患物品免於遺失，故醫院以定型化契約一般條款限制其附隨義務，應無礙於契約目的之達成，故此種約定應為有效。
- (2)旅遊定型化契約中載明「旅遊之安全及行李問題由各該航空公司及其他有關旅運公司或大飯店直接對旅客負責，如欲交通延誤、交通意外等情事，應根據各該承辦機構所規定加以解決，...」條款，應為無效。蓋因此種條款，免除企業經營者之主要義務，有礙於契約目的之達成，故應認為顯失公平⁵⁸。
- (3)保全定型化契約中載明：「因標的物建築及其設施毀損未修復，或被告為將現鈔、金、銀、珠寶、鑽石、藝品、古董、字畫及手錶等，每件價值在一萬元以上之貴重物品，放置於裝有防護器材之金庫

⁵⁷ 前揭註3，第七十四～第七十五頁。

⁵⁸ 關時此一案例，早期最高法院八十年台上字第七九二號判決，認為定型化旅行契約之免責條款，違反公共秩序，應為無效，但現今消費者保護法公布施行後應不再依「公共秩序」標準加以認定，故有學者認為應以「誠信原則」來加以認定，關於此點吾人認為亦可認為係違反該條第二項第三款之規定。

（貴）內並上鎖，或商家對於本系統管理上過失所造成之損失，導致被告標的物內財物被竊或損失者，保全公司均不負補償之責任。」條款，無效。蓋因保全業者透過定型化契約條款之規定，將保全的防護範圍限縮在裝有防護器材並上鎖的金庫或金櫃內，如此約定有違當初商家簽訂保全契約之原意，足使原契約訂立之目的難以達成，故應屬無效⁵⁹。

如前所述，若定型化契約一般條款依該法第十二條第二項之規定推定顯失公平時，並不意味著該一般條款即為無效，蓋因該法第十二條第一項規定必須該條款有違誠信原則對消費者顯失公平之情形方可認為無效。因此在認定該條款顯失公平時，接下來便要檢視該條款是否有違誠信原則⁶⁰。

所謂「誠信原則」，係為一抽象、不確定的法律概念，故在認定上必須由法院按具體個案，斟酌契約之性質、締約之目的、全部條款之內容、交易之習慣及其他情事來加以判斷（該法施行細則第十三條）。又在認定是否又為「誠信原則」時，應綜合衡量企業經營者與消費者間「雙方之利益」而為判斷，亦即應考慮有可能影響雙方利益之因素，包括企業經營者經營效率之必要性、消費者之合理信賴、因不可抗力或第三人之行為所造成；風險之合理分配、保險之可能性、交易成本等，且考慮上述因素時，應以該條款在一般情況下，可能造成之利害衝突為審查標準，而不應考慮當事人間之特殊情況⁶¹。舉例如下：

(1)訪問買賣之定型化契約條款中，若規定以訂立契約之次日，作為該

⁵⁹ 高雄地院八六年度訴字第一七八四號民事判決。

⁶⁰ 關於條文規定必須該當兩種標準方才認為該條款無效之立法模式，吾人認為應屬贅列【前揭註 49，第六九九頁】，在立法上似乎僅規定有顯失公平時便可認為無效。蓋因誠信原則係為一不確定之法律概念，法院依據個案有時會產生歧異、錯誤之見解，雖說可待判決的累積而建立其獨自之體系，但畢竟將無異是犧牲個案之當事人；且該法已就顯失公平之認定做一較具體之測試標準，其認定上應較為準確，況且如何認為該條款已顯失公平而無違誠信原則？再者若法院認定該條款顯失公平之後又可認為無違誠信原則，將與人民之法感情不相符合；最後若以一較抽象之認定標準去否定一較具體認定標準之見解，是否妥適，不無疑問。

