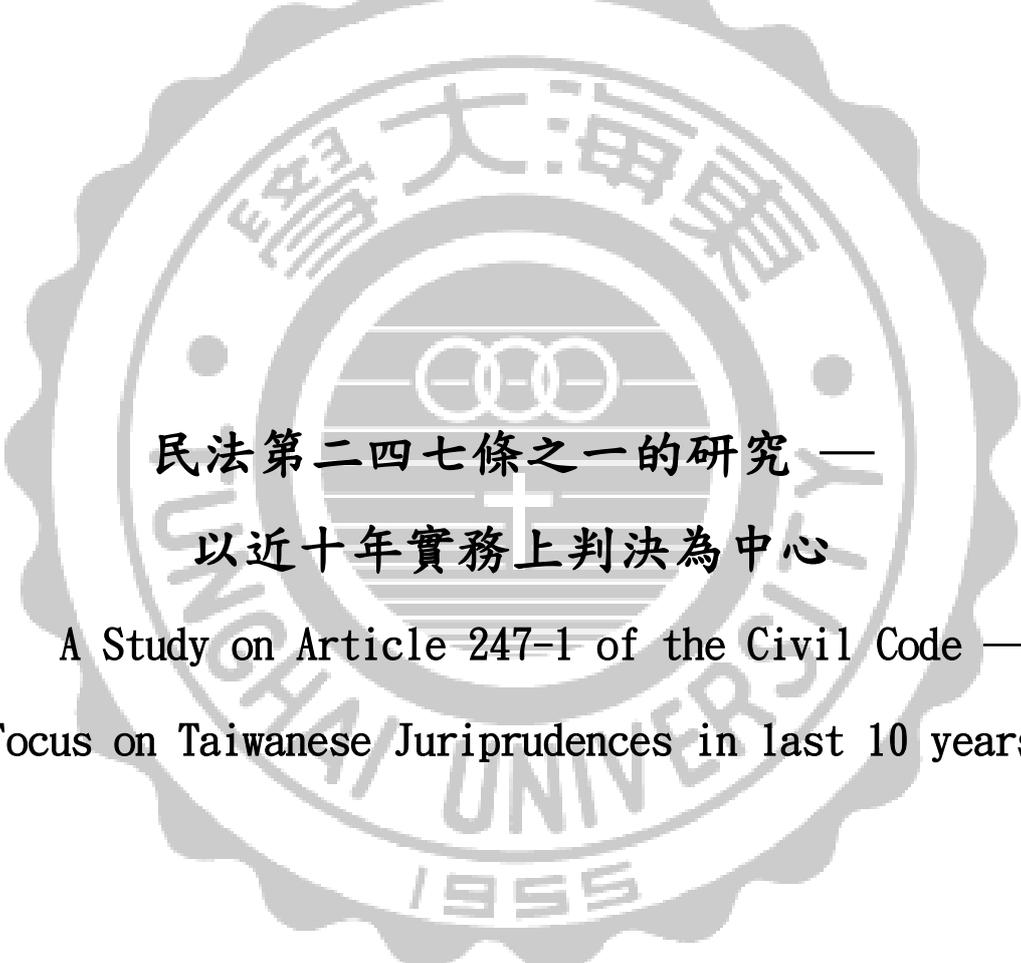


私立東海大學法律學系研究所

碩士論文

指導教授：曾品傑 博士

The seal of Sun Yat-sen Memorial University is a large, circular emblem with a scalloped outer edge. It features the university's name in Chinese characters '國立東海大學' at the top and 'SUN YAT-SEN MEMORIAL UNIVERSITY' at the bottom. The year '1955' is inscribed at the very bottom. In the center, there are three interlocking rings and a cross-like symbol. The text of the thesis title is overlaid on this seal.

民法第二四七條之一的研究 —  
以近十年實務上判決為中心

A Study on Article 247-1 of the Civil Code —  
Focus on Taiwanese Juriprudences in last 10 years

研究生：藍雅筠

中華民國一百年一月

碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 <sup>藍雅均</sup> 君所提之論文：  
民法第二四七條之一之研究—以近十年實務判決為中心  
A study on Article 247-1 of the Civil Code—Focus on Taiwanese

經本委員會審查並舉行口試，認為符合 <sup>Juriprudences in</sup> last 10 years  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

許

林恩輝

李品傑

100 年 1 月 10 日

## 本文摘要

在現今交易型態中，契約雙方為追求快速、有效率締結契約，往往使用事先擬定好之契約範本，以免除個別磋商所耗費的時間、精力。然在契約當事人係企業經營者與消費者時，該契約內容受消費者保護法之規範；於契約當事人不具消費者身份之情形下，該契約內容則受民法第二四七條之一規範，而民法第二四七條之一即是本文討論之重點，並藉由對法院判決之整理與歸納，就實務上最具爭議的三大類型－工程契約、銀行保證契約、離職後競業禁止條款，嘗試發展出一套具體判斷其顯失公平之標準。對此，全文共分為六章，除了就民法第二四七條之一的基本問題釐清外，更以實務判決建構出工程契約、銀行保證契約、離職後競業禁止條款之不同顯失公平判準，各章要旨如下：

### 第一章、緒論

就本文撰寫民法第二四七條之一的研究動機、研究目的、研究範圍、研究方法作說明，並以文獻回顧方式作為介紹本論文議題之開端。

### 第二章、附合契約之基本課題

首先，將民法第二四七條之一發展沿革作介紹。再進一步釐清民法第二四七條之一所規範之附合契約，與消費者保護法所規範之定型化契約之區別實益。並彙整法院判決得出附合契約爭議三大類型，作為以下章節開展之主軸。

### 第三章、工程契約之爭議條款

研究重點在於工程案中所使用的附合契約，有無民法第二四七條之一顯失公平之情形。透過工程契約中物價不予調整條款、棄權條款之討論，試著打破實務上認為承攬人非經濟上弱者，而其不受民法第二四七條之一保護之傳統看法，轉以透過實質上的議約能力，與條款內容須符合風險對稱性，藉此判斷有無顯失公平之情形。

### 第四章、銀行保證契約之爭議條款

研究重點在於銀行對於保證人所使用之附合契約，該契約有無民法第二四七條之一顯失公平之情形。首先，界定保證人之屬性為何，並透過學說見解之論述得出不同屬性之保證人應給予其不同之保護程度。其次，就常見銀行保證免責條款之內容作分析。最後，以不同背景之保證人對於契約瞭解程度高低，與契約條款有無合理分配風險作為顯失公平之態樣。

### 第五章、離職後競業禁止條款之問題研究

離職後競業禁止條款涉及原雇主之財產權與勞工之工作權衝突，原雇主本於契約自由而締結離職後競業禁止條款，此時契約自由是否受到限制，容有討論空

間。再者，離職後競業禁止條款屬事先一方預擬，使用於同類契約即屬民法第二四七條之一介入之範圍。本文嘗試以比例原則作出發，藉由法院判決與學說見解激盪、融合，重新思考其顯失公平之標準。

## 第六章、結語

總結本文重點並得出民法二四七條之一顯失公平的判斷標準為「合理的風險分派」，期待對於實務上未來處理附合契約之訴訟有所幫助。

中文關鍵字：民法第二四七條之一、附合契約、定型化契約、物價不予調整、銀行保證人、競業禁止。

外文關鍵字：Contrat d'adhésion、Standard Form Contract、Guarantee、Noncompetition Agreement



## 謝辭

你們祈求，就給你們；尋找，就尋見；叩門，就給你們開門

馬太福音 7:7

這句話支持我走過國家考試的試煉，讓我在孤獨又扭曲心靈的考試生涯中，看見未來的一絲絲曙光。努力過後了就只能等待，相信上天的安排，祈求祂讓我尋見未來的方向；叩門就會為我敞開遼闊的視野。

這篇論文完成並付梓，首先感謝恩師 曾品傑教授。謝謝老師從大學到研究所的教誨，讓我了解法律不再是死板板的條文操作，而是富有創新與活力。更感謝恩師容許我能一邊攻讀台大研究所，一邊完成東海論文。恩師不僅僅在課業上激發學生獨立思考空間，並在做人處事上給了學生學習的最佳典範。老師，謝謝您。另外，感謝口試委員林恩璋教授、許曉芬教授在口試審查時給予許多意見，讓這篇論文能更加完整，也使學生受益良多。

本論文獻給我的家人，謝謝親愛的媽咪一直關心我的課業、生活與未來；親愛的爸比，支持我念書讓我經濟不虞匱乏，想和你們說聲「我愛您」！還有年輕的大姐、堅毅的二姐謝謝妳們一直以來照顧家裡，我知道有很多難為，辛苦妳們了！我美麗的三姐，謝謝妳陪伴我長大，對我來說妳真是個好姐姐，我們一定會實現承諾（重返加拿大旅行！）。

在東海生活快八年，已過了我三分之一的年紀，美麗的東海可說是我第二個家鄉，很开心在大學能認識我這生中最好的姊妹—貼心又幽默的以青（青青），謝謝妳總是這麼懂我，在心情低落時讓我開懷大笑；自信又聰明的孟祺（卡兒），謝謝妳總是在我念書念到走火入魔的重要時刻，適度解除我有如橡皮筋細綁的生活；溫柔又努力的雅娟（娟兒），謝謝有妳一直當我月貓小窩的同居人，讓我的生活不再寂寞。姊妹們，Let's move our dreams!還有幫助我準備研究所到國考的陳健學長（親愛的健健美），謝謝你總是給我莫大的鼓勵及法律問題上的解答，有如我哥哥一般。感謝的人太多，當然不能忘記瑋芬（twins），從高中到現在已經十一年餘，我們成了莫逆之交，有妳一起分享心事真好。

在研究所生活認識了一個影響我很大的人，親愛的晉豪，謝謝你對我付出的一切，不僅僅是在課業上指導我（忍受我問不完的法律問題），更是一直激發我不同的法律思考（讓我擺脫逐漸僵化的腦袋），即使當兵放假也要回答論文數不盡的疑問，真是辛苦你了！感謝上天讓我遇見你，照顧我生活，陪伴我念書，更是讓我了解什麼是誠實、什麼是愛，謝謝你讓我變得更好！未來的路上，築夢的

旅人等待夢想竣工的一天。

一起努力念書的研所同學們。讀書會的夥伴，學識淵博又風趣的耀樑，總是能回答我滿腹的疑問；憲法大師之仁華，細心為大家搜集最新消息及超棒電子檔整理，最重要的是你有顆熱心助人的心；堅持又負責的衍仲，凡事交給你就很放心，在課業上努力不懈是我學習的目標；爽朗又愛家的威元，一直沒機會再吃到你煮的菜，我可是一直念念不忘呢！還有傻氣又可愛的詠琳，妳讓我的生活添增更多樂趣；同門的小美，謝謝你幫我見證了口試通過的實錄，還有很高興與你當了快八年的同學；台中律師界第一交椅的阿俊，謝謝你總是在重要時刻給我寶貴意見，等我們回來台中一起打天下。親愛的朋友、美麗的東海，再見了！我們一定會再見。



2011年1月20日於台大宿舍

雅筠

## 簡目

第一章、緒論	1
第一節、研究動機	1
第二節、研究範圍	1
第三節、研究方法	2
第四節、文獻回顧	2
第二章、附合契約之基本課題	5
第一節、附合契約之發展	5
第二節、民法第二四七條之一定性與運用	8
第三章、工程契約之爭議條款	13
第一節、物價調整條款	13
第二節、棄權條款	23
第三節、以風險承擔建構顯失公平	28
第四章、銀行保證契約之爭議條款	34
第一節、銀行保證契約之介紹	34
第二節、常見銀行保證之免責條款	37
第三節、以法律上居於劣勢議約地位者建構顯失公平	66
第五章、離職後競業禁止條款之問題研究	73
第一節、競業禁止條款之說明	73
第二節、離職後競業禁止條款之容許性	75
第三節、離職後競業禁止條款受階段性規範	77
第四節、以比例原則建構顯失公平	80
第六章、結語	92
第一節、民法第二四七條之一定位	92
第二節、以合理風險分派建構顯失公平	93
參考文獻	99
附錄一	102

## 詳目

第一章、緒論 .....	1
第一節、研究動機 .....	1
第二節、研究範圍 .....	1
第三節、研究方法 .....	2
第四節、文獻回顧 .....	2
第一項、專書回顧 .....	2
第二項、期刊回顧 .....	3
第三項、碩士論文回顧 .....	4
第二章、附合契約之基本課題 .....	5
第一節、附合契約之發展 .....	5
第二節、民法第二四七條之一定性與運用 .....	8
第一項、附合契約與定型化契約之區辨 .....	8
第一款、定型化契約之概念 .....	8
第二款、附合契約之概念 .....	9
第三款、小結 .....	9
第二項、附合契約之應用範疇 .....	10
第一款、最高法院九十七年度涉及民法第二四七條之一的判決	

類型 .....	10
第二款、最高法院九十八年度涉及民法第二四七條之一的判決	
類型 .....	11
第三款、最高法院九十九年度涉及民法第二四七條之一的判決	
類型 .....	11
第四款、九十七年度至九十九年度之圖表總整理 .....	12
第三章、工程契約之爭議條款.....	13
第一節、物價調整條款 .....	13
第一項、物價調整處理原則之發展.....	13
第二項、實務判決.....	14
第一款、契約已約定不辦利物價調整.....	14
第二款、契約已有物價調整約款，但物價巨幅變動 .....	19
第三項、評析 .....	22
第二節、棄權條款 .....	23
第一項、問題提出.....	23
第二項、實務判決.....	23
第三項、評析.....	27
第三節、以風險承擔建構顯失公平 .....	28

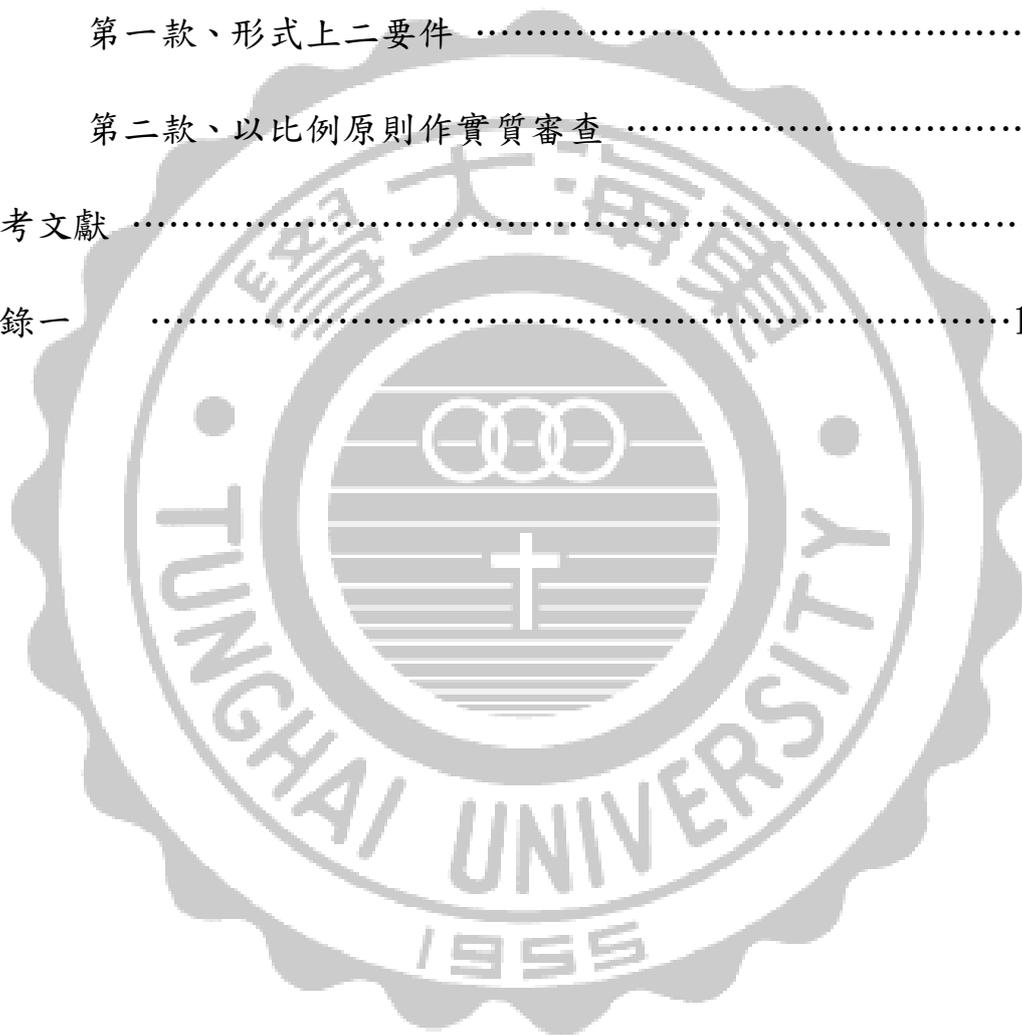
第一項、打破形式上「經濟上強弱者」之概念	28
第一款、以法律面向作觀察	28
第二款、以風險分配面向作觀察	29
第二項、形式上審查—議約能力	31
第三項、實質上審查—風險對稱性	32
第一款、風險須平均分擔	32
第二款、責任義務平衡性	32
第四項、小結	33
第四章、銀行保證契約之爭議條款	34
第一節、銀行保證契約之介紹	34
第一項、銀行保證之基本問題	34
第一款、保證人之屬性	34
第二款、保證人有無消費者保護法之適用爭議	36
第二節、常見銀行保證之免責條款	37
第一項、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任	37
第一款、對保風險移轉條款	37
第二款、加重他方當事人之責任	42
第一款、主債權擴張條款	42
第三項、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者	47

第一款、拋棄終止權條款	47
第二款、延期清償條款	52
第三款、立即照付條款	57
第四項、其他於他方當事人有重大不利益者	60
第一款、審閱期間	60
第三節、以法律上居於劣勢議約地位者建構顯失公平	66
第一項、實務上之判斷標準	66
第一款、相對人經濟資力	66
第二款、事前審閱與同意	67
第二項、學說之判斷標準	67
第一款、以立法意旨與締約目的判斷之	67
第二款、議約地位	68
第三項、以風險分配之角度判斷	68
第一款、風險概念之介紹	68
第二款、銀行的風險管理	69
第三款、以風險分配作實質判斷	69
第五章、離職後競業禁止條款之問題研究	73
第一節、競業禁止條款之說明	73
第一項、競業禁止條款之法源	73

第一款、法定競業禁止義務 .....	73
第二款、約定競業禁止義務 .....	73
第三款、基於契約附隨義務而生競業禁止義務 .....	74
第二項、競業禁止之內容 .....	74
第一款、狹義競業禁止約款 .....	74
第二款、保密條款 .....	75
第二節、離職後競業禁止條款之容許性 .....	75
第一項、契約自由原則與界限 .....	76
第二項、實務上看法 .....	76
第三項、學說上見解 .....	76
第三節、離職後競業禁止條款受階段性規範 .....	77
第一項、實務上不同審查標準 .....	78
第一款、以公序良俗審查 .....	78
第二款、以民法第二四七條之一作審查 .....	79
第二項、學說上看法 .....	80
第三項、小結 .....	80
第四節、以比例原則建構顯失公平 .....	80
第一項、實務上的五標準 .....	81
第一款、台北地院八十五年勞訴字第七八號判決 .....	81

第二款、最高法院九十七年台上字第二四九〇號判決·····	81
第三款、小結·····	83
第二項、學說之見解·····	83
第一款、雇方有無值得保護的正當利益·····	83
第二款、所限制範圍是否與雇方正當利益保持合理關聯·····	83
第三款、是否因而給於勞方合理補償·····	84
第三項、以比例原則作出發·····	84
第一款、形式二要件·····	84
第二款、以比例原則作實質審查·····	86
第六章、結語·····	92
第一節、民法第二四七條之一定位·····	92
第一項、附合契約存在之必要性·····	92
第二項、附合契約適用對象·····	92
第二節、以合理風險分派建構顯失公平·····	93
第一項、以風險分配之概念作思考·····	93
第二項、工程契約之顯失公平審查·····	94
第一款、打破形式上「經濟上強弱者」之概念·····	94
第二款、形式上審查—議約能力·····	95
第三款、實質上審查—風險對稱性·····	95

第三項、銀行保證契約之顯失公平審查 .....	95
第一款、動態面向—當事人對契約了解程度 .....	95
第二款、靜態面向—條款內容之風險分配 .....	96
第四項、離職後競業禁止條款之顯失公平審查 .....	97
第一款、形式上二要件 .....	97
第二款、以比例原則作實質審查 .....	97
參考文獻 .....	99
附錄一 .....	102



# 第一章、緒論

## 第一節、研究動機

現今交易型態下，契約一方多為節省時間、勞力、費用，與精簡成本的考量下，乃事前預先擬定好適用於同類之契約格式，提供給契約他方簽署之，以利締結契約之效率。此種契約類型亦可區分為消費性與非消費性，具消費屬性者為消費者保護法中的定型化契約；非消費屬性為民法第二四七條之一的附合契約。然而在一般人們觀感中，認為消費者相對於企業經營者較為弱勢，較無契約磋商之能力，總任憑企業經營者主導契約內容；但卻未留意在非消費屬性之契約型態中，契約雙方不一定當然具備相等之磋商能力，也有可能存在毫無締約自由之情形。

在研究所求學過程中，在課堂上曾討論過實務上對於銀行保證人多以「銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。又就保證契約之法律關係而言，保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，自難認系爭保證書約定，合於民法第二四七條之一第四款規定而無效。」<sup>1</sup>，來排除保證人適用消費者保護法或民法第二四七條之一的見解。倘若因為保證人可以為他人擔保債務，逕而推定其非經濟上弱者，此種看法乃將銀行保證人邊緣化成法律上之弱者，仍存有討論之空間。對此，則激發了學生對於民法第二四七條之一研究的興趣，故本篇論文以民法第二四七條之一為中心，就本土實務判決作觀察，整理分析附合契約之三大重要類型—工程契約、銀行保證契約、離職後競業禁止條款，及研究其顯失公平之標準。

## 第二節、研究範圍

民法第二四七條之一係就契約雙方非屬消費者時，對於一方預擬契約內容是否對他方有顯失公平之情形，所涉及之契約態樣繁多，故本文就實務上最易產生紛爭之三大附合契約類型，如工程契約、銀行保證契約、離職後競業禁止條款作為討論之主軸，進而整理出如何判斷顯失公平之準則。

---

<sup>1</sup> 最高法院九十五年台上字第九九四號判決。持相同見解判決，如最高法院九十一年台簡上字第三六號判決、九十一年台上字第七四〇號判決、九十五年台上字第八七號判決、九十六年台上字一二四六號判決等等。

其次，就本文之架構作簡要說明，第一章緒論部份，針對本文研究動機、範圍、方法的提出及文獻回顧。第二章簡單介紹附合契約之發展，且一併就附合契約之基本課題作說明。第三章即進入工程契約之爭議條款，首先說明實務上涉及工程判決中的物價調整條款、棄權條款作研討，並提出判斷工程契約顯失公平之標準。第四章為銀行保證契約之爭議條款，先就銀行保證契約之先決問題作回應，再以實務上常見銀行保證之免責約款一一作說明，並就銀行保證契約中，如何判斷顯失公平作具體化分析。第五章係離職後競業禁止條款之問題研究，主張離職後競業禁止條款受階段性規範，再以觀察實務判決得出該條款應以形式上二要件、實質上透過比例原則來操作顯失公平之審查。第六章結語即綜合實務判決、學說見解，將三大附合契約類型的顯失公平標準作一整理與歸納。

### 第三節、研究方法

本文採取「文獻分析歸納法」之研究方法，以法院判決為素材，主要以最高法院之見解為討論重點，其次輔以下級法院之見解作分析，並透過學說看法加以整合。藉由歸納分析實務上對於民法第二四七條之一看法，以建構出附合契約之不同面貌，並試著將抽象不確定「顯失公平」的概念，予以清楚具體化，以利附合契約效力之判斷。對於法院判決之搜尋，係利用法源法律網所為之判決檢索，本文所引用之判決未註明出處者，皆援引自(<http://www.lawbank.com.tw/>)。

### 第四節、文獻回顧

以下整理與本文議題相關之專書、期刊文章與碩士論文，並藉由本節之提要，以利讀者更易瞭解民法第二四七條之一之相關爭議問題及學者之看法。惟礙於篇幅之限制、與筆者之能力有限，僅將與本文有密切關聯之文獻予以梳理，至於其他文獻與本文議題較無關聯者，請讀者自行參閱，尚祈見諒。

#### 第一項、專書回顧

詹森林教授於其著作〈民事法理與判決研究（三） 消費者保護法專論〉與〈民事法理與判決研究（四） 消費者保護法專論（2）〉二書中，對於定型化契約在現今實務上之運用與發展作介紹，並主張定型化保證契約中之保證人對於契約內容有主張消費者保護法之餘地，以保障保證人之權益。

詹森林教授於其著作〈競業禁止與保密條款契約實務〉一書中，整理耙梳近年來實務對於競業禁止與保密條款之判決，說明競業禁止與保密條款之定義與相關爭議問題。

曾品傑教授於其著作〈財產法理與判決研究(一)－消費者保護法專論(1)〉一書中，提出附合契約與定型化契約之區別實益，認為基於當事人締約地位之差距而異其規範之正當性，應分別適用民法第二四七條之一或消費者保護法。

楊淑文教授於其著作〈新型契約與消費者保護法〉一書中，介紹許多因應現今發展而生之新型契約，並且說明新型契約與消費者保護法之關聯性與適用之可能性，並輔以德國之學說加以討論之。

## 第二項、期刊回顧

王偉霖教授於〈營業秘密與離職後競業禁止條款－評台灣台北高等法院九十七年勞訴字第十四號判決〉一文中，以系爭判決作為楔子，提出營業秘密如何界定與離職後競業禁止條款之限制範圍，並輔以美國學說和判決說明之。

朱柏松教授於〈論保證人預先拋棄權利之效力－評最高法院九十二年台上字第一三六八號判決〉一文中，認為保證人事前概括同意表示拋棄民法第七五五條，已違反民法第七三九條之一規定。

林更盛教授於〈離職後競業禁止條款－評台北地方法院八十九年勞訴字第七六號判決〉一文中，提出實務上如何判斷離職後競業禁止條款之效力，並認為實務所運用之五標準說過於繁瑣，而以法益權衡作為審查離職後競業禁止條款之效力。再者於〈離職後競業禁止約款之控制－是否給予勞方適當的補償〉一文中，提出審查離職後競業禁止約款之效力的三步驟，並主張離職後競業禁止約款中代償措施之必要性。

姚志明教授於〈公共工程之履行爭議(上)－以開工通知延宕索賠、工期展延索賠、工期逾期罰款及物價調整匯率為中心〉一文中，分別以開工通知延宕索賠、工期展延索賠、工期逾期罰款及物價調整匯率為議題，就實務上判決或實際上工程契約中使用條款加以討論分析之。

詹森林教授於〈公共工程定型化工期展延條款之實務問題〉一文中，分別就實務上工程契約內容中約定「申請展延工期，應於特定期間內為之」、「逾期申請，不予受理」、「就機關核定之展延天數，廠商不得異議」、「僅給工期不給補償」之條款，分別判斷有無違反民法第二四七條之一規定。

劉昭辰教授於〈銀行定型化契約類推適用消費者保護法－最高法院就九八年度台上字第一六五二號判決〉一文中，主張基於保證契約廣義有償性應可類推適用消費者保護法；銀行定型化契約中驚訝條款應以訂約當事人之動機探討為妥

適。

### 第三項、碩士論文之回顧

王琛博之〈離職後競業禁止約款之研究〉，以憲法之角度剖析離職後競業禁止約款之效力問題，並以比較法作出發以利我國實務作為借鏡，最後提出離職後競業禁止約款審查流程。

林幸頌〈自國際規範 FIDIC 標準契約條款論我國工程保險—以保險責任期間為重心〉，以我國工程保險現況與發展作為基礎，以保險責任期間作為軸心而貫穿全文，並以國際規範 FIDIC 標準契約條款輔以說明討論之。

陳家暄之〈銀行定型化保證契約條款與相關判決研究〉，就保證契約性質與目的作說明，其次討論實務上銀行定型化保證契約條款之內容、及其效力之問題。

謝定亞之〈施工承攬契約不可抗力風險分配之法律分析〉，以法律經濟分析為主，提出實務上面對不可抗力風險時之處理方法，並建構合理且具效率之風險分配原則。



## 第二章、附合契約之基本課題

### 第一節、附合契約之發展

基於憲法第二十二條所保障之契約自由原則，當事人得於不違反強制規定及公序良俗之範圍內，訂定各種不同內容之契約。然經工業革命過後，現今出現許多財力雄厚之企業經營者，並社會型態多以工商服務為主，企業經營者為了因應現代大量交易之型態，契約內容多由企業經營者預先擬定，因而有定型化契約及附合契約之產生，業者在擬定契約條款時，出於最大利潤之追求與風險之考量與控制，常利用其優勢之地位，訂立有利於己或是不利於他方相對人之契約條款，造成條款對於契約之相對人有不公平之情形。

而此種於雙方交易中常出現之定型化契約或是附合契約，可透過經濟學的角度來了解該種契約之產生，藉由科斯定理 (Coase Theorem) 「在協商沒有成本的情形下，不論法律將權利歸屬給哪一方，雙方協商的結果都可使社會資源配置達到有效率的結果」<sup>2</sup>，可知當成本愈低，資源的運用愈有效率。蓋使用預定之條款，作為契約內容之一部分，由於雙方均無須對契約內容一一進行磋商，花費雙方勞力、時間、費用，可以使雙方交易成本降到最低之情形，此時符合科斯定理，使用附合契約可以達到使交易成本降低之效果，並將資源運用達到最有效率的境界。再者，學者提出科斯定理亦影響了美國學者波斯納 (Richard A. Posner)，其主張「財富最大化原則要求將權利自始賦予那些可能最會珍惜它們的人，已便將交易成本降到最低」<sup>3</sup>，亦即企業經營者欲追求更高的利潤、節省更多的成本，其對於同類型契約已事先擬好契約內容，契約相對人僅需同意簽名於契約上，即可成立契約，使得企業經營者不必多支出人力、時間在各個契約之上。簡言之，企業經營者藉由使用定型化契約或是附合契約，讓交易成本降到最低。

有學者主張，顧客對於企業經營者的定型化契約條款無法磋商，只能照單全收，主要是由市場機能的部份喪失 (partielles Marktversagen)，更正確的說，是在約款使用者與顧客間資訊的不對等。就顧客而言，將錢與時間花在談判修正定型化契約、或者找尋其他定型化契約在此點或他點較為合理的供應者，可能毫無意義。要比較不同的契約條款，提出相對建議，進行談判，所耗費之心力與成本，對顧客未必划得來。縱然顧客有可能以此種方式將風險轉移給企業經營者，但其費用遠高於顧客可以達成的利益<sup>4</sup>。本文認為，此種見解不僅適用在顧客與企業經營者之消費關係上，亦可運用在非消費關係上，譬如保證人之於銀

<sup>2</sup> 林立，波斯納與法律經濟分析——一個批判性的探究，學林出版，2004年4月，頁135。

<sup>3</sup> 林立，同註2，頁145。

<sup>4</sup> 黃立，德國新債法之研究，自版，元照，2009年9月初版，頁75—76。

行、員工之於公司，倘若其願意花更多時間與心力來進行雙方協商，或許有可能取得更有利於自己之條款內容，但可能造成主債務人無法迅速獲得融資、或是使員工喪失工作機會的機率大增。

其次，將外國法就附合契約之定義作一簡要說明。在法國法上，附合契約（Contrat d'adhésion），是一方當事人對於另一方當事人事先已確定的契約條款只能表示全部同意或不同意的契約，亦即一方當事人只能從整體上接受契約條件，或是不訂立契約，而所謂「不訂立契約」之選擇，客觀上又根本不存在<sup>5</sup>。在德國法上，見於德國民法修正條文第305條1項規定：「定型化契約條款指為了多數契約事先擬就之契約條款，於締約時對契約相對人提出者，不論此種條款在外觀上構成契約之特別成分，或是納入契約自身，也不論其範圍，以何種書面方式作成，或契約之形式為何。如契約條款係契約當事人以個別磋商逐條協商者，不構成定型化契約。」<sup>6</sup>，適用本項規定必須符合以下五個要件：（1）必須是契約條款；（2）為了多數契約；（3）事先擬就；（4）對契約相對人提出；（5）契約條款不是以個別磋商方式逐條協商者<sup>7</sup>。在日本法上，保險契約、運送契約、電氣與水道之供給契約，係契約單方制定定型條款，契約他方僅能選擇全部承認或拒絕該契約，稱為附合契約。該附合契約條款使用對象為多數不特定之人，並不具有個別磋商之空間，為了避免附合契約造成之弊害，須有國家對於約款內容認可與否作適度的介入<sup>8</sup>。

<sup>5</sup> 尹田，法國現代契約法，五南出版，1999年11月，頁135-137。

<sup>6</sup> Section 305(1) Standard business terms are all contract terms pre-formulated for more than two contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon the entering into of the contract. It is irrelevant whether the provisions take the form of a physically separate part of a contract or are made part of the contractual document itself, what their volume is, what typeface or font is used for them and what form the contract takes. Contract terms do not become standard business terms to the extent that they have been negotiated in detail between the parties.

