

# 消費者保護研究

第 24 輯

行政院 編印  
中華民國 109 年 3 月



# 編輯說明

- 一、為帶動我國消費者保護領域的學術研究風氣，本刊物自民國 84 年起，每年徵求各界就消費者保護理念、法規及制度相關議題撰擬實務或相關研究等論文，經審查收錄後，出版提供各機關、學校、消費者保護團體及消費者參考運用。
- 二、本輯承蒙各界踴躍投稿，謹在此對所有投稿者敬致謝意。本輯共收錄 7 篇稿件，為學者及相關行政人員就房屋仲介、日本高齡者消費對策、住宅租賃法律關係、定型化契約應記載及不得記載事項違約金條款、共享經濟法制問題、國內線航空乘客運送契約，及以我國法院簡易判決論訪問交易等議題所為之比較研究或實務探討分析之論著，對未來推動消費者保護工作相當具有參考價值。
- 三、本刊物刊載之文稿係作者個人之研究成果，不代表出版者之立場或意見。
- 四、本輯在排版校對時，雖已力求無訛，但因倉促付梓，文中疏漏之處在所難免，尚祈各界不吝指正。

行政院消費者保護處 謹識  
中華民國 109 年 3 月



# 消費者保護研究

## 第 24 輯

不動產仲介契約與忠實義務／高曜堂 .....	1
日本近年來對高齡者消費受害所採對策之探討／郭秋梅 .....	37
住宅租賃法律關係解析－以租賃住宅市場發展及管理條例為中心－ ／黃明陽 .....	69
定型化契約應記載及不得記載事項違約金條款之研究 －以立法方式及立法密度為研究中心／蔡易廷 .....	97
共享經濟與消費者保護法制初探－以 Airbnb 為例／彭文暉 .....	139
定型化契約應記載或不得記載事項與行政管制 －以國內線航空乘客運送契約為例／張藏文 .....	185
從我國法院簡易判決論訪問交易之消費者保護／謝偉雯 .....	229



## 不動產仲介契約與忠實義務

高曜堂\*

### 摘要

當今社會房屋或土地買賣委託不動產仲介業者辦理，為不動產交易所常見，依不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 規定，仲介業者於買賣雙方出具書面同意時，得受雙方之委託。該委託行為並非等於授予代理雙方締約之代理權，惟業者仍可藉由委託定型化契約內容結合代理權之授予，於買賣雙方條件一致時，居於雙方代理人之立場締結買賣契約，故不動產仲介契約不僅受買賣雙方委託，亦常有兼具雙方代理性質。

然不論雙方代理或雙方委託，因買賣雙方處於對立之立場，仲介業者恐涉及利益衝突問題，如未告知房屋瑕疵、高價低報（壓低售價）、無代理權擅自締結買賣契約，甚至從中賺取差價等，均係仲介業者有負所託，違反忠實義務，損及消費者權益之態樣。查仲介契約之主給付義務應屬居間行為，但若違反忠實義務係屬「從義務」或「附隨義務」之違反？涉及委託人得否主張債務不履行（不完全給付、加害給付）損害賠償責任，可從實務分析忠實義務對仲介業者的影響。

現今不動產仲介契約已非居間行為所能涵蓋，惟目前條例僅提及仲介業務係

---

\* 桃園市政府地政局專員，台北大學法律系博士生。

指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。但未對不動產仲介契約予以定義，致各界對於契約定性問題見解歧異。而不動產仲介業者委託定型化契約中結合授予代理權之條文是否合理？影響消費者權益如何？均值得討論。

**關鍵詞：**雙方代理（委託）、委任、居間、不動產仲介契約、忠實義務。

## 壹、前言

關於代理，依民法第 103 條第 1 項規定，乃代理人以本人名義，於代理權限內，所為意思表示或受意思表示，而其效果直接及於本人之一種制度。此制度係因應現代化社會交易頻繁，尤以法律行為為是，常非個人所能獨力完成，有時需他人輔助，運用他人的能力，以享受法律效果，方能適應社會需要<sup>1</sup>。易言之，代理制度的主要作用之一，在於擴張私法自治。在現代化分工的社會，從事交易活動，殆不可能事必躬親，假手他人實有必要，無論公司或個人，均可藉助代理人為其作各種法律行為，尤其是訂立契約，藉以擴張私法自治的範圍，滿足社會生活的需要。代理制度的發達與近代企業所有者與經營者的分離、財產歸屬與財產管理的分化，具有密切關係<sup>2</sup>。

現今不動產交易市場上，買賣雙方訂立買賣契約，亦常仰賴代理制度，即透過不動產仲介居間媒合，再由不動產仲介代理各自之委託人訂立買賣契約，而非由買賣雙方自為意思表示或受意思表示締結契約，此際不僅係民法代理制度之運用，同一經紀業者<sup>3</sup>，同時取得買賣雙方之訂約代理權，代理雙方締結買賣契約，似已有民法 106 條雙方代理禁止之疑慮，卻是目前不動產仲介交易市場之常態。究竟不動產仲介委託契約書具有何特性？才會如此普遍的發生雙方代理之問題？其法律效力如何？值得探討。

而上開不動產仲介業務涉及雙方代理之利益衝突，應該如何評價與衡量？是否經由買賣雙方之同意，即可認定已無利益衝突存在？此時仲介業者對於買賣雙方忠實義務之對立應如何處置？通常交易雙方必定處於對立之立場（賣方希望賣高價、買方希望買低價），殊難想像仲介業者居間媒合不動產交易之過程，要如何同時忠於賣方所託（欲賣高價），並同時忠於買方所託（欲買低價）。而違反買賣雙方（或其中之一方）忠實義務之態樣在實務上有哪些？其法律效力如何？忠實

<sup>1</sup> 林誠二，民法債編總論體系化解說（上），瑞典圖書股份有限公司，2000 年 9 月初版，頁 124。

<sup>2</sup> 王澤鑑，民法總則，自版，三民書局經銷，2000 年 10 月，頁 472。

<sup>3</sup> 不動產經紀業管理條例自 1999 年 2 月 3 日公布施行後，從事不動產仲介業務者，限於不動產經紀業，其從業人員為不動產經紀人、不動產經紀營業員。

義務的法律依據為何？在民法上或不動產經紀業管理條例是否有強化或明文化之必要？均值得探討。

不動產經紀業管理條例自 1999 年 2 月 3 日公布施行，規範內容多拘限在不動產經紀業之行政管理，對於其主要經濟活動之依據－不動產仲介委託契約書，並未加以定義及定性，僅在第 21 條第 1 項規定：「經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售。」然該委託契約書究竟屬於居間、委任或混合契約之何種契約類型，條例並未規範。換言之，委託契約書之契約類型，並未因條例施行而予以典型化，目前仍維持無名契約，導致實務上仍就個案具體認定，再分別適用居間、委任、混合契約等。故是否宜就不動產仲介委託契約書（包含買賣雙方類型）加以定性、定義（修法明定），以杜絕實務上長久以來之歧異，亦值得探討。

## 貳、不動產仲介契約與民法規範之關係

### 一、不動產仲介契約與代理制度

依據不動產經紀業管理條例第 4 條第 5 款之定義，仲介業務：「指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或『代理』業務。」故不動產仲介契約可包含代理之法律行為，此觀不動產仲介業者委託書<sup>4</sup>常載明：「甲方（委託人）同意乙方（受託人）可為買賣雙方之代理人。」常為委託銷售定型化契約書約定條款，就授予不動產仲介業者代理權乙節，消費者（委託人）往往並無選擇權。換言之，消費者如需委託不動產仲介業者居間服務，即須授予仲介業者代理權（締約代理），故於委託銷售契約中結合代理權之授予，為目前不動產仲介交易所常見。

上開情形似將代理權之授予，強行結合於委託契約之中，是否涉及代理行為的獨立性或無因性？容有討論空間。我國民法之代理制度，係將代理權之授予獨立於原因行為之外，成為一獨立的代理權授予行為（即獨立性），代理人與本人間

---

<sup>4</sup> 例如信義房屋一般委託銷售委託書第捌條（七）、永慶不動產專任委託銷售契約書第六條(1)、有巢氏房屋一般委託銷售契約書第六條(1)、東森房屋一般及專任委託銷售契約書第八條(一)之條文均載明：「甲方同意乙方可為買賣雙方之代理人。」。

之基礎關係是否有效、其內容如何？均不影響代理權授予之效力（即無因性）<sup>5</sup>。但在不動產仲介契約中，由於經紀業者主要活動是在為委託人居間媒介房屋交易並締結主契約（買賣合意），委託人授予代理權與仲介契約之主要內容（居間或委任）雖不相同，但同樣與主契約締結息息相關，特別是代理權之授予亦常與定金之收受結合，常約定於代理人收受定金時即成立主契約，以加快主契約締結過程<sup>6</sup>，就促成交易而言，亦有避免雙方猶豫或反悔的實益。

由前述分析可知，於簽訂仲介契約之同時，一併授予代理權者，有助於加速達成最終委託目的。故仲介契約併行授予代理權之作法，有其交易時效加速之效益，並擴張受託人議價權限。但若未併同授予代理權者，仍不影響委託目的之成就，至多在受託人尋覓買方之後，有符合出售條件時，須再請委託人授予代理權，以利進行締約事宜；甚至免授予代理權，改由買賣雙方自行締約亦可<sup>7</sup>，不影響受託人之報酬請求權<sup>8</sup>。故代理權之授予及仲介契約之間，實非必然有其關聯性，即仲介契約本可免授予代理權，代理權可另行獨立存在或不存在。

有研究<sup>9</sup>即指出，居間人得同時為代理人，僅屬於仲介契約與代理之併存，本質上純屬偶然，因居間人無代理權者有之，代理人非居間人者亦有之。有研究<sup>10</sup>據此肯定「不禁止仲介人同時為仲介人，又同時為代理人」之見解為有理由。

另有反對者<sup>11</sup>，認為於委託契約書強行授予代理權之定型化契約條款，剝奪委託人的締約自由，使委託人損失比較市場上與其他訂約孰優孰劣之機會，應屬違反消費者保護法第 12 條第 2 項規定，推定其顯失公平而無效。本文亦認為上開條款除限制了委託人與更優渥的契約條件締結之權利外，並拘束了委託人自為締約意思表示之自由，尤其以專任委託契約之情形為甚。參考仲介業者<sup>12</sup>專任委託

<sup>5</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊-基本理論-債之發生，自版，三民書局經銷，2003 年 10 月增訂版 7 刷，頁 325-327。

<sup>6</sup> 蔡佳蓓，不動產仲介契約爭議問題之研究，政治大學法律系碩士論文，2015 年 10 月，頁 58。

<sup>7</sup> 仲介過程因買賣雙方價格協商難以成立，偶有經紀業者會約買賣雙方一同見面，在雙方面談後成交締約之情形，此即屬買賣雙方自行締約，並非代理締約。

<sup>8</sup> 定型化契約通常載明甲方（委託人）同意買賣契約成立後，即有支付乙方（受託人）報酬義務，並非規定須由乙方代理締結契約成立才有報酬請求權。

<sup>9</sup> 曾泰源，不動產居間契約之研究，文化大學法律研究所碩士論文，1991 年 6 月，頁 27。

<sup>10</sup> 陳正緯，不動產仲介相關法制及實務問題之研究，銘傳大學法律系碩士論文，2014 年 1 月，頁 65。

<sup>11</sup> 曾品傑，房屋仲介契約之研究，台灣大學法律系碩士論文，1998 年 6 月，頁 90、91、157。

<sup>12</sup> 永慶不動產專任委託銷售契約書第八條（3）專任委託（委託人之遵守義務）。

契約定型化條款（委託人應遵守事項）：「有下列情形之一者，均視為乙方已完成居間仲介之義務，除第二款給付原約定服務報酬之半數外，甲方仍應支付第五條第(1)項約定之服務報酬（成交價額 4%），並應立即全額一次支付予乙方。①委託期間內，甲方自行將本契約不動產標的物出售或另行委託第三人居間仲介者。」依該條文嚇阻，縱然委託人自行尋得買方，仍須請買方透過委託人之代理人與自己訂約，而不得自行與買方締約，實質上限制了委託人自為締約意思表示之自由。

上開情狀頗似透過授予代理權，迫使委託人放棄自己在代理權所涉領域自行發出或受領意思表示之能力，依據德國通說，這樣一種「排斥性的」（即排除授權人自為法律行為的權利或能力）代理權是不合法的<sup>13</sup>。惟實務見解<sup>14</sup>尚未否定不動產仲介契約中，強行一併授予代理權之效力，縱為定型化契約條款，消費者並無選擇權利，仍不以之為無效。

## 二、不動產仲介契約與居間

依前述仲介業務之定義：「指從事不動產買賣、互易、租賃之『居間』或代理業務。」可推知主管機關認定不動產仲介契約的核心內涵為居間契約，實務上<sup>15</sup>及學界<sup>16</sup>及研究<sup>17</sup>亦多有採此見解者。依民法第 565 條：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」即居

<sup>13</sup> 邵建東譯，Dieter Medicus 著，德國民法總論，元照出版有限公司，2002 年 9 月初版 1 刷。其內容略以：「不過，有一點授權人是無法做到的，即通過授予代理權放棄自己在代理權所涉領域自行發出或受領意思表示之能力。根據通行的、正確的學說，這樣一種『排斥性的』（亦即排除授權人自己的主管權）代理權是不合法的。因為，排斥性代理權實際上意味著被代理人自己使自己喪失行為能力，並使自己像一個無行為能力人那樣依賴於他的代理人。依據第 137 條的宗旨，不能通過法律行為做到這一點。」。

<sup>14</sup> 如臺灣臺北地方法院 98 年度訴字第 1602 號判決摘錄：「被告於簽訂系爭委託書時已約定同意原告無須再行通知即得全權代理收受定金，並同意買賣契約於原告收受定金時生效成立，此觀系爭委託書第 9 條第 1 項約定甚明，是原告既已居於被告代理人之地位受領黃 00 所支付的定金，則依前開委託書之約定，被告應當負有簽訂買賣契約之義務。」。

<sup>15</sup> 最高法院 84 年台上字第 1064 號、98 年台上字第 1240 號、99 年台上字第 388 號、105 年台上字第 45 號、105 年台上字第 412 號、105 年台上字第 692 號等判決參照。

<sup>16</sup> 劉春堂認係「特殊居間」，民法債編各論（中），自版，三民書局經銷，2004 年 3 月，頁 255。李永然則稱居間契約，從不動產仲介談居間契約，現代地政，第 9 卷第 5 期，1989 年 5 月 16 日，頁 4。

<sup>17</sup> 曾泰源，前揭註，頁 27、28。蔡佳蓓，前揭註，頁 220。

間有二種情形<sup>18</sup>：「一為報告訂約機會之報告居間，一為訂約之媒介居間。所謂報告居間，不以於訂約時周旋於他人之間為之說合為必要，僅以為他方報告訂約之機會為已足，而居間人之報酬，於雙方當事人因居間而成立契約時，應許其請求。至於居間行為就令自始限於媒介居間，而僅為報告即已有效果時，亦應許居間人得請求報酬之支付。」惟<sup>19</sup>不論為報告居間或是媒介居間，皆止於使契約成立之階段而已，其並不代他人以自己或他人名義訂立契約。即居間契約本身並無代理權，須由當事人（買賣雙方）另行或併同其居間契約授予代理權。

居間之性質<sup>20</sup>及與不動產仲介契約之異同如下：

(一) 有名契約或無名契約：

居間契約規定在民法債編各論第 12 節（第 565~575 條），為有名契約；不動產仲介契約實務上及學說上有認為屬於居間契約、委任契約或混合契約者（容後述），且不動產經紀業管理條例並未予定義，故不動產仲介契約為無名契約。

(二) 勞務契約：

居間以報告或媒介為內容，故屬勞務契約，因此，本節（居間）規定不足適用時，可類推適用委任之規定。至於居間媒介之事項，民法並無限制，不動產仲介亦屬之，故不動產仲介契約亦為勞務契約。

(三) 有償契約：

居間人報告訂約機會或媒介之給付，與委託人支付報酬之給付互為對價，故為有償契約。縱未事先約定酬勞，仍須注意民法第 566 條規定：「如依情形，非受報酬即不為報告訂約機會或媒介者，視為允與報酬。未定報酬額者，按照價目表所定給付之。無價目表者，按照習慣給付。」而不動產仲介業務本質上係以不動產居間為業<sup>21</sup>，且不動產經紀業管理條例第 20 條亦規定：「經營仲介業務者應揭示報酬標準及收取方式於營業處所明顯之處。」故不動產仲介契約亦為有償契約。

(四) 雙務契約或單務契約：

居間人報告或媒介之債務，與委託人支付報酬之債務互為對價，應屬雙務契

<sup>18</sup> 最高法院 52 年台上字第 2675 號判例參照。

<sup>19</sup> 林誠二，民法債編各論（中），瑞興圖書股份有限公司，2011 年 1 月版 3 刷，頁 282。

<sup>20</sup> 同前註，頁 282、283。

<sup>21</sup> 不動產經紀業管理條例第 4 條第 5 款仲介業務之定義參照。

約。但亦有部分研究<sup>22</sup>主張居間為單務或一方負擔契約，理由在於居間人不負有必須為委託人盡力奔走媒介之義務，且居間人縱然從未為媒介奔走，委託人亦無損害，不得以居間人並未提供媒介勞務，請求債務不履行之損害賠償，且傳統居間得同時委託數人為之<sup>23</sup>，亦可自行尋覓買方而解除或終止居間契約，均只有利於委託人一方，故為衡平起見，亦應肯定單務居間契約之存在。

本文以為，現今不動產仲介本質上仍以不動產居間為業，但因有代理權，會更積極進行媒合仲介，介入交易程度更深，且在專任委託之情形下，委託人負有不得接受其他仲介業者媒介以及自己尋覓買方之不作為義務（應屬機會成本之一種），故為仲介業者提供仲介服務之債務與委託人之不作為義務及支付仲介酬勞等債務互為對價，是以不動產仲介契約應為雙務契約。

(五) 不要式契約或要式契約：

居間契約之成立，本節（居間）並未特別規定，原則依民法第 153 條雙方當事人意思表示一致，即可成立。但仲介業務依不動產經紀業管理條例第 21 條第 1 項之規定：「經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售。」故不動產仲介契約屬於要式契約。

(六) 諾成契約（不要物契約）：

居間契約之成立，無須以交付一定物品為要件，故為諾成契約。而不動產仲介契約除前述須簽訂委託契約書外，亦無須以交付一定物品為成立要件，故亦為諾成契約。

(七) 一時性（一次性）的契約<sup>24</sup>：

居間之給付行為在使買賣契約成立時一次給付，至於媒介介紹活動等個別行為，只是為完成仲介目的之準備行為，數個居間行為本身，並不具有獨立履

<sup>22</sup> 曾泰源，前揭註，頁 13、14。曾品傑，前揭註，頁 46、47。

<sup>23</sup> 目前仲介契約之「一般委託」（非專任委託）仍可同時委託數個經紀業者為之，其定型化契約載明：「委託銷售期間內甲方仍可自行出售或委託第三人出售（但不得簽訂專任委託契約），惟若因此與第三人達成買賣合意時，應於 24 小時內以書面通知乙方，以避免重複成交之情形。」應特別注意的是，一般委託亦具有代理權（仲介契約明訂授權），亦即各仲介人均有獨立的代理權，發生同一內容的數代理權屬於數人，此乃單獨代理的集合，各代理人均有獨立的代理權，各得單獨為代理行為，學說上稱為「集合代理」。王澤鑑，民法總則，自版，三民書局經銷，2000 年 10 月，頁 482。

<sup>24</sup> 曾泰源，前揭註，頁 15、16。

行行為之價值，亦不得有任何報酬之請求，故交易成功，居間目的已達，契約關係即消滅。而繼續性契約，就給付內容之實現須維持時間之繼續性，此與不動產仲介之目的，僅在媒合買賣成功時為一次性給付內容之實現，兩者顯有不同，故不動產仲介契約亦為一時性（一次性）的給付。

### 三、不動產仲介契約與委任

依民法第 528、529 條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」、「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」而不動產經紀業管理條例並未對不動產仲介契約加以定義，但不動產仲介具有勞務給付之契約性質，則不動產仲介契約或有適用委任契約規範之餘地。雖有學者認為如以民法第 529 條為依據，將使委任契約之概念具有開放性及包容性，使委任契約容涵能力無限寬廣，似以偏概全，不符合語言明晰（或指法律明確性）要求<sup>25</sup>。然就仲介契約而言，契約中委託項目如有踰越居間性質之部分，若參照民法第 529 條規定來適用委任相關條文，似比直接類推適用委任更有法律上依據。

另有研究<sup>26</sup>亦贊同此主張，認為由不動產仲介業者代為尋找合乎條件之相對人，再由雙方簽訂契約（或代理簽訂契約），此與民法 528 條所規定之一方委託他方處理事務，他方允為處理契約之定義相符，屬於委任契約。

而委任契約與不動產仲介契約之異同如下<sup>27</sup>：

#### (一) 服勞務性質差異：

委任事務之處理，或為法律行為，亦可為事實行為，但均須供給各種勞務，其事務種類如何，法無限制；不動產仲介契約則專為不動產租售居間或代理業務，係屬法律行為或代理為法律行為，且因而衍伸服務項目繁雜（容後述），亦非一言可以蔽之，惟內容均與主義務（居間）有關，不似一般委任範圍並無限制。

#### (二) 服務程度之差異：

<sup>25</sup> 邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版有限公司，2008年8月初版2刷，頁190。

<sup>26</sup> 張瑞德，中古屋交易相關法律問題之研究—以仲介業者義務為中心，政治大學法律研究所碩士論文，2012年7月，頁21。

<sup>27</sup> 曾泰源，前揭註，頁46-49。

委任契約具有以實現一定確實性之事務處理為目的之特質，介入服務之程度較深入；不動產仲介契約若不具有代理權者，則為單純居間，僅止於媒介或報告交易之機會，並無積極為雙方奔走之義務，但如具有代理權者，業者會更積極奔走以促成交易，介入服務之程度亦深。

(三) 自為給付或受領之權限差異：

依民法第 541 條規定，委任契約中，受任人因處理委任事務，有受領金錢、物品及孳息之權（應轉交予委任人）；不動產仲介契約若不具有代理權者，則為單純居間，依民法第 574 條之規定，居間人就其媒介所成立之契約，無為當事人給付或受領給付之權，即無代理收受訂金締結買賣契約之權，但如具有代理權，則可代理收受訂金，即有受領之權，與委任契約無異。

(四) 費用償還之差異：

依民法第 545、546 條規定，委任契約中，雖委任事務尚未處理完畢，受任人亦得就已處理之部分，請求報酬；不動產仲介契約則不論代理權之有無，在尚未成交之前，均不得主張報酬請求權。

(五) 無償或有償契約：

委任契約原則上為無償，例外為有償；不動產仲介契約則為有償契約。

查不動產仲介委託內容繁雜，舉凡委託期間內所為之不動產說明書製作、屋況確認（海砂屋、輻射屋、凶宅、危樓等調查）、市場調查、估價、底價或出價建議、廣告企劃、買賣交涉、諮商服務、保管鑰匙、空屋時協助清掃、維持屋況整潔，承買人洽詢服務、現場代看服務、收受及轉交定金、斡旋金、締結買賣契約，隨時因應委託人查詢、報告業務處理狀況、履約保證、提供地政士代辦登記、貸款額度試算、協助申請房貸等，均含在仲介服務內。

可見仲介服務內容常有踰越民法居間範疇。實務上有採委任契約者，如臺灣高等法院 98 年上易字第 452 號判決：「丁○○於言詞辯論期日始以依民法第 574 條之規定，居間人就其媒介所成立之契約，無為當事人給付或受領給付之權，被上訴人無為丁○○受領定金之權等語為抗辯；惟查所謂居間契約，居間人僅以報告訂約之機會或為其媒介為止，而系爭契約之內容，為被上訴人受丁○○之委任，為丁○○處理系爭房地出售事宜，非僅止於報告訂約之機會或為其媒介，尚及於買賣契約（系爭房地之買賣契約）之內容，如價金、價金給付方法、期限等，係屬民法第 528 條之委任契約，與居間契約性質顯有所不同。」認為不動產仲介係

委任契約。

本文以為，居間契約屬於消極報告訂約機會或為訂約之媒介（民法 565 條 1 項），並無主動促成交易之義務，而不動產仲介則因有代理權之故（契約常併同授予代理權），會更加積極地奔走尋找買方、主動促進買賣成交，反觀居間則依民法 574 條並無為當事人給付或受領給付<sup>28</sup>之代理權，故介入交易行為的程度較弱，積極度自然有別於不動產仲介；且委託人亦常將房屋（空屋）委託仲介代為管理（保管鑰匙），可方便帶看，並負有維持屋況整潔義務。故不動產仲介契約之核心內涵雖屬居間契約<sup>29</sup>，但如有居間契約無法完全規範之情形，屬於委託內容踰越居間契約者，似可依民法第 529 條規定適用委任契約。

另有研究<sup>30</sup>提出，認為如不動產仲介契約係委任契約者，則縱未完成媒介主契約的任務，受託人對委託人仍可主張必要費用償還請求權（民法 546 條第 1 項），故認定契約性質時應將此部分納入考量。本文以為，此與居間人支出之費用原則不得請求償還之規定相左，屬於居間法已有明文規定之情形（民法第 569 條第 1 項），本非屬不動產仲介契約適用於委任契約之範疇。但另關於不動產買賣之特別授權（民法 534 條）、受任人善良管理人注意義務（民法第 535 條）、受任人移轉權利之義務（民法第 541 條）、受任人之損害賠償責任（民法第 544 條）等相關規定均為居間法所無，是以不動產仲介契約於前述情形仍有類推適用委任規定之需要（或參照民法第 529 條規定來適用委任相關條文）。

例如依民法第 541 條第 1 項：「受任人因處理委任事務，所收取之金錢、物品及孳息，應交付於委任人。」故仲介人收受買方之定金或斡旋金，依此規定即應

<sup>28</sup> 惟實務認為民法 574 條得以約定排除，縱屬居間契約，仍得依約定代為受領定金。如臺灣高等法院臺南分院 89 年上字第 105 號判決摘錄：「按『居間人就其所媒介之契約，無為當事人給付或受領給付之權。』為民法第五百七十四條所定，惟依據被告與仲介人蘇財源代書間於八十六年五月六日所訂立之委託書第一至第三條『委託總價每坪三萬五千元，丙方（即蘇財源）完成出賣事宜，仲介費為出售總價百分之四作為報酬。委託期限為一個月自委託書隔日起計算。丙方有權替甲、乙雙方代收定金，但須馬上告訴甲、乙方』，故蘇財源有代收定金之權」。上開見解在不動產經紀業管理條例施行後，已屬特別法有明文規定之情形，法院當引為審判依據，如臺灣高等法院 102 年上字第 483 號判決摘錄：「上訴人為不動產經紀業者，經營仲介或代銷業務，而其從事之仲介業務，包含不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務，此參不動產經紀業管理條例第 4 條第 4 款、第 5 款規定至明。則上訴人除居間不動產買賣外，亦得為代理買賣不動產業務，本得代理買賣契約當事人簽訂契約、交付及收受買賣價金」。

<sup>29</sup> 不動產經紀業管理條例第 4 條第 5 款關於仲介業務之定義係以「居間」為業者。

<sup>30</sup> 蔡佳蓓，前揭註，頁 26。

交付予委託人。但若依民法第 574 條規定則居間人並無受領或給付之權，導致仲介人可否收受及交付定金，成為訴訟上爭點之一<sup>31</sup>；又居間人僅為報告居間及訂約媒介之問題，亦可適用民法第 534 條關於不動產出賣之特別授權規定加以突破（如已有委託人特別授權者，自可受任出賣房屋）。

#### 四、居間與委任之混合契約或實質認定

有學者<sup>32</sup>即主張不動產居間人（不動產仲介）指依不動產經紀業管理條例所稱之不動產經紀業（公司或商號）其適用上應注意特別法優於普通法適用之原則。並認為民間慣行之不動產仲介業所服務之範圍，實際上並不以居間為限，常伴隨其他業務，故是一種混合契約。而部分研究<sup>33</sup>亦贊同不動產仲介契約有混合契約之性質，認為原則適用居間契約之規定，但於不足時則補充適用委任契約之規定。

實務上亦有採混合契約見解者，例如臺灣臺北地方法院 98 年訴 1602 號判決：「不動產專任委託契約之法律性質，究係民法上之居間契約或委任契約，抑或兼具居間與委任契約混合性質之無名契約或視契約性質而定，學說上容有爭論，惟依兩造所立系爭委託書第 8、9 條約定，原告除媒介訂約外，並受被告委任、進駐銷售、廣告企劃且代收定金等，是本件仲介業務並非只從事不動產買賣之居間或代理業務，尚受有被告委任其他事務存在，堪認兩造間係兼有居間及委任性質之混合契約關係。」。

早期為解決不動產仲介契約法律性質問題，臺灣高等法院曾於民國 79 年民事法律專題研習會討論內容略以<sup>34</sup>：「就不動產仲介業之營業性質而言，係在媒介不動產的買賣雙方達成交易，以賺取酬勞為目的之一種行為，其性質似較傾向民法居間之範圍，惟就現今不動產仲介業者實際執行業務情形觀之，經營方法不盡相同，並不只單純報告訂約機會或媒介訂約而已，有時係出賣人或承買人委託，代為處理找尋買主或賣主之一切事務，其性質又類似委任契約，故關於不動產仲介契約之性質，不一而足，應參酌各個仲介契約條款內容，斟酌當事人締約之真意，

<sup>31</sup> 如臺灣高等法院 98 年上易字第 452 號判決內容，委託人即爭執依民法第 574 條規定，居間人就其媒介所成立之契約，無為當事人給付或受領給付之權，法院卻以仲介契約性質屬委任契約，故受託人有權受領定金。

<sup>32</sup> 林誠二，前揭註，頁 285。

<sup>33</sup> 簡佩如，不動產仲介法律問題之研究，政治大學法律研究所碩士論文，2003 年 7 月，頁 222。

<sup>34</sup> 同前註，頁 55、56。

以決定雙方所訂立之契約為居間契約或委任契約，或其居間及委任之混合契約。」足見實務見解並未統一不動產仲介契約之性質，係就個案契約性質，而採實質認定者。

## 五、小結

依前述分析可知，不動產仲介契約之性質為無名契約、勞務契約、有償契約、雙務契約、要式契約、諾成契約、一次性契約。本文以為不動產仲介契約與有名契約中之居間契約種類較為接近，僅在要式性之規定上略有不同。如以最近之實務見解來看<sup>35</sup>，似已傾向採居間契約之性質，其原因或許因為不動產經紀業管理條例施行後，業已明文定義「仲介業務」為從事不動產買賣、互易、租賃之「居間」或代理業務，受此主管法規之影響，採居間契約性質認定者，應屬合理之文義解釋。

再綜觀不動產仲介契約的各種附加服務，均類似「附隨義務」<sup>36</sup>之性質，旨在輔助買賣雙方不動產之交易成立，以獲取最終仲介報酬目的。換言之，不動產仲介業者提供居間行為以外之各項服務都只是附帶性質，不具有獨立之對價給付意義，亦無給付服務報酬之需要（但在買賣成交後之過戶登記如委託地政士辦理者，屬於另一個有償委任契約，縱為不動產經紀業之專屬或特約地政士，仍須另外付費）。

諸如諮商服務、屋況鑑定、估價服務、代管空屋、帶看說明、廣告企劃、委託代為處理找尋買主或賣主之一切事務等，若最終仍未成交，其委託事項之執行均屬枉然，委託人均無給付報酬之義務。縱帶看數十組買方，只是為完成仲介目的之之前準備行為，各個居間帶看行為，或廣告行銷、保管不動產之服務等，均不具有獨立完成履約給付義務之價值，只有在居間媒介成功，委託人始須給付仲介

<sup>35</sup> 臺灣高等法院 104 年上字第 260 號判決、最高法院 105 年台上字第 45 號、105 年台上字第 412 號、105 年台上字第 692 號等判決參照。

<sup>36</sup> 學說上常提及之附隨義務類型包含保護義務、保管義務、協力義務、保密義務、不作為義務等在內，係以誠實信用原則為依據。附隨義務係隨著債之關係的發展，於個別情況要求當事人的一方有所作為或不作為，以維護相對人的利益，原則上並非為對待給付，不發生同時履行抗辯，附隨義務的不履行，債權人原則上不得解除契約，但就其所受損害，得依債務不履行規定，請求損害賠償。如何區分附隨義務與從給付義務，德國通說認為可獨立以訴請求者為從給付義務，不得獨立以訴請求者為附隨義務。王澤鑑，債法原理第一冊-基本理論-債之發生，前揭註，頁 42~44。

費用。故不動產仲介契約的核心內涵係屬「居間」契約，其餘關於額外之委託、代理業務之性質部分，均僅為附隨義務或附加服務、屬於額外服務而已，主給付義務仍為居間行為本身。

換言之，主張不動產仲介契約之性質為委任契約或混合契約者，似乎過度重視不動產仲介過程中的附帶或額外服務，忽略了委託人所交託的其他任務，或仲介業者主動提供的其他服務，都只是附帶性質，不具有獨立履約的價值，只有媒介交易成功，始不負委託人所託。仲介業者無從以其他給付來補充或替代，也無法僅為部分給付，只有完成一次媒介居間買賣契約成立，始完成給付之義務，而得請求報酬，故不動產仲介契約之性質應屬「居間」契約。

## 參、不動產仲介契約涉及雙方代理之問題

### 一、雙方代理之利益衝突問題

代理權之授予，使代理人取得一種得以本人名義，為法律行為的地位或權限；倘代理人圖謀己利，對於本人而言，確實具有風險，難以事先防範，故對代理權限加以適當限制，確實有其必要。民法第 106 條規定：「代理人，非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。但其法律行為係專履行債務者，不再此限。」其中關於不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為，即為雙方代理之禁止規定，違反前開規定者，其代理行為並非無效，僅構成無權代理，得因本人之承認而生效力<sup>37</sup>。

以房屋仲介之情形為例，甲授權於乙（不動產經紀業者）為其協尋購買房屋，丙亦授權於乙為其出售 A 屋時，乙非經本人（甲與丙）之許諾，應不得同時代理為甲與丙締結 A 屋之買賣契約，否則即違反民法第 106 條規定，若甲或丙之一拒絕承認時，買賣契約即不生效力；但若甲及丙均承認時（須承認同意乙代理「買賣雙方」而非只是有一方之代理權），即屬經本人許諾之情形，則甲與丙之間關於 A 屋之買賣契約，雖係由乙同時代理甲、丙雙方締約者，仍有效力。

<sup>37</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊－基本理論－債之發生，自版，三民書局經銷，2003 年 10 月增訂版 7 刷，頁 334。

在上開房屋仲介情形，雙方代理的利益衝突之點在於，乙所代理之雙方（即甲與丙）實則屬於利害關係對立之情況，因甲為買方、丙為賣方，雙方對於價格高低之冀望通常相反，而乙為雙方之代理人，若有偏袒，勢必損及其中一方之權益（尤其乙有代理議價情形時）。然如經甲、丙雙方之同意，當可認為甲、丙信任乙不會有偏袒之情形，法律自無強制禁止之必要，亦即民法 106 條關於雙方代理禁止之規定，當事人得以約定排除，此為目前學界通說<sup>38</sup> 見解。

實務上對於雙方代理的見解，與學說見解一致，如最高法院 85 年臺上字第 106 號判決略以：「按違反禁止雙方代理之規定之行為，並非完全無效，應解為係無權代理行為，依民法第一百七十條第一項規定，經本人事後承認，對於本人仍生效力。…禁止雙方代理旨在保護本人之利益，依民法第一百零六條前段規定，代理人經本人許諾，得為雙方代理之法律行為。禁止雙方代理之規定，既非為保護公益所設，自非強行規定，如有違反，其法律行為並非無效，經本人事後承認，仍生效力。」可見學界與實務均肯認雙方代理之禁止並非強行規定，當事人得以約定排除之，而使雙方代理之行為有效。

## 二、不動產仲介契約雙方代理之內容及效力

本文前已敘明，在委託不動產仲介銷售時，民間版定型化委託書常有載明：「甲方（委託人）同意乙方（受託人）可為買賣雙方之代理人。」故於委託銷售之同時，就已授予不動產仲介業者代理權，縱然消費者或許並未意識到這點，而於事後提出爭執，主張並未授予仲介可代收定金、代理締約之權限，亦屬枉然<sup>39</sup>。

而在買方委託方面，要約書定型化約定條款均有：「買方同意受託人可為買賣雙方之代理人」及「買方經由受託人仲介購買座落 XX 不動產，買方願依下列條件承購上開不動產，並立此要約書，同意依下列條款簽立買賣契約。」的委託條件及授予代理權。可見目前民間版的不動產仲介委託契約書，不論買方（要約書、斡旋書）或賣方（委託銷售契約書）之定型化契約條款常載明<sup>40</sup> 同意受託人（不

<sup>38</sup> 王澤鑑，同前註。林誠二，民法債編總論體系化解說（上），瑞興圖書股份有限公司，2000 年 9 月初版，頁 129、130。

<sup>39</sup> 通常係委託人發現有更佳的締約機會，比仲介所代理定約之買方出價高時，始發現買賣契約早已成立，無從擇優定約，故主張並未授權，然法院會以委託人授予之代理權有效，認為仲介所代理締約之法律行為亦有效。如臺灣臺北地方法院 98 年度訴字第 1602 號判決。

<sup>40</sup> 參註 4。

動產經紀業者、不動產仲介公司) 可為雙方代理人，即以定型化約款來排除雙方代理之禁止規定。

查雙方代理發生代理締約效力之前提，在於當事人是否確實授予代理權及同意雙方代理。換言之，買賣雙方均確實有授予代理權（前段），才会有後續同意雙方代理（後段）的課題。目前實務上既然對於雙方代理採當事人同意即可排除限制之見解<sup>41</sup>，則不動產仲介契約中雙方代理之行為自屬有效，因此代理效力認定問題通常繫於前段（授予代理權）之事實認定結果。對於後段（雙方代理問題）反而因實務及學說見解一致及穩固，較無爭議。

例如臺灣高等法院 104 年上字第 260 號判決：「查系爭委託書第 8 條第 2 款約定『委託人同意受託人代收訂金時，若買方同意委託人之銷售條件而簽署買賣訂金收款憑證，給付訂金者，無庸經委託人簽收，買賣契約已有效成立』、第 3 款則約定『買方簽署買賣議價委託書（要約書），於委託人簽認同意出售時，買賣契約即為有效成立，議價保證金同時轉為購屋定金』，惟於第 3 條第 2 項特以粗黑字體標示『契約成立後，委託人同意不同意授權受託人代為收受買方支付定金』，余富雄並未勾選『同意』（見原審卷 8 頁），尚難認余富雄有授權好厝多公司代其收受定金，好厝多公司縱自行代收定金，對余富雄不生效力。」。

上開判決即在委託人可以決定是否授予代理權之情形下，雖然委託人並未明確表態是否授權（未勾選同意或不同意代收定金），法院仍不以默示之意思表示認定委託人有授予代理權，故屬無權代理簽定買賣契約經本人否認而無效之情形。又本判決認為不動產仲介契約為居間契約，則依民法第 569 條：「居間人支出之費用，非經約定，不得請求償還。前項規定，於居間人已為報告或媒介而契約不成立者適用之。」法院認為上訴人（好厝多公司）不僅因契約不成立而無法請求居間報酬，復認為上訴人實難據此（即主張已投入居間勞務及提供媒介機會等）限制委託人之締約自由。

<sup>41</sup> 參前述最高法院 85 年臺上字第 106 號判決。

### 三、不動產仲介契約雙方委託之內容及效力

如以不動產仲介契約許可雙方代理可代理買賣雙方締約生效，此為代理之外部效力作用，則買賣雙方同時委託同一仲介業者居間媒介不動產交易之行為，應屬內部關係之原因行為部分，如採無因說<sup>42</sup>，兩者並非必然有其依存關係；況居間與代理之併存，亦有論者以為純屬偶然<sup>43</sup>，如以此論點，居間是否該當代理之原因行為，容有檢討之可能，因居間人無代理權者有之，而代理人非居間人者亦有之。故雙方委託與雙方代理兩者係不同的法律關係，理論上，雙方委託應與雙方代理一樣具有利益衝突之問題，其內容及效力有另予討論之必要。

當已受一方委託之仲介業者又與潛在之相對人締結居間契約，就會涉及雙方委託的問題，有研究<sup>44</sup>即以民法第 570 條：「居間人因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔。」認為民法係容許仲介業者同時為買賣雙方之受託人。但又提出民法第 571 條：「居間人違反其對於委託人之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，不得向委託人請求報酬及償還費用。」似又不許雙方委託之存在。本文以為，民法第 571 條主要在規範居間人受雙方委託時應盡之忠實義務，避免其因受雙方委託，有所偏袒而損及一方權益之情形，並非不許雙方委託。故依民法第 570 條規定意旨，應認民法居間准許雙方委託之情形存在，亦為不動產仲介契約內容之常態。

實務上對於不動產仲介契約居間完成買賣雙方之委託者，並不因雙方委託而有適法性之疑慮。如臺灣高等法院 98 年上易字第 421 號判決：「伊為訴外人住商實業股份有限公司之加盟仲介公司，於民國 97 年 4 月 20 日居間完成賣方許智城、許建凱及買方林素雲間之不動產買賣契約（下稱系爭買賣）…按居間人於契約因其媒介而成立時，即得請求報酬，其後契約因故解除，於其所得報酬並無影響，最高法院著有 49 年台上字第 1646 號判例，另案買賣既經被上訴人仲介而成立，

<sup>42</sup> 王澤鑑，民法總則，自版，三民書局經銷，2000 年 10 月，頁 499。林誠二，債編各論新解一體系化解說（中），瑞興圖書股份有限公司，2015 年 6 月 3 版，頁 238、239。

<sup>43</sup> 曾泰源提出：居間人得同時為代理人，僅屬於仲介契約與代理之併存，本質上純屬偶然，參見前揭註 9。本文以為，改以代理權的獨立性理論，亦可解釋之。

<sup>44</sup> 曾品傑，前揭註，頁 147。

被上訴人即得請求仲介服務費 60 萬元，縱嗣後買賣契約解除，未受領之仲介服務費不受影響，已受領之服務費亦不負返還義務。」判決以仲介業者受買賣雙方委託居間成立買賣契約即得請求報酬，顯認為既經買賣雙方均同意，其居間契約之雙方委託行為自屬有效。

而在買賣雙方之一方，有未許可雙方委託之情形時，其法律效果如何？查實務並不因此認為買賣契約或委託契約無效，係認為居間人對於不同意雙方委託之一方，有違忠實義務，委託人得依民法第 571 條：「居間人違反其對於委託人之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，不得向委託人請求報酬及償還費用。」拒絕給付居間報酬，惟委託契約及買賣契約仍屬有效<sup>45</sup>。

另雙方委託應適用特別法之規定即不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 規定：「經營仲介業務者經買賣或租賃雙方當事人之書面同意，得同時接受雙方之委託」查係 100 年 12 月 30 日新增定條文，即不動產仲介業務同受雙方之委託，已由主管機關立法明文規定其適法性。而於接受雙方委託之時，經紀業者依上前開條例第 24 條之 2 規定，應公平提供買賣雙方類似不動產之交易價格並說明契約內容規範、提供標的不動產之必要資訊並告知瑕疵、協助標的必要之檢查等，同時課予經紀業者須有之相關說明及注意業務。

#### 四、小結

不動產仲介契約涉及雙方代理或雙方委託之問題，學界與實務均認為並非強行規定，當事人得以約定排除之，而使雙方代理之行為有效。買賣雙方得約定允許相同不動產經紀業者同時為買賣雙方居間服務及代理雙方訂立買賣契約，即雙方代理或雙方委託之行為，因當事人同意而有效。

然所疑義之課題有二：一為委託人受定型化契約條款之拘束，對於不動產仲介契約中併同授予代理權之條款，通常並無拒絕之餘地，業已限制委託人與更優渥的契約條件締結之權利，剝奪委託人的締約自由，是否應認屬違反消保法第 12

<sup>45</sup> 如臺灣高等法院 98 年度上字第 849 號判決：「兩造簽訂系爭契約後，…上訴人未得被上訴人同意，竟同時為鑫鋒公司居間，已違反忠實義務…故上訴人無從請求系爭契約報酬 80 萬元」故判決認為僅係喪失居間報酬請求權，並非居間契約無效或代理締約之買賣契約無效。

條第 2 項，推定其顯失公平而無效<sup>46</sup>？實務上已有發見此問題，如臺灣高等法院 104 年上字第 260 號判決：「審酌余富雄簽訂系爭委託書之目的，乃透過好厝多公司報告訂約機會或為訂約媒介，以取得較有利條件始決定是否出售系爭不動產，倘好厝多公司可不論磋商結果是否符合委託人即余○○之較佳利益，即得以符合底價之條件強令余富雄選擇接受或給付服務費，致余○○無取捨權利，好厝多公司即無盡善良管理人義務為磋商之必要，要難達成系爭委託銷售契約之目的，亦與消保法第 12 條第 2 項第 3 款規定有悖，應推定其顯失公平，違反誠信原則之定型化契約條款，而為無效。」惟深入探究此等類似案例<sup>47</sup>，均係受託人之代理權限有瑕疵（如委託人未在得由受託人代收定金之欄位勾選同意，或受託人並不具備雙方代理權等），但若買賣契約已因代理權而有效成立時，仍無討論上開違反消保法第 12 條第 2 項，推定其顯失公平而無效之餘地。故應否對於仲介契約中，代理權已有過度拘束委託人，而有顯失公平之虞者，予以明文禁止，此為課題之一。

另外，不動產經紀業者在雙方代理及雙方委託之角色上，有其利益衝突之問題，例如代理議價事宜，仲介要為賣方盡可能的賣出最高價，是其對於賣方的主要義務；反之，仲介要為買方盡可能的買入最低價，是其對於買方的主要義務，兩者間存在必然的背反關係<sup>48</sup>。利益衝突的本質並不因委託人的同意而可化解，至多解釋成委託人信任或容忍此狀況，則在法律規範上應如何避免或降低不動產仲介行為對於雙方代理及雙方委託上利益衝突之發生，此為課題之二。查不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 所規範經紀業於接受雙方委託同時，必須公平提供雙方資訊，善盡標的檢查與說明義務等，規範之內容主要在避免注意義務及說明義

<sup>46</sup> 曾品傑，前揭註，頁 157。

<sup>47</sup> 另臺灣高等法院 103 年上易字第 96 號判決亦採相似見解：「系爭契約書第五條第 1 項內容可知，倘上訴人與介紹對象協議以系爭委託書之委託條件成立買賣契約，被上訴人不得拒絕，否則即應給付系爭服務費，顯然壓縮被上訴人是否與上訴人報告之訂約對象締約之自由。易言之，上訴人若僅以委託條件媒介訂約機會，即得不顧被上訴人有無成立契約之意思，已剝奪被上訴人優於委託條件或選擇交易對象之自由，而喪失居間契約謀求委託人即被上訴人利益之立法意旨。基此，系爭委託書第五條第 1 項約定排除民法 568 條第 1 項規定（成立始得請求報酬），然與居間契約之立法意旨矛盾，違反消保法第 12 條第 2 項第 2 款規定，至為明顯。」惟此案例亦屬買賣契約未經雙方代理簽約成立之情形，詳判決內容另載：「上訴人並無代理被上訴人成立系爭買賣契約書之權限，亦無代理高○○成立系爭買賣契約書之權限，更無經被上訴人、高○○許諾得為雙方代理之依憑」。

<sup>48</sup> 簡佩如，前揭註，頁 149。

務之違反，是否足以防止雙方委託上利益衝突之發生，似有疑義。有研究<sup>49</sup>即指出第24條之2規定，明確課以不動產仲介業者各項應盡義務，惟規範未能真能解決利益衝突問題，該研究並議增修不動產經紀業管理條例第24條之2等規定，以強化仲介業者義務，未履行應盡義務時應負相關民、刑事責任，解決雙方代理或委託時所衍生之利益衝突問題，本文敬表贊同。

## 肆、不動產仲介業務之忠實義務

### 一、忠實義務之意義

我國民商法之中明文提及忠實義務者，首見公司法第23條於民國90年11月修訂增列第1項：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」其立法理由<sup>50</sup>為：「為明確規定公司負責人對於公司應健行之忠實義務及注意義務，並對公司負責人違反致公司受有損害，應負損害賠償責任，爰增訂第1項。」依上開條文可知，忠實義務與善良管理人之注意義務，兩者並不相同。公司法第23條增訂第1項之前，公司負責人的義務與責任僅以民法第535條之善良管理人注意義務規範，有學者<sup>51</sup>認為上開條文增加「忠實執行業務」(忠實義務)係提升負責人的義務，以維護公司及股東、債權人之權益。

忠實義務的內涵<sup>52</sup>，主要是利益衝突的問題，指義務人於處理受託事務，必須出自為委託人最佳利益之目的而為，不得圖謀自己或第三人之利益，於執行業務時，並應作公正且誠實之判斷。公司負責人如違反公司法第23條第1項之規定，致公司受有損害，即屬於債務不履行，公司得依本條項作為請求權基礎，向違反忠實義務之負責人請求損害賠償。

有學者<sup>53</sup>指出，忠實關係是指當一方信賴他方並將自己權利託付他方的情

<sup>49</sup> 李宏文，不動產仲介業者雙方代理應盡義務之研究—以法院判決分析為中心，政治大學地政學系碩士論摘要，2019年7月。

<sup>50</sup> 立法院公報，第90卷，第51期，2001年11月3日，頁159。

<sup>51</sup> 劉連煜，現代公司法，自版，新學林出版股份有限公司經銷，2006年8月初版1刷，頁83。

<sup>52</sup> 同前註，頁80、81。

<sup>53</sup> 謝哲勝，忠實關係與忠實義務，月旦法學雜誌，第70期，2001年3月，頁128。

形，雙方所產生的法律關係。而忠實義務是指被信賴託付的一方對他方所應盡的忠誠且篤實的義務，是一種以他人利益優先於自己利益而行為之義務。忠實關係不限於因法律行為而成立，因法律行為以外的事實只要有一方合理信任他方的情事發生，亦足以成立忠實關係。例如居間人和委託人的相對人即使無契約關係，亦對其負有忠實義務。

因法律行為而成立的忠實關係<sup>54</sup>，與法律行為以外的事實成立忠實關係，其信賴託付的特性如相同，則其忠實關係可能是相同的。所以，因契約關係而成立的忠實關係，此忠實關係嚴格地說並非因契約約定或契約法的效力而產生，而是因其契約的本質，即是契約所創設的法律關係已具備忠實關係的特性，從而有忠實關係的適用。

若對比有償委任之注意義務程度，則有償委任之受任人，於處理事務時，應盡善良管理人之注意。換言之，受任人未盡善良管理人之注意義務，即屬發生可歸責事由，對於因此所致之給付不能、給付遲延或不完全給付，應負債務不履行責任<sup>55</sup>。

再以忠實義務與有償委任之注意義務程度相較，學者<sup>56</sup>提出忠實義務人為委託人處理事務並非僅對於委託人有利即可，如依通常情形，委託人應可獲得更大利益，但因忠實義務人主觀上疏於注意或客觀上尚未具備專業的知識、經驗和技能，使委託人所獲利益未達最大，忠實義務人仍應負責，不以其僅在發生利害衝突之情形下始為違反忠實義務之唯一要件，如未使委託人獲得最大利益者，亦屬忠實義務之違反。

而善良管理人注意義務程度，則僅需高於處理自己事務之注意<sup>57</sup>，客觀上以相較於自己可更有利於委託人之方式來處理事務即可，未必須達到對於委託人最大利益之程度，可見忠實義務之注意義務程度實則高於有償委任之注意義務。

<sup>54</sup> 同前註，頁 129。

<sup>55</sup> 邱聰智，前揭註，頁 222。

<sup>56</sup> 謝哲勝，前揭註，頁 135。

<sup>57</sup> 參照最高法院民國 31 年 11 月 19 日決議：「民法規定應與處理自己事務為同一注意之本旨，旨在減輕債務人之注意義務，此觀民法第 535 條、第 590 條之規定自明。故平日處理自己事務所用注意，高於善良管理人注意者，如其履行債務，已盡善良管理人之注意，則雖未與處理自己事務為同一之注意，亦應認為無過失。」轉引邱聰智，前揭註，頁 221，註 43。足見所謂善良管理人之注意，僅須客觀上高於處理自己事務之注意即可，並未要求至須達最高利益之注意義務。

## 二、忠實義務對於雙方代理或雙方委託利益衝突之規制

### (一) 民法居間條文

民法對於不動產仲介業務面臨雙方代理或雙方委託利益衝突之忠實義務規定，參民法第 567 條第 1 項前段：「居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。對於顯無履行能力之人，或知其無訂立該約能力之人，不得為其媒介。以居間為營業者，關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有調查之義務。」及第 571 條：「居間人違反其對於委託人之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，不得向委託人請求報酬及償還費用。」條文中雖未明確使用「忠實義務」之用語，惟依民法第 571 條之立法理由：「僅按居間人既受委託人之委託，即有忠於所事之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，而由相對人收受利益者，自屬違背『忠實義務』。本條明定不許居間人向委託人請求報酬，暨請求償還其支出之費用，蓋一方保護委託人之利益，一方示予居間人之制裁也。」。

上開立法理由明示居間人違背忠實義務之法律效果，主要在於喪失報酬請求權。有研究<sup>58</sup>並認為，忠實義務為契約之附隨義務，故如居間人違反此義務，委託人得依民法第 227 條關於不完全給付規定請求居間人損害賠償。

本文以為，如認忠實義務為居間契約之附隨義務者，或可基於附隨義務中的保護義務性質<sup>59</sup>，依誠信原則，居間人應善盡必要注意，以維護當事人財產上之利益（保護功能）。如民法第 567 條居間人有據實報告及詳盡調查義務（不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 亦課予仲介業者此種義務），目的即在保護交易當事人之財產權，而違反此項義務者，則依民法第 571 條喪失居間報酬請求權。故居間人之忠實義務<sup>60</sup>，雖非居間報酬之直接對價，但對於維護當事人之交易安全，至關重要，實相當於侵權行為法上的社會安全義務，債之關係乃一種法律上的特別

<sup>58</sup> 蔡佳蓓，前揭註，頁 51。

<sup>59</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊-基本理論-債之發生，自版，三民書局經銷，2003 年 10 月增訂版 7 刷，頁 44。

<sup>60</sup> 此忠實關係嚴格地說並非因契約約定或契約法的效力而產生，而是因仲介契約的本質已內涵忠誠關係所致，即契約所創設的法律關係具備忠實關係的特性，而有忠實義務的適用。謝哲勝，前揭註，頁 129。

結合關係<sup>61</sup>。居間人應履行之忠實義務，具有獨立請求之必要性，似應將「忠實義務」提升為居間人「從義務」，居間人違反忠實義務，即應依民法第 227 條負債務不履行損害賠償責任<sup>62</sup>（不動產經紀業管理條例第 26 條第 1、2 項亦規定業者應負損害賠償責任<sup>63</sup>）。

另違反忠實義務得否終止契約？委託人與居間人訂立居間契約，係基於一定之信賴關係，如雙方之信賴關係已然破滅，則契約當無繼續履行之必要，若居間人有違反忠實義務之行為，委託人自得隨時終止契約<sup>64</sup>。本文以為，終止契約係向後失其效力，並非溯及解除契約而會發生回復原狀之問題，因忠實義務為居間信賴關係之核心，如有違反，應准其終止契約為妥。且此時居間人因違反忠實義務，已喪失報酬請求權，則類推無償委任當事人任一方得隨時終止契約規定（民法第 549 條第 1 項），亦屬合理。

故居間人違背忠實義務之法律效果，在於居間人恐會喪失報酬請求權（民法第 571 條）<sup>65</sup>，並負損害賠償責任（民法第 227 條）及終止居間契約。附隨義務不履行，學者<sup>66</sup>雖認為債權人原則不得解除契約，惟如本文前述，居間人應履行忠實義務，具有獨立請求之必要性，宜由「附隨義務」提升至「從義務」性質，如居間人違反忠實義務，准予解除契約，似亦無不可。

<sup>61</sup> 王澤鑑，前揭註，頁 45。

<sup>62</sup> 郭玲惠，民法債編各論（上）僱傭，元照出版有限公司，2006 年 2 月初版第 4 刷，頁 559、560。此段以居間人之忠實義務，對於維護交易安全之重要性，相當於侵權行為法上的社會安全義務，宜提升居間人之忠實義務為「從義務」論述，係參考郭教授對於僱用人之「保護義務」，以基於誠信原則，為保障受僱人安全所產生之「社會安全義務」，僱用人應履行之注意義務，具有獨立請求之必要性，應將「保護義務」提升為僱用人之「從義務」。而不動產交易金額龐大，為維護交易安全，保障消費者權益，居間人之忠實義務亦有獨立請求之必要性（民法第 571 條暨其立法理由參照）。

<sup>63</sup> 例如違反同條例第 24 條之 2 的告知或調查義務致受有損害時，即可以條例第 26 條第 1、2 項規定為請求權基礎求償，亦為目前實務見解，如本文 27~29 頁所舉 3 則臺灣高院判決均屬之。

<sup>64</sup> 蔡佳蓆，前揭註，頁 51。

<sup>65</sup> 另有研究指出，民法第 571 條之適用，仲介業者須有違反義務，致使相對人得利之情形，惟此情形之相對人得利，常係仲介業者違反義務之反射效果，尚難謂業者為有利於相對人之行為。即民法第 571 條適用在業者刻意犧牲委託人權益，以謀取相對人及自己利益之情形（如業者與委託人之相對人成立共同侵權行為）。宋宛錚，不動產經紀業者提供不實資訊之民事責任—以日本法制為比較對象，政治大學法律系碩士論文，2016 年 8 月，頁 72、213。惟上開見解似已限縮民法第 571 條之適用範圍，本文認為有待商榷。

<sup>66</sup> 王澤鑑，前揭註，頁 43。

有學者<sup>67</sup>亦認為，居間人報告締約的機會或為訂約的媒介，對契約他方通常較委託人熟悉，對契約標的也可能比契約一方或他方熟悉，委託人通常依賴居間人所提供之訊息來決定是否締約，其利益深受居間人影響，因此，居間人應負忠實義務，民法第 571 條的規定，即為明證。

## （二）不動產經紀業管理條例

依據不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 規定：「經營仲介業務者經買賣或租賃雙方當事人之書面同意，得同時接受雙方之委託，並依下列規定辦理：一、公平提供雙方當事人類似不動產之交易價格。二、公平提供雙方當事人有關契約內容規範之說明。三、提供買受人或承租人關於不動產必要之資訊。四、告知買受人或承租人依仲介專業應查知之不動產之瑕疵。五、協助買受人或承租人對不動產進行必要之檢查。六、其他經中央主管機關為保護買賣或租賃當事人所為之規定。」上開條文規範仲介業者得同時接受雙方委託之要件為雙方當事人以書面同意、公平提供雙方當事人必要資訊（包含價格、契約內容、標的資訊、標的檢查等）。因此仲介業者須恪遵詳實調查義務，將所得資訊公平提供雙方當事人，輔助委託人進行正確之決策，以公平合理的完成交易，此為條例規範仲介業者之忠實義務，對於雙方代理或雙方委託之利益衝突問題，條例係以公平告知買賣雙方交易必要資訊之方式，來提供衡平解決的方案。

上開條文雖未提及仲介業務涉及雙方代理利益衝突問題，惟立法理由：「按民法第 106 條前段規定，代理人，非經本人之許諾，不得為本人與自己之法律行為，亦不得既為第三人之代理人，而為本人與第三人之法律行為。仲介經紀業為促成不動產之買賣或租賃，通常兼具買受人（承租人）及出賣人（出租人）之代理人，為避免仲介經紀業兼具二種利益衝突之資格，不能盡其職務或失其公正立場，有關經營仲介業務者，經買賣或租賃當事人書面同意後，始得同時接受雙方之委託，並以公平原則告知雙方必要之資訊，爰增列本條規定，以保障雙方委託人之權益。」可見經紀業者同受雙方代理及雙方委託之利益衝突問題，亦屬本條所規範之課題，且以公平原則告知雙方必要之資訊，為經紀業者必須遵守之忠實義務。

有學者即謂，不動產仲介人媒介不動產買賣成交，其義務至履約完畢才終了，

<sup>67</sup> 謝哲勝，前揭註，頁 136、137。

與民法居間規定的居間人有別，應為履約居間人，也應負忠實義務<sup>68</sup>。是以，經紀人員執行仲介業務如有違反忠實義務，致委託人受有損害時，則依不動產經紀業管理條例第 26 條第 1 項、第 2 項規定：「因可歸責於經紀業之事由不能履行委託契約，致委託人受損害時，由該經紀業負賠償責任。」、「經紀業因經紀人員執行仲介或代銷業務之故意或過失致交易當事人受損害者，該經紀業應與經紀人員負連帶賠償責任。」即違反忠實義務之行為人固然為經紀人員，業者仍應連帶負損害賠償責任，此雖與民法第 188 條第 1 項規定之僱用人連帶責任相當，卻無其但書<sup>69</sup>之適用。本文以為，基於特別法優先普通法適用之原則，經紀業因經紀人員執業之故意或過失致使當事人受損害，其連帶責任屬無過失責任，不得以業者已盡相當注意而仍不免發生損害，主張僱用人不負賠償責任。

另依不動產經紀業管理條例第 7 條第 6 項規定：「第二項全國聯合會應訂立經紀業倫理規範，提經會員代表大會通過後，報請中央主管機關備查」故全國聯合會訂立之「不動產仲介經紀業倫理規範」亦為不動產仲介業者規範忠實義務之準據。如第 2 條規定經紀業應堅持公平交易及誠實信用。第 10 條規定經紀業應對消費者揭露「不動產說明書」內容，不得有蓄意矇蔽欺罔行為。第 22 條規定經紀人員不得利用仲介買賣契約機會賺取差價。第 23 條規定經紀人員不得以自己或第三人名義冒充買受人或出賣人，誘使出賣人、買受人以低價或高價簽訂買賣契約。

經紀業違反上開倫理規範者，依規範第 25 條規定，由所在地同業公會審議處理後，如涉及處罰事項者，該公會應列舉事實，提出證據，報請經紀業所在地直轄市或縣（市）主管機關處理。故倫理規範屬於業者之自律行為，公會並無直接裁處權限，只能移請主管機關依不動產經紀業管理條例處罰，較屬於宣示性之規範。

### 三、不動產仲介業務違反忠實義務之實務案例<sup>70</sup>

#### （一）經紀業內部人員出面購買委託標的之行為

<sup>68</sup> 謝哲勝，前揭註，頁 137。

<sup>69</sup> 但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。

<sup>70</sup> 判決摘錄部分參蔡佳蓓，前揭註，頁 42~47。

仲介人未替委託人謀求最大利益（未盡替委託人斡旋以求最大利益），如未將受託物件投入市場競價，逕由內部員工以底價承接之行為，亦屬違反忠實義務之情形。如臺灣高等法院臺中分院民事判 100 年度上字第 401 號：「被上訴人與上訴人簽立不動產委託銷售契約，主要目的係希望上訴人公司能透過其專業之知識及市場調查為其諮商及議訂與市價相當之底價，並經由上訴人公司之廣告企畫及行銷通路，為其找到最佳之售價以謀求最大之利益，依兩造間委託銷售契約第 7 條第 1、5 款之約定，上訴人除負有據實提供其近三個月之成交行情供甲方即被上訴人作為訂定售價之參考外，並負有隨時依甲方所請，提供相關廣告文案資料供甲方參考之義務，另依兩造於第 19 條之特別約定事項亦特別約定：『現場乙方（即上訴人公司）須平面帆布廣告』（原審卷第 7 頁），是上訴人依約自負有張貼廣告，並透過廣告將被上訴人委賣之不動產對外公告週知，以招徠有意承買之買主，並藉由公開市場之競價為被上訴人協商、斡旋以謀得最佳之售價及買賣條件，然本件上訴人並未依約張貼廣告，即逕由其內部人員李○○出面購買，顯然未盡『替被上訴人斡旋以求最大利益』之契約義務。又其隱瞞被上訴人買方李○○為上訴人公司內部人員之重要訊息，使掌控不動產市場交易訊息能力弱勢之被上訴人，喪失高於約定底價成交之市場競價機會（同步使公司內部人李○○獲得以底價成交之利益），核上訴人前開所為，亦已違反房仲業居間人應負之誠信義務。」本件法院認為仲介人因違反誠信義務及買賣契約不成立，委託人並無給付居間報酬之義務。

## （二）仲介人無代理權而代收定金、擅自代理締結買賣契約

關於無代理權而代收定金、擅自代理締結買賣契約之情形，侵害委託人的締約自主權及利益判斷餘地，自屬違背忠實義務。如臺灣高等法院民事判決 101 年度上易字第 374 號：「被上訴人明知無代理上訴人對於出價已達 3,200 萬元之買方，為承諾意思表示之權限，亦無在上訴人與買方成立買賣契約以前，代理上訴人向買方收取定金之權限，竟擅自代理上訴人表示同意呂仁宇之出價，及向呂○○收取系爭定金支票，致使呂○○以買賣契約成立為理由，對於上訴人提起訴訟…是被上訴人確有違反其對於上訴人之忠實義務…則上訴人主張依民法第 571 條規定，拒絕…給付『服務報酬』予被上訴人，難謂無據。」即仲介人無權代收定金卻擅自為之，有違忠實義務，屬於民法第 571 條居間人違反其對於委託人之義務

而為利於委託人之相對人之行為，因而喪失居間報酬請求權。

### （三）仲介人洩漏委託底價予相對人

上開臺灣高等法院民事判決 101 年度上易字第 374 號同時提及洩漏底價予相對人，亦屬違反忠實義務之情形：「被上訴人又透露兩造間之委託銷售底價，並提供系爭契約書給呂○○做為訴訟資料。是被上訴人確有違反其對於上訴人之忠實義務，而為利於呂○○之行為。則上訴人主張依民法第 571 條規定，拒絕依系爭契約第 10 條約定，給付服務報酬予被上訴人，難謂無據。」本件仲介人透露兩造間委託銷售底價，洩漏底價予相對人，自屬利於委託人之相對人之行為，而違背忠實義務。

### （四）仲介人違反詳實調查、預見危險及說明義務者

對於仲介物件不動產未盡詳實調查及說明之義務，亦屬違背忠實義務。如臺灣高等法院民事判決 102 年度消上易字第 3 號：「仲介業者之業務，涉及買賣房地之專業知識，對於取得房地之資訊相較於一般消費者，自處於優勢之地位，又消費者將買賣房地之相關事項委託於仲介業者，並給付相當之報酬或服務費，自然對於仲介業者所提供之資訊有相當之信賴，仲介業者應負善良管理人責任，故為保障房地之交易，便於不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 規定明定仲介業者應盡之義務，是仲介業者自應就其所仲介之房地買賣負調查之義務，對於房地之必要資訊及瑕疵，即有據實告知消費者之義務。…顯係未盡善良管理人之義務…朱○○未依民法第 567 條第 2 項及不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 規定負擔實報告之義務，未就系爭頂樓加蓋建物為詳實調查並告知之義務，即向被上訴人表示系爭頂樓加蓋建物不會拆除云云，顯有過失…。系爭頂樓增建物經拆除後減損之價值、返還服務費用部分、懲罰性違約金部分，…被上訴人本於民法第 184 條第 1 項前段、第 188 條、不動產經紀業管理條例第 26 條第 2 項規定請求朱○○與吳○○連帶給付被上訴人 25 萬 7,408 元（頂樓增建物經拆除後減損之價值）…依民法第 571 條、第 179 條及消費者保護法第 7 條、第 51 條規定請求宏駿公司返還仲介服務費 16 萬 1,000 元及懲罰性賠償金 12 萬 8,704 元，為有理由」查本件上訴人所有頂樓違法增建建物遭拆除，係因違反建築法所致，與仲介業者未善盡告知義務並無直接關係，且縱然有詳加告知，違建仍可能被拆除，法院卻因此要求仲介業

者負損害賠償責任，核其所課予仲介業者忠實義務性質，已達必須預知危險發生、提供委託人另為適當決定之程度，否則仲介業者即應負責。

另臺灣高等法院民事判決 101 年度上易字第 963 號亦屬類似情形（仲介物件不動產之盡詳實調查及說明義務）：「本件被上訴人因王○○告知其錯誤室內面積資訊，使其誤認系爭不動產之室內面積達 79.97 平方公尺，而實際室內面積僅 71.091 平方公尺，另 8.879 平方公尺則係屬於『小公』之面積，…故應以該樓層實際使用戶數比例計算該『小公』面積之價值，…被上訴人所受損害應為 197,354 元（8.879 平方公尺×44,454 元÷2 戶=197,354…從而，被上訴人依不動產經紀業管理條例第 26 條第 1 項、第 2 項、民法 184 條第 1 項前段、第 188 條第 1 項前段，訴請商用公司與王○○連帶賠償 197,354 元，即屬有據，應予准許」、「被上訴人以消費為目的而接受商用公司提供之服務，顯屬以消費為目的之交易，故於此過程中產生之糾紛而提起本件訴訟，核屬消費訴訟。本件被上訴人在上開交易過程中，因商用公司之經紀人員王○○關於債之履行有過失致被上訴人受有損害，已如前述，則被上訴人主張依消費者保護法第 51 條後段之規定，請求企業經營者商用公司給付懲罰性賠償金，應屬正當合法。本院審酌上訴人過失情節、能否避免損害發生之可能性及被上訴人所受損害金額為 197,354 元等情狀，認商用公司應給付 7 萬元之懲罰性賠償金應屬妥適。」本件上訴人購買之建物坪數與所付價金兩者應屬相當，僅認知室內面積有所誤差，縱然被上訴人告知錯誤室內面積，上訴人於購屋前亦必親洽現場勘查，其所認知之現況面積與其所願意支付之價金，兩者勢必相當，買賣契約始可能成立，即上訴人其實並無損害發生，法院卻因此要求仲介業者負損害賠償責任，核其所課予仲介業者之忠實義務程度，至必須預防委託人任何可能發生錯誤決策之程度，否則仲介業者即應負責。

而對於交易相對人之履約及訂約能力，仲介人亦應善盡預見危險及調查之義務。如臺灣高等法院民事判決 99 年度上易字第 1250 號：「唐○○購買系爭房地自備款不足，應貸款成數多寡，自屬唐○○委任金永和公司等人處理買賣系爭房地之重要事務，金永和公司等人明知唐○○貸款資金之需求，於買方與賣方見面一次即締結系爭買賣契約，未慮及唐○○上揭委託事務，及可能貸款不足造成尾款給付困難之窘境，難謂有盡善良管理人應盡之義務，其急欲獲取百分之二至百分之四之仲介費用之意，昭然若揭。」、「受僱人詹○○身為專業不動產經紀人員，自應本於善良管理人之注意義務處理本件經紀業務，惟其訂約過程保證可貸款 8

成，顯有嚴重之瑕疵，系爭房地不可能核貸達 8 成，卻出具可貸款八成之房貸試算表，顯見不但未盡業務員預見危險及調查之義務，有可歸責事由，是金永和公司等依上開條例第 26 條之規定，應連帶賠償唐○○所受之損害。」又『不動產經紀業管理條例第 22 條第 1 項及民法第 567 條第 2 項規定，仲介業者針對其所為之仲介行為，既向消費者收取高額之佣金，應就其所從事之業務負善盡預見危險及調查之義務。』最高法院 84 年台上字第 1064 號判決要旨可參。」「綜上，本件唐○○所受損害為已給付向○之價金 63 萬元，另為已支付金永和公司之仲介費用 7 萬元，合計因系爭房地買賣支出共有 70 萬元，唐○○主張金永和公司、李○○、詹○○應連帶賠償，應屬有理由。」本件仲介業者提供貸款試算服務僅為附加服務，且貸款試算僅具參考性質，實際核貸成數應以銀行核貸為準，且委託人在資金籌措上仍可能以信用貸款來補足成數，仲介業者卻因此負擔損害賠償責任，核其所課予善盡預見危險及調查義務之責任，已達為當事人盡到最大預防程度（如無法信貸之預防），否則仲介業者仍應負責。

#### （五）仲介人未獲委託人同意之雙方委託

如臺灣高等法院 98 年度上字第 849 號判決：「兩造簽訂系爭契約（即委託銷售契約書）後，上訴人於 96 年 5 月 9 日另與鑫鋒公司簽訂要約書，約定鑫鋒公司應按成交價 3%（即 278 萬 6,100 元）計付佣金予上訴人，有要約書可證。是上訴人未得被上訴人同意，竟同時為鑫鋒公司居間，已違反忠實義務；何況，上訴人對被上訴人報酬僅 80 萬元，對鑫鋒公司酬勞則高達 278 萬 6,100 元，上訴人私下由鑫鋒公司獲得報酬為系爭契約報酬之數倍，如何期待其替被上訴人向鑫鋒公司爭取更有利交易？益徵上訴人違反忠實義務及誠實信用方法，依前開規定（民法第 571 條），其無從請求報酬。」即須經委託人同意始得同受買賣雙方委託，否則即有違反忠實義務。

#### （六）仲介人藉由壓低委託售價而收取相對人利益之行為

仲介人憑藉委託人之信任，藉由壓低委託售價格而收取相對人（買方）利益之行為，自屬違背忠實義務之情形。如臺灣高等法院臺南分院民事判決 101 年度上字第 191 號：「上訴人確實未於 24 小時內將柳○○、吳○○之買賣議價委託書轉交被上訴人之情事，違反其對於被上訴人之據實報告義務，使被上訴人楊○○、

楊○○因資訊不明，未參考買受人之出價，而降低系爭土地售價，進而為利於買受人之行為；又系爭 5 筆土地之買受人吳○○於 98 年 5 月 21 日出價 7,608 萬元後，上訴人之職員林○○表示可以將成交價降低為 7,300 萬元，至因而降低之差額 308 萬元，則由吳○○交付 150 萬元作為對價，顯有以違反誠實信用方法，藉由降低成交價，以收取相對人吳○○高達 150 萬元之利益之行為，進而損害被上訴人之權益。從而，上訴人依兩造之居間契約請求被上訴人應給付居間之報酬，然依民法第 567 條第 1 項前段、第 571 條規定，上訴人之報酬請求權喪失，被上訴人拒絕給付，為有理由。」。

#### 四、小結

依本文前所說明，不動產仲介契約之「主給付義務」為居間行為，只有完成媒介居間買賣契約成立，始完成契約之給付義務而得請求報酬。其餘如估價、廣告、帶看、保管等附加或額外服務均屬「附隨義務」之性質而已，不具備獨立請求之重要性，契約之主義務仍為居間行為本身。

然居間人之忠實義務，係屬於「附隨義務」或另為「從義務」而可獨立請求？此由民法第 571 條立法理由研判：「僅按居間人既受委託人之委託，即有忠於所事之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，而由相對人收受利益者，自屬違背忠實義務。本條明定不許居間人向委託人請求報酬，暨請求償還其支出之費用，蓋一方保護委託人之利益，一方示予居間人之制裁也。」明白揭示居間人應具備忠實義務，違反忠實義務即有獨立請求效力（居間人不許請求報酬），故忠實義務並非只有附隨義務性質，應具有「從義務」之地位。

另以忠實義務之注意程度而言，必須對委託人所託付之事務，處理上達到為委託人最大或最佳之利益。此點符合不動產仲介契約委託人（出賣人）希望將其託售之不動產以最高價出售之本意；在承買人（亦為委託人）方面，則希望所購得之不動產，係經由其委託之仲介公司，為其議價至最低價成交，並已注意到任何產權或標的物之瑕疵，且據實以報，以視情形決定是否訂約或據以議價，此亦為買方委託人對於業者有忠實義務之期待。

前開買賣雙方委託仲介處理事務之本旨，均希望為其爭取利益最大化，已逾越民法第 535 條有償委任所負善良管理人之注意義務（其客觀上相較於處理自己

事務有更高之注意即可，未必至利益最大化程度），進入忠實義務之注意程度。而民法第 571 條規範居間人之義務及誠實信用方法，是否應達忠實義務之注意程度？查立法理由中既已明確提及忠實義務，則居間或仲介對於委託人應負有忠實義務，當無疑義。

惟在特別法上，不動產經紀業管理條例第 24 條之 2 規範仲介之義務，卻僅止於當事人須以書面同意雙方委託及提供不動產價格與必要資訊等，惟仲介業者是否據此辦理即可解決雙方代理或委託之利益衝突問題？依前述各案例審視，如洩漏委託底價予相對人、經紀業內部人員出面購買之行為、未善盡預見危險之告知義務、藉由壓低委託售價而收取相對人利益之行為等類型，均已逾越條例第 24 條之 2 所規範之資訊提供範疇，而涉及不肖業者利用雙方代理或雙方委託之地位，進而圖謀己利，違反忠實義務。故為強化忠實義務對不動產經紀業者之規制，宜增訂條文規範，於業者違反忠實義務之時，給予委託人（或消費者）獨立請求權之必要。

## 伍、結論與建議

不動產仲介契約在不動產經紀業管理條例於民國 89 年頒布施行後，依該條例第 4 條第 5 款之定義，仲介業務：「指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。」加上本文所分析不動產仲介契約之性質，似可定性為「兼具代理業務之居間契約」。而未採委任或混合契約性質之理由，不僅因特別法已明定「居間或代理業務」，更在於不動產仲介契約之主給付義務即為不動產居間行為，其餘服務僅為附帶性質，尚非雙方委託人所主要關注者，並非對待給付之主要價值所在。

