

國立政治大學法學院碩士在職專班  
碩士論文

指導教授：吳瑾瑜博士

消費定型化契約條款之行政規制



研究生：胡華泰

中華民國 100 年 2 月

## 謝詞

96年3月間，我從臺北市政府訴願審議委員會商調至行政院消費者保護委員會擔任消費者保護官的工作，在執行公務的過程中，每覺自身對相關法律的思考體系、架構與服務機關的解釋、說法若有背離，內心總覺不甚踏實，為求甚解，乃於次年決定報考政大法研所在職專班，希望能接受更深一層的教育，以提昇自己多年未加精進的專業領域。在這段求學的歷程中，由於家住桃園，每每從公企中心下課回到家，已經晚上11點多，看著內人及兩個幼兒的睡覺模樣，有時內心還真有點感到虧欠。因此為了能早一點畢業，我在一年級下學期就決定了本篇論文的題目，並逐步展開撰寫工作，期間除蒐集閱讀不少法學參考資料，亦試著涉獵一些經濟學刊物，希望能對論文的寫作有所助益。這一路走來跌跌撞撞，終於在二年級下學期完成初稿送交指導老師初閱，感謝指導老師對我那冗長文字的忍耐，並一一指教，使得本篇論文有今日的簡潔。

由於論文與自身的工作經驗深切相關，加上自己亦是在從事消費定型化契約條款的管制業務，因此對於政府的相關管制作為頗有深刻認識及體會。然未避免論文內容流於主觀，我經常利用閒暇與同仁討論激辯，試圖從中能理出一些頭緒，感謝何副局長、王官、明圳、嘉麟、惠珍等人對我的容忍及教導，使我在追求學問的過程中能有所啟發，益增添不少求知的樂趣。

在此值得一提的，指導老師吳瑾瑜教授對消費定型化契約條款行政管制的中心思想，與我的想法有顯著的不同，惟吳教授對此並不以為意，其和善寬宏，讓我得以暢所欲言，肆無忌憚，甚為感謝。另外亦感謝陳洸岳教授及杜怡靜教授在論文口試時，對於論文內容所提的意見，使得本篇論文得以更加充實完備。

最後，謹以此篇論文獻給我的家人，感謝您們這一路走來對我的體諒、扶持，衷心地謝謝您們。

## 中文摘要

我國公權力對消費定型化契約條款之行政管制，有愈趨嚴密之勢，觀諸國內目前的研究文獻，卻多為個別消費定型化契約類型的研究，針對其整體性的研究文獻卻相當稀少。本篇論文嘗試以較宏觀之角度，從定型化契約條款規制緣由之發展、德國相關契約管制理論之討論，以及契約之法律經濟分析等面向，以現行消費者保護法的規範架構為基礎，以演繹具體之消費定型化契約條款內容控制標準。嗣以此等內容控制標準檢視我國目前有關消費定型化契約條款的行政規制模式，尤其針對定型化契約應記載及不得記載事項的性質，及其相關內容加以分析討論。除此之外，由於我國目前中央主管機關所公告之各類定型化契約應記載及不得記載事項甚多，本文亦嘗試將這些應記載及不得記載事項予以類型化，並逐一地提出比較評析。

第壹章「緒論」：各國對消費定型化契約條款多有採取立法、行政及司法等相關規制措施加以導正，我國法制（即立法及司法規則）因此亦深受影響，尤其是繼受德國法。惟我國有關消費定型化契約條款行政規制法制的發展則與德國法制完全脫勾，目前係廣泛透過行政立法之方式，發展頗具臺灣特色的管制模式。針對此種運用公權力以積極介入私人間法律關係的發展，從憲法及行政法角度而言，是否違反法治國原則？從民法的契約自由及契約正義而言，是否妥適？公私法彼此間的競合交錯是否造成過度管制的情形？期藉由初步討論能拋磚引玉。

第貳章「消費定型化契約條款管制之發展」：從定型化契約條款規制緣由之發展、德國相關契約管制理論之討論，以及契約之法律經濟分析等面向，探討消費定型化契約條款管為何要加以管制，以及管制所須注意的面向。

第參章「消費定型化契約條款行政規制之發展」：由於立法、司法規制的功能不足，國家遂被進一步地授權以行政手段介入管制。國家藉由行政規制填充、創造私法自治的外圍框架，理論上並非完全無著力空間，也因此造就我國消費定型化契約條款行政規制的發展。而根據我國目前實務，立法者為避免人民權利保障的疏漏，多有授權行政機關針對消費定型化契約條款進行管制的情形，因此傳

統論者基於國家應保持中立或公權力不能妨害契約自由等觀點反對行政規制的立場，似未能切中問題重點，本文以為應就「何時適宜動用行政介入手段」、「動用何種行政手段」、「法治國」、「效用」等面向深入討論，並注意所採用的手段是否逸脫消費定型化契約條款的管制緣由。

第肆章「消費定型化契約條款行政規制之種類」：從行政指導、法規命令及行政處分等行政作用面向分述消費定型化契約條款行政規制之種類。

第伍章「違反行政規制之法律效果」：從行政罰及消費者保護官的不作為訴訟分述違反行政規制的法律效果。

第陸章「各類型行政規制之檢討」：針對前兩章消費定型化契約條款行政規制之種類及違反行政規制之法律效果進行檢討，該章是本篇論文的重心。

第柒章「法制上之建議-代結論」：延續第陸章的檢討，對我國現行消費定型化契約條款行政規制法制提出建言。

關鍵字：定型化契約條款行政規制、契約管制、交易成本、資訊不對稱、定型化契約應記載事項、審閱期間、任意解約(終止)權之承認、履約擔保、零售業網路交易定型化契約應記載事項

## Abstract

With the ongoing changes of official role in the arbitration between the civil contracts, the debate of whether it should be stepping into or reducing is still up in the air. Although both sides have based on profound theories, the administrative authority of ROC still has tighter and tighter control on consumption of standard contract terms. In light of domestic study on such subject, more paper emphasize on individual type of study instead of the comprehensive one. Therefore this paper claims that the administrative authority should aggressively play a role to create the sound framework to provide necessary substances and service to assure the function of the market mechanism. However, its intervention of the contract content freedom should be taken by more conservative approach. Under this circumstance, this study is trying to illustrate the origin and the development of moderation on standard contract terms, also with the related discussion over contract moderation in German, and the analysis in law and economics over civil contracts. Moreover this study elaborates the concrete consumption of standard contract terms under the consumers' protection regulation architecture. Hopefully we can reexamine the current administrative control over the consumption of standard contract terms, especially for those the standard contract terms should be posted and those should not. We can evaluate the pros and cons about that later.

Besides, due to lots of regulation over those should be or not to provisions, this study is also trying to classify all to make comparison and analysis one by one for your own view.

## 簡目

### 第壹章緒論

第一節研究背景與研究目的

第二節研究範圍與研究方法

### 第貳章消費定型化契約條款管制之發展

第一節基本觀念與問題概觀

第二節定型化契約條款規制緣由之發展

第一款傳統見解-保護弱者與對抗獨占或優勢經濟地位

第二款現今有力見解-彌補交易成本與資訊不對稱所產生的弊端

第三款基於契約正義的考量

第三節德國契約管制理論之發展對我國契約管制法制的啟示

第一款前言

第二款相關理論的說明

第三款相關理論的啟示

第四節契約之法律經濟分析對契約管制的影響

### 第參章消費定型化契約條款行政規制之發展

第一節消費定型化契約條款行政規制之必要性

第一款彌補立法或司法規制之不足

第二款滿足個人的基礎需求

第二節消費定型化契約條款行政規制之依據

第三節憲法訴訟權的保障對消費定型化契約條款行政規制之影響

第四節小結

### 第肆章消費定型化契約條款行政規制之種類

第一節實施行政指導

第二節發布法規命令



第一款根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款

第二款根據消費者保護法授權發布應記載及不得記載事項成為定型化契約  
條款

第一目應記載事項之類型說明

第二目不得記載事項之類型說明

第三款小結

第三節作成行政處分

第一款中央主管機關事前核准或核定定型化契約條款

第二款地方主管機關事後對定型化契約條款發動行政監督

## 第五章違反行政規制之法律效果

第一節行政罰

第一款公平交易法之行政制裁

第二款消費者保護法之行政制裁

第三款地方自治條例之行政制裁-以臺北市消費者保護自治條例為例

第二節消費者保護法第 56 條之 1 修正草案

第三節消費者保護官之不作為訴訟

## 第陸章各類型行政規制之檢討

第一節行政指導

第二節法規命令

第一款根據專業法律授權發布法規命令之執行檢討

第二款根據消費者保護法授權發布應記載事項之執行檢討

第三款小結

第三節行政處分

第一款地方主管機關事後對定型化契約條款發動行政監督之執行檢討

第二款地方主管機關基於地方自治條例對定型化契約條款發動行政監督之

執行檢討-以臺北市消費者保護自治條例為例

第三款消費者保護法第 56 條之 1 修正草案之評析

第四節消費者保護官不作為訴訟制度之萎縮

第五節小結

## 第七章法制上之建議-代結論





## 詳目

|                              |    |
|------------------------------|----|
| <b>第壹章緒論</b>                 | 8  |
| 第一節研究背景與研究目的                 | 8  |
| 第二節研究範圍與研究方法                 | 10 |
| <b>第貳章消費定型化契約條款管制之發展</b>     | 12 |
| 第一節基本觀念與問題概觀                 | 12 |
| 第二節定型化契約條款規制緣由之發展            | 14 |
| 第一款傳統見解-保護弱者與對抗獨占或優勢經濟地位     | 14 |
| 第二款現今有力見解-彌補交易成本與資訊不對稱所產生的弊端 | 16 |
| 第三款基於契約正義的考量                 | 17 |
| 第三節德國契約管制理論之發展對吾國契約管制的啟示     | 18 |
| 第一款前言                        | 18 |
| 第二款相關理論的說明                   | 18 |
| 第三款相關理論的啟示                   | 23 |
| 第四節契約之法律經濟分析對契約管制的影響         | 25 |
| <b>第參章消費定型化契約條款行政規制之發展</b>   | 29 |
| 第一節消費定型化契約條款行政規制之必要性         | 29 |
| 第一款彌補立法或司法規制之不足              | 29 |
| 第二款滿足個人的基礎需求                 | 30 |
| 第二節消費定型化契約條款行政規制之依據          | 32 |
| 第三節憲法訴訟權的保障對消費定型化契約條款行政規制之影響 | 32 |
| 第四節小結                        | 33 |
| <b>第肆章消費定型化契約條款行政規制之種類</b>   | 35 |
| 第一節實施行政指導                    | 35 |
| 第二節發布法規命令                    | 37 |

|  |    |
|--|----|
| 第一款根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款-----              | 37 |
| 一、航空運送契約-----                                | 37 |
| 二、鐵路運送契約-----                                | 38 |
| 三、電信服務契約-----                                | 39 |
| 四、定期儲蓄存款契約-----                              | 39 |
| 第二款根據消費者保護法授權發布應記載及不得記載事項成為定型化契約<br>條款-----  | 40 |
| 第一目應記載事項之類型說明-----                           | 41 |
| 一、審閱期間-----                                  | 41 |
| 二、消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額<br>標準化----- | 42 |
| 三、企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化-----                  | 45 |
| 四、預付型消費型態之履約擔保制度-----                        | 48 |
| 五、針對廣告重申消費者保護法之規範效力-----                     | 50 |
| 第二目不得記載事項之類型說明-----                          | 52 |
| 一、不得違反強制或禁止規定-----                           | 52 |
| 二、不得違背契約嚴守原則-----                            | 52 |
| 三、不得使用未有明確定義之名詞或不明確之語句-----                  | 53 |
| 四、不得排除民法、消費者保護法之任意規定-----                    | 53 |
| 五、不得違反應記載事項意旨之約定-----                        | 54 |
| 六、特殊交易型態之不得記載事項-----                         | 54 |
| 第三款小結-----                                   | 55 |
| 第三節作成行政處分-----                               | 55 |
| 第一款中央主管機關事前核准或核定定型化契約條款-----                 | 55 |
| 第二款地方主管機關事後對定型化契約條款發動行政監督-----               | 56 |

|  |    |
|--|----|
| <b>第五章違反行政規制之法律效果</b>                                | 58 |
| 第一節行政罰   | 58 |
| 第一款公平交易法之行政制裁  | 58 |
| 第二款消費者保護法之行政制裁                                       | 60 |
| 第三款地方自治條例之行政制裁-以臺北市消費者保護自治條例為例                       | 60 |
| 第二節消費者保護法第 56 條之 1 修正草案                              | 61 |
| 第三節消費者保護官之不作為訴訟                                      | 62 |
| <b>第六章各類型行政規制之檢討</b>                                 | 63 |
| 第一節行政指導  | 63 |
| 第二節法規命令  | 63 |
| 第一款根據專業法律授權發布法規命令之執行檢討                               | 63 |
| 第二款根據消費者保護法授權發布應記載事項之執行檢討                            | 65 |
| 一、審閱期間   | 66 |
| 二、消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化                  | 68 |
| 三、企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化                               | 71 |
| 四、預付型消費型態之履約擔保制度                                     | 72 |
| 五、廣告效力之規範  | 77 |
| 六、附論-零售業網路交易定型化契約應記載事項第 5 條規定                        | 79 |
| 第三款小結  | 81 |
| 第三節行政處分  | 83 |
| 第一款地方主管機關事後對定型化契約條款發動行政監督之執行檢討                       | 83 |
| 第二款地方主管機關基於地方自治條例對定型化契約條款發動行政監督之執行檢討-以臺北市消費者保護自治條例為例 | 87 |
| 第三款消費者保護法第 56 條之 1 修正草案之評析                           | 89 |

|                          |    |
|--------------------------|----|
| 第四節消費者保護官不作為訴訟制度之萎縮----- | 92 |
| 第五節小結-----               | 92 |
| 第七章法制上之建議-代結論-----       | 97 |



# 第壹章緒論

## 第一節研究背景與研究目的

契約自由是私法自治的基礎，契約機制使得雙方當事人將原先企圖追求的私利，透過彼此間的相互磋商牽制，達成合致，進而創造彼此的福祉，此等福祉符合公共利益的要求，合致的內容亦因植基於雙方當事人之同意，而獲得正當性的擔保(即符合契約正義)。18 世紀工業革命之後，由於科技的快速進步，導致產品及服務的種類與數量均大量增加，為因應大量的交易需求，企業經營者基於效率，為降低交易成本，往往預先擬定消費定型化契約條款，使交易之雙方當事人通常僅須在具體交易時約定個別產品或勞務名稱、內容、數量及其具體價格或其他必要事項等，而無須再就契約之其他事項逐一個別地加以協商，因而得以節省雙方當事人締約所需的勞力、時間、費用；對使用消費定型化契約條款的企業而言，亦可節省監督管理員工執行職務的成本。此種契約的訂定模式，既具有上述降低交易成本、提高經濟效率、加速交易過程之功能，本於私法自治及契約自由原則，實務上自有其存在的必要性及正當性。

然而，在現今高度分工及專業化的社會，企業經營者往往濫用形式契約自由原則，自恃其專業或利用他方當事人(消費者)基於交易成本或資訊不對稱等因素，藉由消費定型化契約條款模式採取投機行為以謀求私利，針對契約風險採取無效率之規定(如違反「優勢承擔人」或「低廉保險人」之風險分派原則)，致違反契約當事人追求效率之目的及契約實質正義的要求，因此各國對消費定型化契約條款多有採取立法、行政及司法等相關規制措施加以導正，我國法制因此亦深受影響。除既有的司法規制(即訴訟權的保障)外，關於立法規制的部分，不論係廣義的立法規制(即消費者保護法第二章第二節定型化契約的部分，第 17 條規定除外)，或狹義的立法規制(消費者保護法第 12 條、民法第 247 條之 1)，幾乎均全盤繼受 1974 年德國一般交易條款規制法(AGBG)之相關規定。此外，基於預防及輔助的需求，消費者保護法第 53 條亦模仿德國團體訴訟之規定，授權行政機關所設置之消費者保護官對不當的消費定型化契約條款可利用政府資源提起不



作為訴訟，要求業者停止使用。至於行政規制(狹義)的部分，我國法制的發展則與德國法制完全脫勾，除既有的中央主管機關根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款，或依法規事前核准或核定定型化契約條款外，目前更廣泛地透過行政立法之方式發展頗具臺灣特色的管制模式，如由中央主管機關基於職權訂定定型化契約範本，藉由各自主管法規的執行以強化範本的普遍適用，或概括授權中央主管機關選擇特定行業，訂定(消費)定型化契約應記載事項及不得記載事項實質介入契約的內容(同法第 17 條)。近來，在消費者保護行政實務上，甚至有地方主管機關為積極有效達成保護消費者之目的，不顧法律適用的疑義，逕以行政罰作為規制消費定型化契約條款之手段，即依消費者保護法第 36 條及第 58 條規定排除業者不當使用消費定型化契約條款(如 2009 年 1 月 19 日行政院消費者保護委員會針對電影院禁止消費者攜帶外食入內之定型化契約條款，認為有違反平等互惠原則之嫌，臺北縣政府嗣後更針對轄內記載禁止攜帶外食條款的電影院業者，依消費者保護法第 36 條規定命其限期改善，並說明倘屆期不改善者，將依同法第 58 條規定處 6 萬元至 150 萬元罰鍰，並得連續處罰)。而學界針對此一發展趨勢，亦鑑於業者違反定型化契約應記載及不得記載事項者，依現行規定僅得循民事訴訟程序主張權利，為收實效，乃倡議增訂行政罰，以擔保定型化契約應記載及不得記載事項的落實執行。

針對前開運用公權力以積極介入私人間法律關係的發展，從憲法及行政法角度而言，是否違反法治國原則？從民法的契約自由及契約正義而言，是否妥適？公私法彼此間的競合交錯是否造成過度管制的情形？近來則有檢討的呼聲。據作者觀察，此類呼聲對照相關主管機關動輒高舉消費者保護的大纛而言，顯然不獲廣大消費者的青睞。然究竟是否真的如此，本文則認為有深入探究的必要。蓋契約正義的實質內涵(管制標準)為何？私人間的契約行為究竟何時需要管制？管制程度到什麼樣的地步？其理想模式及界限為何？凡此，均事關契約法的核心(如私法自治、契約自由、契約正義等)，似應有一定的脈絡標準可尋，否則動輒訴諸「公平正義」、「誠信原則」、「平等互惠」等概念層次，久而久之亦不免產生

論證空轉的貧乏現象，操作失當極易造成對契約內容全面審查的危險。甚者，亦將模糊管制之目的，並耗費管制之成本。有鑑於此，本文欲透過上述問題的相關論述（如探究契約控制目的之脈絡及相關法律經濟分析的方法）以勾勒合理適當的行政管制模式，同時對我國目前的行政管制模式逐一地分析檢討，並以我國近來實務所發生的重大案例作為輔助說明。

## 第二節 研究範圍與研究方法

按我國消費者保護法第 12 條針對消費定型化契約條款訂有規制標準，並為司法機關審酌條款是否有效的依據。惟實務上由於司法機關對定型化契約條款實質效力之審查，每每固守形式契約自由原則，甚少實質認定條款無效（例如信用卡正、副卡連帶條款案），以致遂有基於主動、預防等法政策而採取行政規制的立法。而消費者保護法中所規範之行政規制手段相當地廣泛，包括第 17 條第 3 項主管機關隨時派員查核、第 17 條第 1 項中央主管機關公告定型化契約應記載及不得記載事項、第 53 條消費者保護官之不作為訴訟及第 33 條至第 38 條主管機關的行政監督等，相關規制模式的內涵（中心思想）為何？本文擬藉文獻評論的方法，就國內現有的實務、學說及論文為基礎，並輔以相關案例，以分析檢討我國目前之行政規制模式。故本文的研究對象為我國目前針對消費定型化契約條款所採取的行政管制模式，並以中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項及不得記載事項，作為論述的基礎。至於未來消費者保護法第 56 條之 1 將增訂違反中央主管機關公告定型化契約應記載及不得記載事項之處罰規定，是否妥當？必要性如何？亦在本文探討的範圍。

本文寫作的方向係從定型化契約條款規制緣由之發展、德國相關契約管制理論之討論，以及契約之法律經濟分析等面向，以現行消費者保護法的規範架構為基礎，以演繹具體之消費定型化契約條款內容控制標準。嗣以此等內容控制標準檢視我國目前有關消費定型化契約條款的行政規制模式，尤其針對定型化契約應



記載及不得記載事項的性質，及其相關內容加以分析討論。此外，由於我國目前中央主管機關所公告之各類定型化契約應記載及不得記載事項眾多，本文亦嘗試將這些應記載及不得記載事項予以類型化，並逐一地提出評析。以上努力之目的均在提出一個適當的行政管制模型，以期兼顧保護消費者權益，並避免造成對契約內容全面審查的風險。



## 第貳章消費定型化契約條款管制之發展

### 第一節基本觀念與問題概觀

私法給予個人廣泛的機會，使其根據自身的自由意願，透過意思表示去規整自己與周遭的法律關係，此為私法自治(有稱為意思自治)的意義。契約自由係建立在私法自治基礎上的重要派生原則<sup>1</sup>，為個人自由主義的展現結果，並於19世紀後伴隨市場經濟成為現代契約法的最重要內涵。所謂契約自由原則，一般係指只要雙方當事人具有行為能力，各自基於自由意思而締結契約，在締約過程中，任一方當事人未有意思表示錯誤或受他方詐欺、脅迫等情，而契約之標的內容亦未違反法律強制規定或公序良俗者，國家即應承認當事人所締結契約的效力，不得任意加以干涉。一方當事人若有債務不履行情事，他方當事人得起訴請求他造履行或賠償因不履行所生之損害。該原則之確立，其倫理內涵植基於契約雙方當事人出於健全之自由意思所形成的合意，代表自我決定、自我拘束與自我負責，因此契約當事人需受合意內容的拘束，而不得出爾反爾，任意毀約(即契約嚴守)<sup>2</sup>。另一方面從經濟學的觀點描述契約自由的概念，則大抵係以人基於利己心理，追求自己最大的福利，此乃人之所以為「理性人<sup>3</sup>」之天賦，因此私人間法律關係的內容究應如何形成才能為彼此創造最大的利益，在通常的情形下，契約當事人遠比任何第三人(包括政府及個案涉訟時審理案件的法官在內)更瞭解交易的需求及可能面臨的風險，契約經由當事人磋商合致成立生效後，當事人各取所需，因而促進雙方當事人的利益，創造最大福祉(即各別利益的總和)，終而促進整體社會的繁榮發展<sup>4</sup>。

<sup>1</sup> 陳自強，契約之成立與生效，新學林，2007年3月，頁152謂：「契約自由原則雖僅為私法自治原則的一個內涵，但實際運用上，前者卻為後者最重要的一個，有人甚至認為二者為同義字。」

<sup>2</sup> 此一部分係以抽象的哲學理論說明契約自由的基礎。

<sup>3</sup> 陳彥希，契約法之經濟分析，1993年臺灣大學法研所博士論文頁21提及：「經濟學上之理性人，係以自我利益為導向之經濟活動體，在其思慮衡酌中，並無其他足堪與自我利相互抗拮之事物。為了確保經濟理性人之個性能專精純一，其判斷能免於矛盾，經濟學家在理性人之性格中又假設兩項要素，即穩定偏好與追求財富或效用之極大化。」。陳彥希，效率、正義與契約，收於日新第5期，2005年9月，頁10。許惠峰，跨越法學與經濟學之鴻溝-兼論法律經濟分析之侷限性，華岡法粹，2008年11月，頁100謂：「經濟學之研究對象係以人類的選擇行為為主，因而在資源稀缺的前提下，經濟學假設人們皆為自己的利益而做出理性的抉擇，此乃經濟學基礎理論推展的前提要件。」

<sup>4</sup> 此部分係以具體的自由經濟觀念說明契約自由的基礎，平實而令人印象深刻。

工業革命之後，由於科技的快速進步，導致產品及服務的種類與數量均大量增加，為因應大量的交易需求，企業經營者基於效率，為降低交易成本，往往預先擬定定型化契約條款，使交易之雙方當事人通常僅須於具體交易時約定個別產品或勞務名稱、內容、數量及其具體價格或其他必要事項等，而無須再就契約之其他事項逐一個別地加以協商，因而得以節省雙方當事人締約所需的勞力、時間、費用(針對消費定型化契約條款而言<sup>5</sup>)。此一作法，對使用定型化契約條款的企業而言，復可節省監督管理員工執行職務的成本。而企業經營者基於創造利潤，亦可藉由定型化契約條款創設新型交易型態(如信用卡使用契約、連鎖店加盟契約等)，補充當事人間在從事新型交易時的權利義務。職是，此種契約的訂定模式，既具有上述**降低交易成本、提高經濟效率、補充當事人意思及加速交易過程**之功能，本於私法自治及契約自由原則，實務上自有其存在的必要性及正當性<sup>6</sup>。惟即便如此，使用定型化契約條款締結契約之一方，基於自利及追求利潤極大化之目標，經常藉由定型化契約條款規定有利於己但是不利於他方之內容，諸如選擇性的適用或排除民法規定、或免除、限制營業行為所生的責任、或針對重要性條款加以約定，此等條款因約款擬定人單方利用其**契約形成之自由權**而擬定定型化契約條款，係屬**形成自由權的濫用**，而非保護現行產業結構下相較於企業經營者不對等地位的消費者<sup>7</sup>。按「契約自由」本身並非目的，而是落實個人自主之應然要求手段。私法自治之終極目的，在維持法律觀念上平等、自由的法律主體能彼此維持其「**自主性**」。片面濫用定型化契約條款當作契約當事人之遊

<sup>5</sup> 按定型化契約條款應屬所有私法契約的問題，理論上應有總則性的規範，惟我國有關定型化契約規制的法律基礎因為發展過程的背景因素，以致迄今未能建構完整的總則性規範。其中針對消費定型化契約條款之規制，目前以消費者保護法之規範內容(即第 11 條至第 16 條)較為充足完整，而作為普通法的民法反而卻僅有第 247 條之 1。我國消費者保護法有關規制定型化契約的規範係繼受德國 1977 年 4 月 1 日施行之「一般交易條款規制法(AGBG)」第 1 條至第 9 條的規定，而德國自 2002 年債法修正後，已將該國舊有的定型化契約法制統一納入該國民法第 305 條至第 310 條規定。此一立法趨勢，應值作為我國未來法制的參考。按**一般**定型化契約條款規制的緣由，主要為「**交易成本**」及「**資訊不對稱**」兩大理由，因應各別定型化契約的性質，尚有因獨占或優勢經濟地位所致**經濟或決定能力**之不對等、或基於維護**社會底限**等事由。本文受篇幅所限，爰以消費者保護法中之消費定型化契約條款作為論述中心。

<sup>6</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範-消費者保護法第 12 條之分析，消費者保護研究第一輯，行政院消費者保護委員會編印，頁 65 以下。

<sup>7</sup> 引自楊淑文，消費訴訟，收於行政院消費者保護委員會 98 年度消費者保護法研習會講義，頁 19。

戲規則，並作為彼此間權利義務安排之依據，若不加規範介入，將完全回歸弱肉強食之叢林法則(即一方當事人藉形式契約自由之名，行妨礙契約正義之實)，不僅破壞約款相對人之自主性，對其權益亦將造成莫大的侵害。

定型化契約條款是私法自治、契約自由的極致表現，同時也是濫用契約自由的典型。對於契約自由原則之規制，初始雖然不是針對定型化契約條款而來，但在操作上多是針對定型化契約條款，卻也是不爭的事實。按私法具有框架法的性格，因此民事法律行為有不得違反國家強行法(即立法規制)的預設，個案遇有爭議則可透過司法加以規制。至於透過行政規制填充、創造私法自治的外圍框架，理論上並非完全無著力空間<sup>8</sup>。惟國家公權力針對定型化契約條款(尤其是消費定型化條款)介入控制，即使是在為當事人提供保護，往往同時會對另一方當事人的自治權限、契約自由造成某種程度的限制或擠壓。因此，為彌補因獨占或優勢經濟地位、交易成本、資訊不對稱所致的契約自由失靈，甚或基於契約正義之考量，透過行政規制保障作為私法自治基礎的個人自主決定不受公權力或第三人不當侵害，其提供保護、設定限制，自不得不謹慎為之。

