

定型化契約之管制與契約自由 ——德國與我國法制發展之比較分析

楊 淑 文*

要 目

壹、定型化契約之盛行與規制	(一)早期之學說
一、定型化的契約條款之盛行與效率之需求	(二)早期實務見解
二、有名、典型契約之補充法性質	(三)聯邦法院之見解
三、單方形成力之規制必要 (die Kontrolle einseitige Gestaltungsmacht)	二、定型化契約條款規制法 (AGB-G) 之制定
(一)理性之權利主體	(一)立法沿革
(二)定型化契約之擬定	(二)現代化債法
四、管制之障礙	(三)意思決定自由權 (die Entscheidungsfreiheit)
貳、德國法上關於定型化契約條款之規制	(四)大量預先擬定條款 (die Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen)
一、定型化契約條款規制法制定前	(五)適用之對象

DOI : 10.3966/102398202013040132004

*

政治大學法學院副院長，德國法蘭克福大學法學博士。

投稿日期：一〇一年四月十六日；接受刊登日期：一〇一年七月十九日

責任校對：林嘉瑛

(六)約定之債之基礎 (rechtsgeschäftliche Grundlage)	(一)消保法第十四條
參、我國相關法制之發展	(二)實務見解
一、定型化契約條款之管制	四、個別磋商條款 (Individualabrede) ——約定或條款？
(一)消保法制定前	肆、分析檢討
(二)消保法與民法第二四七條之一相繼制定後	一、消保法與民法相關規定之融合
(三)自由意思而締約	二、無評價可能及有評價可能之無效條款應予增訂
(四)保證契約——非消費性定型化契約？	三、由任意性規定發展為半強行法
二、條款之效力	四、消費者借款法之任意規範空白
(一)條款有效	(一)民法上之消費借貸——無主給付義務之要物契約
(二)無效之條款	(二)金錢借貸規範空白
三、異常條款——未經記載於定型化契約？	

摘 要

由於工業的進步及經濟的發展，企業經營者為節省成本而提供企業之利潤，大量使用定型化契約條款與交易相對人締結契約，成為企業經營者與一般國民或消費者交易的常態。此種條款經由契約雙方同意訂立，在契約自由的大旗下，似乎並無法律規範的必要。

但契約自由原則乃係以交易當事人均會追求自利為其前提，在定型化契約條款簽訂的情形中，企業經營者利用市場結構上不對等之地位，單方擬定契約條款，多僅考量企業經營者單方之利益，而不利甚至於損害交易相對人之法律上正當權利。由於此時企業經營者與交易相對人在市場結構上之不對等地位，交易相對人並無正確意思形成之可能性，契約自由的前提在此並不存在，必須由交易當事人以外之第三者提供定型化契約條款在立法、行政或私法上之規制，以確保當事人皆有正確選擇的可能性。

本文基於此項目的，分成四大部分。第一部分說明定型化契約條款的興起及對其規制的必要性，次就德國法上對於定型化契約條款規制的演變為一介紹，第三部分整理我國對於定型化契約條款法律的規範，以及實務的見解。最後則針對我國現有規範與見解為一分析與檢討，提出四點建議，以期促進我國定型化契約條款之規範。

關鍵詞：定型化契約條款規制、意思決定自由權、契約自由、消費者保護、公序良俗、誠信原則、異常條款、個別磋商條款、金錢借貸

壹、定型化契約之盛行與規制

一、定型化的契約條款之盛行與效率之需求

由於工業的進步與經濟發展帶來大量同種類產品的製造與同類型服務提供，企業經營者重複使用預先擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人締結契約。此種在同類產品或服務所使用之定型化或制式契約內容在經濟發展上亦符合效率之需求，並可節省企業之成本而提高企業之利潤¹。因而，在現代社會的交易活動，使用定型化契約條款而為交易乃為企業經營者與一般國民或消費者交易之常態。例如房屋汽車之買賣、房屋租賃、銀行與存戶間之各種契約等等均是。不使用定型化契約條款而為交易者，反而是交易關係複雜，交易金額較巨大，雙方當事人始有逐一磋商就不同之條件內容形成合意之情形，例如存在於企業經營者之間之企業併購、營業轉讓等。

二、有名、典型契約之補充法性質

我國民法採取大陸法系立法例，以契約自由原則為民法債編中約定之債之核心思想。契約自由原則乃依循私法自治原則，關於不涉及公共利益之私人間財產關係之權利義務之發生與消滅，尊重交易當事人形成之自由意思，只要當事人具有完全行為能力，在締約過程中未有意思表示不一致、不健全、不自由之情形且契約內容亦未違反法律之強制、禁止或公俗良俗之規定，國家即尊重當事人之意思形成，賦予其一定之法律效果²。

¹ 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，125期，頁11，2005年10月；詹森林，定型化約款之基本概念及其效力規範，載：民事法理與判決研究(三)——消費者保護專論，頁34-35，2003年。

² 王澤鑑，債法原理第一冊：基本理論·債之發生，頁80，2006年；黃立，同

換言之，民法債編各論於民法第三四五條以下，雖訂有買賣、贈與、租賃、承攬等各種有名、典型契約之權利義務等內容之各種規定，僅於當事人未約定之事項，上開事項始居於補充當事人間權利義務地位而有適用之可能。亦即在自由經濟體制下，最重要者為「那隻看不見的手」。依其理論每個人均會追求自利，因此由個人自我決定，所產生之交易條件即屬對個人最為有利之結果，個人亦應對其所決定之結果自我負責。因此，當事人締約後即應受其與他方所議定契約內容之拘束。且不允許當事人單方地任意主張契約權利義務不存在。

因此，企業經營者所預先擬定之定型化契約條款，不僅僅是為了節省大量生產之產品銷售與同類型服務提供等之成本；一方面亦可藉由定型化契約條款之預先擬定而創設原來法律未規定之無名、非典型之新型態之契約與交易型態，例如各種型態之分期付款買賣、旅遊契約、融資性租賃、匯款契約、加盟店契約、信用卡使用、郵購、訪問買賣、工程營造契約。此種新型態交易型態得以出現與盛行，正因企業經營者利用定型化契約之擬定，此種單方形成之機制所產生之結果，即學者所謂由經濟生活所自我創造出之法律³。

三、單方形成力之規制必要（die kontrolle einseitige Gestaltungsmacht）

（一）理性之權利主體

德國民法之制定在財產法部分係以私法自治為其核心，私法自治乃以參與交易之法律權利主體為一理性的、自我負責的、有判斷

前註，頁6-7；劉宗榮，定型化契約論文專輯，頁45-47，1993年。

³ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht Kommentar 5. Aufl., 2009, Einl. Rn. 2.

能力之一般人為其前提⁴。因為法律行為之生效必須植基於一個一般化之標準，無法具體考量聰明弱愚之能力、經驗與貧富之不同。亦即法律行為所需之行為能力係以每一權利主體（自然人）於成年後，均被假設具有一般之知識與經驗為權利主體之圖像。因此，為交易之當事人通常可合理期待其具有相當之知識、資訊、經驗，可在交易過程中，充分維護自身之利益，並獲致對自己最有利之結果。故法律行為生效之基礎僅在於交易之行為人是否成年，意思表示是否有不一致、不自由之情形，而通常不考慮交易相對人地位是否對等，有利之交易結果所需之資訊是否充分，交易結果是否真正對交易當事人有利等，均與契約生效不相關。亦即賦予交易當事人享有自由決定之權利即為已宜，而不再創設一個雙方當事人以外之法律規範，以評價契約當事人之決定是否符合客觀上之正確性。因為，第三者或國家權利之介入與強制，本質與當事人之合意契約自由之精神有所違背，況且契約之權利義務是否符合當事人之利益或對價關係之相當性仍應由雙方當事人之締約目的主觀判斷之，而無法客觀決定。因此，除非立法者在立法政策上已為強行性之規定，否則具有完全行為能力之人不因其貧或富，聰明或愚笨，有無經驗而影響其所為交易法律行為之效力⁵。

(二) 定型化契約之擬定

契約能否成立，契約之內容為何，依契約自由原則必須雙方當事人合意始得為之。因而，企業經營者如一而再、再而三地利用預先擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人成功締約，通常係因

⁴ MünchKomm/Säcker, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., 2006, Einl. Rn. 30; 蘇永欽，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，載：走入新世紀的私法自治，頁64-65，2002年。

⁵ MünchKomm/Säcker, aaO., Einl. Rn. 32.

企業經營者享有優勢的交易力量（*die überlegene Verhandlungsmacht*），始能在面對不同需求之交易相對人時，均能以自己預先擬定之條款締約成功。

由於契約自由原則係以交易當事人均會追求自利為其前提，因此「那隻看不見的手」——即自由市場機制會創設符合雙方利益之結果，故交易當事人即應基於「自我決定」之結果「自我負責」。然而，如企業經營者得以自己預先擬定之定型化契約條款與交易相對人締結契約，在企業經營者通常僅追求自利之情形下，該定型化契約條款常常會發生僅考量企業經營者單方之利益，而不利或損害交易相對人之法律上正當權益之結果。

此時，或許客觀上並無一個經濟價值上絕對的契約之正義或對於一方當事人之客觀「正確性」存在，但是對當事人主觀上可以透過自由決定而取得之利益或「正確性」，可否透過立法或司法予以確保並管制，則係立法者應嚴肅以對之重要課題。亦即，契約自由原則之下，以雙方共同決定（*beiderseitige Selbstbestimmung*）為契約權利義務之基礎，在事實上是否存在並且可行，顯令人懷疑。因此，如何建構並確保雙方當事人在定型化契約之擬定時，仍享有正確意思形成可能性，即屬定型化契約規制之重要任務⁶。

此外，定型化契約條款之擬定通常係由企業經營者針對其主要之單一營業而為，不僅可降低營業成本，亦可經由長期之經營經驗預設對其最有利之契約條款。反之，交易之相對人每日須面對不同之交易種類與產品或服務之提供，而通常不具有豐富之經驗亦無充裕之時間可在交易前仔細思考，亦不可能花費相當之金錢針對單一價額不高之交易行為尋求有利之法律諮詢服務。

⁶ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), Einl. Rn. 3; Münchkomm/Säcker, aaO. (Fn. 4), Einl. Rn. 31.

