

臺北市政府地政局暨所屬機關 109 年度自行研究報告

已簽訂之契約違反應記載及不得記載事項之效力探討-以預售屋買賣契約為例

研究單位：臺北市政府地政局地權及不動產交易科

研究人員：李沛穎

中華民國 109 年 11 月

目 錄

壹、 緒論	3
一、 研究動機.....	3
二、 研究目的.....	4
三、 研究範圍.....	5
四、 研究方法.....	5
貳、 定型化契約制度.....	5
一、 私法自治原則-契約自由原則.....	5
二、 契約自由原則之例外-定型化契約.....	6
三、 定型化契約之管制-定型化契約應記載及不得記載事項..	8
參、 預售屋交易制度及預售屋買賣定型化契約之法制規範.....	9
一、 預售屋交易制度.....	9
二、 法制規範的發展歷程.....	10
三、 法制規範適用關係.....	12
肆、 結論與建議.....	13
一、 結論.....	13
二、 建議.....	15
伍、 參考文獻.....	16

壹、 緒論

一、 研究動機

司法院大法官第 576 號解釋文略以：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。……」，而民法第 153 條第 1 項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」，為契約自由原則之展現。因此當事人間得就契約之內容約定，亦包括定型化契約。¹

由於消費者在與企業經營者締結契約時，常有資訊不對稱、談判能力不對等之困境，是為保障消費者權益、促進交易公平，消費者保護法設有定型化契約規範之專章(第 11 條至第 17 條)。而消費者保護法第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。」，即是政府藉由公權力之涉入，具體地明文規定預售屋定型化契約應記載哪些內容，及不得記載哪些內容，一方面使企業經營者擬訂定型化契約有所依歸以達事前監督之目的，另一方面消費者可於簽約前，先行閱讀應記載及不得記載事項了解在定型化契約中哪些重要的交易資訊必須被揭露，因此在簽訂時可較容易知道簽訂的契約，是否有重要的事項

¹ 楊欣玲，定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性-從預售屋買賣之實務判決觀察，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 2，2003 年。

被隱匿，或隱藏有不合理的責任或風險分配條款²，以解決契約自由原則下企業經營者濫用定型化契約之問題。

然而，對於應記載及不得記載事項之法律性質或法律效果，學界有不同的見解與評價，有人認為應記載及不得記載事項對紓解訟源有極大貢獻，亦有人認為應記載及不得記載事項的施行，可能對契約自由之限制過甚。是以，本文從探討應記載及不得記載事項的法律性質與其相對應的法律效果出發，試圖解答學術爭議上的疑惑，幫助交易雙方在應記載及不得記載事項上的適用，再進一步研析當行政規制必須對契約自由有所限制時應如何衡平與調和。

二、 研究目的

預售屋交易市場因為存有議約經驗、法律知識及賣方與買方契約內容了解程度之差距，而成為典型的資訊不對稱市場，資訊不對稱所可能導致的市場失靈結果，使得政府必須運用法制規範制約預售屋買賣定型化契約。該法制規範之效力分別為消費者保護法第 17 條第 4 項「該定型化契約無效」及第 17 條第 5 項「仍構成契約之內容」；換言之，於違反應記載及不得記載事項時，僅有使應記載事項仍構成契約內容或使不得記載事項不生契約效力之私法關係，避免企業經營者濫用定型化契約躲避應負擔之實質義務，維護締約雙方之平等。因此，由上所述引發本研究之研究目的，如下：

- (一) 了解在契約自由原則下使用定型化契約之目的，以及定型化契約可能會產生哪些問題，以致應記載及不得記載事項必須適時介入導正。

² 林蕙玲，預售屋買賣定型化契約之法制分析—以應記載及不得記載事項為中心，國立臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文，頁 21，2008 年。

(二) 了解預售屋買賣定型化契約的法制規範發展歷程及法制規範間的適用關係，以探討應記載及不得記載事項之定性與處理爭議時的法規適用順序。

三、 研究範圍

行政法上之行政管制類型多，效力也不一，因其管制對象及所欲達成目的之不同，而有相對應之手段。政府依據消費者保護法第 17 條第 1 項制定之定型化契約應記載及不得記載事項，亦因其欲管制之行業不同，而各有不同之管制規範，本文則聚焦於企業經營者(建商)出售預售屋所應遵循之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」而為探討。其性質係為保障消費者在預售屋交易市場上，避免因締約能力、經驗、法律知識之不足，而發生資訊不對稱之情況，由政府制定直接對外發生拘束力之法規命令。

