

開放空間違規使用之法律問題探討

顏廷棟*

目 次

- 壹、前言
- 貳、定型化契約管制的基本理論
- 參、定型化契約之資訊揭露義務
- 肆、定型化契約條款內容之管制
- 伍、市場公平競爭及交易秩序之規範
- 陸、結論

摘要

近來建商推出大型預售屋建案，可以發現其在廣告文宣或契約文件內強調社區住戶擁有廣闊開放空間設施；惟該等設施除全體住戶得以享受外，是否尚應對社會大眾「開放」使用？就此問題，建商若有濫用其對購屋消費者之締約優勢地位，在締約前階段隱匿重要交易資訊，或恃其締約商議地位制定不合理之同意免責條款，如此不僅侵害消費者權益，亦足以妨礙市場公平競爭及交易秩序。有鑑於此，本文從落實消費者保護法、公平交易法等法制觀點，建議主管機關及建築業界提出改善規範因應之道。

關鍵詞：預售屋、開放空間、交易資訊、締約地位、公平競爭、交易秩序

* 日本國立東北大學法學博士，現任公平交易委員會委員。

壹、前言

政府基於美化城市景觀、提升國民居住環境品質、增加公眾連通道路或休憩場所等目的考量，因此訂定都市計畫法第 83 條之 1、都市更新條例第 44 條等增加建築容積率之獎勵措施規定，促使建商開發大型建案願意在基地內留設公共使用的開放空間¹。如此經由增加社會成本換取而來的開放空間，屬於公共財（Public Goods）性質，即應提供給社會公眾全體使用，並非專屬該社區住戶享受²。然而，從 2013 年 6 月期間，新北市政府工務局強制拆除新板特區「權世界」、「國家世紀館」、「畫世紀」、「巴黎 16 區」、「國鼎」及「超級 F1」等 6 社區違章建築案例來看³，可以發現各該社區增設門窗、圍牆、柵欄、綠籬等形式封閉開放空間，將其作為社區內部門廳、交誼廳等用途使用，致使開放空間喪失原有之意義與功能。

另一方面，遭受強制拆除違建的住戶表示，社會大眾自由出入開放空間，形成社區治安的隱憂；況且建商與其簽定預售屋買賣契約過程，並未明確告知該空間場所應提供公共使用。另有部分社區住戶代表聲稱，建商提供的預售屋買賣契約，設定有買方同意變更開放空間用途的條款，且在交屋前已施工改造開放空間（二次施工）以挪為他用，因此既成的違章建築責任歸由住戶承受，毫無公平正義可言⁴。

從經濟分析之觀點，開放空間的公共使用，可以產生社區住戶與其他人共同享用所創造出對於社會整體經濟的「外部效益」（External Benefit）；但同時也產生限制住戶使用其區分所有權的效果。不過，令人好奇的是，建築法規之容積率

¹ 依據都市計畫容積移轉實施辦法第 6 條規定，可提供作為公共開放空間使用之建築土地，限於得將全部或部分容積移轉至其他可建築土地建築使用之土地。此外，都市更新建築容積獎勵辦法第 7 條、建築技術規則建築設計施工編第 283 條，分別規定有獎勵容積率之額度、「沿街步道式開放空間」或「廣場式開放空間」之認定標準。

² 建商享受容積率獎勵，得以在擴大建坪上蓋出更多住宅，卻也可能產生外部成本（External Cost）的問題。此乃由於大量多出的住戶數，意味著同一社區將承擔更多垃圾、廢氣等污染源，同時造成社區周邊交通的壅塞，無形中加重生活環境的負荷量。

³ 建築法第 86 條第 1 款、違章建築處理辦法第 5 條規定，直轄市、縣（市）主管建築機關，對於擅自建造之違章建築，除得處以建築物造價千分之五十以下罰鍰，並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。

⁴ 參閱何世昌，建商狠撈容積—開放空間偷走你我權益，住展雜誌，第 381 期，2013 年 8 月，頁 3-8。

獎勵對象是建商並非購屋者，購屋住戶卻須承受提供開放空間公用的負擔，所以促成其願意分享私權以成就公益之動機何在？合理的解釋說法，可能是建商願意將其受惠容積率回饋反映在較低廉的房價上，藉以吸引購屋者上門。若此，有關建商接受獎勵容積率之房價回饋換算比例、開放空間依法應提供公共使用等事項，即為消費者選擇購屋條件之重要參考因素。

針對上述開放空間使用問題，本文研究步驟為：首先，鑑於系爭預售屋買賣契約多為建商所提供，屬於消費者保護法所稱之定型化契約⁵，因此有必要介紹其管制的基本理論；其次，在締約前交涉階段，探討建商對於相對人是否負有告知開放空間用途的資訊揭露義務；再者，在對定型化契約內容的管制原則下，分析同意改造開放空間的二次施工條款，有無免責效力；繼之，不可忽略的是，當此類案件已有蔓延跡象，以致有影響整體預售屋買賣市場的公平競爭及交易秩序之虞時，如何適用公平交易法介入規範，亦為本文探討的重點；最末結論，歸納本文研究心得，提供若干改善規範之建言。

貳、定型化契約管制的基本理論

一、管制的必要性

現代社會隨著科技進步、商品改良的創新，消費者對於交易資訊的蒐集能力及認知程度，顯然遠低企業經營者。以房屋不動產交易為例，由於其存在下列特性，致使買賣雙方當事人處於交易資訊不對等（Information Asymmetry）狀況⁶：1.房屋不動產交易涉及都市計畫、土地、營建、稅務等多項法規，如此多重且複雜之法律關係，顯然為欠缺專業知識之一般消費者所難以理解；2.房屋價格高昂，尤其是坐落於都市精華地段的房價更是不斐，

⁵ 消費者保護法第2條第9款規定，定型化契約係指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容全部或一部而訂定之契約。另同條第7款規定，定型化契約條款係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。

⁶ 日文文獻，參閱長瀨二三男，不動產取引における重要事項説明義務，法政論叢40卷1号，2003年11月，頁177-196；中文文獻，參閱陳丰津，論最高行政法院關於預售屋不實廣告之判決，公平交易季刊，第20卷第4期，2012年10月，頁53-104。

購屋者必須支付巨額價金或承受長期購屋貸款負擔，其作出購屋決定，應經深思熟慮的判斷過程；3.不動產交易之標的若為預售屋，締約之際有關施工品質、建築規劃存在著高度不確定性、不可預見性，且工程期間漫長可能影響履約可能性，致使缺乏購屋經驗之消費者未能精準評估交易風險。是以在締約前的交涉階段，建商若有隱匿或不實告知重要的交易資訊，將導致消費者陷於購買錯誤之逆向選擇（Adverse Selection）現象。