企業經營者利用市場結構上之不對等地位，而以單方預先形成之定型化契約條款與交易相對人締結契約，已使民法藉由賦予經濟市場上交易當事人以合意形成對雙方有利之正確選擇機制被破壞殆盡，追求公平正義與合理分配之國家法律制度實難以容認其合法性。此種定型化契約之盛行，交易之相對人實無法個別排除因此所受到之利益侵害，因此必須由交易當事人以外之第三者提供定型化契約條款在立法上、行政上或司法上之規制⁷。

四、管制之障礙

企業經營者得以大量使用單方擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人訂立契約，縱使其內容大多是對自己有利（免除自己之責任、減少自己之給付義務），或對交易相對人不利（加重他方之義務、剝奪他方之權利、將自己之風險轉嫁與他方當事人）之結果，但由於契約條款之擬定本即屬於契約自由原則之一環，應受到國家法律之尊重。因此，對於定型化契約條款之管制之必要性，所遭遇之挑戰與障礙即為契約自由原則下，當事人合意之契約不應受到國家權力之介入與干涉，如欠缺法律明文限制（*mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit*），則不應否認當事人合意約定契約條款之效力⁸。

⁷ 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌，91期，頁54-55，2002年12月。

⁸ Vgl. RGZ 11, 100；我國最高法院91年度臺上字第222號判決意旨：「……此特約若係出於兩造之自由意思所締定，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？亦非無研求之餘地。」

貳、德國法上關於定型化契約條款之規制

一、定型化契約條款規制法制定前

(一)早期之學說

德國法上，早於一九三五年Ludwig Raiser所著之「定型化契約條款法」一書中即已指出，定型化契約之出現符合市場經濟之需求，毋須另行立法取代之。定型化契約之大量出現與盛行，亦不應予以非難。但是，Raiser認為，如企業經營者於擬定條款時，僅顧及自己之利益，侵害他方當事人權益，且損及公共之經濟及法律秩序時，仍應利用行政管制及司法審查之途徑予以有效之規制。更值得注意的是，Raiser提出以任意規定（das dispositive Gesetzesrecht）為審查定型化契約條款是否有效之判斷標準，因為任意規定雖為補充法性質，亦非屬完全無拘束性質之規範，而應認為是市場經濟中合理分配當事人利益與風險並規範交易當事人之通常的法規範（die “normale” Ordnung）⁹。

(二)早期實務見解

反之，在德國司法實務上，對於定型化契約條款之司法審查是保守地緩步前進。首先，德國帝國法院在許多爭議案例中係透過「嚴格解釋」契約條款之方式為之，而未直接審查條款內容是否有效。

另外，帝國法院在RGZ 103, 84之案例中，則對定型化契約條款採取隱藏式審查方式，例如「棄權條款」則被認為為「異常條款」，顯非為交易相對人訂約時可期待其可預見之內容，而不構成契約之內容。

⁹ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), Einl. Rn. 6.

值得注意的是，帝國法院在RGZ 143, 24（一九三三年）一案中，對於定型化契約條款予以公開的條款內容之審查，則係以定型化契約條款擬定人所擬定之「限制責任條款」違反公共秩序為理由，而認定其條款無效，其理由在於擬定人濫用其獨占或壟斷之地位（*Ausnutzung einer Monopolstellung*），使相對人居於無從選擇締約對象而締約¹⁰。

（三）聯邦法院之見解

反之，德國聯邦法院則不再以擬定人是否具有獨占地位為判斷標準，而改以德國民法第二四二條為審查定型化契約條款是否有效之判斷標準。最重要之指標性案例為BGHZ 38, 183關於「買賣契約瑕疵擔保排除條款」之效力，依其見解，出賣人僅允許買受人於標的物有瑕疵時不得主張解除契約而僅得請求修補瑕疵之條款，因為違反誠信原則而無效。其理由為，此種排除瑕疵擔保責任之條款將導致買受人遭受重大之權益侵害。

德國聯邦法院在此案例中認為，定型化契約條款之擬定人，本於契約自由原則而單方預先擬定契約條款時，依誠信原則即負有義務對他方交易相對人之利益亦應一併斟酌，如其僅考量自己之利益，而完全將他方當事人權益棄之不顧，應認係濫用自己單方之自由權，且剝奪他方得共同參與契約內容之形成自由權。

此外，德國聯邦法院在隨後之BGHZ 41, 151之案例中亦確認了任意法規所具有之模範圖像功能（*Leitbildfunktion des dispositiven Rechts*）。其理由在於，任意規定如非僅具技術性之規範功能，通常隱含合理分配風險與利益衡量之公平性內容，如果其公平性內容愈強，愈不能容忍定型化契約條款擬定人予以排除。亦即定型化契

¹⁰ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), Einl. Rn. 6.

約條款是否無效，應視其偏離（*Abweichung*）任意規定之公平性內容而決定之¹¹。亦即與公平性之法律規範差異性越大之定型化契約條款，對他方當事人之利益侵害更形嚴重，其效力即不應予以承認。

二、定型化契約條款規制法（AGB-G）之制定

（一）立法沿革

德國法上關於定型化契約條款規制法立法之推動，其原因首先在於對德國聯邦法院關於定型化契約條款之判決見解的不滿意。對於定型化契約條款在何種情形下得認為已訂入契約中，構成雙方合意之內容，德國聯邦法院認為雙方當事人對於定型化契約條款之記載通常存在有默示之合意，此項見解引起學說諸多之批評。而更重要的理由在於，關於定型化契約條款之內容審查，應給予法院一個有拘束力之法律規定（*ein verbindlicher gesetzlicher Maßstab für die Inhaltskontrolle*），可以將法院歧異的個案判斷結果予以一致化。尤其是社會上出現廣泛的呼聲，殷切要求可以加強對消費者之保護，以遏阻經濟強勢地位者不正當的濫用權利之情形。且消費者在資訊不充足，訴訟成本不符費用相當性原則或因其他訴訟障礙之情形較少利用訴訟方式主張其權利時，消費者團體訴訟（*die Verbandsklage*）之立法亦具重要性。

在定型化契約條款規制法之立法過程中，亦有許多不同之立法模式被提出討論，例如關於內容審查的實質法律要件（*die materiellrechtlichen Voraussetzungen In haltskontrolle*）。草案起草小組則提出不同之模式，例如是否有一概括性條款即為已足。或是概

¹¹ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), Einl. Rn. 6.

括性條款外再附加列舉的無效條款（*ein Katalog unzulässiger Klauseln*）¹²。此外，關於定型化契約條款之效力與合法性應如何規範亦有不同之方式，究竟應規定積極的適當合法有效要件或者規範不適當不合法的無效消極要件。關於其適用範圍，亦論及究竟應以預先擬定之定型化契約條款為限或者毋庸預先擬定而僅重複多次地使用即可納入。最後適用對象是否應限於消費者，或者消費者與商人應一併納入，而消費者與商人是否應適用同一無效之審查標準亦為討論之議題之一¹³。

（二）現代化債法

一九七六年所完成之定型化契約條款規制法，於施行二十餘年後，搭著德國債法現代化法（*das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, 2002*）之順風車，而納入德國民法第三〇五條至第三一〇條，成為現代化債法之重要內容¹⁴。亦即在民法第二篇第二章規範「以定型化契約條款形成約定之債的法律關係」（*Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*）。

（三）意思決定自由權（*die Entscheidungsfreiheit*）

因此，定型化契約條款之規範在民法體系上即屬於條款內容之管制與民法總則中關於法律行為理論（*die Rechtsgeschäftslehre*）之核心部分。由於定型契約條款之相關規範被納入債編總論，亦產生

¹² Wolf, *Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, JZ 1974, S. 41, 42.

¹³ Wolf, *Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, JZ 1974, S. 465, 469.

¹⁴ 黃立，細說德國2001年新民法消費契約條款，載：德國新債法之研究，頁74-77，2009年。

更廣泛之影響力。亦即德國民法之新規定如給付障礙（債務不履行）與消滅時效之新規定，依第三〇七條第二項規定均成為任意規定之重要法律原則之模範圖像（*das Leitbild*）¹⁵。尤值注意者，乃德國民法第四七五條規定消費性商品買賣契約所定之權利與物之瑕疵擔保責任不允許不利於消費者而為變更，具有強行法之效果。

德國現代化債法第三〇五條以下規定，其規範目的乃在於保護契約法之秩序（*die Bewahrung einer vertragsrechtlichen Ordnung*），其規定適用於下列案例，即一方當事人以預先擬定之定型化契約條款事實上侵害他方之在法律行為中作為權利主體所享有之意思決定權（*die Entscheidungsfreiheit*）¹⁶。此外，契約法秩序之防護亦包括契約正義的確保（*die Sicherung der Vertragsgerechtigkeit*），對於契約公平正義之維護乃法律規範最重要任務之一，如果契約之一方無視於他方被保護之需求而完全排除他方之契約自由決定權時，此時無法單憑強行法之適用，冀求維護契約之公平正義。亦即，基於對於他方當事人之保護，更可使契約之公平正義得以實現。此外，此種單面地對於他方當事人之保護亦有可能達到條款使用人可以擬定對他方當事人有利之約款，而不影響該約款之效力¹⁷。

④大量預先擬定條款（*die Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen*）

依德國民法第三〇五條第一項第一句之規定，其適用係以一方當事人可以大量以預先擬定之定型化契約條款締結契約之情形。其

¹⁵ Pfeiffer: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003, S. 225 ff.