消費者保護法第 17 條第 4 項規定違反「不得記載事項」之效力，同條第 5 項則為違反「應記載事項」之效力，其立法目的在確保定型化契約應記載及不得記載事項公告之效力，並直接確定定型化契約之部分內容。

四、 研究方法

本文於研究方法上主要採取文獻分析法，藉由定型化契約相關文獻的整理，了解在契約自由原則下定型化契約所扮演之角色，以及定型化契約無法正常發揮其功能時，應記載及不得記載事項介入之重要性；整理預售屋交易制度及預售屋買賣定型化契約法制發展歷程，並探討法制規範適用關係。

貳、 定型化契約制度

一、 私法自治原則-契約自由原則

私法給予個人廣泛的機會，讓個人得依自己的自由意願，決定自己事物之發展，塑造與任何人買賣、租賃、借貸、互易或其他法律關係，透過法律行為展現自我，這種機會就是私法自治。契約制度係交易雙方自由意願下的合意，契約之成立，僅須當事人意思表示一致，即相互約定雙方之權利義務關係，兩人因該合意而受到拘束。司法院大法官第 576 號解釋：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎」即揭示了契約自由為私法自治最重要之核心原則。

契約自由原則指一個人自由決定是否締約、與誰締約、選擇何種契約類型、決定以何種契約內容及何種方式締約的自由，亦為私法自治原則之具體化。³謝哲勝學者認為，契約自由的功能在於簡化與彈性，一方面簡化交易，使達成的成本減少，另一方面，在於滿足各種交易需求，當事人得在不違反強行規定與公序良俗的範圍內，自由彈性創設現行法未為規定的契約類型，因而在契約自由的運行下，能朝向福祉極大、成本極小的境界⁴。

原則上，契約係雙方當事人立於社會上與經濟上平等之基礎，而為社會與經濟生活之理性規劃，準此，契約自由即當公益與私益是一致、不互相衝突時，藉由促進私益之同時亦促進公益之產生，故當締結契約之市場機制，處於正常、理性的狀態時，國家應無干預契約自由之理由，對於契約自由應給予相當之尊重。換言之，當契約締結時存有不公平或不完美之瑕疵，市場機能有可能遭到破壞，法律即有上場救援之誘因⁵。

二、 契約自由原則的例外-定型化契約

3 同註 1，頁 9，2003 年。

4 同註 2，頁 10，2008 年。

5 同註 1，頁 9-10，2003 年。

契約自由原則之實現，乃建構於雙方當事人之締約地位平等，倘兩者締約能力顯不相當時，定型化契約為此例外類型之一。消費者保護法第 2 條第 7 款規定：「定型化契約條款：企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出之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。」，及同條第 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立之契約。」，在消費關係⁶中，只要有引用到定型化契約條款之情形，即有消費者保護法之適用，而可被稱為定型化契約。因此，如消費者與建商間所簽立的預售屋買賣契約，就屬消費關係，而適用消費者保護法的規定，但是如企業經營者相互間的交易往來，非屬消費關係，而無消費者保護法之適用。

因應商品大量生產且規格一致而伴隨發生的交易現象，定型化契約具有提升交易效率、合理分配商品交易風險及補充法律規定不足等功能，儼然成為現代交易型態之重要工具。然而，由於定型化契約係由企業經營者預先擬定，非由企業經營者與消費者協調磋商而得，常導致定型化契約前述功能無法發揮，而須政府介入導正。

傳統上對於定型化契約規制之緣由，多來自於制定定型化契約者為企業經營者，相較於消費者，在契約內容、交易經驗與法律專業知識上具有優勢，兩者談判能力顯不相當，消費者往往僅有接受或拒絕等兩種選擇，而不得再作其他要求。現今則有學者認為，定型化契約具有降低交易成本及促進價格競爭之功能，縱然消費者可經由個別談判而取得較合理之契約內容，然其所花費之時間及費用成本可能高於原先所欲達到之利益。故法律所欲管制者乃因企業經營者利用消費者

6 消費者保護法第 2 條第 3 款規定：「消費關係：指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。」。

為節省締約成本而自願締結定型化契約，然消費者對其所擬訂之定型化契約內容之了解程度，遠不及於企業經營者，企業經營者透過不當轉嫁交易成本，使得市場機能失靈，法律為彌補交易成本所生之資訊不對等，自有管制之必要⁷。

