

# 附合契約與定型化契約 之基本問題

曾品傑\*

目	次
壹、附合契約與定型化契約之雙軌規範	二、條款相對人得求償之範圍不同
貳、附合契約與定型化契約之概念區別	三、條款效力審查標準之寬嚴不同
參、附合契約與定型化契約之區別實益	肆、基於當事人締約地位之差距而異其規範的正當性—代結論
一、條款是否訂入契約之保護不同	

中文關鍵詞：定型化契約條款、附合契約條款、效力審查、誠信原則、顯失公平

Key Words : General conditions of contract, standard terms of Contrat d'adhésion, Contract terms not individually negotiated, Unfair terms in Consumer Contracts, Good faith and fair dealing.

\* 作者為東海大學法律學系專任助理教授，本文為國科會補助之研究計畫：「我國與法國消費者保護法之比較研究 I」（NSC 95-2414-H-029-010）的部分研究成果，謹此致謝。

投稿日期：95 年 10 月 11 日，審查通過日期：95 年 11 月 23 日。

## 中文摘要

我國通說在法律概念上，並不區分民法第二四七條之一的附合契約，與消費者保護法第十一條以下之定型化契約二者，並認為民法第二四七條之一因其法律文字較為抽象、籠統，故關於其解釋適用，應參酌消費者保護法第十二條較為明確、具體之規定。本文嘗試從學理與最高法院的實務見解出發，指出現行法所界定之附合契約與定型化契約二者，實為不同的法律概念。近來我國法在此基礎上，分別就規律消費關係之定型化契約條款、與規範非消費關係之附合契約條款，發展出一套寬嚴有別的審查基準，提供交易相對人不同程度的保護。此一區別性的規範體例，係基於當事人締約地位之差距而異其保護強度，體現「事物性質不同，應予差別待遇」之理念，具有本土法學的特色，值得重視。

## Abstract

The purpose of this article, which is divided into four parts, is to compare the concept of general conditions of contract, defined by Article 2 (7) of Consumer Protection Law, and the notion of standard terms of Contrat d'adhésion in the sense of Article 247-1 of Civil Code. Following the introduction, Part II examines the nuance in the concepts between general conditions of contract and standard terms of Contrat d'adhésion.

Part III explores the main interests of distinction: the application of protective mechanism set out in Article 11-1 of Consumer Protection Law, the range of compensation for damages, the criterion used for assessing unfair terms. Part IV concludes by offering

justifications to the distinction between general conditions of contract and standard terms of Contrat d'adhésion in Taiwan.

## 壹、附合契約與定型化契約之雙軌規範

### 1、契約自由之憲法基礎

契約因當事人互相表示一致而成立，當事人即受該契約之拘束，而應踐行契約之內容。此種互受拘束乃植基於契約自由原則，即當事人得依其自主決定，經由意思合致，形成契約內容，規律彼此間的法律關係。契約自由乃私法自治的磐石，是財產法上的基本原則，關於其在憲法上之根據，司法院大法官解釋第五七六號說道：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制」。次按大法官解釋第五八〇號有謂：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權...」。基此，契約自由係受憲法第二十二條保障之人民基本權利，國家僅得於符合法律保留與比例原則的情況下，予以限制。

傳統契約的締結方式，多經當事人個別磋商、討價還價之後，再為議定契約內容。然自十九世紀中葉以降，經濟交易之基

本型態，庶為企業經營者預擬契約條款，顧客僅有決定是否接受該契約內容的餘地。按企業經營者於訂立契約條款，決定交易條件之際，動輒挾其優越之經濟地位、專業能力、議約經驗、以及法律資訊等，訂立有利於己，而不利於相對人的條款，並在契約上作不合理之風險分配。對於渠此條款，顧客或根本未加留意；或知其存在，但因契約文義艱深晦澀，缺乏閱讀興致；縱能理解其真義，明白對己不利條款之內容，亦多無磋商議約的機會，只能在全盤接受或拒絕訂約之間，作一選擇<sup>1</sup>。類此企業經營者假契約自由之名，剝奪顧客參與形成契約內容的自由，造成榨取弱者利益的不公平現象，實為契約自由的濫用，故立法者於民國八十三年，先在消費者保護法（以下簡稱消保法）第二章第二節，制訂定型化契約之規定<sup>2</sup>，復於民國八十八年在民法上增訂附合契約之規範<sup>3</sup>，俾防杜濫用契約自由之流弊，規整契約條款之內容，維護交易相對人之契約正義。

<sup>1</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，台北自版，2003年增訂版，頁94以下。新近文獻，可參閱黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁5以下；謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁23以下。

<sup>2</sup> 消費者保護法於民國83年1月11日公佈施行，同年1月13日起生效，故民國83年1月13日以後締結之定型化契約條款，始有消費者保護法第11條至第17條的適用。

<sup>3</sup> 民法債編增訂條文自民國89年5月5日起施行，5月7日生效。惟民法債編施行法第17條規定：「修正之民法第二百四十七條之一之規定，於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之」。是以，附合契約條款無論於何時訂立，皆有民法第247條之1的適用。查最高法院曾於94年度台上字第954號判決，說道：「...民法第二百四十七條之一第二款、第七百三十九條之一均係民法於八十八年四月二十一日修正增訂，並訂自八十九年五月五日施行。本件之法律關係似均發生於上揭民法修正增訂前，何以有各該條規定之適用，原審均未說明其理由，遽為不利於上訴人之判斷，亦有判決不備理由之違誤...」。斯項指摘意見，應屬誤會，特予指明。

## 2、附合契約與定型化契約的規定不適用於個別磋商條款

傳統上經由雙方當事人討價還價而訂立之交易條件，係屬於消保法第二條第八款所稱之「契約當事人個別磋商而合意之契約條款」，是為「個別磋商條款」。此種條款既經雙方商討協議而成立，當事人意思得反映於契約內容，故除其合意內容有違反法律強制或禁止規定（民法第七一條），或背於公共秩序或善良風俗（民法第七二條）以外，即應基於當事人意思自主原則，尊重該契約之效力，並無適用民法上附合契約、或消保法上定型化契約相關規定之餘地。

關於個別磋商條款，實務上有兩則判決可供參考。首先，最高法院在九三年度台上字第一一五三號判決，曾針對雙方協議變更原來工程合約內容之約定，是否須受民法附合契約規律一事，贊成原審下列看法：「...依八十六年四月八日系爭工程開工前協調會紀錄記載：『本工程土方數量約一百萬方...，有該次協調會會議紀錄可查，上訴人（承包商）對上開結論並未提出任何異議，足見系爭工程上訴人（原本依系爭合約第七條）須使用 C322A 標之土方，但自該次會議後，已變更為自覓經被上訴人（交通部）核可後之合法借土區料源...。上開特訂條款之修正，即係依據上開八十六年四月八日會議結論所作成之修正，並經上訴人用印，自己成為契約之一部，就該條款之形式而言，確係經由雙方協調溝通後，就此部分所為契約內容之變更，與所謂定型化契約（附合契約），並不相同，且就該條款之實質內容，旨在免除上訴人須使用 C322A 標土方之義務，顯與民法第二百四十七條之一第二款及第四款之規定無涉。系爭合約主文第七條第三款，既經規定須經上訴人之同意始得修正，自無顯失公平可言，上訴人主張

