

## 定型化契約之簽約規制 —以消費者保護法為中心

黃明陽\*

### 摘 要

定型化契約，影響消費公平甚鉅，我國民法、消保法及金融消保法對其均有所規範，其中要以消保法規制最為完備。為落實消費公平，本文除先就定型化契約之本質及規範沿革論述外，並進一步就消保法規定簽約過程之動態規制：簽約前之規制（定型化契約條款訂入契約內容之規制，須符合明示及審閱程序等二大要件，旨在確保資訊公開透明真實）及簽約後之規制（定型化契約條款無效之規制，須符合不違反法律強制禁止規定、不違反誠信公平原則、非異常條款、不牴觸個別磋商條款等四大要件，旨在確保契約正義實現）兩大處理程序，並以銀行等契約實例，從實務面的立法規制、行政規制及司法規制予以探討，並提出檢討與建議，俾供消保法定型化契約檢討改進之重要參考。

**關鍵詞：**定型化契約、消保法、金融消保法、立法規制、司法規制、行政規制

---

\* 作者曾任行政院消費者保護委員會副秘書長、財團法人金融消費評議中心第 1 屆董事、現於實踐大學兼任助理教授，著有「消費贏家－消費者保護法入門」、「消費贏家－電信案例解析」、「行政調解機制之比較－以消費爭議調解為中心」。

## 壹、前言（問題說明）

定型化契約，影響消費公平甚鉅，民法、公平交易法、消費者保護法（下稱消保法）、金融消費者保護法（下稱金融消保法）均有必要之規制規定，以確保公平，並以消保法規定最為周延，故列為本文論述主軸。由於消費者在日常生活所簽訂之契約，絕大部分均屬定型化契約，且民法並未就此詳細規範；消保法為了確保消費公平權益，突破民法現有規定，特別專列定型化契約規定，以資因應。在消保法施行之後，消保法中有關定型化契約之相關規定，除了強調契約資訊公開透明的重要性外，更要保障消費者之契約公平，成為確保消費公平權益的最重要規範。

本文擬先就定型化契約之本質及規範沿革加以論述，俾讀者對定型化契約之問題有所瞭解；其次，為落實定型化契約上之消費公平，其中有關消保法規定其公平基準的靜態規範（即明定平等互惠、誠信公平及對消費者有利解釋等原則作為定型化契約條款是否公平之基本判斷標準），因已另文討論不再贅述<sup>1</sup>，本文擬僅就簽約過程規定其動態規範（即對於簽約中可能發生定型化契約條款爭議之處理程序納入規範）<sup>2</sup>，筆者並將該動態規範精簡為簽約前之規制（旨在確保資訊公開透明真實）及簽約後之規制（旨在確保契約正義實現）兩大處理程序<sup>3</sup>予以論述；最後，再提出檢討與建議。

## 貳、定型化契約之本質及規範沿革

定型化契約屬於契約之一種，由於契約為私人間最重要之遊戲規則，而契約自由更為私法自治原則之最具體表現，只是因為定型化契約的出現，反而造成契約自由的破壞，並藉由私法自治原則名義，成為企業經營者作為霸凌弱勢消費者的工具，影響消費公平權益至鉅。

<sup>1</sup> 黃明陽著「消保法有關銀行等定型化契約基本原則之規制實務」，刊於臺灣銀行—臺灣經濟金融月刊第四十九卷第十二期（2013），頁28以下，臺灣銀行經濟研究處編印。

<sup>2</sup> 此動態規範，實質上包括「締約過程之限制」與「締約內容之限制」二部分。參考彭心儀、周以蓮著「美國契約法下之消費者保護問題初探：以『不實表示法理』與『非良心理法理』為主軸」，收錄於「消費者保護法制論文集」（2004），頁221，行政院消保會編印。

<sup>3</sup> 此程序主要係參考詹森林著「定型化契約條款效力之規範」，收錄於氏著「民事法理與研究（四）—消費者保護法專論」（2）（2006），頁111以下，元照出版公司。就當事人間因定型化契約條款所生之爭議，應依下列程序處理之：一、當事人間，有無定型化契約存在，或至少是否當事人之一方於系爭契約交易上使用其預先擬定之定型化契約條款？二、系爭定型化契約條款，是否已經構成當事人契約之內容？三、已經構成契約內容之定型化契約條款，是否有解釋上之疑義？如有疑義，則應作成有利於消費者之解釋。四、無解釋疑義之定型化契約條款，是否因法定事由而無效？五、定型化契約條款無效者，當事人間之其他權利義務，是否因而亦成為無效？

## 一、定型化契約基本解析

相對於一般契約（全部由個別磋商條款所構成）而言，定型化契約係屬於一種特別契約。凡是契約內含有定型化契約條款之契約，例如保險契約，含有保險事故及理賠責任（免責條款）均由保險公司單方決定之定型化契約條款，即為定型化契約。不過，定型化契約仍為契約之一種，僅其訂定方式與一般契約不同而已。

### （一）定型化契約之定義

定型化契約係現代大量交易型態下之產物，目前各行各業使用定型化契約之情形日益普遍，儼然已成為現代交易之基本型態。

1. **定型化契約**：凡以定型化契約條款作為契約之全部或一部內容，因而所訂立之契約，均稱為定型化契約，惟世界各國有稱之為附合契約、標準契約等，名詞並未統一（詳附表）。尤其是我國消保法第 2 條第 9 款雖定名為「定型化契約」，但我國民法第 247 條之 1 則使用「附合契約」，形成一國兩制，亟宜統一。筆者則以：其內容是被企業經營者單方面所決定（定型化），又大量照此內容印製（標準化），消費者對此內容又無選擇餘地只能附和（附和化），且消保法亦以此名之，建議宜統一以定型化契約為名。
2. **定型化契約條款**：凡由契約當事人一方預先擬定作為交易使用之契約條款，均稱為定型化契約條款，包括擬定契約之當事人並非企業經營者，或締約之當事人並非消費者在內，均有其適用。依據我國消保法第 2 條第 7 款就定型化契約條款之定義觀之，該條款具有下列二種特徵：
  - (1) 內容由單方決定：契約條款由一方當事人之企業經營者單方面所擬定，消費者並無修改內容之權利，僅保留締約或不締約之權利而已。
  - (2) 與多數交易使用：目的在於以此條款與多數相對人（消費者）締結契約，解釋上包括供不特定多數消費者、特定多數消費者使用（多次使用或是僅供一定性使用）在內，因為該等消費者均會受到定型化契約條款之影響。

定型化契約用語比較表		
用語名稱	理由	採用國家
附合契約條款	此一名詞係從消費者角度切入。消費者別無選擇餘地，只能附合於業者預先所訂定之契約條款 <sup>4</sup> ，故稱之為附合契約。	以色列、法國、台灣民法
標準契約條款	此一名詞係從契約內容角度切入。因已被大量印製使用，每份契約又都具有一定的標準內容，彼此間差異性不大。產品已被規格化或標準化	英國
一般交易條款	此一名詞係從交易行為角度切入。因該條款係被用為一般交易上常用之條款，故稱之為一般交易條款。	德國
定型化契約條款	此一名詞係從企業者角度切入。因該契約條款內容係由企業經營者單方所決定並大量印製使用，契約內容已被定型化。	台灣消保法

消保法與民法有關定型化契約條款規定最大之差別，在於我國消保法上有關定型化契約之規定，因受消保法之目的（保障消費者權益）、性質（限為消費關係）所限，僅能適用於與消費者有關之定型化契約，其範圍較窄。不過，筆者認為：消保法及其施行細則關於定型化契約之規定，因規定較為周延，可視為係屬定型化約款之一般原理原則，依民法第 1 條規定，即使是商業性定型化契約條款，亦可視為法理予以適用。

在一個定型化契約中，一定要有定型化契約條款存在，否則就會變成一般契約，而不是定型化契約。至於定型化契約條款之存在型式，可參考我國消保法第 2 條第 7 款後段規定：定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。因此，業者在價目表、節目單、跑馬燈、字幕、告示牌、看板、時價、注意事項、車票、收據、廣告汽球、廣告傳單、名片等所為之記載，均屬於定型化契約條款。至於所謂多數消費者之「多數」，解釋上至少應在三個以上<sup>5</sup>。

換言之，定型化契約條款之存在並無固定型式，且不一定記載於契約之中，即使不是作成書面，仍應受消保法相關規定之規範。因此，企業經營者不得主張因欠缺書面而規避消保法關於定型化契約規定之適用。另外，該定型化契約條款不以業者自己擬定者為限，即使是使用他人所預先擬定者，只要是具有單方面所預先擬定之契約條款性質，符合消費者並無修改條款權利之特徵，在解釋上均屬定型化契約條款。

在此要特別說明的是，定型化契約條款包括以「引入」、「揭示」或「公告」方式而納入者在內。例如洗衣店公告的洗衣定型化契約中，記載「衣服若

<sup>4</sup> 邱聰智著「新訂民法債編通則（上）」（2003），頁 40 至 41，輔仁大學法學叢書編輯委員會。當事人一方依附於他方之意思而成立契約之形態，則為附合契約。

<sup>5</sup> 劉春堂著「民法債編通則（一）契約法總論」（2001），頁 110，三民書局。

因洗染致發生瑕疵，其賠償金額依照洗染公會所訂之『賠償要點』之規定辦理」，此「賠償要點」即屬「引入」部分，依消保法第 13 條之規定，經消費者之要求，洗衣店須將「賠償要點」交付影本給消費者，或列為契約之附件，再經消費者同意受其拘束後，該「賠償要點」始構成契約之內容<sup>6</sup>。

3. **個別磋商條款**：凡經契約當事人個別磋商而合意之契約條款，均稱為個別磋商條款，我國消保法第 2 條第 8 款亦有明定。換言之，個別磋商條款是一種經過契約雙方當事人磋商合意後的約定，在磋商過程中雙方均有修改契約條款內容之心理及準備，且已實質上就契約條款之內容互相表示意思，並達成合意<sup>7</sup>；與定型化契約條款並未經過雙方磋商程序的情形不同。因此，即使原為定型化契約條款，但經當事人磋商程序後再為簽訂者，該條款已非定型化契約條款。由於當事人有相當交涉機會及交涉能力，此種條款對消費者不致發生太大不公平或不合理情形，如有爭議應以民法為其適用法。

## (二) 定型化契約之規制模式

定型化契約的根本問題，在於企業經營者經常基於本位主義及利用其優越的經濟地位，訂定有利於己而不利於消費者的契約條款，造成雙方當事人地位不平等；依傳統的理論，個人固然是自己權益的最佳保護者，但是因為契約自由的可能實現，必須雙方均立於自由及平等的地位，契約自由才具有合理性，才符合契約正義的要求。縱觀契約方面之演變過程，係從追求契約自由原則之「個人主義」到追求契約正義之「社會主義」。為避免定型化契約成為「經濟強者在經濟弱者之同意下，所為剝削與勒索之工具」<sup>8</sup>，各國法院原則上係採違反「公共秩序」、「善良風俗」、「誠信原則」及「顯失公平」等為理由<sup>9</sup>使其無效，以資救濟。聯合國大會並於 1984 年 12 月 18 日通過「消費者保護指南」第 19 點<sup>10</sup>予以明定，經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development, OECD）亦研訂許多消費者保護措施<sup>11</sup>，來主導保障消費公平權益。

<sup>6</sup> 詹森林、馮震宇、林明珠著「認識消費者保護法」（2005），頁 62 及 63，行政院消保會編印。

<sup>7</sup> 同註 5。劉春堂前揭書，頁 110 及 111。

<sup>8</sup> 林益山著「消費者保護法」（2009），頁 382 及 383，五南圖書公司。

<sup>9</sup> 范建得著「消費者向前行—談消費者保護的內涵」（1994），頁 101 以下，漢興書局。對於定型化契約中約款是否合理，應否為否定之解釋，大陸法系國家一般均以契約約款是否違反「公序良俗」、「誠實信用」等維持公共利益之抽象原則為判斷標準，此以德國為中心；英美法系的國家，原則上以「公共政策」、「不平等契約力」、「基礎性違約」（相當於我國消保法中所稱違反契約目的之約定）及有無「顯失公平」等原則為先後判斷之標準。

<sup>10</sup> 參見焦仁和譯「聯合國消費者保護指南」，載於「消費者保護研究【第一輯】」（1995），頁 122 以下，行政院消保會編印。該指南第 19 點：「消費者應受到保護，以免受到例如單方定型化契約、排除其基本權利之契約、及不公正契約條款之傷害。」

<sup>11</sup> 行政院研究發展考核委員會補助、行政院消費者保護委員會委託辦理，陳汝吟主持「兩岸及先進國家消費者保護制度之比較研究」結案報告（2010），頁 10 至 11。2009 年 12 月，經濟合作暨發展組織（Organization for Economic Cooperation and Development, OECD）消費者政策委員會

關於定型化契約條款之規制，雖然各國所採制度不同<sup>12</sup>，惟為使契約自由及契約正義，能夠落實及獲得最大的實現，各國均配合多元化的社會，採用下列立法、司法及行政公權力，在不同管道予以積極性的介入規制：

### 1. 立法規制：

所謂立法規制，係指以法律規定其規範。立法機關於制定法律時，基於強化弱勢契約相對人之地位，制定專法或增訂專門規制不公平定型化契約條款為主要目的法律規範(立法規制)，並作為法院裁判(司法規制)及行政機關採取必要措施(行政規制)之主要依據，俾根本解決此類問題，目前並已逐漸成為國際潮流趨勢。其中制定專法的國家，依制定先後順序分別為：以色列的附合契約法、德國的一般交易條款規制法(已納入民法)、英國的不公正契約條款法、韓國的一般契約條款規制法<sup>13</sup>、歐洲共同體的消費者契約不公平條款指令、日本的消費者契約法；至於義大利<sup>14</sup>、美國<sup>15</sup>及我國則以在民法或其他相關法規(如我國消保法)增訂規範方式作為立法規制。

我國在法律規範上亦設有契約自由之限制規定，以確保契約正義。例如對於定型化契約條款：違背公序良俗行為無效(民法第 72 條)、暴利行為可減輕給付(民法第 74 條)、有疑義應為有利於消費者之解釋(消保法第 11 條第 2 項)、違反誠信原則對消費者顯失公平無效(消保法第 12 條)等，均可為例證。

### 2. 司法規制：

所謂司法規制，係指由法院以個案裁判方式以為規範。司法機關於依法裁判時，對於具體定型化契約條款個案，由法院依據法律並斟酌當時社會實際情

---

(Committee on Consumer Policy, CCP) 在美國華府舉辦「OECD 強化網路社會之消費者保護研討會」，其中，跨境之執法機關合作乃為會議之重點，其他包括企業責任、透明化、爭議處理及執法等議題；該會議亦強調未來應以增進消費者對下列事項之信心：(1)需要企業經營者之背景資料及設立處所；(2)如發生爭議，必須有可靠之爭議處理機制；(3)消保機制必須發揮功能，尤其是跨境爭議。出席者強調必須強化政府機關對跨境議題之執法能力，包括：資訊蒐集與專家之交換、持續推動執法機關之對話、以及擴展執法範圍。

<sup>12</sup> 同註 5。劉春堂前揭書，頁 111。關於一般契約條款之規制，一般言之，可分為自主規制、立法規制、行政規制、司法規制以及由具有準行政與準司法雙重性質之約款監視委員會規制等。

<sup>13</sup> 同註 5。劉春堂前揭書，頁 112。

<sup>14</sup> 同註 8。林益山前揭書，頁 396 及 397。義大利於 1942 年修正公布民法典，其中有關定型化契約之規定為：(1)第 1341 條第 2 項：列舉各種條款未經特別書面合意者不生效力；又定型化契約條款未經相對人明知或可得而知者不生效力。(2)第 1342 條：條款不明時，應對條款制作者為不利之解釋。(3)第 1342 條及第 1370 條：印就之契約與附加之條款內容不符者，以印就之契約內容為準。

<sup>15</sup> 同註 9。范建得前揭書，頁 103 至 106。(1)統一商法典：第二之 302 條(不衡平條款)：不衡平之條款無效，不限於契約或條款本身之不衡平，還包括契約訂立方法之不合理與不衡平在內。(2)1970 年統一消費者買賣法：下列六種情形推定為不公平契約。①消費者欠缺行為能力無法保障其自身利益，供應商逕自為契約條款之約定者。②消費者所付出之費用超出其在市場上相同產品或服務之售價。③消費者自交易之始，即無法獲任何有關此交易標的實質上利益。④消費者在交易之始，即無法完全履行給付義務之合理可能性。⑤供應商促使消費者所為之交易係完全偏向供應商一方之利益。⑥供應商為誤導之意見陳述，而消費者因信賴其陳述而受損害。

