



成本，但若能將契約的風險轉嫁給相對人，則其利益必然大於成本；反之，相對人如欲為個別交易，須花費時間精力分析定型化契約的內容，堅持己見，更改契約條款，甚至尋找較有利的定型化契約條款。此舉雖可為自己爭取較好的利益，但可能與其所花費的交易成本不成比例。故無論是消費性或商業性定型化契約，個別談判交涉對相對人而言，其交易成本過高，無法期待相對人進行個別談判，故有控制定型化契約約款的必要性。遑論，定型化契約之使用者多半會利用擬定條款之機會排除對己不利之任意規定，或訂立免責約款、責任限制條款等條款，以追求自己最大利益，如此濫用契約內容形成自由，顯與契約正義之政策相抵觸²⁰。

二、定型化契約之處理流程

在當事人使用定型化契約時，立法者授權法院得介入審查該契約實質上是否公平。至於法院就契約當事人間因定型化契約條款所生爭議之處理程序，說明如下²¹：



作者的叮嚀

各位應注意的是，雖然此處介紹的檢驗步驟有四，但不是要求各位在處理問題時都必須逐一詳細說明。各位僅須針對涉及之面向予以說明即可。其他部分寫得再多，分數也不見得比較高。集中火力在考點上，才是高分的不二法門！

(一) 認定是否有定型化契約條款之存在：

要處理定型化契約的問題，首先必須要確定的是有無定型化契約條

²⁰ 陳自強，契約法講義 I 契約之成立與生效，頁206-209，2012年9月。

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3，2003年8月。詹森林，定型化契約條款效力之規範：最高法院90年台上字第2011號、91年台上字第2220號、92年台上字第39號判決之商榷，民事法理與判決研究(四)，頁111-113，2006年12月。事實上，這也是各位在處理定型化契約問題時的流程。請務必熟練！



款的存在。所謂定型化契約條款，應與定型化契約區別。茲先就定型化契約及定型化契約條款等概念加以說明：

1. 定型化契約（消保法 § 2⑦）：依其適用對象可分為廣義與狹義者，分述如後。

(1) 廣義：契約當事人一方預先擬定契約條款之契約（民 § 247-1），適用於一切定型化契約之情形。定型化契約非全部均由定型化契約條款所構成之契約，僅其中一部分為定型化契約條款即可，與其所含比例並無關聯，而均有相關規定之適用。

(2) 狹義：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（消保法 § 2⑨）。此僅適用於消費性定型化契約條款，故適用範圍較民法第247條之1為狹。



作者的叮嚀

所謂消費性定型化契約，係指適用對象屬於消費關係。然而，何謂消費關係，在我國學說上存有不同見解，請諸位參照本書第17章之相關說明²²。

22 最高法院92年度台上字第1395號判決：「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1條第1項、第2條第1款、第3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。再按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，因為民法第247條之1第2款所明定。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。是該條第2款所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱『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。系爭工程既係經公開招標，由有意參與投標之營造公司於投標日期12日至15日前，先行向被上訴人購領『工程圖說』、『投標須知』及『標單』等文件，各該文件均載明標單所列各項工程或工料數



2. 定型化契約條款：狹義的定型化契約條款，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（消保法 § 2⑦）。廣義的定型化契約條款，則係一方當事人為與不特定多數人訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款具有以下之特徵（88台上3377決）：

- (1) 當事人一方預先擬定定型化契約條款（消保法 § 2⑦）。
- (2) 訂定條款之目的在與不特定多數人訂立相同之契約：舊法時代的消費者保護法第二條之規定僅表示「與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款」，而民法第247條之1則指出定型化契約條款係「當事人一方預定用於同類契約之條款」，故現行消費者保護法於修法時修正為「與不特定多數消費者訂立同類契約」。
- (3) 相對人無磋商變更契約內容之餘地：如契約當事人得以個別磋商而合意之契約條款，稱為個別磋商條款（消保法 § 2⑧），非定型化契約條款。學者指出，非個別商訂的契約條款，與個別的商訂契約條款，其界限十分模糊，如該企業經營者在客觀上均使用之相同契約條款，其契約縱然不是事先印好，而是每次印出或抄寫時，此種條款仍然是定型化契約約款。亦即，其判斷標準仍在於該條款是否經過磋商而定。企業經營者如主張特定條款係個別磋商條款，應就該條款曾經進行實質磋商負舉證責任²³。
- (4) 不以書面為必要：原則上，定型化契約通常會以書面為記載，但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²⁴。從而其並不限於以一定方式為