¹⁶ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), Einl. Rn. 15.

¹⁷ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), Einl. Rn. 17.

規範目的乃在以一方當事人欠缺決定契約內容之決定權（*fehlende Entscheidungsfreiheit*）為其判斷之標準。因為此種情形正足以證明他方當事人之決定自由權存在著障礙而無法行使或表達。

此外，條款之擬定人得以使用同樣的內容締結為數眾多之契約，已充分顯示擬定人通常具有優勢之交涉締約地位（*günstigere Verhandlungsposition*）。正由於擬定人具有足夠強勢之交涉締約能力，因此確保了擬定人擬定之契約條款毋庸考慮他方當事人之磋商或自我決定權利而能一而再、再而三成為雙方契約之內容與條件。

此外，擬定人在預先擬定時，通常可以充分考量而使用對自己最有利的條件，他方當事人卻須在匆忙之間毫無準備（*unvorbereitet*），或經驗不足（*unerfahren*）之情況下無法表示意見而接受契約之條款。因而在大多數實際利用預先擬定之條款締結之案例中，他方當事人縱使具有專業能力或並非經濟上弱者，考量經濟利益與時間成本，亦通常不會耗費時間就每一條款逐一與條款擬定人交涉或變更條款之內容¹⁸。

此外，在交易案例中亦已顯示因為人性之常，單方可以掌握契約條款之決定權時，通常會限制他方當事人之權利（*Ausnutzung unter Beschränkung der Selbstbestimmung des anderen Teils*）而獲取利益。

(五)適用之對象

德國民法第三〇五條以下之規定，既係在保護條款擬訂之他方當事人所享有之意思決定自由，因此其適用對象原則上及於所有人（*alle Personen*）而不限於消費者。此外，另一個重要原因係因定

¹⁸ Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtsökonomische Skizze, Jus 2003, S. 209.

型化契約條款之規範為民法之一般原則（*allgemeine Zivilrecht*）。依其保護目的以觀，乃在排除契約當事人意思決定自由之障礙（*Störung der Entscheidungsfreiheit einer Partei*），此種障礙不僅限於在消費性契約中存在，依第三一〇條第一項亦及於商業性定型化契約。雖然第三〇五條第二項（定型化契約條款訂入契約內容）、第三項（架構契約）、第三〇八條（無評價可能之無效事由）、第三〇九條（有評價可能之無效事由）及第三一〇條第三項（消費性定型化契約之適用範圍）之規定不適用於商業性定型化契約，其理由係在於企業經營者由於具有專業經驗與一定之市場地位，較能掌控風險，因此，較不需被保護。

（六）約定之債之基礎（*rechtsgeschäftliche Grundlage*）

德國民法第三〇五條第二項之規定，定型化契約條款訂入契約成為雙方權利義務內容之條件，必須經他方當事人同意。此項約定亦彰顯了他方當事人同意為契約成立之基礎，因此，他方當事人毋庸舉證自己並無過失而不知契約之內容。反之，約款使用人必須證明他方當事人已就定型化契約條款為同意，或已對他方當事人以適當之方式，令他方當事人得知條款之內容。因而，條款擬定人將不得主張基於交易慣例，他方當事人如因過失而不知條款內容而為意思表示時，條款即為有效成立¹⁹。

¹⁹ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), § 305 Rn. 62, 135.

參、我國相關法制之發展

一、定型化契約條款之管制

(一)消保法制定前

在消保法制定前，關於定型化契約條款之效力爭議，最高法院首先作成七十三年第十次民事庭決議。依其見解，於甲種活期存款（支票存款）契約中，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。另外，最高法院八十年度臺上字第七九二號判決亦認：「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為，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及交通工具之種類、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。」

值得注意者為，公共秩序具有強烈之立法規範與評價色彩，因此不論中外，在實務上是法官面對定型化契約條款是否有效之首選。但是在「契約自由」原則下，能衝破公共秩序之嚴格要件者，少之又少。有學者即謂「公共秩序」實不足作為規範定型化契約條款效力的準據，蓋其所涉及者，乃契約當事人間利益的均衡、契約危險的合理分配，與公共秩序並無關係²⁰。亦有學者謂，以「違反公共秩序善良風俗」為由，規制定型化契約免責約款，僅可適用於

²⁰ 王澤鑑，同註2，頁98。

部分定型化約款侵害範圍廣泛而有危害公共利益之時，其他情形則無法適用，實應改以「違反誠信原則」為由加以規制²¹。

實則，如同中外學者所言，企業經營者得以預先擬定之定型化契約條款與多數之交易相對人締約，並不限於企業經營者具有獨占或壟斷之地位為限。而在於一方當事人得以預先擬定之條款，一而再地與他方締約成功，他方當事人實際並無磋商成功之情形，此時磋商之餘地純屬想像而已。亦即他方當事人意思決定自由遭遇障礙，如條款對於他方當事人之侵害顯屬不適當，則與誠信原則即有違背。因此，公共秩序對於定型化契約條款效力之審查無法提供妥適之判斷標準。

但是民法第一四八條第二項關於誠信原則之規定，係屬不確定之法律概念，亦未明文定其法律效果。雖依德國民法第二四二條規定，亦未明文賦予其法律效果，但作為大陸法系之「帝王條款」，目的在調整僵化之法條與法律制度得以因應社會變遷，德國之學說及實務均認未有法律效果之規定，則權利人可主張法律效果包含請求增減給付、確認法律關係援引為抗辯以及解除契約等無所不包²²，在定型化契約條款規制法未制定前，對於條款內容之審查更扮演最重要之角色，而發展出以任意法規之立法意旨及有償契約之目的（如對價關係是否相符）為判斷基準²³。而我國實務上仍一直遵循以公序良俗或其他法律明文規定法律效果為無效之規定為依據，作為審查是否無效之標準²⁴。

²¹ 劉宗榮，同註2，頁63-64。

²² MünchKomm/Roth, BGB, Bd. 2, 5. Aufl., 2006, § 242 Rn. 9.

²³ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, aaO. (Fn. 3), Einl. Rn. 6.

²⁴ 最高法院85年度臺上字第1786號判決意旨：「查就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證責任，民法第七百五十五條固定有明文。惟兩造簽訂之約定書第十

(二)消保法與民法第二四七條之一相繼制定後

消保法與民法第二四七條之一陸續公布施行後，理論及實務因而發生二者應如何區分適用界限之疑義²⁵。

定型化契約，以相對人之屬性為標準，可區分為消費性定型化契約與非消費性定型化契約。消費性定型化契約，乃契約相對人為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」之消費者而言。非消費性定型化契約，則係指契約相對人非上述所稱「消費者」之人。消費性定型化契約，應受消保法之規範，不待贅言；非消費性定型化契約，究應適用消保法或民法，則發生疑義。惟消保法第十一條以下乃定型化契約之核心與較完備之規範，民法第二四七條之一則未規範具體的無效判斷標準，而僅抽象規範定型化契約條款常見之不利於他方，有利於自己之情形。亦即民法第二四七條之一所定之要件如第一款：免除及減輕預定契約條款當事人之責任，即屬對自己有利之情形，而第二款至第四款所定之加重他方當事人之責任，使他方當事人拋棄權利，或限制其行使權利或其他重大不利益均屬對他方當事人不利之情形。法條之要件中未見具體明確之判斷標準，因此在實務運作上，經實務見解認定符合民法第二四七條之一之要件而被宣告無效之商業定型化契約條款並不常見。

條第二款既約定：『如貴行□□□允許主債務人延期清償，均毋須再徵求立約人之同意，立約人仍須負全部債務之保證責任』。上開約定又難謂有違背公共秩序或顯失公平情事，上訴人自不得執上開條文之規定，作為不負連帶清償責任之依據。」

²⁵ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，載：民法法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁149-163，2007年；曾品傑，論附合契約與定型化契約之基本問題，載：財產法理與判決研究(一)——消費者保護法專論(1)，頁89-115，2007年。

(三)自由意思而締約

尤值注意者，乃部分最高法院仍然遵循前述以公序良俗為審查標準，因此如當事人締約時並無意思表示不健全、不一致或不自由時，即推定無顯失公平之情形，例如：

1. 最高法院九十一年度臺上字第二二二〇號判決

此特約若係出自於兩造自由意思所締定，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？亦非無研求之餘地。

2. 臺灣高等法院臺南分院八十七年度重上更(一)字第二十五號判決

上訴人惠基公司既為專業之營造公司，對於工程之難易、進度、報酬，應知之甚稔，其既參與投標，理應有其合理之利潤，始予競標，豈有事後在爭執合約違反誠信無效之理，是上訴人此部分所辯，亦無理由，應不足採。

3. 最高法院九十三年度臺上字第六九六號判決

該連帶保證書上由被上訴人事先印刷之內容部分，上訴人於簽立時，原非不易詳閱其內容，若有意見，本得要求刪改，非無選擇或拒絕之餘地。其於事後始任指保證書為定型化契約，內容違反誠信原則，顯失公平而無效，亦非有理。

4. 板橋地方法院八十九年度訴字第一二五七號判決

被告如認該約款不公平，自應於締約前與原告磋商，其於本件訴訟中始抗辯該約定顯失公平且將影響其授與信用之決定云云，殊無足信。

5. 臺灣高等法院臺中分院九十六年度上字第三十二號判決

本件「抵押權設定契約書其他約定事項」，雖為定型化契約，但契約條款既經訴外人呂○○同意並簽章其上，自無為訴外人呂○○所不及知或無磋商變更餘地可言。

6. 臺灣高等法院臺中分院九十年度上字第三五三號判決

所謂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，此際，始應適用衡平原則之法理，以排除不公平之「單方利益條款」，蓋此情形，倘貫徹「締約自由原則」將使居於經濟上弱者之一方，無締約之可能，而忍受不締約之不利益，故縱他方接受該條款而締約，該條款亦應認違反衡平原則而無效，以符平等互惠原則。雖保證人通常係礙於職務從屬或情誼原因，而由借款人覓為其與銀行間債務之連帶保證人，惟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，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，並不會因未成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人之情形。

