

消費定型化契約條款之行政規制

胡華泰*

壹、摘要

貳、消費定型化契約條款行政規制之種類

一、實施行政指導

二、發布法規命令

(一) 根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款

(二) 根據消保法授權發布應記載及不得記載事項成為定型化契約條款

1. 應記載事項之類型說明

2. 不得記載事項之類型說明

(三) 小結

三、作成行政處分

(一) 中央主管機關事前核准或核定定型化契約條款

(二) 地方政府事後對定型

化契約條款發動行政監督

參、違反行政規制之法律效果

一、行政罰

(一) 公平法之行政制裁

(二) 消保法之行政制裁

(三) 地方自治條例之行政制裁-以臺北市消費者保護自治條例為例

二、消保法第 56 條之 1 修正草案

三、不作為訴訟

肆、各類行政規制之檢討

一、行政指導

二、法規命令

(一) 根據專業法律授權發布法規命令之執行檢討

(二) 根據消保法授權發布應記載事項之執行檢討

(三) 小結

三、行政處分	消費者保護自治條例 為例
(一) 地方政府事後對定型 化契約條款發動行政 監督之執行檢討	(三) 消保法第 56 條之 1 修正草案之評析
(二) 地方政府基於地方自 治條例對定型化契約 條款發動行政監督之 執行檢討-以臺北市	四、不作為訴訟 五、小結 伍、法制上建議-代結論

壹、摘要

我國公權力對消費定型化契約之行政管制，有愈趨嚴密之勢，而目前國內的研究文獻，卻多為個別消費定型化契約類型的研究，針對其整體性的研究文獻相當稀少。本文嘗試以較宏觀之角度，就現行消費定型化契約條款之行政管制種類，以偏重法治國原則的方式加以分析檢討，同時將現行定型化契約應記載及不得記載事項予以類型化，並逐一地提出比較評析。

貳、消費定型化契約條款行政規制之種類

我國有關從事消費定型化契約條款行政規制之主體眾多，法制上有中央主管機關、公平會及消保官。近來少數地方政府除透過自治條例加以管制外，甚有直接援引消保法第 33 條、第 36 條及第 58 條規定對消費定型化契約條款從事行政規制，先不論其適法妥當性如何，多元化行政規制機制已是我國目前法制實務的執行情形。根據行政規制之主體及所採用之規制手段加以區分，目前中央主管機關的規制手段分別有發布法規命令、作成行政處分，及實施行政指導等；公平會主要則透過具行政指導性質之行業導正模式，以管制定型化契約條款之使用，必要時，始調查企業經營者使用定型化契約條款是否構成足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲，以決定是否採取不利處分或行政罰鍰；另外，消保官依據消保法第 53 條第 1 項規定，針對企業經營者使用之定型化契約條款有重大違反消保法，致損害消費者或造成其受損害之虞時，亦得對企業經營者提起不作為訴訟，

訴請法院禁止或命其停止該條款之使用，因而具備**補充**及**預防**之功能。茲就行政規制之手段加以分述：

一、實施行政指導

按行政程序法第 165 條規定：「本法所稱行政指導，謂行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。」是所謂行政指導應屬**不具法律上之強制力**。而本文有關定型化契約之行政指導係專指中央主管機關所擬定之定型化契約**範本**。按行政指導既不具法律上強制力，定型化契約範本自不應產生任何規制效果，惟中央主管機關事實上既掌握廣泛行政資源（包括居於主動地位及法令解釋權力等），實施行政指導時自具有較優越的支配力量，受指導的企業經營者往往因此備感壓力，只好採用中央主管機關所擬定之定型化契約範本從事交易。茲以信用卡定型化契約範本為例，由於金管會基於銀行法對金融機構之管制層面甚廣，包括設立許可、信用卡業務之管理、金融檢查等，其中信用卡業務機構管理辦法第 47 條第 1 項更直接規定：「發卡機構訂定之信用卡定型化契約條款，其內容應遵守信用卡定型化契約應記載及不得記載事項之規定，且對消費者權益之保障，不得低於主管機關發布之信用卡定型化契約範本內容。」而發卡機構對此一規定若有違反，金管會甚可依據銀行法第 132 條規定¹予以裁處行政罰。是信用卡定型化契約範本固不具備法律上強制力，惟因有信用卡業務機構管理辦法第 47 條規定，範本內容變成最低法定義務，進而與法規範有同一之效力。此點在過去交通部觀光局對旅行業的管理亦有類似之情形。此外，一般認為中央主管機關公告定型化契約範本，尚有以下功能：

(一) 衡平功能-

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

(二) 主動引導功能-

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

¹ 銀行法第 132 條規定：「違反本法或本法授權所定命令中有關強制或禁止規定或應為一定行為而不為者，除本法另有處以罰鍰規定而應從其規定外，處新臺幣 50 萬元以上 250 萬元以下罰鍰。」

度介入私人交易之疑慮。

(三)無礙定型化契約條款使用之功能-

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

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

二、發布法規命令

(一)根據**專業法律**授權發布法規命令成為定型化契約條款

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

1.航空運送契約：

按民用航空法第 93 條第 1 項規定：「乘客或航空器上工作人員之損害賠償額，有特別契約者，依其契約；特別契約中有不利於中華民國國民之差別待遇者，依特別契約中最有利之規定。無特別契約者，由交通部依照本法有關規定並參照國際間賠償額之標準訂定辦法，報請行政院核定之。」據此，交通部乃發布「航空客貨損害賠償辦法」，該辦法第 2 條規定：「航空器使用人或運送人，對乘客及載運貨物或行李之損害賠償額，除法律別有規定或特別契約另有約定外，依本辦法之規定。前項特別契約應以書面為之，**其約定之損害賠償額不得低於本辦法所定之標準。**」第 3 條規定：「航空器使用人或運送人，依本法第 91 條第 1 項前段規定對於每一乘客應負之損害賠償，其賠償額依下列標準。但被害人能證明其受有更大損害者，得就其損害請求賠償：一、死亡者：新臺幣三百萬元。二、重傷者：新臺幣一百五十萬元。前項情形之非死亡或重傷者，其賠償額標準按實際損害計算。但**最高不得超過新臺幣一百五十萬元。**第 1 項第 2 款所稱重傷，依刑法第 10 條第 4 項之規定。」相關限額賠償責任經由交通部透過法規命令的形式發布後，經國內航空業者

援用成爲定型化契約條款，而構成航空運送定型化契約之一部²。

2. 鐵路運送契約

鐵路法第 62 條規定：「鐵路因行車及其他事故致人死亡、傷害或財物毀損喪失時，負損害賠償責任。但如能證明其事故之發生非由於鐵路之過失者，對於人之死亡或傷害，仍應酌給卹金或醫藥補助費。前項損害賠償及補助費發給辦法，由交通部定之。」交通部據此遂發布「鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法」，該辦法第 2 條規定：「鐵路因行車及其他事故致人死亡、傷害或財物毀損、喪失之損害賠償及補助費發給標準，除法律另有規定外，依本辦法之規定。」第 4 條規定：「鐵路機構因行車或其他事故，致人死亡或傷害，而能證明其事故之發生，非可歸責於鐵路機構者，對於受害人之死亡或傷害，仍應酌給卹金或醫藥補助費，其發給標準如下：一、非因受害人之過失所致者：受害人爲旅客，其死亡者，最高金額新臺幣二百五十萬元；其重傷者，最高金額新臺幣一百四十萬元；其非重傷者，最高金額新臺幣四十萬元。受害人非旅客者，按前目之標準減半辦理。二、因受害人之過失所致者：受害人爲旅客，其死亡者，最高金額新臺幣十萬元；其受傷者，核實補助醫藥費，最高金額不超過新臺幣七萬元。受害人非旅客者，不予補助。但得按實際情形酌給慰問金；其最高金額不超過新臺幣五萬元。」前開規範內容經交通部透過法規命令形式發布後，經交通部臺灣鐵路管理局透過車站旅運服務規約援引成爲定型化契約條款³。

² 以復興航空為例，可參看 <http://www.tna.com.tw/b2c/service/11-contract.aspx> 上網日期 2010 年 3 月 20 日。另國內線航空乘客運送定型化契約範本第 20 條規定：「依中華民國『民用航空法』與『航空客貨損害賠償辦法』規定，航空公司就乘客於航空器中或於上下航空器時，因不可抗力或意外事故致死亡或傷害者，航空器使用人或運送人應負賠償之責。但因可歸責於乘客之故意或過失事由而發生者，得免除或減輕賠償。乘客能證明其受有更大損害得就其損害請求賠償外，航空公司對每一乘客應負之損害賠償金額，依下列標準辦理：一、死亡者：新臺幣三百萬元整。二、重傷者：新台幣一百五十萬元整。（所稱重傷，依刑法第 10 條第 4 項規定。）乘客非死亡或重傷者，其賠償金額依實際損害計算，但最高不得超過新臺幣一百五十萬元整。但第一項之法令，或其他法規關於前一項賠償金額之規定有變動時，依該規定之變動比例調整之。」其規定內容與航空客貨損害賠償辦法完全一致。

³ 交通部臺灣鐵路管理局於車站旅運服務規約第 7 點即訂明：「鐵路因行車及其他事故致旅客亡、傷害或財物毀損喪失，負損害賠償責任。但能證明其事故之發生

3. 電信服務契約

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

(二) 根據消保法授權發布應記載事項及不得記載事項成為定型化契約條款

消保法第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。」此係中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項之授權依據。其立法理由為：對於部分重要行業使用之定型化契約，有加強行政管理之必要，爰於本條項立法授權行政機關得依其裁量訂定定型化契約應記載或不應記載之事項⁴。而定型化契約應記載及不得記載事項之性質定位，依法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函釋意旨，係對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，屬實質意義之法規命令。定型化契約不得記載事項經中央主管機關所公告後，依消保法第 17 條第 2 項規定，違反之定型化契約條款將會無效。職是，其效力與傳統之「強行規定」並無不同。反之，定型化契約應記載事項則限制了定型化契約條款使用人之契約自由，因為根據消保法施行細則第 15 條第 2 項規定，若定型化契約未記載應記載事

非由於鐵路之過失者，對於旅客之死亡或傷害，仍應酌給恤金或醫藥補助費，其損害賠償及補助費發給，依交通部訂頒「鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法」之規定辦理。但被害旅客如不同意依上開辦法和解而向法院起訴請求賠償者，法院判決之賠償金額不受上開辦法之限制。其規定內容除但書外，均與鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法完全一致。

⁴ 參閱立法院審議消費者保護法審議紀錄彙編，行政院消費者保護委員會編印，1995 年 7 月，頁 247。

項，應記載事項仍會構成契約之內容。

定型化契約不得記載事項經中央主管機關所公告後，依消保法第 17 條第 2 項規定，違反之定型化契約條款將會無效。職是，其效力與傳統之「強行規定」並無不同。反之，定型化契約應記載事項則限制了定型化契約條款使用人之契約自由，因為根據消保法施行細則第 15 條第 2 項規定，若定型化契約未記載應記載事項，應記載事項仍會構成契約之內容。

1. 應記載事項之類型說明

觀諸目前中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項規定所公告定型化契約應記載事項之內容，各類定型化契約因所涉主給付義務之不同，以及相關從給付、附隨義務亦有差異之情形下，其各自之應記載事項均饒富各自特色。惟深入地加以觀察，相關應記載事項仍不乏共通特點。申言之，該等共通特點多半仍圍繞契約審閱期間、債務不履行及相關瑕疵擔保責任等內涵。茲就各類定型化契約共通之應記載事項予以分述：

(1) 審閱期間

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 30 日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」此為定型化契約條款審閱期間之規定，目的在維護消費者知的權利，使其於訂立定型化契約前，有充分了解定型化契約條款之機會，以決定是否同意訂立定型化契約⁵。此一立法前提係認為締結契約不能以一時的衝動為基礎，審閱期間的設計有沉澱衝動的功能。經過一段的緩衝期間，消費者若不改變初衷仍要簽約，就不會再反悔，因而減少糾紛，訟源得以疏減⁶。

目前中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項，有不將審閱期間納入者⁷，如國外旅遊定型化契約應

⁵ 引自消費者保護法第 11 條之 1 的增訂理由，參照立法院法律系統 [http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@175:1804289383:f:NO%3DE01180*%20OR%20NO%3DB01180\\$\\$\\$NO-PD](http://lis.ly.gov.tw/lgcgi/lglaw?@175:1804289383:f:NO%3DE01180*%20OR%20NO%3DB01180$$$NO-PD) 上網日期 2010 年 2 月 23 日。

⁶ 黃立，違反審閱期間的法律效力，收於消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月，頁 122。

⁷ 有僅透過範本的方式加以規範，如電器買賣定型化契約範本（1 日）、不動產委

記載及不得記載事項（2007）等；亦有將審閱期間予以納入者，如不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項（2007）等。基本上，企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應予消費者合理審閱期間審閱條款之內容，此等義務為消保法第 11 條之 1 所明定，非中央主管機關公告之定型化契約應記載或不得記載事項所創設。

(2)消費者任意解約（終止）權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化

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

A.國外旅遊定型化契約

國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條規定：「旅客於旅遊活動開始前得繳交證照費用後解除契約，但應賠償旅行業之損失，其賠償標準如下：旅遊開始前第 31 日以前解除契約者，賠償旅遊費用百分之十。旅遊開始前第 21 日至第 30 日以前解除契約者，賠償旅遊費用百分之二十。旅遊開始前第 2 日至第 20 日期間內解除契約者，賠償旅遊費用百分之三十。旅遊開始前一日解除契約者，賠償旅遊費用百分之五十。旅客於旅遊開始日或開始後解除契約或未通知不參加者，賠償旅遊費用百分之一百。前 2 項規定作為損害賠償計算基準之旅遊費用，應先扣除簽證費用後計算之。」⁸⁹根據該規定，

託銷售契約書範本（3 日）等。

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

⁹ 海外留學契約應記載事項第 13 條規定：「甲方（消費者）得於乙方（留學服務業者）完成委託事項前終止本件委託與授權，除已發生之代辦費用仍應依契約給付外，乙方仍可收取約定報酬；但該報酬數額應以已代辦處理事務為限。」第 13 條 1 規定：「甲方依前條終止委託，乙方如已收取約定報酬，乙方應就未處理之委任事項，依下列原則退還約定報酬：(一)完成留學諮詢及選校指導之服務項