三、 定型化契約之管制-定型化契約應記載及不得記載事項

依據法治國原則，立法規制通常係針對一般抽象原則作相關規範，對此，行政機關因具有相對之專業性及機動性，更能確切地制定適用通案之具體規範。況且，透過行政具體化立法，可引導司法機關具體適用法規。我國於面對定型化契約條款之監督，行政主管機關基於保護消費者、加強部分行業管制之目的，通案檢討某特定行業之定型化契約，而以其權利義務分配所研擬之定型化契約之重要內容及原則，再依據消費者保護法第 17 條第 1 項授權，公告應記載及不得記載事項，藉由發生法定強制導正之效果，以規制雙方締結之契約內容。

關於定型化契約應記載及不得記載事項屬於哪類行政措施，學說見解不一，有認屬法規命令，亦有以一般處分論之。而實務上，法務部 95 年 9 月 21 日以法律字第 0950035512 號函釋示，行政機關依據消費者保護法第 17 條第 1 項規定公告之定型化契約應記載及不得記載事項，係對多數不特定人就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定，依其內容或性質有法規命令之實質，故定型化契約應記載及不得記載事項乃屬實質意義之法規命令⁸。該定型化契約應記載及不得記載事項之效果分見於消費者保護法第 17 條第 4 項及第 5 項規定，違反不得記載事項而記載者，該記載事項「無效」；反之，違反應記

7 同註 1，頁 14-15，2003 年。

8 同註 1，頁 32-33，2003 年。

載事項而未記載者，該應記載事項「仍構成契約之內容」，直接影響當事人間之私法上權利義務關係。

參、 預售屋交易制度及預售屋買賣定型化契約之 法制規範

一、預售屋交易制度

由於有土斯有財之觀念深植人心，因此在經濟起飛環境下，房屋需求量不斷增加，而房屋興建耗時費財，建商往往需要大筆資金以資因應。傳統「先建後售」方式逐漸無法滿足房屋供需雙方的需求，於是「先售後建」之購屋形式應運而生，也就是所謂的預售屋⁹交易，係指當事人約定，消費者以分期付款方式支付價金，建商須於一定期限內將房屋建築完成，並移轉所有權予消費者的購屋形式。

惟預售屋交易因制度與標的本身特性，而具有風險性，原因如：
一、預售屋交易過程法律關係多重複雜，除建商與消費者間的買賣關係外，還牽涉到與地主、營造商、代銷業者、銀行、地政士等的法律關係，任何法律關係發生債務不履行或其他法律問題，可能導致預售屋買賣契約不易履行，二、交易標的的不可預見性，消費者僅能憑預售屋定型化契約內容及廣告圖說，來了解所購買之房屋，無法事先預見。三、履行期過長，建屋期間，不可抗力之因素或交易當事人無法預期之因素太多，更增加預售屋交易的風險性。預售屋交易程序繁雜，交易流程依序為：一、廣告行銷。二、身分確認。三、預定與議價。四、簽約。五、付期款。六、完工辦理登記和稅務。七、購屋貸款。八、交屋。¹⁰

9 不動產經紀業管理條例第4條第3款規定，預售屋：指領有建造執照尚未建造完成而以將來完成之建築物為交易標的之物。

10 同註2，頁21-22，2008年。

在預售屋交易中，消費者因極少甚至第一次從事此類交易，處於資訊上的弱勢，又因本身缺乏相關法律常識，但企業經營者通常借助律師為其擬訂定型化契約條款，亦使消費者處於法律上的弱勢。因此，預售屋交易市場屬資訊不對稱市場。故政府必須透過強化市場資訊公開機制，讓訊息充分流通，降低消費者的資訊搜尋成本及交易成本，彌補交易雙方資訊的差異，始能解決資訊不對稱所造成的市場失靈問題。

二、 法制規範的發展歷程

（一） 民法時期

由於過去民法並未對定型化契約之效力加以明文規範，故只能依據契約自由原則加以適用，只要契約內容不違反公序良俗或強行規定，經雙方同意後即可發生契約法上的效力。惟按民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」，是誠信原則係在維護法律效果之平等，定型化契約條款某種程度上限制了締約雙方契約內容之自由，涉及法律效果的不公平，但定型化契約未必違反公共秩序善良風俗，也未必涉及權利行使之濫用，因此，以誠信原則作為規制定型化契約條款之依據，較以公序良俗或權利行使之濫用原則作為規制依據，尤具重要性。¹¹

（二） 公平交易法過渡時期

於消費者保護法尚未實施以前，實務上以民國 80 年所制定之公平交易法作為規範企業之經營行為，然兩法在適用與執行上仍有區別。由兩法之立法目的觀之，可見一斑。公平交易法第 1 條強調立法理由在於「維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之

