

## 第二章 公共工程技術服務契約之基本概念

本章擬探究技服契約之意義、當事人、屬性及定型化爭議。

### 第一節 技服契約之意義

#### 壹、有關公共工程之契約類型

機關新建公共工程之作業流程，可概分為可行性研究、規劃、設計、發包、施工及監造、營運等階段，期間涉及與數種不同類型廠商間之數種不同類型契約，說明如下：

##### 一、機關與技服廠商間之「技服契約」

機關依據政府採購法規定，甄選依法提供工程可行性研究、工程規劃、工程設計、協辦工程招標及決標、施工監造服務之技服廠商，並與其簽訂勞務契約，該契約統稱為技服契約；此為本文所探討之契約類型。

##### 二、機關與技服廠商間之「公共工程專案管理契約」

機關為了督導及管理規劃、設計或監造廠商及施工承包商，評估各種工程可能性，掌控工程預算、品質及進度等需求，而與依法提供工程專案管理服務之技服廠商簽訂之契約，稱為公共工程專案管理契約；此非為本文所探討之契約類型。

### 三、機關與施工承包商間之「公共工程契約」

機關依據技服廠商之規劃或設計成果，與依法提供營造服務之施工承包商簽訂之契約，稱為公共工程契約；此非為本文所探討之契約類型。

### 四、機關與營運管理廠商間之「營運管理契約」

機關為了工程完工啟用後之營運管理需求，與依法提供營運管理服務之廠商簽訂之契約，稱為營運管理契約；此非為本文所探討之契約類型。

## 貳、技服契約之角色

新建公共工程之作業流程中，可行性研究、規劃、設計、發包、監造等工作為相當重要之一環，完善之上開工作，不僅能確保工程品質、進度、成本，亦能減少機關與施工承包商間之糾紛，達成興建公共工程之目的；故依法提供可行性研究、規劃、設計、發包、監造等服務之技服廠商，對於公共工程新建之良窳，扮演關鍵角色。

## 參、技服契約之生成

技服契約之當事人一方為機關，他方則為技服廠商。依據我國法令規定新建公共工程之程序，係當機關有提供辦公之用或提供給付行政等需求，而須興建公共工程時，倘有由技服廠商提供專業服務之必要時，主辦機關應依相關規定，先提出公共工程籌建計畫書，並經權責機關核定後，主辦機關即可再依「政府採購法」、「公共工程規劃設計服務廠商評選作業注意事項」等規定，辦理公共工程技術服務（下稱技服）之委外評選作業<sup>3</sup>，以甄選適合之技服廠商提供專業服務，俟與得標廠商簽訂技服契約後，則由得標廠商依據該契約，協助機關辦理公共工程新建之可行性研

<sup>3</sup> 參見「政府公共工程計畫與經費審議作業要點」等規定。

究、規劃、設計、發包、監造等技服工作；惟廠商所提供之技服，除可如前述將各項工作合併為同一契約外，亦可視機關之個案需求，獨立成為工程規劃契約、工程設計契約、工程監造契約，或組合成為工程規劃及設計契約、工程設計及監造契約<sup>4</sup>。

## 肆、技服契約之主要條款

依據行政院公共工程委員會（下稱工程會）頒佈之「公共工程技術服務契約範本<sup>5</sup>」（詳附錄一），技服契約應約定之主要條款簡述如下。

### 一、主給付義務

指債之關係所固有、必備，為達成契約目的所不可或缺，並用以決定債之關係類型之基本義務，即債之關係之要素；復為債權人可獨立訴請履行之義務。就雙務契約而言，主給付義務構成對待給付義務，在他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付<sup>6</sup>。技服契約約定之主給付義務為：

#### （一）履約標的

約定技服廠商之給付標的，例如：技服廠商須對工程所需之技術、經濟、資源、環境等條件進行綜合分析、整合，編製成工程規劃及設計成果（規劃階段及設計階段），並對工程施工，進行監督與管理（監造階段）。

#### （二）契約價金之給付、調整

約定有關契約價金之結算方式、計價方式、得暫停給付情況、付款辦

<sup>4</sup> 有關技服契約類型之討論，詳本文第三章、第三節所述。

<sup>5</sup> 該範本係經工程會於 2008 年 5 月 16 日以工程企字第 09700203960 號函公告，並於 98 年 1 月 19 日以工程企字第 09800028120 號函修正。前函說明中亦指出：有關公共工程技術服務契約範本第 2 條履約標的內容部分，除建築工程以外之其他工程，本會將針對交通、水利、環保等工程之技術服務項目，再行研議訂定工作事項。

<sup>6</sup> 參閱林誠二，論附隨債務之不履行與契約之解除，中興法學，第 18 期，1982 年 3 月，頁 245～253；台灣高等法院 89 年重上更（二）第 154 號判決。

法；以及得減價收受之情形及辦法、契約價金得予調整之情形等。

## 二、從給付義務

指非為達成契約目的所不可或缺，且非決定債之關係類型，僅具補助主給付義務功能，惟債權人可獨立訴請履行之義務<sup>7</sup>。其存在目的，在於實現給付之利益，使得主給付義務更臻完善。違反從給付義務，致主給付義務無法履行時，因其係為確保和輔助主給付義務而生，故生履行利益之賠償問題，及同時履行抗辯權或解除權。技服契約約定之從給付義務為：

### （一）稅捐及規費

約定技服廠商關於稅捐及規費之事宜。

### （二）履約期限

約定技服廠商關於完成規劃、設計或監造部分所需時間之事宜。

### （三）履約管理

約定技服廠商之配合義務、注意義務、保密義務、轉包及分包等事宜。

### （四）保險

約定關於技服廠商應辦理之保險項目及內容之事宜。

### （五）履約標的品管

約定技服廠商品質缺失之懲罰性違約金、以及技服廠商不得因機關審查或核准行為，而免除其依契約所應履行或承擔之義務或責任等事宜。

### （六）保證金

---

<sup>7</sup> 參閱林誠二，論附隨債務之不履行與契約之解除，中興法學，第 18 期，1982 年 3 月，頁 245～253；台灣高等法院 89 年重上更（二）第 154 號判決。

約定關於機關是否收取技服廠商保證金之事宜。

#### (七) 驗收

約定機關驗收技服廠商工作成果之時點及方式。

#### (八) 遲延履約

約定技服廠商逾期違約金之計算方式，以及不可抗力或不可歸責於契約當事人之遲延履約事由等。

#### (九) 權利及責任

約定關於技服廠商之智慧財產權、著作權，以及賠償責任、違約金等。

### 三、附隨義務

指非為達成契約目的所不可或缺，非決定債之關係類型之義務，且債權人不可獨立訴請履行之義務。其存在目的，於彌補給付義務之不足，以確保債權人之固有利益之完整，例如輔助實現債權人利益所生之義務，及為維護相對人之身分及財產上利益所生之義務<sup>8</sup>。附隨義務本身不能成為訴訟請求之客體，但違反附隨義務，且構成積極侵害債權之情況下，債權人得以損害賠償請求權之名義，訴請債務人承擔賠償責任，惟其違反所應賠償之範圍應是債權人固有利益之損害，亦不生同時履行抗辯權和解除權之問題。技服契約約定之附隨義務為：約定機關應辦理之事項。

### 四、其他約定

#### (一) 契約文件及效力

約定契約所包括文件之種類及方式呈現、契約所含各種文件之內容如

---

<sup>8</sup> 參閱王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），台北：著者自刊，2004年版，頁83~127。