況，審查後裁判決定（肯定或否定）該定型化契約條款之法律效力，俾有效保障該個案契約相對人之權益，屬於一種個案的、事後的救濟途徑。

我國在司法實務上對於訴訟個案，法院經常運用公序良俗、權利濫用禁止、誠信原則、情事變更原則等法律規定，在個案審查時，對契約自由原則予以實質上之限制，以確保契約正義。

### 3. 行政規制：

所謂行政規制，係指由行政主管機關以行政措施加以規範。行政機關於依法行政時，對於相關之定型化契約條款可以採取事前審查、事中查核導正、事後處分等行政公權力之執行，俾期個案或通案方式保障弱勢相對人之權益，促進契約正義的實現。

我國在行政實務上對於行業應加強管理措施，以確保契約正義。例如依照消保法第 17 條規定，行政主管機關可以派員查核使用定型化契約之企業經營者（此項查核權範圍甚廣<sup>16</sup>）；也可以依法公告該行業定型化契約應記載及不得記載事項，違反者可依消保法第 56 條之 1 規定令其限期改正、如屆期不改正則課處罰鍰，以期落實；當然也可以利用研訂契約範本實施行政指導<sup>17</sup>；俾有效避免定型化契約條款所可能帶來的不公平不合理的負面效果。

## 二、定型化契約本質探討

定型化契約之法律性質為何，我國學者間有相當之爭論。大體而言，學說上可歸類為下列三種，即契約說、規範說及折衷說<sup>18</sup>。筆者基於折衷說較接近實務上之需要情況，因而贊同此說。

### （一）契約說

契約說屬於傳統行為理論者所主張。主張契約說之學者<sup>19</sup>，認為定型化契約，係當事人雙方均已明瞭契約條款之內容，且有依此契約條款訂定契約之意思，彼此意思合致而成立之契約，實與一般契約無異。因係基於個人主義、主觀主義之立場，依傳統法律行為之理論，認為依約款而成立之契約與通常契約相同，是意

<sup>16</sup> 行政院（消保處）103.08.18 院臺消保字第 1030048422 號函：消保法第 17 條第 3 項所指主管機關「查核權」，在解釋上應包括主管機關對企業經營者使用之定型化契約條款效力之認定。

<sup>17</sup> 行政院（消保處）為加強定型化契約條款之行政規制工作，已會同各中央目的事業主管機關研訂定型化契約範本，提供業者及消費者作為締約時之重要參考。依行政院 103 年 12 月出版「定型化契約範本暨其應記載及不得記載事項彙編」之序言，該彙編係收錄自 84 年 5 月至 103 年 11 月止，經行政院（消保處）審查通過，各主管機關公布（告）之 94 項「定型化契約範本」與 58 項「定型化契約應記載及不得記載事項」，合計 152 項。至該等範本及公告之內容，亦可上該處網址 [www.cpc.ey.gov.tw](http://www.cpc.ey.gov.tw) 查閱。

<sup>18</sup> 「銀行定型化契約之研究—授信及催收有關契約」（1995），頁 4 以下，金融人員研究訓練中心印行。

<sup>19</sup> 同前註。例如徐慧怡、丁樹蘭、林榮耀、黃越欽及金融人員研究訓練中心即採此見解。

思表示之產物，故亦稱為意思表示說<sup>20</sup>。綜合此說之正反見解如下<sup>21</sup>：

### 1. 契約之成立方面：

- (1)肯定意見：定型化契約僅係表達雙方意思一致之方法而已，在定型化契約下，雙方當事人對某特定之條款內容已有合意，故不妨成立契約，而無須經過議約之程序。
- (2)反對意見：定型化契約意思表示之合致雖非完全欠缺，但事實上極為薄弱，與通常契約之完全由意思表示合致而成立者，極不相同。

### 2. 契約之拘束力方面：

- (1)肯定意見：締約時若法律上仍屬平等者，則無礙於契約之成立。蓋人生來即「事實上不平等」，是以法律禁止者，原則上應以違反抽象法律上之平等為限。理論上，由第三人事先擬定契約內容，並無礙於契約之成立。事實上，雙方當事人成立某種契約，亦有委託專家或他人代為訂立契約內容者。
- (2)反對意見：內容自由乃近代契約自由原則主要內容之一，原則上契約成立仍需予以自由議約之機會，當事人若對契約內容無磋商之機會，則如何共同決定契約之內容？若承認定型化契約為通常契約，解釋定型化契約，仍應個別探求當事人之真意，其結果將與定型化契約求其經濟、節約、迅速等目的有違，因此，契約說有修正之必要。

## (二) 規範說

主張規範說之學者<sup>22</sup>，基於團體主義、客觀主義之立場，認為定型化契約條款具有法規性，而為法源之一種，如同法律、習慣法等，具有法規之性質。此等定型化契約條款可謂係企業交易之自治立法，在實質上將國家法律加以變更、廢止或補充，而成一種交易制度或規範。此說符合集團契約合法化要求，故為有力學說。綜合此說之正反意見如下<sup>23</sup>：

### 1. 契約之成立方面：

<sup>20</sup> 同註5。劉春堂前揭書，頁114至116。所謂意思表示說，乃基於個人主義、主觀主義之立場，依傳統法律行為之理論，認為依約款而成立之契約與通常契約相同，是意思表示之產物，當事人明瞭約款之個個條項的內容，且有依此約款而訂定契約之意思，才能成立契約並使之發生效力，因而約款僅具有補充當事人意思之效力而已。

<sup>21</sup> 同註18。有關見解主要係引用「銀行定型化契約之研究—授信及催收有關契約」之意見，頁4以下。

<sup>22</sup> 同註5。劉春堂前揭書，頁114至116。所謂規範說，則基於團體主義、客觀主義之立場，認為一般契約條款具有法規性，而為法源之一種。由於國家之實定法，無法因各種企業交易上嶄新而又複雜化之交易型態的需要，因而各企業部門為使其集團契合理化，並用法律上之手段維持或強化其經濟上之優勢地位，在私法自治原則之名目下，訂定了一般契約條款。此等約款可謂係企業交易之自治立法，在實質上將國家實定之任意法加以變更、廢止或補充，而成一種交易制度或規範。

<sup>23</sup> 同註18。有關見解主要係引用「銀行定型化契約之研究—授信及催收有關契約」之意見，頁4以下。

- (1)肯定意見：以預先擬定之條款，而加以附合之行為，不但欠缺傳統契約法所要求雙方應事先磋商討論契約內容，更無平等之地位以表達雙方意思之可言。在此情況下，附合之行為並非構成契約行為之主要因素，而僅係將已成立之契約條款付諸實現。
- (2)反對意見：定型化契約條款之訂定原則乃係基於企業者之利益，其適用範圍亦僅以一定之消費圈為限，與規範中之法律係由立法者基於正義之目標而制訂，適用範圍普及於全國者，固不相同，與其他規範，如習慣法等具有正義目標者，亦有所差異。

## 2. 契約之拘束力方面：

- (1)肯定意見：定型化契約條款，均係由一方單獨依其利益為標準而釐訂，故其一方之釐訂，殊難說明雙方當事人之真意。事實上，通常由占有優勢之一方當事人利用其優越之地位提出契約內容，然後由有經濟上需要之人，附合該契約內容而受拘束。基於此種契約而發生之債務關係，徒有契約之名，而與一般契約之觀念不同。
- (2)反對意見：若認定型化契約條款為規範，法院於審判時有加以適用之義務，對於不知曉或不瞭解契約內容之消費者，不但無法維護利益，反而確認消費者之責任，協助企業者以強大之經濟力欺壓弱者，則與法律係維持社會秩序，謀求公平正義之本質有違。

### (三) 折衷說

主張折衷說之學者<sup>24</sup>，認為定型化契約之法律性質，不僅僅是一種契約性質，且同時該契約具有規範效力。定型化契約之法律性質，實際上應從其發生之經過、拘束性及目的上之需要加以考慮後，再予認定為宜。綜合此說之正反意見如下：

#### 1. 契約之成立方面：

- (1)肯定意見：定型化契約條款之形成與規範之形成有關，定型化契約之訂定與通常契約係由當事人意思表示合致而成立者，亦不相同。
- (2)反對意見：主張契約說及規範說者，對此即持反對見解。

#### 2. 契約之拘束力方面：

- (1)肯定意見：定型化契約條款在消費圈內仍以不同方式發生相對之單方拘束力，雖其單方拘束力不若規範之強，但亦介於規範與契約之間，對消費者發生接近法規或制度之拘束力。為平衡契約當事人之法益計，定型化契約條款既不能在契約自由原則保護下，成為經濟強者壓迫經濟弱者之工具，亦不應使之具有完全規範性，致行政、司法及其他控制方法無從發揮對定型化契約條款之約束功能，因此，應將定型化契約之性質解釋為介於契約與規範之間為宜。

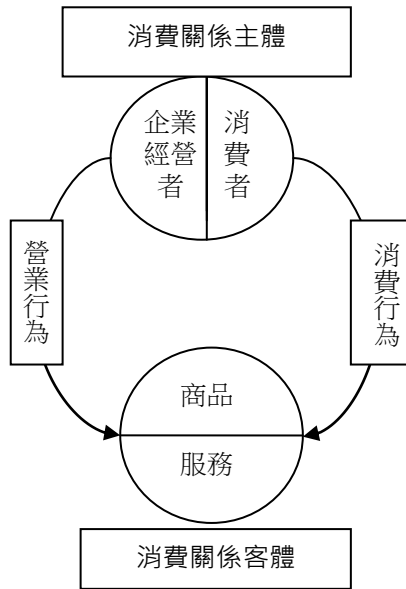
<sup>24</sup> 劉宗榮著「定型化契約條款之研究」，台大法學論叢第4卷第2期(1975)，頁325以下。

(2) 反對意見：主張契約說及規範說者，對此即持反對見解。

### 三、消保法定型化契約之法律關係解析

民法與消保法對於定型化契約既然均有規定，自應有所區隔，其中僅消費類定型化契約始有消保法之適用，至於其餘（商業類定型化契約及非消費類亦非商業類定型化契約）定型化契約，則應依其情形斟酌是否適用民法規定解決，始符相關立法體制。

凡是定型化契約均可以適用民法規定，並無須加以探究；但要適用消保法規定，就必須受到消保法立法目的之限制，即須為「消費關係」（如附表）始可。



(消費法律關係表)

## (一) 符合消費關係主體之消費者資格之類型

消保法所定消費關係的主體，包括消費者及企業經營者兩種。所謂消費者，限為從事最終消費行為的人，方有消保法規定之適用；如非屬最終消費行為的人，並非消費者，仍無消保法規定之適用。爰析述如后。

1. **屬於最終消費行為類型**：例如日常行為中，凡是以生活為目的之食、衣、住、行、育、樂等行為，原則上均屬最終消費行為，均有消保法規定之適用。即使是委託仲介賣屋<sup>25</sup>或賣車，亦均仍屬最終消費行為。
2. **非屬最終消費行為類型**：下列行為，非屬最終消費行為。
  - (1) 屬於營業目的內的行為：因為從事營業之人對所從事行業具有專業，與最終消費的弱勢消費者不同，無須消保法予以特別保障，逕行適用民法規定即可。例如信用卡特約商店契約<sup>26</sup>、加盟店契約<sup>27</sup>（法院有不同見解<sup>28</sup>）、公司委託仲介公司購買山坡農地<sup>29</sup>或辦公廳舍<sup>30</sup>、中古車商收購中古車<sup>31</sup>、參加人購買多層次傳銷產品<sup>32</sup>、委任申請商標服務<sup>33</sup>等，均屬之。
  - (2) 屬於投資目的內的行為：因為投資等同於營業，且具有一定的風險存在，非屬最終消費行為，消保法不宜給予特別保障，逕行適用民法規定即可。例如連動債契約<sup>34</sup>、融資融券契約<sup>35</sup>（法院有不同見解<sup>36</sup>）、投顧入會契約（法院有不同

<sup>25</sup> 行政院消保會 85.02.14 台 85 消保法字第 00206 號函略以：民眾如係以個人名義委託房屋仲介公司出賣房地，該仲介公司即為提供服務之企業經營者，而民眾則為接受服務之消費者，倘有使用該仲介公司所提供之定型化契約情形，即有消保法第二章第二節定型化契約相關規定之適用。

<sup>26</sup> 台灣台北地方法院 91 年度簡上字第 549 號判決略以：該信用卡特約商店約定書非屬消保法所稱消費關係，並無消保法規定之適用。

<sup>27</sup> 台灣台北地方法院 95 年度消字第 11 號判決略以：無論原告或被告均是為了營利之目的而成立加盟契約關係，既然原告並非單純為使用商品或接受服務而與被告成立系爭契約，自非屬消費關係，應無消保法之適用。

<sup>28</sup> 台灣台北地方法院 91 年度簡上字第 671 號判決略以：系爭網咖加盟合約約定於合約簽訂同時加盟者應給付母店十萬元之加盟金，並無違反誠信原則或對消費者顯失公平之虞，難認無效。另，台灣高等法院高雄分院 90 年度上易字第 46 號判決略以：本件開源機構 P.R.S. 資訊服務經營者合約書，係上訴人為與經營 0204 付費語音資訊者訂立契約之用而單方擬定之契約條款，應屬消保法所稱之「定型化契約」。

<sup>29</sup> 行政院消保會 88.11.05 台 88 消保法字第 01332 號函。

<sup>30</sup> 台灣台北地方法院 90 年度訴字第 502 號判決。

<sup>31</sup> 行政院消保會 89.11.02 台 89 消保法字第 01235 號函。

<sup>32</sup> 行政院消保會 88.04.23 台 88 消保法字第 00548 號函略以：購買多層次傳銷產品而從事銷售，其與傳銷公司間之關係，並非消費關係。

<sup>33</sup> 行政院消保會 90.02.270 台 90 消保法字第 00237 號函。

<sup>34</sup> 台灣高等法院 96 年度重上更（一）字第 200 號判決略以：消費係為達成食衣住行育樂目的，所為滿足人類慾望之行為。上訴人購買系爭連動債券，契約之本質係投資行為，核與消保法所保護消費者以消費為目的而交易、使用商品或接受服務不同，兩造間信託投資契約，非屬於消費性質之定型化契約。另外，同此見解者，有最高法院 100 年度台上字第 933 號判決、台灣高等法院 100 年度金上字第 21 號判決。

<sup>35</sup> 台灣高等法院 89 年度重上字第 544 號判決、台灣高等法院 91 年度抗字第 4534 號裁定。另，行

見解<sup>37</sup>)、一次購買十個靈骨塔位<sup>38</sup>等屬之，但投資型保單不在此限<sup>39</sup>。由於此項類型，法院判決尚有不同見解，亟宜予以統一。

## (二) 符合消費關係主體之企業經營者資格的類型

消保法所定消費關係的企業經營者，只要有從事營業行為的人，不管其組織型態<sup>40</sup>及有否合法立案（如地攤攤主、日租套房業者、地下錢莊、地下房屋仲介等未經合法立案者，亦包括在內），且該營業並不以營利為目的者為限，均為企業經營者而有消保法規定之適用。

### 1. 屬於營業行為類型：下列行為均屬營業行為。

- (1) 以營利為目的之行為：因為符合一般人的觀念，故可稱之為一般的營業行為。一般公司例如餐廳、旅館等的營業行為，原則上均以營利為目的，當然有消保法規定之適用，並無任何爭議。
- (2) 非以營利為目的之營業行為：因為與一般人的觀念不同，故可稱之為特別的營業行為。例如大學推廣教育部提供消費者代辦赴美進修海外遊學服務<sup>41</sup>、行政機關與消費者所訂立之房地買賣契約<sup>42</sup>、民眾向寺廟訂點光明燈<sup>43</sup>、政府機關

政院消保會 97.02.05 消保法字第 0970001159 號函略以：—融資融券契約內容，是否為消保法之消費行為案 3.第證券投資顧問業者提供投資人之服務係『與有價證券之相關研究意見或推介建議』，用以供投資人投資有價證券之參考，倘係『法人』則其最終目的似為繼續經營事業；倘係自然人，則其最終目的則為獲取與相當金錢利益之訊息後再行用於投資之用，其行為與企業經營之概念相近，凡此即與前揭函釋稱消費係指不再用於生產之概念未盡相符，準此，本件之投資人即非屬本法第 2 條第 2 款所稱之『消費者』，從而無本法相關規定之適用。

