

# 定型化契約之概念與法律效果暨 實務見解分析

尤重道\*

## 壹、緒說

- 一、契約自由之原則
- 二、定型化契約之特色與功能
- 三、私法自治與契約的管制

## 貳、定型化契約之概念

- 一、定型化契約係當事人之一方預先擬定交易條款所訂定之契約
- 二、消保法上的定型化契約為消費性定型化契約
- 三、定型化契約條款與異常條款

(一) 定型化契約條款

(二) 異常條款

## 參、定型化契約審閱期間與主管機關公告之事項

- 一、定型化契約之審閱期間
  - (一) 審閱之合理期間
  - (二) 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

## 二、未予合理審閱期間之法律效果

(一) 定型化契約條款不構成契約之內容

(二) 個別商議條款不得主張合理審閱權

## 三、中央主管機關得選擇特定行業公告應記載或不得記載之事項

(一) 公告之性質

1. 一般處分說

2. 行政規則說

3. 法規命令說

(二) 公告須踐行有關手續

1. 未踐行預告程序之效力

2. 未刊登政府公報或新聞紙之效力

(三) 公告之拘束力與違反公告之法律效果

1. 公告事項未經記載於定型化契約者仍構成契約之

\* 國立中正大學法律學研究所碩士，現職雲林縣政府法制科長

內容	判斷
2. 定型化契約條款違反公告事項無效	1. 違反平等互惠原則
四、契約範本之發布僅具教育與示範作用	2. 違反任意規定之立法意旨
肆、定型化契約的法律適用	3. 妨礙契約目的之達成
一、民法的適用	(三) 契約條款無效之判斷
二、消費者保護法的適用	三、民法第二四七條之一與消保法之適用原則
三、消費性定型化契約與非消費性定型化契約之區分與法律適用	四、民法上定型化契約無效條款之判斷
(一) 消費性定型化契約	(一) 免除或減輕預定契約條款之當事人之責任
(二) 非消費性定型化契約	(二) 加重他方當事人之責任
(三) 民法上定型化契約與消保法的適用關係	(三) 使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利
伍、定型化契約之效力	(四) 其他於他方當事人有重大不利益
一、消費性定型化契約平等互惠為基本原則	陸、結語
二、消費性定型化契約違反誠信原則之效力	
(一) 誠信原則之概念	
(二) 契約條款推定無效之	

## 摘要

契約自由原則對於自由經濟活動及資本主義的發展具有貢獻，但隨著定型化契約的風行，契約自由被濫用，成為強者欺壓弱者的工具，因而國家法逐漸對於定型化契約予以管制，以保護弱勢的消費者。為保障消費者權益，規制企業經營者之責任，乃於消保法內特闢專節就定型化契約之原則、審閱期、明示方法及查

核等訂定了許多保護消費者之相關規定，以保障居於劣勢之消費者，提昇國民消費生活的品質。

定型化契約有別於傳統上以個別磋商的契約訂定方式，其不變性可使契約多次使用，降低交易成本，於現今大量交易的社會，更顯示了定型化契約的重要性，然而，定型化契約很可能因契約利用人與相對人的理解不同而發生爭議。一般所謂定型化契約，係指由契約一方當事人預先擬定交易條款的契約，但消保法所稱的定型化契約，則限定一方當事人為企業經營者，而締約相對人則限定於消費者。消保法第 2 條第 9 款規定：「定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。」依上開規定的定型化契約適用範圍，較一般所稱的定型化契約狹窄。

定型化契約之審閱期間規定，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。企業經營者與消費者訂定定型化契約前，應有「30 日以內」之合理期間，供消費者審閱全部條款內容，然非必為 30 日。中央主管機關依消保法第 17 條規定，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，該項公告係屬「實質意義之法規命令」，攸關人民之權利義務，其與一般法規命令相同，需踐行預告程序、送立法院查照及刊登行政院公報。惟主管機關所為契約範本之發布，則僅具教育與示範作用。

民法第 247 條之 1 是原則性規定，故原則上得對於所有私法契約皆有其適用。然因我國已制定消保法，規範有關消費關係所生之定型化契約，且消保法為民法之特別法，依特別法優先於普通法適用原則，本條之適用範圍遂遭到限縮。由於交易實務上，利用定型化契約而締約者，多係用於消費者與企業經營者之交易。是故，消保法所規範者，實已涵蓋定型化契約所存在之多數領域，而其他領域之定型化契約，則相對較為少見。定型化契約涉及私權，有關定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平問題，應由司法機關視具體個案，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。

## 壹、緒說

### 一、契約自由之原則

依據「契約自由原則」，個人可以依據其自由意思，決定是否締結契約，與何人締結契約，以及締結何種內容的契約。只要契約內容不違反法律強制

規定、公共秩序或善良風俗，國家法即承認當事人訂定的契約為有效的約定。在契約自由原則與契約嚴守原則下，任何人簽訂契約後，均受契約條款之拘束，而不得任意毀約，否則即需負擔損害賠償責任。

契約自由原則，對於保障個人社會生活的活動自由，以及資本主義的經濟發展具有貢獻。惟契約自由原則固然可以保障個人自由與尊嚴，但在資本主義極度興盛、企業化經濟體成為經濟活動主力後，契約自由原則成為經濟上強者欺壓弱者的工具<sup>1</sup>。由於人類消費水準的提昇及消費者保護意識的抬頭，經由消費者保護運動的推波助瀾，在各項權利保護上，也由個人本位移轉到社會本位，以前的極端注重個人權利的維護，也因而轉向社會利益為重心，權利絕對的觀念，變遷為權利相對的結果，契約自由的觀念也演進為契約不能太過自由，否則會流於契約自由的濫用以及契約自由的惡化，勢必造成弱勢地位消費者權益的損失。

## 二、定型化契約之特色與功能

定型化契約之所以會被企業界所普遍採用，依學者的歸納分析，有以下幾個特色與功能，包括<sup>2</sup>：(1)有 1 效率，可以免去企業經營者訂立個別契約的麻煩，並節省人力、物力、時間、金錢。(2)風險規避，可藉由條款的擬定，預估風險，預防風險的發生，並限制風險的範圍，甚至移轉風險給對方。(3)補充民法債篇 27 種典型契約的不足，讓當事人可以自行合意決定內容，明確規定其契約條件，避免不必要的糾紛與訟累。對消費者而言，也可節省時間、費用，並與其他眾多消費者平等適用相同條件作交易，預防勢單力薄的訂約缺點。

企業經營者在利潤追求及成本、風險考量上，常常會濫用契約自由而訂出不平等、不公平、不合理的定型化契約，學者歸納整理結果，有下列流弊：(1)破壞契約自由原則，讓消費者只有選擇簽約與否的自由<sup>3</sup>。(2)資力與智力無法相抗衡，消費者對契約內容，一方面沒有耐心去仔細審閱，另一方面也欠缺

<sup>1</sup> 陳聰富，定型化契約的管制，台大校友雙月刊，第 25 期，2003 年 1 月。

<sup>2</sup> 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，法學叢刊，第 158 期，1995 年 4 月，頁 143，收錄於民事法理與判決研究(3)消費者保護法專論，頁 34、35。

<sup>3</sup> 朱柏松，民法定型化契約規範的適用與解釋，月旦法學，第 54 期，1999 年 11 月，頁 52。

專業能力去做正確的判斷<sup>4</sup>。(3)不合理分配風險，任由企業主訂定有利於己而不當限制或剝奪消費者權益的條款，譬如免責、失權、管轄條款等，對契約上的危險及負擔作極不合理的風險分配<sup>5</sup>。

### 三、私法自治與契約的管制

契約自由原則的限制，是現代私法發展的重要契機，管制契約自由，主要是怕契約太過自由，導致單方片面定型化契約的濫用與惡化，使弱勢消費者受到不公平、不合理的對待，換句話說，現代契約法的發展，可以說是契約自由與契約正義二者間的兩律背反與角力<sup>6</sup>。

私法自治是指由當事人依其意思形成私人間法律關係或契約的原則，對內表現為「意思自主」，對外表現則為「契約自由」。只是現代民法原理的演變趨勢，從個人本位到社會本位，契約自由不能太過自由，而必須有所修正與限制，尤其是針對時下流行的定型化契約，更有必要藉由公權力加以管制，並且透過公權力的監督，促進私法自治的實現，以保障實質的契約自由。在此範圍內，公權力的干預表現大多為強行規定或禁止規定，特別是民法上的公序良俗、誠信原則、禁止權利濫用等規範，以便對契約自由加以適當的管制。其次現代法律還特別立法，透過下列方式，限制契約的自由<sup>7</sup>：(1)強制訂約制度：譬如對公用事業或與大眾福利、衛生有關的事業，法律限制其訂約的自由，如無正當理由，不得拒絕訂約，稱為「契約強制」或「強制訂約」，郵政法第 19 條、電業法第 57 條、自來水法第 61 條、醫師法第 21 條等均有明文。(2)團體協約制度：為保護勞工，規定很多的勞動條件、報酬標準的限制，目的都在防止個別訂約所生的不公平情形，例如團體協約法、勞動基準法、勞資爭議處理法等。(3)管理經濟法規：為防止經濟力量過度集中與濫用，維護經濟秩序正常發展，並保護消費者權益，特別制定公平交易法、消費者保護法等。

<sup>4</sup> 劉得寬，定型化契約檢討座談會，法治學刊，第 8 期，1981 年 12 月，頁 70。

<sup>5</sup> 王澤鑑，民法學說與判例研究，第 7 冊，三民，2002 年 3 月，頁 27；王澤鑑，債法原理(1)，基本理論—債之發生、契約、無因管理，增訂版，1999 年 10 月，頁 94；詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，法學叢刊，第 158 期，1995 年 4 月，頁 143。

<sup>6</sup> 陳自強，契約之成立與生效，學林，2005 年 2 月，頁 155。

<sup>7</sup> 施啟揚，民法總則，三民，2009 年 8 月，頁 43-44；黃立，契約自由的限制，月旦法學，第 125 期，2005 年 10 月，頁 9。

契約自由應受限制，為事理之當然。無限制的自由，乃契約制度的自我揚棄，在某種意義上，一部契約自由史，就是契約如何受到限制，經由醇化，而促進實踐契約正義的紀錄<sup>8</sup>。契約自由與契約正義係契約法的基本原則，必須互相補充，彼此協力，始能實踐契約法的機能。國家不再是中立的旁觀者，必須扮演積極的角色，透過立法及法律的解釋適用，使契約自由及契約正義二項原則，獲得最大的調和及實現<sup>9</sup>。

民法對於契約最少的管制，係維護契約自由原則的最佳表現。但為維護當事人締約的公平，在若干情形，國家法對於契約自由原則，加以若干限制。契約自由原則對於自由經濟活動及資本主義的發展具有貢獻，但隨著定型化契約的風行，契約自由被濫用，成為強者欺壓弱者的工具，因而國家法逐漸對於定型化契約予以管制，以保護弱勢的消費者<sup>10</sup>。因經濟快速變遷，大型企業為適應新型的交易型態，節省締約之時間與費用，降低交易成本，加速交易過程，企業經營者乃自訂定型化契約，而與消費者締結有關之交易。惟企業經營者所自訂之定型化契約，係由其預先擬定，大多偏重於其自身利益，而與之訂約之相對人則無討價還價之餘地，對於消費者之權益欠缺保障，也因此衍生了許多消費糾紛。為保障消費者權益，規制企業經營者之責任，乃於消保法內特闢專節就定型化契約之原則、審閱期、明示方法及查核等訂定了許多保護消費者之相關規定，以保障居於劣勢之消費者，提昇國民消費生活的品質。

定型化契約原本具有促進企業經營合理化的優點，但由於企業經營者在擬定契約條款的時候，通常會選擇做有利於自己而故意忽略或不利於消費者的約定，而且消費者無從對契約內容有任何與企業經營者討價還價的機會，因此定型化契約大多不利於消費者。不論從公平或正義、誠信或公序良俗、權利濫用的角度，都有加以規範、管制的必要，也惟有如此，才能進一步達成私法自治或契約自治所預期的功能與目標。

<sup>8</sup> 王澤鑑，憲法基本權利與私法—合憲性控制在法學方法上的分析，收錄於司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，再版，2001年10月，頁81。

<sup>9</sup> 王澤鑑，前揭註8，頁83。

<sup>10</sup> 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學，第91期，91年12月，頁51。

## 貳、定型化契約之概念

在工商業發展，交易頻繁之今日，定型化契約被各種行業廣為採用，就消費者日常生活食、衣、住、行、育、樂、醫等基本需求而言，定型化契約可說是十分常見，最常見的「商品」定型化契約，有保險、家電、銀行貸款、提單、倉單、信用狀、汽車分期付款、預售屋買賣、保證契約等，至「服務」定型化契約，則有運送契約（飛機票、汽車票、火車票、船票等是）、旅遊契約、信用卡契約、瘦身美容契約、婚友介紹契約、汽車駕駛訓練契約、房地產委託銷售契約等是。定型化契約可使訂約程序趨於簡易化、迅速化、免除個別締約之繁瑣，減少企業經營成本及費用，使企業經營者預先準確地計算成本、利息、危險負擔、付款期限，且對不可抗力事變之損失亦能估計，有助於企業之經營與發展，並具有能節省雙方的勞力與時間等優點。

