

法務部 100 年

「民法債編商品責任及定型化契約
規範之檢討—以交易地位的不對等及
消費者保護的發展趨勢」

委託研究案

研究成果報告書

執行單位：國立中正大學

計畫主持人：謝哲勝教授

協同主持人：吳光明教授

協同主持人：陳洸岳副教授

研究人員：楊宏暉助理教授

研究助理：林琮達中正大學碩士生

研究助理：崔積耀中正大學碩士生

研究助理：吳怡蓓政治大學碩士生

中 華 民 國 100 年 12 月 9 日

簡目

中文摘要.....	3
英文摘要.....	4
第一章、緒論.....	5
第一節、研究緣起.....	5
第二節、研究目的.....	5
第三節、研究範圍與研究方法.....	6
第四節、研究進度.....	6
第二章、定型化契約探討.....	8
第一節、我國法.....	8
第一項、基礎理論概說.....	8
第二項、法律規定.....	15
第三項、實務見解.....	31
第四項、小結.....	38
第二節、外國法.....	40
第一項、德國法.....	40
第二項、日本法.....	66
第三項、美國法.....	94
第四項、小結.....	104
第三章、商品責任探討.....	106
第一節、我國法.....	106
第一項、基礎理論概說.....	106
第二項、法律規定.....	111
第三項、實務見解.....	124
第四項、小結.....	132
第二節、外國法.....	134
第一項、德國法.....	134
第二項、日本法.....	151

第三項、美國法.....	170
第四項、小結.....	181
第四章、現行法規範模式檢討.....	184
第一節、學者專家意見.....	184
第二節、立法政策評估.....	186
第一項、修法的必要性.....	186
第二項、可行性評估.....	186
第五章、修法草案試擬.....	188
第一節、定型化契約部分.....	188
第二節、商品責任部分.....	193
第六章、結論.....	196
參考文獻.....	200
附件一、本計畫研究工作責任分配表.....	209
附件二、本案第一次小組會議紀錄.....	212
附件三、本案第二次小組會議紀錄.....	214
附件四、期中審查意見回覆整理表.....	219
附件五、期末審查意見回覆整理表.....	222
附件六、本案學者專家座談會會議紀錄.....	228

中文摘要

我國民法債編，依 89 年 5 月 5 日修正施行的民法第 191 條之 1 及第 247 條之 1，已明訂有關商品責任與定型化契約的規定，惟依 83 年 1 月 13 日施行的消費者保護法，亦分別於第 7 條規定企業經營者責任、第 8 條規定經銷或擬制企業經營者責任及第 9 條規定輸入商品或服務的企業經營者責任，並另以第 12 條規定定型化契約違反誠實信用原則的效力等相關規定，其結果使民法與消費者保護法的規範交錯，形成一種極具我國特色的雙軌制。在這樣的規範模式之下，其中所衍生的法律問題及對於消費者保護任務的實踐能否達成，皆有研究的餘地。關於商品責任與定型化契約內容的規範，涉及私法自治與管制的平衡，對此一價值衡量固可參酌外國立法例，但更應以我國實務經驗為本，方能貼近我國民情與社會現況。因此，本案於研究方法上，藉由對法律規定、學者見解、法院相關判決、及外國立法例的整理分析，並採取（一）文獻分析法（二）焦點團體法（三）立法政策評估。以期將本案所研究的議題，建立在具有廣度及深度的研究架構下進行。

本案在研究上的重要發現及主要建議如後，首先就我國定型化契約部分而言，近年實務適用定型化契約相關規定的實際案例與爭議的重要問題有二。第一、實務與學說對是否構成消費關係產生歧異；第二、在民法第二百四十七條之一及消費者保護法第十二條有關定型化契約條款效力控制，實務在適用上略顯保守。再來，觀察德、日三國定型化契約規範立法例，皆朝向體系單一的立法為目標，採取單一規範模式思維邏輯上較為一貫，在適用與解釋上亦較為簡易，可避免一些無謂的法條適用爭議，就此可供我國加以參考；其次就我國商品責任部分而言，相關規定的實際案例與爭議的重要問題有四。第一、當學理在處理民法與消保法上的商品責任，請求權競合的關係時，有不同見解，反觀實務對此議題則無重大歧見；第二、學理上對於消保法上商品責任的保護主體實務及學說亦有歧見；第三、學理及實務，對於所謂純粹經濟上損失與商品自傷多未區別；第四、在消保法上的商品責任如何適用消滅時效的議題。再來，關於商品責任，法院對於相關爭議已逐漸作出穩定的見解，又美國法侵權行為法整編第三版商品責任的規範針對商品責任的主體、客體而言，皆較為我國來得詳盡，足供我國參考。

本案藉由座談會聽取學者專家意見，檢討現行法規範模式，並提出立法政策評估。最後，本案總結認為有修法的必要性，因而提出民法定型化契約和商品責任的修正草案。

關鍵字：定型化契約、商品責任、民法第二四七條之一、民法第一九一條之一、契約

Abstract

Article 191-1, 247-1 of the Civil Code-Obligations, enacted on May 5, 1989, stipulates “Standard-form contract” and “Products Liability.” Article 7, 8, 9, 12 of Consumer Protection Act, implementation on January 13, also stipulates

“Standard-form contract” and “Products Liability.” The double legislation forms a very unique two-track system in our country. In this model, it is worthy of exploration of concerning legal issues and how to implement the task of the protection of consumer. It is a balance between autonomy and regulation concerning the provision of “Standard-form contract” and “Products Liability.” This project, by collecting and analyzing the provisions of the statutory law, scholars opinions, judicial decisions, and foreign legislations , and from the approaches of (1) material analysis (2) focus group (c) legislative policy evaluation, hope to research the theme based on a framework of broadness and depth.

Important findings and major suggestions of this research are listed below:

Firstly, concerning standard form contract, there are two major issues. One is the definition of consumption. Another is the effectiveness of the clause of standard form contract. Compared to concerning law of Germany, and Japan, which are all single legislation, the double legislation of our country seem to be complicated. It is worthy of reference to those foreign legislation.

Secondly, concerning product liability, there are four major issues. The first is the different opinions among scholars concerning how to interpretate the claim separately deriving from the Civil Code and Consumer Protection Act. The second is the subject of protection concerning product liability of the Consumer Protection Act. The third is whether there are no differentiation of pure economic loss and defective product itself. The fourth is the statute of limitation of product liability of the Consumer Protection Act. Concerning product liability, the restatement of the law torts : Product liability also provides more detailed rules. It is worthy of reference to those foreign legislation.

Collecting opinions of scholars and professionals, by workshop of focus group, this research evaluates the current regulations, and submits legislative policy evaluation. Finally, this research concludes that it is necessary to amend the current regulations and propose a draft of amendments to current regulations.

Keywords: contract, standard form contract, product liability, Civil Code article 247-1, Civil Code article 191-1

第一章、緒論

第一節、研究緣起

我國民法債編，依 89 年 5 月 5 日修正施行的民法第 191 條之 1 及第 247 條之 1，已明訂有關商品責任與定型化契約的規定，惟依 83 年 1 月 13 日施行的消費者保護法，亦分別於第 7 條規定企業經營者責任、第 8 條規定經銷或擬制企業經營者責任及第 9 條規定輸入商品或服務的企業經營者責任，並另以第 12 條規定定型化契約違反誠實信用原則的效力等相關規定，其結果使民法與消費者保護法的規範交錯，形成一種極具我國特色的雙軌制。在這樣的規範模式之下，其中所衍生的法律問題及對於消費者保護任務的實踐能否達成，皆有研究的餘地，我國學者不乏已意識到此議題¹。因此，現行民法債編和消費者保護法就商品責任及定型化契約的交錯規範，是否妥當？是否衍生法律解釋適用的問題，即值得加以研究，作為立法政策評估的參考，此即為本計畫的研究動機。

第二節、研究目的

目前各級法院針對民事商品責任與定型化契約的規範與消費者保護法的適用關係多有不同見解，此一法的不確定性，影響國民的權益，實有加以統整釐清的必要。經由系統化歸納目前實務相關爭議問題，應可清楚呈現其中疏漏或重複規定的部分，以便將之重整，化繁為簡或彌其不足。此舉不僅可使消費大眾與企業經營者都能清楚知悉自身的權利義務，更能提高行政效能，增進各主管機關與法院對商品責任與定型化契約內容的實質管控能力。

又有鑑於民法上的商品責任與定型化契約規範與消費者保護法上的規範不盡一致，應可參考外國法制，將該等責任配合我國實務及我國國情，作一合理的法律政策評估，提出有效的解決方案或配套措施，如此方能確保未來法院或主管機關執法管制的順暢。

最後，關於商品責任與定型化契約內容的規範，涉及私法自治與管制的平衡，對此一價值衡量固可參酌外國立法例，但更應以我國實務經驗為本，方能貼近我國民情與社會現況。因此，本計畫藉由對法律規定、學者見解、法院相關判決、及外國立法例的整理分析，提出期中研究報告供學者專家於焦點座談會進行討論，以符合審議式民主的方式。本計畫將依據學者專家座談會結論，作為是否修法的建議依據，並提出相關立法政策評估，如學者專家多數認為有修法的必

¹ 楊淑文，「消費者保護法與民法的分與合一雙軌制立法下的消費者與消費關係」，政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，頁 151-199，元照，2011 年 5 月。陳忠五，「論消費者保護法商品責任的保護法益範圍」，台灣本土法學，第 134 期，頁 77-96，2009 年 8 月；張志朋，論我國商品責任之請求權主體－消費者與第三人之區別性與必要性，頁 5，新學林，2005 年 9 月；曾品傑，「論消費者保護法上之商品責任－以商品自傷之損害賠償為中心」，頁，月旦民商法雜誌，頁 10-39，第 27 期，2010 年 3 月。

要，本計畫也將在期末報告提出修法草案，作為將來修法的參考。

第三節、研究範圍與研究方法

本計畫主題為：「民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討—以交易地位不對等的平衡及消費者保護的發展趨勢為例」，因而研究範圍即限定在民法及消費者保護法關於商品責任及定型化契約的規範，並側重在交易地位不對等的平衡及消費者保護的發展趨勢的探討。雖然計畫主題商品責任排列在先，但因發生商品責任，也可能有定型化契約，而契約責任先於商品責任而發生，因此，本計畫先探討定型化契約，然後才探討商品責任。

本計畫將由本計畫團隊的成員：謝哲勝教授（留美）、吳光明教授（訪德、美、奧研究）、陳洸岳副教授（留日）、楊宏暉助理教授（訪德研究），先採小組分工方式，分頭進行各自負責部分的研究，最後再做綜合討論。在研究方法上，採取（一）文獻分析法：針對 1.美國、日本、德國商品責任及定型化契約的立法例為探討。2.國內外政府出版品、專家學者論著、網路資訊等文獻資料的蒐集研究。3.我國法院實務判決見解的彙整分析。（二）焦點團體法：為廣徵各界意見，針對本計畫主題法制面及執行面，擬邀請機關人員、專家學者代表及法院實務工作者（實際出席代表及人數與貴部協商後定之），就設定的幾個具體討論題綱（修法方向），舉行研討會（或座談會）提供意見，作為提出本計畫政策建議的依據。

（三）立法政策評估：就前述座談會討論中最多人支持的方案，作可行性評估分析，並提出修法草案，作為修法討論的參考。

第四節、研究進度

本計畫研究期間如下表所示，共計 7 個月，本案研究成果報告書的內容，係根據審查委員及各方學者專家提供的意見，作最後的修正。

計畫執行進度表（依簽約日加計 7 個月）

（以甘特圖（Gantt Chart）列明本計畫各工作項目預定進度）

工作項目	工 作 執 行 完 成 時 程											
	100 年 3 月	100 年 4 月	100 年 5 月	100 年 6 月	100 年 7 月	100 年 8 月	100 年 9 月	100 年 10 月	100 年 11 月	100 年 12 月		
蒐集、整理、 分析，國內外 相關資料			■									
召開第一次小 組會議					■							
提交期中報告 初稿與進行審 查						■						
依期中審查意 見補充、修正 並提交修正後 期中報告書						■						
召開第二次小 組會議							■					
舉行座談會							■					
提交期末報告 初稿與進行審 查								■				
依期末審查意 見補充、修正 並提交修正後 期末報告書								■				
繳交正式研究 報告及電子檔 案									■			
已執行進度 累計百分比			20%	30%	40%	50%	60%	70%	100%			

第二章、定型化契約探討

第一節、我國法

第一項、基礎理論概說

壹、契約自由及其限制

一、契約自由原則

十九世紀以來，個人主義興起，契約自由成為近代私法三大原則之一。契約法用來規範各種自願的交易，因為自願的交易會產生消費者剩餘和生產者剩餘，如無外部性，二者相加即是此次交易對社會產生的福祉。每個人都會為了追求個人福祉而努力，對雙方當事人有利，才會有自願交易，因而自願交易必然會產生福祉，在法制上即設計以契約自由原則作為鼓勵交易的手段¹。在契約自由原則下，私法承認當事人間得以自己的意思為基礎，形成彼此間的規範依據，塑造相互間的法律關係，而且賦予如同國家法般的效力，如其中一方違反約定，當事人可藉由國家機關強制其履行或請求損害賠償²。然而，自由訂定的契約必須符合法律規範下始能發生上述效力，例如不得違反強行或禁止規定、當事人須具備行為能力、意思表示無瑕疵等。

一般而言，契約自由有五項內涵³：(a)締約自由：當事人得自由決定是否與他人締結契約；(b)相對人自由：當事人得自由決定與何人締結契約；(c)內容自由：雙方當事人得自由決定契約之內容；(d)變更或廢棄之自由：當事人得於締約後變更契約內容，甚至合意解除前契約；(e)方式自由：即契約之訂立不以踐行一定方式為必要。

契約自由也是憲法所保障的人民基本權利，依照司法院大法官會議釋字第五百七十六號解釋理由書表示：「…契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第 14 條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第 22 條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。」

每個人都是自己利益的最佳決定者，在符合完全競爭市場的前提下，自由交易是符合效率的，契約自由也因而符合效率。因此，契約自由的理想情況為締約雙方當事人基於平等的社會或經濟地位，經理性及審慎的思考，就雙方彼此生活資源做一其主觀上認為最合理適當的分配，理論上可以產生最大的社會福祉，而

¹ 參閱謝哲勝，「契約自治與管制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 24，2005 年 9 月。

² 參閱陳聰富，「社會問題與契約管制之界限」，月旦法學雜誌，第 134 期，頁 83，2006 年 7 月。

³ 參閱王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，頁 80，自版，2009 年 9 月增訂版；邱聰智，新訂民法債篇通則(上)，頁 62、63，自版，2000 年 9 月新訂一版。

且給付與對待給付間價值是否相當，概依當事人間的價值判斷，立法者或法官不可以自己的主觀價值判斷取代當事人間的價值判斷⁴。

契約自由的功能也有助於簡化與彈性⁵，簡化在於減少交易成本，減少交易成本，可以促進交易，因而增加福祉。彈性在於符合各種交易需求，使當事人於法律無明文規定的情形下，形塑出符合自己需求的規範，才不會使社會上的交易受到法定契約種類的拘束，而影響交易的意願。

二、契約自由的限制

如前所述，契約自由是假設自願的交易會產生福祉，而且是符合效率的，假設存在完全競爭市場，因此，如不存在完全競爭市場的假設條件，放任市場運作（契約自由），就未必符合效率。完全競爭市場的假設條件之一是買賣雙方締約地位的平等，如買賣雙方締約地位不平等，就不存在完全競爭市場，放任市場運作，也不符合效率。

工業革命後，資本主義及市場經濟的採行，造成資本集中，產生許多大企業家，掌握著大量資源，與一般平民百姓產生經濟能力上的懸殊差距，接近資訊的機會也不平等，造成締約地位的不平等。如放任市場運作，往往造成大企業家，以其社經地位的優勢，藉由契約自由來壓迫經濟上弱者，產生形式上具契約自由，但實質上經濟上弱者並不能以契約自由來追求其最大利益的情形，與契約自由的原始精神背道而馳。此時國家為照顧經濟上弱勢人民，使社會資源能合理分配，即有對契約自由加以限制的必要。

針對契約自由的限制，司法院大法官於釋字第五百八十號解釋理由書中明確表示「…基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換。憲法第 15 條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源；憲法第 22 條保障人民之契約自由，使契約當事人得自由決定其締約方式及締約內容，以確保與他人交換生活資源之自由。惟因個人生活技能強弱有別，可能導致整體社會生活資源分配過度不均，為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第 23 條比例原則之範圍內，以法律限制人民締約之自由，進而限制人民之財產權。」

一般而言，國家可藉由下列數種方式來對契約自由加以限制⁶

(一)強制締約

對當事人限制其是否訂立契約的自由即是強制締約⁷。換言之，指一方對於相對人的請求，負有非有正當理由不得拒絕的義務⁸。例如醫師對於危急的病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延⁹；中華郵政公司非

⁴ 參閱陳自強，契約之成立與生效，頁 155，學林文化出版公司，2002 年 3 月。

⁵ 同前註，頁 153。

⁶ 參閱孫森焱，新版民法債篇總論上冊，頁 36-39，自版，2004 年 10 月修訂版。

⁷ 參閱黃立，「契約自由之限制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 8，2005 年 10 月。

⁸ 參閱王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，頁 84，自版，2009 年 9 月增訂版。

⁹ 醫師法第二十一條。

依法規，不得拒絕郵件的接受及遞送。但禁寄物品或郵件規格不符中華郵政公司公告者，不在此限¹⁰；電信事業非依法律，不得拒絕電信的接受及傳遞。但對於電信之內容顯有危害國家安全或妨害治安者，得拒絕或停止其傳遞¹¹。不得選擇相對人

(二)相對人自由受到限制

如前述，醫師沒有選擇相對人（病人）的自由受到限制，中華郵政選擇相對人（郵件寄件人）的自由受到限制。

(三)內容限制

即對當事人就契約內容決定的自由加以限制。例如土地法第 97 條、第 98 條及第 111 條對房屋及耕地租金的限制；民法第 247-1 條與消費者保護法第 12 條對定型化契約條款效力的控制。

(四)方式限制

對契約締結方式自由加以限制，強制當事人需依照一定方式，如當事人未依一定方式締約，則可能無法產生當事人所欲形成的法律效力。例如期限逾一年的不動產租賃契約應以書面訂之，如未以書面訂之，依民法第 422 條視為不定期租賃。

貳、定型化契約的基礎理論

一、定型化契約的意義

依消費者保護法第 2 條第 9 款之規定，定型化契約指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。而定型化契約條款依消費者保護法第 2 條第 7 款的定義為：企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。學者黃立教授認為消費者保護法第 2 條第 7 款將定型化契約條款限定於「訂立同類契約之用」，與德國法相較，明顯畫地自限，並不妥適¹²。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。可知判斷契約是否為定型化契約，重點在於系爭契約中有無採用定型化契約條款。

從消費者保護法第 2 條第 7 款的文義可知，定型化契約條款為「企業經營者預先擬定」，而在訂立契約時，經消費者同意該條款成為契約內容，此點乃定型化契約條款與個別磋商條款的最大差異點。依消費者保護法第 2 條第 8 款定義，個別磋商條款指契約當事人個別磋商而合意的契約條款，其與定型化契約條款的區別實益在於：1. 定型化契約條款如有疑義，應為有利消費者的解釋(消費者保護法第 11 條第 2 項)；2. 定型化契約條款與個別磋商條款牴觸時，其牴觸部分無效(消費者保護法第 15 條)。契約中可能皆定型化契約條款或皆個別磋商條款，也有可能定型化契約條款及個別磋商條款各占契約內容一部分，但不問二者比例如何，

¹⁰ 郵政法第十九條。

¹¹ 電信法第二十二條。

¹² 參閱黃立，「消保法的定型化契約條款(一)」，月旦法學教室，第 15 期，頁 100，2004 年 1 月。

只要在契約內容中有定型化契約條款，該契約即為定型化契約，須受消費者保護法第二章第二節的規範。

至於個別磋商條款是否需受民法及消費者保護法有關定型化契約相關規定的規範，學者間則有不同意見。曾品傑教授¹³認為在個別磋商條款，當事人意思得以反映於契約內容中，故除違反強行或禁止規定，或違背公序良俗外，應基於當事人意思自主原則，尊重該契約的效力，並無適用民法或消費者保護法有關定型化契約規定的餘地。朱柏松教授¹⁴認為對定型化契約進行解釋或對契約效力予以論斷時，應區分定型化契約條款與個別磋商條款而異其區處，似亦採取否定見解。陳聰富教授¹⁵認為需探究消費者於資訊獲取能力及協商談判的過程，是否能真正透過談判影響契約實質內容，以決定個別磋商條款是否需受定型化契約規範的適用。最高法院於 99 台上 1908 號判決表示：「…系爭訂購辦法既係契約雙方協議之結果，非屬上訴人單方製作之定型化契約，即無民法第 247 之 1 規定之適用。」似採取上述否定見解。

二、定型化契約規制¹⁶的考量因素

定型化契約既有其實益，而被廣為使用，則在限制當事人利用定型化契約條款締約的自由時，以下因素應加以考量：

(一)締約成本

定型化契約之所以被大量運用，其中一重要原因，即為使用定型化契約可以減低締約成本。使用定型化契約可使企業經營者不需於每次交易中，逐一與對造就交易條件進行磋商，並可免除磋商代理人因故意或過失行為而生的責任¹⁷。減低締約成本，即減少交易成本，將促進交易發生，增進個人及社會福祉，這是定型化契約被廣為使用的理由。

(二)契約正義

契約正義係屬平均正義，有二項主要內涵：1.給付與對待給付間具等價性；2.契約負擔與危險的合理分配¹⁸。如果企業經營者對定型化契約條款的使用目的，在於不公平地排除法律上對己不利的任意規定、增加相對人負擔、分配契約危

¹³ 參閱曾品傑，「論附合契約與定型化契約之基本問題」，收錄於氏著財產法理與判決研究(一)，頁 87-88，元照有限公司，2007 年 9 月。

¹⁴ 參閱朱柏松，「民法定型化契約規範之適用與解釋」，月旦法學雜誌，第 54 期，頁 55，1999 年 11 月。

¹⁵ 參閱陳聰富，「契約自由與定型化契約之管制」，月旦法學雜誌，第 91 期，頁 58，2002 年 12 月。

¹⁶ 「規制」一詞，望文生義，似乎可以理解為以規則（規範）加以限制（管制），為許多學者在探討就當事人訂定定型化契約的自由加以限制時所使用，與「限制」與「管制」二詞，似乎是同義異詞，如同契約自由與限制，和契約自治與管制，也是同義異詞。

¹⁷ 參閱詹森林，「定型化契約條款效力之規範」，收錄於氏著民事法理與判決研究(四)，頁 136，元照有限公司，2006 年 12 月。

¹⁸ 參閱王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，頁 81-83，自版，2009 年 9 月增訂版。

險，此時定型化契約條款使用者，為了追求自己的利益，不顧相對人的權益，而違反契約正義，即須對定型化契約加以調整¹⁹。

(三) 締約地位不對等

就相對人而言，其接受定型化契約的理由，往往為不利用定型化契約條款，則個別交易成本過大。相對人不對定型化契約加以爭執，通常是因為分析定型化契約的內容再加以爭執、或尋找其它較有利的交易條件所花費的成本，可能與交易可獲得的利益不成比例，尤其在欲爭取的有利條款發生機率可能不高時，更顯而易見。個別談判交涉對相對人交易成本過高，故無法期待相對人對每次交易都採取個別磋商來保護自身利益，因此，相對人顯處於不利地位，構成締約地位不平等，因而有對定型化契約加以控制的必要²⁰。

在資本主義及市場經濟發達的現代社會，個人與企業經營者的經濟能力懸殊，企業經營者以其雄厚的經濟實力，事先預請法律專業者擬定定型化契約條款，相對人往往不易理解艱澀難懂的法律文字，無法知悉其所表示的法律意含及其將產生的法律效果。即使知悉，也常因企業經營者對市場的獨占或寡占，使消費者缺乏選擇的機會，只能接受或拒絕該定型化契約，對契約內容並無調整或協商的機會，締約地位不平等，顯而易見，更有對定型化契約加以控制的必要²¹。

最高法院 99 台上 1742 號判決表示：「系爭工程為管線遷移工程，施工項目包含通訊管線及交控設備遷移，計價項目總計一百四十九項，有詳細價目單在卷可稽。參酌系爭工程總價及施工項目多且繁雜，顯非未具規模又無專業能力之一般廠商所能承攬，且兩造均不爭執上訴人為專業廠商等情，堪認上訴人為頗具規模並有專業技能，及具市場經驗之公司，非屬經濟弱勢一方，而毫無議約磋商能力。況系爭契約為工程承攬契約，上訴人既為專業廠商，當有能力本於專業知識、經驗評估其自身條件及獲利情形，以決定締約與否，且兩造於締約時已有詳載各工項單價之價目單可供參酌，參以系爭契約第二十二條尚有手寫加註，再由上訴人法定代理人蓋章確認，顯見契約條款內容已就上訴人對個別條款之意見手寫加註，是上訴人於簽訂系爭契約時，對於條款內容，非無磋商、變更之餘地，顯非民法第二百四十七條之一規定適用對象，亦無顯失公平情事，而無特別保護之必要，上訴人主張系爭契約第四條為附合契約條款云云，自屬無據。」，即強調以當事人間締約地位，作為是否調整定型化契約內容的判斷依據。

(四) 市場失靈

契約法是用來規範各種自願的交易，而自願的交易就形成市場，契約自由就如同完全競爭市場，而對契約自由的管制，就如同對市場的管制。如前所述，自願的交易會產生福祉，因此法制上以契約自由鼓勵交易，藉由越多的交易創造越多的社會福祉。契約自治就當事人而言，可以簡化交易成本滿足交易所需，形成

¹⁹ 參閱詹森林，註 16 文，頁 136-137；陳自強，註 17 書，頁 197。

²⁰ 參閱陳自強，契約之成立與生效，頁 196，學林文化出版公司，2002 年 3 月。

²¹ 參閱黃立，民法債篇總論，頁 91，元照出版公司，2000 年 9 月二版；孫森焱，民法債篇總論（下），頁 694，自版，2000 年 3 月修訂版。劉春堂，民法債篇通則（一），頁 108，自版，2001 年 9 月。

福祉極大，成本極小的境界，換句話說，契約自由原則上可以同時滿足公益及私益，當藉由促進私益的行為，可以同時促成公益時，國家機關並無干涉契約自由的理由。當契約自由存在不完美的因素，產生市場失靈現象，使得促進私益的行為，無法同時促成公益時，國家機關才有理由藉由干預契約自由，影響人們行為的誘因，而達到調整人們行為以符合公益的目的²²。

惟有管制的理由不等於有管制的必要，必須管制所促成的利益，大於管制所造成的成本，才有管制的必要。司法院大法官會議解釋第五百七十六號及第五百八十號由憲法第 14 條、第 15 條及第 22 條導出契約自由的憲法依據，明確表示契約自由係人民受憲法所保障的基本權利，故國家機關任何對契約自由的管制，皆為對基本權利所加的限制，須受憲法第 23 條比例原則的拘束。

管制的必要性必須符合二要件：(一)契約自治無法達到福祉最大；(二)管制所產生的福祉高於管制的成本²³(狹義比例性原則)。契約自治無法達到福祉最大的情形，即契約自治的不完美處，例如：在獨占的情形，生產者具有決定價格的能力，就能將價格提高而使其產生獲利最大，結果將造成交易數量減少，產生的社會福祉也因而減少，此時國家機關就有介入必要²⁴。

對定型化契約的管制亦屬對契約自由的管制，也就是對自由市場的管制，自不能免於上述對管制要件的要求。在定型化契約造成市場運作不符合效率的原因，特別值得強調的是「資訊的不對稱」，所謂資訊不對稱適用於定型化契約係指使用定型化契約的當事人，對於定型化契約條款內容的理解，遠勝於他方當事人²⁵。處於資訊劣勢的相對人，因交易成本或智識能力不足的原因，通常無法對契約的全部內容與定型化契約條款的使用者進行實質的磋商，只能針對其中幾項其較為重視的內容與約款使用人協商，約款使用人即可藉此機會，利用定型化契約條款作成有利自己的安排，例如免責約款等，此時約款使用人因資訊的不對稱獲得締約的優勢，相對人處於不利的締約地位，而使市場無法有效率運作²⁶。如國家機關經衡量後，確認管制所促成的利益大於管制所造成的成本，才可對定型化契約加以管制。

參、定型化契約的規制種類

定型化契約如果有規制的必要，規制的種類也有多種，並不限於行政或立法規制，說明如下：

一、自律規制

自律規制，指透過定型化契約約款使用人及各行各業所組成的公會，對其自身或會員所使用的定型化契約加以審查²⁷，惟其實際產生的規制效果如何，在利

²² 參閱謝哲勝，「契約自治與管制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 23-25，2005 年 9 月。

²³ 參閱謝哲勝，「契約自治與管制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 29，2005 年 9 月。

²⁴ 參閱謝哲勝，註 22 文，頁 29-30。

²⁵ 參閱楊芳賢，「定型化契約條款的規制」，政大法學評論，第八十六期，頁 65，2005 年 8 月。

²⁶ 同前註，頁 66。

²⁷ 參閱劉宗榮，定型化契約論文集，頁 96，三民書局，1993 年 9 月再版。

益衝突下，則常被質疑。

二、行政規制

行政規制，指行政機關基於法律的授權，對定型化契約採取事前審查核准、事後查核監督及提供定型化契約範本等措施，對定型化契約加以審查²⁸。依消費者保護法第 17 定：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項²⁹。違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。」，且依消費者保護法施行細則第 15 條 2 項規定：「中央主管機關公告應記載之事項，未經記載於定型化契約者，仍構成契約之內容。」

行政規制可能為事前管制(例如公布定型化契約應記載及不得記載事項)，而且是主動管制，可發揮全面且立即的效果，為其優點；相反地，事前且全面的管制，對當事人契約自由的限制也比較大，在管制的必要性衡量方面，即須審慎為之³⁰。如果逾越必要性，行政規制也可能違反憲法第 23 條。

三、立法規制

立法規制，指立法機關制訂規制定型化契約的法律，以強化弱勢相對人的地位，同時作為行政規制及司法規制的依據³¹。在我國對定型化契約最主要的立法規制依據，為民國 88 年修正通過的民法債編第 247 條之 1 及民國 83 年通過的消費者保護法第 2 章第 2 節【定型化契約】的相關規定。

四、司法規制

司法規制，指藉由法院於涉訟的個案中，審查契約的內容，決定是否有必要限制某些定型化契約條款的效力，甚至宣告定型化契約條款無效。司法管制屬事後管制，而且是被動管制，在當事人締約過程中不須介入，無須太多管制人力，又因是事後管制、個案管制，對當事人契約自由影響較小，然而卻也同時成為其難以發揮立即且全面性效果的缺點。

經行政規制的定型化契約條款，是否仍須受司法規制的拘束？對此問題，學者見解不一，說明如下：

主張否定說的學者，例如劉宗榮教授，認為經行政規制的定型化契約條款，於「一定期間」內可免於司法規制，其理由為：1.維持行政規制的權威性；2.可保持定型化契約條款的穩定性，俾便企業者估計成本；3.鼓勵企業者將定型化契約條款送審，以擴大行政規制的功能³²。

主張肯定說的學者，例如詹森林教授，則認為主管機關的事前核准，係屬定型化契約條款使用人與政府機關的行政法律關係，而定型化契約條款使用人與相

²⁸ 參閱劉春堂，判解民法債篇通則，頁 25，三民書局，2010 年 9 月修訂六版。

²⁹ 行政院消費者保護委員會日前針對文教補習類、休閒旅遊類、車輛房屋類等 12 大類交易事項，公布有定型化契約應記載及不得記載事項，請參見行政院消費者保護委員會網站 <http://www.cpc.gov.tw/index.asp>(最後參訪日 2011 年 7 月 15 日)

³⁰ 參閱謝哲勝，「契約自治與管制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 26，2005 年 9 月。

³¹ 參閱劉春堂，判解民法債篇通則，頁 24，三民書局，2010 年 9 月修訂六版。

³² 參閱劉宗榮，「論免責約款之控制體系(上)」，頁 238-241，台大法學論叢，第十二卷第一期，1982 年 12 月。

對人締結的定型化契約，屬私法上的契約關係，當應由司法機關作其約款效力的最後決定³³，況且司法院大法官釋字第二百一十二號解釋文表示：「法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以引用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第一三七號解釋即係本此意旨；司法行政機關所發司法行政上之命令，如涉及審判上之法律見解，僅供法官參考，法官於審判案件時，亦不受其拘束…」，故經行政審核過的定型化契約條款，仍應受司法的審查，法院仍得依消費者保護法第 12 條或民法第 247 條之 1 宣告其無效³⁴。

第二項、法律規定

壹、民法原有規範機制

在民法第 247 條之 1 制定前，原有的條文也可作為對定型化契約的規範，說明如下：

一、強行規定

依民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」，故如定型化契約條款違反強制或禁止規定，依民法第 71 條即歸無效，無再適用民法第 247 條之 1 或消費者保護第 12 條的餘地³⁵。例如定型化免責條款中約定免除約款使用人的故意或重大過失責任，該約款因違反民法第 222 條故意或重大過失不可預先免除的強行規定而無效；或以揭示限制或免除場所主人民法第 606 條至第 608 條的責任，依民法第 609 條的規定，其揭示也是無效。

依民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」，於民國 88 年民法債編修正通過第 247 條之 1 前，最高法院對於定型化契約條款效力的控制，多以此為依據，例如勞動契約中的單身條款³⁶及 73 年度第十次民事庭會議³⁷。

³³ 相同見解，王澤鑑，「定型化旅遊契約的司法控制」，收錄於氏著民法學說與判例研究(七)，頁 65-66，自版，1994 年 8 月四版。

³⁴ 參閱詹森林，「定型化約款之基本概念及其效力之規範」，收錄於氏著民事法理與判決研究(三)，頁 48-49，自版，2003 年 8 月。

³⁵ 參閱詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展」，收錄於氏著民事法理與判決研究(四)，頁 164，自版，2006 年 12 月。

³⁶ 參閱王澤鑑，「勞動契約上之單身條款基本人權與公序良俗」，收錄於氏著民法學說與判例研究(七)，頁 36-55，自版，1994 年 8 月四版。

³⁷ 最高法院 73 年度第十次民事庭會議決議：甲種活期存款戶與金融機關之關係，為消費寄託與委任之混合契約。第三人盜蓋存款戶在金融機關留存印鑑之印章而偽造支票，向金融機關支領款項，除金融機關明知其為盜蓋印章而仍予付款之情形外，其憑留存印鑑之印文而付款，與委任意旨並無違背，金融機關應不負損害賠償責任。若第三人偽造存款戶該項印章蓋於支票持向金融機關支領款項，金融機關如已盡其善良管理人之注意義務，仍不能辨認蓋於支票上之印章係偽造時，即不能認其處理委任事務有過失，金融機關亦不負損害賠償責任。金融機關執業人員有未盡善良管理人之注意義務，應就個案認定。至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，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效。

民國 88 年修正通過的民法債編第 739 條之 1 規定：「本節所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄。」，而且依民法債編施行法第 33 條的規定，本條可溯及適用於債編修正通過前的保證契約，故如保證契約中約定保證人預先拋棄民法保證一節所規定保證人的權利，該約款即違反民法第 739 條之 1 的強行規定而無效。應留意「不得預先拋棄」，而非「不得拋棄」，基於財產權可以自由拋棄原則，本條文的規定，並非禁止保證人拋棄民法保證一節所規定保證人的權利。而是債權人不得藉由保證人不知其有此權利，或思慮不周下，藉由優勢的締約地位，讓保證人拋棄其固有的權利。

二、締約過程的規範

約款的相對人如於訂立契約的過程中，意思表示如有瑕疵或錯誤的情形，可依民法第 86 條以下的規定撤銷其意思表示，使定型化契約條款歸於無效。例如賣方以不作為詐欺的方式將泡水車出賣給買受人，買受人可主張撤銷其意思表示³⁸。又定型化契約約款使用人係乘相對人急迫、輕率或無經驗，而締結定型化契約，依其情形顯失公平，法院得依相對人的聲請，依民法第 74 條暴利行為的規定，撤銷定型化契約。

三、任意規定

基於私法自治原則，而且契約自由是憲法所保障的人民的的基本權利，法律所為關於契約的規定，除非符合憲法第 23 條的要件，僅能視為任意規定，僅在補充當事人意思的不足。故民法債編的規定多屬任意規定，當事人得以合意加以變更。

然而，任意規定與強行規定皆屬立法者所為對雙方皆大致符合公平正義的價值判斷，當事人變更任意規定，如導致契約顯失公平，則不符合契約正義，法院仍得對定型化契約條款的內容加以調整。消費者保護法第 12 條第 2 項第 2 款的規定，即彰顯此一法理。

關於任意規定規制的必要性，可舉最高法院九十九年度台上字第七四七號判決加以補充說明，本件判決的被上訴人表示：「…系爭合約約定對伊請求懲罰性違約金，係上訴人單方預定用於同類工程承攬契約之條款，性質上為附合契約，且違約金之金額等同系爭工程總價額，明顯有失公平，依民法第二百四十七條之一第二款規定，應屬無效。況兩造就逾期之違約責任已於系爭合約第八條第三項為特別約定，無從適用該合約第二十八條懲罰性違約金約款。又系爭合約約定每逾期一日應罰總工程款千分之一，顯屬過高，應予酌減等語，資為抗辯。」即被上訴人主張雙方的違約金約款，(1)依民法第二百四十七條之一的規定應屬無效，(2)違約金約定過高，請求法院依民法第二百五十二條予以酌減。此時，如最高法院認為雙方違約金的約定確屬過高，但依民法第二百五十二條加以酌減後即可平衡雙方當事人的權益時，法院即不可依民法第二百四十七條之一的規定認定違約金約款無效，因【酌減】相較【無效】乃是對當事人契約自由較小的侵害，

³⁸ 最高法院 33 年上字 884 號判例。

法院基於憲法第二十三條比例原則的要求，應選擇對人民基本權利侵害較小的選項，始可避免遭受違憲的質疑³⁹。

貳、民法第 247 條之 1

一、構成要件

(一) 一方預定用於同類契約的條款

依民法第 247 條之 1 法條文字，其規範標的為「當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約」，立法理由稱為「附合契約⁴⁰」。民法第 247 條之 1 的適用前提，須當事人一方事先預擬一定的條款，後經相對人同意該條款為契約內容，如雙方當事人對該條款未經意思表示合致，則契約尚未成立，無適用民法第 247 條之 1 的餘地。學者黃立教授認為，本要件重點應在「一方當事人」事先預擬，是否預定用於同類契約其實並不重要，我國法將之作為適用要件，並非妥適⁴¹。所謂當事人預定，不以親自擬定為必要，也無須與不定多數人訂立契約之用途為目的。例如坊間房屋租賃契約多利用文具店所販賣的契約範本，出租人持之與承租人訂立租賃契約，也屬民法第 247 條之 1 所稱的附合契約⁴²。

定型化契約的訂立，是否須如同消費者保護法第 13 條第 1 項：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。」及消費者保護法第十四條：「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。」始得成立，學說上有不同見解。孫森焱教授認為上開二條係參考德國一般交易法第 2 條與第 3 條所訂立，而 2002 年 1 月施行的德國債務法現代化法第 305 條以，下將上開條款規制法編入民法體系，故我國民法第 247 條之 1 亦應為相同解釋⁴³。曾品傑教授認為附合契約條款訂入契約，應依民法第 153 條第 1 項的規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」，只要一方將預擬的契約條款內容於簽約前、或最遲於訂約時告知、提示他方，縱

³⁹ 本案最後最高法院認為被上訴人此二項主張皆無理由而駁回上訴。

⁴⁰ 附合契約是否等同定型化契約，學者間有不同見解。多數學者認為二者同義，參閱陳猷龍，民法債篇總論，頁 219，五南出版公司，2003 年 9 月三版；孫森焱，民法債篇總論(下)，頁 693，自版，2000 年 3 月修訂版；邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，頁 533，自版，2001 年 2 月新訂一版；朱柏松教授指出債編修正的起草人認為二者係指同一事物，參閱朱柏松，「民法定型化契約規範之適用與解釋」，月旦法學雜誌，第 54 期，頁 61(註一)，1999 年 11 月；黃立教授與王澤鑑教授則認為民法捨棄消費者保護法【定型化契約】的名詞不用，另提【附合契約】一詞並無理由，參閱黃立，民法債篇總論，頁 111，元照出版公司，2000 年 9 月二版、王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，頁 111，自版，2009 年 9 月增訂版；惟亦有學者認為二者係指不同事物，參閱藍瀛芳，「法國法上的附合契約與定型化契約」，輔仁學誌，第九期，頁 192 以下，1980 年 12 月；曾品傑，「論附合契約」，收錄於收錄於氏著財產法理與判決研究(一)，頁 205，元照出版公司，2007 年 9 月。

⁴¹ 參閱黃立，「契約自由之限制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 12，2005 年 10 月。

⁴² 參閱邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，頁 531，自版，2001 年 2 月新訂一版。

⁴³ 參閱孫森焱，民法債篇總論(下)，頁 697，自版，2000 年 3 月修訂版。

使他方未實際參閱契約條款的記載，前揭條款仍構成定型化契約的內容⁴⁴。最高法院 95 年台上字 2326 號判決表示：「…本件託運人勁永國際股份有限公司（下稱勁永公司）係從事國際貿易之公司，其海外子公司遍及美國、荷蘭、日本、香港及中國大陸等地，全球員工人數近千人，有能力閱讀並理解英文合約文件，亦熟悉國際運送實務，本件發生前託運人與被上訴人已合作約三年，託運貨物約一千次，託運人自有充分時間可以審閱運送契約條款，而以其規模及資力，倘不同意契約條款，不但有談判協商之能力，亦可更換使用其他運送人，託運人之員工李小玲已承認知悉美金一百元責任限制規定等情，因認系爭託運單正面右下方及背面條款以極小之外國文字書寫約定單位責任限制，並無違反消費者保護法第十二條及民法第二百四十七條之一之規定，難謂有違背法令。…」，本案最高法院認為該約款並無違反消費者保護法第 12 條及民法第 247 條之 1 規定，該限制責任約款已構成契約內容，並無消費者保護法第 14 條及消費者保護法施行細則第 12 條規定的適用，似乎也認為消費者保護法第 13 條所謂「經消費者同意受其拘束」的要件，只要提示給消費者，使消費者處於可得知悉的狀態，而無反對的意思表示，即構成默示意思表示，也符合「經消費者同意受其拘束」的要件。

（二）各款情形之一

1. 免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者

使用定型化契約條款減輕或免除自己的責任，即學說上所稱的「免責約款」，例如賣方告示「貨物既出，概不退換」，即欲藉由免責約款，免除民法上賣方所應負擔的瑕疵擔責任及不完全給付的債務不履行責任。

本款早期實務見解，請參閱最高法院 73 年度第十次民事庭會議決議⁴⁵及最高法院 80 台上 792 號判決⁴⁶。

近期的實務見解，可參閱最高法院 98 台上 2317 號判決。本件判決：「被上訴人主張：上訴人乙○○自民國七十六年一月起至八十四年六月底止，任職前鼎康股份有限公司（下稱鼎康公司，嗣經合併而由上訴人元大公司為存續公司）為營業員，負責受託代客戶進行買賣股票業務。八十三年間伊及帳戶由伊使用之訴外人王陳玉華在鼎康公司開戶後，均由乙○○接受委託代為買賣股票，詎乙○○利用代伊辦理股票交割等手續而需蓋用伊印章之機會，於八十三年十月至八十四年十一月間，連續多次盜用伊印章於空白存券領回申請書上，持向鼎康公司盜領

⁴⁴ 參閱曾品傑，「論附合契約與定型化契約之基本問題」，收錄於氏著財產法理與判決研究(一)，頁 95，元照有限公司，2007 年 9 月。

⁴⁵ 最高法院 73 年度第十次民事庭會議決議，請見前揭註 37。

⁴⁶ 最高法院 80 台上 792 號判決裁判要旨：旅行契約係指旅行業者提供有關旅行給付之全部於旅客，而由旅客支付報酬之契約。故旅行中食宿及交通之提供，若由旅行業者洽由他人給付者，除旅客已直接與該他人發生契約行為外，該他人即為旅行業者之履行輔助人，如有故意或過失不法侵害旅客之行為，旅行業者應負損害賠償責任。縱旅行業者印就之定型化旅行契約附有旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任之條款，但因旅客就旅行中之食宿及交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力。關於本判決的分析，請參閱王澤鑑，「定型化旅遊契約的司法控制」，收錄於氏著民法學說與判例研究(七)，頁 56-73，自版，1994 年 8 月四版。

伊之股票，或於交割憑單上盜蓋伊印章而盜賣伊帳戶內股票，計盜領伊股票大同股份有限公司（下稱大同公司）十萬股…而其中五千六百零四萬三千六百零九元部分，係乙○○於任職鼎康公司時所為，其僱用人鼎康公司應依民法第一百八十八條第一項規定，與其負連帶賠償責任。且乙○○亦為該公司之履行輔助人，鼎康公司依民法第五百四十四條、第二百二十四條規定，應就乙○○之故意行為，對伊負同一責任。鼎康公司因合併而消滅，元大公司為存續公司，其債務即應由元大公司負責清償等情。」

上訴人元大公司主張：「…依當時有效之證券商負責人與業務人員管理規則（下稱管理規則）第二條及第三條規定，業務員之職務僅為證券之承銷、買賣之接洽或執行，並不包括股票交割，同規則第十六條亦明文禁止營業員代客戶保管股票、金錢、存摺或印章；被上訴人於開戶之際即簽署切結書，表明未將股票、股票保管條、存摺、開戶印章、帳戶交付予業務人員保管、持有、使用，如私下與業務人員有上開不合法或不合規定之情事，因此致生任何損害，概與鼎康公司無涉…乙○○所為，既非屬執行伊與被上訴人間委任事務之範圍，自與債務履行無關，被上訴人備位聲明依民法第二百二十四條、第五百四十四條規定請求伊負責，亦屬無據各等語，資為抗辯。」

原審(台灣高等法院九十七年度重上字第一五五號)認為：「…至於被上訴人前於鼎康公司開戶時，固曾出具聲明書，載明未將股票、股票保管條、存摺、開戶印章、帳戶交付予業務人員保管、持有、使用，如私下與業務人員有上開不合法或不合規定之情事，因此致生任何損害，概與該公司無涉等語，惟該聲明書係鼎康公司單方預訂用於同種類契約之條款，而由需要訂約之他方依照該預定條款而訂立之附合契約，屬定型化契約，其約定免除鼎康公司之責任或被上訴人拋棄求償權利，參考消費者保護法第十二條、同法施行細則第十四條規定，堪認其有違平等互惠原則，對被上訴人顯失公平，依民法第二百四十七條之一規定，應認該部分約定無效…。」最高法院最後以其他理由將本案發回，對原審的上述見解未為指摘，似亦認為該約款違反民法第二百四十七條之一而無效。

2.加重他方當事人之責任者。

加重他方當事人的責任約可有以下幾種方式⁴⁷：(一)排除法律明文規定，而提高他方當事人的注意義務；(二)課他方當事人無過失責任；(三)移轉風險於他方當事人；(四)擴張他方當事人賠償責任。

依最高法院 93 台上 1856 號裁定表示：「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」，黃立教授認為，該實務見解已超越文義解釋所能涵蓋的範圍，殊不妥適⁴⁸。

構成該款的情形，可舉最高法院 100 台上 90 號判決為例，加以說明。該判決表示：「本件上訴人主張第一審共同被告楊慧玲自民國八十七年一月十五日起

⁴⁷ 參閱詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展」，收錄於氏著民事法理與判決研究(四)，頁 192，自版，2006 年 12 月。

⁴⁸ 參閱黃立，「契約自由之限制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 14，2005 年 10 月。

受僱於伊擔任出納職務，負責帳目管理並兼辦中部地區收款業務，並由被上訴人於九十六年五月十五日出具員工保證書（下稱保證書）擔任其人事保證人，就楊慧玲在伊公司工作期間之違背規章或吞沒虧欠偷竊致毀損公款公物等，負連帶全部賠償之責。嗣伊發現楊慧玲利用職務之便，侵占經手伊客戶所繳納之現金及應收票據款項，被上訴人自應依保證書之約定，就楊慧玲自九十六年五月十五日起至九十八年二月二十七日止造成伊之損害新台幣（下同）四千九百七十一萬零九百五十八元負連帶賠償責任，…被上訴人則以：依民法第七百五十六條之二規定，上訴人應先舉證證明其已無法自楊慧玲處求償，方可請求伊賠償，且伊之賠償責任限額，應以賠償事故發生時，楊慧玲當年可得報酬之總額為限。該規定屬強制規定，保證書有關人事保證人應負全部連帶賠償責任，並放棄先訴抗辯權之約定，自屬無效。況保證書係由上訴人一方預先擬定用於同類契約之條款內容，員工並無變更之可能，上訴人係以附合契約方式，約定伊應就上訴人所受損害「全部」負賠償責任，顯加重伊之責任，按其情形顯失公平，依民法第二百四十七條之一第二款之規定，亦應認此部分之約定為無效等語，資為抗辯。…按民法第七百五十六條之一第一項及第七百五十六條之二第一項規定之立法目的，在於限縮人事保證適用範圍及保證人賠償責任，以求衡平，其理由係避免人事保證人負擔過重責任，故應由僱用人先依他項方法求償，而不能或不足受償，始令負保證責任，具有補充性質，並為減輕保證人之責任，乃於第七百五十六條之二第二項設其賠償金額之限制規範，以資兼顧。又該條項規定：「保證人依前項規定負賠償責任時，除法律另有規定或契約另有訂定外，其賠償金額以賠償事故發生時，受僱人當年可得報酬之總額為限」，雖以無法律規定或契約訂定時，始以受僱人當年可得報酬之總額為保證人賠償責任之上限，惟該契約之訂定，倘係於該責任限制範圍外加重人事保證人之賠償責任，該人事保證之書面契約中，自應具體示明保證責任之範圍及排除上開法律規定責任限制之適用，使人事保證人得以清楚知悉，並願成立人事保證關係，以符公平原則及立法意旨，尚不得以「應負全部賠償責任」等概括用語，即謂人事保證人就受僱人當年可得報酬總額為限之部分，亦均同意放棄以之作為其賠償責任範圍之利益。原審本於上述理由而為逾此部分上訴人敗訴之判決，於法並無違背。」民法第 756 條之 2 第 2 項「雖有除法律或契約另有訂定外」的文字，但本案最高法院顯然認為以定型化契約條款方式，並以「應負全部賠償責任」等概括用語，代替「具體示明保證責任之範圍及排除上開法律規定責任限制之適用」，並不符合「契約另有訂定外」的除外要件，此一加重他方當事人責任的定型化契約條款，顯失公平，因而無效。

3.使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者

當約款使用人以約款使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利，通常會產生減輕或免除自身義務的結果，故本款常與第一款發生競合，適用第 1 款與第 3 款並無差異⁴⁹。

⁴⁹ 參閱楊芳賢，「定型化契約條款的規制」，政大法學評論，第八十六期，頁 78，2005 年 8 月。

最高法院 92 年台上字 2744 號判決表示：「民法第二百四十七條之一第三款所謂『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利』，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…」，黃立教授認為實務對「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」，又以「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」作為詮釋，實令人遺憾⁵⁰。

4.其他於他方當事人有重大不利益者

此即民法上對定型化契約效力規制的概括規定，實務上案例通常發生於民事訴訟法第 24 條的合意管轄⁵¹及仲裁條款。

關於合意仲裁條款，於他方當事人有重大不利益的情形，可舉最高法院 99 台上字 1175 號判決加以說明，本案最高法院表示：「…原審以…如新華茂台灣分公司雖以其與美薪公司間如有直銷商契約關係存在，於起訴前應先在美國提付仲裁等前開情詞為抗辯，惟兩造均為我國法人，在屬定型化契約之系爭直銷商協議書中，約定雙方發生爭議時，應遠赴美國猶他州為仲裁部分，對美薪公司而言顯失公平，依民法第 247 條之 1 之規定，應屬無效…經核於法並無違誤。…」最高法院即認為當事人都是我國法人，定型化契約的合意仲裁條款，卻要遠赴美國猶他州為仲裁，即構成於他方當事人有重大不利益。

⁵⁰ 相同批評，請見詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展」，收錄於氏著民事法理與判決研究(四)，頁 169-183，自版，2006 年 12 月。

⁵¹ 臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會民事類提案 第 22 號：法律問題：在通常及簡易訴訟程序，兩造為民事訴訟法(下稱本法)第 24 條規定合意管轄之約定，如當事人之一造為法人，依其預定用於同類契約條款而成立，按其情形顯失公平者，該合意之效力如何？法院可否依職權移送他法院管轄？

討論意見：甲說：該管轄之合意無效，依本法第 28 條第 1 項規定，可依職權移送他法院管轄。(一)本法第 24 條之立法意旨之一係為方便兩造當事人訴訟而設，並非得許當事人一造，假藉合意管轄之約定，行利己之實，而違公益，因此為防杜契約當事人為法人或商人之一造，以其預定用於同類契約之合意管轄條款與非法人或商人之一造訂立契約，締約之他造就此條款多無磋商變更之弊、防止合意管轄之濫用及保護經濟弱勢當事人之權益，特於本法第 28 條第 2 項設定定型化契約合意管轄顯失公平得移轉管轄之規定。又定型化契約，係當事人一方預先擬定，其本身非但具備專業知識，且累積豐富交易經驗，故其條款多以求己方最大利益為目標，為避免契約自由之濫用及維護交易安全，特於消費者保護法第 12 條第 1 項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則對消費者顯失公平者，無效。」以符公平之旨，所以管轄合意若有違誠信原則而顯失公平者，其協議應屬無效(臺灣高雄地方法院 93 年度雄簡字第 5658 號、93 年度岡簡字第 533 號裁定參照)。(二)前開管轄合意既屬無效，則依民事訴訟法第 28 條第 1 項之規定自得依職權移送他法院管轄。乙說：該管轄合意仍屬有效，僅他造得聲請移送其管轄法院，法院不得依職權移送他法院管轄。(一)在簡易訴訟程序及通常訴訟程序之場合，本法第 28 條第 2 項規定，如當事人之一造為法人或商人，依其預定用於同類契約之條款而成立，按其情形顯失公平者，他造於為本案言詞辯論前，得聲請移送於其管轄法院。但兩造均為法人或商人者，不在此限。此項規定，與本法第 436 條之 9 規定，在小額訴訟程序設有排除合意管轄之特別規定，明顯有所不同。足見本項規定，對於以定型化契約型態所定之管轄合意，對當事人之一有顯失公平之情形，並不以之為無效，否則即無與本法第 436 條之 9 作不同規定之必要。在適用上，既然本法第 28 條第 2 項已有特別規定，則關於合意管轄部分，自應優先適用此規定，要不得捨此規定不論，逕適用民法第 247 條之 1 及消費者保護法第 12 條之規定，認定合意管轄之約定無效，否則此項規定即成具文。(二)又本項規定既非屬無管轄權而移送管轄之規定，且條文明白規定「他造…得聲請」，則在原告為法人或商人之場合，應僅被告有聲請移送之權利，原告並無聲請移送之權利，且法院亦不得依職權移送他法院管轄。

初步研討結果：採乙說。

審查意見：合意管轄係訴訟上契約行為，其要件應依民事訴訟法之規定定之，依該法第 28 條第 2 項規定，本案例情形，合意仍屬有效，如無他造聲請，法院不得依職權移送他法院管轄。同意採乙說。

(三)按其情形顯失公平

定型化契約條款有上述各款情形之一外，尚須按其情形顯失公平，法院始可依民法第 247 條之 1 對該約款作效力調整。最高法院 92 台上 989 號判決見解：「…是依該法律規定，當事人間除須有免除預定契約條款當事人之責任或加重他方之責任之約定外，尚須該等條款之規定於當事人間顯然有失公平，該部分之規定始歸於無效。並非如上訴人所稱，僅須有免除或減輕預定契約條款之當事人之責任或加重他方當事人之責任之約定，該條款即歸於無效。…」明確採此見解。

另最高法院 93 台上 1856 號判決對顯失公平的說明為：「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。」必須強調係爭約款是否顯失公平，不能以單一條款加以判斷，須從契約整體，對雙方當事人所產生的權利義務關係加以綜合判斷。因契約條款通常都是對一方有利一方不利，就契約整體內容觀之，可能某些約款對約款使用人有利，某些約款對約款使用人不利，但如雙方當事人仍處於相當的締約地位、未發生上述規制必要的情形，法院即應尊重當事人的契約自由，不得隨意調整定型化契約條款。

顯失公平的判斷時點，究應以締約當時或是嗣後情況變更的因素皆可考量？台灣高等法院 96 上易字 784 號判決表示：「…惟契約條款是否有顯失公平之情事，仍應審酌訂立契約條款當時之社會環境及交易習慣，而不應全然以十數年環境變遷後之觀點予以檢視，否則即有悖於法安定性之基本原則。而上述建商與各承購戶分別約定，屋頂平台或基地之空地由特定共有人使用之約款，乃吾國 60、70 年間，公寓大廈房地買賣習見之交易形態。而衍生此交易慣習之緣由，或因考量管理使用之便宜性，並附隨頂層價金通常較之於中間樓層為高之條件始然，且於公寓大廈管理條例公布施行前，依民法有關共有之規定，亦未限制分管之約定。此外，被上訴人又未舉證上開約款確有顯失公平之情事，自不應逕認上開約款係屬無效，被上訴人此部分主張，委無足採。…」認為是否顯失公平應以締約當時的社會環境及交易習慣加以判斷，為了避免本條與民法第 227 條之 2 的情事變更原則產生規範競合，上述的實務見解應值得贊同。

二、法律效果

定型化契約條款如具備上述三要件後，依民法第 247 條之 1 規定的法律效果為「該約定部分無效」，對此劉宗榮教授認為本條未區分何種不公正約款應受硬性規則(逕淪於無效)，何種不公正約款應受彈性規則(由法院判斷其效力)，一併皆認為無效的立法規定，有待商榷⁵²。

約款無效後，定型化契約應如何處理？應依民法第 111 條規定：法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效；或依消費者保護第 16 條之規定：定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。

⁵² 參閱劉宗榮，定型化契約論文集，頁 154-155，三民書局，1993 年 9 月再版。

王澤鑑教授認為為了保護消費者權益，避免消費者所期望的交易目的難以達成，故應適用消費者保護第 16 條的規定⁵³。然而適用此二條會產生差異結果的機會其實甚低，因約款無效後定型化契約是否一同無效，判斷重點還是在於除去該約款後，系爭契約欲發生的交易目的是否仍存在⁵⁴，只是此二條文在文字敘述上有所不同而已。而且基於消費者保護法有其特別的立法目的，如契約雙方當事人非消費關係，約款無效後定型化契約效力判斷應適用民法第 111 條。另曾品傑教授認為相對人因約款無效而受有損害者，可依民法第 113 條向約款使用人請求信賴利益之損害賠償。⁵⁵

參、消費者保護法上的規範

一、定型化契約條款的認定

此部分已於壹、二、定型化契約的基礎理論、(1)定型化契約的意義加以說明，於此不重複。

二、定型化契約條款訂入契約

(一)審閱期間

依消費者保護法第 11 條之 1 的規定：「企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」本條乃民國 92 年消費者保護法修正時，由消費者保護法施行細則第十一條移列而來，可避免施行細則規定是否超越母法的違憲疑慮⁵⁶。

審閱期間的目的在於給予消費者有充分了解定型化契約內容的機會，並審慎思考契約條款，如有疑問，則可請教專業人士，再決定是否須與約款使用人修改或訂立定型化契約。須注意的是，消費者保護法第 11 條之 1 第 1 項所稱三十日乃審閱期間的最長限度，並非每種定型化契約皆須有三十日的審閱期間，從同條第 3 項的條文規定⁵⁷可知，審閱期間長短視定型化契約種類的複雜程度及專業程度而定。

⁵³ 參閱王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，頁 107-108，自版，2009 年 9 月增訂版。

⁵⁴ 約款失效後，如可透過任意規定與契約解釋原則加以填補，則基於上述交易會產生福祉的論述，法院應盡量維持契約的有效存在。

⁵⁵ 參閱曾品傑，「論附合契約與定型化契約之基本問題」，收錄於氏著財產法理與判決研究(一)，頁 101，元照有限公司，2007 年 9 月。

⁵⁶ 消費者保護法第十一條之一修正理由：一、本條新增。二、為維護消費者知的權利，使其於訂立定型化契約前，有充分了解定型化契約約款之機會，爰將本法施行細則第十一條修正移列於本法規定。三、為確保消費者之契約審閱權，爰於第二項明定企業經營者未提供合理審閱期間之法律效果。四、因定型化契約之性質不同，其審閱期間不宜一致，故於第三項規定主管機關就得特定行業公告其審閱期間。

⁵⁷ 依內政部頒佈的「預售屋買賣契約書範本」、「預售停車位買賣契約書範本」、「房屋買賣契約書範本」規定，企業經營者應給予消費者至少 5 天以上的契約審閱期；「不動產委託銷售契約書範本」、「房屋委託租賃契約書範本」、「房屋租賃契約書範本」規定，企業經營者應給予

另外，違反消費者保護法第 11 條的審閱期間的規定，其效力為「其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」，此與消費者保護法第 19 條特種買賣的七日解約期間不同⁵⁸，因消費者保護法第 19 條的解約權乃特種買賣已成立後，再行使解約權將契約解除使其溯及失效，違反審閱期間則除消費者主張該條款仍構成契約的內容外，該條款自始即不構成契約內容。

(二)意思表示一致

定型化契約條款須具備下列三項積極要件後，始能成為定型化契約的內容⁵⁹：(1)提請相對人其欲以定型化契約約款訂立契約；(2)給予相對人了解定型化契約約款之合理機會(審閱期間)；(3)相對人同意以該定型化契約條款訂立契約。

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

消費者保護法第 13 條的規定，似乎以當事人間有書面的定型化契約方有其適用，惟依學者所見，當事人如以口頭約定，未另訂立書面契約時，亦應有本條的適用⁶⁰。

提請相對人注意的程度，學說上有客觀說與折衷說的爭執。客觀說認為提請注意是否具合理性，應以約款適用的一般相對人為準，如其「提請注意」足以引起一般相對人注意者，其提請注意即為合理⁶¹。折衷說認為，原則上採客觀說，但如個別相對人存有客觀上的缺陷如瞎子、文盲等，而且為約款使用人所明知，則應針對該個別使用人的特殊情況而提示其注意⁶²。

值得注意的是，約款使用人提請相對人注意的時點。約款使用人提請相對人注意的時點，必須在契約訂立之前，如在契約訂立之後，則該定型化契約約款自不列入契約內容，惟如約款使用人提請注意時點係在相對人進退維谷難以變更約款內容時(學者稱為「相對人陷於承諾無可避免之境地」)，該約款亦不構成契約內容⁶³，例如汽車駕駛人將車輛駛入地下停車場入口時，始發現牆上貼有「本停車廠對停放中車輛發生之一切損失概不負責」的免責約款。

在定型化契約條款無法向相對人明示其內容時，依消費者保護法第 13 條第一項後段規定，約款使用人須「以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者」。學者有認為須經「消費者同意」此依規定顯不合理，因為此時約款使用人須證明相對人已同意約款內容，否則約款無法成為契約內容，如此一來不

消費者至少 3 天以上的契約審閱期。

⁵⁸ 參閱黃立，「消保法的定型化契約條款(一)」，月旦法學教室，第 15 期，頁 103-104，2004 年 1 月。

⁵⁹ 參閱劉宗榮，定型化契約論文集，頁 7，三民書局，1993 年 9 月再版。

⁶⁰ 參閱詹森林，「定型化契約之基本問題」，受錄於民事法理與判決研究(三)，頁 15，自版，2003 年 8 月；劉春堂，判解民法債篇通則，頁 28，三民書局，2010 年 9 月修訂六版。

⁶¹ 參閱劉宗榮，定型化契約論文集，頁 16，三民書局，1993 年 9 月再版。

⁶² 參閱劉春堂，判解民法債篇通則，頁 28-29，三民書局，2010 年 9 月修訂六版。

⁶³ 參閱劉宗榮，定型化契約論文集，頁 12-15，三民書局，1993 年 9 月再版。

如明示其內容省事⁶⁴。惟此一顧慮似乎只須將消費者保護法第 13 條第 1 項後段之「同意」解為包含明示及默示，即可解決⁶⁵。

(三)異常條款

定型化契約條款訂入契約的消極要件為並非「異常條款」，依消費者保護法第 14 條的規定：「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。」，學者多認為異常條的規範根據為定型化契約條款有時甚具專業性，相對人可能無法了解其文義，避免約款使用人利用字體細小不易閱讀的文字，將違反誠信的定型化契約約款夾帶進契約內容，或相對人基於其他成本考量在未經審慎審閱定型化契約的每一條款後即訂立定型化契約，此時為貫徹誠信原則，如該約款係相對人通常情形無法預見，即認定該約款不構成契約內容。消費者保護法第 14 條：「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。」及消費者保護法施行細則第 12 條：「定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。」即為異常條款的明文規定。

然而消費者保護法第 14 條將異常款限定於「定型化契約條款未經記載於定型化契約中」，學者⁶⁶多認為甚不妥適，應有修改的必要。實務上也未見以「未經記載於定型化契約中」為異常條款的要件，台灣台北地方法院 93 北簡 8994 號判決表示：「…本件兩造簽訂之信用卡約定條款乃原告美商花旗銀行股份有限公司即企業經營者，為與不特定多數信用卡申請人即消費者訂立同類契約之用，而提出預先擬定之契約條款，屬消費者保護法第二條第七款所指之定型化契約。按定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容，消費者保護法施行細則第十二條前段定有明文。經查，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

⁶⁴ 參閱黃立，「消保法的定型化契約條款(一)」，月旦法學教室，第 15 期，頁 106-107，2004 年 1 月。

⁶⁵ 王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，頁 101，自版，2009 年 9 月增訂版；劉春堂，判解民法債篇通則，頁 29，三民書局，2010 年 9 月修訂六版。

⁶⁶ 參閱楊淑文，「論附卡持有人與正卡持有人就應負帳款之連帶清償責任」，月旦裁判時報，第三期，頁 38，2010 年 6 月；詹森林，詹森林，「定型化契約之基本問題」，受錄於民事法理與判決研究(三)，頁 17，自版，2003 年 8 月；黃立，「消保法的定型化契約條款(二)」，月旦法學教室，第十六期，頁 78，2004 年 2 月；王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，頁 102，自版，2009 年 9 月增訂版；劉春堂，判解民法債篇通則，頁 30，三民書局，2010 年 9 月修訂六版。

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。…」認定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的條款，屬異常條款，即不以「未經記載於定型化契約中」為異常條款的要件。

三、定型化契約條款的解釋

定型化契約條款經上述程序進入契約內容後，即須對定型化契約條款加以解釋，以確定其規範內容。一般而言，學者認為定型化契約條款的解釋，應依循下列原則：(一)客觀解釋原則；(二)統一解釋原則；(三)合目的解釋原則；(四)限制的解釋原則；(五)調和解釋原則⁶⁷。

我國消費者保護法對定型化契約條款的解釋規定在第 11 條第 2 項及第 15 條。依消費者保護法第 11 條第 2 項規定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」有疑問者乃本條係適用民法第 98 條仍無法得出當事人真意後方得適用，或本條自始即排除民法第 98 條的適用？曾品傑教授⁶⁸基於下列三項理由認為應採後者：(1)如須先適用民法第 98 條，則消費者保護法第 11 條第 2 項形同具文；(2)對照保險法第 54 條第 2 項之文字，本條並無類似保險法第 54 條第 2 項前段重申民法第 98 條涵義之文字；(3)本條實質論據為消保法第五條的合理期待原則。法院依民法第 98 條解釋當事人真意時，須立於對雙方平等的地位，以公正的第三人對當事人的真意加以探求，不得偏袒任何一方，此與消費者保護法第 11 條第 2 項的規定係偏於保護消費者的立法意旨有別，故消費者保護法第 11 條第 2 項與民法第 98 條實為不同立法思惟的兩種規定，應認為消費者保護法第 11 條第 2 項為民法第 98 條的特別規定，而優先適用。

另依消費者保護法第 15 條：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」學者⁶⁹謂其立法理由為個別磋商條款為當事人間真正合意，而定型化契約條款則為當事人間的假設合意，因此當事人間真正合意具有優先性。本條規定並未偏袒消費者，故可認定本條規定實為民法第 98 條解釋當事人意思表示規定適用於定型化契約條款的具體化。

四、定型化契約條款的效力控制

⁶⁷ 詳細內容請參閱，劉春堂，「一般契約條款之解釋」，收錄於氏著民商法論集(一)，頁 185-206，自版，1985 年 8 月。

⁶⁸ 參閱曾品傑，「論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用」，收錄於氏著財產法理與判決研究(一)，頁 141-145，自版，2007 年 9 月。

⁶⁹ 參閱楊淑文，「消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與分析」，收錄於氏著新型契約與消費者保護法，頁 198，自版，2002 年 7 月。

依消費者保護法第 12 條規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」，此規定賦與法院對定型化契約條款效力規制的依據。

本條效力規制要件以「違反誠信原則」與「對消費者顯失公平」為必要，有學者⁷⁰認為此條規定相較民法第 247 條之 1 的規定對於消費者更為嚴苛，應將此二要件解為選擇性要件。是否違反誠信原則對消費者顯失公平，依消費者保護法施行細則第 13 條的規定：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」

何謂顯失公平，消費者保護法第 12 條第 2 項規定有三款推定顯失公平的情形。其一為違反平等互惠原則者，而違反平等互惠原則，依消費者保護法施行細則第 14 條的解釋，係指：「一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」