消費者於簽訂旅遊契約後，並於旅遊開始前，得按距旅遊開始日期時間之長短賠償固定比例之旅遊費用以解除旅遊契約。所謂賠償固定比例之旅遊費用，其性質即屬解約之損害賠償。

B. 健身中心定型化契約

健身中心定型化契約應記載事項第 5 條規定，消費者於契約生效後 7 日內未使用企業經營者設施或所簽契約始期尚未屆至者，消費者得任意解除契約，毋須負擔任何費用。此一規定類似於消保法第 19 條之特殊解約權。消費者之所以可任意解約毋須負擔任何費用，係基於健身業者之行銷型態多採取訪問買賣之方式，及參考德國 14 天試用期間之慣例所作成¹⁰；另一方面因考量「消費者於契約生效後 7 日內未使用企業經營者設施」及「契約始期尚未屆至」等解約要件，實際上亦未對健身業者造成相當之負擔¹¹。此外，健身中心定型化契約應記載事項第 6 條規定：「雙方得終止契約。消費者契約終止時，企業經營者應就消費者已繳費用依下列方式之一，扣除一定費用後退還：□一、依簽約時單月會籍使用費用__元乘以實際經過月數（未滿 15 日者以半月計，逾 15 日者以 1 月計）。□二、無法提供認定簽約時單月會籍使用費用者，按契約存續期間比例退還消費者已繳之費用，作為退費金額，企業經營者得依退費金額百分之__（不得逾退費金額之百分之二十）收取手續費，以補償企業經營者所受之損失。雙方未為前項約定時，以最有利消費者權益之計算方式為之。……」亦是承認消費者可任意終止契約，而僅須根據契約存續期間比例負擔會籍使用費用之強制性規定。所謂僅按契約

目，退還全部約定報酬百分之七十五。(一)完成入學文件整理、分項、收集之服務項目，退還全部約定報酬百分之六十。(二)完成入學申請正式送件之服務項目，退還全部約定報酬百分之四十。(三)完成入學申請並取得入學許可通知書之服務項目並無其他後續服務者，不退費；仍有其他後續服務者，退還全部約定報酬百分之二十五。(四)完成留學簽證輔導、送件之服務項目，退還全部約定報酬百分之十。(五)完成行程說明會或其他約定後續服務項目，不予退費」亦採取同一規範模式。

¹⁰ 賴淑銘，健身房（體適能中心）定型化契約條款之研究，2004 年文化大學碩士論文，頁 97 至 99。

¹¹ 生前殯葬服務定型化契約（家用型）應記載事項第 16 條規定：「本契約自簽訂日起 14 日內，甲方得以書面向乙方解除契約，乙方應於契約解除日起__日（最長不得逾 30 日）內退還甲方已繳付之全部價款。」亦採取同一規範模式。

存續期間比例負擔會籍使用費用之作法，實質上等於消費者毋須負擔任何損害賠償費用。惟須注意者，健身業者針對會費如係一次收取或有無法提供認定簽約時單月會籍使用費用者，得另約定向消費者收取不得逾退費金額百分之二十之手續費以補償因消費者片面終止契約所受之損失。

C. 預售屋買賣定型化契約

預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 4 款規定：「買方違反有關「付款條件及方式」之規定者，賣方得沒收依房地總價款百分之__（最高不得超過百分之十五）計算之金額。但該沒收之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限，買賣雙方並得解除本契約。」¹²從該規定可得知，買方違反有關「付款條件及方式」之規定者，賣方得沒收不超過房地總價款百分之十五之金額，買方亦得因此解除買賣契約。此等規定執行之結果亦等於實質創設消費者之片面解約權，並將企業經營者因消費者之片面解約所得請求之損害賠償金額予以統一化（原則上不超過房地總價款百分之十五，例外則以已繳價款為限）。

(3) 企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化（賠償額預定性違約金）

按民法第 226 條規定，企業經營者與消費者訂立定型化契約後，若因可歸責於己之事由，致不能履行者，消費者得請求企業經營者賠償其損害。惟此等損害賠償請求權之行使，礙於實務上損害舉證之困難，實際上並非簡單易行。因此，中央主管機關針對特定類型之消費契約遂有公告規定定型化契約應記載事項，將企業經營者債務不履行之損害賠償金額予以標準化，並以類似「賠償額預定性違約金」之形式加以呈現，以解決消費者實際面臨企業經營者違約時行使損害賠償請求權之困難。

A. 國外旅遊定型化契約

國外旅遊定型化契約應記載事項第 6 條第 1 項規定：「因可歸責旅行業之事由，致旅遊活動無法成行者，旅行業於知悉無法成行時，應即通知旅客並說明其事由；怠於通知者，應賠償旅客依旅遊費用之全部計算之違約金；其已為通知者，則按通知到達旅客時，

¹² 預售停車位買賣定型化契約應記載事項第 20 條規定亦採取同一規範模式。

距出發日期時間之長短，依左列規定計算其應賠償旅客之違約金。

1.通知於出發日前第 31 日以前到達者，賠償旅遊費用百分之十。2.通知於出發日前第 21 日至第 30 日以內到達者，賠償旅遊費用百分之二十。3.通知於出發日前第 2 日至第 20 日以內到達者，賠償旅遊費用百分之三十。4.通知於出發日前一日到達者，賠償旅遊費用百分之五十。5.通知於出發當日以後到達者，賠償旅遊費用百分之一百。」根據該規定可知，旅遊營業人於簽訂旅遊契約後，若因可歸責己之事由，致旅遊活動無法成行者，應即通知旅客並說明其事由，並按通知到達旅客時，距出發日期時間之長短，賠償固定比例的旅遊費用以作為違約金¹³。

B.海外留學定型化契約

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

C.預售屋買賣定型化契約

預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 1 至 3 款規定：「(一)賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」之規定者，買方得解除本契約。(二)賣方違反「賣方之瑕疵擔保責任」之規定者，即為賣方違約，買方得依法解除契約。(三)買方依第一款或第二款解除契約時，賣方除應將買方已繳之房地價款退還予買方，如有遲延利息應一併退還，並應同時賠償房地總價款百分之__（不得低於百分之十五）之違約金。但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。」從該規定可得知，賣方違反「主要建材及其廠牌、規格」、「開工及取得使用執照期限」、「賣方之瑕疵擔保責任」者，買方得請求賠償不超過房地總價款百分之十五之違約金，該規定雖將企業經營者債務不履行之損害賠償金額予以標準化，惟須注意者，企業經營者並不因此取得片面解除買賣契約的權利（同應記載事項第 24 條第 4 款規定參照）。

¹³ 國內旅遊定型化契約應記載事項第 6 條亦採取同一規範模式。

(4) 預付型消費型態之履約擔保制度

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

A. 生前殯葬服務定型化契約

生前殯葬服務定型化契約（自用品）應記載事項第 14 條規定：

「自訂約日起，至**消費者**死亡、契約終止或解除前，就消費者所繳納價款之百分之七十五，殯葬服務業應按月造冊於次月底前交付信託業管理，並於每會計年度終了後四個月內，將信託財產目錄及收支計算表送經會計師查核簽證後公布，供消費者查閱。殯葬服務業者對於前項交付信託之金錢，除法律另有規定或為消費者死亡後之依本契約履行、契約終止或解除外，不得提領或動支。殯葬服務業者將第一項價款交付信託業或更換信託業者時，應以書面或依約定之方式主動告知消費者。」從該規定可得知，殯葬服務業者應就消費者所繳納價款之百分之七十五交付信託，除法律另有規定、消費者死亡後之依約履行或有契約終止、解除等情事外，不得提領或動支。

另外，上述應記載事項之內容，事實上殯葬管理條例亦有相同之規範。同條例第 44 條即規定：「與消費者簽訂生前殯葬服務契約之殯葬服務業，須具一定之規模；其有預先收取費用者，應將該費用百分之七十五依信託本旨交付信託業管理。前項之一定規模，由中央主管機關定之。中央主管機關對於第 1 項書面契約，應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項。」而殯葬服務業違反此一規定未將所預收之費用交付信託者，同條例第 65 條則規定地方主

管機關得採取限期改善、罰鍰或廢止其營業許可等處分，以擔保前揭法定義務之履行。

B. 健身中心定型化契約

根據健身中心定型化契約應記載事項第 10 條規定，健身中心業者應就收取金額百分之五十額度提供履約保證責任（但於契約期間內按月收款者，不適用之）。惟須注意者，現行法律針對同一規範內容並無類似前揭殯葬管理條例之相關規定。

C. 電子票證發行定型化契約

電子票證定型化契約應記載事項第 3 條規定：「發行機構提供之消費者保障機制（發行機構應將下列消費者保障機制公告於公司網站及運輸場站或其他明顯處所）(一)銀行發行機構發行電子票證所預先收取之款項，應依電子票證發行管理條例第 29 條第 2 項規定¹⁴辦理。(二)非銀行發行機構發行電子票證所收取之款項，除依電子票證發行管理條例第 18 條第 1 項¹⁵繳存準備金外，其餘款項並依規定，採下列方式辦理：□已全部交付信託。□已取得銀行十足之履約保證。」此一應記載事項之規範內容，銀行法、存款保險條例及電子票證發行管理條例均對應地訂有相同之法定義務，並設有違反義務之處罰規定，以擔保前開法定義務之履行。

D. 商品（服務）禮券發行契約

現行預付型交易的另一種型態-即商品（服務）禮券的發行，其功能除有募集資金之作用外，可刺激消費者再次回籠培養其忠誠度，消費者因此亦得享有折扣利益，加以禮券使用方便，相當金錢之代用，是其發行使用十分普遍。惟近來時有發行禮券的業者遭遇財務問題，或有發生倒閉情事，中央主管機關為避免不肖業者不當經營造成禮券成爲廢紙，遂依據消保法第 17 條第 1 項規定公告相關

¹⁴ 電子票證發行管理條例第 29 條第 2 項規定：「銀行發行電子票證所預先收取之款項，應依銀行法提列準備金，且為存款保險條例所稱之存款保險標的。」

¹⁵ 電子票證發行管理條例第 18 條規定：「非銀行發行機構發行電子票證所收取之款項，達一定金額以上者，應繳存足額之準備金；其準備金繳存之比率、繳存方式、調整、查核及其他應遵行事項之辦法，由中央銀行會商主管機關定之。前項收取之款項，扣除應提列之準備金後，應全部交付信託或取得銀行十足之履約保證。第一項所定一定金額，由中央銀行會商主管機關定之。」

商品（服務）禮券應記載事項¹⁶，其中影響層面最大者為 2007 年 4 月 1 日正式實施的零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載事項。根據該應記載事項第 2 條規定意旨，零售業等商品（服務）禮券發行人發行禮券應透過銀行保證等方式辦理履約保證。

(5) 針對廣告重申消保法之規範效力

消保法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」因此，中央主管機關依據同法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項，多有規定廣告構成契約之一部分，以重申消費者保護法所創設異於民法之廣告效力，部分則透過定型化契約不得記載事項規定，定型化契約條款不得約定廣告僅供參考或非本契約之一部分，如瘦身美容定型化契約不得記載事項第 7 條¹⁷、移民服務定型化契約不得記載事項第 8 條規定¹⁸等。

A. 預售屋買賣定型化契約

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

B. 生前殯葬服務定型化契約

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

2. 不得記載事項之類型說明

按定型化契約不得記載事項係中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項之授權所公告，業者使用之定型化契約條款如有違反定型化契約不得

¹⁶ 目前計有瘦身美容業、餐飲業、旅館業、民宿商品（服務）禮券定型化契約應記載事項等 18 種。

¹⁷ 瘦身美容定型化契約不得記載事項第 7 條規定：「不得約定乙方之廣告及甲、乙間之口頭約定不構成契約之內容，亦不得約定廣告僅供參考。」

¹⁸ 移民服務定型化契約不得記載事項第 8 條規定：「不得約定廣告僅供參考或非本契約之一部分。」

記載事項之規定，依同法第 2 項規定，應屬無效。該不得記載事項，可將消保法第 12 條規定予以具體化，有利個案判斷，具導引作用。茲就各類定型化契約共通之不得記載事項予以分述：

(1)不得違反強制或禁止規定

汽車買賣定型化契約不得記載事項第 4、5、8 條分別規定：「不得約定免除或減輕製造商、進口商及經銷商依消費者保護法規定應負之責任。」、「不得約定利息超過年息百分之二十」、「不得為其他違反法律強制、禁止規定或顯失公平之約定。」；洗衣定型化契約不得記載事項第 5 條規定：「送洗衣物無洗滌標示者，洗衣業者縱有故意或過失致送洗衣物毀損滅失，亦不負責。」

(2)不得違背契約嚴守原則

汽車買賣定型化契約不得記載事項第 11 條規定：「不得約定出賣人得片面變更買賣標之物之規格或零件等，而買受人不得異議。」；健身中心定型化契約不得記載事項第 3 條及第 4 條分別規定：「不得約定企業經營者於訂約後得片面變更契約內容。」、「不得約定企業經營者於訂約後得片面調高會費、其他契約所定之各項費用或類此字樣。」

(3)不得使用未有明確定義之名詞或不明確之語句

預售屋買賣定型化契約不得記載事項第 3 條規定：「不得使用未經明確定義之『使用面積』、『受益面積』、『銷售面積』等名詞。」；國外旅遊定型化契約不得記載事項第 1 條規定：「旅遊之行程、服務、住宿、交通、價格、餐飲等內容不得記載『僅供參考』或『以外國旅遊業提供者為準』或使用其他不確定用語之文字。」

(4)不得排除民法、消費者保護法之任意規定

汽車買賣定型化契約不得記載事項第 6 條規定：「不得約定『貨物出門，概不退換或修補』等概括免責條款。」；健身中心定型化契約不得記載事項第 5 條規定：「對於消費者所攜帶通常物品之毀損滅失，不得為違反民法第 607 條之約定。」；國外旅遊定型化契約不得記載事項第 10 條規定：「排除旅行業履行輔助人所生責任之約定」；郵購買賣食品定型化契約不得記載事項指導原則第 7 條規定：「不得約定剝奪或限制消費者依法享有之契約解除權」；金融機構保管箱出租定型化契約不得記載事項第 5 條規定：「出租人與承租人合意定第一

審管轄法院不得排除同法第 47 條及民事訴訟法第 436 條之 9 規定之適用。」

(5)不得違反應記載事項意旨

國外旅遊定型化契約不得記載事項第 3 條，及國內旅遊定型化契約不得記載事項第 3 條均規定：「排除旅客之任意解約、終止權利及逾越主管機關規定或核備旅客之最高賠償標準。」揆其目的，在貫徹該類定型化契約應記載事項第 6 條所賦予消費者之任意解約權，及其行使所生損害賠償金額之最高限制。健身中心定型化契約不得記載事項第 1、2、9 條分別規定：「不得約定甲方（即消費者）違反本契約時甲方應支付違約金或拋棄已支付之費用」、「不得約定甲方加入會員之費用，一經享受會員權利即不得要求退費之規定。」、「本契約存續期間內，而需終止本服務契約者，應依『應記載事項』第 6 條、第 7 條規定處理，不得事先約定或藉以器材或教材為雙方簽約標的而拒絕終止契約之要求。」其目的亦在貫徹該類定型化契約應記載事項第 5 條及第 6 條所賦予消費者之任意解約、終止權，及其行使上開權利時僅須依據契約存續期間比例負擔會籍使用費用之作法。