惟不動產仲介契約在定義上，法無明文，導致目前實務見解亦分歧，為利統一解釋，建議主管機關在將來不動產經紀業管理條例修法時，可明文定義不動產仲介契約<sup>71</sup>之意義，俾使不動產經紀業者、行政機關及各級法院遵循。

目前不動產經紀業者提供委託人（消費者）簽訂之不動產仲介契約書，均為定型化契約條款，多已載明在委託銷售同時，一併授予代理權，消費者往往並無

<sup>71</sup> 目前業務主管之條例，即有對契約加以定義者，如殯葬管理條例定義「生前殯葬服務契約」：「指當事人約定於一方或其約定之人死亡後，由他方提供殯葬服務之契約。」。

選擇權利。此已不當限制委託人與更優渥的契約條件締結之權利，拘束委託人自為締約之意思表示自由。尤其在專任委託契約時，縱然委託人已自行尋得買方，仍須請其透過本人的代理人與本人訂約，本人不得自行與買方締約，此與德國通說「排斥性代理權」為不合法之情形相似（即委託人透過授予代理權，放棄自己在代理權所涉領域，自行發出或受領意思表示之能力）。故委託銷售契約是否授予代理權及代理權限內容（範圍）如何？均應由消費者自行決定，並於委託契約書逐一勾選同意與否。

因不動產經紀業管理條例已明文仲介業務包含代理業務，建議主管機關於日後修訂不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項時，明文規範委託人是否授予代理權之選項（如議價、收定、簽約等，均可由本人為之），目前僅收定部分有規範。又專任委託具有實質拘束力，以代理權來拘束本人締約意思表示之自由，類似於以代理權剝奪本人之行為能力，類此條文實屬不宜，已有構成消保法第 12 條第 2 項，對消費者顯失公平之虞，建議列入定型化契約不得記載事項，以維護消費者權益。

另在不動產仲介業務上涉及雙方代理及雙方委託之利益衝突問題，固得由雙方當事人同意，使雙方代理及雙方委託之行為有效（排除禁止之規定）。惟仲介業者係代理利害關係相反之雙方當事人進行議價、收受定金、締約，本質上利益衝突之問題仍在，無法經由當事人同意解決。但若禁止雙方代理或雙方委託，則買方須另尋仲介業者，再由其與賣方委託之仲介業者洽商，成為四方之法律關係，使法律關係更形複雜，除與現行交易習慣不符，亦會延宕交易協商時效，仍非正辦。

故為防杜上開情形，建議仍須修法凸顯忠實義務之重要性，如於不動產經紀業管理條例增訂條文，明文賦予經紀人員如違反忠實義務時，委託人即有損害賠償請求權之法效果，而無須援引民法第 571 條請求，何況第 571 條也僅使業者喪失報酬請求權，又須有使相對人得利之要件，條文中也未明示忠實義務，法院仍須依據第 571 條之立法理由（有提及忠實義務）或另援引誠信原則判決。

增訂條文可參考公司法第 23 條第 1 項：「公司負責人應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致公司受有損害者，負損害賠償責任。」增訂為：「經紀人員應忠實執行業務並盡善良管理人之注意義務，如有違反致委託人受有損害者，負損害賠償責任。」明定從事仲介業應負忠實義務，提升經紀人員及業

者之注意義務及責任（業者負連帶責任），減少雙方代理及雙方委託發生利益衝突之情形，敦促業者在雙方當事人均要求利益最大化之情形下，仍能本於對雙方當事人之忠實義務，尋求雙方均衡合理之合致點，以公平促成買賣交易。

忠實義務既為經紀人員、仲介業者與委託人之間信賴關係的基礎，此因契約關係而成立的忠實關係，實則並非因契約約定或契約法的效力而產生，而是基於契約的本質，即是契約所創設的法律關係具備忠實關係的特性，而有忠實義務的適用，此義務對於維護當事人之交易安全，亦至關重要。也因不動產交易金額龐大，其交易安全影響消費者權益至鉅，故對於經紀人員應履行之忠實義務，具有獨立請求之必要性。依目前實務判決所課予經紀業者忠實義務之要求，其程度已非「附隨義務」所能涵蓋。似應將忠實義務視為經紀業者之「從義務」而非只是「附隨義務」，對於違反忠實義務之經紀業者，委託人得依民法第 227 條請求其負擔債務不履行（不完全給付、加害給付）之損害賠償責任（或得依不動產經紀業管理條例第 26 條第 1、2 項主張應負賠償責任）。

## 參考文獻

### 一、書籍（依姓氏筆畫順序排序）

王澤鑑，民法總則，自版，三民書局經銷，2000年10月。

王澤鑑，債法原理第一冊－基本理論－債之發生，自版，三民書局經銷，2003年10月增訂版7刷。

林誠二，民法債編總論體系化解說（上），瑞興圖書股份有限公司，2000年9月初版。

林誠二，民法債編總論體系化解說（下），瑞興圖書股份有限公司，2001年3月初版。

林誠二，民法債編各論（中），瑞興圖書股份有限公司，2011年1月版3刷。

邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版有限公司，2008年8月初版2刷。

邵建東譯，Dieter Medicus 著，德國民法總論，元照出版有限公司，2002年9月初版1刷。

郭玲惠，民法債編各論（上）僱傭，元照出版有限公司，2006年2月初版第4刷。

劉春堂，民法債編各論（中），自版，三民書局經銷，2004年3月，頁255。

劉連煜，現代公司法，自版，新學林出版股份有限公司經銷，2006年8月初版1刷。

### 二、期刊論文（依出版先後排序）

李永然，從不動產仲介談居間契約，現代地政，第9卷第5期，1989年5月16日。

謝哲勝，忠實關係與忠實義務，月旦法學雜誌，第70期，2001年3月。

陳立夫，從日本法觀點檢討我國不動產說明書與解說之問題－以不動產仲介業務為中心，臺灣法學雜誌，第87期，2006年10月。

黃明陽，房屋仲介消費關係之探討，消費者保護研究，第17期，2013年9月。

李春長等，臺灣不動產仲介經紀業職業倫理規範之回顧與審視，土地問題研究季刊，2017年6月。

謝哲勝，不動產仲介人對於委託人詢問事項的調查義務，法令月刊，第 69 卷第 8 期，2018 年 8 月。

### 三、碩士論文（依出版先後排序）

- 曾泰源，不動產居間契約之研究，文化大學法律研究所碩士論文，1991 年 6 月。
- 曾品傑，房屋仲介契約之研究，台灣大學法律系碩士論文，1998 年 6 月。
- 簡佩如，不動產仲介法律問題之研究，政治大學法律研究所碩士論文，2003 年 7 月。
- 張瑞德，中古屋交易相關法律問題之研究－以仲介業務者義務為中心，政治大學法律研究所碩士論文，2012 年 7 月。
- 陳正緯，不動產仲介相關法制及實務問題之研究，銘傳大學法律系碩士論文，2014 年 1 月。
- 蔡佳蓓，不動產仲介契約爭議問題之研究，政治大學法律系碩士論文，2015 年 10 月。
- 宋宛錚，不動產經紀業者提供不實資訊之民事責任－以日本法制為比較對象，政治大學法律系碩士論文，2016 年 8 月。
- 李宏文，不動產仲介業者雙方代理應盡義務之研究－以法院判決分析為中心，政治大學地政學系碩士論，2019 年 7 月。

### 四、其他

- 立法院公報，第 90 卷，第 51 期，2001 年 11 月 3 日。
- 立法院議案關係文書，不動產經紀業管理條例第 24 條之 1、第 24 條之 2、第 29 條修正案，院總第 1551 號，2010 年 10 月 6 日。
- 內政部「不動產委託銷售契約書範本」，2003 年 6 月。
- 內政部「不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項」，2003 年 7 月。
- 信義房屋一般委託銷售契約書。
- 永慶不動產專任委託銷售契約書。
- 有巢氏房屋一般委託銷售契約書。
- 東森房屋一般委託銷售契約書。
- 東森房屋專任委託銷售契約書。



---

《消費者保護研究》  
第 24 輯，頁 37-68

## 日本近年來對高齡者消費受害所採對策之探討

郭秋梅\*

### 摘要

日本截至 2016 年的高齡人口已占總人口的四分之一，被預測未來將持續增加。同時間出生人數自 1899 年以來首次跌破 100 萬人，僅 98 萬 1000 人，比起 2015 年的 100 萬 5677 人減少了 2 萬多人。現今日本在高齡・少子化社會之情況下，高齡者之消費受害案件數的比例逐年攀升，且其受害內容也日趨複雜，不僅造成高齡者生活品質的低落及其家屬生活上的困擾，同時對於整個國家經濟的健全發展也會帶來負面影響。自從 2009 年日本設置「消費者廳」以來，尤其是「消費者安全法」歷經二次的修訂後，開始強化地方消費者行政的功能，如健全各地方的消費者商談體制、建置全國各地區高齡者的消費安全守護網絡、舉辦以高齡者為對象的消費者教育活動、宣導成年監護制度的利用等。

從以上日本當局對於高齡消費者權益的維護所採之措施，顯然地發現日本的消費者政策已從基於被動的立足點之保護，轉向消費者能夠獨立自主為目標的支援；從事後的救濟，轉向以事前預防為政策之重點。尤其是面對高齡社會所推動的消費受害預防政策更是不遺餘力，值得國人借鏡。

**關鍵詞：**高齡消費者、消費者商談、消費者教育、消費安全守護網絡、成年監護。

---

\* 育達科技大學 應用日語系 專任副教授。

## 壹、前言

日本 65 歲以上人口占總人口之比率在 2012 年已來到 24.1%，處於「超高齡社會」（高齡化比率 21%）之狀態。根據日本內閣府發行『2018（平成 30）年版高齡社会白書』的資料中顯示，2017 年（平成 29）10 月日本總人口 1 億 2,671 萬人中 65 歲以上人口佔了 27.7%。65~74 歲人口（前期高齡者）有 1,767 萬人，占總人口的 13.9%。75 歲以上人口（後期高齡者）有 1,748 萬人，占總人口的 13.8%。相較於 2016 年（平成 28）同時點的日本總人口 1 億 2,693 萬人少了 22 萬人，而高齡化比率卻比 2016 年的 27.3%增加了 0.4%，同時後期高齡者人數也微幅增加了 0.5%。又根據同白皮書的統計推估 2065 年的高齡化比率將達 38.4%、換言之約 2.6 人中就會有 1 人是 65 歲以上的高齡人口之時代將會到來<sup>1</sup>。

後期高齡者的比率逐年攀升，是近年來日本高齡化之特徵。根據同白皮書所公布的統計資料顯示，2016 年日本的平均壽命男性是 80.98 歲，女性是 87.14 歲，預估 2065 年時男性將達 84.95 歲，女性將達 91.35 歲。又根據厚生労働省發布的『2017（平成 29）年国民生活基礎調査概況』資料中顯示，2016 年家中至少住有一位 65 歲以上的「高齡者家庭」戶數，共有 2378 萬 7 千戶，佔全國總戶數的 47.2%。當中「只有夫妻同居的家庭」者比例最高，占了 32.57%，有 773 萬 1 千戶。其次「獨居家庭」者占了 26.47%，有 627 萬 4 千戶。相較於 2013 年「只有夫妻同居的家庭」占了 29.4%增加了 3%、「獨居家庭」占了 19.47%增加了 7%。從「獨居家庭」的比例看來，意味著四戶的「高齡者家庭」當中，就有一戶是高齡者獨居家庭<sup>2</sup>。

日本社會若依此高齡化速度的進展及人口結構的變化，預期不久的未來年金及老人福祉將會瀕臨破產的危機，高齡者照護服務從政府的措施走向民間的契約化，使用者付費必然是會成為趨勢，藉由企業間的競爭而提升效率將是指日可待。

<sup>1</sup> 參閱內閣府『平成 30 年版高齡社会白書』<https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2018/gaiyou/pdf/1s1s.pdf>及內閣府『平成 29 年版高齡社会白書』<https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2018/gaiyou/pdf/1s1s.pdf>

<sup>2</sup> 參閱厚生労働省『平成 29 年国民生活基礎調の概況』p.4 <https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/k-tyosa/k-tyosa17/dl/10.pdf>。

企業參與銀髮族產業市場機會愈來愈多，但以服務銀髮族為訴求的企業，很多都是倚賴不同業種的合作，或是即便是透過同業種合作的經營方式，幾乎都未具經營福利事業的經驗，契約的對象無論是「設施」或「人」，在規範上都容易造成消費爭議及高齡者消費受害擴大的原因。

自從日本「消費者廳」設置以來，日本的消費者行政體制可說是已達到相當程度的完備，為解決高齡者消費受害的問題，採取許多防患措施，如在全國各地地方廣設消費者中心暨商談窗口、配置消費生活商談員及改善其待遇、建置全國各地區高齡者的消費安全守護網絡等皆是。

本文將基於高齡消費者的特性之前提，以日本國民生活中心 PIO-NET 於每年度所公布的『消費生活商談』統計資料為基礎，基於該資料的統計係以每 10 歲作為一個年齡層的劃分，又基於現代醫療生技的進步人類健康壽命的延長，本文中主要針對 70 歲以上的高齡消費者之消費受害內容及其特徵，以及日本近年來所採高齡者消費受害預防對策及相關配套措施進行探討，期能提供我國主管機關之借鏡與參考。

## 貳、日本高齡者的消費受害之現狀及特徵

### 一、高齡消費者的特性

所謂「消費者」一詞，在經濟學中被視為與生產者相對的一個名詞。經濟學家對於經濟下了各式各樣的定義，若將「經濟」定義為「人類生活事務」的話，人類的生活單只憑藉生產與消費是無法成立的。日本的經濟學家大熊信行氏（1893－1977）曾經提出「生活者理論<sup>3</sup>」，以生活者的概念出發，認為消費行為只是生活的一個手段，消費的終極目的是生活，這個理論的貢獻是促進了現代消費者的生活意識的提升、消費者團體的快速成長以及消費者運動的蓬勃發展，導致日本消費者問題終於在 1960 年代以社會問題的型態呈現，引起日本當局開始正視國民的消費生活品質之問題，同時也喚醒企業的社會責任意識。

<sup>3</sup> 天野正子著（1996 年 10 月）『「生活者」とはだれか』、中央公論社、中央公論社，pp.125～130。

消費者問題除了和每個個人及每個家庭息息相關外，更是關係到整個國家經濟社會結構，諸如環境問題及高齡者問題等皆與消費者問題都有重疊交集的部分。茲將高齡者問題與消費者問題之關聯性簡要歸納成下列三點：一、高齡者隨著年齡增加心身機能的衰退，造成判斷能力的低落；二、高齡期對於經濟生活與精神生活往往會抱持不安的心情，包含對金錢、健康、孤獨及擔心感不上時代的不安等；三、高齡化社會帶來高齡者本人進行消費行為人數的增加<sup>4</sup>；四、高齡者獨居家庭數的增加，缺乏家人參與消費者決策的商量等，以上因素都會影響高齡者在做消費決策的正確判斷，而易於成為不肖業者趁機行騙之對象。

## 二、契約當事人是 70 歲以上的消費商談案件數之推移

日本政府為增進國民生活的安定與品質的提升，於 1970 年以提供國民的消費生活資訊、進行調查研究，依循法律程序解決重要的消費爭議為目的，以特殊法人之名義設置了「國民生活中心」，並於 2003 年成立「獨立行政法人國民生活中心法」，依據該法之規定改名為獨立行政法人，連結了國民生活中心與 15 個中央省廳及 1,250 個地方的消費生活中心（約 3,300 台專用電腦）之間的網路，完成了全國消費生活資訊網路系統之建構，亦即所謂的「PIO-NET」（Practical Living Information Online Network System）。國民生活中心自從成立以來，利用 PIO-NET 系統蒐集全國各地區的消費生活相關資訊，加以進行調查分析後，將足以造成消費危害或有危害之虞的消費資訊，透過媒體及網站周知消費者大眾。除此之外，並提供其他如商品別的資訊檢索服務，定期或隨機進行市售商品的隨機測試，將測試結果提供給企業據以進行商品的改善以因應消費者的需求，並將全國各地方的消費生活中心或與其有合作關係的醫院之事故資訊加以彙整，據以發行成「生活的危險」單張的宣傳單，提供給消費者作為重要的消費生活資訊之參考等。以上皆為國民生活中心之重點業務，在消費者保護業務上發揮了重要的功能。

筆者根據 2017 年度所公布的『消費生活相談概要』相關資料，針對 2008 年至 2017 年十年間契約當事人是 70 歲以上<sup>5</sup>的商談件數加以彙整後，如表 1 所示。

<sup>4</sup> 參閱東珠實著「高齡者の消費者被害防止と消費者教育—高齡者の自立力と社会的連携力の育成をめざして」『季刊家計經濟研究』2008 年 spring No.78 [kakeiken.org/journal/jjrhe/78/078\\_03.pdf](http://kakeiken.org/journal/jjrhe/78/078_03.pdf)

<sup>5</sup> 由於『消費生活相談概要』資料中的統計係以每 10 歲作為一個級距，本文中主要係探討高齡者

從表 1 發現從 2008 年的 115,521 件逐年攀升到 2013 年的 210,192 件，所占比例從 12.1% 升高到 22.3%，之後雖然微幅的減少，但卻依然維持在 20% 的水位。2016 年相對於前一年比較之下雖然呈現微幅減少，但仍然是停留在瀕臨 20% 高水位的狀態。到了 2017 年件數又大幅增加到 26 萬 6 千多件，占總件數的 20%。顯然 70 歲以上的契約當事人在各個年齡層中之消費商談案件比例是相當高的。

表 1 契約當事者是 70 歲以上的年度別商談件數及所占商談總件數的比例

年	商談件數	比例	年	商談件數	比例
2008	115,521件	12.1%	2013	210,192件	22.3%
2009	122,451件	13.5%	2014	197,146件	20.5%
2010	138,755件	15.4%	2015	183,136件	19.7%
2011	148,822件	16.7%	2016	173,852件	19.6%
2012	162,867件	18.8%	2017	266,334件	20.2%

資料來源：筆者參考「2017 年の PIO-NET にみる消費生活相談の概要」  
[www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180808\\_1.pdf](http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180808_1.pdf) pp.2-3 作成

以上的消費受害內容經分析歸納後，有下列三類的受害型態特別引人注目：

1、不肖業者未經消費者的同意，擅自將健康食品郵送到府再向消費者請求價款（架空請求）；2、不肖業者以投資之名行詐欺之實；3、不肖業者趁進行改修房子之便從中詐騙謀取不當利益。尤其以房子的改修而受害的消費爭議，金錢損失曾經最高達 1 千萬日幣（相當台幣三百多萬元）。

根據 2017 年 3 月日本警察廳公布的數據，2016 年的特殊詐欺件數總計有 1 萬 4,151 件。其中 65 歲以上的高齡者是受害人的件數達 1 萬 1,041 件，近八成左右<sup>6</sup>。日本內閣府（相當於我國的行政院）曾於 2017 年進行了「特殊詐欺相關的輿論調查」，根據該調查的結果顯示，回答「不認為自己會遇到被詐欺的事情」的人數隨著加齡而增加，且愈高齡這種現象愈加明顯。此問卷所得結果，已經獲得行動經濟學家與心理學家的研究證實，人類隨著年齡的增長，心理及行動都將隨之而起階段性的變化，而「過度自信」往往是高齡者其中的一個特徵，此特徵往往會讓

的消費問題，故採計以 70 歲以上的高齡者之消費爭議案件數及內容，做為本文的分析基礎。

<sup>6</sup> 參閱【図解・社会】特殊詐欺をめぐる年代別意識（2017 年 3 月）  
[https://www.jiji.com/jc/graphics?p=ve\\_soc\\_tyosa-jiken20170311j-01-w340](https://www.jiji.com/jc/graphics?p=ve_soc_tyosa-jiken20170311j-01-w340)

高齡者缺乏戒心忽略了受害預防的相關措施，而陷於不肖業者所設計的圈套之中<sup>7</sup>。這正說明了以上所述高齡消費者三種的受害型態特別引人注目的原因。

從以上日本關於高齡者的消費心理特徵所進行的調查結果，日本內閣府認為高齡者的「高度自信」可能降低政策實施的成效，值得我國政府當局參考。有鑒於此，於推動高齡者相關的消費受害預防對策時，行政、金融機關、警察、法律專家以及各地方上的自治會等，凡是與高齡者的生活相關的各個組織團體，都需基於其職責或專業或守望相助之立場，針對高齡者的日常生活及其所處環境之變化採取主動積極關懷的作為，建立以高齡者為中心的守護網絡，促進網絡內高齡者彼此間資訊的交換，是當前日本推動高齡者消費受害預防對策之重要機制及課題。

### 三、架空請求<sup>8</sup> 詐騙商談件數之劇增

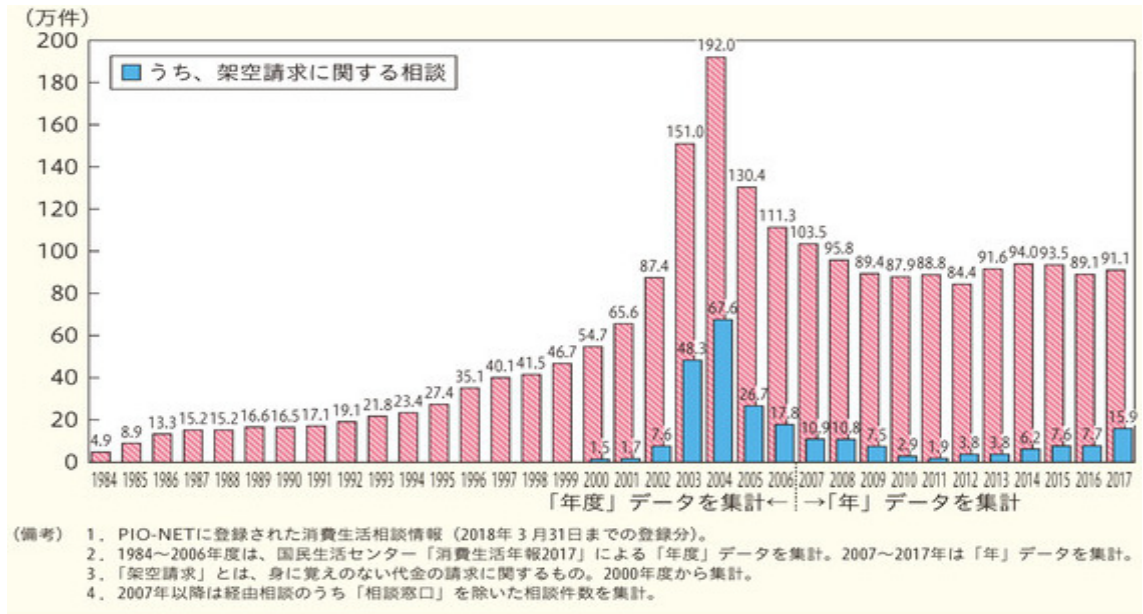
由於網際網路已滲透到我們的日常生活中，尤其是智慧型手機幾乎是人手一機，大大改變了消費大眾的消費生活型態，高齡者當然不例外，大家都漸漸習慣透過 SNS (Social Network Service) 進行人際上的溝通，或透過網際網路進行商品或服務的網購消費。不僅是企業對消費者，甚至消費者對消費者的交易市場已漸普及。如此一來，一般消費者除了是買方的同時都很可能輕易地成為賣方，造成架空請求消費爭議件數在 2008~2017 年十年間劇增的原因。

從圖 1 可以發現消費生活商談總件數從 2004 年的最高點 192 萬件，下滑到 2012 年的 84.4 萬件，相對地架空請求件數在同時間內也是呈現下滑的狀況。但從 2012 年開始無論是總件數或架空請求都呈現緩慢上揚，一直到 2017 年整體的消費生活商談總件數約 91.1 萬件，比 2016 年的 89.1 萬件增加了 2 萬件，其原因是架空請求的案件從 2016 年的 7.7 萬件暴增到 2017 年的 15.9 萬件，增加了 2 倍以上之故。2017 年架空請求的消費受害金額總計達到 13 億 2,196 萬日幣，比較 2016 年的 9 億 7243 萬日幣成長了將近 3 億 5 千萬日幣的金額。消費受害的對象以 60 歲~69 歲

<sup>7</sup> 參閱株式会社日経リサーチ「高齡者はなぜ詐欺被害者になりやすいのか」<https://www.nikkei-r.co.jp/column/id=6989>

<sup>8</sup> 所謂「架空請求」是消費者本身並未與業者合約關係，卻被不肖業者假藉法院或律師事務所或債權回收業者等之名，以類似「緊急通告」等字眼威脅消費者支付款項，騙取金錢之一種詐欺不法的商業行為。

的年齡層所占的比例最多，70~79 歲者次之，50~59 歲者排名第三。消費受害商談者以性別而言女性居多約占了七成左右。付款的方法通常透過儲值卡的帳號、銀行轉帳以及到便利商店匯入指定帳號等方式，特別值得一提的是當消費當事人在便利商店進行轉帳時，店員詢問是否是「詐騙集團」時，竟然回答「不會」。



資料來源：內閣府『平成30年版消費者白書概要目次』第1部第1章第3節「消費生活相談の概況」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_research/white\\_paper/2018/white\\_paper\\_summary](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_research/white_paper/2018/white_paper_summary)

圖1 消費生活相談總件數及架空請求商談件數的推移(1984-2017)

此種架空請求詐騙通常是以郵寄、電話、電子信件或簡訊等行銷的手段，雖然沒有特定的行銷對象，但一經消費者回復時就可能陷入不肖業者的圈套，曝露了自己的身分之後，後續就會有付款的情事發生。尤其是從高齡者的生理、心理及社會因素等特性觀察，不難理解高齡者受害比例為何會比其他年齡層的消費者來得高的原因。

#### 四、高齡者消費生活商談排行前十名的商品・服務別

高齡者消費生活商談件數排行前十名的商品與服務別，從2011年、2014年、

2017 年三年的變化比較觀之。(如表 2 所示)網際網路相關的項目有「數位內容(網路遊戲)」、「光纖」、「成人資訊網站」及「其他數位內容」。2017 年與網際網路相關總件數 4,6035 件，占整體的消費生活商談總件數的 42%，與 2014 年的 23,960 件及 2011 年的 6,094 件相較之下，呈現大幅成長。其中以 2017 年「數位內容(網路遊戲)」23,498 件，僅次於一般商品。

另外，有關投資邀約型商談型態有「基金型投資商品」、「債券」、「未上市櫃股票」等，在 2011 年各排名第二、五、六名，到 2014 年除了「基金型投資商品」增加到 10,017 件退居第三名之外，其他的二項也都不在前十名內。在 2017 年投資邀約型的商談型態完全不在前十名的排行榜當中，而為網際網路相關項目所取代。

表 2 高齡者消費生活商談排行前十名的商品與服務別件數

	2011年	件數	2014年	件數	2017年	件數
1	自由借貸與消費者金融	10,544	一般商品	22769	一般商品	39,706
2	基金型投資商品	8,476	成人資訊網站	12156	數位內容(網路遊戲)	23,498
3	一般商品	7,404	基金型投資商品	10017	光纖	9,694
4	成人資訊網站	6,094	自由借貸與消費者金融	6210	成人資訊網站	7,180
5	債券	6,092	數位內容(網路遊戲)	6203	其他數位內容	5,663
6	未上市櫃股票	5,414	報紙	6005	報紙	5,398
7	報紙	4,993	光纖	5601	自由借貸與消費者金融	4,936
8	彩券	4,316	商談等其他	5189	維修服務	4,813
9	維修服務	4,145	服務等其他	5081	其他健康商品	4,778
10	商談等其他	3,117	維修服務	4368	商談等其他	4,158

資料來源：筆者參閱平成 30 年版『消費者白書』第 1 部第 1 章第 3 節「消費生活相談の概況」，[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_research/white\\_paper/2018/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_research/white_paper/2018/)

除此之外，從表 2 可以發現有關借貸型消費商談型態的「自由借貸與消費者金融」在 2011 年以 10,544 件居冠，2014 年以 6,210 件退居第四位，到了 2017 年

則減少到 4,936 件退居第七位。另外，在『消費者白書』（平成 30 年版）中同時也呼籲「虛擬貨幣」的申訴案件在高齡者消費生活商談中有漸增的趨勢，值得相關主管單位注意。

## 五、契約當事人 70 歲以上年齡層的主要購買型態

從表 3 發現 2017 年契約當事人是 70 歲以上的高齡者消費生活商談中主要的購買型態，70 歲以上的當事人含認知症的高齡者及障礙者最多的商談比例是「訪問購入」<sup>9</sup>（49.4%），其次依序為「訪問買賣」（38.6%）、「電話勸誘販賣」<sup>10</sup>（38.1%）、業者未經消費者同意擅自寄發商品給消費者的推銷（「ネガティブ・オプション」<sup>11</sup>）（37.1%），可說是各占有相當高的比例。其原因往往是高齡消費者在行銷業者的話術之下，陷於迷思無法做出明確的消費者決策所致。

表 3 契約當事人是 70 歲以上年齡層的主要購買型態別所占比例（2017 年）

順位	販売購買形態別	比例	順位	販売購買形態別	比例
1	訪問購入	49.4%	5	多層次傳銷	17.3%
2	訪問販売	38.6%	6	店舗購買	13.9%
3	電話勸誘販売	38.1%	7	通信販売	13.5%
4	消極選擇	37.0%			

資料來源：筆者參閱「2017 年の PIO-NET にみる消費生活相談の概要」，[http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180808\\_1.pdf](http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180808_1.pdf) p.4 作成。

## 六、高齡者的消費生活商談之處理時應有的視點

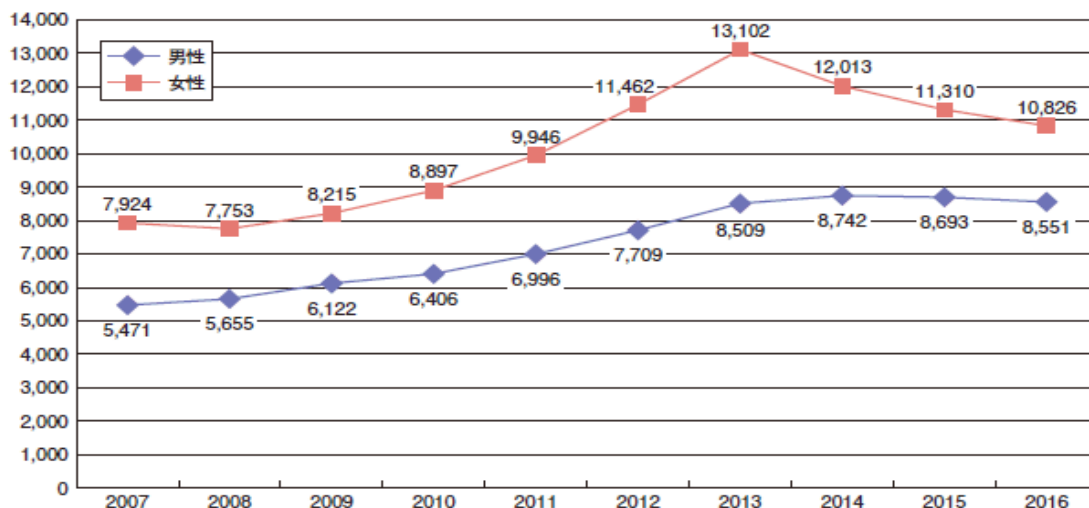
患有失智等的高齡者及障礙者的消費生活商談，從 2007 年逐漸增加直到 2013 年是過去以來的最高，自 2016 年即呈現下滑的態勢。以性別而言，女性的件數一

<sup>9</sup> 所謂「訪問購入」在日本的定義是，購買業者在店舖等以外的場所，如在消費者的住處等進行物品的承購。此處的購買業者是指以向消費者承購物品為業的經營者。（參考日本「特定商交易法」規制対象「訪問購入」定義第 58 条之 4）

<sup>10</sup> 所謂「電話勸誘」，是指銷售業者打電話到消費者的住處或職場，偽造身分利用電話以不實的說明、或含糊說明之手段進行強迫推銷、或鎖定對象請消費者回撥的一種販賣方法。

<sup>11</sup> 所謂「消極性選擇」（「ネガティブ・オプション」Negative option）與「送りつけ商法」、「押しつけ販売」、「架空請求」在行銷手法上都有雷同之處。可參考注 5「架空請求」。

直以來都比男性多<sup>12</sup>。(如圖2)由於身心障礙者或高齡者對於消費受害意識薄弱，導致提出申訴或商談者以其周遭的親戚友人居多。



資料來源：『平成30(2018)年版消費者白書』當「第1部第1章第3節消費生活相談の概況」  
[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_research/white\\_paper/2018/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_research/white_paper/2018/)

圖2 失智高齡者、障害のある人等の年度別・男女別相談件数の推移(2007～2016年度)

基於高齡者的生理、心理、社會層面及獨居高齡者的增加，日本國民生活中心呼籲受理高齡者的消費生活商談時，有下列幾點值得注意的地方<sup>13</sup>：

1. 獨居的高齡者容易招來紛爭及受害，但受害的意識薄弱，相較一般高齡者容易受騙，經常無法突顯問題的癥結點。
2. 獨居的高齡者相較一般高齡者容易有紛爭與受害，以販賣型態而言特別是「訪問購入」、「訪問購買」、「電話勸誘販売」的案例占整體高齡者的比例最多。
3. 獨居的高齡者容易被同一業者或其他不同業者鎖定為行銷的族群，在購買時往

<sup>12</sup> 參閱內閣府『障害者白書』(平成30年版)「第4章日々の暮らしの基盤づくり」  
[https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/h1\\_04\\_01\\_01.html#h1\\_04\\_01\\_01\\_06](https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/h1_04_01_01.html#h1_04_01_01_06)

<sup>13</sup> 參考國民生活センター「家族や周囲の“見守り”と“気づき”が大切—認知症等高齡者の消費者トラブルが過去最高に！—」平成26年9月11日  
[http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20140911\\_1.html](http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20140911_1.html)。

往趁家人不注意的時候，重複購買，造成受害的擴大及金錢上龐大的損失，商品通常以健康食品及棉被為最多。

4. 有關獨居的高齡者在簽約過程中有判斷能力不足之情事難以舉證。即使家人或周遭同伴或友人發現了，高齡者當事人往往已記不清簽約時的經過，甚至連廠商的名字都記不得的情況下，究明消費爭議之原因更顯困難。
5. 獨居高齡者容易被不肖業者利用其弱點而被鎖定為行銷的對象。由於受害意識薄弱，其受害次數容易比一般高齡者多且損失的金額也會較大。

另外，當處理高齡者及身心或障礙者的消費生活商談案件時，過程中可能衍生出來的是高齡者照護服務、成年監護制度、日常生活自立支援事業的申請等問題，甚至社會救濟或進住安養設施的服務等，經常必須要會同其他相關機構的協助處理，始能進行結案的情事。

有鑑於此，日本政府為了有效預防高齡者或身心障礙者的消費受害之產生，採取消費者行政及福利行政機關雙管齊下之因應措施，無論是從消費者行政或從福利行政的立場出發，二者如同一台車的二個輪胎，必須相互依賴與支援，才能安穩的行駛順利達成解決問題之目的，唯有如此才能徹底有效地確保高齡者的消費生活安全。除此之外，家人與社區居民的守護與關心也同時被納入強化地方消費者行政戰略的重要概念。

## 參、日本強化地方消費者行政之重要戰略

日本的消費者行政是傳統縱向規範制度，缺乏橫向溝通與協調，造成主管機關各自為政，無法有效解決消費者問題。舉例而言，如吞嚥蒟蒻果凍噎死人事件、中國製的冷凍餃子中毒事件、Paloma 熱水器製造瑕疵導致多起一氧化碳中毒死亡事件等，嚴重威脅了日本社會大眾的健康安全與消費者權益。這些消費事件所造成的重大受害反映了日本縱向規範制度的缺失，行政因應遲緩所導致的結果，也因此催生了 2009 年日本「消費者廳」之設立。

消費者廳的設立整合了原有縱向分工之行政體系與法規，發揮了做為全國消費者行政機關的司令塔之指揮功能，以達成更有效維護消費者權益之目的。除此之外，同年 5 月制定了「消費者廳關連三法」，即「消費者廳及消費者委員會設置

法」、「伴隨消費者廳及消費者委員會設置法之施行相關法律之整備法」、以及「消費者安全法」。從此日本放棄傳統縱向規範思維，轉為推動行政一元化以落實保障消費者利益，邁向日本消費者政策史上嶄新的里程碑。

## 一、「改正消費者安全法」的「地方消費者行政強化作戰」相關規定

消費者安全法（平成 21 年法律第 50 号）於 2009 年制定以來，歷經了 2012 年及 2014 年二次的修訂。於 2012 年第一次修訂時，開始對於業者因不當的交易行為，造成多數的消費者財產上的重大損害，或有受害產生之疑慮時進行了規範。內閣總理大臣對於進行該不當的交易行為之業者，可加以規勸或以行政命令令其停止該不當交易的進行並採取必要措施。有了此規定，當重大的交易受害事件處於灰色地帶無相關主管機關可管時，消費者廳即可透過「消費者安全調查委員會」（消費者事故的調查專責機構）進行調查，必要時進行行政處分，以落實消費者安全措施之執行。這就是 2012 年修改內容之最大特色。

2014 年之第二次的修訂內容，主要是充實強化地方消費者行政的相關規定，其內容簡要歸納如下<sup>14</sup>：

### （一）各地方「消費生活中心<sup>15</sup>」之強化功能

強化地方消費者行政之功能，首要任務在於提升消費生活中心人員處理消費者申訴的協調能力，以及縮小消費者與事業者之間的資訊交涉能力的落差。相關配套措施諸如訂定中心設立的參考基準並要求各地方制訂條例，抑制消費生活商談員無故的被解雇（「改正法」10 條之 2），導入「消費生活商談員<sup>16</sup>」資格的國家考試證照制度（「改正法」10 條之 3），訂定消費生活商談員及行政職員的研修

<sup>14</sup> 參考「地方消費者行政強化作戰の達成狀況」（平成 30 年 10 月）[https://www.caa.go.jp/policies/policy/local\\_cooperation/local\\_consumer\\_administration/pdf/local\\_consumer\\_administration\\_181017\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/local_cooperation/local_consumer_administration/pdf/local_consumer_administration_181017_0001.pdf)

<sup>15</sup> 依據消費者安全法第 10 條第 1 項及第 2 項規定設置的消費生活中心。

<sup>16</sup> 消費生活商談員所指的是，根據消費者安全法之規定於平成 28 年開始實施「消費生活相談員資格試驗」，參加國家考試合格取得國家證照者。其工作內容主要介於消費者與業者間透過電話或面談進行雙方的溝通協調以解決消費者爭議，協調交涉的過程消費生活商談員的知識、經驗、溝通能力、說服力是非常重要的。

規定等。

## （二）「消費者安全確保地域協議會」（「消費者安全守護網絡」）之設置

「消費者安全確保地域協議會」（以下簡稱「地域協議會」）的成員是由國家或地方機關（如消費生活中心）、地方的福祉、保健醫療、警察司法、教育及業者等各相關單位，以及其他如「消費生活協力員」或「消費生活協力團體」所構成，主要以看守高齡消費者的安全所必要進行的消費生活上的國家資源之提供協助為目的而設置。由於消費者安全的涉及層面非常廣泛，將「消費生活協力員」或「消費生活協力團體」納入協議會之成員，主要目的在於促進地域協議會的成員能夠關注被守護的高齡者，並適時提供其消費生活資訊。

地域協議會在設置當初的構想，認為首要任務是商談體制的完備，其次是與高齡者周遭日常生活中可能相關人員如民生委員、幫傭、介護支援專門員<sup>17</sup>（ケアマネジャー）等儘可能納入地域協議會的成員，以團隊、任務編組等有機組織之型態，發揮以任務為導向之互相支援的團隊效能，扮演高齡者及障礙者之消費者安全的守護神，起到防微杜漸的作用。基於此種團隊的概念建立守護高齡者的網絡，促進網絡內成員間的資訊共享及協調商議功能的發揮。（「改正法」11 条之 3～11 条之 6）如此一來，透過個人資訊與其他人分享的方式，形成為預防及解決消費者受害的有效手段，也是地域協議會設置最大的意義之所在。網絡內各個被守護的對象（高齡者）間共享個人資訊，讓守護的目的得以更具體且有效地實現。

「改正法」除了排除個資法禁止個資提供給第三人之規定，同時也規定了應遵守秘密之義務。（「改正法」11 条之 5<sup>18</sup>、「改正法」11 条之 8<sup>19</sup>）近年來，「地域協議會」的設置以及守護高齡者網絡的建立，已成為判斷各地方預防高齡者消費受害執行成效的重要指標。

---

<sup>17</sup> 「介護支援專門員」（ケアマネジャー）是指根據日本介護保險法規定，實施介護保險制度時經國家考試通過具有介護支援專門員資格的人，始能進行需要支援或介護當事人之申請予以認定，或接受其家屬的諮商，研擬介護服務的提供計畫等事務。

<sup>18</sup> 依據「改正法」11 条之 5 規定：從事過協議會事務的人或正從事協議會事務的人，不得洩漏對於有關協議會相關事務的任何秘密。

<sup>19</sup> 依據「改正法」11 条之 8 規定：消費生活協力團體的主管階層或職員或消費生活協力員或曾經是擔任過這些職務的人，為謀求增進消費者利益曾經參與過相關活動而得知的相關秘密，皆不得洩漏。

### (三)「財政措施的法律相關規定」之創設

每一個人的日常消費生活總是脫離不了自己所居住的範圍，與消費者最貼切的地方消費者行政若沒有發揮功能，消費者的安全及安心就無法得到保障。日本「消費者廳」創設以來、根據消費者基本計畫<sup>20</sup>（2015年3月24日閣議決定），為了讓每一個人在任何地方都能獲得高品質的商談服務與救濟，充分利用地方政府的消費者行政之機能，確保每一位消費者的生活安全，就是制定「地方消費者行政強化作戰」戰略之主要目的。該戰略最主要的特色是透過地方消費者行政補助款的編列，達成以下之目的：1、以支援地方上具有計畫性安定性的措施得以落實執行；2、以持續確保地方消費者行政的自主性及獨立性，達成預期的政策目標等。由於消費者行政與其他行政領域之發展相較下是落後的，透過法律明文的規定編列地方消費者行政補助款，不僅是全國消費者所樂見，亦是推動消費者行政之有效的強化手段。

## 二、日本強化地方消費者行政戰略之目標達成現況（2018年）

有關日本地方消費者行政設定的當前政策目標有五項：1、促使各地方自治團體全面設置商談窗口。2、促使商談體制品質的提升。3、促使未設立適格消費者團體<sup>21</sup>的區域全面設立。4、促使消費者教育之推展。5、促使「消費者安全確保地域協議會」的全面成立等。有關「政策目標1」各地方自治團體商談窗口的設置之政策目標，日本全國共計有1,724個市區町村，截至2018年9月底已有1,721個市區町村已完成設置，達成率近100%。另外「政策目標3」有關適格消費者團體的設置，總計19個團體已成立<sup>22</sup>，目標達成率為100%。有關其他三個目標的達成現況如下：

<sup>20</sup> 消費者基本計畫、是依據消費者基本法（昭和43年法律第78號）第9條規定、政府為謀求消費者政策得以有計畫的推進，①研擬長期的消費者政策之大綱、②訂定消費者政策的計畫性的推進時的必要事項以利推展消費者政策的相關基本的計畫。參考消費者庁「消費者基本計畫等」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_policy/basic\\_plan/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_policy/basic_plan/)。

<sup>21</sup> 「適格消費者團體」，是指為維護消費者全體之利益，可以提請禁止令避免侵權行為的持續進行或擴大之符合資格並經內閣總理大臣的認定之消費者團體。

<sup>22</sup> 參閱「地方消費者行政強化作戰の達成狀況」（平成30年10月）[https://www.caa.go.jp/policies/policy/local\\_cooperation/local\\_consumer\\_administration/pdf/local\\_consumer\\_administration\\_181017\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/local_cooperation/local_consumer_administration/pdf/local_consumer_administration_181017_0001.pdf)

## ●政策目標 2、商談体制品質的提升<sup>23</sup>

- 2-1 促進消費生活中心的設立，人口 5 萬人以上的市町已設置消費生活中心者有 94.9%的達成率，其餘的有 12 個県尚未達成。另外人口 5 万人以下的市町村的達成率是 49.1%，全國總計有 855 所中心已設置。
- 2-2 地方自治体已有 50%以上配有商談員、以平均配置率而言已有 83.4%的達成率、尚有 4 個県未達成。
- 2-3 持有消費生活商談員資格的比率已超過 75%以上，以平均持有率而言 已達 81.3%，尚有 23 個道県未達成。
- 2-4 消費生活商談員參加研修的比率以每個年度皆提升到 100%為目標，平均參加率達 91.8%，有 36 個都道府県尚未達成。

## ●政策目標 4、消費者教育的推進

- 4-1 消費者教育推進計画<sup>24</sup>的策定及消費者教育推進地域協議会<sup>25</sup>的設置，於 2018 年 9 月底有 47 都道府県（43 縣+一都一道二府）及 20 個指定都市（全市人口超過 50 萬以上）中 18 個指定都市已分別達成目標，達成率有 90%。

## ●政策目標 5、「消費者安全確保地域協議会（守護網絡）」的構築<sup>26</sup>

- 5-1 消費者安全確保地域協議会（看守網絡）的設置，於 2018 年 9 月底人口 5 萬人以上的地方公共团体已設置者從 2017 年 3 月底的 24 市区町增加到 88 市区町，所有的市町皆已設置完成的都道府県只有德島県及兵庫県，2019 年 1 月底設置完成的自治体数從 2016 年 4 月的 10 個自治体，雖然大為提

<sup>23</sup> 同注 18

<sup>24</sup> 都道府県の消費者教育推進計画，是指依據消費者教育推進法第 10 条第 1 項規定（「都道府県根據基本方針，應致力於推展該都道府県地區消費者教育之相關必要的措施而制定計畫。」）而制定的計畫。參考消費者庁「都道府県消費者教育推進計画等策定狀況」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_education/consumer\\_education/promote/prefectures/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_education/consumer_education/promote/prefectures/)

<sup>25</sup> 消費者教育推進地域協議会是依據消費者教育推進法律第 20 条第 1 項規定（「都道府県及市町村、為推展該都道府県或市町村地區的消費者教育，應由消費者、消費者团体、事業者、事業者团体、教育關係者、消費生活中心及其他該都道府県或市町村相關機關等為成員，設立消費者教育推進地域協議会」）組織設立。參考消費者庁「消費者教育推進地域協議会設置狀況」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_education/consumer\\_education/promote/council/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_education/consumer_education/promote/council/)。

<sup>26</sup> 參考「消費者安全確保地域協議会 設置狀況一覽（全國）」2019（平成 31）年 1 月末日 [https://www.caa.go.jp/policies/policy/local\\_cooperation/system\\_improvement/consumer\\_safety\\_act\\_amendment/list/pdf/list\\_190206\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/local_cooperation/system_improvement/consumer_safety_act_amendment/list/pdf/list_190206_0001.pdf)

升增加到 197 個，但僅占總自治體數的 1788 個的一成。

### 三、身心障礙者相關法律的消費者保護規定之增訂

有關癡呆性高齡者或身心障礙者之消費者保護，日本於 2011 年進行「障礙者基本法」（昭和 45 年法律第 84 号）之修訂，於同法中增訂了第 27 条「作為消費者的障礙者的保護」之規定：國家及地方公共團體、事業者對於障礙者應以適切的方法提供資訊，致力於其消費者權益之維護。

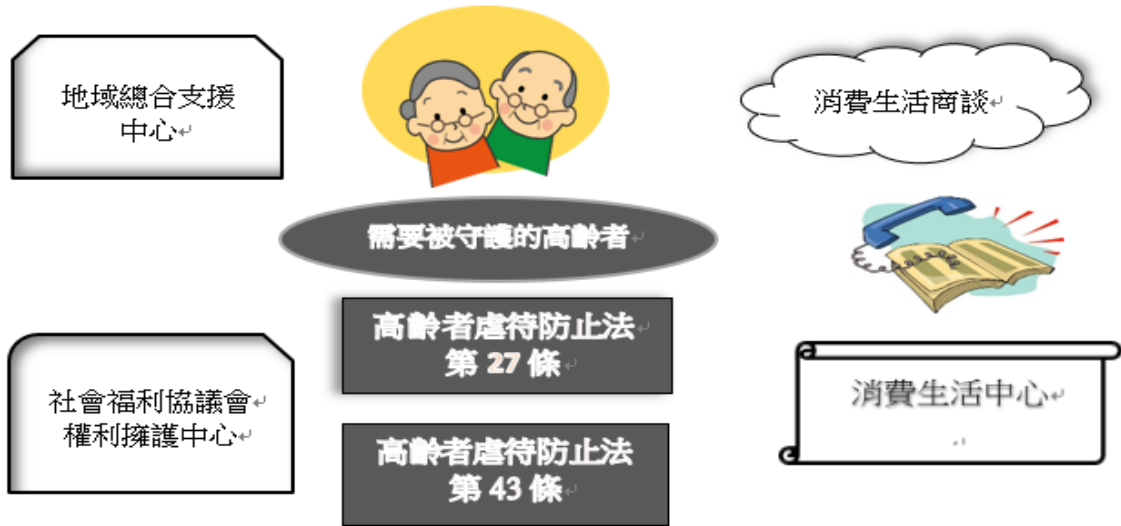
又於 2016 年（平成 28 年）「以障礙為由的差別解消推進相關法律」（以下簡稱「障害者差別解消法」）（平成 25 年法律第 65 号）開始施行。根據同法第 1 条規定：「全體國民無論身心障礙的有或無，基於基本人權應受尊重之理念，全體國民不得因身心的障礙而受到不同的待遇，彼此的人格及個性應相互尊重，以實現共生社會為目的。」。顯然可見，對於障礙者提供合理的協助與支援是國家及地方公共團體應盡之義務，從此身為障礙者同時又是消費者已從被保護的客體轉換為人權的主體之觀點，隱含著獨立自主的概念。

如圖 3 中顯示，預防高齡者·障礙者的消費受害之發生，主管消費爭議事務的各地方的消費生活中心經常必須與負責福祉的關係機構維持緊密合作、相互支援的網絡關係。「地域總合支援中心」基於維護當地社區居民的身心健康及生活安定之需求，進行總合性的支援，以提升當地居民保健醫療品質及增進福祉為目的，於 2006（平成 18）年所創設的社區型總合性照護推動的中核機關。其主要業務包含 1、總合商談支援業務；2、權利擁護業務；3、總合性且持續性的照護管理支援業務；4、介護預防的照護管理支援業務<sup>27</sup>。

「地域總合支援中心」的業務繁多與「社会福祉協議会」所管業務雖然有重疊的地方，但每個市町村都能夠因地制宜的設計其所應扮演的具體角色及合作模式，以發揮相輔相成的功能。尤其是權利擁護業務（介護保險法第 115 条の 45 第 2 項第 2 号）在防止及因應消費者的受害及促進成年監護制度的利用，扮演著以下四大重要的角色：1、消費受害的發現者；2、預防再度發生的守護、統籌協調者；3、預防受害擴大的資訊提供者；4、預防消費受害發生的社區營造者。

<sup>27</sup> 參閱消費者庁「消費者安全確保地域協議会設置の手引き」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/local\\_cooperation/system\\_improvement/network/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/local_cooperation/system_improvement/network/)

高齡者・障礙者的權利擁護與消費者受害  
 ～密切相關的福祉機構～



資料來源：筆者參閱消費者庁「消費者安全確保地域協議会設置の手引き」作成  
[https://www.caa.go.jp/policies/policy/local\\_cooperation/system\\_improvement/network/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/local_cooperation/system_improvement/network/)

圖 3 高齡者・障礙者的權利擁護與消費者受害相互支援網絡

「消費者廳」於 2017（平成 29）年為掌握障礙者的消費行為及消費者紛爭實況，獲得德島県及岡山県の協助進行「障礙者消費行動及消費者紛爭相關調查」，2018（平成 30）年 3 月公開調查結果報告書，從調查結果發現障礙者整體而言喜歡購物，同時遇到消費者紛爭的可能性也較一般的高齡消費者來得大<sup>28</sup>。

#### 四、高齡者的消費者教育政策

日本的「消費者教育推進相關法律」（平成 24 年法律第 61 号、以下簡稱「消費者教育推進法」）於 2012 年公布，同年施行。「消費者教育推進法」是依循「消

<sup>28</sup> 參閱「第 4 章日々の暮らしの基盤づくり」『平成 30 年版障害者白書（全体版）』内閣府 [https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/contents\\_figure.html](https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/contents_figure.html)

費者基本法<sup>29</sup>」(昭和 43 年法律第 78 号、以下簡稱「基本法」)第 2 条的基本理念,提供消費者的資訊及教育機會,支援消費者的獨立自主性(「消費者的自立」),要求国家及地方公共团体須研擬並充實消費者教育施策,讓施策得以落實所制定的法律。

「消費者教育推進法」的制定,讓日本的消費者教育起了巨大的變化而邁向一個嶄新的里程碑,以下幾個規定值得注目:①消費者教育之目的在於促使消費者能夠自主性的參與社會性事務以促進「消費者市民社会」之形成(2 条、3 条)、②明示国家及地方公共团体的責任義務(4 条、5 条、8 条)、③明示消費者团体、事業者及事業者团体應致力於實施消費者教育之規定(6 条、7 条)、④讓学校、大学、地區的消費者教育的實施主體更明確,內容方法都更加具體而有系統(11 条、12 条、13 条)等。

根據「消費者教育推進法」第 1 条(目的)明文規定,提供消費者教育的機會是消費者的權利,在此前提下中央及公共地方團體都有責任及義務推動消費者教育並訂定相關必要之事項,以謀求有系統的消費者教育得以推動,促進國民的消費生活之安定與品質的提升。其制定當時的社會背景之理由與以下幾點有關:

1. 從日本的家計費比重觀察,2016(平成 28)年已到達 291.9 兆円,占日本當年国内総生與産(GDP=538.4 兆円)的一半。可見消費活動對於日本国内的經濟社会整體發展是有很大的影響。消費者的安全與安心若獲得保障,將會連帶刺激消費,甚至帶來整個經濟循環往正向發展的效果。
2. 從高度資訊化發展的角度,網際網路的通訊販賣已帶來消費無國際,消費生活的全球化,雖然有許多方便性但也讓消費紛爭的原因愈趨複雜。金融科技日新月異以及物聯網的發展等,讓消費結構產生巨大的變化,也讓消費安全的風險問題形成了社會問題,是我們在進行消費決策時所不能忽略的。
3. 日本民生用電力及都市瓦斯,已從 2016(平成 28)年 4 月及從 2017(平成 29)年 4 月法規鬆綁而全面自由化。因此增加了消費者的選項,所帶來的除了消費者利益的正面影響之外,伴隨而來的負面影響卻是增加了消費者決策時的風險,如何養成消費者在進行決策時所應具備的自主性選擇判斷力更形重要。

---

<sup>29</sup> 消費者基本法是以「消費者保護基本法」(1968 年制定,昭和 43 年)為本,經過 36 年的施行期間於 2004 年 5 月經修訂後的法律。

提供高齡者相關的消費者啓發資訊及舉辦教育講座，除了灌輸高齡者的「知識」及「技能」的學習之外，「態度」的養成是預防消費者受害之有效且重要的一環。因此「消費者教育推進法」第 1 條（目的）中，提升了消費者教育的地位將其視為「消費者的權利」，並在第 2 條（定義）規定中，將消費者教育做以下之定義：是為了要支援消費者的獨立自主性（「消費者自立」）所進行的教育，亦即讓消費者了解主動參與並深入關心社會事務的重要性，以達成「消費者市民社會」之目標。所謂的「消費者市民社會」，是指消費者能夠彼此尊重每一個消費者的特性及消費生活的多樣性，並從中了解自己所做出的消費者決策都可能會對現在或下一世代的國內外社會經濟情勢或地球環境造成深遠的影響，而為公平正義且永續可能的社會之建構做出貢獻。（「消費者教育推進法」第 2 條「定義」第 2 項）

正因「消費者教育推進法」第 1 條（目的）規定將消費者教育視為「消費者的權利」以及「基本法」第 2 條（基本理念）第 2 項「支援消費者的自立」時「必須考量消費者的年齡等特性」之規定，而促成了日本在高齡化發展迅速之際，特別關注高齡者的消費者教育。近年來，地域協議會（「地方守護網絡」）的建構讓受害不僅能夠提早發現，也是消費者教育的權利獲得保障之有效體制。其相關策略的應用如提供高齡者消費資訊及實施消費者教育，宣導雜誌的流通及前往居民的集會地點舉辦「出前講座<sup>30</sup>」等。

## 肆、日本預防高齡者消費受害之成年監護制度的應用

### 一、日本推動成年監護制度之發展

#### （一）修改的背景及其意義

成年監護制度在日本是名為「成年後見制度」，「後見」一詞是中文的「背後照護」亦即「監護」之意，指對於因患有認知症或身心障礙，缺乏判斷能力或判斷能力不充分的成年人，致無法進行財產的管理或過正常的生活或進入設施的簽約或遺產的分割協議等法律行為時，所設的一種維護其交易的安全並保護第三人

<sup>30</sup> 所謂「出前講座」是指，基於高齡者行動不便之考量，派遣講師前往高齡者居住的社區，進行消費者教育及資訊宣導的上課方式。

利益的一種制度。

依據日本過去的成年監護制度相關規定，為維護交易社會之安全及第三人利益，對意思能力薄弱的障礙者採取強制的保護措施，即不問其行為存餘能力程度的不同，一概先行剝奪其行為能力，採禁治產、準禁治產宣告，復為其設定監護人、保佐人替代其行為能力，各個障礙者猶存的能力如親屬行為能力（婚姻能力、遺囑能力）等，廣泛範圍皆不得自主決定而由法定代理人為之。其次，在法律制度的設計上，除了禁治產與準禁治產的兩分法之標準太過僵硬之外，也欠缺「尊重本人的自我決定權」之理念。

近年來 1、日本隨著高齡化的急速進展，後期高齡者（75 歲以上）的快速增加，預期患有認知障礙等症狀的高齡者比率亦會隨之攀升，隨之所衍生出財產的管理、市場交易的秩序等問題勢必會形成社會問題；2、現代理念的引進，國際人權組織對於障礙者投入更多的關注，形成“維持障礙者當事人生活正常化”<sup>31</sup>（Normalization）和“尊重障礙者當事人的自我決定權”等一系列新思潮的興起；3、少子高齡的社會環境下養兒防老觀念不再，對於高齡者或障礙者獨立自主之支援社會化要求逐漸昇高，女性照顧高齡者、障礙者已是不可能之事實。以上因素皆必須仰賴社會共同解決，造成日本當局開始重視成年監護制度之原因。

有鑒於此，日本當局於 1999（平成 11）年進行了民法的修改，廢除民法總則編中原有的「禁治產人（無行為能力人）、準禁治產人（限制行為能力人）制度，刷新了原親屬篇中的「法定成年監護制度」，另外新增了「意定（原文：任意）監護制度」和「監護登記制度」於 2000 年正式實施。

法定監護是由法院選出法定監護人擔任監護工作之制度。「意定監護」則是由高齡者本人於有充分的判斷能力狀態時，委託監護人擔任其財產管理、療養看護、身心照護等工作，雙方簽訂「意定監護契約」並經法院公證後生效。監護開始時，監護人在家庭法院所選任的監督人之監督下代理本人執行所訂之契約內容，基於尊重本人意思自主的前提下予以保護及支援之制度。現今社會許多家庭成員關係

<sup>31</sup> 所謂「生活正常化」的理念，認為不應將身心障礙者視為社會的弱勢族群予以過度的保護而與社會隔絕，應讓他們與普通人一起過正常的社會生活，易言之，障礙者基於人權的觀點，應如正常人（normal）般過著正常的生活，這才是正常的社會。在當今，Normalization 的理念不僅適用於身心障礙者而且普遍適用於高齡者，1959 年這個理念開始於丹麥制定知能障礙法時被導入，於 1960 年代普及於歐美各國。

疏離，法定監護人未必能做出對失智症患者最好決定，意定監護人對本人多一分尊重，就是少一分家庭衝突發生的機率，在高齡社會急速發展下，有其存在的重要意涵及價值。

## （二）新法定成年監護制度的特徵

法定成年監護在實現方式上，按舊制，法定監護人等的選任僅侷限於一定的親屬範圍，一方配偶被宣告禁治產、準禁治產，另一方配偶當然地擔任其監護人、保佐人，此規定於這次修改中已被取消。修改後的新規定，法定監護人因應行為能力程度的不同，分成「監護」（「後見」）、「保佐」、「輔助」（以「輔助」取代「保護」）三級制的監護型態，取代了過去的禁治產與準禁治產的二級制。「監護」是針對因精神上的障礙經常在欠缺事理認識能力，一個人無法購物的狀態下之保護制度；「保佐」是針對顯然缺乏判斷能力者，一人可以購物但無法行使不動產或汽車等買賣或金錢借貸等重要的財產行為之保護制度；「輔助」（「補助」）是針對判斷能力雖然未及精神耗弱的嚴重程度者，一人可以正常生活但行使重要的財產行為時最好是要有代理人代為行使之保護制度。

新制法定監護人的選任，由家庭法院根據一方配偶、四親等以內的親屬、或檢察官等人的請求，經家庭法院的審理可以做出監護人、保佐人、輔助人（以下統稱為「監護人等」）的選任，基於當事人的利益之考量，賦予契約的代理權、同意權<sup>32</sup>及取消權<sup>33</sup>之行使，以保護及支援被監護人、被保佐人、被輔助人（以下統稱為「被監護人等」）的權益。在選任「監護人等」之時，家庭法院應該考慮到該「被監護人等」的身心程度和生活、財產等情況，以及「監護人等」的職業、經歷及其與被監護人等之利害關係，以及參考擔任「監護人等」的意見等（第 843 條第 3 款、第 876 條之 3 第 2 款、第 876 條之 8 第 2 款）。另，有關監護人的人數，舊制的規定監護人只能是一人（舊民法第 843 條）；而修改後的規定監護人不受人數的限制（第 843 條 3 款、第 876 條之 3 第 2 款、第 876 條之 8 第 2 款），法人也可任監護人。（第 843 條之 3、第 876 條之 3 第 2 款、第 876 條之 8 第 2 款）。

此外，為監督監護人是否妥善地執行監護事務，於監護宣告後家庭法院基於法律上職權的規定，必要時可以選任「監護監督人」以監督之。（民 849 條）依規

<sup>32</sup> 契約的同意權意指該當事人行使法律行為時予以同意之權利。

<sup>33</sup> 契約的取消權是指對當事人不利的法律行為經當事人表示不同意時，事後可以取消之權利

定監督「監護監督人」為家庭裁判所的職權。(民 852 條) 經發現監護人等對於被監護人等做出不法行為或有明顯的不檢點之行徑或其他不適格之情事時，家庭法院根據「監護監督人」、「被監護人」或其親屬或檢察官等相關人士的請求，或家庭法院基於職權的規定亦可行使解任權，解任「監護人等」之資格。(民 846 條)

修改後的日本成年監護制度一改過去之印象，具有以下之特色：①成年監護人針對被監護人的生活、療養看護及財產支配進行監護時，應尊重當事人的意思，並應兼顧到當事人的身心狀態和生活照護的情況。(第 858 條，「身上的保護」)。②被監護人等善加利用存餘的能力可以回歸生活的正常化(normalization) ③在此一全新的理念下，可以讓此制度獲得更有彈性的利用，達到兼顧身心障礙者的照護及其基本人權之尊重。

## 二、日本成年監護制度之促進利用相關策略

### (一) 法規等的制定發展

據 2015 (平成 27) 年的統計，在日本失智性高齡者及障礙者的人數計有 911 萬人，已申請成年監護制度的人數僅 20 萬人，日本當局為謀求促進成年監護制度廣受民眾之利用，於 2016 (平成 28) 年制定了「成年監護制度的利用之促進相關法律」(法律第 29 号)，據此設置成年監護制度利用促進會議及成年監護制度利用促進委員會，研擬了「成年監護制度利用促進基本計畫<sup>34</sup>」，於 2017 年 (平成 29) 年 3 月 24 日已提內閣會議決議通過。

有關「成年監護制度利用促進基本計畫」之內容主要歸納下列幾個重點：①有關成年被監護人的財產管理，以及本人的意思決定、身心狀態和生活皆須獲得重視及妥適的支援；②讓當事人能夠實際上感受到制度的優點及運用的改善，③推動權利維護的支援措施，建立地方協力合作的網絡(「消費者安全確保地域協議會」)；④促進成年監護制度的利用相關施策得以整合並有計畫的推動等。其中有關③支援權利維護的地方協力合作網絡，其具體的主要功能如下<sup>35</sup>：(請參考圖 4.

<sup>34</sup> 「成年監護制度利用促進基本計畫」的實施期間是從 2017 (平成 29) 年到 2021 (平成 33) 年度為期 5 年的期間，各有其階段性的任務，都道府縣從擴大區域範圍的角度支援市町村，市町村則配合中央的基本計畫之必要項目擬定市町村的基本計畫據以執行。

<sup>35</sup> 參閱內閣府「成年後見制度利用促進基本計畫のポイント」<http://www.asai-hiroshi.jp/keikaku3.pdf>；吉野一正「成年後見制度利用促進基本計畫とその展開」月報 2018.1 No.551 司

日本成年監護制度促進利用的支援流程架構)

- 發現・宣導的功能：發現權利需要被維護者，進行宣導・啓發等。
- 商談的功能：商談的因応、監護需求的審慎調查、守護網絡成員的協調等。
- 促進利用的媒合功能。
- 支援監護人的功能：建構「地域協議會」的合作機制，設立整合統整的執行事務中心等。
- 預防成年監護人從中謀取不當利益的非法行為之功能。

另外，基於成年被監護人等的人權尊重，避免以「被監護」之理由受到不公平的對待，日本當局制定了「謀求成年被監護人等權利之限制相關措施的適正化相關法律之整備法律」(「成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図るための関係法律の整備に関する法律案」法律第 37 号)，於 2018 (平成 30) 年 3 月經內閣會議決定並經國會決議通過後，於 2019 (令和元) 年公布實施。依據同法之規定可以避免成年被監護人等之固有的權利不當的被剝奪而喪失該有的救濟與照護。

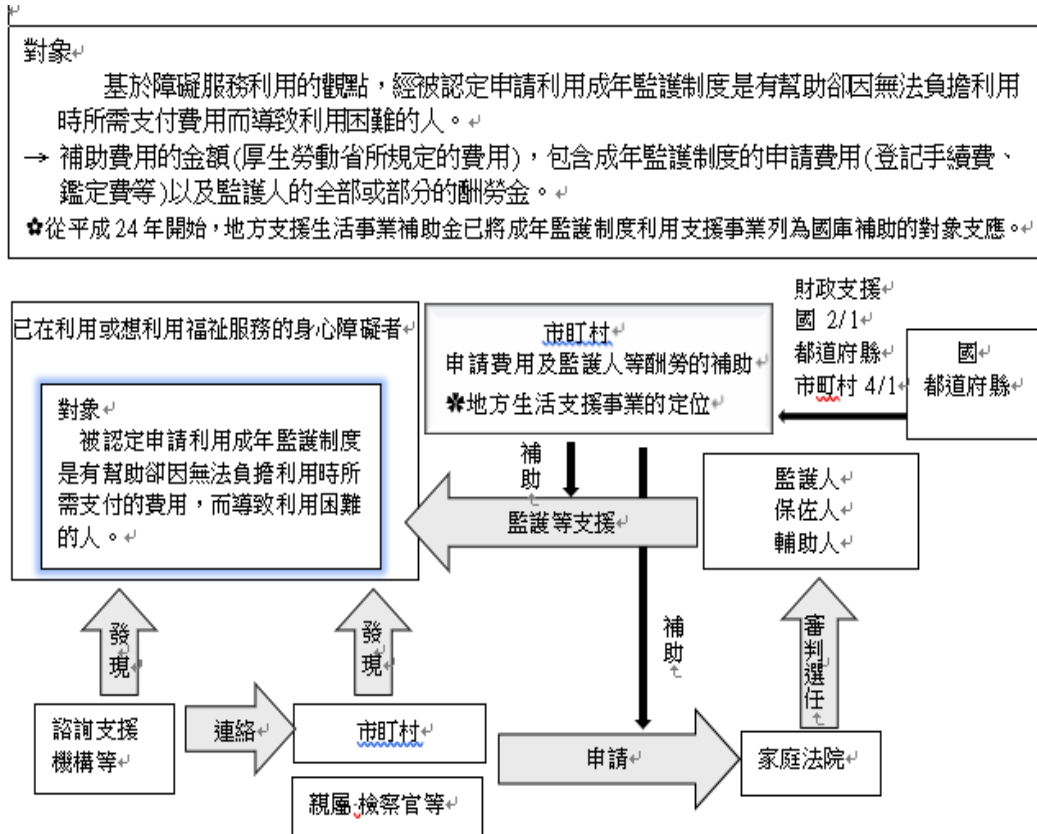
表 4 日本成年監護制度之推動發展

時間	推動法案
2019 (平成31年／令和元) 年	公布實施「謀求成年被監護人等權利之限制相關措施的適正化相關法律之整備法律」(法律第37号)
2017 (平成29) 年	研擬「成年監護制度利用促進基本計畫」
2016 (平成28) 年	制定通過「成年監護制度的利用之促進相關法律」(法律第29号)
2000 (平成12) 年	施行新成年監護制度
1999 (平成11) 年	修訂民法成年監護制度

## (二) 促進成年監護人制度利用的地方支援策略

目前已利用或今後欲申請障礙福祉服務的重度的身心障礙者，因經濟的因素無法負擔提出申請時的必要費用，或往後沒有能力支付給後見人的酬勞之全部或部分時，可以獲得地方的利用促進支援事業以國家財政補助專款預算予以援助。日本成年監護制度利用促進的支援業務啟動後，從 2012 (平成 24) 年已成為市町

村地區生活支援自立事業的必要業務範疇。至 2017（平成 29）年 4 月 1 日止已超過八成計有 1,485 個市町村已開始實施。



資料來源：筆者參考「第 4 章日々の暮らしの基盤づくり」『平成 30 年版障害者白書』作成 [https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/h1\\_04\\_01\\_01.html#h1\\_04\\_01\\_01\\_06](https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/h1_04_01_01.html#h1_04_01_01_06)

圖 4 日本成年監護制度促進利用的支援流程架構

生活支援事業（原來的地方權利擁護事業）的工作內容，主要是針對失智的高齡者或知能障礙者或精神障礙者等判斷能力的不足，且處於無法負擔利用福祉服務時或日常生活中需要金錢支配的代理管理時所需支付的費用者為支援對象，為了讓他們能夠在自己最熟悉的社區過著獨立自主的生活，皆可向都道府県・指定都市及市区町村的社会福祉協議会所主管生活支援事業申請援助。（請參閱圖 4 日本成年監護制度促進利用的支援流程架構）

根據日本厚生勞動省公布的統計數據，日本成年監護制度的利用人數從 2012（平成 24）年 12 月的 166,289 人增加到 2017（平成 29）年 12 月的 210,290 人，依利用等級的類別發現以成年監護的比率最高約 78.6%，保佐的比率佔 15.7%，輔助的比率佔 4.6%，意定監護的人數最少僅佔 1.2%。依申請人之身分別，以子女申請者最多約佔 27.2%，其次是市区町村長及本人各佔 19.8%、14.2%<sup>36</sup>。目前日本申請利用成年監護制度的人數逐漸增加中，又因獨居高齡者的人數已有愈來愈多的趨勢，協助獨居高齡者申請成年監護制度之業務也愈形重要。如何廣泛利用成年監護制度以維護高齡者的權利，是政府當局今後因應高齡社会的重要課題。

### 三、預防高齡者消費受害之成年監護制度的應用

日本促進成年監護制度的利用相關事務，原由各相關主管機關各自研擬計畫，各自負責所管的業務之推動，自 2018（平成 30）年 4 月 1 日開始由厚生勞動省統籌主導。根據「消費者基本計畫」（平成 27 年 3 月 24 日閣議決定）及「消費者基本計畫工程表<sup>37</sup>」（平成 27 年 3 月 24 日消費者政策會議決定）中對於促進「公平交易之實現」事項明確記載：應基於高齡者或障礙者的消費受害預防之觀點，完備地方公共團體成年監護制度之相關措施（如市町村長的申請、成年監護制度利用支援事業）等進行決議之外，在附帶決議中也指示消費生活中心等單位應將成年監護制度廣為周知消費者大眾<sup>38</sup>。

一般處理消費者受害案件時，依據消費者保護相關法律的猶豫制度規定，只要買方傳達給賣方要解約的意願，就可以無條件解除契約之法律效力。一般的訪問販賣所規定的猶豫期間是八天（含契約成立當天）。特別是獨居高齡者的受害意識較低，或基於高齡者的自尊心或容易放棄的心理因素，往往會隱瞞受害的事實，當自己察覺或被發現時往往都已超過了法定猶豫期間，造成許多高齡者的消費受害而無法獲得救濟之結果。

<sup>36</sup> 參閱厚生勞動省『成年後見制度の現状』[https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2\\_2.pdf](https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2_2.pdf)

<sup>37</sup> 所謂「消費者基本計畫工程表」是指針對日本各相關省庁所擬訂的具体施策之推動行程，約每年一次提請消費者政策會議，據以進行實施狀況的檢討、評估、追蹤，聽取消費者委員會的意見後進行修訂而成。

<sup>38</sup> 參閱「消費生活センター等における成年後見制度の周知について」（平成 27 年 6 月 30 日付）[https://www.caa.go.jp/policies/policy/.../kanto\\_2017\\_0020.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/.../kanto_2017_0020.pdf)

近年來日本有關成年監護之全國性或地方性非營利活動法人數持續增加，其中來自日本全國的社會福祉士（相當我國的社工師）以會員制的方式自由加入所組成的全國性職業團體「公益社團法人日本社会福祉士會」，位於廣島縣的支會附屬組織「權利擁護中心ぱあとなあひろしま（Partner hirosima）」（以下簡稱「廣島縣權利擁護中心」），於日本開始實施成年監護制度時即籌設營運委員會，辦理各種研修及受理諮詢業務，主要以培訓養成能夠受任「成年監護人等」資格的社會福祉士為目的。該中心的一名會員兼具「成年監護人」、「輔助人」、「監護人之監督人」資格的社會福祉士岡崎晃氏，他對於成年監護制度應用在高齡者的消費受害預防上已累積了許多成功的經驗。以下是他在處理高齡者消費受害問題時，應用成人監護制度成功地達到受害預防目的之案例，相關內容簡單介紹如下：

#### 案主：A 女士被輔助人 80-89 歲

##### 內容摘要：

A 女士被邀約前往商品銷售會場時，在不肖業者以催眠商法巧妙的話術誘惑下購買了高額的保健食品，而損失了巨大的金額。岡崎氏是擔任 A 女士的輔助人，與 A 女士展開會面時，覺得她有點怪異，即一直詢問她發生了什麼事，一開始 A 女士不敢講，經屢次的追問後 A 女士才據實回復事情的經過。岡崎氏獲悉事情的原委後，以輔助人的身分陪同 A 女士前往會場見了業者，自我介紹他是 A 女士的輔助人，並向業者說明 A 女士進行高額買賣契約時依法律規定必須獲得輔助人的同意，於是此次的消費爭議獲得了業者無條件的返還價金，並將商品歸還業者。岡崎氏規勸 A 女士以後千萬要記得不要自行進行高額的商品交易。過了不久，A 女士再次被不肖業者以電話及信件方式被邀約前往商品銷售會場，再度遭受同樣的受害型態。於是岡崎氏從信件中查知邀約業者的電話後，立刻以輔助人身分打電話給業者說明他是 A 女士的輔助人，獲得了對方的退貨並將商品的價款取回解決了問題。岡崎氏為避免 A 女士再度發生同樣的問題，於是將 A 女士的通訊住所申報變更為他的地址之後，果然收到寄來的許多的買賣邀約信函。

茲將岡崎氏對於此案例的心得引用如下，從此段談話內容可以發現成年監護制度活用在高齡者的消費受害預防上是非常有效且重要的手段。

「有了受任監護人不僅是可以防患未然，同時也可以達到受害的回復之效

果。對於此案例，我的做法是將被監護人的通訊處改為我的地址，讓郵包或信件可以直接由監護人等來受領，藉此篩選這些郵包或信件的來源，以杜絕不肖業者以同樣的對象持續進行非法行銷。如此一來，顯然已達到高齡者消費受害的預防之效果」<sup>39</sup>。

## 伍、結語與建議

以上針對日本近年來高齡者的消費受害之現況，以及日本當局對於高齡者的受害預防政策之推動策略進行分析與探討。反觀我國台灣 1993 年邁入「高齡化社會」（65 歲以上人口超過 7%），於 2018 年進入了「高齡社會」（65 歲以上人口超過 14%）。預估台灣於 2025 年將會邁入「超高齡社會」（65 歲以上人口超過 21%）。台灣從「高齡化社會」到「高齡社會」達 25 年的時間，僅次於日本的 24 年，從「高齡社會」到「超高齡社會」我國只花 7 年的時間，而日本是 12 年的時間，顯然我國台灣的高齡化發展速度之快，預期 75 歲以上的後期高齡者增加率勢必會大幅成長，失智性高齡者人數之增加亦可預期。

