

消保法與民法之分與合一立法芻議與修正草案

計畫類別： 個別型計畫  整合型計畫  
計畫編號：NSC 96-2414-H-004 -018 -MY3  
執行期間：96年8月1日至99年12月31日

執行機構及系所：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊淑文

計畫參與人員：碩士班畢業生—吳佳原、顏邦峻  
碩士班研究生—曾婉雯、王淳、劉怡君、姚怡菁、李昭然、  
黃鈺純、陳昱澤

成果報告類型(依經費核定清單規定繳交)： 精簡報告  完整報告

本計畫除繳交成果報告外，另須繳交以下出國心得報告：

- 赴國外出差或研習心得報告
- 赴大陸地區出差或研習心得報告
- 出席國際學術會議心得報告
- 國際合作研究計畫國外研究報告

處理方式：除列管計畫及下列情形者外，得立即公開查詢

涉及專利或其他智慧財產權， 一年  二年後可公開查詢

# 目錄

壹、	中文摘要	4
貳、	英文摘要	5
參、	報告內容	6
一、	前言	6
二、	研究目的	6
三、	文獻探討	6
四、	研究方法	7
五、	結果與討論	8
	(一) 雙軌制立法下之消費者與消費關係	8
壹、	民商合一制度之採行—權利主體之平等性	8
一、	民法典之制定與民商合一	8
二、	權利主體之特別保護必要	9
三、	消費者保護之趨勢與立法	9
四、	消費者保護法與民法之關係	10
貳、	定型化契約規定與消費者	11
一、	定型化契約之效力	11
二、	定型化契約條款之擬定與一方之優勢地位	16
三、	分析檢討	18
參、	特種買賣與消費者	20
一、	郵購買賣	20
二、	訪問買賣	20
三、	所適用之交易型態	21
四、	消費者之無條件解約權	22
肆、	商品(服務)責任與消費者	24
一、	商品之定義	24
二、	服務之定義	25
三、	請求權主體—消費者與第三人	26
伍、	分析檢討	28
一、	德國法上之消費者與消費性契約	28
二、	單軌制之立法	29
三、	雙軌制之立法	30
	(二) 定型化契約與契約自由原則	31
壹、	定型化契約之盛行與規制	31
一、	定型化的契約條款之盛行與效率之需求	31
二、	有名、典型契約之補充法性質	31

三、單方形成力 (die kontrolle einseitiger Gestaltungsmacht) 之規制必要 .....	32
四、管制之障礙 .....	32
貳、定型化契約條款之司法審查 .....	33
一、德國法之發展 .....	33
二、我國法之審查標準 .....	34
參、實務之發展 .....	34
一、保證契約—非消費性定型化契約? .....	34
二、無磋商之餘地—額外追加之民法第 247 條之 1 之要件? .....	34
三、異常條款—未經記載於定型化契約? .....	35
四、個別磋商條款 (dividualabrede) —約定或條款? .....	36
肆、分析檢討 .....	37
一、消保法與民法相關規定之融合 .....	37
二、絕對無效與相對無效條款之應予增訂 .....	38
三、由任意性規定發展為半強行法 .....	38
四、消費者借款法之任意規範空白 .....	39
(三) 消費爭議與消費訴訟 .....	39
壹、消費爭議與消費者保護法 .....	40
一、消費者保護法之立法 .....	40
二、消費爭議與消費訴訟 .....	41
貳、消保法第 7 條之產品與服務責任 .....	41
一、個別消費者提起之訴訟 .....	41
二、消費者集體訴訟 .....	45
參、定型化契約條款之爭訟 .....	54
一、定型化契約之盛行與規制 .....	54
二、德國法上之團體訴訟 .....	57
三、消保法第 53 條之不作為訴訟 .....	58
肆、結論 .....	59
(四) 結論與建議 .....	60

# 壹、中文摘要

企業經營者為因應大量、相同類型交易行為所需，以及控制風險之必要，往往以預先擬定之定型化契約條款與交易相對人締結契約。其約款往往涉及本身義務之減輕、責任之免除、加重相對人之責任與剝奪相對人之權利等情形，對消費者之權益構成重大侵害。而消費者所受損害多數金額並不大，個別訴訟無法與所耗費之時間、勞力與金錢相契合而不符費用相當性原則，因而使消費者容易放棄以訴訟管道保護自己的權益。因此，消費者保護在現今社會乃為一重要課題。

惟消費者保護法涉及消費者與企業經營者私權關係之規範，連同消費爭議處理程序法規定，例如特種買賣與解約權等，其相關規定侵入傳統民事債法規定之核心領域—侵權責任與契約責任，然而卻又將消費者與消費關係之定義限縮解釋，對於非傳統消費關係之融資行為（貸款是否為服務之提供亦有爭議），與融資行為之擔保權利（保證契約）等是否有其適用，亦在實務上產生爭議。於民法之規定往往難以完全符合消費者保護之需求下，顯已產生解釋適用上之重大困境。故如何求其與民法統一發展、應採雙軌制或單軌制體系以求建立核心私法體系之可能，實有整合研究之必要。另外於程序法方面，多數人訴訟則分別於消費者保護法第五十條、第五十三條，與民事訴訟法第四十條之一至之三有不同規範，如何為整合性之解釋與適用亦有探討之價值。本多年期計畫分別自消費者契約、定型化契約條款之規制、消費者借款法與消費訴訟相關條文之整合，從事修正草案之研擬，以貫徹立法意旨，並達到消費者權益保障之落實。

## 貳、英文摘要

In order to manage many same-kind dealings and to control the risk, business operators always unilaterally prepare articles in standard contract for entering into contract with nonspecific and multiple parties. Those articles often reduce business operators' obligation but invade consumers' rights, so "consumer protection" is the topic that counts. Consumer Protection Law ranging over the consumer relationship between business operators and consumers, such as "Extraordinary Purchase and Sale" and "rescinding right", as well as Handling of Consumer Disputes (procedure clause of Consumer Protection Law), meets the core of The Obligations of the Civil Law—Torts and Contracts; and further, Consumer Protection Law confines the definition of "consumers" and "consumer relationship", and whether the code can be applied to finance dealing (can it be considered as "services"?) and security for loan (Guaranty) are still disputes. With different forms of "class action" clauses in Civil Procedure Law and Consumer Protection Law, the discussion of how to unitize the definition and application of these clauses is valuable.

This long-term project will unitize the clauses of consumer contract, articles in standard contract, consumer credit and consumer litigation, and draw an amendment to put consumer protection into effect.

# 參、報告內容

## 一、前言

企業經營者為因應大量同類型交易行為之所需，以及控制風險，往往以預先擬定之定型化契約條款與交易相對人締結契約。其約款往往涉及本身義務之減輕、責任之免除、加重相對人之責任與剝奪相對人之權利等情形，對消費者之權益構成重大侵害，因此，消費者保護在現今社會為一重要課題。惟消費者保護法涉及消費者與企業經營者私權關係之規範，連同消費爭議處理程序法規定，例如特種買賣與解約權等，其相關規定則侵入傳統民事債法規定之核心領域—侵權責任與契約責任，然而卻又將消費者與消費關係之定義限縮解釋，對於非傳統消費關係之融資行為（貸款是否為服務之提供亦有爭議），與融資行為之擔保權利（保證契約）等是否有其適用，亦在實務上產生爭議。於民法之規定往往難以完全符合消費者保護之需求下，顯已產生解釋適用上之重大困境。故如何求其與民法統一發展，以求建立核心私法體系之可能，實有整合研究之必要。於程序法上，多數人訴訟則分別於消保法與訴訟法上有不同規範，如何為整合性之解釋與適用亦有探討之價值。

## 二、研究目的

本計畫第一年希冀整理散見於民法與消費者保護法間，不同體系位置之相關定型化契約條款效力規範，將特別法所規範屬民法之核心領域者，納入民法典中，建構一基本理論體系。而第二年則欲研擬法定型化契約條款規制與消費者借款法之相關草案，擬將理論及實務發生之民法第二四七條之一與消保法第十二條二者應如何區分適用界限之疑義，於以深入探討。對於相關具體條款內容予以規範為相對無效之約款，以求解釋適用之明確與具體，並對定型化契約條款之大量運用設一基本標準規範，以遏阻不公平不合理條款大量出現與濫用之情形。最後，第三年欲解釋消費訴訟相關條文之適用，因我國就消費者有消費爭議時得主張之紛爭解決機制，係分布於消保法與民事訴訟法中，對於實務上消費者在紛爭產生時應利用何種程序進行，須先釐清理論上爭議，並觀察實務面向之具體消費訴訟案例以類型化分析、整合之。

本多年期計畫預計研擬民法消費者契約之修正草案、法定型化契約條款規制與消費者借款法之相關草案及消費訴訟相關條文之整合，以求可供將來立法修正之參考，嘗試建立消費者保護及相關定型化契約條款之完整與一貫之體系，以供新發展之不同新型契約類型於發生爭議時之解釋適用，並一併考量定型化契約條款之本質，以求體系之一貫發展，避免為分歧解釋及適用上之紊亂與分歧矛盾之結果，完成民法之統一發展，並建立核心之法體系。

## 三、文獻探討

我國關於定型化契約的學說論著已有若干學者的文獻可參考，例如詹森林教授於其民事法理與判決研究(三)中所著之「定型化約款之基本概念及其效力之規範」、以及針對消費者保護法之「消費者保護法對於法人之適用問題」…等，實務見解關於保證契約、斡旋金契約、承攬契約及連鎖店加盟契約等之定型化契約效力，亦有眾多分歧之見解。然而就我國以雙軌制方式制訂消費者保護法是否妥當，卻甚少有文獻評論之。而德國關於這方面，則將消費者與企業經營者之定義納入民法第十三、十四條，成為關鍵概念而可直接適用於其他法律規定所指之消費者，亦使民法仍為規範私法關係之核心法典。因此就我國關於制訂消費者保護法是否妥適，仍需完整、深入之探討。

再者，關於定型化契約條款之審查，就民法第二四七條之一與消保法第十二條應如何區分適用界限之疑義，我國實務見解對此則針對諸多事項有不同看法，德國聯邦法院亦有相當多見解值得我國解釋適用時之參考，因此有待更進一步之研究。

而就消費爭議與消費訴訟，消費者保護法第七條與民法一九一條之一應如何解釋適用，我國有諸多實務案例可供參考，例如服務責任、商品責任等之不同類型；而學說論著則如郭麗珍教授之「論產品責任近年來學說與實務之發展—探討消費者與民法之適用關係」一文，王澤鑑教授於其侵權行為法一書中亦有若干論述。然關於實務上就消費者保護法第七條與民法一九一條之一之解釋適用，因案例眾多且複雜，故仍需針對案例類型之不同予以釐清並為整理。另外，除了個別消費者在日常消費關係發生之消費爭議而個別提起消費訴訟之情形外，由於商品之大量製造而產生之瑕疵商品，亦往往衍生出多數被害人受有小額損害之情形。此時由於個別提出訴訟將發生不符費用相當性之情形，因此針對因同一原因事實而受害之多數消費者或受害人，應可利用某些訴訟程序合併起訴以求一次性解決紛爭。關於此種集團性紛爭之學說論著，可參考許士宦教授所著之「新修正民事訴訟法上程序保障之新開展—以民事訴訟法總則編之修正為中心」、沈冠伶教授的「多數紛爭當事人之權利救濟程序」一文、姜世明教授之「消費訴訟之理論與實務」以及許政賢教授所寫之「以整合法學之視域論消費者保護法第五十條之消費者保護團體訴訟制度—民事訴訟研究方法論之反思」等；而實務界亦有邱惠美的「我國民事訴訟法有關團體訴訟制度之研究」一文，可謂論著眾多。然而由於實務案例甚少，近年始有較重大判決，故仍有必要將學說與實務見解予以整合分析。至於消費者保護法第五十三條之不作為訴訟，與我國民事訴訟法第四十四條之三，以及德國原本之定型化契約規制法第十三條、現行之不作為訴訟法第一、二條之規定有所不同，因此有必要比較分析以釐清之。

#### 四、 研究方法

本計畫為求精確探討消保法與民法整合研究之必要，分別採取下列研究方法：

1. 文獻探討法：

就與本計畫相關之立法背景、學者評釋之文章等為資料蒐集、相關理論整理，並予以分析學說理論間之不同。由於整理、分析文獻有助於歸納、演繹出本國法制度之內涵，故蒐集之具體方向包括與本文相關內容之學術教科書、學術論文、研究計畫、學位論文、政府出版品、學術研討會記錄以及期刊文章等。

2. 比較研究法：

消費者保護法與消費者保護法施行細則之制定，多係參考大陸法制之立法而來。為大陸法系濫觴之德國法制，在過去早已累積相當豐富之學說與實務見解，對於如何將消保法與民法融合、相關定義解釋之整合，均有相當幫助。再者，關於消保法第五十三條不作為訴訟相關規定應如何解釋適用，德國亦已規定不作為訴訟法可供我國借鏡。故對於德國法制予以比較法之分析，將有助於對未來相關爭議提供具體立法建議。

3. 實務分析法：

即便已採取文獻探討法與比較研究法，然而就理論之探討仍應回歸於實際案例分析，始有實益。是以本計畫先由助理蒐集、整理國內關於不同定型化契約條款類型之爭議案例之學說見解與各級法院之相關判決，將實務上所見之案例紛爭予以類型化、分析其見解以為整合後，進而觀察消費者實體法上賦予之權利，於實際於爭議發生時，是否有合理實現權利之可能，或仍存在特定程序障礙而再予檢討之必要，並提出相關修法建議。

除上述研究方法外，由於我國國內文獻對於消保法與民法分與合之相關立法爭議問題，尚未著墨甚多，故需參考大量德國及歐盟國家關於消費者保護之立法模式。故而計畫主持人前往法蘭克福大學、海德堡大學與麥茵茲(Mainz)大學，蒐集相關文獻、學說及實務見解，以供擬定相關修正草案之用。

為更進一步了解現德國學說發展情況，因此亦拜訪海德堡大學法學院國際私法與國際經濟法研究中心之中心主任 Thomas Pfeiffer 教授。Pfeiffer 教授之研究領域為民法、消保法、國際私法與比較法，對於 2002 年德國民法新訂之相關消費者保護規定有相當豐富之研究成果。對於歐盟相關消費者保護指令之擬定，與德國國內規定相因應之修訂，亦有相當豐富之參與經驗與貢獻，可對於我國相關消費者保護法規定之修正，提供難能可貴、全面性的參考價值。另外，並前往 Mainz 大學 (Johannes Gutenberg-Universität) 拜訪法學院講座教授 Peter Gröschler，參觀 Mainz 法學院圖書館之相關設施，並蒐集相關研究文獻。

## 五、 結果與討論

### (一) 雙軌制立法下之消費者與消費關係 消費者保護法與民法的分與合 —雙軌制立法下的消費者與消費關係—

#### 壹、民商合一制度之採行—權利主體之平等性

##### 一、民法典之制定與民商合一

民法典之制定，首先見於清末民律草案之起草，惟未公佈施行。於民國十四年，公布第二次民律草案，內容採五編制，雖經各級法院引用，然尚未成為正式法典。新民法典之編纂，則分各編進行，於民國十七年間至民國二十年陸續纂修，民國二十年五月五日施行，而有完全民法典之誕生。

民法典之體制，則承繼自德意志式 (Pandectae)<sup>1</sup>，而非採羅馬式 (Institutiones)，亦即德國私法學者之著述所採在債權、物權、親屬、繼承四編之前，冠以總則一編；另外則區分財產權為債權、物權兩大部分。

民法典於總則編中關於權利主體部分，採男女平等原則，與大清民律第一草案有所不同，不認妻為限制行為能力人。另外，立法之初，關於民商合一與民商分立之制度亦有所爭論。觀之「民商法劃一提案審查報告書」所載，採行民商合一係基於下列理由：(1) 商法典之訂立，實始於法皇路易十四，商人乃有具特殊階級，民國以來，商人並無特殊階級，不應為歧視。(2) 民商合一與法律之進步或固定並無關係。(3) 民商合一制中，關於商法規應趨於國際性者，立法者可酌量規定，不因合一而有影響。(4) 何種行為係屬商行為，標準難以決定，(5) 商法規定之內容，無法以總則貫穿全體。(6) 民商劃分，適用上亦成困難。因此，民法總則編公布以後，乃由立法院長向中央政治會議提議，請定民商統一法典，並參酌瑞士、蘇俄之法規，將性質上便於在民法合一規定者，如通常屬於商法總則之經理人與代辦商、與通常屬商行為之交互計算、行紀、倉庫、運送營業及承攬運送，均一一定入民法債編。其他則另訂公司、票據、海商及保險等民事特別法。

民法典之制定，通常僅能對抽象事項予以一般原則性規定，對於特定事項類型化或區別化之發展，

<sup>1</sup> 史尚寬，民法總論，第四頁。



則有賴於法典制訂以後之解釋與學說理論之發展。民法債編各論中之經理人、代辦商、行紀、倉庫、運送營業及承攬運送則均繫於交易慣例或商業性定型化契約條款之發展，故一般傳統民法之學說或理論較少觸及，相關之實務爭議案例亦較少，形成一處傳統民法領域中之「休眠狀態」。時至今日，商事法領域發展之特別法化、國際化、統一化與專業化，已逐漸脫逸民商合一之體制。

## 二、權利主體之特別保護必要

民法中關於特定權利主體予以特別保護而設有不同規定者，首見對於限制行為能力人，即未成年人之保護。滿七歲而未成年人雖有權利能力，但基於意思能力之不成熟或不完全，於為法律行為時勢必難以為正確之決定，因此有予以特別保護之必要。其為意思表示或受意思表示時，依民法第七十七條規定，應得法定代理人之允許。

其次，亦有國家為達成特定之行政目的，對於特定之自由經濟交易關係，予以干涉或調整者，例如關於土地政策之三七五減租條例中所規定耕地地租之限制規定，對於佃農予以特別之保護。或其基於保護勞工之社會政策而制定之勞動基準法，就勞動契約之類型、雇主終止契約、工資、工時、休假等勞動條件予以明訂，除契約之形式自由之外更求實質上之平等。另外，亦有基於國防目的而訂定之軍人及其家屬優待條例，對於徵召服役之軍人予以特別保護。

上述立法目的上應予以特別保護之人，均係以特別法立法之方式為之，以適用於上開特別事項，並不影響民法之其他規定對於一般權利主體之適用。

## 三、消費者保護之趨勢與立法

自從西方工業革命發生後，由於生產技術之進步，使得產品及服務不論在種類或數量上均大量增加，更由於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日新又新，從而漸漸形成大量生產、大量銷售、大量消費的社會。

我國始自五十四年修正商品檢驗法，明白揭示保障消費者權益後，即陸續制定許多關於消費者保護之行政管制法律，如化妝品管理條例、農藥管理法、食品衛生管理法、商品標示法、公平交易法、藥事法等行政法規，並制定「消費者保護方案」以為制訂消費者保護法之參考，而於七十六年經內政部提出消費者保護法草案後<sup>2</sup>，於八十三年一月三讀通過而公佈施行，開創消費者保護之新里程碑。關於其立法理由則指出，由於消費者資訊來源不易，一些不良廠商以不實廣告、不平等定型化契約條款、虛偽的標示、不良的設備、不安全的產品而使消費者受到侵害，蒙受損失。此外，各國消費者保護潮流湧現，消費者自身權利意識日漸高漲，必須平衡兼顧經濟發展與消費者保護<sup>3</sup>。一九六三年，國際消費組織聯盟（IOCU）根據一九六二年美國總統甘迺迪首次提出消費者的四大權利—講求安全、知道真相、選擇及表達意見的權利，再定出消費者的八大權利、五大義務，而成為世界各國消費者的共識，其內容如下：  
（1）基本需求，消費者對維持生命之基本物質與服務，有要求提供之權利；（2）講求安全，消費者對有危害健康與生活之產品與服務，有抗議之權利；（3）正確資訊，消費者對可作為選擇參考之資訊，有被告知事實真相之權利；（4）決定選擇，消費者對各種商品與服務之價格決定與保證品質，有請求在充

<sup>2</sup> 行政院消費者保護委員會編印，消費者保護法研究，第一輯，第二頁至第三頁。

<sup>3</sup> 立法院公報，第七十七卷，第一〇二期，第二六頁以下。

分競爭條件下形成之權利；(5) 表達意見，消費者對有關消費者權益之公共政策，有表達意見之權利；(6) 請求賠償，消費者對瑕疵之產品或低劣品質之服務，有請求賠償之權利；(7) 消費教育，消費者對有關消費之知識與技巧，有取得之權利；(8) 健康環境。

惟從消費者保護法之內容觀之，主要部分包含：(一) 明定消費者權益事項，(二) 建立消費者保護行政體系，(三) 扶植消費者保護團體，(四) 建立消費爭議案件處理制度等。其中(二)、(三)部分，兼含行政目的之行政法性質，(一)則為消費者對企業經營者得主張之民事實體法權益，而(四)則屬實現權利內容之程序法規定，因此被稱為「綜合性法典」<sup>4</sup>。

其中關於消費者權益事項之規定包含第一章總則中名詞之定義外，主要為第二章第一節健康與安全保障中所規定之企業經營者對於消費者或第三人就提供之服務及商品所負之無過失責任，第二節關於企業經營者與消費者使用定型化契約條款之相關問題，與第三節關於郵購或訪問買賣之消費者享有之無條件解約權，及第四節消費資訊之規範中，企業經營者對於消費者基於廣告內容所負之義務等等均是。

#### 四、消費者保護法與民法之關係

##### (一) 產品及服務責任

上開涉及消費者與企業經營者私權關係之規範，連同消費爭議處理程序法規定，已占全部範圍二分之一以上<sup>5</sup>。其相關規定則侵入傳統民事債法規定之核心領域—侵權責任與契約責任。其中第七條商品製造人或服務提供人之無過失責任，更將傳統民事過失責任體系，包含侵權行為損害賠償與勞務契約之債務不履行責任全面的更迭。

##### (二) 定型化約款之效力

其次，定型化契約條款之擬定與大規模的適用，則挑戰約款擬定人在契約自由的法律涵義中是否享有絕對自由。定型化約款之擬定究為契約自由之體現，或是通常應視為約款相對人決定契約內容自由之剝奪？德國法上經由學說、實務見解以誠信原則機制調整契約當事人之權利義務，並進而於一九七六年制訂定型化約款規制法而規範定型化契約條款之相關爭議問題，亦全面改變了契約法領域對於契約自由原則的基本認知，且不應僅限於消費關係始有適用。因此，本法第十一條以下關於定型化約款之少數條文之規定，尤其是第十二條約款無效之概括規定，欲藉由實務見解發展出約款無效之類型化與具體化，顯已令法官肩負過重之任務。

##### (三) 特種買賣與解約權

而消保法第十八條以下關於郵購、訪問買賣與分期付款買賣之規定，亦已顛覆傳統民法所認知之契約關係。亦即契約訂立後，除非有法定無效之原因，或有特定意思表示瑕疵之法定事由，或有法定解除契約事由外，當事人應有履行契約所約定內容之給付義務。惟第十九條所定郵購或訪問買賣之消費者，對於所收受商品不願買受時，得於七日內退回商品或以書面解除契約，而且無須說明理由或負擔費用或

<sup>4</sup> 朱柏松，消費者保護法論，八十七年十二月，第五三頁。

<sup>5</sup> 朱柏松，消費者保護法論，第五四頁。

價款。此項規定使消費者於契約訂立後仍享有猶豫考量期間，決定是否仍欲受契約權利義務之拘束。其法理何在，對於買賣契約以外之其他新型交易型態是否可類推適用，或仍應回歸民法傳統契約責任之規範，相關爭議日漸浮現且層出不窮。且特別法規定之案例日益增多，似乎已與民法處於並駕齊驅之形勢，儼然成為規範私法關係之另一基本規範。因此，消保法第十九條關於「郵購或訪問買賣」之定義與範圍，勢必處於變動中之狀態，而須透過第二條名詞定義之不斷修正而調整之。

#### （四）消費資訊之規範

消保法第二十二條以下則係關於企業經營者之資訊提供與資訊透明化之義務，如商品或服務之標示、書面保證書之出具等。此外，如企業經營者與消費者締約前曾有廣告之刊登，縱未約定於契約條款中，該廣告內容仍構成契約之內容。而刊登廣告之媒體經營者如就廣告內容與事實不符不知而有故意過失時，對消費者亦負賠償責任。此二條規定亦可認係契約與侵權責任之特別規定。

#### （五）消費者之定義

由上所述，可知消保法關於消費者權益部分之規定，有涉及侵權行為損害賠償責任者（如消保法第七條所定之產品責任），亦有屬於契約之法律關係者，如定型化約款部分、郵購、訪問買賣之解約權或企業經營者對於廣告應負之義務。產品責任之保護客體為一般國民，而契約法律關係權利義務之發生及行使之對象，原則上以契約當事人為限。惟消保法第二條第一款則界定為「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」，在相當於侵權行為損害賠償責任之保護客體上，尚有不足，因此第七條第三項仍須加上「第三人」為請求權人。而在契約關係中，則須限於第二條第三項所稱之消費關係，始有消保法之適用。亦即必須屬於「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限」，將適用消保法之消費關係限定為「商品或服務而生之法律關係」，而何謂「服務之法律關係」，亦未予明文定義。此外，依本法第二條第一款之定義，並未將消費者限定為自然人，而使用目的亦不限於私人之使用，因此是否兼及於自然人及法人企業之營利或商業目的之消費，仍屬消保法所欲保護之範圍，實有疑問。果爾如此，該項消費關係是否具有保護之必要。

此外，定型化契約條款之效力如何，究以約款本身是否違反誠信原則為權利濫用或主要以保護消費者之消費關係為優先衡量之標準，亦影響了定型化約款之解釋與效力之認定。

綜上而論，消保法第二條第一款與第三款所定之消費者定義，採取一致之定義，是否能達到消保法所定之侵權責任、契約責任或定型化約款不同保護法益之規範意旨，顯有重大疑問。

上述消費者權益所涉及之相關問題，以下將分別闡述之。

### 貳、定型化契約規定與消費者

#### 一、定型化契約之效力

##### （一）消費者保護法施行前

關於定型化契約條款內容之審查，不論在國內或國外，初期之進展皆非常緩慢。因為「契約自由」

原則在大陸法系國家一直屬於規範私法關係之基本原則—私法自治之核心範圍。所謂契約自由在受到法律專業訓練之法律人眼中，是屬於排除國家干涉與國家監督之私法關係之最高指導原則且神聖不可侵犯。

