

行政院研究發展考核委員會補助
行政院消費者保護委員會委託辦理

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檢討

結案報告

受委託單位：玄奘大學

計畫主持人：陳汝吟 博士

共同主持人：林麗真 博士

共同主持人：杜怡靜 博士

研究助理：劉后安、邱永豪、蔡孟儒

張力文、湯華娟、魏綺玫

中 華 民 國 一 百 年 十 一 月

第一章	序論.....	1
	一、研究緣起.....	1
	二、研究目的.....	2
	三、研究重點.....	2
	四、研究方法與步驟.....	2
	五、預期目標.....	7
第二章	定型化契約規制之理論基礎.....	8
	一、定型化契約規制問題之結構分析.....	8
	(一) 企業經營者、消費者及國家間的三面關係.....	8
	(二) 從契約法到經濟法.....	10
	1. 經濟法之概念及任務.....	10
	2. 經濟法之內容及體系.....	11
	3. 經濟法之基本原則.....	12
	4. 經濟憲法.....	13
	二、私法自治及契約自由.....	18
	(一) 契約自由原則之內容.....	18
	1. 締結契約之自由.....	19
	2. 相對人選擇之自由.....	19
	3. 方式之自由.....	19
	4. 內容決定之自由.....	19
	(二) 私法自治及契約自由原則在憲法上之地位.....	19
	(三) 契約自由原則之流弊.....	21
	三、消費者之保護.....	22
	(一) 契約自由原則之修正.....	22
	1. 「社會本位」法律思潮的產生.....	22
	2. 從形式到實質的契約自由.....	23
	(二) 消費者保護運動的興起.....	24
	(三) 消費者基本權.....	25
	四、企業經營者契約自由之規制.....	26
	(一) 自律規制、立法規制及司法規制.....	26
	1. 自律規制.....	26
	2. 立法規制.....	27
	3. 司法規制.....	28
	(二) 行政規制.....	29
	1. 行政規制之優點.....	29
	2. 行政調查：查核權.....	30
	3. 行政指導：定型化契約範本.....	31
	4. 行政處分：定型化契約之事前核准制度.....	35

5. 法規命令：消保法施行細則及「應記載及不得記載之事項」.....	36
6. 行政規制之界限：比例原則、法律保留及授權明確性原則.....	42
第三章 外國有關定型化契約之立法規範.....	47
一、歐盟.....	47
(一) 歐盟有關消費者保護的主題.....	47
(二) 歐盟有關消費者保護的規範.....	48
1. 在一般架構與優先性方面.....	48
2. 在消費資訊方面.....	48
3. 在消費者安全方面.....	49
4. 在消費者經濟及法律上利益方面.....	50
5. 在產品標示與包裝方面.....	50
(三) 歐盟對於定型化契約的立法規制.....	51
1. 有關在非企業營業地協商訂立之契約.....	51
2. 有關套裝旅遊契約.....	52
3. 有關消費者契約之不公平條款--兼論德國法之轉換.....	53
4. 有關遠距契約.....	54
5. 有關消費者商品之販售與擔保.....	55
6. 有關金融服務遠距契約.....	56
7. 有關消費者信用約定.....	57
8. 有關分時及長期度假商品.....	58
9. 新的發展與趨勢.....	59
二、美國.....	61
(一) 美國有關消費者保護的主題.....	61
(二) 美國有關消費者保護的規範.....	62
1、競爭法.....	62
2、消費安全衛生管理法.....	63
3、商品標示及商標管理法.....	63
4、契約法.....	64
(三) 美國對於定型化契約的立法規制.....	64
1、統一商法典.....	65
2、其他聯邦法律.....	67
3、指引.....	68
4、新的發展與趨勢.....	69
三、日本.....	69
(一) 日本關於契約自由原則與定型化契約.....	70
(二) 日本關於定型化契約條款規範之發展過程.....	71
(三) 消費者契約法對於不當契約條款之規範.....	72
(四) 關於消費者契約法第 10 條之不當條款.....	76

(五) 日本民法債編關於定型化契約條款之修正.....	78
四、韓國.....	81
(一) 約款規制的立法與背景.....	82
(二) 約款規制的必要性.....	83
(三) 約款規制的態樣.....	84
五、中國大陸.....	89
(一) 中國大陸有關消費者保護的規範.....	89
(二) 中國大陸對於定型化契約的立法規制.....	90
1. 消費者權益保護法部分.....	90
2. 合同法部分.....	91
第四章 外國及兩岸有關定型化契約之行政管制措施.....	93
一、歐盟對於定型化契約之行政規制.....	93
(一) 歐盟層級對定型化契約立法之落實的態度.....	93
(二) 會員國層級對於定型化契約的行政規制.....	94
(三) 兼論會員國層級之司法規制.....	96
二、美國對於定型化契約的行政規制.....	97
(一) 行政規制.....	97
1、包機旅遊契約.....	98
2、分時度假契約.....	99
3、遠距交易契約.....	101
(二) 兼論司法規制.....	101
三、日本對於定型化契約的行政規制.....	103
(一) 旅行業之定型化契約範本.....	104
(二) 關於消費信用之定型化契約條款之規範.....	109
(三) 電子商務.....	110
(四) 團體旅遊(國內、國外).....	111
(五) 信用卡.....	113
(六) 兼論司法規制.....	114
四、韓國對於定型化契約的行政規制.....	115
(一) 公平交易委員會的更正措施.....	116
(二) 約款的審查.....	118
(三) 約款審核指南的制定.....	120
五、中國大陸對於定型化契約的行政規制.....	121
(一) 行政規制.....	121
(二) 兼論司法規制.....	122
第五章 各國制度之特色、優缺點及與臺灣的比較.....	127
一、歐盟.....	127
二、美國.....	128

	三、日本.....	130
	四、韓國.....	133
	五、中國大陸.....	135
	六、與臺灣的比較.....	135
	(一) 個別立法規範與否.....	136
	(二) 法律授權行政機關規制的層級.....	137
	(三) 法律或法律授權行政機關規制的理由.....	137
	(四) 法律規定或授權行政機關規制的事項.....	138
	七、小結—比較之整理.....	139
第六章	定型化契約應記載及不得記載事項之規範與界限.....	145
	一、我國現行定型化契約應記載及不得記載事項之規範.....	145
	(一) 締約前階段與締約完成時點.....	145
	(二) 契約權利義務的設計.....	145
	(三) 契約之解除、終止.....	147
	(四) 契約責任.....	148
	(五) 糾紛或訴訟之處置.....	149
	(六) 概括條款.....	149
	二、應記載及不得記載事項之爭議問題.....	150
	三、特別值得臺灣借鏡之外國規範與執法經驗.....	151
	(一) 歐盟，尤其是德國新民法第 309 條之規定.....	151
	(二) 日本消費者契約法.....	154
	(三) 韓國約款規制法.....	156
	四、我國定型化契約應記載及不得記載事項之檢討.....	159
	(一) 我國不得記載事項之檢討—以與德、日、韓比較為基礎.....	159
	(二) 個別定型化契約的比較—以我國國外旅遊與零售業等網路交易為 例.....	161
第七章	結論與建議.....	165
	一、研究結論.....	165
	(一) 規制手段與法令基礎.....	165
	(二) 各國定型化契約規制比較研究.....	166
	二、研究建議.....	169
	(一) 立即可行之建議.....	169
	(二) 中長期建議.....	171

圖表次

圖 1-1	計畫研究方法與架構關係圖	3
圖 1-2	研究計畫流程圖	7
圖 1-3	計畫預期目標之關聯圖	8
圖 2-1	企業經營者、消費者與國家之三面關係	9
圖 2-2	經濟法之內容及體系	12
圖 3-1	歐盟消費者保護重要主題分類	47
圖 3-2	美國消費者保護面向與主題	62
圖 3-3	美國統一商法典第 2-302 條之適用判斷	66
圖 4-1	中國大陸格式合同備案流程	124
圖 4-2	中國大陸格式合同爭議處理流程	125

表 2-1	各類定型化契約範本彙整表 -----	32
表 2-2	各類定型化契約應記載及不得記載事項彙整表 -----	37
表 2-3	行政命令及行政處分比較表 -----	40
表 4-1	美國聯邦交易委員會建議分時渡假契約轉售之核定項目 -----	100
表 4-2	日本旅行業定型化契約範本關於解約費用之規定 -----	107
表 4-3	日本與臺灣電子商務定型化契約規範之比較 -----	110
表 4-4	日本與臺灣團體旅遊定型化契約規範之比較 -----	111
表 4-5	日本與臺灣信用卡定型化契約規範之比較 -----	113
表 5-1	歐、美、日、韓、中國大陸制度之優缺點及與臺灣規範之比較	139
表 6-1	德國新民法第 309 條規範類型之整理 -----	151
表 6-2	日本消費者契約法規範類型之整理 -----	154
表 6-3	韓國約款規制法規範類型之整理 -----	157
表 7-1	我國消費者保護法修訂建議表 -----	172

第一章 序論

一、研究緣起

- (一) 為促進定型化契約之公平合理，推動定型化契約範本及公告定型化契約應記載及不得記載事項，為消費者保護委員會（以下簡稱消保會）之消費者保護計畫目標及各中央目的事業主管機關之消費者保護方案實施項目。消保會截至 99 年 12 月 31 日止，已針對「預售屋買賣」、「線上遊戲」、「健身中心」、「短期補習班」及「個人購車及購屋貸款」等重要行業，審議通過 83 種「定型化契約範本」及 37 種「定型化契約應記載及不得記載事項」。定型化契約範本之性質為行政指導，在輔導業者使用數年之後，中央主管機關檢討與消費生活密切相關、交易較為頻繁或消費糾紛較多之行業，將範本提昇為應記載及不得記載事項。
- (二) 消費者保護法（以下簡稱消保法）第 17 條第 1 項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之事項。公告事項之性質，依照法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函之說明第 3 點，認其係屬實質意義之法規命令。而消保法第 17 條第 1 項授權規定，係屬概括授權，依司法院大法官釋字第 612 號、第 538 號及第 394 號解釋意旨：「以法律授權主管機關發布命令為補充規定者，內容須符合立法意旨，且不得逾越母法規定之範圍。其在母法概括授權下所發布者，是否超越法律授權，不應拘泥於法條所用之文字，而應就該法律本身之立法目的，及整體規定之關聯意義為綜合判斷」，消保法第 17 條第 1 項之立法目的，依其立法說明，即在於對重要行業使用之定型化契約加強行政管理。
- (三) 就現行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，就預付型交易課予業者履約擔保等行為義務。因現行應記載及不得記載事項往往涉及人民之權利義務，而迭有業者反應相關規範內容恐有違反法律保留原則之疑義。此外，性質上為行業管理之公法規範事項（例如：責任保險等），透過定型化契約應記載及不得記載事項予以規制，是否能達成管理之目的，亦易引發爭議。

- (四) 為促使業者遵守「定型化契約應記載及不得記載事項」，消保會已研擬消保法修正草案，於98年4月16日由行政院轉請立法院審議，就業者使用定型化契約，違反中央主管機關公告之應記載或不得記載事項者，增訂主管機關應命其限期改正，及處以罰鍰（修正條文第56條之1）。為使前揭處罰規定更切合「明確性」與「比例原則」，定型化契約應記載及不得記載事項規範內容爭議問題，容有研究分析之必要，俾供消保會及各中央主管機關未來研修相關規範之政策參據。

二、研究目的

定型化契約之規制，是對契約自由市場失靈之輔助調整機制。然而，欲以「法規命令」之手段，達成「行政管理」之目的，且發生介入私人契約法律關係之效力時，「公」與「私」的界限，必須在目的範圍下審慎加以拿捏。本計畫將特別參酌歐、美、日、韓與中國大陸之立法例及實務運作，就定型化契約之規範比較並通盤檢討我國應記載及不得記載事項規制方式之界限，並將研究成果作為我國制定消保政策之重要參據。

三、研究重點

- (一) 歐盟、美國、日本、韓國及中國大陸等主要國家有關定型化契約之法規範與行政管制措施。
- (二) 外國及兩岸定型化契約規制之比較。
- (三) 我國現行定型化契約應記載及不得記載事項規範之爭議問題及檢討。
- (四) 定型化契約應記載及不得記載事項規範內容之界限與建議。

四、研究方法與步驟

茲將本計畫之研究方法與過程分成研究架構，研究方法及研究流程三大部分並詳細說明如下：

(一) 研究架構

本計畫之研究方法與架構之關聯圖，及定型化契約政策、規制方向與應記載及不得記載事項界限等內容，圖示如下研究架構：

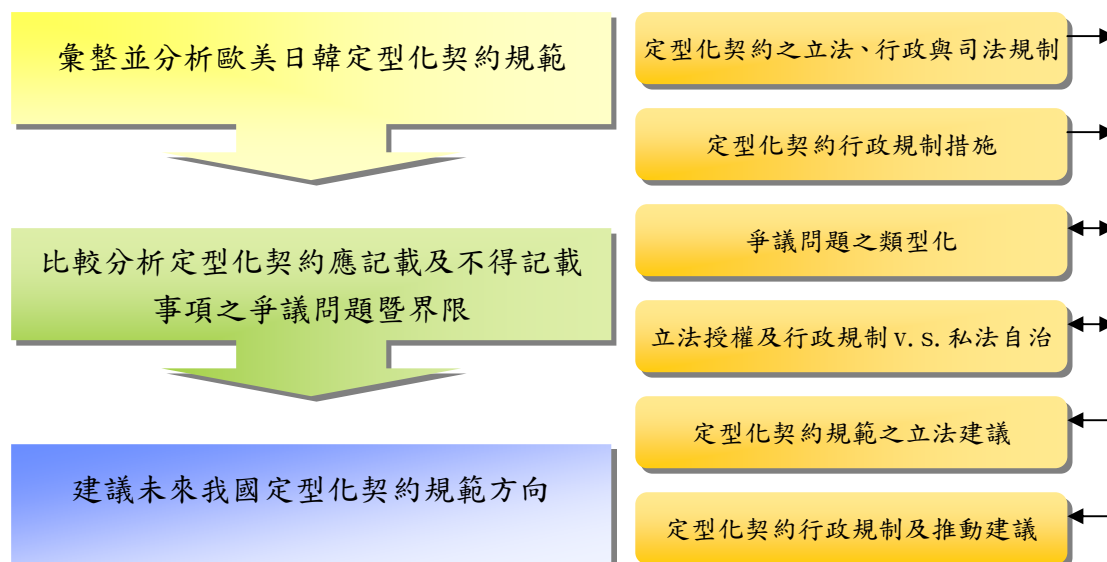


圖 1-1：計畫研究方法與架構關係圖（本計畫自行繪製）

(二) 研究方法

所有的研究工作，無非在求得知識並加以傳承。知識的基本概念由發展過程觀點來看主要建構在：資料、資訊、知識與智慧。資料（Data）是我們所觀察到之現象，以文字、圖形、符號、數字等方式呈現，單純為一種紀錄無法有效的解決問題；資訊（Information）將資料加以處理，經過主觀的觀察與推論，文字化、分類、計算與更正而成為有條理的資料，是長期經驗的累積的推導；而知識（Knowledge）便是將資訊經過處理後發展出的系統化關係與規則，將資訊經過比較、連結、交換而產生更廣泛的運用；知識在應用與行動後產生的價值結果與效益，即係智慧（Intellect）。

在以歐美日韓定型化契約制度之比較為研究主題上，我們依然可以如此驗證：知識是一種動態的過程。我們在群體的社會生活（交易頻繁且講求效率的消費模式）中，持續地生產與運用知識（消費者保護政策），並將個體經過與社會文化環境互動後之周圍訊息記錄並歸類（管制之爭議及效果），對整體產生經驗，最後會形成在未來可用以解決問題的知識（定型化契約規制之調整）。為瞭解當前消費者保護之政策，並有綜覽式之概念分析及趨勢理解，故於研究新時代之消費社會、法律作用時，系統地蒐集及

客觀評鑑歐美日韓定型化契約規範，以觀察並認識其發展意義上之因、果與趨勢，極為重要。此外，自歷史資料中，有系統地組織並加以描述、解釋，針對原本各自分立不相涉的社會事實，尋求其間的關聯以發展規律，以便做為瞭解現在和預測將來的基礎，將更能有助於解釋規範之現況以及預測未來。

本計畫關於資料蒐集與處理等文獻研究及論理分析之具體研究方法如下：

1、觀察與文獻分析方法

任何法律制度皆有其規範目的及其所預期的效果。觀察相關社會現象與法律制度，除可幫助吾人瞭解現況問題所在外，亦可協助我們區別不同時空下制度差異的背景。由於消費者保護是近些年西方國家方興未艾且日益重要的熱門議題，觀察時自然係以國際社會的發展作為觀察審視之對象。然而，觀察現代當代社會雖係容易，但往往資料訊息大量龐雜而難以駕馭。在法學研究上，藉由成文資料，例如立法條文或規章條例雖得以認識法規，而相關裁判與慣例亦可使吾人瞭解其實際執行層面。惟文字資料的作用有其限制，法令彙集除有其不完備之處外，法規本身也有未能確實執行者，而被普遍遵守的習慣法則卻未成文法化。至於判例，雖有認為更接近現實生活，然該所反映的社會現象卻也因其淵源於明確或不明確之習俗而顯得較為片面。是則，以法律社會學之觀點將政策與法制視為「物」，確實掌握 (capture) 概念，檢視 (review) 並界定 (define) 之，進而提出目標 (goals)，蒐集文獻 (literature)，包括以原始格式提供之檔案、官書、檔與數據資訊的第一手來源 (primary)，以及對於第一手資料解釋與提出判斷的期刊文章 (journal articles)、專書 (books) 與翻譯 (translations) 之第二手資料 (secondary) 暨其他書目性工具等 (bibliographic instruments)。尤其透過統計資料，自時間和空間上加以衡量社會事實與人類行為之改變，相互參照比較。故本計畫將定期追蹤相關調查，掌握盡可能準確的數據，更新資訊。

2、實證法解釋與分析方法

繼觀察社會現象取得資料後，解釋上應注意的是，不同於研究目的在於重建歷史之歷史學家，法律學於態度上係試圖確定該等法律現象，即群體的行為準則。對於純描述的、個人的及軼聞的事件自然應避免之。於此理解過程中，法律條文的意義與作用應取決於伴隨著他誕生的環境，易言之，其在發展過程中所產生的各種含意可能將較其本意更具重要性。法學上之「真理」有其時代與社會背景，適宜於文明某一時期的原則和規範，不一定適宜另一時期。法律條文於其施行期間有其社會職責，不似文

學作品或藝術品僅僅供人觀賞或引人深思罷爾。雖然法律有時將受其組成文字的束縛，「凝固」在一變動著的世界，然為效忠於更高的道德，法律規則脫離其表面之制定者，以不過分歪曲該文字的正常意義範圍內，為符合現實社會群體的意識加以解釋，始為適當。派塔柴斯基（Leon Petrazycki）直觀法（intuitive law）即認為，法律除了法規、執政當局與執法機關為實證法概念外，尚有不須訴諸外在權威（outer authority）的直觀法。易言之，實證法規範的事實若能促進個人法律經驗而成為慣行並具備法的感覺時，其即無須再藉由直觀法律的經驗來表現其獨特的性質。反之，當實證法與直觀法公開衝突時，直觀法律的經驗若已凝聚為變遷力量者，實證法就必須有所轉變，否則違抗的結果，將會導致實證法整體或一部崩解。

因此，以法的確信至變遷關聯為研究主體者，以人類理性所得認識之正義概念與抉擇，基準上，就實證法為理性的表現，為人類本於平等自由主體以實現正義恆為「真」之推論。至於立法、司法等過程中獲致一種權威性的「理性宣告」，以形成一切人為規則的泉源，構成批判人為規則內容為善或正義與否者，在法律秩序上即使取得「應然」的地位，但更將藉由資料之探索、解釋與分析以獲得「實然」的思考與論理。本文將針對歐美日韓定型化契約規範目前的研究成果加以探究，整合相關領域已為思考過的資訊，有系統地呈現歸類與評估，辨識既存研究之進度、未來發展之意義、概念架構與假設、行為、價值或現象之解釋可能。

3、比較方法

「比較」可以自二個面向進行，一個是時間或歷史方面，另一個是空間或地理方面，換個說法或稱為垂直與水準的比較。某一法規通過運用某一方式而履行某種職能，此一事實引發如此的問題，即是該方式之起源為何？係與之相遇之領域內自發產生的？抑或外借而來的？若係後者，則係借自何法律制度？而另一方面，語彙的使用亦常引起錯綜複雜的情況。同一詞彙可能同時有多種不同之含意。本計畫將對目前許多國家及臺灣對於「定型化契約規制」，特別是在應記載及不得記載事項之行政規制上所建立之機制、模式與爭議，以前述之原則精神為基準，作比較分析之研究，以期對於法學上規範目的於制度上意義有更為深入之理解。即便不同國家之體制各自有其尋求且被賦予認定的意義，然而，在嘗試著去理解這些意義後；通常亦可理解其該等意義之核心價值，並進而適用或改善用於特定或特殊化的目的，並確立最適宜於配合我們的，以之為應用。比較之方法，對於既有的特定或客觀的(absolutely given and objective)事物概念，應僅視為一種工具，藉此以關切未來適用的對象，如此，方有助於達成真

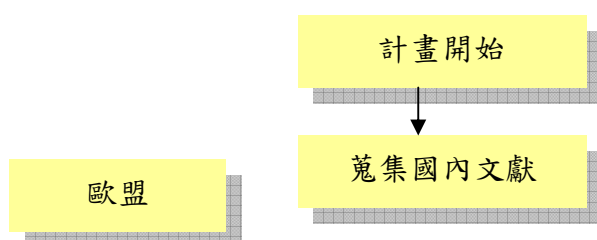
正的理解(real understanding)。

4、歷史方法

社會是一個包括了自然地理環境、物質生活條件、技術、器具、社會群體關係與人類的心理狀態等因素所形成的一個有機整體。而法律是社會事實之一種，自是於從事法學之研究時，必須運用歷史的研究方法加以理解、分析其法律事實相關人事發展與變遷，進一步將之加以統合起來。換言之，僅有以歷史方法進行研究，方能周全地從整體的角度出發，而完全掌握人類社會中自然環境、物質生活條件、技術、器具、社會群體關係、人類的心理狀態等各個環節之間的互動關係，尋求理解，並以此架構形成其對於社會規範發展的影響。

(三) 研究流程：

本計畫之研究流程如下圖所示：



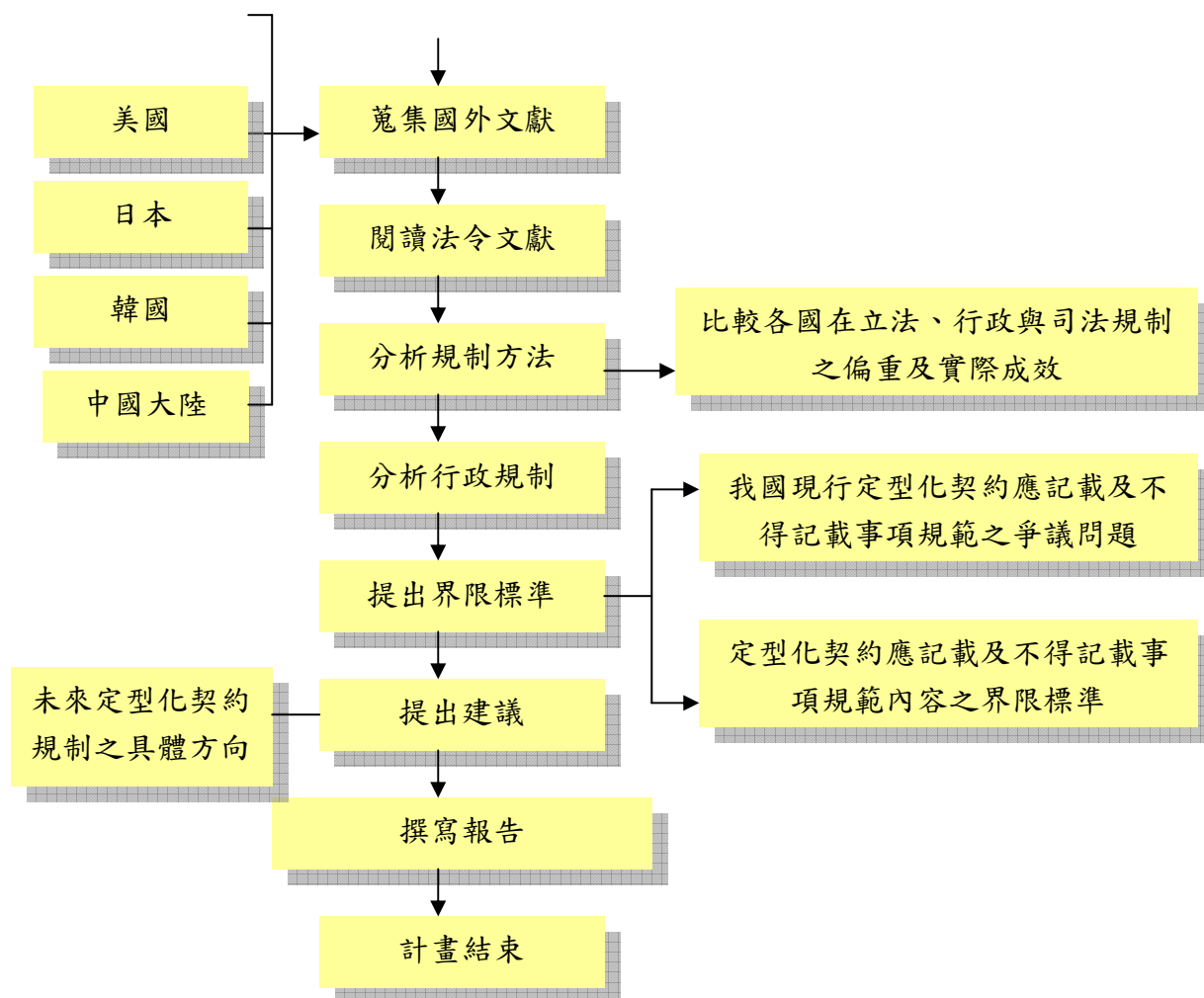


圖 1-2：研究計畫流程圖（本計畫自行繪製）

五、預期目標

本計畫將經由文獻分析及制度比較，參酌歐盟、美國、日本、韓國及中國大陸之立法例及實務運作，就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進行通盤檢討，並將研究成果作為我國制定消保政策，確保私法自治與契約正義、個人自由與行政公權力平衡之重要參據。具體預期目標列點及圖示如下：

- 1、彙整並分析歐、美、日、韓及中國大陸等國家關於定型化契約之立法規範。
- 2、彙整並分析歐、美、日、韓及中國大陸等國家定型化契約行政管制措施之型態。

- 3、比較我國與歐、美、日、韓及中國大陸定型化契約規制（立法、行政與司法）異同。
- 4、整理我國現行定型化契約應記載及不得記載事項規範之爭議問題。
- 5、針對定型化契約應記載及不得記載事項規範之爭議問題進行分析檢討。
- 6、提出定型化契約應記載及不得記載事項規範內容之界限標準。
- 7、建議未來我國定型化契約規制之具體方向。

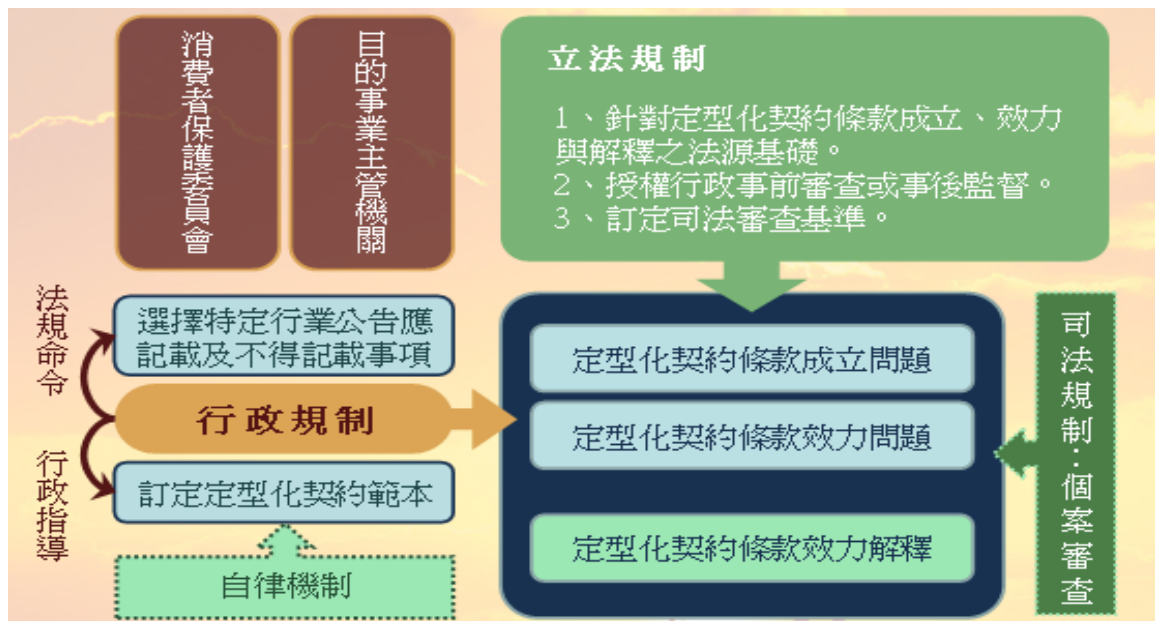


圖 1-3：計畫預期目標之關聯圖（本計畫自行繪製）

第二章 定型化契約規制之理論基礎

一、定型化契約規制問題之結構分析

（一）企業經營者、消費者及國家間的三面關係

本研究計畫之主題：「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檢討」，係消費者保護法制中的一項重大議題。對此首先應予釐清者，「定型化契約」與「定型化契約條款」二者，實係不同層次之概念。依消費者保護法第 2 條第 7 款之定義，所謂「定型化契約條款」，係「指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，

所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」至於「定型化契約」，則係「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定之契約」(同條第9款)。¹從而本研究計畫標題之所謂「定型化契約」之規範(尤其如果特別著重於所謂「應記載及不得記載事項」之行政規制部分)，精確言之，實係指稱對「定型化契約條款」、而非「定型化契約」之規制。

定型化契約規制的問題，至少涉及到企業經營者、消費者及國家三者關係之問題。對此三面關係詳言之，即係1.「企業經營者—消費者」、2.「國家—消費者」、3.「國家—企業經營者」之關係(參見圖2-1)。

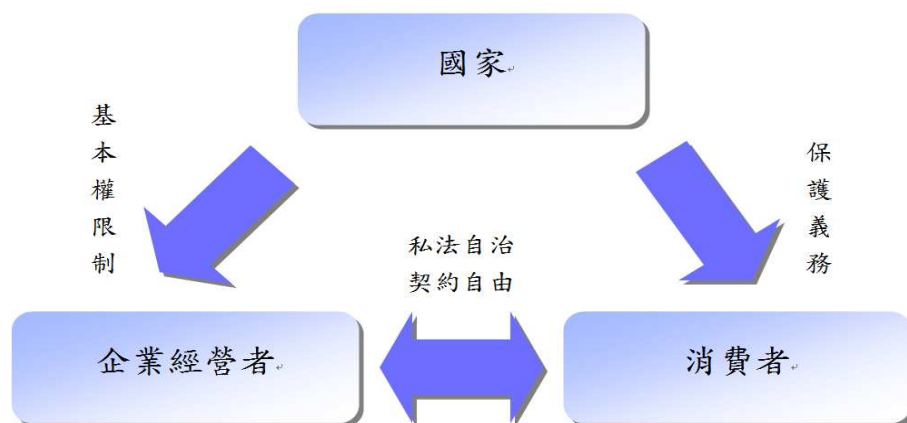


圖 2-1 企業經營者、消費者與國家之三面關係(本計畫自行繪製)

在上述三者中，首先，就企業經營者與消費者之法律關係、亦即消費關係來觀察，此一關係依消費者保護法(以下簡稱本法)第2條第3款規定之定義，係指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，故其性質屬於私法性質之交易關係，應無疑義。從而支配此一私法關係之主要原理，原則上應係適用私法自治及所其派生之契約自由等原則。

其次，就國家與消費者之法律關係而言，國家基本上是處於保護與扶助之地位，避免消費者之權益遭受企業經營者因濫用契約自由或營業自由所生之不正對待，並且以此作為一項公益目的，甚至是一項在憲法上所負有之基本權保護義務。

最後，就國家與企業經營者之法律關係而言，國家則是立於限制企業經營者之契約

¹ 參見詹森林，定型化契約之基本問題，收於氏著，民事法理與判決研究(三)，元照，2003年8月，頁4；劉春堂，消費者保護法要義，1997年11月，頁17；參見廖建男，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47-48。

自由或營業自由之地位，藉此以達前述保護消費者權益之公益目的。

上述三面法律關係中，除了 1.企業經營者與消費者間之法律關係，性質上屬於私法關係外，其餘兩項：2.國家與消費者、3.國家與企業經營者間之法律關係，性質上均屬公法關係。其中 3.之部分，因為涉及國家對於企業經營者之規制，尤為本研究計畫所欲探討之重點所在。

（二）從契約法到經濟法

此外，國家對於定型化契約進行規制的議題，從法領域的角度來說，除了會涉及到契約法外，其實更會涉及到所謂的經濟法。因此，以下先就經濟法之概念、基本原則及其內容體系略作探討，以作為後述章節進一步探討之基礎。

1. 經濟法之概念及任務

經濟法（Wirtschaftsrecht）作為一個獨立的法律學門，相對於民、刑法等傳統法學，甚至憲法、行政法來說，其實是一個相當晚近才興起的法領域，基本上緣起於 20 世紀初德國的「工業法」概念。當時由於工業化程度遽增，在經濟生活上形成諸多新興的組織型態與現象，國家為了合秩序地導引並規制，遂開啟一連串以此為規範標的的立法活動。因此也在法學上衍生出經濟法之概念與體系，藉以描述所有涉及經濟關係，卻又無法歸屬於傳統法體系之法規範總稱。²

至於經濟法之概念內涵，國內學者曾試圖提出下列之定義，亦即所謂經濟法，係指「在一定之經濟基本體制下，調節經濟之活動，以促進社會整體經濟之平衡與發展，並達成公平合理目的之法規範體系」。³至於其特徵與任務，則大抵有三：⁴

（1）經濟法係實現經濟政策之工具，具有達成一定政策目的之任務。換言之，經濟法是國家實現經濟政策的工具，因此也特別重視此種工具之實效性，講求目的與方

² 參見詹鎮榮，公經濟法之概念、體系與新趨勢，月旦法學教室，第 75 期，2009 年 1 月，頁 60、62。另可參見廖義男，經濟法之概念與內容體系，收於氏著，企業與經濟法，自版，1980 年 4 月，初版，頁 2。國內學者施啟揚氏則認為，經濟法之概念產生於 20 世紀初的德國、奧地利、瑞士、法國等歐陸法系國家；至於英美法系國家，雖然也有許多涉及經濟發展與經濟立法的法規，但是並沒有將經濟法獨立成為一個法領域的概念，參見施啟揚、蘇俊雄，法律與經濟發展，正中書局，1974 年 1 月，初版，頁 10-12。

³ 廖義男，前揭註 2 引書，頁 31。另可參見蘇俊雄，經濟法論，華欣文化，1975 年 8 月，頁 1-2，亦有類似定義。施啟揚氏認為，所謂經濟法，係指「國家對於經濟活動試圖加以影響或干預的法律手段（das gesetzliche Instrumentarium），參見施啟揚、蘇俊雄合著，前揭註 2 引書，頁 11。陳櫻琴氏則指出，對於經濟法的意義內涵及外延等，尚無定論。參見陳櫻琴，經濟法理論與新趨勢，翰蘆圖書，1998 年 10 月，初版，頁 1。

⁴ 廖義男，前揭註 2 引書，頁 26-30。

法間之設計 (Ziel-Mittel-Konzeption)：

(2) 經濟法調整經濟活動，應力求確保法之安定性。詳言之，經濟法在講求合目的性的同時，基於其法體系的本質上要求，也必須符合法定性的要求，至於兩者之間的衝突如何合理的調和與解決，則有賴於從決定國家經濟基本體制之基本法規範、亦即經濟基本體制法 (Wirtschaftsverfassung，學者也有譯之為「經濟憲法」) 中，尋繹勾畫出整體社會經濟活動運行之原則與架構；

(3) 經濟法調整經濟活動之終極目的，應在追求公平正義之實現。⁵具體來說，就是一方面防止經濟上之強者，利用其事實上的優勢地位，壓迫經濟上之弱者，而造成不公平之現象。另一方面，即使是國家為追求總體經濟之利益，而不得不採行一定之法令措施造成部分人之利益遭受犧牲時，同樣也必須符合公平正義之要求。

2. 經濟法之內容及體系

經濟法 (Wirtschaftsrecht) 之內容及體系，如果參照德國學者所提出的概念體系，大體上可以區分為：(一) 經濟私法 (Privates Wirtschaftsrecht)、(二) 經濟公法 (Öffentliches Wirtschaftsrecht)、以及 (三) 經濟刑法 (Wirtschaftsstrafrecht) 三大次領域⁶ (參見圖 2-2)。

7

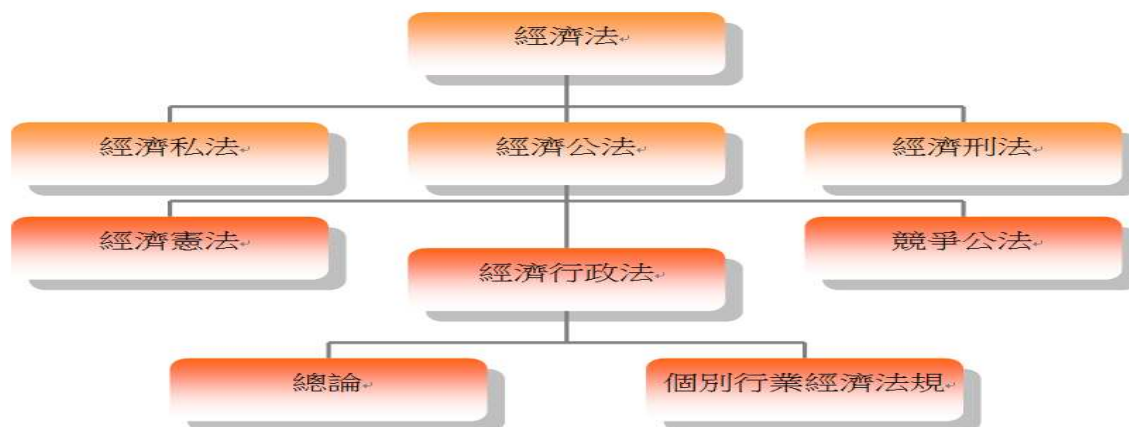


圖 2-2 經濟法之內容及體系 (本計畫自行繪製)

上述三大次領域中，經濟私法乃立基於私法自治、契約自由、私有財產權保障，以

⁵ 蘇俊雄氏則指出，經濟立法之宗旨，乃是本於社會正義、分配正義之要求，並兼顧總體經濟發展的原則下，所為必要的積極規律的作用。參見蘇俊雄，前揭註 3 引書，頁 4。

⁶ 國內學者則另有不同體系分類，例如廖義男氏，即將經濟法之內容體系區分為 8 大次領域：(1) 經濟基本體制法、(2) 企業法、(3) 關係企業法、(4) 營業競爭法、(5) 經濟監督、(6) 經濟之指導與管理、(7) 經濟自治與經濟團體、(8) 個別經濟行業法規，參見廖義男，前揭註 2 引書，頁 41-46。陳櫻琴氏則參酌法位階體系，另外提出「經濟合憲秩序」的概念，主張經濟憲法居於最上位階，以下依次為經濟行政法、經濟警察法、經濟法各論等，參見陳櫻琴，前揭註 3 引書，頁 51-52。

⁷ 詹鎮榮，前揭註 2 引文，頁 62-64。另可參見 Utz Schliesky 著，喻文光譯，經濟公法 (Öffentliches Wirtschaftsrecht)，法律出版社，2006 年 6 月，頁 4。

及經濟結社自由等機制之前提要件，而以私經濟主體及企業自身或彼此間之權利義務關係作為規範標的，歸屬於此一法領域者，諸如民法典、公司法、企業併購法、消費者保護法，以及營業秘密法等。⁸

相對於此，著重於國家與經濟間之法律關係的經濟公法，則可細分為經濟憲法、經濟行政法（包括總論及個別經濟行業法規），以及競爭公法三部分；至於經濟刑法，則包括刑法典中關於經濟生活的刑罰規定，以及其他經濟法律中課以刑罰制裁之規定。⁹

如依上述有關法領域歸屬與分類之見解，消費者保護法本應屬於經濟私法的領域，然而由於公、私法之區分，本來就有一定之模糊地帶，因此，德國學者 Hans D. Jarass 認為，在區分經濟公法與經濟私法的時候，不應形式化地引入公、私法區分的一般基準以為操作，毋寧更應顧及經濟法之領域特性，改以「國家之經濟影響措施是否係由國家機關居間介入參與（Durch Staatliche Behörden vermittelt）」以為斷，¹⁰答案如係肯定者，則可歸屬於經濟公法；反之，則應劃歸於經濟私法。

舉例來說，為了建構平等互惠之同類型多數交易行為，立法者特別在消費者保護法中，就定型化契約訂有規範。企業經營者違反此類規定時，倘若僅生影響其與消費者間權利義務關係之法律效果，國家（尤其是指行政機關）並無任何介入行為者，此種規定歸屬於經濟私法領域，固無疑義；惟若法律係規定企業經營者一再違反此類規定時，主管機關即得賦予一定之不利益效果，例如廢止營業許可或公司登記，甚至施以行政罰者，此時因該經濟影響措施已有行政機關之介入與參與，則其體系上之定位即應劃歸經濟公法領域。¹¹此種區分方式，值得參考。如此，消費者保護法中諸多關於定型化契約之行政規制的規定，性質上即非單純之經濟私法，而容有接受經濟公法諸項原理原則拘束之可能。

3. 經濟法之基本原則

基於上述任務承擔，經濟法作為一個獨立的法律學門，當然有其一定之基本原理或原則貫穿其間。學者對此嘗試圖歸納出下列幾項經濟法之基本原則：¹²

（1）**經濟民主原則**：亦即經濟政策之決定應由參與者共同形成，典型例子為勞動法上之勞工參與共同決定制。

（2）**經濟正義原則**：亦即透過租稅或財產權社會化等制度安排，對所得與財富進行

⁸ 詹鎮榮，前揭註 2 引文，頁 62。

⁹ 參見 Utz Schliesky，前揭註 7 引書，頁 5-6。

¹⁰ Vgl. Hans D. Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 8, Rn. 25.，轉引自詹鎮榮，前揭註 2 引文，頁 63。

¹¹ 詹鎮榮，前揭註 2 引文，頁 63。

¹² 陳櫻琴，前揭註 3 引書，頁 111 以下。

公平而合理之分配，使市場中經濟實力強者在獲取合理利潤之外，不得濫用市場優勢地位致消費者等群體之權益受損。

(3) **經濟倫理原則**：從事經濟活動者於經營時，除應遵守法令之規定外，更應遵守倫理及社會責任之要求，例如對於消費者提供商品或服務時之安全性。

(4) **市場競爭原則**：亦即維持自由經濟市場之競爭機制，此點尤其表現在公平交易法制上，此外，即便是公路運輸或電信業等具有自然獨佔性質之產業，亦應盡可能符合市場競爭原則之要求。

(5) **政府介入原則**：為維持市場競爭機制的完善，政府於必要時仍應介入市場，以防止市場失靈。惟其仍應謹守公私部門之分際，並受後述補充性原則之拘束。至於政府介入之方式，包括三種類型：一、國家以經營事業之方式介入；二、國家以公權力之方式（例如行政制裁、民事損害賠償，乃至於刑事制裁等）介入違法之市場行為；三、國家利用所有權社會化原理，節制私人資本或限制私人財產權之行使。

(6) **補充性原則**：亦即政府之介入應屬補充性、備位性之角色，僅能於社會或市場本身已無從自我調節，發生失靈現象時，政府方得介入。

(7) **利益衡量原則**：又稱為利益調和或利益和諧原則，亦即比例原則之要求，詳言之，經濟法必須透過利益衡量之方式，使彼此間相衝突之私益，或互相衝突的私益與公益，盡可能透過合比例的方式予以併存。

4. 經濟憲法

本研究計畫之研究議題係在探究定型化契約之行政規制問題，基於憲法所具有之優位性（Vorrang der Verfassung）原理（具體表現在我國憲法第 171 條第 1 項及第 172 條之規定：「法律與憲法牴觸者無效」、「命令與憲法或法律牴觸者無效」），經濟憲法乃是國家進行行政規制時之基礎及界限所在，因此，以下乃就經濟憲法及經濟行政法之相關概念略加探討，以作為進行後續討論之基礎。

(1) 經濟憲法之概念與作用

現代立憲主義下，經濟憲法（Wirtschaftsverfassung）不僅是經濟公法體系中不可或缺的一塊，而且更具有居於最高法位階之指導規範地位。¹³然而，由於經濟憲法之概念，並非指涉制憲者針對經濟事務所制定之某部單一憲法典，而只是一個學理上之用語，從

¹³ 詹鎮榮，經濟憲法，月旦法學教室，第 80 期，2009 年 6 月，頁 65。

而對於此一概念之理解，即有所謂「形式意義之經濟憲法」與「實質意義之經濟憲法」之分別。

所謂「形式意義之經濟憲法」，係指成文憲法典中涉及經濟秩序基本原則與決定之規範。至於「實質意義之經濟憲法」，則泛指現行法秩序中，所有涉及經濟歷程與影響經濟活動之法規範總體，不問其為何種位階之法規範。¹⁴換言之，除憲法中之相關條文規定外，更包含憲法以下其他法位階之法規範，學說上最常被舉為「實質意義經濟憲法」的例子，就是具有市場競爭基本法地位之公平交易法（在德國即係「限制競爭法」）。¹⁵

然而，由於前述「實質意義之經濟憲法」的概念與理解方式，不僅混淆了普通法律與憲法之間的區別，並且有可能會把立法者體現於普通法律中的經濟政策提升到憲法位階的層次，從而制約了政治部門因應客觀情勢的變遷而適當調整經濟政策的彈性，反而不利於經濟法的發展。即以公平交易法為例，維持市場競爭機制之健全，固非憲法所不許，然而競爭政策、管制政策與貿易政策，各具有其合理之目的，且彼此間處於持續性的緊張平衡關係中，需由立法者視社會實際需要調和其間，從而公平交易法充其量只能說反映了一種「時代精神」(Zeitgeist)，尚不宜無限上綱具有等同於經濟憲法之地位。況且當前之立法者縱使賦予公平交易法具有實質經濟憲法之地位，亦無從拘束日後的立法者而預為排除代表更新民意、回應更新社會需求之其他立法。¹⁶基於上述理由，多數學者對於經濟憲法之概念僅持形式意義之理解，¹⁷故本文以下亦從之。

其次，關於經濟憲法之作用問題，由於經濟憲法在概念上既然是成文憲法規定之一部分，基於憲法優位性 (Vorrang der Verfassung) 之作用，經濟憲法對於國家的經濟立法、經濟行政等措施，自然也應該會產生一定之拘束作用。詳言之，經濟憲法一方面可以發揮社會正義的導向作用，另一方面，也會構成經濟立法及經濟行政之憲法上限制。¹⁸

(2) 近代經濟憲法之重要立法例

近代憲法中針對經濟事務大幅而明確加以規範的著名例子，首推德國於 1919 年 8 月 11 日正式生效的威瑪共和憲法 (Die Weimarer Verfassung, 正式全名應為 Die Verfassung des Deutschen Reiches)。

¹⁴ 詹鎮榮，前揭註 13 引文，頁 68；Utz Schliesky，前揭註 7 引書，頁 7。惟國內有學者對於「形式意義之經濟憲法」與「實質意義之經濟憲法」之區分持不同之理解，參見陳櫻琴，前揭註 3 引書，頁 20。

¹⁵ 黃銘傑，中小企業保護與競爭政策，台大法學論叢，第 27 卷 3 期，1998 年 4 月，頁 75 以下。

¹⁶ 蘇永欽，公平交易法第四十六條修正後的適用問題，收於氏著，走入新世紀的私法自治，元照，2002 年 5 月，頁 232-234、245-248。

¹⁷ 參見廖義男，前揭註 2 引書，頁 14、34；詹鎮榮，前揭註 13 引文，頁 68；Utz Schliesky，前揭註 7 引書，頁 7、20；吳秀明、楊坤樵，憲法與我國經濟部門之基本秩序，收於蘇永欽編，部門憲法，元照，2006 年 1 月，頁 208-209。

¹⁸ 蘇俊雄，前揭註 3 引書，頁 15 以下。

德國威瑪憲法基於社會主義革命的背景，具有濃厚的社會連帶思想，因而在第二編「德意志人之基本權利與義務」(Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen)中，自第 151 條以下特別訂有「經濟生活」(Das Wirtschaftsleben)專章，該章總計 15 條，其中規範各種與經濟有關之基本權利和義務，諸如「經濟生活之規律須符合正義之原則，以保證人人享有維持人性尊嚴之生活為目的。在此限度內，個人之經濟自由應予保障。……」(第 151 條)、「經濟交易應依法律規定適用契約自由。重利應予禁止。法律行為違反善良風俗者，無效。」(第 152 條)、「所有權應受憲法之保障，其內容及限制由法律定之。……所有權負有義務，其行使應同時兼顧公共福祉。」(第 153 條)。第 155 條以下更針對土地、房屋及天然資源之利用與分配、勞動力之保護與勞工法之制定、學術、藝術及科技成果之保護、工會組織結社權之保障、社會與勞工保險、失業緊急照顧、中小企業之保護、勞工對於工資等勞動條件之參與等事項，做出鉅細靡遺之規定。¹⁹

然而二次戰後西德重新制定的基本法，制憲者卻拋棄了威瑪憲法的模式，除了在第 1 章「基本權利」中規定了若干經濟方面的權利，以及第 7 章「聯邦立法」、第 8 章「聯邦法律之執行與聯邦行政」中，就聯邦與各邦關於經濟領域事務的權限分配有所規定外，不再對「國民經濟生活」設定任何具體的國家目標或政策綱領，兩者間的對比可以說相當強烈，從而也引發了戰後德國憲法學界對於「基本法究竟是否已就經濟基本體制問題有所預設」的問題，產生熱烈的討論。²⁰

對於此一爭議，德國聯邦憲法法院早在 1954 年的「獎勵投資條例案」(Investitionshilfe)²¹中就明白指出，基本法對於經濟政策保持中立性的態度，戰後德國實施的社會市場經濟，只是可能的選項之一，並非唯一的選項，從而立法者只要不違反基本法之規定（尤其是基本權利的相關規定），當然可以因時制宜地決定不同的經濟政策。聯邦憲法法院在之後的「藥房案」(Apotheken)²²以及「員工參與決定權案」²³，也數度重申基本法並未直接確定與保障任何特定的經濟體制，立法者在憲法所定範圍內，對於經濟政策享有自由決定權。²⁴

¹⁹ 參見朱建民譯，威瑪憲法，世界各國憲法大全編輯委員會編，世界各國憲法大全（第二冊），1965 年，頁 677 以下。雖然威瑪憲法制定當時，學說及實務上對於憲法規範是否具有直接拘束立法者之效力，尚有爭論，惟此種立法方式，至少顯示出制憲者對於經濟生活秩序之重視與價值決定，並且成為 20 世紀新憲法之典範，對於許多新興憲法影響頗深，參見蘇永欽，經濟憲法作為政治與經濟關係的基本規範——從昔日德國的爭議來看今日臺灣的回應之道，收於氏著，走入新世紀的私法自治，元照，2002 年 5 月，頁 130。

²⁰ 關於此一爭論之中文介紹，可參見蘇永欽，前揭註 19 引書，頁 127-134；胡蕙寧，從經濟競爭之歸點論德國對競爭秩序的管制與革新，收於劉孔中、施俊吉主編，管制革新，中央研究院中山人文社會科學研究所，2001 年 4 月，頁 343-350。

²¹ BVerfGE 4, 7.