量『僅供參考』，投標人應根據工程圖說自行核算，工料價格應詳實評估，一經得標不得以估價錯誤或任何理由為藉口，要求更正或提高標價。被上訴人並印製『敬告各有意投標廠商書』，明白告知『有意參加投標廠商，於領得標單圖說後，詳予估計，確實填寫，以免自誤』等語，為兩造所不爭，乃原判決確定之事實。衡情原審認系爭工程合約無消費者保護法之適用，亦無顯失公平情形，而不適用民法第247條之1無效之規定，核無不合。」

²³ 黃立，消保法的定型化契約條款(-)，月旦法學教室，第15期，2004年1月。

²⁴ 德國民法修正條文第305條第1項規定：「定型化契約條款，係指為了多數契約事



之，例如商店門口張貼「正人君子請勿偷竊，違者賠償商品百倍價格或送警究辦」，該告示亦屬於一種定型化契約條款。因此，定型化契約條款，不限於以書面為之²⁵。

因此，只要契約有定型化契約條款者，即為定型化契約。但定型化契約中未必均為定型化契約條款，可能包括個別磋商條款。重點在於，只要某一契約內有定型化契約條款者，即屬定型化契約，而有處理之必要。

(二)確定該定型化契約條款是否已經成為契約之內容（91台上264決）：

定型化契約條款係為一方當事人預先擬定提出，該等條款須經當事人之意思合致始得成為契約內容之一部分。因此，如消費者或他方當事人未予同意，該條款並不會成為契約之一部分。問題是，某些定型化契約條款往往不易使消費者或他方當事人發現，他方當事人在契約書上簽名或表示同意後，使用定型化契約者再主張該等條款對相對人發生拘束力，將造成對相對人不公平之狀態，故消費者保護法對此特別加以保護：

1. 提醒注意條款之存在（消保法§ 13、§ 14）：消費者保護法第13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。前項

先擬就之契約條款，於締約時對契約相對人提出者，不論此種條款在外觀上構成契約的特別成分，或者納入契約自身，也不論其範圍，以何種書面方式作成，或者契約之形式為何。如契約條款係契約當事人以個別磋商方式逐條協商，不構成定型化契約條款。」黃立，消保法的定型化契約條款(-)，月旦法學教室，第15期，2004年1月。

- 25 劉昭辰，債法總論實例演習——法定之債，頁223-224，2010年9月，認為：該告示雖為定型化契約條款，但難以認為小偷具有承諾之意思表示，故該條款尚無從構成契約之一部。

劉教授進一步指出：299元吃到飽的自助餐店常見「浪費罰100元」之定型化契約條款，惟該條款不啻讓顧客須以399元才能無負擔吃到飽，與顧客原意不符，應認顧客無接受之意。此見解是否妥適？請大家自行思考。



情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件。」第14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。」

綜合觀察上開規定，定型化契約條款訂入契約的方式有三：(1)書面記載條款；(2)向消費者明示；(3)顯著方式公告。不管是哪一種方式，都必須得到相對人的同意，才能拘束當事人。又相對人之同意，不以明示為必要²⁶。

當企業經營者不以書面記載的方式，而是透過「向消費者明示」或「以顯著方式公告」之方式提出定型化契約條款時，有時消費者未必能預見該等條款的存在時，此時依消費者保護法第14條規定，該條款不構成契約之內容，藉以保護消費者。

然而，消費者保護法第14條僅就「未經記載」之情形加以規範；惟如企業經營者以書面記載定型化契約條款，是否代表只要消費者在契約上簽名或表示同意，該條款一定會成為契約之一部分嗎？答案應屬否定。即便企業經營者以書面記載，消費者也很可能無法預見某些定型化契約條款的存在，此時亦有保護消費者之必要。此即消費者保護法施行細則第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。」之規範目的。