民法上對給付與對待給付雖採主觀等價原則，但如定型化契約條款使用人以其優越的社經地位，恣意追求自身利益而置相對人的權益於不顧，此時法院即有對定型化契約條款效力加以調整的必要。在買賣契約中，瑕疵擔保責任可說是確保給付與對待給付間平等的最佳利器，故如賣方以「貨物既出概不退換」的定型化契約條款排除買方之瑕疵擔保請求權，此時賣方如無其他情事證明契約是公平的，應認給付與對待給付間顯失公平，該約款無效⁷¹。

所謂消費者負擔非其所能控制之危險者，例如金融機關與存款戶約定：「印件或簽章遭第三人偽造或變造所致之損失，金融機關不負其責。」，使得無法控制風險的存款戶負擔偽造或變造所致的損失，該約款應屬無效⁷²。

所謂消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者，例如有關餐廳對於預訂喜宴的消費者收受保證金並掣給收據註記「屆時若未履行所訂宴會，該保證金將予沒收」。該項保證金具有定金或違約金的性質，其目的在於確保契約的效力，並屬一般交易上的商業習慣，原則上，該註記似可構成契約的內容，並受本法有關定型化契約規定的規制。至於依該註記所沒收的保證金數額是否過高，應就個案實際情形判斷之，如仍有爭議時，則應循司法途徑尋求解決⁷³。

其他顯有不利於消費者之情形者，則為違反平等互惠的概括規定，例如網路購物的定型化契約條款載明不提供離島居民遞送服務，而其目的係利用優勢地位，限制離島居民網路購物的權益，藉以謀取特殊利益，此等約定即難認為符合

⁷⁰ 參閱黃立，「契約自由之限制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 16，2005 年 10 月。

⁷¹ 參照詹森林，「定型化約款之基本概念及其效力之規範」，收錄於氏著民事法理與判決研究(三)，頁 58，自版，2003 年 8 月。

⁷² 最高法院 73 年第十次民事庭會議決議，請見註 37。

⁷³ 台八十六消保法字第○○九○四號函。

平等互惠原則；惟若所指稱的企業經營者係基於經營成本的考量，不直接提供離島居民遞送服務，除非企業經營者於購物網站上有以顯著且明確的方式預先告知消費者此等消資訊，使消費者得以於購物前採取正確合理的消費選擇外，否則仍應認為該定型化契約條款有違反平等互惠原則之虞。此外，有鑒於定型化契約涉及私權，因此有關於定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，仍宜由司法機關視具體個案、斟酌契約的性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事依法作最終判斷⁷⁴。

關於條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者，蓋任意規定本得由當事人以合意為與法律不同的約定，惟任意規定亦屬立法者對當事人間所為大致平等的價值判斷，因此排除任意規定的適用常會導致當事人間權利與義務分配的不平均，然何時其排除達到與不予適用的任意規定的立法意旨顯相矛盾者的程度，則是屬評價問題⁷⁵。

關於契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者，所謂契約目的應指當事人依其契約內容所欲造成的經濟上效果⁷⁶。本款實例如：當貨物有瑕疵時，業者所訂之「貨物出門，概不退換」的定型化條款，排除顧客的瑕疵擔保請求權使顧客支付的價款和其獲得的物品失去「對價上之平等」，顯然該條款違反平等互惠原則，推定顯失公平，依消費者保護法規定，應屬無效。又消費者保護法第 12 條第 2 項第 3 款規定，契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者，推定顯失公平，是以「貨物出門，概不退換」的條款，如解釋為剝奪顧客的瑕疵擔保權利，並導致契約的目的難以達成，依上開規定顯失公平，係屬無效⁷⁷。

五、定型化契約效力的認定

定型化契約條款有未訂入契約或無效的情形，消費型定型化契約的效力應依消費者保護法第 16 條：「定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。」規定定其效力。

六、小結

消費者保護法對定型化契約條款設下層層關卡規範，其規範根據誠如王澤鑑教授⁷⁸所言，有三層次：(1)在可能之情形，盡量不承認交易條件已經當事人合意成為契約條款；(2)在無法否認交易條件成為契約內容時，盡量採取不利企業者之解釋；(3)若依解釋方法尚無法達成控制該條款之目的時，法院即應依民法第

⁷⁴ 消保督字第 0930002323 號函。

⁷⁵ 參閱黃立，「契約自由之限制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 19，2005 年 10 月。

⁷⁶ 參閱詹森林，「定型化約款之基本概念及其效力之規範」，收錄於氏著民事法理與判決研究(三)，頁 72，自版，2003 年 8 月。

⁷⁷ 經(八四)商字第八四二二一九九六號函。

⁷⁸ 參閱王澤鑑，「消費者的基本權利與消費者的保護」，收錄於氏著民法學說與判例研究第三冊，頁 23，自版，1994 年 10 月。

247 條之 1 或消費者保護法第十二條之規定，宣告該約款無效。民法第 247 條之 1 及消費者保護法第 12 條扮演定型化契約條款規制的最後一條防線，其對當事人契約自由的限制，亦較前二項管制關卡為大，法院在適用該二條的情況時必須審慎為之，以符合憲法第二十三條比例原則的要求。

肆、民法與消費者保護法規範的交錯適用

一、民法第 247 條之 1 與消費者保護法第 12 條規定的區別

(一) 規範對象區別

定型化契約法上，重要的問題有五：(一)當事人間有無一方使用定型化契約條之情形；(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⁷⁹。關於第(四)點，主要規定有民法第 247 條之 1 及消費者保護法第 12 條，此二條文要如何操作，即值得注意。

依消費者保護法第 2 條第 7 款對定型化契約條款的定義：「指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。」及消費者保護法第 2 條第 9 款對定型化契約的定義：「指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。」可知，消費者保護法對定型化契約的適用主體，限定為企業經營者與消費者，二者間所訂的定型化契約學說上稱為消費型定型化契約，有消費者保護法第二章第二節的適用。至於定型化契約締約雙方非企業經營者與消費者的非消費性定型化契約，是否可適用或類推適用消費者保護法第 12 條的規定，學者間則有不同見解，詹森林教授⁸⁰認為由於消保法具有「保護消費者權益」的特別立法目的(消費者保護法第一條)，而民法則為私法關係的普通法，故應認為，消保法及其施行細則關於定型化契約的規定，原則上僅適用於消費性定型化契約；至於非消費性定型化契約，尤其是商業性定型化契約，則不受消保法及其施行細則的規範，而應適用特別規定(例如保險法第 54 條及第 54 條之 1)，無特別規定時，當然應適用民法第 247 條之 1。曾品傑教授⁸¹則認為消保法第十二條與民法第 247 條之 1，二者在概念上有所不同，保護密度亦屬有間，但為避免法律適用上產生過度割裂、分化的現象，傾向認為該等條款皆為體現民法上給付與對待給付間客觀、實質的等價性原理，貫徹以均衡分擔契約上利益與危險的方式，實踐交換正義的理念，皆具普通法的性質。準此，非消費關係之當事人，在援引民法第 247 條之 1 主張權利的同時，似有一併敦請法院參酌上述消保法條文的規定，以具體化前揭民法較為抽象、概括的規範內容，促進法律適用的進步。

⁷⁹ 參閱詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展」，收錄於氏著民事法理與判決研究(四)，頁 161，自版，2006 年 12 月。

⁸⁰ 同前註，頁 160。

⁸¹ 參閱曾品傑，「論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用」，收錄於氏著財產法理與判決研究(一)，頁 175，自版，2007 年 9 月。

從消保法第二條第一款有關「消費者」的定義可知，非消費定型化契約的相對人並非消保法所規範的對象，故無法直接適用消保法第二章有關定型化契約的規定。民法第 247 條之 1 規定內容雖較為抽象，但民法第 247 條之 1 第 4 款已設有「其他於他方當事人有重大不利益者」的概括規定，並無法律漏洞可言，故亦不可類推適用⁸²消保法第 12 條及施行細則第 14 條的規定。

(二)時間區別

消費者保護法乃民國 83 年 1 月公布實施，且無溯及適用的規定，故於消費者保護法施行前訂定的定型化契約，即使屬消費型定型化契約亦無消費者保護法的適用。然而民法第 247 條之 1 雖係於民國 88 年債編修正時通過，惟依民法債編施行法第 17 條的規定，該條於於民法債編修正施行前訂定的契約，亦適用之，故在民國八十三年消費者保護法通過前所訂定的定型化契約，須依民法相關規定處理。

綜上所述，整理如下

- (1)民國 83 年消費者保護法通過前的定型化契約，無消費者保護法的適用，但有民法第 247 條之 1 的適用。
- (2)民國 83 年消費者保護法通過後的消費型定型化契約，有消費者保護法與民法第 247 條之 1 的適用。
- (3)民國 83 年消費者保護法通過後的非消費型定型化契約，不可適用或類推適用消費者保護法第 12 條及施行細則第 14 條的規定。

二、非消費關係於消費者保護法的適用可能性

如上所述，關於定型化契約，民法只有對定型化契約條款是否無效設有第 247 條之 1 的規定，則消費者保護法上定型化契約章節其他關於定型化契約的規定是否可適用於非消費型定型化契約，學說上仍有爭執。

詹森林教授早期認為關於定型化契約有效或無效外的其他問題，例如條款是否成為契約內容等，亦應依民法第 153 條關於契約締結或其他規定解決，而不適用消保法的相關規定，以免適用法律上的割裂⁸³。惟詹教授嗣後似乎改變見解認為可參考消保法的規定解決之⁸⁴。

楊淑文教授認為定型化契約之主要問題在於約款使用人單方擬訂並單方形成契約內容，相對人全無斟酌餘地，此種情形在消費性定型化契約及非消費型定型化契約並無不同⁸⁵，似與詹森林教授採取相同之見解。

黃立教授認為既非消費關係就排除了消費者保護法的適用⁸⁶

⁸² 參閱王澤鑑，民法總則，頁 68-70，三民書局，2002 年。

⁸³ 參閱詹森林，「消費者保護法對於法人之適用問題」，收錄於氏著民事法理與判決研究(三)，頁 252，自版，2003 年 8 月。

⁸⁴ 參閱詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展」，收錄於氏著民事法理與判決研究(四)，頁 251，自版，2006 年 12 月。

⁸⁵ 參閱楊淑文，「消費者保護法與民法的分與合一雙軌制立法下的消費者與消費關係」，政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，頁 172，元照，2011 年 5 月。

⁸⁶ 參閱黃立，「消保法的定型化契約條款(一)」，月旦法學教室，第 15 期，頁 99，2004 年 1 月。

曾品傑教授⁸⁷則認為消費者保護法上有關定型化契約的規定，可否適用於非消費關係，須視該規定屬「指標性規定」或「轉進性規定」。所謂指標性規定，係指基於消費者保護的特別目的，建立本來不存在於普通法內的前導法理，或創設民法原的例外規定，以保障消費者權益。所謂轉進性規定，則指將民法中保護弱者利益的規定，或者有關民法基本精神的條文，「位移」、「複製」或具體化規定至消保法內。而系爭規定屬指標性規定或轉進性規定的判斷標準為：針對特定事項，適用消保法或民法的規定，結果上有無差別。

三、小結

依消費者保護法第一條規定可知，消費者保護法有其保護消費者的特殊立法目的，此與民法對契約關係規範係基於雙方地位平等、兼顧雙方利益的立法思維有別。其次，消費者保護法第 2 條的法定義，文字上已將定型化契約限定於企業經營者與消費者，非消費關係應無法適用。再者，民法上對訂入契約有第 153 條的規定、對契約的解釋有第 98 條的規定及對約款無效後定型化契約效力的認定有第 111 條之規定，如法院在具體個案的處理上，能妥善解釋及適用上開條文，並無一定要從消費者保護法上找尋規範依據的必要，故非消費關係應無消費者保護法的適用。

第三項、實務見解

關於定型化契約的實務見解，在前述法律規定中，涉及各法律的解釋適用時，已零星提及，以下則就實務已明確表示見解的一些主要爭點，加以歸納整理，希望有助於明瞭定型化契約實務見解的全貌。

壹、定型化契約條款的審查流程

最高法院 91 台上 1577 號判決表示：「…原審審理結果以：被上訴人上開主張其因系爭小客車被竊，而依保險契約賠付進暘公司保險金一百二十九萬零七百四十四元之事實，為上訴人所不爭執，堪信為真實。．．．準此，被上訴人主張上訴人附設之停車場雖未另外收費，因其僅對投宿或消費之客人服務，其服務費係隱藏於其他消費價格之中，而林耀明與上訴人有消費關係存在，若因上訴人提供之服務，有安全上之危險致第三人進暘公司受有損害，進暘公司自得依該法請求賠償。又查上訴人所經營之企業友友飯店以設置停車場招徠顧客前往消費，其停車卡上之定型化契約雖記載：本場只供停車，不負任何保管責任等語，然其停車之服務費已隱藏於其他消費價格中，且現今停車位一位難求、高級轎車隨時有失竊之虞，消費者係因友友飯店有停車場設備始強化其前往消費之意願，即上訴

⁸⁷ 參閱曾品傑，「論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用」，收錄於氏著財產法理與判決研究(一)，頁 125-131，自版，2007 年 9 月。曾教授於該文中指出消費者保護法第十一條第二項及第十一條之一為指標性規定，消費者保護法第十二條及第十五條為轉進性規定。

人提供之服務包括人員投宿兼車輛保管，且係有對價關係，其停車卡上該項記載對消費者顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項規定，該記載為無效。…」

本判決關於上訴人與被上訴人間是否屬消費關係，並不單從形式上有無收取停車費用來判斷，而是實質上認定締約雙方是否屬消費者保護法上所稱的企業經營者與消費者，實值肯定。

定型化契約條款進入消費者保護法第 12 條效力判斷的前提要件，必須確定該約款已構成契約內容。本案被上訴人係將車停入上訴人所經營的企業友友飯店的停車場後，友友飯店始將定型化免責約款記載於停車卡的背面給與上訴人，並未給予上訴人合理的審閱期間，故依消費者保護法第 11 條之 1 規定，該約款應不構成契約內容；或是認定因該約款記載於停車卡背面，消費者難以注意，依消費者保護法施行細則第 12 條異常條款的規定，該約款不構成契約內容，不論依審閱期間或異常條款的規定，該約款應不成契約內容，尚無依消費者保護法第 12 條認定該約款無效的必要，本案最高法院以消費者保護法第 12 條認定該約款無效，卻未對該約款如何構成契約內容加以說明，有待商榷。

台灣高等法院台中分院 92 上易 390 號判決表示：「…按定型化條款苟記載於書面，依消費者保護法第十四條之規定，固應即認為構成契約內容，惟所謂記載於書面，亦須客觀上具有契約形式，若定型化契約條款係記載於收據之背面，通常情形收據持有人不能注意及上開記載係有關契約條款，故此條款如有違一般人對於法律之認識，顯非相對人所能預見者，尚難認係經由相對人合意而成立契約。因是，記載於收據背面之定型化契約條款，並非全盤否定為契約內容之一部，必須於通常情形下，收據持有人不能注意上開記載係有關契約條款，顯非所能預見之情形下，始否定定型化契約條款為契約；若依通常情形，相對人有所認知並可得預見該條款之法律效果，縱使係記載於收據等文書背面之定型化契約，亦應認已成立契約。…」定型化契約條款是否構成契約內容，須視企業經營者是否給予消費者合理的審閱期間、是否向消費者明示該約款內容及該約款非異常條款，消費者保護法第 11 條之 1、第 13 條及第 14 條訂有明文，並非約款記載於書面即構成契約內容，本案法院以消費者保護法第 14 條的反面推論出「定型化條款苟記載於書面，依消費者保護法第 14 條之規定，固應即認為構成契約內容」即忽略了審閱期間和異常條款的規定，而值得商榷。

貳、定型化契約的審閱權

依消費者保護法第 11 條之 1 規定，企業經營者使用定型化契約條款須給予消費者合理的審閱期間，否則該條款不構成契約內容，惟企業經營者於定型化契約中載明消費者自願放棄審閱期間的約款其效力如何？則解釋上尚有空間。

定型化契約審閱權是為了消費者的利益，限制消費者對審閱權的自由拋棄必須符合消費者的利益所必要者為限。在消費者尚未審閱契約前，就預先拋棄審閱權，將使消費者無充分了解契約內容的機會，因此，預先拋棄審閱權應受限制。

然而，在消費者取得審閱權後，則消費者既已取得充分資訊，包括全部契約內容和審閱期間的資訊，衡量時間成本後，願意拋棄審閱期間，則是斟酌締約相關成本效益後所為的決定，此時限制消費者對審閱期間利益的自由拋棄，並非保護消費者利益的必要手段，因此，消費者即可以個別磋商條款拋棄此一審閱期間的利益⁸⁸。

最高法院 98 年台上字第 168 號判決表示：「…按消費者保護法第十一條之一第一項固規定，企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。惟依同條第二項規定，倘企業經營者於訂約前，未予消費者合理之審閱期間，亦僅生由企業經營者單方所預先擬定之定型化契約條款，不構成契約之內容，非謂當事人間之契約關係不成立或無效。此因定型化契約條款未能列為契約內容之事項，應視兩造間契約之性質，依相關法律規定補充之。次按企業經營者於其所提供之定型化契約中，加註消費者自願拋棄契約審閱權之條款，按其情形顯失公平者，依民法第二百四十七條之一第三款、第四款之規定，該條款應屬無效者，仍應由企業經營者舉證證明已提供消費者合理審閱契約之期間，否則即應依前開情形處理。經查，本件上訴人與永慶公司約定，由永慶公司報告訂約之機會或為訂約之媒介，上訴人給付報酬之契約，屬居間契約之性質。系爭專任委託銷售契約書所載消費者自願放棄契約審閱權之定型化契約條款，依其情形顯失公平，故該拋棄契約審閱期之條款應屬無效。…」即否定契約書所載消費者自願放棄契約審閱權的定型化契約條款的效力。

參、非消費關係於消費者保護法的適用

非消費型定型化契約可否適用消費者保護法上相關規定，實務見解不一，以下分別加以介紹：

一、肯定見解

最高法院一開始採取肯定見解，例如 87 台上 2214 號判決：「本件上訴人主張：伊承保之客戶台灣殼牌股份有限公司（下稱台灣殼牌公司）與瑞商實業股份有限公司（下稱瑞商公司）向被上訴人所屬高雄煉油總廠前鎮儲運所承租之儲槽，所儲存之苯乙炔（台灣殼牌公司部分）及甲基乙基酮（瑞商公司部分），竟因被上訴人未盡善良管理人之注意，提供適合保存儲放化學物品之儲槽，並使儲存之物品不致受到污染，致使台灣殼牌公司及瑞商公司之化學物品於儲放期間遭受污染而受有損害，伊於分別賠償該二公司後，受讓該二公司之債權共計為新台幣（下同）六百五十六萬零二百六十四元等情。依保險法第五十三條之規定，本於契約債務不履行及侵權行為之法律關係，求為命被上訴人給付六百五十六萬零二百六十四元，及其法定遲延利息之判決。…按法院對於當事人所提出之重要攻擊防禦方法，應於判決理由中說明其足採與否之意見，否則即有判決不備理由之違法。查，本件上訴人主張：本件租賃合約第十條違反消費者保護法第十二條第

⁸⁸ 參閱謝哲勝，「消費者定型化契約審閱權」，月旦法學教室，第 56 期，頁 9，2007 年 6 月。

一項及第二項第一款、第三款之規定，應屬無效。另租賃合約第十二條亦違反消費者保護法第十二條之規定，亦屬無效等語，為其重要之攻擊方法，且攸關本件租賃合約第十條及第十二條之效力。原審未遑針對其所指各點，詳為勾稽，審慎斟酌，遽以前開理由，為上訴人不利之論斷，自嫌疏漏。…」

高等法院也有也有採取肯定見解的判決，舉高等法院 91 年度上字第 880 號民事判決為例：「是以本法之消費，並未排除以生產為目的之商品消費，尚不能因所謂「消費」未為定義，而僅依文字用語為限縮解釋，而認僅係最終產品之消費而已。」

二、否定見解

但後來最高法院皆採取否定見解，例如：

1.89 台上 1402 號判決：「本件上訴人主張：兩造於八十一年六月三十日訂立工程契約，約定由伊承包被上訴人「第三期鐵路平交道改建立體交叉計畫羅東下西結立體交叉工程」（以下稱系爭工程），全部工程應於四百五十日曆天完成，契約總價新台幣（下同）八千九百六十三萬元，按實做工程數量結算工程款。伊於八十一年十二月二日開工後，系爭工程之基地因不可抗力而下陷，不僅使原已近完工之工程幾毀於一旦，更使伊遭相關單位勒令停工檢查，而無法繼續施作，延至八十三年十一月四日始獲准復工，嗣經伊趕工而於八十四年五月三十一日全部完工，計歷時九百一十一日曆天，工程款經結算為八千八百五十二萬八千七百三十七元，扣除已領迄之七千九百六十三萬二千一百七十二元，及保留之保固金八十八萬四千八百零二元，被上訴人尚應給付伊八百零一萬一千七百六十三元等情，求為命被上訴人如數給付及加付法定遲延利息之判決。…查系爭工程之契約條款係被上訴人為與不特定多數廠商訂立而單方面預先擬定，屬定型化契約，兩造於八十一年六月三十日訂立之工程契約書第五條第三項約定「因故延期：如因甲方（被上訴人）之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方（上訴人）得以書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議。」，依此約定，系爭工程進行中，倘因可歸責於被上訴人之事由，或因不可抗力，導致系爭工程無法施工，被上訴人可無視實際無法施工之日數，單方面擅自決定可展延工期之日數，上訴人全無置喙餘地，有違誠信原則，對上訴人顯失公平，本院前次發回意旨對此已予指明；而原審引用之行政院消費者保護委員會八十七年九月二十四日八十七消保法字第〇一〇六一號函雖指承包工程之廠商並非消費者，其與政府機關所締造之契約，不能直接適用消保法有關定型化契約之規定，惟該函亦稱應適用民法及其他有關法令之規定，則上訴人主張本件雙方締造之契約，縱不能直接適用消保法之規定，依民法第七十一條、第七十二條、第一百四十八條第二項、第二百零九條等規定，工程契約書第五條第三項之約定亦應為無效之約款等語，是否全無可採，即非無斟酌餘地。…」

2.最高法院 90 台上 641 號判決：「本件上訴人起訴主張：上訴人於民國八十四年八月十一日與被上訴人訂約，承攬被上訴人之垃圾衛生掩埋場工程，已依約完工於八十六年六月十六日驗收合格，並經被上訴人決算工程費完畢，工程決算總金額為新台幣（下同）七千五百六十九萬四千七百七十二元，扣除已請領之工程款五千六百十九萬五千零七元，被上訴人尚欠工程款一千九百四十九萬九千七百六十五元，扣除保固金即工程結算總額百分之一之七十五萬六千九百四十七元，被上訴人應給付之工程尾款為一千八百七十四萬二千八百十八元，本應於八十六年六月十六日驗收合格日給付，惟竟拒付等情。爰依契約關係，求為命被上訴人如數給付，並加計自八十六年六月十七日起算法定遲延利息之判決。被上訴人則以：依兩造簽訂之工程合約第二十一條第三款約定，系爭工程之工程費須俟工程補助款撥下後再行支付，上訴人所欲請領之工程尾款尚未經上級機關撥下，自不得請求被上訴人給付，又本件工程於上訴人領取三期工程款後，被檢調單位發現工程有圍標及圖利等罪嫌，雲林縣政府乃依規定指示被上訴人應俟司法機關審結定讞後再依法辦理，並非被上訴人扣留工程款，另上訴人所述之差額二百四十六萬零三百九十九元係工程管理費，並非上訴人可領取之工程款，兩者各自獨立，不容挪用，亦非上訴人所得請求等語，資為抗辯。…惟按消費者保護法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者而言，此觀同法第二條第一款規定自明。本件系爭工程合約，係被上訴人就特定之工程以招標方式決定承攬人即上訴人而與之訂約，顯非消費者之交易，又被上訴人本身並無財源，始與上訴人約定，須俟省環保處補助之經費撥下後始行支付各期之工程款，此為上訴人事前所知悉，並無違反誠信原則而顯失公平之情形。況被上訴人亦本此約定，如期層請核撥各期之工程款給付上訴人，據上訴人自承總計已達五千六百十九萬五千零七元，益證該項特約，並無不妥之處，上訴人主張依消費者保護法第十二條規定，系爭工程合約中第二十一條第(三)款之約定為無效一節，委無足取。

3.最高法院 93 台上 696 號判決表示：「…另消費者保護法上所謂之消費者，依該法第二條之立法解釋，係指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務之情形。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，保證人亦未因有保證契約而自銀行獲得任何報償，自非屬於消費者保護法所規範之消費法律關係，尚無該法之適用。該連帶保證書上由被上訴人事先印刷之內容部分，上訴人於簽立時，原非不易詳閱其內容，若有意見，本得要求刪改，非無選擇或拒絕之餘地。其於事後始任指保證書為定型化契約，內容違反誠信原則，顯失公平而無效，亦非有理。…」⁸⁹

從上述所列之實務見解可知，非消費關係不能適用消費者保護法已逐漸成為實務上之定見，但非消費關係可否類推適用消費者保護法之相關規定，台灣高等

⁸⁹ 最高法院相同意旨判決可見 100 台上 394 號判決、98 台上 323 判決、93 台上 1762 判決、93 台上 696 判決、92 台上 2332 判決、92 台上 989 判決等。

法院高雄分院 88 重上字 67 號判決表示：「…又消費者保護法是否適用於銀行與保證人間，固有爭論，惟銀行與保證人間所訂立之保證契約，一般均由銀行單方擬訂，保證人少有爭執之餘地，如在簽訂前未將雙方之權利義務完全告知或給與保證人相當之審閱期間，應可類推適用消費者保護法第十四條及施行細則十一條第二項規定，認定未經適當期間審閱之部分，並無拘束當事人之效力。…」，惟此判決後經最高法院 91 台上 740 號判決廢棄發回，廢棄理由之一為：「…未按銀行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銀行債務之清償責任，銀行對保證人並不負任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質為單務無償契約，非屬消費之法律關係，保證人亦非消費者，當無消費者保護法之適用。原判決謂銀行與保證人間所訂立之保證契約，如在簽訂前未將雙方之權利、義務完全告知或給與保證人相當之審閱期間，應可類推適用消費者保護法第十四條及施行細則第十一條第二項之規定，認定未經適當期間審閱之部分，並無拘束當事人之效力，而為上訴人不利之論斷，所持法律見解，尤有可議。…」，從實務上有關銀行與保證人間數則實務見解，吾人可知實務認為非消費關係不能適用亦不能類推適用消費者保護法之規定，與本文見解相符。

肆、定型化契約條款效力控制的判斷依據

最高法院 99 台上 1742 號判決表示：「…查，兩造並不爭執系爭契約總價為七千八百三十五萬五千四百五十四元，而系爭工程為管線遷移工程，施工項目包含通訊管線及交控設備遷移，計價項目總計一百四十九項，有詳細價目單在卷可稽。參酌系爭工程總價及施工項目多且繁雜，顯非未具規模又無專業能力之一般廠商所能承攬，且兩造均不爭執上訴人為專業廠商等情，堪認上訴人為頗具規模並有專業技能，及具市場經驗之公司，非屬經濟弱勢一方，而毫無議約磋商能力。況系爭契約為工程承攬契約，上訴人既為專業廠商，當有能力本於專業知識、經驗評估其自身條件及獲利情形，以決定締約與否，且兩造於締約時已有詳載各工項單價之價目單可供參酌，參以系爭契約第二十二條尚有手寫加註，再由上訴人法定代理人蓋章確認，顯見契約條款內容已就上訴人對個別條款之意見手寫加註，是上訴人於簽訂系爭契約時，對於條款內容，非無磋商、變更之餘地，顯非民法第二百四十七條之一規定適用對象，亦無顯失公平情事，而無特別保護之必要，上訴人主張系爭契約第四條為附合契約條款云云，自屬無據。系爭契約既不得適用上開規定，上訴人主張該條文顯失公平而屬無效云云，即非可採。…」顯見最高法院是否對定型化契約條款效力加以規制，係以相對人是否屬經濟弱勢一方及對條款內容有無磋商或變更之餘地為主要判斷依據。

伍、民法第 247 條之 1 與消費者保護法第 12 條的規範性質

最高法院 100 台再 23 號判決表示：「…至兩造契約有無民法第二百四十七條之一顯失公平及第二百二十七條之二情事變更原則情事，核屬事實審採證、認事及解釋契約之職權行使範疇，原確定判決縱未指摘，亦與適用法規顯有錯誤有

間。再審論旨，執以指摘原確定判決適用法規顯有錯誤，聲明廢棄，非有理由。」

最高法院 95 台上 2326 號裁定表示：「…本件發生前託運人與被上訴人已合作約三年，託運貨物約一千次，託運人自有充分時間可以審閱運送契約條款，而以其規模及資力，倘不同意契約條款，不但有談判協商之能力，亦可更換使用其他運送人，託運人之員工李小玲已承認知悉美金一百元責任限制規定等情，因認系爭託運單正面右下方及背面條款以極小之外國文字書寫約定單位責任限制，並無違反消費者保護法第十二條及民法第二百四十七條之一之規定，難謂有違背法令。本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使所論斷：勁永公司於託運訂約時已知悉有限責任之約定等情，指摘為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。…」

此二最高法院裁判皆認為判斷系爭契約是否違反消費者保護法第 12 條及民法第 247 條之 1 之規定係屬事實審取捨證據、認定事實及解釋契約的職權行使所論斷，並以此駁回上訴或再審。但此一見解，有待商榷，因為判斷定型化契約是否違反消費者保護法第 12 條及民法第 247 條之 1 之規定而無效，屬法律適用問題⁹⁰。最高法院固然可以事實審法院確定的事實為依據，認定係爭契約未違反消費者保護法第十二條及民法第 247 條之 1 而判決駁回上訴，但不應將上訴人主張係爭契約違反消費者保護法第 12 條及民法第 247 條之 1 係屬對事實認定的爭執，而裁定駁回上訴。最高法院 98 台上 1355 號判決：「…按解釋意思表示，應探求當事人之真意，且解釋契約，固屬事實審法院的職權，惟其解釋如違背法令或有悖於論理法則或經驗法則，自非不得以其解釋不當，援為上訴第三審之理由。…」見解可為佐證。

陸、保證契約

最高法院 98 台上 1652 判決表示：「…又解釋契約，倘契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。查上訴人簽訂系爭保證書之時間、金額，雖與太府公司設定之抵押權相近，然簽訂該保證書時，苟僅單純為擔保上開太府公司所借之一億元債務，理應簽署一般保證契約書即可，乃上訴人簽署如上述內容之系爭保證書，該契約文義並明確記載最高限額保證之意，即不能捨契約文字而更為曲解，其辯以太府公司設定一億二千萬最高限額抵押權之日期，與其簽立系爭保證書，日期、金額相同，及被上訴人向李嘉綺求償及和解事實，依訂約當時客觀情形及解釋契約探求當事人之真意，僅係一般保證，保證債務不及於主債務人之保證債務云云，亦非足採。欄按保證人因擔

⁹⁰ 參閱許政賢，「一造辯論判決與消費型定型化契約的無效」，台灣法學雜誌，第 169 期，頁 174，2011 年 2 月。

保他人間之債務而負清償責任，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。本件上訴人向被上訴人簽立之系爭保證書及約定書既合意約明連帶保證範圍包括票據、借款、墊款、保證等債務及其他債務，並及於其利息、遲延利息、違約金、損害賠償及其他有關費用，上訴人自應就最高限額內之保證債務負連帶責任。又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。上訴人辯稱：系爭保證契約違反平等互惠及誠信、衡平原則，依消費者保護法第十一條第一項、第十二條第一項、第二項第一款、同法施行細則第十四條及民法第二百四十七條之一規定，該定型化契約約款為無效云云，均不可取。竊上訴人指系爭保證書約定「保證人願在本項債務未清償前絕不自行退保」，有違民法第七百三十九條之一規定一節，按約定保證人預先拋棄權利、加重其責任或限制其行使權利者，僅該部分約定無效，並非契約全歸無效，此觀民法第一百十一條但書、第七百三十九條之一、第二百四十七條之一、民法債編施行法第十七條、第三十三條之規定自明。是未定有期間之最高限額保證契約，倘有使保證人預先拋棄其權利或限制其行使權利之約定，按其情形有顯失公平之情事，僅該約定部分無效，並不影響最高限額保證契約本身之性質。查系爭保證契約應僅上開『不得自行退保』之約定無效，其他條文之約定仍為有效，上訴人既未曾依民法第七百五十四條規定為終止保證契約之意思表示，則系爭連帶保證契約自仍有效。」

本案最高法院維持過去一貫見解⁹¹認為保證人與銀行間非消費關係，惟非消費關係仍可能有民法第 247 條之 1 的適用，故最高法院直接以非消費關係為由駁回上訴人民法第 247 條之 1 的抗辯，而未論斷是否「顯失公平」，即有待商榷。

至於本案連帶保證人保證範圍，包括主債務人的保證債務，是否違反民法第 247 條之 1 而無效，學者曾品傑教授⁹²認為應以主債務人對金融機構的主債務性質為斷，如主債務為營業性借款則保證範圍可包括被保證人的保證債務，如主債務為非營業性借款，則該條款應類推消費者保護法第 11 條第 2 項的規定或斟酌消費者保護法第 14 條的法理，認為該約款不構成契約內容。

第四項、小結

本節首先以契約自由及其限制為基礎，探求定型化契約規制的依據，除傳統

⁹¹ 相關實務見解請見註 88

⁹² 參閱曾品傑，「連帶債務人為被保證人對三人之保證債務負責-98 台上 1652 號判決評釋」，月旦裁判時報，第九期，頁 23-24，2011 年 6 月。

學者所表示的締約成本、締約地位及契約正義外，另提出市場失靈為考量因素，並強調契約自由為人民受憲法保障的基本權利，故對契約自由的限制須符合憲第 23 條比例原則的要求，須管制理由及管制必要皆存在時，國家方得對人民之契約自由加以限制。

其次，也就目前民法與消費者保護法有關定型化契約的規定作一說明。就定型化契約約款的效力控制，民法第 247 條之 1 與消費者保護法第十二條分別定有規範，基於消費者保護法與民法立法思維的不同，而且民法第 247 條之 1 第 4 款已設有概括規定，應無立法漏洞可言，故非消費關係應無類推適用消費者保護法第 12 條的餘地。惟有關於定型化契約訂入契約、條款解釋及效力控制等問題，消費者保護法上的規範實較民法具體且詳細，實務運作上亦較為方便，故學者多有主張將消費者保護有關定型化契約之規定適用於非消費性定型化契約，但將消費者保護法上相關規定納入民法規範之中，須特別注意與民法舊有規範間是否會產生規範上衝突。本文認為在民法中將定型化契約分為消費性與非消費性，消費性定型化契約因涉及消費者保護的特殊立法目的，故在程序及實質內容控制的規範密度較為強烈，非消費關係則原則上仍適用既有民法規範，僅於既有規範不足之處再加以補充，或許不失為修法成本較低、且不易產生規範衝突的方法。

再者，就近年實務適用定型化契約相關規定的實際案例與爭議問題作一說明。定型化契約的規制可說是對契約自由原則的修正，實務及學說觀察到因使用定型化契約可能產生的種種不公平現象，故特別設計了一套規制控制系統，希望能避免不公平的情形發生。觀察實務與學說產生爭議之點，本文認為主要有二問題。第一、實務與學說對是否構成消費關係產生歧異，例如前述之保證契約，歸咎其原因乃在於消費者保護法雖有消費者的立法定義，但該定義模糊不清，其中【消費】二字如何解釋常有不同見解。有重新修定的必要。第二、在民法第二百四十七條之一及消費者保護法第十二條有關定型化契約條款效力控制，實務或許仍受傳統契約自由根深蒂固之想法，故在運用此二條文仍顯保守，使立法者欲保護約款使用人之目的大為減損，此部分只能期待日後法院能基於私法正義最終首護者角色，勇於宣告不合理之定型化契約條款無效，才能避免產生強者恆強，弱者恆弱之現象發生。

第二節、外國法

第一項、德國法—德國民法上的一般交易條款規範

壹、法律規定的發展

一、概述

關於德國一般交易條款(Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGB, 又有稱作「定型化契約條款」者)規範的發展, 最先是由法院判決透過「概括條款」(如德國民法第 138 條、第 242 條)的適用, 予以建構, 後於 1976 制定「一般交易條款規制法」¹(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGBG), 予以法典化, 其後, 由於歐盟於 1993 年 4 月 5 日通過關於消費者契約濫用條款指令(RICHTLINIE 93/13/EWG DES RATES vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen), 為與歐盟法調和, 於 1996 年進行修法², 將歐盟指令規定轉換(umsetzen)為內國法, 後來隨著債法的修正, 於 2002 年 7 月 15 日債法現代法化將之廢止, 而將其實體規定整合編入民法典中(第 305 條到第 310 條), 並作了些修正, 程序規定則放入不作為訴訟法(UKlaG)裡。

有別於歐盟指令具體針對消費者的保護, 德國的一般交易條款控制, 不僅保護消費者, 也保護企業經營者, 以克服使用一般交易條款典型上對契約相對人造成的危險³, 因此, 現今在德國法上, 對於一般交易條款的內容控制, 已無特別法規定, 不管交易主體是私人、消費者、或是企業經營者, 於使用一般交易條款時, 均適用民法的規定。

二、整合立法

將一般交易條款規制法納入民法的整合立法, 主要是由於歐盟的一系列指令, 促使成員國負有轉換為內國法的義務, 而這方面的指令, 又以消費者保護相關規定為多, 使德國在民法典之外, 也形成了大量旨在保護消費者的特別法, 造成法律適用的不透明, 而德國民法典作為調整全部市民私法關係的法律, 自應將此種消費者保護法予以納入, 每個市民都是消費者, 而且每個消費者都是市民, 企業經營者與消費者之間的契約, 是債之契約的一種典型形式, 而且消費者保護是債法中內在的一個基本保護思想, 過去民法第 138 條、第 123 條及第 242 條即已適用到這部分領域上了。

¹ 參閱劉宗榮, 一九七六年德國一般交易條款規制法, 收於氏著, 定型化契約論文專輯, 頁 167-201, 1988 年初版。

² AGB-Änderungsgesetz vom 19.7.1996, BGBl. I, S.1013.

³ Dieter Hart, Verbraucherrechtliche Grundlagen des AGBG, JURA 2001, 649, S.649f.

歐盟關於消費者契約濫用條款指令，雖僅適用於消費者契約 (Verbraucherverträgen)，但指令中有關一般交易條款的定義、內容控制之架構、團體訴訟等重要之點上，均跟德國法有相似之處。因此，為避免民法與特別法分割分立所可能產生之解釋原則、概念和價值標準的歧異發展危險，同時，也鑑於一般交易條款規制法與民法的緊密重疊關係，是應該將其納入民法典中，並能有助於法律適用者的找出法律與適用法律⁴，而且現代立法的荷蘭民法典及歐洲契約法原則，也都將一般交易條款予以規範，故一般交易條款應係屬於德國民法的一部分。透過這樣的整合，可改善德國民法的透明度跟清晰性 (Übersichtlichkeit)、使一般交易條款規制法跟債法可以緊密交織、使債法任意規定對於一般交易條款有形成空間 (Gestaltungsspielraum)⁵。

三、體例編排

在立法體例上，目前關於一般交易條款的規定，是訂在德國民法第二編「債之關係法」 (Recht der Schuldverhältnisse) 中的第二章「以一般交易條款所形成之法律行為債之關係」 (Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen)。對於這樣的編排是有爭議的。

蓋一般交易條款涉及的問題，不僅涵蓋總則，如一般交易條款的訂入、無效結果等跟一般法律行為理論息息相關；也包括物權法，如擔保交易、附條件買賣，也會有一般交易條款的問題⁶，但在體系解釋上，債編中的一般交易條款規定，可否適用到物權法，容有疑義。因此，有建議應依各該規定的功能關聯性而為分割規定，例如：訂入契約之規定可置於總則、內容控制之規定可置於所欲偏離的相關任意規定中⁷；或是將全部的一般交易條款規定放入總則編中⁸。雖然，若將一般交易條款規定放置在債法中，體系上是有疑義的，儘管如此，德國的立法者還是將其規定在債法通則當中，主要是著重於一般交易條款絕大多數跟債法的任意規定有關，而且在教科書中也都是將其放在第二編第一節「債之關係內容」 (Inhalt der Schuldverhältnisse) 的相關部分進行討論，因此，這樣的編排，在內容上算是適當的，體系上也有其立足點⁹。雖然，一般交易條款是訂在債法當中，但是並非要限制其適用範圍，而是要強調其重點適用範圍，並無意排除其對物權法領域的適用。

⁴ BT-Drucks. 14/6040, S.150.

⁵ BT-Drucks. 14/6040, S.149. 不過，也有學者認為整合立法的需要並不充分，蓋一般交易條款規制法有相當多的特別規定，如訂入控制、條款解釋、部分無效及內容控制等，具有其特殊性，也具有其獨自之立法目的，即保護契約相對人免於被單方決定契約內容自由的危險，而且鑑於長期以來適用一般交易條款規制法的結果，尚無負面經驗，而認為應優先採取保留獨自立法之模式。Vgl. Peter Ulmer, Das ABG-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, 491, S.491ff.

⁶ BGHZ 137, 212.

⁷ Ulmer, a.a.O., S.494.

⁸ Manfred Wolf, Sachenrecht, 19. Aufl., 2003, Rn. 397.

⁹ BT-Drucks. 14/6040, S.149. Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 161. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn.91.

貳、一般交易條款的意義

德國民法上的一般交易條款(AGB)，依第 305 條第 1 項規定：「一般交易條款係指為多數契約所預擬之一切契約條款，其由契約當事人一方（使用者）於締約時向契約當事人他方提出者。此不論其條文規定係屬外觀上獨立於契約外的部份，或被納入契約文件中者，亦不論條文規定所涵蓋之範圍、以何種書寫種類所撰寫、及所具有之契約形式。如契約條款係由契約當事人所個別協商出來者，此不構成一般交易條款。」

依此，要進行控制的一般交易條款，必須滿足下列條件：(一)預擬的契約條件、(二)為了多數契約、(三)於締結契約時提出。

一、預擬的契約條件

需要控制的契約條款，必須是預擬的契約條件(vorformulierte Vertragsbedingungen)，至於以何種形式預擬，在所不問，並不以固定於書面為必要。契約條件是指所有決定內容的契約條款，因此，對於法律規定加以變更或補充的條款，或者是僅僅重申法律規定的條款(宣示條款，deklaratorische Klauseln)，也都足以構成一般交易條款。

條款表現的形式，可以是在締結的契約本身、可以是訂單上的細小字體、可以是個別的條款文件(Klauselwerk)或是定型化契約(Formularvertrag)、可以是書面的，也可以是非書面的告示牌(Schild)或布告(Anschlag)上的文字，如布告上的「責任排除」(Haftung ausgeschlossen)或「包包檢查」(Taschenkontrolle)¹⁰。縱然未先以書面寫下，而是存在條款使用者的腦海中(im Kopf)，而於締約時將其內容予以寫下納入契約者，亦屬預擬的契約條件¹¹。

一般交易條款的擬定，不管是由契約當事人之一方為之，或者是援引其他已準備好的條款文件(如 Abschluss nach VOB¹²)，亦包括在內。如果契約條款係由第三人擬定者，如由出租人協會(Vermieterverband)提供，由於其具有一般使用目的，故亦具有一般交易條款性質¹³。不過，如果是由中立第三者獨立所預擬之契約條款(所謂的「第三人條款」(Drittbedingungen))，如公證人在其職務範圍內所擬就者，原則上即無一般交易條款控制的適用¹⁴。然而，若公證人受使用者委託或經常為其服務者，即不再是中立第三者，其所擬就之契約條款，則仍有適用¹⁵。

¹⁰ BT-Drucks 14/7052, 187.

¹¹ 黃立，細說德國二〇〇一年新民法消費者契約條款，政大法學評論，第 98 期，頁 110，2007 年 8 月。

¹² Verdingungsordnung für Bauleistungen.

¹³ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 166.

¹⁴ Hennrichs, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002, § 6 Rn. 13.

¹⁵ 黃立，細說德國二〇〇一年新民法消費者契約條款，政大法學評論，第 98 期，頁 112，2007

二、為了多數契約

預擬的契約條件，必須是為了多數契約(Vielzahl von Verträgen)之用，即至少要三個以上¹⁶，只要使用者有這樣的意圖(Absicht)即可，故即使是第一次使用的時候，仍然有一般交易條款控制的適用¹⁷。但若契約條件只是為了某一特定交易而擬就者，即不構成一般交易條款。

此一舉證責任係由條款使用者的契約相對人負擔，亦即契約相對人須舉證證明系爭契約條件是為了數次使用而預先擬就，不過，從契約條件的內容及形成，也可形成表見證據，即若契約中的約款，並不是為個別契約情況而制定者，即可推定是一般交易條款¹⁸。

對於供多數契約之用的要件，歐盟指令第3條第2項規定：「契約條如係事先擬就，且消費者，特別是在事先擬就的定型化契約(Standardvertrag)架構下，無法對內容有影響者，視為非個別磋商之契約條款。契約條款之特定成分，或個別條款係個別磋商之事實，若依整體評估仍係事先擬就的定型化契約者，不排除契約其他部分適用本條之規定。若企業經營者主張任一契約條款係屬個別磋商之結果，應由其負舉證責任。」依據此一定義，歐盟指令對於一般交易條款的認定，與德國法在以下二方面呈現差異：即不以供多數契約之用為前提，也不以他方提出為前提。明顯較德國法的定義為寬，因此，為作符合指令之解釋，德國民法在第310條第3項針對消費者契約的一般交易條款，作了較為寬鬆的規定。

三、於締結契約時提出該契約條件

該契約條款必須由使用者一方提出，提出(stellen)的要件，只要約款使用者未認真且明顯的準備就條款的重要規範實質在磋商過程中提供處分，即可該當。亦即約款使用者係單方面且無討論(einseitig und diskussionslos)的促使條款訂入契約(即 take it or leave it)¹⁹。

如果顧客可以在不同的契約表格中為選擇者，即欠缺單方提出的要件，而可排除一般交易條款的控制²⁰。條款使用者強迫相對人接受一般交易條款，固然該當；若契約相對人係在急迫從屬的情形下接受條件，係因依據慣例，只有接受條件才能期待締結契約者，亦屬該當²¹。對於一般交易條款的管制，並不是要促使當事人去閱讀條款，而是針對因人們相信它而不需去閱讀一事上²²。

年8月。

¹⁶ BGH NJW 2002, 138.

¹⁷ Peter Schlechtriem, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2003, Rn.78. Jauernig/Jauernig, § 305 Rn.4.

¹⁸ BGH NJW 2004, 502.

¹⁹ Jauernig/Jauernig, § 305 Rn.6.

²⁰ BGH NJW 2010, 1131 Rn. 18, 20.

²¹ BGH NJW 1997, 2043.

²² Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.167.

參、一般交易條款與個別磋商條款

相對於一般交易條款，如果契約條款係由契約當事人所個別協商出來者，即所謂的「個別磋商條款」(Individualvereinbarungen)，不構成一般交易條款(第 305 條第 1 項第 3 句)。而且這種個別的契約協議(individuelle Vertragsabreden)具有優先性(Vorrang)(第 305b 條)。

如何判斷是「個別磋商條款」還是「一般交易條款」，有時並不容易，特別是當一方帶著預擬的文字，外觀上並未有明顯的變更或補充而被納入契約中的情況。對於磋商(Aushandeln)的要求，通說認為應高於單純的協商(Verhandeln)²³，因此，必須是對於相關的交易條件的內容提出討論，並且讓相對人對於提出之條件，擁有具體可能且可期待之內容影響力者，才足以構成個別磋商²⁴。換言之，原則上磋商會導致條款的變更。單純的要求將不想要的文句段落予以刪除者，尚不足夠²⁵。使用者僅是教示一般交易條款的意義及效果者，尚不足構成²⁶。如果提供數個一般交易條款供選擇，而由他方決定挑選其一者，仍屬一般交易條款，但若在表格中留有開放位置，讓契約相對人依其自由決定予以獨自補充者，該部分即非一般交易條款²⁷。

個別磋商條款的優先適用，係在於當事人間的個別合意事項，是比一般交易條款的文字更符合其意志。

肆、適用範圍的規定

基本上，只要契約中有使用到一般交易條款時，原則上均有民法第 305 條以下規定的適用。不過，德國民法對於若干領域，還是設有適用範圍限制的問題。

一、客體範圍

依據民法第 310 條第 4 項，關於繼承法(Erbsrecht)、家庭法(Familiensrecht)及公司法(Gesellschaftsrecht)領域之契約，不適用之。因此，個案中如出現類似一般交易條款的保護需求時，可另依民法第 242 條的誠信原則進行內容控制，以填補漏洞。

另外，關於勞動法(Arbeitsrecht)領域的契約，過去在 AGBG 時，係排除適用的，但在債法現代化之後，則是部分排除適用，亦即團體協約(Tarifverträge)、經

²³ Wackerbarth, AcP 200, 45, 82ff. Jauernig/Jauernig, § 305 Rn. 9.

²⁴ BGH NJW 2005, 2543.

²⁵ BGH NJW 1998, 2600.

²⁶ Hennrichs, a.a.O., Rn.14.

²⁷ Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.170.

營協議(Betriebsverträge)²⁸、公職務協議(Dienstvereinbarungen)²⁹的部分。換言之，勞動法上的集體協議(arbeitsrechtliche Kollektivvereinbarungen)上的契約，蓋這些契約係由雇主代表與勞工代表個別磋商得出，屬團體協商自治(Tarifautonomie)的範圍，當事人間具有對等的力量關係，可被推定為構成對利益的適當調和，而且依據基本法第 9 條第 3 項，係受同盟自由基本權保障³⁰，而非毫無限制地落入法官的內容控制範圍³¹。

個別的勞動契約，雖然有適用，但是，仍然有所保留，亦即在具體適用上，對於勞動法適用上的特殊性，應予以適當考量(die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen)(第 310 條第 4 項第 4 句)，而須作有別於一般民法的條款判斷。再者，在德國法上，勞工被認為同時也符合消費者(第 13 條)的概念，因此，對於一般交易條款的管制，除考量勞動法上的特殊性之外，也須考量對於消費者契約的特別規定(第 312 條第 3 句)³²。

另外，在訂入契約的控制上，民法第 305 條第 2 項及第 3 項規定，也不適用於勞動契約領域。

二、主體範圍

(一)限制適用：企業經營者(B2B)

關於適用的主體範圍，德國民法亦設有限制，若契約相對人為企業經營者(Unternehmer)(第 14 條)、公法法人(juristischen Person des öffentlichen Rechts)或公法上的特別財團(öffentlich-rechtliches Sondervermögen)³³時，由於其與條款使用者之間，一般並不存在結構上的力量不對等，但是，仍有可能在特定情境上發生面臨一般交易條款所展現的弱勢，故並未完全排除條款控制的必要性，但屬有限制的適用，其特別性顯現在下列二者之上。

1. 條款訂入契約控制的排除

依德國民法第 310 條第 1 項規定，於此情況不適用民法第 305 條第 2 項及第 3 項，亦即作為契約相對人的企業經營者，不能因為其未受一般交易條款的指示或其未有知悉一般交易條款內容的可能性，而主張一般交易條款並未訂入契約。

²⁸ Betriebsvereinbarungen 係指雇主與經營協議會(Betriebsrat)間之私法上之協議。

²⁹ Dienstvereinbarungen 係指公務機關與公職人員人事代表間之公法上之協議。

³⁰ 同盟自由基本權係保障個別之個人得透過共組團體之方式建立社會力量和市場力量，以對他方當事人(雇主)之壓力與措施。關於同盟自由基本權的論述，可參閱黃程貫，勞動法，頁 149 以下，1997 年。

³¹ Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rn.93.

³² Coester, in: Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 16.

³³ öffentlich-rechtliches Sondervermögen. 如民營化前之德國聯邦鐵路(die Deutsche Bundesbahn)及聯邦郵政(die Bundespost)。然此等公法上團體往往非一般交易條款下之顧客，而係其使用者。Brandner, Hans Erich in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl, 1990, § 24 Rn. 16.

易言之，對於企業經營者而言，一般交易條款的訂入契約，亦可能透過緘默意思表示(stillschweigende Willenserklärung)而成立³⁴。

2.禁止條款適用的排除

德國民法第 308 條及第 309 條，對於一般交易條款的内容控制，設有「具評價可能性的禁止條款」與「無評價可能性的禁止條款」，列舉數項具體的條款內容，以利内容控制的操作。惟當企業經營者作為契約相對人時，依法只以民法第 307 條第 1 項及第 2 項的誠實信用原則概括條款，作為内容控制的基礎。而且對於這類案例的適用，還要將商業交易上所適用之習慣及慣例，予以適當地納入考量(第 310 條第 1 項)。

(二)擴張適用：消費者契約(B2C)

對於「企業經營者」³⁵與「消費者」³⁶間的消費者契約(Verbraucherverträgen)，德國民法則是作有利於消費者保護的擴張適用。主要表現在三個方面³⁷。

1.一般交易條款的擴大控制

一般交易條款只要是由企業經營者向消費者所提出者，即有内容控制的適用，即使是由第三人擬就的條款(所謂的 *Drittbedingungen*)，如由中立公證人所擬之契約條件，亦受一般交易條款控制的適用。除非該契約條款係由消費者引入契約者，不在此限(第 310 條第 3 項第 1 款)。

2.一般交易條款範圍的擴大

企業經營者所預擬之契約條件，縱使僅為一次性使用，只要消費者因此等預擬而無法對其内容加以影響者，仍有一般交易條款控制的部分適用(如第 305c 條第 2 項、第 306 條、第 307 條至第 309 條，及民法施行法第 29a 條的適用)(參閱第 310 條第 3 項第 2 款)。

3.締約伴隨情事的考量

³⁴ Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006, Rn. 172.

³⁵ 德國民法第 14 條第 1 項所定義的企業經營者，係指為執行營業或獨立職業活動而締結法律行為的自然人、法人或或具權利能力之人合公司。

³⁶ 依德國民法第 13 條，消費者係指非為營業上或獨立職業上活動之目的而締結法律行為之自然人。

³⁷ Hennrichs, a.a.O., Rn. 48ff.

對於消費者契約是否對消費者顯失公平的判斷上，除依據超個人的標準(überindividueller Maßstab)之外，對於契約締結時的伴隨情事，亦應加以考量，例如：是否對消費者為突襲、或消費者係屬特別無商業經驗或為特別有商業經驗者(第 310 條第 3 項第 3 款)。

三、個別規定的除外

對於涉及生存照顧(Daseinsvorsorge)領域之契約，如提供電力能源、瓦斯、遠距離暖氣、自來水、廢水處理之企業經營者，其與特殊買受人(Sonderabnehmer)³⁸，就供給電力能源、瓦斯、遠距離暖氣、自來水、廢水處理，所訂立之契約，如供給條件並未與對於費率顧客(Tarifkunde)之一般條款規則³⁹相偏離，而造成買受人不利益者，即可排除禁止條款規定(第 308 條及第 309 條)的適用(第 310 條第 2 項)。亦即立法者認為對於特殊買受人的保護，不應超過對於費率顧客的保護程度⁴⁰。

伍、一般交易條款的訂入契約控制

一、一般交易條款訂入契約之前提

一般交易條款並非法律規範(Rechtsnormen)，使用者也無這樣的立法權限(Rechtssetzungskompetenz)，因此，其適用始終得依靠當事人以法律行為予以訂入(Einbeziehen)，故一般交易條款要訂入契約，成為契約的一部分，才會發生拘束力，依據德國民法第 305 條第 2 項規定，訂入契約必須符合三個要件。

(一)明示地指示

條款的使用人必須對他方當事人明示地指出(hinweisen)一般交易條款的存
在，如果因為契約締結之方式，使得明示指出交易條款有不合比例之困難時，應於契約締結地點以清楚可見的告示來指出一般交易條款(第 305 條第 2 項第 1 款)。例如：停車場、車站的行李置放櫃、交通運輸工具等的告示，即足以滿足指示的要求。在定型化契約(Formularverträgen)的情況，則無須特別的指示，蓋

³⁸ Sonderabnehmer，即因購買數量龐大或特殊之採買關係，不依費率之規定，而另外處理其供給條件者。Ulmer, Peter in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 6. Aufl, 1990, § 23 Rn. 37.

³⁹ Verordnungen über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung von Tarifkunden mit elektrischer Energie, Gas, Fernwärme und Wasser。參見民法施行法第二百四十三條，聯邦經濟暨科技部得於聯邦司法部同意之情形下，經聯邦參議院之批准，制定供給自來水、暖氣、廢水排放處理之法規命令(Rechtsverordnung)，且涵蓋其價金之框架規則(Rahmenregelung)。

⁴⁰ BT Drucks 14/6040, S.160.

在契約書下簽名即足以表示瞭解全部內容⁴¹。至於，默示的訂入(konkludente Einbeziehung)，則是被排除的。而且一般交易條款的指示，必須在契約締結之前，因此締約後才為的指示，如發票上的一般交易條款，亦應被排除。

(二)認識可能性

條款的使用人必須使他方當事人有以可期待之方式認識一般交易條款內容的可能性(Möglichkeit) (第 305 條第 2 項第 2 款)，因此，當面交付或寄送一般交易條款，係該當此一要求，但並非皆必要如此。此一認識可能性，如果是契約締結後才發生，即會阻礙一般交易條款納入契約。使他方當事人有認識可能性，意指應讓他方當事人有足夠時間(ausreichend Zeit)，不只是可以閱讀一般交易條款的內容，同時也可以評價其內容，至於他方當事人實際上有無利用這個可能性去認識條款內容，並非必要⁴²。

條款使用人對於他方當事人的認識可能性，必須提供可期待之方式，因此，若他方當事人有明顯之身體障礙時，亦應予以「適當考慮」。蓋對於視力殘疾之人，即使明確指出適用一般交易條件或在營業地點懸掛公示一般交易條件，其都無法理解其真正內容，故對於視障者之他方當事人，必須以使其可認識之形式告知一般交易條款，如以電子(elektronisch)或聲音(akustisch)之形式，或以盲人點字(Braille-Schrift)方式為之⁴³。新法增加此規定指在明確告知法律適用者，就是否可期待契約他方當事人認識一般交易條款的問題，不能只以「一般」顧客加以衡量，還必須考慮身體殘疾之人的特殊情況。

(三)同意

他方當事人對於一般交易條款的適用，必須予以同意(einverstanden)，但對條款的內容，則不需要表示出同意(第 305 條第 2 項)。

二、預先協議一般交易條款的適用

當事人間對於特定種類的法律行為，亦可透過架構協議(Rahmenvereinbarung)的方式，預先約定一般交易條款的適用，當然，還是要遵守第 305 條第 2 項所規定之要求(第 305 條第 3 項)。不過，當事人間也不可約定各該版本的一般交易條款皆可適用，故變更後的一般交易條款，還是須符合第 305 條第 2 項之要求，才會成為契約的一部分。若他方當事人對於契約關係未為異議而繼續者，可解為是默示同意，但若有異議者，新版本的一般交易條款，即無適用餘地⁴⁴。

⁴¹ BGH NJW 1995, 190.

⁴² Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.175.

⁴³ BT Drucks 14/6040, S.150.

⁴⁴ Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.175.

三、簡化訂入的情形

(一)特殊契約類型

依據德國民法第 305a 條，特定之運送契約、郵政契約及電信服務契約的一般交易條款，現實上要符合第 305 條第 1 項及第 2 項之要求，在很多情況幾乎都難以滿足，因此，對這部分另有特別規定。

第 305a 條規定：「即便未遵守第 305 條第 1 項及第 2 項所規定之要求，如契約當事人他方同意適用一般交易條款者，於下列情形下，亦得：

1. 將經主管交通官署核准或根據國際條約所發布之鐵路費率及施行規定，及依旅客運送法所核准之具固定交通路線的路面電車、無軌電車及動力交通工具其運送條款，納入運送契約中，
2. 將於聯邦電力、瓦斯、電信、郵政暨鐵路網路局⁴⁵之公報中所公布，且於使用者營業地點可取得之一般交易條款，
 - a. 納入運送契約中，而此契約其係於營業場所外，透過將郵件投入信箱中所締結者，
 - b. 納入電子通訊服務契約、資訊服務契約及其他服務契約中，而此等服務係直接透過使用遠距離通訊工具及於提供電子通訊服務之期間，一次性之提供，且僅能於不符合比例之困難下，始能使契約當事人他方於締結契約前，得悉該一般交易條款者。」

(二)企業間的一般交易條款

企業與企業間的交易往來，基於較多的交易經驗與商業交易習慣，法律上降低其訂入契約的要件(參第 310 條第 3 項第 1 句)。此外，一般交易條款也可以默示之方式，訂入契約⁴⁶。

(三)勞動契約

勞動契約依第 310 條第 4 項第 2 句第 2 小句，亦如同上述企業間契約，適用較低的訂入契約要件。

四、異常條款

一般交易條款中若含有異常條款(*überraschende Klauseln*)者，即使訂入契

⁴⁵ Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.

⁴⁶ Coester, in: Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 32.

約，仍然不構成契約之一部分。所謂異常條款，依據德國民法第 305c 條第 1 項，係指依其情事，特別是依契約之外部表現形象，屬極不尋常，致使用者之締約對象對此一般交易條款無須有所預期者。意即條款跟他方當事人的合理期待，背道而馳，而具有異常性。異常條款可從以下方面加以觀察。

(一)條款依其內容係屬異常者

如果一般交易條款規定的內容，係他方當事人於從事該類法律行為時無法預期者，例如：不尋常的管轄法院、保證人的責任包括債務人一切現在及將來的債務⁴⁷。涉及風險重分配的條款，若屬單方且不適當者，亦可構成異常條款，例如：在乾洗收據上列印「賠償上限為 15 倍乾洗費」者⁴⁸。儘管就理論層面而言，條款的異常性是跟內容的適當性，是有所區別的，即異常條款是內容中性的 (inhaltsneutral)，如字體印刷方式。不過，依透明性要求(Transparenzgebot)，異常條款在釋義學上仍跟內容判斷有不可分之聯結⁴⁹。

(二)條款依其位置係屬異常者

例如物之瑕疵擔保責任的排除，係規定在違約金和損害賠償計算之條款中者，亦屬異常⁵⁰。

(三)條款依其外部表現形象係屬異常者

條款若與使用者先前所為之廣告相比較，並不一致時，條款亦可能依其外部表現形象而構成異常。即使在特定條款就為粗體字印刷的強調或分別簽署者，仍不足以除去其異常性，只有透過個別指示之方式，才可除去異常性⁵¹。

(四)條款在時間上係屬異常者

例如船舶停泊處(Bootsliegeplatz)的出租，迄今都是為每年夏季以締結新約的方式為之，若突然在一般交易條款中改變為，如果未依規定期限終止者，即自動續約者，此一條款即屬異常，故出租人應於締約時告知承租人此一變更⁵²。

陸、一般交易條款的解釋

⁴⁷ BGH NJW 1994, 2145.

⁴⁸ OLG Köln NJW-RR 1998, 997.

⁴⁹ Coester, in: Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 34.

⁵⁰ Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.180.

⁵¹ BGH NJW 1996, 191.

⁵² Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.180.

在進入一般交易條款的内容適當性檢驗階段前，邏輯上必須先確定其内容，此為一般交易條款解釋的問題。

一、客觀解釋

由於一般交易條款係為多數場合制定及使用，因此，依據通說及實務，應採客觀解釋方式。依此，每一個案的特殊情事不應加以考慮，而是以典型上參與所涉法律行為之交易圈(Verkehrskreise)對於一般交易條款會如何理解及應如何理解而為解釋⁵³。例如：保險契約條款應依未有特殊保險法基本知識之一般保險人(durchschnittlicher Versicherungsnehmer)對條款的理解而為判斷⁵⁴。⁵⁵

二、疑義解釋

一般交易條款解釋上的特殊性在於德國民法第 305c 條第 2 項，即於「解釋一般交易條款有疑義時，由使用者負擔之。」此一規定的適用前提，在於當一般交易條款的内容，有多種可想像的解釋可能性(denkbare Auslegungsmöglichkeiten)⁵⁶。此時，依法應採不利於條款使用者的解釋。亦即當某一條款經過解釋之後，仍存在「多義性」(Mehrdeutung)時，即應適用本規定，同樣地，若窮盡解釋方法之後，還存在至少二種的解釋選項時，即應採用不利使用者之解釋選項⁵⁷。

柒、一般交易條款的内容控制

對於一般交易條款的控制，主要是從二方面來確保他方當事人之利益，一則透過改善自我負責的前提條件，以讓他方當事人得以自己維護其利益，故訂入契約的透明化(主要即第 305 條第 1 項及第 2 項)，即為確保此一利益而設；另一則是透過國家的直接介入，以契約正義導向之方式，直接就一般交易條款進行内容控制(第 307 條到第 309 條)。

在内容控制上，德國民法第 307 條揭示控制標準的基本規定，第 308 條及第 309 條則是具體化的規定，其事項則是根據過去的實務經驗累積而成。在適用

⁵³ Hennrichs, a.a.O., 6 Rn.22.

⁵⁴ BGH NJW –RR 1999, 1473.

⁵⁵ 對此一客觀解釋方法持反對意見者，認為一般交易條款涉及契約之一部而非涉及客觀法律，其解釋應依德國民法第 133 條(相當於我國民法第 98 條)及第 157 條，亦即採「主觀—客觀」的解釋方式，依相對人的水平及考慮一切個別之附隨情事而為解釋。Vgl. Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.181.

⁵⁶ BGH NJW 2002, 3232.

⁵⁷ Hennrichs, a.a.O., 6 Rn.23.

上，一般交易條款中之規定，若被用來約定偏離或補充法律條文之規定者，始有內容控制之適用⁵⁸；若條款係屬其他規定者，則屬透明化要求(Transparenzgebot)，嚴格而言，非屬內容控制(第 307 條第 3 項)。

一、概括規定

(一)顯失公平

德國民法第 307 條第 1 項揭示內容控制的指導理念(Leitidee)，同時也作為補充的網捕規定(subsidiäres Auffangnetz)，亦即「一般交易條款違反誠實信用原則，對相對人顯失公平者，無效(Unwirksamkeit)」。

相較於此，歐盟指令第 3 條第 1 項規定：「非個別磋商之契約條款，如違反誠信原則，而不利於消費者，導致契約當事人間契約上權利與義務之顯著與不當失衡者，視為濫用之條款。」此與德國法的核心概念—「顯失公平」(unangemessene Benachteiligung)不盡相同，因此，對於消費者契約，基於歐盟法優先，應作符合指令的解釋(richtlinienkonforme Auslegung)。

德國民法第 307 條第 2 項規定了二種的具體情況，即有疑義時(im Zweifel)，應認為構成顯失公平。在適用關係上，當其構成要件被滿足時，是否還須援引第 1 項規定，予以評價，學說上是有爭議的。雖然有認為第 2 項的情況，指示的僅是該條款的顯失公平性，而將舉證責任倒置由使用者負擔，最終的條款評價，仍應是依第 1 項所為的整體權衡(Gesamtabwägung)，而認為第 2 項規定是作為非獨立的輔助規範(Hilfsnorm)；不過，一般還是認為第 2 項規定是一個獨立、自身完整的構成要件，可以直接得出顯失公平及無效之法律效果，並可優先第 1 項規定而為適用⁵⁹。

因此，第 307 條第 1 項之功能，就變成一個開放的概括規定(offene Generalklausel)，除此之外，也宣示法院介入一般交易條款之內容控制的門檻條件，對於顯失公平(Unangemessenheit)的細部標準，則仍有待發展。

(二)偏離任意規定之精神

依據第 307 條第 2 項第 1 款，一般交易條款與其所偏離的法律規定之重要基本思想不一致者，於有疑義時，將被認定為顯失公平。任意規定具有指標功能(Leitbildfunktion)，使得一般交易條款對此部分不可恣意的偏離，蓋因任意規定的內容，一般代表的是經過公正之利益調和(gerechter Interessenausgleich)的結果，對於當事人雙方的權利跟義務，以及風險，加以等值的分配。

在本款的適用上，首先是確認在無一般交易條款時，適用之任意規定及其內

⁵⁸ 如僅係重複法律規定之宣示條款，其無自己之規範內容時，將無內容控制之適用。 Vgl. Stadler/Jauernig, § 307 Rn. 14

⁵⁹ Coester, in: Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 47.

容為何，除了制定法之外，不成文的法律原則及固定的法官法，都可納入考慮。其次，則是進行法律地位比較(Rechtsslagenvergleich)，以確認條款與欲排除之任意規定是否偏離(abweichen)。契約相對人的法律地位產生明顯的弱化(erhebliche Schlechterstellung)係必要條件⁶⁰，雖契約相對人在某一點上是弱化的，但獲有其他利益之補償時，仍然符合公平性⁶¹。

若經確認契約相對人有明顯的法律地位弱化時，則待檢驗者，只剩約款使用者有無正當之偏離利益(legitimierende Abweichungsinteresse)，或者相關條款是否為法律交易中的習慣。

經本款確認為顯失公平之條款者，即屬無效，不必再援引第一項規定作為依據。

(三)危害契約目的

依第 307 條第 2 項第 2 款，一般交易條款就自契約本質所導出之重要權利或義務加以限制，致危害契約目的之達成，於有疑義時，將被認定為顯失公平。本款的主要目的在於確保契約正義的基本要素，適用場合為所規定之契約多為新型態契約或非典型契約，這類的契約，並無像典型契約設有任意規定可作為比較基礎，因此，約款是否符合公平的利益平衡，必須從契約本質(Natur des Vertrags)予以衡量，對於權利跟義務的限制，對於契約上利益調和的基本設想(Grundkonzeption)造成危害者，係屬無效。

在本款的適用上，首先須探查契約本質，即探查具體契約內容的秩序理念(vertragsimmanente Ordnungsidee)；其次，檢驗條款所涉及之權利或義務的重要性(Wesentlichkeit)如契約相對人經由約款使用者所引發之重要的給付期待及保護期待(Leistungs- und Schutzerwartungen)，實務上有稱之為「首要義務」(Kardinalpflichten)⁶²者；接著，檢驗該等權利義務有無受到限制，如同第 1 款對於偏離的檢驗，也是須進行法律地位的比較；最後，藉由整體權衡，決定該限制是否造成危害契約目的(Vertragszweckgefährdung)之結果⁶³。

二、黑名單規定

依據德國民法第 309 條規定，一般交易條款中若包含該條所列舉之 13 種事項者，即屬禁止事項，直接地無效，無須為進一步的評價，因此，稱為「不具評價可能性的禁止條款」(或稱「無評價機會之條款禁令⁶⁴」)。換言之，即使所列舉之事項可以作偏離法律規定之約定，但以一般交易條款為之者，仍屬無效⁶⁵。

⁶⁰ BGH NJW 208, 2254.

