

公平交易法第二十四條對定型化契約之監控與公平交易委員會之行業導正

梁哲璋 *

目 次

壹、前言	肆、公平法第二十四條之解析與定型化契約流弊監控之關聯性——兼論實務見解之檢討
貳、定型化契約問題概述	
參、公平會引用第二十四條對定型化契約監控之案例	伍、公平會行業導正之探討
	陸、結論

壹、前言

公平交易法（以下簡稱公平法）第二十四條在學界已有公平法「帝王條款」之稱。（註1）由於其性質上屬於概括條款，當初立法說明中即表示「為免百密一疏，予不法者可乘之機會」而制定此一足以涵括其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲的條文。這種避免掛萬漏一，又可授予執法機關針對個案發揮具體化權限之立法體例，可謂係對抗層出不窮，不斷翻新之不公平交易行爲的法寶。然而，執法之公平交易委員會（以下簡稱公平會）該如何妥善地運用這項法寶，使公平交易之精神能落實於經濟社會中，而又不對經濟活動造成過分不當之限制，便值得深思。在過去實務運作裏，「定型化契約條款的監控」常常是公平法第二十四條出擊

* 作者為臺大法律學研究所碩士班一年級學生。

註1：劉孔中，公平交易法第二十四條之研究，公平交易季刊，二卷三期，頁28。

之處，公平會利用它來規範定型化契約交易中，約款使用人濫用契約自由，訂定契約上利益、負擔不合理分配條款的「顯失公平」情事。唯公平會似未注意到公平法第二十四條在公平法體系上之意義，及其規範任務之界限，以致於引用第二十四條處理定型化契約相關案例時，或有不當之處，逾越了公平法的立法目的範圍。本文即針對此問題，以法釋義學的方式，透過對第二十四條條文內容的解釋，探尋第二十四條規範之行為與定型化契約流弊之關係，再依此對實務見解作分析與檢討。此外，就公平會處理相關案例上常使用之「行業導正」，在行政法學上，究屬何種性質之行政作用，公平會採行的法源依據何在以及當事人對行業導正若有不服時，如何對之提起救濟，作一簡單之探討。

貳、定型化契約問題概述

一、定型化契約之意義

所謂「定型化契約」，我國現行法制上消費者保護法第二條第七款已對其加以定義謂：「企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用，而單方預先擬定之契約條款。」唯定型化契約的使用，並不限於企業經營者與消費者之間，即令企業經營者彼此間，亦可能由一方使用此種約款而為交易。（註 2）是故，以下討論中公平會出現的案例雖多為「定型化消費者契約」（見註 2 說明），但是在本文所謂的定型化契約，其意義範疇亦包含「定型化商業性契約」。

二、定型化契約之流弊與監控

定型化契約條款的出現，係為因應現代大量交易的社會，改變傳統個別磋商的締約模式，以降低交易雙方為締約活動所付出之成本，一方面可以促進企業合理經

註 2：學者劉宗榮教授即依定型化契約主體是否為營業種類之行為主體，而將之區分為「定型化消費者契約」與「定型化商業性契約」。區別實益在於主體間之交涉能力及注意能力之大小不同。氏著，定型化約款之定入契約，收錄於氏著定型化契約論文集，三民書局，民七十七年一月，頁 6。

營，他方面消費者亦可不必耗費精神就交易條件討價還價，對消費大眾亦甚為有利。因此此種方式已成為現代交易之基本形態。（註3）雖然就此而言，定型化契約的普遍，為現代社會帶來不少便利，但是相對地，卻也產生不少流弊。主要情形簡單來說有二：（1）定型化契約條款有的未與契約文件合為一起，有的懸掛於營業場所，或者以冗長、字體細小、艱澀的文字記載約款內容，甚或被視為商業習慣，而未能以適當、合理的方式予交易相對人有適當的機會，對約款內容作了解。（2）使用人經常利用其優越於相對人之經濟地位，制定有利於己，不利於相對人之條款。相對人或因前述流弊而於不知、不理解或未注意情況下接受約款；或者使用人在市場中享有一定比例之市場力量，或各企業皆使用相類似之條款，導致相對人喪失實質之締約自由，只能於接受或拒絕締約之間作選擇。（註4）

由於定型化契約係配合商品，服務大量交易需要而來，是以定型化契約之流弊的產生對傳統契約自由，契約正義理念（註5）的衝擊，亦是有一定之普遍性。雖然，現行民法中「公序良俗」「禁止權利濫用」及「誠實信用」原則，可資為對此問題監控之依據。然則民法施行以來，由於法院囿於「契約自由原則」觀念，引用上述原則以規制定型化契約者，仍然鳳毛麟角（註6）。這樣的問題，畢竟已非單純私益問題，應認為公共利益已受到侵害，故須對之作體系化之規制，並引入公權力之監控，現行消費者保護法第二章第二節毋寧對此已有完整的監控體系。只是具有「經濟憲法」之稱的公平法，對此問題是否亦得介入規範，便關係到公平法第二十四條之相關問題。

參、公平會引用第二十四條對定型化契約監控之案例

徵諸以往執法記錄，不難發現公平會對定型化契約監控之痕跡，尤其皆以第十

註3：王澤鑑，民法債篇總論第一冊，民八十一年一月，頁77。

註4：同上註，頁77。

註5：關於契約自由、契約正義，同上註，頁69-71。

註6：關宗榮，定型化契約之規制，收錄於氏著同註2書，頁65。

四條「事業之其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲」來對其流弊作界定。在我們進入探討第二十四條和定型化契約問題之關聯性以前，不妨先對公平會過去之案例類型作了解，以下本文試以定型化契約所生流弊類型，各舉一代表性案例，以了解公平會見解及理由何在：

一、定型化契約條款之訂入契約及相對人之契約審閱權

上能建設開發股份有限公司於預售屋書面買賣契約簽訂前收受定金，而未予交易相對人充分審閱契約書條款內容之機會，其交易手段有足以影響交易秩序之顯失公平情事，違反公平法第二十四條規定。本案理由認爲：

「……爲了具體化契約之內容，在契約已成立之前提下，雙方負有提供他方充分資訊，充分爲意思表示之附隨義務……遠較購屋者爲多等市場優勢地位，而拒絕事先將書面契約條款提供予購屋者，使其在簽約書面契約前有充分審閱並深思熟慮契約內容之機會者，其交易手段有足以影響交易秩序之顯失公平情事。」（註 7）