<sup>36</sup> 台灣台北地方法院 91 年度簡上字第 589 號判決：系爭融資融券契約書……係屬消保法第 2 條第 7 款所定之定型化契約。……按消保法施行細則第 11 條第 1 項關於定型化契約審閱期間之規定，……為保護弱勢消費者所設之規定。惟倘消費者於訂約當時對契約條款內容業已明瞭知悉，縱企業經營者未給予三十日以內之審閱期間，對系爭定型化契約之效力亦不生影響。

<sup>37</sup> 台灣台北地方法院台北簡易庭 91 年北小字第 437 號小額判決略以：…被告提供證券投資分析之服務，故兩告間有前揭之消費關係，自有消保法之適用。…原告以傳真方式向被告訂購此服務商品之事實，……原告為郵購買賣之消費者，自得於收受商品七日內以書面解除契約。

<sup>38</sup> 台灣板橋地方法院 92 年度訴字第 2055 號判決略以：再參酌原告係一次購買十個塔位，以此數量觀之，實難認係原告為供自用而購入，因此自堪認原告為此交易是以投資為目的，亦即其一次購買十個塔位係供日後轉賣從中賺取差額之用，並非以最終消費為目的而為交易，至為明確，……自無消保法之適用。

<sup>39</sup> 行政院金管會 95.06.12 保局三字第 09502047370 號函—投資型保險是否適用消保法案)略以：「投資型保險商品」除具一般保險性質外，復兼為投資工具，其性質仍為「保險」，屬一般消費案件，故仍有消保法之適用。

<sup>40</sup> 詹森林著「消費者保護法之企業經營者--最高法院九十九年度台上字第二 0 三三號判決之研究」，收錄於氏著「民事法理與判決研究（七）—消費者保護法專論（3）」（2013），頁 8 至 9，元照出版有限公司。明文指出消保法之「營業經營者」不以公司組織為限。

<sup>41</sup> 行政院消保會 89.08.21 台 89 消保法字第 00908 號函略以：大學推廣教育部，倘有提供消費者代辦赴美進修海外遊學服務，縱推廣教育部為文教機構，應屬企業經營者，有消保法之適用。

<sup>42</sup> 行政院消保會 86.12.02 台 86 消保法字第 01334 號函。

<sup>43</sup> 行政院消保會 91.08.09 消保法字第 0910000837 號函略以：民眾向寺廟訂點光明燈，其性質為一

或「大專院校」舉辦暑期營隊<sup>44</sup>等，即使非以營利為目的，但因仍有營業行為存在，故仍應受消保法規範。

## 2. 非屬營業行為類型：下列行為因非屬營業行為，故不受消保法之規範。

- (1) 公權力之執行：例如推廣教育學分班<sup>45</sup>、學校販售學位<sup>46</sup>、交通警察開罰單等，因係屬公權力執行之公法關係，故非屬營業行為。
- (2) 偶一為之的販賣行為：例如消費者上網販售多餘的東西<sup>47</sup>、消費者自行或委託仲介出售住屋等，因非以營業為目的，故非屬營業行為。

### (三) 有無消保法適用爭議類型

下列行為有無消保法適用，目前尚有爭議，惟筆者基於保障弱勢消費者之立場，應予適度擴張而認有消保法適用為宜。

1. **醫療行為**：關於醫療行為有否消保法適用問題，目前尚無定論，雖然法院判決多數認為不適用消保法，主要係以「將消保法適用於醫療行為有違消保法之立法目的」及「避免產生防禦性醫療」為其理由<sup>48</sup>，惟筆者認為醫療行為之產品責任應優先適用醫療法規定；至於定型化契約問題則應適用消保法規定，應無疑義<sup>49</sup>。
2. **金融行為**：關於「金融是否屬於消費」問題，由於金融產品之交易行為，不一定屬於消保法所規定的最終消費行為，有無消保法之適用，認為宜以個案認定方式辦理，如屬投資債券即認定為非消費關係<sup>50</sup>、連動債不適用消保法<sup>51</sup>；惟金融產品之交易行為，不論其交易之目的為何，原則上均有金融消保法之適用<sup>52</sup>，則無爭議。

---

般之私法行為，消費關係既存在寺廟與消費者間，自有消保法之定型化契約平等互惠原則等規定之適用。

<sup>44</sup> 行政院消保會 97.03.27 消保法字第 0970002681 號函。

<sup>45</sup> 台灣士林地方法院 93 年度再易字第 17 號判決略以：推廣教育學分班為公法關係。

<sup>46</sup> 2013.01.12【聯合新聞網】。檢調偵辦台灣首府大學等院校「出售」學歷，並向教育部請領補助 A 錢案，發現校方完全不按課表上課，種種亂象，讓協同辦案的教育部官員都傻眼。

<sup>47</sup> 行政院消保會 96.10.03 消保法字第 0960009076 號函略以：若網路拍賣之出賣人係一般民眾，且屬偶一為之，或係將自己不需之用品透過網路拍賣之方式出售給他人且非以此為業者，則該出賣人似非屬消保法所規範之企業經營者，從而若與拍定人發生爭議，應無消保法之適用。

<sup>48</sup> 詹森林著「消費者保護法服務責任之實務問題--最高法院九十六年度台上字第六五六號判決及九十九年度台上字第九三三號裁定之評析」，收錄於氏著「民事法理與判決研究(七)—消費者保護法專論(3)」(2013)，頁 61 至 63，元照出版有限公司。

<sup>49</sup> 有關醫療是否納入消保法規範之論述，請參閱黃明陽著「消費關係與醫療行為之探討」，刊於「消費者保護研究【第十一輯】」(2005)，頁 1 以下，行政院消保會編印。

<sup>50</sup> 台灣高等法院 101 年度上字第 386 號判決。

<sup>51</sup> 最高法院 100 年度台上字第 933 號判決、台灣高等法院 100 年度金上字第 21 號判決。

<sup>52</sup> 有關廣義金融消費關係與狹義金融消費關係之比較探討，請參閱黃明陽著「金融消費者保護法 vs. 消費者保護法」，刊於「消費者保護研究【第十七輯】」(2011)，頁 49 至 51，行政院消保會編印。

3. **保證契約**：保證契約有無消保法規定之適用，主要有下列兩說。筆者基於消保法保障弱勢消費者的立法目的，贊同肯定說。

(1) 否定說：認無消保法之適用。法院在實務上絕大多數判決<sup>53</sup>及部分學者<sup>54</sup>持此見解，故為多數說。

**【理由】**引用最高法院 90 年度台上字第 2011 號判決之理由如下：

①保證人非消費關係之消費者：所謂消費者，依消保法第 2 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。

②保證關係非屬消費關係：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，尚非屬消保法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用。

(2) 肯定說：認有消保法之適用。行政院消保會<sup>55</sup>及部分學者<sup>56</sup>在理論上所持之見解，因僅有少數法院<sup>57</sup>採用，故為少數說。

**【理由】**引用行政院消保會消保法字第 0930001353 號函釋之理由如下：

①保證人屬於弱勢，符合消保法保護弱勢之立法目的：保證契約乃單務、無償契約，單務契約及無償行為之債務人所負之責任，參酌民法第 220 條第 2 項及第 410 條、第 465 條之 1、第 475 條之 1、第 535 條、第 590 條等相關規定，應從輕酌定。故保證人之責任應予減輕，尤應使保證人受消保法關於定型化契約規定之保護。

②保證人係保證消費者的債務，具有從屬關係：從保證契約之三方關係觀察，主債務人尚且從銀行取得給付（借款），而保證人對於債權人純粹負有保證債務，因此在對於債權人所負之責任，法律對保證人所提供之保護，應優於或至少等於對主債務人之保護。此從民法第 741 條規定，保證人之負擔，較主債務人為重者，應縮減至主債務之限度；第 742 條規定，主債務人

<sup>53</sup> 最高法院 101 年度台上字第 377 號判決、台灣高等法院 101 年上字第 386 號判決、台灣高等法院 96 年度重上字第 357 號判決、台灣高等法院 93 年度上易字第 1008 號判決、台灣高等法院 94 年度重上字第 470 號判決、最高法院 95 年度台上字第 87 號判決、最高法院 90 年度台上字第 2035 號判決、台灣高等法院台中分院 90 年度重上字第 10 號判決、台灣高等法院台中分院 90 年度重上字第 35 號判決、台灣宜蘭地方法院 88 年度重訴字第 48 號判決等。

<sup>54</sup> 曾品傑著「論消費者之概念—最高法院相關判決評釋」，台灣本土法學雜誌第 49 期（2003），頁 153 以下。

<sup>55</sup> 行政院消保會 93.05.31 消保法字第 0930001353 號函略以：銀行使用之定型化保證契約，是否有消保法之適用？消保會第 48 次消保專案研究小組討論，認為保證契約應有消保法之適用。

<sup>56</sup> 同註 3，詹森林前揭書，頁 224。定型化保證契約得否適用消保法之爭議，最高法院堅持否定見解。本文以為，問題重點在於如認為無消保法之適用，則法院於審判上應善盡闡明權，使保證人得以適當主張民法第 247 條之 1 及其他民法相關規定。最近學說認為，主債務為消費性者，其保證債務之定型化契約條款應有消保法之類推適用，頗值參考。

<sup>57</sup> 台灣高等法院台中分院 83 年度上字第 576 號判決、台灣高等法院台中分院 90 年度上字第 7 號判決、台灣高等法院高雄分院 88 年度上易字第 50 號判決。

所有之抗辯，保證人得主張之。主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之；第 751 條規定，債權人拋棄為其債權擔保之物權者，保證人就債權人所拋棄權利之限度內，免其責任。等規定均表現保證人優於主債務人而受保護之立法意旨。

- ③保證定型化契約對保證人不利：銀行業者如濫用其經濟上、法律上或其他與締約基礎有關之優勢，使用借款保證書契約條款要求保證人負擔不定債務之最高限額保證，僅片面考慮自己求償之方便，而以定型化契約排除保護保證人相關規定之適用，侵害契約相對人之利益，有違誠信原則，則該條款應為無效。

**4. 婚姻媒合契約：**行政院消保會及內政部對此持有下列不同之見解。筆者基於婚姻仲介業者所提供之婚姻仲介服務，即使主管機關內政部對此行為限為不得營利，但仍不失為一種營業行為，依消保法施行細則第 2 條「營業不以營利為限」之規定，仍應受消保法規範，因而贊同行政院消保會適用說之見解。

(1) 適用說：將婚姻仲介服務，視為交易客體，故有消保法適用，行政院消保會持此見解<sup>58</sup>。認為：有關婚姻仲介的管理，並非將婚姻視為商品，亦非規範婚姻本身，而是希望對已衍生相關消費糾紛之婚姻仲介服務予以管理。此一仲介服務行為固然向消費者收取報酬，但如同房屋仲介服務一樣，是一種商業行為，已是不爭的事實，因此而發生之消費糾紛，依據消保法第 3 條規定，政府為保護消費者權益，自應制定相關法律，以為因應。

(2) 未定說：即消保法適用未定說，內政部持此見解。認為<sup>59</sup>：經濟部雖於 95 年 9 月 26 日公告刪除「婚姻媒合業」營業項目，惟目前仍有 486 家原先合法登記之業者，除日後規範婚姻媒合之專法中有明定落日條款，否則現有合法已登記之婚姻合法業者，基於信賴保護及法律不溯及既往之原則，仍可繼續營業，為保障消費者之權益，內政部所公告之「婚姻媒合定型化契約範本」現階段尚有暫時存在之必要性，日後則將配合婚姻媒合專法有關婚姻媒合業朝非營利公益性服務機構的方向規劃之規定，檢討該契約範本之存廢。

**5. 2010 年台北國際花卉博覽會預售票契約：**有無消保法之適用，主要有下列兩說<sup>60</sup>，筆者認為凡是民間可為之行為(如民間可以辦理各類型博覽會，或是經營花園等)，政府機關如為同類行為者，即非屬公權力執行之行為，而應視為營業行為，即應受消保法企業經營者之規範，並基於保障消費者權益立場，贊同肯定說。

(1) 否定說：台北市政府主張本案該等預售票係屬規費之徵收，悉依規費法之規定，故無消保法之適用。本案持票人未於期限內使用，係屬可歸責於繳費義

<sup>58</sup> 行政院消保會 92.05.13 消保法字第 0920000616 號函。

<sup>59</sup> 內政部 95.11.14 台內戶字第 0950172361 號函。

<sup>60</sup> 行政院消保會消保法專案研究小組第 64 次會議紀錄。

務人之事由，依規費法第 19 條第 1 項規定，不予退費。

(2)肯定說：行政院消保會主張行政機關雖為公權力主體，但站在給付行政之立場與企業經營者相同；且規費之收取，係屬政府年度預算程序之收入編列事項，與是否屬於消費關係無關。例如民眾對於路邊停車、學校游泳場館、公營納骨塔等使用行為，為日常生活之基本消費形態，為避免國家一方利用公權力決定一切權利義務，有必要在消費關係之範圍內適用消保法。本案台北市政府舉辦國際花卉博覽會之時間長達半年，而民眾參觀花卉博覽會與日常生活相關，故應有消保法之適用。

**6. 博奕行為：**有無消保法之適用，主要有下列兩說<sup>61</sup>，筆者認為賭博屬於人類日常生活行為之一種類型，可逕將之視為消費行為，並基於保障消費者權益立場，贊同肯定說。

(1)否定說：博奕事業之顧客是否屬消保法上之消費者，應視其於博奕事業設施所從事之活動而定：倘所從事者為博奕事業設施以外之活動，其應屬於消保法上之消費者；倘所從事之活動為博奕遊戲(因博奕遊戲並非以金錢換取價值相當之商品或服務，似難認為其係以消費為目的，認為其非屬消保法上之消費者，故無消保法之適用。

(2)肯定說：「博奕」本質上雖具射倖性，惟透過法律特別許可，承認此種交易類型，同時並考量尚有其他相關之周邊附屬行為，共同形成整個博奕交易行為，再參以國人赴外旅遊時，亦會將該地之「博奕專區」列入旅遊地點之考量，故宜認「博奕」符合「消費」之定義，博奕行為屬於消費事件，故其所生法律關係有消保法之適用。

#### 四、我國有關定型化契約規範之沿革比較

我國有關定型化契約之規範問題，依其規範依據分類，可歸納為民法債篇修正前時期、消保法公布施行時期、民法債篇修正後時期等三個階段如后。

##### (一) 民法債編修正前時期（消保法實施前）

我國在消保法公布施行前，有關定型化契約問題均依民法相關規定（即民法總則及民法債編規定條文）處理。其中民法總則業先於民國 71 年 1 月 4 日修正公布，惟民法債編則在消保法公布施行時尚未修正公布，由於尚無定型化契約相關規定，如引用一般契約規範，對消費者不利，故為有效保障消費者權益，此一時期對於定型化契約之相關問題，事實上均依已修正公布之民法總則規定作為主要之處理依據。

**1. 民法總則之相關規定：**主要以民法第 71 條（法律行為不得違反強制或禁止）、

<sup>61</sup> 行政院消保會消保法專案研究小組第 63 次會議紀錄。

民法第 72 條(法律行為不得違反公序良俗)、民法第 74 條第 1 項(法律行為不得有暴利行為)、民法第 148 條(權利濫用禁止)作為處理依據。筆者並就民法第 148 條規定補充說明如后：

- (1)第 1 項規定：旨在確保社會秩序，維護善良風俗，促進公共福祉，屬於權利社會化之基本規定。此為公序良俗之加強規定。
- (2)第 2 項規定：旨在建立誠實信用原則（簡稱誠信原則），確保所有法律行為之公平合理，屬於權利公平化之基本規定。誠信原則為法律最高指導原則，屬於民法上非常重要之不確定法律概念，有學者<sup>62</sup>認為以誠信原則作為定型化契約之規制原則，不但是可行方法之一，而且也是世界潮流共同發展的趨勢。