基於契約自由原則，定型化契約條款，原則上均屬有效，當事人雙方理應受其拘束。惟因此等條款係當事人之一方所預先擬定，其就交易之客體，非但具備專業知識，且通常均已累積豐富交易經驗，並多藉助法律專業人士為其擬定定型化契約條款，故其條款多以追求己方之最大利益為目標，或使用專門用語，而為通常欠缺相關法律常識之交易他方所難以理解，或隱藏風險轉嫁，而使交易他方承擔不利。故常有減輕或免除約款擬定者之責任、加重相對人（消費者）之責任、限制或剝奪相對人權利之行使、不合理地分配契約風險及其他不公平之約定的現象，雖然外觀上符合契約自由原則，但實質上已違背了契約正義的要求<sup>11</sup>。面對定型化契約的不公平性，一般可由司法審查、立法規定、行政監督、消費者組織及輿論壓力、企業廠商之自律等維護契約正義。

### 一、定型化契約係當事人之一方預先擬定交易條款所訂定之契約

定型化契約於不同國家常有不同的命名方式，如台灣消保法稱「定型化契約」<sup>12</sup>；中國稱「格式條款」<sup>13</sup>，也有稱定型化契約、定式契約、附合契約、附從契約、標準契約等；英國稱「標準契約條款」<sup>14</sup>；法國稱「附合契約」；德國法上一般稱「一般交易條款」；於日本則稱為「普通條款」<sup>15</sup>；葡萄牙、

<sup>11</sup> 劉春堂，民法債編通則(1)契約法總論，著者自印，2001年9月，頁108。

<sup>12</sup> 消費者保護法—第二章消費者權益—第二節定型化契約。

<sup>13</sup> 中華人民共和國合同法第39條。

<sup>14</sup> 劉宗榮，定型化契約論文專輯，1988年，頁205以下。

<sup>15</sup> 王澤鑑，債法原理(1)，基本理論—債之發生、契約、無因管理，著者自印，增

澳門則稱為「加入合同」。學者邱聰智認為，國內文獻常稱之為「定型契約」或「定式契約」，或「標準契約」，為避語言分歧混淆，似以盡量避免為當<sup>16</sup>。

定型化契約在我國法律上之定義，依消保法第 2 條第 7 款規定：「定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約」；依民法第 247 條之 1 規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約」<sup>17</sup>。學者邱聰智認為，所謂「定型化契約」如稱之依定型化契約條款訂立之契約，似可更為傳神<sup>18</sup>。

**定型化契約**，係由一方當事人預先擬定契約之內容，並以此與不特定相對人訂定契約，不特定相對人在訂定契約時無法磋商契約之內容，**提供定型化契約的一方處於要約人的地位，相對人則由承諾或拒絕要約之意思表示決定是否受契約拘束**。定型化契約有別於傳統上以個別磋商的契約訂定方式，其不變性可使契約多次使用，降低交易成本，於現今大量交易的社會，更顯示了定型化契約的重要性，然而，定型化契約很可能因契約利用人與相對人的理解不同而發生爭議。

## 二、消保法上的定型化契約為消費性定型化契約

消保法有關定型化契約條款之管理，規定於第 11 條至第 17 條，而消保法施行細則第 9 條至第 15 條亦有定型化契約條款之相關規定。消保法第 12 條更明確規定，定型化契約條款「違反誠實信用原則對消費者顯失公平者無效」—即當然無效（第 1 項）、「定型化契約條款符合一定之要件推定其顯失公平」—即推定無效（第 2 項）。

一般所謂定型化契約，係指由契約一方當事人預先擬定交易條款的契約，但消保法所稱的定型化契約，則限定一方當事人為企業經營者，而締約相對人則限定於消費者。消保法第 2 條第 9 款規定：「**定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。**」

訂版，1999 年 10 月，頁 94。

<sup>16</sup> 邱聰智，新訂民法債編編通則（下冊），著者自印，新訂 1 版 2 刷，2003 年 3 月，頁 530-531。

<sup>17</sup> 最高法院 78 年度台上字第 2557 號判決採相同定義；最高行政法院 100 年度判字第 541 號判決謂：「即使契約之訂定，係依當事人一方以書面預定之條款所為，如該當事人是為與特定個人或特定人數訂約而擬定該契約條款，該契約尚非屬民法第 247 條之 1 所要規範之附合契約（定型化契約）。」。

<sup>18</sup> 邱聰智，前揭註 16，頁 531。

依上開規定的定型化契約適用範圍，較一般所稱的定型化契約狹窄。

### 三、定型化契約條款與異常條款

#### (一)定型化契約條款

定型化契約中的條款，即稱為「定型化契約條款」，消保法第 2 條第 9 款規定：「定型化契約條款：係指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。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。」契約條款必須經過雙方當事人意思表示合致，始能成為契約內容，拘束雙方當事人。企業經營者使用定型化契約從事交易，經消費者審閱並簽署者，該定型化契約之條款固然成為契約內容，惟有時企業經營者所使用之定型化契約條款未必記載於契約書，而是以放映字幕、張貼、牌示或其他方法表示，則該定型化契約條款是否構成契約內容，應依消保法關於定型化契約條款訂入契約之規定予以認定。依上揭消保法之規定，定型化契約條款之意義如下：

#### 1.以定型化契約條款為限

定型化契約中的條款可以分成定型化契約條款及個別磋商條款兩種。所謂定型化契約條款，不包括個別磋商條款在內。依照消保法第 2 條第 8 款規定，個別磋商條款乃指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效（消保法第 15 條）。

有關定型化契約中約定借款人不得提前還款，否則應給付違約金一節，此一違約金條款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>19</sup>。

#### 2.無固定型式

消保法所稱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（第 2 條第 7 款後段）。例如建設公司售屋現場放映錄影帶，以放映字幕方式，或製板作大型看板，介紹工地，日後仍須依錄影帶、看板所表示的內容履行。又雖未訂立書

<sup>19</sup> 財政部 88.4.15 台財融字第 88717120 號函、行政院消費者保護委員會台（88）消保法字第 1065 號函參照。

面，但經條款使用人以公開揭示方式(例如於公車、停車場、百貨公司等場所)，或其他合理方式，告知相對人，使其有適當機會瞭解條款之內容，如該條款已訂入契約者，亦屬定型化契約條款<sup>20</sup>。

### 3. 不一定記載於契約中

定型化契約的定型化契約條款，原則上應記載於定型化契約中；其未記載於契約中者，依照消保法第 13 條規定：「定型化契約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。」，依此規定，應採下列方式辦理，否則不構成契約內容，即該條款視為不存在，消費者可以不受其拘束：

- (1) 明示內容者：企業經營者使用之定型化契約條款未經記載於定型化契約中，原則上應符合向消費者「明示其內容」，並經其「同意」之要件，該條款始能成為契約之內容。
- (2) 公告內容者：社會交易型態千變萬化，要求企業經營者向消費者一一明示其內容，與交易迅速之要求恐有所違，因此消保法例外允許企業經營者得以「顯著之方式，公告其內容」代替「明示其內容」。

消保法第 14 條規定：「定型化契約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。」定型化契約條款如具備消保法第 13 條之要件，原則上即成為契約之內容，當事人均應受其拘束。惟依交易慣例、契約類型或其他情事綜合判斷，而得認為在正常情形下，消費者無法預見該條款之存在時，依消保法第 14 條之規定，該條款即不構成契約之內容，自亦不得拘束當事人。

金融機構舉辦各項贈獎活動時，相關活動辦法係屬消保法第 2 條所指之「定型化契約條款」，應確實依消保法第 13 條第 1 項規定，向消費者明示其內容，明示其內容有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款始構成契約之內容<sup>21</sup>。

定型化契約條款如因字體過小、印刷模糊等因素致消費者難以注意該條款之存在或辨識其內容，無異於企業經營者未告知或明示消費者該

<sup>20</sup> 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，再版，2005 年 8 月，頁 85。

<sup>21</sup> 行政院金融監督管理委員會銀行局 93.7.15 銀局(三)字第 930022393 號函參照。

契約條款，自難認為該條款係經消費者同意而得成為契約之內容（消保法施行細則第 12 條參照）。由於定型化契約條款往往有字體細小之特徵，因此定型化契約條款是否因字體過小而難以辨識，應就契約整體綜合判斷<sup>22</sup>。

(3)作為契約附件：以顯著之方式公告其內容之定型化契約，企業經營者經消費者請求時，應給與定型化契約條款之影本或將影本附為該契約的附件（消保法第 13 條第 2 項）。

## (二)異常條款

企業經營者原則上要儘量給消費者有「適當的機會」及「充分的時間」來了解條款的內容。所謂『給消費者有適當機會了解條款的內容』，主要就是指「異常條款」的排除。定型化契約條款倘若未經記載於定型化契約中，而依照正常情形，顯非消費者所得預見時（非始料所及），則該條款即不構成契約的內容（消保法第 14 條參照），以免企業經營者利用消費者的疏忽，而為不利於消費者的約定（例如不賠償對方的損害、對方要解約或退貨必須完成複雜的手續等等）。此種依正常情形，顯非消費者所能預見，或難以注意的一般條款，就是所謂的「異常條款」，或稱之為「不尋常條款」。

另外，亦有消費者難以注意其存在或難以辨識的情況。此等條款縱使載明於契約中，消費者仍可主張該條款不構成契約的內容，例如銀行在信用卡會員申請表格背面，以一連串極其細微的字體記載不利於消費者的內容，消費者難以注意其存在<sup>23</sup>，依消保法施行細則第 12 條規定，定型化契約條款，不論是否記載於定型化契約，如因字體太小、印刷不清或其他情事如記載於背後、公告於隱密處或就重要事項未特別標示並夾在不相干處所等，以致難以注意其存在或辨識者，該條款即不構成契約的內容，消費者即可不受其拘束<sup>24</sup>。

定型化契約條款是否構成「異常條款」，必須考慮消費者的知識程度、

<sup>22</sup> 詹森林，定型化契約之基本問題—以信用卡為例，月旦法學，第 11 期，1996 年 3 月，頁 11。

<sup>23</sup> 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，再版，2005 年 8 月，頁 90。

<sup>24</sup> 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，前揭註 23，頁 90-91。

社會經驗，以及對該契約的瞭解等各方面情況綜合判斷<sup>25</sup>。定型化契約條款的約定，如超過通常消費者的知識程度、社會經驗及其原來所瞭解的範圍，致有欺騙消費者的情形，或該條款內容極為突兀，非屬一般人預期的範圍內，即應屬所謂「異常條款」的內容<sup>26</sup>。實務上對於異常條款的認定，是指不論條款是否記載在契約內容上，只要其內容或法律效果為消費者不易知悉，或不易辨識或不能預見的情形，都可以算是異常條款。如以是否記載在契約內容上為標準，又可以區分為下列二種<sup>27</sup>：

- (1)形式上異常條款：是指沒有記載在契約內的定型化契約條款，不是消費者所可以預見得到的，例如補習班以其內規要求學生，卻未先做公告週知，而其內容對學生顯然不利，條款不構成契約內容，但消費者仍得主張該條款仍構成契約內容。
- (2)實質上異常條款：是指有記載在契約上，卻因字體、印刷或其他情事，譬如印刷不清楚、字體太小等情形，以致消費者難以注意其存在或難以辨認者，條款原則上不構成契約的內容，但消費者得主張仍構成契約的內容。

## 參、定型化契約審閱期間與主管機關公告之事項

### 一、定型化契約之審閱期間

#### (一)審閱之合理期間

企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有 30 日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容（消保法第 11 條之 1 第 1 項）。定型化契約之審閱期間規定，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。企業經營者與消費者訂定定型化契約前，應有「30 日以內」之合理期間，供消費者審閱全部條款內容，然非必為 30 日。如屬網路線上交

<sup>25</sup> 呂榮海、姜志俊、林繼恆合著，定型化契約Q&A，商周文化，1995年2月，頁43。

<sup>26</sup> 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，前揭註23，頁91。

<sup>27</sup> 黃明陽，消費者保護法入門，台灣商務，2006年3月，頁147-148。

易之電子契約，其合理之契約審閱期間，須視買賣契約之標的物內容而定<sup>28</sup>。

現金卡融資契約書，文末記載「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，其以定型化契約條款之方式，履行應提供消費者合理審閱期間之規定，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>29</sup>。又消費者與保險公司變更契約條文後，保險公司應給予消費者變更後契約，讓消費者知悉更改後的契約內容，以維護消費者權益<sup>30</sup>。

查承買人於 93 年 11 月 26 日取得系爭買賣合約書（含代辦貸款委託書），同日繳交定金 10 萬元及簽約金 10 萬元辦理簽約完畢；其買賣契約備註二載明承買人取得本約至簽訂本約，共計審閱本約條文 1 天。若無超過 5 天以上，承買人同意提早簽約，而簽約後 4 天內對本約條文若有疑義，需以書面向建設公司提出，由雙方協商條文內容，若逾期未提出，承買人日後不得提出未享有本約審閱權。足見承買人已詳閱系爭契約各條款始進行簽約，兩造合意簽約後 4 日內，尚可與建設公司協商契約條款，若未提出疑義者，即不得主張其未有合理審閱期間，並約定自 93 年 11 月 26 日起至同年月 30 日為承買人審閱期間，已足使承買人詳閱買賣契約條款，已有合理之審閱期間<sup>31</sup>。

