

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

黃明陽*

目 次

前言：定型化契約要以行政規制最為關鍵

壹、契約範本之行政規制

貳、契約公告之行政規制

參、檢討與建議（代結語）

摘 要

為維護契約自由及落實契約正義，各國對於定型化契約條款，除要求業者自律外，並採用立法規制、司法規制及行政規制予以介入規範，其中要以行政規制最為關鍵。至於主管機關之行政規制，在實務上主要係以依消保法規定公告之契約範本與應記載及不得記載事項內容，雙管齊下方式，作為行政查核的標準。

一、契約範本之行政規制方面：

此為簽約前落實消費公平之行政規制，作為契約審閱比較之重要配套措施。契約範本係供消費者審閱時，作為實質上契約公平比較之配套機制。契

* 作者曾任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」。

約範本之法據主要為行政程序法第 165 條，屬於一種行政指導性質，並無法律上強制拘束力（立法上效力）；契約範本係由主管機關本諸行政監督權限所為之一種行政指導措施，其目的在提供企業經營者及消費者作為訂定契約參考用，具教育與示範作用（行政上效力）；契約範本仍應受司法之審查，可於解釋定型化契約之疑義時，提供判決上之參考（司法上效力）。

二、契約公告之行政規制方面：

此為簽約後落實消費公平之行政規制，作為處理消費爭議之重要配套措施。契約公告係作為消費者在簽訂契約後，確保消費契約至少獲得最低公平標準規範之執行法據。契約公告之法據主要為消保法第 17 條，屬於一種行政法規性質，具有法律上強制拘束力（立法上效力）；契約公告係由主管機關依據消保法規定授權所為之一種行政法令，應記載事項公告旨在發揮公平條款之強制納入法效（補充功能、門檻功能、取代功能），不得記載事項公告旨在發揮不公平條款之強制排除功能（行政上效力）；不過，該等契約公告仍應受司法之審查（司法上效力），以持其平。

筆者經針對現行消保法有關定型化契約行政規制之法制規定、實務見解及行政院函送立法院審議之「消費者保護法部分條文修正草案」內容深入檢討後，提出「法制上應補強消保法定型化契約之行政規制法據及法效」、「實務上應強化消保法定型化契約之行政規制措施」、「實務上應落實消保法定型化契約之教育宣導措施」等三項建議，作為主要改進方向，以落實消費者在契約上公平權益之保障。

前言：定型化契約要以行政規制最為關鍵

為使契約自由及契約正義，能夠落實及獲得最大的實現，各國對於定型化契約條款，均配合多元化的社會，除要求業者自律外，並採用立法規制（以法律規定其規範）、司法規制（由法院以個案裁判方式以為規範）及行政規制（由行政主管機關以行政措施加以規範）予以介入規範¹。我國係以行政規制最為關鍵²，因為司法規制係以個案為主，大部分民眾並無法享受其利益；而立法規制則因徒法不足以自行，須要有必要之行政規制配套措施，方足以落實其規範目的。

法治國家的行政機關對其所為任何之行政行為，必須遵守依法行政原則，而依法行政原則最簡單之解釋³，即行政程序法第 4 條所稱：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」該行政不僅是受制定法（法令）之拘束，尚且受非制定法（Recht）之拘束，包括一般法律原理原則及憲法理念，皆可支配行政⁴。我國現行行政程序法所規範者，為行政機關為各種行政行為之程序。依行政程序法第 2 條第 1 項：「本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序。」條文中所列舉之行政行為，皆為行政機關行使公權力之行為⁵。

行政機關於依法行政時，對於相關之定型化契約條款可以採取事前審查（行政指導）、事中查核導正（行政調查）、事後處分（行政處分）等行政公權力之執行，俾期個案或通案方式保障弱勢相對人之權益，促進契約正義的實現。因此，在行政實務上主管機關對於行業應加強管理措施，以確保契約正義。例如依照消

¹ 李永然著「消保法是不動產買賣的剋星」，收錄於馮震宇主編「消保法教戰守策」（1994），頁 85。認為定型化契約的控制方式，可歸納為業者自律、行政控制、司法控制、立法控制等四種方式。

² 李伸一著「消費者保護法論」（1995），頁 157，凱倫出版社。德法側重於「立法監督」，於第 1 條及第 11 條分別列舉七款（含九種）相對無效條款，十四款（含二十五種）絕對無效條款，此殆由於德國法院已經長期的司法類型化的經驗累積，故在立法時能較完整地將一些較抽象的不確定法律概念具體化；相對的，我國則無此條件，因此立法上乃著重於「司法監督」及「行政監督」。

³ 吳庚著「行政法之理論與實用（增訂七版）」（2002），頁 81。

⁴ 李震山著「行政法導論（修訂六版）」（2005），頁 39。

⁵ 陳敏著「行政法總論」（2004），頁 39。

費者保護法（以下簡稱消保法）第 17 條規定，行政主管機關可以派員查核使用定型化契約之企業經營者；也可以依法公告該行業定型化契約應記載及不得記載事項；當然也可以利用研訂契約範本實施行政指導⁶；對於違反規定之業者，得依消保法規定予以罰鍰或停業等行政處分，俾有效避免定型化契約條款所可能帶來的不公平不合理的負面效果。易言之，主管機關之行政規制，在實務上主要係以依消保法規定公告之契約範本與應記載及不得記載事項內容，作為行政查核的標準；惟須注意關於契約條款是否違反消保法第 19 條第 1 項之規定，並不在消保法第 33 條第 1 項規範範圍⁷。筆者鑒於斯二者影響消費公平甚鉅，爰專文論述如后，至於目前已審查通過之範本與公告之事項及其內容，可上行政院消費者保護處（下稱行政院消保處，係由行政院消費者保護委員會《簡稱行政院消保會》於民國 101 年 1 月 1 日改併而成）網址（www.cpc.ey.gov.tw）查看。

壹、契約範本之行政規制

定型化契約在簽約之前，為確保消費者契約公平權益，消保法特別規定契約合理審閱期間規制，立法理由在於：維護消費者知的權利，使其於訂立定型化契約前，有充分了解定型化契約條款之機會。如消費者已有詳細審閱契約之機會，該條之保護目的已達。惟此種規定，筆者認為：僅形式上提供消費者在簽約前審查契約內容機會，因為從事本業以外消費行為之消費者，對於其他行業之契約並無任何專業知識，常常是「不知」應有如何內容規定，或是「不懂」該規定有何用意，就是「想改」也不知如何修改其內容，導致消費者面對此種形同「有字天書」之契約，即使簽約前有審閱契約內容之機會，對其助益仍然不大。因此，就

⁶ 行政院（消保處）為加強定型化契約條款之行政規制工作，已會同各中央目的事業主管機關研訂定型化契約範本，提供業者及消費者作為締約時之重要參考。依行政院 102 年 12 月出版「定型化契約範本暨其應記載及不得記載事項彙編」之序言，該彙編係收錄自 84 年 5 月至 102 年 11 月止，經行政院（消保處）審查通過，各主管機關公布（告）之 93 項「定型化契約範本」與 54 項「定型化契約應記載及不得記載事項」，合計 147 項。至該等範本及公告之內容，亦可上該處網址 www.cpc.ey.gov.tw 查閱。

⁷ 最高行政法院 101 年度判字第 707 號判決略以：消保法第 33 條第 1 項所定...同法第 36 條第 1 項所定...係指商品或服務本身所生之侵權損害或有損害之虞，地方主管機關為防止危害繼續發生之緊急處置，由此可見，關於契約條款是否違反消保法第 19 條第 1 項之規定，並不在消保法第 33 條第 1 項規範範圍。

必須增訂契約範本供消費者審閱時，作為實質上契約公平比較之配套機制。簡言之，契約範本是確保簽約前消費公平行政規制之主要配套機制。

一、契約範本概說

契約範本之制定，旨在通案導正相關行業之交易秩序，有效促進公平合理消費環境之建立。該範本之規定，均屬對消費者權益最低保障標準，可視為消費公平之最低門檻，業者之個別契約內容如低於範本規定者，即可推定為對消費者不公平不合理。至於契約範本之作用，係提供消費者客觀比較參考之用，作為業者研訂個別契約之示範內容，並可作為主管機關判斷是否公平之參考標準，均有其教育意義。雖然範本內容規定並不當然成為契約之內容，惟業者如在廣告上聲明採用範本時，即應負範本規定之責任。

通說認為契約範本係屬行政指導性質，非屬行政處分。範本屬於一種行政事實行為⁸，只具有勸導效果，並不具有法律上拘束力；其制定實施並不違反公平交易法。範本係透過市場競爭法則及消費者之壓力，使企業經營者逐漸樂於採用或不得不採用⁹。範本因非屬行政處分，原則上不得作為訴願、行政訴訟或國家賠償之標的¹⁰。行政機關擬定範本係屬一種公法上之事實行為，有學者¹¹認為此時範本內容屬於公法行為而非屬普通法院所能審理，且非行政處分，故行政法院亦無法審查；惟該契約範本為業者採用後已成為私

⁸ 行政院消保會委託，廖義男主持，「監督定型化契約與規範消費資訊之法規競合與適用之研究」（1996），頁35及38，行政院消保會編印。此之所謂事實行為，係指目的事業主管機關所為直接發生事實上效果之行為。其與法規命令、行政處分等之不同處在於後者以發生法律效果為要件，而事實行為則僅有事實上效果。故認為目的事業主管機關擬定契約範本係屬於事實行為。

⁹ 詹森林著「定型化契約之基本問題—以信用卡為例」，收錄於氏著「民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論」（2003），頁8，元照出版公司。由行政機關公告各種定型化契約之範本，提供企業經營者參考，並透過市場競爭法則，及消費者之壓力，使該範本逐漸為企業經營者所樂於採用或不得不採用。

¹⁰ 蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏著「行政程序法實用（第二版）」（2001），頁328，學林文化公司。行政指導如有瑕疵，是否允許相對人透過行政爭訟等方式尋求救濟，為實務上最受關注之問題。一般而言，事實行為之救濟，其採行政訴訟之方式者甚為罕見，較普遍者為損害賠償或損失補償之方式，相關論述可供參考。