**2. 法院實務見解：**法院在實務上均遵守上述民法規定，即認為：法律行為除不得違反法律強制或禁止規定外，亦不得違反公序良俗，當然也不可以有任意暴利行為性質，更不可以違反誠信原則，否則該法律行為均屬無效；其中又以公序良俗及誠信原則最常為法院引用。因此，有學者<sup>63</sup>明白指出「公序良俗」及「誠信原則」，係法官於具體案件中，斟酌各項因素，做出妥適裁判之重要媒介。下列最高法院判決，因係在消保法施行前，故多係以民法第 72 條所定公序良俗之規定，作為判斷定型化約款是否有效之依據；惟學說上均認為應參酌外國法以誠信原則為規範定型化約款效力之依據為宜<sup>64</sup>：

- (1)執行國家政策，並不違背公共秩序：台灣銀行在結匯許可證、結匯證書內記載「不得轉讓或抵押」等文字，純係基於國家外匯政策之考量，並未違背公共秩序<sup>65</sup>。
- (2)不當免責條款，違反公共秩序：旅行定型化契約附有「旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任」條款，與公共秩序有違，應不認其效力<sup>66</sup>。
- (3)合理免責條款，並未違反公共秩序：銀行約定書規定「... 貴行以肉眼認為印鑑相符而成立交易時，即使因印章被盜用、偽造、變造及其他任何情形而發生之損失，立約人願負一切責任」條款，並未違反公序良俗<sup>67</sup>。
- (4)拋棄任意權利，並未違反公共秩序：民法第 751 條規定之保證人權利，法律並

<sup>62</sup> 劉宗榮著「定型化契約論文專輯」(1988)，頁 56 及 57，三民書局。以誠實信用原則規制定型化契約所發生之不公平，不但是可行方法之一，而且德國、美國諸國也以誠實信用原則為共同的發展趨勢。

<sup>63</sup> 詹森林著「民事法理與判決研究」(2001)，頁 11，翰蘆圖書公司。

<sup>64</sup> 楊淑文著「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」，收錄於氏著「新型契約與消費者保護法」(2006)，頁 86 以下，元照出版公司。公共秩序乃指國家社會之一般利益，而定型化約款之爭議，則係一方當事人濫用其經濟上、法律上強勢地位，破壞任意法所規範之當事人利益均衡狀態，而侵害相對人之權益，並非當然涉及國家社會之一般利益，故學說上均認為應參酌外國法以誠信原則為規範定型化約款效力之依據。蓋誠信原則之精義，乃在維護契約當事人間利益之均衡與法律效果之公平。

<sup>65</sup> 最高法院 50 年台上字第 691 號判決。

<sup>66</sup> 最高法院 80 年度台上字第 792 號判決。

<sup>67</sup> 最高法院 73 年台上字第 1930 號判決。

無不許拋棄之個別規定，就其性質而言，保證人非不得拋棄，且其拋棄，與公共秩序無關<sup>68</sup>。

## （二）消保法公布施行時期

我國消保法於 1994 年 1 月 11 日公布施行，消保法為有效導正定型化契約的流弊，保障消費者實質的契約自由，建立公平合理的消費環境，特別在第二章第二節（自第 11 條至第 17 條，共七條條文）予以專節規定；嗣消保法於 2003 年 1 月 22 日第一次修正公布，將施行細則第 9 條至第 11 條有關定型化契約之規定予以納入消保法規定，以避免子法逾越母法之爭議。爰就消保法有關定型化契約之規定內容扼要分析說明如次。

1. **參考德國立法例：**我國消保法有關定型化契約之規定，除部分自創外，主要是參考德國 1977 年 4 月 1 日施行的一般交易條款規制法<sup>69</sup>相關規定而來，惟德國業於 2002 年將有關條款內容管制之規定納入民法第 307 條至第 310 條中，該一般條款規制法則於 2001 年 12 月 31 日廢除<sup>70</sup>，我國則仍保持民法與消保法分別規定方式辦理。
2. **規定內容要旨：**世界各國對於定型化契約之規制方面，在實務上均兼採立法規制、司法規制及行政規制<sup>71</sup>三管其下方式辦理，我國亦然。
  - (1)立法規制方面：希望透過法律制定之方式，作為處理定型化契約問題之法律規範依據。我國立法規制主要方式如下：
    - ①基本原則規制：對於定型化契約所使用之定型化契約條款，消保法明文規定應符合一定之基本原則，如平等互惠原則、誠信公平原則、疑義解釋原則等，作為定型化契約條款之個案判斷最高原則，以確保契約正義的實現。
    - ②簽約前規制：在簽約前，消保法明文規定定型化契約之消費資訊應公開透明提供消費者參考使用，並規定違反之定型化契約條款不納入契約內容，以確保契約資訊公開透明。
    - ③簽約後規制：在簽約後，消保法明文規定定型化契約條款不得違反法律強制禁止規定、誠信原則對消費者顯失公平、異常條款等規定，並規定違反之定型化契約條款無效，以確保契約條款之公平合理。
  - (2)司法規制方面：由司法機關（法院）依據立法規制有關定型化契約之規定，針

<sup>68</sup> 最高法院 74 年度台上字第 1064 號判決。

<sup>69</sup> 同註 62。劉宗榮譯「一九七六年德國一般交易條款規制法」，收錄於氏著「定型化契約論文專輯」，頁 167 以下。

<sup>70</sup> 姚志明著「消保法第 12 條定型化契約條款之解析」，收錄於「兩岸消費者保護學術研討會」會議手冊(2011)，頁 157，輔仁大學法律學院主辦。

<sup>71</sup> 同註 62，劉宗榮前揭論文專輯，頁 68。此種分類係自免責約款規制之時間先後而言，行政規制固是在約款使用之前預先審查，司法規制是在訴訟發生後尋求救濟，立法之制訂只是行政控制以及司法控制之法律依據，其本身是靜態權源，不是動態的干預。

對定型化契約訴訟個案，予以公平裁判，旨在針對個案解決當事人地位不平等問題，但仍有若干缺點<sup>72</sup>。我國司法規制主要方式如下：

- ① 審核：定型化契約條款關涉私人之重大權益，須由法律適用解釋之有權者（即司法機關）作最後之審查控制。
  - ② 解釋：依據消保法及民法等法律規定之基本原則，就定型化契約疑義予以合理公平之解釋。
  - ③ 裁判：依據消保法及民法等有關定型化契約之規定，而為公平合理之裁判。
- (3) 行政規制方面，由行政機關依據立法規制有關型化契約之授權規定（賦予主管機關行政督導權限），針對定型化契約問題，採取標本兼治之行政管制方式，促使定型化契約更為透明化、公開化、公平化及合理化等必要之行政措施，旨在以行政公權力針對個案或通案解決當事人地位不平等問題。我國行政規制主要方式如下：
- ① 查核：依消保法第 17 條第 3 項規定，對於企業經營者使用定型化契約，主管機關得隨時派員查核，進行個別業者監督導正工作。
  - ② 研訂契約範本：本諸行政機關監督權限，針對某一行業之定型化契約問題，研訂契約範本作為整個行業之行政指導依據。
  - ③ 公告定型化契約應記載或不得記載事項：依消保法第 17 條第 1 項及第 2 項規定，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，進行整個行業監督導正工作。

### （三）民法債編修正後時期

民法債篇在民國 88 年 4 月 21 日修正公布，增列定型化契約規範，因在消保法施行後，而與消保法定型化契約規定產生競合適用問題。

#### 1. 民法債編規定：條文只有一條。

(1) 法律規範內容：民法第 247 條之 1 規定，其內容解析如下：

- ① 用語：依立法理由說明係採用「附合契約」用語，與消保法所用之「定型化契約」不同。
- ② 定義：凡依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，均屬附合契約，締約之雙方當事人不以消費者與企業經營者為限，適用範圍較消保法為廣。
- ③ 無效標準：以「顯失公平」而非「誠信原則」作為無效判斷標準，與消保法規定不同（筆者認為在判斷上違反誠信原則是原因，顯失公平是結果），

<sup>72</sup> 王澤鑑著「民法實例研習叢書(第三冊)—債編總論第一卷」(1988)，頁 78，三民書局。司法控制屬於事後救濟，僅適用於個別案件；訴訟結果不確定，增加當事人負擔；一般消費者因欠缺法律知識，或對訴訟的恐懼，多不願主張其權利，致不當契約條款無法受到控制。因此司法控制必須與其他制度配合，始能確實保障定型化契約條款之妥當性。

並列舉下列四種無效情形之約定如下：

- A.免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。
- B.加重他方當事人之責任者。
- C.使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。
- D.其他於他方當事人有重大不利益者。

④無效之效果：按其情形顯失公平者，僅該部分約定無效，係採一部無效，而非全部無效之規定。

(2)法律適用問題：民法與消保法有關定型化契約規定之區別實益，在於適用之法律關係不同，原則上所有的定型化契約均可適用民法規定，但只有消費關係的定型化契約才能適用消保法，因此：

- ①消費關係定型化契約：除了可以適用消保法外，當然也可以適用民法規定，此時二種法律即發生競合問題。由於消保法為民法之特別法，依據特別法優先適用原則，消保法規定即應優先於民法規定適用，僅在消保法未規定之部分始有民法相關規定之補充適用。
- ②非消費關係定型化契約：理論上僅應適用民法有關定型化契約之規定，但因民法規定過於簡略，在民法規定不足之處，原則上應可將消保法有關定型化契約規定之條文，作為定型化契約之一般原理原則，而以法理之方式予以適用<sup>73</sup>。

**2. 民法第 247 條之 1 規定之評價：**學者認為有甚多缺點<sup>74</sup>，各方之意見如下：

- (1)名詞用語不當：民法第 247 條之 1 捨棄消保法既有之「定型化契約」而採用「附合契約」，並無堅強理由，容易使人混淆。
- (2)民法規定過於簡略：民法有關定型化契約規定，僅有一條，據說明係採取義大利民法模式，增訂民法本條作為定型化契約之一般規範<sup>75</sup>，惟如欲發揮免責條款及不公正條款之規制功能，亟需將消保法規定作為法理而為補充適用，始能達其目的。
- (3)民法規定適用機會不多：因消保法已有定型化契約規定，且消保法屬於民法特別法性質，故民法規定僅能適用於非消費關係，在實務上作用不大，故有學者<sup>76</sup>建議刪除。

**3. 有關定型化契約規定因應之道：**定型化契約對相對人權益影響甚鉅，應予妥為

<sup>73</sup> 台灣高等法院 97 年度重上字第 155 號判決略以：消保法與民法之規範領域雖有不同，但關於定型化契約規範制度內涵應有相通之處，是以，在非屬消費關係之定型化契約之解釋適用上，除應尋求定型化契約之法理予以補充解釋外，並可藉助消保法之相關規定，以補充民法規範之不足。

<sup>74</sup> 同註 62，劉宗榮前揭論文專輯，頁 154 以下。列舉該規定有六大缺點：(1)缺少體系之完備性、(2)規制技術不夠週延、(3)欠缺有效性判斷因素之立法、(4)條文位置妥當性尚待斟酌、(5)法條用語不夠嚴謹、(6)其他如對訂約理論變革未為相應規定等。

<sup>75</sup> 邱聰智著「新訂民法債編通則（下）」（2003），頁 140 至 144，輔仁大學法學叢書編輯委員會。

<sup>76</sup> 黃立著「民法債編總論」（1999），頁 112。

規範，以建立公平交易環境，惟因消保法規定之適用範圍限於消費關係，而民法規定之條文又過於簡略，故健全定型化契約規範有其必要性。對此，曾有學者<sup>77</sup>參考德國立法例建議在民法增訂條文，以及行政院消保會（現併入為行政院消保處）建議參考德國立法例增訂相關條文<sup>78</sup>，惟筆者認為：為根本解決定型化契約問題，似宜參考德國一般條款規制法（已併入民法）、日本消費者契約法<sup>79</sup>、韓國約款規制法等國家另行訂定專法體例，將其訂為專法，反較可行。

#### （四）金融消費者保護法時期

我國金融消保法於 2011 年 6 月 29 日公布，全文共分「總則」、「金融消費者之保護」、「金融消費爭議處理」、「附則」等四章，計三十三條，其立法目的為「強化有關金融消費者保護之規範」及「建立專責金融消費爭議處理機制」。屬於一種專業的消保法，在與消保法等法律發生競合時，並無強制性之先後適用規定<sup>80</sup>，亟宜由各主管機關協商後採行專業法優先適用原則辦理。

**1. 金融消保法規定內容：**其中有關定型化契約部分，僅有下列規定。

(1) **金融服務定型化契約之基本原則：**公平合理、平等互惠及誠信原則、無效認定及疑義解釋原則、善良管理人注意義務原則。

(2) **金融服務業簽約前之法定義務：**評估義務、告知說明義務、金融服務業違反告知說明義務之無過失責任、強化內部管控機制。

**2. 有關銀行等金融定型化契約規定因應之道：**筆者認為金融消保法有關規定內容過於簡略，將來在實際運作上，至少應以消保法規定內容，作為提供消費者權益最低保障標準為宜。

### 參、定型化契約簽約前之規制

定型化契約之規制，可分為立法規制、行政規制及司法規制三種。有關簽約前或簽約後之規制，立法機關通過消保法之法律規範（立法規制），提供行政機關採取必要措施（行政規制）及法院裁判作為裁判（司法規制）之主要依據。另外，

<sup>77</sup> 同註 62，劉宗榮前揭論文專輯，頁 158 以下。劉宗榮即為此提出修正草案，包括定義、訂入契約、異常條款、抽象相對無效條款、具體相對無效條款、絕對無效條款、免於規制之條款、評價因素、解釋原則及行政規制等，共十一條條文。

<sup>78</sup> 行政院消保會消保法研修草案初稿草案第 11 條至第 17 條，收錄於「消費者保護法專案研究實錄（1995 年 11 月至 1997 年 2 月）」，頁 569 至 574，行政院消保會編印。

<sup>79</sup> 日本於 2000 年制定消費者契約法，於 2001 年正式實施。請參閱杜怡靜著「日本消費者契約法對我國消保法之啟示與影響」，收錄於「消費者保護法制論文集」（2004），頁 197，行政院消保會編印。

<sup>80</sup> 行政院（消保處）101.11.21 院臺消保字第 1010072144 號函：消費者因接受金融服務業提供金融商品或服務致衍生糾紛，倘已依金融消費者保護法處理而未獲妥處時，參諸前述，尚難拒絕消費者適用消保法解決糾紛。

由於銀行等契約絕大部分均屬定型化契約，影響消費公平甚鉅，故以之作為主要案例論述重點，併此敘明。

## 一、簽約前規制程序之必要性及其內容

為了確保資訊公開透明真實，消保法明定銀行等定型化契約條款如欲作為訂立契約之內容，在雙方簽訂契約前，金融服務業者首先必須讓消費者能夠知悉有此定型化契約條款之存在（即明示程序要件），其次必須給予消費者合理審閱期間（即審閱程序要件），有瞭解比較及選擇決定，對消費者權益才能提供較佳保障，故必須在簽約前符合下列要件後，該定型化契約條款才能訂入契約內容，定型化契約才能成立。

### （一）明示程序要件

業者必須遵守契約資訊公開原則，確保消費者知的權利，因而消保法明定定型化契約條款需經下列明示程序，否則不納入契約內容。

1. **明示之積極要件：**定型化契約條款必須經過明示之程序，讓消費者知悉有該定型化契約條款之機會，以免無故受害，即使是經過主管機關（如金管會等）審核通過之定型化契約條款，亦不能例外。因此，業者必須讓消費者知道有定型化契約條款之存在及其內容，並提醒消費者該條款將會訂入成為契約之內容；包括口頭契約在內。
2. **明示之消極要件：**該定型化契約條款無論有無記載於契約內容中，均不得為異常條款，否則仍然無效。

### （二）審閱程序要件

定型化契約條款除了前述明示程序之外，業者另外必須給予消費者契約合理審閱期間，讓消費者在訂約前有充分考慮機會。由於定型化契約條款可能對消費者造成不公平之侵害，故消保法特別規定在消費者於訂立定型化契約前，可要求企業經營者提供合理的審閱期間，以供消費者就定型化契約條款為足夠之思慮，進而決定締約與否。唯有如此方能適切符合契約自由之精神，並實現實質之契約正義，審閱期間確有其必要性<sup>81</sup>。

### （三）金融消保法規定特別要件

2011年6月29日公布的金融消保法，本質上屬於一種專業的消保法，與消保法規範之目的及對象均有不同，為確保（廣義）金融消費者權益，金融消保法明

<sup>81</sup> 黃明陽著「消費贏家—消費者保護法入門（修訂二版）」（2013），頁156至160，台灣商務印書館。有關審閱期間必要性之論述，可供參考。

