

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫
期中進度報告書

消費者保護法與民法之分與合一立法芻議與修正草案（二）

民法與消費者保護法之定型化契約規範之探討

計畫主持人：楊淑文

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC 96-2414-H-004 -018 -MY3

執行期間：2008 年 08 月 01 日至 2009 年 07 月 31 日

執行單位：國立政治大學法律學系

中 華 民 國 98 年 06 月 24 日

目錄	
壹、前言	3
貳、定型化約款之定義	3
一、定型化約款之要件	3
(一) 單方擬定	4
(二) 同類契約?	4
(三) 無磋商餘地?	4
二、消費性與非消費性契約之保護規範	6
三、個別磋商條款	7
參、契約條款定入契約問題—異常條款規範之探討	9
一、狹隘文義產生之規範漏洞	10
二、雙軌制的立法—民法漏未規定「異常條款」	10
三、我國目前實務常見問題	11
(一) 信用卡契約之成立及其循環利息	11
(二) 附卡問題	12
肆、定型化約款之解釋	13
伍、效力規範問題之探討—民法二百四十七條之一與消保法十二條問題	15
一、定型化契約效力規範之演變—從公序良俗到誠信原則	15
二、民法第二百四十七條之一以及消保法第十二條區分適用之標準	16
三、民法第二百四十七條之一的實務見解	16
(一) 工程契約	16
(二) 保證契約	18
(三) 最高限額保證	19
(四) 關於民法第二百四十七條之一—實務見解之評析	20
四、消保法第十二條的實務見解	21
(一) 預售屋	21
(二) 附卡契約	22
(三) 信用卡契約	23
(四) 消保法第十二條實務見解評析	24
五、小結	27
陸、結論	28
參考文獻	30
計畫成果自評	32

壹、前言：

當事人訂立契約時，透過磋商、討價還價方式，議定對自己有利的條款，係屬於傳統的締約方式；但近年來，契約條款多由一方當事人為與多數人訂約而事先擬定¹，蓋考量到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，以創造更高的利潤，創新交易型態（如信用卡之使用，融資租賃等新型契約之出現），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之適用日漸普及化及大量化；透過定型化約款以締結契約，一方面得以節省時間、費用，具有效率化之優點，另一方面，企業經營者得藉由契約條款之擬定來預先控制及分配風險，及基於契約自由原則，補充當事人在新型交易型態之權利義務，是其使用亦具有補充性及正當性²。

惟通常定型化約款往往係具有經濟上強勢地位之企業經營者，所預先擬定之遊戲規則，而通常在該類契約中，企業經營者往往一方面減輕或排除其本身之責任，加重相對人之責任，另一方面則限制或剝奪相對人權利之行使，甚至將各種風險分配或轉嫁由相對人加以承擔，使相對人不僅喪失決定契約內容、交易條件之自由，法律規定本身所隱含之公平之基本原則亦遭嚴重破獲，而衍生大量定型化約款使用之爭議³。

¹ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，頁 94-95。

² 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，頁 34-35。

³ 楊淑文，消費者保護法關於定型化契約規定

針對定型化契約所造成的問題，我國於民國八十三年於制訂消費者保護法（下稱消保法）後，就其第二章第二節從十一條至十七條乃規定定型化契約規範，以及於民國八十九年制訂民法第二百四十七條之一規定定型化契約條款之效力，皆可見定型化契約已儼然成為現今契約法核心問題，但我國採取雙軌制立法，於適用時易產生諸多問題，尤其規範一般性定型化契約約款之民法僅於二百四十七條之一規範定型化契約效力，相較於規範消費性契約之消保法之相關規定，明顯不足，是必須根本性檢討雙軌制之立法方式的妥當性，因此本文以下擬從定型化契約定義、個別商議條款、異常條款、解釋方法以及效力規範問題來作詳細的探討。

貳、定型化約款之定義

一、定型化約款之要件

適用相關定型化契約規範前提必須此一條款為定型化約款，此自不待言。關於定型化約款及定型化契約之定義，依消保法第二條第七款規定，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，並依同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。此外，參照民法第二百四十七條之一規定，定型化契約，乃依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂立之契約，以上法律條文規範雖然清晰，但在我國實務運作上仍產生問題，以下擬從

在實務上之適用與評析，新型契約與消費者保護法，頁 85-86。

此要件分析探討。

(一) 單方擬定

因約款擬定人既係預先擬定之定型化約款，時常考慮各種對自己不利益之排除與利益取得之情形，以控制、預定其各種締約之風險，相較之下，約款擬定人的相對人因無法對契約內容有磋商之可能，而通常是屬於利益被罔顧，且被他方剝奪其決定內容之自由之一方⁴，簡言之，定型化契約條款規範之目的在於避免一方當事人濫用其經濟上、知識上等優勢地位，單方擬定定型化契約條款，而約定不利於相對人之定型化契約條款，因此其規範重點乃在於一方單方擬定契約條款時，容易將風險分配或轉嫁於他人，而造成弱勢一方權益被剝奪。因此定型化約款必須是由單方擬定，始適用相關之規範。

(二) 同類契約？

我國消保法與民法規定皆將「同類契約」納為定型化契約要件，不同於德國民法條文第三百一十條第三項第二款規定：「本節之規定，就企業經營者與消費間之契約（消費者契約）依據以下之尺度適用之：...2.對於事先擬就之定型化約款法，縱然其僅供一次之使用所定，而消費者由於事先擬就性，對於其內容並無任何影響力者，本法第 305 條 c 及第 306 條、第 307 條至第 309 條及民法施行法第 29 條 a 之規定亦適用之。」。但查立法者對於定型化契約規範乃在避免定型化契約條款擬定人利用其經濟上之強勢，透過預先擬定將不利益轉嫁給另一方而

與他方加以訂約之情況，因此是否是同類契約實非定型化契約約款必須考量之要件，應認為其僅是常見之狀況，因此我國規定較為劃地自限⁵。

查實務見解，曾認為「…適用之前提在於『預定用於同類型契約條款而訂定之契約』，而本件工程契約條款係被上訴人公司為具體個案工程擬具，並依政府採購法相關規定，經公開招標程序由上訴人公司得標承攬，其契約性質尚不屬上開條文所指『定型化契約條款』。」⁶其認為該契約並非屬於同類型契約而排除有定型化契約規範之適用，但如前所述，本文以為「同類契約」應非要件之一，而僅為常見狀況，是實務如此的認定將使本應納入定型化契約保護之契約條款被排除，實有所不當。

(三) 無磋商餘地？

關於在認定是否為定型化契約時，由於定型化契約主要規範目的乃是基於弱勢一方對於契約內容無置喙之可能，使得弱勢一方承受不公平之對待，而有規範之必要。因此實務上曾有見解認為「被上訴人係醫療機構，以從事醫療為其業務；上訴人係以承包工程、營繕工程為其經營業務，係全國具知名度之營造業者。以被上訴人就所作之系爭工程，發包予上訴人承攬而言，係偶而為之，應（非）屬消費者之一方；上訴人係屬工商企業之一方，以其所經營業務與被上訴人簽訂工程契約書，對於契約內容是否顯

⁴ 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究（三），頁 36。

⁵ 黃立，民法債編總論，頁 91。

⁶ 臺灣高等法院臺中分院民事判決 97 年度建上易字第 7 號。

失公平，知之甚稔。上訴人於簽訂工程契約書，對於第二十七條：『契約簽訂後經六個月，因甲方原因未能開工者，乙方得要求無條件解除合約。工程因故停工或延期開工，乙方願放棄任何加價或補償損失之要求』之約定，非無磋商、變更之餘地，尙難認係被上訴人一方預定契約之條款，即非屬民法第二百四十七條之一所規定之附合契約，已臻明確，自無消費者保護法、公平交易法規定之適用。上訴人主張是項約定係屬附合契約，應為無效，自非可採。⁷，認為契約擬定人之

⁷最高法院 94 年台上字 1 號判決，採相同意旨尙有臺灣高等法院高雄分院民事判決 97 年度上易字第 22 號「『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。』，固為民法第 247 條之一所明定。惟 88 年 4 月 21 日民法債編增訂該條規定之立法理由，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，為原則上之規定，明定「附合契約」之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其約定為無效。故此類契約，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，而依其預定契約條款訂約之一方，則多為經濟上之較弱者，每無磋商變更之餘地。…又上訴人係屬工商企業之一方，以其所經營之業務與被上訴人簽訂系爭承攬契約，其對於契約內容是否顯失公平，自應知之甚稔，故上訴人於簽訂系爭承攬契約，對於系爭說明欄有關清運費、處理費及其他必要之費用均由投標廠商自付之約定，非無變更、磋商之餘地，是揆諸前揭說明，該項約定自難認係被上訴人一方預定契約之條款，即非屬民法第 247 條之 1 所規定之附合契約，已臻明確。上訴人主張該項約定係屬附合契約，應為無效，自非可採。」，另外尙有最高法院 92 年台上字第 785 號判決「本件原審未調查審酌兩

相對人如有磋商之餘地則無所謂的定型化契約條款規範之適用。

查將有否磋商餘地當作定型化約款之要件的實務見解，大多是在判斷是否有民法第二百四十七條之一之適用所產生的爭議⁸，且實務在判決文中通常引用第二百四十七條之一之立法理由⁹，強調若雙方地位均等，且有磋商之可能、變更之餘地，即認為非屬定型化契約，而排除其相關規定之適用。實務上所謂的仍有「磋商餘地」，即仍有享有契約自由，可否推知實務認為當事人僅有 0.1% 的磋商餘地仍享有契約自由不得而知，實則，契約自由之完全排除或剝奪，已逾越民法第九十二條詐欺為意思表示係屬意思表示不自由，而屬民法第七十二條公序良俗之適用範圍，均應有民法與消保法

造之承攬契約，有無特別約定定作人有必要協力之義務，遽認上訴人負有給付遲延損害賠償責任，進而為不利於上訴人之判決，未免速斷。次按民法債編修正條文第二百四十七條之一規定之附合契約，係指當事人一方依照當事人另一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約。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。預定契約條款之一方，大多為經濟上之較強者，而他方則多為經濟上之較弱者，他方於訂約時，就契約條款每無磋商變更之餘地。本件原審未調查審認兩造之承攬契約是否屬於附合契約之性質，遽依民法第二百四十七條之一規定，為不利於上訴人判決，亦有未合。上訴論旨，執以指摘原判決其敗訴部分不當，求予廢棄，非無理由。」

⁸ 因我國第二百四十七條之一的立法理由乃強調磋商餘地之故。

⁹ 其立法理由乃謂「…為使社會大眾普遍知法、守法起見，……爰增訂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，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，明定該部分之約定為無效。」

相關規定適用之可能。不因一方當事人享有決定是否締約、決定相對人部分自由即認符合契約自由原則¹⁰。此外，相關判決大都是以契約擬定人之相對人是屬於工商企業之一方，以此判斷相對人有磋商餘地而否定其所訂立的契約是定型化契約之推論，然本文以為，是否屬工商一方只是判斷標準之一，事實上有否磋商餘地仍應從締約時交易情形加以判斷，如上實務見解大多是針對政府和一般民間廠商訂定工程契約之情況，雖然廠商有一定經濟實力以及專業知識，但是在和政府訂約時，仍是屬於不對等之狀況，亦即通常情況下，廠商是無法對契約內容有太多磋商之可能，進而可能產生地位強勢一方不當移轉風險和不利利益給他方之情況，此一情況自然是定型化契約相關規定必須規範之範圍，而不應加以排除。

