

行政機關對定型化契約內容管制之探討 —以定型化契約應記載或不得記載事項為中心

張嘉麟*

摘 要

本文主要就現行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或不得記載事項之相關問題進行分析與檢討。本文之主要發現有以下兩點：一、法院應更積極介入應記載或不得記載事項之效力審查。二、消費者保護法第 56 條之 1 規定適用之限制。最後本文提出以下三點修法建議：一、建議消費者保護法第 17 條第 4 項增列個別磋商條款。二、建議刪除消費者保護法第 17 條第 5 項規定。三、建議修法限縮消費者保護法第 56 條之 1 規定之適用範圍。

關鍵詞：定型化契約、定型化契約條款、個別磋商條款、定型化契約應記載或不得記載事項、行政管制、司法審查

* 國立臺灣大學國家發展研究所法律與社會變遷組法學碩士、國立臺灣大學法律學系司法組法學士，現任行政院消費者保護處消費者保護官。

壹、問題提出

隨著消費社會的來臨，立法者為了有效因應消費者面對企業經營者在社經實力、法律知識、專業技術、談判議約、交易經驗、資訊取得、權利救濟等方面結構性弱勢的不利地位，遂於1994年公布施行「消費者保護法」，針對消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，採取了涵括契約責任與侵權責任之綜合性立法模式，以維護消費者之正當權益¹。消費者保護法為因應臺灣社會經濟發展而制定之其中一種法律²。消費者保護法部分條文修正草案於102年5月23日提報第3348次行政院院會通過，行政院以102年5月27日院臺消保字第1020136016號函送立法院審議。104年6月2日立法院院會二讀及三讀通過消費者保護法部分條文修正草案。總統業以104年6月17日華總一義字第10400070691號令公布，其中消費者保護法第2條第10款與第11款及第18條至第19條之2之施行日期，由行政院定之，其餘新修正條文於104年6月19日生效。

消費者保護法之實體規定，分為商品及服務責任（第7條至第10條）、定型化契約（第11條至第17條之1）、特種交易（第18條至第21條）、消費資訊（第22條至第26條）、懲罰性賠償金（第51條）。依據20年來之法院裁判及其他實務案例，定型化契約之爭議，在數量上，最為多數³。消費者保護法領域之研究，近20年來可謂民事法學領域之顯學。學者對於消費者保護法相關議題之研究，過去較偏重於商品責任之範疇，惟近10年來，則有轉向定型化契約領域之趨勢，近來更有學者開始關注定型化契約行政管制相關問題⁴。定型化契約之行政管制係立法者透過消費者保護法第17條第1項規定，授權中央主管機關（依消費者保護法第6條規定，係目的事業主管機關，例如：內政部、經濟部、交通部、教育部、文化部、衛生福利部、金融監督管理委員會、國家通訊傳播委員會等）得選擇特定行業，公告定型化契約應記載或不得記載事項。

中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定公告之定型化契約應記載或不得記載事項，具有強制性規範效力，影響私法自治甚鉅⁵。企業經營者所使用定型化契約內容有違反中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，依消費者保護法第17條第4項規定，該定型化契約條款無效。此外，無論企業經營者有無將中央主管機關公告之定型化契約應記載事項記載於定型化契約中，依

¹ 曾品傑，臺灣不動產消費者之權益保護，月旦法學雜誌第214期，2013年3月，頁28。

² 王澤鑑著，民法總則，王慕華發行，2014年9月增訂新版3刷，頁29、30。

³ 詹森林，消費者保護法發展專題回顧：定型化契約之理論與實務發展，臺大法學論叢第43卷特刊，2014年11月，頁1346。

⁴ 吳瑾瑜，消費者定型化契約在台灣的管制現況—以行政管制為觀察中心，收錄於民事法與消費者保護（國立政治大學法學院民法中心編），元照出版，2011年5月初版第1刷，頁19-33。

⁵ 王澤鑑著，債法原理（基本理論、債之發生、契約、無因管理）—債之基本理論、債之發生，王慕華發行，2012年3月增訂3版，頁108。

消費者保護法第 17 條第 5 項規定，應記載事項強制成為定型化契約之內容。據此，消費者保護法第 17 條第 5 項規定係將中央主管機關公告之定型化契約應記載事項導入定型化契約內容之媒介，透過該規定之適用使應記載事項自動形成契約之內容。換言之，中央主管機關公告應記載事項後，即已將該特定行業所使用之定型化契約內容型塑完成，此即消費者保護法第 17 條第 5 項規定所具有之連結效果，可謂應記載事項接軌至定型化契約之轉運機制。職是之故，藉由應記載事項與消費者保護法第 17 條第 5 項規定之結合，使應記載事項直接轉換為定型化契約之內容，此種以行政權介入強制架構契約內容之規制效果，尚未見於其他國家之立法例，可謂我國獨特之定型化契約內容形成機制⁶。中央主管機關透過公告定型化契約應記載或不得記載事項之管制模式，實質上導正不公平、不合理之定型化契約內容，扭轉原本向企業經營者明顯傾斜而不利於消費者之定型化契約條款，對消費者權益保障之效果正持續擴散中。

誠如陳自強教授所言，企業經營者於定型化契約之內容，記載經中央主管機關公告的應記載事項，法院對其內容的公平性，雖仍得審查，不受行政機關判斷的限制。但因契約公平性的判斷，經常涉及複雜的危險分配問題，判斷上相當困難，而經行政監督的定型化契約，因具有公平性的外觀或假象，法院多不再挑戰其公平性，使行政機關的行政監督事實上排擠法院的司法規制。行政機關透過行政權決定私法契約關係，直接介入私法契約關係公平性的判斷，與自由經濟體制不合。行政權如自以為是正義的化身，不自我節制，詳盡公告應記載事項，積極干涉契約的內容，企圖使契約定於一尊，更有可能扼殺經濟發展的空間，使法律斷喪適應彈性與自由的空間。⁷

本文以行政機關對定型化契約內容管制作為研究主題，並以消費者保護法第 17 條第 1 項規定授權中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項為論述中心，主要提出以下問題進行探討：

- 一、消費者保護法第 17 條第 1 項規定授權中央主管機關公告定型化契約應記載 或不得記載事項，修法後採取之授權模式為具體明確之授權，於消費者保護法第 17 條第 2 項及第 3 項明定應記載事項與不得記載事項之授權範圍。實務上如何由中央主管機關予以適用？有進一步探討之必要。
- 二、定型化契約應記載或不得記載事項之規範效力如何？消費者保護法第 17 條第 4 項規定條款無效之認定權限是否專屬於普通法院？個別磋商條款違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載事項之效力如何？消費者保護法第 17 條第 5 項規定應記載事項強制構成定型化契約內容是否存在規範罅隙？該規定是否有待商榷？

⁶ 有論者稱此為具臺灣特色的管制模式，詳見胡華泰，消費定型化契約條款之行政規制，國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文，2011 年 2 月，頁 9。

⁷ 陳自強著，契約之成立與生效，元照出版，2014 年 2 月 3 版第 1 刷，頁 209。

三、行政機關對企業經營者違反定型化契約應記載或不得記載事項得採取如何之管制手段？消費者保護法第56條之1增列企業經營者違反定型化契約應記載或不得記載事項之處罰規定是否妥適？學者對增列處罰規定之見解如何？

貳、定型化契約之構成內容

定型化契約之當事人分別為契約使用人與相對人⁸。定型化契約，依消費者保護法第2條第9款規定，係指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂立之契約。此即所謂「消費性定型化契約」，為企業經營者與消費者所締結之定型化契約，而有消費者保護法有關定型化契約規定之適用。據此，定型化契約之構成內容，包括定型化契約條款及個別磋商條款。亦即，定型化契約中之條款，可分為定型化契約條款及個別磋商條款兩種。定型化契約之內容，有可能由定型化契約條款與個別磋商條款混合組成，亦有可能全部由定型化契約條款組成⁹。定型化契約之內容必須是全部或一部使用定型化契約條款，而於企業經營者與消費者間所訂立¹⁰。只要在消費關係中，有引據定型化契約條款之情形，即應有消費者保護法之適用，而可被稱為定型化契約。與契約所含定型化契約條款之比例無關。¹¹定型化契約，即含有定型化契約條款的契約¹²。依本文之見解，將定型化契約條款類型化為「意定之定型化契約條款」與「法定之定型化契約條款」，兩者為定型化契約條款之下位類型。

一、定型化契約條款

(一) 意定之定型化契約條款

消費者保護法第2條第7款規定：「定型化契約條款：指企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」¹³所謂定型化契約條款，係指契約之一方當事人為與多數相對人訂立契約，預先擬定特定內容之交易條款，經相對人同意該特定內容與條款而為契約之訂立¹⁴。消費

⁸ 劉宗榮著，定型化契約論文專輯，三民出版，1993年9月再版，頁4。

⁹ 劉宗榮著，定型化契約論文專輯，頁117。

¹⁰ 馮震宇、謝穎青、姜志俊、姜炳俊合著，消費者保護法解讀，元照出版，2005年5月3版第1刷，頁103。

¹¹ 黃立著，民法債編總論，元照出版，2006年11月修正3版第1刷，頁90。

¹² 黃明陽著，消費者保護法入門，臺灣商務印書館出版，2013年9月修訂2版1刷，頁136。

¹³ 按定型化契約條款係企業經營者為與消費者訂立契約之用所預先擬定之契約條款，不論係供不特定多數消費者或特定多數消費者使用，均應有本法定型化契約相關規範之適用，爰參考德國民法第三百零五條規定，刪除第七款「不特定」之文字。

¹⁴ 楊淑文著，消保法與民法之分與合，元照出版，2013年8月初版第1刷，頁20；楊淑文著，新型契約與消費者保護法，元照出版，2006年4月2版第1刷，頁85；詹森林著，民事法理與判

者保護法是消費者保護之特別法，其適用定型化契約條款，乃以消費者於消費關係之前提下與企業經營者所預先擬定之定型化契約條款間之管制為要件¹⁵。消費者保護法第 2 條第 7 款規定，所謂定型化契約條款，係指「企業經營者」為與多數「消費者」訂立同類的「消費契約關係」，提出預先擬定之契約條款，包括引入、揭示或公告方法而訂入之契約條款¹⁶。定型化契約條款必須是預先擬定的，亦即在締結契約之前所擬定，並經特定為交易條件¹⁷。凡是由企業經營者單方面事先擬定契約條款的內容，且不允许消費者作任何修改的契約條款，即為定型化契約條款¹⁸。定型化契約條款之存在型式，不限於書面，包括放映字幕、張貼、牌示、網際網路或其他方法等表示型式者在內。例如：價目表、節目單、跑馬燈、字幕、告示牌、看板、時價、注意事項、車票、收據、廣告汽球、廣告傳單、名片等，均屬於定型化契約條款。¹⁹

為維護契約內容形成自由的最低限度，企業經營者應依明示或其他合理適當方式，告知相對人欲以定型化契約條款訂立契約，並使相對人得了解條款的內容。唯有具備此二項要件，定型化契約條款始能因相對人的同意而成為契約的內容。²⁰

（二）法定之定型化契約條款

新修正消費者保護法第17條第5項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」據此，定型化契約如果未記載公告的應記載事項，該經公告應記載的事項，仍納入構成契約的內容，予以強制填補²¹。企業經營者未記載於定型化契約，仍依新修正消費者保護法第17條第5項規定構成契約內容之定型化契約應記載事項，本文稱為「法定之定型化契約條款」。亦即，企業經營者未記載於定型化契約之應記載事項，即屬「法定之定型化契約條款」。倘企業經營者將應記載事項記載於定型化契約，經消費者同意後成為契約之內容，該定型化契約條款仍屬「意定之定型化契約條款」，而非「法定之定型化契約條款」。

二、個別磋商條款

決研究（三）—消費者保護法專論，元照出版，2003年8月初版第1刷，頁89。

¹⁵ 姚志明著，契約法總論，元照出版，2014年9月修訂2版，頁123。

¹⁶ 李淑如著，消費者保護法專題研究（一）—遠距交易之探討，新學林出版，2013年7月1版1刷，頁70。

¹⁷ 馮震宇、謝穎青、姜志俊、姜炳俊合著，消費者保護法解讀，頁104。

¹⁸ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁141。

¹⁹ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁142。

²⁰ 王澤鑑著，債法原理（基本理論、債之發生、契約、無因管理）—債之基本理論、債之發生，頁101。

²¹ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，消費者保護研究第19輯，行政院編印，2015年2月初版，頁185、186。