[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html) 最後造訪日2010/12/25。

<sup>7</sup> 黃立，同註4，頁77。

<sup>8</sup> 「ふごうけいやく【付合契約】保険契約、運送契約、電氣や水道の供給契約のように、契約当事者の一方があらかじめ定めた定型的な条項によって契約内容が規定され、相手方はこれを包括的に承認するか否かの選択しかできない契約。付従契約ともいう。多数の者を相手とする取引において、個別の契約によらずに取引の簡易化を図ろうとするものであるが、その弊害を防止するため、約款の認可制など国の関与が行われている。」，有斐閣法律用語辞書，1997年1月30日初版第6刷發行，内閣法制局法令用語研究會，代表 津野 修。

我國法對於附合契約規範，依民法第二四七條之一規定「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平，該部份約定無效：一、免除或減輕預訂契約條款當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」，本條增訂之理由，有謂：「當事人之一方預訂契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該項條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』（Contrat d' adhesion）。此類契約，通常由工商企業之一方，預定適用於同類契約之條款，由他方依其契約條款而訂定之。預定契約條款之一方，大多為經濟上較強者，而依其預定條款訂約之一方，則多為經濟上之弱者，為防止契約自由之濫用……，衡之我國國情及工商業發展之現狀，為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜於民法法典中列原則性規定，援增訂本條，明訂附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，此類契約他方每無磋商變更之餘地。為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部份之約定為無效。至於所謂『按其情形顯失公平者』，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而有顯失公平之情形而言。例如：已在他人土地上有建築物而設定地上權，約定地上權期間為一年或約定買受人對物之瑕疵擔保之契約解除權為十年等是。」可供佐照<sup>9</sup>。

自民國八十九年五月五日起，依民法債編施行法第十七條規定，民法第二四七條之一具有溯及既往之效力。由於消費者保護法（下稱消保法）具有「保護消費者權益」之特別立法，而民法則為私法關係之普通法，故可認為消保法及其施行細則關於定型化契約之規定，原則上適用消費性定型化契約。至於非消費性，即不受消保法及其施行細則之規範，而適用特別規定，無特別規定應適用民法第二四七條之一。由此可知，定型化契約條款屬於消費性，且係成立於消保法生效前者，僅有民法第二四七條之一適用；成立於消保法之後消費性定型化契約，則應適用消保法暨民法第二四七條之一。非消費性定型化契約條款，不論成立於何時，皆僅適用民法第二四七條之一規定<sup>10</sup>。

<sup>9</sup> 曾品傑，財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論（1），2007年9月，自版，元照，頁210。

<sup>10</sup> 詹森林，民事法理與判決研究（四） 消費者保護法專論（2），2006年12月，自版，元照，頁163。

## 第二節、民法第二四七條之一定性與運用

### 第一項、附合契約與定型化契約之區辨

#### 第一款、定型化契約之概念

蓋現代工商社會之企業經營者，為因應產品及服務大量化及規格化，減低及控制生產成本，以創造更高利潤，創新交易型態，往往預先擬定遊戲規則，對不同之交易相對人適用相同之交易條件，因而造成定型化契約條款適用日漸普及及大量化。依消費者保護法(下稱消保法)第二條第九款：「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」，該定型化契約條款不限於書面，其以放映、張貼、牌示或其他方法表示者，亦屬之。學者通說<sup>11</sup>及實務上認為「定型化契約者，謂當事人一方預定用於同種類契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該預訂條款而訂定之附合契約」，定型化契約一詞可包括消費性<sup>12</sup>及非消費性<sup>13</sup>關係。

<sup>11</sup> 邱聰智，新訂民法債編通則 下，2003年3月，自版，華泰文化，頁530。相似見解：黃立，民法債編總論，2000年9月，自版，元照，頁111「惟關於定型化契約條款，民法稱為附合契約，捨棄消費者保護法既有名詞不用，並無堅強之理由。其次特別法之消費者保護法已有規範情形下，債編相競合條文適用機會十分有限，只限於非消費關係的債之關係，如勞資間僱傭契約、企業經營人相互債之關係」。詹森林，民法法理與判決研究(三)消費者保護法專論，2003年8月，自版，元照，頁32「…定型化約款、定型化契約條款，或一般交易條款所訂立之契約，則為定型化契約、附合契約，或標準契約」。

<sup>12</sup> 九十八年台上字第一三五五號判決之買賣房屋案例：「又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，為**定型化契約條款**，如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。此觀消費者保護法第二條第七款前段、第十一條第二項之規定即明。針對系爭契約第二十條第二款有關違約罰則之約定內容，兩造既就其中「無故拒絕出售」產生疑義，揆諸首揭說明，自應為有利於上訴人之解釋，而寬認其適用範圍。」；九十八年台上字第一六八號之買賣房屋案例：「…次按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，依民法第二百四十七條之一第三款、第四款之規定，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，否則即應依前開情形處理…」。

<sup>13</sup> 九十六年台上字第一二四六號判決之營業性保證債務案例：「…**定型化契約**應受衡平原則限制，係指締約之一方之契約條款已預先擬定，他方僅能依該條款訂立契約，否則，即受不締約之不利益，始應適用衡平原則之法理，以排除不公平之『單方利益條款』，避免居於經濟弱勢之一方無締約之可能，而忍受不締約之不利益，是縱他方接受該條款而締約，亦應認違反衡平原則而無效，俾符平等互惠原則…」；九十八年台上字第二七八號判決之承攬案件：「…又本件工程之合約附件公路施工說明書係當時台灣省公路局於八十六年六月編印之版本，依該說明書總則第一條規定，可知該施工說明書係上訴人預定用於同類契約所訂；上訴

## 第二款、附合契約之概念

另有學者認為，企業經營者提出預先擬定條款，但締約相對人不具消費者之地位；或提出預先擬定條款者與訂約相對人均為非營業人，對於此等「非消費關係」，原則上無援引消保法之餘地，應適用民法上附合契約之規範。且定型化契約與附合契約為二者不同之概念<sup>14</sup>，前者在定義描述上較後者嚴格，至少表現在以下兩方面：第一，在定型化契約，當事人一方須為企業經營者，而他方須為消費者；附合契約則未對締約當事人之屬性加以設限。第二，在定型化契約，交易相對人須為不特定多數消費者；附合契約則不關心訂約相對人是否為不特定多數人<sup>15</sup>。

## 第三款、小結

本文以為，應為後說可採，定型化契約與附合契約本質上屬不同之概念，第一，參酌立法理由「當事人之一方預定契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該項預訂條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』。此類契約，通常由工商企業者一方，預定適用於同類契約之條款，由他方依其契約條款而訂定之。預訂契約之一方，大多為經濟上較強者，而依其預定條款訂約之一方，則多為經濟上弱者，為防止契約自由之濫用…，宜於民法法典中列原則性規定，爰增訂本條，明定附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約…」，可知立法者於民國八十八年通過民法第二四七條之一，並將其明定為「附合契約」，並未沿用先前民國八十三年所制訂消保法，條文中第二條第九款「定型化契約」一詞，顯見立法者有意區分二者之不同。

第二，就當事人屬性不同作區分，消保法第二條第九款明訂定型化契約為企業經營者向不特定多數之消費者所預擬之契約內容。可知附合契約之範圍是較定型化契約範圍廣而大，且消費者保護法為民法之特別法，故具有消費關係之預擬契約歸屬於消費者保護法之定型化契約，然不具消費關係之預擬契約則屬附合契約之範疇，「附合契約」探究其真意在於相對人只能在接受該契約，否則就不訂契約（Take it or leave it）二者間擇一選擇<sup>16</sup>。由於附合契約與定型化契約所

---

人且自認該施工說明書於八十六年即沿用於公路施工之承攬契約，益見施工說明書總則係上訴人預定用於同類契約而訂之**定型化契約**，包括被上訴人在內之包商並無修改之可能…」。

<sup>14</sup> 相似見解：「定型契約通常為附合契約之一項工具，惟兩者最顯著之不同處有二：一則定型契約之條款係由契約當事人以外之第三人所擬定，其成立受第三人因素之影響甚大；另則定型契約受雙層之附合，將契約條款『強制於當事人』或『指導』其簽訂，與附合契約之單方附合者不同」，藍瀛芳，法國法上的附合契約與定型化契約，輔仁學誌第九期，1980年6月，頁197。

<sup>15</sup> 曾品傑，同註9，頁93。

<sup>16</sup> 劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局，1993年9月，頁105、106。

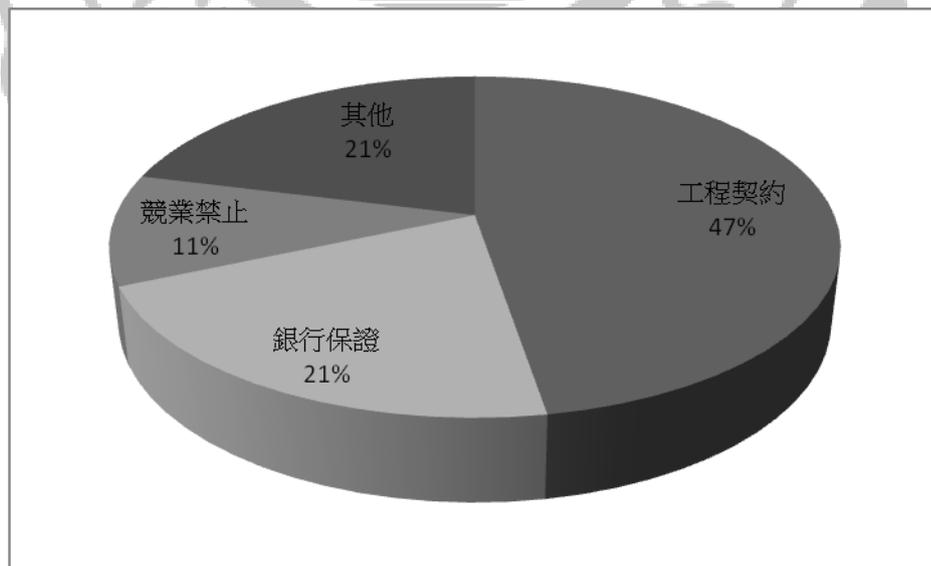
規範之當事人屬性（議約能力、社經地位、資訊掌控程度不同等等）有所差異，當然判斷契約條款有無效之方式亦有不同，故附合契約與定型化契約有其區辨實益。

## 第二項、附合契約之應用範疇

藉由統計最高法院於民國九十七年至民國九十九年間，涉及民法第二四七條之一的判決，以圖表方式表現出哪幾種類型之契約，多以附合契約締結之，並就實務上運用最頻繁之附合契約類型，後述將以專章討論之，亦為本篇論文之核心所在。

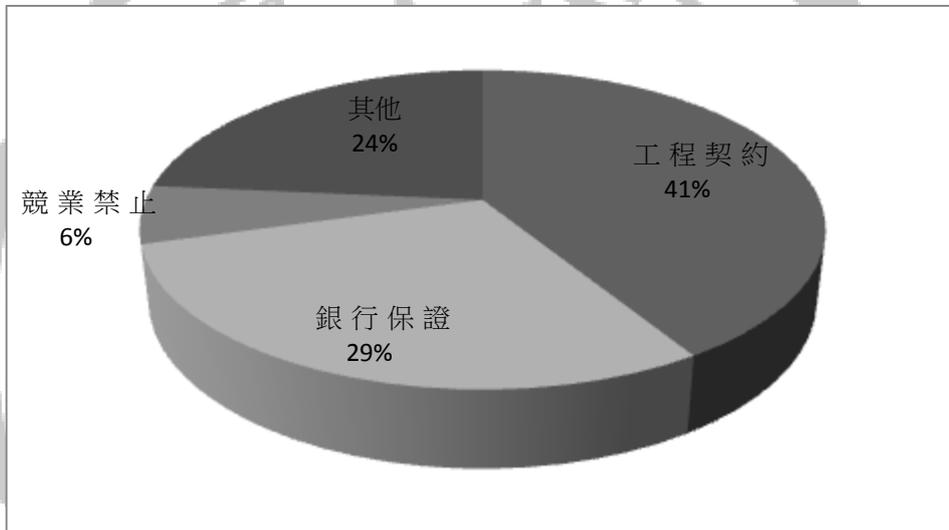
### 第一款、最高法院九十七年度涉及民法第二四七條之一的判決類型。

工程契約共九件（九十七年台上字第三六〇號、九十七年台上字第五九六號、九十七年台上字第六七八號、九十七年台上字八九〇號、九十七年台上字第九二八號、九十七年台上字一一五四號、九十七年台上字第一三四八號、九十七年台上字第一五一六號、九十七年台上字第一七七九號）；銀行保證契約共四件（九十七年台上字第八三三號判決、九十七年台上字第一五五八號判決、九十七年台上字第一六八〇號判決、九十七年台上字第二三一二號判決）；離職競業禁止條款共二件（九十七年台上第一〇〇七號判決、九十七年台上字第二〇一二號判決）；其他零星案件共四件（九十七年台上字第二四八二號判決、九十七年台上字第二四七〇號判決、九十七年台上字第一二七六號判決、九十七年台上字第一一九八號判決）。



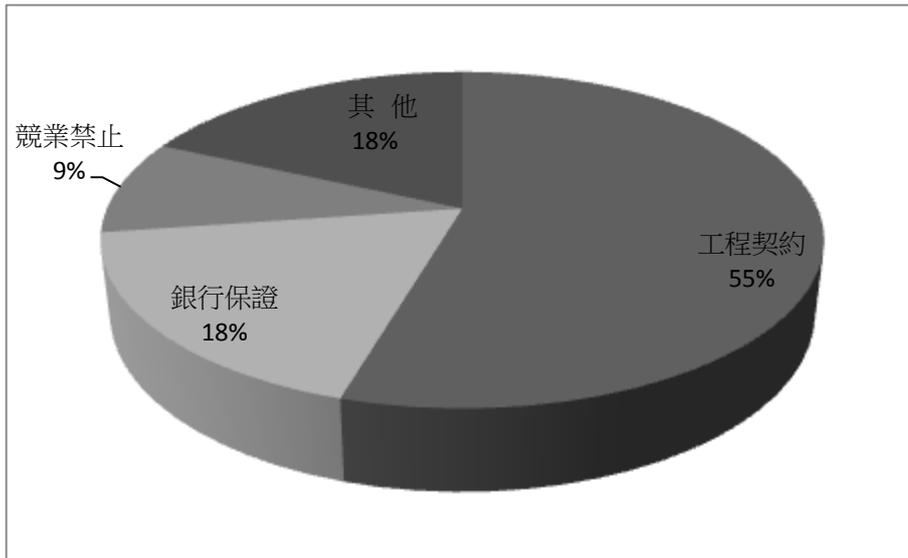
### 第二款、最高法院九十八年度涉及民法第二四七條之一的判決類型。

工程契約共七件(九十八年台上字第一二九號判決九十八年台上第二七八號判決、九十八年台上字第一五九六號判決、九十八年台上字第一六二二號判決、九十八年台上字第一八二二號判決、九十八年台上字第二四二〇號判決、九十八年台上字第二四七〇號判決、)；銀行保證契約共五件(九十八年台上字第一〇九號判決、九十八年台上字第三二三號判決、九十八年台上字第一〇三四號判決、九十八年台上字第一六五二號判決、九十八年台上字第一七九三號判決)；離職競業禁止條款僅一個裁定(九十八年台上字第一四九六裁定)；其他零星案件共四件(九十八年台上字第二三一七號判決、九十八年台上字第一九三三號判決、九十八年台上字第一三七七號判決、九十八年台上字第一六八號判決、)。

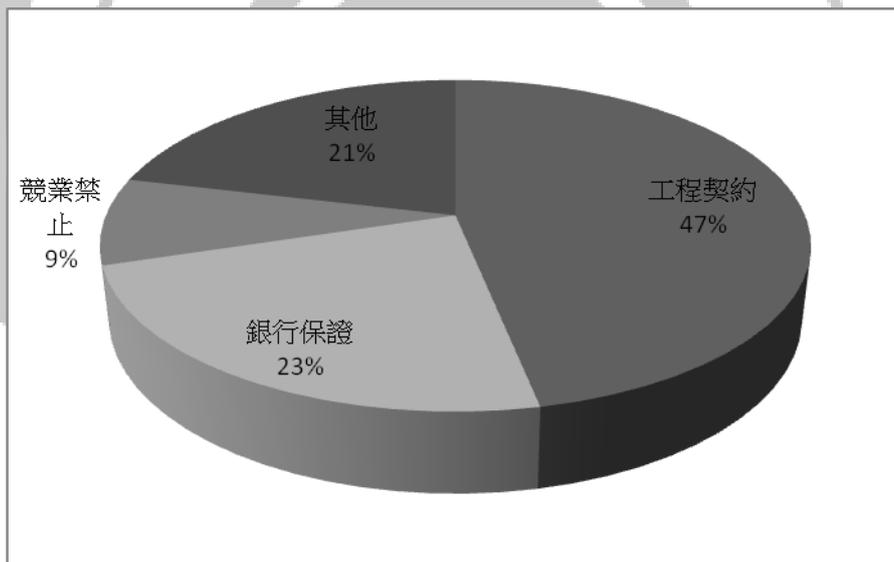


### 第三款、最高法院九十九年度涉及民法第二四七條之一的判決類型。

工程契約共六件(九十九年台上字第三三三號判決、九十九年台上字第八四三號判決、九十九年台上字第一三三六號判決、九十九年台上字第一四三四號判決、九十九年台上字第一五四九號判決、九十九年台再字第四〇號判決)；銀行保證契約共二件(九十九年台上字第一五六九號判決、九十九年台上字第一五八三號判決)、離職競業禁止條款僅一個判決(九十九年台上字第五九九號判決)；其他零星判決共二件(九十九年台上字第一一七五號判決、九十九年台上字第六七六號判決)。



第四款、九十七年度至九十九年度之圖表總整理。



觀察上開圖表，可得出現今實務爭議最多之附合契約類型，以工程契約為最大宗，其次為銀行保證契約與離職後競業禁止條款，以下就分別依附合契約之三大類型，作為論文之第三章工程契約之爭議條款、第四章銀行保證契約之爭議條款、第五章離職後競業禁止條款之問題研究。

### 第三章、工程契約之爭議條款

#### 第一節、物價調整條款

##### 第一項、物價調整處理原則之發展<sup>17</sup>

於公共工程中，以往曾發生限制砂石車車斗高度及河川砂石禁採等政府措施，導致砂石物料價格之大幅上揚，嚴重衝擊營建廠商之施作成本，進而影響公共工程之進行。為降低因營建物價波動造成工程進行之障礙，相關政府部門，以另行制訂物價調整辦法之方式，例如交通部於86年間所發布之「交通部所屬機關工程估驗款隨物價指數調整計價金額實施要點」及87年訂頒之「交通部暨所屬各機關因應國內砂石價格上漲之物價補償或調整方案」，以為因應。

自民國91年起，國際鋼價逐漸走揚，造成營建鋼筋及金屬類製品之價格大漲，致使訂約在前之承商，因原契約價格無法支應鋼價大漲之情事，而發生嚴重之虧損。為解決此一問題，行政院遂於92年4月30日以院授工企字09200176120號函，頒布「因應國內鋼筋價格變動之物價調整處理原則」（以下稱「鋼筋物調原則」）其後，營建物價仍持續全面性大幅上揚，且就鋼筋及金屬製品類用量較少之工程，依「鋼筋物調原則」所得補償之物價調整款，仍不敷其實際上之需要。

於營造公會之積極爭取下，行政院遂於93年5月3日院授工字09300172930號函，頒布「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則」（以下稱「總指數物調原則」），就總指數漲跌幅超過2.5%部分，辦理工程款調整。行政院並以93年5月3日院授工企字第09300172931號函，檢送「總指數物調原則」予各地方政府，請各地方政府及其所屬（轄）機關得準用該原則，儘量給予廠商合理之物價調整補償。

另「總指數物調原則」原定適用期限為93年12月31日，惟因營建物價仍居高不下，故行政院遂於94年1月24日以院授工企字第09400010620號函，針對中央機關辦理93年12月31日以前決標之工程採購，修正其適用期限至94年12月31日，嗣於95年5月5日，工程會再以院授工企字第09500166030號函，延長適用期限至95年12月31日，並於96年4月10日院授工企字09600138930號函，將該原則適用期限調整至工程完工為止。

<sup>17</sup> 工程法律系列論壇（一），工程承攬契約與物價調整之相關問題，李念祖、蕭偉松，工程採購機關處理物調問題所需之思考面向（初稿），頁25、26。

<http://www.llm.nccu.edu.tw/docs/files/workshop/llm/961206-2.pdf>最後造訪日2010/12/25。

此外，行政院公共工程委員會（以下稱「工程會」）為使將來不同型態之公共工程，得按其工程之特性，決定其最為合適之物調方式，遂於96年3月9日以工程企字第09600095000號函，修正「工程採購契約範本」第5條第(一)款第6目及第7目內容，該項修正除依總指數漲跌幅超過2.5%部分計算物價調整款之方式外，另針對機關工程預算書內若有特定種類材料或特定個別項目之預算金額佔契約總金額達20%以上之情形，得增訂依特定中分類指數（例如金屬製品類、砂石及級配、瀝青及其製品類）漲跌幅超過5%部分計算物價調整款，以及依特定個別項目指數（例如水泥、預拌混凝土、鋼筋等）漲跌幅超過10%部分計算物價調整款等兩種物價調整方式，使採購機關得視工程性質及特殊性，採用最符合個案工程契約實際情形之物價調整方式。

## 第二項、實務判決

### 第一款、契約已約定不辦利物價調整

#### 一、問題提出

定作人與承攬人於契約中明定「物價波動時不予以物價調整」，排除民法第二百二十七條之二情事變更原則，該約定是否有效。換言之，契約已約定不辦利物價調整是否仍有情事變更之適用，實務上對此有肯否之不同見解，下面就具有代表性之判決作介紹。

#### 二、採肯定立場之判決

##### （一）九十八年度台上字第一〇五七號裁定

##### 1、本件事實

承攬人（鼎上公司）與定作人（嘉義市大同國小）訂定工程契約，承攬人於九十三年八月十五日竣工完成，並主張實際完工日期在九十二年十月一日以後，承攬人得要求依該物價調處原則調整工程款，就漲跌幅超過二·五%部分，辦理工程款調整。定作人抗辯兩造既已於工程契約第六條第三款明定「如遇物價波動時廠商不得因此要求調整單價或賠償損失。」。

##### 2、一審法院<sup>18</sup>

原告承攬人自83年成立迄今，為資本額一億元之專業營造公司，並非小型營建廠商或營造業之新手。系爭契約係採總價承包，物價上漲即屬承攬人投標時所應考量之風險之一，自應由承攬人承擔因此所受損害。且系爭契約工程所需之一切材料數量，承攬人在投標即已知悉，承攬人得標後，即應尋找供應商預訂材

<sup>18</sup> 台灣嘉義地方法院九十五年度建字第二十九號判決。

料貨源，以免價格波動風險，承攬人疏於風險控管，竟將其所生不利益，推由被告定作人承擔，顯非公平。…本案之情形為校園重建之公共工程，歷經上網公告招標始訂定，各家營建廠商在投標之前均應以詳細閱讀各該條款。且如前述，各該廠商於投標之初，本即應將原料價格風險依市場趨勢作正確評估，且系爭契約既訂物價指數不調整，自更敦促投標者應理智謹慎評估將其欲投標之金額納入最大風險考量。以承攬人如此專業之營建公司就本案之投標顯已經審慎評估其利潤暨一切可能風險後始參與投標，絕非無知盲目搶標；否則，以承攬人如此規模之營造公司大可不參與投標該工程，按其情形並無顯失公平可言，當無衡平原則之適用。

### 3、二審法院<sup>19</sup>

工程契約雖屬政府機關為與不特定多數人訂立契約之用而預先擬定、印製之定型化契約，然觀諸契約本文，表達方式並非艱澀難懂，而承攬人係頗具規模和極具市場經驗之專業營造廠商，對本條款約定之意義及對於未來物價之變動應具相當之專業知識、經驗及推估判斷能力；顯見其承攬系爭工程，並非經濟之弱者。…再審視該條款內容，在物價下跌之情形下，定作人亦不得請求減少工程款或請求返還已給付之差額工程款，並非單純使他方（即承攬人）拋棄權利或限制其行使權利，當無民法第二百四十七條之一對承攬人顯失公平之情形。

兩造於成立工程契約之際，即已預見工程物價即將上漲，針對特定而具體之事項即物價可能波動之情勢先為之特別約定（即未來工程物價上漲時，是否提高單價或賠償損失），並非法律行為成立後情事變更，亦無顯失公平之情事。換言之，兩造間就工程簽約後未來物價如上漲如何處理事先所為之特別約定，並非排除民法第二百二十七條之二第一項「情事變更原則」規定之適用。

### 4、最高法院

承攬人請求情事變更，僅於定作人之建築師（使用人）設計系爭工程時有疏失，致變更設計增作消防水池工程安全措施等三項工程之延展期間而增加鋼筋、預拌混凝土（建材）漲價之差額若干元，本息範圍內，為有理由。

## （二）九十九年台上字第一三三六號判決

### 1、本件事實

承攬人（興亞公司）主張，自九十年代起國內營建物價飆漲，九十二年、九十三年一月至十月之營建物價總指數、鋼筋指數、金屬製品類指數均超過訂約時所得預料之範圍。機關應參考九十二年「因應國內鋼筋價格變動之物價調整處理原則」原則辦理物價調整，適用期間溯及於九十一年六月一日以後施作之工程。

<sup>19</sup> 台灣高等法院台南分院九十七年度建上更（一）字第二號。

九十三年「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則」，工程完工日期在九十二年十月一日以後，廠商要求依該原則協議調整工程款者，無論原契約是否訂有物價調整規定，機關應同意辦理工程款之調整。定作人（嘉義市政府）抗辯工程契約明定A條款「本件並無物價波動調整工程款」。

## 2、一審判決<sup>20</sup>

系爭工程契約書，為原告承攬人提供之訟爭工程招標文件之一，並於90年1月28日辦理招標文件公開閱覽作業，故原告於投標前，可透過被告定作人公開閱覽作業，得知該契約中有A條款，其如認該約款不法侵害其權利或利益，大可依被告招標公告第5項規定，以書面向定作人提出釋疑或異議，是以原告在合約書之簽訂過程中，並非全然處於僅能就被告擬妥之契約內容表示締約與否之不利地位，仍得就合約內各項約款是否合乎其利益與被告加以磋商，此與定型化契約乃由經濟上強者預定契約條款，他方無磋商變更之餘地者，大相逕庭。…惟兩造約定A條款：「本契約如遇物價波動時廠商不得因此要求調整單價獲賠償損失」，足見兩造於訂約當時，已就締約後可能發生之物價上漲，導致原告施作訟爭工程成本增加之因素有所預見，並於訂約之際列入考量，原告既與被告就上開條款達成意思表示之合致，顯見其已拋棄因營建物料價格於訂約後上漲而得請求被告增加給付之權利，是其自應受該項約款之拘束，而不得再以鋼筋價格在兩造簽訂合約後大漲為由，請求被告應給付物波動補償金。

## 3、二審判決<sup>21</sup>

承攬人施作大樓工程縱因此增加採購成本，定作人並未因此受有利益，難認兩造依系爭工程契約之原有效果履行，對於承攬人有何顯失公平情事。況承攬人係營造業者，於訂約前當有推估營造物品物價之正常漲、跌情形，以憑計算營造成本之能力；其本於自行風險評估，而作成訂約之決定，自不得依情事變更原則，請求增加給付。

## 4、三審判決

九十二年原則及九十三年原則分別載有「近期國內鋼筋價格劇烈變動」、「近期國內營建物價劇烈變動」等情，則綜合上開各情，兩造於系爭契約成立後，其基礎或環境是否未發生劇變？承攬人縱能推估營建物價之正常漲跌，但是否即得推論其亦可預料此項劇變？兩造如照原有給付，是否無顯失公平情事？仍有研求之餘地。又契約成立後，倘因情事變更，定作人因此得以減免支出更多之工程款，即屬受有利益。…原審率為承攬人不利之論斷，尚嫌速斷。

<sup>20</sup> 台灣嘉義地方法院九十四年度建字第二十四號判決。

<sup>21</sup> 台灣高等法院台南分院九十七年度建上更（一）字第三號判決。

### （三）小結

上開法院判決認為無論契約內容如何，仍有情事變更適用之可能，而其支持的理由為民法第二百二十七條之二雖係任意規定，契約雙方可約定「無物價調整之適用」，但於物價大幅變動導致雙方無法預見的情況下，不應任憑契約自由主義，應有情事變更介入之空間，以維持契約雙方對於損失之平均分擔，且不應讓定作人獨享因偶然的物價上漲導致免支出報酬之利益。

## 三、採否定立場之判決

### （一）九十八年台上字第八八八號判決

#### 1、本件事實

承攬人(強毓公司)主張，兩造於民國九十四年六月二十二日簽訂承攬契約，係因路權、住戶糾紛、更改施工方式等可歸責於定作人(台灣電力公司)之事由所致，而延後完工時程，物價指數年增率劇幅上揚，原物料價格飆漲，已遠超過承攬人於得標訂約時所得預見之範圍，如依契約計算工程款，對承攬人顯失公平，自應有民法第二百二十七條之二第一項「情事變更原則」規定之適用。定作人抗辯契約「已訂明物價指數變動不調整工程款」，承攬人已拋棄因物價上漲請求調整增加工程款，該特約應排除民法第二百二十七條之二第一項規定之適用。

#### 2、一審法院<sup>22</sup>

系爭工程契約係由被告定作人單方面所訂立用於對多數廠商招標之定型化契約，原告承攬人於得標後，並無更改系爭工程契約之可能，則系爭約款係被告單方面限制原告行使權利之定型化約款，於物價波動程度已超過一般人所能預見範圍之情況下，對原告顯失公平，依民法第二四七條之一第一款及第三款規定應屬無效。又系爭約款縱非無效，依定型化契約解釋原則亦應作為有利於原告之限縮解釋，認為超過物價指數正常波動範圍外者無該約款之適用。系爭約款固載明：「如本契約內未列附物價指數調整辦法者，不予調整。」之約款，然此約定應係指於一般情況下之漲落，原告固無因此而要求增加給付工程款之權利。然於兩造簽訂系爭工程契約後，因情事變更致營造工程物價大幅上漲，且顯非原告於訂約當時所能預見，倘仍依系爭約款不予調整，不啻令原告單獨承擔不可預測之風險，於客觀交易秩序及系爭契約原有法律效果之發生，將有背於誠信及衡平觀念，對原告有顯失公平之情事。

<sup>22</sup> 台中地方法院九十七年度建字第七十二號判決。

### 3、二審法院<sup>23</sup>

契約雖約定物價指數變動不調整工程金額，然契約原訂一百工作天，延展至四百九十五日，工期中物價變動高達百分十二·六二，既非承攬人所得預料，亦不可歸責於承攬人事由，如按契約約定不調整工程款，顯失公平，自有情事變更原則之適用。

### 4、三審法院

如當事人間於締約時，已明訂契約成立後，因可歸責於當事人一方之事由，致他方受有損害者之處理方式，僅生依約履行債務之問題，非屬該條所稱之情事變更，自無該條規定之適用。…兩造簽約時既就工期延展，無法如期開工及可歸責於定作人事由之停工，已有約定處理方式，能否謂承攬人就工期之延展無法預料，而有情事變更原則之適用，尚非無疑。

## (二) 九十八年台上字一四〇號判決

### 1、本件事實

承攬人（華春公司）主張工程契約訂定後，國內鋼筋價格急遽上漲，非訂約當時所得預料，致工程鋼料部分費用增加若干元。此情事變更符合行政院公共工程委員會於九十二年四月三十日頒布之「因應國內鋼筋價格上漲之物價調整處理方案」，定作人（嘉義縣政府）應遵照上開物價調整處理方案調整契約價金。定作人抗辯合約中「本工程標案無物價指數調整」之條款，自不得再依情事變更原則為調整金額。

### 2、一審法院<sup>24</sup>

蓋於投標之初，承攬人本即應將原料價格風險依市場趨勢作正確評估，且系爭工程合約既訂「本工程標案無物價指數調整」，自更敦促投標者應理智謹慎評估將其欲投標之金額納入最大風險考量，若否，無異形同鼓勵廠商不須先作正確評估即低價搶標，迨得標後，再執物價上漲為理由請求提高承攬合約之總價金，此非但不符前開合約條款約定之精神，且反將得標廠商誤判物價變動趨勢之不利利益，加諸於較投標之專業廠商更無法評估營建物價變動風險之定作人身上，此亦不符民法第二二七條之二規定之本旨。

### 3、二審法院<sup>25</sup>

當事人所訂之契約內，已針對未來可能發生之變更情事，特別約定雙方權利義務之取得或拋棄，依契約自由、私法自治原則，自應適用該當事人間之特別約

<sup>23</sup> 台灣高等法院台中分院九十七年度建上字第五十三號判決。

<sup>24</sup> 台灣嘉義地院九十六年度建字第三號判決。

<sup>25</sup> 台灣高等法院台南分院九十七年度建上字第五號判決。

定，與民法第二百二十七條之二第一項規定情事變更要件有異，而無該條適用之餘地。本件工程合約就物價調整部分，既已有「本工程標案無物價指數調整」之排除特約，自無該條規定之適用。況行政院早於兩造訂定工程合約（九十二年十二月八日）前發布「九十二年調整原則」，足見該時鋼價飆漲之勢已達不可忽視之程度。承攬人既為專業營造廠，自可預料國際市場鋼價將持續飆漲、並帶動他項營造原物料價格上漲、營造工程物價指數於兩造締約後勢必持續飆高之市場趨勢，即難以訂約時已得預見之營建材料物價上漲為由，謂符情事變更之規定而得請求定作人增加給付。

#### 4、三審法院

就情事變更原則而論，自九十一年起營建材料之價格發生非預期性大幅上漲情形，行政院並因而訂頒有關鋼筋價格調整之「九十二年調整原則」，承攬人既為專業營造廠商，對於未來營建材料之價格變動，應具相當之知識、經驗、能力，足以推估判斷並預料各項營建材料價格將會繼續上漲，乃竟與定作人於合約中為上開「本工程標案無物價指數調整」之條款，自不得再依情事變更原則為調整請求，否則將違私法自治、契約自由原則及對其他參與投標廠商產生不公平之結果。

#### （三）小結

上開法院判決主張契約明定「無物價調整適用」，乃係尊重契約當事人私法自治空間。民法第二百二十七條之二限於不可歸責於雙方之情事，若屬可歸責一方導致工期延展，而因時間延長造成物價變動之情形，此情況並非情事變更，係損害賠償之問題。

### 第二款、契約已有物價調整約款，但物價巨幅變動

#### 一、問題提出

定作人與承攬人間已約定物價調整條款，但物價巨幅變動造成原物價調整條款已無法反應實際上物價漲幅，此時是否仍有情事變更介入之餘地。實務上對此有肯否之不同見解，下面就具有代表性之判決作介紹。

#### 二、採肯定立場之判決

##### （一）九十五年台上字第一九四四號判決

##### 1、本件事實

承攬人（中華工程）主張兩造於民國八十五年十二月二十一日簽訂碼頭改善工程合約，政府水利單位乃於八十六年五月間起開始加強河川管理，台灣西部主要河川遂全面禁止砂石開採工作，導致國內砂石價格飆漲，自得依情事變更原則