⁶¹ BGH NJW 1982, 644.

⁶² BGH NJW 2002, 673.

⁶³ Coester, in: Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 54.

⁶⁴ 參閱黃立，前揭註 11，頁 116。

⁶⁵ 黃立，民法債編總論，頁 112-115，自版，2006 年修正三版。

1.短期之價格提高

條款中就應於契約締結後四個月內交付或提供之商品或服務，所為之價金提高的規定；但在繼續性債之關係架構下，所交付或提供之商品或服務，不在此限。

2.同時履行抗辯權(拒絕給付權, *Leistungsverweigerungsrechte*)

條款中規定：

(a) 排除或限制使用者的締約相對人依第 320 條所享有之同時履行抗辯權，或

(b) 排除或限制使用者的締約相對人基於同一契約關係所享有之留置權⁶⁶，尤其是以條款使用者對瑕疵之承認為前提之情形。

3.抵銷禁止

條款中規定，剝奪使用者的締約相對人以無爭議或已經判決確定之債權為抵銷之權限。

4.催告或期限之訂定

條款中規定，免除使用者對於契約他方當事人催告之法定義務⁶⁷，或免除其對契約他方當事人定期限命提出給付或補正之法定義務⁶⁸。

5.損害賠償請求總額之預定

條款中約定，就使用者對於損害賠償或價值減損之賠償，其請求之總額加以預定時，如有下列情事者：

(a) 其預定之總額，超過所規定之情事下，依物之通常情形可預期之損害，或超過通常會發生的價值減損，或；

(b) 剝奪相對人證明損害或價值減損根本未發生，或其大幅地低於預定總額之機會。

6.違約金

⁶⁶ *Zurückbehaltungsrecht*, 參見德國民法第 273 條、第 274 條。

⁶⁷ 如德國民法第 286 條，債務人須經債權人催告後仍未給付者，始陷於遲延狀態。

⁶⁸ 如德國民法第 281 條、第 323 條規定，對於已屆清償期而得請求之給付，如債務人未提出或未依債之本旨提出時，須經債權人定適當期限，要求債務人提出給付或補正後，而仍無結果者，債權人始得依民法第 281 條請求替補賠償，或依第 323 條解除契約。

條款中規定，於未受領給付或遲延受領給付、遲延付款之情形，或於契約他方當事人解約之情形，承諾對於使用者支付違約金(Vertragsstrafe)。

7.生命、身體、健康受侵害時及重大過失責任之排除

(a)生命、身體、健康受侵害

條款中規定，對於因使用者過失之義務違反，或使用者法定代理人或履行輔助人的故意或過失之義務違反，所造成之生命、身體、健康侵害所生損害之責任，加以排除或限制。

(b)重大過失

條款中規定，對於因使用者重大過失之義務違反、使用者法定代理人或履行輔助人的故意或重大過失之義務違反，所造成之其他損害的責任，加以排除或限制。

(c)特別情形

對於電車(Straßenbahnen)、公車(Obusse)及固定路線之動力交通工具，其依旅客運送法(Personenbeförderungsgesetz.)核准之運送條件(Beförderungsbedingungen)及費率規定(Tarifvorschriften)中，所為之責任限制，不適用(a)、(b)二款之規定，但以其並未偏離 1970 年 2 月 27 日關於電車、公車及固定交通路線之動力交通工具之一般運送條件辦法⁶⁹而造成乘客不利益者為限；(b)款規定不適用於經政府核准之樂透或彩券契約。

8.其他義務違反責任之排除

(a)排除解約權

條款中規定，約定使用人可以排除或限制，於其有可歸責事由之買賣或承攬物瑕疵所生義務違反時，契約相對人之解約權。本規定不適用於第 7 款所定要件下之運送條件與費率規定。

(b)瑕疵

⁶⁹ Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und Obusverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27. Februar 1970.

條款中規定，使得於新製造之物之供給契約及於承攬給付契約中，就下列事項予以約定。

(aa)排除及對第三人之指示

對約款使用者因瑕疵所生之請求權，全部或就個別之部分予以排除、以轉讓對第三人之請求權為限⁷⁰或以先向第三人為訴訟上之請求為前提。

(bb)限於補正

對於約款使用者之請求權，全部或一部地限於請求補正之權。但契約他方明示地被保留有於補正失敗時減少價金之權，或於瑕疵擔保責任之標的並非建築給付者，契約他方被明示地被保留有任意解除契約之權者，不在此限。

(cc)補正費用

對於約款使用者為補正所必要之費用，特別是負擔運送、通行、工資及原料費用之義務，加以排除或限制；

(dd)補正之保留

約款使用者之補正，以相對人先行支付全部對價，或先行支付與瑕疵相較不成比例之高額對價為前提者。

(ee)瑕疵通知之除斥期間

約款使用者對於契約他方，就隱藏瑕疵之通知，訂定之除斥期間較 ff 款容許之期間為短者。

(ff)消滅時效期間之縮短

於第 438 條第 1 項第 2 款及 634a 條第 1 項第 2 款之情形，對於約款使用者因瑕疵所生之請求權，縮短其消滅時效者，或於其他情形，約定自法定消滅時效起算時起，不滿一年之期間時效即已完成者。

⁷⁰ 即使用者排除其擔保責任，但將對於第三人（供給者、製造者）之請求權，讓與給締約相對人。Vgl. Stadler/Jauernig, § 309 Rdnr. 12.

9.繼續性債之關係之存續期間

契約關係之標的，為約款使用者經常性的提供商品或經常性的提出勞務給付或承攬給付者，

(a)其契約之存續期間，拘束契約他方超過兩年；

(b)對契約他方就契約關係有拘束力之默示更新(stillschweigende Verlängerung)，每次逾一年；或

(c)使契約他方所負擔之預告終止期間(Kündigungsfrist)，較原先所規定或經默示更新之契約期間經過前三個月為長；

但對於一併出售之物的交付契約、保險契約，及著作權暨鄰接權受託管理法(Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten)⁷¹下之著作權人及請求權人與著作權利用團體(Verwertungsgesellschaft)間之契約，不在此限。

10.契約當事人之更換

條款中規定，於買賣、金錢借貸、僱傭、承攬契約中，得使第三人取代約款使用者，逕承受或得承受自契約所生之權利與義務。但規定中有下列情形者，不在此限：

(a)指明第三人之姓名者，或

(b)給與契約他方有解約權者。

11.締約代理人之責任

條款中規定，約款使用者與相對人之代理人締約

(a)未對此為明確及獨立之表示，課與其獨立責任(eigene Haftung)或擔保義務(Einstandspflicht)，或

(b)在無權代理之情形，課與其超過第 179 條之責任

12.舉證責任

條款中規定，約款使用者將舉證任為不利於契約相對人之變更，特別是約款使用者藉著下列之方式：

(a)就約款使用者應負責領域之情事，課與相對人負擔舉證責任，或

(b)令特定事實由契約相對人加以證實者。

b 款之事實，於經另外加以簽名或附有合格電子簽章之收受證明，不適用之。

⁷¹ 參見蔡明誠，德國著作權法令暨判決之研究，頁 87，內政部，1996 年

13.通知及表示之方式

條款中規定，對於約款使用者或第三人所為之通知及表示，課以較書面形式更為嚴格之形式，或與特別送達要件相併連者。

三、灰名單規定

若屬民法第 308 條列舉之 8 種事項，則其是否構成不適當，仍須由法院進行評價行為(Wertungsakt)，予以決定是否被禁止，故稱「具評價可能性的禁止條款」。依第 308 條，於一般交易條款中，特別(insbesondere)是如有下列情事者，無效(unwirksam)。但是，期限是否不當過長等概念，還是必須進行利益權衡(Interessenabwägung)後，才能決定是否構成顯失公平。

1.承諾期限及給付期限

條款中規定，就要約之承諾、要約之拒絕或給付之提出，其使約款使用者為自己保留不當過長之期限或不夠確定之期限；但第 355 條第 1 項、第 2 項、第 356 條保留在撤回期限或解約期限經過後，始為給付者，不在此限。

2.補正期限⁷²

條款中規定，使約款使用者就其應提出之給付，偏離法律規定，為自己保留不當過長或不夠確定之補正期限。

3.解約保留

約定給與約款使用者有權，於無實質正當並載於契約中之事由下，解除其給付義務。但繼續性債之關係，不在此限。

4.變更之保留

約定給與約款使用者有權，就已承諾之給付加以變更或偏離。但若此等變更或偏離之約定，於考慮約款使用者之利益下，對於契約之他方係屬可期待者，不

⁷² Nachfrist 譯為「補正期限」。如民法第 281 條，第 323 條之規定，對於已屆清償期而得請求之給付，如債務人未提出或未依債之本旨提出時，須經債權人定適當期限，要求債務人提出給付或補正後，而仍無結果者，債權人始得依民法第 281 條請求替補賠償，或依第 323 條解除契約。1980 年之維也納聯合國國際商品買賣契約公約第 47 條第 1 項德文版所使用之 Nachfrist 用語，在英文版中相對應之用語為 additional period of time，而得譯為「附加期間」。學者劉宗榮譯為「履行延展期間」，參閱氏著，一九七六年德國一般交易條款規制法，收於氏著，定型化契約論文專輯，頁 165, 169，1988 年初版。

在此限。

5.擬制之表示

條款中規定，約款使用者之契約相對人，就特定行為採取作為或不作為時，視為已為表示或未為表示，但有下列情形時，不在此限：

- (a)其已給與契約相對人適當期限，為明示之表示，且
- (b)約款使用者負有義務，於此期間開始時，向契約相對人特別指出其行為所被賦予之意義。

6.擬制之送達

條款中規定，約款使用人有特別意義之意思表示，視同已送達契約相對人。

7.契約之清算(Abwicklung)

條款中規定，於契約當事人解除契約或終止契約時，使用者得：

- (a)就物或權利之利用或使用、或就已提供之服務，請求過高之報酬，或
- (b)請求賠償不當高額之費用。

8.無法提供給付

依第 3 款容許約款使用者在無法提供時免除履行契約義務時，約款使用者並無下列義務：

- (a)立即向契約相對人通知其無法提供給付之情事，以及
- (b)立即將對待給付退還契約相對人。

四、透明化控制

一般交易條款中之規定，若屬不清楚及無法理解者，亦會產生顯失公平之情形(第 307 條第 1 項第 2 句)，此一透明化要求係由實務判決從一般交易條款規制法第 9 條⁷³中發展出來，並於債法現代法時納入制定法中⁷⁴，歐盟關於消費者契約濫用指令第 5 條第 1 句亦設有明文⁷⁵。透過本句規定，將形式上的不透明(不清楚或難以理解)與實質上的顯失公平，予以連結，以維護契約相對人的市場機會

⁷³ 即現今德國民法第 307 條。

⁷⁴ Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.187.

⁷⁵ Art 5 S 1 der RL 93/13/EWG:“Sind alle dem Verbraucher in Verträgen unterbreiteten Klauseln oder einige dieser Klauseln schriftlich niedergelegt, so müssen sie stets klar und verständlich abgefasst sein.“

(Marktchancen)及權利保護(Rechtswahrung)。因此，透明化控制是一獨立的檢驗程序，條款不透明者，即屬當然(per se)無效，不必再檢驗內容是否顯失公平。

據此，條款使用者應將約款規定得儘可能的明確與可理解，以避免對他方造成任何可能的誤導。是否符合透明化要求之判斷標準，取決於通常參與條款所定交易種類之平均水準的契約當事人的認識可能性⁷⁶。案例類型包括：欠缺形式組織(fehlende formale Strukturierung)，致使契約相對人無法找到系爭客觀上具複雜性的條款，蓋其規定在其他地方⁷⁷；欠缺特定性(fehlende Bestimmtheit)，如漲價條款卻未具體化其前提及調漲界限⁷⁸；欠缺可理解性(fehlende Verständlichkeit)，如條款對於租賃讓與時承租人保證(Mietbürgschaft)可能的免除，並不明確⁷⁹；誤導危險⁸⁰。

五、內容控制的界限

(一)宣示條款

原則上，所有的一般交易條款都會落入內容控制的範圍，但是，還是有些條款可以免去內容控制，例如：宣示條款(deklaratorische Klauseln)，只是重覆法律規定而已，對其進行內容控制是多餘的，蓋若使條款無效，取而代之的還是被重覆的法律規定，而且契約相對人也未受有較法律規定為不公平之情形⁸¹。

(二)給付與對待給付

另外，條款涉及主給付義務者，如價金條款(Preisklauseln)與決定給付條款(leistungsbestimmende Klauseln)，則因其為契約自由的核心領域(Kernbereich)，而且在市場經濟秩序之下，締約自由與內容自由仍應適用，此外，何謂「公正價格」(gerechter Preis)，也欠缺法律標準，故亦不會落入內容控制的範圍，但是，仍有透明化控制的適用⁸²。

不過，價格附隨協議(Preisnebenabreden)，如折扣規定(Rabattregelungen)或價格變更條款(Preisänderungsklauseln)，這類僅間接影響價格者，仍有內容控制的適用⁸³。

六、法律效果

⁷⁶ Hennrichs, a.a.O., Rn.31. Jauernig/Teichmann, BGB, 10.Aufl., 2003, § 307 Rn.8.

⁷⁷ BGH NJW 1996 455.

⁷⁸ BGH NJW 1986, 3135.

⁷⁹ BGH 115, 185.

⁸⁰ BGH NJW 2001, 1205.

⁸¹ Hennrichs, a.a.O., Rn.29. Coester, in:Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 60.

⁸² Hennrichs, a.a.O., Rn.29. Coester, in:Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 63.

⁸³ Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.184.

(一)部分無效

一般交易條款的控制係保護契約相對人免於遭受顯失公平條款，但並不是使其放棄其想要的契約，因於，民法第 306 條反轉民法第 139 條的原則—例外關係(一部無效導致全部無效)，即一個或數個條款的無效，並不會影響契約的其他部分⁸⁴，故民法第 306 條第 1 項規定：「如一般交易條款全部或一部不被納入契約之一部或屬無效者，契約之其他部分仍為有效。」只有在例外的情況下，才使其全部無效，即民法第 306 條第 3 項規定：「在即便考量到依第二項所規定之修正後，如遵守契約對於契約當事人一方屬不可期待之嚴苛(*unzumutbare Härte*)者，該契約，無效。」

(二)契約補充

在契約除去無效條款所剩之其他有效部分，如因此有漏洞時，則需要補充，此時，可以作為補充工具者，首推任意規定，故民法第 306 條第 2 項規定：「如規定不被納入契約之一部或屬無效者，契約之內容則依法律之規定。」然而，一般而言，這只能解決法律有規定之典型契約的情形，此外，不成文之法律原則、習慣法或法官法，也具有這樣的補充功能⁸⁵。

在沒有任意規定可資補充的場合，則須依契約補充解釋原則(*Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung*)予以填補，設想當事人雙方於條款無效時，會如何誠實的約定⁸⁶。

七、規避禁止

民法第 306a 條則對規避禁止(*Umgehungsverbot*)作了規定：「本章之規定，如以其他之形式加以規避者，仍有本章規定之適用。」

捌、程序規定

為了減輕契約相對人的訴訟風險(*Prozessrisiko*)及有效對抗不正當的一般交易條款，不作為訴訟法(*Unterlassungsklagengesetz, UKlaG*)賦與特定團體可請求不作為(*Unterlassung*)及撤銷(*Widerruf*)，亦即當一般交易條款依內容控制(民法第 307 條至第 309 條)而無效時，特定團體，如消費者團體(*Verbraucherverbände*)、經濟團體(*Wirtschaftsverbände*)、公會、商會、手工業公會(*Industrie- und*

⁸⁴ Schlechtriem, a.a.O., Rn.82.

⁸⁵ Coester, in: Staudinger/ Eckpfeiler (2011), E. Rn 70. BGH NJW 1996, 2092.

⁸⁶ BGH NJW 2002, 3098. Lorenz/Riehm, a.a.O., Rn. 109.

Handelskammern oder den Handwerkskammern)等合格機構(qualifizierte Einrichtungen),得提訴團體訴訟(Verbandsklage)(§§1, 3 UKlaG)⁸⁷。不管是該一般交易條款已經被使用或只是被推薦使用,均有團體訴訟的適用⁸⁸,故可對約款使用者請求禁止使用無效的條款,或對約款推薦者請求撤銷推薦。

在不作為訴訟程序中,對於系爭條款係作抽象(abstrakt)檢驗,而不考慮具體的使用個案⁸⁹,其判決效力可對所有的契約相對人發生作用,亦即其他契約相對人在嗣後的訴訟中可加以援引主張條款的無效⁹⁰。

玖、小結：德國法的特色與我國法之比較

(一)體系一元

德國法對於一般交易條款的控制目前是規定在民法之中,並廢止先前的一般交易條款規制法,故在立法體系上呈現一元化,不同於我國民法與消費者保護法分別規定的雙軌體系—非消費性定型化契約與消費性定型化契約⁹¹,德國法將一般交易條款視為工業化後現代大量交易的普遍現象,蓋一般交易條款的使用,具有合理化(Rationalisierung)功能,可降低交易成本,減少對細節問題討論的資源支出,加速交易流程,但也會肇生因資訊不對稱(Informationsasymmetrie)所產生的弊病,故應由法院介入調整⁹²,此一問題在企業經營者與企業經營者、企業經營者與消費者、私人與私人之間,都會有發生,故德國的一般交易條款控制,不僅保護消費者,也保護企業經營者,以克服使用一般交易條款典型上對契約相對人所造成的危險,亦即認為一方當事人以預擬之定型化契約條款為訂約,事實上係侵害他方當事人在法律行為中作為權利主體所享有之意思決定權(Entscheidungsfreiheit)⁹³。

⁸⁷ § 1 UKlaG:” Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden.“

⁸⁸ Fikentscher/Heinemann, a.a.O., Rn.191.

⁸⁹ BGH NJW 1999, 2279.

⁹⁰ § 11 UKlaG:” Handelt der verurteilte Verwender einem auf § 1 beruhenden Unterlassungsgebot zuwider, so ist die Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als unwirksam anzusehen, soweit sich der betroffene Vertragsteil auf die Wirkung des Unterlassungsurteils beruft. Er kann sich jedoch auf die Wirkung des Unterlassungsurteils nicht berufen, wenn der verurteilte Verwender gegen das Urteil die Klage nach § 10 erheben könnte.“

⁹¹ 詹森林,消費者保護法之定型化契約的最新實務發展,月旦法學雜誌,第91期,頁37-38,2002年12月。

⁹² Hein Kötz, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle- Eine rechtsökonomische Sisse, JuS 2003, 209. S.212ff. 楊芳賢,定型化契約條款的規制—若干經濟觀點的介紹,政大法學評論,第86期,頁59-67,2005年8月。

⁹³ 楊淑文,定型化契約與契約自由原則,頁7,靜宜大學法律學系主辦,德國與日本民法債法修正—消費者保護法與民法之整合國際學術研討會,2011年3月11日。

體系單一的立法，也可展現德國立法者所說的法律清晰性，也可避免解釋上的一些爭議，例如：我國法上對於連帶保證人可否適用消費者保護法規定的問題爭議⁹⁴、定型化契約與附合契約的不同法律概念使用⁹⁵。雖然，我國法上，對於企業經營者與消費者間的定型化契約適用消保法的特別法，而企業經營者與企業經營者間或私人與私人間的附合契約，則依民法第 247-1 條。二者併用的結果，仍然可達成對全部定型化契約的管制結果，但是，兩法在規範程度上，仍有寬嚴之分，特別是消費者保護法上對於定型化契約條款的管制，從訂入契約階段到契約效力階段，均設有完整的規定，而仍有可能呈現民法與特別法分立所可能產生之解釋原則、概念和價值標準的歧異發展危險。就此而言，德國的單一規範模式，有其優點，可供參考⁹⁶。

在單一立法的架構下，德國民法對於一般交易條款的控制，設置一套完整的處理機制，這些包括：一般交易條款的定義、條款的訂入契約、條款的解釋、條款的內容控制、條款的效力。原則上，適用對象及於所有人(alle Personen)，對於所有的一般交易條款均有適用。

相較於此，我國民法第 247-1 條僅對附合契約定義及內容控制設有規定，其他諸如條款訂入契約控制、條款解釋、契約效力，均付之闕如。然而，基於定型化契約的特殊性，對於條款如何訂入契約、異常條款的排除、個別磋商條款的優先、疑義條款不利使用者之解釋、條款內容的控制、條款無效的效力射程等等，均是處理定型化契約問題時所都要面臨的基本問題解決，我國法對於這部分的完整規定，則規定在處理消費者契約的消費者保護法中，使得定型化契約條款的控制，反倒是特別法設置了完整的處理機制，而作為普通法的民法，卻無基本規定，形成本末倒置的現象，同時也容易造成對於同一現象因適用不同法律規定時的解釋歧異結果，並且不易掌握法律規定的全貌，削弱了法律規定的清晰性。

(二)不同的控制密度

儘管，德國法對於一般交易條款的管制，設有統一的基本規定，但在具體的適用上，仍然因應典型狀況而作了些微調，而呈現不同的控制密度，例如：企業經營者與企業經營者間、或公法人間的一般交易條款，無民法第 305 條第 2 項及第 3 項關於條款訂入契約的控制，同時也排除了黑名單條款(第 309 條)及灰名單條款(第 308 條)的適用而只適用概括規定(第 307 條)。亦即對這種典型上比較不會有結構上力量不對等疑慮之情形，在「訂入控制」與「內容控制」上，採取較為寬鬆的管制密度。相對於此，為配合歐盟指令，對於消費者契約的管制密度就

⁹⁴ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，收於氏著，民事法理與判決研究(四)，頁 216-224，2006 年。曾品傑，債法特別法之發展—從民商合一到消費關係—，台灣法學雜誌，第 178 期，頁 62-66，2011 年 6 月 15 日。

⁹⁵ 曾品傑，附合契約與定型化契約之基本問題，東海大學法學研究，第 25 期，頁 48-51，2006 年 12 月。

⁹⁶ 對於我國法割裂規定的檢討，可參閱楊淑文，消費者保護法與民法的分與合，收於政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，頁 172-175，元照，2011 年。

嚴格得多，除擴張對一般交易條款的界定之外，在內容控制上，概括規定、黑名單條款及灰名單條款均有適用，也額外將契約締結時的伴隨情事，予以納入考慮，呈現較為嚴密的管制密度。

我國民法對於消費者契約與其他契約，也呈現不同的管制密度，對於消費關係的定型化契約條款，不管是在「訂入契約管制階段」、「契約解釋階段」、「內容控制階段」與「契約效力階段」，都有非常詳細的規定⁹⁷，而民法第 247-1 條只有內容控制的規定，對於控制標準單以「顯失公平」為要件，消保法則以「違反誠信原則，對消費者顯失公平」為要件，形式上呈現應加強管制的消費者契約，反倒適用較苛刻的要件，造成可能不符消費者保護目的之失衡問題與疑義⁹⁸。而在揭示的具體判斷標準上，消保法的規定較為詳盡(第 12 條第 2 項)，內容上也比較貼近德國法(即消保法第 12 條第 2 項第 2、3 款與德國民法第 307 條第 2 項第 1、2 款相近)，民法規定則較為簡約概括⁹⁹。整體而言，對於消費者契約應該採取較為嚴格的控制密度，則是呈現相同的發展趨勢。

德國民法中的黑名單條款與灰名單條款，對於特定事項的條款約定，作了相當明確的准否標準，可減輕適用概括條款和不確定法律概念時的不確定性，這方面的立法技術可謂是相當精緻，在立法政策上或許可以參考，可視實務發展經驗，將特定案例類型予以明文列舉，以減少個案的差異性，而且，在定型化契約的管制中若能導入這樣的半強行規定，也可減輕法院疲於奔命地在每一個案中檢驗每一個約款效力的負擔，擴張管制的效力及於訴訟當事人以外之範圍，以加強對交易相對人的保護¹⁰⁰。

另外，德國法及歐盟法強調的透明化要求(Transparenzgebot)，即一般交易條款中之規定，若屬不清楚及無法理解者，亦會產生顯失公平之情形，則為我國法目前所未規定者，參考歐盟法及德國法的發展，應有其參考價值。

(三)司法控制為主

德國法對於一般交易條款的控制，基本上還是以司法模式為主，條款生效與否，以及內容控制，仍須由當事人提起訴訟，由法院作最終的決定，只是為了減輕當事人的程序上不利益或不經濟，另外允許符合特定資格之團體可以提出團體訴訟。本質上，仍然是採取司法控制的模式。

不過，在某些特別領域，如保險法，則允許保險業監理機關(Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen)採取干預與監督措施，或以行政

⁹⁷ 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌，第 91 期，頁 51-62，2002 年 12 月。

⁹⁸ 黃立，民法債編總論，頁 106-107，2006 年。

⁹⁹ 學者認為民法的抽象、概括、寬鬆的規範體例，係立法者為因應個案差異而預留審查彈性，有意隨兩造當事人社經實力、訂約經驗、專業能力、以及取得資訊難易等方面的不對等程度，發展出寬嚴不同的審查基準。參閱曾品傑，論附合契約—最高法院九十二年度台上字第九六三號判決評釋，東海大學法學研究，第 23 期，頁 125-128，2005 年 12 月。

¹⁰⁰ 楊淑文，消費者借款債務(雙卡債務)之清償不能，政大法學評論，第 98 期，頁 165-166，2007 年 8 月。

處分方式禁止一般交易條款¹⁰¹。此外，德國在 2002 年特別制定「德國民法資訊與證明義務細則」(Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht)，就特定非典型消費契約，企業經營者應負擔之資訊義務予以詳細規定，包括：遠距銷售契約、分時居住權契約、電子商業往來契約、旅遊契約、遊學居留契約、金融機構等企業經營者的資訊義務，此一規定係屬「法規命令」，其對契約內容重要資訊為揭露之要求，跟我國主管機關依消保法第 17 條制定契約應記載及不得記載事項，功能上相當，也都有強制的效果與行政管制的色彩¹⁰²。

我國民法第 247-1 條也是採取司法控制方式，但是，在消保法之中，除了司法控制以外，還加入了不少的行政管制手段¹⁰³，如：定型化契約應記載或不得記載事項之公告與查核(第 17 條)、定型化契約審閱期間之公告(第 11-1 條)，可謂結合行政管制跟司法管制之方式，從我國實務經驗來看，行政管制確有其立即功效並能紓解訟源¹⁰⁴。

¹⁰¹ NJW 1998, 101; NJW 1998, 3216.

¹⁰² 關於此資訊義務細則的簡介，可參閱黃立，民法債編總論，頁 138-144，2006 年。

¹⁰³ 吳瑾瑜，消費者定型化契約在台灣的管制現況，收於政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，頁 19-33，元照，2011 年。

¹⁰⁴ 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 11-12，2005 年 10 月。

第二項、日本法

壹、前言

一般而言，所謂契約自由，係指當事人具有選擇締約對象之自由、選擇是否締約之自由以及決定契約之內容。而就契約內容之形成，應以契約雙方當事人之意思表示合致為基礎，此亦係以雙方當事人之意思自由及相當之交涉能力為前提。惟消費者與企業經營者締結消費者契約時，由於企業經營者具大量交易須迅速處理，要求其與消費者個別訂立契約顯不實際，故企業經營者多使用定型化契約以因應大量交易，然企業經營者卻利用定型化約款免除或減輕自己之責任，而限制消費者權利甚至加重消費者所負之義務，消費者與其締約時實質上僅存有選擇是否締約之自由，而無決定契約內容之自由，對於消費者極為不利。

在眾多有關定型化契約之議題中，日本實務上則以涉及返還押金特約、中途解約限制條款以及違約金條款等定型化契約條款，作為主要探討對象。針對此等議題，日本法上以往係採約款論、條款規制論架構解決模式，並於 1990 年代後成為民法學界重要之議題。其後，以該等議論為基礎，而有制訂特別法規之動向。然而消費者契約法之立法化亦非一蹴可及，其在國民生活審議會中經過多次討論，最終於 2001 年施行之消費者契約法中，制定第 8 條至第 10 條關於規制不當條款的規定。近年，更配合債權法之修正，朝向兼顧一般定型化契約及消費者契約，一併於修正基本方針¹中針對約款之定義（3.1.1.25）、不當條款之具體內容之例示及效力等（3.1.1.32—3.1.1.39）提出建議。

本文擬整理日本法上立法前後之學說及實務見解，藉此比較其立法前後就不當條款之因應方式，並自日本法制之發展觀察我國之相關規定（民法第 247 條之 1、消費者保護法第 12 條等規定），以期作為我國未來修法之參考。

貳、消費者契約法前

一、概述

有關日本消費者契約法之議論，係始於「約款論」，而約款論之提出係出發於大正 4 年（1914 年）12 月 24 日之大審院判決，該判決中提出關於約款拘束力之「意思推定理論」。嗣後，學說上則就關東大地震後發生問題之「地震免責約款」效力多有議論，並且以「約款」乃至「依約款之契約」、「附合契約」之法律性質為討論之中心²。

1960 年後，對於約款法之研究重心則移轉至對約款之內容規制³，惟仍

¹ 民法(債權法)改正検討委員会編，詳解債權法改正の基本方針Ⅱ，商事法務，2009 年（以下於本文中稱「基本方針」）。

² 河上正二，約款規制の法理，有斐閣，1988 年，56-57 頁。

³ 前掲注 2，63 頁。

然係較著重於契約理論方面⁴。1970年代後隨著消費者保護運動興起，且在1970年代後半因受到外國約款規制、不當條款規制立法動向之影響，日本國內意識到約款規制立法化之必要，因而開始檢討具體方策⁵。檢討過程中之主軸係探究「應以如何具體之方法規制約款」，因而發展出「不當條款規制論」，主要課題為檢討消費者契約法應以如何之基準以及方法規制不當內容之條款。

二、學說見解

(一)約款規制論

1970年代以降，消費者保護思潮之興起對約款法之研究產生重大影響⁶。此由1977年日本私法學會提出就不僅從民商法觀點探究約款規制之重要性，及自訴訟法、經濟法等之觀點，亦得了解約款規制之重要性。此時期之學說具有以下兩點特徵⁷。

- 1.此時期之學說不僅重視事後之司法規制，亦重視依行政監督對各種行業進行之事前規制⁸。
- 2.另一方面，由於行政監督之規制有其界限，故仍有必要就司法規制進行檢討。此時期所提出之規制基準為民法之公序良俗規定，然並未檢討公序良俗規定應如何具體適用。因該時期之學說僅將司法規制、行政規制、依個別行業之特別法規制等作為約款規制手段之一，並未檢討具體基準，因此該時期亦缺少規制約款之具體方法及與民法之關係的討論。

約款規制論積極提議欲以民法之一般條款，如公序良俗及誠信原則作為司法判斷基準，學說上更進一步具體提出無效基準、適正基準以及合理化基準等區分，惟該基準是否足夠具體以作為司法實務上之判斷基準恐有疑義。

(二)不當條款規制論

1.民法一般條款之「彈性活用論」

1980年代後，學說上有認為民法上公序良俗等一般規定對不當免責條款、違約金條款之規制應具有明確意義。

加藤一郎教授指出尤其是在消費者交易中，由於免責約款對企業經營者有利，故有必要適用公序良俗或誠實信用原則以限制該約款之效力⁹。加藤教授主張在判斷免責條款之法律效力時，應考量當事人合意之自由性、內容的合理性、選擇及交涉之餘地¹⁰，依公序良俗之相關規定使不當之免責條款無效。其認為公序良俗之內容具有彈性，可隨著時代改變，故不僅免責條款，即使就一般片面對消費者不利之契約條款亦可

⁴ 前揭注2，74頁。

⁵ 前揭注2，108頁。

⁶ 前揭注2，81頁。

⁷ 大澤彩，不當條款規制之構造及展開，有斐閣，2010年，78-79頁。

⁸ 特集 免責・責任限制約款の研究，法時54卷6号，1982年，8頁以下。

⁹ 加藤一郎，免責条項について，民法学の歴史と課題，東京大学出版会，1982年，227頁以下。

¹⁰ 前揭注9，257-260頁。

透過適用公序良俗之規定判斷該條款之效力¹¹。最後，依公序良俗之規定，若該契約條款與具合理性之任意規定相較下，對消費者不利且為不當者，即應認為該約款無效。如此建議有可能造成將任意法規強制法規化之結果¹²。

2. 不當規制構造之建議

河上正二教授則於比較各國動向與日本約款法研究之狀況後，提出所謂「約款」究竟為何、其具體規制對象乃至規制之範圍如何均應加以檢討之課題。並就約款之紛爭繫屬於法院之時，得到實施司法規制構造可分為以下三階段，即個別契約中是否採用約款、約款之解釋、約款之直接內容規制的結論；最後則探討司法規制下「類型化處理」之問題。河上教授另以「約款」為議論之中心，主張實質上具有同樣狀況之個別契約的領域，亦有類推上述規制原理之必要；亦即，即使當事人間有交涉過程，但實質上如與利用約款之情形並無差異時，仍應適用規制約款之法理¹³。

惟針對河上教授之見解仍有以下疑問：第一，依河上教授教授之建議，何種情形該當「約款」即為相當重要，然河上教授乃採廣義之「約款」概念，因此導致在判斷是否為約款時十分困難。第二，河上教授以任意法之秩序及機能做為內容規制之基準，惟近年制定之消費者契約法常以「與任意規定之比較」作為要件，故此基準應更為慎重檢討。另山本豐教授則著眼於當事人間知識及經濟交涉能力相差懸殊，因此針對當事人之性質，即須檢討是否揭露約款內容及有無應否定該條款效力之情形¹⁴。

學者並詳細檢討日本之判決、判例等，指出「不當條款及公序良俗·誠實信用原則」之關係，在解決契約條款之內容規制問題時，公序良俗規定及誠實信用原則規定究應如何適用。另透過與德國法、法國法之比較，針對上述問題，提出德國法主要係適用誠實信用原則、法國法則主要適用公序良俗之規定、而日本判例上則兼採公序良俗及誠實信用原則對契約條款之內容實施一定程度規制的結論¹⁵。具體而言，大致上日本判例若認為該條款效力為全部無效、絕對無效則多適用公序良俗規定，而如為一部無效時則適用誠實信用原則。而於判斷定型性高、反社會性強及關於公益之情形時，多依公序良俗原則；條款個別性高時則適用誠實信用原則¹⁶。

此外，山本教授認為由於條款規制之內容、重心均不相同，因此主

¹¹ 前揭注 9，260 頁。

¹² 前揭注 9，261 頁。

¹³ 前揭注 2，121 頁。

¹⁴ 山本豐，不當條項規制と自己責任・契約正義，有斐閣，1997 年，75 頁。

¹⁵ 前揭注 14，87 頁以下。

¹⁶ 前揭注 14，100 頁。

張應區分為義務排除・限制條款以及責任排除・限制條款¹⁷；但另有學者提出不同之區別方式，如河上正二教授區分為核心契約條款、附隨契約條款¹⁸，廣瀨久和教授則區分為中心條款、中間條款以及附隨條款¹⁹。

3. 不當條款規制之立法化

1990 年代以後，學說受到 EC 指令及國民生活審議會之影響而有新的發展。例如河上正二教授指出對於「約款」雖可嚴格要求超越個別合意以上之規制，但對給付之中心部分則不應過度介入²⁰。此外，排除不當條款之基準應包含立法者在任意法規範中所提出之法正義的內容，約款使用人應證明排除任意規定之正當合理的理由。

松本恒雄教授則參酌 1993 年 EC 指令，觀察日本法上關於不公平條款限制的狀況，其認為在日本判決中，存在著柔軟運用誠實信用原則等一般原則以否定不公平契約條款效力之情形，但就何種條款違反誠實信用原則或不合理並無具體之指標存在。另一方面，其重視行政規制作為規制方法，指出相較於 EC 指令，日本法上完全欠缺消費者團體之訴權乃至向行政機關之聲請權，因此提議應在立法上予以補充²¹。

山本豐教授則指出在約款規制中，現狀係依公序良俗、誠實信用原則等一般條款之適用以及依契約條款之解釋等手法進行契約條款之規制，然就不當條款規制問題有必要以立法之方式將其明文化²²。

石原全教授在「有關契約條件之適正化」一文中指出，自適正化之觀點而言，約款規制法意圖阻止契約內容形成力濫用之見解是適切的²³，而具體之立法方向，其提議應採取三層構造之形態，亦即，首先規定於法律之一般條款中，再將其具體化為絕對無效條款及相對無效條款，而對於難以納入此等規範之情形，則應以合理之解釋為原則，若仍產生疑問則應依不明確原則²⁴。此外，應以「違反誠實信用原則而不當對消費者不利之條款」作為不當條款之基準。而在消費者契約中雖當然適用公序良俗，然依公序良俗將該條款認為全部無效應為最終手段。

三、學說之共識

(一) 總論

¹⁷ 前掲注 14，105 頁。

¹⁸ 前掲注 2，249-251 頁。

¹⁹ 廣瀨久和，「內容規制の諸問題-比較法的考察を中心に」私法 54 号，1992 年，私法 14 頁概要部分。

²⁰ 河上正二，約款の適正化と消費者保護，岩村正彦ほか編，岩波講座・現代の法 13 消費者生活と法，岩波書店，1997 年，122 頁。

²¹ 松本恒雄，消費者取引における不公正な契約条項の規制-EU 指令との対比で見た日本法の現状，伊藤進先生還暦記念，民法における「責任」の横断的考察，第一法規出版，1997 年，55-56 頁。

²² 山本豊，「約款規制」ジュリ 1126 号，1998 年，115 頁。

²³ 石原全，「契約条件の適正化について」ジュリ 1139 号，1998 年，49 頁。

²⁴ 前掲注 23，50-52 頁。

綜上學說之論述可知，相較於 EC 指令以消費者為保護之對象，並將不當條款規制之基準明確化，日本不僅在民法規定基準不明確，民法之既存法理對於服務契約以及新類型之契約亦有適用上之困難，因此以所謂消費者保護之立法形式明確確立不當條款之規制，確有必要。特別是關於判斷不當條款之基準，民法之一般條款並未賦與法官充足之審查權，因此亦有必要提出更為具體之基準。此外，在比較法上，行政規制以及引進消費者團體訴訟制度亦屬必要。而向來依監察官廳之業界自主規制以及指導已無法處理新型行業之範圍，縱使適時地修正個別法規，亦無法通盤解決上述問題。然立法雖為共識，但就以下問題仍存在著歧見。

首先為，即使體認應將規制基準明確化，但具體上究應採如何之基準。學說上有提出引進任意法秩序具有之機能，並以之為基準的見解，但多數學說則傾向於檢討民法上之一般法理，制定將公序良俗、誠實信用原則等一般條款具體化之基準。其次，區別契約中心部分及附隨部分可能造成更多問題，此外，經過個別交涉之約款是否應為規制之對象亦成為爭論焦點。除此之外，雖多數學說均傾向以消費者保護作為不當條款規制之主軸，但仍有主張單純地以約款作為規制範圍的見解，何種見解較為適切並無定論。

（二）各論

在前述之共識與歧見交錯的情形下，在 1997 年一場名為「消費者契約適正化之檢討課題」座談會中，與會者確認了更進一步之具體的課題與方向²⁵。

第一，消費者契約適正化確有立法必要。但對於其係以消費者保護為中心、或是以「當事人間之資訊蒐集能力與交涉能力之落差」為考量，則仍無法取得共識。如聚焦於前者，則理所當然地可將約款之規制納入，甚至於在即使經過交涉卻仍存在著立場上落差的情形，亦有加以規制之可能。反之，當事人間存在力量上的落差並非僅限於約款，該正當化原則恐生劃地自限之嫌。此爭論在後來之立法乃至於民法之修正時都未曾歇息。

第二，關於不公平之判斷基準應設有清單型及一般條款型規定。而就關於契約主要標的及價格之條款則仍應適用民法之規定。

第三，關於排除不公正條款之方法，仍須詳細檢討行政救濟與消費者團體訴訟制度。

第四，就不公正判斷基準規定，應特別與 EC 指令進行詳細比較檢討。

綜上所述，本座談會就不當條款規制所討論之論點，具有以下特徵。第一，就消費者契約之規制的立法是否足夠，並未取得共識。第二，就不公正判斷之基準，雖已明確意識到「一般條款及具體不當條款清單之併存」，但尚未明確化。第三，不僅有立法之規制基準，行政救濟及消費者團體訴訟制度等實際之規制方法亦詳細進行檢討。

²⁵ 落合誠一、鎌田薰、松本恒雄、大村敦志，「座談會 消費者契約適正化のための検討課題(1)」，NBL621 号，1997 年。

參、行政規制

一、約款規制論

相對於約款之私法上效力之檢討，行政方面亦有對約款進行規制。而在第 8 次國民生活審議會²⁶中，與會者認為行政上對約款之監督向來僅交由個別行業之主管機關個別處理，欠缺一致性，體認到具整合性、包括性觀點之約款適正化有其必要，乃設置了約款交易委員會檢討相關課題。

該委員會設置後即就使用於消費者交易之各種約款進行包括性調查及審閱，並對於生命保險、旅行、婚喪喜慶互助會、汽車販賣以及高爾夫球會員制等類型提出約款適正化之方向，以期待企業經營者得按報告書所建議之約款適正化方向改善約款內容。

約款交易委員會於第 9 次國民生活審議會²⁷時，參照第 8 次審議會報告書所揭示之內容，就使用於消費者交易中之各種約款檢討其適正化之方向，並對各國約倉庫寄託 3 種服務業類型適正約款之範本進行討論。在最終報告中，針對第 8 次報告書中之約款適正化方法提出修正，並重新整理銀行交易及損害保險 2 類型之約款適正化方向。具體而言，其指出日本係以個別法令進行約款規制，其優點為可依各行業類型制定細部之規制方法，惟規制方法僅限於該行業及交易型態始得適用，且即使已就該行業類型制定規制之相關規定，仍可能於設立規制後產生新的問題。各行業行政主管機關之約款指導雖為業法規制之一環，但對消費者利益之保護似尚未完全。此外，關於依據司法之約款規制相關判例累積不多亦為問題之一。鑑於所謂約款適正化不僅係指約款不違反法律或依社會通念無不合理之情形，也意味著約款基本上應使消費者容易理解，而為防止關於約款之紛爭，交易前或交易中適正化約款之使用即為相當重要；此外，由於約款交易之內容及實際狀態不一而足，故應就交易之內容及實際狀態設想更為細緻之對應方法。

在上述前提下，委員會提出「適正約款之要件」應具有如下之特徵。

1. 作成有利於消費者之約款。
2. 對消費者重要之事項應記載於約款中。
3. 確保企業經營者及消費者責任分配之公平性。
4. 約款解釋有疑義時，對約款之擬定人即企業經營者為不利之解釋。
5. 使交易實際狀況與規定一致
6. 使消費者容易理解
7. 以適當之方法揭露資訊

委員會並指出由於日本相關判例累積不足，行政主管機關之職責及消費者團體性質等與歐洲諸國截然不同，且由於就現行法體系與為適正化約款之法律的關係尚欠缺深入討論，故包含民事相關法律之改正，仍為適正化約款立法之長期課題。

²⁶ 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者取引と契約-約款の適正化を中心として，大蔵省印刷局，1982 年，7 頁以下。

²⁷ 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者取引と契約，大蔵省印刷局，1984 年，1 頁以下。

其後，在第 11 次國民生活審議會消費者政策部會²⁸中，從約款適正化之觀點檢討伴隨服務交易如收費養老院、運動俱樂部等類型之約款，並調查、審議伴隨著資訊化、國際化之服務交易的約款。調查結果顯示，上述交易類型約款存在著給付內容不明確、企業經營者之免責條款不當等共同的問題，更凸顯企業經營者、行政、司法、立法就約款適正化之重要職責。然因該部會之建議並無法律強制力，是否能發揮改善約款之效果，僅得仰賴業者自主改善或監督機關執行行政指導之意願，當然也因此而仍存有未改善之業界約款。

二、整合立法之動向

國民生活審議會就制定消費者契約法之具體立法提案，係由第 14 次國民生活審議會消費者政策部會²⁹(1992 年 12 月~1994 年 12 月) 提出。在該報告書中指出，約款規制一向係採以行政監督為中心之事前規制，然司法規制等之事後規制亦有其必要，因此應將不當條款類型化；且在規制方式上，應加上課加資訊揭露之義務，同時並認為應檢討不當條款之私法上效力等課題。

實際上，1980 年代國民生活審議會已萌生由「以行政為中心之事前規制」轉變為「以司法為中心之事後規制」的變化，該時期已在「關於約款規制之調查」中指出個別行業法、業界之自主規制以及行政指導等之行政規制，已屆無法處理新行業類型問題的極限，因此包括契約、約款規制在內之整合性立法即顯得相當重要。

第 15 次國民生活審議會消費者政策部會之報告書³⁰則持續集中於消費者交易之適正化，其主要原因為企業經營者在多樣化、複雜化之物與服務之交易及新型行業中頻繁使用契約條款，因此消費者契約中之爭議關於契約解約之紛爭即超過半數，其中多係締約過程及契約條款內容的問題。而關於契約條款之問題，由於消費者與企業經營者交涉力存有落差，在新型行業中消費者常因不當之契約條款受害，但因欠缺因應新型行業之個別行業類型之規制，故再次提議以誠實信用原則等民法一般原則之規定作為具體化規制內容之解釋基準，以制定「具體且概括之民事規定」。

第 16 次國民生活審議會消費者政策部會終於 1997 年 10 月 3 日公開發表「消費者契約適正化法之論點---為消費者契約適正化之民事規定具體內容」³¹，其主要內容大致如下。

1. 不公平條款之定義

利用違反誠實信用原則要求之契約，使當事人之權利、義務產生重大不均衡，而使消費者發生損害之條款。

²⁸ 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編，サービス取引と約款，大蔵省印刷局，1988 年，2 頁以下。

²⁹ 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者取引の適正化に向けて-第 15 次国民生活審議會消費者政策部會報告とその資料，大蔵省印刷局，1997 年，173 頁以下。

³⁰ 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者取引の適正化に向けて-第 15 次国民生活審議會消費者政策部會報告とその資料，大蔵省印刷局，1997 年。

³¹ NBL627 号，1997 年，4 頁。

2. 個別案例中不公平條款之評價方法

考量契約締結時全部情事作為判斷基準。但不含契約主要標的、對價或者報酬額之評價。

3. 效果

條款之全部或一部無效。契約除去該不公平條款仍得存續時，該契約並非無效。

4. 不公平條款之列舉

應參考 EC 指令、德國普通交易規制法等，列舉出法律中之當然無效條款、個別、具體條款。

5. 契約條款之解釋原則

書面之契約條款必須以容易瞭解之言語表達。意思不明時則優先採有利於消費者之解釋。

其後，委員會於 1998 年 1 月發表之「消費者契約法之具體內容」中間報告中更提出「契約內容適正化規定之內容」如下³²。

1. 不當條款之無效

就消費者契約，不當條款不生全部或一部之效力。所謂不當條款係指違反誠實信用原則而不當對消費者不利益之契約條款。

2. 個別案例中不當條款之評價方法

不當條款之評價係考量契約締結時之全部情事作為基準而判斷。

3. 不當條款評價對象以外之事項

契約之主要標的及對價之均衡性非不當條款規制之對象。

4. 不當條款列舉

列舉不當條款，並列舉出當然無效條款以及僅在評價為不相當時始被認定為無效之條款。

5. 契約條款之明確化等

契約條款必須以明確、平易之文字表達。

6. 契約條款之解釋原則

契約條款應合理解釋，若解釋契約條款產生疑義時，需優先採對消費者有利之解釋

另依負責起草者之解說，首先，實務上雖非以違反誠信原則為唯一之依據，但有關不當條款之定義的建議內容則採以誠實信用原則為依據。第二，將消費者與企業經營者間存在個別交涉之契約條款排除在評價對象外並不適切。惟在充分交涉下，若仍然容許法律介入，與消費者契約法以「自我決定權之尊重」、「私的自治」為理念之觀點有所矛盾，因此評價不當條款時並非僅自形式上交涉判斷，而是應考量有無實質交涉及其程度。第三，列舉中應揭露之不當條款係參考(1)實務判決認定為無效，而應受適用限制之條款、(2)規定於消費者保護條例等規定中之條款、(3)規定於外國立法例中之條款等。

³² 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者契約法の制定に向けて-国民生活審議会消費者政策部会中間報告と関連資料，大蔵省印刷局，1998 年。

三、最終報告³³

中間報告提出後，特別是產業界提出強烈之反對意見，其理由為，中間報告所提出之立法建議中，認定契約條款為無效之要件不具備預見可能性。在聽取各界對於中間報告之意見後，最終報告就中間報告中不當條款規制部分有所修正。

亦即，為明確反映條款適正化之規定乃具體化、明確化誠實信用原則等民法之一般原則，要求企業經營者在形成契約內容之過程中應適切考慮消費者之利益，參照消費者交易之誠實信用原則，企業經營者制定之契約條款若被判斷為不當地不利於消費者時，應否認該條款之效力。換言之，具體化誠實信用原則等民法一般條款之內容的強行規定，旨在減輕消費者之舉證責任、確保交易安全、明確化紛爭處理基準；而以下四點即為基於誠實信用原則要求之不當條款的判斷基準。

- 1.依當事人一方之意思使法律關係發生、變更或消滅。
- 2.企業經營者對消費者之債務不履行等規定過苛，明顯損害當事人間之衡平而不當者。
- 3.企業經營者使契約相對人即消費者之地位不安定，而失去當事人之間的平衡。
- 4.免除或明顯限制消費者之損害賠償請求權，在一定情形下，顯對消費者不利益者。

上述修正雖係因應各方意見之結果，但因「正當利益」、「顯著損害」之概念仍不明確，同時關於不當條款是否應設置更不具明確性之一般規定更有爭議，故消費者及企業經營者雙方意見的對立，並未因此而解消。在此同時，鑑於自行政監督之事前規制改變為司法之事後規制時，就存在著資訊蒐集及交涉能力落差之消費者契約，將產生須直接判斷不當契約條款效力之必要，故應具體化誠實信用原則等民法一般規定作為解釋及運用基準，其具體建議如下。

第一，就不當條款之定義，向來明示應依「誠實信用原則之要求」，其更進一步之具體化判斷標準即為上述之判斷基準。惟關於誠實信用原則之上述議論，對照於實際制定之消費者契約法第十條的一般規定，其間關係並不明確。

第二，經個別交涉之條款亦應成為規制對象。亦即，國民生活審議會認為不論是否為約款，若在消費者契約中該條款違反誠實信用原則，不論是否經過個別交涉，均為規制對象。

第三，中間報告雖提議將不當條款區分為當然無效條款以及評價為不當者始無效之條款，然最終報告則認為限定地列舉關於不當條款之規定並不妥適，且外國立法例亦非絕對採此區分方式，故撤回上述二分之提議，而採僅在其中挑選出數種條款明文化於消費者契約法中。

第四，由於消費者契約法主張消費者之自我責任（但須為有充分認知後之自我決定責任），故列舉不當條款內容之規定僅止於最低限度，最終則仍委由司法

³³ 經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者契約法の制定に向けて-国民生活審議会消費者政策部会報告と関連資料，大蔵省印刷局，1999年。

判斷。

綜上可知，國民生活審議會所提出之消費者契約法法案，限縮了中間報告之內容，且明顯地傾向於制定歸依於誠實信用原則之一般條款及限定地列舉不當條款。縱使重要論點尚有對立見解，但考慮到應急立法之必要，此或為不得不之解決方式，而處理見解對立及充實內容則唯有待日後之立法，而也很快地就顯現到債權法之修正過程中的議論。

肆、消費者契約法立法後

在妥協之後立法並於 2001 年施行之消費者契約法中有關約款部分之規定詳見附錄資料，以下說明具體案例及學說對相關規定之檢討與評價，以明瞭主要課題。

一、消費者契約法相關規定

(一) 消費者契約法第八條

消費者契約法第八條明確規定何種定型化契約條款為無效，具體列舉出實務上常見不公平之條款，第八條第一項主要係列舉將企業經營者之損害賠償責任全部或一部免除之契約條款，如第八條第一款、第二款以及第五款等，即係將企業經營者因債務不履行或契約標之物之瑕疵而對消費者所負之損害賠償責任全部或一部免除之契約條款規定為無效之不當條款。立法者以此種立法方式乃係因此規定係擴大契約條款以往依民法解釋之無效範圍，故有必要將消費者契約中企業經營者免責條款之無效基準明確化。

(二) 消費者契約法第九條

消費者契約法第九條乃係針對消費者預定支付損害賠償金額等條款之無效所為的規定。該規定係為避免消費者因契約條款預定高額之損害賠償額而受有不當之金錢負擔所為之保護。故第九條第一款規制預定伴隨契約解除之損害賠償額以及違約金之契約條款，而針對消費者契約法第九條第一款所規定之「平均損害」，依內閣府國民生活局消費者企劃課編「逐條解說 消費者契約法(新版)」³⁴之說明，應係指就同一企業經營者於締結多數之同種契約情形下進行類型化之觀察，所算定之平均損害額。具體而言，即為依解除事由、時期等而區分，因解除該複數之同種契約而對企業經營者所生損害額之平均值。而立法者以百分之十四點六作為基準，乃係參酌民事契約上遲延損害金之限度以及交易之實情等而制定之基準，然算定平均損害額時，由於消費者一方解除事由不同，導致對企業經營者所生之損害亦產生差異，故一般而言平均損害額之認定仍然相當困難。

第九條第二款則係對於消費者在應支付而未支付金錢之全部或一部時，所預定之損害賠償額及違約金等條款進行之規制。因此依消費者契約法第九條，在此規定以外之情形，亦即消費者若是違反給付金錢以外之義務，不論是否已解除契約，預定請求一定違約金之條款均非本條之直接規制對象。

³⁴ 內閣府國民生活局消費者企劃課編，逐條解說 消費者契約法(新版)，商事法務，2007 年，191 頁。

（三）消費者契約法第十條

消費者契約法第十條與第八條及第九條相較之下，係屬較概括式之規定，因此不僅係消費契約法第八條、第九條規定以外之免責條款以及違約金條款，其他如限制消費者契約解除·解約權、因企業經營者緩和契約解除·解約權要件等有害於消費者一方利益之契約條款均為消費者契約法第十條之規範範圍。其具有明文賦與法官積極審查權能判斷消費者契約不當條款妥當與否之重要意義。

本條前段係以「較適用民法、商法等法律中無關公共秩序之規定的情形，屬限制消費者權利或加重消費者義務之消費者契約條款」為要件，所謂「無關公共秩序之規定」則依是否限於法律明文規定而區分為限定說³⁵及非限定說³⁶，亦即若依非限定說，「無關公共秩序之規定」不僅係指明文之任意規定，判例等一般所承認之不成文任意法規，以及關於契約之一般法理等均包括在內。

本條後段則以「違反民法第一條第二項規定之基本原則而片面侵害消費者之利益者」為要件，學說上則有確認說³⁷及創造說³⁸之爭議。前者見解認為所謂「違反民法第一條第二項規定之基本原則」係指僅有依民法第一條第二項無效之契約條款，始會依消費者契約法第十條亦被認為無效。然而有認為消費者契約法係以消費者與企業經營者間資訊、經濟能力存有落差為前提，其與民法之立法目的不同，此外若採確認說，則失去消費者契約法制定本條之意義，因此創造說即認為縱使契約條款依現行民法未必無效，仍可能該當消費者契約法第十條後段之要件。

二、實務見解

（一）本法施行初期

依消費者契約法第九條第一款規定，因消費者解除契約而對企業經營者造成損害時，如於契約中有預定損害賠償額時，配合契約中所定解除事由及時期等，該預定賠償金額不得超出同種消費者契約對該企業經營者所造成之「平均損害額」。而此所謂之「平均損害」所指為何，為本法施行後實務案例所須面臨之一特殊問題。

依立法者之意思，所謂之「平均損害」乃係指「就對於作為該消費者契約當事人之每個企業經營者所生之損害額，依契約類型合理計算所得之平均值，而非指該行業類型於業界之水準」，當然亦非「該企業經營者實際上所生之損害乃至其得生之損害」。實務上雖多依從立法者之見解（如東京地判平成 14 年 3 月 25 日判決，金判 1152 號 36 頁），但亦有實務見解將「是否產生實際損害」納入考量者（如大阪地判平成 14 年 7 月 19 日判決，金判 1162 號 32 頁）。

此外，就「平均之損害」之舉證責任應由何人負擔，法院亦有不同見解。在上述東京地方法院判決中，其採依日本民事訴訟法第 248 條之意旨，認定第九條第一款之「平均之損害」並不明確，因此法院具有裁量權限，決定負擔舉證責任

³⁵ 松本恒雄，規制緩和時代と消費者契約法，法セ 549 号，2000 年，7 頁。

³⁶ 山本敬三，「消費者契約法の意義と民法の課題」，民商 123 卷 4、5 号，2001 年，73-74 頁。

³⁷ 前掲注 34，203 頁。

³⁸ 山本敬三，消費者契約立法と不当条項規制，NBL686 号，2000 年，15 頁。

之當事人，並認定本案之平均損害額為手續費 4500 日圓之百分之三十。

(二)相關判決

1.東京地判平成 17 年 9 月 9 日判決，判時 1948 號 96 頁。

消費者 X 因預訂結婚禮堂及結婚宴會會場，支付予企業經營者 Y 預約金 10 萬日圓。X 於六日後取消預定並請求返還預約金，Y 則依契約中取消料條款拒絕返還。X 起訴主張該契約中之取消料條款違反消費者契約法第十條無效，並請求 Y 返還預約金 10 萬元。

法院認為 X 以第十條為基礎所主張契約無效為無理由，而依第九條第一款為判斷基礎。而由於 Y 店在儀式舉行日前一年以上即已締約預定者未達預約全體之百分之二十，因此可知在此種情形下，該利益可獲得之確定率相當低，故假設於該時點取消預約，由於仍可高度期待有新預約，Y 即無喪失當初預定利益之可能。又因 X 之取消非一般之情形，故該利益之喪失亦不得認為其該當於第九條第一款中之「平均損害」；此外，Y 於接受 X 預約後即無法接受其他預約，從而亦無法得知因本件預約取消對 Y 造成如何之損害，因此本件取消料條款依消費者契約法第九條第一款而被認定為無效。

2.東京高判平成 16 年 5 月 26 日判決，判夕 1153 號 275 頁

該判決中 X 為信用保證、金錢貸款之企業經營者，基於保證委託契約對 Y 請求支付求償金本金及約定損害金。

本判決認為該保證委託契約適用消費者契約法，該契約中約定之遲延損害金中，超過消費者契約法第九條第二款所定之百分之十四點六的部分無效。

透過本判決可知，類似此種案例若肯定其適用消費者契約法，法官僅須單純適用規定之數值基準，可容易處理爭議。惟有認為百分之十四點六的數值本身，其妥當性不無疑問。

3.京都地判平成 16 年 3 月 16 日判決，裁判所 HP(平成 15 年(7)第 162 號)

X 與 Y 締結建物租賃契約，X 以契約終了向 Y 請求返還押金，Y 則主張基於回復原狀特約，承租人就自然損耗以及依通常使用之損耗負有回復原狀之義務，因此扣除回復原狀費用後已無應返還之押金，且 X 就該約定有所瞭解。X 則否認已知悉上述約定，並主張該回復原狀特約無效。

判決認定，依民法規定，承租人僅須返還依約定或依標的物性質之通常使用方式可得使用收益之狀態的標的物即為已足，因此本件原狀回復特約加重承租人之標的物返還義務，使承租人負擔因自然耗損所生之原狀回復費用，片面侵害締結契約時情報力、交涉力處於劣勢之承租人的利益，故本件原狀回復特約依第十條無效。

類似之案例於東京簡判平成 17 年 11 月 29 日判決（裁判所 HP 平成 17 年 2807(本訴)）中，則以就自然耗損等原狀回復費用之負擔條款，出租人一方面受領作為使用對價之租金，一方面又使承租人負擔租賃期間中之自然耗損等回復原狀費用，即承租人負有雙重負擔，而出租人受有不當得利，違反誠實信用原則；本件條款未適切地對承租人提供必要情報，承租人在未充分認識對自身不利益之情

形下即對該條款合意，其合意應為違反誠實信用原則，與民法之任意規定相比，該條款加重承租人之義務，違反誠實信用原則而有害承租人一方之利益，認定該當於第十條應為無效。其理由雖有不同，但就片面加重承租人負擔之考量則無二致。

(三)適用民法之相關判決

消費者契約法成立施行後，仍有案例係發生在該法施行前，而為對此則非依違反誠實信用原則，而係依民法第九〇條為基礎判斷條款不當性之判決。1980年代之後，契約法學說為實現保護消費者之理念，特別積極提議擴張民法第九〇條之公序良俗概念，並以企業經營者利用消費者急迫而獲有顯著利益之暴利行為違反公序良俗，故應無效。

受到此前提之影響而為判斷者如大阪地判平成 15 年 7 月 18 日判決（判時 1877 號 90 頁），在針對退租修繕費負擔特約之效力，該判決認為，此特約乃係由於出租人為確保注重整潔之承租人承租，故有必要使承租人負擔原狀回復之實際金額，且在締結租賃契約前之事前說明會中，已賦與承租人充分討論之機會，不能認為本件修繕費負擔特約欠缺社會妥當性，有違公序良俗而否認其效力。類似者如大阪高判平成 16 年 12 月 17 日判決（金判 1215 號 60 頁），就回復原狀特約公序良俗之違反性，法院認其除使承租人負擔原定之租金外，亦使其負擔自然耗損等之回復原狀費用，若從經濟上之評價觀察，自然耗損等之原狀回復費用應評價為相當於租金中自然耗損等之費用，亦即課予承租人雙重之負擔，原則上，該條款為犧牲承租人且使出租人不當獲利之不合理條款，因不得不認為其已形成公秩序，故本件原狀回復特約違反公序良俗而無效。

比較上述判決可知，在該法施行後仍延續援用公序良俗概念進行判斷，造成雖屬類似案例但判決結果完全相反之情形，其無形中對消費者契約法之適用的實質影響，實值深思。

三、學說檢討

消費者契約法就約款之規制主要規定於第八條至第十條，學說就上述規定之具體適用情形分別有如下之檢討與質疑。

(一)消費者契約法第八條

消費者契約法第八條第一項第一款及第二款係針對如企業經營者免除自身之標的物給付義務之條款，但學說提出對於如約定「在某種情形不接受商品的退貨或換貨」的情形，本條規定是否得直接適用的疑問³⁹。

甚至有學者指出，在排除債務之條款中，若該條款係以免除企業經營者因債務不履行所生之責任為內容，例如排除出租人租賃物修繕義務之條款、停車場就停放車輛所裝載之物品不負保管責任之條款等，此類條款均無從適用第八條第一項之規定，而僅得依第十條規定認定該條款無效。因此將條款區分為排除責任及排除債務之條款並分別適用不同之依據，其必要性及妥當性如何，應更進一步探

³⁹ 河上正二，消費者契約における不当条項の現状と課題(横断的分析)，消費者契約における不当条項の現状と課題(横断的分析)，消費者契約における不当条項研究会，平成 21 年，頁 5。

討。

此外，第八條第一項第三款規定僅限於「依民法規定」，故若係免除依製造物責任法所生之賠償責任的條款，則非在該款之適用範圍。惟學說上多認為此種區別不具合理性，其造成消費者契約法第八條規定適用範圍之狹隘化，而僅能期待依第十條規定認定不當條款之效力⁴⁰。

再者，第八條所限制之免責條款限於企業經營者免除因故意或重大過失所生責任之條款，故企業經營者若係免除通常過失或輕過失之責任者，則一概承認該條款之效力，惟其結果仍可能不符正當性，故是否以一律承認該條款有效之方式規定，仍有檢討餘地⁴¹。

（二）消費者契約法第九條

1.第一款

如前所述，日本實務上就第九條第一款所謂之「平均損害金額」，其判斷基準係融合客觀基準以及該案例中特殊之基準等。然有學者指出，判決所採判斷方法本身之文字意義並不明確，其是否適於作為具體判斷不當條款之基準，恐有疑問。

另就「平均損害金額」之舉證責任究係由企業經營者或消費者負擔舉證責任之問題，由於實務上尚無明確見解，故法院於適用消費者契約法第九條第一款時，依個案決定負擔舉證責任之當事人，其非但影響該個案是否該當於不當條款，甚至影響當事人之勝敗訴結果。換言之，相同案例可能僅因法院所認定應負舉證責任之當事人不同，而產生截然不同之結果，是否妥適，容有疑義。

換言之，本款規定原乃為提供易於判斷條款之「不當性」的基準而訂定，但如上所述問題之存在，反造成「不當性」之判斷更為困難，有違原立法目的。

2.第二款

立法者參考交易實情及民事契約上一般遲延損害賠償金之基準，於第九條第二款制定百分之十四點六之單一利率數值標準。雖因此可容易判斷條款之不當性，惟若有質疑該固定而單一之數值的正當理由時，該基準之安定性即可能發生動搖⁴²。

（三）消費者契約法第十條

如前所述，消費者契約法制定前，日本實務上針對定型化約款之不當性係依民法之誠實信用原則以及公序良俗等作為判斷標準，然由於其概念過度抽象，造成判斷困難，而制定消費者契約法第十條之目的，即係以期判斷標準能更為明確。惟學者指出，消費者契約法第十條以「與公序無關之規定比較」作為要件之一，其目的即在於使要件更為明確，以避免一般條款模糊之判斷基準，但是否也因此而喪失作為一般條款之機能，不無疑問⁴³。此外，該條所謂「與公序無關規

⁴⁰ 山本豐，「消費者契約法(3·完)-不当条項規制をめぐる諸問題」，法教 243 号，2000 年，58 頁。

⁴¹ 前揭注 36，534 頁。

⁴² 前揭注 7，55 頁。

⁴³ 前揭注 7，49 頁。

定」之範圍為何，具體而言，已明文規定之民法、商法固然包含在內，而學說上則有認為應擴張至與契約相關之一般法理等均包括在內，實務上亦採該所謂擴張說之見解。因此雖可避免過度限縮第十條規定無效之範圍，然如何界定是否為任意規定之標準並未明確，故其發展仍有待觀察。此外，亦有學者指出，若僅重視「與任意規定比較」之基準，則其他如「片面侵害消費者之利益」及「違反誠實信用原則」等基準是否仍具存在意義，即有疑問⁴⁴。

四、與民法整合的動向

有關消費者契約中之不當條款規制目前係規定於消費者契約法中，而消費者契約雖多係企業經營者使用約款與消費者締約，然企業經營者及消費者本質上屬性具有差異，縱使企業經營者未使用約款與消費者締結契約，消費者契約中之當事人其資訊能力及交涉力仍存有結構上之不均衡。故依現行法，消費者契約中之契約條款不論是否為定型化契約，均為消費者契約法內容規制之對象。（參照消費者契約法第八條至第九條）

2001年施行後之消費者契約法至今經過數次的修正，其中較為重要者有一直為注目焦點之消費者團體訴訟制度的導入，而近年受到矚目者則為，配合債權法之修正，約款之意義、定位及其效力判斷標準等問題再次登上台面，並於修正委員會提出之「基本方針」中有具體之檢討及建議，本試案在關於依約款之契約的規定中，規定關於約款之定義及其如何成為契約內容要件等契約締結問題，而就約款之不當條款內容規制，則與消費者契約條款合併規定（參見附件二）。

首先基本方針【3.1.1.25】係關於約款之定義⁴⁵，而針對契約中心部份之約款是否亦為規制對象學說上尚未有定見，故基本方針提議委由解釋決定，並未明文定之。亦即，就對價、標的物等有必要以實質開示為前提，並在交涉及熟慮之基礎上達成合意；故關於契約中心部份之契約條款應由當事人自己決定，不須對其發動內容規制。換言之，給付的內容以及對價均依市場競爭原理而決定即可。但亦有認為應將此種條款納入規範範圍之見解。蓋關於契約中心部份之契約條款，事實上通常無法要求實質上之合意，故不如直接將制定中心部份之條款等以薄弱意思為基礎訂定之契約均納入內容規制之範圍⁴⁶。

【3.1.1.C】列舉出僅適用於消費者契約條款之不當條款，【3.1.1.33】則列舉出約款與消費者契約中共通之不當條款，並直接視為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度。【3.1.1.34】則係列舉出被推定為不當條款之共通不當條款，因此縱有該當於列舉之情形，亦可由條款使用人證明，其與未使用該條款的情形比較，並未特別違反誠信原則而損及相對人利益，以排除該條款之不當性。【3.1.1.35】及【3.1.1.36】則係關於僅適用於消費者契約條款之不當條款，並