凡由契約當事人一方預先擬定作為交易使用的契約條款，均稱為定型化契約條款。消費者對該條款並無討價還價請求修改的權利，所以可能對消費者不利。凡是經過契約當事人透過個別磋商，然後雙方同意的契約條款，均稱為個別磋商條款。與定型化契約條款純粹係由企業經營者單方面決定條款內容的情形不同，較符合契約自由原則，對消費者較為有利。²²依消費者保護法第2條第8款規定，所謂個別磋商條款，係指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。若是當事人對於契約之條款已經由個別磋商同意，該條款已非定型化契約條款²³。

依消費者保護法第15條規定：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」其立法意旨係定型化契約條款係企業經營者針對大量交易需求所擬定制式化之交易條件，惟個別磋商條款係雙方當事人於個別交易中之特別約定，則個別磋商條款之內容與企業經營者擬定之定型化契約條款相牴觸時，即應可認定雙方當事人有捨棄定型化契約條款而以個別磋商條款代之意思。況消費者於簽訂時，就整個定型化契約為概括之承諾，對定型化契約條款僅能認為係假設的合意，惟個別磋商條款，為消費者與企業經營者經商議後所約定之契約條款，為當事人間真正的合意，故定型化契約條款與個別磋商條款相牴觸時，適用個別磋商條款。²⁴換言之，個別磋商條款是一種經過契約雙方當事人磋商後的約定，與定型化契約條款並未經過雙方磋商的情形不同。如在契約中包含當事人個別磋商的條款與定型化契約條款牴觸時，應優先適用該個別磋商條款。畢竟，個別磋商條款才是當事人的真意，當事人如果是居於相當之地位所合意的條款，通常會對相對人比較有利。是以，如果與定型化契約條款有所牴觸，應該以個別磋商條款為優先適用。²⁵

定型化契約中的定型化契約條款牴觸個別磋商條款的約定，應適用個別磋商條款，以保障消費者的權益。有論者認為定型化契約中的個別磋商條款，如果其內容比定型化契約條款的內容對消費者較為不利時，此時依對消費者有利解釋的原則，予以目的性限縮為：應例外地仍以定型化契約條款的內容為準，以免消費者受害。²⁶

個別磋商條款，應於企業經營者與消費者之間以明示、默示或書面、言語等方式所形成。另若企業經營者係在個別契約締結時，單方提出契約條款要求消費者同意，則因消費者亦無參與形成之空間，亦不屬個別磋商條款。是以，企業經營者為規避消費者保護法關於定型化契約相關規定，於個別交易過程中，單方要求消費者簽署其無斟酌餘地之不利於己之契約條款，仍屬定型化契約條款，而非個

²² 黃明陽著，消費者保護法入門，頁175。

²³ 姚志明著，契約法總論，頁122。

²⁴ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，2007年7月，頁142。

²⁵ 洪誌宏著，消費者保護法，五南出版，2013年4月初版1刷，頁156。

²⁶ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁176、189。

別磋商條款。²⁷

企業經營者如主張特定條款係個別磋商條款，應該就該條款在協商時確實有進行實質磋商負舉證之責²⁸。

參、消費者保護法授權行政機關對定型化契約之管制

一、行政機關對定型化契約進行管制之必要性

消費社會基於消費者權益之保護，透過行政力量強力之介入予以實現，自有其足堪肯定之地位與必要，特別在消費者保護體系尚未完全建立的階段，行政規制更是消費者權益保護唯一可行的方向²⁹。行政機關以行政權介入企業經營者與消費者間之定型化契約內容，係屬最有效率控制企業經營者濫用不合理定型化契約條款之方式，行政機關對定型化契約進行管制之必要性主要基於以下之因素：

（一）行政專業之考量

行政機關就各項行政業務，均一再重覆管理，可透過各種長久累積所建立專業知識，了解各種商品與服務內容中，所可能隱含各種交易上風險，進而評估決定平衡企業經營者與消費者間權利義務關係之合理交易內容。因此，可平衡消費者因日常生活中單一交易關係所欠缺專業知識與經驗累積之資訊地位弱勢。³⁰

隨著國家任務愈來愈複雜與多樣化，許多事務領域的法律管制，必須仰賴充分的各領域專業知識。然而，身負法律制定任務的立法者，由於欠缺各種相關的專業背景或經驗，因此在面對許多高科技領域的管制議題時，便經常無法在法律層次，確立具體的管制策略。相對之下，行政機關基於對管制對象比立法者更為熟悉，甚至更具備專業認知的優勢，往往則是被認為更有能力決定最適合系爭個案的管制方案。³¹

行政機關可提供新的消費者價值觀，依當時社會經濟商業的情況而為適當之解釋與制定命令、頒布規定，或情況有變亦可立即廢止，而重新規定，節省一般法律上所須之繁瑣程序，俾能配合消費者之需要³²。

²⁷ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁 142。

²⁸ 黃立著，民法債編總論，頁 93。

²⁹ 朱柏松，台灣和日本消費者權益保護法規範之比較研究，收錄於私法學之傳統與現代（上）—林誠二教授六秩華誕祝壽論文集，學林文化出版，2004 年 4 月出版，頁 187、188。

³⁰ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁 66。

³¹ 黃舒芃著，框架秩序下的國家權力—公法學術論文集，新學林出版，2013 年 9 月 1 版 1 刷，頁 118。

³² 范建得著，消費者保護法基礎理論，漢興出版，1999 年初版，頁 99。

（二）行政機關對企業經營者之實質影響力

行政機關事實上既掌握廣泛行政資源（包括居於主動地位及法令解釋權力等），對其業管之企業經營者自具有較優越的支配力量，受管理監督之企業經營者往往備感壓力，行政機關對企業經營者之實質影響力伴隨組織法與作用法自然浮現，對企業經營者使用之定型化契約進行管制，企業經營者自較易遵從，而產生強而有力之規制效果。

（三）事前預防消費爭議之發生

基於消費者保護之目的，既然立法者已設計了私法手段，那麼，基於甚麼考慮，還要行政機關介入？在此應考慮行政介入與司法介入在功能上之差別。首先，司法原則上只能個案處理，而行政可以處理通案；其次，司法只能事後處理，而行政可以事前處理。因此，在消費者保護上，行政介入應只限於需要事前處理以及通案處理者。³³

相較於司法機關僅得以事後被動地消極救濟個別、單一消費者所受定型化契約不當迫害之情事，行政機關於各種交易事項，事前針對交易事項之定型化契約內容予以剔除不合理交易內容以及納入應有交易內容，可廣泛地保障不特定多數之消費者，免於受違法定型化契約條款之拘束。且行政機關事前規制定型化契約內容，亦得有效地阻止企業經營者一再使用違法定型化契約條款而獲取不正當利益。³⁴

就現行中央主管機關已公告之定型化契約應記載及不得記載事項內容觀之，其為了預防或解決消費糾紛，創設了許多解除或終止契約及其退費機制。另為保護消費者，就預付型交易課予企業經營者履約擔保之行為義務。³⁵

許政賢教授認為透過定型化契約應記載或不得記載事項之行政管制手段，將有效降低實務上關於定型化契約的爭議³⁶。

（四）彌補司法救濟之不足

司法規制者，法院依據法律之規定，對定型化契約條款以裁判肯定或否定其效力之規制方法³⁷。司法規制實況有幾個特徵：³⁸

1. 司法機關流於保守，不輕易否定定型化契約條款之效力。

³³ 張桐銳，消費者保護與行政監督，收錄於消保二十載迎向新未來專刊，行政院消費者保護處出版，2014年11月初版，頁106。

³⁴ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁67。

³⁵ 定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限探討結案報告，計畫主持人陳汝吟，行政院消費者保護委員會委託辦理，2011年11月，頁1。

³⁶ 許政賢著，民事法學與法學教育，元照出版，2014年5月初版第1刷，頁120。

³⁷ 劉宗榮著，定型化契約論文專輯，頁90。

³⁸ 劉宗榮著，定型化契約論文專輯，頁90。

2. 司法機關受被動性功能的限制，基於不告不理原則，對社會廣泛流行之定型化契約條款，未能有效干預。
3. 「既判力」有範圍之限制，司法機關之裁判只對某特定案件有拘束力，裁判之效益，殊屬有限。

消費者保護法與民法之規定，以誠實信用原則係抽象不確定法律概念，於實體判斷上，是否得依消費者保護法第12條等規定而宣告無效或排除契約內容之外並不易界定，各級司法機關之判決見解呈現紛歧不定之狀況，影響消費者尋求司法救濟之信心，導致消費者為避免負擔額外之程序費用而放棄權利。個別、單一消費者無力負擔司法漫長救濟途徑而可能耗費時間與經濟成本壓力，且縱使進行訴訟而主張權利，所可能獲取利益額度遠不及所耗費時間、精力等成本，導致受不合理定型化契約條款迫害之消費者多選擇放棄以訴訟制度救濟之權利，進而使得企業經營者更無忌憚地選定不合理定型化契約與消費者進行交易，而獲取不正當利益。³⁹縱使個別消費者透過訴訟判決確立某些定型化契約條款違反誠實信用原則而不生效力，依消費者保護法第12條等規定而不生效力時，惟因判決僅相對性，僅得救濟參與訴訟之個別消費者，就其他參與相同交易之消費者並無法受保護，企業經營者仍可從其他未積極主張權利之消費者獲取不正當利益。縱使其他消費者亦積極另行再開訴訟尋求救濟，惟相同定型化契約條款請求法院再為判決，重覆消耗整體訴訟資源且增加不特定消費者之負擔。是以，單純透過以誠實信用條款之抽象法律概念而以司法機關事後規制定型化契約之方式，並不影響企業經營者積極運用定型化契約迫害消費者基本權之情事，其效果將僅侷限於保護個別、少數積極主張權利之消費者，絕大多數消費者將仍受企業經營者以不合理且違法定型化契約之迫害。⁴⁰

（五）促進定型化契約之公平化

防範顯失公平定型化契約之濫用，行政院將其列為消費者保護基本政策⁴¹之內容。

為確保契約上之消費公平，消費者保護法對於定型化契約問題，特別規定賦予中央主管機關辦理定型化契約應記載或不得記載事項公告之行政管制方式，俾期定型化契約更為透明化、公開化、公平化及合理化⁴²。

二、公告定型化契約應記載或不得記載事項

（一）授權依據及規範目的

³⁹ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁 65。

⁴⁰ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁 65、66。

⁴¹ 103 年 7 月 9 日行政院消費者保護會第 27 次會議修正通過。

⁴² 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁 180。

消費者保護法第17條第1項規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。」，此係中央主管機關得公告定型化契約應記載或不得記載事項之授權依據。消費者保護法第17條第1項規定之立法理由為：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，規定定型化契約應記載或不應記載之事項⁴³。消費者保護法第17條第1項規定中央主管機關得選定特定行業，公告其定型化契約應記載及不得記載事項，其目的係為了避免企業經營者為減少締約成本，濫用定型化契約而產生因雙方資訊不對等之不公平，作為管制企業經營者濫用私法自治以侵害契約之實質正義，直接影響當事人間之私法上權利義務關係⁴⁴。

黃立教授認為公平的談判以雙方有旗鼓相當的力量為前提，在雙方當事人力量不平等時，立法就有介入的必要。這種介入在私法中有增加的趨勢，消費者保護法即為一例。所謂的定型化契約應記載事項與不得記載事項，就是這種公權力介入後的現象。⁴⁵消費者保護法第17條第1項規定為直接干預定型化契約內容的管制模式⁴⁶，授權中央主管機關可以依實際需要情形，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，作為該行業遵行的依據，以有效導正不公平、不合理的定型化契約條款，保障消費者權益⁴⁷。

為防止企業經營者利用其市場優勢地位，以定型化契約從事不公平交易，消費者保護法第17條第1項授權中央主管機關得公告定型化契約應記載或不得記載事項，此為對於定型化契約之行政管制⁴⁸。消費者保護法第17條第1項是立法者對中央主管機關介入定型化契約內容的授權規定⁴⁹，行使其對行業別目的事業主管機關之權限⁵⁰。關於消費者保護法中行政機關享有之行政規制權能，以該法第17條之規定對於消費關係最具規制作用，此種規制屬於預防性之規制⁵¹。

消費者保護法第17條第1項規定，此乃屬於事前防範措施⁵²，不僅可事前先過

⁴³ 參照立法院審議「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。

⁴⁴ 楊欣玲，定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性—從預售屋買賣之實務判決觀察，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2013年7月，頁39。

⁴⁵ 黃立著，民法債編總論，頁57。

⁴⁶ 范建得著，消費者保護法基礎理論，頁194。

⁴⁷ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁185、193。

⁴⁸ 黃茂榮著，法學方法與現代民法，作者自版，2011年9月增訂6版2刷，頁331。

⁴⁹ 蔡宗珍，消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院102年度訴字第745號判決談起，台灣法學雜誌第239期，2014年1月1日，頁20。