「所謂『交易秩序』應包括事業間交易秩序及事業與消費者間之交易秩序，故一事業於從事商業活動時，如於交易過程中，以欺罔或顯失公平之手段，而足以影響彼此間之交易秩序時，即違反上揭條款之禁制規定。」（註 8）

二、定型化契約條款解釋問題

福特六和汽車股份有限公司於所印製、使用之「福特天蠍座，車主手冊中有關「保證書及保證責任之限度」，加註「本譯文若發生解釋上的問題時，以英文爲準」字樣，有以賣方優勢地位，對消費者爲顯失公平行爲之情事，足以影響交易秩序，違反公平交易法第二十四條規定。」（註 9）

三、定型化契約條款的內容控制

1. 定型化契約條款違反強行規定者

達英國際企業股份有限公司於銷售語言學習教材與交易相對人時，在定型化契約書中，訂定不公平之解約條款，有顯失公平之情事，足以影響交易秩序，違反公

註 7：(81) 公處字第 053 號；81，12，頁 7-10。（表示載於公平交易委員會八十一年十二月公報頁 7-10，以下同）。

註 8：(82) 公訴決字第 015 號；82，5，頁 56。

註 9：(82) 公處字第 012 號；82，3，頁 18-19。

平法第二十四條規定。本案理由：

「有關訪問買賣，消費者保護法第十九條規定：『訪問買賣之消費者，對於所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，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。』本件合約條款第四條則規定：『買方若在合約生效後中止約定，買方同意給付未付而逾期之金額及未收餘額之50%作為賠償』，利用交易相對人所開立之本票，使交易相對人無法依消費者保護法第十九條有關訪問買賣賦予消費者七天之猶豫期限權利之規定，享受其正當權利之利益，被處分人之行為對交易相對人有顯失公平之處。」（註10）

2. 定型化契約約款內容違反誠信原則者

(1) 帝鋒實業股份有限公司要求購屋人於交屋時同時繳回原買賣契約書之行為有顯失公平情事，違反公平交易法第二十四條規定。本案理由：

「……依民法債編買賣之規定，出賣人對於出賣物本負有權利及物之瑕疵擔保責任，而買賣之書面契約係買受人行使請求權最主要依據。承購戶如繳回契約書，將使上開請求權之行使發生困難，須承受不可預期之危險損失，不但顯失公平，且已嚴重影響消費者之權益及交易秩序，……」（註11）

本案處分理由中，公平會雖未明言系爭之約款係違反誠信原則，然由其理由構成中可知，所考量者乃為確保買受人債權利益能獲最大滿足，而依誠信原則所解釋出之出賣人須交付必要文件予買受人（相對地，買受人無義務繳回）的從義務。（註12）

(2) 達英國際企業股份有限公司於銷售語言學習教材與交易相對人簽約時，對促銷優惠期限為欺罔之說明，並在定型化契約書中夾藏本票使人不察而簽署之行為，有欺罔之情事，足以影響交易秩序。（同前註10之案例）

註10：(84)公處字第○○八號；84，1，頁27-30。

註11：(83)公處字第一二六號；83，11，頁41-43。

註12：王澤鑑，同註3，頁27-28。

肆、公平法第二十四條之解析與定型化契約 流弊監控之關聯性——兼論實務見解之 檢討

由於公平法第二十四條係一概括條款，為求儘量涵蓋可能之不公平交易行為，故而使用了不少意義模糊之不確定法律概念，對於不確定法律概念之解釋或許有相對主觀性，然而正確的解釋仍只有一種（註 13），因此如何之解釋方符合公平法第二十四條之真意，在適用法律於個案時，尤屬重要，以下便係透過該條之釋義，另一方面探尋和定型化契約監控之關係，提出作者個人之淺見。

一、本法另有規定？

1. 概括條款之性質與概括範圍之爭議

何謂「本法另有規定」？係專指第三章不公平競爭行為之部分，亦或包括第二章獨占、結合、聯合行為？或者第二十四條純係一獨立之規範？學界對此各有所見，認為該條僅屬於第三章之概括規定者，主要理由在於參酌當初立法說明及立法體例上，章節的安排。主張第二十四條為公平法整體之概括條款者，則主要根據法條文義，所謂「本法」另有規定，當然係指公平法整體而言。而且第三章不公平競爭行為中，實亦包括實質上為限制競爭之行為（註 14）。至於主張該條為獨立之規範者，則認為行為是否該當公平法之構成要件，係採逐一檢視方式，不該當各該條之要件而符合第二十四條者，即係因該行為具違反第二十四條性質，非因該條為概括規定之故。（註 15）實務見解，公平會傾向於採該條僅屬第三章之補充規定（84）

註 13：關於不確定法律概念，請見翁岳生，論「不確定法律概念」與行政裁量之關係，收錄於氏著行政法與現代法治國家，民七十九年九月，頁 63-95。

註 14：例如第十八條商品轉售價格限制即涉及限制營業競爭。

註 15：關於學說爭議，請見胡明華，我國公平交易法第二十四條之規定，收錄於公平交易法論述第二輯，行政院公平交易委員會編印，民八十二年十一月，頁 132-136。

訴決字第〇〇五號），然會中亦有委員採不同見解，認其概括補遺範圍包含全部公平法。（註 16）

2. 爭議諸說與定型化契約監控間之關係

主張第三章之概括規定說者，要適用第二十四條以監控定型化契約之流弊，便須證明其流弊已具有不公平競爭（以下採學界廣泛所稱「不正競爭」為簡稱）之性格，按不正競爭法於外國立法例係脫胎自民法侵權行為，主要規範爭取交易機會之競爭手段違反善良風俗（註 17），故定型化契約之流弊亦須具備此種特徵，始足論以該條。而主張公平法之概括規定者，則於流弊不具上述特徵時，尚可檢視是否涉及市場地位之濫用，以決定可否適用第二十四條處斷。至於主張獨立規範說者，論理上似可跳脫第二、三章例示的規範類型，從法條文義可能範圍，配合公平法立法目的來適用（註 18）。

3. 小結（本文見解）：

第三章概括規定說，光以立法章節編排之形式與當初立法說明之歷史解釋方式，說明第二十四條概括之範圍，似乎未能為該說提供堅實基礎。尤其立法者之意思被客觀化以後，歷史解釋所扮演之角色，已不再像以前那般重要（註 19）。至於