7. 臺灣高等法院臺南分院九十七年度上字第一七七號判決

契約條款既經上訴人丁○○審閱並簽名蓋章其上，應無為上訴人丁○○所不知或無磋商變更之餘地。且系爭連帶保證契約約定上訴人丁○○應負連帶保證責任四百五十萬元，並非漫無限制，難認有何為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平之情形，上訴人丁○○主張依民法第二四七條之一第二款規定，系爭連帶保證契約無效，亦無理由。

8. 臺灣高等法院臺南分院九十六年度重上字第六十六號判決

被上訴人並未獨占市場，上訴人仍有選擇與被上訴人訂約與否之自由，甚至向非金融業者之私人抵押借款亦是選項之一，並非必與被上訴人訂約不可，自不能謂上訴人無自由選擇締結系爭契約與否之權。另方○○是否要擔任統來汽車駕訓班連帶保證人之情形，亦同。

9. 臺北地方法院九十五年度訴字第八八一七號判決

又依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，原則上雖屬定型化契約，惟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，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（最高法院九十二年臺上字第九六三號判決意旨參照），且所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係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為其要件（最高法院九十年臺上字第二〇一一號判決、九十一年度臺上字第二二二〇號判決、九十二年臺上字第三十九號判決意旨參照）。查現行銀行實務上，均要求連帶保證人於對保時需簽立授信約定書，而所簽立之授信約定書中，均約定有期限利益條款，客觀上應為連帶保證人所知悉，若連帶保證人不欲受期限利益條款所拘束，仍有是否簽立之選擇自由，尚與無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況有間。

10. 臺北地方法院九十六年度訴字第四二九二號判決

又依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，原則上雖屬定型化契約，惟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（最高法院九十二年臺上字第九六三號判決意旨參照），且所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係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為其要件（最高法院九十年臺上字第二〇一一號判決、九十一年度臺上字第二二二〇號判決、九十二年臺上字第三十九號判決意旨參照）。

II. 臺北地方法院九十二年度簡上字第六四三號判決

然查，系爭信用卡申請書背面有關「用卡須知」部分明載：「在您決定向本行申請信用卡使用時，請您詳讀下列事項……(7)其他違反誠信原則者。信用卡正附卡為一體關係，正卡停止使用，附卡亦應停止使用，其再行使用者，其因使用所生之帳款及費用仍應連帶負責。……」（參原審卷第六十九頁背面），依此約定，可知信用卡正附卡持卡人對於彼此消費乃係負連帶清償責任而此一約定係記載於信用卡申請書背面，理論上申請人於申請前，應當已經詳閱條文內容，而依一般申請信用卡實務，申請人取得申請書提出申請前，並無所謂急迫性，通常係在申請人有使用信用卡需要時，始向發卡機構取得申請書表格填寫，填寫完畢後亦無立即交付之必要，換言之，申請人大可從容不迫地詳閱申請書所載文字後，始提出申請，若申請人已經提出申請，其後始稱申請時未仔細詳閱申請書內容，若此說可採，則競啟效尤，契約交易安全與金融市場穩定恐亦難以維繫。有質疑者，認為信用卡發卡單位向來均處強勢地位，申請人對其所制定之契約條款幾乎毫無置喙餘地，申請人僅有接收與否之選擇，並無變更契約條款之機會，是以，信用卡契約條款往往僅偏重發卡單位之權益，少有考量申請人之利益，對於申請人而言，自有不公云云。然查，信用卡並非生活必需品，與水、電、瓦斯民生物資之情況不同，上開民生物資必需品之供應商其所為之任何政策行為，對消費者而言均將產生至鉅影響，信用卡發卡單位所為之行為，與上開民生物資供應商之行為相較，顯然對於消費者不致產生相同衝擊。再者，信用卡發卡市場仍處相對競爭狀態，申請人仍得以自此一市場中選擇提供較有利條件之發卡單位提出申請，非謂申請人倘不向某一發卡銀行申請信用卡，其生活即受有嚴重影響，是倘消費者認為其認同某一發卡銀行所制定之信用卡契約條款，願依該發卡單位已經印就之空白申請書填寫資料提出申

請，理論上應認為該提出申請之消費者已經充分閱讀並瞭解該申請書所載之事項，且同意契約條款，始願提出申請。

12. 最高法院九十四年度臺上字第一號判決

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，尚難認係被上訴人一方預定契約之條款，即非屬民法第二四七條之一所規定之附合契約，已臻明確。

13. 高等法院高雄分院九十七年度上易字第二十二號判決

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，即非屬民法第二四七條之一所規定之附合契約，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。

實則，依民法第二四七條之一之規定，係以一方當事人「預先」擬訂定型化契約條款而締約之情形應予以規制，非謂凡是定型化契約條款均有顯失公平之情形，亦非謂只要當事人合意即已符合公平。如一方當事人預先擬定定型化契約條款，且多次成功締約，則他方當事人之意思決定自由權已有障礙而無法行使，並不以他方當事人處於完全無自由決定權之情形為必要。定型化契約條款效力規制之必要，乃在於他方當事人行使意思決定自由權受有限制，而有保護之必要。亦即，他方當事人縱未被強迫締約，但被排除共同參與契約內容之決定而有意思決定自由權之喪失，以致通常須接受

他方所擬定之內容與條款，即屬有被保護之必要。而是否顯失公平，則應以其與任意規範之立法意旨是否相符予以判斷。

此外，實務見解亦往往以他方當事人是否仍享有磋商變更之餘地為判斷是否屬定型化契約條款適用之範圍。並認企業經營者本身即有預知風險、管控風險之能力，如承包商自行投標，仍有磋商之餘地，而不應受第二四七條之一之保護。惟商業性定型化契約條款之他方當事人，其意思表示決定自由權既有行使之障礙，仍有保護之必要，僅因其風險承受能力較大，在無效之認定標準上可容許較大之與任意規定立法意旨之偏離度。而磋商餘地是否存在，應觀察是否條款已因磋商而變更，如實際結果未有變更，則磋商之「餘地」僅屬想像地存在。

四保證契約——非消費性定型化契約？

最高法院九十三年度臺上字第七一〇號判決：「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。」

最高法院九十五年臺上字第五五四號判決：「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。」

其他尚有最高法院九十一年度臺上字第七四〇號判決、九十五年臺上字第八十七號判決、九十年度臺上字第二〇一一號判決、九十年度臺上字第一四一四號判決、九十年臺上字第九〇一一號判決、九十二年臺上字第二三三二號判決、九十三年度臺上字第二三四五號判決、臺灣高等法院臺南分院九十五年臺上字第一八九號判決、九十五年臺上字第一八九號判決、臺灣高等法院九十三年度臺上字第一〇〇八號判決、板橋地方法院九十六年度小上字第九十二號判決、臺北地方法院九十六年度重訴字第一六一八號判決以及臺灣高等法院暨所屬法院八十四年度法律座談會，均採取相同見解。

保證契約是為最典型之定型化契約，因為唯有強勢之債權人可要求債務人尋覓保證人。因此通常債權人為銀行時，始有可能要求債務人尋覓保證人訂立保證契約，且大多數均以銀行預先擬定之定型化契約條款訂立契約。保證在擔保權利中為單務、無償，其被保護之必要完全不低於其他類型契約之他方當事人。惟因民法關於定型化契約條款之規範僅有一條，消保法第十一條以下關於定型化契約規制有更完整之規定，民法未規定顯有疏漏，應依民法第一條之規定，以上開規定為法理而有適用之餘地²⁶。

二、條款之效力

(一)條款有效

如前所述，實務見解除了以他方當事人是否仍有其他締約對象之選擇為判斷標準外，於實質審查定型化契約條款之內容是否有效時，被認定之條款為有效者居多，整理如下：

²⁶ 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合(一)，載：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351，2009年。

1. 臺北地方法院九十一年度重訴字第二七六三號判決

是該等被告國工局對工期延長有絕對權或最後決定權事項之條款，既非屬民法第二四七條之一所定之附合契約，按其情形亦無顯失公平之情事，自屬有效。而依系爭合約之約定，原告本即負有依約完工之義務，其逾期完工，原告本應依約賠償被告之遲延損失。被告依照系爭合約之約定，對原告扣除其因工程遲誤而產生之違約金，主觀上非以損害他人為目的，客觀上亦無造成他人或國家社會損害過大之情況，係合法正當行使權利之行為，應非屬原告所主張之權利濫用。

2. 板橋地方法院八十九年度訴字第一二五七號判決

在社會交易現象中，分期償還之債務約定一期不依約給付時，全部債務視為到期，至為常見。此期限利益之喪失，係因主債務人本身之行為所致，且主債務人與原告就本件借款有利息、遲延利息及違約金之約定，況主債務人亦提供不動產設定抵押以為擔保，主債務人如未依約清償，債務視為全部到期，原告即可實行抵押權以獲償，則原告求償之債務額自較少於原定之清償期屆至時之債務額，該約款對於主債務人而言，難謂不利。……是以，原告有無事先通知主債務人或其繼承人或被告，與主債務人邱○○或其繼承人及被告喪失期限利益，是否符合公平無關，準此，前述失權約款，對於主債務人或其繼承人及被告並非顯失公平，自無違反民法第二四七條之一及消費者保護法第十二條第二項第二款之規定，被告辯稱該約定無效云云，要無足取。