⁵⁰ 林國彬，消費者保護機關之權限—以美國聯邦貿易委員會為例，收錄於消保二十載迎向新未來專刊，行政院消費者保護處出版，2014年11月初版，頁79。

⁵¹ 行政機關介入私權爭議之研究，RDEC-RES-088-010（委託研究報告），研究主持人黃茂榮，行政院研究發展考核委員會編印，2000年8月，頁121、122。

⁵² 林益山著，消費者保護法，五南出版，2008年8月3版1刷，頁326。

慮，防止不公平條款之訂定，且於事後爭執之消弭及訟源之疏減亦有助益⁵³。

有學者認為消費者保護法第17條第1項規定係賦予中央主管機關對於定型化契約條款行政監督之職權⁵⁴。另有學者認為公告應記載或不得記載事項為行政機關事前之積極的預防性措施⁵⁵。

有論者認為關於政策的契約，係國家，尤其行政機關基於一定政策之決定，為保證契約之公平、合理性而介入私人契約關係（秩序）之形成，常見者係對於諸多定型化契約條款之預先的行政上控制⁵⁶。對於定型化契約條款的控管，消費者保護法除設有司法控制機制以外，另於第17條設有行政控制機制，授權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事項，違反公告事項的定型化契約條款無效⁵⁷。

曾品傑教授認為中央主管機關本諸消費者保護法第17條第1項公告之定型化契約應記載及不得記載事項，實際上無異於強制禁止規定，對於消費者契約，幾乎產生高度壓縮其契約自由的作用。斯項行政規制，一方面固係保護對於預擬條款內容毫無置喙餘地之消費者的意思決定，他方面卻也影響私法自治甚鉅，特別是大幅削減了消費者契約之游刃餘地，中央主管機關自應慎重為之。⁵⁸在雙方締約地位差距懸殊之消費者契約的場合，立法者為有效消弭消費者在資訊取得、專業知能、交易經驗以及磋商議約等方面居於結構性弱勢之地位，落實平等互惠理念，貫徹契約上合理之風險分派，保障消費者之正當權益，遂授權由中央主管機關針對個別種類之定型化契約在交易上最重要的核心內容，採行重要權義事項之法定原則，劃定國家介入管制之私法權義關係的範疇，並據以頒布應記載事項及不得記載事項，作為私法自治外部界限的標記⁵⁹。中央主管機關訂定定型化契約應記載及不得記載事項，實質上已是對於定型化契約條款之行政監督。蓋在此所涉及者，並非法院於爭議發生後，對於已成為契約條款之定型化契約條款審查其是否違反誠信原則，而是由行政機關針對特定行業，預先審查企業經營者所預擬之契約條款。換言之，這顯然是行政機關對於可能出現違反誠信原則之定型化契約條款預作防範，合乎經濟監督之界定。⁶⁰

⁵³ 李伸一著，消費者保護法論，凱倫出版社發行，1995年4月初版，頁158。

⁵⁴ 楊淑文著，新型契約與消費者保護法，頁86。

⁵⁵ 劉春堂著，民法債編通則（一）契約法總論，作者自版，2011年12月增訂版第1刷，頁125；劉春堂著，判解民法債編通則，三民出版，2011年2月修訂6版2刷，頁25。

⁵⁶ 林元祥，契約成立方法與契約概念，收錄於融整法學的經驗與見證—邱聰智·張昌邦教授六秩華誕祝壽論文集，元照出版，2006年9月初版第1刷，頁121。

⁵⁷ 許政賢，消費訴訟二十週年的回顧與展望，收錄於消保二十載迎向新未來專刊，行政院消費者保護處出版，2014年11月初版，頁53。

⁵⁸ 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，國立中正大學法學集刊32期，2011年1月，頁148、149。

⁵⁹ 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，頁150、151。

⁶⁰ 張桐銳，消費者保護與行政監督，收錄於消保二十載迎向新未來專刊，行政院消費者保護處出

由行政機關公告定型化契約應記載或不得記載事項，具有強制性規範效力，影響私法自治甚鉅，為合理節制契約法上的家父主義，此項公告應慎重為之，乃屬當然⁶¹。職是之故，因定型化契約應記載或不得記載事項，具有強制性規範效力，中央主管機關應依合義務裁量謹慎建構其規範內容，以免過度衝擊契約內容之形成自由。

（二）中央主管機關選擇特定行業之定型化契約進行公告

消費者保護法第 17 條第 1 項規定所稱中央主管機關，係指「消費者保護專門業務」之主管機關，故為中央各目的事業主管機關⁶²，例如：觀光旅遊業務為交通部、金融保險業務為金融監督管理委員會、房屋買賣業務為內政部⁶³。

中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定，選擇特定行業之定型化契約，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告。例如：金融監督管理委員會係銀行業之目的事業主管機關，得本於中央主管機關之權責，依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定，選擇銀行業之信用卡、個人網路銀行業務服務、保管箱出租、個人購車及購屋貸款、消費性無擔保貸款、活期（儲蓄）存款契約附屬金融卡等定型化契約，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告。

（三）針對特定行業所使用定型化契約之內容

中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告之定型化契約應記載或不得記載事項，限於針對特定類型消費性定型化契約之權利義務內容，與該消費性定型化契約權利義務內容無關之部分，非屬中央主管機關所得強制介入之範圍。中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，介入契約內容，顯然侵害憲法所保障之契約自由⁶⁴。實務上中央主管機關所公告定型化契約應記載或不得記載事項之內容，有前置化規制之傾向，例如：公告定型化契約之審閱期間、明定契約成立時點等。企業經營者與消費者於締結消費性定型化契約前之狀態，非屬中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定所得規範之範疇。蓋所謂「定型化契約」，依消費者保護法第 2 條第 9 款規定，係指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂立之契約。據此，定型化契約乃指企業經營者與消費者已締結契約後始當之，於雙方締結契約前僅存在定型化契約

版，2014 年 11 月初版，頁 105。

⁶¹ 王澤鑑著，債法原理（基本理論、債之發生、契約、無因管理）—債之基本理論、債之發生，頁 108。

⁶² 參照消費者保護法第 6 條規定。

⁶³ 黃明陽，地方消費者保護立法之探討比較，消費者保護研究第十五輯，行政院消費者保護委員會編印，2009 年 12 月初版，頁 11。

⁶⁴ 張桐銳，消費者保護與行政監督，2014 年 11 月初版，頁 104。

條款或個別磋商條款，定型化契約於當時尚未存在。中央主管機關不得就定型化契約成立前之狀態（非涉定型化契約之權利義務內容）予以規制，否則已逸脫立法者授權中央主管機關所得公告定型化契約應記載或不得記載事項之界限。此外，針對企業經營者資格之限制，亦非屬定型化契約權利義務內容之範疇，中央主管機關尚不得依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定就此部分公告定型化契約應記載事項予以限制，否則已逸脫立法者授權行政機關所得公告定型化契約應記載或不得記載事項之界限。

林國彬教授認為就早期與近年來的「定型化契約應記載與不得記載事項」之內容予以比較，可發現近年來的定型化契約「應記載事項與不得記載事項」之內容有「契約條文化」的趨勢，不再只是單純的要求應約定某種性質的約款或不得有某種責任排除等不公平約款，已幾乎將「定型化契約應記載與不得記載事項」與「定型化契約範本」內容的條文，有相當幅度的重疊性。因此，是否有逾越消費者保護法所授權之範圍而過度介入私法自治的領域，即有發生爭議之可能。⁶⁵

近來實務有發展為選擇特定行業詳定應記載事項，一如強制性模範契約的趨勢，即忽略了消費者保護法只是基於資訊不對稱而對定型化契約做一般性的管制，並未假設定型化契約皆發生於獨占市場。事實上現在依消費者保護法第 17 條選定的行業，如旅遊、房地產、瘦身美容、汽車買賣等，多為競爭程度甚高的市場，只要就訂約程序提高其內容的透明度，而由民事法官於必要時就其內容的公平性做個案管制即可。消費者保護法第 17 條的行政管制毋寧屬民事契約調整的補強，不宜反客為主，否則對於契約自由限制過甚，將大幅降低資源配置的效率。企業經營者若因此規避定型化契約的訂立，又必然大幅增加締約成本，其結果實已乖離消費者保護法管制定型化契約的政策目的。⁶⁶

我國中央主管機關迄今依消費者保護法第 17 條第 1 項規定所公告應記載或不得記載事項之定型化契約種類繁多，有學者稱之為消費者契約法定原則之興起。究其影響層面所及，不啻為國家強制當事人揭露交易上之重要資訊、大幅縮減企業經營者之私法自治空間以及主管機關權能之積極擴張，殊值矚目。⁶⁷換言之，我國行政機關近年來透過消費者保護法第 17 條第 1 項之授權，公告種類繁多的定型化契約應記載及不得記載事項，大幅削減了消費關係上消費者契約之內容形成自由，影響私法自治甚鉅，促成了消費者契約法定原則的興起⁶⁸。曾品傑教授認為藉由中央主管機關公告某種定型化契約之應記載及不得記載事項，改善消費關係上法律資訊不對稱的現象，以捍衛消費者權益的行政規整措施，晚近在我國如雨後春筍般的遍地開花，擴散至五花八門的契約態樣，刻正方興未艾，蔚為消費者契

⁶⁵ 林國彬，消費者保護機關之權限—以美國聯邦貿易委員會為例，頁 79。

⁶⁶ 蘇永欽著，尋找新民法，元照出版，2008 年 9 月初版第 1 刷，頁 394、395。

⁶⁷ 曾品傑，臺灣不動產消費者之權益保護，頁 32。

⁶⁸ 曾品傑，臺灣不動產消費者之權益保護，頁 45。

約之行政規整的新浪潮，若從私法自治的宏觀視域來看，或可姑且稱之為「消費者契約法定原則」的興起，亦未可知⁶⁹。

曾品傑教授認為消費者契約之當事人只有在各該契約規律之核心內容以外的部分，方能享有私法自治之形成餘地，始得自由補充、協議、決定其契約內容。抑且，既然當事人連系爭契約上最重要的核心內容，基於國家保護消費者之結構性弱勢的公益理由，都得聽命於中央主管機關所公告的應記載事項及不得記載事項，則「消費者契約法定原則」，當然意味著我國立法者在一方為企業經營者而他方為消費者之定型化契約的場域，係採取以國家管制為主、當事人自治為輔的宏觀調控理念。⁷⁰曾品傑教授認為消費者契約法定原則的興起，正意味著強制揭露交易上重要資訊的貫徹、私法自治空間的大幅縮減、行政權能的積極擴張以及司法功能的消極退讓⁷¹。

曾品傑教授認為所謂的「消費者契約法定原則」，可從消費者契約之類型強制與消費者契約之內容規整這兩個面向，來加以掌握理解。首先，就消費者契約之類型強制而言，係指凡是中央主管機關所公告之契約種類，只要系爭契約實質上的交易特徵大致符合所公告契約類型的整體容貌，便落入類型強制的規範照拂範圍，即應受到該公告之定型化契約應記載事項與不得記載事項的拘束，至於系爭契約形式上使用何種名稱、實際稱呼公告之定型化契約的名稱是否有間、系爭契約之定性究係為何的問題，恆無關緊要，均非所問。其次，關於消費者契約之內容規整，乃指針對中央主管機關所公告契約種類之核心交易事項，產生固定化、標準化私法上權利義務關係的統一作用，促使就同類別之定型化契約核心事項的法律關係，達成渠等內容彼此間皆大同小異之適正化效果。中央主管機關於制定該定型化契約之應記載與不得記載事項時，一方面應廣泛蒐羅坊間企業經營者所使用之契約內容，從平等互惠原則出發，斟酌外行之一般消費者的合理期待，來決定標準化之契約內容，並據此作為保護我國消費者正當權益之基礎。他方面則應透過這種行政手段之規律，透明化該類型消費者契約之基本權利義務關係，改善資訊不對稱的痼疾，俾維護消費者集團知的權利，而且藉由定期抽樣、檢查相關企業經營者所使用之定型化契約條款，洞燭市場上是否尚有企業經營者漏列應記載事項或仍使用含有不得記載事項內容之契約條款等違法情事，俾去蕪存菁，打造一個對消費者安全的契約環境。⁷²

（四）消費者保護法第17條第2項及第3項之授權範圍

中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項授權，公告應記載及不得記載事項以規制雙方締結之契約內容，乃立法機關基於權力之分工或程序上需要，藉由