11 同註 2，頁 23，2008 年。

安定與繁榮」，而消費者保護法第 1 條所闡釋之立法精神則為「保護消費者利益，促進國民消費生活之安全，提升國民消費生活品質」。

公平交易法著重於規範事業經營者間之競爭行為，對於消費者保障之部分，僅規範競爭行為之反射利益，例如產品之不實廣告交由公平交易法管理。至於消費者因不實廣告所誘發之消費行為所致生之消費糾紛，則由消費者保護法予以規範，非在公平交易法所保障之範圍內。¹²

(三) 消費者保護法時期

鑑於企業經營者與消費者地位之不平等，有保護消費者之必要，消費者保護法於民國 83 年 1 月 13 日公布，於第 2 章消費者權益第 2 節設立定型化契約之專章(第 11 條至第 17 條)，分別從四方面：定型化契約成為契約內容、定型化契約條款之解釋、定型化契約條款之效力、定型化契約條款之行政規制，明文加以規範。

1. 定型化契約條款成為契約內容部分，主要見諸消費者保護法第 11 條之 1 審閱期間之賦予、第 13 條企業經營者應明示或公告契約內容、第 14 條不得有正常情形顯非消費者所得預見之條款、第 15 條不得抵觸個別磋商條款等規定。
2. 定型化契約條款之解釋部分，應遵守消費者保護法第 11 條第 2 項規定有利於相對人解釋原則。
3. 定型化契約條款之效力，需透過消費者保護法第 11 條第 1 項平等互惠原則、第 12 條誠信原則及第 16 條規定，以決定其效力。
4. 定型化契約條款之行政規制手段，係於消費者保護法第 17 條賦予主管機關公告及查核之權限。¹³

12 同註 1，頁 21，2003 年。

13 同註 1，頁 22，2003 年。

內政部乃鑑於國內不動產交易資訊尚未完全透明化，現行建設公司所提供之各類預售屋買賣定型化契約，常因契約內容不夠明確，或因消費者未加詳查，或欠缺法律常識不解其義，衍生眾多不動產交易糾紛，為兼顧企業經營者與消費者雙方權益，維護不動產交易安全，於民國 85 年 2 月 16 日頒訂「預售屋買賣契約書範本」供各界參考使用。惟定型化契約範本係提供企業經營者與消費者作為訂定有關契約參考之用，僅具有教育及示範作用。內政部爰於民國 101 年 9 月 3 日，依消費者保護法第 17 條第 1 項規定，公告「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」，作為強制導正預售屋買賣定型化契約的依據。¹⁴

三、 法制規範適用關係

關於對預售屋買賣定型化契約的政府規制方式，分為立法規制、司法規制、行政規制¹⁵，其中行政規制中的行政機關辦理公告事項，尤為重要。「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」透過委任立法方式，由內政部公告，其效力規定於消費者保護法，違反者，其定型化契約條款無效（消費者保護法第 17 條第 4 項）；以及經公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。（消費者保護法第 17 條第 5 項）。因此，預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項之法律性質宜解為法規命令，透過法律授權，拘束多數不特定的預售屋交易雙方，違反者亦將發生其法規命令所定之法律效果。

涉及預售屋買賣定型化契約之規範者，為數眾多，就主要規範而言，如消費者保護法、民法、預售屋買賣定型化契約應記載及不得記

14 同註 2，頁 24，2008 年。

15 立法規制為於法治國家中，依法行政，依法裁判，是司法規制及行政規制的基礎。司法規制為法院依據法律的規定，對定型化契約條款以裁判肯定或否定其效力的規制方法。行政規制則分為辦理公告、派員查核（消費者保護法第 17 條第 1、3 項）、與行政監督（消費者保護法第 33 條至第 42 條）。參林蕙玲，同註 2，頁 25。

載事項等，在遇有預售屋買賣定型化契約爭議時，其法規之適用原則係從具體的條文到抽象的上位條文而言，應記載及不得記載事項的規定較民法中的強制規定與消費者保護法第 12 條的誠信原則詳細具體，因此，其適用順序上宜為先。如就母法與子法的關係而言，應記載及不得記載事項係根據消費者保護法第 17 條所授權而公告的法規，消費者保護法對應記載及不得記載事項而言是授權母法，預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項為子法，其法規適用順序上，子法雖先於母法，但子法的規定不得違反母法。故預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，其法規的適用順序位於定型化契約條款的解釋之後，民法中的強制規定與消費者保護法第 12 條的誠信原則的概括規定之前。¹⁶