及誠信原則之規定，請求法院參照「交通部暨所屬各級機關因應國內砂石價格上漲之物價補償或調整方案」增加給付。定作人（交通部基隆港務局）抗辯砂石補償方案係八十七年九月由交通部擬定，其尚非交通部所屬機關而係省屬機關，自不適用該方案。另兩造已對物價上漲有所預見，並約定按台灣省營造工程物價總指數予以調整，承攬人自不得依情事變更原則請求增加給付。

## 2、一審法院<sup>26</sup>

兩造於訂約時既已就物價變動因素於訂約之際列入考量，而訂定「物價指數調整」條款為「物價指數調整：不調整」，縱契約之一方於締約時對市場價格趨勢判斷錯誤，其應對於該誤判自負其責，而仍應受上開物價指數調整條款之拘束。蓋於投標之初，承攬人本即應將原料價格風險依市場趨勢作正確評估，且系爭契約既明訂物價指數不調整，自更敦促投標者應理智謹慎評估將其欲投標之金額納入最大風險考量，若否，無異形同鼓勵廠商不須先作正確評估即低價搶標，迨得標後，再執物價上漲為理由請求提高承攬契約之總價金，此非但不符前開契約條款約定之精神，且反將得標廠商誤判物價變動趨勢之不利益，加諸於較投標之專業廠商更無法評估營建物價變動風險之定作人身上；甚且，對於其他經審慎評估而參與投標之專業廠商，更將形成不公平競爭之局面，此亦不符民法第二二七條之二第一項規定之本旨。…本件原告長期承攬被告公司配電管路工程，而系爭工程係經公開招標，原告於投標前，即可洽購取得系爭工程之投標須知，工程採購承攬契約等文件，有充分機會及時間詳閱相關資料，瞭解得標後之權利義務，以決定是否參加投標，對於招標文件內容如有疑義，投標前亦得以書面請求釋疑，…故並無為原告所不及知或無磋商變更之餘地可言，系爭承攬契約自非屬民法第二四七條之一所規定之附合契約，原告不得主張該「物價指數不調整」之約定條款無效。

## 3、二審法院<sup>27</sup>

砂石價格飆漲情事既非兩造於立約當時所得預料，倘無論砂石工料如何飆漲，均依合約約定之單價辦理，則不啻令承攬人單獨承擔不可預測之風險…對承攬人顯失公平，自得請求法院增加應為之給付。

再者，合約物價指數條款係以營建物價總指數計算物價指數調整，僅為一般物價指數調整，該營建物價總指數不足反應砂石單一材料之漲跌情況，佐以交通部砂石補償方案肆之處處理原則第三點說明：「本方案適用於原合約內有物價指數調整或無物價指數調整規定之工程，以求公平並分攤風險。…原合約雖有物價指數調整辦法，但均因此不予調整，故原合約是否含有物價指數調整辦法，其結果及所面對之困難均相同，無法反應個別材料、工資之漲跌情況，失去訂定該辦法

<sup>26</sup> 台灣台中地院九十七年度建字第七十二號判決。

<sup>27</sup> 台灣高等法院台中分院九十七年度建上字第二十三號判決。

之德政及風險分攤原則。故基於衡平、合理及風險分攤考量，原合約是否含有物調辦法，均以適用本方案調整或補償較宜」，堪認承攬人主張因此次砂石價格飆漲而適用情事變更原則，核與系爭合約有無物價指數調整之約定無涉，亦非互相排斥適用。

#### 4、三審法院

贊同二審法院見解，認為定作人上訴無理由。

#### (二) 小結

上開判決認為縱然契約已明定物價調整之約款，但仍須就實際物價變動情形觀之，衡量物價調整約款是否能確實反應材料、工資的漲跌。倘若物價調整約款之幅度並未能公平填補承攬人之損失，仍有情事變更適用之餘地。

### 三、採否定立場之判決

#### (一) 九十七年台上字第八三九號判決

##### 1、本件事實

承攬人（國統公司）於民國九十年及九十一年間向定作人（經濟部水利署南區水資源局）承包工程。因施工期間，遇鋼筋及鋼筋以外之金屬製品價格劇烈變動，依九十三年十二月十日依行政院頒因應國內鋼筋價格變動之物價調整處理原則，核定工程應調整增加之工程款。定作人抗辯原則第六條規定：「機關依本處理原則辦理物價調整所增加之經費，應在工程標餘款或各該計畫奉核定預算內勻支」等語。

##### 2、一審法院<sup>28</sup>

兩造合意辦理系爭工程鋼筋物價調整之上開處理規定第六條雖規定若調整經費超出核定經費者，應再報署籌措財源後，始得辦理調整，然並未載明被告定作人得於經費不足時逕自按比例調整權利甚明，倘未經與原告承攬人協商同意，被告定作人不得單方決定以比例減縮方式調整，始符私法上契約拘束效力原則，故被告定作人援引上開行政院處理原則及處理規定，作為其按比例調整依據，對原告承攬人應不生契約拘束效力。

##### 3、二審法院<sup>29</sup>

兩造就工程鋼筋價格變動之物價調整，係合意依「因應國內鋼筋價格變動之物價調整處理規定」辦理，而該規定第六條雖規定若調整經費超出核定經費者，

<sup>28</sup> 台南地院九十五年度建字第六號判決。

<sup>29</sup> 台灣高等法院台南分院九十六年度建上字第六號判決。

應再報署籌措財源後，始得辦理調整，然並未載明定作人得於經費不足時逕自按比例調整權利。

#### 4、三審法院

兩造既合意依物價調整原則調整工程款，而該原則第六條規定：「機關依本處理原則辦理物價調整所增加之經費，應在工程標餘款或各該計畫奉核定預算內勻支」，定作人抗辯已依該規定以原工程預算為上限及範圍，計算調整款項給付承攬人，承攬人不得再行請求其餘金額，是否毫無足取，非無研求餘地。

#### (二) 小結

上開判決認為既然契約雙方已對物價變動有調整之約定，雙方應該自受契約之拘束，應按物價調整約款作物價調整，不可再另行主張有情事變更之適用。

### 第三項、評析

上開判決大多未觸及民法第二四七條之一問題，少數判決對附合契約有所表態，如九十七年台上字第一五一六號判決：「承攬人係極具市場經驗之專業營造廠商，對本條款約定之意義及對於未來物價之變動應具相當之專業知識、經驗及推估判斷能力；顯見其承攬系爭工程，並非經濟之弱者。…在物價下跌之情形下，定作人亦不得請求減少工程款或請求返還已給付之差額工程款，並非單純使他方（即承攬人）拋棄權利或限制其行使權利，當無民法第二百四十七條之一對承攬人顯失公平之情形。」。對此，本文認為，法院認為承攬人非經濟上弱者，不符合民法第二四七條之一立法理由中所保護之客體，但是否純然以承攬人之經濟實力觀之而排除適用，容有商榷之餘地。一般而言，承攬人與定作人均為商人，其經濟實力相去不遠，此時以經濟上強弱者之概念作判斷或許有所實益，但在政府標案中，定作人為國家機關時，承攬人係私人企業時，其是否相顯為經濟上弱者呢？由此可知，「經濟上強弱者」交錯著經濟與社會之複雜概念，此概念難以清楚劃分是否為民法第二四七條之一規範客體，故應以「居於劣勢磋商地位」來判斷工程契約之承攬人是否受民法第二四七條之一保護，為較妥適之看法，容後文專節討論之。

在此提出一個想法，假設工程契約條款係定作人出於事前單方擬定而用於同類契約，承攬人僅能斟酌自身財力而決定投標與否，對於契約內容無置喙之餘地，自應先受民法第二四七條之一之審查。其次，假設工程條款有顯失公平之情形而被宣告無效，此時再判斷有無情事變更而予以物價調整。反之，若工程條款無顯失公平之情形，契約雙方原則上受條款之拘束，但有情事變更之情形，仍予以調整物價。本文認為，並非如同法院判決之見解，一開始就將工程契約條款排除在附合契約審查範圍外，而逕以情事變更判斷之。

關於情事變更之部份，有學者認為若一方當事人對於締結契約時狀態改變有所認識，即不願訂立該契約或是只願訂立其他內容之契約，即構成顯失公平，此

時應即有情事變更原則之適用<sup>30</sup>。本文主張民法第二二七條之二規定係強行規定，無論契約「已規定無物價調整之適用」或是「已有物價調整之約定」，均須就現實情況來觀察，物價之波動是否已不符合契約雙方締約時之期待，此時則仍有情事變更介入私法契約之空間，以維持在契約上對於風險之平衡。

## 第二節、棄權條款

### 第一項、問題提出

定作人之所以會將棄權條款訂入契約，乃係工程建設耗時長久，若於履約期間發生可歸責定作人一方之事由，導致工期延展之情事，定作人為避免負擔損害賠償之責，於契約預先規定承攬人僅能請求工期延展，不得另行主張損害賠償之條款。另外對於不可歸責雙方事由而致工期延展，定作人預先以契約排除承攬人主張情事變更之可能。上開棄權條款是否有效，以下討論之。

### 第二項、實務判決<sup>31</sup>

#### (一) 九十七年台上字第六七八號判決

##### 1、本件事實

承攬人(正佳公司)承包定作人(內政部營建署)之工程，惟因定作人遲未提供變更設計圖說及備妥工程用地，致承攬人未能即時施作如期完工，共展延工期多日，因均係可歸責於定作人之遲延事由所造成，自應對承攬人負損害賠償責任。定作人主張施工須知第九條對於遲延完工之處理已特別約定，承攬人就系爭工程遲延完工，僅得依約申請展延工期，不得請求賠償損害，即係排除遲延法則之適用。

##### 2、一審法院<sup>32</sup>

原告承攬人相較於該預定契約條款之被告定作人，乃居於經濟上弱勢之地位，因之面對定型化契約之預定契約條款，除為決定締約與否之意思表示自由外，並無合意決定變更該預定契約條款之可能。又上開第九條約定所列如收購土地、變更設計等事由，均非可歸責於承攬人，且依該契約條款約定，承攬人縱或受有損害，亦無終止契約之權利。是故此約款，乃定作人一方預定用於所有競標廠商，並免除其本身契約責任，惟本件系爭工程之工期延長，係因定作人原因所

<sup>30</sup> 姚志明，公共工程契約之履行爭議(上)——以開工通知延宕索賠、工期展延索賠、工期逾期罰款及物價調整匯率為中心，月旦法學雜誌第182期，2010年7月，頁181。

<sup>31</sup> 參閱相關判決：最高法院九十六年度台上字第二四六八號判決、九十八年度台上字第二四七〇號判決。

<sup>32</sup> 台灣台北地方法院九十三年建字第二二四號判決。

致，若因此免除定作人責任，並剝奪承攬人終止契約權利，對承攬人顯失公平，揆諸上開說明，此部分約定應屬無效。

### 3、二審法院<sup>33</sup>

承攬人於投標前即知悉該約定，仍參與投標，並據以申請延長工期獲准，始未受違約處罰，自應受該約定之拘束。承攬人以上開約定有民法第二百四十七條之一規定顯失公平之情，主張無效，顯悖於誠信，為不足採。

### 4、三審法院

承攬人另稱工程契約附件「台灣省政府住宅及都市發展處綜合保險補充規定」第五條約定，對於非可歸責承攬人之事由致工期遲延所增加支出之保險費用，定作人應核實計給，定作人曾因系爭工程工期展延而增加工程款之給付（但給付金額不足），即肯認其賠償責任等語，乃攸關承攬人之訴有無理由之重要攻擊方法，自有釐清之必要。原審恣置不論，未加任何調查審認，說明其取捨之意見，即逕以施工須知第九條之約定已排除債務遲延損害賠償法則之適用，遽為承攬人不利之判決，殊嫌疏略，有理由不備之違法。上訴論旨，指摘原判決此部分違背法令，聲明廢棄，非無理由。

## （二）九十七年台上字第九二八號判決

### 1、本件事實

定作人（台北市政府工務局新建工程處）就地下道工程委託承攬人（亞新工程）辦理營建管理及監造服務，但因附近居民反對而一直未能定案，導致延展工期，承攬人主張情事變更原則，聲請法院為增加服務費用之給付。定作人抗辯訂約時已對訂約後一切工程延展風險，有A條款規範「甲方（定作人）由於工程計畫執行之考量，得在十日內前以書面通知乙方（承攬人）暫停本契約全部或一部分之服務，乙方由於前項暫停工作而發生之損失應自行吸收，不得向甲方要求補償」，非不可預料，而與情事變更要件不符。其次，縱認工程之變更延展，係因民眾抗爭所致，屬不可歸責於雙方事由，而有情事變更適用。承攬人縱因此而受有損失，定作人並未因此獲得利益，就不可歸責於兩造之風險，應由兩造平均分擔，方符事理之平。

### 2、一審法院<sup>34</sup>

A條款之約定益足見工程因故停工之風險已為原告承攬人於簽訂契約時所列為成本風險之考量一，否則停工日數若過久，勢將會影響工程進度增加工程成本，原告承攬人於簽訂契約時，豈不作約定規範乎？…足見原告承攬人對於契約

<sup>33</sup> 台灣高等法院九十六年度建上更(一)第六號判決。

<sup>34</sup> 台灣台北地院九十三年建字第二五九號判決。

之基礎事實，可能有因不可抗力或工程執行計畫等考量而導致應變更設計、停工等之事件發生，以及無論何緣由，服務費至多僅能要求被告定作人為固定金額給付之事實，於簽訂契約時即已明知並有所預見，則原告承攬人自不能再執情事變更原則，以工程遇有居民反對、變更設計等情，作為請求服務費用報酬之理。

### 3、二審法院<sup>35</sup>

契約A條款「甲方（定作人）由於工程計畫執行之考量，得在十日前以書面通知乙方（承攬人）暫停本契約全部或一部分之服務。乙方由於前項暫停工作而發生之損失應自行吸收，不得向甲方要求補償。」，該條項約定停工之損失一概由承攬人負擔，未設有停工期限或負擔金額之限制。又B條款「工程計畫變更或停止得由定作人通知終止契約。承攬人尚不得因工程停工期間超出其得負擔之範圍而表示終止契約。」，顯不符衡平原則，契約約定違反民法第二百四十七條之一第一、二款規定，應認該約定為無效。

由上可知，工程因不可歸責於當事人之事由停工而展延工期一倍以上，非兩造於立約當時所得預料，承攬人為此須延長履約期限，而依據A條款及B條款之原有效果，承攬人受契約限制無權利可得行使，且關於停工而延長履約期限所生損害全歸由承攬人自行負擔，於客觀交易秩序顯然有失公平，違背衡平原則。承攬人主張應適用情事變更原則增加其給付，為有理由。

### 4、三審法院

定作人於原審一再辯稱：縱認工程之變更延展，係因民眾抗爭所致，因不可歸責於承攬人，而有情事變更原則之適用，惟該變更延展之發生亦不可歸責於定作人，承攬人縱認因此而受有損失，定作人並未因此獲得利益，依承攬人之主張，將工程變更延展所生之不利益全由定作人負擔，並不可採，**就不可歸責於兩造風險，應由兩造平均分擔**，方符事理之平等語，原審未說明其何以不足採取之理由，定作人上訴有理由。

### （三）九十九年台上字第八四三號判決

#### 1、本件事實

定作人（工信工程）向訴外人彰化縣政府（下稱業主）承攬環道，將其中道路及照明工程轉由承攬人（嘉立營造公司）施作，雙方訂有工程合約。承攬人主張嗣後發生無法預料且不可歸責之重大事由（其他機關土地徵收補償、居民陳情致變更設計），致工期延展，因此增加支出，請求定作人已就延長工期部分自業主取得報酬，其自亦得依民法第二百二十七條之二第一項規定請求增加支出部分之報酬。定作人抗辯合約A條款明定：「完工期限或甲方（定作人）核定延長工

<sup>35</sup> 台灣高等法院九十五年度建上字第一一八號判決。

期之日數或甲方所定之其他期限，乙方（承攬人）均同意遵守，並同意不提出任何補（賠）償、停工或其他之要求」。

## 2、一審法院<sup>36</sup>

被告定作人雖辯稱已有 A 條款之約定，因此，原告承攬人不得就工期展延再為任何請求，然上開規定顯將承攬人於締約時所不能預見或縱能預見亦無法採取合理措施防範其損害發生等風險，轉嫁予承攬人，使兩造本於上開契約所負風險產生不對等之不公平現象，有失公平，經核與公平交易法第二十四條之規定「事業不得為其他足以影響交易秩序之顯失公平之行為」，應屬相違，依據民法第七十一條前段規定「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效」及第七十二條之規定「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」，上開約定條款亦應歸於無效。…定作人向彰化縣政府承攬系爭工程後，將其中道路及照明部分工程轉發包予承攬人施作，嗣後因非可歸責於兩造之事由導致工期展延，並非兩造簽定契約合約書時所得以預料，承攬人主張其因工期延長而增加費用等支出，與一般經驗法則相符，應屬可採，同時定作人因同一情事，已本於上開法文向彰化縣政府請求增加給付，…，則承攬人就定作人並未實際施工、而係發包予承攬人施工之道路及照明工程部分，本於上開法文請求定作人增加給付，為有理由，應予准許。

## 3、二審法院<sup>37</sup>

承攬人於簽署系爭合約，既知悉棄權條款並同意納為合約一部，自應受其拘束，是完工期限如有變動，相關利益及風險均由承攬人承受，不生補償問題。又承攬人為營造廠商，系爭工程施工細項達五十餘項，其以四億餘萬元之價格、工期六百五十日之條件承包，顯見其具有相當專業技術與資金，並非缺乏討論合約條款、無從選擇締約對象之弱勢交易人，況承攬人亦有可能因工期變化而受有利益，難認棄權條款為顯失公平之定型化契約條款。

## 4、三審法院

此情事變更原則之規定，旨在規範契約成立後有於訂約當時不可預料之情事發生時，經由法院裁量以公平分配契約當事人間之風險及不可預見之損失。又當事人據此規定為增加給付之請求時，因條文明定「增、減其給付」，即就原來給付為量之增加，並無變更原來給付所依據之權利性質。是判斷增加給付請求之消滅時效期間時，仍應依原來給付之性質定之。…性質為承攬契約，依民法第一百二十七條第七款之規定，承攬人之承攬報酬請求權，因二年間不行使而消滅。

<sup>36</sup> 台灣台北地方九十六年度建字二七四號判決。

<sup>37</sup> 台灣高等法院九十七年度建上字第八三號判決。

三審法院於判決中未就條款是否顯失公平予以指摘，可認為其肯認二審法院對於「承攬人並非無從選擇締約對象之弱勢交易人」之見解。

### 第三項、評析

棄權條款乃定作人避免承攬人請求因展延工期增加之費用，事先於契約中擬定排除承攬人增加給付之請求。有學者認為「僅給工期不給補償」條款之效力為何，應分別情形認定之。若工期延展是由係可歸責於機關，則條款顯然違反誠信而顯失公平，應為無效，蓋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文，且完全可歸責於機關事由而生風險，全部轉嫁於廠商，明顯違反優勢風險承擔原則。反之，工期延展事由係不可歸責於機關，是否符合個案合理風險分配，即應再視個案各項情事決定之<sup>38</sup>。

本文認為，對於「承攬人不得就工期延展請求損害賠償」之契約條款排除定作人損害賠償之責任，依民法第二二〇條第一項所揭示：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」，並且參考其他相似條文，如民法第二二六條第一項、民法第四八九條第二項、民法第五四九條第二項規定，得知若可歸責於債務人之事由，其須負擔損害賠償之責，不可透過附合契約訂立減輕或免除自己責任之條款。故工期延展係可歸責於定作人之事由，其若可任意終止契約，又可不予賠償，實違反一般法律原則之通案性，對契約相對人顯失公平。

行政院公平交易委員會<sup>39</sup>曾作出函示表示：「…延長工期原因不一，是否違反公平交易法，仍須視具體個案而定；惟如有可歸責於主辦機關，卻使交易雙方所負之風險顯不對等，而超過承包商可預期之完工風險，明顯減損營繕工程效能競爭，倘未能就同一情事要求補償，則不排除涉有顯失公平之虞。」，反之，若針對不可歸責於雙方的展延工期，可參酌九十七年台上字第九二八號判決認為由契約雙方平均分擔始為合理。

<sup>38</sup> 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第61卷第8期，2010年8月，頁20。

<sup>39</sup> 行政院公平交易委員會86年11月28日(86)公貳字第8605226—005號函。

### 第三節、以風險承擔建構顯失公平

#### 第一項、打破形式上「經濟上強弱者」之概念

##### 第一款、以法律面向作觀察

對於工程契約是否受民法第二四七條之一規範，法院多以承攬人非經濟上弱者而排除其適用餘地，契約雙方均為商人的情形，如台灣高等法院九十七年建上更(一)第十號判決<sup>40</sup>：「本案定作人係為一般之營造公司，每每就承包之工程非屬專業之部分即會再下包予具有專業能力之公司，承攬人即因具有系爭工程之專業能力，定作人會與承攬人磋商簽約，承攬人為專業工程公司並非經濟上之弱勢，就合約內容較定作人更有預見風險、風險評估以及控制風險之能力，況其亦未證明不締約將造成何種不利益」。反之，契約一方為政府，他方為私人之情形，如台灣高等法院高雄分院九十四年建上字第六號判決<sup>41</sup>：「系爭工程之得標總價為五千八百餘萬元，可見信欣公司於參與投標時顯非經濟之弱者，且其得自由決定是否參加投標，無因經濟生活受制於被上訴人而不得不訂約之情形，原不得任指系爭契約條款顯失公平而無效」。

可知法院並不區分是商人間之轉包或是政府公共工程的案件，一律以承攬人非經濟上弱者來排除其適用之可能，本文以為，經濟上強弱者之概念不能使真正受到附合契約不公平對待之相對人受到保護，因契約雙方均為商人時，彼此經濟實力可能相去不遠，以其是否屬經濟上弱者來判斷有無民法第二四七條之一，或許有所實益。但在定作為國家時，承攬人僅為一般中小企業，若仍以承攬人非屬經濟上弱者來排除適用民法第二四七條之一，略顯保護不足。應打破經濟上弱者之判斷標準，轉以締約時「有無實際上議約空間」來觀察。詳言之，定作人對於承攬人投標前應給予完善之契約內容的資訊揭露，但透明之資訊揭露僅為輔助判斷顯失公平標準之一，並非於締約階段透明化之資訊揭露，就可免除契約條款內容之實質審查<sup>42</sup>，除此之外仍須使契約雙方確實對於契約條款有磋商變更之餘

<sup>40</sup> 判決後續發展：最高法院九十八年台上字第八〇九號裁定。

<sup>41</sup> 判決後續發展：最高法院九十七年台上字第五〇五號判決。

<sup>42</sup> 透明化之資訊揭露，僅為形式上對契約內容之瞭解與同意，並非能免除對於契約內容實質審查。如台灣台北地院九十二年重訴字第七號判決：「查政府重大建設工程採招標方式，其目的在藉由公開、公平之程序，避免利益上之糾紛及提升效率與功能，使競標者能於合理範圍內取得承攬之工程。為使競標者能訂立合理之價額予以投標，招標工程之機關或單位皆於投標前將投標須知、契約全文（或樣稿）及相關資訊公開充分揭露，並由各投標廠商考量於工程之各項風險、利潤及契約所明定之權利義務下，決定其認為最為適當之承攬金額。雖投標之廠商均屬符合投標資格具有專業之公司，價格分析、契約審視之能力均較一般消費者為強，惟風險之評估仍應在投標

地，始符合合理之「議約空間」。綜上所述，公共工程中政府機關於招標時，預先擬定單方面條款，投標廠商僅可選擇接受或不接受該條款，即為議約空間甚低的情形。故不應一開始即以經濟上強弱者之模糊概念排除工程之附合契約受民法第二四七條之一的審查，而是只要單方預定用於同類契約即屬於附合契約之範疇，該契約條款即應進入民法第二四七條之一進行審查。

## 第二款、以風險分配之面向作觀察

FIDIC 營建施工標準契約條款(新紅皮書)第 17.3、第 17.4 條之規定內容可知，國際顧問工程師協會認為，不可歸責承攬人事由導致工期遲延，對於一個有經驗之承攬人亦不能合理預期而可予以適當防範之風險，應無完全要求承攬人自行承擔之理，在某些情形及範圍下，承攬人除了請求展延工期外，並得請求補償<sup>43</sup>。對此，承攬人請求定作人補償可認為承攬人援引民法第二二七條之二規定作為依據。既然承攬人可於事後爭執，因工程展延而有物價波動情形，主張有情事變更之適用，不如於事前合理分配風險，降低爭議之產生。本文嘗試透過一種事前預防的角度以避免事後訟爭之看法，作不一樣的思考。承攬人在營造業法第七條<sup>44</sup>中可分為甲、乙、丙三級廠商，對於承攬金額多寡與業績好壞給予廠商不同評等。對此，不同等級之承攬人，因其內部配有專任工程人員，且以承攬工程為業，自有評估自身可承受物價變動範圍之能力。

---

廠商可得預見並考量之範圍內，方屬合理，而不能謂投標廠商業經評估後所投標之金額，即必須將所有不論為定作人所造成或其他無可預期之工程風險，全部囊括予以承擔。換言之，投標廠商在相當利潤及風險評估範圍內所決定投標之金額，乃以得順利完成全部承攬工程之情況所為之整體考量，倘為定作人之因或無法預期所產生之風險，而以定型化契約之方式歸由承攬人全部承擔，則未免失之過苛。故在判斷時，即應以個案之具體情況定責任之分擔。」。

<sup>43</sup> 林幸頌，自國際規範 FIDIC 標準契約條款論我國工程保險—以保險責任期間為重心，政治大學法律系碩士論文，2009年5月，頁192。

<sup>44</sup> 營造業法第七條：「綜合營造業分為甲、乙、丙三等，並具下列條件：一、置領有土木、水利、測量、環工、結構、大地或水土保持工程科技師證書或建築師證書，並於考試取得技師證書前修習土木建築相關課程一定學分以上，具二年以上土木建築工程經驗之專任工程人員一人以上。二、資本額在一定金額以上。前項第一款之專任工程人員為技師者，應加入各該營造業所在地之技師公會後，始得受聘於綜合營造業。第一項第一款應修習之土木建築相關課程及學分數，及第二款之一定金額，由中央主管機關定之。前項課程名稱及學分數修正變更時，已受聘於綜合營造業之專任工程人員，應於修正變更後二年內提出回訓補修學分證明。屆期末回訓補修學分者，主管機關應令其停止執行綜合營造業專任工程人員業務。乙等綜合營造業必須由丙等綜合營造業有三年業績，五年內其承攬工程竣工累計達新臺幣二億元以上，並經評鑑二年列為第一級者。甲等綜合營造業必須由乙等綜合營造業有三年業績，五年內其承攬工程竣工累計達新臺幣三億元以上，並經評鑑三年列為第一級者。」。

承攬人評估其可承受物價波動之底線後，就超過其可負擔範圍外之物價變動予以投保，而承攬人對於超過自身所能吸收物價範圍外之變動予以投保，係事前就不可測之物價波動風險為分散。故本文建議立法者可分別就不同等級之承攬人於超過其承受物價變動範圍外，強制其以保險機制適度分散風險。換言之，承攬人評估自身承擔物價波動之最大幅度後，將無法吸收的物價漲幅予以強制投保，將物價上漲之不利益透過保險機制來轉嫁。相對而言，強制承攬人投保雖會提高投標之金額，若有事前投保達成降低事後訟爭之優點，定作人自然會願意付出較高的工程款。並且讓市場機制來選擇適合承包工程之廠商，亦可避免承攬人嗣後因無法承受物價變動而主張情事變更的結果。本文主張，承攬人對於自身無法承受之物價波動採取全面性強制投保機制，如此一來，才可避免未投保之承攬人為了低價搶標而取得標案，卻於事後無法適度分散風險而主張情事變更之結果。退步言之，全面性強制投保機制在近期內對於立法者可能無法立即採納，但承攬人可透過責任保險，並以特約條款<sup>45</sup>方式加以投保，定作人面對有投保與未投保之承攬人，其基於避免事後紛爭之想法，勢必會選擇較有資力分散風險之承攬人承包工程。綜上，透過保險機制適度將風險分散即可達成事前解決紛爭之效果。

值得注意之問題，實務上常出現承攬人於訂約前先進料，而於訂約後發生物價大幅變動之情形，承攬人進而向定作人主張情事變更，要求增加工程款。仔細審究民法第二二七條之二情事變更之要件，為法律關係成立後發生不可歸責於雙方之事由，倘若仍維持原給付將導致一方受有損害情形。然承攬人於工程契約締結前，事先評估材料價格而購買，此乃承攬人的一種投資，係為賺取物價偶然上漲之差額，此種情形並非情事變更所欲規範之態樣，承攬人不可因為締約前之進料價格低於締約後材料市價，而主張情事變更。輔以觀察實務判決最高法院九十八年台上字第三六一號判決亦持相同見解：「本件被上訴人主張因工程合約期間物價變動而受有損失，則其所受損失要係進料價格與訂約價格之差額所生之損失，倘被上訴人於進料時未受有損失，自無理由取得漲價差額之不當利益，…就系爭工程究於何時訂購物料、材料成本若干等事實完全未為舉證，實無從比較其於營造工程物價平穩期間及大幅上漲期間物料成本之差異，自難認被上訴人確有因營造工程物價大幅上漲而增加物料成本、受有損失之情事，亦難認被上訴人依系爭工程契約之原有效果是否確有顯失公平之情形。」，可知實務上認為須承攬人於進料和訂約價格兩相比較，所造成之不可測損失才有情事變更適用。

---

<sup>45</sup> 保險法第六十六條：「特約條款，為當事人於保險契約中基本條款外，承認履行特種義務之條款。」。

## 第二項、形式上審查—議約能力

在檢視附合契約條款之效力時，應於個案中分別判斷交易相對人是否有磋商契約條件之機會，而相對人之議約能力又與其專業知識、技術、資力、交易經驗等主觀因素息息相關<sup>46</sup>，故實務上亦於判決中表現該見解，如最高法院在九十二年台上字第九六三號判決：「按契約當事人間所訂定之契約，是否顯失公平而為無效，除應視契約之內容外，並應參酌雙方之訂約能力、雙方前後交易之經過及獲益之情形等其他因素，全盤考慮，資為判斷之依據」、九十五年台上字第二三二六號裁定：「且本件託運人勁永國際股份有限公司係從事國際貿易之公司，其海外子公司遍及美國、荷蘭、日本、香港及中國大陸等地，全球員工人數近千人，有能力閱讀並理解英文合約文件，亦熟悉國際運送實務，本件發生前託運人與被上訴人已合作約三年，託運貨物約一千次，託運人自有充分時間可以審閱運送契約條款，而以其規模及資力，倘不同意契約條款，不但有談判協商之能力，亦可更換使用其他運送人，託運人之員工李小玲已承認知悉美金一百元責任限制規定等情，因認系爭託運單正面右下方及背面條款以極小之外國文字書寫約定單位責任限制，並無違反消費者保護法第十二條及民法第二百四十七條之一之規定，難謂有違背法令。」、台灣高等法院九十七年建上更(一)第十號判決：「本案定作人係為一般之營造公司，每每就承包之工程非屬專業之部分即會再下包予具有專業能力之公司，承攬人即因具有系爭工程之專業能力，定作人會就工程與承攬人磋商簽約，承攬人為專業工程公司並非經濟上之弱勢，就合約內容較定作人更有預見風險、風險評估以及控制風險之能力，況其亦未證明不締約將造成何種不利益。」。在工程契約中可就承攬人是否具有議約能力來判斷條款顯失公平之情形。進一步言之，有無議約能力可以藉由定作人與承攬人間交易次數、資訊實力輔以判斷之。

實務上另有判決以獨占、寡占之市場結構來判斷是否有無從選擇締約對象之情形，如最高法院九十二年台上字第三十九號判決：「本件關於儲槽之出租，僅高雄地區至少有華運倉儲公司，李長榮化工公司、絃洋化學公司、宜昇公司及勝一公司等五家民間公司亦有提供儲槽業務…，則租用客戶有充分自由之選擇權，被上訴人就儲槽之出租並無獨占地位之情形，奇美公司於訂約時，亦非無選擇締約對象及爭執契約內容之機會可言。」、九十八年台上字第一三三二號判決：「況柏盛公司為法人，並非經濟上之弱者，而嘉市環保局就所提供不特定人承攬之工程亦非處於獨占地位，柏盛公司非處於無從選擇締約對象或無從拒絕締約餘地之情況。且系爭工程合約約定內容，亦無顯失公平之情形。柏盛公司以顯失公平為由，主張該部分無效云云，洵無可採。」。

<sup>46</sup> 曾品傑，同註9，頁108。

本文以為，在契約雙方間均為商人時，若一方居於獨占或寡占之地位，他方之議約空間則相對變小，此時宜以交易市場供需狀態判斷之。至於若契約一方為政府機關，機關可否以承攬人仍可投標別的工程，故機關並未處於獨占或寡占的地位予以抗辯之，上開說法值得商榷。對此，可藉由承攬標之之性質來進一步區分，假設機關所欲定作之承攬標的無明顯獨特性，例如承攬人承包一批辦公用品，承攬人似乎亦可提供他人相同之承攬物，此時或許政府機關係立於非獨占或非寡占之地位。反之，若機關定作之承攬標的具有獨特之識別性，相對牽涉的金額也較龐大，例如承包興建大樓、道路…等等，實際上承攬人若放棄投標轉向其他工程，其所能獲利結果或是承攬之工作物均與先前放棄之標案不同，此時即無法再以承攬人仍有選擇締約對象之餘地抗辯之。

### 第三項、實質上審查－風險對稱性

在判斷工程契約有無民法第二四七條之一顯失公平之情形，可觀察條款內容對於無法預見之風險是否具有合理、對等之分配，例如：對於不可歸責雙方事由所生之風險平均分擔；或是不論物價上漲或是下跌，雙方均不可請求之…等等。若一方以事先預擬條款將無法控制的風險強加於契約內容中，使他方承受該過多之風險，此時即違反民法第二四七條之一。法院判決對於工程契約條款須符合風險對稱性亦有所表態，如下述。

#### 第一款、風險須平均分擔

最高法院九十九年台上字第一五四九號判決：「況各種工程因為『不可歸責雙方之事由』而導致工程延宕者，承攬人縱有未能如期完工之損失，然定作人亦有未能如期使用之損失，在『非可歸責雙方』之給付遲延情形，定作人及承攬人均各自負擔風險，不能互為請求。」、九十八年台上字第二二九九號判決：「兩造於系爭契約第十八條第四款之約定，僅能解釋為被上訴人於締約當時，基於其所能預見之合理風險，應由被上訴人承擔，不得再向上訴人請求加價補貼，若超出合理範圍以外之不可預測風險，則非系爭契約前揭約定條款規範之範疇，仍應有情事更原則之適用」。