定金融服務業在簽約前對消費者應負評估義務及告知說明義務<sup>82</sup>，有學者將此義務稱之為「先契約義務」<sup>83</sup>，並應強化其內部管控機制落實辦理，如違反告知說明義務者應負無過失責任。由於評估義務及告知說明義務等特別要件，主要係針對投資型的金融消費者所提供之特別保障規定，而該等投資行為因非屬最終消費行為，故無消保法之適用。

1. **評估義務**：基於金融服務業應充分瞭解客戶，以確保銷售適合度原則，金融消保法爰於第 9 條第 1 項規定金融服務業簽約前之評估義務。筆者認為：此種類似針對個別金融消費者量身訂做之金融產品，比較不容易產生不可預測之損害風險，應屬對消費者有利之規定。
2. **告知說明義務**：為避免金融服務業濫用定型化契約之優勢，侵害金融消費者消費公平權益，金融消保法爰於第 10 條明定金融服務簽約前之告知說明義務。旨在要求金融服務業說明擬簽訂契約之重要權利義務關係及揭露相關風險，筆者認為：此種類似消保法定型化契約合理審閱期間之規定，並明定以告知說明方式為之，應屬對金融消費者有利之規定。
3. **金融服務業違反告知說明義務之無過失責任**：為落實金融業者簽約前告知說明義務，俾有效保障金融消費者消費公平權益，金融消保法爰於第 11 條規定，金融服務業違反簽約前告知說明義務規定，致金融消費者受有損害者，應負損害賠償責任。筆者認為：此種指示（標示說明或告知說明）瑕疵，如因而致金融消費者受有損害者，即使金融服務業無過失，亦應負責，符合消保法所規定之無過失責任，應屬對金融消費者有利之規定。

## 二、明示程序（契約資訊公開原則）之規制

明示程序規制之目的，在確保銀行等契約消費者知的權利。

### （一）明示方式

在明示程序上消保法明定簽約前契約資訊應公開原則，並採用下列二種公開方式：

1. **載入契約方式**：此為原則。銀行等定型化契約條款，原則上應記載於定型化契約中；且該項記載，必須詳細清楚，如僅記載法規名稱（僅「引入」名稱者）而無具體內容者，例如銀行在契約上記載如發生爭議時，適用本行內規處理者，仍不算數；必須將該等定型化契約條款全部內容載入契約書內，始可。

<sup>82</sup> 林繼恆著「金融消費者保護法之理論與實務」（2012），頁 107 至 109，台灣法學出版公司。金融消保法新增之業者告知義務，有：1.KYC(認識客戶)及適合度、2.風險揭露義務。

<sup>83</sup> 劉春堂著「消費者法之發展」，收錄於「消保法 20 年學術研討會」會議手冊（2014），頁 8 至 9，輔仁大學法律學院主辦。將資訊提供義務（含說明義務）、適合性（度）(suitability) 確保原則、損害賠償責任列為先契約義務一般化之內容。

2. **其他明示方式**：此為例外。銀行等定型化契約條款未能記載於定型化契約中者，為使消費者有知悉之機會，銀行等業者應向消費者明示其內容；而在明示內容顯有困難時，才能以顯著方式公告其內容，均有其一定之順序及要件，不是可以隨意為之。至於所謂明示，係指個別明白表示而言；所謂公告，係指通案明白表示而言。辦理時，同樣均需將全部定型化契約條款內容予以明示或公告，如僅引入「名稱」者，仍不算數。

## （二）契約資訊公開原則之立法規制

1. **基本規定**：係以消保法第 13 條為其基本規定。
2. **認定標準**：係以消保法第 13 條規定內容作為認定標準。
  - (1) 原則：定型化契約條款應記載於定型化契約中。
  - (2) 例外：採下列明示或公告方式，並定其先後次序。
    - A. 原則上應以「明示」為之：向消費者明示其內容。所謂明示，解釋上包括口頭說明在內，不以書面為限。此為所有契約條款均應履行之方式，且不以未經記載於定型化契約之定型化契約條款為限。
    - B. 不得已始以「公告」為之：明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容。
3. **違反不構成契約內容**：所謂不構成契約內容，係指該契約視為未有此項規定，因此消費者可以不受其拘束。例如下列條款不構成契約內容者，應依消保法第 16 條規定處理。
  - (1) 突襲性條款：依消保法第 14 條規定，凡是定型化契約條款未經記載於定型化契約中而消費者依正常情形顯非消費者所得預見者，即為突襲性條款，並明定該條款不構成契約之內容。
  - (2) 形式異常條款：依消保法施行細則第 12 條規定，凡是定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致消費者難以注意其存在或辨識者，即為形式異常條款，並明定該條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。

## （三）契約資訊公開原則之行政規制

1. **行政措施之規制**：例如為避免信用卡循環信用利息計算之爭議，金管會即研擬公告信用卡定型化契約應記載及不得記載事項第四點規定：消費者僅就抵充後之帳款餘額計付循環信用利息，作為必要之行政規制措施。另外，針對「靜止戶」問題，金管會已要求銀行公會將存款人的帳戶轉成靜止戶，研擬增訂銀行必須「事前通知」新措施<sup>84</sup>。

<sup>84</sup> 2013.07.24【自由時報電子報】。「轉入靜止戶前 銀行須主動通知」。

2. **行政解釋之規制**：例如為確保貸款消費者知的權利，行政院消保會（現改為行政院消保處）即予解釋規制：銀行與客戶間所訂之代墊不足款特別規定，應告知消費者代墊之時期、金額等事項，使消費者充分了解<sup>85</sup>。另外，針對「假日存款計息」疑義，金管會已函釋：應「當日計息」<sup>86</sup>。

#### （四）契約資訊公開原則之司法規制

1. **背面記載契約**：並非無效，應以相對人有無預見為判斷標準，決定其效力。若依通常情形，相對人有所認知並可得預見該條款之法律效果，縱使係記載於收據等文書之背面，法院判決認定：應認已成立契約<sup>87</sup>。
2. **契約上未記載之條款**：此種突襲性條款，無效。旅遊平安保險限定期間「保險有效期間係保障參加精緻旅遊旅客自目的地下機後，至回程上機前之地面定點旅遊期間之保險利益」條款，既未記載於契約成立時之定型化契約中，法院判決認定：自不構成契約之內容<sup>88</sup>。

### 三、審閱程序（審閱期間）之規制

為確保銀行等契約消費者選擇的權利，在審閱程序上消保法第 11 條之 1 明定簽約前應給予消費者審閱期間，其立法目的在於使消費者充分了解銀行等契約內容，避免消費者於匆忙或急迫間，未仔細閱讀契約條款，而不及了解其依契約所得主張之權利及應負之義務，致訂立顯失公平之契約而受有損害<sup>89</sup>。至於當事人個別磋商合意條款，並無適用消保法有關定型化契約條款之必要，消費者自不得再主張享有合理審閱權<sup>90</sup>。

#### （一）審閱期間之立法目的、決定方式、成立要件

1. **審閱期間之立法目的**：實務上認為主要有下列三大作用。

- (1) **落實契約條款平等互惠原則**：為促進消費公平環境之建立，規範業者應本平等互惠原則去擬定契約條款，並賦與消費者瞭解及比較機會，可以有效減少業者預立不公平條款之機會<sup>91</sup>。

<sup>85</sup> 行政院消保會 88.07.03 台 88 消保法字第 00835 號函。

<sup>86</sup> 2012.06.12【中時電子報】。「假日存款 金管會：當日計息」。金管會昨日召集銀行業者討論決議，假日存款應於當日計息，並且比照銀行周一到周五營業日，下午五點以前視為「當日」，下午五點以後隔日，但當日與隔日切換時點，授權各銀行訂定更有利消費者條件，金管會給予業者三個月時間，進行電腦系統調整。

<sup>87</sup> 台灣高等法院 90 年度上易字第 218 號判決。

<sup>88</sup> 台灣台北地方法院 87 年度重訴字第 760 號判決。

<sup>89</sup> 行政院消保會 89.10.12 台 89 消保法字第 01137 號函。

<sup>90</sup> 行政院消保會 88.11.05 台 88 消保法字第 01332 號函、93.03.01 消保法字第 0930000500 號函。

<sup>91</sup> 台灣高等法院台中分院 89 年度重上字第 53 號判決。

- (2) 落實消費資訊公開原則：增列業者在簽約前之契約條款書面告知說明義務，規定業者在契約簽訂前應給與消費者有審閱條款之機會，消費者可藉此充分瞭解契約內容，且業者不得在消費者審閱契約之前，限制消費者簽訂契約之時間<sup>92</sup>。
- (3) 落實契約自由原則：增列消費者在簽約前之審閱契約條款權利，規定業者應提供消費者契約審閱權利，利用審閱機會去比較契約條款是否公平合理，再決定是否簽約之後續行為，故經審閱後，可以有效避免消費者匆忙間不及瞭解其依契約所得主張之權利及應負擔之義務<sup>93</sup>。
- 2. 審閱期間之決定方式：**依消保法第 11 條之 1 第 1 項規定，企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。至於具體審閱期間之決定，則有下列二種不同方式：
- (1) 由主管機關決定審閱期間：主要有下列三種方式。
- A. 依消保法第 11 條之 1 第 3 項規定公告：中央主管機關依法得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。定型化契約書範本即採此方式為之，此種公告之性質，因無強制拘束力，較接近於行政指導性質。
- B. 依消保法第 17 條第 1 項規定公告：一旦經過中央目的事業主管機關依消保法第 17 條規定之公告，即應產生一定之拘束力，具有行政處分或行政法規之強制拘束力。
- C. 以個案模式為之：如該定型化契約審閱期間未經中央主管機關為上述公告其審閱期間時，「合理期間」可依具體個案分別處理，如雙方仍有爭議時，宜循司法途徑解決。
- (2) 由業者自律規定審閱期間：如由公會或業者自行訂定規範者，純屬自律規範，均不具有法定拘束力。
- 3. 審閱期間之要件：**消保法審閱期間必須符合下列要件。
- (1) 前提要件：須為消費類定型化契約。定型化契約依其目的不同，可歸納為消費類、商業類及其他類等三種。目前對定型化契約法律明定須給與審閱期間者，僅有消保法，只能適用於消費類定型化契約；消費類以外之定型化契約則只能適用民法或金融消保法，因未規定應給予契約相對人審閱期間，故不得主張此種權利。
- (2) 時機要件：須在訂立契約前，即至遲應於締約時提供審閱。只要業者依法提供審閱期間即符合法律規定，至於消費者是否真於該期間內真正進行審閱，則非所問<sup>94</sup>。

<sup>92</sup> 台灣台北地方法院 90 年度訴字第 4695 號判決。

<sup>93</sup> 台灣高等法院 91 年度上易字第 500 號判決。

<sup>94</sup> 詹森林著「定型化契約之基本問題」，收錄於氏著「民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論」（2003），頁 18 至 20，元照出版公司。應強調者，企業經營者僅須於與消費者締結契約前，預留合理之審閱期間，即已符合消保法施行細則第 11 條第 1 項（已併入消保法第 11 條之 1）

- (3)期間要件：應視實際需要來決定其合理審閱期間。至審閱期間之始點，應以「為審閱為目的而交付定型化契約時」開始起算。
- (4)內容要件：須為審閱全部定型化契約條款之內容，不得僅以引入「名稱」為之，否則仍屬未經審閱。例如銀行公告內僅引入「如有違反，悉依本行內規辦理」，且該銀行內規之條款並未另行交付消費者審閱者，屬之。
- (5)場所要件：原則上不必侷限在現場審閱，例如依「金融機構利率牌告要點」規定，金融機構須將新臺幣存放款利率、基準利率、指數型房貸指標利率、信用卡循環信用利率、現金卡利率等簡單之定型化契約條款，應於其營業場所以公告(牌告)方式讓消費者現場審閱；至如保管箱出租、網路銀行服務、購車或購屋貸款等複雜之定型化契約書，則應以讓消費者攜回審閱為原則。

## (二) 審閱期間之立法規制

1. **基本規定**：係以消保法第 11 條之 1 為其基本規定。
2. **認定標準**：係以消保法第 11 條之 1 規定內容作為認定標準。
  - (1) 審閱之時機：企業經營者與消費者訂立定型化契約「前」，應給與消費者合理審閱期間。
  - (2) 審閱之期間：所謂合理審閱契約期間，應重在期間是否合理，而非在期間之長短，並非每件均需三十日之審閱期間，即使短至一分一秒的期間，亦無不可。有判決即認為，審閱期間之規定之目的係欲使簽約人能有充分之時間瞭解契約之內容，故期間之是否「合理」，應綜觀個案之各人年齡、智識程度及條款內容是否特殊以為判斷。消保法第 11 條之 1 第 1 項規定之適用，仍應就具體個案認定<sup>95</sup>。
  - (3) 審閱之內容：審閱全部條款內容。
3. **違反不構成契約內容**：審閱期間屬於一種法律的強制規定，倘企業經營者於訂約前，未予消費者合理之審閱期間者，依消保法第 11 條之 1 第 2 項規定，僅該企業經營者單方所預先擬定之定型化契約條款，不構成契約之內容，非謂當事人間之契約關係不成立或無效，應視兩造間契約之性質，依相關法律規定補充之。

## (三) 審閱期間之行政規制

消保法第 11 條之 1 審閱期間規定，只要企業經營者以定型化契約方式與消費者締約均有適用，而不論其締約時間與地點，亦不論其屬當面締約或經由網路、傳真等方式締約。由於定型化契約之性質及難易程度各有不同，因此消費者需要

之規定。

<sup>95</sup> 台灣高等法院台中分院 90 年度上字第 491 號判決。

的審閱期間也長短不一，故其審閱期間不宜一致，從而上開條文第 3 項規定，授權中央主管機關得選擇特定行業，公告定型化契約之審閱期間。目前各主管機關所公告之審閱期間，大多數為至少 3 日或 5 日以上，最長者為至少 7 日以上<sup>96</sup>。

**1. 審閱期間長短之規制：**有關審閱期間之長短，消保法係授權行政主管機關採行業個案認定方式為之。至於審閱期間之訂定，主管機關金管會主要採取下列三種模式：

- (1) 以公告模式為之：倘該定型化契約審閱期間業經中央主管機關依消保法第 17 條規定公告，其相關之契約自應受該公告審閱期間之限制<sup>97</sup>。例如依金管會公告的活期（儲蓄）存款契約附屬金融卡定型化約款、電子票證契約書、保管箱出租契約書、個人網路銀行業務服務契約書、個人購車或購屋貸款契約書等應記載及不得記載事項規定，其審閱期間各為 5 天。
- (2) 以範本模式為之：倘該定型化契約審閱期間僅在中央主管機關公告之範本予以規定，其相關之契約自應受該公告範本審閱期間之限制。例如依金管會公布的網路保險服務定型化契約書、傳統型個人人壽保險定型化契約條款等範本規定，其審閱期間分別為 5 天、3 天。
- (3) 僅規定猶豫期間模式：目前信用卡契約書、人身保險要保書示範內容、人壽保險要保單示範條款、住宅火災保險基本條款及要保書、自用汽車保險契約書範本等均僅有猶豫期間而無審閱期間規定，筆者認為允宜檢討改進：因為審閱期間與猶豫期間之立法目的不同，審閱期間係在簽約前提供消費者有審閱契約之機會，重在事前知悉及瞭解契約之內容；猶豫期間係在簽約後提供消費者有解除契約之機會，重在事後權益之保障，二者立法目的不同<sup>98</sup>，原則上並不相排斥，但不可混為一談。對於部分業者認為猶豫期間亦可發揮類似審閱期間之功能，因而認定如保險契約已有給予消費者 10 日猶豫期間者，即無須另有審閱期間之必要，筆者認為二者作用不同，審閱期間係提供消費者簽約前審閱條款機會，猶豫期間則係提供消費者簽約後解約權益，各有其立法目的，二者若能兼具，如規定電話行銷壽險須有 3 天審閱期間，對消費者可以提供更大的保障<sup>99</sup>。因此，法律上如規定應給予審閱期間而僅提供猶豫期間者，解釋上仍屬違法，惟有判決持不同見解<sup>100</sup>。