## 第二節 定型化契約條款規制緣由之發展

按定型化契約條款成為契約的一部分，既係基於當事人之契約自由，在其內容不違反強行規定或公序良俗，意思表示又無錯誤、被詐欺或被脅迫的情勢下，為何容許他方當事人以條款不符誠實信用為由，而主張條款無效？大致而言，則有下述三種主要見解的發展。

### 第一款傳統見解-保護弱者與對抗獨占或優勢經濟地位

傳統見解認為，使用定型化契約條款的一方當事人係居於獨占地位，或者居於優勢經濟地位，以致相對人全無選擇餘地，居於弱勢，只有全部接受定型化契約條款或拒絕接受(take-it-or-leave-it)，而不得再做其他爭執，因此為保護

<sup>8</sup> 引自陳建文等，私法關係行政規制之法制體例研究-公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較，2007年11月行政院法規委員會委託研究，頁4-4。



經濟上、經驗上及法律上處於弱勢的相對人，對此等條款自應透過民事法的最高原則—誠信原則加以管制。我國法院實務認為，民法第 247 條之 1(88 年 4 月 21 日增訂)的立法理由，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，而為原則上之規定，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<sup>9</sup>，似亦採取類似之見解。

上述說法固然言之成理，然學者通說則認為第 247 條之 1 所規範的對象，並不限於企業經營者與消費者所訂立的定型化契約，企業經營者間的定型化契約(商業性定型化契約)，依其文義，也屬於規範的對象<sup>10</sup>。況前揭立法理由亦不能完整說明使用定型化契約條款進行交易時，他方當事人在經濟上、經驗上及專業上相較於條款使用人，皆不遜色時(如廠商與廠商間之交易—即所謂 B2B 或醫師於自己或親人因病開刀住院時簽署住院同意書、麻醉同意書或手術同意書接受定型化契約條款的情形)，為何他方當事人仍得於訂約後主張條款無效的情形<sup>11</sup>？而法律就定型化契約條款加以管制，固然在協助無經驗者或弱者使之與企業經營者相抗衡，但不能就此認定，對條款加以管制，係以一方提出其在經濟上或其他方面較弱勢或條款使用者強勢之證明為前提。因為在競爭甚為激烈之特定行業，其經濟上或其他方面之優勢地位並無意義<sup>12</sup>。何況，使用定型化契約條款既具有降低產品差異、促進價格競爭，以及降低交易成本的功能，故定型化契約條款的使用反而會促使市場朝向完全競爭的發展。因此，在多數廠商使用相同定型化契約條款的情形，實際上則顯示廠商間互相處於高度競爭之狀態，故「要就接受，不然

<sup>9</sup> 最高法院 91 台上字第 2336 號判決、92 台上字第 1395 號判決、92 台上字第 2330 號判決、92 台上字第 2332 號判決、96 年台上字第 684 號判決、98 年台上字第 1793 號判決。

<sup>10</sup> 引自陳自強，契約之成立與生效，新學林，2007 年 3 月，頁 196。

<sup>11</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第 12 條之分析，消費者保護研究第一輯，行政院消費者保護委員會編印，頁 135；楊芳賢，定型化契約條款的規制—若干經濟觀點的介紹，政大法學評論第 86 期，2005 年 8 月，頁 57 至 58 提及：「使用定型化契約條款的一方當事人亦可能面臨具有優勢經濟地位的他方當事人。雖然如此，他方當事人對於一方當事人的定型化契約條款亦只有接受餘地。……」

<sup>12</sup> 黃立，細說德國 2001 年新民法消費契約條款，政大法學評論第 98 期，2007 年 8 月，頁 101。

拉倒」的締約情形，反而顯示市場是完全競爭而非獨占<sup>13</sup>。職是，獨占或優勢經濟地位並非必然造成定型化契約條款的不公平或濫用的情形，民法第 247 條之 1 的立法理由雖表明經濟或談判力量的不對等係管制定型化契約條款的正當化事由，惟此僅能說明部分特殊情形，實不足說明一般定型化契約條款之規制緣由。

#### 第二款現今有力見解-彌補交易成本與資訊不對稱所產生的弊端

從寇斯定理(參閱第 4 項之說明)之相關內容對照現行定型化契約條款之使用情形可知，就定型化契約條款之他方當事人而言，其未耗費時間、金錢閱讀定型化契約條款、進行協商或另尋交易相對人，以便爭取較佳條款之原因，係為**節省成本**<sup>14</sup>。再者，他方當事人閱讀並進行定型化契約條款的協商談判，或另尋交易相對人或另尋更佳的締約內容等所支出的成本，包括時間、金錢、勞力等，若遠低於因此所得的效益，則他方當事人實不可能從事此種無效率的支出。甚至，他方當事人通常亦知悉提供同類商品或服務的業者亦是使用相同或類似的定型化契約條款，並預知即使盡其一切努力，亦難以獲致較有利或不同的條款。職是，交易成本與成本效益的考量，才是他方當事人面對一方當事人使用定型化契約條款締約時，縱使懷疑可能有對其不利的條款，而仍然選擇接受而成立契約的主要原因之一<sup>15</sup>，而此一說法亦顯示完全競爭並不能使定型化契約條款合理化。蓋個別談判交涉，對他方當事人所耗費的交易成本過高，實際上並無法期待他方當事人進行個別談判，以保護自己之利益。據此，若一方當事人利用他方當事人因為**交易成本的因素**而進行投機行為，不當地將風險轉嫁或加諸不相當責任於他方當事人時，對此即有必要依法律加以管制。

<sup>13</sup> 引自楊芳賢，定型化契約條款的規制-若干經濟觀點的介紹，政大法學評論第 86 期，2005 年 8 月，頁 56 註 13。

<sup>14</sup> 詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範-消費者保護法第 12 條之分析，消費者保護研究第一輯，行政院消費保護委員會編印，頁 136；陳自強，契約之成立與生效，新學林，2007 年 3 月，頁 196。

<sup>15</sup> 楊芳賢，定型化契約條款的規制-若干經濟觀點的介紹，政大法學評論第 86 期，2005 年 8 月，頁 62。

此外，他方當事人對於市場上使用的定型化契約條款內容多無從加以理解辨識，與提供條款的當事人相較，明顯有**資訊不對稱**的情形。若一方當事人在其提供之定型化契約條款中作成對自己有利之規定，而且此等規定又是對契約風險等事項採取無效率的安排(例如違反契約風險應由能以最低成本防止契約風險者承擔的原則等)，相對的，市場上其他競爭者若未採取相同內容之條款時，此時其他競爭者為了生存競爭別無選擇，只有緊隨在後使用相同內容之定型化契約條款，或甚至採用比該一方當事人對自己更有利的條款，如此惡性循環，即可能發生因逆選擇(adverse selection)而導致市場失靈的結果<sup>16</sup>，因此須要國家介入加以管制。

### 第三款基於契約正義的考量

契約自由與契約正義係契約法的基本原則，必須互相補充，彼此協力，始能實踐契約法的機能<sup>17</sup>。定型化契約條款固有節省締約成本的功能，然條款使用人基於自利及追求利潤極大化的目標，多藉由定型化契約條款規定有利於己但是不利於他方之內容，他方則在節省交易成本的因素下，對條款內容多不爭執，此等形式契約自由(契約內容形成自由)之濫用所造成不公平的結果，因未能平衡兼顧締約雙方之利益，致**契約正義**無法達成。為扭轉此一結果，國家基於維護契約正義之必要，遂介入管制定型化契約條款。須注意的是，此類管制並非以一定的正義標準取代當事人的契約內容(實體取向)，而是在重新賦予當事人公平的締約機會(程序取向)，以擔保契約內容的實質公平。因為相對於契約內容的控制易引起不當干預契約自由的疑慮，**程序性的規範**其實比較容易在契約自由這個敏感領域游走，以尋求較多作為的空間。消費者保護法中有關定型化契約條款規制體系的審查順序，基本上亦係依此**程序思維**來實現契約正義的要求<sup>18</sup>。

<sup>16</sup> 楊芳賢，定型化契約條款的規制-若干經濟觀點的介紹，政大法學評論第86期，2005年8月，頁66。

<sup>17</sup> 引自王澤鑑，債法原理，1999年10月，頁18。

<sup>18</sup> 引自陳建文等，私法關係行政規制之法制體例研究-公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較，2009年11月行政院法規委員會委託研究，頁4-8至4-9。



### 第三節德國契約管制理論之發展對我國契約管制法制的啟示<sup>19</sup>

#### 第一款前言

我國民法(尤其是總則編及債編)及消費者保護法第二章第二節「定型化契約」的相關規範，均係繼受德國法，而除了立法繼受外，我國不論在實務或學說方面，對有關管制私法契約所採取之標準的相關解釋與討論，亦係繼受德國實務與學者的相關說法<sup>20</sup>。因此，本文以為，在討論契約管制的議題時，德國有關契約管制理論的討論，應可作為我國立法及執法上的參考。以下即就學者林更盛針對德國契約管制理論的相關說明加以整理歸納，以呼應本文第肆章「消費定型化契約條款行政規制之種類」及第陸章「各類型行政規制之檢討」的相關討論。

#### 第二款相關理論的說明

契約自由應符合契約正義的要求(兩者合而為一)，為大勢所趨。然法律針對例外情形要求基於**客觀等值原則**，檢視個案契約是否符合契約正義(契約公平)而決定是否加以介入管制時，非有具體客觀標準則無法竟其全功。蓋無論係法官或行政機關從事契約控制，若欠缺客觀標準依循，即有流於恣意之虞，將造成對契約內容全面審查的危險，致使契約制度崩潰瓦解，不可不慎<sup>21</sup>。本節擬就德國法上關於契約管制理論的發展加以分析說明，期歸納法官或行政機關從事契約管制時所應注意的面向，以供作我國契約管制法制的參考。

德國法契約管制理論係以第一種以「契約正義」為出發點，以及第二種以「自我決定」為基礎的見解為較多的學者所接受，而德國聯邦憲法法院於其相關判決

<sup>19</sup> 以下係就林更盛，論契約控制的相關理論-從 John Rawls 的正義理論談起，東海大學法學研究第 30 期，2009 年 6 月，頁 8-28 的介紹加以說明。該文並收於同作者，論契約控制-從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆圖書，2009 年 3 月。

<sup>20</sup> 德國在 2002 年債法現代化法施行前，針對契約自由的失靈多透過特別法的方式加以修正，如消費者信用法、家門推銷法、保險契約法、公寓仲介法、遠距教學法及一些受僱人保護規定。對照我國，則有消費者保護法有關郵購買賣及訪問買賣的規定、保險法有關保險契約示範條款的行政審查機制及無條件撤銷權規定、耕地三七五減租條例、勞動基準法有關工作規則、勞動條件的規定。參閱黃立，細說德國 2001 年新民法消費契約條款，政大法學評論第 98 期，96 年 8 月，頁 102 至 103。

<sup>21</sup> 相關說明可參閱陳聰富，社會問題與契約管制的界限，月旦法學第 134 期，2006 年 7 月，頁 89 至 92 之說明。

中則兼採了上述二種見解<sup>22</sup>。不過，由於個別理論在討論時，甚有夾雜其他理論觀點加以說明的情形，因此下述各理論彼此間並非處於涇渭分明絕對對立的態勢。本文為求說明之便，僅就各理論的特點加以整理分類如下：

#### 一、從契約正義出發的契約控制理論<sup>23</sup>

(一)正當性擔保理論-該說認為契約締結的基礎是當事人之自我決定，契約之成立為當事人雙方之同意。契約此一機制將當事人原先所企圖追求的自利結果，因為彼此間的相互牽制，使當事人各得自行審酌相關條款是否合理、是否願意接受該條件，從而使當事人最終合意的內容，在當事人間(主觀上)有正當性(符合契約正義)。惟此一功能係以雙方當事人締約實力對等<sup>24</sup>的前提下，方能實現。反之，在欠缺磋商實力對等的情形，契約機制即無法恰當地擔保其內容的實質公平，此時法院應介入加以審查，方能彌補與取代契約原先所具有之正當性擔保功能。惟在具體個案，當事人自我決定的能力以及自我決定之自由的程度，並無法明顯地加以辨識。是以德國民法第 138 條(相當於民法 72 條公序良俗的限制及第 74 條暴利行為的規範)對於契約只設定最大的外圍界限，僅在特定領域，尤其是定型化契約條款，正當性擔保的功能自始無法發揮，締約內容典型地並不具正當的結果時，始認為適用上述原先的民法設計並不適當，法官應有必要造法介入契約。

(二)制定法的契約對等理論-該說進一步發展締約實力對等的想法，認為所謂締約實力對等乃法秩序賦予當事人得自主地決定其契約關係，以獲致在不同利益間取得平衡的一種可能性。締約實力是否對等，應由制定法的角度加以判斷(即以現行法的結構為導向，藉以決定在特定的法律關係中，當事人是否具有保護必要性，及其應受保護的程度如何)，例如

<sup>22</sup> 引自林更盛，論契約控制的相關理論-從 John Rawls 的正義理論談起，東海大學法學研究第 30 期，2009 年 6 月，頁 24。

<sup>23</sup> 以下理論名稱均沿用學者林更盛的翻譯用語，參閱同註 19。

<sup>24</sup> 所謂締約實力對等，本文理解應包括決定能力、經濟能力及資訊能力等多個層面，非僅指涉經濟能力單一層面。

從意思表示受脅迫得撤銷的規定，可推知法秩序認為締約時的脅迫行為會導致締約實力的不對等。此外，對於其他契約法內個別的保護規定(例如德國民法第 134 條關於法律行為抵觸強行規定無效、第 138 條違反善良風俗無效等)，亦可同樣地加以理解。該說認為**借助任意規定所反映公正的契約內容，以及法律強行規定所表彰保護特定族群之目的，可以實現契約正義。**

(三)契約正義理論-該說進一步說明若當事人之一方實際上是被迫接受他方所提的締約條件時，可認其決定自由受到不當的影響，法院應予介入審查。例如締約與否涉及**生存上的依賴(社會底限)**時，不締約將嚴重影響其經濟或個人生存的情形(如勞動契約的勞工、租賃契約的承租人)。該說認為法院的介入，應以回復契約正義-即回復到雙方利益適當的折衷點-為其目的。

## 二、以自我決定(契約自由原則)為基礎的契約控制理論(即自我決定理論)

該說認為契約自由原則乃是基於當事人**自我決定**以實現其意思決定的一種手段。契約既為當事人雙方自主決定的結果，當事人對此結果即應自我負責，並且在此前提下免於國家的干涉。對此，並無須另外附加理由(如契約正義)予以正當化。若當事人實際上欠缺自我決定之實力，則契約將從雙方自主轉變成為單方主宰的結果，這對締約弱勢之一方，意味從「自主」退化到「他主」，這種情形，契約自由原則即應加以限制。締約會獲致妥當的結果，重點不在於經濟實力的對等與否。因為當購買汽車、洗衣粉、咖啡或報紙，消費者的經濟實力顯然無法與業者相提並論，然而吾人基本上仍認為此類契約內容是妥當的，無須加以干預。因為問題的重點在於(1)若市場是處於自由競爭時，市場機制運作的結果將會導致合理的結果。(2)經濟層次之外其他干擾契約自由的**因素**，當推對於約款所涉及的事實上以及法律上的結果，一方擁有優越的認知，而他方卻缺乏認知的情形，對此只能依情形透過課予具優越認知的一方有告知義務加以解決。該說與從契約正義出發的契

約控制理論最大的不同，係認為契約控制乃是基於對私法自治之維護，是對於作為基本權利的意思自由的一種反映，並非基於契約的實質正當性之擔保，否則將可能導致對於契約內容全面性審查的風險。

### 三、以資訊不對稱為基礎的契約控制理論(即自由的資訊模式理論)

該說認為當事人締約實力對等的要求，確實在許多場合都受到干擾，然解決之道不在於制定更多的強行規範或是更廣泛的契約控制機制，而是重塑契約當事人間的締約實力對等關係。就消費者保護的問題而言，消費者所處締約弱勢的狀態，可以透過資訊的充分揭露，充分地獲得彌補，使得消費者能作出正確的契約約定<sup>25</sup>。於此，市場與法律關係的透明化，將使得契約控制變成是多餘的。因此僅僅基於資訊不對稱所導致締約實力不對等的典型情形下，契約控制才是必要的。

### 四、基於契約社會功能的契約控制理論

該說認為所有主觀權利在社會秩序整體中都具有一定的社會功能，而該功能的表現在客觀法秩序中亦應受到該社會功能的限制。私法制度一方面透過賦予個人主觀權利，以建立其個人自主的空間，另一方面則透過客觀法秩序的建立，以保障及發展社會生活。就契約而言，契約自由與其社會功能即處於既對立又互補的緊張關係，一方面為保障個人自由，吾人應承認契約自由的主觀權利，另一方面為實現社會正義，若締約過程或契約內容牴觸客觀法秩序時，法律即應對契約加以審查。基上，該說認為為保護締約弱勢者(例如消費者、勞工)，吾人對契約自由原則應加以嚴格的限制。

### 五、以契約為事實上法規範的契約控制理論

該說認為雙方當事人所訂立之契約為事實上的法規範，對此類事實上的法規範，法院可依上位階的規範(即憲法或法律)加以審查實施契約控制。

### 六、基於民事特別法角度的契約控制理論

---

<sup>25</sup> 黃立，民法債編總論，2006年11月，頁140至144提及，德國自2002年即制頒民法資訊與證明義務細則，分別就遠距銷售契約、分時居住權契約、電子商務、旅行社之旅遊及遊學訂有法定資訊揭露義務規範企業經營者。



該說認為傳統民法是建立在形式/抽象平等的基礎之上，自從民法實施後，立法者制定了許多的民事特別法(例如勞動法、經濟法)藉以保護社經地位的弱勢者，因此吾人應從這些特別法的角度出發，發展可供普遍適用的民事特別法的社會模式，歸納作為契約控制的基礎，並依特別法優於普通法的適用原則排除契約自由原則的適用。

#### 七、基於特定法益保障的契約控制理論

該說根據德國現行法限制契約自由之法規著手(特別是勞動與租賃法規)，認為該法規之目的既非在於回復當事人締約實力的對等，亦不在於對抗契約自由的濫用，或維護契約主觀上的正義，而是針對特定法益(勞工、承租人利益)提供社會化觀點下的基本保障。此類法規的正當性在於各該法益受害時所可能引起的經濟上與社會上嚴重後果，因此當類似具有重要性的法益有遭受侵害之虞時，法院對契約內容即應加以干預。

#### 八、立法者優先決定的契約控制理論

該說鑑於所涉問題的複雜程度及態樣有別，認為法律上並不存在著一般普遍適用的契約控制模式，為確保契約內容控制的正當性及基於法律明確性原則，應由立法者以法律的方式介入控制契約為原則，法律續造限於延續或貫徹立法者的評價所必要者為限。

#### 九、雙重(自我決定及締約實力對等)理論

契約自由的限制是不可或缺的，因為私法自治乃建立在自我決定的原則之上，其前提乃是：事實上存在著自我決定的自由。若契約之一方擁有強大的締約優勢，以致於契約條款實際上是其單方決定，這對他方當事人將意味著由他人做主(按當事人間欠缺相接近的締約實力，僅僅透過契約並無法擔保在對立的利害關係可以獲得適當的平衡)。該說認為縱然立法者對特定生活領域或契約類型，不訂定強行的契約法規加以介入，絕非意味任由當事人之實力加以決定。當締約實力對等情形受到干擾，法官當候補地援引民法的一般條款以實現基本權所蘊含的客觀價值判斷。該說的學者進一步說明自我

決定並不以締約實力對等為前提，是否介入控制契約，應以締約實力的不對等實際上是否導致契約內容的不妥當，以致於法律的評價上無法加以容忍為要件(例如類似我國訪問買賣的家戶訪問買賣；房屋租賃、勞動關係；定型化契約條款的規制等)。

#### 十、折衷(多元)的契約控制理論

該說認為契約控制的原因是多元的，依個案情形會涉及不同的評價觀點，前述各理論都是從單一面向出發加以解釋，無法對現有契約控制的全部面向提出合理的說明。該說主張解決契約自由與契約控制的關係，原則上係立法者的權限，惟當立法者未透過法律形式表明立場時，法院應於必要時始得介入控制契約。何謂必要？法院應歸納分析制定法內各相關規定所蘊含的價值加以判斷，並視個案情形斟酌採納上述各契約控制理論的說法，以決定個案契約內容的法律效果。

#### 第三款相關理論的啟示

契約係當事人自主決定的結果，當事人對其自身決定的結果應自我負責，並且在此前提下免於國家的干涉，此一原則不可輕言放棄。根據前開德國相關契約控制理論的說明，本文以為對契約內容之控制，並不存在著有統一普遍的標準模式，然至少有下列原則必須加以掌握：

- (一)基於法治國的法律保留原則及確保契約內容控制的正當性，針對私人間契約內容若欲介入控制，不論實施者為行政機關或法官，均應本諸於立法者制定的法規範及其衍生的下位規範<sup>26</sup>，即受限於合法性控制的情形（如借助任意規定形成契約內容的最低標準，或藉由強行規定所表彰保護特定族群之特定權益的目的，以排除不當契約條款的適用）。至法官審理具體個案時，針對私人間契約介入控制的情形固享有較大之自由空間，惟此仍應本諸於貫徹現

<sup>26</sup> 根據我國憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判…」法官於審判具體爭訟案件時，如認行政命令抵觸憲法或法律者並不當然受其拘束，可否認該行政命令之效力而拒絕適用(釋字第 137 號及第 407 號解釋參照)，惟此並不影響該行政命令作為規範之效力。

行法的規範意旨或上位規範從事法律續造<sup>27</sup>(如法官可歸納分析制定法內各相關規定所蘊含的價值加以判斷,並視個案情形斟酌採納前開各契約控制理論的說法,以對個案契約內容實施契約控制),否則將侵害人民基於憲法第22條所規範的基本權利。

(二)契約當事人締約實力的不對等,如一方具獨占或優勢經濟地位,宜優先透過執行確保市場自由競爭的措施(如公平交易法獨占、結合、聯合及不實廣告之管制),使市場機制充分的運作以促成合理的結果。惟此係一般原則,並非毫無例外。以因從屬性處於締約弱勢之勞工所締結的勞動契約為例,勞動基準法第24條規定雇主針對勞工加班應給予加班費,並明定加班費的最低給予標準<sup>28</sup>,此部分涉及法定的社會底限,若雇主與勞工作事前簽訂定型化勞動契約約明一律以加班補休替代加班費給予,此時若僅泛稱由市場機制解決,明顯不足,似宜針對契約的內容-即上述定型化契約條款-直接控制加以解決-即認定以加班補休替代加班費給予的定型化契約條款無效。至控制的標準為何,則應從制定法的角度加以說明。

(三)契約控制手段的運用有多重時,締約程序中有關自主決定能力的保障應優先考慮,不宜輕易直接對契約內容實施控制。例如透過資訊揭露義務或其他透明化手段以回復消費者因資訊落差所處的締約弱勢,此類手段對契約自由的干預較小,復可確保消費者對締約與否與契約內容有其自主決定的能力,有助契約結果合乎當事人自主決定的機會<sup>29</sup>。此外,立法者基於保護資訊弱勢的消費者或避免突襲交易,針對特定類型契約訂有猶豫期間者(例:郵購買賣或訪問買賣),與補強消費者的交易資訊功能,亦有異曲同功之妙。蓋猶豫期間的設計,除一方面可提供當事人再思考的空間,另一方面亦可補充當

<sup>27</sup> 憲法關於基本人權規定對私法關係的效力,我國實務係採間接效力說,即憲法上關於基本權利之規定得經由民法概括條款(如公序良俗條款)解釋予以具體化,而實踐憲法上之基本人權,進而維持客觀法秩序的價值理念。參閱王澤鑑,民法學說與判例研究(七),三民,1994年8月,頁48至55。

<sup>28</sup> 行政院勞工委員會79年9月21日台(79)勞動二字第22155號函釋謂:「雇主依勞動基準法第32條第1項規定延長勞工工作時間,應發給延時工資,同法第24條第1、2款已有明定;至於勞工於延長工作時間後,如同意選擇補休而放棄領取延長工時工資,固為法所不禁…」

<sup>29</sup> 參閱楊宏暉,市場經濟秩序下的契約失靈調整模式,法學新論,2010年8月,頁91。



事人相關的交易資訊，有助其正確地作成交易決定。重要的是，在猶豫期間的法制之下，當事人仍保有締約自由與內容自由，相較於契約內容的控制，明顯是一種較緩和的控制手段。

(四)針對契約內容實施控制，通常為契約控制的最後手段。執行時基本上亦只能對契約條款之有效與否進行審查，而非對其內容加以修正或變更，如此可避免不慎造成對契約內容全面性審查的風險，淘空契約自由的核心價值。蓋所謂的內容控制，常受限於實質正義的弱點-即標準的高度不確定性，動輒基於保護弱勢而發動內容控制，將生過度管制的疑慮，亦與現行法制體系未必相合。

(五)契約控制的手段有行政管制及司法管制兩種，行政管制的層面較大，成本較高；而司法管制係就個案逐一判定，所須成本較少。決定管制手段的採用，應特別注意管制所產生的福祉必須高於管制的成本<sup>30</sup>，方有實施管制的實益。綜上，有關契約控制措施的運用原則，基本上應符合比例原則為其首要前提，以尊重契約自由的核心價值。蓋契約自由係建立在人性尊嚴的普世價值上，為個人形成自我、發展自我所不可或缺，恣意對契約內容加以變更，將不是對憲法第22條所規範的基本權利作合理的限制，而是根本地加以剝奪，有違憲之虞，操作時宜謹慎為之。

#### 第四節契約之法律經濟分析對契約管制的影響

根據經濟學觀點的描述，契約當事人透過契約自由原則可尋求經濟上的利益或精神上的滿足，以形成「物盡其用貨暢其流」的目的，使各項資源在吾人生活中發揮最大之經濟效益。由此可見，契約並非雙方互有損益但總合相等之零和遊戲，而是能夠提高雙方經濟效益具有生產性的合作性對局。經濟學中本於經濟理性人角度下的理想契約係指能夠增加當事人效用，提高當事人經濟效率之契約。

<sup>30</sup> 參閱謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌第125期，2005年9月，頁30的說明。

此一理想契約符合現實上契約當事人的締約目的，因此從經濟分析的角度分析契約內容是否發揮最大之經濟效率，有助於掌握對契約管制應行注意的面向。

所謂經濟分析係以事實上、邏輯上各種可能之情形為基礎，預測各種不同之可能結果，而從效率高低、選擇結果是否合乎理性經濟人的角度所從事的分析。法律的經濟分析即以經濟分析的研究成果為基礎，而研析各種法律規定之理論效果是否符合經濟效率。由於經濟分析中「效率高低」、「選擇結果是否合乎理性經濟人」與契約當事人利己、自利的思想頗為一致，因此當法律例外規定允許法官，或甚至行政權基於客觀等值原則判斷契約是否符合公平正義時，透過法律的經濟分析研析契約內容或契約管制的標準是否符合契約當事人追求效率的目的，實有其必要。蓋惟有如此，其結果始不致偏離契約的重要本質-即契約係當事人用以追求自利的工具。

1991 年諾貝爾經濟學獎得主羅納·寇斯(Ronald H. Coase)教授係法律經濟分析發展中的重要學者，其於 1960 年發表「社會成本之問題」(The Problem of Social Cost)一文舉例說明法律規定與交易成本間的關係，謂一旦權利歸屬確定之後，在假設零交易成本之條件下，利用「自由」的交易制度可以創造極大的效益，其結果與權利原先為何人所有並無關聯。此一說法背後反應強烈尊重市場機制的傾向，顯而易見地亦係以契約自由為其立論前提，自不待論。其後學者根據上述說法延伸解讀為「就效率觀點而言，法定權利之最初分派並不重要，只要交換的交易成本為零，效率仍可達成。<sup>31</sup>」，此即為著名的**寇斯定理**。寇斯發現市場機制下價格機制的使用是需要耗費成本的。蓋各種商品的價格究竟若干，人們需要主動去搜尋、磋商擬訂契約、檢視商品的質量，及預先安排交易糾紛的解決方案等，凡此在在需要有所花費，這些花費概括稱為「交易成本」。因此為了讓市場有效率的運作，市場上必須有確定並可自由移轉的財產權，否則為支付磋商資源配置所花費的成本，將會大到無法負荷，而適當法律規範的作用，即在減低交易成本，促進交易<sup>32</sup>（合理適當的財產權之界定與歸屬可以降低交易成本，使社