二、消費性與非消費性契約之保護規範

我國關於定型化契約之規制，如前所述是分別規定於消保法和民法，而依照消保法第一條¹¹、第二條第一款至第四款¹²之規定，而由於消保法具有

「保護消費者權益」之特別立法目的，民法為私法關係之普通法，所以應認為消保法及其施行細則原則關於定型化契約之規定，原則上僅適用於消費性契約；至於非消費性契約，若無其他特別規定時，則回歸至民法一般性規定¹³，在此雙軌制立法下，於適用定型化契約規範時必須先區分消費性契約與非消費性契約再分別適用消保法和民法之規定。

但是，此一區分適用是否妥適實有深思之必要，尤其是關於保證契約之實務見解，大都認為「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。」¹⁴而將保證契約排除於消保法之適用，但有學者指出，消保法第二條第一款規定消費者，是指「消費為目的而交易使用商品或接受服務者」，其意義僅在於要求企業經營者與消費者之間，就系爭商品或服務需有交易關係存在；至於該交易關係，

之爭議。」

¹³ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究（四），頁 160。

¹⁴ 最高法院 95 年台上字第 554 號判決，採相同見解尚有最高法院民事判決 91 年度台上字第 740 號判決、最高法院 95 年台上字第 87 號判決、最高法院 90 年台上字第 2011 號判決、最高法院 90 年台上字第 1414 號判決、90 台上字第 9011 號判決、92 年台上字第 2332 號判決、93 台上第 2345 號判決、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度上易字第 189 號判決、臺灣高等法院民事判決 93 年度上易字第 1008 號判決、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度上易字第 189 號判決、臺灣板橋地方法院民事判決 96 年度小上字第 92 號判決、臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度重訴字第 1618 號判決以及台灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會。

¹⁰ 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合

（一）一雙軌制立法下的消費者與消費關係，程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁 346。

¹¹ 消保法第一條：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提升國民消費生活品質，特制定本法。有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」

¹² 第二條第一款：「消費者：指以消費者為目的而為交易、使用商品或接受服務者」、第二款：「企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或接受服務者。」第三款：「消費者關係：指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係」、第四款：「消費爭議：指消費者與企業經營者間因商品或服務所生

屬於有償、雙務契約者，固較常見；但屬於無償、單務方式者，亦無不可。觀諸其條款並無以有償或雙務為其所指「交易」之要件，即屬自明¹⁵。且雖債權人對保證人固無主給付義務之存在，然而債權人對於保證人仍有附隨義務，債權人尤其不得以違反誠實信用原則之方法，行使其對於保證人之權利。故實務以銀行對保證人不負任何義務為由，否定消保法之適用，此仍有澄清之必要。且若從實質利益衡量之觀點出發，保證契約仍以適用消保法為妥。蓋單務無償契約，基於民事法律關係上之基本原則，無償行為債務人之過失責任應從輕酌定，如民法中贈與人之注意義務減輕、使用借貸或無償消費借貸貸與人之撤銷權等，因此，保證契約屬於無償契約更應使保證人受消保法關於定型化契約規定之保護，以盡量減輕其責任，俾符合前揭之民法基本原則。再者，從保證人與主債務人責任比較之觀點，主債務人尚有從銀行取得借款，而保證人無任何受益，純粹負有保證義務。因此，在對於債權人所負之責任上，法律對保證人之保護，應優於或等於對主債務人所提供者¹⁶。且主債務契約（主債務人與銀行之定型化借款契約）應適用消保法，實務及學說並無異論，何以保證人與銀行間之定型化保證契約卻無法適用消保法之規範？故應認為，債權人（銀行）以定型化條款與保證人締約，亦應有消保法之適用¹⁷。

¹⁵ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究（四），頁 218。

¹⁶ 如民法七百四十二條規定：

¹⁷ 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，民事法理與判決研究（四），頁 262-265。

上開爭議最主要源自於實務堅守消費者保護法係以保護消費者為目的，而在解釋適用上排除消保法適用，然此一解釋是否妥當其實備受爭議，因其強調消保法之適用必須以有消費關係存在為其前提之見解，亦即係以是否有「消費關係」存在，作為應適用民法關於「附合契約」之規定或消費者保護法關於「定型化契約」規定之判斷標準，然而在定型化契約之中，主要問題為契約條款由約款使用人單方擬定並單方形成契約內容，相對人全無斟酌之餘地之因而加以規範，而是否是消費者其實並非主要探討之因¹⁸，此外，此種立法模式把定型化契約法律關係之規定，割裂規定於民法與消費者保護法之中，除了造成規定之重複外，也會因為在不同法律中規定內容之差異，導致法院可能在解釋適用上分別適用不同法律而使得相同問題可能有不同之處理結果，而有違憲法平等原則之嫌，因此應根本性探討將定型化契約規範分別規定於消保法以及民法之雙軌制立法之妥當性。

三、個別磋商條款

與定型化契約約款相對是「個別磋商條款」，依消保法第二條第八款規定是指以契約當事人個別磋商而合意之契約條款，而若契約條款中含有定型化契約約款時，而依消保法十五條規定「定型化契約中之定型化條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」，其主要理由乃是在定型化契

¹⁸ 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合（一）—雙軌制立法下的消費者與消費關係，程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁 351。

約中，約款擬定相對人只能選擇訂立或不訂立契約、締約對象，但關於契約自由內涵中的契約內容自由之決定則無協議磋商之餘地¹⁹，因此有特別規範之必要。但個別磋商條款是屬於個別約定，雙方乃是透過協議訂立約款，則契約內容形成自由仍可維持，特肯定其優先效力，以保護相對人之利益²⁰。

當個別磋商條款比定型化契約約款有利於消費者時，則依照消保法十五條規定，使其優於定型化契約約款效力是無疑義，然若個別磋商條款比定型化契約約款更不利於消費者時，應為如何之處理？比如於消費者不知定型化契約約款更有利自己或是消費者知其情事但是企業經營者另和消費者約定個別磋商條款，以規避定型化約款之法律規制之情形。本文以為，於消費者不知有更有利於自己之定型化約款而另定磋商條款時，參酌消保法第四條企業經營者有提供消費者「充分與正確資訊」之義務，以及消保法十一條之一第二項但書、消保法施行細則第十二條但書之立法精神，應對消保法第十五條做目的性限縮，認為必須限於個別磋商條款比定型化契約條款更為有利時始可適用十五條，因為此時是企業經營者顯利用他方之不知，而獲取不當之契約權益，與誠信原則要求相違背，自無保護之必要

21。

此外，涉及到消費者知悉個別磋商條款比定型化契約約款更不利於己，但仍願與企業經營者訂立該條款之情形，此時是否仍有消保法第十五條之適用，亦是值得思考問題。本文以為，個別磋商條款優先於定型化契約條款適用之理由乃在於此時是由消費者與企業經營者對於契約內容磋商而訂立條款，更符合契約自由之真諦，但仍必須思考消費者是否真正能夠磋商，進而影響契約之實質內容，則仍應從個案觀察消費者談判協商能力以及其獲得資訊之能力。因此，本文以為此時大致上可分為兩個方向加以思考，因一般情況消費者不會無緣無故去接受比自己更為不利之條款，若該不利條款已另外給予消費者其他補償或是利益，而消費者也在充分獲得相關資訊而能作正確判斷之時，或許尚可理解消費者是在此處做讓步，以獲取主觀上對自己更大的利益，是在此一情況下，大致上肯認仍有消保法十五條之適用；然若於無其他補償措施時，實在甚難想像消費者為何在知悉此更為不利於自己之情況下，會接受該一約款，因此應否定其有消保法十五條之適用；除此之外，若發現企業經營者不只以該不利條款對其中幾位消費者訂立，而是幾乎和每位消費者訂立時，由於個別磋商條款並無定型化契約約款規範之適用²²，是可以此判斷企

¹⁹ 黃立，消保法的定型化契約條款（一），月旦法學教室第 15 期，頁 101；楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌第 122 期，頁 232。

²⁰ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理（一），頁 100。

²¹ 詹森林，定型化契約之基本問題，民事法理與判決研究（三），頁 7。

²² 大多學者認為我國消保法規定只有定型化契約約款有適用其相關規範，而個別磋商條款則無其適用，王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理（一），頁 100。但亦有不同見解，認為

業經營者是以此作為規避規範之手段，並以其強勢之經濟地位要求消費者同意不利之約款，此情況與定型化契約約款規制目的無異，且也符合定型化契約約款之要件，因而應認為此條款並非屬於個別磋商條款，而無消保法第十五條優先效力之適用，且仍有定型化約款規範之適用。

最後，由於我國民法對個別磋商條款亦無規範，然如前所述，個別磋商條款優於定型化契約約款之原因乃在於其使約款擬定之相對人對於契約內容能有協議磋商之可能，更符合契約自由之真諦，且亦能保障雙方當事人的意思自由，因此明顯可見其有民法一般的法律原則，所以應該不限於消費關係始有該適用。因此，亦有學者提出就非消費關係中之契約，應亦做相同之解讀²³，本文對此採肯認見解，認為於非消費關係之契約可類推適用消保法第十五條或適用民法第一百五十三條，因此時雙方當事人合意乃在於個別磋商條款，而默示排除定型化契約約款之規範。

參、契約條款定入契約問題—異常條款規範之探討

「異常條款 (die überrasche Klausel)」是指若定型化契約條款形式上雖記載於契約內容中，惟其所規範之事項，為條款相對人依其日常生

限於排除一般條款存在或可能存在之不公平情事時，始不適用定型化契約規範，反之，則仍成立定型化契約，邱聰智，新訂民法債編通則（下），頁 533。相關論述詳見陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌第 91 期，頁 58。

²³黃立，消保法的定型化契約條款（一），月旦法學教室第 15 期，頁 101。

活之經驗法則所不能預見者，則該條款將對相對人造成突襲，使相對人承擔不可預見之責任，而我國關於異常條款規範乃規定於消保法第十四條：「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。」。

本來依照傳統法律行為理論，契約當事人未經審閱契約內容即為民法第一百五十三條締約之意思表示，嗣後不得以其不知條款而主張不受該條款拘束，因在個別商議訂定之契約中，契約內容係由雙方當事人共同磋商形成，且通常締約雙方專業及經濟實力落差不大，除有意思表示錯誤或其他得撤銷之情事外，當事人自不得以其不知契約內容而主張不受契約拘束；然而在定型化契約中，條款使用人往往有較多之交易經驗，並處於專業上、法律上、市場上或經濟上之優勢，且其條款規範內容大多事涉專業，眾條款相互間體系架構關係複雜，非深具法律及交易專業不能瞭解其法律關係，而條款相對人於締約時，通常由於欠缺時間、興趣及專業，而僅就其有興趣之條款審閱，此時，若相對人仍須依傳統法律行為理論對該條款負責，顯然過於嚴苛²⁴。因此，解釋上應認為，相對人對於定型化契約所為之概括合意，限於其依經驗法則所得預見之條款。若條款內容為平均水平之交易相對人依其經驗法則所不能預見者，則非於民法第一百五十三條合意範圍，自不屬於契約中的一部分，藉以保障

²⁴ Stoffels, AGB-Recht, Rn.324.