⁴⁴ 前揭注7，49頁。

⁴⁵ 依基本方針【3.1.1.25】，其認為約款係指為在多數契約中使用而預先將其定型化之契約條款總體。惟另有認為應明示：「不問名稱、形態」，蓋參酌外國立法例就約款之定義均多係採廣義之見解。參照大阪弁護士會編，民法（債權法）改正の論点と実務（上）-法制審の検討事項に対する意見書，商事法務，2011年3月，668頁。

⁴⁶ 基本方針，81-86頁。

亦區分為視為不當條款以及推定為不當條款之情形。其中【3.1.1.35】(才)以及【3.1.1.36】(力)兩者具有牽連關係，其均分別提出甲案、乙案，【3.1.1.35】(才)甲案部分係將消費者契約法第九條之規定統整納入民法規範中，雖針對一定利率之基準尚有檢討之必要，然為配合消費者契約法第九條之規定，故仍維持消費者契約法第9條所規定之一定利率。【3.1.1.36】(力)甲案則提出以契約締結時雙方當事人已預見或應預見之企業經營者損害為基準，就超過部份推定其不當性，故企業經營者若能證明未違反誠信原則，該條款仍為有效。

而【3.1.1.36】(才)其意旨與消費者契約法第九條第一款同，惟依消費者契約法之規定，超過企業經營者平均損害之部份即為無效，然本提案對於該條款之有效性則認為應個別判斷，如企業經營者可證明其所約定之損害賠償額預定或違約金之金額為雙方已預見或應預見者，縱使該金額超過企業經營者實際損害，該條款仍非無效。

綜上所述，日本債權法改正之基本方針就不當條款規制之部份，將消費者契約法之相關規定統整納入規範，相對於消費者契約法第八條及第九條僅規定條款無效之情形，基本方針中尚另提出推定為不當條款之具體類型，基本方針針對僅適用消費者契約法之不當條款與約款及消費者契約條款之共通不當條款亦採分別設立之方式，基本方針列舉出更多實務上可能之不當條款類型，提供法院更多具體之判斷基準，並更加明確化誠信原則之內涵。為便於比較參照，將各該適用之情形列表如下：

..	一般約款與消費者契約共通之 不當條款..	僅適用於消費者契約條款之 不當條款..
視為不當條款	<p>(1)容許條款使用人任意不履行債務之條款。..</p> <p>(2)因限制條款使用人之債務不履行責任或所定之損害賠償責任上限致相對人締結契約之目的不達之條款。..</p> <p>(3)將條款使用人債務不履行之損害賠償責任全部免除之條款。..</p> <p>(4)將條款使用人因故意或違反重大義務所致之債務不履行損害賠償責任一部免除之條款。..</p> <p>(5)將條款使用人於債務履行時因不法行為而對相對人負損害賠償責任全部免除之條款。..</p> <p>(6)將條款使用人於債務履行時因故意或重大過失之不法行為而對相對人負損害賠償責任一部免除之條款。..</p> <p>(7)就條款使用人於履行債務之際所生之人身損害，將契約性質上條款使用人所承擔之相當損害賠償責任全部或一部免除之條款，但依法令損害賠償責任受限制時，僅就限制之部分視為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度。..</p> <p>..</p>	<p>(1)企業經營者不論是否具合理之必要性，對於消費者要求締結以該契約之債權為被擔保債權之保證契約，以作為該契約成立要件之條款。..</p> <p>(2)排除或限制消費者對企業經營者抗辯權之條款。..</p> <p>(3)排除消費者對企業經營者提議之條款。..</p> <p>(4)就債權時效期間，內容關於債權時效之起算點或期間之長度，較依法律規定對消費者更為不利之條款。..</p> <p>(5)..</p> <p>甲案：制定消費者至支付期日(支付次數為2次以上者，係指個別之支付期日)未支付以契約為基礎應支付金額之全部或一部時預定之損害賠償額，或違約金之條款，合算上述金額，依據自支付期日之翌日起至支付之日之期間日數，從該支付期日時應支付之金額中，扣除超過已支付之金額乘以每年百分之14.6計算金額之部分。..</p> <p>乙案：不訂定任何規定。..</p> <p>..</p> <p>..</p> <p>..</p> <p>..</p> <p>..</p> <p>..</p> <p>..</p> <p>..</p> <p>..</p>

t	一般的款與消費者契約共通之 不當條款 ^t	僅適用於消費者契約條款之 不當條款 ^t
<p style="writing-mode: vertical-rl; text-orientation: upright;">推定為不當條款^t</p>	<p>(1)就條款使用人為履行債務使用第三人之行為，而限制條款使用人責任之條款^t。</p> <p>(2)賦與條款使用人片面變更契約內容權限之條款^t。</p> <p>(3)在未定期間之繼續性契約中，賦與條款使用人提出解約要求即得終止契約之權限之條款^t。</p> <p>(4)繼續性契約中，相對人之解除權與適用任意規定時相較下更為限制之條款^t。</p> <p>(5)即使條款使用人其契約重大不履行，相對人仍無法解除契約之條款^t。</p> <p>(6)以與法律上管轄相異之法院作為專屬管轄之條款等，使相對人接受裁判之權利與任意規定適用情形相較下更為限制之條款^t。</p>	<p>(1)契約締結時，制定不返還以預付金、學費、保管費、擔保等其他名目交于企業經營者之給付之條款^t。</p> <p>(2)制定消費者為行使法律上之權利係以企業經營者之同意為要件或應支付對價于企業經營者之條款^t。</p> <p>(3)僅保留企業經營者契約解除權之條款^t。</p> <p>(4)條款使用人債務不履行時相對人之權利與任意規定適用時更為限制之條款^t。</p> <p>(5)制定因消費者債務不履行時，消費者應支付之損害賠償預定或違約金之條款，但就該契約締結時兩當事人已預見或應預見對企業經營者所生之損害時，就所定之損害額部分，不推定有害於消費者之利益至違反誠信原則之程度^t。</p> <p>(6)。</p> <p>甲案：制定消費者至支付期日(支付次數為2次以上者，係指個別之支付期日)未支付以契約為基礎應支付全額之全部或一部時預定之損害賠償額，或違約金之條款，但就該契約締約時兩上人已預見或應預見對企業經營者所生之損害時，就所定之損害額部分，不推定有害於消費者之利益至違反誠信原則之程度^t。</p>

伍、日本法上約款理論之彙整

日本上約款論最早發展始於實務上之判決(大正4年(1914年)12月24日之大審院判決)，爾後學說上漸漸注意消費者契約以及約款中雙方當事人地位不對等之情形，因此開始重視約款規制並進而發展學說，以期平衡消費者或約款相對人其交涉能力、資訊能力之不足。

學者認為應對約款內容進行規制，以避免消費者或約款使用人之權益遭企業經營者或約款使用人過度侵害甚至剝奪，1970年代後之學說乃係採「約款規制論」，此時期之學說認為約款之規制應兼採司法之事後規制以及行政監督之事前規制，惟其多係以公序良俗作為判斷基準，縱學說上已提出若干具體標準，但對實務法院之判斷似仍為不足⁴⁷。

1980年代後學說上則發展出「不當條款規制論」，學者提出「彈性活用論」認為公序良俗可隨時代改變，因此主張以公序良俗作為不當條款之判斷基準，但其同時亦指出公序良俗之涵義應具體明確化，以符法明確性、法安定性之要求⁴⁸。而針對不當條款之規制，河上正二教授則認為應擴大約款規制之範圍，然其所謂約款之定義為何即為相當重要，此外目前消費者契約法中多具有以「與任意規定之比較」為要件之規定，故若以任意規定做為約款內容規制之基準，即須更為審慎嚴謹⁴⁹。此外學說上亦認為應將條款類型化，針對不同類型之條款而設立不同之規制重點⁵⁰。

1990年代之後，學說上則受到EC指令以及國民生活審議會之影響。但學者雖認為縱可規制個別合意之約款，惟針對涉及給付中心之部份則不宜介入⁵¹。另有學者則指出該時期係以公序良俗、誠信原則以及契約解釋等作為規制方法，但此規制方法應有將其明文化之必要⁵²，甚至有學者建議立法方向，如應設置一般條款、相對及絕對無效條款等規定，並且認為應以公序良俗為判斷之最後手段⁵³。

然而立法上卻必須面臨規制基準如何明確化、規制對象是否應限於消費者契約，抑或應擴及至約款等問題，甚至亦必須考慮如何具體訂定不當條款之清單，此均為立法者於立法時所必須納入考量之因素。

第8次國民生活審議會⁵⁴則設立約款交易委員會，並提出約款適正化之方向，以取代過去由個別行政主管機關管制而規制有所侷限之情形。惟國民生活審議會消費者政策部會所提出之建議不具強制力，因此規制成效如何僅得仰賴企業經營者自身之決定。國民生活審議會實際上在1980年代後即主張以司法規制取

⁴⁷ 前揭注7，78-79頁。

⁴⁸ 前揭注9，261頁。

⁴⁹ 前揭注2，121頁。

⁵⁰ 前揭注14，105頁。前揭注2，249-251頁。前揭注19，私法14頁概要部分。

⁵¹ 前揭注20，122頁。

⁵² 前揭注22，55-56頁。

⁵³ 前揭注23，50-52頁。

⁵⁴ 前揭注26，7頁以下。

代行政規制，第 16 次國民生活審議會⁵⁵消費者政策部會指出，由於欠缺因應新型行業之個別行業類型規制，故提議以誠信原則等民法一般原則作為具體化規制內容之解釋基準。該部會所提出之消費者契約法草案將誠信原則具體化，以期減輕消費者之舉證責任、確保交易安全等，依該草案其傾向歸依於誠信原則等一般原則之判斷基準。

消費者契約法實際立法後，雖已於第八條及第九條之規定中列舉若干不當條款，然學說上仍有對於消費者契約法提出檢討，如消費者契約第八條部份要件之規定可能狹隘化其適用範圍，而僅得適用消費者契約法第十條判斷條款之不當性⁵⁶。

針對學說上對於消費者契約法所提出之建議，亦影響日本債權法之修正，而基本方針就不當條款之規制不僅將消費者契約法與民法統整規範，更增加列舉之不當條款類型，且將不當條款區分為視為不當條款以及推定為不當條款之類型，提供實務更為具體之判斷標準。

陸、我國法制之概述

一、判斷基準

我國關於定型化契約之規定，主要為民法第二四七條之一及消費者保護法第一一條至第一七條，而就定型化約款之判斷標準則主要規定於民法第二四七條之一以及消費者保護法第一二條中，由於定型化約款仍為私法上之約定事項，因此其效力應經司法審查，以確定其是否具有終局拘束當事人之效力，以下即說明我國於消費者保護法實施前後之判斷標準。

(一)消費者保護法實施前

消費者保護法施行前，最高法院通常係以民法第七二條之公序良俗為判斷定型化約款是否為有效之依據。以最高法院 73 年第十次民事會議決議為例，「甲種活期存款戶與金融機關之關係，為消費寄託與委任之混合契約。第三人盜蓋存款戶在金融機關留存印鑑之印章而偽造支票，向金融機關支領款項，除金融機關明知其為盜蓋印章而仍予付款之情形外，其憑留存印鑑之印文而付款，與委任意旨並無違背，金融機關應不負損害賠償責任。若第三人偽造存款戶該項印章蓋於支票持向金融機關支領款項，金融機關如已盡其善良管理人之注意義務，仍不能辨認蓋於支票上之印章係偽造時，即不能認其處理委任事務有過失，金融機關亦不負損害賠償責任。金融機關執業人員有未盡善良管理人之注意義務，應就個案認定。至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。」

惟有學者認為，公序良俗係指國家社會之一般利益，然定型化約款則係契約當事人一方濫用其經濟上及法律上之強勢地位，破壞任意法規中賦與相對人之權益，其並非當然涉及國家社會之一般利益，因此應以誠信原則為規範定型化約款

⁵⁵ 前揭注 31，4 頁。

⁵⁶ 前揭注 40，58 頁。

效力之依據，以維護契約當事人間利益之均衡與法律效果之公平。此部分之議論與日本法之發展有相當之類似性。

(二)消費者保護法實施後

消費者契約法第一二條第一項規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」。其以立法方式明確將誠信原則規定為判斷定型化約款效力之基準。而依消費者保護法施行細則第一三條規定，判斷「定型化契約約款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之」。此外消費者保護法第一二條第二項亦規定定型化約款於特定情形下即推定顯失公平，如違反平等互惠原則者、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者，以及契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。

惟學者指出定型化契約約款其效力為何，均應於具體個案中衡量契約當事人之利益狀況而判斷，因此就實務上常見之定型化契約約款，如預售屋交易契約中之「有關本標的之廣告及宣傳品僅供參考之用，一切說明應以本契約為依據」約款，抑或工程契約中常見之「因故遲延，如因定作人之原因，或人力不可抗拒等因素，須延長完工日期時，承攬人得以書面向定作人申請延期。……承攬人對定作人最後核定之延期，不得提出異議。」約款等等，有時甚至涉及是否為異常條款、定型化契約之解釋原則，以及定型化契約約款是否違背誠信原則或平等互惠原則而無效之問題。

二、消費者契約法與民法之關係

依我國立法體系，消費者保護法雖為民法之特別法，惟關於定型化契約條款之規定，如消費者保護法第一一條至第一四條等之規定屬於較詳細縝密之立法，並非特別針對保護消費者之目的而制定之特別法。此外，民法第二四七條之一僅規定定型化契約條款因顯失公平而無效之事由，關於定型化契約條款如何成為契約內容、異常條款是否構成契約內容、個別磋商條款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其他問題則付諸闕如⁵⁷。

此外民法第二四七條之一僅規定定型化契約條款因顯失公平而無效之事由，相較之下，消費者保護法就定型化契約之相關規定顯然較民法詳盡且具明顯之判斷標準，因此消費者保護法中就定型化契約條款之一般規定，如：第一一條、第一三條至第一五條等，不應被視為是定型化契約條款之特別規定，而應認為其屬定型化契約條款之一般、普通規定，對於全部定型化契約條款均有適用之餘地⁵⁸。

而定型化契約中契約條款是由條款使用人單方擬定並單方形成契約內容，相對人並無斟酌之餘地。約款使用人在擬定條款之同時，甚少顧慮相對人之利益，致相對人權利受限制或義務加重。此類不平等之情形並不因為定型化契約是屬於

⁵⁷ 楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常-最高法院 91 年台上字第 2336 號判決評析，月旦法學雜誌第 122 期，頁 232。

⁵⁸ 楊淑文，消費者保護法與民法的分與合(一)-雙軌制立法下的消費者與消費關係，程序正義、人權保障與司法改革-范光群教授七秩華誕祝壽論文集，2009 年 3 月，初版，頁 15。

「消費性定型化契約」或「非消費性定型化契約」而有所不同。然我國立法卻將「消費關係」之事項以及「非消費關係」之事項分別規定適用消費者保護法及民法，造成規定重複或相同問題因適用不同法律而產生相異結果⁵⁹。

再者，民法第二四七條之一所列各款為定型化契約常見之情形，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一二條，多了許多法院自由心證之空間。而實務上似又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，適用結果對相對人之權利保護較為不足⁶⁰。

柒、日本法之發展對我國法治之啟發

一、異常條款

在日本債權法改正之基本方針中雖未就異常條款規定，然有認為就約款之異常條款制定，不論是否該當【3.1.1.26】之規定，亦即不論是否構成約款，若該條款依交易慣例認為係異常之條款，或自特別交易狀況或契約之外型觀察，其係對約款使用人之相對人造成突襲之條款，即不構成契約之內容之規定⁶¹。

依我國消費者保護法第一四條規定，異常條款之構成要件之一為「定型化契約條款未經記載於定型化契約中」。然我國亦有學者認為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。故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，此類條款即應稱之為「異常條款」(die *überrasche Klausel*)⁶²。因此縱使記載於定型化契約中，如該約款係一般相對人無法預見者，亦應認為該約款為消費者保護法第一四條之異常條款，而不構成契約之內容。我國消費者保護法將異常條款加諸「定型化契約條款未經記載於定型化契約中」之要件，恐對消費者保護不足。

此外債權法改正之基本方針中關於異常條款之提案要旨指出，就已開示及雙方具有訂入契約合意之條款，應明確化該約款被認為係異常條款而不構成契約內容之判斷基準⁶³。故我國若亦認為即使約款明確記載於定型化契約中亦可能構成異常條款時，同樣地亦應訂定明確異常條款之判斷標準，始得兼顧民法上私法自治、契約自由等基本原則。

二、不當條款之具體列舉規定

消費者契約法第八條、第九條以及債權法改正方針中【3.1.1.33】、【3.1.1.34】、【3.1.1.35】以及【3.1.1.36】均規定常見之不當條款類型，基本方針中並具體列舉出無效或推定無效之不當條款，其主要目的在於使不當條款之判斷標準更為明

⁵⁹ 前揭注 58，頁 20。

⁶⁰ 前揭注 58，頁 21。

⁶¹ 前揭注 46，頁 94。

⁶² 前揭注 57，頁 236。

⁶³ 前揭注 46，頁 94-96。

確，亦使消費者得更進一步了解不當條款之類型，以平衡消費者契約雙方當事人間之資訊不對等地位，日本消費者契約法及債權法改正方針中所提及之不當條款類型，亦可作為我國立法上之參考，雖其所規定者是否確實明確，學說上仍提出質疑，惟若可具體化誠實信用原則而列舉出實務上常見之不當條款規定於相關法律中，不僅可使法官於審理時之判斷基準明確具體化，亦可使消費者於訂約時能更加注意定型化契約中是否存有該類不當條款，進而維護自身之權益。我國民法第二四七條之一以及消費者保護法第一二條雖規定定型化契約顯失公平之情形，然有學者認為民法第二四七條之一僅係規定定型化契約中常見之情形，與消費者保護法第一二條相較下，仍屬較為抽象之規定⁶⁴。因此我國應亦可參考日本法上之相關規定將不當條款之類型具體列舉，以提供實務上更為明確之判斷標準。

⁶⁴ 前揭注 57，頁 236。

消費者契約法相關規定

<p>(目的)</p> <p>第一条 この法律は、消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差にかんがみ、事業者の一定の行為により消費者が誤認し、又は困惑した場合について契約の申込み又はその承諾の意思表示を取り消すことができることとするとともに、事業者の損害賠償の責任を免除する条項その他の消費者の利益を不当に害することとなる条項の全部又は一部を無効とするほか、消費者の被害の発生又は拡大を防止するため適格消費者団体が事業者等に対し差止請求をすることができることとすることにより、消費者の利益の擁護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。</p>	<p>(目的)</p> <p>第一條 本法目的在於，鑑於消費者與企業經營者間之資訊之質量及交渉力的落差，就因企業經營者之一定行為致消費者生誤認或困惑之情形，規定消費者得撤銷契約之要約或承諾之意思表示；同時規定免除企業經營者之損害賠償責任的條款及其他不當害及消費者利益之條款的全部或一部無效；並規定為防止消費者受害之發生或擴大，由適格消費者團體得對企業經營者等請求不作為，藉此圖求維護消費者利益、並以之助益國民生活的安定提昇及國民經濟之健全的發展。</p>
---	--

<p>(事業者の損害賠償の責任を免除する条項の無効)</p> <p>第八条 次に掲げる消費者契約の条項は、無効とする。</p> <p>一 事業者の債務不履行により消費者に生じた損害を賠償する責任の全部を免除する条項</p> <p>二 事業者の債務不履行(当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。)により消費者に生じた損害を賠償する責任の一部を免除する条項</p> <p>三 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の全部を免除する条項</p> <p>四 消費者契約における事業者の債務の履行に際してされた当該事業者の不法行為(当該事業者、その代表者又はその使用する者の故意又は重大な過失によるものに限る。)により消費者に生じた損害を賠償する民法の規定による責任の一部を免除する条項</p> <p>五 消費者契約が有償契約である場合において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるとき(当該消費者契約が請負契約である場合には、当該消費者契約の仕事の目的物に瑕疵があるとき。次項において同じ。)に、当該瑕疵により消費者に生じた損害を賠償する事業者の責任の全部を免除する条項</p> <p>2 前項第五号に掲げる条項については、次に掲げる場合に該当するときは、同項の規定は、適用しない。</p> <p>一 当該消費者契約において、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵がある</p>	<p>(免除企業経営者損害賠償責任條款之無効)</p> <p>第八條 下列消費者契約之條款，無効。</p> <p>一、 免除因企業經營者之債務不履行而應賠償消費者所生損害責任之全部的條款。</p> <p>二、 免除因企業經營者之債務不履行(以因該企業經營者、其代表人或使用人之故意或重大過失所致者為限。)而應賠償消費者所生損害責任之一部的條款。</p> <p>三、 免除企業經營者於履行消費者契約之債務時，因該企業經營者之侵權行為而應依民法規定賠償消費者所生損害責任之全部的條款。</p> <p>四、 免除企業經營者於履行消費者契約之債務時，因該企業經營者之侵權行為(以因該企業經營者、其代表人或使用人之故意或重大過失所致者為限。)而應依民法規定賠償消費者所生損害責任之一部的條款。</p> <p>五、 消費者契約為有償契約者，免除於該消費者契約之標的物有隱藏之瑕疵時(該消費者契約為承攬契約者，為該消費者契約之工作的標的物有瑕疵時。於次項中亦同。)，企業經營者因該瑕疵而應賠償消費者所生損害責任之全部的條款。</p> <p>2. 前項第五款所定條款於該當下列情形時，同項規定不適用之。</p> <p>一、 於該消費者契約中，訂有該消費者契約之標的物有隱藏之瑕疵時，該企業經營者負以無瑕疵之物替換之、或修補該瑕疵之責任者。</p> <p>二、 該消費者與受該企業經營者委託之他企業經營者間之契約、或該企業經營者與他企業經營者間之為該消</p>
--	---

<p>ときに、当該事業者が瑕疵のない物をもってこれに代える責任又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合</p> <p>二 当該消費者と当該事業者の委託を受けた他の事業者との間の契約又は当該事業者と他の事業者との間の当該消費者のためにする契約で、当該消費者契約の締結に先立って又はこれと同時に締結されたものにおいて、当該消費者契約の目的物に隠れた瑕疵があるときに、当該他の事業者が、当該瑕疵により当該消費者に生じた損害を賠償する責任の全部若しくは一部を負い、瑕疵のない物をもってこれに代える責任を負い、又は当該瑕疵を修補する責任を負うこととされている場合</p>	<p>費者之利益的契約，其先於該消費者契約之締結或與其同時被締結者，其訂有該消費者契約之標的物有隱藏之瑕疵時，該他企業經營者負賠償因該瑕疵致消費者所生損害之責任的全部或一部、或負以無瑕疵之物替換之或修補該瑕疵之責任者。</p>
<p>(消費者が支払う損害賠償の額を予定する条項等の無効)</p> <p>第九条 次の各号に掲げる消費者契約の条項は、当該各号に定める部分について、無効とする。</p> <p>一 当該消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を予定し、又は違約金を定める条項であつて、これらを合算した額が、当該条項において設定された解除の事由、時期等の区分に応じ、当該消費者契約と同種の消費者契約の解除に伴い当該事業者に生ずべき平均的な損害の額を超えるもの 当該超える部分</p> <p>二 当該消費者契約に基づき支払うべき金銭の全部又は一部を消費者が支払期日（支払回数が二以上である場合には、それぞれの支払期日。以下この号において同じ。）までに支払わない場合における損害賠償の額を予定し、又</p>	<p>(預定消費者支付損害賠償額之條款等的無効)</p> <p>第九條 下列消費者契約之條款，就該各款所定部分，無效。</p> <p>一、 預定因該消費者契約之解除所生損害賠償金額或違約金之條款者，對應於該條款中所定解除之事由及時期等的區別，其合計金額超過與該消費者契約同種之消費者契約之因解除對該企業經營者所造成之平均損害金額者超過部分。</p> <p>二、 預定消費者未於支付期日（支付次數為二次以上者，各該期日。於本款中，以下同）前支付基於該消費者契約應支付金錢之全部或一部時之損害賠償金額或違約金之條款者，其合計金額超過依以下基準計算所得金額者：支付期日之次日起至支付日止，依其日數，就由該支付期日應支付金額扣除該期日應支付金額中已支</p>

<p>は違約金を定める条項であつて、これらを合算した額が、支払期日の翌日からその支払をする日までの期間について、その日数に応じ、当該支払期日に支払うべき額から当該支払期日に支払うべき額のうち既に支払われた額を控除した額に年十四・六パーセントの割合を乗じて計算した額を超えるもの当該超える部分</p>	<p>付金額後乘以年利率百分之十四點六超過部分。</p>
<p>(消費者の利益を一方的に害する条項の無効) 第十条 民法、商法（明治三十二年法律第四十八号）その他の法律の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であつて、民法第一条第二項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害するものは、無効とする。</p>	<p>(片面侵害消費者利益之條款的無効) 第十條 較適用民法、商法（明治三十二年法律第四十八號）等法律中無關公共秩序之規定的情形，屬限制消費者權利或加重消費者義務之消費者契約條款，其為違反民法第一條第二項規定之基本原則而片面侵害消費者之利益者，無效。</p>

參閱陳洸岳譯，日本消費者契約法，外國消費者保護法第十七輯，消費者法規翻譯叢書之十七，行政院消費者保護委員會編印，民國 99 年 10 月。

附件二：債權法改正基本方針節譯

第 4 目 依約款之契約

3.1.1.25(約款之定義)

- (1)約款係指為在多數契約中使用而預先將其定型化之契約條款總體。
- (2)構成約款之契約條款中，經個別交涉始採用之條款，不適用本目及第 2 款第 2 目之規定。

3.1.1.26(約款之構成要件)

- (1)約款，於約款使用人在約款締結前對相對人提示該約款(以下稱之為開示)，而雙方當事人就該約款使用於該契約中合意時，即成為該契約之內容。但契約性質上，於契約締結時開示約款有顯著困難時，約款使用人對於相對人表示於契約締結時使用約款之意旨，並在契約締結前將約款置於相對人可得而知之狀態，視為約款在契約締結時開示。
- (2)不論否該當(1)之規定，約款使用人之相對人就契約締結時已知悉內容之條

款，不得以約款未開示為理由，主張該條款不構成契約內容。

3.1.1.A(異常條款)

未制定關於約款之異常條款之規定。

亦有見解認為就約款之異常條款制定，不論是否該當 3.1.1.26 之規定，依交易慣例認為係異常之條款，或自特別交易狀況或契約之外型觀察，而對約款使用人之相對人造成突襲之條款，不構成契約之內容之規定。

第 2 目 契約條款之無效

3.1.1.32(關於不當條款效力之一般規定)

(1)約款或消費者契約之條款(除經個別交涉而採用之消費者契約條款外)，與該條款不存在之情形相較，有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度者無效。

(2)就判斷該條款是否有害於相對人利益至違反誠信原則之程度，應考量契約之性質及契約之旨趣、當事人之屬性、關於同種契約之交易慣例，以及任意規定存在時等內容。

3.1.1.B(約款及消費者契約中共通之不當條款例示)

制定約款及消費者契約中共通之不當條款例示。

如該當於不當條款之例示，視為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度，僅推定為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度之例示則特別令設立規定。

3.1.1.33(視為不當條款之例示)

作為約款或消費者契約之條款(除經個別交涉而採用之消費者契約條款外)，以下所定之條款與該條款不存在時相較，視為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度。

(例)

(1)容許條款使用人任意不履行債務之條款。

(2)因限制條款使用人之債務不履行責任或所定之損害賠償責任上限致相對人締結契約之目的不達之條款。

(3)將條款使用人債務不履行之損害賠償責任全部免除之條款。

(4)將條款使用人因故意或違反重大義務所致之債務不履行損害賠償責任一部免除之條款。

(5)將條款使用人於債務履行時因不法行為而對相對人負損害賠償責任全部免除之條款。

(6)將條款使用人於債務履行時因故意或重大過失之不法行為而對相對人負損害賠償責任一部免除之條款。

(7)就條款使用人於履行債務之際所生之人身損害，將契約性質上條款使用人所承擔之相當損害賠償責任全部或一部免除之條款，但依法令損害賠償責任受限制時，僅就限制之部分視為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度。

3.1.1.34(推定為不當條款之例示)

作為約款或消費者契約之條款(除經個別交涉而採用之消費者契約條款外)，以下所定之條款與該條款不存在時相較，推定為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度。

(例)

(1)就條款使用人為履行債務使用第三人之行為，而限制條款使用人責任之條款。

(2)賦與條款使用人片面變更契約內容權限之條款。

(3)在未定期間之繼續性契約中，賦與條款使用人提出解約要求即得終止契約之權限之條款。

(4)繼續性契約中，相對人之解除權與適用任意規定時相較下更為限制之條款。

(5)即使條款使用人其契約重大不履行，相對人仍無法解除契約之條款。

(6)以與法律上管轄相異之法院作為專屬管轄之條款等，使相對人接受裁判之權利與任意規定適用情形相較下更為限制之條款。

3.1.1.C(關於消費者契約之不當條款例示)

就消費者契約，不論是否為依約款之契約，制定僅適用消費者契約條款之不當條款例示，約款與消費者契約共通之不當條款例示則另為訂定。

如該當於不當條款例示則視為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度，以及另訂定推定為具不當性之例示。

3.1.1.35(關於消費者契約視為不當條款之條款之例示)

作為消費者契約之條款(除經個別交涉而採用之消費者契約條款外)，以下所定之條款與該條款不存在時相較，視為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度。

(例)

(1)企業經營者不論是否具合理之必要性，對於消費者要求締結以該契約之債權為被擔保債權之保證契約，以作為該契約成立要件之條款。

(2)排除或限制消費者對企業經營者抗辯權之條款。

(3)排除消費者對企業經營者抵銷之條款。

(4)就債權時效期間，內容關於債權時效之起算點或期間之長度，較依法律規定對消費者更為不利之條款。

(5)

甲案：制定消費者至支付期日(支付次數為 2 次以上者，係指個別之支付期日)未支付以契約為基礎應支付金錢之全部或一部時預定之損害賠償額，或違約金之條款，合算上述金額，依據自支付期日之翌日起至支付之日的期間日數，從該支付期日時應支付之金額中，扣除超過已支付之金額乘以每年百分之 14.6 計算金額之部分。

乙案：不訂定任何規定。

3.1.1.36(關於消費者契約推定為不當條款之條款之例示)

作為消費者契約之條款(除經個別交涉而採用之消費者契約條款外)，以下所定之條款與該條款不存在時相較，推定為有害於條款使用人之相對人利益至違反誠信原則之程度。

(例)

(1)契約締結時，制定不返還以預付金、學費、保管費、擔保等其他名目交予企業經營者之給付之條款。

(2)制定消費者為行使法律上之權利係以企業經營者之同意為要件或應支付對價予企業經營者之條款。

(3)僅保留企業經營者契約解除權之條款。

(4)條款使用人債務不履行時相對人之權利與任意規定適用時更為限制之條款。

(5)制定因消費者債務不履行時，消費者應支付之損害賠償預定或違約金之條款，但就該契約締結時兩當事人已預見或應預見對企業經營者所生之損害時，就所定之損害額部分，不推定有害於消費者之利益至違反誠信原則之程度。

(6)

甲案：制定消費者至支付期日(支付次數為 2 次以上者，係指個別之支付期日)未支付以契約為基礎應支付金錢之全部或一部時預定之損害賠償額，或違約金之條款，但就該契約締結時兩上人已預見或應預見對企業經營者所生之損害時，就所定之損害額部分，不推定有害於消費者之利益至違反誠信原則之程度。

3.1.1.37(條款一部無效時條款之效力)

包含約款或消費者契約之特定條款一部無效時，限於無與法令相異，該條款全體無效。

3.1.1.38(條款之無效與契約之效力)

就條款無效之效果以及必要情形之條款補充，適用關於法律行為無效之規定。

3.1.1.39(因不當條款之使用使相對人產生損害賠償)

使用該當 3.1.1.32 乃至 3.1.1.36 無效條款者，負若不存在此條款，相對人即不承

受之損害的賠償責任。

3.1.1.43(條款使用人不利之原則)

1.約款之解釋依 3.1.1.40 以及 3.1.1.41 而仍有複數之解釋可能時，採用對條款使用人不利之解釋。

2.就企業經營者提示之消費者契約條款，依 3.1.1.40 以及 3.1.1.41 而仍有複數之解釋可能時，採用對企業經營者不利之解釋。(但經個別交涉而採用之條款不受此限)

第三項、美國法

壹、定型化契約概說

美國是聯邦制國家，契約法屬各州主權範圍，除非涉及跨州商務，否則聯邦並無干涉的權限，因此，在美國，定型化契約相關法令原則是州法。美國各州的契約法，大多數仍維持習慣法的傳統，並無完整的契約法典。而且美國各州異法，雖然是大同小異，因而要瞭解美國法上對定型化契約的主要規範，可參考「美國法律整編第二版（契約法）（Restatement Second, Contracts）」（以下簡稱整編）的規定。¹

一、意義

整編的第二百一十一條的立法說明表示，定型化契約約款係由一方事先準備，消費者通常只注意幾項約款，或是根本未注意，只在事先印好的文件上表示同意。定型化契約書面通常係由約款使用人所雇請的專業的起草人撰寫，該起草人通常會過分強調約款使用人的利益，故政府對其即有加以規制的必要。

二、基本規定

整編的第二百一十一條規定²：

(1)除了(3)的規定外，如契約一方當事人以簽名或其他方式，對預先擬定的書面文件做出承諾，並且該當事人相信該書面文件經常用於作為同類型契約的契約內容，則表明該當事人接受該書面文件的約款，作為契約不可分割的內容。

(2)此一書面文件應作合理的解釋，以使相類似處境的人受到相同的對待，不論他們是否知悉或理解該定型化約款的意義。

(3)如定型化契約款使用人有理由相信，相對人如知悉定型化契約中包含某特定的定型化契約條款，即不會對該約款表示同意者，則該特定條款不構成契約內容。

三、消極隱瞞已知的事實的效力

定型化契約約款使用人通常不會期待相對人能了解或閱讀該約款，故約款使用人一方具有資訊優勢地位，應負向對方告知的義務，如未告知而利用此一不對等的優勢關係，則認為該事實不應對雙方發生法律上效力。進而，在整編的第一百六十一條³規定：

¹ 必須說明的是，美國法律整編不具有成文法的效力，只具有學說的效力，但其闡述的法律原則，為大多數州法所採納，而成為瞭解美國法的最重要文獻之一。

² 原文為：(1) Except as stated in Subsection (3), where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing.

(2) Such a writing is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing.

(3) Where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that writing contained a particular term, the term is not part of the agreement.

³ 原文為：A person's non-disclosure of a fact known to him is equivalent to an assertion that the fact does not exist in the following cases only:

在下列情形下，當事人消極隱瞞已知的事實等同積極陳述隱瞞的事實不存在：（如存在下列事實則構成不實陳述或詐欺）

(a)當事人明知告知事實將可預防先前陳述構成不實陳述或詐欺。

(b)當事人明知告知事實可糾正對方對簽訂契約的基本假設的錯誤認知，且未告知達到不符誠信原則(good faith)或公平交易原則。

(c)當事人明知告知事實可全部或部分糾正對方對契約的內容或效力所發生的錯誤。

(d) 基於信託或忠實關係，對方有權知道事實時。

四、異常條款

有時記載有定型化契約條款的文件，可能是有契約上或其他的目的，但相對人是否受該約款的拘束，須視是否可從交易習慣上推論相對人有理由或足夠知識可認知該約款會成為契約內容，像保險單(insurance policies)、載貨證券(bill of lading)或倉單(warehouse receipts)等，一般而言皆可認定相對人知悉該文件上載有定型化契約約款。如無法從交易習慣上推論相對人有理由或足夠知識可認知該約款會成為契約內容，相對人不受該約款的拘束。

雖然相對人並無對契約內容詳細的了解，即對定型化契約約款表示同意，但依據整編的第二百一十一條規定，相對人不會受超過合理期待條款的拘束。如果定型化約款使用人有理由相信，相對人如知悉定型化契約中包含該特定的定型化契約條款，即不會對該約款表示同意者，則難以相信相對人會對該約款表示同意，故如該約款超越合理期待範圍，推定相對人對該約款未表示同意。

法院可從下列情事判斷是否超越合理期待：

(1)該定型化約款是相當異常的(bizarre)或苛刻的(oppressive)；

(2)該定型化約款與個別磋商條款衝突(the terms eviscerates the non-standard terms explicitly agreed to)；

(3)該定型化約款將消除交易的主要目的(the terms eliminates the dominant purpose of the transaction)；

在 Fairbanks, Morse & CO. v. Consolidated Fisheries CO.⁴一案中，被告向原告以分期付款方式購買一台發電機，契約中載明該發電機發電量可達 1136 瓦，之後被告發現該發電機無法產出如此電量，而拒絕給付剩餘款項，原告因而向法院起訴，法院認為發電量可達 1136 瓦為明示的擔保(express warranty)，該明示擔保約款的效力不因其他免責約款而減損，故判決被告勝訴。

(a)where he knows that disclosure of the fact is necessary to prevent some previous assertion from being a misrepresentation or from being fraudulent or material.

(b) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to a basic assumption on which that party is making the contract and if non-disclosure of the fact amounts to a failure to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing.

(c) where he knows that disclosure of the fact would correct a mistake of the other party as to the contents or effect of a writing, evidencing or embodying an agreement in whole or in part.

(d)where the other person is entitled to know the fact because of a relation of trust and confidence between them.

⁴ Fairbanks, Morse & CO. v. Consolidated Fisheries CO., 190 F.2d 817(1951)

如締約過程發生下列情況之一：相對人未曾有機會閱讀了解該約款、該約款相當難以閱讀(illegible)或該約款不易被發現(hidden from view)，則上述推定的依據將更為穩固。整編的第二百零一條第三項的規定，與第二百零六條不利約款使用人解釋的規定及第二百零八條顯失公平的規定有相當密切的關係。

貳、定型化契約的解釋

整編的第二百零六條規定⁵：當定型化契約約款有多種合理解釋的空間時，應選擇對約款使用人較不利的解釋。

本條即相當我國消費者保護法第十一條第二項的規定，本條立法說明表示，定型化契約條款使用人在訂立條款文字時，通常會特別保護自己的利益，而且較對方更了解該條款文字所表達的意義及其可能解釋的空間，故對相對人有需特別加以保護的必要。本條在訴訟上的適用，有時甚難與以下所述的「顯失公平(unconscionable)」加以區分。

參、顯失公平(Unconscionable)

整編的第二百零八條⁶規定：在契約訂立時，如契約或條款是顯失公平者，法院得拒絕強制執行該契約，或只強制執行其餘未顯失公平的部分，或得限制適用任何顯失公平的條款以避免不公平結果的產生。

一、顯失公平概說

美國法上，將顯失公平區分為程序上顯失公平(procedural unconscionability)及實質上顯失公平(substantive unconscionability)⁷。

程序上顯失公平，美國統一商法典(Uniform Commercial Code)第 2-302 條稱為「不公平的驚訝」⁸(unfair surprise)，其意義為對於定型化契約中的約款，一般合理的人(reasonable man)在類似契約中，不可能期待會有此項約款的存在，而約款使用人亦有理由相信它方當事人不可能同意此項約款者，即認為有「不公平的驚訝」存在。此即相當我國消費者保護法第十四條及消費者保護法施行細則第十

⁵ 原文為：Interpretation against the draftsman: In choosing among the reasonable meanings of a promise or a agreement or a term thereof, that meaning is generally preferred which operates against the party who supplies the words or from whom a writing otherwise proceeds.

⁶ 原文為：Unconscionable contract or term: If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.

⁷ John D. Calamari & Joseph M. Perillo, Contracts, third edition, pp331(1999).

⁸ see Uniform Commercial Code S.2-302, Comment 1.

Uniform Commercial Code S.2-302 條文為 Unconscionable contract or Clause.

(1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

二條有關「異常條款」的規定。

實質上的顯失公平則要求契約內容的公平性，如該約款對相對人係屬苛刻 (oppressive)，則將認為該約款在實質上顯失公平。在整編的第二百零八條立法說明中提到「完全不平衡」(overall imbalance)與「協商過程的弱勢」(weakness in the bargaining process)。不適當之約因(consideration)不會單獨成為認定契約無效的原因，但是巨大的交換價值不對等(gross disparity in the values exchanged)在認定認定契約是否顯失公平時，將扮演重要的關鍵因素。在理論上，即使交易過程中並無一方締約地位特別薄弱或無任何單一約款本身被認定是顯失公平，該契約仍有可能被認定是苛刻的。通常情形下，一個契約被認定是顯失公平，通常會包含有協商過程的弱勢、完全不平衡等因素。

二、相關判決

在 *Campbell Soup CO. v. Wentz*⁹一案中，原告 *Campbell Soup* 是一家大型湯品製造商，於 1947 年 6 月與被告簽定農產買賣契約，契約中約定在被告十五英畝的土地上所生產的胡蘿蔔，將以 23-30 元一公噸的價格賣給原告，而契約中有許多對原告免於各種不可抗力責任的有利約款，但對被告卻毫無類似的約定。而在 1948 年 1 月收成時，胡蘿蔔的市價已經漲到 90 元一公噸，被告拒絕以當初約定的價格給付胡蘿蔔給原告，原告起訴請求被告履行契約。一審及二審法院皆判決被告勝訴，二審法院表示¹⁰：「這是一個不公平的交易，因這個契約過於偏向原告的利益，以致我們不能認為原告有權有請被告依約履行。被告只是在原告預先準備好的文件上簽上姓名、數量及價格，而這個文件相當明顯的是由甚具專業技術的起草人為原告的利益所擬定。」

在 *American Home Improvement, Inc. v. Morris J. Mar Iver*¹¹一案中，原告為一裝潢公司，與被告簽訂契約，以 1700 元的價格為被告的房屋進行裝修。被告同時申請分期付款，但申請時並未告知被告分期付款的利率、利息總額或是否須其他費用。後分期付款核准時，被告始知悉申請分期付款尚須負擔融資及保險費用共 800 元，在原告動工前，被告即表示不承認該契約的合意。原告起訴請求被告須負擔其已給予旗下業務員 800 元傭金的信賴利益損害賠償。法院最後認為該契約於締結時係屬顯失公平，判決被告勝訴。

另一個判斷實質上顯失公平的重要標準為「協商過程的弱勢」。一個交易很少單純的因為交易地位不對等，或不公平地將交易風險交由弱方承擔而認為是顯失公平。但是交易力量不對等加上對強方有不合理的利益(unreasonable favorable to the stronger party)，可以更加確認該交易中可能包含有詐欺(deception)、強制(compulsion)或顯示弱方在該交易中並無法作成有意義的選擇(meaningful choice)，甚至事實上根本未對該顯失公平的約款為同意。下列幾項為判斷締約過

⁹ 172 F.2d 80(1948).

¹⁰ 原文為「We think it is too hard a bargain and too one-side an agreement to entitle the plaintiff to relief in a court of conscience. For each individual grower the agreement is made by filling in names and quantity and price on a printed form furnished by the buyer. This form has quite obviously been drawn by skilful draftsman with the buyer's interests in mind.」

¹¹ 105 N.H. 435;201 A.2d 886(1964)

程是否顯失公平的標準：

(1)強方認為弱方沒有完整履行契約權利或義務的可能性。

(2)強方認為弱方無法從契約中獲得實質的利益。

(3)強方認為弱方因身心缺陷、無知、語言障礙等因素，無法合理地保護自身利益。

在 *Frostifresh Corp. v. Reynoso*¹²一案中，原告的業務員至被告家中推銷冰箱，被告只會說西班牙話，推銷過程中雙方以西班牙話溝通，被告表示無法負擔如此昂貴的冰箱，但原告的業務員向被告表示，如被告成功向親朋好友銷售該公司的冰箱，每銷售一台將可獲得 25 元的傭金，故該冰箱並不會對被告構成太大負擔。最後原告與被告以英文簽署分期付款買賣契約，被告總共須支付 1145 元，嗣後被告付了 32 元後，即無法負擔其餘分期金額，原告因而起訴請求剩餘款項。本案法院援引 *Campbell Soup* 案承審法院的見解，認為本契約顯失公平，因被告未返還冰箱，而該冰箱成本為 348 元，故判決被告只須再給付 316 元給原告即可。

在 *Paragon Homes, Inc. v. Carter*,¹³一案中，原告為緬因州的公司，被告為麻薩諸塞州居民，就其在麻薩諸塞州的房子與原告簽訂修繕契約。契約中約定有關訴訟須於紐約州法院提起。承審法院認為，原告在預先擬定的契約中訂立此項約款，其目的在干擾被告提起訴訟，不合理的增加被告應訴之的負擔及程序上的不便利，故認為該合意管轄約款係顯失公平。

在 *Williams v. Walker-Thomas Furniture*¹⁴ 一案中，被告為哥倫比亞州的家俱零售商，1957 年至 1962 年間原告陸續向被告依分期付款方式購買家俱。每次交易的契約皆以被告事先擬定的定型化契約，列明各家俱的賣價，以及買受人每月應負的金額。此外，該契約表明在各分期付款清償完畢前，標的物的所有權仍歸屬被告，如原告未於分期付款的期間內依限付款，被告可收回契約標的物，而且契約更約定「以分期付款方式向本公司購買產品的同一購買者，此次所為的分期付款將計入之前歷次的分期付款，買受人已支付款項按比例清償所有仍未清償的買賣標的價額¹⁵。」因上述條款的約定，原告在該數年中陸續分期付款的產品，只要有一項分期付款未清償，全部買賣標的的所有權仍歸屬被告，且被告可將全部的標的收回。

本案聯邦上訴法院指出，被告賣家俱給原告當時，雖知悉原告的經濟狀況，卻仍售予原告立體音響，此行為不需過度責難，否則將造成貧窮人家無貨可買的困境。而且以當時哥倫比亞特區的相關法令及判例，此類行為仍未達違反公益的程度，因此法院判決原告敗訴。

¹² 52 Misc.2d 26, 274 N.Y.S.2d 962(1966).

¹³ 56 Misc.2d 463, 288 N.Y.S.2d 817(1968).

¹⁴ 350 F.2d 445(1965).

¹⁵ The contract provided that "the amount of each periodical installment payment to be made by purchaser to the Company under this present lease shall be inclusive of and not in addition to the amount of each installment payment to be made by purchaser under such prior leases, bills or accounts; and all payment now and hereafter made by purchaser shall be credited pro rata on all outstanding leases, bills and accounts due the Company by purchaser at the time each such payment is made.

最高法院駁斥上述見解，並指出：契約對於締約的一方係屬欠缺有意義的選擇(meaningful choice)，且契約條款又不合理的偏袒締約的另一方時，該契約係屬顯失公平的契約。而判斷締約的當事人是否欠缺有意義的選擇，可以就約因(consideration)、締約能力、締約方式、是否有合理了解契約條款的機會等各因素加以綜合判斷。最後最高法院基於此理由，將本案原判決撤銷發回二審。

此外，在 *Wille v. Southwestern Bell Telephone Company*¹⁶一案中，承審法院提出十項是否顯失公平之判斷標準：

- (一) 定型化契約的提供者具經濟上優勢，使相對人僅有接受或拒絕締約的二項選擇。
- (二) 價格與成本相差過大。
- (三) 預先免除約款使用人的損害賠償責任。
- (四) 契約內容包含懲罰性約款。
- (五) 其他與締約相關的情況，例如商業條件、締約目的及締約效果。
- (六) 定型化約款不明顯或刻意隱瞞對相對人不利的情事。
- (七) 一般有知識的民眾難以理解該定型化契約約款，或該約款分散相對人的注意力，使其放棄對自身有利的權利。
- (八) 契約雙方當事人權利義務嚴重不對等。
- (九) 欺壓下層社會、文盲或未受教育者。
- (十) 締約能力或經濟能力不對等。

肆、小結

從整編之相關規定可知，美國法上對定型化契約的定義，重點在於一方當事人事先準備，而他方當事人因資訊弱勢、知識能力、審查成本等各種因素，致其接受他方所擬定之契約範本，無法對定型化契約之內容有所著墨。此點及與我國民法第二百四十七條之一強調【同類契約之條款】；消費者保護法第二條第七款強調【不特定多數消費者】與【同類契約之用】有所差異。實則誠如前述黃立教授所言，定型化契約之重點在一方當事人事先預擬，我國法目前對定型化契約之定義似乎過於狹隘。

再者，從法院之相關判決可知，判斷定型化契約之效力，法院著重於他方當事人是否可作出有意義之選擇(meaningful choice)，即回歸契約自由之理論根據回出發點。他方當事人作出有意義選擇之前提為其對整個定型化契約有至少一定程度的瞭解，故整編第一百六十一條課予定型化契約約款使用人積極告知義務，當約款使用人違反告知之義務，視為詐欺，此規定可減輕法院在評斷定型化契約是否顯失公平之負擔，不須在個案中逐一說明此時為何有顯失公平之情形。消費者保護法第四條：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。」及消費者保護法第五條：

¹⁶ 549 P.2d 903(1976).

「政府、企業經營者及消費者均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為，以維護其安全與權益。」，此二條雖規定消費資訊之提供，但未規定違反消費資訊提供之法律效果，僅為一宣示規定，在實務上能發揮多少功效實令人懷疑，美國法上相關規定甚值我國法參考。

末者，從美國法上定型化契約之相關案例觀察可知，美國法院在判斷定型化契約約款之效力時，參考因素甚多，例如：訂約主體之交涉力量、標的物是否為民生必需品或非代替性物品及被侵害之法益等，多方位全面性的考量，不像我國法院通常僅以相對人是否屬經濟弱勢之一方及對條款內容有無磋商或變更之餘地，一語帶過，此點我國法院在判決理由的說明仍有加強之空間。

第四項、小結

壹、立法體例

美國是聯邦制國家，契約法屬各州主權範圍，除非涉及跨州商務，否則聯邦並無干涉的權限，因此，在美國，定型化契約相關法令原則是州法。美國各州的契約法，大多數仍維持習慣法的傳統，並無完整的契約法典。而且美國各州異法，雖然是大同小異，因而要瞭解美國法上對定型化契約的主要規範，可參考「美國法律整編第二版（契約法）（Restatement Second, Contracts）」（以下簡稱整編）的規定。

德國法上關於定型化契約條款之規範，最先是由法院判決透過「概括條款」（如德國民法第 138 條、第 242 條）的適用，予以建構，後於 1976 制定「一般交易條款規制法」（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, AGBG），予以法典化，其後，由於歐盟於 1993 年 4 月 5 日通過關於消費者契約濫用條款指令(RICHTLINIE 93/13/EWG DES RATES vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)，為與歐盟法調和，於 1996 年進行修法，將歐盟指令規定轉換(umsetzen)為內國法，後來隨著債法的修正，於 2002 年 7 月 15 日債法現代化將之廢止，而將其實體規定整合編入民法典中(第 305 條到第 310 條)，並作了些修正，程序規定則放入不作為訴訟法(UKlaG)裡。因此，現今在德國法上，對於一般交易條款的內容控制，已無特別法規定，不管交易主體是私人、消費者、或是企業經營者，於使用一般交易條款時，均適用民法的規定。

日本法上關於定型化契約條款之規範，最先亦是透過實務上之判決，後才引起學說上之注意。1980 年代後學說上則發展出「不當規制條款論」與「彈性活用論」，以公序良俗作為不當條款之判斷基準。第 16 次國民審議會提出消費者基準法草案，於 2001 年施行。近年，更配合債權法之修正，朝向非消費性定型化契約與消費性定型化契約一併於債權法修正基本方針中針對定型化契約條款之定義，不當條款之具體內容之例示及效力等提出建議。

觀察德、日二國立法例，皆朝向體系單一的立法為目標，採取單一規範模式思維邏輯上較為一貫，在適用與解釋上亦較為簡易，可避免一些無謂的法條適用爭議。但採取單一規範模式不代表將消費性定型化契約與非消費性定型化契約一視同仁，只要採取不同之規範強度，仍可達到立法者保護消費者之意旨。

貳、定型化契約的定義

美國法整編的第二百一十一條規定：

(1)除了(3)的規定外，如契約一方當事人以簽名或其他方式，對預先擬定的書面文件做出承諾，並且該當事人相信該書面文件經常用於作為同類型契約的契約內容，則表明該當事人接受該書面文件的約款，作為契約不可分割的內容。

德國民法第 305 條第一項的定型化契約條款，要件有三：(1)欲擬的契約條件

(2)為了多數契約(3)於締結契約時提出，但歐盟指令對定型化契約不以供多數契約之用為前提，亦不以他方提出為前提，相較於德國民法做了較為寬鬆的規定。

日本債權法修正基本方針對定型化契約條款描述為多數契約中使用而預先將其定型化之契約條款。

觀察三國立法例，皆強調【事先】及【預擬】，此可謂定型化契約條款最重要的核心概念。至於是否必須為多數同類契約之用，本文認為多數同類契約之用因僅為一現象之描述，即定型化契約使用人為了保障自身權益花費心力，絞盡腦汁而耗費龐大成本來制訂定型化契約範本，如僅作一次使用，不符經濟效益，故觀察定型化契約通常係為了多數同類契約而制定範本，但不代表定型化契約即必須以為多數同類契約為要件。再者，定型化契約的規範體系在歷經長久以來實務與學說之發展，以有一套相當完整的規範體系，即使經界定為定型化契約，仍有訂入契約、條款解釋及效力控制等相關控制機制，似乎不必於一開始即對定型化契約條款在定義上加入為多數契約之用的限制¹。

參、規制流程

觀察德日美三國對定型化契約的規制體系，不外定型化契約之定義、訂入契約、條款解釋及效力控制，只是細部內容各國略有不同而已。我國民法目前對定型化契約主要規定在第二百四十七條之一，其餘部分皆須透過解釋或參考消費者保護法之規定，有學者²對此多所批評。

¹ 相同見解見黃立，「契約自由之限制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 12，2005 年 10 月。

² 參閱楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常-最高法院 91 年台上字第 2336 號判決評析，月旦法學雜誌第 122 期，頁 232。

第三章、商品責任探討

第一節、我國法

第一項、基礎理論概說

壹、商品責任之意義

對於商品責任，我國學者間用語並不統一，有稱為商品責任、商品製造人責任、產品責任或產品製造人責任等¹。不過所探討的內容，皆是因商品欠缺合理期待的安全，進而造成消費者或第三人受有權益損害時，應由何人負擔賠償責任等相關問題。所用名詞的差異，應可理解為，取決於歸責對象不同所致，稱為「產（商）品製造人責任」係由生產者、製造者等責任主體為歸責因素，若稱為「產（商）品責任」則著重責任客體，即商品本身的危險性，以合理期待的安全性的欠缺為責任歸責因素。可以說是因為觀察的重心不同，所導致不同的命名結果，不過這樣的區別，也不是完成沒有意義。若從民法第 191 條之 1 的修正理由所表示，本條顯然係偏重對責任主體的規範。相較於民法，消保法第 7 條等規定則是對商品加以規範，由消保法第 7 條規定觀察，可看出企業經營者負擔責任係歸因於商品有安全衛生上的危險，即未具合理可期待的安全性，以商品安全性為著眼點，即由責任主體為歸責因素轉換成著重責任客體（商品本身）為歸責因素，加上規定的主體上也不限於商（產）品製造人，故稱之為商品或產品責任應皆為妥適。蓋學者就商品責任與產品責任的探討範圍並無差異²，惟本文認為，商品責任係指為了營利目的，而經製造商引進市場的商品所致損害的相關責任，而產品的概念則涵蓋範圍比商品廣，並不限於營利；在美國法整編（侵權行為法）第三版第 19 條明文定義 Product Liability 的 Product 一詞為「tangible personal property distributed commercially for use or consumption」，commercially 指商業上，因此，稱為商品責任，似乎為較妥適的用語。

在產業結構及消費型態還未進入複雜化、大量生產與銷售的消費時代前，由商品製造人個人就其商品負責尚屬可能。然而，近代產銷體系的關係錯綜複雜，在生產體系可能介入者，除主要生產業者外，還有設計者、原料供應人、零件製造人、半成品製造人及加工人等；而就銷售體系而言，除直接販售者外，銷售網

¹ 稱為『商品責任』者，例如：黃立，民法債編總論，2006 年 11 月，修正 3 版，頁 330；曾品傑，論消費者保護法上之商品責任—以商品自傷之損害賠償為中心，月旦民商法，第 27 期，2010 年 3 月。焦仁和，商品責任之比較研究，1986 年 1 月；邱聰智，「商品責任」，消費者保護研究，第 2 輯；林世宗，「消費者保護法之商品責任論」；姚志明，「論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析」，法學叢刊，第 181 期。稱為『商品製(作)造人責任』者，例如：王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊；朱柏松，「消費者保護法商品製造人責任規定之適用與解釋」，消費者保護法論；孫森焱，新版民法債編總論上冊，315 頁；林誠二，債法總論新解—體細化解說(上)；楊佳元，一般危害責任理論—就一般危害責任理論，探討消費者保護法之商品製造人責任與民法修正草案第一九一條之若干問題，法律評論第 1323 期；劉春堂，判解民法債編通例，頁 145，三民書局，修訂 6 版。稱為『產品責任』者，例如：

郭麗珍，「我國產品責任法十年來學說與實務之發展」，消費者保護法制論文集，行政院消費者保護委員會，頁 13，2004 年 7 月；黃立，「論產品責任」，政大法學評論，第 43 期，1991 年 10 月。
² 參閱郭麗珍，產品瑕疵與製造人行為之研究，頁 1-4，神州圖書，2001 年 06 月；邱聰智，商品責任，消費者保護研究，第二輯，頁 62，1996 年 1 月。

中可能有原產製造商、大盤商、中盤商、零售商、批發商、經銷商、修理商及服務業者等，縱橫交錯形成一個複雜網絡³，此亦為現今規範商品責任時，不會僅就單一製造人為規定之理由。蓋商品所造成損害的發生與擴大，都很難想見僅僅是肇因於製造人一人之故，是以，在探討商品責任時，應從生產至銷售各個層面來加以觀察檢討，始為妥當。

貳、我國產品責任的雙軌制立法

一、立法背景

我國在消費者保護法尚未施行以前，涉及商品責任時，學理及實務多以一般侵權責任或契約責任作為討論。在當事人間具契約關係時，大多得以債務不履行或物的瑕疵擔保的規定加以處理。在當事人間無契約關係時，涉及主要是侵權行為責任，如民法第184條第1項前後段、第2項的違反保護他人之法律，例如食品衛生管理法等，然而侵權責任的最大缺點在於，消費者可能面臨舉證商品製造人主觀上有違反注意義務或損害及商品欠缺間具有因果關係之困境。於生產商品的過程越加細緻化之時空背景下，卻要負擔如此重任，對於消費者顯然不利。又倘若當事人間存有契約關係時，可能發生契約與侵權責任請求權競合的情形，我國實務對於侵權責任與契約責任發生競合時，採取請求權自由競合的見解⁴。

在請求權自由競合之情形下，當事人間如有契約關係，得依契約責任請求，然而，因商品而受有損害之人，並不當然得依契約責任加以請求。如主張侵權責任，則必須舉證商品欠缺、過失及因果過失，在舉證實屬不易，再加上相對於所得請求的金額，相較於訴訟所支出的成本等考量下。往往導致因商品瑕疵而遭受損害的消費者，大多求償無門甚或放棄求償。

二、立法過程

為期突破消費者在訴訟上不時面臨舉證困境而遭致敗訴之憾，我國即思考以立法的方式尋求解決之道。而民法債編自民國19年5月5日施行以來，基於社經結構的轉變、人民生活觀念改變，法律應與時具進的想法下，民國63年8月由司法院邀請學者及實務專家組成民法研究修正委員會，並於民國84年12月完成債編修正草案，民國86年6月3日與司法院送立法會審議。於民國88年經立法院三讀通過後，自民國89年5月5日開始施行，而侵權行為法的規定，即增訂第191條之1，規定商品製造人責任⁵。然而，在此同時，消費者保護法草案也正在草擬中。消保法的立法，始於民國71年6月，由行政院長督促內政部等單位儘速立法，民國70

³ 參閱朱柏松，商品製造人侵權行為責任法之比較研究，頁14，自版，1991年5月。

⁴ 最高法院77年度第19次民事庭會議決議（二）決議文謂：「我國判例究採法條競合說或請求權競合說，尚未儘一致。惟就提案意旨言，甲對A銀行除負債務不履行責任外，因不法侵害A銀行之金錢，致放款債權未獲清償而受損害，與民法第一百八十四條第一項前段所規定侵權行為之要件相符。A銀行自亦得本於侵權行為之法則請求損害賠償，甲說核無不當。」準此，可解為於契約責任與侵權責任發生競合時，我國實務採請求權自由競合之見解。

⁵ 參閱郭麗珍，「論產品責任中之產品安全（下）」，中興法學，第40期，頁357，1996年3月。

年亦有中華民國消費者文教基金會推動消費者保護的立法運動，民間消保法草案雖於71年間完成，但內政部與消基會二者對草案顯無共識。消基會認為政府態度消極，但是立法工作刻不容緩，因而於77年另擬消保法草案，於同年五月由趙少康立委等連署向立法院提案；內政部在各方壓力下，76年間新擬草案，於77年2月提報行政院，其後積極修改原本宣示性條文，在民間消保法草案由立委連署正式提案翌日，送交立法院併案審查。完成三讀後，於83年1月13日生效。行政院並於83年11月2日公布消費者保護法施行細則。

由上可知，消保法的立法速度較快，在消保法就商品責任已有明文規定下，民法第191條之1增定與否，即有支持⁶與反對⁷的不同意見，在民法修正研究委員會討論後，初步決定仍維持侵權行為法的體系，即採推定過失責任制度。但民國83年通過的消保法則係對商品責任採無過失侵權責任的特別立法方式，因而民國84年12月民法債編修正草案是甲案（增定）、乙案（不增定）並列的情形。行政院第一次審查會，亦因消保法已有規範，而請行政院消費者保護委員會研提意見。消保會認為兩者規定有適用範圍及責任標準之不同，故建議採甲案，而第二次審查會參酌此意見，而決定採甲案，法條文字依案通過。

在這樣的立法過程下，造成我國對於商品責任規範上形成如今之雙軌規範模式，其後，民法第191條之1與消保法上的相關規範之間的關係，亦產生許多不同解釋的空間。事實上，在立法時即有學者指出，在消保法通過後，民法第191條之1法律案，應已失其完成立法目的，自應使其在完成立法程序前消失，否則，

⁶ 支持的理由：鄭玉波委員於第一二四、一二六次研修會議之發言紀錄，其謂：「據悉行政院方面目前對於新設機關，新增法律，原則上均有困難。故消費者保護法之獨立訂定未可期待，民法中有增設第一百九十一條之一商品製造人責任之必要。」、「本席認為商品製造人責任，應於民法中規定，雖經濟部或有相似之立法，但斯乃論重於行政法之責任問題…。」；錢國成委員於第四一九次研修會議之發言紀錄，其謂：「商品製造人責任，在現代工商業社會中為保護消費者之權益，確有明文增設之必要。」；楊與齡委員於第四二六次研修會議之發言紀錄，其謂：「基於保護消費者之權益，各國關於商品製造人責任之規定固有另訂特別法加以保護者，惟我國民法為基本法，修訂不易，藉此機會於民法中增設有關商品製造人責任之原則性規定，可解決目前工商業社會所產生之消費者保護問題。」；學者郭麗珍則謂：「基於特別立法之無過失責任或危險責任並無慰撫金之請求權，被害人欲主張非財產上之損害賠償必須依一般侵權行為法之規定為之，因此，民法上之過失商品責任仍有其意義，不問是以法官造法之方式或以立法方式（維持修正草案第一百九十一條之一），均有持續發展之必要性，使產品責任形成一獨立完整之責任體系。」

⁷ 反對的理由：姚瑞光委員於第一二六次研修會議之發言紀錄，其謂：「日本參酌美國、荷蘭、西德、英國等制度，訂定製造物責任法要綱試案，其內容非常詳盡。本席認為我國如欲規定商品製造人之責任，亦宜制定特別法為宜。」；城仲模委員於第四二六次研修會議之發言紀錄，其謂：「1. 商品製造人責任之規定與消費者權益之保護關係密切，以單一條文擬涵蓋多數概念，是否妥適，值得斟酌。2. 民法為民事基本法，將諸多瑣碎、詳密而富有技術性與時間性之問題列如規定，是否會影響其安定性？3. 近三十年來各國紛紛制定了許多民事特別法（包括有關消費者保護之法律），適用時應予優先，民法中之基本規定乃被部分排除，故有謂民法典呈黃昏時期之狀態。我國關於商品製造人責任之問題，因其仍在繼續發展中，是否另以特別法詳為規定較為妥當，仍請考慮。」；蘇永欽委員於第八〇二次研修會議之發言紀錄，其謂：「…無過失責任之規定於第一百九十一條之一似宜作深入探討，因無過失責任與整個侵權行為之體系產生不協調，且現有之危險責任在民用航空法及核子賠償法均設有上限規定，外國甚至有設有下限者，而第一百九十一條之一則均未設有上、下限，針對種類極廣之商品一律將歸責條件擴大至無過失責任，其理由何在，似有再斟酌之必要。」；孫森焱委員於第八〇二次研修會議之發言紀錄，其謂：「審查意見中認本條之修正乃民法之重大修正之一，其影響很大，故宜慎重考慮其得失。歸責原因由侵權行為之過失責任至草案所定無過失責任，為重大的修正。與侵權行為一貫之立法原則是否有違，似值討論。」

將來如完成立法，對於消保法的適用徒生困擾。這樣的先知灼見可謂洞燭先機⁸。此外，亦有學者認為民法第191條之1與消保法上的相關規範是否有要同時存在的必要，不無檢討餘地⁹。也有認為消保法第7條至第10條所囊括商品責任的大部分問題，且為無過失責任，而民法推定過失責任可以作為過渡性與輔助性的商品責任型態，所以在民法第191條之1增訂後，較為重要的議題為其與消保法間的適用關係¹⁰。在各別立法皆已經過多年的今日，學說討論與實務判決已漸形十分豐碩，對於同樣規範商品責任的民法與消保法，兩者適用關係應該如何區分，又二者間的規範功能因如何劃定，係應除去雙軌制回歸單軌為宜或仍維持現行規範模式，才符合原有立法意旨並符合公平正義，應為不容忽視的議題。

參、商品責任的基礎理論

一、商品責任相關規定的法律性質

有關商品責任的法律性質，如從比較法上觀察，不難發現多規範為無過失責任¹¹。基於商品製作人既然創造了商品並從該商品獲致利益，因此其對於風險的掌握及分攤的能力，比消費者高，適合承擔無過失造成的損害。

二、民法第 191 條之 1 的責任性質

民法債編修正研議之初，對於本條究竟是契約責任或是侵權責任，存有疑義，對此，多數見解認為應為特殊侵權行為責任¹²。但對於第191條之1究竟是否為危險責任，則見解不一。有學者認為本條屬危險責任類型，惟採推定過失立法，故稱為推定過失的危險責任¹³，有學者認為本條即為危險責任¹⁴。再者也有學者認為，為了彰顯對商品製造人責任規範的必要性，但又不希望破壞民法侵權行為的體系，故增訂了相當特殊的本條規定¹⁵。更有學者就條文的基本精神解釋，認為條文係對特別危險責任的規範，就其理論基礎仍應屬危險責任，故主張在我國法下應作不同詮釋，只要具特別危險性，即可稱為危險責任，包含狹義危險責任（無過失責任）及中間責任（推定過失），但強調此推定過失危險責任，除以特殊危險為推定過失的理由外，其餘在解釋適用上與一般過失責任並無不同，歸責

⁸ 參閱朱柏松，消費者保護法論，頁 64，自版，1999 年 9 月增訂版。

⁹ 參閱楊佳元，侵權行為損害賠償責任，頁 130，自版，2009 年 11 月 2 版。

¹⁰ 參閱郭麗珍，「我國產品責任十年來學說與實務的發展」，消費者保護法研究，第 2 輯，頁 18，2001 年 9 月。

¹¹ 參閱郭麗珍，「我國產品責任十年來學說與實務的發展」，消費者保護法研究，頁 19，第 2 輯，1999 年 6 月。

¹² 民法研究修正委員會第 122 次、124、136 次會議紀錄，民法研究修正實錄—債編部分（一），211 頁以下。

¹³ 參閱參閱王澤鑑，侵權行為法，頁 699，自版，2009 年 7 月。

¹⁴ 參閱王甲乙教授於民法研究修正委員會第 500 次會議紀錄，財產法組第 105 次會議之發言記錄。民法研究修正實錄—債編部分（一），872-873 頁。

¹⁵ 參閱蘇永欽教授於民法研究修正委員會第 802 次會議紀錄，財產法組第 407 次會議之發言記錄。民法研究修正實錄—債編部分（四），頁 632。

原則分類上屬客觀過失責任之一¹⁶。不過國內多數見解認為，本條應為中間責任¹⁷。

對於本條法律性質的爭議，導因於在以往民事責任所重視的行為人主觀上的注意義務的程度，相較於今日為因應當代社會的迅速發展而生的種種危險，其歸責的重心轉為行為人所製造出的客觀危險源。對於這樣的結果，學者認為，前者旨在規範不法行為，後者則係分配不幸的損害¹⁸。而對於民法第191之1條的責任性質，從實質來看，應該也是以商品製造人主觀上對於商品的生產、製造或加工、設計已盡相當的注意及對於損害的發生已盡相當的注意作為歸責事由。但如同多數見解的看法，倘依民法第191之1條的但書規定而論，商品製造人得以已盡相當程度的注意義務及被害人所受損害與商品欠缺安全不具有因果關係而主張免責這一點來看，即應認為是舉證責任轉換的推定過失責任，也是一般所稱的中間責任。

