

定型化契約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——

詹森林*

壹、定型化約款之意義

一、名稱

二、「一般條款」與「非一般條款」之意義

貳、定型化約款之功能

參、定型化約款之基本問題

肆、最高法院裁判或決議

一、概說

二、案例

三、分析檢討

伍、消費者保護法第十二條之解釋適用

一、適用範圍

(一)定型化約款

(二)當事人

二、與其他法律規定之關係

(一)特別規定

(二)民法第七十一條

(三)民法第七十二條

三、本條第一項與第二項之關係

四、推定無效之定型化契約

(一)無效之推定及其反證

(二)違反平等互惠之約款

(三)違反任意規定之約款

(四)防礙達成契約目的之約款

五、誠信原則與定型化約款

(一)概說

(二)立法例

(三)以誠信原則及顯失公平為審查標準

(四)利益之比較與衡量

陸、結論

* 作者為德國法蘭克福大學法學博士、台灣大學法律系副教授

壹、定型化約款之意義

一、名 稱

所謂定型化約款，或稱定型化契約條款（參閱消費者保護法第十一條第二項），係指契約當事人之一方，為與不特定之多數相對人訂約之用，而預先就契約內容所擬定之交易條款。德國法上稱之為一般交易條款（Allgemeine Geschäftsbedingungen，簡稱AGB，參閱德國一般交易條款法，簡稱AGBG）。在英國，學說將前述之交易條款稱為標準契約條款（Standard Contract Terms），而此類條款若係對契約相對人不公平（unfair）或不合理者（unreasonable），即為法律上所稱之不公平契約條款（Unfair Contract Terms，參閱英國一九七七年不公平契約條款法（Unfair Contract Terms Act）^{（註一）}。

契約當事人之一方，於訂立契約時，以記載定型化約款之書面，提供相對人，由其簽署而締結之契約，即為所謂之定型化契約（參閱消費者保護法第十一條第一項、第十二條至第十七條）。

由於契約當事人之一方，以定型化約款訂立契約時，相對人欲與其締結契約者，通常即應接受該定型化約款，不得要求增刪修改，因此，相對人在實質上，係附從於該約款而締結契約，法國法遂以「附合契約」（Contract d'adhésion）稱之，日本法並予沿用^{（註二）}。

此外，定型化約款係於訂立同種類之契約時，所共通使用者，具有「標準化」之性質，英國學說即以此著眼，而將使用定型化約款所訂立之契約，稱為「標準契約」（Standard Form Contract）^{（註三）}。

由是可知，定型化約款、定型化契約條款、一般交易條款等，在名稱上，雖有差異，在意義上，則無不同，均指契約之一方當事人預先擬定之交易條款。其以定型化約款、定型契約條款，或一般交易條款所訂立之契約，則為定型化約款，附合契約，或標準契約。

二、「一般條款」與「非一般條款」之意義

註一：參閱劉宗榮，定型化契約論文專輯，七十七年，第二〇頁以下，附有原文及中文翻譯。

註二：篠塚昭次，前田達明編，債權各論，一九八一年，一六頁。

註三：G. Treitel, The Law of Contract, Eighth edition, 1991, p.196.

消費者保護法第十一條第一項及第十二條係以「條款」二字指稱上述之「定型化約款」，而於第十一條第二項則稱之為「定型化契約條款」，並於第十三條、第十四條、第十五條、第十六條及第十七條第二項，另稱之為「一般條款」，用語雖有不同，尙無混淆之虞。

應略加說明者，係消費者保護法第十五條之規定。本條規定：「定型化契約中之一般條款牴觸非一般條款之約定者，其牴觸部分無效」。其所謂之「一般條款」，係指學說上所稱之「定型化約款」，並與消費者保護法第十一條第二項所稱之「定型化契約條款」同其意涵，應無疑義。惟本條所謂之「非一般條款」，究何所指，尙有辯明必要。

本文認為，消費者保護法第十五條規定，其立法目的，係在揭示定型化契約之一項重要原則，亦即：個別商議約定之效力優先於定型化約款。蓋定型化約款，及契約當事人之一方，為與不特定之多數人訂立契約，而預先擬定之交易條款。故當事人雙方就特定事件，於締約之際，對於其契約內容之全部或一部予以具體約定者，如該約定之內容，與當事人之一方所慣常使用之定型化約款有所牴觸時，即應以該具體之約定為準，始符合當事人之真意，縱當事人因遺忘或其他因素，致未將其具體約定記載於相關之文件上，或未依其具體約定，而將有牴觸之定型化約款為增刪修改者，亦同^(註四)。例如甲仲介公司在其慣常使用之「房屋代銷合約書」中規定，甲公司得請求房屋出賣人支付買賣價金之百分之五，以為仲介報酬。乙委託甲公司代售其屋，雙方議定應以新台幣一千萬元為房屋售價，並以三十萬元為仲介報酬。於此情形，縱甲、乙雙方仍共同於甲慣常使用之「房屋代銷合約書」中簽名，藉以證明契約之成立，並規範其他權義關係（房屋座落、代銷期間、終止權、期間屆滿未經終止者自動延期三個月等等），且經記載以一千萬元為房屋售價，但未刪除或修改有關「以房屋售價百分之五為仲介報酬」之約款者，甲公司於仲介成功時，仍僅得依其與乙之具體約定，請求乙支付三十萬元，而不得依關於「仲介報酬」一般條款之規定，請求乙支付三十萬元。

上述「個別商議約定優先一般交易條款」之基本原則，在德國一般交易條款法第四條設有明文（其全文為：Individuelle Vertragsabreden haben Vor-

註四：Locher，Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen，2. Aufl. 1990，S. 54；
Brox，Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs，16. Aufl. 1992，Rd 204-1.

rang vor Allgemeinen Geschaeftsbedingungen) 。我國消費者保護法第十五條亦在規定是項基本原則。準此以言，該條所謂之「一般條款」，係指「定型化契約條款」，而其所謂之「非一般條款」，則係指「個別商議約定」而言。惟在用語上，「非一般條款」似未臻精確，甚難由字義而了解其內容，比較上，仍以「個別商議約定」之名稱較妥。

貳、定型化約款之功能

定型化約款係現代大量交易型態下之產物。十九世紀中葉，定型化約款首先運用於保險業、銀行業及運輸業^(註五)；自二十世紀初期起，則迅速擴展及於各式各樣之製造業及服務業。時至今日，人類之日常生活（飲水、用電、購物、搭車、就醫等等），莫不與定型化約款息息相關。

定型化約款之得以普及化，係因其具備效率化、合理化及補充性之功能所致^(註六)。

就效率化而言，定型化約款之使用，得以節省締約之時間及費用。在大量交易之契約類型，提供商品或服務者，勢必無法與個別消費者，逐一磋商契約內容，且事實上亦無此必要。蓋此等契約之一項特色，即不重視交易相對人之個人因素，故就交易條件，得予等同化。就契約之締結及履行，使用定型化約款，得以節省時間及費用，對廠商及消費者，均屬有利。

就合理化而言，利用定型化約款，契約之當事人，尤其是擬定該定型化約款之一方，得預估風險，並以此等約款而預防風險之發生，限制風險之範圍，甚至移轉風險予以他方當事人。在預防風險發生上，例如動產出賣人以定型化約款，保留標的物之所有權至買受人付清全部價金。在限制風險範圍上，例如預售屋之出賣人在其定型化約款中規定，「出售房屋之精確面積以地政機關複丈結果為準，若複丈結果與本契約書所載面積不符，而其增減範圍在百分之二以內者，互不增減價金總額」；在移轉風險負擔上，例如汽車經銷商以定型化約款規定，「新車經預購後，因國外原廠調高售價，或國內外貨幣匯率調整等因素，致交貨時，車價已調升者，預購者（即買受人）應支付調升後之車價」。

註五：參閱黃越欽，論附合契約，收於私法論文集，民國六十九年，七三頁、七四頁；Soergel-Stein, BGB, 12. Aufl. 1991, Einl AGB-Gesetz, Rd 1.

註六：Treitel（同註三），p.196.

就補充性而言，伴隨經濟發展，科技進步結果，新興交易型態逐漸興起，新型交易契約日益普遍，融資租賃、信用狀、信用卡、IC卡、連續加盟店、旅遊、Factoring等，均其適例。基於契約自由原則（民法第一五三條第一項參照），此等新型交易行為，在法律上均屬有效，有拘束雙方當事人之效力。惟當事人間之權利義務，並無法依現行民法規定，而為詳盡之規範。蓋現行民法上關於所謂「典型契約」之條文（民法第三四五條至第七五六條），或因與該等新型交易行為性質不符，而已經當事人予以排除適用，或因其條文簡略，而有待當事人另為補充約定。因此，新型契約之當事人，遂多利用定型化約款，俾精確規律其契約之內容（註七）。

參、定型化約款之基本問題

定型化約款雖具有效率化、合理化及補充性之功能，而成為現代契約交易之重要工具。惟另一方面，由於定型化約款係由契約之一方當事人預先擬定，故顯而易見者為，該當事人於草擬定型化約款時，總以追求己方之最大利益為目標，而鮮少，甚或完全不顧契約相對人應有之保障。其結果，定型化約款大都具備下列特徵：

- 1.減輕或免除約款制定者之責任：即約定自己僅就故意或重大過失之行為負責（參閱民法第二二〇條第一項），或約定就其履行輔助人之故意或過失行為，不負任何責任（參閱民法第二二四條但書）。
- 2.加重相對人之責任：即排除民法第二二〇條第一項之原則規定，而約定契約相對人對於事變或不可抗力亦應負責。
- 3.限制或剝奪相對人權利之行使：例如出賣人於其定型化約款中約定，買受人於物有瑕疵時，僅得請求修理或更換，而不得解除契約或減少價金，亦不得請求損害賠償（參閱民法第三五九條、第三六〇條）；又一般常見之「貨物出門，概不退換」約款，亦屬之。
- 4.不合理地分配契約風險：例如約定凡因不可抗力或第三人之行為而生之風險，概由相對人負擔，而不問該不可抗力或第三人之行為（如約款制定人之員工罷工），是否屬於約款制定人所較能防範之範圍。

註七：Brox（同註四），Rd 204；Soergel-Stein（同註五），Einl AGB-Gesetz Rd 2.

5.其他不公平之約定：何如以約款制定者自己住所或營業所之管轄法院為第一審法院，或以其自己國家之法律為準據法等。

定型化約款，常具有上述不公平而不利於相對人之內容，且因其通常係以細微文字，印於繁煩文件中，一般人多未注意，而不知其存在；或雖知其存在，但並無閱讀興趣；縱予閱讀，仍難精確瞭解其法律上之意義。在約款制作者就其提供之商品或服務，具有獨占或寡占地位（如水、電、瓦斯、大眾運輸等）；或在同種類商品或服務之提供者，均使用相同或類似內容約款之情形（如醫院之手術同意書、旅行業者之旅遊契約書、銀行之保證契約書等），相對人如欲獲取該商品或服務，即不得不接受該不公平之約款。因此，以定型化約款締結契約，並規範契約之內容，外表上，雖屬符合契約自由（締結與否、相對人之選擇、方式、及內容之自由）之形式，但實質上，顯已違背契約正義之要求（註八）。

據上所述，吾人可知，定型化約款及現代交易社會不可或缺之工具，其使用既屬無法避免，其效力即應加以規範，而如何規範定型化約款之效力。乃現代契約法之一大課題。

肆、最高法院之裁判或決議

一、概 說

規範定型化約款，使其兼顧雙方當事人之利益，可由①司法審查、②立法規定、③行政監督、④消費者組織及輿論壓力、暨⑤企業廠商之自律等五種途徑著手（註九）。

定型化約款係運用於契約交易上，而規範契約交易所生權利義務關係最基本之法律則為民法。按我國現行民法第三六六條、第六〇九條、第六四九條、第六五九條，及海商法第一〇五條等規定，雖間接或直接與定型化約款有關，惟終屬零散，且僅得分別適用於買賣、寄託、物品運送、旅客運送及海上運送等特殊契約類型，能否類推適用於其他交易型態，尚有疑問（但請參閱民法第

註八：王澤鑑，債編總論，第一卷，民國七十七年，七七頁；Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 1990, Rd 397f.