相對人之正當信賴²⁵。

如上所述，我國於消保法有異常條款之規定，但關於其規範本文以為有以下檢討之必要，

一、狹隘文義產生之規範漏洞

異常條款不應構成契約內容，乃在於保障相對人之正當信賴，免於其所無法預見之契約條款所害，至於異常條款是否訂定於契約之中，則非所問。然而我國關於異常條款之規定卻將之限於定型化契約外時，始不構成契約內容，而此一立法亦影響實務之操作，部分法院判決認為²⁶，定型化契約條款訂定於契約中者，即應構成契約內容，而無消保法第十四條之適用。

相較於德國的立法，德國民法第 305c 條第 1 項規定：「定型化契約條款中之規定，如依其情況，**尤其依其契約外部表徵**（nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags）**為不尋常者**，而為條款使用人之交易相對人無庸斟酌者，不構成契約內容。」²⁷，則未因異常條款訂於契約中或契約外而異其法律效果。是我國消保法將「未經記載於契約中」納入要件，乃劃地自限，且顯然不足以保護消費者權益²⁸。

二、雙軌制的立法—民法漏未規定「異常條款」

異常條款之規範僅規定於消保法，民法僅有第二百四十七條之一之定型化約款之效力規定，雖然通常情況下，異常條款大多屬於顯失公平無效之條款，或許會有見解認為，縱然不適用消保法第十四條，亦得依效力規範使該條款無效。然而，此二條規定雖皆由條款內容出發²⁹，但其所重視之條款瑕疵及檢驗標準並不一致。異常條款所重視者，為條款內容是否為相對人依其經驗法則所能預見；消保法第十二條以及民法第二百四十七條之一則著重於當事人間之（契約權利義務）利益衡量。因此，兩者就條款瑕疵之切入點並不相同，可知兩者各有其保護目的，不能偏廢³⁰。且德國定型化契約條款法（AGBG）立法理由提到，定型化契約條款因異常條款不構成契約內容，法院僅需斟酌條款內容是否為相對人通常情形所能預見，無庸就條款內容是否顯失公平進行利益衡量³¹。因此，民法縱使對條款效力已作相關之規範，但不得謂即無適用異常條款規範之必要，因此有學者更進一步主張，由於民法僅對於定型化契約效力問題作相關規定，至於其他問題則仍

²⁵ Stoffels, AGB-Recht, Rn.324; 詹森林，定型化契約之基本問題—以信用卡為例，民事法理與判決研究（三），頁 1 以下，頁 16-17；楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌第 122 期，頁 226 以下以及頁 236。

²⁶ 例如：台南地院 96 年南小字 2138 號判決。

²⁷ 本條規定之前身為定型化契約條款法（AGBG）第 3 條規定。

²⁸ 黃立，民法債編總論，第 104 頁；王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理（一），頁 102；楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，

月旦法學雜誌第 122 期，頁 226 以下以及頁 236。

²⁹ 於 1977 年德國定型化契約條款法制訂前，法院實務對於條款之「異常（ungewöhnlich）」及「顯失公平（unbillig）」並未明確界定其範疇。Vgl. Stoffels, AGB-Recht, Rn.325.

³⁰ 楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌第 122 期，頁 226 以下以及頁 238。

³¹ Begründung des Regierungsentwurfs BT Drucks. 7/3919, S.19; Stoffels, AGB-Recht, Rn.324.

考參考消保法相關規定之適用³²，因而認為此時應亦有消保法關於異常條款規定之適用。

三、我國目前實務常見問題

(一) 信用卡契約之成立及其循環利息

依行政院金管會公佈之「信用卡定型化契約範本」第十四條載明：「持卡人同意當期之應付帳款，應於當期繳款截止日前全數繳付貴行。」而第十五條「循環信用」載明：「持卡人得選擇以循環信用方式繳款，於當期繳款截止日前將最低應繳金額以上（或等於最低應繳金額）款項繳付貴行，不適用前條第一項當期清償全部之應付帳款約定。持卡人就剩餘未付款項得延後付款，並依第三項計付循環信用利息，且得隨時清償原延後付款金額之全部或一部。」於實務操作上該條款涉及兩個問題，一方面涉及到於未繳交或繳交金額未達最低款項是是否即成立消費借貸契約？另一方面乃對於回溯計息條款是否成立異常條款來做探討？

首先關於於期限內未繳交信用卡費用或繳交未達最低金額是否成立消費借貸問題探討，關於該問題，實務上大多認為因其屬發卡機構就未付款金額先行代付，所以就該金額應認為成立消費借貸契約³³，而亦有學者指出，

以目前台灣信用卡普及情況，持卡人於信用卡申請時，即普遍可得知若為繳清應繳帳款則有課與循環信用利息³⁴，則透過該條款意義說明，消費者應可得知成立消費借貸契約，而無疑義。但本文以為，信用卡契約是屬於民法上之委任契約，亦即銀行乃受到持卡人委任處理信用卡簽帳款之清償事由，而必須先行墊付帳款，所以依照民法第五百四十六條第一項規定，持卡人於繳款截止日前有償還銀行必要費用之義務，而屆至期限未繳交費用或已繳部分費用應不當然認為有和銀行成立消費借貸契約，因在實務上常見持卡人忘記繳交或弄錯繳款金額而未清償銀行全部的代墊費用，是此時消費者無和銀行成立消費借貸契約之合意，因此依照民法第一百五十三條之規定，不成立消費借貸契約，然銀行透過定型化條款卻強制和信用卡持卡人成立消費借貸契約，對消費者而言該條款自屬無法預見之異常條款，而應認為其條款不屬於契約之一部。再者觀察外國法之信用卡定型化契約條款，其明訂必須持卡人得以勾選就一定金額合意成立消費借貸之可能，可見其認為消費者未按時繳交信用卡費用不當然成立消費借貸，而強調必須另有合意始成立消費借貸契約，可見我國強制未按時繳交全部信用卡費用則強制成立消費借貸契約之條款應屬於異常條款³⁵。

³² 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究（四），頁 161。

³³ 最高法院 89 年台上字 1628 號判決：「持卡人依其發卡機構所訂立之信用卡使用契約，取得使用信用卡向特約商店簽帳消費之資格，並對發卡銀行機構承諾償付帳款……，倘持卡人選擇以循環信用方式繳款，就當期應償付之帳款僅繳付最低應繳金額，其餘應付款項由

發卡機構先行墊付，持卡人則依約定給付循環利息者，又具有消費借貸契約之性質。」，採相同見解有台灣士林地方法院民事簡易判決 96 年湖簡字第 1455 號判決、台灣台北地方法院民事判決 96 年度簡上字第 139 號判決。

³⁴ 詹森林，信用卡利息問題，民事法理與判決研究（三），頁 267-268。

³⁵ 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清

至於信用卡定型化契約範本第十五條第三項的回溯計息條款之規定，文獻上有認為，「入帳日」係銀行實際支付消費帳款與特約商店之日，若持卡人未使用信用卡時即應以現金支付消費帳款，因此若持卡人使用循環信用方式付款者，使其負擔自入帳日起之利息應屬合理，亦與循環信用乃「消費借貸」之法律性質相符³⁶，然如前所述其未按時繳交全部代墊款項不當然成立消費借貸契約，且況不論循環利息之性質為何，其起息日應自當期繳款截止日之翌日起算，始符合遲延利息或借款利息之本質。然而，回溯計息條款將循環利息之起息日，回溯自發卡機構撥款於特約商店之日，明顯背於「利息應自遲延或借款之時起算」之一般經驗法則，顯非任何條款相對人所能預見，當然屬於消保法第十四條之異常條款，不構成契約內容。

（二）附卡問題

信用卡定型化契約範本第三條規定：「正卡持卡人得為經貴行同意之第三人申請核發附卡，且正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付帳款互負連帶清償責任。卡持卡人如未成年且未婚者，僅就使用該附卡所生應付帳款負清償責任，不適用前項與正卡持卡人互負連帶清償責任之約定。」

關於附卡持有人負連帶責任之條款，實務上對其是否構成異常條款有不同

償不能，政大法學評論第 98 期，頁 149-150。
³⁶ 詹森林，信用卡利息問題，民事法理與判決研究（三），頁 261 以下、頁 272。

之見解，有認為「信用卡現為國人日常生活重要消費工具之一，主要用於替代現金支付，至於保證或連帶清償並非其基本功能或需求，則發卡銀行將信用卡契約結合保證或連帶清償條款，顯然在消費者預期之外。……再者，本件信用卡申請書上雖有正卡申請人與附卡申請人簽章欄，然於該欄並未註明「連帶保證人」或「連帶債務人」等字樣以提醒申請人注意，信用卡申請人自難注意正卡持卡人與附卡持卡人應互負連帶責任之約定。……綜上，本件信用卡契約有關正卡持卡人與附卡持卡人互負連帶清償責任之條款，屬異常條款，不應構成契約之內容，則被告甲與被告丙就各別使用信用卡所生之應付款項不成立連帶債務。」³⁷，肯認附卡持有人和正卡持有人負連帶責任之條款為異常條款，然亦有認為「以目前資訊之流通，銀行業者多於信用卡申請書或約定條款中約定正卡與附卡持卡人應負連帶清償責任，應為社會大眾知悉之事實，加之現今申請信用卡之方便，消費者若不欲與他人負擔連帶責任，大可自己申請信用卡，……。」³⁸則否認該條款屬於異常條款，認為此乃契

³⁷ 台北地方法院 93 年北簡字 8994 號判決，此外尚有臺北地方法院簡易民事判決 96 年度北簡字第 31318 號判決、臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度簡上字第 139 號判決「另該申請書上附卡持卡人簽章欄位處亦未特『連帶債務人』等文字，難認已生提醒上訴人知悉系爭附卡契約約定有附卡持有人對正卡持有人債務負連帶清償責任之效果，被上訴人主張上訴人應與陳柄煌正卡卡務負連帶清償之責云云，並非可採。」、台灣高等法院高雄分院 92 年上易字第 251 號判決。

³⁸ 台北地方法院 95 年簡上字 26 號判決、屏東地院 94 年屏簡字 233 號判決、台北地院 93 年簡上 515 號判決。

約一部份有拘束附卡持有人之效力。

分析是否為異常條款，必須自其是否為一般交易時得否預見而詳加判斷，查信用卡附卡之目的，在於使正卡持卡人指定之第三人，得於正卡持卡人信用額度範圍內使用信用卡，再由正卡持卡人就正、附卡使用所生帳款，一併負擔清償責任。是能得知正卡持卡人就附卡債務負責，而無法推知附卡持卡人須就其他持卡人（正卡持卡人及其他附卡持卡人）簽帳帳款負責之意旨³⁹。

此外保證契約我國民法規定雖未如同德國民法⁴⁰將保證契約明訂為要式契約。然而實務上，金融機構為確認保證人之身分以及保證之意思，多要求踐行「對保」之程序（要求保證人親自到場，並核對證件並要求親自簽名）。因此，對於一般水平之社會大眾，若未經「對保」之程序，往往難以預見其就他人債務對金融機構負清償責任。而一般附卡契約當中未對此為「對保」之程序，則此時自附卡之目的及其標的皆無法推知有保證責任，是該契約中記載需就他人債務負責之約款，明顯違背經驗法則而使他人無法預見，應認為屬於異常條款，而不

構成契約內容之一部分。

肆、定型化約款之解釋

在定型化契約條款已經認定為契約之部分後，當約款有多重意義時，則應透過解釋，以確定該條款之意義⁴¹。

關於意思表示解釋，本依照民法第九十八條之規定，應探究當事人之真意，但此原則原本是適用於一般契約之意思表示，因透過雙方共同磋商後之合意，若解釋上有疑義時，應由雙方共有之意思解釋之。然定型化契約，是由單方擬定，如依民法九十八條之規定探究當事人真意，由於約款是由一方擬定，則相對人對於約款並無從瞭解亦無法磋商，若探究當事人真意之結果，將導致解釋契約時是探究契約擬定人之真意，使得本處於不利地位之相對人更為不利，且可以想見強勢一方將濫用模糊文義，以求相對人誤以為對自己有利而與之締約，到最後一旦產生爭議，因依照民法九十八條做出有利於約款擬定人的解釋之情況將層出不窮。因此除非擬定一方符合明確透明原則，使相對人有預見可能性，否則透過誠信原則應由約款擬定人承擔該風險，而做有利相對人之解釋為是⁴²。