<sup>31</sup> 引自寇特(R.D.Cooter)，寇斯定理，何靜嫻譯，經濟前瞻第 25 號，1992 年 1 月，頁 135。

<sup>32</sup> 引自吳惠林，自由經濟大師神髓錄，遠流，2005 年 10 月，頁 132。

會資源歸於最有效的運用)。根據上述說明可知，為確保效率（即創造極大的效益），有必要祛除法定權利間自由交換的障礙（包括降低交易成本），以使法定權利之交換市場處於完全競爭的狀態。寇斯定理一開始引發不少爭議，部分經濟學者認為，在一真實世界裡不可能存在零交易成本的現象，然而寇斯定理的精髓不在於真實社會中是否無交易成本的存在，反而是藉由寇斯定理的描述了解真實社會中確係存在交易成本。因此，如何於制定財產權時考量交易成本之高低，並以此作為規範財產權歸屬之依據，俾透過合理適當的財產權界定與歸屬，達到最佳之經濟效率，乃屬重要之課題<sup>33</sup>。申言之，界定財產權及其歸屬的法律制度既與交易成本息息相關，即可透過運用寇斯定理中交易成本的概念對此相關法律制度進行實證及規範分析，以使此等法律制度能「接近」有效率且零交易成本的理想交易模型，進而透過規範促進締約當事人的福祉。職是，無論從經濟理性人的角度出發或現實交易的考量，如何降低交易成本創造最大福祉是契約當事人訂立契約時所欲追求的目的，契約法的目的既在補足或更正當事人契約內容之未盡完善所加以制定，因此效率（降低交易成本）亦應係契約法制定的考量要素，並為該規範的核心。契約法是否妥適，應視其規範內容能否幫助當事人降低交易成本追求效率。若契約當事人所訂立的契約內容不能為當事人獲取預期中之效率，則從經濟分析之觀點，該契約亦應有適度修正之必要<sup>34</sup>。

由上述對寇斯定理的描述及衍生推論可知，契約法所追求之公平正義，在某種程度的面向應包含經濟效率的概念<sup>35</sup>。因此，在從契約公平正義層面討論消費定型化契約條款的内容規制標準時，實不應忽略契約當事人的主觀目的-追求效

<sup>33</sup> 引自許惠峰，跨越法學與經濟學之鴻溝-兼論法律經濟分析之侷限性，華岡法粹，2008年11月，頁103；另可參閱林輝雄，法律經濟分析的效率與正義問題-以寇斯定理與羅爾斯正義論為中心，全國律師，2004年12月，頁50；熊秉元，「市場之尺」和「心中之尺」-論釋寇斯定理和布坎楠對寇斯定理的質疑，經濟論文，1993年9月，頁338。

<sup>34</sup> 引自陳彥希，契約法之經濟分析，1993年臺大法研所博士論文頁12、30。

<sup>35</sup> 法律規範的妥當性若均以經濟效率為其最高指導依據，將發生與法律的正義理念產生對立的問題。就契約而言，寇斯定理導出的效率原則僅著重在效用範圍內的問題，雖促使當事人達成有效率的交易結果，卻不重視財富分配上應考慮的正義，因此本文以為效率不能取代正義，僅能作為正義理念下的其中一個面向，惟該面向在契約法領域則扮演相當重要的角色。有關討論可參閱許惠峰，跨越法學與經濟學之鴻溝-兼論法律經濟分析之侷限性，華岡法粹，2008年11月，頁112至121。張清溪、許嘉棟、劉鶯釧、吳聰敏合著，經濟學理論與實際，翰蘆圖書，2004年8月5版上冊，頁327至329。

率(即降低交易成本，以促進最大福祉的面向)。

根據寇斯交易成本的概念，如何降低交易成本係契約雙方當事人基於自利心理，無論在主觀或客觀上均欲達成的目標。而基於此一需求，遂發展出「優勢風險承擔人(superior risk bearer)」理論，其內涵為：風險分擔原則應本於由具有控制該項風險發生及負擔後果之能力者，承擔該項風險(即風險應由能以最低成本防止風險之人加以承擔)。此一論述符合降低交易成本係契約當事人訂約之重要目的的考量，後來並廣泛運用於定型化契約條款的内容控制(即契約風險應由能以最低成本防止契約風險者承擔，定型化契約條款之使用若違反此一原則，即由介入管制的必要)，成為判斷定型化契約條款是否違反誠信原則的重要參考指標。





## 第參章消費定型化契約條款行政規制之發展

### 第一節行政規制之必要性

#### 第一款彌補立法或司法規制之不足

目前針對消費定型化契約條款的管制機制，有下列三種方式，即立法規制、司法規制及行政規制。消費者保護法第 12 條規定：「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。」係消費定型化契約條款之規制標準，以「誠信原則」為其規範核心，即所謂狹義的立法規制。至廣義的立法規制則尚包括了系爭條款是否構成當事人的契約內容(同法第 13 條)、定型化契約訂立前是否賦予合理期間供他方當事人審閱條款內容(同法第 11 條之 1)、條款是否為異常條款(同法第 14 條)或屬難以注意或辨識之條款(同法施行細則第 12 條)、條款是否與個別磋商條款有違(同法第 15 條)、條款解釋原則(同法第 11 條第 2 項)、條款無效後如何決定整體契約之效力(同法第 16 條)等。

按立法規制本身為靜態之權源，與司法或行政規制屬動態之干預不同，惟不論動態的管制方式為何，根據法治國原則，司法規制與行政規制均須本於立法規制據以辦理。換言之，即係依法審判、依法行政。職是，立法規制不論在效果或位階上亦均在司法規制、行政規制之上。而所謂司法規制，乃肇因於人民因私權爭執得向國家法院提起訴訟以保護其權益之權利(即訴訟權)。按消費者與企業經營者就定型化契約條款所產生的爭執，如損害消費者權益，消費者基於憲法訴訟權保障之意旨，應有透過司法途徑尋求救濟的機會。當消費者發動此一救濟權利時，法院即有透過抽象的立法規制運用管制適用於具體個案。

至所謂行政規制，則係指以行政權力來控制定型化契約條款。按國家機能與權力分立既有行政、司法之別，而私權爭議(包括消費定型化契約條款的使用爭議)傳統上亦被認為宜透過司法裁判加以解決，為何有關消費定型化契約條款的

使用還要透過行政權力加以控制？一般認為有以下理由：

- 一、立法規制往往過於抽象，相對於此，行政規制卻常將具體之定型化契約條款當成考慮對象，如此能保有通案類型的**具體妥當性**<sup>36</sup>。
- 二、司法因不告不理，較為被動，相對於此，行政規制則具**事前積極預防功能**<sup>37</sup>。此外，司法規制僅能對個案當事人發生裁判之效力，對其他條款相對人則不能直接擴展(即欠缺**對世效力**)。
- 三、司法程序過於耗時，行政規制可**節省程序費用，避免多餘訴訟**，減輕法院負擔<sup>38</sup>。
- 四、基於**法律救濟之保障功能**，消費者(即條款相對人)相對於條款使用人，明顯處於弱勢(包括決定能力、資訊能力或經濟能力等)，如未能透過行政途徑加以協助，對消費者而言，等於國家法制根本未提供任何消費者保護之保障<sup>39</sup>。
- 五、行政規制具有**引導功能**，可透過行政手段(包括法規命令、行政處分、事實行為，甚至協助提起不作為訴訟等)具體化立法規制標準，並可引導法院積極適用法規實質審查定型化契約條款之效力。

此外，如前文所述，私法具有框架法的性格，因此民事法律行為有不得違反國家強行法(即立法規制)的預設，個案遇有爭議時則可透過司法規制加以解決。至透過行政規制填充、創造私法自治的外圍框架，理論上並非完全無著力空間，實務執行上亦可彌補現行立法或司法規制的不足之處。

第二款為滿足個人的基礎需求<sup>40</sup>

國家原先最傳統的角色是**守衛者與仲裁者**，其主要職能在秩序安定的維護。

<sup>36</sup> 廖健男，定型化契約條款之行政規制，1998年輔仁大學碩士論文，頁88。

<sup>37</sup> 廖義男，消費者保護法之行政監督，消費者保護研究第二輯，行政院消費者保護委員會編印，頁22。

<sup>38</sup> 黃茂榮等，行政機關介入私權爭議之研究，2000年8月行政院研究發展考核委員會編印，頁54。

<sup>39</sup> 同前註。

<sup>40</sup> 以下係就學者陳淳文針對國家角色變遷作之論述加以進一步說明，參閱陳淳文，公民、消費者、國家與市場，人文及社會科學集刊第15卷第2期，2003年6月，頁272。併參閱許宗力，論行政任務的民營化，法與國家權力(二)，2007年1月，頁427-430。

前者，包括對外的國防與對內的治安，後者則是由藉司法審判解決紛爭。這兩種角色原本並不直接積極地介入社會生活，即使有介入的情形，國家通常多站在比較中立的地位來維持基本的運作秩序。然須注意者，國家守衛者的角色，隨著維護社會秩序概念的擴張，已慢慢逐漸地轉變成為**管制者**的角色，使得國家守衛者與管制者的角色發生競合的現象。後來，基於維護自由平等社會的基本價值，國家被要求以**給付者**的角色出現，以保障各種國民的基礎需求，如急難救助、失業給付、低收入戶補助等。國家在不同角色定位間遞嬗轉變，主要係因時空環境條件不斷變動所致。農業化社會與工業化、都市化社會之國家角色的差異，必須視國家所處環境條件及其施政需求來理解。諸如污水下水道的興建、醫療、水、電服務的提供及垃圾處理等問題，在農業社會時代幾乎並不構成國家的任務，但是在工業化、都市化社會卻是國家的重要任務。隨著國家由單純**守衛者**、**仲裁者**的角色轉換成為積極**給付者**角色的同時，國家的政治權威便會進而滲透到社會生活，所提供之服務將日漸地包含經濟性質的服務，也越來越具有各別計價的可能性，如此即進入所謂**國家的市場化**階段，同時伴隨而生「使用者付費」的觀念。其中最明顯的特徵是以對價作為法律關係的基礎，即使用相關措施或是接受相關服務的人民需支付與所得利益相當的費用作為對價。隨著「使用者付費」的觀念逐漸進入國家的行為中，國家在某些領域亦開始變得與一般商人沒有兩樣，而這些領域並有逐步向外擴張之趨勢(量的擴張)，也由於國家對市場機制的高度尊重，慢慢地國家與人民間的關係樣貌又開始掀起另一翻的質變。國家最初基於維護自由平等社會的基本價值介入社會生活進而市場化，國民的法律地位一方面因國民概念的擴充而提高，但在另一方面卻也相當程度地產生稀釋國民實質權益的效果(即國民意識日趨薄弱，進而被消費者意識所取代)。國家的市場化，從另一方面而言，亦在反應國家的主權權威與管制能力已大不如前。然而針對種種**國家的市場化**作法，人們開始漸漸反思該等作法是否與「社會正義」及「給付行政的原始理念」相衝突，進而復有醞釀要求國家去市場化的思潮，以維持個人毋須支付代價即可獲得的基礎需求(如個人之自主決定或社會底限)。



觀察上述發展的現象，國家的主權權威與管制能力固已大不如前，惟此並不意味著國家走進歷史，祇不過其必須就所面對的情勢環境作角色的調整。按國家、法律以及公權力的存在，是創造市場環境，維護市場運作的根本要素。市場交換機制的運作並非完全自生、自動、自我調校，其存在或維持固屬一種公共利益，同時也在實現某些社會正義，但它有其侷限性，國家因此遂被要求必須介入矯正，以使市場的現實運作，能符合理想的自由交換市場假設。此一發展歷程，對照目前針對消費定型化契約條款進行所謂行政規制的需求，亦有類似的現象，同時亦反應消費定型化契約條款行政規制的必要性。

## 第二節消費定型化契約條款行政規制之依據

不論係基於「彌補立法或司法規制的不足」或「為滿足個人的基礎需求，國家被要求介入干預市場」的命題，針對消費定型化契約條款從事行政規制，非有客觀標準無法竟其全功。蓋基於法治國的法律保留原則及確保契約內容控制的正當性，有關消費定型化契約條款行政規制的依據，應透過立法規制來統整(即服膺於立法規制)。而根據現行立法規制的具體作法主要有下列兩種：一是制定用來「規制」定型化契約條款的法律；二是以委任立法的方式委由行政機關發布法規命令來形成定型化契約的規範基礎。兩者看似分立，惟基於同一法秩序不相矛盾以及法律優位原則的觀點，後者作法自不得與前者作法發生牴觸的情形。茲以消費者保護法所規範之定型化契約條款審查程序為例，消費者保護法明顯優先採取從「程序面向」的方式來規制定型化契約條款，相較於直接採取實體取向方式規制定型化契約條款之易引起不當干預契約自由的疑慮，行政機關根據法律授權發布法規命令規制定型化契約條款，亦應優先採取「程序面向」的規制模式，此點對照前揭德國契約管制理論之發展對吾國契約管制法制的相關啟示說明亦明。

## 第三節憲法訴訟權的保障對消費定型化契約條款行政規制之影響

現行消費者保護法針對消費定型化契約條款訂有立法規制模式，而消費者與

企業經營者間就定型化契約條款所生爭議，如認損害其權益，基於憲法訴訟權保障之意旨，其本得藉由民事訴訟途徑尋求救濟(即司法規制)，對此或有謂對消費定型化契約條款不宜採取行政規制手段，或主張不宜過份強調行政規制的功能，以避免行政權動輒介入私權紛爭，致當事人訴訟權遭受妨害。惟此一說法，似嫌粗略，未能切中問題的核心。蓋根據司法院釋字第 466 號解釋：「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟究應循普通程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計…」據此可知，憲法訴訟權保障的意旨應在於提供人民最後有得據以請求保護其權利的司法救濟途徑。其保障的重點在於強調人民於其權利受到侵害時，**最後得透過司法途徑尋求救濟的機會，而不在於使享有訴訟權之保障者，於權利爭議發生之初即可主張有權利使用法院的救濟途徑**<sup>41</sup>。職是，立法者若仍基於下列兩個前提，即(一)法院(普通法院或行政法院均可)對行政機關之介入行為保留審查權；(二)當事人於不服行政機關之介入行為時，最後仍有尋求法院裁判救濟的機會，立法者自得制定法律或透過委任立法的方式，容許行政機關對消費定型化契約條款進行所謂的行政規制<sup>42</sup>。

#### 第四節小結

契約係當事人自主決定的結果，當事人對其自身決定的結果應自我負責，並在「意思自主」的前提下，免於國家的干涉，此一原則不可輕言放棄。然消費定型化契約條款係因條款使用人單方利用其**契約形成之自由權**所擬定，其濫用多係肇因交易成本或資訊不對稱等事由，少數則因條款使用人利用其自身優勢經濟地位或違反程序正義(即契約正義的程序面向)所致。針對此種**形成自由權的濫用**，已使得他造當事人從「自主」退化到「他主」，國家乃因此被要求進行所謂的立

<sup>41</sup> 參閱黃茂榮等，行政機關介入私權爭議之研究，2000 年 8 月行政院研究發展考核委員會編印，頁 16；

<sup>42</sup> 相關說法可參閱李淳，零售價格管制之探討，月旦法學雜誌第 186 期，2010 年 11 月，頁 181 至 182 有關「管制自制」的說明。

法、司法規制。由於立法、司法規制的功能不足，國家遂被進一步地授權以行政手段介入管制。國家藉由行政規制填充、創造私法自治的外圍框架，理論上並非完全無著力空間，也因此造就消費定型化契約條款行政規制的發展。而根據我國目前實務，立法者為避免人民權利保障的疏漏，多有授權行政機關針對消費定型化契約條款進行管制的情形，因此傳統論者基於國家應保持中立或公權力不能妨害契約自由等觀點反對行政規制的立場，似未能切中問題重點，而應就「何時適宜動用行政介入手段」、「動用何種行政手段」、「法治國」、「效用」等面向深入討論，並時時注意所採用的手段是否逸脫消費定型化契約條款的管制緣由。



## 第肆章消費定型化契約條款行政規制之種類

我國有關從事消費定型化契約條款行政規制之主體眾多，法制上有中央主管機關、行政院公平交易委員會及消費者保護官。近來少數地方主管機關除透過消費者保護自治條例（如臺北市消費者保護自治條例第 8 條）加以規範外，甚有直接根據消費者保護法第 33 條、第 36 條及第 58 條規定對消費定型化契約條款從事行政規制，姑不論其適法妥當性如何，消費定型化契約條款之多元化行政規制機制已是我國目前法制實務的執行情形。根據行政規制之主體及所採用之規制手段加以區分，目前中央主管機關的規制手段分別有發布法規命令（如根據專業法律或消費者保護法授權發布法規命令或定型化契約應記載事項及不得記載事項成為定型化契約條款）、作成行政處分（如針對特定行業經營事前核准定型化契約條款），及實施行政指導（如公告定型化契約範本）等；行政院公平交易委員會主要則透過具行政指導性質之行業導正模式，以管制定型化契約條款之使用，必要時，始調查企業經營者使用定型化契約條款是否構成足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為（公平交易法第 24 條規定參照），進而決定採取不利處分或行政罰鍰；另外，消費者保護官依據消費者保護法第 53 條第 1 項規定，針對企業經營者使用之定型化契約條款有重大違反消費者保護法，致損害消費者或造成其受損害之虞時，亦得對企業經營者提起不作為訴訟，訴請法院禁止或命其停止該條款之使用，因而具備**補充及預防**之功能。以下即根據行政規制之手段分述相關規制的內容：

### 第一節 實施行政指導

按行政程序法第 165 條規定：「本法所稱行政指導，謂行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。」職是，所謂行政指導應屬**不具法律上強制力**之行政措施。而本文有關定型化契約之行政指導係專指中央主管機關所擬定之定型化契約**範本**，截至 98 年 11 月為止，中央主管機關所公布之定型化契約範本計有 77 項，如信用卡定型化契約範本、不動產委



託銷售契約書範本、系統保全服務定型化契約範本等。按理而言，行政指導既不具備法律上強制力，定型化契約範本自不應產生任何規制效果，惟中央主管機關事實上既掌握廣泛之行政資源(包括居於主動地位及法令解釋權力等)，實施行政指導時自具有較優越的支配力量，受指導的企業經營者往往因此備感壓力，祇好採用中央主管機關所擬定之定型化契約範本從事交易行為。茲以信用卡定型化契約範本為例，由於行政院金融監督管理委員會基於銀行法對金融機構之管制層面甚廣，包括設立許可(同法第 53 條)、信用卡業務之管理(同法第 47 條之 1)、金融檢查等，其中信用卡業務機構管理辦法第 47 條更直接規定：「發卡機構訂定之信用卡定型化契約條款，其內容應遵守信用卡定型化契約應記載及不得記載事項之規定，且對消費者權益之保障，不得低於主管機關發布之信用卡定型化契約範本內容。」而發卡機構對此一規定若有違反，行政院金融監督管理委員會甚可依據銀行法第 132 條規定<sup>43</sup>予以裁處行政罰。如此一來，信用卡定型化契約範本本身雖不具備法律上強制力，惟因有信用卡業務機構管理辦法第 47 條規定，範本內容變成最低法定義務，進而具有與法規範有同一之效力。此部分在過去交通部觀光局對旅行業的管理亦有類似的情形。此外，一般認為中央主管機關所公告之定型化契約範本，尚有以下功能：

#### 一、衡平功能-

定型化契約範本為行政機關召集相關學者、專家、消保團體及企業經營者所共同制定，因此多能衡平企業經營者與消費者雙方之權益，是其合理性已獲相當之擔保。

#### 二、主動引導功能-

中央主管機關公告之定型化契約範本可主動發揮引導企業經營者使用之意願，並獲得交易雙方之信賴，行政機關復可避免輕啟行政監督引發過度

---

<sup>43</sup> 銀行法第 132 條規定：「違反本法或本法授權所定命令中有關強制或禁止規定或應為一定行為而不為者，除本法另有處以罰鍰規定而應從其規定外，處新臺幣 50 萬元以上 250 萬元以下罰鍰。」



介入私人交易之疑慮。我國有關定型化契約行政規制實務的發展即係基此而採取「先範本而後應記載事項」的循序漸進模式。

### 三、無礙定型化契約條款使用之功能

企業經營者採用中央主管機關所公告之定型化契約範本，仍能減少交易成本，並有利交易活動之進行。

須注意的是，上述功能係建立於定型化契約範本在符合**程序正當**之情形下產出為前提要件，而所謂程序正當應從成員之代表性(至須含蓋產、官、學及消保團體)、成員之組成方式(宜多元化)、意見形成過程(宜採共識決非多數決)等面向加以考量。若定型化契約範本之產生在上開面向有不符程序正當之情形，則上述功能亦將因此而大打折扣。

## 第二節發布法規命令

### 第一款根據**專業法律**授權發布法規命令成為定型化契約條款

專業法律授權中央主管機關發布法規命令以規制定型化契約，企業經營者因受規制而將其納為契約之一部或全部者，此類型之行政規制在公用、運輸等其他較高管制的事業甚為普遍，如航空運送業、鐵路運送業及電信業等。

#### (一)航空運送契約：

按民用航空法第 93 條第 1 項規定：「乘客或航空器上工作人員之損害賠償額，有特別契約者，依其契約；特別契約中有不利於中華民國國民之差別待遇者，依特別契約中最有利之規定。無特別契約者，由交通部依照本法有關規定並參照國際間賠償額之標準訂定辦法，報請行政院核定之。」據此，交通部乃發布「航空客貨損害賠償辦法」，該辦法第 2 條規定：「航空器使用人或運送人，對乘客及載運貨物或行李之損害賠償額，除法律別有規定或特別契約另有約定外，依本辦法之規定。前項特別契約應以書面為之，其約定之損害賠償額不得低於本辦法所定之標準。」第 3 條規定：「航空器使用人或運送人，依本法第 91 條第 1 項前段規

定對於每一乘客應負之損害賠償，其賠償額依下列標準。但被害人能證明其受有更大損害者，得就其損害請求賠償：一、死亡者：新台幣三百萬元。二、重傷者：新台幣一百五十萬元。前項情形之非死亡或重傷者，其賠償額標準按實際損害計算。但**最高不得超過新台幣一百五十萬元**。第 1 項第 2 款所稱重傷，依刑法第 10 條第 4 項之規定。」相關限額賠償責任經由中央主管機關交通部透過法規命令的形式發布後，經國內航空業者援用成為定型化契約條款而構成航空運送定型化契約之一部<sup>44</sup>。

## (二)鐵路運送契約

鐵路法第 62 條規定：「鐵路因行車及其他事故致人死亡、傷害或財物毀損喪失時，負損害賠償責任。但如能證明其事故之發生非由於鐵路之過失者，對於人之死亡或傷害，仍應酌給卹金或醫藥補助費。前項損害賠償及補助費發給辦法，由交通部定之。」交通部據此遂發布「鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法」，該辦法第 2 條規定：「鐵路因行車及其他事故致人死亡、傷害或財物毀損、喪失之損害賠償及補助費發給標準，除法律另有規定外，依本辦法之規定。」第 4 條規定：「鐵路機構因行車或其他事故，致人死亡或傷害，而能證明其事故之發生，非可歸責於鐵路機構者，對於受害人之死亡或傷害，仍應酌給卹金或醫藥補助費，其發給標準如下：一、非因受害人之過失所致者：(一) 受害人為旅客，其死亡者，最高金額新臺幣二百五十萬元；其重傷者，最高金額新臺幣一百四十萬元；其非重傷者，最高金額新臺幣四十萬元。(二) 受害人非旅客者，按前目之標準減半辦理。二、因受害人之過失所致者：(一) 受害人為旅客，其死亡者，最高金額新臺幣十萬元；其受傷者，核實補助醫藥費，最高金額不超過新

<sup>44</sup> 以復興航空為例，可參看 <http://www.tna.com.tw/b2c/service/11-contract.aspx> 上網日期 2010 年 3 月 20 日。另國內線航空乘客運送定型化契約範本第 20 條規定：「依中華民國『民用航空法』與『航空客貨損害賠償辦法』規定，航空公司就乘客於航空器中或於上下航空器時，因不可抗力或意外事故致死亡或傷害者，航空器使用人或運送人應負賠償之責。但因可歸責於乘客之故意或過失事由而發生者，得免除或減輕賠償。乘客能證明其受有更大損害得就其損害請求賠償外，航空公司對每一乘客應負之損害賠償金額，依下列標準辦理：一、死亡者：新臺幣三百萬元整。二、重傷者：新台幣一百五十萬元整。(所稱重傷，依刑法第 10 條第 4 項規定。) 乘客非死亡或重傷者，其賠償金額依實際損害計算，但最高不得超過新臺幣一百五十萬元整。但第一項之法令，或其他法規關於前一項賠償金額之規定有變動時，依該規定之變動比例調整之。」其規定內容與航空客貨損害賠償辦法完全一致。

臺幣七萬元。(二)受害人非旅客者，不予補助。但得按實際情形酌給慰問金；其最高金額不超過新臺幣五萬元。」前開規範內容經交通部透過法規命令形式發布後，經交通部臺灣鐵路管理局透過車站旅運服務規約援引成為定型化契約條款<sup>45</sup>。

### (三)電信服務契約

以第一類電信事業資費調整為例，電信法第 26 條第 3 項規定：「第一類電信事業資費之審核管理、各項資費之首次訂定、價格調整上限制之適用對象、適用業務、資費項目與調整係數之訂定及其他應遵行事項之管理辦法，由交通部(現改為國家通傳傳播委員會)訂定之。」國家通訊傳播委員會據此乃發布第一類電信事業資費管理辦法，該辦法第 2 條規定：「第一類電信事業各項業務資費之調整應受下列公式之限制： $[(P_t - P_{t-1}) \div P_{t-1}] \times 100\% \leq (\Delta CPI - X)$ 」依此，第一類電信事業與消費者從事交易而提供電信服務時，其資費(即零售價格)費率應受前開規範所列公式之限制。公式中所謂 X 值(調整係數)，根據同辦法第 5 條規定意旨，則屬實質意義的法規命令。換言之，國家通訊傳播委員會係透過訂定法規命令管制電信服務定型化契約，進而使相關資費成為定型化契約條款。

### (四)定期儲蓄存款契約

財政部依據銀行法第 79 條<sup>46</sup>規定授權訂定「定期儲蓄存款質借及中途解約辦法」，該辦法第 5 條規定：「定期儲蓄存款中途解約者，依左列規定計息：採存款銀行「牌告利率固定計息」之存款，按其實際存款期間(包括不足月零星日數，以下同)依左列規定單利計息。一、未存滿一個月者不計息。二、存滿一個月未滿三個月者，照存款銀行一個月定期存款牌告利率八折計息。……」因此，各家銀行針對定期儲蓄存款戶有關中途解約的情形，遂透過開戶之書面約定事項將

<sup>45</sup> 交通部臺灣鐵路管理局於車站旅運服務規約第 7 點即訂明：「鐵路因行車及其他事故致旅客死亡、傷害或財物毀損喪失，負損害賠償責任。但能證明其事故之發生非由於鐵路之過失者，對於旅客之死亡或傷害，仍應酌給恤金或醫藥補助費，其損害賠償及補助費發給，依交通部訂頒「鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法」之規定辦理。但被害旅客如不同意依上開辦法和解而向法院起訴請求賠償者，法院判決之賠償金額不受上開辦法之限制。其規定內容除但書外，均與鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法完全一致。

<sup>46</sup> 銀行法第 79 條規定：「定期儲蓄存款到期前不得提取。但存款人得以之質借，或於 7 日以前通知銀行中途解約。前項質借及中途解約辦法，由中央主管機關洽商中央銀行定之。」惟該規定業於 2000 年 10 月 13 日廢止。

上開辦法納為定型化契約條款。

## 第二款根據消費者保護法授權發布應記載事項及不得記載事項成為定型化契約條款

消費者保護法第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」此係中央主管機關得公告定型化契約應記載或不得記載之事項之授權依據。其立法理由為：對於部分重要行業使用之定型化契約，有加強行政管理之必要，爰於本條項立法授權行政機關得依其裁量訂定定型化契約應記載或不應記載之事項<sup>47</sup>。而實務上對中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告定型化契約應記載事項及不得記載事項性質之定位，依法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函釋之說明如下：按行政程序法第 150 條第 1 項規定所稱之「法規命令」，須具備「行政機關基於法律授權訂定」及「對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」二項要件，如僅符合上開二項要件之一者，則不屬之（本部「行政程序法諮詢小組」第 17 次會議紀錄參照）。而現行法律中，授權某行政機關「定之」或「公告之」之事項，依其內容或性質觀之，有時不宜或顯難以法規名稱及法條形式出之者，雖無法規命令之形式，確有法規命令之實質，理論上，亦當適用行政程序法第 4 章法規命令之訂定、修正等程序規定。本件消費者保護法第 17 條第 1 項規定……其目的係為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，係由中央主管機關依據上開規定授權公告特定行業之契約應記載或不得記載之事項，該特定行業之定型化契約如有違反者，其條款為無效。準此，該項公告係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，屬**實質意義之法規命令**……。