註九：王澤鑑（同註八），七七、七八頁

三六六條、第三四七條)。

現行民法就定型化約款之效力，並無特別規範明文，故立法上之控制，即須訴諸民法上之概括規定，其主要者為民法第七十一條、第七十二條及第一四八條第二項（或第二一九條）等禁止法律行為違背強行法規、公序良俗及誠信原則等規定。惟應注意者，此等立法上之概括規定，係屬抽象條文，須經司法機關（法院）於具體案例上加以適用，始克發揮其控制定型化約款效力之功能。

二、案 例

①印章辨識條款

在可見之資料中，最高法院第一次就定型化約款表示其見解者，係關於金融機構所訂免責約款之效力問題。

在七十三年第十次民事庭會議中，院長提請決議之法律問題為：「當事人約定甲方以印鑑留存於乙方之印章，縱令係被他人盜用或偽造使用，如乙方認為與印鑑相符，甲方願負一切責任。此項約定是否違背公共秩序或善良風俗，而為無效？」。其決議為：

「甲種活期存款戶與金融機關之關係，為消費寄託與委任之混合契約。第三人盜蓋存款戶在金融機關留存印鑑之印章而偽造支票，向金融機關支領款項，除金融機關明知其為盜蓋印章，而仍予付款之情形外，其憑留存印鑑之印文而付款，與委任意旨並無違背，金融機關應不負損害賠償責任。若第三人偽造存款戶該項印章蓋於支票，持向金融機關支領款項，金融機關如已盡其善良管理人之注意義務，仍不能辨認蓋於支票上之印章係偽造時，即不能認其處理委任事務有過失，金融機關亦不負損害賠償責任。金融機關執業人員有未盡善良管理人之注意義務，應就個案認定。至金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效。

此外，在同年第十一次民事庭會議時，院長再度提議討論：「關於當事人約定：一方以印鑑留存於他方之印章，縱令被第三人盜用或偽造而使用，如他方為與印鑑相符，亦應負一切責任，此項約定是否有效？」，其決議內容為：

「乙種活期存款戶與金融機關係。第三人持真正存摺並在取款條上盜蓋

存款戶真正印章向金融機關提取存款，金融機關不知其係冒領而如數給付時，為善意的向債權之準占有人清償，依民法第三百十條第二款規定，對存款戶有清償之效力。至第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章於取款款上提取存款，則不能認係債權之準占有人。縱令金融機關以定式契約與存款戶訂有特約，約明存款戶事前承認，如金融機關已盡良管理人之注意義務，以肉眼辨認，不能發現蓋於取款條上之印章係屬偽造而照數付款，對存款戶即發生清償之效力，亦因此項定式契約之特約，有違公共失序，應解為無效，不能認為合於同條第一款規定，謂金融機關向第三人清償係經債權人即存款戶之承認而生清償之效力。」

②旅行業者之免責條款

台灣歷經數十年之經濟發展，人民財富逐漸累積，日常物質生活頗有餘裕，追求精神享受遂成時尚。旅遊活動，乘興而生。惟因國內生態環境惡劣，交通狀況壅塞，出國旅遊，乃成為大眾休閒活動。

出國旅遊，通常情形，旅遊者係與國內之旅行業者訂約，支付全部報酬，而由旅行業者負責提供與該次旅行有關之全部給付，包括代辦手續費、交通工具、餐膳、住宿、遊覽、接送、行李、稅捐及隨團服務等。而事實上，其中之食宿、交通、遊覽等服務，則由國內之旅行業者洽請國外旅行目的地國之相關企業安排並為給付。就是類於國外實際發生之給付，國內之旅遊業者皆以定型化約款與旅客約定，旅行業者就各該國外相關企業之故意或過失行為，不負責任。

依最高法院八十年台上字第七九二號民事判決，旅行契約係指旅行業者提供有關旅行給付之全部於旅客，而旅客支付報酬之契約。故旅行中食宿及交通之提供，若由旅行業者洽由他人給付者，除旅客已直接與該他人發生契約行為外，該他人即為旅行業者之履助輔助人，如有故意或過失不法侵害旅客之行爲，旅行業者應負損害賠償責任。縱旅行業者印就之定型化旅行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之條款，但因旅客就旅行中之食宿交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力^(註十)。

③金融機關之保證條款

註十：最高法院民事裁判書彙編，第四期，七四、七七頁。

金融機關於因貸款予債務人，而與第三人訂立保證契約時，常以定型化約款規定，「保證人拋棄民法債編第二十四節所定關於保證人主張之一切抗辯」（抗辯權之概括拋棄）或「保證人拋棄民法第七百五十一條所定保證人之抗辯權」（特定抗辯權之拋棄）。

抗辯權概括拋棄之定型化約款，亦常見於金融機關所使用之定型化信用卡申請書上。申言之，金融機關製發信用卡予持卡人，從而與第三人就持卡人因使用信用卡所生債務，訂立連帶保證契約時，均與該第三人（即保證人）以定型化約款約定：連帶保證人拋棄民法債編第二十四節有關保證人規定之一切權利^{（註十一）}，保證人得拋棄之權利，民法債編第二十四節已有特別之規定，信用卡申請書約定，保證人概括聲明放棄所有保證人得主張之權利，即與公序有違，依民法第七十二條之規定，應認其無效。

然而，對於保證人拋棄特定抗辯權之定型化約款，最高法院曾於七十四年台上字第一〇六四號民事判決稱：「民法債編第二十四節內第七百五十一條規定之保證人權利，法律上並無不許拋棄之特別規定，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」^{（註十二）}。

④董監事連保條款

由於公司係屬法人組織，乃獨立於公司股東之權利主體，在有限公司及股份有限公司，股東對於公司債務不負任何責任（參閱公司法第九十九條、第一百五十四條）。公司之董監事係公司之股東（公司法第一百九十二條第一項、第二百一十六條第一項），自有上述原則之適用。惟董事係公司業務實際經營者，而監察人在實際上，又多為董事之親友，欲期待其善盡監督之責，實有困難。因此，在臺灣，凡對於公司貸款者，莫不要求該公司之董監事出任連帶保證人，俾債權之清償，能有較大之保障，此即為所謂之董監連保。實務上，公司多向金融機關融資，而由金融機關在其使用之定型化貸款契約書或另立之保證契約書上，為董監連保之約定。有問題者，曾同意擔任連帶保證人之董監事，於解除其董監事職務時，是否仍應依該約款規定，負代為清償債務之責任？

註十一：台灣高等法院七十四年上易字第二〇六六號民事判決，引自曾隆興著，現代非典型契約論，七十五年，六〇頁。

註十二：最高法院民刑事裁判選輯，第六卷第一期，二三三頁。

就此問題，在最高法院七十七年台上字第三六七號民事判決中，原審之台灣高等法院認為，保證人（上訴人，係主債務人公司之董事）出具保證書後，因主債務人公司貸款額增加，故由新保證人另立保證書，然原有保證書之舊保證人（即上訴人）並未通知被上訴人（即債權人）終止保證契約，其保證責任仍然存在，縱令上訴人嗣卸任董事，仍無法解免其保證責任。惟最高法院則認為：「上訴人倘係以董監事之身分充任連帶保證人，則衡諸誠實信用原則及兩造訂立保證契約之真意，似亦以上訴人仍擔任董監事期間內，主債務人公司向被上訴人借用款項所負之債務，始負其保證責任。否則，如上訴人已卸任董監事，而主債務人又已另改選董監事，並重新出具保證書於被上訴人，則此後所借之款項，倘已卸任董監事之上訴人猶須負保證責任，則似失由董監事擔任連帶證人之真諦，且無異使原任董監事之人終生負無限保證責任」（註十三）。

此外，在最高法院七十八年臺上字第二五五七號民事判決中，原審台灣高等法院謂：「兩造所訂保證書約定：在公司（主債務人）未清償債務以前，不自行退保。可見未訂立保證期間，亦未特定所保證債務發生之期限，更未約定以上訴人（董事）擔任公司董、監事期間為保證期間」，從而認為上訴人雖未連任董事，仍應負保證責任。惟最高法院則認為：「在定型化契約，就具體個案，如有特殊情形，仍應參酌訂約之內容，探求當事人之真意，解釋契約，不能專以定型化契約之條款為唯一憑據。本件主債務人公司改選董監事，上訴人未連任，而新任董監事又與被上訴人（債權人）簽訂新的連帶保證契約，則上訴人抗辯，依其與被上訴人訂約意旨，舊保證契約因新保證契約之訂立而歸於消滅，似非無據。……況公司董、監事如一旦就公司所負一定限額之債務，為概括保證，則其保證責任不因嗣後退職經新任董、監事之更新保證而解免。如此解釋，與被上訴人要求公司之董、監事就公司所負債務負保證責任之趣旨，是否相符，尤值推敲，原審未注意及此，僅依定型化約款所定條款，為上訴人不利之認定，難謂已盡審理能事」（註十四）。

三、分析檢討

（一）最高法院基本上係以公共秩序為規範依據

註十三：最高法院民刑事裁判選輯，第九卷第一期，一七五頁。

註十四：最高法院民刑事裁判選輯，第十卷第四期，一八頁。本判決之分析，請參閱拙著，私法自治原則之理論與實務，台大法學論叢，八十二年六月，三七三頁以下。

由以上案例，吾人可知，最高法院自民國七十年代以後，已漸有機會，於具體裁判中，審查定型化約款之效力。其應注意者為，最高法院於判斷定型化約款得否拘束契約相對人時，除七十七年台上字第三六七號民事判決曾訴諸誠信原則外，餘均以民法第七十二條所定之公共秩序為標準。

按民法第七十二條規定，法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。所謂公共秩序，係指國家社會之一般利益。以定型化約款締結契約，並藉以規範由該契約而生之權利義務，性質上，係屬法律行為。故定型化約款之內容，如與公共秩序有違背者，應為無效，從而不發生拘束契約相對人之效力。就此以言，以公共秩序為標準，亦可控制定型化約款之效力，固為當然。

(二)以誠信原則為規範依據之理論基礎

違反公共秩序之定型化約款，固為無效，然而，應進一步深思者有二：

1. 定型化約款，雖未違背公共秩序，但依其內容，該約款仍不合理且不利於相對人者，亦屬常見。對於此種約款，即無法以「公共秩序」之概念判斷其效力（註十五）。
2. 民法第七十二條所以禁止內容違反公共秩序之法律行為，其目的在維護國家社會之一般利益。其所欲保障者，為國家或社會公眾之法益。而在定型化約款，其所牽涉者，原則上係契約雙方當事人間之利益，控制定型化約款，其主要目的，在維持雙方當事人間私法上利益之均衡，避免約款制定者濫用其經濟上、法律上、知能上、或其他與締約基礎有關之優勢，而侵害契約相對人之利益。由是可知，在定型化約款效力之控制上，其首應考慮者，係應如何藉規範定型化約款之內容，以維護契約當事人間利益之均衡，從而保障契約之正義（Sicherung der Vertragsgerechtigkeit）。在法律之一般原則（General Principles of LAW, Allgemeine Rechtsregeln）中，以維護契約當事人利益之均衡為最優先之目的者，當屬誠實信用原則。因此，以誠信原則之要求，審查定型化約款之效力，不僅適當，且屬必要。

德國實務上，二次大戰前之帝國法院（Reichsgericht，民刑事案件最高審判機關），亦多以德國民法第一三八條（相當於我國民法七十二條）所規定之公序良俗概念，為審查定型化約款效力之依據。惟於戰後，在職務上取代帝國法院之聯邦法院（Bundesgerichtshof，簡稱BGH），則改以誠信原則為首要標

註十五：王澤鑑，定型化旅行契約的司法控制，載「民法學說與判例研究」第七冊，一九九三年，六六頁；劉宗榮（同註一），六三頁。

準（註十六）。聯邦法院是項見解，並經德國立法者在一九七六年制定一般交易條款法（AGBG）時，予以條文化，而於該法第九條規定：

「一般交易條款中之約定，違背誠實信用原則，而不合理地不利於使用條款人之契約相對人者，無效。

有下列情形者，有疑義時，應認定係不合理之不利益：

- 1.一般交易條款之約定與其所排除之法規之基本原則不相符合者；
- 2.一般交易條款之約定限制基於契約之本質而生之權利義務，致契約之目的難以達成者。」

在我國，司法實務上，最高法院及其下級法院似尚未考慮以誠信原則為規範定型化約款效力之主要準據；立法上，法務部擬於民法債編通則中，增列民法第二四七條之一：

「依當事人一方以書面預定之條款而訂定之契約，為下列各款之約定，按當時情形，顯失公平者，該部分約定無效；

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

上開民法第二四七條之一增列草案能否成為明文規定，尚未可知，惟八十三年一月十三日起生效之消費者保護法第十二條則已明文規定，於審查定型化約款之效力時，應以誠信原則為判斷標準。

伍、消費者保護法第十二條之解釋適用

一、適用範圍

消費者保護法第十二條係關於定型化約款效力之基本規定，其首應研究者，係該條規定之適用範圍。關於定型化約款之意義業經敘明如上，茲再分別就定型化約款之其他相關問題及約款當事人而為說明。

(一)定型化約款

註十六：Ulmer-Brandener-Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl. 1989, § 9 Rd 4; BGHZ, 22, 90, 97.