### 1. 無效之約款

民國六十年後，隨著經濟與工商業發展，台灣亦漸次出現契約當事人以預先擬定之定型化契約與不特定相對人重覆訂立同種類契約。而定型化契約條款之大量運用所產生之爭議，則直至七十三年間實務首先對於印章真正之辨識條款之效力予以認定為無效。依實務之見解，金融機構如以定型化契約約定其不負善良管理人之注意義務，免除其辨識支票上印章是否偽造之抽象輕過失責任，應認此項特約違背公序良俗<sup>6</sup>。此項決議為最高法院關於定型化契約條款效力之指標性見解，其後在旅行業者以定型化契約所擬定之約款「旅行業者對於其代理人或使用人之故意或過失不負責任」，亦經最高法院認定與公共秩序有違，應不認其效力<sup>7</sup>。惟其理由則指出「但因旅客就旅行中之食宿交通工具之種類、內容場所、品質等項，並無選擇之權……」。亦即，最高法院認定上開定型化約款之所以與公共秩序、善良風俗有違，係因旅客並無選擇食宿、交通提供人之選擇自由。

### 2. 定型化約款之解釋

此外，最高法院亦嘗試以誠信原則解釋定型化契約條款。例如最高法院七十七年台上字第三六七號民事判決中，保證人於擔任董事時為公司（即主債務人）之債務為保證，嗣後公司貸款增加，已由新保證人另立保證書，原來之保證人並未終止保證契約，並已卸任董事。最高法院認為，於此情形「上訴人倘係以董監事之身分充任連帶保證人，則衡諸誠信原則及兩造訂立保證契約之真意，似亦以上訴人仍擔任董監事內，主債務人公司向被上訴人借用款項所負之債務，始負其保證責任……」。

## （二）消費者保護法制定後

### 1. 實務見解

#### （1）保證契約

台灣高等法院八十八年上字第五十六號判決指出：「……查上訴人於為保證之初縱使以○○公司董事之身分為之，然其既未與被上訴人約定於上訴人卸任○○公司之董事或被上訴人另行追加保證人時即終止上訴人之保證責任，即不得以此免具保證責任，則上訴人辯稱其已卸任○○公司董事之職務及被上訴人於上訴人卸任董事職務時另行追加保證人，上訴人之保證責任亦已消滅等，亦無足採。又被上訴人係金融機構，為追求合理利潤、避免風險，乃以要求主債務人邀同連帶保證人，立具保證書，期能收回借款為經營方式。而主債務人○○公司為進行生產、經銷之商業活動而為借款行為，其非為滿足生活欲望之消費，並非消費者保護法所謂之消費行為，故無消費者保護法適用之餘地。再本件保證契約性質上為單務、無償契約，並不具「交易」之對價關係，非屬消費關係，保證人非消費者，故無消費者保護法之適用。故原審據此而為上訴人敗訴之判決，核無違誤。……」

<sup>6</sup> 最高法院七十三年第十次民事庭會議決議；王澤鑑，債法原理第一冊：基本理論·債之發生，增訂版七刷，二〇〇三年十月，第九六頁至第九七頁；詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究（三），二〇〇三年，初版，第三七頁以下。

<sup>7</sup> 最高法院八十年台上字第七九二號民事判決，載：最高法院民事裁判書彙編第四期，第七四頁以下。

「法律問題：甲銀行與連帶保證人乙於民國八十三年二月間就丙與甲銀行間定有清償期限之金錢借貸訂立定型化之保證契約，該契約條款訂明：「銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償」，此條款是否有效？

討論意見：

甲說：按定型化契約中之條款有違反平等互惠原則，或與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾，或契約之主要權利或義務因受條款限制，致契約之目的難以達成者，均推定其顯失公平；又定型化契約中條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效，消費者保護法第十二條第一項、第二項第一款分別定有明文。又就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證責任，為民法第七百五十五條所明定，其立法意旨即認保證人既就定有清償期限之債務而為保證，若債權人自己拋棄期限之利益，應不使保證人因此而受不利之影響。今甲銀行與連帶保證人乙所訂立保證之定型化契約中記載：「銀行無須再行徵求保證人同意，得允許主債務人展期、延期清償」，該條款排除民法第七百五十五條保護保證人任意規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，符合消費者保護法第十二條第二項第二款之要件，應推定此約定條款顯失公平，故依同法條第一項之規定，該條款即屬無效。

乙說：銀行與連帶保證人間之保證契約，其性質並非屬消費關係，保證人亦非消費者，故無消費者保護法之適用，惟為維持雙方當事人間私法上利益之均衡，避免約款制定者濫用其經濟上、法律上或其他與締約基礎有關之優勢，而侵害契約相對人之利益，即應以民法第二百零九條誠信原則審查定型化契約條款之效力。今雙方之定型化契約雖因非消費關係而無消費者保護法之適用，惟消費者保護法第十二條已揭櫫一般定型化契約條款無效之判斷標準，非消費關係之定型化契約，若有該條第二項之情形，亦應認係違反誠信原則而無效。民法第七百五十五條之立法意旨乃在保護保證人，以免主債務人自己拋棄期限利益，致使保證人遭受不利。今甲銀行片面考慮自己求償之方便，而以定型化契約排除民法第七百五十五條保護保證人規定之適用，顯與該條保護保證人之立法意旨相矛盾，有違誠信原則，故該條款應為無效。

丙說：甲說有混淆保證人為借款人之嫌，按銀行與連帶保證人間所訂定之保證契約，乃保證人擔保借款人對銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何義務，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質上屬單務、無償契約，並非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。又所謂定型化契約應受衡平原則限制，係指締約之一方之契約條款已預先擬定，他方僅能依該條款訂立契約，否則，即受不締約之不利益，此際，始應適用衡平原則之法理，以排除不公平之「單方利益條款」，蓋此情形，倘貫徹「締約自由原則」將使居於經濟上弱者之一方，無締約之可能，而忍受不締約之不利益，故縱他方接受該條款而締約，該條款亦應認違反衡平原則而無效，以符平等互惠原則。雖保證人通常係礙於職務從屬或情誼原因，而由借款人覓為其與銀行間債務之連帶保證人，惟就保證契約之法律關係而言，保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟上之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，如認保證契約有違民法保護保證人之任意規定，自可不訂定保證契約，並不會因未成為保證人而生不利益，或經濟生活受制於銀行不得不為保證人之情形。從而，保證人如已同意該條款，而訂定保證契約，該條款依民法第七百五十五條之規定，又屬當事人得依特約排除之任意規定，除另有其他無效之原因外，保證人即不得主張該條款為無效。

初步研討結果：多數採乙說。

審查意見：採丙說（參照最高法院五十一年度台上字第二三五六號判決要旨）。

研討結果：照審查意見通過。」

最高法院九十年台上字第二〇一一號判決（民國九十年十一月九日判決）指出：「……銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用。又消費者保護法係於八十三年一月十一日公布施行，而系爭連帶保證書則早於八十二年十一月四日簽訂，依法律不溯既往之原則，亦無適用之餘地。原判決類推適用消費者保護法第十二條規定，為上訴人敗訴之判決，自有違誤。……且系爭連帶保證書載明連帶保證人必需拋棄先訴抗辯權、延期清償免責權，此特約若係出於兩造自由意思所締訂，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？亦滋疑義。……」

## (2) 斡旋金契約

台北地方法院九十年訴字第五〇二號判決指出：「……有關消費者保護法所稱消費，並非純粹經濟學理論之一種概念，乃為生產相對、是事實生活之一種消費行為，換言之，係為達成生活目的之行為，凡係基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為，是究其實質，應指不再用於生產之最終消費；故所謂『消費關係』，依消費者保護法第二條第三款規定，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，而所謂『消費者』，依同法第二條第一款規定，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務之人為限。茲細繹被告金寶公司其登記事項資料所載，該公司所營事業為『進出口貿易、經紀人及代理經銷等業務』，而代表人在中國境內所為之法律行為『簽訂契約、報價、採購及議價』，而被告訴訟代理人並自認本件被告金寶公司其欲購入系爭房地之目的為『尋找合適辦公房舍』（參被告訴訟代理人於九十年三月二十一日所遞之答辯一狀），是知被告金寶公司既係因為營業之便而發動本次交易購置辦公廳舍，即非基於消費之目的而欲購置系爭房地，就本件交易情節而言當亦屬企業經營者之角色，而與消費者保護法所稱之消費者無涉，推之，原告與被告金寶公司間因本件房地買賣所生之交易行為，自亦非消費關係，顯無消費者保護法適用之餘地。因此被告主張本件兩造間應受消費者保護法第十二條、同法施行細則第十一條、第十三條、第十四條之規範云云，要乏依據。至於被告雖又爭辯本件應屬『商業性定型化契約』，引用學者所見解認本件亦可引用消費者保護法之規定解決云云。然查兩造上開買賣斡旋金收據係訂定於八十九年六月八日、十日，均在八十九年五月五日民法債編修正條文及民法債編施行法修正條文生效後，而關於定型化契約，除消費者保護法外，另於民法第二百四十七條之一，可資為規範依據，而民法債編施行法第十七條又規定民法第二百四十七條之一就定型化契約之規定，亦溯及既往而適用於八十九年五月五日前訂立之定型化契約。查考前述民法立法原意既為定型化契約之爭執而為量身訂做，是為區隔消費者保護法與前開民法規定之適用範圍，自應限縮認為僅有消費性定型化契約（即締約一方需為消費者，並以消費為目的而為交易）始有消費者保護法之適用，至於其餘商業性定型化契約及非消費性亦非商業性定型化契約，另應依其情形斟酌是否適有民法第二百四十七條之一之規定解決，始符其立法體制（孫森焱先生著，民法債編總論下冊，第七〇一頁參照）。故本件原告主張系爭交易並無消費者保護法之適用云云，即非無據。……」

## (3) 承攬契約（工程合約）

最高法院九十二年台上字第一三九五號裁定認為：「消費者保護法之立法目的乃在於保護消費者之權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質。所謂「消費者」，係指以消費為目的，而為交易、使用商品或接受服務者而言。消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係，稱之為「消

費關係」，觀之該法第一條第一項、第二條第一款、第三款規定自明。本件兩造所訂立之工程合約係屬承攬契約關係，並無消費關係存在。再按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，固為民法第二百四十七條之一第二款所明定。惟八十八年四月二十一日民法債編增訂該條規定之立法理由，乃鑑於我國國情及工商發展之現況，經濟上強者所預定之契約條款，他方每無磋商變更之餘地，為使社會大眾普遍知法、守法，防止契約自由之濫用及維護交易之公平，而列舉四款有關他方當事人利害之約定，為原則上之規定，明定「附合契約」之意義，及各款約定按其情形顯失公平時，其約定為無效。是該條第二款所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。」

#### (4) 連鎖店加盟契約

台北地方法院八十九年訴字第二一七四號判決指出：「……參酌消費者保護法第十一條第一項所設『企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本於平等互惠之原則』，及第十二條之『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』之規定，可知，消費者保護法第十二條所規範之定型化契約條款使用者應為企業經營者，而他方當事人，即條款使用者，乃以『消費』為目的，而與企業經營者為商品之交易或使用，或接受該經營者提供服務之人，亦即消費者與企業經營者所約定之定型化契約應以消費關係為限。被告雖抗辯專門店合約係定型化契約，依消費者保護法第十二條規定，專門店合約第十條關於違約金之約定應為無效云云。惟查，兩造簽訂之專門店合約乃被告成為『柯尼卡彩色快速沖印連鎖專門店』之契約，已如前述，被告並須依原告之指示，於店面招牌上使用原告之服務標章及標幟，但享有原告所提供之一切廣告、促銷優待辦法及合約所規定之權利（專門店合約第一條參照），兩造之權利義務，尚與消費為目的而為交易、使用商品或接受服務等情不同，與消費者保護法所規範之消費行為有間，則縱認專門店合約第十條約定有違誠信原則，對被告顯失公平，亦難以消費者保護法第十二條規定而為該條款無效之認定。被告此項抗辯，於法未合，不足為採。……」

## 2. 學說見解

學說見解有認為：「定型化契約，依消保法第二條第七款規定，乃企業經營者為與不特性多數人訂約之用，而單方預先擬定之契約條款。消費者保護法所以就此種定型化契約條款特設明文，以保護消費者，其主要原因為：

- (1) 定型化契約之擬定者（即消保法所謂之企業經營者），通常係藉該條款追求自己之最大利益，而鮮少甚或完全不顧契約相對人應有之保障。
- (2) 定型化契約通常係以非常細小之文字，印於繁瑣之文件中，相對人或客觀上無法注意其存在；或主觀上並無閱讀之興趣；或雖經細讀仍難精確瞭解其文意上與法律上之意義；或雖瞭解其意義，但仍不得不接受其內容。
- (3) 定型化契約通常具有下列特徵：減輕或免除條款擬定人之責任、加重相對人之責任、限制或剝奪相對人之權利、不合理地轉嫁風險。就此等特徵，相對人或不知情；或雖知情，亦僅得接受。

定型化契約之相對人為法人時，要難認為上述原因均已消失，從而即排除消保法之適用。蓋法人得

分為營利法人與非營利法人，而各個法人通常僅就與自己營業項目或設立目的有關之事項，具有專業知識。故當法人因締結契約而面對他方當事人預先擬定之定型化條款時，若不論是否與其營業項目或設立目的有關，而一概認定法人就他方當事人使用之定型化條款有充分認知與磋商能力，顯然有違事實。因此，消保法之規定，似不應僅由於定型化契約條款之相對人為法人，即當然排除其適用<sup>8</sup>。」

惟民法第二百四十七條之一亦對於定型化契約條款之效力作有規定，若認為所有定型化契約條款皆可適用消費者保護法之規定，將會使該條規定成為具文，因此學說見解有認為：「應依定型化契約是否與相對人之營業或職業有關，而分別適用民法第二百四十七條之一或消保法，相對人為自然人或法人，均然。惟若為特別保護自然人之利益，因而認為，相對人為自然人之定型化契約，不論該契約是否與該自然人之營業或職業有關，均適用消保法，定型化契約之相對人為法人，且系爭契約與法人之營業項目或設立目的無關者，始適用消保法，似亦無不可。至於應適用民法第二百四十七條之一時，關於定型化契約有效或無效以外之其他問題，例如條款是否成為契約內容等等，似亦應依民法第一百五十三條關於契約締結或其他規定解決，而不適用消保法之相關規定，以避免適用法律上之割裂<sup>9</sup>。」

## 二、定型化契約條款之擬定與一方之優勢地位

### （一）定型化契約產生之背景

所謂定型化契約條款，係指契約之一方當事人為與不特定多數相對人訂立契約，預先擬定特定內容之交易條款，經相對人同意該特定內容與條款而為契約之訂立。例如預售屋定型化契約、分期付款買賣定型化契約、銀行借款定型化契約、保證定型化契約、信用卡使用約定事項、保險定型化契約等。時至今日，大多數契約訂立皆以一方當事人預先擬定之定型化契約為之，其理由如下：

1. 定型化契約條款之擬定係為因應工業社會大量生產同類產品之現象，因此須有一致之契約內容以規範同類之產品或勞務之提供，而符合企業生產之效率化要求。

2. 此外，亦可創新新型交易型態。蓋契約條款之擬定既係由一方當事人擬定，該擬定之人自可依照其單方之需求，創設有利於己之新的交易條件。

3. 預先擬定之定型化契約條款能為契約他方當事人所接受而訂立契約，通常係因約款之擬定人具有締約時之優勢地位（eine überlegene Verhandlungs macht）<sup>10</sup>，因此約款擬定人通常會利用此種不對等的優勢地位，僅考量自己之利益而約定侵害相對人正當權利之約款。此時，相對人不再享有完全之意思決定自由，亦即在通常情形締約時，法律所賦予雙方當事人經由考量各種情事，決定對自己是否有利進而依何種內容締約而形成法律行為合意之機會<sup>11</sup>。

### （二）締約地位對等與契約正義

在契約之成立，從民法第一百五十三條之規定，形式上可以看到締約雙方經由要約與承諾一致而形成法律行為之合意。然而，雙方當事人在磋商相關契約內容時，通常會考量對自己最有利之內容而為契

<sup>8</sup> 詹森林，消費者保護法對法人之適用問題，民事法理與判決研究（三），第二四六頁至第二四七頁。

<sup>9</sup> 詹森林，消費者保護法對法人之適用問題，第二五二頁。

<sup>10</sup> 惟此並不以約款擬定人在交易市場具有壟斷之地位，或相對人無從選擇其他契約當事人為其要件。

<sup>11</sup> Wolf/Horn/Lindacher, AGB-G, Ein1, Rn.3.



約之締結。因此，締約時如欲避免單方欲貫徹其全部之利益取得，並要求他方放棄自己的主張，則應盡量使雙方具有較對等之磋商力量（eine annähernd gleiche Verhandlungsstärke）始能奏效。唯有磋商之雙方具有對等的斡旋磋商地位時，雙方始可考量締約之利益與不利益，而為正確之是否締約之決定<sup>12</sup>。

契約的合意過程，即係提供雙方享有較對等之磋商力量，以提供當事人享有正確性的擔保或正確性的機會（Richtigkeitchance）。如契約之一方較另一方具有經濟上之強勢或資訊上之強勢，則此種對等的磋商地位即被破壞，強勢之一方即可貫徹其單方的利益，而另一方則無法經由協商而避免此種不利益，則無異契約之成立係由優勢之一方片面形成或主宰，則與契約的公平正義顯有違背，並已侵害他方當事人之自我決定權。

由於在契約之合意過程中，不可能使雙方都完全貫徹各自的利益，且各自享有絕對不受限制之自我決定權。因此，弱勢之一方其利益被罔顧，且被他方剝奪其決定內容之自由，而且由他方片面決定契約內容時，顯不符合其於私法自治與契約自由決定是否締約、相對人與契約內容之真諦。此時，契約縱使形式上已經成立，顯然欠缺由於雙方基於決定自由而形成之合意。因此，弱勢之一方仍得保有自行衡量利害得失，並進而為合意之意思決定或判斷自由。如一方當事人片面單方貫徹其利益之確保且侵害他方意思決定與判斷之自由而成立契約，則將剝奪他方當事人透過自由決定以確保其自身利益。

當事人受其所為意思表示之拘束之理由在於，當事人享有自由為適當選擇之機會，因此必須為其自我之決定負責。如果當事人經由利害衡量而為決定之機會喪失，則個人應自我負責之基礎即不再存在。

民法之制定與法律行為之相關規範係以權利主體之形式上平等為其出發點，僅在民法第七十四條關於暴利行為之規定中，考量個別表意人在為意思表示時係處於急迫、輕率、無經驗時，可以向法院請求為增減給付。惟隨著經濟之發展、產業結構之改變，此種磋商協議之不對等性不再限於單之個人，而產生結構上不對等地位。亦即每一個參與市場經濟生活之人，都可能在特定之市場地位於訂定契約之磋商階段中，遭遇過主張自己之權益而不可得之情況。

### （三）不對等締約地位之調整

社會結構上之不對等地位，亦可由國家基於保護之目的採取一定之行政措施，例如使市場之競爭機制更加完全，以使消費者擁有更多之選擇可能性。或對不實廣告之管制，以避免消費者在締約受到與事實無關或錯誤之資訊之影響。上述相關行政措施之法規，亦可稱之為「程序的契約法」（das prozedurale Vertragsrecht）。

惟上述程序的契約法並無法直接調整當事人之契約內容，因此，仍須制訂強制的規定、半強制的規定或經由司法機關對契約內容實質審查其適法性，此種經由法律直接規制契約內容之適法性者，亦可稱為「實質的契約法」（das materialem Vertragsrecht）。

由於表意人在為意思表示時，亦應考量他方之權益以及尊重其自我決定權，因此並無法享有完全不受限制之決定所有契約相關事項之自由。因此，強勢之一方如於締約時將危險或責任均轉嫁由弱勢之一方承擔，則亦應認為係屬意思表示決定自由之侵害。則縱使弱勢之一方同意其內容，亦因其契約約款在內容審查上將被認定為無效，因此，弱勢之一方亦不受該法律行為效力之拘束。而關於法律所定因意思

<sup>12</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 9 Aufl., §42, I.

決定自由之侵害，弱勢之一方可主張不受法律行為效力之拘束者，則可見諸於民法第七十二條、民法第一百四十八條及民法第二百四十五條之一等規定。民法第二百四十五條之一係屬新修正關於締約上過失之規定。例如發生於強勢之一方享有資訊上之專業知識，依交易習慣通常可期待其對相關人為資訊之告知，而因故意或過失未盡告知義務，致相對人因錯誤之資訊而為法律行為之情形。

觀之德國關於定型化契約條款之發展過程，亦可發現與我國相同的發展軌跡。首先，定型化契約條款之單方預先擬定亦被認係符合私法自治，契約自由之原則，國家不得任加干涉。德國帝國法院時代僅能從不明確的契約文義予以解釋適用，惟因為定型化約款大都經契約之一方由具法律專業知識之人予以擬定，並針對各種單方之責任與風險予以排除或轉嫁他方，約款內容解釋之空間非常有限。帝國法院乃針對單方基於其壟斷地位而預先擬定之不公平定型化約款為內容是否有效之審查<sup>13</sup>。關於定型化約款是否符合契約之公平與擬定人是否具有壟斷或獨占之締約地位、或是否違反公序良俗並非有必然牽連關係。因此，德國聯邦最高法院乃首度於一九五六年以誠信原則為衡量定型化約款是否有效之標準。在審查約款是否有效時，應斟酌約款違反比例原則與違反公共利益，或應斟酌違反契約之公平與正義，實務見解亦曾搖擺於二者之間。經由判決之發展，逐漸形成，以定型化約款是否終局破壞任意規定所內含之公平意旨來判斷是否為無效之約款，而後乃有定型化約款管制法第九條、第十條及第十一條之無效之列舉規定之出現。

### 三、分析檢討

消費者保護法關於定型化契約之相關規定，是否得適用於「非消費關係」之定型化契約，一直是學說實務間爭論之重點。在民法債編修正條文施行之前，此問題關係到「非消費關係」之定型化契約條款相對人，是否能夠受到法律保護；在民法債編修正條文通過後，則轉變為應適用民法或消費者保護法之問題。上述判決中，最高法院維持其一貫之見解，認為消費者保護法係以保護消費者為目的，故消費者保護法之適用，必須以有消費關係存在為其前提。由此可見，實務見解係以是否有「消費關係」存在，作為應適用民法關於「附合契約」之規定或消費者保護法關於「定型化契約」規定之判斷標準。

不過在定型化契約之中，主要問題為契約條款由約款使用人單方擬定並單方形成契約內容，相對人全無斟酌之餘地。然約款使用人在擬定定型化契約條款之同時，甚少顧及到相對人之利益；或使用約款文字細小、不清、涉及專業用語等因素，致相對人不解條款內容；或限制、剝奪相對人之權利，加重相對人之義務。基於這些因素，消費者保護法對定型化契約問題設有規定，以保護相對人之正當利益。而這些因素，並不因為定型化契約屬於「消費性定型化契約」或「非消費性定型化契約」而有所不同<sup>14</sup>。我國立法模式為將與「消費關係」有關之事項規定於消費者保護法，而「非消費關係」之事項，則回歸適用民法之規定，因而將定型化契約法律關係之規定，分別規定於消費者保護法與民法之中。此種立法模式把定型化契約法律關係之規定，割裂規定於民法與消費者保護法之中，除了造成規定之重複外，也會因為在不同法律中規定內容之差異，而導致相同問題可能有不同之處理結果。此種區分之立法模式，並無必要，亦屬多餘。

另外，關於定型化契約條款之內容之審查，乃因約款擬定人係單方利用其契約形成之自由權（*einseitige Ausnutzung der Vertragsgestaltungsfreiheit*）而擬定定型化約款，係屬形成自由權之濫用（*Mißbrauch der Gestaltungsfreiheit*），而並非在保護現行產業結構下與企業經營者不對等地

<sup>13</sup> Wolf/Horn/Lindacher, AGB-G, Einl Rn.6.