3. 高等法院臺中分院九十一年度重上更(一)字第一號判決

因此本件被保證之債務內容雖有概括條款，惟究屬裕大公司與被上訴人銀行交易所生之債務，日後可得具體確定，且未涉及不法或無從履行，更無違反法律強制或制止規定。

4. 高等法院臺中分院九十二年度重上字第四十九號判決

又該「其他約定事項」第一條已載明提供該抵押物之擔保範圍包括債務人，擔保物提供人對於抵押權人之台中商銀包括總分支機構過去、現在及將來所負之借款、票據及「保證」等債務在內，則對該台中商銀之總行或各分支機構（當然包括豐原及國光分行在內）之過去、現在及將來之「借款」及「保證」債務，在最高限額一千六百萬元範圍內，均在其預定之擔保範圍內，誠難謂為「無法預見」或加重他方當事人之責任。

5. 臺北地方法院九十五年度訴字第八八一七號判決

又依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，原則上雖屬定型化契約，惟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，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（最高法院九十二年度臺上字第九六三號判決意旨參照），且所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係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為其要件（最高法院九十年度臺上字第二〇一一號判決、九十一年度臺上字第二二二〇號判決、九十二年臺上字第三十九號判決意旨參照）。查現行銀行實務上，均要求連帶保證人於對保時需簽立授信約定書，而所簽立之授信約定書中，均約定有期限利益條款，客觀上應為連帶保證人所知悉，若連帶保證人不欲受期限利益條款所拘束，仍有是否簽立之選擇自由，尚與無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況有間。

6. 臺南地方法院九十六年度小上字第一號判決

「……但自辦理掛失停用手續時起前24小時以前被冒用之損失，貴行如無違反第六條善良管理人之注意義務，應由持卡人負

擔……」。上開約定雖為定型化條款，但信用卡之保管人均為持卡人，非發卡銀行，而在已核發予持卡人信用卡保管上，持卡人有較發卡銀行在保管風險的控制上具有較優勢之地位，且信用卡依一般通念而言，如同塑膠貨幣，如遺失信用卡，當有遭冒用之可能，持卡人於此項認識之下，自應盡其保管之注意義務，如持卡人未妥為保管致信用卡遺失，其本身顯有過失。……然並未約定自辦理掛失手續時起24小時「以前」，被冒用之損失即應由信用卡原持有人負擔，仍應就銀行有無違反善良管理人之注意義務之責為責任歸屬之認定。即決定風險移轉負擔之標準，在時間之要件上，雖以24小時決定，但是該24小時並非絕對之分配原則，尚須以銀行未違反善良管理人之注意義務為前提，是故銀行在此並未將其得以控制之風險不合理地移轉予持卡人。就風險之分攤上亦無違反平等互惠之情形。

綜觀上開實務見解，並未以消保法第十二條或民法第二四七條之一所定之構成要件為審查基準，亦即任意規範本身具備之模範圖像為審查之標準，如偏離任意規定之立法意旨，應認重大侵害他方當事人之權益而顯失公平²⁷。例如案例1，工期展延之最後決定權屬於業主，如工期遲誤即應依約賠償，但民法第二三〇條賦予債務人得舉證不可歸責而免除遲延責任。業主以定型化契約條款予以排除，顯與民法第二三〇條之立法意旨有重大偏離，應認為無效，否則無異令承包商須負無過失損害賠償責任。業主要求承包商負民法通常不存在之無過失損害賠償責任，將自己之風險轉嫁他方，如何係正當行使權利？

²⁷ 實則民法第247條之1之要件較為寬鬆，因為每一定型化契約條款之擬定均對擬定人有利，對他方當事人不利。惟因為過於寬鬆而無法成為審查基準，否則幾乎每一條款均為無效。

案例2、5之期限利益喪失條款更與民法第三八九條所定之意旨不符，第三八九條係屬消費借貸契約之重要法律原則，學說上亦有認其具強行法之性質。條款將之任意排除，應認已嚴重偏離第三八九條之立法意旨而不生效力²⁸。

另案例4之保證債務擔保範圍並未特定，亦即法律行為成立與意思表示合意，須可能、確定，包山包海條款並非當事人已合意之「必要之點」，與保證人是否可預見並無關係²⁹。

至於案例6則涉及發卡銀行在信用卡使用契約所約定由持卡人就信用卡掛失24小時前盜刷之損害須負損害賠償責任之條款。雖以銀行未違反善良管理人之注意義務為前提，但持卡人遺失信用卡並非即等於未盡保管義務，遺失信用卡通常並不代表可歸責，而銀行對於特約商店之付款，縱自己無過失，亦不得向持卡人請求返還。依民法第五四六條第一項之規定，發卡銀行僅就必要費用得向持卡人請求償還。因此，發卡銀行縱無過失，亦不得將風險轉嫁於無過失之持卡人，否則違反民法第五四六條之任意規定立法意旨³⁰。

(二)無效之條款

實務見解上亦有少數判決對定型化契約條款宣告為無效者，茲分述之：

²⁸ 楊淑文，融資性租賃之法律性質與定型化約款，載：新型契約與消費者保護法，頁278，2006年4版；楊淑文，融資貸款與消費者保護，載：民事實體法與程序法爭議問題，頁109，2006年。

²⁹ 相關問題，參見：楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌，122期，頁226-239，2005年7月。

³⁰ 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，載：新型契約與消費者保護法，頁136-149，2006年4版；楊淑文，信用卡之冒用風險與舉證責任，載：民事實體法與程序法爭議問題，頁313-315，2006年。

1. 士林地方法院九十三年簡上字第四十七號判決

顯有使被上訴人拋棄依前揭民法五一一條前段規定可得行使之終止權利，限制法律賦予被上訴人之廢止契約之自由，對被上訴人顯有重大之不利益，而失公平，上開條款，依民法第二四七條之一第三款規定，應為無效。

2. 臺灣高等法院臺南分院九十七年度上易字第三十七號判決

係經濟上強者之金融機關，以定型化契約之形式，使經濟上弱者之抵押人不得不接受，而抵押權人利用抵押物交換價值之獨占，立於較其他債權人優勢之地位，形成壓迫經濟上弱者之不公平後果，衡情實有違社會正義之理想。據此，堪認上開條款就其所擔保之債務，包括「過去所負現在尚未清償之債務」此一部分，顯係加重擔保物提供人之責任，且依系爭契約本質所生之主要權利義務（本件主要係擔保訴外人○○五金行即張○○之第二筆借款債務）言之，亦有顯失公平之情形，則揆諸前揭說明，該部分約定亦應認屬無效。

3. 臺北地方法院九十年簡上字第二六八號判決

經查本件上訴人之信用卡並未遺失，則依所謂「優勢之風險承擔人」之標準理論言，即應將風險分配於支付最少成本即可防阻風險發生之人，始能達成契約最高經濟效率之目的。況就專業能力觀之，發卡機構較一般持卡人具有專業素養及訓練，較諸持卡人對於冒用信用卡等行為損失可能遭致之損害，較有預防能力，而聯合信用卡中心與特約商店簽訂契約時，亦可課以特約商店一定程度之注意義務，謹慎辨明持用人與持卡人之同一性。且就經濟觀點而言，發卡機構具有較強之經濟能力，可藉由保險或其他方式轉嫁風險，或以較強之談判實力與特約商店約定風險比例分擔（例如保險等），故由發卡機構承擔冒用之風險，較之經濟能力較弱之持卡人承擔此一風險，更符合效益與經濟成本之考量。是綜上可知，本件

兩造間信用卡定型化契約條款中之規定有疑義時，自應為有利於消費者之解釋；而其中之第十七條規定，由上訴人負擔信用卡掛失前24小時以前遭冒用之損失，顯違反平等互惠原則而無效，被上訴人以此無效規定主張上訴人應給付本件消費簽帳款項，亦無可採。依上所述，系爭二筆消費款既非上訴人所簽帳消費，則其不利益之危險即應由被上訴人負擔。

4. 臺灣高等法院九十二年度上字第六〇一〇號判決

其中「其他一切債務」一語，泛言任何債務均在擔保範圍內，顯欠缺基礎之一定法律關係，屬概括最高限額抵押權約定之態樣，依上開說明，難認此部分概括之約定為有效。

5. 臺灣高等法院九十年度重上字第一三三號判決

系爭保證契約為上訴人預定用於銀行同類借款契約條款所訂，屬定型化契約，被上訴人擔保之內容為原審被告聚冠公司對於上訴人現在（包括過去所負現在尚未清償）及將來之借款、票款、透支、墊款、保證、損害賠償等及其他一切債務負連帶賠償責任，並以一億元為最高限額，係屬不定期之最高限額保證契約，被上訴人本得依民法第七五四條規定，隨時通知上訴人終止保證契約。惟系爭保證書第三條約定：「保證人不得隨意終止保證責任」，與民法第七五四條規定相違，且屬限制保證人權利之行使，對於保證人顯失公平，應認此部分條款為無效，然就不定期之最高限額保證契約並無全面否定其效力之必要，難謂系爭保證書全部無效。

6. 高雄地方法院九十七年度簡上字第二四一號判決

查上訴人以定型化約款形式，在系爭買賣契約第九條約款約定「買方認知該債權已完成讓與，且同意不得以其對於賣方之任何債權向受讓人主張抵銷……關於因契約所生之標的物瑕疵擔保、保固、保證、售後服務或其他契約上之責任，仍應由賣方負擔之，買方應向賣方請求履行此等責任或義務，受讓人不必就標的物有任何