<sup>96</sup> 行政院消保會 98.12.15 消保法字第 0980011218 號函。

<sup>97</sup> 行政院消保會 98.08.10 消保法字第 0980007034 號函。

<sup>98</sup> 黃立著「違反審閱期間的法律效力」，收錄於「消費者保護法制論文集」(2004)，頁 131 至 133，行政院消保會編印。

<sup>99</sup> 行政院消保會 99.07.15 消保法字第 0990006937 號函略以：審閱期間規範之目的在於使消費者於訂立契定型化契約「前」，得充分考慮定型化契約條款之內容，是否符合需求。與「傳統型個人人壽保險定型化契約條款範本」第 2 條所規定之契約撤銷權，係於契約訂立後行使之權利，性質並不相同，「10 天之契約撤銷期」並無法取代消保法有關定型化契約審閱權之規定。

<sup>100</sup> 台灣高等法院台中分院 89 年度保險上字第 15 號判決略以：本案消費者自收受主契約及副契約等保險條款時起，至收到保險單之翌日起 10 日止，前後共計 44 日，已超過 30 日之審閱期

2. **審閱期間舉證責任之規制**：審閱期間舉證責任應由業者負擔。例如現金卡融資契約書，文末雖有記載「茲聲明上列條款均經本人於合理期間內審閱並確認後簽名」之文字，對於是否已提供合理審閱期間之事實若有爭執時，企業經營者仍應負舉證責任<sup>101</sup>。
3. **審閱期間拋棄之規制**：審閱期間不得以定型化契約條款方式約定拋棄。審閱期間係屬一種權利，法律又無禁止拋棄規定，自可由權利人拋棄之；但金融機構應於簽約前，主動告知審閱期間相關規定，可應客戶要求於契約上加註放棄審閱期間權利等文字，並由客戶簽名蓋章，惟不得以定型化契約條款方式為之<sup>102</sup>。
4. **審閱方式之規制**：原則上應由消費者攜回審閱（如保管箱出租契約、個人網路銀行契約等）；僅在消費者攜回審閱有困難時，並經中央主管機關特別核准者，始例外可以逐條說明或公告方式取代審閱。另外，審閱期間應為無償性，業者倘要求消費者必須先支付定金，始得將契約攜回審閱，與消保法第 11 條之 1 規定有違<sup>103</sup>。該定金本質上應屬契約審閱金，屬於保證金之一種，並非定金。

#### （四）審閱期間之司法規制

1. **審閱期間適用之規制**：審閱期間屬於消保法之規制，而消保法僅適用於消費關係，故僅消費類定型化契約始有消保法審閱期間之適用。
  - (1) 消費類定型化契約：例如以存款為主軸的傳統型金融消費行為所成立之契約，屬之；依消保法規定須給與合理審閱期間。企業經營者倘已給予消費者合理審閱契約之機會，法院判決認定：即無上開顯失公平之情形，自無契約條款無效之問題<sup>104</sup>。
  - (2) 非消費類定型化契約：例如以理財為主軸的投資型金融消費行為所成立之契約，屬之；因非屬消費關係，且民法或金融消保法均未規定須給與合理審閱期間。例如非屬消費類之融資融券契約，固係業者單方預先擬定之定型化契約，但因其內容並無「應予相當之審閱期間之目的乃欲保護交易相對人權益」情形

間，此期間消費者已有足夠之思慮時間，以了解定型化契約之內容，並決定是否行使撤銷權，並不違反消保法規定。

<sup>101</sup> 行政院消保會 93.07.02 消保法字第 0930001698 號函。

<sup>102</sup> 行政院消保會 96.12.19 消保法字第 0960011659 號函、99.07.15 消保法字第 0990006937 號函。另財政部 87.12.18 台財融字第 87398403 號函略以：查消保法施行細則第 11 條審閱期間之規定，其立法目的在於給予消費者足夠之思慮時間，以了解定型化契約的內容，並決定是否簽訂契約。可知本條審閱期間之規定，對於消費者而言，係屬權利之一種，既為權利，法律上又無禁止拋棄之規定，自可由權利人拋棄之。但金融機構應於消費者簽訂定型化契約前，主動告知其有關審閱期間之規定，如有實際需要，可應客戶要求，於契約上加註放棄審閱期間權利等文字，並由客戶簽名蓋章，惟該放棄審閱期間之文字不得以定型化契約條款方式為之。

<sup>103</sup> 曾品傑著「論預售屋買賣契約之審閱期間」，收錄於氏著「財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論（1）」（2007），頁 190 至 193，元照出版公司。

<sup>104</sup> 台灣高等法院高雄分院 89 年度重上字第 135 號判決。

存在，法院判決認定：縱未予相當之審閱期間，對其效力不生影響<sup>105</sup>。

2. 審閱期間履行之規制：主要有形式審閱說及實質審閱說兩種不同見解。筆者認為：由於消保法審閱期間對此並未為明確規定，在理論與實務見解不一所產生之疑義，可依消保法第 11 條第 2 項「應為有利於消費者解釋」之規定，而贊同採形式審閱說為宜。

(1) 形式審閱說：此為一般學說及消費者之見解。認為只要在形式上未有履行審閱期間之程序者，均屬違反審閱期間規定，即有消保法之適用。易言之，必須在形式上完全履行消保法所規定之審閱期間，始可認定完成審閱期間，主要係以消保法理論為基礎。

(2) 實質審閱說：此為法院實務上之多數見解。認為此為保護弱勢消費者所為之規定；惟若消費者於訂約當時對契約條款內容業已明瞭知悉，縱企業經營者未給予相當之審閱期間，對系爭定型化契約之效力亦不生影響<sup>106</sup>，主要係以民法理論為基礎。例如下列三種情形，法院實務上似均採實質審閱說。

A. 消費者事先已有充分瞭解契約內容者：在實質上只須消費者於簽約前已充分瞭解該契約之權利義務關係，即使未給予消費者形式上之審閱期間，法院判決認定：仍完成審閱期間<sup>107</sup>。另企業經營者已於契約條款重要內容下要求消費者簽名，消費者事後始以審閱未達規定期間，主張不構成契約之內容，法院判決認定：其行使權利顯然違反民法第 148 條第 2 項所定誠信原則，應認消費者不得再為此主張<sup>108</sup>。

B. 消費者事先有實際審閱契約機會者：在實質上只須消費者於簽約前有可認其能認識契約權利義務關係之合理審閱期間，即使未給予消費者形式上之審閱期間，法院判決認定：仍完成審閱期間<sup>109</sup>。

C. 業者事先已向消費者說明契約內容者：契約內容已對消費者說明，而契約文字與說明一致者，縱未給予審閱契約內容之時間，法院判決認定：消費者

<sup>105</sup> 台灣台北地方法院 91 年度簡上字第 445 號判決、台灣高等法院台中分院 89 年度重上字第 53 號判決。

<sup>106</sup> 台灣台北地方法院 91 年度簡上字第 445 號判決。另台灣高等法院台中分院 91 年度上更（二）字第 2 號判決（抵押權設定）判決略以：本案受委任之代理人為一專業之土地登記代理人，於系爭抵押權設定前，既已辦過同類設定契約，就抵押權設定契約內容及其他約定事項，早已審閱知曉其內容，其既經消費者概括授權辦理本件借款手續，不得再以雙方訂約未有三十日之合理審閱期間，主張該條款不構成契約之內容。

<sup>107</sup> 台灣台北地方法院 90 年度訴字第 4695 號判決、台灣高等法院 96 年度上易字第 691 號判決、台灣高等法院台中分院 99 年度上易字第 315 號判決、台灣台北地方法院 90 年度簡上字第 229 號判決、台灣台北地方法院 90 年度重訴字第 149 號判決、台灣高等法院台中分院 91 年度上更（二）字第 2 號判決、最高法院 100 年度台上字第 196 號判決。

<sup>108</sup> 台灣高等法院 95 年度上易字第 107 號判決。

<sup>109</sup> 台灣台北地方法院 90 年度簡上字第 144 號判決、台灣基隆地方法院 95 年度基小字第 1967 號判決。

亦應不得主張已對其說明之部分不構成契約內容<sup>110</sup>。

3. **審閱期間違反之規制**：該條款不構成契約內容。例如凡是未給與消費者合理審閱期間者，依消保法第 11 條之 1 第 2 項之規定，就系爭定型化契約書等約定，法院判決認定：消費者得主張對其無效不構成契約內容<sup>111</sup>。不過，該等定型化契約條款中，若為消費者所瞭解之事項，且無違反誠信原則，而對消費者顯失公平者，消費者即難主張該條款無效<sup>112</sup>。
4. **審閱期間拋棄之規制**：消保法雖未就審閱期間規定之性質予以明定，惟依法條文字之敘述方式，有判決明認應屬強制規定<sup>113</sup>。消費者在訂立定型化契約前，依消保法規定可以向業者請求合理審閱契約期間之權利，故本質上應屬一種請求權性質，且為一種消保法規定之特殊請求權，僅因審閱契約之需要而設置，故筆者認為其消滅時效，解釋上不應適用民法消滅時效之規定，而應就個案予以審酌決定。
  - (1)消費者有權拋棄審閱期間：消費者自行拋棄審閱期間有效。消保法審閱期間係屬一種權利，法律雖無禁止拋棄規定，惟可應消費者要求，於契約上加註放棄審閱期間權利等文字，並由消費者簽名蓋章，惟不得以定型化契約條款方式為之，更不得因未告知致消費者無表示意見之機會，即認為放棄權利，法院判決認定：此種拋棄方式有效<sup>114</sup>。因此，綜觀定型化契約簽訂當時之客觀情狀，足見消費者確已知悉定型化契約之內容，則消費者如為節省時間、爭取交易機會或其他因素，而自願放棄契約審閱權，自非法所不許<sup>115</sup>。
  - (2)不得以定型化契約條款方式拋棄：認定無效之拋棄。凡是以定型化契約條款方式拋棄審閱期間者，將使消費者完全失去審閱機會，違反消保法第 12 條所揭櫫之誠實信用與平等互惠等原則，法院判決認定：此種拋棄方式無效<sup>116</sup>。但有法院判決認為並非概屬無效，仍應視具體情況予以審酌<sup>117</sup>。

<sup>110</sup> 台灣高等法院 90 年度上易字第 778 號判決。

<sup>111</sup> 台灣台中地方法院 95 年度訴字第 2794 號判決、台灣板橋地方法院 94 年度訴字第 1472 號判決、最高法院 94 年度台上字第 2201 號判決、台灣嘉義地方法院 93 年度訴字第 433 號判決、台灣高等法院台中分院 97 年度上易字第 315 號判決、台灣士林地方法院 92 年度簡上字第 59 號判決。

<sup>112</sup> 台灣高等法院 100 年度上易字第 1185 號判決。

<sup>113</sup> 台灣高等法院台中分院 89 年度保險上字第 15 號判決。

<sup>114</sup> 台灣士林地方法院 92 年度簡上字第 59 號判決略以：消保法審閱期間之規定，對於消費者而言，係屬權利之一種，法律上雖無禁止拋棄之規定，惟企業經營者應於消費者簽訂定型化契約前，主動告知其有關審閱期間之規定，如有實際需要，可應消費者要求，於契約上加註放棄審閱期間權利等文字，並由消費者簽名蓋章，惟該放棄審閱期間之文字不得以定型化契約條款方式為之，更不得因未告知消費者有審閱期間之規定，致消費者無表示意見之機會，即認為消費者放棄審閱期間之權利，法院判決認定：此種拋棄方式有效。

<sup>115</sup> 台灣高等法院 101 年度上易字第 146 號判決。

<sup>116</sup> 最高法院 98 年度台上字第 168 號判決、台灣台中地方法院 95 年度簡上字第 146 號判決。

<sup>117</sup> 台灣高等法院 100 年度上易字第 727 號判決：...並非定型化契約中有免除或減輕預定契約條款之當事人責任，或使他方當事人拋棄或限制其行使權利之約款，概屬無效，仍應視具體情

5. 審閱方式之規制：為確保契約審閱效果，審閱方式亦應有所規制。原則上審閱須符合法定之方式<sup>118</sup>、審閱亦不得附任何條件（亦即審閱期間應為無償性）<sup>119</sup>，如有違反，法院均認定無效。

## 肆、定型化契約簽約後之規制

法律對於契約公平之控制，一般均規定除須具備成立要件外，並須符合生效要件，契約始具拘束力。因此，定型化契約條款雖已具備前述簽約前規制之成立要件，構成定型化契約之內容，然尚不得謂該約款當然有效，而發生契約之效力。因為消費者僅事前知悉該約款內容而已，仍無事前決定該約款內容之機會，故為保障締約實質正義之實現，國家機關公權力必須介入契約自由之領域，而得對於定型化契約條款進行規制。至所謂契約之效力，係指該契約在法律上之效果而言。簡言之，定型化契約須無法定無效原因，才能發生效力，該法定無效原因即為該契約生效之消極要件<sup>120</sup>，本節擬針對消保法所規定之特別原因加以論述。

定型化契約條款生效要件之認定方式，主要有兩種，即：(1)個案認定原則：定型化契約條款構成定型化契約之內容後，原則上如符合平等互惠原則及誠信原則，且無對消費者顯失公平的情形時，即應承認其效力。(2)綜合判定原則：依消保法第 13 條規定辦理。另外，定型化契約係屬民事法律關係，與刑事法律關係原則無涉<sup>121</sup>，除非另有犯罪故意始能成立<sup>122</sup>。

有關定型化契約條款無效之原因甚多，因篇幅所限，筆者僅就違反法律強制

況予以審酌。

<sup>118</sup> 台灣高等法院 92 年度上易字第 343 號判決略以：上訴人車主無從閱覽委修單上之定型化契約條款；且該等定型化契約條款並未依法向消費者明示或以顯著方式公告其內容，並經消費者同意受其拘束，因未給予消費者合理審閱期間，依消保法第 11 條第 2 項前段規定，上開條款非屬兩造成立之承攬契約之內容，不生拘束上訴人消費者之效力。

<sup>119</sup> 最高法院 97 年度台上字第 256 號判決略以：建築投資業者先收取定金再揭露契約內容，及至購屋人對契約內容有異議，建築投資業者未能接受或甚至堅持依既定內容簽約，否則沒收定金，則該定金之收取不無陷購屋人於弱勢之不利地位，法院判決認定：建築投資業者於銷售預售屋時，如有要求購屋人須給付定金始提供契約書，或收受定金或簽約前，未提供購屋人合理之契約審閱期間者，自屬顯失公平行為。

<sup>120</sup> 同註 5，劉春堂前揭書，頁 122 至 130。就有關立法例觀之，關於一般契約條款效力之審查及調整，除了規定無效條款之審查基本原則外，主要在具體規定無效條款清單（一般稱之為黑名單條款），就一般契約條款之內容為實質的規制。

<sup>121</sup> 台灣台北地方法院 86 年度易字第 7157 號刑事判決略以：被告於刷卡消費後，未依約繳納其應繳金額，情理上縱有不該，惟實難以此情，即逕以擬制或推測被告於主觀上有何為自己或第三人不法所有之意圖，客觀上有何施用詐術為手段，故詐欺罪不成立。

<sup>122</sup> 台灣台北地方法院 88 年度易字第 3172 號刑事判決略以：明知無支付能力及清償信用卡代墊款意願，意圖自己不法之利益，申請信用卡消費，無論在客觀上及持卡人主觀上所欲詐取者，係消費後先由發卡銀行代行清償消費債務之利益，且係基於概括犯意，連續為之，故成立連續以詐術得財產上不法之利益，處有期徒刑陸月。

或禁止規定、違反誠信原則對消費者顯失公平規定、異常條款、牴觸個別磋商條款等四種規制類型，分別論述如后。

## 一、違反法律強制或禁止規定之規制

為確保契約公平，民法第 71 條明定，所有違反法律強制或禁止規定之法律行為，一概無效。

### (一) 違反法律強制或禁止規定之立法規制

此種規定甚多，茲僅以消保法規定作為論述重點。

1. **基本規定**：消保法針對損害賠償契約責任條款，亦有下列強制或禁止之規定。
  - (1)消保法第 10 條之 1：企業經營者產品損害賠償責任之強制規定。
  - (2)消保法第 23 條：廣告媒體經營者連帶賠償責任之強制規定。
2. **認定標準**：依個案事實認定之。
3. **違反無效**：違反該等強制或禁止規定之條款，除依民法第 71 條規定為無效外，並可依消保法第 16 條規定補充其無效之認定及處理方式處理之。

### (二) 違反法律強制或禁止規定之行政規制

例如主管機關金管會以事先審查方式，限制保險公司對於保險契約之除外條款，可以不負保險理賠責任，即其適例。

### (三) 違反法律強制或禁止規定之司法規制

例如最高法院 73 年度第十一次民事庭會議針對「偽照印章不負責任條款」決議揭示：縱令金融機構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（民法第 72 條），應解為無效。

