

由消保法觀點論網路交易契約相關問題

李英正*

- 壹、前言
- 貳、網路交易概述
- 參、網路交易契約締結問題之探討
- 肆、消保法上定型化契約問題之探討
- 伍、網路交易契約適用消保法郵購買賣規範之探討
- 陸、結語

摘要

由於網際網路的快速發展，使得網際網路已經成為吾人生活中不可缺少的一部分。藉由網際網路之發展，改變了傳統的交易模式，各種交易方式之法律關係亦日趨複雜，網路交易契約法律問題成為研究的重點。92年1月22日修正公布之消保法雖將網路交易納入郵購買賣之範疇，惟未做相關的修正，在新型交易型態不斷推陳出新之情形下，網路交易契約之型態，是否皆可適用消保法關於郵購買賣之相關規定，而無爭議問題發生，際此網路交易日漸普及之現今，消保法有關郵購買賣之規範於實務上是否有檢討商榷之處，為一值得探討之課題。是以，本文擬由消保法的角度出發，對於網路交易契約在消保法上之規範與問題進一步研究探討，並提出本文之看法。

關鍵字：網路交易、電子商務、電子代理人、數位化商品、郵購買賣、消費者保護法

壹、前言

網際網路（Internet）之興起，使得網路交易的發展，相對於傳統商品及服務等商業行為之交易，乃在傳統的交易模式外發展出與傳統交易不同的電子交易方式，其特徵為交易雙方在電腦網路上，利用數位的電子資訊傳遞交易信息，以從事交易之進行。然而網路交易的快速發展，繼之而起的問題即是當發生糾紛時，如何釐清買賣雙方當事人之權利義務關係？民法上締結契約之規定是否可全盤適用？當事人間之權利義務是否異於一般契約等問

* 國立臺北大學法律學系博士生，行政院消費者保護委員會行政組組長。

題。網路交易與傳統交易最大的區別在於交易信息的傳達方法，乃是利用電子化方式來傳輸與顯示資料訊息。但此種以網際網路為基礎之「電子文件」是否等同於傳統之「書面文件」？由於傳統法律仍囿於紙本之情形，是以，民法上有關利用對話、書面藉以確定當事人，要約、承諾之到達，契約之成立生效時點、錯誤之判斷等規定，在網路交易契約中是否均有其適用之餘地？此外，消費者保護法（以下簡稱消保法）自 83 年 1 月 11 日制定公布以來，固對提昇國民消費生活品質樹立了一個新的里程碑，對於保障我國消費者權益有其正面之意義；惟隨著消費者權益意識日漸高漲，新型交易方式興起，消費爭議事件與以往相比較，無論就案件數量、爭議種類與範圍而言，均較以往有過之而無不及；尤其網路交易為新興交易型態，消保法制定時，未週延考量網路交易之新型交易方式，以目前網路交易的快速發展，不只是商品的銷售成長迅速，更使得網路服務事業的業績大幅成長，因而亦使網路交易所衍生之消費爭議事件層出不窮。加以立法院衛生環境及社會福利委員會於 91 年 12 月 18 日初審「消保法部分條文修正草案」時，倉促通過將網際網路之新型交易方式納入郵購買賣之範圍¹，並於 92 年 1 月 22 日修正公布；修正公布之消保法雖將網路交易納入郵購買賣之範疇，惟消保法關於郵購買賣之規範，未週延考量網路交易與傳統交易之不同，並無因將網路交易之新型交易型態納入，而做相關的修正，在新型交易型態不斷推陳出新之情形下，網路交易契約之型態，是否皆可適用消保法關於郵購買賣之相關規定，而無爭議問題發生，際此網路交易日漸普及之現今，消保法有關郵購買賣之規範於實務上是否有檢討商榷之處，為一值得探討之課題。是以，本文擬在現行消保法規範架構下，針對網路交易契約之相關法律問題做一探討，並提出本文之看法。

貳、網路交易概述

一、網路交易之定義

由於網際網路²之快速發展，使得網路交易發展充滿著憧憬，對於傳統商

¹ 筆者曾列席立法院衛生環境及社會福利委員會 91 年 12 月 18 日初審「消保法部分條文修正草案」會議。

² 所謂網際網路（Internet），簡稱網路，是由各種不同個別網路銜接集合的龐大網路，以「傳輸控制協定/網際網路協定」（Transmission Control Protocol/Internet Protocol，簡稱 TCP/IP）網路系統共通規格作為網路間之通訊方式，凡支援 TCP/IP 的網路應用軟體，均可在網際網路上提供服務，或與其他使用者接觸。其起源從原先的國防軍事用途，進而發展至學術研究，乃至於商業應用，甚至成為許多人生活上的必需品。事實上，網際網路已經成功地締造了一場人際溝通上的革命，任何人只要擁有一台個人電腦以及數據機，即可加入這個虛擬空間中。隨著科技進步，網際網路會繼續成長，並在人類生活中扮演重要之角色。

品及服務等商業行為之交易，造成革命性變化，隨著網路交易而來的電子商務活動有日漸取代傳統商務活動之趨勢。網路契約，有稱為線上契約或電子商務契約或電子契約³，於民法及消保法上對其定義尚未有明確之規範。有關電子商務之內涵，學者間有不同見解，有認為利用數位的電子信號，傳遞交易信息，以從事廣告、契約之締結，甚至契約之履行等之商業活動，稱為電子商務⁴；有認為所謂電子商務，乃是經由網路進行之商業活動，包括商品交易、廣告、服務、資訊提供、金融匯兌、市場情報、電信以及娛樂節目販售活動等⁵；亦有認為，透過網際網路上進行之商業活動可泛稱為電子商務⁶。有關電子商務之涵義，迄今法律並未給予有權解釋⁷；惟行政院消費者保護委員會⁸所頒布之「電子商務消費者保護綱領」，即將電子商務定義為：指透過電子網路所進行有關商品或服務之廣告、行銷、供應、訂購或遞送等各項商業活動。

一般所謂網路交易，係指在網路上進行商品或服務之交易而言，其意義有廣狹之分。狹義網路交易，指由上網瀏覽商品或服務資訊、訂購商品或接受服務，乃至付款、扣款等交易程序均在網路上完成；廣義網路交易，係指在網路上提供商品或服務資訊，並於網路上提供訂購單，可接受訂購於「線上訂購」者稱之⁹。本文探討之重心乃以網路交易契約問題涉及消保法規範為範圍，鑒於網路交易企業經營者與消費者所為交易，不論「線上交易」或「離線交易」所生消費爭議，均有消保法之適用，是以，本文所探討之網路交易範圍將以廣義網路交易為對象。

二、網路交易之類型

為因應傳統經營型態之缺點所為之改變，透過網際網路所為電子商務交易之類型，依交易主體為企業與消費者之不同得分為企業對企業、企業對消費者及消費者對消費者三類型。以下擬就這些基本型態作一簡介：

(一) 企業對企業(Business to Business；B2B)

係指企業間的商務活動透過網路來進行。就應用主體而言，B2B 可分為

³ 杜怡靜，契約之成立與效力，三民書局，2006年9月初版，頁36。黃茂榮，電子商務契約的一些法律問題，植根雜誌第16卷第6期，2000年6月初版，頁256。黃立，民法債編總論，元照出版公司，1999年10月2版，頁124。

⁴ 黃茂榮，債法總論(第一冊)，植根法學叢書編輯室，2002年6月初版，頁269-271。

⁵ 馮震宇，論網路電子商務發展及相關法律問題(上)，月旦法學雜誌第36期，民國87年5月，頁72。

⁶ 王瑞元，電子商務幾問(上)，資訊與電腦雜誌第197期，民國85年12月，頁109。

⁷ 黃茂榮，前揭債法總論(第一冊)，頁271。

⁸ 依消保法第6條規定，行政院消費者保護委員會並非消費者保護事件之目的事業主管機關。

⁹ 吳政達，全球購物網站—網路是購物天堂，財團法人資訊工業策進會資訊與電腦出版社，民國87年初版，頁14。

兩種運作模式，一是企業與企業間之電子商務，此種運作模式，上下游企業間藉由網際網路統合供貨、配送、庫存、通路及付款的管理模式，使得企業之成本控制更有效率，而企業在網路上建置統合的詢價、報價、下單、訂單追蹤等採購或行銷系統，就與其他企業進行之交易而言，能更加便捷。其二為企業內部之電子商務，為了增加企業之競爭力，快速的傳遞資訊係屬必要，職是之故，藉由網路整合企業內部資訊與組織運作功能，使庫存、採購、會計、行銷、出貨等作業流程及客戶資訊能迅速流通整理，即為此種運作模式型態¹⁰。

(二)企業對消費者(Business to Consumer；B2C)

係指企業藉由網際網路達成與消費者間之交易型態，亦即企業經營者透過網際網路與使用網路之消費者就商品或服務所締結契約之交易活動。

(三)消費者對消費者(Consumer to Consumer；C2C)

即應用主體皆係個人之情形，乃是個人透過網際網路與買方（個人）或賣方（個人）所為的交易行為。常見之型態係賣方個人提供商品給買方個人，買賣雙方透過網際網路中間商所建構之網站進行線上撮合，當交易成立後，賣方將商品透過物流業者送至買方，買方將價金交付賣方，此即是消費者對消費者之交易型態。

上述三種型態，就網路交易新興型態係納入消保法有關郵購買賣範圍而言，其係規範企業經營者與消費者間之關係，是以本文所探討之範圍係以企業對消費者（B2C）為中心。

參、網路交易契約締結問題之探討

一、當事人之問題

(一)企業經營者

所謂企業經營者，依照消保法第 2 條第 2 款的規定，是指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」同法施行細則第 2 條規定：「本法第 2 條第 2 款所稱營業，不以營利為目的者為限。」茲就消保法上企業經營者之概念說明如次：

(1)企業經營者為營業之人：

以設計、生產、製造¹¹、輸入、經銷商品或提供服務為營業者，均為

¹⁰ 馮震宇等主持，電子商務相關法律問題之研究，行政院經濟建設委員會委託研究，民國 88 年 6 月 30 日出版，頁 36。

¹¹ 消保法所稱「生產」或「製造」，其區別標準為何，立法意旨雖未見明確，惟依行政院消保會 86 年 6 月 17 日台 86 消保法字第 00718 號函示，解釋上似可認為：「生產」或「製造」應以該商品有無經過人為之製作或加工，作為區別之標準。如係未經人為製作加工之商品，均屬於生產，例如生產農、林、漁、牧之農牧或養殖公司，即為生產者；反之，如係工商製品、乃至手工藝品之產製等，則均屬於製造，該業者即為製造者。

消保法上之企業經營者。所謂營業，係指經營事業而言¹²。易言之，凡以提供商品或服務為營業之廠商業者，不論該業者為公司、團體或個人，只要是營業之人，均為消保法上之企業經營者；至於偶而為之的生產品出售行為，而非以之作為營業，則非消保法上企業經營者¹³，從而亦不受消保法上商品責任之規範。

(2)企業經營者不以營利為目的者為限：

消保法上所謂企業經營者，雖指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者；惟此所稱之「營業」，依消保法施行細則第 2 條規定，不以營利為目的者為限。是以，企業或事業在稅法上，縱無繳納營利事業所得稅之義務（參閱所得稅法第 4 條第 13 款、第 14 款等），仍得為消保法上之企業經營者。例如補習班、醫院、診所等，不得以其非所得稅法第 11 條第 2 項規定之營利事業，即認其非消保法上之企業經營者¹⁴。

(3)企業經營者不以團體組織為限：

消保法上之企業經營者，得為公司、合夥或其他型態之團體組織，亦得為獨資企業或個人。其為團體組織者，與其為公營或私營無關；故公營企業，如郵電、水力、電力、交通等，亦為消保法上之企業經營者。惟應注意者，營業者為團體組織時，消保法上所稱之企業經營者，係指該組織本身而言，而非指該組織之負責人，亦非指該團體組織之內部人員¹⁵。

有關消保法上商品責任所規範之企業經營者之類型，由消保法第 7 條至第 9 條之規定及第 2 條第 2 款之規定可知，計有：(1)從事設計、生產、製造商品之企業經營者；(2)提供服務之企業經營者；(3)從事經銷之企業經營者；(4)輸入商品或服務之企業經營者等四類型；在網路交易之情形，企業經營者在網路上設立自己的網站，直接對網路使用者提供線上購物或線上服務，此種網站經營之型態即為電子商店¹⁶。是以，電子商店從事商業經營如有上述四種型態之情形，則亦受消保法所規範。

¹² 理律法律事務所，活用消費者保護法，天下文化出版股份有限公司出版，1994 年 4 月 30 日，頁 24。

¹³ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，消費者保護法問答資料，行政院消費者保護委員會編印，民國 84 年 2 月，頁 13。

¹⁴ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會編印，民國 84 年 2 月出版，頁 11-12。

¹⁵ 同前註，頁 12-13。

¹⁶ 網路商店，有稱為電子商店或虛擬商店者。經濟部商業司委託資策會編印之「電子商業答客問手冊（民國 86 年版）」對電子商店定義如下：廣義的電子商店是指在網際網路上提供商品或服務，並提供訂購用的表單，可以接受消費者直接線上訂購的網站。而狹義的電子商店是指消費者可在網際網路上完成瀏覽、訂購、付款、扣帳等所有交易流程的商店，才可稱為電子商店。此外，就網際網路商業性利用方式而言，企業利用網站進行電子商務之方法，可以分為二種基本類型：其一是企業自行在網路上架設網站商店，網路使用者使用瀏覽器不但可以查詢資料、下載資料，更可以和企業進行商業性互動行為；其二是企業不自行架設網站，而是向網際網路服務業者或其他已經在網路上建立網站的企業承租硬碟空間後架設網站，不論是何種類型，凡透過網路連線，網路使用者都可以瀏覽網站，選購所欲購買之商品或服務。請參閱馮震宇，網路法基本問題研究（一），學林文化事業有限公司，1999 年 7 月一版，頁 242-243。

(二)消費者

所謂消費者，依照消保法第 2 條第 1 款規定，是指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。茲就其意義說明如下：

(1)消費者不是企業經營者：

消保法上所稱之消費者，係對稱於企業經營者之概念，消費者係消保法所規範之保護主體，而企業經營者係消保法所規範之責任主體，二者雖同為消保法規範的主要對象，惟消費者不是企業經營者。消保法上有關消費者權益之規範，通常即為對企業經營者義務之規範，二者互相協調，可以促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質。

(2)企業經營者有時亦為消費者：

消費者為從事最終消費生活之人，當企業經營者不是在從事生產行為，而是在從事最終消費行為時，例如公司為慶生餐會而購置食品，或公司為員工旅遊而承租汽車¹⁷，此時的企業經營者即為消費者。

(3)消費者不以自然人為限：

凡以最終消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者，即為消保法第二條第一款所稱之消費者，自然人如此，機關、團體或其他法人組織亦然¹⁸；是以，消保法上所稱之消費者不以自然人為限。

(4)消費者不以契約關係存在之相對人為限：

消保法上所稱之消費者，是否以使用商品或接受服務者，與提供該商品或接受服務之企業經營者間，存有契約關係為限？按一般權利義務關係，僅存在於具有契約關係的當事人間，惟消費者除交易之相對人外，尚包括以消費為目的而為使用商品或接受服務者，也就是包括契約目的可能實際為消費之人在內。就消保法第 2 章第 1 節健康與安全保障中，第 7 條第 3 項所稱之消費者，似限為企業經營者之契約相對人；惟第 7 條第 1 項、第 2 項，及第 10 所稱之消費者，則又不以與企業經營者訂立契約為必要。此外，消保法其餘條文所稱之消費者，諸如第 4 條、第 5 條、第 33 條第 1 項、第 36 條、第 37 條、第 44 條、第 50 條、第 51 條及第 53 條等，依其情形，亦不以企業經營者之契約相對人為限¹⁹。

於此，應加以說明者，所謂消費，由於消保法並無明文定義，尚難依法加以界定說明，惟依學者專家意見認為，消保法所稱的「消費」，並不

¹⁷ 詹森林等合著，前揭「認識消費者保護法」，頁 11。

¹⁸ 蘋果日報 97.04.19. (A18 版)。成立七年的金靚車汽車美容集團，以各大百貨量販店為營業據點，入會費依會員等級從 8800 元起至 19800 元，另有出售洗車券，於 97 年 4 月 18 日無預警無限期停業，影響五萬名會員權益。

¹⁹ 同前註，頁 10。

是純粹經濟學理論上的一種概念，而是事實生活上的一種消費行為²⁰。

(三) 電子代理人 (Electronic Agent) 之問題

就傳統交易而言，交易雙方所為之意思表示多由自然人作成，然而隨著科技的快速進步與經濟的成長，生產形態改變，導致商品及服務不論在種類與數量上均大量增加，產銷活動較以往為頻繁，帶動了消費水準的提昇，再加上大眾傳播媒體的發達與國際貿易的盛行，各種行銷方法及管道不斷出新，進而形成為一個大量生產、大量銷售、大量消費的社會，此際業者為節省當事人交易之締約時間，並擴展行銷領域，運用機械的或自動化的方式來為要約或承諾之意思表示以完成締約之行爲，不失為可行之方式，例如自動購票機、自動販賣機之設置，即可認為設置人有與任何投入約定貨幣之人，訂立買賣契約之默示意思表示，買受人投入硬幣之行爲，則係依意思實現而成立契約²¹。

在網路交易之情形，當事人雙方使用電腦透過網際網路發出意思表示，就消費者而言，其進行網路交易，通常係使用電腦在網路業者之網頁上直接作成意思表示或經由電子郵件傳送其意思表示，尚無設置電子代理人系統之必要；惟就網路業者而言，在大量生產、大量銷售、大量消費的社會中，業者為節省當事人交易之締約時間，使用電子代理人系統之情形乃因應而生，在此種情形下，網路業者對於電子代理人系統並未預先作成任何意思表示，網路業者僅是事先為資料之處理設定自動系統，在電子代理人系統收到交易相對人輸入、傳遞之資訊與系統內的資料符合或不符預先設定時，即會根據事先設定之條件，自動作出意思表示，並透過網際網路傳送資訊予相對人。惟誠值探討之問題，係在網路業者之電子代理人系統因直接自動作成意思表示並予以傳達資訊，在此意思表示作成過程中，除網路業者之事前設定資料處理之自動系統外，並無任何自然人行爲之介入，在此情形下是否對電子代理人在自動化交易所為要約或承諾之意思表示之情形，均認該契約成立生效，似非無探討之餘地。在網路交易之情形，網路業者於其網站電腦主機設置資料處理之電子代理人自動系統，就其電子代理人自動系統之運作過程以觀，電子代理人系統所作成之任何反應，均係依據網路業者事先之設定，再由輸入或接收之資訊依據設定之條件作成業者預先設定之反應，亦即網路業者之主機，係依據交易相對人要約之條件決定是否承諾，該承諾之意思表示完全係經由自動化的電腦程式系統為之，雖然該意思表示係由電子代理人系統自動作成，但其仍係依據業者所預先設定之指令而為反應，本身並

²⁰ 詹森林等合著，前揭「消費者保護法問答資料」，頁 11-12。

²¹ 王澤鑑，民法債編總論第一冊—基本理論，三民書局，1991 年 1 月 5 日版，頁 123。

無任何自主思考存在，故應視為業者意思之延伸，而為網路業者之意思表示²²。

本文認為在大量生產、大量銷售、大量消費的社會中，就網路交易講求快速便捷而言，對於電腦究竟能否自動為要約或承諾而締結契約之問題，尚無否定之必要；是以，網路業者就電腦所設定之電子代理人程式系統，係根據所設定之資訊進行運作，不會作出超出設定者指示範圍以外之反應，其程式系統所為反應乃是設定者意思之延伸，皆在設定者控制範圍內，解釋上應認為電子代理人系統所作成之意思表示即為網路業者本身所為之意思表示。

(四)當事人身分之確認

民法第 88 條第 2 項規定，當事人之資格在交易上認為重要時，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤；亦即當事人之資格在交易上認為重要時，其錯誤，如表意人知其事情即不為意思表示者，即屬意思表示之錯誤而得將其撤銷之（民法第 88 條第 1 項參照）。是以，當事人身分之確認，在交易上有其重要性。相對於傳統交易通常有機會知悉交易相對人，進而對其資格與身分能有所確認之情形，就網路交易而言，網路上當事人身分之認定，在網路匿名、未面對面之虛擬特性下，實較傳統以面對面交易之方式困難，利用網路之人往往可以隱匿其真實身分與年齡，甚至冒用他人之身分進行交易。此一情形，有可能對網路交易上當事人身分與資格確認事宜衍生糾紛。從而對此問題如何加以規範俾兼顧交易當事人雙方權益，實為一重要之課題。

有關網路交易當事人身分、資格之確認，以帳戶密碼之設定、電子郵件或電話回覆確認方式、電子簽章透過第三人認證之方式為之，皆屬可行之方式，其中以電子簽章透過憑證機購之驗證，似較能避免由網路交易所衍之問題發生²³。由於網路交易具有匿名、未面對面之虛擬特性及即時性，是以，如何使交易當事人雙方之要約、承諾具有可信賴性，乃為發展網路交易之際應面對之重要課題。此一問題，電子簽章法所規範的電子簽章制度以及認證中心之建立等，已提供交易雙方身分確認之把關，保障交易安全之機制，以增強使用者對網路交易之信賴。

二、標的之問題

²² 馮震宇等主持，前揭電子商務相關法律問題之研究，頁 137-138。王傳芬，網路交易法律錦囊，元照出版公司，2000 年 10 月初版，頁 101-102。亦有認為電子代理人之特性較近於使者，主要在於將他人之意思為轉達告知，其所傳達者係已完成之意思表示，應被視為本人之延長，該意思表示自應依本人決之而不生代理之問題，請參閱方冰瑩，電子商務契約法律問題之探討，東吳大學法律研究所碩士論文，民國 88 年 5 月，頁 72。

²³ CHARLES N. FAERBER, "Electronic document certification: A primer on the Technology behind digital signature", The John Marshall Journal of Computer & Information Law, Volume XVII No.3, p.770 (Spring 1999)

(一)網路交易客體之種類

網路交易客體之種類，以目前在網際網路上交易之情形而言，可區分為「實體商品」、「數位化商品」及「線上服務」三大類。

(1)實體商品

與傳統交易的客體一樣，網路交易企業經營者透過電腦連線對一切實體商品物件，諸如電腦、書籍、服飾、鮮花、日常用品等商品於網路上展示，消費者則透過線上型錄瀏覽並訂購商品，再由網路業者透過物流業者以郵寄、快遞或專人送貨方式交付商品。此交易型態之特色通常需經送貨才能取得商品。

其次，應說明者係企業經營者就消保法上瑕疵商品事故所負之商品責任，應以有明確規範之「商品」概念為前提，至於何謂商品？消保法固未就其定義設有規定；惟消保法施行細則第4條規定：「本法第7條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」就該條內容特別指明為第7條所稱之商品而言，得否適用於消保法第19條所規範之郵購買賣之「商品」？有認為消保法有關郵購買賣之規範對商品既未明文規定，應以施行細則之定義做解釋²⁴；惟自消保法施行細則草擬過程可知，其特別就第7條之商品加以定義，係因該條內容係就企業經營者採無過失責任而為規範，為避免適用上產生爭議，故僅就商品加以定義，至於消保法第7條以外之其他條文所稱之商品之涵意則宜待判例學說之發展而逐一個案解決²⁵。從而消保法有關郵購買賣規範所稱「商品」似未與消保法第7條「商品」之定義一致。