⁶⁹ 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，頁150。

⁷⁰ 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，頁151。

⁷¹ 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，頁152。

⁷² 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，頁152、153。

行政機關之專業性及機動性，授權其作進一步之具體化措施⁷³。中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，因涉及企業經營者與消費者間之契約自由，允宜有一定的法律為其依據與一定的範圍為其界限，始能避免違憲之批評⁷⁴。修正前消費者保護法第17條第1項規定授權中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載事項，採取之授權模式為概括授權⁷⁵。雖有論者認為修正前消費者保護法第17條第1項規定賦予中央主管機關選定特定行業之特定交易類型，依各中央主管機關專業職掌範圍，衡量當企業經營者選用定型化契約內容，何種係應存在內容與不應存在之內容，以平衡消費者與企業經營者間之交易內容，性質上係屬中央主管機關專業考量事項，該條項雖未指明於何種特定行業與交易類型，惟其授權範圍定位於消費關係中當企業經營者有使用定型化契約之情事，授權內容、範圍及目的均屬明確，合乎授權明確性原則，無違憲之疑慮。⁷⁶惟為避免違反授權明確性原則之疑慮，新修正消費者保護法第17條第1項至第3項已明確規定授權中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載事項之目的、內容及範圍，俾使中央主管機關有所遵循。

新修正消費者保護法第17條第1項明定立法者授權中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載事項之目的，包括預防消費糾紛、保護消費者權益及促進定型化契約之公平化。新修正消費者保護法第17條第2項明定立法者授權中央主管機關公告定型化契約應記載事項之範圍，依契約之性質及目的，得包括「契約之重要權利義務事項」、「違反契約之法律效果」、「預付型交易之履約擔保」、「契約之解除權、終止權及其法律效果」及「其他與契約履行有關之事項」。新修正消費者保護法第17條第3項明定立法者授權中央主管機關公告定型化契約不得記載事項之範圍，依契約之性質及目的，得包括「企業經營者保留契約內容或期限之變更權或解釋權」、「限制或免除企業經營者之義務或責任」、「限制或剝奪消費者行使權利，加重消費者之義務或責任」及「其他對消費者顯失公平事項」。據此，新修正消費者保護法第17條第2項及第3項已使授權中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載事項之內容及範圍更加明確化，授權明確之程度應已符合司法院大法官釋字第522號解釋理由指稱授權之明確程度「應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」之要求。新修正消費者保護法第17條第2項及第3項增列授權範圍之規定，實為配合消費者保護法第56條之1增訂企業經營者使用定型化契約違反中央主管機關公告應記載或不得記載事項之處罰規定，以避免違反授權明確性原則。

⁷³ 楊欣玲，定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性—從預售屋買賣之實務判決觀察，頁30。

⁷⁴ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁183。

⁷⁵ 定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限探討結案報告，頁45。

⁷⁶ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁72。

肆、定型化契約應記載或不得記載事項之規範效力

一、意定之定型化契約條款符合應記載或不得記載事項之效力

劉春堂教授認為消費者保護法第17條第1項規定公告之權責機關為各中央目的事業主管機關。消費者保護法施行細則第15條第1項規定之立法意旨，在於已記載公告事項者，仍適用消費者保護法，應受司法審查⁷⁷。

中央主管機關依消費者保護法第17條第1項規定公告各種定型化契約應記載或不得記載事項，使定型化契約條款之使用及其對相對人權益之損害受到規範與管制。惟定型化契約條款，性質上仍屬私法上之約定事項，該約款是否有效，仍應經司法審查，以確定其是否具有終局拘束當事人之效力。⁷⁸

因定型化契約在性質上屬於私法契約，私法契約是否有效的終局裁判者係法院而非行政機關，故行政機關公告之應記載之事項，仍應經法院審查認為其有效，始會有終局拘束契約當事人的效力。法院在審理這類爭議問題時，自宜留意權力分立分際與相互尊重，妥適的判斷拿捏。⁷⁹是以，普通法院對於公告之應記載事項仍可為司法審查⁸⁰。

企業經營者所擬之定型化契約，雖經記載中央主管機關公告應記載之事項，但該條款仍有消費者保護法關於定型化契約規定之適用。換言之，若公告之條款違反消費者保護法第12條之規定，仍屬無效，不因其經中央主管機關之公告而變為有效。由此可知，定型化契約條款是否有效，其最後認定者為法院（即由司法控制）。⁸¹

如經中央主管機關納為應記載之事項，且經企業經營者吸納為定型化契約條款並在契約中記入者，仍應依消費者保護法規定論斷其效力，故行政規制仍應服膺立法及司法規制⁸²。司法機關對定型化契約內容之審查，不受行政機關所公告法規命令之拘束，法院仍可就個案具體狀況作最終之審查⁸³。

惟有地方法院判決竟認為倘特定事業與消費間之消費契約條款已就中央主管機關公告之應記載事項加以記載，自無消費契約條款牴觸中央主管機關公告而應

⁷⁷ 參照消費者保護法施行細則研訂資料，頁466。

⁷⁸ 楊淑文著，新型契約與消費者保護法，頁86、87。

⁷⁹ 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，計畫主持人陳建文，行政院法規委員會委託研究計畫，2007年11月，頁4之12、4之13。

⁸⁰ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁187。

⁸¹ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會編印，2005年8月再版，頁117、118。

⁸² 朱柏松，台灣和日本消費者權益保護法規範之比較研究，頁163。

⁸³ 杜怡靜，臺灣與日本關於定型化契約之規範與解釋—兼論日本債權法修正之立場，收錄於民法法之思想啟蒙與立論薪傳—孫森焱前大法官八秩華誕祝壽論文集，新學林出版，2013年11月1版1刷，頁413。

認為無效之可言⁸⁴。此一見解顯然嚴重誤解消費者保護法施行細則第15條第1項規定，殊不足採。

企業經營者於定型化契約之內容，記載經中央主管機關公告的應記載事項，法院對其內容的公平性，雖仍得審查，不受行政機關判斷的限制。但因契約公平性的判斷，經常涉及複雜的危險分配問題，判斷上相當困難，而經行政監督的定型化契約，因具有公平性的外觀或假象，法院多不再挑戰其公平性，使行政機關的行政監督事實上排擠法院的司法規制。⁸⁵

二、意定之定型化契約條款違反應記載或不得記載事項之效力

(一) 依消費者保護法第 17 條第 4 項該條款無效

所謂「違反第一項公告規定之定型化契約」，指定型化契約之條款中，有違反中央主管機關就該特定行業所公告規定其定型化契約應記載或不得記載事項者而言。所謂「其定型化契約條款無效」，指該違反應記載或不得記載事項之條款無效而言。⁸⁶有論者認為其效力與傳統之「強行規定」並無不同⁸⁷。

企業經營者記載經公告的不得記載事項，無效，故具有排除之功能。換句話說，經公告的不得記載事項，具有逕行變更當事人間契約內容的效力。⁸⁸

(二) 無效之認定權限專屬於普通法院

違反依消費者保護法第 17 條第 1 項公告之定型化契約條款是否果屬無效，終究須有具體訟爭案件繫屬於民事法院，並僅該個案之終審民事法院有權為最終之論斷，非行政機關所得置喙，亦與行政權無涉。即便消費者保護法授權行政機關得規定特定行業所使用定型化契約應記載或不得記載事項，並不會因此即使該等定型化契約喪失或改變其民事契約之屬性，更不會改變定型化契約所生權利義務之爭議始終是民事審判權範圍的法律事實。⁸⁹

定型化契約條款之效力倘有爭議時，均應經過法院審查，始能真正判斷是否有效，而得以拘束他方⁹⁰。

惟行政院消費者保護處認為主管機關依據修正前消費者保護法第17條第3項規定之查核權限，在解釋上似應包括對企業經營者使用之定型化契約條款效力之認

⁸⁴ 參照臺灣士林地方法院 95 年度訴字第 484 號民事判決。

⁸⁵ 陳自強著，契約之成立與生效，頁 209。

⁸⁶ 陳猷龍著，民法債編總論，五南出版，2009 年 10 月 4 版 2 刷，頁 220。

⁸⁷ 胡華泰，消費定型化契約條款之行政規制，消費者保護研究第十七輯，行政院消費者保護委員會編印，2011 年 12 月初版，頁 103。

⁸⁸ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁 194。

⁸⁹ 蔡宗珍，消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起，頁 21。

⁹⁰ 洪誌宏著，消費者保護法，頁 18。

定⁹¹。此一見解實不足採。蓋即便主管機關依新修正消費者保護法第17條第6項規定查核後，認為意定之定型化契約條款違反中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，亦僅得依新修正消費者保護法第56條之1規定令企業經營者限期改正，主管機關並無權認定該意定之定型化契約條款無效，無效之認定權限屬司法審查之範疇，專屬於普通法院，尚無行政權所得置喙之餘地。

三、未經記載於定型化契約之應記載事項之效力

(一) 依消費者保護法第17條第5項強制構成契約之內容

新修正消費者保護法第17條第5項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」，其前身為修正前消費者保護法施行細則第15條第2項規定。行政機關公告應記載之事項，雖未經企業經營者記載於其與相對人之定型化契約中，該公告事項，仍構成契約之內容。蓋行政機關公告之應記載事項，通常應屬有利於消費者，或至少係兼顧企業經營者與消費者利益的規定，故應強制其成為契約之內容，以防止企業經營者逃避其規範。⁹²亦即，對於漏未記載者，經中央主管機關公告之定型化契約應記載事項具有補充功能之效果⁹³。企業經營者未記載於定型化契約之應記載事項，即本文所稱「法定之定型化契約條款」。

(二) 法院仍得審查法定之定型化契約條款之效力

定型化契約內容以及行政機關就定型化契約條款所種種行政規制，法院均可就其公平性、妥適性、合理性、有效性等，進行司法審查，亦即定型化契約的行政規制，不能剝奪人民的司法救濟權利，此係就「司法控制途徑」之面向予以考量⁹⁴。

企業經營者未記載中央主管機關公告之定型化契約應記載事項，仍構成契約之內容，此強制構成契約內容之應記載事項，依消費者保護法施行細則第15條第1項規定，仍有消費者保護法關於定型化契約規定之適用。但中央主管機關實質上被賦予強制介入形成消費契約關係之機會，卻不容否認。⁹⁵

四、個別磋商條款符合應記載或不得記載事項之效力

消費者保護法第12條第1項規定所稱「定型化契約中之條款」，包括「定型化

⁹¹ 參照行政院消費者保護處103年8月18日院臺消保字第1030048422號函釋。

⁹² 詹森林著，民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論，頁8。

⁹³ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁187。

⁹⁴ 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，頁4之13。

⁹⁵ 陳自強，台灣民法百年—以財產法之修正為中心，月旦法學雜誌第186期，2010年11月，頁122。

契約條款」與「個別磋商條款」，蓋定型化契約之構成內容，除定型化契約條款外，亦包括個別磋商條款在內。據此，個別磋商條款符合應記載或不得記載事項，依消費者保護法施行細則第 15 條第 1 項規定，法院仍得審查個別磋商條款之效力。倘法院認定個別磋商條款有消費者保護法第 12 條規定之情事，得宣告個別磋商條款無效，以貫徹司法審查之終局判斷機制。

五、個別磋商條款違反應記載或不得記載事項之效力

消費者保護法第 17 條第 1 項規定，賦予中央主管機關訂定應記載或不得記載事項，立法意旨係為平衡當事人地位傾斜，調整契約內容，以保障消費者權益。若消費者與企業經營者間透過訂立個別磋商條款，得否排除應記載或不得記載事項內容之效力，實有研究討論之必要。⁹⁶

（一）學者之見解

「定型化契約條款」之內容，較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，而消費者於為該約定時所不知者，有論者基於保障弱勢消費者立場，認為由中央主管機關公告作為應記載事項之內容，該內容解釋上應視為消費者權益之最低保障標準，實不容許企業經營者自行以利用「個別磋商條款優先定型化契約條款適用原則」，作為其侵害消費者權益之工具。且依消費者保護法第 11 條第 2 項規定，定型化契約條款有疑義（應擴張及於定型化契約條款與個別磋商條款適用有疑義）時，應為有利於消費者解釋規定之精神，此時仍宜以「定型化契約條款」之內容，作為雙方權利義務之依據。因為只有如此，才能提供消費者真正的保障。⁹⁷

定型化契約之應記載事項，為該行業同類契約至少應有最低公平條款之正面表列事項，凡是低於該應記載事項標準之定型化契約條款或個別磋商條款，均屬無效⁹⁸。定型化契約之不得記載事項，為該行業同類契約不應存在違反公平條款之負面表列事項，凡是與該不得記載事項抵觸之定型化契約條款或個別磋商條款，均屬無效，屬於契約不可以有的條款⁹⁹。

詹森林教授認為經中央主管機關公告之應記載事項，在解釋上應可視為民法上之強制規定，縱然當事人間有所合意，除非係更有利於消費者，否則仍屬無效¹⁰⁰。

有論者認為消費者保護法第 15 條固然規定：「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」解釋上應係針對一般定型化契