## 二、違反誠信原則對消費者顯失公平規定之規制

以誠信原則及顯失公平，做為審查定型化契約條款效力之基本原則，已成為各國共通之立法例<sup>123</sup>。定型化契約條款無效之主要理論依據：顯失公平。所謂顯失公平，無論是程序上（締約過程）之顯失公平（係屬定型化契約成立要件之規範範圍，消保法以根本否定其存在之方式，來保障消費者權益）或實質上（契約內容）之顯失公平（係屬定型化契約生效要件之規範範圍，消保法以無效認定之方式，來保障消費者權益），均包括在內。

<sup>123</sup> 同註 5，劉春堂前揭書，頁 122 至 130。

### (一) 違反誠信原則對消費者顯失公平規定之立法規制

此種規定甚多，茲僅以消保法規定作為論述重點。

1. **基本規定**：消保法為確保消費公平權益，特別於第 12 條第 1 項明定定型化契約條款應符合誠信公平原則。
2. **認定標準**：以消保法於第 12 條第 2 項明定誠信公平原則作為認定標準。
3. **違反無效**：消保法除於第 12 條第 1 項明定違反誠信公平原則無效外，消保法並於第 16 條規定其無效之認定及處理方式，俾資處理依據。

### (二) 違反誠信原則對消費者顯失公平規定之行政規制

金管會除在通案上針對銀行等契約實施事前審核機制外，並可針對個案問題擬具措施或解釋予以規制。當然亦可依消保法第 17 條第 3 項規定，實施簽約後個案查核，該「查核權」在解釋上應包括主管機關對企業經營者使用之定型化契約條款效力之認定<sup>124</sup>。例如對於信用卡循環利率定型化契約中之條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，宜由法院視具體個案作最終判斷<sup>125</sup>。金管會另擬訂「信用卡帳單未滿千元，不得收違約金」措施，來保障消費者<sup>126</sup>。

#### 1. 認定未違反誠信公平原則之解釋：

- (1) 屬於個別磋商之條款有效：例如「提前還款違約金條款」，此種違約金條款若由契約當事人個別約定，尚難認有違反消保法之規定<sup>127</sup>。
- (2) 對消費者並無不利之條款有效：例如銀行在定型化契約中明列毋須先就擔保品受償，得逕向保證人求償之條款，並不違反消保法中定型化契約條款之規定<sup>128</sup>。另外，對於「存款帳戶起息標準條款」，金管會以帳戶管理也需成本而予認可<sup>129</sup>，惟筆者認為：起息門檻宜以 5000 元為上限。

#### 2. 認定違反誠信公平原則之解釋：例如信用卡契約附卡連帶責任條款，因使消費者負擔非其所能控制危險之條款，違反誠信公平原則，無效<sup>130</sup>，筆者亦贊同之<sup>131</sup>。

<sup>124</sup> 行政院(消保處)103.08.18 院臺消保字第 1030048422 號函。

<sup>125</sup> 行政院消保會 98.08.21 消保法字第 0980007121 號函略以：信用卡循環利率定型化契約中之條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，宜由法院視具體個案，依上開相關規定並斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事依法作最終判斷。

<sup>126</sup> 2011.01.05【卡優新聞網電子報】。「信用卡帳單未滿千元 三月起不得收違約金」。

<sup>127</sup> 行政院消保會 88.08.25 台 88 消保法字第 01065 號函略以：銀行貸款契約書中有關借款人不得提前還款，否則應付違約金之約定，不得以定型化契約為之，但基於平等互惠及誠信原則，此種違約金條款若由契約當事人個別約定，尚難認有違反消保法之規定。

<sup>128</sup> 行政院消保會 88.07.03 台 88 消保法字第 00834 號函。

<sup>129</sup> 2012.07.17【自由時報電子報】。「金管會：帳戶管理也需成本」。銀行局長桂先農指出，多個國家的金融機構有存款帳戶起息標準規定，只是門檻不同，主因是帳戶管理有一定的成本費用支出；台灣各銀行依自己策略訂定起息點，銀行公會網站上有很清楚的資訊揭露。

<sup>130</sup> 行政院消保會 95.02.27 消保法字第 0950001750 號函、93.04.12 消保法字第 0930000890 號函。

<sup>131</sup> 同註 81，黃明陽著「消費贏家—消費者保護法入門（修訂二版）」，頁 171 至 174。

### (三) 違反誠信原則對消費者顯失公平規定之司法規制

基於契約自由原則，法院對當事人意思合致之契約內容原則上即應予尊重，除非該約款對消費者「顯」失公平、消費者負擔「顯」不相當、「顯」有不利於消費者等，消保法始規定為無效<sup>132</sup>。因此，不得僅因違反審閱期間規定，即可主張該條款無效<sup>133</sup>。

**1. 消保法第 12 條第 2 項第 1 款「違反平等互惠原則者」之司法規制：**定型化契約是否符合平等互惠原則，應依一般社會的「良知」標準來判斷<sup>134</sup>；其意義尚待他日補充<sup>135</sup>。目前對於是否違反平等互惠原則，則係以消保法施行細則第 14 條（下稱細則第 14 條）各款作為認定標準。

- (1) 細則第 14 條第 1 款：例如附卡持卡人應負連帶責任<sup>136</sup>、信用卡或現金卡利率(過高)<sup>137</sup>、消費者股票遭盜賣銀行不負責<sup>138</sup>等條款，法院判決認定：當事人間之給付與對待給付顯不相當而違反平等互惠原則，應屬無效。
- (2) 細則第 14 條第 2 款：例如附卡持卡人應負連帶責任<sup>139</sup>、信用卡失卡 24 小時零風險<sup>140</sup>、存款印章被盜用自負責任<sup>141</sup>等條款，法院判決認定：此種加重消費者之責任，負擔非其所得控制之高風險，違反平等互惠原則，應屬無效。
- (3) 細則第 14 條第 3 款：例如信用卡違約金額過高條款，法院判決認定：此種違約金條款明顯偏高，違反平等互惠原則，應屬無效<sup>142</sup>。另外，法院對於靈骨塔契約違約金<sup>143</sup>、婚宴契約違約金<sup>144</sup>過高時均予酌減，可為佐證。
- (4) 細則第 14 條第 4 款：例如保證人之「絕不中途退保條款」<sup>145</sup>，「信用卡利率

<sup>132</sup> 台灣高等法院 99 年度上易字第 964 號判決。

<sup>133</sup> 台灣高等法院 100 年度上易字第 1185 號判決。

<sup>134</sup> 同註 9，范建得前揭書，頁 200。

<sup>135</sup> 朱柏松著「消費者保護法之成立、構成及若干問題之提起」，收錄於氏著「消費者保護法論」（1998），頁 18 至 21，翰蘆圖書出版公司。惟平等互惠其意義為何，因未為現行法律體系所規定，同時亦欠缺學說闡明與實例之論斷。故尚待他日補充。

<sup>136</sup> 台灣高雄地方法院 92 年度訴字第 409 號判決。

<sup>137</sup> 台灣新竹地方法院 95 年度竹小字第 598 號判決、96 年度竹小字第 367 號判決。

<sup>138</sup> 台灣高等法院 96 年度上易字第 461 號判決。

<sup>139</sup> 台灣台北地方法院 84 年度訴字第 1168 號判決、96 年度簡上字第 635 號判決、台灣新竹地方法院 96 年度訴字第 266 號判決、台灣台南地方法院 94 年度簡上字第 37 號判決、台灣高雄地方法院 92 年度訴字第 409 號判決。

<sup>140</sup> 台灣台中地方法院豐原簡易庭 88 年度豐小字第 53 號判決、台灣台北地方法院 87 年度簡上字第 645 號判決、台灣台中地方法院 87 年度中簡字第 3111 號判決、台灣台北地方法院 86 年度簡上字第 261 號判決。

<sup>141</sup> 最高法院 91 年度台簡上字第 36 號判決。

<sup>142</sup> 台灣台中地方法院 96 年度訴字第 278 號判決、台灣台北地方法院 91 年度簡上字第 524 號判決。

<sup>143</sup> 台灣台北地方法院 102 年度訴字第 1418 號判決

<sup>144</sup> 台灣台北地方法院 102 年度簡上字第 451 號判決

<sup>145</sup> 台灣高等法院台中分院 83 年度上字第 576 號判決。

機動調整條款」<sup>146</sup>等條款，法院判決認定：此種條款違反平等互惠原則，應屬無效。

2. 消保法第 12 條第 2 項第 2 款「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」之司法規制：因已超過立法者容許以特別約定加以排除之範圍，無效<sup>147</sup>。例如董監應負最高限額無期限連帶保證契約中有關保證約定條款部分，排除及不加適用對被告有利之民法及其他法律「任意規定」，因與保證之立法意旨顯相矛盾，同時復對保證人不公平，法院判決認定：自應認為無效<sup>148</sup>。
3. 消保法第 12 條第 2 項第 3 款「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」之司法規制：因違反當初約定之精神，無效<sup>149</sup>。例如信用卡保證書第二條中關於「保證人聲明自願拋棄民法債編第二十四節有關保證人規定之一切權利」之約定，法院判決認定：此條款自屬顯失公平而無效<sup>150</sup>。此種限制保證人抗辯權之行使，而致保證契約之目的難以達成，屬之<sup>151</sup>。
4. 認定符合誠信公平原則之條款：例如信用卡預借現金不適用信用卡約款第 17 條第 4 項本文之條款<sup>152</sup>，壽險保單應記載要保人住所變更須通知保險人條款<sup>153</sup>，均經法院判決認定：有效。

<sup>146</sup> 台灣新竹地方法院 95 年度簡上字第 72 號判決略以：本件信用卡約定條款關於循環利息利率之調整，已違反平等互惠原則，其片面修正信用卡約定條款，將使被上訴人僅能消極地同意並接受，否則即需忍受解除信用卡契約之不利利益，對於被上訴人已有顯失公平之情形，而違反衡平原則，是該新修正之信用卡約定條款自屬無效，就本件信用卡循環信用利息之利率及違約金之收取，仍應適用締約時約定條款之約定。

<sup>147</sup> 同註 5，劉春堂前揭書，頁 129。

<sup>148</sup> 台灣台北地方法院 87 年度重訴字第 1223 號判決。

<sup>149</sup> 同註 70，姚志明著「消保法第 12 條定型化契約條款之解析」，頁 167 至 168。

<sup>150</sup> 台灣台北地方法院 91 年度簡上字第 524 號判決略以：系爭信用卡保證書第二條中關於「保證人聲明自願拋棄民法債編第二十四節有關保證人規定之一切權利」之約定，顯然不利於保證人，是依前揭規定，此條款自屬顯失公平而無效。。

<sup>151</sup> 同註 94，詹森林著「民事法理與判決研究(三)」，頁 72 至 73。在保證契約，保證人於主債務人不履行義務時，應代負履行責任，固為契約之目的；惟主債務人就該債務之發生原因有撤銷權，並據而撤銷時，主債務即為消滅，保證債務亦因此隨同消滅。故債權人所定：「主債務雖經撤銷，保證人仍應負保證責任」之約款，亦為限制保證人抗辯權之行使，而致保證契約之目的難以達成，故其約款應推定為顯失公平。

<sup>152</sup> 台灣台北地方法院 92 年度簡上字第 360 號判決略以：本件利用自動化設備以密碼預借現金既依約視同本人所為，在風險分擔上即屬信用卡遺失遭竊之例外狀況，依前揭規定應由上訴人自行全數負擔，而不再適用系爭信用卡約款第 17 條第 4 項本文，亦即財政部信用卡定型化契約關於「持卡人於辦理掛失手續前被冒用風險分擔，以自負額三千元為上限」之規定，事屬當然。

<sup>153</sup> 台灣高等法院 94 年度保險上字第 31 號判決略以：查保險人之住所係依法登記並公告於社會大眾，要保人得輕易獲知保險人現時住所；反之，要保人住所則具私密性，其變更非保險人得獲悉。在此情況下，綜觀契約性質、締約目的及交易習慣等情事，系爭保險單條款第 20 條之約定並未使要保人居於不平等地位，亦未違反誠信原則或對消費者有顯失公平之處。

### 三、異常條款之規制

所謂異常條款，係指該定型化契約條款，不管該條款是否載入於契約與否，只要是消費者不易知悉或不易辨識或不能預見者，均屬之。所謂不構成契約內容，係指該條款視同無記載。簡言之，凡是消費者依正常情形不易知悉、辨識或不能預見之條款，即屬異常條款。因此，如果定型化契約條款之約定超過通常消費者的知識程度、社會經驗，以及其原來所瞭解的範圍，致有欺騙消費者之情形，或該條款內容極為突兀，非屬一般人預期之範圍內，即應歸為「異常條款」<sup>154</sup>。

#### （一）異常條款之立法規制

**1. 本規定：**消保法為確保消費公平權益，特別於第 13 條規定定型化契約條款應以明示方式為之外，並於第 14 條規定該條款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。尚可分類如次。

(1)形式異常條款：主要係於消保法第 13 條規定定型化契約條款應以明示方式為之，否則即視為形式異常條款。

(2)實質異常條款：主要係於消保法第 14 條規定，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，即為實質異常條款，一般以突襲性條款稱之。例如附卡人應對正卡債務負連帶責任條款，即屬之<sup>155</sup>。

**2. 標準：**應以個案依下列原則認定之。

(1)形式異常條款：以有無明示作為認定標準。凡是業者未向消費者明示之條款，屬之。

(2)實質異常條款：以有無異常作為認定標準。凡是消費者在正常情形下顯非其所得預見之條款，屬之。並依消保法施行細則第 12 條規定作為認定標準。至於使用簡體字之中文可否視為異常條款，筆者認為：應視個案而定，由於台灣地區屬於繁體字中文環境，如該字體與繁體字之中文差異過大，非一般人所能辨識者，即應視為異常條款。另外，保證契約載明為最高限額保證，範圍又依約款載明「及於限額外之利息，損害賠償及違約金」，該約款亦非保證人所得見，而為異常條款<sup>156</sup>。

**3. 違反不構成契約內容：**消保法並於第 16 條規定所有的異常條款，依消保法第 14 條規定，除法令另有規定外，不構成契約之內容。

#### （二）異常條款之行政規制

為有效避免異常條款可能衍生之爭議，行政主管機關應落實契約資訊公開透

<sup>154</sup> 同註 6，詹森林等著「認識消費者保護法」，頁 90 至 91。

<sup>155</sup> 同註 81，黃明陽著「消費贏家—消費者保護法入門（修訂二版）」，頁 171 至 174。

<sup>156</sup> 同註 64，楊淑文前揭書，頁 216 至 218。

明化措施，例如金管會等中央主管機關於依消保法第 17 條規定公告契約應記載及不得記載事項中，明定各該契約之審閱期間等，並研訂行政管制配套措施（如牌告程序等），最為有效。

### （三）異常條款之司法規制

1. **形式異常條款之規制**：例如銀行在信用卡利率機動調整條款案中，未能舉證證明該信用卡約定條款變更之通知，已確為被上訴人所知悉且明瞭，復未於締約當時約定上訴人嗣後得機動調整循環利息之利率及變更違約金之收取方式，且變更後就循環利息之利率及違約金之收取，亦未於帳單上為明顯之標示，法院判決確定：其主張被上訴人於變更約定條款後仍有臨櫃繳款，顯已同意適用修正後之信用卡約定條款，無足憑採<sup>157</sup>。
2. **實質異常條款之規制**：例如「附卡持卡人應負連帶責任」條款，發卡銀行將信用卡契約結合保證或連帶清償條款，顯然在消費者預期之外<sup>158</sup>、因該文字與其他各款文字均為黑色之細小字體，並未另以特殊字體或鮮明顏色予以顯示，客觀上並不足以促使消費者閱讀或辨識該條款存在，揆諸前揭消保法施行細則第 12 條法文意旨，該連帶責任之約定條款自不構成契約之內容<sup>159</sup>。此條款在實務上之三階段發展過程分別為：所有附卡持卡人均應負連帶清償責任、部分附卡持卡人無須負連帶清償責任、所有附卡持卡人均應不負任何責任<sup>160</sup>。

## 四、牴觸個別磋商條款之規制

凡是契約內含有定型化契約條款者，即為定型化契約。因此，定型化契約內可能除了定型化契約條款之外，尚有個別磋商條款存在<sup>161</sup>。如果定型化契約條款與個別磋商條款發生牴觸，不知應適用何種條款發生疑義時，原則上因個別磋商條款對消費者較為有利，故應以個別磋商條款優先適用為宜。