(2)數位化商品

網路企業經營者透過網際網路，將數位資訊利用數位化技術予以儲存及轉化，以下載至消費者電腦之方式銷售數位化商品，例如MP3音樂、電子書、電子報、各種軟體等是。此交易型態之特色，係網路業者透過網際網路將軟體或資訊等交易客體傳輸下載給消費者，而網路業者無庸透過物流業者以郵寄或專人送貨方式交付商品，商品是以檔案的形式儲存於消費者的電腦中。

(3)線上服務

即透過網際網路提供服務做為交易之客體，諸如線上遊戲、線上法律及醫藥查詢、線上掃毒服務、線上算命、銀行及金融諮詢服務、機票旅館之代訂服務、電影及音樂會入場網路預約服務等是。

²⁴ 戴豪君，因應線上交易之消費者保護法律課題，網路消費者保護法律問題專家座談會講義，行政院經濟建設委員會主辦，民國88年4月，頁12。

²⁵ 行政院消費者保護委員會，消費者保護法施行細則研訂資料，劉春堂發言部分，頁463。

其次，應說明者係我國消保法上商品責任規範特色之一，係將商品與服務並列，納入規範之客體範圍。在比較法上之立法例，將服務納入商品責任規範之客體範圍，而對提供服務之企業經營者課以無過失責任者，甚為少見，僅見之於巴西之消費者保護法²⁶及中華人民共和國之消費者權益保護法²⁷。

服務之無過失責任，相對於比較法上之立法例，就我國消保法而言，係屬創見。立法當時是否考量我國之經濟發展、保險實務現況、民情觀念等相關事項，非無可議；此外，消保法又未對「服務」設有定義規範，致實務運作解釋適用時易生爭論²⁸。鑒於服務無過失責任原則之採用，大幅變更現行民事責任規範之體系結構，可能造成服務業者負擔過重之責任，因而對服務之範圍加以適度合理限制，或是針對某種特殊服務業排除適用消保法服務責任之提議一直不斷²⁹。

就消保法之立法過程而言，立法院對消保法草案進行審議時，雖已將服務納為論斷商品責任之對象，惟因諸多因素無暇對服務之為歸責方法加以討論，致使消保法公佈實施後，引起服務業界之反彈，認應於施行細則中採取限制列舉方式，或列示應排除適用消保法之行業者³⁰，聲浪頗大。尤其於消保法施行細則研訂時，對（1）刪除服務責任之相關規定；（2）將服務之適用範圍，限於本質上具有衛生或安全上危險之勞務供給；（3）明定排除醫療行為之適用等問題討論甚詳，爭論亦多。最後以「讓諸法院及學說，依社會經濟發展及消費者保護需要加以決定」為理由，放棄立法解釋³¹，是以，諸此問題，宜待判例學說之發展而逐一個案解決之³²。

至於消保法雖於 92 年 1 月 22 日修正公布將網路交易納入郵購買賣之範疇，惟對於網路上之服務交易，係規範準用消保法第 18 條及第 19 條之

²⁶ 巴西消費者保護法第 14 條規定：「服務之提供者，不論其是否具有過失，應就其提供服務之缺陷、服務之享受以及危險資訊之不足或不正確，所致於消費者之損害，負賠償責任。1 服務基於考慮包含下列各款之重要情事，於其未能提供消費者所得期待之安全性者，為具有缺陷。（1）服務之態樣。（2）合理地被加以預期之服務結果及危險。（3）服務被加以提供之時期。2 服務並不因採用新的技術而被視為具有缺陷。3 服務之提供人僅於能對下列各款所列之一加以舉證之情形，免除其責任。（1）雖提供服務但不存在缺陷者。（2）消費者或第三者具排他的過失。4 自由業之責任，依其對於過失之舉證決定之。參閱朱柏松，前揭「消費者保護法論」，頁 87，註 80。

²⁷ 朱柏松，前揭「消費者保護法論」，頁 178，註 2。

²⁸ 詹森林等合著，前揭「認識消費者保護法」，頁 15。

²⁹ 陳忠五，醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域，台灣本土法學雜誌第 7 期，2000 年 2 月，頁 61。

³⁰ 朱柏松，前揭「消費者保護法論」，頁 86。

³¹ 邱聰智，前揭「消費者保護法上商品責任之探討」，頁 10-11。

³² 詹森林等合著，前揭「認識消費者保護法」，頁 15。

規定，於此有疑義者係消保法關於郵購買賣所規範之服務範圍為何？此在消保法未對「服務」設有定義規範之情形下，似亦有待判例學說之發展而逐一個案解決之。

(二)網路交易客體－數位化商品之定性

數位化商品就其內容而言，係由「數位資訊」結合而成的。所謂數位資訊，意指各種型態的資訊，不論文字、聲音、圖形、影像、經由數位之方式重新編碼所構成，而可經由數位式機械加以運算、處理，並可以人類得理解方式還原之資訊，具有可與載具剝離傳送(非固著性)、不可耗竭、不可移轉、無限複製與完整複製(無差異性)之特色³³。數位化商品之標的物常見者如MP3音樂、有聲教學光碟、電腦遊戲、電腦軟體、電子書、電子期刊、雜誌、影像、音效、照片、文字、圖形、動畫、電腦程式等等，皆可藉著電腦程式之運作、將所有資訊予以數位化，並得在網路上傳輸，而為網路交易之客體³⁴。由於同一內容之數位化商品，可能有附著於載具或透過網際網路傳輸之不同形式，而得為網路交易之客體，就其定性是否等同與同一內容之實體商品相當³⁵，非無疑義，茲探討如下：

(1)有載具數位化商品之定性

數位化商品若屬附著於有體物載具(如光碟、磁片)之情形，由外觀上而言，與有形之實體商品無異³⁶，其適用消保法所規範商品之規定較無疑義。

(2)網路傳輸數位化商品之定性

透過網際網路傳輸數位化商品之交易，由於交易客體並無形體，該數位化商品之定性是否等同實體商品之銷售或服務之提供，抑或不屬上述情形之交易，學說見解紛歧，述之如下：

①貨物(商品)說

有學者認為，自網站透過網際網路以電子傳送數位化產品，如CD音樂或影像時，此數位化商品與其有形之實體商品，在功能上幾乎相

³³ 何宇明，網際網路法律問題特質之研究，台灣大學法律研究所碩士論文，民國87年6月，頁122-123、136。

³⁴ 王傳芬，前揭書，頁51-52。

³⁵ 例如同一內容的童話書，可能有紙本書、附著於光碟片上之電子書及透過網際網路傳輸數位化資料之電子書三種不同形式。紙本書及附著於光碟片上之電子書，為具有形體之物可於廠商行銷通路所在處所購買，亦可透過郵購等其他方式購得，屬於實體商品之銷售，尚無疑義。然若為透過網際網路傳輸數位化資料之電子書，因其不具形體，當消費者透過網際網路下載而向業者購買時，究屬商品之銷售或服務之提供，抑或不屬上述情形之交易，非無疑義。

³⁶ 就比較法上觀察，以電腦軟體附著於磁片而為交易之情形，有認為屬美國統一商法典所規範之「商品」。參閱 *Micro Data Base System, Inc. v. Dharma System, Inc.*, (7th Cir.1998), cited in *The Computer Lawyer*, Volume 15, Number 8, p.33 (1998)

等；是以，可認定其為貨物（商品）³⁷。

②勞務（服務）說

此說認為，在以通信網路下載數位貨物時，並無有體物的授受，而僅是將一定之數位信息載入購買者之儲存媒體中，以供後來之利用；是以，應將之定性為銷售（提供）勞務（服務）之行爲³⁸。

③授權說

就網路交易行爲而言，除實體商品買賣及線上服務外，另有數位化商品交易。而數位化商品之內容可能涉及文字著作、美術著作、音樂著作、攝影著作、視聽著作、電腦程式著作等智慧財產權內涵組合而成，當企業經營者取得該等內容並將該等著作數位化後，則得將之銷售或授權予使用者使用³⁹。數位化商品本質上係屬一種「數位化權利」，此為面對數位化商品時，必須考量的方向⁴⁰，於網路交易上，數位化商品係以「授權」的性質進行，在法律性質上為授權而非買賣，並不涉及所有權之移轉變動⁴¹。

④本文見解

就消保法之規範而言，數位化商品之法律上定性為何，是否該當消保法所規範之客體範圍，亦即消保法之規範得否適用於數位化商品，容有探討之餘地。按企業經營者就消保法上瑕疵商品事故所負之商品責任，應以有明確規範之「商品」概念為前提，至於何謂商品？消保法固未就其定義設有規定；惟消保法施行細則第4條規定：「本法第7條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」而數位化商品在不考量有其載具之情形下，是一種由0與1的數位資訊所構成，因其不具形體，是否屬於民法所規範「物」之概念？按民法上並無對物之意義有明文規定，學者見解紛歧：有認為物者，係指為人力所能支配之有體物，而能為權利之客體⁴²。有認為物者，係指人之身體以外，而為人力所支配，具有獨立性，能滿足人類社會生活需要之有體物及自然力而言⁴³。有認為我國民法雖對於物未設定義性的規定，惟我國民法不仿照德國民法將物限於有體物，自可解釋為包括有體

³⁷ 傅傳訓，電子商務課稅之問題，財稅研究第31卷第1期，民國88年1月，頁9。

³⁸ 黃茂榮，網上交易之課稅問題，植根雜誌第17卷第6期，民國90年6月，頁18。王金和，電子商務交易課稅問題—法律實務與研究，財政部研究發展報告，民國89年10月，頁37、55。

³⁹ 蔡明誠，論多媒體與數位著作，台大法學論叢第25卷第2期，頁319。

⁴⁰ 王傳芬，前揭書，頁53。

⁴¹ 馮震宇，前揭網路法基本問題研究（一），頁198-199。

⁴² 鄭玉波，前揭民法總則，頁192。

⁴³ 王澤鑑，民法物權第一冊，三民書局，1992年9月再版，頁44。

物及無體物在內，鑒於比較法上之立法例及學理解釋，各國通說均將固體、液體、氣體、電器、光線、音波等自然力視為「物」而予以規範，此等無形的客體原非傳統法學解釋上之「物」之範疇，惟今日科學發達，物在法律上之範圍擴張，故應將物之概念擴張至「法律上之排他的支配之可能者」⁴⁴。職是之故，本文認為就消保法上商品責任所規範商品之範圍而言，除指民法上所稱之有體物及為人力所能管領支配而為生活上重要資源之自然力外，應將物之概念擴張至「法律上之排他的支配之可能者」，如此解釋，對保護消費者權益而言，似較為周延。

其次，就數位化商品本質上為數位資訊 0 與 1 而言，雖為無形體，惟與為人力所能管領支配而為生活上重要資源之自然力等無體物相比較，其間仍有差異性⁴⁵，是以既非有體物，亦非與自然力之無體物等同，職是之故數位化商品並不符合民法上所規範「物」之定義。另由消保法草擬過程而言，其所規範之商品係以實體商品為限，並未涵蓋網路交易新興交易客體所現之無形的數位化商品，是以消保法是否當然適用於該等交易客體，非無疑義。鑒於數位化商品型態之多樣化，是以本文認為數位化商品若以有體物之載具（如光碟、磁片）而為交易之客體，其適用消保法所規範商品之規定較無疑義；惟若由網路 0 與 1 數位資訊傳輸下載接收之數位化商品，因其無體性，本質上雖非民法所規範「物」之範圍，惟在現今科技日新月異，網路交易新興交易型態快速發展下，數位化商品於網路交易的運用情形，常有被物化之現象，雖因此得為網路交易之客體，惟鑒於數位化商品之內容可能涉及智慧財產權內涵組合而成，以其為交易內容之情形，多是擁有數位資料智慧財產權之一方，將數位資料透過網際網路傳輸給他方，並許可他方在一定範圍內使用該數位資料，並支付其對價；由消費者之立場觀察，大部分消費者於網路上為數位化商品交易之目的，並非在於權利的終局移轉，而係著重在以權利人授與其數位化商品的資訊使用權上，以供其消費、休閒、娛樂等為目的，在未取得該數位化商品之明確授權前，不得將之用於其他商業用途⁴⁶；是以，交易當事人在數位商品傳輸中之交易重心，乃在於該數位化商品權利人授與其數位化商品的「使用權」上，而非著重在該數位化商品所有權的終局移轉；就此而言，採授權說似較為妥適。

⁴⁴ 施啓揚，民法總則，三民書局，民國 72 年 9 月，頁 175-176。

⁴⁵ 諸如光熱、聲波、電力等自然力，與數位化商品相比較，其性質不似數位化商品之具有不可耗竭、不可移轉、無限複製與完整複製之特性。

⁴⁶ JACQUELINE LIPTON, *INFORMATION PROPERTY: RIGHTS AND RESPONSIBILITIES*, January, 2004, 56 Fla. L. Rev. 135, p.10; LORIN BRENNAN, *The Public Policy of Information Licensing*, p.6 (1999)

三、意思表示之問題

(一)當事人行爲能力之問題

民法第 12 條規定：「滿二十歲爲成年。」同法第 13 條規定：「未滿七歲之未成年人，無行爲能力(第 1 項)。滿七歲以上之未成年人，有限制行爲能力(第 2 項)。」是以，七歲以下之未成年人所爲之法律行爲無效，應由其法定代理人代爲意思表示或代受意思表示；如係滿七歲以上之未成年人所爲之法律行爲，應得到法定代理人事前之允許或事後之承認，否則其意思表示效力未定，惟對於依其年齡及身分，日常生活所必需之行爲，或是純獲法律上利益之行爲則仍得爲之（民法第 75 條至第 79 條參照）。

民法對於無行爲能力及限制行爲能力之未成年人，以年齡做爲判斷之標準，雖有其立法上之理由，惟鑒於網路使用者之年齡層有遍及兒童、青少年或少年之情形（例如於線上遊戲網站消費是），則有關無行爲能力或限制行爲能力之未成年人，使用網路消費，於網路上訂立網路交易契約時，有無就其行爲能力於現行法之範圍外，另加以規範之必要，爲一誠值探討之課題。網路交易相較於傳統交易環境有其特殊性，原則上於網路上根本無法看到或辨識交易相對人，雙方當事人係利用按鍵或滑鼠來爲意思表示，即使網路業者要求交易相對人輸入身分證及出生年齡資料，以證實其爲成年人，但仍可能爲不實資料，故網路業者基本上無從得知交易相對人爲成年人或未成年人，矧依目前網路使用者遍及兒童、青少年或少年等年齡層日漸下降之趨勢以觀，未來未成年人進行網路交易發生爭議之可能性似可預見⁴⁷。在網路交易上，有完全行爲能力人之成年人，其在網路上與網路業者所爲之交易行爲當然有效；惟就限制行爲能力人與無行爲能力人而言，由於交易當事人都是透過文字輸入、滑鼠、按鍵等非面對面對話之方式爲意思表示，網路業者在網路上無法藉由謀面而辨識交易相對人爲何人，如僅因交易相對人之身分可能爲限制行爲能力人或無行爲能力人，而責成網路業者擔負網路交易契約有效力未定或無效之虞之風險，似非事理之平，就推廣網路交易政策之世界潮流趨勢而言，將影響網路產業之發展，從而導致網路交易市場之衰退，是以，類此爭議，權衡究竟應責成網路業者擔負類此之風險？抑或在網路交易上，有關無行爲能力或限制行爲能力之未成年人使用網路消費之情形，對其行爲能力有另加以規範之必要，誠值深思。

契約相對人如係無行爲能力或限制行爲能力之人，而在法律上亦擬制爲有行爲能力之人之情形，除民法有相關規定外，在其他法律方面對此情形亦有規範者，諸如郵政法第 12 條規定：「無行爲能力或限制行爲能力者，關於郵政事務對郵政機關所爲之行爲，視爲有行爲能力人之行爲」，此外電信法

⁴⁷ 王傳芬，前揭書，頁 94。

第 9 條規定：「無行為能力或限制行為能力人使用電信之行為，對於電信事業，視為有行為能力人。但因使用電信發生之其他行為，不在此限。」是以，在網路交易之情形，網路業者可否援引電信法第 9 條而主張與無行為能力或限制行為能力人所為之網路交易契約為有效？郵政法與電信法對於行為能力之擬制規定，係因在一個大量銷售、大量消費的社會中，對於諸如寄交郵件之郵政事務或打電話之使用電信行為，日常生活上已成為社會大眾所必需，因而才有此特別規定之立法，以避免適用上與社會實情脫節，而衍生爭議⁴⁸。就網路交易行為而言，由於使用網路人口逐漸增加，遍及社會各階層，是以，使用網際網路之行為應與使用郵政或電信行為相當，同為在一個大量消費的社會中，而為社會大眾日常生活中所大量使用，就此而言，網路交易行為似可類推適用郵政法第 12 條、電信法第 9 條之情形；惟就該等規定內容，法條文字解釋而言，有謂郵政法係規定：「關於郵政事務對於郵政機關所為之行為」，如購買郵票、寄交郵件、劃撥款項等是，至於有關企業經營者對於未成年人利用郵政劃撥交款方式所為之買賣行為則不能據此主張為有效⁴⁹。而電信法上開規定適用範圍係指「而對於電信事業，使用電信之行為」，應係指如使用電話，或如使用數據機與網路網路服務提供者連線等情形，至於未成年人使用電信行為（連線上網），而與網路業者訂立網路交易契約，解釋上應屬「因使用電信發生之其他行為」，網路業者自不得援引該法主張契約為有效⁵⁰，似較為妥適。

本文認為，行為人藉由網際網路以從事交易之行為，就其本質而言，並非單純使用網際網路之行為，而係藉由使用網際網路之傳達工具所發生的其他行為，與單純使用郵政、電信之行為不可同視，是以，網路交易行為係消費者以網際網路為工具，與網路業者締結契約，本質上並非單純使用網際網路的行為，而係因使用網際網路所發生的其他行為，解釋上與電信法第 9 條但書規定之「因使用電信發生之其他行為」相當；準此，在透過網路傳輸而為網路交易之情形，網路業者尚不得援引電信法第 9 條而主張與無行為能力或限制行為能力人所為之網路交易契約為有效。與傳統交易相比較，隨著網路使用者之年齡層有日趨下降之情形以觀，有愈來愈多的未成年人有成為網路交易契約當事人之趨勢，其所為之法律行為之效力究竟如何？如果依照民法相關規定，則甚多網路交易行為而衍生出有無效力之問題，勢必影響網路產業之發展，從而導致網路交易市場之衰退，然而如未探求民法上行為能力相關規定之立法緣由，似將使未成年人之保護機制落空，亦與行為能力相關

⁴⁸ 王傳芬，前揭書，頁 95-96。

⁴⁹ 詹森林、劉宗榮、蔡明誠共同研究，郵購買賣、訪問買賣糾紛之處理方式及研究其管理可行性研究計畫期終報告，經濟部委託研究，1997 年 12 月，頁 51。

⁵⁰ 王傳芬，前揭書，頁 96。

規定之立法意旨有違。是以，如何兼顧網路交易安全以促進網路交易之發展與保障未成年人利益之衝突間取得權衡，實為網路交易發展上亟待關注之課題。權衡網路業者擔負之風險與未成年人利益之保障，本文認為應以未成年人利益之保護為優先考量。由於網路交易當事人係透過電腦傳輸資訊等非面對面對話之方式為意思表示，網路業者一般在網路上雖無法藉由與傳統面對面交易一樣而辨識消費者之年齡，惟尚非不可透過其他之安全機制來判斷消費者之年齡。未成年人在網路上所為之法律行為，其效力如何，仍應視個案具體情形認定其效力。就限制行為能力人而言，參照民法第 77 條但書、第 84 條、第 85 條第 1 項等規定，民法上仍然肯定限制行為能力人部分行為之效力，如果未成年人透過網路從事消費而符合上開情形者，其行為之效力並無問題。然如限制行為能力人所為者，係使用詐術使人信其為有行為能力人或已得法定代理人之允許者，則參照民法第 83 條規定，其所為之行為仍屬有效。縱然在無行為能力人使用詐術之情況，其所為之意思表示雖屬無效，惟就網路業者而言，在民法上亦有可資救濟之規範；準此，本文認為就網路交易而言，民法有關未成年人保護機制之規定，縱然在與傳統交易方式有別之網路交易環境下，不宜另創有別於民法上有關保護未成年人機制之新規範，而輕易將民法之規範推翻⁵¹，亦即不宜將無行為能力或限制行為能力人所為之網路交易契約，另創新規範對其行為能力均擬制有行為能力而認為有效。惟為避免因此而影響網路產業之發展，從而導致網路交易市場之衰退，網路業者應該透過有效確認機制之建立，對交易相對人之身分年齡等加以確認，而非將交易上其所能控制之危險，轉嫁由處於經濟、資訊不對等地位之弱勢交易相對人負擔；準此，在立法意思形成對網路交易有特別規範前，由網路業者擔負網路交易所產生之可能性風險，似為可行之思考方向。

(二) 意思表示生效之問題

(1) 對話與非對話之意思表示

有關意思表示之生效時期，依民法第 94 條及第 95 條第 1 項規定可知，視其類型為對話意思表示與非對話意思表示之情形而有所不同，此二類型影響意思表示何時到達相對人而發生效力，是以探討意思表示之生效時

⁵¹ 有關既有法律制度於網際網路之情形是否亦有其適用之問題，就虛擬空間與現實世界所為交易行為之當事人而言，二者應具有當事人相同性，蓋二者主要特色係交易過程所憑藉之傳達工具有所不同，惟遇有爭議之情形，最終規範之主體仍回歸現實世界之當事人，此就國家主權之行使以觀，解釋上應認為虛擬空間不能自外於現實世界獨立存在，而內國法律規範皆為國家主權行使之展現；其次，就世界各國對於網際網路所採政策趨勢而言，無不以其內國法律規範之，而受現實世界法律規範之影響；是以，就現階段而言，與其緩不濟急另創規範新制，而面臨有因此而衍生其他問題發生之不利風險，對網際網路爭議問題之解決，似以適用既有規範較為妥適。惟就長遠之計，對涉及網際網路之各類不同型態之消費爭議事件，如何建制一嶄新之規範機制而妥適解決問題，似為亟待面對之課題。

期，應先區分意思表示之類型。對話意思表示是以相對人了解時，發生效力；而非對話意思表示是以通知達到相對人時，發生效力，但撤回之通知，與先前意思表示相比較，其通知係同時或先時到達者，則不在此限。上述區分之標準係以意思表示能否直接溝通為判斷之基準，即表意人與相對人能直接表示其意思者，為對話之意思表示，例如打電話是；如表意人與相對人僅能間接表示其意思者，則為非對話之意思表示，例如以書信、函件、電報等傳達其意思者屬之。就以是否直接溝通為判斷之基準而言，雖有地隔千里之遙者，如以傳真表示其直接意思者，仍屬對話之意思表示；然如近在咫尺，縱以書面傳達而不能直接表達其意思者，仍應適用非對話意思表示之規定⁵²。