(6)特殊交易型態之不得記載事項

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

(三)小結

定型化契約應記載事項與不得記載事項最大之差別在於，它可以直接課予定型化契約使用人義務。按應記載事項之類型有：契約審閱權、任意解約權（含因行使所生之限額賠償責任）、業者違約時之定額違約金請求權、履約保證，及廣告內容構成契約之一部等，其中有關任意解約權、業者違約時之定額違約金請求權、履約保證等，係屬創設性之規範；至契約審閱權及廣告內容構成契約一部等，則在重申消保法已規範之事項。因此

對照前揭不得記載事項之類型說明，應記載事項顯較其具備積極功能。

三、作成行政處分

(一)中央主管機關事前核准或核定定型化契約條款

針對特定行業所使用之定型化契約條款，法律有要求實施前須先經由目的事業主管機關加以審核，經核准或核定通過後，條款始生效力，如民營公用事業監督條例第 7 條規定：「民營公用事業，訂立或修正有關公眾用戶之收費，及各項**規章**，應呈由地方監督機關，簽具意見，轉呈中央主管機關核准。」¹⁹此類規定反應中央主管機關對相關定型化契約條款的高度介入管制，惟即便經核准之定型化契約條款，亦不當然具備終局確定效果，個案上仍得受司法的最終審查。

另保險法第 144 條第 1 項規定：「保險業之各種保險單條款、保險費及其他相關資料，由主管機關視各種保險之發展狀況，分別規定銷售前應採行之程序、審核及內容有錯誤、不實或違反規定之處置等事項之準則。」本條項之立法理由，乃因保險單條款之制定及保險費之計算公式等，攸關投保大眾之權益，為避免保險業收取不合理保險費，或惡性殺價競爭，遂明文規定保險業之各種保險單條款、保險費及其他相關資料，由主管機關視各種保險之發展狀況分別規定其銷售前應採行之程序²⁰。據此，主管機關金管會乃訂定「保險商品銷售前程序作業準則」作為事前審核之依據。而準則第 16 條第 1 項規定：「保險業應將下列財產保險商品申請主管機關核准，始得銷售。但主管機關另有規定者，不在此限：一、保險期間或承保責任期間超過 3 年之保險商品。二、新型態之個人保險商品。」第 17 條第 1 項規定：「保險業應將下列人身保險商品申請主管機關核准，始得銷售。但主管機關另有規定者，不在此限：一、依據勞工退休金條例相關規定辦理之年金保險商品。二、應提存保證給付責任準備金之投資型保險商品。三、新型態之保險商品。」可知大部分的保險商品均須經金管會核准，始得銷售。若保險業銷售未經核准的保險商品，金管會得依保險法第 149 條

¹⁹ 其他如民用航空法第 55 條第 1 項規定：「民用航空運輸業客貨之運價，……其為國內定期航線者，應報請民航局轉報交通部核准其上、下限範圍。變更時，亦同。」幼稚教育法第 17 條規定：「公私立幼稚園收費項目、用途及數額，須經所在地主管教育行政機關核定」亦同。

²⁰ 引自林群弼，保險法論，三民，2008 年 9 月，頁 669。

第 1 至 3 項規定²¹對其作成不利處分，惟此並不影響已簽訂保險契約之私法上效力。

(二) 地方政府事後對定型化契約條款發動行政監督

按消費者與企業經營者間所生之消費爭議，原則上應透過民事實體規範以釐清當事人間之權利義務關係，惟基於預防功能之法政策下，國家高權遂被要求介入處理爭議，消保法第 33 條至第 38 條即明文規定國家高權在特定情形下，得介入與干涉企業經營者之經營行為。其中第 36 條規定：「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第 33 條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」而依該條文義可知，地方政府對企業經營者行使行政監督權，係以企業經營者提供之商品或服務確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者為要件。地方政府對於企業經營者發動上開行政監督權而課予其法定義務時，則可透過同法第 58 條所規範之罰鍰手段以擔保其義務之履行。根據近來我國目前實務之發展，地方政府已有依消保法第 36 條規定排除企業經營者不當使用消費定型化契約條款之適例，如 2009 年喧騰一時的中和國賓影城禁帶外食案。針對該案，臺北縣政府即認業者使用之定型化契約條款違反誠信原則，已侵害消費者「財產權」為由，依消保法第 36 條規定，以 98 年 4 月 9 日北府法消字第 0980275570 號函要求業者限期改善。

²¹ 保險法第 149 條第 1 至 3 項規定：「保險業違反法令、章程或有礙健全經營之虞時，主管機關除得予以糾正或命其限期改善外，並得視情況為下列處分：一、限制其營業或資金運用範圍。二、命其停售保險商品或限制其保險商品之開辦。三、命其增資。四、命其解除經理人或職員之職務。保險業不遵行前項處分，主管機關應依情節，分別為下列處分：一、撤銷法定會議之決議。二、解除董（理）事、監察人（監事）職務或停止其於一定期間內執行職務。三、其他必要之處置。依前項第二款規定解除董（理）事、監察人（監事）職務時，由主管機關通知公司（合作社）登記之主管機關註銷其董（理）事、監察人（監事）登記。」

參、違反行政規制之法律效果

一、行政罰

(一)公平法之行政制裁

公平會雖非消保法之中央主管機關，惟其針對部分不當使用定型化契約條款之業者，亦可透過公平法第 24 條及第 41 條的行政罰²²從事行政規制。按公平法第 24 條規定：「除本法另有規定外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲。」此係不公平競爭行爲之概括規定，凡具有不公平競爭本質之行爲，如無法依公平法其他條文規定加以規範者，則可檢視有無公平法第 24 條之適用。其規範目的在**建立市場競爭之秩序**，而對「足以影響交易秩序」之「欺罔行爲」或「顯失公平行爲」加以管制，因此強調個案交易中，(1)交易之一方是否使用了「欺騙」或「隱瞞重要事實」等引人錯誤之方法，致使交易相對人與其交易，或(2)使競爭者喪失交易機會之「欺罔行爲」；抑或(3)對交易相對人為不當壓抑，妨礙交易相對人**自由決定**是否交易及(4)利用交易相對人之**資訊不對等**或其他交易上**相對弱勢**地位，從事之「顯失公平行爲」。相關管制之態樣如下：

1. 不當限制購屋人審閱契約

針對前開所謂「利用交易相對人**資訊不對等**所從事之『顯失公平行爲』」之樣態，公平員會即認為房產業者不當限制購屋人**審閱定型化契約條款**（含未給予審閱期間）有違反公平法第 24 條規定之嫌，可依同法第 41 條規定限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並得處新臺幣 5 萬元以上 2 千 5 百萬元以下罰鍰；倘業者逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣 10 萬元以上 5 千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施為止。其理由為：在預售屋交易過程中，由於買賣契約書多為建築開發業者事

²² 公平交易法第 41 條規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並得處新臺幣 5 萬元以上 2 千 5 百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行爲或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行爲或採取必要更正措施，並按次連續處新臺幣 10 萬元以上 5 千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行爲或採取必要更正措施為止。」

先所擬定，而買賣標的之建物又尚未具體成形，就相關之**契約資訊內容**而言，建築開發業者無疑為具優勢地位之一方。倘建築開發業者先收取定金再揭露契約內容，或購屋人事後對契約內容有異議，建築開發業者未能接受或甚至堅持依既定內容簽約，否則沒收定金，則該定金之收取不無陷購屋人於弱勢之不利地位；又房屋買賣契約書內容涉及專業用語，需時查證瞭解，如建築開發業者給予之審閱期間未盡合理，或要求購屋人須給付定金始提供契約書，或收受定金或簽約前，**未提供購屋人至少 5 天契約審閱期間**等行為，將有違反公平法第 24 條規定之虞²³。申言之，不當限制購屋人審閱契約，係屬利用交易相對人資訊不對等所從事之不公平交易行為。

2. 隱瞞重要交易資訊

公平會認為業者**隱瞞重要交易資訊**致使交易相對人與其交易，亦屬所謂「利用交易相對人**資訊不對等**所從事之『顯失公平行為』」之樣態，有違反公平法第 24 條規定之虞²⁴。因此，若企業經營者使用定型化契約條款基於隱瞞重要交易資訊之目的，而有積極使用未有明確定義之名詞或不明確之語句，造成消費者誤認進而影響交易秩序者，應屬公平法第 24 條之規制範疇。

(二) 消保法之行政制裁

消保法第 36 條規定：「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第 33 條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」第 58 條規定：「企業經營者違反主管機關依第 36 條或第 38 條規定之命令者，處 6 萬元以上 150 萬以下罰鍰，並得連續處罰。」根據我國目前實務之運作，企業經營者不當使用消費定型化契約條款，可認定為有損害消費者之財產，或對其財產造成損害之虞²⁵，地方政府除可命企業經營者限期改善外，針對屆期不改善者，尚得依前

²³ 引自行政院公平交易委員會 97 年 1 月 10 日公壹字第 0970000186 號令。

²⁴ 同前註。

²⁵ 除前述的電影院禁帶外食案外，針對違反預售屋買賣定型化契約應記載事項及不得記載事項的建商，主管機關內政部（地政司）亦認為可依消費者保護法第

開第 58 條規定裁處罰鍰，並得連續處罰。

(三)地方自治條例之行政制裁-以臺北市消費者保護自治條例為例

臺北市消費者保護自治條例第 8 條規定：「企業經營者使用定型化契約者，不得違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項或審閱期間，執行機關並得隨時派員查核。違反者，應命其限期改正。」第 38 條第 1 項規定：「企業經營者違反第 8 條至第 10 條規定之一，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」²⁶據上可知，中央主管機關所公告之定型化契約應記載或不得記載事項，已透過上述規定轉化成為業者使用定型化契約時之**行政法義務**，業者倘有違反，臺北市政府得據以命限期改正，經通知限期改正而不改正者，得裁處罰鍰，並得連續處罰。

二、消保法第 56 條之 1 修正草案

消保法第 17 條第 1 項公告定型化契約應記載或不得記載事項之立法目的，在於使業者遵守公告事項，避免業者使用對消費者顯失公平之定型化契約條款，惟依現行法，主管機關依同條第 3 項規定查核後，若發現業者使用定型化契約條款有違反定型化應記載或不得記載事項之情形，通常僅能勸導改善，並無類似行政罰規定以擔保公告事項之落實執行²⁷。此外，亦有論者認為依消保法第 57 條規定，企業經營者拒絕、規避或阻撓主管機關依第 17 條

36 條規定要求業者限期改善，若逾期不改善，得依同法第 58 條規定處 6 至 150 萬元罰鍰，並得連續處罰。對此可參閱自由時報 2010 年 5 月 5 日 C3 版「新制預售屋買賣定型化契約，8 建商未採行」之報導。

²⁶ 臺中市消費者保護自治條例亦有類似之規定，該條例第 5 條第 1 項規定：「企業經營者使用定型化契約時，應符合誠實信用與平等互惠原則，並依中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項辦理，且應給予消費者合理審閱期間。定型化契約未記載中央主管機關公告應記載事項者，視為已記載；定型化契約記載中央主管機關公告不得記載事項者，視為無記載。」第 36 條規定：「企業經營者違反第 5 條第 1 項…執行單位（機關）應責其限期改正，收回貨品，退還消費者所繳價款，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣 3 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」目前計有 8 個直轄市、縣（市）訂有類似的自治條例

²⁷ 實務上，雖有主管機關曾針對業者違反禮券應記載或不得記載事項，嘗試以消費者保護法第 36 條之命令限期改善及第 58 條違反命令之罰鍰處分作為規制依據，惟目前仍有適用上疑義，以致並無實際處罰之案例。

第 3 項所為定型化契約之調查者，主管機關得處 3 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，而不遵守中央主管機關所公告定型化契約應記載或不得記載事項者，主管機關卻無法令業者限期改善或據以處罰，顯然有失平衡²⁸。據上，論者遂倡議針對中央主管機關所公告之定型化契約應記載或不得記載事項，增訂罰鍰之處罰規定，此即消保法第 56 條之 1 修正草案，該草案目前已送立法院審議。其規定：「企業經營者使用定型化契約，違反中央主管機關依第 17 條第 1 項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有規定外，主管機關應命其限期改正，並得處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰；屆期未改正者，處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」所採取之規制型態與臺北市消費者保護自治條例一致。

三、不作為訴訟

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

²⁸ 參閱 2008 年 11 月 26 日行政院消費者保護委員會消費者保護法專案研究小組第 58 次會議紀錄有關詹森林老師之發言部分。

款提起不作為訴訟。

肆、各類行政規制之檢討

一、行政指導

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

二、法規命令

(一)根據專業法律授權發布法規命令之執行檢討

中央主管機關根據專業法律授權發布法規命令成為定型化契約條款，多適用於公用、運輸等特許行業。從事該類行業之業者，一旦獲得政府特許經營，即代表者該類行業之經營將趨於獨占或類似獨占之情形，因此立法者多於母法授權中央主管機關訂定法規命令，以約束獲得營業特許業者之經營行為，進而保障相對人-即消費者之使用權益。茲以鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法第4條、及航空客貨損害賠償辦法第3條規定例，鐵路法及民用航空法對公用運輸事業損害賠償責任之成立，一方面採取較民法為嚴格之歸責原則，以加重其責任，進而保障消費者權益；一方面則為平衡此項較為嚴格之責任，法律乃授權中央主管機關訂定損害賠償發給辦法，對賠償數額加以限制²⁹。其中民用航空法或係追隨國際公約而制定，而有其特殊背景，暫且不論。然前揭有關鐵路法的規定，於立法