¹¹ 同註8。廖義男前揭研究，頁110及111。

法契約時，則不應否認普通法院對該契約範本約款之審查權限。

二、契約範本之行政規制

爰分就立法、行政、司法上之效力說明如后。

(一) 契約範本之立法上效力

契約範本之行政規制，由於消保法對此並未明文規定，在立法效力方面，應就契約範本屬於一種行政權作用之行政指導性質，而行政指導係規定於行政程序法，故應另以行政程序法為其法源依據，謹先敘明。經查行政指導主要係參考日本立法例所制定，故日本有關行政指導之定義、規定及實務運作情形¹²，均可供進一步研究之探討。研訂契約範本，實務上有其一定之程序及步驟：首先應檢討契約應有權利義務（最基本）之內容（確定契約之應有內容範圍）、其次應探討較合理規定之契約條款（確定條款之內容）、再次應針對糾紛問題提出解決方案（避免糾紛發生）、最後作為行政指導依據（導正不合理契約條款）。因此，研訂範本具有公平合理、內容統一、內容確定、切合實際、修改容易等優點¹³，並可以達到通案導正效果之目的。

1.基本規定：行政程序法第 165 條：「本法所稱行政指導，謂行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。」易言之，凡是行政機關為實現一定之行政目的，就其所掌事務，以非公權力任意手段，於特定個人或公法人團體同意或協助之下，要求其為一定作為或不作為之行政作用，即屬行政指導¹⁴。

2.認定標準：行政指導依其機能可歸納為「規制性行政指導」、「調整

¹² 山內一夫著「行政指導の理論と實際」（1984），頁 4；千葉勇夫著「行政指導の研究」（1987），頁 5 以下。有關日本行政指導之定義及運作情形，可供參考。

¹³ 周宇著「消費者保護之研究」（1976），頁 293 及 294，學生書局。

¹⁴ 有關行政指導相關論述，請參閱黃明陽著「行政調解機制之比較—以消費爭議調解為中心」（2008），頁 46 以下，秀威資訊科技公司。

性行政指導」、「助成性行政指導」等三種類型¹⁵，契約範本之規制，筆者認為應屬於一種規制性行政指導，但有學者將定型化契約範本認屬事實行為，只具勸導效力，並不具有法律上效力¹⁶。所謂規制性行政指導，係指行政機關對於危害公益或妨礙秩序之行為，所為規制、預防或抑制之行政指導，以達成其一定行政目的者，屬之。尚可細分為（1）以確保私人行為之適法性為目的之事前指導、（2）以矯正私人行為之違法性為目的之行政指導、（3）為達成獨自規制目的所行之指導等三種指導類型¹⁷。

3.違反效果：規制性行政指導通常均作為行政處分之前置要件，此種行政指導在性質上係居於權力行政與非權力行政之中間地帶，由於行政機關具有公權力背景之優勢，即使指導時要以對方任意之同意或協助為前提，亦常因其優勢使對方心生畏懼，而容易達到限制人民權利或自由之效果。基於契約範本僅屬於一種行政指導，未具有法律上之強制拘束力，因此對於違反契約範本規定之條款，筆者認為：應再依消保法第 12 條規定判斷其違反誠信公平原則，來認定其無效¹⁸，始稱允當。

（二）契約範本之行政上效力

中央主管機關以研訂契約範本實施，為其重要之行政規制方式。

1.契約範本之通案導正功能：契約範本之目的，在提供企業經營者及消費者作為訂定契約參考用，具教育與示範作用。

（1）契約範本規定不具法律拘束力：各主管機關訂定定型化契約範本，目的為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，範本

¹⁵ 劉宗德著「試論日本之行政指導」，收錄於氏著「行政法基本原理」（1998），頁 190 以下，學林文化公司。將行政指導依機能之差異，分為（一）規制性、抑制性之行政指導、（二）調整性之行政指導、（三）促進性、助成性之行政指導等三類。

¹⁶ 同註 8。廖義男前揭研究，頁 37 及 38。廖氏認為目的事業主管機關擬定契約範本係屬事實行為。蓋如不動產契約範本，由內政部所制訂，只具有勸導效力，不具有法律上效力。

¹⁷ 同註 10。蔡茂寅等著「行政程序法實用（第二版）」，頁 325。

¹⁸ 行政院消保會 97.12.02 消保法字第 0970010847 號函略以：本會認為倘若貴公司先前所自訂之定型化契約，就「帳號被盜」等相關權益之定型化契約條款，係不當將風險移轉給消費者承擔，則有違反前揭消保法第 12 條所示之平等互惠原則，該定型化契約條款無效。

之性質僅供參考，尚無法之拘束力¹⁹，且範本並未依消保法第 17 條第 1 項規定公告之程序辦理，故其效力與依該條項公告之應記載或不得記載事項所生強制效力，尚屬有別。

(2) 契約範本規定為消費公平最低保障標準：契約範本之內容，事實上除了提供雙方諮商之空間外，並可以認係該項契約範本規定，係屬有關消費者權益之最低保障標準（即最低公平門檻），賦予法院判決之重要參考依據。因此，消費者可將業者契約書依消保法審閱期間規定攜回審閱時，自行上行政院（消保處）網站下載契約範本後，再將二本契約書逐條予以對照比較，並依下列原則處理，至少可以有效保障其最低公平權益。

① 業者契約條款條件較差時：如發現業者契約書條款較契約範本條款之條件為差者，可推定其不符合消費公平最低保障標準而為對消費者不公平之條款，此時消費者應向業者據理力爭，或向主管機關檢舉，絕對不能接受該不公平之條款，以免因而受害。

② 業者契約條款條件較好時：如發現業者契約書條款較契約範本條款之條件為佳者，因其已跨越消費公平最低保障標準，此時消費者原則上可接受該條款，惟不必以該業者為限，消費者仍可尋找有無提供更好條件之其他業者，去尋求更大的權益保障。

(3) 契約範本屬契約公告之前置作業：具有緩衝功能。行政院（消保處）鑒於各行各業之定型化契約類型甚多，其檢討工作並非一蹴可及，爰決定逐年選定與消費者日常生活密切相關之行業項目，秉持合理規範雙方當事人之權利義務關係，避免帶給社會過大衝擊的原則，協調中央主管機關進行檢討工作，其辦理程序如下：① 召開專案檢討會議協調各中央主管機關先行檢討本會選定行業現行之定型化契約。② 於一定期限內完成有關契約範本之制定，就契約當事人雙方應有的權利義務內容予以合

¹⁹ 行政院消保會 91.02.07 消保法字第 0910000156 號、92.03.04 消保法字第 0920000288 號、90.02.09 台 90 消保法字第 00144 號、88.01.08 台 88 消保法字第 00041 號函。

理的規定。③俟契約範本適用一段期間取得共識後，如有必要，中央主管機關即可就契約範本規定萃取該契約應記載或不得記載事項，再依消保法第 17 條第 1 項規定予以公告，作為強制導正該行業定型化契約之依據²⁰；有學者認為就此程序觀之，契約公告與法規命令之訂定方式基本相同²¹。

2. 契約範本之行政指導規制：契約範本係由主管機關本諸行政監督權限所為之一種行政指導措施，雖不具有依消保法第 17 條規定公告之強制拘束力，亦非業者間之自律規範，並無違反公平交易法之聯合行為或限制公平競爭規定。

- (1) 契約範本之規制，並不違反公平交易法聯合行為規定：有關契約範本之制訂，表面上好像是一種聯合行為，但從其制定主體（行政主管機關）、制定過程（經過產官學等學者專家會議討論）及制定目的（旨在保障消費者契約公平權益）予以探討，並無公平交易法所謂聯合行為問題²²，惟本案問題癥結在於消保法並未明定範本制定之依據，建議消保法予以納入規定。爰彙總其理由如下：
- ① 主管機關有關範本之制定及推廣，係本於行政監督權限予以通案辦理，並無聯合行為之問題。
 - ② 業者公會如有不當利用範本強制會員使用，屬個案問題，公平會自可依個案導正方式辦理。
 - ③ 本案問題之癥結在於消保法並未明定範本制定之依據，建議消保法予以納入規定。
 - ④ 業者公會向會員轉知範本，並聲明僅供參考，係依據工業團體法第 4 條第 13 款及商業團體法第 5 條第 11 款規定，受政府委託協助法令宣導性質，其本質仍為主管機關之行為，目的在促

²⁰ 行政院消保會 85.04.16 台 85 消保法字第 00439 號函。

²¹ 陳汝吟、林麗真、杜怡靜主持，行政院研考會補助行政院消保會委託辦理「定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限檢討」專案研究結案報告（2011），頁 41。

²² 有關範本規定有無公平交易法所謂聯合問題，請參閱黃明陽著「消費者保護法之行政監督概論」，刊於「消費者保護研究【第五輯】」（1999），頁 37，行政院消保會編印。

進公平交易，並無聯合行爲之問題。

- (2)契約範本之「上限」規制，並不違反公平交易法限制公平競爭規定：目前已公布契約範本當中，例如海外旅遊學習（遊學）、健身中心、汽車買賣、小客車租賃、汽車維修服務、預售屋買賣、不動產委託銷售、預售停車位買賣、路外停車場租用、國內線航空乘客運送、搬家貨運、線上遊戲、瘦身美容、生前殯葬服務、移民服務等契約範本，針對費用均設有「上限」規定，或是中古車買賣、婚紗攝影、宴席等契約範本，針對「定金」亦設有「上限」規定，其目的旨在避免業者以定型化契約條款不當加重消費者的責任。此種範本就弱勢消費者對企業經營者應負之責任或義務予以限制，表面上好像是一種公平競爭之限制，但從其制定主體、制定過程及制定目的予以探討，並非以該上限為統一處理依據，不得有所任何變動，而是在該上限以下，企業經營者仍有競爭之空間存在，例如婚紗攝影（禮服租售及拍照）契約範本規定業者收受之定金，金額不得超過契約總金額百分之二十，該百分之二十即為上限門檻，婚紗攝影業者可以在該門檻以下提供百分之十、百分之五等規定作為與其他同業相互競爭之籌碼；至於有些婚紗攝影業者會逕以該百分之二十上限規定作為契約條款，亦是該等業者自行經過市場競爭原則所作之決定。因此，筆者認為：此種設定「上限」之規定，並無公平交易法所謂限制公平競爭問題，只是讓其公平競爭更為合理而已。
- (3)契約範本之「下限」規制，並不違反公平交易法限制公平競爭規定：目前在公布契約範本當中，幾乎所有的契約範本針對契約之「審閱期間」，均設訂有「下限」規定，其目的旨在避免業者以定型化契約條款不當減輕業者的責任。此種範本就企業經營者對弱勢消費者應負之責任或義務予以限制，表面上好像是一種公平競爭之限制，但從其制定主體、制定過程及制定目的予以探討，並非以該下限為統一處理依據，不得有所任何變動，而是在該下限以上，企業經營者仍有競爭之空間存在，例如規定預售屋買賣契約之審閱期間至少5日以上，該5日即為下限門檻，預售屋業者