²² BVerfGE 7, 377.

²³ BVerfGE 50, 290.

²⁴ 相關介紹可參見蘇永欽，前揭註 19 引書，頁 146-147；楊坤樵，從憲法變遷論法律與憲法的緊張關係——以經濟憲法為例，政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 81-82。

(3) 我國經濟憲法之重要內容

至於我國憲法，基於制憲當時的時空環境與思潮背景，制憲者深受德國威瑪憲法之影響，憲法中同樣也對經濟生活有著高密度的規範。國內學者對此多依循憲法本身之體系結構，嘗試歸納出我國經濟憲法之重要內容，大抵可分為以下三大核心部分：A. 憲法基本原則、B. 人民之基本權利、C. 基本國策及增修條文，²⁵以下分別略述之。

A. 憲法基本原則

首先，就憲法諸多基本原則來說，與國民之經濟生活較具有核心關連性者，主要是法治國原則及社會國原則。²⁶

在法治國原則部分，其所衍生之法律保留原則、法律優位原則、比例原則、乃至於平等原則、法安定性原則、迅速而有效之權利救濟原則、明確性原則、信賴保護原則等，²⁷均可構成國家經濟立法及經濟行政等行為所應遵守之界限。

至於社會國原則方面，由於國家之任務已非傳統自由法治國下單純之秩序維護者，而更進一步成為生存照顧之給付主體 (Leistungsträger)，從而「國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安全等民生福利措施。」(司法院大法官釋字第 485 號解釋參照)，藉此達成憲法前言所稱之「奠定社會安寧，增進人民福利」目標。準此，社會國原則不僅為國家經濟立法及經濟行政等行為設定應追求之目標與方向，同時也提供國家為追求經濟與社會正義而欲干預人民基本權利時之公益基礎，具有前面所說的導向功能。

B. 人民之基本權利

我國憲法關於「人民之權利義務」之規定，係以專章、概括之方式加以規範，因此不像威瑪憲法一樣，可以一望即知何者為「具有經濟性質之基本權利」(Wirtschaftliche Grundrechte)。²⁸惟學說上則多採廣義的界定方式，舉凡財產權、工作權、結社自由、(商業性)言論自由、契約自由、營業自由、乃至於遷徙自由、(商業性)資訊自主權…等對於市場經濟具有一定功能之基本權利，均認為具有經濟基本權利之地位。²⁹就本研究

²⁵ 學者另有從憲法前言，經濟權限分配、國家機關與政府體制等論述我國經濟憲法內容之例，如詹鎮榮，前揭註 13 引文，頁 70-71；蘇永欽，前揭註 19 引書，頁 140-141；楊坤樵，前揭註 24 引書，頁 83；吳秀明、楊坤樵，前揭註 17 引書，頁 248-250。

²⁶ 雖然有學者（如詹鎮榮氏）認為，民主國原則、法治國原則，以及社會國原則，三者均具有經濟關連性，參見詹鎮榮，前揭註 13 引文，頁 68。惟就民主國原則如何體現於國民之經濟生活部分，容有不同意見，參見吳秀明、楊坤樵，前揭註 17 引書，頁 219 以下。

²⁷ 關於各該原則之具體內容，可參見詹鎮榮，前揭註 13 引文，頁 69；吳秀明、楊坤樵，前揭註 17 引書，頁 219-226。

²⁸ 蘇永欽，前揭註 19 引書，頁 141。

²⁹ 例如詹鎮榮，前揭註 13 引文，頁 69-70；吳秀明、楊坤樵，前揭註 17 引書，頁 231 以下。

計畫之議題來說，較具有相關性之經濟基本權利，應屬市場經濟機制賴以成立的財產權、營業自由與契約自由等權利。此外，憲法第 15 條所規定之「生存權」，解釋上亦可認為與消費者保護問題具有密切之關連。³⁰

經濟基本權在經濟法上之意義及功能，應該在於一方面可發揮防禦權之功能，使基本權主體得以抵抗國家不法侵害私經濟主體之經濟自由，另一方面，也可發揮客觀法規範秩序之功能，拘束立法、行政及司法，甚至推導出國家所負有之「基本權保護義務（staatliche Schutzpflicht）」，亦即要求國家除了不得侵害個人自由或權利之外，更必須為一定程度之積極作為，以確保人民得享有最低程度之經濟自由。³¹

C. 基本國策及增修條文規定

從歷史的角度來看，近代西方自由主義的立憲政治，憲法對於經濟、社會政策，原本多係採取不予規範的「世界觀中立」立場，聽由執政者經由立法程序而實施。直到一次戰後德國威瑪憲法，才開始出現憲法對國民經濟生活及社會政策積極介入規定的例子。我國憲法於制定當時因受威瑪憲法以及孫文學說的影響，在幾乎全盤接受自由主義、個人主義權利清單的同時，卻也大幅採納所謂民生主義或福利國家的經濟觀，因而具有「意識型態綱領」（ideological programmatic）的色彩。³²其中最為明顯者，即為憲法第 13 章「基本國策」第 3 節「國民經濟」（此外，第 154 條有關勞資關係之規定亦應屬之）、以及修憲所增加之憲法增修條文第 10 條等規定。

上述憲法條文規定中，除明白揭示「國民經濟應以民生主義為基本原則，實施平均地權，節制資本，以謀國計民生之均足」（第 142 條）外，主要的具體內容包括：平均地權、獨佔性企業以公營為原則、節制私人資本、農業工業化、全國經濟均衡發展、貨暢其流、普設金融機構、扶助並保護僑民事業、勞資關係之和諧等項目。³³

我國憲法對於國民之經濟生活既然採取高度介入之立場，就市場經濟之部分來說，國家顯然不能採取中立而不予干預之立場，而必須建立並維持市場經濟之秩序。³⁴從而個人於行使各項基本權利（例如契約自由）倘有礙於市場經濟秩序者，國家尚非不得基於公益及基本國策之要求，以法律及各項行政措施予以限制。而前述各項之經濟法基本原則，其主要之作用，即在處理各項基本權利與公益及基本國策產生衝突時，究應如何加以調和之難題。

³⁰ 參見行政院 77 年 5 月 5 日台七十七內字第 11321 號函，抄附「消費者保護法」草案總說明。

³¹ 詹鎮榮，前揭註 13 引文，頁 70。

³² 吳庚，憲法的解釋與適用，3 版，2004 年 6 月，頁 65-66。

³³ 有關我國憲法基本國策相關內容之詳細介紹，可參見陳新民，憲法學釋論，修正 7 版，2011 年月，頁 963 以下；林紀東，中國民國憲法逐條釋義（四），1990 年，頁 269 以下。

³⁴ 林紀東，前揭註 33 引書，頁 291 以下；徐筱菁，國家干預經濟活動之憲法基礎與界限，收於劉孔中、施俊吉主編，管制革新，中央研究院中山人文社會科學研究所，2001 年 4 月，頁 89-90。

二、私法自治及契約自由

(一) 契約自由原則之內容

近代市民法由於尊重個人之人格，在觀念上認為個人之意思具有絕對之權威，因此私人間之生活關係應由個人自行加以決定，從而確立以私法自治原則（Prinzip der Privatautonomie）或個人意思自治（l'autonomie de la volonté humaine）原則，作為私法之最高指導原理。

所謂私法自治，依據德國民法學者 Flume 的著名定義，係指：「個人得依自己意思形成法律關係之原則」（das Prinzip der Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen）。³⁵換言之，個人於私法上之生活關係，應依其自由意思加以創設、變更或消滅，國家只要消極地予以確認而賦予拘束力，不宜妄加干涉。從而法律就當事人間之私法生活關係，原則上不預設當事人應予遵循之強制規範，而在承認其本於自由意思所為之表示，具有法之拘束力，並對於基於此種表示所形成之私法生活關係，賦予法律上之保護。³⁶由此遂派生出下列三大原則：契約自由原則（法律行為自由之原則）、所有權絕對原則（所有權尊重之原則、所有權神聖不可侵犯之原則）、過失責任原則（自己責任之原則）。³⁷

至於私法自治原則在民法上的具體化，學者認為主要有四：契約自由、結社自由（亦即組織社團之自由，參見民法第 45 條以下）、所有權自由（民法第 765 條）、遺囑自由（民法第 1187 條）。³⁸其中，契約自由原則歷經長時間之發展後，³⁹主要內容又可歸納為以下四項：⁴⁰

³⁵ Claus-Wilhelm Canaris 著，林美惠譯，民事法之發展及立法—德國契約法的基本理念及發展，臺大法學論叢，第 28 卷第 3 期，頁 339-340。

³⁶ 楊崇森，私法自治制度之流弊及其修正（上），政大法學評論，第 3 期，1970 年 12 月，頁 16；詹森林，私法自治原則之理論與實務—臺灣法制發展之情形，收於氏著，民事法理與判決研究，翰蘆圖書，1998 年 11 月，頁 2-3。

³⁷ 參見楊崇森，前揭註 36 引文，頁 16；劉宗榮，定型化契約論文選輯，頁 45；另可參見蘇明詩，契約自由與契約社會化，法學叢刊，第 8 卷第 1 期，1963 年 1 月，頁 80。

³⁸ 詹森林，前揭註 36 引書，頁 12。

³⁹ 關於契約自由原則在西方法上之發展歷程，參見楊崇森，前揭註 36 引文，頁 17 以下；楊崇森，私法自治制度之演進，法學叢刊，第 7 卷第 3 期，1962 年 7 月，頁 59-66；楊崇森，私法自治在近代法上之地位，法學叢刊，第 7 卷第 4 期，1962 年 10 月，頁 73-83；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，翰蘆圖書，2009 年 3 月，頁 5-18；蘇明詩，前揭註 36 引文，頁 81 以下。

⁴⁰ 劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 45-47；詹森林，前揭註 36 引書，頁 12-14；蘇明詩，前揭註 36 引文，頁 82 以下。此外，學者另有認為，契約自由原則除等是否締約、相對人之選擇、內容之決定及方式之選擇等四項自由外，尚包括契約類型之選擇自由、契約變更之自由與契約解除之自由等內涵。參見程明修，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，頁 199。

1. 締結契約之自由

所謂締結契約之自由，係指當事人有決定是否使契約成立之自由。此一自由，係後述「契約內容決定自由」之前提，不僅對於得基於自由意思決定契約內容者（例如民法債編所規定之各種有名契約及其他無名契約），有其適用；即便對於契約內容已由法律加以規定，不容私人以意思改變者（例如物權契約及身分契約），亦適用之。

2. 相對人選擇之自由

至於相對人選擇之自由，則係個人得依其自由意思，選擇與之訂立契約之相對人，例如甲出售一畫，乙出價 1,000 元，丙出價 10,000 元，甲縱將該畫出售於開價較低之乙，丙對此在法律上亦無任何得表示不同意之權利，蓋因甲就此享有選擇締約相對人之自由也。

3. 方式之自由

契約締結方式之自由，係指當事人得自由選擇其意思表示之方式，蓋依現行民法之規定，法律行為，除法律另有規定或當事人另有約定外，原則上不以履行一定方式為必要，以當事人口頭意思表示一致後即生效力。

4. 內容決定之自由

最後，所謂內容決定之自由，係指當事人得就其需要，依其合意自由創設契約之內容，只要其內容不違背法令之強行、禁止規定或公序良俗者，概屬有效。基於此項自由，當事人不但在法條有任意規定時可以自行決定契約之內容，並且可以在法令所定之有名契約外，自行創設無名契約或混合契約，例如融資性租賃契約（Leasing）或國際貿易實務上常見之信用狀契約（Letter of Credit）等，均非民法原本即有規定之契約類型，具體展現契約內容決定之自由。

（二）私法自治及契約自由原則在憲法上之地位

如前所述，私法自治係指個人在法秩序所承認的前提下，得以依其自由意思創設、變更及消滅私法上權利義務關係之自由，亦即個人依據自我意志，自我形成法律關係原則之具體化。在經濟、社會關係中，人民藉由私法自治與契約自由，可以無待國家之介入，即讓法律上之規律發生作用，同時在手上掌握一些有效手段，得以保護自身之法益或利益。只有當私法自治規律之機制失靈時，法律上之規制方才介入，國家同時也藉此減輕負擔。因此，私法自治與契約自由原則一方面具體表現了國家與社會之間所應具有

的「補充性原則」(Subsidiaritätsprinzip) 關係，⁴¹ 另一方面，也是個人實現自我 (Selbstverwirklichung) 的核心。

我國憲法對於契約自由，並未如德國威瑪憲法一般訂有明文之保障。惟學說上，均肯認此一自由應屬憲法所保障之基本權利。實務上，大法官歷來解釋更明白對此加以肯認。

大法官首次對於契約自由原則明白有所闡釋，應屬釋字第 576 號解釋。該號解釋理由書中明白指出：「**契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。**」釋字第 602 號解釋理由書並再度重申此一意旨。

釋字第 580 號解釋理由書中，大法官進一步指出：「**基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換。憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源；憲法第二十二條保障人民之契約自由，使契約當事人得自由決定其締約方式及締約內容，以確保與他人交換生活資源之自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。**」⁴²

綜觀上述大法官解釋之意旨可知，大法官不但認為契約自由係受憲法第 15 條（「人民之……財產權，應予保障」）及第 22 條（「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」）所保障之基本權利，同時更指出，「**契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎**」，大法官顯然採取與德國通說相同之見解，認為之所以要確保私法自治與契約自由的最終目的，其實是要成就個人之自我決定 (Selbstbestimmung der Person)。⁴³

⁴¹ 所謂補充性原則，係指只有在私人拒絕，或者私人、國家內其他小團體表示無力履行某項任務時，國家始得介入特定任務之執行，藉此保留社會自我形成之空間，並限制國家之活動。參見徐筱菁，國家干預經濟活動之憲法基礎與界限，收於劉孔中、施俊吉主編，管制革新，中央研究院中山人文社會科學研究所，2001 年 4 月，頁 104。（該文稱之為「輔助性原則」）

⁴² 其他相關解釋，尚有釋字第 643 號解釋理由書：「人民之財產權及契約自由，為憲法第十五條及第二十二條所保障。國家對上開自由權利之限制，應以法律定之，其限制且須符合比例原則，始符憲法第二十三條規定之意旨。」

⁴³ 德國學者對此之見解，參見 Claus-Wilhelm Canaris，前揭註 35 引文，頁 340。

（三）契約自由原則之流弊

私法自治與契約自由原則固然體現近代法上自由平等之個人自我決定並自我負責之理念，然而自近代工業革命以來，資本主義發達之結果，產生資本與財富集中化的情形，使得社會中之各人在經濟上地位開始有強弱之不同。契約自由原則與絕對之所有權相結合後，在自由競爭機制的運作下，法律不問各人之具體實力如何，將競爭之結果一概委由當事人現實之經濟力予以決定，復又對於當事人因競爭而贏得之成果，藉由財產權制度予以保障，其結果使得有財產者得以其神聖不可侵犯之所有權為後盾，在契約自由之美名下，遂行其壓迫經濟上弱者之行為，而所有權亦由原本單純對物之支配自由，轉化成為對人之支配自由。⁴⁴

另一方面，由於經濟活動型態開始轉向「大量生產、大量銷售、大量消費」。此種交易型態中，為降低交易成本，提供商品或勞務之一方，不有可能與個別消費者逐一就交易之內容進行協商而締結契約，從而開始大量運用定型化契約，亦即企業經營者在契約自由原則之大蠹下，為了盡可能與不特定之多數消費者訂立同類契約，多半預先擬定契約條款（參見消費者保護法第2條第7款之定義，德國法上稱之為「一般交易條款」〔Allgemeine Geschäftsbedingungen〕，日本法上則稱之為「普通契約條款」或「約款」），並在其中約定諸多對己較為有利之約定（例如免責約款）。⁴⁵

由於此種交易方式完全不重視交易相對人之個人因素，企業經營者得以同等之交易條件迅速與大量之相對人締約，從而可以節省費用，並合理規劃生產或服務。在理想狀態下，如果能夠配合市場競爭機制的運作，商品或勞務之價格有可能因此而降低，從而對消費者而言，定型化契約的大量使用亦屬有利之舉。⁴⁶因此，定型化契約在現代交易社會的出現與大量運用，不僅勢所必然，且係必要之結果。

然而定型化契約的大量使用，對於前述私法自治與契約自由原則，卻也造成一定程度的衝擊，尤其是對於「**契約內容決定之自由**」，更是如此。詳言之，在現代社會的日常生活中，消費者對於絕大多數交易行為的契約內容，幾乎都很少、甚至根本沒有商議變更之機會與可能。

對此，學者曾舉出諸多實例，⁴⁷例如消費者與銀行間之金錢借貸、金錢消費或信用卡使用契約，消費者只能依據銀行事先擬妥之約款簽字，縱使該定型化契約於締約前交付予消費者，並給予合理之審閱期間，消費者亦很難有談判修改之餘地，僅餘是否締約之自由，況且在實務上，絕大多數銀行均使用類似定型化契約之情形下，消費者亦無藉

⁴⁴ 楊崇森，前揭註36引書，頁21。

⁴⁵ 楊崇森，前揭註36引書，頁25以下。

⁴⁶ 詹森林，前揭註36引書，頁18。

⁴⁷ 參見劉宗榮，前揭註37引書，頁49-51。

由選擇締約對象而獲得較有利之談判地位與契約內容。此外，亦有契約內容只懸示於訂約地點或業務手冊，使當事人無閱讀之機會；或消費者進入消費場所（例如醫院、旅館、公車或與自動販賣機交易）交易後，始得知免責約款之內容，而在事實上已陷於不可能拒絕承諾之境地等情形。凡此情形之契約內容，均難謂係基於消費者之自由意思而訂定，從而契約內容決定之自由遂逐漸削弱，甚至完全喪失。

最後應予釐清的一點，定型化契約之所以應予規制，其理論基礎既然是在於矯正契約自由之流弊，而非完全推翻契約自由與私法自治原則。從而相對於定型化契約之所謂「個別磋商條款」（亦即「契約當事人個別磋商而合意之契約條款」，消費者保護法第2條第8款參照），倘若確係經由企業經營者與消費者本於個別磋商而合意締結者，縱使其內容與定型化契約相差無幾，因與契約自由與私法自治原則之濫用情形顯然有別，從而解釋上亦應認為其非屬應予規制之範圍。⁴⁸

三、消費者之保護

（一）契約自由原則的修正

1. 「社會本位」法律思潮的產生

如前所述，由於資本主義發達後，導致資本與財富集中，促進大企業之組織化，部分產業更出現獨占或寡占之情形，經濟上弱者與強者間之實力差距越來越嚴重。自由放任主義下強調私法自治及契約自由、財產權神聖不可侵犯之原則若繼續堅持，則法律所保護者，幾乎僅為少數之經濟上強者，而摒棄絕大多數之經濟上弱者。如此反將有礙於社會秩序之安定及法律原應追求之公平正義。職是之故，傳統以「個人本位」為存在基礎之法律理論遂因此轉變，而被「社會本位」所取代，亦即權利之行使應顧及社會全體之利益，而非單純追求個人私益之確保。

在此等「社會本位」思潮之影響下，傳統的私法自治制度開始有所修正。一方面，例如經濟法、勞動法等迥異於傳統民商法、帶有社會法性質的新興法領域開始發展；另一方面，傳統的契約理論也開始有所修正。

首先，契約關係不再如同傳統自由放任主義所認為的，單純只是契約當事人間私法生活關係上彼此交換財貨，以尋求私人利益的手段，而必須同時也要與國家整體法秩序相互協調，藉以促成個人、社會與國家三者的均衡發展，而克盡契約所應具有的社會任務。⁴⁹

⁴⁸ 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，收於氏著，前揭註1引書，頁33。

⁴⁹ 楊崇森，私法自治制度之流弊及其修正（下），政大法學評論，第4期，1971年6月，頁71。

其次，基於同樣的理念，契約關係中也開始滲入所謂協同體的理念。詳言之，債權契約不再只是個人單純追求私益的法律手段，而是社會交換及分配財貨的法律手段，債權人與債務人間也不應該是利益對立的關係，而應該是承擔上述社會使命，互相立於協力關係之利益協同者。從而債權關係不僅不是以往所認為的單純請求關係，反而應該基於以「忠實」與「信賴」為基軸之協同關係，改以誠實信用乃至於具體的衡平原則作為支配債權契約關係的最高規範，以適當解決以往自由主義之下，當事人由於形式上之自由合意，所引起的各種不平等關係。⁵⁰

2. 從形式到實質的契約自由

因此，許多制定於 20 世紀的民法典，開始納入諸多對於契約自由的規制，以平衡契約當事人間之利益，保護經濟上的弱勢者。我國民法即係此一思潮下之產物，例如總則編中，第 71 條及第 72 條所規定之法律行為違反強制或禁止之規定，或有背於公共秩序或善良風俗者，均屬無效、第 74 條所規定之暴利行為之撤銷或減輕給付、時效期間不得以法律行為加長或減短，亦不得預先拋棄時效之利益（第 147 條）；債編總則中對於約定利率之限制及複利之禁止（第 204 至 207 條）、「故意或重大過失之責任，不得預先免除」（第 222 條）、「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」（第 252 條）等規定；債編分則中，第 366 條：「以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵擔保義務者，如出賣人故意不告知其瑕疵，其特約為無效」、第 425 條買賣不破租賃原則對於承租人之保護，以及第 649 條、第 659 條有關「免除或限制運送人責任」約定效力之限制，均屬適例。此外，土地法、勞動法，乃至於個別經濟法令中，也對於契約之內容多所規制。

類似的規定，在德國等其他國家的民事立法上，當然也有所存在。對於此種立法思潮上的轉變，德國學者稱之為「契約自由的實質化」，亦即從形式的（formal）、法律上（rechtlicher）的決定自由，轉而追求事實上（faktisch）的、實際上的（tatsächlich）、實質的（material）決定自由。⁵¹德國實務上，聯邦憲法法院更明白闡釋，對於契約自由加以限制之目的，即在確保個人事實上之自我決定自由。該院在判決中指出：「契約自由的限制是不可或缺的，因為私法自治乃是建立在自我決定的原則之上，亦即其前提乃是：事實上存在著自我決定的自由。若契約之一方擁有強大的契約優勢，以致於契約條款實際上是由其單方決定，這對他方當事人將意味著由他人作主（他主）。」⁵²

⁵⁰ 楊崇森，前揭註 49 引書，頁 71-72。

⁵¹ Claus-Wilhelm Canaris，前揭註 35 引文，頁 341、344。

⁵² 轉引自林更盛，前揭註 39 引書，頁 51。德國學說上，對於契約自由之所以應加以限制之理論基礎，另有諸多理論，相關中文介紹，可參見林更盛，前揭註 39 引書，頁 33-55。

(二) 消費者保護運動的興起

對於消費者與企業經營者經濟實力的落差，以及諸多因為消費行為所產生之社會事件，各國除了在契約自由理論上有所修正外，從 19 世紀末開始，美國、歐洲、日本以及其他各國也開始出現一波嶄新的社會運動：消費者保護。此一社會運動歷經第一次及第二次世界大戰時期的衰微，在 1960 年代的美國又再度勃興，直到今日，仍未衰竭。

1962 年 3 月 15 日，美國總統甘乃迪 (John F. Kennedy, 1917-1963) 對國會議員發表「保障消費者權益特別咨文」(Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest)，明白宣示國會及聯邦政府應採取適當行動，以履行保護消費者之職責，並且維護消費者下列四大權利。此一宣言奠定消費者保護運動所欲訴求之權利基礎，其後有關消費者權利之主張，大抵上不脫此一範圍，其主要內容如下：⁵³

1. 要求安全的權利 (the right of safety)：消費者有權免於接觸對生命或健康有危害之商品。
2. 被告知的權利 (the right to be informed)：消費者有權免於接收不實、欺騙或誤導之資訊。
3. 選擇的權利 (the right to choose)：消費者有權在市場競爭機制下，以合理價格取得一定品質之商品與服務。
4. 表達意見的權利 (the right to be heard)：消費者有權在政府形成政策時，獲得完全尊重，以確保其權益，並且就行政機關的決策獲得公平而迅速之待遇。

1969 年 10 月 30 日，美國總統尼克森 (Richard M. Nixon, 1913-1994) 所提出的國情咨文中，延續上述理念，同樣宣示消費者下列權利：⁵⁴

1. 消費者於選擇交易時，享有正確資訊之權利 (the right to accurate information on which to make his free choice)。
2. 消費者享有預期其健康與生命均已被納入交易相對人之考量範圍之權利 (the right to expect that his health and safety is taken into account by those who seek his patronage)。

⁵³ 該國情咨文之中譯，可參見李文雄譯，保護消費者權益致國會的特別信函，行政院消費者保護委員會，消費者保護研究 (第 1 輯)，1995 年，頁 157 以下。相關介紹，參見李伸一，消費者保護法論，凱倫出版，1995 年 4 月，頁 35 以下。

⁵⁴ 相關介紹，參見謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007 年 7 月，頁 18-19。

3. 消費者當受不公平對待時，享有提出抗議而獲得處理與重視之權利（the right to register his dissatisfaction, and have his complaint heard and weighted, when his interests are badly served）。

國際上，聯合國也在 1984 年 12 月 18 日通過，並於 1985 年 4 月 16 日公布「消費者保護準則」(Guideline for Consumer Protection)⁵⁵，督促會員國應該盡力維護消費者之權益。

隨著消費者保護運動的蓬勃發展，各國政府也陸續制定一連串保障消費者權益的法令。除了制定大量有關食品、藥物管理、商品製造人責任等管制法令外，雖然對於消費者、消費行為的定義為何？何為消費者保護法之立法目的與基本精神？等問題，立法與學說討論上都還未有一定之共識，⁵⁶但是許多國家，例如美國、日本、德國、法國、中國大陸、韓國、泰國等，仍然還是試圖制定消費者保護的專法。⁵⁷

至於我國，由於政府長期以來偏重經濟發展，對消費者欠缺必要的關注，再加上消費者本身權利意識的覺醒也十分緩慢，因此直到 1980 年代，民間才成立消費者文教基金會，並且在 1994 年 1 月 11 日才制定公布「消費者保護法」，全文共計 64 條，作為我國保障消費者權益之基本法。同年 7 月 1 日，依據該法第 40 條之規定，行政院消費者保護委員會正式成立，專責研擬及審議消費者保護基本政策，並監督其實施，我國消費者保護運動從此邁入一個新的紀元。

（三）消費者基本權

伴隨著消費者保護運動的蓬勃興起與發展，學說上更有從憲法基本權利的層次，試圖建構所謂「消費者基本權」的努力，希望藉此作為正當化主管機關限制企業經營者契約自由的憲法依據。依其所見，所謂「消費者基本權」，概念上係指人民於日常交易中不可或缺且其核心永久不可侵犯的基本權利，至其具體內涵，則包括：1. 消費者之生命、身體、健康、財產不受危害之基本權利；2. 消費者之最低生存條件之基本權利；3. 消費者之實質平等交易談判之基本權利；4. 消費者之組織消費者團體之基本權利；5. 消費者之尋求合理救濟制度之基本權利。消費者保護法之制定，即係上述消費者基本權之具體實現。⁵⁸

⁵⁵ 中譯參見焦仁和譯，聯合國消費者保護指南，行政院消費者保護委員會，外國消費者保護法（第 3 輯），1995 年 12 月，頁 123 以下。相關介紹可參見李伸一，前揭註 53 引書，頁 41 以下。

⁵⁶ 蘇永欽，消費者保護法——一個新法域的誕生？，收於氏著，民法經濟法論文集（一），三民，1988 年 10 月，頁 328-339。

⁵⁷ 李伸一，前揭註 53 引書，頁 25-26。

⁵⁸ 謝進益，前揭註 54 引書，頁 36 以下。

四、企業經營者契約自由之規制

(一) 自律規制、立法規制及司法規制

國家基於消費者保護的公益需求，以及對於消費者生命、身體、健康及安全等之保護義務，不僅有正當理由、甚至負有一定之義務，得以或必須介入企業經營者與消費者之間的交易行為，從而就國家與企業經營者間之關係來說，國家對於企業經營者運用定型化契約之自由，即得於符合憲法各項要求之範圍內予以限制。⁵⁹

以本研究計畫主題所涉之定型化契約規制言，依我國學者之通說，根據規制主體不同，主要可分為立法規制、司法規制、行政規制及自律規制等四種。⁶⁰前三者多涉公權力，後者則屬產業自發性質；另外，立法規制、行政規制與自律規制，性質上均屬「事前規制」，司法規制則屬於「事後對策」。⁶¹茲就相關重點分述如下。

1. 自律規制

首先，所謂自律規制，則係指由定型化契約之使用人或其同業公會自行審查與控制其所使用之定型化契約。係委請學者基於下述理由，基本上認為自律規制之方式，雖然在理論上可行，但實際上甚有困難。首先，定型化契約使用人起草定型化契約時，多半係委請律師為之，律師之報酬既係來自於定型化契約使用人一方，本質上恐難立於中立客觀立場，制定足以平衡雙方當事人權益之定型化契約；其次，定型化契約即令必須獲得使用人同業公會之通過，前者亦不可能立於相反立場，而就定型化契約作平衡法益性之修正；最後，同業公會所為之自律規制若行之不當，反而容易藉此形成「約款聯盟」，對相對人造成更大不利益。⁶²或許基於上述原因，各國定型化契約規制之實務上，似乎多未以自律規制為主之立法例。從而自律規制不在本研究計畫討論之列。

其次，消費者團體之監督係指由以保護消費者權益為宗旨之民間團體所為之監督與規制。不過由於此種監督如不具有法律上之地位與效力時，其實效甚為可疑，充其量僅能發揮類似輿論監督之力量，從而亦非本研究計畫討論之主要內容。

⁵⁹ 附帶一提者，由於企業經營者與消費者之間的交易行為，同時也是企業經營者之營業行為，從而國家如基於保護消費者之公益目的介入該交易行為時，除了會對企業經營者之契約自由構成限制外，同時也有可能限制到企業經營者之營業自由。惟因本研究計畫之研究議題係以定型化契約為主軸，故在此對有關營業自由限制之部分略而不談。

⁶⁰ 劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 67、88 以下。

⁶¹ 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 61。

⁶² 關於自律規制之所以現實上不可行原因之分析，可參見劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 96。

2. 立法規制

所謂立法規制，依據學者之見解，雖可區分為廣狹二義，⁶³狹義之立法規制，學說上認為係專指（1）由立法者自行議決定型化契約，或（2）以委任立法方式授權行政機關訂定法規命令，藉以規制定型化契約而言。第（1）種之規制方式，多半發生在以國營企業、公營企業或公用事業為主體之定型化契約，例如自來水、瓦斯、電力、民用航空、陸上公共運輸、郵政、電信等行業所使用之定型化契約的規制。⁶⁴一般企業經營者與消費者間之交易行為，則少有經立法者自行議決定型化契約之情形。而第（2）種，由立法者授權行政機關訂定法規命令之規制方式，本文以為性質上其實與後述行政規制類似，不應歸類於立法規制之範疇，否則立法規制與行政規制即無從加以區別，且亦將失去區別之實益。⁶⁵

至於廣義之立法規制，則包括上述狹義之立法規制，以及由立法者制定或修正法律，藉以規範定型化契約之規制方式，主要型態有四：⁶⁶

（1）立法者在民法中制定強制或半強制之條文，規定不得改變法律對於當事人原則性之法益分配，俾以保護消費者；

（2）立法者直接制訂定型化契約規制法，對定型化契約全盤予以規制，並作為行政規制及司法規制之基礎；

（3）將民法中原本得由當事人意思予以排除之任意規定，區分為「得依定型化契約予以變更」，以及「僅得依個別商議條款予以變更」兩大類，分別賦予不同之拘束力；

（4）立法者在法律中規定，雖得以定型化契約變更任意規定之內容，但不得減損相對人之權利。

上述四種規制型態中，學者咸以為第（2）種「由立法者直接制訂定型化契約規制法」之方式，最能收其實效。立法例上，德國 1976 年所制定之「一般交易條款規制法」（Allgemeine Geschäftsbedingungen Gesetz, AGBG）⁶⁷、英國 1977 年「不公正契約條款法」（The Unfair Contract terms Act 1977）以及我國之消費者保護法，基本上均係採取此種規制方式。⁶⁸

⁶³ 劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 89。

⁶⁴ 劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 90。

⁶⁵ 相同見解，可參見廖健男，前揭註 61 引書，頁 62。

⁶⁶ 劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 89；黃越欽，論附合契約，政大法學評論，第 16 期，1977 年 10 月，頁 66 以下；廖健男，前揭註 61 引書，頁 62。

⁶⁷ 2002 年德國民法修正時，併入債篇有關規定。

⁶⁸ 關於各國立法規制情況之介紹，可參見廖健男，前揭註 61 引書，頁 64 以下。

值得注意者，法治國家中基於權力分立及依法審判、依法行政等要求，立法規制之位階高於後述之司法規制與行政規制，然而，由於立法權之本質在於由具有民主正當性之國會代表制定一般性之法規範，從而由立法者自行議決定型化契約之情形，縱非罕見，亦難廣泛施行。因此，絕大多數的立法規制，仍然還是以「制定或修正法律，作為司法規制及行政規制之法律基礎」之間接規制為主，而非直接規制定型化契約。

此外，立法規制雖然可以產生最強之規範效果，然而由於立法權在面對現實世界中變化多端的交易行為時，事實上根本不可能藉由法律鉅細靡遺一一加以規範，再加上立法往往必須歷經冗長的程序及過程，此亦為立法規制方式之界限所在。

3. 司法規制

所謂司法規制，係指在前述「廣義之立法規制」之基礎上，由法院依據法律之規定，對定型化契約（含免責約款）於個案中，透過裁判方式予以肯定或否定其效力之規制方式。⁶⁹一般而言，司法規制可採取之方式大致有以下幾種：⁷⁰

(1) 檢視特定之定型化契約條款是否已合法成為契約內容之一部；

(2) 透過解釋方式，決定定型化契約條款之意義；

(3) 針對定型化契約之內容，直接予以規制。此時，若法律對於某類定型化契約已有強制或禁止規定者，固然應依各該法律之規定判斷係爭定型化契約之效力；惟若法律尚未設有類似規定時，法院只能援引民法中之「公序良俗」、「誠實信用」等一般性條款據以規制之。

(4) 藉由「不作為訴訟」方式，對定型化契約予以規制，例如我國消費者保護法第53條第1項：「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。」之規定。

雖然司法規制在許多國家都是規制定型化契約之主要手段，但是基於下列諸項原因，不可否認司法規制方式仍有其界限存在：⁷¹

(1) 在絕大多數消費者交易行為中，基於交易金額與訴訟成本間之不相當，使得絕大多數小額交易之消費者不願利用司法規制方式進行救濟；

(2) 法院之性格流於保守，奉契約自由原則為金科玉律，怯於援引「公序良俗」、「誠

⁶⁹ 劉宗榮，前揭註37引書，頁90。

⁷⁰ 廖健男，前揭註61引書，頁96以下。

⁷¹ 劉宗榮，前揭註37引書，頁90；廖健男，前揭註61引書，頁114以下。

實信用」等一般性條款，否定交易實務上已大量使用之定型化契約；⁷²

(3) 定型化契約之內容通常具有一定之技術性及複雜性，法官在審理時必須具備經濟方面之專業知識；

(4) 司法基於不告不理之本質，無法主動、積極、有效干預社會上廣泛流行之定型化契約；

(5) 司法基於「既判力」之範圍限制，僅能就個案發生法律上拘束力，尋求個案正義，無法產生通案之效果；

(6) 企業經營者憑藉其經濟實力，通常擁有諸多法律專業人士之資源，縱經法院宣告特定定型化契約之內容無效，亦可藉由改變文句等方式，制定出更為精細、繁瑣的新條款，藉以規避司法規制。

(二) 行政規制

1. 行政規制之優點

所謂行政規制，一般係指由行政權力來控制企業經營者所使用之定型化契約，其優點在於事前性、通案性、主動性、積極性、追求公益性，從而得以發揮立法規制與司法規制等方式所不及之效果。⁷³

行政規制本質上係屬行政行為之範疇，我國學說及實定法上（主要係指行政程序法）關於行政行為之類型，基本上係依其性質為法律行為抑或事實行為而加以區分。其中行政事實行為之典型者即係行政指導，此外尚包含一般所謂「非型式化之行政行為」；至於法律行為部分，又可依其性質屬於單方行為或雙方行為、抽象行為或具體行為，依次再區分為行政命令（包含法規命令及行政規則）、行政處分及行政契約。

現行消費者保護法制上關於定型化契約之行政規制，大致上有以下幾種手段：（一）由主管機關隨時派員行使查核權，要求企業經營者改善；（二）由主管機關公告各種定型化契約範本，提供企業經營者參考；（三）由主管機關依特別法之規定，要求企業經

⁷² 例如最高法院 90 年度台上字第 2011 號、91 年度台上字第 2220 號及 92 年度台上字第 39 號等民事判決，均認為定型化契約得因違反誠信原則，顯失公平而無效者，須以「契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件」，關於此點之批評，可參見吳瑾瑜，消費者定型化契約在臺灣的管制現況—以行政管制為觀察中心，收於政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，元照，2011 年 5 月，頁 5 以下。

⁷³ 劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 90-91；廖健男，前揭註 61 引書，頁 87 以下；胡華泰，消費定型化契約之行政規制，政治大學法律學研究所碩士論文，2011 年 2 月，頁 29-34。

營者於使用定型化契約前須先經核准；(四)由主管機關公告定型化契約之應記載或不得記載之事項。

上述各項規制手段中，主管機關之查核權及公告定型化契約範本之性質，應可歸類為前述之行政事實行為範疇，定型化契約之事前核准制度，性質上則屬於行政處分，至於公告應記載或不得記載之事項，性質上則有所爭議。

2. 行政調查：查核權

首先就**查核權**部分，依消費者保護法第 17 條之規定：「企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核」，要求企業經營者改善，此項主動查核之權力既係由法律所賦予，主管機關依法行使此項權限之合法性當然無疑，至於其性質，應該相當於行政法上一般所稱之「行政調查」(又有稱之為「行政檢查」)。

所謂行政調查，一般係指行政機關為達成一定行政目的，對私人所為各種資訊之蒐集活動。現行法制上，除了行政程序法第 36 條以下就行政調查之程序及方法有一般性之原則規定外，各專業法規如公平交易法、建築法、食品衛生管理法、水污染防治法，乃至於稅捐稽徵法等，除就各該調查行為之要件有所規定外，甚至更有對私人規避或拒絕調查之行為處以罰鍰之規定。⁷⁴

行政調查既然僅係行政機關為達成一定行政目的所為之資訊蒐集活動，性質上僅係行政機關欲為後續特定行政行為之前階段的預備行為，從而國內學者一般認其法律性質並非類似於行政命令、行政處分或行政契約之類的法律行為，充其量僅係類似於行政指導之类的事實行為。⁷⁵

消費者保護法第 17 條第 3 項雖然賦予主管機關得隨時派員查核企業經營者使用定型化契約之權限，然而該法並未就企業經營者規避或拒絕主管機關查核之行為設有明確之處罰規定，從而論者有認為此一權限純屬具文或訓示規定。⁷⁶

因此，為求主管機關裁罰得有明確之依據，行政院業於 2009 年 4 月 16 日院會通過之「『消費者保護法』第 8 條、第 46 條及第 56 條之 1 修正草案」中，已明訂「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 項公告的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，並得處新台幣 2 萬元以上 20 萬

⁷⁴ 參見廖義男，從行政法制之發展論行政調查立法規範之原則，收於行政院法規委員會編，行政調查制度之探討—行政院 94 年度第 2 次法制研討會實錄，2006 年 7 月，頁 3、7-13。

⁷⁵ 日本學者(例如鹽野宏)則有將之與行政義務履行確保制度、即時強制及行政程序併列為「行政法上之一般制度」，而否認其為一種獨立的行政行為型式，參見劉宗德，日本行政調查制度之研究，收於行政院法規委員會編，前揭註 74 引書，頁 90；蔡秀卿，行政檢查之檢討課題，收於行政院法規委員會編，前揭註 74 引書，頁 69。

⁷⁶ 例如徐名駒，由消費者保護權益論定型化契約，臺灣大學國家發展研究所碩士論文，2000 年 6 月，頁 144。

元以下罰鍰；屆期未改正者，處新台幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並得連續處罰的規定」，該草案目前已送立法院審議中，未來如順利完成立法，當可解決此一爭議。

此外，為保障消費安全，消費者保護法第 33 條、第 38 條及第 58 條分別規定：「直轄市或縣（市）政府認為企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，應即進行調查。於調查完成後，得公開其經過及結果。（第 1 項）前項人員為調查時，應出示有關證件，其調查得依下列方式進行：一、向企業經營者或關係人查詢。二、通知企業經營者或關係人到場陳述意見。三、通知企業經營者提出資料證明該商品或服務對於消費者生命、身體、健康或財產無損害之虞。四、派員前往企業經營者之事務所、營業所或其他有關場所進行調查。五、必要時，得就地抽樣商品，加以檢驗。（第 2 項）」、「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。」、「企業經營者違反主管機關依第 36 條或第 38 條⁷⁷規定所為之命令者，處新臺幣六萬元以上一百五十萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」上開規定就其立法原意來說，雖非針對「消費公平」、而係就「消費安全」所為之規定，然而學說上仍有認為，主管機關如認企業經營者不當使用定型化契約，致消費者之生命、身體、健康或財產確有損害或確有損害之虞時，即可據此對其處以罰鍰，並得連續處罰。⁷⁸

最後，各地方政府本於主管機關之立場，亦有以自治條例對此加以處罰之例子。例如台北市消費者保護自治條例第 8 條及第 38 條之規定：「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。」、「企業經營者違反第八條至第十條規定之一，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣二萬元以上十萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」即係其例。

3. 行政指導：定型化契約範本

至於所謂行政指導，依行政程序法第 165 條之規定，係指「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。」由於行政指導並不具有強制力，僅係輔導、協助、勸告、建議等行為，從而學說及實務上大多認為行政指導之性質僅係事實行為。

以消費定型化契約的範疇來說，最典型之例即係由中央各主管機關基於職權，衡酌

⁷⁷ 該法第 38 條規定：「中央主管機關認為必要時，亦得為前五條規定之措施。」

⁷⁸ 參見胡華泰，前揭註 73 引書，頁 60。

交易實際態樣與雙方當事者權益之衡平，主動草擬之「定型化契約範本」。行政機關所制定之定型化契約範本，僅係提供企業經營者參考，並不當然成為雙方當事人間權利義務關係之基礎，必須待企業經營者採為契約內容，並予消費者締結契約後，方有拘束雙方當事人之效力。從而學說上認為，僅能藉由市場競爭法則及消費者之壓力，使企業經營者逐漸樂於或不得被迫採用。⁷⁹此外，定型化契約範本在經過一定試用期間之後，中央主管機關即得依各該範本之使用情形及效果，於斟酌企業經營者之意見後，進一步規定各該應記載事項及不得記載之事項，產生法律上之拘束力。⁸⁰

惟應注意者，行政機關所擬訂之各種定型化契約範本，理論上雖然較能兼顧企業經營者與消費者雙方之權益，惟因其性質上畢竟仍屬私法上之約定，從而亦不能免於法院之審查。亦即於法院審查後，仍有被宣告不生效力之可能。⁸¹

經由十餘年來之努力，截至 2011 年 6 月底為止，行政院消費者保護委員會網站中所公告之定型化契約範本，總計已有 11 大類、85 種，詳如下表：

表 2-1：各類定型化契約範本彙整表

類 型	範 本
01.文教補習類	汽車駕駛訓練定型化契約範本
	短期補習班補習服務契約書範本
	海外旅遊學習（遊學）定型化契約範本
	海外留學定型化契約範本
	網際網路教學服務定型化契約範本
02.休閒旅遊類	國內渡假村會員定型化契約範本
	國內旅遊定型化契約範本
	海外渡假村會員卡(權)定型化契約範本
	觀光旅館業個別旅客直接訂房定型化契約範本
	旅館業個別旅客直接訂房定型化契約範本
	民宿個別旅客直接訂房定型化契約範本
	國內個別旅遊定型化契約書範本
	國外個別旅遊定型化契約書範本
	觀光遊樂業遊樂服務契約範本
	國外旅遊定型化契約範本
03.車輛房屋類	中古汽車買賣仲介定型化契約範本
	成屋買賣契約書範本

⁷⁹ 詹森林，前揭註 1 引書，頁 8；楊淑文，定型化契約條款相關規定適用之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告（計畫編號 NSC92-2414-H-004-058），2005 年 3 月 16 日，頁 53。

⁸⁰ 吳瑾瑜，前揭註 72 引書，頁 24-25。

⁸¹ 詹森林，前揭註 1 引書，頁 9；楊淑文，前揭註 79 引書，頁 55。

	預售屋買賣契約書範本
	汽車買賣定型化契約範本
	中古汽車買賣定型化契約範本
	房屋委託租賃契約書範本
	房屋租賃契約書範本
	個人購車及購屋貸款定型化契約範本
	不動產委託銷售契約書範本
	預售停車位買賣契約書範本
	小客車租賃定型化契約範本
	自用汽車保險定型化契約範本
	汽車維修服務定型化契約範本
04.金融保險類	個人網路銀行業務服務定型化契約範本
	活期（儲蓄）存款契約附屬金融卡定型化契約範本
	傳統型個人人壽保險定型化契約條款範本
	電子票證定型化契約範本
	信用卡定型化契約範本
	住宅火災保險基本條款及要保書填寫說明
	金融機構保管箱出租定型化契約範本
05.保育教養類	養護(長期照護)定型化契約範本
	安養定型化契約
	安親班定型化契約附件
	安親班定型化契約範本
	直轄市、縣(市)政府轉介安置身心障礙者托育養護契約書範本
	機構服務身心障礙者契約書範本
	一般護理之家（委託型）定型化契約範本
	一般護理之家（自用品）定型化契約範本
06.運輸通信類	固接連線網際網路接取服務定型化契約範本
	計時計次停車場公告事項範本
	遊覽車租賃定型化契約範本
	國際機票交易重要須知範本
	行動電話業務服務契約範本
	國內線航空乘客運送定型化契約範本
	國內線航空公司網路訂票須知範本
	撥號連線網路接取服務定型化契約範本
	路外停車場租用定型化契約範本

	公路汽車〔市區〕汽車客運業旅客運送定型化契約範本
	機車租賃定型化契約範本
	搬家貨運定型化契約範本
	臺北市聯營公車「敬告乘客」條款
	高雄市公共汽車管理處「敬告乘客」條款
	交通部臺灣鐵路管理局——車站旅運服務規約
07.電視育樂類	錄影節目帶出租業者與會員間定型化契約範本
08.電腦電器類	電器買賣定型化契約範本
	線上遊戲定型化契約範本
09.醫療保健類	瘦身美容定型化契約範本
	手術麻醉同意書及住院須知之契約
	手術麻醉同意書及醫院住院須知參考範例
	產後護理機構及坐月中心定型化契約範本
	臍帶血保存定型化契約範本
10.殯葬禮儀類	生前殯葬服務定型化契約範本（自用型）
	生前殯葬服務定型化契約範本（家用型）
	殯葬服務定型化契約範本
	納骨塔位使用權買賣契約範本
11.其他	高爾夫球場（公司經營型）招募會員定型化契約書範本
	高爾夫球場（會員經營型）招募會員定型化契約書範本
	移民服務定型化契約範本
	套書（百科全書等）、語言錄音帶及教學錄影帶買賣定型化契約範本
	洗衣定型化契約範本
	婚紗攝影(禮服租售及拍照)契約範本
	職業介紹服務定型化契約範本
	系統保全服務定型化契約範本
	駐衛保全定型化契約範本暨說明
	健身中心定型化契約範本
	電業消費性用電服務契約範本
	社區污水處理設施受託操作服務定型化契約範本
	自來水事業消費性用水服務契約範本
	跨國（境）婚姻媒合書面契約參考範例
	家用液化石油氣供氣定型化契約範本

4. 行政處分：定型化契約之事前核准制度

所謂行政處分，依行政程序法第 92 條第 1 項之規定，原則上「係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」學說上認為⁸²，以行政處分之手段，對定型化契約進行規制之情形，至少有以下兩種：(1) 定型化契約之事前核准制度；(2) 地方主管機關之事後行政監督措施，其中尤以「定型化契約之事前核准制度」為要。

所謂「定型化契約之事前核准制度」，則係指企業經營者使用定型化契約前，需先經由目的事業主管機關加以審核，經核准通過後始得使用之制度。⁸³學說上對於此種規制方式之有效性，多半予以肯認。⁸⁴

典型之例子為保險法第 144 條第 1 項之規定：「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。」主管機關（原為財政部，現已改為行政院金融監督管理委員會）據此乃訂有「保險商品銷售前程序作業準則」，全文共計 32 條。其中第 16 條第 1 項及第 17 條第 1 項分別規定：「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。」「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。」保險業者若違反上開法令之規定，銷售未經主管機關核准之保險商品者，主管機關除得依據保險法第 171 條之規定，對其處以新臺幣六十萬元以上三百萬元以下罰鍰，並得撤換其核保或精算人員之處罰外，亦得依同法第 149 條之規定，作成一定之不利處分（例如限制其營業或資金運用範圍、命其停售保險商品或限制其保險商品之開辦、命其解除經理人或職員之職務、甚至解除董（理）事、監察人（監事）職務或停止其於一定期間內執行職務等）。

在上述嚴格的行政規制下，幾乎所有的保險定型化契約事前均經中央主管機關之審核，主管機關即得藉由不予核准之方式，排除不利於相對人之契約條款。惟此種事前核准之規制方式，一方面，如欲將之推廣至各種行業之中，有其事實上之困難，另一方面，由於保險業者違法銷售未經主管機關核准之保險商品之法律效果，僅係行政法上之責任，至於其與消費者間已締結之保險契約，是否因此即屬違反法律之強制規定而無效，尚非無疑。⁸⁵

⁸² 胡華泰，前揭註 73 引書，頁 55-56。

⁸³ 詹森林，前揭註 1 引書，頁 9。

⁸⁴ 王澤鑑，消費者的基本權利與消費者保護，收於氏著，民法學說與判例研究（三），1994 年 10 月，頁 24；楊淑文，前揭註 79 引書，頁 53。

⁸⁵ 楊淑文，前揭註 79 引書，頁 53-54；胡華泰，前揭註 73 引書，頁 55-56。

附帶一提者，所謂「地方主管機關之事後行政監督措施」，依學說所見，則係指消費者保護法第 36 條：「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。」及第 58 條：「企業經營者違反主管機關依第 36 條……規定所為之命令者，處新臺幣六萬元以上一百五十萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」之規定，使主管機關事後對於已經發生之具體事件進行監督。實務上曾經發生之例，如台北縣政府於 2009 年時，針對某影城禁止觀眾攜帶外食之定型化契約，即認其有違誠信原則而援引上開規定，限期要求業者改善。⁸⁶

5. 法規命令：消保法施行細則及「應記載及不得記載之事項」

(1) 消費者保護法施行細則

依消費者保護法第 63 條規定，行政院於 83 年 11 月 2 日訂定發布消費者保護法施行細則。該細則第 1 章第 2 節以下，亦有就定型化契約問題有所規定。其中，第 12 條至第 15 條分別規定：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」、「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」、「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」、「定型化契約記載經中央主管機關公告應記載之事項者，仍有本法關於定型化契約規定之適用。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。」