抑有進者，消費者在欠缺充分交易資訊；或雖然獲知交易資訊，但礙於資訊搜索成本（Searching Cost）或考慮交易機會成本（Opportunity Cost）等因素，導致消費者在締約商議地位不對等的情况下，即有可能不知或被迫接受企業經營者單方擬定不合理的定型化契約條款。因此，消費者保護法制為求雙方當事人交易資訊、締約商議地位的對等，乃跳脫傳統民事法「自己責任原則」⁷（Rules of Self-responsibility）、「契約自由原則」的藩籬，課以企業經營者締約前的資訊揭露義務，並對定型化契約進行實質內容的管制⁸。

二、管制模式

大體言之，各國消費者保護法制考量執法成本、管制實效、行業特性等因素，對於定型化契約設計有行政、司法、特別法、自律規範等四種管制模式⁹：

（一）行政管制模式

在行政管制模式的規範體系下，有關定型化契約之使用、約款內容等事項，法律授權行政機關介入監督查核權限，得以頒布行政規則、實施行政指導及發動行政處分。例如，我國消費者保護法，設有定型化契約之行政管制手段有：主管機關得選擇特定行業，公告契約之審閱期間（第 11 條之 1）、規定其應記載或不得記載事項（第 17 條第 1

⁷ 自己責任原則，又稱虧損自負原則，原意為金融市場投資者應負擔投資風險；衍伸至一般契約的場合，即為雙方當事人均應承擔蒐集資訊成本、相對人違約或債務不履行等風險。

⁸ 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學第 91 期，2002 年 12 月，頁 51-62。

⁹ 有關定型化契約之管制模式比較及各國消費者保護法制介紹，參閱陳汝吟研究計畫主持，定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限檢討，行政院消費者保護委員會委託辦理，2011 年 11 月，頁 26-90。

項)、派員查核企業經營者使用之定型化契約(第17條第3項),對於不配合調查或重大違規者,得處以罰鍰或命其停止營業、勒令歇業(第57條、第60條)。

(二) 司法管制模式

所謂司法管制模式,係指由法律直接規定企業經營者應負的資訊揭露義務、定型化契約不當約款之類型及效力,事後由法院裁判給予消費者救濟保障之制度。例如,日本消費者契約法¹⁰,在資訊揭露義務的管制方面:第1條規定事業人利用其在交易資訊的優勢地位,以引起誤認或困惑方式與消費者締結契約,消費者得撤銷其意思表示;第3條設有企業經營者負有積極提供資訊義務的規定;第4條第1項定義出對於重要事項為「不實告知」、「提供斷然預測的資訊」、「故意不告知不利益事實」等三種引起誤認之不法行為類型;第4條第4項揭示判斷重要事項的考量因素,包含消費者契約之目的、物品、權利、勞務之性質、用途、對價及其他交易條件等事項¹¹。

此外,對於定型化契約內容的管制方面:第8條至第10條,列舉「免除事業人損害賠償責任」、「預定消費者支付損害賠償金額」、「限制消費者權利或加重其義務」等三種無效的不當定型化契約條款類型。

(三) 特別法管制模式

所謂特別法管制模式,係指立法者針對某些存在高度專業性或風險性商品之交易行為,以制定特別法方式加重企業經營者對於重要事項的資訊揭露義務¹²。以房屋不動產交易而言,日本宅地建物交易業

¹⁰ 有關日本消費者契約法之中文文獻,可參閱邱惠美,日本消費者法簡介-以消費者契約法為中心,消費者保護研究第9輯,行政院出版,2007年2月,頁43-72。

¹¹ 本條規定積極提供資訊之適用範圍,主管機關認為:其僅適用於未提供資訊,足以引起消費者誤認契約重要事項情形,始有必要課予事業人積極提供資訊的義務,參閱內閣府国民生活局消費者企画課編,逐條解說消費者契約法〔補訂版〕,商事法務出版,2003年3月,頁55。惟有學者認為:從消費者契約法第1條保障當事人雙方締約地位對等之立法目的而言,凡是當事人雙方對於資訊量或分析資訊能力,明顯存在差距情形,事業人即負有積極提供資訊的義務,參閱山田誠一,情報提供義務,ジュリスト1126号,1998年1月,頁179。

¹² 例如,我國金融消費者保護法第9條、第10條等規定,金融服務業者對於金融消費者負

法，為確保宅地及建物交易公平並維護購屋者利益（第 1 條立法目的），特別規定宅地建物業者在締約前，對於相對人負有提供記載重要事項書面並說明之義務（第 35 條）；且不得有故意隱匿事實或不實告知重要事項之行爲（第 47 條第 1 款）。至於應記載的重要事項，第 35 條列舉 6 大類事項：1.宅地或建物之所在、規模、性質等事項；2.將來受到使用限制事項；3.環境、交通等有關便利事項；4.價金等金額事項；5.付款方式及其他交易條件事項；6.宅地建物業者與交易相關之財務、信用等事項。其中，又以土地或建物之樣式性質、有無法令或所有權用益限制，攸關購屋者之權利義務¹³。在實際案例上，有關宅地或建物使用，受到都市計畫法、建築基準法等法令規定限制¹⁴，或袋地聯絡公路有無鄰地通行權¹⁵，賣方未告知買方該等重要事項，皆被認定違反本條說明義務規定。

另應注意者，由於本條係規定「至少」應記載重要事項，屬於例示性列舉規定性質，因此對於不在列舉範圍內的其他交易相關事項，凡是將來對於買方有產生不利益、特別負擔或有此效果之虞，以致重大影響其決定是否締結契約之判斷者，例如日照、安寧、通風、眺望及鄰居關係等居住環境事項，宅地建物業者仍然負有調查及說明義務¹⁶。

（四）自律規範管制模式

相對於上述三種他律的管制模式，自律規範管制模式係由企業經營者所屬職業團體制定行業自律公約，並且賦予職業團體得以懲戒違規會員權限。如此管制模式，相對降低主管機關施以他律管制的法律執行成本，並可藉由柔性的管制手段，適切達成規範目的¹⁷。事實上，

有銷售適合度考量、契約內容及風險揭露等義務。

¹³ 工藤祐巖，不動產取引と説明義務，判例タイムズ 1178 号，2005 年 7 月，頁 127。

¹⁴ 東京高判，平成 6 年 7 月 18 日，判例時報 1518 号，1995 年 4 月，頁 19。

¹⁵ 奈良地裁葛城支判，平成 11 年 8 月 31 日，判例時報 1719 号，2000 年 10 月，頁 117。

¹⁶ 長谷川義仁，不動產取引における売主側の説明義務違反と民法上の効果，近畿大学法学 54 卷 2 号，2006 年 9 月，頁 6。

¹⁷ Robert Pitofsky, "Self Regulation and Antitrust," before the D.C. Bar Ass'n, Feb.18.1998, <http://www.ftc.gov/public-statements/1998/02/self-regulation-and-antitrust>, last visited on date:

在日本不動產交易市場，建築業界廣泛實施「有關不動產表示之公正競爭規約」，藉由該規約第 15 條規定有關交易態樣、建築物所在地、交通便利性、面積、建物形狀、生活關聯設施...其他交易條件等 13 類事項的表示準則，對於不動產業者具有相當程度的自律規範作用¹⁸。其中，若有涉及土地利用限制，例如依據都市計畫法、自然公園法、建築基準法等規定，對於建築物附加所有權、地上權、地役權、租賃權等權利限制事項，不動產業者不得有引人誤認之虞的不當表示（第 23 條）。