台灣失智症協會依據國家發展委員會「中華民國人口中推計（2018 年至 2065 年）」及失智症盛行率的推算資料，2018 年 12 月的台灣總人口數 2,358 萬 8 千人，65 歲的人口數 343 萬 3,517 人，其中輕微認知障礙者 62 萬 6,026 人，占 18.23%，失智人口數 26 萬 9,725 人，占 7.86%。換言之，65 歲以上的高齡者約每 12 人即有 1 位失智者，而 80 歲以上的高齡者則每 5 人即有 1 位失智者。又對於我國未來的失智人口之推估，2030 年失智人口將超過 46 萬人，每 100 位即有 2 位失智者；2040 年失智人口將超過 67 萬人，每 100 位有 3 位失智者；預期 2050 年失智人口逾 83 萬人<sup>40</sup>。基於我國高齡化、少子化的發展趨勢，社會家庭型態的轉變，照顧高齡者之工作全部委由家庭成員負擔已是不可能的事實，由此不難發現，高齡化社會所帶來成年監護之需求勢必增加，國家介入之必要性可想而知。

<sup>39</sup> 參閱內閣總理大臣認定適格消費者団体 NPO 法人消費者ネット：広島県内の活動報告一覧/成年後見制度の利用によって消費者トラブルを防いだ事例/ <http://www.shohinet-h.or.jp/mimamori/kennnainotorikumi/>

<sup>40</sup> 台灣失智症協會 <http://www.tada2002.org.tw/About/IsntDementia>

有鑒於此，我國在面臨高齡化社會所產生成年監護之需求後，於西元 2008 年對於成年監護分為二級制的修正，將原來帶有歧視性用語之「禁治產宣告」修改為「監護宣告」，並在監護宣告之外，再增設輔助宣告，以使精神障礙或心智缺陷程度輕微者，也能夠適用成年監護制度以保障其生活及財產等權益。為讓我國修改後的成年監護制度更符合國際發展之現況，於 2019 年 5 月 24 日經立法院三讀通過，增訂了「意定監護」之制度<sup>41</sup>。目前我國台灣新成年監護制，相較於日本現行的「監護」、「保佐」及「輔助」之三級制、「意定監護制度」和「監護登記制度」，以及「監護人須受監督」之法律相關規定等，在尊重受監護人的自我決定權與其殘存能力的程度上，以及人身管理的部份特別針對養護治療措施的決定，顯然尚有不完備之處。另外有關監護人受監督之機制似嫌不夠積極等，都將難以充分發揮成年監護制度應有的功能，實有待改善之空間。

由於消費問題涉及日常生活各個層面，範圍很廣泛，人口的高齡化問題與消費者問題之關係密切，俗話說預防勝於治療，政府應考量高齡者的生理、心理及社會層面因素的消費行為與消費受害意識之特性，借助與我國國情相近的日本經驗，提早制定高齡者的消費受害預防政策，研擬相關配套措施，以因應現今及未來超高齡社會所可能衍生的高齡者消費受害問題。因應政策之建議有下列幾點，謹供相關單位參考：

1. 完備各地方市區鄉鎮的消費諮詢窗口之設置，定期或不定期辦理消費諮詢相關人員之研修講座活動，建議可仿效日本或美國的作法將消費諮詢人員透過國家考試或認證取得資格，以提升消費諮詢人員的專業能力並累積處理消費爭議之經驗。
2. 建置全國消費行政資訊與醫院的消費危害資訊之連線，完備消費資訊統計數據系統，以供消費者隨時上網查詢，當發生重大消費危害資訊時相關主管機關能夠即時發布周知消費大眾。
3. 考量高齡者的消費心理特性及社會因素等，建置官民提攜合作的消費者安全地方守護網絡（支援高齡消費者安全的體系），採取主動積極的作為取代本位主義，尤其是消費行政人員與福祉行政人員，二者間應維繫密切合作相互支援的

<sup>41</sup> 7.戴瑪如「演進中的成年監護制度－台灣成年監護制度之現狀與展望」<https://report.nat.gov.tw/ReportFront/PageSystem/reportFileDownload/C10301946/001>

關係，發揮任務編組為導向的團隊合作概念，讓網絡內被守護的高齡長輩們能夠共享消費資訊的交流。

4. 充實社區高齡消費者之教育宣導活動，除了灌輸高齡者的「知識」及「技能」的學習之外，「態度」的養成從小紮根，是預防消費者受害之關鍵。消費者教育的內容應與時俱進，因此建議主管學校教育的教育部相關部門，隨著經濟社會的變遷適時地檢討消費者教育教材內容之適切性。另外，發揮社區（守護網絡概念）守望相助的精神，跳脫各自為政的本位主義的框架相互支援，才能發揮一加一大於二之功能。
5. 廣向民眾宣導我國現行成年監護制度的利用之同時，建請政府當局及法律專家們參考與我國鄰近之國家日本或韓國之作法，針對缺失不完備之處進行檢討修訂，以符應國際之潮流，發揮成年監護應有之功能。
6. 建立完備的成年監護之促進利用的支援體系，如針對經濟上無法負擔監護人等之費用的當事人，政府應編列補助款經費預算予以適度的補助；同時在各地方養成儲備具有資格的成年監護人，以因應我國高齡社會帶來成年監護人等之需求。
7. 建請衛生福利部主管機關研擬關於失智症的早期發現、早期治療的因應對策，培訓更多的醫師具備有關失智症的診斷與治療的專業知識，降低失智的罹患機率，並營造失智高齡者在宅亦能看診的環境。
8. 建請金融單位針對從事銀行窗口服務人員辦理有關失智高齡者相關研修活動，讓銀行窗口服務人員了解有關認知障礙的症狀，於執行業務的同時，能夠留意來行辦理業務的高齡長輩是否具有失智傾向的情事，以利及時連繫其家屬多加留意陪同就醫，達成早期發現早期治療，減少消費受害之發生。

## 參考文獻

### 一、中文

台灣失智症協會 <http://www.tada2002.org.tw/About/IsntDementia>

呂惠珍，104年新修正消費者保護法分析，消費者保護研究第20輯，行政院消費者保護會，105年3月 <https://cpc.ey.gov.tw/Page/C3D8A4DDD480ACE4/aedc3fd4-bd03-4941-9a40-3f43b1eafd60>

邱惠美，日本消費者廳之成立，消費者保護研究第15輯，行政院消費者保護委員會，98年12月

<file:///C:/Users/machine/Downloads/%E6%B6%88%E8%B2%BB%E8%80%85%E4%BF%9D%E8%AD%B7%E7%A0%94%E7%A9%B6%E7%AC%AC15%E8%BC%AF-%E5%85%A8.pdf>

李霞，成年後見制度的日本法觀察，法學論壇，No.5，2003年 [http://pkulaw.cn/\(S\(pvgj1x45wuwnm5555df4e55\)\)/fulltext\\_form.aspx?Gid=1509961318&Db=qikan&EncodingName=big5](http://pkulaw.cn/(S(pvgj1x45wuwnm5555df4e55))/fulltext_form.aspx?Gid=1509961318&Db=qikan&EncodingName=big5)

高齡者消費生活保護政策綱領，行政院消費者保護處，105年2月15日 <http://www.taisugar.com.tw/Upload/UserFiles/%E6%B6%88%E8%B2%BB%E8%80%85%E4%BF%9D%E8%AD%B7%E5%B0%88%E5%8D%80%E5%AE%A3%E5%B0%8E10503.pdf>

高齡者消費爭議案例彙編，行政院消費者保護處 <file:///C:/Users/machine/Downloads/%E9%AB%98%E9%BD%A1%E8%80%85%E6%B6%88%E8%B2%BB%E7%88%AD%E8%AD%B0%E6%A1%88%E4%BE%8B%E5%BD%99%E7%B7%A8.pdf>

戴瑀如「演進中的成年監護制度－台灣成年監護制度之現狀與展望」  
<https://report.nat.gov.tw/ReportFront/PageSystem/reportFileDownload/C10301946/001>

## 二、日文

内閣府『平成 29（2017）年版高齡社会白書』[https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2017/gaiyou/29pdf\\_indexg.html](https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2017/gaiyou/29pdf_indexg.html)

内閣府『平成 30 年版（2018）高齡社会白書』<https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2018/gaiyou/pdf/1s1s.pdf>

厚生労働省『平成 29 年国民生活基礎調査の概況』  
<https://www.mhlw.go.jp/toukei/saikin/hw/k-tyosa/k-tyosa17/dl/10.pdf>

「2017 年の PIO-NET にみる消費生活相談の概要」[https://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180808\\_1.pdf](https://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20180808_1.pdf)

東珠実著「高齡者の消費者被害防止と消費者教育—高齡者の自立力と社会的連携力の育成をめざして」『季刊家計経済研究』2008 年 springNo.78  
[https://kakeiken.org/journal/jjrhe/78/078\\_03.pdf](https://kakeiken.org/journal/jjrhe/78/078_03.pdf)

内閣府『障害者白書』（平成 30 年版）「第 4 章日々の暮らしの基盤づくり」  
[https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/h1\\_04\\_01\\_01.htm](https://www8.cao.go.jp/shougai/whitepaper/h30hakusho/zenbun/h1_04_01_01.htm)  
l#h1\_04\_01\_01\_06

国民生活センター「家族や周囲の“見守り”と“気づき”が大切—認知症等高齡者の消費者トラブルが過去最高に！—」平成 26 年 9 月 11 日  
[http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20140911\\_1.html](http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20140911_1.html)

消費者庁関連三法 <http://h-sougou.com/syouthisyatyoukanren.pdf>

消費者庁「消費者基本計画等」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_policy/basic\\_plan/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_policy/basic_plan/)

消費者庁「都道府県消費者教育推進計画等策定状況」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_education/consumer\\_education/promote/prefectures/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_education/consumer_education/promote/prefectures/)

消費者庁「消費者教育推進地域協議会設置状況」[https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer\\_education/consumer\\_education/promote/council/](https://www.caa.go.jp/policies/policy/consumer_education/consumer_education/promote/council/)

「消費者安全確保地域協議会設置状況一覧（全国）」2019（平成 31）年 1 月  
[https://www.caa.go.jp/policies/policy/local\\_cooperation/system\\_improvement/consumer\\_safety\\_act\\_amendment/list/pdf/list\\_190206\\_0001.pdf](https://www.caa.go.jp/policies/policy/local_cooperation/system_improvement/consumer_safety_act_amendment/list/pdf/list_190206_0001.pdf)

消費者庁「消費者安全確保地域協議会設置の手引き」<https://www.caa.go.jp/>

[policies/policy/local\\_cooperation/system\\_improvement/network/](#)

成年後見制度利用促進体制整備委員会『地域における成年後見制度利用促進に向けた体制整備のための手引き』2018(平成30)年3月 [https://www.jacsw.or.jp/01\\_csw/07\\_josei/2017/files/taisei\\_seibi\\_tebiki.pdf](https://www.jacsw.or.jp/01_csw/07_josei/2017/files/taisei_seibi_tebiki.pdf)

内閣府「成年後見制度利用促進基本計画のポイント」 <http://www.asai-hiroshi.jp/keikaku3.pdf> ;

吉野一正「成年後見制度利用促進基本計画とその展開」月報 2018.1 No.551 司法書士連合会 [https://www.legal-support.or.jp/akamon\\_regal\\_support/static/page/main/H30/no551.pdf](https://www.legal-support.or.jp/akamon_regal_support/static/page/main/H30/no551.pdf)

厚生労働省『成年後見制度の現状』 [https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2\\_2.pdf](https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2_2.pdf)

結城康博『在宅介護―「自分で選ぶ」視点から』岩波新書、2015年12月15日

《消費者保護研究》  
第 24 輯，頁 69-96

## 住宅租賃法律關係解析 —以租賃住宅市場發展及管理條例為中心—

黃明陽\*

### 摘要

住宅租賃條例是一部專就住宅租賃法律關係所訂定之特別法，該條例所規定之內容，主要為住宅租賃之（定型化）契約關係，並分類為消費關係與非消費關係兩種，分別適用不同之法令規定，並據以訂頒房屋租賃契約、住宅代管契約及住宅包租契約等具有消費關係之契約應記載及不得記載事項公告，與住宅租賃契約、住宅轉租契約非屬消費關係之契約應約定及不得約定事項公告等規範，希望促成居住正義之實現，值得重視。

本案之癥結在於個人房東出租住宅並委託代管業管理之法律關係，由於住宅租賃條例第三十二條第三項條文說明亦已載明「委託管理租賃住宅契約書係屬消保法之消費關係」，顛覆了以往「個人房東為企業經營者」之絕大多數學者主張，也大大衝擊了消保法有關消費關係之基本理念，筆者難以認同，建議應即修正。對於主管機關內政部並據而主張新手個人房東第一次之出租住宅，係屬偶一為

\* 作者曾任前行政院消費者保護委員會副秘書長、財團法人金融消費評議中心第 1 屆董事、現於實踐大學兼任助理教授，著有「【消費贏家】消費者保護法入門」、「【消費贏家】電信案例解析」、「行政調解機制之比較—以消費爭議調解為中心」。

之，非屬營業行為，可能衍生出之問題，筆者認為亟需針對各種住宅租賃類型之法律關係，逐項加以解析並作澄清說明，以免產生誤導。最後，筆者認為只有將住宅租賃關係視為特別法律關係，並予以專法整體規範，才是問題根本解決之道。

**關鍵詞：**住宅租賃、個人房東、偶一為之、消費關係、非消費關係、定型化契約、契約公告應記載及不得記載事項、契約公告應約定及不得約定事項、代管業、包租業。

## 引言：住宅租賃專法公布施行了！

2017 年 12 月 27 日公布、2018 年 6 月 27 日施行之「租賃住宅市場發展及管理條例」（以下簡稱住宅租賃條例<sup>1</sup>），是一部專就住宅租賃法律關係所訂定之特別法，旨在促成租屋者居住正義之實現，值得重視。本文因篇幅所限，擬僅就住宅租賃條例及 1993 年 1 月 11 日公布施行之消費者保護法（以下簡稱消保法）規定予以討論。在此要特別說明的是，依法律不溯及既往原則，在 2018 年 6 月 27 日住宅租賃條例施行前已簽訂的住宅租賃契約，其條款內容不適用住宅租賃條例規定；只有在施行後才簽約或換約者，才有住宅租賃條例規定之適用；另外，該等契約在 1993 年 1 月 13 日消保法施行前簽訂者，亦無消保法規定之適用，謹先敘明。

在民事私法的範疇之內，常會因其法律關係的本質不同，而會產生不同的法律適用順序問題，住宅租賃糾紛主要屬於民事私法問題，除了住宅租賃條例規定外，民法可以提供住宅租賃雙方當事人最基本權益保障，而消保法則可以提供住宅承租之消費者最大權益保障，因此確有一併探究的必要。

---

<sup>1</sup> 筆者主要係參考坊間通稱之房屋租賃市場及房屋租賃契約用語，而將「租賃住宅市場發展及管理條例」簡稱為「住宅租賃條例」，並將與此有關之法律關係稱之為住宅租賃關係，特此說明。

## 壹、住宅租賃法律關係分類

只要有任何的法律行為或能發生法律效果的事實行為發生或存在，即可能發生法律關係，而此種法律關係通常存在於二個人之間。換句話說，二個人之間的法律行為，不問其身分或地位為何，即會發生一定的法律關係。住宅租賃條例係特別針對民事上之住宅租賃關係予以規定，亦即房東將住宅予以出租，相對人以居住目的予以承租，租賃標的物以住宅為限，並另配合規劃住宅租賃之協力專業業者予以促成，因與民法現有規定租賃之主體、客體並不一致，可以說是一種特別租賃關係，簡稱住宅租賃關係。

經查住宅租賃條例所規定之內容，主要為住宅租賃之契約關係，一般均以定型化契約方式為之。定型化契約之分類，有依相對人之屬性為標準，區分為消費性定型化契約與非消費性定型化契約<sup>2</sup>；有依定型化契約之主體是否為營業種類行為主體，而區分為「定型化消費者契約」及「定型化商業性契約」<sup>3</sup>，並不一致。茲因住宅租賃條例第五條第一項明定「住宅租賃契約具消費關係者，適用消費者保護法相關規定；非具消費關係者，其應約定及不得約定事項，由中央主管機關定之」，可見住宅租賃之法律關係，係就其所簽訂之定型化契約為主軸，分類為消費關係與非消費關係兩種，主要是基於現階段實務處理上之方便，有其特別用意<sup>4</sup>。

<sup>2</sup> 詹森林著「消費者保護法之定型化契約最新實務發展」，收錄於氏著「民事法理與判決研究(四)」－消費者保護法專論(2)」（2006），頁 225，元照出版公司。定型化契約，以相對人之屬性為標準，可區分為消費性定型化契約與非消費性定型化契約。

<sup>3</sup> 劉宗榮著「定型化契約論文專輯」（1988），頁 6，三民書局有限公司。依定型化契約之主體是否為營業種類行為主體，可將契約分為「定型化消費者契約」及「定型化商業性契約」。

<sup>4</sup> 顏碧志著「租賃住宅市場發展及管理條例簡介」（2018），刊於全國律師月刊 2018 年 2 月號，頁 21。將住宅租賃契約，區分為具消費關係，與非消費關係。考量於具消費關係之住宅租賃契約，消費者保護法已有規範並發布房屋租賃定型化契約，是規定仍適用消費者保護法。而就不具消費關係之住宅租賃契約，如出租人非為企業經營者，或承租人為企業經營者而非消費者之情形，授權中央主管機關內政部定明其應約定及不得約定事項。應約定事項未記載於契約者，仍構成契約之內容，反之，契約條款違反不得約定事項者，該條款無效，若除去該條款無效契約不能成立或對當事人之一方顯失公平者，則該契約亦屬無效。

## 一、消費關係

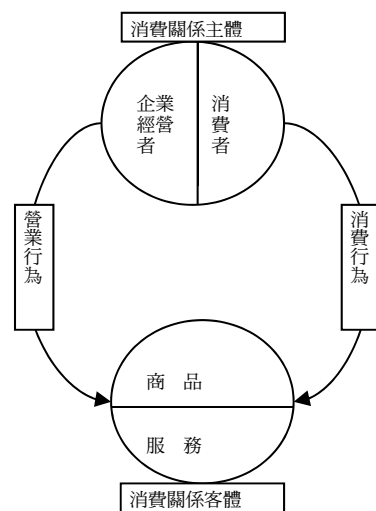
在一般的法律關係當中，凡是與「消費」有關的法律關係，即為消費關係，始有消保法相關法令<sup>5</sup>規定之適用。有學者認為屬於消費關係之「住宅租賃」契約應以消保法優先適用，消保法未規定者方適用住宅租賃條例。住宅租賃條例未規定者，方適用土地法或民法之規定<sup>6</sup>。

所謂消費關係，依消保法第 2 條第 3 款規定之定義，凡是企業經營者（Businessman，簡稱 B）與消費者（Consumer，簡稱 C）兩個不同主體之間，就消費客體之商品（有形產品）或服務（無形產品），因一定行為（消費者之消費行為及企業經營者之營業行為，並以 B2C 方式）所發生之法律關係，均屬之。至於此處所謂的「消費」，與一般的消費不同，解釋上僅限於在日常生活（食、衣、住、行、育、樂、生、老、病、死）中，以供消費為其主要目的（最終消費）之買賣產品、使用產品等行為為其範圍，並不包括主要目的在供營業用的買賣產品、使用產品行為在內<sup>7</sup>。

一般的消費關係主要由下列主體、客體及行為等三個要素構成（如附表），如果缺少其中任何一個要素，就不是消費的法律關係，而是屬於其他種類的法律關係，就沒有消保法相關法令之適用。

1. 消費關係之主體：人。可分成「企業經營者」與「消費者」兩種。

以本案為例，係以簽訂住宅租賃契約之雙方當事人作為法律關係之主要主體。凡是住宅租賃之承租者，包括住宅租賃契約之承租人或住宅轉租契約之次承租人，因係承租作為居住使用（消費費用）者，才是「消費者」。而從事住宅租賃之



（一般消費法律關係表）

<sup>5</sup> 本文所稱「消保法相關法令」，主要係指消保法，及依消保法規定授權訂頒之消保法施行細則、房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項等法令。

<sup>6</sup> 姚志明著「概覽『租賃住宅市場發展及管理條例』」（2018），刊於月旦法學雜誌第 277 期，2018 年 5 月，頁 5 至 25。簡而言之，本法施行後，有關「住宅租賃」契約應以消保法優先適用，消保法未規定者方適用本條例。本條例未規定者，方適用土地法或民法之規定。

<sup>7</sup> 有關消費關係之論述，請參閱黃明陽著「消費關係與醫療行為之探討」（2005），刊於「消費者保護研究」第 11 輯，頁 1 以下，民國 94 年 12 月，行政院消保會。

出租或轉租者，因其出租或轉租均屬營業，包括出租人（屋主）或轉租人（包租業），均為「企業經營者」。另外，與住宅租賃契約當事人相關的法律關係，尚有受出租人之委託，經營住宅租賃管理業務之業者（代管業），及以從事房屋仲介出租營業行為之業者（房仲業），亦均為「企業經營者」。

## 2. 消費關係之客體：產品。可分成有形的「商品」與無形的「服務」兩種。

以本案為例，係以租賃之住宅作為法律關係之主要客體。所謂租賃之住宅，依住宅租賃條例第三條規定，係指以出租供居住使用之建築物，因此係以「建築物」作為出租（包含轉租在內）交易的客體，因係屬一種有形的產品，故為商品<sup>8</sup>。至於住宅租賃條例另規定之代管業者，係以該住宅租賃之「代管業務」、以及一般房仲業者係以該住宅租賃之「仲介出租業務」作為交易的客體，均係屬一種無形的產品，故為服務。

另外，租賃之住宅依住宅租賃條例第三條規定，原則上係以供居住使用（消費）為限，且該租賃契約之標的物，依住宅租賃條例施行細則第五條認定基準之規定<sup>9</sup>，不以登記建物（不論其是否符合建築管理或土地使用管制等相關法規，亦即不論為合法建物或違章建築，均在適用範圍<sup>10</sup>）為限，筆者認為住宅租賃條例對於住宅係採實質認定方式，凡是作為住宅使用之建物，不問其名義為何，均屬之，例如內政部訂頒住宅租賃契約之租賃標的現況確認書、住宅轉租契約之轉租標的現況確認書及住宅委管契約之委託管理標的現況確認書第 2 項次所規定之建物型態，不論（一）一般建物：單獨所有權無共有部分（包括獨棟、連棟、雙併等）。（二）區分所有建物：公寓（五樓含以下無電梯）、透天厝、店面（店鋪）、辦公商業大樓、住宅或複合型大樓（十一層含以上有電梯）、華廈（十層含以下有電梯）、套房（一房、一廳、一衛）等。（三）其他特殊建物：如工廠、廠辦、農舍、倉庫等型態，只要係供住宅租賃使用之建物，均屬之。該住宅除非作為轉租或仲介出租等營業用之標的，否則即屬消費關係之客體，即使具有住宅租賃條例第四條明定「租賃住宅有下列情形之一者，不適用

<sup>8</sup> 消保法施行細則第四條：「本法第七條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」

<sup>9</sup> 租賃住宅市場發展及管理條例施行細則第五條：「本條例第十七條第一項第一款及第二款所定每屋之認定基準如下：一、經戶政機關編釘門牌者：每一個別門牌。二、未經戶政機關編釘門牌者：每一房屋稅籍證明所登載之範圍。」

<sup>10</sup> 同註 4，頁 20。

本條例規定：一、供休閒或旅遊為目的。二、由政府或其設立之專責法人或機構經營管理。三、由合作社經營管理。四、租賃期間未達三十日。」之情形，亦不例外。

3. 消費關係之行為：行為。可分成消費者的「消費行為」與企業經營者的「營業行為」兩種。

以本案為例，係以成立住宅租賃契約雙方當事人之「出租或轉租」行為及「承租」行為作為法律關係之主要行為。凡是從事住宅租賃（出租或轉租）者，依消保法規定，該「出租或轉租」的行為，如非屬偶一為之<sup>11</sup>，而係以營業為目的者，即屬企業經營者的「營業行為」。至於住宅租賃的承租者，必須該「承租」的行為，是以消費（此之消費，僅指最終消費而言）為主要目的，始符合消保法規定消費者的「消費行為」。

筆者並依消保法所保障消費權益之不同，進一步將消費關係再區分為契約消費關係與使用消費關係兩種：

1. 契約消費關係：凡是以取得商品的所有權或服務的使用權為目的，所為的消費行為（契約行為），均屬之。契約關係之消費者，主要在爭取契約公平之消費權益，消保法有關定型化契約之規定，即在保障消費者之契約公平權益。本案住宅租賃契約如具有消費關係，既是消費者以簽訂契約之方式取得租賃權，主要係屬契約消費關係，自應適用消保法有關定型化契約之規定，來保障其契約公平權益。
2. 使用消費關係：凡是以使用商品或接受服務為目的，所為的消費行為（使用行為），均屬之。使用關係之消費者，主要在爭取使用安全之消費權益，消保法有關產品責任之規定，即在保障消費者之消費安全權益。本案住宅租賃契約如具有消費關係，雖以契約消費關係為主，惟該租賃物如有設計、製造或標示說明上瑕疵，導致消費者在使用受害時，仍得依消保法規定向應負責任之企業經營者請求損害賠償，自不待言。

## 二、非消費關係

凡是不屬於上述消費關係範圍內之住宅租賃法律關係，均屬非消費關係，均

<sup>11</sup> 關於「偶一的販售行為，並非營業行為」之見解，請參閱黃明陽著「消費贏家—消費者保護法入門（修訂三版）」，頁23以下，台灣商務印書館。

無消保法相關法令規定之適用，司法實務上亦持相同之見解<sup>12</sup>，僅能適用住宅租賃條例、民法及土地法之相關規定。

## 貳、住宅租賃法律關係解析

### 一、個人房東是否為企業經營者之探討

住宅租賃契約的出租人，可概分為個人房東及非個人房東（法人、團體等）兩種，非個人房東為企業經營者並無爭議，惟有關「個人房東」是否為企業經營者之問題，長期以來未有定論，導致理論及實務界意見甚為分歧。行政院（消保處）曾針對此項問題，於 104 年 4 月 16 日召開第 1 次座談會，獲致決議略以：「房屋出租人是否為企業經營者，建議採用本處對於企業經營者之概念進行原則性之認定。也即，不論公司、團體或個人，亦不論其營業於行政上是否合法登記或許可經營，若反覆實施出租行為，非屬偶一為之，並以出租為業者，均可認定為企業經營者，其出租行為得以消保法加以規範。」，作為處理之依據。

近因住宅租賃條例制訂公布後，該條例第 32 條條文說明已載明「委託管理租賃住宅契約書係屬消保法之消費關係」，因該條例及相關定型化契約所規範之房東，均係由「個人房東」角度出發，因而再度引發「個人房東」是否為企業經營者之問題，行政院消保處雖於 107 年 8 月 30 日再度召開座談會，惟未再為明文函釋。

筆者爰綜合上述兩次座談會及相關學者專家意見針對委託代管業之個人房東部分，彙整為肯定說、否定說、折衷說如后。

#### （一）肯定說：

1. 主張：過半數學者專家認為個人房東為企業經營者<sup>13</sup>，此為多數說。關於房屋出租人是否為企業經營者疑義，建議維持消保處 104 年會議決議之認定標準。在此原則下可抽繹出兩個併存之特徵：一是「反覆實施出租行為，非屬偶一為

<sup>12</sup> 同註 2，頁 246。消費性定型化契約，應受消保法之規範，不待贅言；非消費性定型化契約，是否亦有消保法之適用，則有疑義。實務最近發展趨勢，係由肯定見解轉變為否定。

<sup>13</sup> 主張肯定說：黃銘傑教授、陳汝吟教授、吳瑾瑜教授、楊宏暉教授、向明恩教授。

之」；二則是「以出租為業」。依照消保法及其施行細則規定，個人房東係屬消保法上之企業經營者，其出租房屋之行為，承租人如為消費者，即應成立消費關係。

2. 理由：主要理由經彙整如后。

(1) 個人房東應屬企業經營者：

- ① 個人房東之出租行為係「反覆實施出租行為，非屬偶一為之」：房東出租房屋只要符合「反覆實施並以出租為業者」之要件，均屬消保法上之企業經營者，且難以用「出租戶（間）數」或「出租時間長短」等要件加以排除。至於「反覆實施出租行為，非屬偶一為之」要件，其所著重在於出租人是否反覆實施出租行為，而不得僅以單一性或偶然性之出租行為作為認定標準，因此在反覆與頻繁性實施之租賃行為之判斷上，自應回歸具體個案予以認定。
- ② 個人房東係「以出租為業」：不論房東出租房屋為「主業」或「副業」，只要符合前開標準，均可認定為企業經營者。對於房東是否以出租房屋「為業」應從寬解釋，不論係屬「主業」或「副業」，只要符合「對價性」及「經常性」之概念，均應認定係以出租房屋為業。

(2) 出租戶數多少並非必要條件：

- ① 消保法已明定營業定義：依消保法施行細則第 2 條規定，營業不以營利為目的者為限，故只要主觀上有營業之意圖，客觀上有營業之行為，即屬消保法上之營業。如改以「出租戶（間）數」判斷房東是否為企業經營者，完全是從業者之角度思考：依消保法之立法目的，我們應該從消費者之角度思考，倘「消費者承租到僅出租 1 戶（間）之房東的房子」仍應受到消保法之保護，即應視該出租 1 戶（間）之房東為企業經營者。
- ② 營業與是否課徵營業稅無關：財政部 97 年 11 月 5 日台財稅字第 09704555660 號令所揭示之標準，只是做為是否應為營業登記進而課徵營所稅之用：其並未顛覆消保法上「營業」之既有概念，充其量僅係對前開標準以外之個人房東「網開一面」不予執行（課徵營業稅）之情形。當初係因「房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項」開始實施初期，為避免衝擊過大，建議於個案認定困難時，始依財政部前開標準進行輔助認定，因為符合財政部前開認定標準者，一定是企業經營者無誤。

### (3) 個人房東與代管業間非屬消費關係：

- ① 個人房東與出租有關之行為係屬其營業範圍：「個人房東」委託「代管業」管理其租賃住宅，並非係以「最終消費為目的」，故本案非屬消費行為，也非屬消費關係。委託代管業之目的，在協助個人房東履行租賃義務：房東與房客訂立租賃契約時，房東不會是消保法上之消費者。該契約應由「功能性」及「行為屬性」進行判斷。「個人房東」委任「代管業」管理其租賃住宅，其目的是在協助其履行租賃義務，使租賃目的可以更輕易實現，在此情形下，應係在從事營業行為，故「個人房東」似非屬消費者。另外，從「關聯性」之角度出發，若「個人房東」不是要將住宅出租，其是否還有委任「代管業」進行管理之需求？換句話說，本案似乎只有在「個人房東」營業過程中才會與「代管業」簽訂委任契約，既屬營業行為而非涉及個人生活，依前開推論，「個人房東」似乎非屬消費者。
- ② 代管業本質上係屬個人房東之出租輔助人：本案在內部關係上雖屬委任契約，但在外部關係上，「代管業」本質上其實是「個人房東」之代理人。「個人房東」與「代管業」間應屬「營業行為之內部關係」，非屬「消費關係」。房東委託「代管業」管理的行為，其實是「出租行為的一部分」，「代管業」只是居於輔助人之角色，輔助房東實行出租行為。

### (二) 否定說：

1. 主張：少數學者專家<sup>14</sup>認為個人房東非為企業經營者。住宅租賃條例已予明定，為期符合民情易於管理，將個人房東視為消費者，讓委託管理之法律關係可受消保法之監督及規範，有助於健全整體租賃市場秩序。
2. 理由：主要理由經彙整如后。

#### (1) 國內外法例有其依據：

- ① 國內立法例：住宅租賃條例第 32 條條文說明已載明為消費關係，故委託代管業之個人房東應非企業經營者。該條例草案報院審查及立法院審議，第 26 條第 3 項（現行第 32 條第 3 項）條文說明已載明「委託管理租賃住宅契約書係屬消保法之消費關係」，立法院審議時僅修正其條次，內容未

<sup>14</sup> 主張否定說：主要為內政部、行政院法規會。

修正<sup>15</sup>。

- ② 國外立法例：歐盟體系，契約解釋會以關聯性判斷，將兩個契約視為一體，不會割裂看待。例如大學教授出租房屋委任「代管業」協助其管理租賃事宜，依德國民法規定，判斷契約當事人是否為企業經營者，係以「訂約時當事人是否從事營業活動」為之，而非以「身分」進行判斷，因大學教授與「代管業」締結（委託管理）契約時，並非從事營業活動（出租行為），故在此契約中大學教授是消費者。另，在租賃關係中，因大學教授只有出租一間房屋，因非以出租為業，其也是消費者，故大學教授在兩個契約之角色是一致的，並無矛盾<sup>16</sup>。該契約之出租人係屬「個人房東」（即非以出租為業<sup>17</sup>）時，其應屬消費者。

(2) 符合民情及易於管理：

- ① 認定「個人房東」非企業經營者，符合社會一般人觀念，行政機關較容易介入處理糾紛：目前租賃市場多以「個人房東」為主，倘因租賃關係被認定為企業經營者，而否定其與所有企業經營者交易商品或接受服務為消費者之角色，恐不符消保法之立法原意；且將所有「個人房東」均視為消保法上之企業經營者，與人民之認知存有嚴重落差；另，「個人房東」之資訊能力、專業能力及締約、議約能力均遠不及於「代管業」，故在地位不對等之情形下，將該契約納入消費關係，對「個人房東」是較有保障的，否則，「個人房東」與「代管業」間之個案糾紛，行政機關亦難介入協助處理。
- ② 委任契約非租賃契約，租屋委託代管業契約建議比照房屋委託仲介銷售契約，應屬消費關係：該契約僅在規範「個人房東」與「代管業」之委任法律關係，而不涉及「個人房東」與「房客」之租賃法律關係；且房屋所有權人委託房仲銷售房屋，其法律關係雖屬民法上之委任關係，惟亦有消保

<sup>15</sup> 此為內政部代表所持意見，似係就住宅租賃條例法案本身，從文義解釋所得之見解。另外，行政院法規會亦贊同此見解。

<sup>16</sup> 例如德國民法第13條：凡自然人，其作為法律行為，主要並非出於，營業或獨立職業活動之目的者，為消費者。第14條第1項：自然人、法人或有權利能力之合夥，其於作為法律行為時，乃於實施營業或獨立職業之活動，為企業經營者。可供認定之參考。

<sup>17</sup> 由於國情不同，對於問題之看法亦會有所不同。筆者認為國外對於此「業」，可能係僅指「本業」而言，並不及於「副業」；因此，凡是副業之行為可能均非屬營業行為。

法之適用。故在該契約中，「個人房東」是付出一定成本而接受「代管業」提供管理服務者，「個人房東」並非從事營業行為，此部分應可與消保法上之消費者概念相連結。

### （三）折衷說：

1. 主張：少數學者專家<sup>18</sup>認為須出租一定數量以上之個人房東，方為企業經營者。房屋出租人是否為企業經營者，原則上應依前述行政院（消保處）104年4月16日召開第1次座談會之標準認定，倘認定有困難，學者及專家建議可依財政部「應辦營業登記並課徵營業稅之三項標準」<sup>19</sup>（財政部97年11月5日台財稅字第09704555660號令）據以認定<sup>20</sup>。易言之，依該標準須繳營業稅之個人房東，始認定為企業經營者。
2. 理由：主要理由經彙整如后。

（1）個人房東應以營利為限，始為企業經營者：

- ① 學者意見：王千維教授主張租賃行為要符合「一方使用租賃物，他方收取對價」之情形始為「營利」。倘他方僅收取水電及人事管理等成本費用，並無收取使用租賃物之對價，即非「營利」（例如：學校借用宿舍給教職員）。
- ② 實務見解：最高行政法院審判實務上，對於企業經營者之認定，需符合下列4要件：1.以營利為目的（至於是否營利須個案實質認定，非以是否登記為判斷）。2.反覆性。3.經常性。4.一定數量之交易（在不動產交易上，最高行政法院採認財政部見解，認為1年交易超過6件，即為企業經營者）。

（2）是否營利，以財政部標準認定：

- ① 學者意見：王千維教授主張對於個人房東是否為企業經營者，建議以「財政部97年11月5日台財稅字第09704555660號令所揭示之標準及其他以出租為『營利』並『反覆』實施者」作為認定標準。

<sup>18</sup> 主張折衷說：王千維教授、林旺根榮譽理事長、陳節如立委。

<sup>19</sup> 財政部97年11月5日台財稅字第09704555660號令之三項標準如下：(1)有固定營業場所（含設置有形之營業場所或設置網站）、(2)具備「營業牌號」（不論是否已依法辦理登記）、(3)僱用人員協助房屋出租事宜。

<sup>20</sup> 林旺根著「『以租賃三箭』，構築不動產租賃法制」，刊於現代地政第360期，2016年11月，頁135至148。

② 立委意見：民進黨立委陳節如與崔媽媽基金會昨召開記者會主張，房東若出租 3 戶以上，就應視為營業行為，適用消保法<sup>21</sup>。

筆者基於下列理由，支持肯定說：

(1) 個人房東之出租行為或與出租行為有關之轉租行為，均非消費行為：

① 消費關係之消費，僅以最終消費行為為限：消保法之適用係以有「消費關係」為前提。消保法所稱之「消費」，與社會一般觀念不同，係指不再用於生產或銷售行為準備之「最終消費」而言，不包括以「營業」為目的所為之消費在內。且不論是個人或法人，凡是從事「出租」（營業行為）之人，均屬企業經營者。

② 最終消費行為應以該行為之整體目的為判斷：「個人房東」與「代管業」所簽訂之契約雖非租賃契約，而係委任契約，但究其目的，「個人房東」仍係以營業為目的而與「代管業」簽約，由「代管業」協助其完成出租行為。是以，應以整體行為目的來判斷是否屬於最終消費行為。

(2) 個人房屋之「出租」與「出售」行為，不能等同視之：

① 個人房屋之「出售」係屬偶一為之的非營業行為：個人房屋之所有人，自行銷售房屋時，因係屬偶一為之，且非以此為業，從而非屬消保法上之企業經營者，故其與房屋買受人間並非消保法上所稱消費關係，只成立民法上之買賣關係，並無消保法規定之適用。個人房屋之所有人，因其售屋係屬偶一為之，如若不自行銷售而係委託房仲業者銷售其房屋時，係以消費者身分向房仲業者購買售屋服務，故其與房仲業者間仍可成立消費關係。

② 個人房屋之「出租」係屬營業行為：個人房屋之所有人，自行出租房屋時，因出租行為在租賃關係存續中一直不斷存在、更新，具有經常性，且非屬偶一為之性質，該出租行為即屬營業行為，不因其係自行出租或委託出租（轉租）而有所不同。簡言之，個人房屋出租人本質上就是企業經營者，不會因為透過房屋代管業者進行管理轉租，而改變其角色成為消費者。是以，房屋出租人與房屋代管業者間，並非消費關係。

<sup>21</sup> 2015.03.22【自由時報電子報】。「房東出租逾 3 戶立委籲適用消保法」。新北市一名張姓女房東因遭多名房客控訴訂下嚴苛不平等契約，租屋問題引發關注。民進黨立委陳節如與崔媽媽基金會昨召開記者會主張，房東若出租 3 戶以上，就應視為營業行為，適用消費者保護法；並制定住宅租賃專法，健全租屋市場。

③與個人房屋之「出租」數量無關：有學者提出財政部 97 年 11 月 5 日台財稅字第 09704555660 號令所揭示之標準，作為以「數量」作為判斷企業經營者標準之依據，經查當初係因「房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項」開始實施初期，為避免衝擊過大，所採行之過渡措施。作者認為這是在判斷困難時，始增加之輔助判斷機制。惟房東出租房屋多屬持續為之，認定房東為企業經營者，而其出租行為屬營業行為，並無困難，上述財政部令所揭示之標準，只是做為是否應為營業登記進而課徵營所稅之用，其並未顛覆消保法上「營業」之既有概念，充其量僅係對前開標準以外之個人房東「網開一面」不予執行（課徵營業稅）之情形，其並未顛覆消保法上「營業」之既有概念，故似無再輔以出租數量作為判斷標準之必要。

(3) 建議應自行建立專法體系處理住宅租賃問題，避免破壞消保法律體系：

① 避免破壞消保法體系：若將「個人房東」之角色割裂，有時將其視為企業經營者，有時又將其視為消費者，將造成概念之混淆，有違法秩序一致性，執行層面將無所適從。若本案開先例，將「個人房東」不視為企業經營者，則其他個人企業經營者恐起而倣尤，消保法現有體系恐將因之被破壞殆盡。

② 建立住宅租賃專法體系：住宅租賃專法體系建立（詳見後述）後，除了易於住宅租賃政策執行之外，尚能有效避免其他糾紛，更易達成行政管理目的，早日促進居住正義之實現。

## 二、住宅租賃法律關係之解析

本案涉及的法律主要有民法、土地法、消保法及住宅租賃條例，其中民法屬於普通法之性質，住宅租賃條例等其他法律，均屬民法之特別法，該等特別法如有規定，應依特別法優先適用原則，優先適用該等特別法之規定；如特別法未規定者，始有民法規定之補充適用。至於特別法相互間發生競合問題，例如土地法及消保法等如有強制禁止規定的部分，除非住宅租賃條例有排除之明文規定<sup>22</sup>，

<sup>22</sup> 例如住宅租賃條例第六條：「租賃住宅之租金，由出租人與承租人約定，不適用土地法第九十七條規定。」即明文排除土地法第九十七條：「城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。（第一項）約定房屋租金，超過前項規定者，該管直轄市或縣

否則仍應受其限制。

有關房屋之租賃契約在民法債篇租賃章中已有詳細規範，其出租之房屋不以住宅為限，且承租者亦不以居住使用為限，因此，依民法規定所成立之租賃契約，可依其是否符合消保法規定之要件，分別成立消費關係及非消費關係，並依其法律關係之性質，分別適用消保法或民法。經查依住宅租賃條例規定之住宅租賃屬於房屋租賃之一種，住宅租賃條例所稱之住宅租賃契約<sup>23</sup>，對於出租人雖無限制（個人房東或非個人房東，均無不可），但對於租賃之客體則限為建築物<sup>24</sup>，且承租人限為居住使用（不得作為營業使用）為目的，始能成立，可以說是一種特別房屋租賃契約；並特別規定個人房東委託代管業代管或出租予包租業轉租予承租人居住使用，即能依住宅租賃條例第 17 條及第 18 條規定，享受減徵租金所得稅與減徵地價稅及房屋稅之優惠，作為發展租賃住宅服務業<sup>25</sup>（代管業及包租業）之重要手段。至於此之居住，不以居住於住宅區為限，包括住商混合區或商業區居住者在內。依住宅租賃條例所規定之住宅租賃契約，除適用住宅租賃條例規定外，亦可依其是否符合消保法規定之要件，分別成立消費關係及非消費關係，並依其法律關係之性質，分別適用消保法或民法。在此要特別說明的是：本案消費關係與非消費關係有關定型化契約規定之區別實益，在於適用之法律關係不同，除住宅租賃條例外，原則上所有的住宅租賃契約均可適用民法規定，只有消費關係的住宅租賃契約才能適用消保法。非消費關係住宅租賃契約，理論上僅應適用民法有關定型化契約<sup>26</sup>之規定。但因民法規定過於簡略（僅有 1 條），筆者認為：在民法規定不足之處，原則上應可將消保法有關定型化契約規定之條文，作為定型化契約之一般原理原則，而以法理之方式予以適用<sup>27</sup>。

依租賃住宅條例之授權，中央主管機關內政部認為僅應研訂之契約，包括

---

（市）政府得依前項所定標準強制減定之。（第二項）」上限規定之適用。

<sup>23</sup> 住宅租賃條例第三條第二款：「住宅租賃契約（以下簡稱租賃契約）：指當事人約定，一方以建築物租與他方居住使用，他方支付租金之契約。」

<sup>24</sup> 住宅租賃條例第三條第一款：「租賃住宅：指以出租供居住使用之建築物。」

<sup>25</sup> 住宅租賃條例第三條第三款：「租賃住宅服務業：指租賃住宅代管業及租賃住宅包租業。」

<sup>26</sup> 民法第二百四十七條之一。

<sup>27</sup> 黃明陽著「定型化契約之簽約規制—以消費者保護法為中心」（2016），刊於消費者保護研究第 20 輯，頁 20，行政院消保會編印。台灣高等法院 97 年度重上字第 155 號判決略以：消保法與民法之規範領域雖有不同，但關於定型化契約規範制度內涵應有相通之處，是以，在非屬消費關係之定型化契約之解釋適用上，除應尋求定型化契約之法理予以補充解釋外，並可藉助消保法之相關規定，以補充民法規範之不足。

「一、非具消費關係之住宅租賃契約：(一)『住宅租賃契約應約定及不得約定事項』(簡稱一般租賃契約，適用房東非為企業經營者)。(二)『住宅包租契約應約定及不得約定事項』(簡稱包租契約，適用包租業與房東間)。二、具消費關係之住宅租賃契約：(一)『住宅轉租定型化契約應記載及不得記載事項』(簡稱轉租契約，適用包租業與房客間)。(二)『租賃住宅委託管理定型化契約應記載及不得記載事項』(簡稱代管契約，適用代管業與房東間)<sup>28</sup>」，筆者認為尚有不足之處，亟應補全。本案筆者爰依住宅租賃條例規定，並依目前租賃市場之專業經營模式，大致分為「代管」及「包租」兩種模式<sup>29</sup>，限縮在個人住宅之房東方面，彙整為住宅一般租賃、住宅特別租賃等二大類型，並針對內政部前述意見，就其法律關係加以解析如后。

### (一) 住宅一般租賃類型

所謂住宅一般租賃，係指住宅之出租人以自行出租或仲介出租任一方式找到承租人，再由出租人與承租人簽訂住宅租賃契約，並由出租人自行管理租賃後續事宜，此為住宅租賃條例公布施行前，較為常見之住宅出租方式。簡言之，一般住宅租賃之出租人，須自行負擔對其租賃物之出租及管理事宜。

在住宅租賃條例公布施行後，住宅一般租賃之方式，仍將繼續存在，不管住宅之出租人是個人房東或法人房東，也不管是定期性或不定期性之住宅租賃，只要承租人係以居住使用目的承租者，均有租賃住宅條例規定之適用，僅此種住宅租賃契約依住宅租賃條例規定，均無法享受該條例減徵租金所得稅與減徵地價稅及房屋稅之優惠而已。

住宅一般租賃類型較為常見者，主要有下列兩種：

#### 1. 自行出租類型

<sup>28</sup> 內政部於 107.06.26 發布新聞：強化保障住宅租賃關係四類租賃契約全面納入規範。

<sup>29</sup> 請參看住宅租賃市場發展條例草案總說明(內政部版)：觀諸目前租賃市場之專業經營模式，大致分為「代管」及「包租」兩種模式，前者係受出租人之委託對其所有之租賃住宅進行管理業務，屬受託管理性質；後者係承租租賃住宅後，轉租他人居住使用，並對該租賃住宅進行管理業務，屬管理自己資產性質。為協助出租人經營管理租賃住宅，並使我國租賃住宅市場導向專業化經營管理，希冀藉由引入租賃住宅之「代管」及「包租」專業服務制度，建立從業人員專業證照制度，落實企業經營者業務責任，以協助處理龐雜之租賃住宅相關管理事務，提升租賃服務當事人之信賴度，有效協助租賃雙方釐清權利義務關係及解決租賃住宅糾紛，確保租賃雙方權益。

所謂自行出租，係指住宅租賃之出租人（個人或法人）自行辦理租賃事宜，與承租人簽訂住宅租賃契約，並於簽約後自行管理租賃相關事務，此即內政部所稱之住宅一般租賃契約。簡言之，自行出租之出租人，須自行負擔對其租賃物之出租及管理事宜，這也就是住宅出租最原始且最陽春之方式。

(1) 當事人：住宅租賃契約之自行出租當事人，主要有出租人及承租人。

① 出租人為企業經營者：出租人不以個人房東為限，即使是個人房東之出租人，亦為企業經營者（詳見前述），係以該租賃物作為「營業」之客體，並在租賃期間內經常不斷地為之（非偶一為之）。至於內政部認為有些個人房東非屬企業經營者，係指住宅之個人出租人在第一次出租且尚未續約之情形，可認係偶一為之而非營業之見解，筆者並不認同。

② 承租人：可因其承租之目的不同，作為消費者與非消費者之判斷標準。

A. 消費者：住宅租賃之承租人，如係以居住使用目的去承租該租賃物，因居住使用住宅之行為係屬一種最終消費之行為，符合消保法規定之要件，該承租人即為消費者。

B. 非消費者：住宅租賃之承租人，如非以居住使用目的去承租該租賃物，而是以營業使用為目的者，因營業使用住宅之行為非屬一種最終消費之行為，並不符合消保法規定之要件，該承租人即非為消費者。

(2) 法律關係解析：本案二個主體，只能成立一個法律關係。此種契約之雙方當事人，雖然出租人為企業經營者（內政部有不同意見），惟仍可因承租人承租目的之不同，而有下列消費關係及非消費關係之別。

① 消費關係：在承租人係以居住使用（最終消費）之目的承租時，該承租人即屬消保法規定之消費者，即可與出租人（企業經營者）成立消費關係，而有消保法相關法令規定之適用。無論該契約為定期租賃或不定期租賃，均可適用「房屋租賃契約應記載及不得記載事項」<sup>30</sup>，契約審閱期間至少3天。

② 非消費關係：尚可分成下列二種情形，無論該契約為定期租賃或不定期租賃，均應適用「住宅租賃契約應約定及不得約定事項」<sup>31</sup>，惟並未規定契約審閱期間。

<sup>30</sup> 請參看內政部版住宅租賃契約應約定及不得約定事項總說明。

<sup>31</sup> 請參看內政部版住宅租賃契約應約定及不得約定事項總說明。

- A. 出租人非企業經營者：內政部認為自行出租所簽訂之一般租賃契約，僅房東非為企業經營者（內政部認為個人房東非為企業經營者）時，方為非具消費關係之住宅租賃契約，而應適用「住宅租賃契約應約定及不得約定事項」，並無消保法規定適用<sup>32</sup>，筆者並不贊同。
- B. 承租人非消費者：在承租人非以居住使用（最終消費）之目的承租時，該承租人即非屬消保法規定之消費者，即無法與出租人（企業經營者）成立消費關係，僅能成立非消費關係，而無消保法規定之適用。

## 2. 委託仲介出租類型

所謂委託仲介出租，係指個人住宅所有人委託房仲辦理租賃事宜，與承租人簽訂住宅租賃契約，並於簽約後自行管理租賃相關事務。簡言之，仲介出租之出租人，仍須自行負擔對其租賃物之出租及管理事宜，僅在其租賃物之出租方面，透過仲介出租業之協助辦理而已。

(1) 當事人：仲介出租成立住宅租賃契約之當事人，主要有出租人、承租人及仲介出租人。

- ① 出租人為企業經營者：出租人不以個人房東為限，即使是個人房東之出租人，亦為企業經營者（內政部有不同意見，已見前述）。
- ② 承租人不一定是消費者：依承租人對租賃物之承租目的不同，而有消費者與非消費者之別，詳見前述。
- ③ 仲介出租人為企業經營者：仲介出租人係受出租人委託為其辦理住宅仲介出租業務，因係以仲介出租為業，該仲介出租為營業行為，故為企業經營者。房屋之仲介出租與仲介買賣不同，二者雖均屬提供一次性的仲介服務，但因仲介標的價值不同，因而仲介業者所收取的報酬自亦不同<sup>33</sup>。

<sup>32</sup> 請參看內政部版住宅租賃契約應約定及不得約定事項總說明。

<sup>33</sup> 蔡志雄著「【蔡志雄專欄】房屋仲介 VS 包租代管要獵人去種田？」（2017），刊於2017.07.18 鉅亨網新聞鉅亨新視界。所謂的「代租」，是幫房東找到房客，這又稱為租屋仲介，就跟買賣仲介一樣，必須是不動產經紀業者也就是房仲才能執行業務，而目前市場上的確有不少比例的房屋出租，是透過房仲找到房客。但是對房仲而言，促成買賣成交，最多可以得到買賣物件總價百分之六的服務費，而幫房東找到房客，得到的服務費最高不過是一個半月的租金而已，買賣跟出租的差距，實在是天差地遠。所以傳統房仲業從事的工作，包括促成買賣雙方成交，或者幫房東找到房客，這個跟代管業者處理包租、代管業務，有很大的不同。房仲從事的是一次性的服務，收取一次服務費，而代管業者從事的，卻是長期性的服務，按月收取代管的服務費或包租的租金差額。

(2) 法律關係解析：本案因涉及三個主體，並分別簽訂住宅租賃契約及住宅租賃仲介契約等二種契約，原則上可以成立下列三種法律關係。惟此種法律關係由於住宅租賃條例並未明定，僅能依仲介條例等其他相關法律予以解決，建議將來應予補充納入。

- ① 出租人與承租人間之法律關係：雙方簽訂住宅租賃契約，此亦屬內政部所稱之住宅一般租賃契約，出租人為企業經營者並無疑義（內政部有不同意見，已見前述），並可依承租人之承租目的不同，分別成立消費關係與非消費關係。
- ② 出租人與仲介出租人間之法律關係：雙方簽訂住宅租賃仲介契約，經查出租人與仲介出租人之屬性，均為企業經營者（內政部有不同意見，已見前述），其法律關係之主體缺乏消費者之角色，故非屬消費關係。另外，對於目前已依消保法規定訂頒之房屋委託租賃契約書範本，契約審閱期間至少3天，因與屬於偶一為之的房屋委託銷售情形不同，筆者認為其適用對象應以消費關係為限，非消費關係最多僅能準用而已，故亟宜加以檢討，建議另行訂頒住宅委託租賃定型化契約應約定或不得約定事項，以資適用。
- ③ 承租人與仲介出租人間之法律關係：雙方雖未簽訂任何租賃契約，惟因仲介出租人對經其仲介承租之承租人依法應與出租人負連帶責任，故可因承租人之承租目的不同，分別成立消費關係與非消費關係。易言之，承租人与出租人間如屬消費關係，承租人與仲介出租人間亦屬消費關係；承租人与出租人間如非屬消費關係，承租人與仲介出租人間亦非屬消費關係。

## （二）住宅特別租賃類型

依住宅租賃條例規定，住宅特別租賃類型主要有下列兩種。

### 1. 代管業代管類型

住宅租賃之出租人在與承租人簽訂住宅租賃契約後，就其租賃之住宅不願意自行管理，而與代管業簽訂代管契約，採取委託代管業代為管理者，屬於一種委託代管（簡稱代管業）類型，住宅租賃條例第三條特別將租賃住宅代管業納入本條例所稱之租賃住宅服務業規定，並明定其代管業務範圍，包括租賃住宅之屋況與設備點交、收租與押金管理、日常修繕維護、糾紛協調處理及其他

與租賃住宅管理有關之事項。原則上代管契約不得早於租賃契約成立，至多同時成立，且兩種契約之期間亦無要求一致之必要。簡言之，出租人係將原應自行負擔對其租賃物之管理事宜，委託代管業管理，可見代管業類型係由出租人單純出租類型所衍生出來之一種特別出租類型。

在住宅租賃條例公布施行後，因租賃住宅代管業依其業務性質，除住宅租賃條例有特別規定外，可視同屋主（出租人）之履行輔助人，應與屋主（出租人）負連帶責任，民法等相關法律已有明文規定，不另贅述。

(1) 當事人：委託代管業的住宅租賃契約之當事人，主要有出租人、承租人及代管業。

① 出租人為企業經營者：委託代管業之出租人即仍為原個人住宅所有人，並未改變，出租人係以住宅出租為業，故仍為企業經營者。出租人只要是個人房東，而與代管業簽訂住宅租賃代管業務契約時，不論其為定期或不定期契約，依住宅租賃條例規定，均得享受減徵租金所得稅與減徵地價稅及房屋稅之優惠。

② 承租人不一定是消費者：承租人仍為原個人住宅之承租人，並未改變，仍依承租人對租賃物之承租目的不同，而有消費者與非消費者之別。

③ 代管業為企業經營者：代管業係受出租人之委託對其所有之租賃住宅進行管理業務，屬受託管理性質，因係以代管租賃住宅為業，從事長期性的服務，按月收取代管的服務費<sup>34</sup>，該代管為營業行為，故為企業經營者。

(2) 法律關係解析：本案因涉及三個主體，並分別簽訂住宅租賃契約及住宅租賃委託代管契約等二種契約，原則上可以成立下列三種法律關係。

① 出租人與承租人間之法律關係：雙方簽訂住宅租賃契約，此亦屬內政部所稱之住宅一般租賃契約，出租人為企業經營者並無疑義（但內政部有不同見解，已見前述），並依承租人之承租目的不同，分別成立消費關係與非消費關係。

② 出租人與代管業間之法律關係：雙方簽訂住宅租賃代管契約，租賃住宅代管業與委託人（房東）間係屬委任關係，非屬租賃關係。經查出租人與代管業之屬性，均為企業經營者，即使是個人房東亦不例外，其法律

<sup>34</sup> 同前註。

關係之主體缺乏消費者之角色，故非屬消費關係。

不過，該代管契約因住宅租賃條例第三十二條條文說明已載明為消費關係，因而造成解釋及適用上之困擾，筆者建議應儘快檢討修正。該條例草案報院審查時及立法院審議，第二十六條第三項（現行第三十二條第三項）條文說明亦已載明「委託管理租賃住宅契約書係屬消保法之消費關係」，立法院審議時僅修正其條次，內容未修正。因而內政部對於該代管契約，則有不同看法，主張在個人房東偶一為之的出租行為，因不能視為營業行為，故其與代管業間所簽之代管契約具消費關係<sup>35</sup>，例如新手個人房東在第一次出租房屋時<sup>36</sup>，固然在理論上可以符合此項要件，但在實務上由於個人房東在出租房屋後，絕大部分均會因租賃契約之更新而一再為出租行為，鮮少只有出租一次而已，當其第二次出租時，即非新手房東的偶一為之行為，而將被認定為營業之企業經營者，此與委託出售房屋僅能一次為之的情形不同。內政部即以「非屬企業經營者之出租人支付報酬委託代管業管理租賃住宅，係為接受代管業提供租賃住宅管理服務之消費者，出租人與代管業間，具有消費關係為由，訂頒租賃住宅委託管理定型化契約應記載及不得記載事項」<sup>37</sup>，契約審閱期間至少 3 天，以資適用。但是，筆者認為此種在理論上才可能存在的極為少數被認定為非企業經營者之個人房東，依消保法規定去公告其契約應記載及不得記載事項，還不如為極大多數為企業經營者之房東，依租賃住宅條例規定去公告應約定及不得約定事項來得更有適用之機會。只是依現有住宅租賃條例就非消費關係並未授權訂定，筆者建議在未修法前，改以範本為之，為保障弱勢委託

<sup>35</sup> 同註 15。

<sup>36</sup> 張欣民著「新版房屋租賃定型化契約有 3 種狀況不適用」（2017），好房網 News，關心您住居的房地產新聞。<https://news.housefun.com.tw/hsinmin/article/179672151757>。新手房東與房客由於房屋租賃市場上有職業房東也有業餘房東，也就是企業經營者與非企業經營者的差別，顯然的後者的出租行為，並不在新版租賃定型化契約之適用範圍，對於此一疑慮，行政院消保處曾特別開會提出解釋：「不論公司、團體或個人，亦不論其營業是否合法登記或許可經營，若反覆實施出租行為，非偶一為之，並以出租為業者，均可認定為企業經營者，其出租行為均得以《消保法》加以規範」。不過，消保處的解釋仍然留下模糊空間，因為不論職業房東或是業餘房東，大都是反覆實施出租行為，也不是偶一為之，解釋函似乎要將所有出租行為都納入新版房屋租賃定型化契約規範，不過若是新手房東，要將手上空置的房子出租，顯然的他不是以出租為業，又屬偶一為之，恐怕就不適用囉！

<sup>37</sup> 請參看內政部版租賃住宅委託管理定型化契約應記載及不得記載事項草案總說明。

人，並建議其內容可與消費關係之規定一致，以減少爭議。

另外，內政部考量不定期租賃關係，租賃雙方均會承擔隨時終止租約之風險，不利於建立穩定之租賃關係，且較不符合國人多數使用定期租賃之習慣，故代管業使用之住宅定型化契約不適用不定期租賃，內政部對代管契約所訂頒之住宅代管契約應記載及不得記載事項，僅以定期契約為適用對象<sup>38</sup>，出租人如與代管業簽訂不定期代管契約，亦應有該應記載及不得記載事項準用之規定，建議內政部以行政命令方式予以補充規定，以免掛一漏萬。

此外，個人房東除了自行出租住宅外，尚可委託仲介出租方式辦理，租賃住宅條例僅就自行出租後委託代管方式規定，尚未及於委託仲介出租並委託仲介代管之一條鞭方式，筆者認為此種一條鞭之委託出租及代管方式，在理論及實務上必然存在，且可能是將來租賃住宅代管業之主流，租賃住宅條例亟宜將之納入規定。

- ③ 承租人與代管業間之法律關係：雙方雖未簽訂任何租賃契約，惟因代管業對承租人可視同屋主（出租人）之履行輔助人，依法應與屋主（出租人）負連帶責任，可因承租人之承租目的不同，分別成立消費關係與非消費關係。易言之，承租人與出租人間如屬消費關係，承租人與代管業間亦屬消費關係；承租人與出租人間如非屬消費關係，承租人與代管業間亦非屬消費關係。

## 2. 包租業包租類型

租賃住宅之出租人就其租賃之住宅不願意自行出租，而係採取出租並委託包租業代為轉租者，即為包租業包租類型。簡言之，出租人係將原應自行負擔對其租賃物之出租及管理事宜，採形式出租方式（原出租人與包租業簽訂租賃契約）委託包租業代其實質出租（採轉租方式，由包租業以出租人名義與次承租人簽訂租賃契約，與仲介出租不同），並委由包租業代管租賃契約之後續事宜，可見包租業包租業務類型係負責包租（含代管）業務，與代管業代管類型不同，亦係由單純出租類型所衍生出來另一種特別出租類型。因此，住宅租賃條例第三條，特別將租賃住宅包租業納入本條例所稱之租賃住宅服務業；並明

<sup>38</sup> 住宅代管契約應約定事項第二點說明不適用不定期租賃。

定該包租業務之範圍為「承租租賃住宅並轉租，及經營該租賃住宅管理業務」。筆者認為此種包租業，事實上是整合前述委託仲介出租及委託代管二種類型後之變形，只是形式上將委託仲介出租（一個出租契約）改以承租後轉租（兩個出租契約），然後由轉租人負責管理（由轉租人代原出租人管理）而已，實質上並無多大差異，可以預料的是，將來房屋仲介公司將成此種業務之主流。

在住宅租賃條例公布施行後，因租賃住宅包租業依其業務性質，除住宅租賃條例有特別規定（房東包租業應提供合於所約定居住使用之住宅，讓房客安心居住，及於簽約時，應說明由房東或包租業負責修繕項目及範圍，並提供有修繕必要時之聯絡方式等）外，對次承租人依法應負出租人責任，民法等相關法律已有明文規定，不另贅述。

(1) 當事人：委託包租業的住宅租賃契約之當事人，主要有（原）出租人、承租人（包租業）及次承租人。

- ①（原）出租人為企業經營者：委託包租業之（原）出租人即仍為原個人住宅所有人，並未改變，（原）出租人係以住宅出租為業，故仍為企業經營者。（原）出租人只要是個人房東，而與包租業簽訂住宅租賃包租業務契約時，不論其為定期或不定期契約，依住宅租賃條例規定，均得享受減徵租金所得稅與減徵地價稅及房屋稅之優惠。
- ② 承租人（包租業）為企業經營者：承租人為包租業，係承租租賃住宅後，作為包租之標的物，自行以出租人名義，將該租賃物再行出租（即轉租）他人居住使用，並以出租人名義對該租賃住宅進行管理業務，屬管理自己資產性質，因係以包租租賃住宅為業，從事長期性的服務，按月收取包租的租金差額<sup>39</sup>，該承租人（包租業）之承租（實際上是以作為轉租為目的之包租），並以包租為業，應屬營業行為，故為企業經營者。
- ③ 次承租人須為消費者：次承租人依住宅租賃條例第三條規定，係指租用他人承租之租賃住宅供居住使用的人，該居住使用租賃住宅即為最終消費行為，故要符合住宅租賃條例規定之次承租人，須為消費者。因此，向包租業轉租之次承租人不得再轉租，否則即因逸出住宅租賃條例適用對象範圍，而無該條例規定之適用，而應適用民法關於租賃契約之規定。

<sup>39</sup> 同註33。

(2) 法律關係解析：本案因涉及三個主體，原則上可以成立下列三種法律關係。

- ①（原）出租人與承租人（包租業）間之法律關係：雙方簽訂住宅租賃包租契約，經查（原）出租人與承租人（包租業）之屬性，均為企業經營者，其法律關係之主體缺乏消費者之角色，故非屬消費關係，內政部即為此訂頒包租契約應約定及不得約定事項，以資適用，惟並未規定契約審閱期間。另外，筆者固然贊同包租契約非屬消費關係，惟有關內政部對於代管契約認為具消費關係（詳見前述）<sup>40</sup>，對於包租契約則認為非具消費關係<sup>41</sup>，例如新手個人房東偶一出租而與代管業或包租業簽訂契約，結果卻有不同法律關係產生，立論前後不一，筆者百思不得其解，實在無法贊同，建議比照代管業模式，為此種在理論上才可能存在的極為少數被認定為非企業經營者之個人房東，亦應依消保法規定去公告其契約應記載及不得記載事項。

此外，內政部考量不定期租賃關係，租賃雙方均會承擔隨時終止租約之風險，不利於建立穩定之租賃關係，且較不符合國人多數使用定期租賃之習慣，故出租人與包租業使用之住宅包租契約不適用不定期租賃<sup>42</sup>。因此，內政部對包租契約所訂頒之住宅包租契約應約定及不得約定事項，僅以定期契約為適用對象，原出租人如與包租業簽訂不定期包租契約，則應有該應約定及不得約定事項準用之規定，建議內政部以行政命令方式予以補充規定，以免掛一漏萬。

- ② 出租人（包租業）與次承租人間之法律關係：雙方簽訂租賃住宅之轉租契約，經查出租人（包租業）為企業經營者，而次承租人依住宅租賃條例規定又以供居住使用之最終消費為限，故為消費者，因而成立消費關係。此即內政部所稱轉租契約，依該條例第三十二條第三項條文說明亦已載明「包租業與次承租人簽訂之租賃住宅契約書（轉租約）係屬消保法之消費關係」，內政部認具消費關係<sup>43</sup>，筆者亦表認同，內政部即為此訂頒住宅轉租定型化契約應記載及不得記載事項，契約審閱期間至少 3 天，以資適

<sup>40</sup> 同註 15。

<sup>41</sup> 內政部於 107.06.26 發布新聞：強化保障住宅租賃關係四類租賃契約全面納入規範。

<sup>42</sup> 請參看內政部版住宅包租定型化契約應約定及不得約定事項總說明。

<sup>43</sup> 內政部於 107.06.26 發布新聞：強化保障住宅租賃關係四類租賃契約全面納入規範。

用。在此要特別注意的是，包租業與次承租人簽訂轉租契約時，不得逾原出租人同意轉租之標的範圍及租賃期間，換言之，轉租期間不得逾越包租期間。

此外，內政部考量不定期租賃關係，租賃雙方均會承擔隨時終止租約之風險，不利於建立穩定之租賃關係，且較不符合國人多數使用定期租賃之習慣，故包租業使用之住宅轉租定型化契約不適用不定期租賃<sup>44</sup>。因此，內政部對包租契約所訂頒之住宅轉租契約應記載及不得記載事項，僅以定期契約為適用對象，包租業與次承租人簽訂不定期轉租契約，則應有該應記載及不得記載事項準用之規定，建議內政部以行政命令方式予以補充規定，或逕適用房屋租賃契約應記載及不得記載事項之規定，以免掛一漏萬。

- ③ 次承租人與（原）出租人間之法律關係：雙方雖未簽訂任何租賃契約，惟因（原）出租人屋主（企業經營者）對其所提供而由次承租人（消費者）所使用之租賃物，依法仍有其一定的產品責任，即使該產品非其設計製造，但對其提供的產品有使用關係存在，而仍應負消保法規定標示說明瑕疵的無過失產品責任。不過，住宅租賃條例對此並無明文規定，為保障真正承租人之消費權益，允宜加以適度補充。

## 參、檢討與建議（代結語）

鑒於租賃契約法律關係複雜，且與租賃契約有關的法律規範，由於並未統一立法，而是分散於民法<sup>45</sup>與土地法<sup>46</sup>及其相關細則或辦法規定，導致糾紛叢生。主管機關內政部乃特別針對其中與居住正義有關之住宅租賃關係，研訂草案送請立法院審議通過，於2017年12月27日公布、2018年6月27日施行之「租賃住宅市場發展及管理條例」，俾有效處理是類問題，筆者對其用心，除予以肯定外，

<sup>44</sup> 請參看內政部版住宅轉租定型化契約應記載及不得記載事項總說明。

<sup>45</sup> 有關租賃住宅契約規範，民法主要規定於債篇之租賃節（第四百二十一條至第四百六十三條之一），可供參考。

<sup>46</sup> 有關租賃住宅契約規範，土地法主要規定於第三章房屋及地基租用（第九十四條至第一百零五條），可供參考。

並提出檢討及建議如后。

## 一、個人房東是企業經營者，應予統一函釋，消費者才更有保障

住宅租賃條例希望與消保法密切結合，以有效保障居住正義，值得稱許，惟可否適用消保法應依消保法規定作為判斷標準，該條例不宜自為突兀性規定，如有違反消保法理念者，即應檢討修正。例如個人房東之屬性問題，依消保法旨在保障弱勢消費者權益，所謂消費，消保會及法院判決多以「不再用於生產之情形下所為之最終消費」<sup>47</sup>而言，從而消費者之概念，具有相對性或可變性：某人是否為消費者，並非依其個人之屬性而認定，而係應依該人所為之行為之屬性，就具體個案，分別情形決定其是否為消費者<sup>48</sup>。筆者認為，個人房東依消保法規定應認屬企業經營者，並無疑義，主管機關應予統一函釋，俾承租消費者之消費權益更有保障。

## 二、消費關係是消保法最重要基制，不容紊亂

消保法公布施行迄今已歷二十餘年，主要係以消費關係作其架構基礎，凡有消費關係即有消保法之適用，反之則否，相關理論及機制均已建立與成熟運作，並已發揮一定之功效，廣受肯定。若依內政部引用住宅租賃條例第三十二條條文說明已載明為消費關係意見，將出租人與代管業間之法律關係視為消費關係，有違法秩序一致性，可能引起其他機關起而效尤，形成骨牌效應，將會造成消保法體系紊亂，執行層面無所適從；且此種主管機關之行政解釋，尚無拘束司法機關之效力，將來恐遭法院判決推翻，實在不可不慎。

<sup>47</sup> 詹森林著「消保法商品責任上『消費』之意義」，收錄於氏著「民事法理與判決研究（四）」－消費者保護法專論(2)」（2006），頁43以下，元照出版公司。消保會作成前述台84消保法字第00351號函解釋後，在該會立場上，消保法上之「消費」，原則上係指「不再用於生產之情形下所為之最終消費」而言。……審判實務上，法院大多參考上述消保會台84消保法字第00351號函，而亦認為「消費」係指「不再用於生產之情形下所為之最終消費」。

<sup>48</sup> 劉春堂著「消費者保護法之發展(演講大綱)」(2014)，刊於消保二十載迎向新未來專刊，頁6，行政院消保處。消費者概念之相對性、可變性某人是否為消費者，並非依其個人之屬性而認定，亦非一經認定為消費者，即固定不變，而係依該人所為之行為之屬性，就具體個案，分別情形決定其是否為消費者。因而消費者概念，具有相對性或可變性。相同之行為，其行為之屬性，與「營業」不具有關聯性者，即為消費者，與「營業」具有關聯性者，即非消費者。

### 三、建議將住宅租賃關係視為特別法律關係予以專法整體規範

建議住宅租賃條例需儘速就下列意見檢討修正，並落實推動，俾早日促成居住正義之實現！

#### （一）建議將住宅租賃關係視為特別法律關係

主管機關內政部應儘量避免以政策侵害消保法體系之完整性，住宅租賃條例相較於民法或消保法而言，係屬租賃特別法，且因現行住宅租賃條例所定住宅租賃關係相關契約之公告規範，將因消費關係與非消費關係之不同，導致加倍複雜，理應自行建立住宅租賃法律體系，其法律關係並應力求單純化，不再區分「消費關係」與「非消費關係」，而應將其視為一種特別法律關係，在執行上可以有效避免消費關係認定上之困難及執上之爭議。

#### （二）建議將所有與住宅租賃條例有關之契約公告全部納入規定

針對目前依住宅租賃條例可適用之契約公告規範，計有房屋租賃契約、住宅代管契約及住宅包租契約等具有消費關係之契約應記載及不得記載事項公告，與住宅租賃契約、住宅轉租契約非屬消費關係之契約應約定及不得約定事項公告等規範，不但過於混亂且有遺漏之處（筆者整理如下列一覽表），常常讓承租人無所適從，因此，對於住宅租賃條例所規定契約公告之規範方式，亦應力求單純化，建議直接採公告應約定事項及不得約定事項方式辦理。至於契約公告之規範內容，建議以不低於消保法規定公告內容為原則（例如比照消保法公告契約應記載及不得記載事項保障弱勢消費者原則，作為住宅租賃條例公告應約定事項及不得約定事項之原則，或採準用消保法公告契約相關規定之方式），來保障弱勢承租人。

#### （三）建議住宅租賃條例應通盤檢討修正，並比照消保法以專法方式予以整體規範

針對住宅租賃條例現有規定可能存在之問題，建議主管機關內政部應儘速通盤逐條予以檢討修正；並建議參考消保法規定體例，在該條例中除了契約公告事項規定外，至少亦應將契約審閱期間、懲罰性賠償金、定型化契約之查核及處罰等規定納入予以整體規範才是。

依住宅租賃條例所定租賃住宅關係相關契約之公告規範一覽表								
名稱	契約主體		法律關係	契約期間	契約公告規範	備註		
	房東	承租人						
住宅租賃一般契約	住宅租賃契約	非為企業經營者之個人房東	承租人（以居住為限）為消費者	消費關係	定期租賃 不定期租賃	（可適用）房屋租賃契約應記載及不得記載事項、範本 （建議訂頒）住宅租賃契約應記載及不得記載事項、範本		
		房東為企業經營者	承租人（非以居住為限）非屬消費者	非消費關係	定期租賃 不定期租賃	住宅租賃契約應約定及不得約定事項、範本 住宅租賃契約應約定及不得約定事項、範本		
住宅租賃代管契約	住宅租賃契約	非為企業經營者之個人房東	承租人（以居住為限）為消費者	消費關係	定期租賃 不定期租賃	（可適用）房屋租賃契約應記載及不得記載事項、範本 （建議訂頒）住宅租賃契約應記載及不得記載事項、範本		
		房東為企業經營者	承租人（非以居住為限）非屬消費者	非消費關係	定期租賃 不定期租賃	住宅租賃契約應約定及不得約定事項、範本 住宅租賃契約應約定及不得約定事項、範本		
	租賃住宅委託管理契約	租賃住宅委託管理契約	非為企業經營者之個人房東	相對人（代業）為企業經營者	消費關係	定期租賃 不定期租賃	租賃住宅委託管理契約應記載及不得記載事項、範本 （建議準用）租賃住宅委託管理契約應記載及不得記載事項、範本	
			房東為企業經營者	相對人（代業）為企業經營者	非消費關係	定期租賃 不定期租賃	無 （建議訂頒）租賃住宅委託管理契約應約定及不得約定事項、範本 （建議準用）租賃住宅委託管理契約應約定及不得約定事項、範本	
		住宅包租契約	住宅包租契約	非為企業經營者之個人房東	承租人（包租業）為企業經營者	消費關係	定期租賃 不定期租賃	（可適用）房屋租賃契約應記載及不得記載事項、範本 （建議訂頒）住宅包租契約應記載及不得記載事項、範本
				房東為企業經營者	承租人（包租業）為企業經營者	非消費關係	定期租賃 不定期租賃	住宅包租契約應約定及不得約定事項、範本 （建議準用）住宅包租契約應約定及不得約定事項、範本
住宅轉租契約	住宅轉租契約	房東（包租業）為企業經營者	次承租人（以居住為限）為消費者	消費關係	定期租賃 不定期租賃	住宅轉租契約應記載及不得記載事項、範本 （可適用）房屋租賃契約應記載及不得記載事項、範本 （建議準用）住宅轉租契約應記載及不得記載事項、範本		

## 參考文獻

- 詹森林（2006），「消費者保護法之定型化契約最新實務發展」，《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論(2)》，元照出版公司。
- 詹森林（2006），「消保法商品責任上『消費』之意義」，《民事法理與判決研究（四）—消費者保護法專論(2)》，元照出版公司。
- 劉宗榮（1988），「定型化契約論文專輯」，三民書局有限公司。
- 劉春堂（2014），「消費者保護法之發展(演講大綱)」，《消保二十載 迎向新未來》專刊，行政院（消費者保護處）。
- 外國消費者保護法【第23輯】（2017），「德國民法中之消費者保護相關規定」，行政院（消費者保護處）。
- 顏碧志（2018），「租賃住宅市場發展及管理條例簡介」，《全國律師》月刊2018年2月號。
- 姚志明（2018），「概覽『租賃住宅市場發展及管理條例』」，《月旦法學雜誌》第277期。
- 林旺根（2016），「『以租賃三箭』，構築不動產租賃法制」，《現代地政》第360期。
- 蔡志雄（2017），「【蔡志雄專欄】房屋仲介 VS 包租代管 要獵人去種田？」，《鉅亨網新聞鉅亨新視界》。
- 張欣民（2017），「新版房屋租賃定型化契約 有3種狀況不適用」，《好房網 News》  
<https://news.housefun.com.tw/hsinmin/article/179672151757>。
- 黃明陽（2005），「消費關係與醫療行為之探討」，《消費者保護研究》第11輯，行政院消費者保護委員會。
- 黃明陽（2016），「定型化契約之簽約規制—以消費者保護法為中心」，《消費者保護研究》第20輯，行政院（消費者保護處）。
- 黃明陽（2017），「消費贏家—消費者保護法入門（修訂三版）」，台灣商務印書館。
- 行政院（消費者保護處）網站 <https://www.cpc.ey.gov.tw>。
- 內政部（地政司）網站（租賃條例專區） <https://www.land.moi.gov.tw>。