<sup>14</sup> 詹森林，消費者保護法對於法人之適用問題，第二四六頁至第二四七頁。

位的消費者。因此，預先擬定且大量使用之定型化契約（die Vorformulierung für eine Vielzahl von Verträgen）即為立法者認定一方具有強勢的締約決定權力，而另一方相對人應具保護必要性之判斷標準<sup>15</sup>。定型化契約條款是否由單方擬定，雖係由形式上觀之，但實質上惟有掌握完全締約優勢地位之人，才可能完全不考慮他方之自我決定權，而遂行其一再以定型化契約重覆與相對人締約之結果。

況且，約款擬定人既係於預先擬定之定型化約款，自己考慮各種對自己不利益之排除與利益取得之情形，以控制、預定其各種締約之風險，則轉嫁風險於他方，自屬事實通常之情形。因此，民法第二百四十七條之一所規定者，如免除或減輕約款擬定人之責任，加重或剝奪相對人之責任與權利，乃定型化約款之常見約款，尤其定型化約款係預先擬定，對相對人而言，未經對契約內容逐項考量，及不可能存在正確為意思決定之機會。因此，消費者保護法上關於定型化契約條款之規定，例如第十一條、第十二條、第十三條、第十四條之規定，並非屬基於保護消費者之目的，始制定之特別法。其規範目的仍在保護定型化契約條款之相對人。

再者，民法第二百四十七條之一，僅規定定型化契約條款有該條所定之事由之一者，無效。至於定型化契約條款之其他問題，例如條款如何成為契約內容、異常條款是否成為契約內容、個別商議約定，是否優先於定型化契約條款、條款有疑義時，可否為有利於相對人之解釋等等；均付諸闕如。相較之下，消費者保護法關於定型化契約條款之規定，顯然完整。關於定型化契約之審閱期間（消費者保護法施行細則第十一條）、中央行政主管機關對於定型化契約之介入（消費者保護法第十七條、消費者保護法施行細則第十五條），在文意上，更僅適用於消費者保護法上之定型化契約。故民法第二百四十七條之一，立法論上，有無存在價值，殊值商榷<sup>16</sup>。

除此之外，因為民法第二百四十七條之一規定所列各款係定型化契約常見情形，並非定型化契約效力審核之具體判斷標準，相較於消費者保護法第十二條規定，多了許多法院自由心證的空間。然國內實務見解對於定型化契約條款之審核，仍然趨於保守，因此對於本條之解釋，並未皆能妥善的保障定型化契約條款之相對人之利益。以前揭最高法院判決可得知，最高法院似乎認為，定型化契約條款「違反誠信原則，顯失公平」，必須以契約當事人一方處於無從選擇締約對象或無從拒絕締約之情況，始構成之。若契約係出於雙方當事人自由意思所締結者，並不能認為係違反誠信原則，顯失公平。最高法院上開見解顯係從契約自由的形式為出發點，仍然擁抱契約形式自由不可侵犯之原則，而來認知契約自由原則仍然包含「決定契約內容之自由」，此項決定契約內容自由已被約款擬定人所剝奪，而約款擬定人單方片面排除他方決定之自由，貫徹自己利益以形成契約之內容，正屬於意思形成自由的濫用，似乎並未確切瞭解契約自由之真正意涵以及立法者規制定型化契約條款之目的。

由前所述，消費者保護法關於定型化契約之相關規定，以及民法第二百四十七條之一規定，其規範之目的在於一方當事人濫用其經濟上、知識上等優勢地位，單方擬定定型化契約條款，而約定不利於相對人之定型化契約條款。而此一問題，在定型化契約條款之相對人為「消費者」或「非消費者」，並無不同。民法第二百四十七條規定不但未就定型化契約約款是否納入契約、應如何解釋未設規定，且對於並未具體列出定型化契約條款無效之情形。因此，就民法相關規定之解釋適用，因為消費者保護法關於定型化契約法律問題有較詳細之規定，因此對民法相關規定之解釋適用時，應參酌消費者保護法定型化契約之相關規定，一方面對民法之規定作更完整之詮釋，另一方面則可避免在處理定型化契約相關法律問題時，在同一問題上產生不同之結論。

<sup>15</sup> Wolf/Horn/Lindacher, AGB-G, Ein Rn. 17.

<sup>16</sup> 詹森林，消費者保護法對於法人之適用問題，第二四九頁至第二五〇頁。

## 參、特種買賣與消費者

### 一、郵購買賣

所謂的郵購買賣，依消費者保護法第二條第十款所為之定義，係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。其主要之立法目的在於賦予買受人解約權，使買受人得以避免因消費資訊之不足，且未能檢視商品即予購買所可能遭受之損失<sup>17</sup>。

至於若消費者於契約締結前，有檢視商品之機會時，是否仍可認為其得依消費者保護法第十九條解除契約？行政院消費者保護委員會九十二年三月二十五日消保法 0920000393 號函指出：「企業經營者提供網路交易時，以合理之方式使消費者有機會於適當期間內檢視該數位化商品者，方可認為其交易非屬郵購買賣。」又於九十一年十月十八日消保法 0910001163 號函指出：「實際交易型態與郵購或訪問買賣定義不符者，即無消保法第十九條第一項七日猶豫期間之適用<sup>18</sup>。」似乎認為，僅要消費者有機會檢視商品時，即應認為非屬郵購買賣，而無解約權之適用。然學說見解有認為，為避免就消費者是否已經檢視商品負舉證責任，徒生無謂之爭執及無益之費用，應認為企業經營者不得以消費者曾於購買前檢視商品，而主張消費者不得解除契約<sup>19</sup>。實際上，消保法賦予郵購買賣之買受人解約權，原先之理由在於消費者未能檢視商品，故賦予其無條件解約權。然於郵購買賣中，企業經營者係以各種媒體推銷商品，消費者經常無法抗拒媒體推銷之誘惑而締結契約，因此郵購買賣之解約權之目的不再僅限於消費者未檢視商品而締約，亦有賦予消費者一段冷卻期間，使其再度審思冷靜考慮，是否確實願意締結契約。

### 二、訪問買賣

訪問買賣，則依消費者保護法第二條第十一款規定，係指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，所為之買賣。此一定義應加以說明者有二：一為「未經邀約」；一為「消費者之住居所或其他場所」。

#### 1. 未經邀約

訪問買賣之買受人，通常係在毫無預期又未深思之情況下，締結買賣契約，故訪問買賣之買受人所以應特予保護，係因其通常乃在欠缺事前準備之情形下締約。因此，企業經營者是否係未經邀約，應由該邀約是否出於消費者之自願、邀約與締結契約是否具有關連性，以及消費者之邀約與契約之締結間是否有充分之時間供消費者考量而定。

所謂邀約，必須係出於消費者之自願。蓋消費者自願邀約企業經營者時，通常情形，已有締約準備，故無必要再賦與消保法第十九條第一項之解除權。至於「誘導邀約」，雖有消費者邀約企業經營者之形式，但該邀約，實係源於企業經營者，或其職員或代理人之誘導。在誘導邀約下，消費者同意締約之決定，仍非純粹出於自願。

<sup>17</sup> 詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，民事法理與判決研究（三），第一一二頁。

<sup>18</sup> 行政院消費者保護委員會編印，消費者保護法判決函示彙編（五），民國九十二年十月，第七二〇頁。

<sup>19</sup> 詹森林，消費者保護法上特種買賣之實務與立法問題，民事法理與判決研究（三），第一四九頁。

至於關連性係指消費者之自願性邀約必須和其嗣後所締結之契約具有關連性。若邀約和契約之締結不具關連性時，應可認為消費者欠缺就該商品與市場上之同類商品比較之機會。

時間性則是指消費者邀約必須在與企業經營者締約之前，且自邀約時起，至實際締約時止，必須客觀上有足夠之期間，俾消費者有機會準備締約事宜暨利用該期間進行商品之比較。惟消費者實際上是否確於此段期間準備締約或比較商品，則非所問<sup>20</sup>。

## 2. 消費者之居所或其他場所

消費者之住所地，學說見解認為，應依民法之規定處理。又訪問買賣，多係企業經營者「自動找上門來」，消費者未予預期。且對於發生在自家門前之商品推銷，消費者經常為避免銷售人員之不斷干擾，遂答應購買，俾予打發，而未暇深思，是否確需購買該商品，或該商品之價格、品質等，是否合理正常。因此，消保法第二條第九款所稱之其他場所，包括消費者之工作場所(辦公室、工廠等、第三人住居所或其工作場所。至於企業經營者之處所，是否可認為係屬其他場所，不能一概而定。倘企業經營者未經邀約，而在其住居所或營業所向消費者銷售其商品，且消費者在該處所亦無上述之考慮締約與否之機會者，應仍屬消保法第二條第十一款所定之訪問買賣<sup>21</sup>。例如台北地方法院八十八年簡上字七八八號判決即指出：「……法文中雖謂『在消費者之住居所或其他場所從事銷售』，為達保護消費者在無心理準備下與企業經營者訂立買賣契約之旨，故此處之『其他場所』，解釋上凡類似消費者之住居所情境，消費者無法作正常考慮締約機會之任何場所者即屬之，而非以『限於須經消費者邀約始能訪問進入之場所』為限，始符合立法旨意。本件上訴人自認先以電話與被上訴人洽談，言詞中表示被上訴人『幸運中獎』以引誘之，致被上訴人同意於八十八年三月五日前往被上訴人之營業場所探知『幸運中獎』之詳情，被上訴人並於該次洽談中即與上訴人簽訂買賣契約，不問洽談時上訴人係提供何資料，均足認被上訴人無充分心理準備及深思熟慮之機會，故依前開說明，本件兩造間訂立之買賣契約自屬消費者保護法中之『訪問買賣』。……」

## 三、所適用之交易型態

消費者保護法關於郵購與訪問買賣中，文義上僅包含「買賣契約」。若企業經營者以郵購或訪問買賣之方式，銷售勞務、服務之時，此時所締結之契約並非「買賣契約」，是否亦有消費者保護法第十九條之解約權之適用？即產生疑問。此一爭議在海外渡假村「買賣」，即產生爭議。因海外渡假村契約，企業經營者所「出售」者，為對一定不動產於一定期間內之使用權限，並非固有意涵之「買賣」契約，此時是否有解約權之適用，即產生問題。

實務見解大多認為：「消費者保護法關於訪問買賣之規定，法條文字雖皆係用『商品』為之。然該法關於消費者之觀念，已於第二條第一款明定：『消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。』因此，消費行為之客體自然包括商品及服務，蓋『消費』依該法對消費者之定義，可及於商品及服務故也。……，是以訪問買賣之買賣行為自不宜為不同之解釋。加以，現行實務上，以服務為客

<sup>20</sup> 詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，第一一三頁至第一一七頁；朱柏松，消費者保護法論，第三二七頁至第三二九頁。另見台北地方法院九十一年簡上字七四七號判決。

<sup>21</sup> 詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，第一一七頁至第一一八頁；朱柏松，消費者保護法論，第三三〇頁至第三三四頁。

體而透過訪問買賣予以銷售之情形，並非少數，且服務之訪問買賣對消費者所造成之困擾，與一般商品之訪問買賣所發生者，頗具同質性。從而，就本法訪問買賣之立法精神以觀，應可直接解釋為已將客體為服務之訪問買賣，亦一併納入規範。……故服務為訪問買賣行為之客體，堪可認定。」而認為「訪問買賣」之解約權規定得以類推適用於以訪問交易之方式。又於民國九十二年消費者保護法修正後，增訂第十九條之一，明文規定服務準用郵購訪問買賣之相關規定<sup>22</sup>。

此一修正擴大消保法關於郵購訪問交易之範圍，雖值肯定，然此次修正並未徹底解決本條文義未能涵蓋所有類型交易之問題。在郵購訪問買賣中，之所以要賦予消費者無條件解約權之理由，在於企業經營者所採用之行銷方式，而非企業經營者與消費者締結之契約類型。因此，無論是何種交易類型中，只要企業經營者使用郵購或訪問買賣之交易方式，即應賦予消費者解約權。其次，消費者保護法第十九條之一增加「服務」準用郵購訪問買賣規定之規定，使「服務」與「商品」皆能適用解約權之規定。然有許多交易類型，實在難以歸類到「買賣」及「服務」之中。例如「使用權限讓與」之契約類型，並非買賣契約，亦難以歸屬於「服務」之中。又非全部之勞務契約皆可歸屬於「服務」，例如約定完成一定之物之承攬契約中，企業經營者最終之給付結果為一商品，但所締結者並非「買賣」契約。故將郵購與訪問交易僅限於「買賣」與「服務」，似乎過於狹隘<sup>23</sup>。

#### 四、消費者之無條件解約權

消費者保護法第十九條規定，消費者得於收受商品七日內，無條件解除契約，無須負擔任何費用或說明理由。此為賦予消費者無條件解約權。在我國實務之爭議，主要在於解約權除斥期間之起算時點，究竟為何時。亦即，消費者何時「收受商品」？在許多關於海外渡假村之判決中，可以看出實務在此一問題中有許多爭議。

##### （一）實務見解

##### 1. 以締約之時為起算點

台北地方法院八十八年簡上字七六五號判決指出：「……而此權利於購買協議書細則第十條揭示『自簽訂本約同時起至西元二〇二七年期間有效』，是其旅遊住宿權自簽約同時即得行使，並未規定須持有會員卡後旅遊住宿權始有效，故會員卡之製發僅係權利之證明，並非買賣之商品之本身。……」

##### 2. 以收到會員證為起算時點

台北地院八十八年簡上字六八三號判決指出：「……前開消費者保護法第十九條條第一項已明文規定『於收受商品後七日內無須說明理由之解除契約權』，並非規定為『使用』，是本件解除權期限之行使，應以上訴人收受會員證書開始起算，上訴人主張須從至渡假村後始起算解除權之時期一節尚非有據。……」

<sup>22</sup> 在消保法第十九條之一增定前，學說見解有認為應將郵購訪問買賣之範圍擴及「服務」。請參閱朱柏松，消費者保護法論，第三一八頁至第三一九頁；詹森林，消費者保護法上之特種買賣之實務與立法問題，第一五〇頁至第一五一頁。

<sup>23</sup> 參照拙著，分時享有契約（渡假村或會員權）之法律性質與相關爭議問題，收錄於「私法學之傳統與現代（下）—林誠二教授六秩華誕祝壽論文集」，二〇〇四年四月，一版，第一九九頁至第二〇〇頁。

### 3. 以收到試用會員證時起算

依台北地方法院八十八年簡上字第八〇二號民事判決意旨：「……系爭買賣之標的為渡假村之旅遊住宿權至為灼然。至其旅遊住宿權之行使，系爭契約雖未明定權利行使期間之起迄，然徵之『購買者同意下列事項』第一條約定『收到四週的度假權後，使用前須先付清該週之費用』等語，及試用會籍購買協議書附記之『您並非R C I會員——……試用會籍是在您擁有正式會籍前，藉由試用來協助您了解我們的系統……等語』，可知被上訴人須於收到四週度假權後始得以郵寄、電子郵件或傳真方式預約申請渡假住宿，是則，關於消費者保護法第十九條第一項之解除權行使期間起算時點，應以收到試用會籍證之翌日起算方符系爭契約約定之本旨。……」

### 4. 自接受服務時為起算點

台北地方法院八十八年訴字二五七〇號判決指出：「……按在訪問買賣之交易行為，消費者難予對買賣標的物之商品有所認識，為保障消費者權益，應給予消費者相當時間，俾實際了解買賣標的，此為消費者保護法第十九條規定之立法意旨。是以依其立法意旨，自需消費者於可使用商品或接受業者提供之主要服務之狀態下，才開始起算契約解除權之除斥期間始為合理，否則消費者在尚未收受商品或接受業者提供之主要服務前，自難以知悉其所買受之標的品質為何，亦無從決定是否解除契約。查會員證書僅是一紙會員權利之憑證，尚非前揭所述之商品或主要服務，況依系爭會籍申請合約書第二條第一項明定在會籍費全額付清後才能開始享用會員權益，是倘原告並未繳清會籍費，縱已收到會員證書，仍無法享受任何會員權益。且僅依一紙會員證書，亦無從檢視其所買受之標的，是無論原告係何時取得會員資格，被告既未開始享受會員權益即未接受主要服務前，自無從感受其所買受之標的品質為何，亦難以決定是否應解除契約，依首開說明，本件契約解除權之起算點應以原告立於可以享受會員權益，安排渡假，接受業者主要服務之地位時起算，如此方符立法本旨。……」

#### (二) 本文見解

消費者保護法第十九條所定之解約權，行使期間係自消費者收受商品時起算，其立法意旨在於乃以企業經營者履行其債務時，消費者始能正確判斷其所收受之商品是否能夠真正符合其交易之所需。而分時享有居住權或渡假村會員權之交易而言，消費者所取得者並非會員權證本身，而係會員權證內消費者所享有之權益，亦即通常情形為企業經營者承諾消費者得區分時段使用渡假村設備之權利。因此，對於渡假村之債權上使用權方為消費者所取得之權利，因此欲令消費者開始對渡假村為使用之時始起算解約權。會員權益僅係渡假村經營者發給消費者之債權憑證，與消費者是否實際處於可充分瞭解其交易行為之客體（收受商品）之時點並無任何關聯。

實務上亦有考量如認消費者行使解約權亦接受服務為起算時點時，則服務之受領兼須債權人之協力，非企業經營者所得單方決定，因此易因消費者不為受領而使解約權之存在處於久懸未決之狀態，影響當事人法律關係之確定與法秩序之安定性。因此，關於渡假村使用權限之讓與契約，判決大都認為不宜以

提供服務時為解約權行使期間之起算點，否則將使消費者有誘使詐享利益之道德風險存在<sup>24</sup>。

惟消費者保護法第十九條之立法意旨即在保護消費者在匆促倉皇之情形下為輕率決定，故使消費者在收受商品或服務後，即企業經營者已履行債務之情形下，仍可解約，消費者享有利益之「道德風險」，不應作為排除適用之理由。

有疑義者為此項解約權之行使，未設有除斥期間之規定，因此解約權可能久懸未決，影響當事人法律關係之安定，亦應於立法時規範之。消費者保護法第十九條未有明文，解釋上或可類推民法第九十三條本文之規定，以一年之期間為限。蓋民法第九十二條或第八十八條所定之撤銷權，亦在規範表意人在意思表示時決定考量之自由，消費者保護法第十九條亦有類似之目的，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<sup>25</sup>。

## 肆、商品（服務）責任與消費者

消費者保護法第七條設有企業經營者之無過失商品與服務責任，即從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。本條之適用，必須是提供商品或服務之企業經營者，因其提供之商品或服務欠缺可合理期待之安全，對消費者或第三人造成損害。以下就本條之構成要件逐一分析。

### 一、商品之定義

何謂商品，在不同的立法例上有不同的概念，所蘊含之內容亦相當不同。在文字上，使用商品者有之，使用製造物者有之，使用生產物者亦有之。而在內容，德國法上包括動產、電力、土地、畜牧、養蜂、漁業以及狩獵之未經加工產品。日本法則係指經製造或加工之動產<sup>26</sup>。我國消費者保護法關於商品責任之所謂商品，依該法施行細則第四條規定，指交易客體之不動產或動產，包括最終商品、半成品、原料或零組件。其在意義上，即在說明，即使半成品、原料或零組件係因製造者之需要而「消費」，並因其具有危險性而使居於生產線上的「消費者」，亦得依本法規定，向各該半成品等之製造者、經銷者等請求損害賠償。不過，如果採此立場，是否與本法第二條第一款，就消費者所規定之概念，得以互相吻合，自不無疑義<sup>27</sup>。

另外，消費者保護法施行細則第四條所稱之動產及不動產，原則上，應依民法第六十六條及第六十七條規定解釋之<sup>28</sup>。所謂動產，本法並未就商品之製造方式加以區分，換言之，不論其係以工業方式大

<sup>24</sup> 台北地方法院八十八年簡上字第七八八號民事判決參照。惟台北地方法院八十八年訴字第二五七〇號民事判決則認「消費者在為接受業者服務之前，難以知悉其買受之標的品質為何，故商品應指會員權亦之享受，而非會員證書。」，本案法官林秀圓在面對新型交易型態之紛爭案例，能體察消費者保護法第十九條之立法意旨而為判斷，吾人應予喝采，並表敬意。

<sup>25</sup> 德國二〇〇二年債法第三百五十五條第三項關於消費者解約權則規定在契約訂立後六個月消滅。

<sup>26</sup> 朱柏松，消費者保護法論，第七九頁。

<sup>27</sup> 朱柏松，消費者保護法論，第八〇頁。

<sup>28</sup> 詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，收錄於民法法理與判決研究（三）消費者保護法專論，第二〇六頁。



量生產或係以手工業方式製作，甚至是個別藝術品的製作，均包含於商品概念<sup>29</sup>。另外，我國消費者保護法對於農林漁牧產品未如德國產品責任法第二條規定將未經加工之天然農業產品予以排除，因此加工後與加工前之農業產品亦為消保法上商品責任之規範範圍<sup>30</sup>。

對於血液、器官與精子等人體器官或與身體分離之部分，是否為消費者保護法第七條所稱之商品，有認為經加工保存而由血庫、器官或精子銀行加以使用者，亦為商品，而有消保法之適用<sup>31</sup>。但亦有認為，對於供移植之器官，基於捐助器官係在「捨己救人」，並期醫學技術進步，確保人民生命、健康之立場，器官不應被視為商品，而有消費者保護法之適用<sup>32</sup>。

至於我國消費者保護法將不動產亦列為商品之範圍，在立法例上似為鮮見。按歐市、德國、英國之產品責任法均未將不動產包含在內<sup>33</sup>。惟我國消費者保護法將商品之範圍擴大，似未考慮不動產不具有生產過程輾轉與漫長，責任歸屬難以確定且通常具有契約之請求權等特點。

## 二、服務之定義

我國消費者保護法將商品與服務並列，課予企業經營者無過失責任，在立法例上亦為罕見。國外立法例就產品以外，對於瑕疵服務責任作一般性規範之嘗試，僅見於歐體執委會所定之瑕疵服務責任歐體準則草案<sup>34</sup>。該草案第二條規定「本準則稱服務，指以商業基礎或以公共服務或以獨立方式，所為之交易，不論其有無對價，而其直接及全部之標的，並非動產之製造、有體或無體財產權之移轉者。本準則不適用於維持公共安全之公共服務。對於包裹旅遊（指食宿交通在內者），或廢棄物品之服務，亦不適用。對於損害已經會員國或歐洲共同體批准之國際條約規定，所涵蓋之責任，亦不適用之」。第三條規定「(1) 服務供應人，指任何自然人、公法或私法上法人，於其職業作為過程中或以公共服務方式，提供第二條所指之服務者。(2) 任何人於提供服務時，使用代理人之服務，或其他法律上獨立媒介之服務者，仍繼續被視為本準則所指之服務供應人。(3) 如第一項所指服務供應人，縱非設立於共同體內，不影響其責任，於共同體內執行服務之人，則應被認為本準則所指之服務供應人」。

至於在我國法上，服務之定義為何，消費者保護法第二條第二款規定，凡以提供服務為營業之人，均屬「企業經營者」，對於服務本身未做進一步之定義與限制。何謂服務，有認為服務指以獨立方式所為之交易，不論該交易有無對價；而其直接或全部的標的，並非動產之製造、有體或無體財產權之移轉<sup>35</sup>。亦有指出，純從學理而言，殆採取廣義，消費者保護法之服務可定義為「本法第七條第一項所稱服務，係指非直接以設計、生產、製造、經銷或輸入（狹義之）商品為內容之勞務供給」如是，則不僅其勞務供給，本質上具有衛生或安全上危險之服務，如醫療、運送、餐飲、住宿、旅遊等勞務提供，解釋上有本法之適用，固無疑問，即其本質上無衛生或安全上危險之服務，如律師、會計師、建築師、工程師等專業技術人士，非因受聘（雇）而提供勞務，乃至百貨業、量販業，均有其適用<sup>36</sup>。在此意義下，服務

<sup>29</sup> 黃立，我國消保法之商品與服務責任（一），月旦法學教室，第八期，二〇〇三年六月，第七五頁。

<sup>30</sup> 黃立，我國消保法之商品與服務責任（一），第七五頁至第七六頁；詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，第二〇六頁、第二〇七頁；朱柏松，消費者保護法論，第八五頁。

<sup>31</sup> 詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，第二〇七頁；黃立，我國消保法之商品與服務責任（一），第七五頁。

<sup>32</sup> 朱柏松，消費者保護法論，第八四頁至第八五頁。

<sup>33</sup> 詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，第二〇六頁。

<sup>34</sup> 黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（二），月旦法學教室，第十期，二〇〇三年八月，第七五頁。

<sup>35</sup> 姜志俊、黃立、范建得編著，消費者權益保護，第五七頁。

<sup>36</sup> 消費者保護法專案研究實錄，第五九頁。

涵蓋之範圍極廣，幾乎包含所有契約法之勞務契約，因此漸有限制消費者保護法服務責任範圍之聲浪，主張將服務之適用範圍，限於本質上具有衛生上或安全上危險之勞務提供，並排除醫療行為之適用，甚至有主張直接廢除服務責任者<sup>37</sup>。

消費者保護法將商品與服務視為對等之規範標的，換言之，消費者保護法所稱服務，並不以與商品有關連者（配銷服務業：如運輸、批發、零售、進出口貿易等）為限，與商品無關之服務業，如社會服務業（醫療、教育）；生產者服務業（如律師、會計師、通訊、金融、保險等）；個人服務業（如餐飲、旅館、修理等），均在消費者保護法規範之範圍<sup>38</sup>。

在消費者保護法對商品和服務採取二分之規範概念下，非獨立的服務<sup>39</sup>並非服務責任規範之內容，而為商品責任之一環。只有「獨立的服務」才是服務責任所欲規範之內容<sup>40</sup>。所謂獨立的服務，係指並無其他商品介入，也無須商品介入，直接對消費者提供之服務而言。例如公共汽車業者提供的大眾運輸服務、醫生提供的醫療服務、律師提供的法律諮詢等皆為獨立的服務。

### 三、請求權主體—消費者與第三人

#### （一）消費者

因我國消費者保護法第七條第三項將「消費者」與「第三人」同時視為消保法商品與服務責任之保護對象，因此，相關學說與實務論及因商品欠缺安全性致生損害的案例時，首先必須先確定該受損害之被害人究竟係「消費者」抑或「第三人」。

消費者保護法施行細則草案第九條曾有意對於「消費者」與「第三人」為更明確之定義：「本法第七條第三項所稱消費者，不限於與企業經營者訂立契約之契約當事人，包括其家屬、受僱人、同居人、賓客及其他經契約當事人允許，或其允許之人允許使用商品或接受服務之人（第一項）。本法第七條第三項所稱第三人，指企業經營者可預見因商品或服務具有安全或衛生上之危險而可能受損害之人（第二項）。」<sup>41</sup>不過，此條文最終並未通過成為施行細則之一部分。故有關「消費者」之定義，還是回歸適用到消費者保護法第二條第一款。規定：「消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」。

從經濟學觀點觀察，「消費」可定義為「一種為達成生活目的之行為：凡是基於求生存、便利或舒適之生活目的，在衣食住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為，則為消費。換言之，凡與人類生活有關的行為原則上均屬消費行為<sup>42</sup>。」或「泛指為達成生活上目的而使用商品或接受服務之行為<sup>43</sup>。」此外，經濟學上之「消費」概念，主要係指人類生活上之「最後階段」，亦即為滿足人類生活上之慾望或需要，不再用於生產或行銷目的所從事之直接取得商品、使用商品或接受服務之「最終消費行為」而言。