參、定型化契約之資訊揭露義務

一、應記載及不得記載事項公告

消費者保護法第 4 條規定：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。」繼之第 5 條規定：「政府、企業經營者及消費者均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理的行為，以維護其安全與權益。」該等規定，宣示資訊揭露在消費者保護政策上具有重要性地位的意義¹⁹。至於落實資訊揭露規範實效性之作法，在我國消費者保護法對於定型化契約實施行政管制的模式下，仍須仰賴主管機關推動定型化契約之行政管制工作。

具體言之，依據消費者保護法第 17 條第 1 項授權規定，中央主管機關選擇特定行業公告定型化契約應記載及不得記載事項，屬於法規命令性質²⁰，得以控制定型化契約條款之效力²¹，同時賦予消費者契約審閱期間權限（第

2014/6/3.

¹⁸ 內田耕作，消費生活と表示關係法，現代經濟法講座 5，三省堂出版，1990 年 6 月，頁 165。

¹⁹ 但學者有認為：消保法第 4 條以維持「消費者之健康與安全」為前提，並非以締約過程之資訊揭露義務為規範對象。參閱陳洗岳，非對等契約當事人間之資訊提供義務的確立—以日本金融商品販賣法及 UNIDROIT 加盟契約開示義務模範法為中心，律師雜誌第 293 期，2004 年 2 月，頁 41。

²⁰ 法務部 95 年 9 月 21 日法律字第 0950035512 號函。

²¹ 同條第 2 項規定，違反公告之定型化契約，其定型化契約條款無效，並依公告事項定其契

11 條之 1），並配合定型化契約條款明示原則（第 13 條）、異常條款排除原則（第 14 條）等規定的保障，得以發揮行政機關事前積極的預防性措施功能²²。

二、開放空間使用之資訊揭露義務

（一）預售屋買賣定型化契約公告

以本文研究主題相關之預售屋不動產交易而言，由於我國消費者保護法或其他特別法，並未類似日本宅地建物交易業法直接訂有重要事項說明義務規定，是以在我國探求預售屋市場的資訊揭露義務，主要依循內政部公告之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」規定。該預售屋買賣定型化契約公告，揭示 26 點應記載事項，其中第十點（二）有關法定空地事項規定：「建物法定空地應登記為全體區分所有權人共有，並為區分所有權人共用。但部分區分所有權人不需使用該共有部分者，得予除外。」此外，在不得記載事項第六點規定：「不得為其他違反法律強制或禁止規定之約定。」由此觀之，現行預售屋買賣定型化契約公告，並未明確列入開放空間應提供公用或禁止約定住戶專用之應記載及不得記載事項內。然而，在預售屋買賣契約糾紛案例上，可以發現建商提供預售屋的廣告文宣或定型化契約，雖有標示開放空間設施的文字或圖樣，但其銷售人員或契約文件並未明確告知相關設施依法應提供公用的訊息，因此衍生出建商有無違反資訊揭露義務的爭議。

（二）代表性案例之檢討

以臺灣高等法院高雄分院審理「富麗大廈案」²³為例，購屋者（上訴人）主張：兩造預定房屋買賣合約書約定「公共入口門廳及一樓中庭空地及『開放性空間』部分，『歸大樓所有住戶使用及管理』，任何人不得占為私有」、系爭廣告圖說載「...『安全住宅，健康設計，

約效力。另同法施行細則第 15 條第 2 項規定，未依公告事項記載於定型化契約者，仍構成契約內容。

²² 劉春堂，民法債篇通則（一）契約法總論，三民書局出版，2001 年 9 月，頁 113。

²³ 臺灣高等法院高雄分院 88 年度重上字第 69 號判決。

嚴格門禁管理』、『統一門禁，刷卡進出管制』等語」使其根本無從意識到「開放性空間」依法令規定係「應供非住戶之大眾使用」，足證被上訴人忠億公司有「隱瞞開放性空間應供非住戶之大眾使用」之詐欺故意，爰訴請撤銷本件買賣契約。

本案，臺灣高等法院高雄分院判決，否定購屋者得以主張撤銷權，主要判決理由為：1.查「開放性空間」乃法所明定，且為報章雜誌所一再披露，現今已為社會大眾所知悉；2.上訴人與忠億公司之契約書記載「公共入口門廳及一樓中庭空地及開放空間部分，歸大樓所有住戶使用與管理，任何人不得占為私用」等語，顯係強調大樓住戶不得將任何公共設施為私用與開放空間之定義無關；3.契約對象為締約之買賣雙方，不及於契約外之第三人，自不可能將使用及管理規定就第三人之權益於契約中予以記載，是尚不能以契約中雖記載有開放空間，惟未表明大廈住戶以外之人可使該開放空間部分，即認忠億公司有隱瞞開放空間之事實。

首先，應予說明的是，系爭預售屋建案廣告文宣強調住宅門禁的安全性，如何保障購屋者避免因此發生開放空間專屬住戶使用的誤認效果？就此問題，消費者保護法第 22 條設有廣告真實性原則規定，建商對消費者所負之義務不得低於廣告之內容²⁴；即預售屋之廣告宣傳品及其所記載建材設備表，亦為契約之一部分（預售屋買賣定型化契約應記載事項第二點）。是以在締約前交渉階段，建商對於廣告內容負有與契約事項相同的資訊揭露義務²⁵。

²⁴ 有關消費者保護法第 22 條規定內涵，朱柏松教授認為：該條前段規定，僅為訓示規定意義，其立法目的充其量在於配合同條後段規定，使其作為加重企業經營者契約責任的依據而已。參閱氏著，消費者保護法論(增訂版)，翰蘆圖書公司出版，1999 年 9 月，頁 27。

²⁵ 日本學者從規範實效的角度觀察，認為相對於消極的禁止企業經營者從事不實廣告，積極的課予其資訊提供義務，較能保障消費者合理選擇權的行使，參閱向田直範，消費者保護と広告規制，北大法學論集 27 卷 3-4 号，1977 年 3 月，頁 483。此外，我國學者亦有認為，消費者保護法第 22 條前段要求廣告「真實性」規定過於嚴苛，執法上不易認定，因此主張該段規定之意義在於導出企業經營者對消費者負有誠實告知或說明廣告內容的義務，參閱陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約-實務上相關判決之綜合評釋-(上)，臺灣本土法學雜誌第 2 期，1999 年 6 月，頁 6。