系爭保險單已於 97 年 1 月 18 日由保險公司製作簽發並交送要保人，從保險單交付至事故發生日 97 年 5 月 16 日已趨屆 4 個月。該保險單中載明「本商品經本公司合格簽署人員檢視其內容業已符合一般精算原則及保險法令，惟為確保權益，基於保險公司與消費者衡平對等原則，消費者仍應詳加閱讀保險單條款與相關文件，審慎選擇保險商品…」且保險費交付約定事項又規定「要保人應於保險期間之始期 30 日內，向本公司交付保險費；屆期未交付者，本保險契約自始不生效力」。綜上可知，系爭保險單已充分給予要保人 30 日審閱及寬限期，且經要保人繳納保險費，即可認定要保人已充分了解保險內容及條款規範，實無要保人所稱未經審閱情事<sup>32</sup>。

<sup>28</sup> 行政院消費者保護委員會 93.3.1 消保法字第 930000500 號函參照。

<sup>29</sup> 行政院消費者保護委員會 93.7.2 消保法字第 930001698 號函參照。

<sup>30</sup> 行政院金融監督管理委員會 99.7.9 金管保理字第 9900108550 號函參照。

<sup>31</sup> 最高法院 97 年台上字第 2478 號判決參照。

<sup>32</sup> 臺灣高等法院臺中分院 99 年度保險上易字第 3 號判決參照。

建設公司於其印製之系爭房屋預定買賣契約書，已以與其他條款字體大小相同之文字於該房屋預定買賣契約書第 1 條載明：「……經乙方（即建設公司）提供甲方（即承買人）詳審閱契約條款 5 天以上期間後，雙方一致同意，訂立預定買賣條款如左」等情，有該契約書在卷可憑，足見建設公司並無刻意隱匿承買人得以審閱契約之期間利益<sup>33</sup>。

## (二)中央主管機關得選擇特定行業公告審閱期間

企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有 30 日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。中央主管機關得選擇特定行業，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（消保法第 11 條之 1 第 1 項、第 3 項）。此一立法目的在於使消費者充分了解契約內容，避免消費者於匆忙間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。惟審閱期間並非一定須 30 日，得審酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度而定 30 日以內之期限，經查中央主管機關雖未公告壽險契約之審閱期間，然參閱其他定型化契約經公告之審閱期間大都未超過 5 日，且系爭分紅壽險契約尚有 10 日契約撤銷權，從而應認要保人主張保險公司業務員給予要保人 7 日之審閱期間部分，尚屬合理<sup>34</sup>。

## 二、未予合理審閱期間之法律效果

### (一)定型化契約條款不構成契約之內容

企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有 30 日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。倘企業經營者於訂約前，未予消費者合理之審閱期間，亦僅生由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（消保法第 11 條之 1 第 2 項），非謂當事人間之契約關係不成立或無效。此因定型化契約條款未能列為契約內容之事項，應視兩造間契約之性質，依相關法律規定補充之。又企業經營者於其所提供之定型化契約中，加註消費者自願拋棄契約審閱權之條款，按其情形顯失公平者，依民法第 247 條之 1 第 3 款、第 4 款之規定，該條款應屬無效者，仍應由企業經營者舉證證明已提供消費者合理審閱契約之期間，否則即應依前開

<sup>33</sup> 臺灣高等法院 89 年上易字第 306 號判決參照。

<sup>34</sup> 臺灣臺北地方法院 95 年保險字第 10 號判決參照，人身保險判決彙編，第 12 輯，頁 191-198。

情形處理<sup>35</sup>。

建築業者於收受定金或簽約前，已於合理期間提供購屋人契約書供審閱，係有利建築投資業者之事實，自應由該建築業者負舉證責任。原審以卷附公告登報資料及經承購戶簽名蓋章之系爭契約第 1 條記載「乙方（即建築業者）已於房屋銷售前 5 日公開展示該契約並提供審閱，經甲方（即承購戶）充分審閱與認知，雙方合意訂定本契約」，認被上訴人於收取定金前，已提供契約書供承購戶審閱。惟卷附公告登報資料內容並不包括契約條款，而經簽章之契約書僅有推定真正之效力，承購戶非不得舉反證推翻，承購戶既已聲請訊問其他承購戶為證明建築業者並未給予合理審閱期間之證據方法，自屬承購戶重要攻擊方法，原審未予訊問，亦未說明何以不為調查之理由，非無判決不備理由之違法<sup>36</sup>。

承買人與投資顧問公司簽訂系爭委託銷售契約前，因投資顧問公司未給予承買人 3 日以上合理之審閱期間，承買人得主張契約第 8 條約定不構成契約內容，且投資顧問公司與買方簽訂系爭斡旋書擔任買方之代理人，與承買人就買賣系爭不動產之交付時期、付款方法、所有權移轉登記等必要之點並未達成合意，承買人並無可歸責之事由惡意使買賣契約不成立之情事，系爭不動產買賣契約未成立，亦無可歸責於承買人致契約無效、被撤銷或解除之情形，投資顧問公司自不得請求仲介服務報酬<sup>37</sup>。

## (二) 個別商議條款不得主張合理審閱權

契約當事人個別磋商而合意之契約條款，應無對消費者權利造成不利之可能，並無適用消費者保護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>38</sup>。

審閱期間之規定，係使消費者在簽訂定型化契約之前，有充分了解其內容的時間，故如以個別商議條款之方式，約定拋棄審閱期間，核其性質，因非屬自由之拋棄或預先免除故意或重大過失，自無民法第 17 條第 1 項或第 222 條規定之適用，該約定尚難謂為無效。但如以定型化契約條款為此約定，將使消費者完全失去審閱之機會，則可能違反消保法第 12 條所揭櫫之平等互惠及誠信等原則及消保法施行細則有關審閱期間之規定而無效，

<sup>35</sup> 最高法院 98 年台上字第 168 號判決參照。

<sup>36</sup> 最高法院 97 年台上字第 256 號判決參照。

<sup>37</sup> 臺灣高等法院 95 年上字第 193 號判決參照。

<sup>38</sup> 行政院消費者保護委員會 88.7.4 臺（88）消保法字第 770 號函參照。

惟具體個案仍應由法院判斷<sup>39</sup>。

消保法第 11 條之 1 亦僅要求定型化契約之締約者應給予消費者 30 日之合約審閱期間，上訴人（即銀行客戶）至遲於同年 3 月 13 日亦應將系爭中文說明書審閱完畢，但上訴人並未於上開日期前主張該契約有任何無效之原因，自不得於起訴後始主張對於該中文說明書及其後所附之英文說明書未為審閱進而主張契約無效<sup>40</sup>。

### 三、中央主管機關得選擇特定行業公告應記載或不得記載之事項

主管機關依消保法第 17 條規定選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，核屬行政機關裁量權之行使<sup>41</sup>，自有行政程序法第 10 條規定之適用<sup>42</sup>。

學者黃明陽認為，中央主管機關如有法律授權規定依據，即可以依實際需要情形，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，作為該行業遵行之依據，以「有效導正不公平、不合理之定型化契約條款」，保障消費者權益<sup>43</sup>。學者林益山認為，消保法第 17 條第 1 項為「行政機關之事前防範措施」<sup>44</sup>；學者楊淑文認為，消保法第 17 條第 1 項規定係「賦予中央主管機關對於定型化契約條款行政監督之職權」<sup>45</sup>；學者劉春堂認為，公告應記載或不得記載事項為「行政機關事前之積極的預防性措施」<sup>46</sup>；學者黃茂榮則認為，消保法第 17 條第 1 項為「對於定型化契約之行政管制」<sup>47</sup>。故有認為，定型化契約應記載及不得記載事項之公告，具有強制性規範效力，中央主管機關應依合義務裁量謹慎建構其規範內容，以免過度衝擊契約內容之形成自由。並指出實務上，中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項規定公告之定型化契約應記載及不得記載事項，雖幾乎未

<sup>39</sup> 行政院消費者保護委員會 89.1.15 消保法字第 56 號函參照。

<sup>40</sup> 最高法院 100 年台上字第 933 號判決參照。

<sup>41</sup> 立法院審議「消費者保護法」審議紀錄彙編，行政院消費者保護委員會，84 年 7 月，頁 247。

<sup>42</sup> 法務部 93.7.12 法律決字第 930025400 號函參照。

<sup>43</sup> 黃明陽，保險消費權益之探討，消費者保護研究第 12 輯，行政院消費者保護委員會，2006 年 12 月，頁 46、47。

<sup>44</sup> 林益山，消費者保護法，3 版 1 刷，2008 年 8 月，頁 326。

<sup>45</sup> 楊淑文，新型契約與消費者保護法，2 版 1 刷，2006 年 4 月，頁 86。

<sup>46</sup> 劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，2001 年 9 月，頁 113。

<sup>47</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂第 6 版，2009 年 8 月，頁 404。

依照行政程序法第 150 條第 2 項規定明列法律授權之依據（例外有明列消保法第 17 條第 1 項規定為：休閒農場商品兌換券定型化契約應記載及不得記載事項），惟仍不影響其效力<sup>48</sup>。

### (一)公告之性質

#### 1.一般處分說

學者廖義男認為，消保法第 17 條第 1 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，其為一般處分，當事人不服得提起行政救濟，因其受到一定拘束，與當事人訂立契約一定要遵守主管機關公告之應記載或不得記載事項，否則契約無效，此部分對外直接發生法律效果，且其相對人可得特定<sup>49</sup>。

#### 2.行政規則說

論者有認為，**定型化契約應記載及不得記載事項為行政規則**<sup>50</sup>（行政程序法第 159 條規定：「本法所稱行政規則，係指上級機關對下級機關，或長官對屬官，依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為非直接對外發生法規範效力之一般、抽象之規定。行政規則包括下列各款之規定：一、關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定。二、為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。」）。惟中央主管機關公告之定型化契約應記載及不得記載事項，係基於消保法第 17 條第 1 項規定之授權，非屬行政規則，甚為顯然。

#### 3.法規命令說

學者林錫堯認為，現行法律中，授權某行政機關「定之」或「公告之」之事項，依其內容或性質觀之，有時不宜或顯難以法規名稱及法條形式出之者，此類「公告」（有別於公文程式條例第 2 條規定公文程式

<sup>48</sup> 張嘉麟，定型化契約內容規制之回顧與展望—兼論商品（服務）禮券之規範機制，消費者保護研究第 15 輯，行政院消費者保護委員會，2009 年 12 月，頁 202。

<sup>49</sup> 消費者保護法專案研究實錄，第 4 輯，行政院消費者委員會，2005 年 6 月，頁 94。惟學者蕭文生認為，中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告之「定型化契約應記載及不得記載事項」，非屬行政處分或一般處分，見氏著行政機關公告行為之法律性質，月旦法學教室，第 40 期，2006 年 2 月，頁 23。

<sup>50</sup> 施瓊華，保險實務，收錄於「96 年消費者保護官職前訓練」訓練手冊，2007 年 10 月，頁 31。

類別之公告），雖無法規命令之形式，確有法規命令之實質，理論上，亦當適用行政程序法第 4 章法規命令之訂定、修正等程序規定<sup>51</sup>；學者劉宗榮亦認為，中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項規定公告定型化契約「應記載事項」、「不得記載事項」，其法律性質，具有委任立法（法規性命令）性質<sup>52</sup>；學者黃立則認為，中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項規定所發布之應記載與不得記載事項，性質上應為中央主管機關所訂定之委任命令（授權命令）<sup>53</sup>。

在實務上亦採「法規命令說」，法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 950035512 號函示謂：「消保法第 17 條第 1 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。』其目的係為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，係由中央主管機關依據上開規定授權公告特定行業之契約應記載或不得記載之事項，該特定行業之定型化契約如有違反者，其條款為無效。準此，該項公告係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生效律效果，屬實質意義之法規命令，自應踐行行政程序法第 4 章法規命令之訂定、修正等程序規定。」

## (二)公告須踐行有關手續

法規命令須踐行有關手續，所謂須踐行有關手續，係指法規所定之手續如未踐行，法規命令無從生效而言，現行對發布命令須踐行之手續，有明文規定者，並不多見<sup>54</sup>。依行政程序法第 154 條規定，須踐行預告程序；同法第 157 規定，法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙。中央主管機關所為「定型化契約應記載或不得記載事項」之公告，係屬「實質意義之法規命令」，攸關人民之權利義務，其與一般法規命令相同，需踐行預

<sup>51</sup> 林錫堯，行政法要義，著者自印，3 版 1 刷，2006 年 9 月，頁 198-200。

<sup>52</sup> 劉宗榮，定型化契約，收錄於消費者保護法專案研究實錄，行政院消費者保護委員會，1997 年 6 月，頁 146。

<sup>53</sup> 黃立，商品禮券定型化契約應記載及不得記載事項介紹，收錄於「全國消費者保護官第 20 次聯繫會報」會議資料，2005 年 6 月，頁 52；採相同見解者，林蕙玲、曾明遜，預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項之規制密度分析，財產法暨經濟法，第 15 期，2008 年 9 月，頁 80。

<sup>54</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 11 版，2010 年 9 月，頁 284。