然而，在網路交易上當事人間透過網際網路所為之意思表示，究竟屬對話之意思表示，抑或為非對話之意思表示，不能一概而論，應視個案具體情形而定。

在網路進行交易之情形，當事人雙方除透過網際網路由消費者所使用之電腦連結至網路業者之網站外，其雙方所為之意思表示尚需藉由複雜之電腦程式與電腦之運作始能完成。就實務上常見之交易型態而言，消費者往往瀏覽網頁之資訊後，透過所使用之電腦連結至網路業者之網站，而以滑鼠於網頁上直接點選，利用點選網路業者於網站網頁上既有之各種預先設定好選項之方式來締結契約，藉由滑鼠之點選所為之意思表示仍然是基於人之主觀意思而為，而非電腦自動所為之意思表示，其仍然屬於人所為之意思表示。此種情形究竟是屬於對話或非對話之意思表示，應以當事人雙方是否得直接進行溝通，作為判斷之標準。如網路業者利用網頁與電腦程式，使交易相對人透過使用之電腦傳輸資訊，而網路業者亦利用電腦系統即時在線上回應消費者，確認契約已否完成，此種情形與民法上以對話意思表示方式而成立契約之情形相近，解釋上應認為屬對話之意思表示。反之，如網路業者無法立即經由電腦系統發出成交確認之通知，解釋上認為屬非對話之意思表示，似較為妥適。因此交易相對人之要約意思表示，並不因未被立即承諾而失其拘束力，參照民法第 157 條規定反面解釋，網路業者仍然可以在通常情形可期待承諾之達到時期內為承諾之表示，使該要約有其拘束力，而成立契約。

再者，以透過電子郵件傳輸為意思表示之方式為例，在使用電子郵件之情形，由於交易雙方之意思表示均係透過輸入文字資訊後，再按鍵傳送，藉由文字資訊經由數位方式重新編碼而由數位式機械加以運算、處理，而傳輸至他方之電腦中，由於在電子郵件發送與接收間有時間上之落

⁵² 王澤鑑，民法實例研習－民法總則，作者自版，民國 79 年 7 月 7 版，頁 357。

差，因此，以電子郵件作為意思表示之傳達工具，其意思表示無法如同面對面之直接溝通，其性質尚非透過網際網路而為直接溝通，就其意思表示之為對話抑或為非對話之本質而言，應屬非對話之意思表示。

又如當事人在網際網路上，係透過某種電子傳訊技術，在網頁或訊框上以輸入文字的方式表示意思，並經由同一途徑，立即同步獲悉交易相對人之意思表示（例如以線上立即傳遞訊息的方式為之），或結合影像與聲音之視訊技術透過螢幕以面對面溝通之情形，就此種情形而言，由於當事人雙方係直接進行溝通，與使用電子郵件，須等候一段時間才有回應之情形有別，因此其性質應屬對話之意思表示⁵³。

是以，交易當事人雙方在網路上所為之意思表示，究竟屬對話之意思表示或非對話之意思表示，難予一概而論，應視個案具體情形，有無直接溝通而定。

(2) 意思表示之到達時點

在網路交易之情形，以直接溝通方式為對話意思表示而締約者，通常較無爭議存在，蓋網路業者與其交易相對人間之意思表示，以相對人了解時發生效力（民法第 94 條參照），尚無到達與否之問題存在；惟網路業者無法如同傳統商店駐店等候客戶上門一樣，隨時在網路上等待其交易相對人上線與其直接溝通，是以，網路業者與其交易相對人間通常係以非對話意思表示之方式聯繫。關於非對話意思表示於何時發生效力，立法例有表意主義、發信主義、受信主義、了解主義，我國民法採受信主義，以其通知到達相對人時發生效力⁵⁴。依民法第 95 條第 1 項規定，非對話意思表示之生效，以意思表示之通知達到相對人時為準。而所謂「達到」，係指意思表示達到相對人之支配範圍，置於相對人隨時可取閱其內容之客觀狀態而言⁵⁵；參照最高法院 54 年台上字第 952 號判例，認為使相對人已居於可瞭解之地位為已足，並非須使相對人取得占有，是以，通知已送達於相對人之居所或營業所者，即為達到，不必交付相對人本人或其代理人，亦不問相對人之閱讀與否，該通知即可發生為意思表示之效力。所謂居於可以瞭解地位之情形，似可從社會一般觀念上加以思考，以做為判斷之標準⁵⁶。在網路交易之情形，若以非對話意思表示之電子資訊傳輸方式為之，則意思表示於何時到達？何時生效？似非無探討之餘地。亦即在網路交易之情形，當事人間之非對話意思表示，其意思表示到達之時間，究竟是於送達到郵件伺服器時就算是送達，抑或是必須電子信箱擁有人透過網路連

⁵³ 羅明通等合著，電腦法(下)，群彥圖書股份有限公司，1994 年 11 月初版，頁 463-465。

⁵⁴ 參照民法第 95 條立法理由。

⁵⁵ 參照最高法院 58 年台上字第 715 號判例。

⁵⁶ 鄭玉波，前揭民法總則，頁 269。

線點閱該信件時，始構成送達，誠為一值得關注之問題。

電子簽章法第2條第1款規定「電子文件：指文字、聲音、圖片、影像、符號或其他資料，以電子或其他以人之知覺無法直接認識之方式，所製成足以表示其用意之紀錄，而供電子處理之用者。」是以，電子郵件傳送之資訊亦具有「電子文件」之性質。有關使用電腦透過網際網路以電子郵件傳送資訊方式之到達時點，依電子簽章法第7條第2項規定，電子文件以下列時間為其收文時間，但當事人另有約定或行政機關另有公告者，從其約定或公告：(1) 如收文者已指定收受電子文件之資訊系統者，以電子文件進入該資訊系統之時間為收文時間；電子文件如送至非收文者指定之資訊系統者，以收文者取出電子文件之時間為收文時間。(2) 收文者未指定收受電子文件之資訊系統者，以電子文件進入收文者資訊系統之時間為收文時間。就該條文規定內容以觀，該條係以收文者有無指定收受電子文件之資訊系統為判斷到達時點之標準，易言之，在收文者有指定收受電子文件之資訊系統的情形，電子文件進入該指定之資訊系統之時間為到達時點，惟若發文者將電子文件送至收文者指定以外之資訊系統時，則以收文者取出電子文件之時間為到達時點，而在收文者未指定收受電子文件資訊系統之情形，電子文件進入任何一個收文者資訊系統的時間，即為電子文件之到達時點。在網路交易之情形，民法對於電子郵件到達時點之情形雖無規範，解釋上應先優先適用電子簽章法對於電子郵件到達時點之規定，以做為解決類此爭議問題之處理依據。

(3) 要約與承諾

契約因當事人間之要約與承諾合致而成立。要約者，乃為使相對人承諾與其訂立一定契約，所為具體確定之意思表示，其內容須確定或可得確定，得因相對人之承諾而使契約成立。承諾者，乃為與要約人訂立一定契約，而對要約所為同意之意思表示。契約之要約人原則上因要約而受拘束（參照民法第154條第1項規定）；而要約之引誘，其本身並不發生法律上之效果，係在引誘他人向其為要約之意思表示。在網路交易之情形，何者為要約之引誘？何者為要約？參照民法第154條第1項規定，事涉交易相對人間是否受到其意思表示之拘束，進而影響當事人間之權利義務，區別二者，對網路業者與消費者雙方之權利義務而言，有其重要性。

就網路交易契約之要約與承諾而言，對於不論是透過網際網路所為對話意思表示方式，抑或非對話意思表示方式，在有關要約與承諾之效力等方面，民法第153條至第163條之規定，均可做為處理是類爭議所依循之規範。惟對於網路業者在網頁上提供商品、服務之目錄究竟屬於要約或要約之引誘？似有進一步探討之必要。

① 認為設置網頁提供目錄之行爲為要約

採此見解者，認為商品自動販賣機之設置，係屬要約，而在網頁上提供商品、服務目錄亦與商品自動販賣機一樣，皆處於固定位址（網址）而供不特定人瀏覽以決定是否購買，故商品自動販賣機之設置既可解釋為要約，則情況類似之設置網頁提供商品、服務目錄之行爲，亦應解釋為要約；且網路業者參考傳統商店購物方式，使交易相對人可以進入業者網頁瀏覽商品之圖樣、價格及說明，符合民法第 154 條第 2 項規定之「貨物標定賣價陳列者，視為要約」，是以，應將網路業者所爲之商品、服務展示視為要約。其次，依民法第 154 條第 1 項但書規定，只要在要約時，網路業者在網頁上預先聲明不受其意思拘束，亦可在採要約說之見解下，避免陷於擔負債務不履行之損害賠償責任⁵⁷。

是以，如認為設置網頁提供目錄之行爲為要約，則一經交易相對人為購買意思表示之承諾通知，則網路交易契約即成立生效，網路業者即負有交付標的物並移轉所有權予交易相對人之義務；倘若交易相對人為承諾之際，發生商品已停售、商品無存貨或服務已無法再提供等情形，則網路業者可能須依民法上給付不能或給付遲延等相關規定，負擔債務不履行之責任。

②認為設置網頁提供目錄之行爲為要約之引誘

採此見解者，認為就交易上利益衡量、風險分擔方面觀之，如將此種行爲解釋為要約之引誘，則交易相對人所爲之意思表示乃屬要約，雙方就此皆可避免負擔不利益之風險，例如交易相對人可能係無支付能力或信用不良之人。其次，設置網頁提供商品、服務目錄之目的係在向不特定瀏覽該網頁之網路使用者揭露商品、服務資訊，並非在對特定之人爲意思表示，且在網路業者所陳列者，僅係商品、服務目錄，而非實際的商品、服務，解釋上較屬於價目表標示之性質，故設置網頁提供商品、服務目錄之行爲，應解釋為要約之引誘。再者，如認為係屬要約，則網路交易契約將因不特定人之承諾而成立生效，網路業者根本沒有斟酌其營業狀況而判斷是否締約之餘地，例如商品存貨不足，或無從立即補充之情形，此在實質上無異於強制締約，與契約自由原則有所違背⁵⁸。

是以，如認為設置網頁提供目錄之行爲為要約之引誘，由於該行爲不生任何法律效果，故對網路業者不生拘束力，從而交易相對人對網路業者所爲之購買意思表示乃屬於要約，網路業者可視其營業狀況而決定是否與其交易相對人交易而爲承諾通知，進而使網路交易契約成立生

⁵⁷ 電子交易法制相關議題之研究，行政院經濟建設委員會研究報告，2002 年，頁 98-99。參見 <http://www.cepd.gov.tw/ml.aspx?sNo=0004501&key=&ex=%20&ic=&cd=> (visited on 2007.12.16)

⁵⁸ 同前註，頁 99-102。

效。

③本文見解

在網路交易之情形，業者經常透過網頁以展示商品及服務目錄，此種展現方式究屬於要約，抑或是要約之引誘？實務上於電漿電視網路購物標價錯誤一案，台北地方法院 93 年度北消簡字第 18 號民事判決認為，網路購物依其特質，非如傳統買賣般得以實品上架陳列以供消費者實際檢視，以決定是否購買，是消費者購買與否，全憑企業主在網路廣告之刊載，而系爭電視在網站上之廣告，既明確標有電視實圖、品牌、尺寸、商品功能描述及售價，究其實質，應足以認為與傳統買賣之陳列有同一之效果，從而，上揭廣告應視為要約之性質，而非僅是要約之引誘，且參諸消保法第 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」，是在消費事件中，廣告之內容於契約簽訂後將成為契約內容之一部分，更應認為具有要約之屬性，而非要約之引誘。然上訴審台北地方法院 94 年度消簡上字第 7 號民事判決則認為，於網路購物之交易型態，在網路交易平台以張貼商品資料廣告之方式，乃對不特定之消費大眾為出賣一定產品之要約引誘。

上開台北地方法院 93 年度北消簡字第 18 號民事判決認為，系爭電視在網站上之廣告，既明確標有電視實圖、品牌、尺寸、商品功能描述及售價，究其實質，應足以認為與傳統買賣之陳列有同一之效果，從而，廣告應視為要約之性質，而非僅是要約之引誘之見解，非無商榷之餘地。按廣告之性質為要約之引誘，不因消保法第 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」，而影響其性質；另參照民法第 154 條第 2 項規定之「貨物標定賣價陳列者，視為要約」以觀，該規定應係指實體商品在業者店舖內標上一定價格而加以陳列，係屬一種現實世界「實體商品」之陳列，而業者在網站虛擬空間所陳列者並非實體商品，其所為資訊之提供，拜電腦科技之賜，實較現實世界「實體商品」陳列之情形容易增刪、竄改虛擬空間虛擬商品之資訊有所不同；再者，以商品自動販賣機之設置為例，如認為係屬要約之引誘，則消費者之投幣即屬要約，在此情形下，商品自動販賣機如何為承諾？非無疑問，蓋商品自動販賣機並非自然人，亦未設置電子代理人以回應消費者之意思表示，在無法回應時，販賣機即落下消費者欲購買之商品，此時，因契約未成立生效，設置自動販賣機之業者與消費者恐將互負不當得利，而有害交易目的之達成，故解釋上宜認為屬於要約⁵⁹；就網路業者設置網頁提供商品、服務目錄之行爲以觀，

⁵⁹ 電子交易法制相關議題之研究，行政院經濟建設委員會研究報告，2002 年，頁 98。參見 <http://www.cepd.gov.tw/m1.aspx?sNo=0004501&key=&ex=%20&ic=&cd=> (visited on 2007.12.16)

一般而言，非似自動販賣機本身即存有商品可供即時履行交付，是以二者交易運作過程，似有差異，從而二者之情形似非相同。職此之故，網站上可供消費者看到的資訊與實體商品之陳列情形有別，因此不宜將網站上所列出的商品資訊看成一種「要約」；此外，網站價目表之標示，因為使用者透過網際網路可以在電腦上瀏覽這些資訊，網路業者將這些資訊透過伺服器傳送，使消費者在電腦上透過網際網路而可以瀏覽，此一情形，解釋上似可認為「價目表之寄送」，而屬要約之引誘⁶⁰。因此在網路交易之情形，業者在網頁內根本無法將實體商品陳列在虛擬空間上，就此而言，在網路業者網頁上提供商品、服務目錄之情形，尚與民法第 154 條第 2 項之規定未合。

是以，本文認為網路業者在網頁設置商品、服務目錄供不特定網路使用者瀏覽該網頁之行為，應解為要約之引誘，消費者如欲購買網頁目錄之商品、服務，則在點選訂購按鍵後，始構成要約，而在網路業者回覆成交或確認之資訊，始成立契約。

(三) 意思表示錯誤之問題

民法第 88 條第 1 項規定，意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之；但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。就交易的本質而言，網路交易與傳統的交易行為並無二致，均係交易雙方對標的物與價金意思表示一致後，契約即為成立。其後，買方有交付價金之義務，而賣方則有交付標的物的義務。但是，若就網路交易的運作流程而言，網路交易則與傳統交易行為有重大差異，例如藉由網際網路與透過電腦並操作電腦按鍵所進行之交易行為，與傳統交易之以面對面或書面之方式所為之情形不同，透過操作電腦按鍵，可能會有看錯或誤按之錯誤，或因電腦系統、程式設計瑕疵，致發生意思表示錯誤等情形，類此情形，與傳統錯誤之情形是否應為相同之處理，誠值探討。爰分別不同情形探討如下：

① 人為輸入或操作錯誤

所謂「輸入或操作錯誤」係指電腦使用人於使用之際，因輸入或操作因素而發生誤寫、誤打或誤算資訊之情形。對於誤寫或誤算之情形，學說上有認為屬於表示行為之錯誤，得依民法第 88 條第 1 項規定，撤銷其意思表示⁶¹。在網路上因繕打、輸入或操作錯誤之情形時常可見，若表意人將繕打、輸入或操作錯誤之資料透過電腦在線上傳遞資訊以為意思表示，而發生輸入或操作錯誤，此情形係屬表示行為之錯誤，表意人得依民法第 88

⁶⁰ 王吟文，網際網路應用涉及相關契約法律問題初探，資訊法務透析，1996 年 12 月，頁 29。

⁶¹ 林誠二，民法總則講義下冊，瑞興圖書股份有限公司，民國 88 年 4 月修正版，頁 138。王澤鑑，民法總則，三民書局，2000 年 9 月版，頁 402。

條第 1 項規定，撤銷其意思表示。

由於錯誤之撤銷，依民法第 88 條第 1 項後段規定，限於非由表意人過失者之情形，就此而言，在使用電腦透過網際網路而為意思表示，如有輸入或操作錯誤之情形，而表意人欲主張其對於使用電腦之輸入或操作錯誤非由自己之過失所造成者，在學證上有其實際之困難⁶²。

②系統程式之錯誤

所謂「系統程式之錯誤」，係指系統程式設計有瑕疵之情形，例如表意人作成意思表示所使用之電腦軟體發生運作上之瑕疵，以致所為之意思表示有瑕疵之情形。例如因為程式有誤，以致消費者於線上消費購買商品，網路業者之電腦軟體系統或程式運作之結果，作成訂購錯誤商品或錯誤數量等之意思表示，並傳達予消費者，或網路業者在不同系統程式間轉換資料之結果，與原系統程式所顯示之資料不一致⁶³。

在網路交易之情形，網路業者往往須設置軟體程式始能確保營業自動化運作，如基於系統或程式之瑕疵以致意思表示有瑕疵，表意人能否撤銷其意思表示，誠值探討。按網路業者為因應網路交易大量銷售、大量消費之情形，往往設置電子代理人等自動回應系統，該系統能在其設定控制下，代其回應消費者之意思表示，其主觀上有將電腦系統依程式自動作成之意思表示當作自己作成之意思，就此而言，電子代理人系統所作成之意思表示即屬於網路業者所為回應消費者之意思，因此，在交易相對人可得信賴之情形下，縱使電腦意思表示實際上與網路業者之意思有所出入，仍屬網路業者有效之意思表示，如該意思表示因程式瑕疵而有錯誤時，即屬於錯誤之意思表示，網路業者得依民法第 88 條第 1 項有關表示錯誤之規定，向交易相對人撤銷該錯誤之意思表示。然從電腦所為之意思表示係結合使用資料及輸入資料，而經由電子運作過程而產生之意思表示，因此系統或程式軟體之瑕疵，與在意思形成階段發生瑕疵相當，有如動機錯誤之情形以觀，則無從依民法第 88 條第 1 項規定撤銷之⁶⁴。

本文認為，就網路業者基於電腦系統或程式瑕疵所作成之意思表示過程以觀，該系統或程式瑕疵之情形，係與處於意思形成階段發生瑕疵相當而非意思表示階段，有如動機錯誤之情形，是以，無從依民法第 88 條第 1 項規定撤銷之。惟鑒於電腦執行系統或程式有其相容上之缺點而言，若是

⁶² 網站在進行網頁資訊刊登前，為求審慎，一般都會再經過一個確認網頁設定無誤之程序，才會於網頁上刊登相關資訊，因此一般網路業者都很難主張自己並無過失，而得以行使該撤銷權。

⁶³ 參照台北地方法院 94 年度消簡上字第 7 號民事判決。

⁶⁴ 電子交易法制相關議題之研究，行政院經濟建設委員會研究報告，2002 年，頁 90-91。見 <http://www.cepd.gov.tw/m1.aspx?sNo=0004501&key=&ex=%20&ic=&cd=> (visited on 2007.12.16)

電腦系統或程式運作所作成之意思表示屬未可合理期待應具有如其所表示結果之情形時⁶⁵，解釋上可構成例外之情形，似屬可思考之方向。

③ 傳達錯誤

所謂傳達錯誤，參照民法第 89 條規定，係傳達人或傳達機關所傳達之意思表示不實，而與表意人之意思表示不符合。就網路交易而言，網路業者與交易相對人間使用電腦透過網際網路傳遞訊息，通常係透過網路服務業者傳送，訊息一經發出，若非遭人竄改或變造，發送者發出與收件者所收到之資訊內容應為一致；在透過網路服務業者傳送發生錯誤，以致與原先傳送之意思表示有所出入之情形，如將網路服務業者解為如同傳統郵政機關為傳達機關之地位，則表意人應得適用民法第 89 條有關意思表示之傳達人或傳達機關不實而得撤銷之規定，準用第 88 條規定，向相對人撤銷意思表示。就目前科技發達之情形以觀，鑒於網路傳輸之即時性與電腦系統制式化運作，而使收件者所收到的意思表示罕有可能與發送者所發出的意思表示不一致，是以傳達錯誤之情形，就網路交易而言，在網路業者或消費者透過網路服務業者傳送訊息，而有傳達錯誤之情形，實屬少見。

④ 小結

就網路交易的運作流程而言，網路交易則與傳統交易行為有重大差異，例如藉由網際網路與透過電腦並操作電腦按鍵所進行之交易行為，與傳統交易之以面對面或書面之方式所為之情形不同，透過操作電腦按鍵，可能會有看錯或誤按之情形發生，此種情形，與傳統錯誤之情形是否應為相同之處理，誠值探討。是以，意思表示錯誤爭議之解決機制，在網路交易上有其重要性。無論是使用電腦透過網際網路進行網路交易，抑或由電腦自動為意思表示，都有可能發生錯誤之現象，其究竟是否屬於得撤銷意思表示之錯誤，須視不同之情形而定，原則上民法有關意思表示錯誤之規定，可做為處理是類糾紛之規範。就保障消費者權益並期將是類糾紛之發生減至最低以觀，網路業者在提供消費者購物時，應思考設計一些再確認交易內容之程序，而非僅以一次的按鍵即完成交易之程序，俾避免交易相對人因一時之疏忽或按錯鍵而受拘束，徒生事後之爭議，就此而言，對於網路交易當事人雙方權益之維護，應有所助益。

就比較法上觀察，美國統一商法典與契約法對於錯誤的規定，基本上與我國的民法第 88 條第 1 項但書相同，對於表意人因「過失」所為之意思表示，原則上並無撤銷權⁶⁶。而美國統一電腦資訊交易法案卻規範了不可

⁶⁵ 例如因系統或程式之瑕疵，以致單一消費者訂購冰箱 1 台，卻成為訂購冰箱 1000 台之情形，此為相對人可得認知，該情形未可合理期待應具有如其所表示之結果。

⁶⁶ 馮震宇，論網際網路與消費者保護問題（上），資訊法務透析，1998 年 6 月，頁 31，註 54。

歸責於表意人的電子錯誤，及表意人之錯誤（不論有無過失），只要消費者無更正之機會，且基於衡平原則，消費者並未因此受有利益，且相對人並無因此受到損失，即賦予消費者否認電子訊息效力之權利⁶⁷，就其規範之作用而言，對於網路交易當事人雙方權益之維護，應有所助益，亦能將是類糾紛之發生減至最低。

(四) 網頁商品標價錯誤之問題

有關業者於網站網頁商品標價錯誤之相關問題，攸關消費者之權益，爰探討如下：

(1) 民法第 88 條第 1 項但書所稱「過失」之程度，究何所指？

民法第 88 條第 1 項規定，意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之；但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。所謂錯誤，乃是意思表示之人對於構成意思表示內容之效果意思，與其表示於外之表示內容，因錯誤或不知而致生齟齬而言。所稱「表意人若知其事情即不為意思表示者」，主要指表示行為之錯誤而言，即表意人誤為表示其所意欲者，如誤寫、誤說等是，換言之，即表意人使用了其所不欲使用的表示方法，例如某商品價格應為 20,000 元，因操作錯誤，將價格誤標為 2,000 元，類此網站網頁商品標價錯誤之情形，即屬於「表示行為之錯誤」。