實務上關於契約解釋問題，最常出現在預售屋銷售面積之解釋，即所謂的「使用面積」之解釋問題，早期實務依建商主張認定使用面積並非僅限室內面積，而包含消費者於小公部分，

³⁹ 台中地院 94 年簡上字 156 號判決、台中地院 93 年簡上字 213 號判決、高雄高分院 92 年上易字 251 號判決、高雄地院 92 年訴字 409 號判決、屏東地院 95 年訴字 274 號判決。惟前揭判決均非依消保法第 14 條規定不構成契約內容，而是依消保法第 12 條規定宣告條款無效。

⁴⁰ 依德國民法第 766 條，保證契約應以書面方式訂定，且不得以電子方式訂定。其立法目的在於保存證據及警示保證人。相關討論，參見：黃茂榮，債法各論，第一冊（增訂版），第 730 頁。

⁴¹ 詹森林，定型化契約之基本問題，民事法理與判決研究（三），頁 22。

⁴² 詹森林，定型化契約之基本問題，民事法理與判決研究（三），頁 23。

而認為「『使用面積』，係指除專有部分外，尚包括當層樓其他住戶共有持分之共同使用面積，即俗稱『小公』在內。至『公共面積』，則係指全棟各層戶共有而共同使用之面積，即俗稱之『大公』。」⁴³，但是對消費者而言，簽訂契約時之主觀想法是認為所謂的使用面積應該是屬於室內面積，不包含所謂小公面積，此時若依照民法第九十八條來解釋，無非是解釋建商之真意，將得出上開實務之見解，則使建商透過不確定之概念的合法包裝以行詐欺之實，因此本文以為應依照誠信原則，適用消保法第十一條第二項規定，認為「使用面積」是指所有權人所得單獨使用面積，才能符合契約正義，且近期實務似乎已改變其見解，認為建商已另外載明「公共面積」、「使用面積」以及「合計面積」時，則合併觀察下，其實一般通常的人就會認為，使用面積本為非公共設施部份，而很難認定使用面積尚包含所謂的當樓層梯廳面積，因此所謂「使用面積」

⁴³最高法院民事判決 87 年度台上字第 3007 號判決「但依中華民國建築投資商業同業公會全國聯合會函稱：建築業界向有以『使用面積』及『公共面積』作為標示房屋面積之商業習慣，一般預售屋廣告，所指『使用面積』，係指除專有部分外，尚包括當層樓其他住戶共有持分之共同使用面積，即俗稱『小公』在內。至『公共面積』，則係指全棟各層戶共有而共同使用之面積，即俗稱之『大公』。」又最高法院民事判決 88 年度台上字第 1628 號判決「如謂樓梯間、電梯間及走道非屬『使用面積』，自與平面圖所示之意旨不符，亦與使用之實況有悖。又不動產業界向有以『使用面積』及『公共面積』作為標示房屋面積之商業習慣，而使用面積或私有面積，依交易習慣應包含當層電樓梯間及走道（俗稱小公）等情，業經中華民國建築投資商業同業公會全國聯合會，於另案函敘明白。採相同見解者有最高法院民事判決 88 年度台上字第 625 號、最高法院民事裁定 88 年度台上字第 2401 號判決。

應指所有權人所得單獨使用之面積，俗稱之小公面積不應計入⁴⁴，本文認為該見解值得贊同⁴⁵。

⁴⁴最高法院民事判決 93 度台上字第 367 號判決：「復據長春帝國大廈其他房屋買受人即證人等人證述屬實，再參酌廣告說明書內容有關建築材料、消防、安全設備、服務管理等項目，並繪有標準層平面圖（各棟編號與位置）、各戶內部格局，且註明各戶之『使用面積』、『公共面積』、『合計面積』等數據資料，足供被上訴人何滿卿得以確定購買標之物之條件，而與銷售人員磋商，自應認廣告說明書為富國公司與被上訴人訂立房屋預定買賣契約內容之重要部分，有拘束買賣雙方之效力，而非僅屬要約引誘之性質。…若謂住戶共同使用部分（樓梯、電梯間）亦得列入『使用面積』計算，則所有公共設施面積因均屬可得使用之面積，即無另行計算『公共面積』之必要。是本件所謂『使用面積』應指所有權人所得單獨使用之面積，俗稱之小公面積不應計入。」

⁴⁵目前為了改善該紛爭，則於預售屋應記載事項第三條規定「（一）房屋產權登記面積：本房屋面積共計_____平方公尺（____坪），包含：1、主建物面積計_____平方公尺（____坪）。2、附屬建物面積（即竣工圖上之陽臺、平臺、雨遮及屋簷等）計_____平方公尺（____坪）。3、共同使用部分面積計_____平方公尺（____坪）。（二）土地面積：買方購買『_____』戶，其土地持分面積_____平方公尺（____坪），應有權利範圍為____，計算方式係以地政機關核發建物測量成果圖之主建物面積_____平方公尺（____坪）與區分所有全部主建物總面積_____平方公尺（____坪）比例持分（註：或以其他明確計算方式列明），如因土地分割、合併或地籍圖重測，則依新地號、新面積辦理產權登記。」以及第四條規定「（一）共同使用部分除法定停車位另計外，係指□門廳、□走道、□樓梯間、□電梯間、□電梯機房、□電氣室、□機械室、□管理室、□受電室、□幫浦室、□配電室、□水箱、□蓄水池、□儲藏室、□防空避難室（未兼作停車使用）、□屋頂突出物、□健身房、□交誼室□_____及依法令應列入共同使用部分之項目（_____）。本「_____」共同使用部分總面積計_____平方公尺（____坪）。（二）前款共同使用部分之權利範圍係依買主建物面積與主建物總面積之比例而為計算（註：或以其他明確之計算方式列明）。本「_____」主建物總面積計_____平方公尺（____坪）。」

最後，關於約款解釋問題，消保法十一條第二項規定倘契約條款有疑義時，應作有利於消費者之解釋，然而在消費契約領域外，我國民法對定型化契約解釋並未規定，則此時應為如何處理？有學者認為該條規定僅適用於消費關係⁴⁶，似排除消保法以外領域有適用之餘地，但如前所述，作利於約款擬定相對人解釋之目的最主要是透過誠信原則，以促使約款使用人遵守透明化要求（Transparenzgebot），盡可能清楚而明確地擬定定型化契約約款⁴⁷，因此本文以為，不論是否屬於消費關係應皆有此一原則之適用，不應區分消費關係與非消費關係，此一見解亦可從實務⁴⁸於民國八十三年前，即消保法未通過時已採解釋上不利歸於約款擬定人之見解可看出端倪，因此縱使消保法以及民法第二百四十七條之一條制訂後，亦不得謂該原則僅於消保法制訂而排除非消費性契約之適用，而仍應適用民法第一百四十八條

⁴⁶ 黃立，消保法的定型化契約條款（二），頁76。

⁴⁷ 詹森林，定型化契約之基本問題，民事法理與判決研究（三），頁23。

⁴⁸ 最高法院76年台上字第2341號判決：「本件市場攤（舖）位租賃契約，為上訴人印就之附合契約，依其記載內容，無從解為上訴人有片面調整租金及加收遲延費之權利，為原審確定之事實，此項不利益自應歸由製作附合契約之上訴人負擔。」、最高法院77年台上字第367號判決：「上訴人倘係以董監事之身分充任連帶保證人，則衡諸誠實信用原則及兩造訂立保證契約之真意，似亦以上訴人仍擔任董監事期間內，百代公司向被上訴人借用款項所負之債務，始負其保證責任。否則，如上訴人已卸任董監事，而百代公司又另改選董監事，並重新出具保證書於被上訴人，則此後所借之款項，倘已卸任董監事之上訴人猶須負保證責任，則似失由董監事擔任連帶保證人之真諦，且無異使原任董監事之人終生負無限保證責任。」

誠信原則或是透過類推消保法第十一條第二項規定⁴⁹。

伍、效力規範問題之探討—民法第二百四十七條之一與消保法十二條問題

一、定型化契約效力規範之演變—從公序良俗到誠信原則

早期我國未制訂消保法十二條之前，關於定型化契約效力之審查多以民法七十二條公共秩序規定審查定型化約款效力，例如最高法院七十三年第十次民事庭決議⁵⁰以及最高法院八十年

⁴⁹ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究（四），頁161。

⁵⁰ 【最高法院七十三年第十次民事庭決議】

其提議事項為：當事人約定甲方以印鑑留存於乙方之印章，縱令係被他人盜用或偽造使用，如乙方認為與印鑑相符，甲方願負一切責任。此項約定是否違背公共秩序或善良風俗，而為無效？本院判決所持見解，有甲、乙相異之二說。

甲說：民法第七十二條所謂法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，乃指法律行為有背於國家社會之一般要求或利益，或社會一般道德觀念之情形而言。本件被上訴人（立約人）交上訴人（銀行）之約定書，記載：「即使有印鑑被盜用情形，仍願負責」，僅在加重被上訴人之責任，既與國家社會之一般的要求或利益無違，亦與社會一般道德觀念無背，此項約定，尚難認其違背公共秩序或善良風俗，而為無效。

乙說：留存印鑑聲明書（約定書）雖記載「上訴人（聲明人）之印鑑縱有被盜用情形，上訴人亦應負一切責任」，惟此項約定顯有縱容他人盜用印章，鼓勵犯罪之不法，而有背於公共秩序「或善良風俗」，難謂有效。以上二說，應以何說為當？提請公決。

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

台上字第七九二號判決⁵¹，而非透過誠信原則來判斷，然而利用公序良俗作為判斷標準，在一定情形下往往會發生困難，例如若某一定型化契約，所涉及之對象有限，導致只造成對約款相對人之少數零星法益上之不公平，尚未達到違反公序良俗之境地時，則民法第七十二條之規定即無適用之餘地⁵²。再者，公序良俗所保障者，為國家社會之一般利益；而誠信原則所保障者，依多數之見解，為雙方契約當事人利益之衡量，避免一方利用約款圖利自己而導致他方受有不適當之不利利益，從而能夠維護契約之正義。因此，就調和當事人間之利益使之平衡

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無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。

⁵¹「按旅行契約係指旅行業者提供有關旅行給付之全部於旅客，而由旅客支付報酬之契約。故旅行中食宿及交通之提供，若由旅行業者洽由他人給付者，除旅客已直接與該他人發生契約行為外，該他人即為旅行業者之履行輔助人，如有故意或過失不法侵害旅客之行爲，旅行業者應負損害賠償責任。縱旅行業者印就之定型化旅行契約附有旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任之條款，但因旅客就旅行中之食宿交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力。」

⁵²民法第七十二條之「公共秩序」，係指法律本身之價值體系，而「善良風俗」，則是指法律外之倫理秩序。本條之目的在於使違反法律本身價值體系或違反倫理之法律行為，不具有法律上之強制力⁵³。惟定型化契約條款，雖不違反公序良俗，但其內容不合理且不利於相對人者，亦屬常見。參見行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告-定型化契約條款相關規定適用之研究，執行單位國立政治大學法律學系，計畫主持人：楊淑文教授，中華民國94年3月16日，頁25。

