

# 消費者契約立法的特質與機能

鄭光昭\* 譯

- 一、前言
- 二、消費者契約法的特質
- 三、與既有私法上關係

- 四、消費者契約約法及其機能
- 五、消費者契約法與各別立法

## 一、前言

目前，國民生活審議會為了制定「消費者契約法〔暫定名稱〕」（以下統稱消費者契約法），正積極進行審議，相信不久該法即將完成制定，消費者與業者之間的契約不論是何種契約類型，均概括性納為消費者契約法適用的對象。消費者契約法的規定內容是由契約訂定過程規制及不當條款規制這二種規制所構成的。前者是以業者違反提供正確資訊之義務時，消費者行使解除權等為內容；後者則是以契約條款對消費者構成不當、不利時，應使之無效為內容。

加速推動消費者契約法制定，其時勢背景在於：法規鬆綁政策下，消費者較諸以往須承擔更多的責任，為了使消費者行使其正當的權利，概括性的民事法規—消費者契約法的必要性即受到矚目。同時，國際上採納一九九三年EU不公平契約約條款指令（以下統稱EU指令），此無異說明消費者契約法不僅是一種地域性的基準（globle standard），更是進而整備相關法規之依據。但是，我國消費者契約法與EU指令並不相同，我國是有鑑於具有欺瞞性的營利事業型態常導致消費者受損，並造成極為嚴重之結果，所以才著手進行研擬契約訂定過程規制。總之，無論在國際上或在我國，消費者契約法是一個概括規制消費者契約的民事法規，預期在制定後將發揮極大的功能。

有關消費者契約法的規制內容，在本期刊載之其他論文中將另作討論。雖然了解消費者契約法將嶄新的技術，帶入我國消費者法體系中；但是，其具有何種特質？在我國的法體系中有何機能？是否仍有其所不能之極限？對於這些問題作徹底的了解，也相當重要。本文僅就這一點試作著干的考察。

\*譯者為日本早稻田法律研究所博士班，現職大學法律系兼任講師。

## 二、消費者契約法的特質

從內容層面看消費者契約法，將發現：以往消費者法規所未有之下列特色。

第一點，具有以私法實現消費者保護的基本特質。交易上有關以消費者保護為目的之過去的各種立法中，含有不少具有私法性質的規定，但其非屬常態；又就實現消費者保護的方式而言，仍以靈活運作行政規制的方式為主，至少可斷定的是未曾有過以私法規定為核心的立法例。

第二點，不論是何種契約類型，祇要是消費者與業者之間的契約，均概括性適用。這與過去被稱為消費者法的既有法令，即僅依各定義規定等之不同而逐一限定契約適用法規範圍之方式，兩者予以比較時，將呈現明顯的對比。

第三點，無論是契約訂定過程的規制，或是不當條款的規制，均以高度使用不確定概念為其特徵。任何法律規定，雖然解釋上並非毫無轉圜之餘地，但是過去消費者仍將其適用對象之契約特定在某一交易類型，因此該適用的法規祇能切入契約核心之外圍，產生了消費者法與契約相互間關係上及解釋論上的問題。反之，消費者契約法在設計上具有一極大的特色：就是以不確定概念作為其規制的核心概念。例如契約訂定過程規制及不當條款規制，就各採用「重要資訊之提供」的不確定概念，及「違反誠信致消費者發生不當、不利益之條款為不當條款」等不確定概念。此外，在不當條款的規制中，也規定了不當條款的項目（list），以提高何種條款應認係不當的預測可能性。這些不當條款的項目中，更使用諸如「不相當」、「過度地」等，描述不合理狀況之不確定概念，其中不少被納為不當條款不明確項目（即所謂的 gray list）。

## 三、與既有私法上的關係

### 1. 消費者契約法係凡消費者、業者間的契約，不問其類型，均有其適用之私法規定。

因為消費者契約法有以上特質，所以對我國民、商法第一般私法將產生莫大的影響。以往解決民商法上的糾紛時，只要系爭契約若係消費者契約，則是透過適用誠信原則、公序良俗，或是契約解釋之作業過程，探討消費者明示或默示的考量，以求其利益是否受到不合理之侵害。至於解決消費者契約法上的糾紛時，則須判斷與業者訂定契約之相對人是消費者或是業者，這與上述情形在法律適用上顯有不同。因此，從不問契約當事人屬性的傳統一元化體系，邁向二元化之系統，並跳脫出普通私法的框架是有其必要的；而此所謂的二元化系統，一是依據契約當

事人之屬性適用相關法規，一是消費者契約無論是契約訂定過程或是契約內容，兩者均須求諸「公平」。

2. 有關消費契約法經制定後，將發生相對於該契約法之民商法等普通私法應處於何種地位的問題。目前為止，對消費者契約法之討論中，多認為應將消費者契約法置於相對於民商法的特別法之地位。凡了解「民商法是適用時不問契約當事人的屬性，且具有普遍性的規制彙集；反之，其於「消費者契約乃業者與消費者，意即契約主體的屬性具有定限性的規制彙集」的觀念，一般均認為消費者契約法就是民商法之特別法」。