其次，民法上所稱過失，依其「注意義務」之不同，可分為「抽象輕過失」、「具體輕過失」及「重大過失」三種。然民法第 88 條第 1 項但書所稱之過失，法條未就過失之標準作進一步之具體規定，究竟為抽象輕過失、具體輕過失，抑或為重大過失，有釐清之必要。對此問題，實務上於電漿電視網路購物標價錯誤一案，台北地方法院 93 年度北消簡字第 18 號民事判決認為，民法第 88 條第 1 項所謂之過失，一般係指具體之輕過失而言，蓋既曰「錯誤」，鮮有非由於表意人過失者，故如解為抽象之輕過失，則表意人幾無行使撤銷權之機會，惟若解為重大過失，則撤銷權之行使機會過多，又有礙於交易安定，是採具體輕過失較能有所兼顧，亦即以表意人主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷。然上訴審台北地方法院 94 年度消簡上字第 7 號民事判決則認為，民法第 88 條第 1 項但書所謂之過失概念，法院在個案中得因應相關事實透過法律解釋或補充予以認定、適用。民法關於債務人所負過失責任輕重在不同情狀下有不同之程度規定，則債務人究竟應就何種過失負其責任，當依法律之規定定之，是

⁶⁷ 王傳芬，前揭書，頁 122。又美國統一電腦資訊交易法案不但對電子交易與授權契約問題有所規範，對資訊傳輸之問題亦有詳盡之規範。參閱 LORIN BRENNAN, *Why Article 2 Cannot Apply to Software Transactions*, p.7 (2000)

以民法第 220 條第 2 項前段方規定過失之責任，依事件之特性而有輕重，在過失責任輕重之決定，倘法律無規定且當事人又無約定時，則依事件之特性定之，故關於意思表示錯誤之撤銷，表意人過失程度之決定自應依該意思表示之特性、所欲成立之法律行為內涵加以判斷，法院可以彈性地權衡、調整雙方當事人之利益，而不必先機械地界定本項過失之標準，換言之，在不同之法律行為，表意人有不同之注意義務，相對應之過失程度即依此而決定。而於系爭案件中，消費者係在虛擬網路世界上進行購物，並無實物可供其檢視判斷，故消費者初僅得信賴網路廣告之刊載而為購買與否之決定，是以，消費者顯然負擔較業者更大之風險，業者就系爭電視價格在網路廣告上刊載錯誤之疏失，顯應負較高度之善良管理人注意義務，是以，在本件關於業者標售價格意思表示之錯誤，判斷過失程度應視其有無抽象輕過失為據。並進一步認為，依民法第 345 條規定，買賣標之物之價金為買賣契約之要素，因此，出賣人對於商品價金之標示自應特別慎重。網路購物企業主，關於網路交易速度迅速、交易量較大之買賣型態，相關交易標之物商品價格屬於企業主、消費者特別重視之契約內容，應可知悉，如對於上網販售之商品資料標示（包括售價在內），既然設有雙重之核對機制，僅因其輸入人員、網路部專人未能善盡逐欄核對職責，而疏未注意極具交易重要性之系爭電視售價在檔案上所生錯誤，核其疏失程度顯難認已盡所負善良管理人之注意義務。又債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任，民法第 224 條定有明文，準此，網站業者應就與其輸入人員之過失負同一責任，即其負有抽象輕過失責任。

(2)業者能否主張撤銷網頁商品標價錯誤之意思表示？

實務上於電漿電視網路購物標價錯誤一案，台北地方法院 93 年度北消簡字第 18 號及 94 年度消簡上字第 7 號等民事判決均認為，購物網站業者對於其電腦輸入人員出於疏忽而標價錯誤之情形，購物網站業者應與其輸入人員之過失負同一責任；惟對於購物網站業者能否主張撤銷其意思表示卻有不同見解。

上開二判決均肯定意思表示錯誤之理論既旨在調和表意人與相對人之利益，則在判斷是否應允許表意人撤銷其基於錯誤所為之意思表示時，相對人是否有值得保護之信賴存在，允許表意人撤銷是否會害及交易安全，以及相對人之主觀心態等自應一併審酌；惟台北地方法院 93 年度北消簡字第 18 號民事判決認為，系爭案件係屬網路購物之交易型態，消費者係在虛擬世界之網路上進行購物，並無實物可供其檢視判斷，故消費者僅得信賴網路廣告之刊載而為購買與否之決定，顯負擔較企業主更大之風險，此與傳統一對一之買賣交易，買受人得藉由契約締結過程，而知悉出賣人

意思表示之真意是否出於錯誤，故其信賴保護程度較低，必須分別以觀，因此，一旦允許網路交易之企業主以意思表示錯誤為由而撤銷其出賣之要約，勢將影響消費大眾對網路交易安全之信賴，而阻滯網際網路活動之蓬勃發展，致使社會經濟造成莫大損失，從而，依民法第 220 條第 2 項規定「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定之精神，自應課予企業主更高度之注意義務，故就信賴保護及交易安全之觀點而言，業者就系爭電視價格在網路廣告上刊登之疏失，顯有違其應負之高度注意義務，而不得將此不利益，轉嫁予消費者承擔。又網站或網頁不單可提供資訊，還可刊登廣告及提供電子交易服務，網路使用者瀏覽該網站或網頁之次數越高，除該網站站主可索取較多廣告刊登費用外，網路交易之機會亦相對增加，故在網路交易上，不乏為吸引網路使用者進入該網站或網頁瀏覽，而進行削價促銷之活動，惟企業主採行的低價銷售手法，方式不一，且原因不同，實難期待採行此種快速購物系統之網路使用者逐一探究，以發現企業主之真意，因此，業者辯稱相對人應於市場訪價並知悉該類商品之市場一般價格，於明知系爭電視不可能僅以較低之價格在網路上販售，竟利用此錯誤而要求其履約，有違誠信原則云云，實有違一般網路交易之常情，是以，業者不得主張撤銷網頁商品標價錯誤之意思表示。

台北地方法院 94 年度消簡上字第 7 號民事判決則進一步認為，意思表示錯誤之撤銷，須依據雙方當事人之市場地位與締約之期待、交易之過程與實情等具體狀況，以及在該具體狀況下，允許相對人利用表意人之錯誤是否合理等因素，個別加以判斷。其中關於相對人是否有值得保護之信賴存在，可資判斷之狀況類如：相對人對錯誤有無認識之可能性，或者相對人未因表意人之意思表示而有所為，例如尚未因開始履行契約或為其準備而有所支出等。系爭案件，業者販售系爭電視並非採取超低價競售之手法，相對人居於一般消費者之地位，以社會上相同經驗智識之人、處於相同之狀態下，應可判斷知悉此網頁上所登載之系爭電視銷售價格有相當之可能係出於誤載，相對人對系爭電視售價表示錯誤應有認識之可能性。其次，相對人並未開始履行買賣契約即給付系爭電視價金予業者，亦無在訂購系爭電視後有為履行契約而有所支出之情事存在，是以，相對人尚無足資值得保護之信賴存在。又「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」，民法第 148 條定有明文。本條所稱權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的。參

以，業者抗辯其在本件錯誤標示價格事件發生後，所受損失甚鉅，及相對人受領系爭電視後所得之利益尙微，若不允許業者撤銷其錯誤之意思表示，顯有違誠信原則。綜前所述，衡量兩造之利益、相對人是否有值得保護之信賴存在等情狀後，本諸錯誤之理論係在調和表意人與相對人之利益的規範目的觀點，應允業者得依民法第 88 條第 1 項規定撤銷其錯誤之意思表示。

(3) 本文見解

按民法有關過失之規範，依其注意程度之不同，可區分為「抽象輕過失」、「具體輕過失」及「重大過失」等三種。而民法第 88 條第 1 項但書規定所稱「過失」一語，究何所指？學說見解紛歧，有認為法律既未明文規定，應解為表意人應有善良管理人之注意義務，而屬「抽象輕過失者」⁶⁸；有認為反對於意思表示撤銷時，若主張表意人應負善良管理人之注意義務，其條件過苛，蓋錯誤之發生，鮮有不由於過失者，若主張表意人僅負重大過失，則表意人行使撤銷權之機會甚多，有礙交易之安全，應調和二者之情形，而解為「具體輕過失」⁶⁹，較為妥適；有認為善良管理人之注意義務對表意人過苛，而解為具體輕過失，係屬主觀準則，失之漫無標準，宜解為重大過失為宜⁷⁰。以上諸說，所言雖各有所據；採抽象輕過失者，著重於交易安全之保護；採重大過失者則著重表意人真意之尊重；至於採具體輕過失者，則為調和二者之折衷。

本文認為，由民法第 88 條第 1 項但書規定觀之，未就過失之注意義務程度作具體之規範，原則上在權衡兼顧交易安定及表意人有行使撤銷權機會之情形，採具體輕過失之見解，似較能有所兼顧；蓋既曰「錯誤」，鮮有非由表意人過失所致者，如解為抽象輕過失，則表意人幾無行使撤銷權之機會；若解為重大過失，則撤銷權行使之機會過多，又於交易安定有礙。次查，民法第 88 條有關撤銷權之規定，乃係為救濟因表意人主觀上之認知與事實不符，因而造成意思表示錯誤之情形而設，其過失之有無，解釋上以其主觀上是否已盡其與處理自己事務同一之注意為判斷標準，似較能契合該條規定之立法意旨。惟就具體個案而言，參照民法第 220 條第 2 項規定「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定。」以觀，鑒於意思表示錯誤之理論旨在緩和表意人因主觀認知與客觀事實有落差，致為不符內心真意表示所造成之損害，就表意人及相對人於為意思表示時之整體情況為綜合評價，以調和二者之利益衡平，

⁶⁸ 施啓揚，前揭民法總則，頁 254。王澤鑑，民法總則，作者自版，2004 年 12 月版，頁 410。

⁶⁹ 鄭玉波（黃宗樂），民法總則，修訂 9 版，2003 年，頁 273。陳猷龍，民法總則，輔仁大學叢書，教科書類（5），修訂 6 版，1994 年，頁 212。

⁷⁰ 黃立，前揭民法債編總論，頁 295。

不失為值得思考之方向，是以，相對人是否有值得保護之信賴利益，及表意人撤銷意思表示是否害及交易安全，固得為考量之因素；然若在當事人間因經濟、資訊不對等而致地位不對等之情形，以「電漿電視網路購物標價錯誤一案」為例，消費者在虛擬網路世界上進行購物，並無實物可供其檢視判斷，其資訊來源不得不信賴網路廣告之刊載而為購買與否之決定，消費者顯然負擔較業者更大之風險，在此資訊不對稱情形下，另課消費者「判斷業者是否採取超低價競售手法」之義務，而據此認定是否居於一般消費者之地位，以社會上相同經驗智識之人、處於相同之狀態下，應可知悉網頁上所登載之商品銷售價格是否有相當之可能係出於誤載之見解，就保護處於經濟、資訊不對稱等弱勢地位之消費者而言，能否謂為周延，似非無商榷之餘地。

肆、消保法上定型化契約問題之探討

在網路交易之情形，網路業者往往會在網頁聲明，在消費者若按下滑鼠之後，即視為同意網路業者就契約預先擬定之條件，此種在線上締結之契約即為網站包裹契約，參照消保法第2條第7款規定「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」是以，是類網路定型化契約亦有消保法有關定型化契約規範之適用。為此，爰就消保法上有關定型化契約相關問題探討如下。

一、定型化契約概述

(一) 定型化契約之定義

所謂定型化契約，依消保法第2條第9款規定，係指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。易言之，定型化契約乃以定型化契約條款為契約內容所構成之契約。按定型化契約條款乃係規定契約當事人間之權利義務關係，而以條款內容之形式呈現；而定型化契約則是審視契約條款內容後，為決定並彰顯該契約特徵，所予以之契約定性⁷¹。

⁷¹ 消保法對定型化契約之定義，係著重在消費關係之層次。由民法第247條之1有關對定型化契約之規定可知，其涵蓋之範圍不限於消費關係之層次。至於定型化契約之名稱，就比較法上觀察，有稱為附合契約者，如日本、法國是；有稱為標準契約者，如英國是。參照詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範，消費者保護研究第一輯，行政院消費者保護委員會編印，民國84年6月，頁62-64。

在網路交易之情形，當消費者使用電腦透過網際網路進入網路業者之網站進行交易時，通常網路業者會經由電腦程式設計將預先擬定之契約條款張貼在網頁上，而消費者必須同意契約條款內容並以滑鼠按下同意鍵後才得以進行交易之下一步驟。然而網路業者往往會在網頁聲明，在消費者若按下滑鼠之後，即視為同意網路業者就契約預先擬定之條件，此種在線上締結之契約即稱為網站包裹契約或網站包裝契約，由於只要觸擊滑鼠即視為同意，所以又稱為觸碰及點選契約或點選包裝契約⁷²。

由於網路業者在網頁上所張貼的契約條款，並未附著於紙張上而是以電磁記錄方式存在，是否即屬定型化契約之範疇？依消費者保護法第 2 條第 7 款規定「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」同條第 9 款規定「定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。」是以，可知消費者保護法對於定型化契約的形式，並不限於書面，只要是企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款，而交易相對人對於契約之內容無事先參與之情形，雖以電磁紀錄之方式呈現在網路業者之網頁上，其具有消費者保護法所規範定型化契約之特性並不因之而有所改變，仍屬定型化契約型態之一種。在網路交易之情形，所有在網路上出現的定型化契約條款，參照消費者保護法第 2 條第 7 款及第 8 款規定，在解釋上屬於一般條款，蓋消費者事前既無參與擬訂之機會，事後又甚少再透過其他方式個別與網路業者磋商個別條款。

在消費者使用電腦透過網際網路進入網路業者之網站進行交易時，消費者在按下滑鼠鍵前，有時並未詳細審閱該契約之內容，此一情形類似於套裝軟體界向來使用之拆封授權契約(拆封包裝契約)，所謂拆封授權契約係一種套裝軟體授權常見的型態，其條款通常附隨於有形的磁片或 CD-ROM 之上，典型的係在該軟體的包裝或封包上或於其內印刷或記載著契約條款，消費者並不用簽訂契約，而該契約條款會聲明：當消費者為拆封該包裝時或使用該軟體之行爲時，消費者即視為接受該授權契約之全部條款⁷³。之所以會有此種未事先審閱契約內容即成立契約之條款，主要是因為此種授權軟體有易複製之特性，因此業者通常會在封面註明，購買者於拆開包裝後即不能退貨之約定，亦即在拆封使用者並未真正接觸到授權契約時，已經因為拆封

⁷² 王傳芬，前揭書，頁 203-204。林麗真，電子商務契約民事法律問題之研究，台北大學法學系博士論文，民國 94 年 7 月，頁 155。

⁷³ 王傳芬，同前註。

而被視為對包裝內所附契約條款之承諾。在網路交易之情形，網路業者往往無法與為數眾多之消費者一一磋商契約之內容，因此網路業者往往會在網頁上預先將契約條款透過電腦程式之設計放置於網頁中，消費者則必須利用滑鼠為工具，按下同意鍵後才能進行交易行為。其在網路上點選購買產品時只能依據網路業者於網頁上所載之說明或所提供之照片來瞭解產品之性質，其無法事先看到產品也無法試用之特性與拆封授權契約之性質類似。網站包裹契約是一種在網路上用滑鼠點選與出賣人締結契約之方式，依出賣人在網站上所設計之交易程序按鍵即可完成買賣契約，其又可分為二種情形，其一為瀏覽包裝契約，瀏覽包裝契約是利用網頁與連結的自動運作方式不需點選、接受即進入另一網頁，在做最後之確認契約訂立前，使用者不會被強迫審閱條款內容，直到要付款時，消費者才會意識到要在線上訂立契約。其二係按鍵同意契約，網路業者提供消費者在訂立契約有瀏覽契約條款之機會，在依指示基於消費者之意願點選、接受以滑鼠點選完成契約。此種契約締結方式之優點為網路業者可以使用透過程式設計輸入電腦程式方式，以電腦意思表示代其在一定之範圍內為意思表示，可以節省網路業者之時間並減低營運成本；其缺點為消費者在使用的過程中只能按同意鍵時才能進入交易程序之各個步驟，與網路業者訂定契約⁷⁴，由於消費者並無法事先參與契約條款之擬訂，是以，對這一問題如何加強維護消費者權益，應為相關主管機關在推動網路交易發展之際，所應面對之重要課題。

網站包裹契約為網路交易上普遍存在之締約方式，由上述可知，網站包裹契約屬定型化契約，鑒於定型化契約之擬訂過程，消費者往往無參與擬訂之機會，是以，相對於傳統交易之情形，對於此種新興交易類型之定型化契約之效力，如何從保護消費者權益之立場來加以規範，實屬重要之課題。有學者認為，在網路交易之情形，接受網路業者所擬訂之拆封授權合約，已成為利用網站下載資訊、線上進行購物、利用網站或為其他網路商業行為之前提要件。在網路交易充斥利用拆封授權合約之結果，使得使用者除非明確的按下同意的按鈕否則無法完成任何交易，從而拆封授權合約條款內容因此成為契約內容的一部分，相對人就不可以主張其並無法知悉拆封合約之內容，而不受拘束。縱使雙方當事人於線上交易前曾以諸如書信或電話聯絡等方式為意思表示，惟嗣後透過線上程序完成交易，仍有被解釋為修正原有契約內容之可能性⁷⁵。亦有認為，相較於拆封授權契約，網路交易的按鍵授權具有較高度的互動性，在授權契約條款之畫面上按下同意的按鈕，係比拆開封套之動作為更積極之承諾，既然拆封授權契約之方式都可成立契約，似乎

⁷⁴ 林麗真，前揭論文，頁 155-156。

⁷⁵ 馮震宇，論網際網路與消費者保護問題（下），資訊法務透析，1998 年 7 月，頁 47。

沒有理由反對按鍵授權之效力⁷⁶。

就比較法上觀察，由美國統一電腦資訊交易法案(UCITA)之規範以觀，對於網站包裝契約(限於交易客體為電腦資訊)，若符合下列要件，基本上網站包裝契約都可成立並生效，亦足以拘束契約相對人：即(1)提供能引起相對人注意的方式，供相對人有審閱之機會(不論其是否有真正仔細閱讀)，不論其呈現的時間在消費者付款之前亦或是付款之後，其亦可在消費者接觸或安裝該資訊時始呈現；(2)須經相對人明示的同意以表示其接受或承諾的意思，不論是以意思表示為之，亦或是以一定之行為為之，如以按鍵按下同意，但若僅僅是保有該資訊並無反對的意思表示並不構成明示的同意；(3)若相對人在付款前並無機會審閱大量授權契約條款，應賦予其退貨及得請求全額退費及相關費用之補償；(4)該契約約款不得為不合理條款、違反聯邦法律之規定或違反先前雙方當事人明示的約定⁷⁷。

網站包裹契約屬定型化契約，鑒於定型化契約在大量生產、大量銷售、大量消費的社會雖具有效率化，合理化及補充性的功能，成為現代社會交易的重要工具之一，惟因擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，其使用在大量生產、大量銷售、大量消費的社會交易中固無法避免，然其效力即應加以規範，對消費者權益之保護，似較為妥適。消費者保護法對於定型化契約有特別之規定，由於此等規範乃為定型化約款之一般原理原則，是以，解釋上應認為對於所有定型化約款，包括網站包裹契約在內皆有其適用，於消費者權益之保護，似較為周延。從而，在網路交易定型化契約條款之解釋上，由於定型化契約之內容，消費者並無法事先參與契約條款之擬訂，消費者在使用的過程中只能按同意鍵時才能進入交易程序之各個步驟，與網路業者訂定契約，如對於契約條款發生疑義時，參照消費者保護法第 11 條第 2 項規定，應為有利於消費者之解釋，如此始能兼顧當事人雙方權利義務之衡平。

(二) 定型化契約之特徵

有關定型化契約之特徵，可歸納如下：

1. 普遍性

消保法第 2 條第 7 款前段規定「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。」是以，企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，該契約乃具有規格化與標準化，且具有交易上制度或規範之性質，此乃鑒於定型化契約

⁷⁶ 郭聯彬，網路上軟體使用授權契約之研究，輔仁大學法律研究所碩士論文，民國 86 年 7 月，頁 140-141。

⁷⁷ 引自王傳芬，前揭書，頁 224。

在大量生產、大量銷售、大量消費的社會，為具有效率化，合理化及補充性的功能，而成為現代社會交易的重要工具之因素，其在現代交易制度下，不但有承認其存在之必要，而且有普遍接受之趨勢⁷⁸。

2. 契約為業者所預先擬定

定型化契約條款係由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能。

3. 原則上具契約要式性

在大量生產、大量銷售、大量消費的社會，經濟發展越複雜，法律關係越不單純，為求證據力之充分，契約之要式及公示性相對有其重要性，定型化契約既係經濟發展下之產物，為求締約基礎明確，一般皆將預先擬定之內容印製成書面，僅留少部分空白，供不特定締約之相對人簽名而已。然定型化契約條款以書面為之固屬常態，惟未必定型化契約條款即需以要式性為必要，此觀諸消保法第 2 條第 7 款規定，可知消保法對於定型化契約的形式，並不限於書面，只要是企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款，而交易相對人對於契約之內容無事先參與之情形，縱非以書面方式為之，其具有消保法所規範定型化契約之特性並不因之而有所改變，仍屬定型化契約型態之一種。

4. 契約雙方當事人之不平等性

定型化契約條款係由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，此乃因定型化契約受制於消費者與企業經營者間經濟地位懸殊，企業經營者通常是居於優越的地位，而弱勢之交易相對人對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，其對於契約內容則毫無討價還價之餘地⁷⁹。

5. 附合性

定型化契約條款在各國立法例上之所以以不同方式加以規制，乃是因為定型化契約條款係由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，亦即交易相對人對該條款並不具有協商討論及變更之能力，即不具有商議可能性，而僅有決定是否附合之選擇權⁸⁰。

⁷⁸ 劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局，民國 82 年 9 月再版，頁 52。

⁷⁹ 林榮耀，附合契約與消費者保護，法令月刊第 33 卷 1 期，頁 6。

⁸⁰ 陶德斌，定型化契約條款與誠實信用原則，成功大學法律研究所碩士論文，民國 92 年 7 月，頁 17。

(三) 定型化契約之流弊

鑒於定型化契約在大量生產、大量銷售、大量消費的社會，為具有效率化，合理化及補充性的功能，而成為現代社會交易的重要工具之一，且定型化契約條款係由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能；是故，在此背景下欲期待企業經營者與消費者本於契約自由原則而成立契約，事屬難予期待，在企業經營者藉經濟優勢地位，於其預先擬定之契約條款，如有濫用以追求自己之最大利益，而鮮少兼顧契約相對人應有之保障，則易產生如下之流弊：

1. 破壞契約自由原則

契約自由原則應以當事人之意思表示平等對立為前提，惟定型化契約之當事人並非以平等、自由意思來確定契約內容，形成消費者之自由意志附著於制定契約之企業經營者之意志上⁸¹，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，毫無自由可言。

2. 資力與智力無法相對抗衡

定型化契約條款常以專門且難以理解之文字作成，其內容間或以細小文字印製於繁雜之文件中，契約他方當事人多未注意而不知其存在；或知其存在惟無閱讀與理解之能力；即使理解其真意，知悉對己不利條款之存在，由於處於較企業經營者為弱勢之地位，多無討價還價之餘地⁸²，契約他方當事人對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能。

3. 不合理分配風險

企業經營者於訂立契約，決定交易條件時，難免利用其經濟上優勢地位，訂立有利於己而不當限制或剝奪相對人權益之條款，諸如免責條款⁸³、失權條款、管轄條款等對契約上之危險負擔作不合理的風險分配⁸⁴。

4. 逃避法典

鑒於定型化契約條款係由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，實質上可能將國家之任意法規加以變更、廢止或補充，以制定對自身企業有利之契約內容，此種現象似有逃避法典之情形⁸⁵。