明示或默示之承諾或保證」。是上訴人一方面受讓○○公司對被上訴人之「應收帳款」及其他「依本契約及票據規定所得享受之其他一切權利及利益」，另一方面卻限制被上訴人不得持其對○○公司所得主張之抵銷，同時履行抗辯，並免除己方所應承受之相關瑕疵擔保、保固、售後服務、保證等責任。系爭買賣契約第九條此種只受讓債權而不受讓債務，更禁止債務人以任何契約責任對抗受讓人之約定，與雙務契約之基本精神有違。蓋雙務契約中，雙方各負對待給付之義務，於對方給付遲延或給付有瑕疵時，己方得以同時履行抗辯或解除契約等權利加以對抗，此為法律衡平交易雙方權利之設計。如系爭買賣契約第九條之約定，將給付義務與相對應之各種抗辯權利分離，無論對方為何種給付甚至不為給付，己方仍有給付之義務，顯欠事理之平。故系爭契約第九條之約款顯然違反平等互惠原則，對被上訴人顯失公平，本院認此約款應宣告無效，始符合消費者保護法之立法本旨。

在消保法第十一條以下與民法第二四七條之一明文規定對定型化契約條款予以規制，顯已明白宣示定型化契約條款之預先擬定與大量使用，雖為社會交易常態，但與契約自由原則並不相符。契約自由原則係以賦予雙方當事人共同決定契約權利義務之權利，以使雙方當事人得以追求自利，因此法律方承認其效力。預先擬定之定型化契約條款通常剝奪他方決定條款之自由權，本質上即與誠信原則有所不符。如條款內容偏離法律原先之公平內容，更可顯示其通常侵害他方當事人之權利。

案例1即為剝奪他方當事人法律賦予之廢止契約權，與任意規定之立法意旨即有重大偏離而應認無效。案例2及案例4則涉及保證契約所擔保之主債務範圍是否已特定，而限於主債權人與債務人特定法律關係所生之債務。此種條款是否無效實務見解仍有分歧，猶待日後發展。而案例3則涉及信用卡使用定型化契約之冒用風險條

款，該判決認應由發卡銀行承擔，亦值贊同。惟理由或可予以補充，即發卡銀行依民法第五四六條乃法定風險承擔人，不得任意轉嫁與無過失之持卡人。風險之承擔可由法律規定或契約以對價關係分配，但風險任意轉嫁則顯與任意規定之立法意旨重大不符。另外，案例6亦涉及民法第二九九條所定，債權繼受取得之基本原則，法律關係權利義務與抗辯隨同概括移轉，自不許排除抗辯之債權移轉。

三、異常條款——未經記載於定型化契約？

(一)消保法第十四條

不同於傳統個別商議訂定之契約，定型化契約多由條款相對人概括的就條款使用人包裹提出之條款表示同意。然而，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，此類條款稱之為「異常條款」(die überrasche Klausel)³¹。

定型化契約條款通常字體狹小，條款編排縝密繁雜；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權利義務內容。

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，則非屬民法第一五三條合意範圍。此外，條款使用人使用定型化契約條款，剝奪他方當事人形成契約內容之機會，基於誠信原則，自應使條款內容透明化

³¹ 楊淑文，同註29，頁236。

(Transparenzgebot)，使相對人明瞭契約之權利義務關係。若其將相對人依通常經驗法則無法預見之條款夾帶於契約條款之中，自不應使該條款構成合意之內容³²。

基於以上理由，消保法第十四條規定，定型化契約條款之內容如非消費者（條款相對人）通常情形所能預見者，不構成契約內容。亦即，定型化契約中有相對人通常情形難以預見之異常條款（die überraschende Klausel），仍不發生拘束相對人之效力，藉以保障相對人之正當信賴。本條規定之規範目的在於要求條款透明化（Transparenzgebot），使相對人得以知悉其權利義務，而不受其無法預見之契約條款突襲³³。

異常條款本來即係規範明訂於契約之中之條款而言。然而，我國消保法第十四條卻規定：「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。」將異常條款限於定型化契約外時，始不構成契約內容。對於異常條款之認定造成重大影響，例如臺南地方法院九十六年度南小字第二一三八號判決意旨認為「惟其所指上開各項，均明文記載於系爭申請表之約定事項第1、6、7點，已非消費者保護法第14條所欲規範之對象，故被告抗辯上開各項依消費者保護法第14條之規定，不得構成系爭貸款契約之內容，亦有未洽。」³⁴

³² 楊淑文，論附卡持有人與正卡持有人就應付帳款之連帶清償責任，月旦裁判時報，3期，頁37，2010年6月。

³³ 楊淑文，同前註，頁38。

³⁴ 黃立，同註1，頁21-22。

(二)實務見解

1. 構成異常條款

(1) 臺北地方法院九十三年度北簡字第八九九四號判決

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。兩造於一九九四年、一九九五年間訂立信用卡使用契約，其約定條款第三條固有「正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付款項互負連帶清償責任」之約定，惟此定型化契約約定條款內容甚為繁雜，該條款文字之字體、大小、顏色均與其他約定條款無異，消費者於訂約時極易忽略此一條文。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。況按數人負同一債務，需明示對於債權人各負全部給付之責任，始成立連帶債務，此參諸民法第二七二條規定甚明。本件定型化契約中關於互負連帶責任之條款難以辨識，申請書上亦未載明相關內容，自難遽認被告已明示願互負連帶清償責任。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。

(2) 臺北地方法院九十五年度北簡字第三五二五號判決

與銀行業一般借貸契約相比較，其簽章欄均載明「連帶債務人」或「連帶保證人」，顧客於簽署文件時可完全明瞭自身所應負擔風險。相較之下，同屬消費借貸之信用卡契約，銀行業希望附卡持卡人負擔連帶清償責任，但簽章欄僅記載「附卡持卡人」，並未

表明「連帶債務人即附卡持卡人」之重要特性，也未告知此一風險並請附卡持卡人在連帶清償條款簽章，或給予消費者審閱條款之適當期間（參見消費者保護法第十一條之一），參酌本件連帶清償條款雖記載於申請書，但是字體、大小均與其他約定條款無異，消費者無從注意此一異常條款。

2. 不構成異常條款

臺北地方法院九十五年度簡上字第二十六號判決

又信用卡之法律關係，核屬委任及消費借貸之混合契約，非屬民生之必須行為，經濟能力不佳之消費者，對於是否申請信用正卡、或以擔任他人信用卡附卡持卡人方式取得信用卡等問題，本即為消費者申請信用卡時所應審慎衡量之因素，且以目前資訊之流通，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，……。

四、個別磋商條款（Individualabrede）——約定或條款？

消保法第十五條規定，定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。此外，同法第二條第八款則就個別磋商條款定義為「契約當事人個別磋商而合意之條款」，上開規定亦見諸於德國民法第三〇五條b之內容，此條文之內容原係德國實務見解經由對定型化契約條款之解釋原則。

現今社會之企業經營者與交易相對人訂約時，固然大部分使用定型化契約之方式為之，惟對於契約之對價、標的物或其他具體事項仍有個別約定以補充之必要。此外，在個別締約時亦可能有不同之具體情況，此種在個別契約訂立時，不限於對於定型化契約條款之刪除、更改，且包括雙方口頭之合意，實則更貼近當事人「真正

之意思表示」(der reale Parteiwillen)。此時，企業經營者預先擬定之定型化契約條款則僅能認定為當事人「假設之意思表示」(der hypothetische Parteiwillen)。因此，應回歸法律行為之一般理論，認定個別情況之當事人之約定，縱與定型化契約條款牴觸，仍應認為個別商議之約定始為當事人所合意之約定，此時「假設之意思表示」，即定型化契約條款，應排除於當事人合意契約內容之外。

本條在我國法院實務中，最常出現之案例為保證定型化契約條款。銀行於主債務人締結消費借貸契約之同時，皆會要求主債務人尋求保證人。而銀行與保證人之保證定型化契約中多會有「保證人之保證範圍及於現在及將來一定限額之債務」之約款。實則此時保證人締結保證契約之時點，和債權人與主債務人之消費借貸契約在時空上有密切關聯，應認為保證人與銀行間有默示的合意，保證人保證範圍僅及於該筆特定債權，此一個別磋商條款與企業經營者之定型化契約條款相牴觸，應適用消保法第十五條規定，認為該定型化契約條款不生效力³⁵。惟實務見解大多以「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，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用」，而認為保證契約並非消費關係，自無消保法第十五條之適用。相關判決之見解可參見最高法院八十八年度臺上字第二〇五三號判決、九十年度臺上字第一四一四號判決、九十年度臺上字第二〇一一號判決、臺灣高等法院八十八年度上字第五十六號判決、臺灣高等法院臺中分院九十

³⁵ 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，同註30，頁159-160。

一年度上字三五七號判決。

肆、分析檢討

一、消保法與民法相關規定之融合

定型化契約法上，重要之問題如：契約款項是否由一方預先擬定並大量使用、定型化契約條款是否已成為雙方契約之內容、定型化契約條款應如何解釋、定型化契約條款是否無效。民法第二四七條之一雖於一九九九年施行，但其草案於一九八三年即已提出，立法上並非有意區別消費性與商業性定型化契約條款之不同審查標準。且定型化契約條款之效力主要視其與任意規定之「偏離度」大或小而定之，民法第二四七條之一所謂是否免除自己責任、剝奪他方之權利，仍應回歸消保法第十二條所定與任意規定之偏離度大小而定之。消保法則於第十一條至第十六條之詳細規定。因此，在非消費性定型化契約，上開消保法相關規定仍為其核心與詳細規範，民法則付之闕如。

其次，透過定型化契約條款之大量重複使用，亦創設出立法者為規範之新型態契約，例如信用卡使用契約、融資租賃契約或其他設備重複使用契約類型或設備使用與勞務提供混合契約，如電信通訊服務、網際網路、渡假村（分時享有）、健身俱樂部、老人安養等均屬之。此類型契約之定型化契約條款之效力應依何項標準判斷，亦有疑問。解釋上仍應斟酌其契約類型之屬性，與有償契約之對價關係之平衡或擔保權利之擔保目的之必要性判斷之。亦即信用卡使用為勞務提供類型、應斟酌委任契約之相關立法意旨判斷之³⁶。使用權限之讓與則應斟酌消保法第十二條第二項第三款規定