註 16：(82) 公訴決字〇一五號，廖義男委員不同意見書。

註 17：廖義男，公平交易法應否制定之檢討及其草案之修正建議，臺大法學論業，十五卷一期，民七十四年十二月，頁 91-92。

註 18：此處見解，實係作者依該說推論的管見。蓋依此說，則當定型化契約流弊之顯失公平情事，不合於不正競爭或限制競爭之特徵時，尚可能因為第一條立法目的中，包括消費者利益之維護，而直接將此精神解釋入第二十四條文義中，單獨對侵害消費者權益之契約條款加以監控。不過這樣的適用方式作者自己產生二個質疑：1. 第二十四條是否真係獨立類型之規範？2. 公平法上之消費者保護的意義為何、能否以之作為解釋、適用第二十四條之獨立基礎？請見後文討論。

註 19：黃茂榮，法學方法與現代民法，民七十六年九月，頁 293。

認為獨立規範說者，亦有問題，因為若依該說，則法條用語根本不須附加「除本法另有規定者外……」，只須謂「事業不得為足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲」便已足。況依該說，在逐一檢視該條之各個要件時，本應顧及條文文義中顯現出來的概括補遺性格，不宜以逐一檢視的適用方法來取代該條在立法體系上之位置；且若真依該說，亦有過分擴張公平法適用範圍之慮，實不足採。

拙見以為，該條應為第二、三章之概括規定較為可採。理由在於前述提及條文文義和章節安排上並未作嚴謹劃分，另外，限制競爭防止的反托拉斯法及不正競爭防止法雖然規範之行爲態樣不同，但均為對營業競爭行爲之規範，兩者具有相輔相成之關係（註 20），我國將二者並立於一法，雖然章節形成上仍有劃分，但中間或有錯雜之處，在立法目的皆為對市場之良好競爭秩序維護之下，若僅將第二十四條解為僅是不正競爭防止的補遺規定，亦予人有失衡之感，是故應採該條係第二、三章之概括規定說為妥。

二、足以影響「交易秩序」

1. 交易秩序之解釋

「交易秩序」之意義，學者廖義男教授於解釋公平法第一條立法目的中，曾對該條中相同用語作解釋，謂：「交易秩序，係指商品或服務之交易市場上，為供給及需要之經濟活動所應遵循之規則。簡言之，即市場規則或秩序。……此市場規則或秩序，因本法名為『公平交易』，故講求公平，因此禁止事業不得為任何足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲（第二十四條）。……又條文在『維護交易秩序』之文句下，又表明『確保公平競爭』，因此，……亦含有公平競爭規則之意。」（註 21）依此見解，可知第二十四條內「交易秩序」之涵義應與第一條涵義同，皆指市場之競爭秩序，且第二十四條為達成第一條所欲維護之交易秩序的手段。而「競

註 20：蘇永欽，營業競爭法在歐洲各國的發展與整合，法學業刊，民七十三年四月，頁 63。

註 21：廖義男，公平交易法之立法目的與保護之法益——第一條之詮釋，收錄於氏著公平交易法之釋論與實務第一冊，民八十三年二月，頁 2。

爭」之意義，公平法第四條又已加以定義。是故，所謂足以影響交易秩序者，謂該行為對於特定市場上以較有利之價格、數量、品質、服務或其他條件，爭取交易機會之效能競爭秩序，有加以妨礙之虞者，即該當之。

2. 實務案例對交易秩序見解之分析與檢討

(1) 實務見解之分析

然而，在本文中參之一所摘錄之註 8 的實務案例理由裏，似乎隱含了對交易秩序之另一種不同解釋：即事業與各個交易相對人彼此間之交易秩序。在該案例中，定型化契約使用人挾其優於交易對方之經濟地位，訂有違反契約利益負擔公平分配之條款，破壞了存在於契約當事人兩造間誠實信用的良好秩序，然而此係契約法上所保護的交易秩序，此種交易秩序之破壞，對市場整體競爭秩序有何影響？公平會似乎未能明白說明。實際上，就一般而言，交易當事人彼此間誠信秩序之破壞，並不一定影響及市場之整體競爭秩序。蓋以誠信經營之企業，反而能以較公平之契約條款吸引到更多的交易機會。故在交易相對人仍保有選擇機會下，效能競爭之理念並未因個別企業使用惡劣之交易條件而受影響。（註 22）（註 23）公平會此種見解，或許來自於將消費者利益之保護的精神解釋入交易秩序之內涵。此點學界亦有類似之看法（註 24）。但無論如何，已非單純市場競爭秩序之意。

註 22：學者有不同見解，認為當事業大量對消費者使用定型化契約為不公平競爭行為，並利用渠等難於或不願主張其他法律救濟之情事，則會顯然使競爭環境惡化。劉孔中，同註 1，頁 7。唯就此見解而言，何謂使用定型化契約為不公平競爭行為？單單違反誠信原則是否屬之？利用渠等難於或不願主張其他法律救濟，對競爭環境有何惡化之影響？作者仍有存疑，故不採之。

註 23：至於多數業者皆採對相對人不公平條款，拙見認為應先視其是否有聯合行為之意思聯絡，有，則該行為本身即有違反效能競爭之嫌；無，而僅係事業間彼此看齊之行為者，僅一「有意識之平行行為」，縱對相對人不公平，然未必能認定有限制競爭之情事，宜尋消保法或民事法規尋求救濟。

註 24：請見郭乃萍，公平交易法與銀行價格及非價格行為之研究——兼論消費者保護法，東吳大學法研所碩士論文，民八十三年八月，頁 170。

(2)實務見解之檢討：

拙見以為，公平法第二十四條之交易秩序應作市場競爭秩序解。理由應從公平法之目的範圍的探尋來闡述如下：

①公平交易法本為一種以規範市場競爭秩序為目的的法制，從第二、三章具體行為的規定中，亦可尋找出此目的之特徵。不論公平法是否承載了其他目的，至少此為主要之規範目的。

②公平法上第一條立法目的中消費者利益之維護，並非公平法之主要目的，毋寧係附屬的目的。蓋公平法上所謂消費者利益之維護，係因為維護市場競爭秩序，而對獨占之濫用、聯合壟斷及不公平競爭行為加以禁止時，同時保障了為數頗眾的消費大眾正確選擇對其最有利之交易條件的機會。