《消費者保護研究》  
第 24 輯，頁 97-138

## 定型化契約應記載及不得記載事項違約金條款 之研究—以立法方式及立法密度為研究中心

蔡易廷\*

### 摘要

定型化契約為現代大量交易型態下之產物，各行各業使用日益普遍，逐漸成為現代交易之基本型態。而目前各中央主管機關依消費者保護法第 17 條報院核定通過之定型化契約應記載及不得記載事項中，不乏有使用違約金條款者，因何種事由於條款中規範違約金？條款中又如何設計違約金比例？要非無疑。違約金具促使債務人履行債務之預防性功能，及使債權人損害填補簡易化之填補性功能，就法制層面而言，無論係法規之制訂或審查，違約金條款皆具研究探討之價值及必要性。本文主要採取分析歸納法，擬將違約金條款依立法方式予以類型化歸納，並佐以數據圖表分析違約金條款之立法密度，提供法制檢視與建議。有別於傳統法學論著，本文將採用法律經濟學之概念，以大量表格及圖表分析違約金條款之立法方式暨其立法密度，提供更清楚易懂之研析結果，供未來立法實務研究運用。

**關鍵詞：**違約金、違約金比例、賠償性違約金、損害賠償預定性違約金、懲罰性違約金、違約金條款、定型化契約、應記載事項、不得記載事項、債務不履行、立法方式、立法密度、違約金立法

\* 行政院消費者保護處科員。本文感謝二位審查委員斧正。

## 壹、前言

基於債之關係，如因可歸責債務人之事由而生債務不履行者，民法已有損害賠償等規定（例如民法第 226、227 及 231 條），何以當事人仍多於契約中再為「違約金約定」？其理應在舉證責任考量，亦即債務不履行時，當事人於訴訟上多就「是否可歸責於債務人」以及「損害賠償之多寡」等爭點提出主張或抗辯，其結果不但使請求損害賠償之交易成本（舉證或訴訟成本）增加，亦使當事人權利義務關係發生不確定現象。然如當事人於契約中事先預定違約金債權發生要件及違約金數額，應有釐清、確定當事人權利義務與確定損害賠償數額之功能。當違約金契約約定後，可使當事人有效評估履約成本及衡量違約之效果，故於履約成本小於違約效果時，違約金之約定可督促債務人依約履行；反之，若履約成本大於違約效果者，債務人可能選擇支付違約金而拒絕履約，此時雖法律上可能構成債務不履行，但此一違約應仍屬有效率之違約，於經濟上仍有其意義<sup>1</sup>。

鑑於定型化契約乃頻繁交易中最常採用之締約方式，為保護消費者之權益，解決締約雙方當事人地位不平等，維持定型化契約之公平合理，我國係採行政規制<sup>2</sup>，於消費者保護法（下稱消保法）第 17 條第 1 項特明文規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載及不得記載事項，報請行政院核定後公告之」。是各中央主管機關得選定特定行業，就定型化契約採取通案解決，訂定具實質法規命令效力<sup>3</sup>之應記載及不得記載事項，俾使定型化契約具有最低公平及可遵循之標準。

<sup>1</sup> 林誠二，違約金酌減之法律問題，台灣法學雜誌，第 157 期，2010 年 8 月，第 117 頁。

<sup>2</sup> 所謂「行政規制」，理論上包括行政機關主動草擬定型化約款，及由定型化約款使用人起草後送請行政機關審查兩種。劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局，1993 年 9 月再版，第 90-91 頁。依我國目前消保法第 17 條第 1 項規定，係採行前者，即由行政機關主動草擬定型化約款之方式。

<sup>3</sup> 法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函：「三、本件消費者保護法第 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。』其目的係為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，係由中央主管機關依據上開規定授權公告特定行業之契約應記載或不得記載之事項，該特定行業之定型化契約如有違反者，其條款為無效。準此，該項公告係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果，屬實質意義之法規命令，自應踐行行政程序法第 4 章法規命令之訂定、修正等程序規定。」。

於法制面而言，目前各中央主管機關依上開規定報院核定通過之定型化契約應記載及不得記載事項中，不乏有規制違約金條款者，因何種事由於條款中規範違約金，以及條款中如何設計違約金之比例，要非無疑。因違約金條款於定型化契約中，就促使契約履行及填補損害具有不可磨滅之重要性，是本文研究主要著重於立法技術面之探討，並以 107 年底前已報行政院核定通過公告之定型化契約應記載及不得記載事項為中心，蒐羅其中之違約金條款，分別從「立法方式」及「立法密度」二方面，佐以表格、數據分析，探討違約金比例之設計及分布，提出檢討與建議，希此拋磚引玉，供日後法制實務設計違約金條款及學術研究參考。

## 貳、違約金之概說

在現代社會中，契約已成為人類生活不可缺少之一部分，當事人為確保契約目的達成，常運用許多方式就契約履行加以控制，如人保及物保、分期付款約定、同時或先為履行抗辯、定金支付等，而違約金更是大量被選擇使用方法之一<sup>4</sup>。現行民法在第 250 條至第 253 條，乃就違約金加以規定。依民法第 250 條第 1 項規定，「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金」。申言之，違約金，乃以確保契約之履行為目的，當事人約定在債務人不履行債務時，所應支付之金錢，其對於給付不履行、給付遲延及不完全給付均可能適用<sup>5</sup>。

次依民法第 250 條第 2 項規定，「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額」。依此，違約金一般區分為「損害賠償總額預定性違約金」（賠償性違約金）與「懲罰性違約金」，前者係以損害總額之預定，而減少將來對難以證明之損害及損害額度之舉證困難，則一旦存有債務不履行之事由時，債權人即無庸舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害之多寡，而均得按約定之違約金，請求債務人支付。後者，係以違約金為強制之手段，而具有警示與預防之功能，債務人有不履行債務時，除支付違約金外，

<sup>4</sup> 鄭冠宇，違約金的現在與未來，律師雜誌，第 240 期，1999 年 9 月，第 29 頁。

<sup>5</sup> 姚志明，債務不履行之研究（一），元照出版有限公司，2004 年 9 月，第 243-244 頁。

尚應負擔損害賠償責任，亦即債權人除享有違約金之請求權外，更得證明其尚有損害而請求損害賠償<sup>6</sup>。換言之，「懲罰性違約金」，債權人除得請求違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償。至「損害賠償預定性違約金」（賠償性違約金），則以違約金作為不履行所生之損害賠償總額，故請求違約金後，不得再請求其他損害賠償<sup>7</sup>，且縱使債權人所受損害，超過約定違約金之數額，亦僅得請求違約金，不得更行請求損害賠償<sup>8</sup>；反之，如實際損害並未達到違約金所預定之數額，債權人仍得請求全額違約金，僅嗣後法院得依聲請或依職權酌減違約金<sup>9</sup>。

此外，違約金具促使債務人履行債務之預防性功能，及使債權人損害填補簡易化之填補性功能，是一種壓力工具（具履約擔保作用），也是一種違約時替代給付之承諾（具損害填補作用）<sup>10</sup>，其違約金之額度，取決於欲使債務人盡力避免債務不履行之程度。而違約金之條款，可使債權人於因違約而生非屬財產上之損害，或雖有財產上之損害但難以證明時，無須舉證證明事實上發生損害，即能獲得替代性保障。至違約金過高者，當債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金；如約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額（民法第 251 條、第 252 條參照）。所謂相當之數額，須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準。倘債務人已任意給付違約金與債權人，得認為債務人自願依約履行，債務人當不得再請求返還<sup>11</sup>。且酌減與否，與責任標準無關，債務人縱係故意或重大過失，非不得酌減，亦不以債務人

<sup>6</sup> 鄭冠宇，違約金的現在與未來，律師雜誌，第 240 期，1999 年 9 月，第 36 頁。

<sup>7</sup> 林洲富，民法—案例式，五南圖書出版股份有限公司，2009 年 3 月，第 158 頁。另最高法院 88 年度台上字第 3120 號判決：「違約金如屬懲罰性質者，債務人不履行債務時，債權人除得請求債務人給付此違約金外，尚得請求履行或不履行之損害賠償；違約金如屬賠償總額性質者，則此違約金視為不履行而生損害之賠償總額，債務人不履行債務時，債權人僅得請求債務人給付此違約金，不得更行請求賠償損害，此觀民法第二百五十條之規定自明」。

<sup>8</sup> 最高法院 62 年度台上字第 1394 號判例：「違約金，有屬於懲罰之性質者，有屬於損害賠償約定之性質者，本件違約金如為懲罰之性質，於上訴人履行遲延時，被上訴人除請求違約金外，固得依民法第二百三十三條規定，請求給付遲延利息及賠償其他之損害，如為損害賠償約定之性質，則應視為就因遲延所生之損害，業已依契約預定其賠償，不得更請求遲延利息賠償損害。」邱聰智，新訂民法債編通則（下冊），輔仁大學法學叢書，2008 年 8 月，第 156 頁。

<sup>9</sup> 林誠二，損害賠償總額預定違約金之損害舉證問題，台灣本土法學雜誌，2002 年 7 月，第 171 頁。

<sup>10</sup> 黃立，民法債編總論，元照出版有限公司，2002 年 9 月，第 496-497 頁。

<sup>11</sup> 林洲富，民法—案例式，五南圖書出版股份有限公司，2009 年 3 月，第 158 頁。

無過失或輕過失為限<sup>12</sup>。

另關於違約金債權是否為買賣價金債權之從權利，而有民法第 146 條規定適用？過往實務見解分歧。最高法院 97 年度台上字第 477 號裁定，認為：「消滅時效完成，債務人僅取得拒絕給付之抗辯權而已，其請求權並非當然消滅，原本債權已罹於時效，但於債務人為時效抗辯前，其利息及違約債權仍陸續發生，而已發生之利息及違約金並非民法第 146 條所稱之從權利，其請求權與原本請求權各自獨立，消滅時效亦分別起算，原本請求權雖已罹於消滅時效，已發生之利息及違約金請求權並不因而隨同消滅。」而最高法院 107 年第 3 次民事庭會議決議，同上開裁定，已明確採取違約金非屬從權利之見解<sup>13</sup>。

又本文主要在探討定型化契約條款之「違約金」，不包括「違約定金」。蓋違約定金（乃民法第 249 條規定「定金」之一種）之交付，旨在強制契約之履行，供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定，屬於要物契約。而違約金則係當事人為確保債務之履行，約定債務人不履行債務時，另應支付之金錢或其他給付；除當事人另有訂定外，視為因不履行債務而生損害之賠償總額預定（民法第 250 條參照），屬於諾成契約。兩者在性質上顯有不同。再者，約定之違約定金，除交付違約金之當事人證明其所交付違約定金過高，與他方當事人所受損害顯不成比例，得認當事人交付過高金額部分已非違約定金，而係價金之一部先付，交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金，以求公平外，實務認無民法第 252 條違約金酌減之適用<sup>14</sup>；且違約定金之交付在契約履行之前，其額度之酌定，非以契約不履行後，所發生之損害額為衡量標準，而應以當事人預期不履行契約時所受之損害為據<sup>15</sup>。準此以觀，不宜將「違約金」條

<sup>12</sup> 最高法院 29 年度滬上字第 18 號判例：「民法第二百五十二條僅規定約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，並未規定債務人之不履行債務，非由於故意或重大過失者，法院亦得減少違約金。原審既認為債務人某等所稱違約金過高之主張為非正當，而又以某等之不履行債務非由於故意或重大過失，即減少其與債權人約定之違約金額，於法殊有未合。」邱聰智，新訂民法債編通則（下冊），輔仁大學法學叢書，2008 年 8 月，第 161 頁。

<sup>13</sup> 最高法院第 107 年度第 3 次民事庭決議：「一、本件設題之違約金非屬從權利。二、本件違約金之請求權時效為 15 年。三、債務人為時效抗辯之日起不負遲延責任，抗辯前已發生之違約金已經獨立存在，不受買賣價金債權時效抗辯之影響，應自 98 年 1 月 1 日起至時效抗辯前一日負違約責任，計算其違約金額。」引自，吳從周，違約金債權是否為從權利？，月旦法學教室，第 193 期，2018 年 11 月，第 9-12 頁。

<sup>14</sup> 最高法院 98 年度台上字第 710 號民事判決、最高法院 95 年度台上字第 2883 號民事判決參照。

<sup>15</sup> 最高法院 97 年度台上字第 1630 號民事判決參照。

款與「違約定金」條款二者混淆，併予敘明。

由於現代契約中，當事人為確保契約之順利履行，及避免日後爭議發生時對於損害額舉證困難，常預先於契約中附加違約金之條款，惟此種違約金條款內容未必對當事人符合公平<sup>16</sup>。按違約金條款之使用及違約金比例之訂定，對預防消費糾紛，保護消費者權益，及促進定型化契約之公平化之立法目的，具有必然影響，是中央主管機關依消保法第 17 條第 1 項就特定行業訂定應記載及不得記載事項時，亦於某些定型化契約中納入違約金條款，以受行政管制。然中央主管機關因何種事由於應記載事項及不得記載事項中規範違約金？條款中又如何設計違約金比例？實值探究。本文將於下章節就現有之違約金條款依立法方式予以類型化歸納，並佐以數據圖表分析違約金條款之立法密度，提供違約金條款於消保法制之檢視與回顧。

## 參、定型化契約應記載事項及不得記載事項 就違約金之立法方式

### 一、定型化契約應記載事項就違約金之立法方式

違約金依其性質傳統見解可區分為「損害賠償額預定性違約金」（賠償性違約金）及「懲罰性違約金」，當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之；如無從依當事人之意思認定違約金之種類，則依民法第 250 條第 2 項規定，視為「損害賠償額預定性違約金」（賠償性違約金）<sup>17</sup>。申言之，依民法第 250 條第 2 項規定：「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期，或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。」此處所指之違約金，乃賠償性違約金。至於懲罰性違約金，則須當事人另有特約。所謂另有特約，係指除請求違約金外，尚得請求損害賠償之明確約定而言<sup>18</sup>。因違約金之性質依實務學說及個案，容有爭議及不同

<sup>16</sup> 林誠二，違約金酌減之法律問題，台灣法學雜誌，第 157 期，2010 年 8 月，第 116 頁。

<sup>17</sup> 姚志明，債務不履行之研究（一），元照出版有限公司，2004 年 9 月，第 244 頁。

<sup>18</sup> 最高法院 86 年度台上字第 1620 號判決：「違約金有賠償性違約金及懲罰性違約金，其效力各

解讀，且本文係著重於違約金比例之立法方式及密度，故不一一論列各條款違約金之屬性，再以之為區分，以求本文流暢。然為使傳統見解「賠償性」及「懲罰性」違約金（以得否另行請求損害賠償為區分），更容易判斷，本文將在後續統整之表格中，特別標示「★」、「得另行請求損害賠償」及「懲罰性違約金」等關鍵字，以利讀者判別該條款依傳統見解為具「懲罰性」之違約金條款。

又依消保法第 12 條規定「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」，同法第 11 條第 1 項規定「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠原則」，及其施行細則第 14 條第 1 項第 3 款規定「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任。」故違約金條款於規範或約定時，尤應注意遵守誠信原則及平等互惠原則，且條款不得顯失公平，亦以不得使消費者在違約時，負擔顯不相當之賠償責任為要。

目前定型化契約之應記載事項條款中，規範有「違約金」文字者，依立法方式，大致可區分為「空白式違約金」、「固定式違約金」、「下限式違約金」、「上限式違約金」、「階梯式違約金」、「累計式違約金」及「複合式違約金」等 7 種不同立法方式。而條款中違約金之比例，茲依不同立法方式加以分析說明如下：

### （一）空白式違約金

於現行定型化契約應記載事項中，並非所有違約金條款均規定有違約金之金額，行政規制就某些事項仍尊重私法自治、契約自由等原則，因而保留企業經營者與消費者磋商協調之空間。目前違約金以空白式立法者，主要為保留彈性由企業經營者與消費者自由約定。海外旅遊學習第 12 點第 2 項、健身中心第 7 點第 2 項及第 4 項、移民服務第 18 點第 2 項及第 20 點第 3 項，以及個人購屋貸款第 3 點第 3 項等定型化契約應記載事項，係採空白式立法方式，共計 6 條<sup>19</sup>。檢視此

自不同。前者以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額。後者以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，於債務不履行時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償。當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之。如無從依當事人之意思認定違約金之種類，則依民法第二百五十一條第二項規定，視為賠償性違約金。」邱聰智，新訂民法債編通則（下冊），輔仁大學法學叢書，2008 年 8 月，第 154 頁。

<sup>19</sup> 本文計算條文數之方式，不以「點」為基礎計算，而以「項」為基礎計算法條數。蓋違約金條款之立法，會因個別不同之發生事由，而有所不同，即便列於同點之下，規範內容仍各異，故以「項」計算法條數，俾利表述，亦利後續立法密度之統計。

種立法方式，大部分用於消費者個資之保密義務。

◎空白式違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	違約金空白
★海外旅遊學習定型化契約第12點第2項	業者因辦理旅遊學習事項所持有之消費者證照、印章等，僅得供旅遊學習申請之用，不得移做他途使用，違反者	消費者得請求業者支付違約金____元，其因而致消費者受有損害者，並另負賠償責任。
健身中心定型化契約第7點第2項第3款	不可歸責於消費者事由（例如：業者解聘或教練辭職）而終止契約者	消費者並得另外請求以全部費用百分之__計算之違約金。
健身中心定型化契約第7點第4項	業者提供之服務或器材設備缺失未改善，消費者終止契約者	消費者並得另外請求以全部費用百分之__計算之違約金。
移民服務定型化契約第18點第2項	受任人就委任人之移民申請，負有保密之義務，非經委任人書面同意，不得洩漏委任人提供之個人資料及其申請移民之事實，違反者	受任人應支付依約定服務報酬額__倍之違約金。
移民服務定型化契約第20點第3項	企業經營者違反返還消費者交付文件之義務	委任人得請求服務報酬額__倍之違約金。
個人購屋貸款定型化契約第3點第3項	有「限制清償期間」，而借款人提前還款	提前清償違約金之計收方式如下：_____（註：以上計收方式應考量借款人之清償時間、貸款餘額等因素採遞減方式計收）但借款人死亡或重大傷殘並取得證明文件等因素而須提前清償貸款者，金融機構不得向借款人收取提前清償違約金。

## (二) 固定式違約金

固定式違約金之立法方式，係指違約金之數額以固定金額之文字或固定之計算方式規範，亦即只要符合所發生事由之構成要件，即生依該固定方式賠償違約金之法律效果。採固定式違約金之立法方式者，現有海外旅遊學習第 27 點第 2 項、國內旅遊第 18 點第 2 項、國外旅遊第 19 點第 2 項、國外旅遊第 24 點第 3 項及中古汽車買賣第 12 點第 2 項等定型化契約應記載事項，共計 5 條，其違約金比例為「同額」、「百分之五」等。此種立法方式，適用於「給付不能」、「給付遲延」及「不完全給付」等情形。除國外旅遊定型化契約第 24 點第 3 項，於旅行業出發後，因可歸責於旅行業之事由，無法完成旅遊，亦未安排交通或替代旅遊者，明文規定業者應賠償旅客未旅遊地部分費用「同額」之「懲罰性違約金」。又國內旅遊第 18 點第 2 項、國外旅遊第 19 點第 2 項，除得請求旅費百分之五之違約金外，皆得另行請求損害賠償，亦屬傳統見解之「懲罰性違約金」。

### ◎固定式違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	固定式違約金
海外旅遊學習定型化契約第27點第2項	旅遊學習行程出發後，因可歸責於業者之事由，無法完成預定旅遊學習活動，亦未安排代替旅遊學習活動者	業者應賠償消費者未能從事旅遊學習活動費用同額之違約金。
中古汽車買賣定型化契約第12點第2項	出賣人給付車輛遲延，經買受人解除契約，而買受人支付定金者	出賣人應賠償與定金同額之違約金
★國內旅遊定型化契約第18點第2項	旅客於出發後始發覺或被告知本契約已轉讓其他旅行業者	旅行業應賠償旅客全部旅遊費用百分之五之違約金； <u>旅客受有損害者，並得請求賠償。</u>
★國外旅遊定型化契約第19點第2項	旅客於出發後始發覺或被告知本契約已轉讓其他旅行業者	旅行業應賠償旅客全部旅遊費用百分之五之違約金； <u>旅客受有損害者，並得請求賠償。</u>
★國外旅遊定型化契約第24點第3項	旅行業出發後，因可歸責於旅行業之事由，無法完成旅遊，亦未安排交通或替代旅遊者	應賠償旅客未旅遊地部分費用同額之 <u>懲罰性違約金</u> 。

### (三) 下限式違約金

下限式違約金之立法方式，係指違約金數額雖保留由企業經營者與消費者間自由約定，惟所約定之違約金數額設有最低限度。簡言之，約定之違約金不得低於法定下限。截至目前，僅有「海外旅遊學習定型化契約」採取下限式違約金之立法方式，相關條文計有 3 條。條款中違約金之比例，分別為「不得低於總收費用三倍」、「不得低於百分之十」及「不得低於百分之五」等。

本類型違約金條款中，以海外旅遊學習第 13 點第 2 項規定，針對業者洩漏個人資料或提供其他個人或團體使用時，違約金為不得低於總收費用三倍，堪為最高。其餘如未達最低出團人數，業者解除契約怠於通知消費者致生損害者，違約金不得低於旅遊學習費用百分之十；業者未經消費者同意而將契約所生權利義務轉讓其他旅遊代辦，違約金不得低於旅遊學習費用百分之五，則依序次之。由此可見，海外旅遊學習定型化契約針對消費者個人資料採取高度保護，以違約金不得低於總收費用三倍，來提醒業者應加強保護個人資訊隱私。又海外旅遊學習第 13 點第 2 項及第 34 點第 3 項，依傳統見解皆為具「懲罰性違約金」性質之規定。

#### ◎ 下限式違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	最低限度違約金
★海外旅遊學習定型化契約第13點第2項	業者因辦理契約約定事項而知悉消費者相關資料，除經消費者書面同意外，不得洩漏或提供給其他個人或團體，以及契約目的範圍以外使用之約定，違反者	消費者得請求業者支付違約金新台幣____元（不得低於總收費用三倍），其因而致消費者受有損害者並應另負賠償責任。
海外旅遊學習定型化契約第15點第2項	未達最低出團人數，業者得解除契約，但應於預定出發之七日前通知消費者解除契約，怠於通知致消費者受損害者	業者應賠償消費者依旅遊學習所定費用百分之__計算之違約金（不得低於百分之十）
★海外旅遊學習定型化契約第34點第3項	業者未經消費者之書面同意，不得將契約所生之權利義務轉讓其他旅遊學習代辦業者，違反者	業者應賠償消費者第七點第一項所定全部費用百分之__之違約金（不得低於百分之五）。消費者如有損害，仍得請求賠償。

#### (四) 上限式違約金

上限式違約金之立法方式，係就違約金額度設有最高上限，至於限度內之違約金，可由企業經營者與消費者自行協商訂定。現有房屋租賃第 12 點第 2 項及健身中心第 7 點第 2 項等定型化契約應記載事項，採此立法方式，計有 2 條，皆適用於可歸責於一方而終止契約之情形。條款中之違約金比例為「最高不得超過一個月（租金額）」、「不得逾退費金額之百分之二十」等。此種上限式違約金立法方式，通常為避免訂立過高或不合理之違約金，避免違約方因違約而承受過高之損害賠償，而就損害賠償額設定合理上限範圍，藉此達成填補違約損害賠償之目的。至房屋租賃第 12 點第 2 項終止租約之情形，於企業經營者及消費者雙方皆有適用。

##### ◎上限式違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	最高限度違約金
房屋租賃定型化契約第12點第2、3項	依約定得終止租約，租賃之一方未為先期通知而逕行終止租約者	應賠償他方__個月（最高不得超過一個月）租金額之違約金。前項承租人應賠償之違約金得由第五點之擔保金（押金）中扣抵。
健身中心定型化契約第7點第2項第2款	消費者終止契約，無法認定簽約時單月使用費者	業者得請求依退費金額百分之__（不得逾退費金額之百分之二十）計算之違約金，以賠償所受損失。

#### (五) 階梯式違約金

階梯式違約金之立法方式，係依通知違約時間之長短，訂定不同級距之違約金。此立法特色，乃依通知違約「時間長短」去評價當事人「違約惡性」程度，其充分展現於階梯式之違約金額度。現有海外旅遊學習、國內旅遊、國外旅遊等三種定型化契約採之，計有 3 條。通常用於因可歸責於業者之事由，致債務不履行時，未為通知消費者之情形。為促使業者儘早通知，以降低消費者之損害，故如旅遊無法成行時，業者應按通知時間長短賠償消費者由「百分之 5」、「百分之 10」、「百分之 20」、「百分之 30」、「百分之 50」乃至「百分之百」不等之違約金。

綜觀三種定型化契約，國內旅遊及國外旅遊之階梯式違約金比例皆相同，違約金為賠償旅費總額百分之 5 至百分之百間，且規範分類最細密，二者皆由交通部（觀光局）權管；其次則為海外旅遊學習，違約金比例為賠償學費總額百分之 10 至百分之百，由教育部（國際及兩岸教育司）權管。三種定型化契約之共同點，皆在於具有旅遊性質，發生事由均因可歸責業者致未成行而業者遲未通知消費者；差異點則在於海外旅遊學習定型化契約，另含海外學習之課程，且無「百分之 5」之違約金比例規範。

依國內旅遊第 12 點第 3 項規定，「旅遊活動無法成行時，旅行業已為通知者，則按通知到達旅客時，距出發日期時間之長短，依下列規定計算其應賠償旅客之違約金：…」，第 4 項規定，「旅客如能證明其所受損害超過前項之基準者，得就其實際損害請求賠償」。是本點雖規定消費者得就其實際損害請求賠償，然針對損害金額已超過違約金部分，亦得另行請求，故此處之違約金依傳統見解乃屬懲罰性違約金，蓋賠償性違約金係損害預定，就超過違約金之金額不得另行請求賠償。至國外旅遊第 12 點第 3 項之違約金，性質亦同。

另應注意區辨，「解約定金」及「解約金」有採此種立法方式，易與「違約金」混淆。所謂「解約定金」者，乃保留解除權而交付之定金，與「違約金」有別；其採階梯式立法方式者，例如：個別旅客訂房定型化契約應記載事項第 5 點：「旅客解除契約時，應通知業者，並得要求業者收取定金者，依下列基準處理：（一）旅客解約通知於預定住宿日前第十四日以前到達者，得請求業者退還定金百分之百。（二）旅客解約通知於預定住宿日前第十日至第十三日到達者，得請求業者退還定金百分之七十。（三）旅客解約通知於預定住宿日前第七日至第九日到達者，得請求業者退還定金百分之五十。（四）旅客解約通知於預定住宿日前第四日至第六日到達者，得請求業者退還定金百分之四十。（五）旅客解約通知於預定住宿日前第二日至第三日到達者，得請求業者退還定金百分之三十。（六）旅客解約通知於預定住宿日前第一日到達者，得請求業者退還定金百分之二十。（七）旅客解約通知於預定住宿日當日到達或未為解約通知者，業者得不退還定金。」

又「解約金」，謂因解除契約而生之損害賠償金額，採階梯式立法方式者，例如：國外旅遊定型化契約應記載事項第 13 點第 1 項：「旅客於旅遊活動開始前解除契約者，應依旅行業提供之收據，繳交行政規費，並應賠償旅行業之損失，其賠償基準如下：（一）旅遊開始前第四十一日以前解除契約者，賠償旅遊費用百分

之五。(二) 旅遊開始前第三十一日至第四十日以內解除契約者，賠償旅遊費用百分之十。(三) 旅遊開始前第二十一日至第三十日以內解除契約者，賠償旅遊費用百分之二十。(四) 旅遊開始前第二日至第二十日以內解除契約者，賠償旅遊費用百分之三十。(五) 旅遊開始前一日解除契約者，賠償旅遊費用百分之五十。(六) 旅客於旅遊開始日或開始後解除契約或未通知不參加者，賠償旅遊費用百分之一百。」此乃消費者於旅遊活動開始前欲解除契約，而依上開賠償基準所賠償之「解約金」，與違反契約內容而預定損害賠償或以強制履行為目的之懲罰性損害賠償性質之「違約金」有別。

◎階梯式違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	階梯式違約金比例	
		通知到達消費者日距出發日期	違約金比例
海外旅遊學習第16點第1項	因可歸責於業者之事由，致無法成行	(1) 於第31日前通知者	賠償學費總額百分之10。
		(2) 於第21日至第30日內通知者	賠償學費總額百分之20。
		(3) 於第2日至第20日內通知者	賠償學費總額百分之30。
		(4) 於前1日通知者	賠償學費總額百分之50。
		(5) 於旅遊行程當日以後通知者	賠償學費總額百分之百。
		未為通知者	賠償依海外旅遊學習活動費用全部計算之違約金。
★國內旅遊第12點第2、3、4項	因可歸責於旅行業之事由，致無法成行	(1) 於出發日第41日前通知者	賠償旅費總額百分之5。
		(2) 於第31日至第40日內通知者	賠償旅費總額百分之10。
		(3) 於第21日至第30日內通知者	賠償旅費總額百分之20。
		(4) 於第2日至第20日內通知者	賠償旅費總額百分之30。
		(5) 於前1日通知者	賠償旅費總額百分之50。
		(6) 於出發日以後通知者	賠償旅費總額百分之百。
		未為通知者	賠償依旅遊費用之全部計算之違約金
		旅客如能證明其所受損害超過前項之基準者，得就其實際損	

		害請求賠償。	
★國外旅遊 第12點第 2、3、4項	因可歸責於 旅行業之事 由，致無法 成行	(1)於出發日第41日前通知者	賠償旅費總額百分之5。
		(2)於第31日至第40日內通知者	賠償旅費總額百分之10。
		(3)於第21日至第30日內通知者	賠償旅費總額百分之20。
		(4)於第2日至第20日內通知者	賠償旅費總額百分之30。
		(5)於前1日通知者	賠償旅費總額百分之50。
		(6)於出發日以後通知者	賠償旅費總額百分之百。
		未為通知者	賠償依旅遊費用之全部計算之違約金
		旅客如能證明其所受損害超過前項之基準者，得就其實際損害請求賠償。	

## (六) 累計式違約金

累計式違約金，係指明確以違約之日數或月份作為單位、或以倍數累計計算之立法方式，條文中亦常出現加減乘除或倍數等類似公式文字。現行定型化契約計算基礎多為按「日」計算，僅在房屋租賃定型化契約中採按「月」計算。此種立法方式，適用於「給付不能」、「不完全給付」及「給付遲延」等情形。

現有海外旅遊學習、國內旅遊、國外旅遊、房屋租賃、移民服務及有線廣播電視系統經營者／有線播送系統等6種定型化契約採此種立法方式，共計8條規定。至累計式違約金比例，則有以「(旅遊契約等級)差額二倍」、「按日計算」、「依全部旅費除以全部旅遊日數乘以延誤行程日數計算」、「以每日新台幣一千五百元乘以全部旅遊日數，再除以實際出團人數計算之三倍」、「以每日新臺幣二萬元乘以逮捕羈押或留置日數計算」、「相當月租金額一倍至返還為止」、「按日給付委交報酬及費用百分之一」及「相當月收視費二倍」等不同立法方式。此種立法方式之特色在於有非常明確之計算公式可資遵循，亦為單一類型中主管機關最常參採之立法方式，除作為債務不履行所生之損害賠償總額以外，同時亦具有嚇阻違約行為之間接功能。蓋以違約之日數或月份作為單位或以倍數累計計算之立法方式，於條款中之文字顯現，較易引起締約者特別注意。

此中明文為「懲罰性違約金」者，目前計有 2 條規定，包含國外旅遊第 24 點第 4 項，因可歸責於旅行業之事由，致旅客遭恐怖分子留置、當地政府逮捕羈押或留置者，應賠償旅客「以每日新臺幣二萬元乘以逮捕羈押或留置日數計算」之「懲罰性違約金」；以及有線廣播電視系統經營者／有線播送系統第 12 點第 2 項，企業經營者未至約定處所接用頻道提供頻道視訊服務，或未於約定時間修復收視，經消費者終止契約者，消費者得請求「相當月收視費二倍」之「懲罰性違約金」。至具有懲罰性違約金性質者，尚有海外旅遊學習第 32 點第 1、2 項及國內旅遊第 21 點第 3 項。

◎累計式違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	累計式違約金
海外旅遊學習定型化契約第31點第3項	除因不可抗力或不可歸責外，業者未依旅遊學習契約所定等級辦理旅遊學習行程、交通、食宿或遊覽項目等事宜者	消費者得請業者支付（旅遊契約等級）差額二倍之違約金
★海外旅遊學習定型化契約第32點第1、2項	因可歸責於業者之事由，致消費者留滯國外者	應賠償消費者按日計算之違約金。 <u>消費者如因此而受有其他損害者，並得請求賠償。</u> 前項違約金，依海外旅遊學習費用中食宿及交通費用之總額除以旅遊學習行程全部日數計算之。
★國內旅遊定型化契約第21點第3項	因可歸責於旅行業之事由，致延誤行程者	旅客得請求依全部旅費除以全部旅遊日數乘以延誤行程日數計算之違約金。延誤行程時數在五小時以上未滿一日者，以一日計算。依第一項約定，安排旅客返回時，另應按實計算賠償旅客未完成旅程之費用及由出發地點到第一旅遊地與最後旅遊地返回之交通費用。 <u>旅客受有其他損害者，並得請求賠償。</u>
★國外旅遊定型化契約第16點第1、2項	旅行業未指派領有領隊執業證之領隊者	應賠償旅客每人以每日新臺幣一千五百元乘以全部旅遊日數，再除以實際出團人數計算之三倍違約金。 <u>旅客受有損害者，並得請求旅行業賠償。</u>
★國外旅遊定型化契約第24點第4項	因可歸責於旅行業之事由，致旅客遭恐怖分子留置、當地政府逮捕羈押或留置者	應賠償旅客以每日新臺幣二萬元乘以逮捕羈押或留置日數計算之 <u>懲罰性違約金</u> 。

房屋租賃定型化契約第13點第3、4項	承租人未依約定返還房屋者	出租人得向承租人請求未返還房屋期間之相當月租金額外，得請求相當月租金額一倍（未足一個月者，以日租金折算）之違約金至返還為止。前項金額及承租人為繳清之相關費用，出租人得由第五點之擔保金（押金）中扣抵。
移民服務定型化契約第9點	受任人應於委任人交付移民相關文件完備並收取費用後（不得超過14天）送件申請，違反者	自逾期之日起，每日應給付委任人已交付報酬及費用百分之一違約金。
★有線廣播電視系統經營者／有線播送系統定型化契約第12點第2項	企業經營者未至約定處所接用頻道提供頻道視訊服務，或未於約定時間修復收視，經消費者終止契約者	消費者得請求相當月收視費二倍之懲罰性違約金。

### （七）複合式違約金

所謂複合式違約金之立法方式，係指於同一條文規定中，採取兩種以上不同立法方式規定違約金而言。目前現有複合式違約金之立法方式，計有「累計式暨上限式」、「累計式暨下限式」、「固定式暨上限式」及「上限式暨下限式」等，但亦不排除日後可能有其他複合式之組合。茲依現有複合式違約金，析述如下：

#### 1. 「累計式暨上限式」違約金

採「累計式暨上限式」之立法方式者，計有4條，多適用於給付遲延之情形。於海外旅遊學習第32點第4項規定，業者於旅遊途中，如因故意、重大過失留滯消費者，其違約金之比例，原則採「累計式」之立法方式，「依全部海外旅遊學習費用除以全部旅遊學習行程日數乘以棄置或留滯日數後相同金額五倍」之違約金，但以「其棄置或留滯總日數之計算，以不超過全部旅遊學習日數為限」，輔以「上限式」立法方式，避免賠償無上限。至目前個人購車、個人購屋及消費性無擔保貸款三種定型化契約，皆由金融監督管理委員會權管。借款人遲延還本或付息者，其違約金之比例，以「百分之十」、「百分之二十」、「固定金額」等方式計算違約金金額，最高可連續（累計式）收「三期」、「九期」（上限式）。

關於海外旅遊學習第32點第4項規定「消費者留滯國外，係因業者之故意或重大過失所致者，…並應支付依全部海外旅遊學習費用除以全部旅遊學習行程日

數乘以棄置或留滯日數後相同金額五倍之違約金」，其立法方式類似消保法第 51 條「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額五倍以下之懲罰性賠償金」。揆其違約金性質，本文傾向認為具有懲罰性質。至個人購車第 6 點第 2 項、個人購屋第 6 點第 2 項及消費性無擔保貸款第 7 點第 2 項等條款之違約金性質為何？依中華民國銀行同業公會全國聯合會 75 年 1 月 22 日全會業（一）字第 0149 號函：「查違約金係雙方當事人約定於債務人不履行債務時，應支付之一定金額。其性質有『損害賠償額之預定』及『懲罰性』兩種。債務人不依約履行而須收取違約金時，依各行庫之慣例，有以本金為計算基礎者；亦有以本息之和為計算之基礎者。均應憑銀行約據內之文義為準。」本文認為，此處之違約金係針對給付遲延，消費者除應負擔本金與利息外，尚須負擔違約金，且該違約金採「連續計收」亦具有督促消費者依約履行之用意，故應具懲罰性質。

◎「累計式暨上限式」違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	「累計式暨上限式」違約金
★海外旅遊學習定型化契約第32點第4項	消費者留滯國外，係因業者之故意或重大過失所致者	應支付依全部海外旅遊學習費用除以全部旅遊學習行程日數乘以棄置或留滯日數後相同金額五倍之違約金。 但棄置或留滯總日數之計算，以不超過全部旅遊學習日數為限。
★個人購車貸款定型化契約第6點第2項	借款人遲延還本或付息者	金融機構依約定收取違約金時，其收取方式應依下列方式擇一於契約中約定： □（一）逾期六個月以內者，按原貸款利率之百分之十，逾期超過六個月部分，按原貸款利率之百分之二十，按期計收違約金，每次違約狀態最高連續收取期數為九期。 □（二）每期採固定金額計收違約金者，每次違約狀態最高連續收取期數為三期。（金融機構得按「不同逾期期數」收取不同固定金額之違約金，但不得按「每月逾期繳款金額不同區間」收取不同固定金額之違約金。）
★個人購屋貸款定型化契約第6點第2項	借款人遲延還本或付息者	金融機構依約定收取違約金時，其收取方式應依下列方式擇一於契約中約定： □（一）逾期六個月以內者，按原貸款利率之百分之十，逾期超過六個月部分，按原貸款利率之百分之二十，按期計收違約金，每次違約狀態最高連續收取期數為九期。

		<input type="checkbox"/> (二) 每期採固定金額計收違約金者，每次違約狀態最高連續收取期數為三期。(金融機構得按「不同逾期期數」收取不同固定金額之違約金，但不得按「每月逾期繳款金額不同區間」收取不同固定金額之違約金。)
★消費性無擔保貸款定型化契約第7點第2項	借款人遲延還本或付息者	金融機構依約定收取違約金時，其收取方式應依下列方式擇一於契約中約定： <input type="checkbox"/> (一) 逾期六個月以內者，按原貸款利率之百分之十，逾期超過六個月部分，按原貸款利率之百分之二十，按期計收違約金，每次違約狀態最高連續收取期數為九期。 <input type="checkbox"/> (二) 每期採固定金額計收違約金者，每次違約狀態最高連續收取期數為三期。(金融機構得按「不同逾期期數」收取不同固定金額之違約金，但不得按「每月逾期繳款金額不同區間」收取不同固定金額之違約金。)

## 2. 「累計式暨下限式」違約金

累計式暨下限式違約金之立法方式，目前出現於國內及國外旅遊定型化契約中，大致可歸類為「因故意、重大過失及過失棄置或留滯消費者」及「因可歸責業者致未達預定旅遊項目等」二種事由，共計有 4 條規定。關於第一種事由，依國內旅遊第 22 點及國外旅遊第 23 點規定，乃旅行業者於國內外旅遊途中，因故意、重大過失或過失棄置或留滯消費者，其違約金比例為「至少」(下限式)「賠償依全部旅遊費用除以全部旅遊日數乘以棄置或留滯日數後相同金額五倍、三倍及一倍」(累計式)之違約金。此處違約金之立法方式，除類似消保法第 51 條「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額五倍以下之懲罰性賠償金；但因重大過失所致之損害，得請求三倍以下之懲罰性賠償金，因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金」之立法方式外，亦得另行請求損害賠償，故性質屬「懲罰性違約金」。

至於，第二種事由，依國內旅遊第 20 點及國外旅遊第 21 點規定，乃因可歸責於旅行業者之事由，致未達旅遊契約所定旅程、交通、食宿或遊覽項目等事宜者，應賠償旅遊契約所定旅程、交通、食宿或遊覽項目等「各該差額二倍」(累計式)之違約金。惟旅行業者應提出前項差額計算之說明，如未提出差額計算之說明時，其違約金之計算「至少」(下限式)為「全部旅遊費用之百分之五」。此處

之違約金，因得另行請求損害賠償，故依傳統見解亦屬「懲罰性違約金」。

◎「累計式暨下限式」違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	「累計式暨下限式」違約金
★國內旅遊定型化契約第22點第1、2、3、5項	旅行業於旅遊途中，因故意棄置或留滯消費者	應至少賠償依全部旅遊費用除以全部旅遊日數乘以棄置或留滯日數後相同金額五倍之違約金。 <b>旅客受有損害者，另得請求賠償。</b>
	旅行業於旅遊途中，因重大過失棄置或留滯消費者	應至少賠償依全部旅遊費用除以全部旅遊日數乘以棄置或留滯日數後相同金額三倍之違約金。 <b>旅客受有損害者，另得請求損害賠償。</b>
	旅行業於旅遊途中，因過失棄置或留滯消費者	應至少賠償依全部旅遊費用除以全部旅遊日數乘以棄置或留滯日數後相同金額一倍之違約金。 <b>旅客受有損害者，另得請求賠償。</b>
★國外旅遊定型化契約第23點第1、2、3、5項	旅行業於旅遊途中，因故意棄置或留滯消費者	應至少賠償依全部旅遊費用除以全部旅遊日數乘以棄置或留滯日數後相同金額五倍之違約金。 <b>旅客受有損害者，另得請求賠償。</b>
	旅行業於旅遊途中，因重大過失棄置或留滯消費者	應至少賠償依全部旅遊費用除以全部旅遊日數乘以棄置或留滯日數後相同金額三倍之違約金。 <b>旅客受有損害者，另得請求賠償。</b>
	旅行業於旅遊途中，因過失棄置或留滯消費者	應至少賠償依全部旅遊費用除以全部旅遊日數乘以棄置或留滯日數後相同金額一倍之違約金。 <b>旅客受有損害者，另得請求賠償。</b>
★國內旅遊定型化契約第20點	因可歸責於旅行業之事由，致未達旅遊契約所定旅程、交通、食宿或遊覽項目等事宜者	1.應賠償旅遊契約所定旅程、交通、食宿或遊覽項目等各該差額二倍之違約金。 2.旅行業者應提出前項差額計算之說明，如未提出差額計算之說明時，其違約金之計算至少為全部旅遊費用之百分之五。 3. <b>旅客受有損害者，另得請求賠償。</b>
★國外旅遊定型化契約第21點第1、2、3項	因可歸責於旅行業之事由，致未達旅遊契約所定旅程、交通、食宿或遊覽項目等事宜者	1.應賠償旅遊契約所定旅程、交通、食宿或遊覽項目等各該差額二倍之違約金。 2.旅行業者應提出前項差額計算之說明，如未提出差額計算之說明時，其違約金之計算至少為全部旅遊費用之百分之五。 3. <b>旅客受有損害者，另得請求賠償。</b>

### 3. 「固定式暨上限式」違約金

目前僅成屋買賣契約書（由內政部地政司權管）採固定式暨上限式之立法方式，計有 2 條。於成屋買賣中，賣方違反所有權移轉或交屋等約定，或買方遲分期付款或遲延利息等事由時，其違約金比例為與已付價款「同額」之固定方式計算違約金，惟該違約金仍設有上限，以不超過房地總價款「百分之十五」為限。此處違約金之性質，並無另行請求損害賠償之約定，依傳統見解乃損害賠償總額之預定，性質屬賠償性違約金。

#### ◎「固定式暨上限式」違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	「固定式暨上限式」違約金
成屋買賣契約書第12點第1項	賣方違反所有權移轉或交屋等約定時，經買方解約者	賣方應支付與已付房地價款同額之違約金；惟該違約金以不超過房地總價款百分之十五為限。
成屋買賣契約書第12點第3項	買方逾期一個月不付期款或遲延利息，經賣方以存證信函或其他書面催告後，自送達之次日起算逾七日仍未支付者	賣方得沒收已付價款充作違約金；惟所沒收之已付價款以不超過房地總價款百分之十五為限。

### 4. 「上限式暨下限式」違約金

採「上限式暨下限式」違約金立法者，有預售屋及預售停車位買賣契約書二種（內政部地政司權管），計有 4 條規定。預售屋買賣契約書第 24 點第 3 項、預售停車位買賣契約書第 20 點第 3 項，就賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」或「賣方之瑕疵擔保責任」，經買方解除契約者，其違約金之下限為「不得低於百分之 15」，上限則為「已繳價款」。至預售屋買賣契約書第 24 點第 4 項、預售停車位買賣契約書第 20 點第 4 項，就買方違反有關「付款條件及方式」之規定者，其違約金之下限為「已繳價款」，上限則為「不得高於百分之 15」。此種立法特色，是仍保留企業經營者與消費者之磋商空間，但設定有上下限，避免違約金約定過高或過低之不合理現象。且由此處之違約金，皆明確規定「買賣雙方不得另行請求其他損害賠償」，故依傳統見解屬損害賠償總額之預定，為賠償性違約金。

◎ 「上限式暨下限式」違約金之規定：

定型化契約／應記載事項	發生事由	「上限式暨下限式」違約金
預售屋買賣契約書第24點第3、5項	賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」或「賣方之瑕疵擔保責任」，經買方解除契約者	1. 賣方除將買方已繳之房地價款退還予買方，如有遲延利息應一併退還，並應同時賠償房地總價款百分之__（不得低於百分之十五）之違約金。但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。 2. 買賣雙方不得另行請求其他損害賠償。
預售停車位買賣契約書第20點第3項	賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」或「賣方之瑕疵擔保責任」，經買方解除契約者	1. 賣方應賠償停車位總價款百分之__（不得低於百分之十五）之違約金。但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。 2. 買賣雙方不得另行請求其他損害賠償。
預售屋買賣契約書第24點第4項	買方違反有關「付款條件及方式」之規定者	1. 賣方得沒收依房地總價款百分之__（最高不得超過百分之十五）計算之金額。但該沒收之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。 2. 買賣雙方不得另行請求其他損害賠償。
預售停車位買賣契約書第20點第4項	買方違反有關「付款條件及方式」之規定者	1. 賣方得沒收依停車位總價款百分之__（最高不得超過百分之十五）計算之金額。但該沒收之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。 2. 買賣雙方不得另行請求其他損害賠償。

## 二、定型化契約不得記載事項就違約金之立法方式

依消保法第 17 條第 3 項規定，違反中央主管機關報請行政院核定公告之定型化契約應記載及不得記載事項，其定型化契約條款無效。準此，如定型化契約條款違反中央主管機關報請行政院核定後公告之不得記載事項（禁止事項），其法律效果將使該條款「無效」。目前我國定型化契約不得記載事項就違約金之規定，計有 10 條。其中以「不得約定違約金」者，計 9 條；以「不得約定懲罰性違約金」者，計 1 條。尤以金融類定型化契約最常使用，多用以禁止約定提前還款應給付違約金。

## ◎禁止約定違約金之規定：

定型化契約／不得記載事項	禁止約定違約金事由
中古汽車買賣定型化契約不得記載事項第6點第2項	不得約定買受人為期前清償者，應支付手續費、違約金及其他費用。
中古汽車買賣定型化契約不得記載事項第9點	不得對買受人約定懲罰性違約金。
個人購車貸款定型化契約不得記載事項第16點	不得約定借款人提前還款應給付違約金。但另提供優惠貸款條件及限制清償期間者，不在此限。
個人購屋貸款定型化契約不得記載事項第16點	不得約定借款人提前還款應給付違約金。但另提供優惠貸款條件及限制清償期間者，不在此限。
消費性無擔保貸款定型化契約不得記載事項第5點	不得約定借款人提前還款應給付違約金。但另提供優惠貸款條件及限制清償期間者，不在此限。
信用卡定型化契約不得記載事項第5點	契約中不得記載將循環信用利息、年費、預借現金手續費、掛失手續費或調閱簽帳單手續費或違約金等費用計入循環信用利息。
金融機構保管箱出租定型化契約不得記載事項第4點	不得約定得向承租人加收超過租金百分之十或押租金週年利息百分之十之損害賠償金或違約金。
有線廣播電視系統經營者/有限播送系統定型化契約不得記載事項第16點	不得約定沒收乙方所繳付之收視費或乙方違反本契約之違約金。
瘦身美容定型化契約不得記載事項第1點	不得約定甲方違反本契約時甲方應支付違約金或拋棄已支付之費用。
臍帶血保存定型化契約不得記載事項第7點	除契約另有約定外，機構不得與產婦另行約定違約金或拋棄已支付之費用。

肆、定型化契約應記載事項及不得記載事項  
就違約金之立法密度

定型化契約應記載事項就違約金之立法密度，大致可由「個別定型化契約、類型及其主管機關」及「定型化契約之立法模式」二方面觀察。藉由前者，可瞭

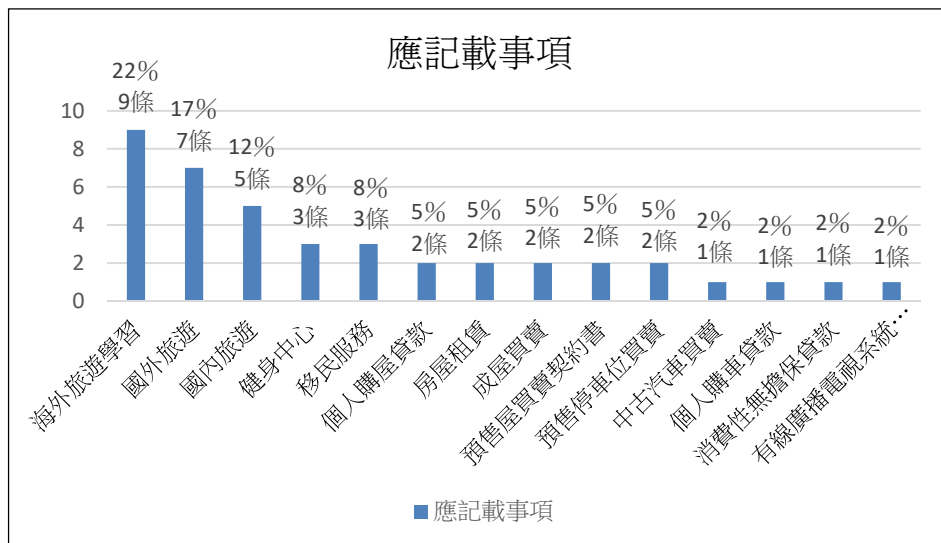
解違約金於個別定型化契約、類型及主管機關之分布；藉由後者，則可進一步瞭解違約金之立法方式，於定型化契約應記載及不得記載事項中採用之比例。

## 一、由個別定型化契約、類型及其主管機關，觀察立法密度

### （一）個別定型化契約

#### 1. 應記載事項

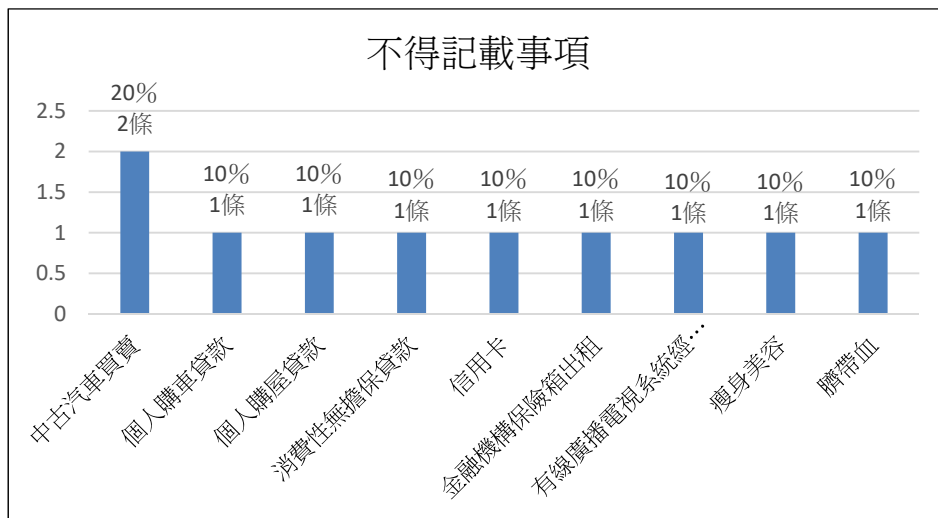
現有定型化契約應記載事項規定有違約金條款者（暨其規定條文項數<sup>20</sup>，由多至少），計有海外旅遊學習（9條）、國外旅遊（7條）、國內旅遊（5條）、健身中心（3條）、移民服務（3條）、個人購屋貸款（2條）、房屋租賃（2條）、成屋買賣（2條）、預售屋買賣契約書（2條）、預售停車位買賣（2條）、中古汽車買賣（1條）、個人購車貸款（1條）、消費性無擔保貸款（1條）及有線廣播電視系統經營者/有線播送系統（1條）等 14 種定型化契約，共計有 41 條規定。其中有 38 條規定係以「違約金」文字規定，3 條以「懲罰性違約金」規定，然此中不乏有以「違約金」文字規定者，係傳統見解具有「懲罰性」違約金性質之條款，故爾後立法文字是否正名為「懲罰性違約金」，應值思考。



<sup>20</sup> 本文計算條文數之方式，不以「點」為基礎計算，而以「項」（依違約金事由）為基礎計算法條數。蓋違約金之立法，會因個別不同之發生事由，而有所不同，即便列於同點之下，規範內容仍各異，故以「項」計算法條數，俾利表述，亦利立法密度之統計。

## 2. 不得記載事項

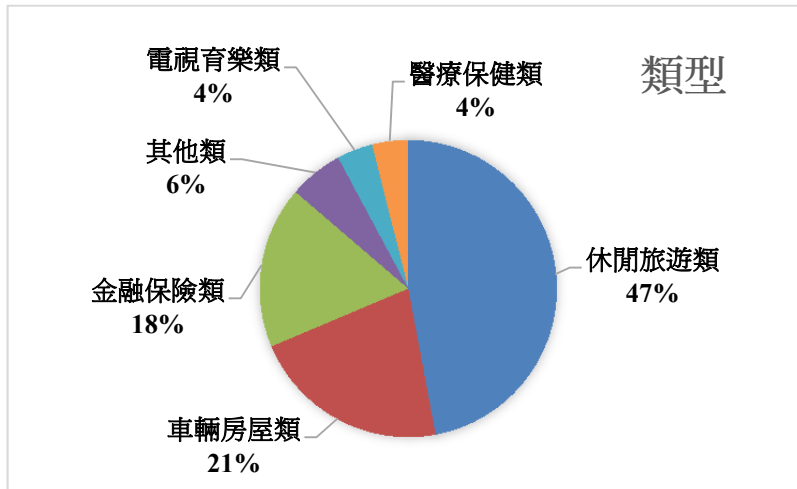
定型化契約不得記載事項規定有禁止違約金約定條款者（暨其規定條文項數<sup>21</sup>，由多至少），計有中古汽車買賣（2條）、個人購車貸款（1條）、個人購屋貸款（1條）、消費性無擔保貸款（1條）、信用卡（1條）、金融機構保險箱出租（1條）、有線廣播電視系統經營者/有線播送系統（1條）、瘦身美容（1條）及臍帶血（1條）等9種定型化契約，共計有10條規定。其中有9條禁止約定違約金規定，1條禁止約定懲罰性違約金規定（即中古汽車買賣定型化契約不得記載事項第9點）。



### （二）定型化契約之類型

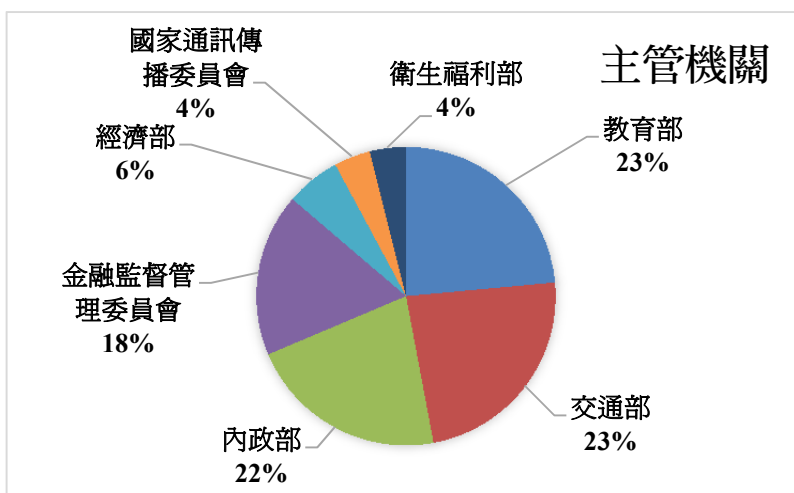
從定型化契約之類型觀之，包含違約金相關應記載及不得記載事項，以「休閒旅遊類」規範違約金之條文最多，計24條，占比47%；其次依序為「車輛房屋類」計11條，占比21%；「金融保險類」計9條，占比18%；「其他類」計3條，占比6%；「電視育樂類」計2條，占比4%；及「醫療保健類」計2條，占比4%。

<sup>21</sup> 本文計算條文數之方式，不以「點」為基礎計算，而以「項」（依違約金事由）為基礎計算法條數。蓋違約金之立法，會因個別不同之發生事由，而有所不同，即便列於同點下，規範內容仍各異，故以「項」計算法條數，俾利表述，亦利立法密度之統計。



### (三) 定型化契約之主管機關

再由定型化契約之主管機關觀之，包含違約金相關應記載及不得記載事項，以「教育部」及「交通部」規範最多，各計有 12 條，分別占比 23%；其次依序為內政部，計 11 條，占比 22%；「金融監督管理委員會」，計有 9 條，占比 18%；「經濟部」，計 3 條，占比 6%；「國家通訊傳播委員會」計 2 條，占比 4%；及「衛生福利部」，計 2 條，占比 4%。



#### (四) 小結

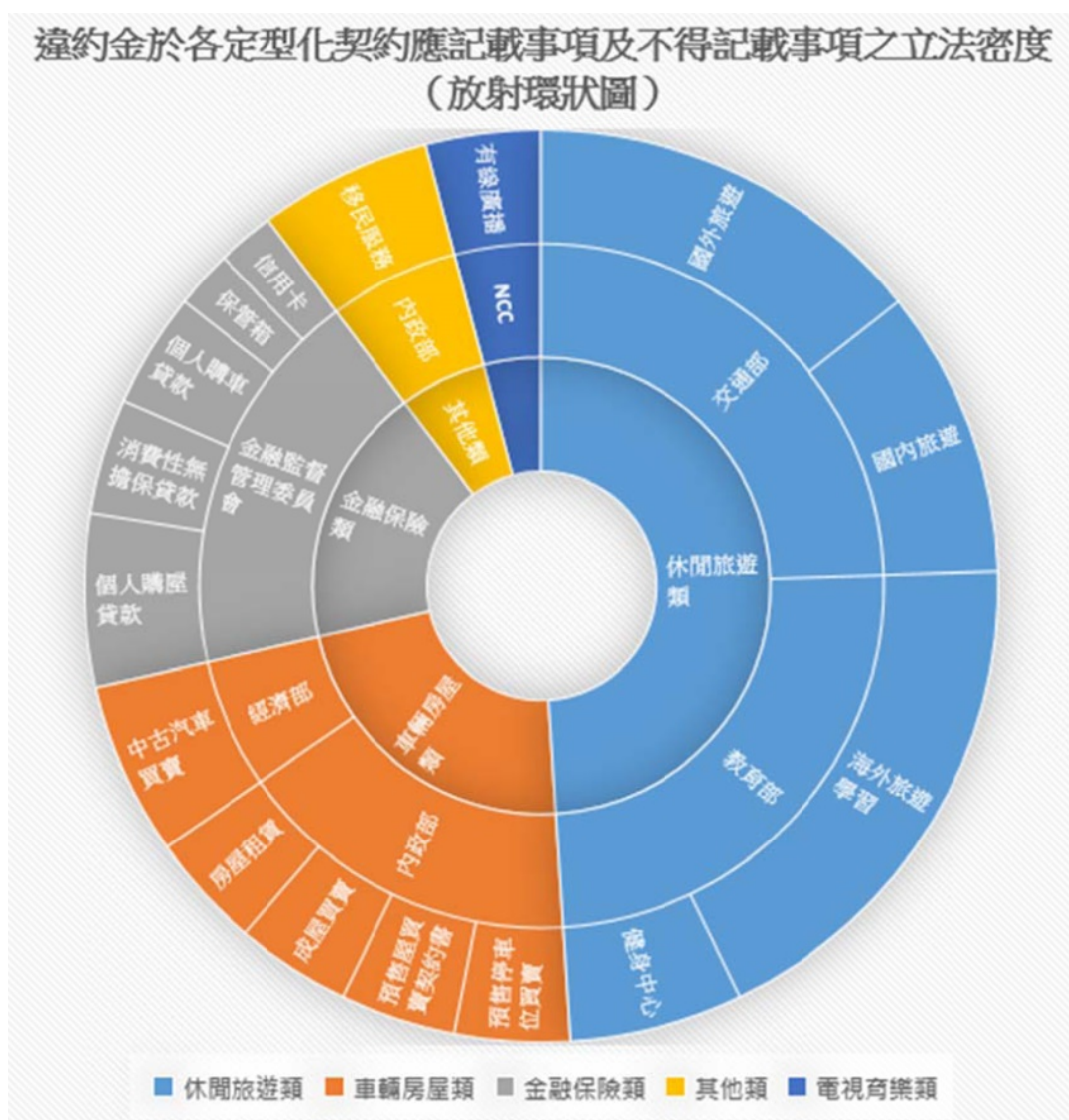
截至 107 年底止，有 18 種定型化契約之應記載事項及不得記載事項，規範有違約金之條款，共計 51 條。應記載事項中，以「違約金」文字立法之條款計 38 條，以「懲罰性違約金」文字立法之條款計 3 條，合計 41 條；不得記載事項中，以「違約金」文字立法之條款計 9 條，以「懲罰性違約金」文字立法之條款計 1 條，合計 10 條。至以「違約金」文字立法之條款，性質可能為具「損害賠償額預定性」(賠償性)或「懲罰性」條款，尚可依傳統見解可否另行請求損害賠償區分，再進一步分類。又違約金規範密度最高之行業，為「休閒旅遊類」，其以「海外旅遊學習定型化契約」規範最多違約金條文，高達 9 條。而主管機關規範最多違約金條款者，分別為「教育部」及「交通部」，分別為 12 條。由此立法密度之統計數量可知，「休閒旅遊類」之行業，違約之風險高，包含預先可能付出高額成本、違約容易產生重大損害及違約所生之損害較難證明等，故違約金之立法密度遠較其他行業為高。

◎違約金於各定型化契約應記載事項及不得記載事項之立法密度：

類型	主管機關	定型化契約名稱	應記載事項 條文數量	不得記載事 項條文數量	總條文數
休閒旅遊類	教育部（國際及兩岸教育司）	海外旅遊學習	9條	0	9條
	教育部（體育署）	健身中心	3條	0	3條
	交通部（觀光局）	國外旅遊	7條	0	7條
		國內旅遊	5條	0	5條
車輛房屋類	經濟部（商業司）	中古汽車買賣	1條	2條	3條
	內政部（地政司）	房屋租賃	2條	0	2條
		成屋買賣	2條	0	2條
		預售屋買賣契約書	2條	0	2條
		預售停車位買賣	2條	0	2條
金融保險類	金融監督管理委員會（銀行局）	個人購屋貸款	2條	1條	3條
		個人購車貸款	1條	1條	2條
		消費性無擔保貸款	1條	1條	2條
		信用卡	0	1條	1條
		金融機構保管箱出租	0	1條	1條

其他類	內政部（入出國及移民署）	移民服務	3條	0	3條
電視育樂類	國家通訊傳播委員會（NCC）	有線廣播電視系統經營者/有線播送系統	1條	1條	2條
醫療保健類	衛生福利部（食藥署）	瘦身美容	0	1條	1條
	衛生福利部（醫事司）	臍帶血保存	0	1條	1條

違約金於各定型化契約應記載事項及不得記載事項之立法密度  
(放射環狀圖)

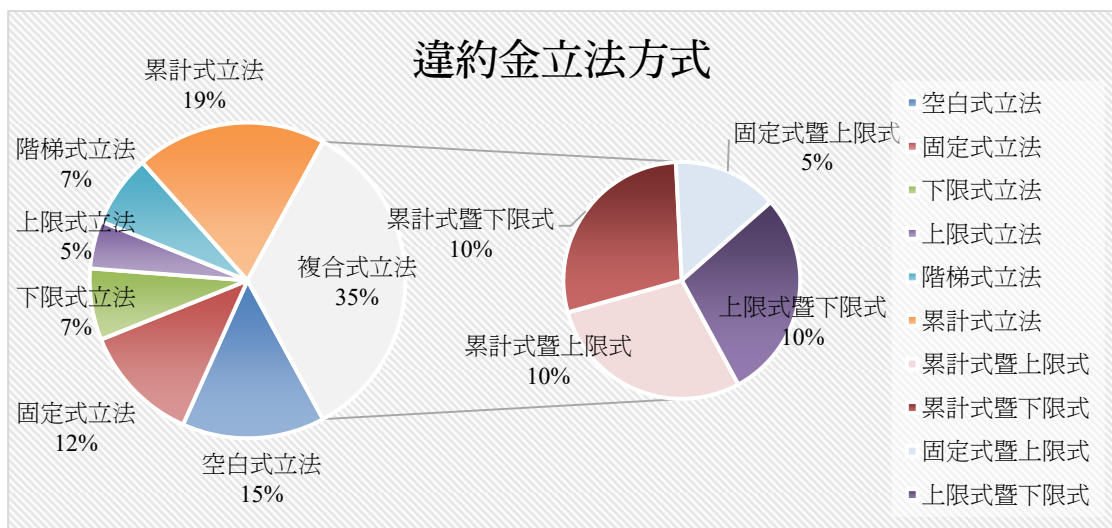


## 二、由定型化契約應記載事項之立法模式，觀察立法密度

關於定型化契約應記載事項中違約金之立法密度，可以由違約金之立法方式、立法文字及實務見解等不同角度觀察，茲分述如下：

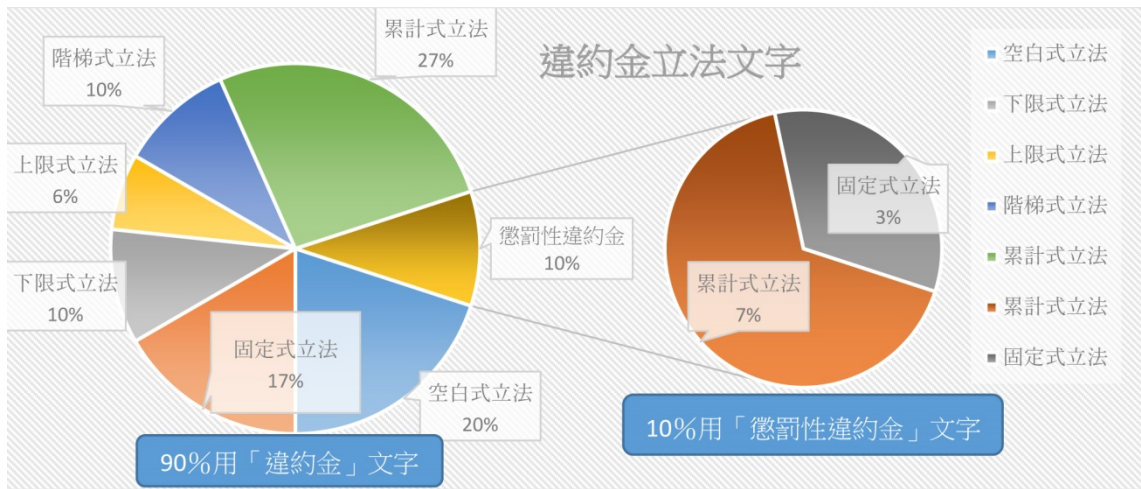
### （一）依違約金立法方式區分，觀察立法密度

現有定型化契約應記載事項中之違約金條款，以空白式立法者，計 6 條；以固定式立法者，計 5 條；以下限式立法者，計 3 條；以上限式立法者，計 2 條；以階梯式立法者，計 3 條；以累計式立法者，計 8 條；以複合式立法者，計 14 條，以上總共 41 條。其中複合式立法者，採累計式暨上限式立法者，計 4 條；採累計式暨下限式立法者，計 4 條；採固定式暨上限式立法者，計 2 條，採上限式暨下限式立法者，計 4 條。



### （二）依違約金立法文字區分，觀察立法密度

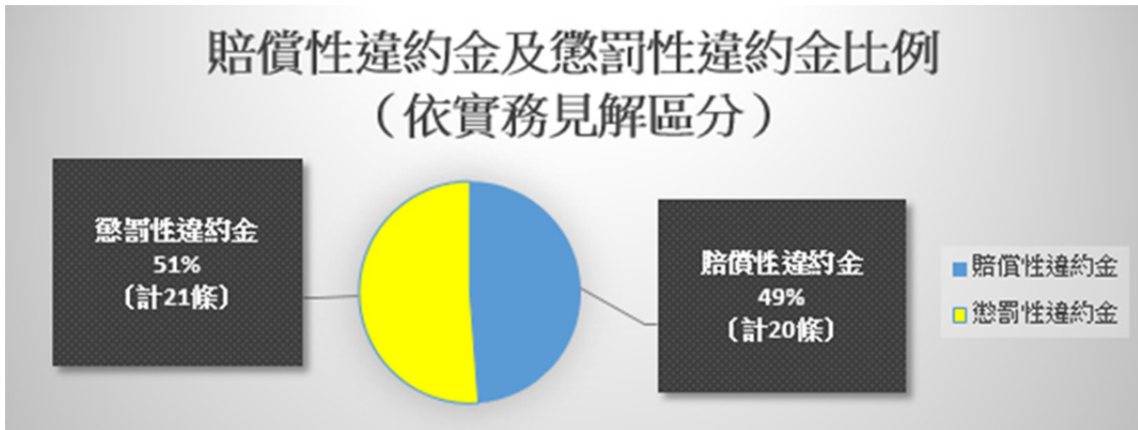
現有定型化契約應記載事項中之違約金條款，以「違約金」文字立法規範者：以空白式立法，計 6 條；固定式立法，計 5 條；下限式立法，計 3 條；上限式立法，計 2 條；階梯式立法，計 3 條；累計式立法，計 8 條；複合式立法，計 14 條，共計 38 條。另以「懲罰性違約金」立法文字規範者：以固定式立法，計 1 條；累計式立法者，計 2 條，共計 3 條。



### (三) 依違約金實務見解區分，觀察立法密度

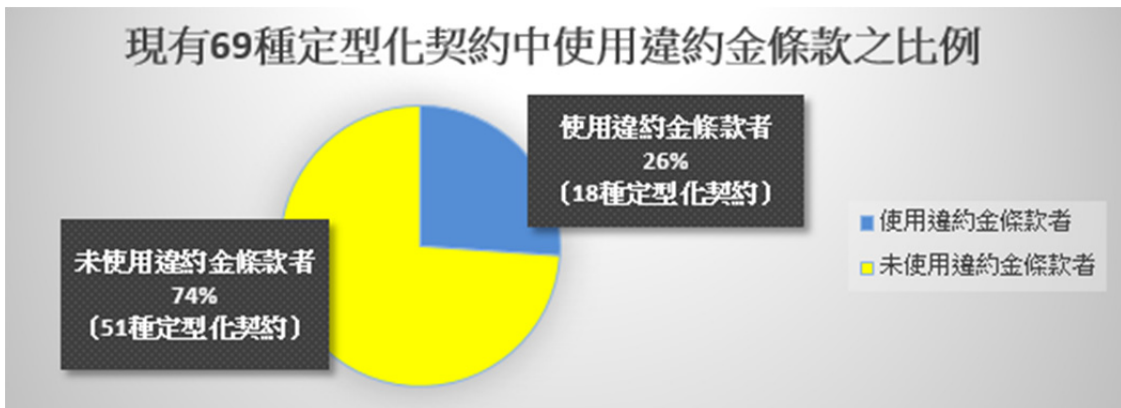
違約金之性質，依傳統實務見解可分為「損害賠償額預定性違約金」（賠償性違約金）及「懲罰性違約金」，賠償性違約金為損害賠償額預定，而懲罰性違約金除需當事人另行約定之外，亦得另行請求損害賠償。以此基準區分，本文統計現行定型化契約應記載事項中之違約金條款，計有 20 條賠償性違約金條款及 21 條懲罰性違約金（以★標記）條款，二者之規範數量可說相當接近。然具懲罰性質之違約金條款，明文以「懲罰性違約金」立法者，僅有 3 條，雖不至影響當事人之權益，但正名確有助於日後司法實務判斷。惟亦有論者認為，傳統實務見解將違約金法律性質一刀兩斷切割為「預定性」與「懲罰性」，欠缺兼具履約擔保及損害填補雙重作用之違約金類型，是否合乎理論並滿足實務上之正當需求，非無探究之餘地<sup>22</sup>。

<sup>22</sup> 歐陽勝嘉，定型化違約金條款之法律問題，元照出版有限公司，2010年4月，第4頁。



#### (四) 小結

截至 107 年底止，中央主管機關已報院核定之定型化契約應記載及不得記載事項，計有 69 種。其中有 18 種定型化契約應記載及不得記載事項，規範有違約金條款，共計 51 條；其中應記載事項計 41 條，不得記載事項計 10 條。由此觀之，約有 25% 現行之定型化契約將違約金條款納入行政管制，占比雖不高，但仍足彰顯其存在之重要性及必要性。



另由立法方式可知，違約金之立法方式，大分類以採「複合式違約金」立法方式者為最多，計 14 條；至小分類則以「累計式」及「空白式」立法方式為最多，各計 8 及 6 條。「懲罰性違約金」，則以「累計式違約金」立法方式者為最多，計有 2 條。因違約金比例適當與否，常為雙方當事人解除契約最易引起糾紛之處，

如能透過最適違約金比例之設定，將使雙方當事人交易不公平地位回歸平等，充分展現違約金存在之價值<sup>23</sup>。

◎違約金之立法方式於各定型化契約應記載事項立法密度：

(以立法文字「違約金」或「懲罰性違約金」為區分統計)

違約金文字	立法方式	定型化契約應記載事項	條文數量	總計數量	
違約金	空白式違約金	海外旅遊學習§12II	1條	6條	
		健身中心§7II、IV	2條		
		移民服務§18、§20	2條		
		個人購物貸款§3III	1條		
	固定式違約金	海外旅遊學習§27	1條	4條	
		中古汽車買賣§12II	1條		
		國內旅遊§18II	1條		
		國外旅遊§19II	1條		
	下限式違約金		海外旅遊學習§13、§15II、§34	3條	3條
	上限式違約金		房屋租賃§12II	1條	2條
			健身中心§7II	1條	
	階梯式違約金		海外旅遊學習§16	1條	3條
			國內旅遊§12III	1條	
			國外旅遊§12III	1條	
	累計式違約金		海外旅遊學習§31III、§32I	2條	6條
			國內旅遊§21III	1條	
			國外旅遊§16I、II	1條	
			房屋租賃§13	1條	
			移民服務§9	1條	
	複合式違約金	累計式暨上限式	海外旅遊學習§32	1條	4條
個人購車貸款§6II			1條		
個人購屋貸款§6II			1條		
消費性無擔保貸款§7			1條		
累計式暨下限式		國內旅遊§20、§22	2條	4條	

<sup>23</sup> 黃俊源、郭照榮、江彌修，違約的代價：契約違約金存在之合理性，公平交易季刊，2008年1月，第35、44頁。

			國外旅遊§21、§23	2條	
		固定式暨上限式	成屋買賣§12I、III	2條	2條
		上限式暨下限式	預售屋買賣§24 III、IV	2條	4條
			預售停車位買賣§20 III、IV	2條	
懲罰性 違約金	固定式違約金		國外旅遊§24III	1條	1條
	累計式違約金		國外旅遊§24IV	1條	2條
			有線廣播電視系統經營者§12II	1條	