³⁶ 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，同註

「契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者」之標準，亦即，有償契約之對價關係之平衡。因此，融資性租賃³⁷與電信通訊服務、網際網路、渡假村、會員權證之使用對價即應與使用權限具有主觀之對價關係。至於非典型擔保權利之定型化契約條款，如保證契約之主債權危險擴展條款³⁸、附卡持有人之連帶責任條款³⁹，亦應斟酌其與法定擔保權利類型之差異度或偏離度而判斷其效力。

亦即，消保法與民法第二四七條之一之規定間，實則不具有普通法與特別法之關係。其次，非消費性之定型化契約，亦具有一方享有締約地位優勢而可以以自己預先擬定之定型化契約條款訂立契約之情形，此時縱為工程契約之法人承包商或未有消費行為之保證契約之保證人仍有受定型化契約條款相關規制之必要性，故在解釋適用民法第二四七條之一時，仍應參考消保法相關規定。蓋民法第二四七條之一之構成要件不明確，判斷定型化契約條款是否無效，消保法第十二條第二項所定三款推定事由，應可認係民法第一條之法理，於具體個案中予以類推適用⁴⁰。

此外，主管機關依消保法第十七條制訂之應記載及不得記載事項，雖係針對消費關係而擬定之定型化契約條款予以規範，惟其亦係主管機關審酌雙方利益所制訂之強制條款，較能兼顧雙方利益，而非消費性定型化契約條款亦係單方事先擬定，雙方之專業知識或風險承受能力縱不同於消費性定型化契約條款，亦不應令條款擬定者得任意預先擬定對他方權益侵害之定型化契約條款。另外，參酌

30，頁89-148。

37 楊淑文，融資性租賃之法律性質與定型化約款，同註28，頁219以下。

38 楊淑文，同註29，頁226-239。

39 楊淑文，同註32，頁33-39。

40 楊淑文，同註29，頁233。

德國民法第三〇八條及第三〇九條無評價可能及有評價可能之無效條款，雖僅適用於消費性定型化契約條款，惟於審酌非消費性定型化契約條款是否違反誠信原則顯失公平時，仍應予以斟酌（德國民法第三一〇條第一項）。因此，主管機關制訂之應記載及不得記載事項，於適用民法第二四七條之一判斷非消費性定型化契約條款之效力時，於相關之契約類型中應予以參考。

再者，定型化契約之法律爭議除條款因顯失公平而無效外，尚有定型化契約條款之解釋、定型化契約條款與個別磋商條款衝突、異常條款等，乃至於條款無效或不構成契約內容後之法律適用問題，亦可類推適用消保法中較為具體、明確之法律規範予以補充⁴¹。否則此種疊床架屋之立法模式，將導致法律適用輾轉曲折，甚而互相矛盾。抑有進者，根本解決方法，應將消保法相關規定移置於民法之中，始能令民事契約法之解釋適用有統一，體系和諧發展之可能。

二、無評價可能及有評價可能之無效條款應予增訂

我國法上關於定型化契約條款之審查標準僅有消保法第十二條與民法第二四七條之一。如前所述，最高法院對於定型化契約條款之實質效力審查，每每卻步為之，或係因認契約自由應排除國家之干涉與監督所致，故較少實質認定並宣告條款無效者。此觀之銀行「主債權危險擴展條款」將保證人保證之範圍及於主債務人為他人擔任保證而生之保證債務，形成重大侵害保證人權益之結果⁴²，或一再允許發卡銀行約定20%之循環利息，遲延損害外加違約金之約款，而甚少予以實質審查內容宣告無效者。造成單方操縱並形成契

⁴¹ 詹森林，同註25，頁161。

⁴² 楊淑文，同註29，頁226-239。

約權利義務之內容，而任令任意規定之立法意旨被排除之結果。故實有將無效之內容予以具體化之必要。

將無效之約款予以具體化之規範，不僅對於一般國民具有宣誓效果，使一般國民可明瞭之，而非霧裡看花，不明瞭其權利義務，可使法律解釋更加明確，減少條款之疑義。例如契約中原應由雙方共同合意決定變更、廢棄之權利，以定型化契約條款賦予單方變更之形成權，具體而言如單方短期之價格提高條款、排除他方「同時履行抗辯權」主張之可能、禁止他方抵銷之條款、約定條款使用人對於相對人毋庸催告或補正履行即得請求損害賠償者、約定與損害賠償顯不相當之總額預定、約定他方不收受標的物或付款遲延時應給付違約金、約定排除條款使用人之重大過失應負之責任、約定排除條款使用人自己於給付不能應負之損害賠償或返還對待給付之義務、條款規定條款使用人得任意將契約給付義務約定由第三人為之、約定為不合理的舉證責任轉換等等。上開具體事項之約款效力即屬剝奪他方權利，免除自己責任之典型案例（參照德國民法第三〇九條無評價可能之無效條款之規定），應有予以規範為無評價可能之無效條款之必要。

此外，有些條款則應於具體情況判斷是否有無效事由，例如條款使用人得任意變更、延長其給付期限、條款使用人得任意約定承諾期間內或拒絕要約之條款、條款使用人得任意延展期限之條款、條款使用人得保留任意解除權之條款、條款使用人得任意變更給付內容之條款等等條款使用人單方享有形成權之情形、為擬制意思表示之條款、條款使用人約定於解除契約時為與損害顯不相當之賠償或給付。上開約款是否無效，仍須斟酌具體情形是否對約款相對人有重大不適當之侵害而決定是否無效（參照德國民法第三〇八條有評價可能之無效條款之規定）。在我國法實有就此相關具體條款內容予以明確立法規範為有評價可能之無效之條款，以求解釋適用之

明確與具體，避免實務之保守謹慎見解使條文形同具文，並對定型化契約條款之大量運用設一基本標準規範，以遏阻不公平不合理條款大量出現與濫用之情形。

三、由任意性規定發展為半強行法

此外，消保法第十七條之規定亦值注意，亦即中央主管應選擇特定行業，公告應記載及不得記載事項，以應記載事項直接形成契約當事人權利義務之內容，或排除不得記載事項形成內容之可能性。此項規範之意旨乃在直接導正定型化契約條款偏離法律任意規定之意旨，實亦具有半強行法之色彩與性質。惟此項立法原則係採取正面立法，主管機關必須在各種不同之契約類型為大量且與法律規定相符之應記載事項之制定，始有上述優先於定型化條款適用之可能，必須耗費大量主管機關之行政資源，顯不符效率之原則。

反之，二〇〇二年德國現代化債法第五〇六條之規定，第四九一條至第五〇五條有關消費者借款法之相關規定，不允許為不利於消費者之變更。此項規定之目的乃在避免法律規定本身所內含之公平之目的為經濟上、專業上強勢地方之一方任意予以變更致法律規範目的不達，以重新導正契約法相關規定被一方挾著契約自由之外衣任意予以排除，而導致一方權益被嚴重侵害之現象。此項契約法之立法原則開創了二十一世紀新思維，賦予私法自治新面貌。私法自治原則原在令私法關係之雙方當事人享有意思決定之自由，以追求對其最有利之結果，故賦予雙方當事人決定是否締約、決定相對人以及最重要的，即為契約內容決定之自由。因此，除非當事人合意之行為在法律上評價上應認為無效，否則原則上均承認其效力。

惟定型化契約條款之大量使用為現代契約法注入了許多新型、非典型契約，其內含之權利義務大都是為條款使用人依其單方之交易需求，而變更原先法律之任意規定，此種單方擬定、創設、改變

法律任意規定之現象，使司法體系須疲於奔命不斷地檢驗每一條款對於條款相對人是否有嚴重權益損害之情形，惟司法審查亦僅有其侷限性——即判決效力通常只及於該個案之當事人，對其他約款相對人並不直接擴展。因此，司法救濟對此顯屬緩不濟急。縱使大量宣告定型化契約條款無效，仍使契約法之適用現況越來越偏離契約法任意規定之原貌，使任意規定立法意旨完全被破壞。因此，德國二〇〇二年現代化債法即納入此種半強行法性質之條款，例如德國民法第四七五條所定之消費性物品買賣，如企業經營者就權利瑕疵或物之瑕疵之定型化契約條款為不利於消費者不利之約定時，企業經營者不得主張。在消費性契約中予以規範，使任意規範優先於定型化契約條款之適用，形成法律適用之最低標準，而改變了任意規定之補充性性格與地位，此項立法原則對於契約法之發展將有其深遠之影響。

四、消費者借款法之任意規範空白

(一)民法上之消費借貸——無主給付義務之要物契約

我國民法之消費借貸契約係規定於第四七四條至第四八一條，而在一九九九年之修正中，第四七四條之修正理由指出消費借貸契約係要物契約，消費借貸契約係指當事人一方移轉金錢或其他替代物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。

實則，消費借貸契約之要物性質乃源於羅馬法之制度，斯時經由雙方合意成立契約之原則尚未萌芽，消費借貸契約於貸與人將借用物交付於借用人後，方得享有借用物之返還請求權，故為要物契

約⁴³。因此，於現代諾成契約概念產生後，要物契約之概念實已無保留之必要。將消費借貸契約修正為要物契約，不但與社會現實脫節，更在法律適用上造成困擾。國內學說早有主張將消費借貸規定為要物契約早已不合時宜，並認為在現行法制規定下，應儘量緩和其要物性⁴⁴，或主張於立法政策上應直接將有償的消費借貸明訂為諾成契約⁴⁵。國外學說與立法例，亦多認為要物契約為法制史上之遺物，透過法律明文規定與學說解釋將消費借貸規定為諾成契約，只要當事人意思表示一致即已成立⁴⁶。