(註 25) 甚至有學者或外國立法例，僅將消費者保護視為公平法之反射利益而已。(註 26) 因此，從公平法對消費者保護的方式的脈絡來理解，此處所提及之消費者利益維護，拙見以為比較近於經濟學上，經濟學者在討論何種市場秩序，對於消費者剩餘與生產者剩餘皆能達到均衡，所言及之「消費者福祉」。相對於因近世消費者保護運動而產生消保法立法風潮中，所提及之消費者利益的保護方式，係主要在提昇消費者在與企業經營個別交易中的經濟地位(註 27)(註 28)，二者在消費者保護的意義上本有

註 25：廖義男，同註 21，頁 7。

註 26：黃茂榮，公平交易法理論與實務，民八十二年十月，頁 14。蘇永欽，消費者保護法，收錄於氏著民法經濟法論文集，民七十七年，頁 343 提及之西德限制競爭防止法。

註 27：關於公平法與消保法上在消費者保護上之不同取向(競爭政策與保護政策)，請參見張長樹，公平交易法立法體例及目的之研究，公平交易季刊，一卷四期，頁 93、95、105-114。蘇永欽，同註 28 文，頁 335-337。黃程貫，契約當事人地位對等原則，政大法研所碩士論文，民七十一年四月，頁 159-167。

註 28：「消費者剩餘」，請見張清溪，許嘉棟，劉鶯釗，吳聰敏合著，經濟學理論與實務(上冊)，頁 120。CHICAGO 學派經濟學家認為，在市場自由競爭之下，資源利用最具效率，生產者和消費者剩餘總和最高，此即反托拉斯法保護消費者之方式。張長樹，同前註文，頁 95。

不同（註 29）。值此之故，當個案事實對競爭秩序並無影響時，似不宜將消費者保護法上消費者與企業經營者個別間之交易秩序解釋入公平法之交易秩序的內涵中。

③促進經濟之安定與繁榮雖係公平法之終極目標，但公平法對競爭秩序的維持係達成此政策目標的手段之一。（註 30），故公平法之任務界限，亦應僅止於對競爭秩序之維持。

④從以上對立法目的之了解，可知競爭秩序之維持，乃公平會之任務界限，因此，第二十四條之交易秩序，亦應採限縮之見解，解為市場之競爭秩序。如此，則公平會對交易秩序之解釋，含義擴及至一切個別交易雙方彼此間之秩序，便有值得檢討之處。

三、欺罔

1. 欺罔之意義

關於欺罔之意義，學界與實務見解並無重大分歧（註 31）。主要指「對交易相對人為欺罔行為，係以欺騙或隱瞞重要事實等引人錯誤之方法致使交易相對人與其交易或使競爭者喪失交易機會。」「包括積極之欺騙及消極地不告知重要事實，致使交易相對人產生錯誤而與其交易行為。」（註 32）按真實原則為競爭法上之基本原則，以欺罔之方式，使交易相對人不能本於事物真實情形間作正確交易決定，對其他遵守公平競爭規則之同業而言，亦已顯失公平。蓋在相同交易條件下，一個誠實之企業經營者，卻僅因另一競爭者利用欺罔手段而喪失交易機會，於此，競爭秩序已然受到破壞。是故，以欺罔方式作為競爭手段者，本身即帶有足以影響交易秩

註 29：二法不同之處，請見廖義男，消費者保護法之行政監督，臺大法學論業，十八卷二期，頁 90。

註 30：廖義男，同註 21，頁 10。

註 31：學者劉孔中對實務見解有不同之意見，認為欺罔不須主觀上有故意為必要，唯與本報告討論主題無甚相關，故不深論之。

註 32：(84)公處字第○四七號；84，4，頁 47。(84)公處字第○五○號；84，5，頁 70。

序之性格。

2. 定型化契約流弊與欺罔行爲

在定型化契約流弊中，可能構成欺罔行爲者，拙見認爲有二：一爲以虛偽事實提供相對人，使相對人陷於錯誤而與之簽約。二爲在定型化約款之訂入契約上，未能予相對人充分機會了解交易上重要資訊，使相對人未能依據充分資訊作出正確的交易決定。

3. 實務案例之分析

在本報告參、三、2.(2)的案例裏，達英公司向交易相對人告知虛偽不實之促銷優惠期限，以誤導方式催促其購買，致消費者對交易條件爲不正確之判斷；另外又於契約書中夾藏本票，使一般消費者皆以爲是合約內容基本資料，而予以填寫。這兩項事實，都具有以積極或消極不告知重要交易資訊，來爭取相對人與之交易的特徵，是故，此案例中實務認定定型化契約使用人以欺罔手段爭取締約機會，構成第二十四條之不法行爲，適足爲公平會依公平法第二十四條欺罔行爲來監控定型化契約流弊之適切的典型之案例。

四、顯失公平

1. 與民事法、消保法之顯失公平含義的不同

顯失公平的意義，公平法並未加以定義。除公平法外，相關法律使用「顯失公平」之文字者，大約有六處：(1)民法第七十四條。(2)民法第三五九條。(3)民法第一零三零條之一。(4)民法修正草案二四七條之一（註 33）(5)消保法第十二條。(6)民事訴訟法第三九七條。唯公平法此處文義，是否作相同解釋，值得懷疑。

按公平法上的顯失公平情事，必須達到足以影響交易秩序之程度，此觀法條文義可知。因此，若依前述，對交易秩序之內涵解爲市場競爭秩序，則顯失公平行爲，便必須造成對市場競爭秩序有侵害之危險，始足論以第二十四條。反觀民法、

註 33：民法第二百四十七條之一修正草案：「依當事人一方以書面預訂之條款而訂定之契約，為下列各款之約定，按當時情形顯失公平者，該部份約定無效：……」引自劉宗榮，論民法第二百四十七條之一修正草案，收錄於氏著同註 2 書，頁 53。

民事訴訟法及消保法上之顯失公平，則不須以同時對競爭秩序有造成侵害之危險為要件。蓋民事法規的特性，在於以個個經濟利益主體為基準，目的在調整個個主體間之利益（註 34），故其所謂「顯失公平」，主要指民事法律關係上兩造當事人間，利益或危險負擔分配不平衡的情形。至於消保法第十二條有關定型化契約條款之顯失公平，依前肆、二、2.所述，消保法的目的，本在提昇消費者與企業經營者個別交易時之地位，故消保法上之顯失公平，是與民事法規類似，但與公平法之顯失公平不同。因此公平法上之顯失公平不應與民事法規、消保法作相同解釋。