⁶¹ 前揭註 3，第七十八頁。

契約解除權之起算日，似有違誠信原則，而顯失公平，應為無效⁶²。至於其解除權之起算日宜認為自消費者接受業者提供之主要商品或服務開始之次日起算⁶³。

- (2)買賣定型化契約中載明「房屋所有權移轉登記於買受人名下後，買受人在向建設公司領取房屋所有權狀時，必須繳回買賣契約書」條款，應認為有違誠信原則，對消費者顯失公平，應為無效。蓋因建設公司取回買賣契約書僅係單方的對其本身有利益，相對的消費者於日後欲向建設公司爭取權利時，即欠缺證據，故此種條款明顯的有違誠信原則對消費者不利。
- (3)預定房屋買賣契約書定有「本約之附件視為本約之一部分，與本約具有同等效力，但有關本標的之廣告及宣傳品，僅供參考之用，一切說明均以本約為依據」云云，但該契約為上訴人片面擬定，用以與一般消費者訂約之依據，為定型化契約，被上訴人既視上訴人所提供之廣告作為是否與上訴人訂約之重要依據，上訴人嗣於制式契約將廣告降格為參考文件，顯違誠信，此一條款對被上訴人難謂有效。(最高法院民事判決八十八年度台上字第二二〇九號)
- (4)抵押權設定契約書其他約定事項第一點約定：「立抵押權設定契約書人（擔保物提供人）所提供之本抵押物之擔保範圍，包括債務人、擔保物提供人對於抵押權人臺中區中小企業銀行（以下簡稱貴行，包括總分支機構），為擔保對貴行過去（包括原臺中區合會儲蓄股份有限公司）、現在及將來所負之合會金、借款、票據、保證、損害賠償等以及其他一切債務，即在本抵押權設定契約書所定債權本金最高限額以內之清償及其利息、遲延利息、違約金、執行抵押權費用、以及因債務不履行而發生之全部損害之賠償」之條款，基於契約自由原則，銀行對於借款人借款之要求，並無承諾之義務，其得審酌借款人之資力、信用，及是否提供擔保等要件，以為決定。若借款人能提供最高限額抵押權，以擔保銀行債權，降低其風險，當能增強銀行之放款意願，並以較優惠之條件，自銀行獲得融資，此於銀行及借款人雙方乃平等互惠。是否提供擔保，訂定抵押權設定契約

⁶² 台 86 消保字第 00500 號函。

⁶³ 台 86 消保字第 00547 號函。

書？係設定普通抵押權或最高限額抵押權？提供何種價值之抵押物？最高限額抵押權之存續期間如何？均任由當事人自由決定，有關約定應無違反平等互惠原則而顯失公平情事。（最高法院民事判決八十八年度台上字第四六四號）

三、契約一部無效或全部無效

民法第一一一條規定：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部份已可成立者，則其他部份，仍為有效。」故法律行為一部份無效，原則上全部無效，例外方為有效。但基於定型化契約之特殊性，消費者保護法第十六條特別規定：「定型化契約中之一般條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。」換言之，定型化契約中之一般條款一部份無效時，原則上：除去該無效部份，契約若可成立，其他部份仍為有效；若其他部份之存在對於任何一方顯失公平時，契約例外的全部無效。

是故，在判斷定型化契約之效力時，有兩個層次的思考，首先應判斷契約之一般條款是否有無效或不構成契約內容之情形；其次判斷除去該無效條款或非契約內容之條款，該定型化契約是否仍可成立，且其成立是否對於當事人一方有顯失公平。

四、定型化契約之行政規制

消費者保護法為達保護消費者之立法目的，賦予主管機關得選定特定行業，公告規定該行業定型化契約之範本的權利，其目的乃係為了使企業經營者於擬訂該定型化契約條款時，有所參考依據得以遵循，已達事前監督之目的，並且間接的使法院於認定定型化契約條款效力時有所參考。

該法第十七條規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項（I）。違反前項公告之定型化契約之一般條款無效。該定型化契約之效力依前條規定定之（II）。企業經營使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核（III）。」且施行細則第十五條規定：「定型化契約記載經中央主管機關公告應記載之事項者，仍有本法關於定型化契約規定之適用（I）。中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容（II）。」是故，由該法之規定中央主管機關得選定特