⁸¹ 劉得寬，定型化契約檢討座談會，法治月刊第8期，民國70年12月，頁70。

⁸² 王澤鑑，債法原理第一冊--基本理論債之發生，2003年10月增訂版，頁95。劉春堂，論定型化契約，華南金融季刊第8期，民國88年12月出版，頁104。

⁸³ 免責條款係指當事人於契約中以文字免除或限制契約責任之條款。參閱林誠二，民法理論與問題研究，瑞興圖書公司，民國80年初版，頁181。

⁸⁴ 王澤鑑，前揭債法原理第一冊，頁94。

⁸⁵ 洪俊誠，附合契約之研究，司法官訓練所學員論文選集第28期，民國81年2月，頁95。

二、定型化契約條款構成契約內容之要件

(一)因意定原因而訂入契約

1.積極要件

(1)約款使用人向相對人提示其約款

提供定型化契約條款之企業經營者，必須先將定型化契約條款提示相對人知悉，俾使相對人處於可知悉並理解之狀態下，基於自由意志，同意定型化契約條款成為契約之內容。消保法第 13 條規定「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容（第 1 項）。前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件（第 2 項）。」是以，定型化契約條款之訂入契約，必須約款使用人以明示或其他合理之方式告知相對人，使相對人有機會知悉條款內容，於相對人同意後始成為契約之內容。

就消保法第 13 條第 1 項規定以觀，促使消費者注意之方式，可分為「個別明示」及「公開張貼公告」二方式，惟於「個別明示」有事實上困難時，才能以「公開張貼公告」方式代之⁸⁶。是以消保法第 13 條第 1 項前段規定「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容。」即以「個別明示」方式，向消費者明示定型化契約條款之內容為原則；同條項後段規定「明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容」，即以「公開張貼公告」，向消費者明示定型化契約條款之內容為例外情形。易言之，原則上約款使用人必須向相對人明顯地提示其使用之定型化契約條款，使其知悉該定型化契約條款之存在；至於明示之程度，只要足使一般相對人注意的程度，則其明示之義務即已履行，不論相對人是否有閱讀該定型化契約條款⁸⁷。

於此應說明者，係在締約地以顯著之位置張貼公告，其張貼方式需達於使一般水準之消費者，不可能疏忽之情形，至於每一消費者是否真正會閱讀公告之內容，在所不問⁸⁸。有疑義者，所稱「明示其內容顯有困難」，究何所指？有認為主要係發生於兩種交易場合，其一是與消費大眾所締結之契約，蓋因此種情形缺乏個別的接觸而無法向消費者明示其內容，例如自動販賣機；其二是交易頻繁的大量契約，蓋因此種契約雖有向消費大眾明示其內容之可能，惟依其交易方式或型態，有現實上

⁸⁶ 劉宗榮，定型化契約，消費者保護研究第三輯，行政院消費者保護委員會編印，民國 86 年 4 月，頁 137-138。

⁸⁷ 劉宗榮，前揭定型化契約論文專輯，頁 18。

⁸⁸ 黃立，前揭民法債編總論，頁 99。

之困難，如戲院、博物館、運動比賽之門票等是⁸⁹。然評估明示其內容是否顯有困難，應就具體個案，考量交易上客觀因素而予以認定，以解決是類爭議事件，似較為妥適。

至於所謂「經消費者同意受其拘束」之認定，似無庸嚴格認定，蓋因該條文之規定在於使消費者得以處於瞭解該定型化契約條款內容之情形，是以只要消費者對於該定型化契約條款得以預見，而客觀上可能同意，便可認為消費者業已同意受其拘束，而不以其主觀上具體之同意為要件，如此解釋方能避免消費者以該條文之規定作為不履行契約之藉口，而影響交易上之秩序⁹⁰。然消保法第 13 條第 1 項後段規定「須經消費者同意受其拘束，該條款才能成為契約之內容」，就該規定內容而言，似不合理，蓋在此情形，企業經營者必須能證明其所張貼之公告，不但已為相對人所知悉、瞭解，更同意受其拘束，亦即企業經營者就相對人同意受拘束負有舉證責任，否則就無法成為契約之內容。是以，有學者認為，企業經營者以公告方式代替明示定型化契約條款內容時，若消費者有機會以可得期待之方式得知其內容時，應擬制消費者對該條款之承諾接受，以解決實務上困難之處⁹¹。

此外，消保法第 13 條第 2 項規定「前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件。」，就該規定內容以觀，有學者認為其性質為消費者之定型化契約條款影本請求權，企業經營者若經消費者請求而不為履行，消費者得依債務不履行之規定來主張其權利，而不得對於契約之效力有所抗辯⁹²。此乃為使消費者有審閱定型化契約條款之機會並作為保留主張其權利之證據，是以，乃使消費者得以保留定型化契約條款之影本，就保護消費者權益而言，似較為周延。

(2)訂約前應給予相對人合理審閱期間

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，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容（第 1 項）。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（第 2 項）。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（第 3 項）。」按給予消費者合理審閱期間，以促使其考量締約與否之利與弊，對消費者權益之保障已為足夠，如任由消費者

⁸⁹ 馮震宇等四人合著，消費者保護法解讀，月旦出版社，2005 年 5 月 3 版，頁 109。

⁹⁰ 李伸一，消費者保護法論，凱倫出版社，民國 84 年 4 月初版，頁 153。

⁹¹ 黃立，消保法之定型化契約條款(一)，月旦法學教室第 15 期，民國 93 年 1 月，頁 107。

⁹² 馮震宇等四人合著，前揭消費者保護法解讀，頁 109。

在經過合理審閱期間，並與企業經營者締結契約之後，以審閱期間內未對條款內容進行了解為由，主張定型化契約條款不構成契約內容，則不僅有害交易安全，對消費者之保護亦屬過於浮濫，就二者利益衡量而言，顯有失衡之虞。就上開規範而言，在企業經營者向消費者明示，如未提供消費者有合理的時間與機會瞭解條款內容，則消費者根本無從依其自由判斷採取合理的消費行為，為保障消費者權益，實應給予消費者對定型化契約條款有合理的審閱期間，至於消費者在此審閱期間內是否真正進行閱讀或瞭解，則非所問⁹³。

就消保法第 11 條之 1 規定之規範目的而言，乃在給予定型化契約之消費者，充分了解契約內容之機會，避免消費者於匆忙間，不及了解依契約所得主張之權利及應負擔之義務，致訂立顯失公平之契約，而受有損害；是以，只要消費者於簽約前，已充分了解契約之權利義務關係，或有可認為消費者能認識契約權利義務關係之合理審閱期間，即不得引用消保法第 11 條之 1 之規定，而為抗辯⁹⁴。至於經中央主管機關公告之定型化契約應記載事項，因具制度性質，相對人應有可得知悉之機會，且為中央主管機關審核公告，其情形應較趨於公正，縱未提示於相對人亦未給予合理審閱期間，亦不致發生不公平之情事。

有疑義者，如消費者逾相當期間未主張消保法第 11 條之 1 第 2 項之同意權，是否可再行使？關於此問題，消保法及其施行細則對此問題，尚無明文規範，解釋上非無疑義。若消費者逾相當期間後，始主張該條款構成契約之一部者，此種權利之行使方式似與誠信原則有違，亦破壞長久已存在之法律秩序，為顧及法律秩序之安定，解釋上應有一行使之期間，如逾此相當期間，消費者應不得再對契約審閱期間之問題予以爭執，以避免法律秩序之失序造成混亂，似較為妥適；至於期間之長短宜由立法意識形成予以明文規範，以杜爭議，惟在立法意識形成予以明文規範前，似宜由法院依實務見解之發展而就具體個案解決之。

消保法第 11 條之 1 有關審閱期間之規定，乃在確保消費者於訂約之前，確實有機會詳閱全部條款內容，以了解條款所定之權利義務關係，並就不明意義之條款，請企業經營者再為說明，或就不利於己之條款，與企業經營者再行磋商，俾維護本身之權益⁹⁵。實務上常見企業經營者所提供預先擬定之定型化契約上載明「本契約（及其附件）業經甲方於簽約前 0 日，審閱全部條款內容」等文字，已表明約款利用人已履行消

⁹³ 劉春堂，前揭論定型化契約，頁 107。

⁹⁴ 參照台北地方法院 91 年度重訴字第 481 號民事判決。

⁹⁵ 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 44。

保法第 11 條之 1 所規範之義務，類此條款效力如何？按此條款係屬定型化契約條款，其仍應受到消保法上定型化契約相關規定之規範。如有字體細小、位置隱蔽、印刷不清或其他情事，導致相對人難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容；又如系爭定型化契約條款之條文數量不少、詳細內容複雜，客觀上不可能為一般消費者於簽約當場或簽約前之短暫時間內，予以全部審閱，惟該定型化審閱期間條款，卻載明消費者已當場或在短暫時間內審閱全部條款內容，此條款顯屬突襲，而該當異常條款之情形，是以不構成契約內容⁹⁶。

鑒於賦予審閱期間之義務為法律上之強行規定，是以不得以特約加以排除，亦不得以特約排除舉證責任轉由相對人承擔，否則將無法貫徹保護相對人知的權利之立法意旨⁹⁷。消費者對於企業經營者是否有提供審閱期間有所爭執時，參照消保法第 4 條、第 5 條及第 11 條之 1 第 1 項等規定，企業經營者應負舉證責任⁹⁸，此蓋由於企業經營者在締約時應盡揭露之義務，如有爭議，當由企業經營者證明該條款已在合理期間為消費者審閱。

於此有疑義者，係企業經營者係以公告之方式表示其內容者，則應否受消保法第 11 條之 1 有關審閱期間規定之拘束。按審閱期間之規範，似適用於企業經營者向消費者明示其內容之情形。易言之，若企業經營者之提示方法，係採向消費者明示其內容者，則其必須同時給予消費者審閱契約內容之合理期間；然如企業經營者係以公告之方式表示其內容者，則解釋上應不受此條文之拘束。蓋如前所述，企業經營者之所以利用公告為之，多因其明示其內容有顯著之困難，如契約當事人欠缺面對面之機會，或是進行大量交易快速進行之場合；此時，締約時間往往相當短促，無法期待企業經營者對消費者個別明示約款，消費者亦不可能有閱讀定型化契約條款之時間。若仍要求審閱之合理期間，則所有此種締約型態下之定型化契約條款將皆無法構成契約之內容。惟在企業經營者係以公告方式表示其內容之情形，應注意消保法第 13 條第 1 項之規定，即定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。

於此應說明者，有關定型化契約合理審閱期間之認定，固依交易種類、定型化約款之重要性、牽涉之事項多寡與複雜程度等因素而有不

⁹⁶ 同前註。

⁹⁷ 消費者保護法專案研究實錄第三輯，行政院消費者保護委員會編印，民國 91 年 6 月，頁 79。

⁹⁸ 參照行政院消費者保護委員會 91 年 7 月 2 日消保法字第 0930001698 號函。

同。有疑義者，在網路交易定型化契約合理審閱期間之認定為何，誠值探討。在網路交易所面臨審閱期間之問題，並非企業者所提供審閱之時間不足，而是相對人限於連線時間之限制以及網路迅速之特性，往往相對人會想在極短之時間內決定是否接受契約條款，就此而言，審閱期間之長短於網路上係由相對人自行決定，且網路交易之特色在於其快速便捷，若解釋為企業經營者有違反消保法第 11 條之 1 第 1 項規定，似將衍生無謂之糾紛⁹⁹。就實務情形以觀，行政院消費者保護委員會 96 年 10 月 25 日第 151 次委員會議審查通過之「線上遊戲定型化契約應記載及不得記載事項」、「線上遊戲定型化契約範本（修正草案）」，在應記載事項第 1 點明訂消費者之契約審閱期間至少 3 日。就網路交易而言，以線上遊戲契約締結流程為例，線上遊戲契約條款乃是以電磁紀錄之方式呈現在網路業者之網頁上，而非如傳統以書面為締約，從而線上遊戲公司無法如同傳統交易般，一一交付書面定型化契約予玩家（消費者），除非玩家（消費者）限於連線時間與其他限制，必須在極短的期間內決定是否接受網頁上所揭示的「同意」之按鈕，否則對網頁上線上遊戲定型化契約條款之瀏覽並無時間限制，玩家（消費者）自得慢慢詳細閱讀，瀏覽完畢後也不會強制玩家（消費者）要立即締約，瀏覽次數也沒有任何限制，在此情形下，玩家（消費者）應已有合理適當之審閱機會及時間，就此而言，鑒於線上交易貴在迅速便捷之特性，以網頁呈現的線上遊戲定型化契約條款似已符合消費者保護法第 11 條之 1 對審閱期間規範之意旨。是以，上開「線上遊戲定型化契約應記載及不得記載事項」，在應記載事項第 1 點明訂消費者之契約審閱期間至少 3 日之情形，在網路交易貴在迅速之特性，該等規定是否妥適，似非無商榷之餘地。

(3) 當事人意思表示合致

就企業經營者提供定型化契約條款之情形而言，解釋上應認其欲以此與消費者為締結契約之要約，而消費者以意思表示來同意承諾，意思表示即為合致；此同意得以明示或默示為之，惟不得以單純之沉默而認定消費者為同意之承諾¹⁰⁰。此外，消保法第 13 條第 1 項規定「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。」是以，定型化契約條款除符合上開明示或公告、審閱期間等規定，且非屬因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識情形之異常條款，如當事人間對定型化契

⁹⁹ 王傳芬，網路交易法律錦囊，元照出版公司，2000 年 10 月初版，頁 231-233。

¹⁰⁰ 王澤鑑，前揭債法原理第一冊，頁 101。

約條款意思表示合致，該定型化契約條款始成爲定型化契約之內容。

此外，消保法第 17 條規定「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（第 1 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（第 2 項）。企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核（第 3 項）。」就中央主管機關上開規定所公告之定型化契約應記載或不得記載事項而言，應記載事項不以訂入定型化契約中爲必要，仍構成契約之內容；易言之，企業經營者無須對消費者提示此類應記載事項之約款，亦無須給予消費者了解其內容之可能，此類條款即訂入契約。蓋此類條款應屬行政命令，且係居於第三人中立地位之主管機關所制定，應較能衡平雙方利益，且其具有制度之性質，當事人雙方自應受其拘束¹⁰¹。惟此類條款仍應受到消保法第 12 條等規定之審查與規制。於此應予釐清者，係「定型化契約範本」與「定型化契約應記載或不得記載事項」應有所區分，主管機關所擬定公告之定型化契約範本，僅供相關企業經營者與消費者從事交易之參考，尙無法強制適用，然實際上企業經營者爲避免爭議，仍會選擇以主管機關所公告之定型化契約範本作爲契約內容；至於「定型化契約應記載或不得記載事項」，係依據消保法第 17 條第 1 項規定，針對特定行業定型化契約所作之公告，具有強制適用性，應記載事項雖未記載於定型化契約中，仍然構成契約內容，不得記載事項如記載於定型化契約時，則此不應記載事項條款仍然是無效（參照消保法第 17 條第 2 項）。是以，目前主管機關所公告相關行業之定型化契約範本，對企業經營者與消費者雙方而言，僅供從事交易之參考，惟實務上法院在審理消費爭議案件時，仍會將主管機關所公告之定型化契約範本內容，認定爲企業經營者應對消費者保護之最低標準。

2. 消極要件

(1) 約款非屬「異常條款」

消保法第 14 條規定「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」同法施行細則第 12 條規定「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」該等規定似鑒於如定型化契約條款符合上開異常條款規定，乃使上述有關明示公告、審閱期間等規定形同具文，而對消費者權益產生不可預期之傷害，是以，定型化契約條款如爲無法預見或難以注意或辨識，則爲保障消費者權益，該異常條款乃不構成契約內

¹⁰¹ 劉宗榮，前揭定型化契約論文專輯，頁 21。

容；惟針對難以注意或辨識之條款，如消費者考量影響本身利害大小之情形而作有利本身權益之抉擇時，參照消保法施行細則第 12 條但書規定，亦得選擇讓該異常條款構成契約之內容。異常條款之所以成為定型化契約之消極要件，乃因定型化契約是作為規範當事人日常交易之權利及義務之用，消費者必然期待該定型化契約所載之約款能涵蓋該契約書所適用之特定法律行為各方面，因此消費者可以被期待對此等約款熟稔；反之，若要求消費者對於與該法律行為約款相左之約款亦應予以注意並表示異議，否則該等約款即訂入契約，且對消費者發生拘束力，顯然是不公平¹⁰²。就異常條款之構成而言，只要該約款對於該法律行為而言是「異常」即足以構成，與該約款是否公平無關¹⁰³。

由上開規範以觀，消保法對異常條款之規定似可區分為二類型，即「無法預見之條款」與「難以注意或辨識之條款」。所謂「難以注意或辨識之條款」，係指消費者難以注意其存在或辨識之條款。至於「無法預見之條款」，係指條款之內容超過一般消費者依其知識程度、社會經驗所得瞭解之範圍，或條款之內容相較於同一契約之其它條款，顯然不合理，超過一般消費者期待可能性之範圍。在「難以注意或辨識之條款」之情形，例如字體太小、字體非消費者日常通用之一般字體、印刷不清楚、就重要事項未為提醒注意標示並將之置於不明顯之處¹⁰⁴等是。

(2) 約款非屬「個別磋商條款」

消保法第 2 條第 7 款規定「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」同條第 9 款規定「定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。」同條第 8 款規定「個別磋商條款：指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。」是以，個別磋商條款與定型化契約條款區別之所在，乃在於該條款是否經由契約當事人個別磋商，而有該條款內容之合意。易言之，定型化契約條款必須是由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能。

¹⁰² 劉宗榮，前揭定型化契約論文專輯，頁 34。馮震宇等四人合著，前揭消費者保護法解讀，頁 111。

¹⁰³ 劉宗榮，前揭定型化契約，頁 138。

¹⁰⁴ 馮震宇等四人合著，前揭消費者保護法解讀，頁 110。劉春堂，前揭論定型化契約，頁 108。

鑒於個別磋商條款係由契約當事人間磋商、協議而成，為達私法自治之要求，在契約自由原則範圍之內，國家法律宜避免介入，似較為妥適，是以，解釋上其效力自應優先於僅剩形式契約自由之定型化契約條款¹⁰⁵。對此問題，消保法第 15 條亦規定「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」此乃由於個別磋商條款既由契約當事人協商議定，基於契約自由原則，對該條款之解釋自應尊重契約當事人之意思，而不應如同定型化契約條款般之以保護弱勢消費者為目的，而採對消費者有利之解釋原則，就此而言，對於個別磋商條款之解釋，尚無消保法第 11 條第 2 項之適用餘地¹⁰⁶。由於個別磋商條款係由契約當事人所協商議定，是以在個別磋商條款之解釋上，應優先適用民法第 98 條探求當事人之真意，而排除適用消保法第 11 條第 2 項有利消費者解釋原則之規定。其次，就消保法第 15 條規定以觀，係在揭示非定型化契約條款之個別磋商條款與定型化契約條款共同構成契約之一部分時，個別磋商條款之效力較定型化契約條款之效力優先，此乃基於個別磋商條款為當事人間真正之合意，而定型化契約條款僅為「假設」的當事人合意，是以，解釋上應以當事人真正之合意具有優先性¹⁰⁷，似較為妥適。

再者，判斷契約條款究屬定型化契約條款或是個別磋商條款，必須就該契約訂定之過程觀之。若該條款係由企業經營者預先擬定提出，且消費者就該條款並無協商議定之可能時，該條款應為定型化契約條款，然如該條款雖由企業經營者事先擬定提出，惟企業經營者同意給予消費者就該條款有協商之可能時，則該條款即為個別磋商條款。此外，判斷個別磋商條款與定型化契約條款，尚不宜只從契約條款外型予以判斷，尚應兼顧當事人是否有真正契約自由、是否各能影響契約內容、是否具備締約之一般知識或經驗等各項事實，而作綜合判斷，以避免造成企業經營者規避定型化契約規範之漏洞¹⁰⁸，似較為妥適。是以，定型化契約條款與個別磋商條款區別之實益，乃在於個別磋商條款適用民法一般解釋原則，在適用解釋時應先探求當事人之真意，且其效力優先於定型化契約條款；至於定型化契約條款在適用解釋時，應注意消保法第 11 條第 2 項有利於消費者解釋原則之規定。

(二)因法定原因而訂入契約

¹⁰⁵ 詹森林，前揭定型化契約之基本概念及其效力之規範，頁 63-64。

¹⁰⁶ 王澤鑑，前揭債法原理第一冊，頁 100。

¹⁰⁷ 楊淑文，新型契約與消費者保護法，翰蘆圖書公司，2002 年 7 月，頁 198。

¹⁰⁸ 劉宗榮，前揭定型化契約論文專輯，頁 4-5。

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之應記載或不得記載之事項。」此乃由於對部分重要行業使用之定型化契約，為保障消費者權益，有加強管理之必要，特別立法授權主管機關得依其裁量，規定定型化契約應記載或不得記載之事項。主管機關公告之應記載事項尚非因契約當事人之合意而訂入契約，而係因公告而直接成為契約之一部內容。

有疑義者，經公告之定型化契約應記載或不得記載事項之法律性質為何？由消保法第 17 條第 1 項規定以觀，該法授權中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約之應記載或不得記載之事項；由於中央主管機關之公告，實質上乃對契約自由原則之修正，並具有導正定型化契約之作用，其性質為何，學說見解紛歧，述之如下：

1. 一般處分

依消保法第 17 條第 1 項所為之公告，非但係行政機關行使公權力就特定具體事項所為，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」，即可得確定相對人之範圍為該行業使用定型化契約者，故而承認此公告屬於行政處分¹⁰⁹。

2. 法規命令

中央主管機關依據消保法公告定型化契約「應記載事項」、「不得記載事項」，其法律性質，具有委任立法（法規性命令）性質，違反之者，該一般條款無效¹¹⁰。

3. 非「行政處分」亦非「一般處分」

該公告係基於消保法第 17 條第 1 項授權所為，其所針對係現在、未來不特定之業者，所為反覆性、多次性之規範，自與針對特定人、具體事件之行政處分不同。至於業者是否得依「一般性特徵可得確定之範圍」，並非所問，蓋一般行政處分亦屬一次完成之性質，此項公告卻係一項反覆實施的一般性抽象規定。即便自「一般性特徵可得確定範圍」之觀點而言，公告發生效力之範圍並無法透過任何具體之一般性特徵得知受規範者確實之範圍為何；是以，此項公告非屬行政處分或一般處分¹¹¹。

針對上開議題，行政院消保會於 95 年 3 月 3 日邀請專家學者進行討論，會中意見多認應屬「法規命令」，雖係針對特定行業，然該行業中業者可自由進出，無特定業者、特定人。至於其公告程序，因與行政院公報

¹⁰⁹ 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，民國 89 年 9 月，頁 29。葉啓洲，論保險契約之內容控制，輔仁大學法律研究所碩士論文，民國 85 年 6 月，頁 28，註 65。

¹¹⁰ 劉宗榮，前揭定型化契約，頁 147。

¹¹¹ 蕭文生，行政機關公告行為之法律性質，月旦法學教室第 40 期，2006 年 2 月，頁 22。

發行要點第 4 點規定所認之「法規」(即「中央法規標準法之命令及指定法規施行日期之令」、有法律授權依據,具對外效力,需踐行預告程序及送立法院查照之非屬中央法規標準法第 3 條所列 7 種名稱之法規命令)及「公告對象」仍屬有間,故其公告程序,宜依公文程式條例第 2 條第 1 項第 5 款規定,由主管機關辦理相關公告程序,並以印製單行本或宣導摺頁分送方式,廣為宣導,以達到藉由公告定型化契約應記載及不得記載事項來保障消費者權益之目的¹¹²。