修正條款應屬無效云云，殊不足取」<sup>4</sup>。斯項觀點，蘊含經由雙方協調變更後之修正條款，係屬個別磋商條款，此與附合契約條款或定型化契約條款的概念有間，故無適用民法第二四七條之一規定的思維，頗值留意。

其次，最高法院在九五年度台上字第八二〇號判決，就某醫院與其院長醫師之間經多次修改的僱傭契約，是否應受民法附合契約規制一事，亦有間接表述。查本件原審法院認為：「...系爭契約係上訴人（醫院）為聘僱被上訴人（醫師）擔任〇〇醫院總負責之院長而簽訂，完全針對個別特定之僱傭關係所成立之合約。又從條文內容觀之，大多數條文內容為被上訴人必須配合上訴人之要求，與定型化契約之內涵大不相同，況簽約當時上訴人亦有適當機會及充分時間去瞭解及修改合約內容，從合約內容有多次修改更正即明，上訴人主張...系爭契約第十七條也應類推適用民法第二百四十七條之一定型化契約條款（附合契約條款）無效規定云云，亦無可採...」。本件最高法院雖以其他理由廢棄原判、發回更審，但對於原審之上述見解，並未指摘糾正，似亦肯認屢經雙方修改更正的合約內容，屬於個別磋商條款，應不適用民法附合契約的規定，於通常情形亦無類推適用之餘地。

### 3、以「消費關係」劃分定型化契約與附合契約之適用範圍

凡契約當事人不以個別磋商方式、而由單方預擬交易條件所成立之契約條款，依消保法第二條第八款之反面解釋，或可稱為「非個別磋商條款」(Terms Not Individually Negotiated)<sup>5</sup>。關於「非

<sup>4</sup> 本文引用之判決，皆取自司法院法學資料檢索系統 <http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>。

<sup>5</sup> 在比較法上，歐洲契約法原則(Principles of European Contract Law)第 2:104 條即使用「非個別磋商條款」(Terms Not Individually Negotiated)的用語，可參

個別磋商條款」之規範，我國採取雙軌制，分別於消保法第十一條以下設有「定型化契約」，以及民法第二四七條之一規定「附合契約」。至於二者應如何區分其適用範圍，最高法院的基本態度為：若提出預先擬定條款之一方為「企業經營者」，而他方為「消費者」，且雙方係就商品或服務發生法律關係（B2C），則對此「消費關係」（消保法第二條第三款），應適用消保法上定型化契約的規定<sup>6</sup>。

關於定型化契約條款，舉其犖犖大者，諸如家電賣場在其開立之統一發票上記載：「新品不良須依原廠規定，請於發票日後七日內攜帶原完整包裝及發票至原購買門市辦理退换货，凡零配件不齊或包裝不完整者，恕不退貨...」。復如經營飯店、三溫暖等業者，以提供代客泊車服務招徠顧客前往消費，其交付與客人之停車號碼牌背面寫著：「本公司及服務人員僅代客停車，不負任何車輛保管責任」<sup>7</sup>。又如預售屋買賣契約書上率皆規定：「甲方（買受人）瞭解同意本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資

---

閱 Ole Lando and Hugh Beale, *Principles of European Contract Law Parts I and II*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, p.149.

<sup>6</sup> 最高法院 92 年度台上字第 1395 號判決有謂：「消費者保護法之立法目的乃在於保護消費者之權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質。所謂『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。消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，稱之為『消費關係』，觀之該法第一條第一項、第二條第一款、第三款規定自明。本件兩造所訂立之工程合約係屬承攬契約關係，並無消費關係存在」。

近來案例，以最高法院 95 年度台上字第 994 號判決，最具代表性，蓋其表示：「...銀行與連帶保證人間（本件係為商業性借貸關係而作保證）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>7</sup> 代客泊車條款之實務案例，可參閱最高法院 89 年度台上字第 1460 號判決、91 年度台上字第 1577 號判決。

料等僅作參考用途，非為本契約之一部份，甲乙雙方權利義務內容僅依載於本契約書內為準」<sup>8</sup>。諸此條款，於吾人日常生活中，可謂司空見慣，內容則不一而足。

相對地，倘雙方當事人均為企業經營者，且一方提出預擬條款而為商品或服務之交易，皆與其各自之營業活動有密切關聯（B2B）；或雖然提出預先擬定條款者為企業經營者，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規定之餘地，應適用民法上附合契約的規範。關於雙方皆為企業經營者之附合契約條款，邇來競爭法上常見之例，即流通業者如萊爾富、福客多等連鎖便利商店，動輒於單方制訂、擬與供貨廠商簽訂之年度供貨合約書中規定：「供貨廠商於流通業者開店數滿百整數時，除應繳納『百店慶贊助費』之附加費用外，並應繳納『新開店促銷推廣分攤費』...」<sup>9</sup>，引發流通業者是否濫用其優勢市場地位，強行重複收取附加費用之疑慮。

至於締約相對人不具消費者屬性者，以僱傭契約之受雇人與公共工程得標之承攬人，最稱典型。前者之附合契約條款，如國內的科技資訊公司，常於新進人員的聘用契約上規定：「甲方（受雇人）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，不得從事未獲乙方（雇用人）同意授權之○○系統等相關工作或使用上述相關資訊，如違反約

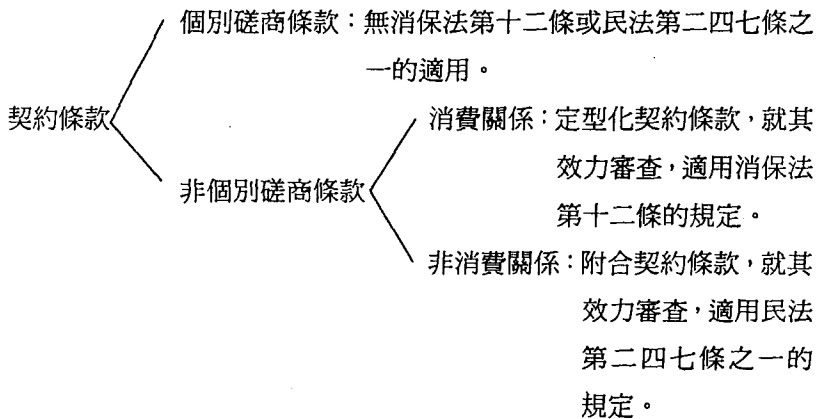
<sup>8</sup> 廣告僅供參考條款之實務案例，可參閱最高法院 95 年度台上字第 583 號判決、93 年度台上字第 955 號判決。

<sup>9</sup> 關於通路廠商向供貨廠商重複收取附加費用所引發的契約爭議，可參閱最高行政法院 94 年度判字第 542 號、同院 94 年度判字第 543 號判決。關於通路廠商與供貨廠商之間就「固定優惠退佣」及「補充固定退佣」之契約條款所衍生之契約爭議，可參閱最高行政法院 93 年度判字第 1409 號判決。



定，應給付乙方懲罰性違約金新台幣二百萬元」<sup>10</sup>。後者之附合契約條款，如公共工程之投標須知上，通常載明：「標單所列各項工程或工料數量僅供參考，投標廠商應根據工程圖說自行核算，工料價格應詳實評估，一經得標不得以估算錯誤或任何理由為藉口，要求更正或提高標價」<sup>11</sup>等，皆為著例。

以上所述，可圖示如下，敬供參佐：



然實務上以系爭交易是否該當「消費關係」，而分別適用消保法與民法相關規定的作法，在法律效果上有無差異？定型化契約與附合契約在概念上究竟有何不同？二者有無區別實益？諸此問題，且看本文下面的說明。