2. 公平法上顯失公平的內含

公平法上之顯失公平，須以足以影響交易秩序為要件。但是，如何認定系爭事實，該當於足以影響交易秩序之顯失公平，仍充滿不確定性。由於第二十四條的概括條款性質，方法上，可由公平法上所例示之具體規定，來建立第二十四條顯失公平行為之案例類型。唯此必涉及第二十四條概括補遺的範圍，究僅限第三章不正競爭？或亦包括第二章之獨占、聯合、結合？依本文見解，第二十四條的概括範圍，包含第二、三章之規定，是故，足以影響交易秩序之顯失公平行為，便有二個方向來建立其案例類型，一是不正競爭法上，因營業競爭手段有違反效能競爭本旨之特徵者，二是限制競爭防止上，涉及市場地位之濫用者。唯必須注意的是限制競爭防止上所謂之市場地位，係指事業在市場上具有相當比例之市場占有率而言，並非與交易相對人相較在市場上的優勢地位。蓋如前述，公平法關注者，乃整體市場供需結構之競爭秩序，非如民事法規所重於法律關係兩造之利害衡平也。

3. 定型化契約之流弊與顯失公平行為

(1)自不正當之營業競爭手段的防止來看，定型化契約之流弊中，若涉及以不正當手段爭取交易機會之特徵者，便可能合於第二十四條足以影響交易秩序之顯失公平行為。此類之流弊，主要係未予交易相對人適當合理之機會以了解契約內容。蓋事業間本應以較好的商品、服務、低廉的價格來爭取交易機會，若事業刻意隱瞞交易上重要資訊，使相對人在不知對其不利之交易條件的情形下與之成立契約，則該

註 34：汪渡村，反托拉斯在經濟法上之地位，中興大學法研所碩士論文，民七十二年六月，頁 54。

交易機會之取得，不僅對相對人而言，係屬欺罔；對其他盡真實告知義務之同業競爭者而言，亦有欠公平，故可論以足以影響交易秩序之顯失公平行為。

至於契約締結後，約款內違反誠信原則的不公平條款，能否依不正競爭之觀點論以公平法第二十四條之顯失公平行為，則有疑問。按競爭者，乃二以上事業在市場上以較有利之價格、數量、品質服務或其他條件，爭取交易機會之行為。（第四條）是故在不正競爭行為的防止上，亦著重於對爭取交易機會之行為上，是否有不正當之情事，然而，若係交易機會取得後，對該交易條件產生不合於兩造當事人衡平之爭議者，則與競爭行為已無關，不能由不正競爭防止的觀點上，來對此種不公平情事加以規範。

(2)另外，自市場地位之濫用的防止上來看，定型化契約流弊的系爭個案中，倘使用人在市場上具有一定之市場占有率，致相對人不能合理選擇或無從選擇，而不得不接受其交易條件，若因此而不予相對人有適當合理之機會了解契約內容，或訂定不合於兩造利益、負擔衡平分配之交易條款者，則可認定其有市場地位的濫用行為。

4. 實務案例見解之檢討

(1) 市場地位的認定有誤

在公平會處理定型化契約相關案例中，經常以使用人挾其優於相對人之市場優勢地位為理由，認定使用人有足以影響交易秩序之顯失公平行為。然而市場地位之判斷，應以其在整體市場供需結構上具有一定之市場占有率為標準。公平會在相關的案例上（註 35），皆未對被處分人的市場占有率情形為調查，即逕以其優於相對人一方之經濟地位，認定市場地位，顯然已對市場地位之解釋發生錯誤。

(2) 上能建設開發股份有限公司個案檢討

本文中參。一案例，上能公司（簡稱）銷售預售屋在書面契約簽約前，即已收受「定金」，但於相對人簽訂書面契約時，未予交易相對人充分審閱契約書內容之

註 35：包括(81)公處字○五三號；同註 8，頁 9。(82)公訴決字第○一五號；82，5，頁 55。(83)公處字第○一二號，82，3，頁 112，113。(84)公處字第○〇八號；84，1，頁 29。

機會，公平會認為有足以影響交易秩序之顯失公平情事。值得檢討處有二：

- ①上能公司所收受之「定金」性質為何？按定金之收受，在民法上有擬制契約成立之效力。（民法第二四八條）系爭事實中，擬制成立的契約究竟係預約或本約？如認僅有成立預約之效力，則對本約（書面契約）而言，尙未因上能公司收受一定款項而成立，僅交易相對人依據預約有締結本約之義務而已。是故，公平會在未對定金法律關係作解析的情形下，逕認「契約已成立」，易生困擾。
- ②不當介入契約義務履行的爭議：按公平會既然認為契約已成立，則表示上能公司已爭取到交易機會，故除非上能公司在市場上享有一定支配力之占有率而濫用該地位，拒絕履行其提供充分資訊以具體化契約內容之義務，致有濫用市場地位之顯失公平行為外。交易機會取得後，上能公司不履行提供充分資訊的契約義務，則係民法上債務不履行之問題，與規範競爭手段的不正競爭防止無關，與限制競爭防止亦無關。故此時上能公司是否有提供契約條款內容之義務及該義務不履行之問題，已非公平法所能干涉。惜除了廖義男委員於不同意見書中點出該問題外，多數委員仍未察及，逕依公平法第二十四條論斷，實已不當介入契約權義之爭議。

③定型化契約約款違反強行法規和誠信原則不必然足以影響交易秩序。

在報告中參. 三的部分，公平會認定系爭契約違反消保法第十九條之規定，即係對相對人顯失公平，然而並未說明該法之違反對競爭秩序之影響何在。另外，帝鋒公司（簡稱）的案例中，亦未說明使用人挾其優勢地位要求相對人繳回契約書，致相對人有不能滿足債權請求之危險，此種違反誠信原則的行為，對競爭秩序有何影響。蓋如前述，民法及消保法上之顯失公平並不必然與競爭秩序有關，故該二法之違反，不能逕以公平法之足以影響交易秩序之顯失公平行為論處。