其次，從下列觀點考察，上揭臺灣高等法院高雄分院判決理由，顯然有待商榷：

1. 建築專業性、交易風險分配觀點

第 1 點判決理由，所謂「開放性空間...現今已為社會大眾所知悉」，不僅缺乏合理論據實證，並且與第 2 點判決理由相矛盾。蓋依其判決所言，設若開放空間依法應提供公用的訊息已經廣為周知，則何以契約條款仍須強調大樓住戶不得將任何公共設施佔為私用。更引人非議的是，如此判決意旨，將導致欠缺建築專業知識之購屋消費者必須承擔高於建商所負預售屋交易風險，顯然與消費者保護法在於衡平當事人締約資訊地位對等的規範宗旨，背道而馳。

事實上，有關預售屋交易風險之分配原則，臺灣台北地方法院 87 年度重訴字第 304 號判決，作有頗為精闢的論述，值得參考：「就風險管理之角度言，建商既以建造房屋出售為專業，自應類賦其較高之專業義務，簡言之，有關房屋興建應遵守之法令規範及相關法令之限制，建商應較消費者明瞭，故其較消費者擁有更高之風險管理能力，自可藉由其風險管理之能力，避免違反相關法令...更何況，在尚未交屋前，無法見到真正之『成屋』，其房屋『效用』資訊之取得，無非藉由『廣告』、『樣品屋』或『契約』等途，有關房屋之結構、格局，均掌握在建商手裡，該等風險由其負擔，實屬衡平...」。

2. 誠實信用原則觀點

上揭第 3 點判決理由爭議，在於開放空間的提供公用，乃係依據法令規定，建商未將其載明於契約條款，是否具有隱瞞重要交易資訊的詐欺故意？關於此點，實務向來判斷消極不作為是否構成詐欺行為之基本立場為²⁶：「單純之緘默，除在法律上、契約上或交易習慣上，就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即非民法第 92 條第 1 項所謂之詐欺。」如此而言，由於預售屋買賣定

²⁶ 參閱最高法院 33 年上字第 884 號判例、最高法院 84 年 1619 號判決。

型化契約公告並未規定應記載開放空間用途事項，似乎難以認定建商未提出說明即構成消極不作爲的詐欺行爲。然而，鑑於企業經營者與消費者間存在締約資訊差異現象，有學者主張在認定消極不作爲是否成立詐欺之際，應從誠實信用原則的法律政策觀點，課予企業經營者更高的說明義務程度，擴大其應告知說明事項的範圍²⁷。

無獨有偶的，日本法院審理違反消費者契約法說明義務的案件，亦有遵循民事法上所謂「誠實信用原則」的指導理念介入判斷，其判決理由略謂²⁸：「從消費者契約法的立法宗旨（鑑於事業人在交易資訊質量的優勢地位，本法係以維護消費者利益，進而健全交易發展爲目的）以觀，事業人在締約前的交涉階段，對於相對人作出意思決定有重要意義的事項，應依誠實信用原則爲適切的告知及說明。事業人故意或過失，不爲適切的告知及說明，導致相對人締約後遭受損害，對此損害應負賠償責任。」基此判決意旨，有關宅地建物交易業法規定之重要事項說明義務，實務大多將其定位爲契約的附隨義務，對於宅地建物之賣方於締約過程怠於說明重要事項者，法院認爲買方得依債務不履行規定，請求損害賠償²⁹。此外，學說上亦有主張依據締約過失之法理，買方得以行使契約解除權；惟多數說以爲，買方既然得以依據債務不履行、瑕疵擔保責任或意思表示錯誤等規定解除或撤銷契約，即無承認締約過失解約權的實益³⁰。

肆、定型化契約條款內容之管制

一、定型化契約條款無效事由之類型化

²⁷ 陳忠五，前揭註 25，頁 9。

²⁸ 大津地判平成 15 年 10 月 3 日。

²⁹ 大阪高判昭和 58 年 7 月 19 日，判例時報 1097 号，1984 年 2 月，頁 59；東京高判昭和 52 年 3 月 31 日，判例時報 858 号，1977 年 9 月，頁 69。

³⁰ 野澤正充，特集テイクオフ民法情報提供義務(説明義務)違反，法学教室 273 号，2003 年 6 月，頁 38。

現代消費者保護法制，基於實現契約正義的理念³¹，在追求禁止暴利行為法理顯在化之法制作業上，多有預先公布不當定型化契約條款類型，以供司法機關介入個案審查系爭條款是否無效的判斷標準，我國消費者保護法第12規定即為顯例。詳言之，同條第1項規定：違反誠信原則，對消費者顯失公平之定型化契約條款為無效；第2項列舉三款推定顯失公平之定型化契約條款類型：1.違反平等互惠原則；2.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；3.限制主要權利或義務，以致契約之目的難以達成。此外，同法施行細則第13條、第14條，更分別列出審酌是否違反誠信原則或平等互惠原則之考量因素，以臻執法明確目標。

從比較法觀點，日本消費者契約法第10條與上揭我國法規定極為類似，該日本法規定：違反公共秩序，限制消費者權利或加重其義務之單方不利益契約條款，無效。基此規定，其實務運作上發展出無效契約條款類型有³²：1.限制消費者行使解約權條款；2.有利事業人行使解約權條款；3.約定由事業人單方選定爭議仲裁人條款；4.視為消費者一定作為或不作為之意思表示擬制條款；5.減輕事業人或加重消費者之舉證責任條款；6.限制消費者權利行使期間條款。該等無效條款類型化，學者肯定其對於法規範實踐具有事前防範消費糾紛發生、實質促進市場競爭及提供訴訟外的紛爭解決機制等效用³³。

至於我國實務在消費者保護法第12條之規範架構下，除由法院判決不當契約條款無效，給予消費者事後司法救濟的保障外；在事前的行政管制措施方面，各主管機關發布特定行業定型化契約應記載事項及不得記載事項，其中不得記載事項公告，同樣具有無效契約條款類型化的功能，得以作為矯正該行業不當契約條款之準則。例如，依據預售屋買賣定型化契約不得記載事項第二點規定：「出售標的不得包括未經依法領有建造執照之夾層設計或夾層空間面積。」準此，建商若於定型化契約條款記載「依核准之建築圖說，本

³¹ 詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院90年度台上字第2011號、91年台上字第2220號、92年台上字第39號判決之商榷，律師雜誌第293期，2004年2月，頁36。

³² 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課，逐條解說消費者契約法，商事法務出版，2000年12月，頁175。

³³ 河上正二，消費者契約法の展望と課題，現代消費者法14号，2012年3月，頁75。

案均無夾層設計，如買方需增加使用而自行之增建，依目前建築相關法令之規定視為違建，但日後仍依當時建築相關法令及主管機關認定為準」之事項，顯然暗示買方仍可自行增建夾層屋（實際上大多由建商於交屋前增建），即可認定其有消費者保護法第 12 條所定「違反誠信原則，對消費者顯失公平」之情事，因而無效³⁴。

二、同意二次施工條款有無免責效力？

建商在其提供之預售屋定型化契約，設定全體住戶同意其二次施工改造開放空間設施的條款，得否免除其承擔該違建設施遭受拆除之債務不履行責任？此與上述夾層屋違建問題不同的是，現行預售屋買賣定型化契約公告未將同意二次施工條款列為不得記載事項內，是以探討其效力問題，尚應個案依據消費者保護法第 12 條規定進行條款內容之實質分析。