<sup>37</sup> 邱聰智，消費者保護法上商品責任之探討，收錄於消費者保護研究，第二輯，第六八頁。

<sup>38</sup> 黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（二），第七六頁。

<sup>39</sup> 非獨立的服務，表面上看來是服務，但並非對消費者直接提供。從消費者角度觀察，非獨立的服務是商品的部分，因此為消保法商品責任規範之內涵。例如建築師設計建築，其對消費者（房屋買受人）所負責任為商品的設計責任，而非服務責任。請參閱黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（二），第八一頁。

<sup>40</sup> 姜志俊、黃立、范建得編著，消費者權益保護，第五四頁。

<sup>41</sup> 行政院消費者保護委員會編印，消費者保護法施行細則研訂資料，八十四年二月，第一二二頁。

<sup>42</sup> 詹森林、馮震宇、林明珠合著，消費者保護法問答資料，消費者保護叢書之二，行政院消費者保護委員會，一九九五年二月，第十一頁。

<sup>43</sup> 邱聰智，商品責任，消費者保護法專案研究實錄，行政院消費者保護委員會，一九九七年六月，第四七頁。

## (二) 第三人

至於第三人之定義，消費者保護法並未有明文。前述消費者保護法施行細則草案將第三人定義為企業經營者可預見因商品或服務具有安全性或衛生上之危險而可能受損害之人。然因施行細則最終仍未就「第三人」為明文定義，學說與實務對此意見頗為分歧。

### 1. 與消費者相關之第三人

實務上關於適用消費者保護法第七條之商品或服務責任則有下述饒富爭議之案例。

#### (1) 台北地院九〇年訴字第一三二一號判決

本案例原告在飯店總統套房浴室跌倒，實務認為應構成消費者保護法第七條所規定之「第三人」，其理由如下：「……消費者保護法第七條所謂之消費者係指依消費目的而為交易、使用商品或接受服務之人；第三人則指服務提供者可預見因服務不具安全性而受侵害之人。查，原告因參加友人陳高明為子女舉辦之婚宴，餐後受邀至陳高明向被告租用之十五樓總統套房話敘。嗣原告欲上廁所即進入系爭浴室，並因地滑而全身向前滑倒，已如前述。是以，就系爭總統套房而言，原告與被告並無消費關係存在，但被告既可預見縱非該總統套房之消費者，亦有可能進入該總統套房，且因被告所提供之服務不具安全性而受侵害，故原告自為消費者保護法第七條第三項所稱之『第三人』，而有消費者保護法第七條之適用。……」

#### (2) 板橋地院九〇年重訴字第六〇〇號判決

上開判決亦肯認第三人包含「直接交易、使用商品獲接受服務之消費者及任何第三人」，其理由如下：「……惟查消費者保護法第二條第一款所謂之消費者，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者，未限制須與商品製造人間成立買賣契約者為限，始為消費者保護法第二條第一款所稱之消費者，且觀諸該法第七條第一項之規定，從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險，且同條第三項規定，違反前開規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任，則依該規定，從事設計、生產、製造商品之企業經營者，違反第七條第一項之規定，其負連帶賠償責任之對象，係包括直接交易、使用商品或接受服務之消費者及任何第三人，足證消費者保護法第七條之商品製造人責任性質上係屬侵權行為損害賠償責任，非契約責任（見王澤鑑大法官著民法學說與判例研究 第二五六頁第一行至第二行），原告既係依消費者保護法第七條之規定提起本件訴訟，而非依民法第三百五十四條、第三百五十六條主張物之瑕疵擔保責任，自不以其與被告間成立買賣契約為其要件，被告心○公司抗辯原告謝○釵、張○中、林○娥、孫○群係向訴外人買受系爭房屋，其起訴之當事人不適格等語，尚屬無據。……」

### 2. 合理可預見之第三人

就此問題，最高法院八十八年台上字第二八四二號裁定指出：「……消費者保護法第七條第一項或第二項所規定之商品製造者侵權責任，須商品有安全或衛生上之危險，致生損害於消費者或第三人之生命、身體、健康、或財產。所謂消費者係指依消費目的而為交易、使用商品或接受服務之人；第三人則指製造者可預見因商品或服務不具安全性而受侵害之人。原審據以系爭機器放置於工作場所，年僅一歲

四個月之上訴人，其父母任其接近操作中之農業機械為判決之基礎，認定上訴人非消費者保護法第七條規定所指之第三人，並無違誤。……」。其次，台灣高等法院八十六年上字第五四二號判決亦採此見解。而台灣高等法院台中分院八十八年上字第四四五號判決亦認第三人應僅限於消費關係下之「合理可預見之第三人」。

### 3. 本文見解

消費者保護法第七條第三項，將消費者與第三人同列為保護之主體，與傳統民事責任中之契約責任與侵權行為責任皆有不同。在契約責任中，除了少數具有保護第三人目的之情形外，基於債之相對性原則，只有契約當事人之間能請求契約責任之損害賠償。而得主張侵權行為責任損害賠償之人，為受不法侵害而致生損害之受害人。在消保法之商品與服務責任，係為保護受不具合理期待商品或服務致生損害之人之權益，特將契約之相對人—消費者與第三人同列為保護對象。就此而言，消費者保護法第七條之責任，相較僅得對相對人主張之契約責任，應認係特殊之侵權行為責任類型。就此，有學者認為，就企業經營者而言，因商品而受損害者，係以有契約關係之「交易」商品之人、「使用」該商品之人，或既非交易商品亦未使用商品但仍受害之第三人，應無區別之必要<sup>44</sup>。因此，只要因商品瑕疵而受害之人，並且係商品可合理期待之安全性所欲保護之人，即為此處所謂之第三人，而不應以企業經營者是否可合理預見之人為限。蓋此為無過失之特殊侵權責任類型，並不以生產者有故意、過失為其前提，只要商品或服務本身欠缺客觀上欲保護一般人可合理期待之安全幸而受有損害之人，均應為消費者保護法第七條所規定之權利主體。

## 伍、分析檢討

### 一、德國法上之消費者與消費性契約

德國民法於二〇〇〇年六月制定遠距交易法時，同時將「消費者」與「企業經營者」之定義訂入德國民法第十三條與第十四條之中。因此，消費者契約（die Verbraucherverträge）即指消費者與企業經營者所訂立之契約，不包括消費者與消費者所訂立之契約，亦不包括企業經營者與企業經營者所訂立之契約。在此種定義之下，現今債編中之契約法大都為消費者契約，因為債編契約法之相關規定最主要之適用情況，大都為消費者與企業經營者之間。換句話說，每位國民原則上均為消費者<sup>45</sup>，而消費者法即係關於全體自然人之法律關係，因此，其本質上即具有「國民的」（bürgerliche）之法律屬性。

德國民法中不考慮特殊之契約締結情況，亦不區分契約當事人係屬何者之一般性契約法規定，與考量消費者地位而特別制定之消費者契約特別規定，二者看似具有普通法與特別法之關係，實則為連體嬰。因為，必須先從消費者契約法之特別規定才能推斷出有無一般民法規定之適用，而特別規定則需回溯至民法規定才得以瞭解其內涵。因此，保護消費者之相關規定，如締約前資訊告知義務、消費者不附理由之解約權、消費性定型化契約之無效條款與概括無效條款之管制，於債法一般契約法之規定，以例外規定方式限制當事人之契約自由權，係屬較佳之立法模式。

<sup>44</sup> 詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，第二二四頁。

<sup>45</sup> Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004. §Rn. 61 ff.; Palandt/Heinrich, BGB, Einl. Rn. 1.

德國民法第十三條規定，消費者係指非基於營業行為，亦非基於獨立之職業行為之目的而為法律行為之自然人。此項消費者之法律概念之定義，即繼受歐盟國家消費者保護之相關指令而來，例如一九八五年十二月二十日通過之歐盟 85/577 號關於訪問交易指令第二條、一九八六年十二月二十二日通過之歐盟 87/102 號關於消費者借貸之指令第一條第二項，以及一九九七年五月二十日通過之歐盟 97/7 號關於遠距交易之指令第二條第二項之規定。上開指令並未針對不同契約之當事人不同保護目的，反而係針對契約之目的（以消費為目的）而為之消費者之定義。第十三條之消費者定義適用於所有消費者保護之特別法，例外情形不適用者，則有遠距函授保護法（das Fernunterrichtsschutzgesetz），其中之當事人為「參加者」與「函授業者」，此乃因僱用人亦可能為受雇人訂立函授契約，故一方當事人非必為消費者。此外，第十三條之定義亦適用於其他對消費者未為定義之消費者保護之特別法。因此，在遠距交易立法同時，立法者同時決定將「消費者」之定義於德國民法總則編第一章「人」第一節「自然人」中予以明文規定。而「消費者」此一概念既經定義，即形成為一「關鍵概念」（der Schlüsselbegriff），毋須有指示性規定，即可直接適用於其他法律規定所指之「消費者」，如第三百十二條特殊行銷模式（新法第三百十二條、第三百十二條b）、第四百八十一條、第四百九十一條等均是<sup>46</sup>。

## 二、單軌制之立法

立法體系上，德國則在歐盟國家頒布不同之消費者保護指令時，即決定不採取制定消費者保護法之模式，其理由如下：

### 1. 消費者保護法無法將所有關於消費者保護之規定全部納入

典型之例子為消費性商品買賣之指令，如納入消費者保護法，將使買賣法部分完全難以瞭解與掌握，例如：奧地利將消費性商品買賣契約保留於民法之中，而於消費者保護法僅規定如品質擔保書之特殊部分。此外，民法中原來亦有許多規定兼具保護債權人與消費者之雙重目的，如何判斷應保留於民法體系或另外規定於消費者保護法，實有疑義<sup>47</sup>。

### 2. 消費者保護之單獨立法將使其法律地位不再清晰可見而無法窺其全貌

例如奧地利即有另行制定之消費者保護法，但必須綜合民法與消費者保護法之全盤規定，才能瞭解消費者與企業經營者之權利義務關係。因此，大多數德國之修法意見認為，另行制定一部消費者保護法並無多大意義，反而將消費者保護之相關特別法納入德國債法現代法中，可使相關之特別規定與德國民法之規定相互調和<sup>48</sup>。

### 3. 消費者保護法之另行制定，將削弱或掏空德國民法債編之內容

如果另行制定消費者保護法，則民法將不再是規範私法關係之核心法典。因為消費者保護法將包含私法交易關係之核心規定，在債法的體系中，將與民法債編立於同等重要之地位。此外，除了消費者保護法之規定外，須針對特殊類型之交易制定特別法，而特別法之解釋與適用，將發展成越來越具獨立之特性，相對之下，亦將使民法典之適用愈來愈邊緣化。而德國民法典之修訂則希望在債法的核心領域中建構一清晰可見、秩序井然之統一體系（ein überschaubares einheitliches System）。因為隨著法學

<sup>46</sup> Müko/Micklitz, BGB §13 Rn.27; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, 2002.347.

<sup>47</sup> Jürgen Schmidt-Räntsch, a.a.0.172; Heinrich Dörner Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB, in: Reiner Schulz und Hans Schulte-Nölke, a.a.0.178.181.

<sup>48</sup> Palandt/Heinrichs (Fn. 1), BGB, Co. Aufl. 2001 Einführung ror §145 BGB Rn. 13 ff.

發展之細緻化，愈來愈精細地對案例為區別適用之結果，將使法規適用範疇愈來愈狹隘，此種現象則對法律體系非常危險，因為法條適用範圍愈狹隘，且愈個別獨立之發展，將愈無法掌握其法規之整體性。因此，惟有將關於規範私法關係之規定，尤其消費者保護之相關規定置於民法典之中，始得於解釋與適用上求其一致性而避免歧異之結果<sup>49</sup>。

### 三、雙軌制之立法

#### (一) 消費者定義不應具侷限性

我國於八十三年所制定之消保法，其目的乃在確保消費者權益而針對消費者資訊不足、不實廣告、不平等定型化契約條款、不良的設備、不安全的產品所為之特別規定。原則上如不符合消保法之特別規定，即無適用消保法之餘地。

惟另一方面消保法所規範之「最終消費關係」，僅與企業經營者之「生產關係」具有對應性。此種最終消費關係，每每與日常生活之所有交易行為息息相關。消保法第二條第一款對於消費者所為正面表列之定義，使得最高法院排除了消保法關於定型化契約條款之相關規定對於保證定型化契約條款之適用餘地，其理由即為「保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報酬，……尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係」。此項適用消保法之結果，即係對「特別法」性質之消費者概念予以嚴格解釋之結果，而未考慮消保法關於定型化契約條款之相關規定，較民法之唯一規定（即第二百四十七條之一）具體、詳細，於民法並未有一般性規定，而使得消保法之規定具有特別法之性質，故仍應視為定型化契約條款之一般性規定，對於保證定型化契約條款亦應有適用之餘地。

#### (二) 消費者保護之規範目的應具有擴展性

##### 1. 消費關係

除此之外，消保法第二條第三款對於消費關係之定義，亦不符合現今社會交易型態變遷下之需求。從與生產關係相對立之使用商品或接受服務之行為實則為日常交易行為之一環，交易行為所需之資金提供（融資）亦扮演重要角色。因為傳統消費行為乃先有自有資金才從事交易或消費行為，企業經營者為追求利潤往往自行提供他方延後付款之機會，或由金融機構提供借款以支付價金。而金融機構為確保其借款之回收，亦往往尋求最大可能之擔保權利，如保證人、抵押權、動產抵押。此種與基本消費行為相結合之「借款融資」與「擔保約定」，乃現代交易之常態，甚至支付工具亦由現金支付改為信用卡支付。而金融機構之信用卡交易或因其屬於委任契約，而可視為「服務之提供」，借款契約則屬民法上第四百七十四條所稱之「消費借貸」，亦難將之歸屬於「服務之提供」之消費關係。惟相較於基本之商品交付或服務提供，融資型分期付款（即銀行提供資金）與擔保約定亦有同受消保法關於定型化契約條款或其他相關規定保護之必要。故不應因消保法之另行獨立立法，而使消保法規範目的與適用範圍受有侷限。反之，則應將融資借款與擔保權利等納入消保法的適用範圍。

##### 2. 郵購訪問買賣

消保法第十九條所訂消費者所享有無條件之解約權，以消費者所為係郵購或訪問買賣之閉鎖型交易型態為限。另消保法第十九條之一則將服務之提供亦納入。實則此項消費者所享有之無條件解約權，依

<sup>49</sup> Jürgen Schmidt-Räntsch, a.a.0.173.

其規範目的，對於所有非傳統之「店鋪交易以外」之交易行為均有可能構成消費者無充分資訊、充分時間決定之特徵。諸如電子商務、渡假村等買賣、服務以外之承攬、租賃等交易行為或混合型之交易，甚或消費借貸、保證契約等均應有適用之餘地。參考歐盟國家之立法，亦應予以納入消費者無條件解約權之適用範圍。

綜上，我國針對消費者權益保護事項，特別制定消費者保護法，係採雙軌制立法。然此種方式，已使民法不再是規範私法關係之核心法典。蓋於債法體系中，消費者保護法所規範者皆屬私法交易關係之核心規定，已然和民法債編立於相同重要之地位。再者，隨著時代進步，諸如分時享有、電子商務等新型態交易類型所生之私法關係問題逐一發生，立法者必須隨時修訂消費者保護法，或者另行制定特別法解決這些新型態之私法關係問題。實則，雙軌制下為避免民法與消保法適用之緊張關係，與民法解釋適用之不一致性，應體認消費者已逐漸形成民法上一個新的權利主體概念，在為法律行為時，如同限制行為能力人一般，相對於完全行為能力人於締約時須給予特別保護，僅消費者所特別享有的為「延長的猶豫期間」，因此消保法第十九條應逐漸擴展適用於與企業經營者交易之「相對人」，亦即消費者實為「非企業經營者」。在企業經營者與「非企業經營者」之交易行為，原則上均有適用。同樣地，消保法關於定型化契約條款規定，亦應適用於企業經營者為擬定人之相對人之情形，而依相對人是否為企業經營者（即商業性或非商業性定型化契約）於適用定型化契約條款相關規定時，區分不同之效力審查標準，以避免定型化契約條款單方擬定而生不公平、不符誠信原則之結果。

## (二) 定型化契約與契約自由原則 民事契約法之現代化—定型化契約與契約自由原則

### 壹、定型化契約之盛行與規制

#### 一、定型化的契約條款之盛行與效率之需求

由於工業的進步與經濟發展帶來大量的同種類產品的製造與同類型服務提供，企業經營者大量重覆使用預先擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人締結契約。此種在同類產品或服務所使用之定型化或制式契約內容在經濟發展上亦符合效率之需求，並可節省企業之成本而提高企業之利潤。因而，在現代社會的交易型態，不使用定型化契約條款而為交易型態，不使用定型化契約條款而為交易者，反而是交易關係複雜，交易金額較巨大，雙方當事人始有逐一磋商就不同之條件內容形成合意之情形，例如存在於企業經營者之間之企業併購、營業轉讓等。

#### 二、有名、典型契約之補充法性質

我國民法將取德國立法例，以契約自由原則為民法債編中約定之債之核心思想。契約自由原則乃依循私法自治原則，關於不涉及公共利益之私人間財產關係之權利義務之發生與消滅，尊重交易當事人之自由意思，只要當事人具有完全行為能力，在締約過程中未有意思表示不一致、不健全、不自由之情形且契約內容亦未違反法律之強制、禁止或公俗良俗之規定，國家即尊重當事人之意思形成，賦予其一定之法律效果。

換言之民法債編各論於民法第 345 條以下，雖訂有買賣、贈與、租賃、租賃、承攬等各種有名、典型契約之權利義務等內容之各種規定，僅於當事人未約定之事項，始居於補充當事人間權利義務而有適用之可能。亦即在自由經濟體制下，最重要者為「那隻看不見的手」，每個人均會追求自利，因此由個人自我決定，所產生之交易與交易條件即屬對個人最為有利之結果，個人亦應對其所決定之結果自我負責。因此，當事人締約後即應受其與他方所議定契約內容之拘束。

因此，企業經營者所預先擬定之定型化契約條款，不僅僅是為了節省大量生產之產品銷售與同類型服務提供等之成本；一方面亦可藉由定型化契約條款之預先擬定而創設原來法律未規定之無名、非典型之新型態之契約與交易型態，例如各種型態之分期付款買賣、旅遊契約、融資性租賃、匯款契約、加盟店契約、信用卡使用、郵購、訪問買賣、工程營造契約。此種新型態交易型態得以出現與盛行，正因企業經營者利用定型化契約之擬定，此種單方形成之機制所產生之結果，即學者所謂由經濟生活所自我創造出之法律。

### 三、單方形成力 (die kontrolle einseitiger Gestaltungsmacht) 之規制必要

契約能否成立，契約之內容為何，依契約自由原則必須雙方當事人合意始得為之。因而，企業經營者如一而再、再而三地利用預先擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人成功締約，通常係因企業經營者享有優勢的交易力量 (die überlegene Verhandlungsmacht)，始能在面對不同需求之交易相對人時，均能以自己預先擬定之條款成功締約。

由於契約自由原則係以交易當事人均會追求自利為原則，因此「那隻看不見的手」—即自由市場機制會創設符合雙方利益之結果，故交易當事人即應本於「自我決定」之原則「自我負責」。然而，如企業經營者得以自己預先擬定之定型化契約條款與交易相對人締約契約，在企業經營者追求自利之情下，該定型化契約條款常常會發生僅考量企業經營者單方之利益，而不利或損害交易相對人之法律上正當權益之結果。此種情形與契約自由原則下透過雙方磋商達成合意所賦予雙方之正確選擇之機會以確保之利益平衡機制即無法達成立法規範之目的。此外，定型化契約條款之擬定通常係由企業經營者針對其主要之單一營業而為，不僅可降低營業成本，亦可經由長期之經營經驗預設對其最有利之契約條款。反之，交易之相對人每日須面對不同之交易種類與產品或服務之提供，而通常不具有經驗亦無充裕之時期可在交易前仔細思考，亦不可能花費相當之金錢針對單一具價額不高之交易行為尋求有利之法律諮詢服務。

企業經營者利用市場結構上之不對等地位而以單方形成之定型化契約條款與交易相對人締結契約，已使民法藉由賦予經濟市場上賦予交易當事人以合意形成對方有利之正確選擇之機制被破壞殆盡，追求公平正義與合理分配之國家法律制度實難以容認其合法性。對於此種定型化契約之盛行，交易之相對人實無法個別排除因此所受到之利益侵害，因此必須由交易當事人以外之第三者提供定型化契約條款在立法上行政上或司法上之規制。

### 四、管制之障礙

企業經營者得以大量使用單方擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人訂立契約，縱使其內容大多是對自己有利 (免除自己之責任、減少自己之給付義務)，或對交易相對人不利 (加重他方之義務、剝奪他方之權利、將自己之風險轉嫁與他方當事人) 之結果，但由於契約條款之擬定本即屬於契約自由原則之一環，應受到國家法律之尊重，因此，對於定型化契約條款之管制之必要性，所遭遇之挑戰與障礙即為一契約自由原則下，當事人合意之契約不應受到國家權力之介入與干涉，如欠缺法律明文限制 (mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit)，則不應否認當事人合意約定契約條款之效力。(德國 1883 年帝國法院判決 RGZ 11, 100。) 反之，我國最高法院 91 年台上字第 222



號民事判決意旨：「…此特約若係出於兩造自由意思所締訂，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？亦非無研求之餘地。」，兩相比較之下，對於定型化契約條款之效力想要予以司法審查，仍屬困難重重。

## 貳、定型化契約條款之司法審查

### 一、德國法之發展

#### （一）早期之學說

德國法上，早於1935 Ludwig Raiser 所著之「定型化契約條款法」即已指出，定型化契約之出現符合市場經濟之需求，毋須另行立法取代之。定型化契約之大量出現與盛行，亦不應予以非難。但是，Raiser 認為，如企業經營者於擬定條款時，僅顧及自己之利益，侵害他方當事人權益，且損及共同之濟及法律秩序時，仍應利用行政管制及司法審查之途徑予以有效之規制。更值得注意的是，Raiser 提出以任意規定（das dispositiven Gesetzesrecht）為審查定型化契約條款是否有效之判斷標準，因為任意規定雖為補充法性質，亦非完全無拘束性質之規範，而應認為是市場經濟中合理分配當事人利益與風險規範交易當事人之通常的法規範（die “normale” Ordnung）。

#### （二）早期實務見解

反之，在德國司法實務上，對於定型化契約條款之司法審查是保守地緩步前進。首先，德國帝國法院在許多爭議案例中係透過「嚴格解釋」契約條款之方式為之，耐未直接審查條款是否有效。

另外，帝國法院在 RGZ 103, 84 之案例中，則對定型化契約條款採取隱藏式審查方式者，例如「棄權條款」則被認為為「異常條款」，顯非為交易對人定約時可期待其可預見之內容，而不構成契約之內容。

值得注意的是，帝國法院在 RGZ 143, 24（1933 年）一案中，對於定型化契約條款予以公開的條款內容之審查，則係以定型化契約條款擬定人所擬定之「限制責任條款」違反公共秩序為理由，而認定其條款無效，其理由在於擬定人濫定其獨占或壟斷之地位（Ausnutzung einer Monopolstellung），使相對人居於無從選擇締約對象而締約。

#### （三）聯邦法院之見解

反之，德國聯邦法則不再以擬定人是否具有獨占地位為判斷標準，而改以德法第 242 條為審查定型化契約條款是否有效之判斷標準。最重要之里程碑案例為 BGHZ 38, 183 關於「買賣契約瑕疵擔保排除條款」之效力，依其見解出賣人僅允許買受人於標的物有瑕疵時不得主張解除契約而僅得請求修補瑕疵之條款，因為違反誠信原則而無效。其理由為，此種排除瑕疵擔保責任之條款將導致買受人遭受重大之權益侵害。

德國聯邦法院在此案例中認為，定型化契約條款之擬定人，本於契約自由原則耐單方預先擬定契約條款時，依誠信原則即負有義務考量他方交易相對人之利益，如其僅考量自己之利益，則屬契約自由之濫用。

此外，德國聯邦法院在隨後之 BGHZ 41, 151 之案例中亦確認了任意法規所具有之模範功能（Leitbildfunktion des dispositiven Rechts）。其理由在於，任意規定如非僅具技術性之規範功能，通常隱含合理分配風險與利益衡量之公平性內容，如果其公平性內容愈強，愈不能容忍定型化契約條款擬定人予以排除。亦即定型化契約條款是否無效，應視其偏離（Abweichung）任意規定之公平性內容而決定之。

## 二、我國法之審查標準

在消保法制定前，最高法院關於定型化契約條款之效力爭議，首見於七十三年第十次民事庭決議。依其見解，金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效，另外，最高法院 80 年台上字第 792 號判決亦同此見解。

值得注意者為，公共秩序具有強烈之立法規範與評價色彩，因此不論中外，在實務上是法官面對定型化契約條款是否有效之首選。但是在「契約自由」原則下，能衝破公共秩序之嚴格要件者，少之又少。

實則，如同中外學者所言，企業經營者得以預先擬定之定型化契約條款與多數之交易相對人締約，並不限於企業經營者具有獨占或壟斷之地位為限。此外，公共秩序亦非審查定型化契約條款是否無效之判斷標準。

消保法與民法第二四七條之一陸續公布施行後，理論及實務因而發生二者應如何區分適用界限之疑義。

定型化契約，以相對人之屬性為標準，可區分為消費性定型化契約與非消費性定型化契約。消費性定型化契約，乃契約相對人為消保法第二條第一款所稱「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務」之消費者而言。非消費性定型化契約，則係指契約相對人非上述所稱「消費者」之人。消費性定型化契約，應受消保法之規範，不待贅言；非消費性定型化契約，究應適用消保法或民法，則發生疑義。惟消保法第十一條以下乃定型化契約之核心與較完備之規範，民法第 247 條之 1 則未規範具體的無效判斷標準，而僅抽象規範定型化契約條款常見之不利於他方，有利於自己之情形。因此，在實務之適用上，法官往往不敢宣告條款無效，反而認為：「按所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。」（參見 91 年台上 2220 號民事判決）