⁹⁶ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁 7。

⁹⁷ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁 190。

⁹⁸ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁 186。

⁹⁹ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁 193。

¹⁰⁰ 參照詹森林教授於行政院消費者保護委員會 100 年 1 月 26 日召開「消費者保護法專案研究小組第 63 次會議」討論案三之發言內容。

約條款而言，並不包括由公告之應記載事項所轉化而成的定型化契約條款¹⁰¹在內。因此，企業經營者違反中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，則可逕依係違反法規強制禁止規定，來認定其無效，並無消費者保護法第15條「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效」適用之餘地¹⁰²。中央主管機關公告之定型化契約應記載事項，屬於法規命令，具有強制拘束力，對於定型化契約中的任何條款，無論是定型化契約條款或是個別磋商條款，依法均可發生之功能如下：¹⁰³

1. 補充功能：如果契約根本未記載者，視為已記載。易言之，未記載經公告之應記載事項者，該公告事項即發揮補充功能，可逕行納入成為契約之內容。¹⁰⁴企業經營者漏未記載經公告應記載事項標準之內容時，依消費者保護法施行細則第15條第2項規定，由該經公告應記載事項補充成為契約內容¹⁰⁵。
2. 替代功能：如果契約雖有記載，惟該記載內容未達公告標準者，該公告應記載事項即發揮替代功能，可逕以取代原有記載成為契約之內容¹⁰⁶。企業經營者記載低於經公告應記載事項標準之內容時，其記載無效，改由經公告應記載事項取代成為契約內容¹⁰⁷。
3. 門檻功能：如果契約已有記載，且該記載內容超過公告標準者，該公告應記載事項即發揮門檻功能，可維持該契約原有記載事項為契約內容¹⁰⁸。企業經營者記載高於經公告應記載事項標準之內容時，由於已跨過經公告應記載事項內容的最低門檻，其記載有效，因為可以提供消費者更大的優惠或保障，並無加以限制的必要¹⁰⁹。

該論者認為公告定型化契約應記載事項之立法目的，主要係針對企業經營者在契約上應有一定之基本契約條款內容，公告應予積極記載，予以強制納入，俾有效保障消費者權益。轉化成契約內容之應記載事項，屬於定型化契約條款，雖與一般的定型化契約條款在形式上並無不同，但此種定型化契約條款至少隱含有純粹公告應記載事項之門檻功能在內，可將之視為特別的定型化契約條款。對於此種定型化契約條款，固可依消費者保護法第15條規定處理，惟在處理時，其內容仍應受應記載事項前開補充、替代及門檻三種強制功能之限制。¹¹⁰

另有論者認為中央主管機關所訂應記載事項，係中央主管機關以其專業智識

¹⁰¹ 此即本文所稱「法定之定型化契約條款」。

¹⁰² 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁190。

¹⁰³ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁188。

¹⁰⁴ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁188。

¹⁰⁵ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁186。

¹⁰⁶ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁188。

¹⁰⁷ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁187。

¹⁰⁸ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁189。

¹⁰⁹ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁186。

¹¹⁰ 黃明陽著，消費者保護法入門，頁189、190。

判斷合理交易內容，惟若消費者與企業經營者間可具體磋商談判所得之個別磋商條款，中央主管機關應予以尊重，故肯定個別磋商條款除優先於定型化契約條款外，亦優先於應記載事項¹¹¹。

應記載及不得記載事項制度係為避免企業經營者如以定型化契約條款排除任意規定，通常目的在於追求一己之利益，甚少考量到消費者之利益，立法者制定任意規定所為之價值衡量，及其所欲實現之契約正義，即無法貫徹。若以定型化契約條款方式締約，應不許約款使用人排除法律上之任意規定，以實現契約正義。惟若當事人係以自由個別商議之方式締結契約，可排除任意規定之適用，蓋當事人可於商議過程中，於契約之其他部分獲得補償，並無違反契約正義之虞。¹¹²個別磋商條款之前提係在於企業經營者與消費者基於對等磋商談判地位而個別交易事項之約定，若企業經營者僅於定型化契約指示消費者簽名，消費者實質亦無與企業經營者磋商談判之空間時，該條款即非屬個別磋商條款，並無排除應記載及不得記載事項之效力¹¹³。

消費者保護法第17條第1項授權行政機關得選定特定行業制定應記載或不得記載事項，其目的係為補充消費者保護法關於定型化契約章節不足之規範，加強行政管理所必要而設，故所規制之對象為該特定行業之企業經營者擬定之定型化契約。是以，除個別磋商條款外，該定型化契約條款之整體須在應記載及不得記載事項之框架範圍內所為。¹¹⁴

劉宗榮教授認為如果是個別磋商條款，除非有違反強制或禁止規定的情形，基於尊重當事人之意思，締約所生之權利義務當事人均應遵守。如果同一契約中的定型化契約條款與個別磋商條款有所衝突，仍須承認個別磋商條款的效力優先，才符合當事人間的真意。問題在於消費者在簽訂個別磋商條款時是否有足夠的資訊了解其公平的權利義務，如消費者的確是在足夠資訊情形下所簽訂，既在其自由意思下決定放棄其私權，有何不可，亦無理由加以干涉。意即個別磋商條款既屬定型化契約的一部分，雖應記載事項未經記載者仍構成契約內容，如當事人真意予以排除，應無不可。¹¹⁵

（二）行政院消費者保護處函釋之見解

行政院消費者保護處103年9月26日院臺消保字第1030056569號函釋認為中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定公告之應記載及不得記載事項，係屬

¹¹¹ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁142、143。

¹¹² 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁175。

¹¹³ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，頁175、176。

¹¹⁴ 楊欣玲，定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性—從預售屋買賣之實務判決觀察，頁54。

¹¹⁵ 參照劉宗榮教授於行政院消費者保護委員會100年1月26日召開「消費者保護法專案研究小組第63次會議」討論案三之發言內容。

對消費者權益之最低限度之保障事項，倘容許當事人以個別磋商方式訂定更不利消費者之契約條款，有使中央主管機關所公告之定型化契約應記載事項之內容淪為空談之虞。準此，前行政院消費者保護委員會「消費者保護法專案研究小組第63次會議」會議亦採認：「業者若以事先預擬部分空白之契約條款，主張係屬個別磋商條款排除主管機關應記載事項之效力為不適法」。另參酌消費者保護法第4條企業經營者應提供消費者「充分與正確資訊」之立法意旨，似對消費者保護法第15條作目的性限縮，意即「定型化契約條款」之內容，倘較「個別磋商條款」之約定，更不利於消費者時，始有適用餘地；反之，「定型化契約條款」之內容，倘較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，而消費者於磋商契約條款時所不知之情形，自仍應以「定型化契約條款」之內容，作為雙方權利義務之依據。

（三）本文見解

1. 消費者保護法第17條第4項之目的性擴張

個別磋商條款可否排除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或不得記載事項規定之適用，應就消費者保護法第17條第4項規定「目的性擴張」之觀點予以探究，而非求諸消費者保護法第15條規定之目的性限縮。所謂「目的性擴張」，係法律文義所涵蓋之案型，有時衡諸該規定之立法意旨，顯然過狹，以致不能貫徹該規範的意旨。是故，為貫徹該意旨，顯有越過該規定之文義，將其適用範圍擴張至該文義原不包括之類型的必要。由於這裡涉及將原不為法律文義所涵蓋之案型，包括於該法律之適用範圍內的情形，所以，其適用之性質，屬於法律補充。就這種法律補充，學說上稱為「目的性擴張」。¹¹⁶

經查，中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定所公告者係「定型化契約」之應記載或不得記載事項，而所謂「定型化契約」，依據消費者保護法第2條第9款之定義性規定，有可能全部皆為定型化契約條款，抑或包括部分之個別磋商條款。據此以觀，雖消費者保護法第17條第4項僅規定，違反第1項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效，而未就個別磋商條款之效力予以規範。然非謂個別磋商條款當然可牴觸定型化契約應記載或不得記載事項，否則定型化契約應記載或不得記載事項無異形同具文，難以產生強制性規範效力。換言之，定型化契約應記載或不得記載事項，係屬民法第71條本文所稱「強制或禁止之規定」，定型化契約中之定型化契約條款不得牴觸定型化契約應記載或不得記載事項，定型化契約中之個別磋商條款，亦然。觀諸消費者保護法第17條第4項規定之規範目的，旨在貫徹定型化契約應記載或不得記載事項之強制性規範效力，惟該規定之適用範圍僅及於定型化契約條款，顯然過狹，以致無法貫徹其規範目的。職是之故，本文認為應透過「目的性擴張」之法律補充方

¹¹⁶ 黃茂榮著，法學方法與現代民法，頁609。

法，將消費者保護法第17條第4項規定之適用範圍，擴張及於「個別磋商條款」。即「個別磋商條款」違反定型化契約應記載或不得記載事項，亦屬無效，以填補消費者保護法第17條第4項規定之規範罅隙¹¹⁷。

2. 依消費者保護法第17條第4項該條款無效

如前所述，本文認為應將消費者保護法第17條第4項規定之適用範圍，目的性擴張及於「個別磋商條款」。據此，倘企業經營者所使用定型化契約中之個別磋商條款違反中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定公告之定型化契約應記載或不得記載事項，依消費者保護法第17條第4項規定，亦屬無效。亦即，透過「目的性擴張」之法律補充方法，將個別磋商條款納入消費者保護法第17條第4項規定之適用範圍，以貫徹定型化契約應記載或不得記載事項之強制性規範效力。

關於法院對定型化契約條款及個別磋商條款效力之審查順序，分別依「意定之定型化契約條款」、「法定之定型化契約條款」及「個別磋商條款」三種類型，整理如表1。

表1、法院對定型化契約條款及個別磋商條款效力之審查順序

<p>一、意定之定型化契約條款：企業經營者預先擬定且經消費者同意之定型化契約條款。</p> <p>(一)符合中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定公告之「定型化契約應記載或不得記載事項」(下稱「應記載或不得記載事項」)</p> <p>→消費者保護法施行細則第15條第1項(法院具有審查權限)。</p> <p>→消費者保護法第12條(由法院據以審查條款之效力)。</p> <p>(二)違反「應記載或不得記載事項」</p> <p>→消費者保護法第17條第4項。</p> <p>→定型化契約條款無效(由法院據以認定)。</p>
<p>二、法定之定型化契約條款：未記載於定型化契約之應記載事項。</p> <p>→消費者保護法第17條第5項(仍構成契約之內容)。</p> <p>→消費者保護法施行細則第15條第1項(法院具有審查權限)。</p> <p>→消費者保護法第12條(由法院據以審查條款之效力)。</p>
<p>三、個別磋商條款：契約當事人個別磋商而合意之契約條款。</p> <p>(一)符合「應記載或不得記載事項」</p> <p>→消費者保護法施行細則第15條第1項(法院具有審查權限)。</p> <p>→消費者保護法第12條(由法院據以審查條款之效力)。</p> <p>(二)違反「應記載或不得記載事項」</p> <p>→消費者保護法第17條第4項(目的性擴張於個別磋商條款)。</p> <p>→個別磋商條款無效(由法院據以認定)。</p>

¹¹⁷ 之所以未採取「類推適用」之法律補充方法，係因「個別磋商條款」與「定型化契約條款」間，不具有「類似性」，故為貫徹消費者保護法第17條第4項規定之規範目的，乃採取「目的性擴張」之法律補充方法，擴張其適用範圍。

伍、消費者保護法第 17 條第 5 項之分析與檢討

一、消費者保護法第 17 條第 5 項之規範目的

消費者保護法第 17 條第 5 項規定之前身為消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定，其立法理由係為貫徹中央主管機關公告應記載事項之效力，並保障消費者利益¹¹⁸。有學者認為消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定之立法目的在於確保定型化契約應記載事項公告之效力，並直接確定定型化契約之部分內容¹¹⁹。

二、消費者保護法第 17 條第 5 項之規範特徵

（一）限制企業經營者不為之契約自由

傳統上要修正契約內容之形成自由，所使用之方法多是消極性的，亦即，其限制了當事人「為」的自由，但是，在消費者保護法第 17 條第 1 項以及施行細則第 15 條第 2 項制定後，此種情況明顯地有了改觀。法律不再只是消極地限制當事人「為」的自由；反之，它開始積極地限制當事人「不為」的自由。換句話說，它成為「雖然當事人不欲如此約定，但法律卻強迫它產生如此約定之效果」。雖然說，限制當事人「為」之自由與限制當事人「不為」之自由同樣都是自由之限制，但採如此積極之方式卻不能不謂是契約內容規制史上之一大突破。¹²⁰有論者稱此為獨步全球之立法¹²¹。