在臺灣高等法院臺中分院審理「地上光の建築預售建案」³⁵，購屋者（上訴人）主張：盛亞建設公司（被上訴人）提供系爭建案附設之「視聽室」、「ANDO 影音劇院」、「ANDO 水幕泳池」、「YOHO 健身館」及「YOHO 貴賓聯誼中心」等公共設施，乃係在其取得使用執照後違法興建，不符獲准圖說之開放空間用途，且未獲告知該等設施佔用開放空間屬於違章建築之事實，爰請求買賣標的物瑕疵之損害賠償。對此主張，盛亞建設公司提出抗辯事由：兩造買賣契約第 20 條第 1 項訂有「為加強實用性及公共景觀，全體區分所有權人同意起造人就本社區增建入口門廳，以及改建一樓、中庭為景觀及公共空間，供全體區分所有權人管理使用...如因建管法規需回復原狀時，起造人（即賣方）不負違約之責。」等語，據此否認其負有損害賠償之責。

本案經臺灣高等法院臺中分院審理後，判決盛亞建設公司應負不完全給付之損害賠償責任，主要理由為：1.系爭契約附件訂有「上開工程賣方需於取得使用執照後施工，並於使用執照核發後六個月內完成」條款，被上訴人仍無從使買受人得悉公共設施依法應留設沿街步道式開放空間設置之事實，依通常交易觀念，可認其提供買賣標的物有瑕疵；2.系爭游泳池、視聽室、

³⁴ 詹森林，前揭註 31，頁 24。

³⁵ 臺灣高等法院臺中分院 102 年度上字第 215 號判決。

健身房等公共設施，依法本應拆除恢復原狀，雖目前未經主管機關要求拆除，惟設於沿街步道之開放空間，無從變更使之合法，上訴人主張其受有損害，應屬有據。

從上揭判決結果得知，法院並未採信建商提出系爭同意二次施工條款之免責事由抗辯，仍然認定其應負債務不履行之損害賠償責任；然而，何以該同意二次施工條款未具免責效力，判決理由並未予以論斷。本文以為，在消費者保護法第 12 條規範之基礎上，系爭條款是否構成無效之事由，可作如下進一步的分析：

首先，審酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣等因素（同法施行細則第 13 條），鑑於本案預售屋買賣契約之價金高昂、標的物在完工前具有不確定性及不可預見性等特性，並考量公共設施之種類及利用方式常為消費者選擇購屋條件的重要參考因素，是以系爭條款強調公共設施「供全體區分所有權人管理使用」，卻未明確告知該等設施佔用法定開放空間之事實，致使消費者購屋動機與實際住宅環境現況產生極度落差，足認系爭條款有違交易上誠實信用的基本原則。

其次，系爭條款載明「如因建管法規需回復原狀時，起造人（即賣方）不負違約之責。」語句，顯示建商有意預先免除其履約責任，且將其違章建築之法律責任轉嫁予住戶承受，導致購屋消費者必須承擔非其所能控制之交易風險，顯然得以推定其對消費者顯失公平（同法施行細則第 14 條第 2 款）。

此外，購屋者簽訂同意二次施工條款，建商得否抗辯買受人明知或有重大過失而不知標的物存在違背建築法令之瑕疵，據以免除其瑕疵擔保責任（民法第 355 條第 2 項）？就此問題，基於上述建築法令之專業性、當事人交易資訊不對等、交易風險合理分配等觀點，自應否定住戶負有查閱建築執照以確認系爭公共設施是否屬於違章建築之義務，從而未能構成建商之免責事由³⁶。

³⁶ 雖然，最高法院 49 年台上字第 2544 號判例、86 年台上字第 3211 號判決，分別認定購屋消費者明知或重大過失未查詢系爭標的物房屋屬於違章建築之事實，出賣人得依民法第 355 條規定免除其物之瑕疵擔保責任；惟最高法院如此見解，乃是基於傳統民法上預設買賣交易雙方當事人立於契約對等地位、民法旨在衡平契約雙方當事人利益狀態之立法原則

伍、市場公平競爭及交易秩序之規範

隨著政府持續推動都市計畫、都市更新工程的進行，藉由增加建築容積率的獎勵措施誘因，大幅拓展建築業界開發留設開放空間建案之市場成長版圖。在此同時，由於建商追求銷售業績的激烈競爭，導致預售屋市場上頻繁出現過度強調開放空間設施的不實廣告或其他不當促銷手法，其結果不僅侵害個別消費者權益且妨礙整體市場競爭及交易秩序，是以作為規範市場經濟行為基本法之公平交易法，自當有介入管制以健全預售屋市場經營環境的必要。

一、不實廣告之規範

廣告為事業從事市場活動不可或缺的商品行銷手法³⁷；對於消費者而言，亦可透過廣告獲得交易資訊以減少選擇購買商品的搜索成本。但在另一方面，廣告若有誇大、不實表示的情形，將導致消費者發生商品誤認效果，侵害其「知悉」、「選擇」的消費基本權利，此同時意味著不實廣告將剝奪守法廠商爭取交易相對人之公平競爭權利，故公平交易法第 21 條禁止事業為虛偽不實或引人錯誤之廣告行為。

應予說明的是，消費者保護法第 22 條設有廣告真實性原則規範，此與公平交易法第 21 條禁止不實廣告規範的差異在於：1.廣告真實性原則，旨在確保消費者利益，給予其最低契約內容程度的保障；禁止不實廣告，係以維護市場公平競爭為保護法益，消費者僅係享有間接保護的反射性利益（公平交易法第 1 條立法目的）。2.消費者保護法規範，重在確保廣告內容的「真實」，企業經營者負有證明其廣告符合真實性的義務（施行細則第 24 條）；相對之，公平交易法禁止不實廣告範圍涵蓋「虛偽不實」及「引人錯誤」之廣告，禁

等觀點所為之判示，其未必完全適用於現代消費者與企業經營者之買賣交易形態上。參閱陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約-實務上相關判決之綜合評釋-(下)，臺灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月，頁 20。

³⁷ 現代商業活動，隨著傳播媒體科技的進步，廣告以多樣化的型態存在於日常消費生活當中。依據消費者保護法施行細則第 23 條對於廣告之定義：「指利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。」。

止規定較為嚴格。3.不實廣告之損害賠償責任主體，消費者保護法規定為廣告主、媒體經營者（第 23 條）；公平交易法規定除廣告主、媒體事業外，尚包含廣告代理業、廣告薦證者（第 21 條第 4 項），其連帶損害賠償體制較為充實。4.消費者保護法，設有損害賠償團體訴訟制度（第 50 條），有利於不實廣告之多數被害人起訴求償；公平交易法設有以侵害人不法所得利益作為損害額之推定規定（第 31 條第 2 項），有助於被害人計算不實廣告之損害額。