告程序、送立法院查照及刊登行政院公報<sup>55</sup>。

### 1. 未踐行預告程序之效力

法規命令未踐行預告程序之效力如何？經法務部於 88 年 12 月 13 日召開「法務部行政程序法諮詢小組」第 3 次會議討論結果有「無效說」及「有效說」兩種見解，分述如下<sup>56</sup>：

- (1)無效說：行政程序法第 158 條第 1 項第 1 款規定，法規命令牴觸法律者，無效。其所謂「法律」包括程序上之規定。又行政機關訂定法規命令之預告程序，本法第 154 條定有明文。故如行政機關訂定之法規命令未踐行預告程序，應構成本法第 158 條第 1 項第 1 款規定而無效。
- (2)有效說：依法務部陳報行政院之行政程序法草案第 93 條第 3 款原規定：「有左列情形之一者，法規命令無效：3.違反第 90 條（即本法第 154 條之預告程序）及第 92 條（即本法第 157 條）之規定者。」惟經行政院院會審查通過送立法院審議之本法草案並未採納，且公布之行政程序法第 158 條亦未將其列為無效原因，顯係有意排除，故依上述立法過程觀之，解釋上僅能認為程序上之瑕疵，尚不致使該法規命令歸於無效。

因見解紛歧，乃再報請行政院於 89 年 2 月 17 日行政院法規委員會第 232 次委員會會議討論，討論結果，見解仍不一致<sup>57</sup>：

- (1)認為仍屬有效者，有 10 位委員，其理由為：本法第 154 條有關預告程序之規定，其目的在廣徵各界意見，以為擬訂法規命令之參考。故縱未踐行預告程序，人民無法及時提供意見，其程序雖不無瑕疵，然與該法規命令之效力無關。蓋法規命令是否發生效力，仍應依其發布、施行及生效三階段加以判斷。換言之，法規命令於草擬階段縱未踐行預告程序，只要其嗣後已依相關規定發布，並不因其草擬時之程序有欠完備，而影響其效力。本法第 158 條第 1 項第 1 款雖規定法規命令牴觸法律者無效，惟此係基於法規位階理論而為規定，解釋上並不包括違反上開預告程序在內。
- (2)認為應係無效者，有 1 位委員，其理由為：本法第 154 條第 1 項有關

<sup>55</sup> 法務部 95.3.23 法資處字第 951601039 號函參照。

<sup>56</sup> 行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編(1)，法務部，2001 年 12 月，頁 226。

<sup>57</sup> 行政院法規委員會 89.2.17 第 232 次委員會會議紀錄，法務部 89.3.31(89)法律字第 10258 號函，財政部公報，第 38 卷 1903 期，頁 715-720。

預告程序規定，係為落實本法制定目的，使人民有參與法規命令擬訂機會，並已考量情況急迫情形而為例外規定，故未踐行預告程序之法規命令，因其擬訂並無人民參與，施行即有困難，況未踐行預告程序，亦與立法意旨有違，應認為無效。

本文認為，公告未踐行預告程序，人民無法及時提供意見，其程序雖不無瑕疵，然與該公告之效力無關，故讚同有效說而認公告仍屬有效。

## 2. 未刊登政府公報或新聞紙之效力

法規命令應刊登政府公報或新聞紙之規定，係補充中央法規標準法第 7 條所稱發布之方法，刊登公報或新聞紙為發布之行為，未刊登政府公報或新聞紙，其效力如何，法務部於 88 年 12 月 13 日召開「行政程序法諮詢小組」第 3 次會議討論，有三種不同見解<sup>58</sup>：

- (1) **無效說**：本法第 158 條第 1 項第 1 款規定，法規命令牴觸法律者，無效。其所謂「法律」包括程序上規定。法規命令之發布，未刊登政府公報或新聞紙，係違反本法第 157 條第 3 項規定，應構成首揭條款規定，而無效。
- (2) **有效說**：依法務部陳報行政院之本法草案第 93 條第 3 款原規定：「有左列情形之一者，法規命令無效… 3. 違反第 90 條（即本法第 154 條）及第 92 條（即本法第 157 條法規命令之發布）之規定者。」惟經行政院院會審查通過送立法院審議之本法草案並未採納，且公布之本法第 158 條亦未將其列為無效原因，顯係有意排除，故依上述立法過程觀之，解釋上僅能認為程序上之瑕疵，尚不致使該法規命令歸於無效。
- (3) **未生效力說**：本法第 157 條第 3 項規定：「法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙。」其所謂「刊登政府公報或新聞紙。」係法規命令發布之程序要件，故法規命令之發布，如未刊登政府公報或新聞紙，係尚未完成發布程序，自未生效力。

上揭會議因與會委員意見不一致，法務部乃報請行政院核示，行政院於 89 年 2 月 17 日提報法規委員會第 232 次會議，經委員廣泛討論後，採「未生效力說」。—其理由為：行政程序法（以下簡稱本法）之立法意旨在使國家行政現在化，並強化其正當性。法規命令依本法第 150 條規定，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作

<sup>58</sup> 法務部 88.12.30 (88) 法律字第 686 號函參照。

抽象之對外發生法律效果之規定，其作用在於補充立法而具有對外效力。查其效力之發生，本法雖無明文規定，惟亦未排除中央法規標準法之適用，而依中央法規標準法第 7 條及第 12 條至第 14 條之規定，有關法規命令之發生效力，應經過發布、施行及生效三階段；至於如何發布，中央法規標準法並無規定，則本法第 157 條第 3 項有關法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙之規定，係補充中央法規標準法第 7 條所稱發布之方法，刊登公報或新聞紙為發布之行爲，如未發布，其踐行之程序固欠完備，惟僅係未發生效力，俟完成發布後，自然發生效力，故為「未生效力」，與根本「不生效力」之情形有別<sup>59</sup>。

### (三)公告之拘束力與違反公告之法律效果

#### 1.公告事項未經記載於定型化契約者仍構成契約之內容

定型化契約記載經中央主管機關公告應記載之事項者，仍有消保法關於定型化契約規定之適用。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。（消保法施行細則第 15 條）

預售屋買賣交易糾紛時有所聞，過去屢有發生交屋前建商倒閉，消費者已支付價金，求償無門的情事。為落實消費者權益保障，內政部依消保法第 17 條規定，將履約保證機制納入預售屋買賣定型化契約應記載事項，於 99 年 8 月 16 日公告。又為防止建商灌虛坪及哄抬房價，採取預售屋買賣屋簷、雨遮不計價，業於 100 年 3 月 24 日公告，均訂於 100 年 5 月 1 日生效，亦即自生效日起，建商所提供之預售屋買賣定型化契約均應載明該項履約保證及屋簷雨遮不計價之條款。至生效日前已簽定之預售屋買賣定型化契約，不受上開規定之拘束<sup>60</sup>。

中央主管機關公告之契約應記載或不得記載事項，多載明自公告後一段時間方開始實施，此時方產生消保法第 17 條所規定之強制效果，避免對於當事人造成太大衝擊。至於企業經營者與消費者在公布前所締結之契約，依法律不溯及既往原則，雖不在規範之內，但消費者可據此公告之內容與企業經營者商討換約事宜，且法院於辦理應記載及不得記載事項公告前之相關定型化契約條款之效力等案件時，仍得將該應記載及

<sup>59</sup> 法務部 89.8.31 (89) 法律字第 10258 號函參照，財政部公報，第 38 卷 1903 期，頁 715-720。

<sup>60</sup> 內政部 100.4.26 內授中辦地字第 1000043493 號函參照。

不得記載事項之內容當成法理而為適用<sup>61</sup>。

## 2. 定型化契約條款違反公告事項無效

違反「應記載或不得記載之事項」之公告，其「契約條款無效」（消保法第 17 條第 1、2 項），該定型化契約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（消保法第 16 條）。

內政部 90 年 9 月 3 日台(90)內中地字第 9083628 號公告修正預售屋買賣契約範本有關契約注意事項一、適用範圍固載明買賣雙方參考本範本訂立契約時，仍可依民法第 153 條規定意旨，就個別情況磋商合意而訂定之部分，應係指關於消保法第 2 條第 8 款個別磋商條款亦即指契約當事人得個別磋商而合意之契約條款。如業者所使用之定型化契約條款係違反中央主管機關選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，依同法第 17 條規定，該契約條款無效，應無疑義。從而，業者針對中央主管機關所公告定型化契約應記載或不得記載之事項，如欲以個別磋商條款予以修正或排除適用時，應就該條款確實有與消費者進行實質磋商之事實負舉證責任。否則，仍應認該條款有消保法第 17 條規定之適用<sup>62</sup>。

線上購物尚涉及消保法所規定郵購買賣或訪問買賣之特殊解約權，依消保法第 19 條規定，郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後 7 日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效<sup>63</sup>。

## 四、主管機關所為契約範本之發布僅具教育與示範作用

定型化契約範本係屬行政指導方式的一種，主管機關無須法律明文規定即可為之，其目的主要在提供示範及教育等參考之用，可以發揮通案勸導之功能<sup>64</sup>。主管機關所訂定之各種定型化契約範本，其目的僅在提供參考，雖具

<sup>61</sup> 行政院消費者保護委員會 92.3.4 消保法字第 920000288 號函參照。

<sup>62</sup> 臺北市政府法規委員會 97.2.26 北市法保字第 9730458900 號函參照。

<sup>63</sup> 行政院消費者保護委員會 93.3.1 消保法字第 930000500 號函參照。

<sup>64</sup> 黃明陽，保險消費權益之探討，消費者保護研究，第 12 輯，行政院消費者保護

有教育及示範之作用，但不當然構成爲契約之內容<sup>65</sup>。定型化契約範本，係事實行爲，雖只具有勸導作用，並不具有法律上之效力，惟因契約範本一經契約當事人採用，則將成爲私法契約之一部或全部，具有私法上之效力，可以規範契約當事人間之權利義務，因而定型化契約範本之訂定，在行政規制上仍不失爲具有其重要意義之方法<sup>66</sup>。

行政院消費者保護委員會 92.3.4 消保法字第 920000288 號函示亦謂：「各中央主管機關契約範本之發布，其目的在提供企業經營者及消費者作爲訂定契約參考之用，具教育與示範作用。契約範本內容與契約之應記載或不得記載事項有別，故不具有消保法第 17 條第 2 項之效力。」<sup>67</sup>。

各主管機關訂定定型化契約範本，目的爲導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，但範本之性質僅供參考，尙無法之拘束力。惟若業者所訂之服務契約，違反消保法第二章第二節及消保法施行細則第二章第二節之規定，消費者得主張無效或不構成契約之內容，中央及地方主管機關亦得依據主管法規或消保法第四章規定，爲行政監督權之行使，如具備主管法令或消保法第六章罰則之規定，亦得據以處罰<sup>68</sup>。

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爲據，並非當然應以主管機關制定之定型化契約範本爲準，惟若該定型化契約條款涉有違反誠信或平等互惠原則，對消費者顯失公平時，亦得依消保法第 11 條、第 12 條之規定主張權利；如有爭議，應由司法機關視具體個案作最終判斷<sup>69</sup>。

## 肆、定型化契約的法律適用

爲因應現代工商社會的需要，所謂的「定型化契約」隨處可見，定型化契約有其優點，也有其缺點，必須對其條款加以規制，才能達到合理化管制的目的。

---

委員會，2006 年 12 月，頁 44。

<sup>65</sup> 劉春堂，民法債編通則(1)契約法總論，著者自印，2001 年 9 月，頁 121。

<sup>66</sup> 劉春堂，銀行保管箱定型化契約之行政規制，月旦法學，第 23 期，86 年 4 月，頁 83。

<sup>67</sup> 行政院消費者保護委員會 92.3.4 消保法字第 920000288 號函參照。

<sup>68</sup> 行政院消費者保護委員會 91.2.7 消保法字第 910000156 號函參照。

<sup>69</sup> 行政院消費者保護委員會 88.12.27 台(88)消保法字第 1557 號函參照。

但在各項契約管制或條款規制的過程中，民法與消保法是其中最重要的二項途徑，消保法對定型化契約有專章規定，非常具體而且詳細，充分提供對弱勢消費者權益的保障。

定型化契約的法律適用，原則上為民法與消保法的法律適用，民法所規範者為一般人與一般人之間的一般法律關係，民法中關於法律行為及一般契約的原則性規定，都可適用於定型化契約。至於消保法上對於定型化契約的規定，則大致分為<sup>70</sup>：1.立法規制—包括(1)審閱階段—簽約前，應給予消費者合理審閱期間。(2)效力階段：簽約後，如有違反法律強制、禁止規定或違反誠信公平原則、異常條款等，無效。(3)解釋階段：有疑義時，應為有利於消費者的解釋。2.行政規制—包括(1)查核：個案導正。(2)研訂契約範本：僅供參考。(3)公告應記載或不得記載事項：有逕行變更契約內容的強制拘束力。

## 一、民法的適用

規範契約交易所生權利義務關係，最基本的法律是民法，我國民法除第 247 條之 1 規定外，並沒有其他特別就定型化契約條款效力的規定，在立法的管制上，除了契約成立過程中，對於錯誤、被詐欺、被脅迫（民法第 88 條、第 92 條）而為意思表示者，可以讓表意人撤銷其意思表示，對契約的成立加以管制外，往往就必須訴諸民法第 71 條、第 72 條、第 148 條等關於違背強行規定、公序良俗、公益違反之禁止、權利濫用之禁止、誠信原則的規定，但此等立法上的概括規定，畢竟是比較抽象的條文規範，仍必須經由司法機關在具體案例上加以適用，才可充分發揮其規制定型化契約條款效力的功能。