就消保法第 17 條第 2 項規定「違反前項公告之定型化契約,其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力,依前條規定定之。」觀之,其效力與傳統上民法規範應記載事項之效力不同。在傳統上所謂應記載事項是屬於法律行為之要式要件,若有欠缺則視情形嚴重程度,會導致法律行為無效;然消保法施行細則第 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。」在欠缺應記載事項之情形,該契約並非無效,而是該應記載事項逕為契約之內容。法定應記載事項因中央主管機關之公告而當然成為定型化契約條款,因此種定型化契約條款具制度性質,相對人應有可得知悉之機會,縱未提示於相對人亦未予以合理審閱期間,就相對人而言,尚不致有顯失公平之情事。

三、定型化契約之解釋

(一)客觀解釋原則

消保法第 2 條第 7 款前段規定「定型化契約條款:指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用,所提出預先擬定之契約條款。」是以,企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用,該契約乃具有規格化與標準化,且具有交易上制度或規範之性質,此乃鑒於定型化契約在大量生產、大量銷售、大量消費的社會,為具有效率化,合理化及補充性的功能,而成為現代社會交易的重要工具之因素。因而其解釋自應客觀為之,方能達到公平合理之目的。惟客觀解釋原則之標準何在?容有疑義。有認為所謂客觀之解釋,係以該約款所預定適用之特定或不特定對象平均合理之理解可能性為基準¹¹³。有認為客觀解釋原則,仍應以定型化契約條款所預定適用之不特定消費者之平均合理的理解可能性來作為標準¹¹⁴。有認為應以通常一般人的瞭解可能性為解釋之標準¹¹⁵。鑒於定型化契約在大量生產、大量銷售、大量消費的社會,雖為具有效率化,合理化及補充性等功能,且具有交易上規

¹¹² 行政院消費者保護委員會 95 年度第 16 次業務會報資料,95 年 9 月 18 日,頁 30。

¹¹³ 劉春堂,一般契約條款之解釋,民法債篇論文選輯(上),鄭玉波主編,民國 73 年 7 月初版,頁 227-228。

¹¹⁴ 劉宗榮,前揭定型化契約,頁 133。

¹¹⁵ 王澤鑑,前揭債法原理第一冊,頁 103。

格化與標準化之特性，惟其型態仍屬契約之一種，另參照消保法第 2 條第 7 款規定，定型化契約條款指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。是以，使用定型化契約之企業經營者，其交易相對人雖為不特定多數消費者，然該不特定多數消費者仍可得確定其性質為潛在之消費者，因而，解釋上應認客觀解釋原則，仍應以定型化契約條款所預定適用之不特定消費者之平均合理的理解可能性來作為標準，似較為妥適。

客觀解釋原則於實際運用上，應注意下列情形¹¹⁶，茲分述如次：

(1)特殊術語或文句之解釋

定型化契約條款之用語有時會使用各種專業用語，此時對這些條款之解釋，便應該以該定型化契約條款所預定適用的消費者平均合理之理解可能性為標準。

(2)對外國語之解釋

定型化契約條款中如果有使用到各種的外國語文，仍應以該定型化契約條款所預定適用之消費者平均合理的理解可能性為標準，而不論該外國語在其本國的原本或特殊意涵。

(3)引用法條或法典文字之解釋

在定型化契約條款中如果引用法條或法典文字，仍應以該定型化契約條款所預定適用之消費者平均合理的理解可能性為標準，蓋定型化契約條款雖引用法條，但其仍為契約，所引用的法條仍為定型化契約條款的一部分，亦應適用前述的定型化契約解釋的客觀原則，而非以法規範的純客觀原則為斷。

(二)有利於消費者解釋原則

消保法第 11 條第 2 項規定「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」此乃鑒於定型化契約條款，乃是由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，是以在企業經營者基於經濟、資訊地位之不平等，以自己最大利益為考量及預先擬定契約條款之情形下，對此一條款之解釋，如有數個解釋選擇時，為能平衡此一地位上不平等所造成之不公平，解釋上應選擇對消費者有利之解釋，方屬持平之論。定型化契約條款之內容縱然因行政監督而已經由行政機關認可，亦有此原則之適用，蓋行政機關從行政監督之立場，就約款之使用所為之認可，僅從公法面向觀察，並不含有拘束司法機關之意義，從而司法機關就經行政機關認可之

¹¹⁶ 張峻源，線上遊戲契約之研究，成功大學法律學系碩士論文，民國 94 年 7 月，頁 94。

約款，如認為仍有不明瞭或有矛盾者，自得本其職權而做妥適之解釋¹¹⁷。對不明確條款做有利於消費者解釋原則，係淵源自羅馬法「有疑義，應為表意者不利益之解釋」¹¹⁸。

茲舉線上遊戲契約訂定過程為例，線上遊戲網站、遊戲伺服器、遊戲軟體、電磁記錄皆為線上遊戲公司所控制，雙方所賴以明瞭權利義務所為之定型化契約條款，亦為企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。是以，在所有流程幾乎為線上遊戲公司所控制之情形下，玩家往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，就此而言，觀之線上遊戲契約訂定之過程，線上遊戲業者係居於絕對優勢之地位，在線上遊戲定型化契約條款有不明確條款之情形時，自應做有利於消費者之解釋原則，方屬持平之論。

(三) 個別磋商條款優先原則

消保法第 15 條規定「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。」此乃由於個別磋商條款既由契約當事人協商議定，基於契約自由原則，對該條款之解釋自應尊重契約當事人之意思¹¹⁹。由於個別磋商條款係由契約當事人所協商議定，是以在個別磋商條款之解釋上，應優先適用民法第 98 條探求當事人之真意。其次，就消保法第 15 條規定以觀，係在揭示非定型化契約條款之個別磋商條款與定型化契約條款共同構成契約之一部分時，個別磋商條款之效力較定型化契約條款之效力優先，此乃基於個別磋商條款為當事人間真正之合意，而定型化契約條款僅為「假設」的當事人合意，是以，解釋上應以當事人真正之合意具有優先性¹²⁰，似較為妥適。

四、定型化契約之審查標準

(一) 公序良俗

民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」就該條規範以觀，乃在於限制私法自治原則，避免法律行為成為違反倫理道德之工具，從而對於違背公序良俗之法律行為，使其無效，以維護法律本身與社會價值體系¹²¹。所謂「公共秩序」，是指國家社會之一般利益而言，包括整體法秩序的原則與價值體系¹²²；至於「善良風俗」，係指社會的一般道德觀

¹¹⁷ 劉春堂，前揭一般契約條款之解釋，頁 236。

¹¹⁸ 劉宗榮，前揭定型化契約，頁 133。

¹¹⁹ 王澤鑑，前揭債法原理第一冊，頁 100。

¹²⁰ 楊淑文，前揭新型契約與消費者保護法，頁 198。

¹²¹ 徐慧怡，定型化契約解釋之研究，文化大學法律研究所碩士論文，民國 73 年 6 月，頁 215。

¹²² 王澤鑑，民法實例研習-民法總則，三民書局，民國 82 年 9 月 13 版，頁 245。

念，強調道德倫理性¹²³。就公序良俗之內涵而言，乃是抽象、變動的，係隨著不同的社會體系與文化價值而有所差異，而能使法律得以跟隨著社會體系與文化價值之變遷而為意義內涵之修正與補充，以符合當時社會之需要，避免法律與社會國家的一般價值發生背離現象。至於法律行為是否違反公序良俗，應就法律行為之內容，綜合附隨情況以及當事人之動機、目的和其他相關因素等判斷之¹²⁴，似較為妥適。

就民法第 72 條規定而言，對於限制個人自由或利用優勢社會、經濟壟斷地位而締結之不合理契約，都曾被認定違反公序良俗而無效，早期實務見解亦認為公序良俗為定型化契約條款內容控制判斷標準之一，惟於消保法制定生效後，民法第 72 條規定雖仍有適用餘地，然其規範功能似屬有限，實務上援用之情形已少見¹²⁵。

(二) 平等互惠原則

所謂平等互惠，係指定型化契約條款之使用人固得本於契約自由原則，並為其正當利益，而為利己之規定，然必須兼顧相對人之正當利益，尤其應注意不得因該利己之約定，導致相對人處於法律上毫無救濟之地位¹²⁶。消保法第 11 條第 1 項規定「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。」至於何種情形為違反平等互惠原則？消保法施行細則乃於第 14 條規定「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：(1) 當事人間之給付與對待給付顯不相當者。(2) 消費者應負擔非其所能控制之危險者。(3) 消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。(4) 其他顯有不利於消費者之情形者。」以杜爭議。如企業經營者在定型化契約中所使用之條款，有未本平等互惠原則之情形，則依消保法第 12 條第 2 項第 1 款規定，推定為顯失公平而無效。蓋定型化契約乃是由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，是以在企業經營者基於經濟、資訊地位之不平等，以自己最大利益為考量及預先擬定契約條款之情形下，易產生交易之弊端，侵害相對人法律上應受保障之利益，而衍生與平等互惠原則有違之不公平待遇。

至於判斷具體個案中所使用之定型化契約條款，是否有違反平等互惠原則之情形，則依消保法施行細則第 14 條規定，應考量下列情事：(1) 當事人

¹²³ 詹森林，前揭消費者保護法之定型化契約最新實務發展，頁 38。

¹²⁴ 王澤鑑，前揭民法總則，頁 311-313。

¹²⁵ 王澤鑑，前揭債法原理第一冊，頁 95。

¹²⁶ 詹森林，前揭定型化約款之基本概念及其效力之規範，頁 28。

間之給付與對待給付顯不相當者。(2) 消費者應負擔非其所能控制之危險者。(3) 消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。(4) 其他顯有不利於消費者之情形者。茲分述如次：

(1)當事人間之給付與對待給付顯不相當者

一般而言，給付之對價關係為當事人交易時考量之重要因素，對價平等性，乃當事人間認為其給付具有相等之交換價值，而願意各以其給付換取他方之對待給付¹²⁷。鑒於私法自治原則，法律均相當的尊重當事人間有關契約之效力¹²⁸；惟有時基於締約基礎的不當性，法律便會介入其間契約之效力，諸如民法第 205 條有關約定利率超過週年百分之 20，債權人對之無請求權之規定是；是以，定型化契約基於其特殊性，若當事人間之給付與對待給付顯不相當，便有違平等互惠原則，而推定顯失公平，俾保護弱勢消費者權益，並維護契約之實質正義¹²⁹。

茲舉例說明如次：以往在百貨公司或賣場常可見到「貨物出門，概不退换」之定型化約款標語，究其目的固在排除買受人之瑕疵擔保請求權，然其結果則將導致買受人支付之價金與其獲得之物品顯失對價上之平等，此即有「當事人間之給付與對待給付顯不相當」之情形，依消保法第 12 條第 2 項第 1 款之規定，應推定其顯失公平¹³⁰。

(2)消費者應負擔非其所能控制之危險者

所謂消費者應負擔非其所能控制之危險者，參照台灣最高法院台南分院 88 年度上字第 369 號民事判決，係指未依優勢之風險承擔人理論，將風險分配於支付最少成本即可防阻風險發生或分散損失之人（企業經營者），而將是項風險，分配由無預防損害發生能力及難以分散損失之相對人（消費者）承擔；亦即指該風險之發生，係因不可抗力或基於社會上一般通念均認為非消費者所能阻止或使其發生而言。實務上最高法院 73 年度第 10 次民事庭會議決議，認為金融機關在定型化契約中載明免責條款，諸如：「印鑑或簽章遭第三人偽造或變造，應由存款人負責。」，該條款應為無效，蓋因其違反公共秩序。就保護消費者權益而言，該條款將使存款人負擔非其所能控制之危險，有違平等互惠原則，解釋上應為無效，似較為妥適。

茲舉例說明如次：信用卡發卡機構於其定型化約款中規定：「信用卡被竊或遺失時，持卡人及其連帶保證人對未辦妥書面掛失手續前遭冒用所

¹²⁷ 詹森林，前揭定型化契約之基本概念及其效力之規範，頁 30。

¹²⁸ 王澤鑑，民法實例研習叢書—債編總論，三民書局，民國 78 年 3 月三版，頁 70。

¹²⁹ 戴志傑，定型化契約之相關法律問題研究，消費者保護研究第八輯，行政院消費者保護委員會編印，民國 92 年 3 月，頁 21。

¹³⁰ 詹森林，民事法理與判決研究（三），元照出版公司，2003 年 8 月初版，頁 58。

生之損害，無論其簽名是否完全相符，仍應負清償之責。」即有「消費者應負擔非其所能控制危險」之情形，是項約款，顯違平等互惠原則，應屬無效。蓋發卡機構原則上僅於依照持卡人之指示，而付款於特約商店時，始得向持卡人請求返還其已代付之款項。持卡人是否已為付款之指示，則應由發卡單位依特約商店所寄交之簽帳單認定之。故發卡機構決定付款予特約商店前，有審查簽帳單上之簽名是否與持卡人真正簽名相符的義務與機會。反之，持卡人就其信用卡是否已遭冒用，毫無得知之可能，亦無阻止之能力。再就特約商店而言，於其決定接受信用卡而出賣商品或提供服務時，亦得審查實際使用該信用卡而消費者之簽名，與信用卡上既有之簽名，是否相符。特約商店未盡注意義務，致未查覺簽名係屬偽造者，固不得將此發生之危險，歸由持卡人負擔。縱因偽造之簽名客觀上難以辨識，致特約商店無從查覺者，就此項客觀上難以辨識簽名真偽之危險，於發卡單位與持卡人二者間，仍應歸由前者負擔，始為持平之論¹³¹。

(3)消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者

為了確保債務之履行，定型化契約條款中通常會約定債務人違約時，應負擔一定數額之賠償金額。為保護經濟上之弱者及避免債權人巧取利益，若其約定金額過高，法院均得減至相當之數額；至於酌減之標準仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人實際上所受之損害以及債務人若能如期履行債務，債權人可得享受之一切利益等因素加以考量¹³²。是以，實務上最高法院 68 年度第 9 次民事庭會議決議，認為若契約條款使得當事人之一方負擔顯不相當之賠償金額時，依民法相關規定僅得請求法院酌減至相當之數額，而不逕認為該約款為無效。

鑒於定型化契約乃是由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能，從而消費者對於違約時應負擔顯不相當賠償責任之條款，其意思表示受到限制，是以為保護消費者權益，消保法施行細則第 14 條第 3 款規定，契約條款約定消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任之情形，為違反平等互惠原則，依消保法第 12 條第 2 項第 1 款規定，推定為顯失公平而為無效。此規定可督促企業經營者於擬訂定型化契約條款時，能夠擬訂合理之違約金額，除可確保契約之履行外，亦可兼顧消費者之權益。

(4)其他顯有不利於消費者之情形者

¹³¹ 詹森林，前揭民事法理與判決研究（三），頁 60-61。

¹³² 參照最高法院 49 年度台上字第 807 號民事判例。

其他顯有不利於消費者之情形者，乃係一概括性之規定，使法院在認定該定型化契約條款是否有違平等互惠原則時，可依據個案加以判斷，使其能彈性地處理具體個案所生爭議。

(三)誠信公平原則

誠信原則為法律倫理價值之崇高表現，學者常稱之為「帝王條款」¹³³，於高倡自由、強調個人主義之時代，誠信原則不外是尊重契約之補充規定¹³⁴；惟至十九世紀末，權利社會化思潮興起，認為權利具有濃厚的社會性，其不僅在滿足權利人個人需要，同時亦有促進社會整體進步之功能；是以，誠信原則開始成為補充、解釋法律與契約之重要原則¹³⁵。

然誠信原則之意涵為何？有學者認為所謂誠信原則，乃指於具體之債之關係中，依公平正義理念，就債權人及債務人雙方利益為妥善衡量、運用之意，因其運用核心為當事人利益之公平衡量，故外國文獻上或稱為「利益衡量」；惟誠信原則，並非單純之利益衡量，而係於衡量時，應特別注意當事人間之具體利益狀況及條件，予以客觀酌定，法官不宜注入個人主觀之偏見或價值感情，是以堪稱為「具體客觀之利益衡量」¹³⁶。亦有學者認為所謂誠信原則，係在具體的債之關係，依公平正義之方法，確定並實現債權內容，避免當事人間犧牲他方之利益以圖利自己，自應以債權人及債務人雙方利益為衡量依據，並應考察債權債務之社會上作用，於具體事實妥善運用之¹³⁷。由上開學者見解以觀，誠信原則之內涵，就契約當事人而言，似係依公平正義原則，就具體情事予以衡量，而為調和雙方之利益，避免一方當事人遭受不公平之待遇。

消保法第 12 條規定「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效（第 1 項）。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者（第 2 項）。」就該條文義以觀，定型化契約條款如違反誠信原則，尚不足以使契約無效，必須另有符合「對消費者顯失公平」要件之情事，才能產生相關法律行為無效之效果，實務上台灣高等法院 90 年度上字第 330 號民事判決採此見解；然有學者認為此解釋結果反較民法規定對於消費者更為苛刻，解釋上應依消保法之立法目的，將此二要件解釋為

¹³³ 施啓揚，民法總則，三民書局，民國 94 年 6 月 6 版，頁 390。

¹³⁴ 何孝元，誠實信用原則與衡平法，三民書局，民國 81 年 10 月，頁 14。

¹³⁵ 施啓揚，前揭民法總則，頁 20。

¹³⁶ 邱聰智，新訂民法債編通則（下），輔仁大學法學叢書教科書類（一），民國 92 年 1 月新訂 1 版，頁 6。

¹³⁷ 孫森焱，新版民法債篇總論（下），三民書局，民國 93 年 11 月版，頁 485-486。

選擇性要件，而為相互補充，才符合保護消費者之目的¹³⁸。至於顯失公平係屬不確定之概念，無法一一列舉，有待就個案認定¹³⁹。定型化契約中之條款是否顯失公平，會因不同認定標準而有不同看法，為杜爭議，消保法第 12 條第 2 項規定乃規定有該條項所定情事之一時，推定其為顯失公平，有關違反平等互惠原則情事如上所述外，茲就其它情事說明如次：

1. 條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者

消保法第 12 條第 2 項第 2 款規定有「條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者」之情形，則推定其顯失公平；就該規定以觀，所謂「任意規定」，係指憲法第 170 條及中央法規標準法第 4 條所謂經立法院通過，總統公布之形式意義法律；惟為貫徹保護定型化約款相對人之立法目的，實質意義之法律，包括各機關發佈之行政命令，亦應包括在內；在私法自治容許當事人在廣泛範圍內，塑造其法律關係，然當事人間之約定，並不完整或有欠清晰時，任意法就發揮了補充之功能¹⁴⁰。

任意規定與強行規定不同，固得由當事人以特別約定加以排除而不適用，惟如透過定型化契約條款加以排除，以致條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者，則推定其顯失公平而無效，其規範之理由為：(1) 定型化契約條款係單方面所預先擬定者，以定型化契約條款排除任意規定之適用，實質上係利用人以單方面之意思表示排除任意規定之適用，相對人根本無從參與維護自己之正當利益，此顯已超出立法者容許以特別約定加以排除之範圍；(2) 定型化契約條款之利用人所以要排除任意規定之適用，其目的當在追求一己之利益，自難期待其會兼顧相對人之正當利益，如利用人另以利己之約款取代該被排除而不許適用之任意規定時，相對人將因此陷於極為不利之地位，於此情形更有否認其效力之必要¹⁴¹。

定型化契約條款排除任意規定而不予適用者，其效力應依該任意規定之立法意旨判斷之，一般而言，該被排除而不予適用任意規定之規範目的或立法意旨為何，並特別注意該任意規定是否以保護相對人之正當利益為目的，在依具體情事衡量當專人之利益，於個別案例中決定該定型化契約條款有無違反立法意旨¹⁴²；是以，有學者認為何時排除適用達於「與任意規定之立法意旨顯相矛盾」之情形，係屬評價之問題，必須依據個案中所

¹³⁸ 詹森林，前揭民事法理與判決研究（三），頁 79。

¹³⁹ 劉宗榮，前揭定型化契約，頁 134。

¹⁴⁰ 黃立，前揭民法債編總論，頁 105。

¹⁴¹ 劉春堂，民法債編通則（一），三民書局，民國 94 年 7 月，頁 129。

¹⁴² 同前註。

有具體情況判斷之¹⁴³。

茲舉例說明如次：實務上常見金融業者針對中長期房屋貸款契約之借款人，於短期內提前清償貸款時，收取若干違約費用。違約金計收標準，可能以貸款總額的某一百分比來計算、依還款金額或本金餘額的百分比計算，或依每月月付金來計算等。例如銀行貸款定型化契約規定「借款人如於借款到期日前提前還款時，願按還款金額之百分之一計付違約金，絕無異議。」則此約款之效力為何？就民法第 204 條規定以觀，在年利率已超過百分之 12 之情形，債務人得期前清償，無需債權人之同意，此際上開約款應屬違反禁止規定而無效。有疑義者，如年利率未超過百分之 12 之情形，民法未規範是否得期前清償，此時，該約款之效力如何，非無疑義。就民法第 316 條規定觀之，原則上期限利益屬於債務人。就上開銀行貸款定型化契約條款而言，債務人於期前清償，仍須支付一定比例之違約金，雖未禁止債務人之清償，實與限制債務人期前清償之權利無異，解釋上與民法第 316 條之立法意旨顯相矛盾，此即有「條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾」之情形，依消保法第 12 條第 2 項第 2 款規定，推定其顯失公平，依同法第 12 條第 1 項規定，為無效，如此解釋，於消費者權益之保護，似較為妥適。此外，亦可透過相關定型化契約不得記載事項之公告，解決是類消費爭議。

2. 契約主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者

消保法第 12 條第 2 項第 3 款規定，定型化契約條款，限制契約之主要權利或義務，致契約之目的難以達成者，推定該約款顯失公平；由於該規定之目的在於保護約款之相對人，而非約款之使用人，故其所謂之權利係指約款相對人之權利；而其所謂義務，係指約款使用人之義務。是以，定型化契約條款所限制者，若係相對人之義務或利用人之權利時，則無上開規定之適用。至於契約之主要權利或主要義務為何，應依該契約之內容及目的，並考量該類型契約在通常交易上所得合理期待之給付等判斷之¹⁴⁴。

就消保法第 12 條第 2 項第 3 款規定以觀，定型化契約條款限制契約上之主要權利或義務者，須致契約之目的難以達成，始得推定其為顯失公平，規範之理由在於適當調節約款相對人與使用人間之利益。所謂「契約之目的」，係指當事人就契約內容所欲造成之法律上的效果；契約之目的，是否因主要權利或義務之限制，導致無法達成，應就個別案例，斟酌各項因素加以判斷之¹⁴⁵。其次，就契約目的難以達成而言，並不以發生實際之

¹⁴³ 黃立，前揭民法債編總論，頁 106。

¹⁴⁴ 劉春堂，前揭民法債編通則（一），頁 130。

¹⁴⁵ 詹森林，前揭民事法理與判決研究（三），頁 72。

損害，或是完全破壞整個契約目的為要件，只要對於契約目的之全部或一部有顯而易見的損害可能性，即可認定為契約目的難以達成¹⁴⁶。

茲舉例說明如次：若醫院於其「住院條款」中規定，住院病人放置於病房內且自行保管中之物品遺失、被竊、毀損、滅失時，醫院僅於有故意或重大過失，始負其責任者，因醫院「住院契約」之主要目的在診療病患，並照顧其人身安全，至於防患病患物品之免於遺失、被竊等，即非醫院之主要義務；是以，該約款雖限制醫院之注意義務，但並無限制契約之主要義務可言¹⁴⁷。