#### 第二款、責任義務平衡性

最高法院九十七年台上字第一五一六號判決：「在物價下跌之情形下，被上訴人亦不得請求減少工程款或請求返還已給付之差額工程款，並非單純使他方（即承攬人）拋棄權利或限制其行使權利，當無民法第二百四十七條之一對上訴人顯失公平之情形」、九十八年台上字第二四二〇號判決：「關於承攬人於定作人變更工程計畫減少工程費達三分之一以上時有終止契約權，並於契約終止後，

僅得依投標須知補充說明（即第九條），計算已施作工程數量及對已到場合格存料之求償等規定辦理，不得提出其他任何要求之約定，與第十九條第二項有關可歸責於承攬人之事由，由定作人行使終止權時，承攬人須賠償定作人所有損害之約定相較，此種免除或減輕定作人責任之約定，顯失公平，依民法第二百四十七條之一規定，此部分約定應屬無效。」、九十七年台上字第一一五四號判決：「又系爭合約第二十八條之約定，係以承攬總額為懲罰性違約金之標準；僅規範承攬人之違約計罰，並無定作人如有違約情事時亦應同負懲罰性違約金之約定，明顯係加重冠林公司之責任，亦有顯失公平之情事，依民法第二百四十七條之一第二款規定應屬無效。」。

#### 第四項、小結

工程契約涉及工程之專業性、多樣性、金額龐大性與法規複雜性，故處理工程契約之問題乃須特別謹慎。本文認為，正因工程契約之繁複特性，應讓工程契約有受實質審查之機會，故以「有無議約能力」來決定是否受民法第二四七條之一規範，不單單僅以經濟上強弱者作劃分。其次，進入實質審查契約條款內容，判斷有無顯失公平應著重在契約雙方之「風險承擔」。在風險承擔方面，如風險應該由具有管領力之人承擔，該風險不可透過附合契約分派給契約他方；假設造成風險發生之原因乃契約雙方造成（如可歸責契約雙方之事由導致工期展延，而有物價上漲之情事），此時採取比較過失（modified comparative negligence）<sup>47</sup>之看法，即比較契約雙方可歸責之程度為何，藉由過失比例之不同以分擔風險；假設風險發生為不可歸責於契約雙方，故面對不可測之風險應具有平衡性，換言之，未來不確定之風險應由契約雙方平均分擔之。

<sup>47</sup> 曾品傑，論網路交易之民事責任—從當事人屬性之類型看企業經營者標錯價之爭議—，頁90，政治大學電子商務與智慧財產權的新思維與展望學術研討會之書面資料，2010年11月12日。

## 第四章、銀行保證契約之爭議條款

### 第一節、銀行保證契約之介紹

所謂保證（guaranty, surety），依民法第七百三十九條之規定，係指當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。此保證責任性質上為無限責任，保證人所有財產均為其責任之總擔保；與提供擔保物以擔保他人履行債務之物上保證人，係負物的有限責任，有所不同。按保證債務係從債務，必須以主債務存在為前提，而主債務即為被擔保之債務。是以保證契約之成立，以主債務之有效存在為前提，若無有效之主債務存在者，除民法第七百四十三條特殊情形外，保證債務原則上亦屬無效。因此，保證人為主債務人對債權人所負之主債務而擔保，保證人基於其與債權人所訂定保證契約，對於債權人負有保證債務。易言之，如主債務人不履行主債務時，保證人始代負履行責任<sup>48</sup>。

實務上使用之銀行保證契約，銀行為了節省締約之交易成本，又可使債權獲得擔保，多將保證契約一併定入主債務之借款契約中，造成同一份契約書而有多數相對人之情形，如主債務人、保證人、物上保證人。相對於主債務人、保證人、物上保證人而言，由於條款內容眾多且繁複，其難以確切了解條款之效力，進而造成訴訟不斷，故係值得討論之問題。

#### 第一項、銀行保證之基本問題

##### 第一款、保證人之屬性

最高法院邇來以「銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用」<sup>49</sup>，否定保證人為消費者主體，進而使其無法主張消費者保護法（下稱消保法）。惟消費者之概念為何，或縱保證人不具消費者資格，其是否仍有主張消保法之可能，以下就實務與學說分析之。

#### 一、消費者概念釐清

消保法第二條第一款：「消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接

<sup>48</sup> 林誠二，民法債編各論 下，2002年3月，瑞興圖書出版，頁265-269。

<sup>49</sup> 持相同見解判決，如最高法院九十一年台簡上字第三六號判決、九十一年台上字第七四〇號判決、九十五年台上字第八七號判決、九十五年台上字第五五四號判決、九十六年台上字一二四六號判決等等。

受服務者。」，並未就何謂「以消費為目的」作解釋。實務上對於「消費」之界定，係台八十四消保法字第〇〇三五一號函<sup>50</sup>，該函說明消費其意義包括：消費係為達成生活目的之行為，凡係基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為，即為消費。消費係直接使用商品或接受服務之行為，蓋消費雖無固定模式，惟消費係與生產為相對之二名詞，從而，生產即非消費，故消保法所稱之消費，係指**不再使用消費之情形所為之最終消費**而言。

學者有認為商品缺陷導致人身損害，商品之「消費」，係指該商品之通常使用或消費而言，無須限於所謂「最終消費」。至於商品缺陷造成物品損害，比較法上，產品責任關於物之損害賠償的法律規定或裁判實務，的確以受損物品原係非供營業使用為限。我國消保法就此並無明文限制，但若有意參考外國法制，則將「消費」限於最終消費，即屬正確之解釋方法<sup>51</sup>。

學者另有主張上開消費之概念，係為經濟學上之「終局消費」的觀念，而終局消費乃指非用於生產財貨或服務用途之消費行為。而直接援引經濟學上之消費概念，作為法律概念之解釋準據，仍有疑問。法學並不排斥其他學科之概念，惟直接援引而未經過法律概念化及法學內部化，則可能使經濟學上之技術觀點指導或替代法律概念，而稀釋法規範操作倫理性格，甚至產生逾越立法意旨之情形。其次，終局消費之技術性觀念，對於法學而言，仍嫌模糊傳統，欠缺法律概念之精準度與嚴謹度。並觀察法國學說是以**基於非營業之目的，亦即本於個人或家庭需要的這個交易目的**，來描繪經濟上終局消費者的觀念，斯項經過法律概念化的界定標準，簡單清楚，似值我國審判實務借鏡<sup>52</sup>。

## 二、保證人非消費者

關於前揭消費者概念，而實務將「消費」限制在「最終消費」實值肯認，但此概念仍欠缺細緻化處理。或有認為區分人身損害及財物損害來分別適用「最終消費」，如此一來，對於消費者之保障雖較為周全，但隱藏著只能藉由間接方式來勾勒「消費」之面貌的問題。本文贊同學說見解，認為凡是「基於非營業性目的」而獲取或使用在市場上流通之商品或服務的自然人或法人，皆為消費者之見解，以「個人或家庭需要之非營業性目的」來直接界定消費者之意義。

學者亦有觀察保證人為主債務人擔保可能為營業性借款（公司融資、董監連

<sup>50</sup> 消費者保護法判決函釋彙編（一），行政院消費者保護委員會編印，1998年12月，頁304-305。

<sup>51</sup> 詹森林，同註10，頁60。

<sup>52</sup> 曾品傑，同註9，頁9-10。

保)，或是為非營業性目的借款之保證人（家庭房貸、夫妻間為家庭借款情形）。若以「個人或家庭需要之非營業性目的」來檢視是否為消費者，該保證人為非營業性目的擔保時，其將會落入消費者之範圍。但仍須考量保證行為單務行為，與消保法第二條第一款中「以消費為目的而為交易…」之雙務性質不符。並且保證人是向債權人提供給付之人，與消保法第二條第一款中「…而接受服務者」的概念亦有扞格，故保證人不該當消費者之概念<sup>53</sup>。

## 第二款、保證人有無消費者保護法之適用爭議

消保法施行後，銀行及其他金融機構因貸款給客戶，而為客戶擔保之保證人所簽訂之定型化保證條款，有無消保法之適用？實務趨於穩定之見解認為「銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用」。然學說多持反對之見解，以下說明之。

### 一、學說見解

學者有認為誠如最高法院強調，保證契約乃單務、無償契約。但正因為如此，更有保護保證人之必要，以符合民法減輕無償契約債務人責任之一貫立法精神（參見民法第四一〇條、第四一一條、第四一四條、第四一八條、第四六五之一、第四六六條、第四七五之一第二項、第五三五條、第五九〇條等）。最高法院僅因消保法第二條第一款就消費者定義為「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」，並率斷認定「金融機構對保證人並未提供任何商品或服務」，即一律排除消保法對於定型化保證契約條款之適用，殊屬概念法學，欠缺實質思考。…縱使贊同最高法院見解，而絕對否定消保法及其施行細則對於定型化保證契約之適用餘地，但亦應同時注意者為：在此情形下，仍應依民法第二四七條之一審查定型化保證契約之效力；而且，不論該保證契約成立於何時，皆然<sup>54</sup>。

學者亦有提出保證契約是債權人順利完成，取得對主債務人的融資擔保（從屬性），用以使其取得對主債務人融資利益的輔助功能觀之，保證人為保證義務，自也在期待主債務人能因而獲得融資機會的利益，保證人當然清楚知道單務的保證契約可以使第三人（主債務人）取得相當的利益，由此觀之，保證契約實具有廣義的「有償性」，因此如有以融資借貸為營業者，例如銀行要求融資借貸契約的主債務人提供保證，該具有廣義有償性質的保證契約，即取得可以類推適用消

<sup>53</sup> 曾品傑，同註9，頁24，註30。

<sup>54</sup> 詹森林，同註10，頁218—219。

費者保護法之正當性<sup>55</sup>。

學者另主張應先觀察主債務之借貸性質，究竟是主債務人基於個人或家庭生活需要而締結，或是主債務人本於營業或工作職務上之融資或擔保等需求而訂。在前者，鑑於消費性貸款之借款人係消費者，故負有代為給付該借款義務之保證人，得依民法第七四二條第一項規定，提出主債務人就主債務本於消保法所得主張之抗辯，乃事屬當然。至於消費性借貸之保證人，就定型化保證契約，可否援引消保法規定的問題，基於民法上左袒保證人，使其在對於債權人所負責任上，優於或至少等於主債務人同受保護之法則，宜類推適用消保法之規定，始屬合理。反之，主債務人本於營業或工作職務上之融資或擔保等需求而訂的場合，由於主債務人並非消費者，故有代為負擔該債務之虞的保證人，自無依民法第七四二條第一項規定，向債權人提出消保法上之抗辯<sup>56</sup>。

## 二、小結

考量立法者對於單務契約債務人之優遇，並保護保證人之意旨，使保證人於特定之情形下，應使其有主張消保法之可能。故應採取依主債務類型，而區分定型化保證契約有無消保法之適用，詳言之，唯有主債務人是消費者時，針對該債務為保證之人，始就定型化保證契約主張或類推適用消保法之相關規定；在主債務之借貸或其他類似法律關係，係主債務人本於營業或工作職務上之融資或擔保等需求而訂的場合，由於主債務人非消費者，故有代為負擔該債務之虞的保證人，自無就主債務依民法第七四二條規定，向債權人提出消保法抗辯之餘地，此時保證人仍可透過民法第二四七條之一，來判斷是否為顯失公平之附合契約條款。

### 第二節、常見銀行保證之免責條款

#### 第一項、免除或減輕預定契約條款之當事人責任

##### 第一款、對保風險轉移條款

#### 一、問題提出

銀行條款多以「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生效力，不必親自簽名，即使因盜用或偽造印章及其他情形發生之損

<sup>55</sup> 劉昭辰，銀行定型化契約類推適用消費者保護法—最高法院九八年度台上字第一六五二號判決一，2010年5月，台灣法學第151期，頁199。

<sup>56</sup> 曾品傑，同註9，頁24-25。

失，立約人當自負一切責任」之條款，將其自身企業管理風險轉嫁於契約相對人身上，該條款效力為何，以下就學說與實務見解分析之，並試提出個人意見。

## 二、實務判決

### (一) 九十五年台上字第一三〇八號判決

#### 1、本件事實

甲邀乙及丙（乙丙二人為兄妹關係）為連帶保證人，向A公司（下稱債權人）之債權讓與人B銀行先後借款，嗣後甲無力償還，債權人向乙丙請求負連帶保證之責。惟保證人丙抗辯，其先前與B銀行簽定授信約定中「立約人與貴行往來之各個授信契據及書類僅憑蓋用立約人在本約定書上所留印鑑即生效力」，乃係B銀行職員勾選，非本人勾選，對丙不生效力。且該約定屬定型化契約之一部分，約定人之印鑑如遭盜用為借款或保證，皆需負責，對約定人顯不公平，依民法第二四七條之一規定，應屬無效。再者，借據上印章雖為真正，但簽名及蓋章係乙擅自為之，非丙本人所為，並無成立保證契約之意思。而丙於簽訂授信約定書時，只有簽名，印章亦非其本人加蓋。

#### 2、一審法院<sup>57</sup>

倘認為該份授信約定書為有效者，則立約人(丙)於簽立該份授信約定書後，任何人如有盜用丙之印章為債務人或保證人，向原告(B銀行)借貸金錢、貼現票款、墊款、信用卡消費款或為保證債務等，不論其金額之多寡，丙皆須負責清償；而金融機構即原告祇為其本身作業上（即借款時之對保手續）之省略或方便，竟置立約人即被告事後權益於不顧，顯非衡平之道，最高法院早於七十八年度臺上字第二一一八號民事判決要旨即已論及，殊有對於立約人即被告重大不利益之情事，合於民法第二百四十七條之一第四款之顯失公平情形，依民法債編施行法第十七條之規定，該份授信約定書縱於民法第二百四十七條之一修正施行前訂定者，亦適用之，故該份授信約定書應屬無效。…B銀行自認系爭借款之二張借據拿來時，簽名蓋章已經完成齊備，印章部分確實與授信約定書相同，但無法判斷簽名是否為被告所親簽等情，顯見B銀行於王碧玲向其申辦系爭借款時，確實未本於金融機構慣例上應切實履行之對保手續，查對連帶保證人即丙之身分，並要求連帶保證人留存印鑑，委難遽認金融機構B銀行與連帶保證人丙間關於連帶保證之意思表示業已合致。

#### 3、二審法院<sup>58</sup>

<sup>57</sup> 台灣高雄地院九十三年度訴更(一)字第二號判決。

<sup>58</sup> 台灣高等法院高雄分院九十三年度上字第七十五號判決。

授信約定書加印有「留存印鑑」欄，列有二項供勾選，除「立約人與貴行往來之各個授信契據及書類僅憑蓋用立約人在本約定書上所留印鑑即生效力」項目外，另有「立約人與貴行往來之各個授信契據及書類須由立約人親自辦理對保簽章後始生效力」一項，可供立約人自行勾選，核係尊重立約人之意願並顧及立約人生活上之方便性而設計之格式，立約人得自行選擇是否於每次更換契約憑據或與銀行間往來須簽立憑據時，免除親自到場辦理對保之手續，並未強制立約人依何種方式辦理，而不當加重立約人之責任。

況依該約款內容，僅生銀行是否免除對保義務之問題，而**金融機構之對保手續，僅係查對借款人及保證人身分，對保與否，並非保證契約之成立要件**，是當事人如能證明印章係被盜用，銀行亦非得逕依該約款主張與保證人間已成立保證契約，故依授信約定書之全部內容觀之，並不足以認定保證人丙勾選之約定項目對其顯失公平，即無民法第二四七條之一適用。

#### 4、三審法院

對於二審法院就民法第二四七條之一之立場，並未加以論述，僅就是否成立表見代理之問題，指摘原判決不當，予以廢棄。

#### (二) 九十七年台上字第九七八號判決

##### 1、本件事實

A公司（東資公司）向B銀行借款一千四百萬元，並以甲為連帶保證人，及甲與B銀行約定「只要連帶保證人在該約定書上用印，則該印文所示之印章對現在或將來所蓋用之任何交易文件、票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務，連帶保證人皆應負責」，但甲（東資公司之工地主任）抗辯其簽章均為乙（東資公司之負責人）擅自加蓋借款文件及系爭本票上，均未經過其之同意及授權乙簽名蓋章當連帶保證人，故甲不負保證之責。

##### 2、一審法院<sup>59</sup>

本院觀之該約定書條款，顯然將B銀行應自行負起之經營成本風險管理，在交易雙方間作不合理之分配，且就借貸關係而言，借款人甲相較於出借人B銀行間，顯屬經濟上之弱者，再就本件交易資訊及交易過程而言，甲相對於B銀行亦立於不平衡之狀態，而就本件具體情節觀之，B銀行僅於甲八十四年四月十七日借款時對保乙次，…而系爭借款依B銀行所述乃分別發生於八十六、十九年間，最後一次展延為九十年間，期間長達五、六年，在此五、六年間系爭三筆借款經過多次展延，並於九十年間簽立系爭本票三紙為擔保，B銀行竟均未通知甲辦理

<sup>59</sup> 台灣台中地院九十二年度重訴字第六八一號判決。

對保，履行對保手續，亦均未確認甲是否有授權乙在借款文件或本票上蓋章，為求方便僅核對甲留存之印鑑即加以核貸展延，將遭人冒貸之風險，歸由甲負擔，而免除或減輕B銀行之責任。本院綜合上述，因認定該約定書條款，按其情形對於甲顯失公平，依民法第二百四十七條之一第一、二、四款規定，應屬無效。

### 3、二審法院<sup>60</sup>

系爭約定書為債權人預定用於同類契約之條款而訂立之契約，雖其訂立時點即八十四年四月十七日在八十九年五月五日民法債編修正條文施行之前，但依民法債編施行法第十七條之規定，仍有修正民法第二四七條之一規定適用。只要保證人在該約定書上用印，則該印文所示之印章對現在或將來所蓋用之任何交易文件、票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務，保證人皆應負責，**顯將保證人應自行負起之經營成本風險管理，在交易雙方間作不合理之分配，且有使保證人簽一次約定書，即成為終身賣身契無異，按其情形亦有失公平。**且就借貸關係而言，借款人保證人相較於出借人債權人間，顯屬經濟上之弱者，按其情形對於被上訴人顯失公平，依民法第二四七條之一第一、二、四款規定，應屬無效。

### 4、三審法院

三審未對二審之見解有所指摘，認為債權人B銀行上訴無理由。

## 三、學說看法

學者主張依該風險分配條款之內容，銀行於客戶印章被盜用或偽造時，縱因銀行職員之故意或重大過失，或抽象輕過失，致未辨認該盜用或偽造之情事，銀行仍得免責。此外，所謂之「其他任何情形」更可能包括屬於銀行風險範圍內之事項（例如銀行職員與第三人通謀）。因此，上開條款不僅違反民法第二百二十二條之規定「故意或重大過失之責任，不得預先免除」，並與最高法院七十三年第十次<sup>61</sup>及第十一次<sup>62</sup>民庭決議不符，顯為不合理之風險移轉，誠屬「置立約人事

<sup>60</sup> 台灣高等法院台中分院九十六年度重上更(二)字第二十五號判決。

<sup>61</sup> 最高法院七十三年第十次民庭決議：「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」。

<sup>62</sup> 最高法院七十三年第十一次民庭決議：「乙種活期存款戶與金融機關之間為消費寄託關係。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

後權益於不顧」，依消保法第十二條第一項「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」之規定，應為無效之約款<sup>63</sup>。

#### 四、小結

對保，屬銀行核對個人基本資料及其簽名與印章是否為真正之程序。然而，債權人對於保證人負有實踐對保程序即為銀行之附隨義務，此乃歸屬銀行所需負擔之人事管理、及其風險分配。但銀行往往以保證人先前所留存於銀行之印鑑即生效力<sup>64</sup>，對於往後之交易並未確實執行對保程序，且將未對保之風險轉嫁予契約相對人。

風險移轉條款，雖非違反民法或其他法律之強行規定，依民法第七十一條前段當然無效，惟不得因而反面推論，因為該條款未違反強行法規者，即當然有效。原則上，風險應由得控制風險之人承擔，稱為「管領說」<sup>65</sup>，或是參考「危險負擔應由最低成本避免危險發生之當事人負擔」<sup>66</sup>之概念，故當事人一方將因自己事由所生之風險，或自己所得控制之風險，以附合契約之條款移轉於他方，除有特殊情事，且依契約全部內容，對他方另有補償外，該條款通常即因顯失公平而無效。

本文可歸納出「對於風險控制管理能力越大者，其應負擔之風險應該相對增加」，換言之，因為當事人一方既然對於風險之發生有能力加以防範，就不應該將風險實現之不利利益加諸於他方，如此一來，由對於風險管理能力越大之一方來

---

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條上提取存款，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，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」。

<sup>63</sup> 詹森林，民事法理與判決研究（三） 消費者保護法專論，2003年8月，元照，頁81。

<sup>64</sup> 最高法院九十八年台上字第一〇九號判決：「…一般金融機構於印鑑建立之初，無不慎重辦理，而立印鑑人為防止風險亦莫不謹慎保管印鑑；同時雙方並約定立印鑑人與銀行往來時，僅要憑其約定之印鑑，則究係親自或委請他人前來辦理貸款或保證用印等手續皆無不可；亦即在銀行一般實務上，對於辦理第一次對保時，就授信約定書及留存之印鑑卡，必由本人親自簽名及留存印鑑，嗣後就借據或貸款契約之訂立、變更，悉視其上所顯現之印文是否與印鑑卡相符而為辦理，以簡化借貸程序便利大眾並兼顧交易之安全」。

<sup>65</sup> 詹森林，同註10，頁196。

<sup>66</sup> 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁60。

負擔防範風險之成本，侵害其財產權之程度相對較低，也較為合理。

## 第二項、加重他方當事人責任

### 第一款、主債權擴張條款

#### 一、問題提出

保證人與債權人訂立保證契約時，如僅係就特定單筆債權為擔保，惟債權人制定之約款卻載明「保證人應就主債務人一切債務負保證之責任」或以擔保「概括其他債權」<sup>67</sup>，此種主債權擴張條款，保證人是否仍保證之責？或者保證人因該主債權擴張條款之訂立，就須為主債務人為他人之保證債務負責？以下就實務見解與學說看法來探討此問題，並試提出個人意見論述之。

#### 二、實務判決

##### (一) 九十八年台上字第一六五二號判決

##### 1、本件事實

保證人甲向B銀行擔保主債務人乙之債務，以凡B銀行持有乙之一切債務憑證以三千萬元為限額，甲願與乙負連帶償還保證責任；另甲所簽立之約定書載明，「本約定書所稱一切債務，係指立約人對貴社所負之票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務，…」、「立約人所保證之債務，如主債務人未依約履行，立約人當即負責」、保證人願在本項債務未清償前絕不自行退保」。嗣後，B銀行以主債務人乙對第三人之保證債務，向甲請求負保證之責。

##### 2、一審法院<sup>68</sup>

本件既係最高限額保證，已如前述，其所擔保者並非單筆債務，而係保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額而由保證人保證之契約，是在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及，而該保證契約既有一定之限額，並非漫無限制，保證人可斟酌被保證人及保證人自己之財力，判斷是否為該項保證，並非不能預期，且其既未涉及不法或無從履行之情形，又無違反法律強制或禁止規定，自屬有效，是其與僅就特定單筆債務為擔保之情形不同，自無學者所稱「危險擴張條款」或「異常條款」之適用。…又系爭保證契約既已載明對被保證人之「一切債務」負連帶保證責任…，顯見保證人三人於簽訂保證契約當時均已表明其保證範圍包括被保證人對第三人之保證債務在內，非僅指借款債務。

<sup>67</sup> 參閱附錄一，頁103。

<sup>68</sup> 台灣台中地院九十三年重訴字第三九四號判決。

### 3、二審法院<sup>69</sup>

約定縱無「須就現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來所負之債務」之文句，但已就保證債務之範圍明確記載，保證人即得明瞭其擔保範圍，其於簽署該書面時應已知悉，保證人既分別於載有三千萬元保證額度內之系爭保證書上簽名，即表示同意就此額度內負有保證之責，該保證契約為最高限額保證甚明，亦見保證人於簽訂保證契約當時已表明其保證範圍包括被保證人對第三人之保證債務在內，非僅指借款債務而言。

保證書約定「保證人願在本項債務未清償前絕不自行退保」，有違民法第七三九條之一規定一節，按約定保證人預先拋棄權利、加重其責任或限制其行使權利者，僅該部分約定無效，並非契約全歸無效。是未定有期間之最高限額保證契約，倘有使保證人預先拋棄其權利或限制其行使權利之約定，按其情形有顯失公平之情事，僅該約定部分無效，並不影響最高限額保證契約本身之性質。

### 4、三審法院

查原審據上開事證，綜合研判，依取捨證據、認定事實暨解釋契約之職權行使，認定系爭保證書為最高限額保證，保證人之連帶保證範圍包括主債務人等四人借款、保證等債務，且及於其利息、違約金，非僅指借款債務而言，並本於上述理由而為保證人不利之論斷，經核於法洵無違背。

#### （二）九十八年台上字第一七九三號判決

#### 1、本件事實

甲於八十三年向B銀行借款二百三十萬元，嗣甲於八十五年間將系爭土地售予訴外人乙，且甲之上開借款亦由乙清償完畢。丙於九十二年間向甲購買系爭土地，並登記完畢，向B銀行請求核發清償證明書，以塗銷抵押權設定登記，A銀行主張抵押權設定契約書，已明確記載A條款「設定原因：借款以及其他債務之擔保。」其擔保包括保證債務之約定明確，並以出賣人甲另為他人丁為連帶保證人而拒絕買受人丙之請求，並聲請拍賣系爭土地。

#### 2、一審法院<sup>70</sup>

依系爭其他約定事項A條款之約定，顯見債務人、擔保物提供人「將來」對B銀行所負之保證債務亦為系爭最高限額抵押權所擔保之範圍。故系爭最高限額抵押權所擔保債務之範圍，包含保證債務，於A條款有明確記載。況保證契約繫乎保證人之一方是否願意與債權人簽訂為斷，若保證人認為他方（債權人）之債

<sup>69</sup> 台灣高等法院台中分院九十七年重上更(一)第三十六號判決。

<sup>70</sup> 台灣南投地方法院九十七年訴字第一二九號判決。

務人信用不佳，不欲負擔保證責任，自得不與他方簽訂保證契約，是保證債務並非甲不可預期或無法控制之債務。另系爭抵押權設定契約書雖係B銀行為經營金融業務與不特定多數人訂立契約之用，而單方預先擬定之定型化契約，惟其餘擔保範圍約定之條款，均列於抵押權設定契約書其他約定事項之首，使用字體亦未較其他約定條款字體細小，被告並無違反誠實信用原則或有失公允。故系爭抵押權設定契約書雖係定型化契約，然既經甲同意並簽章其上，自無其所不及知或無磋商變更餘地，況甲於簽訂系爭抵押權設定契約時，對其內容未曾異議，或要求協商更改內容，自不得於事後否認雙方所協議之內容。綜言之，依系爭A條款，系爭最高限額抵押權所擔保債務之範圍，包含債務人、擔保物提供人「將來」對B銀行所負之保證債務，且該約定亦無違反誠實信用原則或有失公允之處。

### 3、二審法院<sup>71</sup>

抵押權設定契約係B銀行預定用於同類契約條款所訂定之契約，並非甲與B銀行商議後所擬就，自無應甲之要求而變更契約約定內容之餘地，屬定型化契約，若就該契約內容有爭議時，自應探求當事人之真意解釋契約，不能專以契約條款為憑。…，系爭抵押權擔保範圍固包含保證債務，惟甲於簽訂系爭抵押權設定契約及其他約定事項時，對於其擔保範圍係包含擔保債務並不知悉，亦未詳閱約定書內容，A銀行農會人員亦無告知等情，足認甲在簽訂系爭抵押權設定契約時，並不知其擔保範圍包含保證債務。

丁始於八十二年間向B銀行借貸三千萬元，由甲擔任連帶保證人，嗣甲復於八十三年間向B銀行借貸二百三十萬元。抵押權係設定四百八十萬元之最高限額抵押權，丁之借款金額遠高於抵押權擔保金額，若抵押權擔保範圍包含甲之連帶保證債務，則於丁借款時，系爭抵押物提供之擔保金額顯不足清償，B銀行竟未要求甲提供足額擔保，嗣後並准其另以系爭抵押物供擔保借款二百三十萬元，足見依雙方當事人之認知，不及於甲之保證債務。…定型化契約條款關於抵押權擔保範圍及於甲保證債務之約定，既屬加重甲之責任，顯失公平，B銀行於甲訂約時亦未告知內容，自有違誠信原則，該部分約定應為無效。

### 4、三審法院

保證人甲於訂約時，本得權衡利害得失後始為約定，否則儘可不予同意簽訂，其既簽約應允系爭抵押權擔保範圍包含保證債務，本於契約自由原則，得否謂上開約定有違反誠信原則，已非無疑。原審未詳加敘明系爭抵押權設定契約約定之條款，有何為保證人甲所不及知，或無可磋商變更之餘地，而有前述顯失公平之情形，遽謂抵押權設定契約書約定內容，係加重甲之責任而無效，於法亦欠允洽。

<sup>71</sup> 台灣高等法院台中分院九十八年上字第九九號判決。

### 三、學說看法

學說以保證人之預見可能性為基礎，而提出不同看法。學說有主張債權人為了擔保債權目的，固得以定型化約款，就將來成立之債權約定為保證人應負責之保證範圍。為將來債權之擔保，原則上必須內容及範圍可得確定。且基於誠信及平等互惠原則，債權人不得一方面經營融資借貸業務獲得利益，一方面將其生之風險強加於保證人身上。故如保證範圍以定型化約款及於債權人對於主債務人因銀行業務往來所生一切債務，則銀行因受讓第三人債權而取得之債權，自非上開銀行業務往來所生之債權，蓋上開債權範圍已非保證人所得預見<sup>72</sup>。

另有學者認為擔保條款雖定有最高限額，但不代表擔保義務人於締約時，當然有任何情況下，均願意在該限額範圍內負清償責任之意思。保證人或抵押人，係因債務人特定債務，而與債權人訂立保證契約或抵押契約，保證人或抵押物所有人亦在認知主債務人此項特定目的下，與債權人訂立最高限額保證或抵押契約。雙方締約目的，顯然僅於擔保特定債務之清償，故債權人主張債權如與保證或抵押契約所原始擔保之特定債務無關者，不得僅因債權額仍在約定最高限額範圍內，即認為行使該債權非屬加重保證人或抵押人之責任<sup>73</sup>。

學者亦提出以訂約當事人的動機探討，例如保證人與主債務人之身分關係（夫妻）或是經濟關係（公司和董事），特別不排除以保證人簽定保證契約的客觀上可以被辨識的原因（或是動機）作為判斷，則超出該作保原因（或是動機）以外的債務責任，就是具驚訝性質的債務而不構成契約內容<sup>74</sup>。

### 四、小結

依民法第七三九條：「稱保證者，謂當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。」，而該主債務範圍應如何界定，可參考民法第八八一條第二項「最高限額抵押權所擔保之債權，以由一定法律關係所生之債權或基於票據所生之權利為限。」之規定，**將保證範圍限縮在保證人於締結契約時，能預見主債務人與銀行間一定法律關係內所生之債務**，不應承認概括最高限額債權之存在。換言之，債權人主張之債權如與保證所原始擔保之特定債務無關者，不得僅因債權額仍在約定之最高限額範圍內，即認為行使該債權非屬加重保證人之責任。否則使主債務人將來所蓋用之任何交易文件、票據、借款、墊

<sup>72</sup> 楊淑文，新型契約與消費者保護法，2006年4月，元照，頁157。

<sup>73</sup> 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展－民法第二四七條之一裁判之研究－，政大法學評論第94期，2006年12月，頁143。

<sup>74</sup> 劉昭辰，同註55，頁200-201。

款、保證等債務及其他債務，保證人皆應負責，顯將債權人應自行負起之經營成本風險管理，在交易雙方間作不合理之分配。

倘若毫無限制的擴張保證人之擔保範圍，將遠背離保證人與債權人原始締約目的，並導致保證人無法控制風險，故須使保證人須對於其擔保之債權有所預見及對其擔保之主債務人有所認識，此乃對於從屬債務人的最低限度之保障。該法律概念體現在不同法律條文當中，如民法第三〇四條第二項：「由第三人就債權所為擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。」，民法第八八一條之八第一項：「原債權確定前，抵押權人經抵押人之同意，得將最高限額抵押權之全部或分割其一部讓與他人。」、第二項「原債權確定前，抵押權人經抵押人之同意，得使他人成為最高限額抵押權之共有人。」，皆有讓從屬債務人有預見債權及控制風險之機會。此時，可比較外國立法例，德國民法第七六七條<sup>75</sup>「保證人之義務應以主債務當時之存在狀況為準。這特別適用於主債務因債務人之可歸責事由或遲延而變更的情形。主債務人在保證契約締結後從事之法律行為不加重保證人之義務（第一項）。保證人負責主債務人應對於債權人賠償之終止及行使權利的費用（第二項）。」，主債務人在保證契約締結後從事之法律行為不加重保證人之義務，倘主債務人為第三人保證之債務，也納入保證人保證範圍內，豈不變相地加重保證人之義務，可資參照。

值得注意的是，行政院消保會第181次委員會審議通過，對於「個人購車及購屋貸款定型化契約應記載及不得記載事項暨範本」增訂不得記載事項第11點：「金融機構辦理自用住宅放款或消費性放款，如已取得足額擔保，不得約定徵取連帶保證人。（第一項）前項情形，如基於授信條件之補強而需徵取一般保證人者，於主債務人不依約履行債務時，應先向主債務人求償，不得約定要求一般保證人拋棄先訴抗辯權。（第二項）前二項情形，金融機構不得變相約定下列情事之一：一、徵取共同借款人或連帶債務人。二、要求保證人出具最高限額保證契約書。三、其他顯失公平之情形。（第三項）」<sup>76</sup>。就消保會所提出最新不得記載事項的定型化契約範本，可知行政機關為了避免產生最高限額保證之數額無限擴張，採取了針對不同屬性之主債務人而有高低有別之保護機制，換言之，對於具消費性之個人借貸，原則上已有足額擔保即不可再徵求保證人，例外未有足額擔保的情形，於徵求保證人同時不可約定拋棄先訴抗辯權及不可約定最高限額保證，如此一來，可貫徹保證人當初締結保證契約之目的「為擔保主債務人消費性借款」，且不會讓銀行巧取利用最高限額保證之約定，導致保證人須為第三人之債務負擔擔保之責。