可在該門檻以上提供 6 日、7 日等規定作為與其他同業相互競爭之籌碼；至於有些預售屋業者會逕以該 5 日下限規定作為契約條款，亦是該等業者自行經過市場競爭原則所作之決定。因此，筆者認為：此種設定「下限」之規定，並無公平交易法所謂限制公平競爭問題，亦只是讓其公平競爭更為合理而已。

3.其他類似契約範本之行政規制：此種規制主要發生於契約範本制定前行政機關所採行之行政措施，主要有下列三種規制方式。

- (1)事前審查規制：如保險契約、營業規章等特殊行業之定型化契約，為發揮行政監督功能，該專業法令均規定其定型化契約應先送請主管機關審查者，屬之。惟企業經營者使用的定型化契約，即使經過中央主管機關的事前審核通過，並非即屬當然有效，而得排除消保法關於定型化契約規定的適用。主要係因中央主管機關的事前核准，只是政府機關與定型化契約條款使用者間行政法（公法）上的關係，而條款使用人與消費者間，因該條款所生者，是一種私法關係，屬於消保法的規範事項，二者不得混為一談。因此，定型化契約條款雖經中央主管機關核准，惟若該條款有消保法第 12 條所定之情形，該條款仍然無效²³；有判決²⁴即支持此等見解。
- (2)事後報備規制：主管機關對於所轄行業定型化契約之規制，原則上均採事前審查方式辦理，目前尚無採事後報備方式辦理之案例，惟不論事前核准或事後報備，僅行使行政監督權之時間點不同而已，其在法律上之效果並無何不同。

²³ 詹森林、馮震宇、林明珠著「消費者保護法問答資料」（2005），頁 44 及 45，行政院消保會編印。

²⁴ 台灣高等法院 92 年度保險上更一字第 2 號判決。航空貨物運送保險契約案中，系爭保險契約雖經保險公司送主管之財政部核定，此僅該主管機關就保險單內容為事前且一般性之監督，與前揭民法有關定型化契約之規定，係就兩造間之締約公平與否，為具體判斷，要屬不同層次，自不因系爭保險單有財政部事前之監督，遽謂不受民法第二百四十七條之一規定之拘束，是保險公司抗辯系爭保險單既經財政部事先監督，即無締約不公平之情形，顯屬誤會。

(3)法律授權規制：凡依法律授權所訂定的規章，構成定型化契約的內容者，如交通部依據公路法第 64 條第 2 項規定訂定「汽車運輸業行車事故損害賠償金額及醫藥補助費發給辦法」及依據鐵路法第 62 條第 2 項規定訂定「鐵路行車及其他事故損害賠償及補助費發給辦法」等，由於該等命令係經過法律的授權，通常具有為實現授權法律之特殊目的或特殊政策考量的性質，原則上應予尊重。因此學者專家認為，只要該成為定型化契約內容之行政命令內容，在不違背憲法或不逾越其授權法律之授權目的、範圍的情形下，原則上該部分契約內容即為有效。惟法院於受理訴訟後，對該行政命令是否已逾越法律之授權範圍，仍有審查權。依法律授權就特定事項訂定的行政命令構成定型化契約內容，而該命令與消保法或其他法律發生牴觸時，究應如何決定其效力，目前尚有爭論²⁵。惟純就消費者權益保護事項而言，由於消保法具有消費者保護基本法的性質，原則上似宜優先適用。惟其具體認定似宜委諸學說判例予以個案認定方式解決。

(三) 契約範本之司法上效力

法院一般認為：契約範本僅屬行政指導性質，不具有法律上之拘束力，故無拘束法院判決之效力²⁶，尚可補充說明如后。

1. **契約範本仍應受司法之審查**：法院均以個案審查方式為之。定型化契約條款經主管機關之事前核准，乃屬於政府與定型化契約條款擬定者（或使用者）間之行政法關係，行政機關審核定型化契約條款是否核准時，其重點通常係基於公共政策及行政管理上之考量，而定型化契約使用者與消費者間乃屬私法上之契約關係，須著重者乃契約當事人間之公平正義，故條文本身是否合乎法律正義，仍須由法律適用解釋之有權者（即司法機關）作最後之審查控制²⁷。例如

²⁵ 同註 23。詹森林等著「消費者保護法問答資料」，頁 43 及 44。

²⁶ 台灣高等法院台中分院 89 年度上易字第 164 號判決略以：查該（內政部訂頒）房地產委託銷售契約書，係供房地產委託銷售業者訂立契約格式之參考資料，本無拘束法院之判決。

²⁷ 台灣高雄地方法院 92 年度訴字第 409 號判決。

線上遊戲契約範本有關盜用處理機制約款，法院認定並無違反消保法第 12 條或民法第 247 條之 1 規定而無效之情形²⁸，屬之。另外，法院亦明認：定型化契約範本與契約應記載或不得記載事項有別，不具消保法第 17 條第 2 項之效力²⁹。

2. 契約範本可供司法判決之參考：行政機關所公告之各種定型化契約範本，雖僅係提供經營者參考，而不具拘束力，然為合理規範雙方之權利義務，於解釋定型化契約之疑義時，該範本自有其參考之價值³⁰。

(1) 契約不因違反契約範本而無效：例如預售屋契約範本係提供業者與消費者間訂定相關契約時之參考，並不因行政機關或其他單位頒佈之契約範本而拘束當事人契約自由原則，當事人間訂定之契約與契約範本不同時，契約並不因而無效，仍須綜合判斷契約中之條款有無當事人間之給付與對待給付顯不相當、訂約者應負擔非其能控制之危險、當事人一方違約時，應負擔顯不相當之賠償責任或其他顯有不利於消費者之情形等違反平等互惠原則之情形，並斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事是否違反誠信原則，對訂約當事人是否顯失公平等情事認定之³¹。

(2) 契約如符合契約範本為有效：例如因 921 大地震而延期致解除國內旅遊契約，衡諸交通部觀光局頒佈之國內旅遊定型化契約範本第 18 條亦就出發前旅客任意解除契約之賠償標準為相同之規定，故認本件兩造間約定之違約金數額為相當³²。

(3) 契約範本規定僅供參考：例如契約之違約金定為百分之二十條

²⁸ 台灣板橋地方法院 96 年度小上字第 9 號判決。

²⁹ 台灣高等法院 101 年度保險上字第 24 號判決：消保法第 17 條第 1 項係針對「定型化契約應記載或不得記載之事項」，並非就「定型化契約範本」為規定，而「定型化契約範本」與「契約應記載或不得記載之事項」有別，不具消保法第 17 條第 2 項之效力。

³⁰ 台灣台南地方法院 89 年度簡上字第 204 號判決。

³¹ 台灣高等法院台中分院 92 年度上易字第 22 號判決。

³² 台灣台北地方法院 90 年度簡上字第 710 號判決。

款，係屬合法，僅有是否過高問題，依法院於審酌關於「違約之處罰」酌定違約金時，基於公平觀念，以主管機關之前發布之「預售屋買賣契約書範本」及之後公告之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」(最高不得超過百分之十五條款)為審酌之參考，乃其職權之行使，於法尚無不合³³。

- (4)契約範本效力仍應受司法機關審查：例如甚多法院判決認為，信用卡定型化契約範本規定之失卡二十四小時條款雖非無效，但不免除發卡機構應盡之善良管理人注意義務，否則係發卡機構不合理移轉風險，違反平等互惠原則而無效，其冒用損失應由發卡機構承擔³⁴。

貳、契約公告之行政規制

為確保契約上之消費公平，消保法對於定型化契約問題，特別規定賦予主管機關辦理契約公告(治本方式³⁵)之行政管制方式，俾期定型化契約更為透明化、公開化、公平化及合理化。

一、契約公告概說

行政院(消保處)積極協調各中央事業主管機關依據消保法第17條第1項授權規定，公告該行業契約應記載及不得記載事項，俾作為處理消費者在簽訂契約後確保消費契約至少獲得最低公平標準規範之執行法據。

(一) 契約公告之效力

契約之公告可因下列法據不同，而有不同的法律效力。

- 1.依消保法公告之效力：依消保法規定公告其應記載或不得記載之事項，會發生法定之通案強制導正效果。該公告必須符合二個要件，

³³ 台灣高等法院 92 年度上易字第 785 號判決。

³⁴ 楊淑文著「消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用評析」，收錄於氏著「新型契約與消費者保護法」(2006)，頁 105 以下，元照出版公司。

³⁵ 同註 23。詹森林等著「消費者保護法問答資料」，頁 43。辦理公告，這是一種治本的方法，也是一種就某一行業問題的通案解決模式。

即(1)須中央主管機關選擇特定行業，並規定該行業定型化契約應記載或不得記載事項。(2)須中央主管機關依消保法公告該行業定型化契約應記載或不得記載事項規定，始能發生消保法第 17 條第 2 項規定之效力³⁶。另外，不論是契約範本或公告，因皆屬行政機關之行政命令或行政法規性質，依三權分立原則，在私法適用上仍應受司法機關之審查程序，自不待言³⁷。

2.非依消保法公告之效力：例如現行國內外旅遊契約書係依發展觀光條例第 47 條規定，授權主管機關訂定旅行業管理規則，主管機關並於該規則第 24 條規定其契約書應有之內容，以附件方式併同該規則公告，該公告雖可發生對違反之旅行業者予以行政處分之效果，但因非以消保法規定為依據所為之公告，尚不能發生消保法規定公告所特有的逕行修改契約條款之法律效力。

(二) 契約公告之辦理程序

依消保法公告之目的，在建立公平合理消費環境，確保消費者在定型化契約上之權益。惟定型化契約由於行業不同而有不同的類型，短期內無法予以一一規定，因此消保法第 17 條第 1 項特別規定，授權中央主管機關可以依實際需要情形，選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，作為該行業遵行之依據，以有效導正不公平、不合理之定型化契約條款，保障消費者權益。不過，當時的行政院消保會為避免對於社會產生太大衝擊，造成不必要的負面效果，對於定型化契約之檢討工作，係採下列三個階段循序漸進之方式辦理，至於有學者質疑契約範本與公告內容有相當幅度的重疊性³⁸，