三、消保法商品責任的責任性質

關於消保法第7條商品責任的性質為侵權責任應無疑義，主要理由在於，由消保法第七條的規定可知，請求權人並不以契約關係的存在為前提，而同條第三項規定非消費者的第三人亦可依同條第1、2項加以請求，並不限於有契約關係，所以可認為商品責任屬於侵權行為責任¹⁹。不過亦有學者指出，消保法商品責任的產生，是因為侵權行為責任或契約責任都無法滿足現代一貫作業生產方式下，製造人並無過失，但危險仍由受害的終端消費者單獨承受的不合理問題，因此，該條文既非契約責任也不是侵權責任，而是自成一類的法定無過失責任²⁰。

至於消保法商品責任的責任性質究屬於無過失責任或是中間責任，學者間也有不同看法。對此，多數學者採無過失責任見解²¹。然而，因為消保法第7條特設但書規範的原因，有學者稱之為具台灣特色的無過失衡平責任²²。不過有學者指出此但書規定，雖異於民法第217條與有過失規定，但均是法院得斟酌減輕責任的裁量權，主要係因消保法課予企業經營者的責任過重²³。此外，在消保法修訂的過程中，該項但書係屬社會公益性考量及消費者、企業經營者的利益衡平性的法律規範，由修正過程中委員的討論、考量，及最新修法僅為文字修飾搬移，將施行細則相關規定納入母法，並未實質修訂，故均應認為未改變其無過失侵權

¹⁶ 參閱姚志明，「論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析」，法學叢刊第181期，頁49。

¹⁷ 參閱孫森焱，民法債編總論上，頁322，自版，2005年12月修訂版。

¹⁸ 參閱王澤鑑，侵權行為法，頁720，自版，2009年7月。

¹⁹ 參閱邱聰智，消費者保護法上商品責任之探討，消費者保護研究，第二輯，頁81，1996年1月。

²⁰ 參閱黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任（三）」，月旦法學教室第13期，頁81，2003年11月。

²¹ 參閱朱柏松，消費者保護法論，115頁，自版，1999年9月，增訂版；郭麗珍，產品瑕疵與製造人行為之研究，頁54；李伸一，消費者保護法論，頁151；詹森林、馮震宇、林明珠，認識消費者保護法，頁17-18；馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊，消費者保護法解讀，頁26。

²² 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁257。

²³ 參閱朱柏松，消費者保護法論，頁115-118，自版，1999年9月增定版。

責任的性質。²⁴

然而，有學者認為此非危險責任立法，因為手工生產的商品亦有消保法的適用，可知在不具備現代化工業生產方式的特殊危險亦有適用，且以商品瑕疵為要件，亦有別於危險責任以特殊危險為要素，特別是尚有發展上危險的免責要件，故稱為「附免責可能性之無過失責任」²⁵。惟多數見解仍認為其屬於危險責任，理由在於，其為無過失責任²⁶，再者，危險責任的多數立法理由為，為因應現代工業及多層次銷售帶來的危險，手工產品亦包括在內，乃以表示特殊危險僅屬於立法原因，為無過失責任的理論根據，而特殊危險的實現並非責任成立要件²⁷。

第二項、法律規定

壹、商品責任成立要件概述

一、民法第191條之1的成立要件

(一)商品欠缺安全

在探討民法第191條之1要件時，以商品欠缺安全為多數學者所共認的要件²⁸。而加害行為要件，包含商品本身具有瑕疵或欠缺安全及行為人的安全義務違反兩者。就商品有欠缺的部分，商品的定義，有學者認為應僅指有形的商品，不包括服務的無形商品²⁹。至於不動產，認為應包括的理由在於不動產亦屬交易客體，且致他人受損係屬平常，所以亦應包含在內，甚至認為本條的製造，應包含建造³⁰。然而也有主張本條不應包括不動產的看法，其認為由本條全文及立法理由觀察，應無包括不動產在內的意思³¹；同時，不動產不但無法被製造，更欠缺可替代性，無法使的流通進入市場及經營，所以我國消保法施行細則第4條的規定，將動產、不動產，皆一併納入商品範圍是否妥當，學者有認為仍待商榷³²。

其次，本條的欠缺，應與民法第191條的工作物所有人責任同其意義，此自該條於立法理由書中的交易安全必要的注意，主要規範不作為的侵權行為與間接侵害的情形得以推知³³。而民法第191條之1為該規定的延續，係就商品製造人應

²⁴ 參閱詹森林，「消費者保護法增訂及修正條文要旨」，台灣本土法學，第45期，頁213。

²⁵ 參閱郭麗珍，「論產品責任中之產品安全（上）」，中興法學第39期，頁242-243；郭麗珍，「論產品責任中之產品安全（下）」，中興法學第40期，頁353。

²⁶ 參閱邱聰智，危險責任與民法修正，民法研究（一），頁25；馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊，消費者保護法解讀，頁43。

²⁷ 參閱楊佳元，「一般危害責任理論」，法律評論，第1323期，頁24-29。

²⁸ 參閱黃立，民法債編總論，頁316，自版，2006年11月，3版；邱聰智，新訂民法債編通則（上），頁227；劉春堂，判解民法債編通則，頁104-105。

²⁹ 參閱孫森焱，新版民法債編總論上冊，頁318；劉春堂，判解民法債編通則，頁104；邱聰智，新訂民法債編通則（上），頁227。

³⁰ 參閱陳猷龍，民法債編總論，頁97。

³¹ 參閱林誠二，民法債編總論：體系化解說（上冊），頁321。

³² 參閱郭麗珍，「論產品責任中之產品安全（上）」，中興法學第39期，頁235-236。

³³ 參閱郭麗珍，「產品瑕疵與製造人行為之研究」，頁80。

盡商品安全注意義務，可以認為係屬交易安全義務的具體化規範³⁴。所以本條製造人責任，取決對於商品的設計、生產、製造、加工有無欠缺交易上必要的安全要求。再者，依一般交易觀念下的一般用途或正常效用下，商品合理使用受到損害的情形，按照條文規定的使用、消費若加以區分，或可解為前者指非消費性商品使用，後者指消費性商品使用。條文用或，應可認為此使用概念，未必限於消費，而著重於商品的通常使用³⁵，所以只要依商品的用途或效用的使用，使用人未必是消費者，即使是以營業為目的的使用人，亦有本條的適用。

(二)致他人之損害

該條僅概括使用「致他人之損害」字眼，保護客體究竟為何？賠償範圍也存有疑問，此亦為本案欲探討之要點，詳細的討論，請參閱之後的說明。

(三)因果關係

對於因果關係的認定，其一為判斷侵權行為是否具備責任成立的因果關係；其二為判斷損害賠償範圍的責任範圍的因果關係，我國就因果關係通說採相當因果關係。本條第1項但書前段：「其損害非因該項欠缺所致」，可看出原則上就因果關係的推定而言，可認為其是二重推定，即包含責任成立因果關係與責任範圍因果關係。藉舉證責任的轉換，免除被害人的因果關係存在的舉證責任，而由行為人負因果關係並未存在的舉證責任。值得附帶一提的是，學者黃立教授認為，除了被害人對於商品之使用或消費與損害間有因果關係之推定外，另損害之發生係應商品之通常使用所致亦應一併受民法第191條之1條1項但書前段之推定³⁶。

(四)違法性

違法性的要件，可從第191條之1條第1項但書前段生產、製造或加工、設計並無欠缺及於防止損害之發生，已盡相當之注意者亦說明了商品製造人責任的違法性，係以有無違反生產、製造或加工、設計等相關避免危險發生的行為義務，作為判斷標準。後段規定：於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。此部分的推定，有學者認為係因違反交易安全義務為違法性的推定，當然即須由商

³⁴ 參閱孫森焱，新版民法債編總論上冊，316 頁；郭麗珍，產品瑕疵與製造人行為之研究，84 頁；同氏著，論製造人之產品召回與警示義務，民法七十年之回顧與展望論文集—總論、債編，193

³⁵ 參閱姚志明，「論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析」，法學叢刊第 181 期，頁 58-59。

³⁶ 參閱黃立，民法債編總論，頁 332，自版，2006 年 11 月 3 版。同頁註 176 中指出，最高法院 93 年度台上字第 98 號判決：「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，固無庸證明商品之生產、製造或加工、設計有欠缺，及其損害之發生與該商品之欠缺有因果關係，以保護消費者之利益，惟就其損害之發生係因該商品之「通常使用」所致一節，仍應先負舉證責任。於受害人證明其損害之發生與商品之通常使用具有相當因果關係前，尚難謂受害人之損害係因該商品之通常使用所致，而令商品製造人或商品輸入業者就其商品負侵權行為之賠償責任。」實務將損害之發生係應商品之通常使用所致一事，由被害人舉證乃牴觸民法第 191 條之 1 條 1 項但書之規定；相同見解：同院 98 年度台上字第 1473 號判決。

品製造人舉證免責³⁷。然而，已盡相當之注意者也是舉證未違反注意義務，因此，也是有關侵權行為過失要件的舉證責任轉換。

(五)有責性

有責性的要件即故意過失與責任能力。商品製造人除自然人外，加害人多為法人的型態，關於其責任能力通說採法人實在說，董事或代表人於權限範圍所為的侵害行為，法人與其連帶負侵權行為（民法第28條）。另加害人主觀上的故意過失部分，在過失的認定上應以抽象輕過失為準，也就是善良管理人的注意能力為標準。本條第1項但書後半規定，可看出此條文採推定過失規範；同時就修訂理由三的說明³⁸，更可看出特別指明指示說明義務違反，有推定行為人有過失的情形。可知本條本質上仍是過失責任，只是舉證責任轉換。

二、消保法商品責任的成立要件

消保法關於商品責任的相關規定，主要規範係指第7條到第10條的部分，關於消保法關於商品責任的成立要件，說明如下：

(一)商品安全性欠缺

商品的定義，可參閱消保法施行細則第4條規定：「本法第7條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、原料或零組件。」與外國立法例中將自然產物及不動產排除的規定不同，為立法例上的少數。在此之前，因為不動產發生的消費爭議案件，不在少數，故暫時納入消保法的規範範疇之下，以求能保障消費者權益。美國法的商品責任原則上僅限於有形的動產，侵權行為法整編（侵權行為法）第3版第19條³⁹固然將不動產加以規定，如銷售使用與有體或動產足夠類似的商品，也認為是商品，得以適用商品責任，係有限度的放寬商品概念，使此等事件亦得納入嚴格責任規範範疇。⁴⁰但是不動產納入商品責任的範圍，僅限於可移動的車屋，此點仍需注意。

³⁷ 參閱王千維，「由民法一八四條到民法第一九一條之三—以違法性的思考及客觀證據負擔的倒置為中心」，民法七十年之回顧與展望論文集—總論、債編，頁139。

³⁸ 修訂理由三：「如對商品未有適當之說明者或警告，及違反說明義務，因此致損害發生，就認定商品製造人有過失。」

³⁹ § 19. Definition Of “Product”

For purposes of this Restatement:

(a) A product is tangible personal property distributed commercially for use or consumption. Other items, such as real property and electricity, are products when the context of their distribution and use is sufficiently analogous to the distribution and use of tangible personal property that it is appropriate to apply the rules stated in this Restatement.

(b) Services, even when provided commercially, are not products.

(c) Human blood and human tissue, even when provided commercially, are not subject to the rules of this Restatement.

⁴⁰ 參閱黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任（一）」，月旦法學教室，第8期，頁74，2003年6月。

關於商品瑕疵概念為未符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，係對商品瑕疵做一統一定義⁴¹，並將通常改成科技或專業水準，即由一般消費者或社會大眾外行人的標準，提升為企業經營者的專業者水準⁴²，並於施行細則第5條特別明文三款考量情事，⁴³。再者，消保法第7條第2項規範，未於明顯處為警告標示及緊急處理方法，亦為論斷企業經營者責任的另一種責任型態。

同法第7條之1第2項設有排除規定，不可因其後有較佳的商品，被視為不符合前條第1項的安全性。故商品安全性欠缺的判斷時點，與各國立法例相同，都是以商品流入市場的時點加以判斷。此外，同條第1項規定，企業經營者欲免責，必須對其商品流入市場時符合當時科技或專業水準，負舉證責任，此涉及所謂「科技抗辯」的相關問題。另依消保法第10條，係為企業經營者的後續觀察義務的具體規範，當商品流入市場時符合專業科技水準，但卻存有發展上危險，當日後發現商品具有危險的情形，即有事實足認其提供的商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，企業經營者負有警示或召回的義務⁴⁴。

(二)侵害生命、身體、健康、財產致生損害

在消保法上的商品責任的保護法益範圍，從消保法第7條而論，該法條文義上可解為採取列舉方式，僅限於生命、身體、健康、財產的損害，而非抽象概稱一切權利或利益，所以，較諸二者，民法所保護的權益似乎比消保法的範圍為大，惟該條財產的損害範圍為何？涉及純粹經濟上損失的爭議問題。本文將在後面一併加以分析檢討。

(三)因果關係

依消保法第七條請求損害賠償，也必須商品安全性欠缺與損害二者有因果關係，不過該條並無民法第191條之1但書設有因果關係的推定，因此，如依文義解釋，消費者即必須證明因果關係。惟學者黃立教授認為，因被害人對於商品或服務之瑕疵與損害間之因果關係，往往甚難證明，因此主張被害人得依民事訴訟法第277條但書的規定，轉換其舉證之責任⁴⁵。這樣的主張可謂對於證據偏在情形發生的訴訟具有相當的實益。

⁴¹ 本條文係由原來第7條第1項安全衛生上危險，及施行細則第5條第1項未具備通常可合理期待之安全性移回母法，加以修正。

⁴² 對於上述立法技術之修正評析。請參閱陳忠五，「二〇〇三年消費者保護法商品與服務責任修正評論—消費者保護的進步或退步」，台灣本土法學第50期，頁34。

⁴³ 消保法施行細則第5條：「本法第7條第1項所定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，應就下列情事認定之：一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時。」

⁴⁴ 參閱詹森林，「消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，民事法理與判決研究(三)」，頁216。

⁴⁵ 參閱黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任(二)」，月旦法學教室，第10期，頁86，2003年8月。

貳、民法第191條之1與消保法商品責任的交錯關係

一、民法與消保法商品責任的競合關係

探討民法第191條之1與消保法商品責任等規範的適用關係究竟如何？宜先從二者發生競合時的關係加以觀察，始能明確二者間的規範實益。對此，學理上分有三種見解，說明如下：

(一)消費者保護法優先適用說

此說認為消費者保護法為民法的特別法，故在法律適用上應依特別法優先普通法的原則來適用。換言之，當商品責任案件發生時，其同時符合消費者保護法與民法的成立要件時，此時應僅適用消費者保護法，而排除民法的適用。即消費者保護法第7條乃係民法第191條之1的特別規定，故當有消費者保護法第7條的適用時，則不得再主張民法第191條之1⁴⁶。此說可稱為法條競合說。

(二)請求權自由競合說

此說認為消費者保護法第7條與民法第191條之1的規範上仍各有不同的構成要件與法律效果，故為了使被害人有自由選擇請求權的機會，兩個條文間應為請求權自由競合的關係。雖然法律可分為一般規定與特別規定，但是在法律適用上並未規定特別規定即一定排除一般規定的適用，而是應就本身法條釋用後的法律效果是否有互斥的結果而定，亦即雖該二條文都是針對被害人可對商品製造人提起損害賠償責任，但其在適用條文本質上並未有互斥的現象，故應屬請求權的競合關係⁴⁷。

(三)消費者保護法優先適用，消費者保護法未規定者，適用民法規定

此說認為，若是存在有消費關係，並且侵害的法益為消保法第7條第2項所列舉的生命權、健康權、身體權及財產權時，則優先適用消保法第7條，其他情形則適用民法⁴⁸。此外，主張此說的學者認為，如採請求權自由競合說，消保法有關商品責任的規定，有被稀釋化的可能⁴⁹。此說雖有別於上述見解，但基本上仍是採法條競合的觀點。

二、保護主體—民法上的他人與消費者與第三人的區分？

我國在商品責任之保護主體規範上，民法第191條之1係以他人為範圍，解釋上也就是肇因於商品而受有損害之當事人皆為受保護的對象，然而在消保法第7條第3項在法條文字上作了消費者與第三人之區別，這樣的區分其實益何

⁴⁶ 參閱林誠二，「商品製造人責任之法律適用—以洗臉盆爆炸案為中心」，頁50，台灣本土法學雜誌，第41期，2002年12月。

⁴⁷ 參閱邱聰智，新訂民法債編通則(上)，2003年1月修訂一版，頁262。贊同請求權自由競合說的學者，請參閱曾品傑，「論消費者健康與人身安全保障暨其界線」，財產法理與判決研究(一)，自版，頁60，2007年9月。

⁴⁸ 參閱姚志明，「論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析」，侵權行為法研究(一)，2003年10月，元照出版，頁134-135。

⁴⁹ 詳細的理由，請參閱姚志明，論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析，侵權行為法研究(一)，2003年10月，元照出版，頁133。

在？有無必要？有加以檢討的空間。首先對於消費者概念的界定，學者朱柏松教授認為，所謂消費者係指國民全體，故一般對於消費者在概念上的認識無寧是抽象的⁵⁰。又朱柏松教授更進一步指出，將商品責任納入消保法內，似乎排除非消費者因商品欠缺安全而受致損害依消保法求償的可能性，並且依民法第 191 條之 1 來弭補此憾，亦有說理上的困難，因為二者的歸責事由、責任主體皆有所不同⁵¹。因此這樣的雙軌制法規體系下的確有其問題存在，實有進一步探求之必要。

學界對於消費者概念的界定上，雖然形容的用語或多或少有所不同，然而多數見解皆係先釐清何為消費關係之後，再對消費者的概念加以詮釋。其中較有爭議之處為，消費關係是否須限於台 84 消保法字第 00351 號函⁵²所示最終消費關係？對此，學者詹森林教授認為，消保法上的商品責任既為侵權責任，而消費者與第三人皆屬被害人，故在商品責任將消費限於不再用於生產之最終消費，即有商榷的餘地。理由在於，以第三人的立場，導致其遭受損害之商品是否在自己或他人的最終消費狀態中，應非所問，既然如此同為受保護之第三人為何就無必要限於該商品係非限於最終消費關係？不過詹森林教授另一方面認為對於這樣的見解應僅適用在人身損害的情形下方有適用，若為財產損害仍須限於受損物品原非供營業使用者為限⁵³。而黃立教授對於消保法第 2 條第 1 款消費者之定義之說明為，以消費為目的而為交易係對交易行為的限制，因此以加工或轉售為目的之交易，其買受人並非本法所稱的交易者⁵⁴。另陳忠五教授認為，消費行為之認定，應從行為人的行為目的範疇，以及消保法的立法目的二個角度加以判斷。就行為目的範疇而言，分為私人活動領域與職業活動領域二部分，僅於在個人、家庭或其他私人活動領域內而為交易、使用商品或接受服務者，即是消費者，反之則否；就消保法的立法目的而言，消保法的立法目的，在於保護從事交易或實際使用商品或服務的外行人或欠缺專業知識、技術或經驗之人，故若在利害關係人間存有交易地位優劣或專業能力強弱不一的社經關係時，應傾向將其認定是法律上的消

⁵⁰ 參閱朱柏松，消費者保護法論，頁 63，自版，1999 年 9 月增訂版。

⁵¹ 參閱朱柏松，消費者保護法論，頁 64，自版，1999 年 9 月增訂版。

⁵² 台 84 消保法字第 00351 號函：「消費者保護法係以消費關係為其規範範圍，只要有消費關係存在均應適用本法。所謂「消費關係」，依本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言。基此，消費者保護法對於適用對象之行業別並無加以限制之規定，併此敘明。三、所謂消費，由於消費者保護法並無明文定義，尚難依法加以界定說明，惟依學者專家意見認為，消費者保護法所稱的「消費」，並非純粹經濟學理論上的一種概念，而是事實生活上之一種消費行為。其意義包括：（一）消費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，即為消費。（二）消費係直接使用商品或接受服務之行為，蓋消費雖無固定模式，惟消費係與生產為相對之二名詞，從而，生產即非消費，故消費者保護法所稱之消費，係指不再用於生產之情形下所為之最終消費而言。惟此種見解是否得適用於消費者保護法所定之一切商品或服務之消費，仍應就實際個案認定之。」

⁵³ 參閱詹森林，「消保法商品責任上「消費」之意義—最高法院九十三年台上字第二〇二一號高週波 PVC 塑膠熔接機判決之研究」，月旦法學雜誌，第 122 期，頁 249，2005 年 7 月。

⁵⁴ 參閱黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任（二）」，月旦法學教室，第 10 期，頁 80，2003 年 8 月。

費行為⁵⁵。

其次，於第三人概念的界定上，學理上多以企業經營者的可預見性作為判斷標準，亦即消費者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的人⁵⁶。而黃立教授針對消保法第七條第三項規定，其認為：「消保法第七條對於請求權人也不以消費者為限，第三人也可以是請求權人，當然此第三人也不能無限制擴張。⁵⁷」從上開見解可以得知的是，消保法上的第三人應以企業經營者可得預見且與消費者有相關連性的人為其概念。不過近來學理上開始認為，基於消保法為侵權責任法，按其性質又屬危險責任，在當代市民社會中，消費者與第三人皆可能為受害人，應同受保護，故加以無區別的必要性⁵⁸。這樣的思維或許是對於目前雙軌制體系下解釋論上的突破，應具參考價值。

三、保護法益—兼及利益？

對於民法商品責任規定保護法益，在學理上討論最熱烈即純粹經上損失及商品自傷得否主張請求損害賠償？首先純粹經上損失與商品自傷是否二分為不同的概念即有爭議，再者若是在可以認定屬不同種類的權益受侵害的態樣下，其得否透過民法或消保法上的規範獲得填補？諸此議題討論至今，學理上雖是討論頻頻，然而卻是莫衷一事，實務界亦然，法院對此議題亦無明確的定論。關於民法第191條之1及消保法商品責任，其保護法益的範疇，即損害是否包括商品自體傷害及純粹經濟上損失，存有爭議，學理上有從以下幾個不同的角度觀察分析如下：

(一)由侵權責任與契約責任法體系的觀點切入說明

1.商品責任性質的觀察

商品責任的性質既為侵權責任，從侵權責任的功能在於有效保障被害人權益的觀點來加以思考。所以有認為縱使本條規定係將德國實務所發展出之交易安全理論予以明文化，德國法就保護客體限縮，維持如同一般侵權行為所保護客體一致，其商品責任法第1條則規定保護法益為生命、身體或物等權利，不包括權利

⁵⁵ 參閱陳忠五，「醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域-台灣台北地方法院八五年度訴字第五一二五號與台灣高等法院八七年度上字第一五一號（馬偕紀念醫院肩難產案件）判決評釋-」，台灣本土法學，第7期，段碼27以下，2000年2月。

⁵⁶ 參閱王澤鑑，「商品製造人責任與純粹經濟上損失」，民法學說與判例研究第八冊，頁258，自版，1996年10月；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」，民事法理與判決研究（三）消費者保護法專論，頁221，元照，2003年8月。

⁵⁷ 此處黃立教授援引台灣高等法院86台度上字第542號判決加以說明，該判決指出：「...上訴人從事接駁水管之工作而誤觸電線致生損害，與以消費為目的而交易、使用商品或接受服務之情況，大相逕庭，顯非消保法第七條所保護之消費者或與消費者相關之第三人，亦非無過失責任所規範之使用商品、接受服務之消費關係。」參閱黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任（二）」，月旦法學教室，第10期，頁80，2003年8月。

⁵⁸ 參閱詹森林，「消保法商品責任之消費者與第三人」，民事法理與判決研究(四)，頁40-41，自版，2006年12月；楊淑文，「消費者保護法與民法的分與合一雙軌制立法下的消費者與消費關係」，政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，頁192，元照，2011年5月。

以外的利益；然我國民法第191條之1規定既未設規定，自無採行限縮解釋的正當性基礎，認為應包括權利及利益⁵⁹。

至於消保法保護法益的規定，因採列舉限於生命、身體、健康、財產的損害，而財產之損害範圍，亦有認為因本法無規定，應回歸民法的損害賠償規範，為其適用前提，至少需以被害人有基本法益，如人格或財產發生損害為要件，故僅導致純粹經濟上損失者，應非得納為損害而容許請求賠償⁶⁰。

2. 歸責原則法理上的比較衡量

有認為本條歸責事由既已採行推定過失的原則，如仍以法未有明文而認其保護客體包括利益在內，與民法第184條第1項前段之侵權行為僅限於權利之保護相較顯然輕重失衡，所以基於利益平衡不宜將保護範圍擴大到超越第184條的範圍。⁶¹至於消保法之商品責任，係屬危險責任。所謂危險責任，係以特定危險的實現為歸責理由。換言之，即持有或經營某特定具有危險之物品、設備或活動之人，於該物品、設備或活動所具危險的實現，致侵害他人權益時，應就所生損害負損害賠償責任，加害人對於該損害之發生是否有故意過失在所不問。其思想基礎並非對不法行為的制裁，而係基於現代社會經濟活動，應屬於法所容許的範圍。所以其主要理論根據在於分配正義之理念，期能將不幸損害合理分配，由持有或經營某特定具有危險之物品、設備或活動之人，同時也是由此獲得利益、且較能控制危險之人負擔。此等行為人為了避免責任，會致力於損害之迴避，且更有能力藉由商品價格機制，及保險制度分散風險⁶²。此理論之主要特徵如下⁶³：
1. 特別危險，即具有較難控制的危險，如損害發生可能性相當高、範圍廣泛或難以預測之危險早期建立在有形體化之一定危險源上，後擴張到製造或提供有瑕疵之商品或服務；2. 無過失責任（有免責條款），此為危險責任及一般侵權責任最重要的分別；3. 保護客體範圍之限制；4. 無慰撫金請求權⁶⁴；5. 損害賠償最高額之限制。消保法之商品責任係屬危險責任，由上開歸責原則性質分析，其理論根據在於分配正義，期能將不幸損害合理分配，所以如其保護客體範圍加以限制，方能有效控制風險，為危險責任之特色之一。因此，消保法之商品責任既屬危險責任，亦不應將保護財產法益，擴張到純粹經濟上損失。

⁵⁹ 參閱黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（一），月旦法學教室第8期，頁71。

⁶⁰ 參閱朱柏松，消費者保護法論，頁110；邱聰智，商品責任釋義—以消費者保護法為中心，當代法學名家論文集，頁206；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，民事法理與判決研究三，頁198。

⁶¹ 參閱劉春堂，判解民法債編通則，頁110。

⁶² 參閱王澤鑑，損害賠償之歸責原則，民法學說與判例研究第一冊，頁348；王澤鑑，侵權行為法之危機與其發展趨勢，民法學說與判例研究第二冊，頁168-169。

⁶³ 楊佳元，一般危害責任理論，法律評論第1323期，頁23-25；姚志明，論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析，法學叢刊第181期，48頁；陳自強，民法侵權行為法體系之再構成—民法第一九一條之三之體系地位（上），台灣本土法學第16期，頁57。

⁶⁴ 無慰撫金請求權部分進一步說明，請參閱姚志明，消費爭議與民法及消保法適用之問題—以商品買賣責任為例，月旦法學第110期，頁24-25。

3.法條文義解釋及法體系解釋

如從民法第191條之1規定，有認為由法條文義解釋，可看出本條並無限制於權利的保護，亦即條文並未如民法第184條第1項前段或第188條規定，於條文中明定限於權利保護的法條用字，所以應包括權利及利益之保護⁶⁵。再者，如從法體系加以解釋加以觀察，我國侵權行為保護之客體，若依法文用字可分為三類：保護權利者⁶⁶；保護利益者⁶⁷；保護權利及利益者⁶⁸，因而由體系解釋，應解釋包括權利與利益之保護⁶⁹。然而也有認為，不能僅認為民法第191條之1未規範保護客體僅因法文用字為損害，即可反面解釋認為如第184條第1項後段或第2項規定，包括權利及利益⁷⁰。雖然消保法第7條第3項已明文保護的客體限於生命、身體、健康、財產，但該財產範疇應如何解釋，存有疑義。而否認得請求純粹經濟上損失的理由為，若由消保法體系及文義規範，消費者保護法第7條規定於第2章第1節中，該章節的標題為健康與安全保障，規範的目的在保護消費者的健康與安全保障，而商品本身的損害賠償與消費者的健康與安全保障並無直接關係，且該條規定中的生命、身體、健康均為權利，故將財產作限縮解釋，並無不妥，因此商品自體損害及其他純粹經濟上之損失，不應包含在內，而應該依民法瑕疵擔保責任或債務不履行規定保護之⁷¹。

但學者也有認為消保法的保護範疇，則亦可由侵權行為法體系的利益衡量觀察，消保法之企業經營者負無過失責任，重於民法第184條之過失責任，若保護範圍反而更大，包括商品自體損害等純粹經濟上之損失，將會導致輕重失衡的結果。另外，消保法第51條有懲罰性賠償的規定，將因財產範圍擴大而致該條文適用時，將企業經營者之責任更加的擴大，並不妥當⁷²。不過，仍需注意，民法商品責任第191條之1規定，就歸責事由採行推定過失（中間責任），在理論上屬於舉證責任轉換的程序規定，但究非對於保護客體的限縮，在本條既未如消保法明文設限的情形下，應認僅憑文義解釋非為本條限縮解釋的正當性基礎。

(二)由契約法與侵權行為法的規範功能觀點出發

契約責任與侵權責任，效果均是損害賠償責任，然二者有很大的區別，例如主張契約責任，需受限於契約相對性，原則上僅債權人得以請求；侵權責任則否，只要是權利或利益受侵害的被害人，均得請求損害賠償，其他相異處尚包括立法

⁶⁵ 參閱鄭玉波，陳榮隆修訂，民法債編總論，223 頁；邱聰智，新訂民法債編通則（上），228 頁；姚志明，論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析，法學叢刊第 181 期，55 頁。

⁶⁶ 如第 184 條第 1 項前段、第 185 條、第 187 條、第 188 條、第 189 條、第 191 條。

⁶⁷ 如民法第 184 條第 1 項後段。

⁶⁸ 如民法第 184 條第 2 項、第 186 條，第 190 條及第 191 條之 1 至第 191 條之 3。

⁶⁹ 參閱姚志明，論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析，法學叢刊第 181 期，頁 55。

⁷⁰ 參閱陳自強，民法侵權行為法體系之再構成—民法第一九一條之三之體系地位（下），台灣本土法學第 17 期，頁 14。

⁷¹ 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁 269；朱柏松，消費者保護法論，頁 190；邱聰智，商品責任，消費者保護法專案；研究實錄，頁 52；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，民事法理與判決研究三，198 頁。

⁷² 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁 269-270。

的規範目的，成立要件、舉證責任、時效、抵銷，及賠償範圍等皆有所不同⁷³。而學說在討論受保護之權益部分，大多將民法第184條，分為，因侵權行為由於加害人故意過失，致權利受侵害，得請求賠償（第184條第1項前段），而利益，須加害人故意背於善良風俗（第184條第1項後段）或違反保護他人法律時（第184條第2項）始得請求；至於契約債務不履行責任，則同時包括權利及利益。民法第191條之1及消保法商品責任，均為商品侵權責任，所以解釋上並不當然如契約法保護範疇一般。

對於商品自體損害，多數見解認為其屬於純粹經濟上損失態樣之一⁷⁴。而與純粹經濟上之損失，皆被認為不得依侵權行為請求賠償的主要理由在於，契約與侵權責任各有其規範目的與功能。因契約法對當事人之允諾給予強制力，藉以保護履行利益；但侵權行為法，只是維持原有狀態進而填補損害。易言之，契約法的目的，在藉由利益交換，達到個人財富最大化，而侵權行為法的目的，則在維持個人財富的現狀。因此，契約法在規範特定人間之信賴與期待，原則上由當事人自行決定權利義務之分配及風險的承擔，而侵權行為法在規範一般人間的關係，旨在保護固有權益，尤其是人身權或所有權不受他人侵害，而因商品自體損害造成之純粹經濟上損失，原則上應由契約法加以規範，否則契約法規定將形同具文，淹沒於侵權行為法之汪洋大海中。⁷⁵正因為契約當事人具有商議能力，得以分配此風險外，故在商品未達預定效用，屬出賣人得以預見，並非不確定或無限制；反之，對非契約相對人要求商品自體損害，將可能形成水門效應，造成漫無邊際的請求，不當擴大當事人責任，使商品製造者無力承擔責任⁷⁶。同時，因為契約的相對人係特定的人；而侵權行為不限於有契約關係，故可能存在許多潛在不特定的被害人，若未限制保護客體與賠償範圍，要求對純粹經濟上之損失負損害賠償責任，將使製造者長期處於不穩定之狀態，無法合理分配風險⁷⁷。所以，為了避免過度保障被害人而使加害人之責任不當擴大，不應將保護客體擴及利益，造成責任範圍漫無邊際，反而使製造者卻步，造成難以維持經濟活動或交易秩序的疑慮。

不過學者黃立教授主張，民法第191條之1的損害，不應以結果損害為限⁷⁸。然一般仍認為，商品自身瑕疵所致的損害（商品自體損害），應屬瑕疵擔保責任或債務不履行所處理的問題，其他純粹經濟上損失亦同，以維持契約法與侵權行為法之分際，避免破壞民事責任體系⁷⁹。而消保法同屬侵權行為責任，基於同上

⁷³ 王澤鑑，契約責任與侵權責任之競合，民法學說與判例研究第一冊，頁399-401。

⁷⁴ 參閱詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，民事法理與判決研究三，頁198。

⁷⁵ 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁269-272；朱柏松，消費者保護法論，頁110。

⁷⁶ 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁263。

⁷⁷ 參閱消費者保護法第10條之1規定：「企業經營者對消費者或第三人之損害賠償責任，不得預先約定限制或免除」規定，亦使製造人無法合理分配風險。

⁷⁸ 參閱黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（一），月旦法學教室第8期，頁71。

⁷⁹ 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁266-267；林誠二，民法債編總論：體系化解說（上冊），322頁。

的理由及從利益交換程度的角度觀察，可為相同的解釋⁸⁰。

(三)比較法上的觀察

從比較法的觀察，關於商品責任之損害，多為人身損害及所有權損害（商品自身以外之財產損害）亦即固有利益的侵害；而商品自體損害，在美國法上，通常亦被認為是純粹經濟上損失，商品責任是否得以請求，存有爭議⁸¹。其法院判決雖有持肯定說、折衷說之看法，但大多數法院仍採否定說，認為商品責任主要在保護消費者的人身及所有權不受侵害，而就商品不符經濟上之不利利益，不屬侵權行為保護範疇，如因商品本身衍生之純粹經濟上損失，或是機器因其組件之一有瑕疵而致機器全體受損，亦非商品責任制度所能救濟⁸²。而美國侵權行為法彙編第2版第402條A款規定，排除商品自體損害，然而美國侵權行為法彙編第3版第21條規定⁸³，則將純粹經濟上損失納入，且在實務上亦有採純粹經濟上損失應給予補償之看法⁸⁴。但是對於商品自傷則仍明文認為應排除在外。英國法傳統見解，認為純粹經濟上損失應該契約法之規範，從而侵權行為法不應加以保護，但實務發展上在侵權行為法部分逐漸放寬，認為經濟上損失是附隨於有體損害時，應予賠償，或認為純粹經濟上損失是高度可預見時，應予賠償⁸⁵。不過，雖然侵權行為法並未絕對禁止純粹經濟上損失之賠償，但就責任範圍有許多控制機制，如注意義務之認定、因果關係之認定及公共政策考量。特別是1991年Murphy v. Brentwood District Council案，終結1970至1980年以來之爭議，法院認為因被告所賣之物有瑕疵，致原告受有純粹經濟上損失，例外認為過失成立過失侵權行為之注意義務，僅及於人身及所有權受侵害，而不包括純粹經濟上損失部分⁸⁶。因為在商品責任範疇，在人身及所有權的損害發生時，可認為製造者對於中間商及消費者的注意義務相同，但在純粹經濟上損失部分，若將製造者對於最終消費者的注意義務，取決於製造者與中間商所定之契約，引用該契約規範作為侵權行為注意義務之標準，則可能發生困難，故於過失不當陳述之外，其他因為過失過失所造成之純粹經濟上損失不應賠償，避免契約責任與侵權責任分際發生混淆。因

⁸⁰ 從利益交換程度的角度觀察，會發現在侵權責任與契約責任中間，存有無數利益交換的層次，有自願亦有非自願性，利益可分為履行利益或完整利益，在自願性程度越高的情形下，所造成純粹經濟上損失，其損害賠償越應該一契約法加以規範，若當事人自願交換程度越低，越應該依據侵權行為法加以規範。而商品自傷事件，則應該依據契約責任解決。請參閱邱琦，純粹經濟上損失之研究，台灣大學法律學研究所博士論文，頁 208-209。

⁸¹ 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁 263-264。

⁸² 參閱企業經營者對消費者侵權賠償責任制度之比較研究，行政院消費者保護委員會，頁 36-37。

⁸³ § 21. Definition Of “Harm To Persons Or Property”: Recovery For Economic Loss
For purposes of this Restatement, harm to persons or property includes economic loss if caused by harm to:

(a) the plaintiff's person; or

(b) the person of another when harm to the other interferes with an interest of the plaintiff protected by tort law; or

(c) the plaintiff's property other than the defective product itself.

⁸⁴ Jerry J. Phillips, PRODUCTS LIABILITY : IN A NUTSHELL,144(5th ed 1998)

⁸⁵ 參閱邱琦，純粹經濟上損失之研究，台灣大學法律學研究所博士論文，頁 95。

⁸⁶ 參閱邱琦，純粹經濟上損失之研究，台灣大學法律學研究所博士論文，頁 107-108。

此，在商品自體損害案件中，上述Murphy判例居於領導地位，加害人對被害人負有注意義務，被害人不得請求賠償。大陸法系國家國家，關於純粹經濟上損失部分，歐體商品責任準則並未將其列為可請求之損害類型，就該準則第9條之嚴格界定立場，似乎可以認為係將其排除，理由除傳統解釋上之理由外，因請求權人不限於消費者，所以純粹經濟上損失若屬賠償範圍，則可能使企業經營者有責任過重之虞，同時純粹經濟上損失非保險對象，故該損害請求之排除對企業比對消費者有更大之意義，將之除外並無損於消費者之保護⁸⁷。對於商品自體損害，排除為多數國家商品責任法之基本原則，如歐體商品責任準則第9條第2項第2款規定除瑕疵商品以外之財產，針對商品自體損害，立法者希望大部分成員國就依契約法解決，不希望無過失商品侵權責任適用到商品本身瑕疵，而使契約法形同具文。

關於民法第191條之1條規定的保護法益，仍有主張我國民法侵權責任規定雖繼受德國民法，但民法第191條之1條所規定之商品製造人責任，在德國民法並無明文規定下，縱德國商品責任法限制保護之法益為生命、身體、或物等權利，因為我國則無明文限制，故保護範圍應擴及利益，尤其是純粹經濟上之損失⁸⁸。這樣的觀點也值得注意，在探討我國法制未來的動向時，有其參考價值。

(四)立法政策層面的考量

若由立法政策層面來探討純粹經濟上損失應否受侵權行為法保障時，需考量當事人間之公平正義的實現以及社會公共利益的促進，並考量法益位階的因素、水閘門效應、責任保險機制，而採否定的見解。⁸⁹不過贊成者主張不受限制，由保護消費者的角度出發，認為純粹經濟上損失，限制消費者僅能依契約不履行，向其直接契約當事人請求，再由受請求者輾轉向製造人請求，不僅於消費者權益的保護，未見貫徹，而且徒增訟累。⁹⁰

對此議題本文認為，純粹經濟上損失，在損害賠償的概念本質上，即民法第216條第1項的所失利益。但得否請求一問，如在契約法自無疑問，然於侵權責任法，則得進一步透過侵權行為的規範要件逐一檢視，未必盡然即採行德國法就保護客體先為篩選後逕得出不容保障的結果；而對於商品自傷，究其實質應屬契約法領域，物之瑕疵擔保責任或未完成給付所涵蓋者，如以侵權責任法處理之，是否治絲益芬，不無疑問。

⁸⁷ 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁 267-268。

⁸⁸ 參閱黃立，論產品責任，政大法學評論第 43 期，頁 192；郭麗珍，瑕疵損害、瑕疵結果損害與繼續侵蝕性損害，頁 65-69。

⁸⁹ 參閱王澤鑑，商品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究第八冊，頁 266。需要加以考量者，例如：1、法益位階的因素，一般會認為人身法益優於財產法益，而有體財產優於純粹經濟利益，惟於經濟生活複雜之今天，是否有調整之必要；2、水閘門效應：除當事人責任擴大難以估計，是否同時有過多被害人進入訴訟體系，恐癱瘓法院運作之可能；3、責任保險：當加害人有投保時要求負責，不致負當過重，但有無可能因為侵害過大無法估量，而造成保險公司無法計算風險及拒保之情形。

⁹⁰ 惟其之後贊成通說見解，認保護法益不應包括商品自身損害及其他純粹經濟上之損失，請參閱邱聰智，商品責任，消費者保護法專案研究實錄，52 頁。

四、消滅時效—回歸民法 125 條？

關於商品責任時效制度之問題，如消滅之起算點與期間為何等，此攸關損害回復的可能與訴訟經濟等公益之衡量，在消保法未明文之前提下，如何解決此一議題，學者黃立主張消保法第 7 條之消滅時效應回歸民法第 125 條計算⁹¹，理由在於諸多商品責任，尤其不動產買賣者，倘採計短期時效，恐對消費者甚為不利益。又如塑化劑事件之商品責任，其特徵為累積性損害、侵害時點與發現侵害結果時點往往相距長達數十年之久，故採民法第 125 條以 15 年計算，對消費者保障應較為有利。

五、綜合比較

民法第一九一條之一	消費者保護法
普通法	特別法優先適用，但並不排除請求權人引據民法而為主張
仍採取過失責任，僅將不法、過失與因果關係之舉證責任轉換	設計、生產、製造、加工及輸入係無過失責任。經銷係推定過失責任。
受「通常使用或消費」限制	受合理使用期待與科技抗辯限制
任何人只要因使用或消費商品受損害，均可適用。在企業間銷售之商品，亦有本條之適用。	僅限於消費關係或使用或消費之第三人
保護法益，兼及權利及利益	保護法益，兼及權利及利益？
消滅時效，依民法 198 條	消滅時效，有爭議

參、小結

關於參照前揭學理之說明後，本文認為，首先，當學理在處理民法與消保法上之商品責任，請求權競合之關係時，容有不同見解，有基於特別法優於普通法的觀點，亦有採限縮適用範圍者，不過採取請求權自由競合應該是一般的見解。其次，學理上對於消保法上商品責任的保護主體在認定上，已漸近趨向不加以區分消費者與第三人，為不同保護。再者，學理上對於所謂純粹經濟上損失與商品自傷二者並未區別，然而陳忠五教授明白的指出，商品自傷應屬於對於所有權的侵害而非純粹經濟上損失⁹²；而在得否依民法第191條之1或消保法之相關規定加

⁹¹ 參閱黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任（三）」，月旦法學教室，第 13 期，頁 80-81，2003 年 11 月。其他解釋論上之理由請參閱，黃立，月旦法學雜誌，第 77 期，2001 年 10 月。

⁹² 參閱陳忠五，「論消費者保護法商品責任的保護法益範圍」，台灣本土法學，第 134 期，頁 95，

以請求，亦有歧見，多數見解認為，為了區別契約法與侵權責任法之功能分際，所以純粹經濟上損失應為契約法領域所處理者，無由以商品侵權責任法加以規範⁹³。最後，在消保法上的商品責任如何適用消滅時效的議題上，學理上有認為依民法第198條者，惟黃立教授特別指出，為加強對於消費者保障的立法意旨，所以應回歸民法第125條為宜。

第三項、實務見解

壹、民法第 191 條之 1 與消費者保護法第 7 條競合關係

實務上對於民法第 191 條之 1 與消費者保護法第 7 條二者的關係，採取請求權自由競合的立場，針對商品責任並未認為消保法即優先於民法，此自實務上如當事人均對二者加以主張時，實務多加以容任的情形可以得知。例如，在臺灣高雄地方法院 96 年度訴字第 1989 號判決中，該院即表示：「原告不能舉證證明系爭房屋所受損害係因通常使用系爭電池或充電器而引起，**則依消費者保護法第 7 條及民法第 191 條之 1 規定**，被告均無須對系爭火災造成之損害負賠償責任。」又最高法院 94 年度台上字第 338 號判決：「本件上訴人主張：被害人紀舜周於民國八十八年三月十日凌晨一時許，駕駛其於八十六年一月間向被上訴人購買之賓士 E 二八〇型、車牌 O N - 九九七七號自用小客車（下稱系爭汽車），行經彰化縣和美鎮〇〇路時不慎肇事，因系爭汽車之安全氣囊未適時發揮緩衝保護功能，方向盤亦不當斷離，致打斷其頸部動脈造成大量出血，送醫不治。被上訴人為系爭汽車之代理商、經銷者及輸入者，就該車安全氣囊未能適時發揮保護功能及方向盤不當斷離之瑕疵，即應與該汽車製造商負同一之責任。其未於「車主使用手冊」中為警告標示及指示緊急處理方法，顯未盡產品使用說明義務，致紀舜周為通常使用時受創身亡，**依消費者保護法第七、八、九條，民法第一百八十四條，第一百九十一條之一，第一百九十二條第一、二項，第一百九十四條規定，均應與系爭汽車製造人連帶負損害賠償責任。...**」。再查，最高法院 100 年度台上字第 1180 號判決：「本件上訴人主張：伊於民國九十三年九月十日向第一審共同被告黃春林即東威汽車商行（下稱東威商行）購買由被上訴人所製造 CEFFIRO A33SM 型、九十年五月出廠、車號 4092-DX 號之自用小客車（下稱系爭車輛），每駕駛五千公里即送廠作定期保養。嗣於九十五年一月十五日上午七時許，伊駕駛系爭車輛至台北縣汐止市〇〇街一一〇巷九七弄三六號之汐止西鈞高爾夫球水蓮山莊練習場（下稱練習場），以緩慢車速駛入該練習場停車場內「爾」字招牌前之停車格，詎該車竟無預警突然加速衝撞停車格前方厚十五公分之練習場外牆，伊雖立即踩下煞車，但未減緩車速，造成車頭嚴重凹損及該外牆毀損。伊旋

2009 年 8 月

⁹³ 不過曾品傑教授對此議題，有特殊的看法，其認為當請求權人為消費者時則應容任其就利益的部分加以請求，惟第三人則僅限於權利。參閱曾品傑，論消費者保護法上之商品責任—以商品自傷之損害賠償為中心，月旦民商法，第 27 期，頁 10，2010 年 3 月。

即打倒車檔倒車，該車竟又突然向後衝撞，擦撞停於後排停車格內之二部汽車，且繼續向後呈曲線衝撞並自體旋轉，終因車輛後方撞擊該練習場外牆始靜止。上開事故發生後，伊委請「社團法人中華民國汽車消費者保護協會」（下稱汽車消保會）車輛瑕疵鑑定委員會鑑定結果，認系爭車輛係「暴衝車」，且內裝之安全氣囊因電腦失常致應暴而未暴，確有瑕疵。被上訴人為系爭車輛之製造商，應賠償伊所受之系爭車輛車損新台幣（下同）十五萬三千六百元、賠償鄰車六萬八千元、五萬三千八百元、外牆損害三千元、工作上損失一百七十二萬八千元及慰撫金五十萬元等項損害，並給付懲罰性賠償金一百萬元。爰依消費者保護法第七條第一項、第三項、第八條第一項及民法第一百八十四條第一項、第一百九十一條之一第一項、第二百二十七條、第二百二十七條之一規定，求為命被上訴人給付伊三百五十萬六千四百元及加計自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決。…」本件，最高法院，雖駁回上訴人的主張，惟仍僅就請求第二百二十七條、第二百二十七條之一規定的部分為指謫。可見最高法院在處理民法第 191 條之 1 與消費者保護法第 7 條的競合關係時，並未採取法條競合說及請求權相互影響說的見解，而是讓請求權人得自由主張。

貳、民法第 191 條之 1 的保護法益

關於商品瑕疵所造成之商品自體損害等純粹經濟上損失，是否得以民法第 191 條之 1 及消保法第 7 條等規定，作為請求之依據，除有上述學說上爭議，我國法院判決亦存有不同之見解。若將法院之相關判決分門別類觀察，可以發現各類案件涉及不同之問題及主張時所發生之困難；同時，亦因為事件性質之不同，原告是否依商品侵權責任主張純粹經濟上損失或商品自傷，亦有不同。有關判決理由關於「純粹經濟上損失」請求容許性之看法整理如下：

一、否定見解

（一）台北地方法院 88 年度訴字第 2878 號判決：「理由（三）消費者因使用具有安全或衛生上危險之商品，致其人身或其他財產權受侵害者，固為消費者保護法關係商品責任之保護標的。惟商品本身因缺陷而減損之價值及轉讓之利益，並非消費者本身之所有權受侵害，而屬所謂純粹經濟上之損失，消費者應經由契約關係求償，而不應過度擴大侵權行為損害賠償責任之範圍，並混淆契約責任與侵權責任之分際（大法官王澤鑑著民法學說與判例研究第八冊『商品製造者責任與純粹經濟上損失』一文參照）。本件原告主張其因系爭車輛自身起火燃燒，所受價額減損及轉讓利益之損失，均屬純粹經濟上之損失，揆諸前揭說明，其依消費者保護法第 7 條第 1 項、第 3 項規定請求被告福特六和公司賠償該部分損失，顯然無據。」

(二)台灣高等法院92年度上易字第1154號判決：「五(二)消費者保護法第7條之立法理由謂：第一項所稱『安全或衛生上之危險』，應係指商品或服務欠缺安全性，而所謂『欠缺安全性』，指商品於流通進入市場時或服務於提供時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性而言，爰參考歐體指令第6條並將本法施行細則第5條第1項及第1項規定修正予以納入等語。而歐洲共同體產品責任法指令所稱之受危害之『財產』並不包括『安全或衛生上之有危險之商品』本身。從我國消費者保護法之體系觀之，消費者保護法第2章第1節標題為『健康與安全保障』，在消費者保護法之規範中，可請求之賠償範圍並不包括商品本身的損害。『商品責任』規範之目的在保護消費者之『健康與安全保障』，而商品本身的損害賠償與消費者之健康與安全保障並無直接關係，商品本身的損害，依民法瑕疵擔保責任或債務不履行規定保護即可，無依消費者保護法規範之必要，以免導致民法體系之紊亂。故消費者保護法第7條第2項所稱之受危害之『財產』並不包括『商品本身』，併予指明。」

(三)台北地方法院91年度訴字第5036號判決：「前揭消保法第7條所謂財產，固包括財產權在內，然消保法第7條之立法目的旨在彌補間接買受人與第三人，因商品欠缺可合理期待之安全性，致身體、健康等權利受到傷害，而依傳統侵權行為法救濟之不當，純粹經濟上損失，顯然不在法規範目的範圍之內。又消保法第7條係規定商品製造者之無過失責任，侵權行為法在規範一般人間之關係，旨在保護權利或利益不受他人侵害，契約則在規範特定人間之關係，原則上應由當事人自行決定權利義務之分配及風險之承擔，法律之功能則在補其不備。消費者因商品本身所具缺陷而減少價值、毀損或滅失而受有經濟上之損失，其範圍不易確定，而民法買賣乙節對瑕疵所生之損害，已就其要件、法律效果及消滅時效設有詳細規定，若認為買受人得依消保法第7條規定向出賣人請求損害賠償，將使買賣法律規定形同具文。且消保法第51條規定此懲罰性賠償金若適用於商品自體損害，製造者之責任將更進一步過份擴大，比較法或法制史上亦無其例。第因消保法施行細則第8條規定：『本法第7條第3項所定企業經營者對消費者或第二人之損害賠償責任，不得預先約定限制或拋棄。』則與製造者有契約關係之人就商品自體傷害所之損失，若得依消保法第7條規定向買受人或出賣人請求損害賠償，將使商品製造人不能以特約合理分配其契約上的危險，商品自體傷害之損害賠償，宜由契約當事人自行決定，較為合理且有效率。再關於產品侵權行為責任的保護範疇是否擴張及於『商品自身損害』在內，美國絕大多數的法院係採否定說，歐洲經濟共同體產品責任綱領及歐洲經濟共同體各會員國的商品責任法亦多不包括，日本製造物責任法亦將製造物僅自體受傷害之情形，排除在外。可知產品責任的保護對象不包括商品自體傷害，係各國商品責任之基本原則。綜上所述，我國消保法第7條所稱『財產』，應作限制解釋，不包括具有瑕疵商品本身的損害。本件原告所請求者為系爭車輛因其自身所具安全上危險而毀損之損失，係屬商品自體損害，依上開說明，不在消保法無過失侵權責任保護範圍內，原告

依消保法第7條、第8條請求損害賠償，尚非有據，其進而依消保法第51條請求懲罰性損害賠償，亦無理由。」

(四)台中地方法院89年重訴字第488號判決：「四（一）…再按依上開消保法第7條第2項及第3項，可知消費者或第三人因商品具有安全或衛生上之危險，致財產受侵害者，得請求損害賠償。惟所謂『財產』，應指財產權而言，不及於所謂商品自體傷害等純粹經濟上損失。理由如下：以『財產』作為侵權行為的客體，在我國法上尚屬初見，按我國學者研究商品責任多參考美國法，尤其是美國侵權行為彙編，而將所謂『所有權』譯為『財產』，消保法第7條規定使用『財產』二字，或受其影響亦未可知。又消保法第7條係規定於第2第1節，旨在保障消費者的健康和 safety，將『財產』一語作限制解釋，不包括『商品自體傷害』等純粹經濟上損失在內，與法律文義及目的，尚無違背。民法第184條第1項規定係區別被侵害的客體為權利或其利益而設，其被侵害的為權利（如所有權）時，加害人具有故意或過失時，即應負損害賠償責任。反之，被侵害的若為權利以外的利益（尤其是所謂純粹經濟上損失），須以加害行為出於故意以背於善良風俗為要。商品具有缺陷致其本身價值減少或因而毀損滅失，其缺陷於移轉所有權時既已存在，不能認為出賣人或製造者侵害買受人之所有權，被害人不得依民法第184條第1項前段規定請求損害賠償。消保法第7條規定製造者應負無過失責任，重於民法第184條規定的過失責任，其保護利益的範圍若更超越民法而包括純粹財產上損失在內，利益衡量是否平衡，似有疑問。再者消保法第51條規定：『依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額3倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額1倍以下之懲罰性賠償金』，此項懲罰性賠償金若適用於『商品自體傷害』的情形，製造者責任將更進一步過份擴大，比較法或法制史上查無其例。商品因其本身所具缺陷而毀損滅失，應如何救濟，涉及契約與侵權行為法的規範功能。契約在規範特定人間的信賴與期待，原則上應由當事人自行決定權利義務分配和風險承擔，法律的功能在於補其不備。侵權行為法在規範一般人間關係，旨在保護權益（尤其是人身權或物權）不受他人侵害。商品傷害自體而生的經濟上損失，其範圍不易確定，原則上應由契約法加以規範，其主要理由有二：a、買賣契約對瑕疵所生的損害，就其要件、法律效果及消滅時，設有詳細規定。若認買受人得依消保法第7條規定向買受人或出賣人請求損害賠償，則民法關於買賣所設的規定，將失其意義，成為具文。b、消費者保護法細則第8條規定：『本法第7條第三項所定企業經營者對消費者對消費者或第三人之損害賠償，不得預先約定限制或排除。』與製造者有契約關係的消費者或第三人就商品傷害自體所生損害，得依消費者保護法第7條規定請求損害賠償，將使製造者不能特約合理分配其契約上的危險。商品自身傷害的損害賠償，宜由契約當事人自行決定，較為合理，較有效率。…由此可知，產品責任的保護對象不包括商品自體傷害，係各國商品責任的基本原則。對我國消費者保護法第7條所稱『財產』作限制解釋，不包括商品自體損害，不使

製造者就此種損害負無過失侵權責任，符合比較法上商品責任的發展趨勢。」

二、肯定見解

早期法律實務採肯定，例如最高法院78年度台上字第200號判決，該判決謂：「商品製作人生產具有瑕疵之商品，流入市場，成為交易之客體，顯已違反交易安全義務，苟因此致消費者受有損害，自應負侵權行為之損害賠償責任。⁹⁴」若從本案當事人的請求內容，則可以推斷最高法院似乎容許純粹經濟上損失的請求。

(一)台灣高雄地方法院91年度訴字第2542號判決：「… 系爭車輛既係因製造上之瑕疵而發生火燒，則原告主張裕隆公司應依消保法第7條第3項規定負生產製造者之賠償責任，為有理由，應予准許。另達豫公司係該車輛之經銷商，亦應依同法第8條第1項前段規定負經銷商之連帶賠償責任。又因系爭車輛於火燒前之價格為41萬元，從而，原告本於上開規定請求被告連帶賠償之金額在41萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起，即裕隆公司自91年9月3日，達豫公司自93年2月26日起，均至清償日止，按年息百分之5 計算利息之範圍內，為有理由，應予准許。」

(二)板橋地方法院89年度重訴字第65號判決：「（八）原告另主張商品責任上所稱損害，應包括商品本身之損害在內，惟為被告等所否認，是應再審究者為商品責任之損害是否包括商品本身之損害？1、消保法第7條對於損害賠償之範圍，既未明定，其本質上又係侵權責任，自應依民法第216條之規定，以填補債權人所受損害及所失利益，解釋上，當包括商品本身之損害。2、限制消費者僅能依契約不履行，向其直接契約當事人請求，再由受請求者層層轉向製造者請求，不僅於消費者權益之保護，未見貫徹，而且徒增訟累。3、綜上，本院認商品責任上所稱之損害，當包含商品本身之損害在內，是以被告前開所辯，亦不可採。」

(三)台中地方法院90年度重訴字第938號判決：「五（三）原告以消費為目的而為交易、使用系爭大樓，被告方賢設計、被告欣峰營造承造及被告群昌建設均為企業經營者，其以系爭大樓與原告交易及提供使用，因該商品本身設計、施工有瑕疵，導致系爭大樓經地震後有B棟51號外牆破裂、棟南側牆與樑間破裂並分離、A棟51號2棟內部隔間牆嚴重破壞及倒塌、A棟53號2樓內部隔間牆亦有破壞、地下室多支主樑之樑柱接頭發現45度傾斜之剪刀裂縫而騎樓上有一支樑頭有

⁹⁴ 該判決事實為，上訴人轉賣於被上訴人之一丁掛磁磚，於七十六年一月二十二日施工後，於同年三月十九日即陸續發現有或輕或重之裂釉情形，而本件被上訴人因使用上訴人製造之有瑕疵磁磚，貼用於所建桃園市○○路電腦大別墅，發生龜裂現象，遭客戶索賠，其中經打除重貼者十戶，共花費三十七萬八千元，以現款賠償者二十八戶，計付一百零一萬二千元。為被上訴人之損害。

剪力裂縫及B棟中庭之大樑嚴重裂縫等損害。被告方賢設計，被告欣峰營造、林省長承造及被告群昌建設依據消費者保護法第7條第3項規定，應對原告應負連帶賠償責任。」

參、商品責任請求範圍是否包括商品自體損害

對於商品責任可否包括商品自體損害實務見解亦不一致，相關裁判整理如下：

一、否定見解

採否定見解者有，台中地方法院89年度重訴字第300號判決：「(三)再查，原告等人以民法第184條第1項侵權行為作為請求被告負損害賠償之責任之請求權基礎，依法亦嫌無據，其由為：按王澤鑑教授侵權行為法：基本理論一書中認為並指出在承攬建造房屋，因施工不當致發生嚴重漏水或傾斜，定作人不能主張承攬人侵害其所有權而請求賠償其修繕費用。因為此情形，為發生純經濟上之損失，屬契約責任之範疇，非屬所有權遭受侵害。而本案原告等人於起訴狀中以系爭建物之所以倒塌起因於監造及營造等缺失不當所致。由前述之意旨觀之，此乃屬物之瑕疵範圍，而與侵權行為無涉。再者，原告等人取得本案房地所有權乃基於買賣關係向建設公司本於買賣契約而取得，而在買賣契約係一方移轉財產權於他方，他方給付價金，即原告係將價金移轉於建設公司，若其受有損害，亦僅係價金請求權之損害賠償問題，非建物所有權受損害。職故，原告等人如要主張房屋瑕疵，應依買賣契約物之瑕疵擔保，對於其訂立房地買賣契約時之相對人或請求價金減少等權利，惟查，**本案原告等人卻以系爭建物存有瑕疵，致使其原本依房地買賣契約可獲得履行利益之減損，本於侵權行為就單純經濟上之損失，而非建物所有權（即固有利益）受有損害請求賠償，核前述王澤鑑教授之說明可知，原告等人主張自屬無據，蓋所有權在物之占有、物本身與權利歸屬，及物得依其目的而被使用等受到妨害，始有所有權侵權行為之產生，然本案原告等系爭建物所有權之行使並未因建物瑕疵而受損失，故並不構成侵權行為之該當性，就此依新修訂民法第191條之1 規定商品責任僅適用於該具有缺陷商品以外之物，不包括該商品本身在內。**」⁹⁵。

再如台北士林地院87年度訴字第1282號判決謂：「…商品本身所具之瑕疵，其瑕疵於商品流通進入市場時即已存在，買受人所取得者為一自始具有缺陷之商品，就概念而言，不能認為構成所有權之侵害，僅發生物之瑕疵擔保責任。再者，作為我國侵權行為法主要內容之民法第一百八十四條第一項規定：『因故意或過失，不法侵害他人權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法加損害

⁹⁵ 最高法院 95 年度台上字第 395 號；台灣高等法院台中分院 93 年度重上字第 94 號；台中地方法院 89 年重訴字第 488 號判決；高等法院台中分院 93 年度重上字第 108 號；南投地方法院 90 年度訴字第 140 號判決。皆採相同見解。

於他人者亦同。』本條規定係區別被害的客體為權利或其他利益而設，其被侵害者為權利時，加害人主觀上僅需具有故意或過失，即應對被害人負損害賠償責任。反之，被侵害者若為權利以外之利益，則須加害人出於故意以背於善良風俗之方法為要件。消費者保護法第五十一條規定企業經營者之主觀要件，既重於民法第一百八十四條第一項後段之規定，其保護利益之範圍若更超越民法而包括純粹財產上之損害，並適用於「商品自體損害」之情形，進一步擴大企業經營者之商品責任，則不但利益衡量上將失之偏頗，比較法或法制史上亦查無其例。綜前所述，商品責任之保護對象不包括商品自體損害，係各國商品責任的基本原則。因此，作為消費者保護法保護對象之財產，應作限縮解釋，不包括商品自體損害…」⁹⁶。

臺灣高等法院高雄分院民事96年度消上字第1號判決亦表示：「(三)按消費者保護法第7條規定，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2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。是消費者保護法第7條第1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（最高法院88年度台上字第2842號判決參照），即因商品本身具有安全或衛生上之危險，進而積極致生損害於消費者或第三人而言，**至於商品本身之瑕疵，則不能構成該條之侵權責任**。被上訴人主張系爭地下室之上述瑕疵，均非積極更導致其他侵害之結果，則其主張依同法第7條第3項及第51條之規定，請求上訴人賠償所受損害，核屬無據。」。

臺灣高等法院臺中分院民事91年度重上字第132號判決：「七、復按從事設計、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；企業經營者違反前項規定，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。本法對本法施行前已流通進入市場之商品或已提供之服務不適用之。消費者保護法第七條第一項、第三項、消費者保護法施行細則第四十二條分別定有明文。經查系爭建物於八十年七月間完工，有上訴人癸○○○提出之使用執照申請書、南投縣政府建設局函稿在卷可考，而增建之七、八樓係於八十一、八十二年間完成，而於八十年至八十一年間完成系爭建物所有權移轉，有上訴人提出之建築改良物所有權狀附卷可稽，而消費者保護法於八十三年一月十一日始公布，則依前揭規定，上訴人不得主張消費者保護法之適用。況消費者保護法第七條規定之商品製

⁹⁶ 台北地院 88 年度訴字第 2878 號判決、台北地院 88 年度訴字第 34 號判決、台中地院 89 年度重訴字第 488 號判決亦同此看法。

造人責任，性質上同屬侵權責任範疇，故該條所謂之財產，應作限縮解釋，不包括具有瑕疵（安全上危險）商品本身的損害及其他純粹經濟上損失。是上訴人主張被上訴人慶宗公司、乙○○、甲○○就其房屋之毀損，應負消費者保護法第七條之連帶損害賠償責任，並依同法第五十一條之規定，請求三倍之懲罰性賠償金，亦屬無據…」。

二、肯定見解

採肯定見解者如，台北地方法院91年度訴字第5036號判決謂：「…又民法第一百九十一條之一未如第一百九十一條第一項明文規定「土地上之建築物或其他工作所致他人『權利』之損害，由工作物之所有人負賠償責任」，就被害客體限定為他人權利，參酌同法第一百八十六條第一項之修正意旨，應認商品所致他人之損害，**其被害客體不但為他人之權利，且及於利益。**…」⁹⁷。另外在，台灣高等法院88年度重上字第452號判決中，法院認為被告興建系爭房屋時有重大過失，致系爭房屋因自體瑕疵而滅失，被告之過失侵害行為與原告所受之損害間有相當的因果關聯，而命被告應賠償原告系爭房屋滅失的損害。

肆、商品責任有無與有過失原則的適用

針對此一問題，最高法院 79 年台上字第 2734 號判例認為：「**民法第二百十七條關於被害人與有過失之規定，於債務人應負無過失責任者，亦有其適用。**」⁹⁸，又最高法院 88 年度台上字第 1386 號判決認為：「民法第二百十七條有關被害人與有過失之規定，其適用範圍不僅及於侵權行為與債務不履行所生損害賠償之債，並及於其他依法律規定所生損害賠償之債。」由此二則裁判觀之，應可解為於商品責任的被害人主張損害賠償時，實務見解傾向認為也有與有過失規定的適用空間。學者朱柏松明白指出，在消保法上的商品責任，基於消保法為民法之特別法，而消保法既未對此設有規定，故自應有民法第 217 條的適用，不因為消保法上的商品責任屬無過失責任而失其適用的可能⁹⁹。

伍、小結

經由上開實務見解之歸納後，本文發現，首先，當實務在處理民法與消保法上之商品責任，請求權競合之關係時，並未以法條競合說的方式處理，而係採請

⁹⁷ 板橋地方法院 89 年度重訴字第 65 號判決；台中地方法院 90 年度重訴字第 938 號判決。（相同見解）

⁹⁸ 最高法院 99 年度台上字第 1227 號判決亦謂：「民法第 217 條第 1 項規定，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不論賠償義務人係負故意、過失或無過失責任均有適用。」同院 96 年度台上字第 2324 號判決、94 年度台上字第 1855 號判決、92 年度台上字第 712 號判決皆表示相同見解。

⁹⁹ 參閱朱柏松，消費者保護法論，151 頁，自版，1999 年 9 月增訂版。

求權自由競合之見解。其次，實務上對於學理上所謂純粹經濟上損失與商品自傷二者同歸一類，並未認為二者在本質上有重大的區別，然而在得否依民法第191條之1或消保法之相關規定加以請求，則有歧見，時至今日仍未見穩定之見解。最後，在商品責任有無與有過失原則的適用之議題上，實務多肯認即便係採無過失責任的法律規範亦有民法第217條關於被害人與有過失規定的適用。

第四項、小結

本文首先回顧民法商品責任的立法進程及學理，另佐以外國法制規範及實務判決併作整理，而後以雙軌制立法發展趨勢的觀察作為本文探討中心，以下將本文所述重要論點及本文針對若干議題的見解，節錄如下：

第一、，當學理在處理民法與消保法上的商品責任請求權競合的關係時，容有不同見解，反觀實務對此議題似無重大歧見，率多採取請求權自由競合的見解，對此，本文認為，基於同一原因事實所生的數請求權，其適用關係為何，所著重的應該是各該規範的價值功能，亦即在規範上，如要件及法效上極為相近則應有優先劣後的問題，然民法與消保法在商品責任的規範，在責任性質與成立要件上皆不相同，因而請求權自由競合的觀點應較為妥適。

第二，學理上對於消保法上商品責任的保護主體在認定上，已趨向不加以區分消費者與第三人，為不同保護。對此，本文認為，基於商品責任本質上即侵權責任的理由，原不以對保護對象再作區別，也可避免自陷於消費者或消費關係認定與解釋不易的泥淖之中。

第三，學理及實務，對於所謂純粹經濟上損失與商品自傷多未區別，並針對消保法第7條第1項的財產在解釋上限於絕對權的保障，而將二者排除在外，不過倘依民法第191條之1為請求，則有歧見，並無壓倒性多數見解。就此，本文認為，純粹經濟上損失，在損害賠償的概念本質上，即民法第216條第1項的所失利益。對於商品自傷，究其實質應屬契約法領域，物的瑕疵擔保責任或不完成給付可以涵蓋，如以侵權責任法加以處理，反而混淆契約責任和侵權責任的區別，從我國實務見解的紊亂，可見此議題的重要性。

第四，在消保法上的商品責任如何適用消滅時效的議題上，學理上容有不同見解，對此本文認為，基於加強對於消費者保障的立法意旨，消保法上的商品責任應回歸民法第125條以15年計，應為適宜。

第五、我國民法商品責任的雙軌制規範，其特點在於採推定過失與無過失責

任的分別立法，在保護對象、客體範圍、舉證責任…等要件上皆有異同。但是這樣的立法模式，在目前的實務運作之下雖看似順暢，但不難發現在保障的客體範圍的解釋上，我國法院卻是各自表述，未臻一致。因應的策略為何？對此，近來不乏有學者倡議將消保法與民法的重複規定，回歸民法典，使我國商品責任法體系不致有兩套標準。本文認為，長期而言此建議值得採納。

第二節、外國法部分

第一項、德國法－德國產品製造人責任

壹、概說

傳統法律下，國家原不介入「私法」關係，更不對消費者加以特別保護。

20世紀中葉出現之新產業革命影響下，經濟得到迅速發展。然而，在經濟繁榮背後，消費者地位日趨勢微。此集中表現在大量以化學、電子產品為主之新型日用消費品進入家庭生活，此比傳統產品危險性更高。

現代工商業發達，促進人類社會進步，但伴隨著工商業進步所產生之違反安全保障事件，更是層出不窮。傳統法律所奉行之「契約自由原則」、實際上已變成產品製造者銷售者維持其自身利益之有利武器。

世界各國一方面，要促進經濟發展，另一方面，更要訂定違反安全保障義務侵權責任之相關法規，德國法亦不例外，因此，1871年德國統一後，開始大規模法律創制活動。進入19世紀後，德國經濟開始明顯增長；近代德國法之形成，則受周邊先進國家資產階級民主自由思想之影響。二次世界大戰後，德國法又作若干重建。1990年東西德合併後之德國，亦給其法律制度之發展帶來新課題。而後，歐盟指令除影響「德國民法」之外，更產生大量特別法，而有德國債法改革問題。

因此，所謂「產品責任」，依德國立法目的觀之：乃是產品製造者就其有瑕疵之產品對他人之法益，抑或產品自身所造成之損害，因此所負之侵權行為責任¹。產品責任儘管與行政責任與刑事責任有一定之關連性，但其並非產品責任之處成部分，故從性質上言之，產品責任是一種民事責任。

由於要彌補人們因產品製造人違反安全保障義務而受到損害時獲得賠償。此種努力之結果，促成一種新型民事責任形式，亦即在管理食品衛生安全及品質，維護國民健康方面，德國訂有產品責任法（Produkthaftungsrecht），此即在產品製造方面，產品製造人責任之法律理論。

從產品製造人責任產生伊始，即始終帶有鮮明之民事賠償責任之屬性，但商品製造人責任是侵權責任之特殊形式，與契約責任或違約責任不同。目前，多數國家之商品製造人責任法已逐漸脫離傳統契約理論，轉而成為侵權行為法之重要分支。

產品製造人責任，除符合侵權責任之基本屬性外，同時又在責任主體、構成要件以及規則方法上，具有一定之特殊性，故係一種特殊之侵權責任。

¹ Gerhard Hölzlwimmer, Produkthaftungsrechtliche Risiken des Technologietransfers durch Lizenzverträge, C.H.Beck, 1995, s.20.