<sup>10</sup> 本條款摘錄自最高法院 94 年度台上字第 1688 號判決。

<sup>11</sup> 本條款摘錄自最高法院 92 年度台上字第 1395 號判決。

## 貳、附合契約與定型化契約概念之區別

### 4、附合契約之概念

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利益者」。稽考本條之立法理由，有謂：「當事人一方預定契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該項預定條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』(Contrat d'adhésion)。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，則多為經濟上之較弱者，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...」，斯項定義，足供參考<sup>12</sup>。

<sup>12</sup> 法國學說主要從下面三點，界定附合契約(Contrat d'adhésion)之概念：

第一、附合契約概念的提出，係基於兩造當事人在社經地位上之不對等；亦即一方就其所提供之商品或服務，比他方具備較多之知識、經驗等能力。

第二、附合契約並非向特定人為要約，其係向一般公眾、或以同樣條件向某一社群為要約。例如大眾運輸契約、多數類型之保險契約、或是水電瓦斯供給契約等即為著例。

第三、附合契約之內容是由一方所擬定，基於企業組織之複雜性與為了營運交易上方便起見，相對人就附合契約之內容，無個別磋商之餘地。Voir, Français TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil- Les obligations, Dalloz Précis, 8e éd., 2002, n°196, p. 197 et s. Voir également, Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 2003, n°426, p. 193 ; Philippe MALINVAUD, Droit des

## 5、定型化契約之概念

消保法於第二章「消費者權益」中，設有第二節「定型化契約」的規定。所謂「定型化契約」，依照消保法第二條第九款，「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」。次查所謂「定型化契約條款」，根據同條第七款，係「指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之」。綜合上述定義，吾人可歸納出消保法上之定型化契約，乃指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款，俾作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。

## 6、兩者概念之比較

此一定型化契約的概念，若與上述附合契約的概念相對照，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之多數人。對此，茲舉一例以明之：東海大學的教師聘書背面，印有專任教師服務聘約規定事項，此乃校方就同類之聘任關係，預定與通過教評會審查之特定人所訂立之契約條款，應認為係一附合契約，而非定型化契約，蓋一來接

---

obligations, Litec, 8e éd., 2003, n°60, p. 44 et s.; Christian LARROUMET, Les obligations- Le Contrat, Tome III, Economica, 5e éd., 2003, n°147, p. 130 et s.

受校方聘書者並非不特定之多數人<sup>13</sup>，二來應聘者依聘約所為者係提供勞務給付，亦不該當消保法第二條第一款所稱之「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務」的消費者。

倘此，附合契約與定型化契約的概念雖然接近，但仍有不同，即使我國實務學說對於上面兩者，多未予嚴格區別，殆以定型化契約稱之<sup>14</sup>，但為了避免吾人的法律思維流於鬆懈，似有在

<sup>13</sup> 誠然，「特定」人與「不特定」多數人之間的區別，有其相對性。舉例言之，超市結帳櫃檯前方，常見「本超市所售商品一經拆封，恕不退換」的牌示，此乃超市業者為與「不特定多數消費者」訂立買賣契約之用，所提出預先擬定之定型化契約條款，蓋任何進入超市選購商品結帳者，皆為上開牌示所欲規範的對象。

反之，若東海大學董事會設定學術成就、專業聲望、行政經歷、人格操守、以及國際視野等若干條件，遴選一位大學校長，則經遴選程序獲董事會發聘之校長，應為「特定人」，且不具消費者的屬性，殆無疑義。與此類似，但對於相對人的徵求門檻設定較低者，如東海大學校內一級主管（學務長、總務長、教務長）與各個學院（管理學院、社會科學院、工學院、理學院等）院長。本文以為，經推薦獲准、從校長手中接受主管或院長聘書者，仍應界定為「特定人」。

至於接受東海大學聘書之數百位專任教師，本文傾向於認為此係「特定之多數人」，蓋渠等仍經相當程度之篩選（例如學位論文、專長、著作等之審查）。於此情形，就該聘書約定事項之內容，若有違反誠信原則、顯失公平之情事，應依民法附合契約的規定論斷之。

<sup>14</sup> 請參閱朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 52 以下。朱教授指出，我國民法債編修正之起草人認為「定型化契約」即是「附合契約」，蓋在第二四七條之一草案形成之初，其理由說明，概以「定型化契約」稱之，最後始單稱之為「附合契約」，請參見前揭文註一之說明；詹森林，民法第二四七條之一與定型化契約之發展，發表於第四十三次民法研究會，民法研究基金會與台北律師公會合辦，2005 年 7 月 23 日，論文第一頁有謂：「定型化契約條款，指當事人一方，為與不特定多數相對人訂立同類契約之用，而預先擬定之契約相關權利義務條款。基於定型化契約條款而訂立之契約，即為定型化契約」；詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院 90 年台上 2011 號、91 年台上 2220 號、92 年台上 39 號判決之商榷，律師雜誌第 293 期，2004 年 2 月，頁 21 以下；孫森焱，新版民法債編總論下冊，台北自版，2004 年 1 月修訂版，頁 708，有謂定型化契約即附合契約。

其他觀點，可參見藍瀛芳，法國法上的附合契約與定型化契約，輔仁法學第

認識論上區分這兩個法律概念之必要。然而，作此一區辨有無法律實益？此一區別在適用上是否導致法律效果上的差異？凡此問題，皆為本文下面關心的焦點。

## 參、附合契約與定型化契約之區別實益

本文以為，區別附合契約與定型化契約之實益，主要表現在下述三方面：第一是決定系爭條款是否訂入契約之保護程度有別；第二是因系爭條款罹於無效致受損害之相對人，其得求償之範圍不同；第三是審查契約條款效力之標準寬嚴有別。茲謹分述如下：

### 一、條款是否訂入契約之保護不同

附合契約條款是否訂入契約，基本上應根據當事人合意原則審酌之，至於定型化契約條款是否訂入契約，關鍵點在於是否踐行「漸進式的締約程序」。

7、附合契約條款訂入契約，以個別之相對人明知或可得而知為已足。

緣附合契約條款之內容，是否訂入系爭契約，應根據民法第一五三條判斷之。按本條第一項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立」。準此，只要一方有將預擬之契約條款內容於簽約前、或最遲於訂約時告知、提示

---

9期，1990年6月，頁192以下；曾品傑，論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用(上)，台灣本土法學雜誌第53期，2003年12月，頁209以下。

他方，而他方對此有可得而知的機會，縱使他方未實際參閱契約條款之記載，前揭條款仍然構成附合契約之內容。

比較法上，歐洲契約法原則第 2：104 條第一項規定：「援引未經個別磋商契約條款之一方當事人，只有在締約前或締約時已採取合理措施提請他方當事人注意的情形下，始得向不知該等條款的他方當事人主張之」。同條第二項規定：「若只在契約文件中提到非個別磋商條款（而未詳列其內容），即便他方當事人已在文件上簽名，該等條款仍不被認為已適當地提請他方當事人注意」。是以，根據歐洲契約法原則，若相對人不知非個別磋商條款的內容，則提出條款之當事人須將條款內容載明於契約文件上，或至遲於訂約時以適當方式將該條款內容知會相對人，始得對相對人主張非個別磋商條款已訂入契約。換言之，只有業經明示、非隱藏性的契約條款，始能構成契約內容<sup>15</sup>。