又信用卡契約之目的，在使持卡人於購買貨物或獲取勞務時，得不支付現金，而代以簽帳消費；因此，基於信用卡契約之本質，發卡銀行應擔保持卡人在信用額度內，得自由地於特約商店簽帳消費，或向預借現金機構借得現金。發卡銀行善盡是項主給付義務，並為持卡人於締結信用卡契約時，得合理預期者。在通常情況下，發卡單位所能提供特約商店之數量，暨該信用卡有無國內、外預借現金功能，且係持卡人於決定申請何項信用卡時，所特別考慮之因素。是以，市場上通行之信用卡約款中，常見下列規定：「乙方（發卡銀行）不保證特約商店或預借現金機構應依甲方（持卡人）之意思接受簽帳消費或預借現金。」該定型化約款，限制其主要之給付義務，致持卡人雖有信用卡在身，仍須隨時準備現金，以避免特約商店或預借現金機構拒絕接受信用卡時所生之不便。此外，由於特約商店或預借現金機構係發卡單位之契約相對人，故其不接受信用卡之風險，為發卡單位所應負擔之範圍。持卡人在事實上，並無選任該商店或機構之權利，發卡單位藉上開約款，將前述風險，轉嫁予持卡人，對信用卡契約目的之達成，顯有妨礙¹⁴⁸，即為是例。

五、定型化契約條款之規制

對定型化契約條款之規制方法，有屬「事前機制」者，例如行政規制、立法規制；有屬「事後機制」者，例如司法規制。就比較法上觀察，德、法等國家偏重於司法規制；日本則採行具有準司法與準行政雙重性質之委員會（國民生活審議會）的規制方法¹⁴⁹。就我國對定型化契約之規制方法而言，約可分為自律規制、立法規制、行政規制、司法規制及其他規制等，爰說明於下：

(一) 自律規制

自律規制，乃是冀望企業經營者或其同業公會對其所使用之定型化契約

¹⁴⁶ 葉啓洲，前揭論保險契約之內容控制，頁 237。

¹⁴⁷ 詹森林，前揭民事法理與判決研究（三），頁 72。

¹⁴⁸ 詹森林，前揭民事法理與判決研究（三），頁 75-76。

¹⁴⁹ 劉春堂，日本消費者行政，行政院消費者保護委員會編印，民國 85 年 11 月，頁 8-9。

條款能夠自行審查，不濫用其優勢地位，採用對消費者不合理、不公正條款與內容，而創造消費者與企業經營者權利義務平等之情形¹⁵⁰。就處理糾紛之成本而言，企業經營者與其採用不合理定型化契約條款，而產生以後的消費爭議，進而發生處理糾紛乃至訴訟之成本，不如在定型化契約條款制定之時，便合理自我約束，採用合理之定型化契約條款，以建立其良好商譽並減少其處理糾紛乃至訴訟費用成本之支出，反而能提高競爭優勢降低成本、增加營收，獲得比採用不合理定型化契約條款更高之利益。惟自律規制，仍需靠其他規制手段相輔相成方可收效，使企業經營者在衡量利弊得失後，自我約束，不濫用其優勢地位，而自行採用公平合理定型化契約條款，以減少事後處理糾紛所花費社會成本之支出。

(二)立法規制

立法規制，係指立法機關以制定法律方式或以「委任立法」方式授權主管機關頒佈法規命令，以規制不公正、不合理之定型化契約條款¹⁵¹。其乃在透過法律規定減低企業經營者不合理優勢地位並強化處於弱勢之消費者地位，使消費者取得與企業經營者間公平之地位，以達成實質契約自由與契約正義，再者透過立法者制定之法規，顯示保障消費者權益的決心與對業者單方所預擬定型化契約條款為不合理之價值判斷，俾企業經營者在制訂其定型化契約條款時，能有所警惕與遵循，同時作為行政規制及司法規制之基礎¹⁵²。至於立法規制之技術，主要係設強行規定，明定一般契約條款應遵循之誠實信用及平等互惠原則，具體規定個別契約條款無效之事由¹⁵³。

(三)行政規制

行政規制，係指由行政機關對定型化契約條款事先予以審查或是事後加以核可，並隨時監督修正條款內容之規制方法。關於行政規制之方法，通常可分為由企業經營者自行擬定後送請行政機關審核，或行政機關自行制定定型化契約範本以供企業經營者與消費者於從事交易活動之參考¹⁵⁴。行政規制可透過主管機關在行政上採取查核、糾舉、取締、命令變更及行政罰等事後之消極的抑制性措施；或採取建立申訴及調解制度等救濟性措施；或採取制定定型化契約範本、公告應記載或不得記載事項等事前之積極的預防性措施，故不失為規制或導正一般契約條款之重要手段及有效方法¹⁵⁵。消保法第

¹⁵⁰ 劉宗榮，前揭定型化契約論文專輯，頁 96。

¹⁵¹ 劉宗榮，前揭定型化契約論文專輯，頁 89-90。

¹⁵² 劉宗榮，前揭定型化契約論文專輯，頁 88-89。

¹⁵³ 劉春堂，前揭論定型化契約，頁 108。

¹⁵⁴ 劉春堂，銀行保管箱定型化契約之行政規制，月旦法學雜誌第 23 期，頁 81。

¹⁵⁵ 廖義男，消費者保護法之行政監督，消費者保護研究第二輯，行政院消費者保護委員會編印，民國 85 年 1 月，頁 21。

17 條規定「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（第 1 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（第 2 項）。企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核（第 3 項）。」我國目前是由目的事業主管機關草擬相關行業定型化契約範本，函送行政院消費者保護委員會委員會議審查通過後，由目的事業主管機關公告供企業經營者與消費者參考採用。

就消保法對於定型化契約而言，雖有詳盡之規範，然於行政規制上之規範，似有不足之處，諸如得主張定型化約款無效之人之範圍除約款相對人外，具其他一定資格之人，如消費者保護團體是否亦得提出？就消保法第 53 條規定以觀，似肯定消費者保護官¹⁵⁶與消費者保護團體之請求權；惟如就消保法施行細則第 40 條觀之，則此請求權似僅限於商品責任之情形，並未及於訴請定型化契約條款無效之情形；如肯定此請求權之存在，則系爭定型化約款無效之勝訴判決，其效力如何？是否能對訴訟外之人發生相同之效力？非無疑義。是以，類此情形，宜檢討強化定型化契約有關行政規制上之規範，就保護消費者權益而言，似較為周延。

(四) 司法規制

所謂司法規制，係指由法院依現行法律規定，就個別案件具體審查定型化契約條款之程序與實質內容，是否違反強行禁止規定、公序良俗、誠信原則等定型化契約條款之規範，以裁判肯定或否定其效力之規制方法。亦即由法院針對具體個案，對定型化契約條款以裁判決定其效力、限制或擴張其適

¹⁵⁶ 參我國消費者保護官制度係新創之官制，乃參酌瑞典消費者保護官（Ko-nsumenten Ombudsmannen，簡稱為 KO；Consumer Ombudsman，簡稱為 CO；Verbraucher Ombudsman）制度之立法例而設，為期對消費者保護官能有進一步的認識，擬先就瑞典之消費者保護官制度簡要說明如下：瑞典自 1970 年代開始，為保護消費者乃制定了市場行銷法（The Marketing Practices Act）及不當契約禁止法（The Act Prohibiting Improper Contract Terms）。為確保該二新法得以貫徹實施，維護消費者權益，認為有設置專人監督其執行之必要，故於瑞典市場裁判所法（The Market Court Act）第 11 條規定應置消費者保護官（KO）。瑞典之消費者保護官係由國王提名，經內閣同意並訂定任期任命之，第一任消費者保護官於 1971 年 1 月 1 日正式就任開始執行職務，為獨立於一般行政機關外之文官。其次，為協助消費者保護官行使職權及處理有關事務，設有消費者保護官秘書處，其職員大約有 25 人，包括副保護官、具有律師資格者、經濟學者、市場專家及發言人等。嗣後為配合市場法之施行，於 1976 年 7 月 1 日將消費者保護官秘書處併入消費者保護局，消費者保護官並由該局局長兼任。請參閱黃明陽，我國消費者保護官建制簡介，消費者保護研究第二輯，行政院消費者保護委員會編印，民國 85 年 1 月，頁 234-235。目前我國於行政院消保會置有 10 位消費者保護官，包含配置於台灣省政府及福建省政府各置 1 位消費者保護官，各直轄市及縣（市）政府，除台北市及台北縣政府各置有 3 位消費者保護官與桃園縣政府置有 2 位消費者保護官外，其餘均各置 1 位消費者保護官。

用範圍，變更、補充或修正其法律效果，屬於事後救濟之一種¹⁵⁷。

至於經目的事業主管機關核可之定型化契約條款是否符合消保法關於定型化契約之規範，法院對其均可加以審查，重新對之加以評價。此乃由於主管機關核可之定型化契約條款，僅為行政監督權之行使，係主管機關與定型化契約條款利用人間之公法上關係，並非就定型化契約條款之效力為最後之決定，企業經營者與消費者間因利用定型化契約條款所生之法律關係，仍為私法上關係，其在私法關係上所能享有之司法救濟權利，不能因此而加以剝奪；矧主管機關核准之定型化契約條款內容，有係出於公共政策或其他行政目的之考量，並非著眼於契約當事人間利益衡平之情形；次查，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；是以，司法機關對於經行政主管機關核可之定型化契約條款，仍得透過司法規制之審查步驟，對之加以審查，以決定其效力¹⁵⁸。

(五)其他規制

除了上述之規制方法外，對於定型化契約條款之規制方法亦有經由輿論¹⁵⁹或民間消費者保護團體來加以監督者。諸如透過新聞媒體所形成之輿論及民間消費者保護團體，對企業經營者於交易市場所使用之定型化契約條款，本於維護消費者權益之立場而加以審查，檢視其對消費者權益是否有不利之虞，而適時將審查的結果公諸於世，俾讓消費者於消費時有所參考，亦促使企業經營者有提昇服務品質而自行檢討改進以維護其商譽之機會。例如消費者文教基金會針對層出不窮之線上遊戲消費爭議事件，亦曾對消費者提出建議，諸如就線上遊戲定型化契約中常見的業者有自行變更契約之權利條款而言，消基會曾表示，在消費者保護法中已明確規定，業者在改變契約內容時，應主動通知消費者，且必須遵循公平合理原則，非不得已須進行整體遊戲變更時，亦應對玩家有所補償，網路公司不應隨意因任何情形停止、更改服務或終止會員帳戶服務，同時就遊戲網站標示與申訴機制加以測試，並將結果公佈在網站上¹⁶⁰。類此情形，可說是其他規制對定型化契約條款規制的具體表現。

六、定型化契約條款之效力

鑒於定型化契約在大量生產、大量銷售、大量消費的社會，為具有效率化，合理化及補充性的功能，而成為現代社會交易的重要工具之一，且定型

¹⁵⁷ 羅美秀，定型化契約之研究—以消費者契約為中心，東海大學法律研究所碩士論文，民國 87 年 7 月，頁 54。

¹⁵⁸ 詹森林，前揭定型化契約之基本概念及其效力之規範，頁 74-75。

¹⁵⁹ 羅美秀，前揭論文，頁 58。

¹⁶⁰ <http://www.consumers.org.tw/unit412.aspx?id=109> (visited on 2007.12.23)

化契約條款係由企業經營者預先擬定並提出之契約條款，由於擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能；是故，企業經營者若不當使用將產生種種弊端，致有損消費者權益，衍生層出不窮之消費爭議事件。就此以觀，定型化契約條款之內容若能兼顧公平、合理之情形，就層出不窮之消費爭議事件之發生減至最低而言，應有一定助益。就消保法有關定型化契約條款效力之規定而言，不可一概而論，而須就個案具體情形論斷，如其條款違反法律規範，則視各該規範不同情節以定其效力。茲就消保法規範之情形，說明如下：

(一)無效

茲就依消保法規定，導致定型化契約條款效力為無效之情形，分述如下：

1.違反誠信原則

消保法第 12 條規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效（第 1 項）。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者（第 2 項）。」

2.牴觸個別磋商條款

消保法第 15 條規定：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」

3.違反主管機關公告之定型化契約不得記載事項

消保法第 17 條規定：「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（第 1 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（第 2 項）。企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核（第 3 項）。」

此外，消保法第 1 條第 2 項規定：「有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」是以，有關消費者之保護，消保法未規定者，得適用民法相關規定，茲分述如下：

1.違反強行規定

民法第 71 條規定：「法律行為違反強制或禁止之規定者，無效。」是以，諸如定型化契約條款有免除故意或重大過失責任（民法第 222 條）或預先拋棄時效利益（民法第 147 條後段）等情事，均因違反強行規定而無效。

2.違反公序良俗

民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」該規定亦為過去實務上判斷定型化契約條款效力之依據。

3.違反誠信原則

民法第 148 條規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」此原則應用於規範定型化契約條款之內容，可彌補其他控制手段之不足；亦即條款之內容，雖未達違反其他控制手段之程度，惟衡諸誠實信原則，如有不利於相對人，對相對人顯失公平者，自應否認其效力¹⁶¹。

4.顯失公平

民法第 247 條之 1 規定，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為下列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：

(1) 免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。(2) 加重他方當事人之責任者。(3) 使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。(4) 其他於他方當事人有重大不利益者。是以，定型化契約條款如具有上述情形之一者，該契約條款應為無效。

再者，應注意者係消保法第 16 條規定「定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。」

(二)不構成契約內容

由於定型化契約條款擬訂過程消費者往往無參與擬訂之機會，而締約一方之業者總以追求自己之最大利益，鮮少兼顧契約相對人應有之保障，消費者對於該約款往往只能接受，而無選擇或磋商之可能。是以，基於保護消費者之目的，對於企業經營者於訂約時，如有未提示條款、未給予合理審閱期間或定型化契約條款非消費者所得預見之情形，依消保法規定其效力並非無效或是得撤銷，而是該條款不構成契約之內容，茲分述如下：

1.未給予審閱期間

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，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容（第 1 項）。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（第 2 項）。」

2.未訂入契約

消保法第 13 條規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容（第 1 項）。前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件（第 1 項）。」

¹⁶¹ 王澤鑑，前揭民法實例研習叢書—債編總論，頁 82。

3.異常條款

消保法第 14 條規定「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」

七、與民法上定型化契約問題之比較

(一)民法第 247 條之 1 規定之探討

我國對於定型化契約條款內容控制之規範，由民法第 247 條之 1 之規定與消保法第 2 章第 2 節定型化契約之規定相輔相成，構成一個完整的規範體系，似足以涵蓋大部份之定型化契約。就消費性定型化契約而言，以消保法之規定作為其規範基礎；對於非屬消費性定型化契約，諸如商業性定型化契約等，則以民法第 247 條之 1 作為規範基礎。惟民法對於定型化契約條款內容之控制，僅有一條原則性規定；是以，在適用上有以下列有待檢討之處：

(1)區分類型困難

就定型化契約適用之規範而言，消費性定型化契約以消保法之規定作為其規範基礎；對於非屬消費性定型化契約，諸如商業性定型化契約等，則以民法第 247 條之 1 作為規範基礎。然系爭定型化契約究竟為消費性定型化契約，抑或屬非消費性定型化契約，在判斷上實非易事；蓋判斷是否為消費性定型化契約，其標準為以締約主體之一之消費者，是否以消費為目的而締約為判斷；惟消費之概念過於廣泛、模糊，致界定不易，造成判斷上之困難。以購買產品為例，若為自用而非用於生產之用途，其定型化契約性質應屬消費性定型化契約；若以用於生產為用途，則定型化契約性質應屬商業性定型化契約而非消費性定型化契約；然購買產品之目的，實不易由契約本身或締約過程中得知，此無異加諸對契約類型區分上之困難。

(2)規範體系不完備

就消保法對定型化契約條款內容控制之規範可知，涵蓋定型化契約及其條款之定義、定型化契約之外觀是否以書面為必要、定型化契約條款是否構成契約之內容、個別磋商條款之優先性、定型化契約之解釋、定型化契約之規制及定型化契約之效力等範圍；惟民法第 247 條之 1 僅就定型化約款之定義及定型化約款之控制標準有所規定，其他部份則無規範，此易造成民法第 247 條之 1 於判斷定型化約款之效力適用上之困難。由於民法規範體系不完備，針對未規範部分，有學者主張用消保法之相關規定作為適用上之依據¹⁶²。

¹⁶² 邱聰智，前揭新訂民法債編通則（下冊），頁 536-540。

(3)限縮適用範圍

民法第 247 條之 1 可適用之範圍，由於消保法制定有關定型化約款內容控制之相關規定，致其被限縮，反而由原則性規定變成次要補充規定，其重要性反不如消保法之規定，需要利用消保法之相關規定加以補充，卻造成適用上與解釋上之困難及疑義。準此，似可將消保法與民法就定型化契約條款之相關規定，合併為一章節，納入民法規範，以構成完整的定型化契約條款規範體系，作為所有定型化契約之控制規範，就此而言，在適用上與解釋上，似較能杜爭議。

(二)與消保法規定之競合關係

消保法第 2 條第 7 款規定「定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」同條第 9 款規定「定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。」由上開規定可知，其規範主體必須是消保法所稱之「企業經營者」與「消費者」，且其適用範圍必須屬「消費關係」，方有消保法之適用；若其締約之主體非為企業經營者與消費者或事件之性質非屬消費關係者，則尚無消保法之適用，而應適用民法第 247 條之 1 相關規定¹⁶³。

消保法有關定型化契約之規範，係以避免企業經營者利用擬定定型化契約之優勢地位，侵害消費者權益，而有害契約實質正義，俾保障消費者權利為目的；而民法第 247 條之 1 有關定型化契約之規定，係著眼保護社會大眾權利，避免當事人一方利用定型化契約，侵害他方之權益，而有害契約之實質；是以，二者之規範目的均係為維護契約實質正義，惟就規範主體、客體及效力等方面有所出入以觀，解釋上如有符合消保法關於定型化契約之規定者，似應優先適用；惟有學者認為消保法與民法第 247 條之 1 間不具有特別法與普通法之關係，蓋消保法相較於民法規定較為周延，且關於無效條款之審查，係以誠實信用原則為依歸，具有普遍妥當性及適用性，是以消保法有關定型化契約之規範，仍可作為解釋民法第 247 條之 1 之重要參考依據，至於民法第 247 條之 1，於消保法適用類型之定型化契約當亦有適用¹⁶⁴。亦有學者認為民法所定之定型化契約規範，其適用範圍本無領域限定問題；消保法所訂定型化契約，其適用範圍限於企業經營者與消費者間之消費關係。由於

¹⁶³ 參照最高法院 92 年度台上字第 989 號民事判決。

¹⁶⁴ 劉春堂，前揭民法債編通則（一），頁 124。

消保法定型化契約之規定，在消費者權益之保障，較民法規範來得周全，現實上於消費關係，因定型化契約而生之規範，其不適用消保法而轉依民法尋求保護可謂絕無僅有，現代交易實情，定型化契約之適用領域，絕大部分均出現在企業經營者與消費者間之消費關係，而民法本條所可適用者，顯然少得許多，問題亦較為輕微；是以，就定型化契約之規範意義而言，民法本條僅具次要補充意義¹⁶⁵。

民法債編施行法第 17 條規定「修正之民法第 247 條之 1 之規定，於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之。」是以，民法第 247 條之 1 乃成爲定型化契約之一般規定，且該條規定並有溯及既往之效力，就此而言，由於消保法係以保護消費者權益爲其立法目的，然民法爲私法關係之普通法，職此之故，似可認爲消保法及其施行細則關於定型化契約之規定，僅適用於消費性定型化契約；至於非消費性定型化契約，諸如商業性定型化契約，則應適用民法或其他特別法之規定。然有學者認爲，非消費性定型化契約，原則上應適用民法規定，唯因爲民法關於定型化契約的規定只有一條文，在實際適用上顯屬不足，基於消保法爲民法之特別法之彼此密切關係，則吾人以爲在依民法本條規定對條款乃至於定型化契約法價值判斷遇有法律缺漏時，應可有消保法之準用，民法針對特定法律事實之規範，準用特別法之情形，在現有法制之下，亦非絕無僅有¹⁶⁶，其見解似亦有參酌之餘地。

伍、網路交易契約適用消保法郵購買賣規範之探討

一、消保法上「郵購買賣」用語之商榷

消保法第 2 條第 10 款規定「郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所爲之買賣。」由上開規定以觀，消保法上「郵購買賣」之行銷型態，無論以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法爲之均屬之，其特色爲「消費者未能檢視商品」；其所爲「郵購買賣」之用語，易與一般以「郵購方式」訂購商品之行爲混淆；其次，就消保法上「郵購買賣」之行銷型態而言，買賣當事人間與傳統面對面現場買賣所爲之情形有所不同；是以，爲區別消保法上「消費者未能檢視商品」之新型交易型態與傳統買賣之不同，似宜參酌歐盟

¹⁶⁵ 邱聰智，前揭新訂民法債編通則（下），頁 529。

¹⁶⁶ 朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌第 54 期，民國 88 年 10 月，頁 61。

遠距契約消費者保護指令¹⁶⁷及日本有關特定商業交易法關於「通信販賣」相關立法例¹⁶⁸，將「郵購買賣」之用語以「遠距通信交易」代之，似較為妥

¹⁶⁷ 歐盟遠距契約消費者保護指令前言第 9 點規定，所謂遠距契約的簽訂，其特色就是使用一種或多種遠距通訊工具。而這些不同通訊工具是在賣方或勞務提供者與消費者沒有同時在場的情形下，被用來做為專為遠距銷售所設計的經銷或服務系統的一部份。而所謂遠距通訊工具，依該指令第 2 條第 4 款規定，係指被用來使用於提供者與消費者訂立契約而無須雙方當事人親臨現場之任何通訊工具。該指令並於其後之附件 I，對於遠距通訊工具列舉例示之規定。「Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers

in respect of distance contracts」全文見

<http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/dist-sell/dist01-en.pdf> (visited on 2007.12.16)。有關該指令前言第 9 點原文如下「(9) Whereas contracts negotiated at a distance involve the use of one or more means of distance communication; whereas the various means of communication are used as part of an organized distance sales or service-provision scheme not involving the simultaneous presence of the supplier and the consumer; whereas the constant development of those means of communication does not allow an exhaustive list to be compiled but does require principles to be defined which are valid even for those which are not as yet in widespread use;」

有關該指令第 2 條第 4 款原文如下「Article 2(4) 'means of distance communication' means any means which, without the simultaneous physical presence of the supplier and the consumer, may be used for the conclusion of a contract between those parties. An indicative list of the means covered by this Directive is contained in Annex I;」

有關該指令附件 I 原文如下「Means of communication covered by Article 2 (4)

- Unaddressed printed matter
- Addressed printed matter
- Standard letter
- Press advertising with order form
- Catalogue
- Telephone with human intervention
- Telephone without human intervention (automatic calling machine, audiotext)
- Radio
- Videophone (telephone with screen)
- Videotex (microcomputer and television screen) with keyboard or touch screen
- Electronic mail
- Facsimile machine (fax)
- Television (teleshopping).」