這種普通法與特別法的理論整理，雖就其理論而言，確實是屬於一種法體系上不可置疑的理論整理；但就普通法對特別法之相互關係而言，同樣可確定的是：其相互關係，並非如前述特別法一定就會排除普通法的適用。特別是有關不當條款規制，即是如此。例如：合乎民商法規定之契約條款若套用在消費者契約時，是否得以其係不當條款而使之無效？對這個問題，與其說「既然民商法的規定屬於法律上之規定，前例中之契約條款就無不當之情形」，倒不如說「實質上並無法保證能得到百分之百決無不當之結果」，反而較合乎實際。儘管如此，或有認為：祇要是合乎民商法規定之契約條款，就沒有不當條款規制的適用。這種見解也是前述 EU 指令及德國約款規制法上所採限制適用不當條款規制之觀點。對於不當條款規制適用之認定，雖在中間報告中尚未作最後的決定，但可以確信的是這將成為議題討論重點之一。

3. 特別法與消費者契約法的關係也是問題之一如消費者契約法是所有消費者契約所適用之法律，因為其具有普遍性，所以某契約類型適用特別私法時，除使特別私法成為特別法外，並將排除相當於普通法的消費者契約法之適用。

惟特別私法上若規定限定某些種類之契約時，應如何考量其所限定之範圍，不無疑問。例如分期付款買賣法之禁止切斷抗辯權條款之規定（同法三十條之四、三十條之五），就限定該當於該法上所謂之分期付款購買推銷契約，始有其適用；就其反對解釋而論，除學說以外，目前現狀的解釋較傾向於：分期付款購買推銷以外的販賣信用交易，並不具禁止切斷抗辯權條款的法律準則。但是，若依照分期付款買賣法的宗旨作以上之解釋，而予以限定消費者契約法之基礎－不當條款規制之適用，非謂合理。

總之，消費者契約法成立後，特別私法之立法意義也將有所改變。換言之，以往特別私法立法之意義在於普通私法所難以實現，故須創設消費者保護之規制；至於今後因消費者契約法的適用，就須多斟酌特別私法制定之意義。

## 四、消費者契約法及其機能

1. 就消費者契約法的特質而言，如上所述依據不確定概念之處很多。業者對此語多批評：或認為容易造成法的不安定；或認為資訊的提供或契約約條款的內容，應作如何之因應等等，均尚未明確。業者的批判是否合理呢？

思考此一問題，須先考慮消費者契約法具有法規範之性質。只要考量消費者契約法具有法規範之性質，將發現其性質相當複雜。原因在於消費者契約法雖然在性質上無疑地是屬於一裁判性規範，但對適用該法的消費契約而言，裁判（訴訟）多半並非解決紛爭的最佳方式；探討消費者契約時，由契約訂定過程與契約內容力求保障消費者之正當權益免於受損，這種事前預防的工夫更重於一切，所以消費者契約法能發揮事前預防的機能而倍受期待。

當然，若從裁判規範探討不當條款規制時，將發現藉由訴訟，即法院認係不當契約條款所為無效之裁判結果，可能迫使業者改良約款。但是，至少短期內我國是無法運作一套德國目前已確立之制度：以司法上的強制力為重心，經消費者團體提出團體訴訟或多數的各別訴訟，藉由經累積之司法判斷，逐漸確立司法上對是否具不當性所作成的解釋，進而促使約款改善的制度。

在我國，消費者契約法倒是較有可能備當作各種申訴處理程序上、裁判外紛爭處理程序上解決紛爭之基準，或是業者團體為了研擬對策、制定指標的基準，以發揮該法之功能。消費者契約發揮多樣功能之前提狀況下，應如何使消費者契約法之不確定概念予以具體化呢？

2. 消費者契約法終究係一個裁判規範，解釋上仍須委由法官判斷。若以消費者契約法是一裁判規範的角度觀之，法官衡量事件時，須藉由有別於傳統法律適用之固有方法，作出不同性質的判斷。若從不當條款規制而論之，消費者契約法並不採所謂「各種約款的總合分析研究」方法，然而無疑的是約款規制在實質上仍是消費者契約法的重心，如此仍將產生須從何種觀點判斷不當性之問題。因為複數個契約上所使用的契約條款，甚至在既有各行業領域裡廣泛使用同樣契約條款等情形，舉目可見，諸如此類契約條款的性質實不容忽視。所以，裁判認為契約條款係不當者，其無非係一種規範性控制，應有別於針對各別事件作妥適解決之一般的裁判，確認不當條款之團體訴訟，尚可將條款文句直接導入規範性控制之程序；反之，對各個契約所為之裁判將如何進行規範性控制，則發生疑義。

關於消費者契約法所定契約條款之不當性，目前討論有關如何分擔其舉證責任，仍未凝聚共識。惟若從認係不當與否的判斷將影響其他業者甚鉅之觀點考量

之，事件當事人舉證之方式應否比照一般訴訟，尚存疑義。因此，何者為當，何者係不當的判斷中，應含有——對於某類型契約之法律規制是否符合社會一般所需之判斷。又，為了具備這種判斷，仍有賴——以超越當事人舉證層次之證據資料為基礎，所作出的高度政策性判斷。