而言，當以誠信原則為首選。而定型化約款所涉及者，正是契約雙方當事人間利益之衡量與調整，避免一方當事人因處於弱勢之地位而受到不適當之不利益。職是之故，對於定型化契約條款之內容控制，既然係契約當事人間利益之衡量與調整，當以「誠信原則」為標準較適當⁵³，更可避免前述公序良俗所遭遇之困境。因此，我國在民國八十三年通過施行的消保法第十二條以及民國八十八年於民法增定第二百四十七條之一皆屬我國關於定型化契約條款之效力控制標準，且兩者皆強調「顯失公平」之概念，所謂的顯失公平即是對於契約當事人間利益衡量之判定，可推知兩條文即以「誠信原則」為基礎，要求法院在判斷定型化約款之效力時，必須注意到當事人間是否有利益顯失公平之情事而調整約款之效力，甚至認定其無效，以維護契約之正義。

二、民法第二百四十七條之一以及消保法第十二條區分適用之標準

我國針對定型化契約條款之效力規範，分別制訂於消保法第十二條以及民法第二百四十七條之一，對於其二者應如何適用界線之疑義，有學者提出應就時的範圍和人的適用範圍作區別。就人的屬性部分，定型化契約可依是否屬於消保法第二條第一款所稱「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務」之消費者區分為消費性定型化契約與非消費性定型化契約，關於消費性契約得適用消保法和民法之規定，但關於非消費性契約，不受

⁵³ 王澤鑑，定型旅行契約的司法控制，民法學說與判例研究（七），頁66。

消保法及其施行細則之規範，且無其他特別規定時，當然適用民法第二百四十七條之一。就時的部分而言，消保法係八十三年一月十三日施行，則在該日前所訂立之定型化契約無消保法之適用，而民法第二百四十七條之一因依債編施行法第十七條規定而有溯及既往之效力，因此不論定型化契約何時訂立，皆有民法第二百四十七條之一適用。因此，據上所述，若定型化契約屬於消費性契約，且成立於消保法生效後，有消保法和民法之適用，反之，若消費性定型化契約成立於消保法生效前，或是非消費性定型化契約者，則不受消保法定型化契約規範拘束，而僅適用民法第二百四十七條之一規定⁵⁴。

三、民法第二百四十七條之一實務見解

就實務方面，大抵上也依循上開見解，依契約之人和時的效力分別適用消保法第十二條以及民法第二百四十七條之一。本文以下首先就目前關於第二百四十七條之一的實務見解做相關介紹：

(一) 工程契約

1、最高法院九十六年度台上字第一六八號判決⁵⁵

⁵⁴ 詹森林，最高法院與定型化契約之發展，民事法理與判決研究（四），頁 150-163；詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，民事法理與判決研究（四），頁 241-251。

⁵⁵ 其二審法院對此相關見解：「所稱『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，有顯失公平之情形而言。系爭工程契約之附件『台灣省政府住宅及都市發展局施工須知』第九條約定：『本工程如因收購土地、申請水權、拆遷建築物……，或因變更設計……，其他原因，影響部份或整個工程之進行者，經承包商提出

「查八十八年四月二十一日民法債編增訂第二百四十七條之一，係鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法起見，乃於本法中列原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。是該法條第一款所謂：『免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者』，及第三款所謂：『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者』，應係指一方預定之該契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。而該法條所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。系爭工程係經公開招標，被上訴人於參與投標前，對於有關係爭工

書面申請，得按實際情形核定延長天數。惟承包商仍應於各該原因消失後全力趕辦，除另有規定說明外，不得因此提出賠償損失，或停工結算等要求』等語，所約定收購土地、申請水權、拆遷建築物、變更設計等，均屬可歸責於上訴人之事由。而依該約定，上訴人就可歸責於本身之事由，預先於契約中免除應負之責任，限制訂約廠商行使法定之權利，使訂約廠商無終止契約之權，亦不得請求損害賠償。是此項約款，縱於投標時已公告，為競標廠商可得而知，然競標廠商僅能依該附件所列條款與上訴人訂立契約，否則將遭受未締約之不利益；換言之，上訴人相較於該預定契約條款適用對象之被上訴人顯居於經濟上強勢之地位，被上訴人面對該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，該項約款對被上訴人顯失公平，應認其約定無效，上訴人應賠償被上訴人因遲延完工所致之損失。」（台灣高等法院第二審判決九十五年度建上字第四號判決）

程之工程圖說、投標須知、標單、合約書及其附件等，非無充足之時間詳細審閱，以了解得標後兩造之權利義務，倘其認契約條款對其不利，亦可拒絕投標，似此情形，能否謂系爭工程契約之附件『台灣省政府住宅及都市發展局施工須知』第九條之約定，有民法第二百四十七條之一第一款、第三款所定情形而無效，尚不無研求之餘地。」

2、最高法院九十六年度台上字第六八四號判決⁵⁶

「查八十八年四月二十一日民法債編增訂第二百四十七條之一，係鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法起見，乃於本法中列原則性規定，明定附合契約之意義，並為防止此類契約自由之濫用及維護交易之公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。是該法條第二款所謂：『加重他方當事人之責任者』，及第三款所謂：『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者』，應係指一方預定之該契約條款，為他方所

⁵⁶其二審法院對此相關見解：「系爭合約書第四條竟記載：『全部工程完成，經相關單位驗收合格並送審計單位准予備查其驗收結算證明書後，給付百分之五，再由甲方（即上訴人）通知承購戶點交，點交無誤後即視為本工程正式完成驗收手續再由甲方給付百分之四』等語，是項約定，無異令承攬人應與定作人分擔其銷售房屋之風險，加重承攬人之責任，限制承攬人行使權利，如房屋無法全部銷售完成，百分之四工程款則永無領取之日，依民法第二百四十七條之一第二款及第三款規定，顯失公平，應屬無效。」（台灣高等法院台南分院九十四年度建上字第四號判決）

不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。而該法條所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。系爭工程之承攬人上源公司係從事營造業者，其與上訴人簽訂系爭合約書時，除無充足之時間詳細審閱外，衡情就合約條款應會詳細審閱，以了解其於合約之權利義務，倘其認合約條款對其不利，亦可拒絕簽約，似此情形，能否謂系爭合約書第四條之約定，有民法第二百四十七條之一第二款、第三款所定情形而無效，尚不無研求之餘地。」

3、最高法院九十八年度台上字第一二八號判決

「稱一年一簽為定型化契約條款，違反誠信原則及民法第二百四十七條之一規定云云。然而多層次傳銷業者與參加人訂立定期性經銷契約，雙方均得各自考量成本、利潤、合作狀況、未來發展等多項因素，以決定是否續約，契約雙方立於相等地位，並無加重一方責任，或對於一方有重大不利益情事。而營運規章第 3.5 條規定亮碧思公司對於經銷商申請續約有自由裁決權，復與契約雙方有權申請或決定是否續約之交易習慣相符。上開條款既與契約自由原則無悖，亦無顯失公平或違反誠信原則情事，謝立功指該約定無效云云，即非可採。」

（二）保證契約：

1、臺灣高等法院九十三年度上易字第一〇〇八號判決

「茲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（最高法院九十三年台上字第七一〇號判決要旨參照）。查上訴人乙○○及丙○○為上訴人甲○○借款債務之連帶保證人，就連帶保證契約之法律關係而言，連帶保證人既係擔保他人間之債務清償責任，即非經濟之弱者，如認連帶保證契約有違民法保護保證人之任意規定，自可不訂定連帶保證契約，上訴人乙○○及丙○○並無因未為保證人即生不利益情事，然渠等既係親自於系爭契約及授信約定書上簽名，就其上所載內容自應詳為審閱，而授信約定書上之條款又屬當事人得依特約排除之任意規定，亦無其他無效之原因，則本件授信約定書上之條款並非無效至明。」

2、臺灣臺北地方法院九十六年度重訴字第一六一八號判決

「銀行與連帶保證人間所訂之保證契約，屬保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對於保證人不負任何義務，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，被告丙○○、甲○○所簽立之系爭保證契約，固為原告預定用於銀行同類借款契約條款所訂，屬定型化契約，然被告丙○○、

甲○○既係基於職務或情誼關係，而擔任訴外人唐孀仕公司之連帶保證人，則就保證契約之法律關係而言，被告丙○○、甲○○係擔保他人間之債務清償責任，即難謂係經濟上之弱者，且被告丙○○、甲○○未自保證契約獲取任何利益，如認系爭保證契約有違公序良俗或權利義務失衡之情形，自可不訂定保證契約，並無經濟生活受制於原告，而不得不為保證人之情形。從而，被告抗辯系爭保證契約屬定型化契約，就雙方之權利義務規範明顯失衡，依民法第 247 條之 1 規定，應屬無效云云，亦無足取。」

（三）最高限額保證—臺灣高雄地方法院九十六年度訴字第二四一號判決

「所謂定型化契約應受衡平原則之限制，係指締約之一方已預先擬定契約條款，他方僅能依該條款訂立契約，否則即受不締約之不利益，此時始應適用衡平原則以排除不公平之

『單方利益條款』，避免居於經濟弱勢之一方無締約之可能，而須忍受不締約之不利益，故縱他方接受該條款而締約，亦應認違反衡平原則而無效，俾符平等互惠之原則。……目前銀行抵押貸款之放款利率，遠低於民間借貸利率，故銀行以是否提供抵押物擔保及抵押擔保之效力範圍等因素，作為考量依據，乃平等互惠。而是否訂定抵押權設定契約書、擬設定以特定債權為範圍之普通抵押權或最高限額抵押權、或擬提供何種價值之抵押物、最高限額抵押權之存續期間、甚而借款之利息等等，於簽約前均任由當事人自由決定。而系爭最高限額抵押權擔保範圍條款之對象固定、明確，復

以 360 萬元之金額為限，抵押人林○○所負之責任亦非無從確定，尚不致令林○○負擔不可預測之債務。從而，林○○既依契約自由原則決定其是否訂約，並非無選擇締約與否之餘地，亦無被告挾其經濟上優勢地位，迫使林○○於訂約當時處於無從選擇締約對象、無從磋商變更之情況，乃兩造係立於同等地位而簽訂系爭最高限額抵押權契約，尚難遽指上開條款有何加重林○○責任或對林○○有重大不利益而顯失公平之情事。故從定型化契約解釋原則，自無從認系爭最高限額抵押權其他約定事項第 1 條之約定為無效。」

（四）關於民法第二百四十七條之一實務見解之評析：

首先針對實務對民法第二百四十七條之一認定基準是以「二百四十七條之一第一款所謂：『免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者』，及第三款所謂：『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者』，應係指一方預定之該契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。而該法條所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。」⁵⁷，主要是以他方是否有所不知或有無磋商變更之餘地來做認定，但是關於「他方所不及知條款之內容」，應是涉及到消保法第十一條之一（審閱期間）、消保法第十三條（契

約之一般條款構成契約內容之要件）、消保法第十四條（突襲性條款）、消保法施行細則十二條規範到有無構成兩造契約內容之問題，至於效力規範上，則是就已經構成契約內容之定型化契約條款加以判斷是否構成第二百四十七條之一各款事由以及情形是否顯失公平之情況，因此，他方當事人雖知悉條款內容，且形式上亦因其曾以簽章等方式表示同意，至該同條款構成雙方契約之內容，但並不從而使得該條款免於效力規範之審查⁵⁸。