惟相對人若於系爭交易前已知悉該條款或契約附件內容，例如雙方先前有生意往來，已使用相同或類似的契約條款，且當事人已提請相對人注意條款或附件內容。於此情形，即使當事人僅

<sup>15</sup> Article 2:104: Terms Not Individually Negotiated

- (1) Contract terms which have not been individually negotiated may be invoked against a party which did not know of them only if the party invoking them took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded.
- (2) Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document. 請參閱 Ole Lando and Hugh Beale, 同前註 5, 頁 149。誠然，本條規定涉及非個別磋商條款，概念上對於附合契約條款與定型化契約條款，皆有參考餘地。惟本文一方面斟酌歐洲契約法原則之性質，既為歐盟會員國契約法領域的柔性基本規範、只具各會員國契約法之「最大公因數」的特質，他方面則考量我國在非個別磋商條款的領域，係採雙軌規範的特殊體例（以民法規範交易地位落差較小、具原則性架構的附合契約，而以消保法規範交易地位落差較大、限於消費關係的定型化契約），與其他國家不同，故歐洲契約法 2：104 對於我國的借鏡意義，主要應在於具原則性規範的民法附合契約，合先敘明。

提及就特定事項之契約條款請參照○○規定，該規定雖未一併列於契約書內，但相對人既已得知該規定內容，故該規定仍構成契約之一部份<sup>16</sup>。綜上所述，歐洲契約法原則似亦以相對人明知、或可得而知條款內容，作為條款是否訂入契約的判斷標準，斯項法理，可供參酌。

查最高法院在九五年台上字第二三二六號判決，曾針對物品運送契約之爭議，贊成原審下列看法，而駁回上訴人（富○保險公司）之上訴：「...本件託運人勁○公司係從事國際貿易之公司...，有能力閱讀並理解英文合約文件...，本件發生前託運人與被上訴人（美商優○公司；物品運送人）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○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二四七條之一之規定，難謂有違背法令...」。

在此，最高法院以託運人之員工已知悉運送人之責任限制條款的規定，作為本件無違反消保法第十二條及民法第二四七條之一的一項理由，論事用法雖稍嫌速斷，蓋託運人之使用人或代理人於本件交易前，已知該賠償限額條款的事實，僅得作為該條款得構成運送契約內容的論據，尚難據此推論該責任限制條款洵為有效。然值得注意的是，本件託運人係從事國際貿易之公司，為運送人之長期客戶，雙方簽訂之貨物運送契約與託運人之貿易業務有密切關聯，在這種雙方皆為企業經營者、且系爭契約與其營業活動有直接關係的場合，最高法院既然在結論上採取肯認系爭

<sup>16</sup> Ole Lando and Hugh Beale, 同前註 5, 頁 150。

條款效力的態度，實不啻間接承認在非消費關係，即使託運單正面及背面的責任限制條款係以極小之外國文字規定，然於斟酌本件相對人從事貿易業務的締約能力、以及實際的知慮狀態後，仍應認為該字體狹小之英文契約條款，構成兩造物品運送契約之內容，並無消保法施行細則第十二條的當然適用<sup>17</sup>。

斯項實務立場，揭糞附合契約條款訂入契約，以個別相對人明知或可得而知該條款為已足，亦即須具體斟酌該相對人主觀上的知慮能力，而不是以一般交易相對人的通常認知為準，深具啟發性，可資佐照。

#### 8、定型化契約條款訂入契約，須踐行漸進式的法定程序。

定型化契約條款之內容，是否訂入系爭契約，須通過若干法定程序之形式審查。首先，針對技術性或專業性程度較低之一時性交易類型，如採買日用品、到餐廳吃飯、購票坐車、買票觀賞電影等行為，企業經營者所預擬之契約條款是否訂入契約，應依消保法第十三條以下判斷之。查消保法第十三條規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容...」。此處所謂經消費者同意受其拘束，學說上認為係包括明示或默示在內<sup>18</sup>。又消保法第十四條規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容」。

<sup>17</sup> 消保法施行細則第 12 條規定：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容」。

<sup>18</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，台北自版，2003 年，頁 101。



然何謂依正常情形、顯非消費者所得預見的定型化契約條款？對此，消保法施行細則第十二條規定：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容」。舉例言之，在上述最高法院九五年台上字第二三二六號判決，若託運人並非從事國際貿易的公司，而是偶而寄送物品給國外親友的一般民眾，於此情形，有鑑於前揭責任限制條款一方面以極小字體呈現、令人難以辨識，二方面又以外文書寫，使人不易理解其意思，故消費者得權衡自身的利害關係，主張該條款構成、或不構成契約之內容。至於個別消費者實際上是否知悉該條款內容，均非所問。是以，在此一時性的交易型態，定型化契約條款是否成為契約內容，應以渠等條款形式上是否為一般消費者所得合理預見作為認定基準，無庸考量個別消費者主觀上的認知狀態或專業能力，併此敘明。

其次，對於交易標的物較為複雜、或支付對價較為高昂的交易類型，舉其犖犖大者，如預售屋買賣、汽車買賣、不動產委託仲介公司銷售、個人購屋及購車貸款等行為，企業經營者唯有事先給予消費者合理的契約審閱期間，嗣後其所提出之定型化契約條款始能構成契約內容。按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型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容」。第二項規定：「違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容」。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等事項，公告定型化契約之審閱期間」。

在此，立法者透過審閱期間的設計，使有意購買商品或接受

服務之消費者，於企業經營者提出交易條件後若干時日，再行締約。本文以為，這種於企業經營者的要約與消費者的承諾之間(或是反過來，於消費者的要約與企業經營者的承諾之間)，插入一個審閱期間的保護機制，不啻規整了訂立定型化契約的法定流程，使消費者只要爭執未給合理審閱期間的程序問題，即得主張渠等條款不構成契約之內容<sup>19</sup>，而無庸回到實體問題的爭執。所以，在企業經營者未遵守合理審閱期間的情形，消費者實際上是否已經知悉該條款內容、其意思表示是否有瑕疵或不自由等實體問題，皆不妨礙消費者主張該未經審閱程序之契約條款，不構成契約內容的權利<sup>20</sup>。

<sup>19</sup> 最高法院在 94 年台上字第 852 號判決，即謂：「...企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。違反前項規定者，其條款不構成契約之內容...，九十二年一月二十二日修正前消保法施行細則第十一條第一項、第二項（現行消保法第十一條之一第一、二項）定有明文。本件上訴人（買受人）於第一審陳稱：伊於八十六年四月十四日，始首次目睹系爭買賣契約書，瀏覽未及半小時即簽字，簽字後契約即被台糖公司（被上訴人）收回台北總公司等語，並否認被上訴人有「公告」買賣契約書等相關文件資料，及舉人證...為其證據方法...，則其據此抗辯：系爭買賣契約書之訂定，被上訴人未給予合理審閱期間，與消保法施行細則之相關規定有違。契約書或付定切結書關於契約審閱權之記載，核與誠信原則有違，該約款為無效...，即攸關係爭買賣契約是否因重要約款不構成契約內容或無效，而致不成立之判斷，原審未違詳予調查，遽為上訴人不利之認定，自嫌速斷」。此即為消費者得以建商未遵守漸進式的締約程序為由，主張條款不構成契約內容的典型案例。