²⁹ 王澤鑑，公路法關於損害賠償特別規定與民法侵權行為一般規定之適用關係，民法學說及判例研究第6冊，2004年3月，頁46至47。

政策是否適宜？學者則認為甚有討論空間。蓋嚴格之歸責原則與最高賠償限額並無本質上結合的必然關係，此點觀諸現今消保法中有關產品、服務責任之立法趨勢甚明³⁰。

此外，前開航空客貨損害賠償辦法、鐵路行車及其他事故損害賠償暨補助費發給辦法所採**限額賠償責任**之立法，其結果固對業者利益有一定之維護，然並非所有透過法規命令規制消費定型化契約條款的結果均係如此。以第一類電信事業資費調整為例，公權力發布法規命令對電信業零售價格之管制，則對業者利益有相當地抑制。通傳會於 2010 年 1 月 29 日依電信法第 26 條第 3 項規定發布第一類電信事業資費管理辦法，該辦法第 2 條針對第一類電信事業與消費者從事交易而提供電信服務時，要求其各項業務資費之調整應受下列公式之限制： $[(P_t - P_{t-1}) \div P_{t-1}] \times 100\% \leq (\Delta CPI - X)$ 。其中公告調降 X 值即引發業者主張「直接管制終端零售價格，有違反市場自由競爭」之虞³¹³²，亦再度反應中央主管機關實施類似行政規制時有其操作上困難。蓋不論係消費者或業者，渠等對類似法規命令均無尋求救濟之管道，因此易形成較大爭議，造成主管機關動輒得咎。按零售價格管制係一種普遍存在於各類公用事業的事前管制，而有關電信業之零售價格管制，傳統上係立基於電信業的「公用」及「獨占」性質，隨著電信自由化逐漸導入競爭的概念，有關零售價格管制的正當性，事實上已逐漸消失，目前多建立在「剩餘獨占力」及「市場失靈」的風險下³³。零售價格管制所涉層面甚廣，非僅單純考慮消費者的短期利益，尚須檢視是否有助促進競爭，是否抑制受管制事業繼續投資服務之意願，致影響未來產業的發展。有關 X 值爭議，社會與業界並無從得知通傳會的政策目標為何，以致產生有恣意與行政便宜的疑慮。因此，針對中央主管機關根據專業法律授權，以法規命令之方式規定終端零售價格的上限，應

³⁰ 同前註，頁 49 至 51。

³¹ 參閱工商時報 2008 年 10 月 23 日「放 X 值一馬！電信三巨頭請命讓費率回歸市場」之報導。

³² 根據第一類電信事業資費管理辦法第 5 條規定，X（調整係數）係由國家通訊傳播委員會訂定並定期公告，因此公告調降 X 值應屬發布實質意義的**法規命令**，依我國現行行政爭訟制度，對法規命令不得提起訴願及行政訴訟。

³³ 李淳，零售價格管制之探討，月旦法學雜誌第 186 期，2010 年 11 月，頁 178 至 179。

隨時注意此一手段的「過渡」性質（非終極目的），定期檢討避免濫用。至以法規命令之方式訂定定型化契約條款，則應加強規範形成過程的程序正當性，如落實行政程序法中有關之預告程序，並盡可能的實施聽證程序，使得受規範者能充分了解規範之目的，方能期待以法規命令所規定之定型化契約條款能適時平衡消費者與企業經營者權益。

(二)中央主管機關根據消保法授權發布應記載事項之執行檢討

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。」係違反應記載事項之效力規定，其目的在確認定型化契約的部分內容，而此種以行政權強制介入調整企業經營者與消費者所締結之定型化契約內容，對契約自由機制的衝擊影響頗大，操作時宜審慎為之。蓋公平正義內涵如何，其核心領域或許毫無爭論，然其外延界限為何，實則眾說紛紜。行政權如自以為能充分掌握其概念，實則基於民粹考量，毫不節制地詳盡公告應記載事項，積極使各類無名契約趨於模範契約的型態，將使法律的適用喪失其應有的彈性³⁴，亦將與自由經濟體制的運作背道而馳。以下即就相關定型化契約的應記載事項進行逐一檢討，再歸納有關結論。

1. 審閱期間

消保法第 11 條之 1 第 1、2 項規定，企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有 30 日以內合理期間，供消費者審閱全部條款內容。企業經營者未予消費者合理審閱期間審閱條款內容者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張條款仍構成契約之內容。此一審閱期間之規定，為我國法制所獨有，寓有事前充分揭露資訊及發揮沉澱衝動的功能。目前中央主管機關依據消保法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項，多有將審閱期間予以納入者。惟審閱期間是否確能發揮上述功能，甚有疑問。以常見的房屋買賣為例，業者與消費者就房屋及其價金互相同意時，買賣契約即為成立生效。特定房屋及其價金之約定應屬個別磋商條款，與業者所提供房屋買賣契約書中之其他定型化契約條款不同，因此如業者未予消費者審閱期間，雙方當事人即簽署房屋買賣契約書，依前開規定，僅房屋買賣契約書中之定型化契約條款不構成買賣契約之內容，而當事人間房屋買賣契約之效力，原則上仍為有效³⁵（消保法

³⁴ 謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 9 月，頁 24。

³⁵ 最高法院 98 年台上字第 168 號判決謂：「按消費者保護法第 11 條之 1 第 1 項

第 16 條參照)。此一適用結果對消費者而言，未必有利。蓋房屋買賣契約在業者與當事人間既已成立生效，房屋買賣契約書中之定型化契約條款不構成買賣契約之內容，將導致當事人間法律關係的益趨複雜。如消費者與業者事後仍須耗費時間、心力爭執條款是否構成契約之內容，甚至消費者因而主張整部契約無效等。且依消保法第 11 條之 1 第 2 項規定，業者未予消費者合理審閱期間審閱定型化契約條款之內容，即與消費者訂立定型化契約者，消費者有使定型化契約條款不構成契約內容，或仍構成契約內容的「形成權」，惟針對此一權利，竟未設有除斥期間之規定³⁶，不僅有礙法律關係的安定，亦使得審閱期間之功能大打折扣³⁷。蓋消費者若於事後相當時間經過後，始主張定型化契約條款不構成契約之內容，無異使平靜的法律關係再起波瀾。

再者，契約審閱期間之功能非不可透過我國現行的其他制度加以取代。以我國人壽保險單示範條款為例，有所謂「契約撤銷權條款」（Free-Looking Period），人壽保險單示範條款第 3 條即規定：「要保人於保險單送達的翌日起算 10 日內，得以書面檢同保險單向本公司撤銷本契約。要保人依前項規定行使本契約撤銷權者，撤銷的效力應自要保人

固規定，企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有 30 日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。惟依同條第 2 項規定，倘企業經營者於訂約前，未予消費者合理之審閱期間，亦僅生由企業經營者單方所預先擬定之定型化契約條款，不構成契約之內容，非謂當事人間之契約關係不成立或無效。此因定型化契約條款未能列為契約內容之事項，應視兩造間契約之性質，依相關法律規定補充之。」即採此一見解。

³⁶ 黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月，頁 96。

³⁷ 有關連動債的銷售爭議，有不少投資人於相當時日經過後，始主張銀行未給予審閱期間云云。對此，法院多認為「相關法令並無強令此等申購文件須給予客戶一定期間（例如 3 日、5 日）審閱，且從『契約合理審閱期』之保護目的來看，若客戶已能確實知悉契約內容及風險，縱使審閱時間只有 1 日，亦可認為已於合理期間審閱。查原告已於『中文產品說明暨風險預告書』聲明已充分了解系爭連動債所有相關交易條件及投資風險，原告並另於『金錢信託投資指示書』委託人處蓋原留印鑑，表示同意『將信託資金交付受託人，按委託人金錢信託之方式，投資於委託人所指定之投資標的，委託人已於合理期間審閱、明瞭並同意遵守本申請書正面所載事項及背面…』，足證原告也已於合理期間審閱相關申購文件。」（臺灣臺北地方法院 99 訴字第 1957 號判決參照）

書面之意思表示到達翌日零時起生效，本契約自始無效，本公司應無息退還要保人所繳保險費；本契約撤銷生效後發生的保險事故，本公司不負保險責任。但契約撤銷生效前，若發生保險事故者，視為未撤銷，本公司仍應依本契約規定負保險責任。」³⁸此一法制同樣係賦予要保人於保險契約簽訂後之冷靜思考期，亦能達成資訊充分揭露的要求，而要保人亦無須因此負擔任何費用，其實質遠較契約審閱期間之設計，更能使得消費者有充分了解條款之機會，並發揮沉澱衝動的功能³⁹。此外，德國法制針對特定契約亦有所謂締約前資訊告知義務的法律設計⁴⁰，並搭配「契約脫退權」（Widerrufsrecht）⁴¹制度，究其實質，不僅適當填補定型化

³⁸ 信用卡定型化契約範本第7條第3項規定：「申請人於收到核發之信用卡7日內（註：各銀行得視自行狀況酌予延長，但應明定契約定），得通知貴行解除契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。…」亦採同一規範模式。

³⁹ 根據聯合晚報2010年1月26日A10版標題「人壽險定型化契約條款草案上路-審閱期間看完整保單金管會槓消保會」刊載略以：……針對新出爐的「人壽保險定型化契約範本」終於納入「契約審閱期（3天）」，加強維護保戶的權益，不過對審閱期間，保戶到底是否能夠看到完整的保單，還是投保時業務員擬定的保險樣章，今早消保會與金管會各說各話……消保會以為保險單條款、附著之要保書、批註及其他約定事項，均為保險契約之一部分（即定型化契約條款），3天審閱期內，投保保戶自有權利看到完整保單……金管會則認為保險樣章都有完整的權利義務規範，只是都轉化成文字條文說明，尤其保戶如果拿到完整保單後仍有10天契約撤銷權，這樣的保單棄冊（應為「契撤」之誤）期已實施多年，就是為了保障保戶權益，重點在於保戶應在拿到保單後仔細查核保單內容。……究竟審閱期的存在是否真能維護保戶權益……若民眾真要捍衛自身權益，重要的還是在於收到保單後必須仔細核對內容條款，一旦有差異應把握10天契約撤銷權。針對上述的報導，本文以為，目前實務的10天契約撤銷權條款已足以涵蓋契約審閱期的功能或更甚之，若採取消保會的立場，將過度矯正現行實務運作正常且無生爭議的交易程序，徒增程序之繁複，並有礙交易之進行。對此，工商時報2010年2月27日A11版標題「新增3天保單審閱期-壽險業不滿擬翻案」亦刊載略以：……壽險保單已有10天的契撤期，即保戶簽約後10天內，若反悔不想投保，都可以撤銷契約，這已經相當保護消費者，現在要新增3天的保單（附著之要保書、批註及其他約定事項）審閱期，這3天保戶只是拿到保單，並未簽約也未投保，這3天就沒有保障，萬一出事，誰要負責！足供參考。

⁴⁰ 黃立，民法債編總論，元照，2006年11月，頁140至144。

⁴¹ 契約脫退權是除斥期間經過後，已經到達他方的意思表示才確定生效；除斥期

契約條款因資訊不對稱所產生之流弊，亦足以發揮我國契約審閱期間法制所欲發揮之功能，誠值作為我國日後修法的參考。

2. 消費者任意解約（終止）權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化

國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條，及預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 3 款等規定，分別創設了消費者之任意解約（終止）權，並將企業經營者因消費者之任意解約所得請求之損害賠償金額予以限額標準化，消費者得據以事先評估是否採取解約行為，有利保障其自身權益。另一方面，企業經營者亦可避免因消費者解約所生求償舉證之煩。然須注意者，前揭定型化契約應記載事項將企業經營者所得請求之損害賠償金額予以限額標準化，雖有利及早解決解約爭議，對企業經營者損害賠償請求權之行使，無形中亦構成一定之限制⁴²。此一限制是否符合現行法制要求？是否足以因應多元化的交易型態？恐有疑問。以國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條規定為例，消費者於簽訂旅遊契約後，開始旅遊前，得按距旅遊開始日期時間之長短賠償固定比例的旅遊費用以解除旅遊契約。此等固定比例的計算標準，不知從何產生，雖有利契約當事人據以計算，惟仍不免流於僵化。次者，所謂國外旅遊契約，一般係指旅遊營業人提供旅客國外旅遊服務，而旅客支付報酬之契約。而根據民法第 514 條之 1 第 2 項規定，旅遊服務之範圍包括了安排旅程

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

⁴² 健身中心定型化契約應記載第 6 條針對企業經營者向消費者收取任意終止契約手續費以補償自身所受損失的部分，係採取「不得逾退費金額百分之二十」的上限規範模式，預售屋買賣定型化契約應記載事項第 24 條第 3 款所謂「賣方得沒收依房地總價款百分之__（最高不得超過百分之十五）計算之金額」亦係採取類似的規範模式（相同的規範模式復可參照移民服務定型化契約應記載事項第 10 條規定）。國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條則係直接對契約內容加以修正或變更，並無彈性的空間。按針對契約內容實施控制，為契約控制的最後手段，前者所採取損害賠償金額不得逾上限之規範模式，似較直接對契約內容加以修正或變更之規範模式高明些許。

及提供交通、膳宿、導遊或其他有關之服務。因此現行業界所謂國外團體旅遊（俗稱跟團旅遊）固屬旅遊契約，國外自由行（俗稱機票加酒店自由行）亦屬之⁴³，介於以上兩者間之中間混合型態自不例外。以上三大類旅遊契約之交易型態有別（事實上歸屬其下之各類旅遊型態亦有差異），其交易成本及利潤計算自有差異，若不考量其間差異，遽然強制所有型態的旅遊契約均適用國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條所規定之損害賠償金額標準，對旅遊營業人的財產權勢將造成不小限制。按國外自由行（即俗稱機票加酒店自由行）之旅客運送契約及租賃契約的相對人分別為航空公司及國外酒店，旅遊營業人充其量僅居於代收代付的地位，其對機票或酒店等服務之提供，並不具備主導權，因此倘消費者於訂約付款後欲解除契約，應無國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條之適用⁴⁴。而針對國外自由行的契約內容，若消費者附加要求旅遊營業人提供國外機場-酒店間的接送服務，是否即屬國外旅遊定型化契約應記載事項之適用範圍？若基於文義解釋，採肯定見解，無異大幅擴張國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 條之適用範圍，恐與現行整體法規範之安排相悖。事實上，實務上即曾發生國外旅遊定型化契約應記載事項是否適用國外團體旅遊以外旅遊契約之消費爭議。

此外，從法治國的法律保留原則而言，此等創設性規範有其致命的弱點。蓋根據有關定型化契約應記載事項之授權規定，實難從其授權內容、目的及範圍推演得知立法者有授權中央主管機關承認消費者之任意解約（終止）權，以及將消費者行使任意解約（終止）權所生之損害賠償金額予以限額標準化⁴⁵。尤其明文承認消費者之任意解約（終止）權，

⁴³ 大部分學者多認為除安排旅程外，尚須具備提供交通、膳宿、導遊或其他有關之服務至少一項，方得稱為旅遊契約。參閱邱聰智，新訂債法各論，元照，2002年10月，頁133；林誠二，論旅遊契約之法律關係，民法七十年之回顧與展望紀念論文集，2000年10月，頁390；吳啟賓，由華航飛機起火事件論旅遊契約旅遊營業人之責任，月旦法學雜誌，2008年4月，頁49。

⁴⁴ 旅遊契約若採大部分學者見解，即國外自由行非旅遊契約，應無國外旅遊定型化契約應記載事項的適用。

⁴⁵ 根據司法院釋字第367號解釋理由意旨可知，法律授權涉及限制人民自由權利者（特定授權），其授權之目的、範圍及內容必須符合具體明確之條件，始具備合法性；若法律概括授權行政機關訂定施行細則者，行政機關所訂定的細則須符合立法意旨且未逾越母法規定之限度，並侷限於執行法律的技術性、細節