(2) 「應記載及不得記載之事項」之概念及內容

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。」從而主管機關得就特定行業，公告應記載及不得記載事項。且依同法第 17 條第 2 項及同法施行細則第 15 條第 2 項之規定，若企業經營者所使用之定型化契約條款，違反主管機關所公告之不得記載事項時，該定型化契約條款會產生「無效」之效果；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「仍構成契約之內容」。從而行政機關所制訂之「應記載或不得記載之事項」，得以超越當事人之意思，依法當然成為當事人契約內容。

截至 2011 年 10 月上旬為止，行政院消費者保護委員會網站中所公告之各類「應記

⁸⁶ 台北縣政府 98 年 4 月 9 日北府法消字第 0980275580 號函，轉引自胡華泰，前揭註 73 引書，頁 57。

載及不得記載事項」，總計已有 12 大類、56 種，詳如下表⁸⁷：

表 2-2：各類定型化契約應記載及不得記載事項彙整表

類 型	應記載及不得記載事項
01.文教補習類	汽車駕駛訓練定型化契約應記載及不得記載事項
	短期補習班補習服務契約書應記載及不得記載事項
	海外留學契約應記載及不得記載事項
	海外旅遊學習契約應記載及不得記載事項
02.休閒旅遊類	國內旅遊定型化契約應記載及不得記載事項
	國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項
	觀光遊樂業遊樂服務契約應記載及不得記載事項
03.車輛房屋類	預售停車位買賣定型化契約應記載及不得記載事項
	個人購車及購屋貸款定型化契約應記載及不得記載事項
	不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項
	預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項
	汽車買賣定型化契約應記載及不得記載事項(附說明)
	汽車買賣定型化契約應記載及不得記載事項
	小客車租賃定型化契約應記載及不得記載事項
	汽車維修服務定型化契約應記載及不得記載事項
	自用汽車保險定型化契約應記載及不得記載事項
	中古汽車買賣定型化契約應記載及不得記載事項
	中古汽車買賣定型化契約應記載及不得記載事項
04.金融保險類	電子票證定型化契約應記載事項及不得記載事項
	信用卡定型化契約應記載及不得記載事項
	金融機構保管箱出租定型化契約應記載及不得記載事項
05.保育教養類	安養定型化契約應記載及不得記載事項
06.運輸通信類	搬家貨運定型化契約應記載及不得記載事項
	路外停車場租用定型化契約應記載不得記載事項
	公路(市區)汽車客運業無記名票證定型化契約應記載及不得記載事項
	預付型交通電子票證定型化契約應記載及不得記載事項
	國內線航空乘客運送定型化契約應記載及不得記載事項
	公路汽車客運業旅客運送定型化契約應記載及不得記載事項
07.電視育樂類	電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項
	有線廣播電視系統經營者／有線播送系統定型化契約應記載及不得記載事項

⁸⁷ <http://www.cpc.gov.tw/contract.asp?NoticeType=1176> (最後瀏覽日，2011/10/10)

08.電腦電器類	<u>電器買賣定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>零售業等網路交易定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>線上遊戲定型化契約應記載及不得記載事項</u>
09.醫療保健類	<u>產後護理機構及坐月子中心定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>臍帶血保存定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>瘦身美容定型化契約應記載事項及不得記載事項</u>
10.殯葬禮儀類	<u>生前殯葬服務定型化契約（自用型）應記載及不得記載事項</u>
	<u>生前殯葬服務定型化契約（家用型）應記載及不得記載事項</u>
	<u>殯葬服務定型化契約應記載事項及不得記載事項</u>
11.其他	<u>移民服務定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>健身中心定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>網路交易定型化契約應記載及不得記載事項指導原則</u>
	<u>洗衣定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>郵購買賣食品（例如年菜等）定型化契約應記載及不得記載事項指導原則</u>
12.禮券	<u>娛樂漁業禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>餐飲業等商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>電影片禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>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</u>
	<u>菸酒商品禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>休閒農場商品兌換券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>瘦身美容業商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>路外停車場回數票禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>民宿商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>圖書禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>旅館業商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>觀光旅館業商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>
	<u>體育場館業發行商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項</u>

(3)「應記載及不得記載之事項」之性質

中央主管機關所制訂之各類「應記載或不得記載之事項」，性質上究竟應該如何定性，學界目前見解不一，基本上可分為以下兩說：

A. 一般處分說

行政程序法第 92 條第 2 項前段規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。」準此，只要作為處分內容之事實關係具體明確，且其相對人可依一般性特徵確定其範圍為確定或可得確定之多數人，即可認定其為所謂「一般處分」，而得適用行政處分有關之規定。

中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項之規定，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，非但係行政機關就公法上具體事件所為之單方公權力措施，而已對外直接發生法律效果，且係針對「特定行業」之「定型化契約」所為，而依「特定行業」此項「一般性特徵」，已可得確定相對人之範圍為該行業使用定型化契約之企業經營者，故應認為此類公告屬於行政處分中之一般處分。⁸⁸

B. 法規命令說

至於主張法規命令說之學者則認為，依行政程序法第 150 條第 1 項之規定，凡是「行政機關基於法律授權，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」，性質上均應屬於法規命令。而中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定之授權，選擇特定行業公告其定型化契約應記載或不得記載之事項，係行政機關依據法律之授權，對不特定之多數人就一般事項所為之抽象規定，且其法律效果已由法律明訂為「仍構成契約之內容」與「無效」，並非行政機關所得決定。況且法規命令之效力具有持續性，對於企業經營者於法規公布後作成之定型化契約仍有效力，而一般處分之效力則顯然僅能及於公告當時之特定業者，就此而言，若將應記載或不得記載之事項之性質論斷為一般處分，顯非妥當。⁸⁹

C. 爭論實益

在行政法學上，行政處分內容具體、對象特定、且係實施一次即已完成；而行政命令之特徵則在於內容一般而抽象、對象不特定、且係反覆實施。至於一般處分（又可區分為「對人之一般處分」及「對物之一般處分」）之性質，原本即介於行政處分與行政命令之間，其特徵則在於內容同係具體、且亦係實施一次即已完成，惟其對象則需依賴「一般性特徵」始得特定。上開這幾項概念之比較，可參見下表。⁹⁰上述概念在實務之運用上，難免有其模糊地帶。

表 2-3：行政命令及行政處分比較表

⁸⁸ 持此說者如廖義男，監督定型化契約之法規競合與適用之研究，行政院消費者保護委員會，1996 年 9 月，頁 29。

⁸⁹ 持此說者如劉宗榮，前揭註 37 引書，頁 147。

⁹⁰ 參見吳庚，前揭註 95 引書，頁 322-324。

	內容	相對人	持續性
行政命令	一般、抽象	不特定	反覆實施
行政處分	具體、確定	特定	一次完成
對人之一般處分	具體、確定	可得特定	一次完成
對物之一般處分	具體、確定	不特定	可能反覆發生

至於法規命令與一般處分之區分實益，則有下列二項：

(A) 違法之效果：一般處分之違法瑕疵，除因已達無效程度而自始、當然、確定無效者外，原則上均僅係得撤銷，而使其溯及失效（行政程序法第 110 條、第 118 條參照）；至於法規命令如有違法，則應屬無效（行政程序法第 158 條參照），且此所謂之無效，原則上應係指自始、當然、確定之無效⁹¹。

(B) 救濟管道：對一般處分如有不服，得以訴願、行政訴訟等方式予以救濟；至於不服法規命令者，現行法上尚無得以訴願、行政訴訟等方式宣告其無效之可能，僅能於符合法定要件之情形下，循聲請大法官釋憲之途徑予以救濟。

從而主管機關依據消費者保護法之授權，選擇特定行業公告其定型化契約「應記載或不得記載之事項」，性質上如被認定為係法規命令時，不僅具有持續性、一般性之效力，且受規範者縱有不服，亦無從循行政救濟途徑宣告其無效，從而其規範效果較為強大，此係其優點之所在，惟正因法規命令具有如此強大之拘束力，從而在依法行政原則之要求下，不僅需要有形式意義之法律之授權作為其基礎，且此一授權更需符合「授權明確性原則」之要求。依過去大法官歷來解釋之意旨，其授權之目的、內容及範圍必須明確，否則即有可能違反「授權明確性原則」之要求，而被宣告違憲。

反之，「應記載或不得記載之事項」，性質上如被認定為係一般處分時，固然無須受到「授權明確性原則」要求之限制，惟其一方面容有可能因受規範者之不服，而於行政訴訟過程中被法官拒絕適用，從而造成「事實上」「無效」之情形，另一方面，在論理上，也難以解決其「拘束力如何及於處分作成後之定型化契約」之難題。

D. 實務立場：傾向法規命令說（法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函）

⁹¹ 行政命令如有違法，其法律效果為何，比較法上向有無效主義及撤銷主義兩種立法例。其中所謂撤銷主義，係指向將來失其效力而言。學說上認為，我國因受德國法制影響，傾向於採無效主義，參見吳庚，前揭註引書，頁 286-287；陳敏，行政法總論，7 版，2011 年 9 月，頁 532。至於違憲審查實務上，大法官對於違法之法規命令，時常可見不逕予宣告無效，而改採「向後、定期失效」宣告模式的例子（例如釋字第 443 號及第 450 號解釋）。惟此畢竟係因基於法安定性考量所為之例外情形，其與立法上現行法制所採取之「無效主義」，應屬二事。

目前法院實務上，依研究團隊檢索資料，無論是最高行政法院抑或最高法院，似乎均未就此問題作成正式判例或決議。惟法務部於 95 年 9 月 21 日時以**法律字第 0950035512 號函**回覆行政院消費者保護委員會時，曾明確表示，「消費者保護法第 17 條第 1 項所定『定型化契約記載事項』屬行政程序法所稱『法規命令』」，其所持之理由則在於：「……消費者保護法第 17 條第 1 項規定……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效律效果，屬實質意義之法規命令……。」

或許因為此一見解之影響，目前行政實務上就「應記載或不得記載之事項」之訂定方式與程序，多係由中央主管機關預先擬訂定型化契約範本，提供企業經營者作為參考用，並於試行一段時間，各方取得共識後，再由主管機關召開公聽會等程序，就定型化契約範本之內容，選取各該條款作為「應記載或不得記載之事項」，再加以公告之，始生消費者保護法第 17 條第 2 項規定之效力。就此程序觀之，與法規命令之訂定方式基本相同。

其次，行政院消費者保護委員會之網站上，有關「應記載或不得記載之事項」之歸類，係置於「消保法規」項目下，而非「行政指導」項目；反之，「定型化契約範本」則係「行政指導」之項目。兩相對照之下，似可推知行政院消保會似乎傾向於將之定性為**法規命令**。

E. 本研究計畫之立場：法規命令說

綜觀上述討論，研究團隊認為，雖然「一般處分說」之見解，較能賦予相對人（亦即企業經營者）於個案中訴請法院救濟之道，惟無論從立法者之原意、目前行政實務上，乃至於學界多數說之見解，似仍以「法規命令說」為主。後者之見解雖對企業經營者之契約自由有所限制，惟就消費者保護法之立法目的來說，原本即在於保護消費者權益，以促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，況且縱將「應記載或不得記載之事項」定性為「法規命令」，而使受限制之企業經營者無法於具體案件中尋求法院之救濟，惟其仍可透過嗣後聲請大法官釋憲之途徑，審查此等規定是否違法或違憲。有鑑於此，本研究計畫對此亦採「法規命令說」之立場。

(4) 學界對於「應記載或不得記載之事項」規制方式可行性之評價

學界目前對於「應記載或不得記載之事項」之規制方式，評價正反不一。有的學者肯定「應記載或不得記載之事項」在定型化契約管制上具有重大意義，使行政機關所制訂之較公平之約款，得以成為當事人之權利義務內容，使其背後所據有之公平正義內

涵，得以再次實現。因此與德國 2002 年債法修正時，將某些和當事人權利義務關係重大規定強制適用於當事人所訂定之契約之中，不許當事人以任何方式作較不利於某一方約定，實有異曲同工之妙。⁹²

惟亦有學者持不同見解而認為，此種行政規制方式對於私法自治及契約自由之影響甚鉅，行政機關如毫無節制地詳盡公告應記載或不得記載之事項（尤其是應記載事項足以積極使各類無名契約趨於模範契約之型態），將使契約之適用喪失其原本應有之彈性，亦將與自由經濟體制之運作原理背道而馳，故實應審慎為之。⁹³

此外，亦有學者歸納指出，「應記載或不得記載之事項」之行政規制方式，施行迄今已遭遇許多困難，有待克服：（一）採正面表列方式，耗費大量行政資源；（二）部分目的事業主管機關不配合；（三）企業經營者抵制；（四）法院未必完全支持所有「應記載或不得記載之事項」之內容，亦值注意。⁹⁴

6. 行政規制之界限：比例原則、法律保留及授權明確性原則

行政規制之本質既然係行政行為，因此，一般的行政行為所會受到的限制，例如各項行政法上基本原理原則之拘束，理論上，同樣應該可以適用到定型化契約之行政規制上。其中，應該又以比例原則及法律保留原則最為重要。

（1）比例原則

首先，就**比例原則**（又稱為**禁止過度原則**）的角度來說，憲法上之依據係第 23 條之規定。所謂比例原則，其下又可再細分為適當性原則、必要性原則及狹義比例原則（又稱衡量性原則）。行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」即係上開比例原則之具體規定。

如前之所述，國家基於保護消費者之公益目的，甚至保護義務，而欲對企業經營者運用定型化契約之契約自由加以限制時，勢必涉及到「手段」（限制企業經營者之契約自由）與「目的」（保護消費者）之間是否顯失均衡、以及「消費者生命、身體、健康等基本權利」與「企業經營者之契約自由」兩者間產生衝突時，應如何予以「取捨」之問題。從而如欲檢視定型化契約之行政規制手段之合法性時，勢必無法迴避比例原則之要求。另一方面，比例原則之運用，其實也是藉由「和諧化」方式，妥善解決消費者及企業經營者彼此間之基本權利衝突問題之道。

⁹² 楊淑文，前揭註 79 引書，頁 54；吳瑾瑜，前揭註 72 引書，頁 25。

⁹³ 王澤鑑，債法原理：基本理論，2009 年 9 月，頁 108；胡華泰，前揭註 73 引書，頁 65-66、83。

⁹⁴ 吳瑾瑜，前揭註 72 引書，頁 28-32。

(2) 法律保留及授權明確性原則

其次，就法律保留原則來說，所謂法律保留原則，係指行政機關如無法律之授權作為基礎，即不能合法的作成行政行為，尤其是涉及干預人民基本權利之事項，尤其要受到法律保留原則之限制，此又稱為「干預保留」。法律保留原則之要求，首先，可見於憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」規定，其中所謂對「以上各條列舉之自由權利」「得以法律限制之」，即相當於「干預保留」。此外，中央法規標準法第 5 條及第 6 條：「左列事項應以法律定之：……二、關於人民之權利、義務者」、「應以法律規定之事項，不得以命令定之」，亦係現行法上關於法律保留原則之具體規定。⁹⁵

惟值注意者，由於「法律對於有關人民權利義務之事項，不能鉅細靡遺，一律加以規定，其屬於細節性、技術性者，法律自得授權主管機關以命令定之，俾便法律之實施。行政機關基於此種授權發布之命令，其內容未逾越授權範圍，並符合授權之目的者，自為憲法之所許」（釋字第 360 號解釋理由書參照），換言之，所謂「法律保留」原則，概念上其實並不能等同於「國會保留」（狹義之法律保留），只要立法者的授權足夠明確，一定程度上仍然容許立法者在部分授權行政機關藉由行政命令予以補充。從而從「法律保留」原則其實又可推導出「授權明確性」原則之要求。⁹⁶

我國釋憲實務上有關法律保留原則及授權明確性原則之闡釋甚多。舉其重要者，在法律保留原則方面，大法官在**釋字第 443 號解釋**中，仿效德國之「層級化保留體系」，針對不同事物領域，就我國憲法上之「法律保留原則」具體建構出憲法保留、絕對法律保留、相對法律保留及非屬法律保留範圍等不同層級之要求。該號解釋理由書指出：「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障……至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。」

其次，在授權明確性原則方面，釋字第 394 號解釋理由書指出：「對於人民違反行政法上義務之行為科處裁罰性之行政處分，涉及人民權利之限制，其處罰之構成要件及

⁹⁵ 吳庚，前揭註引書，頁 92-93。

⁹⁶ 許宗力，論法律保留原則，收於氏著，法與國家權力（一），2006 年 8 月，元照初版，頁 117 以下。

法律效果，應由法律定之。若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，授權之內容及範圍應具體明確，然後據以發布命令，始符憲法第二十三條以法律限制人民權利之意旨，本院釋字第三一三號解釋可資參照。準此，凡與限制人民自由權利有關之事項，應以法律或法律授權命令加以規範，方與法律保留原則相符。故**法律授權訂定命令者，如涉及限制人民之自由權利時，其授權之目的、範圍及內容須符合具體明確之要件；若法律僅為概括授權時，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；惟依此種概括授權所訂定之命令祇能就執行母法有關之細節性及技術性事項加以規定，尚不得超越法律授權之外，逕行訂定制裁性之條款。**」準此，立法者於法律中如欲授權行政機關訂定行政命令時，雖非憲法所不許，但必須視其所涉及事項之不同，遵守以下兩種寬嚴不同要求，方屬合憲：

(1) 立法者就「**執行母法有關之細節性及技術性事項**」(換言之，制裁性之條款即不屬之)，得以**概括授權**之方式為之，且此所謂「**立法者之授權意旨**」，只要法院能依一般法律解釋方法，從**該項法律整體所表現之關聯意義為判斷**，可得明確瞭解立法者授權之目的、內容及範圍何在，即為已足，而無庸明示地具體規範於授權之母法中；⁹⁷

(2) 至於就**涉及限制人民自由權利、但非屬剝奪人民生命或限制人民身體自由之事項**(剝奪人民生命或限制人民身體自由之事項，依憲法之規定，原則上應由法律自行加以規定而不得授權)，立法者如欲授權行政機關訂定法規命令予以規制時，其**授權之目的、內容及範圍**，則均須具體明確。⁹⁸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。例如刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定原則，以制定法律之方式規定之。**法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之母法規定中得以預見其行為之可罰，其授權始為明確**，方符刑罰明確性原則(釋字第522號解釋理由書參照)。

大法官運用上述授權明確性原則要求宣告特定授權規定無效的例子頗多，往者不論，近者可參見釋字第680號解釋。該號解釋所宣告違憲之懲治走私條例第2條第1項及第3項分別規定：「私運管制物品進口、出口逾公告數額者，處七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。」「第一項所稱管制物品及其數額，由行政院公告之。」大法官認為，懲治走私條例上開規定所科處之刑罰，對人民之自由及財產權影響極為嚴重，卻將有關管制物品之項目及數額等犯罪構成要件內容，全部委由行政院公告之，既未規定為何種目的而為管制，亦未指明於公告管制物品項目及數額時應考量之因素，且授權之母法亦乏其他可據以推論相關事項之規定可稽，必須從行政院訂定公告之「管制物品項目及其數額」中，始能知悉可罰行為之內容；另縱由懲治走私條例整體觀察，亦

⁹⁷ 學說上根據德國學者之見解，又將此稱為「二號明確性公式」，參見許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，收於氏著，註96引書，頁253以下。

⁹⁸ 學說上則將此稱為「一號明確性公式」，參見許宗力，註96引書，頁253以下。

無從預見私運何種物品達何等數額將因公告而有受處罰之可能。從而此一授權規定已屬**授權不明確**之情形，而與憲法保障人民權利之意旨不符，故應自該解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時，失其效力。

至於本研究計畫所欲檢討的對象：「應記載或不得記載之事項」，是否符合法律保留及授權明確性原則之問題，首先，目前主管機關之所以得訂定「應記載或不得記載之事項」，原係依據消費者保護法第 17 條第 1 項：「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」規定之授權。換言之，立法者係以「概括授權」之方式予以授權。

其次，依同條第 2 項之規定：「違反前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。」換言之，企業經營者所訂定之定型化契約條款如有違反主管機關所公告之「應記載或不得記載之事項」者，其法律效果僅係該契約條款無效，性質上僅影響私法上之法律關係而宜，尚不生行政責任或刑事責任之制裁。

依前述大法官所例示之審查標準，「應記載或不得記載之事項」雖因業已涉及企業經營者與消費者間之契約自由，而難謂純然僅係「**細節性及技術性事項**」，惟本研究計畫認為，由於此類規定並未伴隨類似行政罰鍰甚或刑事制裁等制裁性之條款，且其所涉及之自由及權利又僅係契約自由、而非類似人身自由等重大基本權利，從而其性質應係介於上述兩種寬嚴不同的授權明確性原則要求之間，而**容有仍屬合憲之可能**。

至於現行消費者保護法第 17 條之規定是否應予修法之問題，本研究計畫認為，長期來看，如有可能透過修法將現行消費者保護法第 17 條規定之授權目的、內容或範圍（至少授權目的）盡可能予以明確化，藉此杜絕疑慮，當然是解決問題之上上策。

然而有鑑於本法所欲規範之消費行為種類繁多，「從事物的性質而言，有些事項固然適合由法律詳細規定，但對於許多事物，鉅細靡遺的立法，往往失之僵化，反而阻礙立法目的的達成；尤其在需要高度專業技術，或必須即時應變的領域，賦予行政機關訂定命令，更能增進公共利益」⁹⁹，本研究計畫認為，在實務上尚未累積足夠案件類型，據以作為明確規定此一授權內容及範圍之基礎前，貿然要求應於現行消費者保護法第 17 條中明確予以規定，不僅立法技術上恐有困難，且若驟然遽認如此即有違授權明確性原則之要求，恐怕亦屬過於嚴苛之要求。從而衡諸本法所欲規範之事物性質複雜而多端，解釋上仍應認為，如因立法技術上一時間容有困難而無法明確規定上開規定之授權內容及範圍，現行消費者保護法第 17 條之規定仍屬合憲。

⁹⁹ 釋字第 680 號解釋賴英照、林子儀大法官共同提出之協同意見書中，針對多數意見不分立法者所欲規範之事物性質，一概以「可預見性」作為是否符合授權明確性原則之審查標準，即據此提出質疑，可供參考。

惟若不予修法而仍予維持現行規定，則應強化各主管機關訂定「應記載或不得記載之事項」之正當法律程序要求，亦即各主管機關於訂定「應記載或不得記載之事項」前，除應符合法規命令一般所應遵循之格式及發布等程序要求外，如無事實上之困難，更應盡可能踐行預告、公聽，甚或聽證等程序，以藉由程序正當性之強化，補強實體上正當性之疑慮。

第三章 外國有關定型化契約之立法規範

一、歐盟

(一) 歐盟有關消費者保護的主題

依「歐洲聯盟運作方式條約 (The Treaty on the Functioning of the European Union)」第 169 條第 1 項之規定，為促進消費者利益與確保高標準的消費者保護，聯盟應致力於保護消費者的健康、安全與經濟利益，同時亦致力於促進其等對於資訊、教育與自我組織之權利，以保障其利益¹⁰⁰。因此，在政策上，歐盟於下列各項重要主題，採取各種有利於保護消費者的措施：

首先，係有關消費者之一般法律架構與優先性，其次則有消費者資訊、消費者安全、消費者經濟與法律利益之保護，以及產品責任與包裝。依照歐盟的整理，上開主題可再細分為若干子題如下圖所示¹⁰¹。

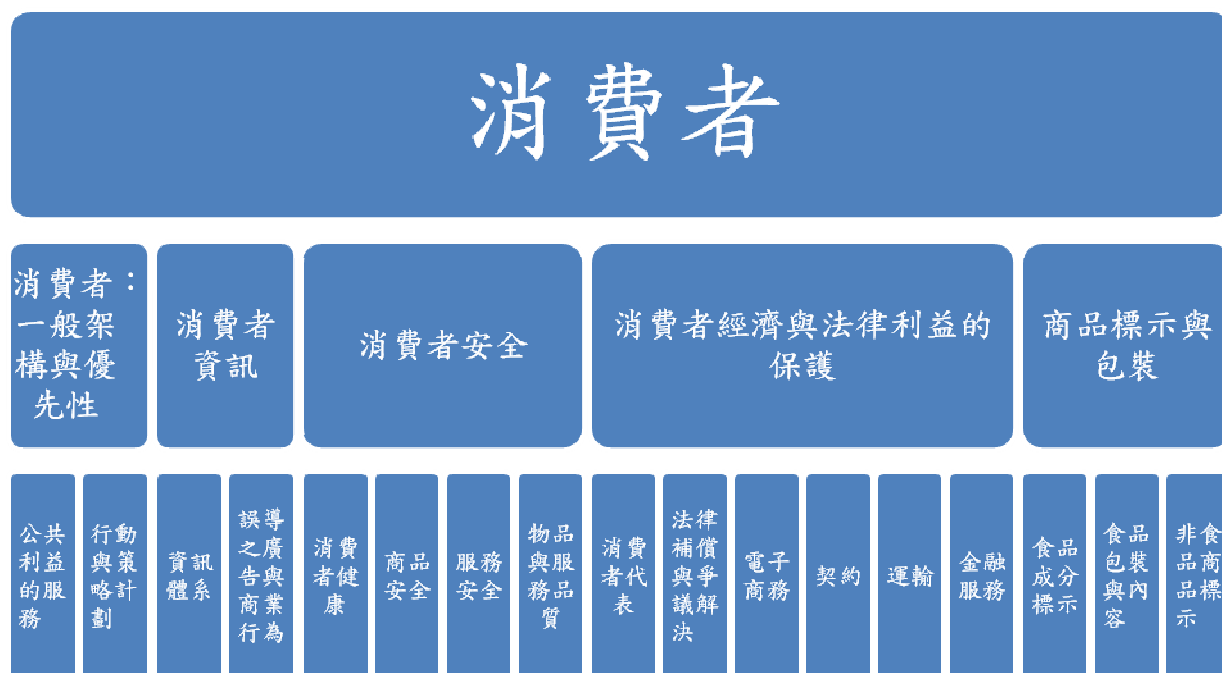


圖 3-1 歐盟消費者保護重要主題分類¹⁰² (本計畫自行繪製)

¹⁰⁰ 關於條文，請參閱 Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the European Union: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:EN:PDF> (最後瀏覽日，2011/5/5)

¹⁰¹ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/index_en.htm (最後瀏覽日，2011/5/5)

¹⁰² 本計畫繪製。另可參考兩岸及先進國家消費者保護制度之比較研究，結案報告，行政院研究發展考核委員會補助，行政院消費者保護委員會委託辦理，受委託單位：玄奘大學，民國 99 年 11 月，頁 24。

（二）歐盟有關消費者保護的規範

針對如上圖所示有關消費者保護的重要主題、子題，歐盟自行整理出相關的規範成果，茲簡要介紹如下：

1. 在一般架構與優先性方面¹⁰³

歐盟為了保護消費者權利，已建立了一個特別的法律架構，包括採取了一個行動策略以及約 1 億 6 仟歐元的財政計畫。

在政治與金融架構部分，最重要的是歐盟議會及部長理事會通過了一項建立消費者政策行動計畫的決議，以取代於 2004 年至 2007 年間執行的決議。此一計畫的主要目的在補充、支持與監督各會員國政策，並致力於前述歐盟運作條約第 169 條第 1 項規定的要求。此外，為在整個歐盟建立相同水準的安全與保護以及更為整合的內部市場，歐盟執委會制定 2007-2013 歐盟消費者政策。

在金融服務部分，因個別的金服務是歐盟人民每日生活的重要部份，故於 2007 年 4 月 30 日乃針對個別消費者說明之金融服務提出一綠皮書，以統合金融服務的程序，建立一個真正的單一市場。

在公共利益的服務部分，歐盟則區分該公共利益究為經濟利益服務（如郵政服務、電信、運輸服務等）或非經濟利益服務（如警察、司法等），異其適用的規範。

2. 在消費資訊方面¹⁰⁴

資訊對於消費者作成選擇乃一決定性因素，也影響消費者興趣與對商品、服務的信心。歐盟有許多提供消費者可靠資訊與幫助解決所遭遇困難的工具與網絡。同時，當有企業經營者採取不公平交易手段或誤導廣告時，也有許多規定能夠保護消費者。

在資訊網絡的部分，歐盟為改善有關申訴的統計結果，對於消費者申訴與詢問的分類甚為重視。其次，為了使歐盟市場銷售的物品或服務得到消費者信賴，執委會為歐盟市場創造一個新的監督機制，即單一市場滿意度監督。2005 年 1 月，歐盟消費者中心網絡成立，其主要目的包括：提供資訊使消費者於購買物品與服務時能對其權利與義務有充分了解、回覆來自於消費者有關資訊的要求、於有申訴的場合，針對消費者與企業經

¹⁰³ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/general_framework_and_priorities/index_en.htm (最後瀏覽日，2011/5/6)

¹⁰⁴ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_information/index_en.htm (最後瀏覽日，2011/5/6)

營者的契約給予協助與支持、必要時，幫助發生爭議的消費者。消費者的健康與安全一再為歐盟所強調，故於內部市場流通的商品須合乎一般安全性要求；此外，歐盟也引進一快速警示系統，以因應會對消費者造成高度風險的商品。食品安全亦甚為歐盟所重視，故食品法律的一般原則於 2002 年即通過審查，並為歐洲食品安全局的法源。內部市場難題解決系統，能夠協助解決因公權力機關不正確適用內部市場之規定所產生的紛爭，故歐盟公民與企業能夠為其難題，覓得快速與有效率之法院外解決方式。至於有關各會員國間的法律系統、起訴、訴訟扶助等問題，則可透過民商事歐洲司法網絡得到相關資訊。歐盟目前有 27 個會員國，正式的官方語言達 23 種，故如何使內部市場的消費者能正確獲得資訊，語言自然重要。就此，歐盟對於消費資訊的語言使用，亦有處理。

在誤導之廣告與行為部分，則有關於不公平商業行為、誤導及比較廣告等規定。前者禁止企業於面對消費者時使用不公平商業行為；後者則管制比較廣告並保護消費者、其他與商業、工業或專業活動有關之人以及一般公共利益免於誤導廣告與其不公平結果。

3. 在消費者安全方面¹⁰⁵

為了保障消費者健康，可適用於在內部市場流通之商品與服務的嚴格標準，係屬要事。歐盟針對可適用於服務、食品與非食品商品，設有一般安全規則，供商品、服務之製造商與供應商遵循。這些規定與為了分析、避免風險以及處理危險情況而設計的監督與警示工具有關。

在消費者健康部分，有食品安全的一般原則、歐盟食品安全機關以及相關程序。此外，針對與基因改造生物之食品、新穎食品與食品成分等，均有相關規定。

在商品安全部分，大體上可區分為一般條款與特別條款，前者包含商品安全的一般規定、商品行銷、商品責任等；後者則包括玩具安全、與食品類似之危險商品、影音遊戲使用者之保護、醫療設備、室外設備的噪音標準等。

在服務安全部分，包括與旅館火警安全、海事設備安全、鐵路安全以及民用航空要求與程序之調和有關之規定。

而在商品與服務品質部分，主要包括與化妝品商品以及環境品質有關的規定。

¹⁰⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/consumer_safety/index_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/11)

4.在消費者經濟及法律上利益方面¹⁰⁶

歐盟為了保護消費者與職業人士接觸發生爭議時相關經濟、法律利益的保護，設定了許多的規定。特別是，歐盟引進一項對不公平交易行為的禁止規範、加速法院外紛爭解決與小額訴訟的進行，並整合用以終結侵害消費者權益的程序。同時歐盟也建立了一套歐洲資訊網絡以及各國公權力機構的網絡，用以確保消費者立法的有效適用。

值得注意的是，歐盟致力於透過整合適用於特定交易的規則，加強法律安全機制，例如電子商務、特定型態的契約，還有適用於特定部門，如運輸或金融服務的規則。

在消費者代表部分，有關於歐洲消費者諮詢團體的指令。

在法律救濟與紛爭處理部分，則包含了消費者保護的禁制令或不作為請求、歐洲小額訴訟程序、法院外消費者爭議的解決、消費者集體救濟、不公平商業行為、會員國間有關消費者保護的合作、歐洲消費者中心網絡等規範。

在電子商務部分，則有關於電子商務法律面向、適用於以電子方式提供服務之特別安排的加值稅等規範。

在契約方面，則有消費者及企業者之歐洲契約法律綠皮書、有關分時及長期度假商品、消費者權利、消費者信用約定、包括金融服務等之遠距契約、非企業營業地協商訂立之契約、不公平條款、消費者商品販售與保證等規範。

在運輸方面，則有關於套裝旅遊、航空運輸之乘客保護、拒絕登機賠償系統、意外事故之航空業者責任等規範。

在金融服務方面，則有關於支付之新法律架構、跨境歐元支付、對個別消費者之金融服務說明等規範。

5.在產品標示與包裝方面¹⁰⁷

食品標示的目的在於確保消費者對於商品之內容與組成有完整的資訊，藉以保護其等之健康與利益。其他資訊則可對商品其他包含產地或製造方法等面向提供細節。若干的食品，如基因改造、過敏性食物、嬰兒食品或甚至不同的飲品，則會受到特別規則的管制。非食品商品的標示也必須包含特別的資訊，以確保安全使用並使消費者能確實地

¹⁰⁶ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/index_en.htm (最後瀏覽日，2011/5/11)

¹⁰⁷ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/index_en.htm (最後瀏覽日，2011/5/11)

¹⁰⁷ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/product_labelling_and_packaging/index_en.htm (最後瀏覽日，2011/5/11)

行使其選擇權。此外，食品的包裝須依循製造的標準，以避免食品商品的污染。

在食品包裝部分，除關於食品標示、陳述與廣告、包裝尺寸之管制鬆綁、提供給消費者之商品價格、急速冷凍食品等規範外，針對與產地、製程與製造方法有關的品質（如產地標示、有機食品製造與標示）、基因改造生物、新穎食物、營養與過敏原、嬰兒與幼兒食品、減重食品、脂肪肉類、牛奶衍生物、飲品（如天然礦泉水、酒精類飲品）、糖與蜂蜜，以及食品添加物等，均有特別的規範。

在食品包裝與容器部分，除有關有效與智慧包裝、良好製造作法等一般性規範外，針對塑膠、陶瓷、纖維等包裝材質，均有相關規範。

在非食品商品標示部分，則於環保標示、商品能源消耗資訊與標示、辦公設備能源效率、家用品、鞋類標示、化妝品組成、標示與動物試驗、新車油耗與二氧化碳排放資訊等方面，有相關規範。

（三）歐盟對於定型化契約的立法規制

如前所述，歐盟致力於透過整合適用於特定交易，例如電子商務、特定型態契約的規則，加強法律安全機制。為了解歐盟對有關特定交易或商品之契約的管制，以下擬探討歐盟與契約相關的規範。

本計畫將依照相關規範制定時間的先後順序說明，以助於了解歐盟就契約之立法規制在先、後時間所採取立場的遞嬗。此外，就個別規範的內容亦作簡要介紹，可一併作為我國於處理相關問題時的參考。

1. 有關在非企業營業地協商訂立之契約¹⁰⁸

為保護消費者免於受商業行為的不公平對待，歐盟於 1985 年 12 月 20 日制定 85/577/EEC 有關在非企業營業地協商契約之消費者保護指令（Council Directive 85/577/EEC of 20 December 1985 to protect the consumer in respect of contracts negotiated away from business premises）¹⁰⁹。其重要者包括下列各點：

- a. 在指令的適用範圍上，包括契約係於經營者所安排的短途旅遊而非於營業地締結的情形、契約係經營者在非經消費者明確期待而於消費者家中或工作地拜訪而締結，或雖為消費者所邀約，但不知經營者商業行為之內容非消費者所得知的情形等情形。

¹⁰⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132015_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹⁰⁹ OJ L 372 of 31.12.1985

- b. 會員國可以決定針對價金於特定數額以下之契約不適用此指令。
- c. 此指令明確排除特定契約的適用，例如不動產之建築、買賣或租賃契約、保險契約、食品與飲料或其他供家務現時消費且由固定送貨人提供的商品等。
- d. 經營者有義務以書面通知消費者有關得解除契約的權利。當消費者被通知時，其即有 7 日的期間得行使解約權。

2. 有關套裝旅遊契約¹¹⁰

為了使消費者於所屬會員國之外購買的服務能夠獲得最高保證，歐盟於 1990 年 6 月 13 日制定 90/314/EEC 有關套裝旅遊、套裝假期與套裝行程指令（Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours）¹¹¹。其重要者包括下列各點：

- a. 所謂的「套裝」須符合下述兩個要件：所提供的服務須涵蓋超過 24 小時的一段期間，且價格必須包括一切的費用。
- b. 提供給消費者的手冊，須清楚且精確地指出下述資訊：價格、目的地，行程與使用的交通工具、住宿的型態、膳食計畫、護照與簽證要求、健康要求、付款期程，以及行程取消時通知消費者的期限。
- c. 上述於手冊中提及的資訊對於業者具有拘束力。
- d. 在契約締結前，業者必須以書面提供有關護照、簽證以及健康要求。
- e. 在旅程開始前，業者需以書面提供下述資訊：有關中途停留的時間與地點、交通聯絡以及旅客留宿地的詳細情形、有關業者於旅遊所在地代表之姓名、地址與電話號碼或至少緊急電話號碼、有關包含未成年旅客之行程的詳細情形，以及有關任意之保險、援助契約的資訊。
- f. 本指令所規定的條款須於契約中以書面載明。
- g. 消費者得將事先的預訂轉讓給第三人。
- h. 除非契約明示得修改，否則於契約中載明的價格不得變更。即使於契約明示得修改的情況，僅於運輸成本、應付款、稅金或應納費用與匯率有變更時，方得於價格為相應的變動。

¹¹⁰ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132019_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹¹¹ OJ L 158 of 23.12.1992

- i. 如業者明顯變更契約內容，消費者得無條件解約或接受契約之附加條款。
- j. 消費者解除契約或業者取消套裝服務時，消費者有權選擇接受另一套裝服務或由業者退還已付費用，且消費者有權請求因債務不履行所生的損害。
- k. 業者對於契約的不履行或不當履行應負其責，除非消費者有過失或係因不可抗力之原因所致。

3. 有關消費者契約之不公平條款¹¹²--兼論德國法之轉換

為消除企業者與消費者所訂定契約中的不公平條款，歐盟於 1993 年 4 月 5 日制定 93/13/EEC 有關消費者契約不公平條款的指令 (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair contract terms in consumer contracts)¹¹³。其重要者包括：

- a. 此指令不適用於強制規定及會員國或共同體所簽署之國際協議。
- b. 契約當事人雙方非基於協議 (negotiated) 所訂立之條款，若該條款於契約雙方之權利義務顯失公平而對消費者不利益，則為不公平條款，
- c. 於附件例示可能會被認定為不公平條款之清單。
- d. 契約條款是否不公平應衡量包括，契約所涵蓋商品或服務的本質、締約時的所有情狀、該契約或與該契約有關之他契約條款。
- e. 對於契約主要目所為之定義或所提供商品或服務與價格之關係，不得作為衡量契約條款是否不公平的考量。
- f. 對於條款之文義有疑義時，以最有利於消費者之解釋為優先。
- g. 消費者與企業者簽署契約，不受不公平條款的拘束。
- h. 會員國須採取適當的措施以終止不公平條款的使用。

據此，臺灣法制所熟悉的德國，其原用以終止不公平條款之法律為「一般交易條款規制法 Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)」，該法亦為德國作為符合歐盟上開指令要求的轉換措施¹¹⁴。然至 2002 年 1 月 1 日後，因應德國債法現代化修正施行，廢止前開一般交易條款，將實體條文移植

¹¹² http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132017_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹¹³ OJ L 95 of 21.04.1993

¹¹⁴ 有關歐盟會員國對於各指令的轉換或轉化 (transposition)，請詳後述。

至德國新民法第 305 條至 310 條¹¹⁵（譯文¹¹⁶參附件）。

針對定型化契約特有之性質加以規範，如訂入契約、個別商議條款、異常多義條款、契約無效、規避禁止、內容控制、禁止條款、適用範圍等。

4. 有關遠距契約¹¹⁷

歐盟於 1997 年 5 月 20 日制定 1997/7/EC 有關遠距契約消費者保護的指令(Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts)¹¹⁸，使消費者於簽訂遠距契約前，對所提供之服務、供應商、費用及撤銷權得到清楚及完整的資訊，且契約必須以書面或其他可保留之媒介的方式為之。其重要的管制包括下列各點：

- a. 適用範圍：此指令適用於遠距契約，即以任何方式，如電話或電子郵件，不要求契約雙方同時出席而締結之契約。

排除適用之契約有，包括關於金融服務的契約、以自動販賣機締結之契約、以公用電話而與業者締結之契約、有關不動產之契約以及拍賣場合締結之契約等。

- b. 對消費者提供資訊的要求：於締結任何遠距契約前，消費者必須被提供，有關供應商的身分與地址、商品或服務的性質及其價格、運送費用、有關付款、交付與履行的安排、解約權的存在、要約或價格的有效期間與契約最短的期間、使用遠距溝通的費用等資訊。該等資訊須符合商業交易的誠信原則以及保護弱勢的原則。在電話交易的情形，發話者的身份與商業目的必須在交易初始即清楚表明。

履行契約時，消費者應收到書面的確認書或載於可保留之媒介的確認書。有關行使解約權的安排、消費者申訴地、售後服務資訊與契約得撤銷的條件，亦應以書面為之。

- c. 解約權與返還請求權：在供應商已符合資訊提供義務要求的情況下，消費者得於 7 日內不附理由解除契約。如供應商未符合資訊提供義務的要求，消費者享有 30 日的解除契約期間。

供應商應於 30 日內返還消費者已給付的價額。此指令同意若干契約不適用解除

¹¹⁵ 至於程序條文，則移植至不作為訴訟法（Unterlassungsklagengesetz）。

¹¹⁶ 譯文參考劉春堂譯德國一般交易條款規制法：<https://back.cpc.gov.tw/KMOuterPath/4398/譯著德國一般交易條款規制法.pdf>、德國民法 BGB 英文版、德文版。

¹¹⁷ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132014_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹¹⁸ OJ L 144 of 4.6.1997

權的規定。解除權使消費者得以終止其與供應商締結的信用契約，或在第三人與供應商約定的基礎上，終止其與第三人的信用契約。原則上，供應商有 30 日的期間履行契約。若供應商未履行，消費者應被通知並償還已付價金。

- d. 對主動提供商品的保護：在企業者主動提供商品的情況，消費者未回覆則不構成同意。主動提供商品屬不公平商業行為，為 2005/29/EC 指令所禁止。
- e. 遠距溝通技術的使用：供應商使用自動發話或傳真裝置須消費者事前同意。其他遠距溝通設備，於消費者未明確反對的情況下得以使用。
- f. 上訴程序：發生爭議時，公法機關、消費者組織與專業組織得向法院提起訴訟或聯繫有權的行政機關。會員國必須確保司法或行政救濟的存在，以免消費者於適用非會員國法律時無法獲得保護。
- g. 採取更嚴格規範：會員國得在符合歐盟條約的情況下，採取更嚴格的規範，例如禁止透過遠距契約行銷特定商品與服務。

5. 有關消費者商品之販售與擔保¹¹⁹

為確保消費者在歐盟境內販售之商品有統一、最低的消費者保護，特別確保當商品與契約不符時，消費者仍受保護，歐盟於 1999 年 5 月 25 日制定 99/44/EC 有關販售消費者商品與擔保特定面向的指令（Directive 99/44/EC of the European Parliament and of the Council of 5 May 1999 on certain aspects of consumer goods and associated guarantees）¹²⁰。其重要者有：

- a. 針對販售消費者商品而生之瑕疵擔保，提供廣泛的規範要求，包括法律上的擔保與商業上的擔保。但該指令並未使用「法律」與「商業」擔保的用語，當其使用擔保一詞時，係指商業擔保而言。
- b. 對於消費者商品加以定義，指任何具體的動產，但不包含以強制執行或他法由法律機關出售的商品、水、瓦斯與電力。會員國得將公開拍賣的二手商品排除於上開定義之外。
- c. 消費者商品必須符合販售契約。原則上，出賣人對於商品自交付消費者後 2 年內所生瑕疵，應負責任。
- d. 針對商品與出賣人公開陳述不符的情況，商品製造人或出賣人可舉證特定的情事

¹¹⁹ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132022_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹²⁰ OJ L 171 of 7.7.1999

而免除擔保責任，例如其等於販售時已更正該陳述。

- e. 當出賣人接獲不符合的通知時，消費者有權要求於一定期間內修補商品、或免費更換，消費者亦可要求減少價金或解除契約。
- f. 任何出賣人或製造商提供的商業擔保於法律上均有拘束力，該擔保必須表明消費者同時享有法律上的權利，並清楚表明該等權利不受商業擔保所影響。
- g. 與本指令不符之商業擔保，不影響本指令之有效性，且消費者仍能要求該擔保的責任。
- h. 任何與出賣人締結之契約條款或約定，直接或間接拋棄或限制本指令所創造之權利者，對於消費者不具拘束力。
- i. 會員國得在符合歐盟條約的情況下，採取更嚴格的規範，以確保更高標準的消費者保護。

6. 有關金融服務遠距契約¹²¹

歐盟立法建立有關遠距提供金融服務的若干原則。歐盟對於各原則的整合，提供與設立於其他會員國之供應商磋商或締約的消費者，最佳的保護。歐盟於 2002 年 9 月 23 日制定 2002/65/EC 有關消費者金融服務之遠距行銷並修正先前的 90/619/EEC，97/7/EC 與 98/27/EC 等指令之指令 (Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council of 23 September 2002 concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directives 90/619/EEC, 97/7/EC and 98/27/EC)¹²²。其重要的管制包括下列各點：

- a. 適用範圍：本指令涵蓋對個別客戶以電話、傳真或網際網路等遠距方式而不要求契約雙方同時出席協商之金融服務契約，如銀行、保險及投資等。
- b. 審閱期間：本指令授予消費者於與供應商締結契約前有審閱或思考的權利。因此，供應商被要求以書面或記載於可保留之媒介（如磁碟片、光碟片或電子郵件）的方式，提供契約草案給消費者。該審閱期間為 14 日，且於前述期間內，所有條款與條件均仍屬有效。雙方當事人得基於合意延長前述期間或其他條件。
- c. 解約權：消費者於特定的情況下，有權在 14 日內解除契約。但在生存保險與年金安排的情形，則為 30 日。該特定情況包括：消費者係在獲知契約條款與條件

¹²¹ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132035_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹²² OJ L 271 of 09.10.2002

之前即簽署契約（如消費者購買保險以取得及時保障），或雖已取得契約條款與條件但於審閱期間內遭不公平地引誘簽署契約。

如消費者係於同意供應商部分履行服務後始行使解約權，消費者對於供應商應負擔已提供之服務。如在解約權行使前供應商已完全履行服務之提供，則消費者不得再行使解約權，且須支付報酬。消費者必須於事前即獲通知應支付的報酬或據以計算報酬的基礎。為避免投資操作，審閱權或解約權之規定，於報酬將因金融市場發展而波動的服務（如股票市場）不適用之。

- d. 返還請求權：若干金融服務，期貨為其著例，有時可能於契約履行時係全部或一部不能。此時，消費者得要求返還已支付之用以取得服務的報酬。
- e. 盜用時之取消卡片付款：於發生信用卡遭盜用的情形，消費者得要求取消付款或返還已付款項。
- f. 對主動提供服務的保護：消費者受到 2005/29/EC 指令的保護，該指令認為主動提供服務屬不公平商業行為。未回覆提供服務之要約不使消費者負有義務，亦不構成默示同意。
- g. 申訴程序：會員國須確保適宜與有效的申訴與救濟程序，無論是法院、行政與法院外者，以解決供應商與消費者之可能爭議。
- h. 附加條款：會員國亦須確保溝通方式之營運者與供應商，在技術允許的情況下，禁止以遠距溝通方式進行非法行為。

7. 有關消費者信用約定¹²³

於歐洲與日俱增的信用取得可能性，必須同時強化消費者權利。歐盟對於各國規定的整合同樣也須鼓勵跨國的信用取得可能性。歐盟於 2008 年 4 月 23 日制定 2008/48/EC 有關消費者信用約並廢除先前 87/102/EEC 指令之指令（Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreement for consumers and repealing Council Directives 87/102/EEC）¹²⁴。其重要的管制包括下列各點：

- a. 適用範圍：此一指令目的在整合會員國間涉及消費者信用的法律、規則與行政規範，以促進跨境服務。契約條款的透明度應增加而消費者的保護也應受到改善。然而，有一些信用約定，例如該等約定包括經抵押權擔保者、為購買土地或不動

¹²³ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/co0001_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹²⁴ OJ L 133/66 of 22.5.2008

產而締結者、總額未達 200 歐元或超過 7 萬 5 千歐元者、與融資性租賃或僱傭有關者、無息給與者、與投資公司締結者、因司法裁定而發生者等，則不適用本指令。另外，對於具有社會目的之組織與僅嘉惠特定成員之活動，會員國得適用較為寬鬆的規範。

- b. 先契約資訊提供：在訂定契約前，信用提供人或其仲介者必須清楚提供消費信用契約之條件資訊，包括信用契約的期間、信用總額、利率、年費、分期情形、相對於特殊支付條款之商品或服務的現金價格、約定的成本、契約的義務、消費者權利、遲延與違約後果以及擔保等。針對上開資訊，消費者應以指令附件所示之標準格式為之，以便消費者可以進行比較，最後選擇適合自己之契約。
- c. 契約：應以書面於紙張或可保留之媒介上，重申有關消費者所選擇之信用提供的主要資訊。如果借款利率有修改的情形，消費者必須被通知新分期付款的相關資訊。
- d. 撤回權：消費者得不附任何理由，於契約締結後 14 日內撤回契約。
- e. 期前還款：消費者有權隨時提前還款，但應合理補償提供信用人因此所受之損害。
- f. 義務履行的稽核：會員國應確保信用提供人及其仲介者履行其義務，並確保有一獨立的公權力機關進行稽核。

8. 有關分時及長期度假商品¹²⁵

歐盟立法擬管轄因購買分時或類似商品而締結之契約所生的法律與義務。歐盟整合的目的主要在於進一步保護歐洲消費者，包括有些涵蓋國際範圍之契約的情形。歐盟於 2009 年 1 月 14 日制定 2008/122/EC 有關分時，長期度假商品，轉售與交換契約之特定面向的消費者保護指令（Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2008 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts）¹²⁶。此一指令廢除了先前的 94/47/EC 指令，且僅適用於與企業經營者訂定的契約。其重要的管制包括下列各點：

- a. 先契約的資訊權利：在締結契約前，消費者應收到，有關消費者將購買的財產、得行使之權利以及有關此一契約的所有費用等資訊。消費者應被告知其是否有撤回權、撤回權行使之要件與期限。此等資訊為契約之應記載事項，且不得修改。

¹²⁵ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/co0005_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/17)

¹²⁶ OJ L 33 of 3.2.2009

有關先契約資訊的提供應為免費，應載於可保留的媒介並使用依本指令附件所示依各類契約而設計之標準表格。對消費者資訊的提供應具有清楚、可理解、確實等三要素。會員國須確保消費者在接受廣告或參與商業活動時，被告知上開先契約資訊。

- b. 契約的締結：契約應以書面於紙張或可保留之媒介上記載。消費者可選擇契約的語言。於契約締結完成時，消費者應至少保存一份。
- c. 撤回權：本指令擴張了消費者的撤回權，該權利的行使將同時終止契約雙方之從屬契約的義務。撤回權可在 14 日內不附理由地行使。前開期間自簽約日或收到契約或其他有拘束力文件之日起算。提供給消費者的撤回權，須於標準之先契約資訊格式中載明。如企業經營者未遵守此一義務，則撤回的期間將被延長至 1 年又 14 日。此外，如企業經營者未提供先契約資訊，撤回權可在 3 月又 14 日內行使。
- d. 預付款與價金支付：有關預付款、提供保證等消費者對於企業經營者所負的義務，於解約期間屆滿前均不發生。有關轉售契約之預付款，於銷售契約已生效或遭以其他方式終止前，不得為之。