<sup>75</sup> 黃茂榮，債法各論，2006年9月，自版，頁737，註66。

<sup>76</sup> 行政院消費者保護委員會，<http://www.cpc.gov.tw/detail.asp?id=1662> 最後造訪日2010/12/25。

實務上僅對於具消費性屬性之主債務人、保證人予以特別規範（自用住宅借款、個人借貸），反之不具消費屬性之主債務人、保證人則不受保護（營業性借貸、董監連保），是否代表實務上對於不同性質之主債務人作區別性保障。對於具消費性個人借貸，主債務人乃利用借得之款項作為清償購屋、購車等等之債務，探究保證人為其擔保債務目的乃限於主債務人之特定借款，且保證人與主債務人間多為親屬關係，假設契約內容中有包括一切債務之最高限額保證約定，此時仍讓保證人對其擔保債務目的以外之債務負責，豈不背離保證人之預見可能性。

對於非消費性之借貸，實務上多為公司營業性借貸，擔任保證人係公司董事或監察人，公司融資借款大多金額龐大且反覆為之，容許締結最高限額保證有其實益。其次，最高限額保證創設之目的，乃因基礎法律關係為繼續性契約，並有反覆借款之需求而產生之制度。又考量最高限額保證之功能為了企業融資便利，故在董監事為企業擔任保證人時，其與銀行締結最高限額保證之情形下，身為主債務人之企業另為其相關企業擔任保證人時，例外可允許董監事為相關企業之債務負責。換言之，在商業借款所為最高限額保證容許保證人對於主債務人之保證債務負責，適度放寬商業借款之主債權擴張條款之有效性，但仍注意不可過度浮濫承認主債權擴張條款，為了衡平保證人之預見可能性與主債務人之融資便利性，限縮在主債務人「一次性」為其「相關企業」作保之態樣，否則將會無限擴張保證人之責任，造成其保證債務過於沉重。

### **第三項、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者**

#### **第一款、拋棄終止權條款**

##### **一、問題提出**

民法第七五四條規定，就連續發生之債務為保證而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約。惟銀行之保證契約，往往約定「非經債權人同意，絕不中途退保」，排除民法第七五四條所賦予保證人之終止權。該條款之效力為何？以下就實務見解與學說看法來探討此問題，並試提出個人意見論述之。

##### **二、實務判決**

###### **（一）九十六年台上字第二三二號判決**

###### **1、本件事實**

甲乙向B銀行簽訂保證契約，允為主債務人丙之連帶保證人，簽訂「約定就丙於現在及將來對B銀行所負之付款、承兌、背書或保證之票據、借據、契約及其他一切債務憑證以六百五十萬元為限額，願與丙負連帶償還責任」，及「保證人在本項債務未清償前，絕不自行退保」，嗣後主債務到期，B銀行向連帶保證人甲乙請求負連帶保證之責。但甲乙均表示已依民法第七百五十四條終止保證契約，不負保證之責。

## 2、一審法院<sup>77</sup>

乙之配偶，惟對當時情節均得陳述明確，且其陳述核與主債務人丙所述相符，再參以保證人乙並未於八十八年度主債務人丙辦理續借時，於系爭本票及借據上簽名等情，堪認保證人乙確已通知B銀行之受僱人終止保證契約，此項通知由B銀行之受僱人受領，自對B銀行發生效力。從而依民法第七百五十四條，保證人乙與B銀行間之保證契約已因保證人乙之通知而終止，B銀行自不得再依連帶保證契約再向保證人乙請求履行保證責任。…保證人甲僅向主債權人丙表示終止保證，自對B銀行不生效力。

## 3、二審法院<sup>78</sup>

按保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人予以保證之契約，為最高限額保證。系爭保證契約，依其文義，屬未定期間之最高限額保證契約；而民法第七五四條規定，就連續發生之債務為保證而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約，保證人對於通知到達債權人後所發生主債務人之債務，不負保證責任。又民法第七三九條之一規定「本節所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄」，依民法債編施行法第三十三條規定，該規定亦適用於八十九年五月五日前成立之保證契約。所謂「保證人之權利」，自包含民法第七五四條之終止權。系爭保證契約雖載「保證人在本項債務未清償前，絕不自行退保」等語，惟其違反民法第七三九條之一之規定，應屬無效。

惟乙之配偶非習法之人，不知使用「終止」二字，其表明乙不再續保，即係終止最高限額保證契約之意…乙終止系爭最高限額保證契約之意思表示於到達銀行行員時即生效力，此後所發生之債務，乙即不負保證責任。但惟最高限額保證契約之終止，其終止權之行使應向債權人為之，甲向主債務人丙為表示，對於B銀行自不生終止之效力，故甲仍須負保證之責。

## 4、三審法院

<sup>77</sup> 台灣宜蘭地方法院九十一年度訴字第二十二號。

<sup>78</sup> 台灣高等法院九十三年度上更（一）字第二一三號

按本院九十四年度第五次民事庭會議係就「民法債編修正施行前就定有期限之債務為保證，保證人與債權人約定其預先同意債權人得允許主債務人延期清償，債權人並已於民法債編修正施行前依上開約定允許主債務人延期清償，嗣於民法債編修正施行後主債務人未為清償，保證人是否仍應負保證責任？」之情形為決議，與本件係最高限額保證，其約定「保證人在本項債務未清償以前決不自行退保」，保證人得否依民法第七百五十四條規定終止保證契約，二者事實不同，自無從比附援引。B銀行援引該決議，謂乙終止保證契約對伊不生效力云云，尚無可採。

## (二) 九十五年台上字第一五一七號判決

### 1、本件事實

甲為A公司擔任連帶保證人，向B銀行簽立之保證書載明「連帶保證人向貴行連帶保證A公司對貴行現在及將來所負之借款…、損害賠償等一切債務以本金新台幣二十萬元整為限額及其利息、違約金，願與主債務人負擔全部清償之責」、第六條「保證人如欲終止保證契約應以書面通知貴行。在未依上述方法終止，本保證契約繼續有效，不因嗣後貴行另增其他保證書或更換其他保證人而受影響」。

### 2、一審法院<sup>79</sup>

A公司於八十九年十一月二十二日另邀他人擔任其對B銀行積欠債務之連帶保證人，依前開保證書第六條後段之約定，甲並不因此而免除其原應負保證之責；又保證者乃著重當事人間之信任關係，在法無明文或當事人特約之情況下，保證人本身並無任何身分之限制，故甲雖未再擔任A公司之董監事，亦不當然解免其原應負之保證責任。故甲以其保證期限僅一年、其已不再擔任A公司之董監事，及A公司積欠B銀行之債務另有連帶債務人之加入而抗辯B公司積欠之外幣墊款債務其不負保證之責，要不足採。

### 3、二審法院<sup>80</sup>

甲於八十三年訂立保證契約時，依公司登記事項卡記載：A公司之董事長為丙，董事甲、乙，監察人丁，股東戊、己、庚。當時之監察人丁、股東己、庚，並未同時任A公司之連帶保證人，則甲抗辯其係A公司董事身分而訂立保證書，難認為真實…。**蓋證本件相關保證人簽立保證書，並非係基於A公司、董監事或股東身分，而係以其私人身分為A公司擔任連帶保證人。自不因債權人於八十九年十一月二十二日另與A公司之董監事訂立保證契約，甲之保證責任已於該日消滅。**

<sup>79</sup> 台灣台北地院九十年度重訴字第二三〇一號判決。

<sup>80</sup> 台灣高等法院九十三年度重上字第五一七號判決。

#### 4、三審法院

連帶保證人在二千萬元之一定範圍內之不特定債權負保證責任，已有一定之限制，且未定期之最高限額保證契約既為實務所容許，連帶保證人並得隨時以書面終止保證契約，顯已衡量雙方之權益，難認為顯失公平，不能認保證契約無效。

#### 三、學說看法

學者有主張在繼續性債之關係，如未定有期限，債務人之給付義務範圍之特定，須當事人終止時始得確定。故繼續性契約之當事人終止權，無論如何不得完全予以排除，否則使保證人一世為保，終身負擔保證債務，此不僅與誠信原則有違，亦已顯屬與公序良俗不符，應為無效之約款<sup>81</sup>。

學者另認為定有期限之最高限額保證，保證人可否隨時終止契約？民法第七五四條第一項：「就連續發生之債務為保證而未定有期間者，保證人得隨時通知債權人終止保證契約」，第七五六條之四第一項：「人事保證未定期間者，保證人得隨時終止契約」，自該二項觀之，顯採否定之立場。惟在保證人與債權人間，從保證契約係單純利益債權人之契約觀之，應容許保證人隨時中止最高限額保證契約，通知債權人停止繼續對債務人融資，方與民法在贈與、使用借貸、消費借貸等無償契約所示之一貫的規範立場相符<sup>82</sup>。

#### 四、小結

依七十七年台上字第九四三號判例：「保證人與債權人約定就債權人與主債務人間所生一定債之關係範圍內之不特定債務，預定最高限額，由保證人保證之契約，學說上稱為最高限額保證。此種保證契約如定有期間，在該期間內所生約定範圍內之債務，不逾最高限額者，均為保證契約效力所及；如未定期間，保證契約在未經保證人依民法第七百五十四條規定終止或有其他消滅原因以前，所生約定範圍內之債務，亦同。故在該保證契約有效期間內，已發生約定範圍內之債務，縱因清償或其他事由而減少或消滅，該保證契約依然有效，嗣後所生約定範圍內之債務，於不逾最高限額者，債權人仍得請求保證人履行保證責任。」，可知未定期限之保證債務，保證人未向債權人行使終止權前，其應負保證之責。該終止權之賦予，乃基於未定有期限之保證債務，保證人之資力及其對於主債務人之信賴關係可能依時間推移而產生變化，讓保證人具有能主動終止保證契約之權利。倘若絕不退保之條款有效，會使保證人喪失終止權，變相使其陷入終身為他人債務作保之困境。

<sup>81</sup> 楊淑文，同註72，頁163。

<sup>82</sup> 黃茂榮，同註75，頁705，註13。

民法第七五四條之終止權，除了避免保證人淪為他人終身作保之外，更可參酌民法第四〇八條第一項：「贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部移轉者，得就其未移轉之部分撤銷。」，及民法第四六五條之一本文：「使用借貸預約成立後，預約貸與人得撤銷其約定。」，上開契約與保證契約皆為無償契約，並可歸納出義務人基於契約之無償性而有任意終止或撤銷契約之權利，此乃因為契約當事人無對價關係，無償契約之債權人所受之保護較有償契約弱，故應給予債務人有相當之機會撤銷或終止該契約<sup>83</sup>。

可藉由上開九十五年台上字第一五一七號判決，討論新修正民法七五三條之一規定：「因擔任法人董事、監察人或其他有代表權之人而為該法人擔任保證人者，僅就任職期間法人所生之債務負保證責任」，在實際運作上公司欲向金融業者籌措資金，乃以董事或監察人為保證人以擔保主債務，董事或監察人若不願擔任公司保證人，不但公司無法融資，該董事、監察人在公司之地位亦將不保，故公司於借款時，通常伴隨董監連保之情形。

值得注意的問題為，若法人董監事已卸除職務後，是否僅就任職期間法人所生之債務負保證責任？修法前，即有學者提出，公司董監事等公司負責人之所以為公司債務之保證人，其實不應僅以只要有人係公司董監事等之公司負責人，即當然為公司債務保證人，反而應該就各該董監事等公司負責人是否現實另成立保證契約為斷<sup>84</sup>。修法後，新法確切落實保證人之預見可能性，因董監事於任職之期間為公司保證，其與公司內部間存有利益對價關係，法人董事對於任期間公司債務有了解、預見之可能，讓其就任期內之債務負保證責任，並未使保證人陷於不利之地位。

本件判決爭執，甲雖身為公司董事，但其以私人身分為保證人，並非以董事資格擔保債務，惟高院持該見解之理由，乃基於因為不是所有董監事均為公司保證人，故推斷甲係以私人身分作保。本文認為，不能因為其他董監事未擔任保證人，逕認為具有董事資格之甲以私人身分作保。董事人數乃視公司章程而定，銀行視借款金額而增加人保之數量，並非需公司全部董監事均擔任保證人，才屬董監連保。況且甲身為公司董事，其與公司間有較一般人緊密關係，甲才肯為公司作保，殊難想像甲乃是出於私人身分擔任保證人，故於新增民法第七五三條之一後，期待實務的後續發展。

<sup>83</sup> 陳家暄，銀行定型化保證契約條款與相關判決研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁203。

<sup>84</sup> 朱柏松，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁212。

## 第二款、延期清償條款

### 一、問題提出

依民法第七五五條規定，就定期限債務之保證，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於延期清償同意外，不負保證之責。實務上銀行保證契約「債權人無須徵求保證人同意，得允許主債權人延期清償」之約定，是否具有效力容有爭議。

### 二、實務判決

#### (一) 九十六年台上字一二四六號判決

##### 1、本件事實

甲乙丙丁戊為A公司（美揚公司）擔任連帶保證人，向B銀行簽定「約定保證人應就主債務人現在及將來所負之借款、票據、透支、墊款、保證、損害賠償等一切債務，以二千九百萬元為限額與之負連帶清償責任」，及C條款「立約人所保證之債務，如貴行允許主債務人延期清償或分期清償時，應即以書面通知立約人，立約人同意於貴行書面通知到達或視為到達時，仍續負全部債務之保證責任。」，嗣後主債務人之債務全部視為到期，債權人請求連帶保證人負保證之責。

##### 2、一審法院<sup>85</sup>

C條款「立約人所保證之債務，如貴行允許主債務人延期清償或分期清償時，應即以書面通知立約人，立約人同意於貴行書面通知到達或視為到達時，仍續負全部債務之保證責任。」固有「應即以書面通知立約人」之約定，但觀其意旨，並無通知時間之限制，只要B銀行以書面通知到達，立約人即應仍續負全部債務之保證責任，是以何時通知並非重要…，B銀行既已通知，保證人等自應仍續負全部債務之保證責任，是其等所辯應非可採。

##### 3、二審法院<sup>86</sup>

C條款其意在提醒連帶保證人，債權人允許主債務人延期清償或分期清償時，不須徵得連帶保證人之同意；是該約定之書面通知，僅係單純告知之性質，並無「B銀行允許主債務人延期清償而未即以書面通知最高限額保證契約之保證人時，該保證人即得依民法第七五五條規定免負保證責任」之意。

<sup>85</sup> 台灣新竹地方法院九十一年度重訴字第二四三號判決。

<sup>86</sup> 台灣高等法院九十五年度重上更(一)字第六十六號判決。

而未定期間之最高限額保證契約，在保證人依民法第七五四條規定終止或有其他消滅原因以前，所發生約定範圍內之債務，如債權人允許主債務人延期清償，而所延展之清償期仍在保證契約有效期間內，保證人自不得援引上開規定主張不負保證責任。

#### 4、三審法院

保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，如認保證契約有違民法保護保證人之任意規定，自可不訂定保證契約，並不因其未為保證人而生不利益，或經濟生活受制於銀行不得不為保證之情形。是保證人如因同意某條款而訂定保證契約，該條款又屬當事人得依特約排除之任意規定，除另有其他無效之原因外，保證人即不得任指該契約條款為無效。

又銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用，亦無民法第二四七條之一規定之適用，當亦無類推適用民法第七五五條規定之餘地。

#### (二) 九十五年台上字第一五二一號判決

##### 1、本件事實

甲為A公司（永鉅公司）擔任連帶保證人，向B銀行約定「對於主債務人現在及將來所負之借款、…等一切債務，以一千二百萬元為限額，由連帶保證人負連帶保證責任」，及C條款「立約人所保證之債務，如貴行允許債務人延期清償或分期清償時，應即以書面通知立約人，立約人同意於貴行書面通知到達或視為到達時，仍續負全部債務之保證責任」。惟甲主張B銀行延期清償並未通知，且未得其同意，故不負保證之責。

##### 2、一審法院<sup>87</sup>

保證契約既係於不定期間內，對於無限制繼續發生之債務所為之保證，對於保證人之保障顯然不足，往往帶給保證人不可預測之風險，為避免保證人之責任過於重大，民法第七百五十四條第一項亦特別允許保證人得隨時通知債權人終止保證契約。然保證人尚未依民法第七百五十四條規定終止保證契約或有其他消滅原因發生之前，該未定期之保證契約仍屬有效，保證人對於約定限額內所生之保證債務，仍應負保證責任。經查，B銀行與甲間所訂立者既屬未定期之最高限額保證契約，而B銀行未依民法第七百五十四條第一項通知甲終止系爭保證契

<sup>87</sup> 台灣基隆地方法院九十三年度訴字第四八〇號判決。

約，該保證契約仍屬有效，即令甲允許債務人A公司就定有期限之債務延期清償，延期後之債務，於保證限額內，仍為保證契約效力之所及，甲自不得援引民法第七百五十五條規定，主張不負保證責任。

### 3、二審法院<sup>88</sup>

保證書並未訂立期限，性質上係屬未定期限之最高限額保證，且保證書未載明保證人得隨時終止保證契約，**一般保證人未有法律常識，不知可隨時終止保證契約**，則保證人如未終止保證契約，將使其終其一生就主債務人對債權人之債務負連帶保證責任，此類終生之債務拘束，使保證人形同債務之奴隸，其財產終生受第三人意志之威脅，故保證書保證之範圍，自應從嚴解釋。…B銀行同意A公司延期清償，B銀行僅通知其餘連帶保證人，卻獨漏甲，已違反應以書面通知連帶保證人之約定，亦不足認為甲已同意A公司延期清償之情事。

### 4、三審法院

該保證契約有效期間內，所發生約定範圍內之債務，**如債權人允許主債務人延期清償，而所延展之清償期仍在保證契約有效期間內者，保證人不得援引首開法條主張不負保證責任**。本件B銀行自始即否認保證人甲曾終止保證契約，究竟保證契約有無合法終止？主債務延長清償期是否在保證契約有效期間？凡此攸關連帶保證人甲是否負保證責任，原審未明確審認說明，有待釐清。

#### (三) 九十七年台上字第一三二六號裁定<sup>89</sup>

##### 1、本件事實

甲、丙公司（信傑、健平公司）為承攬人乙（詠新公司）擔任連帶保證人，與丁定作人（榮民工程）簽訂工程合約第七條約定：「…乙方之連帶保證人對於乙方所負本契約之一切責任，均應連帶負其全責。…如本契約工程期限展延…時，均不再通知該連帶保證人，其連帶保證責任亦隨之增加或延長，不得免除連帶保證人之責任…」，嗣後主債務人乙無力償還，丁向甲丙請求負保證之責。

##### 2、一審法院<sup>90</sup>

契約主文第七條約定：「乙方（即承攬人）之連帶保證人對於乙方所負本契約之一切責任，均應連帶負其全責。」。是保證人就主債務人不履行時所生債務不履行賠償責任與契約解除或終止後之回復原狀義務，亦應負責。系爭契約係因可歸責於乙承攬人事由，由定作人丁依約終止，尚非定作人丁與承攬人乙協議終止，就詠新公司對於定作人丁之損害賠償責任，揆諸上開規定，甲公司、丙公司

<sup>88</sup> 台灣高等法院九十三年度上字第一〇九四號判決。

<sup>89</sup> 持相同見解之判決：最高法院九十二年台上字第一三六八號判決。

<sup>90</sup> 台灣臺北地方法院九十三年度建字第一八二號判決。

應負連帶保證責任。又依契約條款第十條約定：「本工程如有左列情形之一，乙方之連帶保證人於接獲定作人通知後，應立即承擔或履行乙方於本工程及本契約中應有之責任與義務…2. 乙方因工作能力薄弱…經定作人認定無法繼續履行本工程時…」，係約定定作人得通知連帶保證人承擔或履行，然非定作人未通知，連帶保證人甲、丙就乙所負損害賠償責任，即無庸負責。遑論定作人丁已於本件訴訟中通知甲、丙，定作人丁自得請求渠等負連帶賠償責任。

### 3、二審法院<sup>91</sup>

定作人丁於八十八年五月五日已同意主債務人乙展延工期至八十八年七月十七日，則定作人丁於民法債編修正施行前正當信賴上開約定為有效，准許主債務人乙延期完工，即應予以保障，甲公司、丙公司自不得援引民法第七五五條主張不負保證責任。

### 4、三審法院

依修正之民法第七三九條之一之規定「本節所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄」<sup>92</sup>，依民法債編施行法第三十三條規定，於民法債編修正施行前成立之保證，亦適用之。故於民法債編修正施行前就定期限之債務為保證，保證人與債權人約定其預先同意債權人得允許主債務人延期清償，而債權人係於民法債編修正施行後始允許主債務人延期清償者，保證人固得援引上開修正規定，主張其不負保證責任，惟倘債權人於民法債編修正施行前依上開約定允許主債務人延期清償者，其依原來法律之規定，正當信賴其約定為有效而生之利益，應予保障。則債權人於民法債編修正施行前正當信賴上開約定為有效，准許主債務人延期完工，即應予以保障，甲、丙自不得援引民法第七五五條主張不負保證責任<sup>93</sup>，故甲、丙上訴不合法，裁定駁回之。

### 三、學說看法

學者認為保證目的在於一方債權人之債務人不履行債務時，由保證人代負履行債務清償之責。保證人既然就定期限之主債務加以保證，倘債權人未經與保證人商量，經保證人同意延期清償之期限，而仍應由保證人對之負保證責任，無異變更原保證契約內容，加重保證人責任。而保證人預先對延期清償表示同意，即該當為民法第七三九條之一所定，預先拋棄保證人之權利，而應以其表示為無效。此外，延期清償未經保證人同意，對保證人而言，債務人屬原債務清償期而

<sup>91</sup> 台灣高等法院九十五年度建上字第一七號判決。

<sup>92</sup> 民國88年4月21日增訂。

<sup>93</sup> 最高法院九十四年第五次民事庭會議決議持相同見解。

仍未清償，保證人可依民法第七百五十條第三款規定，得由保證人向主債務人表示除去保證責任<sup>94</sup>。

契約條款以「立約人所保證之債務，如貴行允許債務人延期清償或分期清償時，應即以書面通知立約人，立約人同意於貴行書面通知到達或視為到達時，仍續負全部債務之保證責任」，債權人之所以負通知義務，並非在於通知保證人，謂債權人決定允許債務人延期或分期清償，以徵求保證人是否同意債權人之決定，反而只是在於使債權人將已允許債務人延期或分期清償之決定，通知保證人，使保證人等通知到達後，即應當然就全部債務續負保證之義務。此契約內容已剝奪保證人依民法第七五五條所應享有之權利，係牴觸民法第七三九條之一規定，為無效之約款<sup>95</sup>。

另有學者持相似見解，依民法第七三九條之一立法目的在於保護保證人之權益，故該本條所稱之「保證人之權利」，應包括民法第七五五條所定之「保證人不負保證責任」之抗辯權在內。因此，保證人若預先拋棄其依民法第七五五條所定之抗辯權者，無論是否以定型化條款為之，均屬於違反民法第七三九條之一，依民法第七十一條前段規定，其拋棄皆係無效。此外，若債權人以定型化條款規定保證人事前同意延期清償者，無異剝奪保證人前述衡量風險之機會，導致其應負擔非其所能控制之風險，對保證人顯失公平，自有民法第二四七條之一第三款之適用，而應認為無效<sup>96</sup>。

#### 四、小結

本條規範意旨乃避免債權人因尚有保證人而繼續提供信用與主債務人，而忽略主債務人顯有不能清償之具體情事或可能性，使保證人負擔債務之風險擴大，因一旦延期清償，主債務人之債務勢必會增加，保證人所擔保債務亦隨之擴大。並通常此時之主債務人已無力償還債務，保證人將會背負龐大之債務且對於主債務人又求償無門。

觀察上述實務判決卻將民法第七五五條限縮適用在定有期限之保證。換言之，限於為定期債務而為定有期限之保證，如有債權人允許債務人延期清償之情形，須得保證人同意；如就定期債務為未定有期限之保證，視保證人有無依民法

<sup>94</sup> 朱柏松，同註84，頁209。

<sup>95</sup> 朱柏松，同註84，頁213。

<sup>96</sup> 詹森林，同註10，頁215-216。

第七五四條終止保證契約，若仍在保證期間而無延期清償之問題<sup>97</sup>。實務此種論調看似符合法條規定且就保證類型不同給予相異之保護，但民法第七五五條就定有期限之主債務為保證，係指主債務定有期限，保證契約本身是否定有期限，原應與本條無涉，不宜在未定期限之保證情形下，使民法第七五五條無適用之餘地。再者，民法第三一五條「清償期，除法律另有規定或契約另有訂定，或得依債之性質或其他情形決定者外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時清償」，則保證人自可因主債務清償期屆至而向債權人清償，不應其為未定期限保證而有差別待遇。故應不區分保證類型，只要為定有期限之債務而保證，主債務人延期清償皆須保證人同意後，其才對延期債務負責。

### 第三款、立即照付條款

#### 一、問題提出

隨著債權人追求最大化債權清償及強度擔保，金融機構通常載明「保證人附有義務，於債權人書面請求後，不得主張任何有關主債務之抗辯，應立即照付」。上開約款，如主債務不存在，或因免除或其他原因而消滅，保證人是否仍須付款？及該條款是否排除保證債務之從屬性？以下就立即照付條款作逐一討論。

#### 二、實務判決

##### (一) 九十五年台上字第九九四號裁定

##### 1、本件事實

甲簽定保證契約「擔保A公司（唯信公司）對B銀行所負之一切債務，以本金新台幣伍仟萬元正為限額，願與連帶負全部償付之責任，並本保證書所稱一切債務，係指債務人於現在及將來對貴行所負借款…等其他債務。債務人不履行債務時，保證人一經貴行通知，應即將保證金額及其利息、遲延利息、違約金、損害賠償金、各項費用及代付款項等，**立即照數代為清償…**」，而後A公司之債務已屆清償期，B銀行請求甲連帶清償債務。

##### 2、一審判決<sup>98</sup>

<sup>97</sup> 持相同見解之判決，如最高法院九十六年台上字第五七三號判決：「系爭連帶保證並非就定有期限債務為保證，無民法第七百五十五條規定適用，縱均威公司與被上訴人合意延期、分期清償，上訴人亦不得依上開規定免除其連帶保證責任」。

<sup>98</sup> 台灣臺北地方法院九十四年度重訴字第一七七號判決。

本件被告甲均未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第三八六條所列各款情形，應依原告B銀行之聲請，由其一造辯論而為判決…，原告B銀行依消費借貸契約及連帶保證契約請求被告甲連帶給付若干元，應予准許。

### 3、二審法院<sup>99</sup>

連帶保證人甲係國立海洋大學畢業，曾經歷台糖公司股長、永大機電經理、廠長、中信機電董事長等職，社會閱歷甚廣，顯非無智識或辨別事理能力之人，不但明知提供物保必須簽訂抵押權設定契約書，且親自在保證書上連帶保證人、保證之債務人、擔保額度、對保欄等空白處填寫資料，自無可能將前揭保證書誤認為物保保證書。甲抗辯其於93年10月14日到B銀行，乃丁要介紹其認識經理、襄理，不知要辦對保，已即拿保證書要其等填辦對保，並要其等提高擔保額度到5千萬元，其沒看保證書內容云云。倘乙與甲僅係為認識該分行之經理、襄理，始到該分行，衡情甲應不會隨身攜帶印章，甲既於當天攜帶印章，嗣並填具保證書及辦理對保用印手續，顯見其等早知當天到該分行係為辦理保證手續；況以甲之學經歷地位…斷無可能未審閱保證書內容即率爾簽名用印。

銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。又就保證契約之法律關係而言，保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，自難認系爭保證書約定，合於民法第二四七條之一第四款規定而無效。又保證書固為定型化契約條款，惟上訴人於審閱後，既在其上簽名用印，顯已同意前揭保證書各該條款，而訂定保證契約，故無民法第二四七條之一適用餘地。

### 4、三審法院

贊同二審法院見解，認為保證人甲上訴難認其已合法表明上訴理由，應認其上訴為不合法。

## (二) 九十七年台上字第八三八號判決<sup>100</sup>

### 1、本件事實

<sup>99</sup> 台灣高等法院九十四年重上字第二六四號判決。

<sup>100</sup> 持相同見解之判決，如最高法院八十七年台上字第一五三五號判決、九十八年台上字第二〇九三號判決：「故履約保證金保證書之性質仍為履約之保證，其主要義務在於付款而非履約，是銀行所出具之保證書應依保證銀行出具之保證文件之內容獨立認定，不得逕行援引其他契約關係為抗辯而免除其付款之義務」。

承攬人（藍天公司）承攬定作人（台灣電力公司）發包之工程，因承攬人向定作人支領預付款新台幣二千三百萬元，乃由A銀行出具「預付款還款保證連帶保證書」，擔任該預付款償還之連帶保證人。並於保證書約定：「機關（即定作人）依契約規定有不發還得標廠商預付款還款保證之情形者，一經機關書面通知本行（即保證人）後，本行當即依機關書面通知所載金額（不逾保證金額）並加計年息百分之五之利息如數撥付…，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議，並無民法第七百四十五條之權利…」，嗣後承攬人無力還款，定作人向保證人請求負保證之責。

## 2、一審法院<sup>101</sup>

定作人主張若干元預付款債權，既已從承攬人之系爭工程應得款中抵銷，而歸於消滅，則其依預付款還款連帶保證關係，請求保證人A銀行給付若干元為無理由，應予駁回。

## 3、二審法院<sup>102</sup>

定作人於承攬人已完成工程核計應得款後，即按約定比例自動扣回預付款，此項約定為抵銷性質，定作人對承攬人之預付款債權，就該扣回部分，因抵銷而當然消滅，故定作人不得再向保證人請求負保證之責。

## 4、三審法院

當事人約定一方對於他方於一定擔保事故發生時，即應為一定之給付者，稱為擔保契約<sup>103</sup>。此項契約具有獨立性，於擔保事故發生時，擔保人即負有給付之義務，不以主債務有效成立為必要，自不得主張主債務人所有之抗辯，此與民法上之保證契約具有從屬性或補充性者不同。此項約定倘係擔保契約之性質，則保證人不得援引承攬人與定作人間扣回預付款之約定對抗定作人。

## 三、學說看法

學者主張保證附「立即照付條款」，保證人所負之風險極為強大，因而僅於銀行或金融機構擔任保證人時，該約款始為有效。一般大眾無從認知該項條款所隱含之風險，該項約款對非屬金融機構之保證人，屬於違背誠信原則而無效。其次，由金融機構擔任保證人時，保證附「立即照付條款」，仍從屬於主債務之從

<sup>101</sup> 台灣雲林地方法院九十五年度訴字第二〇七號判決。

<sup>102</sup> 台灣高等法院台南分院九十六年度上字第四二號判決。

<sup>103</sup> 黃茂榮，同註75，頁713，其謂：「擔保獨立契約既不從屬主債務人之義務，也不與其構成連帶債務，獨立的以有可歸責事由為要件，擔保債權人對於一定結果之利益。…擔保契約之不同於保證者，在於切斷其與主債務間之從屬性，俾在擔保契約之實踐避開主債務之有無、範圍其他可能抗辯之糾纏，將這些都讓諸債權人與債務人間自己去解決」。

契約，而非獨立於主債務之擔保契約。債務人承諾就他人一定之債務亦負清償之責，有疑義時應有利於該債務人之解釋，認其負擔者，係從屬於主債務人之保證債務，而非獨立之擔保債務。保證人在債權人起訴依上開約款請求付款時，保證人應立即付款。惟主債務人所得主張之抗辯，如主債務無效，或因清償而消滅，保證人仍得於給付後，基於上開抗辯，依不當得利規定請求債權人返還<sup>104</sup>。

#### 四、小結

按保證債務係從債務，必須以主債務存在為前提，而主債務即為被擔保之債務。是以保證契約之成立，以主債務之有效存在為前提，若無有效之主債務存在者，除民法第七四三條特殊情形外，保證債務原則上亦屬無效。若定型化契約條款背離保證債務從屬性者，將導致保證人負獨立債務，而無法於清償債務後，向主債務人求償，故不符保證債務本質並違反保證債務締約目的，對保證人顯失公平。

金融機構以定型化契約載明「立即照付」條款，使保證人拋棄民法第七四二條基於保證契約之從屬性而有之抗辯權，如此一來，使保證債務將無所附麗於主債務，喪失保證從屬性，破壞保證契約與從屬性密不可分之關係。故保證人不論是為了消費借貸而為保證，或是因營業所需而為保證，保證債務與從屬性不可終局排除，應使保證人能主張主債務人之抗辯，此乃符合保證契約從契約之特性。惟例外由金融機構擔任保證人時，應將立即照付條款作為有效之解釋，因金融機構與主債務人之間通常為有償契約，例如：主債務人會提供抵押物給銀行，故金融機構並非無償、單務擔任保證人，此時該保證契約因將此定位為獨立擔保契約，並非保證契約。

### 第四項、其他於他方當事人有重大不利益者

#### 第一款、審閱期間

##### 一、問題提出

非消費關係之附合契約可否適用消費者保護法（下稱消保法）之規定，或是僅可適用民法第二四七條之一，一直以來都是實務與學說著重之焦點，而其見解可謂是南轅北轍。就此問題進而衍生出非消費關係之保證人可否主張消保法第十一條之一的審閱期間，以下就審閱期間之議題作討論與分析。

<sup>104</sup> 楊淑文，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），1999年5月，頁167。

## 二、實務判決

### (一) 九十五年台上字第五五四號判決

#### 1、本件事實

甲乙為A公司(成佳公司)擔任連帶保證人，向B銀行約定對主債務人所負現在及將來一切債務，在新台幣五十萬元之限度內，負連帶清償之責。惟連帶保證人抗辯債權人未依消保法第十一條之一之規定，提供其等三十日之期間審閱保證書，該保證契約應不成立或不存在。況保證契約之條款顯失公平有違誠信原則，依民法第二四七條之一、消保法第十二條及其施行細則第十四條之規定，亦屬無效。