是否意味契約嚴守原則的相對化，其影響如何？頗值評估。對此，中央主管機關亦瞭解此一問題的嚴重性，因此為緩和前揭規定對企業經營者所造成之衝擊，遂將上開作法優先透過公告範本之方式宣導實施，待試行一定期間後檢討修正，始正式發布定型化應記載事項強制實施。此點從過去國外旅遊定型化契約範本到國外旅遊定型化契約應記載事項之發展，可得知其梗概。近來有關觀光旅館業個別旅客直接訂房定型化契約範本第 6 條第 2 項、旅館業個別旅客直接訂房定型化契約範本第 6 條第 2 項及民宿個別旅客直接訂房定型化契約範本第 6 條第 2 項規定的發布，亦係如此。蓋此類範本之內容，事涉業者收取及沒收定金之額度，又係發布時交易習慣的重大變更，中央主管機關如遽然透過定型化契約應記載事項強制實施，將引起不小爭議。惟須注意者，採取「先範本而後應記載事項」的漸進模式，是否足以彌補與現行法制格格不入的缺憾，仍有疑義。

3. 企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化

中央主管機關針對特定類型之消費契約公告定型化契約應記載事項，將企業經營者債務不履行之損害賠償金額予以標準化，並以類似「賠償額預定性違約金」之形式加以呈現，固可便利解決消費者實際面臨企業經營者違約時行使損害賠償請求權之困難。然賠償額預定性違約金的規範內容，涉及消費者債務不履行損害賠償請求權之行使，定型化契約應記載事項究應如何予以規範，始能兼顧兩方權益，實無統一標準。而我國目前各相關定型化契約應記載事項所規範之違約金內涵均不一致，即係適例。

根據國外旅遊定型化契約應記載事項第 6 條規定之內容可知，旅遊營業人於簽訂旅遊契約後，若因可歸責己之事由，致旅遊活動無法成行者，應即通知旅客並說明其事由，並按通知到達旅客時，距出發日期時間之長短賠償固定比例的旅遊費用以作為違約金⁴⁶，此係採取賠償額預定

性事項。此外，就有關目的、範圍及內容須符合具體明確之條件，釋字第 394 號解釋文提及「授權條款雖未就授權之內容與範圍為明確之規定，惟依法律整體解釋，應可推知…」，同號解釋理由書則針對依「法律整體解釋」進一步闡釋為「固應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字」。

⁴⁶ 國內旅遊定型化契約應記載事項第 6 條及海外旅遊學習（遊學）契約應記載事

性違約金的規範模式。而海外留學契約應記載事項第 11 條規定：「因可歸責於乙方（留學服務業者）之事由，致未能於約定完成期限完成契約約定事項者，乙方應按委託報酬 2 倍計算付甲方違約金。但甲方如能證明損害超過者，乙方應足額賠償之。」其違約金的規範模式，則顯與前開規定不同。蓋依民法第 250 條第 2 項規定，違約金分有賠償額預定性違約金及懲罰性違約金兩種，如當事人間有賠償額預定性違約金之約定時，債權人只要證明債務人有債務不履行之事實，即可請求債務人支付違約金作為損害賠償。於此情形，債務人不得證明債權人未發生損害，或其實際損害額少於違約金數額，而請求免支付違約金或減少支付違約金，債權人亦不得證明其實際損害額大於違約金數額，而請求增額支付違約金或另行請求損害賠償；如當事人間有懲罰性違約金之約定，債務人有債務不履行之情事時，債權人除得請求違約金外，尚得請求債務不履行之損害賠償。細繹前開海外留學契約應記載事項第 11 條規定，若因可歸責於留學服務業者之事由，致未能於約定完成期限完成契約約定事項者，消費者除得按委託報酬之 2 倍向留學服務業者請求違約金外，如能證明損害超過違約金數額者，尚得就不足額部分向留學服務業者請求賠償。此類違約金性質，**既非賠償額預定性違約金，亦非懲罰性違約金**，惟其規範考量偏重保護消費者之權益，則屬甚明。另外，預售屋買賣定型化契約第 24 條第 1 至 3 款規定：「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』之規定者，買方得解除本契約。賣方違反『賣方之瑕疵擔保責任』之規定者，即為賣方違約，買方得依法解除契約。買方依第 1 款或第 2 款解除契約時，賣方除應將買方已繳之房地價款退還予買方，如有遲延利息應一併退還，並應同時賠償房地總價款百分之__（不得低於百分之十五）之違約金。**但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。**」亦係採取不同於民法違約金的規範模式，且與前揭海外留學契約應記載事項所規範的違約金性質有別。根據其規定意旨可知，約定違約金超過已繳價款者，則以已繳價款作為違約金上限，此一作法或係考量房屋買賣金額甚高，進而復轉向偏重維護企業經營者權益。綜上，有關定型化契約應記載事項所規範之違約金性質彼此有異，乃肇因事關契約自由的核心領域（即內容自由），各中央主管機關就特定類型契約訂立定型化應記載事項，有其各自的規範需

項第 6 條規定亦採同一規範模式。

求，惟其背後實無統一脈絡可尋。

4. 預付消費型態之履約擔保制度

我國目前針對預付型交易的管理，係採取履約保證機制，即中央主管機關針對特定類型之消費契約，根據**專業法律**或**定型化契約應記載事項**要求企業經營者提供履約保證。惟其規範成效之達成與否，需視此等作為義務之產生，究係根據**專業法律**或**定型化契約應記載事項**而定。以生前殯葬服務契約為例，具備一定規模之殯葬服務業者與消費者簽訂生前殯葬服務契約時，依殯葬管理條例第 44 條及第 65 條規定，有將預先收取費用百分之七十五依信託本旨交付信託業管理的法定義務，業者倘有違反，地方主管機關得採取限期改善、罰鍰或廢止其營業許可等處分，以擔保前揭法定義務的履行。至同條例第 44 條第 3 項規定所謂「中央主管機關對於第 1 項書面契約，應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項」等語，其性質屬訓示規範，並不生任何實質效力。

而以健身中心業者與消費者簽訂之健身中心定型化契約為例，現行法並無類似於前開殯葬管理條例之相關規定，健身中心定型化契約應記載事項第 10 條規定要求健身中心業者應就收取金額百分之五十額度提供履約保證責任，若業者消極未予執行，單僅透過消保法施行細則第 15 條第 2 項規定，並未能達成要求健身中心業者提供履約保證之立法目的。蓋履約保證責任之發生，係健身中心業者與第三人間之法律行為，業者與第三人間既無訂立契約要求第三人提供擔保，自無由因此發生保證責任。而健身中心業者就收取金額百分之五十額度，若未透過與第三人簽訂契約的方式要求第三人提供擔保，該健身中心定型化契約的其他部分仍為有效，業者亦無須因此負擔任何行政責任⁴⁷。

履約保證機制係課予企業經營者類似提存固定比例金額之義務，以擔保其將來債務之履行，事涉企業經營者之財產運用，無形中除增加其營運成本外，對其營業自由（財產權）亦造成相當之限制，此時若無透

⁴⁷ 針對此一問題，行政院爰提出消費者保護法第 56 之 1 修正草案加以解決，目前該案已於立法院審議中。其規定如下：「企業經營者使用定型化契約，違反中央主管機關依第 17 條第 1 項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有規定外，主管機關應命其限期改正，並得處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰；屆期未改正者，處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」有無法制上的疑義，詳後論述。

過法律或法律明確授權的方式加以規範，恐難逃違反法治國-法律保留原則之訾議，並將造成極大爭議⁴⁸。而中央主管機關可否僅依消保法第 17 條第 1 項規定，即訂定定型化應記載事項要求特定行業的經營須提供履約保證機制，應從該規定是否授權明確加以判斷。所謂授權明確，應符合「可理解性」、「可預見性」及「司法可審查性」三要件（司法院釋字第 491 號解釋參照），並以授權之目的、範圍及內容為判斷標的⁴⁹。觀諸消保法第 17 條第 1 項之文義，所據以衍申之履約保證義務，尚非一般業者可得理解、預見，因此單就此規定而言，實不足作為中央主管機關訂定定型化應記載事項要求企業經營者提供履約保證機制之法律授權依據⁵⁰，此對照殯葬管理條例及電子票證發行管理條例之立法管制模式，亦證諸健身中心定型化契約應記載事項第 9 條規定之不當。按針對私人間契約內容若欲介入控制，不論實施者為行政機關或法官，均應本諸立法者制定的法規範及其衍生的下位規範為之，消費者權益之保護固然重要，惟履約保證制度事涉企業經營者財產權之保障，對其權利行使的限制，不僅形式須符合法律保留原則，實質上亦須符合正當法律程序（如比例原則等）。

根據零售業等商品（服務）禮券定型化契約應記載事項第 2 項規定，零售業發行商品（服務）禮券應提供履約保證制度之適用範圍甚廣，大至連鎖百貨公司，小至位於街頭巷尾的麵包店，均有適用。實務上，購買者透過商業信用的表現可自行決定是否購買禮券，此本為市場機制所

⁴⁸ 2010 年 6 月行政院消費者保護委員會通過「預售屋買賣契約書範本暨其應記載事項部分條文」修正草案，該草案預定由內政部公布後 8 個月實施。其中納入履約保證機制一事即引起重大爭議。政治大學地政系教授張金鶚認為實施預售屋履約保證當然是好事，但費用很高，對消費者也不見得有好處；玄奘大學財經系副教授花敬群則表示，預售屋履約保證涉及建商信譽，如果是過去一些信譽良好的建商，未必需要做履約保證。因為，如果未來所有預售屋建商都要履約保證，業者因此墊高成本，房價恐怕會被拉高，可參看 <http://news.chinatimes.com/politics/0,5244,130502x132010061801136,00.html> 上網日期 2010 年 6 月 18 日。

⁴⁹ 李惠宗，憲法要義，元照，2009 年 9 月，頁 70 至 71。另有關授權明確性的說明，可參閱許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，法與國家權力(一)，2006 年 8 月，頁 253 至 255。

⁵⁰ 何瑞富，從消費者保護法第 17 條之規定論法律保留原則---以履約保證為中心，2008 年臺灣大學碩士論文，頁 123。

調控。而禮券並非貨幣，亦不具無限法償效力，將禮券發行與貨幣發行等量齊觀，已屬誤用。就此撇開不談，廣泛地透過應記載事項要求各零售業發行禮券應提供履約保證，則突顯了管制過嚴的問題。根據消保法第 17 條第 1 項之立法理由可得知，中央主管機關必須針對部分**重要**行業使用之定型化契約，有**加強行政管理之必要**，始得公告定型化契約應記載事項及不得記載事項。換言之，消保法第 17 條第 1 項雖係授予中央主管機關**裁量權**以訂定定型化契約應記載或不得記載事項，然此等授權仍屬對中央主管機關所課予之「**義務**」，旨在要求中央主管機關為「合目的之裁量」⁵¹。因此，中央主管機關針對特定行業的定型化契約，在決定是否訂定應記載事項或訂定如何內容的規定時，即應將現今定型化契約條款之主要規制緣由（如彌補交易成本或資訊不對稱所產生的弊端等）當作重要判準，否則不當的訂定定型化契約應記載事項或將其適用範圍任意擴大，將可能構成裁量瑕疵之嫌。

此外，發行業者藉禮券發行所籌措之資金多不願全然投入作為銀行提供保證的對價，或逕行辦理信託，而金融機構對所發行禮券之數量、金額及消費者使用禮券之時間等因素多未能確實掌握，以致金融機構基於風險考量，承作意願有限，即便有意承作，對發行業者亦常加諸種種限制，造成上述措施有其執行上困難⁵²。按禮券發行者與購買者的法律關係，除具備一般的買賣關係外，尚包括高度的「信賴關係」，此等信賴關係既屬於一種「商業信用」，法令若不考量禮券發行量大小、發行人的營業內容，一概規定禮券應經銀行保證，或經同業同級公司相互連保，或已辦理信託，或由同業公會籌辦連保等，似未能正視商業信用的本質⁵³。且定型化契約條款之規制緣由主要在彌補交易成本與資訊不對稱所

⁵¹ 有關裁量權授與之論述，參照李惠宗，憲法要義，元照，2009 年 9 月，頁 72。

⁵² 張儒臣，商品（服務）禮券規範與管理之研究，2008 年政治大學碩士論文，頁 66。

⁵³ 陳沖，大S與小S的主管機關，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009 年 3 月，頁 21 提及「在禮券發售的場合，表面上發行人向不特定多數人收取款項，有違反銀行法第 29 條之嫌疑，但因發行禮券所收受的金錢係以雙方未來的商品（服務）交易為前提，因此並無違法性。…所以針對本身未來提供商品或服務所發行的『單一目的』（single purpose）禮券，沒有違法問題，信用風險也應由授信人自行負擔。至於契約內容是否損及消費者權益，政府依據消費者

產生的弊端，此點並無區分商業交易及消費者交易的情形。因此，在消費者禮券交易的型態，獨要求禮券發行人於禮券定型化契約應記載履約保證責任，除已混淆商業信用應由買賣雙方自行決定的觀念外，其規範理由非無說明上疑義。最後，強制禮券發行者應提供履約保證之目的，若係為彌補資訊不對稱所產生的弊端，似應對症下藥訂定相關禮券發行人之資訊揭露義務，如禮券發行額占營業額的比率、實際餘額占禮券發行額的比率、預收貨款的運用與列帳方式等，以供消費者正確選擇，而非由政府高度介入代替當事人訂立契約。

5. 廣告效力之規範

消保法第 22 條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」因此，中央主管機關依據同法第 17 條第 1 項規定所公告之定型化契約應記載事項及不得記載事項多有規定「廣告為契約之一部分」、「不得記載廣告不構成契約之內容或僅供參考」⁵⁵等語，類似規定對照目前學界有力的說法，應屬一致。惟此等作法則與行政院消保會之函釋及最高法院之見解尚有歧異。為便說明，以下僅就消保法所規範廣告之法律性質，臚列學界、行政機關及司法實務的相關見解，加以分析比較：

(1) 學界有力說：消保法第 22 條規定之立法，在加重強調企業經營者之契約責任及於廣告之內容，使其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容⁵⁶。換言之，即任何足以影響消費者形成消費動機、決定訂立契約之廣告宣傳內容，於契約成立後，**基於該強制規定均當然構成契約之一部分**⁵⁷。

保護法規定哪些事項應記載或不得記載，旨在衡平雙方權益，誠屬正確，**但不宜混淆『信用風險』與『權益衡平』的界限。**」

⁵⁴ 陳沖，俱樂部會員卡卡了誰，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009 年 3 月，頁 63 提及「其實本人並不贊成以第三人擔保的方式介入商業行為，這只會使商業信用更無法建立。」