長期度假契約的價金支付，須以分期的方式為之，並分為每年均為相同數額。自第二年分期開始，消費者可在接到付款通知後的 14 日內終止契約，無須負擔任何費用。

- e. 附屬契約的終止：當消費者行使解約權時，任何與主契約有關之從屬契約自動終止。消費者無須負擔任何費用。會員國應決定該等契約終止的要件。
- f. 救濟：會員國應確保消費者已被告知以內國法決定之救濟可能性。會員國應鼓勵法院外救濟程序的發展。

9. 新的發展與趨勢¹²⁷¹²⁸

除了上述正式通過的指令外，歐盟在 2008 年 10 月 8 日通過有關消費者權利指令的建議案（Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights）¹²⁹。此一建議案的主要目的是針對消費者與經營者間所締結之商品買賣與服務提

¹²⁷ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/co0003_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/22)

¹²⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/co0016_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/22)

¹²⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0614:EN:NOT> (最後瀏覽日，2011/5/22)

供契約，就會員國間有關消費者保護的規定予以調和。該等規定的全面調和可改善內部市場的運作與確保高標準的消費者保護。此一建議將取代上述之有關在非企業營業地協商契約之消費者保護指令、有關消費者契約不公平條款的指令、有關遠距契約消費者保護的指令，以及有關販售消費者商品與擔保特定面向的指令，其重要者包括下列各點：

- a. 資訊義務與撤回權：企業者於先契約階段提供消費者特定的資訊，該等資訊之後為契約的一部，特別是，有關商品的特性、經營者的地址與識別或經營地地址、含稅與運輸、交付等費用之價金、有關支付、交付與履行的安排、售後服務與商業擔保、撤回權、契約的期間或未定期限契約之終止條件、消費者依契約應負義務最短期間，以及消費者應支付預付款或提供財務擔保等義務等。

針對遠距契約與非在經營者經營地簽署的契約，已有寄送先契約資訊的特定程序。對於這兩種契約，消費者應享有 14 日之無條件撤回權。

- b. 經營者於商品買賣契約之義務：企業者應在契約締結日起算之 30 日內交付商品。在經營者未能履行其義務的情形，消費者有權在原定交付日起算之 7 日內要求返還已付的金額。有關商品滅失或毀損之危險移轉的問題，亦有相關的規定。經營者應交付符合契約之商品，包括符合經營者所描述內容、符合消費者所要求且經契約註明之特殊效用、符合商品之一般使用，以及符合種類之物的通常品質。如所交付之物明顯不符前開要求，消費者有權先要求修補或換貨，否則即可要求減少價金或解除契約。經營者前述擔保責任之期間，為自危險移轉至消費者之日起算的 2 年內。
- c. 契約條款：本指令之建議案針對事先訂立而消費者沒有機會進行磋商的契約條款，設有若干保護消費者的特別規定。消費者在締約前須能夠諮詢該等條款並且對於任何的附加要求明確地表示其同意，例如禁止經營者事先即勾選關於附加選擇的空格。在指令建議的附件裡，設有在任何情形均被禁止的不公平契約條款清單以及根據條款目的或效果而被認為屬不公平條款的清單。如對於條款的意義有任何疑問，應採取最有利於消費者的解釋。
- d. 罰則：在違反上述義務的情形，會員國應設有符合其司法體制的處罰條款。具有合法利益之公權力機關、消費者團體與專業團體，應有權向管轄法院或行政機關提出救濟。

在上開指令建議案之外，歐盟亦於 2010 年 7 月 1 日通過有關向消費者與經營者之歐洲契約法發展之政策選擇綠皮書（Green Paper from the Commission of 1 July 2010 on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses）

¹³⁰，希能諮詢利害關係人的意見以確定能改善歐盟之契約法的解決方案，蓋不同的內國規定將有礙於歐盟內部市場的順利運作。

此綠皮書設定得以改善歐洲契約法一致性的解決方案。若干的選擇係有關強制性的規定，其他則係有關較具彈性而可由會員國自願執行的解決方案。在諮詢結果出來並予以評價後，歐盟即會在 2011 年底前提出新歐盟立法的建議。

新的立法將促進與增進經營者的活動，與消費者於其他歐盟國家締結買賣契約的信心。新的歐盟立法措施，也提供得以增加法律確定性、降低因該等交易而產生之高額交易成本的方法。

二、美國

(一) 美國有關消費者保護的主題

美國是典型的普通法系國家，在傳統上，美國有關消費者問題大多通過判例法 (common law) 加以解決。然而，在現代，美國消費者保護方面卻出現了大量的聯邦和州立法機構頒布的制定法 (statutory law)，使得美國消費者保護立法在淵源上出現判例法與制定法併行的局面。易言之，除了統一商法典 (Uniform Commercial Code) 中一般民事原則、以及極少數州採用的統一消費者信用法 (Uniform Consumer Credit Code) 外，後來針對消費者保護所特別訂定的制定法，例如聯邦消費者信用保護法 (The Consumer Credit Protection Act)、聯邦交易委員會法 (The Federal Trade Commission Act)、聯邦不動產讓與程序法 (The Real Estate Settlements Procedure Act) 與許多針對利率、借貸與欺騙交易的州立法，略以四大面向—競爭法、消費安全衛生法、商品標示及商標法、契約法 (圖示如下 3-2)，發揮更為廣泛的消費者保護作用。由於臺灣在立法上屬於成文法國家，在立法之借鏡上，加以法令體系的比較研究方法，僅於制定法始能彰顯，是故以下乃限於美國制定法為對象，以提供未來機關立法與執法之參考。

¹³⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0348:EN:NOT>(最後瀏覽日，2011/5/22)

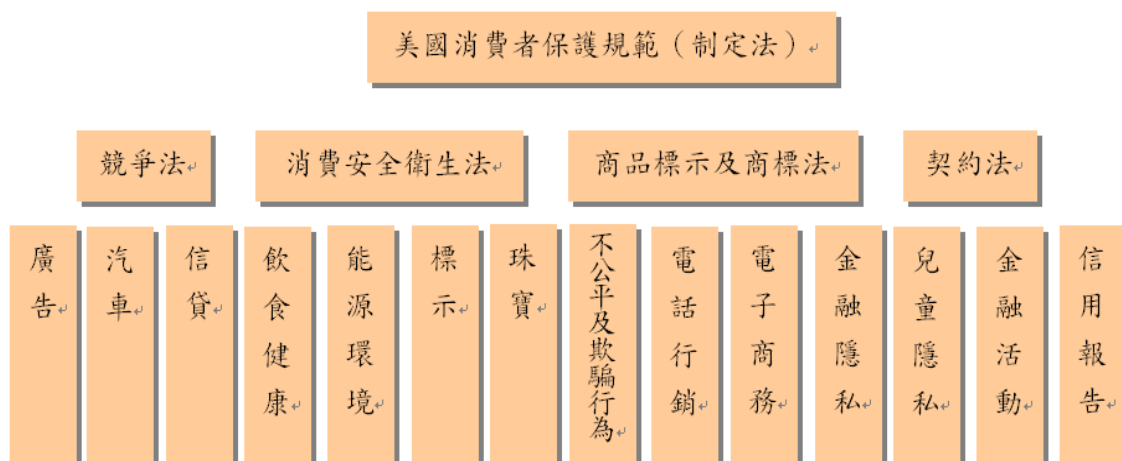


圖 3-2 美國消費者保護面向與主題（本計畫自行繪製）

（二）美國有關消費者保護的規範

目前，針對個人或家庭目的所產生之消費者交易（consumer transactions），聯邦及各州法令對之均有相關規定，例如欺騙性或不公平的廣告與銷售行為、產品品質、不動產、信用融資、借貸等。若從內容上來區別，這些法律主要包括四個面向：

1、競爭法

競爭法對於消費者保護有著極為重要的作用，蓋因限制競爭與不正當競爭將會破壞市場正常運作的競爭作用，阻止其他事業、產品進入市場，導致妨礙商品與服務品質提升、價格與交易條件之合理化，造成消費者現實及潛在的利益受到損害。美國是世界上第一個制定禁止獨占法律的國家，從 1890 年的謝爾曼法（The Sherman Act）針對獨占（monopoly）行為，到克萊頓法（The Clayton Act）對價格歧視、獨家交易及搭售等限制競爭行為的管制¹³¹，聯邦交易委員會法（The Federal Trade Commission Act）更授權予聯邦交易委員會（The Federal Trade Commission）對違反前述二法的妨礙競爭行為有進行調查及制止的權力，包括頒布禁令、禁止商品進入市場，以及對違法行為提起民事訴訟。聯邦交易委員會法規定，交易委員會下設消費者保護局，負責消費者投訴案件之受

¹³¹美國謝爾曼法第 1 條就規定，任何契約，以托拉斯形式或其它形式的聯合，共謀限制貿易或商業競爭是非法的，任何人簽訂上述契約或從事上述聯合或共謀是嚴重犯罪。克萊頓法第 2 條對旨在形成壟斷的妨害、破壞競爭的價格歧視，規定即為非法。

理、廣告規劃與指導，及消費者教育等工作。交易委員會頒布許多交易規則，例如商品廣告規則、郵購規則、上門推銷規則、紡織品洗滌方法標示規則等，以進一步保護消費者權益。

2、消費安全衛生管理法

1906年頒布的聯邦食品及藥物法（The Food and Drugs Act），在1938年修訂為聯邦食品、藥物及化粧品法（The Federal Food, Drug, and Cosmetic Act）。該法規定了許多食品、藥物及化粧品的質量標準，禁止銷售及標示上的不實說明，並於健康及人類服務部（the Department of Health and Human Services）下設食品及藥物管制局（The Federal Food and Drug Administration），依據聯邦法典（Code of Federal Regulations, CFR）第21條公布許多規則，並負責實際的管理工作。其他相關法律尚有醫療器材修正法（The Medical Device Amendments）、凱佛哈里斯修正法（The Kefauver-Harris Amendments）、肉品檢查法（Federal Meat Inspection Act）、家禽產品檢查法（Poultry Products Inspection Act）、雞蛋產品檢查法（Egg Products Inspection Act）、管制物品法（Controlled Substances Act），與其他消費品規範，例如消費品安全法（Consumer Product Safety Act）、危險物品法（Federal Hazardous Substances Act）、易燃織品法（Flammable Fabrics Act）、包裝毒害防止法（Poison Prevention Packaging Act）、冰箱安全法（Refrigerator Safety Act）、兒童汽油燒燙防止法（Children's Gasoline Burn Prevention Act），與2007年底葛拉姆泳池與水療安全法（Virginia Graeme Baker Pool and Spa Safety Act）2008年消費品安全促進法（Consumer Product Safety Improvement Act）、2009年甫新訂的家庭吸菸防止與菸品控制法（The Family Smoking Prevention and Tobacco Control Act）等。

3、商品標示及商標管理法

為了幫助消費者得以正確客觀地對商品進行選擇，從1870年開始，美國制定許多法令，除了於上述安全與衛生相關規範要求一定之標示外，尚有商標法（Trademark Act）、公平包裝和標示法（Fair Packaging and Labeling Act）、酒品標示法（The Alcoholic Beverage Labeling Act）、菸品標示及廣告法（Federal Cigarette Labeling and Advertising Act）、毛皮產品標示法（Fur Products Labeling Act）、及美國汽車標示法（The American Automobile Labeling Act）等。目前，則尚有家庭用品標示法（Household Product Labeling Act）法案及反式脂肪真實標示法（Trans Fat Truth in Labeling Act）法案等在國會審議中。

4、契約法

為了保護消費者，在制定法領域亦出現許多與消費者契約有關之新的規定。金融方面，例如 1968 年的消費者信用保護法（The Consumer Credit Protection Act）便對於分期付款買賣契約規定其應明確記載付款期數、金額與利率，馬格努森-摩斯保證法（Magnuson-Moss Warranty Act）—聯邦檸檬法（The Federal Lemon Law）—則針對汽車交易，規定違反明示或默示保證致消費者權益受到損害時，消費者得請求損害賠償。其它相關法令尚有消費者租賃法（The Consumer Leasing Act）、真實借貸法（The Truth in Lending Act）、平等信用機會法（The Equal Credit Opportunity Act）、公平信用卡揭露法（The Fair Credit and Charge Card Disclosure Act）、公平信用對帳法（The Fair Credit Billing Act）、公平信用報告法（Fair Credit Reporting Act）、公平債務催收作業法（The Fair Credit Debt Collection Act）、電子資金轉賬法（Electronic Fund Transfer Act）、真實借貸簡化法（Truth in Lending Simplification Act）、信用回復機構法（Credit Repair Organization Act）、家庭平等貸款消費者保護法（Home Equity Loan Consumer Protection Act）、家庭財產所有權及其平等保護法（Home Ownership and Equity Protection Act）、破產濫用及防止法（The Bankruptcy Abuse and Prevention Act）。不動產方面，則有聯邦不動產讓與程序法（The Real Estate Settlements Procedure Act）、公平住房法（Fair Housing Act）、保護法拍屋租客法（The Protecting Tenants at Foreclosure Act）。

（三）美國對於定型化契約的立法規制

定型化契約在美國稱為 standard form contract，有時亦稱為 adhesion contract¹³²或 boilerplate contract。意指內容未經當事人雙方協商之契約，通常發生在議約能力不相當的主體之間，相對人僅有全盤接受否則就不要締約（take it or leave it）。雖然定型化契約本身並不違法，但事實上卻於其中隱含許多不公平契約條款（unconscionable contract term）。如前所述，美國屬判例法國家，關於定型化契約之規範，僅有少數立法，特別是近年常見之糾紛型態，例如金融與電子商務，而多以司法個案審查。為了解美國對有關特定交易或商品之契約的管制，以下擬探討美國統一商法典（Uniform Commercial

¹³² 更精確地說，Adhesion contract 應稱為「附合契約」。標準契約（standardized contracts）經常是附合契約，但非標準契約（nonstandardized contracts）若一方當事人具有勝過他方的議約能力，使之僅有全盤接受否則就不要締約的情形，亦稱為附合契約。Martin Frey, Phyllis Hurley Frey, Essentials of contract law, NY: West/Thomson Learning, 2000, p.164.

Code) 與契約相關的規範。

1、統一商法典

美國《統一商法典》(Uniform Commercial Code) 是美國統一州法委員會(NCCUSL) 和美國法學會(ALI)聯合制定的一部模範法，1952 年正式公佈，現已為美國 50 個州所採納，對世界各國的民商事立法及國際商事公約產生了深遠的影響。《美國統一商法典》與定型化契約相關之規定，最重要者為第 2-302 條¹³³，依序說明如下：

(1) 第 2-302 條—不公平契約或條款

A、如果法院發現契約或契約條款在其訂立之時 (at the time of contract formation) 即為不公平者，則法院可以拒絕強制執行該契約，或僅執行去除了該不公平條款的剩餘部分，或對任何不公平條款加以限制以避免產生不公平的後果；

B、如果某一契約涉及不公平條款時，當事人雙方均應有提供證據的機會，以證明訂立契約的商業背景及契約的目的和效果，以利於法院做出判斷和決定。

本條所謂之「不公平」，即當事人一方欠缺有意義的選擇 (meaningful choice)，並且條款不合理地有利於他方。「欠缺有意義的選擇」有二構成因素：其一是「不對等的議約能力」，另一是「對條款欠缺瞭解」。顯著的 (gross) 議約能力不對等，將直接導出欠缺有意義選擇的結論，即便他方當事人對該等條款已有知情。若議約能力非顯著的不對等，則尚須考量相對人是否對條款欠缺瞭解，包括條款隱藏於精美印刷中，亦或相對人沒有能力閱讀或即便閱讀也無法瞭解，或是條款被意圖欺騙之一方最小化。例如契約以英文書寫，買受人卻僅能瞭解西班牙文之情形。然而，單單一方欠缺有意義的選擇尚無法認為契約條款不公平，而是必須該條款不合理地有利於他方。判斷條款是否為「合理」或「公平」，必須以個案契約訂定時的情況來綜合考量，包括商業背景與特定交易的合理性。

美國統一商法典乃是整理過去法院實務對不公平條款之討論與認定，做成第 2-302 條規範。扼要圖示如下：¹³⁴

¹³³ 共有 49 州之州法採用本條規定。雖然加州與路易西安那州並未有如 UCC 第 2-302 條，但此項原則在普通法與其他制定法中，亦有相關適用。除上述統一商法典外，美國各州的消費者保護法於規制標準契約上，亦扮演重要的角色。多數這些法規要求企業經營者揭露資訊，並且禁止欺騙的行為。某些法律，例如檸檬法 (lemon laws)，則同時也創造實質的權利。

¹³⁴ Martin Frey, Phyllis Hurley Frey, *Essentials of contract law*, NY :West/Thomson Learning, 2000, p.165.

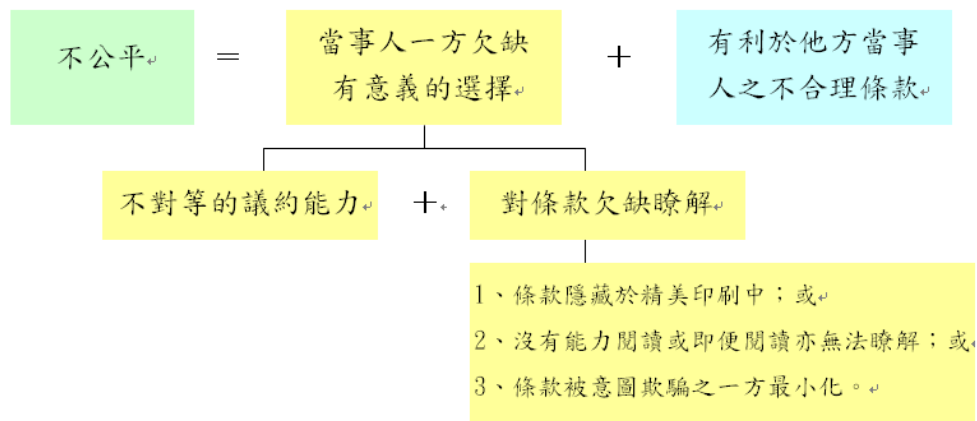


圖 3-3 美國統一商法典第 2-302 條之適用判斷（本計畫自行繪製）

(2) 第 2-316 條－保證之免除或修改

A、構成明示保證之有關文字或行為以及有助於否定或限制保證之文字或行為應在合理範圍內作互相一致之解釋；但依照本條口述或外在證據條款之規定（第 2-202 條），若否定或限制保證之文字在解釋上不合理，則該否定或限制便不能實行。

B、按第 C 款之規定，免除或修改「可銷售性」之默示保證或其任何部份之文字必須提及「可銷售性」，若屬書面文字，必須顯著寫出，而「適當性」之默示保證的免除或修改，必須以書面明顯表示。免除所有「適當性」默示保證之文字，祇要載明「本保證僅限於書面所述範圍」之類的文字，便已足夠。

C、儘管有第 B 款之規定，

(a) 除非情況另有需要，所有默示保證的免除皆可採用「照原狀」、「連同瑕疵」等字句或其他通常能促使購買人注意到免除保證並清楚表明沒有默示保證之字眼；以及

(b) 當購買人在簽約前經已照本人的要求詳細審視貨物或樣品或樣式，或拒絕對貨物進行審視，則在審視中應該顯出的缺陷不在默示保證之範圍；以及

(c) 默示保證亦可以通過交易或履行或貿易而予以免除或修改。

D、違反保證的法律補救，可根據本條有關損害賠償之清償或限制條款或契約修改或法律補救條款而加以限制。

(3) 第 2-318 條－明示或默示保證之第三方受益人

售貨人不論明示或默示之保證皆適用於任何自然人，祇要可以合理地預期該人可以使

用、消費或受到貨物之影響，同時違反保證亦會使該人受到損害。售貨人不可免除或限制本條之實施。

(4) 第 2-719 條—契約之修改或法律補救之限制

A、按本條第 B 款及第 C 款以及前條損害賠償之清償及限制條款之規定，

(a) 可以在合約中增列本條並未訂明之法律補救方法或代以其他法律補救方法，本條所載明者，亦可限制或改變根據本條規定應得之損害賠償，例如在退貨、退款或修理及更換不符合標準之貨物或部件等情事上，對購買人應得之法律補救，予以限制；以及

(b) 可選擇訴諸本條訂明之法律補救方法；除非與約各方已明確同意所涉法律補救是獨有的，在此情形下，此乃惟一之法律補救。

B、在獨有或有限法律補救不能達到其主要目的時，則可按本法例規定提供法律補救。

C、間接損害賠償可以加以限制或免除，除非該限制或免除為不合理的。對消費品人身損害的間接損害賠償施加限制在表面上有理由指其不合理；但對商業性損失損害賠償之限制則不然。

2、其他聯邦法律

以下例示重要規範，擇要介紹美國聯邦其他制定法對於契約主要權利及義務之規制：

(1) 消費者租賃法 (The Consumer Leasing Act)

A、揭露事項

該法要求出租人應於交易達成前，以書面記載當事人資料並清楚地揭露標的物、租價、期間、費用、承租人終止契約時可能面臨的不同計價與責任、出租人保證義務、保險、標的物安全、終止事由與賠償等。美國聯邦準備理事會 (the Board of Governors of the Federal Reserve System) 得評估出租人依法應揭露卻不甚清楚之資訊，公布規則以具體詳列揭露事項。

B、違約責任與損害計算

另外，關於承租人之責任，該法規定若承租人之責任係依標的物之剩餘價值估價計算，則必須依當時市場的合理價格為之，倘估計的剩餘價值超過實際剩餘價值而起

過平均每月應負租價的三倍以上，則這樣的計算即為不合理。若契約對於承租人遲延、違約或提早終止合約有罰款或其他收費之約定，僅得於金額與實際損害相當，而損害難以證明，同時也無其他填補損害的可能方法時，方得為之。

C、管轄法院與時效

該法相關訴訟得在美國任何地區法院或任何具備管轄權的法院提出之。訴訟必須在租賃契約終止後一年內為之。同時聯邦準備理事會有權以規則於各該州法與本法相似或更有利於消費者，並且適宜於當地執行時，作出例外規定。

特別值得注意的是，該法§1667 f 授權聯邦準備理事會得於下列情形，並且認為必要時，訂定規則以更新或釐清租賃契約相關之定義與規定：(A)為實施本法規定；(B)為避免本法所欲避免之不公平情事；或(C)增進本法要求行為之落實。理事會認為適當的話，亦得針對不同的租賃契約加以分類與調整，甚至列出例外。再者，消費者租賃法授權理事會得公佈「標準揭露格式」(model disclosure forms)，以實行法律之要求並幫助消費者瞭解交易相關資訊。為建立標準格式，理事會得考慮以出租人的資料處理等自動化設備為之。出租人得自由利用理事會建立的標準揭露格式，以符合本法規定。而凡出租人適當利用理事會公布之標準揭露格式時，應該視為符合本法揭露之規定。

(2) 電子資金移轉法 (the Law of Electronic Fund Transfers)

與前述消費者租賃法規範重點相似，在電子資金移轉法中，亦是首先針對企業經營者對消費者負擔之資訊揭露義務，包括揭露事項、形式與內容。該法規定，電子資金移轉涉及消費者帳戶時，應於該項移轉服務締約時，以易於瞭解的語言，揭露事項至少包括：消費者對於未授權電子資金移轉之責任與風險、若發生消費者認為之未授權事宜時得為通知之個人或公司的電話與地址、電子資金移轉的型態與性質（例如金額、次數等）、費用、消費者停止支付的權限與程序、消費者取得文件的權利、金融機構的責任、可能將消費者帳戶資訊揭露予第三人的情形、自動化設備資金移轉失敗時費用之通知等。前述應為揭露之事項而與消費者帳戶相關之契約或條款若有變更，金融機構應於變更生效前二十一日，以書面通知消費者。惟變更若是對於維持或回復消費者帳戶與電子資金系統移轉安全具即刻必要性，則為例外。但理事會應要求金融機構補行事後通知。理事會應發佈標準條款 (model clauses) 供金融機構選用以符合本法之規定，並透過簡潔易懂的語言幫助消費者瞭解電子資金移轉相關人員之權利與責任。

3、指引

為了適當幫助企業行為符合法律規範，FTC 針對二手汽車買賣、珠寶與減重產品或

服務等，公佈許多指引（guidelines）。該等指引並未經過委員會核備或採用而僅供產業參考，指引本身對 FTC 亦無拘束力，但執行時或仍參酌其中相關情境。以減重產品或服務為例，FTC1999 年 2 月公佈減重產品或服務提供者自願指引（Voluntary Guidelines For Providers Of Weight Loss Products Or Services），其中最重要的還是資訊揭露，包括業者應該至少告知消費者其人員資格、課程主要內容、過重的風險與適當減重之好處、所提供產品或課程之風險、課程之費用、相關體重變化資訊、復胖與維持體重要點之警語等。另外，若在電話銷售的情形，因為業者無法將前述揭露事項以書面方式提供給消費者參酌，則須直到消費者有機會閱讀揭露資訊，交易方能認為已經完成。該指引建議業者可於揭露事項中，以清楚明確之方式告知消費者至少得於五日內行使取消（rescind）此項交易的權利。

4、新的發展與趨勢

在網路蓬勃發展與使用後，美國立法者認為，電子化的標準契約與傳統書面的標準契約一樣具有非協議、難懂且可能包括一些問題條款，甚至在使用的方式上不鼓勵消費者閱讀條款的設計，例如在交易的首頁即出現「我同意」的點擊選項。然而，多數情形，由於立法者未有特別立法，因此法院仍僅依過去的契約法理加以裁判。換句話說，一般來說，只要消費者係在電腦螢幕呈現標準條款後才點擊「我同意」，法院仍將繼續執行該電子定型化契約。在制定法的部份，統一電腦資訊交易法（Uniform Computer Information Transactions Act, UCITA）僅適用電腦資訊交易例如軟體，一般商品與服務交易則不與焉。統一電腦資訊交易法之規定，需要各州轉為州立法始生效力。與判例法相似，UCITA 規定當事人必須在具備機會檢視（opportunity to review）契約條款，且理性之人亦將會注意而檢視時，對標準契約所為的同意方有執行力。

三、日本

日本在明治、大正時期，法律上受行政優位為主要的思想影響，而承認行政法規得以介入私法領域之中。但自大正時期，受到世界自由主義之思潮，而漸漸認為私法領域應貫徹私法自治、契約自由之原則，而主張在私法領域中盡量不受到公法之介入。所以向來以基於取締目的所為之違法行為，在私法上無效之想法，逐漸受到挑戰。末弘嚴太郎博士¹³⁵主張，是否使違反法令行為無效，應考量者以下情形：是否為能達成法令禁止之目的、是否違反公序良俗、是否會造成當事人間之不公平，以之作為國家

¹³⁵ 末弘嚴太郎，法令違反行為の法律效力，法協 47 卷，頁 68（1929）。

公權力介入私法領域之界限。現在日本通說及判例之見解，根據上述理論基礎，以下列之要件作為介入私法領域之標準：

①該立法之意旨②對該行為之倫理上非難程度③交易安全④當事者間誠信及公平原則之考量等¹³⁶。

（一）日本關於契約自由原則與定型化契約

關於定型化契約條款之規範方式，一種以否定定型化契約條款之拘束力的方式為之。另一種則以援用關於契約法之法理，以檢討各別契約條款之方式。前者將不當的契約條款將不構成契約內容之方式為之。後者則善用誠信原則之法理，來做為解釋各別契約條款有效、無效之依據。

基於契約自由原則而展開法律架構的民事法領域中，除了原來的民法之外，亦須有其他特別法的規範加以配合，如消費者契約法、製造物責任法、產品安全法等等。從諸多的特別法中其介入契約自由的依據，大致上有基於以下三個觀點而分類¹³⁷：

1.從公益的觀點而針對契約成立或內容而進行規範者：原則上契約自由原則之一者為：締約與否之自由，但如電力、瓦斯及大眾運輸系統等契約，此類契約有其公益之性質，對於此類之契約則無法不得拒絕給付，因此藉由法律而介入規範。

2.基於對「弱勢者」的保護而直接藉由法律對於契約之成立或內容加以規範者：此所謂弱勢者係指，一方知當事人由於欠缺選擇之自由而所締結對其不公平的契約者。目前偏向係指資訊或專門知識欠缺而無法做合理選擇之人。如勞動相關立法以及借地借家法等係針對經濟上之弱勢者；消費者契約法則是針對資訊弱勢者而介入契約內容之立法。

3.為使契約當事人賦予合理之判斷機會，而以書面交付義務或契約內容之提示等資訊提供義務為規範重點之立法。此類規範有別於第2種之規範之處為，避免對於契約內容之介入，而以課以一方對於當事人一方給予客觀的資訊提供為主之規範，如書面交付或不當勸誘之禁止等。近來關於金融交易之相關立法均採取此種規範方式，如金融商品販賣法即為一例。

¹³⁶ 四宮和夫『民法總則（第4版）』（弘文堂1986），頁195。我妻榮『新訂民法總則』（岩波書店1965），頁263。

¹³⁷ 內田貴，『契約の時代』（岩波書店2006.8），頁5-7。

上述 1 與 2 情形之立法是在於市場機制無法發揮功能時，藉由法律來介入契約之情形；而第 3 種情形係在於避免與契約自由原則發生抵觸，藉由賦與當事人基於其自由意思做合理選擇之目的，讓市場機制能夠發揮的立法。

自從民法制定後，由放任自由主義逐漸走向福利國家之際，第 1 與 2 之立法例大量出現；但 1980 年代以後，開始走向第 3 類型的立法趨勢。最具代表性的立法例即為 2000 年 4 月所制定之消費者契約法。該法雖原本起草過程中係希望成為一部概括性的消費者保護法，最後朝野妥協的結果成為較具有第 3 類型色彩的立法。於是在近代「放寬管制」之契約法潮流當中，最近在關於勞動契約相關之修法均可見第 3 類型之立法模式。

從上述日本關於立法對於契約之介入之類型觀之，亦可看出契約法潮流之演變，對於探討我國行政或立法對於定型化契約之規範亦可提供一些方向性之思考。

（二）日本關於定型化契約條款規範之發展過程

日本對於定型化契約條款之規範，以前係以行政規範：如以認可制，進行對定型化契約條款之規範，如電力、瓦斯、自來水、電信資訊服務業等日常生活不可或缺之定型化契約條款，這些業種之定型化契約條款內容要得國家之認可，接受國家嚴格之規範。此外，尚有依業法加以規範者，亦即依業法對於契約條款之規範，具有補民法不足之處，如特定商事交易中，對於特種買賣，除了就交易條件要以書面對消費者揭示外，也要求對於定型化契約條款要對消費者揭露。

業者之自主規範為方式對於定型化契約主，如看照護契約、中古車買賣、洗衣店、理髮業美容業，但仍然還有更多與消費者攸關之定型化契約條款無法可規範。而民法方面之規範在契約自由之原則下，一方面承認定型化契約條款有其存在的必要性，另一方面基於消費者資訊弱勢的觀點，條款內容是否為消費者所知悉，書面是否交付而檢討定型化契約條款內容，並以契約內容是否違反公序良俗（日民 90 條）或誠信原則（日民 1 條 2 項）等一般條款，來解決定型化契約條款不公平、不合理之問題。然而對於促進契約內容之適正化欠缺積極之意義。亦即日本以往就定型化契約條款之規範係以自主規範以及行政規範為主，而欠缺民法之明文規範。然消費關係中，消費者與企業者間於專業知識、經濟力以及交涉力上均處於不平等、不均衡之地位，特別在

資訊科技日新月異之現代社會，這種差距似有越來越擴大之趨勢。有鑑於此，參考先進國之立法例，例如德國係以定型化契約為主之民事規範，而不論該定型化契約是否屬於消費者契約。法國係著眼於消費者契約的觀點而對定型化契約進行規範，最後日本採行法國法之立法模式，即以消費者契約的模式對定型化契約條款進行規範¹³⁸。

（三）消費者契約法對於不當契約條款之規範

於 2000 年制定消費者契約法，並於 2001 年正式實施¹³⁹，希望藉由該法以彌補消費者於交易關係中弱勢之處境，並期待創造一個有利於消費者之交易環境。

日本所制定之消費者契約法，對於事業者濫用雙方間所存在之資訊力、交涉力之差距，與消費者締結契約或制定有利於事業者一方之契約條款者，藉由賦予消費者撤銷契約，使該契約條款全部無效或一部無效之方式，以維護消費者之權益，並間接促使事業者為適當之契約勸誘行為，並制定公平合理之契約條款。

以下為該法關於不當條款內容之規範：

消費者契約法中以列舉之方式，明文列出不當之契約條款為何¹⁴⁰，不僅有利於減輕消費者舉證責任之負擔，亦可使事業者明白何種契約條款不得使用，而得以事前即能避免不當條款之出現，有助於交易之安全¹⁴¹。消費者契約法對於不當條款主要規範之方向，原則上以維持契約全體有效為原則，針對部分不當條款無效之方式。至於契約整體是否無效之問題則委由民法之規定去解決¹⁴²。以下將消費者契約法關於契約條款之規範說明如下：

1. 關於免責條款

消費者契約法第 8 條，列舉下列五種情形之免責條款為無效

（1）免除基於債務不履行所生之損害賠償請求責任（法第 8 條第 1 項第 1 款）

¹³⁸ 長尾治助編『レクチャ-消費者法』法律文化社，頁 77。

¹³⁹ 關於該法之立法之經過，參見落合誠一，『消費者契約法』（有斐閣 2001 年），頁 1。

¹⁴⁰ 於日本消費者契約法對於契約之規範對象不限於定型化契約，而係包含所有之契約。此外關於不當條款之分析詳見，別冊 N B L/NO.92『消費者契約法における不当条項の実態分析』商事法務(2004)。

¹⁴¹ 經濟企劃廳國民生活局消費者行政課編「消費者契約法(仮稱)の制定に向けて」(平成 11 年 3 月)，頁 38。

¹⁴² 別冊 N B L/NO.92『消費者契約法における不当条項の実態分析』商事法務(2004)，頁 14。

意即，為債務人之事業者，不得於契約中免除其債務不履行所生之全部責任。

例如，健身房之使用條款中規定：「於使用本俱樂部之各項設施之際，造成本人或第三人、物之損害，本公司概不負任何責任」，此條款依本法第 8 條第 1 項第 1 款為無效。

此外金融保險之不當條款之規範：

關於企業經營者損害賠償責任之免除（與消費者契約法第 8 條有關）

關於支付之免責條款-將提款機故障或被他人盜領之損害銀行不負責之條款。對此，銀行如果明文規定其有故意或過失仍可免責之文意，即違反第 8 條 1 項，而被視為不當條款為無效。但對於偽造提款卡被冒領之情形，只要不可歸責於消費者（對卡片及密碼之保管義務）而發生偽造者均應由銀行承受風險。銀行不得藉由免責條款轉嫁風險給消費者。

A 責任排除類型

明示之責任排除：藉由保證書將自己之責任範圍加以限制。

顧客之責任轉嫁：將企業經營者自己之責任轉嫁第三人；或要求消費者應先向第三人為請求。

顧客之權利放棄：要求消費者拋棄或不當限制其對企業經營者之責任。

企業經營者之債務內容之變更權。

企業經營者解除權保留條款。

債務不履行時排除顧客之解除權及損害賠償請求權。

B 責任縮減類型

（2）限制因故意或重大過失所生之損害賠償請求責任條款（法第 8 條第 1 項第 2 款）

即事業者，免除一部分對於因其債務不履行所致消費者之損害賠償責任。此外免除對於事業者其代表人或使用人之故意重大過失所致者之損害責任者亦同。

例如，事業者於其定型化契約條款規定「本公司對之所負之損害賠償請求責任以※※之限度為限」。

(3) 免除基於侵權行為所生之損害賠償請求責任（法第 8 條第 1 項第 3 款）

即對於事業者於履行契約之際，因該業者之侵權行為，所造成消費者之損害，不負任何責任之契約條款無效。

(4) 限制故意或重過失所生之侵權行為責任之條款（法第 8 條第 1 項第 4 款）

即事業者於履行契約之際，由於該事業者之侵權行為，對於造成消費者之損害，免除其一部份責任之謂。此外包括免除對於其代表人或使用人之故意重大過失所致者之損害責任者亦同。

(5) 免除關於瑕疵擔保之損害賠償責任（消費者契約法第 8 條第 1 項第 5 款）

於有償之消費者契約之情形時，該契約之標的物具有隱藏性之瑕疵者（如該契約為承攬契約者，該承攬之標的物存有瑕疵時），事業者免除其對消費者因該瑕疵所生之損害賠償責任。但本條僅排除免除對物之瑕疵之擔保責任為無效；對於排除權利瑕疵擔保責任之條款則無適用之餘地¹⁴³。而且該瑕疵之存在，係於契約締結時已經存在者為限，且消費者對該瑕疵之存在應為善意無過失方可¹⁴⁴。此外關於本項設有二種適用除外之情形，首先依法第 8 條第 2 項第 1 款規定即「事業者於負有代替物給付之義務或瑕疵修補義務之情形者，不適用本款之規定」。因此於種類買賣之情形者，事業者願意給付無瑕疵之物，或者願意修補該瑕疵之情形之下，消費者之權利已受到救濟，因此業者免除其損害賠償責任，並非一概認為有所不當。其次依法第 8 條第 2 項第 2 款規定，如事業者自己不負瑕疵之修補義務或給付無瑕疵之物，而係事業者於該消費者契約成立前或同時，即已經「委託其他之事業者」或「與其他事業者訂立第三人利益契約」¹⁴⁵之方式，由其他之事業者對消費者負有一部或全部之損害賠償責任，或給付無瑕疵之物以及瑕疵修補之義務者亦為該款適用除外之情形。

2. 關於損害賠償金額、違約金之約定條款

規範對於事業者於消費者債務不履行之情形時，課以消費者過多之違約金條款，於以下情形時該條款無效。

¹⁴³ 山本豐「消費者契約法（3）」法學教室 243 號，頁 58。

¹⁴⁴ 落合同前書，頁 125。

¹⁴⁵ 依日民法第 537 條之規定訂立第三人利益契約。

(1) 關於解除契約所生之損害賠償金額、違約金之約定條款 (法第 9 條第 1 項)

於消費者契約事先約定，契約解除時¹⁴⁶所生之損害賠償金額或違約金，其金額不得超過依該條款所預定之解除事由、時期之區分，與該消費者契約之同種類之消費者契約解除時，對該事業者所生之平均損害，其超過部分無效。例如，電腦課程契約書中雖規定消費者得以中途終止契約，但依解約之事由不同，應負下列之違約金：如本人以搬家、生病為由終止契約者，應負相當剩餘課程學費 20% 之違約金，其餘之情形應付剩餘課程學費 50% 之違約金。此違約金之約定效力如何，則視其與同一種類契約關於中途解約之規定，其所造成同類事業者所生損害額平均計算後所得出之金額相較後決定之。

(2) 關於金錢債權之給付遲延所生之損害賠償金額、違約金之約定條款 (法第 9 條第 2 項)

於金錢債務之履行，消費者履行遲延時 (但如果為分期付款者，其是否遲延，則係以各期之付款日為準而決定是否遲延)，其損害賠償金額、違約金之約定條款不得超過應支付金額，於應支付之日起以年利率 14.6% 計算，超過之部分無效。

3. 關於不當條款內容之一般規範

相對於上述之本法第 8、9 條為關於不當之契約條款之個別規範，本法第 10 條則為因應將來可能出現之不當契約條款，不會因為侷限於第 8.9 條個別條款之解釋，造成有所遺漏，故制定一概括性之規範以求完整。本法第 10 條之本質為審查契約內容條款之一般規定，亦為規範不當之契約條款之中心條文。該條為內容為「較之民法、商法或其他法律之非強制規定，有限制消費者之權利或加重消費者之義務之契約條款」，且「違反民法第 1 條第 2 項所規定之基本原則¹⁴⁷，有害於消費者一方之利益者」。

本條之適用需符合以下要件，第一，「較之民法、商法或其他法律之非強制規定，有限制消費者之權利或加重消費者之義務之契約條款」，此所謂民法、商法，非僅止於形式上之民法、商法，包含實質之民法、商法。至於其他法律則不限於民事法領域，

¹⁴⁶ 包含約定解除與法定解除之情形，而行使解除權之主體可能為事業者或消費者。落合同前書，頁 136。

¹⁴⁷ 日民法第 1 條第 2 項規定「行使權利、履行義務應依誠信原則為之」。類似我國民法第 148 條第 2 項「行使權利、履行義務，應依誠實及信用之方法為之」。由於日民法並未賦予違反誠信原則時，法律行為之效力如何，僱於消費者契約法中將違反誠信原則之契約使之歸於無效。

包含一切與消費者權利義務有關之法律，如民事訴訟或其他事業法等，至於與民商法相關之判例、學說或法理是否屬於其他法律之範圍？學者認為至少最高法院所確立之判例見解以及學說上所確立之見解應可解釋為屬於「民法、商法或其他法律」¹⁴⁸。其次所謂「與公共秩序無關之規定」，係指法律之任意規定而言。因此本條之適用係指消費者契約之條款與「民法、商法或其他法律之非強制規定」相較，有限制消費者之權利或加重消費者之義務之規定者。第二要件為，該規定又有違反民法第1條第2項關於誠信原則之規定者，導致不利於消費者一方時，則該規定無效。

此外關於違反本條規定之契約條款其效力為無效，但其無效之範圍係指「該契約全部無效」或「違反之部分無效，契約仍有效」？本法並無明文規定，而委由學說、判例視實際情況予以判斷決定。其理由為，如因不當條款之部分導致消費者契約全部無效的話，消費者未必希望全部無效，也未必符合消費者之利益，但如於無效部分經補充後維持契約之存在，反而帶給雙方當事人更難以忍受之結果時，則應認為契約全部無效¹⁴⁹。

（四）關於消費者契約法第10條之不當條款

I 關於契約之成立、合意內容確定條款

（1）關於成立要件、意思表示擬制條款

例如對於消費者之要約，企業經營者之承諾與否以不確定或給予過度之猶豫期。

（2）關於履行期、契約期間條款

限制消費者之解除契約期間過長，導致消費者難以解除契約之條款。

（3）關於雙務契約決定給付標的物之條款

未事前明示相當之理由，企業經營者保留單方之內容變更權或拒絕履行之權。

II 關於契約效力之條款

¹⁴⁸ 山本豐同註19，頁62。中田裕康「消費者契約法と信義則」ジュリスト1200號，頁74。

¹⁴⁹ 中田邦博「消費者契約法10條の意義」法學ゼミナー549號，頁40。

(1) 破壞雙務契約效力之條款

- 1.如企業經營者不具正當理由強力要求消費者給付價金或剝奪其同時履行抗辯權。
- 2.對於隱藏性之瑕疵，排除或不當限制其責任，或使消費者難以追究其責任之條款。
3. 企業經營者以保證書方式限制其應負責任之範圍。

(2) 關於消費者的義務條款

課以消費者對企業經營者，通常難以期待之資訊提供或告知義務

III 關於契約關係的解除條款

(1) 關於契約解除之條款

不當地限制消費者解除契約之事由或要求其做不必要之嚴格程序。

(2) 關於違約金、損害賠償條款

科以消費者過高之違約金。

(3) 關於繼續性契約之解除條款

契約終了時間點，要求消費者過早之時間通知企業經營者；而企業經營者通知消費者之期間過短。

IV 關於權利的讓與、承受條款

無論是否有利於消費者與否，未得消費者同意，企業經營者將其對消費者之權利逕行讓與第三人。

V 擔保關係之條款

給予消費者過度之擔保負擔，造成其經濟上負擔之不公平現象。

VI 與訴訟權利相關之條款

- (1) 舉證責任轉換條款-將企業經營者之舉證責任轉嫁於消費者
- (2) 裁判管轄條款-排除消費者住所地之管轄權
- (3) 不起訴條款-要求要消費者不得以訴訟追究企業經營者之責任

VII 其他不當條款

- (1) 企業經營者因交易所取得消費者之個人資料，未得消費者同意之情況下得任意將該資料提供給第三人。
- (2) 限制交易相對人只限於企業經營者，方得以為商品之修理或零件之交換等情形。

VIII 適用除外

依法第 12 條規定，於勞動契約，不適用本法之規定。日本消費者契約法為何單獨排除適用於勞動契約之情形呢？於本法成立之階段，曾引起相當多之爭執與討論，當時有力見解認為，既然本法為一包括性之立法，則不應有適用除外之規定，否則即失其當初以包括性立法之目的；然而最後通過之理由為，一部分之企業經營者強力主張應將勞動契約排除適用消費者契約法之外，而為妥協後之結果¹⁵⁰。故於立法理由中說明：「由於勞動契約其規範之理念、方法等與消費者契約有所差異，不應將二者相同與以規範」。此外本法所稱之勞動契約與勞動法中所稱之勞動契約為同一之解釋，即「適用勞動基準法所稱之勞務供給契約」¹⁵¹。

(五) 日本民法債編關於定型化契約條款之修正

日本分別於 2008 年 10 月由「民法改正研究會」公開了「民法改正試案」，以及於 2009 年 4 月由「民法改正檢討委員會」公開了「債權法改正基本方針」後，目前由法制審議會積極進行民法（債權法）之修法。其關於如何將消費者保護法制如何與民法

¹⁵⁰ 落合同前書，頁 166。

¹⁵¹ 菅野和夫『勞動法第 5 版補正版』（弘文堂），頁 70。

進行融合，有二派不同之見解，一派是主張為確保消費者法之透視性，應制定一套消費者法典（民法改正研究會，採取法國法之立法模式）；另一派則主張民法上之「人」包含了消費者間之交易以及企業經營者之交易，因此消費者交易應與以一般法化，故將消費者契約法之規定中一部份放入民法中（民法改正檢討委員會，採取德國法之立法模式）。

日本關於定型化契約條款之規範，於日本消費者契約法中，已經就消費者契約為對象為一般性的規範。而近來於其民法債權法修正中，擬將消費者契約法中關於定型化契約之相關規範與民法進行整合與擴充。於日本法制審議會民法部會中，關於定型化契約之規範目前就以下三個議題進行相關之檢討：

1、關於定型化契約條款之定義

檢討委員會之試案中，所謂定型化契約條款，係指「為用於多數的契約中而事先被定型化的契約條款之總體」，並包含實務上常用的一些範本¹⁵²。至於對於定型化契約條款內容規範之種類及依據，分別從約款之層次以及交涉力之層次分別檢討。

由於民事法適用對象為一般「人」，自包含了企業經營者與企業經營者間之定型化契約，而非如消費者契約法適用對象為企業經營者與消費者間所定之契約。因此對於民法規範定型化契約時，是否全盤將消費者契約之內容納入即有爭議。

首先就約款層次來看，基於契約內容合理性之保障、結構上交涉力之不均衡，引發契約之隱蔽效果，以及因競爭關係無法選擇其他契約之內容，規範目的在於確保其內容之合理性。由於契約相對人對於契約內容之形成並未實際參與，極可能在未能了解契約內容之情況下，就對契約為承諾。交涉力層面之考量則以，雙方在交涉力之不對等、契約條件變更之可能性欠缺之情況下，契約內容合理性之保障以及自己意思尊重等契約自由原則基礎欠缺，作為針對契約內容加以規制之依據¹⁵³。基於雙方交涉力不對等之狀態而締結契約之情形，就契約內容有審視之必要性。因此二者均重於契約內容能否審視問題。

因此關於法律（民法）是否介入企業者間之契約內容？就企業間之定型化契約內容是否加以規範？事實上不能斷言，企業之交涉力一定處於對等之狀態，在契約自由原則之前提下，企業經營者負自我責任，為典型民事法所設定之類型。因此企業經營

¹⁵² 片岡義広，「約款の総論的な問題について」NBL934号，頁13。

¹⁵³ 金融法委員會，債權法改正に関する論点整理，NBL949号（2011.3.15），頁18-21。

者因為資訊不足、交涉力不足，作為自我責任而應承受的風險，為一般大家所認同。如其間定型化契約有違反公序良俗者，藉由一般原則加以規範即可¹⁵⁴。因此消費者契約法將企業經營者間之契約作為適用除外之對象。但對於專門性較低（即較不具有專業知識者如一些公益法人）之企業經營者，仍有必要確保其在契約內容上之合理性。因此現實環境中交涉力不均衡的情況下，進行對定型化契約條款之規範。

2、定型化契約拘束力之依據

該契約條款拘束力發生之要件為：「定型化契約之使用者於締約前，對於他方當事人提示」。所謂提示（或稱開示），係指使他方當事人現實上能處於容易認識該契約之狀態；而非現實上他方當事人認識該契約之狀態¹⁵⁵。因為提示係在確保他方當事人「知悉契約內容的機會」。在以網際網路為交易時，企業經營者顯然無法在締約前將定型化契約條款寄給消費者後才為交易，他方當事人也不見得會希望如此無效率之交易方式，因此只要企業經營者於要約書或申請書中載明如何取得該契約條款之方式，使消費者能處於可得知契約條款之方式即可。而所謂「提示」係指，將定型化契約內容向他方為提示或為書面之交付均屬之。但現實之提示或交付有所困難時（如以網際網路進行電子商務交易時），無法為提示或交付，此時應確保相對人能有機會去認識該定型化契約之存在即可認為有「提示」¹⁵⁶。此外針對由政府機關所認可之定型化契約條款，如基於電氣事業法或鐵路運送法等，該定型化契約條款有公開之義務，此時即可認定相對人處於可認識或得以認識該條款之狀態。

3、變更定型化契約條款內容

要對定型化契約條款有所變更其程序及效力為何？因為基於情勢變更原則（如法律修改或社會情況之改變），而不得已變更其內容時，其在以下之情況下得以變更。

（1）對他方當事人較為有利時，即使用定型化契約條款之一方，將其條款內容變更時，變更後之條款較諸原來條款，更有利於他方當事人時，毋須同意即可變更。

（2）該定型化契約條款事先已經有變更權保留條款時，在非不當條款認為合理之情形下，得予變更。如果契約本身未有變更權保留條款時，定型化契約之使用者要變更條款內容時，應通知他方當事人，他方當事人無任何意思表示而繼續接受或使用該商品

¹⁵⁴ 同前註，頁 20。

¹⁵⁵ 民法（債權法）改正檢討委員會編『詳解債權法改正基本方針Ⅱ』（商事法務 2009），頁 87。

¹⁵⁶ 拜原宏明，約款に係る規律，金融法務事情 1910 号（2010.11.25），頁 62。

或服務時，視為默示同意；該條款之使用者應將變更後之定型化契約條款向他方提示。

(3) 經過主管機關認可而公告之定型化契約條款如要變更，則無須各別相對人之同意，經過該主管機關之變更認可後，依各業法符合是為承諾之要件後即完成變更之程序。於此有反對變更者應承認其得以脫離該契約關係。

4、關於定型化契約條款內容之規範

於民法中是否如同消費者契約法針對不當之定型化契約條款進行規範？該審議會中基於「契約性質及意旨、當事者之屬性、同種契約類型之交易習慣及為任意規定」等考量來做為是否有違反誠信原則之不當條款之判斷¹⁵⁷。並以契約內容之合理性為前提，雙方當事人欠缺對契約內容有實質之參與為例，定型化契約條款所具有之隱蔽效果以及低度之交涉可能性，欠缺承認契約自由的基礎，而決定對於契約內容加以規範¹⁵⁸。

因此於基本方針中：「定型化契約條款或消費者契約」中之條款，與該條款不存在之情形相較，該條款有違誠信原則並有害於使用該條款之相對人者，該條款為無效。

例如：

- (1) 該條款為「允許定型化契約之使用者，得任意不履行其債務」之內容者為無效。
- (2) 該條款為「賦予定型化契約之使用者，得片面變更權限」之內容者被推定為無效。
- (3) 其他不具備必要之合理性的契約條款，被視為不當條款之情形。