## 伍、法制面之檢視與思考

基於上述分析歸納，本文擬由「違約金立法方式」及「違約金立法密度」二方面，提出法制面之檢視與省思如下：

### 一、違約金立法方式之省思

依違約金比例而類型化現行違約金條款之立法方式，計有：「空白式」、「固定式」、「下限式」、「上限式」、「階梯式」、「累計式」及「複合式」等違約金立法方式。所謂定型化契約條款，依消保法第 2 條第 7 款規定，係指企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。然為防範定型化契約之濫用，我國除制定消費者保護法（司法規制）外，亦同國外兼採行政規制，亦即依消保法第 17 條第 1 項規定「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載及不得記載事項，報請行政院核定後公告之。」由中央主管機關草擬約款，俾利定型化契約具有最低公平標準。且依消保法第 17 條第 2 項第 2 款規定「前項應記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：二、違反契約之法律效果。」違約金條款，係為規範違反契約之法律效果，即屬之。次依，消保法第 17 條第 4 項前段規定「違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。」，及同條第 5 項規定「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」是如違反中央主管機關依消保法第 17 條第 1 項公告之定型化契約應記載及不得記載事項，將生二種法律效果，其一，如定型化契約中之條款與應記載事項或不得

記載事項有違者，無效；其二，如應記載事項未記載者，視為已記載，並構成契約之內容。藉此避免企業經營者基於締約優勢訂定不公平條款，以保護消費者權益。

採空白式違約金之立法方式者，原為尊重私法自治及契約自由原則，保留由企業經營者與消費者進行磋商，然既定型化契約條款多由企業經營者單方所擬定，則違約金之比例是否企業經營者均會與消費者進行磋商後，再行締約，容有疑問。再者，企業經營者基於締約優勢，有較高可能性對課於己身之違約金，以較低之比例或金額訂之，對消費者保障較為不足。如以空白式違約金之立法方式，當消費者援引應記載事項為主張，而契約中未記載違約金金額時，即使應記載之違約金條款構成契約之內容，然得請求支付違約金之額度，卻成為未知問號；又或當消費者援引應記載事項為主張，而契約中記載違約金金額為 0 元時，即使應記載之違約金條款構成契約之內容，消費者亦無法主張請求任何違約金。且空白式定型化契約條款，於未記載違約金金額之情形，將不會發生消保法第 17 條第 4 項「無效」之法律效果，反而造成訴訟中法官援引此點，仍無法要求業者負擔違約金之不合理現象。例如，臺灣新北地方法院 102 年訴字第 295 號民事判決「消費者因不可歸責於消費者事由終止契約者，除得請求退還課程費用外，消費者並得另外請求以全部費用百分之\_\_計算之違約金，修正後（健身中心）定型化契約事項第 7 條第 2 項第 3 款後段固有規定，惟上開規定係規定『得』另外請求違約金，而非強制規定，且兩造並未於上開定型化契約事項中予以約定消費者得請求違約金之比例為何，難認原告得逕依此條款規定向被告請求違約金。」，即為適例。

再如，於可歸責企業經營者之原因而終止契約時，健身中心定型化契約應記載事項第 7 點第 2 項第 3 款規定「消費者依前項約定終止契約時，業者應就消費者已繳全部費用依下列方式之一退還其餘額：(三) 個人教練課程：因不可歸責於消費者事由（例如：業者解聘或教練辭職）而終止契約者，依簽約時單堂課程費用新臺幣\_\_元乘以實際使用堂數。無法認定簽約時單堂課程費用者，以總費用除以總堂數計算（小數點無條件去除）。消費者並得另外請求以全部費用百分之\_\_計算之違約金。」此處違約金，應為不依適當方法履行債務之損害賠償，性質屬賠償性違約金。惟此處採空白式立法，如企業經營者消極未記載違約金比例或記載為 0，消費者恐難對企業經營者主張違約金，致難以達成違約金條款規範之目的，蓋賠償性違約金條款，本為減輕消費者之舉證責任，而達填補損害之目的。準此

以觀，如於可歸責企業經營者之事由而應負擔違約金時，本條款或可考量以「下限式違約金」或「固定式違約金」等立法方式，違約金比例由中央主管機關依實際欲達成之立法目的考量後定之，以避免企業經營者規避應負擔違約金而記載極低或未記載違約金比例，致違約金條款無法發揮其功能。

復懲罰性違約金條款如採用空白式立法，是否亦使懲罰性違約金條款無法發揮其效用？例如，海外旅遊學習定型化契約應記載事項第 12 點第 2 項規定，業者因辦理旅遊學習事項所持有之消費者證照、印章等，僅得供旅遊學習申請之用，不得移做他途使用，違反者，消費者得請求業者支付違約金\_\_元，「其因而致消費者受有損害者，並另負賠償責任」。此處之違約金尚得另行請求損害賠償，依傳統實務見解，乃屬懲罰性違約金<sup>24</sup>。準此，若企業經營者直接於上開懲罰性違約金條款中規定載明支付違約金「0」元或「未記載違約金金額」，雖不妨礙及影響消費者損害賠償之請求，然懲罰性違約金原本欲達警示與預防業者不得將所持有之消費者證照、印章等，移做他途使用之目的及效果，即無法藉由懲罰性違約金條款達成。況消費者雖得請求損害賠償，仍須就其所實際所受損害負舉證責任，而懲罰性違約金，則以舉證有違約事實即可，二者舉證程度顯有差異。故懲罰性違約金如採空白式立法，基於企業經營者締約地位優勢，恐具無法發揮懲罰性違約金功能之風險。

又依民法第 251 條規定「債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金」，及民法第 252 條「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」，皆僅規範當違約金約定過高時，法院得酌減違約金額，但未規定過低者可酌加，故違約金之比例設有限或一定比例，在某程度即有其達成立法目的之必要性。準此，針對海外旅遊學習定型化契約應記載事項第 12 點第 2 項、健身中心定型化契約第 7 點第 2 項第 3 款、第 4 項及移民服務定型化契約第 18 點、第 20 點等定型化契約應記載事項採空白式違約金之立法，其違約金比例之設計，建議仍宜設有限或規範一定比例，俾使違約金之條款發揮其功效。

然亦非謂空白式違約金之立法方式完全不可採用，蓋如同個人購屋貸款定型

<sup>24</sup> 最高法院 88 年度台上字第 3120 號判決，「按違約金如屬懲罰性質者，債務人不履行債務時，債務人除得請求債務人給付違約金外，尚得請求履行或不履行之損害賠償；違約金如屬賠償總額性質者，則此違約金視為不履行而生損害之賠償總額，債務人不履行時，債權人僅得請求債務人給付此違約金，不得更行請求賠償損害。」。

化契約第 3 點第 3 項規定「上開提前清償違約金之計收方式如下：\_\_\_\_\_」（註：以上計收方式應考量借款人之清償時間、貸款餘額等因素採遞減方式計收）但借款人死亡或重大傷殘並取得證明文件等因素而須提前清償貸款者，金融機構不得向借款人收取提前清償違約金。」其違約金之約定，需視各家銀行而採用不同計收方式，故其違約金計收方式雖保持空白，但置於應記載事項中，實亦具要求業者應清楚揭示予消費者違約金計收方式之立法目的，且註中亦表明違約金計收之原則，有利於消費者知悉，即為適例。

至「固定式」、「上限式」、「下限式」、「階梯式」、「累計式」及「複合式」等違約金立法方式，其違約金之金額，計算及適用明確，違約金條款一般能正常發揮功能，如有違約金過高之情形，法院尚能依民法第 251 條及第 252 條為違約金之酌減，是本文建議中央主管機關得於整體契約中評估其個別違約金條款之必要性及成效，衡酌違約金條款欲達成之立法目的而選擇適當之立法方式，且就其權管之定型化契約範本暨其應記載及不得記載事項，應滾動式檢討，包括是否須訂定違約金規定、違約金是否能正常發揮功能、同一規範內雙方負擔之違約金是否平衡以及是否有規範過高等情事，並應同時注意相關司法審查實務為適時修正，以確保維護消費者權益。另有論者認為，違約金係違約者所應付出之代價，以使簽約雙方之折現現金流量相等，然賣方相較於買方屬較有優勢一方，因此賣方之違約金比例設計應較買方嚴格為宜<sup>25</sup>。

## 二、違約金立法密度之省思

從本文統計違約金之立法密度觀之，由定型化契約、類型及主管機關角度觀察，定型化契約中，目前以「海外旅遊學習定型化契約」應記載事項中，規範最多違約金條款，高達 9 條，於定型化契約中占比約 22%。究其原因為海外旅遊學習之費用高昂，且一旦消費者已至海外，而業者未依約履行，將致消費者求助無門，除蒙受高額損失外，甚至有安全疑慮。其次，違約金規範密度最高之行業，為「休閒旅遊類」，於行業中占比 47%，按休閒旅遊類包含海外旅遊學習、國外旅遊、國內旅遊及健身中心等定型化契約，此類行業違約之風險高，包含可能預先付出高額成本、違約容易產生重大損害及違約所生之損害較難證明等，較易產生

<sup>25</sup> 黃俊源、郭照榮、江彌修，違約的代價：契約違約金存在之合理性，公平交易季刊，2008 年 1 月，第 51 頁。

消費爭議，故違約金之立法密度較其他行業為高。又主管機關規範最多違約金條款者，分別為「教育部」及「交通部」，分別為 12 條，於主管機關中各占比 23%，二者權管之定型化契約恰為休閒旅遊類行業。

另由立法方式之角度觀察立法密度，截至 107 年底止，中央主管機關已報院核定通過之定型化契約應記載及不得記載事項，計有 69 種，其中有 18 種定型化契約採用違約金條款，仍有 75% 定型化契約未採用，此應係因民法第 250 條第 1 項規定「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金」，違約金條款乃係當事人雙方「得」約定，而非「應」約定之條款。然非謂多數契約未約定違約金條款，即表示違約金條款無其必要性，而應衡量該行業之特性，如該行業具有高風險、高違約或高損害，而欲確保契約履行時，仍有設置違約金條款之必要性。

至現行定型化契約應記載事項及不得記載事項之立法方式，主要有以「空白式」、「固定式」、「下限式」、「上限式」、「階梯式」、「累計式」及「複合式」等 7 種不同之立法方式。觀察立法密度，以「複合式」之立法條文為最多，占比為全部立法方式之 37%，而「複合式」違約金立法方式中，又以「累計式暨下限式」、「上限式及下限式」等二種最常採，且規範對象皆為企業經營者。何以複合式立法方式最常受法制者青睞，究其原因，應為複合式立法方式係採二種以上之立法方式，屬更為精細之違約金立法，且「累計式暨下限式」、「上限式及下限式」等二種違約金立法方式均設有下限，有助於達成違約金條款之目的。又違約金由同一中央主管機關訂定者，或屬同一類型之違約金，其違約金之比例及立法方式會有極高的相似性，酌情應係立法時相互參考援引。故此中違約金似無何種立法方式最佳，僅立法選擇及考量適用事由之不同，最終仍以達到立法規範意旨為要。

## 陸、結論

一、締約自由在傳統乃經當事人個別磋商、討價還價後，議定契約條款內容，惟為適應現代社會大量頻繁交易，企業經營者與消費者訂立契約，多事先擬定定型化契約條款，由消費者決定是否接受。如何於契約自由體制下，規範不合理之交易條款，維護契約正義，使經濟上之強者，不能假契約自由之名壓

榨弱者，是現代法律所應負擔之任務<sup>26</sup>。我國就定型化契約係採行政規制，截至 107 年底止，中央主管機關依消費者保護法第 17 條第 1 項已報行政院核定通過之定型化契約應記載及不得記載事項計有 69 種，其中 18 種定型化契約應記載及不得記載事項規範有違約金條款，占比約 26%。定型化契約應記載事項中，依立法文字區分，以「違約金」文字之條款計 38 條，以「懲罰性違約金」文字之條款計 3 條，合計 41 條；另依傳統見解區分，「賠償性違約金」條款計 20 條，「懲罰性違約金」條款計 21 條。且不得記載事項中，以「違約金」文字立法之條款計 9 條，以「懲罰性違約金」立法文字之條款計 1 條，合計 10 條。又此間違約金之規範對象，企業經營者多於消費者。蓋定型化契約條款多由企業經營者單方所擬定，為避免企業經營者基於優勢地位，訂立對消費者不公平之定型化契約條款，造成消費者權益損害，故違約金之規範對象仍多為企業經營者，以促使企業經營者應確實履約，並維持定型化契約之公平合理。

二、由立法方式觀之，違約金之立法方式，主要可區分為「空白式」、「固定式」、「下限式」、「上限式」、「階梯式」、「累計式」及「複合式」等 7 種不同之規定方式。揆諸違約金之比例，有以百分比計算者者，如：百分之五、百分之十、百分之十五、百分之二十、百分之三十、百分之五十或百分之百；有以倍數計算者，如：採一倍、二倍、三倍或五倍；又或以固定或不固定之費用、價款、金額等方式計算者。而違約金由同一中央主管機關訂定者，或屬同一類型之違約金，其違約金之比例及立法方式會有極高的相似性，酌情應係立法時相互參考援引。以下本文依立法方式分類觀察違約金比例設計，綜整分析結果如下：

- (一) 「空白式違約金」：係指違約金以保留空白之方式立法者，主要為保留彈性由企業經營者與消費者自由約定。此種空白立法之方式，通常用於消費者交付文件之保密及返還。
- (二) 「固定式違約金」：係指違約金於條文中以固定金額之文字或固定之計算方式規範者，其違約金比例多為「同額」、「百分之五」等。此種立法方式，用於「給付不能」、「給付遲延」及「不完全給付」等情形。

<sup>26</sup> 王澤鑑，民法學說與判例研究（第七冊），國立臺灣大學法學叢書，2002 年 3 月，第 56-57 頁。

- (三) 「下限式違約金」：係指違約金雖由企業經營者與消費者間自由約定，惟所約定之違約金設有最低限度。違約金之比例，為「不得低於總收費用三倍」、「不得低於百分之十」及「不得低於百分之五」等。
- (四) 「上限式違約金」：係就違約金設定最高上限，至於限度內之違約金，可由企業經營者與消費者自行協商訂定。違約金之比例為「最高不得超過一個月租金額」、「不得逾退費金額之百分之二十」等。通常用於避免訂立過高或不合理之違約金，造成終止契約時之權益損害。
- (五) 「階梯式違約金」：階梯式違約金之立法方式，係依通知違約時間長短訂定不同級距之違約金。現有海外旅遊學習、國內旅遊、國外旅遊等三種定型化契約採之。為促使業者儘早通知，以降低消費者之損害，故如旅遊無法成行時，業者應按通知時間長短賠償消費者由「百分之5」、「百分之10」、「百分之20」、「百分之30」、「百分之50」乃至「百分之百」不等之違約金。通常用於可歸責業者之事由，致債務不履行時，未為通知消費者之情形。
- (六) 「累計式違約金」：係指以違約之日數或月份作為單位或以倍數累計計算之立法方式，條文中亦常出現加減乘除或倍數等公式之文字。至累計式之違約金比例，則有「(旅遊契約等級)差額二倍」、「按日計算」、「依全部旅費除以全部旅遊日數乘以延誤行程日數計算」、「以每日新台幣一千五百元乘以全部旅遊日數，再除以實際出團人數計算之三倍」、「相當月租金額一倍至返還為止」、「按日給付委交報酬費用百分之一」、「以每日新臺幣二萬元乘以逮捕羈押或留置日數計算」及「相當月收視費二倍」等。適用於「給付不能」、「給付遲延」及「不完全給付」等情形。
- (七) 「複合式違約金」：係指於同一條文規定中，採取兩種以上不同立法方式規範違約金。依其立法方式不同，有「累計式暨上限式」、「累計式暨下限式」、「固定式暨上限式」及「上限式暨下限式」等複合式類型。通常適用於「給付遲延」、「不完全給付」等債務不履行情形。
- (八) 小結：本文認為，應避免使用「空白式違約金」立法，以使違約金條款正常發揮功能。蓋採空白式違約金之立法方式者，違約金比例是否企業經營者均會與消費者進行磋商後，再行締約，容有疑問。再者，企業經營者基於締約優勢，有較高可能性對課於己身之違約金，以較低之比例

或金額訂之，對消費者保障較為不足。今若業者直接於定型化契約中規定載明違約金比例為 0 或未記載違約金金額，將無法達成消保法第 17 條第 4 項及第 5 項之立法目的，故違約金比例之設計，仍宜設有下列或為一定比例之規範，俾使違約金條款發揮其功效。

- 三、另由立法密度觀之，違約金規範密度最高之行業，為「休閒旅遊類」，於行業中占比 47%。其中以「海外旅遊學習定型化契約」規範最多違約金條文，高達 9 條，於定型化契約種類中占比約 22%。又主管機關規範最多違約金條款者，分別為「教育部」及「交通部」，分別為 12 條，於主管機關中各占比 23%。是由立法密度之統計數量可知，「旅遊類」行業，違約之風險高，包含可能預先付出高額成本、違約容易產生重大損害及違約所生之損害較難證明等，故違約金之立法密度較其他行業為高。至現行實務定型化契約應記載事項及不得記載事項之立法方式，則以「複合式」之立法條文為最多，佔全部立法方式之 37%，而「複合式」違約金立法方式中，又以「累計式暨下限式」、「上限式及下限式」等二種最常採，究其原因應為複合式立法方式係採二種以上之立法方式，屬更為精細之立法方式，且該二種違約金立法方式均設有下限，有助於達成違約金條款之目的。
- 四、綜上，由立法方式及立法密度而言，違約金條款除應避免使用空白式違約金條款外，似無何種立法方式最佳，僅立法選擇及考量適用事由之不同，最終仍以達到立法規範意旨為要。如該行業特性具有較高風險、違約爭議多、易造成較高額損害或損害舉證困難等因素，為確保契約履行，並調節雙方之權益時，即有設置違約金條款之必要性。

## 參考文獻

(依出版日期由新至舊排列)

### 專書：

- 吳從周，違約金酌減之裁判分析，元照出版有限公司，2017年9月。
- 歐陽勝嘉，定型化違約金條款之法律問題，元照出版有限公司，2010年4月。
- 林洲富，民法一案例式，五南圖書出版股份有限公司，2009年3月。
- 邱聰智，新訂民法債編通則（下冊），輔仁大學法學叢書，2008年8月。
- 姚志明，債務不履行之研究（一），元照出版有限公司，2004年9月。
- 黃立，民法債編總論，元照出版有限公司，2002年9月。
- 王澤鑑，民法學說與判例研究（第七冊），國立臺灣大學法學叢書，2002年3月。
- 劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局，1993年9月再版。

### 論文：

- 游惠鈞，債務不履行與違約金，國立政治大學法律科技整合研究所碩士論文，2018年7月。

### 期刊：

- 吳從周，違約金債權是否為從權利？，月旦法學教室，第193期，2018年11月。
- 王文宇，運用經濟概念分析商業契約，月旦法學雜誌，第280期，2018年9月。
- 林誠二，違約金酌減之法律問題，台灣法學雜誌，第157期，2010年8月。
- 黃俊源、郭照榮、江彌修，違約的代價：契約違約金存在之合理性，公平交易季刊，2008年1月。
- 林誠二，損害賠償總額預定違約金之損害舉證問題，台灣本土法學雜誌，2002年7月。
- 鄭冠宇，違約金的現在與未來，律師雜誌，第240期，1999年9月。

## 判決／決議：

最高法院第 107 年度第 3 次民事庭決議。

臺灣新北地方法院 102 年訴字第 295 號民事判決。

最高法院 98 年度台上字第 710 號民事判決。

最高法院 97 年度台上字第 1630 號民事判決。

最高法院 95 年度台上字第 2883 號民事判決。

最高法院 88 年度台上字第 3120 號判決。

最高法院 86 年度台上字第 1620 號判決。

最高法院 62 年度台上字第 1394 號判例。

最高法院 29 年度滬上字第 18 號判例。



---

《消費者保護研究》  
第 24 輯，頁 139-184

## 共享經濟與消費者保護法制初探 — 以 Airbnb 為例

彭文暉\*

### 摘要

所謂共享經濟，依 2016 年 6 月由歐盟執委會提出之「歐盟共享經濟綱領」之定義，係指「一種商業模式，其透過共享平台作為公開市場，使那些通常由私人短暫利用之貨品或服務更為便利流通。」常見者如汽車共享、汽車共乘、自行車共享、車位共享及房屋空間共享等商業類型。

共享經濟之商業模式，當以媒合閒置住宿空間供他人使用之 Airbnb 最具代表性。惟 Airbnb 平臺所提供之住宿場所，多半不符合當地相關法令之規範，通常其刊登之住宿物件並非旅館或合法民宿，而是自有住宅或以專業經營方式提供旅客住宿之整棟房屋。此種新興商業模式除對於傳統旅宿產業及不動產長期租賃市場造成衝擊外，與現行著重公共安全與衛生要求之行業管理法規亦有所扞格，所涉消費者權益保護之規範議題也有待釐清與探討。

本文係從共享經濟之概念出發，說明共享經濟之理念、類型及運作模式，並以 Airbnb 之商業運作方式為例，檢討現行管理法制之規範爭議，分析所涉法律關

---

\* 立法院法制局助理研究員。

係並探討消費者保護法有關規範之適用問題，以供政府部門治理共享經濟新興產業及制訂相關法制規範之參考。

**關鍵詞：** 共享經濟、Airbnb、消費者保護法、發展觀光條例。

## 壹、前言

近年來，數位經濟已然蔚為世界主流。隨著網路科技快速發展及行動通訊普及使用，以及大數據、雲端運算、物聯網等數位科技日趨成熟，全球經濟發展進入嶄新紀元，對於傳統之經濟活動、產業模式，也帶來巨大挑戰與考驗。依據 OECD 與歐盟統計局之定義，數位創新係指「使用資通訊科技，帶動生產流程、行銷方式或組織行為之變革，進而對生活、就業、生產力等經濟活動帶動機會與挑戰。」由是，數位經濟可謂應用資通訊科技，結合跨領域科技，以帶動生產、行銷、商業模式變革之一種經濟發展型態。析言之，資訊、通訊科技、數據及相關分析實為數位經濟之重要載具；產品、勞動、法規鬆綁則為數位經濟之發展關鍵<sup>1</sup>。

從發展形式上觀察，數位經濟尚可分為共享經濟、數據（資料）經濟等不同模式<sup>2</sup>。所謂「共享經濟」模式，其基調概係將自有資產暫時租借他人，因而在無須取得資產所有權之狀態下，該他人仍可依其需求使用非屬自有之資產。此種商業型態，係藉由運用網路科技之資訊媒合平臺，讓供需雙方之交易成本大幅降低，進而在不同產業發展出各具特色之數位經濟營運模式，例如旅宿產業之 Airbnb，運輸產業之 Uber 及金融產業之 P2P Lending 等所謂破壞式創新產業<sup>3</sup>。其實早期共享經濟係以文字、圖片及影片等為主，隨著網路技術之發展與建構，目前共享經濟之範疇已涵括房屋、汽車及勞務等資源，即從原本之二手物品交易，逐漸擴及商品零售、餐飲、教育服務、交通、空間住房、金融融資等。面對洶湧發展之數位經濟浪潮，各行各業亦參考借鏡創新經營模式，以提升其市場價值<sup>4</sup>。

數位經濟之蓬勃發展，除了對傳統、實體經濟之產業模式帶來重大挑戰，一般民眾之生活方式、工作型態、生產力及物價變化，其實也深受影響。尤其共享

<sup>1</sup> 王健全、林宜蓁，數位經濟發展趨勢及其對臺灣影響，台灣勞工季刊第 52 期，頁 4。

<sup>2</sup> 同上註，王健全、林宜蓁，頁 4。

<sup>3</sup> 黃乃寬，從共享經濟和金融科技看監管沙盒，證券服務 653 期，頁 12。

<sup>4</sup> 君品酒店為走出婚宴市場紅海，成立宴會事業體「君品 Collection」平臺，將「有資產」之供給方以及有需求之消費者串連起來，即以 airbnb（提供短期出租房屋或房間網站）之概念，使君品酒店宴會事業成為新型態之「平臺通路」。參王憶紅，「airbnb 模式 雲品跨足宴會平臺通路」，自由時報，2019 年 3 月 28 日，第 C02 版。

經濟之運作方式，已然打破特許行業與一般行業之固有疆界，以往服務提供者必須取得特定證照及申請政府核可之行業，如必須持有營業小客車駕駛人執業登記證之計程車客運業及取得旅館證及民宿證之旅館及民宿業等，透過共享經濟之營運模式，人人均可能藉由閒置資源之利用提供相關服務，化身為計程車司機、公路運輸業者或旅館、民宿業者，形成體制外之共享經濟商業體系，從而對於既有產業及勞動力產生重大衝擊<sup>5</sup>。從 Airbnb 在我國之營運方式觀察，其網路平臺提供之房源，似有相當比例並非符合現有法令規定之住宿場所，多數物件既非合法登記之旅館，亦非合法登記之民宿，而係自用住宅之閒置房間、日租套房，甚或是以專業經營方式提供旅客住宿之整棟房屋。此種創新之旅宿經營模式，除可能涉及規避現行法令，並直接衝擊傳統旅館業與不動產長期租賃市場，且存有資訊不對稱及經濟外部性問題。尤其該營運模式之外部性影響，涉及住宿場所是否符合公共安全與衛生標準、所在地點是否合於使用分區管制要求、業者能否確保一定之住宿品質、營運作為是否課稅且符合公平性、是否對鄰近居民之安寧及住宿品質造成困擾、網路平臺應否就交易雙方所生爭執承擔法律責任等問題，對於產業公平競爭、既有法律規範及消費者權益保障已形成重大挑戰。

本文係從共享經濟之概念出發，析述共享經濟之理念、類型及運作模式，並以 Airbnb 之商業運作模式為例，檢討現行管理法制之規範爭議，進而分析相關法律關係並探討消費者保護法有關規範之適用問題，期能提供政府部門治理共享經濟產業及制訂相關法制規範之參考。

## 貳、共享經濟概述

### 一、共享經濟之本質

從人類生存進化的歷史來看，古代人類由於狩獵技巧及體力不如野獸，相對屬於弱勢族群，必須倚靠有物共用，食物分吃，工具分用，才能同甘共苦的存活下來，所以人類社會早已存在互助「共享」之觀念<sup>6</sup>。就現代生活經驗而言，共享

<sup>5</sup> 李世光，童啟晟，新經濟與新科技對勞動市場之影響及因應，台灣勞工季刊第 52 期，頁 17-18。

<sup>6</sup> 林建甫，臺灣搶攻共享經濟的機會與挑戰，能力雜誌，2016 年 7 月，頁 59。

經濟亦非社會之新鮮事，依學者看法，早期臺灣社會巷弄中常見之漫畫、小說出租店，嚴格說來就是一種「共享經濟」商業模式。易言之，凡能媒合閒置資源與他人需求之社會活動，例如房屋出租、汽車租賃等，均可認屬共享經濟之商業型態<sup>7</sup>。

進而言之，現代社會雖以資產所有權作為經濟利益之價值基礎，然資產所有權人如基於「物盡其用」之目的與他人分享資源以賺取利潤，甚未牟利而無償提供使用，本質上即係「共享經濟」之精神體現。因此，美國賓州大學華頓商學院 Jeremy Rifkin 教授於《物聯網革命：共享經濟與零邊際成本社會的崛起》一書中指出，擁有者利用網路平臺，創造邊際成本幾乎等於零之服務型態，例如 Uber 之汽車出租及 Airbnb 之房間出租等，均為「共享經濟」之運作範例<sup>8</sup>。

## 二、共享經濟之起源與發展

### （一）共享經濟之起源

「共享經濟」(Sharing Economy) 之用語，最早係由美國德克薩斯州立大學社會學教授 Marcus Felson 與伊利諾大學社會學教授 Joel Spaeth 於 1978 年發表之《Community Structure and Collaborative Consumption: A Routine Activity Approach》論文中所提出<sup>9</sup>。經濟學者 Rachel Botsman 於其《What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption》一書並指出，自 21 世紀初開始，所謂「協作消費」(collaborative consumption) 之新型態消費形式逐漸發展，並於 2008 年後趨於成熟<sup>10</sup>。

回顧歷史，自 2008 年金融風暴之後，共享經濟開始興起，例如 Ecomodo (2007)；Crowd Rent 及 Share Some Sugar (2009)；Thingloop、OhSoWe 及 Snap Goods (2010) 等相關網站大量出現<sup>11</sup>。就所共享之對象分析，共享經濟約可分為勞力與資產 2 種型態，前者以 Uber 為代表；後者則以 Airbnb 為適例。成立於 2008

<sup>7</sup> 江雅綺，共享經濟的源頭活水，能力雜誌，2016 年 7 月，頁 64-65。

<sup>8</sup> 同註 6，林建甫，頁 59-60。

<sup>9</sup> 林惠玲，共享經濟的特質及其影響，台灣銀行家，2017 年 4 月號，頁 14-15。

<sup>10</sup> 黃昱珽—新作坊，網址：<https://www.hisp.ntu.edu.tw/news/epapers/42/articles/150> (最後瀏覽日期：2019 年 7 月 25 日)。

<sup>11</sup> 同上註，黃昱珽。

年之 Airbnb，原以「氣墊床與早餐」(Airbed & Breakfast) 為名創業，初因創辦人繳不出房租，而將公寓改造成出租空間，放置 3 張氣墊床，並承諾每日附送手做早餐進行招租。不料此種營運方式不但解決了房租危機還進而成立了公司，甚至從區域性之地方網站逐步發展為跨國性之國際網站。如今 Airbnb 已在全球 191 個國家，34,000 個城市提供服務，市值超過 300 億美元，為全球第三大新創公司，並在共享經濟浪潮中扮演重要角色<sup>12</sup>。

## (二) 共享經濟之發展

以 Airbnb 之創業過程為例，共享經濟可謂起源於社會眾多個人或企業因無法負擔高額之產品購買、維修費用，乃藉由網際網路作為資訊傳輸平臺，使其能夠透過承租或共同使用之方式，以合理價格與他人共享資源。易言之，共享經濟之使用者主要係以「租賃」取代「購買」，而與社會上之其他人共用資源。

分析共享經濟之崛起背景，除了資源稀少、人口增加之外，資訊科技發展、網路平臺建立、網路滲透率提升及行動裝置普及等因素，對於共享經濟之蓬勃發展，更有推波助瀾之效果。尤其是 21 世紀數位科技環境成熟，如網際網路與手機 APP 程式介面開發，地理資訊技術 (GIS) 應用，評價系統 (「信用」紀錄) 建立，加以大數據分析技術進步，雲端儲存成本降低，社交媒體普遍，個人因此能取得更完整之資訊，降低交易之不確定性與不完全性。亦即個人可隨時利用網路平臺交換訊息，並進行交易或共同使用。析言之，個人可透過網路搜尋相關資訊，大幅降低交易成本 (如搜尋成本、接觸成本、談判成本、檢查成本、合約成本等)，以利供需雙方進行交易活動<sup>13</sup>。

此外，2008 年發生金融海嘯，導致全球經濟下滑，許多人面臨失業危機，為賺取金錢維持生計，乃透過網路平臺媒合市場之供給與需求，將閒置之空間、人力等資源充分利用，讓使用者支付較低費用卻可獲相同回饋。由於經濟環境劇變，人們開始反思資本主義習以為常之大量消費模式，並重新認識對於物品之真正需要，應在於「使用價值」而非所有權，進而促進共享經濟快速發展，掀起世界各國蜂擁熱潮<sup>14</sup>。

<sup>12</sup> 胡湘湘，Airbnb 將延伸旅遊體驗放大供想經濟效益，台灣銀行家，2017 年 2 月號，頁 82。

<sup>13</sup> 同註 9，林惠玲，頁 15；同註 10，黃昱琄。

<sup>14</sup> 同註 10，黃昱琄。

根據 Airbnb 全球副總裁暨公共政策全球總監 Chris Lehane 分析，以下因素將使共享經濟之發展更加熱烈，並預估 2025 年之產值可達 3,350 億美元：1、千禧世代及 Z 世代為全球最大消費族群，勢將影響未來政策走向，而渠等與戰後嬰兒潮世代不同，75% 的時間在體驗共享經濟；2、居住地之變遷，人口從郊區移往都市，人際間互動頻繁；3、科技進步使全球人口 49% 享有寬頻服務及 75% 可行動上網，透過網路及按鍵可相互連結及快速分享；4、地球暖化，千禧世代覺察氣候變遷，將更重視環境永續發展（重視程度較戰後嬰兒潮世代高出 20%）；5、旅遊方式改變，全球旅遊人口 33 億，旅遊業占全球 GDP 比重達 10%，未來將持續擴張茁壯<sup>15</sup>。

### 三、共享經濟之內涵

#### （一）概念分析

「共享經濟」一詞，概念上本有其矛盾之處。按從社會行為層面觀察，「sharing」（共享或分享）之性質應屬一種人際關係間、非商業性之社會互動。故社會學家傾向將共享經濟歸類在物物交換、家計、互惠等市場經濟外之（社會性）經濟活動<sup>16</sup>。以「社會交換理論」之觀點來看，共享經濟下之個人行為，實乃追求最大效益（benefits）與最小成本（costs）之一種互動方式<sup>17</sup>。

惟從經濟學、管理學之角度言，「economy」（經濟）之性質，則無疑是一種市場經濟之營利行為。析言之，「共享經濟」是一種將個人所擁有具排他性與敵對性之資源，透過網路平臺與他人共享，並獲取報酬之經濟體系。亦即共享經濟係指擁有資源之個人或機構，將資源之使用權有償提供他人分享，並藉此獲取報酬，使用者則因利用或分享他人資源，而降低消費支出或生產成本，以創造附加價值。亦即共享經濟乃利用網路、行動裝置或社群網站，打破以往廠商之固定場所經營模式，並將生產單位縮小至個人，使個人均可藉由網路平臺，提供、分享各種財貨、勞務及知識<sup>18</sup>。

<sup>15</sup> 同註 12，胡湘湘，頁 83。

<sup>16</sup> 同註 10，黃昱琹。

<sup>17</sup> 黃柏欽、侯傑智、陳家祥，以創新擴散及創新抵制理論檢視共享經濟信任機制，管理評論第 36 卷第 4 期，2017 年 10 月，頁 43。

<sup>18</sup> 同註 9，林惠玲，頁 14。

## （二）共享經濟之定義

如前述說明，共享經濟之概念，從社會學或經濟學等不同學門之角度觀察，可得其不同意義之理解。就牛津字典關於共享經濟之定義言，「共享經濟乃指一種將私人之資產或服務，以免費或收費之形式，藉由網路分享與其他私人之經濟形式。」根據 2016 年 6 月歐盟執委會所提共享經濟綱領（A European agenda for collaborative economy）中之共享經濟定義，其係「指一種商業模式，其透過共享平臺作為公開市場，使那些通常由私人用以短暫利用之貨品或服務更便流通。共享經濟常不變動所有權，獲利與否亦在所不問」<sup>19</sup>。論者進而將共享經濟商業模式定義為「透過降低交易成本以促進交換，作為 P2P 服務市場之一種網路媒介。」<sup>20</sup>。另外，共享經濟專家 Alex Stephany 針對「共享經濟」則認為是「讓一個社群能在網路上取得未全部利用資產所創造之價值，因此降低擁有這些資產之必要性。簡而言之，共享經濟就是把剩餘重分配給一個社群所得到的價值，也就是重新分配所有東西。」並據上開定義說明，共享經濟應包括可創造互惠之經濟價值、未全部利用之資產、網路上可取得、社群流通及擁有資產之必要性降低等五大要素<sup>21</sup>。

除前開不同表述之定義外，「共享經濟」尚可區分為狹義與廣義之不同內涵。就狹義而言，共享經濟係指藉由媒合個人所擁有之閒置資源與他人之需求，以提高原本閒置資產生產力之一種經濟模式。因此，所謂以「共享經濟」為模式之企業，乃指將擁有閒置資源之賣家與具有資產需求之買家加以媒合交易之企業。據此定義，eBay、Yahoo 及露天拍賣等提供交易平臺讓買家與賣家得以互相交換價金與貨品，性質上即屬以共享經濟為模式之企業。而近年來最著名之共享經濟企業，則非 Airbnb 及 Uber 莫屬，惟其經營模式與 eBay 等仍有不同，其差異在於 eBay 係以物品之媒合交易為標的，Airbnb 及 Uber 則以服務之媒合交易為目的<sup>22</sup>。如就平臺經濟<sup>23</sup>之類型分析，狹義之共享經濟應屬 C2C 之交易型態，並可再細分為營

<sup>19</sup> 李姿瑩，2016 年年歐盟共享經濟綱領，義大利率先推出共享經濟法，科技法律透析第 27 卷第 9 期，2016 年 9 月，頁 5。

<sup>20</sup> Vanessa Katz, *Regulating the Sharing Economy*, 30 *Berkeley Technology Law Journal*, at 1070 (2015).

<sup>21</sup> Alex Stephany 著，郭恬君譯共享經濟時代：從分享房屋、技能到時間，顛覆未來產業與生活的關鍵趨勢，2015 年 11 月，頁 23-27。

<sup>22</sup> 同註 7，江雅綺，頁 66。

<sup>23</sup> 平臺經濟可理解為以促成交易為目的，於供需雙方間所搭建用以交換資訊之橋梁。依供需兩端類型之不同，平臺經濟大致可分為 B2B、B2C 及 C2C 三類。B2B 者，如將傳統交易結合新興電

利與非營利，有形資源與無形資源等不同屬性<sup>24</sup>。

隨著共享經濟模式普受社會歡迎，其涵蓋範圍亦漸趨擴大。以頗具爭議之 oBike 為例，所營運投放之自行車雖非原本閒置不用之資產，惟其商業模式仍屬物品之分時利用，縱以租賃型態運作，仍使多數人可對同一物品享有使用權，並藉由提升資訊技術而降低租賃服務成本，提高了資產利用效率，儘管與傳統租賃無甚差異，學者仍認為不妨納入廣義之共享經濟範疇<sup>25</sup>。而就平臺經濟之類型分析，廣義之共享經濟可包括 B2B 與 B2C 等交易類型。

綜而言之，共享經濟之核心理念，乃「閒置資源」之再使用。易言之，擁有閒置資源之個人或企業，透過有償租賃之方式，可使經濟能力無法負擔之個人或企業以相對低廉之價格取得使用權，藉由網路、物聯網、行動支付之發展，終端使用者得以「個人」對「個人」之方式共同使用資源，減少閒置產能之浪費<sup>26</sup>。如前述說明，狹義之共享經濟著重促進資產使用率之提升，而非商品所有權之流動，其交易目的係為利用閒置資源，而非購置資產，故學者認為最具革新意義<sup>27</sup>。另外，高度發展之資訊科技，大幅降低供需雙方之媒合成本，使原本難大量複製之 C2C 交易得以規模化發展，則電子化之「網路平臺」可謂共享經濟蓬勃發展之主要推手。

## 參、共享經濟之核心要素、特性及類型

### 一、共享經濟之核心要素

共享經濟之快速發展，可歸結於閒置資源之特性（lumpiness）及數位科技之進步兩大因素。關於閒置資產之特性，美國科技智財法學者 Benkler 指出，汽車即屬 lumpy 物品之適例。蓋消費者會購買此類超出立即所需分量之物品，乃因此類

---

子平臺之中國大陸阿里巴巴；B2C 者，如轉化傳統百貨商場之我國本土 PChome；C2C 者，則以中國大陸之淘寶網為典型。參王文宇，會計研究月刊，第 394 期，2018 年 9 月，頁 46。

<sup>24</sup> 同上註，王文宇，頁 46。

<sup>25</sup> 同註 23，王文宇，頁 46。

<sup>26</sup> 王勁力，共享經濟模式新興網路旅宿資訊平臺 Airbnb 在我國營運法律問題探究，南臺財經法學第 4 期，2018 年 8 月，頁 4。

<sup>27</sup> 同註 23，王文宇，頁 46。

物品可使用周期之總體價值超過其價格，而房屋、辦公室、腳踏車等物品亦屬具 lumpy 特性之物品，即消費者一旦購買上開物品，就會買進超過其立即所需之產能（capacity）。易言之，上開物品因具不被消費者立即使用之過多產能而有一定「閒置時間」之特性。而所謂數位科技（digital technology）之進步，則指包括大數據之分析技術、低成本之雲端儲存、社交媒體之廣泛使用及消費者普遍擁有手機等因素之總和<sup>28</sup>。

關於閒置資源之使用言，傳統租車服務已具閒置資源極大化之型態，惟輔以數位科技之進步，如 Uber 無須擁有汽車，只要透過數位科技 App，即可以低成本之方式將擁有閒置汽車資源與需要汽車搭乘服務之供需雙方予以快速媒合，並提供傳統計程車以外之不同搭乘體驗；Airbnb 亦然，雖並未擁有任何一間房屋，但 Airbnb 網站已有來自 190 餘國、逾 200 萬筆房間資料，讓消費者自由選擇不同風格之住宿空間。學者進而分析指出，共享經濟模式之所以吸引人，乃源自其有效率、價格低及新鮮有趣等三大因素<sup>29</sup>。

## 二、共享經濟之特性

共享經濟除有其社會行為之本質，並具從所有權之交易轉變為使用權或服務之交易、去中心化之點對點（peer-to-peer）個人直接交易、透過網路平臺進行媒合交易、透過社群媒體進行互動並相互評價以累積信用，藉以進行閒置空間、物品、交通工具或其他服務之即時共享等特性。另外，共享經濟透過網路開放、分散且合作之架構，亦開創點對點之橫向經濟規模<sup>30</sup>。茲從經濟面向及法律面向分別觀察共享經濟之特性，並析述如下：

### （一）經濟面向<sup>31</sup>

#### 1. 資源有效利用

<sup>28</sup> 江雅綺，共享經濟的商業模式與法規挑戰，科技報導第 432 期，2017 年 12 月，網址：[http://scitechreports.blogspot.com/2017/12/blog-post\\_25.html](http://scitechreports.blogspot.com/2017/12/blog-post_25.html)（最後瀏覽日期：2019 年 6 月 20 日）。

<sup>29</sup> 同註 7，江雅綺，頁 68。

<sup>30</sup> Jeremy Rifkin 著，陳儀、陳琇玲譯，物聯網革命：共享經濟與零邊際成本社會的崛起，商周出版，2015 年 8 月，頁 95；同註 26，王勁力，頁 4。

<sup>31</sup> 同註 9，林惠玲，頁 15-16。

按未充分利用之閒置資源無法增加產出，透過共享經濟即可加以活用。例如私家車僅 20%時間用於行駛，80%時間停放未用，若提高其使用率達 60%，整體經濟社會之私家車數量即可降低，減少資源耗用。又私家車原僅 1 人開車上班，若可 4 人共乘，交通擁擠可舒緩，能源耗損亦下降，且私家車主可獲額外收益，共乘者可降低計程車費支出。

## 2. 產業結構改變

透過寬頻網路、智慧型手機及 App 應用程式，資源之提供與需求將產生變化。例如房屋仲介、廣告代理、出版商、計程車行、各種介紹所、地下錢莊、銀行貸款等產業將逐漸衰退或沒落消失；網路平臺、電腦資訊、運輸業、影音業、短期住宿業、旅遊業、零工業、食品雜貨代購服務、家常菜供應、送貨服務、寵物服務、租車、租船及工具出租等產業則會成長擴張。而隨著網路資訊日趨透明，廠商之利潤率越高，將因更多加入者競爭而被取代；創新不足、附加價值較少、標準化程度高之商品即易沒落。由於網路平臺之全球化發展，跨境商品交易益趨興盛，廉價勞工將取代高價勞工；全球分工更快速，網路平臺使消費者更易清楚精確表達其需要，廠商之生產因符合消費需求而更有效率，降低了生產過剩問題，並加速個人化、客製化生產之發展。

## 3. 資源「排他性」及「敵對性」降低

共享經濟係將資源從「排他性」及「敵對性」<sup>32</sup>，轉化成「無排他性」與「無敵對性」，亦即使資源之排他性與敵對性降低。析言之，使用者不必為資源擁有者，故無需花錢購買具有排他性之商品，可以使用者付費方式減少其支出，可支配所得因此提高，並擴大消費者之選擇範圍。此外，透過網路交易平臺，可大大節省交易成本及交易時間，並可將節省所得用於購買非屬共享經濟之財貨或勞務。

## 4. 生產消費行為改變

---

<sup>32</sup> 一般而言，私有財具有排他性 (exclusive) 及敵對性 (rival)。所謂排他性是指個人擁有或消費某一財貨時，可禁止或限制他人擁有或消費該財貨，例如食品、衣服等；所謂敵對性是指個人使用或消費某一財貨時，會減少該事物之效用，並影響他人使用或消費該財貨，例如車輛擁擠之高速公路、湖泊中之魚類等。在共享經濟體系下，個人可將其擁有之資源租借他人或與他人共同使用或享用，使未被充分利用之閒置資源獲得更有效之利用，從而提升整體之經濟福利。參註 9，林惠玲，頁 15-16。

共享經濟將擁有者之可共享資源，以高頻率、重複性方式提供他人使用，提升現有物品之使用效率，降低同一時間就同一財貨之總需求，使永續發展更加可能。此外，透過網路平臺及物聯網等數位科技，以往 B2C 之交易模式轉變為 C2C 之交換模式，使每個人都成為兼具生產與消費能力之「消費生產者」(prosumer)<sup>33</sup>。

## (二) 法律面向

### 1. 傳統財產權觀念轉變

共享經濟使閒置資源能有效運用，改變了民眾對於財產所有權之傳統觀念。具體而言，藉由數位科技，民眾可不以購買物品為目標，而改為購買物品所擔負之「功能」。例如傳統上習以購買汽車為目標，透過共享經濟運作，民眾改以「移動之服務」為購買標的；傳統上習以購買房屋為目標，透過共享經濟運作，民眾改以「居住之服務」為購買標的<sup>34</sup>。

### 2. 財產權行使態樣複雜化

共享經濟下閒置資源之利用，突顯了現代社會對於財產權從「所有到使用」之觀點轉變，並意味財產權行使方式將趨複雜化。依據傳統所有權之定義，所有權制度使得物或財產歸屬於特定所有人，並賦予所有權人取得排除任何人對物或財產為干擾之權利。亦即所有人可依其所有權之權能，就物或財產為自由使用、收益，並對他人之干擾行為，享有停止侵害、回復原狀或損害賠償之請求權。易言之，傳統財產權之內部權利結構簡單，權利與所有人係嚴格對應<sup>35</sup>。惟共享經濟下之財產權內部結構，將因物或財產之使用方式有所偏轉，即傳統上本於擁有物或財產所生「使用權」，可能透過共享經濟而拆解為更多區段時間之「使用權」，從而擁有一定時段之「使用權」本身亦視為財產<sup>36</sup>，使得財產權之行使態樣趨於複雜。

### 3. 單一物上多權利人普遍化

<sup>33</sup> 同註 30，Jeremy Rifkin 著，陳儀、陳琇玲譯，頁 9-10；同註 6，林建甫，頁 60；同註 26，王勁力，頁 5。

<sup>34</sup> 同註 28，江雅綺。

<sup>35</sup> 同註 23，王文宇，頁 47。

<sup>36</sup> 許絲捷，論使用僭越之可罰—共享經濟對刑事保護財產之啟發，成大法學第 34 期，2017 年 12 月，頁 123-124。

傳統所有權制度旨在為權利人提供穩定、可預測之所有權規範。故單一物之使用權往往以單一物之所有權為前提，即權利人乃單一的、不變的。惟現代資訊科技快速發展，使以往「使用」與「所有」間之強烈連結斷裂，遂由單一權利人行使權利逐漸走向多數權利人共享財產。尤其在共享經濟模式下，「使用」之意義益形重要，主要權利人將從所有人走向使用人，因而「單一物上多權利人」之現象越來越普遍<sup>37</sup>。

#### 4. 以「契約」為基礎之財產權內部關係

共享經濟下之財產權行使態樣複雜，物或財產由多數權利人共享，多元化之財產權內部關係將以「契約」為基礎，透過約定使各權利人間之利益趨於衡平，而隨著契約之頻繁使用，新的配套規範也會出現<sup>38</sup>。

### 三、共享經濟之發展類型

共享經濟可謂去中介化之過程，藉由網絡打破空間地域之限制，將碎片化資源連接，進行有效整合，提升互動及交易之效率，使個人擁有之閒置資產、資源、技術、勞力，透過平臺分享有需求之人，從而獲取利潤；使用者因而可用更低成本，更便捷方式，獲得更有品質之服務。故本質上分享就是創新購買（Sharing is NewBuying），所涉範疇包括產品、服務、交通、空間及資金等五大類<sup>39</sup>。根據 Rachel Botsman 於《What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption》一書中闡釋，共享經濟之主要類型有以下 3 種<sup>40</sup>：

#### （一）產品服務化系統（product-service systems; PSS）

所謂產品服務化系統，乃透過「使用而非占有」之概念，挑戰傳統以「私有而且獨享」為基礎之經濟模式。即經由共享經濟之產品服務化系統，使閒置、剩餘資產或服務之所有人，得以與他人共享該資產或服務。例如將閒置之汽車、房

<sup>37</sup> 同註 23，王文宇，頁 47。

<sup>38</sup> 同註 23，王文宇，頁 48。

<sup>39</sup> 林子渝，共享經濟下的 P2P 借貸模式，台灣經濟研究月刊，第 38 卷第 8 期，2015 年 8 月，頁 43。

<sup>40</sup> Rachel Botsman & Roo Rogers, What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption, Harper Business (2010), 71-73。

屋等個人財產出租他人使用，獲取額外之收入。由於消費者傾向選擇只租不買、按需要付費之方式，企業亦因應調整其業務模式，從以往之「銷售」產品本身，轉為提供產品之「服務」<sup>41</sup>，相關產業如有線上租車公司 Zipcar；社區租賃服務 Snapgoods；汽車共享平臺 CarShare 等。

## （二）再流通市場（redistribution markets）

所謂再流通市場，係指有體物之市場重新分配（Redistribution Markets）產業型態而言。亦即透過共享經濟模式，將所費不貲之商品，在市場上進行整合與重新分配，再以租賃方式提供需要之人。易言之，乃以價昂資產作為共享物件，在市場上重新定位並提供分配，以提高使用率及獲利率，相關產業如閒置物品捐贈平臺 Freecycle；物品交換平臺 SwapTree；二手物買賣平臺 eBay、Gumtree；線上分類廣告網站 Craigslist 等。而隨著時間推移，二手物之接受度將越來越高，「再流通（redistribute）」或可能會繼「減少使用（reduce）」、「重復使用（reuse）」、「循環利用（recycle）」、「修復使用（repair）」之後成為第 5 個「R」，提供資源節省及環境保護又一條可能之路徑<sup>42</sup>。

## （三）協作式生活（collaborative lifestyles）

所謂協作式生活，係指一群需求或興趣相似之人，共享或交換如時間、空間、技能及金錢等有限資產之一種生活型態。現今社會用以交易之標的，已不侷限於有體物，由於生活需求逐漸多元，群聚之共享及交換已逐漸轉向相對隱性（無形）資源之利用，其內容包括共同工作空間、計程車共乘、技能共享、工作室共享、停車空間共享、工作任務代理、倉儲空間分享等<sup>43</sup>，相關產業如 Airbnb、技能分享網站 Skillshare、辦公空間供應平臺 LiquidSpace 等。

一般而言，共享經濟之產業發展，係以前述之產品服務化系統、再流通市場及協同式生活等三種基本類型為基礎。前二者係將閒置或剩餘資產，從所有人手上轉至有（短暫）需求者之處，不論其代價為有償或無償，均就資產之價值給予重新評價；而協同式生活則係將需求相似者集合，透過租賃物件或無形資產之共

<sup>41</sup> 同註 26，王勁力，頁 11。

<sup>42</sup> 同註 26，王勁力，頁 12。

<sup>43</sup> 同註 6，林建甫，頁 60-61。

同分享，使共享之物件或資產物盡其用，以最小成本達成最高需求與服務<sup>44</sup>。

## 肆、共享經濟模式及 Airbnb 之營運方式

### 一、共享經濟模式之特徵

根據 2016 年 6 月美國商務部經濟與統計管理局新發布之共享經濟相關調查報告，目前共享經濟型態及商業營運模式具有以下之特徵<sup>45</sup>：

1. 使用資訊科技進行媒合，通常係透過路平臺如可連網路之手機 APP，進行點對點交易（peer-to-peer transactions）。
2. 倚賴顧客評價機制（user-based rating systems）控管品質，該機制可讓素未謀面之服務提供者與需求者仍具一定程度之信任基礎。
3. 透過數位媒合平臺，讓提供勞務／服務之工作者可自主彈性決定日常工作時數。
4. 數位媒合之企業不提供工具或資產，而係由服務提供者自備服務所需之工具及資產。

### 二、共享經濟模式之運作基礎

#### （一）網路資訊平臺

共享經濟之基本運作方式，係透過網路平臺與行動 App 媒合閒置資源（例如房屋、汽車）之供需雙方，使該閒置資源之剩餘價值可按需求充分利用。因此，共享經濟之創業者多認其營運模式為經營網路平臺，主要負責資訊處理及媒合供給與需求雙方，但無需取得供給者所提供的之資源（例如房屋、汽車），也不必僱用供給者之人員，除可節省相關固定資本支出及規避勞動法令所生人事成本，並可在交易中先行向需求者收取費用，再扣取必要款項後轉交供給者，以掌控金流，避免不必要之倒帳風險。

再者，因平臺本身並非直接從事供給者所提供資源之業務，故不受供給者所涉行業管理規範（例如旅宿業、運輸業）之限制；相關收益固須繳稅，但可進行

<sup>44</sup> 同註 26，王勁力，頁 13。

<sup>45</sup> 同註 1，王健全、林宜蓁，頁 7-8。

租稅規劃選擇在稅賦較輕之國家註冊登記。隨著網路科技進步與商業創新，媒合供需雙方已更為容易且經濟，未來可能邁向零交易成本之市場環境；而平臺用戶（包括供需雙方）越多，平臺之價值越高，營收所得也越多，此種借助網路效應（Network Effect）之商業模式，幾乎可使所有傳統產業（如房屋租賃業、汽車運輸業等），透過網路平臺之規劃設計，華麗變身為高科技資訊產業<sup>46</sup>。

## （二）信任機制

共享經濟模式所以能讓閒置資源之所有權人，願意透過契約關係與他人分享自有資源，尤其是狹義共享經濟之 C2C 型態，如何使「所有到使用」之財產權利利用關係成為可能，其關鍵因素在於參與者之間能否建立信任關係<sup>47</sup>。從蓬勃發展之數位經濟市場來看，「信任」可謂新經濟貨幣<sup>48</sup>。

一般而言，個人往往較企業經營者更不易獲得交易對象之信任。其實，無論是媒合無形服務抑或促進有形商品流通，C2C 型態之平臺經濟均必須面對如何建立交易雙方之互信機制問題。從共享經濟模式之交易流程來看，第一階段是供需雙方之媒合，第二階段則是交易之實際達成。析言之，第一階段之媒合過程中，交易關係僅具潛在性，仍須供需雙方之間建立信任基礎後，才能使後續第二階段之交易關係實際完成。

鑒於缺乏信任關係，共享經濟將無法順利推展，因此如何建立中介角色以保障交易雙方權益，便成為共享經濟營運模式中相當重要之課題。易言之，網路中介平臺在共享經濟模式之運作過程中，必須扮演制度規範與問題溝通協調之重要角色，即如同網路購物之運作方式，關於訂貨、出貨、交貨、換貨、退貨、付款與退款等交易流程，皆須建立完整之處理機制，並連結顧客服務與社群討論管道，以順利消弭不確定性並重建信任關係，進而產生互助共利<sup>49</sup>。

為了促進共享經濟模式成功發展，共享經濟之運作需要建立在陌生人之信任機制之上，例如建立評價或排名機制，讓使用者可在網路平臺上將其回饋評價公

<sup>46</sup> 陳佑寰，共享經濟的管制難題，能力雜誌，2016年7月，頁94。

<sup>47</sup> 同註23，王文宇，頁48。

<sup>48</sup> Brad Stone 著，李芳齡譯，Uber 與 Airbnb 憑甚麼翻轉世界，遠見天下出版公司，2018年6月7日第1版，頁167。

<sup>49</sup> 周信甫，供想經濟正夯建立信任=擁有商機，能力雜誌，2015年5月，頁111。

開，提供他人參考，使共享經濟之顧客，能有足夠選擇因而感到滿意，並讓參與者共同支持此運作系統而為全體社會增加價值。從而，平臺應加強網路個人資料之安全技術及提供更多信用評級之機制，使供給者及需求者雙方皆可就他方之行為或服務加以評分，讓其他具有使用需求之人作為參考，增加參與共享經濟的意願<sup>50</sup>。

### 三、Airbnb 之營運方式

#### （一）營運概況

共享經濟創新商業模式之最佳案例，或可以提供住宿服務著名之 Airbnb 為代表。2007 年秋天，美國舊金山市舉辦全美工業設計師協會大會，由於與會者眾，導致經濟型酒店客房嚴重不足。當地兩位剛自大學畢業正為房租發愁之美國年輕人，突發奇想找來 3 張充氣床墊放在客廳，並自建簡易網站發布資訊，參加會議者只需支付每晚 80 美元之費用，即可享有氣墊床加早餐（Airbed & Breakfast）以及當地旅遊觀光指南之服務。不料此種服務大受歡迎，讓原本只為賺取些許外快的臨時起意，變成了正式事業，因而將該網路平臺取名為 Airbnb<sup>51</sup>。

在 Airbnb 平臺上，任何人皆可把自有的整棟住宅或者整個房間，甚至前廳、後院、行車道等「零碎」空間加以出租，讓一般自有住宿空間且願意出租之民眾，可以透過網路平臺提供全球遊客選擇住處並賺取租金，出租之物件則包括民宿、觀光旅館、城堡、私人島嶼、水上船屋、別墅、公寓、套房等各類住宿空間，甚至如蒙古包、樹屋及愛斯基摩人冰屋等各種特色住宿環境<sup>52</sup>。

根據媒體報導，Airbnb 自 2008 年 8 月創業至 2018 年止，營運區域跨越 192 國，並在全球 81,000 座城市，提供 450 萬間房之出租服務；房源增加精品旅館、B&B 附早餐民宿、度假房屋及獨特屋種等 4 種類型，並透過 Airbnb、Airbnb Plus 及 Beyond by Airbnb 等 3 種層級之住屋提供，以達涵蓋「每位旅遊者」之住宿需求目標<sup>53</sup>。由於市場接受程度高，還因此出現不少異業與 Airbnb 結盟之新商業型態<sup>54</sup>。

<sup>50</sup> 同註 17，黃柏欽、侯傑智、陳家祥，頁 50。

<sup>51</sup> 顧遠，分享經濟：我的，就是你的，社企流，2014 年 3 月 8 日，網址：<http://www.seinsights.asia/story/1434/795/1882>（最後瀏覽日期：2019 年 5 月 10 日）

<sup>52</sup> 同上註，顧遠。

<sup>53</sup> 楊晨欣，直接威脅線上訂房網站！Airbnb 10 週年，推 3 大服務擴展客群，數位時代 Business Next，

## （二）平臺運作方式

依據 Airbnb 網站之說明<sup>55</sup>，網路平臺之使用者均須註冊並建立個人檔案。每一住宿物件皆與一位房東連結，房東之個人檔案，包括其他使用者之推薦、住宿房客之評價與回覆評等及私人訊息系統等。其系統操作方式為註冊使用者先就房源進行搜尋，輸入抵達與離開之日期及同行房客總人數，再使用 Airbnb 地圖與街區指南確認房源位置及閱覽其他入住者之評價，並可與房東進行聯繫及詢問房源相關問題。

Airbnb 就上開服務，通常會向房東收取出租房源服務費 3%；向房客收取預訂房源服務費之金額，則為預訂小計（每晚住宿費、清潔費及任何適用額外房客費用之總和，不含服務費及稅費）金額之 0%-20%（房客服務費根據一系列因素計算得出，包括：預訂小計金額、住宿時間長短、房源特點；通常預訂小計金額越高，房客服務費百分比就越低。）當房客預訂住宿時，Airbnb 會要求提供付款資訊；待房東接受預訂或房客透過「即時預訂」預訂住宿後，Airbnb 會依房客提供之付款方式收取全額費用。無論預訂住宿日距離入住日是 2 天還是 2 個月，Airbnb 皆會在房客入住 24 小時後，才將款項支付給房東，讓交易雙方皆有時間確認交易是否符合預期。至於請求退費之條件，則有房東於預訂住宿之 24 小時前或更短時間內取消預訂；Airbnb 網站上之房源描述與實際情況嚴重不符；房源不乾淨或與描述不相符等事由。房客如欲請求退費，在預訂住宿開始後 24 小時內應告知 Airbnb 所涉問題並提供照片或其它證據，再由 Airbnb 決定是否退費或提供房客其他條件相當之房源<sup>56</sup>。

除前述註冊使用及費用支付之流程外，Airbnb 之營運模式尚有其他創新作法，例如導入身分驗證，藉由綁定個人身份證件（亦可附加相關之社交網路帳號），

---

2018 年 2 月 23 日，網址：<https://www.bnext.com.tw/article/48267/airbnb-launches-airbnb-plus>（最後瀏覽日期：2019 年 6 月 26 日）。

<sup>54</sup> 如 Properly 提供 Airbnb 的住宿提供者包括清潔與快遞鑰匙的服務；Guesthop 提供包括住宿登記、鑰匙管理和短期全時的租賃管理服務；Pillows 則可包辦由行銷、客戶溝通、預訂與訂價決策、清潔修繕與問題處理等服務。參楊海嵐，共享住宿空間與物品交流之有形共享，台灣經濟研究月刊，第 38 卷第 8 期，2015 年 8 月，頁 38。

<sup>55</sup> Airbnb 官網，網址：<https://www.airbnb.com.tw/help/topic/250/terms---policies>（最後瀏覽日期：2019 年 6 月 11 日）。

<sup>56</sup> 同上註，Airbnb 官網。

避免一些未知因素，且房東也可要求房客先加入身分驗證再進行預訂；導入評價系統，房東與房客可基於真實體驗撰寫評價及評分，使房客選擇房東時，可充分瞭解其他入住使用者之全面評價。然而，上述評價機制具有雙面性，即房源之評分過低時，並不會獲得推薦；而房客之評分過低時，房東也可能會拒絕房客入住。析言之，Airbnb 透過 Facebook、Twitter、LinkedIn 等社交媒體進行身分驗證，可讓交易雙方先行瞭解彼此之公開資訊、協助雙方建立聯繫與信任，當房客完成交易後，也可透過 Facebook 進行住宿服務評價，有助解決住宿服務交易過程中衍生之信任與安全問題。

此外，Airbnb 在全球各地亦聘用多位攝影師拍攝出租物件，提供住客驗證房源情況，並在特定國家推出房東保障計畫，當出租物件遭入住房客破壞，Airbnb 可提供房東最高 100 萬美元之損害賠償與 24 小時即時客服。

與傳統之訂房方式對照，Airbnb 平臺之「即時預訂」功能，可節省管理預訂住宿作業之時間，「優越性」較高；預訂住宿之操作程序簡便明確，並以電子郵件寄送住宿收據及旅程詳情，且可透過安全之訊息系統與房東聯繫，「相容性」亦高於傳統訂房；房客可與房東連絡，並預先觀看住房內部與外部所有照片，與傳統訂房同具「可觀察性」；房客認為房源不符預期而選擇不住，可以請求退費，更具「可試性」<sup>57</sup>。

綜上，透過 Airbnb 之商業運作，對房客而言，Airbnb 之租房費用較傳統旅館低廉；對房東而言，閒置房間之出租利用可增加額外收入；對 Airbnb 而言，利用網路平臺媒合交易還可賺取服務費，是閒置資產之承租人、出租人及 Airbnb 平臺皆能藉由共享經濟模式而獲利。即言之，共享經濟之創新運營模式，讓擁有者（出租人）、使用者（承租人）及網路平臺業者共創三贏，未來其成長空間及類型將益趨擴大及多元，但因對目前之相關產業造成衝擊，故 Airbnb 在許多國家常遭傳統旅館業、住宿旅遊業之抗議。

<sup>57</sup> 同註 17，黃柏欽、侯傑智、陳家祥，頁 46。

## 伍、Airbnb 所涉消費者保護法制探討

### 一、Airbnb 之營運爭議

自 2012 年開始在我國營運之 Airbnb，已然成為外國旅客來臺訂房之重要管道。根據媒體報導，依 Airbnb 統計，2017 年逾 112 萬之台灣民眾在出國旅遊時選擇 Airbnb 平臺之房源，較 2016 年增加 55%，佔台灣出境人次近 8%；2017 年國際來臺旅遊者有逾 130 萬遊客選擇 Airbnb 房源作為在臺旅遊時之住宿地點，佔入境旅客總數 12% 以上<sup>58</sup>。

惟就 Airbnb 在我國之營運方式觀察，其網路交易平臺提供之房源，似有相當比例並非符合現有法令規定之住宿場所，多數物件既非合法登記之旅館，亦非合法登記之民宿，而係自用住宅之閒置房間、日租套房，甚或是以專業經營方式提供旅客住宿之整棟房屋。此種創新之旅宿經營模式，除可能涉及規避現行法令，並直接衝擊傳統旅館業與不動產長期租賃市場，且存有資訊不對稱及經濟外部性問題。尤其該營運模式之外部性影響，涉及住宿場所是否符合公共安全與衛生標準、所在地點是否合於使用分區管制要求、業者能否確保一定之住宿品質、營運作為是否課稅且符合公平性、是否對鄰近居民之安寧及住宿品質造成困擾、網路平臺應否就交易雙方所生爭執承擔法律責任等問題，對於產業公平競爭、既有法律規範及消費者權益保障已形成重大挑戰，並就政府主管機關應否及如何介入之監理政策及法制規範提出嚴峻考驗<sup>59</sup>。此外，相對於傳統旅宿業者與消費者間較為單純之雙方關係，Airbnb 平臺提供之旅宿資訊媒合服務，涉及「Airbnb（平臺）與旅宿服務提供者（房東）」、「Airbnb（平臺）與旅宿服務接受者（房客）」及「旅宿服務提供者（房東）與旅宿服務接受者（房客）」等三方關係，其法律關係更形複雜。

<sup>58</sup> 蕭玕欣，共享住宅經濟崛起 Airbnb：台灣需新法規而非禁止，自由時報，2018 年 6 月 11 日，網址：<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2454973>（最後瀏覽日期：2019 年 6 月 26 日）。

<sup>59</sup> 張瑞星，Airbnb 在臺營運的法律難題與規範建議，成大法學第 34 期，2017 年 12 月，頁 66。

## 二、現行之行業管理規範

按消費者保護法第 3 條明定，政府為達成保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質之目的<sup>60</sup>，除應制定相關法律，並應實施有關措施及定期檢討、協調、改進相關法規與執行情形。因此，我國有關消費者保護事項之規範，除消費者保護法外，尚有其他相關行政法規可資適用。經查發展觀光條例第 1 條明定：「為發展觀光產業，宏揚傳統文化，推廣自然生態保育意識，永續經營台灣特有之自然生態與人文景觀資源，敦睦國際友誼，增進國民身心健康，加速國內經濟繁榮，制定本條例。」準此，Airbnb 所涉消費者權益事項，除有消費者保護法相關規定之適用外，亦受發展觀光條例有關法規之規制。

### （一）Airbnb 平臺之房源

觀察 Airbnb 在我國之商業模式運作，其網路平臺提供之房源約可分為三種類型：其一係合法登記營業之旅館、民宿；其二係自用住宅閒置房間。房東以自住房屋提供住宿服務，即平日自住，閒置時出租，為標準（狹義）之共享經濟類型；其三則係未取得旅館業經營執照之日租套房。由於我國目前對於以自用（有）住宅經營旅宿短租服務並無明確之法律規範，故民眾利用網路平臺將家中閒置房間出租，是否涉及「旅館業」或「民宿」之經營行為，尚有研議討論之空間<sup>61</sup>。茲就現行發展觀光條例有關規定說明如下：

#### 1. 「旅館業」之規範

發展觀光條例第 2 條第 8 款規定：「旅館業：指觀光旅館業以外，以各種方式名義提供不特定人以日或週之住宿、休息並收取費用及其他相關服務之營利事業。」<sup>62</sup> 查中央主管機關交通部向認以不動產租賃方式經營，提供不特定人因旅遊、商務或出差等緣由而有日或週之住宿或休息事實並收取費用營業者，核屬旅館業務之營業行為，應依法取得旅館業登記證始得經營<sup>63</sup>。亦即經營不動產日租或

<sup>60</sup> 消費者保護法第 1 條規定：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」

<sup>61</sup> 同註 26，王勁力，頁 19-20。

<sup>62</sup> 發展觀光條例第 2 條第 7 款規定：「觀光旅館業：指經營國際觀光旅館或一般觀光旅館，對旅客提供住宿及相關服務之營利事業。」

<sup>63</sup> 交通部 99 年 12 月 29 日交路字第 0990012444 號函。

週租，如有就不特定人旅遊、商務或出差等需要而提供住宿或休息並收取費用之營業情事，應認屬經營旅館業。析言之，上開規定基於保障旅客安全與權益之目的，凡有提供不特定人短期住宿並收費之情事者，皆認屬經營旅館業之範疇。因此，除上開條例有關規定外，亦應遵守旅館業管理規則、觀光旅館及旅館旅宿安寧維護辦法等相關子法之規定。又依同條例第 24 條第 1 項規定：「經營旅館業者，除依法辦妥公司或商業登記外，並應向地方主管機關申請登記，領取登記證及專用標識後，始得營業。」若未依本條例領取登記證而經營旅館業務，依同條例第 55 條規定，應處新臺幣 10 萬元以上 50 萬元以下罰鍰，並勒令歇業（第 5 項）；其情節重大者，並由主管機關公布其名稱、地址、負責人或經營者姓名及違規事項（第 9 項）。

針對經營日租套房但未領取營業執照者，司法實務係認「發展觀光條例為確保提供旅客住宿之便利與安寧之權益，而對於旅館之輔導與管理採申請許可制，並處罰未經領取營業執照即經營旅館業務者，藉以防止旅館業者未經主管機關核准，即自行營業，造成旅客身心健康及交易安全之危害。故發展觀光條例第 55 條第 3 項（即現行第 55 條第 5 項）所稱未依本條例領取營業執照而經營旅館業務者，其所欲規範之對象係對已妥善準備住宿相關之軟硬體設施，可隨時從事對旅客提供住宿、休息服務之業務，卻未依發展觀光條例領取營業執照者，即足當之，並不以已有旅客實際住宿或休息為要件。<sup>64</sup>」易言之，凡已備妥住宿相關設施並可隨時提供他人住宿或休息服務之狀態，即涉旅館業之經營。而目前地方政府對於 Airbnb 平臺所登錄之日租套房，亦係根據相關刊登資料及現場採證照片，查認行為人已涉經營旅館業（不論行為人是否為房屋所有權人）者，即依發展觀光條例相關規定裁罰，且為行政院所支持<sup>65</sup>。

## 2. 「民宿」之規範

發展觀光條例第 2 條第 9 款規定：「民宿：指利用自用或自有住宅，結合當地人文街區、歷史風貌、自然景觀、生態、環境資源、農林漁牧、工藝製造、藝術文創等生產活動，以在地體驗交流為目的、家庭副業方式經營，提供旅客城鄉家

<sup>64</sup> 高雄高等行政法院 101 年度訴字第 369 號判決參照。

<sup>65</sup> 臺北高等行政法院 103 年度訴字第 922 號判決參照。

庭式住宿環境與文化生活之住宿處所。」<sup>66</sup> 依同條例第 25 條第 2 項規定：「民宿經營者，應向地方主管機關申請登記，領取登記證及專用標識後，始得經營。」未依本條例領取登記證而經營民宿者，依同條例第 55 條第 6 項規定，處新臺幣 6 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，並勒令歇業。

按民宿係旅館、飯店之外，遊客尋找住宿場所之另一選擇；論者認為民宿與旅館、飯店之最大不同，乃其較具人情味且有家的溫馨感，更能吸引想深入體驗當地風土民情的旅人，並提供一種貼近當地生活的機會<sup>67</sup>。查民宿之所以納入管理，主要係因過去休閒農業及原住民體系早有部分農民與原住民從事民宿之經營，風景特定區、國家公園內及各觀光景點亦有不少民眾改建空置房舍或新建樓房出租，但經營水準參差不齊，為達有效管理之目的，政府乃於民國 90 年 12 月 12 日訂定民宿管理辦法，以為民宿合法化之準據<sup>68</sup>。換言之，訂定民宿管理辦法之目的，原為輔導農村、山林、原住民部落等地區之產業轉型，並配合實務管理需要，利用民宿鄰近周邊景點吸引遊客，進而促進地方及產業之經濟。

現行法令對於民宿之規範，除以下關於其設置地點、經營方式、經營規模及稅捐核課等限制外，民宿管理辦法另規定：民宿應符合一定消防安全設備（第 6 條）、除電能熱水器外，熱水器具設備應放置於室外（第 7 條）、特定人不得經營民宿（第 9 條）、旅客罹患疾病或緊急意外時，應協助就醫與通知衛生醫療機構（第 29 條）、不得有不當招攬住宿、強行推銷、任意哄抬收費、設置妨害隱私設備或影響旅客安寧及擅自擴大經營規模等行為（第 30 條）、確保飲食衛生安全、維護民宿與四周環境整潔與安寧、寢具應換洗並保持清潔、注重自然生態保護、環境清潔安寧與公共安全、刊登住宿廣告應載明民宿登記證編號（第 31 條）、發現旅客有危害國家安全、影響社會治安、公共秩序或有犯罪嫌疑情事時，應報請警察機

<sup>66</sup> 本條業於 108 年 6 月 19 日修正公布，修正理由為：「新創科技不斷推陳出新，觀光旅遊產業亦呈現顛覆式發展，新興旅遊體驗模式蔚為風行，然於此旅遊趨勢與旅宿市場大幅轉變之際，民宅住宿規定，迄今已卻近 20 年未有翻新，造成民宿似僅為鄉間副業之刻板印象，且亦限縮民宅住宿體驗型態之多元性，為使臺灣旅宿市場在旅遊新創浪潮中不至遭到淘汰，爰就民宿定義，參酌觀光產業發展現況予以翻新。」參立法院第 9 屆第 7 會期第 14 次會議議案關係文書，院總第 822 號（委員提案第 23101 號之 1）。

<sup>67</sup> 劉健哲、林碧釧，台灣民宿發展之問題與對策，鄉村旅遊研究，第 1 卷第 2 期，2007 年 12 月，頁 43。

<sup>68</sup> 孫稚堤，我國民宿產業發展與問題之初探——在現行法制規範與休閒農業思潮下發展新契機，土地問題研究季刊，第 10 卷第 2 期，2011 年 6 月，頁 59。

關處理（第 32 條）。

(1) 設置地點限制

民國 90 年訂定之民宿管理辦法第 5 條，明定民宿之設置地點限於風景特定區、觀光地區、國家公園區、原住民地區、偏遠地區、離島地區、經農業主管機關核發經營許可登記證之休閒農場或經農業主管機關劃定之休閒農業區、金門特定區計畫自然村、非都市土地等。嗣於 106 年 11 月 14 日予以修正鬆綁，放寬「依文化資產保存法指定或登錄之古蹟、歷史建築、紀念建築、聚落建築群、史蹟及文化景觀，已擬具相關管理維護或保存計畫之區域」及「具人文或歷史風貌之相關區域」亦可設置民宿，並明確規定所謂「風景特定區」及「觀光地區」係指依發展觀光條例相關規定所劃定及指定者<sup>69</sup>。

(2) 經營方式限制

依發展觀光條例第 2 條第 9 款規定，民宿須以家庭副業方式經營。而所謂以家庭副業方式經營，據交通部觀光局之說明，係指平常乃供住家之用，僅於假日之時，部分提供少數人經主人同意後住入，猶如好友到家中拜訪過夜之性質，此與供公眾使用建築物之範圍有別<sup>70</sup>。

另民宿管理辦法原規定，申請登記之民宿，其建築物使用用途以住宅為限（例外規定：位於原住民保留地、經農業主管機關核發經營許可登記證之休閒農場、經農業主管機關劃定之休閒農業區、觀光地區、偏遠地區及離島地區，得以農舍供作民宿使用）；應由建築物實際使用人自行經營（例外規定：離島地區經當地政府委託經營之民宿，不以建築物實際使用人自行經營為限）；不得設於集合住宅及地下樓層。嗣於 106 年 11 月 14 日予以修正放寬，原則上民宿仍不得設於集合住宅，但以集合住宅社區內整棟建築物申請，且申請人取得區分所有權會議同意者，當地主管機關得為保留民宿登記廢止權之附款，核准其申請（第 8 條第 1 項第 3 款）；客房亦不得設於地下樓層，但當地原住民主管機關認定具有原住民傳統建築特色或因周邊地形高低差造成之地下樓層且有對外窗，經當地主管機關會同建築主管機關認定不違反建築相關法令規定者，則不在此限（第 8 條第 1 項第 4 款）。

<sup>69</sup> 如交通部 105 年 9 月 22 日交路（一）字第 10582003812 號公告指定「臺南雙城地區」為全國第一個法定觀光地區，以解決老屋合法設立民宿問題。

<sup>70</sup> 交通部觀光局 91 年 5 月 22 日觀賓字第 12077 號函。

### (3) 經營規模限制

民宿管理辦法原規定，民宿之經營規模，原則上應為客房數 5 間以下，且客房總樓地板面積 150 平方公尺以下。嗣於 106 年 11 月 14 日修正放寬以客房數「8 間」及「客房總樓地板面積 240 平方公尺以下」為原則（第 4 條）。

另據交通部觀光局之說明，民宿管理辦法係針對民宿特性，將民宿定位在以自用住宅空閒房間提供旅客鄉野生活體驗之處所，從而根據一般民宿經營現況訂定民宿客房數及總面積之規範，此不僅符合民宿之定位，亦係相關單位同意民宿免辦營利事業登記證、免辦建築物變更使用之關鍵；此與旅館業之定位有別，旅館業關於容許興建之分區或用地、樓梯數、走廊寬度、窗簾、地毯、室內裝修材料等均受嚴格之規範，並不利於民宿之一體適用<sup>71</sup>。