## 參、實務之發展

### 一、保證契約—非消費性定型化契約？

最高法院 93 年台上字第 710 號民事判決：「茲保證人既係擔保他人間之債務清償責任，並非經濟之弱者，且未自保證契約獲取任何利益，如認保證契約有違民法保護保證人之任意規定，自可不訂定保證契約，並不因其未為保證人而生不利益，或經濟生活受制於銀行不得不為保證之情形。是保證人如因同意某條款而訂定保證契約，該條款又屬當事人得依特約排除之任意規定，除另有其他無效之原因外，保證人即不得任指該契約條款為無效。」

最高法院 95 年台上字第 554 號判決，採相同見解尚有最高法院民事判決 91 年度台上字第 740 號判決、最高法院 95 年台上字第 87 號判決、最高法院 90 年台上字第 2011 號判決、最高法院 90 年台上字第 1414 號判決、90 台上字第 9011 號判決、92 年台上字第 2332 號判決、93 台上第 2345 號判決、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度上易字第 189 號判決、臺灣高等法院民事判決 93 年度上易字第 1008 號判決、臺灣高等法院臺南分院民事判決 95 年度上易字第 189 號判決、臺灣板橋地方法院民事判決 96 年度小上字第 92 號判決、臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度重訴字第 1618 號判決以及台灣高等法院暨所屬法院 84 年度法律座談會，均同此見解。

### 二、無磋商之餘地—額外追加之民法第 247 條之 1 之要件？

定型化契約條款之意義在於契約條款是否實際上經締約當事人逐一磋商而形成，或是由單方預先擬定，亦即屬單方預先擬定而締約。否則焉有單方預先擬定之條款仍屬有磋商餘地之可能？

最高法院 94 年台上字第 1 號民事判決：「被上訴人係醫療機構，以從事醫療為其業務；上訴人係以承包工程、營繕工程為其經營業務，係全國具知名度之營造業者。以被上訴人就所定作之系爭工程，發包予上訴人承攬而言，係偶而為之，應（非）屬消費者之一方；上訴人係屬工商企業之一方，以其所經營業務與被上訴人簽訂工程契約書，對於契約內容是否顯失公平，知之甚稔。上訴人於簽訂工程契約書，對於第二十七條：『契約簽訂後經六個月，因甲方原因未能開工者，乙方得要求無條件解除合約。工程因故停工或延期開工，乙方願放棄任何加價或補償損失之要求』之約定，非無磋商、變更之餘地，尚難認係被上訴人一方預定契約之條款，即非屬民法第二百四十七條之一所規定之附合契約，已臻明確，自無消費者保護法、公平交易法規定之適用。上訴人主張是項約定係屬附合契約，應為無效，自非可採。」認為契約擬定人之相對人如有磋商之餘地則無所謂的定型化契約條款規範之適用。

採相同見解者亦有台灣高等法院高雄分院 97 年度上易字第 22 號、最高法院 92 年台上字第 785 號民事判決。

### 三、異常條款—未經記載於定型化契約？

#### （一）消保法第 14 條

定型化契約亦為契約，依照民法第一百五十三條第一項規定，仍須當事人意思表示一致始能拘束條款相對人。惟不同於傳統個別商議訂定之契約，定型化契約多由條款相對人概括的就條款使用人包裹提出之條款表示同意。然而，若定型化契約條款形式上雖記載於契約內容中，惟其所規範之事項，為條款相對人依其日常生活之經驗法則所不能預見者，則該條款將對相對人造成突襲，使相對人承擔不可預見之責任，此類條款稱之為「異常條款」(die überrasche Klausel)。

在定型化契約中，契約內容全由條款使用人單方預先擬定，非由雙方當事人共同磋商訂定。其次，條款使用人就該契約所涉及之交易，往往有較多之交易經驗，並處於專業上、法律上、市場上或經濟上之優勢。況且，定型化契約通常字體狹小，條款編排縝密繁雜；條款規範內容大多事涉專業，眾條款相互間體系架構關係複雜，非深具法律及交易專業不能瞭解其法律關係。條款相對人於締約時，由於欠缺時間、興趣及專業，僅就其有興趣之條款審閱。此時，若相對人仍須依傳統法律行為理論對該條款負責，對於法律行為能力而言實屬過度要求。

因此，解釋上應認為，相對人對於定型化契約所為之概括合意，限於其依經驗法則所得預見之條款。若條款內容為平均水平之交易相對人依其經驗法則所不能預見者，則非於民法第一百五十三條合意範圍。此外，條款使用人使用定型化契約條款，剝奪他方當事人形成契約內容之機會，基於誠信原則，自應使條款內容透明化 (Transparenzgebot)，使相對人明瞭契約之權利義務關係。若其將相對人依通常經驗法則無法遇見之條款夾帶於契約之中，即屬濫用形成契約內容之優勢地位，依誠信原則及權利濫用之法理，自不應使該條款構成合意之內容。

基於以上理由，消保法第十四條規定，定型化契約條款之內容如非消費者（條款相對人）通常情形所能預見者，不構成契約內容。亦即，定型化契約中有相對人通常情形難以預見之異常條款 (die überraschende Klausel)，仍不發生拘束相對人之效力，藉以保障相對人之正當信賴。本條規定之規範目的在於要求條款透明化 (Transparenzgebot)，使相對人得以知悉其權利義務，而不受其無法預見之契約條款突襲。

異常條款通常係指明訂於契約之中之條款而言。然而，我國消保法第十四條卻規定：「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。」僅規定於異常條款限於定型化契約外時，始不構成契約內容。因此，有部分法院判決認為，定型化契約條款

訂定於契約中者，即應構成契約內容，而無消保法第十四條之適用，例如台南地院 96 年南小字第 2138 號判決意旨認為「惟其所指上開各項，均明文記載於系爭申請表之約定事項第 1、6、7 點，已非消費者保護法第 14 條所欲規範之對象，故被告抗辯上開各項依消費者保護法第 14 條之規定，不得構成系爭貸款契約之內容，亦有未洽。」。

## （二）實務見解

### 1、構成異常條款

#### （1）台北地院 93 年北簡字 8994 號判決

信用卡現為國人日常生活重要消費工具之一，主要用於替代現金支付，至於保證或連帶清償並非其基本功能或需求，則發卡銀行將信用卡契約結合保證或連帶清償條款，顯然在消費者預期之外。兩造於八十三年、八十四年間訂立信用卡使用契約，其約定條款第三條固有「正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付帳款互負連帶清償責任」之約定，惟此定型化契約約定條款內容甚為繁雜，該條款文字之字體、大小、顏色均與其他約定條款無異，消費者於訂約時極易忽略此一條文。再者，本件信用卡申請書上雖有正卡申請人與附卡申請人簽章欄，然於該欄並未註明「連帶保證人」或「連帶債務人」等字樣以提醒申請人注意，信用卡申請人自難注意正卡持卡人與附卡持卡人應互負連帶責任之約定。況按數人負同一債務，需明示對於債權人各負全部給付之責任，始成立連帶債務，此參諸民法第二百七十二條規定甚明。本件定型化契約中關於互負連帶責任之條款難以辨識，申請書上亦未載明相關內容，自難遽認被告已明示願互負連帶清償責任。綜上，本件信用卡契約有關正卡持卡人與附卡持卡人互負連帶清償責任之條款，屬異常條款，不應構成契約之內容，則被告甲與被告丙就各別使用信用卡所生之應付款項不成立連帶債務。

#### （2）台北地院 95 年北簡字 3525 號判決

與銀行業一般借貸契約相比較，其簽章欄均載明「連帶債務人」或「連帶保證人」，顧客於簽署文件時可完全明瞭自身所應負擔風險。相較之下，同屬消費借貸之信用卡契約，銀行業希望附卡持卡人負擔連帶清償責任，但簽章欄僅記載「附卡持卡人」，並未表明「連帶債務人即附卡持卡人」之重要特性，也未告知此一風險並請附卡持卡人在連帶清償條款簽章，或給予消費者審閱條款之適當期間（參見消費者保護法第十一條之一），參酌本件連帶清償條款雖記載於申請書，但是字體、大小均與其他約定條款無異，消費者無從注意此一異常條款。

### 2 不構成異常條款—台北地方法院 95 年簡上字 26 號判決

又信用卡之法律關係，核屬委任及消費借貸之混合契約，非屬民生之必需行為，經濟能力不佳之消費者，對於是否申請信用正卡、或以擔任他人信用卡附卡持卡人方式取得信用卡等問題，本即為消費者申請信用卡時所應審慎衡量之因素，且以目前資訊之流通，銀行業者多於信用卡申請書或約定條款中約定正卡與附卡持卡人應負連帶清償責任，應為社會大眾知悉之事實，加之現今申請信用卡之方便，消費者若不欲與他人負擔連帶責任，大可自己申請信用卡，……。

## 四、個別磋商條款 (dividualabrede) — 約定或條款？

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。此外，同法第 2 條第 8 款則就個別磋商條款定義為「契約當事人個別磋商而合意之條款」，上開規定亦見諸於德國民法第 305 條 b 之內容，此條文之內容原係德國實務見解經由對定型化契約條款之解釋原則。

現今社會之企業經營者與交易相對人訂約時，固大部分使用定型化契約之方式為之，惟對於契約之對價，標的物或其他具體事項仍有個別約定以補充之必要。此外，在個別締約時亦可能有不同之具體情況，此種在個別契約訂立時，不限於對於定型化契約條款之刪除、更改，且包括雙方口頭之合意，實則更貼近當事人「真正之意思表示」(der reale Parteiwillen)。此時，企業經營者預先擬定之定型化契約條款則僅能認定為當事人「假設之意思表示」(der hypothetische Parteiwillen)。因此，應回歸法律行為之一般理論，認定個別情況之當事人之約定，縱與定型化契約條款抵觸，仍應認為個別商議之約定始為當事人所合意之約定，此時「假設之意思表示」，即定型化契約條款，應排除於當事人合意契約內容之外。

本條在我國法院實務中，最常出現之案例為保證定型化契約條款。銀行於主債務人締結消費借貸契約之同時，皆會要求主債務人尋求保證人。而銀行與保證人之保證定型化契約中多會有「保證人之保證範圍及於現在及將來一定限額之債務」之約款。實則此時保證人締結保證契約之時點，和債權人與主債務人之消費借貸契約在時空上有密切關聯，應認為保證人與銀行間有默示的合意，保證人保證範圍僅及於該筆特定債權，此一個別磋商條款與企業經營者之定型化契約條款相抵觸，應適用消保法第十五條規定，認為該定型化契約條款不生效力。惟實務見解大多以「銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用」，而認為保證契約並非消費關係，自無消保法第十五條之適用。相關判決之見解可參見最高法院八十八年臺上字二〇五三號判決、九十年臺上字一四一四號判決、九十年臺上字二〇一一號判決、台灣高等法院八十八年上字五十六號判決、台灣高等法院台中分院九十一年度上字三五七號判決。

## 肆、分析檢討

### 一、消保法與民法相關規定之融合

定型化契約法上，重要之問題有五：(一) 當事人間有無一方使用定型化契約條款之情形 (二) 定型化契約條款是否已成為雙方契約之內容 (三) 定型化契約條款有無解釋上疑義 (四) 定型化契約條款是否無效 (五) 定型化契約條款無效時，應如何處理。民法第二四七條之一，僅係關於 (四) 定型化契約條款有無顯失公平之規定於消費性與商業性定型化契約 (如工程契約) 當事人預定風險承擔能力或有不同，故應有不同之判斷標準。惟定型化契約條款之效力主要視其與任意規定之「偏離度」大或小而定之，民法第二四七條之一所謂是否免除自己責任、剝奪他方之權利，仍應回歸消保法第十二條所定與任意規定之偏離度大小而定之。至於前開 (一) (二) (三) (五) 等問題，民法並未無明文，但消保法則於第十一條至第十六條，設有詳細規定。因此，在非消費性定型化契約，若有關於前開 (一) (二) (三) (五) 項問題時，消保法相關規定仍為其核心與詳細規範。

亦即消保法與民法第 247 條之 1 之規定間，實則不具有普通法與特別法之關係。其次，非消費性之定型化契約，亦具有一方享有締約地位優勢而可以自己預先擬定之定型化契約條款訂立契約之情形，此時縱為工程契約之法人承包商或未有消費行為之保證契約之保證人，仍有受定型化契約條款相關規制之必要性，故在解釋適用民法第 247 條之 1 時，仍應參考消保法相關規定，如第十二條至十五條。否則此種疊床架屋之立法模式，將導致法律是用輾轉曲折，甚而互相矛盾。抑有勁者，根本解決方法，亦將消保法相關規定移置於民法之中，始能令民事契約法之解釋適用有統一，體系和諧發展之可能。

## 二、絕對無效與相對無效條款之應予增訂

我國法上關於定型化契約條款之審查標準僅有消保法第十二條與民法第二四七條之一。如前所述，最高法院對於定型化契約條款之實質效力審查，每每怯步為之，或係因認契約自由應排除國家之干涉與監督所致，故較少實質認定並宣告條款無效者。此觀之銀行之「主債權危險擴展條款」將保證人保證之範圍及於主債務人為他人擔任保證而生之保證債務，形成保證之保證之重大侵害保證人權益之結果，或一再允許發卡銀行約定20%之循環利息，遲延損害外加違約金之約款，而甚少予以實質審查內容宣告無效者。造成單方操縱並形成契約權利義務之內容，而任另任意規定之立法意旨被排除之結果。故實有將無效之內容予以具體化之必要。

將無效之約款予以具體化之規範，可使法律解釋更加明確，減少條款之疑義。例如契約中原應由雙方共同合意決定變更，廢棄之權利以定型化契約條款賦予單方變更之形成權，例如單方短期之價格提高約款，排除他方「同時履行抗辯權」主張之可能，禁止他方抵銷之約款，約定約款使用人對於相對人毋庸催告或補正履行即得請求損害賠償者，約定與損害賠償顯不相當之總額預定，約定他方不收受標的物或付款遲延時應給付違約金，約定排除擬定人之重大過失應負之責任，約款排除擬定人自己於給付不能應負之損害賠償或返還對待給付之義務，約款規定擬定人得任意將契約給付義務約定由第三人為之，約定為不合理的舉證責任轉換等等。上開具體事項之約款效力即屬剝奪他方權利，免除自己責任之典型案例（參照德國民法第三〇九條無評價機會之無效約款之規定），應有予以規範為絕對無效條款之必要。

此外，有些條款則應於具體情況判斷是否有無效事由，例如約款擬定人得任意變更、延長其給付期限。約款擬定人得任意約定承諾期間內或拒絕要約之約款，約款擬定人得任意延展期限之約款，約款擬定人得保留任意解除權之約款，約款擬定人得任意變更給付內容之約款，為擬制意思表示之約款，約款擬定人於解除契約時，約定與損害顯不相當之賠償或給付。上開約款是否無效，仍須斟酌具體情形是否對約款相對人有重大不適當之侵害而決定是否無效。在我國法實有就此相關具體條款內容予以明確立法規範為相對無效之約款，以求解釋適用之明確與具體，避免實務之保守謹慎見解使條文形同具文，並對定型化契約條款之大量運用設一基本標準規範，以遏阻不公平不合理條款大量出現與濫用之情形。

## 三、由任意性規定發展為半強行法

此外，消保法第十七條之規定亦值注意，亦即中央主管應選擇特定行業，公告應記載及不得記載事項，以應記載事項以直接形成契約當事人權利義務之內容，或排除不得記載事項形成內容之可能性。此項規範之意旨乃在直接導正定型化契約條款偏離法律任意規定之意旨，實亦具有半強行法之色彩與性質。惟此項立法原則係採取正面立法，主管機關必須在各種不同之契約類型為大量且與法律規定相符之應記載事項之制定，始有上述優先於定型化條款適用之可能，必須耗費大量主管機關之行政資源，顯不符效率之原則。

反之，二〇〇二年德國現代化債法第五〇六條之規定，第四九一條至第五〇五條有關消費者借款法之相關規定，不允許為不利於消費者之變更。此項規定之目的乃在避免法律規定本身所內含之公平之目的為經濟上、專業上強勢地方之一方任意予以變更致法律規範目的不達，以重新導正契約法相關規定被一方挾著契約自由之外衣任意予以排除，而導致一方權益被嚴重侵害之現象。此項契約法之立法原則開創了二十一世紀新思維，賦予私法自治新面貌。私法自治原則原在令私法關係之雙方當事人享有意思決定之自由，以追求對其最有利之結果，故賦予雙方當事人決定是否締約、決定相對人以及最重要的，即為契約內容決定之自由。因此，除非當事人合意之行為在法律上評價上應認為無效，否則原則上均承認其效力。

惟定型化契約條款之大量使用為現代契約法注入了許多新型，非典型契約，其內含之權利義務大都是為約款擬定人依其單方之交易需求，而變更原先法律之任意規定，此種單方擬定，創設，改變法律任

意規定之現象，使司法體系須疲於奔命不斷地檢驗每一條款對於約款相對人是否有嚴重權益損害之情形，惟司法審查亦僅有其侷限性—即判決效力通常只及於該個案之當事人，對其他約款相對人並不直接擴展。因此，司法救濟對此顯屬緩不濟急。縱使大量宣告定型化契約條款無效，仍使契約法之適用現況越來越偏離契約法任意規定之原貌，使任意規定立法意旨完全被破壞。因此，德國二〇〇二年現代化債法即納入此種半強行法性質之條款，例如德國民法第 475 條所定之消費性物品買賣，如企業經營者就權利瑕疵或物之瑕疵之定型化契約條款為不利於消費者不利之約定時，企業經營者不得主張。在消費性契約中予以規範，使任意規範優先於定型化契約條款之適用，形成法律適用之最低標準，而改變了任意規定之補充性性格與地位，此項立法原則對於契約法之發展將有其深遠之影響。

#### 四、消費者借款法之任意規範空白

##### （一）民法上之消費借貸—無主給付義務之要物契約

我國民法之消費借貸契約係規定於第四七四條至第四八一條，而在民國八十八年之修正中，第四七四條之修正理由指出消費借貸契約係要物契約，消費借貸契約係指當事人一方移轉金錢或其他替代物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約。

亦即，除雙方當事人合意外，尚須以借貸物之交付為成立要件。因此，縱當事人已有消費借貸之合意，於借貸物交付前，契約仍未成立，借用人尚不得據此請求貸與人交付借貸物。而貸與人將借貸物交付借用人，貸與人對借用人即不再有主給付義務。此外，借用人依上開規定，亦無支付對價之對待給付義務，僅於消費借貸契約借貨期限屆至時，負有返還同種類、品質、數量相同之義務。據此，典型有名之消費借貸契約非有償，亦非雙務，甚至雙方都無任何契約成立後之主要給付義務。

實則，消費借貸契約之要物性質乃源於羅馬法之制度，斯時經由雙方合意成立契約之原則尚未萌芽，消費借貸契約於貸與人將借用物交付於借用人後，方得享有借用物之返還請求權，故為要物契約。因此，於現代諾成契約概念產生後，要物契約之概念實已無保留之必要。將消費借貸契約修正為要物契約，不但與社會現實脫節，更在法律適用上造成困擾。國內學說早有主張將消費借貸規定為要物契約早已不合時宜，並認為在現行法制規定下，應盡量緩和其要物性，亦有主張於立法政策上應直接將有償的消費借貸明訂為諾成契約。國外學說與立法例，亦多認為要物契約為法制史上之遺物，透過法律明文規定與學說解釋將消費借貸規定為諾成契約，只要當事人意思表示一致即已成立。

##### （二）金錢借貸規範空白

除了前述民法第四七四條以下關於消費借貸契約之相關規範外，我國並未針對金錢借貸予以任何基本性之規範。今日社會消費性貸款之種類，件數，金額不斷創新高，甚至衍生雙卡風暴之經濟，法律，社會全面之問題，而現行私法體系之基本規定除了前述之消費借貸契約及消費者保護法之相關規定外，均付之闕如，無法於爭議發生時提供最低公平合理之保障，反而因為規範之空白提供金融業者濫用契約自由原則，依其單方之交易需求，創設符合其單方利益之契約內容，因此，雙卡之使用上往往存在諸多不利於持卡人或借款人之條款，例如 20% 之循環利息，各種名目之給付義務、期前清償之違約金條款、任意解約之禁止約定等，顯見如新型契約型態出現，而法律未有任意規定之立法，則無法提供一公平合理之規範，以判斷定型化契約條款之效力，使當事人之權利義務完全以銀行單方所操縱之定型化契約條款為遊戲規則而為適用之依據，完全回歸弱肉強食之叢林法則，對於約款相對人所帶來大量全面之權益侵害之結果，既大且深，實有儘速制定金錢借貸基本規範之必要。

##### （三）消費爭議與消費訴訟

## 壹、消費爭議與消費者保護法

現代社會由於工業快速發展，工業產品大量生產，因而企業經營者亦利用各種促銷方式大量銷售產品。一般國民亦希望藉由消費之增加而提昇生活品質。因此，隨著消費之增加亦衍生諸多消費爭議，消費者逐漸增漲之權利意識亦因而催生我國關於消費者保護之相關立法運動。

### 一、消費者保護法之立法

#### (一) 綜合性法典

我國始自民國 54 年修正商品檢驗法，明白揭示保障消費者權益後，即陸續制定許多關於消費者保護之行政管制法律，如化妝品管理條例、農藥管理法、食品衛生管理法、商品標示法、公平交易法、藥事法等行政法規，並制定「消費者保護方案」以作為制定消費者保護法之參考，而於民國 76 年經內政部提出消費者保護法草案後，於民國 83 年 1 月 3 日三讀通過而公布施行，開創消費者保護之新里程碑。其立法理由則指出，由於消費者資訊來源不易，一些不良廠商以不實廣告、不平等定型化契約條款、虛偽的標示、不良的設備、不安全的產品而使消費者受到侵害或蒙受損失。

從消費者保護法之內容觀之，主要部分包含：明定消費者權益事項，建立消費者保護行政體系，扶植消費者保護團體，建立消費爭議案件處理制度等。其中，有部分含有行政管制之行政法性質，亦有消費者對於企業經營者得主張權利之實體法規定以及如何實現消費者權利內容之程序法規定，屬於「綜合性法典」。

#### (二) 實體法性質之規定

其中關於消費者對於企業經營者得主張之權利規定於消費者保護法（下稱消保法）第 2 條各款之定義性規定，第二章第一節健康與安全保障中所規定之企業經營者對於消費者或第三人就提供之服務及商品所負之無過失責任（消保法第 7 條），第二節關於企業經營者與消費者間使用定型化契約條款之相關問題（消保法第 11 條至第 17 條），與第三節關於郵購或訪問買賣之消費者享有之無條件解約權（消保法第 19、19-1 條），及第四節消費資訊之規範中，企業經營者對於消費者基於廣告內容所負之義務等等均是（消保法第 22 條）。

此外，消保法第五章第二節中第 51 條亦有針對企業經營者故意或過失之行為所致之損害，消費者得請求懲罰性賠償金之實體法性質之規定。

#### (三) 程序法性質之規定

關於消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議處理，消保法於第五章亦設有相關規定，第 43 條以下係規定申訴與調解程序，第二節第 47 條以下則有關於消費訴訟之相關規定。其中包含消保法第 50 條消費者損害賠償訴訟，第 53 條不作為訴訟及第 54 條選定當事人訴訟等規定。

#### (四) 民訴法之相關規定

此外，關於多數人因同一原因事實而受害之情形，我國民訴法原即設有選定當事人制度，即民訴法第 41 條至第 44 條之規定。

民國 92 年 2 月另增設民訴法第 44-1、44-2、44-3 條，規定得以公益社團為被選定人，如因公害、交通事故、商品瑕疵或其他本於同一事實而有共同利益之多數人，得利用他人已起訴之事件，併案請求以達紛爭一併審理與解決之目的。尤值注意者乃民訴法第 44-3 條亦就公益團體之不作為訴訟為統一性之規定。因此，消保法第 53 條與民訴法第 44-3 條應如何解釋適用，亦有探討之餘地。



## 二、消費爭議與消費訴訟

依消保法第 2 條第 1、2、3、4、5 款之規定，消費者係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。企業經營者，係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。而消費關係則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。消費爭議則指消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議。消費訴訟，指因消費關係而向法院提起之訴訟。

而消費者與企業經營者因消費關係而提起之訴訟，包含消費者本於消保法第 7 條關於產品服務責任，第 11 條以下關於定型化契約條款之爭議，第 19 條關於郵購、訪問買賣之爭議，第 51 條關於懲罰性賠償金之請求，以及對於企業經營者所提起消保法第 50 條、第 53 條、第 54 條，民訴法第 41 條、第 44-1 條、第 44-2 條、第 44-3 條等類型之訴訟。此外亦包括消保法第 49 條所定合於法定資格之消保團體所提起，消保法第 50 條及第 53 條所定之訴訟。