有不一致處之處理原則、契約文字及度量衡單位等事項。

## (二) 契約變更及轉讓

約定契約變更及轉讓之情形及費用支付之辦法等事項。

## (三) 契約終止解除及暫停執行

約定契約終止解除及暫停執行之情形及費用支付辦法等事項。

## (四) 爭議處理

約定履約爭議發生後爭議之處理方式及履約事項之處理原則等事項。

## 第二節 技服契約之當事人

技服契約之當事人一方為機關，他方則為技服廠商；有關雙方之類型、法定義務及責任，說明如下。

### 壹、機關之類型

委託技服契約之機關，包括中央政府、地方政府、公立學校、公營事業、其他公法人，及適用政府採購法第四條規定之法人或團體<sup>9</sup>。

### 貳、機關之法定義務及責任

機關辦理公共工程新建之過程中，除須遵循技服契約之約定外，尚須依政府採購法、建築法、民法、刑法、公共安全及環保衛生法令、國家賠

---

<sup>9</sup> 本文認為適用政府採購法第4條規定之法人或團體，亦應屬廣義之辦理技服契約之委託機關。按：政府採購法第4條規定：「法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，適用本法之規定，並應受該機關之監督。」

償法、貪污治罪條例、採購契約要項、公務人員服務法、公務人員懲戒法等有關法令之規定，辦理技服廠商之招標、審標、決標、訂約、履約管理、驗收、異議及申訴等事項。

### 參、技服廠商之類型

建築法第十三條第二項規定：「公有建築物之設計人及監造人，得由起造之政府機關、公營事業機構或自治團體內，依法取得建築師或專業工業技師證書者任之。」除前述係由機關自行辦理技服之例外狀況外，依工程會發佈之「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」第三條規定：「本辦法所稱技術服務，指建築師事務所、技師事務所、技術顧問機構及其他依法令得提供技術性服務之自然人或法人所提供之規劃、設計、監造或管理等服務。」又依據建築法第十三條第一項<sup>10</sup>、技師法第十二條第一項<sup>11</sup>及第三項<sup>12</sup>等規定，技服廠商類型包含：

一、建築師事務所。

二、技師事務所。

三、技術顧問機構（或工程技術顧問公司）。

四、其他依法令得提供技術性服務之自然人或法人。

在實務運作上，屬於建築及景觀工程（例如：辦公大樓、演藝廳、學校、公園等）之技服，機關通常委託建築師事務所辦理；屬於土木、結構、

---

<sup>10</sup> 建築法第 13 條第 1 項規定：「本法所稱建築物設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限。但有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責辦理，建築師並負連帶責任。」

<sup>11</sup> 技師法第 12 條第 1 項規定：「技師得受委託辦理本科技術事項之規劃、設計、監造、研究、分析、試驗、評價、鑑定、施工、製造、保養、檢驗、計畫管理及與本科技術有關之事務。」

<sup>12</sup> 技師法第 12 條第 3 項規定：「為提高工程品質或維護公共衛生安全，得擇定科別或工程種類實施技師簽證；簽證規則，由中央主管機關會同中央目的事業主管機關擬訂，報請行政院核定後實施。」

交通、水利及機電工程（例如：道路、橋樑、捷運、港灣等）之技服，機關則通常委託技師事務所或技術顧問機構（或工程技術顧問公司）辦理。

## 肆、技服廠商之法定義務及責任

廠商受託規劃、設計或監造公共工程時，除須遵循技服契約之約定，尚涉及刑事、民事、行政等類型之法定義務及責任，包括民法、刑法、政府採購法、建築法、建築師法、技師法、工程技術顧問公司管理條例、公共安全及環保衛生法令、國家賠償法、貪污治罪條例等。

### 第三節 技服契約之屬性

技服契約之屬性，可區分成一般屬性及法律屬性觀之。

#### 壹、一般屬性<sup>13</sup>

##### 一、公益性

公共工程技術服務契約之締約目的，係機關為促進公共利益之實現，與一般民間技術服務契約之締約目的，多在追求私益，顯有差異。

##### 二、社會性

公共工程技術服務契約之影響性，攸關社會整體經濟之發展，與一般民事契約之影響性，多侷限於締約雙方當事人間，顯有差異。

##### 三、專業性

---

<sup>13</sup> 參見王永銀主編，工程諮詢概論，北京：中國計劃出版社，2003年4月，頁2。



公共工程技術服務係提供勞務，尤其強調知識、經驗、資訊之集成和創新，並且涉及之專業領域相當多，包括土木、建築、結構、地工、水利、測量、景觀、地質、電機、機械、空調、電氣、材料科學等。

#### 四、複雜性

從規劃設計階段到施工監造階段，必須考量各種具有不確定性之影響因素，如業主需求、施工技術、社會民情、政府政策、法令規定、都市（區域）發展、政治及經濟因素、自然環境等。

以政府相關法令規定為例，從規劃、設計階段到監造階段所牽涉之法令繁多，彼此間錯綜複雜，且多具高度技術性。

#### 五、專案性

機關委託公共工程技術服務之個案差異性很大：就服務範疇而言，可能包含工程規劃、設計、監造之全程服務，也可能僅及於前述之某一階段或某二階段服務；就服務人力而言，可能大到每個月得動員上百人服務，也可能小到每個月只須幾個人即可服務；就服務廠商而言，可能由一家廠商提供服務，也可能需要若干廠商合作提供服務。

每一項技術服務都是一次性、單獨之服務，異於工業產品之同質性大量生產。因為每個工程之規劃、設計或監造，在時間、地點、功能等相關因素上，均不可能完全相同；最多僅有類似性，而無重複性。

#### 六、時間性

公共工程技術服務重在時效性，時間是影響服務良窳之關鍵因素之一。並且公共工程技術服務之履約期間漫長，少則數月，一般為數年，多則超過十年。

## 貳、法律屬性

### 一、行政契約或私法契約

機關與人民間所締結之契約，與一般私人間之契約，本質有所差異，故常有公法契約或私法契約之爭論。

機關依據政府採購法規定，辦理技服契約之招標、審標、決標、履約管理、驗收、異議及申訴等。政府採購究屬公權力行政或私經濟行為，本有爭議；然政府採購法於民國八十七年公布後，不僅未能釐清爭議，更生模糊空間，其原因在於立法過程中，混淆了政府採購之法律性質。按行政院所提政府採購法草案中，原以政府採購係私經濟行為（國庫行為）為基調。但依立法院公報所載，草案審議過程中，立法者對於政府採購究為「公法事件」抑或「私法事件」相持不下，最後採取折衷見解，以調和不同意見：以政府採購契約關係成立與否為界，無契約關係時，為公法事件，契約成立後則為私法事件；立法意旨隱含「政府採購係雙階行為」之概念。

承前述，這種雙階概念何以見得呢？可從立法當時，將有契約關係之「履約爭議」也適用於性質上屬於行政救濟之「異議申訴」制度可以看出來。但是，為了適應我國之二元法制觀念，所以在舊採購法第八十三條中規定，經過申訴程序而做成之「審議判斷，依其性質視同訴願決定或調解方案」。舊法這樣規定之結果，申訴會做成之審議判斷就會註解為適用公法救濟(行政訴訟)或私法救濟(民事訴訟)。因此，從這裏可以看出，立法者當時是把政府採購行為認為兼有公權力行政與私經濟行政之性質，只是依採購階段不同而加以區分。

修法後，申訴審議判斷視同「訴願決定」（採購法第八十三條），並

將「履約爭議」排除於異議申訴制度處理客體之外（採購法第七十四條）。因此在審議判斷確定後，就其事件有拘束各關係機關之效力（訴願法第九十五條），而廠商如有不服時，得於決定書送達之次日起二個月內向高等行政法院提起行政訴訟（訴願法第九十條）。此修法結果，幾乎確立了我政府採購之「雙階行為」性質。