<sup>20</sup> 消保法第 11 條之 1 關於合理審閱期間的保護機制，對於非消費關係，特別是企業經營者彼此間商業往來的交易契約，是否亦應「一般性」的「類推適用」之？本文考量商業交易具有反覆性、講求迅速、要求時效、以及注重交易安全等特性，認為消保法第 11 條之 1 不適合「一般性」的「類推適用」於非消費關係，但這並不排除法院於某些事件類型，以個案方式「類推適用」合理審閱期間規定的可能性。

經查最高法院在 94 年台上字第 2340 號判決，針對公司借款債務所為之保證事件，表示：「...但查卷附之該授信總額度約定書乃係印就之文件，乃被上訴人（慶豐商銀）一方預定用於同類契約之條款而訂定之定型化契約〔附合契約〕，雖上訴人（商業性借款之連帶保證人）簽章其上，成立本件『最高

## 二、條款相對人得求償之範圍不同

附合契約之相對人，若因某罹於無效之契約條款致受損害，就此其得向提出附合契約條款之人，請求損害賠償。相對的，企業經營者若因其故意或過失，致所預擬之定型化契約條款有無效之情形，從而使消費者受有損害者，消費者得向企業經營者請求超過該損害額之懲罰性賠償金。

9、因無效之附合契約條款受有損害者，得請求信賴利益之損害賠償。

附合契約條款之相對人，若因某契約條款構成民法第二四七條之一所規定之事由，而被法院認定按其情形顯失公平、該部分約定無效者，相對人就其因此所受損害，得向擬約人依民法第一一三條關於「無效法律行為之當事人（擬約人），於行為當時，知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任」的規定，請求賠償。蓋依最高法院見解，民法第一一三條之適用範圍，涵攝所有無效之法律行為<sup>21</sup>，自應包括附合契約條款罹於無效在

限額保證契約』，惟上訴人一再辯稱：伊保證期限為一年，僅擔保余○群公司九十年十二月二十一日之五百萬元借款，簽立契約時被上訴人未告知內容，未提供合理審閱期，未交付契約書或影本云云...，並聲請訊問證人林○显即被上訴人之承辦人...為證據方法，而此攸關上訴人與被上訴人訂定保證契約時，是否有被上訴人預定之契約條款，為上訴人所不及知或無磋商變更餘地之判斷，影響兩造間之保證契約效力，自屬上訴人之重要防禦方法。原審未加調查審認，亦未於判決理由項下說明其不足採之理由，即為不利於上訴人之論斷，於法自有未合。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由」。本件最高法院就非消費關係之事件，肯認得斟酌具體個案情形，類推適用消保法第十一條之一審閱期間的可能性，足供參考。

<sup>21</sup> 按最高法院 87 年度台上字第 1396 號判決，有謂：「按民法第二百四十七條第一項所定契約因標的不能而無效之締約上過失責任，與同法第一百十三條所定無效法律行為之當事人責任，二者法定要件未盡相同，且第一百十三條

內。關於損害賠償之範圍，若考慮到系爭條款罹於無效的事物本質，基本上應以債權人信賴利益的損害賠償為其限度，不及於契約條款有效成立之履行利益。比較法上，歐洲契約法原則一方面於第 4：110 條允許相對人得撤銷違反誠信原則之非個別磋商條款<sup>22</sup>，他方面則於第 4：117 條第一項記載：「在他方當事人已知或可得而知錯誤、詐欺、脅迫、或暴利行為、或顯失公平條款的情形，依本章之規定撤銷契約的一方當事人，得向他方當事人請求賠償回復至其未訂立契約時之利益狀態」<sup>23</sup>。斯項規定，益發

既編列於民法總則編而規定，其適用之範圍，自應涵蓋所有無效之法律行為在內，而兼及於上開契約因標的不能而無效之情形。是契約因以不能之給付為標的而無效者，當事人除得依民法第二百四十七條第一項主張締約上之過失責任外，亦無排除適用同法第一百十三條規定之餘地。原審本此見解而為上訴人上開部分敗訴之判決，經核於法並無違背」。

<sup>22</sup> Article 4:110 Unfair Terms not Individually Negotiated

- (1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.
- (2) This Article does not apply to:
  - (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to
  - (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party.

請參閱 Ole Lando and Hugh Beale，同前註 5，頁 266。

<sup>23</sup> Article 4:117 Damages

- (1) A party who avoids a contract under this Chapter may recover from the other party damages so as to put the avoiding party as nearly as possible into the same position as if it had not concluded the contract, provided that the other party knew or ought to have known of the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage.
- (2) If a party has the right to avoid a contract under this Chapter, but does not exercise its right or has lost its right under the provisions of Articles 4:113 or 4:114, it may recover, subject to paragraph (1), damages limited to the loss caused to it by the mistake, fraud, threat or taking of excessive benefit or unfair advantage. The same measure of damages shall apply when the party was misled by incorrect information in the sense of Article 4:106.

印證本文論旨，足堪參佐。

舉例言之，實務上福客多便利商店之加盟總部與加盟業主之間的委託經營契約中，訂有下述條款：「乙方（加盟者）於經營委任商店，應適切地施行商品之品質管理，並須依甲方（加盟總部）指定之供應商實施訂貨業務...」；「甲方對於門市新商品的導入權有絕對之裁量權，乙方應依商品作業規定所示之最低訂貨量訂貨與販賣，不得違背」。實務上加盟總部對於所有商品皆訂有最低建議訂量，並要求加盟店遵循，否則以違約論處。若加盟總部於訂立加盟契約之際，僅向有意加盟者提供當時所有商品之最低訂貨量，而未說明歷來建議訂量概況、決定最低訂貨量之參酌標準、以及在該等最低訂貨量下之加盟店平均報廢金額等資訊。倘加盟總部於簽約後據此向加盟者為不當之訂貨要求，迫使加盟店持續訂購遠超過可售數量之商品，致增加加盟店之報廢金額而減少其利潤<sup>24</sup>。於此情形，前揭「最低訂貨量條款」，即可能因違反民法第二四七條之一第四款關於條款約定「於他方當事人有重大不利益」之情事，且按其情形顯失公平，從而該「最低訂貨量」部分之約定罹於無效。倘此，加盟者就其被強制超額訂貨所導致之商品過期報廢損失，即得依民法第一一三條之規定，向明知或可得而知系爭條款無效的加盟總部，請求信賴利益之損害賠償。

10、因無效之定型化契約條款受有損害之消費者，得請求懲罰性損害賠償金。

企業經營者基於故意或過失所預擬之定型化契約條款，若有

---

(3) In other respects, the damages shall be in accordance with the relevant provisions of Chapter 9, Section 5, with appropriate adaptations.