（二）強制介入調整定型化契約之內容形成

若依傳統之見解，定型化契約中欠缺中央主管機關所公告之應記載事項者，該契約之效力將受到影響，嚴重者該契約甚至會無效。但是，觀察消費者保護法第 17 條第 5 項規定，則會發現情況並非如此。消費者保護法第 17 條第 5 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」由此可知，與傳統認知不同，在欠缺應記載事項時，非但契約效力不受影響，並且該應記載事項還會成為契約之內容¹²²。

若單就消費者保護法第 17 條第 5 項規定觀察，應記載事項可以說具有補充當事人意思不足之意義，因而可謂具有補充性。但是，觀察消費者保護法第 17 條第 4 項規定，則會發現若當事人之約定不同於中央主管機關所公告之應記載事項者，該約定將無效。因此，該應記載事項即不具備「可排除性」，即與任意規定有所不

¹¹⁸ 參照消費者保護法施行細則研訂資料，頁 408。

¹¹⁹ 蕭文生，行政機關公告行為之法律性質，月旦法學教室第 40 期，2006 年 2 月，頁 23。

¹²⁰ 廖健男，定型化契約條款之行政規制，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1998 年 6 月，頁 191。

¹²¹ 廖健男，定型化契約條款之行政規制，頁 245。

¹²² 廖健男，定型化契約條款之行政規制，頁 194。

同¹²³。

依修正前消費者保護法第17條第2項及消費者保護法施行細則第15條第2項規定，若企業經營者所使用之定型化契約條款，和中央主管機關所公告之應記載或不得記載事項相違背時，該定型化契約條款無效，並以中央主管機關公告之內容取代之；若企業經營者未將應記載事項納入契約之中，則應記載事項仍然成為契約之內容。亦即，依前開規定，使行政機關所制定規範，當然成為當事人契約內容，而具有強制性規範之效力。¹²⁴

（三）將應記載事項導入定型化契約內容之媒介

消費者保護法第17條第5項規定係將中央主管機關公告之定型化契約應記載事項導入定型化契約內容之媒介，透過該規定之適用使應記載事項自動形成契約之內容。換言之，中央主管機關公告應記載事項後，即已將該特定行業所使用之定型化契約內容型塑完成，此即消費者保護法第17條第5項規定所具有之連結效果，可謂應記載事項接軌至定型化契約之轉運機制。職是之故，藉由應記載事項與消費者保護法第17條第5項規定之結合，使應記載事項直接轉換為定型化契約之內容，此種以行政權介入強制架構契約內容之規制效果，尚未見於其他國家之立法例，可謂我國獨特之定型化契約內容形成機制。

三、消費者保護法第17條第5項之規範罅隙

（一）留白之應記載事項未記載如何構成契約之內容

實際上中央主管機關在制定定型化契約應記載事項時，也考慮到消費者保護法施行細則第15條第2項此一擬制內容規定所產生的法律不確定性，通常均會對應記載事項未有記載時明確規定其法律效果¹²⁵。例如：國內旅遊定型化契約應記載事項第4點規定、國外旅遊定型化契約應記載事項第2點規定。

惟留白之應記載事項企業經營者未實際填補時，應記載事項如未明確規定其法律效果，仍無法構成定型化契約之內容。例如：汽車買賣定型化契約應記載事項第9點第1項規定，如次數未填明者，雖依同點第2項規定，第1款及第6款以2次為準，第3款及第5款以3次為準。惟如未填明交車後之日數，因該應記載事項並未進一步規定日數之下限，即無從構成定型化契約之內容。類此留白之應記載事項，可謂不勝枚舉。

¹²³ 廖健男，定型化契約條款之行政規制，頁195、196。

¹²⁴ 定型化契約條款相關規定適用之研究（NSC92-2414-H-004-058），計畫主持人楊淑文，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，2005年3月16日，頁54。

¹²⁵ 黃立著，民法債編總論，頁121。

（二）未提供履約保證機制無法構成契約之內容

行政機關為期落實保障消費公平，除了行業管理法已規定之履約保證機制外，並透過消費者保護法第17條第1項授權規定，於公告該行業契約應記載事項時，將相關履約保證機制予以納入規定¹²⁶。

中央主管機關公告之各種定型化契約應記載或不得記載事項，如企業經營者使用之定型化契約條款與公告事項有違反者，該條款無效。經公告應記載之事項，雖未經企業經營者記載於其與相對人之定型化契約中，該公告事項，仍會構成契約之內容。但實際上可能會有落差，例如：依零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項規定，商品禮券應記載發行人之履約保證責任，惟倘企業經營者未有記載發行人之履約保證責任，則事實上如何發生履約保證責任之效力？頗值主管機關思考因應對策。而消費者在購買商品禮券時，尤應謹慎小心，以免權益受損。¹²⁷

本文認為依消費者保護法第17條第5項規定，履約保證機制無法強制構成定型化契約之內容，此為規範上之盲點。例如：經濟部公告「零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項」之應記載事項第2點規定之5種履約保證機制，倘商品（服務）禮券發行人未採行前開履約保證機制，由於履約保證機制涉及第三人之行為（保證或信託等），禮券發行人之履約保證責任並無法依消費者保護法第17條第5項規定當然成為契約之內容。就此而言，「零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項」所規範之履約保證機制，確係存在規範罅隙。此部分之規範罅隙，則有賴新修正消費者保護法第56條之1規定之公法上規制效果予以補強。

四、應記載事項強制構成定型化契約內容之商榷

行政機關透過行政權決定私法契約關係，直接介入私法契約關係公平性的判斷，與自由經濟體制不合。行政權如自以為是正義的化身，不自我節制，詳盡公告應記載事項，積極干涉契約的內容，企圖使契約定於一尊，更有可能扼殺經濟發展的空間，使法律斷喪適應彈性與自由的空間。¹²⁸

蕭文生教授認為消費者保護法規定賦予行政機關強大的權限，透過「應記載與不得記載事項」之公告，影響定型化契約之內容，此項公告具有強制之效果，與主管機關制定之定型化契約範本不同，契約當事人之契約自由受到重大限制¹²⁹。

有論者亦認為僅透過行政機關（中央主管機關）之公告，而進一步影響契約

¹²⁶ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁199。

¹²⁷ 洪誌宏著，消費者保護法，頁162。

¹²⁸ 陳自強著，契約之成立與生效，頁209。

¹²⁹ 蕭文生，行政機關公告行為之法律性質，頁23。

當事人之契約效力，似仍有論究之必要性¹³⁰。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，其性質則具有強行法特性，解釋上，並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。中央主管機關在消費者保護法第 17 條第 1 項規定之授權下，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發生大於民法任意規定之效力，甚有疑義¹³¹。

經查，消費者保護法第 17 條第 5 項規定之前身，係修正前消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定。當初行政院消費者保護委員會擬訂消費者保護法施行細則時，為何出現消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定之規範模式，本文作者遍尋行政院消費者保護委員會編印之消費者保護法施行細則研訂資料，仍不知何以突然出現此一條文。雖有地方法院的見解認為若未將應記載之事項約定於契約條款中，中央主管機關公告之應記載事項自有補充之效力，即亦應列為當事人間之約款，自屬灼然，本即不待消費者保護法施行細則另行規定¹³²。惟查，修正前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。」據此，由於前開施行細則規定，即便企業經營者未將應記載事項記載於定型化契約，只要是中央主管機關公告之定型化契約應記載事項，仍自動成為定型化契約之內容。亦即，中央主管機關公告之定型化契約應記載事項，直接形成企業經營者與消費者所締結消費性定型化契約之內容。換言之，透過定型化契約應記載事項之公告，由中央主管機關強制介入調整企業經營者與消費者所締結消費性定型化契約之內容，直接決定特定類型消費性定型化契約之內容。然而，修正前消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定之規範位階，係屬行政程序法第 150 條第 1 項規定所稱之「法規命令」，卻排除消費者保護法相關規定建構而成之「定型化契約條款成為定型化契約內容之法定程序」，以低位階子法排除高位階母法之適用，雖使中央主管機關公告之定型化契約應記載事項產生私法上之強制性規範效力，強制形成私法上之效果，然以子法排除母法之法定程序，恐已違反法律優位原則。為避免違反法律優位原則之疑慮，行政院於 102 年 5 月 27 日以院臺消保字第 1020136016 號函送立法院審議之消費者保護法部分條文修正草案，其中修正草案第 17 條第 5 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」，即將前開施行細則規定之文字酌予調整後，移至消費者保護法予以規範，以避免違反法律優位原則。

新修正消費者保護法第 17 條第 5 項規定雖將消費者保護法施行細則第 15 條第

¹³⁰ 汪信君、廖世昌著，保險法理論與實務，元照出版，2006 年 9 月初版第 1 刷，頁 22。

¹³¹ 胡華泰，消費定型化契約條款之行政規制，頁 136、137。

¹³² 參照臺灣士林地方法院 98 年度訴字第 640 號及 98 年度訴字第 975 號民事判決。

2項規定由法規命令提升至法律位階，該規定在立法政策¹³³上是否妥適，仍有探討之餘地。

經查，觀諸多層次傳銷管理法第14條規定，亦規定多層次傳銷參加契約之應記載事項，包括：

- 一、第10條第1項第2款至第7款所定事項。
- 二、傳銷商違約事由及處理方式。
- 三、第20條至第22條所定權利義務事項或更有利於傳銷商之約定。
- 四、解除或終止契約係因傳銷商違反營運規章或計畫、有第15條第1項特定違約事由或其他可歸責於傳銷商之事由者，傳銷商提出退貨之處理方式。
- 五、契約如訂有參加期限者，其續約之條件及處理方式。

此一規定係法律位階，亦即由法律明定多層次傳銷參加契約之應記載事項，倘多層次傳銷事業未於參加契約記載法律明定之應記載事項，係由主管機關公平交易委員會依多層次傳銷管理法第34條規定，限期令多層次傳銷事業停止、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100萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣10萬元以上200萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。觀諸多層次傳銷管理法，並未規定如多層次傳銷事業未於參加契約記載多層次傳銷管理法第14條包括之事項，該應記載事項仍構成參加契約之內容。多層次傳銷管理法第14條係法律位階之應記載事項，同法並未賦予參加契約應記載事項強制構成契約內容之法律效果。反觀中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定授權所公告之定型化契約應記載事項，僅屬法規命令位階，同法第17條第5項卻賦予定型化契約應記載事項強制構成契約內容之法律效果。此雖無違反法律保留原則及法律優位原則之疑慮，惟在新修正消費者保護法第56條之1規定已賦予定型化契約應記載事項公法上之規制效果，立法政策上是否仍有必要使定型化契約應記載事項強制構成契約內容，殊值商榷。蓋消費者保護法第17條第5項規定之前身為修正前消費者保護法施行細則第15條第2項規定，消費者保護法施行細則第15條第2項規定之所以賦予定型化契約應記載事項私法上強制性規範效力，因係考量企業經營者未將應記載事項記載於定型化契約，主管機關並無公法上之管制手段促使企業經營者履行定型化契約應記載事項之要求，故以前開施行細則規定直接使應記載事項構成定型化契約之內容（此即所謂「法定之定型化契約條款」）。惟新修正消費者保護法第56條之1規定已課予企業經營者應履行定型化契約應記載事項之公法上行為義務，已賦予主管機關公法上之管制手段促使企業經營者履行定型化契約應記載事項之要求。準此而論，立法者不僅未參酌多層次傳銷管理法之規範模式，檢討賦予定型化契約應記載事項

¹³³ 關於立法政策之闡述，參照李惠宗著，案例式法學方法論，元照出版，2014年9月2版1刷頁122-130。

私法上強制性規範效力之必要性，甚至將修正前消費者保護法施行細則第15條第2項規定提升位階為法律，使定型化契約應記載事項依消費者保護法第17條第5項規定強制構成契約之內容，立法政策不無商榷之餘地。

陸、行政機關依消費者保護法對企業經營者違反應記載或不得記載事項之管制手段

一、增列企業經營者違反應記載或不得記載事項之處罰規定

中央主管機關依修正前消費者保護法第17條第1項規定，選定部分行業別與交易種類，公告定型化契約應記載及不得記載事項，要求企業經營者依規定辦理，但當企業經營者違規時卻無罰則可處分，僅能將該契約條款視為無效，導致定型化契約應記載及不得記載事項無法有效地達成其保護消費者權益之功能¹³⁴。因此，為有效保障消費者之權益，有必要在立法上強化定型化契約應記載或不得記載事項之規制效果，賦予主管機關於企業經營者違反定型化契約應記載或不得記載事項者，對其處以行政罰之權限。