1. 定型化約款之訂入契約

消費者保護法第二條第七款，就定型化契約定義為：「企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用，而單方預先擬定之契約條款」。依此定義，定型化約款，固以形諸文書為常見，但概念上，並不以此為必要。雖無書面，但經約款使用人以公開揭示（如於大眾運輸工具、旅館、百貨公司、停車場等場所），或其他合理方式，告知相對人，使其有適當機會了解條款內容，致該條款已訂入契約者^{（註十七）}，亦足當之（參閱消費者保護法第十三條）。又當事人就其締結之契約立有書面時，其相關之定型化約款是否包含於是項契約書中，則非所問^{（註十八）}。

以信用卡契約為例，坊間金融機關，如台灣第一信託投資公司、中國信託商業銀行、國泰信託投資公司、遠東國際商業銀行、台新國際商業銀行、花旗銀行信用卡中心、台灣大來國際信用卡（Diners Club International）公司等，在其印就之各類信用卡申請書上，均附有或詳或簡之信用卡使用約款，故申請人於該申請書簽名並將之寄送發卡金融機關者，該等使用約款，縱實際上未經申請人事先閱覽，仍為已訂入契約。但該等約款，若依正常情形，顯非消費者所得預見者，依消費者保護法第十四條關於「不尋常約款」（Ueberraschende Klauseln）之規定，該約款即不構成契約之內容（參閱德國一般交易條款法第三條）。

惟美國運通卡（American Express），於其「會員申請表」上，並未附有任何類似前述「信用卡使用約款」之條文，而僅在該表格背面，於一連串極其細微之字體中記載：「……申請人及附屬卡申請人，同意遵守每張運通卡（原卡、換發卡或補發卡）所附之運通之會員條款，除非將運通卡剪為兩截並儘速交還美國運通。……」。

於此情形，似應將申請人在該「會員申請表」上簽名並寄發之行爲，解為乃要約之引誘，不具拘束力。嗣美國運通將其信用卡連同「運通卡會員條款」一併寄交申請人，則為要約。此時，申請人若開始使用運通卡，或經相當期間未退還該卡者，即為承諾，致該「會員條款」因而成為契約之內容，而有消費者保護法第十二條規定之適用。反之，若申請人退還運通卡者，則係拒絕要約，自亦無討論該「會員條款」，應由美國運通負舉證責任。故若

註十七：Brox（同註四），Rd 204bf；Treitel（同註三），pp.197-200.

註十八：參閱王澤鑑（同註八），七八頁。

美國運通無法就此證明者，申請人得使用運通卡，而仍不受「運通會員條款」之限制，蓋於此情形，應認定該「會員條款」並未訂入契約也。

2. 經行政機關核定之約款

定型化約款，不論係由使用者自行制定，或委由專家顧問制定，或援用公會所制定者，均有消費者保護法第十二條規定之適用，固不待言。其應略加說明者，係經行政主管機關核定之定型化約款。

在消費者保護法施行，若干中央目的事業主管機關，就其主管之公私業務機構所使用之定型化約款，設有事前核准制，旅遊業（交通部）、保險業（財政部）、金融業（財政部）等所使用之定型化約款，即其適例。此項制度，並經消費者保護法第十七條採為明文，而規定：「中央主管機關（參閱同法第六條）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。違反前項公告之定型化契約之一般條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。企業經營使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。」

經中央主管機關選擇之特定行業，使用定型化約款時，若其內容與該主管機關公告規定應記載或不得記載之事項相牴觸者，依上開第十七條第二項前段規定，該約款固屬無效。惟該定型化約款之內容，雖無前述牴觸中央主管機關公告應記載或不得記載事項之情事，其至係與該等事項完全符合，而經主管機關核定者，並非即當然有效，而有拘束相對人之效力。主管機關之事前核准，係屬政府機關與定型化約款使用者間行政法上之關係，而約款使用人與相對人間，因該約款所生者，乃私法上之契約關係對於私法上之契約關係，其最後決定者，當屬司法機關之法院。依憲法第八十條規定，法官應依據法律，獨立審判，又依大法官會議第二一六號解釋，各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，……司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束。故法官就業經行政機關核准之定型化約款，仍得認定其有消費者保護法第十二條所定之情形，而宣告其無效^{（註十九）}。於行政主管機關核准定型化約款內容，係出於公共政策或其他行政目的上之考慮，而非

註十九：王澤鑑（同註十五），六五、六六頁；Wolf/Horn/Lindacher, AGB -Gesetz, 2. Aufl. 1989, § 9 Rd 6, 48, 49；Ulmer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 17。劉宗榮（同註一），72-75頁有詳細論述，敬請參閱。

著眼契約相對人契約上之利益時，尤應如此（註二十）。

3. 消保法施行前之約款

有疑問者，定型化約款經契約當事人於消費者保護法在八十三年一月十三日生效前訂入契約者，是否亦有該法第十二條規定之適用餘地？依法律不溯及既往之基本原則，似應採否定見解。惟消費者保護法第十二條係以誠實信用原則為規範基礎，並於該條第二項將是項原則具體化，而誠信原則在民法第一四八條第二項、第二一九條亦設有明文，故就於消費者保護法施行前已經使用之定型化約款，應當仍得本於誠信原則，並參酌該法第十二條規定，審查其效力。就此，德國一般交易條款法第二十八條第二項設有明文：「本法第九條（相當於我國消費者保護法第十二條）本就於本法施行前所締結之商品定期供給契約、定期勞務及承攬契約、暨使用物品契約，以該契約尚未完全履行者為限，亦適用之」，可供參酌。

（二）當事人

1. 相對人為「消費者」之情形（消費者定型化契約）

由消費者保護法第十一條第一項所設「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」，及同法第十二條第一項關於「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」之規定，吾人可知，定型化約款當事人之一方，亦即約款之使用者，為企業經營者；而他方當事人，亦即約款之相對人，則為消費者。所謂企業經營者，依消費者保護法第二條第二款規定，係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。而所謂之消費者，依同條第一款規定則係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。

企業經營者，不論為自然人或法人，其所使用之定型化約款，均受消費者保護法第十二條之規律。

企業經營者之契約相對人，以消費為目的，而與該經營者為商品之交易或使用，或接受該經營者提供之服務時，若該相對人係一般所謂之「私人」，即非以營業為目的之主體時，應為所謂之消費者，固無疑義，故其與企業經營者間之定型化契約應受消費者保護法第十二條之規範。

2. 相對人為「企業經營者」之情形（商業性定型化契約）

註二十：BGH MKW 1983, 1322；BGH NNW-RR, 1987, 45.

有問題者爲，若該契約相對人亦該當消費者保護法第二條第二款所稱之「企業經營者」時，是否仍得認其爲同法第二條第一款所稱之「消費者」。申言之，契約雙方當事人均爲所謂之「企業經營者」時，一方當事人使用定型化約款，而該約款有消費者保護法第十二條所定之情形者，他方當事人得否主張該約款依該條規定，應屬無效？

本文以爲，消費者保護法第十二條係審查定型化約款效力之基本規定，以誠信原則爲依歸，具有普遍適用性。企業經營者於設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務時，使用定型化約款，以規範與契約相對人間之法律關係者，就該約款應符合誠信原則之要求而言，不因契約相對人之屬性，而有差異。甲汽車經銷商分別出賣型式完全相同之A、B二車，A車售予乙製造公司，B車售予該公司董事長丙，均以甲所制定之定型化約款締約，並於條款中約定，汽車有瑕疵時，除非買受人證明出賣人甲有故意或重大過失，否則不得解除契約或減少價金。按是項約款，其目的在排除民法第三五四條及第三五九條關於物之瑕疵擔保責任，不以買受人有故意或過失爲必要之規定，核其內容，與該等規定之立法意旨顯相矛盾，依消費者保護法第十二條第二項第二款規定，係顯失公平，且違反誠信原則，應屬無效。此時，若謂僅丙得因B車有瑕疵，而解除契約，乙公司則不得因A車有瑕疵，而解除契約，則不僅對乙公司「顯失公平」，對出賣人甲而言，純因買受人乙爲公司組織，而得終局保有因出售有瑕疵之A車所獲得之價，亦屬「意外驚喜」。

因此本文認爲，不論使用定型化約款者之契約相對人係所謂之個人（自然人），或消費者保護法第二條第二款所謂之企業經營者（法人），只要該相對人符合同法第二條第一款所稱之要件，該約款即有同法第十二條之適用。德國學說判例就其一般交易條款法第九條，亦均爲相同之解釋^{（註二十一）}，可供參照。

於此應併加說明者，消費者保護法第十二條之目的，在於維護定型化約款使用者之契約相對人的利益。故定型化約款有該條所定之情形時，僅契約相對人（不論其是否亦同時爲企業經營者）得主張約款無效；該約款之使用者則不得爲此主張^{（註二十二）}。

註二十一：Ulmer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 23；Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 6；Soergel-Stein（同註五），§ 9 Rd 3。

註二十二：BGB NJW 1987, 837, 838；Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 4, 56。

二、與其他法律規定之關係

(一)特別規定

消費者保護法第十二條雖為規範定型化約款效力之基本規定，但並非唯一之規定。其他關於定型化約款效力之法律規定，並不因消費者保護法第十二條之施行，而失其效力。故海商法第一〇五條、民法第六〇九條、第六四九條、第六五九條、第三六六條等，對於定型化約款，仍有適用餘地。

(二)民法第七十一條

此外，定型化約款之內容違背強制或禁止規定時，亦有民法第七十一條規定之適用。故債務人以其定型化約款與債權人約定免除自己故意或重大過失之責任者，該約款依民法第二二〇條第一項及第七十一條前段規定，應屬無效。