貳、產品製造人責任之意義與性質

一、「德國產品責任法」之淵源

在德國，因歐盟指令而不斷歐化過程²中，在「德國民法」之外產生大量特別法。此次德國債法改革中，將債法關係法規（schuldrechtliche Nebengesetze）整合到「德國民法」中，而在內容方面，則並未作變動。同理，基於歐盟指令轉化而來之產品責任法，於1990年1月1日導入德國。在此之前，法律上仍存有處理此等產品責任之需要，從而藉由法官法律之續造，基於一般德國侵權行為法則所建立之產品責任規範，即稱為「一般侵權產品責任」，抑或「依據一般法則所成立之產品責任」³。

（一）制定

因此，「德國產品責任法」乃係依1985年7月15日歐盟總理會議之一項指令（85/374/EWG）而來。依1985年7月15日歐盟法第249條第3項之規定，歐盟針對會員國所發佈之指令⁴，依德國基本法第59條第2項，於1989年12月藉由1990年1月1日生效之德國產品責任法（Produkthaftungsrecht）第19條而轉化為德國之內國法⁵。此一德國產品責任法歷經多次修正，最近一次修正於2002年。

此外，在消費者保護方面，德國有「消費物買賣法」與德國「一般交易條件法」（Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 簡稱AGB-Gsetz）。在消費者從經營者處購買動產者，適用新德國民法第474條至第479條之特殊規定。此造成一系列有別於一般買賣法之不同規定⁶。

二、效力範圍

（一）時之範圍

德國產品責任法適用於1990年1月1日後流入市場之產品（德國產品責任法第16條及第19條）。惟鑑於德國產品責任法第13條所設逾十年損害賠償請求權失效之規定，此等適用於1990年1月1日後流入市場之產品之規定，實際上對製造人而言，並未構成妨礙。

（二）物之範圍

對於某些產品即發生特別法優先適用之問題。例如依德國產品責任法第15條第1項之規定：「因服用藥物所致之死亡或傷害，如在藥品法之效力範圍內，

² 按歐盟是西歐諸國推行經濟一體化與政治聯盟之產物，是現代緊密型國家聯合之結果，其會員國之間為追求共同體之整體利益，自願作出限制。

³ Gerhard Hölzlwimmer, Produkthaftungsrechtliche Risiken des Technologietransfers durch Lizenzverträge, C.H.Beck, 1995, s.21

⁴ Hans Claudius Taschner, M.C.J., Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar, 2 Auflage, C.H.Beck, 1990, p.175.

⁵ Freidrich Craf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, Band 2, C.H.Beck, 1991, s.9.

⁶ Wolfgang Däubler, 德國新債法概述，載於「中德法學學術論文集」，第1輯，頁148，2003年4月。

即無適用產品責任之餘地。」⁷。

(三) 強行性

依據德國產品責任法第 14 條之規定：「基於產品責任法所成立之責任，不得預先免除或限制，如有預先免除或限制之特約無效。」⁸。

二、意義

(一) 產品製造人責任

產品製造人責任乃指關於產品製造人將其所生產之產品流入市場後，因為其產品欠缺安全，致使與此產品上之消費者或第三人生命、身體、健康與財產或其他權益遭受損害後，應由何人基於何種法律關係負損害賠償之責任。產品製造人責任，亦有稱之為產品製作人責任、商品責任或產品責任。

依德國瑕疵產品責任法（Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte）第 1 條第 1 項前段規定：「因產品之瑕疵致他人死亡，或致他人之身體、健康受傷害，或損害他人之物者，該產品之製造人應對被害人因此所受之損害負賠償之義務。本項規定於物之損害之情形，唯當瑕疵產品以外之物受有損害，而該他物依其類型通常係預定供私人使用或消費，且被害人亦主要為此等使用者，方適用之。」⁹。例如買受人自出賣人處購買一由製造人所製造之產品，因該產品之瑕疵導致買受人之法益遭受損害，買受人因此得向出賣人或製造商求償。在此情況下，對買受人而言，如上開二求償對象皆有支付能力，即相當有利。雖然如此，買受人對出賣人或製造人之求償，還是會出現不同程度之勝算。

(二) 產品

依德國產品責任法第 2 條規定：「本法所稱之產品，包括所有之動產，即使其成為其他動產或不動產之一部分，以及電力，均屬本法所稱之產品。未經第一次加工之土地上農作物，畜牧，養蜂，及漁獲等（農業天然產物），非屬本法所稱之產品；狩獵物亦非屬本法所稱之產品。」根據該條之規定，構成產品責任中之產品，應具備以下要件：

1. 產品應是加工、製造所產生

工業品當然包括在內，而土地上農作物，畜牧，養蜂，及漁獲等（農業天然產物）、狩獵物等，則非屬本法所稱之產品。

2. 產品應是用於銷售

由於產品被投入市場，進入消費領域，事實上，不僅可經由銷售方式，亦可使用運輸等方式。

(三) 性質

⁷ Walter Rolland, Produkthaftungsrecht, Bundeanzeiger, 1990, s..285.

⁸ Walter Rolland, Produkthaftungsrecht, Bundeanzeiger, 1990, s.277.

⁹ H. J. Kullmann, Produkthaftungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, Erich Schmidt Verlag, 1997, s.17.

按產品製造人責任之性質為侵權責任之一種，而非契約責任。蓋商品製造人所生產之產品不僅可能對購買該商品之消費者侵害權益，亦可能對該消費者之家人、受僱人，甚至無辜之第三人造成傷害，故此時如認為商品製造人責任為契約責任，則上述消費者之家人、受僱人，甚至無辜之第三人，並非買賣契約之相對人，故無法依買賣契約向出賣人求償，顯然對其權益之保障不週。因此，應認為商品製造人責任之性質上為侵權責任之一種¹⁰。

然而，產品製造人責任之性質，又與傳統侵權行為責任有所不同。按侵權行為為法之目的，在於合理分配社會生活責任中損害風險之歸屬，帶有濃厚社會政策之影子，而其中操作風險分配之關鍵，在於表徵侵權行為法歸責原理之歸責事由。

依德國產品責任法（Produkthaftungsrecht）第 1 條第 1 項後段規定：「本項規定於物之損害之情形，唯當瑕疵產品以外之物受有損害，而該他物依其類型通常係預定供私人使用或消費，且被害人亦主要為此等使用者，方適用之。」¹¹因此，產品有瑕疵之情形為產品責任構成要件之一。

四、民事責任歸責原理之種類

（一）「可歸責」之意義

德國學者理論上言之，所謂「可歸責」，乃是以注意義務之違反為前提。由於出賣人並未從事製造，而僅將製造人所生產之產品進一步加以販賣，故所謂「可歸責於出賣人」，僅係於出賣人將製造人所生產之產品進一步加以販賣前，出賣人有無違反產品瑕疵之檢查義務。

然而，在多層次商品銷售之情況下，並無此種檢查義務，並且通說並未將製造人視為出賣人履行其檢查義務之履行輔助人，從而製造人之過失不能依據德國民法 278 條之規定，作為出賣人之過失。至此，通常出賣人之契約責任通常不存在。

此外，依據德國民法 823 條之侵權行為責任之規定，原則上亦因出賣人欠缺過失而不成立。

（二）歸責原理之種類

產品責任之歸責原理大致經過過失責任、擔保責任（Garantiehftung）¹²到無過失責任之演變過程。但從主客觀歸責原理而言，產品責任之歸責原理，大體上可區分為下列二類：

1. 主觀歸責原理

主觀歸責原理，即以行為人之主觀意識狀態作為確定責任歸屬之依據。換言之，即以當事人主觀上之過失為構成責任之必要條件，有過失始有責任，無過失即無責任。民法上一般之侵權行為即採此種原理，通稱為一般過失主義。

¹⁰ 在德國，產品責任符合侵權責任之基本屬性，同時又在責任主體、構成要件以及規則方法上具有一定之特殊性，故是一種特殊之侵權責任。

¹¹ Walter Rolland, Produkthaftungsrecht, Bundeanzeiger, 1990, s.7.

¹² Freidrich Craf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, Band 2, C.H.Beck, 1991, s.498.

因此，依德國產品責任法（Produkthaftungsrecht）第 1 條第 2 項規定：「製造人具下列情形之一者，不負賠償之義務：

(1)其未經將產品提出於市場流通者。

(2)依其情況判斷，製造人將產品提出於市場流通時，該導致損害發生之產品瑕疵尚未存在者。

(3)其就該產品非為供銷售或具經濟目的之其他經營方式而製造，亦非於其職業活動範圍內製造或經營者。

(4)產品之瑕疵係因製造人將該產品提供於市場流通時符合強行法規而生者。

(5)依製造人將產品提供於市場流通時之科學及技術水平，該產品之瑕疵不能被認識者。」¹³

2.客觀歸責原理

客觀歸責原理，即以行為人之主觀意識狀態以外之某種客觀事實作為確定責任歸屬之依據。換言之，即特定損害結果或者以致發生損害之原因為構成責任之充分條件，只要有特定損害結果或者以致發生損害之原因存在責應負侵權責任，故有稱為歸責原則，或稱為加害責任原則。

現行特殊侵權行為例如產品製造人責任，採客觀歸責，通稱為無過失責任。

德國產品責任，乃是侵權行為責任。在依據一般侵權行為責任法則所建立之產品責任外，在德國同時尚有依據歐盟指令所制訂之產品責任法，以致德國產品責任法出現雙軌制之現象。不過，此種雙軌制自從產品責任法第條第 2 句亦賦予被害人慰撫金請求權後，大半已失去其意義。

參、產品製造人責任之起源與發展

一、商品製造人責任之起源

(一)發展

產品責任法制之發展，自 20 世紀初發端後，隨著中產階級之興起，產品交易頻繁，致此一新興法律領域迅速發展。而產品責任法之演進，實反映近代社會運動史及經濟史之變化，如謂 19 世紀係「勞工運動」蓬勃發展之時代，則 20 世紀即堪稱為「消費者保護運動」之高峰。

產品責任法制之發展及演進，始終遭受來自大企業及資本家積極阻撓或消極抗拒，致使產品責任法制之發展，始終帶有對抗及衝突之色彩。

就產品責任歸責原則演進歷程作為中心，藉由回顧產品責任歷經契約責任及侵權行為責任、過失責任主義及無過失責任主義等法學思潮變遷，藉以重現產品責任法制百年來發展之過程，對此一特殊而充滿爭議、衝突之法律領域，可經由

¹³ Walter Rolland, Produkthaftungsrecht, Bundeanzeiger, 1990, s.7-8.

對產品責任法制之立法過程及法院實務判決與相關時代背景事實之探索¹⁴，得以發現各種可能影響法學思潮之政治、經濟及社會因素，並經由還原相關歷史事實真相，以期對未來建構較為完整之產品責任法制發展史能提供助益¹⁵。

產品製造人責任起源於美國，其建立無過失責任體例，不但對於當時侵權行為法採過失責任主義之大陸法系投下一枚震撼彈，並對近代侵權行為法之歸責原理發生重大影響。

(二)有關商品製造人責任內容

茲以德國法有關商品製造人責任內容，說明如下：

1. 「產品瑕疵」(Produktfehler) 概念

產品責任法之核心問題為「產品瑕疵」概念。依德國產品責任法之規定，瑕疵係指不具備使用或公眾所合理要求之安全性。具體言之，依德國產品責任法第 3 條之規定，如一產品不能提供對生命、身體或其他（私）法益，在參酌所有情況下，所能合理期待之安全性者，即有瑕疵¹⁶。

在此情況下，最重要者，並不在於個案中之使用者主觀上個人之期待，相反地，其乃是平均使御用者之期待，如此方構成該產品是否存有瑕疵之判斷標準。

此外，依德國產品責任法第 3 條第 2 項之規定，不得僅因稍後有一更新之產品流通進入市場，即率爾認定更新前之產品存有瑕疵。

2. 產品責任之內容

由於歐盟並未規範損害之定義，故有關損害之定義即委諸於內國法來決定。在德國則依德國民法第 249 條以下，以及德國產品責任法第 6 條以下。至於財產損害，首先仍是金錢賠償之。換言之，財產損害之賠償金額乃是依據德國民法第 249 條前項所遵循之基本原則¹⁷，亦即藉由「差額之假設」原則，予以決定。

依德國產品責任法第 11 條之規定，在物之毀損情況，被害人必須自己承擔五百歐元內之自負額之損害¹⁸。

依德國民法第 253 條第 2 項¹⁹等規定，以及德國產品責任法第 8 條第 2 句規定，對於非財產上損害，亦得請求賠償合理之慰撫金。

另外，所引起之損害，以德國產品責任法第 2 條德國民法第 254 條等規定，被害人或使用人育有過失者，得斟酌作為責任減輕之事由。反之，依德國產品責任法第 6 條第 2 項之規定，第三人之過失不得免除製造人之責任。

針對同一商品所引起之損害，抑或數個同種產品因同一瑕疵所造成之損害，依德國產品責任法第 10 條設有五千八百萬歐元最高責任限額之規定。此等責任

¹⁴ Walter Rolland, *Produkthaftungsrecht*, Bundeanzeiger, 1990, s.1-3.

¹⁵ 德國法損害賠償範圍之構造，可以看成是德國法上之完全賠償原則。

¹⁶ Freidrich Craf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, Band 2, C.H.Beck, 1991, s.61.

¹⁷ 德國民法第 249 條前項規定：「負損害賠償義務人，應回復到如無損害賠償義務情事發生時，其應產生之狀態」；參閱 Helmut Heinrichs, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2 C.H.Beck, 1979, s314.

¹⁸ H. J. Kullmann, *Produkthaftungsgesetz, Kommentar*, 2. Auflage, Erich Schmidt Verlag, 1997, s.142.

¹⁹ 德國民法第 253 條前項規定：「非財產上之損害，僅在法律有特別規定時，始能請求金錢上損害賠償」；Helmut Heinrichs, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2 C.H.Beck, 1979, s340.

限額乃是針對製造人責任之整體而言，並非僅就個別之損害案件²⁰。因此，製造人責任之風險，極具有可投保性。

3.製造人基於過失責任之「產品安全注意義務」之內涵

有關製造人之產品責任，在契約制度內，其責任通常在第一個出賣人將其將其產品轉賣出去時，便已經終止。蓋該產品轉賣後，法律上即形成一個新契約關係。

(三)買受人對製造人之求償

如因出賣人對商品之瑕疵欠缺歸責事由，以致其不必負其責任。此時，製造人所製造之產品至少開啟買受人法益損害之因果聯繫，固然製造人有時可能對此亦無過失，然而買受人剩下者，僅得嘗試是否能在製造人處獲得損害賠償之填補而已。

蓋在買受人與製造人間並無直接之買賣關係，從而買受人對製造人並無基於買賣契約而生契約請求權，但在買受人與製造人間至多有擔保契約關係，抑或基於製造人與出賣人間之契約而負有保護買受人之作用。此就前者而言，尚須謹慎檢驗，製造人是否具備法效意思。此外，製造人擔保之允諾大多僅包含免費之修理或更換無瑕疵之物，惟並未承擔瑕疵結果之損害賠償。

至於如將製造人與中間商之契約認定為附有保護買受人之作用，此時買受人即構成契約外之第三人，進而以此作為製造人與買受人負擔契約責任之基礎，此等想法亦不可行，蓋在此欠缺附保護第三人作用契約所必要所謂「近似債權人」(Gläubigernähe)之要件。

二、德國消費者運動發展對德國民法之影響

(一)消費品買賣之定義

依據德國民法第 474 條第 1 項之規定，所謂「消費品買賣」(Verbrauchsgüterkauf)係指作為買受人之消費者，向作為出賣人之企業主買受動產(bewegliche Sache)。至於依公開拍賣方式出賣之舊貨，依據德國民法第 474 條第 1 項第 2 句：「對於以公開拍賣方式出賣之舊貨，以消費者可親自參加公開拍賣為限。」²¹之規定，則不在此限。

(二)禁止訂定變更性協議

由於「歐盟消費品買賣指令」第 7 條第 1 項之規定，不得為損害消費者之利益而變更上開指令所賦予消費者之權利。因此，消費品買賣方面，德國民法第 475 條，賦予關於買受人權利之法律規定。有絕對之強行性。蓋德國民法第 475 條第 1 項第 1 句中列有該法第 442 條明確規定，即使在消費品買賣時，以消費者在訂約時明知或因重大過失而不知瑕疵為限，仍然排除消費者因瑕疵而享有之權利，但出賣人惡意不告知瑕疵，或已對標之物之瑕疵提供擔保者，不在此限。換

²⁰ Walter Rolland, Produkthaftungsrecht, Bundeanzeiger, 1990, s.251.

²¹ Harm Peter Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1Aschendorff Münster, 1993, s1032.

言之，此即所謂禁止規避（Umgehungsverbot）。

(三)有利於消費者擔保之特殊規定

2002 年生效之德國新債法第 477 條規定，在「連鎖買賣」中，當消費者及銷售鎖鍊中下一個經營者分別針對最終之出賣人及其上一個經營者主張某種請求權時，則該最終之出賣人及上一個經營者可分別針對前手，享有追索權²²。

(四)舉證責任

1.故意過失之舉證責任

依據一般舉證責任之規則，被害人就製造人之故意過失負舉證責任。故失意得藉由交易安全義務之違反而成立，亦即製造人必須採取所得合理期待之措施，避免第三人被其產品所傷害，否則製造人即有過失。

2.舉證責任之轉換（Beweislastumkehr）²³

依德國民法第 476 條規定²⁴，在危險移轉時，產品有瑕疵之舉證責任由企業主負擔。換言之，如在貨物交付後 6 個月內出現瑕疵，則企業主必須證明，該瑕疵在危險移轉時尚不存在。如有受領遲延（Annahmeverzug）時，視同交付。相較於舊德國民法之規定，買受人必須證明，該瑕疵在危險移轉時已存在，足見舉證責任之轉換原則，製造人對事實之說明係「較接近者」（näher daran），且應承擔無法舉證之結果²⁵。

3.產品舉證責任分配（Beweislastverteilung）²⁶之基本原則

被害人作為請求權人原則上必須將所有支持請求權成立之事實加以主張並證明之。此將造成因一產品而遭受損害之被害人原則上遭遇無法克服之證據問題。蓋被害人並未認識製造人內部之組織及其生產程序。例如：被害人很難對製造人發生製造瑕疵之情事提出證據。

4.侵權產品責任之特殊性

由於侵權產品責任有其特殊性，故必須依據風險領域所為之舉證責任分配。蓋為使被害人之請求權實際上不致於無法實現，德國實務上自雞瘟一案起，即採行依據風險領域所為之舉證責任分配或倒置。據此，被害人僅須證明對製造人企業內部之運作縱有事實上認識之可能性，惟未必有所認識。

三、產品責任之法律效果

²² Harm Peter Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Aschendorff Münster, 1993, s1035.；另新債法部分請參閱 Wolfgang Däubler, 德國新債法概述，王娜譯，中德法學學術論文集，頁 149，法律出版社，2003 年 4 月。

²³ Hans Claudius Taschner, M.C.J., Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar, 2 Auflage, C.H.Beck, 1990, s.37.

²⁴ 德國民法第 476 條規定：「物之瑕疵是在危險移轉後 6 個月內出現者，推定標的物在危險移轉時已有瑕疵，但此種推定與物或瑕疵之性質不相符合者，不在此限。」參閱 Harm Peter Westermann, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Aschendorff Münster, 1993, s1035.

²⁵ BGHZ51,105。

²⁶ Hans Claudius Taschner, M.C.J., Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar, 2 Auflage, C.H.Beck, 1990, s.39.

基於德國民法第 823 條第 1 項²⁷所成立之產品責任，其法律效果即是用德國損害賠償法之一般原則，亦即德國民法第 249 條以下之規定。在侵害身體法益之情形，加害人亦須依德國民法第 253 條之規定給付慰撫金²⁸。

肆、德國法上產品責任之演進與發展

一、德國民法侵權行為規定

(一)德國帝國法院早期就產品責任相關判決之發展

在 1976 年後，德國聯邦最高法院（BGH）在若干判決中創設了以下原則：

如產品之某一部分有瑕疵，導致整個產品發生毀損滅失，得認為是對所有權之侵害，得依侵權行為之規定，請求損害賠償。例如某件機器開關有瑕疵，是對所有權之侵害導致整個機器燒毀。此項案例實際上是有條件地承認對純粹經濟損失之賠償²⁹。

然而，理論上產品因其本身所具有之瑕疵，而減少價值、滅失或毀損應如何救濟，涉及契約法與侵權行為法之規範功能。契約法在規範特定人間之信賴與期待，原則上應由當事人自行決定權利義務與風險之分擔，法律之功能僅在於彌補其不被時適用之。而侵權行為法在於規範一般人間之關係，其旨在保護權益不受侵害。產品因其本身之瑕疵而生之純粹經濟損失，其範圍不易確定，原則上應由契約法加以規範。

(二)德國民法傳統見解

德國對產品責任原未設特別規定，但德國民法傳統見解一向認為，產品有生產或設計上之瑕疵，而此項瑕疵在產品流通進入市場時即已存在，買受人所取得者為一個自始有瑕疵之產品所有權，就概念而言，不能構成所有權之侵害，僅發生物之瑕疵擔保責任，買受人不得依侵權行為法之規定，向出賣人或製造商請求損害賠償。換言之，德國傳統之侵權責任，亦即過失責任³⁰。

(三)依德國民法第 823 條第 1 項所成立之侵權產品責任

如立法者想要制定一部侵權行為法（Deliktsrecht），即必須規定侵權行為之構成要件，一旦構成要件成就即產生損害賠償責任。立法者可制定一般性規定，如概括性條款，凡因故意或過失行為造成他人損害者，必須負損害賠償責任。

德國立法者則採用另一種方法，在法律中規定具體要件，並將各項應予保護之主體權利列舉出來，如侵害這些權利，即有損害賠償義務。

²⁷ 德國民法第 823 條第 1 項規定：「因故意或過失不法侵害他人生命身體健康自由所有權或其他權利者，對他人因而產生之損害負賠償責任。」；參閱 Staudingers, BGB, Sellier-de Gruyter, Berlin, 1999, s.13

²⁸ 德國民法第 253 條規定：「精神上損害僅在法律上有特別規定時，始得請求金錢賠償」。參閱 Helmut Heinrichs, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 C.H.Beck, 1979, s340.

²⁹ 王澤鑑，民法學說與判例研究，第 8 冊，頁 245，自版，1998 年。

³⁰ 王澤鑑，侵權行為法，第 2 冊，特殊侵權行為，頁 315，2006 年 7 月。

1990年1月1日基於歐盟指令轉化而來之產品責任法進一步成立之產品責任導入德國。在此之前，法律上仍有處理此等產品責任之需要，從而藉由法官法律之續造（*Rechtsfortbildung*），基於德國一般侵權行為法所建立之產品責任法領域即應運而生。因為根源之不同已極為產品責任而特別制定之產品責任法相區別，故此等基於一般侵權行為法則所建立之產品責任規範，即稱為「一般或侵權產品責任」，抑或「依據一般法則所成立之產品責任」³¹。

1. 與產品責任法併行之適用範圍（*Anwendungsbereich*）

依產品責任法第15條第2項規定，一般責任規範之事用得與產品責任法併行。

2. 實質上之意義

一般責任規範之適用得與產品責任法併行。在此情況下，消保法之「產品責任」與民法之「產品製作人責任」處於競合關係，並因當事人而異其適用範圍。亦即被害人為「消費者或第三人」時，得選擇適用消保法或民法之相關規定。被害人非「消費者或第三人」時，無消保法之適用，惟仍能依民法規定請求損害賠償³²。換言之，其實質意義，主要表現在下列幾個領域：

(1) 產品使用於非消費性之事業經營，所生物之損害賠償。

(2) 有瑕疵產品自身所生物之損害賠償。

(3) 依據一般責任規範並無類似產品責任法第11條所定，由被害人自己承擔損害之問題。

(4) 依據一般責任規範，亦並無類似產品責任法第10條所定，限制責任之問題。

於此應注意者，在上開案例中，如該自用車乃係為事業經營所使用者，則依據一般責任法則所建立之產品責任即有重要性。此外，該自用車所生之損害，亦得導入依據一般責任法則所建立之產品責任。

3. 依據一般責任法則所成立產品責任之前提要件

(1) 德國民法第823條第1項之前提要件（*Voraussetzungen*）

依據德國民法第823條第1項所成立之損害賠償責任，於生命、身體、健康以及所有權遭受侵害時，特別受到關注。

(2) 有責性之要件：注意義務之違反

不同於產品責任法上之產品責任，依據德國民法第823條第1項所成立之責任乃是以有責性，亦即故意或過失為前提。又依據德國民法第276條第2項之規定。過失乃是以注意義務（*Sorgfaltspflichten*）之違反為前提。

(3) 注意義務之區分

在依據德國民法第823條第1項所成立之產品責任下，有關注意義務，德國實務上將其區分為四類³³：

³¹ Freidrich Craf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, Band 2, C.H.Beck, 1991, s. 15.

³² 王澤鑑，*侵權行為法*，第2冊，特殊侵權行為，頁314，2006年7月。

³³ Harm Peter Westermann, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1 Aschendorff Münster, 1993, s. 2078.

A 設計上之瑕疵 (Konstruktionsfehler)

所謂「設計瑕疵之防免義務」亦有翻譯成「構造瑕疵之防免義務」，乃是責令製造人對其流通市場之產品，在設計構造上必須必要之安全性。如製造人所生產同一系列之產品絕大部分在組裝程序上出現瑕疵，即屬於違反構造瑕疵之防免義務。例如：所有馬廄隔間因設計構造上之瑕疵而對動物發生傷害之危險即是。

B 製造上之瑕疵 (Fabrikationsfehler)

製造人有製造瑕疵之防免義務，此亦即所謂「脫線產品」，如原訂產品之製造流程雖已提供原有之安全性，但在具體之製作過程中，出現違反原訂流程而不符製造人所欲達到之原有品質之產品者，即屬於違反此等製造瑕疵之防免義務。大部分之製造瑕疵乃涉及個別製造之產品。例如：注射疫苗在裝罐時遭受污染即是。

C 指示上之瑕疵 (Instruktionsfehler)

製造人進一步尚負指示說明之義務，製造人對於欠缺使用說明或就產品之危險性欠缺警告所生之危險，即為指示上之瑕疵，應負其責任。例如：含有高糖分之兒童食物即有發生齲齒之危險，惟製造人對此欠缺警示即是。

D 產品觀察義務 (Produktbeobachtungspflichten)³⁴

產品觀察義務，亦即製造人之產品流通進入市場後，對於可能發生之瑕疵或危險仍要保持關心，必要時要提出警告或指示³⁵。如一嚴重之危險並無其他方法可資避免者，亦有產品召回義務。此等產品觀察義務依德國實務之見解極端嚴格，而此亦涉及由製造人事先所製造或預見之產品之使用。例如機車製造人之案例，為其適例³⁶。

二、契約責任 (vertragliche Haftung)

鑑於傳統侵權行為理論不利於消費者就商品瑕疵對於製造人求償，德國學說進而試圖以契約或準契約之架構加以克服，惟其最大之障礙仍在於如何克服契約相對性原則之限制³⁷。

(一)債務履行輔助人之擬制

自嚴格契約概念而言，契約關係僅存在於消費者與零售商之間，至製造人、經銷商及批發商等與消費者間並無形式契約關係，然零售商就出賣之商品通常不負檢查義務，亦無從期待具備檢查之能力，是若完全由零售商負起因商品瑕疵所致損害賠償之契約法上責任，不僅實質上不公平，對消費者保護亦不週延。德國學者Esser即主張零售商有交付無瑕疵商品予消費者之義務，苟其本身無力為準確精密之檢查，則依德國民法第278條（相當於我國民法第224條）規定，應以製

³⁴ Hans Claudius Taschner, M.C.J., *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar*, 2 Auflage, C.H.Beck, 1990, s. 47.

³⁵ 王澤鑑，*侵權行為法*，第2冊，特殊侵權行為，頁322，2006年7月。

³⁶ 在該案例中，製造人獲知其所製造之機車，因由一第三人所生產之擋風版以致有點晃動之現象後，製造人至少即有指示義務。

³⁷ 有關「契約責任與準契約責任」之進一步討論，請參閱 *Freidrich Craf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, Band 2*, C.H.Beck, 1991, s. 543

造商為其履行輔助人。如果從製造人至最後零售商之間尚有其他中間商，則該中間商與製造人同為零售商之債務履行輔助人，零售商之責任即得逆溯追償³⁸。

然德國聯邦最高法院（BGH）則認為，商品製造人只有於涉及零售商自身之債務時，方能被視為其履行輔助人，亦即零售商原則上只有在涉及自己之檢查義務，而由製造人代其履行時，始須就製造人之過失視為自己之過失³⁹。

（二）商品製造人保證責任之擬制

此說主張在串聯買賣中之每一位買受人均就其前手出賣人所為說明義務或陳述有所信賴，而製造人之擔保責任即經由該串聯買賣之各中間商自動地延續。其後之出賣人基於誠實信用原則，亦僅能以其前手對其所為表示之品質予以擔保之意思而繼續交易，使製造人之擔保責任因此及於最終消費者。如不如此解釋，會產生讓人無法接受之結果，蓋通常最後之買受人可能是最終之被害人，苟其直接前手無故意或過失，而對於終局負責人（製造人）亦由於欠缺形式上之契約關係，往往無法向其請求賠償，對最終消費者而言，殊屬不公。

尤其是在高度科技發展之商品，通常只有製造人能得知其性質，而一般消費者及中間商，在使用前少有檢查之可能性，故必須完全信賴製造人⁴⁰。例如在德國聯邦法院（BGH）中，法院即認為汽車製造人製發保證卡或保證書，而為負責之表示，經銷商於出售時，將該保證卡或保證書轉交與消費者，該保證書不僅是廣告之表示，或是對經銷商所為終端消費者擔保權之提示，而是對消費者之明確有為擔保之意思表示⁴¹。

此說於特別個案中，尤其是以保證書為責任之承諾時，可建立契約之商品製造人責任，但仍無法由此引申出商品製造人責任之一般性之解決方法。

（三）第三人損害之賠償理論（Drittschadensliquidation）⁴²

一般而言，「無損害即無賠償」係損害賠償法上之一項基本原則，因此，損害賠償請求權人僅得請求其自身所受之損害，對於第三人所受之損害則不得請求賠償。然在例外與債權人間具有特殊關係之第三人受損之情形，例如間接代理，如堅持此一原則，將造成有請求權之人（債權人；契約當事人）未受有損害，而實際受有損害之人⁴³卻無請求權基礎，其結果將使二者均無法向義務人請求賠償，實有不公。故應認為在上述情形，請求權人得例外向債務人主張第三人之損害，或基於其彼此間之特殊法律關係，將其對債務人所得主張之權利，移轉於實際受有損害之第三人或交付其所受領之賠償物⁴⁴。

然在1963年，德國聯邦最高法院（BGH）則拒絕將此理論擴張適用於產品製造人責任中典型之銷售體系⁴⁵。本案之事實為：原告A曾向被告B購買鹿之裡層皮，以加工為女裝皮帶之用，皮帶經A銷售給C公司，後來發現，由於皮革染色之瑕疵，衣服被染為黃色，C公司乃將多半交付給郵購公司之衣服收回，A乃就C公司之損害向B請求損害賠償。法院認為，本案案情與間接代理無法相比，因原

³⁸ 李伸一，消費者保護法論，頁123、124，1995年4月；消費者文教基金會，消費者保護法解析，頁17、18，2007年8月。

³⁹ BGH DB 1959,1083。

⁴⁰ Freidrich Craf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, Band 2, C.H.Beck, 1991, s. 52.

⁴¹ BGH NJW 1981,275 317。

⁴² Hans Claudius Taschner, M.C.J., Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar, 2 Auflage, C.H.Beck, 1990, s. 27.

⁴³ 此所謂「實際受有損害之人」，係指與債權人具有特殊關係之第三人。

⁴⁴ 李伸一，消費者保護法論，頁116、17，1995年4月；呂蘭蓉，產品指示說明問題之研究，國立成功大學法律學研究所碩士論文，頁86，2000年1月。

⁴⁵ BGHZ 40,91,101,103.

告A並未受C之委託，為C之計算，向被告B購買皮革，在利益關聯上，亦與對他人之物的保管義務無關。為買受人業務之成長發展，而為其客戶照料之義務，不符合前述利益關聯，因此駁回原告之訴。該案顯示，第三人損害之賠償理論，並不適合作為一般製造人責任之基礎⁴⁶。

(四)附保護第三人作用之契約

所謂「附保護第三人作用之契約」，係指特定契約一經成立，不但在當事人間發生權益關係，同時債務人對於與債權人具有特殊關係之第三人，亦負有照顧、保護等義務，債務人違反此項義務時，就該特定範圍之人所受之損害，亦應依契約法之原則，負賠償責任。質言之，即特定契約關係兼具保護第三人之作用⁴⁷。

1955年，德國聯邦最高法院（BGH）認為⁴⁸：依誠實信用原則及契約目的，契約上之注意及保護義務，不僅對契約相對人存在，亦應延伸及於因債權人之關係而與債務人之給付發生接觸，而債權人對其並負有照顧及保護之人。契約債務人此項責任之擴大，係有正當依據。其理由如下：

1.首先，債務人應能認識契約相對人對此等人之安全，具有如同自己安全一般之信賴（Vertrauenshaftung）⁴⁹。

2.其次，享受此種契約保護之人限於特定範圍，債權人得為預見。是任何人就其受契約之保護，債權人具有客觀合理之利益，並為債務人所得認識者，原則上享有契約上直接請求權⁵⁰。

然而，此一附保護第三人作用契約之理論，依通說之見解，並不認為其可作為商品責任之一般解決方案⁵¹。而德國聯邦最高法院（BGH）在其著名之「雞瘟判決」⁵²中，最終決定採取侵權行為法之解決方案。其理由主要在於產品責任並非針對契約期待落空而言。相反地，產品責任乃是獨立於契約特別約束之外亦得主張之法益完整性保護之問題。如此侵權行為法之解決方案即得將契約外第三人所遭受之損害輕易地納入其中⁵³。

換言之，德國聯邦最高法院（BGH）亦認為，受害之消費者不能藉由「第三人損害賠償理論」、「製造人保證責任之擬制」、「附保護第三人效力契約理論」、「信賴責任理論」或「社會接觸理論」，直接向該瑕疵疫苗之製造人請求損害賠償。因為如將每一終端消費者納入契約之保護效果，則製造人勢必面對無法預見數量之契約請求權，其結果乃是以債務關係之相對性為基礎之契約法體系，將因之而崩潰⁵⁴。

⁴⁶ Freidrich Craf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, Band 2, C.H.Beck, 1991, s. 78、79.

⁴⁷ 王澤鑑，「契約關係對第三人之保護效力」，*民法學說與判例研究*，第2冊，頁35，1993年9月12版。

⁴⁸ BGH NJW 59,1676，轉引自王澤鑑，「契約關係對第三人之保護效力」，*民法學說與判例研究*，第2冊，頁37、38，1993年9月12版；劉春堂，「契約對第三人之保護效力」，*民商法論集*（二），頁80至82，1990年4月。

⁴⁹ Freidrich Craf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, Band 2, C.H.Beck, 1991, p.498.

⁵⁰ 康文毅，論民法第一百九十一條之一與消費者保護法相關規定之關係，東吳大學法律學系碩士班碩士論文，頁87，2002年7月。

⁵¹ 黃立，論產品責任，*政大法學評論*，第43期，頁176，1991年6月。

⁵² BGHZ 51,91.

⁵³ Harm Peter Westermann, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 1Aschendorff Münster, 1993, s2078-2101.

⁵⁴ 朱柏松，商品製造人侵權行為責任法之比較研究，頁206，1991年5月；黃立，「論產品責任」，*政大法學評論*，第43期，頁176，1991年6月。

三、準契約責任（Quasi-vertragliche Haftung）

（一）擔保契約說

企業藉經銷商將所製造商品行銷全球，且於商品附註商標或商號並做宣傳廣告，使消費者購置商品，而向消費者為擔保商品品質之表示，自應就消費者因信賴商標或廣告所購商品之瑕疵所致損害負賠償責任，惟德國通說認為：

1. 製造商透過廣告所推銷附註商標之商品尚難認係製造商以擔保商品品質為內容之意思表示；
2. 縱認該廣告具有以擔保品質為內容，亦難認係以賠償消費者人身所受損害為內容；
3. 以廣告認係製造商擔保品質之意思表示純係此說之擬制，尚乏說服力⁵⁵。

（二）信賴責任說

此說強調商品關係屬特殊法律類型，為多數買賣契約連接串連之契約結構，在該契約結構中，商品製造人與消費者密切聯繫，建立市場信賴關係，一旦商品之瑕疵肇致損害，即破壞此一信賴關係⁵⁶，製造人縱無過失，亦應負賠償責任，惟德國實務以此說將單行法規所採取之危險責任擴張適用至產品製造人責任，顯已逾越法官造法之範圍，有違憲之虞⁵⁷。

四、免責事由

（一）充分發揮對受害人之補償功能

為充分發揮產品責任制度對受害人之補償功能，更合理地保護產品製造人、出賣人之利益，以促進整個社會經濟秩序之協調發展，應適當地允許產品製造者與出賣人免其責任。然而，由於產品責任做為一種中間責任，確定責任之伸縮性較大，產品責任之免責事由，必須直接由法律規定。

由於免責事由可為減輕責任之事由，加上歸責原則之多樣化，故在侵權行為法中之抗辯事由（*enrede exception*）是根據不同之歸責原則而確定。德國民法以違法性作為責任之構成要件，而抗辯事由是表明行為人形為合法之根據，因此由法律作出具體規定⁵⁸。

（二）德國產品責任法之規定

茲依德國產品責任法第 1 條第 2 項第 3 項規定，分述如下⁵⁹：

1. 未流通進入市場

如製造人未將其產品流通進入市場，則依德國產品責任法第 1 條第 2 項第 1 款規定免其責任。

2. 流通進入市場時未具產品之瑕疵

⁵⁵ 王澤鑑，商品製造人責任與消費者之保護，頁 101，1986 年 3 月。

⁵⁶ Freidrich Craf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, Band 2, C.H.Beck, 1991, s. 101.

⁵⁷ 德國以其特殊之社會歷史與文化背景而形成根深蒂固之對法官不信任感，故在損害賠償法上力求技術性規範，以減少法官自由裁量與價值判斷之空間。

⁵⁸ 在英美普通法系國家侵權行為法主要由判例所構成，故在不同之判例所確定之侵權行為標準中要求有不同之抗辯事由

⁵⁹ Walter Rolland, *Produkthaftungsrecht*, *Bundanzeiger*, 1990, s. 81.

如在個案中，參酌具體情況而得認定，造成損害之瑕疵，在產品流通進入市場時，並不存在，則依德國產品責任法第 1 條第 2 項第 2 款規定，製造人之責任亦被免除。

3.非商業性之製造

在非商業性之製造之情況下，同樣地依據德國產品責任法第 1 條第 2 項第 4 款規定，其責任亦被免除。

4.符合強行法規之規定

如產品流通進入市場時，符合相關之強行規定者，依據德國產品責任法第 1 條第 2 項第 4 款規定，其製造人之責任亦被免除。

5.缺乏認識性

缺乏認識性，亦即發展上之瑕疵。如瑕疵於產品流通進入市場時，符合相關之強行規定者，依據專業及科技水準未能知悉者，則依據德國產品責任法第 1 條第 2 項第 5 款規定，其製造人亦無庸負責。

6.配件供應商

如配件供應商證明配件之瑕疵乃導因於該配件所屬產品之結構，抑或產品製造人之只是說明所致者，則依據德國產品責任法第 1 條第 3 項之規定，其配件供應商之責任亦得被免除。

伍、小結---德國法之啟示

一、檢討

關於產品責任，在我國有民法侵權行為一般規定之適用（參閱我國民法第 184 條、第 188 條），實務上亦累積若干案例，其最大難題在於被害人對產品製造人過失之舉證責任。為期突破，1993 年，制定消費者保護法⁶⁰，對產品製造人採無過失責任（消費者保護法第 7 條），對產品經銷人設推定過失責任（消費者保護法第 8 條第 1 項）。1999 年民法債編修正時，復增訂 191 條之 1 規定「產品製造人責任」，形成雙軌規範體系。以維護體系之完整，並補消保法第 7 條規定適用範圍之不足。

在德國，聯邦最高法院 1968 年於其著名之雞瘟案件（Hühnerpest-Fall）⁶¹，創設推定過失責任，四十年來累積了甚為豐富之判例學說，雖於 1989 年制定產品責任法（Produkthaftungsgesetz），但實務上仍多適用民法上之產品責任，亦有所謂之雙軌體系⁶²。

然而，德國在民法之外制訂大量有關侵權行為責任之單行法規，許多重要規則難以包括在債法之中。從立法技術上言之，是否妥當，不無研究餘地。從性質

⁶⁰ 按「消費者保護法」制定於 1993 年 1 月 11 日，歷經多次修正，最近一次修正於 2005 年 2 月 5 日。

⁶¹ BGHZ 51 91（Hühnerpesturteil）；並請參閱王澤鑑，產品責任現況之檢討及其發展趨勢，民法學說與判例研究，第二冊，頁 190，2009 年 12 月。

⁶² 王澤鑑，侵權行為法，第 2 冊，特殊侵權行為，頁 313-315，2006 年 7 月。

上分析，契約行為係合法行為，侵權行為係違法行為。從理論上言之，產品責任係一種新型民事責任形式，從其產生開始，即始終帶有鮮明之民事賠償責任之屬性。從文義解釋言之，產品責任一詞，不妨包含因違反消費者保護法規而產生之行政責任，以及因使人受到損害而發生之賠償責任。

德國之產品責任法已逐漸脫離傳統契約法理論，轉而成為侵權行為法之重要分支。產品責任符合侵權責任之基本屬性，同時又在責任主體、構成條件以及歸責方法上，具有一定之特殊性，故為一種特殊侵權行為。

無論是英美法系或大陸法系。在現代社會出現侵權責任、違約責任、保險制度與社會保障制度等相互依存整合之際，如何界定侵權行為法之目的與功能，是側重事故之預防，還是損害賠償，是注重公平還是效率，確實是一個值得探討之問題。德國法以及實務上問題給我國很大啟示，剛好我國市面上發生風動一時之「塑化劑事件」。

針對我國目前塑化劑事件之產品責任，其特徵為累積性損害、侵害時點與發現侵害結果時點往往相距長達數十年之久，以致因果關係之判斷發生困難，其所生之法律爭議，應如何處理？歸責事由應採無過失責任或推定過失責任，或所謂舉證轉換等問題。

二、建議---修法成立「消費者保護基金」

從解決紛爭之角度言之，因果關係如何認定，方能保障消費者權益，以現行之規範依據，無論民法或特別法均無法解決「相當因果關係」或「舉證責任」等問題。從解決問題之實務上考量，消費者文教基金會提出「塑化劑毒飲—業者盡得其利，消費者盡受其害！補償機制應速建立！」⁶³，以及「消基會版『消費者保護基金草案』啟動立法！」⁶⁴之呼籲。

另外，本研究計畫初步認為，一方面響應成立消費者保護基金另一方面，應修改《消費者保護法》第 2 條新增第 13 款、增訂第 3 條之 1、修正第 49 條前段、增訂第 50 條之 1，其內容如下⁶⁵：

（一）於原《消費者保護法》第 2 條新增第 13 款

第 2 條新增第 13 款

消費者保護基金：指以為保護消費者為目的而設置之基金。

（二）新增訂第 3 條之 1

【第 1 項】

消費者保護基金之來源如下：

（一）企業經營者因消費者保護團體依本法第五十條之一提起訴訟所返還之利益。

⁶³ 參閱消費者文教基金會記者招待會新聞稿內容，2011 年 5 月 25 日。

⁶⁴ 參閱消費者文教基金會記者招待會新聞稿內容，2011 年 10 月 11 日。

⁶⁵ 本計畫協同主持人吳光明教授為消費者文教基金會常務監察人，有幸數度參與消基會針對塑化劑毒飲應成立「保護基金」構想之研討會，受益良多，也感謝消基會同仁以及志工之協助。

- (二) 企業經營者繳納之徵收金。
- (三) 政府為保護消費者權益所為之提撥。
- (四) 捐贈收入。
- (五) 本基金之孳息收入。
- (六) 其他有關收入。

【第 2 項】

主管機關為管理消費者保護基金，得委託消費者保護團體或捐助成立財團法人辦理之。

【第 3 項】

委託管理辦法，由主管機關另訂之。

(三) 修正第 49 條前段

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、第五十條之一之訴訟、或第五十三條不作為訴訟：

(四) 增訂訂 50 條之 1

消費者保護團體於經消保官同意，得對企業經營者，以自己名義提起訴訟，請求因其違反消費者保護相關法令之行為而所受利益範圍內所得之利益。

第二項、日本法

壹、前言

日本開始意識到製造物責任之問題雖始於 1960 年代以後，但在該時期之前，並非全無可定位為即屬製造物責任問題之事件。例如 1955 年時，有所謂之「森永毒奶粉事件」（因奶粉內混入砒霜致飲用之幼兒健康受損之大規模被害事件），當時對所謂之製造物責任尚無認識，甚至連一般性之損害賠償問題亦以模糊處理之方式，而在主管機關之介入下，最終以致贈慰問金方式處理¹。表面上似得到了解決的該事件，在 1960 年代後半，與公害訴訟同時又受到社會矚目，相關賠償問題也再次受到關注，被害人在事件十餘年後又重燃請求救濟之程序。

1950 年代後期，學界已開始有介紹美國製造物責任發展之介紹，但其僅止於學者之問題關心的程度，該問題開始受到社會矚目則為 1969 年前後新聞大肆報導之瑕疵車問題²，自此以後之十餘年的期間，製造物責任問題乃透過學界之「進口學說法」而存在³。

受到學界意識到問題之存在的影響，由 1960 年代後期開始一直到 1980 年代末期間，日本國內發生了幾件大規模的製造物責任訴訟，如亦為我國在檢討製造物責任問題時常被提到之前述「森永砒霜奶粉事件」⁴及「SMON 事件」⁵、「米糠油事件」⁶、「沙利竇竇事件」⁷等即是。此等大規模之製造物責任訴訟與當時之重大公害訴訟（「水俣病訴訟」「氣喘病訴訟」「痛痛病訴訟」）幾乎是同時或稍晚提起，而公害訴訟在 1973 年左右原告全部獲得勝訴判決結果，但相對地，製造物責任之訴訟的判決則全都晚於上述公害訴訟。其中有未經判決而以和解解決者（「森永砒霜奶粉事件」及「沙利竇竇事件」），「SMON 事件」則於 1980 年得到最後一個地院勝訴判決，「米糠油事件」直至 1987 年在最高法院以業者雖無責任、但應支付慰問金之和解方式收場。但無論如何，在大規模製造物責任訴訟中，被害人之請求可謂實質上被全盤照收。

綜觀上述發展過程可知，1960 年代至 1980 年代，日本法上之製造物責任的發展可稱是判例法時代。在同時期，有關無過失製造物責任的立法亦非全無進展。以下即先就至 1994 年日本公布製造物責任法前之過程加以說明，以釐清問題之所在（貳），其後再就製造物責任法之內容說明、並介紹學說在立法公布後之反應及意見（參）。之後則轉移至立法後發生之實務案例的適用情形及學說的評論與意見（肆）。最後則彙整日本法經驗，探求對我國製造物責任法在今後發

¹ 加藤雅信「製造物責任法の特色」、山田卓生編集代表「新・現代損害賠償法講座 3 製造物責任・専門家責任」、日本評論社、1997 年、6 頁。

² 參照川井健「製造物責任の研究」、日本評論社、1979 年、252 頁以下。

³ 加藤雅信、前掲注 1 文、6 頁以下。

⁴ 詳見加藤雅信編著「製造物責任法総覧」、商事法務研究会、1994 年、636 頁以下。

⁵ 詳見淡路剛久「スモン事件と法」、有斐閣、1981 年。

⁶ 加藤雅信、前掲注 4、643 頁以下。

⁷ 加藤雅信、前掲注 4、1269 頁以下。

展上之啟發（伍）

貳、立法前概況

一、實務案例之發展

以實務上之案例而言，立法前具有代表性之訴訟集中於因食品及藥品導致食用服用者受害之事件，典型之例為米糠油事件⁸及 SMON 事件⁹。前者乃於製造食用米糠油之過程中，作為熱媒體而被使用之 PCB 混入製品造成食用者發生手腳麻痺之事件；後者則為服用 chionoform（防腐殺菌劑）藥品引發下痢腹痛及神經症狀等稱為 SMON 的疾病。以結論而言，被害人對於製品之製造人的損害賠償請求最終皆獲實質上之勝訴判決。

在上述案例中，法院課加製造人高度之注意義務，同時亦導入了只要證明欠陷之存在，過失即被推定之判斷標準。但須注意的是，並非在所有的案例皆採取類似之判斷。例如在因汽車座椅向前傾倒致靠在該座椅之後座乘客受傷的事件，法院認定製造人有過失¹⁰；但在因安全帶固定裝置造成乘客受傷之案例，法院則認定製造人無過失¹¹。因製造物責任之成否上實際上即在判斷製品應有如何程度之安全性，而在百分之百安全的製品既不存在的前提下，此種判斷無論在立法前或立法後即不可避免。而法院的判斷之所以產生不同結果，其與製品之欠陷是否存在，究應由何方證明至如何程度之舉證責任分配有關（立法後之具體案例，參見肆二（一））。

二、立法化過程之主要議題

對應於國內有關製造物責任之案例的發生及國外相關議論之蓬勃發展，有感於傳統民法理論之極限，以學界為主組成之製造物責任研究會早於 1975 年即公開了「製造物責任法要綱試案」¹²，但其後卻遲延了約 20 年的時間，始於 1994 年經國會審議後於短短兩個月內及審議通過公布，並於翌年施行¹³。該法之內容除參酌了美國法、EC 指令及基於該指令國內法化後之歐洲各國的立法外，日本國內之侵權行為責任之發展及運用、日本國內各種有關製造物責任立法之提案等亦為立法之主要參考¹⁴。

⁸ 福岡地判昭和 52 年（1977 年）10 月 5 日、判例時報 866 号 21 頁（廣瀨久和＝河上正二編、「消費者法判例百選」、有斐閣、2010 年、第 68 案例）。

⁹ 東京地判昭和 53 年 8 月 3 日、判例時報 899 号 48 頁（廣瀨久和、前掲注第 75 案例）。

¹⁰ 橫濱地判昭和 50 年 2 月 4 日、判例タイムズ 324 号 268 頁。

¹¹ 京都地判昭和 48 年 11 月 30 日、判例時報 738 号 89 頁。

¹² 要綱試案之主要內容參照加藤雅信、前掲注 1 文、52 頁以下。

¹³ 之所以延宕了立法的時機，主要係受到當時社會思潮的轉變及製造物責任過熱現象所造成的影響。亦即，當時日本社會正處於經濟高度成長時期，工商業界強烈主張回歸至一般侵權行為之救濟應重於賠償的公平性；另外在製造物責任發源地之美國則因鉅額的懲罰性賠償金引發保險公司承保責任保險之意願及保險費遽漲（一般稱為「製造物責任危機」），因此使得製造物責任之立法動向受到影響。

¹⁴ 要綱試案後停頓了一段時期之立法的動向直至受 1985 年有關製造物責任之 EC 理事會指令通過、且通知加盟國在通知後三年內須國內法化的影響，日本國內對製造物責任立法化再度受到重

立法化之過程中的議論亦可顯示出日本製造物責任法之特色。首先，該法在定位上乃侵權行為法之特別法¹⁵，亦即，該法未採取應依製品別或業種別規範之製造業界主張的立法方式，而是採取如同前述「要綱試案」及 EC 指令之一般性抽象性責任規範；而因責任根據並非在於擴張契約責任，故販賣業者被排除於責任主體之外；且該法係以民法為前提，故超出民法範圍之機制（如確保賠償之機制、紛爭解決機構之建置等）亦被排除。

又，製造物責任法在責任成立要件上雖採取了將「過失」變更為「欠陷」之客觀責任，但在立法過程中引發最多議論者為，是否應進一步加入欠陷及欠陷與被害之因果關係的推定規定¹⁶。推定規定之必要性最終因以下幾點理由而遭否決。亦即，（1）除明文之推定規定在比較法上並無先例的形式上理由外，（2）以侵權行為之適用對象觀之，並非不存在著須證明與製造物責任相同程度或比製造物責任更為複雜之事件，即使如此，仍須根據侵權行為之證明原則處理；僅就製造物責任之欠陷制定推定規定，徒造成侵權行為之舉證責任體系的混亂。在其他舉證困難之侵權行為案例（如醫療事故、公害事故），多以利用鑑定意見、專家證言及事實上之推定等方法，解決過失及因果關係等證明上的問題，製造物責任法亦有該等方法可資利用，在未提示充分合理根據下，無合理理由須僅就欠陷之證明特別制定推定規定，（3）制定推定規定時，作為推定根據之前提事實須為明確之事實，且前提事實與推定事實間，必須有如前提事實存在則推定事實亦存在之相當的經驗法則上的蓋然性；如前提事實欠缺明確性，則其經驗法則上之蓋然性即通常不被容認，在此前提下，提案中適用欠陷推定規定之前提事實並非明確，不足作為推定根據之前提事實¹⁷。最終於國會進行審議時，亦以期待今後實務上靈活運用事實上之推定等，適當地判斷各個具體事案，並由各主管機關整備充實製品事故原因調查機構以減輕被害人之舉證責任等為由，捨棄了將推定規定明文化之見解。

有關推定規定之議論，在立法後因有部分實務見解對「欠陷」採抽象層面之解釋，並未要求證明造成損害之原因的特定及至損害發生之過程¹⁸，以致於造成

視。其後之發展參見加藤雅信、前掲注 1 文、49 頁以下。該法於國會審議時之之概要參見加藤雅信同前、37 頁以下。

¹⁵ 北川善太郎・植木哲「製造物責任の諸問題（1）責任の性質----不法行為か債務不履行か」、有泉亨監修、「現代損害賠償法講座 4 医療事故・製造物責任」、日本評論社、1974 年、279 頁。

¹⁶ 例如「要綱試案」第五條即規定「製造物雖適當地使用，卻仍因使用而生損害」、且「該損害非依適當使用通常會發生之性質者」，推定製造物存有欠陷；且損害係於相當之使用期限內發生，即推定該欠陷於製造物脫離製造人當時已存在。第六條則就因果關係的問題規定，製造物存有欠陷、且發生之損害與因該欠陷而會造成之損害有同一性時，推定損害係因該製造物之欠陷所造成。日本弁護士連合會於 1991 年 3 月發表之「製造物責任法要綱」亦提案規定「製造物雖依通常預定之方法使用，但卻生損害時，該損害如非通常應會發生之情形，則推定該製造物存有欠陷、且該損害為該欠陷所致」「製造物之欠陷，推定於製造人流通該製造務實即已存在。但製造人證明該欠陷係經相當使用期間後而生者，不在此限」。

¹⁷ 升田純、『詳解製造物責任法』、商事法務研究会、1997 年、444 頁以下。

¹⁸ 大阪地判平成 6 年（2004 年）3 月 29 日、判例時報 1493 号 29 頁（未拔除插頭之關機中電視機起火的案例。判旨稱「本案電視乃於合理使用中冒煙起火，故應認有非尋常之危險，本件電視存有欠陷」）。

似有即使無推定規定，消費者亦並無過重舉證負擔之想像空間；但因仍有不同實務見解要求消費者應證明損害發生之前因後果¹⁹，故前述見解仍無法一般化。至於何者會成為主流，至今仍無定論。

參、製造物責任法概要

在上述背景下，日本於 1994 年制定公布製造物責任法、並於翌年 7 月 1 日施行迄今。由六條規定構成之本法可謂是「小」法律，而其特徵則是採以導入附「開發危險抗辯」之無過失責任的立法（規定內容之翻譯，請參照附件一）。

具體而言，第一條開宗明義地說明本法之「目的」，第二條則是有關「定義」之規定，第三條明定採無過失責任，緊接著於第四條規定「開發危險之抗辯」及「零件及原料製作者」之抗辯，第五條為有關消滅時效等之「期間的限制」，最後則於第六條規定「民法之適用」。在細部部分雖稍有差異，但規定的內容基本上可謂繼受當時已公布之 EC 指令。以下先概述相關規定，再就製造物責任之中心問題部分為說明。

一、概觀²⁰

製造物責任法基本上係僅適用於因製品（製造或加工後之動產）之欠缺所造成之事故²¹。如與製品無關之事故（例如因提供勞務所致事故）²²、雖係製品事故但與欠缺無關之因素所造成者（例如僅製品本身之品質發生問題），唯有依一般侵權行為責任或契約責任等請求。

製造物責任將一般責任法原理中之過失變更為客觀之製品的欠缺，在救濟被害人之層面上，藉由被害人難以證明之過失轉為易於舉證之「欠缺」，有助減緩求償之困難。

本法適用之責任主體限定於參與製造出欠缺製品之製造業者、進口業者及標示製造業者，未參與製品之製造與流通者，非本法適用之責任主體²³。

由製造物責任之發展沿革及特性，主要是於救濟擴大損害上有特殊意義，故本法明定於因製品之欠缺引發擴大損害時始有適用，如損害僅止於製品本身則無

¹⁹ 東京地判昭和 58 年(1983 年)7 月 18 日、判例タイムズ 510 号 181 頁（認定於停車中起火之汽車並無欠缺的案例）。

²⁰ 本法基本解說參照經濟企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説製造物責任法』、商事法務研究会、1994 年。

²¹ 例如不具工業產品性質之農作物產品，不屬加工或製造之範圍，但因製造或加工之用語並無定義規定，其具體內容如何則委諸實際制度運用之累積（前掲注、182 頁）。

²² 但例如餐廳提供之料理，有認為烹調行為本身包含製造或加工之過程在內，所以有適用本法之餘地（浦川道太郎、「製造物」の定義と範圍、判例タイムズ 862 号、1995 年、30 頁、34 頁）；另亦有主張餐廳提供料理並非交付做為產品之料理，而是提供烹調及服務之勞務，應另以契約責任或侵權行為責任處理（朝見行弘、「製造者の責任と非製造者の責任」、前掲注 1 書、137 頁以下）。由上可知，判斷究為提供勞務之結果、或是附隨於勞務而提供之製造物，仍應視何者為該行為之基本性質以決定是否有適用本法之餘地。

²³ 未直接參與製造物之製造的小賣業者及中間流通業者等是否亦納入責任主體，立法體例上並非完全相同。美國法基本上採廣泛納入之立場，而 EU 則採僅於最先應賠償之製造者等賠償義務人無從特定時，始將販賣業者定位為補助賠償義務人之立場。日本採偏向 EC 指令之立法，與我國所採立場不同。

適用²⁴。惟因發生擴大損害而適用製造物責任時，一般認其賠償損害之範圍包含製品本身之損害，適用相當因果關係法理判斷²⁵。

製造物責任成立時，製造業者等得主張證明開發危險之抗辯，零件、原料之製作人則得主張證明設計指示之抗辯，以免除責任。

最後，有關依本法行使損害賠償請求權在期間上之限制，在短期消滅時效部分雖仍與侵權行為之 3 年相同，但在長期之消滅時效期間則縮短侵權行為之 20 年為 10 年。其理由在於因製造物責任採較過失責任更嚴格之責任要件、且循各國之立法例²⁶。惟關於 10 年之期間並非全無例外，亦即，如損害係屬累積性損害或遲發性損害，則期間之起算點非製品交付時，而是自損害發生時起算。又如被害人對製造人等係基於侵權行為請求賠償時，則不適用本法之 10 年期間，而是回歸到適用民法所定之 20 年期間。

二、「人」之概念

製造物責任法第一條之被害人並未限定於一般之消費者，而僅概括地規定「人之生命、身體或財產」受有損害。此處之「人」的定義應如何掌握，直接地影響其適用範圍。如依民法上之一般定義解釋，其應僅限於自然人，而只要是自然人，不限於非得為消費者，即使是做為個人事業者於事業活動中受害，亦為適用對象，而無論是營利法人或非營利法人，則非適用對象。

但如由本法立法沿革觀之，其適用對象非但不限定於消費者，甚至不排除事業者及一般法人。亦即，在立法過程中，為排除將製造物責任法限定於僅保護消費者之立法，故將適用對象之用語變更為所有之法主體的「人」。

（一）草案起草者之說明

依參與立法過程者之說明，本法之被害人包含自然人與法人，因此，本法之目的不限定於擁護或增進消費者之利益，而是廣泛地以保護受害者為目的²⁷。學說於立法論上雖持反對意見（後述），但在現行法解釋上則為不得不接受之結論。

實際上，因製造物責任之立法剛開始被提出之 1990 年代初期、或甚至更早之前，製造物責任一直被定位在消費者保護之範疇中檢討，所以製造物責任之立法也理所當然地被預定為消費者保護立法之一環；但是，因在個人事業者之情形，其生命身體之侵害亦應有受保護之必要，如何界定成為問題。在此議論下，立法時之可能性乃出現以下四種選擇²⁸：(1)僅保護消費者（即排除為自然人，但作為事業者之被害）、(2)擴張保護至自然人（包含個人之事業者）、(3)保護對消費者之所有侵害及對個人事業者之生命身體的侵害（與(2)之差異在於，個人事業者之財產的被害非受保護之對象）、(4)保護一切之人（含法人）。而如下所述，在立法論上，雖有(1)之提案，但(3)更受到支持。亦即，如排除事業者，則個人事業者將無法受到保護，引發是否妥當之疑問，乃有(3)之修正提案。另一方面，

²⁴ 前揭注 12、101-102 頁。

²⁵ 加藤雅信、前揭注 1 文、30 頁。

²⁶ 同前注。

²⁷ 川口康裕、「製造物責任法の成立について」、ジュリスト 1051 号、1994 年、46 頁。

²⁸ 平野裕之、「製造物責任法と損害」、慶応法学第 18 号、2011 年、137 頁、141 頁以下。

在非買方之第三人受有損害之情形，僅因該第三人係事業者或非事業者而為不同程度之保護，亦引發是否妥當之質疑。而因(4)可不必對上述之微妙的差異情形一一地加以思考，可謂是最簡單的解決方式，故依立法關係者所言，最終係採取(4)之立法。

(二) 可能選擇之評價

由於上述四種可能性之背後各有其代表之意義，說明如下，以為參考。

1. 提案(1)、(2)

依製造物責任研究會所擬定之「製造物責任法要綱試案」(1975年)第一條，其明定「以保護消費者為目的」；但在明定無過失責任之第三條則為「對受有生命、身體或財產之損害的自然人」，似又有承認只要是自然人，於作為事業者而受有損害時亦受保護而擴張至(2)的傾向。

而依1990年私法學會之報告小組所提出之「對於製造物責任立法之提案」立法研究會(1990年)第一條，其限定為「就消費者之私的利益所生損害」；另外，PL立法研究會之「立法提案·製造物責任法」(1993年)第一條亦是以保護消費者為目的²⁹。但二者在有關無過失責任規定部分皆未特別規定自然人。東京律師會之「製造物責任法試案」(1991年)亦於第一條明定以保護消費者為目的，第三條則規定「對於生命、身體或財產受有損害者」，用語上似有擴張，但如配合其目的規定觀之，適用對象仍僅限定於消費者³⁰。

由上可知，學界及實務界在立法過程初始，可說是一面倒地傾向於將製造物責任法之適用限定於消費者。行政部門方面，如國民生活審議會消費者政策部會最終報告「關於綜合防止及救濟消費者被害之方策」(1992年)亦提議將事業上之損害排除於製造物責任之保護對象外³¹。在似乎無任何反對意見的當時，僅有產業構造審議會總合製品安全部會之「為防止事故及救濟被害之綜合製品安全對策的方策」中，一方面雖仍提議不適用於事業者所生損害，但提醒應注意到個人事業者之保護³²。

2. 提案(3)

當時社會黨之「製造物欠陷所致損害賠償責任法案」(1992年)第一條中明定以保護消費者為目的的的同時，第三條雖排除事業所生損害，但對個人事業者所受生命或身體之被害則為適用對象。其他包含公明黨、共產黨等之提案亦都採取(3)之立法選擇。

3. 提案(4)

採取最廣立法提案者為日本律師聯合會之「製造物責任法要綱」(1991年)，其為將該法目的限定於消費者保護，而在規定無過失責任之第三條中則以「對生

²⁹ 參見加藤雅信、前揭注4、40頁以下。

³⁰ 平野裕之、前揭注20文、142頁。

³¹ 小林秀之、「製造物責任法」、中央經濟社、1993年、307頁。

³² 通商産業省産業政策局消費經濟課編、「製造物責任法の解説」、通商産業調査会、1994年、77頁。

命、身體或財產受有損害者」為適用對象³³。

(三) 小結

製造物責任法最終並未採取在立法過程中強力被主張之(1)至(3)的提案，反而是採取在比較法上亦屬少數之(4)。如無視於起草過程而僅單從字面上觀之，本法第一條之「人」亦非全無解釋為「自然人」之可能，但因在立法過程中，不將「人」限定於自然人之旨趣相當明確，要否定其不限定於自然人，在解釋上相當困難。

但在比較法的觀點而言，是否有將保護對象之範圍擴張至事業者，給予與消費者相同之保護，仍有疑問。也因此學說批判，在歐美之製造物責任藉無過失責任保護之對象僅為消費者，日本將本法之適用及於事業者之立法，大有問題。

在自然人為事業者之情形，如何區別作為個人之損害或作為事業者之損害，向為難題，為免區別上之困難，日本之製造物責任的立法或可評為立法上可能之選擇。

三、「欠陷」概念

日本製造物責任法是規定，於以某種意義之「具有危險性商品」引發人之生命、身體或財產之被害時，有關其賠償責任之法律。因此同法明文規定之「欠陷」所指為何即成為最大的問題，甚至可說「欠陷」概念之內容如何即是界定製造物責任法之範疇的大前提。也因此，在立法前、立法過程中，甚至於立法後，都是不斷地被檢討的議題³⁴。

(一) 代表性製品之欠陷

以汽車為例而言，問題點在於其物理上的狀態，一般多以其是否具備原被期待之安全的狀態。而在立法前累積之案例中，大多是屬汽車之設計或構造上之欠陷，其次則有製造上之欠陷及指示警告上的欠陷³⁵。

而在一般之機械，則以內在於機械本身之危險性之角度判斷；換言之，是否該當於機械欠缺通常應具備之安全性，通常是以(1)致力於安全無欠陷之製造與販賣之程度、(2) 完成之製品之充分的檢查為基準，設定機械之品質的狀態，並以其確認是否欠缺安全程度或內容³⁶。整體而言，有關機械的欠陷概念，實務係以「根本就有欠陷」、「完成品之檢查不充分」、「有欠陷之非完成品」、「違反法律上義務之製品」等為基準；惟因機械之種類與性質非常多樣化，是否以通常之方法使用機械，亦為判斷機械是否有欠陷之考量要素³⁷。