³⁶ 行政院消保會 85.04.16 台 85 消保法字第 00439 號函。

³⁷ 同註 9。詹森林著「定型化約款之基本概念及其效力之規範」，收錄於氏著前揭民事法理與判決研究（三），頁 48 及 49。對於私法上之契約關係，其最後決定者，當屬司法機關之法院。依憲法第 80 條規定，法官應依據法律，獨立審判，又依大法官會議第 216 號解釋，各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束。故法官就業經行政機關核准之定型化契約條款，仍得認定其有消保法第 12 條所定之情形，而宣告其無效。

³⁸ 林國彬著「消費者保護機關之權限—以美國聯邦貿易委員會為例」，刊於「消保法 20 年學術研討會」會議手冊，頁 114，行政院消費者保護處/輔仁大學法律學院主辦，2014 年 6

可能對該等程序不夠瞭解所致：

1. **個案直接導正**：請主管機關先行蒐集並立即檢討修正現行個案定型化契約，進行個案導正工作。
2. **通案檢討並研擬範本參考**：請主管機關通案檢討某特定行業之定型化契約，對於雙方當事人應有的權利義務內容及其合理之規定研擬範本實施，進行通案教育並發揮示範作用。
3. **依法公告通案導正**：俟契約範本施行一段期間後，請主管機關檢討其效果，如認有必要時，即摘取契約範本之重要內容及原則，再依消保法規定公告其應記載或不得記載之事項，使發生法定之通案強制導正效果。

(三) 契約公告之性質

至於該公告之性質為何，目前存在下列兩說，且並無違憲之虞³⁹：

1. **一般處分說**⁴⁰：認為中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項規定所為之公告，係行政機關就公法上具體事件所為之單方公權力措施，已對外直接發生法律效果，且係針對「特定行業」之「定型化契約」所為，而依「特定行業」此項「一般性特徵」，已可得確定相對人之範圍為該行業使用定型化契約之企業經營者，故應認為此類公告屬於行政處分中之一般處分。
2. **法規命令說**⁴¹：認為依行政程序法第 150 條第 1 項之規定，凡是「行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」，性質上均應屬於法規命令。以中央主管機關依消保法第 17 條第 1 項規定授權所為之公告，係對不特定之多數人就一般事項所為之抽象規定，且其法律效果已由法律明訂為「仍構成契約之內容」或「無效」，並非行政機關所得決定，況且法規命令之效力具有持續性，而一般處分之效力則顯然僅能及於公告當時

月 10 日至 11 日。

³⁹ 同註 21。陳汝吟等前揭專案研究結案報告，頁 165 以下。

⁴⁰ 持此說者如前揭廖義男研究，頁 29。

⁴¹ 持此說者如劉宗榮著「定型化契約論文選輯」（1988），頁 147，三民書局。

之特定業者，若將其論斷為為一般處分，顯非妥當。因此，在行政實務上，業經法務部明認其為行政法規性質⁴²，筆者基於保障消費者權益立場，亦贊同此說。公告既然是屬於一種法規命令，與契約範本之性質不同，故並無違反公平交易法之聯合行為或限制公平競爭規定之問題。另外，筆者認為：消保法既為民法之特別法，則依消保法授權所公告之定型化契約應記載及不得記載事項，具有法規命令性質，自亦應認屬民法之特別法，而有特別法優先原則之適用，法務部「有關住宿券之規範，應依消保法所為公告內容之應記載及不得記載事項，且優先於民法第 710 條而為適用」函釋⁴³，可為佐證。至於該契約公告之應記載及不得記載事項，因涉及企業經營者與消費者間之契約自由，允宜有一定的法律為其依據與一定的範圍為其界限，始能避免違憲之批評⁴⁴。

契約公告與契約範本最大之不同，在於契約範本係將該行業契約可能的契約條款全部予以納入範本內容，惟因係屬行政指導性質，僅供比較上之參考，並無強制拘束力，當事人尚留有是否合意

⁴² 法務部 95.09.21 法律字第 0950035512 號函釋略以：中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項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。

⁴³ 法務部 102.02.07 法律字第 10200017460 號函釋略以：交通部公告之觀光旅館業等四種住宿禮券應記載及不得記載事項，鑑於指示證券被指示人是否承擔具有不確定性，為保護消費者權益，爰明定住宿禮券僅得由旅館或民宿業者發行，第三人不得發行；又上開公告之性質屬實質意義法規命令（本部 95.09.21 法律字第 0950035512 號函參照），故有關住宿券之規範，應依消保法所為公告之應記載及不得記載事項，且優於民法第 710 條而為適用，故該等禮券如違反公告之應記載或不得記載之事項，依消保法第 17 條第 2 項規定，其定型化契約條款無效。

⁴⁴ 同註 21。陳汝吟等前揭專案研究結案報告，頁 42 以下。行政規制之本質既然係行政行為，因此，一般的行政行為所會受到的限制，例如各項行政法上基本原理原則之拘束，理論上，同樣應該可以適用到定型化契約之行政規制上。其中，應該又以比例原則及法律保留原則最為重要。……本研究計畫認為，長期來看，如有可能透過修法將現行消費者保護法第 17 條規定之授權目的、內容或範圍（至少授權目的）盡可能予以明確化，藉此杜絕疑慮，當然是解決問題之上上策。……如因立法技術上一時間容有困難而無法明確規定上開規定之授權內容及範圍，現行消費者保護法第 17 條之規定仍屬合憲。

之協商空間，不致侵害契約自由原則；至於公告契約應記載及不得記載之事項，係將該行業契約之比較重要條款始予納入公告事項，係屬法規命令性質，並賦予強制拘束力，其目的在確保消費公平及企求契約正義之實現。故為落實保障消費者在契約上的消費公平權益，主管機關應採取契約公告與契約範本等二種行政規制雙管齊下方式辦理，始能有效促進公平消費環境之建立。

（四）契約公告之救濟途徑

對於公告如有不服，依法可以採行下列途徑尋求救濟：

1. **私法訴訟途徑**：定型化契約記載經中央主管機關公告應記載之事項者，仍有消保法關於定型化契約規定之適用，即仍應接受司法機關之審查；公告之不得記載事項，亦不例外。有學者⁴⁵認為，定型化契約，在性質上，仍係私法上之約定。而私法約定之是否有效，其最後之裁判者，仍為法院，而非行政機關。故行政機關公告之應記載及不得記載事項，仍應經法院司法審查確定後，始有終局拘束契約當事人之效力。
2. **行政訴訟途徑**：企業經營者或消費者若不服中央主管機關依消保法第 17 條第 1 項所為公告應記載或不得記載之事項，應得經由行政爭訟程序由行政法院審查該等行政處分，原則上普通法院應無審查權限，必須成為私人間定型化契約內容後，普通法院始得加以審理。認為主管機關所為之核准、核可或公告，應屬於「具第三人效力」之行政處分，該第三人即消費者對該行政處分得依行政爭訟途徑，獲得救濟⁴⁶。對於主管機關之行政處分，固可依訴願及行政訴訟程序辦理；惟對於主管機關依法所公告之定型化契約應記載及不得記載事項，因其旨在明確揭示「中央法律之基礎原則」，如尚未作成行政處分，企業經營者即逕對之提起預防性不作為訴訟者，例如世界健身事業公司對台北市、新北市、新竹市政府就其健身中心定型化契約所為轉知或限期改善通知，逕依行政訴訟法第 8 條第 1 項所提

⁴⁵ 同註 9。詹森林前揭民事法理與判決研究（三），頁 9。

⁴⁶ 同註 8。廖義男前揭研究，頁 107 及 108。

不為一定行為或處分之「預防性不作為訴訟」，因該等行為均未屬行政處分，台北高等行政法院即認其為無理由，而為敗訴之判決⁴⁷。

二、公告契約應記載事項之行政規制

依消保法規定，經公告應記載事項發生積極取代之法律效力，而不得記載事項則發生消極排除之法律效力，因此，不同公告之內容，其條款應力求明確可行，俾落實公告發揮導正行業之效果。筆者並因其法律效力不同，而將二者分述如后。

（一）公告契約應記載事項之意義

契約應記載事項公告的目的，係基於業者在契約上應有一定的基本條款內容，乃依消保法規定公告應予積極記載，俾有效保障消費者權益。因此有學者認為⁴⁸：行政機關公告的應記載事項，通常應屬有利於消費者，或至少係兼顧企業經營者與消費者利益的規定，故應強制其成為契約的內容，以防止企業經營者逃避其規範。其在法律上的意義約有下列三點：

1. **契約的應記載事項**：係指契約內容原則上必須記載的重要基本事項。凡是該契約基本內容上必須具有的規定，例如簽約人、標的、買賣的金額等，均屬定型化契約內應記載的事項，以作為雙方權利義務的依據，俾確保消費公平。
2. **公告的契約應記載事項**：有逕行變更契約內容的效力。公告的目的，在建立公平合理的消費環境，確保消費者在定型化契約上的權益。定型化契約如果未記載公告的應記載事項，該經公告應記載的事項，仍納入構成契約的內容。
3. **並未排除其他記載事項**：除了應記載事項之外，當事人仍可記載其他事項。因為應記載事項，僅為契約內容必須記載的重要基本事項而已，除了該應記載事項之外，法令並未禁止業者記載其他事項，例如範本的內容即較應記載事項內容為多，可為明證；因此對於業

⁴⁷ 台北高等行政法院 101 年度訴字第 1241 號判決。

⁴⁸ 同註 9。詹森林前揭民事法理與判決研究（三），頁 8。

者添加其他事項予以記載，只要不違反公告的不得記載事項規定，原則上均可發生法律上應有的效力。

(二) 公告契約應記載事項之功能

契約公告之應記載事項，屬於行政法規，其內容約可歸類為審閱期間、消費者任意解約（終止）權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化、企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化、預付型消費型態之履約擔保制度、針對廣告重申消保法之規範效力等五大類型⁴⁹，具有下列的強制拘束力。

1. **必須記載該應記載事項**：例如禮券定型化契約如未記載經主管機關公告的應記載事項，依消保法施行細則第 15 條第 2 項規定，該公告的應記載事項仍構成契約內容，予以強制填補。換句話說，經公告的應記載事項，具有逕行變更當事人間禮券契約內容的效力。至於記載的處所，原則上均應載明於禮券正面明顯處，俾利禮券消費者閱讀。
2. **記載內容不得低於該應記載事項**：契約內應記載經主管機關公告的應記載事項，但是要如何記載，亦應有一定標準俾資遵行，事實上其記載內容是有彈性，並非一成不變。除了業者可以另外附加其他記載事項（但其內容不得違反不得記載事項）外，業者依規定在契約內有無記載該公告的應記載事項時，因為公告的應記載事項，係屬一種最低度（提供消費者最低公平限度的保障）的記載事項，因此可能會有下列情形發生：
 - (1) **補充功能**：業者漏未記載經公告應記載事項標準之內容時，依消保法施行細則第 15 條第 2 項規定，由該經公告應記載事項補充成為契約內容。
 - (2) **門檻功能**：業者記載高於經公告應記載事項標準之內容時，由於已跨過經公告應記載事項內容的最低門檻，其記載有效，因為可以提供消費者更大的優惠或保障，並無加以限制的必要。