應注意者，消費者保護法第十二條並非民法第七十一條所稱之強行規定，蓋定型化約款依第七十一條規定而無效時，當事人間因該無效事由所生之法律關係，應依民法之一般規定（民法第一一一條、第一一二條、第一七九條以下）（註二十三）解決之；而定型化約款依消費者保護法第十二條規定而無效時，則應適用同法第十六條處理該條款無效之法律效果。尤有甚者，消費者保護官或消費者保護團體，依消費者保護法第五十三條規定，訴請法院判決企業經營者停止使用不公正之定型化約款者，以主張該約款有同法第十二條所定無效事由為限；若係主張定型化約款有民法第七十一條所定無效之情事，似無提起上述第五十三條「停止訴訟」（Unterlassungsklage）之餘地（參閱德國一般交易條款法第十三條）。同理，消費者保護法第四十三條以下關於消費爭議處理規定（申訴與調解、消費訴訟）之適用，於因定型化契約條款無效而生之消費爭議，亦以該約款係因同法第十二條而無效者為限；其因民法第七十一條而無效者，並不與焉。惟同一約款，依消費者保護法第十二條及民法第七十一條規定，均屬無效者，該約款之相對人得選擇依民法一般規定，或依消費者保護法之規定，行使其權利，則不待言（註二十四）。

(三)民法第七十二條

註二十三：關民法第一一三條規定在無效法律行為之規範意義，參閱王澤鑑，民法第一一三條規範功能之再檢討，載民法學說與判例研究第四冊，五五頁以下。

註二十四：Soergel-Stein（同註五），Vor § 8 Rd 10；Wolf/Horn/Lindacher（同註一九），§ 9 Rd 10。

最高法院於消費者保護法施行前，多以民法第七十二條所定公共秩序之概念，審查定型化約款之效力，業如前述。在消費者保護法施行，定型化約款有違反公序良俗之事由者，仍有民法第十二條之適用，自不待言。就消費者保護法第十二條與民法第七十二條之關係而言，其應注意者為^(註二十五)：

1. 法律行為違反公序良俗者，多係因行為人有可非難之主觀意思（vorwerfbare Gesinnung）；而消費者保護法第十二條則以定型化約款對契約相對人是否顯失公平為審查依據，約款使用人主觀上有無可非難之意思，並非所問。
2. 民法第七十二條除保障法律行為相對人之利益外，並有維護第三人及國家社會一般利益之功能；而消費者保護法第十二條原則上僅以維護契約相對人之利益為其目的。
3. 消費者保護法第十二條，僅以定型化約款為規範對象；民法第七十二條則亦適用於定型化約款以外之法律行為的內容。
4. 法律行為之一部因違反公序良俗而無效者，原則上，全部皆無效（民法第一一一條），但定型化約款依消費者保護法第十二條規定而無效者，該約款所屬之契約，如除去該無效約款，亦可成立者，則該契約之其他部分，仍為有效（消費者保護法第十六條前段）。
5. 定型化契約中之個別約款雖無消費者保護法第十二條所定事由，而尚非無效；但如綜合契約全體內容，認其違反公序良俗者，則該契約仍為無效。

因此，勞動契約上之單身條款，若係經僱用人與受僱人磋商訂立，而非經制成僱傭契約書上之定型化約款者，雖無消費者保護法第十二條規定之適用，但仍為違反善良風俗而無效^(註二十六)。單身條款經訂為定型化約款者，由於受僱人並非消費者保護法上所稱之「消費者」（參閱消費者保護法第一條第一款），故同法第十二條仍無適用餘地；縱可予以類推適用，則單身條款是否有違誠信原則，仍待商榷。惟定型化之單身約款，顯有違善良風俗，應無可疑。故勞動契約上之定型化單身約款，依民法第七十二條規定，仍屬無效。

三、本條第一項與第二項之關係

註二十五：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 17ff.

註二十六：王澤鑑，勞動契約上之單身條款，基本人權與公序良俗，民法學說與判例研究第七冊，三六頁以下。

按消費者保護法第十二條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」；同條第二項則規定：定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者；二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者；三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者」。

由是可知，本條第一項係審查定型化約款最基本、抽象之規定同條第二項則有具體化第一項規定之功能。因此，本條第一項與第二項規定，雖無相互排斥之關係，亦無效力上之軒輊，惟於審查定型化約款效力時，為方便計，宜先以本條第二項規定為標準，迨確定該約款並無第二項所定之無效事由後，再考慮其有無其他違反誠信原則並對消費者顯失公平之情事，俾依第一項規定，定其效力^{（註二十七）}。以下即依此原則，依序詳細說明本條第二項及第一項之規定。

四、推定無效之定型化約款

（一）無效之推定及其反證

定型化約款有本條第二項所定各款情事之一時，除依該條項明文規定，推定該約款顯失公平外，解釋上，應認為並推定其亦違反誠信原則。因此，定型化約款有該等情事之一時，除經約款使用人提出反證者外，即屬無效^{（註二十八）}；反之，定型化約款雖有本條第二項所定之情事，惟經其使用者反證證明並未對契約相對人顯失公平，或並未違反誠信原則，該條款即非當然無效。此時，理論上，契約相對人仍得依本條第一項規定者，主張該條款無效；惟因定型化約款既經其使用者證明並無違反誠信原則，或並無顯失公平情事，則欲再主張其應依本條第一項規定而無效，實際上，殆屬鮮見，似可斷言^{（註二十九）}。

如前所述，定型化契約中之條款有本條第二項所定各款情形之一者，即應推定其顯失公平，並因而無效。惟既屬「推定」，即可以反證推翻。依德國法上之見解，定型化約款之使用人得以下列事由，推翻定型化約款為顯失公平或違反誠信原則之推定^{（註三十）}：

註二十七：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 62；Erman-Hefermehl, BGB, 8. Aufl. 1989, § 9 Rd 20；Belk, JA 1988, 475, 482.

註二十八：BGHZ 102, 41, 50；Palandt-Heinrichs, BGB, 51. Aufl. 1992, § 9 Rd 5.

註二十九：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 58, 64.

註三十：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 61.

- (1)依該定型化契約，相對人雖因系爭約款而受有不利益，惟相對人同時亦因該不利益，而受有相當之補償者。例如：出賣人於其定型化契約中規定，買受人於物有瑕疵時，不得逕行解除契約或減少價金，但得請求出賣人修繕，修繕不成時，並得解除契約或減少價金（參閱民法第三五九條，德國一般交易條款法第十一條第十款b）。繼續性物品或勞務供給者，以其定型化約款規定，供給者得因情事需要，片面決定提高價金或報酬，但相對人不同意時，得隨時終止契約者，亦屬已為相當補償之定型化約款。
- (2)定型化契約使用人，就使用系爭約款，具有特殊重大利益，致相對人之利益，應對之讓步者（註三十一）。
- (3)系爭約款之規定，雖致相對人受有不利益，惟該不利益尚屬輕微者。
- (4)綜合一切具體情事，並衡量雙方利益狀態，尚難認為系爭約款係屬顯失公平者。

(二)違反平等互惠原則之約款

1.理論說明

消費者保護法於第十一條第一項明白揭示定型化契約使用人之基本義務，即「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」。企業經營者違背是項義務，而於其使用之定型化約款中，為違反平等互惠原則之約定者，依同法第十二條第二項第一款規定，該約款即被推定為顯失公平。

我國消費者保護法第十一條至第十七條關於定型化契約之規定，基本上，係參考德國一般交易條款法（AGBG）之內容，其中之第十二條即與德國一般交易條款法第九條之規定相似。

然而，消費者保護法第十二條第二項第一款規定，卻係出於立法者之自創。在立法委員趙少康等六十六人於民國七十八年所擬之「消費者保護法草案」中，並無類似現行消費者保護法第十二條之規定。而在行政院於同年函請立法院審議之「消費者保護法草案」中，始有類似之條文。嗣經立法院內政、經濟、司法三委員會審查，決定採納行政院草案，於民國八十一年一月二十二日函請立法院公決，並於八十三年一月十一日經該院三讀通過（註三十二）。在行政院草案、立法院上述三委員會審查報告，及立法院三讀過程中

註三十一：BGHZ 110, 88, 93=NJW 1990, 2065.

註三十二：參閱八十二年四月三日立法院議案關係文書院總第1450號，關於消費者保護法之立法過程，參閱馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，消費者保護法解讀，八十三年，一五頁以下。

，均認為定型化約款違反平等互惠原則者，即推定其顯失公平。

平等互惠原則之強調，在定型化契約交易上，頗具意義。蓋定型化契約之主要弊病，係使用者在其單方預先擬定契約條款時，以其優越之法律上或經濟上的地位，恣意追求一己之利益，致嚴重侵害相對人法律上應受保障之利益，並從而破壞契約交易上應有之平等互惠原則。所謂平等互惠，解釋上，係指定型化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。

維持契約交易之平等互惠，係尊重契約自由之必然結果。蓋契約自由雖係私法自治原則之實現，而受憲法之保障（參閱憲法第二十二條）^{（註三十三）}，惟一方當事人（定型化約款之使用人）契約自由的濫用，即為他方當事人（定型化約款之相對人）契約自由的喪失。當事人一方基於契約自由，而片面預先擬定契約條款時，如僅恣意追求一己利益，而未兼顧他方應有之利益者，即係破壞契約交易之平等互惠，並為妨礙他方共同決定條款內容之契約自由，故該一方當事人之契約自由，於此情形，即應受限制（參閱憲法第二十三條）。因此，其所擬具之上述定型化約款，即欠缺拘束他方當事人之效力，而應為無效。茲以給付與對待給付之關係，及契約上危險之分配為例，說明平等互惠原則在定型化約款上之適用。

2. 給付與對待給付間之平等互惠

在契約交易上，給付與對待給付間，尤應遵守平等互惠之原則。故「貨物出門，概不退換」之定型化約款，其目的固在排除買受人之瑕疵擔保請求權（參閱民法第三五九條、第三六六條），惟其結果則將導致買受人支付之價金與其獲得之物品顯失對價上之平等，依消費者保護法第十二條第二項第一款之規定，應推定其顯失公平。

再者，依民法第五六八條第一項規定，居間人以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬。故居間人以定型化約款規定，如經其報告或媒介締約機會時，縱委託人未據其報告或媒介而締結契約，亦應支付報酬者，該約款即為違反平等原則^{（註三十四）}。反之，居間人如於其定型化約款中規定，

註三十三：參閱拙著，私法自治原則之理論與實務，台大法學論叢，八十二年六月，三五五頁

註三十四：BGHZ 88, 368, 370f；99, 374, 382；103, 240，惟德國聯邦法院認為當事人得以個別協議約定，雖未媒介成功，媒介者仍得請求報酬，參閱BGB NJW 1991, 1679.

經其向委託人報告或媒介合於約定內容之締約機會，而委託人無故拒絕締約時，居間人仍得請求原定之報酬者，該定型化約款即無違反平等互惠原則可言。蓋依最高法院五十八年台上字第二九二九號民事判例，媒介居間人固以契約因其媒介而成立時為限，始得請求報酬。但委託人為避免報酬之支付，故意拒絕訂立該媒介就緒之契約，而再由自己與相對人訂立同一內容之契約者，依誠實信用原則，仍應支付報酬。

給付與對待給付之間，雖應維持其對價之平等性，惟此係指雙方當事人主觀上各願以其給付換取對方之對待給付而言，至於該具體之給付（物品或勞務），與對待給付（價金或報酬）客觀上之價值是否相當，則非所問（註三十五）。故定型化約款上關於價格之約定，如買賣價金、租金、承攬或其他勞務之報酬、或借款之利息等等，縱有客觀上顯然偏高之情形，亦不生消費者保護法第十二條第二項第一款所謂違反平等互惠原則之問題。惟是項定型化約款得因違背强行規定或公序良俗而無效，則屬當然（註三十六）。

3. 危險分配之平等互惠

定型化約款關於危險分配之規定，違反平等互惠原則者，亦應推定其顯失公平。基於平等互惠原則，當事人應僅就於所能控制範圍內發生之危險，負其責任。故金融機關如以定型化約款規定，存款人對有關書件或取款憑條上之簽章印鑑，縱經任何第三人偽造、變造或塗改，亦均負責者，即係違反平等互惠原則之危險分配，應為無效。蓋第三人偽造、變造或塗改簽章或印鑑，如非存款人所得控制或防止者，即不得任由金融機關以定型化約款規定，將該危險全部移轉予存款人承擔（註三十七）。

同理，信用卡發卡單位於其定型化約款中規定：「信用卡被竊或遺失時，持卡人及其連帶保證人對未辦妥書面掛失手續前遭冒用所生之損害，無論其簽名是否完全相符，仍應負清償之責」，亦為違背平等互惠原則之危險分配，應屬無效。蓋發卡單位原則上僅於依照持卡人之指示，而付款於特約商

註三十五：王澤鑑（同註八），七〇頁。歐市於一九九三年四月五日頒布之「關於不公平契約條款之指導原則」第四條第二項亦有相同規定。參閱 NJW 1993, Heinrichs, NJW 1993, 1817, 1818.