（一）違法判斷標準

公平交易法第 21 條禁止「虛偽不實」或「引人錯誤」之廣告行為，二者間處於如何之法律適用關係？若依論理解釋的觀點，虛偽不實廣告之可罰性，在於其有引人錯誤認知的效果；否則，廣告內容雖有虛偽不實，但不足以引人錯誤認知者，即無可罰性可言，是以二者間屬於同一違法行為之前後因果關係³⁸。另就文義解釋的觀點而言，本條法文用語為「或」，二者各屬獨立行為類型，「虛偽不實」、「引人錯誤」僅須具備其中一要件，即足成立違法行為³⁹。

至於實務見解，從公平交易委員會頒布公平交易法第 21 條案件之處理原則第五點、第六點規定以觀，虛偽不實、引人錯誤，均須具備「引起錯誤之認知或決定之虞」之共同要件；但前者重在「表示或表徵與事實不符，其差異難為一般或相關大眾所接受」，後者強調「表示或表徵不論是否與事實相符」而有引起一般或相關大眾錯誤之認知或決定之虞，二者之判斷標準並非一致，顯然其將二者定位為各自獨立的違法行為類型。

（二）開放空間使用之不實廣告案例

1. 代表性案例

依據公平交易委員會網頁之處分書查詢系統，歷來涉及開放空間使用之不實廣告案例，總計有 36 件。本文因篇幅所限，故而擇取近年來之 5 件處分案為代表性案例，簡介於以下表 1。

³⁸ 周德旺，透視公平交易法，大日出版社，1992 年 5 月，頁 206。

³⁹ 石世豪，第二十一條，收錄於廖義男研究計畫主持，公平交易法之註釋研究系列(二)，九十三年度委託研究報告二，2004 年 11 月，頁 288。

表 1：近年公平交易委員會處分涉及開放空間使用之不實廣告案例

處分日期 處分書案號	被處分人 (罰鍰金額)	處分理由摘要
102 年 1 月 17 日 公處字第 102009 號	和發建設公司 (80 萬元) 新理想廣告公司 (40 萬元)	系爭建案之開放空間部分業經桃園縣政府開立該縣府處理違章建築稽查通知單認定為違章建築...是系爭廣告圖示之內容與事實有甚大之差距，且其差距已逾一般大眾所能接受之程度，而足以引起一般大眾錯誤之認知或決定，並將導致市場競爭秩序喪失其原有之效能，使競爭同業蒙受失去客戶之損害，足生不正競爭之效果。
100 年 10 月 27 日 公處字第 100209 號	群家建設公司 (80 萬元)	系爭廣告所為違反建築法令之 1 樓公共設施表示，與消費大眾之認知有相當差距，已逾越一般或相關大眾所能接受之程度，而有引起錯誤認知或決定之虞...雖被處分人表示其已取得系爭建案全體住戶書面同意，將 1 樓停車空間改施作多項公共設施...該不實廣告所產生之招徠效果，亦對守法廣告之同業競爭者爭取交易之機會形成不公平競爭，故本案事後在契約之另為補充、補正，並不影響締約前所為不實廣告責任之認定，被處分人尚不得據此主張免責。
100 年 4 月 28 日 公處字第 100065 號	嘉駿建設公司 (80 萬元) 星曜廣告公司 (40 萬元)	案關廣告「一樓全區彩繪」圖表示設置千泉皇家大廳等公共設施，與原核准之使用執照竣工圖並不相符...為被處分人嘉駿公司採二次施工方式施作，無償供

處分日期 處分書案號	被處分人 (罰鍰金額)	處分理由摘要
		住戶共同使用，另被處分人星曜公司亦自承案關公共設施係供住戶共同使用，並不對外開放。是依現有事證，案關廣告內容表示與事實不符，其差異難為一般大眾所接受，而足以引起一般大眾錯誤之認知或決定，並將導致市場競爭秩序喪失其原有之效能，使競爭同業蒙受失去顧客之損害，而足以產生不正競爭之效果。
100 年 3 月 30 日 公處字第 100039 號	豐邑建設公司 (50 萬元)	綜觀系爭廣告之圖示及文字，實易使消費者誤認系爭建案前揭公共設施可合法使用，並據此認知做成交易決定。又一般大眾僅據建物使用執照之用途別，尚難知悉倘建物用途不符，有遭受罰鍰、停止使用、及強制拆除等處分之風險...爰建物之違法使用可能負擔之法律風險，均屬足以影響交易決定之重要交易資訊。為避免消費者受不實廣告之誤導而進行交易致權益受損，並使同業競爭者喪失與其交易之機會，契約之另為補充、補正說明並不影響不實廣告責任之認定。
100 年 3 月 17 日 公處字第 100029 號	豐邑建設公司 (100 萬元)	一般社會通念，預售屋廣告中所描述之相關設施，倘涉及未經審查許可二次施工，一般消費大眾難知悉其已違反建築法規，縱建商實際交付之標的物與廣告內容相符，日後仍有遭查報拆除之風

處分日期 處分書案號	被處分人 (罰鍰金額)	處分理由摘要
		險，其差距難為一般消費大眾所接受。故系爭建案廣告宣稱擬興建「大器之門」、「光燦迎賓 LOBBY」、「沐蘭水悅(烤箱、蒸氣、更衣室)」、「Golden Class 影音廳」、「菁英會議室」、「澄靜閱讀室」、「陽光健身房」、「勻體韻律室」、「小哈佛遊戲室」等項設施，核屬虛偽不實及引人錯誤之表示。

2. 案例評析

歸納上揭不實廣告案例之處分理由，顯示出公平交易委員會執法的基本立場為：1.預售屋市場存在資訊不對等情形，建商負有說明開放空間法定用途的資訊揭露義務，其違法使用之法律風險不應歸屬住戶承擔；2.廣告公司若以實際銷售金額為計算佣金之基礎，且參與廣告企劃及執行銷售業務者，顯與一般廣告代理業有所不同，即可認定其與建設公司同屬廣告主，得併予處罰；3.系爭開放空間設施之廣告，其實際使用狀況與原核准建築執照用途不相符合，且促使消費者誤認該公共設施可合法使用，構成虛偽不實「及」引人錯誤之廣告，顯然認定系爭廣告得以同時成立二獨立之違法行為類行；4.強調系爭不實廣告侵害同業競爭者爭取交易之機會、導致市場喪失競爭效能、產生不正競爭效果等處分理由，顯示其實徹公平交易法確保市場公平競爭之立法宗旨；5.建商以不實廣告促使購屋者產生開放空間用途的誤認，其違法性在於妨礙市場公平競爭，縱使事後提出住戶簽訂同意二次施工條款之補充說明，不影響對其法律責任之認定。

值得注意的是，上揭處分書決定罰鍰金額，胥皆表示：審酌被處分人違法行為之動機、目的及預期之不當利益；違法行為對交易

秩序之危害程度；違法行為危害交易秩序之持續期間；因違法行為所得利益...與其他因素（公平交易法施行細則第 36 條）。然而，各該處分書對於審酌因素之客觀事項部分，例如違法行為所得利益，並未揭載具體參考數據，致使其罰鍰金額計算標準陷於曖昧不明⁴⁰。尤有甚者，各該處分罰鍰金額從 40 萬元至 100 萬元不等，在常理上不難想像該等罰鍰金額顯然低於不實廣告之不法所得，如此在建商仍可保有大部分不法所得之情況下，實難期待藉此處分得以達到遏止違法行為之效果⁴¹。