### （一）牴觸個別磋商條款之立法規制

1. **基本規定**：消保法第 15 條，明定定型化契約條款不得牴觸個別商條款。
2. **認定標準**：以各該條款之定義作為認定標準。

(1)個別磋商條款之認定標準：依消保法第 2 條第 8 款規定，凡是消費者有權修 改

<sup>157</sup> 台灣新竹地方法院 95 年度簡上字第 72 號判決。

<sup>158</sup> 台灣台北地方法院 92 年度簡上字第 599 號判決。

<sup>159</sup> 台灣台南地方法院 95 年度訴字第 1821 號判決、台灣板橋地方法院 95 年度簡上字第 90 號判決、台灣台北地方法院 92 年度簡上字第 599 號判決。

<sup>160</sup> 詹森林著「台灣金融消費者權益之保護」，收錄於氏著「民事法理與判決研究（七）—消費者保護法專論（3）」（2013），頁 138 至 141，元照出版有限公司。

<sup>161</sup> 劉宗榮著「新保險法」（2007），頁 51 至 52，三民書局。保險契約的組成—多由定型化契約條款與個別商議契約條款組成。

之契約條款，屬之。

(2)定型化契約條款之認定標準：依消保法第 2 條第 7 款規定，凡是消費者無權修改之契約條款，屬之。

3. 牴觸之定型化契約條款無效：依消保法第 15 條規定，定型化契約條款不得牴觸個別磋商條款，否則其牴觸部分無效，而應適用個別磋商條款規定。例如最高限額保證範圍及於範圍外之利息、違約金之約款爭議問題，該約款與個別磋商條款（就特定債務為保證）牴觸，不生效力<sup>162</sup>。

## (二) 牴觸個別磋商條款之行政規制

兩種條款發生牴觸時，行政機關認為：原則上個別磋商條款較定型化契約條款對消費者較為有利，依消保法第 11 條第 2 項應為有利於消費者之解釋規定，故應以消保法第 15 條規定個別磋商條款為優先適用為原則。惟中央主管機關依消保法第 17 條授權公告之內容，如較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，而為消費者於為該約定時所不知者，自仍應以中央主管機關所公告之內容，為雙方權利義務之依據，始足以保障消費者之權益<sup>163</sup>。有法院判決亦支持此一見解<sup>164</sup>；惟筆者則認為：消保法第 17 條授權公告內容為實質意義之法規命令，如有定型化契約條款或個別磋商條款違反該公告事項者，可逕依係違反法規強制禁止規定，來認定其無效，並無消保法第 15 條適用之餘地。

## (三) 牴觸個別磋商條款之司法規制

例如銀行貸款案中，兩造既合意總年息為百分之八點八四（個別磋商合意條款），是借貸契約第三條第三款關於利息之記載（定型化契約條款）超過上開數額部分，原告請求確認該超過之部分無效，法院判決認定：為有理由<sup>165</sup>。

<sup>162</sup> 同註 64，楊淑文前揭書，頁 216 至 218。最高限額保證範圍及於範圍外之利息、違約金之約款爭議問題，實務上似未論及消保法第 14 條，第 15 條所定「異常條款不構成契約內容」、「個別商議條款具優先效力」等相關規定。實則保證人如係就特定債務為擔保，則定型化約款載明「保證範圍及於將來發生一定限額內之主債務」，該約款屬異常條款，顯非保證人依正常情形所得預見。且該約款與個別商議約定（就特定債務為保證）牴觸，不生效力。

<sup>163</sup> 行政院消保會 99.03.04 消保法字第 0990001518 號函、行政院(消保處)103.09.26 院臺消保字第 1030056569 號函。

<sup>164</sup> 最高行政法院 100 年度判字第 1791 號民事判決略以：消保法第 15 條雖規定定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效，應僅於雙方經實質磋商個別磋商條款較有利於消費者時，始有適用。

<sup>165</sup> 台灣高等法院 90 年度上易字第 778 號判決略以：兩造於原告借貸時利息既合意以銀行之基本放款利率加碼年利率百分之一點一九計算，即總年息為百分之八點八四，是借貸契約第三條第三款關於利息之記載超過上開數額部分，顯已逾兩造合致之意思，原告請求確認該超過之部分無效，為有理由。

## 伍、檢討與建議

基於定型化契約問題影響消費公平甚鉅，筆者建議應針對現行消保法有關定型化契約規定及實務見解，從立法規制、司法規制、行政規制等三個層面予以檢討與改進，俾期有效保障消費公平權益。

### 一、消保法定型化契約之立法規制方面

#### (一) 建議我國應另訂定型化契約專法

##### 1. 建議另訂專法：

- (1) 另訂專法有其必要性：定型化契約規定為確保消費公平的最重要機制，惟我國為期保障購買產品的消費公平權益，並未如同德國（一般條款規制法，已併入民法）、日本（消費者契約法）、韓國（約款規制法）等國家另行訂定專法，而是逕行納入消保法第 2 章第 2 節「定型化契約」予以規範，因此應受消保法保障消費者權益之目的性限制，即該定型化契約須以符合消費關係為前提，始有消保法定型化契約規定之適用；另外，並於民法第 247 條之 1 增訂附合契約，作為非消費關係定型化契約之適用法據，由於其規定甚為簡略，無法因應所有非消費關係之定型化契約問題。因此，對於定型化契約問題之通盤解決之道，有學者<sup>166</sup>參考德國立法例曾建議在民法增訂條文，以及行政院消保會亦曾參考德國立法例增訂相關條文，惟筆者認為似宜將其另訂為專法，除了可以直接適用所有定型化契約的法律關係，有效避免適用上的爭議外，並可以提供有系統且屬全面無縫的保障，反較可行。
- (2) 並無仿效民法債編立法之必要性：消保法為民法之特別法，消保法並無全部排除民法之適用，而係將民法不利於消費者之條文修訂於消保法，消保法未規定部分，仍可援引民法之規定適用；除非民法仍有不利於消費者之規定，而消保法亦未修正規定者，方有再檢討增訂於消保法之必要。另外，社會各行各業種類繁多，民法亦無法全部涵蓋，消保法針對各行業之特性，依消保法第 17 條之規定，授權行政主管機關公告「定型化契約應記載或不得記載事項」，具有法規命令之效力，屬於一種行政立法，並已為社會各界所接受；事實上定型化契約的條文已具有民法債編總論的內容，而針對個別行業所公告的定型化契約應記載或不得記載事項，又具有民法債編各論的實質內容，消保法現行有關定型化契約的規定，比民法債編規定條文的內容更為具體而豐富，相較於立法或修法之緩不濟急，可對消費者提供更大的幫助與保障。因此，筆者認為消保法

<sup>166</sup> 同註 62。劉宗榮著「定型化契約論文專輯」，頁 158 以下。即為此提出修正草案，包括定義、訂入契約、異常條款、抽象相對無效條款、具體相對無效條款、絕對無效條款、免於規制之條款、評價因素、解釋原則及行政規制等，共十一條條文。

並無仿效民法債編立法之必要性。

2. **建議另訂專法前應有過渡權宜措施**：在定型化契約專法完成立法程序前之過渡階段，筆者建議應以消保法有關定型化契約規定作為法理，而補充適用於所有的非消費關係的契約公平問題。

## (二) 建議統一定型化契約名詞

凡以定型化契約條款作為契約之全部或一部內容，因而所訂立之契約，均屬於定型化契約，惟世界各國有稱之為附合契約、標準契約等，名詞並未統一。尤其是我國消保法第 2 條第 9 款雖定名為「定型化契約」，但我國民法第 247 條之 1 則使用「附合契約」，形成一國兩制，亟宜統一。筆者因為它的內容是被企業經營者單方面所決定（定型化），又大量照此內容印製（標準化），消費者對此內容又無選擇餘地只能附合（附合化），且消保法亦以此名之，故宜統一以定型化契約為名，以杜爭議。

## 二、消保法定型化契約之行政規制方面

筆者認為在實務上應強化消保法定型化契約之行政規制措施，包括落實發揮行政監督功能及建立強制履約保證機制，因已另行專文論述提出評析意見及其他修正意見<sup>167</sup>，故予從略，惟仍可供現行立法規制上之修法參考。

## 三、消保法定型化契約之司法規制方面

### (一) 建議法院判決時應依消保法之立法目的作為最高考量標準

1. **建議法院判決時勿以民法觀念來解讀消保法**：司法規制為消費公平的最後防線，雖然消保法與民法均屬民事責任立法，且消保法與民法均對定型化契約有所規定，二者在形式上並無太大不同，但在實質上仍有甚大差異。主要係因為民法之規定，原則上係以契約至上理論為基礎，並未特別照顧弱勢消費者；而消保法為加強照顧弱勢消費者所採之特別措施規定，自有其一定之特別目的，甚多超越民法現有理論之限制，惟消保法規定之效力，常為以民法基礎理論為主之法院實務所質疑甚或予以否定，如前述最高限額保證範圍及於範圍外之利息、違約金之約款爭議問題，法院實務上似未論及消保法第 14 條，第 15 條規定可為例證<sup>168</sup>，致弱勢消費者權益仍無法獲得有效保障。因此，不宜以民法的理論來解讀消保法，建議法院在引用消保法判決時，應特別注意，否則將與消保法之立法目的有違。

<sup>167</sup> 有關定型化契約行政規制之有關論述，請參閱黃明陽著「消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心」，刊於「消費者保護研究【第十九輯】」（2014），頁 167 以下，行政院消保會編印。

<sup>168</sup> 同註 64，楊淑文前揭書，頁 216 至 218。

2. **建議及早建立定型化契約判決司法個案通例**：法院對定型化契約判決僅抽象說明違反消保法第 12 條誠信公平原則規定，並未具體說明違反第 12 條何一款規定，無法形成司法個案通例，甚為可惜。筆者認為：根本解決之道，建議消保法應增列誠信公平原則之個案認定原則，已見前述；但在消保法未修正之前，建議法院及早建立定型化契約判決司法個案通例，以為因應。

## (二) 建議法院有關定型化契約判決之見解應予統一

1. **建議重行檢討定型化契約不適用消保法規定之判決**：目前對於醫療行為、保證契約、投資目的內之金融行為、婚姻媒合契約等是否適用消保法，在實務上仍有不同見解存在，已見前述，由於事關消費公平權益至鉅，亟宜再加檢討並予以統一見解。
2. **建議契約審閱期間宜採形式審閱說**：契約審閱期間在法院實務上有形式審閱說及實質審閱說二種判決。其中實質審閱說固然有其道理，惟其結果似對消費者不利，故筆者認為：契約審閱期間應一律採用形式審閱說。因此，即使業者已給與消費者簽約後一定期限可以解除契約之猶豫期間，不能因此而認定無須再給與消費者簽約前之審閱期間<sup>169</sup>，因為二者之立法目的不同，並不相互排斥，二者同時存在，可以提供消費者更大的保障。
3. **建議損害賠償有關懲罰性賠償金之判決見解應予統一**：有關法院對懲罰性賠償金判決不一致問題，筆者建議行政院應與司法院進行院際協商求其統一並予落實外，其內容至少包括消保法懲罰性賠償金規定，原則上應包括非財產上損失在內；另外懲罰性賠償金（依消保法最新規定）倍數判決亦宜訂定一定細目標準：在故意方面，可區別為惡意（5 倍）、一般故意（3 至 4 倍）而有不同之裁罰標準；在過失方面，則區分為重大過失（3 倍）、具體過失（1 至 2 倍）、抽象過失（0 至 1 倍），以期公平，並杜爭議。

<sup>169</sup> 台灣高等法院台中分院 89 年度保險上字第 15 號判決略以：本案上訴人消費者自收受主契約及副契約等保險條款時起，至收到保險單之翌日起 10 日止，前後共計 44 日，已超過 30 日之審閱期間，此期間消費者已有足夠之思慮時間，以了解定型化契約之內容，並決定是否行使撤銷權，而審閱期間之規定，對於消費者而言，係屬權利之一種，即上訴人得不行使撤銷權，使所訂之契約繼續有效，亦得行使契約撤銷權，使契約自始無效，其效力與決定是否簽訂契約相同（並不違反消保法規定），是上訴人之上開主張應無理由。

## 參考文獻

- 王澤鑑（1988），《民法實例研習叢書（第三冊）—債編總論第一卷》，三民書局有限公司。
- 朱柏松（1998），「消費者保護法之成立、構成及若干問題之提起」，《消費者保護法論》，翰蘆圖書出版有限公司。
- 杜怡靜（2004），「日本消費者契約法對我國消保法之啟示與影響」，《消費者保護法制論文集》，行政院消費者保護委員會。
- 林繼恆（2012），《金融消費者保護法之理論與實務》，台灣法學出版股份有限公司。
- 邱聰智（2003），「新訂民法債篇通則（上）」，輔仁大學法學叢書編輯委員會。
- 范建得（1994），《消費者向前行—談消費者保護的內涵》，漢興書局有限公司。
- 姚志明（2011），「消保法第 12 條定型化契約條款之解析」，《兩岸消費者保護學術研討會》，輔仁大學法律學院。
- 曾品傑（2003），「論消費者之概念—最高法院相關判決評釋」，《台灣本土法學雜誌》第 49 期。
- 曾品傑（2007），「論預售屋買賣契約之審閱期間」，《財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論（1）》，元照出版有限公司。
- 焦仁和（1995），「聯合國消費者保護指南」，《消費者保護研究【第一輯】》，行政院消費者保護委員會。
- 彭心儀、周以蓮（2004），「美國契約法下之消費者保護問題初探：以『不實表示法理』與『非良心法理』為主軸」，《消費者保護法制論文集》，行政院消費者保護委員會。
- 陳汝吟（2010）主持「兩岸及先進國家消費者保護制度之比較研究」結案報告，行政院研究發展考核委員會補助、行政院消費者保護委員會委託辦理。
- 黃立（1999），《民法債篇總論》。
- 黃立（2004），「違反審閱期間的法律效力」，《消費者保護法制論文集》，行政院消費者保護委員會。
- 黃明陽（2005），「消費關係與醫療行為之探討」，《消費者保護研究【第十一輯】》，行政院消費者保護委員會。
- 黃明陽（2011），「金融消費者保護法 Vs. 消費者保護法」，《消費者保護研究【第十七輯】》，行政院消費者保護委員會。
- 黃明陽（2013），「消保法有關銀行等定型化契約基本原則之規制實務」，《臺灣銀行--臺灣經濟金融月刊》第四十九卷第十二期，臺灣銀行經濟研究處。
- 黃明陽（2013），《消費贏家—消費者保護法入門（修訂二版）》，台灣商務印書

館股份有限公司。

黃明陽（2014），「消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心」，《消費者保護研究【第十九輯】》，行政院消費者保護委員會。

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評析」，《新型契約與消費者保護法》，元照出版有限公司。

詹森林（2001），《民事法理與判決研究》，翰蘆圖書出版有限公司。

詹森林（2003），「定型化契約之基本問題」，《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論》，元照出版有限公司。

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）—消費者保護法專論（2）》，元照出版有限公司。

詹森林（2013），「消費者保護法服務責任之實務問題—最高法院九十六年度台上字第六五六號判決及九十九年度台上字第九三三號裁定之評析」，《民事法理與判決研究（七）—消費者保護法專論（3）》，元照出版有限公司。

詹森林、馮震宇、林明珠（2005），《認識消費者保護法》，行政院消費者保護委員會。

劉宗榮（1975），「定型化契約條款之研究」，《台大法學論叢》第 4 卷第 2 期。

劉宗榮（1988），《定型化契約論文專輯》，三民書局有限公司。

劉宗榮（2007），《新保險法》，三民書局有限公司。

劉春堂（2001），《民法債篇通則（一）契約法總論》，三民書局有限公司。

劉春堂（2014），「消費者法之發展」，《消保法 20 年學術研討會》，輔仁大學法律學院。

《銀行定型化契約之研究—授信及催收有關契約》（1995），金融人員研究訓練中心。

《消費者保護法專案研究實錄》（1995 年 11 月至 1997 年 2 月），行政院消費者保護委員會。

《定型化契約範本暨其應記載及不得記載事項彙編》（2014），行政院消費者保護委員會（現改為行政院消保處）。

《消費者保護法判決函釋彙編【一】至【十五】輯》（1998 至 2014），共十五冊，行政院消費者保護委員會（現改為行政院消保處）。