2. 當事人有適當機會了解（消保法§ 11-1）：本於相同的立法意旨，當消費者面對密密麻麻的契約文字時，即便訂入契約，亦應令消費者有機會弄清楚其內容，蓋消費者通常是第一次接觸該條款，故立法者給予消費者一段審閱期間。消費者保護法第11條之1第1項及第2項規定：「企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有30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

26 詹森林，定型化契約之基本問題，民事法理與判決研究(三)，頁14，2003年8月。



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²⁷。」

(三)解釋該定型化契約條款(92台上646決)：

如果定型化契約條款已經訂入契約而可拘束當事人時，如該等條款對於相對人(消費者)不公平時，為保護消費者之目的，即有調整該等條款效力之必要。根本地讓該等條款無效是一種最簡單的方式，然而當事人既然已經花了勞力、時間及費用訂立該等條款(縱然花費不多)，仍然不應輕易地否認該等條款之效力。因此宜先透過解釋該定型化契約條款以調整當事人間權利義務，只有在無法透過解釋調整時，才有根本地否認其效力之必要。以下簡要介紹各種解釋原則²⁸：

1. 客觀解釋原則：解釋定型化契約條款應以平均不特定多數人所了解條款之程度作為解釋之標準，而非專門職業者之理解標準。蓋從保障消費者的角度來看，自然要以一般消費者之理解標準為依歸。
2. 限制解釋原則：定型化契約條款原則上不得擴張解釋，必須限縮於文字之核心範圍之中。這是因為相較於企業經營者而言，一般消費者對於定型化契約條款並非經常使用之人。故消費者通常對於該條款之理解，往往都是單純地從字面上的意思來理解。而企業經營者因為經常使用，所以對該約款會有更深的了解。從保障消費者之角度，應該以消費者之角度來解釋。
3. 利用人承擔風險原則：消費者保護法第11條第2項規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」如果該條款在解釋上有疑義時，此一風險應該由使用人承擔。畢竟，只有使用者才能事先避免此一問題。如果其未避免，應保障相對人，而作有利於相對人之解釋。
4. 個別磋商條款優先於定型化契約條款原則：消費者保護法第15條規定：「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」如果個別磋商條款與定型化契約條款有所抵觸

27 本條規定為舊法施行細則第11條規定，於92年修法時移至母法。

28 詹森林，定型化契約之基本問題，民事法理與判決研究(三)，頁22-23，2003年8月。



時，應以前者所表示之意思為優先。畢竟，當事人如果是居於相當之地位所合意的條款，通常會對相對人比較有利。



作者的叮嚀

平心而論，有關定型化契約條款之解釋原則，確實對消費者非常有利，但這些原則在考試上重要性相對較低，各位稍作留心即可。

(四) 規範該定型化契約條款之效力：

當吾人透過解釋也無法將定型化契約所形成之不公平調整回來，此時只能根本地否認其效力。換言之，定型化契約條款是否因法定事由而無效，乃定型化契約之核心問題，亦為定型化契約條款之處理程序中，最為重要之步驟。此即消保法第12條之內涵。析言之：



作者的叮嚀

在進入消費者保護法第12條規定之操作前，各位要特別注意的是，立法者對於某些類型，業已設有特別規定處理，如有，應優先於本規定之適用。如無特別規定，則應確認有無強行規定之限制。都沒有的話，才會適用消保法第12條予以審酌。換言之，當定型化契約條款違反民法第71條、第72條等規定時，則直接無效，即無須再進入此處之審查。蓋私法自治原則仍受公序良俗或強行規定之限制，而定型化契約既屬契約，自不得排除該等法政策之實現。是以，定型化契約僅適用於排除任意規定或補充規定之約款²⁹。

因此，在法規適用順序上，首先應檢驗有無特別法規定之無效事由（例如，保險 § 54、§ 54-1）；其次，則是民法有無強行規定存在（例如，民 § 204、§ 222、§ 366、§ 501-1、§ 609、§ 649、§ 659、§ 739-1、§ 756-3……³⁰）；如未因違反強行規定而無效時，才進入定

²⁹ 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164，2006年12月。

³⁰ 此處之相關規定，不少是在考試上具有相當重要性的規定。請各位自行閱讀相關條文。