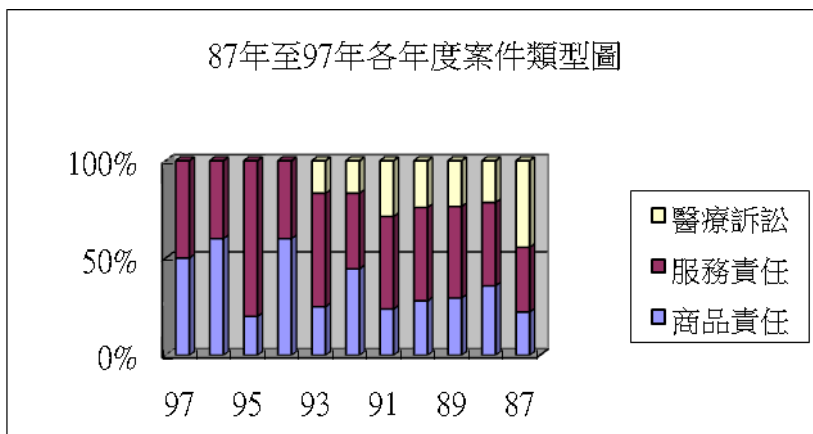
### 貳、消保法第 7 條之產品與服務責任

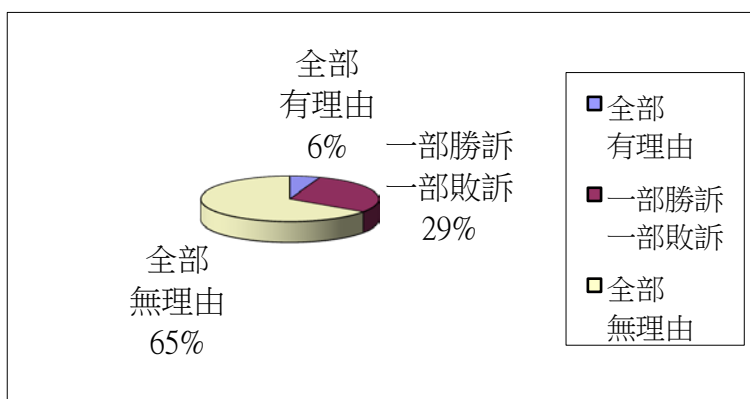
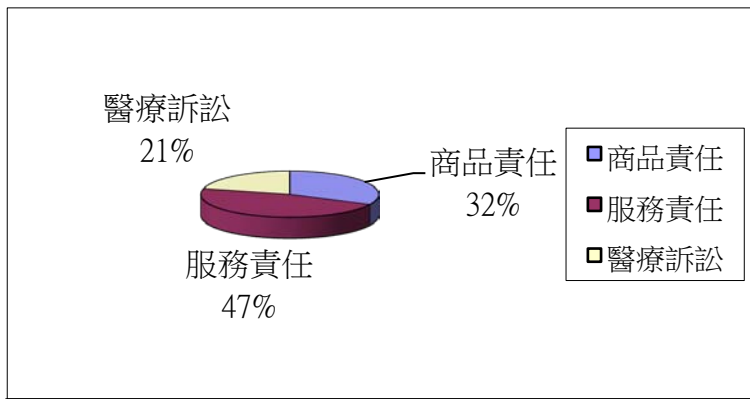
#### 一、個別消費者提起之訴訟

消保法第 7 條至第 10 條所定就企業經營者因產品之瑕疵或提供服務所應負之產品責任係採無過失責任之立法模式。依該法第 7 條之規定，企業經營者所設計、生產、製造之商品或提供之服務，如未符合合理期待之安全性，對消費者或第三人所致之損害，應負賠償責任。此外，民法債編修正時亦增設第 191-1 條之規定，依其規定，商品製造人就商品之通常使用或消費所致他人之損害，應負推定過失責任。

消保法第 7 條至第 10 條之適用，以消費關係之存在為其前提。原則上，消費關係係指不再用於生產之情形下所為之最終消費。惟產品責任為特殊之侵權責任體系，得為消保法第 7 條之請求權人究為何者，消保法第 7 條與民法第 191-1 條應如何解釋適用，亦有諸多實務案例可資探討。

我國於消保法施行後，亦有諸多消費者個別訴訟之案例，例如：酒精爐爆炸（最高法院 85 年台上字第 1252 號，87 年台上字第 242 號民事判決）；誤觸高壓電成植物人（台灣高等法院 86 年上字第 542 號民事判決）；賜多利奶粉引發皮膚病變（士林地院 85 年重訴字第 123 號民事判決）；賓士汽車安全氣囊瑕疵（最高法院 96 年台上字第 1740 號民事判決）；BMW 警用重型機車燃燒案（最高法院 98 年台上字第 425 號民事判決）；好用水果選洗機（最高法院 88 年台上字第 2842 號民事判決）；高週波 PVC 塑膠熔接機壓傷受僱人（最高法院 93 年台上字第 2021 號民事判決）；和成牌洗臉盆爆破（台灣高等法院高雄分院 93 年上易字第 13 號民事判決）；飲料紙杯封口機壓手（最高法院 97 年台上字第 1373 號民事判決）。以台北地方法院為例，自西元 2000 年至今關於消保法第 7 條之相關判決，可依消費爭議類型與判決結果，整理如下：





上開消費者單獨提起之消費訴訟，爭議問題包括產品是否具有可合理期待之安全性，或者具有設計、製造上之瑕疵，第三人須否為企業經營者可預見之人，商品之定義是否包含不動產等。

#### (一) 舉證責任之分配

依消保法第 7 條第 1 項之規定，從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。第 2 項規定，商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法；第 3 項規定，企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。另依第 7-1 條第 1 項之規定，企業經營者主張其商品於流通進入市場，或其服務於提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，就其主張之事實負舉證責任；第 2 項規定，商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為不符合前條第一項之安全性。此時，消費者請求企業經營者賠償損害時，除就其生命、身體、健康、財產權受侵害而生損害外，仍應就損害與商品欠缺安全性有因果關係負舉證責任。企業經營者則應舉證證明，商品符合當時科技專業水準可合理期待之安全性。

關於產品瑕疵造成損害之案例，早期最高法院之判決關於被害人與無契約關係之製造商之間之紛爭，大多以應舉證證明製造人在設計或製造過程有過失為判斷基礎。在諸多案例中並未見法院對於被害人在產品責任之舉證困難，予以減輕或轉換舉證責任。

## （二）安全氣囊錯誤爆出案例

近年來，最高法院關於產品責任亦有值得注意之案例，其中之一即為最高法院 96 年度台上字第 1740 號裁定，此案例中被害人駕駛系爭汽車行經彰化 00 路段時，撞及停放路邊之汽車，而致安全氣囊打斷頸部動脈造成大量出血，送醫途中不治死亡。

此案例中原最高法院 94 年度台上字第 338 號民事判決就本件發回意旨略謂：「…準此，受害人依民法第一百九十一條之一規定，請求商品輸入業者與商品製造人負同一之賠償責任時，商品輸入業者如欲免其責任，自應就商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺，或其損害之發生與該商品之欠缺無因果關係，負舉證之責。…」

經台灣高等法院台中分院 94 年度消上更（一）字第 1 號判決審理後認為，消費者保護法第 7 條、第 8 條及民法第 191 條之 1 關於商品製作人賠償責任之規定，固採無過失責任或舉證責任倒置之規定，藉以減低商品使用人就舉證責任之負擔，但無論係消費者保護法或民法商品製造人責任之歸屬，均係以商品通常使用（或消費）下所致生之損害為限。然被害人於駕駛時，並未依正常之使用狀態下為通常之使用，反失控駛離車道之外並連續撞擊停於路旁之兩部停車，復未繫安全帶，致肇死亡結果之發生，已脫離正常、合理使用車輛之範圍，再系爭賓士車方向盤把手之所以與中央固定基座脫離，並非組裝不良所造成，而係外力介入所致，安全氣囊亦有正常發揮，亦詳如前述，可見被上訴人之商品並無欠缺通常可合理期待之安全性問題，更無證據足以證明被害人之頭部顱內出血係遭分離之汽車分向盤撞擊或因安全氣囊割斷頸動脈所致，本件既無證據證明系爭汽車分向盤或安全氣囊之設計、製作及組裝有何不良或瑕疵存在，亦無證據證明本件事故之發生係因死者合理使用車輛所致，上訴人逕依消費者保護法第 7、8、9 條第民法 184 條、191 條之 1、第 192 及第 194 條提起本件訴訟，求為命被上訴人給付如前開更正後聲明所示（含擴張之部分），為無理由，不應准許。

上開判決意旨以被害人駛離車道之外而撞擊停於路旁之車為「未依正常之使用狀態下為通常之使用」，顯已脫離正常合理使用之範圍。另外亦認為「安全氣囊正常發揮」而認定安全氣囊之設計、製作、組裝沒有不良或瑕疵存在。

首先，上開判決意旨認定汽車駛離車道之外為非常合理使用，認定事實顯有違誤，非正常合理使用汽車，應係指非駕駛於一般道路上之情形，如在山溝、飛崖而行駛等情形。如汽車行駛於路上，縱偏離馬路中央而撞上停在路邊之車，正是安全氣囊設計之目的與保護範圍所在，所謂依民法第 191—1 條之規定，即係採推定過失，而應由製造者舉證證明產品並無瑕疵，被害人之損害與產品之瑕疵並無相當因果關係。則製造者就安全氣囊應舉證證明安全氣囊無設計上、製造上與指示上之瑕疵。德國法上關於汽車安全氣囊亦有錯誤爆出之諸多案例，在 BGH NJW 2009, 2952 案例中，原審法院原認為錯誤爆出安全氣囊無設計上之瑕疵，因為在科技專業水準上無法避免。

但隨後聯邦法院則認定有設計上及指示上之欠缺。其理由在於，製造人在設計階段應基於確保產品安全性而採取必要措施，所謂必要措施係指產品流入市場當時最新之專業水準且在客觀上可能之設計。且產品之危險性愈高時，即應對製造人賦予更高之要求，因為生命法益遠應高於財產法益受到更高之保護。由於安全氣囊錯誤爆出對使用人或第三人身體與生命所生之極大危險，因此汽車製造商必須在科技上可能且經濟上可期待之界限內，以設計排除此種可能之危險。

此外，聯邦法院亦認為，若產品之特定危險無法透過設計予以排除，亦不可期待製造人採取防免措施時，則製造人即有義務，對產品因合理使用或可預見之錯誤使用或一般使用者無法認知之危險，對於產品使用人予以警告。因此，亦認定汽車製造商亦有指示上之欠缺。

斟酌上開德國聯邦法院之判決，上開台灣高等法院台中分院 94 年度消上更（一）字第 1 號判決意旨，認定錯誤安全氣囊爆出而死之案例中，認定製造商已舉證證明產品無設計上或指示上之欠缺，顯有待斟酌。

### （三）洗臉盆爆破案例

1. 案例事實：本案係被害人在其住所浴室，正打開水龍頭洗手之際，和 O 牌所製造之洗臉盆突然發生爆炸、破裂，致被害人及搶救之人分別受傷。被害人及搶救之人乃起訴請求和 O 牌製造商依消保法第 7 條第 3 項及民法第 191—1 條第 1 項之規定，負損害賠償責任。

2. 原審見解：原審法院見解認為系爭洗臉盆不僅符合國家 CNS 標準，亦符合日本、美國所判定之標準，認定其已具通常合理期待之安全性，從而被告不應依消保法第 7 條、第 8 條負損害賠償責任。關於被害人另主張之民法第 191—1 條請求部份，則認被告和 O 公司應舉證證明其商品之生產、製造、加工並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致，或防止損害之發生已盡相當之注意，負舉證責任。而被告公司提出 CNS 國家標準合格證書，並未能證明該產品確無瑕疵，從而被告公司應依民法第 191—1 條對被告負賠償責任。

3. 第二審法院則認系爭洗臉盆受檢項目固符合上開標準。惟商品經品質管制或政府機關檢驗合格，尚不能謂已盡防止損害之注意義務，被上訴人和 O 公司仍應依首揭規定就系爭洗臉盆是否符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性負舉證之責。系爭洗臉盆之載重力如何並未檢驗，則該臉盆之載重力是否符合消費者通常使用所合理期待之安全品質，即堪質疑，上開經濟部標準檢驗局之標準，雖無載重力之記載，然臉盆之載重力不佳，易使一般人在正常使用下發生破裂之危險，為眾所皆知之事，而依本件事故當時之科技或專業水準，被上訴人和 O 公司應有能力製作具有安全品質載重力之臉盆，此觀之本件將上訴人上開住處與破裂之洗臉盆規格相同之另一完整之洗臉盆送檢驗，其載重試驗為合格即明，是尚難以事故當時經濟部標準檢驗局之檢驗標準並無載重力之標準，或系爭臉盆已然破裂，無法檢驗載重力云云，遽認被上訴人和 O 公司對系爭臉盆之載重是否符合安全毋庸負責。準此，被上訴人和成公司尚未能就系爭臉盆舉證證明已符合一般消費者使用時所認應具備之安全品質，自難謂該產品已具通常可合理期待之安全性。丁 00 請求被上訴人和 O 公司就此商品所生事故，負消費者保護法第 7 條之商品責任，並無不合，被上訴人和 O 公司應向上訴人丁 00 賠償之金額合計為十四萬四千四百元。又上訴人丁 00 依消費者保護法第 7 條第 1 項、第 3 項之請求既有理由，其另選擇合併依第 7 條第 2 項、第 3 項、民法第 191—1 條第 1 項之規定請求賠償，即無審酌之餘地。

4. 評析：本案例中原審法院認為產品製造商如提出國家檢驗合格之證明，即無瑕疵而符合可合理期待之安全性，但另一方面卻認為製造商不能證明生產製造產品並無欠缺，或對損害之發生非因該項欠缺所致或防止損害之發生已盡相當之注意負舉證責任，因而認定製造商無消保法第 7 條之產品責任，但應負民法第 191—1 條之推定過失責任之矛盾現象。

究其原因可能係因產品責任在因果關係之舉證責任之分配歧異所導致。就消保法第 7 條第 3 項所定之損害賠償責任，不以製造商等之故意過失為歸責要件，故被害人仍須舉證證明被害人所生之損害與商品之瑕疵有因果關係。而民法第 191—1 條第 1 項則以但書推定「商品製造人對商品之生產、製造或加工、設計有欠缺」、「損害與產品欠缺有因果關係」、「損害之發生未盡相當之注意」，亦即推定因果關係與過失責任。

而依消保法第 7—1 條，係屬舉證責任之明文規定，亦即企業經營者應舉證證明其商品流通市場或服務提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性事實。因此，產品之缺失與損害之發生具有相當因果關係仍須由被害人舉證證明。此項舉證責任之規定雖與民法第 191—1 條之規定有所不同，但在實際案例之認定上不應發生一方面認定製造商成立民法第 191—1 條之責任，另一方面卻不成立消保法第 7—1 條之產品責任，因為相關技術規範、標準或其他產品合格證明，並不具有排他性之效力，而非屬產品無瑕疵之直接證據，且產品是否具合理期待之安全性，通常亦與產品之瑕疵不會導致損害有牽連關係。故如原審法院一方面認定製造商應負民法第 191—1 條之損害賠償責任，一方面亦認定產品之瑕疵不會導致損害之發生，應認其認定事實違反經驗法則。

## 二、消費者集體訴訟

### (一) 大量被害人

除前述個別消費者在日常消費關係發生之消費爭議而個別提起消費訴訟之情形外，由於商品之大量製造而產生之瑕疵商品，亦往往衍生多數人受害之情形，遠如早年之多氯聯苯中毒，因水污染、土壤污染發生之公害事件；近則如食品、藥品、交通事故或預售屋交易衍生之紛爭乃至九二一地震而造成之大樓倒塌事件，均造成多數被害人受有損害之案例。另外，亦有許多被害人受有小額、微量之損害，個別提出訴訟不符「費用相當性」之原則，因此，針對因同一事實上原因而受害之多數消費者或受害人，可利用何種訴訟程序合併起訴以求一次解決紛爭，避免個別消費者求助無門之情形發生，實為消費者保護之重大議題。

此種集團性紛爭能否及時使其被侵害之權利獲得救濟，既然攸關多數人之權利，且此類紛爭之解決與公共利益息息相關，更須由國家以行政管制或有效之司法審查制度積極介入，以求紛爭之快速有效或完全解決。此外，在此種因同一事實上原因而發生之集團性紛爭，如藉由單一之紛爭處理程序以解決相關聯之紛爭，亦較符合訴訟經濟原則，並可避免不同判決中對於同一事實有歧異認定之結果。

此外，在集團性紛爭事件中，亦有特定案例之損害具有微小性與擴散性之特徵，例如盜賣或洩漏個人資訊之隱私權、信用權之侵害，或預付型商品(例如健康俱樂部之會員權)因企業經營者倒閉而發生之會員權益紛爭等俱屬之。此種情形當事人或因損害不大，或因考量遂行訴訟不符費用相當性原則，而往往欠缺主動、個別提起訴訟之意願。因此，須藉由特定集體訴訟之方式提起，始能透過法定訴訟程序之審理與判決而解決此種集團性之紛爭。

針對消費者與企業經營者之間因消費關係而發生集團性紛爭，消保法第 49 條規定：「I 消費者保護團體許可設立三年以上，申請消費者保護委員會評定優良，置有消費者保護專門人員，且合於下列要件之一，並經消費者保護官同意者，得以自己之名義，提起第五十條消費者損害賠償訴訟或第五十三條不作為訴訟：一、社員人數五百人以上之社團法人。二、登記財產總額新臺幣一千萬元以上之財團法人。II 消費者保護團體依前項規定提起訴訟者，應委任律師代理訴訟。受委任之律師，就該訴訟，除得請求預付或償還必要之費用外，不得請求報酬。III 消費者保護團體關於其提起之第一項訴訟，有不法行為者，許可設立之主管機關應廢止其許可。」由上可知，消保團體得以自己名義提起消保法第 50 條之損害賠償訴訟與第 53 條之不作為訴訟。

而依消保法第 50 條之規定：「I 消費者保護團體對於同一之原因事件，致使眾多消費者受害時，得受讓二十人以上消費者損害賠償請求權後，以自己名義，提起訴訟。消費者得於言詞辯論終結前，終止讓與損害賠償請求權，並通知法院。II 前項訴訟，因部分消費者終止讓與損害賠償請求權，致人數不足二十人者，不影響其實施訴訟之權能。III 第一項讓與之損害賠償請求權，包括民法第一百九十四條、第一百九十五條第一項非財產上之損害。IV 前項關於消費者損害賠償請求權之時效利益，

應依讓與之消費者單獨個別計算。V 消費者保護團體受讓第三項所定請求權後，應將訴訟結果所得之賠償，扣除訴訟及依前條第二項規定支付予律師之必要費用後，交付該讓與請求權之消費者。VI 消費者保護團體就第一項訴訟，不得向消費者請求報酬。」亦即如因同一事實上原因而受有損害之多數被害人原得個別自行起訴，或依民訴法第 53 條之規定共同起訴，或依民訴法第 41 條規定選定被害人中之一人為自己以及他人遂行訴訟。惟個別消費者不論在遂行訴訟所須之勞務、時間上均可能有所欠缺，而須委由非個別消費者之消費者保護團體提起。此時，消費者保護團體係為他人之權利而為訴訟上之原告，與消費者個別以自己名義為自己之權利起訴實有不同。亦即，在民訴法第 41 條所定由訴訟原被告之一人為其他人而以自己名義為自己同時亦為他人遂行訴訟實施權限。而消保法第 50 條所定之損害賠償消費訴訟則係針對消費者個別權利而由消保團體提起訴訟之情形。

一般而言，如消保團體所主張之權利係他人之權利時，通常係由法律規定將個別權利人之訴訟實施權授與消保團體而提起訴訟，訴訟結果亦歸於個別權利人，即消費者。此即法定訴訟擔當之類型。

而所謂訴訟擔當之類型可以解決此種實體法上真正權利人事實上不能遂行訴訟或法律上不具利害關係之權利人不宜遂行訴訟情形，此時將訴訟實施權限授與他人，真正權利人無法遂行訴訟實施權限，因此在立法政策上對此種有無剝奪權利人訴訟實施權限之必要性，即須予以慎重考量，以確保實體法上權利人之訴訟權與程序利益。

此外，我國民訴法第 41 條所定之「選定當事人」制度，由於係由實體法上權利人授與訴訟實施權限予其他實體法上亦有權利之人，故訴訟擔當人與其他被擔當人實體法上利害關係較為一致，既係基於當事人合意而為訴訟實施權限授與，較不生程序利益被侵奪之問題。

因此，消保法第 50 條如為此種由消費者授與訴訟實施權限之規定，自較符合消保集體訴訟之需求，亦即一方面確保消費者之程序利益，另一方面則由消保團體代為遂行訴訟，就同一原因事實所生之損害提出事實與證據資料，以期發現真實而解決紛爭。

惟消保法第 50 條之內容則規定係由消保團體受讓二十人以上消費者損害賠償請求權，並經消保官同意得提起訴訟。此項明文讓與損害賠償請求權之規定，不同於證券投資人及期貨交易人保護法第 28 條之規定。依該法第 28 條第 1 項：「保護機構為保護公益，於本法及其捐助章程所定目的範圍內，對於造成多數證券投資人或期貨交易人受損害之同一原因所引起之證券、期貨事件，得由二十人以上證券投資人或期貨交易人授與仲裁或訴訟實施權後，以自己之名義，提付仲裁或起訴。證券投資人或期貨交易人得於言詞辯論終結前或詢問終結前，撤回仲裁或訴訟實施權之授與，並通知仲裁庭或法院。」上開條文之內容即屬通常法定訴訟擔當之明文規定。消保法在民國八十三年立法時，未明文規定此種較正確之法定訴訟擔當之立法方式，而係由消費者讓與實體法上權利，但其讓與之目的又非在令消保團體終局地享有，而僅是基於代為訴訟之目的暫時的讓與。此種立法方式雖亦可達到由消保團體代為提訴之目的，但亦因而衍生此種消費訴訟類型性質究何所屬 或消費者中之一人終止讓與損害賠償請求權時之諸多爭議。

## （二）當事人適格之問題

當事人適格係指當事人就特定訴訟，得以自己名義為原告或被告，因而得受本案判決之資格而言。如以自己名義為自己實施訴訟，因國民享有之訴訟權，故均得以自己名義為原、被告。如以自己名義為他人之權利義務而進行訴訟，應認係就他人權利無處分權，無訴訟實施權限。除非原告依法律規定取得他人之訴訟實施權限，方得以自己名義為他人進行訴訟而使判決效力及於該他人。因此，以自己名義為他人遂行訴訟之權能為訴訟擔當，其法理依據為民法第 118 條「第三人處分行為」。必須經權利人事先同意、事後承認或由法律規定授與處分權。亦即原告為自己而提起訴訟，

則依據「形式當事人」之概念，以原告主張之事實，特定訴訟標的後判斷原告是否主張其為權利之主體而認定其當事人適格。因此原告主張其為特定訴訟標的法律關係之權利人，縱經審理後法院認其非屬真正權利人，則原告應受敗訴判決，仍非屬當事人不適格。

因此，現行消保法第 50 條規定在未修正為法定訴訟擔當類型前，如消費者先將訴訟實施權讓與消保團體後，再以自己名義提起訴訟，是否欠缺原告之適格，即應就原告主張之事實形式觀之。亦即如消費者主張其權利已讓與消保團體，則消費者起訴時既未主張自己為權利人，應認原告適格有所欠缺。惟如消費者起訴時仍主張自己為權利人，則形式判斷其當事人適格，應認無欠缺，而係屬非實體法上權利人而應受敗訴判決。

此外，消保團體依消保法第 50 條提起消費者損害賠償團體訴訟，是否為適格當事人，應否以消費者有無讓與訴訟實施權為定，則有疑問。或有實務見解認為，此時應以消費者有無讓與訴訟實施權觀察，自無先行審認個別消費者對於企業經營者有無消費關係所生債權存在之必要。其次，依消保法第 50 條第 3 項：「前項關於消費者損害賠償請求權之時效利益，應依讓與之消費者單獨個別計算。」規定觀之，可知消保團體以其名義提起消費者損害賠償團體訴訟後，為被告之企業經營者仍得就個別消費者請求權部分，主張時效抗辯。換言之，被告就實體法部分所為之抗辯，應不影響消保團體依消保法第 50 條規定提起消費者損害賠償團體訴訟之當事人適格問題。

實則消保團體以自己名義提起訴訟，如主張其係該已受讓之損害賠償請求權之權利人，係屬主張自己為權利人，並無須審究其是否享有訴訟實施權限。而實體法上消保團體是否因終止受讓或部分債權因企業經營者行使時效抗辯，則係屬消保團體應受判決勝訴之範圍，係屬實質法律關係有無理由之問題，與當事人適格本不相涉，自不生影響與否之問題。

如認消保團體依消保法第 50 條規定提起之訴訟係主張自己之權利(但僅屬暫時性之權利人)，則第 50 條第 1 項後段之規定意義何在?學者有認為立法上重在採取訴訟信託之方式，而訴訟信託具有濫權興訟或包攬訴訟之危險，常常與公共秩序善良風俗有所違背，法制上常被認定為不合法而無效。故消保法特別明文其要件，使消費者得單方、片面終止信託關係，請求返還損害賠償請求權。惟在此情形，仍應基於訴訟安定性原則，以起訴時為判斷消保團體是否符合訴訟信託之必要性合法要件。故原消保法施行細則與民國 92 年修正之消保法第 50 條第 2 項即明定「前項訴訟，因部分消費者終止讓與損害賠償請求權，致人數不足二十人者，不影響其實施訴訟之權能」應係指消保團體損害賠償請求權之讓與於起訴後縱不符合二十人之要件，仍應認定其訴訟信託不因此而不合法。法院不得依民訴法第 249 條第 1 項第 6 款所定起訴不合程序或不備合法要件而裁定駁回。

消保法第 50 條所定之消費訴訟方式，或許是因考量如採訴訟擔當之方式，法院勢必就每一請求權人對被告之個別損害賠償金額逐一認定並載明於主文項下之附表，因此採取由消保團體取得個別消費者權利，而就總額起訴，於判決確定後，再依消保法第 50 條第 5 項之規定，扣除訴訟及依前條第 2 項規定支付予律師之必要費用後，交付該讓與請求權之消費者。此項返還交付數額予消費者之規定，實則為訴訟信託之典型給付義務，即信託目的消滅後返還所得金額之義務。實則，現行民訴法第 44 條之 1 第 2 項即定有特別規定。即選定人如以書狀表明願由法院判定被告應給付選定人全體之總額，並就給付總額之分配方式達成協議者，法院得不分別認定被告應給付各選定人之數額，而僅就被告應給付各選定人之總額為裁判。立法論上如消保法第 50 條之規定改採此種選定當事人為訴訟擔當之方式，則無需由法院就各別實體法上權利人之賠償範圍與賠償金額一一分別於主文之附表中載明，有助於法院促進訴訟之審理與終結。