定型化契約不得記載事項經中央主管機關所公告後，依消費者保護法第 17 條第 2 項規定，違反之定型化契約條款將會無效，由是觀之，其效力與傳統之「強

<sup>47</sup> 參閱立法院審議消費者保護法審議紀錄彙編，行政院消費者保護委員會編印，1995 年 7 月，頁 247。



行規定」並無不同。反之，定型化契約應記載事項則限制了定型化契約條款使用人之契約自由(內容自由)，因為根據消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定，此等應記載事項即便未記載，仍會構成契約之內容。以下分就定型化契約之應記載事項及不得記載事項加以說明：

#### 第一目應記載事項之類型說明

觀諸目前中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定所公告定型化契約應記載事項之內容，各類定型化契約源於所涉主給付義務之不同，以及相關從給付、附隨義務亦有差異之情形下，以致其各自之應記載事項均饒富各自的特色。惟深入地加以觀察，相關應記載事項仍不乏共通之特點。申言之，該等共通之特點仍多半圍繞契約審閱期間、債務不履行及相關瑕疵擔保責任等內涵。茲就各類定型化契約共通之應記載事項予以類型化加以論述：

##### 一、審閱期間

消費者保護法第 11 條之 1 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。中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」此為定型化契約條款審閱期間之規定，目的在維護消費者知的權利，使其於訂立定型化契約前，有充分了解定型化契約條款之機會，以決定是否同意訂立定型化契約<sup>48</sup>。此一立法前提係認為締結契約不能以一時的衝動為基礎，審閱期間的設計有沉澱衝動的功能。經過一段的緩衝期間，消費者若不改變初衷仍要簽約，就不會再反悔，因而減少糾紛，使訟源得以疏減<sup>49</sup>。

目前中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定所公告之定型

<sup>48</sup> 引自消費者保護法第 11 條之 1 的增訂理由，參照立法院法律系統 [http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@175:1804289383:f:NO%3DE01180\\*%20OR%20NO%3DB01180\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@175:1804289383:f:NO%3DE01180*%20OR%20NO%3DB01180$$$NO-PD) 上網日期 2010 年 2 月 23 日。

<sup>49</sup> 黃立，違反審閱期間的法律效力，收於消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月，頁 122。



化契約應記載事項有不將審閱期間納入者<sup>50</sup>，如國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項(2007)、海外留學契約應記載及不得記載事項(2007)、個人購車及購屋貸款定型化契約應記載及不得記載事項(2007)、安養定型化契約應記載及不得記載事項(2007)、汽車買賣定型化契約應記載及不得記載事項(2007)等；亦有將審閱期間予以納入者，如不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項規定不得少於3日(2007)、殯葬服務定型化契約應記載事項及不得記載事項規定不得少於3日(2007)、移民服務定型化契約應記載及不得記載事項規定不得少於5日<sup>51</sup>(2007)、線上遊戲定型化契約應記載及不得記載事項規定不得少於3日(2008)等。然基本上，企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應予消費者合理審閱期間審閱條款之內容，此等義務之課予係基於法律規定所產生，並非基於中央主管機關所公告之定型化契約應記載事項所創設，則屬甚明。

## 二、消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化

按消費者與企業經營者訂立定型化契約後，若因可歸責於己之事由，致不能履行者，企業經營者得請求消費者賠償其損害(民法第226條規定參照)並得請求對待給付(民法第267條規定參照)，此為普通民法所規範。然實務上常有消費者於訂立契約後反悔致有無法履約產生消費爭議的情形，為解決類似爭議，中央主管機關針對特定消費型態，遂有公告規定定型化契約應記載事項以承認消費者之片面解約(終止)權，並將其因此所應負擔之損害賠償金額予以限額標準化。以下舉其要者分述之：

### (一)國外旅遊定型化契約

國外旅遊定型化契約應記載事項第8條規定(出發前旅客任意解除契約及其責任)：「旅客於旅遊活動開始前得繳交證照費用後解除契約，但應賠

<sup>50</sup> 有僅透過範本的方式加以規範，如電器買賣定型化契約範本(1日)、不動產委託銷售契約書範本(3日)等。

<sup>51</sup> 該類定型化契約關於審閱期間的規範係訂於不得記載事項第1條，與他類定型化契約將審閱期間的規範訂於應記載事項不同。不過，此一差異並不妨礙依據消費者保護法第11條之1第1項規定所產生之效力。

償旅行業之損失，其賠償標準如下：1. 旅遊開始前第 31 日以前解除契約者，賠償旅遊費用百分之十。2. 旅遊開始前第 21 日至第 30 日以前解除契約者，賠償旅遊費用百分之二十。3. 旅遊開始前第 2 日至第 20 日期間內解除契約者，賠償旅遊費用百分之三十。4. 旅遊開始前一日解除契約者，賠償旅遊費用百分之五十。旅客於旅遊開始日或開始後解除契約或未通知不參加者，賠償旅遊費用百分之一百。前 2 項規定作為損害賠償計算基準之旅遊費用，應先扣除簽證費用後計算之。」<sup>5253</sup>根據該規定，消費者於簽訂旅遊契約後，並於旅遊開始前，得按距旅遊開始日期時間之長短賠償固定比例之旅遊費用以解除旅遊契約。所謂賠償固定比例之旅遊費用，其性質即相當解約之損害賠償。

## (二) 健身中心定型化契約

健身中心定型化契約應記載事項第 5 條規定(入會後使用設施前之解約)，消費者於契約生效後 7 日內未使用企業經營者設施或所簽契約始期尚未屆至者，消費者得任意解除契約，毋須負擔任何費用(包括損害賠償費用)。此一規定類似於消費者保護法第 19 條郵購或訪問買賣消費者之特殊解約權，消費者之所以可任意解約毋須負擔任何費用，係基於健身業者之行銷型態多採取訪問買賣之方式，及參考德國 14 天試用期間之慣例所作成<sup>54</sup>；另一方面則考量「消費者於契約生效後 7 日內未使用企業經營者設施」及「契約始期尚未屆至」等解約要件，因消費者必須於使用設施前方得片

<sup>52</sup> 國內旅遊定型化契約應記載事項第 8 條及海外旅遊學習(遊學)契約應記載事項第 8 條(出發前甲方任意解除契約及其責任)規定亦採取同一規範模式。

<sup>53</sup> 海外留學契約應記載事項第 13 條規定：「甲方(消費者)得於乙方(留學服務業者)完成委託事項前終止本件委託與授權，除已發生之代辦費用仍應依契約給付外，乙方仍可收取約定報酬；但該報酬數額應以已代辦處理事務為限。」第 13 條 1 規定：「甲方依前條終止委託，乙方如已收取約定報酬，乙方應就未處理之委任事項，依下列原則退還約定報酬：(一) 完成留學諮詢及選校指導之服務項目，退還全部約定報酬百分之七十五。(二) 完成入學文件整理、分項、收集之服務項目，退還全部約定報酬百分之六十。(三) 完成入學申請正式送件之服務項目，退還全部約定報酬百分之四十。(四) 完成入學申請並取得入學許可通知書之服務項目並無其他後續服務者，不退費；仍有其他後續服務者，退還全部約定報酬百分之二十五。(五) 完成留學簽證輔導、送件之服務項目，退還全部約定報酬百分之十。(六) 完成行程說明會或其他約定後續服務項目，不予退費」亦採取同一規範模式。

<sup>54</sup> 賴淑銘，健身房(體適能中心)定型化契約條款之研究，2004 年文化大學碩士論文，頁 97 至 99。

面任意解約，實際上並未對健身業者造成相當之負擔<sup>55</sup>。此外，健身中心定型化契約應記載事項第 6 條規定：「雙方得終止契約。消費者契約終止時，企業經營者應就消費者已繳費用依下列方式之一，扣除一定費用後退還：

一、依簽約時單月會籍使用費用\_\_元乘以實際經過月數（未滿 15 日者以半月計，逾 15 日者以 1 月計）。二、無法提供認定簽約時單月會籍使用費用者，按契約存續期間比例退還消費者已繳之費用，作為退費金額，企業經營者得依退費金額百分之\_\_（不得逾退費金額之百分之二十）收取手續費，以補償企業經營者所受之損失。雙方未為前項約定時，以最有利消費者權益之計算方式為之。……」亦是承認消費者可任意終止契約，而僅須根據契約存續期間比例負擔會籍使用費用之強制性規定。申言之，所謂僅按契約存續期間比例負擔會籍使用費用之作法，實質上等於消費者毋須負擔任何損害賠償費用。惟須注意的是，健身業者針對會費如係一次收取或有無法提供認定簽約時單月會籍使用費用者，得另約定向消費者收取不得逾退費金額百分之二十之手續費以補償（應為『賠償』之誤用）因消費者片面終止契約所受之損失。

### （三）殯葬服務定型化契約

殯葬服務定型化契約應記載事項第 14 條第 2 項規定：「殯葬服務業者依契約提供服務後，消費者終止契約者，殯葬服務業者得將消費者已繳納之價款扣除已實際提供服務之費用，剩餘價款應於契約終止後 7 日內退還消費者。」從該規定可得知，消費者於殯葬服務業者提供服務後，得片面終止契約，而僅須支付殯葬服務業者已實際提供服務之費用。所謂僅須支付殯葬服務業者已實際提供服務費用之作法，實質上等於消費者毋須負擔任何損害賠償費用。此外，根據前開規定意旨，基於「舉重以明輕」原則，殯葬服務業者與消費者簽約後、提供服務前，消費者應仍得任意終止契約，且由於殯葬

<sup>55</sup> 生前殯葬服務定型化契約(家用型)應記載事項第 16 條規定：「本契約自簽訂日起 14 日內，甲方得以書面向乙方解除契約，乙方應於契約解除日起\_\_日（最長不得逾 30 日）內退還甲方已繳付之全部價款。」亦採取同一規範模式。

服務業者並未實際提供服務，消費者更毋須負擔任何損害賠償費用。

#### (四)預售屋買賣定型化契約

預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 3 款規定：「買方違反有關「付款條件及方式」之規定者，賣方得沒收依房地總價款百分之\_\_（最高不得超過百分之十五）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，買賣雙方並得解除本契約。」<sup>56</sup>從該規定可得知，買方違反有關「付款條件及方式」之規定者，賣方得沒收不超過房地總價款百分之十五之金額，買方亦得因此解除買賣契約。此等規定執行之結果亦等於實質創設消費者之片面解約權，並將企業經營者因消費者之片面解約所得請求之損害賠償金額予以統一化（原則上不超過房地總價款百分之十五，例外則以已繳價款為限）。

#### (五)汽車買賣定型化契約

汽車買賣定型化契約不得記載事項第 2 條規定：「不得約定沒收全部價金；除出賣人能證明其所受損害超過買賣標的物現金交易總價百分之十者，不得約定沒收已付價金超過買賣標的物現金交易總價之百分之十。」從該規定可得知，消費者若有片面違約情事，最多僅能約定沒收汽車現金交易總價之百分之十。該規定雖未明文承認消費者之片面解約權，惟考量汽車業者既得(已)沒收汽車現金交易總價百分之十之重要事實，並參考前開預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 3 款之規定意旨，此時應認買賣雙方均得據此解除買賣契約。

### 三、企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化(賠償額預定性違約金)

按民法第 226 條規定，企業經營者與消費者訂立定型化契約後，若因可歸責於己之事由，致不能履行者，消費者得請求企業經營者賠償其損害。惟此等損害賠償請求權之行使，礙於實務上損害舉證之困難，實際上並非簡單易行。因此，中央主管機關針對特定類型之消費契約遂有公告規定定型化契

<sup>56</sup> 預售停車位買賣定型化契約應記載事項第 20 條規定亦採取同一規範模式。



約應記載事項，將企業經營者債務不履行之損害賠償金額予以標準化，並以類似「賠償額預定性違約金」之形式加以呈現(民法第 250 條第 2 項前段)，以解決消費者實際面臨企業經營者違約時行使損害賠償請求權之困難。以下舉其要者分述之：

#### (一) 國外旅遊定型化契約

國外旅遊定型化契約應記載事項第 6 條第 1 項規定(旅遊活動無法成行時旅行業者之通知義務及賠償責任)：「因可歸責旅行業之事由，致旅遊活動無法成行者，旅行業於知悉無法成行時，應即通知旅客並說明其事由；怠於通知者，應賠償旅客依旅遊費用之全部計算之違約金；其已為通知者，則按通知到達旅客時，距出發日期時間之長短，依左列規定計算其應賠償旅客之違約金。1. 通知於出發日前第 31 日以前到達者，賠償旅遊費用百分之十。2. 通知於出發日前第 21 日至第 30 日以前到達者，賠償旅遊費用百分之二十。3. 通知於出發日前第 2 日至第 20 日以前到達者，賠償旅遊費用百分之三十。4. 通知於出發日前一日到達者，賠償旅遊費用百分之五十。5. 通知於出發當日以後到達者，賠償旅遊費用百分之一百。」根據該規定可知，旅遊營業人於簽訂旅遊契約後，若因可歸責己之事由，致旅遊活動無法成行者，應即通知旅客並說明其事由，並按通知到達旅客時，距出發日期時間之長短，賠償固定比例的旅遊費用以作為違約金<sup>57</sup>。

#### (二) 海外旅遊學習(遊學)定型化契約

海外旅遊學習(遊學)契約應記載事項第 6 條第 1 項規定(旅遊學習無法成行時，乙方之通知義務及賠償責任)：「因可歸責乙方(留、遊學服務業者)之事由，致旅遊學習活動無法成行者，乙方應於知悉無法依契約預定日期開始時，即通知甲方，並說明其事由。未為通知者，應賠償甲方依旅遊學習所定費用全部計算之違約金；其已通知者，則按通知到達甲方時，依下列標準賠償甲方之違約金：(一) 旅遊學習行程開始前第三十一日前通知者，

<sup>57</sup> 國內旅遊定型化契約應記載事項第 6 條亦採取同一規範模式。



賠償旅遊學習費用總額百分之十。(二)旅遊學習行程開始前第二十一日至第三十日以內通知者，賠償旅遊學習費用總額百分之二十。(三)旅遊學習行程開始前第二日至第二十日以內通知者，賠償旅遊學習費用總額百分之三十。(四)旅遊學習行程開始前一日通知者，賠償旅遊學習費用總額百分之五十。(五)旅遊學習行程當日以後通知者，賠償旅遊學習費用總額百分之一百。」根據該規定可知，留、遊學服務業者於簽訂留、遊學服務契約後，若因可歸責己之事由，致旅遊學習活動無法成行者，應即通知消費者並說明其事由，並按通知到達消費者時，距旅遊學習行程開始時間之長短，賠償固定比例的旅遊學習費用以作為違約金。

### (三)海外留學定型化契約

海外留學契約應記載事項第 11 條規定(委託事項不能完成及賠償責任):「因可歸責於乙方(留學服務業者)之事由，致未能於約定完成期限完成契約約定事項者，乙方應按委託報酬 2 倍計算付甲方違約金。但甲方如能證明損害超過者，乙方應足額賠償之。」根據該規定可知，留學服務業者因可歸責於己之事由，致未能於約定完成期限完成契約約定事項者，消費者至少得向留學服務業者要求支付委託報酬 2 倍之違約金。

### (四)預售屋買賣定型化契約

預售屋買賣定型化契約第 24 條第 1、2 款規定:「(一)賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」、「賣方之瑕疵擔保責任」之規定者，即為賣方違約。(二)賣方有前款違約情事之一者，買方得解除本契約；解約時賣方除應將買方已繳之房地價款退還予買方，如有遲延利息應一併退還，並應同時賠償房地總價款百分之\_\_ (不得低於百分之十五)之違約金。但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。」從該規定可得知，賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」、「賣方之瑕疵擔保責任」者，買方得請求賠償不超過房地總價款百分之十五之違約金，該規定雖將企業經營者債務不履行之損害賠償金額予以標準化，

惟須注意的是，企業經營者並不因此取得片面解除買賣契約的權利(預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 3 款規定參照)。

#### 四、預付型消費型態之履約擔保制度

按企業經營者與消費者間之交易型態如為一手交錢及一手交物(提供服務)同時完成，消費者毋須承擔企業經營者未來不能提供對待給付的風險。然現行交易類型有愈來愈多屬預付型交易(即遞延消費)的情形，加上近來企業倒閉案層出不窮，如佳姿、亞歷山大、桃企生活館等，為避免參與預付型交易的消費者受到無辜的牽連，中央主管機關針對特定類型之消費契約，遂依據專業法律或定型化契約應記載事項要求企業經營者應就向消費者所收取的金額提供履約保證，以避免企業經營者於取得款項後有拒不履行交付商品或提供服務之給付義務。前者如殯葬管理條例第 44 條、電子票證發行管理條例第 18 條第 2 項規定等，後者如生前殯葬服務定型化契約(自用品)應記載事項第 14 條、生前殯葬服務定型化契約(家用型)應記載事項第 12 條及健身中心定型化契約應記載事項第 9 條規定等。

##### (一)生前殯葬服務定型化契約

生前殯葬服務定型化契約(自用品)應記載事項第 14 條規定：「自訂約日起，至**消費者**死亡、契約終止或解除前，就消費者所繳納價款之百分之七十五，殯葬服務業應按月造冊於次月底前交付信託業管理，並於每會計年度終了後四個月內，將信託財產目錄及收支計算表送經會計師查核簽證後公布，供消費者查閱。殯葬服務業者對於前項交付信託之金錢，除法律另有規定或為消費者死亡後之依本契約履行、契約終止或解除外，不得提領或動支。殯葬服務業者將第一項價款交付信託業或更換信託業者時，應以書面或依約定之方式主動告知消費者。」生前殯葬服務定型化契約(家用型)應記載事項第 12 條規定：「自訂約日起，至**被服務人**死亡、契約終止或解除前，就消費者所繳納價款之百分之七十五，殯葬服務業者應按月造冊於次月底前交付信託業管理，並於每會計年度終了後四個月內，將信託財

產目錄及收支計算表送經會計師查核簽證後公布，供消費者查閱。殯葬服務業者對於前項交付信託之金錢，除法律另有規定或為被服務人死亡後之本契約履行、契約終止或解除外，不得提領或動支。殯葬服務業者將第一項價款交付信託業或更換信託業者時，應以書面或依約定之方式主動告知消費者。」從上述規定可得知，殯葬服務業者應就消費者所繳納價款之百分之七十五交付信託，除法律另有規定、消費者死亡後之依約履行或有契約終止、解除等情事外，不得提領或動支。

另外，上述應記載事項之內容，事實上殯葬管理條例亦有相同之規範。同條例第 44 條即規定：「與消費者簽訂生前殯葬服務契約之殯葬服務業，須具一定之規模；其有預先收取費用者，應將該費用百分之七十五依信託本旨交付信託業管理。前項之一定規模，由中央主管機關定之。中央主管機關對於第 1 項書面契約，應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項。」而殯葬服務業違反前揭規定未將所預收之費用交付信託者(是否具一定之規模，在此暫先不論，容後再行說明)，同條例第 65 條則規定地方主管機關得採取限期改善、罰鍰或廢止其營業許可等處分，以擔保前揭法定義務之履行。

## (二)健身中心定型化契約

根據健身中心定型化契約應記載事項第 9 條規定，健身中心業者應就收取金額百分之五十額度提供履約保證責任。惟須注意的是，現行法律針對同一規範內容並無類似前揭殯葬管理條例之相關規定(包含課予業者法定義務以及設有行政罰鍰等不利處分以擔保法定義務之履行)。

## (三)電子票證發行定型化契約

電子票證定型化契約應記載事項第 3 條規定：「發行機構提供之消費者保障機制(發行機構應將下列消費者保障機制公告於公司網站及運輸場站或其他明顯處所)(一)銀行發行機構發行電子票證所預先收取之款項，應依電子票證發行管理條例第 29 條第 2 項規定<sup>58</sup>辦理。(二)非銀行發行機構發行電

<sup>58</sup> 電子票證發行管理條例第 29 條第 2 項規定：「銀行發行電子票證所預先收取之款項，應依銀行法提列準備金，且為存款保險條例所稱之存款保險標的。」

子票證所收取之款項，除依電子票證發行管理條例第 18 條第 1 項<sup>59</sup>繳存準備金外，其餘款項並依規定，採下列方式辦理：已全部交付信託。已取得銀行十足之履約保證。」據上，依電子票證發行管理條例第 29 條第 2 項規定，銀行發行電子票證應依銀行法提列準備金並辦理存款保險；非銀行發行電子票證則應依電子票證發行管理條例第 18 條規定提列準備金，並就餘款交付信託或取得銀行十足之履約保證。上述應記載事項之規範內容，銀行法、存款保險條例及電子票證發行管理條例均對應地訂有相同之法定義務，並設有違反義務之處罰規定以擔保前開法定義務之履行，與前述(一)所述殯葬管理條例之立法模式應屬一致。

#### (四)商品(服務)禮券發行契約

現行預付型交易的另一種型態-即商品(服務)禮券的發行，其功能除有募集資金之作用外，可刺激消費者再次回籠培養其忠誠度，消費者因此亦得享有折扣利益，加以禮券使用方便(送禮自用皆可)，相當金錢之代用，是其發行使用十分普遍。惟近來時有耳聞發行禮券的企業經營者遭遇財務問題，或有發生倒閉情事，中央主管機關為避免不肖業者不當經營造成禮券成為廢紙，遂依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告相關商品(服務)禮券應記載事項<sup>60</sup>，其中影響層面最大者為 2007 年 4 月 1 日正式實施的零售業等商品(服務)禮券定型化契約應記載事項及不得記載事項。根據該應記載事項第 2 條規定意旨，零售業等商品(服務)禮券發行人發行禮券應透過銀行保證，或同業同級公司相互連保，或辦理信託，或由同業公會籌辦連保等方式辦理履約保證。

#### 五、針對廣告重申消費者保護法之規範效力

<sup>59</sup> 電子票證發行管理條例第 18 條規定：「非銀行發行機構發行電子票證所收取之款項，達一定金額以上者，應繳存足額之準備金；其準備金繳存之比率、繳存方式、調整、查核及其他應遵行事項之辦法，由中央銀行會商主管機關定之。前項收取之款項，扣除應提列之準備金後，應全部交付信託或取得銀行十足之履約保證。第一項所定一定金額，由中央銀行會商主管機關定之。」

<sup>60</sup> 目前計有瘦身美容業、餐飲業、旅館業、民宿商品(服務)禮券定型化契約應記載事項等 18 種。



消費者保護法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」因此，中央主管機關依據同法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項，多有規定廣告構成契約之一部分，以重申消費者保護法所創設異於民法之廣告效力，部分則透過定型化契約不得記載事項規定，定型化契約條款不得約定廣告僅供參考或非本契約之一部分，如瘦身美容定型化契約不得記載事項第 7 條<sup>61</sup>、移民服務定型化契約不得記載事項第 8 條規定<sup>62</sup>等。以下即就正面規範之應記載事項列舉說明：

#### (一)預售屋買賣定型化契約

預售屋買賣定型化契約應記載事項第 2 條規定：「賣方對廣告之義務—賣方應確保廣告內容之真實，本預售屋之廣告宣傳品及其所記載之建材設備表、房屋及停車位平面圖與位置示意圖，為契約之一部分。」

#### (二)海外留學定型化契約

海外留學契約應記載事項第 7 條規定（廣告效力）：「乙方（即留學服務業者）應確保廣告內容之真實，廣告中就服務內容、品質等所為保證或說明者，甲方得據此而為主張。」

#### (三)短期補習班補習服務定型化契約

短期補習班補習服務契約書應記載事項第 18 條規定（附件效力及契約分存）：「本契約之附件及相關廣告視為本契約之一部分。本契約一式二份，由甲乙雙方各執一份為憑，並自簽約日起生效。」

#### (四)生前殯葬服務定型化契約

生前殯葬服務定型化契約（自用型）應記載事項第 4 條規定：「（廣告責任與自訂服務規範不得抵觸契約）殯葬服務業者應確保廣告內容之真實，對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。文宣與廣告均視為契約內容之一部

<sup>61</sup> 瘦身美容定型化契約不得記載事項第 7 條規定：「不得約定乙方之廣告及甲、乙間之口頭約定不構成契約之內容，亦不得約定廣告僅供參考。」

<sup>62</sup> 移民服務定型化契約不得記載事項第 8 條規定：「不得約定廣告僅供參考或非本契約之一部分。」

分。殯葬服務業者自訂之殯葬服務相關規範，不得牴觸契約。」；生前殯葬服務定型化契約（家用型）不得記載事項第 2 條規定：「乙方（即殯葬服務業者）應確保廣告內容之真實，對甲方所負之義務不得低於廣告之內容。文宣與廣告均視為契約內容之一部分。乙方自訂之殯葬服務相關規範，不得牴觸本契約。」

## 第二目不得記載事項之類型說明

按定型化契約不得記載事項係中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項之授權所公告，業者使用之定型化契約條款如有違反定型化契約不得記載事項之規定，依同法第 2 項規定，應屬無效。中央主管機關公告不得記載事項可將消費者保護法第 12 條之抽象規定予以具體化，對法院在適用法律判斷具體個案時，提供明確之依據，亦具有導引之作用。觀諸目前中央主管機關所公告之不得記載事項，也確實已朝此一方向前進。以下即就相關不得記載事項之類型分述之：

### 一、不得違反強制或禁止規定

汽車買賣定型化契約不得記載事項第 4 條、第 5 條及第 8 條分別規定：「不得約定免除或減輕製造商、進口商及經銷商依消費者保護法規定應負之責任。」（消費者保護法第 10 條之 1 參照）、「不得約定利息超過年息百分之二十」（民法第 205 條規定參照）、「不得為其他違反法律強制、禁止規定或顯失公平之約定。」；洗衣定型化契約不得記載事項第 2 條及第 5 條分別規定：「洗衣憑單或其他收據遺失致送洗衣物被冒領者，洗衣業者概不負責」、「送洗衣物無洗滌標示者，洗衣業者縱有故意或過失致送洗衣物毀損滅失，亦不負責」（民法第 222 條規定參照）；不動產委託銷售定型化契約不得記載事項第 5 條規定：「不得為其他違反強制或禁止規定之約定。」均屬之。

### 二、不得違背契約嚴守原則

汽車買賣定型化契約不得記載事項第 11 條規定：「不得約定出賣人得片面變更買賣標的物之規格或零件等，而買受人不得異議。」；健身中心定

型化契約不得記載事項第 3 條及第 4 條分別規定：「不得約定企業經營者於訂約後得片面變更契約內容。」、「不得約定企業經營者於訂約後得片面調高會費、其他契約所定之各項費用或類此字樣。」；國外旅遊定型化契約不得記載事項第 4 條及第 5 條分別規定：「當事人一方得為片面變更之約定」、「旅行業除收取約定之旅遊費用外，以其他方式變相或額外加價。」均屬之。

### 三、不得使用未有明確定義之名詞或不明確之語句

預售屋買賣定型化契約不得記載事項第 3 條規定：「不得使用未經明確定義之『使用面積』、『受益面積』、『銷售面積』等名詞。」；國外旅遊定型化契約不得記載事項第 1 條規定：「旅遊之行程、服務、住宿、交通、價格、餐飲等內容不得記載『僅供參考』或『以外國旅遊業提供者為準』或使用其他不確定用語之文字。」；海外旅遊學習（遊學）契約不得記載事項第 1 條規定：「旅遊學習行程中之學習課程部份，必須於簽訂契約前完成明確規劃，不得以『尚在接洽中』、『持續接洽中』或『再行通知』等非確定性之文字約定。」，均屬之。