法律行為不得違背公共秩序或善良風俗，以免產生所謂的「反社會性」或不符合所謂的「妥當性」，「公共秩序」強調維護國家社會的一般利益，「善良風俗」則指國民一般的道德觀念而言。實務上，在消保法制定之前，關於定型化契約中的條款，是否導致對當事人權益的不公平，均以抽象的是否違反公序良俗為論斷基礎，特別是「公序良俗」的抽象法則，並不分別條款具體的內容或性質，而統一作「無效」的價值判斷，在民法第 247 條之 1 的規定中，也承襲實務上一貫的立場，以抽象法則統一對不具公平性的定型化契約論以無效，只是其所謂抽象法則，係以「顯失公平」取代了昔日的「公序良俗」<sup>71</sup>。

<sup>70</sup> 黃明陽，消費者保護法入門，台灣商務，2009 年 5 月，頁 116。

<sup>71</sup> 朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學，第 54 期，1999 年 11

民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。」對於規制定型化契約的免責條款，深具助益<sup>72</sup>。權利濫用是有權利而不依正當方式行使，不生行使權利的效果，理應不發生權利人所期望發生的法律效力，法律自然不予保護，例如定型化契約條款中，如有濫用解除權者，不發生解除契約的效果。如果違約金約定過高，也可以依法酌減。至於有無濫用權利，則應由契約當事人一方主張，由法院依事實調查認定之<sup>73</sup>；民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利、履行義務，應依誠實及信用方法。」其適用範圍及於一般法律關係的權利人及義務人，亦包括一般契約及債的關係，而使誠信原則成為實現契約正義的最高原則<sup>74</sup>。

管制定型化契約的主要目的，是在維持雙方當事人私法利益的平衡，避免條款制定者濫用其經濟、法律、專業上優勢，而侵害契約相對人的利益。因此在定型化契約的管制上，其最先要考慮的，理應是如何維護雙方當事人利益均衡，從而保障契約的正義。誠信原則在法律的一般原則中，是最能表現此等精神的管制依據，違反誠信原則，未必一定違反公序良俗，但違反公序良俗，則一定違反誠信原則<sup>75</sup>。由於誠信原則的精意在於「維護法律效果的公平」，就此點而言，以誠信原則，作為管制定型化契約條款的根據，較引用「公序良俗」或「權利濫用」等依據，尤具重要性<sup>76</sup>。

法律條文除有特別明文規定外，原則上都受不得溯及既往的限制，消保法及其施行細則也不例外，「不溯及既往」既為法律適用的基本原則，在民國 83 年 1 月 13 日以前訂立的定型化契約，當然沒有消保法的適用。不過，定型化契約（或條款）性質上本來是當事人間的民事上交易關係，當然應受

---

月，頁 57。

<sup>72</sup> 劉宗榮，定型化約款之規制，收錄於定型化契約論文專輯，三民，1993 年 9 月，頁 57。

<sup>73</sup> 施啟揚，民法總則，三民，2009 年 8 月，頁 432。

<sup>74</sup> 司法院第一廳 72.2.22 (72) 廳民一字第 119 號函研究意見參照，民事法律問題研究彙編，第 2 輯，頁 19。

<sup>75</sup> 黃立，消保法的定型化契約條款(二)，月旦法學教室，第 16 期，2004 年 1 月，頁 79；詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，法學叢刊，第 158 期，1995 年 4 月，頁 148；王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，民法學說與判例研究(7)，三民，2002 年 3 月，頁 66。

<sup>76</sup> 劉宗榮，定型化約款之規制，收錄於定型化契約論文專輯，三民，1993 年 9 月，頁 64。

到民法的規範（民法第 1 條參照）。因此，定型化契約訂立於消保法施行前者，雖然因為不溯及既往原則而不受消保法及其施行細則的規範，但仍應適用民法關於定型化契約的規定<sup>77</sup>。

最高法院 86 年台上字第 1175 號判決：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，為民法第 148 條第 2 項所明定。本件上訴人一再主張兩造所訂系爭房地買賣契約，係屬定型化契約，雖於契約中載入總面積，但公共設施與私有面積之比例卻未詳載於契約中，該定型化契約之設計，顯有故意含混欺騙之嫌云云，原審就此重要攻擊方法未詳予調查審酌，徒以本件系爭契約訂立時，公平交易法、消費者保護法均未公布施行，契約中未表明公設分攤計算方式，尙不足認已構成欺罔或顯失公平行為云云，即為上訴人不利之論斷，亦嫌疏略而難昭折服。」可供參考。

## 二、消費者保護法的適用

定型化契約可分為「消費性」與「非消費性」定型化契約，消費性定型化契約，指契約之一方為消保法第 2 條第 1 款所規定：「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務」之消費者所訂立之契約；反之，非上開規定所指之消費者所訂立之定型化契約，則為非消費性定型化契約。

行政院消保會 87.9.24 台（87）消保法字第 1061 號函釋謂：「政府機關發包工程時，應屬企業經營者。但承包工程之廠商並非消費者，亦屬企業經營者，因此雙方所締結之契約，自不能直接適用消費者保護法有關定型化契約之規定，而應適用民法及其他相關法令之規定」。準此，非消費性定型化契約（如公共工程契約），雖無消費者保護法之適用，但仍有民法定型化契約規定之適用。

## 三、消費性定型化契約與非消費性定型化契約之區分與法律適用

定型化契約訂立於 83 年 1 月 13 日（含）以後者，理論上既可適用消保法及其施行細則，又可適用民法第 247 條之 1。此時，消保法與民法第 247 條之 1 在適用上的分界，涉及所謂消費性定型化契約與非消費性定型化契約之區分問題<sup>78</sup>。消費性定型化契約，應受消保法之規範，自不待言；非消費性

<sup>77</sup> 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學，第 91 期，2002 年 12 月，頁 36，收錄於民事法理與判決研究(4)，消費者保護法專論(2)，元照，2006 年 12 月，頁 242。

<sup>78</sup> 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學，第 91 期，2002

定型化契約，是否亦有消保法之適用，則有疑義。實務最近發展趨勢，係由肯定見解轉變為否定<sup>79</sup>。

(一)消費性定型化契約

定型化契約為契約訂立之一種方式，為確立交易之公平，防範定型化契約之濫用，保障消費者實質之契約自由，消保法爰為專節明文規範，以維護消費者權益。故凡企業經營者與消費者間有使用定型化契約者，均有消保法關於定型化契約規定之適用。有關郵購或訪問買賣問題，除應適用消保法特種買賣有關規定外，如郵購買賣或訪問買賣企業經營者有使用定型化契約者，當然亦應適用消保法關於定型化契約有關之規定<sup>80</sup>。

房地之出售行為，其法律性質殆可歸類為私法上之買賣，不因其房地屬性而有差異。如行政機關以出售房地為其經常性業務，其法律地位與私人並無二致，縱兼有行政上之任務而非以營利為其目的者，揆諸消保法第 2 條及同法施行細則第 2 條規定，似仍應認屬企業經營者。從而其與消費者間存有消費關係，應受消保法之規範。因此，該行政機關與消費者所訂立之房地買賣契約，如屬定型化契約者，似應受消保法關於定型化契約相關規定之規範<sup>81</sup>。

停車卡反面所記載之停車須知，係屬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，應有消保法有關定型化契約規定之適用<sup>82</sup>。

(二)非消費性定型化契約

消保法係有關消費行為之規範，而該法所指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。委建契約第 3 條係經被上訴人與特定之上訴人間計算、合意而記載者<sup>83</sup>，並非單

年 12 月，頁 37。

<sup>79</sup> 詹森林，前揭註 78，頁 38。

<sup>80</sup> 行政院消費者保護委員會 84.2.16 消保法字第 178 號函參照。

<sup>81</sup> 行政院消費者保護委員會 86.12.2 消保法字第 1334 號書函參照。

<sup>82</sup> 行政院消費者保護委員會 87.8.5 消保法字第 872 號函參照。

<sup>83</sup> 最高法院 88 年台上字第 3377 號判決：「原審依調查證據為辯論之結果，以：依兩造委建契約第 3 條（房屋分配）第 1 項第 1 款已明載：『甲方（即上訴人）土地』依法令允許建築面積計算『甲方委建面積計 252 點 9 坪』，選得坪數 257 點 925 坪，超委建坪數 5 點 025 坪；第 5 款亦以上訴人委建坪數 252 點 9 坪計算其應付委建費用，有委建契約附卷可查。足證雙方於簽約當時，即已明定委

方面預先擬定之條款，該約定與消保法無關<sup>84</sup>。

所謂消費，係指交易包含有形物體及無形物體在內所有標的而為達成生活上目的之行爲，但若係屬包裝為商品模式而銷售之連動債券契約，其本質應為投資信託，應就針對所收受之資金而為受指示投資於國外之有價證券，其目的非為獲取生活上所需之服務或商品，故應無消保法之適用<sup>85</sup>。又預售屋契約簽訂後，一方因可歸責於自己之事由，致無法履行債務，他方依契約約定請求違約金，自屬民事爭議，應適用民法及相關法律，尚無消保法之適用<sup>86</sup>。

農會員工互助辦法係經該農會意思機關之會員代表大會通過，其間並無消費者與企業經營者地位之對立，與消保法所謂定型化契約條款有別<sup>87</sup>。又甲女受僱農會之初，如因農會之要求，必須預立於任職中結婚即辭職之辭職書，則該辭職書之訂立，可認為具有「附合契約」之性質，非當然具有其所約定之效力，仍應就約定之內容為具體衡量，以定其效力之有無<sup>88</sup>，均與消保法所謂定型化契約條款有別，尚難適用消保法以為規範。

### (三)民法上定型化契約與消保法的適用關係

為因應現代工商社會的需要，所謂的「定型化契約」隨處可見，定型化契約有其優點，也有其缺點，必須對其條款加以規制，才能達到合理化管制的目的。但在各項契約管制或條款規制的過程中，民法與消保法是其中最重要的二項途徑，消保法對定型化契約有專章規定，非常具體而且詳細，充分提供對弱勢消費者權益的保障。在民法中舉凡規範法律行為的公序良俗、強行規定、暴利行為、公共利益、權利濫用或誠實信用原則等規

---

建坪數為 252 點 9 坪，…並無何不公平情事，此與公平交易法無關。另消費者保護法係有關消費行為之規範，而該法所指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面預先擬定之契約條款。委建契約第 3 條係經被上訴人與特定之上訴人間計算、合意而記載者，並非單方面預先擬定之條款，該約定與消費者保護法無關。」

<sup>84</sup> 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學，第 91 期，2002 年 12 月，頁 28-29。

<sup>85</sup> 臺灣臺中地方法 99 年金字第 2 號判決參照。

<sup>86</sup> 行政院消費者保護委員會 88.1.12 消保法字第 62 號函參照。

<sup>87</sup> 行政院消費者保護委員會 86.12.5 消保法字第 1356 號書函參照。

<sup>88</sup> 司法院第一廳 78.8.7 (78) 廳民一字第 859 號函研究意見參照，民事法律問題研究彙編，第 7 輯，頁 36。

定都可加以援用。惟民法第 72 條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言。如係消費性定型化契約之規定，究與國家社會一般利益無關，亦與一般道德觀念無涉，尚不生是否違背公序良俗問題<sup>89</sup>。而在消保法中則明訂有關定型化契約的各種不公平、不合理條款情形，以及各種條款無效的規定，甚至行政機關的事前防範與事後管制措施，或者司法機關如何解釋條款內容的準則，非常詳細。消費性定型化契約，同時有消保法及民法第 247 條之 1 規定之適用；非消費性定型化契約，應適用民法第 247 條之 1 之規定。

## 伍、定型化契約之效力

### 一、消費性定型化契約平等互惠為基本原則

消保法第 11 條規定：「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。定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」，所謂平等互惠原則，意指「定型化契約約款使用人固得本於契約自由原則，並為其正當利益，而為利己之約定，惟應同時兼顧相對人之正當利益，尤應注意不得因該利己之約定，致相對人處於法律上毫無救濟之地位」<sup>90</sup>，或「盱衡契約當事人互享之權利及互負之義務之內容，實質上彼此平等，對雙方皆有利益而言」<sup>91</sup>。

依消保法施行細則第 14 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：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」，有關給付與對待給付間之平等互惠，係指「給付與對待給付間，應維持其對價之平等性」<sup>92</sup>，至於給付與對待給付間其客觀價值是否相當，則非所問。例如出賣人以定型化契約條款免除其瑕疵擔保責任，將使買受人支付之價金與取得之物間欠缺

<sup>89</sup> 最高法院 69 年台上字第 2603 號判例參照。

<sup>90</sup> 詹森林，定型化契約條款之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第十二條之分析，法學叢刊，第 158 期，頁 151。

<sup>91</sup> 劉宗榮，定型化契約條款之客觀解釋原則，消費者保護研究，第 3 輯，行政院消費者保護委員會，1997 年 4 月，頁 131。

<sup>92</sup> 詹森林，前揭註 91，頁 150。

對價上平等性，應認違反平等互惠原則。另外，有關危險分配之平等互惠，應以相對人是否僅負擔其控制範圍以內之危險為斷，如依定型化契約條款，相對人必須負擔其控制範圍以外之危險，則該定型化契約條款即與平等互惠原則有違<sup>93</sup>。