⁵⁵ 如預售屋買賣定型化契約應記載事項第 2 條規定。

⁵⁶ 消費者保護法第 22 條原提案說明為「為避免企業經營者以不實之廣告致侵害消費者權益，本法擴張其契約責任及於廣告之內容。」參照立法院公報，院會記錄，82 卷 73 期，1993 年 12 月 22 日。

⁵⁷ 第 22 條條後段規範功能在使廣告內容成為契約內容，當事人明示或默示將廣告內容納入契約者，該廣告之內容當然具有拘束契約當事人之效力；其未約定者，

- (2) 行政院消保會見解：該會 91 年 8 月 12 日消保法字第 0910000841 號函釋：「…消保法第 22 條規定，企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，若消費者『因廣告而與企業經營者訂立契約』，則廣告之內容即因消保法第 22 條之強制規定，而成爲契約內容之一部分。」此一解釋與前揭學界有力說不同處在於，**消費者必須因廣告而與企業經營者訂立契約**，該廣告內容始基於該強制規定構成契約之一部分。
- (3) 司法實務見解：最高法院 92 年台上字第 2694 號判決：「…消費者如**信賴廣告內容**，依企業經營者提供之廣告訊息與之洽談而簽訂契約，於契約中雖未就廣告內容再爲約定，企業經營者所應負之契約責任，仍及於該廣告內容，該廣告固應視爲契約之一部。惟簽訂契約時倘雙方已就廣告內容另爲斟酌、約定，或企業經營者並未再據原屬『要約引誘』之廣告爲訂約之說明、洽談，使之成爲具體之『要約』，縱其廣告之內容不實，應受消費者保護法或公平交易法之規範，仍難逕謂該廣告爲要約或已當然成爲契約之一部。」據該判決所表示的法律觀點，**廣告內容須曾爲雙方洽談的基礎，使之成爲契約之一部分**，此一說法明顯與前開學界及消保會見解不同，且該判決相當程度地亦反映近年來最高法院在有關案例上所採用的審查標準⁵⁸⁵⁹，此點從最高法院 93 年台上字 2103 號判決所謂「雖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內容，消費者保護法第 22 條定有明文，惟此乃行政機關爲管制消費秩序之公平所爲措施，至企業經營

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

⁵⁸ 學者據此有完整的分析及討論，參照曾品傑，論不動產不誠實廣告之契約效力，財產法理與判決研究(-)，元照，2007 年 9 月，頁 321 至 348。該文根據最高法院在房地產不誠實廣告領域所作之相關判決，得出廣告成爲契約內容一部之要件爲：一、客觀上廣告須曾爲雙方洽談之基礎。二、主觀上當事人須信賴廣告內容可得實現。

⁵⁹ 最高法院 90 年台上字第 1585 號判決、91 年台上字第 1387 號判決亦採之。

者與第三人之權利義務關係，仍以雙方當事人間之約定為依歸，廣告內容如未經意思表示合致，不得僅因消保法第 22 條之規定，即謂廣告當然為契約內容之一部，否則有違民法第 153 條之基本精神」等語，亦可獲得佐證。

分析上述三種說法，就最高法院實務見解而言，消保法第 22 條規定在私法領域僅係訓示性規範，不生實質效力。廣告成為契約內容之一部，必須消費者與企業經營者就廣告為洽談而簽訂契約。若當事人未就廣告為洽談，依民法第 153 條規定意旨，廣告既未經當事人合意，自不構成契約之一部。此等解釋限縮消保法第 22 條規定之規範功能，明顯與該規定之立法本旨有違。此外，從消保法第 22 條規定之內容可知，該規定係屬強制性規範，廣告係根據該規定而成為契約之一部，與廣告內容是否經當事人洽談無關，因此前開學界有力說實為較妥適之文義解釋。至前開行政院消保會之函釋意旨，則係針對學界有力說增加廣告成為契約一部之附帶條件-即消費者必須**因廣告**而與企業經營者訂立契約。此一說法或係基於民法的**信賴原則**，然對照消保法第 22 條之文字內容，顯然增加了法律所未規定的限制⁶⁰。

6.附論-零售業等網路交易定型化契約應記載事項第 5 條規定

近來中央主管機關常因特定重大消費爭議之發生，動輒依消保法第 17 條第 1 項詳定定型化契約應記載事項，意欲使各類無名契約成為強制性模範契約，完全忽略定型化契約條款規制緣由之發展歷程（即透過優勢風險承擔人理論以**衡平交易成本**之缺失，及課予締約前資訊告知義務以**彌補資訊不對稱**所產生的弊端），已使得相關民法債篇的內容及其所蘊涵的價值逐漸產生淘空之疑慮。以 2009 年 6 月所發生的戴爾電腦（DELL）標價錯誤案為例⁶¹，該案涉及之法律爭點有三：一、設置網頁

⁶⁰ 從「消費者訂約時若不知有廣告的存在，其後如何能因不知的廣告發生訟爭？訟爭發生時又如何能根據消費者保護法第 22 條規定主張其所不知的廣告成為契約內容的一部分？」加以觀察，實務上的具體個案，不論採學界有力說或行政院消費者保護委員會的函釋見解，在個案的判斷結果多無太大的差異，併予敘明。

⁶¹ 戴爾電腦（DELL）官網於 2009 年 6 月 25 日 11:00PM 至同年月 26 日 7:00AM 顯示「Dell 20"全新LCD三年保固只要 999（元）含稅」，由於價格異常便宜，8 個小時湧入 2 萬 6 千多客戶，接到 4 萬 3 千多筆訂單，訂購將近 14 萬台平面顯示器。戴爾於 6 月 27 日隨即針對訂購客戶發出電子郵件，內容為「戴爾股份

提供商品或勞務究係要約引誘或要約意思表示？二、即便設置網頁提供商品或勞務解釋為要約，要約人是否可透過定型化條款預先聲明不受要約之拘束？三、倘設置網頁提供商品或勞務解釋為要約，要約人是否可依民法第 88 條第 1 項規定主張撤銷錯誤的意思表示？上述爭點原本透過現行民法第 154 條等相關規範已足供解決，不生爭議⁶²。蓋根據網路交易的實務發現，設置網頁提供商品或勞務之行為人於網頁保留最終訂立契約的權限，毋寧屬於常態。因此本文以為：即便設置網頁提供商品或勞務之行為人仍可依同條但書規定藉由定型化條款預先聲明不受要約拘束，如記載類似「本公司保留接單與否的權利」等語，將其性質轉化為要約引誘。因預先聲明不受要約拘束係民法賦予要約人之權利，故要約人藉由定型化條款預先聲明要約不受拘束，並無作不當的風險安排致違反誠實信用原則之情形，應屬有效。惟中央主管機關經濟部對此置而末論，竟依消保法第 17 條規定訂立零售業⁶³等網路交易定型化契約應記載及不得記載事項，企圖建立新的交易秩序。其中應記載事項第 5 條針對

有限公司（臺灣）的網站系統（www.dell.com.tw）於 6 月 25 日 11PM 至 6 月 26 日 7AM 期間，資訊中出現線上價格標示錯誤，現已經將價格更正。由於價格錯誤，在此期間下的訂單將不被接受。我們正在深入調查，待了解狀況後將直接與顧客聯繫，妥善處理這個事情。為此給客戶帶來的任何不便，我們深感歉意。本郵件僅表示 Dell 已收到您的訂單，但並不表示 Dell 已接受您的訂單。您可以透過本郵件的附件來檢視您的訂單細節。」7 月 5 日，戴爾官網針對筆電的網路報價竟又發生錯誤，原本定價超過 6 萬元的電腦，變成 1 萬 8 千元，戴爾於 9 個小時後關閉官網訂購功能。

⁶² 臺北地方法院 94 年簡上字第 7 號、98 年北簡消字第 13 號、98 年北簡消字第 17 號及臺中地方法院 98 年中消小字第 11 號、98 年中消小字第 12 號等判決理由參照（注意：臺南地方法院 98 年訴字第 1009 號判決所持理由則與前揭判決理由相反。此外，前揭 98 年北簡消字第 17 號判決，業經二審法院以 99 年消簡上字第 1 號判決廢棄，並判決戴爾應給付上訴人即原告相關液晶顯示器），餘併參閱李淑如，網路購物標價錯誤之法律解析，台灣法學雜誌第 135 期，2009 年 9 月 1 日；馮震宇，網路商品標錯價格出售後得否撤銷意思表示？台灣法學雜誌第 135 期，2009 年 9 月 1 日。

⁶³ 所謂零售業網路交易，依行政院主計處所編之中華民國行業標準分類及經濟部編印之公司行業項目代碼表類別，係一般零售業對實體商品（不包括「服務」）所採取之網路交易行為，參閱自該草案總說明。

B2C 網路交易創設異於民法的交易模式⁶⁴，是否妥當必要，著實有討論空間⁶⁵。蓋針對特殊類型之交易制定特別法，而特別法之解釋與適用，若將來逐漸發展具備獨立的特性，普通法（民法）的適用將愈趨邊緣化，此點著實不可忽視。況 B2C 網路交易是否真較一般實體買賣需要訂立特別規定加以規範，亦有疑問⁶⁶。未來若再加上消保法第 56 條之 1 增修草案所規範的行政罰鍰，則應記載事項所造成的扭曲，料將更為嚴重。

(三)小結

按契約控制手段的運用有多重時，應考量採取干預契約自由的較小手段，如透過資訊揭露義務或其他透明化手段即可回復消費者因資訊落差所處的締約弱勢，復可確保當事人對締約與否及契約內容有其自主決定的能力時，原則上不應輕易對契約內容實施控制。如確有必要針對契約內容實施控制，宜僅針對契約條款之有效與否進行審查，而非對其內容加以修正或變更，否則將可能造成對契約內容全面性審查的風險⁶⁷。

理論上透過公告定型化契約應記載事項固能適時保護消費者權益，然此並非毫無缺陷，畢竟契約所涉及之給付內容包羅萬象，應記載事項之制定屬正面式立法，須仰賴中央主管機關逐一為之，行政資源的耗費甚大，未必符合效率原則⁶⁸。且政府機關根據其所認定的公平正義，廣泛制訂應記載事項以代替當事人之契約內容，亦將使得當事人之交易行為僵化失去彈

⁶⁴ 零售業等網路交易定型化契約應記載事項第 5 條規定：「消費者依據企業經營者提供之確認商品數量及價格機制進行下單。企業經營者對下單內容，除於下單後二工作日內附正當理由為拒絕外，為接受下單。但消費者已付款者，視為契約成立。」

⁶⁵ 詳參閱吳瑾瑜，論網站標價錯誤之法律效力，月旦法學雜誌第 187 期，2010 年 12 月，頁 55-58。

⁶⁶ 要約人預先聲明要約不具法效力，係民法第 154 條所賦予要約人的權限，此點符合當事人意思自主原則。是要約人倘以定型化契約條款的方式排除要約的拘束力，並無違反契約正義，亦無濫用交易成本或資訊不稱所產生的弊端。對民法第 154 條之規範意旨置而不論，形式上一律要求業者於下單後二工作日內如未附正當理由拒絕，視為接受下單，反而違反意思自主原則。

⁶⁷ 此係就一般契約管制所作之論述。我國目前法制有針對契約內容加以管制的情形，如勞動契約的基本工資、加班費給與標準、特休天數等，此等規定目的在保障勞工的社會底限，與一般契約管制稍有不同。

⁶⁸ 楊淑文，定型化契約與契約自由原則，98 年度消費者保護法研習會講義第二篇，行政院消費者保護委員會編印，頁 11。

性。對真正身為契約當事人之消費者而言，其未必因此獲得所需要之利益⁶⁹。蓋契約法所追求之公平正義，在相當程度的面向應滲入經濟效率（降低交易成本，以促進最大福祉）的概念。從契約公平正義層面討論消費定型化契約條款的內容規制時，實不應忽略契約當事人的主觀目的-追求效率。申言之，從契約正義面向規制消費定型化契約條款時，並非思考以一定的正義標準取代當事人的契約內容（實體取向），而應著重在賦予當事人公平的締約機會（程序取向），以擔保契約內容的實質公平。

另外，透過消保法第 17 條第 1 項發布定型化契約應記載事項，有其先天上的缺陷，此一說法，在與民法債編之任意規定相互比較後，即可得知。按民法債編之任意規定係以「法律」之形式加以呈現，契約當事人雖不得以定型化契約條款排除其適用，仍得以個別磋商的方式排除其適用，因此其具有補充性；反觀定型化契約應記載事項，其性質則具有強行法特性，解釋上，並不得透得當事人特約（定型化契約條款及個別磋商條款均然）加以排除⁷⁰。而中央主管機關僅在消保法第 17 條第 1 項規定之形式授權下，而其實質授權之內容、目的、範圍均不明確時，究竟有無權限代替當事人之意思，以法規命令之形式訂定型化契約應記載事項，使此等定型化契約

⁶⁹ 以 2010 年 3 月初發生的統一城市俱樂部會員轉進伊士邦健康俱樂部後，終身會員身份是否存續乙案為例，健身中心定型化契約應記載事項及不得記載事項照理應為消費者保護法第 12 條規定（誠信原則）的具體化（參照行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 44 次會議紀錄第二討論案結論），因此不論健身中心定型化契約之存續期間係 10 年以下或終身，或契約訂立時間發生於健身中心定型化契約應記載事項及不得記載事項公告前後，業者與消費者訂約時所採用之條款如已符合前開應記載事項之規範，行政機關似不宜再認定業者提供之條款有違誠信原則。然本件爭點實際上係應記載事項第 6 條及不得記載事項第 3、4 條規定間適用的齟齬。蓋業者如能片面要求終止契約，充其量僅須按契約存續期間比例退還消費者已繳的費用，如此一來，業者並無須花費額外成本即可藉此實質達成片面調整契約或調高會費之目的。本例反應一件事實，即應記載事項即便係透過相關產官學參與所制定，然礙於契約內容多樣化的面貌，亦難免有掛一漏萬或前後矛盾的情形，有時回過來將具體個案直接適用民法，消費者反而能因此獲得正義。相關事實可參閱 2010 年 3 月 16 日蘋果日報 A12 版「健身中心易主坑舊會員」一文及自由時報 A14 版「伊士邦換約漲價會員罵坑殺」一文。