肆、 結論與建議

一、 結論

國家在促進經濟發展之時，對於契約自由，除了違反與交易安全、公共利益重大事項而有必要介入管制外，原則上採取放任態度，以實踐憲法保障人格自主發展之精神。定型化契約乃係在經濟自由發展下所生之一項利多工具，尤其對於具一定規模之商業經濟體系，定型化契約之必要性不可小覷。惟水可載舟，亦可覆舟，在經濟開放簇擁下，定型化契約使用者毫無限制且不顧相對人之權益，片面決定雙方之權利義務內容歸屬，消費者卻僅有接受或拒絕之唯二選項，往往讓消費者面臨「小蝦米無以對抗大鯨魚」之窘境。此時，國家即發現，對於非傳統締約類型之定型化契約，常有當事人雙方之資訊、專業、經濟能力等均處於不對等之情形，自有必要加以介入調整，衡平當事人間之權利義務分配，使其達到雙贏局面。

16 同註 2，頁 27，2008 年。

購屋乃人生大事，房屋價格十分高昂，乃至於許多人汲汲營營工作了大半輩子，為的就是能跨越高房價這道門檻，順利買到屬於自己的房子。又房屋的消費性質也與一般商品不同，蓋房屋涉有多方複雜之法律關係，除了一般民事之私法行為外，尚須經由地政機關以土地登記作業作公法上之認證。

而預售屋因以將來完成之建築物作為契約標的內容，並無實品，故在實務上經常發生屆期移轉交付契約標的物與原先所約定之契約內容不符所生之爭訟，其最主要根源即來自於雙方所締結之預售屋買賣定型化契約。在市場交易安全及公共利益之考量下，政府逐步從民法、公平交易法至消費者保護法，再至範本及應記載及不得記載事項的施行，強化定型化契約內容之具體與明確，以促進消費者權益之保障。現行消費者保護法定型化契約專章內，以第 17 條第 1 項授權中央主管機關，針對預售屋買賣定型化契約類型，制訂並公告應記載及不得記載事項，以規範預售屋買賣當事人之契約內容，亦就預售屋買賣定型化契約違反應記載及不得記載事項訂有其法律效果，闡述如下：

(一) 違反中央主管機關公告之定型化契約應記載及不得記載事項：

1. 違反之定型化契約條款無效。(消費者保護法第 17 條第 4 項)

2. 定型化契約之其他部分：

(1) 除去全部或一部無效或不構成契約內容之一部，定型化契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。(消費者保護法第 16 條本文)

- (2) 除去全部或一部無效或不構成契約內容之一部後，定型化契約對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。
(消費者保護法第 16 條但書)
- (3) 中央主管機關公告之定型化契約應記載事項未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。(消費者保護法第 17 條第 5 項)

因此，定型化契約應記載及不得記載事項乃係立法機關授權行政機關所制定之具有直接對外發生法律效果的法規命令，縱使預售屋買賣定型化契約已簽訂及發生效力，只要該契約係於消費者保護法施行後簽訂，仍有消費者保護法之適用¹⁷，並受上開定型化契約應記載及不得記載事項之拘束與限制。

二、 建議

契約自由與政府規制間具有一定程度之拉鋸，在支持某項權利之同時必然伴隨著另一項權利之喪失。因此，如何平衡兩者絕對係一項難以抉擇之議題，至少在契約法領域內，基於私法自治精神，我們一直在尋找政府規制的合理性基礎，如同本文所探討之預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，即係為了解決該定型化契約使用時，所衍伸之民事紛爭所生，然而此亦相對地對契約當事人間造成權利義務規範之限制。

如果政府的規制是必須的，也必須了解政府的規制強弱對交易雙方或整體社會的影響為何？這樣的規制強弱是否達成了規制所欲達成的目的？也就是說，我們必須思考如何適切調和契約自由與政府規制，而非一味崇尚契約自由，亦非一味認為政府介入是市場失靈的唯一解藥。

¹⁷ 行政院消費者保護委員會 84 年 11 月 17 日台 84 消保法字第 01358 號書函及 86 年 7 月 25 日台 86 消保法字第 00825 號函。

伍、 參考文獻

- 一、楊欣玲，定型化契約應記載及不得記載事項之行政規制合憲性—從預售屋買賣之實務判決觀察，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2003年。
- 二、林蕙玲，預售屋買賣定型化契約之法制分析—以應記載及不得記載事項為中心，國立臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文，2008年。
- 三、行政院消費者保護委員會 84年11月17日台84消保法字第01358號書函及86年7月25日台86消保法字第00825號函。