此外，目前實務亦從「他方無磋商變更餘地」來判斷是否構成第二百四十七條之一無效之事由，關於此一判斷基準實務大多是以當事人仍享有不締約之自由⁵⁹或是選擇其他締約相對人⁶⁰之可能來加以判斷。關於「締約是否自由」之基準，在現在生活中，除了民生必須之外，一般人就其決定訂立契約幾乎皆享有不締約之自由，比如信用卡契約、預售屋買賣等等，然如此推論之下，該類業務之企業經營者所訂立之一切定型化契約約款難道皆符合誠信原則、並無顯失公平之情事而均屬有效之契約？反之，縱然屬於消費者無從拒絕締約之情形，亦不得一概認為該類商品或服務之企業經營者所使用之定型化契約條款均為違

⁵⁸ 詹森林，最高法院與定型化契約之發展，民事法理與判決研究（四），頁 170-172。

⁵⁹ 最高法院 96 年台上字 168 號判決、最高法院 96 年台上字 684 號判決、台灣高等法院民事判決 93 年度上易字 1008 號判決、臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度建字第 93 號判決、臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度重訴字第 1618 號判決。

⁶⁰ 最高法院 90 年台上字第 2011 號判決、91 年台上字 2220 號判決、92 年台上字第 39 號判決。

⁵⁷ 最高法院 96 年台上字 168 號判決、最高法院 96 年台上字 684 號判決、台灣高等法院台中分院民事判決 96 年建上字 48 號判決、台灣高等法院台南分院民事判決 97 年度重上字第 24 號判決、台灣高雄地方法院民事判決 96 年訴字第 241 號判決。

反誠信原則而顯失公平，否則像水電、瓦斯等獨占之企業經營者所提供之服務所提供的定型化契約豈不皆屬於無效約款⁶¹？

另外，實務認為有「選擇其他締約相對人」之可能即屬於有磋商變更餘地之判斷亦不可採，因現代生活中，關於同一商品或服務之供應廠商，市場上選擇雖然眾多，但是各廠商卻經常使用類似或甚至完全相同之定型化契約約款，導致不論選擇任何一家締約，相對人皆面對相同對本身顯失公平且已違反誠信原則之條款，仍無對內容加以磋商之機會，因此縱然符合形式上契約之自由，但仍不符合實質上之契約正義。

縱上所述，可知實務分析第二百四十七條之一過於重視形式上之契約自由，而忽略當事人對於內容實質之影響力，探究其原因，無非是民法第二百四十七條之一的規定本來就非定型化契約料審查之具體標準，而是定型化契約常見情形⁶²，因此不難想像實務在判斷時會有其困難性，此外，其未如消保法十二條明文採取誠信原則作其判斷標準⁶³，且顯失公平的判斷標準亦較為抽象，因此實務對於定型化契約條款之審核，皆係從契約自由原則的形式為出發，擁抱契約形式不可侵犯原則，而未認知到契約自由原則仍包含且最重要者是「決定契約內容之

自由」，當此項決定內容自由如已被條款擬定人所剝奪，而條款擬定人單方面排除他方決定內容之自由，貫徹自己之利益以形成契約之內容，正屬於意思形成自由之濫用，而有必要由司法介入並適用效力規範以宣告該條款無效，

四、消保法第十二條的實務見解

其次，實務目前就消保法第十二條之解釋適用情形如下：

(一) 預售屋

1、臺灣臺北地方法院九十七年度訴字第四八二一號判決

「查系爭契約第 27 條第 2 項係就消防設備之安裝位置為約定，約定設置位置則以政府相關機關及公共事業機構核發之執照、藍圖或經兩造合意之契約所附圖說為依據，而衡以政府相關機關及公共事業機構核發之執照、藍圖所核准之消防設備安裝位置，自係符合相關法令規定並以建築物之消防安全為考量要件，又該條款之約定目的係在保護全體住戶之居家、消防安全，並非片面限制或剝奪原告之權利，另參諸內政部預售屋定型化契約應記載及不得記載事項，亦未規定緩降機之設置位置屬於應必要記載事項，以及兩造於締約時被告已明確知悉消防設備之安裝位置，刻意隱瞞未予告知之情，是尙難認系爭契約第 27 條第 2 項約定，有何違反消保法第 11、12 條之平等互惠原則、誠信原則而有顯失公平之情事。準此，原告以系爭契約係屬定型化契約為由，抗辯該契約第 27 條第 2 項約定，違反消保法第 11 條、第 12 條規定，對其顯失公平應為無效云云，洵無可取。」

⁶¹詹森林，最高法院與定型化契約之發展，民事法理與判決研究（四），頁 178-179。

⁶²楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌第 122 期，頁 232。

⁶³王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理（一），頁 112。

2、臺灣高等法院九十七年度上易字第六四號

「查系爭契約第 23 條約定：『一、乙方（即被上訴人）違反第 13 條第 2 項及第 22 條第 1、2 項規定者，甲方（即上訴人）得解除本約。解約時乙方除應將甲方已繳付之房地停車位價款及遲延利息全部退還甲方外，並應同時賠償房地停車位總價款百分之二十之違約金，但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款者為限。二、甲方違反第 8 條第 2 款規定者，乙方得沒收依房地停車位總價款百分之二十計算之金額，但該沒收之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限，雙方並得解除本契約。三、雙方當事人除依前二項之請求外，不得另行請求損害賠償。』，前開內容係約定兩造解除契約事由及其效果，亦即於被上訴人逾期未開工或完工，及移轉產權有糾紛或負擔時，上訴人得解除契約，由被上訴人退還價金併給付違約金；上訴人則於逾期付款時，被上訴人得沒收一定金額限制內之已繳價款，並得解除契約。且兩造不再另行請求損害賠償。依據民法第 250 條第 1 項規定，當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。前開約定並無上訴人違約時，應負擔顯不相當賠償責任之情形，亦無違反誠信原則、平等互惠原則，而對上訴人顯失公平之情形。上訴人主張系爭契約第 23 條第 2 款約定，有違消費者保護法第 11 條、第 12 條之規定，應為無效等語，為無理由。」

（二）附卡契約

1、臺灣士林地方法院九十六年度湖簡字第一四五五號

「依社會通念，信用卡係代替現金之支付，保證、連帶清償均非其基本功能，銀行於契約條款加入『連帶清償』條款，顯然超乎消費者預期。由於一般貸款文件於簽章欄均註明『連帶債務人』、『連帶保證人』性質，是以銀行必須對連帶債務人等進行徵信工作，若其欠缺足夠財力，則銀行不得貸款，客戶應另覓人選重行申請貸款。信用卡業務同屬消費借貸，但是部分銀行為省略徵信工作，一方面在申請書簽章欄刪去『連帶債務人』註記，僅記載『附卡人』，以免主管機關發覺其徵信疏漏；另一方面則在眾多契約條款中增加『連帶清償』文句，冀求更多保障。兩相比較，可知部分銀行一方面希望附卡人連帶清償，同時卻刻意減低其理解「連帶清償」之可能，並藉以規避主管機關要求之徵信工作。解釋信用卡條款公平性時，尤應注意銀行此等異常舉動。尤其，附卡人多係經濟狀況較差之家屬，正卡人得終止附卡人使用，附卡人並無相對權限，二者權利有別，卻負擔同等義務，附卡人地位較正卡人更不利，顯然超過一般人對於『附卡人』之文義理解。銀行將『連帶清償』條款混入眾多信用卡條款中，非如一般貸款案件在簽章處明確記載『連帶債務人』，顯然違反誠信原則且有失公平。因此，信用卡約定條款第三條有關附卡人就正卡人消費連帶清償一事；既未如一般貸款契約以顯著方式告知客戶，且未給予附卡人審閱期間，宜解為雙方並未就此達成合意、不構成契約之一部；否則，亦因該條款違反平等互惠

原則且顯失公平，此一條款對附卡人仍屬無效（如能比照通常借貸契約，在簽章欄註明附卡人爲『連帶債務人』或「連帶保證人」，應不致發生爭議）。故主文第一項債務仍應由附卡人獨自負責，附卡人不必負連帶清償責任。」

2、臺灣臺北地方法院小額九十八年度北小字第一二號

「況系爭信用卡約定條款第3條之約定由正卡持卡人與附卡持卡人連帶負清償責任，加重附卡持卡人之責任，使附卡持有人負擔非其所能控制之危險，並變相使附卡持有人成爲正卡持有人之無限責任連帶保證人，亦無期限之限制，顯不利於附卡持有人，並違反誠信原則，而有顯失公平之情形，依消費者保護法第12條及民法第247條之1規定，應屬無效。此於正卡申請書之附卡人簽名處旁所載微小字即亦爲連帶保證人之約定亦同，亦屬無效。從而，原告請求被告應負連帶給付責任云云，爲無理由，應予駁回」

（三）信用卡契約

1、臺灣屏東地方法院九十六年度簡上字第三九號

「若由我國信用卡申請及核發之市場實務以觀，可知發卡銀行審核申請人信用後，若認已符合標準即予發給，申請人並無須提供任何擔保，即可於取得一定信用額度之情況下，發卡銀行本即承擔相當大之授信風險，是發卡銀行於受理申請之初，即請求申請人須以高於一般擔保放款利率之約定利率計付循環利息及遲延利息，僅是在自由市場經濟體制下，真實地反應上開申請人之個人信用風險較高

之事實，故發卡銀行爲控管上開風險，收取以較高利率計付之利息，並無不合理之處。況信用卡雖爲通常之金融產品，然並非爲維持日常生活所絕對必要，申請者本身可自行掌控是否申請之權利及自由，且其亦應斟酌個人財務狀況及還款能力後，始向發卡銀行申請，而非先取得信用卡及享受先消費後清償之便利後，嗣因財務狀況不良之故，便反指摘與銀行所約定之條款有失公平。經查，上訴人雖辯稱：系爭契約條款第14條規定因違反消費者保護法第12條及公平交易法第24條之規定而無效云云，惟系爭契約書第14條僅是約定一般繳款之方式，未見上訴人說明有何不合理或不公平之處，且依據系爭信用卡契約書第14條之規定，可知本件被上訴人所收取之循環利息固定爲週年利率百分之14.6，核其利率並未逾民法第205條所定之約定最高利率（即年息百分之20），參酌前開說明，被上訴人收取較高利率計付之利息，既無不合理之處，且因上訴人復掌控有是否選擇以循環信用方式付款之自主權，是其並不因此而受有何不利益。……綜上，系爭信用卡契約第14條之約定，自無違反誠信、平等互惠原則或其他不利於被告之情事可言，是上訴人首揭抗辯，顯屬無據。」

2、臺灣臺北地方法院九十四年度訴字第五四〇〇號

「參諸現行金融實務，信用卡之使用方式係與現金無異，因信用卡之便利性，使用信用卡之風險自然較大，故持卡人應善盡占有保管信用卡之義務，所需盡之注意義務自應提高，方

符公平。是依系爭信用卡約定條款係針對持卡人與銀行間之風險負擔予以明定，參酌持卡人對於卡片占有之保管，遠較發卡銀行容易控管，是該條課予持卡人對於卡片占有負完全之保管之責，核其規定尚符衡平，並無顯失公平之處，仍屬有效。是依兩造信用卡約定條款（參本院卷(一)第 143、213 頁）第 6 條第 2 項約定：『持卡人⁶⁴之信用卡屬於貴行之財產，持卡人應妥善保管及使用信用卡。貴行僅授權正卡持卡人或附卡持卡人本人依本約定條款規定之方式，在信用卡有效期限內分別使用，不得讓與、轉借、提供擔保或以其他方式將信用卡之占有轉讓予第三人或交由其使用...』、同條第五項約定：『持卡人違反第 2 項至第 4 項約定致生之應付帳款，亦應對之負擔清償責任。』即係針對持卡人與銀行間之風險負擔予以明定，參酌持卡人對於卡片占有之保管，遠較發卡銀行容易控管，是該條課予持卡人對於卡片占有負完全之保管之責，核其規定尚符衡平，並無顯失公平之處，仍屬有效，是原告自應受上開約定之拘束無疑。」