綜上，我國政府採購，依政府採購法規定之結果，是屬於公權力行政與私經濟行政並存之「雙階理論」，區別點在於「契約關係成立與否」，採購契約成立前，即第一階段有關締約之招標、審標、決標等行為，視為公法上之行政處分，屬「公法關係」，採購行為為「公權力行政」，如有爭議，適用異議申訴制度，並以行政訴訟為上訴救濟；契約成立後之第二階段即屬「私法關係」，採購行為為「私經濟行政」，發生爭議時，得循採購法調解或其他民事爭議解決機制（如仲裁或民事訴訟）處理爭議。

## 二、典型契約或非典型契約

所謂典型契約與非典型契約，係以民法或保險法、海商法、消費者保護法等特別民事法規有無明文規定，作為契約類型之區分；非典型契約為法無類型化者，典型契約則反之。

我國民法採契約自由原則，容許當事人於不違反強制規定及公序良俗範圍內，得自由訂定各種不同內容之契約；惟當事人訂約時，常不能預想各種可能發生之糾紛，而訂立預防糾紛之明確條款，為備當事人所訂契約不明確或就某事項根本未有約定而發生糾紛涉訟時，使法官裁判或當事人解決糾紛有所依據，乃於民法及特別民事法中規定典型契約<sup>14</sup>。從而，在法律上有規定其名稱之契約稱為「典型契約」，亦稱為「有名契約」，我

<sup>14</sup> 參閱曾隆興，現代非典型契約論，台北：著者自刊，1996年版，頁1。

國民法債編第二章各種之債中，所列之有名契約，計有：買賣、互易、交互計算、贈與、租賃、借貸、僱傭、承攬、出版、委任、經理人及代辦商、居間、行紀、寄託、倉庫、運送營業、承攬運送、合夥、隱名合夥、指示證券、無記名證券、終身定期金、和解及保證；又於民國八十八年四月二十一日修正公布的民法債編又增加「合會契約」（民法第七〇九條之一～第七〇九條之九）、「旅遊契約」（民法第五一四條之一～第五一四條之十二）；此外，其他法律所規定之契約亦為典型契約，例如海商法所規定之各種運送契約，保險法所規定之保險契約，均屬典型契約。

上開典型契約以外，尚有具體之契約或交易上典型之契約類型，係因與任一個典型契約之主要類型特徵均不相符，已超出任一個典型契約之主要類型所容許之變動範圍，而無法被歸類到典型契約中，為法律未加以規定者，則稱為「非典型契約」，或稱為「無名契約」。從定義而言，非典型契約可謂係因民法一方面採契約自由原則，一方面又列舉典型契約所生產物<sup>15</sup>。非典型契約之所以未經明文規定，而成為一種法律適用之漏洞，或因契約型態原為本土所固有，然而立法當時之技術並無可能對任何社會既存事實一一臚列規範，而抽象條文亦無可能將無窮法律事實盡數概括所導致；或因社會變遷之結果並非立法當時所得預料所導致，此等社會變遷有因應本土環境自行發展，亦有國外引進新制度而促成，前者例如委建、合建契約屬之，後者例如信用卡、融資租賃、加盟店等契約<sup>16</sup>。

技服契約為勞務給付契約，其法律性質之判斷，向為我國司法實務及學說上經常出現之爭點；蓋依前述我國現行民法債編典型契約之型態，其可能為承攬或委任契約（以上屬典型契約），或混合契約、聯立契約（以上屬非典型契約）；有關爭點，本文後續將進一步探討。

<sup>15</sup> 參閱曾隆興，現代非典型契約論，台北：著者自刊，1996年版，頁1。

<sup>16</sup> 參閱詹森林，非典型契約之基本問題，民事法理與判決研究，台北：著者自刊，1998年版，頁122以下。

### 三、一時性契約或繼續性契約

契約以其給付在時間上有無繼續性，分為「一時性契約」與「繼續性契約」。

「一時性契約」係指契約之給付內容，通常因一次之給付即完成，如民法典型契約中之買賣、贈與及承攬等，惟債務人所負價金或標的物等之給付義務，亦得分別分期為之。其特色為：（一）係單一契約；（二）契約總給付自始確定，時間因素對給付之內容及範圍，並無影響；（三）其與一次給付契約之主要區別，在於排除民法第三一八條之債務人無為一部清償之權利之規定<sup>17</sup>。

「繼續性契約」係指契約之給付內容，必須繼續地實現，非一次給付即能完成，其基本特色係時間因素在債之履行上居於重要的地位，總給付之內容，繫於應為給付時間之長度。如民法典型契約中之僱傭、合夥、租賃、使用借貸、寄託等，以及非典型契約之繼續性供給契約<sup>18</sup>等。其特色為：（一）係單一契約；（二）可定期限或不定期限；（三）以繼續性作為或不作為為其內容；（四）隨著時間經過，在契約當事人間產生新的權利義務，每一部份或期間之給付，並非總給付之部分，而具有某程度經濟上及法律上之獨立性。

一般性技服契約係採「總包價法」或「建造費用百分比法」計算服務酬金總額，原則上契約總給付金額自始確定，若無情事變更之例外情事，時間因素對給付之內容及範圍，並無影響；其履約期間，涵蓋規劃階段、設計階段及施工監造階段，技服廠商在履約期間內，係陸續完成契約規定

<sup>17</sup> 參閱王澤鑑，債法原理(一)－基本理論·債之發生，台北：著者自刊，1990年版，頁145。

<sup>18</sup> 所謂繼續性供給契約係指：當事人約定一方於一定或不定的期限內，向他方繼續供給定量或不定量的一定種類品質之物，而由他方按一定的標準支付價金之契約，以瓦斯、自來水、電氣之供應等契約為其適例。參閱王澤鑑，債法原理(一)－基本理論·債之發生，台北：著者自刊，1990年版，頁146。

之各項給付內容，每一部份或期間之給付，為總給付之部分。惟因技服廠商之服務成果係分次提出，倘雙方當事人不願繼續維持契約關係，已經發生之給付關係，無法回復原狀，須向將來發生契約關係消滅之效果，即契約存續期限前，消滅契約關係之手段，以終止最符合當事人之利益狀態；故由上所述觀之，一般性技服契約應屬一時性契約。

至於特殊性技服契約則採「服務成本加公費法」，即按實作數量計費，此種以提供固定服務，得請求酬金之類型，為繼續性契約，蓋每一部份或期間之給付，並非總給付之部分，而具有某程度經濟上及法律上之獨立性。

#### 第四節 定型化之技服契約

##### 壹、定型化契約條款<sup>19</sup>之訂入

實務上，各機關於招標前預先擬定技服契約時，多以工程會邀請產官學界所共同研議訂定之「公共工程技術服務契約範本」，作為最重要之參考依據<sup>20</sup>，再檢視各工程之特性及需求，據以修正或補充契約範本之約定，或另行訂定特別條款；故上開範本，雖無法律上拘束力，但因係中央工程主管機關所定公布，故在實際上對於各機關所預先擬定之技服契約，產生極大之實質拘束力，亦因此導致國內技服契約條款內容之同質性甚高。

此外，須長期持續辦理公共工程新建之工程專責機關，或性質特殊之機關，基於職權上之需求，均會自行頒訂專屬之技服契約範本，作為其預

---

<sup>19</sup> 一般往往將「定型化契約」與「定型化契約條款」二者混用，實則二者所指不同；所謂「定型化契約」，依消保法第2條第9款規定，僅須某契約中有部分條款係屬「定型化契約條款」者，該契約即屬「定型化契約」；換言之，「定型化契約」之條款，可能同時包含「定型化契約條款」及「個別磋商條款」。參閱張志朋，工程定型化契約條款之適用問題，工程法律實務研析（二），台北：寰瀛法律事務所，2006年版，頁43～44。