二、其他欺罔或顯失公平行為之規範

公平交易法第 21 條禁止之不實廣告，限於以「使公眾得知之方法」所為不當表示，始足當之⁴²。如此而言，建商若以非公眾得知之方法⁴³，在個別銷售場合促使購屋者對於開放空間使用產生錯誤之認知或決定者，此時即應探討其有無同法第 25 條介入規範之可能性。

（一）公平交易法第 25 條之適用範圍

公平交易法第 25 條屬於概括條款之性質，除本法已規定者外，對於其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為，具有補充規範之

⁴⁰ 有關裁處罰鍰標準，公平交易委員會曾經訂頒「裁處罰鍰額度參考表」，作為其內部決定具體罰鍰金額之依據。惟該參考表所列罰鍰計算標準，仍屬抽象之主觀判斷事項，爰於個案適用難免有輕重失衡之弊，致使其裁處罰鍰之處分，時有遭受訴願委員會或行政法院之撤銷者。因此，該會已於民國 95 年 12 月 15 日廢止該裁罰表之適用（公法字第 0950010723 號令）。

⁴¹ 改善當前不實廣告處分之作法，除適度提高罰鍰金額之裁處標準外，公平交易委員會應致力宣導三倍損害額賠償制度（公平交易法第 31 條），藉由受害消費者或競爭同業請求鉅額賠款，以發揮懲罰性賠償制度「窮化犯罪人」之嚇阻違法效果。

⁴² 公平交易法第 21 條案件處理原則第三點，對於所謂其他使公眾得知之方法，作出說明：係指得直接或間接使非特定之一般或相關大眾共見共聞之訊息的傳播行為，包括設置市招、散發名片、舉辦產品（服務）說明會、事業將資料提供媒體以報導方式刊登、以發函之方式使事業得以共見共聞、於公開銷售之書籍上登載訊息、以推銷介紹方式將宣傳資料交付於消費者、散發產品使用手冊於專業人士進而將訊息散布於眾等。

⁴³ 例如以一對一、非錄音撥放方式的進行個別電話行銷（telemarketing），與其他「直接或間接使非特定之一般或相關大眾共見共聞」情形差異較大，解釋上應不屬於「使公眾得知之方法」。參閱石世豪，前揭註 39，頁 285。

法律功能。至於本條補充適用範圍，由小至大，學者提出四種不同見解⁴⁴：1.可作本法第3章中不公平競爭規定之概括條款；2.作為本法第3章整章規定之概括條款；3.作為競爭法之概括條款；4.可涵蓋限制競爭、不正競爭及消費者保護等性質案件之概括條款。

實務運作上，公平交易法第25條案件處理原則第三點(一)規定：「按事業與事業或消費者間之契約約定，係本於自由意思簽定交易條件...此契約行為原則上應以契約法規範之。惟於系爭行為危及競爭秩序或市場交易秩序時，始例外有本條之適用。例如在契約內容顯失公平部分，倘未合致『足以影響交易秩序』之要件，則應循民事途徑救濟解決；僅於合致前開要件，考量公共利益時，始由本條介入規範之。」由此可見，公平交易委員會適用本條規定之基本立場，顯然採行最廣適用範圍說見解。如此而言，對於預售屋買賣消費糾紛案件，若可認定建商有對消費者實施欺罔或顯失公平之行為，且具備足以影響交易秩序之要件者，仍有本條介入規範的空間。

(二) 預售屋銷售行為之規範說明

事實上，公平交易委員會在實踐上述案件處理原則之具體作法，訂頒有預售屋銷售行為之規範說明，以防範建商違法於未然，並為該會處理相關案件之參考。

本規範說明區分締約前、締約後階段，分別列出建商一定作為及不作為義務事項。在締約前階段，課予建商應以書面提供重要交易資訊，並給予購屋人至少五日契約審閱期的作為義務事項（規範說明第三點、第四點）；所謂重要交易資訊，包含：建造執照影本（應含所附圖說）、坐落基地之地籍圖、各戶持分總表（應足以顯示全區各戶之主建物、附屬建物與共有部分之面積及共有部分之分攤比例）、買賣契約書內容（應含共有部分之項目、面積或比例分攤之計算方式）、指定貸款銀行之銀行名稱、土地位於重劃用地限制資訊與所須負擔之重劃費用。

⁴⁴ 吳秀明，第二十四條，收錄於廖義男研究計畫主持，公平交易法之註釋研究系列(二)，九十三年度委託研究報告二，2004年11月，頁435。

在締約後階段，本規範說明禁止建商為一定行為之不作為義務事項（規範說明第五點）為：未經購屋人同意或未給予解除契約、減少價金等選擇措施，擅自變更未售出部分之設計，增加戶數銷售；交屋時要求購屋人找補未載明共有部分之價款；要求繳回契約書。

建商有違反上揭作為或不作為義務者，本規範說明定位其為欺罔或顯失公平之行為，倘進一步經公平交易委員會認定其有足以影響交易秩序之效果，即構成公平交易法第 25 條之違法行為⁴⁵。至於判斷「足以影響交易秩序」之考量因素有：受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果、是否為針對特定團體或組群所為之欺罔或顯失公平行為、有無影響將來潛在多數受害人效果（第 25 條案件處理原則第五點）。

應予檢討的問題是，上揭規範說明所列作為或不作為義務規定，並未涵蓋建商負有說明開放空間用途之資訊揭露或禁止契約記載住戶同意二次施工條款等事項，以致有規範疏漏之嫌。本文以為，從行為面觀察，建商隱匿開放空間用途訊息或於定型化契約記載同意二次施工條款，應可評價其為違反誠實信用原則之欺罔或顯失公平之行為⁴⁶；再就效果面論斷，相關行為頻繁出現於留設開放空間設施之大型

⁴⁵ 本規範說明第三點、第四點、第五點規定，建商違反各該規定，且足以影響交易秩序者，將有違反公平交易法第 25 條規定之「虞」。惟從法律適用邏輯觀點而言，相關違法行為既已具備「足以」影響交易秩序之市場效果要件，即可認定其構成違法行為，並非僅有違法之「虞」的程度。