#### 2、一審法院<sup>105</sup>

被告甲乙均已於相當時期受合法通知，未於言詞辯論期日到場，亦未提出準備書狀作何聲明及陳述，依民事訴訟法第二百八十條第三項前段準用同條第一項前段規定，視同自認原告B銀行之主張。從而，原告B銀行依消費借貸及連帶保證之法律關係，請求被告甲乙連帶給付若干元之利息、違約金，為有理由。

#### 3、二審法院<sup>106</sup>

連帶保證人甲乙均為就業多時、理解連帶保證意義之成年人，又先後三次於載明願就A公司對債權人所負現在及將來一切債務，於五十萬元之限額內，負連帶清償責任。並對保證書之連帶保證人欄位，及連帶保證人之對保欄位簽名，顯對該保證書所載內容已充分了解，即令債權人未依消保法相關規定，酌予三十日之審閱期間，亦難謂保證契約為無效。此外，保證書並無因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識之情形，連帶保證人援引消保法施行細則第十二條之規定，主張保證契約為無效，仍屬無理由。

#### 4、三審法院

按消保法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言，此觀該法第二條第一款之規定自明。準此，銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，係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，保證人亦未因有保證契約而自金融機構獲得報償，其性質即屬單務、無償契約，非為消保法之有關消費法律關係，應無該法之適用。

<sup>105</sup> 台灣臺北地方法院九十三年度重訴字第四三六號判決。

<sup>106</sup> 台灣高等法院九十三年度重上字第一九一號判決。

## (二) 九十五年台上字第八七號判決

### 1、本件事實

甲乙為擔任A公司（長虹公司）之連帶保證人，向B銀行保證「凡主債務人過去、現在及將來對債權人所負之借款、票據、墊款、保證等債務及其他相關債務，於五億元之限額內願與主債務人負連帶清償之責」，嗣後A公司之債務到期，B銀行請求甲乙負保證之責。惟甲提出B銀行未依消費者保護法之相關規定，提供其三十日以上審閱期間之抗辯。

### 2、一審法院<sup>107</sup>

兩造簽訂之系爭保證契約，係就連續發生之債務為保證且未定有期間，保證人甲乙並均已於八十八年十一、二月間通知B銀行終止系爭保證契約，則保證人甲乙就終止系爭保證契約後，A公司與B銀行簽訂之委任保證申請書所生之債務，自不負保證責任。…兩造其餘之主張及提出之攻擊防禦方法，均不影響本院所為之前開判斷，自無再一一審論之必要，附此敘明。

### 3、二審法院<sup>108</sup>

主債務人A公司既為消費者，有消保法相關規定之適用，苟認保證人之甲乙反不受消保法之保護，即與常情及民法第七四一條、第七四二條之規定有違，自應認連帶保證人同受消保法之保護而有該法之適用。經查債權人已承認未提供三十日以內之期間供連帶保證人審閱系爭約定書，有悖於平等互惠及誠信原則，於長虹公司及連帶保證人均顯失公平，依消保法第十二條及民法第二四七條之一之規定，該約定應屬無效。

### 4、三審法院

消保法所稱之消費者，係指以消費為目的而為之交易、使用商品或接受服務者而言則主債務人對債權人所負債務，是否可認為係以消費為目的之交易、使用商品或接受服務之消費行為，而有消保法之適用？已非無斟酌之餘地。況銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保債務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，保證人亦未因有保證契約而自銀行獲得任何補償（報酬），是否屬消保法所規範之消費法律關係，尤滋疑義。

## 三、學說看法

<sup>107</sup> 台灣臺南地方法院九十二年度訴字第五三二號判決。

<sup>108</sup> 台灣台南分院九十二年度上字第二二六號判決。

學者有認為定型化契約乃企業經營者預先擬定，而其條款或使用專門用語，乃為消費大眾難以理解，或隱藏風險轉嫁，而使交易他方承擔不利。…消費者就定型化契約之內容，既然無法參與於前，則企業經營者即應訂約之前，向消費者揭露該契約條款之內容，並使消費者於該條款訂約前，有審閱內容之機會，始屬消保法第四條及第五條之要求<sup>109</sup>。最高法院僅因消保法第二條第一款就消費者定義為「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」，並率斷認定「金融機構對保證人並未提供任何商品或服務」，即一律排除消保法對於定型化保證契約條款之適用，殊屬概念法學，欠缺實質思考<sup>110</sup>。

另有學者主張消保法上審閱期間的規定，對企業經營者而言，乃是一法定之契約先義務，但對消費者而言，則為一締約的程序保障權。它賦予消費者一個只要爭執未給審閱期間的程序問題，即得主張條款不構成契約內容的權能，而無庸回到實體問題的爭執。並消保法第十一條之一開創了契約法上審閱期間的機制，強調法定締約的程序，賦予消費者冷靜權衡契約條款的機會，是一為消費者量身打造的指標性規定，不具普遍適用性，僅適用消費關係<sup>111</sup>。

關於保證人之屬性，肯認實務之見解，為保證人擔保債務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，保證人亦未因有保證契約而自銀行獲得任何補償（報酬），非屬消保法所規範之消費者。但保證人非消費者，然其可否援引消費者保護法之規定則另當別論。因保證債務具從屬性，應視主債務人是否為消費者，而使保證人能主張消保法之規定。換言之，唯有主債務人是消費者時，針對該債務為保證之人，始就定型化保證契約主張或類推適用消保法之相關規定；在主債務之借貸或其他類似法律關係，係主債務人本於營業或工作職務上之融資或擔保等需求而訂的場合，由於主債務人非消費者，故有代為負擔該債務之虞的保證人，自無就主債務依民法第七四二條規定，向債權人提出消保法抗辯之餘地<sup>112</sup>。

#### 四、小結

契約審閱權之立法目的，出賣人或信託機構應於訂約前向買受人揭露交易上重大資訊，使買受人有知悉系爭契約權益關係的機會，俾維護買受人決定是否締約的意思自由<sup>113</sup>。消保法第十一條之一第一項規定「企業經營者與消費者訂立定

<sup>109</sup> 詹森林，同註10，頁254。

<sup>110</sup> 詹森林，同註10，頁217。

<sup>111</sup> 曾品傑，同註9，頁153。

<sup>112</sup> 曾品傑，同註9，頁25。

<sup>113</sup> 曾品傑，論信託關係下使用權轉讓契約審閱期間之實務問題，2007年3月，月旦法學雜誌第142期，頁50。

型化契約前，應有三十天以內之合理期間，供消費者審約全部條款內容」；第二項規定「違反前項規定者，其條款不構成契約內容。但消費者得主張該條款仍構成契約內容」；第三項規定「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之事項，公告定型化契約之審約期間」。並對於交易標的物較複雜，或支付對價較高昂的交易類型，如預售屋買賣、汽車買賣、不動產委託仲介銷售、個人購屋及購車貸款等等，皆屬中央主管機關選擇之特定行業，給予消費者一定之審閱期間<sup>114</sup>。

如前述以「個人或家庭需要之非營業性目的」來直接界定消費者之意義，身為消費者之主債務人（家庭、個人借貸）享有審閱期間之優遇，則為其擔任之保證人應透過民法第七四二條，類推適用消保法主張審閱期間之適用。對於其他類型之保證，如非消費性借款、營業性借貸（董監連保、融資借貸），因主債務人本身並不享有審閱期間之優遇，具從屬性之保證人亦無主張有審閱期間之可能。對此，針對不同屬性之當事人就有無審閱期間為差異性保障，正如立法者選擇給予具消費性借貸之債務人有審閱期間之適用，然對於非消費性借貸之債務人並未表態，此項區別具有實益。因為非消費性之借款，實務上案例多屬於公司董監連保，董監事因為職務關係擔任公司保證人，可以推想公司與銀行借款時，必定是董監事與銀行接洽事宜，且與銀行貸款數額、利率涉及公司業務執行，依公司法第二〇二條規定應由董事會決議行之，擔任保證人之董監事對於保證契約內容甚為知悉，其不如消費者在議約過程上有資訊落差，此時是否仍應給予審閱期間之保護，值得商榷。再者，審閱期間乃是讓消費者與企業經營者進行交易時，給予消費者有段冷靜思考是否締約之緩衝期間，惟商業性保證人（如公司董監事），其為公司作保係基於其職位所生，並非董監事本身可決定作保與否，故審閱期間若擴張適用在非消費性之借貸上，則無法發揮審閱期間應有之功能。

針對銀行保證契約，在締結契約時給予主債務具消費性之保證人有審閱期間適用，使該保證人藉由審閱期間了解保證契約內容，與主債務人實際財產情形，此乃銀行最基本使保證人評估風險之義務。但隨著時間變化，主債務人資力與信用皆非保證人完全知悉狀況下，主債務人可能負債累累，保證人卻因最高限額條款而負保證之責，實不公平。故應該建構銀行對於保證人「資訊提供義務」，其須定期追蹤主債務人之財務狀況，於主債務人之財產有重大變化時，其有通知保證人之義務。如此一來，才能使保證人在保證期間內確實評估風險，及其自身償債能力，使其能依民法第七五四條終止契約，避免負擔龐大的保證債務。

---

<sup>114</sup> 消費者手冊，行政院消費者保護委員會，2007年10月出版，頁104提及：「目前各主管機關所公告實施之定型化契約範本，大多設有審閱期間之規定，如瘦身美容定型化契約之審閱期間為七天；預售屋定型化契約之審閱期間為五天；行動電話業務服務契約條款之審閱期間為二天；電器買賣定型化契約條款之審閱期間為一天；汽車駕訓定型化契約條款審閱期間為三小時等是」。

對於資訊提供義務可參考他國法律之規定，如德國法上對於基於保證之目的在於擔保債務人之清償能力，故保證人原則上應自行充分瞭解甚至掌控主債務之資力，而不得期待債權人告知關於主債務人之資力情形。可是，上述原則並非毫無例外。債權人與保證人締結保證契約時，故意隱瞞或因重大過失未向保證人告知關於影響主債務人清償能力之重要資訊，至保證人發生錯誤者，債權人應對保證人負締約上過失責任。同理，保證人對於主債務人清償能力之認知顯有錯誤，並將影響保證人保證責任之履行或求償權行使，而債權人知此情事者，債權人應向保證人說明，否則將違反附隨義務<sup>115</sup>。

如法國消費者法第三四一條之六規定<sup>116</sup>「專業債權人須於每年的三月三十一日前通知該保證人，其於前年十二月三十一日前因保證所生責任，包括保證期限內之未清償本金、利息、佣金、支出與附屬費用。假如屬未定期限之保證，在任何時間和在可以被執行的特定情況下，該保證均有權取消。如果專業債權人沒有作到上述要求，其即不能請求保證人負擔在收到最新資訊前這段期間所生欠款之利息或罰款。」，藉由法國法對於資訊提供義務之規範，給予我國銀行保證之借鏡。

本文以為，我國僅於民法第七百五十條第一項第一款規定「保證人受主債務人之委託，而為保證者，有左列情形各款情形之一時，得向主債務人請求除去其保證責任：一、主債務人之財產顯形減少者…」，此乃主債務人財產減少且有不足清償之虞時，保證人可請求主債務人除去其保證之責，但無完善之資訊提供義務下，殊難想像主債務人會將其資力狀況讓保證人知悉，保證人便難以得知主債務人實際財產狀況，則將使法律所賦予保證人之除去保證權利難以發揮其效用。故參考外國法來作為我國本土化之資訊提供義務發展，因台灣中小企業居

<sup>115</sup> Reinicke / Tiedtke, Buergschaftsrecht, 2. Aufl., 2000, Rn 252ff.; dies., Kreditsicherung, 4. Aufl., 2000, Rn 231 ff.。轉引自詹森林，同註10，頁262—263。

<sup>116</sup> **Article L341-6**

*(inserted by Act No. 2003-721 of 1 August 2003 Article 11 II, Article 12 Official Journal of 5 August 2003 effective 5 February 2004)*

The professional creditor shall be required to inform the natural person standing surety, by 31 March of each year at the latest, of the amount of principal, interest, commissions, expenses and ancillary costs outstanding by virtue of the guarantee obligation as of 31 December of the previous year, and also the term of that undertaking.

If the undertaking is open-ended, it shall refer to the right to cancel at any time and the conditions under which it may be exercised. Failing this, the surety shall not be required to pay any arrears interest or penalties incurred during the period between the previous provision of such information and the date of receipt of the most recent information.

<http://195.83.177.9/code/liste.shtml?lang=uk&c=61&r=2223> 最後造訪日 2010 / 12 / 25。

多，且商人之資力變化較一般個人起伏劇烈，及兼顧銀行通知義務所耗費之成本，二者折衝之下，宜使銀行對於商人借款之保證人，課予之資訊提供義務，以利保證人能考量主債務人資力，決定是否繼續為其債務為擔保。

### 第三節、以法律上居於劣勢議約地位者建構顯失公平

民法第二百四十七條之一：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平，該部份約定無效：一、免除或減輕預訂契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」，條文當中「按其情形顯失公平」之概念過於籠統、流於抽象，以下就整理涉及銀行保證契約之實務見解與各家學說來具體說明「顯失公平」之內涵，並提出個人意見。

#### 第一項、實務之判斷標準

本條之增訂理由，有謂：「當事人一方預訂契約之條款，而需要訂約之他方依照該項預訂條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』(Contrat d'adhésion)…。至於所謂『按其情形顯失公平者』，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而有顯失公平之情形而言。」

#### 第一款、相對人經濟資力

對於銀行保證契約，實務上多以「銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。又就保證契約之法律關係而言，保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，自難認系爭保證書約定，合於民法第二百四十七條之一第四款規定而無效。又保證書固為定型化契約條款，惟上訴人於審閱後，既在其上簽名用印，顯已同意前揭保證書各該條款，而訂定保證契約，故無民法第二百四十七條之一適用餘地」<sup>117</sup>，以相對人本身能為他人作保，本身並非經濟上弱者，逕而認為該契約內容非民法第二百四十七條之一審查標的。

<sup>117</sup> 參照最高法院九十五年台上字第九九四號裁定。持相同見解判決：最高法院九十五年台上字第八七號判決、九十五年台上字第五五四號判決、九十六年台上字第一二四六號判決。

## 第二款 事前審閱與同意

實務另以相對人締約前知悉該條款存在來判斷，例如「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，為民法第二百四十七條之一第二款所明定。所謂加重他方當事人之責任，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，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。本件最高限額保證契約，雖為定型化契約，但契約條款既經上訴人審閱後簽章其上，自無為上訴人所不及知或無磋商變更餘地之可言。」<sup>118</sup>，以形式上保證人已知條款內容，而無其所不及知或無磋商變更之情形，故無民法第二四七條之一適用餘地。

## 第二項 學說之判斷標準

### 第一款 以立法意旨與締約目的判斷之<sup>119</sup>

學者認為定型化契約必須屬於「排除任意規定或補充規定」之情形，始有依民法第二百四十七條之一判斷其效力可言。德國二〇〇二年一月一日施行之新民法第三〇七條第三項規定「本條第一項及第二項暨第三〇八條與第三〇九條規定，僅適用於定型化契約條款中之排除法律規定或補充法律規定之約款」，可供參考。

關於「排除任意規定之定型化契約條款」，判斷其是否「按其情形顯失公平」時，主要係審視該條款內容，並與其所不欲適用之任意規定，詳細加以比較，以掌握二者之差異，並進一步本於該任意規定之立法意旨，探求條款擬定人排除該任意規定，有無必要性與正當性。如該條款與其所排除所不予適用之任意規定之**立法意旨**顯相矛盾者，通常即可判斷該條款為顯失公平而無效（參見消保法第十二條第二項第二款）。

關於「補充法律規定之定型化契約條款」，判斷其是否「按其情形顯失公平」時，應探討在該條款下，當事人相互間權利義務狀態。尤其應注意，如該條款所約定之內容，有免除、限制擬定條款當事人之義務，或剝奪、限制他方當事人權利之情形，而導致他方當事人失去**締約之目的**者，則可判斷該條款顯失公平（參見消保法第十二條第二項第三款）。

<sup>118</sup> 參照最高法院九十三年台上字第一八五六號裁定。持相同見解判決：最高法院九十五年台上字第五五四號判決、九十五年台上字第九九四號裁定。

<sup>119</sup> 詹森林，同註74，頁107-110。

## 第二款 議約地位

另有學者提出民法第二百四十七條之一應以法律上居於劣勢議約地位者，作為主要保護對象。至於締約人之經濟能力或獲益狀況，原則不宜影響系爭約定是否顯失公平的判斷<sup>120</sup>。

## 第三項 以風險分配之角度判斷

上開討論之銀行概括最高限額保證、概括拋棄抗辯權、拋棄終止權、拋棄延期清償、免除對保責任…等等條款，此乃銀行將主債務人不能清償之風險，以預先擬定條款之方式，不公平地強加於保證人身上。本文欲以銀行所面對之風險內容，以及風險應如何合理管理與控制來建構「顯失公平」判斷標準。

### 第一款 風險概念之介紹

企業經營隨著政治、經濟、法律、文化、技術、生產、財產、人事、行銷等風險因素而變化，也可能因其所有、使用或管理的財產，遭致任何足以造成毀損之意外事故，而喪失財產之價值，導致經營上之損失；亦可能未履行法律上或契約上的義務，使得他方遭受財產損失或傷亡；亦可能因其員工或顧客詐欺，而遭受經營上損失；亦可能因其員工執行任務遭致傷亡，而須負法律上的責任等等之風險。

由於企業經營管理活動甚為複雜，各行各業每天皆有各種不同風險必須面對，而對於風險之定義至目前為止，可分為二種看法。第一種將風險定義為「事故發生之不確定性」(Risk is uncertainty)，從主觀觀點而言，風險乃指一定情況下對於發生與否、發生時間、發生狀況之不確定性。第二種將風險定義為「事故發生遭受損失之機會」(Risk is the chance of loss)，從客觀觀點而言，在企業某一特定期間內之經營活動，活動中發生損失之可能性，即企業經營活動損失的或然率越大，風險亦越大<sup>121</sup>。

### 第二款、銀行的風險管理

風險管理的目的並不是消除風險，而是管理風險。是故，銀行應審慎選擇有能力應付的風險進行管理，而將缺乏實力管理的風險減至最低限度<sup>122</sup>。在借款人

<sup>120</sup> 曾品傑，同註9，頁226。

<sup>121</sup> 鄭燦堂，風險管理理論與實務，2004年10月，五南圖書出版股份有限公司，頁3-5。

<sup>122</sup> 陳木在、陳錦村，商業銀行風險管理，自版，2001年7月，頁58。

向銀行借款時，銀行首先將面臨到「債務人債務無法清償」之風險，銀行為了降低此種風險，其會要求債務人提供之擔保品、第三人保證或簽訂契約保障條款，以減緩信用風險的衝擊。詳言之，透過銀行積極性風險管理措施下，銀行會與主債務人締結契約保障條款，如違約金條款。並透過銀行消極性風險管理措施下，銀行要求債務人提供擔保品，當債務人無法清償時，銀行可藉由沒收或出售擔保品，降低其損失。或者，銀行藉由第三人保證來強化其債權之清償可能性，使風險由借款人移轉為借款人與保證人。上開方式皆是銀行為了確保其債權能獲得完全清償。

由上述可知，銀行透過物保、人保或違約金條款來降低主債務人不能清償之風險。在人保方面，因銀行要求主債務人提供保證人為其債務擔保，銀行將會面臨第二種風險「保證人不能清償債務」之風險。為了減低保證人不能清償之風險，實務上銀行利用附合契約，如訂立概括最高限額保證、概括拋棄抗辯權、拋棄終止權、拋棄延期清償…等等條款，迫使保證人必須清償保證債務，使銀行債權能獲得最大之保障。然銀行所擬立之附合契約條款，大多不利於契約之相對人，而有成立民法第二四七條之一顯失公平之疑慮，就此問題下述討論之。

### 第三款、以風險分配作實質判斷

附合契約之他方當事人是否知悉條款存在及其內容，與判斷該條款是否有效，兩者為不同問題。換言之，附合契約條款是否有效，與該條款相對人是否曾經於訂約前所及知，並無絕對關聯。以下先就形式上相對人於締約前是否知悉條款存在之可能性，依不同背景之保證人作區分，以其對於契約了解程度不一，作動態面向之說明。再者，以風險分配之視角作出發，實質上探究附合契約內容有無違反民法第二四七之一，作靜態面向分析。

#### 一、動態面向

銀行面對不同背景、資歷之保證人，其對於契約條款了解程度亦有高低區別，使得判斷他方當事人是否及知之標準，隨之產生流動性，以下併同實務裁判探討之。

##### 第一、銀行業者之獨立擔保。

在金融機構獨立擔保時<sup>123</sup>，因金融機構本身熟悉附合契約內容，亦或者其在他案中可能成為擬定附合契約之一方，實難想像有誰比金融業者更了解附合契約之內容，故銀行業者擔任保證人時，其較無他方不及知情情形。

##### 第二、董事保證。

台灣高等法院九十六重上字第三一一號判決：「甲係擔任澎湖馬公第一信用合作社理事主席，則其對於銀行貸款業務理應比一般人更為瞭解；而乙與銀行往來多年，對於「連帶保證」之法律效果當為渠等所知曉，渠等既非毫無社會經驗

<sup>123</sup> 參照最高法院最高法院八十七年台上字第一五三五號判決、九十七年台上字第八三八號判決、九十八年台上字第二〇九三號判決。

或常識之人。」；台灣高等法院九十四年重上字第二六四號判決：「連帶保證人甲係國立海洋大學畢業，曾經歷台糖公司股長、永大機電經理、廠長、中信機電董事長等職，社會閱歷甚廣，顯非無智識或辨別事理能力之人」，可知保證人學歷高低、社會經驗是否充足亦影響契約了解程度之判斷。

### 第三、個人保證。

九十六年台上字第二三二號判決：「…惟乙之配偶非習法之人，不知使用『終止』二字，其表明乙不再續保，即係終止最高限額保證契約之意。」，一般個人未具有相當法律常識，應就大眾國民之法感情來審酌保證人之意思表示。

由此可知，各保證人屬性不同而其了解契約內容之能力亦呈現光譜化排列，保證人為金融業者時，其較無他方所及不知情形，其次為具充足社會資歷之公司董事，最為劣後乃一般個人。

## 二、靜態面向

以法律條文作出發，深入研究銀行保證契約條款是否顯失公平。

### 第一、對保風險移轉條款之風險分配合理性。

銀行多以「立約人與貴行往來之各個授信契據及書類僅憑蓋用立約人在本約定書上所留印鑑即生效力」之條款，來降低銀行對於「第三人盜蓋印章」之風險<sup>124</sup>。假如銀行藉由「原印鑑留存」條款，來免除銀行之對保程序，使第三人只要出示他人印鑑，他人就可能負擔保證債務之危險，實則將第三人盜蓋印章之風險移轉給保證人。對保程序乃指銀行要求主債務人提供保證人擔保債務，不論是保證人親自到場或是由保證人提供授權書，銀行皆須詳細核對保證人資料及其印鑑，此為銀行之附隨義務並為其內部所必須支出之人事成本，不可藉由「原印鑑留存」條款而省略對保程序，否則銀行將自己所得控制風險，以附合契約移轉給他方，該條款係顯失公平，為無效條款。

### 第二、在主債權擴張的情形下，確保保證人之預見可能性。

銀行多以「主債務人之一切債務憑證以○○萬元為限額，保證人願與主債務人負連帶償還保證責任」之概括最高限額保證條款，透過該概括條款來降低「債權不能完全清償」之風險。但保證人所負擔保證債務，乃限於保證人可得預見之範疇，並非主債務人與銀行之一切債務，皆屬保證責任內。仍須強調之一點，讓保證人預見主債務人資力並非限於締約時，更應擴張到履約時，因為在締約時，

<sup>124</sup> 另可參照最高法院七十年台上字第六五七號判例：「由自己之行為表示以代理權授與他人者，對於第三人應負授權人之責任，必須本人有表見之事實，足使第三人信該他人有代理權之情形存在，始足當之（參看本院六十年台上字第二一三〇號判例）。我國人民將自己印章交付他人，委託該他人辦理特定事項者，比比皆是，倘持有印章之該他人，除受託辦理之特定事項外，其他以本人名義所為之任何法律行為，均須由本人負表見代理之授權人責任，未免過苛。」，可知我國人民常因親屬關係、工作夥伴關係，交付印章他人辦理事務。

主債務人之資力在保證人可得而知的情況下，但隨著時間推移，主債務人資力可能惡化，銀行應具有資訊提供義務，主動積極通知保證人關於非消費性主債務人之財產狀況，使保證人有終止契約之可能。

其次，保證契約乃無償為他人作保，保證人與主債務人間存有信賴關係，基於此關係，保證人才肯負擔保證之責。假如主債務人為第三人作保而生之保證債務，此種第三人之保證債務，保證人對於第三人並無相同於主債務人之信賴關係，若仍屬「一切債務」之保證範疇內，實乃強加無法預測之風險給保證人承擔之。值得注意的是，行政院消保會第181次委員會審議通過，對於「個人購車及購屋貸款定型化契約應記載及不得記載事項暨範本」增訂不得記載事項第11點：「…前二項情形，**金融機構不得變相約定下列情事之一：一、徵取共同借款人或連帶債務人。二、要求保證人出具最高限額保證契約書。三、其他顯失公平之情形。**（第三項）」<sup>125</sup>。就消保會所提出最新不得記載事項的定型化契約範本，可知行政機關為了避免產生最高限額保證之數額無限擴張，採取了針對**不同屬性之主債務人而高低有別之保護機制**，換言之，對於具消費性之個人借貸，原則上已有足額擔保即不可再徵求保證人，例外未有足額擔保的情形，於徵求保證人同時不可約定拋棄先訴抗辯權及不可約定最高限額保證，如此一來，可貫徹保證人當初締結保證契約之目的「為擔保主債務人消費性借款」，且不會讓銀行巧取利用最高限額保證之約定，導致保證人須為主債務人之保證同負保證之責的不公平現象產生。

第三、民法第七五四條，保證人隨時終止權。

立法者賦予未定期限之保證可隨時終止契約，因保證是單純有利於債權人之契約，對於未發生之債務主債務的保證自容許其隨時終止。而銀行面臨「保證人不負保證責任」之風險（保證人可終止契約），其透過於締約時事先要求保證人拋棄終止權，使保證人無退保之選擇，將銀行面對債權無法清償風險移轉給保證人，而有抵觸民法第七三九條之一規定的可能。如此一來，更使保證似乎質變成一種保險，原本僅為主債務人於債務不履行時，保證人負擔清償債務之責，倘若保證人事先拋棄終止權，使得保證人無論如何一定須承受主債務人之債務，如同保險法中「有損害即須填補」之意涵，已不符合保證契約之本質。

第四、民法第七五五條，保證人延期同意權。

立法者賦予定期限之債務如延期清償，須得保證人同意。此時銀行所面臨「保證人不負保證責任」之風險（延期清償須得保證人同意），其透過於締約時事先要求保證人拋棄同意權，使得保證人無法於延期時預見主債務金額範圍，更使保證人喪失有不為延期債務擔保的機會，讓保證人負擔非其所能控制風險，亦有抵觸民法第七三九條之一規定的可能。

---

<sup>125</sup> 行政院消費者保護委員會，<http://www.cpc.gov.tw/detail.asp?id=1662> 最後造訪日 2010 / 12 / 25。

### 第五、保證人從屬性之要求。

在概括拋棄抗辯權的情形下，銀行多以「立即照付」條款來降低保證人主張主債務人抗辯之風險，並由民法第七四一條、第七四二條可知，保證債務乃從屬於主債務，從屬性為保證契約不可或缺之要素，若使保證人概括拋棄抗辯權，此乃背離保證契約之本質。且銀行利用附合契約排除保證人可主張主債務人之抗辯，使銀行債權獲得完全清償，對保證人顯失公平。僅於例外在獨立擔保契約始可承認立即照付條款效力之可能。

綜上所述，基於保證契約本質從屬性與補充性，而於民法第七三九條以下賦與保證人之權利。對於保證人上開之權利，銀行將面對保證人終止契約或不負保證責任之風險，然實務上銀行大多訂立附合契約條款使保證人拋棄該法定權利，即為變相將其應負擔之風險一律交由保證人承擔，此為風險不合理分配，構成顯失公平。

### 三、結論

透過上開探討，可立足於學者提出民法第二四七條之一「應以法律上居於劣勢議約地位者」為保護對象<sup>126</sup>，再衍生更細膩化之標準。所謂「法律上居於劣勢議約地位者」，就動態面來觀察，保證人本身之財務資力強弱或是其社會閱歷是否充足皆可作為輔助判斷是否有他方不及知情形；就靜態面分析，契約條款就風險是否作不合理之分配，與保證人就條款射程範圍是否具預見可能性，及確實維持保證契約之從屬性。

<sup>126</sup> 曾品傑，同註9，頁226。

## 第五章、離職後競業禁止條款之問題研究

### 第一節、競業禁止條款之說明

#### 第一項、競業禁止條款之法源

當事人一方對於他方當事人所負之禁止競業義務，其依據基於法律明文，或來自雙方之約定。

#### 第一款、法定競業禁止義務

因法律明文規定而負有競業禁止義務者，主要有三大類：第一，民法之經理人或代辦商，如民法第五百六十二條、第五百六十三條。第二，公司法之經理人、股東、無限責任股東及董事，如公司法第三十二條、第五十四條、第一百零八條、第一百一十五條、第二百零九條規定。第三，勞動契約法之勞動者，一九三六年十二月二十五日公布之勞動契約法第十四條、第十五條分別規定：「勞動契約，得約定勞動者於勞動關係終止後，不得與雇方競爭營業。但以勞動者因勞動關係得知雇方技術上祕密而對於雇方有損害時為限。前項約定，應以書面為之，對於營業之種類地域及時間，應加以限制」、「雇方對勞動者，如無正當理由而解約時，其禁止競業營業之約定失其效力」。惟勞動契約法尚未實行，故不得作為真正法定競業禁止之依據。

#### 第二款、約定競業禁止義務

指當事人一方（受僱人）對於他方（雇主）所負競業禁止義務，係由雙方合意為基礎。此項合意，雖亦有經雙方就競業禁止之內容磋商後為之者，但多係以他方當事人預先擬定之契約條款表現之。

然而，約定競業禁止義務發生，多數係由契約他方當事人就禁止競業之期間、地域、業務之種類，有無補償、違約責任等相關事項，片面預先詳盡擬定其內容，並於與同類型之相對人訂立相同或類似之契約時，以制式條款或工作規則、員工守則等方式，要求相對人必須接受該內容，而相對人基於訂約上不平等地位，遂予接受。

### 第三款、基於契約附隨義務而生競業禁止義務

基於契約關係，債務人除負有給付義務外，對於其債權人亦負有「附隨義務」。附隨義務之主要功能，在於輔助「給付義務」之履行，並以忠實、保護、照顧、保密、不作為等，為其常見內容。勞工基於忠實附隨義務，因而對於雇主負有在職期間及離職後不得從事競業行為之義務，法院實務見解，可供佐證：

一、最高法院九十五年台上字第一〇四三號判決：「…故在勞動契約之法律關係上，基於忠實與照顧之思想，雇主與勞動者於渠等勞動關係消滅後，更應負有義務，保護對方之法益狀態，以及維持契約目的。就勞動者而言，即有所謂之競業禁止，即勞動者在勞動契約存續中曾參與對顧客、來源、製造或銷售過程等機密，而此類機密之運用，對原雇主可能造成重大危險或損失，是於勞動契約結束後，賦與該勞動者競業禁止之義務」。

二、台灣高等法院九十二年勞上易字第一二六號判決：「按離職後競業禁止條款，係前雇主在勞動契約下與受僱人約定，勞工有不使用或揭露其在前勞動契約中獲得之營業秘密或隱密性資訊之附屬義務，目的在使前雇主免於受僱人之競爭行為，此因雇主為維護其隱密資訊，防止員工於離職後，在一定期間內跳槽至競爭公司，並利用過去於原公司服務期間所知悉之技術或業務資訊為競爭之同業服務，或打擊原公司造成損害，或為防止同業惡性挖角，而與員工為離職禁止競爭約定。其本質雖側重保障前雇主，然此項約款如未逾合理程度，且不違反公序良俗，應為法律所許」<sup>127</sup>。

## 第二項、競業禁止之內容

### 第一款、狹義競業禁止約款

所謂「競業禁止」係指事業單位為保護其商業機密、營業利益或維持其競爭優勢，要求特定人與其約定於在職期間或離職後之一定期間、區域內，不得經營、受僱或經營相同與其相同或類似之業務工作。其限制對象包括企業經營管理人、董事、監察人、執行業務股東、經理人及一般勞工。就企業所有人及經營管理者而言，競業禁止規範的範圍，本質上皆是有關雙方營業利益上之衝突，亦即是單純財產權上的爭議，在法律規範及處理程序上有別於一般技術勞工所面臨的問題；一般技術勞工所面臨不單是財產權的衝突，而是雇主財產權與勞動者工作權兩個憲法保障權利之衝突<sup>128</sup>。競業禁止約款內容如下：

<sup>127</sup> 以上資料皆參考詹森林，競業禁止與保密條款契約實務，經濟部智慧財產局2007年2月，頁16-23。

<sup>128</sup> 王琛博，離職後競業禁止約款之研究，輔仁大學法律學系碩士論文，2007年11月，

一、最高法院九十七年台上字第三九七號判決：「兩造並約定於契約期限內，上訴人非經被上訴人同意，不得再承教其他升大學文理補習班之補習業務，亦不得自行開立相關補教機構，上訴人如違反前開約定，被上訴人即得請求新台幣 1000 萬元懲罰性違約金。前開競業禁止約款並無不當，自屬合法有效。」。

二、台灣高等法院九十六年上字第九二〇號判決：「…同時乙方保證任職期終止後〇年內不得直接或間接自行經營、受僱或受任於甲方業務相同或近似之公司、法人或任何營業組織，包括但不限於擔任該行業之員工、董事、監察人、經理、顧問、代理人或以任何名義提供勞務。」。

## 第二款、保密條款

保密條款，係指當事人約定，一方應就其所知悉或持有之他方秘密文件或其他資料，負責保密，不得洩漏，自行使用或使第三人使用。嚴格來說，保密條款以智慧財產權為直接保護之標的，係在防止營業秘密被離職員工洩密或使用在新職上，其重點並非員工離職後是否至競爭事業受僱的「單純受僱事實」，其與競業禁止之目的為防止離職員工從事不正競業行為有所不同<sup>129</sup>。惟實務運作上皆將競業禁止與保密約款訂立於同一份契約中，以下法院判決說明之。