請參閱 Ole Lando and Hugh Beale, 同前註 5, 頁 280 以下。

<sup>24</sup> 實務上相近的案例，可參考公處字第 094101 號之行政院公平交易委員會處分書，<http://www.ftc.gov.tw/>

違反消保法第十二條之規定，而有違反誠信原則，對消費者顯失公平，且造成其損害者，消費者對此所受之損害，得援引消保法第五一條之規定，向企業經營者請求超過其實際損害之懲罰性賠償金。按消保法第五一條有謂：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金」。例如甲於民國九十年間，看見乙建商發送之廣告文宣上標榜系爭預售屋挑高四公尺六十公分，可合法施作夾層，銷售工地並搭建夾層樣品屋，搭配現場銷售人員以夾層屋作為促銷重點，甲遂向乙承購一戶預售屋，價金八百萬元。俟繳清價金並完成交屋後，甲才發現系爭房地容積率已用盡，不能施作合法夾層屋。當甲向乙以建物有瑕疵、依民法第三五九條請求減少價金時，乙以廣告文宣末端載有：「本廣告文宣內容，僅供參考，不構成契約內容」之契約條款，拒絕甲之請求。

查消保法第二二條有謂：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告內容」。雖然最高法院有認為本條非屬強制規定，當事人得合意排除之<sup>25</sup>，但消保法第十二條第二項第二款規定：「(定型化契約)條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者」，推定其顯失公平，而罹於無效。前揭定型化廣告僅供參考條款，旨在排除廣告之契約效力，殆已嚴重抵觸消保法第二二條保障消費者取得誠實消費資訊之立法意旨，殆為無效。準此，當事人不得以定型化契約條款的方式，排除廣告之契約效力，其只能經由消保法第二條第八款所稱之個別磋商條款，約定廣告不構成契約之內容。倘此，於上

<sup>25</sup> 請參見最高法院 92 年度台上字第 2240 號判決、以及 92 年度台上字 2694 號判決。

舉之例，甲若經公正之不動產鑑價單位，證明其所承購之不能施作夾層的房屋，比起位居同一地段、同一建材等級、坪數相當、且能施作合法夾層之房地，少了五十萬元之價值，則甲對於擬定廣告僅供參考條款之建商，除得請求減少五十萬元之價金外，尚得本於消保法第五一條規定，請求損害額三倍以下（如建商為故意的情形，可請求一百五十萬元以下）、或損害額一倍以下（如建商為過失的情形，可請求五十萬元以下）之懲罰性賠償金，併予敘明。

### 三、條款效力審查標準之寬嚴不同

細繹民法第二四七條之一與消保法第十二條第二項之文義可知，立法者對於附合契約條款是否罹於無效，係採取較為概括抽象的審視標準。反之，其於檢證定型化契約條款之效力，則採取較為明確具體的判斷基準。是以，我國現行法論斷契約條款是否罹於無效，乃依系爭契約性質上為附合契約或定型化契約，而異其審查密度。

#### 11、審查定型化契約條款效力之準據：客觀的個別法律規範或契約目的。

緣消保法第十二條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」。同條第二項規定：「定型化契約中之條款有左列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者」。查本條第二項第一款所謂條

款是否違反平等互惠原則，主要是看契約上之給付與對待給付是否相當、以及契約上負擔與風險之分配是否合理<sup>26</sup>。其次，關於本條第二項第二款之解釋適用，學說上認為應審視系爭條款內容，並與其所不欲適用之任意規定之立法意旨，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<sup>27</sup>。如該條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者，該條款即被推定為顯失公平而無效。

至於本條第二項第三款之規定，主要係規律非典型契約或新型契約（例如信用卡契約、度假村或運動健身房之會員卡契約），蓋民法債編各論就渠等契約類型既無明文，故企業經營者遂以其預擬之定型化契約條款規範雙方權義關係，以補法律規定之不足。關於這些補充法律規定之定型化契約條款的效力審查，應側重於消費者訂約之目的，是否因企業經營者藉由免除或限制自己之主給付義務，或剝奪、箝制消費者行使其重要權利，致難以實現締約目的。按契約條款乃兩造當事人為達到一定契約目的所使用的手段，如擬約者使用某定型化契約條款，竟嚴重妨礙相對人締約目的之達成，則該條款自應被推定為顯失公平而無效，固不待言。

綜觀消保法第十二條第二項所列三款被推定為顯失公平之情形，吾人可得出立法者其實是藉由提示上述三款事由，滌除、剔翦那些使契約上給付與對待給付顯不相當之定型化契約條

<sup>26</sup> 消保法施行細則第 14 條規定：「定型化契約條款，有下列情形之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者」。

<sup>27</sup> 詹森林，民法第二四七條之一與定型化契約之發展，發表於第四十三次民法研究會，民法研究基金會與台北律師公會合辦，2005 年 7 月 23 日，頁 5。



款，俾保障消費者之正當權益。換言之，立法者於審查定型化契約條款效力的場合，不啻以民事法上個別之任意規定、以及當事人之締約目的，作為描繪系爭契約權利義務關係「應然面」的準據，並據此觀察特定之定型化契約條款偏離契約客觀上「應為」之給付與對待給付的程度，而論斷該條款之效力。倘此，消保法上定型化契約內容控制之審查基準，應為客觀的法律規範或契約目的。

12、審查附合契約條款效力之準據：個別相對人有無事實上之議約能力。

緣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」。衡之本條之立法理由有謂：「...此類契約（附合契約）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，明訂該部分之約定為無效...」<sup>28</sup>。斯項立法理由，指出附合契約內容之控制，涉及相對人就系爭契約是否有磋商變更餘地的問題，誠值重視。實務上於解釋適用民法第二四七條之一第二款，即廢續此一思維，數度表示：「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

<sup>28</sup> 立法理由對於何謂「按其情形顯失公平者」，認為係指契約本質所生之權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言。例如以在他人土地上有建築物而設定之地上權，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」。

商變更之餘地而言...」<sup>29</sup>。

在本文前面曾提及的九五年度台上字第二三二六號判決，亦即運送契約之責任限制條款爭議事件，最高法院表示：「...本件託運人勁○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（美商優○公司；運送人）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○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」。

在這種雙方皆為企業經營者、且各該營業活動與系爭契約有密切關聯的情形，本件非屬消保法第二條第三款所稱之消費關係，似甚顯然。倘此，最高法院於本件一併援引消保法第十二條，即為贅文，殆可不論。惟應注意者，本件既非消費關係，關於契約條款之效力審查，即應依民法第二四七條之一論斷，已如前述。最高法院在本件檢視附合契約條款效力之際，特別斟酌了相對人之專業知能、就交易條件之談判能力、選擇其他運送人之可行性等因素，寓有以個別相對人是否對於系爭條款有磋商、變更之餘地，來具體判斷系爭條款是否罹於無效的思維，富有啟示性，應值贊同。

<sup>29</sup> 請參考最高法院 93 年度台上字第 1856 號（最高限額保證契約）、92 年度台上字第 2744 號（承攬建物之法定抵押權拋棄書）、92 年台上字第 1395 號（工程合約）、91 年度台上字第 2336 號（最高限額抵押權設定契約）等判決。

13、判斷相對人有無議約機會，應考量兩造之訂約能力與市場上競爭狀態。

既然實務上認為附合契約條款之效力檢證，基本上取決於交易相對人是否有磋商契約條件的機會，而相對人的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，故最高法院在九二年台上字第九六三號判決有謂：「契約當事人間所訂立之契約，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」。有疑問者，係當事人主觀的議約能力，時常會隨著外在經濟市場的變化（例如會因為激烈競爭，或獨占、寡占的市場結構，而有不同的議約空間），而有所差異。倘此，審視附合契約條款之效力，應否一併考量系爭交易所屬之特定市場的競爭狀態？

對此問題，實務上毋寧亦持肯定看法。查最高法院在九二年度台上字第三十九號判決，有謂：「按消保法第一條第一項規定『為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法』。可知消保法之立法目的，乃在保護社會廣大不特定消費者之權益，而非規範商業界商人間之交易活動。查本件承租人奇美公司向被上訴人（中油公司）租用儲槽等行為，屬商業界商人間之交易活動，並非以消費為目的，非屬消費行為，自無消保法之適用。又定型化契約之條款（既無消保法之適用，指的應是民法第二百四十七條之一的附合契約條款），因違反誠信原則，顯失公平而無效者，應以契約當事人之一方於訂約當時，處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，而簽