¹⁶⁸ 日本有關特定商事交易法第 2 條第 2 項第 2 款規定所稱「通信販賣」係指販賣業者或服務提供者，以郵寄或其他經濟產業省令所規定之方法，接受「買賣契約」或「服務提供契約」之要約，進行指定商品或指定權利之販賣或指定服務之提供。但不該當以電話勸誘進行販賣之情形。有關特定商事交易法施行規則第 2 條並補充規範，對於特定商事交易法第 2 條第 2 項第 2 款所稱經濟產業省令所規定之方法，包括 (1) 郵寄；(2) 利用電話機、傳真裝置、其他通信機器或供情報處理機器之方法；(3) 電報；(4) 存款或對存款戶頭支付。參見簡榮宗，電子商務七天鑑賞期之探討以及修法建議，

<http://tw.myblog.yahoo.com/jw!P.CRT4CTHBtBzoqX1lbQ97s-/article?mid=1018> (visited on 2007.12.15)

適。蓋相對於傳統面對面現場買賣所為之交易，以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法所為行銷型態實具有遠距通訊交易之特性。

二、交易客體適用商品定義之疑義

網路交易客體之種類，如前所述，有實體商品、數位化商品及服務。就消保法對於商品之定義而言，消保法固未就其定義設有規定；惟消保法施行細則第4條規定：「本法第7條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」由消保法施行細則草擬過程對商品定義內容觀察，似未考量網路交易數位化商品之問題。另就消保法之立法過程而言，立法院對消保法草案進行審議時，雖已將服務納為論斷商品責任之對象，惟因諸多因素無暇對服務之為歸責方法加以討論，致使消保法公佈實施後，引起服務業界之反彈，認應於施行細則中採取限制列舉方式，或列示應排除適用消保法之行業者¹⁶⁹，聲浪頗大。最後以「讓諸法院及學說，依社會經濟發展及消費者保護需要加以決定」為理由，放棄立法解釋¹⁷⁰，是以，有關服務定義之問題，宜待判例學說之發展而逐一個案解決之¹⁷¹。由消保法立法過程中對服務之規範，亦難以瞭解消保法中所規範的「服務」有涵蓋無體數位化商品在內。鑒於消保法所稱商品，解釋上似以實體商品為限，並未包含數位化商品在內；雖然民國92年1月22日修正公布之消保法將網路交易納入郵購買賣之範疇，惟消保法關於郵購買賣之規範，未週延考量網路交易與傳統交易之不同，並無因將網路交易之新型交易型態納入，而做相關的修正，是以有關網路交易客體之一之數位化商品，是否符合消保法施行細則第4條所規範商品之範疇，非無疑義。按數位化商品之內容為一種0與1的數位碼，法律上似非屬於動產或不動產，是否得適用消保法非無問題，若將其歸屬服務之範疇，在觀念上亦不易區分。由消保法施行細則第4條規定對商品之定義觀之，數位化商品似無適用於消保法所稱商品之餘地，為保護消費者權益，解釋上似宜將數位化商品之定性，以修法方式加以規範，並杜此爭議問題之發生，似較為妥適。

三、數位化商品交易是否為買賣契約之疑義

就網路交易行為而言，除實體商品買賣及線上服務外，另有數位化商品交易。而數位化商品之內容可能涉及文字著作、美術著作、音樂著作、攝影著作、視聽著作、電腦程式著作等智慧財產權內涵組合而成，當企業經營者取得該等內容並將該等著作數位化後，則得將之銷售或授權予使用者使用

¹⁶⁹ 朱柏松，前揭「消費者保護法論」，頁86。

¹⁷⁰ 邱聰智，前揭「消費者保護法上商品責任之探討」，頁10-11。

¹⁷¹ 詹森林等合著，前揭「認識消費者保護法」，頁15。

¹⁷²。另有學者認為，於網路交易上，數位化商品係以「授權」的性質進行，在法律性質上為授權而非買賣，並不涉及所有權之移轉變動。消保法僅就特種「買賣」關係加以規範，而未就授權有所規定，是以為保護消費者之權益，是否將規範「買賣契約」之規定類推適用到「授權契約」？其見解似認為就新興的網路交易型態，就現行消保法而言，不宜強將規範買賣的法律類推適用於授權的法律關係中¹⁷³。

按民法上所稱之買賣，係指當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約（民法第 345 條第 1 項參照），亦即買賣契約之性質，重在財產權之移轉，而由消保法第 2 條第 10 款關於郵購買賣定義之規定而言，係以商品買賣契約為交易類型之範圍，另參酌消保法第 19 條之 1 關於服務交易，則準用郵購買賣相關規定；惟關於數位化商品之傳輸下載接收，甚至涉及智慧財產權之授與使用等交易型態，是否屬於財產權之移轉，從而衍生是否有消保法關於郵購買賣規範之適用等疑義，似非無商榷之餘地。

依民法第 345 條第 1 項規定，買賣乃謂當事人約定，一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。而依民法第 348 條規定觀之，買賣依標之物之不同，分為「物」之買賣與「權利」之買賣。物之買賣係以動產或不動產所有權移轉為目的，出賣人必須履行物之交付及所有權之移轉義務；而權利買賣，則係指所有權以外之財產權之移轉而言。權利移轉之履行，如因其權利而得占有有一定之物者，出賣人負交付其物之義務。在買賣契約中，標之物之移轉係將該物所有權之支配關係全面終局的移轉，而數位化商品經由網路下載複製之移轉程序後，數位化商品（數位資訊）之所有權並非終局的被移轉，僅是數位化商品（數位資訊）被下載複製成另外一份，原占有數位化商品（數位資訊）者，不因此而喪失該數位化商品（數位資訊）之占有。就網路交易而言，由消費者之立場觀察，大部分消費者於網路上為數位化商品交易之目的，並非在於權利的終局移轉，而係以權利人授與其數位化商品的「使用權」，以供其消費、休閒、娛樂等為目的；例如藉由企業經營者透過網路，將電子書、電子期刊，電子雜誌等，供消費者在線上閱讀，而消費者通常係支付一定時期之對價，在該時期內不限次數上網，或者依據閱讀使用時間或次數而付費¹⁷⁴。對於企業經營者透過網路將數位化商品（數位資訊）供消費者於網路下載複製移轉之程序，概念上似難認為企業經營者有移轉其數位化商品之數位資訊 0 與 1 數位碼所有權之意思，就此而言，「於網路傳輸下載複製」之概念，是否該當「交付¹⁷⁵」之概念，非無商榷之餘地，是以，透過網

¹⁷² 蔡明誠，前揭「論多媒體與數位著作」，頁 319。

¹⁷³ 馮震宇，前揭網路法基本問題研究（一），頁 198-199。

¹⁷⁴ 王傳芬，前揭書，頁 58-59。

¹⁷⁵ 交付乃移轉占有之事實。數位化商品於網路傳輸下載複製，有時儲存至硬碟，有時僅暫存於

路傳輸下載數位化商品交易之性質，如解釋為買賣契約，似非妥適。一般而言，於數位化商品之內容涉及智慧財產權之情形，在網路交易之類型，被授權使用之消費者是否取得類似所有權人之排除他人干涉之權利，非無疑義。

鑒於網路數位化商品交易型態之多樣化，似不宜單純以傳統上實體商品交易之觀念，而認網路數位化商品交易之性質概屬買賣契約，而應依具體情形，就交易目的、交易客體及其他與交易有關事項綜合考量後判斷之，似較為妥適。

由於在以網路交易方式為消費之行為中，「授權」乃為交易方式之一，惟消保法就網際網路之新興交易類型以數位化商品為交易客體之情形，亦以郵購買賣之規定加以規範，而未能就授權有所規範；然「買賣」與「授權」的法律性質仍然有別，是否能當然準用買賣之規定亦有不明¹⁷⁶。因此消保法第2條第10款，將網際網路之新興交易類型，未區分不同交易客體之情形，而規範適用郵購買賣之規定，由上述可知，非無商榷之餘地。鑒於美國為因應實體商品與數位化商品性質上之不同，對以數位化商品為交易客體之情形，另行從傳統實體商品買賣規範中劃分出來，而以授權之規定加以規範¹⁷⁷，就此而言，相關主管機關在進行消保法之修正時，似亦可考慮對以數位化商品為交易客體之情形，以授權之相關規定加以規範，就保護消費者權益而言，似較為妥適。

四、數位化商品與服務之檢視問題

消保法第2條第10款規定「郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。」就「未能檢視商品」而言，係郵購買賣與一般商品「現貨買賣」最大之差異所在。是以，就郵購買賣之企業經營者而言，若能證明消費者事先曾檢視商品，似可排除郵購買賣規範之適用。於網路交易之情形，企業經營者若要證明消費者已經檢視數位化商品之情形，似可於企業經營者網站網頁上要求消費者於設計之「本人業已檢視00商品，確認無誤」、「再次確認無誤」處按鍵，或要求消費者以會員密碼輸入記錄，企業經營者得依該電磁記錄資料有效證明消費者業已檢視過數位化商品，職是之故，網路交易企業經營者若能證明消費者業已檢視數位化商品，亦得主張排除消保法郵購買賣規範之適用。於此有疑義者，係檢視之情形應至何種程度？此似應就具體個案而做事實認定。如網路交易企業經營者對數位化商品，業已提供消費者試聽、試玩或試看，似應認為消費者業已

記憶體(RAM)中，該等情形均無所謂「交付或移轉占有」之行為。參閱 JENNIFER B. CANNATA, *Resolving The Goods Versus Service Controversy For Year 2000 Contractual Disputes*, p.8 (1999)

¹⁷⁶ 馮震宇，前揭網路法基本問題研究(一)，頁200。

¹⁷⁷ 同前註，頁214。

檢視數位化商品，惟有關消費者有無檢視數位化商品之事實，應由企業經營者加以舉證。此外，參照 92 年修正公布之消保法，增列第 19 條之 1 之規定，將以郵購買賣方式所為之服務交易，準用第 18 條及第 19 條之規定，則於網路交易企業經營者提供服務之情形，就服務本質上無法退貨而言，所謂「服務業經消費者檢視」於實務運作上應如何加以解釋，似有斟酌之空間。

五、企業經營者之書面告知義務

消保法第 18 條規定「企業經營者為郵購買賣或訪問買賣時，應將其買賣之條件、出賣人之姓名、名稱、負責人、事務所或住居所告知買受之消費者。」此為使消費者明瞭交易條件與出賣人等資訊，俾消費者易於與企業經營者聯繫所為之規範。此外，消保法施行細則第 16 條規定「企業經營者應於訂立郵購買賣或訪問買賣契約時，告知消費者本法第 18 條所定事項及第 19 條第 1 項之解除權，並取得消費者聲明已受告知之證明文件。」由上述規定觀之，此一企業經營者之告知義務，參酌應以取得「消費者聲明已受告知之證明文件」之立法規範，似應以具備書面為其要件。是以，在網路交易之情形，網路交易企業經營者自應依消保法第 18 條規定，在消費者上網交易購買商品或接受服務時，即應在網頁上以醒目之資訊，載明買賣之條件、出賣人之姓名、名稱、負責人、事務所等交易資訊內容，以盡其法定告知義務。

就網路交易而言，由於消費者未能檢視商品，消保法為防止消費者因對商品缺乏認識，而於購買商品後，因購買商品之商品與消費者本身之認知有所落差而致權益受損，乃賦予消費者不付任何理由得以解除契約，為使消費者能對商品有所認識，從而考量是否行使解除權，自應以企業經營者對商品之資訊有明確之揭露為其必要，此一告知義務為法定告知義務，無由企業經營者以單方之意思或與消費者約定予以預先免除¹⁷⁸。

企業經營者應予告知之內容，除為出賣人之姓名、名稱、負責人、事務所或住居所等各項為必要外，就告知的目的係在於使消費者充實其對商品或服務相關資訊之認識，以考量是否仍使其買賣契約繼續發生效力而言，有關買賣條件諸如買賣標的、價金、標的物及價金之交付時期、標的物及價金之交付方法、當事人特約事項，以及依消保法規定可得行使之契約解除權之有關事項，皆得納入網路交易買賣條件，而應由網路交易企業經營者於網頁上向消費者履行告知義務。

買賣契約之成立雖非以書面為必要，然消保法既將網路交易納入郵購買賣規範，是以對於依消保法規定應由企業經營者對消費者予以告知之事項，網路交易企業經營者非以書面履行告知，應不生告知效力。參酌消保法施行細則第 16 條規定「取得消費者聲明已受告知之證明文件」可知，立法規範既

¹⁷⁸ 朱柏松，前揭「消費者保護法論」，頁 335-336。

已要求企業經營者應取得消費者所出具已受告知之證明「文件」，則企業經營者之告知不以書面方式為之，似有違立法規範。惟鑒於網路交易有別於傳統交易之特殊性質，企業經營者如以電子文件為履行告知義務，是否符書面之要件，解釋上非無疑義，依電子簽章法第 4 條規定：「法律行為除有下列情形之一者外，得以電子文件為之。其應以書面為之或訂定字據者亦同。一、內容不能以電子文件完整顯現及供查驗真偽者。二、法律明定不適用者。三、經各目的事業主管機關公告不適用者。四、當事人另有約定不適用者。當事人依主管機關認可或依約定之安全技術、程序及方法所製作之電子文件，足以驗證其內容真偽者，該電子文件推定為真正，與書面生同等之效力。」同法第 9 條規定：「依法令規定應簽名或蓋章者，除有下列情形之一者，得以電子簽章為之：一、法律另有規定不適用者。二、經各目的事業主管機關公告不適用者。三、當事人另有約定不適用者。當事人依主管機關認可或依約定之安全技術、程序及方法製作可資驗證電子文件真偽之電子簽章，與簽名或蓋章生同等之效力。」由上述規定可知，關於書面通知之方式，電子簽章法既有以電子文件代替書面之規定，是以就網路交易之情形，依消保法第 1 條第 2 項規定，適用電子簽章法關於書面之特別規範，有關消保法第 19 條第 1 項書面通知之規定，解釋上應認消保法所規範的書面告知義務，得以電子文件之方式履行。

網路交易企業經營者所負告知義務之時期究應於何時履行？參照消保法第 18 條規定有關「企業經營者為郵購買賣時」及消保法施行細則第 16 條規定有關「企業經營者應於訂立郵購買賣時」等語文義，解釋上係指成立買賣契約之時；惟鑒於網路交易上契約之成立與交易客體之交付容有時間上落差之情形，是以，此一時間至遲似可延展至現實為交易客體交付之時。

又消保法所規定應由企業經營者為特定事項之告知，網路交易企業經營者如有違反，不於消保法所規範之期間內為告知者，其法律效果為何？就網路交易之情形而言，消費者因未能檢視商品，對交易之客體亦未有充分之認識，為保障消費者就此類交易所購買商品之權益，消保法乃規範消費者不附任何理由得解除契約，鑒於消費者考量是否解除契約可資為判斷之依據，乃是企業經營者對商品所提供之資訊；是以，消費者就網路交易所為買賣契約，是否行使解除權，乃需由消費者受領企業經營者告知買賣標的物相關資訊後，始有可能。解釋上應於消費者受企業經營者之告知後，其契約解除權行使之除斥期間始開始起算，似較為妥適。就此而言，如企業經營者違反告知之義務，將使消費者之契約解除權起算之時點發生變更之效果，然消保法對此企業經營者違反告知義務之法律效果，卻無明確之規範，或謂此解約權可能久懸未決，影響當事人法律關係之安定，在立法意思形成對此未予規範前，解釋上或可類推民法第 93 條規定，以一定期間為限，蓋民法第 92 條或

第 88 條所定之撤銷權，亦在規範表意人在意思表示時決定考量之自由，消保法第 19 條亦有類似之目的，為避免其法律關係長期處於不穩定狀態，自應類推適用具有相同法理之規定¹⁷⁹，此亦為解決是類爭議誠值思考之方向。惟爾後消保法修正時，似應對此問題予以檢討規範，就消費者權益之保護而言，似較為落實並杜爭議。

六、契約解除及退貨之問題

消保法第 19 條第 1 項規定「郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後 7 日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。」消保法施行細則第 18 條規定「消費者於收受商品或接受服務前，亦得依本法第 19 條第 1 項規定，以書面通知企業經營者解除買賣契約。」92 年修正公布之消保法，增列第 19 條之 1 之規定，將以郵購買賣方式所為之服務交易，準用第 18 條及第 19 條之規定。消保法第 19 條有關 7 日「猶豫期間」之立法理由，乃在於消費者因無檢視商品之機會，僅依企業經營者所提供之廣告或其他資訊，而在資訊不足或判斷不週延之情形下，倉促決定購買商品，而致消費者於收受商品後，才發覺所購商品不符實際需求，或購買價格過高等不公平情事發生，是以，為保護消費者權益，消保法特設消費者無須說明理由及負擔任何費用或價款，得解除契約之權利。於此值得注意者，係消保法對於得解除契約之交易客體似無加以限制，除商品外，似亦包括服務在內，亦即凡屬以消保法郵購買賣方式所為之交易，消費者皆得在收受商品或接受服務後，無須說明理由及負擔任何費用或價款，以書面通知企業經營者解除契約。

在網路交易上所購買之商品或接受服務，是否有消保法第 19 條 7 天內退貨解約規定之適用？此於交易客體為實體商品之情形，尚無爭議，而於交易客體為線上傳輸下載之數位化商品、易於腐敗或過期之商品、客製化商品¹⁸⁰、報紙、期刊或雜誌，甚至為線上服務之情形，則適用上非無疑義。按數位化商品相對於一般商品，因其不具耗損性、可無限重製性且重製成本低廉；而就服務而言，其特性亦異於實體商品。於網路交易上購買數位化商品之情形，諸如以線上傳送方式之數位化商品，係於消費者在線上購買後，網路交易企業經營者即直接傳送給消費者，此時數位化商品係以檔案之形式儲存於消費者的電腦或磁片中，不須另外再有實際之郵寄方式，於此情形，消費者退貨之方式係將檔案傳送回網路企業經營者，並將傳送下載於電腦或磁片中之數位化商品檔案銷毀；惟在實務運作上，可能發生部分消費者仍將數位化

¹⁷⁹ 楊淑文，分時享有契約之法律性質與相關爭議問題，載私法學之傳統與現代（下），學林文化公司，2004 年 4 月，頁 202。

¹⁸⁰ 此處客製化商品，乃指企業經營者針對消費者個人之指定或符合其個別需求而為給付之商品。

商品檔案留存在電腦或磁片中，卻又對企業經營者要求解約退貨，以規避給付價金之義務，類此「消費者濫用權利之行為」，就企業經營者而言，顯難加以防範，亦難以提出具體事實，證明消費者本於濫用權利之惡意動機而為網路交易，此類風險，似為網路交易企業經營者因消保法將網路交易納入郵購買賣範疇而為規範，而於業務經營上所不可避免的風險¹⁸¹。至於易於腐敗或過期之商品、客製化商品、報紙、期刊或雜誌等均有不適宜退貨之特性。是以，在網路交易上，於交易客體為上述商品之情形，在其退貨問題之執行上，有其爭議與困難。

於此應予檢討者，係線上傳輸下載之數位化商品或線上接受服務之情形，對於消費者依消保法第 19 條規定不附理由所行使之解除權，於契約解除後，依消保法第 1 條第 2 項規定適用民法第 259 條規定之結果，雙方互負回復原狀之義務，則消費者應如何將所受領之標的物返還？此就為交易客體之本質不適宜退貨，或於退貨之執行有困難之時，似應就誠信原則及避免權利濫用方面，如何於企業經營者與消費者雙方權益取得衡平上，加以全盤考量，似較為妥適。是以，於網路交易之情形，消費者是否具有無條件之契約解除權，為一值得探討之議題。在消保法將網路交易納入郵購買賣範疇，而賦予消費者皆得在收受商品或接受服務後 7 日內，無須說明理由及負擔任何費用或價款，以書面通知企業經營者解除契約權利之規定下，似應全盤考量就網路交易得以無條件退貨之情形，是否須加以限縮，在保障消費者權益之時，顧及企業經營者之經營風險，並減低衍生網路交易消費爭議事件之發生，似為亟待省思之問題。就比較法上之觀察，似可參考日本與歐盟等國之立法例，對遠距通訊交易類型所適用之「商品」範圍加以規範，從而對減低網路交易消費爭議事件之發生，似較為有所助益。

此外，於網路交易之情形，對於消保法第 19 條第 1 項所規範解除權行使一節，得否於線上以電子簽章方式為之？就網路交易所具有貴在迅速之特性而言，似應肯認之；惟依行政院消費者保護委員會 91 年 3 月 29 日消保法字第 0910000338 號公告，則將消費者之解除權通知書面，明文排除適用電子簽章法電子文件適用之項目。

陸、結語

隨著網際網路之興起，使得網路交易的發展充滿著憧憬，網路交易未來將成為普遍的購物形態之一，對於傳統商品及服務等商業行為之交易，除了造成革命性的變化，在傳統的交易模式外發展出一種嶄新的電子交易方式，其特徵為交易雙方在電腦網路上，利用數位的電子信號傳遞交易信息，以從

¹⁸¹ 詹森林、劉宗榮、蔡明誠共同研究，前揭「郵購買賣、訪問買賣糾紛之處理方式及研究其管理可行性」期終報告，頁 49。

事交易之進行，此新興型態之交易方式，亦提供了龐大的潛在市場。然而網路交易的快速發展，不只是商品的銷售成長迅速，更使得網路服務事業的業績大幅成長。鑒於網路交易利用，雖有其便利快速之特性，但是相對地，亦充滿諸多風險，消費者往往容易迷失在網路交易的陷阱中¹⁸²，無法從事公平合理的消費行為，進而發生消費爭議問題。

消保法自民國 83 年 1 月 11 日制定公布以來，固對提昇國民消費生活品質樹立了一個新的里程碑，對於保障我國消費者權益有其正面之意義；惟隨著消費者權益意識日漸高漲，新型交易方式之興起，消費爭議事件與以往相比較，無論就案件數量、爭議種類與範圍而言，均較以往有過之而無不及；尤其網路交易為新興交易型態，消保法制定時，未週延考量網路交易之新型交易方式，以目前網路交易的快速發展，不只是商品的銷售成長迅速，更使得網路服務事業的業績大幅成長，因而亦使網路交易所衍生之消費爭議事件層出不窮。92 年 1 月 22 日修正公布之消保法雖將網路交易納入郵購買賣之範疇，惟消保法關於郵購買賣之規範，未週延考量網路交易與傳統交易之不同，並無因將網路交易之新型交易型態納入，而做相關的修正，在新型交易型態不斷推陳出新之情形下，網路交易契約之問題，是否皆可適用消保法關於郵購買賣之相關規定，而無爭議問題發生，際此網路交易日漸普及之現今，消保法有關郵購買賣之規範於實務上是否有檢討商榷之處，為一值得高度關切的課題。本文就以上之探討，認為網路交易契約適用消保法郵購買賣規範所生疑義，諸如：郵購買賣之用語、交易客體適用商品定義、數位化商品交易性質是否為買賣契約、數位化商品與服務之檢視、契約解除及退貨、網路交易定型化契約有關審閱期間及強化定型化契約有關行政規制上規範可行性等問題，現行消保法雖將網路交易納入郵購買賣之範疇，惟未周延考量網路交易與傳統交易不同之特性，致該等問題於現行法之適用上非無疑義，對於該等問題如何在兼顧消費者與企業經營者雙方之權益，並避免是類消費爭議事件發生下，尋求妥適之解決方案，似為主管機關亟待面對之問題，如能透過修法予以明確規範，對減低網路交易消費爭議事件之發生，似較為有所助益。

¹⁸² 例如網路業者透過定型化契約之內容，以減輕或限制本身之責任。參閱 GARRY L. FOUNDS, *Shrinkwrap and Agreements: 2B or Not 2B*, p.13(1999)