註三十六：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 135, D3, D10, M7；§ 8 Rd 13；Ulmer-brandner-Hensen（同註十六），§ 8 Rd 10ff.

註三十七：參閱最高法院七十三年第十次及同年第十一次民事庭會議決議；OLG Hamm NJW-RR 1986, 40；Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 H3.

店時，始得向持卡人請求返還其已代付之款項（參閱民法第五三五條、第五四六條）。持卡人是否已為付款之指示，則應由發卡單位依特約商店所寄交之簽帳單認定之。故發卡單位決定付款予特約商店前，有審查簽帳單上之簽名是否與持卡人真正簽名相符的義務與機會。反之，持卡人就其信用卡是否已遭冒用，毫無得知之可能，亦無阻止之能力。再就特約商店而言，於其決定接受信用卡而出賣商品或提供服務時，亦得審查實際使用該信用卡而消費者之簽名，與信用卡上既有之簽名，是否相符。特約商店未盡注意義務，致未查覺簽名係屬偽造者，固不得將此發生之危險，歸由持卡人負擔。縱因偽造之簽名客觀上難以辨識，致特約商店無從查覺者，就此項客觀上難以辨識簽名真偽之危險，於發卡單位與持卡人二者間，仍應歸由前者負擔，始為正當，蓋該危險終究係發生於特約商店出賣商品或提供服務之際，而特約商店又係發卡單位之契約相對人，發卡單位對之有選任、監督之權也（註三十八）。準此以言，發卡單位以定型化約款規定，信用卡遺失或被竊時，持卡人或其連帶保證人於辦妥書面掛失手續，前就該信用卡被冒用所生之風險，「無論其簽名是否相符」，均應連帶負責，即係將屬於發卡單位應負擔之危險，移轉予無法防止該危險發生之持卡人或其連帶保證人。是項約款，顯違平等互惠原則，應屬無效。

（三）違反任意規定之約款

1. 德國立法例

依消費者保護法第十二條第二項第二款規定，定型化契約中之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，推定該條款顯失公平。

此項規定，基本上係模仿德國一般交易條款法第九條第二項第一款之條文：

「一般交易條款之約定與其所排除之法規的基本原則不相符合者（*unvereinbar mit wesentlichen Grundgedanken der abgewichenen gesetzlichen Regelung*），有疑義時，推定其對相對人有不合理之不利益」。

上開德國立法例，並非其立法者之創作，而係該國司法實務，尤其是德國民、刑事最高審判機關之聯邦法院（BGH）所為裁判之條文化。依是項實務見解，立法者於制定法律之前，通常均已綜合比較衡量契約雙方當事人所

註三十八：BGH NJW 1984, 2460, 2461；Ulmer-Brandner-Hensen（同註十六），Anh. § § 9-11 Rd 453.

涉利益，並為適當之調整，始以條文規定表現其價值判斷。此種利益之衡量與價值之判斷，即為該法律規定之基本原則，具有準則與模範之功能（Ordnungs-und Leitbildfunktion），應予貫徹實現。定型化約款與是項法規之基本原則互相衝突者，即難認其為有效（註三十九）。

2. 「任意規定」之意義

應注意者，德國一般交易條款法第九條第二項第一款之用語為「法律規定」（gesetzliche Regelung），而我國消費者保護法第十二條第二項第二款則規定為「任意規定」。然而，是項文義上之不同，尚不生實質之差別。蓋依德國實務及學說見解，其所謂之「法律規定」是否僅限於「任意規定」（dispositives Recht）（註四十）；抑或包含「強行規定」（zwingende Vorschriften）在內（註四十一），固尚有爭議；惟因定型化約款違反強行規定者，依法亦屬無效（我國民法第七十一條；德國民法第一三四條），故我國消費者保護法第十二條第二項第二款以「任意規定」為規範對象，應尚不致產生法規適用之疑難（註四十二）。惟排除任意規定之定型化約款，何以會無效，仍有說明必要。

法律行為違反強制或禁止規定者，應屬無效（民法第七十一條）；定型化契約係法律行為，故其約款違背強行法規者，當然亦為無效。法律行為僅排除法律之任意規定者，若係出於當事人之自由個別協議，固應依其協議，不再適用該任意規定。蓋於此情形，並無特別保護其中任一當事人之必要。

惟排除任意規定係出於定型化約款者，即不得以其所排除者乃任意規定，而一概承認該約款之效力。蓋顯而易見者，定型化約款使用人所以排除法律之任意規定，其目的多在追求一己之利益，則其是否會同時兼顧相對人之正當利益，已頗有可疑。抑有進者，使用人於排除任意規定之餘，多另以利己約款取代之，於此情形，尤應審查該約款之效力，俾維護相對人之正當利益。

註三十九：BGHZ 41, 151, 154; 54, 110; 89, 206, 211; 99, 374, 382.

註四十：持此見解者為Palandt-Heinrichs（同註二十八），§ 9 Rd 19; Weick, NJW 1978, 11, 12; Schapp, DB 1978, 621, 623.

註四十一：持此見解者為BGHZ 95, 362, 366; Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 68; Soergel-Stein（同註五），§ 9 Rd 33; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 284ff.

註四十二：參閱Ulmer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 125.

按任何法規，不論其為强行規定，或任意規定，均係立法者在綜合比較，衡量當事人之利益，並為適當之調節後，所為之價值判斷。是項利益衡量及價值判斷，且為維持契約正義之具體表現。故縱為任意法規，仍不容一方當事人以其單方預先擬定之定型化約款任意排除，蓋相對人事先並無參與擬定該項約款之機會也。

依消費者保護法第十二條第二項第二款文義，其所稱之「任意規定」，似指憲法第一七〇條及中央法規標準法第四條所謂，經立法院通過，總統公布之形式意義法律。惟為貫徹保護定型化約款相對人之立法目的，實質意義之法律，即任何概括、抽象的規定，含各機關發布之行政命令（參閱中央法規標準法第三條），亦應包括在內。此外，法院以裁判方式而創設之法律制度，例如不完全給付（參閱最高法院七十七年第七次民事庭會議決議），亦得據為審查定型化約款效力之標準^{（註四十三）}。準此以言，若定型化約款規定，相對人主張約款使用人應負不完全給付之賠償責任時，就該不完全給付係因可歸責於使用人之事由所致，應負舉證責任者，則該約款與最高法院關於不完全給付歸責事由之舉證責任的裁判，即顯相矛盾。蓋依最高法院七十七年台上字第一九八九號^{（註四十四）}及同年台上字第一九六二號^{（註四十五）}民事判決見解，不完全給付，因非可歸責於債務人之事由所致者，乃債務人之免責要件，故債務人以不完全給付係因非可歸責於己之事由所致為抗辯時，應由債務人證明之，債權人就因可歸責於債務人之事由，不負證明之責。

3. 任意規定之立法意旨

定型化約款排除任意法規者，其效力如何，應依該任意法規之立法意旨判斷之。

如前所述，德國法上，係以該被排除之法律規定的基本原則（wesentlicher Grundgedanke），為判斷之標準。德國法院實務上，係區別具有基本正義內涵之法律規定（Rechtsvorschriften mit wesentlichem Gerechtigkeitsgehalt），及僅含方便目的內涵之法律規定（Rechtsvorschriften mit bl-

註四十三：此為德國一致見解，參見Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 66；Ermann-Hefermehl（同註二十七），§ 9 Rd 22；Soergel-Stein（同註五），§ 9 Rd 33；Locher（同註四），S.126。

註四十四：最高法院民刑事裁判選輯，第九卷第三期，五一頁。

註四十五：最高法院民刑事裁判選輯，第九卷第三期，二八四頁。

osse Zweckmaessigkeitsgekalit) 兩者。定型化約款所排除者，係前者之法律規定時，該約款即被推定為無效；其所排除者，係後者之法律規定時，則不生約款推定為無效之問題（註四十六）。

此項區別，顯有疑義，自不待言。蓋法律規定，係具有基本正義內涵，抑僅含方便目的，實難嚴格區分。例如消滅時效，就其避免因時間經過而生舉證上之困難而言，似僅為方便上之法規；惟就其在尊重既成事實秩序，以維持法律關係之安定而言，則又顯係出於公平正義之維護。此外，如抵銷（民法第三三四條以下）、清償期（民法第三一五條、第三一六條）、清償地（民法第三一四條）等規定皆然（註四十七）。

因此，依消費者保護法第十二條第二項第二款規定，判斷定型化約款之效力時，首應檢討該約款所排除不予適用者，係何項任意規定，並探究該任意規定之規範目的，並特別注意該任意規定是否以保護相對人正當利益為目的，再依具體情事於個別案例中，決定該定型化約款有顯失公平之情形（註四十八）。以下即舉若干實例說明之。

4. 實例說明

我國金融機關貸款實務上，常見債權人（金融機關）在其定型化之連帶保證契約上規定，「連帶保證人拋棄民法債編第二十四節所定關於保證人得主張之一切權利」，或「保證人拋棄民法第七五一條所定保證人之抗辯權」。

按保證具有從屬性及補充性，基於從屬性之原則，民法設有第七四一條、第七四二條及第七四四條關於保證人抗辯權之規定；基於補充性之原則，民法則設有第七四五條及第七五一條之保證人的抗辯權。

前述之從屬性及補充性，乃保證契約之本質，而法律所定之抗辯權，亦係兼顧保證人正常利益所必需。故此等抗辯權之規定，原則上雖為任意規定（參閱民法第七四六條第一段），惟若債權人以定型化約款，概括地剝奪保證人所得主張之一切抗辯權者，顯與保證契約之本質洵有違背，而為嚴重妨礙保證人之正當利益，依消費者保護法第十二條第二項第二款規定，應推定該約款為顯

註四十六：BGHZ 41, 151, 154; 54, 106, 110; 60, 377, 380; BGH NJW 1991, 1887.

註四十七：Belk, JA 1988, 475, 484; Wolf/Horn/Lindacher (同註十九), § 9 Rd 71; Erman-Hefermehl (同註二十七), § 9 Rd 23; Locher (同註四), S.127.

註四十八：Palandt-Heinrichs (同註二十八), § 9 Rd 20; Ulmer-Brandner-Hensen (同註十六), § 9 Rd 124.