訂顯然不利於己之約定者始足當之<sup>30</sup>。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、紘洋化學公司、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（中油）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...」。斯項判決，明白指出非消費關係上之附合契約條款是否顯失公平，應同時斟酌交易市場相關供給或需求事業的競爭狀態，可資參照。

#### 14、從條文體例看規範密度的不同

我國實證法對於定型化契約與附合契約內容之控制，採取寬嚴不一的判斷基準，已如前述。茲以下擬稍加歸納整理，俾使吾人更能精準的掌握二者的差異。

本文首先從法律文義出發，觀察立法者有意在效力檢證的層次上，建構強弱有別之規範體例。查消保法第十二條第二項規定：「定型化契約中之條款有左列情形之一者，推定其顯失公平...」，此若與民法第二四七條之一關於「...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」的文字相對照，可發現立法者於前者留給法院的裁量空間相當有限，蓋只要該當條文所示之情形，消保法便直接推定系爭條款顯失公平，法律對於一方為企業經營者、他方為消費者之定型化契約條款之規整密度較大，從而該條款罹於無效的可能性也較高。反之，立法者於後者給予法院頗為寬廣的判斷餘裕，民法對於雙方皆為企業經營

<sup>30</sup> 同一判決要旨，亦見諸於最高法院 90 年度台上字第 2011 號判決（為商業性借貸擔任連帶保證人事件）、91 年度台再字第 45 號判決（為商業性借貸擔任連帶保證人事件）、91 年度台上字第 2220 號判決（公共工程之承攬契約爭議事件）等，請自行參閱。

者、或兩造皆為個人、或交易相對人並非消費者之附合契約條款內容，介入管控之幅度較為輕微，此可另從民法第二四七條之一規定的無效事由，比起消保法第十二條第二項被推定為顯失公平之三款情形，較為概括簡約一事，得到印證。鑑於民法對於附合契約的控制強度較小，也就是比較尊重當事人意思自主的效力，故該條款約定被宣告無效的機率當然較低。

15、從通案宣告無效或個案宣告無效，觀察規範密度的差異。

從上面文義探微所延伸的一個問題是：既然消保法第十二條第二項規定「定型化契約中之條款有左列情形之一者，推定其顯失公平...」，法院應仔細體察立法者藉此表彰其強烈保護消費者利益的意志，對於定型化契約條款效力之控制，應以通案方式為之，對於構成消保法第十二條第二項三款情形而被推定為顯失公平之條款，應予通案宣告無效<sup>31</sup>，俾維護使用同一或類似條款而

<sup>31</sup> 學者詹森林教授曾經指出：「定型化契約條款效力之控制，應以通案方式為之，對於顯失公平之條款，應予通案宣告無效」。請參見詹森林，民法第二四七條之一與定型化契約之發展，發表於第四十三次民法研討會，民法研究基金會與台北律師公會合辦，2005年7月23日，頁26。

至於如何在民事訴訟上落實「通案宣告無效」的作法？誠然，消費者保護團體對於特定之企業經營者使用某一顯然違反誠信原則之定型化契約條款，致多數消費者受有損害之事件，可依消保法第五十條第一項規定，於受讓二十人以上消費者損害賠償請求權後，以消保團體之名義，對該企業經營者提起訴訟。一旦獲勝訴判決，確認系爭定型化契約條款罹於無效，該判決效力便及於讓與損害賠償請求權之多數消費者。然有疑義者，消費者保護官或消保團體，得否逕依此勝訴判決，依消保法第五三條第一項，就市面上仍然使用該定型化契約條款之其他企業經營者，向法院訴請渠等停止使用系爭條款，俾維護消費者之集團利益？從判決爭點效的視角以觀，若欲使前一訴訟中定型化契約條款之效力判斷，對於後一訴訟有其拘束力，即應在前一訴訟中賦予其他企業經營者某種程度之程序保障，或由代表該行業利益之同業公會透過訴訟參加的方式，表達該行業企業經營者之整體法律意見，以強化「通案宣告無效」的正當性。對於此一新興課題，實有賴於實體法與程序法學者來日深入研究。

與企業經營者交易之消費者社群的集團利益。此一透過通案宣告無效的作法，與消保法第十七條藉由行政手段通盤控制定型化契約內容的規定<sup>32</sup>，可謂前後輝映，基本理念如出一轍。

倘此，如果某複合式賣場於其結帳櫃臺上方，以明顯方式懸掛「商品出門，概不負責」的告示，鑑於該告示內容乃定型化契約條款<sup>33</sup>，旨在排除民法物之瑕疵擔保責任的任意規定<sup>34</sup>，該條款因嚴重牴觸物之瑕疵擔保責任係維護給付與對待給付之等價性的立法目的<sup>35</sup>，依消保法第十二條第二項第二款被推定顯失公平，罹於無效。於此情形，法院應著眼於定型化契約條款是與「不特定多數消費者」訂約的交易特性，通案宣告此一條款係屬無效，無庸考量個案中之商品性質（文具、生鮮食品、電腦軟體、家電、或個人衛生用品...），亦不須顧慮買受人之知能、資力（家庭主婦、法律專業人士、企業家...）等因素，俾維護受該條款拘束之「不特定多數消費者」的集團利益。

反之，在附合契約條款的場合，民法第二四七條之一既已揭櫫「...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」，則法院應於個案中，按其情形，斟酌交易客體之性

<sup>32</sup> 消保法第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項」。同條第二項規定：「違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效...」。

<sup>33</sup> 消保法第 2 條第 7 款後段有謂：「定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之」。

<sup>34</sup> 民法第 366 條規定：「以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵擔保義務者，如出賣人故意不告知其瑕疵，其特約為無效」。依本條規定，若出賣人無故意不告知瑕疵的情形，則其以特約免除或限制出賣人物之瑕疵擔保義務的規定，洵為有效。準此，民法第 354 條以下物之瑕疵擔保責任的制度，性質上為任意規定，要無可疑。

<sup>35</sup> 通說認為物之瑕疵擔保責任的制度目的，在於合理調整契約上給付與對待給付之對價關係。請參見黃茂榮，買賣法，植根出版社，2004 年 12 月增訂版，頁 390。

質、對價、締約主體之議約能力、市場上之競爭狀態等具體情事，決定附合契約條款在本件是否顯失公平。這種「個案宣告無效」的作法，不但符合立法者明示的意思，亦與附合契約相對人之多元屬性息息相關，蓋交易相對人可能是「特定之消費者」，例如名牌精品店僅邀請特定刷卡大戶選購新品；也可能是「特定之多數人」，例如從事營業活動而締約之企業經營者、公共工程之投標廠商、商業性融資契約之保證人、企業招聘有會計師資格之財務主任等；亦可能為「不特定之多數人」，例如果園或工廠招募打掃的臨時工等。

換言之，正是因為締約相對人之主觀條件，足以影響附合契約內容的形成，故一附合契約條款若於 A 個案被宣告無效，其於 B 個案並不當然亦歸無效，蓋各該交易相對人的議約能力並不相同。設某科技公司於新進員工之聘僱契約上載明：「甲方（受雇人）承諾於離職日起算二年內，不得未經乙方（雇用人）同意而從事與乙方營業項目相同或類似的行業。甲方如違反約定，應給付乙方新台幣兩百萬元之懲罰性違約金，甲方不得異議」。按此一競業禁止條款之效力審查，若暫不考慮雇主的補償義務問題，會因為相對人究竟是公司研發部主任、或是掌管銷售維修業務的工程師、或是負責接電話倒茶水之櫃臺人員等不同身份，而有不同的論斷，殆可斷言。從而，法院於附合契約條款之效力檢證，只能以個案宣告無效的方式為之，始屬妥適。