### 四、不得排除民法、消費者保護法之任意規定

汽車買賣定型化契約不得記載事項第 6 條第 7 條分別規定：「不得約定『貨物出門，概不退換或修補』等概括免責條款。」（民法第 366 條規定參照）、「不得約定排除或限制於交車時未能發現瑕疵之擔保責任。」（民法第 356 條規定參照）；健身中心定型化契約不得記載事項第 5 條規定：「對於消費者所攜帶通常物品之毀損滅失，不得為違反民法第 607 條之約定。」；國外旅遊定型化契約不得記載事項第 10 條規定：「排除旅行業履行輔助人所生責任之約定」（民法第 224 條規定參照）；郵購買賣食品定型化契約不得記載事項指導原則第 7 條規定：「不得約定剝奪或限制消費者依法享有之契約解除權」（消費者保護法第 19 條規定）；金融機構保管箱出租定型化契約不得記載事項第 5 條規定：「出租人與承租人合意定第一審管轄法院不得排除同法第 47 條及民事訴訟法第 436 條之 9 規定之適用。」；洗衣定型化契約

不得記載事項第 2 條規定：「洗衣憑單或其他收據遺失致送洗衣物被冒領者，洗衣業者概不負責」（民法第 220 條規定參照）均屬之。

#### 五、不得違反應記載事項意旨之約定

國外旅遊定型化契約不得記載事項第 3 條，及國內旅遊定型化契約不得記載事項第 3 條均規定：「排除旅客之任意解約、終止權利及逾越主管機關規定或核備旅客之最高賠償標準。」揆其目的，即在貫徹維護同定型化契約應記載事項第 6 條所賦予消費者之任意解約權，及其行使所生損害賠償金額之最高限制。健身中心定型化契約不得記載事項第 1 條、第 2 條及第 9 條分別規定：「不得約定甲方（即消費者）違反本契約時甲方應支付違約金或拋棄已支付之費用」、「不得約定甲方加入會員之費用，一經享受會員權利即不得要求退費之規定。」、「本契約存續期間內，而需終止本服務契約者，應依『應記載事項』第 6 條、第 7 條規定處理，不得事先約定或藉以器材或教材為雙方簽約標的而拒絕終止契約之要求。」其目的亦在貫徹同定型化契約應記載事項第 5 條及第 6 條所賦予消費者之任意解約、終止權，及其行使上開權利時僅須依據契約存續期間比例負擔會籍使用費用之作法（健身業者針對會費如係一次收取或有無法提供認定簽約時單月會籍使用費用者，得另約定向消費者收取不得逾退費金額百分之二十之手續費以補償因消費者片面終止契約所受之損失，則屬例外）。

#### 六、特殊交易型態之不得記載事項

健身中心定型化契約不得記載事項第 10 條規定：「本契約期間期限屆滿後，而需續約者。應經雙方書面確認。企業經營者不得事先約定屆期自動續約，不另通知消費者。」即在導正時下健身業者普遍藉由定型化條款約定屆期自動續約之不公交易型態，目的在彌補定型化契約條款因交易成本所生之弊端。汽車買賣定型化契約不得記載事項第 9 條規定：「不得約定買受人僅得向出賣人指定之特定保險人投保保險。不得約定禁止或限制買受人自由投保之權利。」即在維護契約自由中之相對人選擇自由。



### 第三款小結

定型化契約應記載事項與不得記載事項最大之差別在於，它可以直接課予定型化契約使用人義務，也可以直接賦予對造消費者權利。以前揭應記載事項之類型說明可知，消費者分別被賦予契約審閱權、任意解約權(包含因行使所生之限額賠償責任)、業者違約時所生之定額違約金請求權、履約保證及主張廣告內容構成契約一部等權利，其中有關任意解約權(包含因行使所生之限額賠償責任)、業者違約時所生之定額違約金請求權、履約保證等，係屬創設性之規範，契約審閱權及主張廣告內容構成契約一部等權利，則在重申消費者保護法已規範之事項，並不具創設性。職是，對照前揭不得記載事項之類型說明，應記載事項顯較其具備積極之功能。

### 第三節作成行政處分

#### 第一款中央主管機關事前核准或核定定型化契約條款

針對特定行業所使用之定型化契約條款(即營業章程、營業規則等)，法律有要求實施前須先經由目的事業主管機關加以審核，經核准或核定通過後，定型化契約條款始生效力，如民營公用事業監督條例第7條規定：「民營公用事業，訂立或修正有關公眾用戶之收費，及各項規章，應呈由地方監督機關，簽具意見，轉呈中央主管機關核准。」電信法第27條第1項規定：「第一類電信事業，應就其服務有關之條件，訂定營業規章，報請電信總局轉請交通部核准後公告實施；變更時亦同。」電業法第59條第1項規定：「電業擬訂或修正營業規則、電價及各種收費率，應送經地方主管機關或其事業所屬機關加具意見，轉送中央主管機關核定後，在當地公告之。」<sup>63</sup>此類規定反應中央主管機關對相關定型化

<sup>63</sup> 其他如民用航空法第55條第1項規定：「民用航空運輸業客貨之運價，……其為國內定期航線者，應報請民航局轉報交通部核准其上、下限範圍。變更時，亦同。」幼稚教育法第17條規定：「公私立幼稚園收費項目、用途及數額，須經所在地主管教育行政機關核定」亦同。

契約條款的高度介入管制，惟即便經核准之定型化契約條款，亦不當然具備終局確定之效果，個案上應仍得接受司法的最終審查，則屬當然。

另保險法第 144 條第 1 項規定：「保險業之各種保險單條款、保險費及其他相關資料，由主管機關視各種保險之發展狀況，分別規定銷售前應採行之程序、審核及內容有錯誤、不實或違反規定之處置等事項之準則。」本條項之立法理由，乃因保險單條款之制定及保險費之計算公式等，攸關投保大眾之權益，為避免保險業收取不合理之保險費，或惡性殺價競爭，遂明文規定保險業之各種保險單條款、保險費及其他相關資料，由主管機關視各種保險之發展狀況分別規定其銷售前應採行之程序<sup>64</sup>。據此，主管機關行政院金融監督管理委員會乃訂定「保險商品銷售前程序作業準則」作為事前審核之依據。其中根據準則第 16 條第 1 項規定：「保險業應將下列財產保險商品申請主管機關核准，始得銷售。但主管機關另有規定者，不在此限：一、保險期間或承保責任期間超過三年之保險商品。二、新型態之個人保險商品。」第 17 條第 1 項規定：「保險業應將下列人身保險商品申請主管機關核准，始得銷售。但主管機關另有規定者，不在此限：一、依據勞工退休金條例相關規定辦理之年金保險商品。二、應提存保證給付責任準備金之投資型保險商品。三、新型態之保險商品。」可知大部分的保險商品均須經主管機關核准，始得銷售。若保險業銷售未經核准的保險商品，主管機關得依保險法第 149 條第 1 至 3 項規定<sup>65</sup>對其作成不利處分，惟此並不影響已簽訂保險契約之私法上效力。

## 第二款地方主管機關事後對定型化契約條款發動行政監督

按消費者與企業經營者間所生之消費爭議，原則上應透過民事實體規範以釐清當事人間之權利義務關係，惟基於預防功能之法政策下，國家高權遂被要求介

<sup>64</sup> 引自林群弼，保險法論，三民，2008 年 9 月，頁 669。

<sup>65</sup> 保險法第 149 條第 1 至 3 項規定：「保險業違反法令、章程或有礙健全經營之虞時，主管機關除得予以糾正或命其限期改善外，並得視情況為下列處分：一、限制其營業或資金運用範圍。二、命其停售保險商品或限制其保險商品之開辦。三、命其增資。四、命其解除經理人或職員之職務。保險業不遵行前項處分，主管機關應依情節，分別為下列處分：一、撤銷法定會議之決議。二、解除董（理）事、監察人（監事）職務或停止其於一定期間內執行職務。三、其他必要之處置。依前項第二款規定解除董（理）事、監察人（監事）職務時，由主管機關通知公司（合作社）登記之主管機關註銷其董（理）事、監察人（監事）登記。」

入處理爭議，消費者保護法第 33 條至第 38 條即明文規定國家高權在特定情形下，得介入與干涉企業經營者之經營行為。其中第 36 條規定：「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第 33 條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」而依該條文義可知，地方主管機關對企業經營者行使行政監督權，係以企業經營者提供之商品或服務確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者為要件。地方主管機關對於企業經營者發動上開行政監督權而課予其法定義務（即命限期改善、回收或銷燬或命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施等）時，則可透過同法第 58 條所規範之行政罰手段以擔保其義務之履行。根據近來我國目前實務之發展，地方主管機關已有依消費者保護法第 36 條規定排除企業經營者不當使用消費定型化契約條款之適例，如 2009 年喧騰一時的臺北中和國賓影城禁帶外食案。針對該案，臺北縣政府即認業者所使用之定型化契約條款違反誠信原則，已侵害消費者之「財產權」為由，爰依消費者保護法第 36 條規定，以 98 年 4 月 9 日北府法消字第 0980275570 號函請業者限期改善。

## 第五章違反行政規制之法律效果

### 第一節行政罰

#### 第一款公平交易法之行政制裁

行政院公平交易委員會雖非消費者保護法之中央主管機關，惟其針對部分不當使用定型化契約條款之業者，亦可透過公平交易法第 24 條及第 41 條的行政罰<sup>66</sup>從事行政規制。按公平交易法第 24 條規定：「除本法另有規定外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為。」此係不公平競爭行為之概括規定，凡具有不公平競爭本質之行為，如無法依公平交易法其他條文規定加以規範者，則可檢視有無公平交易法第 24 條之適用（同法第 9 條第 2 項規定參照）。公平交易法第 24 條所規範之目的在**建立市場競爭之秩序**，而對「足以影響交易秩序」之「欺罔行為」或「顯失公平行為」加以管制，因此強調個案交易中，(1)交易之一方是否使用了「欺騙」或「隱瞞重要事實」等引人錯誤之方法，致使交易相對人與其交易，或(2)使競爭者喪失交易機會之「欺罔行為」；抑或(3)對交易相對人為不當壓抑，妨礙交易相對人自由決定是否交易及(4)利用交易相對人之**資訊不對等**或其他交易上**相對弱勢**地位，從事之「顯失公平行為」。以下即就目前行政院公平交易委員會針對業者不當使用定型化契約條款，而可能運用上開規定加以管制之態樣分述之：

#### 一、不當限制購屋人審閱契約

針對前開所謂「利用交易相對人**資訊不對等**所從事之『顯失公平行為』」之樣態，行政院公平交易委員會即認為房產業者不當限制購屋人**審閱定型化契約條款**（包括未給予審閱期間）有違反公平交易法

---

<sup>66</sup> 公平交易法第 41 條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣 5 萬元以上 2 千 5 百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣 10 萬元以上 5 千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」



第 24 條開規定之嫌，可依同法第 41 條規定限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣 5 萬元以上 2 千 5 百萬元以下罰鍰；倘業者逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣 10 萬元以上 5 千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。其理由為：在預售屋交易過程中，由於買賣契約書多半為建築開發業者事先單方擬定，而買賣標的之建物又尚未具體成形，就相關之契約資訊內容而言，建築開發業者無疑為具優勢地位之一方。倘建築開發業者先收取定金再揭露契約內容，及至購屋人對契約內容有所異議，建築開發業者未能接受或甚至堅持依既定內容簽約，否則沒收定金，則該定金之收取不無陷購屋人於弱勢之不利地位，此等行為已有顯失公平之情形；又因房屋買賣契約書內容涉及專業用語，需時查證瞭解，故如建築開發業者給予之審閱期間未盡合理，仍無法提升購屋人之簽約交涉能力。是建築開發業者於銷售預售屋時，如有要求購屋人須給付定金始提供契約書，或收受定金或簽約前，未提供購屋人至少 5 天契約審閱期間等行為，將有違反公平交易法第 24 條規定之虞<sup>67</sup>。歸納言之，不當限制購屋人審閱契約，係屬具相對市場力量或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人之資訊不對等所從事之不公平交易行為。

## 二、隱瞞重要交易資訊

行政院公平交易委員會認為業者**隱瞞重要交易資訊**致使交易相對人與其交易，亦屬所謂「利用交易相對人**資訊不對等**所從事之『顯失公平行為』」之樣態，有違反公平交易法第 24 條規定之虞<sup>68</sup>。因此，若企業經營者使用定型化契約條款基於隱瞞重要交易資訊之目的，而有積極使用未有明確定義之名詞或不明確之語句(參閱定型化契約不得記載事項

<sup>67</sup> 引自行政院公平交易委員會 97 年 1 月 10 日公壹字第 0970000186 號令。

<sup>68</sup> 同前註。

之類型說明三之部分)，造成消費者誤認進而影響交易秩序者，本文以為亦屬公平交易法第 24 條之規制範疇。

### 第二款消費者保護法之行政制裁

消費者保護法第 36 條規定：「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第 33 條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」第 58 條規定：「企業經營者違反主管機關依第 36 條或第 38 條規定之命令者，處 6 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」根據我國目前實務之發展，企業經營者不當使用消費定型化契約條款，可認定為有損害消費者之財產，或對其財產造成損害之虞（即有前開第 36 條所規範之情事）<sup>69</sup>，地方主管機關除可據以命企業經營者限期改善外，針對屆期不改善者，尚得依前開第 58 條規定裁處行政罰，並得連續處罰。

### 第三款地方自治條例之行政制裁-以臺北市消費者保護自治條例為例

臺北市消費者保護自治條例第 8 條規定：「企業經營者使用定型化契約者，不得違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項或審閱期間，執行機關並得隨時派員查核。違反者，應命其限期改正。」第 38 條第 1 項規定：「企業經營者違反第 8 條至第 10 條規定之一，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」<sup>70</sup>據上可知，中央主

<sup>69</sup> 除前述的電影院禁帶外食案外，針對違反預售屋買賣定型化契約應記載事項及不得記載事項的建商，主管機關內政部(地政司)亦認為可依消費者保護法第 36 條規定要求業者限期改善，若逾期不改善，得依同法第 58 條規定處 6 至 150 萬元罰鍰，並得連續處罰。對此可參閱自由時報 2010 年 5 月 5 日 C3 版「新制預售屋買賣定型化契約，8 建商未採行」之報導。

<sup>70</sup> 臺中市消費者保護自治條例亦有類似之規定，該條例第 5 條第 1 項規定：「企業經營者使用定型化契約時，應符合誠實信用與平等互惠原則，並依中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項辦理，且應給予消費者合理審閱期間。定型化契約未記載中央主管機關公告應記載事項者，視為已記載；定型化契約記載中央主管機關公告不得記載事項者，視為無記載。」第 36 條規定：「企業經營者違反第 5 條第 1 項…執行單位（機關）應責其限期改正，收回貨品，退還消費者所繳價款，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣 3 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」目前計有 8 個直轄市、縣(市)訂有類似的自治條例

管機關所公告之定型化契約應記載或不得記載事項，已透過上述規定轉借成為業者使用定型化契約時之**行政法義務**，業者倘有違反，臺北市政府得據以命限期改正(不利處分)，經通知限期改正而逾期不改正者，得裁處罰鍰處分，並得連續處罰。

## 第二節消費者保護法第 56 條之 1 修正草案

消費者保護法第 17 條第 1 項公告定型化契約應記載或不得記載事項之立法目的，在於使業者遵守公告事項，避免業者使用對消費者顯失公平之定型化契約條款，惟依現行規定，主管機關依同條第 3 項查核後，若發現業者使用定型化契約條款有違反定型化應記載或不得記載事項之情形，通常僅能勸導改善，並無類似行政罰規定以擔保公告事項之落實執行<sup>71</sup>。此外，亦有論者認為依消費者保護法第 57 條規定，企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關依第 17 條第 3 項所為定型化契約之調查者，主管機關得處以 3 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，而不遵守中央主管機關所公告定型化契約應記載或不得記載事項者，主管機關卻無法可令業者限期改善或據以處罰，顯然有失平衡<sup>72</sup>。據上，論者遂倡議針對中央主管機關所公告之定型化契約應記載或不得記載事項，增訂行政罰之處罰規定，此即消費者保護法第 56 條之 1 修正草案，該草案目前已送立法院審議。草案第 56 條之 1 規定：「企業經營者使用定型化契約，違反中央主管機關依第 17 條第 1 項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有規定外，主管機關應命其限期改正，並得處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰；屆期未改正者，處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」其規制型態與前開臺北市消費者保護自治條例大體一致。

<sup>71</sup> 實務上，雖有主管機關曾針對業者違反禮券應記載或不得記載事項，嘗試以消費者保護法第 36 條之命令限期改善及第 58 條違反命令之罰鍰處分作為規制依據，惟目前仍有適用上疑義，以致並無實際處罰之案例。

<sup>72</sup> 參閱 2008 年 11 月 26 日行政院消費者保護委員會消費者保護法專案研究小組第 58 次會議紀錄有關詹森林老師之發言部分。

### 第三節消費者保護官之不作為訴訟

消費者保護法第 53 條第 1 項規定：「消費者保護官或消費者保護團體，就企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為，得向法院訴請停止或禁止之。」因此，依前開規定，企業經營者之行為若有重大違反消費者保護法有關保護消費者之規定，消費者保護官即得向法院訴請停止或禁止之，此即所謂不作為訴訟。申言之，就監督定型化契約而言，若企業經營者使用定型化契約條款重大違反消費者保護法第二章第二節有關保護消費者之定型化契約規定，致損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者（消費保護法施行細則第 40 條規定參照），消費者保護官即得提起不作為訴訟，透過司法程序宣告不當條款的禁止使用。綜上，根據我國法制，消費者保護官制度亦具有監督定型化契約條款之功能。按司法有不告不理-被動之特性，消費者保護官依前開規定則得發揮**主動、積極**之功能；相較於中央主管機關根據消費者保護法授權發布應記載及不得記載事項成為定型化契約條款，消費保護官針對個案之定型化契約條款則得提起不作為訴訟，其規範意義在於流刺網之**補充**功能。此外，根據消費者保護法第 53 條第 1 項規定，消費者保護官針對定型化契約條款提起不作為作訴訟，亦不以消費者與企業經營者就定型化契約條款合意並成為契約之一部為要件，企業經營者所使用之定型化契約條款，縱未經消費者同意，倘其內容確已違反消費者保護法有關保護消費者之定型化契約規定，消費者保護官亦得提起不作為訴訟。因此，消費者保護官之不作為訴訟亦具有**事前**監督定型化契約條款之功能。惟須注意者是，消費者保護法實施迄今，從未有消費者保護官針對業者使用之定型化契約條款提起不作為訴訟，究其原因為何，詳參閱下一章之說明。



## 第陸章各類型行政規制之檢討

### 第一節行政指導

中央主管機關所擬定各類之定型化契約範本，其本質既為行政指導，原則上即不發生任何規制效果。其主要的效果在於中央主管機關處於中立地位，較能獲得交易雙方之信賴，其所擬定之定型化契約範本可發揮引導企業經營者主動使用之意願，消費者復因有主管機關的介入擬定，對其可產生一定之信賴，主管機關則因輕度介入而可避免過度干預私人交易的疑慮。惟定型化契約範本本質上並無強制適用的效力，企業經營者有權決定不予採用，加以現實交易的複雜化、多樣化，資訊不對稱的情形並無法完全根除，以致定型化契約範本多只能發揮輔助功能，並不足作為消費定型化契約條款行政規制的主要手段。況實務上中央主管機關亦可能因專業人力不足，或者受其監督機關或其他壓力團體之影響，致無法妥適或秉公擬訂定型化契約範本，凡此亦在在影響定型化契約範本所能發揮的功能。

### 第二節法規命令

#### 第一款根據專業法律授權發布法規命令之執行檢討

中央主管機關根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款，多適用於公用、運輸等特許行業。從事該類行業之業者，一旦獲得政府特許經營，即代表者該類行業之經營將趨於獨占或類似獨占之情形(無競爭的狀態)，因此立法者多於母法授權中央主管機關訂定法規命令，以約束獲得營業特許業者之經營行為，進而保障相對人-即消費者之使用權益。茲以鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法第4條、及航空客貨損害賠償辦法第3條規定例，鐵路法及民用航空法對公用運輸事業損害賠償責任之成立，一方面採取較民法為嚴格之歸責原則(前者為推定過失責任，後者為無過失責任)，以加重其責任，進而保障消費者權益；一方面則為平衡此項較為嚴格之責任，法律乃授權中央主管機關訂定損

害賠償發給辦法，對賠償數額加以限制<sup>73</sup>。其中民用航空法或係追隨國際公約而制定，而有其特殊背景，暫且不論。然前揭有關鐵路法的規定，於立法政策是否適宜？學者則認為甚有討論之空間。蓋嚴格之歸責原則與最高賠償限額並無本質上結合的必然關係，此點觀諸現代消費者保護法中有關產品、服務責任之立法趨勢甚明（該法並未採最高限額賠償制度）。職是，根據鐵路法訂定的「鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法」中有關損害賠償金額之限制，實應配合現今相關法制的現代化（即偏重消費者權益）重新加以檢討修正<sup>74</sup>。

此外，前開航空客貨損害賠償辦法、鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法所採**限額賠償責任**之立法，規範之結果固對業者利益有一定之維護，然並非所有透過法規命令規制消費定型化契約條款的結果均係如此。以第一類電信事業資費調整為例，公權力發布法規命令對電信業資費費率（即零售價格）之管制，對業者利益則有相當地限縮。國家通訊傳播委員會於2010年1月29日依電信法第26條第3項規定發布第一類電信事業資費管理辦法，該辦法第2條針對第一類電信事業與消費者從事交易而提供電信服務時，要求其各項業務資費之調整應受下列公式之限制： $[(P_t - P_{t-1}) \div P_{t-1}] \times 100\% \leq (\Delta \text{CPI} - X)$ 。其中公告調降X值（屬實質意義之法規命令）即引發業者主張「直接管制終端零售價格，有違反市場自由競爭」之虞<sup>75</sup>，亦再度反應中央主管機關實施類似行政規制時有其操作上之困難性。蓋不論係消費者或業者，渠等對類似法規命令均無可資尋求救濟之管道，因此易形成較大的爭議，造成中央主管機關動輒得咎，甚至三者皆輸的結局。按零售價格管制係一種普遍存在於各類公用事業的事前管制，而有關電信業之零售價格管制，傳統上係立基於電信業的「公用」及「獨占」性質，隨著電信自由化逐漸導入競爭的概念，有關零售價格管制的正

<sup>73</sup>王澤鑑，公路法關於損害賠償特別規定與民法侵權行為一般規定之適用關係，民法學說及判例研究第6冊，2004年3月，頁46至47。

<sup>74</sup>同前註，頁49至51。

<sup>75</sup>參閱工商時報2008年10月23日「放X值一馬！電信三巨頭請命讓費率回歸市場」之報導。

<sup>76</sup>根據第一類電信事業資費管理辦法第5條規定，X（調整係數）係由國家通訊傳播委員會訂定並定期公告，因此公告調降X值應屬發布實質意義的**法規命令**，依我國現行行政爭訟制度，對法規命令不得提起訴願及行政訴訟。

當性，事實上已逐漸消失，目前多建立在「剩餘獨占力」及「市場失靈」的風險下<sup>77</sup>。零售價格管制所涉層面甚廣，非僅單純考慮消費者的短期利益，尚須檢視是否有助促進競爭，是否抑制受管制事業繼續投資服務之意願，致影響未來產業的發展。有關 X 值爭議，社會與業界並無從得知國家通訊傳播委員會的政策目標為何，以致產生有恣意與行政便宜的疑慮。對此，本文以為，針對中央主管機關根據專業法律授權，以法規命令之方式規定終端零售價格的上限，須隨時注意此一手段的「過渡」性質（非終極目的），反覆檢討避免濫用。至以法規命令之方式訂定定型化契約條款，則應加強形成規範過程的程序正當性，如落實行政程序法中有關之預告程序（第 154 規定參照），並盡可能的實施聽證程序擴大參與，使得受規範者能充分了解規範之目的，方能期待以法規命令所規定之定型化契約條款能適時衡平消費者與企業經營者之權益。

#### 第二款中央主管機關根據消費者保護法授權發布應記載事項之執行檢討

消費者保護法第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」係中央主管機關根據消費者保護法授權發布應記載事項成為定型化契約條款之依據。同條第 2 項規定：「違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。」係違反不得記載事項之效力規定；同法施行細則第 15 條第 2 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。」則係違反應記載事項之效力規定。而依據前開規定意旨可知，中央主管機關選擇特定行業所公告規定之定型化契約應記載或不得記載事項，對企業經營者所使用之定型化契約條款將產生實質禁止或強制的效力。惟須注意的是，細繹前開消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定，其立法目的應在確保定型化契約應記載事項公告之效力，並直接確定定型契約的部分內容，而此種以行政權強制介入調整企業經營者與消費者所締結之定型化契約內容，對契約自由機制的衝擊影響頗大，操作時宜審慎為之。蓋公平正義之內

<sup>77</sup> 李淳，零售價格管制之探討，月旦法學雜誌第 186 期，2010 年 11 月，頁 178 至 179。

涵如何，其核心領域或許是普世價值，毫無爭論，然其外延界限為何，實則眾說紛紜，莫衷一是。行政權如自以為能充分掌握其概念，實則基於民粹考量，毫不節制地詳盡公告應記載或不得記載事項，尤其是**應記載事項**，積極使各類無名契約趨於模範契約的型態，將使法律的適用喪失其應有的彈性（蓋契約自由的重要功能在於彈性，目的在符合雙方當事人之交易需求<sup>78</sup>，若定型化契約之應記載事項過於繁瑣或強求，將喪失契約的彈性功能），亦將與自由經濟體制的運作背道而馳。以下即就相關定型化契約的應記載事項進行逐一檢討，最後再歸納其結論。

### 一、審閱期間

消費者保護法第 11 條之 1 第 1、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。企業經營者未予消費者合理審閱期間審閱定型化契約條款之內容，其效力為定型化契約條款不構成契約之內容。但消費者得主張條款仍構成契約之內容。此一審閱期間之規定，為我國法制所獨有，寓有事先充分揭露資訊及發揮沉澱衝動的功能。目前中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項，多有將審閱期間予以納入者。惟審閱期間是否確能發揮上述功能，本文以為甚有疑問。以常見的房屋買賣為例，企業經營者與消費者就房屋（標的物）及其價金互相同意時，買賣契約即為成立生效（民法第 153 條第 2 項及第 345 條規定參照）。特定房屋及其價金之約定應屬個別磋商條款，與企業經營者所提供房屋買賣契約書中之其他定型化契約條款不同，因此如企業經營者未予消費者審閱期間，雙方當事人即簽署房屋買賣契約書，依前開規定，僅房屋買賣契約書中之定型化契約條款不構成買賣契約之內容，而當事人間房屋買賣契約之效力，原則上仍為有效<sup>79</sup>（消費者保

<sup>78</sup> 謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 9 月，頁 24。

<sup>79</sup> 最高法院 98 年台上字第 168 號判決謂：「按消費者保護法第 11 條之 1 第 1 項固規定，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。惟依同條第 2 項規定，倘企業經營者於訂約前，未予消費者合理之審閱期間，亦僅生由企業經營者單方所預先擬定之定型化契約條款，不構成契約之內容，非謂當事人間之契約關係不成立或無效。此因定型化契約條款未能列為契約內容之事項，應視兩造間契約之性質，依相關法律規定補充之。」即採此一見解。



護法第 16 條規定參照)。此一適用結果對消費者而言，未必有利。蓋房屋買賣契約在企業經營者與當事人間既已成立生效，房屋買賣契約書中之定型化契約條款不構成買賣契約之內容（但消費者得主張條款仍構成契約之內容），將導致當事人間之法律關係益趨於複雜，如消費者與企業經營者事後仍須耗費時間、心力爭執條款是否構成契約之內容，甚至消費者因而主張整部契約無效等。況根據消費者保護法第 11 條之 1 第 2 項規定，企業經營者未予消費者合理審閱期間審閱定型化契約條款之內容，即與消費者訂立定型化契約者，消費者有使定型化契約條款不構成契約內容，或仍構成契約內容的「形成權」，惟針對此一權利，同法竟無設除斥期間之相關規定<sup>80</sup>，不僅有礙法律關係的安定，亦使得審閱期間之功能大打折扣<sup>81</sup>。蓋消費者若於事後相當之時間經過後，始主張定型化契約條款不構成契約之內容，無異使平靜的法律關係再起波瀾。

此外，契約審閱期間之功能非不可透過我國現行的其他制度加以取代。以我國人壽保險單示範條款為例，有所謂「契約撤銷權條款」(Free-Looking Period)，人壽保險單示範條款第 3 條即規定：「要保人於保險單送達的翌日起算 10 日內，得以書面檢同保險單向本公司撤銷本契約。要保人依前項規定行使本契約撤銷權者，撤銷的效力應自要保人書面之意思表示到達翌日零時起生效，本契約自始無效，本公司應無息退還要保人所繳保險費；本契約撤銷生效後發生的保險事故，本公司不負保險責任。但契約撤銷生效前，若發生保險事故者，視為未撤銷，本公司仍應依本契約規定負保險責任。」<sup>82</sup>此