失公平。

應繼予研究者，係規定保證人拋棄特定抗辯權之定型化約款之效力問題。就此，最高法院曾於七十四年臺上字第一〇六四號民事判決謂：「民法債編第二十四節內第七五一條規定之保證人權利，法律上並無不許拋棄之特別規定，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」^{（註四十九）}。最高法院是項見解，在結論及理由構成上，均有商榷餘地。

民法第七五一條關於保證人抗辯權之規定，依其性質，雖屬任意法規，而得依當事人之合意，排除其適用，惟此僅以當事人經磋商決定後，保證人願為拋棄者為限。若債權人（金融機關）以自行事先印就之約款，規定保證人拋棄該項抗辯權者，不得以民法第七五一條係屬任意規定為理由，而毫無限制地承認其效力。蓋如前所述，定型化約款內容特色之一，即為排除法律之任意規定也。倘謂任意法規均得以定型化約款而有效排除之，即幾無無效之定型化約款矣！

其次，保證人拋棄民法第七五一條所定之抗辯權者，為何與公共秩序無關，最高法院未為任何說明，不具實質說服力。

依本文所見，民法第七五一條係基於保證契約之補充性所為之規定，故保證人拋棄該條所定之抗辯權，如與保證債務之補充性無礙者，其拋棄即為有效。準此以言，債權人規定保證人拋棄該抗辯權，其目的在於使主債務人能充分利用系爭之擔保物，以滿足債權之清償者，其拋棄即為有效。蓋於此情形，保證人將隨債權清償之限度，而免除保證責任，與補充性之原則，殊無違背。

反之，債權人所訂保證人拋棄民法七五一條所定抗辯權之定型化約款，如不具上述之目的關聯性者，即為片面考慮債權人求償上之方便，乃不具實質理由之拋棄，不符補充性之原則，與民法第七五一條之立法意旨顯相矛盾，應推定其顯失公平。

最高法院七十四年臺上字第一〇六四號民事判決所涉之定型化約款，僅泛稱保證人拋棄民法第七五一條所定之抗辯權，而未表明該拋棄是否限於兼為主債務人方便利用擔保物之情形，依定型化約款之解釋原則，應為不利於制定條款者（即金融機關）之解釋（參閱消費者保護法第十一條第二項），而解為縱與主債務人得否利用擔保物無關，保證人亦為拋棄。惟如上說明，是項情形之

註四十九：最高法院民刑事裁判選輯，第六卷第一期，二三三頁。

拋棄違反保證契約之補充性，故前揭之定型化約款，應屬無效^(註五十)。

此外，定型化約款若規定：「相對人對約款使用人爲要約時，經使用人承諾者，雖承諾之通知未到達相對人，契約仍爲成立」，則是項約款與其所排除之民法第九十四條第一項、第一五七條之立法意旨，顯有不符，應屬無效，蓋此二條規定，其目的在確保要約人得知其要約是否業經承諾，不得以定型化約款排除之^(註五十一)。

其次，關於「請求權得行使之時間，由約款使用人自由裁量決定之」（參閱民法第一二八條）^(註五十二)或「相對人給付遲延時，約款使用人得不經催告而解除契約並請求不履行之損害賠償」（參閱民法第二五四條）^(註五十三)等定型化約款，均與其所排除之法律規定的立法意旨顯有矛盾，應推定其顯失公平。

再者，基於給付與對待給付在存續上之牽連關係（參閱民法第二六六條）所生之基本原則，繼續性之契約關係經前終止時，雙方當事人於終止後始到期之主給付義務尙未履行者，無庸再爲履行；其已先爲履行者，原則上應返還予他方。故融資租賃出租人之定型化約款規定，出租人於提前終止契約時，得取回租賃標的物，並得請求承租人立即支付終止後始到期之原定租金者，該約款應推定爲顯失公平^(註五十四)。

由消費者保護法第十二條第二項第二款規定，吾人可知，定型化約款雖不違反强行法規，並非即當然有效，而仍應上開規定，進一步依該約款所排除之任意規定的立法意旨，審查其效力^(註五十五)。惟應併請注意者，依本條款規定，吾人亦可得知，定型化約款雖排除任意法規，亦非即當然無效。定型化約款雖排除任意法規，但並未致相對人顯受不利，或相對人之利益已依其他約款，而受相當維護者，即不得推定該排除任意法規定型化約款爲顯失公平。

在此見解下，德國實務認爲，以定型化約款排除相當我國民法第四二九條所定出租人之修繕義務^(註五十六)，或第四五一條所定之「租賃契約之默示更新

註五十：參閱拙著（同註三十三），三七二頁以下；馮震宇等合著（同註三十二），一二三頁。

註五十一：OLG Hamm NJW-RR 1986, 927, 928.

註五十二：BGH NJW 1986, 1608, 1609.

註五十三：BGH ZIP 1986, 371.

註五十四：BGHZ 71, 196, 204f.; Uimer-Brandner-Hensen（同註十六）；§ 9 Rd 127；曾隆興（同註十一），一〇一頁似持不同見解。

註五十五：Uimer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 125.

註五十六：BGHZ 92, 363, 367；101, 253, 261；105, 71, 80.

(註五十七)者，均為有效。蓋在前者，通常情形下，出租人因免除其修繕義務，故要求之租金隨而較低，承租人相對上亦受有利益；而在後者，縱無民法第四五一條規定，租賃契約亦得因當事人之默示合意而延續之。

(四)妨礙達成契約目的之約款

1.立法例及適用範圍

定型化契約中之條款，限制契約之主要權利或義務，致契約之目的難以達成者，依消費者保護法第十二條第二項第三款規定，推定該約款顯失公平。

本款規定，基本上亦係參考德國立法。依德國一般交易條款法（AGBG）第九條第二項第二款規定，一般交易條款中之約定限制基於契約本質而生之基本權利或義務，致該契約目的之達成受危害者，有疑義時，推定其有不合理之利益。本條款規定，基本上仍為德國各級法院裁判見解之條文化，而非立法者之創作（註五十八）。

消費者保護法第十二條第二項第三款規定，於定型化契約非屬現行法律（民法、保險法、海商法、勞動基準法（註五十九）等）所定之典型契約類型時，最足發揮其規範功能。蓋此種定型化契約之條款，並無顯然排除任意規定可言，因而無從依消費者保護法第十二條第二項第二款規定，審查其效力。

然而，消費者保護法第十二條第二項第三款規定之適用範圍，並不以非典型契約為限。當事人以定型化約款締結典型契約，而該約款限制契約之主要權利或義務，致契約之目的難以達成者，就該約款，亦得依消費者保護法第十二條第二項第三款規定，推定其顯失公平。例如，甲、乙締結買賣契約（典型契約），而出賣人甲於其定型化約款中規定，買受人乙認為物有瑕疵時，應先通知出賣人並經出賣人承認確有瑕疵存在，始得解除契約或減少價金，則該約款即屬限制買受人瑕疵擔保權利之行使，並致買賣契約之目的難以達成，應依消費者保護法第十二條第二項第三款規定，推定其顯失公平。惟上開約款，顯亦與民法第三五四條以下關於物之瑕疵擔保規定之立法意旨矛盾，蓋買受人固應將物有瑕疵之情事通知出賣人（民法第三五六條），但瑕疵有無存在，應依民法第三五四條規定判斷之，出賣人是否承認確有瑕疵

註五十七：OLG Hamm NJW 1983, 826；BGB NJW 1991, 1751.

註五十八：BGHZ 50, 200, 206；Wolf／Horn／Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 82.

註五十九：依德國一般交易條款法第二十三條第一項規定，該法並不適用於定型化勞動契約。

我國消費者保護法並無類似規定，是否應為相同處理，尚待研究。

，則非所問。因此，就上開約款，亦得依消費者保護法第十二條第二項第二款規定，推定其顯失公平。準此以言，同一定型化約款，可能同時構成消費者保護法第十二條第二項第二款及第三款之要件^(註六十)。於此情形，定型化約款使用人欲反證推翻該約款為顯失公平，縱非絕無可能，亦屬極少例外，應可斷言。

2. 審查標準

消費者保護法第十二條第二項第三款所定之審查標準有二，即

- (1) 契約之主要權利或義務受條款之限制；
- (2) 契約之目的難以達成。

① 主要權利或義務受限制

首應注意者，由於本條款規定之目的在保護約款相對人，而非約款使用人，故其所謂之權利係指約款相對人之權利，而其所謂之義務，則指約款使用人之義務面言。若定型化約款係限制約款相對人之義務，或其使用人之權利者，即無本條款之適用（參閱消費者保護法第十一條第二項）^(註六十一)。再者，所謂約款使用人基於契約所負之「主要義務」，除主給付義務外，尚包括附隨義務在內。

主給付義務，乃決定契約類型之本義務，出賣人交付買受標的物及移轉其所有權（民法第三四八條第一項），買受人支付約定價金（民法第三六七條）；承攬人完成一定之工作，定作人給付報酬（民法第四九〇條）；保證人於債務人不履行債務時，代負履行責任（民法第七三九條）等義務，均屬之。

附隨義務，則與契約類型之決定無關，而係以圓滿實現債權人之給付利益（Erfuellungsinteresse），並充分保障其固有利益（Integritätsinteresse，即債權人之身分與財產法益）為其目的。附隨義務，可依其性質再細分為通知、協力、說明、不作為、及保護等義務^(註六十二)。

關於主給付義務及附隨義務之範圍如何，消費者保護法第十二條第

註六十：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 82；Soergel-Stein（同註五），§ 9 Rd 41。

註六十一：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 82；Soergel-Stein（同註五），§ 9 Rd 43；BGH NJW 1978, 1314；1982, 644。參見最高法院七十六年台上字第二三四一號民事判決，最高法院刑事裁判選輯第八卷第四期，一四八頁。

註六十二：王澤鑑（同註八），二五頁以下。

二項第三款並未為明文規定，惟因該條款立法意旨，係在防止契約目的之難以達成，故解釋上，即應依當事人所定契約之內容及其目的，並特別考量該契約類型在交易上之特徵，以探求約款使用人之主要契約義務與相對人之主要契約權利^{（註六十三）}。在德國一般交易條款法上，係以「基於契約本質而生之基本權利或義務」為其範圍。依該國通說見解，所謂「契約之本質」（Natur des Vertrages），係指通常交易觀念及一般交易當事人所得合理預期之給付目的與契約利益而言^{（註六十四）}。是項見解，可供參考，自不待言。此外，在具體個案中，應依契約之補充的解釋方法，以確定該契約主要權利或義務之意涵，亦屬當然^{（註六十五）}。

準此以言，若醫院於其「住院條款」中規定，住院病人放置於病房內且自行保管中之物品遺失、被竊或毀損、滅失時，醫院僅於有故意或重大過失，始負其責任者，該約款雖限制其使用人（即醫院）之注意義務（參閱民法第二二〇），但並無限制契約之主要義務可言。蓋「住院契約」之主要目的在診療病患，並照顧其人身安全，至於防患病患物品之免於遺失、被竊等，即非醫院之主要義務矣^{（註六十六）}。

以定型化約款限制契約之主給付義務或附隨義務之方式，或為完全免除該義務之履行，或為免除約款使用人就不履行該義務所應負之責任。此外，以不當之舉證責任的約款，致相對人實際上無從請求約款使用人履行義務者，亦為限制契約上之主要義務^{（註六十七）}。

②契約目的難以達成

定型化約款限制契約上之主要權利或義務者，須致契約之目的因而難以達成，始得推定其為顯失公平。法律所以如此規定，蓋在適當調節約款相對人與使用人間之利益也。

註六十三：BGH NJW 1983, 159, 160；1988, 1785, 1787.

註六十四：BGHZ 98, 24, 31；Palandt-Heinrichs（同註二十八），§ 9 Rd 26；Erman-Hefermehl（同註二十七），§ 9 Rd 27.

註六十五：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 86；Fastrich（同註四十一），S. 287f.

註六十六：BGH NJW 1990, 761, 764.

註六十七：Uimer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 132；Soergel-Stein（同註五），§ 9 Rd 46；LG Muenchen NJW 1983, 1685.