⁷⁰ 廖健男，定型化契約條款之行政規制，1998 年輔仁大學碩士論文，頁 195 至 196。

應記載事項發生大於民法任意規定之效力，甚有疑義。

三、行政處分

(一) 地方政府事後對定型化契約條款發動行政監督之執行檢討

針對定型化契約條款違反**應記載或不得記載事項**之情形，依據現行實務或部分論述，均認為地方政府可依據消保法第 33 條規定先行進行調查，倘發現有符合同法第 36 條規定之情事，得命業者限期改善，若其不遵令改善，可依同法第 58 條規定處新臺幣 6 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並得連續處罰⁷¹。甚者，有地方政府針對條款雖發現無違反應記載或不得記載事項之情事，惟經審酌後認為有違反民法第 247 條之 1 或消保法第 12 條規定者，亦有依前揭規定對業者實施行政監督之案例。惟此一作法之適法性，本文頗表懷疑。按消保法第 36 條所規定行政監督之行使，係以商品或服務確有損害消費者生命、身體、健康或財產或確有損害之虞為要件。法文中所謂「財產」一詞，究何所指，有無包含企業經營者使用不當定型化契約條款之部分⁷²，事涉主管機關行政監督權限行使之射程範圍，實有先予釐清之必要。以下即就「財產」內涵的相關論述加以分析：

甲說（有力說）：消保法第 36 條所謂「財產」係限於**所有權等絕對權**之情形，消保法第二章商品責任與第四章行政監督之「財產（權）」規定，前後存有彼此關照與參考之處，應為一致解釋。目前我國學界通說⁷³大都認為，消保法第 7 條第 2 項所稱之財產，基於侵權責任之本質，僅限於所有權等絕對權受侵害時始受保護，至純粹經濟上損失⁷⁴則應排

⁷¹ 張儒臣，商品（服務）禮券規範與管理之研究，2008 年政治大學碩士論文，頁 49。

⁷² 2009 年臺北市政府針對戴爾電腦（DELL）網路標價錯誤致消費者對企業經營者之**債權**被侵害乙案，亦分別以消費者保護法第 36 條及第 58 條規定對業者之錯標行為實施行政監督，要求業者限期改善。

⁷³ 少數說則認為財產除包括所有權等絕對權外，尚包括利益（含純粹經濟上損失）在內，參閱邱聰智，消費者保護法商品責任之探討，消費者保護研究第二輯，行政院消費者保護委員會編印，1996 年 1 月；陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體-「權利」與「利益」區別正當性的再反省，新學林，2008 年 12 月。

⁷⁴ 有關比較法上常見的純粹經濟上損失類型，計有 4 種，商品自傷案件僅是其中一種，詳參閱邱琦，純粹經濟上損失-以商品自傷為中心，消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月。

除於商品責任之外。因此，主管機關依消保法第 36 條及第 58 條發動行政監督，應以保護物之所有權為限（商品自傷等純粹經濟上損失則不包含在內）⁷⁵。

乙說（通說）：消保法第 36 條所謂「財產」並不限於所有權等絕對權，商品自傷（商品本身瑕疵）等純粹經濟上損失亦包含在內。該說以為在解析消保法第 33 條及第 36 條所稱「財產」概念之際，不應受限於同法第 7 條第 2 項「財產」解釋之思考，應從行政法之角度觀察，以判斷企業經營者所提供之商品或服務是否侵害消費者財產權。且消保法第 33 條及第 36 條所規定之行政監督係處於另一獨立章節，其與消保法第 7 條在性質上歸屬侵權行為之規範不同，不同規定既處不同章節體系，所涉及之價值判斷自有差異。因此，消保法第四章行政監督權限不應承載維護契約責任與侵權責任分際之價值判斷，第 36 條行政監督權限之行使，自應包括傷品自傷等純粹經濟上損失之情形⁷⁶。至該權限之行使應符合比例原則，則屬當然。

丙說（折衷說）：消保法第 36 條所謂「財產」限於「物完整性利益」之保護，因此商品自傷在行政監督範圍內，其餘純粹經濟上損失（如戴爾標價錯誤案中消費者利益受損部分）則應排除在外⁷⁷。

⁷⁵ 廖義男，消費者保護法之行政監督，收於消費者保護研究第二輯，行政院消費者保護委員會編印，1996 年 1 月，頁 22 提及「消費者保護立法之任務，主要在於(1)維護消費者之健康與安全；(2)強化消費者之交易地位；(3)維護消費者獲知真實之權利；(4)教育消費者及扶助消費者保護組織；(5)妥善處理消費爭議。因而消費者保護法中之行政監督，亦以完成該 5 項任務為主要內容…」似亦採此見解。

⁷⁶ 參閱行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 59 次會議紀錄第二討論案結論。

⁷⁷ 針對戴爾網路標價錯誤事件，臺北市政府即根據消費者保護法第 36 條規定發函要求戴爾電腦限期改善，戴爾電腦拒不改善，市府即依同法第 58 條以 98 年 7 月 30 日府法保字第 0935532100 號函裁處戴爾電腦 100 萬元罰鍰，戴爾電腦不服，向經濟部提起訴願，經經濟部以 99 年 6 月 21 日經訴字第 099606058490 號訴願決定駁回。此案行政機關即採乙說見解。

上述說法，倘以通說為正解，則有以下疑義待釐清，即當地方政府受理消費者申訴時，經依消保法第 33 條調查後，如發現業者有債務不履行情事（即給付遲延、給付不能、不完全給付所生之純粹經濟上損失），可否逕行發動第 36 條之行政監督權限？如為肯定，此一作法是否過度介入私人行為？地方政府究竟有無能量解決此類爭議⁷⁹？凡此亦涉地方政府怠於執行此項任務時，是否須負擔國家賠償責任之可能。因此，單僅憑第 36 條的文字意義解釋行政監督權限行使之射程範圍，縱有行政法之一般原則-即比例原則可從中加以控制，或事後可藉由司法審查，均難以明確說明其行使之外部限制，而不致產生過度介入私權的爭議⁸⁰。更何況運用第 36 條實際適用具體個案所造成之結果，亦常未必令人信服。

此外，根據消保法第 53 條第 1 項規定，同屬行政體系之消保官針對不當定型化契約條款得提起不作為作訴訟。若採通說看法，兩者間運作關係為何？在此亦應一併加以考量。本文以為，地方政府針對企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，可否藉由第 36 條對其發動行政監督？或僅可由消保官或消保團體提起不作為訴訟，透過司法程序宣告不當條款的禁止使用⁸¹？其爭議應非單純從行政法角度或法條的文字解釋加以考量，亦非一

⁷⁸ 向明恩，消費者保衛戰之戲碼是否完美落幕？-戴爾標錯價事件之省思，月旦法學雜誌 176 期，2010 年 1 月，頁 128-130。

⁷⁹ 實務上已有發生消費者不循司法程序解決紛爭，反進而要求地方政府應依第 33 條及第 36 條執行行政監督權限，造成地方政府不堪其擾。

⁸⁰ 此部分從學者（採乙說）之相關描述，亦可窺知一二。學者邱聰智於行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 59 次會議發言謂：「在只有很單純的商品瑕疵損害，要命企業經營者『限期改善、回收或銷毀』應非常慎重…」即足證之。蓋倘業者確有債務不履行情事，消費者之債權即受到侵害，地方主管機關最起碼可依第 36 條發動行政監督要求限期履行或採取其他措施，凡此均屬不利處分（第 58 條規定參照），因此所謂「應非常慎重」等語，恐屬空洞之概念，無助限制地方主管機關行政監督權限之行使。

⁸¹ 詹森林，民法法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月，頁 96 提及「在現行消保法下，主管機關尚似不得對使用不當定型化契約條款之企業經營者處以行政罰鍰（消保法第 56 條至第 59 條…）」、學者劉春堂於行政院消費者保護委員會之消費者保護法專案研究小組第 17 次會議發言謂：「企業經營者所使用之定型化契約條款，如經查核結果，認為有違反本法關於定型化契約條款規定之虞時，由消費者保護官透過司法程序宣告該等條款之適用，此合乎國外法制及本法之相關規定。」，收於消費者保護法專案研究實錄（1995 年 11 月至 1997 年

味主張多元監督可保護消費者利益之訴求輕筆掠過。

按企業經營者設計、生產、製造或經銷確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞之商品；或提供確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞之服務時，消保官或消保團體得依消保法第 53 條第 1 項規定向法院訴請停止、或禁止設計、生產、製造或經銷該等商品，或提供該等服務（施行細則第 40 條參照）。申言之，定型化契約條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，消保官或消保團體應得向法院訴請停止或禁止之⁸²。綜上，對於企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，若採通說見解，則我國消保法制將呈現「行政監督」與「不作為訴訟」的併存現象。本文以為，主管機關針對企業經營者不當使用定型化契約條款之情形，既得實施行政監督，同處行政體系的消保官卻只能提起不作為訴訟訴諸司法裁決，此一適用結果，無形中將大幅減縮不作為訴訟的執行功能⁸³。甚者，將造成行政權未受充分節制地恣意擴張。因此，基於體系性解釋，並避免行政權過度介入私人行為之考量，有關消保法第 36 條所謂「財產」之解釋，應以丙說為當。

(二) 地方政府基於地方自治條例對定型化契約條款從事行政監督之執行檢討-以臺北市消費者保護自治條例為例

臺北市消費者保護自治條例第 8 條規定：「企業經營者使用定型化契約者，不得違反中央主管機關公告定型化契約應記載或不得記載之事項或審閱期間，執行機關並得隨時派員查核。違反者，應命其限期改正。」第 38 條第 1 項規定：「企業經營者違反第 8 條至第 10 條規定之一，經通知限期改正而逾期不改正者，得處新臺幣 2 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」根據上述規定意旨可知，其規範構造與通說針對消保法第 36 條及第 58 條的適用解釋，頗為一致。即中央主管機關所公告之定型化契約應記載或不得記載事項，已透過上述自治條例轉化成為業者使用定型化契約時之**行政法上義務**。惟本文以為，此一作法已明顯脫離消保法第 17 條之規範本旨。蓋不論依同條第 2 項或同法施行細則第 15 條第 2 項的文義，違

2 月)，頁 446。

⁸² 駱永家，消費訴訟，收於消費者保護法專案研究實錄（1995 年 11 月至 1997 年 2 月），頁 119、120。

⁸³ 無怪乎我國法院實務至今，從未有消費者保護官或消費者保護團體提起不作為訴訟之案例。

反定型化契約應記載或不得記載事項，充其量只發生私法上效力。消保法本身即無透過定型化契約應記載或不得記載事項創設企業經營者公法義務之意旨，地方自治條例若藉此創設公法義務，並以罰鍰處分擔保該義務之履行，不僅有牴觸中央法律之嫌，亦有矯枉過正之虞。或有謂地方自治條例藉由定型化契約應記載或不得記載事項創設企業經營者之公法義務，只要符合地方制度法第 26 條所規定的程序⁸⁴即可。惟在現行定型化契約應記載或不得記載事項之母法授權範圍不明確之前提下（尤其是應記載事項），前開地方自治條例的規範模式恐難通過法律明確性原則的檢驗。再者，前開自治條例的規範模式亦與地方政府依據消保法第 33、36 及 58 條規定所從事的管制模式相同，有過度介入私人行爲的缺點，這也許是目前實務上並無地方政府根據自治條例管制定型化契約條款之原因。

(三)消保法第 56 條之 1 修正草案之評析

消保法第 56 條之 1 修正草案規定：「企業經營者使用定型化契約，違反中央主管機關依第 17 條第 1 項公告之應記載或不得記載事項者，除法律另有規定外，主管機關應命其限期改正，並得處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰；屆期未改正者，處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰，並得連續處罰。」其立法理由主要為，依現行規定，主管機關依同法第 17 條第 3 項規定查核後，若發現業者有違反情形，僅能勸導改善，業者若不改善，尚無行政罰配套，公告事項難以落實執行，因此爰加以增訂⁸⁵。按定型化契約應記載或不得記載事項僅有私法上效力，現行各類定型化契約應記載或不得記載事項，即在此一前提下所產生，而目前定型化契約應記載事項復

⁸⁴ 地方制度法第 26 規定：「…直轄市法規、縣（市）規章就違反地方自治事項之行政業務者，得規定處以罰鍰或其他種類之行政罰。但法律另有規定者，不在此限。其為罰鍰之處罰，逾期不繳納者，得依相關法律移送強制執行。前項罰鍰之處罰，最高以新臺幣十萬元為限；並得規定連續處罰之。其他行政罰之種類限於勒令停工、停止營業、吊扣執照或其他一定期限內限制或禁止為一定行為之不利處分。自治條例經各該地方立法機關議決後，如規定有罰則時，應分別報經行政院、中央各該主管機關核定後發布；其餘除法律或縣規章另有規定外，直轄市法規發布後，應報中央各該主管機關轉行政院備查；縣（市）規章發布後，應報中央各該主管機關備查；鄉（鎮、市）規約發布後，應報縣政府備查。」

⁸⁵ 行政院消費者保護委員會針對消費者保護法第 56 條之 1 修正草案之總說明參照。

創設不少母法所未預期的條款類型，如「消費者任意解約（終止）權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化」、「企業經營者債務不履行之損害賠償金額標準化」、「預付消費型態之履約擔保制度」等，此時若僅因現行應記載或不得記載事項在業界執行的效果不張，即修法將應記載或不得記載事項變更為公法上義務，不僅未能根本解決問題，亦將造成法制體系的紊亂。

茲以電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項為例，根據該不得記載事項規定：「電影片映演業不得為禁止消費者攜帶食物進入映演場所食用之揭示、標示或口頭告知。但味道嗆辣、濃郁、高溫熱湯（飲）或食用時會發出聲響之食物，得於映演場所明顯處揭示或標示禁止攜入。」細繹其內容，核與彌補交易成本及資訊不對稱所產生的弊端無涉，純粹係以禁帶外食有違平等互惠原則作為主要考量⁸⁶。本文以為，此一規定內容有過度干預私人營業自由（財產權）之嫌。我國目前法制針對餐廳禁帶外食，多認係業者的營業自由，而不加干預，為何獨針對電影院禁帶外食則不予許可？有謂餐廳以提供飲食為主業，因此其禁止欲入內食用之消費者攜帶外食，符合人情，至電影片映演業者則係以放映影片為主業，因此其要求消費者不得攜帶外食，顯與影片放映無關，自違反平等互惠原則云云⁸⁷。然「業者得否禁止消費者攜帶外食」是否完全取決於業者登記的營業項目，甚有疑問。蓋現今消費型態多樣化，複合式營業所在多有，究竟何者為主業？何者為副業？往往未能明顯區分，亦無明確標準。況政府對一般企業經營者的營業項目多不再進行管制，若僅以業者的經營項目作為判斷業者得否禁止消費者攜帶外食的惟一條件，並不符目前國家解除管制的趨勢，亦忽略了一個重要事實--即消費者在資訊已充分揭露的情況下，仍有能力決定是否在禁帶外食的場所消費⁸⁸⁸⁹。再者，定型化契約應記載或不得記載事