伍、公平會行業導正之探討

一、行業導正實務之了解——以定型化契約監控之相關案例為中心

1. 行業導正之緣起：

「由於公平法在我國尚屬首創，國內部份事業基於其產業特性、交易習慣等因素，仍存有若干不公平競爭行為。而基於該等不公平競爭行為皆屬業界所共通者，如個別處分不但耗費時日，且成效亦屬有限，因此本會於八十二年與八十三年即陸續針對多項行業進行導正。」（註 36）

2. 行業導正之對象：有違反公平法情事之特定行業。

3. 行業導正方式：從公報紀錄得知，公平會以委員會會議議決方式作成導正決定，而除了 (84) 公壹字第〇四五八號及 (84) 公貳字第〇〇八三〇號（註 37）之導正，係透過函請主管機關（內政部）及行政院消費者保護委員會配合行之者外，皆由公平會直接向有違法情事之行業為導正。

4. 導正內容概要：就定型化契約案例處理上，公平會之導正多提出行業應如何改正其行為之具體內容，限期命受導正行業改正。有的案例中，會明白表示目前行業之慣行已違反公平法第二十四條之規定，有的則不作此種表示。（註 38）另外，就行業不於期限內遵從導正之效果，公平會只告知「即有違反第二十四條之嫌」，「即違反第二十四條」或「本會將依第四十一條規定逕予處分。」

二、行業導正在行政作用上之定位

1. 行業導正之特性

(1) 單方性：公平會在作成導正決議前，雖於程序上曾予受導正業者表示意見及邀請相關單位共同研商，但其決定，仍係公平會單方所為。

(2) 社會性：行業導正對象，主要係具違法情事之行業（人民）。

(3) 相對人可得特定：由於行業導正對象係一特定之行業，此行業內或許包含數目頗眾之事業（註 39），然而既然行業係特定營業種類之事業的集合，則仍有可得

註 36：行業導正計畫內容報導，公平交易季刊，三卷一期，頁 17。

註 37：公平交易委員會公報八十四年六期，頁 154。八十四年二期，頁 90，91。

註 38：在 (84) 〇〇一〇八號；84，2，頁 84。(84) 公壹字第〇〇五〇〇號；84，2，頁 85。的案例裏，即未表示目前行業所從事之行為究竟是否已違反公平法。

註 39：本文論述中，提及事業者，指某個別事業；提及行業者，指在市場上某特定營業類別之多數事業的集合。

特定之性質。

(4)優越性：公平會導正內容，係行業如何之行爲已違反公平法，及應如何改正，方符合公平法之精神，此等事項上，公平會本係執法權限機關，故提供之資訊具有權威性、優越性，故而常能產生指導之功能。

(5)非直接發生法律效果：

總歸公平會行業導正之內容，皆在要求受導正之行業爲一定之作爲或不作爲。但是該導正的要求是否即係具有法拘束力之法義務，從而直接發生下命性質的法律上效果，仍值得加以探討。按一項行政作用是否直接對外發生法律效果，應於個別作用中，依其表示於外部之客觀意思與法令分別認定（註 40）。因此，不妨自行業導正之用語上所顯現之客觀意思，配合公平法之相關規定來認定。

行業導正是否有命相對人受其拘束的法義務，自導正用語表現出的要求強度大別有二，一是以強烈的「應」、「不得」、「否則」等類似下命之文字，二是以較委婉的「請」、「希冀」之方式，來要求相對人服從導正之意思。（註 41）就後者而言，在客觀文義上，敦促、勸告之意味大於課以法義務之下命意味；但就前者而言，則似有強制導正相對人受導正拘束之意味，尤其針對不遵守導正之結果，公平

註 40：翁岳生，論行政處分之概念，收錄於氏著同註 13，頁 15。

註 41：茲舉二例以對：以「應」、「不得」、「否則」用語者，如「關於銀行未預先通知定期儲蓄存單屆期及明示存單逾期處理辦法，致存款戶遭受損失之行為，……銀行應事先在契約或類似書面資料中，明白記載有關定期儲蓄存款逾期處理辦法等規定，以告知存款人有關資訊，俾利期作最適切之選擇。各銀行應於八十四年三月一日前完成調整作業，否則，即有違反公平交易法第二十四條之嫌。」(84)公壹字第〇〇一〇八號，公平交易委員會公報，八十四年二期，頁 84。以較委婉之用語者，如「有關銀行供貸契約七項約款建議修正方向如附，請查照辦理。……二、相關約款請於八十四年六月三十日前依本會決議修正，逾期未改正者，本會將論以諱反公平交易法第二十四條規定之顯失公平行為，依公平交易委法第四十一條之規定處理。」(84)公壹字第〇〇五〇〇號，公平交易委員會公報，八十四年二期，頁 85。

會在導正書中往往告知將依公平法第四十一條加以處分，實務上亦有此類處分之案例（註 42），是故公平會的導正，初步來看，似已有一附帶一定執行措施的法義務課處。唯本文對此仍持否定之態度。

首先，從導正書中言及針對不遵從導正者，公平會方依第四十一條予以處分以及前述行業導正制度緣起的說明來看，可知行業導正本身，在公平會眼中並非即第四十一條前段限期命停止或改正其行為之直接對外發生下命性法律效果的行政處分。再者，由於公平法第四十一條本即授與公平會對違反公平法的事業直接課以行政處分的權限，是故，不於導正期限內依導正意見停止或改正其行為，而導致公平會依第四十一條課以行政處分的後果，與其說是由行業導正直接發生之法律效果，不如說是事業違反公平法後，由公平法直接發生之法律效果；況且，自事後正式處分的理由書中亦可知，之所以處分的重點仍係事業有違反公平法之行為本身，並非單純針對違反導正一事（註 43）。因此，公平會行業導正的性質，係對認定有違法情事之事業，在保留發動正式處分權的前提下，事先給予一定之建議與警告，雖然用語上有「應」、「不得」、「否則」之強烈要求文字，但就所生之效果來看，仍未直接發生使相對人受其拘束之法律效果。