所謂契約之目的，基本上，係指當事人係其契約內容所欲造成之經濟上的效果。在買賣契約，除標的物之交付及所有權之移轉外，權利瑕疵或物之瑕疵之不存在，亦為此之所謂契約之目的。故「貨物出門，概不退換」之條款，即為剝奪買受人之瑕疵擔保權利，並致契約之目的難以達成。又如，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（參閱民法第七四二條、第七四四條）（註六十八）。

契約之目的，是否因主要權利或義務之限制，致無法達成，應就個別案例，斟酌各項因素決定之。契約當事人雙方對契約危險之控制能力及藉保險以分散該危險之可能性，尤應特予考慮（註六十九）。因此，旅遊業者於其定型化約款中約定：「出國旅客因未遵守旅遊當地國所設關於護照、簽證、外匯或檢疫等規定，而遭受之損害，應由旅客自行負責，與旅遊業者無關」，即為排除旅遊業者基於契約而生之說明、指示等義務，並將因旅遊業者怠於查知上開法規內容而生之危險，不當地轉由旅客承擔。此項約款，對旅遊契約目的之達成（即旅客圓滿之旅遊），顯有妨礙，故應推定其顯失公平（註七十）。

在德國實務上甚有爭論者，係電動洗車業者之責任排除條約。依該條款規定，顧客之汽車於清洗過程中，所受漆脫落或外部裝備（後視鏡、音響天線、燈罩等）毀損之損害，洗車業者除有故意或重大過失者外，不負賠償之責。部分法院認為，是項損害通常係因汽車之漆過久，或外部裝備於進行是項汽車清洗前業已鬆動所致，故為汽車所有人應自行承擔之風險，上開責任排除條款應屬有效。惟亦有法院認為，前述損害仍為洗車業者應負擔之風險，故該條款應為無效。此二種不同見解，似均各具說服力，如何取捨，確屬不易（註七十一）。

註六十八：BGHZ 95, 350, 356f.

註六十九：BGH NJW 1988, 1785, 1787; Erman-Hefermehl (同註二十七), § 9 Rd 29; Soergel-Stein (同註五), § 9 Rd 44.

註七十：BGH NJW 1985, 1165.

註七十一：參閱Padeck, VersR 1989, 549。債務人以定型化約款排除自己之抽象輕過失責任者，其效力如何，甚有爭論，參閱M. Wolf, NJW 1980, 2433ff.

3. 實例說明

(1) 旅行契約

關於消費者保護法第十二條第二項第三款之適用，在實務上，係以免債條款效力之問題，最為重要^(註七十二)。其在我國，得以最高法院八十年台上字第七九二號民事判決關於旅行業者之免責條款說明之。

在上開民事判決中，旅行業者以定型化條款與旅客約定，旅行業者，就因其履行輔助人故意過失行為所致旅客之損害，不負賠償責任。惟最高法院認為旅客對於旅行中之給付，並無選擇之權，故該免責約款，殊與公共秩序有違，應不認其效力^(註七十三)。

依本文所見，上開條款，是否確已達於有害國家社會一般利益之程度，致有背於公共秩序，實有疑問。按旅客所信賴者，係其國內之旅遊業者，且旅遊業者係向旅客收受全部之報酬，尤應就旅行中之一切給付，包含交通、食宿、遊覽及旅客安全等，負全部給付之責任。旅行業者固可使用第三人，以提供各該給付。但旅客對於旅行業者所使用之第三人，事前既無選擇權利，臨時亦無拒絕可能。旅客所信賴者，純為旅行業者之決定。尤有進者，旅客若因國外之食宿、交通或遊覽給付者之行為而受有損害時，欲期待旅客在該外國起訴主張權利，實屬強人所難，且國外給付者與國內旅行業者之內部契約關係，亦非旅客所能窺知，自不應要求旅客承擔其可能引發之不利益。在此情形，旅客請求國內旅行業者賠償損害時，後者若得依其定型化約款，免除其就國外給付提供者不法行為所應負之責任（參閱民法第二二四條），不啻剝奪旅客任何請求救濟之機會，則參加旅遊活動，安全毫無保障，締結旅遊契約，顯難達其目的，與誠信原則，殊有違背，依消費者保護法第十二條第二項第三款規定，是項約款，應為無效。以誠信原則判斷是類約款之效力，於該約款因使用範圍有限，尚未達有害國家社會一般利益，致有背公共秩序時，尤具實益^(註七十四)。

(2) 信用卡契約

在現今市場上通行之信用卡約款中，常見下列規定：「乙方（發卡銀

註七十二：參閱劉宗榮，故意或過失免責約款效力之評價，載海上運送與貨物保險論文選集，八十年，二五七頁以下；Uimer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 135ff.

註七十三：同註十，請併參閱黃茂榮主編「民法裁判百選」，八十二年，二一頁以下。

註七十四：拙著（同註三十三），三七〇頁。

行)不保證特約商店或預借現金機構應依甲方(持卡人)之意思接受簽帳消費或預借現金」,其效力如何,亟待研究。

按信用卡契約之目的,在使持卡人於購買貨物或獲取勞務時,得不支付現金,而代以簽帳消費,此及信用卡之為「塑膠貨幣」原因所在。他方面,發卡銀行亦多以持卡人得憑信用卡而「繞著地球跑」或「通行全世界」為其訴求內容^(註七十五)。因此,基於信用卡契約之本質,發卡銀行應擔保持卡人在信用額度內,得自由地於特約商店簽帳消費,或向預借現金機構借現金。發卡銀行善盡是項主給付義務,並為持卡人於締結信用卡契約時,得合理預期者。在通常情況下,發卡單位所能提供特約商店之數量,暨該信用卡有無國、內外預借現金功能,且係持卡人於決定申請何項信用時,所特別考慮之因素。而在國外旅遊時,為避免攜帶過多外幣之不便及風險,持卡人尤有仰賴信用卡簽帳消費或預借現金之必要。持卡人是項需求,且為發卡銀行所得預見。

據上說明,本文認為,發卡銀行之前述定型化約款,限制其主要之給付義務,致持卡人雖有信用卡在身,仍須隨時準備現金,以避免特約商店或預借現金機構拒絕接受信用卡時所生之不便、困窘與憤怒。此外,由於特約商店或預借現金機構係發卡單位之契約相對人,故其不接受信用卡之風險,為發卡單位所應負擔之範圍。持卡人在法律上,並無選任該商店或機構之權利,發卡單位藉上開約款,將前述風險,轉嫁予持卡人,對信用卡契約目的之達成,顯有妨礙,故是項約款,應依消費者保護法第十二條第二項第三款規定,推定其顯失公平。

(3)醫療契約

我國醫療機構普遍使用之定型化病患手術自願書上,常見如下之規定:「無論手術中或手術後,倘有發生任何不測之情事,概與貴院及施行手術之各醫師無涉」^(註七十六)。依其文義,不論「任何不測情事」之發生,是否因醫院或施行手術醫師之故意,或重大過失,或輕過失所致者,「均與其無涉」,病患概不得請求醫院或醫師賠償。

惟查,故意或重大過失責任,不得預先免除,民法第二二二條定有明

註七十五:參閱中國信託商業銀行及花旗銀行之信用卡申請表上之廣告。

註七十六:參見劉宗榮(同註七十二),二七〇頁。

文。因此，上開手術同意書顯已違反民法第二二二條之禁止規定，應屬無效（民法第七十一條前段）。

再者，關於免除輕過失部分，依本文見解，仍為無效。按醫療契約之目的，在診治病患，協助其康復。在醫學觀點上，醫療手術因病人之體質等因素，而伴隨諸多不可預見之風險，自不得苛求醫院或醫師擔保手術時或手術後不發生任何不測情事。是項觀點，是否可採，始不置論。惟依醫療契約本質，醫師於手術中或手術後，均應盡善良管理人之注意義務，以盡量避免病人發生不測情事而受損害，自屬當然，蓋手術行為關係病人生命、身體、健康等基本人身法益，相對上，即應要求醫院及醫師提高其注意義務。反之，若醫院或醫師以定型化約款免除是項義務，而排除其抽象輕過失之責任者，則病人將其前述人身法益委由醫院或醫師照顧之契約目的，即無法達成。準此以言，上揭手術自願書免除抽象輕過失責任之部分，亦為消費者保護法第十二條第二項第三款所稱顯失公平之約款，應為無效^{（註七十七）}。醫院或醫師應否對施行手術之病患所受損害負契約上或侵權行為上之賠償責任，應視其是否已盡善良管理人之注意義務而定。未盡是項義務者，仍不得持病患簽署之手術自願書為「護身符」；已盡其義務者，縱無是類手術自願書，仍得免責。

五、誠信原則與定型化約款

（一）概 說

定型化約款有違反平等互惠原則，或與任意規定之立法意旨顯相矛盾，或限制契約之主要權利或義務，致難以達成契約目的等情形之一者，應推定其顯失公平，除非約款使用人提出反證，否則該約款即為無效，詳如前述。

（二）立法例

以誠實信用原則為審查定型化約款效力之準據，係常見之立法例。德國一般交易條款法第九條第一項即規定：「一般交易條款之約定違反誠實信用原則，而不合理地不利於約款使用人之契約相對人者，無效」。此外，歐洲共同市場於一九九三年四月五日頒布之「關於不公平契約條款之指導原則」（EC Directive on Unfair Contract Terms），其第三條第一項亦規定：未經個別商

註七十七：OLG Koeln NJW 1990, 776；OLG Stuttgart NJW 1979, 2355；Wolf / Horn / Lindacher（同註十九），§ 9 Rd K 29；Deutsch, NJW 1982, 2585, 2587，曾隆興（同註十一），二七三頁似持不同見解。

議之契約條款違反誠實信用之要求，而造成當事人間契約上權利義務之重大不平衡，致有害消費者，視為不公平之約款（A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract, to the detriment of the consumer）。此項規定，基本上係以前述德國一般交易條款法第九條第一項為立法藍本（註七十八）。

消費者保護法第十二條第一項規定，亦係參考德國前述立法例而制定。是項條文，於趙少康等六十六位立法委員所提草案中，並無類似規定，而係由行政院所擬具，經立法院內政、經濟、司法三委員會聯席會議審查同意，並略做文字修正後函送立法院，嗣經三讀通過（註七十九）。

（三）以誠信原則及顯失公平為審查標準

以誠實信用原則判斷定型化約款之效力，誠有必要。蓋定型化約款雖不利於相對人，但非必當然即有違反强行規定或公序良俗之情形，為保護相對人，即應訴諸誠信原則，蓋以誠信原則為審查標準，最足適當平衡雙方當事人之利益（參閱民法第一四八條第一項、第二一九條）。因此，消費者保護法第十二條第一項規定，係審查定型化約款之效力時，最概括、基本之依據，任何定型化約款，均應依本條項規定審查後，認為與誠信原則不相違悖者，始得承認其為有效（註八十）。就此而言，消費者保護法第十二條第一項規定實為定型化契約法上之「帝王條款」（Koenigparagraph）。

應特別強調者，依消費者保護法第十二條第一項規定，認定定型化約款是否有效時，除應審查該約款有無違背誠信原則之要求外，並應判斷其是否對契約相對人顯失公平。易言之，定型化約款對契約相對人顯失公平，而又違背誠實信用原則者，始屬本條項所定之無效的約款。惟在通常情形下，定型化約款對相對人顯失公平者，應無不違背誠信原則；而違背誠信原則，亦多導致對相對人顯失公平之結果。故誠信原則及顯失公平兩項審查標準實非彼此獨立，而為互相補充（註八十一）。

註七十八：Dean, The Modern Law Review 1993, 581, 584; Heinrichs, NJW 1993, 1817, 1-819.

註七十九：同註三十二。

註八十：Locher（同註四），S123.

註八十一：Erman-Hefermehl（同註二十七），§ 9 Rd 11.