(一) 增訂消費者保護法第56條之1規定

經查，新修正消費者保護法第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十七條第一項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有處罰規定外，經主管機關令其限期改正而屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰；經再次令其限期改正而屆期不改正者，處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，並得按次處罰。」，課予企業經營者應履行定型化契約應記載或不得記載事項之公法上行為或不行為義務，賦予主管機關公法上之管制手段促使企業經營者履行定型化契約應記載或不得記載事項之要求，使定型化契約應記載或不得記載事項產生公法上之規制效果。新修正消費者保護法第56條之1規定，係屬主管機關應先行通知「限期改正」，屆期不改正者，即應「處以罰鍰」之規範模式。所謂主管機關應通知企業經營者「限期改正」，非屬行政罰法第2條規定所稱「裁罰性之不利處分」(司法院大法官釋字第394號、第402號、第619號解釋稱為「裁罰性之行政處分」)，而係單純命違反義務人除去違法狀態或停止違法行為之「一般不利處分」(或稱「單純不利處分」、「通常不利處分」)，不具有裁罰性¹³⁵。當企業經營者屆期不改正者，主管機關即應對其「處以罰鍰」，主管機關並無

¹³⁴ 參照禮券定型化契約等18種應記載及不得記載事項整合研究計畫期末報告，頁5。

¹³⁵ 參照行政罰法，法務部編印，2005年9月2版，頁21；吳庚著，行政法之理論與實用，三民出版，2015年2月增訂13版1刷，頁480；李震山著，行政法導論，三民出版，2014年9月修訂10版1刷，頁380、381；黃俊杰著，行政法，三民出版，2014年9月修訂4版1刷，頁454；

不予處罰之「決定裁量」，僅具在法定罰鍰額度區間擇定裁處金額之「選擇裁量」¹³⁶，此時主管機關處於法律賦予「選擇裁量」而無「決定裁量」之狀態。準此而論，主管機關對企業經營者「處以罰鍰」之前提要件，係先行通知其「限期改正」，而屆期不改正者，始得進一步對其「處以罰鍰」。

就消費者保護法第56條之1規定之規範結構觀之，當主管機關通知企業經營者「限期改正」，經複查後，屆期不改正者，主管機關即應對企業經營者「處以罰鍰」。換言之，此時主管機關依據法律規定對企業經營者負有「處以罰鍰」之作為義務，並無「不作為之裁量餘地」¹³⁷。所謂「並得按次處罰」，於每次處罰前，仍應通知企業經營者「限期改正」，屆期不改正者，始得對企業經營者按次處以罰鍰，乃屬當然。

（二）學者對增列前開處罰規定之見解

1. 持肯定見解：

詹森林教授認為依修正前消費者保護法第57條規定，企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關依修正前第17條第3項所為定型化契約之調查者，主管機關得處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，主管機關卻無法令企業經營者限期改善或據以處罰，顯然有失平衡¹³⁸。另顏廷棟教授認為消費者保護法修正草案第56條之1規定對於違反應記載及不得記載事項處罰鍰，有關該罰鍰之判斷、計算標準，宜應事先明定¹³⁹。似持肯認增列前開處罰規定之見解。

2. 採否定見解：

蔡宗珍教授認為課予特定行業之企業經營者使用定型化契約時，必須約定或不得約定特定事項之行政法上義務，否則即予以裁罰的規定，恐怕已誤解或扭曲了定型化契約條款於消費關係中的角色與功能¹⁴⁰。「電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項」公告之存在，並無法讓行政機關以公權力直接

黃俊杰著，行政罰法，翰蘆圖書出版，2006年3月初版，頁26；洪家殷著，行政罰法論，五南出版，2006年11月2版1刷，頁26、27。

¹³⁶ 基本上，行政裁量的類型有二：一是「決定裁量」，二是「選擇裁量」，前者係指於法定構成要件實現時，行政機關得自由決定「是否」採取一定的措施，又稱「行動裁量」、「決意裁量」或「決策裁量」。後者指行政機關得於多種措施中選擇一種或數種行之，或在數名義務人中選定處分的相對人。詳細論述，參照李建良著，行政法基本十講，元照出版，2014年10月5版第1刷，頁270、271。

¹³⁷ 「不作為之裁量餘地」此一用語，見於司法院大法官釋字第469號解釋。

¹³⁸ 參照消費者保護法專案研究實錄第五輯，行政院消費者保護委員會編印，2010年7月初版，頁109。

¹³⁹ 參照顏廷棟教授於專家學者座談會之發言內容，收錄於定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限探討結案報告，頁194。

¹⁴⁰ 蔡宗珍，消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院102年度訴字第745號判決談起，頁32。

介入而干預電影院禁帶外食之經營行為，遑論對電影片映演業者為行政裁罰¹⁴¹。

企業經營者與消費者所訂定之契約，不管契約類型與標的屬性為何，只要含有企業經營者預先擬定之「定型化契約條款」者，便是定型化契約¹⁴²。蔡宗珍教授認為定型化契約只是一種辨識性概念，其本身根本無法直接以法規範加以規定，也無法「使用」。而欲具體辨識是否存在「定型化契約」，必已存有已具體訂定之契約，有特定的契約相對人。這也是為什麼消費者保護法第 11 條以下有關定型化契約之規定，均是明確針對定型化契約中的「定型化契約條款」所為，而不是定型化契約。¹⁴³蔡宗珍教授認為僅為保護消費關係中之消費者利益，尚難謂公益目的。凡是以行政干預手段，尤其是行政制裁手段，而介入私法關係者，均無法迴避此一憲法層面的質疑，且恐亦難以獲致合憲的結論。¹⁴⁴

陳櫻琴教授認為未來增訂消費者保護法第 56 條之 1，「主管機關」包括中央或地方機關都可以來裁罰，可能會有一些問題。所以也不能完全迷信行政規制。因此，對於不遵守應記載及不得記載事項的企業經營者處以罰鍰，可能也不盡理想。¹⁴⁵

張文郁教授認為關於未來消費者保護法第 56 條之 1 要對於不遵守公告應記載及不得記載事項者給予裁罰，並不適當。因為已經有很多救濟途徑，特別是依消費者保護法第 53 條第 1 項消費者保護官可提不作為訴訟。有這樣的管道不做，而要求用更強的手段去介入，恐怕也不妥。¹⁴⁶

有論者認為消費者保護法第 56 條之 1 規定行政罰立法目的之探求，係為避免企業經營者規避中央主管機關所公告之應記載及不得記載事項，督促定型化契約之締結具備相當實質正義，以保障消費者之消費權益。然而，消費者保護法第 17 條第 1 項授權中央主管機關制定應記載及不得記載事項，其效果僅拘束雙方當事人所約定之契約內容之自由。換言之，該應記載及不得記載事項所規範者為當事人間一般民事權利義務關係，且消費者保護法對於定型化契約專章規範之目的，亦僅在督促雙方能夠為衡平締約成本、效率與適時將資訊揭露間之實質正義，而無使其賦予負擔公法上權利義務關係之意旨。因此，此行政罰

¹⁴¹ 蔡宗珍，消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起，頁 21。

¹⁴² 蔡宗珍，消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起，頁 38。

¹⁴³ 蔡宗珍，消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起，頁 39。

¹⁴⁴ 蔡宗珍，消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起，頁 44。

¹⁴⁵ 參照陳櫻琴教授於專家學者座談會之發言內容，收錄於定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限探討結案報告，頁 199。

¹⁴⁶ 參照張文郁教授於專家學者座談會之發言內容，收錄於定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限探討結案報告，頁 199。

之設置自然與上開立法目的之追求不具合理關聯，亦非對人民基本權利侵害最少且必要之手段，應不符合必要性原則。¹⁴⁷

另有論者認為若僅因現行應記載或不得記載事項在業界執行的效果不彰，即修法將應記載或不得記載事項變更為公法上義務，不僅未能根本解決問題，亦將造成法制體系的紊亂¹⁴⁸。該論者於三年多前已預測未來若再加上消費者保護法第56條之1修正草案所規範的行政罰鍰，則應記載事項或不得記載事項所造成的扭曲，料將更為嚴重¹⁴⁹。

二、本文見解—限縮適用範圍

經查，企業經營者所使用定型化契約之內容，違反中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定公告之定型化契約應記載或不得記載事項，消費者保護法第56條之1賦予主管機關應令其限期改正，於屆期未改正時，另處以罰鍰之規範基礎，確實增加企業經營者遵守定型化契約應記載或不得記載事項之誘因，以期達到有效之規制效果。惟消費者保護法第56條之1規定之適用範圍過廣，包括企業經營者積極違反定型化契約應記載或不得記載事項及消極違反（未記載於定型化契約）定型化契約應記載事項，均屬違反定型化契約應記載或不得記載事項之情形，而有消費者保護法第56條之1規定之適用。然查，企業經營者消極違反（未記載於定型化契約）定型化契約應記載事項，除非係留白之應記載事項或未提供履約保證機制等無法構成契約內容之情形，否則依消費者保護法第17條第5項規定，中央主管機關公告之應記載事項仍構成定型化契約之內容，中央主管機關公告定型化契約應記載事項之行政目的已然達成，於此是否仍有必要令企業經營者限期改正而屆期不改正後課予行政罰，非無疑義。蓋消費者保護法第17條第5項規定，已賦予中央主管機關公告之定型化契約應記載事項私法上強制性規範效力，使定型化契約應記載事項強制構成特定類型消費性定型化契約之內容，即本文前述所稱「法定之定型化契約條款」。據此，主管機關於此情形仍得依消費者保護法第56條之1規定令企業經營者限期改正而屆期不改正後課予行政罰，不無為處罰企業經營者而處罰之疑慮，雖具有目的正當性，然尚難通過必要性原則之檢驗，就此部分消費者保護法第56條之1規定不符合憲法第23條之比例原則，雖具形式合法性，但不具實質正當性。

綜上所述，本文認為應將消費者保護法第56條之1規定之適用範圍予以限縮，排除企業經營者消極違反（未記載於定型化契約）定型化契約應記載事項且該應記載事項得依消費者保護法第17條第5項規定成為契約內容之情形，以去除該規定不具實質正當性之疑慮。

¹⁴⁷ 楊欣玲，定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性—從預售屋買賣之實務判決觀察，頁124。

¹⁴⁸ 胡華泰，消費定型化契約條款之行政規制，頁142。

¹⁴⁹ 胡華泰，消費定型化契約條款之行政規制，頁135、143。

柒、結論

一、主要發現

(一) 法院應更積極介入應記載或不得記載事項之效力審查

中央主管機關依據消費者保護法第 17 第 1 項規定之授權，以行政權強制介入調整企業經營者與消費者締結定型化契約之內容，即中央主管機關所公告定型化契約應記載事項之規範內容，無論是否已記載於定型化契約，依消費者保護法第 17 條第 5 項規定，當然成為定型化契約之內容。

為保障消費者締約之實質正義，避免企業經營者以片面、預先所擬定之定型化契約條款，僅為自身之最大利益考量，將不利益之風險轉嫁由消費者承擔，消費者保護法一方面賦予行政機關行政管制之權限，規定行政機關得選擇特定行業，公告其定型化契約應記載或不得記載事項，企業經營者所擬定之定型化契約條款如違反該公告時，該違反之定型化契約條款無效；他方面授予司法機關介入契約自由領域之權力，得對於定型化契約內容之合理性進行司法審查¹⁵⁰。

定型化契約雖記載行政機關公告之應記載事項，並非「保證」該定型化契約條款，即必然有效。蓋定型化契約，在性質上，仍係私法上之約定。而私法約定是否有效，其最後之裁判者，仍為法院，而非行政機關。故行政機關公告之應記載事項，仍應經法院司法審查確定為有效後，始有終局拘束契約當事人之效力。¹⁵¹換言之，由於定型化契約條款涉及當事人之私權，如有爭執，仍應由法院為最終之裁判。故企業經營者雖於其使用之定型化契約中，記載中央主管機關公告之應記載事項，惟仍不因而「擔保」該定型化契約即當然具有完全拘束消費者之效力，法院仍得依消費者保護法之規定，認定其是否已成為當事人間契約之內容，於有疑義時為有利於消費者之解釋，並判斷其違反誠信原則而無效（消費者保護法施行細則第 15 條第 1 項）。¹⁵²定型化契約條款，性質上仍屬私法上之約定事項，該約款是否有效，仍應經司法審查，以確定其是否具有終局拘束當事人之效力¹⁵³。是以，中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，其內容仍不得違反誠實信用及平等互惠原則，法院對之仍得再加審查，重新對之加以評價¹⁵⁴。