註 42：例如有關建築投資商要求購屋人繳回買賣契約書之行為，經公平會第一三四次委員會會議決議，認定係違反公平交易法第二十四條之顯失公平行為後，訂定至八十三年六月三十日止為導正期間，並告知自七月一日起再接獲類似申訴，公平會將依公平法第四十一條逕予處分。（83）公壹字第六二二五一號；83，12，頁146。導正期限過後，公平會接獲消費者檢舉建商仍有要求購屋人繳回契約書之情事，公平會皆一一加以處分，（83）公處字第一二六號；83，11，頁41-43。（84）公處字第〇二四號；84，3，頁11-13。（84）公處字第〇四九號；84，5，頁4-6。（84）公處字第〇九三號；84，8，頁47-49。

註 43：以（84）公處字第一二六號，帝鋒公司（簡稱）一案為例，其理由書中雖亦提及公平會就系爭行為已事先為導正及被處分事業有違反導正決議之情事，但是之所以被認定為違反公平法而依第四十一條加以處分之行為，仍係建商要求繳回契約書之行為本身。

(6)任意性：依前述，行業導正只具警告性、建議性色彩，是否能達到公平會以導正方式使行業行為合於公平法之秩序，則仍有賴事業主動加以改正，故行業導正具任意性。

(7)須相對人配合性：前2.已述，公平會目的之達成，仍賴相對人之主動改正配合使能達成。

2. 行業導正在行政作用上之定位

基於行業導正具有以上之特性，拙見認為，行業導正即行政作用上所指之行政指導之一種（註 44）。且屬於以導正規制人民符合一定法秩序之行政指導。而基於上述特性，亦可知：

(1)法規命令，行政處分、行政契約因直接發生法律上效力，故不屬之。

(2)行政法上之「君子協定」，因具雙方性，故不屬之。

(3)行政執行，行政處分因常帶有強制性，故不屬之。

(4)行政主體、機關組織內部間之指揮、監督、協調、意見交換、行政規則、指令因未具社會性，故不屬之。

(5)行政機關為履行公法上任務，而提供勞務、設置公共設施等行為，因不須人民為配合行為，故不屬之。

(6)小結：行業導正為一行政作用法上之行政指導行為（註 45）。

三、行業導正之法源依據

1. 行業導正與法律保留原則

依法行政原則下之法律保留原則，係法治國家支配立法權與行政權關係之基本原則（註 46）。法律保留原則適用之範圍，學說上有全部保留、干預保留，重要性

註 44：關於行政指導之意義、特性，請參見劉宗德，試論日本之行政指導，政大法學評論，四十期，頁 75-77。林重魁，從行政法學觀點論日本之行政指導制度，文化大學法研所碩士論文，民七十三年五月，頁 8-67。

註 45：雖然，行業導正因其未直接發生法律上效力，而不合於行政作用法學上對行政處分概念所定之要件；唯是否得另外自訴訟法之角度，就人民請求救濟的必要性之觀點，適度放寬行政處分的概念，而認定行業導正雖為行政指導之一種，但仍不排斥其亦得為一行政處分，請見本文伍、四、1 的探討。

註 46：吳庚，行政法之理論實務，民八十一年九月，頁 73。

理論及功能結構取向的判斷模式等爭議（註 47）。行業導正是否適用法律保留原則。由於行業導正在行政作用上為行政指導行為，故問題可轉化為行政指導的相關爭議。

學說上對行政指導與法律保留原則之關係，原則上認為，必須有組織法上的權限，此亦行政指導之界限所在，但就是否須作用法上的依據，則見解各異，莫衷一是（註 48）。本文則採功能結構取向的判斷模式學說，認為導正性質，雖未直接課以受導正行業法律上之義務，但畢竟此種保留事後行政處分權發動的行政指導，對相對人仍具一定之強制性，實際上已造成其營業自由之限制，另外受導正者多為整體行業，數目頗眾，依其對基本權利之影響性及公共事務之重要性（註 49），仍有法律保留適用，換言之，必須在公平法上有一定之法律上依據。

2. 行業導正在公平法上的法源依據——公平法第四十一條？

公平法第四十一條前段規定：「公平交易委員會對於違反本法規定之事業，得限期命其停止或改正其行為……」本條賦予執法之公平會對違法之事業課以一定作為、不作為義務之行政處分的權限，本條規定是否亦授與公平會對違反本法規定之事業或行業，施以未直接發生法律效果之行業導正的權限，本文認為應採肯定之見解。蓋就行業導正之內容，亦係訂定一定之期限要求有違法情事之相對人於期限內停止或改正其行為，所不同於第四十一條前段之行政處分者，僅該項要求並不具有法律上之拘束力。按公平法既然在同樣情形下允許公平會對人民課以具法律上拘束力之行政處分，則公平會採取較緩和的行業導正，對違法之事業或行業給予不發生法律上拘束力的建議、警告，似無不可。是以，雖然行業導正並不同於正式之行政處分，然而第四十一條予公平會得為一定行政處分之授權，則效果上較輕微之行業導正亦應認為已得到同條之授權。

四、行業導正之救濟

註 47：許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著法與國家權力，月旦出版社，民八十二年四月，頁 147-194。

註 48：詳見林重魁，同註 44，頁 187-194。

註 49：此二具體標準請見許宗力，同註 47，頁 187-194。

1. 行政爭訟的可能性

在我國現行行政爭訟制度上，限於人民因行政處分之違法（不當）致損害其權利（利益），始得提起訴願、行政訴訟之行政爭訟程序。（訴願法、行政訴訟法第一條）依此，則屬任意性事實行為之行業導正，是否得對之提起行政爭訟救濟，似應採否定之見解。然而，行政作用上被歸屬為行政指導之行業導正能否救濟，在行政指導盛行之彼國日本，亦有相同之爭論，頗值參考。依日本學界實務通說，仍不承認行政指導具有行政處分之性格，從而不得對之爭訟，然而，亦有學者主張建立行政指導之類型，就一部分具「處分性」者，予許其對之爭訟。（註 50）

本文見解認為，即令如前述，自行政作用的實體法角度，行業導正之定位並非一行政處分，而係行政指導，但仍可自訴訟法上之角度，就具體事件是否有予人民救濟之必要，彈性放寬認定行政處分之概念。（註 51）公平會以行業導正方式替代行政處分來執法，事實上為處分的先行行為，此種導正已帶有一定之強制性，蓋若不遵從導正之建議者，日後即可能遭到處分，雖然第四十一條之處分效果有限（註 52），然而處分仍影響及事業經營之商譽。為免商譽受損，事業多因此選擇遵從導正建議，如此已然產生限制其營業經營權之效果（註 53）。是故如以形式上非行政處分逕以拒絕渠等救濟，則不服之事業只有冒商譽受損之險，繼續為已遭導正之行為，而於日後遭處分時，才對之提起行政爭訟。要不然則須賴國家賠償以救濟，但行政爭訟與國家賠償目的不一，並無替代關係。拙見以為，行業導正此種已具一定