四、韓國

韓國經歷五個經濟發展五年計畫之後，國民經濟進入大規模生產、大規模銷售、大規模消費階段，消費者問題由此成為一個社會問題。在韓國，由婦女團體於60年代最先開展消費者保護運動，至80年代後逐漸步入正軌。此外，韓國政府為因應20世紀70年代後期因石油危機導致的嚴重通貨膨脹，開始對消費者保護運動予以關注，自70年代末開始積極推進消費者保護政策。1979年12月，制定了由正文第8章32條和附則構成的《消費者保護法》。1980年10月，在《憲法》第125條(現行《憲法》第124條)中規定：「為

¹⁵⁷ 拜原宏明，同前註，頁 65

¹⁵⁸ 大塚龍兒，普通取引約款の拘束力，法学教室第二期，8号，頁 63。

引導健康的消費行為和促進商品品質的提高，國家通過法律保障消費者保護運動」，由此作為保障消費者保護運動之憲法上依據。

隨著經濟的發展和消費者保護運動的推進，消費者不再被動地接受法律的保護，而是增強了其作為權利主體的意識。2006年，韓國摒棄了以消費者保護為主的消費者政策，而是通過樹立中長期的消費者保護政策和強化對消費者安全的教育等方式增強消費者權益，從而加強消費者主權。並且，為了適應市場環境的變化，韓國政府將管理消費資源的權限以及執行消費者政策的職權移交於公平交易委員會，並且確立其《消費者基本法》乃係以強化消費者救濟制度為內容的法律規範，由國家及地方自治團體承擔為實現消費者的權利而制定或廢除相關法律和條例的義務(該法第5條第1號)。以整體經濟法制為規制藍圖，韓國制定並實施了《壟斷規制法》、《物價穩定與公平交易法》、《約款規制法》、《分期付款交易法》、《訪問銷售法》及《電子商務交易消費者保護法》等；同時還制定了消費者因缺陷商品受到損害時可向生產者追究責任的《產品責任法》。在這些法律中，有自始就以實現消費者權利作為其目的的，也有在為實現行政目的而制定的法律中加入部分與消費者保護相關的規定，或一定程度上朝著消費者保護的方向修訂與該標準有關的規定。

(一) 約款規制的立法與背景

1、“關於約款規制之法律”(1986年12月31日法律第3922號，以下稱‘約款規制法’)施行於1987年7月1日，以具體的紛爭事件為前提法院直接的判斷約款效力的有無，另外依同法設置的約款審核委員會發布對不公正的約款刪除或修正的更正勸告的抽象審核。

同法制定後通過八次的修正補充對不公正約款的規制，特別是在1992年2001年與2004年的法律修正。依1992年12月8日的法律修正(1993年3月1日施行)將更正勸告制變更為更正命令制，規制機關由約款審核委員會變更為公正交易委員會(包含約款審核顧問委員會)，確保有實效性的更正不公正約款。2001年3月28日同法又一次修正，修正前對處於優越地位的企業賦予不公正約款的使用禁止義務與使用更正命令，對不在於優越地位的企業使用更正勸告，修正後對所有的企業賦予不公正約款的使用禁止義務與使用更正勸告，處於優越地位的企業不履行更正勸告時可使用更正命

令，明確的區分使用更正勸告的情況與更正命令的情況。依 2004 年 1 月 20 日法律修正，提供標準約款及具體的規制其約款的違反與否與對公正交易委員會申請審核的條文。

2、參考外國立法例。1977 年 4 月 1 日德國制定了普通交易約款規制法，韓國仿照德國也制定了約款規制法。不同之處在於德國將具體或抽象的內容管制權限交給法院，同法依 2002 年施行的德國民法的修正將其收錄於民法。日本制定了消費者契約法(2001 年 4 月 1 日施行)，對消費者契約簽訂過程的順序規制(第二章)與契約條款的實質規制(第三章)一起規定。其他國家如英國、瑞士與瑞典也有關於約款規制的特別法，美國沒有關於約款規制的特別法只依靠一般民商法的理論加以規制。另外 EC 理事會在 1993 年 4 月 5 日制定關於不公正約款規制的標準的 EC 指南並對會員國採取適當的措施。

(二) 約款規制的必要性

1、約款討論的現況

法律學對約款的爭論分為兩種，一種為以追究約款對消費者拘束為根據的「約款本質論」，另一種為了在不公平的約款下保護消費者而找出關於約款規制法理的「約款規制論」。過去爭論的中心在於約款本質論，德國舊約款規制法第二條及韓國的約款規制法第三條，以契約說為條件解決了立法問題，現在的爭論中心轉移到約款規制論。

2、約款的效用性

如今銀行、保險、運送、信用卡、電能、瓦斯、住宅的供應、分期付款等，在日常生活中大部分的交易已經普遍的使用約款。現代大型交易企業與眾多的消費者之間，一一衡量個別的內容簽訂契約已成為不可能的事實。企業經營者事先備置用文字印出的定型化契約書，消費者決定是否簽訂契約，縮短對簽訂契約所需的費用與時間。再者，經濟社會結構的複雜化與多樣化發展出更多新型的契約型態，現存民商法之規定不能迅速的對應出相關的規定，這樣的法律關係應以約款的具體、個別的規制補充法律的不備。

3、規制的必要性

利用如同前述的約款訂定契約，在這個過程中企業利用優越的地位訂出單方面有利而對消費者不利的條件，特別是插入危險轉嫁、免責等的條款而且消費者容易忽視條款(特別條款的字型很小或條款過多的狀況)，即使知道也很難個別的修正條款。大部分同種類的企業使用內容相同的約款，消費者選擇企業的權力事實上也被限制。則企業直接使用事先準備的約款簽訂契約，單方剝奪了消費者決定契約內容的自由。規制企業無限的使用約款保護消費者是有必要的。將修正近代民法三大原則之一的契約自由原則。

(三) 約款規制的態樣

為實現約款的公平化，韓國《約款規制法》設立了對約款內容的規制，具體可分為約款的訂入規制、解釋規制和效力規制三個方面。在此僅先就訂入規制與效力規制扼要說明。

1、約款的訂入規制

如上所述，約款只是契約草案，因此並不能直接成為契約內容，而是在當事人之間協議將其訂入契約後時，方成為契約內容。《約款規制法》規定：經營者應當向相對人明示或交付約款，並說明約款的重要內容。

(1) 明示、交付義務

首先，經營者在訂立契約時，應依據契約種類，以通常方法向相對人明示約款的內容，並依相對人的要求向其交付約款副本。對於依其他法律的規定，得到行政機關認可的，或由總統令規定，認定為出於交易便捷的需要者，經營者則無此義務。這種約款包括旅客運輸業、通信業、電、煤及自來水行業的約款(該法第3條第1項，施行令第2條第1項)。然而，即便是此類約款，經營者仍應在經營場所置備約款，並在相對人提出要求時向其交付此約款副本(施行令第2條第2項)。根據該法第30條規定，排除該法的適用時，亦免除交付義務。

(2) 說明義務

經營者應將約款的重要內容向相對人說明並使其可以理解。在此，所謂「重要內容」

是指按照社會一般觀念，對相對人是否訂立契約或決定價格等方面有直接影響的事項。它亦可認為主要是作為對契約相對人利害關係產生重要影響的事項，根據社會一般觀念，如果經營者向他方予以說明，則將影響他方是否訂立契約的結果。在具體情形中，何為約款的重要內容，較難以操作，只能個別審查。

但是，根據約款的性質，說明有顯著困難者，則免除其說明義務(該法第3條第2項)。該法賦予經營者說明義務是為了保障顧客的預見可能性，因此對於已成為交易慣例的一般事項，如對投保人而言，無須特別說明該被保險人亦可預見，亦或所謂的說明只是停留在重複或敷衍依法規定的事項層面上的，不能認定為經營者有說明義務。再者，因投保人充分了解約款的內容，且知道其將成為契約的內容並約束當事人的，保險人無須特別說明約款的內容¹⁵⁹；如果某一項約款條文只是為了明晰當事人之間的約定目的而設的確認性規定，即使對其經營者未予特別說明使相對人理解的，亦不能認定為違反《約款規制法》第3條第2項的規定¹⁶⁰。

(3) 違反義務的效果

經營者訂立契約時若違反明示、交付和說明約款的義務，則不能主張此約款為契約的內容(該法第3條第3項)。然而，這並非意味著經營者未明示、交付或說明時，此約款當然不被訂入契約，而是指經營者雖無法主張此約款為契約內容，但相對人則可以主張為契約內容。對此，韓國的《約款規制法》與德國的《一般交易條款法》有所不同。德國的《一般交易條款法》認為，使用人(經營者)通過約款訂立契約時已予以明示、說明且在相對人(相對人)同意其效力的情形下，該約款方構成契約的內容。(《德國民法》第305條第2項)。

此外，在保險約款中，保險人在違反約款的明示、說明義務時，投保人自保險契約成立之日起1個月內，可撤銷該保險契約(《商法》第638條之3第2項)。與此相關，韓國大法院認為，在《商法》第638條之3第2項與《約款規制法》第3條第3項的關係上，不能認為其為排除適用《約款規制法》第3條第3項的特別規定。因此，即使投保人未撤銷保險契約，亦可主張違背說明義務的法律效果。即投保人既可主張《商法》上的撤銷權，亦可依《約款規制法》主張將約款排除訂入契約的效果。

2、約款的效力規則

¹⁵⁹ 參見大法院，1998年4月14日，宣告97da39308判決。

¹⁶⁰ 參見大法院，1998年2月27日，宣告96da8277判決。

當契約雖不違反強行法或公序良俗以及其他社會秩序，但在客觀上存在不公平時，應如何判斷？《約款規制法》規定以誠實信用原則作為認定約款效力的一般性原則，即該法要求經營者在擬定約款時，不能只考慮自身的利益，同時還要考慮相對人的正當利益。韓國大法院認為，誠實信用原則是鑒於約款由經營者單方擬定，而相對人作為相對人是在未充分研究或確認其具體條款內容的情況下進入契約的訂立過程，約款擬定人應根據誠實信用原則，擬定不違反契約相對人的正當利益和合理期待的公平的約款的行為規範¹⁶¹。

然而，由於誠實信用原則的內容過於抽象，為便利具體上適用，為此《約款規制法》第6條第2項規定，將下列條款推定為"顯失公平"：

- (1)對相對人不當不利的條款；
- (2)根據契約的內容、交易形態等各種因素，相對人難以預見其內容的條款；
- (3)限制相對人基本權利，導致無法實現契約目的的條款。

因此，如果經營者未能提出能夠證明其妥當性的合理根據，則可認定該約款為無效；反之，如果經營者提出特別根據，該推定是否成立，尚需根據誠實信用原則，重新審查其法律效力。

另外，約款規定中，若有因為限制契約中的本質權利，致使契約目的無法實現時，該約款推定為具有不公平性(該法第6條第2項第3號)。此規定是為了保障相對人的核心地位而設定。最值得注意的是，《約款規制法》第7條至第14條對於無效事由尚亦採取具體列舉方式，其實質為誠實信用原則的具體化。但是，在此個別禁止規定中，包括原須另評價其規範的規定(如該法第7條第1號，第9條第1號)和須另評價其規範的規定(如該法第7條第2號、第3號)。後者的情形，包含「無相當理由」或「不當」等評價要件。但是，在此認定「無相當理由」或「不當」最終仍以誠實信用原則作為根據。

《約款規制法》第7條至第14條規定之具體無效事由如下：

(1) 不當的免責條款

¹⁶¹ 參見大法院，1994年12月9日，宣告 93da43873 判決。

A、免除因經營者、履行輔助人或雇員的故意或過失所致的法律責任的約款。但免除因其輕微過失所致的損害的約款，如果非違反誠實信用原則而顯失公平的，則有效(第1號)。

B、無正當理由，限制損害賠償範圍，或者將經營者該承擔的風險轉嫁給相對人的約款(第2號)。例如，經營者無正當理由，限制因其侵權行為或債務不履行所致損害賠償的責任，或者違背有關風險承擔的基本原則，將自己該承擔的風險轉嫁給相對人的約款，無效。

C、無正當理由，排除或限制經營者的擔保責任，或加重相對人的對經營者擔保責任的權利行使要件的約款(第3號)。同時，在出示契約的標的物樣品或標識有關品質、性能等情形時，排除或限制該標識中被保障的內容的責任。但是，品質保證書中提供的保修內容，在排除或限制經營者的瑕疵擔保責任的情形下，不違反誠實信用原則或並非顯示公平的，有效。

(2) 不當損害賠償額的約定

《約款規制法》第8條規定，使相對人承擔不當過重的遲延損害金等損害賠償義務的約款，無效。經營者為了事先防止交易中有可能發生的法律問題，擬定關於債務不履行或侵權行為所致損害賠償責任的約款。然而，在此種約款中，賦予相對人承擔不當過重的遲延損害金等損害賠償義務的約款，無效。這在約款中通常以違約金或損害賠償金的預定等文字形式出現。

(3) 有關解除、終止契約的不當約款

有關規定契約的解除、終止的約款內容中，有下列情形之一的，無效(《約款規制法》第9條)：

A、排除或限制顧客行使法律所規定的解除權或終止權的約款。根據民法的規定，在遲延履行或履行不能等債務不履行的情形，債權人可以行使解除權或終止權(《民法》第543條至第553條)。排除或限制相對人的此種解除權或終止權，或者限制該權利行使的約款無效(第1號)。

B、對於經營者賦予法律上未規定的解除權或終止權，或者放寬經營者法定解除權、終止權的行使要件，以此對相對人有可能造成不利益的約款(第2號)。

C、根據民法的規定，在當事人一方解除契約時，各當事人互負恢復原狀的義務(《民法》第548條第1項)。無正當理由加重相對人的恢復原狀義務，或使相對人不當放棄對經營者的恢復原狀請求權的約款，無效(第3號)。同時，不當減輕經營者的恢復原狀義務，或是損害賠償義務的約款，無效(第4號)。

D、在電氣、煤氣及自來水的供應契約或租賃契約等以發生連續性債權關係為目的的契約中，不當地延長或縮短契約的期限或者規定可任意變更契約期限或更新契約，有可能對相對人造成不利的約款(第5號)。

(4) 有關債務履行的不當條款（《約款規制法》第10條）

有關規定債務履行的約款內容中，有下列情形之一的，無效；

A、無正當理由，賦予經營者單方決定或變更給付內容的權利的條款；

B、無正當理由，賦予經營者單方中止履行或是由第三人代為履行的權利的條款。

(5) 不當侵害相對人權利的約款（《約款規制法》第11條）

有關規定相對人權利的約款內容中，具有下列情形之一的，無效：

A、無正當理由，排除或限制相對人的法定抗辯權(如同時履行抗辯權或催告、檢索的抗辯權等)、抵銷權等權利的條款(第1號)。

B、無正當理由，剝奪相對人所享有的期限利益的條款(第2號)。例如，在分期付款交易的約款中，一般規定為當遲延支付分期金時，應一次性支付剩餘價款。此種約款內容，若無正當理由，則無效。

C、不當限制相對人與第三人訂立契約的條款(第3號)。例如，無正當理由，限制向自己競爭者提供商品或服務，或限制從自己的競爭者處接受商品或服務。

D、無正當理由，允許經營者洩漏在業務上獲悉的相對人的秘密資訊的條款(第4號)。

(6) 意思表示的不當擬制（《約款規制法》第12條）

有關規定意思表示的約款內容中，有下列情形之一的，無效：

A、將一定的作為或不作為視為相對人表明或未表明意思表示的條款，但明確告知相對人在相當期間內若不為意思表示，則視為表明或未表明意思表示，或因不得已事由無法告知者，不在此限(第1號)；

B、對相對人的意思表示的形式或要件，不當地予以嚴格限制的條款(第2號)；

C、對相對人的利益造成重大影響的經營者意思表示，無正當理由視為已到達相對人的條款(第3號)；

D、對相對人的利益造成重大影響的經營者的意思表示，規定不當的過長期限或不確定的期限的條款(第4號)。

(7) 不當加重代理人責任的約款（《約款規制法》第13條）

契約由相對人的代理人訂立時，約定若相對人不履行其義務，其全部或部分義務由代理人履行的約款內容，無效。

(8) 不當限制起訴的約款（《約款規制法》第14條）

對相對人不當禁止起訴的條款或審判管轄的合意條款，無效；無正當理由，賦予相對人舉證責任的條款，亦為無效。

五、中國大陸

（一）中國大陸有關消費者保護的規範

關於中國大陸的消費者保護法制，可溯及 1984 年 10 月份中國共產黨第 13 屆三中全會通過「中共中央關於經濟體制改革決定」。其後，大陸境內企業生產快速成長，消費糾紛案件逐年攀升，有關產品責任和消費者權益等規範，散見各種單行法規或行政部門法令規章，法制重心多在產品質量。同年 12 月，全國性的消費組織「中國消費者協會」

在北京成立¹⁶²。

時至今日，其有關消費者保護的一般性法律有 1993 年 10 月 31 日通過公布的消費者權益保護法、1993 年 2 月 22 日通過 2000 年 7 月 8 日修正公布的產品質量法及 1997 年 12 月 29 日通過公布的價格法；其他有關的行政法規、部門規章有 1995 年 8 月 25 日頒布的部分商品修理更換退貨責任規定、2000 年 3 月 10 日頒布之有關消費爭議的商品送檢規定及 1996 年 3 月 15 日頒布的欺詐消費者行為處罰辦法、工商管理機關受理消費者申訴暫行辦法、工商行政管理所處理消費者申訴實施辦法等。此外，與消費者的安全、公平交易等有關的保護事項，則散見於其他法律、法規中，例如食品衛生法、藥品管理法、廣告法、反不正當競爭法等¹⁶³。

消費者權益保護法的制定頒布實施，表示中國已初步形成了一個以消費者權益保護法為基本法，包括其他配套法律、法規的保護消費者權益的法律體系¹⁶⁴。

（二）中國大陸對於定型化契約的立法規制

定型化契約在中國大陸稱為「格式合同」。該國針對格式合同的立法，採取在消費者保護法中設專章（節）中進行規制與在合同法中進行規制的模式¹⁶⁵：前者以該國消費者權益保護法第 24 條為代表；後者見於該國 1999 年 3 月 15 日通過的合同法第 39 條至 41 條。該等規定雖未明確出現格式合同字樣，但學者仍認其為對格式合同的專門規範。茲說明如下。

1. 消費者權益保護法部分

中國消費者權益保護法第 24 條規定：經營者不得以格式合同、通知、聲明、店堂告示等方式作出對消費者不公平、不合理的規定，或者減輕、免除其損害消費者合法權益應當承擔的民事責任。格式合同、通知、聲明、店堂告示等含有前款所列內容的，其內容無效。

¹⁶² 兩岸及先進國家消費者保護制度之比較研究 結案報告，頁 54。行政院研究發展考核委員會補助，行政院消費者保護委員會委託辦理，受委託單位：玄奘大學，民國 99 年 11 月。

¹⁶³ 中國大陸消費者保護法制之現況與展望，姜志俊律師著，頁 1。

<http://www.cpc.gov.tw/ConsumerKMfile/01new/%E4%B8%AD%E5%9C%8B%E5%A4%A7%E9%99%B8%E6%B6%88%E8%B2%BB%E8%80%85%E4%BF%9D%E8%AD%B7%E6%B3%95%E5%88%B6%E4%B9%8B%E7%8F%BE%E6%B3%81%E8%88%87%E5%B1%95%E6%9C%9B-%E5%A7%9C%E5%BF%97%E4%BF%8A981118.doc>(最後瀏覽日，2011/5/24)

¹⁶⁴ 前揭註，頁 4。

¹⁶⁵ 依該國學者王梓臣的分類，另外尚有：在民法典中特設強行規則來規制格式合同、規定專門的格式合同規制法，對格式合同全盤規制等兩種模式。王梓臣，格式合同：立法、司法與行政的規制。

http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=39887(最後瀏覽日，2011/5/24)

2. 合同法部分

中國合同法第 39 條規定：採用格式條款訂立合同的，提供格式條款的一方應當遵循公平原則確定當事人之間的權利和義務，並採取合理的方式提請對方注意免除或者限制其責任的條款，按照對方的要求，對該條款予以說明。（第 1 項）格式條款是當事人為了重複使用而預先擬定，並在訂立合同時未與對方協商的條款（第 2 項）。第 40 條規定：格式條款具有本法第 52 條和第 53 條規定情形的，或者提供格式條款一方免除其責任、加重對方責任、排除對方主要權利的，該條款無效。最後，第 41 條則規定：對格式條款的理解發生爭議的，應當按照通常理解予以解釋。對格式條款有兩種以上解釋的，應當作出不利於提供格式條款一方的解釋。格式條款和非格式條款不一致的，應當採用非格式條款。

第四章 外國及兩岸有關定型化契約之行政管制措施

一、歐盟對於定型化契約之行政規制

如上所述，歐盟針對特定交易或商品契約所訂定的各種指令，僅在規範必須於各個會員國達成之特定最終效果，會員國的有權機關必須調整其法律以符合該等目標，但得自由決定如何達成。至於各個會員國轉換歐盟指令的方式，或係對於歐盟的要求亦步亦趨，另訂特別法，或係將相關要求於現有法律增訂相關條文，略有不同。

（一）歐盟層級對定型化契約立法之落實的態度

經過上述轉換程序而在各會員國發生效力的歐盟規定，須透過何種方式被執行（enforce）？關於此點，可以 93/13/EEC 有關消費者契約不公平條款的指令為例。該指令規定：會員國須採取適當、有效的措施以終止不公平條款的使用¹⁶⁶，至於何謂「適當的措施」，指令中並未限制必須採取司法或行政的方式，達成終止不公平條款使用的目的。也就是說，該指令將選擇措施的大部分權力交給會員國。93/13/EEC 指令僅另外概括地規定¹⁶⁷：該措施應包括依有關國家之法律於保護消費者具有合法利益的人民或組織，得依有關國家之法律向法院或行政機關採取行動，以取得有關作為一般使用的契約條款是否不公平的決定，並且得進而適用適當且有效的措施防止該等條款的繼續使用。此一規定由其後於 2009 年 4 月 23 日制定之 2009/22/EC 有關保護消費者利益之不作為請求的指令¹⁶⁸，加以補充。

由上述可知，就歐盟的層級來說，雖然對於定型化契約有一般（例如：93/13/EEC 有關消費者契約不公平條款的指令、99/44/EC 有關販售消費者商品與擔保特定面向的指令）與特別（例如：2008/48/EC 有關消費者信用約定指令、2008/122/EC 有關分時，長期度假商品，轉售與交換契約之特定面向的消費者保護指令等）的規範，但就各會員國如何落實該等規範的特定最終效果，則採取開放態度，未強求須以行政或司法規制的作法達成目的。也因為如此，如要了解上開指令最後如何被執行或落實，必須觀察各會員國的作法。

以我國較為熟悉的德國法制來說，德國於民法債編修正時，就歐盟國家所頒布消費者保護指令如何融入民事法律制度之考量上，有特別立法與融入民法體系二種見解¹⁶⁹，

¹⁶⁶ 請參閱該指令第 7 條第 1 項。

¹⁶⁷ 請參閱該指令第 7 條第 2 項。

¹⁶⁸ OJ L 110 of 1.5.2009

¹⁶⁹ 謝進益，消費者保護法應記載及不得記載事項之研究，國立政治大學研究所碩士論文，96 年 7 月，頁 60。

最後採取的是融入民法體系的作法。特別法納入德國債法現代化法之目的，在於這些特別法所規範者亦屬民法之核心領域，納入民法典可使相關規定與體系更透明清晰而可窺其全貌。與民法有關之特別法首推 1979 年制定生效之定型化契約條款法（按：亦即一般交易條款規制法）及因歐盟頒布之關於消費者保護指令而轉化成特別法部分，後者包括訪問交易法與遠距交易法…等¹⁷⁰。德國法制對於透過司法機關控制定型化契約之交易內容，已發展出清楚規範體系，惟尚未賦予行政機關積極事前管制定型化契約之權限，導致消費者亦多難以透過訴訟過程主張應有權益¹⁷¹。

由於牽涉到定型化契約的歐盟指令為數甚夥，而目前歐盟的會員國亦已達 27 個會員國，如擬一一了解各該指令在各個會員國執行或落實的情況，恐非易事。有鑑於 93/13/EEC 有關消費者契約不公平條款的指令與定型化契約最為相關，且為一般性的歐盟立法，故本計畫擬針對會員國落實 93/13/EEC 指令的具體作法，作為探討會員國層級對於定型化契約之行政規制與司法規制的主要對象。

（二）會員國層級對於定型化契約的行政規制¹⁷²

1. 會員國行政機關的角色

許多會員國使用以行政法為基礎的系統來監督契約條款，這些系統以負責保護消費者整體利益之行政機關的優勢地位為其特徵。在北歐國家，包括丹麥、芬蘭、瑞典有 Consumer Ombudsman 的設置；英國則有 Office for Fair Trading。

另外，有些國家雖欠缺廣泛的契約條款公共監督系統。然而，該等國家的行政機關至少仍有權向法院提出不作為（injunctions）的請求。如比利時的 Minister of Economic Affairs，在比利時，國王有權透過皇家命令（Royal Decree）強制或禁止特定條款適用於特定的商業部門或特定的商品或服務。在法國，則有一特別的行政機關（Commission des clauses abusives）有權發佈對於定型化契約中之條款的聲明（statements），但該等聲明不具有拘束力。

2. 行政機關的調查權

各會員國間行政法上監督條款的權力大異其趣。在許多的會員國中，行政機關的權

¹⁷⁰ 有關德國民法典翻修的詳細說明，請參閱楊淑文，2002 年德國民法關於消費性契約之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，92 年 12 月 31 日，頁 1 以下，尤其是頁 6。

¹⁷¹ Larry Bate, Administrative Regulation of Terms in Form Contracts: A Comparative Analysis of Consumer Protection (16 Emory Int'l. Law Review.1, Spring 2002.), pp. 65-66.

¹⁷² Universitaet Bielefeld EC Consumer Law Compendium-Comparative Analysis-, February 2008, pp.423-428. http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf(最後瀏覽日，2011/5/22)

限遠超過向法院提出訴訟的權能。此外，透過特別的規定，普遍有義務主動調查申訴或審查一條款是否不公平。此與許多會員國之行政機關有權要求經營者提出相關文件與資訊的權力相當。

3. 協商與指導原則

在此基礎上，許多的行政機關係透過協商達到合理的契約條件，如芬蘭、瑞典及英國即是。在北歐國家，根據協商的一般原則，Consumer Ombudsman 必須盡力透過協商，促使交易者或企業經營者依照良好交易行為的原則行事。在多種 Consumer Ombudsman 得以試圖影響經營者方式中，其一便是在與相關企業與消費者組織協商的基礎上，於特定領域發佈指導原則。在英國，有關不公平條款的申訴通常是以與經營者協商的方式解決。其行政機關即 Office for Fair Trading 積極於與可能涉及不公平條款的經營者接觸，並成功地勸導其相關條款。Office for Fair Trading 定期會公佈不公平契約條款公報，提供其以上述方式處理之條款的詳細內容。

比利時的立法者於 1933 創設了 Commission on Unfair Contract Terms，屬一諮詢性機關。其不僅針對經營者與消費者間的契約條款提供建議，亦會依要求提供意見，並且有權向 Minister of Economic Affairs 提供建議案。各部會的長官定期均會在許多不同的主題，得到該 Commission 所提的建議案。有關該 Commission 針對經營者與消費者間契約條款提供的建議，均可在網路上查得。該 Commission 可主動或依有權限的部長、消費者團體或經營者協會之要求，作成一定行為。

4. 行政機關發佈命令的權限

有些會員國的行政機關擁有特別廣泛的權限。該等權限不僅包含在法院進行訴訟的權利，更有權發佈遵循命令。

丹麥的 Consumer Ombudsman 得對清楚違反市場行銷措施法（Marketing Practices Act）的行為發佈命令，且不得以協商的方式變更之。命令發佈的對象可要求 Consumer Ombudsman 確保會將該命令提交給法院。不遵守法院或 Ombudsman 課予的禁止或不作為義務者，將被處以罰金或達四月的徒刑。

瑞典，在較不具重要性的案件中，如協商程序失敗，Ombudsman 一樣可發佈禁止命令。若該禁止命令未被遵守或係牽涉到重要公共利益的案件，則 Ombudsman 可向市場法院（Market Court）提出不作為請求。與此相似，芬蘭的 Ombudsman 亦可在較不具重要性的案件發佈不作為命令。如受命令者在八日內針對該命令提出異議，則該不作為命令即失效。Consumer Ombudsman 另可課予一額外的罰金，但須由市場法院決定是否需要支付。

（三）兼論會員國層級之司法規制¹⁷³

1.會員國訴訟的種類

幾乎所有的會員國允許對於使用或建議不公平條款之人提出不作為訴訟，作為一個最低的標準。總括而論，在具急迫性的案件中，也可能取得暫時的不作為命令。一般來說，法院之不作為命令，目的在於確保經營者停止違反行為，並在未來不再從事類似行為。多數的會員國也規定，應公佈全部或部分的法院決定或改正的聲明，其目的在於終止因使用系爭不公平條款而產生的效果。有些會員國在不作為請求的類型外，也允許損害賠償請求的訴訟。

在法國，當使用標準（定型化）條款之人對整體消費者利益造成損害時，消費者團體有權提出集體的損害賠償請求（參該國消費者法律第 L.422 以下）。希臘的消費者團體得提起損害賠償請求，至於賠償數額，則由法院在考慮案件情況，以及特別是不法行為的強度、被告公司的規模、年度營業額等因素後決定。當使用不公平條款被認為違反公平交易之相關規定時，會員國在特定的情況下亦會適用額外的處罰。例如德國，依其 2004 年不正競爭防止法規定，如違反的一方係有過失，則競爭者有權請求損害賠償。同法第 10 條的規定，如違反的一方係故意以損害消費大眾之方式獲取利潤者，亦得請求償還之。

2.得提出不作為請求的資格

有關得提出訴訟之人，各會員國有其不同規定。對於主要依賴行政管制模式的會員國，也會賦予相關的行政機關得提起訴訟的資格。

在幾乎所有的會員國中，除了立陶宛與馬爾他外，消費者團體都有提出集體請求的資格。除了消費者團體，許多國家也將針對不公平條款尋求不作為請求的權利，賦予經營者與專業團體。採取此種訴訟類型的有奧地利、比利時、德國等。

3.集體訴訟的效果：既判力的相對性

法院或行政機關的決定，在集體訴訟程序脈絡下，多數的會員國均僅使拘束力發生於作為事件之一造的經營者。對於使用相同條款的其他經營者，該決定並不具拘束力。

對於此一原則，若干會員國有修正法院判決相對效力的趨勢。在波蘭，一個具有法

¹⁷³ Universitaet Bielefeld EC Consumer Law Compendium-Comparative Analysis-, February 2008, pp.428-432. http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf(最後瀏覽日，2011/5/22)

律拘束力之有關禁止使用不公平條款的判決，會被公布在經濟與法院公報並且予以登錄。藉由此一登錄，該判決依照民事訴訟規則第 479 條的規定，即取得對世的效力 (erga omnes effect)。至於匈牙利法院的判決，依照其民法 209/B 條的規定，在集團訴訟的情形下，有「流傳 (hand down)」的效果，僅於契約已經在訴訟提出前即已履行的情形，該效力方被排除。

集體訴訟的判決通常僅對所法院所審理的案件有效。然而，如果法院判決的法律效力侷限於系爭條款特別的用詞，則法院的判決即無法禁止條款使用人使用其他與系爭條款同樣不公平，但卻使用不同用字的條款。

有些會員國為了消費者保護的利益，已為上述的可能性引進防衛性措施。在英國，依其消費者契約不公平條款規則第 12 條第 4 款，不作為請求不僅涉及為一般使用而擬具之特定契約條款，亦涉及由任何人所使用或建議使用之類似條款或具有類似效果之條款。如此一來，可避免經營者以具有類似效果之條款替換觸法條款的方式，規避法院判決。

當然，因既判力之相對性而對於消費者所生的不利益，事實上可以避免，只要行政機關基於相關的判決能對其他經營者有所行動，以擴張判決效力及於個別的程序之外。

由上述說明可知，在歐盟層級對於不公平條款雖有立法規制，但該立法規制落實的結果，就執行面而言，歐盟各個會員國間並未達於相近的程度。對於不公平條款以集體型式因應的系統，會員國間存在很大差異。有些是透過行政措施的方式達成，有些則是透過由消費者團體或他人向法院提出集團訴訟。隨著前身原本為共產社會主義會員國的加入，行政上的處理程序似乎有更大的意義。因前身原本為共產社會主義會員國，僅有少數的私人消費者組織存在，故而有必要增加行政上的控制。

二、美國對於定型化契約的行政規制

(一) 行政規制

關於定型化契約之行政規制，除法律特別授權予主管機關介入審查或公佈範本，例如標準條款或標準揭露格式，否則多數情形乃由機關視糾紛之頻繁與類型，公佈指引以作為產業行為與消費者教育之參酌。

以下分別就美國關於旅遊及遠距交易契約為例，說明其行政規制。

為避免消費者旅遊糾紛，美國聯邦交易委員會(the Federal Trade Commission, FTC)與

其消費者保護局 (consumer protection agency) 發布許多相關之消費者警示 (Consumer Alert)¹⁷⁴，包括不實的國際駕照或許可之廣告 (Ads for International Drivers' Licenses or Permits Could Be a Dead End)¹⁷⁵、避免學習旅遊糾紛 (Avoid a School Break Bust)¹⁷⁶、海外駕駛？認清虛假的國際駕駛許可 (Driving Overseas? Steer Clear of Bogus International Driving Permits)¹⁷⁷、分時度假商品之轉售：訂約注意事項 (Selling a Timeshare Through a Reseller: Contract Caveats)¹⁷⁸與旅遊秘訣：如何安排旅遊 (Travel Tips: How to Gear Up for a Great Trip)¹⁷⁹等。

1、包機旅遊契約¹⁸⁰

旅行業者應於契約揭露相關限制與權利等重要資訊，包括：

(1) 解約之罰款

越接近出發日而取消，罰款越高。某些包機旅遊契約，容許由消費者自行找人替代，則於此情形將只會被罰美金 25 元的費用。當然，消費者可購買旅遊取消的保險契約 (trip cancellation insurance)，來避免受到損失。但若消費者臨時取消旅遊是因為疾病或家族有人去世，一般均可請求返還已繳費用。旅行業者應告知消費者可以購買保險契約，以及何種情形可以取消並獲得退費。旅遊契約訂定前既存的事實，是無法作為該類型保險契約給付的事故。

(2) 旅行業者或航空公司取消航班

在出發日 10 前，旅行業者或航空公司以銷售未盡理想或其他事由取消航班，這是消費者以較低價格獲得機票所應承擔的風險。出發日 10 內，航班僅得以物理上無法飛行而取消。

(3) 航班或旅遊的重大變更

所有包機旅遊的航班或地面安排都可能會有變更，書面的旅遊契約通常也都無法分之百保證相關費用不會略有調整。但是，若航班或旅遊之變更已屬重大，則消費者得行使

¹⁷⁴ <http://www.ftc.gov/bcp/menus/consumer/shop/travel.shtm>(最後瀏覽日，2011/9/22)

¹⁷⁵ <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt108.shtm>(最後瀏覽日，2011/9/22)

¹⁷⁶ 此份文件由聯邦交易委員會及美國社會旅遊局(the American Society of Travel Agents, ASTA)，共同發布。
<http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt029.shtm>(最後瀏覽日，2011/9/22)

¹⁷⁷ <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt126.shtm>(最後瀏覽日，2011/9/22)

¹⁷⁸ <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt185.shtm>(最後瀏覽日，2011/9/22)

¹⁷⁹ 此份文件由聯邦交易委員會及其消費者保護局與消費者及商業教育辦公室共同發布。
<http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/alerts/alt012.shtm>(最後瀏覽日，2011/9/22)

¹⁸⁰ 美國運輸部 (The Department of Transportation, DOT) 公布。

<http://airconsumer.ost.dot.gov/publications/charters.htm>(最後瀏覽日，2011/9/22)

解除契約之權利，並請求返還已繳費用。所謂「重大變更」，包括：

A、出發或返還之城市(不包含旅程中拜訪城市的順序)

B、出發或返還之日期，班機遲延不在此限。但班機遲延若已逾 48 小時，亦視為重大變更。

C、住宿旅館變更至契約所載可替代旅館範圍之外。

D、增加之費用總額，超過消費者已繳之原本費用 10%（出發前 10 日內即不得增加費用）。

以上重大變更情形，若消費者決定取消旅遊，則可獲得全額退費。若決定不取消，則消費者亦無權要求業者為部分退費（partial refunds）。然而，倘若消費者於旅遊開始後，始發現如上變更，則消費者仍可拒絕航班或飯店的變更，繼續原有的旅遊計畫，並於返家後主張變更部分相關費用的返還。

（4）旅行業者履約擔保之措施

旅行業者須採取適當措施以保障消費者權益，例如保證契約，或是透過銀行的專款帳戶，保管消費者繳交之金錢直到班機或旅程順利完成。

（5）行李遺失

若消費者之行李係於航空公司處理過程中發生遺失或損害，則航空公司應自行負責。惟若無法釐清究係航空公司亦或是旅行社之責任，例如在機場與飯店的運送路程中，則旅行社與航空均不得推卸責任。

（6）行程遲延

航班之遲延，從幾分鐘到幾小時，並非不尋常。若航班遲延已逾 48 小時，則旅行業者應提供消費者選擇取消行程的權利，並退還全部的費用。值得注意的是，包機與定期航班是分別獨立的，若消費者因至某城市之定期航班遲延，致錯過包機出發時間，則將損失其機位與費用。包機機位的保留僅適用在單一航班。無論任何理由錯過班機，便已無法補救。消費者只能找原旅行社，協助搭乘另一包機以到達目的地。

相反的，若包機遲延致消費者錯過預定返家之定期班機，則須自行負擔另外班機增加的費用。原訂搭乘之定期班機優惠可能會被取消，或是搭乘沒有折扣優惠的航班。

2、分時渡假契約

因為分時渡假商品之轉售，經常發生銷售仲介或捐客欺騙消費者情形，因此聯邦交易

委員會與消費者保護局發布「訂約注意事項」，針對下列事項提出建議：

(1) 交易主體—提供 the Better Business Bureau (www.bbb.org)、州檢察長 (www.naag.org)、與當地消費者保護局(www.consumeraction.gov)等三個管道，使消費者可查詢該仲介公司是否登記有案。

(2) 交易方式—轉售相關資料應以書面為之。

(3) 仲介銷售者之資格—銷售不動產須有專業證照，消費者可向該州不動產委員會 (the state Real Estate Commission) 查詢。

(4) 銷售服務內容--仲介銷售者之服務內容及提供之相關資料與頻率，應明白約定。

(5) 銷售服務之費用—相關報酬與費用金額、支付時期、退費等約定應以書面為之。

(6) 分時渡假商品之估價—消費者可利用各州授與證照之估價師提供之分時渡假估價服務 (a timeshare appraisal service)，以為參考。

FTC 建議，契約應該包含下列事項之約定：轉售者提供之服務、報酬、費用、佣金及其支付時期、銷售期間自己能否將之出租或出賣、銷售契約之期間、應對此份契約義務負責之人、契約終止。轉售契約應核定之項目清單如下：

表4-1：美國聯邦交易委員會建議分時渡假契約轉售之核定項目

編號	事項
1	渡假地所在之名稱、住址、電話號碼。
2	字據、契約書或會員協議。
3	金融財務協議，尤其仍有支付貸款之情形。
4	相關利益之安排與會員權益。
5	參與交換之公司。
6	維護費用之金額與期間。
7	不動產賦稅之金額。

其他關於分時渡假權利之資訊，民眾可向美國渡假地發展協會 (the American Resort

Development Association, ARDA) 查詢假期所有權資訊與負責發展之產業¹⁸¹。值得注意的是，關於分時渡假商品之財產，其所在地之各州不動產委員會 (the Real Estate Commission) 係主管機關，但相關銷售計畫，包括虛偽不實的廣告、行銷，則 FTC 為主管機關。

3、遠距交易契約

FTC 公布郵件或電話訂購規則，適用範圍包括消費者透過郵件、電話、電腦與傳真而訂購商品。該規定重點如下：

(1) 送達商品之時間

若銷售者未於廣告中表示商品寄送之時間，則必須於收到訂購指令後 30 日內送達。若銷售者未能於所承諾之時間內送達商品，則必須給予消費者有「選擇權」的通知，即消費者可以選擇同意商品將會遲延，或者取消訂購並獲得返還適當之金額。此 30 日的規則有一項例外：即若銷售者並未承諾運送時間，而消費者是以信用付款者，銷售者自收到訂單後 50 日內寄送即可。

(2) 帳單錯誤

關於此，消費者是受到美國公平信用帳單法之保護 (Fair Credit Billing Act, FCBA)。消費者可拒付有疑義之帳款，但必須在第一次收到問題帳單後 60 日內，以書面向債權人表示反對的意思。債權人必須於收到消費者通知後 30 日內以書面向消費者為確認之表示，惟若帳務問題仍未解決者，不在此限。債權人必須於收到消費者通知後二帳務週期 (不超過 90 日) 內，解決與消費者之帳務糾紛。

(3) 不滿意商品或服務

若消費者對於遠距交易之商品或服務品質有不滿意之情形，若交易係於住家或目前帳單地址 100 英里內作成，且金額超過 50 美元，消費者亦須以誠信方法先與銷售者試圖解決糾紛 (不限於特定程序)，則方得拒絕付款。此項金額與距離之限制，並不適用在銷售者也是信用卡發行人或是存在於銷售者與信用卡發行人間之特殊商業關係。

(二) 兼論司法規制

美國屬判例法國家，匯集過去實務見解所編撰之統一商法典，乃是多數裁判之重要

¹⁸¹ ARDA 有將近 1000 名會員，包括在美國境內或海外之私人企業與社團。可參閱其網站 www.arda.org。

參據。若法院認為該契約亦或部分條款係屬不公平條款，則法院得依據統一商法典第 2-302 條拒絕執行，法院亦可刪去該不公平條款而僅執行契約剩餘部分。值得注意的是，法院可重構 (reform) 原屬不公平的條款，使之不再具有不公平的法律效果。針對當事人一方提出之不公平條款訴訟，法院亦可舉行公聽會，但不公平與否僅可能成為法官待解決的問題，而非陪審團。

事實上，因為上述規範對契約的介入規制 (police)，學者亦認為現代契約法的挑戰，在於如何在剝奪不公平條款之執行力與執行基於契約自由之約定間，畫出具一致性的一道界限。這樣的工作，需要對自不對等的契約關係中，區別出何謂「公平的協議」與「合理的條款」；並且也應考量界限在重要的商業交易、標準契約與鄰居間的契約中之差別。統一商法典第 2-302 條本身對於如何判斷不公平契約或條款並無幫助，而官方對條文的說明亦僅「目的在於避免壓迫與不公平的意外條款」。美國司法實務的個案判決，事實上才能提供一些指引。

一般來說，法院會檢視二個部份 (1) 程序上的不公平 (procedural unconscionability)，即締約之交涉過程是否有缺陷 (deficient)；以及 (2) 實質上的不公平，即實質的契約條款是否有壓迫 (oppressive)。多數法院於具備上述程序與實質不公平時，則將認定該契約或其條款欠缺執行力。例如當一個契約使用了一些令人困惑的語言或者隱藏某些條款 (程序上的不公平)，危害他方當事人形成契約同意的基礎，而擬定契約之一方亦無法正當化其使用這些語言或隱藏條款的理由，則將同時構成實質上的不公平¹⁸²。

雖然「程序上的不公平」的概念，經常與脅迫、錯誤、詐欺或不正當影響，有所重疊，但法院仍然認為利用他方年齡、欠缺經驗或教育、情緒狀態等締約過程的不公平，應列入法律監管的範疇。反觀「實質上的不公平」，則著重在條款或契約的本質，與當事人如何締約無涉。

在美國，「契約自由」就被視為一公共政策。法律若能執行自由作成的契約，使得私人間的意思表示得以交換，對契約當事人與社會即具有利益。由於企業經營者相較於個別消費者言，確實具有相當強勢的議約優勢 (bargaining advantage)，這是美國法院大量介入規制這個領域的重要理由。統一商法典的主要起草人 Karl Llewellyn 曾表示，司法實務假設當事人同意經個別磋商的條款，並且對於其他的「公平的」(conscionable) 條款於具有合理機會加以閱讀的前提下，給予「空白同意」(blanket assent)。「空白同意」在消費關係中，即指消費者委派企業經營者作為其代表來加以擬定契約中的非個別磋商條款。因此，若該等標準條款實際上不合理或不適當 (unreasonable or indecent)，即不符合「空白同意」方法的假設前提，是故法院自應介入加以平衡當事人的權益。

¹⁸² 少數法院亦有具備其一情形即認定為不公平契約或條款。參閱 *Ellis v. McKinnon Broadcasting Co.*, 23 Cal.Rptr.2d 80(Cal. Dist. Ct. App. 1993)。

三、日本對於定型化契約的行政規制

日本消費行政機關在中央始於 1955 年國民生活審議會（經濟企劃廳），以此作為消費者保護之諮問機關。為健全消費者保護行政體制，消彌消費者行政主管機關間之積極與消極權限衝突，進而就消費者保護基本政策及相關措施做整體及一貫之配合調整，強化消費者行政之功能，當然有一超然跨省、廳、委員會之機關負責總成立之必要。此項工作原由經濟企劃廳擔任，經濟企劃廳係於 1965 年設立國民生活局，正式展開並執行有關消費者行政之政策研擬及各項措施暨計劃之綜合調整工作。此外，經濟企劃廳尚掌理消費者保護會議及國民生活審議會之庶務工作，由經濟企劃廳國民生活局負責辦理。日本中央政府行政組織改革，除將原總理府更名為內閣府外，為使其能充分發揮作為行政中樞之機制，因此更強化了其政策擬定與統合調整之功能，在消費者行政方面，係將原由經濟企劃廳所長管之一切有關消費者行政之政策研擬及各項措施暨計劃之綜合調整工作，全部移至內閣府。詳言之，即以消費生活及市民活動有關之措施為中心之國民生活安定及提升作為其主要任務之一，至於原隸屬經濟企劃廳之國民生活局，則改隸屬內閣府，其組織及業務容下所述，負責辦理內閣府所掌管之消費者行政事務。目前就消費者契約法之主管機關為內閣府之消費者廳。

一般行政規制目的在於預防不合理之契約條款內容之出現，有別於私法審查著重在事後之救濟手段。因此就符合以下形式要件之定型化契約進行行政之管制¹⁸³：

- 由企業經營者所片面做成
- 事先做成且其內容固定不變者
- 預定使用在多數之顧客間者
- 以印刷之書面方式存在者
- 含有非常多的附隨之契約條件者

從早期有公益色彩之電力、瓦斯、公共運輸等外，旅遊契約、保險契約為典型之代表例。此外如金融方面之信用卡規約以及郵購買賣之型錄之記載方式等均有行政管制之規範。即以採取事先將之送到主管機關得其認可後方得使用（旅遊契約），此外以要求業者對消費者提示（如保險契約）之行政作法。今後並檢討是否以設置「約款審查委員會」或「約款監視委員會」之方式，作為行政監督之手段。¹⁸⁴

日本關於銀行募集保險防止弊端之行政措施（2011 年 7 月金融廳）簡述如下：

¹⁸³ 大村敦志，消費者法第 4 版，2011 年，有斐閣，頁 200-201。

¹⁸⁴ 大村敦志，消費者法第 4 版，2011 年，有斐閣，頁 280-281。

日本於 2007 年 12 月關於銀行募集保險全面解禁。而關於銀行跨足保險業之際，因應此政策主管機關對於銀行銷售保險商品弊害防止上採取一些行政措施，以保護保險之契約當事人。

(1) 關於非公開資訊之保護措施

銀行利用顧客之存款資訊而為保險募集時以及將顧客之非公開資訊利用於銀行業務時，應得顧客事前之書面同意。在取得其同意前，銀行應明示保險招募之手段、所利用之資訊範圍、顧客撤回同意之方法等。

(2) 不當利用優越地位之禁止

- 不得利用自己或他人地位上之優勢，以授信為條件從事保險之招募。
- 有義務將有關保險招募之法令遵循責任者設置於各營業單位。
- 做成招募指南並公開明示所為之保險公司商號名稱、制定關於契約內容之資訊指南並負有義務將之公開及實行。

為避免保險商品被誤認為存款商品負有說明義務。除了以書面或其他方法為之外，為使顧客理解內容，對其意思應以書面確認之。

另關於對融資客戶之保險招募，相關要求簡述如下：

- (1) 對於事業性資金之融資客戶，不得進行以獲得手續費為主之特定保險商品的募集。
- (2) 得對融資客戶募集之保險商品，不得在其為融資申請時對之進行保險之招募。但以事業性資金之融資申請者不在此限。
- (3) 於地方之金融機關，對於其融資之客戶進行保險商品之募集應遵守。

擔當者分離規範：即對該客戶進行授信之從業人員，須與對該客戶進行保險招募之人員應有所不同。

對其員工為 50 人以下之融資企業招募保險者，其保險金額應在一定額度以下。

(一) 旅行業之定型化契約範本

日本契約法中，並未將旅遊契約訂入於民法典型之有名契約中，對於旅遊契約係以行政認可方式，作為規範定型化契約之方式。

團體旅遊

1.適用範圍

本定型化契約條款是適用於團體旅遊之情形，本契約所未定者依法令或一般交易習慣決定之。在不違反法令且無不利於旅行者之範圍內，以書面所締結之特約條款不適用前項規定，以該特約條款優先適用之。(第 1 條)

2. 團體旅遊之定義

適用於本定型化契約之團體旅遊，係指旅行社為招募旅遊者，而事先作成關於旅遊目的地及日期提供旅客之運送及住宿等服務內容，並決定旅客，付價金等計畫，並實施之。

3.旅遊契約之成立

於旅行社對於旅客之邀約為承諾，並收取申請金時視為成立；但如以網際網路為要約者，則以旅行社為承諾之通知，到達旅客時成立(第 8 條)。契約成立後，旅行社應盡速將記載旅遊契約內容，包含旅遊日期、旅遊服務之內容、價金及其他關於旅行條件及旅行社之責任等事項之書面交給旅客(第 9 條)。此外亦允許旅行社在得旅客同意時，得以電子方式傳送取代交付。(第 11 條)。

4.契約內容之變更

旅行社得因天災戰爭暴動運送住宿等機關旅行服務之中止、政府之命令無法依旅行計畫提供服務等其他非可歸責於旅行社之事由發生時，應盡速對旅客說明不得以之事由後，變更關於旅行日期、旅遊服務之內容。但遇有突發緊急狀況得於變更後說明之。(第 13 條)

5.旅客之變更

於得到旅行社同意時，得將該契約上地位讓與第三人。該第三人繼承旅客之一切權利及義務。(第 15 條)

6.旅客之契約解除權

旅客可隨時解除契約，但應支付所定之取消費用。但在旅遊服務開始前，旅客有下列情形時，得無庸付取消費用

A 旅行社依法變更契約之重要內容時。

B 旅行社依法（14 條第 1 項）增加旅遊之費用時。

C 發生天災、戰爭、暴動等不可歸責旅行社之事由，導致旅遊服務無法實施或有極大可能無法實施之虞時。

D 旅行社未在所定期間內，將確定行程之書面交付給旅客。

E 可歸責於旅行社之事由，未能依契約書面所載之日期實施旅遊服務。

7. 旅行社之解除權

旅行開始前之解除：

旅行社有下列情形時，應向旅客說明理由，於旅行開始前解除契約（17 條）

A 旅行社得知，旅客不具有參加旅行社所明示之參加旅行的條件（性別、年齡、資格技能或其他條件）時。

B 旅客具有疾病或其他無法勝任該旅遊之情況時。

C 旅客具有造成其他旅客困擾或妨礙團體旅遊順暢進行之虞。

D 未達法定出團人數時。

E 因天災人禍等不可抗力之情形發生時，導致無法依既定行程進行或極有可能無法進行之虞時。

F 以網際網路締約，並以信用卡支付費用時，旅客之信用卡無效或其他無法清償旅費之情形發生時。

G 旅客未依約定時間給付旅遊之相關費用。

H 旅行社對於人數以未達開團人數解約時，一日往返之旅程者應於出團日前 3 日，國內旅遊者出團日 13 天前，國外旅遊者出團日 23 天前（但逢旺季時則為 33 天前）通知旅客解除契約。