(四)利益之比較與衡量

定型化約款有無違反誠信原則，並對相對人顯失公平，應綜合衡量雙方當事人之利益而為判斷^(註八十二)。因此，約款使用人以讓約款恣意追求一己之利益，而自始未兼顧相對人之正當利益，或未於同一契約中，以其他約款對相對人為補償規定者，即為違反誠信原則而顯失公平^(註八十三)。反之，定型化約款雖妨礙相對人之利益，但卻因此維護了使人較高或相等之利益者，該約款即非顯失公平，故得拘束相對人^(註八十四)。

於綜合衡量約款使用人及相對人之利益時，應考慮所有可能影響雙方利益之因素，如契約之種類、性質、目的、全部內容，約款使用人經營效率之必要性，相對人之合理信賴、因不可抗力或第三人之行為所造成風險之合理分配、保險之可能性、交易成本及交易習慣等等^(註八十五)。此外，由於定型化約款係與不特定之多數人訂約時使用（消費者保護法第二條第七款），故於考量前述各項因素時，涉訟個案及其當事人之特殊情況，原則上不予斟酌，而係以系爭條款在典型情形下，可能造成之當事人的利害衝突為審酌標準，此即所謂之「一般的審查標準」原則（Grundsatz des generellen Prüfungsmaßstabs）^(註八十六)。

(五)實例說明

(1)印章被盜用或偽造之風險分擔

在最高法院七十八年台上字第二一一八號民事判決^(註八十七)中，上訴人與被上訴人訂有連帶保證契約。依被上訴人（某金融機關）所擬具，並經上訴人簽章之「約定書」第三條規定，各種票據、借據及其他證書等之印鑑，僅憑立約書人所留印鑑即可發生效力，不必親自簽名，即使因盜用或偽造印

註八十二：BGH NJW 1988, 258；Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 100；Erman-Hefermehl（同註二十七），§ 9 Rd 10, 11.

註八十三：BGHZ 90, 280, 284；BGH NJW 1985, 53, 55；1985, 2328；1982, 178.

註八十四：BGH NJW 1987, 2341；1982, 178；Ulmer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 72.

註八十五：Belk, JA 1988, 475；483；Locher（同註四），S.124；Erman-Hefermehl（同註二十七），§ 9 Rd 12ff.

註八十六：Wolf/Horn/Lindacher（同註十九），§ 9 Rd 51, 113；Ulmer-Brandner-Hensen（同註十六），§ 9 Rd 75；BGH NJW 1982, 765；1987, 487。於解釋定型化約款時，亦應以「客觀解釋原則」為其方式，參見王澤鑑（同註八），八〇頁。

註八十七：最高法院民刑事裁判選輯，第十卷第四期，一四頁。

章及其他任何情形發生之損失，立約人當自負一切責任。

就是項約款，最高法院認為：「本件約定書係定式契約，原係由被上訴人所製作，並係以債權人強勢之立場，命債務人簽名及蓋章，此為公眾週知之事實，……如認該約定書為有效，則立約人即上訴人於其立約之後，任何人如有盜用或偽造上訴人印章為債務人或保證人，向被上訴人借貸金錢或保證債務，不論其金額之多寡，上訴人皆須負責清償；而金融機關即被上訴人祇為其本身作業上（即借款時之對保）之省略或方便，竟置立約人即上訴人事後權益於不顧，顯非衡平之道。是上訴人在原審抗辯稱：前述約定書內容與公序良俗有違，不能認為有效，是否全不足採，亦待審酌。」

由是可知最高法院在本件判決中，係比較上訴人與被上訴人雙方之利益，並似認為前述約款有違公序良俗，應屬無效。

然而，被上訴人所擬上開條款，是否如最高法院所稱，「祇為其本身作業上（即借款時之對保）之省略或方便」，似有可疑。本文認為，被上訴人勿寧係欲藉該條款，將因客戶之印章被盜用或偽造，及因其他任何情形發生，所導致之損失，完全移轉由客戶負擔。有問題者，是項風險之移轉約條，是否有效。依本文所見，是項風險分配條款，顯然違反誠信原則，要無可疑。蓋依該條款內容，被上訴人於客戶印章被盜用或偽造時，縱因被上訴人職員之故意或重大過失，或抽象輕過失，致未辨認該偽造或盜用情事，被上訴人仍得免責。此外，所謂之「其他任何情形」更可能包含屬於被上訴人風險範圍內之事項（例如被上訴人所屬職員與第三人之通謀）。因此，上開條款，不僅違背民法第二二二條規定，並與最高法院七十三年第十次及第十一次民事庭會議決議^{（註八十八）}不符，而且顯為不合理之危險轉移，誠屬「置立約人即上訴人事後權益於不顧」，依消費者保護法第十二條第一項規定，應為無效。

(2) 信用卡契約

坊間定型化信用卡約款常為如下約定：「乙方（發卡銀行）於每月上旨前寄出繳款通知書供甲方（持卡人）對帳，如甲方於繳款期限尚未收到繳款通知書者，應即向乙方查詢，不得以未收到繳款通知書為由延遲繳款。」「甲方應於帳單上繳款截止日前繳清帳款，逾期繳付者應依未償還帳款額按日

註八十八：請參閱拙著（同註三十三），三六九頁。

息萬分之五點五計付延滯息……」(註八十九)。是項約款效力如何，甚有疑義。

在信用卡契約，持卡人憑信用卡在發卡銀行之特約商店消費，並於簽帳單上簽名。此項簽名具有雙重法律效力：①指示發卡銀行於接獲特約商店轉送之該簽帳時，在外部關係上，得向該特約商店付款（參閱民法第五三五條）；②同意發卡銀行於付款予特約商店後，在內部關係上，得請求持卡人支付上開款項（註九十）。

按發卡銀行得向持卡人請求其已支付予特約商店之金額的依據，除前述依簽帳單上持卡人簽名而生之約定請求權外，尚有民法第五四六條第一項之法定請求權。蓋就付款予特約商店而言，應認發卡銀行係處理持卡人之委任事務而支出必要費用（註九十一）。

不論係約定或法定之費用返還請求權，其清償期，應解為係發卡銀行通知之繳款日。因此，發卡銀行未通知持卡人繳款日期者，因清償期尚未屆至，自無遲延責任可言（參閱民法第二二九條）。而繳款通知，係意思表示。且既以書面為之，即為非對話之意思表示，故應以通知到持卡人時，始生效力（民法第九十五條第一項前段）。通知雖已發出，但未到達持卡人者，不生通知繳款之效力，清償期即仍未屆至。

通知是否到達持卡人，有爭論時應由發卡銀行負舉證責任，蓋通知應由其發出，故究竟有無發生，暫若已發出而未到達持卡人究竟係因發卡銀行（例如：地址寫錯）或第三人（例如郵差投遞錯誤，遺失信件）之事由所致有不明時，均屬發卡銀行應負擔之風險，不得轉由處於被動地位之持卡人承擔。

再者，持卡人並無義務牢記其持卡消費之細節（註九十二），故不得要求其應主動洽詢繳款通知書事宜。且沈默，原則上不得為沈默者同意或其他不利於沈默者之解釋（參閱民法第八十條第二項、第一七〇條第二項、第三〇二條第一項），則持卡人未主動查詢繳款通知書，即不得解為其已接獲通知或

註八十九：遠東商業銀行信用卡約款第七條、第八條、中國信託商業銀行信用卡約款第五條，國泰信託信用卡約款第八條、第九條。

註九十：關於信用卡契約之基本法律關係，謝佳雯，我國聯合信用卡制度基本法律問題之研究，台大法律學刊，二三期，八十一年五月，論述甚詳，頗足參考。

註九十一：Soergel-Stein（同註五），§9 Rd 86.

註九十二：OLG Bamberg NJW 1993, 2813, 2814.

已同意清償期屆至。

據上說明，吾人可知，前揭信用卡約款將繳款通知未到達持卡人之風險不當轉由持卡人負擔；而其課持卡人查詢義務，亦與民法之基本原則不符。若該約款有效，不啻完全免除發卡銀行之通知義務，並置持卡人隨時有陷於給付遲延之危險。因此，姑不論該約款所定遲延利息之利率已逾法定最高利率之限制（民法第二〇五條），其為違反誠信原則而對持卡人顯失公平，應屬無效，殆無疑義。

(3) 融資租賃契約

在融資租賃契約，租賃公司通常皆於其預先擬定之契約書中規定，就租賃標之物之瑕疵，出租人對承租人不負責任，但出租人應將其對該標之物出賣人之瑕疵擔保權利讓與承租人。此項約款，是否有效，尚待研究。

按出租人應以合於所約定使用、收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用收益之狀態，故租賃物之修繕，原則上應由出租人負擔。租賃物有修繕必要時，承租人得催告出租人修繕，並於出租人仍不修繕時，終止契約，或自行修繕而請求償還費用或於租金中扣除之。民法第四二三、四二九、四三〇條等定有明文。

惟在融資性租賃契約，出租人基於該類型契約之本質，其主要義務在於提供融資，此與典型租賃契約出租人之主要義務在提供物之使用收益者，顯有不同。再者，融資租賃公司就租賃標之物之瑕疵，亦多不具修繕之能力。因此，免除融資租賃公司之修繕義務，與該類型租約之本質並不違悖。

然而，承租人支付租金，其主要目的在使用收益租賃物，故租賃物若有瑕疵，則其支付租金，即失其目的。他方面，租賃標之物係由租賃公司向第三人（通常為該標之物之製造商）購買者，故租賃公司基於該買賣契約，對該第三人有瑕疵擔保權利（民法第三五四條以下規定），是項擔保權利之行使為確保承租人得有效使用收益標之物所必要者。

因此，為維持融資租賃契約雙方當事人利益之均衡，租賃公司固得以定型化約款免除自己之修繕義務，但應同時將其對於前述第三人之瑕疵擔保權利讓與承租人，俾於租賃物有瑕疵時，承租人得請求該第三人為修補，或於修補不成時，解除契約。準此以言，前揭之定型化約款，雖剝奪相對人（即承租人）之瑕疵擔保權利，但此與融資租賃契約之本旨並無違背，且承租人尚得向第三人主張其所受讓之瑕疵擔保權利，是其亦已獲得補償，故該約款並無違背誠信

原則或對相對人顯失公平之情形，應屬有效（註九十三）。

陸、結 論

現代之契約交易，使用定型化約款，已屬不可避免。就促進交易靈活、提高經營效率、補充法規缺漏而言，定型化約款確具重大功能。惟如何使其兼顧相對人之正常利益，並控制不當約款之濫用，俾得既維護契約自由，又保障契約正義，則為現代契約法之大課題。

消費者保護法施行後，立法者已明白揭示，應以誠信原則為主要標準，以規律定型化約款效力。依本文所見，其因而產生之課題有四：

- 1.行政上，中央主管機關應克盡其監督之職責，選擇重要類型之定型化約款，規定其應記載或不得記載之事項，以事先防止不公平約款之使用（參閱消費者保護法第十七條）。
- 2.消費者保護官或消費者保護團體，於發現企業經營者使用之定型化約款，有顯失公平而不利於消費者情形時，應主動向法院提起消費者保護法第五十三條所定之不作為訴訟，請求法院禁止該約款之繼續使用，俾防患該約款（繼續）造成實害。
- 3.立法上，民法債編修正草案第二四七條之一是否仍有保留必要，首應解決。按該條規定於簡漏，甚難發揮規範功能（註九十四），與消費者保護法規定比較，亦屬重複，似可予以刪除。此外，就現代非典型契約，如旅行契約、信用卡契約等，或典型契約中經營與定型化約款之使用有關者，如金融機構之貸款契約，保證契約、房屋及土地預售契約等，亦應針對尚見之不公平約款，明定其為無效，以求法律關係之明確（參閱消費者保護法第三條第一項第八款、第十二款、第二項）。
- 4.司法上，如何正確解釋適用消費者保護法關於定型化契約之規定，最稱重要。就此而言，最高法院固已累積不少案例經驗，惟幾乎皆以公共秩序為規範依據。此項見解，在消費者保護法第十二條規定下，顯有重新檢討必要。本文要旨，在於說明誠信原則與定型化約款效力之關聯，但願其中若干論點，能有助於實務問題之解決。

註九十三：BGHZ 94, 180, 191；Erman／Hefermehl（同註二十七），§ 9 Rd 14；Ulmer-Brandner-Hensen（同註十六）§ § 9-11 Anh. Rd 463；呂榮海，融資性租賃契約，第一冊，七十一年，一〇六頁以外；曾隆興（同註十一），九八頁，一〇三頁參照。

註九十四：劉宗榮（同註一），一五三至一六三頁。