<sup>80</sup> 黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月，頁 96。

<sup>81</sup> 有關連動債的銷售爭議，有不少投資人於相當時日經過後，始主張銀行未給予審閱期間云云。對此，法院多認為「相關法令並無強令此等申購文件須給予客戶一定期間（例如 3 日、5 日）審閱，且從『契約合理審閱期』之保護目的來看，若客戶已能確實知悉契約內容及風險，縱使審閱時間只有 1 日，亦可認為已於合理期間審閱。查原告已於『中文產品說明暨風險預告書』聲明已充分了解系爭連動債所有相關交易條件及投資風險，原告並另於『金錢信託投資指示書』委託人處蓋原留印鑑，表示同意『將信託資金交付受託人，按委託人金錢信託之方式，投資於委託人所指定之投資標的，委託人已於合理期間審閱、明瞭並同意遵守本申請書正面所載事項及背面...』，足證原告也已於合理期間審閱相關申購文件。」（臺灣臺北地方法院 99 訴字第 1957 號判決參照）

<sup>82</sup> 信用卡定型化契約範本第 7 條第 3 項規定：「申請人於收到核發之信用卡 7 日內（註：各銀行得視自行狀況酌予延長，但應明定契約約定），得通知貴行解除契約，無須說明理由及負擔任何費

一法制同樣係賦予要保人於保險契約簽訂後之冷靜思考期，亦能達成資訊充分揭露的要求，而要保人亦無須因此負擔任何費用，其實質遠較契約審閱期間之設計，更能使得消費者有充分了解定型化契約條款之機會，並發揮沉澱衝動的功能<sup>83</sup>。此外，德國法制針對特定契約亦有所謂締約前資訊告知義務的法律設計<sup>84</sup>，並搭配「契約脫退權」(Widerrufsrecht)<sup>85</sup>制度，究其實質，不僅適當填補定型化契約條款因資訊不對稱所產生之流弊，亦足以發揮我國契約審閱期間法制所欲發揮之功能，誠值作為我國日後修法的參考。

## 二、消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化

國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條、健身中心定型化契約應記載事項第 6 條、殯葬服務定型化契約應記載事項第 14 條第 2 項、及預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 3 款等規定，分別創設了消費者之任意解約(終止)權，並將企業經營者因消費者之任意解約所得請求之損害賠償金額予以限額標準化，消費者得據以事先評估是否採取解約行為，有利保障其自

---

用或價款。…」亦採同一規範模式。

<sup>83</sup> 根據聯合晚報 2010 年 1 月 26 日 A10 版標題「人壽險定型化契約條款草案上路-審閱期間看完整保單 金管會槓消保會」刊載略以：……針對新出爐的「人壽保險定型化契約範本」終於納入「契約審閱期(3 天)」，加強維護保戶的權益，不過對審閱期間，保戶到底是否能夠看到完整的保單，還是投保時業務員擬定的保險樣章，今早消保會與金管會各說各話……消保會以為保險單條款、附著之要保書、批註及其他約定事項，均為保險契約之一部分(即定型化契約條款)，3 天審閱期內，投保保戶自有權利看到完整保單……金管會則認為保險樣章都有完整的權利義務規範，只是都轉化成文字條文說明，尤其保戶如果拿到完整保單後仍有 10 天契約撤銷權，這樣的保單棄冊(應為「契撤」之誤)期已實施多年，就是為了保障保戶權益，重點在於保戶應在拿到保單後仔細查核保單內容。……究竟審閱期的存在是否真能維護保戶權益……若民眾真要捍衛自身權益，重要的還是在於收到保單後必須仔細核對內容條款，一旦有差異應把握 10 天契約撤銷權。針對上述的報導，本文以為，目前實務的 10 天契約撤銷權條款已足以涵蓋契約審閱期的功能或更甚之，若採取消保會的立場，將過度矯正現行實務運作正常且無生爭議的交易程序，徒增程序之繁複，並有礙交易之進行。對此，工商時報 2010 年 2 月 27 日 A11 版標題「新增 3 天保單審閱期-壽險業不滿擬翻案」亦刊載略以：……壽險保單已有 10 天的契撤期，即保戶簽約後 10 天內，若反悔不想投保，都可以撤銷契約，這已經相當保護消費者，現在要新增 3 天的保單(附著之要保書、批註及其他約定事項)審閱期，這 3 天保戶只是拿到保單，並未簽約也未投保，這 3 天就沒有保障，萬一出事，誰要負責！足供參考。

<sup>84</sup> 黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月，頁 140 至 144。

<sup>85</sup> 契約脫退權是除斥期間經過後，已經到達他方的意思表示才確定生效；除斥期間經過前，有權行使脫退權一方的意思表示縱已到達他方，該意思表示仍屬效力未定，此與一般傳統民法有關解除權之概念有別。然就消費者不再受契約拘束此點而言，則是一致的。因此契約脫退權與契約解除權法制有異曲同工之妙。詳參閱吳瑾瑜，國外渡假村會員卡交易與消費者保護一文，中原財經法學第 8 期，2002 年 6 月。

身權益。另一方面而言，企業經營者亦可避免因消費者解約所生求償舉證之煩。因此，從形式而言，此一強制性條款對相關消費爭議的避免及解決，甚有助益。然須注意者，前揭定型化契約應記載事項將企業經營者所得請求之損害賠償金額予以限額標準化，雖有利及早解決當事人間因消費者片面解約所生之爭議，然對企業經營者損害賠償請求權之行使，無形中亦構成一定之限制<sup>86</sup>。此一限制是否符合現行法制的要求？是否足以因應多元化的交易型態？本文以為甚有疑問。以國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條規定為例，消費者於簽訂旅遊契約後，開始旅遊前，得按距旅遊開始日期時間之長短賠償固定比例的旅遊費用以解除旅遊契約。此等固定比例的計算標準，不知從何產生，其結果雖有利契約當事人據以計算，惟仍不免流於僵固之虞。次者，所謂國外旅遊契約，一般係指旅遊營業人提供旅客國外旅遊服務，而旅客支付報酬之契約。而根據民法第 514 條之 1 第 2 項規定，旅遊服務之範圍包括了安排旅程及提供交通、膳宿、導遊或其他有關之服務。因此現行業界所謂國外團體旅遊(俗稱跟團旅遊)固屬旅遊契約，國外自由行(俗稱機票加酒店自由行)亦屬之<sup>87</sup>，介於以上兩者間之中間混合型態自不例外。然須注意者，以上三大類旅遊契約之交易型態有別(事實上歸屬其項下之各類旅遊型態亦有差異)，其交易成本及利潤的計算自有差異，若不考量其間差異，遽然強制所有型態的旅遊契約均適用國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條所規定之損害賠償金額標準，對旅遊營業人的財產權將造成不小的限制。按國外自由行(即俗稱機票加酒店自由行)之旅客運送契約及租賃契約的相

<sup>86</sup> 健身中心定型化契約應記載第 6 條針對企業經營者向消費者收取任意終止契約手續費以補償自身所受損失的部分，係採取「不得逾退費金額百分之二十」的上限規範模式，預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 3 款所謂「賣方得沒收依房地總價款百分之\_\_ (最高不得超過百分之十五) 計算之金額」亦係採取類似的規範模式(相同的規範模式復可參照移民服務定型化契約應記載事項第 10 條規定)。國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條則係直接對契約內容加以修正或變更，並無彈性的空間。按針對契約內容實施控制，為契約控制的最後手段，前者所採取損害賠償金額不得逾上限之規範模式，似較直接對契約內容加以修正或變更之規範模式高明些許。

<sup>87</sup> 大部分學者多認為除安排旅程外，尚須具備提供交通、膳宿、導遊或其他有關之服務至少一項，方得稱為旅遊契約。參閱邱聰智，新訂債法各論，元照，2002 年 10 月，頁 133；林誠二，論旅遊契約之法律關係，民法七十年之回顧與展望紀念論文集，2000 年 10 月，頁 390；吳啓賓，由華航飛機起火事件論旅遊契約旅遊營業人之責任，月旦法學雜誌，2008 年 4 月，頁 49。



對人分別為航空公司及國外酒店，旅遊營業人充其量僅居於代收代付的地位，其對機票或酒店等服務之提供，並不具備主導權，因此倘消費者於訂約付款後欲解除契約，應無國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條之適用<sup>88</sup>。而針對國外自由行的契約內容，若消費者附加要求旅遊營業人提供國外機場-酒店間的接送服務，是否即屬國外旅遊定型化契約應記載事項之適用範圍？若基於文義解釋，採肯定見解，無異大幅擴張國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條之適用範圍，恐與現行整體法規範之安排相悖。事實上，實務上即曾發生國外旅遊定型化契約應記載事項是否適用國外團體旅遊以外旅遊契約之消費爭議。

此外，從法治國的法律保留原則而言，此等創設性規範有其致命的弱點。蓋根據有關定型化契約應記載事項之授權規定(即消費者保護法第 17 條第 1 項)，實難從其授權內容、目的及範圍推演得知立法者有授權中央主管機關承認消費者之任意解約(終止)權，以及將消費者行使任意解約(終止)權所生之損害賠償金額予以限額標準化<sup>89</sup>。尤其明文承認消費者之任意解約(終止)權，是否意味契約嚴守原則的相對化，其影響如何？頗值評估。對此，中央主管機關亦瞭解此一問題的嚴重性，因此為緩和前揭規定對企業經營者所造成之衝擊，遂將上開作法優先透過公告範本之方式宣導實施，並俟試行一定期間後檢討修正，始正式發布定型化應記載事項強制實施。此點從過去國外旅遊定型化契約範本到國外旅遊定型化契約應記載事項之發展，可得知其梗概。近來有關觀光旅館業個別旅客直接訂房定型化契約範本第 6 條第 2 項、旅館業個別旅客直接訂房定型化契約範本第 6 條第 2 項及民宿個別旅客

<sup>88</sup> 旅遊契約若採大部分學者見解，即國外自由行非旅遊契約，應無國外旅遊定型化契約應記載事項的適用。

<sup>89</sup> 根據司法院釋字第 367 號解釋理由意旨可知，法律授權涉及限制人民自由權利者(特定授權)，其授權之目的、範圍及內容必須符合具體明確之條件，始具備合法性；若法律概括授權行政機關訂定施行細則者，行政機關所訂定的細則須符合立法意旨且未逾越母法規定之限度，並侷限於執行法律的技術性、細節性事項。此外，就有關目的、範圍及內容須符合具體明確之條件，釋字第 394 號解釋文提及「授權條款雖未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知…」，同號解釋理由書則針對依「法律整體解釋」進一步闡釋為「固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字」。



直接訂房定型化契約範本第 6 條第 2 項規定的發布，亦係如此。蓋此等範本之內容，事涉業者收取及沒收定金之額度，又係發布時交易習慣的重大變更，中央主管機關如遽然透過相關定型化契約應記載事項強制實施，勢將引起不小的爭議。惟須注意者，採取「先範本而後應記載事項」的循序漸進模式，是否足以彌補違反法律保留原則的指摘，法制上仍有疑義。

### 三、企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化(賠償額預定性違約金)

中央主管機關針對特定類型之消費契約公告定型化契約應記載事項，將企業經營者債務不履行之損害賠償金額予以標準化，並以類似「賠償額預定性違約金」之形式加以呈現，固可便利解決消費者實際面臨企業經營者違約時行使損害賠償請求權之困難。然賠償額預定性違約金的規範內容，涉及消費者債務不履行損害賠償請求權之行使，定型化契約應記載事項究應如何予以規範，始能兼顧消費者與企業經營者權益，實無普遍統一的標準。我國目前各相關定型化契約應記載事項所規範之違約金性質、內涵均不一致，即係適例。

根據國外旅遊定型化契約應記載事項第 6 條規定(旅遊活動無法成行時旅行業者之通知義務及賠償責任)之內容可知，旅遊營業人於簽訂旅遊契約後，若因可歸責己之事由，致旅遊活動無法成行者，應即通知旅客並說明其事由，並按通知到達旅客時，距出發日期時間之長短賠償固定比例的旅遊費用以作為違約金<sup>90</sup>，此係採取賠償額預定性違約金的規範模式。而海外留學契約應記載事項第 11 條規定：「因可歸責於乙方(留學服務業者)之事由，致未能於約定完成期限完成契約約定事項者，乙方應按委託報酬 2 倍計算付甲方違約金。但甲方如能證明損害超過者，乙方應足額賠償之。」其違約金的規範模式，則顯與前開規定不同。蓋依民法第 250 條第 2 項規定，違約金分有賠償額預定性違約金及懲罰性違約金兩種，如當事人間有賠償額預定性違約金之約定時，債權人只要證明債務人有債務不履行之事實，即可請求債務

<sup>90</sup> 國內旅遊定型化契約應記載事項第 6 條及海外旅遊學習(遊學)契約應記載事項第 6 條規定亦採同一規範模式。

人支付違約金作為損害賠償。於此情形，債務人不得證明債權人未發生損害，或其實際損害額少於違約金數額，而請求免支付違約金或減少支付違約金，債權人亦不得證明其實際損害額大於違約金數額，而請求增額支付違約金或另行請求損害賠償；如當事人間有懲罰性違約金之約定，債務人有債務不履行之情事時，債權人除得請求違約金外，尚得請求債務不履行之損害賠償。細繹前開海外留學契約應記載事項第 11 條規定，若因可歸責於留學服務業者之事由，致未能於約定完成期限完成契約約定事項者，消費者除得按委託報酬之 2 倍向留學服務業者請求違約金外，如能證明損害超過違約金數額者，尚得就不足額部分向留學服務業者請求賠償。此類違約金之性質，**既非賠償額預定性違約金，亦非懲罰性違約金**，惟其規範考量偏重保護消費者之權益，則屬甚明。另外，預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 1、2 款規定：「(一) 賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」、「賣方之瑕疵擔保責任」之規定者，即為賣方違約。(二) 賣方有前款違約情事之一者，買方得解除本契約；解約時賣方除應將買方已繳之房地價款退還予買方，如有遲延利息應一併退還，並應同時賠償房地總價款百分之\_\_（不得低於百分之十五）之違約金。**但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。**」亦係採取不同於民法違約金的規範模式，且與前揭海外留學契約應記載事項所規範的違約金種類有別。根據其規定意旨可知，約定違約金超過已繳價款者，則以已繳價款作為違約金上限，此一作法或係考量房屋買賣金額甚高，進而復轉向偏重維護企業經營者權益。綜上，有關定型化契約應記載事項所規範之違約金性質彼此有異，乃肇因事關契約自由的核心領域(即內容自由)，各中央主管機關就特定類型契約訂立定型化應記載事項，有其各自的規範需求，惟其背後並無統一的論證說明或脈絡可尋。

#### 四、預付消費型態之履約擔保制度

我國目前針對預付型交易的管理，係採取所謂的履約保證機制，即中央主管機關針對特定類型之消費契約，根據專業法律或定型化契約應記載事項要求企業經營者提供履約保證。惟其規範成效之達成與否，需視此等作為義務之產生，究係根據專業法律或定型化契約應記載事項而定。以生前殯葬服務契約為例，殯葬管理條例第 44 條規定：「與消費者簽訂生前殯葬服務契約之殯葬服務業，須具一定之規模；其有預先收取費用者，應將該費用百分之七十五依信託本旨交付信託業管理。前項之一定規模，由中央主管機關定之。中央主管機關對於第 1 項書面契約，應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項。」第 65 條規定：「違反第 44 條第 1 項規定，經限期改善，屆期不改善者，處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰。情節重大者，並得廢止其許可。」因此具備一定規模之殯葬服務業者與消費者簽訂生前殯葬服務契約時，即有將預先收取費用百分之七十五依信託本旨交付信託業管理的法定義務，業者倘有違反，地方主管機關得採取限期改善、罰鍰或廢止其營業許可等處分，以擔保前揭法定義務的履行。上述規範明示殯葬服務業者之公法上義務及違反義務之具體效果，究其實質，已足達成要求殯葬服務業者提供履約保證之立法目的。至同條例第 44 條第 3 項規定所謂「中央主管機關對於第 1 項書面契約，應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項」等語，其性質則屬訓示規範，實質上並不生任何效力。

次者，以健身中心業者與消費者簽訂之健身中心定型化契約為例，現行法並無類似於前開殯葬管理條例之相關規定，健身中心定型化契約應記載事項第 9 條規定要求健身中心業者應就收取金額百分之五十額度提供履約保證責任，若業者消極未予執行，單僅透過消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。」，並未能達成要求健身中心業者提供履約保證之立法目的。蓋履約保證責任之發生，係健身中心業者與第三人間之法律行為，業者與第三人間既無訂立契約要求第三人提供擔保，自無由因此發生保證責

任。而健身中心業者就收取金額百分之五十額度，未透過與第三人簽訂契約的方式要求第三人提供擔保，該健身中心定型化契約的其他部分仍為有效（消費者保護法第 16 條規定參照），業者亦無須因此負擔任何行政責任<sup>91</sup>。

履約保證機制係課予企業經營者類似提存固定比例金額之義務，以擔保其將來債務之履行，事涉企業經營者之財產運用，無形中除增加其營運成本外，對其營業自由（財產權）亦造成相當之限制，此時若無透過法律或法律明確授權的方式加以規範，恐難逃違反法治國-法律保留原則的訾議，並將造成極大爭議<sup>92</sup>。而中央主管機關可否僅依消費者保護法第 17 條第 1 項規定，即訂定定型化應記載事項要求特定行業的經營須提供履約保證機制，應從該規定是否授權明確加以判斷。所謂授權明確，應符合「可理解性」、「可預見性」及「司法可審查性」三要件（司法院釋字第 491 號解釋參照），並以授權之目的、範圍及內容為判斷標的<sup>93</sup>。觀諸消費者保護法第 17 條第 1 項之文義，據以衍申之履約保證義務，並非一般企業經營者可得理解、預見，因此本文認為前開規定實不足作為中央主管機關訂定定型化應記載事項要求企業經營者提供履約保證機制之法律授權依據<sup>94</sup>，此對照殯葬管理條例及電子票證發行管理條例之立法管制模式，亦證諸健身中心定型化契約應記載事項第 9 條規定之不當。按針對私人間契約內容若欲介入控制，不論實施者為行

<sup>91</sup> 針對此一問題，行政院爰提出消費者保護法第 56 之 1 修正草案加以解決，目前該案已於立法院審議中。其規定如下：「企業經營者使用定型化契約，違反中央主管機關依第 17 條第 1 項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有規定外，主管機關應命其限期改正，並得處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰；屆期未改正者，處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」有無法制上的疑義，詳後論述。

<sup>92</sup> 2010 年 6 月行政院消費者保護委員會通過「預售屋買賣契約書範本暨其應記載事項部分條文」修正草案，該草案預定由內政部公布後 8 個月實施。其中納入履約保證機制一事即引起重大爭議。政治大學地政系教授張金鶚認為實施預售屋履約保證當然是好事，但費用很高，對消費者也不見得有好處；玄奘大學財經系副教授花敬群則表示，預售屋履約保證涉及建商信譽，如果是過去一些信譽良好的建商，未必需要做履約保證。因為，如果未來所有預售屋建商都要履約保證，業者因此墊高成本，房價恐怕會被拉高，可參看 <http://news.chinatimes.com/politics/0,5244,130502x132010061801136,00.html> 上網日期 2010 年 6 月 18 日。

<sup>93</sup> 李惠宗，憲法要義，元照，2009 年 9 月，頁 70 至 71。另有關於授權明確性的說明，可參閱許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，法與國家權力（一），2006 年 8 月，頁 253 至 255。

<sup>94</sup> 何瑞富，從消費者保護法第 17 條之規定論法律保留原則---以履約保證為中心，2008 年臺灣大學碩士論文，頁 123。



政機關或法官，均應本諸於立法者制定的法規及其衍生的下位規範為之（即合法性控制），消費者權益的保護固然重要，惟履約保證制度事涉企業經營者財產權的保障，對其權利行使的限制，不僅形式須符合法律保留原則，實質上亦須符合正當法律程序（如符合比例原則等）。

再者，根據零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載事項第2項規定，零售業發行商品（服務）禮券應提供履約保證制度之適用範圍甚廣，大至連鎖百貨公司，小至位於街頭巷尾的麵包店，均有其適用。實務上，購買者透過商業信用的表現可自行決定是否購買禮券，此本為**市場機制**所調控，況禮券並非貨幣，亦不具無限法償的效力，將禮券發行與貨幣發行等量齊觀，已屬誤用。就此撇開不談，廣泛地透過上開應記載事項要求各零售業發行禮券應提供履約保證，則突顯了管制是否過嚴的問題。根據消費者保護法第17條第1項之立法理由可得知，中央主管機關必須針對部分**重要**行業使用之定型化契約，有**加強行政管理之必要**，始得公告定型化契約應記載事項及不得記載事項。換言之，消費者保護法第17條第1項雖係授予中央主管機關**裁量權**以訂定定型化契約應記載或不得記載事項，然此等授權仍屬對中央主管機關所課予之「義務」，旨在要求中央主管機關為「合目的之裁量」<sup>95</sup>。因此，中央主管機關針對特定行業的定型化契約，在決定是否訂定應記載事項或訂定如何內容的規定時，即應將現今定型化契約條款之主要規制緣由（如彌補交易成本或資訊不對稱所產生的弊端等）當作重要判準，否則不當的訂定定型化契約應記載事項或將其適用範圍任意擴大，將可能構成裁量瑕疵之嫌。因此要求發行商品（服務）禮券之零售業須提供履約保證，事涉營業自由，而此一作法非不可透過商業信用等機制取代，主管機關無限上綱擴大適用範圍，似有違消費者保護法第17條第1項之立法本旨。

依零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載事項第2條規定意旨，零售業等商品（服務）禮券發行人發行禮券應透過銀行保證，或同業同級公司相

<sup>95</sup> 有關裁量權授與之論述，參照李惠宗，憲法要義，元照，2009年9月，頁72。

互連保，或辦理信託，或由同業公會籌辦連保等方式辦理履約保證。以銀行提供足額履約保證及辦理信託為例，因發行業者藉禮券發行所籌措之資金多不願全然投入作為銀行提供保證的對價，或逕行辦理信託，加以金融機構對所發行禮券之數量、金額及消費者使用禮券之時間等因素多未能確實掌握，以致金融機構基於風險考量，承作意願有限，即便有意承作，對發行業者亦常加諸種種限制，造成上述措施有其執行上的困難<sup>96</sup>。綜上，歸究其因至少有下列四點：

- (一)禮券發行者與購買者的法律關係，除具備一般的買賣關係外，尚包括高度的「信賴關係」，此等信賴關係係屬於一種「商業信用」（簡言之，即消費者基於長期往來對商家的信賴）。購買者透過商業信用的表現可自行決定是否購買禮券，此即為市場機制的功能。法令若不考量禮券發行量的大小、發行人的營業內容，一概規定禮券應經銀行保證，或經同業同級公司相互連保，或已辦理信託，或由同業公會籌辦連保等，似未能正視商業信用的本質<sup>9798</sup>。
- (二)在一般的商業交易如預付貨款交易，政府公權力並不加以介入，且根據前述第貳章有關定型化契約條款規制緣由發展之說明可知，定型化契約條款之規制緣由主要係彌補交易成本與資訊不對稱所產生的弊端，此點並無區分商業交易及消費者交易的情形。因此，在消費者禮券交易的型態，獨要求禮券發行人於禮券定型化契約應記載履約保證責任，除混淆

<sup>96</sup> 張儒臣，商品(服務)禮券規範與管理之研究，2008年政治大學碩士論文，頁66。

<sup>97</sup> 陳沖，大S與小S的主管機關，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009年3月，頁21提及「在禮券發售的場合，表面上發行人向不特定多數人收取款項，有違反銀行法第29條之嫌疑，但因發行禮券所收受的金錢係以雙方未來的商品(服務)交易為前提，因此並無違法性。…所以針對本身未來提供商品或服務所發行的『單一目的』(single purpose)禮券，沒有違法問題，信用風險也應由授信人自行負擔。至於契約內容是否損及消費者權益，政府依據消費者保護法規定哪些事項應記載或不得記載，旨在衡平雙方權益，誠屬正確，但不宜混淆『信用風險』與『權益衡平』的界限。」

<sup>98</sup> 陳沖，俱樂部會員卡 卡了誰，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009年3月，頁63提及「其實本人並不贊成以第三人擔保的方式介入商業行為，這只會使商業信用更無法建立。」

商業信用應由買賣雙方自行決定的觀念與分際外，其規範理由非無說明上疑義。

(三)禮券有時雖為金錢之代用，但畢竟並非貨幣，亦不具備無限法償的功能，要求禮券發行與貨幣發行等量齊觀，法制上恐有誤用。

(四)強制禮券發行者應提供履約保證之目的，若係為彌補資訊不對稱所產生的弊端，似應對症下藥訂定相關禮券發行人之資訊揭露義務，如禮券發行額占營業額的比率、實際餘額占禮券發行額的比率、預收貨款的運用與列帳方式等，以供消費者正確的選擇，而非由政府高度介入代替當事人訂立契約內容。

## 五、廣告效力之規範

消費者保護法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」因此，中央主管機關依據同法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項及不得記載事項多有規定「廣告為契約之一部分」、「不得記載廣告不構成契約之內容或僅供參考」<sup>99</sup>等語，類似規定對照目前學界有力的說法，應屬一致。惟此等作法則與行政機關之函釋及最高法院之實務見解尚有歧異，為便說明，以下僅就消費保護法所規範廣告之法律性質，臚列學界、行政機關及司法實務的相關見解，加以分析比較：

(一)學界有力說：消費者保護法第 22 條規定並未改變廣告僅為**要約引誘**的性質。至該規定之立法，則在加重強調企業經營者之契約責任及於廣告之內容，使其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容<sup>100</sup>。換言之，即任何足以影響消費者形成消費動機、決定訂立契約之廣告宣傳內容，於契約成立後，**基於該強制規定均當然構成契約之一部分**<sup>101</sup>。

<sup>99</sup> 如預售屋買賣定型化契約應記載事項第 2 條規定。

<sup>100</sup> 消費者保護法第 22 條原提案說明為「為避免企業經營者以不實之廣告致侵害消費者權益，本法擴張其契約責任及於廣告之內容。」參照立法院公報，院會記錄，82 卷 73 期，1993 年 12 月 22 日。

<sup>101</sup> 第 22 條條後段規範功能在使廣告內容成為契約內容，當事人明示或默示將廣告內容納入契約者，該廣告之內容當然具有拘束契約當事人之效力；其未約定者，廣告內容仍依該條規定成

(二)行政機關見解：行政院消費者保護委員會 91 年 8 月 12 日消保法字第 0910000841 號函釋：「有關消費者保護法中廣告之性質，為免企業經營者以不實之廣告侵害消費者，消費者保護法第 22 條規定，企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，若消費者『因廣告而與企業經營者訂立契約』，則廣告之內容即因消保法第 22 條之強制規定，而成為契約內容之一部分。」此一解釋與前揭學界有力說不同處在於，**消費者必須因廣告而與企業經營者訂立契約**，該廣告內容始基於該強制規定構成契約之一部分。

(三)司法實務見解：最高法院 92 年台上字第 2694 號判決：「按消費者保護法第 22 條係規定：『企業經營者應確保廣告內容之真實，其對於消費者所負之義務不得低於廣告內容』」，並未明定『廣告為要約』或『廣告必為契約內容之一部』，故**消費者如信賴廣告內容**，依企業經營者提供之廣告訊息與之洽談而簽訂契約，於契約中雖未就廣告內容再為約定，企業經營者所應負之契約責任，仍及於該廣告內容，該廣告固應視為契約之一部。惟簽訂契約時倘雙方已就廣告內容另為斟酌、約定，或企業經營者並未再據原屬『要約引誘』之廣告為訂約之說明、洽談，使之成為具體之『要約』，縱其廣告之內容不實，應受消費者保護法或公平交易法之規範，仍難逕謂該廣告為要約或已當然成為契約之一部。」根據該判決所表示的法律觀點，**廣告內容須曾為雙方洽談的基礎，使之成為契約之一部分**，此一說法明顯與前開學界有力說及行政機關見解不同，且該判決相當程度地亦反映近年來最高法院在有關案例上所採用的審查標準<sup>102103</sup>，此點從最高法院 93 年台上字 2103 號判決所謂「雖企業