一、最高法院九十七年台上字第一〇〇七號判決：「承諾對於職務上所獲悉公司機密及商場情報、公司往來客戶資料等應善盡保密之責，不得洩漏，並於離職後 1 年內，不得利用上開資料，由自己或他人從事相同性質之工作，亦不得於台北縣市、基隆、桃園等地區從事與公司相同業務之服務等事項，如有違反，願給付上訴人新台幣 200 萬元懲罰性違約金，並負損害賠償責任。」。

二、最高法院九十六年台上字第八九四號判決：「被上訴人於任職期間曾簽署系爭保密切結書，承諾於在職期間及離職後不得洩漏、交付或利用秘密資訊，更承諾於離職日起算一年內，不得從事未獲漢翔公司同意授權之娛樂視訊系統等相關工作或使用上述之相關資訊，如違反約定，應給付上訴人漢翔公司懲罰性違約金二百萬元。」。

## 第二節、離職後競業禁止條款之容許性

競業禁止，是指「事業單位為保護商業機密、營業利益或維持其競爭的優勢，要求特定人與其約定在職期間或離職後之一定期間、區域內，不得受僱或經營與

---

頁 102。

<sup>129</sup> 王琛博，同註 128，頁 106-107。

其相同或類似之業務工作」而言<sup>130</sup>。然競業條款之訂立是否就任憑契約自由原則主宰，法院有無介入之空間與介入之程度為何，以下說明之。

### 第一項、契約自由原則與界限

契約自由原則與過失責任原則、所有權絕對原則共同構成近代民法的三大基本原則。契約自由原則使市民社會的成員，不再如封建社會受其身分支配，而是可以自主規範其法律關係；其基本理念，乃在於自我決定與自我負責的思想；亦即法律上容許當事人得任意、自主地創造、形塑成其法律關係，而免於國家干涉。一個契約約款之所以對於當事人具有拘束力，乃因其基於雙方當事人之自我決定、對其內容所為合意而成立。除有違背公序良俗、強制規定、權利濫用等例外情形外，對於一個縱然在客觀上不盡明智或正確的契約約款，法律上仍應承認其效力。但上述契約自由原則，對於勞動契約，是否仍如在民法上一般情形予以適用，則自始受到挑戰。蓋自勞資雙方締約的實際情形而言，勞方多處於劣勢狀態，加以勞動條件實際上多由雇方預先擬定，勞方多欠缺個別商議勞動條件之可能，因此對於勞動契約上之約款，多主張法院有較一般民法上其他契約約定，更廣泛地加以審查、控制的必要<sup>131</sup>。

### 第二項、實務上看法

台灣高等法院台中分院九十四年重上更(一)字第二十三號判決：「接受僱人有忠於其職責之義務，於僱用期間非得僱用人之允許，固不得為自己或第三人辦理同類之營業事務，惟為免受僱人因知悉前僱用人之營業資料而作不公平之競爭，雙方得事先約定於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業以免有不公平之競爭，若此競業禁止之約定期間、內容為合理時，與憲法工作權之保障無違。…此項競業禁止之約定，附有一年期間不得從事特定工作上之限制，雖未明定限制之地域，但既出於丁○○三人之同意，於合理限度內，即在相當期間或地域內限制其競業，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定應屬有效。」<sup>132</sup>

實務上對於競業禁止條款有效性採肯定態度，並且大多法院乃是以公序良俗來檢視條款之有效性。

### 第三項、學說上見解

學者有認為法律雖禁止勞工為營業上競爭，但關於禁止競爭的營業種類、地域、和禁止營業競爭的時期，都應受限制。故如雇主與勞工訂立勞動契約時，

<sup>130</sup> 簽訂競業禁止參考手冊，行政院勞工委員會編印，2003年5月，頁2。

<sup>131</sup> 林更盛，離職後競業禁止條款 評台北地方法院八十九年勞訴字第七六號判決，月旦法學雜誌第81期，2002年2月，頁214-215。

<sup>132</sup> 持相同見解判決：最高法院九十九年台上字第五九九號判決。

約明勞工永遠不得為同種類營業的競爭，其約定即因違反強行規定而無效。如雙方發生訴訟，法院得斟酌雙方的利益或社會的公益，宣告該項約定，僅於法院適當期間內為有效；超過該適當期間，勞工即可不受禁止營業競爭的限制<sup>133</sup>。

另有學者主張勞動關係終了後，受僱人不復負「不為營業競爭之義務」，僱用人如欲保全其利益，則非使受僱人於勞動關係終了後，仍繼續負此種義務不可。此競業禁止契約之所由來也。此特約是否有效，從來有肯定與否定兩說。然德、法、瑞士之判例，立法則採折衷意見。對於就時期、地域、營業種類，有限制之特約，原則上認為有效<sup>134</sup>。

其他學者提出離職後競業禁止約款處於締約實力不對等的勞雇之間簽定，而該約款又嚴重影響勞工選擇職業之自由，是以吾人對於該約款即不能任由當事人「約定」，而是應予以審查。惟現行法對此，並無一明文之標準；因此司法者即應自居於立法者地位，透過法益權衡的方法，個案決之<sup>135</sup>。

學說上對於競業禁止條款是否有效，原則上亦採肯定立場，然仍需個案中審查限制競業之條件是否合理。

### 第三節、離職後競業禁止條款受階段性規範

競業禁止條款訂定之目的，係在限制員工離職後轉業之自由，以防止員工於離職後於一定期間轉至原雇主之競爭對手任職，並利用過去服務期間所知悉之技術等機密為同業服務，而打擊原雇主，亦即為避免要求之工作表現，而不得使用其在前僱用人任職處所知悉之資訊，致有洩漏前僱用人之營業秘密、其他機密或搶奪固定客源之虞，對前僱用人造成企業競爭上之不利益而設。

學說上有認為關於定型化契約約款之效力問題，原則上優先依據民法第二四七條之一規定加以審查，若可據以認定該約款無效，即無需再依民法第七十二條加以審查<sup>136</sup>。對此，另有學者持不同見解，認為定型化契約條款如違反法律強制規定或禁止規定，或違背公序良俗者，依民法第七十一條或第七十二條，當然無效，無再適用民法第二四七條之一餘地<sup>137</sup>。然競業禁止條款究竟屬於民法第七十二條公序良俗之問題，亦或是民法第二四七條之一附合契約之範疇，及應如何適用，值得研究。

<sup>133</sup> 黃劍青，勞動基準法詳解，1986年6月，頁144-145。

<sup>134</sup> 史尚寬，勞動法原論，史吳仲芳發行，1978年6月，頁53-54。

<sup>135</sup> 林更盛，同註131，頁217。

<sup>136</sup> 林更盛，離職後競業禁止約款的審查：民法第二四七條之一—評臺北地方法院九一年勞訴字第一二九號判決一，萬國法律第131期，頁29-35。

<sup>137</sup> 詹森林，同註73，頁104。

## 第一項、實務上不同審查標準

審查競業禁止條款之有效性，觀察多數判決發現法院間使用不同法律規定來檢視其效力。

### 第一款、以公序良俗審查

法院判決有以民法第七十二條：「法律行為若違反公共秩序或善良風俗者，其法律行為無效」來判斷競業禁止條款有效性。換言之，競業禁止條款乃出於契約自由原則，並無違公共秩序，或善良風俗，判決整理如下。

一、最高法院九十五年台上第一〇四三號判決：「故公司與曾參與對顧客來源、製造、銷售或公司營業機密之員工，簽立協議書，要求該員工於離職後一定時間內，不得從事與原公司相同或同類公司或廠商之工作，且基於員工之同意，則該競業禁止之約定，**難認有背於善良風俗，亦未違反其他法律強制規定，復與公共秩序無關**，甲○○等人以簽立前揭切結書，違反民法第七十二條之規定，應為無效之抗辯，即屬無據。」。

三、最高法院九十六年台上字第八九四號判決：「此項競業禁止之約定，附有一年期間不得從事特定工作上之限制，雖未明定限制之地域，但既出於甲○○三人之同意，於合理限度內，即在相當期間或地域內限制其競業，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，**亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關**，其約定應屬有效。」。

三、台灣高等法院九十五年勞上字第三十二號判決：「另上訴人之職務為業務、業務代表，無下屬，上級為經理、副總經理、總經理，嗣經調任大陸地區，加上副理職位等情，已據上訴人陳述在卷，則上訴人在被上訴人公司內實屬最低職位，非公司主要營業幹部，不能亦無法掌握公司內部機密文件等，**被上訴人就公司內屬弱勢之上訴人加諸競業禁止約款，亦有違公共秩序。**」。

四、台灣台北地院九十七年店勞小字第一號判決：「系爭競業條款並未具體指明被告離職後不得就業之地域，其競業限制之區域至少包含全臺灣，對被告已造成過度限制。又系爭競業條款係限制被告至從事與原告相同或類似之公司任職，究何謂『與原告相同或類似公司』，原告僅以該公司所營事項『經營期刊訂購有關之服務』籠統代之…，如因此限制被告離職後不得再至販賣、銷售任何醫療健康種類期刊之他處任職，亦過份限制被告之轉業自由，加之現今公司多角化經營趨勢，當員工簽署競業條款時，公司可能尚未從事該項營業，如只要列入公司營業

項目者，員工均受限制而不得至其他相近似行業之公司任職，顯非員工簽署競業條款當時所得預見，如因此致離職時陷於失業或遭公司求償鉅額違約金之困境，顯對員工有不公平情事，故原告以公司所營事項限制被告就業對象及職業活動範圍，已逾合理範疇，對被告生存造成困難，而有違公共秩序、顯失公平，應為無效。又競業禁止約款具有限制憲法保障勞工轉業自由之性質，於經濟弱勢之勞工，為雇主之利益拋棄此項基本權之際，亦要求雇主衡平給付對價，始符公平原則。兩造均不爭執被告離職時行銷主任之職月薪為 40,000 元，衡情並未高於其他公司同職位者，且原告對其並未因系爭競業禁止約定，給予被告相當之補償一節並不爭執。則系爭競業禁止約定既無原告允為代償之衡平措施，應認合於民法第七十二條規定，違反公共秩序而為無效。綜上，系爭競業條款既有如上所述違反公共秩序且顯失公平情事，其約定應認為無效，故原告自不能執此競業禁止條款約定謂被告違約而應負賠償責任。」

### 第二款、以民法第二四七條之一作審查

另有法院見解以民法第二四七條之一判斷競業禁止條款有效性，並不一開始即求諸於民法第七十二條公序良俗之控制。

一、台灣高等法院九十三年上字第二九九號判決：「按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。民法第二百四十七條之一定有明文。又按，有無上開無效原因，即應衡量雇主與受僱人間之利益，並審酌：雇主有依競業禁止特約保護之利益存在。受僱人之職務地位與知悉雇主業務秘密之因果關聯。限制受僱人就業之對象、時間、區域、職業活動之範圍，是否逾合理範圍。」。

二、台灣高等法院九十六年勞上字第七十二號判決：「關於離職後競業禁止之約定，其限制之時間、地區、範圍及方式，在社會一般觀念及商業習慣上，可認為合理適當且不危及受限制當事人之經濟生存能力，其約定固非無效。惟轉業之自由，牽涉憲法第十五條所保障人民工作權、生存權之基本人權，競業禁止契約乃應有合理限制。然在該競業禁止之約定係以附合契約即定型化契約之方式訂定時，仍應審酌該競業禁止之約定，是否有上開民法第二百四十七條之一各款」<sup>138</sup>。

<sup>138</sup> 持相同見解之判決：台灣高等法院九十二年重上字第一七六號判決、九十二年勞上易第一二六號判決、九十三上字第四〇九號判決、九十三上字第二九九號判決、九十六年上字第九七二號判決、九十六年重勞上更（一）第七號判決。

## 第二項、學說上看法

學者主張不因為系爭法律屬於勞動契約，而排除民法第二四七條之一的適用。…2001年德國民法債編修訂，新增民法第三一〇條第四項第二句「本節規定適用到勞動契約時，應適當顧及勞動法之特殊性」，即明確地將勞動契約納入適用範圍內。蓋認為對於勞動契約之保護，其程度不應低於一般民事契約。五項審查標準或三步驟<sup>139</sup>，基本上是處於後補立法的司法者所為法的續造，在法有明文時，自應優先适用法律規定。特別是在當民法二四七條之一已經更具體審查標準時（例如就審查方向：對他方當事人利益的影響；類型的分類：第一至四款；審查程度：顯失公平）法院自應受其拘束，並無藉助前述五項審查標準或三步驟，改變或規避立法者所定的價值判斷理由。又關於定型化契約的一般理論（如有無納入成為契約內容、內容透明度的要求、意外條款的排除、內容不明時作不利於提出者解釋），在此原則亦有其適用。惟民法第二四七條之一規定既然包含了不確定法律概念與法益權衡時所應考慮觀點亦未完全提及，因此離職後競業禁止條款所採取五項審查標準或三步驟亦具有補充功能，仍可作為審酌參考<sup>140</sup>。

## 第三項、小結

本文以為，離職後競業禁止條款是以民法第七十二條或是受民法第二四七條之一控制，並非截然二分，而是一個具有階段性之審查。首先，法院在審查競業禁止約款時，心中有一把尺來衡量是否有明顯重大有違公序良俗之情形，若有該抵觸民法第七十二條規定，無效。其次，假設契約條款通過民法第七十二條之規定，此時該條款係雇主一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，再受民法第二四七條之一審查，判斷競業禁止條款有無顯失公平之情形<sup>141</sup>。

## 第四節、以比例原則建構顯失公平

雇主為與不特定多數員工訂立同類契約之用，所提出其單方預先擬定關於離

<sup>139</sup> 可參照本文第五章第四節第一項實務上的五標準，頁81。

<sup>140</sup> 林更盛，勞動契約上離職後競業禁止約款的審查，律師公會在職進修書面，2006年12月9日，頁9-10。轉引自王琛博，同註128，頁97-98。

<sup>141</sup> 實務上亦有持相似見解者，如台灣高等法院九十八年勞上字第二十二號判決：「（一）競業禁止於契約自由原則下，其約定須不違反民法第七十二條所為『有背於公共秩序或善良風俗者』之規定，始為有效。（二）競業禁止之約定如以附合契約即定型化契約條款之方式訂定時，應審酌競業禁止之約定，有無民法第二四七條之一各款所列顯失公平之情事。因之，受僱人離職後競業禁止條款之效力，即應就雇主與受僱人間之利益加以斟酌、判斷，並應斟酌競業禁止之約定，有無民法第七十二條違背公序良俗、及第二四七條之一所列各款顯失公平之情事。」、台灣高等法院九十九年上易字第三〇一號判決等。

職後競業禁止之契約條款，即屬附合契約條款。離職後競業禁止契約條款除當然不得有民法第七十二條所定背於公序良俗之情事外，還必須同時通過民法第二四七條之一「按其情形顯失公平」之審查。

競業禁止約款不僅涉及雇主之營業利益，亦影響勞工之工作權，更甚及於生存權之問題。故競業禁止約款不能任由契約自由原則，使當事人自主地決定其法律關係，則相對地其界線即在於：避免具有優勢締約實力之一方，藉此以達其單方決定，使他方因而由「自主」淪為「他主」的地位<sup>142</sup>。相對於此，司法上乃從事法的續造，由判決累積成一套針對離職後競業禁止審查標準，下述就實務所提出之標準與學說之見解作為基礎，並嘗試提出自己意見以建構民法第二四七條之一顯失公平之審查。

### 第一項、實務上的五標準

#### 第一款、台北地院八十五年勞訴字第七八號判決

「五標準說」首先見諸於台北地院八十五年勞訴字第七八號判決，該判決揭示具有指標性的五項衡量準則。

- (1) 前雇主是否有依競業禁止特約保護之利益之存在？
- (2) 受雇人在前雇主之職務地位，是否係主要營業幹部，而非處於較低職務技能？
- (3) 限制轉業之對象、期間、區域、職業活動等，是否不致使受雇人處於過度困境中？
- (4) 雇主是否需有填補勞工因競業禁止損害之代償措施存在？
- (5) 離職後受雇人之競業行為有無顯著違反誠信原則？<sup>143</sup>。

#### 第二款、台灣高等法院九十六年上字第九二〇號判決

##### 一、本件事實

員工與雇主簽定合約約定：「…員工保證任職期終止後5年內不得直接或間接自行經營、受僱或受任於雇主業務相同或近似之公司、法人或任何營業組織，包括但不限於擔任該行業之員工、董事、監察人、經理、顧問、代理人或以任何名義提供勞務」。員工於離職後，始發覺合約競業時間長達五年外，並未給予員工任何補償，且要求員工違約即賠償三百萬元，致員工因該條款而不敢就業，影響其生存之權利，依憲法第十五條、民法第七十二條、第二四七條之一規定，主

<sup>142</sup> 林更盛，同註131，頁216。

<sup>143</sup> 參閱台89勞資二字第0036255號之函釋、台灣高等法院九十七年勞上字第十八號判決、台灣高等法院八十九年重上字第二四號判決、最高法院九十四年台上字第一六八八號判決、最高法院九十七年二四九〇號裁定。

張合約有關離職後競業禁止條款之簽訂，對員工顯失公平，且有背於公序良俗，應屬無效。

## 二、二審法院

競業禁止約款若以附合契約方式訂定，則該競業禁止約款是否有效，即應審酌是否該當民法第二四七條之一規定顯失公平之情形。審酌競業禁止條款訂定之目的及條款對該離職受僱人造成之不利益，於審查競業禁止條款是否有違反民法第二四七條之一規定之顯失公平，其審酌之要素應包括：

### (一) 企業或雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在。

所謂「雇主可保護之正當利益」，係指僱用人花費勞力、時間或費用所取得具機密性非公開且有利於企業競爭之機密資訊，該資訊之所有人有機會取得優於不知或不使用該資訊競爭對手之利益，是若為受僱人在該行業工作即可獲得之一般知識，即非屬雇主可保護之正當利益範圍。

員工得據以完成廢氣處理系統設計工作係本於其機械方面之專業常識、經驗技術及竅門，其中經驗技術及竅門與雇主之公司相關，惟上開經驗技術及竅門是否係屬非一般涉及該類資訊之人所知而屬機密資訊，應由雇主負舉證之責，雇主未能舉證以實其說，應認該經驗技術或竅門，僅係員工受僱於公司在工作上所獲得之一般知識。此外，雇主亦未能證明員工確有取得關於廢氣處理系統之報價資料，則揆諸有關雇主可保護之正當利益之說明，尚難認員工所簽系爭合約，可達成雇主之公司欲保護之正當利益。

### (二) 依離職員工之職務及地位是否知悉僱用人上開正當利益及知悉程度。

依員工新舊職稱對照表所載，雇主公司之員工分為 10 職等，每 1 職等又細分為 5 至 8 職級，員工所任之課長或嗣後升任之副理職，依該對照表所示分屬 4、5 職等，隸屬製造管理處下轄之製造設計部，以及擔任之課長乙職，其於 90 年 3 月份之薪資為 5 萬餘元，此亦有員工薪資單可憑，堪認該員工應僅係雇主公司之中層員工，尚非屬該公司之高階主管人員甚明。

### (三) 限制離職員工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超過合理之範疇。

合約約定員工「5 年內」不得從事與原雇主公司「有關連」之工作，除約定禁止期間長達 5 年，對於競業禁止之區域亦全無限制，且限制範圍又涵蓋一切有關連之工作，該競業禁止條款，顯已超過合理保障雇主營業利益之必要限度。

### (四) 代償措施之有無。

此外，合約競業禁止約定並未對員工有何補償約定，均難謂合理適當。

**(五) 離職員工之競業行為，是否具有背信或違反誠信原則之事實。**

系爭判決未就此點闡述之。

合約除限制員工離職後從事相類業務，並限制其就業期間、區域、職業活動範圍，及無任何代償措施之約定，顯於「保護雇主營業利益」與「限制員工生存權益」間發生嚴重失衡狀態，有過度保護雇主而害及員工權益，已逾保障雇主營業利益之必要限度，難謂合理適當。從而，員工依民法第二四七條之一第三款之規定主張合約關於競業禁止之約定，顯失公平，應屬無效，其對雇主之競業禁止義務不存在，為有理由。

**三、三審法院<sup>144</sup>**

認為雇主上訴不合法，裁定駁回雇主之請求。

**第三款、小結**

透過台灣高等法院九十六年上字九二〇號判決，更能細膩化五項標準之內涵。實務上五標準確實提供審查競業禁止約款之方向，惟仍須進一步探討五項標準是否於個案中必然存在，申言之，五項標準是否缺一不可，或是判決中各自選擇標準即可，後述就法院判決討論之。

**第二項、學說之見解**

學者就離職後競業禁止約款即對其審查目的出發，認為能藉由底下三個審查步驟，或可提出一合理和清楚的審查方式：

**第一款、雇方有無值得保護的正當利益**

雇方就離職競業禁止約款之訂定，有無值得保護的正當利益？若無，應認為該約定無效。蓋以離職後競業禁止約款限制勞工離職後職業選擇之自由，嚴重影響其人格與經濟利益，並有影響市場自由競爭之虞，因此除非雇方有值得保護正當利益，否則應逕認該約款無效。

**第二款、所限制之範圍是否與雇方之正當利益保持合理的關聯**

若雇方就離職後競業禁止約款之訂定，有值得保護的正當利益，其次應審酌該約款所限制之競業者（勞工）、範圍（限制競業之種類、地域、期間等），與雇方所企圖保護之正當利益是否保持合理的關聯？若答案是否定的，該約定無效。蓋以離職後競業禁止約款嚴重影響勞工利益，因此雇方縱有值得保護的正當

<sup>144</sup> 最高法院九十七台上字第二四九〇號裁定。

利益，其所為限制亦不應逾越必要範圍之外。準此，該約款所限制者（勞工）、範圍（限制競業之種類、地區、期間等），應與雇方前述之正當利益保持合理的關聯。

### 第三款、是否因而給予勞方合理的補償

蓋離職後競業禁止約款係為雇主單方之利益而設，離職後雙方勞動關係已終止，勞工已無競業禁止義務。吾人若承認雇方不必給予任何補償，而勞方有不作為（不從事競業行為）之義務，則勞資雙方將成為單務、無償關係；勞工之職業選擇自由既然遭受限制、影響其人格與經濟上之利益，卻無任何補償，雙方權益顯失均衡，應認為無效。例外的是，若就個案情形，受僱勞工不論就其專業能力或經濟上觀點，與獨立營業人無甚差別，參照獨立營業人於出賣營業場所後，民法上一般認為出賣人負有競業禁止之後契約義務的觀點，雇主若有值得保護的正當利益，且對勞工的競業限制尚屬相當，即可例外不必給予勞工補償<sup>145</sup>。

### 第三項、以比例原則作出發

如何判斷離職後競業禁止約款有無顯失公平之情事，可藉由於形式上審查是否具備合理審閱、明示同意之二要件。再者，於實質審查條款有無顯失公平時，透過比例原則之延伸來簡化過於繁瑣的五標準說。

#### 第一款、形式二要件

附合契約曾經他方當事人審閱或他方當事人知悉該條款存在暨其內容者，此為附合契約條款是否訂入契約之問題，接下來仍須就兩造離職後競業禁止約款是否有效作實質審查，不可將他方當事人知悉與否和條款效力混為一談。以下就形式上審酌他方當事人是否經合理審閱、明示同意，來判斷競業禁止條款是否訂入附合契約。

#### 一、合理審閱

（一）台灣高等法院九十二年勞上易字第一二六號判決：「被上訴人為使全體員工皆能認知『競業禁止』之意義，曾於九十年十二月廿八日敦請律師為員工講解『營業機密與競業禁止』之課程，當時上訴人全程參與，其已充分瞭解競業禁止約款之意義及其影響。嗣被上訴人於九十一年一月十四日將系爭職務保密暨權屬界定協議書交予公司員工。公司員工分別有於九十一年一月十七日或十八日交回，上訴人早於九十一年一月十六日即已交回，足見被上訴人已給予上訴人充分之審閱期間，且上訴人亦係自願簽訂系爭協議書並同意競業禁止約款，上訴人主張其係被迫簽署繳回云云，顯與事實不符。」。

<sup>145</sup> 林更盛，離職後競業禁止約款的控制—是否給予勞方適當補償，全國律師月刊2009年2月號，頁45。

(二) 台灣高等法院九十二年重勞上更(一)字第四號判決：「上訴人於任職期間，不得以自己或他人名義經營或投資與公司業務相同或類似之事業，亦不得為與公司業務相同或類似之公司、商號或個人之受僱人、受任人、承擔人或顧問。…上訴人均為成年人，均受高等教育，且從事房屋仲介之事業，使用制式契約之機率，亦高於一般常人，上訴人對於簽署系爭契約時，應行注意之事項，自高於一般常人，而上訴人既在系爭契約簽名蓋章，其對於契約之內容，必經詳細審閱且深思熟慮後，同意契約內容始行簽署」。

## 二、明示同意

(一) 台灣高等法院九十七年上字第九十六號：「貝爾公司惟恐其員工離職後洩漏其工商業上，技術上之秘密，乃於其員工進入公司任職之初，要求員工書立聘雇合約及切結書，約定於任職及離職日起一年間不得從事與公司同類營業之工作或提供資料，如有違反應負損害賠償責任。…聘雇合約及切結書係貝爾公司所制定之定型化契約，因社會失業人口甚眾，經濟景氣狀況不佳，謀職確實不易，謀職者為謀生計因而不得不簽訂公司所訂定各型條款，難有拒絕或要求修正之可能。」。

(二) 台灣高等法院九十二年勞上易字第一二六號判決：「…上訴人以其優異之學經歷，正是高科技之光電產業界極欲延攬之高科技人才，與其他夕陽工業之從業人員相較，上訴人根本毋庸擔心找不到其他工作。遑論上訴人係於『在職中』簽訂系爭競業禁止約定，並非被上訴人錄用上訴人之交換條件而於上訴人『任職之初』即要求其簽署。況當時若上訴人拒絕簽署系爭競業禁止約定，在勞動基準法之保護下，被上訴人亦無由逕以解僱或給予任何不利益。是上訴人主張其於訂約當時係處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況云云，顯屬無稽。」。

## 三、小結

一般勞工所締結之競業禁止約款，正如台灣高等法院九十七年上字第九十六號所提及：「…因社會失業人口甚眾，經濟景氣狀況不佳，謀職確實不易，謀職者為謀生計因而不得不簽訂公司所訂定各型條款，難有拒絕或要求修正可能」，極大多數的勞工僅能接受雇方單方預先擬定之條款，對於附合契約無任何議約之能力。然而一般勞工簽訂離職競業禁止條款，可就簽訂時間點區分為「任職之初」或「任職中」來判斷法院介入審查之程度。倘若員工於任職之初，該競業禁止約款與其他契約一併締結，勞工大多會害怕若不簽署競業禁止約款，將會喪失工作機會，迫於現實考量而簽署之。此時，勞工形式上雖已審閱並同意競業禁止約款，但法院仍須實質細究約款是否有顯失公平之處。反之，若勞工在任職中才簽定競

業禁止約款，雇主對於勞工是否保有該工作之影響力已不如任職之初來的強烈，故可於形式上從寬認定勞工簽訂競業禁止約款乃出於其明示同意，而非迫於無奈才締結之。值得注意的是，縱符合形式上同意之要件，仍須進一步審查條款之效力。

## 第二款、以比例原則作實質審查

離職後競業禁止條款乃係一種風險分配之態樣，原雇主為避免公司重要資料、技術的洩漏，進而產生不公平的同業競爭之風險，雙方透過締結離職後競業禁止條款將上開風險交由離職員工承擔。然而離職後競業禁止條款涉及了雇主財產權與勞工工作權，除了在公法上國家可藉由國家保護義務功能介入外，在私法上則是藉由離職後競業禁止條款來合理分派風險。實務上藉由判決累積而發展出五標準說來判斷離職後競業禁止條款之當否，其用心值得肯定。惟本文嘗試以比例原則的角度作出發，將離職後競業禁止條款所欲轉嫁之風險作一合理的分配。

依憲法第二十三條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急避難，維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，指國家欲限制人民之權利時，須以法律明定之，大法官釋字第四七六號亦提及：「…倘與憲法第二十三條所要求目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則…」。對此，離職後競業禁止條款係雇主以契約自由限制勞工離職後之工作權，故可將比例原則之精神體現於條款中，以調和雇主與勞工間之權益。以下試著透過比例原則內容適當性、必要性、狹義比例性，論證離職後競業禁止條款顯失公平之標準。

### 一、適當性

「適當性」係指採取之方法有助於目的之達成。雇主與勞工簽訂離職後競業禁止約款，有助於雇主達成勞工離職後對於其事業利益之侵害的目的，但為了平衡雇主與員工間基本權之衝突的緊張關係，須考量雇主所欲達成之目的，該受保護之強度是否高於所犧牲勞工之工作權。以下藉由判決整理歸納出「雇主具有保護之利益」的類型。

#### (一) 營業秘密<sup>146</sup>

<sup>146</sup> 商業機密之定義應由雇主明定之。參閱台灣高等法院九十八年勞上字第八十八號：「同意書第1條、第2條固分別定有生產技術機密、商務機密、工商機密等項，然其定義為何，未有任何說明。審諸系爭同意書涉及被上訴人之系爭契約義務，為免其動輒得咎，而損及被上訴人正當權益；上訴人將系爭同意書為員工基本規範，自負有使其明確之責任；且上訴人

(1) 最高法院九十五年台上字第一〇四三號判決：「亞泰公司製造『含浸處理機』之技術，依營業秘密法第二條規定，係非一般涉及該類資訊人所知者、具有實際或潛在之經濟價值，亞泰公司並對於涉及知悉『含浸處理機』生產之技術，已令甲簽立前揭保密切結書等情…。亞泰公司製造『含浸處理機』之技術，自屬上開法條規定之營業秘密。」。

(2) 台灣高等法院九十八年上易字第六一六號判決：「所謂雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在，係以有無洩漏企業經營或生產技術上之秘密，或影響其固定客戶或供應商之虞為斷。至於僅是單純避免造成競爭、避免勞工搶走其未來客戶，甚或僅為使勞工較不易離職等，均不構成雇主有值得保護之正當利益。又若該行業無所謂固定客戶，抑或原雇主僅為確保其所對勞工投注之職業訓練或教育費用得以回收，則原則上皆非值得保護之正當利益。」。

## (二) 公司重要資料

台灣高等法院九十三年上字第七五〇號判決：「客戶相關資料等商業性資訊，雖有可能屬於公司商業機密，但並非所有客戶資料均屬商業機密。若為單純之客戶名稱、公司設址資料，一般人由工商名冊即可任意取得，且該等資料倘非已相當程度反應公司營業活動重要內涵，如公司之獲利、營業有賴該等資料之建立等情，即非所謂商業機密。」。

## (三) 客源流失

(1) 最高法院九十六年台上第八九四號判決：「員工自雇主公司離職並任職於殷特公司後，和欣公司向殷特公司購買巴士液晶影音相關產品，並訂立合約書，乃原審確定之事實。果爾，本件雇主主張：員工任職伊公司期間，伊已開發完成車輛娛樂視訊系統，與和欣公司二度簽約出售娛樂視訊系統，詎員工離職後，和欣公司即不再將已購商品交由伊繼續執行維修保固，及購買安裝此類產品，顯已因員工違反競業禁止規定而轉向殷特公司購買或請該公司維修云云，似非全然無據。」。

(2) 台灣高等法院九十五年重上字第五九四號判決：「員工至雇主補習班授課，自含有以員工係名師之名氣作為招生之營利目的，詎在雇主付出相當之代價後，該員工竟至他家補習班授課…。造成員工在雇主授課班級之學生留班意願大為降低，情節重大，雇主因此流失報名學生之重大損害。」。

---

將各項機密明確定義、列管，對上訴人而言應無困難，亦利於被上訴人及其他員工遵守等節以考」。

#### (四) 小結

由上開判決整理，雇主有具保護之正當利益內容，有無洩漏企業經營者或生產技術上之秘密，影響其固定客戶。營業秘密之認定可藉由營業秘密法第二條：「本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：一、非一般涉及該類資訊之人所知者。二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。三、所有人已採取合理之保密措施者。」<sup>147</sup>之定義依各個公司之情況作判斷；另有學者主張毋須回歸營業秘密法第二條，直接以「雇主是否曾付出相當成本、且已涉及營業競爭上相關利益」為斷<sup>148</sup>，值得參考。

其次，對於雇主客源流失之情形，須由雇主舉證證明客源流失與員工之離職競業行為有相關連，不可單以同業的營業額大幅增長，而遽以認定雇主之虧損與員工離職競業間有相當因果關係。再者，亦可從原雇主與新雇主二者「產業類型」<sup>149</sup>作比較，假設員工離職後從事與原工作不相干之工作，原雇主自無受離職後競業禁止保護之必要。

#### 二、必要性

「手段必要性」為達成目的而選擇最小之侵害手段，易言之，雇主為保護其事業上利益仍須兼顧勞工之工作權，即離職後競業禁止約款不可過度限制競業之區域與時間，且區域大小與時間長短可透過員工職位來限縮之。以下就競業之區域與期間有所表示的重要判決作一說明。

<sup>147</sup> 學者有認為：「營業秘密法第二條之第一款至第三款，多數說稱此三款要件為新穎性、價值性、秘密性。新穎性只要最低程度之新穎性，換言之，『非一般涉及該類資訊之人所知者』台灣係採業界標準，不僅是公眾不知悉，更是相關專業領域之人所不知悉；價值性為實際經濟價值或潛在經濟價值；秘密性指所有人曾要求他們保守秘密，且已經採取合理的保密措施，則其秘密性不應此而喪失。」，王偉霖，營業秘密與離職後離職競業禁止條款一評台灣台北高等法院九十七年勞訴字第十四號判決，月旦法學雜誌第186期，2010年11月，頁195-196。

<sup>148</sup> 林更盛，法學方法在勞動法上的可能運用，東海法學研究第二十三期，2005年12月，頁28-30。

<sup>149</sup> 台灣高等法院九十三年上字第七五〇號判決：「二者公司相類似者僅合成樹脂、工業助劑、塗料及油漆製造業務。然查，國內公司登記所營事業資料為合成樹脂、工業助劑、油漆塗料製造業者甚多，是不能以此即謂喬益公司與原雇主即屬性質相同或類似之服務。況所謂合成樹脂、工業助劑、塗料及油漆等，種類繁多，各自製造技術、成分、用途亦多有不同，更難以事業登記項目相同，即認喬益公司與原雇主為性質相同或類似之服務，而涉及侵害原雇主之營業秘密或其他權利。」。