⁴⁹ 有關公告應記載事項之類型，請參閱胡華泰著「消費定型化契約條款之行政規制」(2011)，頁 41 以下，政治大學法學院碩士論文。

- (3)取代功能：業者記載低於經公告應記載事項標準之內容時，其記載無效，改由經公告應記載事項取代成為契約內容。

(三) 公告契約應記載事項之行政規制

爰分就立法、行政、司法上之效力說明如后。

1.立法上之效力：公告契約在立法上之法據及效力如后。

- (1)基本規定：主要係規定於消保法第 17 條第 1 項：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」
- (2)認定標準：以有無依據消保法第 17 條規定之程序公告作為認定標準，因為此種公告事項才會發生消保法規定之通案強制導正效果。
- (3)違反公告之條款無效：依消保法第 17 條第 3 項「違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。」規定，該契約記載不符合經公告應記載事項（最低公平保障條款）之條款，無效。另外，消保法施行細則並補充規定如下：

- ①經公告之應記載事項仍應受司法監督：依消保法施行細則第 15 條第 1 項「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。」規定，法院對於公告之應記載事項仍可為司法審查。
- ②經公告之應記載事項為契約必要記載事項：依消保法施行細則第 15 條第 2 項「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。」規定，對於漏未記載者，經公告之應記載事項具有補充功能之效果。

2.行政上之效力：行政機關主要係以下列方式發揮其行政規制效力。

- (1)依法公告之規制：因篇幅有限，筆者爰就主管機關所公告各類型契約之應記載事項，選定下列常見且重要之條款扼要說明如后。
- ①審閱期間：定型化契約條款對消費者在契約上的公平影響甚鉅，因此有必要納入立法規範及強化消費者在契約上的武器，

俾期契約的公平正義得以確保，審閱期間即為其中一項重要的立法規制規定⁵⁰。審閱期間規定之立法目的主要有二，除了要提供消費者充分瞭解契約條款內容機會外，還要給予消費者充分考量及深思熟慮之機會⁵¹。因為消費者經過審閱期間所簽訂的契約，較不容易後悔。定型化契約之審閱期間，由於民國 83 年訂頒的消保法並未明文規定，而係在消保法施行細則予以補充規定，在尚未修正納入消保法規定之前，法界對該規定存有不同的看法；此項爭議，直至民國 92 年消保法修正納入明文規定後，始告平息。不同行業的定型化契約，可以有不同的審閱期間。實務上對於各該審閱期間之長短，如有中央主管機關公告者⁵²，依其公告規定辦理；如未有公告者，解釋上即依個案認定其合理審閱期間，至於施行細則規定之「三十日」，則屬審閱期間之上限規定，只要給與在 30 日以內之合理審閱期間即可；但地方政府訂頒之消費者保護自治條例，對此如另有補充規定者，在該地方自治轄區範圍內，亦得作為辦理之補充依據⁵³。例如目前房屋仲介業務之中央目的事業主管機關內政部已在訂頒的房屋委託銷售契約範本及應記載事項公告中，明文規定應提供消費者有三日以上的審閱期間，併此敘明。

②損害賠償類型化：基於契約雙方當事人權利義務明確化之要

⁵⁰ 曾品傑著「論附合契約與定型化契約之基本問題」，收錄於氏著「財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論（1）」（2007），頁 99 以下，元照出版公司。認為這種於企業經營者的要約與承諾之間（或是反過來，於消費者的要約與企業經營者的承諾之間），插入一個審閱期間的保護機制，不啻規整了訂立定型化契約的法定流程，使消費者只要爭執未給合理審閱期間的程序問題，得主張渠等條款不構成契約之內容，而無庸回到實體問題的爭執。

⁵¹ 最高法院 91 年度台上字第 2025 號判決、台灣士林地方法院 92 年度簡上字第 59 號判決、台灣高等法院台中分院 97 年度上易字第 315 號判決等，可供參考。

⁵² 目前各中央目的事業主管機關，係採用選定行業研訂其契約範本或公告其契約應記載及不得記載事項時，一併公告該契約之審閱期間方式辦理。

⁵³ 黃明陽著「地方消費者保護立法之探討比較」，刊於「消費者保護研究【第十五輯】」（2009），頁 8，行政院消保會編印。經查目前對此有補充規定者，僅有宜蘭縣（至少 3 日）、高雄市（至少 5 日）、台東縣（至少 7 日）、彰化縣（至少 10 日）等 4 個地方消保自治條例。

求，在公告時除了明文規定雙方之權利義務條款外，並就違反者應負損害賠償責任予以類型化，俾利雙方遵守及辦理。茲以國內外旅遊契約為例，中央主管機關公告應記載事項將損害賠償類型化納入規定，即以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：

- a. 通知於出發日前第四十一日以前到達者，賠償旅遊費用百分之五。
 - b. 通知於出發日前第三十一日至第四十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之十。
 - c. 通知於出發日前第二十一日至第三十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之二十。
 - d. 通知於出發日前第二日至第二十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之三十。
 - e. 通知於出發日前一日到達者，賠償旅遊費用百分之五十。
 - f. 通知於出發當日以後到達者，賠償旅遊費用百分之一百。
- ③基本費：日前媒體報導消基會調查水、電、瓦斯及電信的基本費光一年的收入就高達 167.5 億元。消基會認為相關收取標準應符合「用多少、算多少」的使用者付費公平原則來收取相關費用。因為該等產品在提供時，須先有相關之設備存在，業者並須負維修該等設備處在堪用情形下，基於使用者付費之原則，轉嫁由消費者負擔，似有其正當理由。因此，主管機關公告之定型化契約應記載事項，仍保留基本費規定。惟筆者認為本案問題的關鍵在於「基本費」用詞不當，容易造成誤導，建議改為「基本維護費」或其他適當名詞，以杜爭議。

(2)行政解釋之規制：針對契約公告之效力予以解釋如后。

- ①違反公告之契約條款無效：例如房屋仲介公司製作之不動產委託銷售契約，違反「不動產委託銷售定型化契約應記載及不得

記載事項」規定者，其契約條款無效⁵⁴。

- ②公告契約應記載及不得記載事項為實質意義之法規命令：如有定型化契約條款或個別磋商條款違反契約範本或公告應記載及不得記載事項者，筆者認為：對於違反範本規定之條款，應再依消保法第 12 條規定判斷其違反誠信公平原則，來認定其無效；至於違反公告事項，則可逕依係違反法規強制禁止規定，來認定其無效，並無消保法第 15 條「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」適用之餘地。因此，即使建設公司所提供預售屋契約之「定型化契約條款」之內容，較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，而消費者於為該約定時所不知者，仍以「定型化契約條款」之內容，為雙方權利義務之依據⁵⁵。筆者認為⁵⁶：個別磋商條款如果與定型化契約條款內容相互抵觸者，原則上應依消保法第 15 條「個別磋商條款優先定型化契約條款」規定辦理，固無疑義；惟如「定型化契約條款」之內容，較「個別磋商條款」之約定，更有利於消費者，而消費者於為該約定時所不知者，筆者基於保障弱勢消費者立場，且既係經行政院（消保處）審查通過由中央主管機關內政部公布作為應記載事項之內容，該內容解釋上應視為消費者權益之最低保障標準，實不容許業者自行以利用「個別磋商條款優先定型化契約條款適用原則」，作為其侵害消費者權益之工具，且依消保法第 11 條第 2 項規定，定型化契約條款有疑義（筆者認為應擴張及於定型化契約條款與個別磋商條款適用有疑義）時，應為有利於消費者解釋規定之精神，因而贊同行政院（消保處）之解釋，此時仍宜以「定型化契約條款」之內容，作為雙方權利義務之依據，因為只有如此，才

⁵⁴ 內政部 94.03.07 內授中辦地字第 0940724370 號函。

⁵⁵ 行政院消保會 97.03.20 消保法字第 0970002207 號、99.03.04 消保法字第 0990001518 號函。

⁵⁶ 黃明陽著「房屋仲介消費關係之探討」，刊於「消費者保護研究【第十七輯】」（2011），頁 1 以下，行政院消保會編印。

能提供消費者真正的保障。雖然此問題業經最高行政法院判決確認⁵⁷，不過，類似問題將來仍會不斷發生⁵⁸，為根本解決此項爭議，建議修改消保法第 15 條予以明文納入規定。

(3)行政查核之規制：對於企業經營者使用之定型化契約，依照消保法第 17 條第 3 項規定，主管機關得隨時派員查核⁵⁹，俾充分掌握定型化契約在實務上使用情形，作為將來制定法律，採取行政措施，及保護消費者工作之參考。這是一種個案導正的行政規制措施，屬於具體行政處分。中央或地方主管機關均有權為之，對於違反的企業經營者，可對之予以行政處分。雖然對於違反公告應記載事項之業者，可以依法要求限期改正，惟因消保法對此並無罰鍰規定，最高行政法院判決認為⁶⁰不得擴張援引消保法第 33 條、第 36 條規定辦理（詳見司法上之效力），除非修改消保法予以增列或由地方政府另行訂定自治條例規範相關裁處（部分地方政府消保自治條例有罰鍰規定，並經最高行政法院予以肯認⁶¹），否則尚難以罰鍰手段去落實此項行政規制。

3.司法上之效力：法院判決對公告契約之效力所持意見如后。

(1)經公告之應記載事項有拘束力：例如主管機關基於消保法第 17 條之授權，對特定行業之保險定型化契約條款所為修正，法院判

⁵⁷ 最高行政法院 100 年度判字第 1791 號判決略以：消保法第 15 條雖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，應僅於雙方經實質磋商個別磋商條款較有利於消費者時，始有適用。

⁵⁸ 內政部 100.05.13 內授中辦地字第 1000043891 號函，針對企業經營者可否與消費者依消保法第 15 條規定，訂立「排除履約保證機制（公告之應記載事項）」條款疑義，函釋仍須符合更有利於消費者為要件，始為有效。