### (4) 稅捐核課

依據行政院觀光發展推動小組第 34 次會議之決議，自行經營民宿者，原則上得免辦營業登記及課徵營業稅，僅依住宅用房屋稅稅率課徵房屋稅，以及就經營民宿之收入減除成本及必要費用後之餘額，併計其綜合所得總額，課徵綜合所得稅<sup>72</sup>。

綜上，關於民宿之經營，除須屬家庭副業之性質，另為保障旅客權益，尚有經營地點、方式及規模等相關限制及課稅考量。從而許多以經營民宿為主業，或不符合上開地點、方式或規模規定之業者，無法向地方主管機關申請登記，導致非法民宿隨處可見，並成為 Airbnb 房源之大宗。

針對經營民宿但未領取民宿登記證並於 Airbnb 平臺刊登廣告者，司法實務認為「未依本（發展觀光）條例領取登記證而經營民宿業務者之規定，所欲規範的對象係對已妥善準備住宿相關之軟硬體設施，可隨時從事對旅客提供住宿、休息服務之業務，卻未依發展觀光條例領取登記證者，即足當之，並不以已有旅客實際住宿或休息為要件。即並非以有具體營業結果產生始足認定，舉凡為達經營民宿目的所為之營業行為，均該當『經營』之意。」、「在網路上刊登客房照片及預約訂房等住宿資訊招攬不特定客人，且經被告稽查人員在現場查獲客房內部有床鋪、被單、衛浴、盥洗用品、電視等住宿設施，已足達其經營民宿，提供旅客住

<sup>71</sup> 交通部觀光局 91 年 1 月 25 日觀賓字第 01653 號函。

<sup>72</sup> 財政部 90 年 12 月 27 日台財稅字第 0900071529 號函。

宿、休息之目的，可認係供旅客隨時入住之營業狀態，足證確屬提供遊客住宿之民宿。」<sup>73</sup> 準此，將自用住宅空間短期出租給不特定人使用，如已妥善準備住宿相關之軟硬體設施，可隨時從事對旅客提供住宿、休息服務之業務，即屬民宿業之經營，並不以已有旅客實際住宿或休息為要件。

## （二）Airbnb 平臺之營業行為

關於 Airbnb 透過網路平臺媒合房東與房客之商業服務方式，是否為現行法規所允許之問題。經查現行觀光法規並未針對提供訂房服務之網路平臺進行規範，主管機關交通部觀光局經研議分析後認為：「目前觀光法規未限制架設網站提供訂房服務之商業行為。提供網路訂房服務，不涉及旅行或旅宿業務；訂房網站公司與旅宿之收費方式，屬企業經營者雙方行為。」<sup>74</sup> 惟另有論者認為 Airbnb 之設立宗旨及其相關營運，雖非單純之網路旅行社（Online Travel Agency, OTA），然部分業務似涉及 OTA 之營運範圍<sup>75</sup>。

## 三、現行之民法及消費者保護法有關規範

除前開發展觀光條例之相關公法規範外，Airbnb 提供之旅宿資訊媒合服務尚涉及「Airbnb（平臺）與旅宿服務提供者（房東）」、「Airbnb（平臺）與旅宿服務接受者（房客）」及「旅宿服務提供者（房東）與旅宿服務接受者（房客）」等三方之私法上法律關係。

### （一）平臺與房東之法律關係

參據 Airbnb 之服務條款及運作方式，Airbnb 平臺之給付內容包括提供媒合管道並報告締約機會，以及維持 Airbnb 正常營運；房東之給付內容則係支付 Airbnb 平臺相關服務費用。茲就上述權利義務事項，分析 Airbnb 平臺與房東間可能涉及之法律關係如下：

<sup>73</sup> 臺中高等行政法院 104 年度訴字第 327 號判決參照。

<sup>74</sup> 觀光局：Airbnb 現況分析及建議作法，網址：<https://www.slideshare.net/vtaiwan/airbnb-53208674>（最後瀏覽日期：2019 年 7 月 29 日）

<sup>75</sup> 同註 26，王勁力，頁 24。

## 1. 民法有關規範

### (1) 承攬契約

按民法第 490 條第 1 項規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」是承攬契約係以完成一定工作為目的，並於工作完成後方得請求報酬，即學說及實務上所稱報酬後付原則（主義）<sup>76</sup>。準此，承攬人所負主給付義務係完成一定工作，定作人所負主給付義務則係報酬之支付。查 Airbnb 平臺於房東刊登住宿物件後，縱依房客預訂通知而履行向房東報告締約機會之義務，仍須待房東接受房客預訂並確認完成締約後方得收取服務費，而與民法第 505 條第 1 項「報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之。」之規定有所未符。因此，Airbnb 平臺與房東間之法律關係，與民法上之承攬契約仍屬有間。

### (2) 僱傭契約

按民法第 482 條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」是受僱人僅係單純提供勞務而受報酬，對於服勞務之方法並無自由決定之餘地，且勞務之給付並不以達成一定結果為目的。關於受僱人是否僅以自然人為限，學說尚有不同見解，如認限於自然人方能服勞務<sup>77</sup>，則因 Airbnb 平臺並非自然人，其與房東間無法成立僱傭契約；若認法人得由其代表人或機關從事一定行為，並非不能提供勞務，且實務上純提供服勞務之法人已所在多有<sup>78</sup>，則解釋上 Airbnb 平臺仍可能成為房東之受僱人而為其提供報告締約機會。惟查僱傭契約側重受僱人對僱用人之從屬性，並不以勞務須達成一定結果為目的，是房東對於 Airbnb 平臺既無指揮監督權，且 Airbnb 平臺縱已履行報告締約機會之義務，如房東未與房客締約，對房東仍無報酬請求權，故 Airbnb 平臺與房東間之法律關係，與民法上之僱傭契約仍屬有別。

### (3) 委任契約

<sup>76</sup> 邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（中），元照出版，2008 年 8 月，頁 38。

<sup>77</sup> 林誠二，民法債編各論（中），瑞興出版，2011 年 1 月，頁 2。

<sup>78</sup> 劉春堂，民法債編各論（中），自版，2009 年 8 月，頁 1；同註 76，邱聰智著，姚志明校訂，頁 13。

按民法第 528 條規定：「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」是委任旨在處理一定之事務，受任人之給付勞務僅為手段，除當事人另有約定外，受任人得在委任人之授權限範圍內自行決定處理一定事務之方法，以達成委任之目的。惟民法第 529 條規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」故當事人間若成立其他法律所定之勞務給付契約，即不成立委任契約。查 Airbnb 平臺係受房東委託提供媒合管道並報告締約機會，就該給付義務之內容而言，與委任契約之處理一定事務目的相同，故 Airbnb 平臺與房東間之法律關係，應具民法上委任契約之性質。

#### (4) 居間契約

按民法第 565 條規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」是居間之態樣有二，一係報告訂約機會之「報告居間」；另係媒介訂約之「媒介居間」<sup>79</sup>。前者，居間人僅以報告訂約機會為已足，無庸進而為訂約之媒介，委託人如因報告而與他人訂約，居間人即得請求報酬；後者，居間人是否報告訂約機會並非所問，但必須為契約訂立之媒介<sup>80</sup>。查房客透過 Airbnb 平臺向房東通知預訂住宿，Airbnb 平臺乃向房東報告締約機會及提供房客有關資料，房東接受房客預訂住宿後，Airbnb 平臺方即得分別向房東及房客收取一定比例之服務費，此與民法第 568 條「居間人，以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬。」之規定相符，故 Airbnb 平臺與房東間之法律關係，應具民法上（報告）居間契約之性質。

惟 Airbnb 平臺代房東向房客收取費用，並於房客入住後將住房費交付予房東之經營方式，與典型之居間契約似仍屬有間，而近於現行不動產仲介業之營運特徵<sup>81</sup>，蓋 Airbnb 平臺與房東間約定之服務費，除作為報告訂約機會之對待給付外，並用以維持 Airbnb 平臺營運；另平臺亦無償受任為代收租金及代為賠償損害等相關事務之處理，是 Airbnb 平臺除報告締約機會外，亦有

<sup>79</sup> 同上註，劉春堂，頁 256-257；同註 77，林誠二，頁 284。

<sup>80</sup> 同註 76，邱聰智著，姚志明校訂，頁 319-320。

<sup>81</sup> 臺中地方法院 106 年度訴字第 815 號民事判決；吳揚，共享經濟網路平台之民事法律問題分析，國立臺北大學法律學研究所碩士論文，2017 年 1 月，頁 126-128。

代為處理其他相關事務之義務，應認已非單純之居間契約關係。因此，論者認為 Airbnb 平臺與房東間係屬不定期兼具居間與委任性質之混合契約<sup>82</sup>，且具有繼續性契約之性質<sup>83</sup>，本文亦贊同上開見解。

## 2. 消費者保護法（下稱消保法）有關規範

按我國消保法之適用，乃以「消費關係」之存在為前提。所稱「消費關係」，依消保法第 2 條第 3 款規定係指「消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。」而所稱「企業經營者」，依消保法第 2 條第 2 款係指「以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」其概念特徵<sup>84</sup>包括：為營業之人（包含法人及自然人）；不以合法登記者為限（不論是否辦理行政上之登記或取得營業許可）；必須以經營該事業為常業（以之為業且經常反覆為之）；不限於以營利為目的者<sup>85</sup>。又所稱「消費者」，依消保法第 2 條第 1 款係指「以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者」。至所謂「消費」，乃相對於生產之概念，係指「以維持生活而享受物品或勞務的行為」<sup>86</sup>，且解釋上限於「不再用於生產情形下之最終消費」<sup>87</sup>。

如前開說明，Airbnb 平臺與房東間之法律關係乃兼具居間與委任性質之混合契約，而 Airbnb 平臺係為房東報告締約機會並及代為處理相關事務，房東則係透過 Airbnb 刊登住宿物件而為出租之營業行為，雙方均非出以消費之目的，縱房東未經依法為營業之登記，亦不影響其「企業經營者」之屬性，從而 Airbnb 平臺與房東間尚不存在「消費關係」，自無消保法之適用。

### （二）平臺與房客之法律關係

#### 1. 民法有關規範

<sup>82</sup> 謝哲勝，不動產仲介的法律關係與斡旋金效力，財產法專題研究（二），元照出版，1999 年，頁 81；同註 81，吳揚，頁 126-128。

<sup>83</sup> 高維志，共享經濟社群平台下的消費者保護—以 Airbnb 於日本與我國之運作及規範為例，國立臺北大學法律學系碩士論文，107 年 11 月，頁 113-114。

<sup>84</sup> 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會出版，1995 年 2 月，頁 11。

<sup>85</sup> 消保法施行細則第 2 條：「本法第 2 條第 2 款所稱營業，不以營利為目的者為限。」

<sup>86</sup> 朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書出版，2004 年 9 月增訂版，頁 190。

<sup>87</sup> 參行政院消費者保護委員會 84 年 4 月 6 日台 84 消保法字第 00351 號函。

參考前述關於 Airbnb 之營運方式，可知 Airbnb 平臺之給付義務主要係提供媒合管道及報告締約機會，另尚有維持平臺正常運作及為房客轉交剩餘費用予房東之服務；相對而言，房客之對待給付則為支付服務費。查 Airbnb 提供媒合服務及報告締約機會，房客並以支付服務費為對價，應符前開「報告居間」之法律屬性；另維護平臺正常運作及為房客轉交剩餘費用予房東之服務等，則具一定事務處理之性質，應不在居間人單純報告訂約機會之義務範圍內，該轉交剩餘費用予房東之服務部分，房客既毋須為對待給付，則 Airbnb 平臺就此應屬無償受任處理事務。由是，參考前開相關說明，Airbnb 平臺與房客間應認亦屬不定期之兼具居間與委任性質之混合契約，並具繼續性契約之性質。

## 2. 消保法有關規範

如前述說明，Airbnb 平臺與房客間之性質係屬兼具居間與委任性質之混合契約。按我國消保法之適用，係以當事人間具有保法第 2 條第 3 款之「消費關係」為前提。又該條款所稱「消費者」，依消保法第 2 條第 1 款係指「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」而言，且僅限「非基於營業上目的，為個人或家庭所需，而非用於進行生產行為之終局消費」始符上開規範之定義。查接受 Airbnb 平臺服務之房客，乃以達成生活目的而為非供業務執行或生產之最終消費，即係為自己所需而不以進行生產作為取得不動產使用權的目的之人，應認屬消費者。另查 Airbnb 平臺對於房客之契約給付義務，乃提供媒合管道並報告締約機會，以及維持 Airbnb 平臺正常運作與為房客轉交剩餘費用予房東等服務，按所謂「服務」，學者認為「係指不以物之提供為目的，由特定人對特定人所直接或間接加以給付具有自然科學危險性之作為或不作為」<sup>88</sup> 是 Airbnb 平臺既非由自己提供住宿物件，且係直接向房客報告訂約機會及維持網站運作服務，該等作為應認屬「服務」之性質。又 Airbnb 平臺提供該等服務尚非「偶一為之」，且具反覆持續實施之目的，其性質應屬消保法第 2 條第 2 款所稱「以提供服務為營業」之企業經營者。

承上，Airbnb 平臺與房客間應存在消保法第 2 條第 3 款之「消費關係」，故所涉行為應有消保法相關規定之適用。茲針對 Airbnb 平臺提供服務（企業經營者）所應遵守之有關規範說明如下：

<sup>88</sup> 同註 86，朱柏松，頁 196。

### (1) 一般性保護措施

關於企業經營者對於消費者權益事項之一般性保護措施規範，如消保法第 4 條規定：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。」；第 5 條規定：「政府、企業經營者及消費者均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為，以維護其安全與權益。」

### (2) 健康與安全保障<sup>89</sup>

關於企業經營者對於消費者提供服務所應負之侵權責任，如消保法第 7 條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」

關於企業經營者對於消費者提供服務所應負防止危害發生之義務，如消保法第 10 條規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示，並附載危險之緊急處理方法者，準用前項規定。」

### (3) 定型化契約<sup>90</sup>

關於定型化契約之基本規範，如消保法第 11 條規定：「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。定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」；第 12 條規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除

<sup>89</sup> 參消保法第 7 條以下有關規定。

<sup>90</sup> 參消保法第 11 條以下有關規定。

不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」<sup>91</sup> 上開所稱「定型化契約條款」，依消保法第 2 條第 7 款規定係指「企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」；凡「以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂立之契約」即同條第 9 款所稱「定型化契約」。按其規範意旨係為保護無磋商能力之消費者，不論係供不特定或特定多數消費者使用，均有消保法定型化契約相關規範之適用<sup>92</sup>。準此，Airbnb 平臺為與多數房客（消費者）訂立同類契約之用而預先擬定之服務條款，性質上應認屬上開定型化契約條款，從而其以該等條款與房客所訂立之契約即屬受消保法所規範之定型化契約。

關於定型化契約之審閱期間規範，如消保法第 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。企業經營者以定型化契約條款使消費者拋棄前項權利者，無效。違反第一項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」

關於定型化契約條款之效力規範，如消保法第 13 條規定：「企業經營者應向消費者明示定型化契約條款之內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意者，該條款即為契約之內容。企業經營者應給與消費者定型化契約書。但依其契約之性質致給與顯有困難者，不在此限。……」；第 14 條規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」；第 15 條規定：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」；第 16 條規定：「定型化契約中之定型化契約條款，全部

<sup>91</sup> 消保法施行細則第 14 條規定：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」

<sup>92</sup> 曾品傑，我國定型化契約法之發展，月旦法學雜誌第 260 期，2017 年 1 月，頁 90。

或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。」

關於主管機關對於定型化契約內容之管制規範，如消保法第 17 條規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。前項應記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：一、契約之重要權利義務事項。二、違反契約之法律效果。三、預付型交易之履約擔保。四、契約之解除權、終止權及其法律效果。五、其他與契約履行有關之事項。第一項不得記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：一、企業經營者保留契約內容或期限之變更權或解釋權。二、限制或免除企業經營者之義務或責任。三、限制或剝奪消費者行使權利，加重消費者之義務或責任。四、其他對消費者顯失公平事項。違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。」經查我國主管機關目前尚未針對 Airbnb 平臺與房客間之服務內容，訂有相關定型化契約應記載或不得記載事項，故原則上仍僅適用上開一般定型化契約規範。

#### (4) 特種交易

按消保法第 2 條第 10 款所稱「通訊交易」，係指「企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，消費者於未能檢視商品或服務下而與企業經營者所訂立之契約」查 Airbnb 平臺係使用網際網路之方法，使消費者在未能檢視其服務之狀況下與其訂立契約，是其性質應屬上開消保法所定「通訊交易」類型。

關於「通訊交易」之特別規範，如消保法第 18 條規定：「企業經營者以通訊交易或訪問交易方式訂立契約時，應將下列資訊以清楚易懂之文句記載於書面，提供消費者：一、企業經營者之名稱、代表人、事務所或營業所及電話或電子郵件等消費者得迅速有效聯絡之通訊資料。二、商品或服務之內容、對價、付款期日及方式、交付期日及方式。三、消費者依第 19 條規定解除契約之行使期限及方式。四、商品或服務依第 19 條第 2 項規定排除第

19 條第 1 項解除權之適用。五、消費申訴之受理方式。六、其他中央主管機關公告之事項。經由網際網路所為之通訊交易，前項應提供之資訊應以可供消費者完整查閱、儲存之電子方式為之。」；第 19 條規定：「通訊交易或訪問交易之消費者，得於收受商品或接受服務後 7 日內，以退回商品或書面通知方式解除契約，無須說明理由及負擔任何費用或對價。但通訊交易有合理例外情事者，不在此限。前項但書合理例外情事，由行政院定之。企業經營者於消費者收受商品或接受服務時，未依前條第 1 項第 3 款規定提供消費者解除契約相關資訊者，第 1 項 7 日期間自提供之次日起算。但自第 1 項 7 日期間起算，已逾 4 個月者，解除權消滅。消費者於第 1 項及第 3 項所定期間內，已交運商品或發出書面者，契約視為解除。通訊交易或訪問交易違反本條規定所為之約定，其約定無效。」；第 19 條之 2 規定：「消費者依第 19 條第 1 項或第 3 項規定，以書面通知解除契約者，除當事人另有個別磋商外，企業經營者應於收到通知之次日起 15 日內，至原交付處所或約定處所取回商品。企業經營者應於取回商品、收到消費者退回商品或解除服務契約通知之次日起 15 日內，返還消費者已支付之對價。契約經解除後，企業經營者與消費者間關於回復原狀之約定，對於消費者較民法第 259 條之規定不利者，無效。」

承上，Airbnb 平臺與房客間之締約方式既屬「通訊交易」之類型，且查 Airbnb 平臺使用通訊交易之服務，尚無同條第 2 項「通訊交易解除權合理例外情事適用準則」第 2 條所定情形<sup>93</sup>，目前亦乏第 3 條<sup>94</sup>所定經主管機關公告其定型化契約應記載及不得記載事項有關規範，外國法例似亦無明定排除無條件解約權者<sup>95</sup>，故原則上使用 Airbnb 平臺服務之房客依法得享有消保法

<sup>93</sup> 「通訊交易解除權合理例外情事適用準則」第 2 條規定：「本法第十九條第一項但書所稱合理例外情事，指通訊交易之商品或服務有下列情形之一，並經企業經營者告知消費者，將排除本法第十九條第一項解除權之適用：一、易於腐敗、保存期限較短或解約時即將逾期。二、依消費者要求所為之客製化給付。三、報紙、期刊或雜誌。四、經消費者拆封之影音商品或電腦軟體。五、非以有形媒介提供之數位內容或一經提供即為完成之線上服務，經消費者事先同意始提供。六、已拆封之個人衛生用品。七、國際航空客運服務。」

<sup>94</sup> 「通訊交易解除權合理例外情事適用準則」第 3 條規定：「通訊交易，經中央主管機關依本法第十七條第一項公告其定型化契約應記載及不得記載事項者，適用該事項關於解除契約之規定。」

<sup>95</sup> 同註 81，吳揚，頁 139。

第 19 條第 1 項所定無條件解約權。

### (5) 消費資訊

按消保法第 23 條規定：「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。前項損害賠償責任，不得預先約定限制或拋棄。」查行政院消費者保護處已表示：「網際網路服務提供者及廣告網站經營者，係利用電腦或其他方法等方式，作為提供刊登廣告之媒介，使不特定多數人得以知悉該廣告之內容，且係以之為經常業務者，均應認係本法第 23 條規定之媒體經營者。媒體經營者提供消費者相關資訊之服務，不論收取費用與否，亦屬企業經營者，從而有消保法相關規定之適用」<sup>96</sup> 論者亦認為 Airbnb 平臺可視為提供房東（企業經營者）刊登短租廣告之媒介，使不特定有住宿需求之多數人得以知悉該廣告內容，應可認定 Airbnb 平臺屬消保法第 23 條所稱之「媒體經營者」（即企業經營者）<sup>97</sup>。由是，Airbnb 平臺提供房客相關住宿物件資訊之服務，應有上開消保法第 23 條規定之適用。

## （三）房東與房客之法律關係

### 1. 民法有關規範

按民法第 421 條規定：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租予他方使用收益，他方支付租金之契約」學說上認其性質乃有名、債權、雙務、有償、諾成、不要式及繼續性契約<sup>98</sup>。就 Airbnb 平臺之運作方式言，房客透過 Airbnb 平臺之媒合向房東預訂住宿物件，房東同意締約即負提供住宿物件供房客使用之義務，房客則經由 Airbnb 平臺支付租金予房東，符合民法所定「租賃」之法律性質。除此之外，房東通常尚會提供房客所需之其他服務如餐飲、生活用品（衛生紙、肥皂等衛生盥洗物品）、電腦網路及清潔打掃等，是雙方之契約內容似非屬單純之一般房屋租賃契約，而係兼有委任性質之混合契約，並具繼續性契約之性質<sup>99</sup>。

<sup>96</sup> 行政院消費者保護處 102 年 1 月 28 日院臺消保字第 1020005128 號函。

<sup>97</sup> 同註 59，張瑞星，頁 81。

<sup>98</sup> 林誠二，民法債編各論（上），瑞興出版，2007 年 3 月，頁 298-299；邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（上），元照出版，2008 年 8 月，頁 311。

<sup>99</sup> 同註 83，高維志，頁 123。

## 2. 消保法有關規範

如前開分析，房東與房客之法律關係屬兼具租賃與委任性質之混合契約。按我國消保法之適用，乃以當事人間存在保法第 2 條第 3 款之「消費關係」為前提。查房客透過 Airbnb 平臺之媒合服務，使用房東所提供之住宿物件，係以達成生活目的而為非供業務執行或生產之最終消費，應認屬「消費者」，已如前開相關說明。

房東透過 Airbnb 平臺之媒合服務，提供閒置住宿物件供房客使用，性質上是否即屬企業經營者？按消保法第 2 條第 2 款所稱「企業經營者」係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。依 Airbnb 平臺之營運方式，房東與房客締約後除將住宿物件交予房客使用，通常還為其準備及處理如餐飲、生活用品（衛生紙、肥皂等衛生盥洗物品）、電腦網路及清潔打掃等其他事務，其性質應與學說所界定「服務」係指「不以物之提供為目的，由特定人對特定人所直接或間接加以給付具有自然科學危險性之作為或不作為」之概念相符。又依發展觀光條例第 2 條第 8 款規定「旅館業：指觀光旅館業以外，以各種方式名義提供不特定人以日或週之住宿、休息並收取費用及其他相關服務之營利事業。」司法實務亦認 Airbnb 平臺之房東提供房屋住宿之行為屬於發展觀光條例所稱之旅館業<sup>100</sup>，則參照上開規定之旅館業定義，Airbnb 平臺之房東提供其閒置空屋供他人使用應認具有「服務」之性質。另據行政院消保處相關見解：「房屋租賃糾紛是否有消保法之適用，應視提供房屋出租之行為是否偶一為之而定。非偶一為之而屬於長期經營為業，即屬於營業」<sup>101</sup>，是房東於 Airbnb 平臺提供住宿物件供他人使用，如並非偶一為之而屬長期經營者，應可認屬「營業」，而為企業經營者。

綜上，Airbnb 平臺上之房客係消費者，房東亦係企業經營者，雙方就所提供與接受之服務發生兼具租賃與委任之契約關係，即存在「消費關係」而有消保法相關規範之適用。至房東提供服務（企業經營者）所應遵守之規範，除「消費資訊」事項外，與前述 Airbnb 平臺之適用範圍相似，如「一般性保護措施」（消保法第 4 條及第 5 條規定）、「健康與安全保障」（消保法第 7 條以下有關規定）、「定型化契約」（消保法第 11 條以下有關規定）及「特種交易」（消保法第 18 條、第 19 條、第 19 條之 2 規定）等。茲另針對所涉「定型化契約」與「通訊交易」之特別

<sup>100</sup> 臺北高等行政法院 103 年度訴字第 922 號判決參照。

<sup>101</sup> 參行政院消費者保護委員會 88 年 4 月 13 日台消保法字第 00514 號函。

(例外) 規範及其「消費資訊」之適用規定說明如下：

(1) 定型化契約

按 Airbnb 平臺針對房東提供他人使用其閒置住宿空間所預先擬定之服務條款，其經房東納為與多數房客訂立同類契約所用之契約條款者，該定型化契約條款即構成房東與房客間所訂租賃與委任契約內容之一部，從而該契約即屬消保法第 2 條第 9 款所稱定型化契約。

經查有關個別旅客直接或間接向觀光旅館業、旅館業、民宿經營者之訂房，業經交通部依據消保法第 17 條規定公告「個別旅客訂房定型化契約應記載及不得記載事項」在案。由於透過 Airbnb 平臺媒合服務提供他人使用其閒置空間之行為，主管機關及司法實務均認構成發展觀光條例所定旅館業或民宿之經營，是縱然房東並未依法取得登記證，參據行政院消保處相關見解，仍得認屬企業經營者<sup>102</sup>；倘具有消費關係，自有消保法相關規範之適用<sup>103</sup>。準此，房東與房客間關於訂房之契約條款，即應受上開應記載及不得記載事項之規範。

(2) 特種交易

針對消保法第 2 條第 10 款之「通訊交易」方式，消保法第 19 條第 1 項明定消費者享有無條件解約之權利。惟依同條第 1 項但書及第 2 項規定，行政院得就其合理例外情事訂定有關規範，以排除該無條件解約權之適用。查行政院 104 年 12 月 31 日訂定之「通訊交易解除權合理例外情事適用準則」第 3 條規定：「通訊交易，經主管機關依本法第 17 條第 1 項公告其定型化契約應記載及不得記載事項者，適用該事項關於解除契約之規定。」其立法理由明文指出：「…觀光旅館業與旅館業及民宿個別旅客直接訂房等契約，主管機關已公告定型化契約應記載與不得記載事項，其中有關解除契約之權利及義務規定已施行多年，可視為本法第 19 條第 1 項但書之合理例外情事，爰為本條規定」準此，房客就所涉契約原享有上開規定之無條件解除權，即因「個別旅客訂房定型化契約應記載及不得記載事項」訂有相關規範而遭排除適用，從而依法不得向房東行使上開無條件之契約解除權。

<sup>102</sup> 參行政院消費者保護委員會 87 年 3 月 31 日台消保法字第 00412 號函。

<sup>103</sup> 參行政院消費者保護處 107 年 6 月 1 日院臺消保字第 1070019770 號函。

### (3) 消費資訊<sup>104</sup>

關於廣告內容真實義務之規範，如消保法第 22 條：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。企業經營者之商品或服務廣告內容，於契約成立後，應確實履行。」依消保法施行細則第 23 條規定：「本法第 22 條至第 23 條所稱廣告，指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使多數人知悉其宣傳內容之傳播。」準此，房東利用電腦、網際網路等電子媒介，使不特定多數人得以知悉其短租物件之宣傳內容者，即屬消保法所稱「廣告」，自有上開規定之適用。司法實務見解並認該規定「係為保護消費者而課企業經營者以特別之義務，不因廣告內容是否列入契約而異，否則即無從確保廣告內容之真實」<sup>105</sup>。

關於服務之標示義務規範，如消保法第 24 條：「企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之標示。輸入之商品或服務，應附中文標示及說明書，其內容不得較原產地之標示及說明書簡略。輸入之商品或服務在原產地附有警告標示者，準用前項之規定。」依消保法施行細則第 25 條規定：「本法第 24 條規定之標示，應標示於適當位置，使消費者在交易前及使用時均得閱讀標示之內容。」經查上開規定之立法意旨，應在規範企業經營者有依法說明告知之義務，以確保消費者瞭解真相之權利<sup>106</sup>。

## 陸、結論與建議

近年來，數位經濟蔚為世界主流，隨著網路科技快速發展與行動通訊普及使用，以及大數據、雲端運算、物聯網等數位科技日趨成熟，全球經濟發展進入嶄新紀元，對於傳統之經濟活動、產業模式，帶來巨大挑戰與考驗。新興之「共享經濟」模式，其基調乃在無須移轉資產所有權之狀態下，將自有資產短暫租借他人使用。此種運用網路科技之資訊媒合平臺，大幅降低供需雙方交易成本之商業

<sup>104</sup> 參消保法第 22 條以下(第 23 條除外)有關規定。

<sup>105</sup> 最高法院 93 年度台上字第 2103 號判決參照。

<sup>106</sup> 參行政院消費者保護委員會 88 年 4 月 23 日台消保法字第 00547 號函。

型態，已在不同領域發展出各具特色之數位經濟產業，例如 Airbnb、Uber 及 P2P Lending 等。

共享經濟之崛起背景，可謂起源於社會眾多個人或企業因無法負擔高額之產品購買、維修費用，乃藉由網際網路作為資訊傳輸平臺，使其能夠透過租賃或共同使用之方式，以合理價格與他人共享資源。此外，資訊科技發展、網路平臺建立、網路滲透率提升及行動裝置普及等因素，更是共享經濟蓬勃發展之最大助力。尤其 2008 年發生金融海嘯事件，全球經濟下滑，社會開始反思資本主義下之大量消費模式，從而體認對於物品之真正需求應在「使用價值」而非其「所有權」，進而推動共享經濟之快速發展。

依據歐盟對於「共享經濟」之定義，其係指透過共享平臺作為公開市場，通常不變動所有權，不論獲利與否，由私人短暫利用物品或服務之一種商業模式。學者認為其內涵有狹義與廣義之不同，狹義之共享經濟係指藉由媒合個人所擁有之閒置資源與他人之使用需求，以提高閒置資產生產力之一種經濟模式，應屬 C2C 之交易型態；相對而言，廣義之共享經濟尚可包括 B2B 與 B2C 等交易型態。關於其特性，在經濟面向包括：資源有效利用、產業結構改變、資源「排他性」及「敵對性」降低、生產消費行為改變；在法律面向則為：傳統財產權觀念轉變、財產權行使態樣複雜化、單一物上多權利人普遍化、以「契約」為基礎之財產權內部關係。

共享經濟模式下之 Airbnb 商業運作，係透過網路平臺提供媒合資訊服務，使房東可將房源短期出租予房客，以滿足其住宿需求。其與傳統旅館或飯店之不同，在於 Airbnb 不僅提供住宿，更強調房源之多元性、獨特性及文化特色，而且費用較傳統旅館或飯店低廉，更具有吸引力。然因經營方式衝擊傳統住宿產業市場、房源不符合現有管理法規要求及影響所在社區公共安全與衛生，就消費者相關權益之保障言，仍有進一步檢視現行法規之監理機制有無再作調整之必要。

按我國消費者保護事項之規範體系，除消費者保護法有關規定外，其他與消費者權益事項相關之法規亦在適用範圍。查現行住宿服務經營之行業管制，主要以發展觀光條例及其相關子法為依據，目前該條例將住宿服務營業區分為觀光旅館業、旅館業及民宿等 3 種型態。觀察 Airbnb 在我國之商業運作，其網路平臺提供之房源除合法登記營業之旅館、民宿外，多屬自用住宅之閒置房間及未取得旅館業經營執照之日租套房。惟上開條例對於以自用（有）住宅經營住宿短租服務，

似乏明確管理規範，故利用網路平臺將自宅閒置房間出租是否涉屬「旅館業」或「民宿」之經營，似有研議討論之空間。然查主管機關交通部及司法實務見解，向認以不動產租賃方式經營，提供旅遊、商務、出差等不特定人有日或週之住宿或休息之事實而收取費用者，即屬旅館業之營業行為，應依法取得旅館業登記證，始得為之。經查交通部觀光局 2017 年曾研擬有條件開放自宅短租，並邀集專家學者、業者研議，但考量觀光產業大環境不景氣，傳統旅宿業者反彈聲浪大，最後還是不了了之，只能授權地方政府自行認定開放設立民宿。析言之，觀光產業市場規模不足，傳統旅宿業住房率下降，業者反彈聲浪大，似乎才是主管機關無意開放自宅短租此類新興營業型態的最大因素<sup>107</sup>。

查「共享經濟」模式，乃透過共享網路資訊平臺將供給與需求加以結合，使閒置資產藉由分時利用達其資源效益最大化，促進資產與服務能更自由地在市場上流通。因此，對於以自宅短租為主之新創共享經濟商業模式，現行發展觀光條例及相關管制法規似宜適度鬆綁，放寬有關民宿之設置地點、經營方式及經營規模之限制，俾自宅短租及多元民宿等共享經濟型態產業得以合法營運。其實，政府面對共享經濟潮流下之新興商業模式，不宜僅限以既有法規進行監管，而應主動積極調適現有相關法規，研議創新、適合之法令規範，並制定合理可行之監理配套措施，以謀整體社會發展之最大經濟效益。經查歐盟地區如荷蘭阿姆斯特丹及德國柏林等城市早就自宅短租之外部性採行因應措施，並針對社區住民之安全及生活品質等事項訂定有關規範<sup>108</sup>。

針對運用網路科技所發展之新興產業與經濟活動，究應「先限制再放寬」或採「先開放再規制」之規範方式，值得吾人多面向思考。面對共享經濟創新商業模式帶來之產業與法規衝擊，政府實宜積極面對及區分其發展態樣以進行相關法規調適，並研擬不同監理密度之規制措施，對於重要法益或重大公共利益，應採較高密度之監理措施，若係一般單純之商業利益，似可回歸市場機制或由業者自律<sup>109</sup>。因此，或可研議修正發展觀光條例，將自宅短租之營業納入管理，要求須

<sup>107</sup> 閻芝霖，Airbnb 仍無法可管！觀光局：市場小、業者反彈大，新頭殼 newtalk，2018 年 12 月 9 日，網址：<https://newtalk.tw/news/view/2018-12-09/178067>（最後瀏覽日期：2019 年 11 月 15 日）。

<sup>108</sup> Johanna Interian, Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb Regulations, 39 Boston College International and Comparative Law Review, at 157(2016).

<sup>109</sup> 同註 26，王勁力，頁 32。

申請登錄或取得營業許可，限制其每年提供短租服務之日數<sup>110</sup>，並訂定適宜之安全與衛生標準；Airbnb 平臺媒合服務之營業亦可納入規制，以要求業者將相關交易資訊充分揭露，並協助政府確認及刪除違法住宿物件資訊，俾保護消費者權益。另政府亦可透過 Airbnb 雙向評價系統，確實查察及取締違法住宿物件，除可維護合法旅宿業者權益，亦有助提升 Airbnb 之商業聲譽。

另按 Airbnb 平臺、房東及房客間具有複雜之三方民事法律關係。析言之，Airbnb 平臺與房東間為不定期之兼具居間與委任性質之混合契約，且 Airbnb 與房東皆屬企業經營者，故並無消保法之適用；Airbnb 平臺與房客間亦為不定期之兼具居間與委任性質之混合契約，且 Airbnb 為企業經營者，房客為消費者，雙方具有消費關係，故有消保法相關規定如：「一般性保護措施」（消保法第 4 條及第 5 條規定）、「健康與安全保障」（消保法第 7 條以下有關規定）、「定型化契約」（消保法第 11 條以下有關規定）、「特種交易」（消保法第 18 條、第 19 條、第 19 條之 2 規定）及「消費資訊」（消保法第 23 條規定）等之適用；房東與房客間屬兼具租賃與委任性質之混合契約，且房東如非偶一為之出租其住宿物件，應係企業經營者，房客為消費者，雙方具有消費關係，故亦有消保法相關規定如：「一般性保護措施」（消保法第 4 條及第 5 條規定）、「健康與安全保障」（消保法第 7 條以下有關規定）、「定型化契約」（消保法第 11 條以下有關規定及「個別旅客訂房定型化契約應記載及不得記載事項」）、「特種交易」（消保法第 18 條規定）及「消費資訊」（消保法第 22 條以下規定，不含第 23 條）等之適用。

依前述說明，Airbnb 平臺與房客間具有消費關係，目前雖已有消保法有關規定可資適用，然在資訊媒合服務平臺尚未納入行業管理法規進行監理前，主管機關似可針對該等服務型態，研議訂定具行政指導性質之「定型化契約範本」，抑或公告具法規命令性質之「定型化契約應記載或不得記載事項」，以促進該等契約之公平性，避免 Airbnb 平臺濫用市場優勢地位，保障房客相關權益，並預防消費爭議之發生。另房東與房客訂立之定型化契約，就所涉「訂房」權利義務事項，雖有「個別旅客訂房定型化契約應記載及不得記載事項」可資規範，然實務上有無針對「自宅短租」之經營型態，另訂相關定型化契約範本，抑或公告相關「定型

<sup>110</sup> 同註 108，at 158.

化契約應記載或不得記載事項」予以規範<sup>111</sup>，以適度保障消費者之權益，亦可由主管機關再作研酌。

共享經濟模式及相關創新產業發展，固然可使閒置資源之利用效益最大化，然對於既有產業及社會秩序亦造成相當大之衝擊。除前述相關建議外，政府有關部門亦應妥善規畫配套措施，如訂定合宜之財稅與保險規範，以保障媒合服務平臺、消費者、服務提供者及政府稅收；另外，亦應兼顧現有旅宿產業之經營權益，積極輔導傳統旅館使用網路科技服務，俾期促進經濟發展、保障消費者權益及維護產業公平競爭，以達創造經濟繁榮、行銷臺灣觀光及接軌國際社會之「三贏」局面。

---

<sup>111</sup> 同註 59，張瑞星，頁 112。

## 參考文獻

### 一、書籍

朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書出版，2004年9月增訂版。

林誠二，民法債編各論（上），瑞興出版，2007年3月。

林誠二，民法債編各論（中），瑞興出版，2011年1月。

邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（上），元照出版，2008年8月。

邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（中），元照出版，2008年8月。

詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會出版，1995年2月。

劉春堂，民法債編各論（中），作者自版，2009年8月，頁1。

謝哲勝，不動產仲介的法律關係與斡旋金效力，財產法專題研究（二），元照出版，1999年。

Alex Stephany 著，郭恬君譯共享經濟時代：從分享房屋、技能到時間，顛覆未來產業與生活的關鍵趨勢，2015年11月。

Brad Stone 著，李芳齡譯，Uber 與 Airbnb 憑甚麼翻轉世界，遠見天下出版公司，2018年6月7日第1版。

Jeremy Rifkin 著，陳儀、陳琇玲譯，物聯網革命：共享經濟與零邊際成本社會的崛起，商周出版，2015年8月。

Rachel Botsman & Roo Rogers, What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption, Harper Business (2010).

### 二、期刊論文

王勁力，共享經濟模式新興網路旅宿資訊平臺 Airbnb 在我國營運法律問題探究，南臺財經法學第4期，2018年8月。

王健全，林宜蓁，數位經濟發展趨勢及其對臺灣影響，台灣勞工季刊第52期。

江雅綺，共享經濟的商業模式與法規挑戰，科技報導第432期，2017年12月，網

址：[http://scitechreports.blogspot.com/2017/12/blog-post\\_25.html](http://scitechreports.blogspot.com/2017/12/blog-post_25.html)。

江雅綺，共享經濟的源頭活水，能力雜誌，2016 年 7 月。

李姿瑩，2016 年年歐盟共享經濟綱領，義大利率先推出共享經濟法，科技法律透析第 27 卷第 9 期，2016 年 9 月。

吳揚，共享經濟網路平台之民事法律問題分析，國立臺北大學法律學研究所碩士論文，2017 年 1 月。

周信甫，供想經濟正夯建立信任=擁有商機，能力雜誌，2015 年 5 月。

林子渝，共享經濟下的 P2P 借貸模式，台灣經濟研究月刊，第 38 卷第 8 期，2015 年 8 月。

林惠玲，共享經濟的特質及其影響，台灣銀行家，2017 年 4 月號。

林建甫，臺灣搶攻共享經濟的機會與挑戰，能力雜誌，2016 年 7 月。

胡湘湘，Airbnb 將延伸旅遊體驗放大供想經濟效益，台灣銀行家，2017 年 2 月。

高維志，共享經濟社群平台下的消費者保護—以 Airbnb 於日本與我國之運作及規範為例，國立臺北大學法律學系碩士論文，107 年 11 月。

許絲捷，論使用僭越之可罰—共享經濟對刑事保護財產之啟發，成大法學第 34 期，2017 年 12 月。

孫稚堤，我國民宿產業發展與問題之初探——在現行法制規範與休閒農業思潮下發展新契機，土地問題研究季刊，第 10 卷第 2 期。

張瑞星，Airbnb 在臺營運的法律難題與規範建議，成大法學第 34 期，2017 年 12 月。

陳佑寰，共享經濟的管制難題，能力雜誌，2016 年 7 月。

曾品傑，我國定型化契約法之發展，月旦法學雜誌第 260 期，2017 年 1 月。

黃乃寬，從共享經濟和金融科技看監管沙盒，證券服務 653 期。

黃柏欽，侯傑智，陳家祥，以創新擴散及創新抵制理論檢視共享經濟信任機制，管理評論第 36 卷第 4 期，2017 年 10 月。

楊海嵐，共享住宿空間與物品交流之有形共享，台灣經濟研究月刊，第 38 卷第 8 期，2015 年 8 月。

劉健哲、林碧釧，台灣民宿發展之問題與對策，鄉村旅遊研究，第 1 卷第 2 期，2007 年 12 月。

Johanna Interian, Up in the Air: Harmonizing the Sharing Economy through Airbnb

Regulations, 39 Boston College International and Comparative Law Review (2016).

Vanessa Katz, Regulating the Sharing Economy, 30 Berkeley Technology Law Journal (2015).

### 三、其他

立法院第9屆第7會期第14次會議議案關係文書，院總第822號(委員提案第23101號之1)

最高法院 93 年度台上字第 2103 號判決。

臺北高等行政法院 103 年度訴字第 922 號判決。

臺中高等行政法院 104 年度訴字第 327 號判決。

高雄高等行政法院 101 年度訴字第 369 號判決。

臺中地方法院 106 年度訴字第 815 號民事判決。

行政院消費者保護處 107 年 6 月 1 日院臺消保字第 1070019770 號函。

行政院消費者保護處 102 年 1 月 28 日院臺消保字第 1020005128 號函。

行政院消費者保護委員會 88 年 4 月 23 日台消保法字第 00547 號函。

行政院消費者保護委員會 88 年 4 月 13 日台消保法字第 00514 號函。

行政院消費者保護委員會 87 年 3 月 31 日台消保法字第 00412 號函。

行政院消費者保護委員會 84 年 4 月 6 日台 84 消保法字第 00351 號函。

財政部 90 年 12 月 27 日台財稅字第 0900071529 號函。

交通部 105 年 9 月 22 日交路(一)字第 10582003812 號公告。

交通部 99 年 12 月 29 日交路字第 0990012444 號函。

交通部觀光局 91 年 5 月 22 日觀賓字第 12077 號函。

交通部觀光局 91 年 1 月 25 日觀賓字第 01653 號函。

Airbnb 官網，網址：<https://www.airbnb.com.tw/help/topic/250/terms---policies>

黃昱珽-新作坊，網址：<https://www.hisp.ntu.edu.tw/news/epapers/42/articles/150>

楊晨欣，直接威脅線上訂房網站！Airbnb 10 週年，推 3 大服務擴展客群，數位時代 Business Next，2018 年 2 月 23 日，網址：<https://www.bnnext.com.tw/article/48267/airbnb-launches-airbnb-plus>

閻芝霖，Airbnb 仍無法可管！觀光局：市場小、業者反彈大，新頭殼 newtalk，2018

年12月9日，網址：<https://newtalk.tw/news/view/2018-12-09/178067>

蕭玗欣，共享住宅經濟崛起 Airbnb：台灣需新法規而非禁止，自由時報，2018年

6月11日，網址：<http://news.ltn.com.tw/news/life/breakingnews/2454973>

顧遠，分享經濟：我的，就是你的，社企流，2014年3月8日，網址：[http://www.](http://www.Seinsights.asia/story/1434/795/1882)

[Seinsights.asia/story/1434/795/1882](http://www.Seinsights.asia/story/1434/795/1882)

觀光局：Airbnb 現況分析及建議作法，網址：[https://www.slideshare.net/vtaiwan/](https://www.slideshare.net/vtaiwan/airbnb-53208674)

[airbnb-53208674](https://www.slideshare.net/vtaiwan/airbnb-53208674)

《消費者保護研究》  
第 24 輯，頁 185-228

## 定型化契約應記載或不得記載事項與行政管制 —以國內線航空乘客運送契約為例

張藏文\*

### 摘要

在契約自由原則下，雖然國家得以法律對於契約自由加以限制，惟其必須符合比例原則等要求。又一般認為，對於契約自由進行干預之原因在於，由於契約當事人地位之不對等，進而使得國家有調整其等權利義務關係之必要。對此，本文擬將研究問題限定於，上述調整可否藉由消保法第 17 條之授權規定加以達成。就此，除以授權明確性原則進行討論外，就消保法第 17 條之核定程序以及司法裁判實務觀點應有說明必要；又對於定型化契約應記載或不得記載事項之包括內容亦須加以檢視；再者，定型化契約違反應記載或不得記載事項以及應記載事項未記載於定型化契約之法律效果，亦應說明相關認定之情形；而消保法第 17 條第 4 項規定：「違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。」究何所指？另在定型化契約之個別操作，由於「國

---

\* 臺北市政府法務局編審，國立中正大學法學博士，國立臺北商業大學會計資訊系兼任助理教授，2005 年律師高考等國家考試及格。本文之得以完成，感謝 2 位匿名審查委員之精密指正與提示以及新北市政府勞工局胡專門委員華泰惠賜諸多寶貴意見，特此申謝，惟文責仍由筆者自負。

內線航空乘客運送定型化契約應記載及不得記載事項」存在若干問題，容有論證必要。是本文以此為題，就上述問題進行探究；此外，相較於我國法就消費契約之契約自由採取上開調整方式，德國法則採取截然不同的規範模式，從而具有相當程度之參考價值，而值得我國借鏡。

**關鍵詞：**定型化契約應記載及不得記載事項、國內線航空乘客運送契約、授權明確性原則、連續假期航班機票、一般交易條款規制。

## 壹、前言

司法院釋字第 576 號解釋：「……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，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，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……。」係我國大法官首次對於契約自由進行較為完整之闡釋，確立了契約自由屬於私法自治（Privatautonomie）概念內涵之一<sup>1</sup>，又其屬於憲法第 22 條之基本權，另法律得以在符合憲法第 23 條等相關原理原則要求之前提下，就契約自由加以限制。其後，司法院釋字第 580 號解釋理由書並謂：「……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。……」而就契約自由之具體意涵及其限制之操作方式加以釐清，對於吾人理解契約自由之概念具有重要意義。

在契約自由的基本框架下，藉由上述司法院釋字第 576 號解釋等見解可以確定，雖然國家得以法律對於契約自由加以限制，惟其必須符合比例原則等要求。又一般認為，對於契約自由進行干預之原因在於，由於契約當事人地位之不對等，進而使得國家有調整其等權利義務關係之必要<sup>2</sup>。因此，以文獻回顧之研究方法理解到的是，我國學者對此議題之研究，主要可以區分為，以民法及消費者保護法

<sup>1</sup> 德國文獻上亦有以契約自由係屬私法秩序之基本決定等概念來說明其間之關係，vgl. Matthias Wendland, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, 2019, S. 58 ff.

<sup>2</sup> 儘管傳統上，基本權間接效力係以民法上的契約權利為開展，惟其並未解決問題。因此，仍然應該就私法上所涉基本權，特別是與法律行為有關之基本權等問題加以思考，vgl. Johannes Hager, *Grundrechte im Privatrecht*, JZ, 8/1994, S. 373, 382. 對於上開問題在德國之歷史進程約莫係自聯邦勞工法院作為基本權間接效力之開端；其後聯邦憲法法院採用了基本權直接效力的主張，而就該議題，較為人熟知的應該是早期聯邦憲法法院確立了基本權客觀保護義務的「呂特案」（Das Luth-Urteil），vgl. Detlev W. Belling/ Antje Herold Akad/ Marek Kneis, *Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert*, 2014, S. 61 ff.

(下稱消保法)觀點審視相關問題<sup>3</sup>，亦有以公法觀點，就上開問題進行說明<sup>4</sup>。對此，本文擬將研究問題限定於，上述調整可否藉由消保法第 17 條之授權規定加以達成。就此，除就「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律性質加以界定，並以授權明確性原則進行討論外，就消保法第 17 條之核定程序以及司法裁判實務觀點應有說明必要；又就「定型化契約應記載或不得記載事項」之包括內容亦須加以檢視；再者，定型化契約 (Allgemeine Geschäftsbedingungen) 違反應記載或不得記載事項以及應記載事項未記載於定型化契約之法律效果，亦應說明相關操作與認定之過程；而消保法第 17 條第 4 項規定：「違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。」究何所指？實有確定其意義，俾利相關操作之必要；另在定型化契約之個別操作，由於「國內線航空乘客運送定型化契約應記載及不得記載事項」(下稱本記載事項)存在若干問題，例如對於 3 日(含)以上法定連續假期航班機票(下稱 3 日連假機票)逾期作廢之退票限制規定之具體操作及該等規定是否符合比例原則等相關原則之要求，容有論證必要。是本文以此為題，就上述問題進行探究；此外，相較於我國法就消費契約之契約自由採取上開調整方式，德國法則採取截然不同的規範模式，從而具有相當程度之參考價值，而值得我國借鏡，是亦將其規定之內容進行簡要說明後，再與我國上開規定進行比較與論述。

鑑於消費契約無時無刻不在生活中實現之既定事實，本文研究目的乃在於，藉由將研究內容之限定以及回顧我國重點文獻之主要見解後，透過該等見解對於本文之啟發，進而得以提出本文就上述問題之觀察結果，以期社會大眾對此問題得有進一步之瞭解與認識。

## 貳、對於消費者保護法第 17 條規定之論證

消保法第 17 條規定：「(第 1 項)中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者

<sup>3</sup> 代表性文獻包括楊淑文，〈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》，2005.3.16。

<sup>4</sup> 代表性文獻包括廖義男，〈消費者保護法之行政監督〉，《消費者保護研究》，第 2 輯，1996.1，頁 21-44。

權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。(第 2 項)前項應記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：一、契約之重要權利義務事項。二、違反契約之法律效果。三、預付型交易之履約擔保。四、契約之解除權、終止權及其法律效果。五、其他與契約履行有關之事項。(第 3 項)第一項不得記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：一、企業經營者保留契約內容或期限之變更權或解釋權。二、限制或免除企業經營者之義務或責任。三、限制或剝奪消費者行使權利，加重消費者之義務或責任。四、其他對消費者顯失公平事項。(第 4 項)違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。(第 5 項)中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。(第 6 項)企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。」

消保法第 17 條規定對於我國消費定型化契約產生至為重要之影響<sup>5</sup>，亦即，就傳統以來屬於契約自由範疇之議題，得因上開規定授權予中央主管機關，進而使得國家權力得以介入私人間之權利義務規定<sup>6</sup>；又該規定本身亦存在若干問題尚待處理。從而，對於上開規定即有必須瞭解其內容之必要。並試由以下面向加以論述<sup>7</sup>：

<sup>5</sup> 必須說明的是，與「定型化契約應記載或不得記載事項」不同之概念係「定型化契約範本」，蓋後者雖亦經行政院消費者保護委員會審查通過，惟其並非強行規定，而僅供參考之用。詳請見楊淑文，同註 3 前揭文，頁 53；黃明陽，〈消保法定型化契約之行政規制實務—以消保法契約範本及契約公告為中心〉，《消費者保護研究》，第 19 輯，2015.12，頁 183；戴志傑，〈定型化契約之相關法令問題研究—以我國消費者保護法為中心〉，《消費者保護研究》，第 8 輯，2003.3，頁 34 之註 65；胡華泰，〈消費定型化契約條款之行政規制〉，《消費者保護研究》，第 17 輯，2011.12，頁 99；蔡進裕，〈論行政調查之合法性界限—以消費者保護法為中心〉，《國立中正大學法律學系碩士論文》，2016.8，頁 80；蔡江泉，〈定型化契約條款之行政規制—以汽車買賣為中心〉，《國立中正大學法律學系碩士論文》，2003，頁 42。至於現行法及實務上，相關法規對於定型化契約條款之規範及監督之綜整，詳請見廖義男，同註 4 前揭文，頁 27 以下。

<sup>6</sup> 尤重道，〈定型化契約之概念與法律效果暨實務見解分析〉，《消費者保護研究》，第 17 期，2011.12，頁 158。另有對於行政權介入私權爭執之特徵加以分析者，詳請見黃茂榮主持，《行政機關介入私權爭議之研究》，行政院研究發展考核委員會編印，2000.5，頁 51 以下。

<sup>7</sup> 實則，不僅一般民事契約會涉及行政管制問題，行政契約亦有可能發生定型化契約之問題，相關研究詳請見江嘉琪，〈定型化行政契約之研究研究成果報告（精簡版）〉，《行政院國家科學委員會專題研究計畫》，2009.10.30。至於實例部分，例如臺北市政府就其土地或公用房地設有臺北市市有公用房地使用行政契約等諸多行政契約範本以為運用。

## 一、授權明確性原則與消費者保護法第17條

### （一）授權明確性原則在理論與實務之差距

授權明確性原則在我國學理及實務存在著重大分歧，其主要之原因在於，我國實務向來對於授權命令之規範內涵，多以一語帶過，例如稅捐稽徵法第50條之5規定：「本法施行細則，由財政部擬訂，報請行政院核定後發布之。」較為慎重者，至多亦僅規定所授權之事項，例如產創條例第10條第2項規定：「前項投資抵減之適用範圍、申請期限、申請程序、核定機關、施行期限、抵減率及其他相關事項之辦法，由中央主管機關會同財政部定之。」惟其是否已合於司法院釋字第313號「授權明確性原則」所要求之「目的特定」、「內容具體」及「範圍明確」等內涵？又就「授權明確性原則」究應採取何種審查基準？亦有討論之必要。

有關授權明確性原則，德國基本法第80條第1項前段規定：「聯邦政府、聯邦閣員或邦政府，得根據法律發布法規命令。該授權之內容、目的及範圍，應以法律規定之。」是由其發展歷程而論，授權明確性原則在德國係屬憲法位階層之要求<sup>8</sup>。又該國學理亦有提出「可預見性公式」(Vorhersehbarkeitsformel)、「一號明確性公式」(1. Deutlichkeitsformel)與「二號明確性公式」(2. Deutlichkeitsformel)等審查標準以為說明<sup>9</sup>，惟為免對其加以詳述以致失焦，是本文擬不對其加以詳加論述。所須強調者僅在於，我國法就授權明確性原則之審查標準在於，誠如司法院釋字第676號解釋理由書所載：「……若立法機關以法律授權行政機關發布命令為補充規定時，其授權之內容、目的、範圍應具體明確，命令之內容並應符合母法授權意旨。至授權條款之明確程度，不應拘泥於法條所用之文字，而應由法律整體解釋認定，或依其整體規定所表明之關聯意義為判斷（本院釋字第四二六號、第五三八號解釋參照）……。」另可作為輔助說明的是司法院釋字第612號彭鳳至、徐璧湖大法官協同意見書所載：「……依司法院釋字第390號、第394號、第443號（註五）、第522號及第538號解釋意旨，可以解讀為大法官就法律保留原則與授權明確性原則在人民基本權利保障上之適用，係依基本權利之種類及限制

<sup>8</sup> 黃舒芃，〈《行政命令》〉，臺北，三民書局股份有限公司，2011.3，初版1刷，頁27。

<sup>9</sup> 許宗力，〈行政命令授權明確性問題之研究〉收錄於氏著之《法與國家權力》，臺北，月旦出版社股份有限公司，1995.10，2版2刷，頁230以下。

人民自由權利措施之性質，劃分層級式之審查標準。(1)依基本權利之種類所建立的劃分標準：涉及人民生命及身體自由者，適用嚴格法律保留原則，對授權明確性之審查較嚴；涉及人民其他自由權利者，適用一般法律保留原則，對授權明確性之審查較寬。(2)依限制人民自由權利措施之性質所建立的劃分標準：涉及刑罰之規定，適用嚴格法律保留原則，對授權明確性之審查較嚴；涉及行政罰或其他行政干預之規定，適用一般法律保留原則，對授權明確性之審查較寬.....。」

是以，倘依上述就授權明確性原則之說明可以確定，對於相關規範是否違反授權明確性原則必須就其整體內容加以解釋認定，且對其所應採取之審查標準並應視該事務之性質加以區分。此外，在比較法上，德國聯邦憲法法院曾就授權明確性原則所涉問題表示，立法者雖然不必就各個細節都自行規定，但該法律規定必須使申請人及主管機關得以認識其可能受到規制之範圍與所涉基本原則之要領<sup>10</sup>，上開觀點應可作為我國在處理相關問題時之參考。以下則分就消保法第 17 條規定涉及授權明確性原則之相關問題加以說明。

## (二) 對於消費者保護法第 17 條規定授權內容之基本說明

### 1. 「定型化契約應記載或不得記載事項」之訂定主體

依上述消保法第 17 條第 1 項規定，得擬訂「定型化契約應記載或不得記載事項」之主體係中央主管機關，以交通事務為例，該機關係指交通部<sup>11</sup>，此一部分，此亦可由本記載事項之訂定及修正過程，係由行政院消費者保護委員會（下稱行政院消保會）審查通過，再由交通部進行公告<sup>12</sup>加以證明。

<sup>10</sup> 吳綺雲譯，〈關於「法律限制同時攻讀第二個學位之授權明確性要求」之裁定 BVerfGE 45, 393-400〉，收錄於《德國聯邦憲法法院裁判選輯(七)》，臺北，司法院，1997.6，頁 240。

<sup>11</sup> 廖義男，同註 4 前揭文，頁 29；吳瑾瑜，〈消費者定型化契約在台灣的管制現況〉，收錄於《民事法與消費者保護》，臺北，元照出版有限公司，2011.5，初版 1 刷，頁 22；張嘉麟，〈行政機關對定型化契約內容管制之探討—以定型化契約應記載或不得記載事項為中心〉，《消費者保護研究》，第 20 輯，2016.3，頁 120。

<sup>12</sup> <https://www.ey.gov.tw/Page/DFB720D019CCCB0A/319797cb-a6f9-4007-9311-3ffab032c916> 依本記載事項沿革資料所載，其訂定及修正係分別經過行政院消保會 96 年 9 月 27 日第 150 次委員會議及 103 年 4 月 9 日第 24 次會議審查通過。惟行政程序法就法規命令之審查程序及標準並未再有進一步之要求與規範。就此，可以作為基本要求的事項應該包括，行政院應將其核定標準及核定程序對外加以表示，而非僅以結論通過作為唯一對外揭示之事項。又消保法第 17 條第 1 項規定係由行政院進行核定，相關文獻亦為如此之表示，詳請見呂惠珍，〈104 年新修正消費者保護法分析〉，《消費者保護研究》，第 20 輯，2016.3，頁 150。惟以本記載事項之訂定及修正

就上述中央主管機關作為「定型化契約應記載或不得記載事項」之訂定主體部分，文獻上有認為此係功能法上之結果<sup>13</sup>。對此，本文以為，「功能取向分析法」（funktionellrechtlicher Ansatz）之典型操作，係在衡量系爭事務之特性，就相關之國家權力，以其結構、正當性基礎、針對該項事務所作決定之必經程序等相關因素究否適於承擔是項任務為斷。亦即，必須就行政權與立法權之組織結構、權限行使方式與決策程序，判斷何者始為最具資格、最適合且最有可能作出正確決定之人，而由該「功能最適」之機關承擔規範形成之任務。其目的乃在求取「盡可能正確」（möglichst richtig）之結果<sup>14</sup>。然而，此處之問題係在探究行政權之內，何機關應該作為「定型化契約應記載或不得記載事項」之擬訂主體，是以，上開觀點應係參酌該原則所為之說明<sup>15</sup>。

## 2. 「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律性質

對於「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律性質，我國學者主要約有「一般處分」以及「法規命令」二種見解。前者認為，因企業經營者受到一定程度之拘束，而與當事人訂立契約必須遵守主管機關公告之應記載或不得記載事項，否則契約無效，且該部分直接對外發生法律效果，又其相對人係可得特定，因此，「定型化契約應記載或不得記載事項」之性質係屬一般處分<sup>16</sup>；後者則主

過程而論，其核定之主體並非行政院，如此，與消保法第17條規定應有未合。

<sup>13</sup> 楊欣玲，〈定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性—從預售屋買賣之實務判決觀察〉，《國立中正大學法律學研究所碩士論文》，2013.6，頁37。

<sup>14</sup> Vgl. Josef Isensee in: Isensee/ Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts: Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3 Aufl., 2014, §268 Rn. 114; Niels Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, S. 26 ff.; Matthias Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 135 ff.; Mehrdad Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 162 ff.; 許宗力，〈憲法與政治〉，收錄於氏著之《憲法與法治國行政》，臺北，元照出版有限公司，2007.1，2版1刷，頁46；黃舒芃，〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分—德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套〉，《政大法學評論》，第91期，2006.6，頁116以下；蘇彥圖，〈立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度理論的解析與檢討〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》，1998.6，頁142以下。

<sup>15</sup> 可以作為補充的是，學理上亦有以宏觀觀點而認為，倘若立法者仍使法院對於行政權之介入具有審查權，且當事人對於行政權之介入具有爭訟可能之前提時，即應認為該設計符合憲法意旨，詳請見黃茂榮主持，同註6前揭文，頁20。

<sup>16</sup> 採取此說者，如廖義男主持，〈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委託研究案》，1996.9，頁29。轉引自陳汝吟主持，〈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〉，《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》，2011.11，頁39。

張，現行法律授權行政機關訂定或公告之事項，依其內容或性質觀之，有時不宜或顯難以法規名稱及法條形式加以呈現，惟其雖無法規命令之形式卻有法規命令之實質，因此，理論上即當適用行政程序法有關法規命令之相關規定<sup>17</sup>。惟另有學者認為，消保法第 17 條第 1 項規定使得行政機關僅係有權得以強行介入特定行業所使用之定型化契約條款內容，亦即使其有權決定是否具體應顯示或不應顯示之契約條款，而非使其獲得抽象的立法權能<sup>18</sup>。

而在實務見解部分，先就法務部相關見解為說明，查法務部民國（下同）95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函釋<sup>19</sup>：「……說明：……二、……現行……授權某行政機關『定之』或『公告之』之事項，依其內容或性質觀之，有時不宜或顯難以法規名稱及法條形式出之者，此類『公告』（有別於公文程式條例第 2 條規定公文程式類別之公告），雖無法規命令之形式，確有法規命令之實質，理論上，亦當適用行政程序法第 4 章法規命令之訂定、修正等程序規定……。三、本件消費者保護法第 17 條第 1 項規定……其目的係為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，係由中央主管機關依據上開規定授權公告特定行業之契約應記載或不得記載之事項，該特定行業之定型化契約如有違反者，其條款為無效。準此，該項公告係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生效律效果，屬實質意義之法規命令，自應踐行行政程序法第 4 章法規命令之訂定、修正等程序規定……。」應可認定，其對於「定型化契約應記載或不得記載事項」採取法規命令之立場。另依交通部民用航空局（下稱民航局）105 年 10 月 18 日空運管字第 1059001529 號函所示，本記載事項具有法規命令性質。是應可推定，作為中央主管機關之交通部，就「定型化契約應記載或不得記載事項」之性質，應係認為具有法規命令之性質。

<sup>17</sup> 採取此說者，詳請見蕭文生，〈行政機關公告行為之法律性質〉，《月旦法學教室》，第 40 期，2006.2，頁 23；陳汝吟主持，同註 16 前揭文，頁 41；胡博碩，張祐齊，〈論消費者保護法的行政監督與基本權保障〉，《國會季刊》，第 19 輯，2016.1，頁 63；胡華泰，同註 5 前揭文，頁 102；林蕙玲，〈預售屋買賣定型化契約之法制分析—以應記載及不得記載事項為中心〉，《國立臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文》，2008.6，頁 25、37。

<sup>18</sup> 蔡宗珍，〈消費者保護或父權宰制？—從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起〉，《台灣法學雜誌》，第 239 期，2014.1.1，頁 28。此一見解可能尚待處理之問題在於，其與一般對於授權訂定法規命令之規範模式之差距如何詮釋；又現實上，行政機關是否可能個別介入具體之消費關係以為規制？

<sup>19</sup> 法務部 103 年 6 月 11 日法律字第 10303506980 號函釋亦採相同見解。

而在司法實務上，最高法院 105 年度台上字第 266 號民事判決略謂：「……消保法第十七條第一項……法律既賦與中央主管機關得公告定型化契約應記載或不得記載事項之權限，該公告即係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，具有行政程序法第一百五條第一項所規定『法規命令』之性質……。」然而，上述見解容易招致討論的原因在於，由民事法院就「定型化契約應記載或不得記載事項」之屬性表示見解即待斟酌；而最高行政法院 103 年度判字第 613 號判決則認為：「……消保法……第 17 條第 1 項……又依消保法第 17 條第 2 項規定，違反該公告之契約，其定型化契約條款無效。基此，系爭公告既係當時之中央主管機關新聞局基於法律之授權，對多數不特定電影片映演業者，就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，依行政程序法第 150 條第 1 項規定，其法律上之性質自屬法規命令……。」是以，上述最高法院及最高行政法院判決見解，應可作為「定型化契約應記載或不得記載事項」係屬法規命令性質之論據。

對於上述爭議，本文認為，行政程序法第 92 條規定：「(第 1 項) 本法所稱行政處分，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。(第 2 項) 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……。」同法第 150 條第 1 項規定：「本法所稱法規命令，係指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。」業已分別就一般處分以及法規命令有所明文。因此，上開定義應可作為判別「定型化契約應記載或不得記載事項」性質之重要依據。

經由比對一般處分與法規命令之定義可以確定的是，前者係屬行政機關對於個別具體事件所為之決定或處置，且係對外直接發生法律效果之行政行為；後者則係行政機關針對一般事項所為之抽象規定，而非直接對外發生法律效果之行政行為。就上述二項行政行為之特徵為觀察，最主要之區別點應該在於，針對的是具體事件或一般事項以及其是否直接對外發生法律效果。就此，本文以為，「定型化契約應記載或不得記載事項」應非就具體事件所為之個別處置，而毋寧係針對一般性事項所為之抽象規定，亦即，該等規定並不會創設特定人間之權利義務關係，而係針對既存之權利義務關係發生得喪變更之法律效果。職是，在此前提下，

應將其定性為法規命令之性質<sup>20</sup>。

又以其在實務上之操作而論，以本文查得之本記載事項為例，其即係以法規命令之修正方式進行該修正程序，其並援引行政程序法第 151 條第 2 項準用第 154 條第 1 項有關法規命令之規定作為依據<sup>21</sup>，因此，應可認定實務上係將「定型化契約應記載或不得記載事項」之屬性歸屬於法規命令之性質。

此外，必須要注意的是，行政程序法第 150 條第 2 項規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」惟本記載事項就此部分並非採取相同處理方式。對此，本於行政程序法作為行政程序基本規定而非被排除適用之普通法性質，故應不得以消保法係屬行政程序法之特別規定而認為本記載事項可以不依循行政程序法第 150 條第 2 項有關法規命令規定之相關要求。從而，修正本記載事項相關規定之內容，應屬將來必須處理之事項。

### （三）消費者保護法第 17 條第 1 項規定之核定程序

延續前述論述之脈絡，而將「定型化契約應記載或不得記載事項」定性為法規命令後，接著必須處理的問題是，消保法第 17 條第 1 項所定「報請行政院核定後公告」程序之內涵。實則，上開核定公告之程序亦應作為「定型化契約應記載或不得記載事項」被定性為法規命令之理由，否則，實難想像一般處分必須報請行政院核定公告；且該作法亦與行政程序法第 11 條管轄法定原則未盡一致；再者，行政程序法第 157 條第 1 項規定：「法規命令依法應經上級機關核定者，應於核定後始得發布。」而一般處分並無類似之規定，則上開規定著實可以作為「定型化契約應記載或不得記載事項」之性質屬於法規命令說之實定法上論據。

至於將「定型化契約應記載或不得記載事項」定性為法規命令後，對其核定程序之理解，本文以為，應該認為此係立法者為求授權內容之具體落實而為較高標準之控制機制。亦即，一般之法規命令並未設有行政程序法第 157 條第 1 項規定之上級機關核定程序，而係立法者採取較高標準之要求。

<sup>20</sup> 相類觀點詳請見蕭文生，同註 17 前揭文，頁 23；蔡江泉，同註 5 前揭文，頁 86；黃浩綱，〈汽車買賣定型化契約條款之研究〉，《國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文》，2011.1，頁 30。

<sup>21</sup> 交通部 103 年 4 月 10 日交航(一)字第 10381000611 號公告：<http://motclaw.motc.gov.tw/wfrmDownload.aspx?ID=7103&type=Law>

此外，必須補充的是，上級機關核定之機制並非僅在行政程序法第 157 條規定之後始行存在，例如，稅捐稽徵法第 48 條之 2、第 50 條之 5 等相關規定，即係在行政程序法上開規定制定之前即已明文。

#### （四）消費者保護法第 17 條規定之授權範圍

誠如先前所述，依消保法第 17 條第 1 項規定，中央主管機關得選擇特定行業，擬訂其「定型化契約應記載或不得記載事項」，報請行政院核定後公告。在該立法模式之下，中央主管機關不僅就是否選擇特定行業，抑或選擇如何之行業均有裁量空間，惟此特性核與一般對於法規命令之認知並非相同。是有認為，應先行就「特定行業」之認定確立其判準，否則以消費性定型化契約作為制定應記載及不得記載事項之立法目的除了為倒果為因外，亦無須以特定行業作為應記載或不得記載事項制定之合理差別待遇之必要，蓋已無所謂特定行業之存在<sup>22</sup>。職是，即便消保法第 17 條就「定型化契約應記載或不得記載事項」設有報請行政院核定之規定，因而產生就「定型化契約應記載或不得記載事項」相當程度之控制效果，惟此部分應該難以解免其廣泛授權行政機關<sup>23</sup>，致使該規定與授權明確性原則未盡相符之結果<sup>24</sup>。另消保法第 17 條之授權範圍亦與「定型化契約應記載或不得記載事項」之包括內容究為如何之問題有關，以下即探究之。

## 二、「定型化契約應記載或不得記載事項」之包括內容

### （一）消費者保護法第 17 條第 2 項及第 3 項規定與其立法理由

消保法第 17 條第 2 項及第 3 項規定：「前項應記載事項，依契約之性質及目

<sup>22</sup> 楊欣玲，同註 13 前揭文，頁 129。

<sup>23</sup> 依學者之觀察，其認為我國不論在範圍或程度上，在消費市場上從未歷經過如此廣泛又深入的行政管制，詳請見吳瑾瑜，同註 11 前揭文，頁 33。

<sup>24</sup> 與本文相同見解者，詳請見楊欣玲，同註 13 前揭文，頁 55。相反見解例如最高行政法院 103 年度判字第 613 號判決則認為：「……消保法第 17 條第 1 項規定中央主管機關得就選擇之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，而由該法之立法目的、整部法律之整體解釋，以及該法所定定型化契約應遵守之相關規定，即可明瞭立法者係授權予中央主管機關就重要行業之定型化契約之記載事項加強管理，俾其定型化契約條款能符合平等互惠之原則，保護消費大眾之權益，尚不能認其授權欠缺具體明確。從而，系爭公告本於消保法之明確授權，自無違背法律保留原則。……」。惟另有認為，此處應該思考之問題應該在於，消保法第 17 條第 1 項規定與法律明確性原則間之關係，詳請見蔡宗珍，同註 18 前揭文，頁 45。

的，其內容得包括：一、契約之重要權利義務事項。二、違反契約之法律效果。三、預付型交易之履約擔保。四、契約之解除權、終止權及其法律效果。五、其他與契約履行有關之事項。」<sup>25</sup>「第一項不得記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：一、企業經營者保留契約內容或期限之變更權或解釋權。二、限制或免除企業經營者之義務或責任。三、限制或剝奪消費者行使權利，加重消費者之義務或責任。四、其他對消費者顯失公平事項。」

又上開規定於 104 年之修正理由則表示：「一、為使授權公告定型化契約應記載或不得記載事項之目的及程序更加明確化，爰修正原條文第一項。二、為使公告事項之內容及範圍更加明確化，爰參酌現行中央主管機關已公告事項之重要權利義務內容，增訂第二項及第三項有關應記載及不得記載事項之規定，惟因應否記載內容，尚須依個別行業之契約性質及目的定之，故所定應否記載之內容得包括所列事項，而非必然包括全部事項……。」

## （二）「定型化契約應記載或不得記載事項」包括內容與授權明確性原則

對於消保法第 17 條第 2 項及第 3 項規定，本文以為，該授權規定既係針對應記載及不得記載事項所為之規定，亦即應記載作為必須記載，而不得記載則不應出現於契約條款之情形，則於消保法第 17 條規定之立法理由為上開表示，而認為行政機關可以就被授權之內容自行決定是否加以規範，容有條文與立法理由未盡相符之虞；再者，上開情形亦與一般法規命令之作法未盡相同。質言之，在一般授權明確性原則的要求下，應該難以想像授權的立法機關讓被授權的行政機關可以自行決定所欲形成之規範內涵。亦即，在該規範模式下，是否應該就授權明確性原則之制度內容加以重新檢討？

就上開問題，本文以為，應該不是必須對於授權明確性原則進行檢討，而是在上開規範架構下，立法機關在委託行政機關自行形成規範內容之際，卻又使得行政機關具有選擇所欲規範之內容，因此，他律變為自律所產生之結果即係上開授權規定應有違反授權明確性原則之高度可能<sup>25</sup>。

<sup>25</sup> 當然，在概念思考上，或許可能對於授權明確性原則加以解構後重新建制。然而，消保法本身是否適於作為此一開創性嘗試之場域？對此，本文難以得出正面之結果。惟可以確定的是，消保法第 17 條及其立法理由對此並未明示相關意見。

### （三）對於「定型化契約應記載或不得記載事項」之研析

細究消保法第 17 條第 2 項及第 3 項規定所稱「應記載事項得包括之內容」以及「不得記載事項得包括之內容」規定文字<sup>26</sup>，先就前者而論，其採取了特別的立法技術，而在第 1 款規定了概括條款，亦即行政機關得以就契約之重要權利義務事項規定定型化契約之應記載事項，惟該方式卻使得其後的款次喪失了存在的意義。蓋其後款次之規定，實質上亦可解釋為契約之重要權利義務事項，因此，其後款次之存在目的即待商榷，抑或應該認為，可將其修正為一般體例，而將概括規定置於最後款次，以收補遺性之效果。

至於後者，亦即「不得記載事項得包括之內容」部分，首先說明的是，其概括性規定採取一般立法體例，於最後款次始行規定概括條款，是由消保法第 17 條第 2 項及第 3 項規定即可窺知，該條不同項次所採取之不同規範方式，就此情形，應有調整相關款次之必要，以免矛盾；又該項之規定內容，以第 4 款之概括規定為例，其實消保法第 12 條亦規定：「（第 1 項）定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。（第 2 項）定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」因此，此處即產生消保法第 12 條與第 17 條第 3 項規定是否涉及重複規範問題。

對於上開情形，或有認為，在消保法第 17 條之情形，既然係由行政機關訂定定型化契約不得記載事項，故係由行政機關職司此一部分之工作，而此與消保法第 12 條所處理之情形，通常係由民事法院就所涉定型化契約條款之效力進行解釋並非相同。針對上述見解，本文以為固屬有據，惟以法院作為消費爭議案件最終受理機關之觀點而論，上述主張僅在說明相關機關在各該階段所具有之意義，蓋最後仍須以法院觀點，對於相關定型化契約條款進行詮釋與論述。職是，消保法第 12 條與第 17 條規定即存在是否為重複性規範之問題。

<sup>26</sup> 補充說明的是，有認為「應記載事項」具有強行法之性質，會成為契約之內容；而「不得記載事項」則為強行禁止規定，違反時將不生效力，詳請見吳瑾瑜，同註 11 前揭文，頁 25。對於「應記載事項」成為契約之內容部分，依德國文獻觀點，私法規範並不會變更憲法上對於相關基本權之要求，vgl. Johannes Hager, a.a.O. (Fn. 2), S. 383.依本文之理解，「應記載事項」即便成為契約之一部，亦應受到憲法以及行政法上一般原理原則之拘束。

此外，必須補充的是，就消保法第 12 條與第 17 條規定之差異部分，本文認為尚必須針對消保法相關規定進行考究，例如，有關消保法第 12 條規定，同法施行細則第 13 條及第 14 條即規定：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」<sup>27</sup>「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」<sup>28</sup>因此，上開施行細則規定應可認為係針對消保法第 12 條規定之適用設定相關條件。是以，相較之下，透過消保法第 17 條規定之授權，而藉由行政機關訂定之法規命令，以達到消保法第 12 條之規範目的似乎是一條可以思考的路徑。然而，其所產生之問題仍然在於，如何思考其間之關係。

依上所述，由於消保法規定的競合性條文，使得立法權授權的行政權與職司審判事務的司法權，對於定型化契約條款各自進行判斷<sup>27</sup>。惟就其階段歷程而論，一般而言，行政機關透過消保法第 17 條所為之規制應該在前<sup>28</sup>，至於司法審判部分則應在後<sup>29</sup>。又行政機關該等規制之性質不論如何認定，均不生拘束法院之效果，是法院仍得對之加以審查<sup>30</sup>，惟此已非單純消保法第 12 條與第 17 條規定間之關係問題。再者，其間之另一重要差異應該在於，即便司法作為定型化契約條款的最後審查機關<sup>31</sup>，惟其仍係針對個案所為之判斷<sup>32</sup>，相對的，行政機關透過消保法第 17 條規定所訂定的「定型化契約應記載或不得記載事項」卻是針對抽象

<sup>27</sup> 另一種論述方式則認為，民事規範及公法規範各自對於定型化契約條款有所規定，詳請見廖義男，同註 4 前揭文，頁 22。

<sup>28</sup> 職是，行政規制確實可以達到消保法第 17 條第 1 項規定所稱，預防紛爭發生之功能，vgl. Eike von Hippel, Verbraucherschutz, 3. Aufl., 1986, S. 42.