<sup>20</sup> 參閱張皓傑，工程設計瑕疵認定標準之研究，國立中央大學營建管理研究所碩士論文，2006年，頁5。

先擬定技服契約時之依據，例示說明如下<sup>21</sup>。

- 一、中央政府機關：中央政府機關之大部分工程專業或性質特殊單位，如交通部轄下國道新建工程局、公路總局、鐵路管理局或國防部等，均自行頒訂技服契約範本。
- 二、地方自治團體：地方自治團體之大部分工程專業單位，如臺北市政府捷運工程局等，均自行頒訂技術服務契約範本。
- 三、公營事業：公營事業之大部分性質特殊單位，如臺灣電力公司等，均自行頒訂技術服務契約範本。

從而，技服廠商與機關簽訂之技服契約，原則上均係機關單方面預先擬定，而預備與多數不特定對象締約之用，此種契約形式，與我國學說及實務對定型化契約之定義相符。

## 貳、法律規範之目的

「定型化契約條款」，指當事人一方為與不特定相對人訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。以定型化契約條款為內容之全部或一部而訂定之契約，即為「定型化契約」。由上述定義可知，定型化契約之使用，自可收節省時間、費用之效益，以及無須負擔因磋商代理人故意或過失行為而生之責任；惟當預擬契約條款之一方僅專注追求一己利益，不顧他方正當權益，遂預定不符經濟效率、違反任意法規立法意旨、或有礙契約目的達成之條款者，則顯有披著契約自由之外衣，行妨礙契約正義之實，故我國明定消費者保護法（下稱消保法）第十一條至第十七條及民法第二四七條之一，賦予他方當事人得於締約後，主張該條款無效。

---

<sup>21</sup> 參閱張荻薇，各工程機關技術服務契約之比較與檢討，中華民國工程技術顧問商業同業公會年度研討會（二）：公共工程技術服務契約之檢討與修訂方向，2008年8月7日，頁13。

申言之，定型化契約條款固須基於他方之自由意思，始能構成契約之內容；惟所謂契約自由，包含締約與否之自由、相對人選擇之自由、締約方式之自由、契約內容之自由、及廢止契約之自由。其中締約方式、契約內容、廢止契約等三項，應以契約雙方立於平等地位磋商談判而決定之方式、內容、廢止，始為真正之契約自由。若契約之方式、內容、廢止，全由一方片面決定，他方則僅係形式上接受，而於接受前未實質上參與者，即須交由法院或其他有權裁判者（如仲裁人）審查並經其判定有效，始得拘束他方，以免一方藉形式契約自由之名，行妨礙契約正義之實。亦即，對定型化契約條款效力之控管，即係對形式契約自由之實質限制。由於定型化契約條款係由使用人預先擬定，他方當事人無從共同參與，以形成對雙方皆屬公平合理之內容。此在條款使用人有獨佔或壟斷地位時，固然如此；即使市場上存在激烈競爭，亦無不同。因此，不論形式上接受條款之他方當事人是否為經濟、經驗或專業上之弱勢者，亦不問實質上擬定條款之一方是否為系爭交易之獨佔者或壟斷者，定型化契約條款之效力有爭議時，均應經過司法裁判者審查，始能真正判斷是否有效而得拘束他方<sup>22</sup>。

因此，違反誠實信用之定型化契約條款應為無效之法理，不僅在於保護弱者及對抗獨佔，亦在於節省締約成本及實踐契約正義。

### 參、法律規範之基礎

我國現行法規範定型化契約條款效力之主要規定有二<sup>23</sup>：其一為消保法，另一為民法第二四七條之一。當定型化技服契約條款顯失公平，而應由法院介入，宣告該條款無效時，究應適用消保法抑或民法第二四七條之

---

<sup>22</sup> 參閱詹森林，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，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 131 以下。

<sup>23</sup> 保險法第 54 條之 1 等亦有相關規定。



一，實有釐清必要，探討如下。

## 一、消保法及民法之雙軌制

### （一）消保法之重要規定內容

消保法就定型化契約條款之定義，規定於第二條第七款<sup>24</sup>，依該條款之規定，定型化契約條款具有二項特徵：其一為契約條款係由契約經營者單方預先擬定；另一為該條款係預定作為與不特定對象訂立契約之用。

此外，消保法對於定型化契約條款之內容控制，係規定於第十二條：「（第一項）定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效<sup>25</sup>。（第二項）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<sup>26</sup>。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。」惟上開「違反誠信原則，對消費者顯失公平者」之判斷標準，屬不確定法律概念，有賴法院依個案事實認定<sup>27</sup>。

### （二）民法第二四七條之一之規定內容

民法針對定型化契約條款之規定，係第二四七條之一：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，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

<sup>24</sup> 消保法第 2 條第 7 款：「本法所用名詞定義如下：…七、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。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>25</sup> 消保法施行細則第 13 條規定：「定型化契約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。」

<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> 關於消保法第 12 條之相關分析，參閱詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第十二條之分析，民事法理與判決研究（三），台北：元照，2003 年版，頁 29~86。

限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」

## 二、適用之法律

### (一) 以民法第二四七條之一為主

就適用對象而言，依據消保法相關規定<sup>28</sup>，存在於消保法定義下之「消費者」與「企業經營者」相互間之「消費性定型化契約條款」，始為消保法所稱之定型化契約條款，而得直接適用消保法及其施行細則之相關規定。至於所謂「非消費性定型化契約條款」，亦即定型化契約條款之相對人締結系爭契約並非以消費為目的者，則應適用民法第二四七條之一或其他特別法（例如保險法第五十四條之一）；換言之，涉及民事法律關係者均可適用民法規定，民法第二四七條之一同時規範「企業經營者」與「消費者」、「企業經營者」與「企業經營者」、「消費者」與「消費者」間訂定之「消費性定型化契約條款」及「非消費性定型化契約條款」。準此，預擬定型化技服契約條款之機關，並非企業經營者<sup>29</sup>；依照機關擬定定型化招標文件從事投標之投標廠商，及簽訂機關擬定定型化技服契約之得標廠商，反而是企業經營者；故從消保法規定之適用對象以觀，定型化技服契約應不適用消保法規定。

就機關函釋而言，行政院消費者保護委員會八十七年九月二十四日八七消保法字第○一○六一號函謂：「政府機關發包工程時，應屬企業經營者，但承包工程之廠商並非消費者，亦屬企業經營者，因此雙方所締造之

<sup>28</sup> 例如消保法第 1 條規定：「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。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。」同法第 2 條第 1 款至第 4 款分別規定：「消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」、「企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者」、「消費關係：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」、「消費爭議：指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議」。

<sup>29</sup> 依消保法第 2 條第 2 款規定，企業經營者係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。政府各機關，從其組織法所定任務而言，固然不符此項定義；縱在進行採購時，亦同。

契約，自不能直接適用消費者保護法有關定型化契約之規定，應適用民法及其他相關法令之規定。」依上開函釋內容，工程定型化契約條款非屬消費性定型化契約條款，不適用消保法，僅適用民法第二四七條之一。

在最高法院判決方面，少數判決曾依消保法第十二條規定，宣告定型化工程契約條款無效<sup>30</sup>，惟此種見解是在民法第二四七條之一增訂之前所為，解釋上應視為係類推適用消保法第十二條之法理；多數判決則認為工程契約不能適用消保法規定，而應適用民法規定<sup>31</sup>。

故綜上，多數見解係認為工程契約非屬消費關係，不適用消保法相關規定，從而定型化工程契約條款之法律規範基礎，係民法第二四七條之一。又因技服契約與工程契約之性質相似，故應可類推適用上開結論。

## （二）以消保法為輔

技服廠商非屬消保法第二條第一項所稱之消費者，又消保法具有保護消費者權益之特別立法目的，故定型化技服契約自不適用消保法及其施行

<sup>30</sup> 例如最高法院 87 年度台上字第 1419 號判決理由謂：「…依此約定，系爭工程進行中，倘因可歸責於被上訴人之事由，或因不可抗力，導致系爭工程無法施工，被上訴人可無視實際無法施工之日數，單方面擅自決定可展延工期之日數，上訴人全無置喙餘地，有違誠信原則，對上訴人顯失公平，依消費者保護法第 12 條第 1 項規定，應屬無效。」另可參見非屬工程契約之案例，如最高法院 84 年度台上字第 1239 號判決、87 年度台上字第 2214 號判決。