⁵⁹ 同註 8。廖義男前揭研究，頁 38 及 39。主管機關所為之查核，並未發生法律效果，僅為發生事實上效果之事實行為。而其目的，即在使主管機關派員查核定型化契約是否有違法之處，隨時監督掌握企業經營者使用定型化契約之情形。

⁶⁰ 最高行政法院 101 年度判字第 272 號判決。

⁶¹ 最高行政法院 100 年度判字第 1791 號判決略以：消費者保護既屬地方自治事項而消保法對前揭違反事項雖無行政罰之配套，亦無禁止處罰之規定，地方政府自得考量地方需要訂定自治條例規範相關裁處，而無須與其他自治團體作相同之規定，並無抵觸消保法第 17 條或中央其他法規規定。

決⁶²認定：性質上屬於授權命令，有拘束受監督上訴人之效力；且因契約範本與公告之應記載事項性質不同，不得僅以契約範本取代公告之應記載事項⁶³。

(2)漏未記載者，經公告應記載事項有補充效力：例如在預售屋買賣契約方面，內政部已公告「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」，上訴人主張雖兩造未將公告事項約定為房地買賣契約之內容，公告第 18 條第 2 款之規定仍構成兩造契約之內容，法院判決⁶⁴認定：洵屬有據。

(3)不符記載標準者，經公告應記載事項有補充效力：對於建商出售預售屋時，應依內政部公告「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」，於契約明訂「開工日」作為系爭建案工程期限之始期，如建商將之改為「放樣勘驗核准開工日」，因違反上開法令與公告定型化契約，法院判決⁶⁵認定：該部分條款即屬無效，並由公告定型化契約相關條款取代之，即應以申報開工日為準。

(3)消保法目前尚無違反定型化契約之處罰規定：最高行政法院 101 年度判字第 272 號判決略以：企業經營者與消費者間之約定若違反消保法第 19 條規定，應為無效，主管機關僅能依同法第 17 條選擇特定行業，公告其定型化契約應記載或不得記載事項，並得對企業經營者使用定型化契約之情形派員查核。至於消保法第 33

⁶² 台灣高等法院台中分院 99 年度保險上易字第 7 號判決。

⁶³ 最高行政法院 100 年度判字第 1966 號判決略以：預售屋銷售之企業經營者，使用定型化契約時，即應明確將上開主管機關公告之應記載事項，完全納入，至於不得記載事項，則不能為定型化契約內之條款；倘未將上述公告之應記載事項列入預售屋買賣定型化契約，而僅提供內政部制訂之預售屋買賣契約範本，一般消費者無以得知該等應記載事項係屬法令強制規定為定型化契約之內容，且亦無法明確分辨該範本與定型化契約內容之差異，是企業經營者自無以該範本取代其應於所使用之預售屋買賣定型化契約納入上開公告之應記載事項義務。

⁶⁴ 台灣高等法院 98 年度上字第 1086 號判決、台灣高等法院 99 年度上字第 862 號判決。

⁶⁵ 台灣高等法院 100 年度消上字第 12 號判決：建商將系爭建案工程期限之始期，自「開工日」，改為「放樣勘驗核准開工日」，不僅不符內政部所公告周知之內容...，並違反一般消費者對於實際施工開始計算工程期限之認知。…實務運作及規定上，應以申報開工日為準。

條、第 36 條中關於「企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞」之定義，係指商品或服務本身存在侵權損害或有損害之虞，地方主管機關為防止危害繼續發生，可進行調查並命企業經營者限期改善或採取必要措施，是以關於契約條款是否違反消保法第 19 條第 1 項之規定，並不在同法第 33 條第 1 項之規範範圍內⁶⁶。台北市政府認為 PChome 網站上登載之契約條款違反消保法第 19 條規定，依據同法第 36 條命 PChome 限期將網站內容移除，核有適用法規錯誤之違法。筆者認為：為期正本清源，並落實保障消費公平權益，消保法亟宜增列違反契約公告者之處罰規定，以為因應。

三、公告契約不得記載事項之行政規制

本節擬就經公告不得記載事項發生消極限制之法律效力予以論述。

(一) 公告契約不得記載事項之意義

契約不得記載事項公告的目的，主要是針對業者在契約上可能使用不公平的除外條款，依消保法規定公告消極地應予不得記載的限制，俾有效避免侵害消費者權益。其在法律上的意義約有下列三點：

1. **契約的不得記載事項**：屬於契約內容不得記載的重要事項。凡是不公平或是不合理的定型化契約條款，例如「貨物售出，概不退換」或是「交車後，買方必須繳回契約」等條款，均屬定型化契約內不得記載的事項，以確保消費公平。
2. **公告的契約不得記載事項**：有逕行影響契約內容的效力。依照消保法第 17 條第 1 項規定，其目的在建立公平合理消費環境，排除定型化契約內容不公平條款存在。換言之，所有能夠存在的條款，至少應具有最低的公平標準，以確保消費者在定型化契約上的權益。例如擔保責任之減免、損害賠償責任之限制、免責條款等，為最常見

⁶⁶ 最高行政法院 101 年度判字第 707 號判決亦同此見解。

使用的不公平條款⁶⁷。

3. **不得記載事項不以公告者為限**：除了公告的不得記載事項之外，亦不可記載其他不得記載事項。因為公告的不得記載事項，僅為與該契約內容有著最直接密切且屬不得記載的重要基本事項而已，除了該不得記載事項之外，法令尚有禁止業者記載的其他事項，例如民法第 72 條違背公序良俗的事項等，可為明證；因此對於業者在契約內如果記載其他不得記載事項，原則上均應發生無效的結果。

（二）公告契約不得記載事項之功能

契約不得記載事項公告的效力，因係屬於行政法規，其內容約可歸類為不得違反強制或禁止規定、不得違背契約嚴守原則、不得使用未有明確定義之名詞或不明確之語句、不得排除民法或消保法之任意規定、不得違反應記載事項意旨之約定、特殊交易型態之不得記載事項等六大類型⁶⁸，具有下列強制的拘束力。

1. **必須不得記載該不得記載事項**：記載經公告的不得記載事項，無效，故具有排除之功能。換句話說，經公告的不得記載事項，具有逕行變更當事人間契約內容的效力。至於所謂無效，依消保法第 16 條規定，除非有顯失公平情形，該契約才全部無效；否則原則上僅指該部分無效而已，該契約的其他部分，仍為有效。
2. **不得記載其他不得記載事項**：例如禮券契約公告第七點「不得記載違反其他法律強制禁止規定或為顯失公平或欺罔之事項」，具有概括性規定性質，惟此種規定僅以法律為限，似未能涵蓋所有其他依法規命令不得記載事項，對於此種依法規命令規定其他不得記載事項，亦屬不得記載，如強予記載，解釋上仍應歸於無效。

（三）公告契約不得記載事項之行政規制

亦分就立法、行政、司法上之效力說明如后。

⁶⁷ 范建得著「消費者保護法—基礎理論--」（1994），頁 201，漢興書局。定型化契約最常使用的場合，是擔保責任之減免、損害賠償責任之限制、免責條款、以及管轄或判決認諾條款。

⁶⁸ 同註 49。有關公告不得記載事項之類型，請參閱胡華泰前揭碩士論文，頁 52 以下。

1.立法上之效力：公告契約在立法上之法據及效力如后。

- (1)基本規定：主要係規定於消保法第 17 條第 1 項：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」
- (2)認定標準：以有無依據消保法第 17 條規定之程序公告作為認定標準，因為此種公告事項才會發生消保法規定之通案強制導正效果。
- (3)違反公告之條款無效：依消保法第 17 條第 3 項規定，該契約不得記載經公告不得記載事項（不公平條款）之條款，無效。

2.行政上之效力：行政機關主要係以下列方式發揮其行政規制效力。

(1)依法公告之規制：因篇幅有限，筆者爰就主管機關所公告各類型契約之不得記載事項，選定下列常見且重要之條款扼要說明如后。

①廣告不負責任條款：不得記載廣告僅供參考，主要因違反下列法律強制禁止規定，故為無效。至於不得記載此項規定，其主要目的在於強調不得任由業者不負廣告責任。

a. 違反公平交易法第 21 條強制禁止規定：業者在從事事業經營時，不得為任何不公平競爭的行為，否則即應受到公平交易法的限制規範。此項記載因違反公平交易法第 21 條「不得在其廣告為不實或引人錯誤之表示或表徵」的強制禁止規定，故為無效。

b. 違反定型化契約的誠信公平原則規定：廣告依消保法第 22 條「業者對消費者所負的義務，不得低於廣告之內容」規定，在消費者簽約後即具有法律上的拘束力，並非僅供參考而已。例如禮券業者在禮券上記載「廣告僅供參考」，此種條款因違反消保法第 12 條第 2 項第 1 款「其他顯有不利於消費者之情形，違反平等互惠原則」及民法第 247 條之 1 第 3 款「其他於他方當事人有重大不利益，按其情形顯失公平者，該部分約定無效」的強制禁止規定，故為無效。

②限縮或免責條款：記載預先免除發行人故意及重大過失責任，主要因違反下列法律強制禁止規定，故為無效。不得記載此項規定，其主要目的在於強調不得由業者片面預先免除其應負的

責任。

- a. 違反法律強制禁止規定：此項記載因違反民法第 222 條「故意或重大過失之責任，不得預先免除。」的強制禁止規定，故屬無效。另外，消保法第 10 條之 1「本節所定企業經營者對消費者或第三人之損害賠償責任，不得預先約定限制或免除。」規定，亦可供無效認定之補充法據。
 - b. 違反誠信公平原則規定：例如禮券上如果記載此種免責條款，將造成業者的故意及重大過失責任反由禮券消費者負擔情形，因違反消保法第 12 條第 2 項第 1 款「消費者應負擔非其所能控制之危險，違反平等互惠原則，對消費者顯失公平」及民法第 247 條之 1 第 2 款「加重他方當事人之責任，按其情形顯失公平者，該部分約定無效」的強制禁止規定，故為無效。
- ③片面修改或解約條款：記載發行人得片面解約之條款，主要因違反「誠信公平原則」的下列法律強制禁止規定，故為無效。不得記載此項規定，其主要目的在於強調不得任由業者片面隨意解除契約。
- a. 違反消保法的誠信公平原則規定：例如業者以定型化契約條款方式片面規定，在禮券上記載某發行人得片面解約的條款，業者可以隨意解除契約，致使禮券無法使用，此種條款因違反消保法第 12 條第 2 項第 1 款「其他顯有不利於消費者之情形，違反平等互惠原則」及第 3 款「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」的強制禁止規定，故為無效。
 - b. 違反民法的顯失公平原則規定：本項記載係以定型化契約條款為之，且係片面規定禮券業者得片面解約的權利，因違反民法第 247 條之 1 第 3 款「其他於他方當事人有重大不利益，按其情形顯失公平者，該部分約定無效」的強制禁止規定，故為無效。