## （一）期間

禁止競業期間須合理，實務及學說認為兩年仍可接受的範圍<sup>150</sup>。如台灣高等法院台南分院九十八年度上字第一一二號：「雖有競業禁止之約定，但其限制之工作對象僅為上訴人公司之客戶與上訴人公司具有主要競爭關係業者，除此之外被上訴人可自由選擇就業之廠商甚廣，並不及於其他之業者，以被上訴人上開之專業學識與工作經驗，在限制期間內仍非不能從事競業禁止業務以外之工作以謀生計，自不甚影響被上訴人之經濟生存能力，即難謂系爭競業禁止條款過度限制被上訴人之工作權…又競業禁止條款期間限制，僅約定為一年，尚屬合理適當，揆諸上述說明競業禁止條款之約定自為有效。」。

## （二）區域

### （1）著重地緣關係之行業

仲介行業，如最高法院九十七年台上字第一〇〇七號判決：「約定離職後一年內，不得利用上開資料，由自己或他人從事相同性質之工作，亦不得於台北縣市、基隆、桃園等地區從事與該分公司相同業務之服務等事項，如有違反，願給付雇主懲罰性違約金。詎員工離職後，即前往設在桃園縣中壢市錄鴻公司從事相同之人力仲介及外勞引進業務…。錄鴻公司雖設立於桃園縣中壢市，惟員工既於錄鴻公司之新竹分公司服務，即非於桃園地區從事與原雇主相同之業務。」。

醫生行業，如台灣高等法院九十八年上字第七〇八號判決：「乙方於期滿後或中途離職皆不得在桃園市、蘆竹鄉、大園鄉、龜山鄉執業或任聘，否則得賠償甲方 100 萬元整。而乙方於甫離職月餘，旋於距晨暘診所 1.05 公里處開設同性質之診所，其違反前開競業禁止約定。」。

### （2）著重產品獨特性之行業

高科技產業，如最高法院九十四年台上字第一六八八號判決：「雇主恐其員工離職後洩漏其商業上秘密、或與雇主為不公平之競爭，乃要求員工書立切結書，約定於離職後一年內，不得從事未獲原雇主公司同意授權之娛樂視訊系統(如車輛娛樂視訊)等相關工作或使用上述相關資訊，如有違反，應給付懲罰性違約金。此項競業禁止之約定，附有一年期間不得從事特定工作上之限制，雖未明定限制之地域，但既出於員工之同意，於合理限度內，即在相當期間或地域內限制

<sup>150</sup> 詹森林，同註 127，頁 38。

其競業，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定應屬有效。」。

### (三) 小結

對於離職後競業禁止期間之限制，在現行實務操作下以兩年為限。而離職競業禁止約款的區域限制，本文認為應就產業類型、競爭範圍作區分。若屬高科技產業，雇主欲保護之利益具有獨特性，如營業秘密、商品技術，該產業之競爭範圍乃整個台灣，並且我國幅員狹小，不論員工是否離開原公司之區域，而於他縣市從事競業行為，皆會影響雇主之利益，故在競業禁止條款中，地域關連性較無限制。反之，其餘一般產業，雇主欲保護之利益較不具有獨特性，大多係地域上人脈培養，或是客源對於地域依賴性強烈的行業，如仲介、醫生，則其競爭範圍僅為相鄰之地區，故一般離職競業禁止條款均須有區域之限制，始為合理。

經由上開闡述可知，離職後競業禁止條款須有期間與區域之限制，但限制寬嚴程度，可以員工位居何種職位而其掌握公司之資料的重要性判定，因為其職位愈高，愈能接近雇主欲保護之利益核心，如台灣高等法院九十八年上易字第七〇六號：「任職雇主之會計中心、資訊中心、財務中心、中央研究所、策略投資中心、研發處、業務一處、業務二處、採購處、研發部、業務一部、業務二部之人員均需簽署與兩造簽署相同之競業禁止合約書，只有因職級的不同而有不同的競業年限約定，其餘員工則需簽署保密暨智慧財產權保護合約書。」。

### 三、狹義比例性

「狹義比例性」乃採取的手段所造成之侵害不得與欲達成目的之利益顯失均衡，換言之，干預與保護二者有相稱性之要求。離職後競業禁止條款雖滿足了雇主在事業上利益，相對地卻限制了員工離職後之工作權，天秤的兩端如何取其輕重，在實務上便發展出以「代償措施」來認定是否過度限制員工之工作權，代償制度是否為競業條款必然存在之條件，實務、學說之見解均不同。

學說有對於代償措施採嚴格之態度，認為離職後競業禁止約款未給予勞方合理的補償，原則上應為無效<sup>151</sup>；另有學說主張承認競業禁止條款效力若不給予離職員工一定程度的代償，一方面限制離職員工之工作權，二方面未給予離職員工金錢補償或代償，無疑是對離職員工額外的懲罰<sup>152</sup>。實務上對於代償措施仍未有穩定之看法，有採取從寬的態度，如離職員工若於專業市場工作機會較多之情形，無庸代償之必要；或是公司於員工在職時給予較高薪水或股票發給，即屬代償措施。以下就法院判決對代償措施從寬到嚴之不同認定，一一作介紹。

#### (一) 離職員工工作機會多，即無庸代償措施。

台灣高等法院九十六年上字第七四號判決：「約款雖未對於員工競業禁止約定補償，然員工在文具批發市場工作機會多，不虞因約定競業禁止內容而對其造

<sup>151</sup> 林更盛，同註145，頁45。

<sup>152</sup> 王偉霖，同註147，頁208。

成生計上重大困難，且員工原任職之職務得獲知網際運通公司營業上重要資訊，網際運通公司據以約定員工負擔競業禁止之契約上義務，**雖未提供金錢補償**，然此項約款並未逾合理程度，且不違反公序良俗，應為法律所許，不應認上開競業禁止條款之約定為無效。」。

## (二) 代償給付需另外給予。

(1) 最高法院九十九年台上字第五九九號判決：「…其限制範圍倘屬明確、合理、必要，且受僱人因此項限制所生之損害，**曾受有合理之填補**，基於契約自由原則，固應認競業禁止之約定為合法有效。…員工工作未滿一年所取得之一萬股相當於一百零五萬元之股票，及享有股票選擇權或認股權，是否即得視為因競業禁止約定而屬於雇主給付之補償措施？原審未詳為勾稽研求…，遽認此一給付為雇主基於留任員工及避免其轉任為他公司所用而為相當優渥之給付，進而認競業禁止約定為合法有效，已嫌速斷。」。

(2) 台灣高等法院九十九年上易字第三〇一號判決：「雇主公司之員工福利有三節獎金、績效獎金。…足認雇主發放三節獎金或績效獎金係基於員工任職期間之個人表現，與離職後受競業禁止約款拘束之補償無關。**雇主未立證證明員工任職期間之薪資比較同職位但未受競業禁止約款拘束之員工為高**。…系爭同意書約定競業禁止之期間為2年，無地域性限制，且不論原雇主於市場上有無競爭對象，限制員工不許自行經營或受僱於與上訴人營業項目相同或近似之行業，過於廣泛，**且無填補之代償或津貼措施**，該競業禁止約定限制員工就業之對象、期間、區域及職業活動之範圍，難認合理適當，按其情形顯失公平之情形，依民法第二四七條之一規定，同意書競業禁止之約定為無效。」。

## (三) 小結

本文以為，應探究代償金之本質，係屬補償被限制競業之勞工不能從事相同行業之損失，故應肯認代償措施存在之必要。進一步認定代償金額多寡之問題，若該離職員工本身具有較多元之工作機會，其仍可從事其他類型工作，對於其工作權、生存權較無影響，於個案中審酌代償措施之有無時，可採較寬鬆之態度。換言之，因員工之工作機會多，代表其為具有專業能力之人，雇主正因為借重員工之專業能力，給予員工**高於其行情之薪資**，一方面使員工不輕易離職，另一方面將代償金已內化成員工平時工作薪資之一部份。對此，仍須衡量員工在職年資與限制競業期間，若依本文見解，代償金已內化成高於行情之薪資裡，假設員工僅工作幾個月就離職，卻限制競業期間為二年，此時代償金並非一種全有或全無的情形，而是一種依比例衡量的流動狀態。綜上所述，即員工之薪資若高於行情，其代償措施即可從寬認定<sup>153154</sup>。

<sup>153</sup> 參照台灣高等法院九十八年勞上字第二十二號判決：「被上訴人於任職上訴人公司之前，已有工作經驗，其個人之工作資歷完整，已取得多種文憑、聘書及有相當數量之個人著作，

## 第六章、結語

### 第一節、民法第二四七條之一定位

#### 第一項、附合契約存在之必要性

民法第二四七條之一規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平，該部份約定無效：一、免除或減輕預訂契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」，與消費者保護法第二條第九款定型化契約「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。」之定義不同，兩者不同至少表現在以下兩方面：第一，在定型化契約，當事人一方需為企業經營者，而他方須為消費者；附合契約則未對締約當事人之屬性加以設限。第二，在定型化契約，交易相對人須為不特定多數消費者；附合契約則不關心訂約相對人是否為不特定多數人<sup>155</sup>。

#### 第二項、附合契約適用對象

定型化契約條款屬於消費性，且係成立於消費者保護法生效（民國八十三年一月十一日）前者，僅有民法第二四七條之一適用；成立於消費者保護法之後的消費性定型化契約，則應適用消費者保護法暨民法第二四七條之一。非消費性定型化契約條款，不論成立於何時，皆僅適用民法第二四七條之一規定。<sup>156</sup>故現今所生之消費關係之爭議將屬於消費者保護法的討論範圍，非消費關係之爭議將落入民法第二四七條之一的範疇。

---

上訴人於僱用被上訴人之初，經由審查被上訴人提出之履歷文件資料，加以面試，充分衡量被上訴人之資歷條件及工作能力後，始就薪資數額為約定，同意支付被上訴人薪資 10 萬元，被上訴人領取 10 萬元薪資，應係被上訴人本於其個人之學識經歷與工作能力，獲得上訴人允諾而給予之工作報酬，難認其中含有 2 年之競業禁止期間之補償措施。」。

<sup>154</sup> 另有學者主張不同見解「在離職後競業禁止約款，要求締約弱勢的勞工、無償地為其原先之處於締約優勢的雇主『犧牲奉獻』，而後者卻不必因此付出相對的補償，與前述立法者的價值判斷明顯地有所牴觸…。換言之，縱然雇方有值得保護之利益，又限制之工作種類、地區、時間等亦與之保持適當關聯，於此前提下課予勞工禁止競業之義務，卻未相對地給予任何補償，除有其他情事足以作為例外之認定，否則應認為對勞工欠缺期待可能性而無效。」，林更盛，同註 145，頁 46。

<sup>155</sup> 曾品傑，同註 9，頁 93。

<sup>156</sup> 詹森林，同註 10，頁 163。

## 第二節、以合理風險分派建構顯失公平

### 第一項、以風險分配之概念作思考

有學者主張提出下列風險分配原則<sup>157</sup>：

#### 一、最有主導實益原則

最有主導實益之當事人，將因不可抗力風險導致適當處理而得到較多利益，此利益即為誘因。最有主導實益當事人承擔風險，他造相對人是否受有利益，亦須分辨。若毫無利益可言，此種承擔風險之行為僅是對己義務之一種型態，因此對於承擔風險所有損失或費用，皆須自行吸收，若他造確係受有利益者，承擔風險之當事人即有就他造受有利益部份，請求成本或損失之補償，此補償並非賠償，僅得就他造受有利益部份為請求，故有舉證責任。此原則之缺點在當事人皆有相當誘因或該誘因已失去價值時，難以辨明主導優勢之歸屬。

#### 二、最能控制原則

風險控制即是針對可能之損失，盡力減輕、防範、克服或以他種損失型態加以取代。因此控制風險之作為有其成本，邊際成本越低之當事人，控制成本之效率愈高。無論風險由何造承擔，控制風險之手段，可由三個面向思考，即：風險分散、風險避免、風險移轉。風險分散即將雞蛋放在不同籃子的概念，是最終風險控制手段；風險避免乃避免進入或脫離可能遭遇不可抗力之境況而言；風險移轉能力之差別僅在於移轉同一風險之保險價格。

#### 三、最能承擔原則

由法律經濟理論，特別是應用寇斯理論發展出之原則，是交易成本之逆思考，因為不具承擔能力之當事人，即使受風險分配，最終結果可能還是無資力，造成相對人亦受拖累，故以業主資本實力通常較為雄厚，而認為業主為較理想之風險承擔者。

#### 四、最能預見原則

此原則有英美法思維邏輯之悠久傳統，而風險之預見可能性來自於資訊可否取得與該資訊之取得高低，且依此分配風險僅能就當事人有認識之個別風險為限。欠缺此要件，則當事人即使有預見可能性，但就此相對關係中，如同他造相對人一般沒有預見該風險之義務可言，自不得要求其承擔風險。

<sup>157</sup> 謝定亞，施工承攬契約不可抗力風險分配之法律分析，私立東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，2004年7月，頁93-98。

本文認為透過風險分配四原則，可先將風險分派給具有管領該風險能力之契約一方承擔，由其承受風險比契約他方較能符合經濟效應。若應承擔風險之一方以附和契約方式將風險轉嫁給他方承受，如此一來，即屬「不合理之風險分派」構成民法第二四七條之一顯失公平之態樣。

## 第二項、工程契約之顯失公平審查

### 第一款、打破形式上「經濟上強弱者」之概念

第一，以法律面向觀察，經濟上強弱者之概念不能使真正受到附合契約不公平對待之相對人受到保護，因契約雙方均為商人時，彼此經濟實力可能相去不遠，以其是否屬經濟上弱者來判斷有無民法第二四七條之一，或許有所實益。但在定作人為國家時，承攬人僅為一般中小企業，若仍以承攬人非屬經濟上弱者來排除適用民法第二四七條之一，略顯保護不足。故應打破承攬人非經濟上弱者之固有概念，轉以「有無實際上議約空間來觀察」，例如公共工程中政府機關於招標時，預先擬定單方面條款，投標廠商僅可接受該條款，其毫無議約之空間。並非一開始即以經濟上強弱者之模糊概念來排除民法第二四七條之一的審查，而是只要單方預定用於同類契約即屬於附合契約之範疇，該契約條款即應進入民法第二四七條之一進行審查。

第二，以風險分配面向作觀察，退步言之，在實務不改變「承攬人非經濟上弱者」之立場下，本文嘗試以一種事前預防的角度來避免事後訟爭的看法，來作不一樣的思考。承攬人在營造業法第七條<sup>158</sup>中可分為甲、乙、丙三級廠商，對於承攬金額多寡與業績好壞給予廠商不同評等。不同等級之承攬人內部配有專任工程人員，且其以承攬工程為業，自有評估自身可承受物價變動範圍之能力。故承攬人自身評估其可承受物價波動之底線後，就超過其可負擔範圍外之物價變動予

<sup>158</sup> 營造業法第七條：「綜合營造業分為甲、乙、丙三等，並具下列條件：一、置領有土木、水利、測量、環工、結構、大地或水土保持工程科技師證書或建築師證書，並於考試取得技師證書前修習土木建築相關課程一定學分以上，具二年以上土木建築工程經驗之專任工程人員一人以上。二、資本額在一定金額以上。前項第一款之專任工程人員為技師者，應加入各該營造業所在地之技師公會後，始得受聘於綜合營造業。第一項第一款應修習之土木建築相關課程及學分數，及第二款之一定金額，由中央主管機關定之。前項課程名稱及學分數修正變更時，已受聘於綜合營造業之專任工程人員，應於修正變更後二年內提出回訓補修學分證明。屆期末回訓補修學分者，主管機關應令其停止執行綜合營造業專任工程人員業務。乙等綜合營造業必須由丙等綜合營造業有三年業績，五年內其承攬工程竣工累計達新臺幣二億元以上，並經評鑑二年列為第一級者。甲等綜合營造業必須由乙等綜合營造業有三年業績，五年內其承攬工程竣工累計達新臺幣三億元以上，並經評鑑三年列為第一級者。」。

以投保，而承攬人對於超過自身所能吸收物價範圍外之變動予以投保，係事前就不可測之物價波動風險為分散。

故本文建議立法者可分別就不同等級之承攬人於超過其承受物價變動範圍外，強制以保險機制適度分散風險。換言之，承攬人評估自身承擔物價波動之最大幅度後，將無法吸收的物價漲幅予以強制投保，將物價上漲之不利益透過保險來轉嫁。相對而言，強制承攬人投保雖會提高投標之金額，若有事前投保達成降低事後訟爭之優點，定作人自然會願意付出較高的工程款。並且讓市場機制來選擇適合承包工程之廠商，亦可避免承攬人嗣後因無法承受物價變動而主張情事變更的結果。

## **第二款、形式上審查－議約能力**

工程契約涉及金錢龐大、法律關係複雜，應仔細區分契約雙方均屬商人時，以立法理由所揭櫫「經濟上強弱者」來判斷，大多承攬人與定作人之經濟實力相去不遠，或許可以承攬人係非經濟上弱者之理由，使契約條款不受民法第二四七條之一審查。但在政府投標工程中，雖承攬人之經濟實力高於一般民眾之經濟能力，但經濟上強弱者係以契約當事人間作比較，故在政府工程中契約一方為國家，他方為一般私人公司，難謂承攬人非經濟上弱者。退步言之，縱然承攬人屬於經營有方之公司，其資產達數十億元，但其投標國家工程，仍會受限於國家單方事先擬定提供之制式契約，故應以實質上當事人對於契約「有無議約之能力」來判斷為妥適。進一步言之，有無議約能力可以藉由定作人與承攬人間交易次數、資訊實力輔以判斷之。

## **第三款、實質上審查－風險對稱性**

對於契約條款內容應掌握住風險對稱性之原則。換言之，契約內容對於風險之分配，除非契約一方對於風險掌控較有承擔或是預見之可能，否則面對不可測之風險應由契約雙方平均分配之，使契約雙方對於風險造成之損失有合理之上限。再者，契約條款對於雙方責任與義務須有平衡性。即契約內容中對於有違約之情事，須有同受處罰之規範；或是彼此同受物價不予調整之拘束，不論物價上漲或是下跌，皆無法請求差額，如此一來，始符合條款內容之風險對稱性。

## **第三項、銀行保證契約之顯失公平審查**

### **第一款、動態面向－當事人對契約了解之程度**

保證人為主債務人擔保債務，與債權人簽訂保證契約。首先，必須使保證人能確實瞭解為他人作保之數額範圍，其為他人擔保債務之性質為何，故須釐清保證人對於保證契約是否及知。然由於保證人於個案中，其社會經驗與背景不同，

故對於保證契約了解程度亦有差異，觀察實務判決僅可得歸納出一套具有流動性之標準，係各保證人屬性不同而其了解契約內容能力亦呈現光譜化排列，保證人為金融業者時，其較無他方所不及知情形，其次為具充足社會資歷之公司董事，最為劣後乃一般個人。

## 第二款、靜態面向一條款內容之風險分配

觀察契約條款是否對於風險作不合理之分配。

第一：銀行自身可承擔的對保程序，不可利用附合契約方式轉嫁給保證人承受。對保程序乃指銀行要求主債務人提供保證人擔保債務，不論是保證人親自到場或是由保證人提供授權書，銀行皆須詳細核對保證人資料及其印鑑，此為銀行之附隨義務並為其內部所必須支出之人事成本，不可藉由「原印鑑留存」條款而省略對保程序，否則銀行將自己所得控制風險，以附合契約移轉給他方，該條款顯失公平，為無效條款。

第二：確保保證人對於主債權之預見可能性。實務上為了避免產生最高限額保證之數額無限擴張，消保會提出最新不得記載事項的定型化契約範本<sup>159</sup>，採取了針對不同屬性之主債務人而高低有別之保護機制，換言之，對於具消費性之個人借貸，原則上已有足額擔保即不可再徵求保證人，例外未有足額擔保的情形，於徵求保證人同時不可約定拋棄先訴抗辯權及不可約定最高限額保證，如此一來，可貫徹保證人當初締結保證契約之目的「為擔保主債務人消費性借款」，且不會讓銀行巧取利用最高限額保證之約定，導致保證人須為主債務人之保證同負保證之責的不公平現象產生。

第三：保證人民法第七五四條隨時終止權。銀行面臨「保證人不負保證責任」之風險（保證人可終止契約），其透過於締約時事先要求保證人拋棄終止權，使保證人無退保之選擇，將銀行面對債權無法清償風險移轉給保證人，生牴觸民法第七三九條之一規定的可能。

第四：確保保證人之民法第七五五條延期同意權。立法者賦予定有期限之債務如延期清償，須得保證人同意。此時銀行所面臨「保證人不負保證責任」之風險（延期清償須得保證人同意），其透過於締約時事先要求保證人拋棄同意權，使得保證人無法於延期時預見主債務金額範圍，更使保證人喪失有不為延期債務擔保的機會，讓保證人負擔非其所能控制風險，亦有牴觸民法第七三九條之一規定的可

<sup>159</sup> 行政院消保會第181次委員會審議通過，對於「個人購車及購屋貸款定型化契約應記載及不得記載事項暨範本」增訂不得記載事項第11點：「…前二項情形，**金融機構不得變相約定下列情事之一：一、徵取共同借款人或連帶債務人。二、要求保證人出具最高限額保證契約書。三、其他顯失公平之情形。**（第三項）」，<http://www.cpc.gov.tw/detail.asp?id=1662> 最後造訪日2010/12/25。

能。並須落實不區分保證類型，只要為定有期限之債務而為保證，主債務人延期清償皆須保證人同意。

第五：保證人從屬性要求。在概括拋棄抗辯權的情形下，銀行多以「立即照付」條款來降低保證人主張主債務人抗辯之風險，並由民法第七四一條、第七四二條可知，保證債務乃從屬於主債務，從屬性為保證契約不可或缺之要素，若使保證人概括拋棄抗辯權，此乃背離保證契約之本質。且銀行利用附合契約排除保證人可主張主債務人之抗辯，使銀行債權獲得完全清償，對保證人顯失公平。僅於例外在獨立擔保契約始可承認立即照付條款效力之可能。

#### 第四項、離職後競業禁止條款之顯失公平審查

##### 第一款、形式上二要件

###### 一、合理審閱

雇主須給予員工相當時間考慮是否簽署離職後競業禁止約款，並且確保員工本身能瞭解離職後競業禁止約款之意涵。

###### 二、明示同意

員工簽署離職後競業禁止條款，須保障員工之「同意」並非迫於現實上無奈而締結之。對此，可區分成員工「任職初」或是「任職中」來判斷，若員工於任職之初，該競業禁止約款與其他契約一併締結，勞工大多會害怕若不簽署競業禁止約款，將會喪失工作機會，迫於現實考量而簽署之。勞工形式上雖已審閱並同意競業禁止約款，惟此時法院介入審查條款之空間變大。反之，若勞工在任職中才簽定競業禁止約款，雇主對於勞工是否保有該工作之影響力已不如任職之初來的強烈，故可於形式上從寬認定勞工簽訂競業禁止約款乃出於其明示同意，而非迫於無奈才締結之，但仍須進一步審究條款之效力。

##### 第二款、以比例原則作實質審查

###### 一、適當性

「適當性」係指採取之方法有助於目的之達成。雇主與勞工簽訂離職後競業禁止約款，有助於雇主達成勞工離職後對於其事業利益侵害的目的，為了平衡雇主與員工間基本權之衝突，須考量雇主所欲達成之目的，該受保護之強度是否高於所犧牲勞工之工作權。然「雇主具有保護之利益」的類型可分為營業秘密、公司重要資料、客源流失。

## 二、必要性

「手段必要性」為達成目的而選擇最小之侵害手段，易言之，雇主為保護其事業上利益仍須兼顧勞工之工作權，即離職後競業禁止條款不可過度限制競業之區域與時間，且區域大小與時間長短可透過員工職位來限縮之。關於離職競業禁止約款的區域限制，應就產業類型、競爭範圍作分類。若屬高科技產業，該產業之競爭範圍係整個台灣，並且台灣幅員狹小，不論員工是否離開原公司之區域，而於他縣市從事競業行為，皆會影響雇主之利益，故在競業禁止條款中，地域關連性較無限制。反之，其餘一般產業，該產業之競爭範圍限於相鄰之地區，故一般離職競業禁止條款均須有區域之限制，始為合理。

## 三、狹義比例性

「狹義比例性」乃採取的手段所造成之侵害不得與欲達成目的之利益顯失均衡，為了使雇主之利益與員工之工作權取得平衡，應有肯認代償措施存在之必要。進一步認定代償金額多寡之問題，若該離職員工本身具有較多元之工作機會，其仍可從事其他類型工作，對於其工作權、生存權較無影響，故於個案中審酌代償措施之有無，但可採較寬鬆之態度。換言之，因員工之工作機會多，代表其為具有專業能力之勞工，雇主正因借重該勞工之專業能力，給予該員工「高於其行情」之薪資，一方面使勞工不輕易離職，另一方面將代償金已內化成員工平時工作薪資之一部份。由此可知，員工之薪資若高於行情，其代償措施即可從寬認定。

## 參考文獻

### 一、中文文獻（以下依作者姓名筆劃排序）

#### （一）專書著作

- 1、尹田，法國現代契約法，五南出版，1999年11月。
- 2、史尚寬，勞動法原論，史吳仲芳 發行，1978年6月。
- 3、邱聰智，新訂民法債編通則 下，自版，2003年3月，華泰文化經銷。
- 4、林立，波斯納與法律經濟分析 一個批判性的探究，2004年4月，學林出版。
- 5、林誠二，民法債編各論 下，2002年3月，瑞興圖書出版。
- 6、陳木在、陳錦村，商業銀行風險管理，自版，2001年7月。
- 7、黃立，德國新債法之研究，自版，2009年9月初版，元照出版有限公司。
- 8、黃立，民法債編總論，自版，2000年9月，元照出版有限公司。
- 9、黃茂榮，債法各論，2006年9月，自版。
- 10、黃劍青，勞動基準法詳解，1986年6月。
- 11、曾品傑，財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論（1），2007年9月，自版，元照出版有限公司。
- 12、詹森林，民法法理與判決研究（三） 消費者保護法專論，2003年8月，自版，元照出版有限公司。
- 13、詹森林，民事法理與判決研究（四） 消費者保護法專論（2），2006年12月，自版，元照出版有限公司。
- 14、詹森林，競業禁止與保密條款契約實務，經濟部智慧財產局2007年2月。
- 15、楊淑文，新型契約與消費者保護法，2006年4月，元照出版有限公司。
- 16、楊淑文，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書（45），1999年5月。
- 17、劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局，1993年9月。
- 18、鄭燦堂，風險管理理論與實務，五南圖書出版股份有限公司，2004年10月。

#### （二）期刊文章

- 1、王偉霖，營業秘密與離職後離職競業禁止條款—評台灣台北高等法院九十七年勞訴字第十四號判決，月旦法學雜誌第186期，2010年11月。
- 2、朱柏松，論保證人預先拋棄權利之效力—評最高法院九十二年台上字第一三六八號判決，月旦法學雜誌第125期，2005年10月。
- 3、林更盛，離職後競業禁止條款 評台北地方法院八十九年勞訴字第七六號判決，月旦法學雜誌第81期，2002年2月。
- 4、林更盛，離職後競業禁止約款的審查：民法第二四七條之一—評臺北地方法院九一年勞訴字第一二九號判決—，萬國法律第131期，2003年10月。
- 5、林更盛，離職後競業禁止約款的控制—是否給予勞方適當補償，全國律師月

刊2009年2月號。

6、姚志明，公共工程契約之履行爭議(上)—以開工通知延宕索賠、工期展延索賠、工期逾期罰款及物價調整匯率為中心，月旦法學雜誌第182期，2010年7月。

7、陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌第91期，2002年12月。

8、曾品傑，論信託關係下使用權轉讓契約審閱期間之實務問題，月旦法學雜誌第142期，2007年3月。

9、詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第61卷第8期，2010年8月。

10、劉昭辰，銀行定型化契約類推適用消費者保護法—最高法院第九八年度台上字第一六五二號判決—，台灣法學第151期，2010年5月。

11、藍瀛芳，法國法上的附合契約與定型化契約，輔仁學誌第9期，1980年6月。

### (三) 學術研討會書面資料

1、曾品傑，論網路交易之民事責任—從當事人屬性之類型看企業經營者標錯價之爭議—，政治大學電子商務與智慧財產權的新思維與展望學術研討會之書面資料，2010年11月12日。

### (四) 法學論叢

1、林更盛，法學方法在勞動法上的可能運用，東海法學研究第二十三期，2005年12月。

2、詹森林，最高法院與定型化契約法之發展—民法第二四七條之一裁判之研究—，政大法學評論第94期，2006年12月。

### (五) 政府專書

1、消費者保護法判決函釋彙編(一)，行政院消費者保護委員會編印，1998年12月。

2、消費者手冊，行政院消費者保護委員會，2007年10月出版。

3、簽訂競業禁止參考手冊，行政院勞工委員會編印，2003年5月。

### (六) 碩士論文

1、王琛博，離職後競業禁止約款之研究，輔仁大學法律學系碩士論文，2007年11月。

2、林幸頌，自國際規範FIDIC標準契約條款論我國工程保險—以保險責任期間為重心，政治大學法律系碩士論文，2009年5月。

3、陳家暄，銀行定型化保證契約條款與相關判決研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月。

4、謝定亞，施工承攬契約不可抗力風險分配之法律分析，私立東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，2004年7月。

## 二、日文文獻

1、有斐閣 法律用語辭書，1997年1月30日初版第6刷發行，內閣法制局 法令用語研究會，代表 津野 修。

## 三、外國網站資料

### 1、德國法規查詢

[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html) (最後造訪日2010年12月25日)

### 2、法國法規查詢

<http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=61&r=2223> (最後造訪日2010年12月25日)

## 四、國內網站資料

1、工程法律系列論壇(一)，工程承攬契約與物價調整之相關問題，李念祖、蕭偉松，工程採購機關處理物調問題所需之思考面向(初稿)

<http://www.llm.nccu.edu.tw/docs/files/workshop/llm/961206-2.pdf> (最後造訪日2010年12月25日)

2、行政院消費者保護委員會，<http://www.cpc.gov.tw/detail.asp?id=1662> (最後造訪日2010年12月25日)

3、法源資料檢索系統，<http://www.lawbank.com.tw/> (最後造訪日2010年12月25日)

## 附錄一

個人小額貸款契約書 編號第 號

遠東國際商業銀行股份有限公司(包括總行所屬分支機構,以下稱遠銀)

\_\_\_\_\_  
(以下稱借款人)

借 款 人 為 向 遠 銀 借 款 , 茲 邀 同 連 帶 保 證 人  
\_\_\_\_\_  
(以下稱連保人)等為保證(借款人及  
連保人合稱債務人),並均願遵守下列各條款。

### 立契約書人

#### 連帶保證及債權保全約款

第 九 條 連保人茲連帶保證凡借款人對遠銀現在、包括過去已發生尚未清償者及將來連續發生之票據、借款、墊款、保證及其他有關債務,均包括其利息、遲延利息、違約金、損害賠償及有關履行上述債務所需之一切費用等,依民法第二百七十二條第一項規定,連帶負全部清償之責。連保人得於本契約簽訂後隨時加入作保,惟連保人中途加入作保者,同意連帶保證責任溯及自本契約最初簽訂時起生效,並同意履行本契約之約定。

第 十 條 凡於借款期間或透支期間內,借款人基於本契約所負之一切債務(包括金融卡透支借款自動續約後之一切債務),在前條連帶保證債務之範圍以內者,連保人聲明均願負連帶清償之責及拋棄先訴抗辯權,並同意下列事項:

- 一、除自用住宅放款及消費性放款外,遠銀得逕向連保人求償。
- 二、若遠銀同意借款人延期或分期清償債務,且徵得連保人同意時,遠銀得要求連保人同意就延期或分期清償部分,由遠銀與借款人另訂定新的授信契約或增補本契約,由原連保人再為連保人。
- 三、免除或替換任一或數連保人之保證責任,並仍就借款人之全部債務負連帶清償之責。

第 十 一 條 如有下列情形之一時,遠銀得隨時終止本契約,本契約下各項額度視為全部到期,借款人當然喪失期限利益,並應立即清償全部;遠銀並得選擇與通知借款人終止本契約下某一特定借款,並得減少對借款人之借款額度或縮短借款期限:

- 一、任何一宗債務不依約清償本金時。
- 二、依破產法聲請和解、宣告破產,清理債務、經票據交換所通知拒絕往來。

- 三、依約定原負有提供擔保之義務而不提供時。
- 四、因死亡而其繼承人聲明為限定繼承或拋棄繼承時。
- 五、因刑事而受沒收主要財產之宣告時。

第十二條 借款人對遠銀所負之一切債務，如有下列情形之一者，經遠銀事先定七日以上合理期間通知或催告後，借款人仍未能補足或改正時，遠銀得終止本契約，本契約下各項額度視為全部到期，借款人當然喪失期限利益，並應立即清償；遠銀並得選擇與通知借款人終止本契約下某一特定借款，並得停止或減少對借款人之全部或某一特定借款之借款額度或縮短借款期限：

- 一、任何一宗債務不依約付息時。
- 二、擔保物被查封或滅失、價值減少或不敷擔保債權時。
- 三、借款人對遠銀所負債務，其實際資金用途，與遠銀核定用途不符時。
- 四、受強制執行或假扣押、假處分或其他保全處分，致遠銀有不能受償之虞時。

第十三條 借款人及（或）連保人於債務已屆清償期，而尚未完全履行債務或保證債務前；或遠銀依本契約第十一條、第十二條及第廿六條之約定主張終止本契約下各該項借款或縮減借款額度、借款期限時（即所謂加速條款），遠銀有權對借款人及（或）連保人以存儲、保管、託管、信託或其他方式存放於遠銀之現金、證券、保管物或其他財產，主張留置及抵銷。但法令有不得主張抵銷者，不在此限。遠銀對借款人及（或）連保人行使抵銷權時，於抵銷之通知到達後，抵銷之效力溯及於遠銀登帳扣抵時發生，同時遠銀發給借款人及（或）連保人之存款憑單、摺簿或其他憑證於抵銷之範圍內失其效力。