惟實務上法院於個案對已構成定型化契約內容之應記載事項，無論係意定之

¹⁵⁰ 林孟皇，信用卡定型化契約實務問題之研究，台灣本土法學雜誌第 82 期，2006 年 5 月，頁 9。

¹⁵¹ 詹森林著，民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論，頁 9。

¹⁵² 詹森林著，民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論，頁 94。

¹⁵³ 楊淑文著，新型契約與消費者保護法，頁 87。

¹⁵⁴ 劉春堂著，民法債編通則（一）契約法總論，頁 127；劉春堂著，判解民法債編通則，頁 26。

定型化契約條款或法定之定型化契約條款，幾乎對其效力未有質疑，直接引為判決之基礎。此一司法審查退讓之實然現象，實際上已使行政機關全面掌控消費性定型化契約之內容形成，行政權過度干預契約自由之現象，勢所難免。職是之故，為免行政機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項使特定類型消費性定型化契約內容定於一尊，法院應積極審查定型化契約應記載或不得記載事項之效力，如認定有消費者保護法第 12 條規定之情事，應宣告該定型化契約應記載或不得記載事項無效，以貫徹司法審查之終局判斷機制。

（二）消費者保護法第 56 條之 1 規定適用之限制

104 年 6 月 2 日立法院三讀通過，總統以 104 年 6 月 17 日華總一義字第 10400070691 號令公布之新修正消費者保護法第 17 條及第 56 條之 1 規定，乃關於定型化契約應記載或不得記載事項之兩個最重要的條文。

消費者保護法有關定型化契約之行政規制，為落實契約上消費公平之重要配套措施，理應補強其法據及法效，以有效避免爭議發生。依據 102 年 5 月 23 日行政院會通過函送立法院審議之「消費者保護法部分條文修正草案」，擬「修正消費者保護法第 17 條（增訂授權公告之目的、內容、範圍及法律效果）」及「增列第 56 條之 1（經限期改正而屆期不改正者，得處以罰鍰）」，已能有效補強行政規制之法據及法效。¹⁵⁵

新修正消費者保護法第 17 條第 2 項及第 3 項增列授權範圍之規定，實為配合消費者保護法第 56 條之 1 增訂企業經營者使用定型化契約違反中央主管機關公告應記載或不得記載事項之罰則規定。依司法院大法官釋字第 522 號解釋之意旨，立法機關得以委任立法之方式，授權行政機關發布命令，以為法律之補充，雖為憲法之所許，惟其授權之目的、內容及範圍應具體明確，始符憲法第 23 條之意旨。至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱。準此而論，由於新修正消費者保護法第 56 條之 1 規定已增訂企業經營者違反應記載或不得記載事項之罰則規定，故立法者授權中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載事項之明確程度亦應相對提高，否則即有可能違反司法院大法官所建構授權明確性原則之標準。是以，新修正消費者保護法第 17 條第 2 項及第 3 項使原本立法者授權中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載事項之規範模式，由概括授權轉化為具體明確授權，應已符合授權明確性原則之要求。

新修正消費者保護法第 56 條之 1 規定所稱「違反中央主管機關依第十七條第一項公告之應記載或不得記載事項者」，係指違反中央主管機關依新修正消費者保護法第 17 條第 1 項規定報請行政院核定後公告之應記載或不得記載事項而言，蓋因消費者保護法第 56 條之 1 增訂時，消費者保護法第 17 條第 1 項已屬新修正之規定，而非修正前之消費者保護法第 17 條第 1 項規定。據此，倘應記載或不得記載

¹⁵⁵ 黃明陽，消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心，頁 201。

事項僅由中央主管機關依修正前消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告，而未依新修正消費者保護法第 17 條第 1 項規定經行政院核定後公告，因不符合新修正定型化契約應記載或不得記載事項之制定程序，主管機關不得以企業經營者違反前已公告定型化契約應記載或不得記載事項，而依新修正消費者保護法第 56 條之 1 規定令其限期改正及後續處以罰鍰。換言之，中央主管機關如未踐行前開報請行政院核定後公告之程序，即便經主管機關查核後，認為企業經營者違反前已公告之定型化契約應記載或不得記載事項，主管機關尚不得依新修正消費者保護法第 56 條之 1 規定對企業經營者為限期改正及後續處以罰鍰之處分，否則據以處分之構成要件並不該當。為避免法律執行之空窗期，各中央主管機關應儘速依新修正消費者保護法第 17 條第 2 項及第 3 項規定之授權範圍，檢討修訂前已公告定型化契約應記載或不得記載事項之規範內容，再依新修正消費者保護法第 17 條第 1 項規定報請行政院核定後重新予以公告。

在行政處理之作業流程，行政院應主動函請各中央主管機關全面檢討前已公告定型化契約應記載或不得記載事項規範內容，是否逾越新修正消費者保護法第 17 條第 2 項及第 3 項規定之授權範圍，並重新依前開授權範圍修訂前已公告定型化契約應記載或不得記載事項之規範內容，依新修正消費者保護法第 17 條第 1 項規定報經行政院實質審查後予以核定，再行公告，以符合新修正消費者保護法第 56 條之 1 規定令其限期改正及後續處以罰鍰之要件。

二、修法建議

(一) 建議消費者保護法第 17 條第 4 項增列個別磋商條款

消費者保護法第 17 條第 4 項規定：「違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。」所謂「第一項公告」，係指中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項而言。據此，倘企業經營者所使用定型化契約中之定型化契約條款違反中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告之定型化契約應記載或不得記載事項，依消費者保護法第 17 條第 4 項規定，該定型化契約條款無效。惟如企業經營者所使用定型化契約中之個別磋商條款違反中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告之定型化契約應記載或不得記載事項，該個別磋商條款是否亦屬無效，消費者保護法第 17 條第 4 項就此並未規定，因而衍生疑義。

中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定所公告者係「定型化契約」之應記載或不得記載事項，而所謂「定型化契約」，依據消費者保護法第 2 條第 9 款規定，有可能全部皆為定型化契約條款，抑或包括部分之個別磋商條款。雖消費者保護法第 17 條第 4 項僅規定，企業經營者違反中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，其定型化契約條款無效，而未就個別磋商條款亦規定

為無效。惟如前所述，定型化契約應記載或不得記載事項，係屬民法第 71 條本文所稱「強制或禁止之規定」，定型化契約中之定型化契約條款不得牴觸定型化契約應記載或不得記載事項，定型化契約中之個別磋商條款，亦然。觀諸消費者保護法第 17 條第 4 項規定之規範目的，旨在貫徹定型化契約應記載或不得記載事項之強制性規範效力，惟該規定之適用範圍僅及於定型化契約條款，顯然過狹，以致無法貫徹其規範目的。本文雖認為應透過「目的性擴張」之法律補充方法，將消費者保護法第 17 條第 4 項規定之適用範圍，擴張及於「個別磋商條款」。即「個別磋商條款」違反定型化契約應記載或不得記載事項，亦屬無效，以填補消費者保護法第 17 條第 4 項規定之規範罅隙。然為明確法律規定之適用，使個別磋商條款違反中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項亦屬無效，本文建議將來修正消費者保護法時，於消費者保護法第 17 條第 4 項增列個別磋商條款，以避免適用上之疑義。

（二）建議刪除消費者保護法第 17 條第 5 項規定

消費者保護法第 17 條第 5 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」，賦予中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告之定型化契約應記載事項，強制構成消費性定型化契約內容之法律效果。該規定已將修正前消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定提升為法律位階，雖無違反法律保留原則及法律優位原則之疑慮，惟在新修正消費者保護法第 56 條之 1 規定已賦予定型化契約應記載事項公法上之規制效果，是否仍有必要以法律規定使定型化契約應記載事項強制構成契約內容，殊值商榷。

蓋消費者保護法第 17 條第 5 項規定之前身為修正前消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定，消費者保護法施行細則第 15 條第 2 項規定之所以賦予中央主管機關公告之定型化契約應記載事項私法上之強制性規範效力，因係考量企業經營者未將應記載事項記載於定型化契約，主管機關並無公法上之管制手段促使企業經營者履行定型化契約應記載事項之要求，故以前開施行細則規定直接使應記載事項構成契約之內容，形成法定之定型化契約條款。惟新修正消費者保護法第 56 條之 1 規定已課予企業經營者應履行定型化契約應記載事項之公法上行為義務，已賦予主管機關公法上之管制手段促使企業經營者履行定型化契約應記載事項之要求。立法政策上是否有必要同時賦予定型化契約應記載事項公法上之規制效果與私法上之強制性規範效力，非無商榷之餘地。觀諸多層次傳銷管理法之規範模式，亦僅賦予多層次傳銷管理法第 14 條規定多層次傳銷參加契約應記載事項公法上之規制效果（參照多層次傳銷管理法第 34 條規定），即以法律規定課予多層次傳銷事業應履行多層次傳銷參加契約應記載事項之公法上行為義務，並未同時賦予多層次傳銷參加契約應記載事項私法上之強制性規範效力。

本文認為在新修正消費者保護法第 56 條之 1 增訂企業經營者使用定型化契約

違反中央主管機關公告應記載或不得記載事項之處罰規定後，已賦予定型化契約應記載事項公法上之規制效果，使主管機關得以公法上之管制手段促使企業經營者履行定型化契約應記載事項之要求，實無必要另以消費者保護法第 17 條第 5 項規定使定型化契約應記載事項強制構成契約之內容。職是之故，本文建議將來修正消費者保護法時，刪除消費者保護法第 17 條第 5 項規定，取消賦予定型化契約應記載事項私法上強制性規範效力之規範基礎，以避免違反比例原則之疑慮。

（三）建議修法限縮消費者保護法第 56 條之 1 規定之適用範圍

消費者保護法具有強烈的政策導向色彩，不僅包括私法性質的權利義務關係，屬於民法的特別法，亦包括諸多公法性質的法律規範，具有行政法的屬性¹⁵⁶。消費者保護法第 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十七條第一項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有處罰規定外，經主管機關令其限期改正而屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰；經再次令其限期改正而屆期不改正者，處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，並得按次處罰。」，即屬公法性質的法律規範，具有行政法的屬性。

倘將來修正消費者保護法時，將消費者保護法第 17 條第 5 項規定予以刪除，使定型化契約應記載事項僅具有公法上之規制效果，不再具有私法上之強制性規範效力，本文認為於此情形下，消費者保護法第 56 條之 1 規定賦予主管機關公法上之管制手段，確實增加企業經營者遵守定型化契約應記載或不得記載事項之誘因，以期達到有效之規制效果，則消費者保護法第 56 條之 1 規定可完整保留，現有之規範內容維持不變。惟如消費者保護法第 17 條第 5 項規定依舊存在，於定型化契約應記載事項之公法上規制效果與私法上強制性規範效力處於併存狀態下，消費者保護法第 56 條之 1 規定即有修正之空間。企業經營者所使用定型化契約之內容，違反中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項，包括企業經營者積極違反定型化契約應記載或不得記載事項及消極違反（未記載於定型化契約）定型化契約應記載事項，均屬違反定型化契約應記載或不得記載事項之情形，而有消費者保護法第 56 條之 1 規定之適用。然查，企業經營者消極違反（未記載於定型化契約）定型化契約應記載事項，除非係留白之應記載事項或未提供履約保證機制等無法構成契約內容之情形，否則依消費者保護法第 17 條第 5 項規定，中央主管機關公告之定型化契約應記載事項仍構成契約之內容。據此，在消費者保護法第 17 條第 5 項規定賦予定型化契約應記載事項私法上強制性規範效力且該應記載事項得成為契約內容之前提下，中央主管機關公告定型化契約應記載事項之行政目的已然達成，於此是否仍有必要令企業經營者限期改正而屆期不改正後

¹⁵⁶ 許政賢，台灣消費者保護團體訴訟的理想與現實——以兩岸跨境消費爭議為例，收錄於 2015 年兩岸消費者權益保護研討會會議手冊（主辦單位：國立臺北大學法律學院），2015 年 6 月，頁 106。

課予行政罰，非無疑義。換言之，主管機關於此情形仍得依消費者保護法第 56 條之 1 規定令企業經營者限期改正而屆期不改正後課予行政罰，不無為處罰企業經營者而處罰之疑慮，雖具有目的正當性，惟如前所述，尚難通過必要性原則之檢驗，就此部分消費者保護法第 56 條之 1 規定不符合憲法第 23 條之比例原則，雖具形式合法性，但不具實質正當性。職是之故，本文建議將來修正消費者保護法時，應將消費者保護法第 56 條之 1 規定之適用範圍予以限縮，排除企業經營者消極違反（未記載於定型化契約）定型化契約應記載事項且該應記載事項得依消費者保護法第 17 條第 5 項規定成為契約內容之情形，以去除該規定不具實質正當性之疑慮。

本文就行政機關對定型化契約內容管制進行探討，分析新修正消費者保護法之相關規範內容，提出相關見解與修法建議。惟作者才疏學淺，任憑如何搜索枯腸，仍無法達致鉤玄提要、鞭辟入裡之闡釋。本文之論述僅提及探討議題之梗概，諸多見解尚非成熟，甚且不無謬誤之處。作者希冀藉由本文之拋磚引玉，爾後得見法學先進擘肌分理、探蹟索隱之作。