至於如各種生活上之器具（如瓦斯桶、熱水器等）的情形，業者防患未然之檢查義務的怠惰所造成的狀態乃構造上之欠陷，其包含與器具之裝設有關之內部

³³ 平野裕之、前掲注 20、143 頁。

³⁴ 詳見加藤雅信、前掲注 4、395 頁以下。

³⁵ 植木哲、「自動車事故と製造物責任」、ジュリスト総合特集 42 号「自動車事故」、1988 年、37 頁。

³⁶ 例如高松地判 1980 年 11 月 28 日、判例時報 1015 号、109 頁（切割機器之欠陷）。

³⁷ 加藤雅信、前掲注 4、487 頁、496 頁。

裝置、填充、搬運與設置等³⁸。

而有關於常發生問題之食品部分，人類為維持生命而必須攝取以作為能量來源之食品的本質特別受到重視，因此食品需為消費者得完全信賴地購入利用不可，在食品之製造過程中，充分的預防措施（例如殺菌）及「無條件的安全性被嚴格要求³⁹。對食品之所以如此嚴格要求乃因，其與多少伴隨著副作用的藥品不同，食品為具有如稍有瑕疵，即刻地會影響到人之生命或身體之危險性質之物，因此無從如得以一定判斷要素為比較衡量之藥品般處理。換言之，食品之欠陷的有無係由對食品之絕對的安全性為出發點，其是否保有不抵觸食品特有之本質的安全狀態，即為判斷有無欠陷之基準⁴⁰。

最後在判斷醫藥品有無欠陷部分，理解藥品之本質為必要之前提。蓋藥品具有醫療上價值之「有效性」的同時，亦同時包含著非屬於人體之異物（本質上之危險性）的性質，而且其亦可能隱含副作用或危險性之有害作用，但即使有不可避免的副作用，亦可能因其優異的效能而被允許販賣，故不得僅依有預見副作用之可能性即使製藥業者負責。因此判斷藥品是否有欠陷時，「有用性」與「安全性」（副作用或危險性）之比較衡量乃屬必要，欠缺有用性而造成被害的藥品即為有欠陷之藥品⁴¹。另外有關藥品之指示及警告上的欠陷，應係指於提供醫療上必要處置之相關資訊時，所提供之內容完全抵觸應為之指示或警告事項的義務⁴²。

（二）欠陷概念之種類⁴³

依前述商品類別所得判斷欠陷之存否的基準可知，日本法上之欠陷概念得以區分為如下類別。

1. 設計上之欠陷：如汽車及瓦斯通的情形，在製品之企畫設計階段本身已內含欠陷，基於該設計而製造之製品即具有欠陷。但因製造人與法院在評價商品是否有危險性的立場不同，此類型欠陷在判斷商品有無欠陷時被提出。
2. 製造上之欠陷：此類型係以製品本身之特性為基礎，因此是在製造過程中製造出不同於設計或規格之製品，典型之例為汽車之製造上的欠陷。其他如尚未完成之製品、完成製品之檢查不充分、已存在欠陷之非完成品、違反法律上義務之製品等亦多屬此類欠陷之範疇。
3. 指示警告上之欠陷：此類欠陷之主要適用製品可區分為藥品及藥品以外之製

³⁸ 川井健、前掲注 2 書、277 頁以下。

³⁹ 例如關於米糠由事件之判決即著眼於「食品發生危害人之生命、健康的瑕疵（欠陷），而因攝取該有瑕疵（欠陷）之食品，致危害及人之生命、身體」之情形，就「欠陷」之概念說明如下。亦即，所謂之瑕疵（欠陷），應以掌握食品發生或存在有危害人之生命、健康的危險性或有毒性的因素，以判斷該製品是否欠缺安全性；如因攝取該食品致人之生命身體受害，僅因如此，即可推定製造或販賣有瑕疵（欠陷）食品者之過失（福岡地判 1977 年 10 月 5 日、判例時報 866 号、21 頁）。

⁴⁰ 沢井裕、「食品製造関連企業の責任構造」、法律時報 49 卷 5 号、1977 年、14 頁。

⁴¹ 森島昭夫、「製造業者の責任」、判例時報 910 号、1979 年、5 頁。

⁴² 例如指示或警告之事項應為「注射於乳幼兒之大腿部具有高度危險性」，製藥公司卻為完全相反之其他具體之指示（東京地判 1985 年 3 月 27 日、判例時報 1148 号、3 頁）。

⁴³ 參照平野克明、「欠陷」概念、前掲注 1 書、81 頁以下。

品。在藥品之情形，其副作用之說明義務或警告義務之違反最具代表性，而在此類型之欠陷與前二類型不同，其係因製品未為適當之指示或警告，製品本身即被評價為有欠陷。

由上可知，製造物責任法上之欠陷的概念意味著製品欠缺通常應有之安全性，而所謂之安全性應係指「排除製品所有可能之危險性的本質上的因素」，因此，在未證明製品通常應具有之安全性已被確保前，即有發生問題之可能。於掌握欠陷之概念時，如此之思考角度有其必要。

四、開發危險之抗辯

(一) 規定之必要性

所謂開發危險係指，以將製品流通於市場當時之科學技術水準，無從認知製品內含欠陷之危險。製造物責任法第四條就製品之流通存在著開發危險時，允許得以其為抗辯事由而例外地免除損害賠償責任，稱之為開發危險之抗辯。

依立法者之說明，制定開發危險之抗辯規定的理由在於，(1)如使製造人就開發危險亦負責任，將有礙開發研究，結果上反有可能對消費者不利、(2)如未設開發危險之抗辯的規定，於考量造成欠陷之因素時，在解釋上是否包含預見可能性易引發爭議，有妨害迅速處理爭端而為救濟之虞、(3)明確化製造人負有以可能取得之科學技術知識證明預見可能性之責任，具有防止模糊爭點之作用，結果上有助審理之迅速化⁴⁴。

但是在立法當時，反對制定開發危險之抗辯規定的聲浪不斷亦是事實。例如有意見指出，依開發危險之抗辯的內容，課加製造人就預見可能性負舉證責任，實質上淪為為制定推定過失或預見可能性的規定，與過失責任無甚大差異⁴⁵。的確，在實際運作時，如緩和地解釋開發危險之判斷基準，則即使製造人負有舉證責任，但實質上回復至過失責任的風險提高；開發危險之抗辯的基準如不明確，於認定是否容許抗辯之正當性時，紛爭即有可能長期化，且易招致濫用抗辯，減損救濟被害人之目的。

由上述正反兩論的議論可知，開發危險之抗辯在形式上雖僅是免責事由之一，但其解釋及運用，實際上亦左右著製造物責任法之實效性，而實際上其解釋及運用又絕非易事。製造物責任原就存在著以克服證明過失之困難以救濟被害人、避免因過失之攻防而遲滯訴訟、維持研究開發之意欲等各種利益的交錯，而開發危險之抗辯可謂是為調和該等利益的產物之一。

(二) 解釋及運用

開發危險之抗辯在解釋上最成為問題者為製造物責任法第四條第一項中之「相關科學或技術之知識」的具體意義及解釋基準。如過於和緩地解釋，則與欠陷之判斷基準間的差異將變模糊、且有礙救濟受害人。

1. 開發危險與欠陷之判斷的區別

⁴⁴ 前揭注 12、108 頁以下。

⁴⁵ 小林秀之、「欠陷と開發危險の抗弁」、金融・商事判例増刊 960 号「製造物責任法の研究」、1995 年、31 頁以下。

因該條是免責規定，適用之前提為造成事故原因之製造物有欠陷，而因判斷具有欠陷及開發危險抗辯之過程中，認定有無欠陷須綜合考量全盤情事，故有見解認為，判斷欠陷之際，一方面以被高度客觀化之注意義務為基準，另一方面復以高度之科學技術知識為免責之基準，其間顯有矛盾，故認知危險之可能性（即開發危險）亦應構成判斷欠陷之要素，並由製造人負責證明防止被害發生措施之技術可能性⁴⁶。對此則另有見解認為，開發危險之抗辯的判斷係危險之認識可能性的問題，而欠陷之判斷則為替代設計、安全裝置及警告等預防措施之實施可能性的問題；換言之，欠陷之判斷係，假定已認知危險之存在，而有無實施預防措施的問題，而開發危險之抗辯則為，製造人於將製品至於流通過之時點，未能在科學或技術上認知其危險性的問題⁴⁷。以二者分別屬責任成立要件及免責事由的性質而言，應以後者之見解可採。

2.判斷之基準點

至於判斷抗辯成否之基準點，依同條規定為「製造人等交付時」，其與使製造人負賠償責任時判斷欠陷存在時點之要件相同。因係以製造物之交付時為基準，故即使為新製品之開發階段時未能認知之欠陷的存在，雖在其後因科學及技術的進步而成為認知可能的狀態，但其後如仍繼續製造並交付先前之製品，則無從援引開發危險之抗辯而主張免責⁴⁸。

3.科學技術知識之水準的意義

而關於在開發危險之抗辯中最成為問題之「科學或技術知識」的水準，就科學或技術之內容部分，製造物主要既係以利用自然科學及其成果至實際上之技術，而被開發設計製造，即單以字面上的意義理解並無窒礙。而關於所謂之「知識」，一般認為係指，於判斷有無欠陷之際具有一定影響程度之知識皆屬之，且非以特定者之知識、而是客觀上存在於社會之知識的總體；也因此，於判斷開發危險時，係以該時點可能取得之最先進之科學技術水準。至於經濟上之實施可能性、製造人未能認知、製造人為中小企業等主觀之情事及業界之平均水準或慣行等，皆不影響有無開發危險之判斷⁴⁹。

由如上之判斷標準可知，制定開發危險抗辯規定比起不加規定而採綜合考量全盤情事判斷有無欠陷，對製造人是更為沈重的。實際上，在此前提下，除例如藥品或化學製品等需在長時間使用後才發覺有欠陷之製造物外，開發危險之抗辯得被認定之可能性甚低。而之所以做如此嚴格解釋乃因，如開發危險之抗辯的基準過於模糊，則為判定其成否的紛爭勢必長期化，而如輕易地容認抗辯，則實質上將回復至過失責任，不利於被害者之救濟。

⁴⁶ 鎌田薰、「製造物責任」、法学教室 162 号、1994 年、46 頁以下、50 頁以下。但鎌田教授其後已變更見解同注 39 之瀨穿教授的見解（鎌田薰、「欠陷」、判例タイムズ 862 号、1995 年、51 頁以下、65 頁。

⁴⁷ 瀨川信久、「欠陷、開発危険の抗弁と製造物責任の特質」、ジュリスト 1051 号、1994 年、17 頁以下、21 頁以下。

⁴⁸ 小林秀之・吉田元子、「開発危険の抗弁」、前掲注 1 書、119 頁。

⁴⁹ 前掲注 12、110 頁；前掲注 19、50 頁；前掲注 24、142 頁。

肆、本法施行後之影響

一、本法施行之社會意義

本法無論於制定之過程中或施行日前後，一直被臆測的一個課題為，依據本法進行申訴或提起訴訟之數量會大幅增加。基於本法為規定一般民事責任基本原則之法律，適用本法之損害賠償責任制度將會如何運用，備受矚目乃理所當然。但施行之後兩年內僅有 6 件依製造物責任法提起訴訟之案例⁵⁰，當初所擔憂之現象並未發生。其原因或可歸納如下。亦即，製造物責任制度本身之意義並非僅止於救濟因製品事故而請求損害賠償的被害人，而是廣泛地影響及於製品之製造、販賣及利用等領域之社會全體。實際上，在本法施行前，在製品之製造業者、販賣業者、進口業者等、業界團體及主管機關等，由製品之設計製造至標示警告販賣等各階段，已由各種不同觀點著手檢討製品之安全對策；亦比以往更為關心製品之安全性、及製品發生事故之迅速解決之必要性；具體而言，例如對於各種商品之標示警告更為具體、詳細且易於理解，發現製品存在欠陷時即迅速地進行調查或回收⁵¹。由此可知，製造物責任除在法律的層面加以檢討外，亦有其廣泛影響之社會層面的意義。

二、具體案例

依統計資料，製造物責任法施行之後至第四年時，依本法提起訴訟件數亦僅較前述統計數字增加 9 件⁵²。雖有學者指出，比起 1960、70 年代時之相關訴訟的數量有明顯減少的趨勢，因此有是否因提起訴訟不易之疑問，且因此感嘆製造物責任法並未發生預期的成果⁵³，但如前項所述，其有可能是因立法前之訴訟的提起已收到社會教育之結果所致，而另一方面，訴訟外紛爭解決制度漸趨完備應亦是一主要的原因（如後述）。然無論如何，綜觀立法之初迄今，相關案件確實有越趨減少之傾向⁵⁴。

（一）欠陷之認定

製造物責任之要件中有關「欠陷」之存在，須由受害人舉證，至於如何證明並應證明至如何之程度，以下案例可供參考。

1. 欠陷之部位的特定⁵⁵

⁵⁰ 島野康、「PL 法による訴訟事例」、国民生活研究 37 卷 1 号、1997 年、42 頁。發生問題之製品分別為餐廳使用之製茶器、煙燻肉品、溶雪裝置、學校營養午餐、生海膽、機械停車位的安全裝置。

⁵¹ 加藤雅信、前掲注 1 文、19 頁。

⁵² 「製造物責任の現在」別冊 NBL53 號、1999 年、3 頁。

⁵³ 參照片山登志子、「製造物責任法の現状と課題（1）（2）」、法学教室 313 号 102 頁、314 号 74 頁、2006 年、2006 年。

⁵⁴ 立法後之狀況參見国民生活センター、「製造物責任法施行 10 年目の製品関連事故に係わる消費生活相談と訴訟の動向」、2005 年 10 月 6 日公表

（http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20051006_5.html）。国民生活センター編、「製造物責任法（PL 法）による訴訟」、消費生活年報、2010 年。

⁵⁵ 名古屋地判平成 11 年（1999 年）6 月 30 日、金融・商事判例 1071 号、11 頁。另外如東京地判平成 11 年 8 月 31 日、判例時報 1687 号 39 頁（本法施行前交付之冷凍庫的起火事件，適用過失責任判斷欠陷是否存在的案例。判旨認要求一般消費者不僅須證明冷凍庫為火災之發生源、且須特定具體的欠陷等及欠陷為損害發生之原因，乃違反公平分擔損害之侵權行為的理念）。

在原告於被告所經營之速食店外帶柳橙汁等回工作場所食用時，以吸管飲用時感覺有類似玻璃碎片刺到喉嚨上方，因當下感到痛且呼吸有點困難致生想嘔吐的感覺，原告立即至洗手間吐出所吃食物，嘔吐出之物則夾雜著血。原告之後即至醫院就診，經醫師檢查結果，原告之咽喉並無出血或附著有血液凝固物，但在黏膜下則確認有出血，胃部檢查亦無異狀。而原告攜帶至病院之剩餘的柳橙汁遭醫院人員弄錯而被丟棄。

發生問題之製品為食物之情形，因其已被攝取至體內、或在事故發生後保存該物有所困難等時，其將影響事故原因之特定及欠陷之判斷。法院就上述案例之欠陷的認定係採取，只要達到能特定社會通念上認有欠陷之存在的程度即可，而在本件中，不須特定異物之存在。

一般而言，於證明欠陷是否存在時，存在著是否須證明特定欠陷之部位的根本問題，而本件案例提示了在製品已毀損或滅失時，即使未特定欠陷之部位，如得評價該製品具有不相當危險性，則得認定為欠陷。類似判斷方法亦可見於電視機起火燃燒之案例中，法院亦認證明由電視機背後起火即滿足特定部位之要件。

2. 專家意見及證言⁵⁶

於使用自市面上購入已三年九個月之工作梯，自站立在工作梯最上層之平台跌落而受傷之案例，針對欠陷是否存在及欠陷之發生時期，法院採取工科大學教授的意見書及證言，認定事故發生之時工作梯產生變形，而造成變形之原因係因製品在製作時即已存在著些許的變形、且補強工作梯載重力之部位的零件亦有欠陷；至於原告購入該製品已三年九個月，但仍在本件製品通常安全性應被維持之合理期間範圍內。

由工作梯跌落之事故乃屬日常生活事故，其原因可能是製造時之欠陷、因使用造成之欠陷、因時間經過之劣化或鏽蝕、使用人之不注意或甚至是不同原因之複合等。以本案例而言，其為購入製品三年九個月後發生之事故、且事發當時無其他目擊者，因此工作梯之平常的保管使用狀況、事故發生當時之使用狀況、事故發生之態樣等成為爭點。本案判決基本上採信受害人之陳述及專家證人的證言，透過推認工作梯之組裝及補強零件於製作完成時已有欠缺、因此無法維持平衡致原告跌落、購入後經過之期間仍在應具有安全性之合理期間內、原告係依通常方法使用等，判定工作梯有欠陷。換言之，本判決係經由數階段之推認以認定工作梯之欠陷，如此層層累積之推認，對於欠缺直接及具決定性證據的事故原因、責任要件之舉證的判定，為處理實際案件時值得參考之模式。

三、訴訟外解決紛爭機制⁵⁷

(一) 概觀

日本於制定製造物責任法之際，國會採行了「鑑於不依訴訟之迅速公平救濟被害體制之有效性，應充實強化訴訟外紛爭處理機制」之附帶決議。之所以有此

⁵⁶ 京都地判 2006 年 11 月 30 日、Lexis 判例速報 18 号 102 頁。

⁵⁷ 本項中說明多所參考青山善充、「製造物責任 ADR の現状と課題--PL センターの発展のために」、法律論叢 82 卷 2-3 号、2010 年、1 頁。

附帶決議，除了有解消受害人在訴訟上耗時費神之負擔的目的外；考量關於判斷引發製造物責任紛爭之商品是否存有欠陷，多涉及評量科學技術事項，如將其完全委由被害人及個別製造業者，有難以確保當事人間之公平性及程序上之透明性的疑慮，故有由業界團體設置中立之第三者機關，以當事人間之合意為基礎，迅速簡便解決紛爭之必要。受此附帶決議之拘束，當時之主管機關通商產業省即於同法施行前，訂立詳盡之指針，指導設置以製品別為中心之訴訟外紛爭處理機制。

依指針所定設置原則，第三者機關盡量以新設具有中立性之機關(公益法人)為宜，其事業內容雖以處理因製品欠陷而引發事故之紛爭為主，但為求增進確保消費者之實質上利益，舉凡有關製品安全性、欠陷及品質性能等之詢問、諮詢及申訴等，亦被列為業務內容。至於在處理程序上則區分為因應消費者單方之需求而因應之「諮詢」、介入並協調雙方當事人主張之「調解」及協調雙方主張並提出和解建議之「調停」；而為提升公平性，應配合製品之特性，採取明確具體之處理內容，其中應包含整備特定事故原因、認定損害範圍、查明事故原因所需費用之負擔、企業應採措施(損害賠償、慰問金、更換製品、無常修理等)的基準⁵⁸。

基於上述指針之要求，在製造物責任法施行前後，即有家電、汽車業界率先地設立了製造物責任中心，其後，加上形式上名稱即包含製造物責任、及實質上為處理製造物責任相關紛爭之組織，日本國內現計有十三個相關團體⁵⁹，其中汽車業及家電業之相關組織並已依「促進利用訴訟外紛爭解決程序相關法律」⁶⁰第六、七條所定嚴格認定要件而取得公益財團法人認證，使其處理過程得依同法第二五條以下之規定，具有中斷時效等之法律效果。

各業界團體之活動狀況因其規模不同，在因應方式、處理程序及件數上有相當程度之差異，其中最為積極因應之汽車業之成果將於後述，其他則以家電、化學製品、消費生活用製品及醫藥品等業界團體較為活躍。透過各該團體之持續的努力，化解了立法當初諸多對於由業界主導之方式是否得確保其公平性及中立性的疑慮⁶¹，在一定程度上確實發揮了原先被期待之機能⁶²。

(二) 具體事例---財團法人汽車製造物責任諮詢中心⁶³

依該法人之事業報告書，自 2006 年至今每年之諮詢件數皆在三千件以上，

⁵⁸ 同前揭注 6 頁以下。

⁵⁹ 相關團體名稱，請參見附件二。在該等業種外，另有其他如工作機械、食品、事務性機器等常有紛爭發生之製品，但其受各該業界有無共識、製品價額高低、製品之特性(是否為耐久財、構造之複雜性)、引發被害之程度等因素的限制而無類似組織，此亦顯現出由業界自發地採納 ADR 機制之極限。

⁶⁰ 「裁判外紛爭解決手続の利用の促進に関する法律」(平成 16(2004)年法律 15 号、平成 19 年 4 月 1 日施行)。

⁶¹ 淡路剛久、「製品の安全と消費者被害の救済・下」、法律時報 66 卷 13 号、1994 年、10 頁。

⁶² 参照横山敏男、「家電製品 PL センターの現状と課題」仲裁と ADR2 号、2007 年、75 頁；黒川秀一、「消費生活用製品 PL センターの概要」仲裁と ADR3 号、2008 年、76 頁。

⁶³ 参照澤田尚一、「財団法人自動車製造物責任相談センターの現状と課題」、仲裁と ADR1 号、2006 年、59 頁。

而依最近之 2010 年度總計 3114 件中，其中與製造物責任法有關連、且屬因汽車之欠陷引發其他損害者為 156 件，單純地僅與汽車之品質機能有關的諮詢則為 1863 件；在前者之諮詢內容較多的情形為爆衝、煞車、氣囊、車體構造及車輛失火等，在後者則以引擎、電力系統、自動排檔箱及煞車等為主。

以近年來每年皆在三千件左右之諮詢件數觀之，有關汽車欠陷之紛爭呈現出一定程度之平均數量，但實際上大部分的諮詢都已在第一階段獲得解決或未進入後續階段，近年來當事人同意進入第二階段之件數由 2008 年之 16 件、2009 年之 12 件下滑至 2010 年的 9 件，而達成和解者則分別為 10 件、1 件及 5 件，包含撤回在內未達成和解者則分別為 3 件、6 件、3 件。至於真正進入到「審查」（即前述之「調停」）之第三階段者，在最近三年則僅有 1 件⁶⁴。

因每一具體之諮詢案例皆有其特殊性，故上述數字至多僅具有顯示各該年度之趨勢的意義，諮詢中心之機能仍須視其實際上解決過程或未獲得解決之具體紛爭始得體現。例如在第三階段之相關案例中，有因買方對購入車輛之煞車系統感覺不正常而主張換車、賣方則主張檢查結果一切正常的情形，經現場調查確認後建議「本件車輛雖無買方主張之欠陷，但亦可瞭解買方在購入一個月後即有不對勁之感覺的心情。業者以雙方合意之金額購回」，經雙方同意而達成和解。另亦有因汽車天窗接縫有凹陷而主張換車的諮詢，經調查無從確定凹陷係發生於製造過程中的問題，乃建議由製造商、販賣業者及買方各負擔三分之一的修理費用，並為各當事人同意而達成和解。相對地，針對買方主張因操作換檔操縱桿時，電鍍金屬片剝落而割傷手指，請求除醫療費用等財產上之損害，並請求提供最高級之 GPS、換裝電池及金錢等作為慰撫金之調停案例，裁定結果為一方面認定其為製造上之欠陷的問題，另一方面則認買方得請求賠償之內容應限於醫療所需費用及金錢慰撫金；但因買方不同意致調停不成立。

上述事例或各有其特殊性，但仍可顯示出於提出具體建議前，充分掌握當事人間之主張內容、調查欠陷之存否、理解當事人間之感受、均衡分配風險之平衡感等，其為進行協調工作之專門人員的必備能力。換言之，為能使 ADR 發揮其效果，專門人員之公平性及中立性是否得以確保並獲得信賴，端賴複數專門人員團隊之法律判斷能力、對於製品之知識、促進當事人達成共事之協調能力等；至於當事人之特殊的事由原即非應考慮之要素。

伍、日本法之發展的啟發

藉由上述對日本製造物責任法之考察，可得以下得供參考之處。首先在適用對象上，日本法將製造物責任定位為侵權行為責任，與我國民法第一九五條之一的適用對象有類似性，在責任體系上亦具有一致性。而在就製造物責任採取雙軌制之我國的法律體系下，消費者保護法網羅與製品有關之全部業者為賠償義務人的規定方式，結果上雖可達到保障受害人之目的，但亦因此模糊了製造物責任之

⁶⁴ <http://www.adr.or.jp/>（2011 年 10 月 15 日登入）

本質⁶⁵，同時也會造成責任主體間如何分配連帶責任分擔部分的問題，其應如何處理仍有待理論及實務上的發展。另就受害人部分，僅適用於消費關係之消保法的規定，雖透過解釋消費關係的概念而有擴張適用範圍的可能性，但不可否認的，最終仍會有雖非屬消費關係卻係因欠缺安全性之製品而受害的情形，就此問題，民法第一九一條之一即可作為尋求救濟之依據，因此目前雙軌制的立法模式並非全無實益。

製品之安全性的與製品之危險性實屬表裡一體的問題，就相關判斷之基準，文字表達上或有不同，但「通常可合理期待之安全性」應為製造物責任之共同標準，在此標準下，因未採推定規定之結果，受害人仍須證明「該製造物欠缺通常應有之安全性」⁶⁶。然日本法在適用時，針對例如有無必要證明特定欠缺安全性之部位，實務認不須特定欠缺安全性之部位及具體缺陷原因已成一般性見解，其有可供借鏡之處。

消保法上之製造物責任的消滅時效期間，是否適用民法第一九七條固有所爭議⁶⁷，但有關消滅時效另易生問題者為欠缺安全性之製品所造成之損害如係經一段期間始浮現的情形，則因起算時點之差異，影響受害人請求救濟之可能性。就此日本之製造物責任法第五條第二項以自損害顯露時為起算點之規定，值得作為修法時之參考。

最後，消保法上之行政監督機制及消費爭議之處理對消費者保護發揮絕大之功能。在紛爭處理機制上雖與日本不同，但如何確保充分之預算及人力、積極宣傳爭取國民之理解、自我評量缺失及公開相關資訊、培育確保紛爭解決專才等應為共通之課題，更進一步觀察彼此之異同，以維持並彰顯現有制度之功能，仍有必要。

⁶⁵ 主張消保法上的商品責任為特殊責任類型之見解，參見黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（三），月旦法學教室，2003年11月，77頁、80頁。

⁶⁶ 依通商產業省之官方的解釋，受害人應證明製品有所缺陷的部位，其證明應達到依製品之特性，以社會通念得接受缺陷之存在的程度（通商產業省產業政策局消費經濟課編『製造物責任の解説』、通商產業調査会、1994年、97頁。）

⁶⁷ 黃立，前揭注 65。

日本製造物責任法

<p>(目的)</p> <p>第一条 この法律は、製造物の欠陥により人の生命・身体又は財産に係る被害が生じた場合における製造業者等の損害賠償の責任について定めることにより、被害者の保護を図り、もって国民生活の安定向上と国民経済の健全な発展に寄与することを目的とする。</p>	<p>(目的)</p> <p>第一條 本法係以規定因製造物之缺陷致人之生命、身體或財產遭受侵害時，製造業者等之損害賠償責任，謀求被害人之保護，達成促進國民生活之安定向上及國民經濟之健全發展為目的。</p>
<p>(定義)</p> <p>第二条 この法律において「製造物」とは、製造又は加工された動産をいう。</p> <p>2 この法律において「欠陥」とは、当該製造物の特性、その通常予見される使用形態、その製造業者等が当該製造物を引き渡した時期その他の当該製造物に係る事情を考慮して、当該製造物が通常有すべき安全性を欠いていることをいう。</p> <p>3 この法律において「製造業者等」とは、次のいずれかに該当する者をいう。</p> <p>一 当該製造物を業として製造、加工又は輸入した者（以下単に「製造業者」という。）</p> <p>二 自ら当該製造物の製造業者として当該製造物にその氏名、商号、商標その他の表示（以下「氏名等の表示」という。）をした者又は当該製造物にその製造業者と誤認させるような氏名等の表示をした者</p> <p>三 前号に掲げる者のほか、当該製造物の製造、加工、輸入又は販売に係る形態その他の事情からみて、当該製</p>	<p>(定義)</p> <p>第二條 本法所稱「製造物」係指經製造或加工之動產。</p> <p>2 本法所稱「缺陷」，係指考量該製造物之特性、該製造物通常可預見之使用型態、其製造業者等將該製造物加以交付之時期，以及其他與該製造物有關之諸般情事等，該製造物欠缺通常應有之安全性者。</p> <p>3 本法所稱「製造業者等」係指該當下列各款情事之一者。</p> <p>一 以製造、加工或進口該製造物為業者。（以下僅稱為「製造業者」）</p> <p>二 以自己作為該製造物之製造業者，而於該製造物上為其姓名、商號、商標或其他表示者（以下稱「姓名等之表示」），或於該製造物上為使人誤認為係其製造業者之姓名等表示者。</p> <p>三 除前款所揭示者外，從該製造物之製造、加工、進口、販賣型態或其他情事觀之，於該製造物有可認為係其實質</p>

<p>造物にその実質的な製造業者と認め ることができる氏名等の表示をした 者</p>	<p>製造者之姓名等表示者。</p>
<p>(製造物責任) 第三条 製造業者等は、その製造、 加工 輸入又は前条第三項第二号若し くは第三号の氏名等の表示をした製 造物であつて、その引き渡したものの 欠陥により他人の生命、身体又は財産 を侵害したときは、これによつて生じ た損害を賠償する責めに任ずる。た だし、その損害が当該製造物につい てのみ生じたときは、この限りでない。</p>	<p>(製造物責任) 第三條 製造業者等因交付其製造、加工、進口 或表示出前條第三項第二款或第三款 姓名等之製造物的缺陷，致侵害他人之 生命、身體或財產者，負因此所生之損 害賠償責任。但該損害係僅就該製造物 所生者，不在此限。</p>
<p>(免責事由) 第四条 前条の場合において、製造 業者等は、次の各号に掲げる事項を証 明したときは、同条に規定する賠償の 責めに任じない。 一 当該製造物をその製造業者等が 引き渡した時における科学又は技術 に関する知見によつては、当該製造物 にその欠陥があることを認識するこ とができなかつたこと。 二 当該製造物が他の製造物の部品 又は原材料として使用された場合に おいて、その欠陥が専ら当該他の製造 物の製造業者が行つた設計に関する 指示に従つたことにより生じ、かつ、 その欠陥が生じたことにつき過失が ないこと。</p>	<p>(免責事由) 第四條 就前條之情形，製造業者等證 明下列各款所揭事項時，不負同條所規 定之賠償責任。 一 依關於製造業者等交付該製造物 時之科學或技術知識，無法認識該製 造物具有缺陷之情形。 二 該製造物供作其他製造物之零件 或原料使用時，該缺陷係因依循關於專 門製造該其他製造物之製造業者所為 設計之有關指示所生者，且其對該缺 陷之發生並無過失之情形。</p>
<p>(期間の制限) 第五条 第三条に規定する損害賠償 の請求権は、被害者又はその法定代理 人が損害及び賠償義務者を知つた時 から三年間行わないときは、時効によ つて消滅する。その製造業者等が当該 製造物を引き渡した時から十年を経 過したときも、同様とする。</p>	<p>(期間之限制) 第五條 第三條所規定之損害賠償請 求權，自被害人或其法定代理人知悉損 害及賠償義務人時起三年內不行使 者，因時效而消滅。自製造業者等將該 製造物交付時起經十年者，亦同。 2 前項後段之期間，關於因累積於身</p>

<p>2 前項後段の期間は、身体に蓄積した場合に人の健康を害することとなる物質による損害又は一定の潜伏期間が経過した後に症状が現れる損害については、その損害が生じた時から起算する。</p>	<p>體始成為有害於人的健康之物質的損害或經過一定潛伏期間後症狀始顯現之損害，自該損害發生時起算。</p>
<p>(民法の適用) 第六條 製造物の欠陥による製造業者等の損害賠償の責任については、この法律の規定によるほか、民法（明治二十九年法律第八十九号）の規定による。</p>	<p>(民法的適用) 第六條 關於製造者等因製造物之缺陷所生之損害賠償責任，除依本法規定外，適用民法(明治二十九年法律第八十九號)之規定。</p>

日本製造物責任法，劉春堂譯，外國消費者保護法第三輯，消費者法規翻譯叢書之三，行政院消費者保護委員會編印，民國 84 年 12 月。

附件二

日本業界別製造物責任紛爭處理中心一覽表（依筆畫順序）

※各團體之網頁可利用下表中團體日文名稱於日文搜尋網站檢索

1. 日本化妝品工業連合會製造物責任諮詢室（包含添加醫藥外用品之藥用粉劑等）（日本化粧品工業連合会 PL 相談室）
2. 瓦斯石油器械製造物責任中心（ガス石油機器 PL センター）
3. 化學製品製造物責任諮詢中心（不含化妝品及食品）（化学製品 PL 相談センター）
4. 生活用品製造物責任中心（家具、逼離製品、餐桌、廚房製品、塑膠製品、文具、玩具、運動用品、釣具、衣服、鞋類、樂器、寵物用品等）（生活用品 PL センター）
5. 休閒舟艇製品諮詢室（含水上摩拖機車等）（プレジャーボート製品相談室）
6. 住宅用品製造物責任中心（門窗、廚具、衛浴設備）（住宅部品 PL センター）
7. 防災用品製造物責任中心（滅火器、噴水灑水器、自動火災警報設備等）（防災製品 PL センター）
8. 玩具製造物責任中心（玩具 PL センター）
9. 建材製造物責任諮詢室（建材 PL 相談室）
10. 家電製品製造物責任中心（家電製品 PL センター）
11. 消費生活用製品製造物責任中心（嬰幼兒用品、加劇、家庭廚房用品、運動休閒用品、高齡者用品、自行車等）（消費生活用製品 PL センター）
12. 財團法人汽車製造物責任諮詢中心（財團法人自動車製造物責任相談センター）
13. 醫藥品製造物責任中心（医薬品 PL センター）

第三項、美國法

壹、商品責任概說

美國是聯邦制國家，侵權行為法屬各州主權範圍，除非涉及跨州商務，否則聯邦並無干涉的權限，因此，在美國，商品責任相關法令原則是州法。美國各州的商品責任法，大多數仍維持習慣法的傳統，並無完整的商品責任法典。而且美國各州異法，雖然是大同小異，因而要瞭解美國法上對商品責任的主要規範，可參考「美國法律整編第三版（侵權行為法：商品責任）【**Restatement (Third) of Torts: Products Liability**】」（以下簡稱整編）的規定。

一、商品責任沿革

（一）概說

二次工業革命後，商品的複雜性及技術性更形增加，一般消費者已難由常識辨別商品的組織、結構，在商品發生缺陷欠缺安全性時，更難舉證證明商品製造人就商品的製造、設計有故意過失。在這樣的時空背景之下終於使得美國開始大力檢討其傳統法律規範，是否足以勝任於新型態商品交易社會中，保護廣大消費群眾的功能，所以就有了商品責任的發展。

1. 法院判決的演進

早期的英美法，商品製造人就商品的瑕疵需負損害賠償責任，只限於商品的買受人，而對於未具備契約關係的第三人，即便因商品瑕疵而受損害，亦不負損害賠償責任，商品製造人責任於當時發展並不完全。然而自19世紀開始，英美法院即陸續在商品本身即為危險物品的情況下，認為商品製造人若違反注意義務，即應負損害賠償責任，此可謂商品責任法制最早的起源。其中的具體案例則為英國法院於1816年Dixon vs. Bell 一案¹。此案例雖尚不能謂屬一般典型的商品製造人責任，但是判決中所提出危險物品流入第三人手中，造成第三人損害時，雖無契約關係，亦應負賠償責任的主張，其概念即為之後英美法商品責任案例所援用的法理。

然而，在之後的1842年Winterbottom vs. Wright一案²，英國法院仍以兩造間

¹ Dixon vs Bell(1816)5M.&S. 198; 105Eng.Rep. 1023。「The defendant might and ought to have gone farther; it was incumbent on him, who, by charging the gun,had made it capable of doing mischief, to render it safe and innocuous」 Dixon vs Bell(1816)5M.&S. 198;105Eng.Rep. 1023。本案事實為，槍枝主人 Bell 要求其女僕去取槍，而女僕在在取槍的過程中，不慎走火擊中了 Dixon 的兒子，致使其右眼失明，該案法官 Lord Ellenborough 認為雖兩造間並無契約關係，惟雇主因將危險的物流入市場，自應就該危險物品造成的損害負責

² Winterbottom vs. Wright,152 Eng. Rep.402.。

無契約關係，而判令被告無須負擔損害賠償責任。此判決作成三十餘年後的1852年，美國紐約州最高法院始於Thomas vs Winchester一案中³，突破過往強調兩造必須有契約關係的見解。該案的承審法官即援引前開Dixon vs. Bell案，認為商品製造人既開啟一危險源，使該商品對人的生命或身體健康有立即或本質上危險時（imminently or inherently dangerous），即須負損害賠償責任。此案可謂突破過往英美法所堅採的當事人間須有契約關係的見解，法院明白揭示即使商品製造人與被害人間無契約關係存在，商品製造人仍應對被害人因商品缺陷所生損害，負賠償責任。

之後，1916年紐約州最高法院在MacPherson vs. Buick Motor Co.一案中⁴，法院更將商品責任的範圍擴大，無論商品本質上是否具有危險性，商品製造人均應就該商品負有防免危險發生的義務⁵，亦即商品製造人責任的範圍，將不再限於所謂立即或本質上危險的商品，此判決確立了商品製造人責任過失侵權行為責任的理論基礎，對於後來商品責任歸責原理的變遷有深遠影響。

美國法上商品責任的發展歷程中，另有所謂擔保責任的型態。該擔保責任尚可區分為明示擔保責任（Express Warranty），仍為契約責任，受到共同利益關係privity of contract的約束，當事人間要有契約關係才可以主張，是基於出賣人同意而承擔的責任⁶。而默示擔保責任（Implied Warranty），即默示出賣人有義務擔保他的產品無瑕疵並能達到廣義標準的可容許性，為法定責任，不受privity of contract的拘束，當事人間不須有契約關係就可以主張。所謂默示擔保責任，則是法律基於公共政策的考量，即使兩造間無契約關係存在，為平衡買賣當事人間的利益，強制出賣人應負擔保責任。而美國統一商法典中即特別將默示擔保責任規範於第2-314條以下，並區分成商品宜售性的默示擔保(Merchantability)和適合特定用途的默示擔保(Purpose)。

然而，無論是適用前述侵權責任或擔保責任，均不足以充分保護消費者的權益，之後美國法院於Greenman v. Yuba PowerProducts⁷一案，採取嚴格責任(Strict

³ Thomas and wife v. Winchester. Court of Appeals, New York 6 N. Y. 397 (1852); pp. 397-412。該案事實為：原告 Thomas 的妻子於商店購買了一瓶蒲公英藥，但該蒲公英藥並非蒲公英藥，因為 Winchester 的雇員誤貼了標籤而誤取了藥物，結果導致 Thomas 的妻子於服用後出現了一連串的異狀。

⁴ MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)

⁵ If the nature of a thing is such that it is reasonably certain to place life and limb in peril when negligently made, it is then a thing of danger. Its nature gives warning of the consequence to be expected. If to the element of danger there is added knowledge that the thing will be used by persons other than the purchaser, and used without new tests, then, irrespective of contract, the manufacturer of this thing of danger is under a duty to make it carefully. That is as far as we need to go for the decision of this case If he is negligent, where danger is to be foreseen, a liability will follow, MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050 (1916)。

⁶ 依美國傳統司法實務，得依擔保責任求償的原告，僅限於與被告間有直接契約關係的人始得主張，直至 1932 年華盛頓州最高法院 Baxter v. Ford Motor Company 一案後，始有較大的突破，而逐漸將擔保責任擴大到與買賣雙方並無契約關係的第三人。該案法官判決認為製造商福特公司業已保證其所生產的汽車擋風玻璃具有防爆功能，買受人並信賴製造商關於商品品質的廣告說明，倘買受人者受有損害，則僅因兩造間無直接契約關係，製造商即無須對被害人負責，顯不公平，故允許被害人於此情況下，縱使與製造商間不具有契約關係，仍有權對製造商求償。

⁷ 59 Cal.2d 57, 63 (1963).

Liability) ，該告事實為，原告購買了一個組合工具 Shoptsmith，其功能是作木工車床(lathe)使用。1955 年買到，1957 年原告為了加工一塊大木頭，買了車床的附件並組裝起來。但是工作了幾次之後，大木頭掉下來砸到原告的頭部，導致嚴重損傷。原告認為這個商品存在缺陷，即起訴了零售商和生產商。本案承審法官認為，原告雖沒有證據證明零售商疏忽了或者破壞了品質保證，同樣也認為生產商不該為任何暗含的品質保證的缺陷負責，但是為了保證問題商品導致的損傷由能控制生產的廠商，而不是由沒有防衛能力的顧客負責。商品品質保證就是一種方式。在該案中，原告能夠證明他是按照操作手冊工作的，此亦為原告購買了何種商品及交易的過程並非重要。只要證明其損害是由進行工具應該被進行的操作時所發生即可，且原告並不知道這種導致商品不安全的缺陷，則廠商就該承擔責任。嚴格責任的性質屬於危險責任，於該案判決，於商品責任發展史上可謂一重要的里程碑，也是美國法制史上的一大突破。影響美國法院實務及未來商品責任立法甚為深遠，之後美國法學會所制定的侵權行為法整編，即將嚴格責任納入規定中，並廣為法院實務判決所引用。

2. 美國法整編商品責任的公布

美國在二十世紀初時，基於不乏學者認為美國審判實務所累積的判例，因判決內容之闡述之法律觀念不夠精確而仍有許多的疏漏，並由於實務界的法院、律師及學術界的學者專家間亦未能對習慣法的理論達成一致的見解。因此，學者間即提出有必要設立一個組織，專門從事整理、釐清及重編於判例中零散的法律概念，以期能建構完整的習慣法體系。基此，在1932年間，由美國前總統William H. Taft、數位聯邦最高法院大法官、各地高等法院法官以及美國律師協會成員，共同組成了美國法律協會（American Law Institute），該協會之設立宗旨即在於將歷來法院的判決先例，以類型化的方式加以彙整，並將其原則具體條文化，將特定領域範圍內的相關法律進行統合，其編寫的形式與立法機關制定的成文法極為相近，所以稱之為整編⁸。

該美國法律整編中，與商品責任之部分有關者，係於1965年所發表之侵權行為法整編（二）Restatement of the Law ,Second, Torts（二），即將前述嚴格責任之理論納入Restatement of the Law ,Second, Torts（二）第402A條⁹，彙整出商品

⁸ FISCHER & POWERS, Products Liability : Cases and Materials, 2d, West Publishing Co., 1994.42

⁹ § 402A. Special Liability Of Seller Of Product For Physical Harm To User Or Consumer

(1)One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if

(a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and

(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2)The rule stated in Subsection (1) applies although

(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and

(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.

責任之嚴格責任理論。在美國法院的實務中逐漸的意識到，Restatement of the Law ,Second, Torts (二) 第402A條，僅針對製造缺陷者為責任主體，而無法有效的規制，如設計上的瑕疵或因缺乏警告標示的商品、商品責任的主體及賠償範圍等¹⁰。經過30年後，因美國法院判例的與時變遷而有相當程序的發展，之後美國法律協會在1998年5月間，再度發表侵權行為法彙編(三)：商品責任Restatement of the Law, Third, Torts: Products Liability，除了重申嚴格責任之內涵，並再加以補充調整其許多內容外，其特色在於將商品責任以獨立專章的形式加以規範，以求商品責任規制的完整性。

二、美國法侵權行為法整編第三版商品責任的規範內容¹¹

(一)歸責原則

第一條 商品瑕疵所致的商業銷售者與批發商責任

從事商品銷售或其他散布的人，若其銷售或散布的商品具有瑕疵，應對該瑕疵所致的人身或財產損害負擔責任¹²。

從此條規定可知，美國的商品責任是無過失責任，但是必須以商品具有瑕疵為前提，因此，也可以主張科技抗辯。

(二)責任主體

第二十條 銷售者與其他散佈者的定義

為了本整編的目的：

(a) 銷售商品者，指當其於商業環境中移轉所有權，對方是為了使用或消費或為了最終的使用或消費而再銷售。商品銷售者包括，但並不限於製造者、批發商與零售商。

(b) 以不同方式散布商品者，指當其於銷售以外的商業交易情況中，提供商品給他人使用或消費，或是作為導向最終使用或消費的預備步驟。商業非銷售性散布商品者包含，但不限於，出租人、寄託人、以及那些提供商品給他人，作為促進商品使用或消費或特定其他商業活動的手段。

(c) 同屬銷售或散布商品者，指在商業交易中，提供結合商品與服務，而且商品

¹⁰ SHAPO, Products Liability and the Search for Justice, Carolina Academic Press, 1993.43

¹¹ Restatement (Third) of Torts: Products Liability, Current through August 2008, Copyright © 1998-2008 by the American Law Institute.

¹² § 1. Liability Of Commercial Seller Or Distributor For Harm Caused By Defective Products
One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes a defective product is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect.

與服務作為整體而交易，或商品本身即符合(a)或(b)項的標準。¹³

從此條規定可知，應負責任者不限於銷售商品者，還包括其他的散布商品者。提供結合商品與服務的服務業者，也適用商品責任。

第五條 零件之商業銷售者或散佈者對於包含該零件之商品導致損害之責任

從事經營銷售或散佈商品之人，對其銷售或散佈之零件組合而成之商品所導致之人身或財產損害必須負擔責任，當：

- (a)零件本身具有本章所定義之瑕疵，並且損害係由該瑕疵所導致；或
- (b)(1)零件之銷售者或散佈者實質上參與商品設計中零件之整合；且
- (b)(2)該零件之整合導致商品具有本章所定義之瑕疵；且
- (b)(3)該商品之瑕疵導致此損害¹⁴。

從此條規定可知，應負責任者除了銷售商品者外，也兼及於商品零件或成分的製造人。

第六條 商業銷售者或分裝者對瑕疵處方藥與醫療設備所致損害之責任

(a)處方藥或醫療設備之製造者，銷售或散佈具有瑕疵之藥品或醫療設備，對此瑕疵所致之人身或財產損害應該負擔責任。處方藥或醫療設備係指僅得透過醫護

¹³ § 20. Definition Of “One Who Sells Or s”

For purposes of this Restatement:

(a) One sells a product when, in a commercial context, one transfers ownership thereto either for use or consumption or for resale leading to ultimate use or consumption. Commercial product sellers include, but are not limited to, manufacturers, wholesalers, and retailers.

(b) One otherwise distributes a product when, in a commercial transaction other than a sale, one provides the product to another either for use or consumption or as a preliminary step leading to ultimate use or consumption. Commercial nonsale product distributors include, but are not limited to, lessors, bailors, and those who provide products to others as a means of promoting either the use or consumption of such products or some other commercial activity.

(c) One also sells or otherwise distributes a product when, in a commercial transaction, one provides a combination of products and services and either the transaction taken as a whole, or the product component thereof, satisfies the criteria in Subsection (a) or (b).

¹⁴ § 5. Liability Of Commercial Seller Or Distributor Of Product Components For Harm Caused By Products Into Which Components Are Integrated One engaged in the business of selling or otherwise distributing product components who sells or distributes a component is subject to liability for harm to persons or property caused by a product into which the component is integrated if:

(a) the component is defective in itself, as defined in this Chapter, and the defect causes the harm; or

(b)(1) the seller or distributor of the component substantially participates in the integration of the component into the design of the product; and

(b)(2) the integration of the component causes the product to be defective, as defined in this Chapter; and

(b)(3) the defect in the product causes the harm.

提供者指示之處方才能合法銷售或散佈。

(b)在(a)項之責任效力中，處方藥或醫療設備會被認為具有瑕疵，若銷售或散佈當時該藥品或醫療設備：

- (1)具有第二條(a)所定義之製造瑕疵；或
- (2)因為具有(c)項所定義之設計瑕疵而非合理安全；或
- (3)因為具有(d)項所定義之警告或指示瑕疵而非合理安全。

(c)處方藥或醫療設備具有設計瑕疵而非合理安全，當處方藥或醫療設備可預之損害危險與其合理之健康照顧提供者可預見之醫療利益充分有關，而知悉這些可預見危險及醫療利益者，不會開出這些藥品或醫療設備給任何類型之病患。

(d)處方藥或醫療設備因為缺少指示或警告而非合理安全，當其對於可以預見之損害危險，未將合理之指示或警告提供給：

- (1)開立處方者及其他健康照顧提供而處於可以透過指示或警告降低損害危險地位之人；或
- (2)病患，當製造者知悉或可以合理知悉健康照顧提供者並非處於可以透過指示或警告降低損害危險之地位。

(e)處方藥或醫療設備之零售商或其他散佈者，必須為其藥品或設備所致之損害負擔責任，當：

- (1)藥品或醫療設備銷售或散佈之時具有第二條(a)所定義之製造人責任；或
- (2)藥品或醫療設備銷售或散佈之時或之前，零售商或其他散佈者未為合理之照顧並且這些疏失導致人身損害¹⁵。

¹⁵ § 6. Liability Of Commercial Seller Or Distributor For Harm Caused By Defective Prescription Drugs And Medical Devices

(a) A manufacturer of a prescription drug or medical device who sells or otherwise distributes a defective drug or medical device is subject to liability for harm to persons caused by the defect. A prescription drug or medical device is one that may be legally sold or otherwise distributed only pursuant to a health-care provider's prescription.

(b) For purposes of liability under Subsection (a), a prescription drug or medical device is defective if at the time of sale or other distribution the drug or medical device:

- (1) contains a manufacturing defect as defined in § 2(a); or
- (2) is not reasonably safe due to defective design as defined in Subsection (c); or
- (3) is not reasonably safe due to inadequate instructions or warnings as defined in Subsection (d).

(c) A prescription drug or medical device is not reasonably safe due to defective design if the foreseeable risks of harm posed by the drug or medical device are sufficiently great in relation to its foreseeable therapeutic benefits that reasonable health-care providers, knowing of such foreseeable risks and therapeutic benefits, would not prescribe the drug or medical device for any class of patients.

(d) A prescription drug or medical device is not reasonably safe due to inadequate instructions or warnings if reasonable instructions or warnings regarding foreseeable risks of harm are not provided to:

- (1) prescribing and other health-care providers who are in a position to reduce the risks of harm in accordance with the instructions or warnings; or
- (2) the patient when the manufacturer knows or has reason to know that health-care providers will not be in a position to reduce the risks of harm in accordance with the instructions or warnings.

(e) A retail seller or other distributor of a prescription drug or medical device is subject to liability for harm caused by the drug or device if:

- (1) at the time of sale or other distribution the drug or medical device contains a manufacturing defect as defined in § 2(a); or
- (2) at or before the time of sale or other distribution of the drug or medical device the retail seller or other distributor fails to exercise reasonable care and such failure causes harm to persons.

第七條 從事銷售或散佈者對於瑕疵食品導致損害之責任

從事食品之銷售或散佈之人，其所銷售或散佈之食品具有第二條、第三條或第四條規定之瑕疵時，應對其瑕疵商品所致之人身或財產損害負擔責任。在第二條(a)項構成損害之要素中，食品會被認為具有瑕疵，當一個合理之消費者可以預期到食品具有該項要素¹⁶。

第八條 從事銷售或散佈者對於瑕疵舊商品之責任

從事銷售或散佈經使用之商品者，應對其所銷售或散佈經使用之商品所致之人身或財產所害負擔責任：

- (a)因銷售者疏於合理照顧；或
- (b)具有第二條(a)之製造瑕疵或具有第三條可能推論之瑕疵，並且銷售者之商品行銷可能導致一個合理之個人在購買者相同地位時，預期到這個經使用之商品具有比新商品更大之風險；或
- (c)具有第二條或第三條之瑕疵，且該經使用之商品經由銷售者或商品散佈之商業供應鏈之前手再製造過；或
- (d)因經使用之商品不符合第四條所定適用於經使用商品之商品安全法規。經使用之商品係指，在歸屬於本章之銷售或散佈之前，已經銷售或散佈給並非商業供應鏈之購買者，並且已經使用過一段期間¹⁷。

第十二條 繼承者對於前手銷售具有瑕疵商品所致損害之責任

繼承公司或取得其他公司或企業實體財產之企業實體，必須為前手已銷售或散佈之瑕疵商品所致之人身或財產損害負擔責任，當其取得：

¹⁶ § 7. Liability Of Commercial Seller Or Distributor For Harm Caused By Defective Food Products

One engaged in the business of selling or otherwise distributing food products who sells or distributes a food product that is defective under § 2, § 3, or § 4 is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect. Under § 2(a), a harm-causing ingredient of the food product constitutes a defect if a reasonable consumer would not expect the food product to contain that ingredient.

¹⁷ § 8. Liability Of Commercial Seller Or Distributor Of Defective Used Products

One engaged in the business of selling or otherwise distributing used products who sells or distributes a defective used product is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect if the defect:

- (a) arises from the seller's failure to exercise reasonable care; or
- (b) is a manufacturing defect under § 2(a) or a defect that may be inferred under § 3 and the seller's marketing of the product would cause a reasonable person in the position of the buyer to expect the used product to present no greater risk of defect than if the product were new; or
- (c) is a defect under § 2 or § 3 in a used product remanufactured by the seller or a predecessor in the commercial chain of distribution of the used product; or
- (d) arises from a used product's noncompliance under § 4 with a product safety statute or regulation applicable to the used product.

A used product is a product that, prior to the time of sale or other distribution referred to in this Section, is commercially sold or otherwise distributed to a buyer not in the commercial chain of distribution and used for some period of time.

- (a)附有繼承者承認這些責任之契約；或
- (b)為前手為逃避債務或責任而詐欺移轉之結果；或
- (c)構成與前手之聯合或合併；或
- (d)結果為繼承者屬前手之延續¹⁸。

第十四條 將他人製造之商品當作自己之商品銷售或散佈

將他人製造之商品當作自己之商品銷售或散佈之人，視同該商品之製造者並應承擔相同之責任¹⁹。

從本條規定可知，如將他人製造之商品作為自己之商品而銷售或散佈，將視為該商品的製造人，須負無過失責任；從上開規定可知，美國的商品針對責任主體的規範，相較於我國，可謂周延。應具有我國法參考的價值。

(三)保護對象

商品責任的保護對象，如第二十條所定義的商品銷售者與其他散佈者的相對人，即是為了使用或消費，或為了最終的使用或消費而再銷售，而取得商品的人。配合第十九條對商品的定義可知，商品既是供使用或消費的有形動產或類似的物，則保護對象限於因使用或消費商品的人，即限於消費者。

(四)商品範圍

第十九條 商品的定義

為了本整編的目的：

- (a)商品是為了使用或消費而經由商業散布的有形動產。其他物品，例如不動產與電力，當其散布與使用的情形，充分類似於有形動產的散布與使用時，也是商品，而適宜去適用本整編規定的規則。
- (b)服務，即使以商業目的提供，也非商品。

¹⁸ § 12. Liability Of Successor For Harm Caused By Defective Products Sold Commercially By Predecessor

A successor corporation or other business entity that acquires assets of a predecessor corporation or other business entity is subject to liability for harm to persons or property caused by a defective product sold or otherwise distributed commercially by the predecessor if the acquisition:

- (a) is accompanied by an agreement for the successor to assume such liability; or
- (b) results from a fraudulent conveyance to escape liability for the debts or liabilities of the predecessor; or
- (c) constitutes a consolidation or merger with the predecessor; or
- (d) results in the successor becoming a continuation of the predecessor.

¹⁹ § 14. Selling Or Distributing As One's Own A Product Manufactured By Another

One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes as its own a product manufactured by another is subject to the same liability as though the seller or distributor were the product's manufacturer.

(c)人類的血液與人體組織，即使以商業目的而提供，也不適用本整編的規則²⁰。

從此條規定可知，商品指動產，不動產原則上不包括在內，除非是可以移動的車屋（mobile home）。

(五)瑕疵概念

第二條 商品瑕疵的種類

當商品銷售或散布時，商品具有製造瑕疵、設計瑕疵或警告指示上的瑕疵，該商品會被認為具有瑕疵存在。一個商品：

- (a) 即使在準備與銷售商品時已盡所有可能的注意，當商品偏離預期的設計，即具有製造上的瑕疵。
- (b) 當商品預期造成損害的風險，可以透過銷售者或其他散布者或商業供應鏈的前手，經由合理的替代設計予以降低或避免，而不採此替代設計致使商品不具有合理的安全性，即具有設計上的瑕疵。
- (c) 當商品預期造成損害的風險，可以透過銷售者或其他散布者或商業供應鏈的前手，經由提供合理的指示或警告予以降低或避免，而不指示或警告致使商品不具有合理的安全性，即具有指示或警告不適宜的瑕疵。²¹

從此條規定可知，符合當時科技或專業水準的商品，如無不指示或警告致使商品不具有合理的安全性，即不構成瑕疵，而可以免責，因此，商品製造人也可

²⁰ § 19. Definition Of “Product”

For purposes of this Restatement:

- (a) A product is tangible personal property distributed commercially for use or consumption. Other items, such as real property and electricity, are products when the context of their distribution and use is sufficiently analogous to the distribution and use of tangible personal property that it is appropriate to apply the rules stated in this Restatement.
- (b) Services, even when provided commercially, are not products.
- (c) Human blood and human tissue, even when provided commercially, are not subject to the rules of this Restatement.

²¹ § 2. Categories Of Product Defect

A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:

- (a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;
- (b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;
- (c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.

以主張科技抗辯。

(六)損害賠償範圍

第二十一條 人身或財產損害的定義：經濟上損失的回復

為了本整編的目的，人身或財產損害包括經濟上損失，當侵害到：

- (a)原告的人身；或
- (b)他人的人身，當對他人的侵害損及原告受侵權法保護的利益；或
- (c)原告除瑕疵商品本身以外的財產²²。

從此條規定可知，商品自體損害不在商品責任損害賠償範圍，然而，對於原告的人身或財產的侵害，賠償的範圍都包括經濟損失。對於他人的人身的侵害，也可以請求經濟損失。

(七)舉證責任

第十七條 責任的分擔，在原告、瑕疵商品的銷售者、散布者、以及其他當事人之間

- (a) 當原告行為與商品瑕疵相結合而導致損害，且原告的行為不符合適宜注意標準的一般適用規則，原告就商品瑕疵造成損害的賠償金額，得予以減輕。
- (b) 對於(a)項的減輕方式與範圍，以及數被告對於原告損害賠償的分擔，依分擔責任的一般適用規則²³。

從此條規定可知，被告可以原告與有過失，主張減輕賠償金額。

(八)免責事由

²² § 21. Definition Of “Harm To Persons Or Property”: Recovery For Economic Loss

For purposes of this Restatement, harm to persons or property includes economic loss if caused by harm to:

- (a) the plaintiff's person; or
- (b) the person of another when harm to the other interferes with an interest of the plaintiff protected by tort law; or
- (c) the plaintiff's property other than the defective product itself.

²³ § 17. Apportionment Of Responsibility Between Or Among Plaintiff, Sellers And Distributors Of Defective Products, And Others

- (a) A plaintiff's recovery of damages for harm caused by a product defect may be reduced if the conduct of the plaintiff combines with the product defect to cause the harm and the plaintiff's conduct fails to conform to generally applicable rules establishing appropriate standards of care.
- (b) The manner and extent of the reduction under Subsection (a) and the apportionment of plaintiff's recovery among multiple defendants are governed by generally applicable rules apportioning responsibility.

第十八條 免除責任、限制責任、拋棄權利及其他約定免責約款，作為商品責任對人身損害請求的抗辯

銷售者或散布者所為的免除或限制賠償責任，商品購買者所為的放棄權利，或其他類似的約定免責聲明，無論是口頭或書面，並不排除或減輕對於新商品的銷售者或散布者，就人身損害的商品責任請求。²⁴

從此條規定可知，新商品對人身造成損害的商品責任，不得以免責約款加以排除或減輕。

三、小結

經由前揭本文對於美國法侵權行為法整編第三版商品責任的規範內容的介紹後，可得以下結論，作為我國商品責任的借鏡。首先，美國法上就歸責原則明採無過失責任，與我國民法第 191 條之 1 所採的推定過失責任有別；其次，針對商品責任的主體而言，美國法有較為我國詳盡的規範，足供參考；再者，針對商品責任是否及於不動產，美國法則採否定的見解，與我國目前現行實務適用的情形也有不同；最後，針對商品自傷是否納入保護範疇的議題，美國法已明白表示否定見解。

²⁴ § 18. Disclaimers, Limitations, Waivers, And Other Contractual Exculpations As Defenses To Products Liability Claims For Harm To Persons
Disclaimers and limitations of remedies by product sellers or other distributors, waivers by product purchasers, and other similar contractual exculpations, oral or written, do not bar or reduce otherwise valid products-liability claims against sellers or other distributors of new products for harm to persons.