<sup>29</sup> 有將此處行政及司法之關係稱為就定型化契約的雙軌監督，詳請見吳瑾瑜，同註 11 前揭文，頁 21。

<sup>30</sup> 戴志傑，同註 5 前揭文，頁 34。

<sup>31</sup> 蔡江泉，同註 5 前揭文，頁 81。

<sup>32</sup> 亦有認為，消保法第 12 條規定僅於訴訟程序始得主張，是消保法第 56 條之 1 就違反同法第 17 條第 1 項授權訂定之規範可以裁處罰鍰，應可認為係屬消保法第 17 條第 3 項保護不足之補充性規定，詳請見胡博硯，張祐齊，同註 17 前揭文，頁 60；另有主張，消保法第 17 條之無效法律效果須由消費者至法院主張權利，而訴訟僅能個案、事後且被動地解決不公平定型化契約條款之使用。詳請見呂惠珍，同註 12 前揭文，頁 165。亦有認為，由於司法具有該特性，因此對於契約自由之影響較小，詳請見謝哲勝，〈契約自治與管制〉，《月旦法學雜誌》，第 125 期，2005.9，頁 25。

之多數消費行為進行通案性的規制<sup>33</sup>。亦有文獻認為，定型化契約不得記載事項之強行適用性質，使其具有補充消保法第12條規定未盡明確之效果<sup>34</sup>；至於定型化契約應記載事項係屬少見之立法例，其忽略了消保法僅是係基於資訊不對稱而對定型化契約所作的一般性管制<sup>35</sup>。

綜上，消保法第12條與第17條規定應該仍具有個別存在之意義，是其間應無重複規範問題。

此外，必須補充的是，「定型化契約應記載或不得記載事項」之相關疑義尚包括，有認為實務上「定型化契約應記載或不得記載事項」之內容有規制前置化之傾向，例如，公告定型化契約之審閱期間、明定契約成立時點等。然而，企業經營者與消費者於締結消費性定型化契約前之狀態非屬消保法第17條第1項規定所得規範之範疇<sup>36</sup>；又我國中央主管機關依消保法第17條第1項規定所公告應記載或不得記載事項之定型化契約種類繁多，有學者稱之為「消費者契約法定原則」之興起，此不僅係國家強制當事人揭露交易上之重要資訊、大幅縮減企業經營者之私法自治空間，甚且造成主管機關權能之積極擴張，殊值關注<sup>37</sup>。

### 三、定型化契約違反「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律效果

消保法第17條第4項規定：「違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。」同法第16條規定：「定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯

<sup>33</sup> 謝哲勝，同註32前揭文，頁26。文獻上有認為，行政規制就定型化契約條款之控制最為重要，詳請見黃明陽，同註5前揭文，頁169。亦有認為，該規制方法係屬主動管制，並具有全面而立即之效果，詳請見謝哲勝主持，〈「民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討—以交易地位的不對等及消費者保護的發展趨勢」〉研究成果報告書，《法務部100年委託研究案》，2011.12.9，頁14。

<sup>34</sup> 不同見解則認為，為免各類型定型化契約間，在行政、立法的重複規制，是建議移除有關不得記載事項之記載；惟該見解亦認為，應記載事項則因規範企業經營者之先契約資訊義務，且係針對特定行業而為正面規範，是具有價值，詳請見陳汝吟主持，同註16前揭文，頁175。

<sup>35</sup> 胡華泰，同註5前揭文，頁145。

<sup>36</sup> 張嘉麟，同註11前揭文，頁120。

<sup>37</sup> 曾品傑，〈臺灣不動產消費者之權益保護〉，《月旦法學雜誌》，第214期，2013.3，頁32。

失公平者，該契約全部無效。」<sup>38</sup>

依循消保法第 16 條及第 17 條第 4 項規定，對於定型化契約違反「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律效果，即便在法律技術的操作上應該不致發生問題，亦即其操作之方式應係認定，該私法契約之部分條款存在違反法令強行規定之情事，從而依民法第 71 條規定，認定該條款無效，並將其自私法契約中加以除去，以收瑕疵補正之效果<sup>39</sup>。然而，以法規命令之形式對於私法自治事項進行干預，終究有招致爭議之可能，蓋消保法第 17 條第 1 項所授權之對象雖為行政機關，惟行政機關此時必須選擇所欲規範之特定行業，以訂定「定型化契約應記載或不得記載事項」，然行政機關此時所得規制之對象卻是包括所有的消費行為，倘若此一規範方式核與授權明確性原則尚無相違，則何種情形可以被認為違反該原則呢？再者，衡酌消保法之立法目的，依該法第 1 條規定：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。」則在被授權而訂定之「定型化契約應記載或不得記載事項」承載了其他行政目的，亦即逸脫了消保法本身的法規範制定本旨<sup>40</sup>時，本文以為，該時即應認定，至少就超出立法目的而被授權訂定之「定型化契約應記載或不得記載事項」，其相關條文本身之適法性即應予否定之<sup>41</sup>。否則，倘不採取此一作法，無疑將使「定型化契約應記載

<sup>38</sup> 再者，必須補充說明的是，消保法第 56 條之 1 規定：「企業經營者使用定型化契約，違反中央主管機關依第十七條第一項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有處罰規定外，經主管機關令其限期改正而屆期不改正者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰；經再次令其限期改正而屆期不改正者，處新臺幣五萬元以上五十萬元以下罰鍰，並得按次處罰。」則係對於定型化契約違反「定型化契約應記載或不得記載事項」者，以行政罰方式加以處理。本文因篇幅之故，未能就此部分再予論述，再請諒察。相關討論，詳請見張嘉麟，同註 11 前揭文，頁 137 以下。

<sup>39</sup> 司法院釋字第 726 號解釋理由書表示：「……民法第七十一條規定……係在平衡國家管制與私法自治之原則。在探究法規範是否屬本條之強制規定及違反該強制規定之效力時，自須考量國家管制之目的與內容。……」

<sup>40</sup> 例如即有認為，隨著定型化契約的風行，契約自由被濫用，成為強者欺壓弱者的工具，因而國家法逐漸對於定型化契約予以管制，以保護弱勢的消費者。詳請見陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，《月旦法學雜誌》，第 91 期，2002.12，頁 51。依其所述，應係認定「定型化契約應記載或不得記載事項」具有保護消費者之功能，然以本記載事項為例，至少就 3 日連假機票之情形，是否仍然可以獲得相同結論？本文以為，對該問題應該採取否定見解。

<sup>41</sup> 在得出上述觀點後，拜讀我國公法權威論著時赫然發現，其亦有相類主張而認為，基於就私法自治之尊重，在強制性質的民事規範是否具有特殊公共政策目的的不甚明確之際，應朝單純自治規範之方向進行解釋，故法官應該避免假設有特殊公共政策目的之存在，抑或就合目的性進行擴大解釋，以免傷害自治機制，亦即應該採取「有疑義，從自治」之思考原則，詳請見蘇永欽，

或不得記載事項」產生負擔過重的結果，並因此而使得民事法律體系與行政法律體系產生混淆之虞。

又依文獻所示，中央主管機關根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款者，多適用於公用或公共運輸等特許行業。從事該類行業之業者一旦獲得政府特許經營，即代表者該類行業之經營將趨於獨占或類似獨占之情形，因此立法者多於母法授權中央主管機關訂定法規命令，以約束獲得營業特許業者之經營行為，進而保障相對人，亦即消費者之使用權益<sup>42</sup>。上開主張精準指出，若干「定型化契約應記載或不得記載事項」中，為何常見以政策目的夾帶其中之原因。

此外，倘若應記載事項規定係對於消費者造成限制，而企業經營者反欲擬定對於消費者較為有利於之定型化契約條款者，是否仍應機械化地認定，上開企業經營者自行擬定之定型化契約條款違反「定型化契約應記載或不得記載事項」，從而依消保法第 16 條規定，該條款即為無效？舉例言之，本記載事項之應記載事項第 1 點第 1 項規定：「機票有效期限及有效期限屆滿後一年內均得憑票請求辦理退票還款。」則企業經營者倘若明定機票退票期限為 2 年，該定型化契約條款是否係屬無效？

對此問題，本文以為消保法及其授權訂定之「定型化契約應記載或不得記載事項」在認知上，難以被認定為絕對強行規定<sup>43</sup>，亦即在有利於消費者之情形，而由企業經營者擬定優於上開法規命令之契約內容時，即應承認較優條款之效力，否則無疑使得消保法喪失保護消費者之制度功能。而本記載事項之應記載事項第 17 點亦規定：「運送契約條款如較本應記載事項規定標準對消費者更為有利者，從其約定。」亦可作為憑據；另內政部 100 年 5 月 13 日內授中辦地字第 1000043891 號書函並謂：「……如經中央主管機關依消保法第 17 條公告特定行業之定型化契約應記載或不得記載事項，其內容如較當事人間之『個別磋商條款』約定，更有利於消費者，仍應以中央主管機關所公告之『定型化契約應記載或不得記載事項』之內容，為雙方權利義務之依據。……」是其應係認為，倘「定型

---

〈私法自治中的國家強制〉，收錄於氏著之《走入新世紀的私法自治》，臺北，元照出版有限公司，2002.5，初版 1 刷，頁 49。

<sup>42</sup> 胡華泰，同註 5 前揭文，頁 119。

<sup>43</sup> 學理上即有認為，依據消保法第 17 條規定訂定之規範具有半強行法之性質，詳請見楊淑文，〈定型化契約之管制與契約自由—德國與我國法制發展之比較分析〉，《政大法學評論》，第 132 期，2013.4，頁 204。

化契約應記載或不得記載事項」較不利於消費者，即可排除其之適用，而適用當事人間之「個別磋商條款」約定<sup>44</sup>；再者，行政院消費者保護處（下稱行政院消保處）103年9月26日院臺消保字第1030056569號函亦謂：「……說明：……三、中央主管機關依據消保法第17條第1項規定公告之應記載及不得記載事項，係屬對消費者權益之最低限度之保障事項……參酌消保法第4條企業經營者應提供消費者『充分與正確資訊』之立法意旨，似對消保法第15條<sup>45</sup>作目的性限縮解釋，意即『定型化契約條款』之內容，倘較『個別磋商條款』之約定，更不利於消費者時，始有適用餘地；反之，『定型化契約條款』之內容，倘較『個別磋商條款』之約定，更有利於消費者，而消費者於磋商契約條款時所不知之情形，自仍應以『定型化契約條款』之內容，作為雙方權利義務之依據。……」是其業已明白表示，消保法及其授權訂定之「定型化契約應記載或不得記載事項」難以被認定為絕對強行規定，從而，仍有被排除適用之可能。

至於與上述問題直接相關而必須加以說明的是，定型化契約應記載或不得記載事項若不利於消費者，應不構成契約內容者，所稱有利或不利事項之判斷，本於定型化契約係屬私法上之約定，該約定是否有效之最後決定者仍為法院，是就定型化契約條款究屬有利或不利之判斷仍應由司法進行規制。

#### 四、應記載事項未記載於定型化契約之效果

與上述定型化契約違反「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律效果不同的是，就應記載事項未記載於定型化契約之效果究應如何處理之問題。對此，先就前述消保法第17條規定內容以觀，其不僅規定企業經營者擬定之定型化契約條款違反「定型化契約應記載或不得記載事項」時，將發生無效之法律效果；復於消保法第17條第5項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」因此，仍舊使得未載明之應記載事項之後者與

<sup>44</sup> 另有認為，消保法第17條應僅限於定型化契約條款始有適用，個別磋商條款不能適用之，且個別磋商條款較應記載或不得記載事項，更貼近當事人之真意，另再參酌消保法第15條規定意旨，應認為個別磋商條款之效力應優於「定型化契約應記載或不得記載事項」，故其認為上述實務見解實有商榷之餘地。詳請見崔積耀，〈定型化契約之理論與實務〉，《國立中正大學法律學系碩士論文》，2014.1，頁66。

<sup>45</sup> 消保法第15條規定：「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」

前者併同成為定型化契約之內容。

惟所須說明的是，此處亦發生與先前相類似之問題，亦即在中央主管機關公告應記載之事項係不利於消費者之情形時，是否仍依消保法第 17 條第 5 項規定，而成為契約之內容？

對於上述問題，本文以為，不應採取肯定見解，蓋此結果應認為與消保法之規範本旨有所相違。相對地，此處應該採取折衷見解，而認為只有在中央主管機關公告應記載之事項係有利於消費者之情形，始生其雖未記載於定型化契約，惟仍構成契約內容之結果。

此外，必須說明的是，消保法施行細則第 15 條規定：「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。」亦即，此一規定並非擔保該定型化契約條款為有效，蓋定型化契約為私法上之約定，該約定是否有效之最後決定者仍為法院<sup>46</sup>。對於上開論述必須加以補充的是，即便定型化契約未記載經中央主管機關公告應記載之事項者，由於消保法第 17 條第 5 項規定<sup>47</sup>，該中央主管機關公告應記載之事項仍構成契約之內容，因此，在解釋上，該契約之全部內容即應成為法院審查之標的。

又本文以為，定型化契約在消保法第 17 條第 5 項規定存在的前提之下，並非毫無爭議地可以被認為係私法上之約定。畢竟「定型化契約應記載或不得記載事項」依上所述，係屬法規命令之性質，也或許就是因為這點原因，消保法施行細則第 15 條始為上開規定，亦即係在避免法規命令介入私法關係後，產生民事法院究否得以審查該等成為私法關係內容一部分之「定型化契約應記載或不得記載事項」之爭議。

<sup>46</sup> 楊淑文，同註 3 前揭文，頁 55。

<sup>47</sup> 修正前之消保法施行細則第 15 條第 2 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。」依該條修正理由所示，由於消保法第 17 條第 5 項規定已將消保法施行細則第 15 條第 2 項規定明文化，是將該條第 2 項規定刪除。

## 參、「國內線航空乘客運送定型化契約應記載及不得記載事項」相關問題之提出與說明

誠如一般討論「定型化契約應記載或不得記載事項」經常提及到的是，在定型化契約條款簽訂的情形中，企業經營者利用市場結構上不對等之地位，單方擬定契約條款，大多僅考量企業經營者單方之利益，而不利甚至於損害消費者之法律上正當權利<sup>48</sup>。然而，依消保法授權訂定之本記載事項之應記載事項第1點第2項規定：「下列機票得報經民航主管機關同意後，訂定逾期作廢之退票限制：1.三日（含）以上法定連續假期航班之機票；2.應民航主關機關疏運旅客臨時加開班機之機票……。」卻亦規範了有利於企業經營者之文字。茲因篇幅之故，故以下僅就上述第1款之規定之內容加以論述。

### 一、本記載事項之適用範圍

有關本記載事項之適用範圍，依本記載事項之名稱可以得知，僅限於國內線航空乘客運送定型化契約。然為何上開規定僅針對國內線旅客運輸事項進行規範？又該問題可以細分為二項，一係為何排除國際線運送？另一則係為何排除貨物運送部分？

前一部分經查對行政院消保處現有之定型化契約應記載及不得記載事項，並未查得其對於國際線部分訂有相關規定。對此，本文以為，其原因可能在於，行政機關對於國際線部分之規管密度較低之故，惟國際線運送作為我國消費者通常消費行為之一部，則上開理由應難成立，況且，我國籍航空公司亦常有提供國際線服務之情形。

另外應該補充的是，行政院消保處就國際線機票相關事宜訂有「國際機票交易重要須知範本」；甚且，「華沙公約」（Warsaw Convention）及「蒙特利爾公約」（Montreal Convention）對於上述事項亦有規範。針對前者，誠如前述，「定型化契約範本」與「定型化契約應記載或不得記載事項」不同，蓋前者雖亦經行政院消保會審查通過，惟其並非強行規定。因此，應該難以認定其具有相當於本記載

<sup>48</sup> 楊淑文，同註43前揭文，頁165。

事項之效力，是應不得據以作為本記載事項未就國際線部分加以處理之依據；而上述公約部分，「華沙公約」及「蒙特利爾公約」之正式名稱應為「統一國際航空運輸若干規則公約」(The Convention for the Unification of certain rules relating to international carriage by air)，其主要係在規範運送人責任程度以及消費者權益等問題<sup>48-1</sup>。應予說明的是，既為公約，即係由締約國本於自身主權之地位而與他國所簽訂之國際文件，是與本文所處理之議題係著重國家本於高權地位，對所屬人民間之私人權利義務關係進行規範有所差異；又其尚須將公約內容具化為內國法。是以，其二者間實係觀察面向有所不同而得之結果。另公約事項實已本文處理能力所不能及之領域，是未便就其加以深入說明。

至於排除貨運運送部分，或許與「最終消費」之概念有所關聯，質言之，行政院消保會84年4月6日台84消保法字第00351號書函<sup>49</sup>略以：「……消費係直接使用商品或接受服務之行為，蓋消費雖無固定模式，惟消費係與生產為相對之二名詞，從而，生產即非消費，故消費者保護法所稱之消費，係指不再用於生產之情形下所為之最終消費而言。惟此種見解是否得適用於消費者保護法所定之一切商品或服務之消費，仍應就實際個案認定之。……」此一主張固非無據<sup>50</sup>，然其亦設有個案認定之除外規定，況且，若干貨物運送並非執行業務抑或用以從事生產之情形。例如，留學生倘於取得學位後，擬將其在外國相關物品以空運方式運送至我國者，其以支付費用之給付行為而換取航空公司所為之對待給付者，應屬消保法所稱消費行為。因此，應難依據上開概念而主張貨物運送不應適用消保法。從而，本記載事項未將貨物運送納入規範，應有調整而完備該規範內容之必要。

<sup>48-1</sup> Current lists of parties to multilateral air law treaties: <https://www.icao.int/secretariat/legal/Lists/Current%20lists%20of%20parties/AllItems.aspx>

<sup>49</sup> <https://www.ey.gov.tw/Page/24C4B877E850ED4E/10d14b20-5296-4bb4-8932-d960d1289a72>

<sup>50</sup> 然而，深究行政院消保會84年4月6日台84消保法字第00351號書函，所稱最終消費之見解並非具有堅實依據；況究竟是否為最終消費之事實，在判斷之初其實亦僅係事前之認定；又所稱最終消費在認定上應有爭執之可能，例如，律師購買書籍以為自己學位論文撰寫之用，嗣後將該書籍轉至自己執業之事務以為收藏及運用。就此，倘認為前段情形係屬最終消費，則是否會因為後段情形之發生而認為其並非最終消費？甚且，倘若相關爭執係在前段即已發生，則如何預見後段情形之發生，從而變更對於該行為事實是否該當於最終消費之概念？職是，本文初步對於最終消費之主張難以認同。

## 二、對於 3 日（含）以上法定連續假期航班機票退票限制規定之思考

仔細觀察我國國內線旅客航空運送實務而論，以黃金航線—臺北金門為例，3 日連假機票事實上不僅具有逾期作廢之退票限制規定，有關訂位部分亦受有限制，亦即我國目前 2 家主要國內線航空公司於連續假期期間，均會統一開放訂位時間，惟相關限制之依據似有未明，倘若此一限制未有法規作為依據，則在其等對於我國國內離島航空具有公平交易法（下稱公平法）第 7 條第 2 項規定之視為獨占情形之前提下，倘若其等係本於共同意思聯絡之情形，則應受公平法第 14 條第 1 項「聯合行為」<sup>51</sup> 等相關規定之限制<sup>52</sup>。

又以上開航線為例，其之所以稱為黃金航線之原因，除原本負責輸運兩地人口及貨物之功能外，亦因我國與大陸地區自 2001 年起，在金門與馬祖等地，與大陸地區進行通商、通郵及通航之「小三通」政策之故。質言之，金門在相關政策規劃下，其空中運輸亦肩負小三通政策等民眾需求。亦因此一因素，致使臺金航線在 3 日連假之際一票難求。再者，於 3 日連假期間，於民眾具有候補需求之重點機場，地方政府等相關機關亦派有專人進行聯合候補作業，且縱未有該情形，一般航空公司本即設有候補程序。從而，未依規定時間辦理報到手續之消費者，其訂位即被取消，自無民航局所稱，浪費有限航空資源問題。

以上所述，突顯本記載事項之應記載事項第 1 點第 2 項有關 3 日連假機票訂定逾期作廢退票限制規定之不合理性。是以，對於該制度之設計應有改弦易轍之必要。

## 三、3 日（含）以上法定連續假期航班機票逾期作廢之退票限制

### （一）逾期作廢退票限制與消費者保護法立法意旨之關係

學理上有謂，實務運作上有主管機關基於保護及扶植產業之考量，憂慮太多

<sup>51</sup> 公平法第 14 條第 1 項規定：「本法所稱聯合行為，指具競爭關係之同一產銷階段事業，以契約、協議或其他方式之合意，共同決定商品或服務之價格、數量、技術、產品、設備、交易對象、交易地區或其他相互約束事業活動之行為，而足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能者。」

<sup>52</sup> 相類觀點詳請見胡華泰，同註 5 前揭文，頁 119。

的消費者保護會妨礙企業的經營與發展或削弱其競爭力，故對於應記載及不得記載事項之制定意興闌珊<sup>53</sup>。以該觀點思考本記載事項對於3日連假機票逾期作廢之退票限制規定即產生了本質上的矛盾之處。質言之，透過3日連假機票規定，不僅不會妨礙航空產業的發展，甚至可以幫助該產業增加收益。然而，該作法是否正確？本文持保留態度。

蓋誠如先前所述，隨著定型化契約的風行，契約自由被濫用，成為強者欺壓弱者的工具，因而由國家逐漸對於定型化契約予以管制，以保護弱勢的消費者<sup>54</sup>。因此，定型化契約的興起及濫用，導致了國家就定型化契約管制措施的濫觴。職是，本記載事項要對於3日連假機票逾期作廢之退票限制規定實已變動了消保法就定型化契約加以管制之既有方向與原則。從而，本文認為即便該規定具有存在必要，由於其已係不同於消保法第17條之規範意旨，是應以法律明文規定相關規制內容，以免滋生適法性之疑慮。

## （二）逾期作廢退票限制應踐行其前置程序

依本記載事項之應記載事項第1點第2項規定，倘欲訂定逾期作廢之退票限制者，必須將3日連假機票報經民航局同意後始得為之。質言之，依其規範意旨，必須每次均踐行該程序，始得訂定逾期作廢之退票限制，惟相關票務在實務上並未見有該等相關資訊之載明。因此，未踐行相關程序之定型化契約條款，在論理上應該難以認為其當然構成契約之內容。

## （三）逾期作廢退票限制規定與比例原則

另上開規定所稱「逾期作廢」之概念內涵究何所指？就此，對照本記載事項之應記載事項第2點第1項規定：「乘客辦理退票時，應至原售票單位辦理退票手續。原售票單位得酌收票面價（實際售價，以下同）百分之【】退票費用（退票費用最高不得超過票面價百分之十），但第五點優待票以外之其他經民航主管機關備查之優惠票，於航班出發前辦理退票，原售票單位得酌收票面價百分之【】退票費用（退票費用最高不得超過票面價百分之二十五）；於航班出發後辦理退票，原售票單位得酌收票面價百分之【】退票費用（退票費用最高不得超過票面

<sup>53</sup> 吳瑾瑜，同註11前揭文，頁29。

<sup>54</sup> 陳聰富，同註40前揭文，頁51。

價百分之五十)。」所稱「逾期作廢」之概念應為不得退票，而發生航空公司得以收取該機票之全部價金之意思。

對於上開情形，必須加以探究的是，消費者購買機票而使用航空公司所提供之運送服務，其所支付之費用基本上係機票價格。因此，依本記載事項上開規定，倘消費者逾期未使用該運送服務而未及辦理退票，實質上即產生沒收機票之效果。然而，該規定所欲追求之目的為何？其手段與目的之關係是否適當而且必要？核屬該規定是否具有合理存在基礎之前提問題。

就手段與目的間之均衡問題，公法上向以比例原則論證其間之關係。而在實定法部分，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。」一般認為其係我國實定法有關比例原則之定義性規定<sup>55</sup>。有關比例原則之內涵，雖有認為目的正當與否亦應屬於比例原則之內容，惟其概念之發展初期，似未包括「目的正當性」之部分<sup>56</sup>。然不可否認的是，比例原則在其發展過程中，其概念內涵本具有開展可能性<sup>57</sup>，亦有認為應以美國法作為借鏡，而強化目的審查之主張<sup>58</sup>，是本文對其內涵在現今通說之理解包括目的正當性部分，亦無不同意見。

<sup>55</sup> 吳庚，《行政法之理論與實用》，臺北，三民書局股份有限公司，2015.2，增訂 13 版 1 刷，頁 59 以下；陳敏，《行政法總論》，臺北，著者自版，2007.10，5 版，頁 88-89。

<sup>56</sup> 認為比例原則涉及「適當性原則」、「必要性原則」及「狹義比例原則」之代表性見解者，詳請見吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，臺北，著者自版，2015.9，增訂 3 版，頁 148；許宗力，〈比例原則之操作試論〉，收錄於氏著之《法與國家權力(二)》，臺北，元照出版有限公司，2007.1，初版 1 刷，頁 123 以下；Bernhard Schlink 著，張文郁譯，〈比例原則〉，收錄於蘇永欽等譯，《憲法法院五十週年紀念論文集下冊》，臺北，聯經出版事業股份有限公司，2010.10，初版，頁 479 以下；惟許宗力教授於該文亦有就目的合憲性加以說明；Bernhard Schlink 教授亦表示，憲法法院對於比例原則之要素包括目的合法性一項。德國近期資料，vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, §10 Rn. 17; Monika Jachmann/Klaus-Dieter Drüen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2009, Rn. 131; Paul Kirchhof, Die Gleichheit vor Steuergesetz— Maßstab und Missverständnisse, StuW 1/2017, S. 15.

<sup>57</sup> 湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探—「階層式比例原則」構想〉，收錄於廖福特主編之《憲法解釋之理論與實務(第六輯)(下冊)》，臺北，中央研究院法律學研究所籌備處，2009.6，頁 594 以下。或有認為，比例原則之具體內涵等問題，迄今仍屬即為爭議之事項，詳請見許宗力，〈基本權的保障與限制(下)〉，《月旦法學教室》，第 14 期，2003.12，頁 50。

<sup>58</sup> 許宗力，〈比例原則與法規違憲審查〉，收錄於氏著之《法與國家權力(二)》，臺北，元照出版有限公司，2007.1，初版 1 刷，頁 91。

另對於上開問題，首先應該先行說明的是，消保法第 17 條所授權訂定的本記載事項之應記載事項第 1 點第 2 項規定，與消費者保護問題有何關係？對此問題，本文以為，本記載事項上開規定實已過度承載了其他原本應規定於各該行政法規之中之相關規範。蓋 3 日連假機票逾期作廢退票限制規定所欲追求之政策目的，依民航局 105 年 10 月 18 日空運管字第 1059001529 號函所示，係為避免旅客重複訂位及訂位後未報到搭機，因而造成有限航空資源之浪費結果。就此，即便該政策所追求之目的是否適合由消保法加以承載具有上述爭議，惟純就該政策目的以觀，應難認定該政策目的為不正當。

在適當性原則之判斷，由於上述 3 日連假機票逾期作廢之退票限制有助於政策目的之達成，故即難認定上開規定違反適當性原則。

而在必要性原則，其要求倘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。在 3 日連假機票逾期作廢之退票限制部分，誠如前述，既然現行制度已有候補機制，則應無民航局所稱浪費有限航空資源之問題；又即便認定扣取相關金額作為避免訂位人刻意不搭機之有效因應措施，惟實質沒收效果，而不允許訂位人在搭機時間經過後辦理退票事宜，實已就訂位人構成取消該消費行為，卻又要求訂位人負擔全部費用之效果，甚且，作為企業經營者之航空公司除可幾近毫無成本地賺取該金額外，由於 3 日連假機票在市場上炙手可熱，復因候補機制之操作，航空公司通常可將原本取消搭乘之機位再行順利出售，因而獲得雙重利益。

因此，即便認定必須扣款而用以維持民航局所稱，避免浪費有限航空資源，航空公司扣取之金額亦不應達到實質沒收之程度，就此，相較於一般退票所扣取之 10%手續費，3 日連假機票部分應以扣取 20%或一定程度之手續費應已足夠。如是，本記載事項是否充分考量上開情事？令人懷疑。職是之故，本文主張，上開規定在必要性原則部分難以通過審查，從而即應認定上開規定違反比例原則。

#### （四）對於 3 日連假機票逾期作廢退票限制之擴大運用

再者，本記載事項上開規定雖明文得就 3 日連假機票訂定逾期作廢之退票限制，惟就我國航空客運之實務情形而論，其通常均將管制期間自動提前及延長，舉例而言，108 年端午節連續假期為該年 6 月 7 日（星期五）至 6 月 9 日（星期日），惟航空公司卻均將管制期間提前至 108 年 6 月 5 日（星期四）並將其延後至 6 月

10日（星期一）。

上開現象之依據可能即在於，本記載事項之應記載事項第1點於103年之修正理由表示：「考量三日（含）以上之法定連續假期為國內航線的疏運尖峰，交通部針對上述連續假期均訂有相關疏運計畫，並將假期前後一日（或視假期特性酌增天數）納入疏運期間。為使有限空運運能可於該等疏運尖峰期間被充分利用，閒置的機位得以儘速釋出，爰訂定三日（含）以上法定連續假期航班之機票為第三項適用範圍之一」然上開修正理由實已逾越本記載事項之應記載事項第1點第2項規定之文義解釋可能之範圍甚明。就此，更加突顯消保法第17條授權訂定之本記載事項之失控結果。

再者，上開修正理由所稱疏運計畫與消費者保護有何關係？何以將其與本記載事項之應記載事項第1點第2項規定加以聯結？並進而得以在本記載事項之應記載事項第1點於103年之修正理由未敘明疏運計畫之法令依據之情形下<sup>59</sup>，即將本記載事項之應記載事項第1點第2項規定之3日連假機票訂定逾期作廢之退票限制規定擅自變更為影響範圍更加擴大之結果？凡此種種，在在顯示出消保法及本記載事項過度承載了原本應由行政法規進行管制之事項，學理上亦有表示，經檢視許多應記載或不得記載事項，其有相當數量係屬主管機關就企業經營者所應訂定之管理規範，現將其置於消保法之中，實為立法怠惰<sup>60</sup>。因此，本文認為，基於以上理由，對於3日連假機票逾期作廢退票限制之擴大運用有違本記載事項之規定。

## 肆、德國法對於契約自由調整機制之對照觀察

### 一、德國聯邦司法與消費者保護部簡介

相對於我國消費者保護業務係由行政院消保處作為中央主管機關<sup>61</sup>，德國則

<sup>59</sup> 經本文以「疏運計畫」作為關鍵字而檢索我國法規條文內容包括該文字者，僅得出已經廢止之「交通部公路總局辦事細則」。如是，以疏運計畫聯結本記載事項之應記載事項第1點第2項規定，而作為就消費者不利之擴大規制適用範圍之論據即有違誤。

<sup>60</sup> 陳汝吟主持，同註16前揭文，頁175。

<sup>61</sup> 《行政院消費者保護處簡介》：<https://cpc.ey.gov.tw/File/222ACA64EFD4B4D9?A=C>

於 2013 年 12 月 17 日變更管轄部會，由聯邦司法與消費者保護部（Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, BMJV）承接先前由聯邦食品、農業及消費者保護部（Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, BMELV）主管之消費者保護業務<sup>62</sup>。

上述之德國聯邦司法與消費者保護部，其有關消費者保護之內部單位係該部之消費政策司，該司作為該部第五司之工作重點在於消費者在法律和經濟上的權益。此部分特別係指，在資訊社會、財政服務給付、能源、交通、衛生及社會福利領域中之消費者政策。此外，其就相關法律之執行、消費者資訊、消費者教育和消費者研究等問題亦扮演重要角色，並主管歐盟消費者保護實行法（EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetz）、消費者政策報告、消費者資訊法（Verbraucherinformationsgesetz, VIG）以及與消費者之經濟保護有關之事項。又其負責商品檢驗基金會和消費者中心之聯邦協會，有關消費政策之國際聯繫領域以及國際組織之會員國聯繫事項亦係其主管業務。設於該司人員尚包括聯邦司法和消費者保護部的研究專員（Forschungsbeauftragte）。該專員主要負責聯邦司法和消費者保護部內研究工作的協調以及聯邦政府和歐盟相關之研究專案。另該司亦從事可持續性、企業社會責任、公民社會和人口統計等問題<sup>63</sup>。

與上述德國聯邦司法與消費者保護部有別的是聯邦消費者保護暨食品安全局（Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit, BVL），該局之上級機關為德國聯邦食品及農業部，為德國聯邦政府之三級機關，是其主管業務雖涉及消費者保護業務，惟僅及於有關食品部分<sup>64</sup>，故與作為二級機關之德國聯邦司法與消費者保護部並非相同。再者，消費者保護業務亦屬地方事務，是各邦在其行政組織亦設有對應之消費者保護組織，惟其各自歸屬之部會並非相同。

## 二、德國法有關定型化契約之規制概述

德國就定型化契約之問題原本係以「一般交易條款規制法」（Gesetz zur

<sup>62</sup> [https://www.bmju.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Verbraucherpolitik/Verbraucherpolitik\\_node.html](https://www.bmju.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Verbraucherpolitik/Verbraucherpolitik_node.html)

<sup>63</sup> [https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Organisationsplan/AufbauOrgBroschuere\\_DE\\_20160615.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.bmju.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Organisationsplan/AufbauOrgBroschuere_DE_20160615.pdf?__blob=publicationFile&v=7)

<sup>64</sup> [https://www.bvl.bund.de/DE/07\\_DasBundesamt/02\\_Aufgaben/01\\_Aufgabenspektrum/dasBundesamt\\_aufgabenspektrum\\_node.html](https://www.bvl.bund.de/DE/07_DasBundesamt/02_Aufgaben/01_Aufgabenspektrum/dasBundesamt_aufgabenspektrum_node.html)

Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB-G) <sup>65</sup>加以規範，2002 年後，原相關規定之實體內容則改由民法 (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) 在第 305 條以下進行規定 <sup>66</sup>。

德國民法第 305 條以下之規定既在保護條款擬訂之他方當事人所享有之意思決定自由，因此其適用對象原則上及於所有人 (alle Personen) 而非僅適用於消費者 <sup>67</sup>。以下即就德國民法對於定型化契約規定之重要部分加以說明。

### (一) 定型化契約之概念、成立與排除

德國民法第 305 條第 1 項係就定型化契約之定義、認定標準及排除加以規定，就其內容以觀，與我國規定及學理見解相當；該條第 2 項規定，定型化契約條款訂入契約而成為雙方權利義務內容之前提在於他方當事人 (die andere Vertragspartei) 之同意，抑或以揭示或其他可期待獲得其同意之情形。依學者見解，該約定彰顯了他方當事人之同意作為定型化契約成立之基礎 <sup>68</sup>。

至於德國民法第 305a 條部分則係第 305 條之特別規定，而不以他方當事人同意作為定型化契約成立之先決條件，該規定主要係針對交通及公用事業等情形而為規範；第 305b 條係就個別條款 (Individuelle Vertragsabreden) 優先於定型化契約條款之明文；第 305c 條則係針對契約當事人無所預見定型化契約條款之情形，明定其不成為契約之內容，又定型化契約條款如有疑義時，應為不利於擬定人之解釋。就德國民法第 305b 條及第 305c 條之規定而論，與我國消保法規定相當。

德國民法第 306 條係就定型化契約全部或一部不構成契約之內容或一部無效時，明定原則上，契約之他部分仍為有效。

<sup>65</sup> 在我國亦有稱其為「定型化交易條款規制法」，詳請見楊淑文，同註 43 前揭文，頁 173。

<sup>66</sup> Vgl. Caroline Meller-Hannich, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: private Freiheit und staatliche Ordnung, 2005, S. 42. 有關德國民法第 305 條以下規定之中文翻譯，可參考游進發譯，〈德國民法中之一般交易條款規定(摘錄)〉，收錄於《外國消費者保護法》，第 24 輯，臺北，行政院消費者保護處編印，2018.12，頁 47-80。惟本文相關條文說明並非採其見解，特此說明。

<sup>67</sup> Vgl. Simon Pfefferle, Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrecht, 2013, S. 128; Jos Mehrings, Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts, 2010, S. 79; 楊淑文，同註 43 前揭文，頁 176。

<sup>68</sup> 楊淑文，同註 43 前揭文，頁 177。

## （二）對於定型化契約之內容控制

德國民法第 307 條第 1 項第 1 句規定，定型化契約條款違反誠實信用原則而對相對人顯失公平（**unangemessene Benachteiligung**）者，無效（**Unwirksamkeit**）；同條第 2 項則規定以下之具體情況，亦即有疑義（**im Zweifel**）時，應該認為屬於顯失公平。首先，定型化契約條款與其源自之法律規定之重要基本思想有所偏離或不一致者，於有疑義時，將被認定為顯失公平；又定型化契約條款就自契約本質所導出之重要權利或義務有所限制，導致危害契約目的之達成之疑慮時，亦認定為顯失公平。

依據德國民法第 309 條規定，定型化契約條款中若包含該條所列舉之 13 種情形之一者，即屬無效。該 13 種情形包括(1)短期之價格提高（**Kurzfristige Preiserhöhungen**）、(2)同時履行抗辯權（**Leistungsverweigerungsrechte**）、(3)抵銷禁止（**Aufrechnungsverbot**）、(4)催告或期限之訂定（**Mahnung, Fristsetzung**）、(5)損害賠償請求總額之預定（**Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen**）、(6)違約金（**Vertragsstrafe**）、(7)生命、身體、健康受侵害時及重大過失責任之排除（**Haftungsausschluss bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden**）、(8)其他義務違反責任之排除（**Sonstige Haftungsausschlüsse bei Pflichtverletzung**）、(9)繼續性債之關係存續期間（**Laufzeit bei Dauerschuldverhältnissen**）、(10)契約當事人之變更（**Wechsel des Vertragspartners**）、(11)締約代理人之責任（**Haftung des Abschlussvertreters**）、(12)證明負擔（**Beweislast**）、(13)通知及表示之形式（**Form von Anzeigen und Erklärungen**）。該條並以「無評價可能性之禁止條款」（**Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit**）作為該條之條文名稱。就其所述，係在表示，所列舉之事項縱使可以為偏離法律規定之約定，惟以定型化契約條款為之者，仍屬無效，而不待相關之認定或判斷。

介於以上二種情形之間的是德國民法第 308 條，該條規定以下列舉之 8 種情形是否適當，尚須法院進行判斷，以決定該條款是否應該被禁止<sup>69</sup>。該條並以「具評價可能性之禁止條款」（**Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit**）作為該條之條文名稱。亦即，該條列舉(1)承諾期限及給付期限（**Annahme- und Leistungsfrist**）、(2)補正期限（**Nachfrist**）、(3)解除權之保留（**Rücktrittsvorbehalt**）、(4)變更之保

<sup>69</sup> Vgl. Jos Mehrings, a.a.O. (Fn. 67), 2010, S. 72.

留（Änderungsvorbehalt）、(5)擬制之意思表示（Fingierte Erklärungen）、(6)（意思表示）達到之擬制（Fiktion des Zugangs）、(7)契約之清算（Abwicklung von Verträgen）、(8)無權處分所為之給付（Nichtverfügbarkeit der Leistung）等 8 種情形，必須由法院就該私法關係評價是否應給予無效法律效果之判斷。

### （三）對於定型化契約之透明化要求

德國民法第 307 條第 1 項第 2 句規定，定型化契約條款之約定若屬不清楚及無法理解者，亦會產生顯失公平之情形。其將形式上的不透明（不清楚或難以理解）與實質上的顯失公平予以連結<sup>70</sup>，以維護契約相對人的市場機會（Marktchancen）及權利保護（Rechtswahrung），因此，透明化控制是一獨立的檢驗程序，條款不透明者即屬當然（per se）無效，而不必再檢驗內容是否顯失公平<sup>71</sup>。惟學理上一般亦將此項規定認定係屬就定型化契約之內容控制之明文<sup>72</sup>。

## 三、我國法與德國法對於定型化契約條款之對照觀察

### （一）以法律或法規命令規制私法上權利義務關係之觀察

藉由對於德國民法之簡要說明可以確定的是，德國法就本文所涉問題之處理並非以法規命令方式加以建構其制度內涵，而係以法律之形式加以規定。該作法依本文觀點，至少具有以下優點：

#### 1. 直接以法律加以規定，不涉及授權明確性原則之問題。

蓋立法權作為規制當事人法律關係之國家權力，既無須解釋其授權予行政機關之授權目的、內容及範圍，則其在制度設計之初即應成為優先之選項。如此，亦可貫徹直接民主之要求。

#### 2. 直接以民事法律加以規定，不涉及承載其他行政目的及其衍生之問題。

誠如本文先前所述，本記載事項在部分規定採取了對於消費者係屬不利於之設計，就該規定之修正說明以觀，係在追求各該行政目的之遂行，惟該行政目的

<sup>70</sup> Vgl. Jos Mehrings, a.a.O. (Fn. 67), 2010, S. 72 ff.

<sup>71</sup> 謝哲勝主持，同註 33 前揭文，頁 59-60。

<sup>72</sup> Vgl. Hartmut Oetker, Handelsrecht, 2010, S. 198.

本身應與消保法之規範意旨無涉，而係涉及各該行政機關主管法規所欲達成之政策目的。然而，消費者保護規範（verbraucherschützenden Vorschriften）最高的總則性目標係消費者利益的維護議題，在所有領域均被妥適地考量，且其需求被最佳化地滿足<sup>73</sup>。因此，作為民事法律之消保法，其規範目的應與行政法規所欲追求之政策目的並非同一。如是，在民事法律體系中，以民法作為當事人法律關係之規制，而未就行政目的之達成加以設定相關條款制約，應係值得參採之規範模式。

然而，必須說明的是，制度的設計應該不太可能僅存在有益無弊的結果。因此，德國模式的缺點應該在於，針對授權明確性原則部分，上開設計可能未必可以針對各該交易情形，依其個別交易類型設計相當之規範內容。惟本文以為，此一問題應與相關制度內涵之抽象化是否成功有關；甚且，其亦與立法者就契約自由的規制強度預計達成何種程度有所關聯。

然而，必須說明的是，此一部分之規制強度縱然較高，其較為適宜之處理方式應該在其他行政法規進行規範始為適切，否則即有使得民法相關規定發生承載過重以及立法技術上不甚合理之結果。蓋本文以為，實體規範內容置放於何法令規範之中，就適用該法令規範之解釋具有重要意義。質言之，民法之基本原則即便在今日已經有所變動，而由所有權絕對調整為所有權相對化、契約自由變更為契約自由的相對化、過失責任主義演進至無過失責任主義等。惟其具有百年來之歷史背景作為理解上開變更之底蘊，相對的，行政目的之追求在日新月異的社會發展之下，可以透過法規命令方式，由立法者授權行政機關進行符合時宜且功能最適的決定。因此，在不同的法律體系下，所具有的解釋與審查基準未必相同。

<sup>73</sup> Vgl. Eike von Hippel, a.a.O. (Fn. 28), S. 21; Claudia Arlt, Verbraucherschutz im reformierten Kaufrecht, 2010, S. 46. 然而，就問題之思考可能必須更加細緻化，質言之，消保法即便係為消費者權益而制定之法律，惟其既然係在設定或調整相關權利人之權利義務關係，則勢必就他人之權益造成影響，最顯而易見的就是企業經營者的部分，因此，德國文獻即有認為，此處縱使將「消費者保護」（Verbraucherschutz）認定屬於「一般債法之內在原則」（allgemeines schuldrechtsimmanentes Prinzip），惟相對地亦有「契約自由原則」係屬同一位階而應予注意，vgl. Herbert Roth in: Egon Lorenz (Hrsg.), VersR 47, Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz-Entwicklungen und Grenzen, S. 45. 對此，有以「契約自由」與「契約正義」（Vertragsgerechtigkeit）形容就契約自由原則是否應加以規制之現象，vgl. Matthias Wendland, a.a.O. (Fn. 1), S. 3 ff; 亦有以「企業經營者自由」（Unternehmerfreiheit）與「消費者保護」之相對概念稱呼其間之關係，而認為以客觀標準確定其彼此間權利義務之調整核屬重要事項，vgl. Gerhard Wiebe, Unternehmerfreiheit versus Verbraucherschutz?: [https://www.verbraucherforschung.nrw/sites/default/files/2017-12/NFP-2017\\_DI\\_Poster\\_Wiebe.pdf](https://www.verbraucherforschung.nrw/sites/default/files/2017-12/NFP-2017_DI_Poster_Wiebe.pdf)

而此對於法律釋義學及法律違憲審查之操作亦具有重要意義。從而，以消保法等民事法律就定型化契約條款內容直接進行規範，亦即採取德國模式，毋寧是較為符合法律制度各自有別之實然結果。至於採取此一作法之負面影響，可能僅在於，將相關規範內容抽象化之工作較為困難而已，惟此一部分應該係學者專家可以提供專業見解之場域。

## （二）對於定型化契約條款控制方式之思考

德國學理上亦有提出若干對於定型化契約之控制方式，其中有關行政控制部分係列為最後一項，且係將其作為消費者保護之工具<sup>74</sup>。因此，行政控制既然作為消費者保護之工具，則以我國之情形而論，自應馴服於消保法之規範體系。而在消保法作為民事法律之前提下，將其他行政目的設定於消保法之中，企圖藉由消保法之廣泛授權而取得合法化基礎即非妥適。從而，以德國對於定型化契約之運作情形對照我國消保法之規定，可以確定的是，德國法既以行政控制作為工具，而德國民法就行政目的亦未設有相關規定，則其自無要求民法必須承載其他行政目的之可能<sup>75</sup>。

此外，誠如學者所言，企業經營者於定型化契約記載經中央主管機關公告之應記載事項，法院對其內容的公平性雖仍得審查，不受行政機關判斷的限制。但因契約公平性的判斷，經常涉及複雜的危險分配問題，判斷上相當困難，而經行政監督的定型化契約，因具有公平性的外觀或假象，法院多不再挑戰其公平性，使行政機關的行政監督事實上排擠法院的司法規制。行政機關透過行政權決定私法契約關係，直接介入私法契約關係公平性的判斷，與自由經濟體制不合<sup>76</sup>。行政權如詳盡公告應記載事項，積極干涉契約的內容，企圖使契約定於一尊，更有

<sup>74</sup> Vgl. Eike von Hippel, a.a.O. (Fn. 28), S. 41.

<sup>75</sup> 依德國學者見解，消保法的規範目的原則上即係限制企業經營者相關行為自由之合法性依據，vgl. Gerhard Wiebe, Unternehmerfreiheit versus Verbraucherschutz?!: [https://www.verbraucherforschung.nrw/sites/default/files/2017-12/NFP-2017\\_DI\\_Poster\\_Wiebe.pdf](https://www.verbraucherforschung.nrw/sites/default/files/2017-12/NFP-2017_DI_Poster_Wiebe.pdf) 由此可以證立的是，依其觀點，消保法之規範目的既與行政目的有別，則後者自不應存在於消保法，而必須自行規範於行政法規之中始為適當。

<sup>76</sup> 至於就契約加以管制之原因，通常係因國家對於弱勢所為之特別保護，抑或對於強勢之一方當事人(如企業經營者)所為之法律上限制，詳請見陳聰富，〈社會問題與契約管制的界限〉，《月旦法學雜誌》，第134期，2006.7，頁92。因此，以此思考是否得以本記載事項而規定3日連假機票逾期作廢之退票限制，值得省思。

可能扼殺經濟發展的空間，使法律喪失應彈性與自由的空間<sup>77</sup>。值得注意的是，上開見解係由民法學者所提出，著實值得公法學界思考未加重視該議題之原因。

### （三）對於定型化契約條款之審查模式與個別觀察

誠如前述，我國對於定型化契約條款最終還是回歸由民事法院判斷其效力，而德國法就定型化契約條款基本上亦是以司法模式為主<sup>78</sup>，蓋其既將就定型化契約之規制明定於民法，則由法院對該契約之內容進行判斷應屬必然之結果。

此外，以我國消保法第17條規定與德國民法第305條以下規定相較，就若干與當事人權利義務關係重大部分，強行適用於當事人所訂定之契約，而不許當事人以任何方式作不利於他方約定，使立法者衡量雙方公平正義之後所為之規定，能有適用之機會，實有異曲同工之妙<sup>79</sup>。惟有援引學理見解而認為，依本規定所制訂之應記載或不得記載事項具有強制效力，影響私法自治甚鉅，為合理節制契約法上家父主義，該公告應慎重為之<sup>80</sup>。依本文理解，該學理見解應係認為，相較於德國民法，我國對於定型化契約之規制模式就私法自治之干預較為嚴重。惟本文以為，不論以法律或以法規命令就私法自治進行干預，就結果而論，均屬相同，其不同之處應該在於，兩種作法在法治國家具有不同意義。

就定型化契約條款之個別觀察，值得注意的是，德國法及歐盟法強調的透明化機制（Transparenzgebot），亦即定型化契約條款之規定倘係不清楚及無法理解者，亦會產生顯失公平之情形，則為我國法目前所未規定，而具有參考價值<sup>81</sup>。

再者，我國消保法就違反應記載或不得記載事項之定型化契約，其定型化契

<sup>77</sup> 陳自強，《契約之成立與生效》，臺北，元照出版有限公司，2014.2，3版1刷，頁209。學理上亦有認為，法院在審理這類爭議問題時，自宜留意權力分立分際與相互尊重，妥適的判斷拿捏，詳請見陳建文主持，〈私法關係行政規制之法制體例研究公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較〉，《行政院法規委員會委託研究計畫》，2009.11，頁4-13。

<sup>78</sup> 謝哲勝主持，同註33前揭文，頁64。

<sup>79</sup> 就此，本文以為，上開見解應係廣義觀點而得出之結果，蓋消保法就「定型化契約應記載或不得記載事項」係採授權行政機關自行訂定之方式為之，而非立法者自己之決定。因此，本文以為我國消保法就此部分核與德國債法仍然具有差異。

<sup>80</sup> 楊淑文，同註3前揭文，頁54。至其所稱學理見解部分，係指王澤鑑，《基本理論 債之發生》，頁108。

<sup>81</sup> 謝哲勝主持，同註33前揭文，頁64。

約條款無效，與德國債法第 309 條規定之效果相同<sup>82</sup>；亦有認為，兩國對於定型化契約之內容控制的規範基礎類似，且其法律適用方法具有共通之處，應得參酌法院進行內容控制之密度，惟其並援引「信用卡定型化契約應記載及不得記載事項」之規定表示，目前我國司法實務就定型化契約內容之控制相較於德國，其審查密度仍有不足，其認為原因在於欠缺明確的可操作標準，而其原因與我國向來對於司法實務並未形成經過萃取之判準以及法學資訊缺乏汲取、過濾、融合與運用等因素有關<sup>83</sup>。然而，後者見解似乎並未說明，我國「定型化契約應記載或不得記載事項」之規範模式與德國具有性質上的差異性，亦即，我國係採取法規命令之方式，由立法者授權行政機關訂定相關規範內容；反之，德國法則係以民法直接就該消費關係當事人之權利義務關係進行調整。

## 伍、結論與建議

私法自治始終還是支撐著現代民法的基礎<sup>84</sup>，而在契約自由仍然作為我國私法體系之原則的前提之下，不論是行政管制或司法管制之存在都應該是例外情形<sup>85</sup>，因此，管制法規即不得不設定明確的管制對象或政策管制目標，並且應該衡量管制的成本<sup>86</sup>。德國法上，亦有以補充性原則（Subsidiaritätsprinzip）<sup>87</sup>理解上開關係，亦即，只有在私法自治的機制失靈之際，法律規制才有存在的空間，因此，私法自治毋寧係補充性原則之具體展現<sup>88</sup>。

相較於上述說明，藉由司法院釋字第 576 號解釋等見解之闡釋亦可確定，雖然國家得以法律就契約自由加以限制，惟其必須符合比例原則等要求。又一般認

<sup>82</sup> 陳汝吟主持，同註 16 前揭文，頁 151。然而，就我國消保法與德國民法進行內容之比較，可以發現其規範密度仍有差異。

<sup>83</sup> 許政賢，〈定型化契約條款內容控制的問題導向論證〉，《東吳法律學報》，第 25 卷第 2 期，2013.10，頁 25、26。

<sup>84</sup> 蘇永欽，同註 41 前揭文，頁 5。

<sup>85</sup> 相同見解者，vgl. Herbert Roth in: Egon Lorenz(Hrsg.), a.a.O. (Fn. 73), S. 52.

<sup>86</sup> 謝哲勝，同註 32 前揭文，頁 26。

<sup>87</sup> 有關憲法對於國家與社會關係之規制原則，vgl. Josef Isensee, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2 Aufl., 2001, S. 45 ff.

<sup>88</sup> 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，2004.10，頁 199。

為，就契約自由進行干預之原因在於，由於契約當事人地位之不對等，進而使得國家具有調整其等權利義務關係之必要。

對於「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律性質雖然存在「一般處分」以及「法規命令」二種見解，惟一般認為應屬法規命令；又即便消保法第 17 條就「定型化契約應記載或不得記載事項」設有報請行政院核定之規定，因而對其具有相當程度之控制效果，惟此部分應該難以解免其廣泛授權行政機關，致使該規定與授權明確性原則未盡相符之結果。

有關消保法第 12 條與第 17 條規定即存在是否為重複之問題，由於消保法第 17 條授權訂定之定型化契約不得記載事項具有強行適用性質，因此，其二者間應該仍具有個別存在之意義；又就定型化契約違反「定型化契約應記載或不得記載事項」之法律效果，縱使在法律技術的操作上應該不致發生問題，然而，被授權而訂定之「定型化契約應記載或不得記載事項」卻承載了其他行政目的，亦即逸脫了消保法本身的法規範制定本旨；至於倘若應記載事項規定係對於消費者造成限制，而企業經營者反欲擬定就消費者較為有利於之定型化契約條款者，本文以為「定型化契約應記載或不得記載事項」難以被認定為絕對強行規定；另有關應記載事項未記載於定型化契約之效果，本文以為，此處應該採取折衷見解，而認為只有在中央主管機關公告應記載之事項係有利於消費者之情形，始生其雖未記載於定型化契約，惟仍使其構成契約內容之結果。

依本記載事項之應記載事項第 1 點第 2 項規定，倘欲訂定逾期作廢之退票限制者，必須將 3 日連假機票報經民航局同意後始得為之，惟相關票務在實務上並未見有該等相關資訊之載明；又仔細觀察我國國內線旅客航空運送實務而論，3 日連假機票事實上不僅具有逾期作廢之退票限制規定，有關訂位部分亦受有限制，惟相關限制之依據尚有未明；又依本記載事項上開規定，倘消費者逾期未使用該運送服務而未及辦理退票，實質上即產生沒收之效果。試以比例原則判斷，由於上述 3 日連假機票逾期作廢之退票限制有助於政策目的之達成，故即難認定違反適當性原則。在必要性原則，既然現行制度已有候補機制，則應無浪費有限航空資源之問題，即便認定扣取相關金額作為避免訂位人刻意不搭機之有效因應措施，惟實質沒收而不允許訂位人在搭機時間經過後辦理退票事宜，實已對於訂位人構成取消該消費行為，卻又要求訂位人付費之效果，甚且，作為企業經營者之航空公司除可幾近毫無成本地賺取該金額外，由於 3 日連假機票在市場上炙手可

熱，復因候補機制之操作，航空公司通常可將原本取消搭乘之機位再行順利出售，因而獲得雙重利益。職是，即應認定上開規定違反比例原則；再者，本記載事項上開規定雖明文得就 3 日連假機票訂定逾期作廢之退票限制，惟就我國航空客運之實務情形而論，其通常均將管制期間自動提前及延長，實已逾越本記載事項文義解釋可能之範圍甚明。

德國對於定型化契約之問題原本係以「一般交易條款規制法」加以規範，2002 年後，原相關規定之實體內容則改由民法第 305 條以下加以規範。藉由就德國民法之簡要說明可以確定的是，德國法對於本文所涉問題之處理並非以法規命令方式加以建構其制度內涵，而係以法律之形式加以規定。依本文觀點，該作法至少具有直接以法律加以規定，不涉及授權明確性原則之問題以及不須承載其他行政目的及其衍生問題之優點；德國學理上亦有提出若干就定型化契約之控制方式，其中有關行政控制部分係列為最後一項，且係將其作為消費者保護之工具。因此，行政控制既然作為消費者保護之工具，則在我國自應馴服於消保法之規範體系。而在消保法作為民事法律之前提下，將其他行政目的設定於消保法之中，企圖藉由消保法之廣泛授權而取得合法化基礎即非妥適<sup>89</sup>。

---

<sup>89</sup> 附帶說明，本記載事項第 9 點業由交通部於 2019 年 9 月 26 日提出修正草案：「航空公司應依民用航空運輸業管理規則第三十五條之五第一項第五款規定揭露勞資爭議進程及消費者權益保護措施。」其修正理由：「為保障消費者權益，減少勞資爭議對消費者權益之影響，爰新增第四項明定航空公司應依規定揭露勞資爭議處理進程及消費者權益保護措施。」惟尚未變更本文著重之 3 日連續機票規定部分，是未再予詳述，特此敘明。

## 參考文獻

### 中文文獻

#### 專書：

- 吳庚，《行政法之理論與實用》，臺北，三民書局股份有限公司，2015.2，增訂 13 版 1 刷。
- 吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，臺北，著者自版，2015.9，增訂 3 版。
- 吳瑾瑜，〈消費者定型化契約在台灣之管制現況〉，收錄於《民事法與消費者保護》，臺北，元照出版有限公司，2011.5，初版 1 刷，頁 19-33。
- 許宗力，〈比例原則之操作試論〉，收錄於氏著之《法與國家權力(二)》，臺北，元照出版有限公司，2007.1，初版 1 刷，頁 119-140。
- 許宗力，〈比例原則與法規違憲審查〉，收錄於氏著之《法與國家權力(二)》，臺北，元照出版有限公司，2007.1，初版 1 刷，頁 75-94。
- 許宗力，〈行政命令授權明確性問題之研究〉收錄於氏著之《法與國家權力》，臺北，月旦出版社股份有限公司，1995.10，2 版 2 刷，頁 215-268。
- 許宗力，〈憲法與政治〉，收錄於氏著之《憲法與法治國行政》，臺北，元照出版有限公司，2007.1，2 版 1 刷，頁 1-52。
- 陳自強，《契約之成立與生效》，臺北，元照出版有限公司，2014.2，3 版 1 刷。
- 陳敏，《行政法總論》，臺北，著者自版，2007.10，5 版。
- 湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想〉，收錄於廖福特主編之《憲法解釋之理論與實務(第六輯)(下冊)》，臺北，中央研究院法律學研究所籌備處，2009.6，頁 581-660。
- 黃舒芃，《行政命令》，臺北，三民書局股份有限公司，2011.3，初版 1 刷。
- 蘇永欽，〈私法自治中的國家強制〉，收錄於氏著之《走入新世紀的私法自治》，臺北，元照出版有限公司，2002.5，初版 1 刷，頁 5-58。

### 翻譯著作：

Bernhard Schlink 著，張文郁譯，〈比例原則〉，收錄於蘇永欽等譯，《憲法法院五十週年紀念論文集下冊》，臺北，聯經出版事業股份有限公司，2010.10，初版，頁 479-499。

吳綺雲譯，〈關於「法律限制同時攻讀第二個學位之授權明確性要求」之裁定 BVerfGE 45, 393-400〉，收錄於《德國聯邦憲法法院裁判選輯(七)》，臺北，司法院，1997.6，頁 230-241。

游進發譯，〈德國民法中之一般交易條款規定(摘錄)〉，收錄於《外國消費者保護法》，第 24 輯，臺北，行政院消費者保護處編印，2018.12，頁 47-80。

### 期刊雜誌：

尤重道，〈定型化契約之概念與法律效果暨實務見解分析〉，《消費者保護研究》，第 17 輯，2011.12，頁 153-198。

呂惠珍，〈104 年新修正消費者保護法分析〉，《消費者保護研究》，第 20 輯，2016.3，頁 147-166。

胡博硯，張祐齊，〈論消費者保護法的行政監督與基本權保障〉，《國會季刊》，第 19 輯，2016.1，頁 47-72。

胡華泰，〈消費定型化契約條款之行政規制〉，《消費者保護研究》，第 17 輯，2011.12，頁 97-152。

張嘉麟，〈行政機關對定型化契約內容管制之探討—以定型化契約應記載或不得記載事項為中心〉，《消費者保護研究》，第 20 輯，2016.3，頁 109-146。

許宗力，〈基本權的保障與限制(下)〉，《月旦法學教室》，第 14 期，2003.12，頁 50-60。

許政賢，〈定型化契約條款內容控制的問題導向論證〉，《東吳法律學報》，第 25 卷第 2 期，2013.10，頁 51-86。

陳聰富，〈社會問題與契約管制的界限〉，《月旦法學雜誌》，第 134 期，2006.7，頁 82-93。

陳聰富，〈契約自由與定型化契約的管制〉，《月旦法學雜誌》，第 91 期，2002.12，頁 51-62。

曾品傑，〈臺灣不動產消費者之權益保護〉，《月旦法學雜誌》，第 214 期，2013.3，

頁 27-45。

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，2004.10，頁 195-228。

黃明陽，〈消保法定型化契約之行政規制實務－以消保法契約範本及契約公告為中心〉，《消費者保護研究》，第 19 輯，2015.12，頁 167-206。

黃舒芃，〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分－德國功能法論述取向(funktionell-rechtlicher Ansatz)之問題與解套〉，《政大法學評論》，第 91 期，2006.6，頁 99-144。

楊淑文，〈定型化契約之管制與契約自由－德國與我國法制發展之比較分析〉，《政大法學評論》，第 132 期，2013.4，頁 163-213。

廖義男，〈消費者保護法之行政監督〉，《消費者保護研究》，第 2 輯，1996.1，頁 21-44。

蔡宗珍，〈消費者保護或父權宰制？－從台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決談起〉，《台灣法學雜誌》，第 239 期，2014.1.1，頁 19-47。

蕭文生，〈行政機關公告行為之法律性質〉，《月旦法學教室》，第 40 期，2006.2，頁 22-23。

戴志傑，〈定型化契約之相關法令問題研究－以我國消費者保護法為中心〉，《消費者保護研究》，第 8 輯，2003.3，頁 1-36。

謝哲勝，〈契約自治與管制〉，《月旦法學雜誌》，第 125 期，2005.9，頁 23-30。

### 研究報告：

陳汝吟主持，〈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〉，《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》，2011.11。

謝哲勝主持，〈「民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討－以交易地位的不對等及消費者保護的發展趨勢」〉研究成果報告書，《法務部 100 年委託研究案》，2011.12.9。

陳建文主持，〈私法關係行政規制之法制體例研究 公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較〉，《行政院法規委員會委託研究計畫》，2009.11。

黃茂榮主持，《行政機關介入私權爭議之研究》，行政院研究發展考核委員會編印，2000.5。

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》，2005.3.16。

江嘉琪，〈定型化行政契約之研究研究成果報告(精簡版)〉，《行政院國家科學委員會專題研究計畫》，2009.10.30。

### 學位論文：

林蕙玲，〈預售屋買賣定型化契約之法制分析—以應記載及不得記載事項為中心〉，《國立臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文》，2008.6。

崔積耀，〈定型化契約之理論與實務〉，《國立中正大學法律學系碩士論文》，2014.1。

黃浩綱，〈汽車買賣定型化契約條款之研究〉，《國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文》，2011.1。

楊欣玲，〈定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性—從預售屋買賣之實務判決觀察〉，《國立中正大學法律學研究所碩士論文》，2013.6。

蔡江泉，〈定型化契約條款之行政規制—以汽車買賣為中心〉，《國立中正大學法律學系碩士論文》，2003。

蔡進裕，〈論行政調查之合法性界限—以消費者保護法為中心〉，《國立中正大學法律學系碩士論文》，2016.8。

蘇彥圖，〈立法者的形成餘地與違憲審查—審查密度理論的解析與檢討〉，《國立臺灣大學法律學研究所碩士論文》，1998.6。

### 網際網路資訊

《行政院消費者保護處簡介》：<https://cpc.ey.gov.tw/File/222ACA64EFD4B4D9?A=C>  
交通部 103 年 4 月 10 日交航(一)字第 10381000611 號公告：  
<http://motclaw.motc.gov.tw/wfrmDownload.aspx?ID=7103&type=Law>

Current lists of parties to multilateral air law treaties:

<https://www.icao.int/secretariat/legal/Lists/Current%20lists%20of%20parties/AllItems.aspx>

## 德文文獻

- Arlt, Claudia, Verbraucherschutz im reformierten Kaufrecht, 2010.
- Belling, Detlev W./ Akad, Antje Herold/ Kneis, Marek, Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21. Jahrhundert, 2014, S. 53-112.
- Hager, Johannes, Grundrechte im Privatrecht, JZ, 8/1994, S. 373-383.
- Hippel, Eike von, Verbraucherschutz, 3. Aufl., 1986.
- Isensee, Josef, in: Isensee/ Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts: Band XII: Normativität und Schutz der Verfassung, 3 Aufl., 2014.
- Isensee, Josef, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 2 Aufl., 2001.
- Jachmann, Monika / Drüen, Klaus-Dieter, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2009.
- Jestaedt, Matthias, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999.
- Kirchhof, Paul, Die Gleichheit vor Steuergesetz– Maßstab und Missverständnisse, StuW 1/2017.
- Lorenz, Egon (Hrsg.), VersR 47, Karlsruher Forum 2011: Verbraucherschutz-Entwicklungen und Grenzen.
- Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011.
- Payandeh, Mehrdad, Judikative Rechtserzeugung, 2017.
- Mehring, Jos, Grundzüge des Wirtschaftsprivatrechts, 2010.
- Meller-Hannich, Caroline, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: private Freiheit und staatliche Ordnung, 2005.
- Oetker, Hartmut, Handelsrecht, 2010.
- Petersen, Niels, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015.
- Pfefferle, Simon, Die Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf Verträge auf dem Gebiet des Gesellschaftsrecht, 2013.
- Wendland, Matthias, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit, 2019.
- Wiebe, Gerhard, Unternehmerfreiheit versus Verbraucherschutz?:  
[https://www.verbraucherforschung.nrw/sites/default/files/2017-12/NFP-2017\\_DI\\_Poster](https://www.verbraucherforschung.nrw/sites/default/files/2017-12/NFP-2017_DI_Poster)

Wiebe.pdf

[https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Organisationsplan/AufbauOrgBroschuere\\_DE\\_20160615.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=7](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Ministerium/Organisationsplan/AufbauOrgBroschuere_DE_20160615.pdf?__blob=publicationFile&v=7)

[https://www.bvl.bund.de/DE/07\\_DasBundesamt/02\\_Aufgaben/01\\_Aufgabenspektrum/dasBundesamt\\_aufgabenspektrum\\_node.html](https://www.bvl.bund.de/DE/07_DasBundesamt/02_Aufgaben/01_Aufgabenspektrum/dasBundesamt_aufgabenspektrum_node.html)

[https://www.bmjv.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Verbraucherpolitik/Verbraucherpolitik\\_node.html](https://www.bmjv.de/DE/Ministerium/Abteilungen/Verbraucherpolitik/Verbraucherpolitik_node.html)



《消費者保護研究》  
第 24 輯，頁 229-264

## 從我國法院簡易判決論訪問交易之消費者保護

謝偉雯\*

### 摘要

「訪問交易」雖未像「通訊交易」般受到社會大眾的高度關注，然它卻時時刻刻發生在你我身旁，例如出捷運站後，被拉去填問卷，之後又被推銷購買美容產品訊息，時有所聞。由於「訪問交易」之發生，肇生於業者先行創設一種突然情境，讓消費者走入其中，於其毫無心理準備與無同類商品／服務得以比較情形下，所促成之被動式匆促交易，且這種交易又常伴隨分期貸款問題，因此延伸出「交易資訊揭露是否完整」、「契約條款是否衡平」、「貸款關係依存性」等與消費者權益關係甚切之課題。消保法中雖已有第 2 條、第 18 條、第 19 條作為「訪問交易」之規範依據，然而，從我國近 3 年法院簡易判決之檢視與研析，及透過英國、美國、澳洲等國訪問交易制度之簡介與日本特定商取引法對於訪問交易之規範，建議一、判決中多次述及之「誘導邀約」概念，宜納入我國訪問交易定義範疇中。二、貸款分期衍生之契約三方關係之結，仍有待學說與實務之發展。三、對於訪問業者與消費者加強宣導，乃刻不容緩。至於外國法制中多有著墨之訪問

\* 作者現任行政院消費者保護處秘書；感謝匿名審查委員惠賜寶貴意見。

交易法令排除適用規定，恐將是未來我國訪問交易修法上之一大新挑戰。

**關鍵詞：**訪問交易、訪問買賣、消費者保護、冷卻期、特定商取引法。

## 壹、前言

不論是早期在住家中遇到「到宅按鈴」之白米推銷，到今日於搜尋網站鍵入「捷運站 美容 推銷」、「校園 推銷」等關鍵字，跳出一連串的「於捷運場站出口被拉住利用協助填問券之名，行推銷美容課程／保養品之實」、「趁九月開學之際，於大專院校之課間闖入教室，或於校園附近，以協助問券填寫方式，向多數未滿 20 歲之大一新生強力推銷自我成長課程、書籍<sup>1</sup>」訊息，或是透過電話、簡訊方式，誘使消費者到展覽會場、說明會後，再強力洗腦推銷商品／服務等新聞，都是趁消費者在無心理準備及無同類商品／服務比較情形下，完成交易，均屬消費者保護法（簡稱消保法）所稱之「訪問交易」。

訪問交易消費者通常於抽離情境場域後，始驚覺自己似乎進行了一筆不需要，或無法負擔費用之交易。此時，如果交易價金尚屬輕微，或許部分消費者就自認倒楣，但如果該筆價金款項不小，甚至需要分期繳納者，消費者是否得以反悔解約，又如得以解約時，該筆分期繳納費用是否得以終止，無須繼續支付等等，法院判決又是如何看待呢，皆是本文所欲探究之議題。

同時，「訪問交易」在國外亦屬常見，不論是英國、美國、澳洲或與國人經貿往來、旅遊交流密切之日本，均有其制度規範，是否亦得作為我國訪問交易制度精進之參考與借鏡，亦屬本文所欲探究之處。

---

<sup>1</sup> 例如國立政治大學即於其「校園安全及災害防救處理中心」網站中，提醒學生「拒絕強迫推銷」，並說明該種交易，屬訪問買賣，依消保法第 19 條規定，同學對所收受之商品不願買受時，可以於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知業者解除買賣契約，且無須說明理由及無須負擔任何費用或價款。網址：  
<http://osa.nccu.edu.tw/CSRC/tw/%E5%80%8B%E4%BA%BA%E6%B3%A8%E6%84%8F%E4%BA%8B%E9%A0%85/%E6%8B%92%E7%B5%95%E5%BC%B7%E8%BF%AB%E6%8E%A8%E9%A%B7>，最後瀏覽日期：2019 年 9 月 2 日。

## 貳、我國訪問交易制度與判決之研析

### 一、訪問交易制度

#### (一) 立法沿革

「訪問交易」初稱之「訪問買賣」，其規範始於消保法 1994 年（民國 83 年）1 月 11 日制定公布時，於第 2 條第 9 款明定：「九、訪問買賣：指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，而發生之買賣行為」，並於同法第 19 條規定「消費者得行使 7 日無條件解約權」之法律效果。

消保法雖於 2003 年（民國 92 年）1 月間再次修正，惟對於「訪問交易」僅為款次之調整修正；又 2003 年（民國 94 年）1 月間之三修，無涉「訪問交易」之修正。

遲至 2015 年（民國 104 年）6 月間消保法四修時，對於「訪問交易」為更縝密之檢討，將原先之「訪問買賣」修正為「訪問交易」，重新定義為「十一、訪問交易：指企業經營者未經邀約而與消費者在其住居所、工作場所、公共場所或其他場所所訂立之契約」<sup>2</sup>，以符合實務所需。

本次修法同時為因應電子商務、網路購物漸已形成國人日常生活之一部分，且慮及業者與消費者雙方權益之衡平與參酌外國立法例下，同步進行消保法第 19 條「通訊交易」與「訪問交易」之消費者適用「7 日無條件退貨解約權」規定之檢討修正。修法結果對於「通訊交易」為法規鬆綁<sup>3</sup>，即通訊交易之標的（商品／服

<sup>2</sup> 修正理由為「其範圍較為狹隘，爰將服務併同納入定義規範。另參考歐盟指令「2011/83/EU」第二條第八款及日本「特定商事交易法」第二條第一項等外國立法例，其類似我國「訪問買賣」概念之名詞定義中，均包括商品及服務，爰修正名詞及定義。另在「工作場所」或「公共場所」從事推銷，均為我國實務所常見，爰參考德國民法第三百十二條第一項規定，於定義中增列「工作場所」及「公共場所」。並刪除「從事銷售」，以避免訪問交易僅限於買賣契約之誤解」。參立法院法律系統之「消費者保護法」法條沿革網站：<https://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm>，最後瀏覽日期：2019 年 9 月 2 日；參行政院消費者保護會之「104 年修正消保法專區」網站：<https://cpc.ey.gov.tw/Page/7CA76D6F2E691BC0>，最後瀏覽日期：2019 年 9 月 2 日。

<sup>3</sup> 修正理由包括：「增列第一項但書及第二項，通訊交易由行政院訂定合理例外情事不適用第一項規定，以平衡企業經營者和消費者權益」、「因商品或服務之性質特殊，考量業者及消費者之權益衡平，增訂得不適用 7 日猶豫期之合理例外情事規定，並授權由行政院定之」、「參考歐盟（「2011/83/EU」§16）、日本及韓國等等外國立法例，通訊交易多有排除無須附理由解除

務)如屬於消保法第 19 條第 1 項但書所稱之「合理例外情事」(即符合「通訊交易解除權合理例外情事適用準則」規定)者,消費者即無 7 日無條件解約權之適用;然而,在「訪問交易」仍維持「7 日無條件解約權」之要求。不難猜測由於「訪問交易」之交易標的,多屬教材、美容產品等繼續性契約類型,且消費者係處於趁人不備、無同類商品/服務得以比較、交易資訊明顯不足與可能居於不當行銷風險下之匆促交易。整體而言,與「通訊交易」之消費者尚得於交易前了解擬購商品/服務資訊(不論業者揭示完整與否)後,始進行交易,且從國人對於「訪問交易」之權益保障認知普遍低於「通訊交易」情形下,處於絕對弱勢地位之「訪問交易」消費者,其權益之保障應更趨完整周延。因此,即便外國立法例對於「訪問交易」亦有例外情事法令可循,但在現階段,堅守「7 日無條件解約權」之要求仍有其必要性。

## (二)「訪問交易」定義

「訪問交易」定義,不論是修法前後,其概念不外脫「消費者係處於非主動至企業經營者之營業處所,而係在毫無心理準備,且無同類商品/服務可供比較下,與企業經營者為交易」範疇,而立法者為衡平消費者在整個交易過程中,處於被強迫推銷,未必為自願性交易之權益保障,特提供消費者有 7 日契約解除權權利。因此,「未經消費者邀約,誘使消費者至公司接受訪談,並趁機推銷海外渡假村會員權利,在消費者無心理準備下發生之買賣行為」<sup>4</sup>、「判斷是否為訪問交易,除應檢視契約成立之處所、邀約之過程,尚應斟酌契約成立時,消費者有無同類商品之比較機會及是否無心理準備等因素決定之」<sup>5</sup>,均屬訪問交易範疇。

至於「消費者因企業經營者之廣告,主動至企業經營者之營業場所,所生之

---

權之規定」,參行政院消費者保護會之「104 年修正消保法專區」網站之「消保法修正對照表」、「修正條文 Q&A」:<https://cpc.ey.gov.tw/Page/6720E9AB42EB71D2> 及「通訊交易解除權合理例外情事適用準則」之「Q&A」:<https://cpc.ey.gov.tw/Page/1D52E592E7C79A99>,最後瀏覽日期:2019 年 11 月 14 日。

<sup>4</sup> 參行政院消費者保護委員會 85 年 12 月 5 日台 85 消保法字第 1488 號函,參行政院消費者保護會「行政函釋與法規諮詢意見」網址:<https://cpc.ey.gov.tw/Page/6A1E96411F78365C>,最後瀏覽日期:2019 年 9 月 2 日。