註 50：林重魁，同註 44，頁 135-137，142-143。

註 51：蓋行政處分概念之產生，本係來自行政訴訟制度。翁岳生，同註 40，頁 1 之引註 1。而在日本學界亦有依此觀點擴大處分性概念之呼聲，有所謂「形式之行政處分論」及「相對之行政處分論」等學說，請見中興大學法研所碩士論文，民八十一年六月，頁 119-139。

註 52：廖義男，公平交易法修正之重點與理由，公平交易季刊，一卷四期，頁 27。

註 53：關於營業經營權，請見廖義男，從經濟法之觀點論企業之法律問題，收錄於氏著企業與經濟法，頁 50-51。

強制性之行政指導，仍應承認其具有行政處分性格，而得予人民對之爭訟。

2. 國家賠償的可能性

行業導正若因公務員故意過失不法侵害人民自由權利時，國家是否應依國家賠償法第二條第二項負損害賠償責任？爭點在於公平會之行業導正是否屬於行使公權力行為？依前述，導正的性格具有任意性，和傳統高權行政干預，強制特性似不相符，故此問題在日本學說間亦引發爭議。（註 54）不過，隨著國家目的之變遷，社會國家理念的落實，政府的任務日益增加，國家行使統治權之行為早已不限於以往專指運用命令強制手段干預人民自由之行為，毋寧以提供給付、服務、照顧、保護、輔助等手段來達成國家任務之行為大增，是否為行使公權力之行為，與其以強制，權力性為標準，倒不如以公行政行為或私法上行為之區分為標準。（註 55）

行業導正的行為，雖然具任意性（實則已具有一定強制性，如前述），但從其外觀和實際上只有公平會才有為導正之權限來看，仍係一受公法拘束之公行政行為，故具備行使公權力之要素。值此之故，人民若因公平會不法之行業導正致其自由或權利受侵害者，仍有向賠償義務機關（公平會）求償之可能。

五、公平會行業導正實務檢討——以定型化契約相關案例

1. 導正理由不明

在公平會公報紀錄中，一些案例並未說明該行業目前受導正之行為，究竟是否已屬於違法第二十四條之行為未加以說明（註 56），只提及未依公平會建議改正者，即有違反第二十四條之嫌。這樣的說明，也許礙於將違法情事認定後表示於公報，將有致業者商譽受損，或出於公平會在是否違法之認定上，尚有不確定之處（註 57），但是另一方面，卻也減損了行政指導本帶有溝通、說服，以求業者主動履

註 54：林重魁，同註 44，頁 146、147。

註 55：關於行使公權力之判斷，廖義男，國家賠償法，民八十三年三月，頁 31-45。

註 56：如：(84)公壹字第〇〇一〇八號；84，2，頁 84。(84)公壹字第〇〇五〇〇號；84，2，頁 85。(84)公壹字第〇三九七七號；84，6，頁 153。

行之功能。蓋或許於導正前曾邀集相關事業之公會，讓其陳述意見，發揮溝通之功能，但個別事業大多仍透過導正函得知，在導正說明中未言及現行事業活動的違法之處，不免使受導正人對為何須依導正建議改正行為發生疑問，甚至不服該導正建議，因此，似宜在導正函中將理由說明清楚，以收說服之效。

2. 定型化契約流弊之監控案例上行業導正有逾越組織權限之情事

基於本文第肆部分的討論，拙見認為下列案例已非違反公平法第二十四條之行為：(83) 公壹字第六二二五一號（註 58）有關建築投資商要求購屋人繳回契約書始支付房屋或履行其他債務之行為，違反第二十四條。此類違反誠實信用的定型化約款，即令有顯失公平處，亦不影響及交易秩序，已如前述。(84) 公壹字第〇〇五〇〇號（註 59）有關銀行借貸契約排除民法保證章節抗辯權等約款，應作修正一案。此案中銀行定型化借貸契約，排除民法任意規定，所生不公平之情事，亦屬誠信原則違反的不公平類型，與競爭秩序未必相關，如前述。此二案例，皆屬公平法所不應介入規範事項，公平會冒然透過公平法第二十四條加以導正，已屬於逾越其組織權限之導正行為，不論行業導正在作用法上須否有法源依據，此種未有組織法上授權之行為，已屬違反法律保留原則之不法行政行為。即令公平會在獲檢舉或依職權調查之後，認為定型化契約確有違反民法或其他法律之不公平情事，從「形式內容合比例」之理論，亦應仿(84) 公壹字第〇四五四八號之案例，以函示移請目的事業主管機關，以其監督目的事業一般營業慣況的組織功能，對系爭契約是否有違特定行業商業上之誠實信用原則加以判斷，亦較職掌競爭秩序維持之公平會來的正確。

陸、結論

公平法第二十四條是否可被引用為監控定型化契約之法律基礎，重點在定型化契約中所生之欺罔、顯失公平情事究竟是否足以影響交易秩序。公平會的實務運作裏，有不少案例皆傾向於將公平法第二十四條適用於任何交易上不公平之情事。雖

註 57：此純係作者個人猜測。

註 58：公平交易委員會公報八十三年十二月，頁 146。

註 59：公平交易委員會公報八十四年二期，頁 85。

然，公平法有「經濟憲法」之美稱，然而公平法對交易秩序之維護的任務，畢竟有限。市場競爭秩序之保護，才是整部公平法之重點。本文即針對實務上偏差的運作案例作一番檢討，盼能藉此釐清公平會之任務界限。此外，公平會運作上所發展出之行業導正，在行政作用法上之定位為行政指導之一種。就行業導正此種行政指導，由於其帶有一定之強制性，本文認為，應給予人民行政爭訟之途徑。而性質上仍係公行政行為的行業導正，於不法侵害人民自由權利時，公平會亦應負起國家賠償責任。最後，本文就現行之行業導正制度，在運作上仍有少數值得注意之處，提出個人之意見加以檢討，期望這樣的討論，能使一個新興的行政作用在運作上更為明確、完善。