---

為契約內容之一部分，當事人未合意將廣告內容納入其契約之原因如何，買受人是否知此規定存在，均在所不問。參照王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(二)，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月，頁 79；林誠二，消費資訊之規範，消費者保護研究第三輯，86 年，頁 70；姜炳俊，預售屋廣告之契約拘束力-評最高法院 92 年度台上字第 2694 號判決及相關判決，月旦法學雜誌第 118 期，94 年 3 月，頁

<sup>102</sup> 學者據此有完整的分析及討論，參照曾品傑，論不動產不誠實廣告之契約效力，財產法理與判決研究(一)，元照，2007 年 9 月，頁 321 至 348。該文根據最高法院在房地產不誠實廣告領域所作之相關判決，得出廣告成為契約內容一部之要件為：一、客觀上廣告須曾為雙方洽



經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告內容，消費者保護法第 22 條定有明文，惟此乃行政機關為管制消費秩序之公平所為措施，至企業經營者與第三人之權利義務關係，仍以雙方當事人間之約定為依歸，廣告內容如未經意思表示合致，不得僅因消費者保護法第 22 條之規定，即謂廣告當然為契約內容之一部，否則有違民法第 153 條之基本精神」等語，亦可獲致同一結論之佐證。

分析上述三種說法，就最高法院實務見解而言，消費者保護法第 22 條規定在私法領域僅係訓示性規範，不生實質效力。廣告成為契約內容之一部，必須消費者與企業經營者就廣告為洽談而簽訂契約。若當事人未就廣告為洽談，依民法第 153 條規定之意旨，廣告既未經當事人合意，自不構成契約之一部。此等解釋限縮了消費者保護法第 22 條規定之規範功能，對照該條規定之立法本旨(即原提案說明)明顯有違。此外，從消費者保護法第 22 條規定之內容可知，該條規定係強制性規範，廣告係根據該規定而成為契約之一部，與廣告內容是經當事人洽談無關，因此前開學界有力說實為妥適之文義解釋。至前開行政院消費者保護委員會之函釋意旨，則係針對學界有力說增加廣告成為契約一部之附帶條件-即消費者必須因廣告而與企業經營者訂立契約。此一說法或係源自民法的信賴原則，然對照消費者保護法第 22 條之文字內容，顯然增加了法律所未規定的限制<sup>104</sup>。職是之故，基於消費者保護法第 22 條規定之文義解釋，廣告於訂立契約後應成為契約之一部。而中央主管機關依據同法第 17 條第 1 項規定公告定型化契約應記載事項要求定型化契約應記載廣告為契約一部分之立法模式，實屬妥適，不僅具規範意義，亦有重申之宣示效果。

## 六、附論-零售業網路交易定型化契約應記載事項第 5 條規定

---

談之基礎。二、主觀上當事人須信賴廣告內容可得實現。

<sup>103</sup> 最高法院 90 年台上字第 1585 號判決、91 台上字第 1387 號判決亦採之。

<sup>104</sup> 從「消費者訂約時若不知有廣告的存在，其後如何能因不知的廣告發生訟爭？訟爭發生時又如何能根據消費者保護法第 22 條規定主張其所不知的廣告成為契約內容的一部分？」加以觀察，實務上的具體個案，不論採學界有力說或行政院消費者保護委員會的函釋見解，在個案的判斷結果多無太大的差異，併予敘明。

近來中央主管機關常因特定重大消費爭議之發生，動輒依消費者保護法第 17 條第 1 項詳定定型化契約應記載事項，意欲使各類無名契約成為強制性模範契約，完全忽略定型化契約條款規制緣由之發展歷程(即透過優勢風險承擔人理論以衡平交易成本之缺失，及課予締約前資訊告知義務以彌補資訊不對稱所產生的弊端)，已使得相關民法債篇的內容及其所蘊涵的價值逐漸產生淘空之疑慮。以 2009 年 6 月所發生的戴爾電腦(DELL)標價錯誤案為例<sup>105</sup>，該案涉及之法律爭點有三：一、設置網頁提供商品或勞務究係要約引誘或要約意思表示？二、即便設置網頁提供商品或勞務解釋為要約，要約人是否可透過定型化條款預先聲明不受要約之拘束(如記載類似「本公司保留接單與否的權利」等語，將設置網頁提供商品或勞務轉化為要約引誘)？三、倘設置網頁提供商品或勞務解釋為要約，要約人是否可依民法第 88 條第 1 項規定主張撤銷錯誤的意思表示？上述爭點原本透過現行民法第 154 條等相關規範已足供解決，不生爭議<sup>106</sup>。蓋根據網路交易的實務發現，設置網頁提供商品或勞務之行為人於網頁保留最終訂立契約的權限，毋寧屬於常態。因此本文以為：即便設置網頁提供商品或勞務之行為，依其情形或事件之性質應解為要約，惟設置網頁提供商品或勞務之行為人仍可依同條但書規定藉由定型化條款預先聲明不受要約之拘束(即排除要約的拘束力)，如記載類似

<sup>105</sup> 戴爾電腦(DELL)官網於 2009 年 6 月 25 日 11:00PM 至同年 6 月 26 日 7:00AM 顯示「De11 20" 全新 LCD 三年保固只要 999 (元) 含稅」，由於價格異常便宜，8 個小時湧入 2 萬 6 千多客戶，接到 4 萬 3 千多筆訂單，訂購將近 14 萬台平面顯示器。戴爾於 6 月 27 日隨即針對訂購客戶發出電子郵件，內容為「戴爾股份有限公司(臺灣)的網站系統(www.dell.com.tw) 於 6 月 25 日 11PM 至 6 月 26 日 7AM 期間，資訊中出現線上價格標示錯誤，現已經將價格更正。由於價格錯誤，在此期間下的訂單將不被接受。我們正在深入調查，待了解狀況後將直接與顧客聯繫，妥善處理這個事情。為此給客戶帶來的任何不便，我們深感歉意。本郵件僅表示 De11 已收到您的訂單，但並不表示 De11 已接受您的訂單。您可以透過本郵件的附件來檢視您的訂單細節。」7 月 5 日，戴爾官網針對筆電的網路報價竟又發生錯誤，原本定價超過 6 萬元的電腦，變成 1 萬 8 千元，戴爾於 9 個小時後關閉官網訂購功能。

<sup>106</sup> 臺北地方法院 94 年簡上字第 7 號、98 年北簡消字第 13 號、98 年北簡消字第 17 號及臺中地方法院 98 年中消小字第 11 號、98 年中消小字第 12 號等判決理由參照(注意：臺南地方法院 98 年訴字第 1009 號判決所持理由則與前揭判決理由相反。此外，前揭 98 年北簡消字第 17 號判決，業經二審法院以 99 年消簡上字第 1 號判決廢棄，並判決戴爾應給付上訴人即原告相關液晶顯示器)，餘併參閱李淑如，網路購物標價錯誤之法律解析，台灣法學雜誌第 135 期，2009 年 9 月 1 日；馮震宇，網路商品標錯價格出售後得否撤銷意思表示？台灣法學雜誌第 135 期，2009 年 9 月 1 日。

「本公司保留接單與否的權利」等語，將其性質轉化為要約引誘。因預先聲明不受要約之拘束係民法賦予要約人之權利，故要約人藉由定型化條款預先聲明要約不受拘束，並無作不當的風險安排致違反誠實信用原則之情形，應屬有效。惟中央主管機關經濟部對此漏未注意，亦未衡平企業經營業的利益，在消保團體及行政院消費者保護委員會的要求下，依消費者保護法第17條規定訂立零售業<sup>107</sup>網路交易定型化契約應記載及不得記載事項，企圖建立新的交易秩序。其中應記載事項第5條針對B2C網路交易創設異於民法的交易模式<sup>108</sup>，是否妥當必要，著實有討論空間<sup>109</sup>。蓋針對特殊類型之交易制定特別法，而特別法之解釋與適用，若將來逐漸發展具備獨立的特性，普通法(民法)的適用將愈趨邊緣化，此點委實不可忽視。況B2C網路交易是否真較一般實體買賣需要訂立特別規定加以規範，亦有疑問。因此，所謂零售業網路交易定型化契約應記載事項的實施，不僅將實質削弱或掏空民法債編總則第154條的規範內涵<sup>110</sup>，亦將過度矯正目前實務運作正常且無生爭議的交易程序。未來若再加上消費者保護法第56條之1增修草案所規範的行政規制手段(內容為針對業者違反中央主管機關依第17條第1項公告之應記載或不得記載事項者的處罰規定)，相信前開應記載事項所造成的扭曲，料將更為嚴重。

### 第三款小結

按契約控制手段的運用有多重時，應考量採取干預契約自由的較小手段，如

<sup>107</sup> 所謂零售業網路交易，依行政院主計處所編之中華民國行業標準分類及經濟部編印之公司行業項目代碼表類別，係一般零售業對實體商品(不包括「服務」)所採取之網路交易行為，參閱自該草案總說明。

<sup>108</sup> 零售業網路交易定型化契約應記載事項第5條規定：「消費者依據企業經營者提供之確認商品數量及價格機制進行下單。企業經營者對下單內容，除於下單後二工作日內附正當理由為拒絕外，為接受下單。但消費者已付款者，視為契約成立。」

<sup>109</sup> 詳參閱吳瑾瑜，論網站標價錯誤之法律效力，月旦法學雜誌第187期，2010年12月，頁55-58。

<sup>110</sup> 要約人預先聲明要約不具法效力，係民法第154條所賦予要約人的權限，此點符合當事人意思自主原則。是要約人倘以定型化契約條款的方式排除要約的拘束力，並無違反契約正義，亦無濫用交易成本或資訊不稱所產生的弊端。對民法第154條之規範意旨置而不論，形式上一律要求業者於下單後二工作日內如未附正當理由拒絕，視為接受下單，反而違反意思自主原則。



透過資訊揭露義務或其他透明化手段即可回復消費者因資訊落差所處的締約弱勢，復可確保當事人對締約與否及契約內容有其自主決定的能力時，原則上不應輕易對契約內容實施控制。如確有必要針對契約內容實施控制，宜僅針對契約條款之有效與否進行審查，而非對其內容加以修正或變更，否則將可能造成對契約內容全面性審查的風險<sup>111</sup>。

透過公告定型化契約應記載事項理論上固能適時保護消費者權益，然此並非毫無缺陷，畢竟契約所涉及之給付內容包羅萬象，消費者保護法第 17 條第 1 項規定之立法原則係採取所謂正面式立法，中央主管機關在各種不同的契約類型中逐一為應記載事項之制定，須耗費大量的行政資源，如此一來，未必符合效率原則<sup>112</sup>。何況，政府機關根據其所認定的公平正義廣泛制訂應記載事項以統一定當事人間權利義務的作法(即代替當事人決定契約內容)，不僅使得契約當事人之交易行為僵化失去彈性，亦不免過於一廂情願，對真正身為契約當事人之消費者而言，其未必可因此獲得所需要之利益<sup>113</sup>。蓋契約法所追求之公平正義，在相當程度的面向應滲入經濟效率(降低交易成本，以促進最大福祉)的概念。從契約公平正義層面討論消費定型化契約條款的內容規制時，尤不應忽略契約當事人的主觀目的-追求效率(即降低交易成本，以促進最大福祉的面向)。申言之，從契約正義面向規制消費定型化契約條款時，並非思考以一定的正義標準取代當事人的

<sup>111</sup> 此係就一般契約管制所作之論述。我國目前法制有針對契約內容加以管制的情形，如勞動契約的基本工資、加班費給與標準、特休天數等，此等規定目的在保障勞工的社會底限，與一般契約管制稍有不同。

<sup>112</sup> 楊淑文，定型化契約與契約自由原則，98 年度消費者保護法研習會講義第二篇，行政院消費者保護委員會編印，頁 11。

<sup>113</sup> 以 2010 年 3 月初發生的統一城市俱樂部會員轉進伊士邦健康俱樂部後，終身會員身份是否存續乙案為例，**健身中心定型化契約應記載事項及不得記載事項照理應為消費者保護法第 12 條規定(誠信原則)的具體化**(參照行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 44 次會議紀錄第二討論案結論)，因此不論健身中心定型化契約之存續期間係 10 年以下或終身，或契約訂立時間發生於健身中心定型化契約應記載事項及不得記載事項公告前後，業者與消費者訂約時所採用之條款如已符合前開應記載事項之規範，行政機關似不宜再認定業者提供之條款有違誠信原則。然本件爭點實際上係**應記載事項第 6 條及不得記載事項第 3、4 條規定間適用的齟齬**。蓋業者如能片面要求終止契約，充其量僅須按契約存續期間比例退還消費者已繳的費用，如此一來，業者並無須花費額外成本即可藉此實質達成片面調整契約或調高會費之目的。本例反應一件事實，即應記載事項即便係透過相關產官學參與所制定，**然礙於契約內容多樣化的面貌，亦難免有掛一漏萬或前後矛盾的情形，有時回過來將具體個案直接適用民法，消費者反而能因此獲得正義**。相關事實可參閱 2010 年 3 月 16 日蘋果日報 A12 版「健身中心易主 坑舊會員」一文及自由時報 A14 版「伊士邦換約漲價 會員罵坑殺」一文。



契約內容(實體取向)，而應著重在賦予當事人公平的締約機會(程序取向)，以擔保契約內容的實質公平，以避免引起不當干預契約自由的疑慮。

另外，透過消費者保護法第 17 條第 1 項發布定型化契約應記載事項，有其先天上的缺陷，此一說法，在與民法債編之任意規定相互比較後，即可得知。按民法債編之任意規定係以「法律」之形式加以呈現，契約當事人雖不得以定型化契約條款排除其適用，仍得以個別磋商的方式排除其適用，因此其具有補充性；反觀定型化契約應記載事項，根據消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。」及法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函釋意旨，其性質則具有強行法的特性(即不具備「可排除性」，解釋上，似不得透得當事人特約(定型化契約條款及個別磋商條款均然)加以排除<sup>114</sup>。惟中央主管機關僅在消費者保護法第 17 條第 1 項規定之形式授權下，而其實質授權之內容、目的、範圍均不明確時，究竟有無權限代替當事人之意思以法規命令之形式訂定型化契約應記載事項，使此等定型化契約應記載事項甚或發生大於民法任意規定之效力，其妥當性勢將引發重大解釋爭議。

### 第三節 行政處分

#### 第一款 地方主管機關事後對定型化契約條款發動行政監督之執行檢討

針對定型化契約條款違反定型化契約應記載或不得記載事項之情形，依據現行實務或部分論述，均有認為地方主管機關可依據消費者保護法第 33 條規定先行進行調查，倘發現有符合同法第 36 條規定之情事，得命業者限期改善，若其不遵令改善，可依同法第 58 條規定處新臺幣 6 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並得連續處罰<sup>115</sup>。甚者，在目前管制實務上，針對定型化契約條款無違反相關具體化之定型化契約應記載或不得記載事項，地方主管機關經審酌後，如認條款有違

<sup>114</sup> 廖健男，定型化契約條款之行政規制，1998 年輔仁大學碩士論文，頁 195 至 196。

<sup>115</sup> 張儒臣，商品(服務)禮券規範與管理之研究，2008 年政治大學碩士論文，頁 49。

反民法第 247 條之 1 或消費者保護法第 12 條之情事時，亦有依前揭規定對業者進行行政監督之案例。惟上述作法之適法性，本文頗表懷疑。按消費者保護法第 36 條所規定行政監督的行使，係以商品或服務確有損害消費者生命、身體、健康或財產或確有損害之虞為要件。法條文義中所謂「財產」一詞，究何所指，有無包含企業經營者使用不當定型化契約條款之部分<sup>116</sup>，事涉主管機關行政監督權限行使之射程與範圍，實有加以釐清之必要。以下即就學界實務對前開規定之「財產」內涵的相關論述加以分析：

甲說(有力說)：消費者保護法第 36 條所謂「財產」係限於所有權等絕對權之情形，消費者保護法第二章商品責任與第四章行政監督之「財產(權)」規定，前後存有彼此相互關照與參考之處，應為一致之解釋。目前我國學界通說<sup>117</sup>大都認為，消費者保護法第 7 條第 2 項所稱之財產，基於侵權責任之本質，僅限於所有權等絕對權受侵害時始受保護，至純粹經濟上損失<sup>118</sup>則應排除於商品責任之外。因此，主管機關依消費者保護法第 36 條及第 58 條發動行政監督，應以保護物之所有權為限(商品自傷等純粹經濟上損失不包含在內)<sup>119</sup>。

乙說(通說)：消費者保護法第 36 條所謂「財產」並不限於所有權等絕對權，商品自傷(商品本身瑕疵)等純粹經濟上損失亦包含在內。該說以為

<sup>116</sup> 2009 年臺北市政府針對戴爾電腦(DEL)網路標價錯誤致消費者對企業經營者之債權被侵害乙案，亦分別以消費者保護法第 36 條及第 58 條規定對業者之錯標行為實施行政監督，要求業者限期改善。

<sup>117</sup> 少數說則認為財產除包括所有權等絕對權外，尚包括利益(含純粹經濟上損失)在內，參閱邱聰智，消費者保護法商品責任之探討，消費者保護研究第二輯，行政院消費者保護委員會編印，1996 年 1 月；陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體-「權利」與「利益」區別正當性的再反省，新學林，2008 年 12 月。

<sup>118</sup> 有關比較法上常見的純粹經濟上損失類型，計有 4 種，商品自傷案件僅是其中一種，詳參閱邱琦，純粹經濟上損失-以商品自傷為中心，消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月。

<sup>119</sup> 廖義男，消費者保護法之行政監督，收於消費者保護研究第二輯，行政院消費者保護委員會編印，1996 年 1 月，頁 22 提及「消費者保護立法之任務，主要在於(1)維護消費者之健康與安全；(2)強化消費者之交易地位；(3)維護消費者獲知真實之權利；(4)教育消費者及扶助消費者保護組織；(5)妥善處理消費爭議。因而消費者保護法中之行政監督，亦以完成該 5 項任務為主要內容…」似亦採此見解。

在解析消費者保護法第 33 條及第 36 條所稱「財產」概念之際，不應受限於同法第 7 條第 2 項「財產」解釋之思考，應從行政法之角度觀察，判斷企業經營者所提供之商品或服務是否侵害消費者之財產權，並以消費者保護法第 33 條及第 36 條所規定之行政監督係處於另一獨立章節，其與消費者保護法第 7 條在性質上歸屬侵權行為之規範不同，不同規範既處不同之章節體系，所涉及之價值判斷自有差異(體系性解釋)。因此，消費者保護法第四章行政監督權限不應承載維護契約責任與侵權責任分際之價值判斷，第 36 條行政監督權限之行使，自應包括傷品自傷等純粹經濟上損失之情形<sup>120</sup>。至該權限之行使應符合比例原則，則屬當然。

丙說(折衷說)：消費者保護法第 36 條所謂「財產」限於「物完整性利益」之保護，因此商品自傷在行政監督範圍內，其餘純粹經濟上損失(如關於戴爾網路標價錯誤案中消費者對企業經營者之債權被侵害部分【締約過失或債務不履行之損害】)則應排除在外<sup>121122</sup>。

上述說法，倘以通說為正解，似仍有以下疑義待釐清，即當地方主管機關受理消費者申訴時，經依消費者保護法第 33 條調查後，如發現業者有債務不履行情事(含給付遲延、給付不能、不完全給付)，可否逕行發動第 36 條所規定之行政監督權限？如為肯定，此一作法是否過度介入私人行為？地方主管機關究竟有無能量解決此類爭議<sup>123</sup>？凡此亦涉地方主管機關怠於執行此項任務時，是否有構成國家賠償法第 2 條第 2 項後段「公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者亦同」之要件，而應負國家賠償責任之可能。因此，單僅憑第 36 條的

<sup>120</sup> 參閱行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 59 次會議紀錄第二討論案結論。

<sup>121</sup> 針對戴爾網路標價錯誤事件，臺北市政府即根據消費者保護法第 36 條規定發函要求戴爾電腦限期改善，戴爾電腦拒不改善，市府即依同法第 58 條以 98 年 7 月 30 日府法保字第 0935532100 號函裁處戴爾電腦 100 萬元罰鍰，戴爾電腦不服，向經濟部提起訴願，經經濟部以 99 年 6 月 21 日經訴字第 099606058490 號訴願決定駁回。此案行政機關即採乙說見解。

<sup>122</sup> 向明恩，消費者保衛戰之戲碼是否完美落幕？-戴爾標錯價事件之省思，月旦法學雜誌 176 期，2010 年 1 月，頁 128-130。

<sup>123</sup> 實務上已有發生消費者不循司法程序解決紛爭，反進而要求地方政府應依第 33 條及第 36 條執行行政監督權限，造成地方政府不堪其擾。



文字意義解釋行政監督權限行使之射程與範圍，縱有行政法的一般原則-即比例原則可從中加以控制，或事後可藉由司法審查，均難以明確說明其行使之外部限制，而不致產生過度介入私權的爭議<sup>124</sup>。更何況運用第 36 條實際適用具體個案所造成之適用結果，亦常未必令人信服。

此外，根據消費者保護法第 53 條第 1 項規定，同屬行政體系之消費者保護官針對定型化契約條款得提起不作為訴訟。若採通說看法，兩者間的運作關係究竟如何？在此似應一併加以考量。據上，地方主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，可否藉由第 36 條對其發動行政監督？或僅可由消費者保護官或消費者保護團體提起不作為訴訟，透過司法程序宣告不當條款的禁止使用<sup>125</sup>？其爭議(即行政監督及不作為訴訟兩者究竟係併存或擇一)應非單純從行政法角度或法條的文字解釋加以考量。蓋依通說見解，主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，可藉由第 36 條對其發動行政監督，並有第 58 條的罰鍰處分擔保義務之履行。然如此解釋的結果，消費者保護官依第 53 條規定提起不作為訴訟訴請法院判決停止或禁止使用不當定型化契約條款的實益為何？必要性如何？其與第 36 條間運作關係為何？應有待合理的說明，而非僅一味地主張透過多元監督的方式保護消費者利益之訴求輕筆掠過。

消費者保護法施行細則第 40 條規定：「本法第 53 條第 1 項所稱企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為，指企業經營者違反本法有關保護消費者規定之行為，確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者。」

<sup>124</sup> 此部分從學者(採乙說)之相關描述，亦可窺知一二。學者邱聰智於行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 59 次會議發言謂：「在只有很單純的商品瑕疵損害，要命企業經營者『限期改善、回收或銷毀』應非常慎重…」即足證之。蓋倘業者確有債務不履行情事，消費者之債權即受到侵害，地方主管機關最起碼可依第 36 條發動行政監督要求限期履行或採取其他措施，凡此均屬不利處分(第 58 條規定參照)，因此所謂「應非常慎重」等語，恐屬空洞之概念，無助限制地方主管機關行政監督權限之行使。

<sup>125</sup> 詹森林，民法法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月，頁 96 提及「在現行消保法下，主管機關尚似不得對使用不當定型化契約條款之企業經營者處以行政罰鍰(消保法第 56 條至第 59 條…)」、學者劉春堂於行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 17 次會議發言謂：「企業經營者所使用之定型化契約條款，如經查核結果，認為有違反本法關於定型化契約條款規定之虞時，由消費者保護官透過司法程序宣告該等條款之適用，此合乎國外法制及本法之相關規定。」，收於消費者保護法專案研究實錄(1995 年 11 月至 1997 年 2 月)，頁 446。



依此規定可知，企業經營者設計、生產、製造或經銷確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞之商品；或提供確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞之服務時，消費者保護官或消費者保護團體得向法院訴請停止、或禁止設計、生產、製造或經銷該等商品，或提供該等服務。申言之，定型化契約條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，消費者保護官或消費者保護團體，應亦得向法院訴請停止或禁止之<sup>126</sup>。綜上，對於企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，若採通說見解，則我國消費保護法制將呈現**多元監督**的現象，即「行政監督」與「不作為訴訟」併存。然本文以為，在行政監督與不作為訴訟之適用範圍交錯的情形下，主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款得實施行政監督(含消費者保護團體主張第 36 條為地方政府的職務法規要求地方政府執行職務之情形)，同處行政體系的消費者保護官卻只能提起不作為訴訟諸司法裁決，此一適用結果，無論從**效率或主動**的觀點加以比較，無形中均將大幅減縮不作為訴訟的執行功能<sup>127</sup>，甚者，將造成行政權未受充分節制地恣意擴張。職是，基於體系性解釋，並避免行政權過度介入私人行為之考量，有關消費者保護法第 36 條所謂「財產」之解釋，本文以為應以丙說(折衷說)為當，即主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，應不得行使第 33 條及第 36 條之行政監督權限，祇得透過消費者保護官或消費者保護團體提起不作為訴訟加以排除。

## 第二款地方主管機關基於地方自治條例對定型化契約條款從事行政監督之執行 檢討-以臺北市消費者保護自治條例為例

臺北市消費者保護自治條例第 8 條規定：「企業經營者使用定型化契約者，不得違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項或審閱期間，執行機關並得隨時派員查核。違反者，應命其限期改正。」第 38 條第 1 項規定：

<sup>126</sup> 駱永家，消費訴訟，收於消費者保護法專案研究實錄(1995 年 11 月至 1997 年 2 月)，頁 119、120。

<sup>127</sup> 無怪乎我國法院實務至今，從未有消費者保護官或消費者保護團體提起不作為訴訟之案例。

「企業經營者違反第 8 條至第 10 條規定之一，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」根據上述規定意旨可知，其規範構造與通說針對消費者保護法第 36 條及第 58 條的適用解釋，頗為一致。即中央主管機關所公告之定型化契約應記載或不得記載事項，已透過上述規定轉借成為業者使用定型化契約時之**行政法上義務**。惟本文以為，此一作法已明顯脫離消費者保護法第 17 條之規範本旨。蓋不論依同條第 2 項或同法施行細則第 15 條第 2 項的文義，違反定型化契約應記載或不得記載事項，充其量祇發生**私法上效力**，即違反定型化契約不得記載事項，定型化契約條款無效；定型化契約未記載定型化契約應記載事項，該應記載事項仍構成契約之內容。消費者保護法(中央法)本身即無透過定型化契約應記載或不得記載事項創設企業經營者**公法義務**之意旨，地方自治條例若藉此創設公法義務，並以罰鍰處分擔保該義務之履行，不僅有抵觸較高位階法律之嫌，亦將造成價值判斷的嚴重失衡。或有謂地方自治條例藉由定型化契約應記載或不得記載事項創設企業經營者之公法義務，只要符合地方制度法第 26 條所規定的程序<sup>128</sup>即可。惟本文以為，在現行定型化契約應記載或不得記載事項之母法授權範圍不明確之前提下(尤其是應記載事項)，前開地方自治條例的規範模式恐難通過**法律明確性原則**的檢驗。再者，上述地方自治條例的規範模式亦與地方主管機關依據消費者保護法第 33、36 及 58 條規定所從事的管制模式一樣，有過度介入私人行為的缺點，這也或許是目前實務並無地方主管機關根據地方自治條例管制定型化契約條款之原因。

---

<sup>128</sup> 地方制度法第 26 規定：「…直轄市法規、縣（市）規章就違反**地方自治事項**之行政業務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。其為罰鍰之處罰，逾期不繳納者，得依相關法律移送強制執行。前項罰鍰之處罰，**最高以新臺幣十萬元為限**；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。自治條例經各該地方立法機關議決後，**如規定有罰則時，應分別報經行政院、中央各該主管機關核定後發布**；其餘除法律或縣規章另有規定外，直轄市法規發布後，應報中央各該主管機關轉行政院備查；縣（市）規章發布後，應報中央各該主管機關備查；鄉（鎮、市）規約發布後，應報縣政府備查。」