## 二、消費性定型化契約違反誠信原則之效力

消保法第 12 條第 1 項「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」，適用上是否必須同時具備「違反誠信原則」及「對消費者顯失公平」此二要件，學者劉宗榮採肯定見解<sup>94</sup>；學者黃立認為，如採肯定見解，則消保法之規定，反較民法第 247 條之 1 的規定對於消費者更為苛刻，因此此處應依消保法之立法目的，將此二要件解釋為選擇性要件，才符合保護消費者之目的<sup>95</sup>。

定型化契約條款的效力，依消保法第 12 條規定有二：**1.當然無效**：定型化契約條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效（第 1 項）。**2.推定無效**：定型化契約條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：(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。（第 2 項）在實際應用上，最好能先以第 2 項作為具體標準，審查其條款的效力，俟確定該條款無第 2 項的推定無效情形後，再考慮有無第 1 項違反抽象誠信的情事<sup>96</sup>。

無效之法律行為，固屬自始、確定無效，無待以訴訟撤銷<sup>97</sup>。但這並不妨礙當事人提起確認無效之訴，也不妨礙法院作出確認無效的裁決；所謂「推定」是指法律明文規定，符合一定構成要件時，為了避免舉證困擾，先賦予

<sup>93</sup> 司維瑄，信用卡定型化契約條款之研究，政治大學法律研究所碩士論文，2002 年，頁 26。

<sup>94</sup> 劉宗榮，定型化契約條款之客觀解釋原則，消費者保護研究，第 3 輯，行政院消費者保護委員會，1997 年 4 月，頁 134。

<sup>95</sup> 黃立，契約自由與管制，月旦法學，第 125 期，2005 年 10 月，頁 16。

<sup>96</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，行政院消費者保護研究專輯，第 1 輯，民法研究會學術研討會報告，1994 年 5 月，頁 19；馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，再版，2005 年 8 月，頁 93。

<sup>97</sup> 最高法院 89 年度台上字第 850 號判決意旨參照。

某種效果，但容許當事人舉證推翻者。例如當事人雙方就契約的必要之點意思表示合致，則推定契約成立，不過當事人仍然可以舉證主張契約並未成立。和推定應與區別者為「視為」，是指法律明文規定，符合一定構成要件時，擬制發生一定效果，並且不容許當事人舉證推翻者。例如法律行為經撤銷者，視為自始無效，此時當事人即不得就契約是否有效爭執。

定型化契約涉及私權，有關定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平問題，應由司法機關視具體個案，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>98</sup>。亦即，定型化契約條款涉有違反誠信或平等互惠原則，對消費者顯失公平時，得依消保法第 11 條、第 12 條之規定主張權利；如有爭議，應由司法機關視具體個案作最終判斷<sup>99</sup>。

#### (一)誠信原則之概念

誠實信用原則源自於羅馬法當事人間之善意、與衡平觀念，而羅馬法「善意」與「衡平」觀念傳至德意志，於其古代德意志法即成為「依據用誠實信用原則方法而作誓約」。此項誓約有確保履行契約上義務之作用，違反此項誓約者，依相對人之請求，得課以背信的罪罰<sup>100</sup>。誠實信用原則原為民法中行使債權及履行債務之重要原則，不但於私法上債之關係有其適用，有關一切權利之行使與義務之履行均應遵守此一原則則，此為今日立法例及學說所承認，亦屬學者最早主張援用於公法領域之一項原則<sup>101</sup>。

在民法上所謂誠實信用原則，乃公平衡量雙方當事人利益之準則。誠實信用原則之適用，於情事變更尤屬重要，蓋法律行為成立後，具體的情事有重大變更以致影響當事人間利益之均衡時，為維持當事人間利益的公平，須考慮其情事變更是否為當事人於行為時所預期，或可得預期，而對該法律行為之效果加以合理調整；但其反面亦應注意法律生活之安定性，對於誠實信用原則之適用自應有客觀之準則<sup>102</sup>。

誠實信用原則為民法之最高基本規範，雖規定於民法債編，但非僅限

<sup>98</sup> 行政院消費者保護委員會 86.11.8 消保法字第 1223 號函參照。

<sup>99</sup> 行政院消費者保護委員會 88.12.27 台(88)消保法字第 1557 號函參照。

<sup>100</sup> 蔡章麟，論誠實信用的原則，社會科學論叢，第 1 輯，頁 4。

蔡章麟，行政法上有關誠實信用原則若干問題，法學雜誌，第 2 卷第 10 期，1951 年 10 月，頁 3 以下。

<sup>102</sup> 孫森焱，誠實與信用之原則，收錄於民事判解·例題試解彙編，法務通訊雜誌社，再版，1982 年 2 月，頁 19、20。

於債之關係上有其適用，即一切私權之行使與義務之履行均應遵守此一原則，否則，行使權利，履行義務，除債之關係外，縱違背誠信原則，仍受法律之保護，實無以實現法律之妥當性與公平性<sup>103</sup>。所以民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」。最高法院 47 年台上字第 1771 號判例謂：「因情事變更，增加給付之法理，於適用時，應斟酌當事人因情事變更，一方所受不相當之損失，他方所得不預期之利益及彼此間之關係，為公平之裁量。」對於適用誠實信用原則，已提供具體而明顯之方法。

## (二)契約條款推定無效之判斷

### 1.違反平等互惠原則

定型化契約條款其是否違反「平等互惠原則」的判斷標準，依消保法施行細則第 14 條規定，包括下列四種情形：(1)對待給付不相當：即當事人間的給付與對待給付顯不相當者。(2)危險分配不合理：即消費者應負擔非其所能控制的危險者。(3)違約責任不相當：即消費者違約時，應負擔顯不相當的賠償責任者。(4)其他顯有不利於消費者的情形。

#### (1)對待給付不相當

建設公司「互不找補」在坪數誤差百分之二的約定下而獲取鉅額利潤者，其約定應為無效<sup>104</sup>。企業經營者對於所售商品在貨架及櫃檯上聲明「開放空間，自由選購，結帳包裝後，恕不退換。」之告示，有排除顧客之瑕疵擔保請求權<sup>105</sup>；或當貨物有瑕疵時，業者所訂之「貨物出門，概不退換」之定型化條款，排除顧客之瑕疵擔保請求權使顧客支付之價款和其獲得之物品失去「對價上之平等」<sup>106</sup>，均屬違反誠信原則及平等互惠原則，應認為無效。

電影院片面禁止消費者攜帶外（熱）食入場之規定，倘其目的係利用其優勢地位，限制消費者只得向其販賣部購買價格較高之食物或熟食，以牟取利益時，該等片面規定即難認為符合平等互惠原則。若

<sup>103</sup> 司法院第一廳 72.2.22 (72) 廳民一字第 119 號函研究意見，民事法律問題研究彙編，第 2 輯，頁 19。

<sup>104</sup> 呂榮海、姜志俊、林繼恆合著，定型化契約Q&A，商周文化，1995 年 2 月，頁 65-66、85-87。

<sup>105</sup> 行政院消費者保護委員會 85.10.2 消保法字第 117 號書函參照。

<sup>106</sup> 經濟部 84.10.16 經（84）商字第 84221996 號函參照。

電影院認有禁止消費者攜帶外食之必要，以維護其他消費者之權益時，則必須在業者與消費者受到相同之限制下，始可對消費者爲此等要求，且應以顯著明確方式預先告知消費者，充實消費資訊，以利消費者採取正確合理之消費行爲<sup>107</sup>。

消費者因郵購買賣而享有 7 日之猶豫期間爲法定之權利，企業經營者訂立「一經拆封，不得退換」之定型化契約條款，排除消費者檢查商品之權利，有違平等互惠原則，對消費者顯失公平，依消保法第 12 條規定，應屬無效之條款<sup>108</sup>。倘消費者係在銷售人員之要求下拆封試吃，依商業習慣，消費者毋需對試吃之商品給付對價，是消費者於依法解除契約後，亦毋需對試吃之部分回復原狀<sup>109</sup>。

現今不動產交易市場，因資訊之公開性不足，或因不動產交易之技術性、專業性、高價性，及交易需配合金融機構之資金融貸業務與不動產登記事項，乃經由仲介業者居間並提供交易過程之協助，消費者則藉以減省買賣不動產過程中所需支出之勞力與時間。由於上開不動產交易之特殊性，仲介業者與消費者始約定，買賣成交時，由消費者支付仲介業者一定之報酬，作爲仲介業者努力促成買賣完成之對價，如於委託期間內，買賣無法成交，則由仲介業者自行吸收所有行銷費用與成本，惟以消費者拋棄委託銷售期間內之自行出售權爲對價。是兩造爲系爭約定，一方面可避免仲介公司投入之心力付諸流水，另一方面則藉以避免客戶惡意圖免給付仲介費，並無不公平或不當限制消費者權益之處<sup>110</sup>。

## (2)危險分配不合理

有關健身中心會員須得該公司書面同意後方得退會之規定，違反繼續性契約應給予當事人隨時終止契約權限之基本法理；該公司有權隨時修改會員規定與守則中之規定，致權利義務完全由一方決定，違反誠實信用原則；會員違約時，公司得於通知該會員後，逕行終止其會籍，已繳納費用亦不退還之規定，使會員不論違約情節輕重，凡違

<sup>107</sup> 行政院消費者保護委員會 91.6.20 消保法字第 910000663 號函參照。

<sup>108</sup> 行政院消費者保護委員會 94.1.20 消保法字第 940000611 號函參照。

<sup>109</sup> 行政院消費者保護委員會 97.9.2 消保法字第 970007793 號函參照。

<sup>110</sup> 臺灣高等法院花蓮分院 94 年上易字第 37 號判決參照，臺灣高等法院花蓮地方法院民、刑事裁判書彙編，94 年版，頁 81-92。

反協議者均遭終止契約，負擔不相當之賠償責任，依消保法施行細則第 14 條規定，為違反平等互惠原則<sup>111</sup>。

銀行使用之信用卡定型化契約條款規定，信用卡正附卡持卡人就個別使用信用卡所生應付帳款須互負連帶清償責任，因而使附卡持有人對正卡持有人使用信用卡所生應付帳款，亦須負連帶清償責任之約定，因 1.該條款約定與現今信用卡使用契約之本質不符，2.該條款與附卡使用契約之目的不符，3.該條款約定使附卡持有人負擔非其所能控制之危險等，該約定依消保法第 12 條規定，違反誠信原則及平等互惠原則，應認為無效<sup>112</sup>。

(3) 違約責任不相當

① 房地買賣契約違約金事件：依兩造所訂立之系爭房屋及土地預定買賣契約書之上開約定，使為消費者之易○華於違約時應負高額之違約金，且繳納愈多期，萬○公司之損害應減少，易○華反而須負擔之違約金愈多，並須拋棄一切權利，無異令消費者於違約時，負擔甚不合理且顯不相當之賠償責任，而陷於相當不利之情勢。系爭房地總價僅為 309 萬元，如依萬○公司之主張，易○華卻須負擔高達 94 萬元之違約金，將近系爭房地價款之三分之一，足堪認定此係屬顯不相當之賠償責任，系爭買賣契約中有關違約金之約定應為無效<sup>113</sup>。

② 系統保全服務契約事件：系爭契約第 17 條以定型化契約條款要求消費者，無論在何種情形違約或提前終止契約均需負擔 3,000 元之拆

<sup>111</sup> 行政院消費者保護委員會 92.4.10 消保法字第 920000466 號函參照。

<sup>112</sup> 行政院消費者保護委員會 93.4.12 消保法字第 930000890 號函參照；臺灣臺中地方法 98 年簡上字第 187 號判決亦謂：「信用卡為塑膠貨幣，兼具授信功能，持卡人與銀行間之法律關係屬委任契約與消費借貸之混合契約。而發卡銀行為刺激消費，乃降低核發信用卡之門檻，使正卡持有人得經發卡銀行准許之第三人申辦附屬信用卡，該核發附卡之行為，亦增加債務成為呆帳之風險，故發卡銀行已以高循環利率之條件，彌補風險實現所造成之損失。故若以信用卡契約條款使附卡持有人負擔連帶清償正卡持有人使用信用卡所生之應付帳款責任，即等同將自身應承擔交易風險控管責任，轉嫁予附卡持有人，此即有違誠信原則，對顯失公平應為無效。」。

<sup>113</sup> 臺灣高等法院 88 年上易字第 235 號判決參照，臺灣高等法院民事裁判書彙編，第 2 冊，89 年版，頁 1117-1132。

機費，顯然使消費者負擔顯不相當之賠償責任者，應認為已違反平等互惠原則之規定，而推定為違反誠實信用原則而無效<sup>114</sup>。

- ③請求增加保險金額事件：保險人對於要保人請求增加保險金額，具有同意與否之權，不僅為衡酌要保人繳付保險費之能力，且就要保人之保險利益為危險狀態之分析，以避免契約終止及預防道德之風險，並防止轉嫁不當風險於保險團體中之其他人，自與消保法第 14 條第 1 款至第 3 款所規定之情形無涉<sup>115</sup>。
- ④停車場內違停車輛事件：公民營停車場內違停車輛，業者以鎖扣輪胎方式限制行車是否適法？倘未以定型化契約約定，停車場業者以鎖扣輪胎限制違規車輛離開，是否為「不法侵害他人之權利」，亦屬具體個案認定。惟如汽車使用人以明示、默示或其他方式可認為係已承諾業者得對違規車輛給予鎖扣，則非屬「不法侵害」；停車場經營業者應充分揭露駕駛人未依規定停放車輛時之處理方式，其性質係屬定型化契約條款；又該等處理方式，宜斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之，或由司法機關視具體個案判斷<sup>116</sup>。