<sup>31</sup> 例如最高法院 92 年度台上字第 1395 號判決理由謂：「…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 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。…」；又最高法院 90 年度台上字第 641 號判決理由謂「…按消費者保護法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者而言，此觀同法第 2 條第 1 款規定自明。本件系爭工程合約，係被上訴人（機關）就特定之工程以招標方式決定承攬人即上訴人（施工承包商）而與之訂約，顯非消費者之交易，…，上訴人主張依消費者保護法第 12 條規定，系爭工程合約中第 21 條第 3 款之約定為無效一節，委無足取。…」；另最高法院 89 年度台上字 1402 號判決理由謂：「…原審引用之行政院消費者保護委員會 87 年 9 月 24 日 87 消保法字第 01061 號函雖指承包工程之廠商並非消費者，其與政府機關所締造之契約，不能直接適用消保法有關定型化契約之規定，惟該函亦稱應適用民法及其他有關法令之規定，則上訴人主張本件雙方締造之契約，縱不能直接適用消保法之規定，依民法第 71 條、第 72 條、第 148 條第 2 項、第 219 條等規定，工程契約書第 5 條第 3 項之約定亦應為無效之約款等語，是否全無可採，即非無斟酌餘地。…」；另可參照最高法院 90 年度台上字第 972 號判決、94 年度台上字第 1 號判決。

細則，僅適用民法第二四七條之一。惟是否因此，定型化技服契約之爭議，即完全無參酌消保法規定之餘地，值得深究。

蓋消保法第十二條係民法第一百四十八條第二項有關誠信原則規定之延伸，技服契約之當事人應有誠信原則之適用，不應因技服廠商非屬消保法第二條第一項「接受服務」之消費者，而排除誠信原則之適用；只要機關就技服契約條款係單方預先擬定，而排除相對人決定契約內容之自由，則其所訂定之條款，應有誠信原則之適用<sup>32</sup>。

此外，從民法第二四七條之一立法理由<sup>33</sup>及條文內容觀之，與消保法規定定型化契約條款之意義相似。

甚且，消保法係於民國八十三年一月十三日開始施行，相對於民法第二四七條之一係於民國八十九年五月五日開始施行而言，累積較多之法院實務見解。又消保法雖屬民法之特別法，惟關於定型化契約條款之規定，較民法第二四七條之一為詳細縝密，且非特別針對保護消費者之目的而制定，故應可適用特別法中之基本原則性規定，得經由類推適用達到擴散作用<sup>34</sup>之法理。尤其，定型化契約法上之重要問題有五：1、當事人間有無一方使用定型化契約條款之情形，2、定型化契約條款是否已成為雙方契約之內容，3、定型化契約條款有無解釋上疑義，4、定型化契約條款有無顯失公平，5、定型化契約條款無效時應如何處理；而民法第二四七條之一，僅係關於上開第4項定型化契約條款有無顯失公平之規定，該規定在性質上，僅與消保法第十二條規定相當；至於上開第1、2、3、5項問題，民

<sup>32</sup> 參閱楊淑文，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，台北：元照，2006年版，頁214。

<sup>33</sup> 民法第247條之1立法理由：「為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜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。」摘自立法院法律系統，<http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw>。

<sup>34</sup> 參閱楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常—最高法院91台上字第2336評析，月旦法學雜誌，第122期，2005年7月，頁231~232。

法並無明文，但消保法則於第十一條至第十六條，設有詳細規定；因此，定型化技服契約關於上開第 1、2、3、5 項問題，應仍可參考消保法相關規定解決之<sup>35</sup>。

故綜上所述，技服契約適用民法第二四七條之一時，應可參酌消保法之相關規定以補充之。

## 肆、是否無效之爭議

定型化契約條款是否因法定事由而無效，為定型化契約之核心問題，亦為消保法第十二條與民法第二四七條之一規範功能所在。實務上，定型化技服契約條款是否因法定事由而無效，亦爭議不斷，故進一步探討如後。

### 一、爭議之所在

機關與技服廠商簽訂技服契約前，依據政府採購法規定，原則上須經招標公告<sup>36</sup>，將投標須知、契約草案、規劃設計或監造需求等招標文件，提供給有興趣投標之技服廠商參酌審閱，再由其自行斟酌考量是否參與投標；各廠商對公告之契約草案內容等招標文件有疑義者，均得於規定期限內請求機關釋疑，機關則有答復說明義務，倘因廠商之疑義而涉及須變更或補充契約草案者，機關應另行公告<sup>37</sup>；又技服廠商得標後，通常須經議約程序再辦理簽約。上開履約前之規定及程序，看似公平合理；惟機關往往藉由絕對強勢之行政資源及買方市場之經濟地位，以定型化契約為其妨

<sup>35</sup> 參閱詹森林，最高法院與定型化契約法之發展－民法第 247 條之 1 裁判之研究，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 160～161。

<sup>36</sup> 例如政府採購法第 27 條第 1 項規定：「機關辦理公開招標或選擇性招標，應將招標公告或辦理資格審查之公告刊登於政府採購公報並公開於資訊網路。公告之內容修正時，亦同。」

<sup>37</sup> 例如政府採購法第 41 條第 1 項規定：「廠商對招標文件內容有疑義者，應於招標文件規定之日期前，以書面向招標機關請求釋疑。」同條第 2 項規定：「機關對前項疑義之處理結果，應於招標文件規定之日期前，以書面答復請求釋疑之廠商，必要時得公告之；其涉及變更或補充招標文件內容者，除選擇性招標之規格標與價格標及限制性招標得以書面通知各廠商外，應另行公告，並視需要延長等標期。機關自行變更或補充招標文件內容者，亦同。」

礙契約公平正義之手段，而為民法第二四七條之一規定所不許。

從而，實務上於簽約後，技服廠商常對技服契約中之部分規定（例如：不因增加工期而增加監造費用），爭執是否發生文字上所顯示之意義、是否有違民法第二四七條之一規定而無效<sup>38</sup>，因而主張：技服契約係機關訂定之定型化契約，部分約定免除或減輕機關之責任、或加重廠商之責任、或使廠商拋棄權利或限制其行使權利、或對廠商有其他重大不利益，故顯失公平，依民法第二四七條之一規定，該部分約定應屬無效。反之，機關則常抗辯：機關就系爭工程委託廠商而言，係偶而為之，應屬消費者之一方，而廠商係提供技服之專業廠商，以其所經營業務與機關簽約，廠商基於工商企業之一方，對於契約內容是否顯失公平，自當知之甚稔；故對於契約之有關規定，技服廠商於投標時自應知悉其風險之管控，尚難以之為無效之條款，其本為廠商應承擔之風險責任，何得轉化成機關之歸責事由；且相關約定，廠商非無磋商、變更之餘地，尚難認係機關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。

## 二、處理之程序

就當事人間因定型化契約條款所生之爭議，應依下列程序處理之<sup>39</sup>：

- （一）當事人間有無定型化契約存在，或至少是否當事人之一方於系爭契約交易上，使用其預先擬定之定型化契約條款？無上開情形者，即不生定型化契約（條款）之相關問題。
- （二）系爭定型化契約條款，是否已經構成當事人契約之內容？

<sup>38</sup> 參見台灣台東地方法院 93 年度訴字第 179 號判決。

<sup>39</sup> 參閱王澤鑑，債法原理(一)—基本理論·債之發生，台北：作者自刊，頁 99；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，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 111 以下。