⁴⁶ 公平交易法第 25 條案件處理原則第六點規定：「本條所稱欺罔係對於交易相對人，以積極欺瞞或消極隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。前項所稱之重要交易資訊，係指足以影響交易決定之重要交易資訊；所稱引人錯誤，則以客觀上是否會引起一般大眾所誤認或交易相對人受騙之合理可能性（而非僅為任何可能）為判斷標準，同時衡量交易相對人判斷能力之標準，以「合理判斷」為基準（不以極低之注意程度為判斷標準）。」準此規定，考量建築法令專業性、購屋者對建商處於資訊弱勢地位等因素，建商隱匿開放空間用途的重要交易資訊，以致引起消費者決定購屋與否的誤認，應可認定其構成欺罔行為。再者，同處理原則第七點例示有顯失公平之違法行為類型：「具相對市場力或市場資訊優勢地位之事業，利用交易相對人（事業或消費者）之資訊不對等或其他交易上相對弱勢地位，從事不公平交易之行為。常見行為類型如...2. 資訊未透明化所造成之顯失公平行為。」如此而言，建商濫用其對於購屋者的契約商議優勢地位，促使住戶簽訂同意二次施工條款，導致住戶承受開放空間違章建築的法律責任風險，顯然屬於該違法類型

預售屋建案，影響現在住戶及將來潛在購屋者等眾多消費者權益，並且引起違章建築侵害公共利益問題，顯然達到足以影響交易秩序之可罰程度。是以本於公平交易法第 25 條案件處理原則之規範理念，公平交易委員會應當即時補充預售屋銷售行為規範說明，俾將開放空間使用相關事項納入管制範圍內⁴⁷。

陸、結論

現行都市計畫法、都市更新條例相關規定，以獎勵增加建築容積率之誘因，促進大型建案留設開放空間以提供公眾使用，符合所有權社會化的經濟效益，立法用意堪稱良善；惟因我國尚無類似日本法制設有完備的不動產交易專法，以致建商銷售預售屋行為衍生出侵害消費者權益、妨礙市場公平競爭及交易秩序等弊端，連帶減損開放空間法定用途的預期功能。有鑑於此，歸納本文研究心得，以下提出三方面改善管制措施之建言：

一、消費者保護法管制措施方面

在締約前交涉階段，為保障處於交易資訊弱勢地位之消費者得以作出購屋決定的合理選擇，應有強化對於建商資訊揭露義務規範之必要。具體言之，現行預售屋定型化契約公告之應記載事項部分，在第七點「契約總價」項目，宜應增列有關建商接受獎勵容積率之房價回饋換算比例；另在第十點（二）「法定空地」項目，應當增列開放空間依法提供公眾使用事項。此外，為預防建商將開放空間違章建築之法律責任風險轉嫁給社區住戶，在公告不得記載事項部分，亦應增設不得約定買方同意二次施工條款事項。

二、公平交易法管制措施方面

從公平交易委員會處分有關開放空間設施不實廣告案例之執法績效來

所稱顯失公平之行為。

⁴⁷ 預售屋銷售行為之規範說明第八點規定：「本規範說明，僅係例示若干預售屋銷售常見之可能抵觸公平交易法之行為態樣加以說明；若有未盡周延之處，本會將作補充修正。個案之處理，本會仍須依具體事實加以認定。」。

看，公平交易法第 21 條確實發揮相當程度維護市場公平競爭及兼具保護消費者功能之規範效果。不過，對於其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平行為，仍有藉助同法第 25 條概括條款加以補充規範之必要。因此，有關預售屋銷售行為之規範說明，有必要在第三點「締約前資訊揭露」、第五點「締約後之欺罔或顯失公平行為」項目，分別增設建商應以書面提供開放空間法定用途資訊、不得為約定購屋人同意二次施工條款等事項。

三、自律規範管制措施方面

為有效遏止預售屋買賣附設開放空間設施不實廣告、不當定型化契約等違法行為，在有限的行政調查資源情況下，僅由主管機關發動監督查察或行政處分等措施，尚有未足。建築業界本身若能推動自律規範公約，揭示會員不得為有引人誤認開放空間使用之不實廣告或促使住戶簽訂同意二次施工條款等準則事項，並賦予其公會團體對於違反公約之會員得施以警告、改善勸告或除名等懲戒權限，如此配合主管機關他律的管制措施，二者相輔相成，相信更能達成維護交易秩序及消費者利益並確保市場公平競爭之規範目的。

參考文獻

中文部分

石世豪，第二十一條，收錄於廖義男研究計畫主持，公平交易法之註釋研究系列（二），九十三年度委託研究報告二，2004 年 11 月。

朱柏松，消費者保護法論（增訂版），翰蘆圖書公司出版，1999 年 9 月。

何世昌，建商狠撈容積—開放空間偷走你我權益，住展雜誌，第 381 期，2013 年 8 月。

吳秀明，第二十四條，收錄於廖義男研究計畫主持，公平交易法之註釋研究系列（二），九十三年度委託研究報告二，2004 年 11 月。

邱惠美，日本消費者法簡介-以消費者契約法為中心，消費者保護研究第 09 輯，行政院出版，2007 年 2 月。

周德旺，透視公平交易法，大日出版社，1992 年 5 月。

陳洸岳，非對等契約當事人間之資訊提供義務的確立—以日本金融商品販賣法及 UNIDROIT 加盟契約開示義務模範法為中心，律師雜誌第 293 期，2004 年 2 月。

陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學第 91 期，2002 年 12 月。

陳汝吟研究計畫主持，定型化契約之規範比較暨其應記載及不得記載事項之界限檢討，行政院消費者保護委員會委託辦理，2011 年 11 月。

陳丰津，論最高行政法院關於預售屋不實廣告之判決，公平交易季刊，第 20 卷第 4 期，2012 年 10 月。

陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約-實務上相關判決之綜合評釋-(上)，臺灣本土法學雜誌第 2 期，1999 年 6 月。

陳忠五，不誠實廣告與夾層屋買賣契約-實務上相關判決之綜合評釋-(下)，臺灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月。

詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院 90 年度台上字第 2011 號、91 年台上字第 2220 號、92 年台上字第 39 號判決之商榷，律師雜誌第 293 期，2004 年 2 月。

劉春堂，民法債篇通則(一)契約法總論，三民書局出版，2001 年 9 月。

日文部分

工藤祐巖，不動産取引と説明義務，判例タイムズ 1178 号，2005 年 7 月。

山田誠一，情報提供義務，ジュリスト 1126 号，1998 年 1 月。

内閣府国民生活局消費者企画課編，逐条解説消費者契約法〔補訂版〕，商事法務出版，2003 年 3 月。

経済企画庁国民生活局消費者行政第一課，逐条解説消費者契約法，商事法務出版，2000 年 12 月。

内田耕作，消費生活と表示関係法，現代経済法講座 5，三省堂出版，1990 年 6 月。

向田直範，消費者保護と広告規制，北大法学論集 27 巻 3-4 号，1977 年 3 月。

河上正二，消費者契約法の展望と課題，現代消費者法 14 号，2012 年 3 月。

長瀬二三男，不動産取引における重要事項説明義務，法政論叢 40 巻 1 号，2003 年 11 月。

長谷川義仁，不動産取引における売主側の説明義務違反と民法上の効果，近畿大学法学 54 巻 2 号，2006 年 9 月。

野澤正充，特集テイクオフ民法情報提供義務（説明義務）違反，法学教室 273 号，2003 年 6 月。