#### 16、從審查標準的不同看規範密度的差異

按檢視定型化契約條款之效力，主要乃斟酌相對人基於契約內容，比較其權義關係在應然與實然的客觀落差。具體而言，例如給付與對待給付是否顯不相當、系爭條款是否過度悖離任意規

定之立法旨趣、或系爭條款是否使契約目的窒礙難達。於此情形，鑑於立法者於消保法第十二條第二項所設定的三款審查標準，尚稱具體明確，且多屬法律解釋上的問題，法律技術性較強，只要系爭條款大約該當所示三款事由，即推定其顯失公平，直接課予企業經營者提出相關事證、說明該條款並不違反誠信原則的舉證義務，對於企業經營者的規範強度較高，此一判斷標準自是較有利於消費者。

反之，在論斷附合契約條款效力的場合，依實證法除了須顧慮契約內容外，尚應參佐雙方之議約能力、前後交易之經過、獲益情形、以及系爭交易於市場上的競爭狀況。於此情形，因為所考量的事項較多，橫跨法律與經濟兩大領域，審查標準已預留彈性，提供個案迴旋的餘地。此外，在舉證責任上，是由主張系爭附合契約條款無效的相對人，負有提出上述事證資料的責任。上述斟酌標準對於擬定附合契約條款之當事人的規範強度較弱，自是較不利於交易相對人。

是以，附合契約與定型化契約之審查標準的差異，即在於前者採取宏觀視角，全盤考量契約內容與契約本身以外的法律與經濟因素，而後者採取個別、微觀的角度，著眼於契約內容與目的之法律檢證。關於判斷契約條款無效的基準，如僅就法律觀點進行審查，自然是要比一併衡酌經濟觀點，來得明確且嚴格許多。依此推論，定型化契約條款被宣告無效的可能性，應大於附合契約條款罹於無效的機率。



## 肆、基於當事人締約地位之差距而異其規範 之正當性—兼結語

我國對於定型化契約與附合契約之內容控制，分別於消保法第十二條以下與民法第二四七條之一著有明文，現行法依系爭交易為消費關係或非消費關係，採取強弱有別的規律方式，其正當性為何<sup>36</sup>？以雙軌而異其規範強度的方式，限制條款提出人的契約自由，將導致交易相對人的保護程度不同，如此一來有無違反平等原則？

按我國民法係採民商合一之立法體例，對於市民與市民之間、商人與商人之間的法律行為，均一體適用民法的規定，並非像其他同為歐陸法系之法、德、日等國於民法典之外，尚制訂商法通則以規範商人與商人之間的交易行為。準此，民法第二四七條之一關於附合契約的規定，作為防止濫用契約自由的原則性規

<sup>36</sup> 區別營業用與非營業用之目的，而異其對待之實務立場，亦可見諸於最高法院九四年度第二次民事庭會議。經查討論事項為：城市地方供營業用房屋之租金，是否應受土地法第九十七條所約定房屋租金最高額之限制？

有甲、乙二說：

甲說：城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價百分之十為限，此觀土地法第九十七條第一項之規定自明。如當事人約定房屋之租金超過此項限制者，不問租賃標之物之房屋係供住宅或營業之用，其超過法定限制部分均無請求權。

乙說：土地法第九十七條限制約定最高租額之限制，僅限於城市地方供住宅使用之房屋有其適用，此觀同法第九十四條第一項及第九十六條規定之立法原意即可推知。至供營業用之房屋，承租人因承租房屋而獲得商業上之利益，非一般供住居用之房屋可比，所約定之租金，自不受土地法第九十七條規定之限制。

決議：採乙說。

城市地方供營業用之房屋，承租人得以營商而享受商業上特殊利益，非一般供住宅用之房屋可比，所約定之租金，自不受土地法第九十七條規定之限制。

定，立法者採取較為抽象、概括、寬鬆的規範風格，適足以讓法官因應多元而開放的交易類型，並斟酌當事人之屬性和經濟市場的變動，在個案中彈性決定國家介入限制契約自由的程度。

惟兩造當事人基於社經實力、訂約經驗、專業能力、以及取得資訊難易等方面之不對等，造成雙方交易地位懸殊，易使強勢的一方動輒以契約自由之名，行榨取交易上弱者權益之實，此以企業經營者與消費者間就商品或服務所發生之法律關係，最稱典型。所以，立法者特別針對通常交易金額不高、但卻最需要強介入、迫切保護的消費關係，經由消保法規範定型化契約條款，並透過消保法第十二條，以較諸民法第二四七條之一更為具體、明確、嚴格的規整方式，限制企業經營者的契約自由，俾維護消費者的正當利益。在此意義下，消保法上的定型化契約應為民法上附合契約的特別規定，故關於消費關係之契約效力審查，應優先適用消保法，至於非消費關係之契約內容控制，則仍應回歸民法規定，應予指明。

這種因應契約當事人交易地位之落差，考量其議約能力之歧異，分別就附合契約與定型化契約之規範，發展出寬嚴不同的審查基準，而提供交易相對人程度不一的保護機制，得予評價為我國法體察規範事物性質之差異，為合理之差別對待，遂本諸憲法第七條關於「等者等之、不等者不齊一處理」之平等原則，對於擬約人基於憲法第二十二條之契約自由，給以不同程度之限制。此一隨著當事人交易地位的差距，而異其審查密度的規範體例，非但有助於實務上形成案例類型，增加法律適用上的安定性，也為我國民法學的研究，提供了一個新的方向，殆屬佳構，應值贊同。

## 參考文獻

### 一、中文

1. 王澤鑑，債法原理第一冊，基本理論債之發生，台北自版，2003年增訂版，頁94。
2. 朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌第54期，1999年11月，頁52以下。
3. 孫森焱，新版民法債編總論下冊，台北自版，2004年1月，頁708。
4. 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁5。
5. 黃茂榮，買賣法，植根出版，2004年12月增訂版，頁390。
6. 曾品傑，論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用（上），台灣本土法學雜誌第53期，2003年12月，頁209。
7. 詹森林，民法第二四七條之一與定型化契約之發展，發表於「第四十三次民法研究會」，民法研究基金會與台北律師公會合辦，2005年7月23日，頁1。
8. 詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院90年台上2011號、91年台上2220號、92年台上39號判決之商榷，律師雜誌第293期，2004年2月，頁21。
9. 謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌第125期，2005年10月，頁23。
10. 藍瀛芳，法國法上的附合契約與定型化契約，輔仁法學第9期，1990年6月，頁192。

### 二、外文

1. Christian LARROUMET, Les obligations- Le Contrat, Tome III, Economica, 5e éd., 2003, n°147, p. 130 et s.
2. Ole Lando and Hugh Beale, Principles of European Contract

- 
- Law Parts I and II, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, p.149.
3. Philippe MALINVAUD, Droit des obligations, Litec, 8e éd., 2003, n°60, p. 44 et s.
  4. Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Defrénois, 2003, n°426, p. 193.
  5. Français TERRE, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, Droit civil- Les obligations, Dalloz Précis, 8e éd., 2002, n°196, p. 197 et s.