8. 旅行開始後之解除契約（18 條）

A 該旅客因疾病或其他事由致無法承受該旅行者。

B 旅客違反導遊、領隊之指示、或對於同型之旅客有暴行或脅迫等行為導致影響團體旅遊之行動及安全時。

C 旅遊途中遭逢天災戰爭暴動或遇到交通住宿機關停止供應服務。政府之命令等不可歸責於旅行社之事由，導致行程無法繼續者。

D 旅行開始後旅行社解除契約時，只有往後失效，不溯及既往。旅客已經接受之服務仍生清償之效力；至於未接受之旅遊服務，旅行社於扣除取消費、違約金或相關手續費用後返還給旅客。

9. 旅遊費用之返還（19 條）

旅行社於旅行開始前契約解除者，於解除後翌日起算 7 日內返還費用給旅客

10. 旅行社之損害賠償責任

旅遊費用因 14 條有所減少時，或旅行社於旅行開始後契約解除者，應於書面所記載之旅程最終日之翌日起 30 日內返還費用給旅客。

11. 旅客之責任（30 條）

A 旅客如有故意或過失導致旅行社受到損害時，該旅客應負損害賠償責任。

B 旅客應善用旅行社所提供之相關資訊，努力地理解關於旅客之權利義務及旅遊契約之內容。

C 於旅程開始後，旅客如發現旅遊服務之內容與書面契約內容有所不符時，應於旅行地儘速通知旅行社或其履行輔助者。

12. 清償業務保證金

所有之旅行社均事先加入日本旅行業協會，並預繳營業保證預託金。該協會對於旅客對於旅行社之債權負有清償業務保證金，其清償之額度以日圓 3 億 5 千萬為限。

表 4-2：日本旅行業定型化契約範本關於解約費用之規定

1 國內旅行解約費用

區分	解約費用
(1) 次項以外的團體旅行契約	
一	旅行開始日的前日起算 20 日（日旅行 10 日）當 旅行費用 20% 以內

	日以下解除場合（場合）	
二	旅行開始日的前日起算7日當日以下解除場合（場合）	旅行費用 30%以內
三	旅行開始日的前日解除場合	旅行費用 40%以內
四	旅行開始日當日解除場合（場合）	旅行費用 50%以內
五	旅行開始後的解除又無連絡不參加の場合	旅行費用 100%以內
	(2) 旅行開始後的解除又無連絡不參加の場合	依當該船舶係解約費用的規定
備註	解約費用的金額、明示書面契約	

2 國外旅行解約費用

區分	解約費用	
(1) 本國出境時又國外飛機利用團體旅行契約並本國以外出發地及目的地團體旅行契約（除了次項及第3項所揭示的旅行契約）		
一	旅行開始日時旅行場合、旅行開始日前日起算40日當日以後解除（除前揭場合）	旅行費用 10%以內
二	旅行開始日前日起算30日當日以後解除場合（除及前揭場合）	旅行費用 20%以內
三	旅行開始日前日以後解除場合（除前揭場合）	旅行費用 50%以內
四	旅行開始後解除又無連絡不參加之場合	旅行費用 100%以內
(2) 貸切飛機利用團體旅行契約		
一	旅行開始日的前日起算90日當日以後解除場合	旅行費用 20%以內
二	旅行開始日的前日起算30日當日以後解除場合	旅行費用 50%以內
三	旅行開始日的前日起算20日當日以後解除場合（除前揭場合）	旅行費用 80%以內
四	旅行開始日的前日起算3日當日以後的解除又無連絡不參加の場合	旅行費用 100%以內
(3) 旅行期間中3夜以上的期間含團體旅行契約（除次項揭示的旅行契約）		
一	期間含係解約費用規定	① 旅行期間中的夜數

	的解約費用收取期間的起算日開始日旅行開始日讀替期間內解除場合（除前揭場合）	當該團體旅行契約期間中夜宿數（除飛機內。②同。）的50%以上 當該期間對應的解約費用收取期間之區分適用解約費率二分之一相當率以內 ② 旅行期間中的夜數當該團體旅行契約的期間中夜宿數未滿50%當該期間對應的解約費用收取期間的區分適用解約費率四分之一相當率以內
二	旅行開始後的解除無連絡不參加的場合	旅行費用100%以內
	(4) 本國出境時及國外船舶利用團體旅行契約	當該船舶係解約費用的規定
注	「時」、12月20日1月7日、4月27日5月6日及7月20日8月31日。	
備註	解約費用金額、明示書面契約。	

(二) 關於消費信用之定型化契約條款之規範

於特定商事交易法中，對於信用卡及分期付款等消費信用加以規定。

於特定商事交易中（訪問買賣、郵購買賣、特定之繼續性之勞務契約等），消費者以信用卡方式為該交易時所為之規範主要有下：

1. 因特約商店之業者為不實告知而締約時，消費者不但可解除買賣契約亦可同時撤銷該個別交易之信用卡之使用契約。（特定商事交易法35條之3之13）。
2. 信用卡業者對於使用信用卡之消費者之陳情申訴應予以因應，包含消費者關於加盟業者對消費者之不當勸誘、不實告知之陳情，於必要時亦負有調查義務。以避免損害之擴大發生。
3. 使用信用卡之消費之消費者，其與特約商店間所發生之抗辯事由，得以用來對抗信用卡業者（特定商事交易法第2條第3項）

4. 對於特約商店之調查義務

為避免惡質之商店成為信用卡之特約商店，而導致信用卡之消費者受害，於信用卡之收單銀行等居間業者對於加盟商店有調查義務之行政命令。

5. 以信用為分期付款買賣時

(三) 電子商務

表 4-3：日本與臺灣電子商務定型化契約規範之比較

	日本	臺灣
保護對象	消費者與企業間成立之電子契約(C to B)	消費者與企業間成立之電子契約(C to B)
意思確認	企業經營者負有提供資訊之義務，並努力使消費者理解契約內容確認消費者是否有訂約真意之義務（消費者契約法第3條）	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。（零售業等網路交易定型化契約應記載事項第五條）
付款確認	課以企業經營者於其所設計之畫面，須使消費者容易得知其所發出之要約為有償行為，並且要使消費者有得以確認並有更正之機會。（特定商取引法施行細則十六條第一項第一款）	企業經營者應提供付款方式之說明供消費者參閱。 企業經營者提供之付款方式如有小額信用貸款或其他債權債務關係產生時，企業經營者須主動向消費者告知及說明如債權債務主體、利息計算方式、是否另有信用保險或保證人之設定或涉入等資訊。（零售業等網路交易定型化契約應記載事項第八條）

瑕疵擔保責任之免除	契約條款有限制消費者之權利或加重消費者之義務，違反民法誠信原則者，該契約無效。(消費者契約法第十條)	契約有違反「平等互惠之原則」而對消費者有顯失公平之情形者，該條款無效。(消保法十二條二項一款)
數位化商品之問題	不認為係買賣，而為一種得享受數位化商品之授權契約	買賣契約。解釋上有消保法第十九條之適用

(四) 團體旅遊(國內、國外)

表 4-4：日本與臺灣團體旅遊定型化契約規範之比較

	日本	臺灣
法定原因解約	<p>旅客可隨時解除契約，但應支付所定之取消費用。但在旅遊服務開始前，旅客有下列情形時，得無庸付取消費用：</p> <p>C 發生天災、戰爭、暴動等不可歸責旅行社之事由，導致旅遊服務無法實施或有極大可能無法實施之虞時。</p> <p>旅行社有下列情形時，應向旅客說明理由，於旅行開始前解除契約（17條）：</p> <p>E 因天災人禍等不可抗力之情形發生時，導致無法依既定行程進行或極有可能無法進行之虞時。</p>	<p>因不可抗力或不可歸責於當事人之事由，致本契約之全部或一部無法履行時，得解除契約之全部或一部，不負損害賠償責任。乙方(旅行社)已代繳之規費或履行本契約已支付之全部必要費用，得以扣除餘款退還甲方(旅客)。但雙方應於知悉旅遊活動無法成行時，應即通知他方並說明其事由；其怠於通知致他方受有損害時，應負賠償責任。(國內旅遊定型化契約範本第二十條、國外旅遊定型化契約範本第二十八條)</p> <p>出發前，本旅遊團所前往旅遊地區之一，有事實足認危害旅客生命、身體、健康、財產安全之虞者，準用前條之規定，得解除契約。但解除之一方，應按旅遊費用百分之 補償</p>

		他方（不得超過百分之五）。（國內旅遊定型化契約範本第二十條之一、國外旅遊定型化契約範本第二十八條之一）
旅客解約	旅客可隨時解除契約，但應支付所定之取消費用。	甲方(旅客)於旅遊活動開始前得通知乙方(旅行社)解除本契約，但應繳交行政規費(國外旅遊定型化契約範本：護照費用)，並應依規定賠償。(國內旅遊定型化契約範本第十八條、國外旅遊定型化契約範本第二十七條)
旅行社解約	旅行社有規定之情形時，應向旅客說明理由，於旅行開始前解除契約。(17條)	因可歸責於甲方(旅客)之事由，怠於給付旅遊費用者，乙方(旅行社)得逕行解除契約，並沒收其已繳之訂金。如有其他損害，並得請求賠償。(國內旅遊定型化契約範本第六條、國外旅遊定型化契約範本第六條)
旅客變更	於得到旅行社同意時，得將該契約上地位讓與第三人。該第三人繼承旅客之一切權利及義務。(第15條)	甲方(旅客)得於預定出發日 日前，將其在本契約上之權利義務讓與第三人，但乙方(旅行社)有正當理由者，得予拒絕。(國內旅遊定型化契約範本第十三條、國外旅遊定型化契約範本第十九條)
契約內容變更	旅行社得因天災戰爭暴動運送住宿等機關旅行服務之中止、政府之命令無法依旅行計畫提供服務等其他非可歸責於旅	旅遊途中因不可抗力或不可歸責於乙方之事由，致無法依預定之旅程、食宿或遊覽項目等履行時，為維護本契約旅遊

	<p>行社之事由發生時，應盡速對旅客說明不得以之事由後，變更關於旅行日期、旅遊服務之內容。但遇有突發緊急狀況得於變更後說明之。（第 13 條）</p>	<p>團體之安全及利益，乙方得變更旅程、遊覽項目或更換食宿、旅程，如因此超過原定費用時，不得向甲方收取。但因變更致節省支出經費，應將節省部分退還甲方。（國內旅遊定型化契約範本第二十三條、國外旅遊定型化契約範本第三十一條）</p>
--	---	--

（五）信用卡

表 4-5：日本與臺灣信用卡定型化契約規範之比較

	日本	臺灣
發卡銀行之義務	<p>對於特約商店之調查義務： 為避免惡質之商店成為信用卡之特約商店，而導致信用卡之消費者受害，於信用卡之收單銀行等居間業者對於加盟商店有調查義務之行政命令。 信用卡業者對於使用信用卡之消費者之陳情申訴應予以因應，包含消費者關於加盟業者對消費者之不當勸誘、不實告知之陳情，於必要時亦負有調查義務。以避免損害之擴大發生。</p>	<p>貴行應以善良管理人之注意為持卡人處理使用信用卡交易款項之清償事宜，並自行或由各收單機構提供特約商店供持卡人使用信用卡交易。如經貴行同意減收或免收年費者，亦同。（信用卡定型化契約範本第六條第一項） 貴行應確保廣告內容之真實，對持卡人所負之義務不得低於廣告之內容。（信用卡定型化契約範本第六條第五項）</p>
持卡人與特約商店間所發生之抗辯事由	<p>因特約商店之業者為不實告知而締約時，消費者不但可解除買賣契約亦可同時撤銷該個別交易之信用卡之使用契約。（特定商事交易法 35 條之 3 之 13）</p>	<p>持卡人如與特約商店就有關商品或服務之品質、數量、金額，或與委託辦理預借現金機構就取得金錢之金額有所爭議時，應向特約商店或委託辦理預借現金機構尋</p>

	<p>於特種買賣使用信用卡之消費之消費者，其與特約商店間所發生之抗辯事由，得以用來對抗信用卡業者。（特定商事交易法第2條第3項）</p> <p>以信用卡做為支付方式時，其基礎之原因關係（即信用卡持有人與特約商店之交易關係）有無效、得撤銷或解除契約時，信用卡之持有人其得據以對抗特約商店之事由均得以對抗信用卡公司而拒絕付款（分期付款買賣法30條之4及30條之5）。但對於已經支付給信用卡公司之價金者，不得向信用卡公司請求返還。</p>	<p>求解決，不得以此作為向貴行拒繳應付帳款之抗辯。（信用卡定型化契約範本第十一條第一項）</p> <p>持卡人使用信用卡時，如符合各信用卡組織作業規定之下列特殊情形：如預訂商品未獲特約商店移轉商品或其數量不符、預訂服務未獲提供，或於自動化設備上預借現金而未取得金錢或數量不符時，應先向特約商店或辦理預借現金機構尋求解決。如無法解決時，應於繳款截止日前，檢具貴行要求之相關證明文件，請求貴行就該筆交易以第十三條帳款疑義處理程序辦理，不受前項約定之限制。（信用卡定型化契約範本第十一條第二項）</p>
--	--	---

（六）兼論司法規制

日本實務上在消費者契約法施行前，以民法之誠信原則為由，對於契約內容進行司法審查。例如關於團體旅行之契約：

1. 東京高裁昭和 55.3.27 判決

消費者以旅行業擅自改變旅遊日程，消費者於旅遊完成後對旅行業提出損害賠償請求；而履行業者以定型化契約條款中已有保留變更權為由作為抗辯。而法院以具體旅遊日程為契約之重要內容，消費者與旅遊業者因此合意而訂立契約，基於消費者期待權之保護，不得以定型化契約條款恣意變更契約內容，因此旅行業者構成債務不履

行之責任。¹⁸⁵

2.神戶地裁平成 5.1.22

旅行業者以因飯店自己之事由導致變更飯店，故旅行社不負任何責任。且在定型化契約中已有：如有非可歸責於旅行業者之事由者，旅行業者可變更飯店之條款。然法院以該契約條款，事前未經業者向消費者說明為由，對消費者負債務不旅行之責。¹⁸⁶

消費者契約法施行後，第一個以違反消費者契約法第 9 條第 1 項「超過平均之損害部分無效」之判決：

最高裁平成 18.11.27

學生考取其他大學，而辭退原以繳納授業料之大學，大學則以定型化契約條款中已定明：學生即使事後無法到本學校就讀，但其所繳納之授業料不予返還之條款。最高法院認為大學之定型化契約條款，為反消費者契約法第 9 條第 1 項「超過平均之損害部分無效」。¹⁸⁷

四、韓國對於定型化契約的行政規制

約款規制的態樣，第一依規制主體而分，行政規制、司法規制、立法規制。第二依使用約款的前後而分，事前規制、事後規制。依行政機關對約款的認可與公正交易委員會的約款審核為行政規制。發生關於約款的紛爭後事件化的情況下，法院適用民法或關於約款的特別法判定約款效力的有無為司法規制。立法院制定關於約款規制的法律為立法規制。立法的方式有兩種，將全部的約款加以規制為概括立法與分期給付等將交易的類型分類個別的加以規制為個別立法。事前規制是指在約款實際的運用之前加以規範，在約款的制定過程加以管制，典型的例子為依行政機關在事前規制對約款的認可制度。依公正交易委員會的約款審核的情況非以具體事件為要件，其意義也在於事前規制。

¹⁸⁵ 判例タイムズ 415 號，頁 117。

¹⁸⁶ 判例時報 1473 號，頁 125。

¹⁸⁷ 民集 60 卷 9 號，頁 3597。

如前章所述，違反韓國《約款規制法》第 6 條至第 14 條規定的約款，即不公平約款，無效。對於經營者使用的不公平約款，相對人向法院提起有關約款效力的訴訟。經法院判為無效條款者，該約款即失去約束力。然而，此司法規制屬於個別規制，效力僅及於個案。不僅如此，該約款條款訂入具體合同時，只能進行事後規制。然而，在韓國，由於訴訟程式較複雜，且訴訟費用較高，因此國民對訴訟並不持積極態度。因此，司法規制具有一定的侷限性。《約款規制法》為有效限制不公平約款，禁止經營者將不公平的約款作為合同內容使用(該法第 17 條)；對於違反者，尚有通過糾正勸告或糾正命令等進行行政規制之規定(該法第 17 條之 2)。

(一) 公平交易委員會的更正措施

為防止不公平約款的使用，《約款規制法》規定，韓國公平交易委員會有權對於使用不公平約款的經營者責令或勸告其採取必要的糾正措施(該法第17條之2)。公平交易委員會對於違反該法的經營者，原則上可勸告其採取必要的糾正措施(同條第1項)。然而，當違法之經營者具備一定要件時，公平交易委員會可直接責令其採取必要的糾正措施(該法第17條之2)。在此，具有一定要件的經營者是指符合下列情形之一的經營者：

- (1) 《壟斷規制法》第2條第7項規定的具有市場支配地位的經營者；
- (2) 不當地利用交易上的地位訂立合同的經營者；
- (3) 作為向公眾提供物品、服務的合同，因訂立合同的緊急性及迅速性，客戶訂立合同時，難以變更約款內容者；
- (4) 經營者作為合同當事人，其地位顯著優越，或客戶選擇其他經營者的範圍受限制，事實上將約款強制訂入合同者；
- (5) 在合同性質或其目的上，不可能撤銷、解除或終止合同，或者由此造成客戶顯著的財產損害者；
- (6) 經營者無正當事由，不遵守公平交易委員會的糾正勸告，發生多數客戶受損害或明顯有發生損害之虞者(第17條之2第1項)。

公平交易委員會在作出勸告或命令時，若有必要，可勸告從事同類業務的其他經營者不使用同一內容的不公平約款(該法第17條之2第3項)。但是，由行政機關制定的約款或依據其他法律經行政機關認可的約款屬於不公平約款時，公平交易委員會可將此事實通報該行政機關，並要求其對此採取必要的糾正措施(該法第18條第1項前段)。在此情形下，不再作出前述糾正勸告或糾正命令(該法第18條第2項)。此外，韓國《銀行法》亦規定，金融機構約款若被認定為不公平約款，公平交易委員會可將此事實通報給金融監督院，並勸告其採取必要的糾正措施(該法第18條第1項後段)。

對公平交易委員會的處罰不服者，可在被告知之日起30日內向公平交易委員會提出異議申請。原則上公平交易委員會應當在30日內作出再審決議。對公平交易委員會再審決議不服者，可在收到再審決議通知之日起30日內向首爾高等法院起訴(該法第30條之2)。對於違反公平交易委員會的糾正命令者，處2年以下徒刑，或1億韓元以下的罰金(該法第32條)。如果該違反者為法人的代表或者法人或個人的代理人、使用人及其他工作人員，除處罰該行為人外，對於該法人或個人處以1億韓元以下的罰金(該法第33條)。

一般認為，韓國公平交易委員會此項權限，對於規制定型化契約之不公平約款，相當具有實效。因為，行政機關認可的約款因為許多複雜的牽連關係，很難期待受到嚴格的審核。依司法規制的審核只能以訴訟事件處理，發生其手續的繁雜性與遲延等問題。依公平交易委員會約款審核則可避免這些缺點，可一律審核企業使用的約款加以修正。例韓電的電能供應規制中，房屋的買受人須繼受出賣人電費給付遲延債務的規定成為問題，대법원1988.4.12선고88다2판결認為：「為工廠的運作讓他人繳交給付遲延之電費為不公正的法律行為無效，返還其給付。」故為判示。之後대법원1991.3.27선고90다카26560판결為同一事件，表示「買賣當時已知給付遲延問題就不為不公正的法律行為或被強迫的行為」即為判示不需要返還其價金。」

依其事件的結果可以看出，要通過契約的不公正性，保護主動接受不利條件的當事者，在法理層面有所限制。在這樣的情況下，公平交易委員會依不公正的約款審核的規制就有實質的意義。1995.4.公平交易委員會對韓電發布同上內容電能供應約款刪除的更正勸告，韓電將其約款刪除使與同上的事件紛爭一舉消失，解決了根本上的問題。

又例如在施行約款規制法之前，大法院1986.3.11.宣告85다카1490判決中對於規定「信用卡之失竊、遺失的責任全屬會員。」的信用卡使用條款中之免責條款，做出以下修正解釋：「信用卡公司在收到會員失竊、遺失信用卡的通知後，仍怠慢於通知加盟店、

確認遺失的信用卡及核對姓名時，僅能認為違反誠實原則，但於此免責條款並不適用，而不能宣布其為無效。」而此為第一個對條款做出的修正解釋。¹⁸⁸ ¹⁸⁹然而，由於自1987.8.29起制訂、施行的信用卡業法規定：「在信用卡會員通知信用卡公司信用卡的失竊、遺失後，信用卡公司應負起關於信用卡的使用之責任。(第12條)」信用卡管制的相關問題藉由立法而得到解決。實際上，信用卡公司規定會員即時通知與書面通知，而就算會員遵循其規定通知，公司也只補償自通知手續時間點起15日後(提領現金與現金服務在申報的時間點開始)不當使用造成的損失；但若在會員之故意或重大過失、會員租借或轉讓信用卡、會員的家族等不當使用，又或是在沒有在信用卡上簽名的情況下遺失信用卡、信用卡失竊而遭到不當使用時，會員需負起所有責任；關於上述不當使用相關之信用卡公司的免責條款，由於其違反與國內營業部分相關之一信用卡業法的宗旨而為不當地對顧客不利的條款，故1994.11.9.公平交易委員會(94-326)向許可當局(財經院長官)提出修正請求使信用卡公司刪除、修正其條款，因此上述附加條款修正為「排除申報時間點以後在國內發生的部分(由於1998.1.1.起廢止信用卡業法、訂定並施行信貸專門金融業法，且規定第16條的宗旨須與之前相同。此後，可以締結契約約款為：偽造、假造時由信用卡公司負責，而會員之故意或重大過失由會員負責的契約)」。目前在會員申報遺失後免除其責任的期間，延長至申報遺失日之60天以後。

(二) 約款的審查

(1) 審查的請求

《約款規制法》將約款的審查事務委託給公平交易委員會。約款的審查既可依公平交易委員會的職權啟動，亦可依利害關係人的請求啟動。在此「利害關係人」是指與該約款有法律上利益的人、依《消費者基本法》登記的消費者團體、韓國消費者保護院及經營者團體。上述利害關係人均可依書面形式向公平交易委員會提出對約款是否違反《約款規制法》的審查請求(該法第19條、第21條)。

¹⁸⁸這種修正解釋當初視為「藉由解釋隱藏的內容管制」(손지열, 《약관에 관한 판례의 동향》, 민사판례연구 X, 1988, 頁 424), 而最近也如同손지열法官提及, 稱之為「維持效力的減少解釋乃至修正解釋」。

¹⁸⁹之後信用卡公司在上述對失竊、遺失的免責條項後加入「除非並非因會員之故意或重大過失, 在公司的通知書到達至加盟店的翌日起, 會員不再有責任。」的內容, 而大法院 1987. 4. 14. 宣告 85 다카 2273 判決視上述條款有效, 只是上條款中「到達之日」不僅包含實際到達的日子, 還須包括公司在接到失竊、遺失申報後立即通知加盟店後通知書應該到達加盟店的之日。

(2)約款審查諮詢委員會的審查

《約款規制法》原將約款審查的事務委託給約款審查委員會，1992年的法律修正案撤銷了該委員會，規定直接由公平交易委員會審查。然而，韓國公平交易委員會是為執行《壟斷規制法》而設立的準司法性行政規制委員會，就其結構或性質而言，不適宜進行約款公平性審查。因此，為執行約款審查事務，公平交易委員會委託具有約款專業知識的人作為諮詢委員，審查有關約款。公平交易委員會每月召集1至2次。審查實務中，公平交易委員會完全依靠約款審查諮詢委員會對約款進行審查，並完全採納約款審查諮詢委員的審查結果，約款審查事務主要由約款審查諮詢委員會主導。但是，約款審查諮詢委員會作為一個單純的諮詢機構，更準確地說只是諮詢委員的集合而已，其法律地位極為微弱，其審查結果沒有法律上的約束力。

(3)標準約款制度

《約款規制法》為了確立健全的交易秩序，防止不公平約款的適用，在1992年引入了標準約款制度；為了擴大標準約款的適用，在2004年1月大幅修改此項規定。一般而言，標準約款反映特定產業領域的經濟條件和構成人員之間多樣化的利害關係，是為了確立健全的交易秩序，防止不公平內容的約款的適用而設計的制度。因此，為了保證標準約款的公正性，《約款規制法》規定公平交易委員會對標準約款進行審查。

《約款規制法》規定的標準約款有以下三種：

其一，經營者及經營者團體自行指定。在特定交易領域適用的標準約款。對其內容是否違法，請求公平交易委員會進行審查(該法第19條之2第1項)，這是標準約款的典型形式。

其二，公平交易委員會根據《消費者基本法》第29條的規定而登記的消費者團體或第26條的規定而設置的韓國消費者院的請求，要求經營者或經營者團體制定的標準約款(同條第2、3項)。

其三，公平交易委員會直接聽取相關領域的交易當事人及消費者團體等的意見，經過與相關部門協商，訂定標準約款(同條第4項)。

具體交易中，標準約款若要成為契約的內容，必須經過以下兩個階段：

第一，對於特定產業領域的標準約款。首先，應為特定的經營者所採用，或經營者和交易相對人同意將其訂入契約。其次，為了發揮標準約款促進契約關係公平化的作用，應積極建議經營者採用標準約款。最後，公平交易委員會應公示其審查或指定的約款，並勸告經營者或經營者團體採用該標準約款(同條第5項)。但是，經營者及經營者團體在聽從公平交易委員會勸告後，若使用與標準約款不同的約款時，將與標準約款相異的內容以顧客容易知悉的方式標示(同條第6項)。

第二，為了促進標準約款的使用，公平交易委員會可以制定標準約款標誌，在經營者及經營者團體使用標準約款時，依公平交易委員會的告示而使用標準約款標誌(同條第7項)。然若經營者及經營者團體使用與標準約款相異的內容時，則不得再使用標準約款的標誌(同條第8項)。若經營者及經營者團體違反此項規定使用標誌，且此約款的內容較之標準約款的內容更不利於顧客時，則其約款的內容無效(同條第9項)。

(三) 約款審核指南的制定

韓國公平交易委員會在 2007 年 12 月 26 日對企業與消費者提高約款規制法的認知，防止對於不公正約款的內容制訂與通用，為了提高約款審核業務的效率制定約款審核指南並於 2008 年 1 月 1 日施行。這個指南是為了約款的定義及對於法律規定為無效的不公正約款條文的違法性審查基準具體化，將該當與違反法律條文更清楚的例示並讓企業與消費者更清楚的認知。

這個指南是對於不公正約款條文一般的違法審查基準與企業在使用約款中以最具代表性的違反事例為例子，但是並不代表說沒有在指南中標明的內容就不違反法律。再者，公平交易委員會的約款審核是要以約款本身文字上意義為審核基準，就是用抽象審核判斷其違法性。企業的約款符合指南上之例示時，也要考量當時具體的市場狀況與交易慣行，判斷其違法與否。

審核指南不是因法令委任而是依約款規制法，擔任約款審核業務的公平交易委員會對於業務做出審核的基準。審核指南也只是公平交易委員會內部的事務處理指南。審核指南在一段時間內累積了很多審核事例，比依法宣告無效的不公正約款的違法性審核基準更為具體。舉出常被違反的約款事例，提高企業對於不公正約款審核與更正業務的預測可能性，可期待其指南將成為自律更正不公正約款的指向。再者可擴散消

費者對不公正約款的認知。消費者可更積極的監視企業對不公正約款的使用或提出更正，也可防止出現被害消費者及期待對消費者增進福利有其貢獻。

五、中國大陸對於定型化契約的行政規制

(一) 行政規制

如上所述，依中國消費者權益保護法第 28 條與合同法第 127 條規定的概括授權，許多省、市人民政府均訂有合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法。

茲以江西省合同格式條款監督辦法¹⁹⁰（江西省人民政府頒布、令 2010 年第 179 號、2010 年 1 月 21 日）為例，說明規制重點如下：

- a. 定義格式條款。
- b. 由工商行政管理部門負責對格式條款進行監督，對利用格式條款侵害消費者權益的違法行為進行處理。其他有關行政主管部門依各自職責做好格式條款監督工作，行業協會依規定對本行業格式條款的制定、使用進行規範、指導。
- c. 鼓勵經營者參照相關合同示範文本制定格式條款。工商行政管理部門可以參與合同示範文本的制定。
- d. 格式條款不得含有免除經營者特定責任的內容，如造成消費者財產損失的責任。含有減輕或免除經營者應當承擔的其他責任內容者，經營者應於合同簽訂前以合理方式提醒消費者注意，並依消費者要求說明。
- e. 格式條款不得含有加重消費者特定責任的內容，如違約金數額明顯偏高。
- f. 格式條款不得含有排除消費者特定權利的內容，如依法撤銷合同的權利。
- g. 特定含有格式條款的合同，經營者應在合同文本使用之日起 30 日內報其登記註冊的工商行政管理部門備案。
- h. 格式條款經認有損害消費者權益者，其申訴、投訴、訴訟或舉報。
- i. 工商行政管理部門發現格式條款違反相關規定者，應向經營者書面提出修改意見、經營者之回應與後續處理。

¹⁹⁰ <http://jiangxi.jxnews.com.cn/system/2010/02/15/011310234.shtml>(最後瀏覽日，2011/5/26)

要之，中國大陸對格式合同進行行政規制的特點¹⁹¹，是由工商管理部門和行業主管部門共同監督、管理格式條款，但以行業主管部門的規範為主。根據該國法律、法規的規定，行政機關對格式合同採取的規制方式主要包括如下幾種：

- a. 審批特定行業的格式條款或格式條款中的重要內容。
- b. 直接確定格式條款的範圍、內容。
- c. 要求企業將格式條款呈報行政機關備案。
- d. 制定合同示範文本。
- e. 對企業使用格式條款的行為進行日常監督檢查，處理違法行為。
- f. 就格式條款的修改舉行聽證會。
- g. 論者並建議該國應借鑒國外經驗，建立該國格式合同的行政控制機制：
- h. 行政控制有事前控制與事後控制兩種。事前控制是通過事先審核制度達到控制，即由合同審核主管部門行使行政權力對合同條款進行審核，防止合同中出現霸王條款（不平等格式條款）。事後控制則是通過對濫用霸王條款的經營者作出處罰而達到控制。
- i. 應廢除行業主管部門規制格式合同的權力，建立超越部門利益的全國性及地方性的格式合同審查機構，對公用事業和行業壟斷部門制定的格式合同進行預先審查，經審查後方能使用。
- j. 格式合同審查機構對格式合同的審查，應以公開的聽證會方式進行，由審查委員在聽取格式合同使用人、消費者代表、法學專家、公共利益代表（律師）、企業主管機關等人員的意見後，就價格條款、免責條款等重要合同條款進行投票表決。聽證會應允許新聞記者進行現場採訪報導，允許消費者旁聽，以保證審查的公正性。

（二）兼論司法規制

在司法規制部分，係由法院直接適用強制法的規定，將違反強行法規定的格式條款裁判為無效；通過法律賦予法官的自由裁量權，主要表現為根據法律規定的彈性條款而對合同條款進行解釋來限制格式合同中不公平的條款¹⁹²。換言之，無非由法院依據法律之規定，對格式合同條款進行審查並依法對其法律效力做出肯定或否定判斷的控制，或

¹⁹¹ 以下參考王梓臣，王梓臣，格式合同：立法、司法與行政的規制。

http://article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=39887(最後瀏覽日，2011/5/24)。

¹⁹² 陳曉航，論格式合同，http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8971(最後瀏覽日，2011/5/25)

者說，是指通過法院對格式合同糾紛的處理，消除格式合同中不公平條款影響，維護合同相對人的利益。論者認該國應從下方面加強司法控制¹⁹³：

- a. 區別格式合同與行政規章，擴大法院對格式合同的收案範圍。目前凡屬一些公用事業單位、企業組織、行政性公司等制定的有關涉及交易活動的規定，且涉及到第三人的權利義務，也應當作格式合同對待只有這樣才能加強司法機構對這些文件的管理與控制，充分保護消費者利益。
- b. 加強法院對當事人爭議的條款是否納入生效的格式合同的審查。在司法領域應該確認法院對格式合同的審查權。法院應該依法享有運用民商法基本原則（如誠實信用原則、公平原則、正義原則）對格式合同的內容特別是免責條款進行審查的權利，並逐漸形成一些普遍適用的原則。
- c. 加強法官在司法活動中對格式合同的公正理解。格式合同解釋的目的應是探求當事人的真意和實現法律的公平與正義，而非傳統意義上的單純的探尋當事人真意。解釋時，應考慮格式條款擬定者和相對方雙方利益的平衡。
- d. 保持司法機構的獨立性。司法機構在實際上受制於行政機關，針對這一徵結，要努力使司法機關從地方行政機關的利益共同體中解脫出來，保證司法的獨立和國家法制統一，使由壟斷行業部門制定的不公正格式合同條款得到有效的司法控制。

依上所述，就目前中國大陸對於格式條款的規制，除了有大篇幅關於立法規制的說明外，如以行政與司法管制的面向加以比較，應可說其對於行政管制的依賴較深，相關處理程序的規定也堪稱詳細。相對的，在司法管制的部分，雖有學者論及，但著墨普遍不深，多是對於法院獨立性的期待或建議。

就行政規制言，除了特定行業的格式條款或格式條款中的重要內容須經行業主管部門審批外，以工商管理部門的職權來看，主要著重在含有格式條款合同的備案以及格式條款損害消費者權益時的處理方式。茲為便參考，本計畫特以前述江西省合同格式條款監督辦法為例，繪製有關合同備案與爭議處理流程的圖示如下：

¹⁹³ 以下參考王梓臣，同前註43。

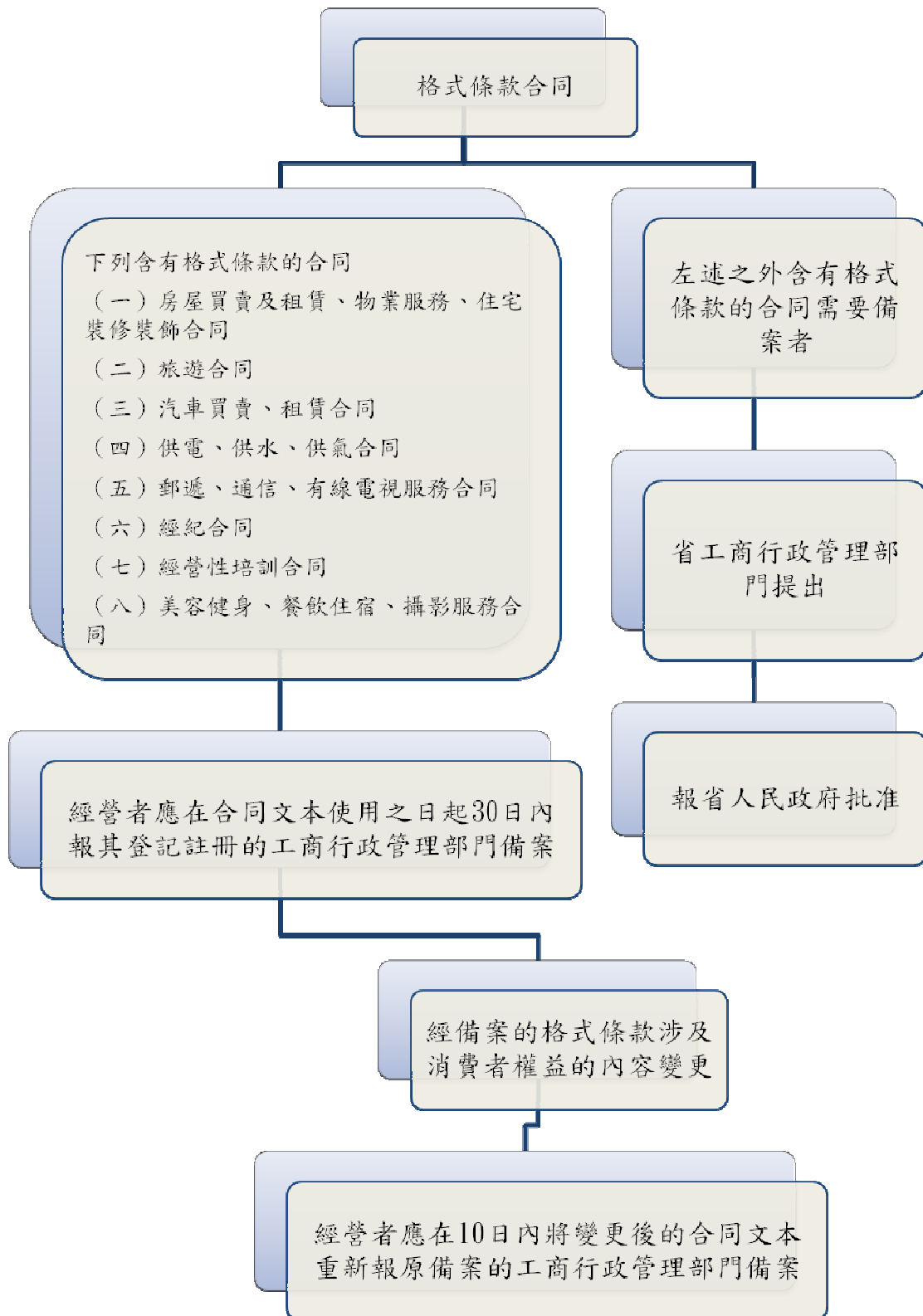


圖 4-1 中國大陸格式合同備案流程圖（本計畫自行繪製）

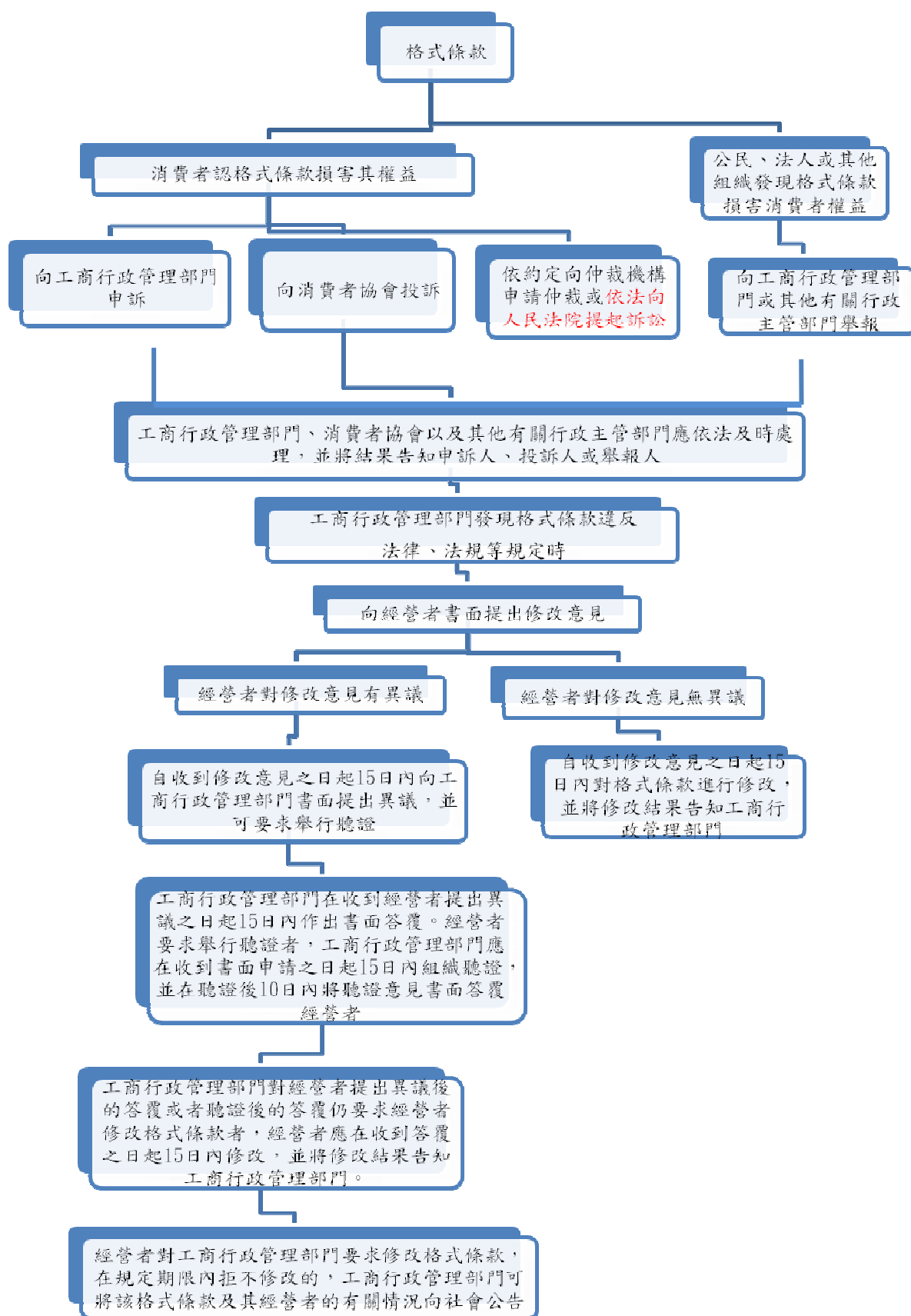


圖 4-2 中國大陸格式合同爭議處理流程圖（本計畫自行繪製）

第五章 各國制度之特色、優缺點及與臺灣的比較

一、歐盟

就歐盟現行立法而言，在技術上，除針對消費契約中的不公平條款設有一般規範外，主要針對特定交易加以規範。所謂的特定交易，有以契約磋商地決定者，有以商品或服務種類決定者，主要乃著眼於透過調和各會員國法律的差異，減少歐盟跨國交易的障礙，以促進單一或內部市場中商品、服務的自由流通，達到保護消費者的目的。此外，歐盟在多數的交易契約，均設有先契約資訊的規定，旨在使消費者於簽約前即能獲得充分資訊以為決定交易與否之依據，而即便在簽約後，亦有無條件解約的權利，此均屬歐盟立法的特色。

上述歐盟針對特定交易或商品契約所訂定的各種指令 (Directive)，乃在規範必須於各個會員國達成之特定最終效果，會員國的有權機關必須調整其法律以符合該等目標，但得自由決定如何達成，各種指令的目的乃在調和各會員國間的相關規定¹⁹⁴。換言之，上開諸指令必須另外透過各會員國的轉換或轉化 (transposition) 程序，使其具體化成為內國的法律而發生效力¹⁹⁵。至於各個會員國轉換歐盟指令的方式，或係對於歐盟的要求亦步亦趨，另訂特別法，或係將相關要求於現有法律增訂相關條文。以瑞典為例，由於其在 1995 年 1 月 1 日加入歐盟之前，即在消費者保護法律有相當的傳統，故許多的指令都可以透過對既存法律的簡單修正即能達到歐盟 (體) 轉換的要求。不過，因為瑞典原來並無有關套裝旅遊與分時的規定，因此相關的指令係以訂定特別法的方式予以轉換¹⁹⁶。至於我國所熟悉的德國，其轉換的技術則可分為三個時期：第一個時期係就既存的法律給予些微修正，以符合歐盟 (體) 的要求，例如有關訪問買賣、套裝旅遊與不公平條款等規定；第二個時期，德國立法者係透過遵循歐盟 (體) 所定方針訂立個別特別法的方式，達成歐盟 (體) 的要求，例如有關分時與遠距交易的規定；而第三個階段則係透過其債法現代化法，將原來有關消費者保護的法律，整合到民法中¹⁹⁷¹⁹⁸。

歐盟針對各種特定交易之契約予以立法規制的方式，當然可以增加業者與消費者對於擬成立之契約相關權利、義務的預見可能性。其次，為了滿足消費者保護的目的，難

¹⁹⁴ http://ec.europa.eu/eu_law/introduction/what_directive_en.htm(最後瀏覽日，2011/5/22)

¹⁹⁵ 另一種歐盟所發布的規範-規章 (Regulation) 則不須經過轉換的程序，可直接對各會員國具有拘束力。

¹⁹⁶ Universitaet Bielefeld EC Consumer Law Compendium-Comparative Analysis-, February 2008, p.161. http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf(最後瀏覽日，2011/5/22)

¹⁹⁷ 同前註，pp.83-84.

¹⁹⁸ 之所以特別提到瑞典與德國，因學者 Larry Bate 於 Administrative Regulation of Terms in Form Contracts: A Comparative Analysis of Consumer Protection (16 Emory Int'l. Law Review.1, Spring 2002.)一文中，亦以包括歐盟之德國與瑞典在內的國家為探討對象，故該兩國在消費者保護方面的作法，值得參考。

免對業者課予較一般交易更多的義務，而透過立法方式處理相關問題，當然即可避免法律保留或法規命令授權明確性與否的問題。

然而，如果一味採取根據不同交易而提出特別立法的方式，無疑將使定型化契約的法制過於龐雜、架空原有的民法體系，且難保不會發生複合式契約或混合契約的情況，而此勢將造成法律適用的困難，尤以當不同的立法對於類似情況有不同處理的規定時為甚。此由歐盟立法針對不同契約，卻有不同的無條件解約期間或審閱期間的規定乙節，即可明瞭。雖非所有法律的期間均須有統一的規定，例如消滅時效的規定於不同的請求權即非一致，但就消費者的保護而言，如果透過不同的立法針對消費契約的解約權竟賦予不同的行使權利期間，難免使消費者混淆相關的期間致發生遲誤的情形，如此豈非使消費者未蒙其利反先受其害？相信此亦為歐盟現已擬針對遠距契約與非在經營者經營地簽署的契約，建議通過消費者應同樣享有一 14 日無條件解約權之指令（即歐盟 2008 年 10 月 8 日所通過有關消費者權利指令的建議案）的原因所在。該建議指令一旦通過，即會取代上述有關在非企業營業地協商契約之消費者保護指令、有關消費者契約不公平條款的指令、有關遠距契約消費者保護的指令，以及有關販售消費者商品與擔保特定面向的指令，可預見的，將使與消費者契約有關的立法更形簡化。

德國對於消費者的保護規範，主要將歐盟相關指令，轉換至民法債編第二章一般交易條款第 305 條至第 310 條，作為處理消費性契約規制的依據。由於德國對於消費者的保護以民法作為規範依據，其對於定型化契約的規制，便較偏向司法規制，行政規制的色彩較淡。

二、美國

美國現行定型化契約之法令架構，係建立在統一商法典第 2-302 條對民事契約不公平條款的一般性規範，與其他針對特定交易之聯邦特別法律。在這些特別法令中，主要亦是針對消費契約之雙方資訊落差，而課以企業經營者的資訊揭露義務，另外亦有直接介入規範其損害賠償計算與管轄等事項。透過法律形成私人契約中企業經營者之給付義務，除具有讓消費者於簽約前即能獲得充分資訊以為決定交易與否的保障優點外，亦可作為企業經營者違反強制規定而消費者主張解約之論據。

然而，須注意的是，美國法律體系是由判例法與制定法構成，前者指經長期發展所形成之規範人民及財產權利義務關係之慣例法規及原則，這些規範原則散見在各地法院裁判與解釋，而後者指的是憲法、聯邦與多數州的成文法。統一商法典是學者參考相關判決所研擬之建議條文與見解，根源於判例法，卻於其後逐漸由各州立法機關所採用而轉變成州的成文法。在美國，各州均有其契約法令，雖然各州規定未盡相同，但為了規制當地企業行為或確保某些政策，各州對於監督標準契約均有其利益，特別是對某些重

要的契約，例如保險契約，透過復審（review）以確保契約之公平與競爭¹⁹⁹。其次，統一商法典第 2-302 條並非針對消費關係或是特定交易，即便該州有與統一商法典相似的契約法規定，為保護消費者而訂定的聯邦特別法律，仍將優先適用。

然而，審究美國目前針對特定交易之契約，透過立法規制介入之情形，其規範之密度與廣度並不特別高，其主要原因自當是因為其屬英美法系之判例法國家，並容許司法有較高的自主判斷空間。其間或有法律授權主管機關擬定「標準條款」或「標準揭露格式」以協助企業經營者達成符合法律期待之行為，並促進消費者瞭解自身權益。然而因為對於企業是否採用並無強制性，企業可自行決定是否使用「標準條款」，惟一旦適當利用主管機關公布之標準格式時，即可視為符合該法相關之規定。

最後，應予一提的是，美國的產業團體（industry groups）在此扮演相當重要的角色。例如美國建築師協會（American Institute of Architects, AIA）制定許多建築服務或相關契約文件供該產業會員使用²⁰⁰，雖然或有批評認為文件設計過度保護建築師之利益，甚至是強制仲裁的條款、間接損害（consequential damages）放棄條款等，在建築產業依然十分普遍適用。另外，又例如美國保險服務辦公室（Insurance Services Office, ISO）是一保險公司組成的協會²⁰¹。相似於 AIA 在建築產業，ISO 在保險業亦扮演許多功能，甚至以提供精算的費率資料，讓業者迅速有效率地使用 ISO 的標準契約。然而近年 ISO 最為喧騰一時的官司，即是 2005 年紐奧良發生的卡翠那颶風（Hurricane Katrina）事件。過去法院經常以 ISO 之行為屬反托拉斯法規範²⁰²，認為不屬於各州法管轄；但在這個案件中，任何看過 ISO 契約的人都承認該契約內容確實難懂，而其中爭執重點在於所謂的「水災」（flood）的賠償是否包括因潰堤所致之損害。雖然地區法院與上訴法院見解不同，但最終均不再以反托拉斯法之例外為由排除州法對該等標準契約之管轄²⁰³。

¹⁹⁹ 行政監督之復審若僅具形式作用，反而會得到反效果，對於可能受影響之私人權益與競爭秩序主張，將有抑制的影響。See *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621, 631 (1992).

²⁰⁰ See Am. Inst. of Architects, Document Synopses by Family, <http://www.aia.org/contractdocs/aias076693> (last visited Jun. 26, 2011).

²⁰¹ 成立於 1971 年，於 2008 年更現名 Verisk Analytics, Inc.，總部位於美國紐澤西州，是一家專業從事保險風險業務的公司，主要提供風險評估和決策分析服務，還向所有行業的風險經理人提供資訊服務，同時也是與美國房地產和意外保險風險相關的保險精算和保險業數據規模最大的整合商。<http://www.moneydj.com/kmdj/wiki/wikiviewer.aspx?keyid=c437e7a4-8d29-4ef1-9d3f-768127506a10>(last visited Jun. 26, 2011)

²⁰² See the McCarran-Ferguson Act.

²⁰³ See, e.g., *Leonard v. Nationwide Mut. Ins. Co.*, 499 F.3d 419 (5th Cir. 2007). And see Jay S. Goldbaum, Comment, *Katrina and Beyond: Judicial Treatment of Boilerplate Language in Standardized Insurance Contracts*, 2007 Mich. St. L. Rev. 453, 460-72.