(三) 已經構成契約內容之定型化契約條款，是否有解釋上之疑義？  
如有疑義，則應做成有利於消費者之解釋。

(四) 無解釋疑義之定型化契約條款，是否因法定事由而無效？

(五) 定型化契約條款無效者，當事人間之其他權利義務，是否因而亦成為無效？

上開各項處理定型化契約條款之程序中，以定型化契約條款是否因法定事由而無效，最為重要。就此，法規適用順序為：

(一) 首先應注意者，定型化契約條款有無特別法規定之無效事由（特別規定）<sup>40</sup>。

(二) 其次應考量者，無特別法時，則定型化契約條款是否因違反民法之強制、禁止或公序良俗規定而無效（強制規定）。

詳言之，定型化契約條款違反民法第二〇四條第二項、第二二二條、第三六六條、第五〇一條之一、第六〇九條、第六四九條、第六五九條、第七三九條之一等強制規定，依民法第七十一條規定，自屬無效。此外，民法第七十二條乃所有法律行為之規範，故定型化契約條款違反公共秩序或善良風俗者，當然無效。

(三) 最後應斟酌者，定型化契約條款有無消保法第十二條或民法第二四七條之一所定之無效情形（概括規定）。

---

<sup>40</sup> 例如保險法第 54 條第 1 項及第 54 條之 1 之適用情形。

### 三、民法第二四七條之一規定之判斷標準

上開定型化契約條款之法定無效事由中，尤應注意消保法第十二條或民法第二四七條之一之適用性，至於定型化技服契約則以後者為主，前者為輔。就此，進一步說明如後。

#### (一) 上位概念：誠信原則及公平互惠

定型化契約條款雖不利於相對人，但非必當然即有違反強行規定或公序良俗之情形，為保護相對人，即應訴諸誠信原則，蓋以誠信原則為審查標準，最足適當平衡雙方當事人之利益。因此，消保法第十二條第一項規定，係審查定型化契約條款之效力時，最概括、基本之依據，任何定型化契約條款，均應依本條項規定審查後，認為與誠信原則不相違背者，始得承認其為有效。就此而言，消保法第十二條第一項規定實為定型化契約法上之「帝王條款」<sup>41</sup>。

應特別強調者，依消保法第十二條第一項規定，認定定型化契約條款是否有效時，除應審查該條款有無違背誠信原則之要求外，並應判斷其是否對契約相對人顯失公平。易言之，定型化契約條款違背誠信原則而對契約相對人顯失公平者，始屬本條項所定之無效條款。惟在通常情形下，定型化契約條款對相對人顯失公平者，應無不違背誠信原則；而違背誠信原則之條款，亦多導致對相對人顯失公平之結果。故誠信原則及顯失公平兩項審查標準，實非彼此獨立，而為互相補充<sup>42</sup>。

#### (二) 實務見解

<sup>41</sup> 參閱詹森林，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，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 123 以下。

<sup>42</sup> 參閱詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範－消費者保護法第十二條之分析，民事法理與判決研究（三），台北：元照，2003 年版，頁 29 以下。



## 1、不及知條款內容或無磋商變更餘地

最高法院<sup>43</sup>經常表示：「民法第二四七條之一所謂『加重他方當事人之責任』或『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利』，係指『一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更餘地而言』。因此，定型化契約條款，既經他方審閱後簽章其上，或兩造契約乃一方以公開招標方式為之者，自無為他方所不及知或無磋商變更餘地之可言，從而他方即不得依民法第二四七條之一，主張該條款無效。」

## 2、締約談判能力

最高法院判斷定型化契約條款是否顯失公平，亦常從契約雙方當事人之締約談判能力以觀；從而，認為廠商非消費者，與機關相較未必屬契約上之弱者，又廠商係以提供系爭服務為業，對於系爭服務應有相當之經驗或歷練，故於簽約時，應可信其對契約內之條文，已為相當之注意，及必要之斟酌與主張，從而無須由法院介入宣告該契約條款無效之必要；此從判決理由中常見「該契約條款均屬雙方本於自由意志所訂立，難謂其顯失公平」等用語可得證。

## 3、無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地

此外，近期最高法院判斷定型化契約條款是否顯失公平而無效，係採行「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」之判斷標準<sup>44</sup>。

### (三) 本文見解

<sup>43</sup> 例如最高法院 94 年度台上字第 1 號判決、92 年度台上字第 785 號判決、91 年度台上字第 2220 號判決、92 年度台上字第 1395 號判決。

<sup>44</sup> 例如最高法院 91 年度台上字第 2220 號判決、92 年度台上字第 39 號判決、91 年度台再字第 45 號判決、90 年度台上字第 2011 號判決及 87 年度台上字第 476 號判決等。

## 1、對實務見解之不同意見

本文尚難認同最高法院之見解，茲將不同意見說明如後。

就他方不及知條款內容而言，本文認為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，致該條款構成契約之內容，但並不從而使該條款免於民法第二四七條之一之審查。否則依實務見解之觀點，所有曾經他方當事人於訂約前簽章之定型化契約，豈非永無適用民法第二四七條之一之可能？

就他方無磋商變更餘地而言，最高法院所以認為民法第二四七條之一各款所稱情事，係指定型化契約條款為他方無磋商變更餘地，應係基於該條之立法理由<sup>45</sup>。此由最高法院於其裁判中，曾訴諸該段立法理由，可以得知<sup>46</sup>。惟最高法院不宜僅因條款他方當事人於簽約前，曾經審閱條款，即當然認為他方就系爭條款有磋商變更餘地，即無民法第二四七條之一所稱「加重他方責任」情形，從而不探求該他方當事人實際上有無於締約前，要求與預定條款之一方進行磋商，而使用條款之一方當事人是否願意為之。例如最高法院九十二年度台上字第一三九五號裁定，即認為系爭工程為經公開招標，故相關工程條款於投標日期前，業經各廠商知悉，自無為該他方當事人所不及知及無磋商可言。

就締約談判能力而言，依實務見解之觀點，所有之技服廠商均非消費者，與機關相較未必屬契約上之弱者，又其以提供技服為業，對於技服工作應有相當之經驗或歷練，則定型化技服契約條款豈非皆無違反誠信、顯失公平情事之可能，而皆為有效？

---

<sup>45</sup> 民法第 247 條之 1 立法理由稱：「…為使社會大眾普遍知法、守法起見，…爰增訂本條，明定附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，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 4 款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平時，明定該部分之約定為無效」。

<sup>46</sup> 例如最高法院 92 年度台上字第 1395 號裁定。

就無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地而言，更無可採，蓋維護締約地位平等、保障契約弱勢一方及維持市場競爭，固然係審查定型化契約條款效力之目的，但不得因而導致僅限於定型化契約條款之他方當事人於締約時無其他締約對象可供選擇，甚至已達無從拒絕締約之狀態，始得認定定型化契約條款違反誠信、顯失公平。否則依實務見解之觀點，所有依政府採購法程序得標之技服廠商，因其均可選擇其他非屬機關之締約對象或自得拒絕與機關締約，故即得一概認定該定型化技服契約條款均不違反誠實信用及顯失公平？反之，在契約一方無從選擇締約對象或無拒絕締約之情形，亦豈均得因而一概認定該定型化契約條款顯失公平？

另從法律經濟分析之觀點，依最高法院「形式上，系爭條款非他方所不及知，或無可磋商變更餘地，故不生條款無效問題」之見解，於當事人一方使用定型化契約條款，而相對人亦有締約意願時，雙方即須就全部條款逐一進行告知、審視、磋商等程序，且於磋商不成但仍依該條款締約下，始有適用民法第二四七條之一餘地。惟如此一來，對契約雙方皆必然造成昂貴之交易成本，而交易成本之高低，係從法律經濟分析角度，判斷契約有無效率之準繩<sup>47</sup>，故最高法院之上開見解，殊待檢討。