(4)其他顯有不利於消費者之情形

定型化契約條款既係由經濟上較強勢之企業經營者單方所擬訂，為追求自身之利益，往往制定有利於己而不利於相對人之條款，相對人對契約內容只有接受與否，沒有表示意見之機會。因此定型化契約條款經由解釋後，如尚有疑義存在時，應適用較有利於相對人之解釋<sup>117</sup>。換言之，契約條款文字歧異所產生之風險應由定型化契約條款之使用者負擔<sup>118</sup>，即所謂有利於相對人解釋原則，消保法第 11 條第 2 項更明文規定「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋」。定型化契約於通常情形，就同類契約之訂立，固可收便捷、統合之效能，然就具體個案，如有特殊情形，仍應參酌訂約之內容，探

<sup>114</sup> 臺灣雲林地方法 98 年度港小字第 161 號判決參照。

<sup>115</sup> 臺灣高等法院 97 年保險上字第 23 號判決參照。

<sup>116</sup> 交通部 99.8.25 交路字第 990046915 號函參照。

<sup>117</sup> 王澤鑑，債法原理(1)，基本理論—債之發生、契約、無因管理，著者自印，增訂版，1999 年 10 月，頁 103。

<sup>118</sup> 劉宗榮，定型化契約，消費者保護研究第 3 輯，行政院消費者保護委員會，1997 年 4 月，頁 133。

求當事人之真意，解釋契約，不能專以定型化契約之條款為惟一憑據<sup>119</sup>。

金融業者以定型化契約，訂立隨時得查調借款人及連帶保證人之課稅資料代理權之約定，不符合定型化契約之平等互惠原則<sup>120</sup>。又定型化契約條款不提供離島居民遞送服務，而其目的係利用優勢地位，限制離島居民網路購物之權益，藉以謀取特殊利益，此等約定即難認為符合平等互惠原則；惟若所指稱之企業經營者係基於經營成本之考量，不直接提供離島居民遞送服務，除非企業經營者於購物網站上有以顯著且明確之方式預先告知消費者此等消資訊，使消費者得以於購物前採取正確合理之消費選擇外，否則仍應認為該定型化契約條款有違反平等互惠原則之虞<sup>121</sup>。

客戶於證券公司開戶委託買賣股票時，固曾出具聲明書予證券公司，聲明：「立書人同意，凡以本人留存之同式印鑑辦理之有價證券委託買賣、交割及契約有關事項之變更（如變更地址、電話等），均視同本人之行為；．．．另立書人聲明願遵守證券法令規定，不將原留印鑑、款項、存摺（含一般銀行存摺與集保公司存摺）或有價證券交由 貴公司員工保管或與其有借貸金額或股票情事及媒介，否則因此所生之糾葛或損害，願自行負責，概與 貴公司無涉。特立此聲明為憑。」，惟該聲明書之條文，乃證券公司單方預訂用於同種類契約之條款，而由需要訂約之他方（客戶），依照該預定條款而訂立之附合契約，屬定型化契約，自應受民法第 247 條之 1、消保法第 12 條及解釋之規範。而上開免除證券公司責任或客戶拋棄求償權利之定型化契約條款（民法第 247 條之 1 第 1、3 款）適用之結果，不問證券公司或其受僱人就損害之發生是否出於故意或重大過失均得免責，客戶並應拋棄求償權利，即證券公司之注意義務相對於客戶，顯非相當，對於客戶極為不利，上開定型化契約條款實有違平等互惠原則（違反消保法施行細則第 14 條第 1、4 款），應認對客戶顯失公平，該部分之約定應屬無效，不得作為有利於證券公司之判斷<sup>122</sup>。

<sup>119</sup> 最高法院 78 年度台上字第 2557 號判決參照。

<sup>120</sup> 行政院消費者保護委員會 88.4.3 消保法字第 56 號函參照。

<sup>121</sup> 行政院消費者保護委員會 93.8.20 消保督字第 930002323 號函參照。

<sup>122</sup> 臺灣高等法院 96 年度上易字第 461 號判決參照。

## 2.違反任意規定之立法意旨

契約如有違反強制或禁止規定者，無效（民法第 71 條），若當事人出於自由，個別協議排除任意規定時，即應依其協議，而不必適用該任意規定，乃理所應然。惟如刻意以定型化條款排除任意規定，並作有利於企業經營者的約定，而不顧消費者的正當利益時，對處於弱勢地位的消費者，即顯失公平，因此，必須特別審查該條款的效力，以維護消費者的權益。例如建設公司在買賣預售屋合約中訂明「如買受人給付價款遲延時，出賣人得不經催告逕行解除契約」<sup>123</sup>，此約定顯與民法第 254 條意旨有違是。又如銀行信用卡申請書記載「連帶保證人應聲明拋棄民法上保證人規定的一切權利」者也一樣<sup>124</sup>。

消費者向保險公司投保，並於保險事故發生時向保險人行使保險金給付請求權，係基於其訂有支付保險費之保險契約為基礎，與因保全契約所生之損害賠償請求權，並非出於同一之原因，而消費者支付保險費之目的，係為增加其生命財產之保障，而非為減輕保全公司之責任，保全公司自不得以消費者另訂有保險契約，以減免其賠償責任。從而保全公司以定型化之保全契約條款約定，僅就保險公司賠償之餘額予以補償，並於消費者未告知投保事實時，使消費者產生失權之效果，顯然違反平等互惠之原則，依消保法第 12 條第 2 項之規定自應推定其顯失公平，依同條第 1 項之規定自屬無效<sup>125</sup>。

健身中心有關「按月繳納月費」之規定，因至少須訂 12 個月期限的繼續性契約，限制消費者提出不定期限之選擇，似有違反消保法第 12 條第 2 項第 2 款規定；又會員須得該公司書面同意後方得退會之規定，違反繼續性契約應給予當事人隨時終止契約權限之基本法理；有關該公司有權隨時修改會員規定與守則中之規定，致權利義務完全由一方決定，違反誠實信用原則；其次，會員違約時，公司得於通知該會員後，逕行終止其會籍，已繳納費用亦不退還之規定，使會員不論違約情節輕重，凡違反協議者均遭終止契約，負擔不相當之賠償責任，依消保法施行細

<sup>123</sup> 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，2005 年 8 月，頁 99；呂榮海、姜志俊、林繼恆合著，定型化契約 Q&A，商周文化，1995 年 2 月，頁 49、81。

<sup>124</sup> 詹森林、馮震宇、林明珠合著，前揭註 123，頁 98。

<sup>125</sup> 臺灣高等法院 86 年上字第 1702 號判決參照，臺灣高等法院民事裁判書彙編，87 年第 1 冊，頁 954-972。

則第 14 條規定，為違反平等互惠原則；再者，會員同意該公司毋庸負擔任何法律上責任之規定，使會員拋棄消保法第 7 條之損害賠償請求權，公司則完全免責，違反消保法第 10 條之 1 之規定，企業經營者對消費者或第三人之損害賠償責任，不得預先約定限制或排除<sup>126</sup>。

### 3. 妨礙契約目的之達成

所謂「契約的目的」，係指訂約者依其契約內容所欲達成經濟上的效果而言，例如保證契約中，保證人的代負履行責任，固為契約的目的，但企業經營者如於條款中約定：「主債務雖經撤銷，保證人仍應負保證責任」，即屬限制保證人抗辯權行使，而致保證契約的目的難以達成，其約定即應推定為顯失公平<sup>127</sup>。

系爭契約第 5 條第 2 項（約定條款：「經乙方通知交屋，除房屋結構及設備有重大瑕疵，明顯不能居住及使用者外，甲方不得藉故拒絕或延不辦理交屋手續，如甲方藉故拖延，其未繳房地價款應自乙方所通知交屋期限末日起至甲方實際辦理交屋日止之期間，每日以千分之一計算違約金。」）固為定型化契約之一般條款，然該條款限制出賣人應負物之瑕疵擔保責任範圍，乃法律明文所允許，顯與消保法第 12 條第 2 項第 3 款所定「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」之情形不符，亦與同條項第 2 款規定「條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意指顯相矛盾者」之情形相異。是以，消費者辯稱系爭契約第 5 條第 2 項之約定違反誠信原則而對消費者顯失公平，應屬無效條款云云，洵非有據，不應採信<sup>128</sup>。

### (三) 契約條款無效之判斷

最高法院實務對於定型化契約的管制，其依據與手段，在消保法及民法第 247 條之 1 公布施行前，最高法院 73 年第 10 次民事庭會議決議謂：「金融機構如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象輕過失責任，則應認為此特約違背公共秩序，應解為無效。」<sup>129</sup>，在消

<sup>126</sup> 行政院消費者保護委員會 92.4.10 消保官字第 920000466 號函參照。

<sup>127</sup> 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，2005 年 8 月，頁 75。

<sup>128</sup> 臺灣花蓮地方 88 年重訴字第 41 號判決參照，臺灣花蓮地方法院民、刑事裁判書彙編，91 年版，頁 27-90。

<sup>129</sup> 同旨：最高法院 73 年度第 11 次民事庭會議決議。

保法施行前，最高法院在判斷定型化契約是否拘束契約相對人時，除部分訴諸誠信原則外，其餘判決則多數以民法第 72 條的公共秩序作為標準<sup>130</sup>。

最高法院 83 年台上字第 1837 號民事判決則謂：「上述平面圖已非單純的原來廣告品性質，而是經由上訴人的售屋小姐向被上訴人展示並說明後，被上訴人才決定買受，該圖已成為契約的重要內容，上訴人縱於買賣洽定後所提供書面買賣契約書中，置入上開第 18 條的附合性條款，將兩造業已合意列為契約必要內容的前揭平面圖，降格為「僅提供參考之用」，並圖將其排除於契約之外，不僅與兩造間的真意不符，也有違背誠信原則，是上開排除條款，不生若何效力，被上訴人自不受拘束。」，最高法院 82 年台上字第 279 號判決亦謂：「若保險事故與要保人所未告知或不實說明之事項並無關聯，則該事項已確定對保險事故之發生不具任何影響，保險人亦未因該未告知或不實說明之事項，而造成額外之負擔，對價平衡，未遭破壞，故此時保險人即不得以此為由，解除契約，否則即與誠信原則有違。」都是以誠信原則為判斷標準的適例。最近則認為，定型化契約之條款，因違反誠信原則，顯失公平而無效者，應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者始足當之<sup>131</sup>。

最高法院 92 年台上字第 2744 號判決謂：「營造公司先則出具系爭拋棄書，迨銀行信賴其對祐捷公司之建築融資貸款，將可於系爭建物建築完成後，取得優先受償之擔保地位，而放款予第三人，以利其建築系爭建物之後，始再就系爭建物主張仍有優先受償之法定抵押權存在而求為確認，不僅有違誠實信用原則，尤有使金融業者因難於預期貸款風險而減少承作建築融資之意願、致建築業者須另籌資金因應建築工程之虞，實有害於市場經濟之活絡。原審經衡量雙方當事人之利益，為使法律關係臻於公平妥當，遂行公平正義之社會核心價值，認定營造公司基於誠信原則及其書立系爭拋棄書之目的，不得再對銀行主張系爭法定抵押權有優先於其設定抵押權受償之權利，自係認系爭拋棄書並無顯失公平之情形。」<sup>132</sup>。至行政

<sup>130</sup> 最高法院 80 年度台上字第 792 號、78 年台上字第 2118 號判決參照。

<sup>131</sup> 最高法院 92 年台上字第 39 號判決參照；同旨：最高法院 94 年台上第 2254 號判決。

<sup>132</sup> 最高法院 92 年台上字第 2744 號判決參照，最高法院民事裁判書彙編，第 47 期，頁 262-271。

機關之解釋有以下案例可資參考：

- (1) **餐廳預訂喜宴事件**：有關餐廳對於預訂喜宴之消費者收受保證金並掣給收據註記「屆時若未履行所訂宴會，該保證金將予沒收」，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，該註記似可構成契約之內容，並受消保法有關定型化契約規定之規制；消費者於契約履行前，如確實經該業者經理人員口頭承諾該筆保證金可日後另行消費者，則應依該口頭承諾履行其內容。惟消費者對於該口頭承諾之存在應負舉證責任<sup>133</sup>。或飯店對於預訂喜宴之消費者收受定金並於宴會合約書上記載「宴會舉行日前 1 個月取消訂席，應補償最低保證桌數之一半金額，另定金不退還」，該項約款之目的在於確保契約之履行，惟仍應受消保法有關定型化契約有關誠信原則及平等互惠原則等規定之規制<sup>134</sup>。至取消訂席所應補償之金額與沒收之定金數額是否過高，如有爭議，可依消保法申訴、調解，或循司法途徑尋求解決。
- (2) **設定擔保物權事件**：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，原則上仍應先就擔保物拍賣充償<sup>135</sup>，惟依民法第 749 條及第 879 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。至於定型化契約條款是否有違反誠信原則，對消費者顯失公平而無效，仍應由法院斟酌全案事實具體認定之<sup>136</sup>。
- (3) **預售屋買賣事件**：建商於預售屋買賣定型化契約中約定「保留外觀之修正權」，雖不違反消保法有關定型化契約平等互惠之原則，惟企業經營者亦非即上揭約定條款任意變更原約定之契約內容，致違反債之本旨。故建商若為履行債務，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，自得依上揭約定條款，以相同規格、品