三、日本

(一) 日本法之特色及優缺點

日本法關於定型化契約條款之規制有以下之特色

1. 只針對契約主體做限制，即適用該不當契約條款主體只要是企業經營者與自然人為對象均有適用。
2. 契約不當條款所適用者，非侷限於定型化契約，非定型化契約亦為適用之對象
3. 基本上仍以契約自由為最大原則，並在不影響交易安全之考量下進行對契約條款之規範
4. 不逐一個別檢討不當條款為何，而從交易行為中抽取共通不當條款類型擬定其基本原則。

優點

1. 減少無謂行政成本之支出。
2. 避免行政過度介入私法領域。
3. 比較顧及交易安全。
4. 無審閱期間之此類行政規定放入民事法中之矛盾現象。
5. 以消費者契約法去對契約作為管制有別於民法之規範較為明確。

缺點

1. 關於不當條款之效力係委由學說或裁判而決定，較不明確。
2. 未對於異常條款加以規範為美中不足之處。

我國消保法對於定型化契約雖設有 7 個條文予以規範，較諸其他部分算是較為完

整的，但由上述日本消費者契約法對於不當條款之規定，吾人認為以下幾點可資參考：

（一）以列舉不當條款之方式，較為正面積極

就不當契約條款之規範而言，日本法以列舉規定方式，明文列出不當條款之類型（不當條款之黑名單），因此於締約之際，消費者一目了然即可判斷其所締結之契約內容是否為不當條款；而企業經營者於事先擬定定型化契約條款之際，即很清楚了解哪些條款為法所不許，避免不當條款之出現。有助於當事人舉證上之方便及迅速解決紛爭，並節省當事人間之勞力與物力。因此此種立法方式，可使雙方事前即能預知何種契約條款為法所不許，而達到事前預防之效果。

（二）關於誠信原則之適用

我國法未以列出不當條款之方式，而係以「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」（消保法第 12 條）方式，凡是違反誠信原則且對消費者顯失公平之定型化契約條款為無效。此與日本法誠信原則之適用於消費者契約法，係為彌補前述列舉規定不足之處，而非完全以「誠信原則」作為判斷契約條款是否公平合理之依據。故我國法以概括抽象之立法方式，容易產生下列疑問：首先，誠信原則之觀念不易確定，易隨當事人主觀認定之差異，而有不同之標準，雖然於消保法第 12 條第 2 項設有推定顯失公平之規定，但其規定均非客觀上即可認定之用語，而均屬於當事人主觀上之認定，因此並未對於誠信原則賦予一個客觀之判斷標準。其次，違反誠信原則以外，尚要足以產生對消費者顯失公平方可。因此如要判斷一個定型化契約條款是否為不當之條款，從法文義中之「誠信原則」「顯失公平」看來，往往需要藉由法律專家之解釋或實例來加以驗證，一般消費者於締約之際或許無法明確預見所締結之契約內容是否妥適；而企業經營者基於其資訊上強者之地位，如以曖昧之用語游走法律灰色地帶者亦容易有機可趁。因此就消費者事前預見不當條款可能形而言，消保法第 12 條之規定並非十分適當。

此外於日本消費者契約法所無之規定，為我國消保法第 17 條關於主管機關對定型化契約條款之控制，就此而言，政府藉由該條之規定可主導對定型化契約之監督與控制，且實際上近年來在政府主導之下，某些方面由於定型化契約條款規定應記載與不得記載事項之公告，使得當事者間契約條款更為公平合理，糾紛也有逐漸減少之趨勢，

但各行各業之定型化契約條款何其多，政府機關花費在多之人力、物力也不可能網羅所有定型化契約，甚至緩不濟急，成果有限。再者非定型化契約之情形則不受該 17 條之限制，而回歸到民法之一般規定，而民法本於契約自由原則，除非有違強制規定或違反公共秩序、善良風俗者為無效之外，並無其他規範。但日本消費者契約法之適用，並未限定為定型化契約方有該法之適用，而係所有消費者與企業經營者所簽訂之契約，包含定型化以及非定型化契約均有該法之適用，故消費者契約法所涵攝之契約類型較我國法為廣泛，對消費者保護較為周到。但吾人認為我國消保法中將契約異常條款（日本法中稱為不意條款）明文加以規定，即消保法第 14 條規定「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所預見者，該條款不構成契約之內容」。而日本消費者契約法原先草案亦有類似此規定，但最後通過時卻刪除²⁰⁴。此外我消保法第 16 條明示定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效之效力，而非如日本法關於違反第 10 條之無效效力範圍，係委由學說或裁判而決定，就此點而言我國法似較日本法為明確。

適用傳統之民法契約理論之前提為，資訊、經濟、交涉力各方面處於地位平等之雙方當事人，基於意思自主，契約自由原則下締結契約。雙方由於資訊力之平等，各自具有蒐集資訊、分析資訊之能力，故法律並毋庸規定哪一方有告知義務之必要；又由於雙方交涉能力之平等，均有能力就其訂立之契約內容有所主張與修改，故定型化契約條款之規範除了以法律規定不當條款之外法律基於契約自由原則對當事人間契約內容不加以干涉。但此前提於現今資訊化時代已不適用，因為順應大量生產、製造之消費環境，定型化契約已成為契約型態之主流，而企業經營者往往挾其資訊經濟專業上之優勢，制定有利於己之契約內容，於此種情況下，民法契約自由之基礎不復存在，法律有必要加以修正以挽回此一失衡之現象，故我國之消費者保護法關於定型化契約條款之規範，以及民法債篇修正時增訂第 245 條之 1，均針對此現象所為之規範。藉由明確列舉不當之契約條款，不僅事先避免企業經營者以資訊上、專業上之優勢，訂立不公平之契約條款，亦使消費者提高預見其為不當條款之可能，可達事前預防紛爭之目的。

基於尊重消費者主權之實現，因此要求消費者自立，基於自己責任而對其之交易行為負責；故提升消費者之判斷力及資訊力亦為一種保護消費者的方式。因此於特別

²⁰⁴ 「消費者契約法の具體的內容について」第 16 次國民生活審議會消費者政策部會中間報告第 3 條第 3 項。

領域中，如金融領域要求企業經營者負有說明義務、書面交付義務即為一種扶持消費者自立的作法。故日本藉由法律之制定，營造一個公平、安全、和諧之交易環境，企業經營者於合法之範圍獲取其應得利益；消費者於公平之情況下心甘情願的付出對價，創造一個消費者與企業經營者雙贏之局面。

四、韓國

雖然，韓國在其《消費者基本法》中，對於交易的合理化亦有規範，即該法第12條第1項：「國家為防止經營者以不公平的交易條件或方法對消費者造成損害，應當採取必要措施」。然而，其規制手段與法律效果則僅是「國家認定經營者的不當行為妨礙了消費者的合理選擇，有造成消費者損害之虞的，可以公佈該不當行為(同條第2項)。」、「國家及地方自治團體為保護訪問銷售、多階段銷售、通信銷售、電子商務、分期付款交易等特殊形態交易中的消費者，應當採取必要措施(同條第3項)。」事實上仍無法針對許多不公平交易或條款為有效規範。是此，韓國政府制定並施行《約款規制法》、《分期付款交易法》、《訪問銷售法》、《電子交易基本法》以及《電子商務交易消費者保護法》等。

韓國《約款規制法》性質及特色如下：

1、係有關約款規制的一般性立法

《約款規制法》為規制約款的一般法，原則上適用於利用約款的所有交易。《約款規制法》不分交易主體或者契約類型，即不管主體為經營者之間亦或是經營者與消費者之間，不管契約種類如何，均一律適用。因此，該法除了適用於商品交易外，同時亦適用於金融交易、保險契約、旅遊契約、專賣契約等服務行業交易。

但是，適用上有兩方面的限制：首先，如果約款屬於《商法》第3編(公司法)、《勞動基準法》及總統令規定的非營利經營領域，則不適用《約款規制法》(該法第30條第1項)。其次，若約款屬於特定交易領域，且在其他法律中有特別規定，該特別規定優先適用於《約款規制法》(該法第30條第3項)。例如，韓國《商法》第638條之3第1項規定：「保險人訂立保險契約時，應當向投保人交付保險契約並說明該約款的重要內容。」因此，在保險契約中，不論消費者是否要求，保險人都要承擔交付義務。在此，其他法律中有特別規定，並非意味著存在規制該交易的特別法的情形，而是指該法與《約款規制

法》存在矛盾、衝突的情形。但是，是否有矛盾或衝突，應綜合考慮法律的立法目的、適用範圍及規定事項等諸因素²⁰⁵。

2、以強行規定作為規制手段

《約款規制法》的規定屬於強行規定。因此，契約當事人不得通過協議排除《約款規制法》的適用。原因在於，該法的立法目的在於防止約款的擬定人利用其優勢地位，單方擬定、使用有利於自身的約款而侵害相對人的正當利益。

3、係民事特別法

當事人之間訂立契約時，可以自由選擇訂立契約的方式，即可以通過個別約定的方式，亦可通過約款的方式。利用約款訂立契約時，約款即成為契約草約。然而，民法、商法是以個別約定為訂立契約的原則。因此，利用約款訂立的契約屬於通過特殊方式訂立的契約。《約款規制法》主要規制約款的解釋方法和效力，屬於優先適用於民法或商法的特別法。如民法規定的法律行為的部分無效原則，對約款則不予適用(該法第16條)。

4、具經濟法性質

由於《約款規制法》是為了確立健全的交易秩序而規制當事人之間的法律關係。因此，《約款規制法》亦具有經濟法的性質。公平交易委員會為專門執行維護競爭秩序的基本法—《壟斷規制法》的機關，得責令或勸告使用不公平交易約款的企業經營者，並採取必要的糾正措施。

5、明確例示具體無效事由

為避免誠實信用原則過度抽象，《約款規制法》第7條至第14條規定有具體的無效事由，類型上包括：不當的免責條款、不當損害賠償額的約定、有關解除或終止契約的不當約款、有關債務履行的不當條款、不當侵害相對人權利的約款、意思表示的不當擬制、不當加重代理人責任的約款與不當限制起訴的約款。對於司法實務、企業經營者自律與消費者教育，具有實益。

6、約款行政規制多元化

除了公平交易委員會可直接責令其採取必要的糾正措施外，韓國1992年引入了標

²⁰⁵ 參見韓國大法院，1998年11月27日，宣告98da32564判決。

準約款制度。經營者及經營者團體、根據《消費者基本法》第 29 條的規定而登記的消費者團體或第 26 條的規定而設置的韓國消費者院，均可請求公平交易委員會審查其使用的約款，公佈為標準約款。公平交易委員會自身亦可訂定標準約款。

五、中國大陸

至於中國大陸，其在立法上主要是透過消費者權益保護法與合同法，處理定型化契約的問題。除上開消費者權益保護法第 24 條規定、合同法第 39 條、第 40 條與第 41 條之原則性規定外，依消費者權益保護法第 28 條，各級人民政府工商行政管理部門和其他有關行政部門應當依照法律、法規的規定，在各自的職權範圍內，採取措施，保護消費者的合法權益；其合同法第 127 條則規定，工商行政管理部門和其他有關行政主管部門在各自的職權範圍內，依照法律、行政法規的規定，對利用合同危害國家利益、社會公共利益的違法行為負責監督處理；構成犯罪的，依法追究刑事責任。依上開法律的概括授權，許多省、市人民政府均訂有合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法。因此，就中央而言，中國大陸尚缺乏個別的定型化契約立法²⁰⁶，此為中國大陸之特色。

由於中國大陸的消費者權益保護法與合同法僅有非常原則且抽象的規定，主要係透過省、市人民政府訂定合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法規制定型化契約，因此可以省卻繁雜的立法過程，針對特定、新興的消費問題，自然較有可能作出更為迅速的應對措施，且消費者受到保護的範圍也會較司法規制的情形更為廣泛，但恐難確保不同省、市的消費者能夠獲得相同標準的保護。其次，為了滿足消費者保護的目的，難免對業者課予較一般交易更多的義務，而未透過中央立法方式處理相關問題，即可能發生業者權利受到侵害的問題，此就法治國而言，即涉及法律保留或法規命令授權明確性與否的問題。

六、與臺灣的比較

關於定型化契約，臺灣於民法原未設有明文，實務上多適用第 72 條規定，民國 83 年制定的消費者保護法則設有專節規範定型化契約（第 11 條至第 17 條）。民國 88 年 4 月 21 日通過的民法債編修正條文則增訂第 247-1 條規定。值得注意的是，消費者保護法第 17 條第 1 項並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

²⁰⁶ 當然，就海商法、保險法等特殊領域，中國大陸還是有特別的規範，例如海商法第 126 條針對海上旅客運輸合同的無效條款加以規範、保險法第 17 條與 30 條也有關於條款之效力要件與解釋原則的規定。參考陳曉航，論格式合同，http://www.law-lib.com/lw/lw_view.asp?no=8971(最後瀏覽日，2011/5/25)不過，該等特殊領域的規定與本計畫擬探討者為消費者保護的定型化契約一般法制，尚屬有間。

或不得記載之事項，即賦予目的事業主管機關一定的權限，得規制特定行業的定型化契約條款。此外，針對企業經營者重大違反消費者保護法有關保護消費者規定之行為，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。

上述臺灣的立法規範，可依照不同的標準與歐盟、美國、日本、韓國及中國大陸有關定型化契約的立法規範進行比較。然而，由於定型化契約類型甚多，限於篇幅，本計畫擬以旅遊契約與遠距契約為例，作為比較對象。相應的，涉及到細節部分，本計畫乃以臺灣的國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項(交通部88年5月18日交路88(一)字第04164號函公告)及臺灣零售業等網路交易定型化契約應記載及不得記載事項作比較說明²⁰⁷，並先針對旅遊契約自締約前至履約後等階段，將相關規定列表如附件。又，因為歐盟僅有指令的發布，為求具體，本計畫亦會以會員國之德國為例，一併進行比較說明。

有關歐盟、美國、日本、韓國及中國大陸與臺灣在定型化契約規制的比較，爰依不同的標準說明如下：

(一) 個別立法規範與否

就法律層級而論，歐盟已針對不同的消費契約，通過不同的指令，要求其會員國必須據以修改其內國法律，以合乎歐盟要求。在德國的情形，便是透過其民法債編的規定以及民法資訊與證明義務細則(Verordnung über Informations und Nachweispflicht nach Bürgerlichem Recht)轉化歐盟相關指令。美國除針對特定交易但規範密度不高的之聯邦特別法律外，法院多援用統一商法典第2-302條對民事契約不公平條款的一般性規範。在這些特別法令中，主要亦是針對消費契約之雙方資訊落差，而課以企業經營者的資訊揭露義務，另外亦有直接介入規範其損害賠償計算與管轄等事項。日本關於定型化契約條款之規範，於日本消費者契約法中，已經就消費者契約為對象為一般性的規範。韓國除《消費者基本法》對於交易的合理化有所規範外，訂有《約款規制法》以為規制約款的一般法，原則上適用於利用約款的所有交易。除另有特別法律外，《約款規制法》不分交易主體或者契約類型，即不管主體為經營者之間亦或是經營者與消費者之間，不管契約種類如何，均一律適用。而中國大陸的消費者權益保護法與合同法僅有非常原則且抽象的規定，主要係透過省、市人民政府訂定合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法規制定型化契約。

臺灣則係在消費者保護法與民法的一般規定之外，另將特定行業的定型化契約由中央主管機關公告其應記載或不得記載之事項，上述國外旅遊定型化契約應記載及不得記

²⁰⁷關於臺灣旅遊定型化契約應記載及不得記載事項，包括國內旅遊與國外旅遊。經比較兩者內容可以發現，兩者差異並不大，且國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項涵蓋範圍較國內旅遊為廣，亦較可與歐盟時常牽涉到的跨國境旅遊相呼應。

載事項即為其例。就此點而言，臺灣模式與中國大陸以消費者權益保護法、合同法規範定型化契約的方式較為相似，日本與韓國則分別在其消費者契約法與約款規制法中，有較具體類型不公平條款的規定，立法規制模式較為相近，但二者中，日本又更重視立法的方式，故訂有較多的特別法律。

不過，應注意的是，日本近來於其民法債權法修正中，擬將消費者契約法中關於定型化契約之相關規範與民法進行整合與擴充。歐盟也有將不同的指令予以整合的趨勢，例如前述 2008 年 10 月 8 日所通過有關消費者權利指令的建議案，即會取代有關在非企業營業地協商契約之消費者保護指令、有關消費者契約不公平條款的指令、有關遠距契約消費者保護的指令，以及有關販售消費者商品與擔保特定面向的指令。在未來，是否有可能進一步整合各個現行指令共通的部分，使有關消費契約的規範更具體系性也更為簡潔，值得進一步觀察。

（二）法律授權行政機關規制的層級

韓國的公平交易委員會依約款規制法，可直接責令其採取必要的糾正措施。1992 年更引入了標準約款制度。公平交易委員會除可依請求審查業者使用的約款，公佈為標準約款，自身亦可訂定標準約款。就臺灣與中國大陸之法律，其授權行政機關處理定型化契約規制的層級略有不同。就臺灣而言，消費者保護法係規定由「中央主管機關」選擇特定行業公告規定應記載或不得記載事項²⁰⁸；而中國大陸的「各級人民政府工商管理部門」和其他有關行政部門，則均獲有訂定合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法的授權。

舉例而言，上述臺灣的「國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項」，係由交通部公告；而中國大陸的國家旅遊局、國家工商管理總局共同制定有「中國公民出境旅遊合同示範文本」，而上海市旅遊事業管理委員會、上海市工商行政管理局亦根據合同法和上海市合同格式條款監督條例及有關法律、法規，制定「上海市出境旅遊合同示範文本」。在美國，則依聯邦交易委員會法由聯邦交易委員會公布相關消費者警示外，美國運輸部依法亦針對特定事項公布相關規則，涉入旅遊契約當事人權利義務的內容。

（三）法律或法律授權行政機關規制的原因

臺灣、韓國、中國大陸與歐盟之法律，其介入或授權行政機關介入處理定型化契約規制的原因不同。就臺灣而言，消費者保護法僅規定中央主管機關得選擇特定行業公告

²⁰⁸ 依臺灣地方制度法第 18 條第 7 款第 4 目的規定，直轄市消費者保護為直轄市自治事項；同法第 19 條第 7 款第 4 目的規定，縣（市）消費者保護為縣（市）自治事項。以臺北市消費者保護自治條例為例，其第 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。

規定應記載或不得記載事項，至於在何種情況有必要進行該等公告則未規定。

在韓國，為防止訴訟僅能個案、事後、被動的解決不公平約款的使用，《約款規制法》規定，韓國公平交易委員會對於違反該法的經營者可勸告其採取必要的糾正措施(同條第 1 項)，且有權直接責令其採取必要的糾正措施(該法第 17 條之 2)。公平交易委員會依職權或依利害關係人的請求啟動之約款審查，公示其審查或指定的約款並勸告經營者或經營者團體採用該標準約款，更可發揮主動、通案與預防的效果。

在中國大陸，其合同法第 127 條規定，工商行政管理部門和其他有關行政主管部門在各自的職權範圍內，依照法律、行政法規的規定，對「利用合同危害國家利益、社會公共利益的違法行為」負責監督處理。換句話說，對於工商行政管理部門和其他有關行政主管部門得進行監督處理之違法行為，應係以利用合同危害國家利益、社會公共利益者為限。

歐盟部分，如其 90/314/EEC 套裝旅遊指令與 97/7/EC 遠距契約消費者保護指令之前言所提的緣由（請參閱附件比較表）來看，歐盟係因旅遊服務的提供攸關內部市場的完整性，且向為歐洲理事會所重視並對消費者保護有重大意義，又消費者應能自其他會員國以相同條件獲得商品或服務，以促進商品或服務的自由流通，就消費者而言，跨國境的遠距銷售為達成內部市場具體可見的結果之一，故而制定、通過該等指令。

（四）法律規定或授權行政機關規制的事項

歐盟 90/314/EEC 套裝旅遊指令與 97/7/EC 遠距契約消費者保護指令立法規制的事項，由附件比較表可知，包括了契約締結前的「先契約」階段資訊義務、旅遊契約內容應具備項目、行程開始前業者的義務、出發後契約不履行的處理、業者責任限制、申訴的處理與履約擔保、遠距契約的解除、訂定與履行、救濟途徑與糾紛處理等。美國包機旅遊契約，則包括揭露相關限制與權利等重要資訊，包括：解約之罰款、旅行業者或航空公司取消航班、航班或旅遊的重大變更、旅行業者履約擔保之措施、行李遺失與行程遲延等。日本行政認可之團體旅遊契約，其內容事項則包括契約之成立、契約內容之變更、旅客之變更、旅客之契約解除權（旅行開始前之解除與旅行開始後之解除）、遊費用之返還、旅行社之損害賠償責任、旅客之責任以及旅行社清償業務之保證金。

臺灣的消費者保護法雖規定中央主管機關得公告規定定型化契約應記載或不得記載事項，但透過契約條款的安排，也處理到歐盟上開指令所處理的問題，甚至有些情形，例如在出發後的契約不履行，臺灣的規定較諸歐盟指令更為細緻，尚且包括旅客違約的處理，不若歐盟僅著重於課予業者責任。值得注意的是，在臺灣的零售業等網路交易定型化契約應記載與不得記載事項還規定「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」，給予企業經營拒絕消費者下單的權利。不過，歐盟向來注重先契約資訊義務，此為目前臺灣定型化契約的規制尚未注意到的事項，值

得我國參考歐盟的相關規範，進一步思考有無引進的必要。

有關臺灣國外旅遊、零售業等網路交易定型化契約與歐盟 90/314/EEC 套裝旅遊指令、97/7/EC 遠距契約消費者保護指令規制事項詳細比較（請參閱第六章、四、（二）的說明）。

七、小結—比較之整理

為利於參照，爰以表格方式說明各國、中國大陸制度之優缺點及與臺灣的比較如下：

表 5-1：歐、美、日、韓、中國大陸制度之優缺點及與臺灣規範之比較

	歐盟	德國	美國	日本	韓國	中國大陸	臺灣
法令依據	歐盟指令，針對消費契約中的不公平條款設有指令為一般規範，另針對特定交易亦有個別指令為規範基礎。	民法，尤其是債編現代化法之規定以及民法資訊與證明義務細則。	除針對特定交易但規範密度不高的之聯邦特別法律外，法院多援用統一商法典第 2-302 條對民事契約不公平條款的一般性規範。	消費者契約法有一般性的規範。	除《消費者基本法》對於交易的合理化有所規範外，訂有《約款規制法》以為規制約款的一般法。	消費者權益保護法、合同法。	公平交易法、消費者保護法、民法。
規制手段		如有爭議，依不作為訴訟法之相關規定提出救濟	以司法規制為主，輔以特別立法與行政規制。即便法律授權主管機關擬定「標準條款」或「標準揭露格式」僅是協助企業經營者達	以立法為主，輔以行政認可。	公平交易委員會依約款規制法，可直接責令其採取必要的糾正措施。1992 年更引入了標準約款制度。公平交易委員會除可依請求	特定合同須向工商行政管理部門備案且「各級」人民政府工商管理部門和其他有關行政部門，均獲有訂定合同格式條款監	由「中央」主管機關公告特定定型化契約之應記載或不得記載之事項；消費者得提出申訴、法院得受理損害賠償或不作為訴

			成符合法律期待之行為，並促進消費者瞭解自身權益。企業是否採用並無強制性。		審查業者使用的約款，公佈為標準約款，自身亦可訂定標準約款。	督辦法、條例或管理辦法的授權；工商行政管理部門或其他有關行政部門得受理舉報、法院得受理訴訟。	訟。
規制原因	依其 90/314/E EC 套裝旅遊指令之前言所提緣由，歐盟係因旅遊服務的提供攸關內部市場的完整性，且向為歐洲理事會所重視並對消費者保護有重大意義，故而制定、通過該指令。	依歐盟指令之要求。	以訴訟方式，透過司法解決私人契約糾紛。企業若使用標準條款則可視為符合法律相關規定。	重在立法列舉不當條款類型之規制。	防止訴訟僅能個案、事後、被動的解決不公平約款的使用，賦予公平交易委員會權限以達主動、通案與預防的效果。	合同法第 127 條規定，工商行政管理部門和其他有關行政主管部門在各自的職權範圍內，依照法律、行政法規的規定，對「利用合同危害國家利益、社會公共利益的違法行為」負責監督處理。	消費者保護法第 17 條，僅規定中央主管機關得選擇特定行業公告規定應記載或不得記載事項，至於在何種情況有必要進行該等公告則未規定。
制度特色	契約締結前的「先契約」階段資訊義務、契約內容應具備項目、行程開始前業者的義務、出	於民法中針對相關事項在符合歐盟指令的範圍內加以規定，不另制定特別法規範。	可由法院依個案法律關係斷其契約條款於當事人間是否公平。	未限定為定型化契約方有該法之適用，而係所有消費者與企業經營者所簽訂之契約，包含	《約款規制法》第 7 條至第 14 條規定有具體的無效事由，類型上包括：不當的免責條款、	省、市人民政府均訂有合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法，就中央而言，則乏個別	於中央層級訂有個別定型化契約規範。

	發後契約不履行的處理、業者責任限制、申訴的處理與履約擔保等。			定型化以及非定型化契約均有該法之適用，故消費者契約法所涵攝之契約類型較為廣泛，對消費者保護較為周到。不逐一個別檢討不當條款為何，而從交易行為中抽取共通不當條款類型擬定其基本原則。	不當損害賠償額的約定、有關解除或終止契約的不當約款、有關債務履行的不當條款、不當侵害相對人權利的約款、意思表示的不當擬制、不當加重代理人責任的約款與不當限制的約款。	定型化契約規範。	
優點	增加業者與消費者對於擬成立之契約相關權利、義務的預見可能性，可避免法律保留或法規命令授權明確性與否的問題。	增加業者與消費者對於擬成立之契約相關權利、義務的預見可能性，可避免法律保留或法規命令授權明確性與否的問題。	不受既定立法列舉不公平條款類型之限制，較有彈性。避免行政介入私人契約糾紛。	以列舉規定方式，明文列出不當條款之類型，具有事前預防之效果。避免行政過度介入私法領域。	為避免誠實信用原則過度抽象，《約款規制法》具體的無效事由類型，對於司法實務、企業經營者自律與消費者教育，具有實益。且約款行政規制多元化。	反應較為迅速，針對特定、新興的消費問題，較有可能作出更為迅速的應對措施，且消費者受到保護的範圍也會較司法規制的情形更為廣泛。	反應較為迅速，針對特定、新興的消費問題，較有可能作出更為迅速的應對措施，且消費者受到保護的範圍也會較司法規制的情形更為廣泛。
缺點	形成個別規範的速度較久，	形成個別規範，因須經立法	關於不當條款之效力，常須	日本消費者契約法草案關於	行政介入較深。	為滿足消費者保護目的，難	為滿足消費者保護目的，難

	<p>恐未能合乎社會需要，且多種個別定型化契約規範，將使法制過於龐雜，如未能詳細斟酌相關規定，極可能發生相同事項卻不同處理的問題。</p>	<p>程序，速度較久，恐未能合乎社會需要，且多種個別定型化契約規範，將使法制過於龐雜，如未能詳細斟酌相關規定，極可能發生相同事項卻不同處理的問題。</p>	<p>由消費者事後以訴訟方式主張，較不明確。</p>	<p>契約異常條款（日本法中稱為不意條款）之類似規定，但最後通過時卻刪除。關於不當條款之效力係委由學說或裁判而決定，較不明確。</p>		<p>免對業者課予較一般交易更多義務，而未透過中央立法方式處理相關問題，可能發生業者權利受到侵害的問題，即涉及法律保留或法規命令授權明確性與否的問題，此外，恐難確保不同省、市的消費者能夠獲得相同標準的保護。</p>	<p>免對業者課予較一般交易更多義務，而未透過中央立法方式處理相關問題，可能發生業者權利受到侵害的問題，即涉及法律保留或法規命令授權明確性與否的問題。</p>
<p>近年發展趨勢</p>	<p>已擬針對遠距契約與非在經營者經營地簽署的契約，建議通過消費者應同樣享有14日無條件解約權之指令，將取代原本有在非企業營業地協商契約之消費者</p>	<p>2002年債法現代化法將原本個別立法統合至民法。</p>		<p>近來於其民法債權法修正中，擬將消費者契約法中關於定型化契約之相關規範與民法進行整合與擴充。</p>			

	<p>保護指令、有關消費者契約不公平條款的指令、有關遠距契約消費者保護的指令，以及有關販售消費者商品與擔保特定面向的指令，應可使與消費者契約有關的立法更形簡化。</p>						
--	--	--	--	--	--	--	--

第六章 定型化契約應記載及不得記載事項之規範與界限

一、我國現行定型化契約應記載及不得記載事項之規範

我國行政院消費者保護委員會於中華民國 99 年 12 月出版「定型化契約範本暨其應記載及不得記載事項彙編」，內容包括文教補習類、休閒旅遊類、車輛房屋類、金融保險類、保育教養類、運輸通信類、電視育樂類、電腦電器類、醫療保健類、殯葬禮儀類、其他與禮券等各類交易等契約類型。有關不得記載事項之類型，係針對締約前與締約完成時有關雙方權利義務之設計，並就契約終止、解除、責任安排、糾紛與訴訟等應記載與不得記載事項加以規定²⁰⁹，限於篇幅本研究案僅以休閒旅遊及零售業等網路交易為主要研究標的：

（一）締約前階段與締約完成時點

針對消費者保護法第 11 條之 1 規定，企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。

多數的定型化契約在不得記載事項中，就締約前階段的審閱期即規定：不得約定拋棄契約審閱期間或約定已給予審閱期間或約定少於一定期間的審閱期間²¹⁰。

至於在契約簽署後，因交易上常發生契約書非由消費者保管，致消費者申訴、起訴發生困難的情況，故多數定型化契約不得記載事項中規定：不得約定企業經營者得保管、收（繳）回或不交付消費者持有之契約或訂貨單²¹¹。

（二）契約權利義務的設計

在契約締結前，除了消費者應有審閱全部條款的權利外，影響重大者，便是相關契約權利義務的設計，其重要者有：

²⁰⁹ 依消費者保護法第 17 條第 1 項與第 2 項前段，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。違反前項公告之定型化契約，其定型化條款無效。另，有關經公告之定型化應記載及不得記載事項之類型說明，可參考胡華泰，消費定型化契約條款之行政規制，頁 41 以下，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，100 年 2 月。

²¹⁰ 請參閱短期補習班補習服務契約書、汽車駕駛訓練定型化契約、健身中心定型化契約、汽車維修服務定型化契約、預售停車位買賣定型化契約、信用卡定型化契約、金融機構保管箱出租定型化契約、個人購車及購屋貸款定型化契約、安養定型化契約、路外停車場租用定型化契約、搬家貨運定型化契約、產後護理機構及坐月子中心定型化契約、線上遊戲定型化契約、一般護理之家定型化契約、移民服務定型化契約等之不得記載事項。

²¹¹ 請參閱健身中心定型化契約、汽車買賣定型化契約、小客車租賃定型化契約、汽車維修服務定型化契約、預售屋買賣定型化契約、不動產委託銷售定型化契約、預售停車位買賣定型化契約、瘦身美容定型化契約、殯葬服務定型化契約、移民服務定型化契約等之不得記載事項。

1. 一般規定

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，其對消費者所負義務不得低於廣告之內容。若為口頭約定，除非有不符法律要式之要求的情形，否則只要消費者能夠舉證該約定之存在，實無不構成契約內容之理。

因此，多數定型化契約不得記載事項規定：不得約定廣告及口頭約定不構成契約之內容，亦不得約定廣告僅供參考²¹²。

另外，為求契約雙方權利義務關係明確，契約文字應避免模糊或不確定，因此，若干定型化契約不得記載事項規定：不得以「僅供參考」、「以外國旅遊業提供者為準」或「尚在接洽中」、「持續接洽中」、「再行通知」等概念模糊、非確定性之文字約定²¹³。

2. 履約過程中，限制消費者權利之禁止

定型化契約中重要者為對企業經營者與消費者間特定權利義務的安排。由於定型化契約條款乃由企業經營者所提出預先擬定之契約條款，企業經營者均透過對消費者權利的限制而達到操控契約內容的目的。

為了避免在履約過程中，因企業經營者單方變更契約條款而消費者表示意見或承諾的權利遭到剝奪，多數的定型化契約不得記載事項均規定：不得約定企業經營者對於契約條款得為片面變更，消費者不得異議²¹⁴，甚至信用卡定型化契約不得記載事項更規定：不得記載少於七日之持卡人對契約變更得表示異議期間等。

3. 履約過程中，加重消費者義務之禁止

企業者除了限制消費者的權利外，加重消費者本應負擔的義務，亦為定型化契約條款所常見。為避免履約過程中，因企業經營者單方加重消費者之義務，尤其是給付價金、報酬或費用之義務，若干定型化契約不得記載事項規定：不得約定企業經營者除收取約

²¹² 請參閱海外留學契約、海外旅遊學習（遊學）契約、國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約、健身中心定型化契約、汽車維修服務定型化契約、預售屋買賣定型化契約、預售停車位買賣定型化契約、信用卡定型化契約、國內線航空乘客運送定型化契約、線上遊戲定型化契約、零售業等網路交易定型化契約、瘦身美容定型化契約、殯葬服務定型化契約、移民服務定型化契約等之不得記載事項。

²¹³ 請參閱海外旅遊學習（遊學）契約、國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約、產後護理機構及坐月子中心定型化契約、殯葬服務定型化契約等之不得記載事項。

²¹⁴ 請參閱海外留學契約、海外旅遊學習（遊學）契約、汽車駕駛訓練定型化契約、國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約、健身中心定型化契約、汽車買賣定型化契約、小客車租賃定型化契約、汽車維修服務定型化契約、金融機構保管箱出租定型化契約、路外停車場租用定型化契約、國內線航空乘客運送定型化契約、搬家貨運定型化契約、線上遊戲定型化契約、零售業等網路交易定型化契約、殯葬服務定型化契約。

定之費用外，以其他方式變相或額外加價²¹⁵。在經中央主管機關規定或核定服務報酬或費用的情形，該等定型化契約不得記載事項亦規定：約定服務報酬或費用不得超過中央主管機關之規定或核定之數額²¹⁶。

4. 履約過程中，擴張企業經營者權利之禁止

企業經營者透過定型化契約除了限制消費者權利、加重消費者義務外，擴張企業經營者的權利亦屬常見。故若干定型化契約不得記載事項及規定：不得約定概括授權企業經營者得就他方所提供之各項基本資料，為履行契約目的範圍外之利用或洩露²¹⁷。

在旅遊契約規定，除契約另有約定或經旅客同意外，旅行業不得臨時安排購物行程²¹⁸，亦不得有旅行業得委由旅客代為攜帶物品返國之約定²¹⁹。在零售業等網路交易定型化契約部份，規定：不得記載企業經營者得單方變更契約內容。

5. 履約過程中，減免企業經營者義務之禁止

除了擴張權利之外，企業經營者也可能透過定型化契約減輕、免除自己契約上的義務。就此，若干定型化契約不得記載事項規定：不得約定免除或減輕企業經營者及契約所載應履行之義務²²⁰。

（三）契約之解除、終止

當契約之權利義務的行使、履行不如原先安排時，即會發生契約解除或終止的問題。因此，在定型化契約中多會針對契約的解除或終止設有規定。

就消費者的面向來說，許多定型化契約不得記載事項均規定：不得約定排除、剝奪消費者任意或依法解除契約、終止契約之權利²²¹。就企業經營者面向來說，若干定型化契約不得記載事項規定：不得約定企業經營者得無故任意解除及終止契約而不負賠償責

²¹⁵ 請參閱海外留學契約、海外旅遊學習（遊學）契約、國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約、國內線航空乘客運送定型化契約不得記載事項。

²¹⁶ 請參閱不動產委託銷售定型化契約、安養定型化契約、一般護理之家定型化契約不得記載事項。

²¹⁷ 請參閱個人購車及購屋貸款定型化契約、線上遊戲定型化契約、零售業等網路交易定型化契約。

²¹⁸ 請參閱國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約不得記載事項。

²¹⁹ 請參閱國外旅遊定型化契約不得記載事項。

²²⁰ 請參閱海外留學契約、海外旅遊學習（遊學）契約、國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約、預付型交通電子票證定型化契約不得記載事項。

²²¹ 請參閱海外留學契約、海外旅遊學習（遊學）契約、國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約、產後護理機構及坐月子中心定型化契約、線上遊戲定型化契約、零售業等網路交易定型化契約、殯葬服務定型化契約等不得記載事項。

任²²²、不得記載企業經營者得片面解約之條款²²³或約定扣抵保證金達一定數額時，企業經營者得逕為終止契約²²⁴。

值得注意的是，在契約非經解除或終止，而是契約期限屆至的情形，健身中心定型化契約不得記載事項特別規定：企業經營者不得事先約定屆期自動續約，不另通知消費者。

（四）契約責任

契約義務如能圓滿地被履行，即不生責任的問題。相對地，如契約無法被圓滿履行，無論違約的一方為企業經營者或消費者，均會發生責任的問題。既然定型化契約是企業經營者所預先訂定，則當然會發生透過定型化約款的訂定，加重消費者責任或減免企業經營者的責任。

1. 消費者責任加重的禁止

企業經營者加重消費者責任的約定方式有多種可能，包括擴大消費者行為的認定範圍。為防杜此種作法，便有定型化契約不得記載事項規定：不得約定所有使用消費者帳號和密碼進入企業經營者管理之電腦系統後之行為，均視為消費者之行為²²⁵。

此外，增加應負責任的主體亦係企業經營者常採用的方式。故信用卡定型化契約不得記載事項即禁止記載，附卡持卡人就正卡持卡人使用信用卡所生債務負連帶清償責任。

最常見的應該是透過擴大責任的範圍來加重消費者的責任。就此信用卡定型化契約不得記載事項禁止，將違約金等費用計入循環信用利息。

2. 企業經營者責任減輕、免除的禁止

透過定型化契約，企業經營者可能透過幾種方式減輕或免除其未履約的責任。

較常見者即係排除其本身依歸責原則而本應負擔的責任。就此，若干定型化契約不得記載事項即規定：不得以「概不負責」、特約之記載，排除故意或重大過失責任²²⁶。排除特定的責任亦為企業經營者可能採取的方式，故零售業等網路交易定型化契約不得記載事項規定，不得預先免除企業經營者終止或解除契約時所應負之責任。

透過責任範圍或數額的約定，亦係企業經營者用以減免責任的作法。故國內旅遊定

²²² 請參閱線上遊戲定型化契約、零售業等網路交易定型化契約等不得記載事項。

²²³ 請參閱電子票證定型化契約、預付型交通電子票證定型化契約等不得記載事項。

²²⁴ 請參閱安養定型化契約、一般護理之家定型化契約等不得記載事項。

²²⁵ 請參閱線上遊戲定型化契約不得記載事項。

²²⁶ 請參閱觀光遊樂園（場、區）遊樂服務契約、電子票證定型化契約、安養定型化契約、預付型交通電子票證定型化契約、一般護理之家定型化契約不得記載事項。

型化契約、國外旅遊定型化契約不得記載事項即規定：不得約定逾越主管機關規定或核備旅客之最高賠償標準。

上述企業經營者責任之減輕或免除的禁止，亦應及於因企業經營者之履行輔助人所致生者，故海外留學契約、海外旅遊學習（遊學）契約、國內旅遊定型化契約不得記載事項規定：不得約定記載排除對企業經營者之履行輔助人所生責任。

若干定型化契約有以消費者或第三人之行為，作為減輕或免除自己責任之條件者。就此海外留學契約不得記載事項規定：不得約定因消費者提供之資料，致契約事務之完成延誤或不能完成，企業經營者「恕不負責」。

（五）糾紛或訴訟之處置

契約在履行過程中，糾紛的發生在所難免。針對糾紛或所衍生訴訟之處置，若干定型化契約不得記載事項規定：不得排除消費者保護法第 47 條及民事訴訟法第 436 條之 9 規定之小額訴訟管轄法院之適用²²⁷。至於證據的提出，若干定型化契約不得記載事項亦規定：不得約定如有糾紛，限以企業經營者所保存之遊戲歷程及相關(交易、電子)資料為認定標準²²⁸。

（六）概括條款

除了前述所列五種不得記載事項之外，幾乎所有的定型化契約不得記載事項中均會規定：不得為其他違反法律強制、禁止規定、違反誠信、平等互惠原則、顯失公平或欺罔之概括約定²²⁹。

至於具體不得違反之規定，個別定型化契約有明文引用相關法律章、節與條文而為規定者，包括：不得以契約約定價金加速條款違反民法第 389 條、390 條之規定，亦即除買受人有連續兩期給付遲延，遲延價額已達全部價金五分之一外出賣人仍不得請求支

²²⁷ 請參閱汽車買賣定型化契約、金融機構保管箱出租定型化契約、線上遊戲定型化契約、零售業等網路交易定型化契約、移民服務定型化契約不得記載事項。

²²⁸ 請參閱線上遊戲定型化契約、零售業等網路交易定型化契約等不得記載事項。

²²⁹ 請參閱海外留學契約、短期補習班補習服務契約書、汽車駕駛訓練定型化契約、健身中心定型化契約、汽車買賣定型化契約、小客車租賃定型化契約、汽車維修服務定型化契約、預售屋買賣定型化契約、不動產委託銷售定型化契約、預售停車位買賣定型化契約、信用卡定型化契約、金融機構保管箱出租定型化契約、個人購車及購屋貸款定型化契約、電子票證定型化契約、安養定型化契約、路外停車場租用定型化契約、國內線航空乘客運送定型化契約、海外旅遊學習（遊學）契約、國內旅遊定型化契約、國外旅遊定型化契約、搬家貨運定型化契約、產後護理機構及坐月子中心定型化契約、預付型交通電子票證定型化契約、有線廣播電視系統經營者／有線播送系統定型化契約、瘦身美容定型化契約、一般護理之家定型化契約、殯葬服務定型化契約、移民服務定型化契約等不得記載事項。

付全部價金；而約定解約扣價，其扣留之數額亦不得超過標的物使用之代價，及標的物受有損害時之賠償²³⁰、不得約定違反民法債篇保證章節有關強制禁止規定之條款²³¹、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²³²。

二、應記載及不得記載事項之爭議問題

依學者見解，公告之「應記載事項」，具有強行法之性質，會成為法定契約內容；而被公告之「不得記載事項」，屬「強行禁止」規定，違反時不生效力²³³。

然而，相較於民法第 71 條：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效」之規定，首先會產生疑義者即係被公告之「應記載事項」、「不得記載事項」是否適合作為民法第 71 條所稱之「規定」²³⁴。

目前法院實務尚無爭執應記載事項效力之案件發生，但應記載或不得記載事項，係中央主管機關參酌廣納業者、消費者保護團體及學者專家等各界意見所制定，是主管機關對定型化契約施以行政監督的具體表現，則當業者所使用之定型化契約納入經中央主管機關公告應記載之事項者，而契約一方當事人對特定記載事項之合理性或效力有所質疑時，法院可否對該被公告之特定事項再進行內容審查²³⁵？易言之，中央主管機關之行政監督，能否排除司法之審查監督？同樣的，就經公告之不得記載事項，如契約一方當事人對特定不得記載事項的合理性或效力有所質疑時，法院可否對該被公告之特定事項再進行內容審查²³⁶？

²³⁰ 請參閱汽車買賣定型化契約不得記載事項。

²³¹ 請參閱個人購車及購屋貸款定型化契約不得記載事項。

²³² 請參閱健身中心定型化契約不得記載事項。

²³³ 請參閱吳瑾瑜，消費者定型化契約在臺灣的管制現況——以行政管制為觀察中心，收於政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，元照，2011 年 5 月，頁 25。

²³⁴ 臺灣高等法院 99 年度上易字第 1213 號判決：按「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。違反前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」，消保法第 17 條第 1 項、第 2 項定有明文。是以上揭規定之適用應以內政部所公告之定型化契約應記載事項及不得記載為限，至於定型化契約範本僅係提供企業經營者與消費者作為訂定有關契約參考之用，故範本之性質與契約應記載或不得記載事項有別，且範本並未依消保法規定公告之程序辦理，故不具有消保法第 17 條第 2 項之效力。消費者違約時，原則上應依其與企業經營者間所訂立之契約內容為據，並非當然應以主管機關制定之定型化契約範本為準，此由行政院消費者保護委員會 88 年 1 月 8 日 (88) 台消保法字第 00041 號、88 年 12 月 27 日 (88) 台消保法字第 01557 號函釋亦可得徵。由此，法院之見解係認為一旦經過消費者保護法規定公告程序之應記載、不得記載事項，即有特別的效力。

²³⁵ 請參閱吳瑾瑜前揭註，頁 31。

²³⁶ 臺灣的法院甚為保守，似較無可能質疑應記載、不得記載事項之效力。甚至在消費者主張：94 年 6 月研訂通過之「信用卡定型化契約應記載及不得記載事項」，明文規定：「銀行業者不得以任何方式，約定要求附卡持卡人，就正卡持有人使用信用卡所生債務，負連帶賠償責任」及「不得為其他違反法律強制之規定，或其他違反誠信、顯失公平之約定」等語，並提出民生報及行政院消費者保護委員會公告為證的案件，法院仍依企業所提之證據，認該「信用卡定型化契約應記載及不得記載事項」係公布施行於本

三、特別值得臺灣借鏡之外國規範與執法經驗

由於歐盟本身是一國際組織，是許多獨立國家之同盟，而美國則是聯邦體制，政治與法律體系有頗大差異；至於中國大陸，由於消費者權益保護法及合同法之立法規制較為抽象，中央而言缺乏個別定型化契約之專門規範，整體而言亦偏重行政規制，且未有授權合宜或合法與否之討論，故本計畫認為諸國立法例以德國、日本及韓國規範及執法經驗，最值得臺灣參考借鏡。

(一) 歐盟，尤其是德國新民法第 309 條之規定

在歐盟層級，就與消費者保護有關之契約，除了一般性的「有關消費者契約之不公平條款」指令外，針對特定的契約，如訪問買賣契約、套裝旅遊契約、遠距契約、金融服務遠距契約、消費者信用約定、分時度假等，均有特定的指令加以規範，要求會員國透過內國立法或行政措施，達成歐盟的要求。

德國新民法於第 307 條至 309 條針對定型化契約條款無效的情形，作了若干的規定，包括抽象與具體的規定。其中第 307 條與第 308 條所規定的情形，是否終局無效，有賴適用該國民法之機關於個案中認定；而第 309 條所規定者，則係當然無效。由於我國消費者保護法係規定違反公告之定型化契約應記載或不得記載事項之條款當然無效，在效力上與德國新民法 309 條相同，故本計畫擬以德國新民法第 309 條規定的無效情形，與我國不得記載事項進行比較。

茲以前述整理我國不得記載事項之標準，整理德國新民法第 309 條的規定如下。應特別說明者係，德國新民法的規定就提出定型化契約條款之人係規定為「使用人(user, Verwender)」，如於企業經營者與消費者間之關係，當屬企業經營者。至於使用人之契約相對人(the other party to the contract, andere Vertragspartei)，則當指消費者而言。

表 6-1：德國新民法第 309 條規範類型之整理

標準		德國新民法 309 條規定(號碼為各款規定)
締約前階段與締約完成時點		
契約權利義務的設計	一般規定	
	限制消費者權利之禁止	2. 拒絕給付權： a) 排除或限制使用人之契約相對人基於第 320 條享有之同時履行抗辯權，或

件契約成立後，且不溯及既往，否定消費者主張該「信用卡定型化契約應記載及不得記載事項」對本件有適用後，即不再依其他法律條文審查該等約定的效力。參見臺灣高等法院 95 年度上易字第 728 號判決。

		<p>b) 排除或限制使用人之契約相對人基於同一契約關係所享有之留置權，特別是，將留置權之成立以使用人承認瑕疵為前提。</p> <p>3. 抵銷之禁止：依據約款，剝奪使用人之契約相對人以沒有爭議的或經判決確定的債權為抵銷之權限。</p>
	加重消費者義務之禁止	<p>1. 短期內提高價格：就應於契約締結後四個月內交付或提供之商品或給付，預先訂定之對價上漲約款。但對於繼續性債務關係範圍內交付或提供之物品或服務，不適用之。</p> <p>9. 繼續債務關係之存續：在以由使用人定期供給商品、定期提供勞務或承攬給付為標的之契約關係中，</p> <p>a) 使契約相對人受到超過二年期間之約束，</p> <p>c) 要求約定契約相對人之終止期限，應於原訂契約或經默示更新之契約，存續期間屆滿前三個月以上為之。</p> <p>此於有關以交付作為整體出賣物為內容之契約、保險契約、著作權與鄰接權管理法所稱之著作權人與訴訟、著作權團體間之契約，不適用之。</p> <p>13. 通知及意思表示之方式：依據約款，對使用人或第三人所為之通知或表示，須踐行較書面更為嚴格之方式或要求其到達須具備特殊要件者。</p>
	擴張企業經營者權利之禁止	<p>10. 契約相對人之變更：依據約款，在買賣、借貸、僱傭或承攬契約，由第三人承受或第三人得承受使用人基於契約而生之權利及義務者。但該約款有下列情形者，不在此限：</p> <p>a) 指明第三人之姓名，或</p> <p>b) 賦予契約相對人解除契約之權利者。</p>
	減免企業經營者義務之禁止	<p>4. 催告、期限之訂定：依據約款，免除使用人對契約相對人為催告或訂定由契約相對人給付或補正期限之法律義務。</p>
	契約之解除、終止	<p>8. 其他違約之責任免除：</p> <p>a) 解約權之排除：依據約款，因可歸責於使用人，但該可歸責之事由非因買賣標的物或工作之瑕疵者，排除或限制契約相對人解約的權利。但依第7款所定之運送條款與費率規則不在此限。</p> <p>9. 繼續債務關係之存續：在以由使用人定期供給商品、定期提供勞務或承攬給付為標的之契約關係中，</p> <p>b) 使契約相對人因默示而更新之契約，每次超過一年之拘束。</p> <p>前項規定對於以交付整體出賣物為內容之契約、保險契約、著作權與鄰接權集體管理法中所規定之著作權與請求權之權利人和權利管理團體間之契約，不適用之。</p>
責任	消費者責任加重之禁止	<p>5. 損害賠償請求權之總額預定：約定使用人定額請求損害賠償或價值減少之賠償，而</p> <p>a) 該定額超過依受約款規制案件之通常情形可被預期的損害或通常發生的價值減少，或</p> <p>b) 未明示准許契約相對人舉證證明使用人完全沒有損害或價值減少，或證明其損害額或價值減少額遠低於定額。</p> <p>6. 違約金：依據約款，於使用人給付拒絕、受領或受領遲延、價金給付遲延，或於契約相對人解除契約時，應支付使用人違</p>

		<p>約金。</p> <p>11. 訂約代理人之責任：依據約款，使用人對為契約相對人訂約之代理人，</p> <p>a) 在未有以負自己責任或擔保責任為目的之明示與特別意思表示下，課以自己責任或擔保責任；</p> <p>b) 在無權代理情形下，課以超過第 179 條的責任。</p>
<p>企業經營者責任減輕、免除之禁止</p>		<p>7. 免除對生命、身體或健康造成損害之責任與重大過失責任：</p> <p>a) 對生命、身體或健康之損害：任何免除或限制使用人之過失違約或使用人之法定代理人或履行輔助人之故意或過失違約而侵害生命、身體或健康致造成損害之責任。</p> <p>b) 重大過失：任何免除或限制使用人之重大過失違約或使用人之法定代理人或履行輔助人故意或重大過失違約而生其他損害之責任。</p> <p>對於依旅客運送法授權之市街電車、公共汽車及其他固定路線機動車輛運送服務之交通與運價規則的責任限制，若不違反 1970 年 2 月 27 日公佈「市街電車、公共汽車運送及其他固定路線機動車輛一般運送條款之命令」致生不利益於乘客，不適用 a 款及 b 款；對於經國家核准的彩券或博奕契約的責任限制，不適用 b 款。</p> <p>8. 其他違約之責任免除：</p> <p>b) 瑕疵：依據約款，於關於提供新製造之物及承攬給付的契約中，</p> <p>aa) 排除及向第三人追究：將對於使用人因瑕疵而生之請求權，全部或一部加以排除，或限定為讓與對第三人之請求權或以先向第三人訴訟請求為條件。</p> <p>bb) 限定於修補權：除明示契約相對人於無法補正時得請求減少價金，或是明示對於建築給付以外之標的為瑕疵擔保時，得依其選擇而解除契約外，對於使用人之請求權僅限於得請求就全部或一部為補正。</p> <p>cc) 修補費用：將負瑕疵擔保義務之使用人所應負擔為達修補目的之必要費用，特別是運費、交通費、工資及材料費，加以排除或限制。</p> <p>dd) 除去瑕疵之保留：以先行支付全部價金或先行支付與瑕疵比較顯不相當高比例之部分價金，為使用人修補之條件。</p> <p>ee) 瑕疵通知之除斥期間：使用人對契約相對人就隱藏性瑕疵之通知，設定除斥期間，而該期間較下述 ff 所定期間為短者。</p> <p>ff) 放寬消滅時效：放寬或減輕第 438 條第一項第 2 款與第 634a 條第一項第 2 款所指情形之瑕疵而對使用人提出請求之消滅時效，或在其他情形，獲得自法定消滅時效起算日未滿一年之時效。</p>
<p>糾紛或訴訟處置</p>		<p>12. 舉證責任：依據該約款，使用人轉換據證責任而不利於契約相對人，特別是：</p> <p>a) 使契約相對人就依法應由使用人責任範圍之事項負舉證責任；</p> <p>b) 使契約相對人確認某特定事實存在。</p> <p>b 款對於確認經個別簽字或提供電子簽章之收據，不適用之。</p>