定行業公告該行業定型化契約應記載或不得記載之事項⁶⁴，且亦可隨時派員查核該企業經營者之定型化契約；再者若企業經營者未將中央主管機關所公告應記載之事項記載於定型化契約之中，該公告之事項，仍構成契約之內容；最後，該公告條款並不意味著即具有效力，法院仍可就具體個案來認定該公告之條款有無顯失公平，換言之該公告條款仍應受司法最後的控制⁶⁵。

因此，透過事前的行政規制與事後的司法控制，消費者於訂立定型化契約時，便無庸顧慮該定型化契約條款是否有不利於己之情形，其所應關心之重點相對的應在於該契約究竟是否為定型化契約。

伍、結論

定型化契約係指當事人間一方為與不特定多數人訂立契約之用而預先擬訂的契約條款，其優點在於使商業界能夠便利管理其商業上之經營及評估其商業上之風險，但運用之結果，往往是使得處於經濟上弱勢的一方毫無自主之意思可言，故消費者保護法為保護消費者之權益，特將定型化契約規定於該法之中，並以司法控制與行政監督之方式，以達契約之實質正義。是故，消費者保護法關於定型化契約可說是以「契約之實質正義」加以展開而規範。

然而隨著民法第二四七條之一之定型化契約公布實施後，使得此二部法律之間，究應如何適用，便產生問題。關於此點，吾人於本文中就兩部法律規範之立法目的、定義等角度，加以區別，以釐清適用上的界線，避免將來適用上產生模糊不清。

⁶⁴ 消費者保護法第十七條第一項所定之公告，必須符合二個要件，始能發生本條第二項規定之效力：(1)、須中央主管機關選擇特定行業，並規定該行業定型化契約應記載或不得記載事項。(2)、須中央主管機關依本法公告該行業定型化契約應記載或不得記載事項之規定。【台 85 消保字第 01117 號函】

⁶⁵ 該契約範本係提供各界作為締約時參考之用，與消費者保護法規定公告之應記載或不得記載事項之效力不同，且範本為依消費者保護法規定公告之程序辦理，故不具有消費者保護法第十七條第二項之效力。消費者違約時，原則上應依其與企業經營者間所訂立之契約內容為據，並非當然應以主管機關制訂之定型化契約範本為準，惟若該定型化契約之約款有違誠信原則或平等互惠原則，對消費者顯失公平時，應由法院視具體個案依消費者保護法有關定型化契約之規定判斷之【台 88 消保字第 00041 號函】、【台 88 消保字第 01557 號函】。

其次，關於消費者保護法中關於定型化契約亦存在著許多問題，尚待釐清。例如，適用該法是否必須以具備消費關係為前提，學者間之通說認為當初將定型化契約規定於消費者保護法之中乃係為了立法上之考量，且為了保護消費者之權益，應認為無庸具備消費關係亦有該法的適用；而我國實務上關於此點，採否定見解者，均未對其加以說明，且最高法院有一判決認為消費關係應為適用消費者保護法之前提。因此，釐清消費關係是否為消費者保護法關於定型化契約適用上之前提便顯得重要。而吾人認為在不考量刪除消費者保護法有關定型化契約規定之前提下，似乎應認為消費關係乃係適用消費者保護法關於定型化契約之前提，如此，方可對於其與民法第二四七條之一之規定做一區別，否則將生適用上之紛擾。

再者，消費者保護法對於定型化契約條款之使用方式規定必須係可使消費者處於了解之狀態，如此方可認為該條款成為契約之內容，然而，隨著網際網路的運用，消費者於網際網路上簽訂定型化契約之機會率來越多，如何認定該契約條款為定型化契約亦或是如何拿捏該審閱期間，尤其是消費者基於節省網路費用之考量下往往以迅速之方式 CLICK 同意欄，因此基於網際網路的運用，消費者保護法關於定型化契約之規定是否有規定不足之處以及實務上歷年的判決是否能夠應付該科技運用的衝擊，均是值得思考之問題。

最後，本文將消費者保護法實施至今有關之判決以及行政機關之函釋加以整理提出，並對於實務上判決不妥之處提出見解，且更為重要的是在法院判決見解不一當下，以供消費者參考究應如何適用消費者保護法，並突顯出現行法規範不足之處，以供日後修法上之參考。