### (三) 更行起訴之問題

實務上所見案例亦有消費者先行對被告提起損害賠償訴訟，嗣後由於消保團體依同一事實上原因之消費者之損害賠償請求權而另行起訴時，法院應如何處理，亦有疑義。

實務見解 或有認為：「準此，被害消費者將訴訟實施權讓與消保團體後，再以自己名義提起訴訟時，應認欠缺原告之適格，以訴訟判決駁回其訴。此際，消保團體基於『任意之訴訟擔當』以自己名義提起後訴時，若認就重複部分違反重複起訴禁止規定，應以裁定駁回時，則被害消費者即有因不知法律導致先後訴訟兩頭落空之可能，此與消保法為便利消費者平衡追求程序利益之意旨，顯然不符。是以，在此情形，後訴（即團體訴訟）之重複部分應否認為違反『重複起訴禁止』，即有深究之必要。蓋民事訴訟法第二百五十三條之『訴訟中之一事不再理』，立法目的在於符合訴訟經濟、防止裁判矛盾及避免被告應訴之煩等，倘被害消費者以自己名義所提起之前訴訟，並無獲致本案判決之可能時，自無發生前後裁判矛盾之問題。反之，後訴之團體訴訟如認無違反『重複起訴禁止』，不逕以裁定駁回，更能防止被害消費者再行起訴，有助於訴訟經濟，並使紛爭得以一次解決，就訴訟法觀點而言，對於被告尚無不利之處。…… 綜合前述，以上各說各有所本，惟本院認為無論採何說解釋『受讓損害賠償請求權』之性質，受害消費者讓與『損害賠償請求權』予消保團體後，雖自行提起損害賠償訴訟，嗣消保團體再依消保法第五十條規定提起團體訴訟，縱其部分有所重複，但均無違反民事訴訟法第二百五十三條重複起訴禁止之問題……」

實則，如有消費者先行對被告提起損害賠償訴訟，再將其債權讓與消保團體而依消保法第 50 條規定，提起消費訴訟，則前訴有民訴法第 254 條所定：訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係（消費者個別之損害賠償請求權），已移轉於第三人（即消保團體），依當事人恆定原則，對前訴並不生任何影響。而消保團體得依第 254 條第 1 項後段或第 2 項規定聲請法院以裁定准許消保團體承當前訴訟，此時仍應認消保團體所受讓之債權符合消保法第 49 條之訴訟信託合法要件。如消費者係於已讓與損害賠償債權予消保團體後，復另行起訴，則此時消費者已非實體法上之真正權利人，係屬可否受勝訴判決之問題，並不生當事人不適格之問題。

消保法第 50 條所定消費者或第三人所讓與之債權，應指消費者或第三人本於消保法所規定而生之請求權或因同一原因事實而得主張之其他依民法而生之請求權或相關規定而發生之權利均應包含在內，亦即侵權行為、不完全給付等因請求權規範基礎競合而生之請求權依據均包含之。蓋因同一原因事實而生競合之數請求權規範基礎，實體法上僅有一債權，債權人僅有一次處分受讓之可能，無法將同一原因事實所生競合之不同請求權規範基礎分別而讓與。台灣板橋地方法院 89 重訴字第 65 號〈博士的家案〉判決意旨認不應及於不完全給付之契約上請求權，似有待商榷。

#### （四）案例類型

實務上依消保法第 50 條所提起之實際案例，重要者計有：

##### 1. 不動產倒塌

（1）博士之家（台灣板橋地方法院 89 年重訴字第 65 號民事判決，起訴請求金額 8 億 7 千零 65 萬 9864 元，原告一部敗訴）

本案係被告設計監造或委託他人營造或擔任土木技師而共建大樓，於 89 年九二一地震時倒塌，致眾多住戶受有財產上及人身上損害，因此委由消基會對被告依消保法第 7 條、第 50 條、民法第 28 條、第 184 條、第 185 條及不完全給付之規定，請求應連帶負賠償責任。

（2）東勢王朝案（台灣台中地方法院 89 年度重訴字第 1160 號、台灣高等法院台中分院 97 年度建上字第 44 號、最高法院 98 年台上字第 1729 號民事判決，起訴請求金額 7285 萬 1296 元，原告一部勝訴）

（3）宏總建設案（台灣台中地方法院 89 年訴字第 3744 號民事判決，起訴請求 8 億 4099 萬元，原告一部勝訴）



2. 台糖公司預售屋瑕疵案（台灣高雄地方法院 90 年重訴字第 53 號、台灣高等法院 94 年重上字第 28 號、最高法院 97 年重上字第 256 號民事判決，起訴請求金額 3 億 6682 萬，原告敗訴）

3. 小火車翻覆案（嘉義地方法院 93 年消字第 2 號民事判決，起訴請求金額 3834 萬，原告一部敗訴）

4. 東高立體停車場案（台北地院 91 年訴字第 3841 號、台灣高等法院 96 年消上字第 4 號民事判決，起訴請求金額 2587 萬 5612 元，原告敗訴）

5. 自來水公司被訴侵權行為案（高雄地方法院 89 年重訴字 1118 號民事判決，起訴請求金額 23 億 8176 萬元，原告全部敗訴）

具體案例分述如下：

#### 1. 不動產倒塌案

企業經營者依消保法第 7 條，就商品或服務對消費者所受之損害負損害賠償責任。而商品之定義，依消保法施行細則第 4 條規定，係指交易客體之不動產或動產而言。我國發生九二一大地震時，有些建築物因結構設計不足而倒塌，對於不動產之所有權人發生重大之損失。因此，實務上亦有許多消保團體訴訟之爭議，係針對不動產倒塌所生之損害而提起訴訟。由於當時民訴法第 44 條之 1 尚未增訂，民訴法第 41 條之選定當事人制度須經全體選定人同意，適用上顯有障礙；另外，依消保法第 52 條之規定，如由消費者保護團體以自己之名義提起第 50 條訴訟，其標的價額超過新台幣 60 萬元者，超過部分免繳裁判費，此項規定對於已受重大損害之被害人頗有實益，毋庸在起訴時即先預繳鉅額之裁判費。

實務上所見，關於大樓倒塌而由消保團體提起團體訴訟者，計有《博士的家》一案、《宏總建設》一案、以及《東勢王朝》一案等判決。

##### （1）九二一大地震博士之家一案

###### a. 判決意旨

本案係由財團法人消費者文教基金會為原告，以設計、監造以及營造公司、土木技師等為被告，主張九二一大地震時，博士的家倒塌導致住戶死亡、多人受傷、房屋結構破壞不堪居住，主張被告等企業經營者應對 165 名住戶以及 18 名第三人所受之損害負賠償責任。茲因上開消費者及第三人將其全部損害賠償請求權讓與原告消費者文教基金會，而依消保法第 50 條，對被告等提起損害賠償之訴。本案中，法院認為消保法第 50 條第 1 項所稱損害賠償請求權，不限於消保法第 7 條之權利，只要同一原因事實所生損害賠償請求權，均得轉讓給原告據以起訴，以符合訴訟經濟之立法意旨。惟法院亦認為，各該讓與人所讓與原告之請求權僅為：（1）全部損害賠償請求權；及（2）懲罰性賠償金，並不及於民法有關不完全給付之契約上請求權，因此認為原告依民法不完全給付之規定或法理，訴請被告應給付如原告聲明之金額部分，即欠缺訴訟實施權，原告對此訴訟標的之法律關係並無處分權能，其當事人不適格。

###### b. 分析

惟消保法第 50 條所定消費者或第三人所讓與之債權，應指消費者或第三人本於消保法所規定而生之請求權或因同一原因事實而得主張之其他依民法而生之請求權或相關規定而發生之權利均應包含在內，亦即侵權行為、不完全給付等因請求權規範基礎競合而生之請求權依據均包含之。蓋因同一原因事實而生競合之數請求權規範基礎，實體法上僅有一債權，債權人僅有一次處分受讓之可能，無法將同一原因事實所生競合之不同請求權規範基礎分別而讓與。台灣板橋地方法院 89 年重訴字第 65 號《博士的家》一案判決意旨認不應及於不完全給付之契約上請求權，似有待商榷。

## (2) 九二一大地震宏總建設一案

本案係由消費者文教基金會為原告，以規劃、設計之建築師與營造公司為被告，而受讓由消費者及第三人共 76 人讓與損害賠償請求權，請求被告應依消保法第 7 條、民法第 184 條、第 185 條及不完全給付之規定，對被告各項損害負損害賠償責任。法院認定被告系爭大樓設計、施工均不符建築技術成規、且建造不實，並導致大樓無法達到應有之耐震能力，因此，應依消保法第 7 條第 1 項等相關規定，負損害賠償責任。

## (3) 九二一大地震東勢王朝一案

### a. 判決意旨

本案亦屬 88 年 921 地震倒塌之案例，原審法院採認刑事法院送請行政院公共工程委員會作出之鑑定報告意見：「經綜閱歸納省結構公會鑑定報告，省土木公會鑑定報告、起訴書和判決書等文件可知，『案情分析一(一)東勢王朝一期大樓』彙整之七個項目均違背當時之建築術成規，有致生公共危險之潛在可能性。建物之瞬間倒塌係由於地震強度遠超過設計規範之規定、設計圖說瑕疵與施工品質缺失等各種因素相乘造成，與 921 地震該建物之瞬間倒塌有因果關係。…行政院公共工程委員會鑑定報告書既歸納分析比較有關省結構公會鑑定報告，及省土木工會鑑定報告要旨，自較省結構工會鑑定報告，及省土木工會鑑定報告更為精確，足以採信。堪認系爭大樓之施工確有違背上述建築術成規之情事，且施工瑕疵確與一期建物之瞬間倒塌，致建物所有人受有損害，有相當因果關係。」

此外，原審法院亦認「消保法並未明文規定。然依消保法第 2 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」，此時，依據民法侵權行為要件，消費者或第三人應證明所受損害與商品瑕疵間具有相當因果關係。…依本件情節而言，固不能否認九二一地震之強烈破壞力乃系爭大樓傾覆之主要因素，然具有結構性瑕疵之建物，即使遭逢低於 6 級以下之地震，亦可能發生傾圮之結果（如台北市「東星大樓」及台北縣「博士的家」）；同樣遭遇規模 6 級以上強震之區域，亦非導致所有建物同遭毀損之命運，已屬近年來國人形成之社會通念，因此，地震後發生傾圮、毀壞之建物，常伴隨結構性瑕疵（偷工減料）之原因，準此，系爭大樓前述之瑕疵與華南銀行所受損害之間，以前項「標準」檢定，兩者之間具有相當因果關係，堪可認定。」

最高法院廢棄原審判決之理由，則係以相當因果關係之認定違反經驗法則與論理法則為由。依其見解，損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。又所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形上，有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則行為與結果始可謂有相當之因果關係。反之，若在一般情形上，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必皆發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果間即難認相當因果關係。復按法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背。查行政院公共工程委員會鑑定意見固表明：建物之瞬間倒塌係由於地震強度遠超過設計規範之規定、設計圖說瑕疵與施工品質缺失等各種因素相乘造成，與九二一地震該建物之瞬間倒塌有因果關係，乃原審確定之事實。果爾，九二一地震之強度遠超過系爭大樓興建當時耐震設計規範，雖然系爭大樓併有前述上訴人違背建築術成規彙整之設計圖說瑕疵以及施工品質之缺失，惟其間即存有如次之二可能：1. 設計圖說、施工品質有瑕疵、

缺失，但符合耐震設計規範之要求，大樓震倒；2. 設計圖說、施工品質有瑕疵、缺失，且不符合耐震設計規範，大樓震倒。關於 2. 之情形，依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，固得認定在一般情形上，有此環境有此瑕疵、缺失行為之同一條件，均發生系爭大樓震倒同一之結果，自堪認其間有因果關係之結論；但 1. 之情形，既然實際上已經符合耐震設計規範，系爭大樓仍然震倒，則於此違背建築術成規彙整之設計圖說瑕疵以及施工品質缺失，與設計圖說、施工品質無瑕疵、缺失之間，對系爭大樓震倒之財產損害之發生，即無何差異。若此情事，可否認定上訴人違背建築術成規彙整之設計圖說瑕疵以及施工品質缺失，與系爭大樓震倒致生系爭房屋毀損間有相當因果關係？即不無再加研求之餘地。又省土木公會鑑定認系爭大樓即令設計圖說、施工品質無瑕疵、缺失，仍無法抵抗九二一地震強度，仍會崩塌或嚴重受損；且更進一步考量施工及材料缺失等因素，進行各種模式之計算，得出系爭大樓之耐震能力符合八十六年規範要求之結論。此結論雖經行政院公共工程委員會鑑定意見表示其模式運算時所設定之考量因素，在前提上即具有假定性及不完整性，且目前仍無足以涵蓋各種因素之計算模式存在。然而此對省土木公會之計算模式之疑問，於對「省結構公會認為未按圖施工、鋼筋強度與原設計不符，降低耐震能力，致結構體未能發揮原應有耐震韌性，未能產生『強柱弱樑』，因而構成瞬間倒塌的脆性破壞之結論」，亦可能發生。亦即省結構公會就系爭大樓如按圖施工，其耐震能力是否得抵抗九二一地震之強度？因上訴人違背建築術成規彙整之設計圖說瑕疵以及施工品質缺失而造成之降低耐震能力程度為何？是否仍符合八十六年規範要求？依上說明，上開事項即影響相當因果關係之判定，自應澄清。行政院公共工程委員會以省結構公會之鑑定係就設計及施工之事實與當時建築技術規則比對，而得出該鑑定似乎較可採之結論，不免疑義。原審並未予以說明，即據以為不利於上訴人之論斷，尚欠允洽。

#### b. 分析檢討

本家中最高法院對高等法院關於產品之瑕疵與損害之間具有相當因果關係之見解，認為違反經驗法則。而相當因果關係亦為現今消保法第 7 條之規定在解釋適用上爭議最多者，實有釐清之必要。

最高法院認為因果關係具有相當性必須符合「在一般情形上，有此同一條件存在，而依客觀之審查，認為不必發生此結果者，則該條件與結果並不相當，不過為偶然之事實而已，其行為與結果即難認相當因果關係。」因此認為如設計、施工品質有瑕疵，但已符合耐震設計規範，大樓仍然震倒，則違反建築術成規彙整而生設計瑕疵、施工品質缺失…與大樓震倒之損害，與設計品質無瑕疵而致大樓倒塌，即無差異，則是否有相當因果關係則應再研求。

惟前述情事在因果關係認定實有重大差異，如無設計缺失與施工不良而大樓倒塌，則屬不可抗力，製造商或提供服務之企業經營者毋庸負損害賠償責任。惟如違反建築術成規彙整而設計有缺失，施工有疏失致因大地震而大樓倒塌，則二者之原因力均不能排除，二者均為因果關係之原因力，依加乘因果理論，地震與違反建築術成規彙整而致設計缺失、施工不良二者均具有原因力，二者均構成果關係。

而何種情形下，可構成無相當因果關係之偶然條件，則應係指無此情形，通常亦生此種結果。亦即當東勢地區大部分房屋皆因地震而倒塌時，則有無違反建築術成規彙整而生設計缺失、施工不良，即非大樓倒塌之原因。亦即九二一大地震為所有大樓倒塌之原因，排除了其他設計有無缺失之偶然因素。

此外，依消保法第 7—1 條規定，既令企業經營者舉證證明產品具有可合理期待之安全性，大樓之設計建造者即應舉證證明，該大樓與其他同地區之建造時間、建造成本相當之其他大樓具有相同之安全性，例如平房、四樓公寓結構較堅強，該大樓位於斷層上，而建商亦無法查證該處是否為斷層等相關事實，始能符合上開規定。

## 2. 台糖公司預售屋瑕疵案

本案係消費者保護協會主張，因被告台糖股份有限公司所興建之系爭建案，於房屋廣告及系爭契約中虛構、隱匿事實，致承購戶訂約後發現系爭房屋基地位置不實、原為傾倒公用廢棄物之垃圾地、土壤已遭有毒物質、重金屬嚴重污染、房屋結構安全不符標準、無法供作商業用途…承購戶既受詐欺而為訂約，依民法第 92 條撤銷意思表示；又系爭房屋除有不能修復之重大瑕疵外，亦有其他諸多瑕疵，承購戶依不完全給付及物之瑕疵擔保等法律關係請求解除契約，被告應返還已收受之價金，並依消保法第 51 條之規定，請求被告依已收受價金之三倍價額作為懲罰性賠償金。原告受讓系爭建案買受人之返還買賣價金及損害賠償請求權，原審法院認承購戶解除契約係對被告顯失公平，而被告主張已減少部分價金作為房屋瑕疵給付之代替，因屬允當，從而認原告主張解除系爭契約為無理由。

本件原告於起訴前經消保官同意起訴所列之聲請事由包含三者：廣告不實、隱瞞重要交易資訊、未按設計圖施工。惟消保官在決定書中，僅同意原告可依廣告不實、隱瞞重要交易資訊對被告起訴，並未包括「未按設計圖施工」，嗣後則同意包括未按設計圖施工部分之請求。上開爭議原屬傳統買賣契約之典型案例，買受人對出賣人原得本於不完全給付與物之瑕疵擔保責任主張權利，惟原告同時本於消保法第 12 條主張買賣定型化契約條款無效，如因而請求返還價金，尚非消保法所定消費者對企業經營者之損害賠償請求權。如消費者本於企業經營者未按設計圖施工而就其所生之瑕疵結果損害，依民法第 360 條或不完全給付以及消保法第 7 條而主張損害賠償時，仍得依消保法第 50 條之規定讓與上開損害賠償請求權予消保團體而提起損害賠償訴訟。

## 3. 小火車翻覆案

本件係由消基會受讓 30 名消費者之損害賠償請求權，而向被告嘉義林管處請求賠償消費者因小火車翻覆而受有損害之賠償。法院認為被告係提供阿里山小火車運輸服務之企業經營者，被告依消保法之意旨應有防免產品或服務不具安全性之瑕疵。而本件事務源於員工疏失之個別行為，亦應認屬火車設備本身有瑕疵、或被告維修管理不完善，應即有消保法第 7 條適用之餘地。

## 4. 東高立體停車場案

本案係立體停車場發生火災致停車之汽車共有 43 輛被嚴重燒毀，而由消基會依消保法 50 條規定受訴車主對企業主之損害賠償請求權而提起本件訴訟。而火災發生原因，經台北市政府消防局勘驗結果，研判係停車場電源配線因故產生短路或運轉系統（滑輪、齒輪及鏈條）在運轉時有異物掉落或撞擊，所產生之火花，遇車輛漏油所蒸發之油氣產生快速燃燒；及停車塔非防爆型日光燈電源線無鐵管被覆，如其接點於開啟、關閉動作時或絕緣被覆破損劣化易產生短路，因短路產生火花引燃附近可燃物。而停車場內車輛漏油產生油氣應屬業者應注意能注意之事項，且採用非防爆型日光燈而電源線絕緣包覆不完整。

法院判決原告敗訴之理由，在於停車塔流通於市場時，經主管機關檢驗合格，因此無安全上之危險，且原告未能證明停車塔有不具安全之瑕疵。關於火災原因法官則恐「排除相當數量汽油外漏外，應不可能引燃本件火災」、「運轉系統（滑輪、齒輪、鏈條）產生火花亦未被排除亦無法確定係屬機件或汽車零件，尚難論被告有未注意或給予助力，因此系爭停車塔並無不具安全之危險，而原告又不能證明系爭火災之發生係因系爭停車塔瑕疵所造成，復不能證明被告對於火災之發生，被告有何故意或過失，則原告依消保法第 49 條、第 7 條第 3 項，民法第 184 條第 1 項前段、第 188 條規定請求賠償為無理由。」

本件實務關於消保法第7條之舉證責任分配之見解似有待商榷之處。消費者對於企業經營者對於商品提供之服務而產生損害之事實應負舉證之責，惟對於商品或提供之服務不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，消費者並不負舉證責任。亦即此應由企業經營者舉證證明商品或服務具有可合理期待之安全性。因此本件消費者已舉證證明騎汽車因停車塔火災而焚燬受有損害，消費者毋庸舉證證明停車塔究有何設計、生產、指示上之欠缺致產品或服務不具安全性而起火燃燒，亦即被告應舉證證明在停車塔設立時，防免電線短路起火燃燒已窮盡專業上之水準、科技上仍無法防免火災之發生。本件如無法排除究係汽車漏油或運轉系統產生火花，則應認係企業經營者無法舉證證明服務有過失而判決原告敗訴，顯然無視於消保法第7條之1與民法第184條舉證責任顯有不同之立法目的與法律規定。

而企業經營者所負消保法第7條之1之待證事實應包括：「商品或服務具有安全性並無欠缺」、「損害並非係商品或服務安全性欠缺所致」、「商品或服務之安全性符合當時科技水準或專業知識」等。

## 5. 自來水公司被訴侵權行為案

### (1) 案例事實

原告台灣消費者保護協會主張被告台灣省自來水股份有限公司取為自來水水源之高屏溪上游旗山溪，遭訴外人昇利化工股份有限公司（下稱昇利公司）、長興化學工業股份有限公司（下稱長興公司）非法傾倒有害廢棄物，加深大高雄地區自來水消費者之恐慌，經高雄市政府環保局派員採樣檢測，發現被告供應消費者之自來水含有二甲苯等有害健康之揮發性化學物質，與自來水法第十條所規定之標準及行政院環保署公布之飲用水質標準不符。茲有受害之消費者許國榮等一萬九千八百四十八人將渠等對被告之損害賠償請求讓與原告，並經高雄市政府消費者保護官同意原告提起本件訴訟。被告公司第七區管理處，長期以來因取用遭受嚴重污染之高屏溪、東港溪之溪水為水源，經化學加工處理後，提供高雄縣市及屏東地區之消費者使用，惟因取為生產自來水之水源既已飽受污染，致被告供應之自來水不堪飲用，被告為此曾於八十二年五月間與原告簽立協議書，保證改善水質，詎被告非但未依協議改善，尚且放任不法業者傾倒有害人體健康之物質於水源。嗣八十九年七月間高屏溪上游旗山溪遭昇利公司、長興公司非法傾倒有毒廢棄物，更加深消費者之惶恐。查本件被告取用遭受高度污染之高屏溪、東港溪之水源，做為高屏地區飲用水之來源，其中所含毒性有機物及揮發性溶劑等有害人體健康之物質，迄今仍不見有效防治，被告卻仍取為自來水之用，其有害消費者之健康，自不待言；另被告為處理上開受污染之水源，添加大量氯，在與有機物化合過程中，產生致癌物質「三鹵甲烷」，長期飲用之結果，對人體之健康構成嚴重且致命之威脅，消費者在別無選擇情形下，飽受精神、金錢及健康上之損失，茲消費者長期以來因被告提供不堪飲用之自來水，而受有損害。

### (2) 判決意旨

法院認為，又消費者保護法商品製造人責任係侵權行為損害賠償責任，其所保護之權益為生命、身體、健康及財產依原告前揭陳述觀之，原告固主張持續飲用被告供應之自來水者，身體健康受嚴重影響，有致癌或引發其他疾病之危險，惟未能舉證證明消費者之生命、身體、健康或財產等權利受有何種侵害，核與消費者保護法第七條第一項、第三項須生命、身體、健康或財產受侵害，而受有財產上及非財產上之損害，始得要求損害賠償之構成要件有違…。法院因此認為，被告提供之自來水水質，雖未符合一般消費者所認為之必要之安全性，而有安全或衛生上之危險，惟原告既無法

證明消費者因使用該商品，致許國榮等一萬九千八百四十八人之生命、身體、健康、財產受到侵害，而受有財產上及非財產上損害。是原告請求被告賠償之損害不能認為有理由。

### 參、定型化契約條款之爭訟

#### 一、定型化契約之盛行與規制

##### (一) 定型化的契約條款之盛行

由於工業的進步與經濟發展帶來大量的同種類產品的製造與同類型服務提供，企業經營者大量重覆使用預先擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人締結契約。此種在同類產品或服務所使用之定型化或制式契約內容在經濟發展上亦符合效率之需求，並可節省企業之成本而提高企業之利潤。因而，在現代社會的交易型態，不使用定型化契約條款而為交易者，反而是交易關係複雜，交易金額較巨大，雙方當事人始有逐一磋商就不同之條件內容形成合意之情形，例如存在於企業經營者之間之企業併購、營業轉讓等。

##### 1. 有名、典型契約之補充法性質

我國民法採取德國立法例，以契約自由原則為民法債編中約定之債之核心思想。契約自由原則乃依循私法自治原則，關於不涉及公共利益之私人間財產關係之權利義務之發生與消滅，尊重交易當事人之自由意思，只要當事人具有完全行為能力，在締約過程中未有意思表示不一致、不健全、不自由之情形且契約內容亦未違反法律之強制、禁止或公俗良俗之規定，國家即尊重當事人之意思形成，賦予其一定之法律效果。

換言之民法債編各論於民法第 345 條以下，雖訂有買賣、贈與、租賃、租賃、承攬等各種有名、典型契約之權利義務等內容之各種規定，僅於當事人未約定之事項，始居於補充當事人間權利義務而有適用之可能。亦即在自由經濟體制下，最重要者為「那隻看不見的手」，每個人均會追求自利，因此由個人自我決定，所產生之交易與交易條件即屬對個人最為有利之結果，個人亦應對其所決定之結果自我負責。因此，當事人締約後即應受其與他方所議定契約內容之拘束。

因此，企業經營者所預先擬定之定型化契約條款，不僅僅是為了節省大量生產之產品銷售與同類型服務提供等之成本；一方面亦可藉由定型化契約條款之預先擬定而創設原來法律未規定之無名、非典型之新型態之契約與交易型態，例如各種型態之分期付款買賣、旅遊契約、融資性租賃、匯款契約、加盟店契約、信用卡使用、郵購、訪問買賣、工程營造契約。此種新型態交易型態得以出現與盛行，正因企業經營者利用定型化契約之擬定，此種單方形成之機制所產生之結果，即學者所謂由經濟生活所自我創造出之法律。

預先擬定之定型化契約條款能為契約他方當事人所接受而訂立契約，通常係因約款之擬定人具有締約時之優勢地位（eine überlegene Verhandlungsmacht），因此約款擬定人通常會利用此種不對等的優勢地位，僅考量自己之利益而約定侵害相對人正當權利之約款。此時，相對人不再享有完全之意思決定自由，亦即在通常情形締約時，法律所賦予雙方當事人經由考量各種情事，決定對自己是否有利進而依何種內容締約而形成法律行為合意之機會。