(二)金錢借貸規範空白

除了前述民法第四七四條以下關於消費借貸契約之相關規範外，我國並未針對金錢借貸予以任何基本性之規範。今日社會消費性貸款之種類、件數、金額不斷創新高，甚至衍生雙卡風暴之經濟、法律、社會全面之問題，而現行私法體系之基本規定除了前述之消費借貸契約及消費者保護法之相關規定外，均付之闕如，無法於爭議發生時提供最低公平合理之保障，反而因為規範之空白提供金融業者濫用契約自由原則，依其單方之交易需求，創設符合其單方利益之契約內容⁴⁷。因此，雙卡之使用上往往存在諸多不利於持卡人或借款人之條款，例如20%之循環利息、各種名目之給付義

⁴³ 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁60，2011年。

⁴⁴ 史尚寬，債法各論，頁268-269，1967年；鄭玉波，民法債編各論，頁315，1995年；鄭玉波，金錢借貸，頁8，1976年。

⁴⁵ 黃茂榮，債法各論第一冊，頁163，2003年；史尚寬，同前註，頁260；邱聰智著，姚志明校定，新訂債法各論（上），頁518-523，2008年。

⁴⁶ 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，98期，頁167，2007年8月。

⁴⁷ 黃茂榮，同註45，頁157。

務、期前清償之違約金條款、任意解約之禁止約定等，顯見如新型契約型態出現，而法律未有任意規定之立法，則無法提供一公平合理之規範，以判斷定型化契約條款之效力，使當事人之權利義務完全以銀行單方所操縱之定型化契約條款為遊戲規則而為適用之依據，完全回歸弱肉強食之叢林法則，對於約款相對人所帶來大量全面之權益侵害之結果，既大且深，實有儘速制定金錢借貸基本規範之必要⁴⁸。

⁴⁸ 楊淑文，同註46，頁178。

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，2006。
Wang, Ze-Jian, Principles of Obligation Law I: Basic Theory—Occurrence of Obligations, 2006.
2. 史尚寬，債法各論，1967。
Shih, Shang-Kuan, Civil Codes—Types of Obligations, 1967.
3. 邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（上），2008。
Chiu, Cong-Zhi & Yao, Zhi-Ming, Principles of Particular Contract Types in Obligation Law (I), 2008.
4. 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，125期，頁5-22，2005。
Hwang, Li, Limitations of the Freedom of Contract, The Taiwan Law Review, no. 125, pp. 5-22, 2005.
5. 黃立，細說德國2001年新民法消費契約條款，載：德國新債法之研究，頁74-77，2009。
Hwang, Li, On Standard Contract Terms in Germany's 2001 Civil Law, in Studies in Germany's New Obligation Law, pp. 74-77, 2009.
6. 黃茂榮，債法各論第一冊，2003。
Hwang, Mao-Rong, Civil Codes—Types of Obligations I , 2003.
7. 陳自強，法律行為、法律性質與民法債編修正，載：臺灣民法與日本債權法之現代化，頁1-66，2011。
Chen, Tzu-Ciang, Juristic Act, Nature of Law and Modification of the Part of Obligations of Civil Code, in Modernization of Taiwanese Civil Law and Japanese Obligation Law, pp. 1-66, 2011.
8. 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌，91期，頁51-62，2002。
Chen, Cong-Fu, Restrictions on the Freedom of Contract and Standard Contract,

The Taiwan Law Review, no. 91, pp. 51-62, 2002.

9. 曾品傑，論附合契約與定型化契約之基本問題，載：財產法理與判決研究（一）——消費者保護法專論(1)，頁83-118，2007。

Jseug, Pin-Chieh, The Research on Fundamental Issues of Adhesive Contract and Standardized Contract, in Theories and Judgments of Property Law I: Consumer Protection in Taiwan (1), pp. 83-118, 2007.

10. 楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常，月旦法學雜誌，122期，頁226-239，2005。

Yang, Shwu-Wen, Invalidity and Abnormality in the Expansion of Principal Claims, The Taiwan Law Review, no. 122, pp. 226-239, 2005.

11. 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，載：新型契約與消費者保護法，頁83-218，4版，2006。

Yang, Shwu-Wen, On Regulating of Standard Contracts in Consumer Protection Law Practice, in New Types of Contracts and Consumer Protection Law, pp. 83-218, 4th ed., 2006.

12. 楊淑文，融資性租賃之法律性質與定型化約款，載：新型契約與消費者保護法，頁219-287，4版，2006。

Yang, Shwu-Wen, The Legal Nature of Financial Leases and Articles for Standard Contracts, in New Types of Contracts and Consumer Protection Law, pp. 219-287, 4th ed., 2006.

13. 楊淑文，融資貸款與消費者保護，載：民事實體法與程序法爭議問題，頁85-115，2006。

Yang, Shwu-Wen, Credit Financing and Consumer Protection, in Controversial Issues in Civil Substantive Law and Civil Procedural Law, pp. 85-115, 2006.

14. 楊淑文，信用卡之冒用風險與舉證責任，載：民事實體法與程序法爭議問題，頁293-316，2006。

Yang, Shwu-Wen, The Risk and the Burden of Proof of Credit Card Fraud, in Controversial Issues in Civil Substantive Law and Civil Procedural Law, pp. 293-

316, 2006.

15. 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，98期，頁143-182，2007。
Yang, Shwu-Wen, Performance Failure of Customer Loans (Credit Cards and Loan Cards), *Chengchi Law Review*, no. 98, pp. 143-182, 2007.
16. 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合(一)，載：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329-362，2009。
Yang, Shwu-Wen, Segregation and Unification between Consumer Codes and Civil Codes I, in *Procedure Justice, Human Rights and Judicial Reform: Festschrift in Honor of Prof. Fan Kuang-Cun's 70th Birthday*, pp. 329-362, 2009.
17. 楊淑文，論附卡持有人與正卡持有人就應付帳款之連帶清償責任，月旦裁判時報，3期，頁33-39，2010。
Yang, Shwu-Wen, Joint and Several Liability for Customer Loans between Primary Card Holders and Additional Card Holders, *Court Case Times*, no. 3, pp. 33-39, 2010.
18. 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力規範，載：民事法理與判決研究(三)——消費者保護法專論，頁31-86，2003。
Jan, Sheng-Lin, Concepts and Effects of Standard Contract Clauses, in *Theory and Practice of Civil Law III: Dissertation on Consumer Protection Law*, pp. 31-86, 2003.
19. 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，載：民事法理與判決研究(四)——消費者保護法專論(2)，頁149-163，2007。
Jan, Sheng-Lin, The Supreme Court and the Development of the Law of Standard Contract Terms, in *Theory and Practice of Civil Law IV: Dissertation on Consumer Protection Law (2)*, pp. 149-163, 2007.
20. 劉宗榮，定型化契約論文專輯，1993。
Liu, Tsung-Yun, *Thesis on the Standard Contract*, 1993.
21. 蘇永欽，民事財產法在新世紀面臨的挑戰，載：走入新世紀的私法自治，頁

61-90, 2002。

Su, Yong-Cin, Challenges in Property Law in the 21st Century, in *Autonomy of Private Law in the 21st Century*, pp. 61-90, 2002.

22. 鄭玉波, 金錢借貸, 1976。

Zheng, Yu-Po, *Money Lending*, 1976.

23. 鄭玉波, 民法債編各論, 1995。

Zheng, Yu-Po, *Civil Codes—Types of Obligations*, 1995.

二、外 文

1. Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten, *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, 2003.

2. Kötz, Hein, *Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle - Eine rechtsökonomische Skizze*, *Jus* 2003, S. 209-311.

3. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl., 2006.

4. *MünchKomm/Roth, BGB*, Bd. 2, 5. Aufl., 2006.

5. Wolf, Manfred, *Gesetz und Richterrecht bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *JZ* 1974, S. 465-470.

6. Wolf, Manfred, *Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *JZ* 1974, S. 41-46.

7. Dammann, Jens/Hau, Wolfgang/Lindacher, Walfer F./Pomp, Rüdiger/Pfeiffer, Thomas/Reff, Peter/Schmidt, Hubert/Stoffels, Markus/Wolf, Manfred, *AGB-Recht Kommentar*, 5. Aufl., 2009.

The Control of Standard Contract and Freedom of Contract

Shwu-Wen Yang^{*}

Abstract

Standard contracts are prepared by business operators for entering into contracts with nonspecific and multiple parties. These contracts take account of the interests only of business operators. The opinions of other parties of contract are not considered and the freedom of contract does not exist under this circumstance. In order to ensure the fair operation of the freedom of contract, there should be reasonable regulation of standard contracts. This article, which is based on this concern, is divided into four parts.

The first part explains the beneficial use of standard contracts and the reasons why standard contracts should be regulated, even under the principle of the freedom of contract. Part Two introduces the regulation of standard contracts in German. Part Three explores the Taiwanese regulations in standard contracts, and how they work in practice. The last part analyzes the present regulations of standard contracts in Taiwan, and concludes by offering four propositions about Taiwanese consumer protection.

^{*} Vice Dean, College of Law, National Chengchi University; Doctor Jura of Goethe University Frankfurt in German.

Received: April 16, 2012; accepted: July 19, 2012

Keywords: Control of Standard Contract (Inhaltskontrolle der Allgemeine Geschäftsbedingungen), Freedom of Choice (Entscheidungsfreiheit), Freedom of Contract (Vertragsfreiheit), Consumer Protection (Verbraucherschutz), Legal Transaction Contrary to Public Policy (Sittenwidriges Rechtsgeschäft), Performance in Good Faith (Treu und Glauben), Surprising Clauses (Überraschende Klauseln), Individually Agreed Terms (Individualabrede), Geld Loan (Darlehen)