(2)行政解釋之規制：爰以禮券為例扼要說明如后。

- ①公告禮券不得記載「使用期限」之規制：限以禮券為其適用對象，如為非禮券，例如百貨公司「買滿五千元送五百元」記載使用期限之票券⁶⁹，因係屬所稱無償發行之抵用券、折扣（價）券範疇，則不受零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項規範，得為使用期限之限制，然該等資訊亦須充分揭露，方符合消保法第 4 條與第 5 條所規定企業經營者應提供充分與正確消費資訊之義務。
 - ②公告禮券不得記載「不得找零」之規制：消費者持禮券購買或兌換商品，若有剩餘額時，必須找零，其方式可由業者以「於禮券註記可用餘額」、「直接找給現金」或「另給餘額代用券」擇一辦理⁷⁰。
 - ③禮券之規範並不以經公告之行業為限：目前公告之 18 種商品（服務）禮券定型化契約應記載及不得記載事項，雖無補習業，惟本案補習班考試兌換券記載使用期限，因屬定型化契約條款內容，須符合一定要件，以免違反誠信與平等原則，而得主張定型化契約條款無效⁷¹。
 - ④禮券禁止由第三人發行：禮券發行屬預付型交易，如由第三人發行，消費者不易知悉業者與第三人間之法律關係與責任歸屬，增加風險評估之不確定性，故應不許由第三人發行⁷²。
- (3)行政查核之規制：行政機關依消保法第 17 條第 3 項規定可以派員查核，對於違反之業者，可以依法要求限期改正，惟因消保法對此並無罰鍰規定，除非修改消保法予以增列或由地方政府另行訂定自治條例規範相關裁處，否則尚難以罰鍰手段去落實此項行政規制（詳見前述）。

⁶⁹ 行政院消保會 98.10.23 消保法字第 0980009748 號、96.09.13 消保法字第 0960008333 號函。

⁷⁰ 經濟部 96.09.17 經商字第 09600629350 號函。

⁷¹ 行政院消保會 98.08.04 消保法字第 0980006862 號函。

⁷² 行政院消保會 98.09.14 消保法字第 0980008269 號函。另法務部 102.02.07 法律字第 10200017460 號函釋亦同此見解，詳見註 42。

3.司法上之效力：法院判決對公告契約之效力所持意見如后。

- (1)經公告之不得記載事項有拘束力：此種公告，法院判決認定：性質上屬於授權命令，有拘束受監督之上訴人之效力⁷³。
- (2)違反不得記載事項之條款無效：例如坊間許多仲介公司與屋主簽訂定型化契約，註明：「買方出價高於賣方底價，雙方的買賣契約即成立、生效」，台北地院認為這條仲介業者霸王條款，違反消保法第 12 條，剝奪買賣雙方的決定權，對屋主不公平，判決仲介敗訴，賣家握有決定是否賣屋的最終選擇權⁷⁴。
- (3)消保法目前尚無違反定型化契約之處罰規定：台北高等行政法院 102 年度訴字第 745 號判決略以：行政院新聞局 99 年 2 月 8 日公告之「電影片映演業禁上攜帶外食定型化契約不得記載事項」，因違反法律保留原則、法律優位原則，顯然違憲，而應認定為無效，台北市政府即不得據以依台北市消費者保護自治條例第 8 條第 1 項規定予以處罰；惟筆者並不贊同，應是法院曲解該不得記載事項公告之目的--旨在解決「只許州官（電影院）放火，不許百姓（消費者）點燈」之不公平的消費困境所致。

四、履約保證機制

履約保證為目前行政機關所推動之一種確保消費公平機制。與消費公平有關之履約責任保險（契約行為之責任保險）或履約保證保險（契約行為之保證責任保險），均係以契約責任（債務不履行）為其承保範圍。由於實務上尚無履約責任保險保單，且因篇幅有限，筆者擬僅就目前實務較為盛行之履約保證⁷⁵論述如后。另外，筆者要特別強調的是，一般履約保證的期間多為一年，消費者除應特別注意其有效期限外，千萬不要把禮券的履約保證期限

⁷³ 台灣高等法院台中分院 99 年度保險上易字第 7 號判決。

⁷⁴ 2012.08.31【自由時報】。房仲定型化契約違反消保法。

⁷⁵ 有關履約保證等之論述，請參閱黃明陽著「業者責任保險與消費者權益之探討」，刊於「消費者保護研究【第十六輯】」（2010），頁 82 以下，行政院消保會編印。

視為禮券使用期限⁷⁶。

（一）立法上之效力：

消保法並無強制履約保證機制之規定，而係由各行業管理法視需要予以規定，經查目前提供生前契約之殯葬服務業者、發行電子票證之業者、公路汽車客運業、市區汽車客運業、大眾捷運系統運輸業、纜車業及與交通運輸有關之公路通行、停車服務業等發行預付型交通電子票證之交通業、金融業（存款保險機制）、私校（履約保證保險）等 10 種業者，依法律明文規定均應提供強制履約保證機制。但仍不普遍。

（二）行政上之效力：

行政機關為期落實保障消費公平，除了行業管理法已規定之履約保證機制外，並透過消保法第 17 條第 1 項授權規定，於公告該行業契約應記載事項時，將相關履約保證機制予以納入規定。例如健身中心業履約保證、預售屋業價金保障履約保證、安養業及療養業（一般護理之家）保證金專戶儲存保證等 4 種業者，雖無法律明文規定，但仍可依主管機關公告該定型化契約應記載事項規定，均應提供強制履約保證機制。此外，尚有網際網路教學服務業履約保證、養護業保證金專戶儲存保證、收托身心障礙者業保證金專戶儲存保證、納骨塔業管理費專款專用、海外渡假村業及國內渡假村業提撥擔保金、臍帶血保存業保存費交付信託等 7 種行業履約保障機制，惟因係以契約範本方式予以規範，並非以消保法第 17 條規定之契約公告方式為之，且另無法律為其依據，導致該等範本僅屬行政指導性質，尚無法作為強制該等業者提供履約保證機制規範依據，允宜補強其效果。

此種措施立意至為良善，不過即使是依消保法第 17 條第 1 項公告方式辦理，卻仍引起業者反彈，而有下列正反不同之見解。筆者站在有效保障消費者權益立場，尤其是在預付型交易亟需建立強制履約保障機制之時刻，當然贊同肯定說，惟在法制立場，認為仍宜在消保法

⁷⁶ 2012.05.22【TVBS】。很多人把印在禮券上的履約期限（為期一年），當成使用期限、誤以為禮券已經過期，而把它當廢紙丟了。

予以增列明定較為妥適。

1. **肯定說**：主管機關依消保法第 17 條規定選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，核屬行政機關裁量權之行使，自有上開行政程序法第 10 條規定之適用⁷⁷。
2. **否定說**：認為消保法第 17 條規定選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，應限於與契約之權利義務有直接相關事項，履約保證機制並不在該授權公告範圍內。

至於企業經營者可否與消費者依消保法第 15 條規定，訂立「排除履約保證機制」條款問題，依內政部 100 年 5 月 13 日內授中辦地字 1000043891 號函釋係採否定意見，略以：為維護消費者權益及遵循定型化契約條款之誠信原則，避免企業經營者利用消費者之不知，藉由個別磋商之方式，獲取不當之契約權益，是以，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」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。

（三）司法上之效力：經查目前法院尚無針對履約保證之判決。

參、檢討與建議（代結語）

基於定型化契約問題影響消費公平甚鉅，筆者建議應針對現行消保法有關定型化契約行政規制規定及實務見解，從法制及實務上予以檢討與改進，俾期有效保障消費公平權益。

一、建議法制上應補強消保法定型化契約之行政規制法據及法效

⁷⁷ 法務部 93.07.12 法律決字第 0930025400 號函略以：按行政程序法第 10 條規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」復按消保法第 17 條第 1 項及第 2 項規定：……其立法說明：「對於部分重要行業使用之定型化契約，有加強行政管理之必要，爰於本條立法授權行政機關得依其裁量，規定定型化契約應記載或不應記載之事項。」準此，主管機關依消保法第 17 條規定選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項，核屬行政機關裁量權之行使，自有上開行政程序法第 10 條規定之適用。

消保法有關定型化契約之行政規制，為落實契約上消費公平之重要配套措施，理應補強其法據及法效，以有效避免爭議發生。依據 2013 年 5 月 23 日行政院院會通過函送立法院審議之「消費者保護法部分條文修正草案（計修正 21 條條文）」，擬「修正消保法第 17 條（增訂授權公告之目的、內容、範圍及法律效果）」及「增列第 56 條之 1（經限期改正而屆期不改正者，得處以罰鍰）」，已能有效補強行政規制之法據及法效，如能再加上筆者建議「增列誠信公平原則之個案無效認定原則」、「增列個別磋商條款違反契約公告事項無效」、「契約範本納入消保法規定」、「消費公平受害明定得請求懲罰性賠償金」等修正意見，當更為周延，筆者將另擬專文論述，故予從略。

二、建議實務上應強化消保法定型化契約之行政規制措施

行政規制為落實消費公平最有效措施，因為徒法不足以自行，由行政機關依法行政，可以發揮「事前預防之效果」、「行業（通案）導正之效力」、「有效疏減訟源」等行政規制之最大功能。

（一）建議逐年檢討與定型化契約有關之契約範本及公告事項

為有效維護契約公平，行政院（消保處）應主動積極協調主管機關繼續採行下列契約範本與公告事項雙管齊下之行政規制辦理。對於契約範本已施行多年者，應儘速公告應記載及不得記載事項；惟對於單一業者（例如台鐵、ETC、消費用水、消費用水等）並無研訂契約範本或公告之必要者，可以事前個案審核方式為之。另外，並應針對每年消費申訴案件統計排名在前的行業，如電信業、金融業、房仲業等去檢討其問題所在，作為研修契約範本或公告應記載及不得記載事項之重要參考依據。