（四）消保法第十二條實務見解評析：

消保法第十二條乃規定：「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。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」以及同

法施行細則第十三條規定：「定型化條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」，可見關於定型化契約就效力規範部分，消保法是較民法具體許多，因此實務在判斷上大多會以實際具體情況是否違反誠信原則與顯失公平來判斷。

但是查實務見解鮮少深刻去對於消保法第十二條第二項關於推定顯失公平之各款做深刻描述，且常對同一約款做判斷時產生歧異見解⁶⁴，相較於此，德國法於其民法中第三百零九條有較為具體明確之規範⁶⁵。但德國有其立法背景因素，即其條款之制訂乃是德國法院裁判見解之條文化，而非立法者之創作⁶⁶，然我國在消保法施行前，如上所述，都是以公序良俗為標準而為判斷，而無德國的立法背景，因此自消保法民國八十三年施行後至今，對於司法宣告無效的情況雖未若適用民法第二百四十七條之一時所採用的狹隘見解，但本文以為實務於適用上仍稍嫌抽象化，為希冀未來實務能對此加以具體化，因此以下針對消保法第十二條第二項作具體化之闡述，希望

⁶⁴ 例如關於附卡連帶負責之約款，有認為其未違反消保法第十二條，例如台灣高等法院 95 年上易第 728 號判決、臺灣台北地方法院 97 年訴字第 4985 號判決、臺灣台北地方法院 96 年簡上 42 號判決，但亦有採相反見解，認為其違反消保法第十二條，例如台灣高等法院 93 年上易第 1149 號判決、臺灣高等法院高雄分院 92 年上易第 251 號判決、台灣新竹地方法院 93 年竹小字第 390 號判決、台灣台中地方法院 97 年中簡字第 2412 號判決。

⁶⁵ 參閱黃立，民法債編總論，頁 112-116。

⁶⁶ 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究（三），頁 69。

能夠對實務在判斷時有所助益。

1、違反平等互惠原則：

就消保法第十二條第二項第一款違反平等互惠原則部分，其主要強調是因定型化契約之主要弊病，係使用在其單方預先擬定契約條款時，以其優越之法律上或經濟上之地位，恣意追求一己之利益，致嚴重侵害相對人法律上應受保障之利益，並從而破壞契約交易上應有的平等互惠原則，因此認定其有違誠信原則。而關於其具體化部分，依照消保法施行細則第十四條規定「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則。一、當事人間之給付與對待給付顯不相當。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。四、其他顯有不利於消費者之情形」是強調定型化契約使用人固得本於契約自由原則，並為其正當利益，而為利己之約定，惟應同時兼顧相對人之正當利益，尤應注意不得因該利己之約定，致相對人處於法律上毫無救濟之地位。⁶⁷

2、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。

本來依照民法第七十一條規定，法律行為違反強制或禁止規定者，無效，而定型化契約亦屬於法律行為，則當其約款違背強行法規時則當然無效。至於法律行為僅排除法律之任意規定者，若是由當事人自由協議，則應依其協議，不適用該任意規定，因於該情形是雙方透過個別磋商自行尋找對

自己有利之結果，無特別保護其中一方當事人之必要。但若是定型化約款排除任意規定時，而尋求對自己有利之契約時，通常不顧他方權益，而任意法規蘊含著立法者在衡量雙方當事人利益後所為公平分攤雙方風險之價值判斷，該價值判斷是維持契約正義之表示，因此若一方當事人排除相關任意法規之立法意旨後，再依照其偏離任意規定之程度判斷有否顯失公平⁶⁸。

舉例而言，民法的基本原則一過失原則之排除，立法者乃規定債務不履行或是侵權行為之損害賠償，需負過失責任，若約款擬定人約定故意時才負責，則是違反過失責任。比如約款擬定人是給付義務人，本來其必須故意過失皆須負責，但卻約定故意才負責，其乃違反契約中乃違反第二百二十六條之任意規定之立法意旨。又比如就第二百三十條規定「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。」，可知債務人可以舉證因自己無過失而免除自己之給付遲延之責任，若約定無過失之遲誤仍須負責，則乃違反第二百三十條之立法意旨，例如在工程契約裡面，常見到定作人與承攬人約定「承攬人不完工，延遲一天按日計罰」、「承攬人工時計算完全以定作人計算為主」，原則上雖然有給付期限，但是依照第二百三十條規定，其若沒有過失應不用負責，但該條款排除了承攬人得主張其無故意過失以免除債務不履行之可能。因此在此約定下將導致比如有豪

⁶⁷詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究（三），頁 58。

⁶⁸詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究（三），頁 62-65。

大雨或是颱風不可抗力因素而造成的遲延情況時，承攬人仍須負責之情形，此情形無疑是課於承攬人無過失之責任，明顯偏離任意規定之立法意旨，應認為顯失公平。

此外，關於民法另一基本原則，也就是給付和對待給付之危險分配，乃規定在民法二百二十五條、二百二十六條、二百六十六條以及二百六十七條。首先關於第二百二十五條以及二百二十六條規定，其揭示「有可歸責情況下始須負損害賠償，否則是免給付義務」之重要基本原則。比如第二百二十五條不可歸責債務人情況下，其本來無庸為給付，若約定債務人仍須負損害賠償責任，則乃是屬於違反任意規定之立法意旨。另外就第二百六十六條以及二百六十七條乃是規範對待給付之風險，是針對「一方若給付不能時，他方是否須為對待給付」之法律規範。例如旅遊契約或是補習契約，約定若因天候因素導致一方無法為勞務提出，他方卻必須為對待給付之時，則因此時已經違反第二百六十六條之任意規範立法意旨，推定顯失公平。

3、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者

所謂的契約主要權利或義務是指主給付義務，尤其是指有償、雙務契約中雙方主給付義務之對價衡平，至於契約之目的難以達成是指無法達到雙方當事人本依其所欲造成之經濟上之效果。

舉例而言，關於有償之對價關係部

分，比如健身房之定型化契約，其乃涉及設備權限之使用以及勞務之提供，是屬於勞務契約和租賃契約之混合契約，本依照第四百三十九條應該是使用一期屆滿，始須繳交費用，但是目前企業經營者通常是約定預付，預付對於消費者是屬於極大的風險，而一旦過度濫用預付之制度，例如約定預先繳交一定金額，使用十年甚至終生之情況，則企業經營者可能拿到錢後，因產生不可預測之風險，而導致無法為給付時，使契約之目的難以達成、對價關係受到限制，因此有必要對預付之制度做一定之規範，比如時間最多只能到半年或有一定金額限制，甚至需有履約保證，否則應認為是屬於消保法第十二條第二項第三款之情形，而推定顯失公平。

另外，像是物之瑕疵擔保責任，亦是屬於平衡雙務契約中對價關係之主要義務，而在現在很多公共工程中，定作人通常會約定如承攬物有瑕疵時，按瑕疵之價值計罰十倍的違約金，亦即如承攬人交付瑕疵物時，不但要扣除物之瑕疵價值部分，還要加計十倍違約金。但瑕疵擔保目的不是債務不履行，是維持對價的平衡，因此只能按瑕疵部分減少價金，因為是屬於對價關係失衡後之補償，此亦是瑕疵擔保目的，且不以過失為要件，如果承攬人而其本來無過失，而定作人請求瑕疵擔保減少價金是屬於契約主要義務，自無疑問，但計罰違約金部分，則無非是課予承攬人無過失責任⁶⁹，此時已屬於對於契約主要權利義務之限

⁶⁹ 詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第 129 期，頁 6-7。

制，而致契約目的難以達成之情況，此外亦同時偏離任意規範之立法意旨，應屬於顯失公平之情況。

五、小結：

定型化契約主要爭議在於約款擬定人單方決定契約內容與權利義務，相對人處於只能選擇是否締約之選擇地位，亦即相對人之選擇自由被嚴重限縮，產生契約內容擬定自由權被剝奪與誠信原則顯難相符之情形⁷⁰，因此有必要透過司法介入，將此違反誠信原則並顯失公平的條款宣告無效，以保護相對人之意思自由以及契約自由。

關於我國定型化約款效力之規定，主要是民法第二百四十七條之一以及消保法第十二條規定，而消保法第十二條雖先於民法第二百四十七條之一通過並施行，但是探究其立法經過，其實民法第二百四十七條之一草案存在時期早於消保法第十二條，因此事實上消保法關於效力規範部分是較民法第二百四十七條之一完善，這情況在實務操作上更為明顯，如上所述，實務在操作上往往仍困囿於其立法理由所強調的形式契約自由以及抽象的法律用語，而採取保守之見解，相較於此，消保法十二條反而較能夠具體化定型化約款效力審查時之判斷標準，而此一保障相對人之意旨，並不因是否屬於消費契約而有所不同，因此本文以為在立法層面上，應將定型化契約規範部分一同納入民法，以避免關於效力規範適用分歧問題。

而在現行法之情況下，本文以為就第二百四十七條之一標準應可援引消保法第十二條之法理⁷¹加以具體化，首先關於第一款「免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者」、第二款「加重他方當事人之責任者」以及第三款「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者部分」，應就比較任意規定之立法意旨或以契約本質所生之權利義

⁷⁰實務上亦曾出現相同見解，臺灣高等法院 97 年度重上字第 155 號判決「第二百四十七條之一規定：『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』，就定型化契約之效力調整，作明文規範，惟因該條文規定尚稱簡略，與消費者保護法就定型化契約非但訂有專節，並於施行細則作補充規範相較，消費者保護法之制度內容顯較民法之規定周延縝密，而消費者保護法與民法之規範領域雖有不同，但關於定型化契約規範制度內涵應有相通之處，是以，在非屬消費關係之定型化契約之解釋適用上，除應尋求定型化契約之法理予以補充解釋外，並可藉助消費者保護法之相關規定，以補充民法規範之不足。定型化契約條款何種情形可認為顯失公平，民法第二百四十七條之一並無進一步規定，而消費者保護法第十二條則規定『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；定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：違反平等互惠原則者，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，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』。以上條項所謂之違反平等互惠原則，消費者保護法施行細則第十四條列舉如下四項：當事人間之給付與對待給付顯不相當者；消費者應負擔非其所能控制之危險者；消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者；其他顯有不利於消費者之情形者，消費者保護法及其施行細則之上開規定，應可援引作為補充民法前揭條文解釋適用上之依據。」，楊淑文，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，新型契約與消費者保護法，頁 214-215。

⁷¹楊淑文，消費者保護法與民法的分與合（一）—雙軌制立法下的消費者與消費關係，程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁 344。

務為「規範類型 (das Leitbild)」而比較其偏離度 (die Unvereinbarkeit)，亦即仍應斟酌消保法第十二條第二項第二、三款顯失公平之推定事由而判斷之。如有上開推定事由之存在，則無庸由約款相對人舉證證明顯失公平之情事，應須由條款擬定人舉證證明雖有上開情事仍非顯失公平之條款⁷²。至於第四款「其他於他方當事人有重大不利益者」所謂重大不利益而顯失公平，則須衡量條款擬定人與相對人所享有之法律上承認之利益 (die Betrachtung aller rechtlich anerkannten Interessen) 而決定之⁷³。因此，如相對人權益所受到之侵害，與約款擬定人所得之利益於利益衡量 (eine Interessenabwägung) 後仍不能認為正當者，相對人所遭受之權益侵害即屬重大而不適當，即以消保法第十二條第二項第一款違反平等互惠作為判斷之標準。