### 第三款消費者保護法第 56 條之 1 修正草案之評析

消費者保護法第 56 條之 1 修正草案規定：「企業經營者使用定型化契約，違反中央主管機關依第 17 條第 1 項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有規定外，主管機關應命其限期改正，並得處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰；屆期未改正者，處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」其立法理由主要為，依現行規定，主管機關依同法第 17 條第 3 項規定查核後，若發現業者有違反情形，僅能勸導改善，業者若不改善，尚無行政罰配套，公告事項難以落實執行，因此爰加以增訂<sup>129</sup>。按定型化契約應記載或不得記載事項的規範效力，依同法第 17 條第 2 項或同法施行細則第 15 條第 2 項的規定意旨，僅有私法上效力，前已述明。現行各類定型化契約應記載或不得記載事項，即在此一大前提下所產生，且現行定型化契約應記載或不得記載事項所規範的內容已屬廣泛(尤其是應記載事項)，復創設了不少母法所未預期的條款類型，如「消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化」、「企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化」、「預付消費型態之履約擔保制度」等，均已深植於各類定型化應記載事項(參閱第肆章第二項第二款第一目之說明)，此時若僅因現行定型化契約應記載或不得記載事項在業界執行效果不張，即修法將定型化契約應記載或不得記載事項變更為公法上義務，而不將現行中央主管機關所公告之定型化契約應記載或不得記載事項一併納入通盤檢討，不免有頭痛醫頭、腳痛醫腳之憾，亦將造成體系割裂致無法一貫。

以下試就零售業網路交易定型化契約應記載事項第 5 條、電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項及健身中心定型化契約應記載事項第 9 條等規定加以說明：

一、零售業網路交易定型化契約應記載事項第 5 條規定：「消費者依據企業經營者提供之確認商品數量及價格機制進行下單。企業經營者對下單內容，除於下單後 2 工作日內附正當理由為拒絕外，為接受下單。」該規定已從既存民

<sup>129</sup> 行政院消費者保護委員會針對消費者保護法第 56 條之 1 修正草案之總說明參照。

法「要約」及「要約引誘」的概念脫出，企圖重新建立一個特別的交易程序，已使得民法第 154 條的適用餘地大為減縮，而此一特別交易秩序的建立又未必獲得普遍司法判決的支持，其實質正當性已甚為薄弱，未來若配合消費者保護法第 56 條之 1 修正草案所規範的行政規制手段-即以罰鍰處分擔保前開應記載事項的履行，將更加扭曲相關交易機制。此外，上開管制的成本亦須加以兼顧，本文以為上開管制的成本已明顯超過管制所欲產生的福祉。蓋原本透過現行民法第 154 條等相關規範已足供解決網路標價錯誤的問題，訂立網路交易的特別法規並以行政罰鍰擔保該特別法規的履行，不僅模糊管制目的，亦有造成管制成本浪費的疑慮。

二、根據電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項規定：「電影片映演業不得為禁止消費者攜帶食物進入映演場所食用之揭示、標示或口頭告知。但味道嗆辣、濃郁、高溫熱湯（飲）或食用時會發出聲響之食物，得於映演場所明顯處揭示或標示禁止攜入。」細繹其內容，核與彌補交易成本及資訊不對稱所產生的弊端無涉，純粹係以禁帶外食有違平等互惠原則作為主要考量<sup>130</sup>。本文以為，此一規定內容有過度干預私人營業自由（財產權）之嫌。我國目前法制針對餐廳禁帶外食，多認係業者的營業自由，不加干預，而為何電影院禁帶外食則不被許可？有謂餐廳係以提供飲食為主業，因此其禁止欲入內食用之消費者攜帶外食，符合人情，至電影片映演業者則係以放映影片為主業，因此其要求消費者不得攜帶外食，顯與影片放映無關，自違反平等互惠原則云云<sup>131</sup>。惟「業者得否禁止消費者攜帶外食」是否完全取決於業者的主要經營項目，本文以為亦有疑問。按現今消費型態多樣化，複合式營業所在多有，究竟何者為主業？何者為副業？往往未能明顯加以區分，亦無明確標準，且目前國家對企業經營者的一般營業項目已不再進行管制，因此以業者的主要經營項目作為判斷業者得否禁止消費者攜帶外食的惟一

<sup>130</sup> 參照 98 年 4 月 22 日行政院消費保護委員會研商「電影院公告全面禁帶外食相關事宜」會議紀錄之會議結論

<sup>131</sup> 參照行政院消費者保護委員會 2009 年 1 月 19 日之新聞稿內容。



條件，並不符目前時勢，亦忽略了一個重要事實——即消費者在資訊已充分揭露的情況下，仍有能力決定是否在禁帶外食的場所消費<sup>132133</sup>。況定型化契約應記載或不得記載事項的規範效力，依同法第 17 條第 2 項或同法施行細則第 15 條第 2 項的規定意旨，僅有私法上效力，而根據電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項之規範意旨，其有將不得記載事項本質轉換為公法義務的傾向，是否符合消費者保護法整體規範意旨，頗有疑問。消費者保護法第 56 條之 1 修正草案將來若獲立法通過，則電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項之規定，將可作為罰鍰處分的構成要件，相信將更加扭曲現行交易機制。

三、健身中心定型化契約應記載事項第 9 條規定要求健身中心業者應就收取金額百分之五十額度提供履約保證責任，涉及企業經營者之財產運用，法制上已難逃違反形式法律保留原則的指摘，前已述明。若進而以該規定作為罰鍰處分之構成要件，同樣地亦難脫類似指摘。

行政實務對私法關係的規制，通常係採取行政罰手段，此種思維模式，對行政機關的法制作業而言，可說是最簡單操作的，然此種規制方式對私法關係的健全，往往欠缺實質效果，因此有學者認為宜拋棄單面向、高權地位的手段思維，比較深入地去掌握問題的現象與思考解決方案，以發展更為精緻且合目的性的手段<sup>134</sup>。

<sup>132</sup> 本文以為此部分應已涉及契約自由的核心領域(即內容自由)。

<sup>133</sup> 行政院消費者保護委員會 91 年 6 月 20 日消保法字第 0910000663 號函釋謂：「電影院片面禁止消費者攜帶外(熱)食入場規定，倘目的係利用優勢地位，限制消費者只能向其販賣部購買較高之商品，以牟取利益時，該等片面規定難認符合平等互惠原則。」而根據現行電影院的經營實況，業者是否具備上開獨占或優勢經濟地位的條件，甚有疑問。

<sup>134</sup> 行政院法規委員會 98 年 12 月 4 日召開「私法關係行政規制之法制體例研究-公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較」期末報告審查會議中林佳和教授之發言，收於私法關係行政規制之法制體例研究-公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較，98 年 11 月行政院法規委員會委託研究。

#### 第四節消費者保護官不作為訴訟制度之萎縮

企業經營者之行為若有重大違反消費者保護法有關保護消費者之規定，消費者保護官或消費者保護團體得向法院訴請停止或禁止之，此為消費者保護法第53條所明定，即所謂不作為訴訟。細究此一不作為訴訟制度之立法考量，不外乎係以消費定型化契約條款之司法規制具**終局確定的優先效力**為其核心考量，因此為彌補司法不告不理-被動之特性，遂授權消費者保護官依前開規定得提起不作為訴訟以發揮**主動、積極**之功能。惟此一制度除先天受限於本身程序爭議(如消費者保護官究係以獨立地位或訴訟擔當人地位提起訴訟，學說上爭議迭起)，以致迄今未見消費者保護官提起不作為訴訟外，近來受到定型化契約應記載或不得記載事項的大量公布，以及地方主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，藉由消費者保護法第36條及第58條規定實施行政監督的影響，益使得消費者保護官不作為訴訟制度的執行功能日形減縮，甚至逐漸為人所淡忘。本文基於「地方主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，應不得藉由消費者保護法第36條及第58條規定實施行政監督」及「地方自治條例應不得透過定型化契約應記載或不得記載事項創設業者公法上義務，並以罰鍰處分擔保此等義務履行」之立場，認為適時強化消費者保護官依消費者保護法第53條規定提起不作為訴訟的制度功能，誠有其必要，並有助避免過度介入私權紛爭，以有效降低管制成本。

#### 第五節小結

一、契約係當事人自主決定的結果，當事人對其自身決定的結果應自我負責，並且在此前提下免於國家的干涉，此一原則固為契約自由的核心內涵。然為避免藉形式契約自由之名，行妨礙契約正義之實，絕對的契約自由原則在契約法的領域有弱化的趨勢，甚至與契約正義合而為一另起爐灶而重新開展(甚有認違反契約正義即違反契約自由原則)。因此有學者謂一部契約自由的歷

史，就是契約如何受到限制，經由醇化，而促進實踐契約正義的紀錄<sup>135</sup>。惟須注意者是，法律針對例外情形要求基於客觀等值原則檢視個案契約是否符合契約正義(契約公平)而決定是否加以介入管制時，非有具體客觀標準則無法竟其全功。蓋無論係法官或行政機關從事契約管制，若欠缺客觀標準依循，即有流於恣意之虞，將造成對契約內容全面審查的危險，致使契約制度崩潰瓦解，不可不慎。以應記載事項-消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化為例，損害賠償金額之限額標準，事涉契約內容的形成自由，究係如何訂出，實際上從母法-消費者保護法第 17 條第 1 項規定意旨並無從獲知其脈絡，難免引起流於恣意之評。況將損害賠償金額限額標準化，固較消費定型化契約條款的規制原理-誠信原則明確，然此一限額標準標準能否廣泛適用所欲規範之同類定型化契約而達成個案正義，殊值檢討。以國外旅遊定型化契約應記載事項為例，其規範的內容不僅在適用國外自由行時甚有爭議，將其毫無差別地一律適用於任何國外旅遊，亦有爭議。

二、消費者保護法中有關定型化契約條款規制體系的審查順序，基本上係本於程序思維來實現契約正義的要求，前已敘明。惟現行應記載事項內容的肥大化(如「消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化」、「企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化」、「預付型消費型態之履約擔保制度」等)及普及化(如遍集各類無名契約等)，多著墨強調實體的契約內容，反而未本於程序思維來據以操作，已與消費者保護法的規範意旨有違。

三、我國目前行政實務對消費定型化契約條款之管制模式，無論係事前根據專業法律或消費者保護法授權發布法規命令(包含定型化契約應記載事項)成為

<sup>135</sup> 引自王澤鑑，台灣的民法與市場經濟，民法學說與判例研究第 7 冊，頁 23。尹田，法國現代契約法，五南，1999 年 11 月，頁 31-37 即就(1)強制性契約(在我國稱強制締約)的大量出現(2)形式主義的悄然復興(3)保護消費者利益立法運動的蓬勃興起(4)契約解釋原則的重大變化等點談到現代私法自治(意思自治)原則衰落的幾個主要面向，足令人對契約自由與契約正義間的角力融合有深刻的體會。此外，陳自強，契約之成立與生效，新學林，2007 年 3 月，頁 155 亦有類似的說法。

定型化契約條款、事後根據消費者保護法、公平交易法或地方自治條例對定型化契約條款從事行政監督，或將來透過行政罰作為管制手段等，其實施之範疇甚為廣泛，實施的主體上至中央主管機關，下至地方政府等，已呈現多元監督的現象。惟不論地方政府係依據消費者保護法、地方自治條例對定型化契約條款從事行政監督，或透過將來立法通過的行政罰作為管制手段等監督模式，其發動規制手段的時機除有不明確的情形(如消費者保護法第 36 條財產權的解釋疑義)外，多已明顯脫離現行定型化契約條款的管制緣由(即彌補交易成本與資訊不對稱所產生的弊端，或從程序面向重新賦予當事人公平的締約機會，以擔保契約內容的實質公平)。申言之，不論目前(定型化契約應記載事項)或未來(行政裁罰)的管制模式，實無助根本解決消費定型化契約條款所產生的流弊，反而滋生更多疑義。

四、基於「國家與社會分離原則」<sup>136</sup>，國家公權力的機制，應侷限於與公眾事務有關之事項為限，若不涉及妨害他人或必須強迫其成為法律義務之事項，國家的介入應無介入空間。有關零售業網路交易定型化契約應記載事項、電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項，或相關定型化契約的履約保證應記載事項等內容，本無國家介入的必要，國家藉由公權力對此加以規範，有違反國家與社會分離原則，以及目前解除任意性國家任務的趨勢<sup>137</sup>。

五、根據消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定，定型化契約應記載事項未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。此一規定對照法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函釋意旨，其性質具有強行法的特性，應不得透得當事人特約(定型化契約條款及個別磋商條款均然)加以排除。而中央主管機關僅在消費者保護法第 17 條第 1 項規定之形式授權下，而其實質授權之內容、目的、範圍均不明確時，究竟有無權限代替當事人之意思以法

<sup>136</sup> 葛克昌，國家與社會二元論及其憲法意義，臺大法學論叢第 24 卷 1 期，1994 年 12 月，頁 121 至 142。

<sup>137</sup> 有關「解除任意性國家任務」的說明，參閱許宗力，論行政任務的民營化，法與國家權力(二)，元照，2007 年 1 月，頁 428 至 429。



規命令之形式訂定型化契約應記載事項，使此等定型化契約應記載事項甚或發生大於民法任意規定之效力，其妥當性甚有疑義。

- 六、消費者保護法第 17 所規定「中央主管機關得選擇特定行業公告規定定型化契約應記載或不得記載事項」，其中的不得記載事項猶如具體的強行規定，可以補充同法第 12 條過於抽象不易適用的缺憾，頗符合世界立法的潮流。惟有關應記載事項的規定，則誠屬獨步全球之立法模式<sup>138</sup>，而近來實務更發展中央主管機關廣泛詳定應記載事項的趨勢，積極使各類無名契約趨於模範契約的型態。然如此的作法不只忽略了消費者保護法僅是基於資訊不對稱而對定型化契約所作的一般性管制<sup>139</sup>，更嚴重偏離了契約的重要目的-彈性功能。
- 七、透過公告定型化契約應記載事項理論上固能適時保護消費者權益，然此並非毫無缺陷，畢竟契約所涉及之給付內容包羅萬象，消費者保護法第 17 條第 1 項規定之立法原則係採取所謂**正面式立法**，中央主管機關在各種不同的契約類型中逐一為應記載事項之制定，須耗費大量的行政資源，如此一來，不符合**效率原則**。
- 八、在行政監督與不作為訴訟之適用範圍交錯的情形下，地方主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款得實施行政監督，同處行政體系的消費者保護官卻只能提起不作為訴訟訴諸司法裁決，此一適用結果，無論從**效率或主動**的觀點加以比較，無形中均將**大幅減縮不作為訴訟的執行功能**。況地方主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款的情形，若得依消費者保護法第 33 條、第 36 條及第 58 條規定實施行政監督，亦有違反法治國的疑慮，並有造成過度介入私權爭議的指摘。因此，目前實務地方主管機關得依據消

<sup>138</sup> 廖健男，定型化契約條款之行政規制，1998 年輔仁大學碩士論文，頁 273 即謂：「傳統上要修正契約內容形成自由，係以強行規定之方式限制當事人『為』之自由；但是應記載事項公告後，產生之效果卻是強制其成為契約內容，亦即，它所限制的反而是當事人『不為』之自由。應記載事項由於具備這種特性，可以直接賦與消費者請求權基礎，因此比起不得記載事項更能保護消費者權益……」

<sup>139</sup> 蘇永欽，締約過失責任的經濟分析，尋找新民法，元照，2008 年 9 月，頁 394。

費者保護法第 33 條、第 36 條及第 58 條規定對定型化契約條款實施行政監督之作法，實有待檢討。



## 第七章法制上之建議-代結論

我國有關消費定型化契約條款的行政規制手段甚為多元化，其中就現行「中央主管機關根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款」、「中央主管機關事前核准或核定定型化契約條款」、「行政院公平交易委員會基於公平交易法對定型化契約條款從事行政監督」等，大抵多能通過形式法律保留原則或法律明確性原則的檢驗。至「中央主管機關根據消費者保護法授權發布應記載事項成為定型化契約條款」的執行現況，不僅與形式法律保留原則多有齟齬，亦難逃違反法律明確性原則的指摘。甚者，其實質規範內容亦有過度介入私權致有違反國家與社會分離原則之疑慮。以下擬從相關面向出發，提出些許建議供各界參考。

### 一、應記載事項的重新定位

現行中央主管機關根據消費者保護法第 17 條第 1 項規定授權發布之各類定型化契約應記載事項，事涉契約自由的最重要部分-契約內容之形成自由，中央主管機關應謹慎為之，不宜僅因特定消費事件受輿論之注目，即任意發布相關行業之定型化契約應記載事項以規制特定類型的定型化契約(如電影院禁帶外食、事業倒閉、網路標價錯誤等)。申言之，中央主管機關根據消費者保護法第 17 條第 1 項規定授權發布定型化契約應記載事項，除了要符合法律保留原則以確保契約內容控制的正當性外，在踐行適當的法制作業程序時，至少尚應考量下列事項：

- (一)普通法優先考量-是否發布應記載事項，應檢視此等管制之結果，可否藉由其他相關法規範之一般行使方式達成，尤其應將現行一般民事法列入首要考量。
- (二)契約自由的價值不可輕易放棄-契約自由本身雖係工具，並非目的，仍是民法的重要原則，因為在自由競爭的市場下決定是否締約，原則上能達成效率。只有當自由競爭的市場不存在、為了提供公共財、滿足人民的基本需求或彌補交易成本或資訊不對稱所生的弊端，才有必要對契約自由加以限制。換言之，對契約自由的限制仍應視為例外，不能作為原則。而契約自由雖可

- 透過法令加以限制，但限制的前提仍以確保當事人自主決定為首要。此外，以法令限制契約自由，亦不可違反比例原則，或造成契約自由的根本喪失。
- (三)國家與社會分離原則-國家公權力的機制，必限於與公眾事務有關的事項為限，此為公權力本質上的限制。事務的本質若不涉及妨害他人或必須強迫其成為法律義務之事項，國家應無介入的空間，否則將生浪費資源之虞。
- (四)程序控制優先-消費者保護法中有關定型化契約條款規制體系的審查順序，基本上係本於**程序思維**來實現契約正義的要求。因此針對定型化契約條款進行所謂行政規制，亦應優先經由程序面向思考，而非重輒訴諸上位之帝王條款-誠信原則，造成法律適用的空轉。

我國目前實務上定型化契約應記載事項眾多，內容除重複消費者保護法的既有規定外，有關「消費者任意解約(終止)權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化」、「企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化」、「預付型消費型態之履約擔保制度」等規範目的多在方便迅速解決消費爭議，避免損害擴大，實際上與定型化契約條款的主要規制緣由(彌補因交易成本及因資訊不對稱所產生的弊端)已有所偏離。因此，在現行消費者保護法第17條第1項規定結構下所衍生之定型化契約應記載事項，並不能解決消費者保護法立法所欲達成之規範目的。考量現行定型化契約應記載事項的行政立法已具相當規模，改變不易，本文以為現階段可從國外立法例為因應資訊不對稱所發展之資訊揭露義務法制，作為中央主管機關未來公告定型化契約應記載事項的重要考量。

## 二、消費者保護官提起不作為訴訟功能的強化

我國消費者保護法立法之初，基於消費者保護官為消費者保護事項之主要人員，為發揮其功能，乃授權其得獨立行使不作為訴訟權利，內涵包括透過司法程序宣告不當條款的禁止使用。此一制度可發揮主動、積極及預防的功能，除能彌補立法或司法規制的不足，又能避免行政機關動輒採取單面、高權的手段對私法關係進行行政規制，而引發過度介入私權紛爭之疑慮(介於行政規制與司法規制



之間)，堪稱適當的行政規制模式。然根據目前實務的發展，消費者保護官除受理消費爭議申訴、調解外，常有對外針對商品或服務行使行政調查之案例，不僅逾越消費者保護法第 6 條及第 33 條的規定，亦模糊其與主管機關間之權責，致消費者保護官對其自身得提起不作為訴訟的權能多置而未論，避而不談。為扭轉此一現象，實應回歸消費者保護法之立法宗旨，即簡化消費者保護官的職能(限於處於消費爭議申訴、調解及提起不作為訴訟)，並強化其提起不作為訴訟的功能，同時嚴格限制地方主管機關根據消費者保護法對定型化契約條款從事行政監督的密度。

### 三、消費者保護法所規範行政監督權限的行使對消費定型化契約條款應無適用餘地

這幾年來地方主管機關對企業經營者的行為，無不是高舉消費者保護法第 33、36 及 58 條等規定對其作成不利處分或課予罰鍰，不當定型化契約條款的使用亦不例外(如電影院禁帶外食、網路標價錯誤、預售屋買賣未按主建物及附屬建物分開計價等)。本文以為上述行政監督權限就財產權保護的射程，基於體系性、目的性解釋及法效果的考量，應限於物之完整性利益被侵害的情形，純粹經濟上損失(如不當定型化契約條款、廣告不實等)則不在保護之列。因此，基於體系性解釋，地方主管機關(消費者保護官除外)應不得對定型化契約條款從事行政監督。

### 四、地方自治條例對定型化契約的行政規制無立法空間

按憲法第 107 條規定：「左列事項，由中央立法並執行之：…三、…及刑事、民事、商事之法律。…」此一規定在明列中央的專管事項(非委辦事項，亦非地方自治事項)。其中所謂民事法律除解釋上當然包括民法外，與民法所規範之內容性質相當，並與其具有直接實質的關聯性規範(尤其具有特別、補充或吸收關係者)，亦應屬民事法律。企業經營者使用之定型化契約條款是否發生效力，事涉民事法律的規範內容，此部分專屬中央立法事項，地方自治團體即便基於地方

制度法第 18 條第 7 款或第 19 條第 7 款規定<sup>140</sup>，尚不得透過個別地方自治條例的立法加以規範。此外，基於國家與社會分離原則及維護契約自由的核心內涵(確保當事人自主決定能力)，現行部分地方自治條例將中央主管機關所公告之定型化契約應記載事項轉借成為企業經營者使用定型化契約時之行政法上義務，並設行政罰以擔保前開義務履行之作法，顯有過當，有重新檢討之必要。至消費者保護法第 56 條之 1 修正草案內容，則為同一問題，亦難逃過度干預契約自由的指摘。



---

<sup>140</sup> 地方制度法第 18 條第 7 款規定：「下列各款為直轄市自治事項：…七、關於經濟服務事項如下：…(四) 直轄市消費者保護。」第 19 條第 7 款規定：「下列各款為縣(市)自治事項：…七、關於經濟服務事項如下：…(四) 縣(市)消費者保護。」

## 參考文獻目錄

### 一、專書

尹田，法國現代契約法，五南，1999年11月。

王澤鑑，民法學說及判例研究第6冊，作者自版，2004年3月。

王澤鑑，民法學說與判例研究第7冊，作者自版，1994年8月。

王澤鑑，債法原理，作者自版，1999年10月。

立法院審議消費者保護法審議紀錄彙編，行政院消費者保護委員會編印，1995年7月。

邱聰智，新訂債法各論，元照，2002年10月。

吳惠林，自由經濟大師神髓錄，遠流，2005年10月。

李惠宗，憲法要義，元照，2009年9月。

李惠宗，案例式法學方法論，新學林，2009年10月。

林群弼，保險法論，三民，2008年9月。

林更盛，論契約控制-從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆，2009年3月。

消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004年7月。

張清溪、許嘉棟、劉鶯釗、吳聰敏合著，經濟學理論與實際，翰蘆，2004年8月。

許宗力，法與國家權力(二)，元照，2007年1月。

陳自強，契約之成立與生效，新學林，2007年3月。

陳自強，契約之內容與消滅，新學林，2004年9月。

陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體-「權利」與「利益」區別正當性的再反省，新學林，2008年12月。

陳沖，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009年3月。

曾品傑，財產法理與判決研究(一)，2007年9月。

黃立，民法債編總論，2006年11月。

詹森林，民事法理與判決研究(三)，元照，2003年8月。

詹森林，民事法理與判決研究(四)，元照，2006年12月。

廖義男，監督定型化契約與規範消費資訊之法規競合與適用之研究，行政院消費

者保護委員會編印，1996年9月。

消費者保護法專案研究實錄(1995年11月至1997年2月)，行政院消費者保護委員會編印。

蘇永欽，走入新世紀的私法自治，元照，2002年5月。

蘇永欽，尋找新民法，元照，2008年9月。

## 二、學位論文

何瑞富，從消費者保護法第17條之規定論法律保留原則-以履約保證為中心，2008年臺大國發所碩士論文。

張儒臣，商品(服務)禮券規範與管理之研究，2008年政大法研所碩士論文。

陳彥希，契約法之經濟分析，1993年臺大法研所博士論文。

廖健男，定型化契約條款之行政規制，1998年輔大法研所碩士論文。

賴淑銘，健身房(體適能中心)定型化契約條款之研究，2004年文化法研所碩士論文。

## 三、期刊論文

王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(二)，台灣本土法學雜誌第53期，2003年12月。

向明恩，消費者保衛戰之戲碼是否完美落幕?-戴爾標錯價事件之省思，月旦法學雜誌176期，2010年1月。

李惠宗，立法對私法契約介入的界限，月旦法學教室第41期，2006年3月。

李淳，零售價格管制之探討，月旦法學雜誌第186期，2010年11月。

林誠二，論旅遊契約之法律關係，民法七十年之回顧與展望紀念論文集，2000年10月。

吳啟賓，由華航飛機起火事件論旅遊契約旅遊營業人之責任，月旦法學雜誌，2008年4月。

吳瑾瑜，國外渡假村會員卡交易與消費者保護，中原財經法學第8期，2002年6月。

吳瑾瑜，論網站標價錯誤之法律效力，月旦法學雜誌第187期，2010年12月。

林誠二，消費資訊之規範，消費者保護研究第三輯，1997年。

林更盛，論契約控制的相關理論-從John Rawls的正義理論談起，東海大學法學



研究第 30 期，2009 年 6 月。

林輝雄，法律經濟分析的效率與正義問題-以寇斯定理與羅爾斯正義論為中心，全國律師 2004 年 12 月。

邱聰智，消費者保護法商品責任之探討，消費者保護研究第二輯，1996 年。

邱琦，純粹經濟上損失-以商品自傷為中心，消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月

姜炳俊，預售屋廣告之契約拘束力-評最高法院 92 年度台上字第 2694 號判決及相關判決，月旦法學雜誌第 118 期，2005 年 3 月。

寇特(R. D. Cooter)，寇斯定理，何靜嫻譯，經濟前瞻第 25 號，1992 年 1 月。

許惠峰，跨越法學與經濟學之鴻溝-兼論法律經濟分析之侷限性，華岡法粹，2008 年 11 月。

陳淳文，公民、消費者、國家與市場，人文及社會科學集刊第 15 卷第 2 期，2003 年 6 月。

陳自強，論計算錯誤，政大法學評論第 53 期，1995 年 6 月。

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。

陳彥希，效率、正義與契約，日新第 5 期，2005 年 9 月。

陳聰富，社會問題與契約管制的界限，月旦法學第 134 期，2006 年 7 月。

陳沖，大 S 與小 S 的主管機關，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009 年 3 月。

陳沖，俱樂部會員卡 卡了誰，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009 年 3 月。

許宗力，論行政任務的民營化，法與國家權力(二)，2007 年 1 月。

程明修，契約自由與國家之保護義務，憲政時代第 30 卷第 2 期，2004 年 10 月。

黃立，違反審閱期間的法律效力，消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月

黃立，細說德國二〇〇一年新民法消費契約條款，政大法學評論第 98 期，2007 年 8 月。

曾品傑，論不動產不誠實廣告之契約效力，財產法理與判決研究(一)，元照，2007 年 9 月。

葛克昌，國家與社會二元論及其憲法意義，臺大法學論叢 第 24 卷 1 期，1994 年 12 月

詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範-消費者保護法第 12 條之分析，收於民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月。

楊芳賢，定型化契約條款的規制-若干經濟觀點的介紹，政大法學評論第 86 期，2005 年 8 月。

楊淑文，消費訴訟，收於行政院消保會 98 年度消費者保護法研習會講義。

楊淑文，定型化契約與契約自由原則，收於行政院消保會 98 年度消費者保護法研習會講義。

楊淑文，雙軌制立法下的消費者與消費關係，收於行政院消保會 98 年度消費者保護法研習會講義。

楊宏暉，市場經濟秩序下的契約失靈調整模式，法學新論，2010 年 8 月。

廖義男，消費者保護法之行政監督，消費者保護研究第二輯，1996 年。

熊秉元，「市場之尺」和「心中之尺」-論釋寇斯定理和布坎楠對寇斯定理的質疑，經濟論文，1993 年 9 月。

駱永家，消費訴訟，消費者保護法專案研究實錄(1995 年 11 月至 1997 年 2 月)。

謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 9 月。

#### 四、研究報告

行政機關介入私權爭議之研究，黃茂榮、張志銘及蔡宗珍教授主持，行政院研究發展考核委員會編印，2000 年 8 月。

私法關係行政規制之法制體例研究-公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較，陳建文教授及劉素吟律師主持，行政院(法規委員會)委員會編印，2007 年 11 月。