以上分析顯示，實務見解對於定型化契約效力之判斷，顯然過於訴諸形式標準，亦不合現代社會之定型化技服契約交易實況，殊有商榷餘地。詳言之，定型化契約條款所以需要特別控制其對他方當事人之拘束力，原因即在於他方當事人就爭議條款，僅有形式上之契約自由，而無實質之契約自由，以致於在該條款下，當事人之契約關係有「顯失公平」之情形。準此，上開實務見解係以定型化契約不得有害締約地位平等，且法律必須保護弱勢契約一方及對抗強勢契約他方之觀點，為其論據，然以定型化契約之現實使用情況以觀，上開實務見解所考量之面向顯然已有不足。從

<sup>47</sup> 參閱王澤鑑，侵權行為法(一)－基本理論·一般侵權行為，台北：著者自刊，2001年版，頁299～300。

而，除當然仍應繼續貫徹實務見解之上開要求外，更應基於節省締約成本及實現契約正義之目的，規範定型化契約條款之效力<sup>48</sup>。

## 2、綜合判斷

定型化技服契約條款是否對廠商顯失公平，實應斟酌個案契約之性質、締約目的、全部條款內容（例如：雙方之給付內容、違約罰款、免責事由等）、交易習慣及其他情事，全盤考量，實質審查，資為判斷之依據。故即便形式上，技服廠商於訂約前已知悉或可得知悉條款、或其非屬契約上之弱者、或其可選擇其他非屬機關之締約對象或自得拒絕與機關締約等，均非即得認定該定型化技服契約條款無違反顯失公平可言，如此，方符合法律特設民法第二四七條之一，以控制定型化契約條款效力，保障契約實質正義之立法意旨。

此外，因消保法與民法之相關規定，文義抽象，復訴諸「誠信原則」、「公平互惠」、「顯失公平」等不確定法律概念，實有必要再予詳究，故以下再探討技服廠商對契約條款之實質磋商談判情況、應受效力審查之契約條款、契約條款之風險分配，以及民法第二四七條之一第一款、第二款之適用性。

### (1) 磋商機會與談判空間

雖技服契約係由機關單方預先擬定，且依據其預定用於同類契約之條款而訂定，惟契約當事人雙方互相就該契約預定之條款逐一商議而成立，即與雙方互相表示意思一致而成立之契約條款無異，即非屬定型化契約條款，故廠商對契約條款有無磋商機會與談判空間，為該契約條款是否應被

---

<sup>48</sup> 參閱詹森林，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，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 141。

視為定型化契約條款之判斷標準<sup>49</sup>；以下分別從招標及議約期間觀察之。

## A、招標期間

機關須依據政府採購法規定甄選技服廠商，依法在招標公告期間內須規定廠商得請求釋疑期間，允許任何廠商在該期間內，對招標文件提出任何疑義，機關則有義務澄清回復；甚且，機關認為廠商所提之疑義有理，有必要據以變更或補充已公告之契約草案者，即可單方面修正契約草案內容。於上開情事，因提出疑義之廠商，非絕對即為得標簽約廠商，復因契約內容之變更，係機關單方決定，非與得標廠商共同磋商後所為之決議，故此階段即便有契約草案內容變更或補充之情事，亦不宜視為技服廠商因此有磋商機會與談判空間。

## B、議約期間

技服廠商得標後須與機關正式簽約，在正式簽約前通常有議約之程序，惟機關考量契約草案既經公開招標，投標廠商自係可接受該內容方為投標，且與得標廠商議約後變更契約草案之主要權利義務關係，則恐引起

---

<sup>49</sup> 參見 2002 年 1 月 1 日起生效之德國新民法第 305 條第 1 項第 3 段規定：「契約條款經當事人逐一磋商而訂立者，非定型化契約條款」；另台灣台東地方法院 93 年度訴字第 179 號判決之見解亦相同：「故若係由當事人雙方互相就契約預定之條款逐一商議而成立，則即與當方互相表示意思一致而成立之契約無異，核非即屬定型化契約，自屬當然。經查：依系爭委託契約第 16 條原有…之記載，於兩造簽訂上開契約時，前揭不利於原告之條文，即遭刪除，並由原告（技服廠商）蓋章在前揭遭刪除之條文上，故由原告既已刪除之上開契約條文所示，顯見系爭委託契約係經兩造就契約預定之條款逐一商議、增刪，並對上開契約條文於意思表示一致後，始為簽訂等情，應屬無疑，是上開契約顯已非民法第 247 條之 1 所規定之定型化契約（即附合契約）甚明。」。另最高法院 93 年度台上字第 1153 號判決之見解亦相同：「再依 86 年 4 月 8 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，因 C322A 標工程之土方無法適時配合供應，承包商應儘速自覓核可後之合法借土區料源』，有該次協調會會議紀錄可查，上訴人對上開結論並未提出任何異議，足見系爭工程上訴人須使用 C322A 標之土方，但自該次會議後，已變更為自覓經被上訴人核可後之合法借土區料源，此部分縱無系爭合約主文第 7 條之約定，亦無礙此項約定成為兩造間所成立之契約內容。上開特訂條款之修正，即係依據上開 86 年 4 月 8 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，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 247 條之 1 第 2 款及第 4 款之規定無涉。系爭合約主文第 7 條第 3 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。」

未投標廠商異議：其因信賴原公告之契約草案內容而未為投標，若原公告之契約草案內容同變更後之契約草案，該廠商即會參與投標，故機關對其有違誠信原則。從而，於上開議約程序中，技服廠商通常至多僅能就契約中非屬重大權利義務關係者，與機關進行磋商及談判。準此，對於機關與技服廠商實際進行磋商及談判之少數條款，自可認為與雙方互相表示意思一致而成立之契約條款無異，即非屬定型化契約條款；惟對於未經磋商及談判之多數條款，仍應認為係機關單方預定之定型化契約條款。

## (2) 應受效力審查之契約條款<sup>50</sup>

### A、排除法律規定之條款

排除法律規定之定型化契約條款，最常見之情形為，法條明定該條文於當事人另有訂定時，不適用之，當事人之一方遂使用與該條文內容相反之定型化條款。就此，法條雖未明定當事人得另為不同之訂定，但因該法條性質上係任意規定，當事人一方遂使用定型化契約條款，而約定與該法條內容不同之權利義務者，亦屬於「排除法律規定之定型化契約條款」。

判斷「排除法律規定之定型化契約條款」有無民法第二四七條之一所稱「按其情形顯失公平」時，主要係審視該條款內容，再與其所不欲適用之法律規定，詳加比較，以掌握二者之差異，並進一步本於該法律規定之立法意旨，探求條款使用人排除該規定，有無必要性與正當性。如該條款與其所排除不予適用之法律規定之立法意旨，顯相矛盾者，通常即可判斷該條款為顯失公平而無效。就此而言，可參酌消保法第十二條第二項第二款之規定。

### B、補充法律規定之條款

---

<sup>50</sup> 參閱詹森林，最高法院與定型化契約法之發展－民法第 247 條之 1 裁判之研究，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 164 以下。

補充法律規定之定型化契約條款，常見於非典型契約或新型契約上。蓋民法就非典型契約及新型契約並無明文，故通常係由當事人一方使用定型化契約條款規範雙方之權利義務，以補充法律規定之不備或不足。

判斷「補充法律規定之定型化契約條款」有無民法第二四七條之一所稱「按其情形顯失公平」時，應探討在該條款下，當事人相互間之權利義務狀態。尤其應注意，該條款所約定之內容，有免除、限制擬定條款當事人之義務，或剝奪、限制他方當事人權利之情形，並導致他方當事人失去締約之目的者，則可判斷該條款為顯失公平而無效。就此而言，可參酌消保法第十二條第二項第三款之規定。