##### 2. 締約地位對等與契約正義

在契約之成立，從民法第 153 條之規定，形式上可以看到締約雙方經由要約與承諾一致而形成法律行為之合意。然而，雙方當事人在磋商相關契約內容時，通常會考量對自己最有利之內容而為契約之締結。因此，締約時如欲避免單方貫徹其全部之利益取得，並要求他方放棄自己的主張，則應盡量使雙方具有較對等之磋商力量（eine annähernd gleiche Verhandlungsstärke）始能奏效。唯有磋商之雙方具有對等的斡旋磋商地位時，雙方始可考量締約之利益與不利益，而為正確之是否締約之決定。

契約的合意過程，即係提供雙方享有較對等之磋商力量，以提供當事人享有正確性的擔保或正確性的機會 (Richtigkeitchance)。如契約之一方較另一方具有經濟上之強勢或資訊上之強勢，則此種對等的磋商地位即被破壞，強勢之一方即可貫徹其單方的利益，而另一方則無法經由協商而避免此種不利益，則無異契約之成立係由優勢之一方片面形成或主宰，則與契約的公平正義顯有違背，並已侵害他方當事人之自我決定權。

由於在契約之合意過程中，不可能使雙方都完全貫徹各自的利益，且各自享有絕對不受限制之自我決定權。因此，弱勢之一方其利益被罔顧，且被他方剝奪其決定內容之自由，而且由他方片面決定契約內容時，顯不符合其於私法自治與契約自由決定是否締約、相對人與契約內容之真諦。此時，契約縱使形式上已經成立，顯然欠缺由於雙方基於決定自由而形成之合意。因此，弱勢之一方仍得保有自行衡量利害得失，並進而為合意之意思決定或判斷自由。如一方當事人片面單方貫徹其利益之確保且侵害他方意思決定與判斷之自由而成立契約，則將剝奪他方當事人透過自由決定以確保其自身利益。

當事人受其所為意思表示之拘束之理由在於，當事人享有自由為適當選擇之機會，因此必須為其自我之決定負責。如果當事人經由利害衡量而為決定之機會喪失，則個人應自我負責之基礎即不再存在。

民法之制定與法律行為之相關規範係以權利主體之形式上平等為其出發點，僅在民法第 74 條關於暴利行為之規定中，考量個別表意人在為意思表示時係處於急迫、輕率、無經驗時，可以向法院請求為增減給付。惟隨著經濟之發展、產業結構之改變，此種磋商協議之不對等性不再限於單之個人，而產生結構上不對等地位。亦即每一個參與市場經濟生活之人，都可能在特定之市場地位於訂定契約之磋商階段中，遭遇過主張自己之權益而不可得之情況。

## (二) 定型化契約條款之規制

### 1. 規制之必要

契約能否成立，契約之內容為何，依契約自由原則必須雙方當事人合意始得為之。因而，企業經營者如一而再、再而三地利用預先擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人成功締約，通常係因企業經營者享有優勢的交易力量 (die überlegene Verhandlungsmacht)，始能在面對不同需求之交易相對人時，均能以自己預先擬定之條款成功締約。

由於契約自由原則係以交易當事人均會追求自利為原則，因此「那隻看不見的手」—即自由市場機制會創設符合雙方利益之結果，故交易當事人即應本於「自我決定」之原則「自我負責」。然而，如企業經營者得以自己預先擬定之定型化契約條款與交易相對人締訂契約，在企業經營者追求自利之情下，該定型化契約條款常常會發生僅考量企業經營者單方之利益，而不利或損害交易相對人之法律上正當權益之結果。此種情形與契約自由原則下透過雙方磋商達成合意所賦予雙方之正確選擇之機會以確保之利益平衡機制即無法達成立法規範之目的。此外，定型化契約條款之擬定通常係由企業經營者針對其主要之單一營業而為，不僅可降低營業成本，亦可經由長期之經營經驗預設對其最有利之契約條款。反之，交易之相對人每日須面對不同之交易種類與產品或服務之提供，而通常不具有經驗亦無充裕之時期可在交易前仔細思考，亦不可能花費相當之金錢針對單一具價額不高之交易行為尋求有利之法律諮詢服務。

企業經營者利用市場結構上之不對等地位而以單方形成之定型化契約條款與交易相對人締結契約，已使民法藉由賦予經濟市場上交易當事人以合意形成對方有利之正確選擇之機制被破壞殆盡，追求公平正義與合理分配之國家法律制度實難以容認其合法性。對於此種定型化契約之盛行，交易

之相對人實無法個別排除因此所受到之利益侵害，因此必須由交易當事人以外之第三者提供定型化契約條款在立法上行政上或司法上之規制。

## 2. 規制之方法

社會結構上之不對等地位，亦可由國家基於保護之目的採取一定之行政措施，例如使市場之競爭機制更加完全，以使消費者擁有更多之選擇可能性。或對不實廣告之管制，以避免消費者在締約受到與事實無關或錯誤之資訊之影響。上述相關行政措施之法規，亦可稱之為「程序的契約法」(das prozedurale Vertragesrecht)。

惟上述程序的契約法並無法直接調整當事人之契約內容，因此，仍須制訂強制的規定、半強制的規定或經由司法機關對契約內容實質審查其適法性，此種經由法律直接規制契約內容之適法性者，亦可稱為「實質的契約法」(das materiale Vertragesrecht)。

## 3. 規制之障礙

企業經營者得以大量使用單方擬定之定型化契約條款與不同之交易相對人訂立契約，縱使其內容大多是對自己有利（免除自己之責任、減少自己之給付義務），或對交易相對人不利（加重他方之義務、剝奪他方之權利、將自己之風險轉嫁與他方當事人）之結果，但由於契約條款之擬定本即屬於契約自由原則之一環，應受到國家法律之尊重，因此，對於定型化契約條款之管制之必要性，所遭遇之挑戰與障礙即為一契約自由原則下，當事人合意之契約不應受到國家權力之介入與干涉，如欠缺法律明文限制 (mangels einer gesetzlichen Einschränkung der Vertragsfreiheit)，則不應否認當事人合意約定契約條款之效力。（德國 1883 年帝國法院判決 RGZ 11, 100。）反之，我國最高法院 91 年台上字第 222 號民事判決意旨：「…此特約若係出於兩造自由意思所締訂，能否謂其顯失公平，有違誠信原則？亦非無研求之餘地。」兩相比較之下，司法審查對於定型化契約條款之效力能否予以嚴格把關，仍屬困難重重。

### （三）集團利益之保護

由於企業經營者在從事交易時，大量重複使用定型化契約與交易相對人締約，挾著契約自由的外衣，但卻取代立法者所制定具有補充性性質之法律規定，單方形成其與交易相對人間之權利義務關係，造成大量侵害交易相對人權益而產生多數人紛爭，甚而衍生社會問題。例如亞歷山大會員權利利益預付案、銀行之高額信用卡循環利息，甚至如基金投資人因金融風暴而衍生理財紛爭亦屬之。針對企業經營者對約款相對人因濫用不公平之定型化契約條款而產生之重大不利益，約款相對人（如信用卡之持卡人）必須就其個人所受之不利益，與信用卡發卡銀行就個案提起訴訟爭執之，縱使勝訴確定，其既判力亦僅及於個案之原被告。對於因該不公平約款而受有權利侵害之其他多數約款之相對人，亦無法因而解決紛爭。亦即個別訴訟耗費許多訴訟資源，但對大多數約款相對人權益保護卻屬緩不濟急、杯水車薪。因此就定型化契約條款之大量使用，而受損害之多數消費者之集團利益得否確保，亦為現代定型化契約條款核心爭議問題。

而消保法第 53 條亦定有不作為訴訟之規定，即企業經營者如有重大違反消保法關於保護消費者規定之行為，得向法院訴請停止或禁止之。

首先，企業經營者之行為如對消費者造成個別權利之侵害，消費者本得依民法關於侵權行為或消保法相關規定，就其所受之損害請求賠償。如企業經營者之行為在持續中者，消費者如屬被害人可依民法第 767 條制止對其所有權之侵害、依民法第 18 條之規定，請求防止之一惟此皆屬個別法益之侵害。消保法第 53 條賦予消保官或消保團體之提訴權，究係個別消費者前開各別規定之集合，而將訴訟實施權授與消保官與消保團體；抑或以消保官與消保團體為公共利益之守護者，而享有訴訟實施權限？



其次，本條所稱之「重大違反消保法關於保護消費者規定之行為」究何所指，可否涵蓋前述定型化契約條款大量重複使用、預先擬定而嚴重侵害約款相對人之行為？預先擬定之定型化契約條款如係屬無效時可否認係「重大違反消保法關於保護消費者規定之行為」？德國法上關於無效之定型化契約條款，可由消保團體提起不作為訴訟。而我國民訴法第 44 條之 3 亦有不作為訴訟之規定。上開法律規定具有何種規範目的，可否解決濫用定型化契約條款所大量衍生約款相對人權益遭受侵害之爭議，相關問題均有探討之必要。

## 二、德國法上之團體訴訟

### （一）團體訴訟之功能

隨著定型化契約條款之大量使用所帶來之爭議問題，德國法早於 1976 年制訂定型化契約條款規制法。其中，第 1 條至第 11 條規定定型化契約條款之實體法性質內容，第 13 條至第 22 條則規定了定型化契約條款抽象的審查程序性規範、賦予消保團體之主動獨立之權限。第 13 條以下關於團體訴訟之規定乃為傳統民事訴訟法關於訴訟實施權專屬於個別權利主體之例外規定。其立法目的，乃在於濫用定型化契約條款之情形通常為大量且重複使用，個別相對人利用傳統一對一且僅對當事人發生既判力之訴訟程序，對於個別利益之保護無法提供足夠之防衛機制。此項規定之立法目的並非在於加強或確認消保團體之利益，消保團體之提訴權並非在於其固有的法定權益或其他個別消費者個人之利益，而係行使由公共利益所導出之權限（eine im öffentlichen Interesse verliehene Aufgreifzuständigkeit）。

德國於 1976 年制定定型化契約條款規制法時，關於應否採用賦予團體特別之提訴權，曾有不同解決途徑之考量。亦即，究應採用行政管制對於定型化契約條款之擬定事先予以審查而許可，或僅僅對於無效之定型化契約條款例外地賦予團體提訴權。最後採用賦予特定團體之團體訴訟提訴權。其理由在於，此種方式與私法自治之原則較相符合。而必須對於定型化契約條款予以抽象審查其內容之合法性，則係考量無論是締約時或在締約後對於約款相對人而言，對於違法無效之約款都無法有足夠之權益保護措施。亦即必須在個別訴訟中利用通常程序審查約款之效力，縱經法院判決勝訴確定，對於其他相同情形之約款相對人並無既判力擴展效力之可言。

而團體訴訟類型之規定，亦可做為保護消費者公共利益之客觀的機制以及客觀私法規範（如私有財產權、私法自治、自由競爭機制）之守護者與防護措施。且亦屬有預防紛爭功能之措施，對於遏止違法定型化契約條款可以產生快速之擴散效應。

### （二）定型化契約條款規制法第 13 條

依 1976 年定型化契約條款規制法第 13 條規定，訂定違反本法第 9 條至 11 條之規定無效定型化契約條款之擬定或使用人，得由（1）有權利能力、章程目的在提供資訊或接受諮詢保護消費者利益為目的之團體，對之提起不作為訴訟，禁止其使用無效之定型化契約條款或將之撤回。此項團體訴訟之提訴權人雖為消保團體，但實體法上之請求權人究為何人則有爭議。如認請求權人或法益之擁有人係國家社會，則消保團體為訴訟擔當人；如認消保團體為請求權人為實體法上之權利主體，則不具訴訟擔當性質，此時不同消保團體之分別提訴，並不發生重複起訴之問題。

2002 年德國債法修正，將定型化契約條款規制法關於實體法性質之部分納入德國民法第 305 條以下。第 13 條以下關於團體訴訟之規定則單獨訂定不作為訴訟法。將原來之第 13 條改列為不作為訴訟法第 1 條。另第 2 條則規定定型化契約條款之擬定且使用之人，如其條款違反消費者保護之相關規定，例如郵購、訪問買賣、消費性商品買賣、渡假村、消費性借貸、函授課程、電子商務、藥品或有療效之商品等，亦可對之提起不作為或撤回之訴訟。第 3 條則規定得提起第 1 條、第 2 條

所定不作為訴訟之團體之名單。第 11 條則規定如消保團體提起之不作為訴訟勝訴者，該定型化契約條款之相對人得援引該勝訴判決為抗辯，此時該定型化契約條款之效力在使用人與相對人間之訴訟亦為無效。此種效力其性質屬於特別之既判力，乃基於法律規定而及於第三人，故與一般訴訟及於當事人間之既判力主觀範圍亦有不同。

依德國不作為訴訟法第 3 條之規定，第 1 條、第 2 條所定之不作為請求權係屬於符合第 4 條要件之團體。此特定團體享有防護消費者公共利益之請求權以及提訴權。

惟不作為請求權之權利人既為特定之消保團體，則針對特定同一之定型化契約條款即有可能由不同之特定消保團體分別或先後提起訴訟。此即平行訴訟(der Parallelklage)。依德國學說見解，認為此時並無一事不再理原則或欠缺訴之利益之問題，在審理中考量被告應訴之負擔應合併審理之。

### 三、消保法第 53 條之不作為訴訟

#### (一) 消保法第 53 條

依消保法第 53 條之規定，消費者保護官或消費者保護團體，就企業經營者重大違反本法有關保護消費者規定之行為，得向法院訴請停止或禁止之。本條之立法理由載明消保團體以保護消費者為目的，消保官為推定消費者保護事項之主要人員，為發揮其功能，應使其得以自己名義獨立行使不作為訴訟權。此條規定類似德國法上之團體訴訟之規定。惟本條規定欲制止者，乃企業經營者違反消保法規定之行為，例如不符產品安全性產品之生產、製造、加工或進口等，同時對消費者因使用產品或服務已受損害，而侵害之情形在持續擴大中，或有受侵害之虞，則除了個別消費者法益受損外，亦構成國民之公共利益受有損害，而許可消保官或消保團體為全體國民之利益而對企業經營者提起不作為訴訟。

因此，此項規定與德國原定型化契約條款規制法第 13 條及不作為訴訟法第 1 條、第 2 條規定之內容尚屬有別。亦即德國法之上開規定，係特別針對定型化契約條款之規制目的而來，因此規定企業經營者不得擬定無效之定型化契約條款，並明文規定於不作為訴訟法第 1 條。而企業經營者有不作為義務，如違反此項不作為義務時，特定之消保團體始得提起不作為訴訟，請求法院禁止之。此外，企業經營者針對新型之交易型態，例如郵購、訪問買賣、消費性商品買賣、渡假村、消費性借貸等民法中有無條件解約權或特別保護規定者，如德國民法第 355 條所定消費者無條件解約權、德國民法第 312 條關於訪問交易第 312 條 b 之遠距交易、第 312 條 c 企業經營者之告知義務、第 312 條 d 規定無條件解約權、第 312 條 e 電子商務之企業經營者之給付義務。第 475 條在消費性商品買賣特別規定，企業經營者不得在消費性商品買賣契約，偏離買賣篇規定為不利於消費者之規定。第 506 條亦禁止企業經營者在消費性金錢借貸中偏離法律規定，而為不利於消費者之約定。因此，如企業經營者預先擬定之定型化契約條款違反上開關於保護消費者而課與之不作為義務，則特定消保團體即可依不作為訴訟法第 2 條之規定，提起不作為訴訟。

由上可知，我國消保法第 53 條所定之不作為訴訟，因未針對企業經營者，如銀行、建商大量使用自己預先擬定之定型化契約條款所帶來對交易市場相對弱勢，無力在契約磋商、或契約履行階段以適當方法與措施保護自己之多數相對人而產生之大量、多數侵害消費者權益之情形予以規範，例如銀行所規定之各種侵害持卡人權益之高額循環利息條款、盜刷風險轉嫁條款、回溯計息條款等嚴重影響多數消費者權益之行為，卻難以被認定為屬於「違反消費者保護法規定」之行為，因為現行消保法並未禁止企業經營者擬定無效之定型化契約條款。

綜上，消保法第 53 條如欲發揮功能，仍應先明文規定企業經營者特定之不作為義務，而企業經營者違反不作為義務而作為，則構成對公共利益之侵害，得以之提起不作為訴訟。

## (二) 民訴法第 44 條之 3

除消保法第 53 條外，民訴法第 44 條之 3 亦有團體不作為訴訟之規定，亦即以公益為目的之社團法人或財團法人，經其目的事業主管機關之許可，得提起不作為之訴。其立法理由則謂因公害、商品瑕疵或其他事故所生之危害，有時具繼續性、隱蔽性或擴散性，其受害人常不知或無力獨自訴請排除侵害，致使社會大眾權益持續受損而無從制止，實有必要擴大公益法人之功能，使其得以自己名義對侵害多數人利益之行為人提起不作為之訴，故承認公益法人經其目的事業主管機關許可，於章程所定目的範圍內，有提起不作為訴訟之權。

此項團體訴訟之性質為何？學說上有認為以自己名義提起訴訟之公益團體，係居於法定訴訟擔當者之地位，為保護社會大眾之集團利益而遂行訴訟。此種不作為訴訟之目的乃在保護特定多數人集團之實體利益與程序利益。因此，集團利益歸屬於包含一切消保團體及消費者在內之消費者集團，且非以消保團體為其獨立之歸屬主體。如某一消保團體就同一違法行為已起訴（前訴），於前訴繫屬中，另一消保團體就同一違法行為又再提起訴訟，則後訴訟將受重複起訴之抗辯（民事訴訟法第 253 條）。如前訴已經判決確定，除前訴原告受敗訴判決，且提起後訴之團體在前訴中未受到應有的程序保障外，將受既判力之抗辯（民事訴訟法第 401 條）。

此外，亦有學說認為，團體之所以得以自己名義起訴，係基於團體之固有獨立權利，此包括實體上之請求權及訴訟上之提訴權利，且不同團體係個別有其權利。因此，某一團體雖已提起不作為請求，但其他團體之另訴，並不違反民事訴訟法第 253 條重複起訴禁止之規定。

實則，不作為訴訟制度之創設，乃因傳統民事訴訟法上以個人權益保護為其核心範圍，此種個人權益保護之程序規定已不符合今日社會大量、快速、擴散、微小不特定之多數紛爭類型之解決，因此賦予特定團體針對特定人之特定行為予以請求不作為之訴訟，其所保護者乃國民或消費者之公共利益，而非個別權益，就此點而言學說上並無不同之見解。

惟對於特定消保團體所提起而主張之不作為請求權歸屬於何人，究係社會全體國民或特定消保團體，則因此種不作為訴訟之實體法規範基礎無法由傳統民法所定之各類型請求權規範基礎尋覓而出，因此，民事訴訟法第 44 條之 3 與消保法第 50 條規定，可認係兼具實體法與程序法規定之性質。立法論上，禁止不同消保團體之重複提起，較符合紛爭解決一次性及防免裁判矛盾。因此，如欲消弭爭議，可於立法上再明文對於一特定團體起訴後，其他團體在提起訴訟時，法院應如何處理予以規範，以求相關程序之安定。

## 肆、結論

我國消費者保護法自施行以來，已逾十五年，關於消費訴訟部分，亦已累積諸多爭議案例。而相關爭議案例得否合理解決，現行規定有何不足之處，可歸納如下之結論：

一、消保法施行細則第 4 條規定將不動產包括於商品意義中，使諸多九二一地震之受害人得依消保法第 50 條讓與損害賠償請求權予消保團體而提起訴訟、抒解法院之眾多案源，有助於損害賠償訴訟對於造成損害原因事故之一致性認定，避免歧異之事實認定，達成一併紛爭解決之立法目的。此項規定雖與外國之立法例有所不同，但深具妥當性。

二、消保法第 7 條、第 7 條之 1 之特殊侵權行為立法方式，傳統民法侵權行為損害賠償之規定如民法第 184 條、第 191 條之 1 之舉證責任規定不同，導致實際案例上關於相當因果關係之舉證責任認定困難。實務對於消保法第 7 條之 1 企業經營者應舉證證明可合理期待之安全性之立法意旨，與傳統侵權行為損害賠償責任之不同，期待實務應在具體個案中貫徹新法之立法意旨，以達保護受害人之權益。

三、消保法第 50 條未採法定訴訟擔當之立法模式，固係考量多數讓與債權之受害人之損害賠償範圍無法一一於主文或附表中宣示，惟民事訴訟法第 44 條之 1 第 2 項之方式可考慮引進消保法第 50 條之規定。

四、消保法第 50 條規定中之損害賠償請求權範圍為何，涉及民法侵權行為、不完全給付、物之瑕疵擔保責任等諸多請求權規範基礎，如被害人之損害賠償範圍同一，則在單一損害賠償範圍之不同請求權規範基礎，應認為均同時讓與消保團體，因為實體法上權利僅屬同一，無法為不同之讓與客體。

五、消保法第 53 條之不作為訴訟，並未針對定型化契約條款之大量援用而產生對大量相對人損害類型予以規範，致使濫用定型化契約條款而受損害之相對人，無法尋求有效之權利救濟。此部分應予以明確立法。

六、我國實務上至今未見消保團體依消保法第 53 條或民事訴訟法第 44 條之 3 提起不作為訴訟。值得注意者，為高雄地方法院 89 年重訴字第 1118 號民事判決關於台灣自來水公司一案中，原告消費者保護協會受該 19,840 人消費者之權利對於自來水公司提起損害賠償訴訟，主張自來水水源經訴外人傾倒有害廢棄物，致自來水水源含有化學揮發物質，不服自來水法第 10 條之規定。且被告處理受污染水源添加大量氯而產生「三鹵甲烷」，對被害人受有精神及健康之損害。法院雖認定被告提供之商品(自來水)有安全或衛生上之危險，惟原告無法證明身體健康之損害而駁回原告之訴。實則本件之原告關於被告因提供之飲用水有安全或衛生之危險，應可提起不作為訴訟，請求法院禁止被告不得添加過量氯且不得取用受污染之水源，或可形成消保法第 53 條之指標性案例。

#### (四) 結論與建議

如上所述，我國針對消費者權益保護事項，特別制定消費者保護法，係採雙軌制立法。然此種方式，已使民法不再是規範私法關係之核心法典。債法體系中，消費者保護法所規範者皆屬私法交易關係之核心規定，已然和民法債編立於相同重要之地位。再者，隨著時代進步，諸如分時享有、電子商務等新型態交易類型所生之私法關係問題逐一發生，立法者必須隨時修訂消費者保護法，或者另行制定特別法解決這些新型態之私法關係問題。況現行交易型態上最常見之定型化契約條款，雖我國民法於第 247 條亦有所規定，但其僅係關於定型化契約條款有無顯失公平之規定，就當事人間有無一方使用定型化契約條款之情形、定型化契約條款是否已成為雙方契約之內容、定型化契約條款有無解釋上疑義、定型化契約條款無效等，民法並未無明文，但消保法則於第十一條至第十六條，設有詳細規定。因此，在非消費性定型化契約，若有關於前開問題時，消保法相關規定仍為其核心與詳細規範。是故，在立法體系上，或可參考德國於 2000 年 6 月民法修訂時，所採取之單軌制立法方式將消費者概念併入民法中，而避免另行制定消費者保護法或針對其他特殊類型之交易制定特別法，造成特別法之解釋與適用，將發展成越來越具獨立之特性，相對之下，亦將使民法典之適用愈來愈邊緣化。單軌制之立法，則可使債法的核心領域中建構一清晰可見、秩序井然之統一體系 (ein überschaubares einheitliches System)。

若仍欲維持目前之雙軌制立法體系，則首先應檢討者乃關於消費者保護法之適用範圍，最高法院將消費者保護法之適用限於「最終消費關係」，並認為例如保證契約、消費借貸契約等不適用之：「保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報酬，……尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係」。此項適用消保法之結果，即係對「特別法」性質之消費者概念予以嚴格解釋之結果，而未考慮消保法關於定型化契約條款之相關規定，較民法之唯一規定（即第二百四十七條之一）具體、詳細，於民法並未有一般性規定，而使得消保法之規定具有特別法之性質。況現代型交易中，與生產關

係相對立之使用商品或接受服務之行為實則為日常交易行為之一環，交易行為所需之資金提供（融資）亦扮演重要角色。因為傳統消費行為乃先有自有資金才從事交易或消費行為，企業經營者為追求利潤往往自行提供他方延後付款之機會，或由金融機構提供借款以支付價金。而金融機構為確保其借款之回收，亦往往尋求最大可能之擔保權利，如保證人、抵押權、動產抵押。此種與基本消費行為相結合之「借款融資」與「擔保約定」，乃現代交易之常態，故實則仍應將消費者保護法視為定型化契約條款之一般性規定，對於保證與消費借貸等定型化契約條款亦應有適用之餘地。

而就消費者保護法關於定型化契約條款之規範，則應注意關於消保法與民法第247條之1之規定間，實則不具有普通法與特別法之關係。其次，非消費性之定型化契約，亦具有一方享有締約地位優勢而可以自己預先擬定之定型化契約條款訂立契約之情形，此時縱為工程契約之法人承包商或未有消費行為之保證契約之保證人，仍有受定型化契約條款相關規制之必要性，故在解釋適用民法第247條之1時，仍應參考消保法相關規定，如第十二條至十五條。否則此種疊床架屋之立法模式，將導致法律是用輾轉曲折，甚而互相矛盾。抑有勁者，根本解決方法，亦將消保法相關規定移置於民法之中，始能令民事契約法之解釋適用有統一，體系和諧發展之可能。

而就關於消費爭議之訴訟，同樣的也因為我國消費者保護法對於消費訴訟的規範欠缺與不明確，而使其無法發揮完全之功效，例如關於消費者保護法第53條之不作為訴訟，並未針對定型化契約條款之大量援用而產生對大量相對人損害類型予以規範，致使濫用定型化契約條款而受損害之相對人，無法尋求有效之權利救濟。此部分應予以明確立法。或可仿德國單獨訂定不作為訴訟法。規定例得提起不作為訴訟之團體名單或消保團體提起之不作為訴訟勝訴者，該定型化契約條款之相對人得援引該勝訴判決為抗辯之特別既判力之規定等。