<sup>133</sup> 行政院消費者保護委員會 86.8.19 消保法字第 904 號函參照。

<sup>134</sup> 行政院消費者保護委員會 88.11.10 消保法字第 1352 號函參照。

<sup>135</sup> 最高法院 19 年上字第 330 號判例參照。

<sup>136</sup> 行政院消費者保護委員會 88.7.3 台（88）消保法字第 834 號函參照。

質、效用或價值之產品替代<sup>137</sup>。

(4)兌換券附有效期間事件：買賣契約之標的若法無禁止之規定，應無違法之問題。有關聯合員工消費合作社簽發之兌換券，附有效期間，倘係基於買賣效力之約定，亦屬買賣契約之附款，當無不可。至於有效期間之長短，原屬買賣雙方約定之事項，尚無是否合理之問題，故已逾越提貨期限者，除經機關合作社同意延長效期外，應自期限屆至時失其效力，尚無違反消保法定型化契約規定之問題<sup>138</sup>。

(5)渡假村會員卡事件：公司推銷國際渡假村會員卡，該公司在契約上記載有關消費者嗣後不得以任何理由要求解除契約之規定，因係一概排除消費者之其他解除或撤銷契約之權利，似已違反平等互惠原則，對消費者顯失公平，應屬無效之規定<sup>139</sup>。

### 三、民法第二四七條之一與消保法之適用原則

學者邱聰智指出，民法第 247 條之 1 增訂，本在採取義大利民法模式，增訂為定型化契約之一般規範。其本意在於以特以企業經營者預定之契約條款為主要規範對象，且以保護消費者為主要目的。不過，由於民法債編修正，歷時甚久，消保法之制定施行反而在前，以致民法債編修正完成之後，其所增訂規範之定型化契約，在規功能上，僅能在非消費關係之定型化契約有其適用，表現相當程度之轉化萎縮<sup>140</sup>。

學者王澤鑑認為，民法第 247 條之 1 規定的概念用語，雖異於消保法，但其內容殆屬相當，皆可納入消保法第 12 條及其施行細則第 14 條規定之內。關於其適用範圍及與消保法的適用關係為：1.消費性定型化契約，應認消保法並不排除民法第 247 條之 1 的規定。2.非消費性定型化契約，由於民法第 247 條之 1 規定內容皆可納入消保法規定，故僅於認定消保法不適用非消費性定型化契約時，始具規範意義<sup>141</sup>。

民國 88 年 4 月 21 日在民法債編增訂附合契約之原則性規定（即民法第

<sup>137</sup> 行政院消費者保護委員會 88.6.15 台（88）消保法字第 756 號函參照。

<sup>138</sup> 行政院消費者保護委員會 88.4.2 台（88）消保法字第 456 號函參照。

<sup>139</sup> 行政院消費者保護委員會 86.4.30 台（86）消保法字第 547 號函參照。

<sup>140</sup> 邱聰智，新訂民法債編編通則（下冊），著者自印，新訂 1 版 2 刷，2003 年 3 月，頁 537。

<sup>141</sup> 王澤鑑，債法原理(1)，基本理論—債之發生、契約、無因管理，著者自印，增訂版，1999 年 10 月，頁 111-112。

247 條之 1），並自 89 年 5 月 5 日施行。修正之民法第 247 條之 1 之規定，於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之（民法債編施行法第 17 條）。學者詹森林認為，民法第 247 條之 1 成爲定型化契約之一般規定，由於消保法爲民法之特別法，故可認爲消保法及其施行細則關於定型化契約之規定，原則上僅適用於消費性定型化契約；至於非消費性，尤其係商業性定型化契約，則不受消保法其施行細則之規範，而應適用特別規定（例如商業保險定型化契約，應適用保險法第 54 條之 1；商業信託定型化契約，應適用信託法、信託業法規定；人事保證定型化契約，應適用民法第 756 條之 1 以下規定；定型化競業禁止約款，應適用勞基法相關法規），無特別規定時，當然應適用民法第 247 條之 1。同時指出，定型化契約法上，重要之問題有五：(一)當事人間有無一方使用定型化契約情形。(二)定型化契約條款是否已成爲契約之內容。(三)定型化契約條款有無解釋上疑義。(四)定型化契約條款有無顯失公平。(五)定型化契約條款無效時如何處理。民法第 247 條之 1 僅係關於(四)定型化契約條款有無顯失公平之規定，故在性質上，僅與消保法第 12 條之規定相當。至於前開(一)(二)(三)(五)等問題，民法未設明文，但消保法於第 11 條至第 16 條設有詳細規定。因此，在非消費性定型化契約，若有關於前開(一)(二)(三)(五)項問題時，應仍可參考消保法相關規定解決之<sup>142</sup>。

學者曾品傑認爲，民法第 247 條之 1 條原則性規定之「附合契約」，此一附合契約的界定，若與消費者保護法規定之定型化契約的概念相對照，前者在適用要件上較後者寬鬆，至少表現在以下兩方面：1.附合契約未對締約當事人之屬性，設有限制；反之，在定型化契約，當事人一方須爲企業經營者，而他方須爲消費者。2.附合契約不關心條款使用人是否爲不特定之多數人；反之，在定型化契約，簽約之相對人須爲不特定多數消費者。例如私立大學的聘書背面，常印有專任教師服務聘約規定事項，此乃校方就同類之聘任關係，預定與通過教評會審查之特定人所訂立之契約條款，應認爲係一附合契約，而非定型化契約，蓋接受聘書者並非不特定多數消費者<sup>143</sup>。

民法第 247 條之 1 是原則性規定，故原則上得對於所有私法契約皆有其適用。然因我國已制定消保法，規範有關消費關係所生之定型化契約，且消

<sup>142</sup> 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學雜誌，第 91 期，2002 年 12 月，頁 40-41。

<sup>143</sup> 曾品傑，論附合契約—最高法院九十二年度台上字第九六三號判決評釋—，東海大學法學研究，第 23 期，2005 年 12 月，頁 125-126。

保法為民法之特別法，依特別法優先於普通法適用原則，本條之適用範圍遂遭到限縮。由於交易實務上，利用定型化契約而締約者，多係用於消費者與企業經營者之交易。是故，消保法所規範者，實已涵蓋定型化契約所存在之多數領域，而其他領域之定型化契約，則相對較為少見。因此，對定型化契約而言，民法第 247 條之 1 成為次要補充規定<sup>144</sup>。

#### 四、民法上定型化契約無效條款之判斷

民法債編增訂第 247 條之 1，係鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法起見，乃於本法中列原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉 4 款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。而該法條所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言<sup>145</sup>。故若有當事人以兩造間契約顯失公平而為訴訟，此時自應由法院依職權判斷是否有上述之責任加重或者他方重大不利益之情形，否則即有判決不法<sup>146</sup>。

##### (一)免除或減輕預定契約條款之當事人之責任

證券戶前於證券公司開戶時，固曾出具聲明書，載明未將股票、股票保管條、存摺、開戶印章、帳戶交付予業務人員保管、持有、使用，如私下與業務人員有上開不合法或不合規定之情事，因此致生任何損害，概與該公司無涉等語，惟該聲明書係證券公司單方預訂用於同種類契約之條款，而由需要訂約之他方依照該預定條款而訂立之附合契約，屬定型化契約，其約定免除證券公司之責任或證券戶拋棄求償權利，參考消保法第 12 條、同法施行細則第 14 條規定，堪認其有違平等互惠原則，對證券戶顯失公平，依民法第 247 條之 1 規定，應認該部分約定無效<sup>147</sup>。

##### (二)加重他方當事人之責任

系爭保密切結書有關競業禁止約定，乃事先打字規範之附合契約，公

<sup>144</sup> 邱聰智，新訂民法債編編通則（下冊），著者自印，新訂 1 版 2 刷，2003 年 3 月，頁 530。

<sup>145</sup> 最高法院 96 年台上字第 684、168 號判決參照；同旨：最高法院 92 年台上字第 1395 號、91 年台上字第 2336 號判決。

<sup>146</sup> 最高法院 98 年台上字第 2075 號判決參照。

<sup>147</sup> 最高法院 98 年台上字第 2317 號判決參照。

司職員無法自由選擇，且有違契約自由原則，加重其責任，並限制其離職後之發展，造成公司職員重大不利，顯失公平，為防止此類契約自由原則之濫用及維護交易之公平，自應無效<sup>148</sup>。

(三)使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利

系爭保險契約中之「人壽防癌終身健康保險」係屬無理賠上限之保單，保單條款內容並無限定門診治療之次數，然系爭保險人單方所書立之同意書，其限定被保險人每月最高僅能請領 6 次癌症門診醫療保險金，其他請求權如已發生應予拋棄，如將來發生亦不得主張，顯違反系爭保單條款之約定，明顯「不利」於被保險人，保險人以一紙單方制式之同意書，即免除其大部分保險金給付責任，對被保險人顯失公平。被保險人主張系爭同意書所載要保人必須拋棄已發生之其保險金請求權，及預先免除保險人將來就原告門診逾 6 次以上之保金給付義務，顯係依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，且為免除或減輕保險人預定契約條款之之責任，並使被保險人拋棄權利或限制其行使權利，按其情形顯失公平，應屬可採，是依民法第 247 條之 1 第 1 款、第 3 款規定，系爭同意書條款「... 每月不管急診復健或門診，依其求診內容，最高給付 6 次防癌醫療門診保險金...」之約定，應屬無效<sup>149</sup>。

癌症保險附約之條款若屬定型化契約條款，並約定保險範圍與危險限於被保險人接受「外科手術」治療時，保險人始負有給付癌症手術醫療保險金之義務。因此，是否接受「外科手術」實係取決於被保險人，此約定即非以追求保險人一己利益為目的而定之條款，亦無片面免除或減輕預定契約條款之當事人即保險人責任，亦無其他對於被保險人有重大不利益或顯失公平之情事，其約定自屬有效<sup>150</sup>。

(四)其他於他方當事人有重大不利益

當事人自治之原則，須於雙方當事人之地位，在形式上及實質上均屬平等，始有其適用。例如：附合契約，其當事人雙方雖在形式上似屬平等，而在實質上往往強弱懸殊，如一方屈從於他方所預訂之條款，即非平等，於此場合，當無適用當事人自治原則之餘地，故在附合契約中附加在外國

<sup>148</sup> 最高法院 94 年台上字第 1688 號判決參照，最高法院民事裁判書彙編，第 51 期，頁 187-193。

<sup>149</sup> 臺灣臺中地方法院 98 年保險字第 77 號判決參照。

<sup>150</sup> 臺灣臺北地方法院 99 年保險小上字第 7 號判決參照。

仲裁之條款者，該仲裁條款除經雙方明示之同意外，應認無拘束雙方當事人之效力<sup>151</sup>。

## 陸、結語

定型化契約有別於傳統上以個別磋商之契約訂定方式，其可使契約多次使用，降低交易成本，於現今大量交易的社會，更顯示了定型化契約的重要性，然而，定型化契約很可能因契約利用人與相對人的理解不同而發生爭議。面對定型化契約的不公平性，一般可由司法審查、立法規定、行政監督、消費者組織及輿論壓力、企業廠商之自律等維護契約正義。

中央主管機關依消保法第 17 條規定選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，該項公告係屬「實質意義之法規命令」，攸關人民之權利義務，其與一般法規命令相同，需踐行預告程序、送立法院查照及刊登行政院公報。「公告」未踐行預告程序，人民無法及時提供意見，其程序雖不無瑕疵，然與該公告之效力無關，故應認公告仍屬有效；至「公告」未刊登政府公報或新聞紙之規定，係補充中央法規標準法第 7 條所稱發布之方法，刊登公報或新聞紙為發布之行爲，如未發布，其踐行之程序固欠完備，惟僅係未發生效力，俟完成發布後，自然發生效力，故應認「公告」未刊登政府公報或新聞紙為「未生效力」。惟主管機關所為契約範本之發布，則僅具教育與示範作用。

定型化契約條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效（消保法第 12 條第 1 項），無效之法律行爲，固屬自始、確定無效，無待以訴訟撤銷。但這並不妨礙當事人提起確認無效之訴，也不妨礙法院作出確認無效的裁決。惟定型化契約涉及私權，有關定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平問題，應由司法機關視具體個案，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。至定型化契約條款所謂「推定其顯失公平」，所稱「推定」是指法律明文規定，符合一定構成要件時，爲了避免舉證困擾，先賦予某種效果，但容許當事人舉證推翻。

<sup>151</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院 67.11.23—67 年度法律座談會，司法行政部研究意見參照，臺灣高等法院歷年法律座談會彙編（上冊），頁 613-615。