此外，裁判上若僅純粹考量不當條款時，雖可因為某條款係不當而使之無效，但也須注意到：為了形成一合理的約款內容，這種直接的方式並不一定是適當的程序。

3. 消費者契約法尚未制定的今天，行政監督機關規範產業時須面對消費者保護的課題，其所發揮之功能實際上也是不容否定的。這也是造成討論有關消費者契約法與企業法規制時，企業法律規制範圍所及的契約類型在消費者契約法上應否另案處理問題的爭議原因之一。或認為爭議之起因在於兩種本能防衛心態：一是契約上之規制最後仍由法院作判斷，唯恐因消費者契約法之制定致失去行政上既得的權限；一是業者也將喪失由過去規制上的機制所得到的利益。但是這種見解並不恰當。

很多消費者所接觸到的契約，為了該契約之訂定過程、內容之不當性，經常發生迫不得已而對簿公堂之情形，這種結果並非消費者所求。為了因應由這種觀點發展出來的預防性規制，以往監督機關在規制產業時，會正式性地或非正式性地進行規制。即使如此，消費者契約法制定後，受業者法規中所規制的契約也不應排除消費者契約法之適用（在現行法之下，即使是經當事人認可約款，亦無私法上的特殊效果。）這種情形不僅在EU各國也是如此，從目前法的體系觀之，欲將業者法規的規制與私法的效力相連結也是不可能的。

但是，消費者契約法制定後，也不應自始否定預防性規制所具有之積極制定適當契約條款的功能。那麼預防性規制是否仍須以傳統的仰賴行政方法呢？答案仍然是否定的，希望將來能重新整備一套預防性規制的機制。在討論消費者契約法的相關議題之中，就曾論及：除應注意限制商業競爭的效果外，基於消費者契約法，應進行與各個契約類型相呼應的自主行動基準、指標等的政策決定，各業者並應設計一套得自主遵守的具體準則，才會有實際上之效益。此論點可為作消費者受損之事前防範方法，應加以活用。惟具體準則的設定，非僅限由業者團體訂定出範例性的約款，消費者權益代言人也必須參與該程序（實質上，既有的業者法規也有類似之相關程序規定。）經上述程序所形成的具體性準則，將來也會反映在消費者契約法不確定概念的解釋上。又歷經該程序所確立的具體性準則，即使裁判程序上出現有關契約條款的不當性、提供正確資訊義務的解釋，法院也

應該加以斟酌，以使投機業者遵循該具體性準則。

## 五、消費者契約法與各別立法

消費者契約法之制定，將使消費者與業者之間的契約成為概括性適用該法之對象。由於我國消費者法原本係依交易類別而立法，其結果因新交易類型之出現，而發生消費者保護上的漏洞。為克服此缺失，才構想消費者契約法。因為其具有概括性，所有消費者契約為消費者保護範圍所及，自不待言。惟是否因具有概括性，即可將各交易領域相關的立法規制予以捨棄呢？（此外，或有質疑：屬普通私法的民商法規定予以維持不予更動，是否恰當？此疑問目前尚不至於發生，故在此不予討論。）

確實，消費者契約法因其概括性之性質，具有其極大地廣泛適用性。相對地，若由裁判規範觀之，如前所述其祇不過是一種消極性控制；若由合理之契約訂定過程、契約內容之機能觀之，消費者契約法之立法難謂係一具有立竿見影效果的手段。由此一層面而言，即使有消費者契約法存在，非謂無各別交易類型相關立法之必要。

以契約訂定過程頗具效果的手段－猶豫期間為例，基本上目前現狀是特別法上有相關規定，猶豫期間才為一般接受。若消費者契約法制定後，或許猶豫期間會被接受而使用在自主性規制上；但是，一般而言，藉由消費者契約法上創設猶豫期間之權利，仍有其困難性。因此，並不會因為消費者契約法之存在，致喪失對各種交易類型予以立法之必要性。

又，例如就買賣信用交易上所發生的抗辯權切斷問題而言，依分期付款買賣法之規定，對有關分期付款買賣之斡旋，禁止其切斷抗辯權，就小額交易而言，則定有排除其適用之規定。其理由是避免因連小額交易也禁止其切斷抗辯權，致提昇社會成本開支之結果。但是，除將該經濟上之效益列入考量外，又須規劃出消費者保護規定之適用範圍，這樣的衡量工作是無法仰賴裁判就能作到的。例如電子方式資金轉移交易等相關之各種金融服務，以及其所產生之損益負擔問題等私法事務，對這些事務所為的法規增修整理也發生了前述同樣的問題。

由上例觀之，若對各別交易類型一一予以消費者保護立法也有其極限，因此須要概括性立法而制定消費者契約法；惟縱使制定消費者契約法，也不因此喪失適時充實各交易類型具體立法之必要性。

但是，實際上立法得以實現的可能性有多少呢？在現況下，從防止消費者受損之立場觀之，縱使我國不仰賴立法，也希望能整備出一套更完善之契約範例相關準則的機制。制定消費者契約法使作為促進這機制形成的契機。