### (3) 風險分配

此外，尤應考量者為：定型化契約條款不得約定不合理之風險分配。蓋機關固可利用定型化技服契約條款適當分配風險於技服廠商，但應符合效率之要求，尤其如由機關承擔風險所需成本較低，機關卻以定型化技服契約條款約定由廠商承擔，則該風險分配條款即屬無效<sup>51</sup>。

準此，定型化技服契約條款約定「工期之展延，非可歸責於技服廠商之因素所致，技服廠商仍應繼續履約，且不得請求增加酬金。」、「上級撥下補助經費後，始應支付服務酬金。」、「因機關之事由，影響部分或全部工進，得按實際情形，由機關核定免計工作天數，或展延工作天數。但該原因消失後，技服廠商應全力趕辦，不得因此提出賠償損失」者，均屬不符成本考量且為不合理風險分配之條款，應屬無效。

### (4) 免除或減輕自己責任條款（民法第二四七條之一第一款）<sup>52</sup>

<sup>51</sup> 參閱陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌，第 91 期，2002 年 12 月，頁 60 以下所舉之德國法案例。

<sup>52</sup> 參閱詹森林，最高法院與定型化契約法之發展－民法第 247 條之 1 裁判之研究，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 183 以下。

## A、故意或重大過失免責條款之效力

免責條款如屬免除使用條款當事人或其履行輔助人之故意或重大過失責任情形者，因違反民法第二二二條「故意或重大過失責任，不得預先免除」之禁止規定，依民法第七十一條前段，該條款即屬無效，無再適用民法第二四七條之一第一款餘地。

易言之，條款雖約定使用條款當事人不負責任，但未約定包含使用條款當事人或其債務履行輔助人有故意或重大過失在內，且於個案中，使用條款當事人或其債務履行輔助人有故意或重大過失時，則應綜合條款內容，有必要時，並根據「有疑義之定型化契約條款，應為有利於他方當事人解釋」之原則（參照消保法第十一條第二項），而解為該條款之免責範圍不包含使用條款當事人或其債務履行輔助人之故意或重大過失在內，亦即該條款僅就輕過失約定免責，故不生違反民法第二二二條以致於無效之問題。惟使用該條款之當事人或其債務履行輔助人於個案中既有故意或重大過失，當然不得引用前述之免責條款而主張免責<sup>53</sup>。

## B、輕過失免責條款之效力

以定型化契約條款免除或減輕使用條款當事人之責任者，其效力為何？關於此問題，理論與實務均甚關緊要，殊值探討。

實務上，無效之輕過失之免責條款以兩種類型最為重要，其一為條款使用人侵害相對人之生命、身體或健康法益，另一為條款使用人違犯契約之主要義務。

關於前者，蓋生命、身體、或健康，乃對任何自然人均屬最重要之法益；因此，債務之履行牽涉此等法益之維護時，法律上固不應容許債務人經由定型化契約條款免除或限制其故意或重大過失之責任，亦應進而禁止

<sup>53</sup> 參見最高法院 69 台上字第 2983 號判決。



債務人以定型化契約條款免除或限制自己之輕過失責任。

關於後者，債務人就其所負之契約主要義務，為輕過失免責條款之約定者，該條款亦常為無效。蓋債務人是否依善良管理人注意義務而履行其基於契約所生之主要義務，對於債權人是否決定締約、締約目的可否達成，均具有不可分割之關係，在有償契約，尤其如此。民法除以第二二〇條第一項揭示債務人原則上應就其抽象輕過失負責，更於各種有償契約規定中，重申債務人應盡善良管理人注意義務（參照民法第四三二條、第四九〇條、第五三五條、第五九〇條、第六七二條）。前述法條充分顯示，民法之基本立法意旨為：「債務人履行債務時，除其為純粹無償故僅就故意或重大過失負責者外（參照民法第四一〇條、第四一一條、第四六六條），其餘情形，債務人均應盡善良管理人之注意義務，乃契約法之一般原理原則」。因此，債務人使用定型化契約條款，就其未履行主要契約義務，限於有故意或重大過失時，始負債務不履行責任者，該條款顯屬違反民法基本立法意旨，並妨礙相對人締約目的之達成，除非使用人確有特殊必要，並對相對人給予相當補償，否則即為無效。使用條款之一方，以其行為引起他方之信賴而締約，卻又以定型化契約條款免除或限制該信賴所生之責任，該條款尤其應屬無效。

#### **（5）加重他方責任條款（民法第二四七條之一第二款）<sup>54</sup>**

加重他方當事人責任之定型化契約條款，以其表現方式而言，約可分為四類：A、排除法律明文規定，而提高他方當事人之注意義務。B、課他方當事人無過失責任。C、移轉風險於當他當事人。D、擴張他方當事人賠償範圍。因此，條款之約定屬於上述之任一者，即為無效。

---

<sup>54</sup> 參閱詹森林，最高法院與定型化契約法之發展－民法第 247 條之 1 裁判之研究，民事法理與判決研究（四），台北：元照，2006 年版，頁 192 以下。

## 伍、各關係人之作為

在公共工程產業，機關具有絕對強勢之行政資源及買方市場經濟地位，倘機關為追求更大之行政便利或利益，任意變更法律規定所內含之公平目的，將工程新建過程中之風險與不利益完全轉嫁由技服廠商承擔，而不思考是否有其他較佳之替代方案，致法律規範目的不達，則應非吾人所可接受；故法院面對法律相關之任意規定，倘被機關挾著契約自由之外衣，任意予以排除或變更，而導致技服廠商權益被嚴重侵害之現象，仍對契約自由原則堅守形式之契約自由原則，則無異甘為「叢林法則的擁護者」，豈符合人民權益守護者之角色<sup>55</sup>？

甚而，機關倘單方擬定、創設、變更法律任意規定之現象，將使司法體系須疲於奔命，不斷地檢驗每一條款對於技服廠商是否有嚴重權益損害之情形；又司法審查僅有其侷限性，即判決效力通常只及於該個案之當事人，對其他契約相對人並不直接擴展，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，使任意規定之立法意旨完全被破壞。

此外，技服契約內含追求公共利益之性質，若僅將其與一般私人之契約關係等同視之，似可能加深機關僅需從追求個別契約利益之角度，衡量該契約條款之錯誤觀念，致使機關忽略所應負擔之公共責任，此亦可能造成機關低估或疏於評估不合理契約條款對於整體公共利益，所可能造成之負面影響，例如：提高決標之相對價格、增加工程無法順利執行之風險、降低機關採購效率及品質、導致營建產業環境惡化、不利整體經濟發展等。

因此，基於經濟性、時效性、避免磋商代理人故意或過失行為而生責任等考量，機關預先擬定適用於同類契約之技服範本，固屬必要。惟為避

---

<sup>55</sup> 參閱楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常—最高法院 91 台上字第 2336 號判決評析，月旦法學雜誌，第 122 期，2005 年 7 月，頁 238~239。

免機關自居立法者及絕對強勢經濟之地位，單方操控遊戲規則之不公平情形繼續發生，身為公共工程採購主管機關之工程會責無旁貸，首應制訂公平合理之技服契約範本，次應突破現有法令及觀念上之限制，設法確保得標廠商對於契約草案各條款，均能與機關有充分之磋商機會與談判空間。至於司法從業者，除應熟悉法律條文之操作外，對於工程實務情況及法律涉及之諸多考量因素（如社會正義、經濟效率等），亦應有所關照，於綜合考量下所為之司法判決，方能引領社會進步，否則不顧案情而僅機械性之套用法條，法律人恐將淪為盲目生產判決之機器。對於技服廠商而言，在締結契約前，則應詳細審閱各條款，並徵詢專業人士之法律意見，俾對各該技服契約條款所涉及之風險，充分瞭解後綜合評估；倘至履約期間方發現契約條款對其不利，而欲透過訴訟程序調整契約條款之內容，依目前法院判決趨勢觀之，恐屬不易。