陸、結論

在現今的時空背景，企業經營者常挾其強大之勢力，以預先擬訂之定型化契約條款與交易相對人締結契約，因此各國政府多制定法律進一步保護約款擬定之相對人，而其立法例通常有單軌制與雙軌制兩種方式⁷⁴。我國於民國八十三年一月十一日經立法院通

過，並於同日公佈「消費者保護法」，在民法外增訂特別法，此外。顯然地，我國採取雙軌制之立法模式，於民法之外特別制定消費者保護法以保障消費者權益。

消保法是民法之特別法，且依照消保法第一條及第二條限於消費關係始有消保法之適用，但消保法第二條關於消費者之立法方式是透過正面定義來闡述，雖有構成要件明確之優點，但法院於具體個案判斷時，必須檢驗是否符合第二條之要件，但由於其名詞定義並不完善，即使在可能之文義中作最寬鬆之解釋，亦無法適用消保法，而欲類推適用但又礙於特別法之立法模式，而有違反法律明定之定義目的⁷⁵易使應受到消保法保護之情況排除，尤其在定型化契約之中，主要問題為契約條款由約款使用人單方擬定並單方形成契約內容，相對人全無斟酌之餘地。約款使用人在擬定定型化契約條款之同時，甚少顧及到相對人之利益；或所使用之約款文字細小、不清、涉及專業用語等因素，致相對人不解條款內容；或限制、剝奪相對人之權利，加重相對人之義務。基於這些因素，消費者保護法對定型化契約問題設有規定，以保護相對人之正當利益。而這些因素，並不因為定型化契約屬於「消費性定型化契約」或「非消費性定型化契約」而有所不同⁷⁶，因此消保法第十二條以下，消保法第十一條、第十三條、第十四條、第十

⁷² Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O.(Fn. 8), §9 Rz. 95 ; 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究 (三)，頁 55-56。

⁷³ Wolf/Horn/Lindacher, a.a.O.(Fn. 8), §9 Rz. 100。

⁷⁴ 德國債編修法新趨勢-德國民法債編修正研討會，德國民法關於消費者契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究，報告人：楊淑文教授，主辦單位：政治大學法學院民法中心、行政院國家科學委員會社會科學中心，頁 20。

⁷⁵ 楊淑文，德國民法關於消費者契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究，德國民法債編修正研討會，頁 11。

⁷⁶ 詹森林，民事法理與判決研究 (三)，第 229 頁以下，頁 246-247。

五條均屬定型化契約條款之一般規定，民法並無一般規定，從而上開條文即不應被視為係屬定型化契約條款之「特別規定」。反而應認為上開規定為定型化契約條款之一般、普通性規定，對於全部定型化契約條款仍應有適用之餘地。亦即，消保法是否為民法之特別規定，而與民法有普通法與特別法之關係，應視其法律規定是否有實質性不同於一般普通法規定之內容，始排除特別法對於一般事件之適用⁷⁷。否則將個別磋商條款、異常條款以及審閱期間等相關規定適用限縮於消費性契約，而非消費性定型化契約僅有民法規定之第二百四十七條之一之效力規範，實有不足，且將使非消費性定型化契約保護產生漏洞。

參酌德國新債法於消費者保護部份已採單軌制，也就是將消費者保護的條文全部納入民法典中，其原因不外乎有三⁷⁸：

- (一) 消費者保護法無法將所有關於消費者保護之規定全部納入
 - (二) 消費者保護之單獨立法將使其法律地位不再清晰可見而無法窺其全貌
 - (三) 消費者保護法之另行制定，將削弱或掏空德國民法債編之內容
- 因此，本文以為我國在立法論上可參

考德國見解，將消保法關於定型化契約之相關規定，移置於民法之中⁷⁹，其不但能提高民法典的完整性，並使對於定型化契約內容審查之體系於民法典中清晰可見而使一般人民容易瞭解其全貌，也能使法院於適用上亦可減少紊亂感；而在目前現行法下，為了不囿於消保法乃民法之特別法，使得比民法細緻化的消保法十一條、十一條之一、十四條條至十六條等規定於非消費性契約無適用之可能，因此學者認為諸如此類之規定，應可類推適用消保法之規定，退萬步言，縱認因強調消保法屬特別法無法類推適用，也應認為在效力部分可以透過民法第二百四十七條之一參酌消保法第十二條之判斷標準，至於效力規範外之規定則可透過民法第一百四十八條誠信原則再參諸消保法之法理適用，以避免產生「法律缺漏」。

⁷⁷ 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合

(一) 一雙軌制立法下的消費者與消費關係，程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集，頁 344。

⁷⁸ 德國債編修法新趨勢-德國民法債編修正研討會，德國民法關於消費者契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究，報告人：楊淑文教授，主辦單位：政治大學法學院民法中心、行政院國家科學委員會社會科學中心，頁 8。

⁷⁹ 參照定型化契約條款相關規定適用之研究，楊淑文著，頁 43。

參考文獻

(一) 中文文獻：

1. 書籍：

- (1). 史尚寬，民法總論，民國 64 年 10 月，台北二版。
- (2). 史尚寬，債法各論，民國 70 年 7 月，台北五刷。
- (3). 鄭玉波，民法債編各論，民國 76 年 10 月，十二版。
- (4). 王澤鑑，民法總論，2000 年 9 月。
- (5). 林誠二，民法債編各論（上），2002 年 3 月，初版。
- (6). 林誠二，民法債編各論（下），2002 年 3 月，初版。
- (7). 黃立主編，楊芳賢等合著，民法債編各論（上），元照出版，2002 年 7 月，初版一刷。
- (8). 黃立主編，楊芳賢等合著，民法債編各論（下），元照出版，2002 年 7 月，初版一刷。
- (9). 楊淑文，新型契約與消費者保護法，作者自版，2002 年 7 月，元照初版一刷。
- (10). 邱聰智著・姚志明校訂，新訂債法各論（上），作者自版，2002 年 10 月，初版一刷。
- (11). 邱聰智著・姚志明校訂，新訂債法各論（下），作者自版，2003 年 7 月，初版一刷。
- (12). 黃茂榮，債法各論第一冊，2003 年 8 月，初版。
- (13). 黃立，民法總則，2005 年 9 月，修訂四版一刷。
- (14). 黃立，民法債編總論，
- (15). 劉春堂，民法債編各論（上），三民書局，民國 92 年 9 月，初版一刷。
- (16). 劉春堂，民法債編各論（中），三民書局，民國 92 年 9 月，初版一刷。
- (17). 劉春堂，民法債編各論（下），三民書局，民國 92 年 9 月，初版一刷。
- (18). 楊淑文，新型契約與消費者保護法，元照出版社，民國 95 年 4 月。
- (19). 王澤鑑，債法原理，基本理論 債之發生，三民書局，民國 88 年 8 月。
- (20). 詹森林，民事法理與判決研究（三），元照出版社。
- (21). 詹森林，民法法理與判決研究（四），元照出版社。
- (22). 黃茂榮，債法總論（第一冊），自刊，民國 91 年 6 月
- (23). 黃茂榮，債法總論（第二冊），自刊，民國 91 年 9 月

2. 期刊/專書論文

- (1). 曾品傑，論消費者之概念，台灣本土法學雜誌第 49 期。
- (2). 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合（一）—雙軌制立法下的消費者與消費關係，程序正義、人權保障與司法改革—范光群教授七秩華誕祝壽論文集。
- (3). 楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌，第 122 期。
- (4). 楊淑文，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學雜誌，第 91 期。
- (5). 楊淑文，消費者借款債務（雙卡債務）之清償不能，政大法學評論，第 98 期。
- (6). 黃立，消保法的定型化契約條款（一），月旦法學教室，第 15 期。

- (7). 黃立，消保法的定型化契約條款（二），月旦法學教室，第 16 期。
- (8). 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第 125 期。
- (9). 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。

(二) 外文文獻：

1. Jürgen Schmidt-Räntsch , a. a. 0. 172; Heinrich Dörner Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB , in: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nölke , a. a. 0. 178. 181 .
2. Palandt/Heinrichs(Fn. 1) , BGB , Co. Aufl. 2001 Einführung vor §145 BGB Rn. 13 ff.
3. Jürgen Schmidt-Räntsch , a. a. 0. 173.
4. Karl Larenz/Manfred Wolf , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts , 8. Aufl. 1997. §Rn. 61 ff. ; Palandt/Heinrich , BGB 60. Aufl. 2001 , Einl. Rn. 1 .
5. Müko/Micklitz , BGB §13 Rn. 27; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring , Das Neue Schuldrecht , 2002. 347.
6. Lawson, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms, 1. 01-1. 18 (7th ed. 2003).
7. Larenz/ Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, § 43 Rn 23; toffels, AGB-Recht, 2003, Rn 259ff S.
8. Coester-Watjen, AcP (1990), 1, 14ff.; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 29ff.
9. M. Wolf in: Wolf/ Horn/ Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999, Einl 3; BGHZ 126, 326 (328); Ulmer/ Brandner/ Hensen, AGB-Gesetz, 8. Aufl., 1997, Einl AGBG Rn 4, 29; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 79ff., 88f. Wackerbarth, AcP 200 (2000), S. 64f.
10. Craswell, Freedom of Contract, in: Posner (edi), Chicago Lectures in Law and Economics, 84-87 (2000).
11. Erman-Herrmann, 11. Aufl., 2004, §765 Rn 10; Reinicke/ Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 2. Aufl., 2000, Rn 252ff.; dies., Kreditsicherung, 4. Aufl., 2000, Rn 231ff; Staudinger-Horn, 13. Bearbeitung, 1997, § 765 Rn 120, 128; BGH NJW 1996,
12. MünchKomm / K. P. Berg, BGB. Vor §488 Rd. 13.
13. Martis/?Maehof, Verbraucherschutzrecht, 2Auf1, 2005, S129ff .
14. Palandt/Putzo, BGB Einf v §607 Rd. 1 59Auf1, 1999 .

計畫成果自評

「消保法與民法之分與合-立法芻議與修正草案」是三年之研究計畫報告，而上開部分是第二年的期中報告，本篇重點主要乃是針對目前我國將定型化契約規範分別規定於民法和消保法的立法方式是否妥當、民法第二百四十七條之一以及目前實務見解作全盤性的檢討。

首先，本篇報告先說明雖然民法的核心為私法自治，對於交易在不違反強制規定時，本不應介入干涉，但是在目前社會交易型態下，定型化約款仍有必要透過法律來加以規範；其次，提出我國目前關於定型化契約條款定義、個別磋商條款、異常條款、約款解釋以及效力規範在我國實務運作下所產生之問題，並對此詳加評悉，以及提出在目前現行法下應做怎樣的解釋適用始最符合契約正義；最後，將外國立法例作相關介紹，並提出我國未來修法方向，以資參考。

是就本三年計畫之達成部分，原三年計畫中第二年計畫即預計針對消費者保護法以及民法之定型化契約規範作立法上之檢討以及目前現行法實務運作上之探討，而本期中報告計畫亦對此詳加探討，是和原計畫所預計達成部分相符。此外，本篇報告提出許多具體情況在目前實務運作上所遭遇到的問題，並提出目前在現行法下應該解釋之方向，可作為目前法院適用法律的參考依據，是本篇內容富有參考價值。