<sup>5</sup> 參行政院消費者保護委員會 88 年 6 月 15 日台 88 消保法字第 757 號函、92 年 10 月 14 日消保法字第 0920001296 號函,同註 4。

買賣行為」<sup>6</sup>、「消費者於書展展覽會購買圖書」<sup>7</sup>，「消費者於旅展、婚紗展或美食展等大型展覽所為之買賣行為，如消費者因企業經營者之邀約或廣告而主動至會場，而與前開定義（訪問交易）不符者，則無法依消保法第 19 條規定於收受商品後 7 日內解除契約」<sup>8</sup>，因認屬消費者主動至企業經營者之營業處所所為之交易，與「訪問交易」定義不符，原則上雖非屬訪問交易，然而，於實務判決上，似有不同見解，於下文中再予論述。

## 二、判決之研析

### （一）判決搜尋對象與初步分類

「訪問交易」判決之搜尋，除先界定交易主體應符合消保法第 2 條所稱「企業經營者」與「消費者」定義外，並考量「訪問買賣」文字雖已修正為「訪問交易」，惟「訪問買賣」詞彙，仍普遍應用於業界口語，故仍以「訪問買賣」文字，作為檢索之標準。

經於司法院法學資料庫中檢索 2016 年 1 月 1 日至 2019 年 4 月 15 日間所有簡易判決後，符合本文所需判決，共計 49 件。復經綜整後發現法院對於「訪問交易」之看法分歧，初步分類，可知

1. 價金支付方式，大致分為分期付款（實為貸款分期繳付）與刷卡二種。在分期付款部分，計有 33 件，佔總數有 2/3 強，其中之 31 件涉有資融貸款，提供者多為資融公司，且有 5 件並要求消費者簽發本票<sup>9</sup>，以保證其貸款債權。又於此 33 件中，判決消費者無須續予繳付價金者，計有 13 件，其餘 20 件判決仍認為消費者需續予繳納價金；至於刷卡繳付者，計有 9 件。
2. 以「審閱期間」與「誘導邀約」為由，判決消費者無須負擔契約責任者，計有 16 件，分別為 9 件與 7 件。
3. 而認為「消費者無法證明其簽約係處於被業者詐欺、脅迫或錯誤之情事」之判決，計有 12 件；認為「消費者未於 7 日內解約」之判決，則計有 14 件。

<sup>6</sup> 參行政院消費者保護委員會 88 年 9 月 17 日台 88 消保法字第 1167 號函，同註 4。

<sup>7</sup> 參行政院消費者保護委員會 92 年 2 月 13 日消保法字第 0920000190 號函，同註 4。

<sup>8</sup> 參前行政院消費者保護委員會 98 年 11 月 12 日消保法字第 0980010203 號函釋，同註 4。

<sup>9</sup> 倘簽發本票之發票人如未依限給付票載金額時，執票人得依票據法第 123 條規定，聲請法院裁定後強制執行，向本票發票人行使追索權。

同時，於這 49 件判決中，也不難看出

1. 交易主體，「消費者」為契約之一方，乃無庸置疑，然契約之另一方，會發現可能是「實施訪問交易之企業經營者」或「與訪問交易業者合作之資金提供者」不一。其中，在消費者方面，會發現部分法院判決因慮及消費者是「外籍配偶」或「限制行為能力人」，其對此類交易特性之認知理解能力遠較一般消費者為低之考量下，認為此時企業經營者更應負有「消費資訊應以更簡易清楚明瞭方式，充分揭露」及「了解限制行為能力人訂約之法效可能會被歸類為效力未定」之義務，否則即有雙方意思表示未已合致，契約未必成立，遑論生效之判斷。
2. 交易客體，以「教材課程（含語言、國中／小／高中學習等）」、「家具」、「婚紗攝影」、「美容體驗或產品」居多；標的之給付，一次性或繼續性給付均有之。
3. 交易地點，最典型為「到府推銷」，其次是「於展覽會場推銷」、「市場內或商店旁擺攤」、「便利商店」、「業者之營業場所」，連「在路上行走被推銷」的情形也有之。其中因「展覽會場推銷」涉及「訪問交易」定義中有關「企業經營者未經邀約」及「其他處所」構成要件之判斷與「誘導邀約」概念適用之可能性。倘法院承認「誘導邀約」亦屬「訪問交易」之範疇者，則只要是消費者因被業者誘導進入之場所所為之交易，不論「展覽會場」、「雙方合意之便利商店」，或即便是「業者之營業場所」，亦認屬「訪問交易」法令適用所及。
4. 交易金額與款項支付，交易金額因多非能當場一次支付之小額價金，甚至有高達近百萬，多數為數十萬元間。因此，消費者多採分期支付方式。然而消費者所認知之「分期支付」，究屬消保法第 21 條分期付款之概念，還是「假分期真貸款」之貸款概念，從判決中發現，多具有貸款性質。由於此種貸款分期，會產生三方關係，即除訪問交易之契約雙方當事人外，還附加一方貸款業者（多為融資公司）<sup>10</sup>，此時，倘消費者依消保法第 19 條、民法規定對業者主張解約或終止契約時，由於本交易中還伴隨貸款關係，消費者是否仍需向第三方資融公司繳付後續之貸款，抑或得以其對抗訪問交易之業者違約之事由，拒絕向第三方資融公司繳付剩餘之貸款（即所謂之抗辯權之延伸），從本次判決蒐集中發現，法院對此種情形的看法分歧，大致分有「明確表達得拒絕支付」<sup>11</sup>及「仍需

<sup>10</sup> 訪問交易業者不是早已將其收受價金之權利債權讓與第三方（資融公司）外，就是在訪問交易成立之際，已讓消費者簽署向第三方貸款之契約。

<sup>11</sup> 參臺灣苗栗地方法院 107 年度苗簡字第 698 號民事判決、臺灣臺中地方法院臺中簡易庭 107 年

支付貸款金額」<sup>12</sup>方式處理。相關論述，將於後文中介紹。

5. 法律適用，多數判決仍會先以消保法第2條定義、業者是否有踐行第18條交易前資訊揭露與第19條規定為斷。又因消費者所簽訂之契約，係屬消保法所稱之定型化契約，部分法院亦會從消保法第11條之1、第11條與第12條規定，觀察業者是否有提供合理審閱期間或定型化契約條款有無衡平誠信，並伴隨民法契約法對於違約定金之收取規定為斷。

## （二）判決之再檢視與研析

延續前述「交易主體」、「交易地點」、「交易款項支付」與「法律適用」之分類，再就此49件判決予以檢視與研析，大致落於「消保法所稱訪問交易定之調和」、「業者是否已為消費資訊之充分揭露」、「民法定金收取過當與否」、「如何因應分期付款爭議」與「契約當事人對於交易權益認知之再加強」之討論。

1. 從「交易主體對於交易之認知」來看「業者是否已為消費資訊之充分揭露」，進而強調「消費資訊應充分揭露」之重要性。

「業者是否已為消費資訊之充分揭露」可從業者行為之二面向著眼，其一為「合理審閱期間之提供」，其二為「踐行消保法第18條交易前告知義務」。

在49件判決中，有9件判決強調「業者未提供合理審閱期間」，其中4件之消費者為外籍配偶（均為越南籍），判決理由<sup>13</sup>（略以）「查被告所擬之系爭契約及系爭分期契約分別為被告單方訂立，預定和不確定多數人訂立之契約，即為消保法上定型化契約，被告本應提供合理審閱期予原告以確保理解契約文字，惟查被告二人除未提供外，系爭契約及系爭分期契約條款字跡非常小，字體非常不顯眼，一般消費者皆難以辨識，何況原籍越南之原告。又……，是縱契約上原告簽名為真，要難認原告有理解及訂立契約之意思」、「原告雖提出分期付款購物申請暨契約書為證，但考量被告為越南籍之新住民，其華文之識字能力，是否足以閱讀及明瞭上開契約書及密密麻麻的小字契約文字，不無疑問」。

度中簡字第1717號判決、臺灣臺中地方法院臺中簡易庭107年度中小字第633號判決、臺灣嘉義地方法院嘉義簡易庭106年度嘉簡字第773號判決等。

<sup>12</sup> 參臺灣新北地方法院板橋簡易庭106年度板簡字第1416號判決等。

<sup>13</sup> 前者參臺灣苗栗地方法院106年苗簡字第573號判決；後者參臺灣花蓮地方法院花蓮簡易庭106年度玉小字第30號判決；另臺灣新竹地方法院竹北簡易庭106年度竹北小字第283號判決及臺灣臺中地方法院臺中簡易庭107年度中簡字第1717號判決，亦採類似見解。

法院之所以強調「提供合理審閱期間」之重要性，推測應是「訪問交易」事件中，消費者「係處於毫無心理準備與無同類商品／服務可供比較瞭解下，所進行之交易」，且其金額也多非消費者能一次性給付者，並簽有至少一份契約（如有分期者，還會有分期契約），而這些契約均屬定型化契約，業者本應依消保法第 4 條、第 5 條及第 11 條之 1 規定，將商品／服務資訊充分揭露予消費者，且應提供合理之審閱期間，讓消費者能充分了解清楚知悉該等交易資訊與契約條款後，始得進行契約之簽訂。

然而，從這 9 件判決中，不難發現業者提供之定型化契約，其條款用語多為法律用語、印刷字體及排列又緊密細小，實難期待消費者於簽約之際，能審閱全部契約內容，況訪問交易之契約做成，通常亦是在消費者歷經業者長時間強力推銷、催促之下所為者。是以，法院以「業者未提供消費者合理審閱期間」為由判決，無疑是再次強調與重視消費資訊應充分揭露之重要性。因為唯有在資訊充分揭露下，消費者始能確知其所擬交易之條件，才能為正確之消費行為。也唯有如此，業者始得要求消費者如日後反悔違約時，仍應負契約責任，不得為免責之主張。

此外，部分法院也意識到消保法 18 條特種交易資訊告知規定之重要性<sup>14</sup>，並適用同法第 19 條第 3 項規定，將原本 7 日之無條件解約權，延長至 4 個月，以維護消費者權益。一般而言，對於訪問交易之無條件解約權行使之討論，多著重於消保法第 19 條 7 日期間、通知及運費負擔議題上，常會忽略了消保法第 18 條之「前置交易前資訊揭露」及第 19 條之「解約後回復原狀規定」之重要性。藉由這樣的判決，或可喚起大眾對 7 日解約權之重新認識。

2. 從「交易地點」以觀「消保法所稱訪問交易定義之調和」，有擴張解釋「訪問交易」定義之必要性

「訪問交易」重於「企業經營者未經邀約」、「其他場所」之判斷。如傳統之「到府推銷」模式，因係「企業經營者未經邀約，到消費者住居所推銷」之交易者，完全符合「訪問交易」之定義，消費者自得依消保法第 18 條、第 19 條規定主張解約權。

<sup>14</sup> 參臺灣臺中地方法院臺中簡易庭 107 年度中簡字第 1717 號判決、臺灣臺中地方法院臺中簡易庭 107 年度中小字第 315 號判決。

然而，在部分交易，會發現其交易地點是在「展覽會」、「便利商店」或「業者之營業場所」，部分法院則以「惟現行實務上常見之『誘導邀約』情況，即企業經營者往往藉由展覽、贈送或其他活動方式，而取得與消費者接觸之機會，以各式說法誘發消費者與之締約之動機，使消費者『被動』同意前往企業經營者之營業所、辦公處所或其他場所，洽談締約事宜，並於該次洽談中即與企業經營者合意締約，消費者於此種『誘導邀約』下同樣具有欠缺事前準備與未及深思熟慮之情，故應認於此種情狀下締結之買賣契約，仍屬於消費者保護法所規範之『訪問交易』，契約當事人之權利義務仍應有該法相關規範之適用。至於前引法條所謂『在消費者之住居所或其他場所從事銷售』，為達保護消費者在無心理準備下與企業經營者訂立買賣契約之旨，此處之『其他場所』，解釋上凡消費者無法正常考慮締約機會之任何場所即屬之，而非以『限於須經消費者要約始能訪問進入之場所』為限，俾與立法旨意相符」為由<sup>15</sup>，認為仍符合「訪問交易」概念，進而肯認有消保法第18條、第19條適用之餘地。

有趣的是在承認此類交易屬於「訪問交易」之際，法院於法條適用上之認知，卻有不同之見解，部分法院認為「本諸平等原則，以及核諸前揭消費者保護法立法理由之說明，消費者保護法中之訪問買賣應為本件買賣契約類推適用的基礎」<sup>16</sup>；亦有法院認為「兩造間之系爭買賣契約應屬前開消費者保護法第2條第11款之訪問買賣甚明」<sup>17</sup>，亦即有「類推適用」與「直接適用」之說，惟無論如何，均為「訪問交易」涵攝所及。

### 3. 從「交易款項支付」論「民法定金收取過當與否」與「如何因應分期付款爭議」

#### (1) 「定金收取過當與否」，有助於減緩消費者解約責任之分擔

在3件展覽館交易判決中（1件為婚紗展，2件為家具展），法院雖認為非屬訪問交易，惟對於業者收取之定金，明確表示「有過高情事，過高部分應返還予消費者」。所持理由，於婚紗展案<sup>18</sup>中，法院以經濟部公告之婚紗

<sup>15</sup> 參臺灣臺北地方法院107年度北消簡字第20號簡易判決、臺灣臺中地方法院臺中簡易庭107年度中小字第315號判決、臺灣彰化地方法院員林簡易庭107年度員小字第321號判決、臺灣高雄地方法院高雄簡易庭106年度雄小字第2390號判決等。

<sup>16</sup> 參臺灣臺北地方法院107年度北消簡字第20號判決。

<sup>17</sup> 參臺灣臺中地方法院臺中簡易庭107年度中小字第315號判決。

<sup>18</sup> 參臺灣臺北地方法院臺北簡易庭107年度北消小字第53號判決。

攝影(禮服租售及拍照)契約範本第 12 條<sup>19</sup>規定,為定金收取之依據標準,逾越者,業者應就逾越部分依民法第 249 條規定返還予消費者,藉以衡平契約雙方之權益。

而在另 2 件家具展判決中,法院認為依民法第 249 條規定及參照最高法院 95 年度台上字第 2883 號判決意旨:「違約定金之交付,旨在強制契約之履行,供契約不履行損害賠償之擔保,性質上為最低損害賠償額之預定。是約定違約定金過高,與當事人所受損害顯不成比例時,應認當事人交付過高金額部分已非違約定金,而係價金之『一部先付』,交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金,以求公平」為斷<sup>20</sup>。

足徵,即便跳脫消保法與訪問交易之適用,回歸於契約衡平性之民法契約法則規定,避免契約當事人權益失衡,仍是法院所欲追求之目的之一。

## (2) 「分期付款爭議」之因應

在 49 件判決中,涉及「分期付款」議題者,計有 33 件,佔總數有 2/3 強,其中,31 件明確表示有融資貸款,且有 5 件並要求消費者應簽發本票,以擔保其債權。又於此 33 件中,法院認為消費者無須續付貸款之責者,計有 13 件,其餘 20 件則認消費者仍須就其所簽訂之貸款契約負履約之責。

在 13 件允許消費者無須續負貸款之責判決中,法院僅就其中 4 件有再為深入分析分期付款契約效力議題,其餘 9 件判決則以「未提供審閱期間」或「業者未踐行消保法第 18 條資訊告知義務」為由,認為因契約尚未成立或生效,故消費者無須負貸款之責。如此見解,看似在逃避分期付款法律性質之探討,實則認同法院之處理程序。蓋因契約成立生效與否,貴在「雙方意思表示是否合致」、「交易資訊是否充分揭露了解」與「契約條款是否衡平」三大主軸;也因如此,民法始有債編契約規定之要求,消保法始有審閱期間規定、重申資訊與契約條款衡平之重要性。因此,法院先從「消費者對於交易資訊接受理解與否」著手,確認契約是否有意思合致、成立與生效後,再

<sup>19</sup> 本契約範本業於 108 年 8 月 2 日經經濟部公告修正名稱為「婚紗攝影服務定型化契約範本」,定金條款規定於第 3 條服務報酬及押金之交付規定中,收定限制仍維持不得逾契約總金額 20%,參行 政 院 消 費 者 保 護 會 網 站 : <http://www.cy.gov.tw/Page/AABD2F12D8A6D561/1790b2e3-c49f-4aa3-bc77-15cbc396b285>,最後瀏覽日期:2019 年 9 月 2 日。

<sup>20</sup> 參臺灣高雄地方法院 106 年度雄簡字第 1909 號判決,臺灣臺北地方法院 105 年度北消簡字第 8 號判決。

為於涉有分期付款之三方契約中，消費者、企業經營者與貸款業者三方間之法律關係與責任分配應如何適用法律及其契約條款之衡平性。

其次，於這4件判決中，法院對於貸款分期的態度大致可分為：

- 一、消費者已依消保法第19條規定，於7日內解除契約，提供貸款業者（資融公司）則無從自訪問交易業者中受讓買賣價金債權<sup>21</sup>；
- 二、參酌最高法院52年台上字第1085號判例，認尚非得據此為反面解釋謂凡於債務人受通知後，所得對抗讓與人之事由皆不得以之對抗受讓人，則債權之讓與，因僅係變更債之主體，於債之同一性不生影響，且債務人對於債權之讓與不得拒絕，自不應因而使其受不利益<sup>22</sup>；
- 三、「經濟上同一性」理論之認同，即消費者基於原因關係（如購買契約）所得主張之抗辯，對於具經濟上同一性之消費借貸契約之貸與人，亦得行使及主張<sup>23</sup>。

<sup>21</sup> 參臺灣苗栗地方法院107年度苗簡字第698號民事簡易判決，理由（略以）：「系爭訂購單所示之關係人年代公司與被告間之分期付款訪問買賣，業經被告於鑑賞期內合法解除而自始無效。（五）關係人年代公司與被告間之分期付款買賣契約既經被告合法解除，則原告無從自關係人年代公司處受讓買賣價金債權，從而，原告依系爭訂購單、債權讓與之法律關係及民法第317條，請求被告給付分期買賣價金及其衍生之利息、違約金、存證信函費用等，均無理由。（六）至於系爭分期付款約定書，其上係蓋有關係人年代公司之統一發票章，並無原告之公司大小章，且證人李易嶺證稱被告在系爭分期付款約定書上簽名前沒有看該約定書下方約定事項欄所記載的內容，則無從認定被告就系爭分期付款約定書所載內容，已與原告達成何意思表示合致，是原告依系爭分期付款約定書，請求被告為本件給付，亦無理由」。

<sup>22</sup> 參臺中簡易庭107年中簡字第1717號民事判決，理由（略以）：「債務人於受通知時，所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人，民法第299條第1項定有明文。所謂得對抗之事由，不以狹義之抗辯權為限，而應廣泛包括，凡足以阻止或排斥債權之成立、存續或行使之事由在內，蓋債權之讓與，在債務人既不得拒絕，自不宜因債權讓與之結果，而使債務人陷於不利之地位（最高法院52年台上字第1085號判例參照）。又上開條項固規定債務人於受通知時所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。惟尚非得據此為反面解釋謂凡於債務人受通知後，所得對抗讓與人之事由皆不得以之對抗受讓人。蓋債權之讓與，僅變更債之主體，於債之同一性不生影響，且債務人對於債權之讓與不得拒絕，自不應因而使其受不利益。故如債權係基於雙務契約而發生者，於一方當事人將債權讓與後，有法定解除之原因發生，經他方當事人行使解除權時，因解除權之行使發生溯及效力，致契約自始歸於無效，受讓人之債權自歸於消滅。被告已合法解除系爭買賣契約，業如前述，則系爭買賣契約無效，原告受讓之價金債權歸於消滅，自不得請求被告給付系爭買賣價金」；臺灣臺中地方法院臺中簡易庭107年度中小字第633號判決，亦採類似見解。

<sup>23</sup> 參嘉義簡易庭（含朴子）106年嘉簡字第773號民事判決，理由（略以）：（四）按於分期付款買賣，如企業經營者為提升無力購買之消費者之慾望，並強化其對價金債權之受償，乃居間介紹金融機構，由企業經營者處可直接取得金融機構之申請貸款表格，或以金融機構之貸款條件、貸款金額為其廣告之內容者，其與金融機構就該交易於經濟上實存在一緊密關係，結合成一體進行營業活動，共同獲取利益。德國、日本及美國法院鑒於將經濟上處於一體關係之交易，以

而在前開「經濟上同一性」概念之判決中，也明確指出，應許消費者在受領各分期之無形給付後，得終止次期以後之訪問買賣契約，以兼顧消保法第 19 條第 1 項規定之立法意旨及業者之合理利益，始為公允<sup>24</sup>。

由於在訪問交易中，涉有分期付款者，如係以信用卡方式支付者，有信用卡業務機構管理辦法及信用卡定型化契約應記載及不得記載事項可資適用；如其交易之商品／服務屬遞延性商品／服務，且係向金融機構辦理分期付款者，則得依消費性無擔保貸款定型化契約應記載事項第 15 點有關「遞延（預付）型商品或服務無法提供時之消費性貸款處理機制聲明書」規定辦理；惟如提供貸款之業者為資融公司或類似型態之公司者，現階段雖有「於現行金融法規定特別規定加以全面性之保護，或研訂消費者信用專法」<sup>25</sup>、「延伸抗辯權在立法層次上應以定入消費者保護法為宜」<sup>26</sup> 不等之立法建議與前開法院判決理由外，尚無具體法律足資適用；另外，亦有建議可從「不妨藉由制定應記載不得記載事項之方法透過消費

---

契約書分離為買賣契約與消費借貸契約，並由貸與人自身主張因此而生對貸與人有利之效果，乃有違誠信原則。蓋允許將被分離之買方的立場置於較未被分離之狀態更為不利之立場，應為法所不允許，且消費者之價金業已支付但未能獲得服務，應認該二契約互有履行及效力上之牽連關係，消費者得以對抗企業經營者之事由對抗金融機構，始符誠信原則（參見楊淑文撰，消費者保護法關於定型化規定在實務上之適用與評析，收錄於氏著新型契約與消費者保護法，1999 年 5 月版，第 172-173 頁；陳洸岳撰，信用卡交易中之抗辯的接續，國科會 88 學年度專題研究報告），使消費者基於原因關係（如購買契約）所得主張之抗辯，對於具經濟上同一性之消費借貸契約之貸與人，亦得行使及主張。（五）友欣公司以提供優惠方案及貸款條件、金額為廣告內容，並經其業務人員之推銷、介紹、提供向原告申請辦理貸款之表格，友欣公司為刺激、提升消費者之慾望，並強化其對價金債權之受償，乃以系爭貸款條件、貸款金額為其廣告之內容，居間介紹原告為授信，且直接提供申請貸款表格予被告，並限定該貸款之用途，堪信原告與友欣公司間存在一緊密關係，於經濟上結合成一體進行營業活動，透過彼此之合作依存關係而共同獲取利益，於經濟上有其一體性，自無為維護交易安全而必須承認債務人之抗辯中斷之情形，且為消費者之被告支付價金但未能獲得服務之立場，應參考上述日本與德國之立法例作為法理，依債權關係之誠信原則，創設消費者之抗辯權，使二契約互有履行及效力上之牽連關係，消費者得以對抗企業經營者之事由對抗金融機構，始符誠信原則。

<sup>24</sup> 參前註，理由（略以）：若訪問買賣之交易標的為繼續性之無形給付，且各該期間之給付內容有所不同者，消費者在接受各期之無形給付前，無法實際瞭解各該期間交易標的，惟無形之服務一旦受領，又已終局取得無形給付之利益，與有形之商品得返還利益與企業經營者不同，是依消費者保護法第 19 條第 1 項規定之立法意旨，並兼顧企業經營者之合理利益，應許消費者在受領各分期之無形給付後，得終止次期以後之訪問買賣契約，較為公允。

<sup>25</sup> 參呂惠珍，訪問買賣爭議問題與實務發展，刊載於消費者保護研究第 16 輯，行政院編印，2010 年 10 月，頁 239-240。

<sup>26</sup> 參蔡心苑，從延伸抗辯權論消費者契約與消費者信用契約之牽連關係，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2011 年 6 月，頁 109。

者保護法第 17 條之規定，強制成為企業經營者與消費者間締約之內容」<sup>27</sup> 著手，尚不失為一暫時性因應措施。

#### 4. 從「法律適用」論及「契約當事人對於交易權益認知之再加強」

在 49 件判決中，有近半數判決係因法院認為「消費者無法舉證其簽約是基於被業者詐欺、脅迫所致」、「契約已載明得於 7 日內解約，但消費者未於 7 日內解約」等事由，似乎印證了「舉證之所在，敗訴之所在」之法諺，或許是因為當事人於訴訟程序中之攻擊防禦能力之不同所致。不過對於法院所持之前開理由以觀，仍不免衍生若干想法。

首先，所謂「消費者無法舉證其簽約是基於被業者詐欺、脅迫所致」，的確在訪問交易中，業者之行銷行為實難構成民法或刑法上所稱之「詐欺」與「脅迫」，不過業者的行為的確對消費者構成了強大的威脅，因此，在日本消費者契約法與特定商取引法（譯為特定商交易法，本文仍以「特定商取引法」稱之）發現此議題之嚴重性，遂進行修法，給予消費者有冷卻期（cooling off）解約權<sup>28</sup> 及逐客令發出權，讓這類介於受詐欺、脅迫與自願意思間之交易，有一緩和空間。

其次，在「契約已載明得於 7 日內解約，但消費者未於 7 日內解約」部分，即便契約已載明得於 7 日內解約，然倘業者於行銷之際，未將該等資訊依消保法第 18 條規定，清楚揭露予消費者，或未給予消費者合理審閱期間，讓消費者有時間進行契約之審閱，則消費者之契約意思表示上明顯有瑕疵可論，進而雙方意思表示或有尚未合致，契約尚未成立，遑論生效之可能性。

當然，倘業者確已遵守消保法、民法等相關法令之要求，消費者如逾 7 日後，始主張解除契約，或有其他違約情事者，消費者本應自負其責。

於此種種，皆可彰顯出不論是消費者或業者，對於訪問買賣、甚至消保法、民法之規範概念仍顯有認識不足或無遵法之意識，如何再予加強契約當事人對於交易之認知，儼然已是各主管機關未來在進行訪問交易教育宣導之重要課題。

<sup>27</sup> 參楊凱婷，論遞延性商品（服務）契約之相關法律問題，國立政治大學法律學系碩士論文，2017 年 7 月，頁 155。

<sup>28</sup> 參松久三四彦，遠山純弘，林誠司著，オリエンテーション民法，有斐閣，2018 年 12 月，頁 113。

### （三）對於判決結果之省思

#### 1. 增訂訪問交易舉證責任轉換之可行性

此 49 件判決個案事實雖有其差異性，仍不脫「訪問交易判斷與相關法律之適用」、「貸款分期所致三方契約之對抗性與否」等範疇。其中有近半數判決認為消費者應負「證明其簽約是基於被業者詐欺、脅迫所致」、「已知悉有 7 日解約權規定」舉證責任之見解，對照訪問交易是業者利用消費者在毫無心理準備，也無同類商品／服務得以比較下，所進行之交易，消費者完全是處於被動地位來看，如仍堅持要消費者負舉證之責，似有商榷餘地。建議得參考消保法第 7 條之 1 侵權行為與第 17 條之 1 定型化契約舉證責任轉換規定般，進行修法，將同法第 18 條、第 19 條訪問交易之舉證責任，由業者負之為妥。

#### 2. 「誘導邀約」宜納入訪問交易定義中

過往通念上多認只要是消費者自己跑到業者展場中，就認定不屬於訪問交易，不論係屬消費者自發行為，還是被業者誘導所致者，實務上也不難發現類似的糾紛案例層出不窮。在權衡此類交易雙方當事人權益下，10 餘年前，部分法院已開始傾向接受訪問交易中有「誘導邀約」概念存在之餘地<sup>29</sup>，尤其是在家具展等展場案例上，更是如此。很遺憾地，在 2015 年之消保法修法中，未能將之明文入法。

其實「誘導邀約」之訪問交易，在日本，亦已被認定屬於訪問交易類型之一<sup>30</sup>。既然「誘導邀約所為之交易，仍屬訪問交易範疇」之概念，漸已成熟，建議得納入下次消保法修法範圍；或者透過行政函釋，為定義之擴張解釋，亦不失為良策；如此，則前開前行政院消費者保護委員會之「如消費者因企業經營者之邀約而主動至旅展、婚紗展或美食展會場」函釋，容有修正調整空間。

#### 3. 宜應重視具有「貸款分期繳付」性質之三方契約下之權益衡平性

從前述判決分析上，很清楚地知悉訪問交易多伴隨貸款分期繳付型態，除非法院採取「貸款業者（資融公司）無從自訪問交易業者中受讓買賣價金債權」、「債

<sup>29</sup> 參呂惠珍，同註 25，頁 167-170。

<sup>30</sup> 參魏憶秀，關於新型消費問題之法律研究 以團購為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2016 年 1 月，頁 193-196。

務人對於債權之讓與不得拒絕，自不應因而使其受不利益」或「經濟上同一性」之法概念外，法院通常仍會基於「契約相對性」概念，採取消費者仍需負繳款之責判決。對於毫無心理準備，且又處於資訊截然不對等情境下的訪問交易消費者而言，無疑是一大傷害。

其實關於「經濟上同一性」之法概念，從早期的巔峰電信判決以來，已有若干判決採取類似看法<sup>31</sup>，即便未如前述「誘導邀約」般受大多數法院之青睞。惟若此法概念日後形成顯學時，由於實務多係貸款業者於訪問交易完成後，於一定期間內即將交易金額依約定一次交付予訪問交易業者，倘此時發生「訪問交易已於7日內無條件被解約」、「訪問交易屬繼續性給付，而業者無法繼續提供商品／服務」，或「消費者擬終止契約」時，應如何看待三方間之金流，或可分從二方面著手：

- (1) 如係消費者已於7日內解約者，此時因訪問交易之原因關係既已消滅，則關於貸款乙節，不論是基於債權讓與或借貸契約關係，亦應隨之消滅。訪問交易業者應依消保法第19條將價金返還予消費者。如貸款業者已將價金交付予訪問交易業者時，或可依民法第179條不當得利規定請求返還之。建議此時，貸款業者不妨待消費者之7日無條件解約權行使期間經過後，再將價款交付予訪問交易業者。如此，或可促使貸款業者要求訪問交易業者應遵守消保法第18條資訊告知義務，否則消費者之無條件解約權之行使期間，將從原本之7日，延長為4個月，反對貸款業者之貸款收取有不確定性風險，徒增困擾。
- (2) 如於具有繼續性（遞延性）性質之訪問交易中，業者發生無法繼續提供商品／服務（例如倒閉、破產），或消費者擬終止契約<sup>32</sup>時，消費者就訪問交易業者無法繼續提供商品／服務之日起，或消費者終止契約後，對於其尚未受領給付部分，自無須繼續負價金給付（繳付貸款）之責，亦即，因訪問交易之原因關係業已終止，其所牽連之債權讓與或貸款契約亦應隨之終止為宜。此時，如貸款業者已將價金交付予訪問交易業者時，或可依民法第179條不當得利規定請求返還之。

<sup>31</sup> 參李家駿，從債權讓與為中心論分期付款之請求權基礎及接續抗辯權，銘傳大學法律學系碩士論文，2018年6月，頁25-26。

<sup>32</sup> 於繼續性契約中，「契約終止權」本屬契約法上契約當事人權利項目之一，尚不得逕予剝奪之。

至於消費者對於其已受領之給付，仍應負貸款繳付之責，且如係因消費者所為之契約終止，致他方受有損害者，消費者仍應負損害賠償責任，自不待言，惟此與前述之貸款關係存續性，應分別獨立看待。

#### 4.如何導正訪問交易業者之不當行銷

很清楚地從這 49 件簡易判決中，不難看出消費者所爭執的最大主張就是「拿到契約時，還沒來得及看，就被要求簽約了」、「我不清楚／不知道有簽貸款契約」等等。從「誘導邀約」概念漸漸地被適用於展場案例，及「債務人對於債權之讓與不得拒絕，自不應因而使其受不利益」或「經濟上同一性」之法概念對「貸款分期繳納」之衝擊，或有助於導正業者之不當行銷行為。然從更積極的角度以觀，由於多數個案係購買教材為主，不妨由相關機關（例如中央機關之教育部、經濟部或行政院消保處，或各地方機關不等）對訪問交易業者加強資訊充分揭露與落實審閱期間遵守之宣導，並透過學校、社區向家長（尤其具有外籍配偶身分者）、學生施以教育宣導，因為「訪問交易不可怕，可怕的是沒好好告知」。

## 參、外國訪問交易法令之簡介－以日本法為主

### 一、概述

英國、美國、澳洲及紐西蘭等國，對於訪問交易均有相關規範。以下簡述之：

#### （一）英國<sup>33</sup>

英國沒有特定之訪問交易（即 Door to door sales）法令，而是透過 Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013 的要求以資規範業者之行為。依前開規則，英國訪問交易制度大致有：

1. 交易地點：應為消費者之住家、工作場所或其他私人住家。
2. 在交易前，業者應提供之資訊包括：「業者之名稱」、「契約條款」、「業者聯絡方式」、「商品／服務之種類、性質與價格」、「運送方式、時間與費用」、「解約權」、

<sup>33</sup> 參Door to door sales一文，載於<http://www.gov.uk/doorstep-selling-regulations>，最後瀏覽日期：2019年8月22日；外國消費者保護法第22輯，行政院消費者保護處編印，頁247-380。

「履約保證」等，且這些資訊應能讓消費者輕易地了解，且需以書面、或電子郵件等消費者得以儲存之模式提供。

3. 有關消費者解約權之行使，業者應於締約前即須告訴消費者有 14 日無條件解約權；業者如未告知者，消費者得於交易後 12 個月內，於知悉或經業者告知（告知後 14 日內要行使）內行使之。
4. 業者如未事先告知消費者有「解約費用」、「額外運送費用」或「額外之物品返還運送費用，例如超大物品之返還」等費用時，業者不得收取之。
5. 締約後，業者應「除非經消費者同意外，商品應於 30 日內寄達」、「除已與消費者協議外，服務應儘快提供」。
6. 然而仍有部分交易不適用訪問交易規範，例如「交易商品／服務之價金為英鎊 42 元（含以下）者」、「巴士、火車、飛機及其他旅客旅遊票券」、「金融服務，例如信用卡等」、「新造建築」、「常規性提供之飲食」、「博弈」、「套裝旅遊、分時度假或渡假村」、「維持消費者基本所需之契約」、「從自動販賣機購買之商品」等。

## （二）美國<sup>34</sup>

在美國之訪問交易，有 PART 429—RULE CONCERNING COOLING-OFF PERIOD FOR SALES MADE AT HOMES OR AT CERTAIN OTHER LOCATIONS 規範之適用<sup>35</sup>。依其規定，則

1. 交易地點：消費者之住所、工作場所、宿舍、業者臨時處所，例如旅館客房內、會場中心、市集或餐廳。
2. 進行交易時，業者應提供二份解約書與一份契約書或收據給消費者，供消費者留存與解約時之用。同時，亦須告訴消費者其無條件解約權之行使期間為締約後 3 天，星期六也算是 3 天內，但星期日或聯邦政府之國定假日，不算入 3 天

<sup>34</sup> 參美國FTC網站所載「Door-to-door sales and the FTC's Cooling-Off Rule」與「Buyer's Remorse: When the FTC's Cooling-Off Rule May Help」二文，網址分別為：<http://www.consumer.ftc.gov/blog/2015/08/door-door-sales-and-ftcs-cooling-rule>，<http://www.consumer.ftc.gov/articles/0176-buyers-remorse-when-ftcs-cooling-rule-may-help>，最後瀏覽日期：2019年8月22日。

<sup>35</sup> 詳細條文得上美國FTC (Federal Trade Commission) 網站：<http://www.ecfr.gov/cgi-bin/retrieveECFR?gp=1&SID=6ae79a215bd299fd401a63594e98ce70&ty=HTML&h=L&r=PART&n=16y1.0.1.4.51> 查詢，最後瀏覽日期：2019年8月22日；或參外國消保法第23輯，行政院消費者保護處編印，頁1-14。

期限中。

3. 然而，仍有部分交易不適用訪問交易規範，例如「低於美元 25 元之在家交易」、「低於美元 130 元之臨時場所交易」、「不動產租賃、保險或證券交易」、「完全以網路、電子郵件或電話進行交易者」、「於業者之常駐場所購買經常性使用之商品／服務」、「應付緊急狀況時之交易」、「應消費者要求到府維修交易」等。
4. 消費者行使 3 日無條件解約權後，業者應於 10 日內為「取消及返還消費者簽署之支票」、「返還所有已支付之價金，並告知仍留存於消費者端，尚未返還之商品」等；業者應於 20 日內「到消費者處取回商品」或「支付消費者返還商品之運費」。

### （三）澳洲<sup>36</sup>

澳洲訪問交易制度規範於 The Australian Consumer Law 中。其內容如下：

1. 交易地點：消費者之住所。
2. 消費者遇到業者到府訪問交易時，有權要求業者「如要求其離去時，業者應立即離去，且於 30 日內不得再至同一家消費者府中；不過，消費者對於這家業者下逐客令，其他提供類似商品／服務之業者，仍得到府推銷，不在 30 日限制內」、「業者不得在星期日或國定假日到府推銷，推銷時間應遵守：1、平常日為上午 9 時至下午 6 時，星期六為上午 9 時至下午 5 時，除非事先已經消費者同意者，不在此限」、「業者應出示證件及告知名稱、公司簡介及到府推銷之目的」、「業者應告知消費者有取消契約之權利」。
3. 消費者如決定要進行訪問交易時，有權要求業者提供之契約應包括下列資訊：「首頁應顯著載明消費者有權取消契約及取消之期限」、「使用之語言應讓消費者清楚易懂」、「契約條款應記載完整」、「價金等所有費用之總額（或可得計算之額）」、「業者之聯絡方式」、「取消契約之行使格式」等。
4. 假如消費者交易後，擬改變心意解約時，應於 10 日內行使無條件解約權，而業者在這 10 天內，如交易標的是商品者，倘其金額為澳幣 500 元以下者，業者仍得於期間內將商品送達至消費者處，如係逾澳幣 500 元者，不得提供予消費者；

<sup>36</sup> 參澳洲 ACCC (Australian competition and consumer Commission) 網站刊載之「Door to door sales - a guide for consumers」一文，網址：<http://www.accc.gov.au/publications/door-to-door-sales-a-guide-for-consumers>，最後瀏覽日期：2019 年 8 月 23 日。

交易標的如係服務者，原則上不得提供予消費者，惟如屬電器或瓦斯服務之提供，仍得為之。

5. 然而，仍有部分交易不適用訪問交易規範，例如「交易金額為澳幣 100 元（含）以下者」、「非消費性契約」、「更新舊契約」、「業者邀請並清楚地告知至銷售會場中將得進行交易之情形，即便到了會場中，發現只有 3 位與會者」<sup>37</sup>。
6. 消費者如不願有訪問交易業者來訪，建議可在門上貼有「Do Not Knock」標籤或其他類似方式之表示，以阻絕業者之到訪。
7. 無條件解約權原則上 10 日，惟如有下列情形時，將延長期間
  - (1) 延長 3 個月，例如遇有「在允許時間外之接觸」、「沒揭露到府推銷之目的」、「要求離去時，未離去」。
  - (2) 延長 6 個月，例如遇有「未告知無條件解約權」、「未給予契約影本」、「於 10 日無條件解約權期間內提供服務，或於該期間內提供逾澳幣 500 元以上之商品」。
8. 消費者如行使無條件解約權時，其相關之契約將隨之失效。
9. 消費者行使無條件解約權後，應返還商品給業者，或通知業者取回，如業者未於解約後 30 日內取回商品者，該商品所有權將歸屬於消費者；又消費者行使無條件解約權時，需負賠償責任，惟該等賠償責任不包括因正常使用下之價值損失，或因非消費者得控制情況下所發生之損害。
10. 業者如未遵守訪問交易契約要求者，將會面臨罰金或罰鍰處分。
11. 在澳洲法院判決中可見到業者係向原住民進行訪問交易，然法院認為系爭 8 位消費者係屬於對於教育與商業經驗較為缺乏之族群。而在該案中，業者又未提供消費者契約，且又知悉該等消費者屬於經濟弱勢者，且有文化上之差異與缺乏商業經驗。同時，又未告知消費者有溢付情形，且未將溢付款歸還給消費者。最後法院判決業者應給付澳幣 260,000 給 8 位消費者以為賠償，並禁止業者與弱勢族群進行交易及於其自動付款系統中有所限制<sup>38</sup>。

<sup>37</sup> 此時消費者雖不得主張無條件解約權，但如係因處於脅迫狀態、或有詐欺或廣告不實等情事者，仍受澳洲消保法令之保護。參前註。

<sup>38</sup> 此項判決意旨與我國前揭有關消費者為外籍配偶身分判決結果類似。

#### (四) 紐西蘭<sup>39</sup>

紐西蘭之訪問交易法令則規範於其 The Fair Trading Act 中。其內容略述如下：

1. 交易地點：消費者之住所地、工作場所。
2. 訪問交易之類型包括「逾紐幣 100 元之消費交易」、「在家或工作場所或經由電話完成之交易」、「業者未經邀約到訪之交易」、「業者經其他方式知悉消費者聯絡方式而到府推銷之交易」、「消費者回復未知來電後知交易」等。
3. 消費者無條件解約權行使期間為 5 個工作日。
4. 業者應提供契約，契約並應載明「商品／服務」、「契約雙方名稱」、「契約雙方連絡方式」、「消費者之解約權」、「價金與相關費用」。
5. 倘消費者行使 5 日工作日之無條件解約權時，仍應於 10 個工作日中負合理之保管責任，否則恐需負損害賠償責任。同時，讓業者於合理情間內取回商品。
6. 建議消費者以信用卡支付價金，因倘發生爭議時，尚可以經由信用卡爭議解決機制來返還價金。

## 二、日本訪問交易制度之簡介

日本訪問交易法令，規範於特定商取引法。

### (一) 特定商取引法簡介

日本特定商取引法前身名為訪問販賣等相關法律，顧名思義係就有別於一般買賣契約之特種買賣所為之規範。其規範類型包括訪問販賣、電話勸誘販賣、訪問購入、通信販賣、特定繼續之服務提供、連鎖販賣交易（即多層次傳銷）及業務提供誘引販賣交易等七種。依其性質可分為四大類，第一類為「不請自來勸誘行交易」，即訪問販賣、電話勸誘販賣、訪問購入；第二類為「消費者與企業經營者之隔地型交易」，通信販賣即屬之；第三類為「長期、高額負擔隨伴型服務交易」，有特定繼續之服務提供；第四類則為「利益收受誘引型交易」，包括連鎖販賣交易及業務提供誘引販賣交易。

<sup>39</sup> 參紐西蘭商業創新就業部（the Ministry of Business, Innovation & Employment）消費者保護網站所載「Door to door sales under the Fair Trading Act」一文，網址：<http://www.consumerprotection.govt.nz/assets/uploads/Door-to-Door-Sales-Leaflet.pdf>，最後瀏覽日期：2019 年 8 月 23 日。

為導正上述七大特種買賣交易行為，立法者從民事效力、行政規制與刑事罰三大面向著手。

首先，在民事效力上，因所締結之契約係消費者處於不正勸誘下所為者，遂從消費者意思表示之撤銷、契約之解除解決，並限制業者高額損害賠償請求權與得由適格消費者團體為禁令要求。

具體表現於 1、冷卻期解約權之提供，從締約日 8 日至 20 日不等（依特種交易之類型而定），2、過量販賣解除權，適用於訪問販賣與電話勸誘販賣類型上，亦即如消費者所購入之商品／服務已逾越其日常生活通常所需數量時，對於超過之數量享有契約解除權。其目的期能有效降低高齡消費者被不當行銷之風險。3、實行冷卻期解約權時，業者之損害賠償請求權之限制與於特定繼續服務提供交易中時，業者之損害賠償請求權之上限規定等。

在行政規制與刑事罰上，業者如有以下行為時，將面臨業務停止等行政處分，甚至科以刑事罰：1、業者基本資訊之揭示義務，例如：業者應明確揭示其公司名稱等資訊，或對於已表明拒絕交易者之禁止其繼續勸誘行為，2、不當勸誘之禁止，例如不實告知（虛偽說明）、重要事項（價格、支付條件等）之故意不告知，或禁止為威迫勸誘行為，及隱匿目的於非公眾得出入場所進行勸誘之禁止等。3、廣告規制，例如：於廣告中揭示重要事項之義務、禁止為虛偽誇大廣告。4、書面交付義務，應將重要事項記載於契約中，並交付之等。<sup>40</sup>

在這七種特種交易中，與我國訪問交易相近者，分別為訪問販賣、訪問購入與特定繼續之服務提供三種交易。由於訪問購入係指業者到府詢問有無可出賣之物，並進而交易，亦屬到府交易之類型，惟因此時購入者與出售者之關係，似屬 B2B 關係，與我國消費者保護法所稱 B2C 消費概念未盡相符，本文中暫不再予論述；其他二類特種交易，將於下文中為之各自介紹。

特定商取引法中之「訪問交易」概述<sup>41</sup>

#### 1. 交易地點：

(1) 營業所以外之場所，例如至消費者自宅之到府推銷。

<sup>40</sup> 參齊藤雅弘、池本誠司、石戸谷豊著，特定商取引法ハンドブック第六版，日本評論社，2019年3月出版，頁24-25。

<sup>41</sup> 參日本消費者廳對於特定商取引法之簡介，網址：<http://www.no-trouble.go.jp/what/doortodoorsales/>，最後瀏覽日期：2019年9月2日。

(2) 誘至營業處所推銷，例如以電話、SNS 或在路邊誘拉路人，並邀其同行等方式，誘使消費者至營業場所入內推銷。必須是被呼喚地點與前往之目的地間有相當距離者始算之。因此，如果是對在店鋪前、或在百貨公司、車站前等公車之民眾免費提供商品／服務者，不算是本類型之交易<sup>42</sup>。

2. 交易標的：含國民日常生活相關之商品／服務、公司債權、社員權等。
3. 交易前，業者應先報明公司名稱、交易目的及商品／服務種類，假如受訪問交易者不願接受或再接受訪問交易之續行時，業者應停止再勸誘行為，並離去。訪問交易有冷卻期之適用，即消費者在收到契約後起算 8 日內，如不願買受該商品／服務者，得以書面方式向業者解除契約。惟如業者有妨礙冷卻期行使之行為者，例如為不實之告知等，即便已過了原定之 8 日冷卻期，也不影響消費者行使解約權。
4. 交易前後，均要求業者應提供書面契約予消費者，且該書面契約中應載明「業已閱讀書面契約內容（應以紅體字明顯標示）」、「商品種類」、「商品價金」、「價金給付時間與方式」、「商品之交付時點」、「冷卻期解約權相關事項（應以紅體字明顯標示）」、「業者之名稱、事務所、電話等資料」等事項；係因締約前提供，可達交易前資訊充分揭露之目的，締約後之提供，有助於契約之履行。
5. 消費者行使冷卻期解約權後，業者不得向消費者主張損害賠償或違約金，業者應負擔消費者返還商品之費用，並儘速返還消費者已支付之價金，且倘該商品業經消費者使用者，業者也不得向其主張使用利益；同時，業者也不得有消費者不得行使冷卻期解約權條款之約定，否則該約定條款無效。
6. 又如業者有不實虛偽說明、讓消費者有壓迫感之銷售等行為時，例如明明只需要 3 台床下換氣扇，卻推銷要 10 台才夠（過量契約），或者利用高齡者判斷力不足或針對顧客之知識、經驗及財務狀況為不適當之推銷、或是長時間之推銷（不得於晚間 9 時起至隔日 8 時止之期間內為推銷），則業者將面臨罰金、業務停止命令或公告業者名稱等行政處分。
7. 又訪問交易業者所進行之商品販售量應以通常必要量來看待，如有逾越通念下之數量時，則屬過量契約範疇，消費者得於契約成立之日起 1 年內，就逾越部

<sup>42</sup> 參特定商取引法第 2 條規定及其釋義，載於日本消費者廳對於特定商取引法之法條解說，網址：<http://www.no-trouble.go.jp/law/h28.html>，最後瀏覽日期：2019 年 9 月 2 日。

分主張契約之解除。至於何謂過量，法無明文，然而訪問販賣協會有提供一衡量參考值<sup>43</sup>。

### (三) 特定商取引法規定適用之除外<sup>44</sup>

#### 1. 不適用特定商取引法第3條至第10條有關訪問交易之規定<sup>45</sup>

- (1) 以營業為目的之商業交易。
- (2) 對於本國以外之人所為之交易（惟仍有民法之適用）。
- (3) 中央機關或地方自治團體所為之交易。
- (4) 下列各團體對於其直接或間接會員所為之交易
  - i 依特別法成立之公會、聯合會或總會。
  - ii 國家公務員法第52條規定之團體。
  - iii 勞工工會。
- (5) 事業對其員工所為之交易。
- (6) 股份有限公司以外之人所發行之新聞紙之販售（例如政黨、宗教團體發行之報紙等）。
- (7) 律師依律師法所提供之服務。
- (8) 依下列法令所提供之服務。
  - i 金融商品交易法。
  - ii 宅地建物交易業法。
  - iii 旅行業法。
  - iv 其他法律已就訪問交易有所規範，或為保護相對人利益，而經政令另加以規定者<sup>46</sup>。

<sup>43</sup> 例如淨水器一世代只需1台、保健機能食品1人1年只要10個月的量等，參公益社團法人日本訪問販賣協會宣導網頁，網址：<http://jdsa.or.jp/quantity-guideline/>，最後瀏覽日期：2019年9月3日。

<sup>44</sup> 參特定商取引法第26條第1、2項規定及其釋義，同註42。

<sup>45</sup> 特定商取引法第3條至第10條規定包括訪問交易之拒絕、契約前與締約時之書面告知與提供義務、冷卻期解約權之行使等。

<sup>46</sup> 政令規定法令包括：1、與金融交易相關之法律-銀行法、保險業法等，2、與通信有關之法律-放送法、電氣通信事業法，3、與運輸有關之法律-道路運送法、航空法等，4、取得國家資格認定之法律-稅理士法等，5、與授信相關之法律-割賦販賣法、資金決濟相關法令等，6、其他-國民年金法、住宅宿泊事業法等。參齋藤雅弘、池本誠司、石戶谷豐著，特定商取引法ハンドブ

2. 第 9 條至第 9 條之 3 之消費者得行使之冷卻期、過量契約與業者不實告知等解約權規定，如係依據“公司法”（2005 年第 86 號法案）或其他法律所為之因詐欺或強制而無法取消之承銷分配股份或捐款或作為基金捐款之特定權利銷售之訪問交易者，不適用之。
3. 對於政令所規定（例如海上計程車、飲食店之飲食提供、按摩或卡拉 OK）之標的，係屬通念上一經締約就會立即履行之服務提供者；或以經濟產業省令規定之一經締約即能立即履行之服務提供，不適用第 4 條與第 5 條之書面交付及第 9 條之冷卻期解約權規定。
4. 第 9 條有關冷卻期解約權規定，不適用於下列訪問交易類型中：
  - (1) 業者與消費者已經相當期間商談後所為之締約，例如汽車之買賣、租賃。至於「相當期間」通常係以 2 週以上為原則。
  - (2) 締約後，如未儘速提供者，將會消費者產生不利益之情形者，例如電氣、瓦斯、熱能等之提供，或應付突發事件時。
5. 第 9 條消費者冷卻期解約權之行使規定，於下列情形下，不適用之：
  - (1) 第 9 條第 1 項規定之消費者就受領第 4 條或第 5 條書面時，對於其交易標的經使用將造成其價值顯著減少，或屬政令所定項目，且如前述亦屬使用後，價值會顯著減少者。（指一經開封使用，價值就會直落者，例如消耗品、化妝品、壁紙等，然而如果是化妝品一整套的，只拆開一小瓶，其他都沒拆開時，拆封的那一小瓶不能主張冷卻期解約權，不過其他尚未拆封者，仍得主張之）。
  - (2) 第 9 條第 1 項規定之消費者就受領第 4 條或第 5 條書面時，對於交易標的之品質屬於難以保存於一定期間者，或屬於政令所定品項，其價值會隨著品質顯著下降者。（例如具有短效性之商品，例如生鮮商品、極短效易腐商品）。
  - (3) 如交易之標的其價額未達政令所定金額（目前為日幣 3,000 元，含商品本體價格、消費稅等之加總）者，不適用第 5 條第 2 項規定。
6. 第 4 條至第 10 條訪問交易規定（例如業者應負書面交付義務、消費者之冷卻期／過量契約／不實告知解約權之行使等）於下列情形，不適用之：
  - (1) 消費者要求業者到府交易者。例如廚房漏水，電請廠商前來府內修理時。

- (2) 於營業場所外之交易，依通念該等交易不致影響消費者之利益，且係屬政令所定類型者。(通常係指消費者與業者之前已進行過交易，且已產生信賴關係者而言)
7. 如訪問交易有適用到割賦販賣法(即分期付款買賣法)規定者，第10條限制損害賠償請求規定，將不適用之。

#### (四) 訪問交易於特定商取引法之落實

為要求訪問交易業者得以落實特定商取引法規範，於該法第7條、第8條、第70條及第71條分別訂有行政與刑事管制規範。

##### 1. 政管制措施—主管機關之指示<sup>47</sup>

業者如有下列情形時，主管機關得指示該業者應為必要之措施：

- (1) 違反第3條<sup>48</sup>，第3條之1(即§3-2)第2項<sup>49</sup>規定
- (2) 違反第4條至第6條規定<sup>50</sup>
- (3) 經主管機關認定業者之下列行為有損害訪問交易之公平性、損及消費者之利益者：
  - i 業者拒絕或遲延不當履行原契約或解約後應負之義務。
  - ii 業者於締約時，故意不告知契約中足以影響消費者判斷之重要事項(第6條第1項第1款至第5款除外<sup>51</sup>)。
  - iii 業者為妨害消費者行使撤回要約或解約權，故意不告知契約中相關足以影響消費者判斷之重要事項。
  - iv 無正當理由為明顯超越日常生活通常必要所需之締約勸誘，及違反經濟產業省令所定與消費者財產狀況不適當之行為。
  - v 除前4種情形，其他依經濟產業省令所定有損害交易公平性與損及消費者利益之虞者。

<sup>47</sup> 參特定商取引法第7條第1項規定及其釋義，同註42。

<sup>48</sup> 要求業者於勸誘推銷前，應先揭示其業者名稱、締約目的及商品／服務／特定權利之內容。

<sup>49</sup> 消費者如已明確表達不願接受訪問交易之勸誘推銷時，業者不得再續為勸誘推銷行為。

<sup>50</sup> 第4條為締約前業者應負書面提供(含書面應載明事項)之義務、第5條為締約時業者應負書面契約(含書面應載明事項及供冷卻期解約權行使期間之起算)、第6條為禁止業者為妨害消費者撤回要約、行使解約權或不實告知之行為。

<sup>51</sup> 例如商品／服務／特定權利之價金、支付方式、支付時間、交付／提供／移轉時間等。

## 2. 行政管制措施—主管機關之業務停止命令

業者如有下列情形時，主管機關得定 2 年內之期間，命業者停止相關業務之全部或一部，並要求業者之法人、員工禁止為一切業務行為<sup>52</sup>：

- (1) 違反第 3 條，第 3 條之 1（即§3-2）第 2 項規定。
- (2) 違反第 4 條至第 6 條規定
- (3) 不遵守第 7 條主管機關之指示

為使主管機關命業者停止業務之命令能更具有效性與執行力，主管機關得於發布該命令之際，亦要求業者中從事該項業務之員工或於命令發布前 60 日內入職之員工等亦應遵守該命令。<sup>53</sup>

## 3. 刑事管制措施

為能更確保業者法遵義務，除有前開主管機關之指示與命停止一定期間業務執行之行政管制措施外，亦科以刑罰以懲罰惡質之訪問交易業者

- (1) 業者如有違反第 6 條、第 8 條、第 8 條之 1（即§8-2）第 1 項規定者，依第 70 條規定，得處以 3 年以下有期徒刑或日幣 300 萬元以下罰金，並得併科之。
- (2) 業者如有違反第 4 條及第 5 條之書面記載或交付規定、第 7 條第 1 項之主管機關指示措施者，依第 71 條規定，得處以 6 個月以下有期徒刑或日幣 100 萬元以下罰金，並得併科之。
- (3) 此外，針對犯有第 70 條刑事罪責之業者，依第 74 條規定，另可就該法人處以罰金刑，罰金數額為：
  - i 如係犯第 70 條第 2 項規定（即業者違反第 8 條、第 8 條之 1（即§8-2）第 1 項）者，得科以法人日幣 3 億元以下罰金。
  - ii 如係犯第 70 條第 1 項規定（即業者違反第 6 條）者，得科以法人日幣 1 億元以下罰金。

### （五）繼續性供給服務<sup>54</sup>

於特定商取引法中對於「繼續性供給服務」規範雖獨立於「訪問交易」，另立

<sup>52</sup> 參特定商取引法第 8 條規定及其文義解釋，同註 42。

<sup>53</sup> 參特定商取引法第 8 條之 1（即§8-2）規定及其文義解釋，同註 42。

<sup>54</sup> 參日本消費者廳對於繼續性供給服務契約之簡介，網址：<http://www.no-trouble.go.jp/what/continousservices/>，最後瀏覽日期：2019 年 9 月 2 日。

一制度，然因我國訪問交易案件中，亦不乏有如「繼續性供給服務」類型，故本文亦簡介之，期能有所助益。

特定商取引法中所稱「繼續性供給服務」係指對具有長期性與繼續性，且須支付高額價金的契約所為之規範，目前僅限縮在「美容契約」、「美容醫學」、「語言教室」、「家教」、「補習班」、「婚姻介紹」與「電腦教室」等七種服務契約。

至於如何認定是「長期」與「高額」，以「長期」而論，如係「美容契約」或「美容醫學」者，則以「超過 1 個月」為期間之計算，如係其他五種類型者，則以「超過 2 個月」為期間之計算；在「高額」認定上，則均以「超過日幣 5 萬元」為基準。

在除外適用規定上，依特定商取引法第 50 條規定，只限於 1、業者間之交易，2、與居於國外人民間之契約，3、國家或地方公共團體（政府機關）所為之服務販售提供，4、基於特別法規定，對於公務員、勞工之服務販售提供，5、對於公司內部員工之服務販售提供。

同樣地，「繼續性供給服務」交易，業者亦應於交易前提供書面，其應載事項包括業者基本資料、服務內容、價金與支付方式等，服務提供期間、冷卻期解約事項、中途解約事項、分期付款抗辯權之延續、預付款之保障事項等；於契約成立後，業者亦應負交付書面契約義務。

此外，本類交易禁止業者有誇大廣告行為，又如係屬超過日幣 5 萬元之預付型繼續性服務契約者，消費者有權對於業者之財務內容為一定之了解，因此業者應備妥損益表等財務狀況資料，以供消費者查閱。

在「繼續性供給服務」交易中，其冷卻期解約權行使期間亦為 8 日。然而，倘業者未告知有此權利，或有脅迫、讓消費者誤認等情事者，即便已逾 8 日，消費者仍得主張解約權。消費者行使冷卻期解約權後，應將已收受之商品退回予業者，其退貨費用由業者負擔，消費者無須支付損害賠償或違約金，且已支付之價金，亦得請求返還之。

冷卻期解約權適用除外情形，則有倘商品係屬於使用後已無價值者，例如健康食品、化妝品等消耗品，則無法行使冷卻期解約權。惟如是屬於政令公告之「關聯商品」，例如 1、「美容契約」之健康食品、化妝品、肥皂、美顏器、脫毛器等。2、「美容醫療」之健康食品、化妝品、牙齒漂白劑、美容用藥品等。3、「語言教室」、「家教」及「補習班」之教材、書籍、卡帶、CD、DVD，4、「電腦教室」之

書籍、卡帶、CD、DVD 等，5、「婚姻介紹」之珍珠、寶石、戒指等，如要行使冷卻期解約權或中途解約者，得允許之。

當然，如逾冷卻期解約權後，消費者擬中途解約時，自得允許之；此時業者得向消費者請求損害賠償額有其上限規定，內容分別為：

#### 一、服務提供開始前中途解約者

「美容契約」上限為日幣 2 萬元、「美容醫學」上限為日幣 2 萬元、「語言教室」上限為日幣 15,000 元、「家教」上限為日幣 2 萬元、「補習班」上限為日幣 11,000 元、「婚姻介紹」上限為日幣 3 萬元與「電腦教室」上限為 15,000 元。

#### 二、服務提供後才中途解約者，其損害賠償額之計算為已提供服務之對價與下列政令所定金額之加總

「美容契約」上限為日幣 2 萬元或最高不得逾契約殘值之 10%、「美容醫學」上限為日幣 5 萬元或最高不得逾契約殘值之 20%、「語言教室」上限為日幣 5 萬元或最高不得逾契約殘值之 20%、「家教」上限為日幣 5 萬元或最高不得逾 1 個月學費、「補習班」上限為日幣 2 萬元或最高不得逾 1 個月學費、「婚姻介紹」上限為日幣 2 萬元或最高不得逾契約殘值之 20%與「電腦教室」上限為日幣 5 萬元或最高不得逾契約殘值之 20%。

## 肆、導入外國訪問交易制度之可行性

從上開各國訪問交易簡介中，得出其共通性，包括：「資訊應充分揭露之重要性」、「無條件解約權之適用及除外規定」。前者亦為我國消保法及法院判決所關切重視者，並以強調「審閱期間之提供」與「踐行消保法第 18 條訪問交易前之資訊告知」為首要工作；而後者關於「無條件解約權除外規定」乙節，於我國消保法中則付之闕如。然而，既然有這麼多國家或多或少都有類似的規定，相信此議題將是下波訪問交易修法之挑戰。

### 一、共通性制度之導入可行性

#### （一）「誘導邀約」納入「訪問交易」定義之可行性

如前判決之省思所述，對於「誘導邀約」納入「訪問交易」定義，本文認有其必要性，而「誘導邀約」之成立，常伴隨訪問交易中另一要素，即「其他場所」之認定。於各國對於訪問交易場所之認定說明上，不難發現旅館、會場中心、甚至業者之營業場所等處，均屬之，益得彰顯「誘導邀約」納入「訪問交易」定義之必要性。尤其是在日本的法制上，更是充分強調「誘導邀約」於訪問交易之重要性，並研訂相關配套法令以為周延，例如展覽會場商法<sup>55</sup>等。建議仍宜以修法或行政函釋方式，將「誘導邀約」概念正式宣告納入「訪問交易」定義中，除可忠實地呈現訪問交易所欲保護的不使消費者立於毫無心理準備之下所為之匆促交易外，亦有助於導正業者之行銷行為。

## （二）排除訪問交易法令之適用

從各國訪問交易制度有關排除訪問交易法令適用之類型，大致可分如下：

### 1、有其他法令規定者，優先適用其他法令規定

英國之「巴士、火車、飛機等旅客旅遊票券」、「金融服務」、「新造建築」、「套裝旅遊、分時度假」，美國之「不動產租賃、保險或證券交易」，日本依「金融商品交易法」、「宅地建物交易業法」、「旅行業法」等法令所為之交易等，均屬之。

由於該等法律對於消費者權益之維護，未必弱於各國之訪問交易法令，至有關訪問交易法令，甚或消費者保護法令所要求之「資訊充分揭露」與「契約衡平」觀念，亦屬各該法之立法重心，並由各該法之主管機關為有效之管理監督，此時，似無需重複於訪問交易法令中要求，以免致生二法令間反有矛盾衝突處之風險。

### 2、小額交易

英國之「低於（含）英鎊 42 元者」，美國之「低於美金 25 元之在家交易」與「低於美金 130 元之臨時場所交易」，澳洲之「低於（含）澳幣 100 元者」，紐西蘭之「低於（含）紐幣 100 元整」及日本之「低於日幣 3000 元者」均認屬小額交易，而無「無條件解約權」之適用。其目的係衡平在類此小額交易中，如仍堅持訪問交易法令之遵守，恐有導致業者負擔過重之虞。因此，很例外地，將之排除。

<sup>55</sup> 相關介紹可參靳邦忠著，我國與日本消費者保護法制之比較—以訪問交易之行政監督為中心，2019年5月，元照出版公司，頁231。

而從各國對於「小額」之認定，換算成新臺幣大約落於 800 元至 4,200 元間<sup>56</sup>。

### 3、常規性服務或突發性事件處理

英國之「維持消費者基本所需之交易」，美國之「於業者之常駐場所購買經常性使用之商品／服務」、「應消費者要求到府維修交易」、「應付緊急狀況時之交易」，日本之「應消費者要求到府維修交易」、「前已進行過交易，已產生信賴後之後續交易」等。這類型交易，究其本質，嚴格言之，似與「訪問交易」定義概念上已有扞格。蓋因「訪問交易」規範目的係為保障消費者處於毫無心理準備，且無同類商品／服務資訊可資比較下，所為之匆促交易，而此類商品是否得逕予認定消費者係處於「毫無心理準備」情境，容有待商榷。惟倘此時，業者藉機敲詐，為不當之行銷，於法律衡平上，仍應受規制，只是未必須藉由訪問交易制度解決之。

### 4、其他不適用之情形

例如日本法中，對於「一經締約即履行者」、「一經使用，價值顯著減少者」、「短效期商品」等，雖認屬訪問交易，惟無「無條件解約權」規定之適用，實與我國現行通訊交易解除權合理例外情事規範有雷同之處。

以上這些排除限制適用條件，在各國不僅適用於訪問交易，連通訊交易也多有適用。然而，在與我國消保法上訪問交易規定比較下，很清楚地可看出，對於排除適用訪問交易規定乙節，現階段上，其空間是零。之所以尚未有類此排除適用之共識，除社會對於「訪問交易」之關注度未如「通訊交易」般外，現行行政管制法令對於消費者保護之意識與認知仍未有完備之處<sup>57</sup>，及相較「通訊交易」消費者，訪問交易消費者更是處於更弱勢之交易地位等等，均構成尚無法於消保法

<sup>56</sup> 依臺灣銀行 2019 年 8 月 30 日公告之現金賣出牌價，英鎊 42 元=新臺幣 1,644 元，美金 25 元=新臺幣 790 元／美金 130 元=新臺幣 4,115 元，澳幣 1,000 元=新臺幣 2,149 元，紐幣 100 元=新臺幣 2,015 元，日幣 3,000 元=新臺幣 894 元。

<sup>57</sup> 發展觀光條例、鐵路法、食品安全衛生管理法、金融消費者保護法、商品標示法等法，對於消費者保護已有相當之著墨，但未必所有與消費者相關之法令，即是如此；又從前開發展觀光條例等法令適用角度上來看，其所保護之人，不論是符合消保法上所稱消費者定義之旅客、食客，或因執行職務，帶有商業營業色彩之商務購票旅客、商務應酬食客，均屬之，法律上無任何差別待遇。但對於其中具有消費者身分之旅客、食客而言，因同時亦有消保法及中央主管機關公告之相關定型化契約應記載及不得記載事項規定可資適用，是否會造成同一航班上或同一餐廳內之旅客與食客所能主張之權益因具「消費者」身分，反有所差異，此似非消保法立法之際所樂見者。

中增修排除適用「訪問交易」理由之一。然而，在面對訪問交易之未來發展，「排除適用規定」勢必會成為將來修法之攻防焦點。

## 二、其他日本訪問交易制度導入之可行性

### （一）限制交易標的之必要性

日本特定商取引法中有關訪問交易之標的分有「商品」、「特定權利」與「服務」三大類，且又再細分除日常所需者外，政令公告者亦屬之；此外，對於「繼續性供給服務交易」規範，將之限制於7種服務契約類型，並特以獨立規範模式，均與我國消保法對於商品與服務之概念有別。

相較而言，我國對於訪問交易標的之概念未有限制，相對為廣，即便消保法對於訪問交易規定未如日本特定商取引法般有如此綿密之規範，惟仍可藉由消保法第17條中央主管機關得公告「定型化契約應記載及不得記載事項」方式，對於該等商品／服務為雙方權利關係之具體明文化，以落實維護訪問交易消費者之權益。因此，現階段尚無修法限制交易標的之必要性。

### （二）拒絕訪問交易權之引進

「拒絕訪問交易權」規定，除見於日本特定商取引法外，澳洲消費者保護法中對於訪問交易也有類似規定，甚至還建議消費者如不願訪問交易者到府推銷，還可於門口處張貼「不接受訪問交易」之字樣<sup>58</sup>。同時，如業者不遵守者，主管機關得為「業者於一定期間內不得再向該名消費者為訪問交易之行為」之行政管制措施。

這類拒絕權之規範，除提供消費者有明確表達意願權例外，對於家中有高齡者、獨居者或對認知理解能力相較為弱者，亦有所幫助。尤其在我國現今社會，逐漸走向高齡、獨居階段，或對於外籍配偶獨自居家情形下，引進此種制度，不失為保障消費者權益之一策，只是再細究其規範目的，此類消費者保護機制是否僅得適用於訪問交易，抑或得於其他交易類型，頗值觀察。

<sup>58</sup> 類似我國辦公處所或捷運場站中常見貼有「謝絕推銷」、「不歡迎推銷」等標語，只是於一般私宅住家，較未見有類似標語張貼。

### （三）過量契約概念之引進

於蒐集之簡易判決中雖未出現類似個案，但於實務上，未必無類此事件之發生，尤其是在以「美容服務／美容保養品」、「教材課程」為主之訪問交易，應屬常見。因為消費者通常在交易後，才驚覺發出「我怎麼買了這麼多、這麼貴的商品／服務，這真是我所需、我所能負擔的嗎」疑問。

此外，因應高齡者時代的來臨，對於獨居長者之訪問交易，也會有過量交易之疑慮，從保障消費者權益角度以觀，日本過量契約規定，有其參酌與納入我國法令之需。本文建議此種過量契約之發生，未必全部發生於訪問交易，是要增訂於民法，抑或消保法中，仍宜從長計議；但現階段，或可藉由定型化契約應記載及不得記載事項規定中為要求，對於交易對象係屬認知能力相較一般人為低之消費者時，賦予其過量契約解除權，以符締約之真意。

### （四）行政措施與刑事罰介入之可行性

日本特定商取引法對於訪問交易業者違反「拒絕訪問交易之要求」、「揭示業者名稱、締約目的」、「提供書面」義務，或有「不實告知」、「妨害交易公平與損害消費者權益」行為者，主管機關均得介入，以導正業者之不當違反行為。違法情事嚴重者，更有刑事罰之介入。如此之管制措施，的確比現行我國消保法對於訪問交易僅有民事上法律效果而言，更具有威嚇力。然而有鑑於刑事制裁乃是國家對於人民最嚴格之對待，入法與否，涉及人民權益影響至深，建議尚無需以此為規制手段，倘訪問交易業者或其相關業者、從業人員確有觸犯刑事罪罰情事者，仍應回歸各該刑事法令適用之。

至於是否需於我國消保法中對於訪問交易增訂行政管制措施，亦即如業者未遵守消保法第 18 條、第 19 條規定時，得否如同違反第 17 條有第 56 條之 1 規定之概念般，處以行政罰，從導正業者不當行銷的層面以觀，或可考慮，只是會面臨主管機關之認定疑義。雖然消費者保護主管機關之認定，多以交易標的為判斷依據，例如倘係購買食品者，則由衛生福利部主管之，但以訪問交易標的多為美容商品、教材為例，衛生福利部或教育部是否會欣然接受其係美容商品或教材之消費者保護主管機關，恐仍有待一番爭論。

## 伍、結論與建議

藉由本次簡易判決之搜尋，可看出訪問交易糾紛事件，亦不容小覷之。其紛爭最大根源在於消費者對於交易之認知，多半係處於資訊不透明下所生，導致這樣的情事，卻是訪問交易業者未踐行消保法第11條之1合理審閱期間之提供、第18條訪問交易資訊之揭露及無條件解約權行使規定所致者。而這些資訊揭露等規範之要求，同樣亦落實於其他國家之法令上，甚至藉由行政與刑事管制措施，來導正業者之行為。

又訪問交易定義，雖已於2015年消保法修法中修正之，然似仍無法完全滿足業者多樣性的行銷手法。可喜的是，法院漸已承認業者之「誘導邀約」屬訪問交易，相信對於導正業者，尤其是展場業者之行銷手法上，應可收一定之成效。

然而，不可否認地，在判決中占有最大宗的交易是採取分期付款支應，美其言是分期付款，實多為貸款分期，且如前所述，此類交易，多普遍存有訪問交易消費者「既不清楚所簽訂之訪問交易是否為自己確實所需」，更遑論「理解到自己還另外簽有貸款分期契約，或所簽之契約中藏有訪問交易業者得將價金債權讓與第三人之定型化契約條款」。雖然一直以來仍有少數法院將「債權讓與之不得讓債務人處於更不利性」與「經濟上同一性」觀念導入判決，以求契約各方之衡平，惟多數判決仍秉持著契約相對性的概念，致消費者無法對融資方終止融資關係，衍生交易衡平性之疑慮。同時，或也衍生出如訪問交易屬繼續性契約，消費者本有「契約終止權」得以主張，在一般繼續性契約中，如主張終止者，頂多需負因終止後之損害賠償，但對於相對人未提供之給付，得主張無須再予支付價金。然而在此類併存貸款分期之三方關係下，消費者卻因主張終止後，仍無法切斷其支付價金之責，成為法律適用上一處無法理解之結。雖然這類型貸款分期三方契約關係糾紛，部分主管機關已有注意到，並利用定型化契約應記載及不得記載事項方式規制<sup>59</sup>，但此類交易模式早已應用到各行業與各類交易中，要期待利用定型化

<sup>59</sup> 例如經濟部新訂尚未公告之「網際網路教學服務定型化契約應記載及不得記載事項」中，已明定賦予消費者貸款償還之抗辯機制，內容（略以）：1、付款方式如為業者居間介紹簽訂消費借貸契約，業者無法提供服務時，消費者可檢附文件申請止付貸款餘額。2、雙方如終止或解除本契約，消費借貸契約亦同時終止或解除。3、業者不得將其與消費者簽訂之消費借貸契約（價金

契約應記載及不得記載事項方式來衡平三方權益，應不是最佳方式，因並非所有交易類型，均有定型化契約應記載及不得記載事項之規制，採取新訂法律或於相關法律中增訂方式，以全面性釐清三方甚或四方或五方關係，例如日本之分期付款買賣法，或許仍不失為一可行之道。

相較於其他國家對於訪問交易，多有專法或多條條文規範，我國對於訪問交易制度之立法規範，有較深入之著墨者，只存於消保法第 2 條第 11 款定義、第 18 條與第 19 條規定而已。有幸地是，從判決中，法院也不會因為只有幾條訪問交易條文，而放棄對整個契約之綜合判斷，於是消保法之其他規定，例如審閱期間、定型化契約條款不得顯失公平，或民法契約相關規定之援引適用，也間接提供了消費者在訪問交易中糾紛之釐清與解決。

然不可否認地，從各國訪問交易制度以觀，例外排除訪問交易法令之適用，是其趨勢。雖然在我國目前的法制架構下，尚無需採取類似之體例，仍不失為我國訪問交易未來發展上應關注的焦點。

## 參考文獻與網站

- 一、靳邦忠著，我國與日本消費者保護法制之比較—以訪問交易之行政監督為中心，元照出版公司，2019年5月。
- 二、松久三四彦，遠山純弘，林誠司著，オリエンテーション民法，有斐閣，2018年12月。
- 三、特定商取引法ハンドブック第六版，齋藤雅弘、池本誠司、石戸谷豊著，日本評論社，2019年3月。
- 四、蔡心苑，從延伸抗辯權論消費者契約與消費者信用契約之牽連關係，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2011年6月
- 五、魏憶秀，關於新型消費問題之法律研究，以團購為中心，東吳大學法律學系碩士論文，2016年1月。
- 六、楊凱婷，論遞延性商品（服務）契約之相關法律問題，國立政治大學法律學系碩士論文，2017年7月。
- 七、李家駿，從債權讓與為中心論分期付款之請求權基礎及接續抗辯權，銘傳大學法律學系碩士論文，2018年6月。
- 八、呂惠珍，訪問買賣爭議問題與實務發展，消費者保護研究第16期，2010年12月。
- 九、行政院消費者保護會網站：<https://cpc.ey.gov.tw/>。
- 十、司法院（法學資料檢索系統）網站：<https://law.judicial.gov.tw/>
- 十一、英國政府網站：<https://www.gov.uk/>
- 十二、美國聯邦貿易委員會（FTC）網站：<https://www.ftc.gov/>
- 十三、澳洲公平競爭與消費者保護機關（ACCC）網站：<http://www.accc.gov.au/>
- 十四、紐西蘭商業創新就業部消費者保護網站：  
<https://www.consumerprotection.govt.nz>
- 十五、日本消費者廳網站：<https://www.caa.go.jp/>
- 十六、公益社團法人日本訪問販賣協會網站：<http://jdsa.or.jp/>

# 消費者保護研究

## 第 24 輯

出版機關：行政院

地址：10058 臺北市中正區忠孝東路一段 1 號

網址：<http://www.ey.gov.tw/>

<http://www.cpc.ey.gov.tw/>

電話：(02)3356-0000

出版年月：109 年 3 月

定 價：新臺幣 350 元

展 售 處：國家書店松江門市

地址：10485 臺北市松江路 209 號 1 樓

網址：<http://www.govebooks.com.tw>

電話：(02)2518-0207 轉 15

五南文化廣場

地址：40042 臺中市區中山路 6 號

網址：<http://www.wunanbooks.com.tw>

電話：(04)2226-0330 轉 821

GPN：1010900362

ISBN：978-986-5433-72-7

本書保留所有權利。

欲利用本書全部或部分內容者，需徵求行政院同意或書面授權。