(二) 日本消費者契約法

如今各行各業大量使用定型化契約之時代，個別制定定型化契約範本以及公布應記載或不得記載事項，固然有助於立即對於個別行業之定型化契約有規範警示之效果：然面對新興行業或交易類型不斷地推陳出新，行政上之效率亦往往緩不濟急，或者有耗費過多之行政成本之虞。根本解決之道，應力求法制上之改革。從日本相關立法之模式可得知，日本法一方面在維護契約自由的原則上去進行對於契約內容之規範，而其進行規範定型化契約之界限。

1. 採取強制性規範者，往往是攸關公益性質較大者，如與民生息息相關之大眾運輸、電力、水利等。
2. 擬定不當條款基本類型者，則以一般交易行為為對象，因此日本消費者契約法即具有這樣的功能，違反該規定為不當條款者消費者得主張該條款無效，而非一律契約無效。
3. 針對特殊交易行為如特種買賣，由於另有特別法規定，所以在該法中亦落實消費者契約法之精神再予以強調具體化。此外為突破契約相對性原則，於多數當事人間之交易，以特別立法方式規定相對人間之抗辯權得對抗善意第三人。（割賦販賣法翻譯成分期付款買賣法）
4. 其他特殊如網際網路之交易或者旅遊契約等以頒布定型化契約範本（如電子商務準則）或規章方式，此外界由業者自律規範方式，落實契約正義。

表 6-2：日本消費者契約法規範類型之整理

日本消費者契約法第 8 條至第 10 條規定類型	
企業經營者 免責條款	(1) 免除基於債務不履行所生之損害賠償責任 A 責任排除類型 a. 明示之責任排除 b. 顧客之責任轉嫁 c. 顧客之權利放棄 d. 企業經營者之債務內容之變更權 e. 企業經營者解除權保留條款 f. 債務不履行時排除顧客之解除權及損害賠償請求權。 B 責任縮減類型
	(2) 限制因故意或重大過失所生之損害賠償責任條款
	(3) 免除基於侵權行為所生之損害賠償責任

	(4) 限制故意或重過失所生之侵權行為責任之條款	
	(5) 免除關於瑕疵擔保之損害賠償責任	
損害賠償金額、違約金之約定條款	(1) 關於解除契約所生之損害賠償金額、違約金之約定條款	於消費者契約事先約定，契約解除時所生之損害賠償金額或違約金，其金額不得超過依該條款所預定之解除事由、時期之區分，與該消費者契約之同種類之消費者契約解除時，對該事業者所生之平均損害，其超過部分無效。
	(2) 關於金錢債權之給付遲延所生之損害賠償金額、違約金之約定條款	於金錢債務之履行，消費者履行遲延時（但如果為分期付款者，其是否遲延，則係以各期之付款日為準而決定是否遲延），其損害賠償金額、違約金之約定條款不得超過應支付金額，於應支付之日起以年利率 14.6% 計算，超過之部分無效。
不當條款內容之一般規範	<p>I 關於契約之成立、合意內容確定條款</p> <p>(1) 關於成立要件、意思表示擬制條款。 例如對於消費者之要約，企業經營者之承諾與否以不確定或給予過度之猶豫期。</p> <p>(2) 關於履行期、契約期間條款 限制消費者之解除契約期間過長，導致消費者難以解除契約之條款。</p> <p>(3) 關於雙務契約決定給付標的物之條款 未事前明示相當之理由，企業經營者保留單方之內容變更權或拒絕履行之權。</p> <p>II 關於契約效力之條款</p> <p>(1) 破壞雙務契約效力之條款</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 如企業經營者不具正當理由強力要求消費者給付價金或剝奪其同時履行抗辯權。 2. 對於隱藏性之瑕疵，排除或不當限制其責任，或使消費者難以追究其責任之條款。 3. 企業經營者以保證書方式限制其應負責任之範圍。 <p>(2) 關於消費者的義務條款 課以消費者對企業經營者，通常難以期待之資訊提供或告知義務</p> <p>III 關於契約關係的解除條款</p> <p>(1) 關於契約解除之條款 不當地限制消費者解除契約之事由或要求其做不必要之嚴格程序。</p> <p>(2) 關於違約金、損害賠償條款 科以消費者過高之違約金。</p> <p>(3) 關於繼續性契約之解除條款 契約終了時間點，要求消費者過早之時間通知企業經營者；而企業經營者通知消費者之期間過短。</p> <p>IV 關於權利的讓與、承受條款</p>	

	<p>無論是否有利於消費者與否，未得消費者同意，企業經營者將其對消費者之權利逕行讓與第三人。</p> <p>V 擔保關係之條款 給予消費者過度之擔保負擔，造成其經濟上負擔之不公平現象。</p> <p>VI 與訴訟權利相關之條款 (1) 舉證責任轉換條款-將企業經營者之舉證責任轉嫁於消費者 (2) 裁判管轄條款-排除消費者住所地之管轄權 (3) 不起訴條款-要求要消費者不得以訴訟追究企業經營者之責任</p> <p>VII 其他不當條款 (1) 企業經營者因交易所取得消費者之個人資料，未得消費者同意之情況下得任意將該資料提供給第三人。 (2) 限制交易相對人只限於企業經營者，方得以為商品之修理或零件之交換等情形。</p>
--	--

關於消費者保護之立法例，我國除了民法、消保法之外，並無其餘專法，因此適用上常顯不足，而依消保法第 17 條，特過行政管制之方式，藉由定型化契約之應記載與不得記載事項之規範方式，此為日本法所無，某方面來說我國法以行政管制方式較有彈性，也能彌補立法例之不足。但卻有遭公法介入私法之虞的質疑。日本法透過大量消費者相關之立法，立法例上較為細膩，而行政方式對定型化契約介入採取較為保守之態度，認為與其行政介入不如以企業間以自治方式，秉持企業社會責任之理念，制定其行為規章或自治公約等方式，由於日本國民性較為守法，一旦有此種規章存在均會予以遵守。所以主管機關對於定型化契約之行政管制採取最低限度之介入方式。

(三) 韓國約款規制法

韓國約款規制法是一部專門規範定型化契約條款之法律。相對人除了一般消費者外，亦可以是商人。因為雖為相同的企業者，但大企業、中小企業或外協企業等其經濟上之地位或其能力上差異。使用約款的企業事實上均擁有優越的地位，是此，吾人亦毋庸再細究相對人是否為「消費者」之身分。又此項專法體系完整，對於約款內容規制的態樣，依訂入規制、解釋規制、與效力（不公正）規制，逐一規範。訂入規制為第一階段的規制，審核約款是否納入在企業與消費者之間簽訂之契約，適用明示說明義務、個別約定優先原則、意外性之原則等。在契約中認定有約款之納入，則要經過第二階段的解釋規制，依多個解釋原則解釋約款，適用與有效契約訂定當事人之權利義務，適用誠實信用原則、統一解釋原則、制定者不利原則、嚴格解釋原則等。約款訂入契約及在解

釋上沒有問題時，則要通過最後階段效力（不公正）規制，審核約款之內容是否對消費者有不當之利益，來決定約款效力之有無，包括適用誠實信用原則、比例原則等與其他列舉之具體不公平約款類型的規範。

抽象之內容規制，不以具體的契約關係為前提，只審核約款本身之不公平性而決定效力之有無。具體之內容規制，在具體的契約關係下，為了決定當事人之權利義務問題而審核約款效力之有無。在韓國抽象的內容規制由公平交易委員會擔任，具體的內容則由法院擔任。韓國如此相較其他國家之法制，因其專門立法之詳細、授權行政機關之明確與賦予手段之多元，在特別考量消費者鮮少具備與企業經營者相抗衡、透過訴訟以爭取契約上權利之現代消費環境，實具參考價值。

表 6-3：韓國約款規制法規範類型之整理

第 7 條至第 14 條規定之具體無效事由	
不當的免責條款	<p>A、免除因經營者、履行輔助人或雇員的故意或過失所致的法律責任的約款。但免除因其輕微過失所致的損害的約款，如果非違反誠實信用原則而顯失公平的，則有效(第 1 號)。</p> <p>B、無正當理由，限制損害賠償範圍，或者將經營者該承擔的風險轉嫁給相對人的約款(第 2 號)。例如，經營者無正當理由，限制因其侵權行為或債務不履行所致損害賠償的責任，或者違背有關風險承擔的基本原則，將自己該承擔的風險轉嫁給相對人的約款，無效。</p> <p>C、無正當理由，排除或限制經營者的擔保責任，或加重相對人的對經營者擔保責任的權利行使要件的約款(第 3 號)。</p>
不當損害賠償額的約定	<p>《約款規制法》第 8 條規定，使相對人承擔不當過重的遲延損害金等損害賠償義務的約款，無效。</p>
有關解除、終止契約的不當約款	<p>有關規定契約的解除、終止的約款內容中，有下列情形之一的，無效：</p> <p>A、排除或限制顧客行使法律所規定的解除權或終止權的約款。根據民法的規定，在遲延履行或履行不能等債務不履行的情形，債權人可以行使解除權或終止權(《民法》第 543 條至第 553 條)。排除或限制相對人的此種解除權或終止權，或者限制該權利行使的約款無效(第 1 號)。</p> <p>B、對於經營者賦予法律上未規定的解除權或終止權，或者放寬經營者法定解除權、終止權的行使要件，以此對相對人有可能造成不利益的約款(第 2 號)。</p> <p>C、根據民法的規定，在當事人一方解除契約時，各當事人互負恢復原狀的義務(《民法》第 548 條第 1 項)。無正當理由加重相對人的恢復原狀義務，或使相對人不當放棄對經營者的恢復原狀請求權的約款，無效(第 3 號)。同時，不當減輕經營者的恢復原狀義務，或是損害賠償義務的約款，無效(第 4 號)。</p>

	D、在電氣、煤氣及自來水的供應契約或租賃契約等以發生連續性債權關係為目的的契約中，不當地延長或縮短契約的期限或者規定可任意變更契約期限或更新契約，有可能對相對人造成不利的約款(第5號)。
有關債務履行的不當條款	有關規定債務履行的約款內容中，有下列情形之一的，無效； A、無正當理由，賦予經營者單方決定或變更給付內容的權利的條款； B、無正當理由，賦予經營者單方中止履行或是由第三人代為履行的權利的條款。
不當侵害相對人權利的約款	有關規定相對人權利的約款內容中，具有下列情形之一的，無效： A、無正當理由，排除或限制相對人的法定抗辯權(如同時履行抗辯權或催告、檢索的抗辯權等)、抵銷權等權利的條款(第1號)。 B、無正當理由，剝奪相對人所享有的期限利益的條款(第2號)。例如，在分期付款交易的約款中，一般規定為當遲延支付分期金時，應一次性支付剩餘價款。此種約款內容，若無正當理由，則無效。 C、不當限制相對人與第三人訂立契約的條款(第3號)。例如，無正當理由，限制向自己競爭者提供商品或服務，或限制從自己的競爭者處接受商品或服務。 D、無正當理由，允許經營者洩漏在業務上獲悉的相對人的秘密資訊的條款(第4號)。
意思表示的不當擬制	有關規定意思表示的約款內容中，有下列情形之一的，無效： A、將一定的作為或不作為視為相對人表明或未表明意思表示的條款，但明確告知相對人在相當期間內若不為意思表示，則視為表明或未表明意思表示，或因不得已事由無法告知者，不在此限(第1號)； B、對相對人的意思表示的形式或要件，不當地予以嚴格限制的條款(第2號)； C、對相對人的利益造成重大影響的經營者意思表示，無正當理由視為已到達相對人的條款(第3號)； D、對相對人的利益造成重大影響的經營者的意思表示，規定不當的過長期限或不確定的期限的條款(第4號)。
不當加重代理人責任的約款	契約由相對人的代理人訂立時，約定若相對人不履行其義務，其全部或部分義務由代理人履行的約款內容，無效。
不當限制起訴的約款	對相對人不當禁止起訴的條款或審判管轄的合意條款，無效；無正當理由，賦予相對人舉證責任的條款，亦為無效。
概括規定	推定"顯失公平"之條款(經營者須證明其妥當性否則認定該約款為無效)

	<p>(1)對相對人不當不利的條款;</p> <p>(2)根據契約的內容、交易形態等各種因素,相對人難以預見其內容的條款;</p> <p>(3)限制相對人基本權利,導致無法實現契約目的的條款。</p>
--	--

四、我國定型化契約應記載及不得記載事項之檢討

(一)我國不得記載事項之檢討—以與德、日、韓比較為基礎

由上述有關德國新民法第 309 條、日本消費者契約法、韓國約款規制法與我國定型化契約應記載及不得記載事項整理結果可知，德、日、韓有關無效條款的規定，均直接以法律規範之，且置重於契約履行中雙方當事人權利義務的安排、契約終止或解除以及責任問題，針對我國不得記載事項在「締約前階段與締約完成時點」以及「契約權利義務設計一般規定」所處理的問題，則多未加著墨。至於「概括條款」，日、韓僅作為補充規定，重點在透過無效條款的具體類型，適當地調整當事人權利義務。

以我國不得記載事項在上述三項問題所規定的內容來看，要非審閱期間、廣告效力等已經消費者保護法明文規定的事項，即係不得為違反法律強制、禁止規定、違反誠信、平等互惠原則、顯失公平或欺罔之約定等業經民法或其他法律規定之事項或抽象性規定，重複納入不得記載事項，恐無實質意義。至於契約書不得由業者收回之規定，雖能反應業界確有收回契約的情形，但將之納入不得記載事項的實質效益如何？是否能導正該情況，實有疑問。而有關不得以「僅供參考」、「尚在接洽中」、「持續接洽中」、「再行通知」等概念模糊、不確定性之文字約定，或就實務上常發生爭議的名詞，是否均須將之列入不得記載事項而為無效，而不能以消費者保護法第 11 條第 2 項作有利於消費者的解釋，亦有考慮空間。

就有關「契約履行中雙方當事人權利義務的安排」、「契約終止或解除」以及「責任問題」等部分，德國新民法與我國定型化契約不得記載事項，均有許多規定。就「契約履行中雙方當事人權利義務的安排」來看，關於限制消費者權利部分，德國著重於將民法有關契約當事人的權利、抗辯（同時履行抗辯權、抵銷權、留置權）提出，禁止企業經營者限制消費者該等權利或抗辯的行使；日本亦將限制消費者解除權與剝奪消費者同時履行抗辯權等破壞雙務契約效力之條款，規定為無效條款類型；韓國對於不當侵害相對人權利的約款規定為無效，特別是無正當理由排除或限制相對人的法定抗辯權（如同時履行抗辯權或催告、檢索的抗辯權等）、抵銷權等權利，無正當理由剝奪相對人所享有的期限利益的條款，以及不當限制相對人與第三人訂立契約的條款。對此，我國除多數定型化契約不得記載事項規定不得限制消費者對企業片面變更條款之異議外，其他則係個別交易中特定權利限制的禁止，缺乏一般性的規定。關於加重消費者義務部分，

我國規定亦考慮到消費者應負擔的對價，但無如德國有關契約期間、消費者為意思表示之方式，與日本、特別是韓國對於不當意思表示擬制條款之禁止等類似規範；關於擴張企業經營者權利部分，德國、日本及韓國均限制了企業經營者擅自轉讓契約權利的自由，而在我國，要非其他行政法規，例如個人資料保護法、民法、銀行法相關規定的重申，即係少數特定交易的問題；關於減免企業經營者義務部分，我國多數定型化契約不得記載事項規定不得免除或減輕企業及契約所載應履行之義務等，甚為抽象，實益應屬有限。至於日本則將之分為五個類型、韓國法亦明文將履行輔助人或雇員的故意或過失責任列入，以及德國法規定均有較為具體且積極之意義。

次就「契約終止或解除」來看，德國係禁止企業經營者將應由其負責之違約，排除或限制消費者的解約權，日本、韓國亦規定企業經營者以不當事由或程序限制消費者解約權，或科以過高違約金之條款無效，特別是韓國尚針對「解約後之加重相對人的恢復原狀義務，或使相對人不當放棄對經營者的恢復原狀請求權」、「不當減輕經營者的恢復原狀義務，或是損害賠償義務」之不當約款，規定為無效。雖然我國有若干定型化契約不得記載事項有類似不得排除消費者解約權的規定，禁止企業經營者有片面解約、終止契約的權利，甚至有禁止自動續約者，惟相較於其他國家規定，我國對於解約之違約金、程序與恢復原狀並未有所規範。

再回來看「責任問題」部分，德國民法第 309 條、日本、韓國均有很大的比例在規範這個問題，尤其是在禁止企業經營者責任減輕或免除的部分。只是，德國法就禁止加重消費者義務而言，有特別就消費者責任範圍做處理，同時也及於消費者代理人的責任問題（後者韓國亦有所及）。相較之下，我國定型化契約不得記載事項則廣泛就責任主體擴張、責任範圍作規定，不過，均是由特定的交易型態作成不同的規範。而在禁止企業經營者責任減輕或免除方面，德、日、韓主要是禁止企業經營者減免特定歸責事由致生特定種類損害的責任，另在德國有關提供新製造物與承攬契約的瑕疵責任部分，也設有許多規定，減少消費者請求的困難。我國定型化契約不得記載事項亦有處理歸責原則的問題，且不少均禁止以特約記載排除故意或重大過失責任，然而該等禁止本即經民法第 222 條規定，故該等不得記載事項無非重申民法的規定。與此類似，若干定型化契約不得記載事項規定，不得免除特別法所定之責任或主管機關規定的相關標準，然該等特別規定、標準，應本即不得透過契約排除，故該等不得記載事項，應亦單純重申相關規定爾。就瑕疵責任的排除、限制，我國若干定型化契約不得記載事項固有禁止規定，但就消費者瑕疵擔保請求權之行使來說，尚無類似德國民法禁止企業經營者附加條件的規定。至於禁止企業經營者排除因履行輔助人之行為所生責任部分，則係將民法原本容許以特約排除的部分，明文禁止企業經營者為該記載，實有保護消費者的積極意義。

末就「糾紛或訴訟處置」而言，我國多數定型化契約不得記載事項所規定者，無非消費者保護法、民事訴訟法已明文規定的事項，並無實質意義。但亦有針對證據之提出

加以規定者，已考慮到與德國規定所處理的舉證責任問題，可惜我國所處理的範圍過窄。

（二）個別定型化契約的比較-以我國國外旅遊與零售業等網路交易為例

就我國國外旅遊定型化契約應記載與不得記載事項，如與歐盟或美國規範比較，可以發現，我國國外旅遊定型化契約應記載與不得記載事項，應亦有其時空背景，但未經說明。

在契約前階段，我國並無如歐盟及美國重視所謂之先契約資訊義務，而僅要求企業經營者對旅客所負義務，不得排除廣告內容。至於在契約內容部分，我國規定甚為詳盡，尚包括領隊與證照之保管及返還。就契約履行、變動來說，兩者亦有若干的差異。就契約價格來說，歐盟、美國規定似乎較有彈性，但歐盟嚴格限制預定出發日前 20 日的期間內，契約的價格不得增加，美國則是在出發前 10 日內不得增加費用。

如果在出發前，契約條款有重大變更的需要，依歐盟指令，業者須儘快通知消費者，以便其作出適當決定，包括無條件解除契約或接受契約的附加條款，而消費者應儘快通知業者其決定；美國對於何謂「重大變更」亦有明白的列舉規定，消費者得行使解除契約之權利，並請求返還已繳費用；至於我國，則無類似規定。但就契約關係而言，實亦不外乎解除契約或接受變更後的條款。

當消費者無法參加行程時，歐盟、美國、日本均容許將原先預訂的行程轉讓給接受該套裝所有條件的第三人，但歐盟針對契約尾款以及因該轉讓而生的成本，規定轉讓人與受讓人對於規劃者或零售商應負連帶責任。我國定型化契約應記載及不得記載事項則無類似安排，而僅規定旅客於旅遊活動開始前得繳交證照費用後解除契約，但應依賠償標準，賠償業者損失。

如果消費者因業者重大變更契約重要條款或業者取消旅遊服務，歐盟賦予消費者有權選擇接受另一套裝服務或由業者退還依約已付的全部費用，且消費者有權請求債務不履行的損害賠償，除非係因不可抗力原因所致；在我國，則係直接以賠償方式處理，且另外課業者以通知的義務，即使係因不可抗力或不可歸責於旅行業者之事由致旅遊活動無法成行。

在旅遊行程開始前，歐盟要求業者必須以書面或其他適當方式告知相關事項。日本則規定契約成立後，旅行社應盡速將記載旅遊契約內容，包含旅遊日期、旅遊服務之內容、價金及其他關於旅行條件及旅行社之責任等事項之書面交給旅客；且旅行社對於旅客之邀約為承諾，並收取申請金時亦視為成立。就此部分，我國定型化契約應記載及不得記載事項則無規定。

在行程出發後發生契約不履行的情形時，歐盟的規定較為簡要，美國特別言明消費者仍可拒絕航班或飯店的變更，繼續原有的旅遊計畫，並於返家後主張變更部分相關費用的返還。我國則針對旅行業者、旅客等面向分別加以規範。主要處理方式無非提供相當條件的旅遊行程或退還差額、返回出發地或至其他經同意地點，以及有可歸責事由時的損害賠償等。

在履約的確保部分，歐盟要求會員國應採取適當步驟，確保業者會對消費者適當履行契約所生義務及負其責任；美國要求旅行業者採取適當措施以保障消費者權益，例如保證契約，或是透過銀行的專款帳戶保管消費者繳交之金錢；日本要求所有之旅行社均事先加入日本旅行業協會，並預繳營業保證預託金。我國則要求業者須依主管機關規定，為旅客投保責任保險及履約保險。

值得注意的是，歐盟允許會員國針對業者的責任設有限制；此部份我國有規定：旅行業應依主管機關之規定為旅客辦理責任保險及履約保險，並應載明投保金額及責任金額，如未載明，則依主管機關之規定。如未依前項規定投保者，於發生旅遊事故或不能履約之情形時，以主管機關規定最低投保金額計算其應理賠金額之三倍作為賠償金額，似乎亦有限制業者責任上限的意義。

此外，歐盟、日本要求消費者在其認有契約不履行情事時，負有通知義務，此為我國所未規範者。至於歐盟與我國定型化契約應記載及不得事項均屬為保護消費者而設之規範，歡迎更為有利於消費者之契約條款，則係當然。

再就我國零售業等網路交易定型化契約應記載與不得記載事項，與歐盟遠距契約指令相比較，可以發現，就整體而言，我國零售業等網路交易定型化契約應記載與不得記載事項的規定甚為簡要。在契約解釋原則部份，係重申消費者保護法第 11 條第 2 項的規定；在適用範圍部分，除積極地將經濟部主管之零售業納入外，排除非企業經營者的網路交易活動，無非基於消費者保護法原本即係規範消費者與企業經營者之間的關係。但明確規定：已適用其他應記載及不得記載事項者，於網路交易定型化契約之範圍，仍不排除本公告之適用，則有助於釐清多數「應記載及不得記載事項」規定間的適用關係。相對的，歐盟的遠距交易指令則有許多規定，包括先契約資訊義務與複雜的契約解除設計。

在契約締結以前的階段，歐盟要求消費者必須被告知相關資訊，在我國則僅就企業廣告賦予一定的效力，而非僅供參考。

在契約效力部份，歐盟賦予消費者在簽訂契約之後，「至少」7 個工作天有無條件解約的權利；如果未履行資訊告知義務，解除期間甚至是送達商品消費者起算後的 3 個月。

但在我國，則係賦予企業經營者 2 個工作天可附正當理由拒絕消費者下單的權利，此對消費者保護是否充分，尚待觀察。此外，針對若干交易，歐盟亦限制消費者的契約解除權，例如已經拆封或解碼的影視節目或是電腦軟體交易、交付報紙、雜誌的契約和猜獎及彩券服務契約。

在契約之訂定與履行部份，歐盟與我國均有相當篇幅的規定，但歐盟主要是處理資訊（包括申訴對象、售後保證、解約條件）之提供、交貨日、款項返還、代物清償等問題，我國則處理有關確認商品及數量機制之下單方式、訂購數量、交付地、付款方式與個人資料保護等問題。就我國所未規範的部份，例如交貨日、退款、代物清償等，應可參考歐盟規範考慮是否增訂。而有關個人資料保護的部份，無非個人資料保護法的重申，較無積極、實質意義。至於在救濟途徑與糾紛處理部份，我國與歐盟一樣，有考慮到舉證的問題，但歐盟更進一步課企業經營者舉證責任，對於消費者應為有利。

相較之下，美國遠距交易契約，特別重視規定送達商品之時間，並賦予消費者於企業經營者遲延時，有「選擇權」以選擇同意商品將會遲延，或者取消訂購並獲得返還適當之金額。其次，遠距交易經常透過線上付款機制，故亦特別規範帳單錯誤之處理程序，以及收到商品後不滿意之拒絕付款條件。這些部分均是臺灣網路交易定型化契約應記載與不得記載事項所未規定之情形。

第七章 結論與建議

一、研究結論

綜合以上研究，本計畫結論歸納如下：

(一) 規制手段與法令基礎

國家基於保護消費者之公益目的，甚至保護義務之要求，尚非不得對企業經營者運用定型化契約之契約自由加以限制。故立法者制定消費者保護法，授權行政機關以行政規制之方式，達成保護消費者之目的，不但並非憲法所不許，甚至可能成為國家應負擔之任務或義務。其次，現行消費者保護法有關定型化契約之行政規制手段，大致上可歸納為以下幾種：(一) 由主管機關隨時派員行使查核權，要求企業經營者改善；(二) 由主管機關公告各種定型化契約範本，提供企業經營者參考；(三) 由主管機關依特別法之規定，要求企業經營者於使用定型化契約前須先經核准；(四) 由主管機關公告定型化契約之應記載或不得記載之事項。

是此，關於定型化契約「應記載或不得記載事項」規制，本計畫認為要點有：

- 1、公告「定型化契約應記載或不得記載事項」之定性問題。對此學界見解不一，基本上可分為一般處分說及法規命令說兩說。前說認為，中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項之規定，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，非但係行政機關就公法上具體事件所為之單方公權力措施，而已對外直接發生法律效果，且係針對「特定行業」之「定型化契約」所為，而依「特定行業」此項「一般性特徵」，已可得確定相對人之範圍為該行業使用定型化契約之企業經營者，故應認為此類公告屬於行政處分中之一般處分。反之，法規命令說則認為，依行政程序法第 150 條第 1 項之規定，凡是「行政機關基於法律授權，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」，性質上均應屬於法規命令。而中央主管機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定之授權，選擇特定行業公告其定型化契約應記載或不得記載之事項，係行政機關依據法律之授權，對不特定之多數人就一般事項所為之抽象規定，且其法律效果已由法律明訂為「仍構成契約之內容」與「無效」，並非行政機關所得決定。況且法規命令之效力具有持續性，對於企業經營者於法規公布後作成之定型化契約仍有效力，而一般處分之效力則顯然僅能及於公告當時之特定業者，就此而言，若將應記載或不得記載之事項之性質論斷為一般處分，顯非妥當。行政實務上（法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函）之見解，係採法規命令說。

至於本研究計畫則認為，上述兩說中，雖然「一般處分說」之見解，較能賦予相對人（亦即企業經營者）於個案中訴請法院救濟之道，惟無論從立法者之原意、目前行政

實務上，乃至於學界多數說之見解，似仍以「法規命令說」為主。後者之見解雖對企業經營者之契約自由有所限制，惟就消費者保護法之立法目的來說，原本即在於保護消費者權益，以促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，況且縱將「應記載或不得記載之事項」定性為「法規命令」，而使受限制之企業經營者無法於具體案件中尋求法院之救濟，惟其仍可透過嗣後聲請大法官釋憲之途徑，審查此等規定是否違法或違憲。有鑑於此，本研究計畫亦採「法規命令說」之立場。

- 2、至於「應記載或不得記載之事項」是否符合法律保留及授權明確性原則之問題。首先，目前主管機關之所以得訂定「應記載或不得記載之事項」，原係依據消費者保護法第 17 條第 1 項：「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」規定之授權。換言之，立法者係以「概括授權」之方式予以授權。其次，依同條第 2 項之規定：「違反前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。」換言之，企業經營者所訂定之定型化契約條款如有違反主管機關所公告之「應記載或不得記載之事項」者，其法律效果僅係該契約條款無效，性質上僅影響私法上之法律關係而宜，尚不生行政責任或刑事責任之制裁。依前述大法官所例示之審查標準，「應記載或不得記載之事項」雖因業已涉及企業經營者與消費者間之契約自由，而難謂純然僅係「細節性及技術性事項」，惟本研究計畫認為，由於此類規定並未伴隨類似行政罰鍰甚或刑事制裁等制裁性之條款，且其所涉及之自由及權利又僅係契約自由、而非類似人身自由等重大基本權利，從而其性質應係介於上述兩種寬嚴不同的授權明確性原則要求之間，而容有仍屬合憲之可能。

（二）各國定型化契約規制比較研究

本計畫關於歐盟、美國、日本、韓國及中國大陸定型化契約規制比較研究要點如下：

- 1、就歐盟來說，其針對消費契約中的不公平條款設有一般規範，而對於各種重要的消費契約則另訂有不同的指令。針對前開各指令所要求的結果，各會員國必須轉化為其內國法，透過司法或行政措施，達到歐盟的要求。至於各會員國轉換歐盟指令的方式，或係對於歐盟的要求亦步亦趨，另訂特別法，或係將相關要求於現有法律增訂相關條文。以德國為例，即透過其 2002 年修正之債法，將原來有關消費者保護的個別法律，包括一般交易條款規制法等，整合到民法中。至此，德國法制對於以司法機關控制定型化契約交易內容，已發展出清楚規範體系，惟因並未賦予行政機關積極事前管制定型化契約的權限，導致消費者難以透過訴訟主張應有權益。整體來說，依照歐盟學者的觀察，就歐盟 93/13 不公平條款指令在各會員國執行的結果，存在完全不同系統的集體行動形式 (collective forms of action)，以不等的程度置重

於行政措施（administrative measures）或集體的法院程序（collective court proceedings）。以目前歐盟有 10 個前為共產社會主義國家，加入的現況來看，行政程序對於歐盟來說有更大的意義，蓋該等國家之前僅有少數的民間消費者組織，故對於行政控制的需求便會增加。

2、美國屬判例法國家，匯集過去實務見解所編撰之統一商法典，乃是多數裁判之重要參據。若法院認為該契約亦或部分條款係屬不公平條款，則法院得依據統一商法典第 2-302 條拒絕執行，法院亦可刪去該不公平條款而僅執行契約剩餘部分。值得注意的是，法院可重構（reform）原屬不公平的條款，使之不再具有不公平的法律效果。針對當事人一方提出之不公平條款訴訟，法院亦可舉行公聽會，但不公平與否僅可能成為法官待解決的問題，而非陪審團。事實上，因為上述規範對契約的介入規制（police），學者亦認為現代契約法的挑戰，在於如何在剝奪不公平條款之執行力與執行基於契約自由之約定間，畫出具一致性的一道界限。這樣的工作，需要對自不對等的契約關係中，區別出何謂「公平的協議」與「合理的條款」；並且也應考量界限在重要的商業交易、標準契約與鄰居間的契約中之差別。統一商法典第 2-302 條本身對於如何判斷不公平契約或條款並無幫助，而官方對條文的說明亦僅「目的在於避免壓迫與不公平的意外條款」。美國司法實務的個案判決，事實上才能提供一些指引。美國因為司法體制與民情之緣故，事實上與臺灣的立法趨勢差距較大。

3、根據日本關於定型化契約之立法例，關於定型化規範有消保法以及民法第 247 之 1 但該規範採取抽象之規範方式，如能仿日本消費者契約法之立法方式，即將契約中常見之不利條款予以列舉規範的話，可增加消費者勝訴機會。與其個別制定定型化契約應記載或不得記載之行政成本之考量，將一些不當條款之共通性抽出，以立法方式規定，是否較符合法律之明確性與安定性。然而，行政管制之作法應更為謹慎，應符合授權明確性原則，必要時不得以需以行政管制方式為規範時，參考日本學說以以下之原則作為介入之標準①該立法之意旨（公益保護之重要性）②對該行為之倫理上非難程度③交易安全④當事者間誠信及公平原則之考量。

（1）業者自律公約之推廣與落實，透過各公會推廣自治公約，配合目前所推動企業社會責任之號召，落實行為自律。必要時才予以行政方式介入或干預。

（2）於日本債編修法中，對於將定型化契約之規定可得知，主要在於關於弱者資訊力與交涉力之保護上，故規範上重在對消費者之提示上以及條款之變更上之限制，在契約自由原則下去維護契約之正義。

4、韓國不公正條款的管制方法，係根據實體法來規定條約的私法的效果。而否定不公正條款項目的效果的立法方式，可分為「根據一般條項使之無效」及「個別且具體的列舉無效條項」2種方法。前者的方法由於以概括性基準為基礎，故適用於所有條款項目，並能以共通的基準來審核；然而，由於其判斷的基準較為抽象，故審核者的裁定範圍非常廣泛，且對事業者或顧客來說難以事先預測究竟哪條款為不公正條款而無效，因此此方法可能會降低條款交易之法律上的安全性。而後者的方式由於具體的列舉出無效項目，故事業者或顧客可以預先知道哪些項目為無效，進而事先做好對策，並避免審核者恣意判斷；此時，這種實體法規定並非不管其為與一般契約相關的一部分而具任意法規性，而是為了經濟上的弱者而具強行規定的性質。這樣的規定為採用「相對強行規定」或「片面強行規定」之形態的規定，即是說，當能讓法律技術較弱的契約當事人之最小限度的權利使顧客的利益增加時，則可在協議後排除上述的作用。因此，若顧客沒有依照約款規制法主張無效的話，條款仍屬有效；而同上述說明，若當事人具體交涉過的話，則約款規制法並不適用。但由於難以將所有不公正的條款一一列舉，故在實際面對各種可變的條款交易時會有所困難。因此，約款規制法同時採用以一般規制為基礎的前者(6條)及以個別禁止規定基礎的後者(7條乃至14條)。

又為防止訴訟僅能個案、事後、被動的解決不公平約款的使用，《約款規制法》規定，韓國公平交易委員會對於違反該法的經營者可勸告其採取必要的糾正措施(同條第1項)，且有權直接責令其採取必要的糾正措施(該法第17條之2)。公平交易委員會依職權或依利害關係人的請求啟動之約款審查，公示其審查或指定的約款並勸告經營者或經營者團體採用該標準約款，更可發揮主動、通案與預防的效果。

5、至於中國大陸，在立法上主要是透過消費者權益保護法、合同法，處理定型化契約的問題。除了原則性的規定外，依消費者權益保護法第28條規定，各級人民政府工商行政管理部門和其他有關行政部門應當依照法律、法規的規定，在各自的職權範圍內，採取措施，保護消費者的合法權益；其合同法第127條則規定，工商行政管理部門和其他有關行政主管部門在各自的職權範圍內，依照法律、行政法規的規定，對利用合同危害國家利益、社會公共利益的違法行為負責監督處理；構成犯罪的，依法追究刑事責任。依上開法律的概括授權，許多省、市人民政府均訂有合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法。而依照合同法、省、市人民政府之合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法，各級主管機關、行政管理局亦會制定合同示範文本供當事人約定採用，例如「中國公民出境旅遊合同示範文本」即係中國國家旅遊局、國家工商行政管理總局制定，而上海市旅遊事業管理委員會、上海市工商行政管理局亦制定、監制有「上海市出境旅遊合同示範文本」。

綜上，我國消費者保護法賦予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。該等立法方式，就是否個別立法規範而言，如以歐盟之德國係以民法典加以處理而中國大陸以消費者權益保護法、合同法規範定型化契約的方式相比較觀之，我國與中國較為相似。次就臺灣與中國大陸授權行政機關處理定型化契約規制的層級來說，就我國消費者保護法係規定由「中央主管機關」選擇特定行業公告規定應記載或不得記載事項，而中國大陸則係「各級」人民政府工商管理部門和其他有關行政部門，則均獲有訂定合同格式條款監督辦法、條例或管理辦法的授權。

再以介入處理定型化契約規制的原因不同而論，臺灣消費者保護法僅規定中央主管機關得選擇特定行業公告規定應記載或不得記載事項，至於在何種情況有必要進行該等公告則未規定。中國大陸合同法係規定工商管理部門和其他有關行政主管部門在各自的職權範圍內，依照法律、行政法規的規定，對「利用合同危害國家利益、社會公共利益的違法行為」負責監督處理。至於歐盟，則係在各個指令之前言，均會說明制定、通過該指令的緣由。

最後，就規制的事項來說，我國是由中央主管機關公告應記載或不得記載事項，所規制者包含許多特定交易。以應記載事項來說，各國及中國大陸於類似交易的規範，應可作為我國的參考；再以不得記載事項加以整理，即可發現我國規範事項涵蓋範圍既廣泛又瑣碎。除少數不得記載事項，例如不得拋棄契約審閱期間、不得收回契約、不得約定廣告僅供參考、不得約定企業經營者得片面變更契約條款，消費者不得異議、不得為其他違反法律強制、禁止規定、違反誠信、平等互惠原則、顯失公平或欺罔之約定，為多數已公告定型化契約所採用外，各個定型化契約不得記載事項規範事項仍有許多不同，且多是適用於個別不同交易（separate transaction specific）的規範。反觀德國新民法第 309 條的規定，則係從民法的相關規定出發，將拒絕給付、抵銷等問題，於無效條款作出一般性規定，期能適用於不同交易。

二、研究建議

以下謹就計畫分析所獲，區分立即可行及中長期建議，依序分述如下：

（一）立即可行之建議

1、維持以消費者保護法為定型化契約之主要規範依據。

關於定型化契約是否應全面性地納入民法規範，本計畫認為應考量：我國消費者保護法已施行多年，相應的申訴及爭議處理機制，民眾亦日漸熟稔。因此，顧及社會實況、行政機關介入的可能性與法律的安定性，應尚無仿照德國納入民法予以規範之必要。何況，歐盟亦不乏會員國將與消費者保護有關法律，以獨立立法的形式存在，故應可沿用向來的法制模式，於我國消費者保護法進行相關規範。只是，若考慮到專門性，日本消

費者契約法與韓國的約款規制法各有其優缺點，前者重點在消費者保護，後者重在不對等的締約地位，因此適用對象不限於消費者；又前者立法授與行政之規制手段較少，後者則極為多元，行政機關權限較大。

2、關於定型化契約規制，消保會仍應扮演更加強大的消費者守護者角色

我國消費者保護行政組織，雖看似有單一中央機構，實際上卻是分散式的模式為運作，與國際消費者保護行政之潮流相悖離。雖然歐盟的國家聯盟體制、美國的聯邦體制與日本、韓國、中國大陸單一國家體制有著極大的差異，而各國因幅員、版圖、歷史，特別是政治等因素，均將使行政組織的體系，中央與地方的權限，甚至是行業協會、民間消費者保護團體的存在與運作，呈現不同的方式。惟在國際趨勢上，設立單一、獨立且具有整合資源權責之最高消費者保護行政機關，乃是每個國家確立之消保行政組織政策。本計畫認為，消保事務非常需要像消保會這樣的機關協調。地方政府是執行機關，但對特定行業之定型化契約相關公告，則應提升到中央部會層級。未來配合定型化契約立法規制之修訂，行政介入仍應扮演更加強大的消費者守護者角色，消保會更應以最高、獨立之專門委員會機制，根據法令賦予之相應權限，達成現代社會複雜且影響產業、經濟活動深遠的消費者保護工作。

3、鑑於定型化契約類型繁複之特性，消保法第 17 條之授權規定應屬合憲。

公權力介入私法領域之程度與契約自由維持著屬兩難，雖然行政管制介入私法領域，然其並非要破壞契約自由，而是要讓契約自由發揮功能，實現契約正義。關於定型化契約規制之行政授權，鑑於消保法所欲規範之消費行為種類繁多，「從事物的性質而言，有些事項固然適合由法律詳細規定，但對於許多事物，鉅細靡遺的立法，往往失之僵化，反而阻礙立法目的的達成；尤其在需要高度專業技術，或必須即時應變的領域，賦予行政機關訂定命令，更能增進公共利益」，因此，本研究計畫認為，在實務上尚未累積足夠案件類型，據以作為明確規定此一授權內容及範圍之基礎前，貿然要求應於現行消費者保護法第 17 條中明確予以規定，不僅立法技術上恐有困難，且若驟然遽認如此即有違授權明確性原則之要求，恐怕亦屬過於嚴苛之要求。從而衡諸本法所欲規範之事物性質複雜而多端，解釋上仍應認為，如因立法技術上一時間容有困難而無法明確規定授權內容及範圍，現行消費者保護法第 17 條之規定仍屬合憲。另外，或可另闢管道認為屬行政處分之一般處分，於現行法第 17 條增訂第 4 項，讓業者對於公告內容不服者可以訴願、行政訴訟。

4、強化各主管機關訂定「應記載或不得記載之事項」之正當法律程序。

在維持現行消費者保護法第 17 條規定者，本計畫建議應強化各主管機關訂定「應記載或不得記載之事項」之正當法律程序要求，亦即各主管機關於訂定「應記載或不得記載之事項」前，除應符合法規命令一般所應遵循之格式及發布等程序要求外，如無事實上之困難，更應盡可能踐行預告、公聽，甚或聽證等程序，以藉由程序正當性之強化，補強實體上正當性之疑慮。公告之應記載或不得記載之事項，亦應建立定期檢討之機制。

5、彙整消費者諮詢、申訴及調解等關於定型化契約條款之糾紛類型及原因。

我國消費者保護法僅規定中央主管機關得選擇特定行業公告規定應記載或不得記載事項，至於在何種情況有必要進行該等公告則未規定。由於定型化契約約款，違反定型化契約應記載、不得記載事項無效，對於企業經營者、消費者的影響甚大，故應有堅強的法律基礎支持該等結果。本計畫認為，行政對於特定問題是否介入，應考量管制成本的問題，畢竟，行政資源有限。建議未來中央主管機關介入特定交易前，應視企業經營者與消費者就特定交易所生糾紛的規模、對社會影響的程度等，決定是否以行政手段介入。因此，對於直接受理消費者諮詢、申訴之直轄市、縣（市）政府，應統計特定交易產生糾紛的原因、頻率，再由消費者保護委員會依統計結果，本於監督消費者保護主管機關之職權，由主管機關介入並制定、公告與該交易相關之應記載或不得記載事項。是故，行政機關於擬定公告事項前，應注意消費申訴、調解以及法院判決之數量，必使行政機關的公告更具實質意義。至於應記載事項之公告，除應了解各個交易權利義務設計外，亦可參考歐盟相關指令對於契約雙方當事人的要求，以使公告事項更形明確，合乎當事人需求。至於經公告之定型化契約應記載、不得記載事項，主管機關亦應妥善通知相關企業經營者與消費者，以期促進企業經營者與消費者針對契約條款的磋商，使消費者有機會透過企業經營者間之競爭，尋得對自身最有利之交易相對人，消弭紛爭於事先。

（二）中長期建議

1、於消費者保護法中增訂定型化契約之不公平條款類型。

本計畫經整理目前公告之不得記載事項後發現，各條款多係針對締約前與締約時、契約權利義務設計（包含消費者、企業經營者權利、義務之限制、擴張與減免），契約之解除或終止、責任（包含消費者、企業經營者責任之加重、減免）、糾紛或訴訟處理、概括條款等問題加以處理，與民法第 247-1 條的規定相去不遠，卻又未能更加地具體化。本計畫認為，現階段臺灣對於定型化契約之立法規制，應可於消費者保護法中參考德國新民法第 307 條至第 309 條、日本消費者契約法第 8 條至第 10 條以及韓國約款規制法

第 7 條至第 14 條等有關不公平條款的例示清單，增訂不公平定型化契約條款之類型，以期作為行政及司法規制之明確依據。

表 7-1：我國消費者保護法修訂建議表

現行條文	修訂建議	說明
<p>第 11 條</p> <p>第 1 項</p> <p>企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。</p> <p>第 2 項</p> <p>定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。</p>	<p>第 11 條</p> <p>第 1 項</p> <p><u>定型化契約條款應符合公平及誠信原則。</u></p> <p>第 2 項</p> <p><u>定型化契約中之條款有下列情形之一者，無效。</u></p> <p><u>一、違反平等互惠原則者。</u></p> <p><u>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。</u></p> <p><u>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。</u></p> <p>第 3 項</p> <p>定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。</p>	<p>整併本法第 11 條及第 12 條之不公平定型化契約條款之上位審查原則。</p>
<p>第 12 條</p> <p>第 1 項</p> <p>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。</p> <p>第 2 項</p> <p>定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：</p> <p>一、違反平等互惠原則</p>	<p>第 12 條</p> <p>第 1 項</p> <p>定型化契約條款有下列情形之一者，<u>推定其顯失公平</u>：</p> <p>第 1 款（企業經營者之免責條款）</p> <p>免除、減少或轉嫁企業經營者基於債務不履行或侵權行為所生之回復原狀義務或損害賠償責任。</p> <p>第 2 款（企業經營者擴張權利）</p> <p>企業經營者保留對於契約期限、債務內容之變更權或解除權，以及增訂法律上未規定的解除權、</p>	<p>為增進不公平定型化契約條款規範適用之明確性，茲彙整中央主管機關迄今公告之定型化契約不得記載事項</p>

<p>者。</p> <p>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。</p> <p>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。</p>	<p>終止權或放寬其行使之要件致不利於消費者。</p> <p>第 3 款（阻礙消費者行使權利）</p> <p>排除、限制或妨礙消費者行使解除權、終止權、回復原狀請求權、損害賠償請求權，或要求其放棄權利或期限利益。</p> <p>第 4 款（不當損害賠償額的約定）</p> <p><u>無正當理由加重消費者回復原狀義務，或使之承擔不當過重的遲延損害金等損害賠償義務。</u></p> <p>第 5 款（意思表示的不當擬制）</p> <p>(1)將一定的作為或不作為視為消費者表明或未表明意思表示的條款。但企業經營者能證明已明確告知消費者於相當期間內若不為意思表示，則視為表明或未表明意思表示，或因不得已事由無法告知者，不在此限。</p> <p>(2)對消費者利益造成重大影響的經營者意思表示，無正當理由視為已到達相對人的條款。</p> <p>第 6 款（不當洩漏消費者資料之條款）</p> <p>允許企業經營者任意交付或洩漏其業務上獲悉之消費者個人資料與秘密等資訊的條款。</p> <p>第 7 款（限制訴訟權利之約款）</p> <p>禁止或限制消費者起訴權利、加重消費者不相當之舉證責任或不合理之審判管轄合意條款。</p>	<p>中，共通且重要之原則，並參考德國新民法第 307 條至第 309 條、日本消費者契約法第 8 條至第 10 條以及韓國約款規制法第 7 條至第 14 條等有關不公平條款的例示清單，於本法第 12 條第 1 項修訂不公平定型化契約條款之具體類型。</p>
<p>第 17 條</p> <p>第 1 項</p> <p>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。</p>	<p>第 17 條</p> <p>第 1 項</p> <p>中央主管機關得於<u>特定交易之定型化契約範本公告後，評估其實施效益，公告規定其定型化契約應記載之事項。</u></p> <p>第 2 項</p>	<p>配合消費者保護法第 12 條第 1 項增訂之具體定型化契約不公平條款類</p>

<p>第 2 項</p> <p>違反前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。</p> <p>第 3 項</p> <p>企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。</p>	<p>定型化契約條款違反前項公告之應記載事項者，無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。</p> <p>第 3 項</p> <p>企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。</p>	<p>型，茲刪除公告範圍之「不得記載事項」，以避免各類定型化契約之間，以及立法與行政規制之間，有重疊之弊。</p>
---	--	---

2、修法將消費者保護法第 17 條規定之授權目的、內容或範圍明確化。

根據消保法第 17 條第 1 項及第 2 項前段規定，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。違反公告之定型化契約，其定型化契約條款無效；加上同法施行細則第 15 條第 2 項規定對於私人契約內容所生之效果，即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。則若以多數學者認為公告性質屬法規命令者，且配合未來修法第 56 條之 1 增加裁罰的規定，有關授權行政機關處理定型化契約規制的層級，長期以觀，若有可能透過修法將現行消費者保護法第 17 條規定之授權目的、內容或範圍（至少授權目的）盡可能予以明確化，而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，以杜絕疑慮，方是解決問題之上策。

3、修法強化消費者保護法第 53 條不作為訴訟，以救濟不公平定型化契約條款之使用。

我國現行法不作為訴訟機制，要件過於嚴苛，致實務上不但未有消保官提出，消保團體欲為消費者主張權益，亦經常遭遇許多程序上的難題。本計畫認為，強化不作為訴訟管道作為救濟不公平定型化契約條款之其中一種方式，具有合理性。建議放寬現行消費者保護法第 53 條僅得由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而得向法院訴請停止或禁止之規定，並加入公會團體得以自清方式針對違反誠實信用或平等互惠之業者，提出不做為訴訟，開啟並引導業界有進行自律之法律管道。

4、增訂不公平定型化契約條款經判決後，發生對世效力。

定型化契約的糾紛多具有事後性，但司法審查針對個案，一案一訴卻反而浪費民眾時間、金錢、精神之浪費，同時消耗司法資源。本計畫建議包括對過去使用相同條款之案例，發生通案效果，亦包括對未來使用相同條款之同類型契約，發生相同之法律效力，以節省消費者、司法體系暨社會資源等成本。

5、修訂消保法第 17 條僅就特定行業公告定型化契約之「應記載之事項」。

配合消費者保護法第 12 條增訂較多具體的定型化契約不公平條款類型，可供消費爭議申訴、調解與訴訟之應用，故建議移除本屬公告範圍之「不得記載事項」，以避免在各類定型化契約間、立法與行政規制間有所重疊。本計畫認為，中央主管機關針對企業經營者之先契約資訊義務，僅就特定行業之交易，以正面表述方式公告定型化契約「應記載之事項」，將更能達成保護消費者之基本要求。

6、強化特定行業管理之立法工作，不應以定型化契約應記載事項取代行業管理規範。

檢視現在許多公告之應記載及不得記載事項，有相當數量為主管機關對企業經營者應為之管理規範，全放入消保法實為立法怠惰。針對此多屬該等特定契約的資訊揭露事項與行業管制事項，除繼續納入定型化契約範本之內容外，建議對於該等行業管理，應責成主管機關訂定該行業資訊揭露處理原則，如此既可兼顧一般規範事項，亦可因事制宜訂明各行業營業特別規定。