1. 研訂契約範本：迄至 2013 年 11 月底為止，行政院（消保處）已審查完成實施之契約範本，計有 93 種，對建立公平合理的消費環境，確有其正面的影響。事實上契約範本之內容，除了提供雙方諮商之空間外，並可以作為有關消費者權益之最低保障標準，賦予法院判決之重要參考依據。另外，主管機關並應適時檢討修正現有契約範本內容，使其能更符合公平正義之要求。

2. 公告應記載及不得記載事項：迄至 2013 年 11 月底為止，行政院（消

保處)已審查完成實施之公告應記載或不得記載事項,僅有 54 項,僅達 93 項契約範本之半數,行政院(消保處)除應繼續協調主管機關研擬新行業的公告事項之外,並應就目前已有契約範本而未有公告事項配合者,允宜加速辦理公告,俾能發揮更大的效果;如果發現有不適合訂頒契約範本情形(如禮券契約、福袋契約、網路交易契約、預付型電子票證契約、線上遊戲點數卡契約等)時,亦可以逕行公告其應記載或不得記載事項辦理。另外,主管機關並應適時檢討修正現有契約公告內容,使其能更符合公平正義之要求。

(二) 建議加強定型化契約查核工作

為保障消費者不致因有財務問題業者無法履約所害,政府應檢討現行有關消費公平法令規定,落實消費公平行政監督功能,主管機關除應不定期就其所轄行業(例如旅行業)進行下列查核(查核項目應包括已否投保履約保證保險)事宜及公告相關資(警)訊外,尤應強化對各行業分別研訂定型化契約範本暨其應記載及不得記載事項公告,以及加強教育宣導消費公平事宜,致力建立消費公平環境。

- 1.事前審核:**主管機關對於具有專業特性的特別契約,例如保險契約常有一些除外規定的定型化契約條款,攸關消費公平權益甚鉅,除了消保法規定之措施外,並宜採行事前審核之行政監督,俾落實保障消費者權益。
- 2.派員查核:**針對每年消費公平申訴案件統計排名在前的行業,主管機關應針對該等行業有關問題進行探討及研擬改進措施,並密集查核其使用定型化契約情形,俾期有效導正及保障消費公平。
- 3.行政處分:**主管機關對於違反公告應記載或不得記載事項之業者,可以依法要求限期改正外,地方主管機關尚可逕依地方消保自治條例規定予以行政處分,中央主管機關則僅能在消保法增列第 56 條之 1 後,方可處以罰鍰,作為落實此項規定之行政規制。
- 4.辦理評鑑工作:**主管機關對其所轄行業應定期或不定期辦理評鑑工作,並將評鑑結果提供消費者參考。例如新北市政府辦理補習班評

鑑⁷⁸、交通部觀光局支持旅行業品質保障協會辦理「金質旅遊行程」評鑑⁷⁹，民間團體的台灣永續關懷協會除每年舉辦「國家建築金獎」的評比活動外，同時舉辦 101 年度台灣誠信品牌授證，包括：「台灣誠信建商」、「台灣誠信企業」與「台灣誠信廠商」等認證，表揚具備誠信營經和良好服務態度的優質企業，提供消費者更大保障⁸⁰。

(三) 建議落實消費警訊通報機制

依消保法第 5 條規定，政府負有消費資訊之充實與提供義務，尤其是消費警訊通報機制方面，更是避免消費者權益受害的最主要方式，政府一定要予以落實辦理。茲以旅遊契約相關警訊說明如后。

- 1. 旅遊燈號警訊：**為確保國外旅遊消費者的權益，應落實旅遊警示機制。目前外交部將旅遊警示燈號依其影響程度，分為：「灰色警示：提醒注意」、「黃色警示：特別注意旅遊安全並檢討應否前往」、「橙色警示：高度小心，避免非必要旅行」、「紅色警示：不宜前往」等四種燈號，除了提供消費者是否前往旅遊之判斷外，並可作為旅遊糾紛處理之重要參考依據。至於大陸地區之旅遊警示燈號機制，目前則係由行政院大陸委員會負責辦理，併此敘明。
- 2. 旅行社倒閉警訊：**每年歲末常有許多旅行業者挨不過「年關」，就宣告倒閉。為避免旅行社突然倒閉損害消費者事件，每年年底主管機關交通部觀光局均應適時發布不良旅行社警訊，提醒消費者注意，俾有效保障旅遊消費者權益。

(四) 建議建立強制履約保證機制

- 1. 建議全面實施強制履約保證機制：**當消費者因業者無法履約受害

⁷⁸ 2012.03.17【自由時報】。新北市政府教育局今年將首度舉辦「優良好補·安心學習」標竿補習班評選活動，八月將公布評選出的一百零八間績優補習班，做為未來家長選擇補習班的重要依據。

⁷⁹ 2012.11.09【中央社】。中華民國旅行業品質保障協會今天舉行第 1 屆「金質旅遊行程」頒獎典禮。評審包括產官學代表，評審項目包括：產品特色及創新度、行銷活動及市場分析、航班及行程中交通工具安排與順暢度、旅館、餐食、費用合理性等。獲獎的 32 個旅遊產品，由品保協會掛保證消費者可安心，對消費公平權益提供更大保障。

⁸⁰ 2013.01.31【中時電子報】。台灣誠信品牌認證 消費者有保障。

時，為確保消費損害能獲救濟，企業風險得以分散，建立履約保證機制至關重要。因此，為保障消費者因契約不能圓滿履約完畢所遭受損害之求償權利，應健全履約保證機制；目前並應先以行業之履約保證機制為主，將來如有需要，再逐步擴及專業個人之履約保證機制。

2.建議全面履約保證機制建立前應有過渡權宜措施：在各行業管理法尚未全面增列實施強制履約保證機制之前，行政院（消保處）應協調各主管機關依消保法第 17 條規定授權公告之定型化契約應記載事項當中，通案增列應提供履約保證機制規定，以為過渡權宜措施。

三、建議實務上應落實消保法定型化契約之教育宣導措施

消保法有關定型化契約之規定，為確保消費公平權益的最重要規範。惟因消費公平，人人有責，僅以提昇契約的公平性，進而保障購買消費者的消費公平，並不只是企業經營者單方面即可達成，必須消費者及政府主管機關加以重視及密切配合才可，這是大家的責任。因此，我們必須從下列三方面來落實消保法定型化契約之教育宣導工作。

（一）企業經營者方面

企業經營者要確保契約的公平性，須注意下列事項：

- 1.參考契約範本及公告事項去研訂契約內容，確保消費公平：**事前為確保所提供之定型化契約，並無任何不公平之定型化契約條款，企業經營者應蒐集主管機關所研訂之契約範本或公告之應記載及不得記載事項，作為研訂契約內容之重要參考，以確保其契約符合最低公平保障之標準。
- 2.提供履約保證，分散經營風險：**事後為避免損害後所發生龐大的賠償金額，影響消費者的求償權及企業的永續經營能力，企業經營者應提供履約保證，以確保消費公平受害求償權及有效分散經營風險。

（二）主管機關方面

主管機關要建立公平的消費環境，主要的工作有三：

- 1.建立公平消費環境：**主管機關負有建立公平消費環境的義務與責任。
 - (1)加強行政人員之教育訓練事宜：此為主管機關落實推動消費公平

最重要之工作。茲以內政部為例，建議內政部應通函所屬及訓練機構辦理消保課程，以加強所屬同仁（含替代役）消費者保護法有關的教育宣導工作，並將地方政府相關行政單位人員納入訓練；另建議輔導所轄行業增列消保法訓練課程，並將消保法列入相關專業證照考試科目。

(2)強化契約範本及公告之教育宣導事宜：此為主管機關落實保障消費公平最重要之工作，並應與司法機關充分溝通，俾期發揮其應有之效果。茲以內政部為例，建議內政部除應定期或不定期查核定型化契約外，並應針對目前已發生，如仲介服務費過高、兒童票認定標準不一、售屋廣告誇大、安養及長期照護契約等已經發生或可能發生與消費公平有關的問題，深入檢討並研擬具體改善措施，以有效保障消費公平。另應針對生前契約、預售屋等採預付款交易型態之契約，積極推動履約保證機制，以有效保障契約得以圓滿履行。

(3)強化金融消保法與消保法之分工事宜⁸¹：金融消保法主要在處理金融消費爭議，該項爭議絕大部分係由定型化契約所衍生之問題，因而與消保法發生競合問題，亟宜予以妥為分工，以免疊床架屋；另因金融消保法有關金融消費者實質權益規定非常簡陋，甚至漏未規定，亟需補強，似可在非消費關係時，補充適用民法相關規定；而在消費關係時，則逕行適用消保法相關規定辦理。

2.健全損害救濟制度：為保障消費者因契約不履約所遭受損害之求償權利，應健全履約責任保險、履約保證保險、履約保證及補償制度。當消費者因契約不履行受害時，為確保消費損害能獲救濟，企業風險得以分散，履約保證等相關保障機制至關重要，主管機關應依消保法立法目的、精神及內容，立即檢討現有措施，全面檢討相關履約保證或履約保險單，儘量朝強制保證或保險方式研議，使其完善落實及全面實施。

⁸¹ 黃明陽著「金融消費者保護法 Vs. 消費者保護法」，刊於「消費者保護研究【第十七輯】」（2011），頁 37 以下，行政院消保會編印。

(三) 消費者方面

消費者要爭取購買契約上的消費公平。事實上，最能有效保障消費者權益者，既不是企業經營者，也不是政府主管機關，而是消費者本身。因此，惟有消費者自己能夠建立正確的消費理念，依據下列方式儘量蒐集相關資訊，並避免因不公平定型化契約條款而受害，此種由消費者自己來保障自己消費者權益的聰明消費模式，才是消費公平最有效的保障方式。

- 1. 簽約前，應善用契約合理審閱權：**確實瞭解自身之權利義務內容。
消費者在購買產品前，應蒐集消費資訊，詳細瞭解產品的內容及契約資訊，注意有無履約保證，並善用契約合理審閱權，利用官方版之契約範本及公告事項，去逐條比較契約之公平合理性，俾有效保障契約公平權益。
- 2. 簽約時，應蒐集保存相關資料證據：**作為保障消費權益之必要證據資料。消費者在簽約時，不論廣告、模型、附件等均可作為佐證，應妥為蒐集保存，俾有效保障自身的消費公平權益。
- 3. 簽約後，應確保自己消費權益：**注意消費爭議之有效處理管道。消費者購買產品後受有損害時，應依消保法規定管道（申訴、調解、訴訟）尋求救濟，不要自認倒霉，一定要依法據理力爭，爭取自己應有的消費權益。