⁸⁶ 參照 98 年 4 月 22 日行政院消費保護委員會研商「電影院公告全面禁帶外食相關事宜」會議紀錄之會議結論

⁸⁷ 參照行政院消費者保護委員會 2009 年 1 月 19 日之新聞稿內容。

⁸⁸ 本文以為此部分應已涉及契約自由的核心領域（即內容自由）。

⁸⁹ 行政院消費者保護委員會 91 年 6 月 20 日消保法字第 0910000663 號函釋謂：「電影院片面禁止消費者攜帶外（熱）食入場規定，倘目的係利用優勢地位，限制消費者只能向其販賣部購買較高之商品，以牟取利益時，該等片面規定難認符合平等互惠原則。」而根據現行電影院的經營實況，業者是否具備上開獨占或

項僅有私法上效力，而根據電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項之規範意旨，其有將不得記載事項轉換為公法禁止規定的傾向，是否符合消保法規範意旨，頗有疑問。而消保法第 56 條之 1 修正草案將來若獲立法通過，配合前開不得記載事項，相信將更加扭曲現行交易機制。

行政實務對私法關係的規制，通常係採取行政罰手段，此種思維模式，對行政機關的法制作業而言，是最簡單操作的。然此種規制方式對私法關係的健全，往往欠缺實質效果。因此宜拋棄單面向、高權地位的手段思維，比較深入地去掌握問題的現象與思考解決方案，以發展更為精緻且合目的性的管制手段⁹⁰。

四、不作為訴訟

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

優勢經濟地位的條件，甚有疑問。

⁹⁰ 行政院法規委員會 98 年 12 月 4 日召開「私法關係行政規制之法制體例研究-公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較」期末報告審查會議中林佳和教授之發言，收於私法關係行政規制之法制體例研究-公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較，98 年 11 月行政院法規委員會委託研究。

五、小結

- (一)法律在例外情形要求基於客觀等值原則檢視個案契約是否符合契約正義，而決定是否介入管制時，非有客觀標準無法竟其全功。蓋無論係法官或行政機關從事契約管制，若欠缺客觀標準依循，即有流於恣意之虞，將造成對契約內容全面審查的危險。以應記載事項-消費者任意解約（終止）權之承認及其行使所生損害賠償金額之限額標準化為例，損害賠償金額之限額標準，事涉契約形成自由，實際上從消保法第 17 條第 1 項規定意旨並無從獲知其脈絡，難免引起爭議。況將損害賠償金額限額標準化，固較消費定型化契約條款的規制標準-誠信原則明確，然此一限額標準是否能普遍適用達成個案正義，殊值檢討。
- (二)消保法中有關定型化契約條款規制體系的審查順序，基本上係本於程序思維以實現契約正義的要求。而現行應記載事項的內容，反多著墨契約的實體內容，已與消保法意旨有違。
- (三)我國目前行政實務對消費定型化契約條款之管制模式，無論係事前根據專業法律或消保法授權發布法規命令成為定型化契約條款、事後根據消保法、公平法或地方自治條例對定型化契約條款從事行政監督，或將來透過行政罰作為管制手段等，已呈現多元監督的態勢。然實際執行的結果多有脫離現代定型化契約條款的管制緣由，並無助解決業者濫用定型化契約條款所產生的弊端。
- (四)基於「國家與社會分離原則」⁹¹，國家公權力的機制，應侷限於與公眾事務有關之事項為限，若不涉及妨害他人或必須強迫其成為法律義務之事項，國家應無介入空間。有關零售業網路交易定型化契約應記載事項、電影片映演業禁止攜帶外食定型化契約不得記載事項，或相關定型化契約的履約保證應記載事項等內容，有違國家與社會分離原則，亦不符目前解除任意性國家任務的趨勢⁹²。
- (五)根據消保法第 15 條第 2 項規定，定型化契約應記載事項在私法上具有強行法特性，應不得藉當事人特約加以排除。而中央主管機關僅在消保法第 17 條第 1 項規定之形式授權下，究竟有無權限代替當事人之意思，以法規命令之形式訂定型化契約應記載事項，使此等定型化契約應記載事項發生大於民法任意規定之效力，甚有疑義。

⁹¹ 葛克昌，國家與社會二元論及其憲法意義，臺大法學論叢第 24 卷 1 期，1994 年 12 月，頁 121 至 142。

⁹² 有關「解除任意性國家任務」的說明，參閱許宗力，論行政任務的民營化，法與國家權力(二)，元照，2007 年 1 月，頁 428 至 429。

- (六) 定型化契約不得記載事項猶如具體的強行規定，可以補充同法第 12 條過於抽象不易適用的缺憾。而有關應記載事項的規定，則誠屬獨步全球之立法模式⁹³。近來實務更發展中央主管機關廣泛詳定應記載事項的趨勢，積極使各類無名契約趨於模範契約的型態。如此的作法似忽略了消保法僅是基於資訊不對稱而對定型化契約所作的一般性管制⁹⁴。
- (七) 公告定型化契約應記載事項理論上固能適時保護消費者權益，然此並非毫無缺陷，畢竟契約所涉給付內容包羅萬象，應記載事項之正面式立法模式，須仰賴中央主管機關逐一訂定，不符合效率原則，亦無法避免流於民粹。
- (八) 在行政監督與不作為訴訟之交錯適用下，地方政府針對企業經營者不當使用定型化契約條款得實施行政監督，同處行政體系的消保官卻只能提起不作為訴訟訴諸司法裁決，適用結果將大幅減縮不作為訴訟的執行功能。另地方政府依消保法第 33 條、第 36 條及第 58 條規定針對業者不當使用定型化契約條款實施行政監督，亦明顯違反法治國原則。

伍、法制上建議—代結論

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

一、應記載事項的重新定位

中央主管機關根據消保法第 17 條第 1 項規定授權發布之各類定型化契約

⁹³ 廖健男，定型化契約條款之行政規制，1998 年輔仁大學碩士論文，頁 273 即謂：「傳統上要修正契約內容形成自由，係以強行規定之方式限制當事人『為』之自由；但是應記載事項公告後，產生之效果卻是強制其成為契約內容，亦即，它所限制的反而是當事人『不為』之自由。應記載事項由於具備這種特性，可以直接賦與消費者請求權基礎，因此比起不得記載事項更能保護消費者權益…」

⁹⁴ 蘇永欽，締約過失責任的經濟分析，尋找新民法，元照，2008 年 9 月，頁 394。

應記載事項，事涉契約內容之形成自由，中央主管機關宜謹慎為之，若僅因特定消費事件受輿論之注目，即任意發布相關行業之定型化契約應記載事項，實所不宜。因此，建議中央主管機關訂定定型化契約應記載事項時，在法制作業時應考量下列事項：

- (一)普通法優先考量-是否發布應記載事項，應檢視此等管制之結果，可否藉由其他相關法規範之一般行使方式達成，尤其應將現行一般民事法列入首要考量。
- (二)契約自由的價值不可輕易放棄-契約自由本身雖係工具，非目的，仍是民法的重要原則，因為在自由競爭的市場下決定是否締約，原則上能達成效率。只有當自由競爭的市場不存在、為了提供公共財、滿足人民的基本需求或彌補交易成本或資訊不對稱所生的弊端，才有必要對契約自由加以限制。換言之，契約自由雖可透過法令加以限制，但限制的前提仍以確保當事人自主決定為首要。
- (三)國家與社會分離原則-國家公權力的機制，必限於與公眾事務有關的事項為限，此為公權力本質上的限制。事務的本質若不涉及妨害他人或必須強迫其成為法律義務之事項，國家應無介入空間，否則有浪費資源之虞。
- (四)程序控制優先-消保法中有關定型化契約條款規制體系的審查順序，基本上係本於**程序思維**來實現契約正義的要求。因此針對定型化契約條款進行所謂行政規制，亦應優先由程序面向思考，否則動輒訴諸帝王條款-誠信原則，將造成法律適用的空轉。

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

二、不作為訴訟功能的強化

我國消保法立法之初，基於消保官為消費者保護事項之主要人員，為發揮其功能，乃授權其得獨立行使不作為訴訟權利，內涵包括透過司法程序宣告不當條款的禁止使用。此一制度可發揮主動、積極及預防的功能，除能彌補立法或司法規制的不足，又能避免行政機關動輒採取單面、高權的手段對私法關係進行行政規制，而引發過度介入私權紛爭之疑慮，堪稱適當的規制模式。然根據目前實務的發展，消保官除受理消費爭議申訴、調解外，常有對外針對商品或服務行使行政調查之案例，不僅逾越消保法第 6 條及第 33 條的規定，亦模糊其與主管機關間之權責，致消保官對其自身得提起不作為訴訟的權能多置而未論。為扭轉此一現象，實應回歸消保法之立法宗旨，簡化消保官的職能（限於處於消費爭議申訴、調解及提起不作為訴訟），並強化其提起不作為訴訟的功能，同時嚴格限制地方政府根據消保法對定型化契約條款從事行政監督的密度。

三、消保法所規範行政監督權限的行使對消費定型化契約條款應無適用餘地

這幾年來地方政府對企業經營者的行為，無不是高舉消保法第 33、36 及 58 條等規定對其作成不利處分或課予罰鍰，針對不當定型化契約條款的使用亦不例外。本文以為上述行政監督權限就財產權保護的射程，基於體系性、目的性解釋及法效果的考量，應限於物之完整性利益被侵害的情形，純粹經濟上損失（如不當定型化契約條款、廣告不實等）則不在保護之列。因此，基於體系性解釋，地方政府應不得對定型化契約條款從事行政監督。

四、地方自治條例對定型化契約的行政規制無立法空間

按憲法第 107 條規定：「左列事項，由中央立法並執行之：…三、…及刑事、民事、商事之法律。…」此一規定在明列中央的專管事項。其中所謂民事法律除解釋上當然包括民法外，與民法所規範之內容性質相當，並與其具有實質關聯性的規範，亦應屬民事法律。企業經營者使用之定型化契約條款是否發生效力，事涉民事法律的規範內容，此部分專屬中央立法事項，地方自治團體即便基於地方制度法第 18 條第 7 款或第 19 條第 7 款規定⁹⁵，仍不

⁹⁵ 地方制度法第 18 條第 7 款規定：「下列各款為直轄市自治事項：…七、關於經濟服務事項如下：…(四)直轄市消費者保護。」第 19 條第 7 款規定：「下列各款為縣（市）自治事項：…七、關於經濟服務事項如下：…(四)縣（市）消費者保護。」

得透過自治條例的立法加以規範。此外，基於國家與社會分離原則及維護契約自由的核心內涵（確保當事人自主決定能力），現行部分地方自治條例將中央主管機關所公告之定型化契約應記載事項轉化成爲企業經營者使用定型化契約時之行政法上義務，並設行政罰以擔保前開義務履行之作法，顯有過當，亦有重新檢討之必要。

參考文獻目錄

一、專書

- 1.尹田，法國現代契約法，五南，1999年11月。
- 2.王澤鑑，民法學說及判例研究第6冊，作者自版，2004年3月。
- 3.王澤鑑，民法學說及判例研究第7冊，作者自版，1994年8月。
- 4.立法院審議消費者保護法審議紀錄彙編，行政院消費者保護委員會編印，1995年7月。
- 5.邱聰智，新訂債法各論，元照，2002年10月。
- 6.李惠宗，憲法要義，元照，2009年9月。
- 7.林群弼，保險法論，三民，2008年9月。
- 8.消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004年7月。
- 9.許宗力，法與國家權力(二)，元照，2007年1月。
- 10.陳自強，契約之成立與生效，新學林，2007年3月。
- 11.陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體-「權利」與「利益」區別正當性的再反省，新學林，2008年12月。
- 12.陳沖，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009年3月。
- 13.曾品傑，財產法理與判決研究(一)，2007年9月。
- 14.黃立，民法債編總論，2006年11月。
- 15.詹森林，民事法理與判決研究(三)，元照，2003年8月。
- 16.廖義男，監督定型化契約與規範消費資訊之法規競合與適用之研究，行政院消費者保護委員會編印，1996年9月。
- 17.消費者保護法專案研究實錄(1995年11月至1997年2月)，行政院消費者保護委員會編印。
- 18.蘇永欽，尋找新民法，元照，2008年9月。

二、學位論文

- 1.何瑞富，從消費者保護法第17條之規定論法律保留原則-以履約保證為中心，2008年臺大國發所碩士論文。
- 2.張儒臣，商品(服務)禮券規範與管理之研究，2008年政大法研所碩士論文。
- 3.廖健男，定型化契約條款之行政規制，1998年輔大法研所碩士論文。

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

三、期刊論文

- 1.王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(二)，台灣本土法學雜誌第 53 期，2003 年 12 月。
- 2.向明恩，消費者保衛戰之戲碼是否完美落幕？-戴爾標錯價事件之省思，月旦法學雜誌 176 期，2010 年 1 月。
- 3.李淳，零售價格管制之探討，月旦法學雜誌第 186 期，2010 年 11 月。
- 4.林誠二，論旅遊契約之法律關係，民法七十年之回顧與展望紀念論文集，2000 年 10 月。
- 5.吳啓賓，由華航飛機起火事件論旅遊契約旅遊營業人之責任，月旦法學雜誌，2008 年 4 月。
- 6.吳瑾瑜，國外渡假村會員卡交易與消費者保護，中原財經法學第 8 期，2002 年 6 月。
- 7.吳瑾瑜，論網站標價錯誤之法律效力，月旦法學雜誌第 187 期，2010 年 12 月。
- 8.林誠二，消費資訊之規範，消費者保護研究第三輯，1997 年。
- 9.邱聰智，消費者保護法商品責任之探討，消費者保護研究第二輯，1996 年。
- 10.邱琦，純粹經濟上損失-以商品自傷為中心，消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月。
- 11.姜炳俊，預售屋廣告之契約拘束力-評最高法院 92 年度台上字第 2694 號判決及相關判決，月旦法學雜誌第 118 期，2005 年 3 月。
- 12.陳沖，大 S 與小 S 的主管機關，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009 年 3 月。
- 13.陳沖，俱樂部會員卡 卡了誰，自傘自度還是上帝之手，台灣金融研訓院，2009 年 3 月。
- 14.許宗力，論行政任務的民營化，法與國家權力(二)，2007 年 1 月。
- 15.黃立，違反審閱期間的法律效力，消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會編印，2004 年 7 月。
- 16.曾品傑，論不動產不誠實廣告之契約效力，財產法理與判決研究(-)，元照，2007 年 9 月。

- 17.葛克昌，國家與社會二元論及其憲法意義，臺大法學論叢 第 24 卷 1 期，1994 年 12 月。
- 18.楊淑文，定型化契約與契約自由原則，收於行政院消保會 98 年度消費者保護法研習會講義。
- 19.廖義男，消費者保護法之行政監督，消費者保護研究第二輯，1996 年。
- 20.駱永家，消費訴訟，消費者保護法專案研究實錄(1995 年 11 月至 1997 年 2 月)。
- 21.謝哲勝，契約自治與管制，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 9 月。

四、研究報告

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