第四項、小結

壹、德國法的啟示

關於商品責任，在德國，聯邦最高法院 1968 年於其著名之雞瘟案件（Hühnerpest-Fall），創設推定過失責任，四十年來累積了甚為豐富之判例學說，雖於 1989 年制定產品責任法（Produkthaftungsgesetz），但實務上仍多適用民法上之產品責任，亦有所謂之雙軌體系¹。

德國之產品責任法已逐漸脫離傳統契約法理論，轉而成為侵權行為法之重要分支。產品責任符合侵權責任之基本屬性，同時又在責任主體、構成條件以及歸責方法上，具有一定之特殊性，故為一種特殊侵權行為。

德國法以及實務上問題，在現代社會出現侵權責任、違約責任、保險制度與社會保障制度等相互依存整合之際，如何界定侵權行為法之目的與功能，是側重事故之預防，還是損害賠償，是注重公平還是效率，德國法在這一方面給我國很大啟示。

針對我國目前塑化劑事件之產品責任，其特徵為累積性損害、侵害時點與發現侵害結果時點往往相距長達數十年之久，以致因果關係之判斷發生困難，其所生之法律爭議，應如何處理？歸責事由應採無過失責任或推定過失責任，或所謂舉證轉換等問題。本文建議，修法成立「消費者保護基金」

從解決紛爭之角度言之，因果關係如何認定，方能保障消費者權益，以現行之規範依據，無論民法或特別法均無法解決「相當因果關係」或「舉證責任」等問題。從解決問題之實務上考量，消費者文教基金會提出「塑化劑毒飲一業者盡得其利，消費者盡受其害！補償機制應速建立！」，以及「消基會版『消費者保護基金草案』啟動立法！」之呼籲。

另外，本研究計畫認為，一方面響應應成立消費者保護基金另一方面，應修改《消費者保護法》第 2 條新增第 13 款、增訂第 3 條之 1、修正第 49 條前段、增訂第 50 條之 1²。

¹ 此為王澤鑑之觀察，侵權行為法，第 2 冊，特殊侵權行為，頁 313-315，2006 年 7 月。惟本案認為，此雙軌制仍與我國法於民法中特設商品責任的情形有別。

² 其內容如下：

（一）於原《消費者保護法》第 2 條新增第 13 款

第 2 條新增第 13 款

消費者保護基金：指以為保護消費者為目的而設置之基金。

（二）新增訂第 3 條之 1

【第 1 項】

消費者保護基金之來源如下：

（一）企業經營者因消費者保護團體依本法第五十條之一提起訴訟所返還之利益。

貳、日本法的發展的啟發

藉由上述對日本製造物責任法之考察，可得以下得供參考之處。首先在適用對象上，日本法將製造物責任定為為侵權行為責任，與我國民法第一九一條之一的適用對象有類似性，在責任體系上亦具有一致性。而在就製造物責任採取雙軌制之我國的法律體系下，消費者保護法網羅與製品有關之全部業者為賠償義務人的規定方式，結果上雖可達到保障受害人之目的，但亦因此模糊了製造物責任之本質，同時也會造成責任主體間如何分配連帶責任分擔部分的問題，其應如何處理仍有待理論及實務上的發展。另就受害人部分，僅適用於消費關係之消保法的規定，雖透過解釋消費關係的概念而有擴張適用範圍的可能性，但不可否認的，最終仍會有雖非屬消費關係卻係因欠缺安全性之製品而受害的情形，就此問題，民法第一九一條之一即可作為尋求救濟之依據，因此目前雙軌制的立法模式並非全無實益。

製品之安全性的與製品之危險性實屬表裡一體的問題，就相關判斷之基準，文字表達上或有不同，但「通常可合理期待之安全性」應為製造物責任之共同標準，在此標準下，因未採推定規定之結果，受害人仍須證明「該製造物欠缺通常應有之安全性」。然日本法在適用時，針對例如有無必要證明特定欠缺安全性之部位，實務認不須特定欠缺安全性之部位及具體缺陷原因已成一般性見解，其有可供借鏡之處。

消保法上之製造物責任的消滅時效期間，是否適用民法第一九七條固有所爭議，但有關消滅時效另易生問題者為欠缺安全性之製品所造成之損害如係經一段期間始浮現的情形，則因起算時點之差異，引響受害人請求救濟之可能性。就

-
- (二) 企業經營者繳納之徵收金。
 - (三) 政府為保護消費者權益所為之提撥。
 - (四) 捐贈收入。
 - (五) 本基金之孳息收入。
 - (六) 其他有關收入。

【第 2 項】

主管機關為管理消費者保護基金，得委託消費者保護團體或捐助成立財團法人辦理之。

【第 3 項】

委託管理辦法，由主管機關另訂之。

(三) 修正第 49 條前段

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、第五十條之一之訴訟、或第五十三條不作為訴訟：

(四) 增訂訂 50 條之 1

消費者保護團體於經消保官同意，得對企業經營者，以自己名義提起訴訟，請求因其違反消費者保護相關法令之行為而所受利益範圍內所得之利益。

此日本之製造物責任法第五條第二項以自損害顯露時為起算點之規定，值得作為修法時之參考。

最後，消保法上之行政監督機制及消費爭議之處理對消費者保護發揮絕大之功能。在紛爭處理機制上雖與日本不同，但如何確保充分之預算及人力、積極宣傳爭取國民之理解、自我評量缺失及公開相關資訊、培育確保紛爭解決專才等應為共通之課題，更進一步觀察彼此之異同，以維持並彰顯現有制度之功能，仍有必要。

參、美國法對我國法的借鏡

經由前揭本文對於，美國法侵權行為法整編第三版商品責任的規範內容的介紹後，可得以下結論，作為我國商品責任的借鏡，首先、美國法上就歸責原則明採無過失責任，與我國民法第 191 條之 1 所採的推定過失責任有別；其次、針對商品責任的主體而言，美國法有較為我國詳盡的規範，足供參考；再其次、針對商品責任的是否及於不動產美國法，則採否定的見解，與我國目前現行實務適用之情形也有不同；最後，針對商品自傷是否納入保護範疇的議題，美國法，已明白表示否定見解。

第四章、現行法規範模式檢討

第一節、學者專家意見

本案為期廣納各方學者專家針對本研究議題的最新意見，本案於民國 100 年 9 月 23 日（星期五）上午 9 時 30 分假法務部 2 樓簡報室，舉辦學者專家座談會，與會學者專家有：輔仁大學法律學系劉教授春堂、國立政治大學法律學系楊教授淑文、國立臺灣大學法律學系教授陳教授忠五、國立中正大學財經法律學系曾教授品傑、翰笙法律事務所主持律師姜律師志俊、行政院消費者保護委員會吳組長政學。

而就當日討論題綱，本文僅將結論彙整如下：

一、現行民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範是否妥當？

與會專家多認為，目前民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範尚屬妥當，惟楊淑文教授則認為就定型化契約部分認為不妥當；而陳忠五教授認為就商品責任部分認為不妥當。

二、對於目前實務運作情形是否滿意？

與會專家多認為，目前民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範尚屬滿意，惟分別就定型化契約與商品責任等規範適用上的問題，不乏認為實務見解仍有若干欠周之處，尚有改進的空間。

三、是否有修法的必要？

與會專家多認為，目前民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範是應有針對細部規範作修正的必要。惟劉春堂教授表示目前應無修法必要，又即便修法，本案重點毋寧在於消費關係與非消費關係的解釋；姜志俊律師則認為，如要修法必須要進行法規影響評估後再做出決定為宜。

四、下列修法方式，以何者為宜？

- (一)維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。
- (二)採統一規範模式，保留消費者保護法的相關規定，刪除民法的相關重複規定。
- (三)採統一規範模式，保留民法的相關規定，刪除消費者保護法的相關重複規定。

對於修法的方式，與會專家各有不同意見，然可以確定的是，多數意見認為，應可將部分消保法的規定，納入民法為規範。針對下列討論題綱，較明確的修法意見如下：

楊淑文教授認為，第一順位的修法方式，應採統一規範模式，保留民法的相關規定，刪除消費者保護法的相關重複規定。第二順位的修法方式為，維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留，但是有定型化契約規範細部問題仍須透過修法解決。

陳忠五教授認為，商品責任，應採統一規範模式，保留民法的相關規定，刪除消費者保護法的相關重複規定。至於有定型化契約規範，可仍維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。但是民法及消保法皆有修法的必要。

曾品傑教授認為，維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。僅須定型化契約及商品責任規範細部問題，小幅度的作修法調整解決即可。

第二節、立法政策評估

第一項、修法的必要性

壹、多數學者專家贊同修法

藉由本研究案於民國 100 年 9 月 23 日(星期五)上午 9 時 30 分假法務部 2 樓簡報室，所舉辦學者專家座談會，從各該與會學者專家在座談中所表示的意見，可清楚得知，多數學者對於修法具有相當程度的共識。

貳、現行實務的操作標準不一，損及個案正義

我國法定型化契約規範，實務與學說對是否構成消費關係見解歧異，又在民法第二百四十七條之一及消費者保護法第十二條有關定型化契約條款效力控制，實務在適用上略顯保守；至於我國民法商品責任的雙軌制規範，其特點在於採推定過失與無過失責任的分別立法，在保護對象、客體範圍、舉證責任…等要件上皆有不同。但是這樣的立法模式，在目前的實務運作之下雖看似順暢，但不難發現，實務見解對於商品責任保障的主體、客體範圍的解釋上，卻是各自表述。因此，法院操作標準不一，可能損及個案正義，此法的不確定性也將有損司法威信。所以，本研究團隊認為，民法定型化契約與商品責任皆有修法的必要性。

第二項、可行性評估

壹、立法成本低

經由前揭學者專家座談會的討論結果可知，學者對於修法已有相當的共識，為求有效達成商品責任與定型化契約規範的妥當性，本研究團隊認為，基於上開共識下，如將來政策上決定修法，籌組修法委員會不會有困難。本研究團隊也已草擬作為未來修法參考的立法草案，可供參考，將來如要修法，立法成本不高。

貳、轉換成本低

本案提出的修法草案，都是針對目前有高度共識的部分或符合實務見解的部分，並非對現行法令為重大變更，因此，對於行政和司法人員及其他法律人，甚至一般民眾，都淺顯易懂。因此，立法通過後，不必花費太多宣導成本，一般人

即可適應新法，轉換成本很低。

參、有效減低執法成本

目前各級法院針對民事商品責任與定型化契約的規範與消費者保護法的適用關係多有不同見解，此一法的不確定性，影響國民的權益，實有加以統整釐清的必要。經由本案系統化歸納目前實務相關爭議問題，已清楚呈現其中疏漏或重複規定的部分。而債編修法後已施行十二餘年，對於本案所涉議題仍未見明朗。因此，透過修法一途不僅可使消費大眾與企業經營者都能清楚知悉自身的權利義務，更能提高行政效能，增進各主管機關與法院對商品責任與定型化契約內容的實質管控能力。

鑑於民法上的商品責任與定型化契約規範與消費者保護法上的規範不盡一致，本案所提修法草案，可促進法院或主管機關執法管制的順暢，有效減低執法成本。

肆、個案正義的達成

我國民法定型化契約規範，實務與學說對是否構成消費關係見解歧異，又對於商品責任保障的主體、客體範圍等解釋上，也是各自表述，已如前述。法院在適用法律之際見解的歧異，不僅使的人民無所適從，亦有損個案正義。所以，透過修法，將有助於個案正義的達成。

第五章、修法草案試擬

基於某些學者專家對於大幅度的修法，仍有疑慮，本案以就民法現行條文為最小幅度的修正為原則，草擬修正與增訂若干條文，以供未來修法參考。

以下分別就定型化契約和商品責任部分，提出增修訂條文及立法說明：

第一節、定型化契約部分

定型化契約部分，主要將消費者保護法的基本規定納入，整合現行民法第二百四十七條之一和消費者保護法第十二條規定，並增訂消費者和消費性定型化契約的定義，增修訂條文對照表如下：

增訂條文	現行民法及消費者保護法相關條文	說明
<p>第一條</p> <p>I 稱消費者，謂為了個人或家庭使用，而非為了轉售或加工後轉售而交易商品或服務者。</p> <p>II 稱企業經營者，謂以設計、生產、製造、輸入、經銷商品、提供服務為營業者。</p> <p>III 稱定型化契約條款者，謂依照當事人一方事先預擬而於締結契約時提出之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。</p> <p>IV 稱定型化契約者，謂以一方當事人所提出之定型化契約條款為契約內容全部或一部而訂定之契約。</p> <p>V 稱消費性定型化契約者，謂依照企業經營者提出之定型化契約條款作</p>	<p>消費者保護法第二條</p> <p>一、消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。</p> <p>二、企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。</p> <p>七、定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。</p> <p>九、定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約。</p>	<p>一、現行法雖有消費者定義之明文，但該定義中何謂消費，卻未見說明，致生實務運作中，各級法院與學者見解對消費關係之認定常有歧異，例如消費者與銀行間之保證契約或金融性的消費借貸。因而明訂為了個人或家庭使用，而非為了轉售或加工後轉售而交易商品或服務，方為消費之定義。</p> <p>二、移列消費者保護法第二條第二款企業經營者的規定，作為第二項。</p> <p>三、定型化契約條款規制之根據為該條款係一方當事人事先預擬，他方當事人因處於資訊上的弱勢、專業能力不足、經濟能力差距或交易成本考量等各種因素，致生約款使用人單方形成契約內</p>

<p><u>為契約內容全部或一部而與消費者訂定之契約。</u></p>		<p>容之情形，此情形之產生不因他方當事人是否特定、是否屬同類契約而有所不同。現行條未規範定型化契約條款提出之時點，易茲疑義，爰予明定。</p> <p>四、移列消費者保護法第二條第九款定型化契約之規定，作為第四項。</p> <p>五、明定消費性定型化契約之定義，使與消費性定型化契約相區別，適用不同之規制強度。</p>
<p>第二條</p> <p>I 企業經營者與消費者訂立<u>消費性定型化契約</u>前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。</p> <p>II 違反前項規定，所有定型化約款均不構成契約內容，但消費者得主張定型化約款中之特定條款，仍構成契約內容。</p> <p>III 中央目的事業主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告消費性定型化契約之審閱期間。</p>	<p>消費者保護法第十一條之一</p> <p>I 企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。</p> <p>II 違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。</p> <p>III 中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。</p>	<p>一、為確保消費者具實質上的締約選擇機會 (meaningful choice)，爰移列消費者保護法第十一條之一的規定。又非消費性定型化契約是否成立，仍須依民法第一百五十三條以下之相關規定加以判斷。</p> <p>二、移列消費者保護法第十一條之一第二項之規定，成為第二項，並作文字修正，使條文內容更加明確。</p> <p>三、移列消費者保護法第十一條之一第三項之規定，成為第三項，並將中央主管機關改為中央目的事業主管機關。</p>
<p>第三條</p> <p>I 定型化契約條款內容與社會通念、一般交易習慣</p>	<p>消費者保護法第十四條</p> <p>定型化契約條款<u>未經記載</u>於定型化契約中而依</p>	<p>一、現行法對異常條款規定易誤認如經記載於定</p>

<p>產生重大偏離者，該條款不構成契約之內容。</p> <p>II 定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，亦同。</p> <p>III 前二項情形，他方當事人得主張該條款中特定條款仍構成契約內容。</p>	<p>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。</p> <p>消費者保護法施行細則第十二條</p> <p>定型化契約條款因字體、印刷或其他情事，致難以注意其存在或辨識者，該條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。</p>	<p>型化契約中，即不構成異常條款，且現行實務與學說對異常條款之認定皆不以未經記載於定型化契約中為限，爰將消費者保護法第十四條稍作修正，成為第一項。</p> <p>二、異常條款構成之原因常係因字體或印刷等形式上之情事，惟不以上述情形為限，如定型化契約之實質內容與社會通念、一般交易習慣產生重大偏離而依正常情形顯非他方所得預見仍得構成異常條款。</p> <p>三、移列消費者保護法第十四條及消費者保護法施行細則第十二條但書之規定，成為第三項。</p>
<p>第四條</p> <p>I 定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，<u>定型化契約條款使用人</u>應於<u>定型化契約成立前</u>向他方當事人明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經他方當事人同意受其拘束者，該條款即為契約內容。</p> <p>II 前項情形，<u>定型化契約條款使用人</u>經他方當事人請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件。</p>	<p>消費者保護法第十三條</p> <p>I 定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。</p> <p>II 前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本或將該影本附為該契約之附件。</p>	<p>一、為確保雙方當事人對定型化契約達成意思表示合致，爰移列消保法第十三條的規定，並將企業經營者改為<u>定型化契約條款使用人</u>，並<u>明定約款使用人</u>提請他方當事人之注意時點為定型化契約成立前。後段之同意，依民法第一百五十三條之規定，包括明示及默示。</p> <p>二、移列消費者保護法第十三條第二項，成為第二項。</p>
<p>第五條</p> <p>定型化契約內之定型化</p>	<p>消費者保護法第十一條</p> <p>II 定型化契約條款如有</p>	<p>條款使用人在制定條款</p>

<p>契約條款如有疑義時，應為有利於他方當事人之解釋。</p>	<p>疑義時，應為有利於消費者之解釋。</p>	<p>前勢必經過詳細且縝密的思量，相較於他方當事人而言係處於資訊優勢之一方，故於約款發生疑義之情形，應優先保障他方當事人之利益，此不因是否屬消費性或非消費性定型化契約而有所不同，爰移列消費者保護法第十一條第二項之規定。</p>
<p>第六條 定型化契約條款，<u>具左列情事之一</u>，對他方當事人顯失公平者，無效。 一、當事人間給付與對待給付顯不相當者。 二、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，至契約目的難以達成者。 三、他方當事人應負擔非其所能控制之危險者。 四、他方當事人違約時，應負擔不相當之賠償責任者。 五、其他於他方當事人有重大不利益者。</p>	<p>民法第二百四十七條之一 依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效： 一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。 二、加重他方當事人之責任者。 三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。 四、其他於他方當事人有重大不利益者。 消費者保護法第十二條 I 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。 II 定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平： 一、違反平等互惠原則者。 二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。 三、契約之主要權利或義</p>	<p>現行民法第二百四十七條之一規定，第一款至第三款皆為定型化契約之情況描述，難以判斷定型化契約條款是否違反誠信原則而顯失公平且第一款與第三款區分困難，常發生競合之情事。爰參酌消保法第十二條，消費者保護法施行細則第十四條，修正民法第二百四十七條之一。</p>

	<p>務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。</p> <p>消費者保護法施行細則第十三條</p> <p>定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。</p> <p>消費者保護法施行細則第十四條</p> <p>定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：</p> <p>一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。</p> <p>二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。</p> <p>三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。</p> <p>四、其他顯有不利於消費者之情形者。</p>	
<p>第七條</p> <p>定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。<u>但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。</u></p>	<p>消費者保護法第十六條</p> <p>定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。<u>但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。</u></p> <p>民法第一百一十一條</p> <p>法律行為之一部無效者，全部皆為無效，但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效。</p>	<p>現行民法第一百一十一條對法律行為一部無效設有規定，但定型化契約效力之判斷著重於雙方當事人給付與對待給付之公平性，爰增設但書規定。</p>

第二節、商品責任部分

商品責任部分，不修正現行民法第一九一條之一的規定，用來規範非消費性商品責任，關於消費性商品責任，增訂三條規定消費性商品定義、消費性商品責任及消滅時效的規定，增訂條文對照表如下：

增訂條文	現行民法及消費者保護法相關條文	說明
維持現行條文	<p>民法第一九一條之一</p> <p>I 商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。</p> <p>II 前項所稱商品製造人，謂商品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其所自己生產、製造、加工者，視為商品製造人。</p> <p>III 商品之生產、製造或加工、設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有欠缺。</p> <p>IV 商品輸入業者，應與商品製造人負同一之責任。</p>	保留現行民法第一九一條之一之規定，用來規範非消費性商品製造人之責任。
<p>第一條</p> <p>I 稱消費性商品者，謂供最終使用、消費而經由商業化流通之有形動產。</p> <p>II 前項規定，於其他物</p>		一、消費性商品，應以供最終使用、消費並而經由商業化流通之商品。而基於其責任為無過失責任，應限於有形動產為

<p>品，如其流通或使用之情形，類似於有形動產者，準用之。</p>		<p>宜，不包括不動產。 二、其他物品，如其流通或使用之情形，類似於有形動產者，如電力、可移動車屋，雖非有形動產，但其販賣或流通的方式類似於動產者，則仍視為消費性商品，適用無過失責任。</p>
<p>第二條</p> <p>I 消費性商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致者，不在此限。</p> <p>II 前項商品之經銷人與商品製造人，負連帶賠償責任。</p> <p>III 消費性商品製造人及經銷人，因新商品之通常使用或消費所致消費者人身損害之賠償責任，不得以契約條款減輕或排除。</p>		<p>一、現行法民法商品製造人之規定，未就消費性商品製造人責任及非消費性商品製造人責任，加以區別，作不同規定，一概適用推定過失之責任，有欠周延。消費性商品與非消費性商品製造人應負之責任不應相同，爰增定消費性商品製造人之責任規定，並明採無過失責任。</p> <p>二、應對消費性商品負無過失責任之人，不限於製造人，經銷人使商品流通於市面，為危險散布者，應與製造人負連帶賠償責任。爰增定本項規定，加以規範。</p> <p>三、商品製造人及經銷者就其新流入市面之商品所負之責任，自與已存在市面之商品有異。因而就因新商品所致之人身損害不得以契約條款減輕或免除，以維全體國民之權益。</p>

第三條

I 前條規定之損害賠償請求權，自被害人或其法定代理人知悉損害及賠償義務人時起三年內不行使者，因時效而消滅。自消費性商品製造人等將該商品交付時起經十年者，亦同。

II 前項後段之期間，關於因累積於身體始成為有害於人的健康之物質的損害或經過一定潛伏期間後症狀始顯現之損害，自該損害發生時起算。

一、消費性商品責任的消滅時效期間，基於欠缺安全性之商品所造成之損害，如係經一段期間始浮現的情形，為有效保護國民權益計，將認定主體及於被害人或其法定代理人，並將時效期間延長為三年，有別於民法第一九七條第一項二年的規定。

二、因起算時點之差異，影響被害人請求救濟之可能性。爰參考日本之製造物責任法第五條第二項，以自損害顯露時為起算點之規定，以有效維護國民權益。

第六章、結論

本案結論分述如下：

壹、定型化契約我國法的部分

本案首先以探討契約自由及其限制為基礎，探求定型化契約規制的依據，除傳統學者所表示的締約成本、締約地位及契約正義外，另提出市場失靈為考量因素，並強調契約自由為人民受憲法保障的基本權利，故對契約自由的限制須符合憲第 23 條比例原則的要求，須管制理由及管制必要皆存在時，國家方得對人民的契約自由加以限制。

其次，也就目前民法與消費者保護法有關定型化契約的規定作一說明。就定型化契約約款的效力控制，民法第 247 條之 1 與消費者保護法第 12 條分別定有規範，基於消費者保護法與民法立法思維的不同，而且民法第 247 條之 1 第 4 款已設有概括規定，應無立法漏洞可言，故非消費關係應無類推適用消費者保護法第 12 條的餘地。惟有關於定型化契約訂入契約、條款解釋及效力控制等問題，消費者保護法上的規範實較民法具體且詳細，實務運作上亦較為方便，故學者多有主張將消費者保護有關定型化契約的規定適用於非消費性定型化契約，但將消費者保護法上相關規定納入民法規範之中，須特別注意與民法舊有規範間是否會產生規範上衝突。本案認為在民法中將定型化契約分為消費性與非消費性，消費性定型化契約因涉及消費者保護的特殊立法目的，故在程序及實質內容控制的規範密度較為強烈，非消費關係則原則上仍適用既有民法規範，僅於既有規範不足之處再加以補充，或許是個修法成本較低、且不易產生規範衝突的方法。

再者，就近年實務適用定型化契約相關規定的實際案例與爭議問題而言，定型化契約的規制可說是對契約自由原則的修正，實務及學說觀察到因使用定型化契約可能產生的種種不公平現象，故特別設計了一套規制控制系統，希望能避免不公平的情形發生。觀察實務與學說產生爭議之點，本案認為主要有二問題。第一、實務與學說對是否構成消費關係產生歧異，例如前述的保證契約，歸咎其原因乃在於消費者保護法雖有消費者的立法定義，但該定義模糊不清，其中【消費】二字如何解釋常有不同見解，有重新修定的必要。第二、在民法第二百四十七條之一及消費者保護法第十二條有關定型化契約條款效力控制，實務在運用此二條文上仍產生許多歧異，如能儘量統一見解，將能讓人民有更明確的遵循法則。

貳、定型化契約外國法的部分

關於定型化契約外國法制的部分，本案觀察德日二國立法例後發現，其皆朝向體系單一的立法為目標，採取單一規範模式思維邏輯上較為一貫，在適用與解釋上亦較為簡易，可避免一些無謂的法條適用爭議。但採取單一規範模式不代表將消費性定型化契約與非消費性定型化契約一視同仁，而是區分二者並採取不同

的規範強度，而達到立法者保護消費者的意旨。觀察美德日三國立法例，皆強調【事先】及【預擬】，此可謂定型化契約條款最重要的核心概念。至於是否必須為多數同類契約之用，本文認為多數同類契約之用因僅為一現象的描述，即定型化契約使用人為了保障自身權益花費心力，絞盡腦汁而耗費龐大成本來制訂定型化契約範本，如僅作一次使用，不符經濟效益，故觀察定型化契約通常係為了多數同類契約而制定範本，但不代表定型化契約即必須以為多數同類契約之用為要件。再者，定型化契約的規範體系在歷經長久以來實務與學說的發展，已有一套相當完整的規範體系，只要定義為為定型化契約，即有、條款解釋及效力控制等相關控制機制，似乎不必於一開始即對定型化契約條款在定義上加入為多數契約之用的限制。

最後，關於三國對定型化契約的規制體系，不外定型化契約的定義、訂入契約、條款解釋及效力控制，只是細部內容各國略有不同而已。我國民法目前對定型化契約主要規定在第 247 條之 1，其餘部分皆須透過解釋或參考消費者保護法的規定，學者對此多所批評，所以有修法的必要。

參、商品責任我國法的部分

本案先整理民法商品責任的立法進程及學理，另佐以外國法制規範及實務判決，本案發現，我國學者在處理民法與消保法上的商品責任，請求權競合的關係時，容有不同見解，實務對此議題則似無重大歧見，採取請求權自由競合的見解。基於同一原因事實所生的數請求權，其適用關係為何，所著重的應該是各該規範的價值功能，亦即在規範上，如要件及法效上極為相近則應有優先劣後的問題，然民法與消保法在商品責任的規範，在責任性質與成立要件上皆迥然不同，所以採擇請求權自由競合的觀點應較為妥適。而學理上對於消保法上商品責任的保護主體在認定上，已漸近趨向不加以區分消費者與第三人，為不同保護。對此，本案認為，基於商品責任本質上即侵權責任的理由，不應以保護對象與企業經營者的關係為區別，而是以商品是否為消費性商品，使企業經營者分別負不同的責任。

其次，學理及實務，對於所謂純粹經濟上損失與商品自傷多未區別，並針對消保法第 7 條第 1 項的財產在解釋上限於絕對權的保障，而將二者排除在外，不過倘依民法第 191 條之 1 為請求，則有歧見，並無壓倒性多數見解。就此，本文認為，純粹經濟上損失，本質上，為損害賠償法中損害的概念，並非侵權責任法中被侵害客體的概念，對於商品自傷，究其實質應屬契約法領域，物的瑕疵擔保責任或未完成給付可以涵蓋，如以侵權責任法加以處理，反而混淆契約責任和侵權責任的區別，從我國實務見解的紊亂，可見此議題的重要性。我國民法商品責任的雙軌制規範，其特點在於採推定過失與無過失責任的分別立法，在保護對象、客體範圍、舉證責任…等要件上皆有不同。但是這樣的立法模式，在目前的實務運作之下雖看似順暢，但不難發現，保障的客體範圍的解釋上，在我國法院卻是各自表述。對此，近來不乏有學者倡議將消保法與民法的重複規定，回歸民

法典，使我國商品責任法體系較為明確。本案認為，透過本案所提的修法草案，應可適度減少此一爭議。

肆、商品責任外國法的部分

本案觀察美德日三國立法例後發現，在日本法上，可得以下得供參考之處。首先在適用對象上，日本法將製造物責任定為為侵權行為責任，與我國民法第 191 條之 1 的適用對象有類似性，在責任體系上亦具有一致性。而在就商品責任採取雙軌制的我國的法律體系下，消費者保護法網羅與商品有關的全部業者為賠償義務人的規定方式，可達到保障受害人的目的，而責任主體間如何分配連帶責任分擔部分的問題，則仍有待理論及實務上的發展。另就受害人部分，僅適用於消費關係的消保法的規定，雖透過解釋消費關係的概念而有擴張適用範圍的可能性，但不可否認的，最終仍會有雖非屬消費關係卻係因欠缺安全性之製品而受害的情形，就此問題，民法第 191 條之 1 即可作為尋求救濟的依據，因此目前雙軌制的立法模式並非全無實益。另外，「通常可合理期待之安全性」應為製造物責任的共同標準，在此標準下，因未採推定規定的結果，在我國實務上受害人仍須證明「該製造物欠缺通常應有之安全性」。然而，日本法在適用時，針對例如有無必要證明特定欠缺安全性之部位，實務認為不須證明特定欠缺安全性之部位及具體缺陷原因，已成一般性見解，可供借鏡。

消保法上的商品責任的消滅時效期間，是否適用民法第 197 條固有所爭議，但有關消滅時效另易生問題者，為欠缺安全性的商品所造成的損害，如係經一段期間始浮現的情形，則因起算時點的差異，影響受害人請求救濟的可能性。就此日本的製造物責任法第 5 條第 2 項以自損害顯露時為起算點的規定，值得作為修法時的參考。而消保法上的行政監督機制及消費爭議的處理，對消費者保護發揮絕大的功能。我國在紛爭處理機制上雖與日本不同，但如何確保充分的預算及人力、積極宣傳爭取國民之理解、自我評量缺失及公開相關資訊、培育確保紛爭解決專才等應為共通的課題，更進一步觀察彼此的異同，以維持並彰顯現有制度的功能，仍有必要。

最後，美國法侵權行為法整編第三版商品責任的規範內容的介紹後，可以發現，針對商品責任的主體而言，美國法有較為我國詳盡的規範，而針對商品自傷是否納入商品責任保護範疇的議題，美國法，已明白表示否定見解。

伍、現行法規範模式探討

就現行法規範模式，在學者專家座談會，多數認為尚稱妥當，多數對目前實務運作也感滿意。在修法必要性上，有學者表示目前應無修法必要，又即便修法，本案重點毋寧在於消費關係與非消費關係的解釋，也有專家主張如要修法，必須要進行法規影響評估後再做出決定；然與會學者專家多認為，目前民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範，應有針對細部規範作修正的必要。

對於修法的方式，與會專家各有不同意見，然可以確定的是，多數意見認為，應可將部分消保法的規定，納入民法為規範。

陸、立法建議

最後，本案認為，基於某些學者專家對於大幅度的修法，仍有疑慮，本案就以民法現行條文為最小幅度的修正為原則，草擬修正與增訂若干條文，以供未來修法參考。期望透過本案所提的修法草案，可適度的減少此議題的爭議，以求法制的完善。

參考文獻

一、中文部分

(一)專書

- 王澤鑑，王澤鑑，侵權行為法，自版，2009年7月。
- 王澤鑑，民法總則，自版，2004年9月。
- 王澤鑑，商品製造人責任與消費者之保護，1986年3月。
- 王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，自版，2009年9月增訂版。
- 朱柏松，消費者保護法論，自版，1999年9月增訂版。
- 朱柏松，商品製造人侵權行為責任法之比較研究，自版，1991年5月。
- 邱聰智，新訂民法債篇通則(上)，自版，2000年9月新訂一版。
- 邱聰智，新訂民法債篇通則(下)，自版，2001年2月新訂一版。
- 孫森焱，新版民法債篇總論(上)，自版，2004年10月修訂版。
- 孫森焱，新版民法債篇總論(下)，自版，2000年3月修訂版。
- 張志朋，論我國商品責任之請求權主體－消費者與第三人之區別性與必要性，新學林，2005年9月。
- 郭麗珍，產品瑕疵與製造人行為之研究，神州圖書，2001年06月。
- 陳自強，契約之成立與生效，學林文化出版公司，2002年3月。
- 陳忠五，契約責任與侵權責任的保護客體－權利與利益區別正當性的再反省，新學林，2008年12月。
- 陳猷龍，民法債篇總論，五南出版公司，2003年9月三版。
- 黃立，民法債篇總論，元照出版公司，2006年11月3版。
- 劉宗榮，定型化契約論文集，三民書局，1993年9月再版。
- 劉春堂，民法債篇通則(一)，自版，2001年9月。
- 劉春堂，判解民法債篇通則，三民書局，2010年9月修訂六版。

(二)期刊論文

- 朱柏松，「民法定型化契約規範之適用與解釋」，月旦法學，第54期，1999年11月。
- 林誠二，「商品製造人責任之法律適用－以洗臉盆爆炸案為中心」，台灣本土法學雜誌，第41期，2002年12月。
- 許政賢，「一造辯論判決與消費型定型化契約的無效」，台灣法學雜誌，第169期，2011年2月。
- 陳忠五，「論消費者保護法商品責任的保護法益範圍」，台灣本土法學，第134期，2009年8月。
- 陳聰富，「社會問題與契約管制之界限」，月旦法學雜誌，第134期，2006年7月。

月。

- 陳聰富，「契約自由與定型化契約之管制」，月旦法學，第 91 期，2002 年 12 月。
- 曾品傑，「連帶債務人為被保證人對三人之保證債務負責-98 台上 1652 號判決評釋」，月旦裁判時報，第九期，2011 年 6 月。
- 曾品傑，「論消費者保護法上之商品責任—以商品自傷之損害賠償為中心」，頁，月旦民商法雜誌，第 27 期，2010 年 3 月。
- 黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任(一)」，月旦法學教室第 8 期，2003 年 6 月。
- 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 10 期，2003 年 8 月。
- 黃立，「我國消費者保護法之商品與服務責任(三)」，月旦法學教室第 13 期，2003 年 11 月。
- 黃立，「契約自由之限制」，月旦法學雜誌，第 125 期，2005 年 1 月。
- 黃立，「消保法的定型化契約條款(一)」，月旦法學教室第 15 期，2004 年 1 月。
- 黃立，「消保法的定型化契約條款(二)」，月旦法學教室，第十六期，頁 76-84，2004 年 2 月。
- 黃立，「細說德國二〇〇一年新民法消費者契約條款」，政大法學評論，第 98 期，2007 年 8 月。
- 黃立，「論商品責任」，政大法學評論，第 43 期，1991 年 6 月。
- 楊芳賢，「定型化契約條款的規制」，政大法學評論，第八十六期，2005 年 8 月
- 楊淑文，「消費者保護法與民法的分與合」，收於政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，元照，2011 年。
- 楊淑文，「論附卡持有人與正卡持有人就應負帳款之連帶清償責任」，月旦裁判時報，第三期，2010 年 6 月。
- 劉宗榮，「論免責約款之控制體系(上)」，台大法學論叢，第十二卷第一期，1982 年 12 月。
- 劉宗榮，「論免責約款之控制體系(中)」，台大法學論叢，第十二卷第二期，1983 年 6 月。
- 劉宗榮，「論免責約款之控制體系(下)」，台大法學論叢，第十二卷第一期，1983 年 12 月。
- 詹森林，「消費者保護法增訂及修正條文要旨」，台灣本土法學，第 45 期，頁 213。
- 謝哲勝，「契約自治與管制」，月旦法學雜誌，第 125 期，頁 23-30，2005 年 9 月。
- 謝哲勝，「消費者定型化契約審閱權」，月旦法學教室，第 56 期，頁 8-9，2007 年 6 月。
- 邱聰智，「消費者保護法上商品責任之探討」，消費者保護研究，第二輯，頁 81，1996 年 1 月。
- 郭麗珍，「論產品責任中之產品安全(下)」，中興法學，第 40 期，頁 357，1996 年 3 月。
- 郭麗珍，「我國產品責任十年來學說與實務的發展」，消費者保護法研究，第 2 輯，1999 年 6 月。

(三)專書論文

- 王澤鑑，「定型化旅遊契約的司法控制」，民法學說與判例研究(七)，自版，1994

- 年 8 月 4 版。
- 王澤鑑，「契約關係對第三人之保護效力」，民法學說與判例研究(二)，1993 年 9 月 12 版。
- 王澤鑑，「消費者的基本權利與消費者的保護」，民法學說與判例研究(三)，自版，1994 年 10 月。
- 王澤鑑，「商品責任現況之檢討及其發展趨勢」，民法學說與判例研究(二)，2009 年 12 月。
- 王澤鑑，「勞動契約上之單身條款基本人權與公序良俗」，民法學說與判例研究(七)，自版，1994 年 8 月 4 版。
- 吳瑾瑜，「消費者定型化契約在台灣的管制現況」，政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，元照，2011 年。
- 曾品傑，「論附合契約」，財產法理與判決研究(一)，元照出版公司，2007 年 9 月。
- 曾品傑，「論附合契約與定型化契約之基本問題」，財產法理與判決研究(一)，元照有限公司，2007 年 9 月。
- 曾品傑，「論消費者保護法上定型化契約規定對於非消費關係之適用」，財產法理與判決研究(一)，自版，2007 年 9 月。
- 楊淑文，「消費者保護法與民法的分與合一雙軌制立法下的消費者與消費關係」，政治大學法學院民法中心編，民事法與消費者保護，元照，2011 年 5 月。
- 楊淑文，「消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與分析」，新型契約與消費者保護法，自版，2002 年 7 月。
- 詹森林，「定型化契約之基本問題」，民事法理與判決研究(三)，自版，2003 年 8 月。
- 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)，頁 29-86，自版，2003 年 8 月。
- 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」，民事法理與判決研究(三)，自版，2003 年 8 月。
- 詹森林，「消保法商品責任之消費者與第三人」，民事法理與判決研究(四)，自版，2006 年 12 月。
- 詹森林，「消費者保護法對於法人之適用問題」，民事法理與判決研究(三)，自版，2003 年 8 月。
- 詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展」，民事法理與判決研究(四)，自版，2006 年 12 月。
- 劉春堂，「一般契約條款之解釋」，民商法論集(一)，頁 185-206，自版，1985 年 8 月。

二、日文部分

(一)定型化契約

1.專書

- 石原全，約款法の基礎理論，有斐閣，1995 年。
- 石原全，約款による契約論，信山社，2006 年。
- 大澤彩，不當條款規制之構造及展開，有斐閣，2010 年。

- 大村敦志，公序良俗と契約正義有斐閣，1995年。
- 大村敦志，消費者法，有斐閣，2007年。
- 落合誠一，消費者契約法，有斐閣，2001年。
- 河上正二，約款規制の法理，有斐閣，1988年。
- 潮見佳男編，消費者契約法・金融商品販売法と金融取引，経済法令研究会，2001年。
- 松本恒雄，消費者取引における不公正な契約条項の規制-EU指令との対比で見た日本法の現状，伊藤進先生還暦記念，民法における「責任」の横断的考察，第一法規出版，1997年。
- 山本豊，不当条項規制と自己責任・契約正義，有斐閣，1997年。

2. 期刊論文

- 石原全，普通取引約款の司法的調整，私法 40 号，1978 年。
- 大村敦志，契約内容の司法的規制(1)(2・完)，NBL473 号，474 号，1991 年。
- 岡島敦子，約款の現状，ジュリ 828 号，1985 年。
- 落合誠一，約款規制の現状と課題-わか国における約款規制に関するを中心に，損害保険研究 56 卷 3 号，1994 年。
- 落合誠一，消費者契約立法の意義，民事研修 500 号，1998 年。
- 河上正二，約款の適正化と消費者保護，岩村正彦ほか編，岩波講座・現代の法 13 消費者生活と法，岩波書店，1997 年。
- 河上正二，消費者契約法について-消費者取引における包括的民事ルールの策定に向けて，法教 221 号，1999 年
- 河上正二，消費者契約における不当条項の現状と課題(横断的分析)，消費者契約における不当条項の横断的分析，消費者契約における不当条項研究会，別冊 NBL128 号，商事法務，2009 年。
- 北川善太郎，消費者保護と民法，私法 40 号，1978 年。
- 北川善太郎，消費者約款の適正化，ジュリ 814 号，1981 年。
- 北川善太郎，約款と契約法，私法 44 号，1982 年。
- 北川善太郎，約款の適正化と言葉の問題，国民生活 12 卷 2 号，1982 年。
- 北川善太郎，約款の適正化と企業法務，NBL247 号，1984 年。
- 北川善太郎，消費者契約立法に残されたもの-覚書，NBL676 号，1999 年。
- 龍田節，消費者保護と商法，私法 40 号，1978 年。
- 千葉恵美子，消費者契約法-国民生活審議会消費者政策部会中間報告を踏まえて，法時 70 卷 10 号，1998 年。
- 長尾治助，消費者契約における約款の拘束力(下)，ジュリ 725 号，1980 年。
- 根岸哲，消費者保護と独占禁止法，私法 40 号，1978 年。
- 能見善久，違約金・損害賠償額の予定とその規制(1)~(5)，法協 102 卷 2 号，5 号，7 号，10 号，103 卷 6 号，1985 至 1986 年。

能見善久，はじめに，私法 61 号，1999 年。
野村豊弘，約款の現状と消費者保護，国民生活 12 卷 2 号，1982 年。
廣瀬久和，免責約款に関する基礎的考察，私法 40 号，1978 年。
廣瀬久和，約款規制への一視点-対价との関連性(上)(中)，ジュリ 828 号，1985 年。
山下友信，消費者契約立法の特質と機能，ジュリ 1139 号，1998 年。
山本豊，契約の内容規制，別冊 NBL51 号，債権法改正の課題と方向：民法 100 周年を契機として，商事法務研究会，1998 年。

3.其他

経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編，サービス取引と約款，大蔵省印刷局，1988 年。
経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者契約法の制定に向けて-国民生活審議会消費者政策部会中間報告と関連資料，大蔵省印刷局，1998 年。
経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者契約法の制定に向けて-国民生活審議会消費者政策部会報告と関連資料，大蔵省印刷局，1999 年。
経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者取引と契約-約款の適正化を中心として，大蔵省印刷局，1982 年。
経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者取引と契約，大蔵省印刷局，1984 年。
経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編，消費者取引の適正化に向けて-第 15 次国民生活審議会消費者政策部会報告とその資料，大蔵省印刷局，1997 年。
経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編「逐条解説製造物責任法の解説」、商事法務研究会、1995 年。
現代契約法制研究会，消費者契約法の論点に関する中間整理，NBL664 号，1999 年。
国民生活センター「製造物責任（PL）法による訴訟一覧」月刊国民生活 35 巻 4 号 54 頁、2005 年。36 巻 1 号 54 頁、2006 年。
国民生活審議会消費者政策部会消費者契約法検討委員会報告，NBL679 号，1999 年。
座談会 消費者契約適正化のための検討課題(1)~(4)，NBL621 号，622 号，624 号，626 号，1997 年。
資料 消費者契約法案，NBL685 号，2000 年。
資料 消費者取引に用いられる約款の適正化について(中間報告)，NBL295 号，1983 年。
資料 消費者取引に用いられる約款の適正化について，NBL305 号，1984 年。

第14次国民生活審議会消費者政策部会消費者行政問題検討委員会報告，1994年。

特集 国生審報告，金法980号，1984年。

特集 消費者取引に用いられる約款の適正化について-国民生活審議会消費者政策部会報告の概要，金法1054号，1984年。

特集 消費者取引約款の適正化，ジュリ814号，1984年。

特集 消費者取引約款の問題点，国民生活12巻2号，1982年。

特集 免責・責任制限約款の研究，法時54巻6号，1982年。

民法(債権法)改正検討委員会編，詳解債権法改正基本方針Ⅱ契約債権一般(1)，商事法務，2009年。

(二)商品責任

1. 専書

淡路剛久「スモン事件と法」、有斐閣、1981年。

加藤雅信編，「製造物責任法総覧」、商事法務研究会、1994年。

川井健「製造物責任の研究」、日本評論社、1979年。

北川善太郎・植木哲「製造物責任の諸問題(1)責任の性質---不法行為か債務不履行か」、有泉亨監修、「現代損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任」、日本評論社、1974年。

小林秀之、「製造物責任法」、中央経済社、1993年。

廣瀬久和＝河上正二編，「消費者法判例百選」、有斐閣、2010年。

唄孝一，有泉亨編「現代損害賠償法講座4 医療事故・製造物責任」、日本評論社、1975年。

升田純「詳解製造物責任法」、商事法務研究会、1997年。

山田卓生編集代表「新・現代損害賠償法講座3 製造物責任・専門家責任」、日本評論社、1997年。

2. 専書論文

朝見行弘，「製造者の責任と非製造者の責任」、山田卓生編集代表「新・現代損害賠償法講座3 製造物責任・専門家責任」、日本評論社、1997年。

加藤雅信「製造物責任法の特徴」、山田卓生編集代表「新・現代損害賠償法講座3 製造物責任・専門家責任」、日本評論社、1997年。

小林秀之・吉田元子，「開発危険の抗弁」、山田卓生編集代表「新・現代損害賠償法講座3 製造物責任・専門家責任」、日本評論社、1997年。

平野克明，「欠陥」概念，山田卓生編集代表「新・現代損害賠償法講座3 製造物責任・専門家責任」、日本評論社、1997年。

3. 期刊論文

青山善充「製造物責任 ADR の現状と課題--PL センターの発展のために」法律論叢 82 巻 2-3 号 1 頁、2010 年。

淡路剛久、「製品の安全と消費者被害の救済・下」、法律時報 66 巻 13 号、1994 年、10 頁。

植木哲「自動車事故と製造物責任」、ジュリスト総合特集 42 号「自動車事故」、1988 年。

浦川道太郎、「製造物」の定義と範囲」、判例タイムズ 862 号、1995 年。

片山登志子「展開講座 実践消費者法（7）製造物責任法の現状と課題（1）」法学教室 313 号 102 頁、2006 年。

片山登志子「展開講座 実践消費者法（8）製造物責任法の現状と課題（2）」法学教室 314 号 74 頁、2006 年。

加藤雅信、「製造物責任の現在」別冊 NBL53 号、1999 年。

鎌田薫、「製造物責任」、法学教室 162 号、1994 年。

鎌田薫「欠陥」判例タイムズ 862 号 51 頁、1995 年。

川口康裕、「製造物責任法の成立について」、ジュリスト 1051 号、1994 年。

黒川秀一、「消費生活用製品 PL センターの概要」仲裁と ADR3 号、2008 年。

小林秀之、「欠陥と開発危険の抗弁」、金融・商事判例増刊 960 号「製造物責任法の研究」、1995 年。

沢井裕、「食品製造関連企業の責任構造」、法律時報 49 巻 5 号、1977 年。

澤田尚一、「財団法人自動車製造物責任相談センターの現状と課題」、仲裁と ADR1 号、2006 年。

島野康、「PL 法による訴訟事例」、国民生活研究 37 巻 1 号、1997 年、42 頁。
「製造物責任の現在」別冊 NBL53 号、1999 年、。

瀬川信久、「欠陥、開発危険の抗弁と製造物責任の特質」、ジュリスト 1051 号、1994 年。

平野裕之、「製造物責任法と損害」、慶応法学第 18 号、2011 年。

森島昭夫、「製造業者の責任」、判例時報 910 号、1979 年。

横山敏男、「家電製品 PL センターの現状と課題」仲裁と ADR2 号、2007 年。

4. 其他

経済企画庁国民生活局消費者行政第一課編『逐条解説製造物責任法』、商事法務研究会、1994 年。

国民生活センター、「製造物責任法施行 10 年目の製品関連事故に係わる消費生活相談と訴訟の動向」、2005 年 10 月 6 日公表

（http://www.kokusen.go.jp/news/data/n-20051006_5.html）。

国民生活センター編、「製造物責任法（PL 法）による訴訟」、消費生活年報、2010 年。

通商産業省産業政策局消費経済課編『製造物責任の解説』、通商産業調査会、1994年、97頁。

東京地判昭和53年8月3日、判例時報899号48頁（廣瀬久和、廣瀬久和＝河上正二編、「消費者法判例百選」、有斐閣、2010年、第75案例）。

福岡地判昭和52年（1977年）10月5日、判例時報866号21頁（廣瀬久和＝河上正二編、「消費者法判例百選」、有斐閣、2010年、第68案例）。

年。

三、英文部分

American Law Institute, Restatement of the Law, Contracts(2nd ed. 1979).

American Law Institute, Restatement of the Law, Torts: Products Liability(3rd.ed. 1998).

Calamari, John D. & Joseph M. Perillo, Contracts(3rd ed.1999).

FISCHER & POWERS, Products Liability : Cases and Materials, 2d, West Publishing Co., 1994.42

Gordon, D. Schaber & Claude D. Rohwer, Contracts(3rd ed.1990).

Helewitz, Jeffrey A., Basic Contract Law for Paralegals(3rd ed.2001).

Jerry J. Phillips, Products Liability : In a Nutshell(5th ed 1998)

Melinda, R. Thomas, Contract Law for Paralegals(1997).

SHAPO, Products Liability and the Search for Justice, Carolina Academic Press, 1993.

Tepper, Pamela R., The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code(2nd ed.2011).

四、徳文部分

Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Lepa, Manfred/Ring, Gerhard (Hrsg.), Das neue Schuldrecht, 2002.

Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10.Aufl., 2006.

Hözlzwimmer, Gerhard, Produkthaftungsrechtliche Risiken des Technologietransfers durch Lizenzverträge, 1995

Jauernig, Othmar (Hrsg.), BGB, 10.Aufl., 2003.

Kötz, Hein, Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle- Eine rechtsökonomische Sisse, JuS 2003, 209ff.

Kullmann, H. J., Produkthaftungsgesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1997

Lorenz, Stephan/Riehm, Thomas, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002.

Rebmann, Kurt/Sacker, Franz Jürgen (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 1979

Rolland, Walter, Produkthaftungsrecht, Bundeanzeiger, 1990

- Schlechtriem, Peter, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2003.
- Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 2011.
- Taschner, Hans Claudius, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Auflage, 1990
- Ulmer, Peter, Das ABG-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, 491ff.
- von Westphalen, Freidrich Craf, Produkthaftungshandbuch, Band 2, 1991
- Wackerbarth, Ulrich, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), 45ff.
- Westermann, Harm Peter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 1993

附件一、本案研究工作責任分配表

謝哲勝教授負責部分

姓名	謝哲勝
學歷	美國威斯康新大學麥迪遜校區法學博士
現職	中正大學法律學教授 台灣財產法暨經濟法研究協會理事長
經歷	中正大學法律學系主任
聯絡方式	TEL: (05)2720411-35105, 0936373993 E-mail: lawjss@ccu.edu.tw
專長	民法、財經法、法律經濟學
研究計畫 負責部分	1. 指導研究助理蒐集、分析與本計畫相關資料。 2. 撰寫本計畫有關美國、我國法制和結論部分。 3. 統合研究計畫。 4. 其他相關事宜

吳光明教授負責部分

姓名	吳光明
學歷	國立臺灣大學法學博士
現職	國立臺北大學法律學系教授兼圖書館館長 台灣財產法暨經濟法研究協會副理事長
經歷	美國喬治城大學法律中心訪問學者 奧地利維也納大學法學院研究 德國慕尼黑大學法學院研究
聯絡方式	TEL: (02) 26748189-67639 E-mail: carlwu@mail.ntpu.edu.tw
專長	民法、仲裁法、證券交易法
研究計畫 負責部分	1. 指導研究助理蒐集、分析與本計畫相關資料。 2. 撰寫本計畫有關德國法商品責任部分。 3. 其他相關事宜

陳洸岳副教授負責部分

姓名	陳洸岳
學歷	日本東京大學大學院法學政治學研究科法學博士
現職	國立政治大學法律學系副教授
經歷	國立政治大學法律學系助理教授
聯絡方式	TEL: (02) 2939-3091 轉 51501 E-mail: Kychen@nccu.edu.tw
專長	民事財產法、消費者保護法
研究計畫 負責部分	1. 指導研究助理蒐集、分析與本計畫相關資料。 2. 撰寫本計畫有關日本法制部分。 3. 其他相關事宜

研究人員負責部分

姓名	楊宏暉
學歷	國立政治大學法學博士
現職	國立中正大學法律學系助理教授
經歷	公平交易委員會主委室簡任秘書 國立政治大學法律學系博士後研究
聯絡方式	TEL: (05)2720411-35128 E-mail: hhyang@ccu.edu.tw
專長	民法、消費者保護法、公平交易法
研究計畫 負責部分	1. 指導研究助理蒐集、分析與本計畫相關資料。 2. 撰寫本計畫有關德國法制部分。 3. 其他相關事宜

研究助理負責部分

姓名	林琮達
學歷	國立臺北大學法律學系法學組學士
現職	國立中正大學法律學系碩士班民商法組研究生
聯絡方式	TEL: 0916759220 E-mail: g99605051@ccu.edu.tw
研究計畫負責部分	1.蒐集相關研究資料。 2.相關行政管理事務之執行。 3.籌辦相關座談會。

姓名	崔積耀
學歷	東吳大學法律學系法學士
現職	國立中正大學法律學系碩士班民商法組研究生
聯絡方式	TEL: 0921858719 E-mail: nick5418@msn.com
研究計畫負責部分	1.蒐集相關研究資料。 2.相關行政管理事務之執行。 3.籌辦相關座談會。

姓名	吳怡蓓
學歷	國立政治大學法律學系財經法組法學士
現職	國立政治大學法律學系碩士班民事法組研究生
聯絡方式	TEL: 0934029799 E-mail: 99651001@nccu.edu.tw
研究計畫負責部分	1.協助陳洸岳教授蒐集相關研究資料。 2.相關行政管理事務之執行。 3.籌辦相關座談會。

附件二、本委託研究案第一次小組會議紀錄

法務部 100 年度「民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討—以交易地位的不對等及消費者保護的發展趨勢」委託研究案第一次小組會議紀錄

壹、會議時間：100 年 7 月 19 日（星期二）上午 10 時 30 分

貳、會議方式：電話及網路視訊

參、主持人：謝教授哲勝 記錄：崔積耀

肆、出席人員：謝教授哲勝、吳教授光明、陳副教授洸岳、楊助理教授宏暉

伍、列席人員：林琮達、崔積耀、吳怡蓓

壹、會議開始(略)

貳、主席致詞(略)

參、報告事項

(1)工作分配

主席：首先，就本次計畫相關內容撰寫，本人先作一工作分配。定型化契約部分，本國法與美國法由本人撰寫，日本法由陳洸岳教授撰寫，德國法由楊宏暉教授撰寫。商品責任部分，本國法與美國法由本人撰寫，日本法由陳洸岳教授撰寫，德國法由吳光明教授撰寫請問各位老師有無意見。

吳光明老師：無意見。

陳洸岳老師：無意見。

楊宏暉老師：無意見。

(2)實質內容

主席：由於本次計畫內容可能作為法務部日後修法參考，在此懇請各位教授在撰寫計畫容時，務必參考最新之外國立法例資料及學說見解，以充實本計畫內容之深度與廣度，好作為將來立法政策評估及修法內容之參考並符合本研究計畫契約之需求。

吳光明老師：同意。

陳洸岳老師：同意。

楊宏暉老師：同意。

(3)行政庶務分配

主席：本研究計畫有關報帳、舉行座談會及與法務部聯絡等相關行政事項，請聯絡研究助理林琮達。另二名研究助理崔積耀與吳怡蓓則協助本人與陳洸岳老師蒐集相關研究資料。另外，各位教授對本次計畫有任何問題，請隨時向研究團隊提出，相信憑藉眾人之力，必可達到事半功倍之效。請問各位教授有無意見？

吳光明老師：無意見。

陳洸岳老師：無意見。

楊宏暉老師：無意見。

附件三、本委託研究案第二次小組會議紀錄

法務部 100 年度「民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討—以交易地位的不對等及消費者保護的發展趨勢」委託研究案第二次小組會議紀錄

壹、會議時間：100 年 9 月 5 日（星期一）上午 10 時 30 分

貳、會議方式：電話及網路視訊

參、主持人：謝教授哲勝 記錄：崔積耀

肆、出席人員：謝教授哲勝、吳教授光明、陳副教授洸岳、楊助理教授宏暉

伍、列席人員：林琮達、崔積耀、吳怡蓓

壹、會議開始(略)

貳、主席致詞(略)

參、報告事項

(1)工作分配

主席：法務部已提供本次期中審查會針對三位審查委員意見記錄，針對審查委員意見之回覆，我在此依照各位老師先前負責部分先作一分配如下，請問各位老師有無意見。

審查委員	審查意見	負責成員
郭委員全慶	以塑化劑案件為例，商品責任的舉證責任及因果關係應如何認定？若成立基金，商品責任應規定於消保法或民法債編？請提供具體建議，以作為未來處理類似案例之參考。	吳光明教授
黃委員立	（一）德國法許多定型化契約規定與歐盟法密不可分，就德國相關規定與歐盟法不同者，建議納入並作細部討論。例如有關定型化契約條款之認定，歐盟法條文未規定「供同類契約之用」；又德國判決不以電腦或其他印刷方式製作者為限，縱然是手寫條款，若多數契約出現相同文句者，亦包括在	(一)楊宏暉教授

	<p>內。</p> <p>(二) 非消費關係於消費者保護法的適用 (期中報告第 32 頁), 未注意相反意見 (台灣高等法院 91 年上字第 880 號判決參照), 請納入討論。</p> <p>(三) 德國產品製造人責任, 是否適用於產品瑕疵自身? 期中報告第 98 頁、102 頁似乎不清楚。又我國法如何處理此一問題? 請納入討論。</p> <p>(四) Konstruktionsfehler (期中報告第 103 頁) 是否譯為「設計瑕疵」較佳? 所舉案舉不清楚, 宜詳加說明。</p> <p>(五) 產品責任有無與有過失原則之適用 (例如盛香珍果凍案)? 學說及實務有爭議, 請納入研究。</p> <p>(六) 報告指出, 德國產品責任逐漸從契約法轉向特殊侵權行為法 (期中報告第 108 頁)。不過此種觀點容有不同見解。產品責任如採侵權行為之短期消滅時效, 恐會造成不公平, 此又涉及消滅時效起算時點之問題 (日本製造物責任法第 5 條第 2 項規定參照), 請研究說明。</p> <p>(七) 德國 2002 年制頒了「德國民法資訊與證明義務細則」 Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bü</p>	<p>(二) 謝哲勝教授</p> <p>(三) 吳光明教授</p> <p>(四) 吳光明教授</p> <p>(五) 謝哲勝教授</p> <p>(六) 吳光明教授</p> <p>(七) 楊宏暉教授</p>
--	--	---

	<p>rgerlichem Recht，對部分契約如旅遊、電子商務等有細則規範，性質上為行政管制，請納入考量。</p> <p>（八）消費者保護法對消費者、第三人之區分，及消費者保護法第 50 條、第 51 條之立法疏漏，請納入討論。</p>	<p>（八）謝哲勝教授</p>
<p>朱委員柏松</p>	<p>（一）副標題範圍似乎大於主標題，因此，研究之題目是否改為「交易地位的不對等及消費者保護的發展趨勢—以民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討為中心」。另外，研究主題建議納入廣告責任（消費者保護法第 22 條）及服務責任（消費者保護法第 7 條）。</p> <p>（二）期中研究報告關於我國民法及消保法之定型化契約、商品責任之理論有詳細、深入之分析與檢討，此固然足堪肯定，不過，本研究計畫的目的係在凸顯關於商品責任、定型化契約兩法律事實民法及消保法交錯規定所造成法律適用與解釋之錯亂與不當，最後並在於針對此一不當與錯亂找出一解決之方案。故本研究計畫在這方面的述說，無寧應將核心點置於民法、消保法交錯規定目前在法律適用與解釋上、學說上之矛盾、錯亂以及實務見解上的錯綜、複雜現況之詳細。</p> <p>（三）研究團隊將來若有提出建議之修正草案，其就定型化</p>	<p>（一）謝哲勝教授</p> <p>（二）謝哲勝教授</p> <p>（三）謝哲勝教授</p>

	<p>契約上，法例設計，應整體考量定型化契約是特別的契約型態，使之與一般契約之法律規定有其各自不同規範之存在。</p> <p>(四) 商品製造人責任損害賠償請求權之消滅時效及商品製造人責任是否宜納入製造人之責任期間，請一併納入研究。</p>	<p>(四) 謝哲勝教授。</p>
--	--	-------------------

吳光明老師：無意見。
陳洸岳老師：無意見。
楊宏暉老師：無意見。

(2) 專家座談會

主席：本次計畫預計於九月時舉辦專家座談會，目前欲邀請之專家學者名單如下：孫森炎大法官、劉春堂教授、楊淑文教授、陳忠五教授、陳自強教授、姜志俊律師、最高法院法官、中華民國全國商業總會、財團法人消費者文教基金會、經濟部及行政院消費者保護委員會。請各位老師表示意見。

吳光明老師：建議邀請劉春堂教授，因劉春堂教授擔任過行政院消費者保護委員會之秘書長，可以提供實際上人民真正在生活上會遇到的消費關係問題及民眾真正關心的重點所在。

陳洸岳老師：建議邀請楊淑文教授，因楊教授留學德國，且對定型化契約之研究頗深，相關著作甚多，勢必可提供團對寶貴之意見。

楊宏暉老師：建議邀請曾品傑教授，因曾教授留學法國，而本研究團隊中並無留法之成員，可請曾教授提供法國法上之實務及學說作為參考。

(3) 專家座談會討論題綱

主席：針對九月將舉行之專家座談會，本人目前所擬討論題綱如下：

- 一、現行民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範是否妥當？
- 二、對於目前實務運作情形是否滿意？
- 三、是否有修法的必要？

四、下列修法方式，以何者為宜？

(一)維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。

(二)採統一規範模式，保留消費者保護法的相關規定，刪除民法的相關重複規定。

(三)採統一規範模式，保留民法的相關規定，刪除消費者保護法的相關重複規定。

請問各位老師有無意見？

吳光明老師：無意見。

陳洸岳老師：無意見。

楊宏暉老師：無意見。

附件四、期中審查意見回覆整理表

審查委員	審查意見	回覆摘要
郭委員全慶	<p>以塑化劑案件為例，商品責任的舉證責任及因果關係應如何認定？若成立基金，商品責任應規定於消保法或民法債編？請提供具體建議，以作為未來處理類似案例之參考。</p>	<p>一、請參頁 122 部分之說明。 二、研究初步意見認為，宜增訂消費者保護法第 2 條新增第 13 款、第 2 條新增第 2 項，以維護消費者之權益(詳參頁 122 部分之說明)。</p>
黃委員立	<p>(一) 德國法許多定型化契約規定與歐盟法密不可分，就德國相關規定與歐盟法不同者，建議納入並作細部討論。例如有關定型化契約條款之認定，歐盟法條文未規定「供同類契約之用」；又德國判決不以電腦或其他印刷方式製作者為限，縱然是手寫條款，若在多數契約出現相同文句者，亦包括在內。</p> <p>(二) 非消費關係於消費者保護法的適用(期中報告第 32 頁)，未注意相反意見(台灣高等法院 91 年上字第 880 號判決參照)，請納入討論。</p> <p>(三) 德國產品製造人責任，是否適用於產品瑕疵自身？期中報告第 98 頁、102 頁似乎不清楚。又我國法如何處理此一問題？請納入討論。</p> <p>(四) Konstruktionsfehler (期中報告第 103 頁)是否譯為「設計瑕疵」較佳？所舉案舉不清楚，宜詳加說明。</p>	<p>(一) 關於德國法定型化契約規定與歐盟法之相關規範的補充討論，請參頁 37、49、61 部分之說明。</p> <p>(二) 關於此一部分的補充，請參頁 30-33 部分之說明。</p> <p>(三) 關於產品自身瑕疵所生之損害得否請求，於我國法上學理、實務見解不盡一致，其中相關討論，請參頁 105 部分之說明。</p> <p>(四) 採納審查委員之意見，改譯為設計上瑕疵，至於舉例請參頁 117 部分之說明。</p>

	<p>(五) 產品責任有無與有過失原則之適用 (例如盛香珍果凍案)? 學說及實務有爭議, 請納入研究。</p> <p>(六) 報告指出, 德國產品責任逐漸從契約法轉向特殊侵權行為法 (期中報告第 108 頁)。不過此種觀點容有不同見解。產品責任如採侵權行為之短期消滅時效, 恐會造成不公平, 此又涉及消滅時效起算時點之問題 (日本製造物責任法第 5 條第 2 項規定參照), 請研究說明。</p> <p>(七) 德國 2002 年制頒了「德國民法資訊與證明義務細則」<i>Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht</i>, 對部分契約如旅遊、電子商務等有細則規範, 性質上為行政管制, 請納入考量。</p> <p>(八) 消費者保護法對消費者、第三人之區分, 及消費者保護法第 50 條、第 51 條之立法疏漏, 請納入討論。</p>	<p>(五) 已納入實務與學說見解之說明, 請參頁 105-106 部分之說明。</p> <p>(六) 請參頁 124-125 部分之說明。</p> <p>(七) 德國在 2002 年特別制定「德國民法資訊與證明義務細則」, 此一規定係屬「法規命令」, 跟我國主管機關依消保法第 17 條功能相當, 也都有強制的效果與行政管制的色彩 (詳參頁 61 部分之說明)。</p> <p>(八) 請參頁 102-104 部分之說明。</p>
朱委員柏松	<p>(一) 副標題範圍似乎大於主標題, 因此, 研究之題目是否改為「交易地位的不對等及消費者保護的發展趨勢—以民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討為中心」。另外, 研究主題建議納入廣告責任 (消費者保護法第 22 條) 及服務責任</p>	<p>(一) 感謝審查委員之寶貴建議, 惟研究主題為法務部所設定, 對此問題將會再與法務部共商檢討之策以對。</p>

	<p>(消費者保護法第 7 條)。</p> <p>(二) 期中研究報告關於我國民法及消保法之定型化契約、商品責任之理論有詳細、深入之分析與檢討，此固然足堪肯定，不過，本研究計畫的目的係在凸顯關於商品責任、定型化契約兩法律事實民法及消保法交錯規定所造成法律適用與解釋之錯亂與不當，最後並在於針對此一不當與錯亂找出一解決之方案。故本研究計畫在這方面的述說，無寧應將核心點置於民法、消保法交錯規定目前在法律適用與解釋上、學說上之矛盾、錯亂以及實務見解上的錯綜、複雜現況之詳細。</p> <p>(三) 研究團隊將來若有提出建議之修正草案，其就定型化契約上，法例設計，應整體考量定型化契約是特別的契約型態，使之與一般契約之法律規定有其各自不同規範之存在。</p> <p>(四) 商品製造人責任損害賠償請求權之消滅時效及商品製造人責任是否宜納入製造人之責任期間，請一併納入研究。</p>	<p>(二) 已再進一步針對此部分作補充說明，請參頁 102-106 部分之補充說明。其餘部分將於期中學者專家座談會結束後擬定解決方案，以資為報告內容。</p> <p>(三) 感謝審查委員之寶貴建議，研究團隊之後在擬定相關修法草案時會遵循此具通盤考量性的建議。</p> <p>(四) 關於商品責任時效制度之問題，如消滅之起算點與期間為何等，的確相當重要，在消保法未明文之前提下，如何解決此一議題，相關初步說明請參頁 104 部分之說明。</p>
--	---	--

附件五、期末審查意見回覆整理表

審查委員	審查意見	回覆摘要
朱委員柏松	<p>(一) 法律貴在實用及其有規範之功能，故修法時不宜過度遷就成本，目前試擬草案固為最低成本、最小幅度的修正，但有許多問題點之應有解決規範未見諸條文，是否宜納入草案，請再斟酌、考量。</p> <p>(二) 就總體面而言，試擬草案（報告第 193 至 198 頁）似乎是採「留民法、去消保法」的方式，對於修法的方向，孰去孰留，我並無意見，惟如依研究小組目前的作法，則消保法未來是否仍有存留意義？又定型化契約規範之出現是因為社會上有此契約型態出現，故定型化契約法規範的設置，真正的趣旨，並非在於保護消費者，而是在解決定型化契約運用後所生之問題；商品責任之法規範的出現，亦未必全都是因保護消費者。民法侵權行為中沒有無過失責任，侵權行為屬無過失責任者都規定在特別法；民法第 191 條之 1 部分草案只設 3 項規定，也顯然不足。</p> <p>(三) 修法草案有關民法第 247 條之 1 部分（報告第 193 至 197 頁）：第 1 條第 1 項消費者之定義，未納入法人，是否妥適？第 5 項消費性定型化契約之概念有無必要？請再斟酌。第 3 條異常條款似為定型化契約條款之「內</p>	<p>(一) 感謝審查委員的寶貴意見，本案所提草案，僅先就學者專家座談會已有的共識，提出修法草案。</p> <p>(二) 一、定型化契約及商品責任，因修法尚未有全面的共識短期間似乎仍有維持雙軌制的價值必要，但本案認為，長期而言似乎應採單軌制，較為適宜。</p> <p>二、民法第 191 條之 1 草案部分，針對消滅時效部分已另擬條文加以補充，請參見，頁 193-194。</p> <p>(三) 一、法人是否屬消費者學說容有爭議，依本研究計畫，針對美國、德國法(第 46 頁註 36)部分所研究的結果似乎並未包括法人。</p> <p>二、關於定型化契約的規範，對於消費者與非消費者的保護</p>

	<p>容」與社會通念、一般交易習慣產生重大偏離，文字請修正。第 6 條似可參酌日本法、德國法之無效條款、得撤銷條款、視為無效條款以為補充、改正。</p> <p>(四) 報告第 178、201 頁提及商品責任法制在德國及日本亦採雙軌體制，此說似有疑義，請釐清究明。</p> <p>(五) 修法草案有關民法第 191 條之 1 項下 (報告第 198 頁)：第 1 條第 1 項商品責任區分消費性、非消費性有無必要？第 2 項經銷業者應非屬真正的責任主體，其所負之中間責任與製造業者之無過失責任如何連帶？製造業者之責任，草案所規定的大幅縮減責任主體，是否妥適？無均請再斟酌。</p> <p>(六) 商品責任的消滅時效，不是屬於適用民法第 125 條、延長 5 年時效期間的問題，反而應從「出現損害時」起算其消滅時效，方屬適合。</p> <p>(七) 有關「消費者保護基金」之消保法修正案試擬條文 (報告第 178 頁，註 26)，包括適用對象、訴訟目的為何？皆未見說明。塑化劑法律問題之解決，似</p>	<p>似乎仍應有所不同，因此消費性定型化契約概念仍有必要。</p> <p>三、有關定型化契約草案第 3 條異常條款的規定，遵照審查意見作修改。</p> <p>四、對此，本案認為，應俟實務見解發展更加成熟後再為明文規範。</p> <p>(四) 已於頁 181、198 加入說明。</p> <p>(五) 一、關於商品責任的規範，對於消費性商品與非消費者性商品的保護似乎仍應有所不同，因此將二者區別仍有必要。</p> <p>二、第二項規定的經銷責任仍為無過失責任，本項並無取代民法第 191 條之 1 之意。</p> <p>三、本項既未取代民法第 191 條之 1，因而也未減縮責任主體。</p> <p>(六) 就此部分，本案參照日本製造物責任法第 5 條，草擬條文請參見，頁 194-195。</p> <p>(七) 此非本案研究範圍，建請行政院消費者保護處，納入參考。</p>
--	---	--

	<p>應從因果關係請求消滅時效之期間等方向著手，以尋求對被害人損害救濟之方法，凡此均未見有詳細交待。</p>	
<p>黃委員立</p>	<p>(一) 修法草案有關民法第 247 條之 1 部分 (報告第 193 至 197 頁)，將消保法相關條文納入，用心值得肯定。但就未納入之消保法其他條文 (例如應記載事項)，究應何去何從，請補充說明。</p> <p>(二) 修法草案第 1 條第 1 項 (報告第 193 頁) 對消費者之定義明顯較消保法狹窄，請再斟酌。</p> <p>(三) 修法草案第 2 條 (報告第 193、194 頁)：第 1 項之「消費性」建議刪除，以減少不必要之爭議。第 2 項條文承襲消保法第 11 條不清晰之文字，建議修正為：「違反前項規定，所有定型化約款均不構成契約內容，但消費者得主張定型化約款中之特定條款，仍構成契約內容。」第 3 項「中央主管機關」是指法務部或目的事業主管機關？請釐清究明。又本條未規定除斥期間，請增列除斥期間之規定。</p>	<p>(一) 關於消費者保法第十七條有關應記載與不得記載事項的相關規定，性質上屬行政管制，是否適宜納入屬市民法的民法規範體系中，容有爭論，就近期民法學說與實務之發展而言，似乎保留於消費者保護法中較為妥適。</p> <p>(二) 請參見朱委員審查意見 (三) 之回覆。</p> <p>(三) 一、修法草案第 2 條有關審閱期間的規定性質上應屬立法者基於保護消費者特殊立法目的所為之規定，且在定型化契約已成為契約主要類型之今日，所有定型化契約皆須審閱期間是否會對社會經濟發展產生過大衝擊似乎仍有考量之必要。似乎仍應區別消費關係與否，而為不同的規範為宜。二、修法草案第二條第二項與第三項參照審查委員之意見作為修改。三、因消費關係種類繁多，似不宜統一規定，且違反審閱期間的效果係法律規定，而非經消費者主張才發生效力故是否適宜加入除斥期間，似乎可再作討論，近期內在個案上似可以誠信原則加以處理即可。</p>

	<p>(四) 修法草案第 3 條 (報告第 194 頁) 建議修正為:「定型化契約條款內容與社會通念、一般交易習慣產生重大偏離者,該條款不構成契約之內容。(第 1 項) 定型化契約條款因字體、印刷或其他情事,致難以注意其存在或辨識者,亦同。(第 2 項) 前二項情形,他方當事人得主張該條款中特定條款仍構成契約內容。(第 3 項)」請參酌。</p> <p>(五) 修法草案第 4 條 (報告第 194、195 頁): 德國民法第 305 條第 2 項 (報告第 48 頁) 與消保法第 13 條規定「經他方當事人同意受其拘束」不同,修法草案第 4 條採消保法第 13 條之規定方式,但問題在於,本條規定之同意要如何表達? 企業經營者如何舉證? 此一規定恐怕沒辦法用。請再斟酌。</p> <p>(六) 修法草案有關民法第 191 條之 1 部分 (報告第 198 頁): 第 1 條第 1 項消費性商品之區分,反生糾紛;第 3 項限於人身損害之賠償責任,不得以契約條款減輕或排除,不太妥適;又許多消保法條文 (如召回責任) 未納入,均請再酌。</p> <p>(七) 將商品責任當成侵權行為責任,問題很多,以華航空難為例,若係飛機設計瑕疵,乘客、</p>	<p>(四) 修法草案第 3 條遵照審查委員之意見作為修改。</p> <p>(五) 依本研究案所提修法草案第 4 條的說明,本條的【同意】包括明示及默示,實務在個案上可以各種事項推斷當事人之真意,似乎不致使實務產生窒礙難用之情形。</p> <p>(六) 對於消費性商品與非消費性商品的責任,本應有輕重之分,而因消費性商品採無過失責任。又通常無過失責任,定有責任上限,本條未定上限,所以僅就保障消費者人身安全不得約定減輕或排除,但關於財產之保障則應允許減輕或排除。消保法並非本案研究範圍,就召回責任是否應納入民法,應可從長計議,本案暫不納入修正草案。</p> <p>(七) 對於商品責任其性質為侵權責任,應無疑義。保護對象應以是否具有消費關係加以</p>
--	---	--

	<p>服務人員、被波及之計程車及宿舍內人員，何人如何從事侵權行為？消保法第 7 條效力範圍為何？</p> <p>（八）消保法上因果關係，可採取德國環境責任法之原因推定理論（<i>Ursachenvermutungstheorie</i>）。請參考。</p> <p>（九）有關無效條款之例示規定，德國及日本均有規定，請製表加以比較，以供未來修法參酌。</p> <p>（十）報告第 127 頁就最高法院 78 年台上字第 200 號判決僅一語帶過，對三個地方法院判決反而論述較詳細，體例上請再調整。</p> <p>（十一）有關建議成立「消費者保護基金」部分（報告第 178 頁），因收入不穩定，且其用途有待商榷（依消保法第 33 條以下之規定，業者下架之損失本為其應承受之風險），故請再酌。若要保護消費者，或許可以如德國設立大規模的檢驗機構，請參考。</p> <p>（十二）在塑化劑的案例中，最困難的應在於損害之證明。</p>	<p>認定，而關於保護對象、效力範圍已探討於頁 116-124。</p> <p>（八）本研究團隊會納入將來研究的參考。</p> <p>（九）已製表格，請參見頁 82-83。</p> <p>（十）已加以補充說明，請參見，頁 129。</p> <p>（十一）此非本案研究範圍，建請行政院消費者保護處，納入參考。</p> <p>（十二）審查委員所言，固非無見，惟此為程序事項，本案認為，宜建請相關主管機關，予以重視並加以研究。</p>
--	---	--

<p>鍾委員瑞蘭</p>	<p>(一) 格式部分，如行距、錯漏字，請再調整、修正。</p> <p>(二) 第五章第一項、第二項標題（報告第 193、198 頁），建議修正為「定型化契約部分」、「商品責任部分」；並請增列草擬條文之總說明；另條文對照表之三欄應為「增訂條文」、「現行民法及消費者保護法相關條文」、「說明」，請就說明之內容補充修正。</p> <p>(三) 報告第 198 頁增訂條文第 1 條第 2 項「經銷者」、第 3 項「經銷人」之用語；報告第 190 頁、第 223 頁最高法院法官之具名；報告第 183 頁「附件」、第 225 頁「附件五」之格式等不一致之處，請再調整、修正。</p> <p>(四) 請研究團隊參酌上開審查意見為補充、修正或說明，期末報告初稿審查通過。</p>	<p>(一) 已參照審查意見作修正。</p> <p>(二) 已參照審查意見作修正，並已補充說明之相關修訂內容。</p> <p>(三) 已參照審查意見作修正。</p> <p>(四) 本案，已遵照期末審查意見為修正說明與補充，請參照。</p>
--------------	--	---

附件六、本案學者專家座談會會議紀錄

法務部 100 年度「民法債編商品責任及定型化契約規範之檢討—以交易地位的不對等及消費者保護的發展趨勢為例」委託研究案學者專家座談會會議紀錄

壹、會議時間：100 年 9 月 23 日（星期五）上午 9 時 30 分

貳、會議地點：法務部 2 樓簡報室

參、主持人：謝教授哲勝 記錄：崔積耀

肆、出席人員：劉教授春堂、楊教授淑文、陳教授忠五、曾教授品傑、姜律師志俊、行政院消費者保護委員會

伍、列席人員及單位：謝教授哲勝、吳教授光明、陳副教授洸岳、楊助理教授宏暉、研究助理林琮達、研究助理崔積耀、研究助理吳怡蓓

討論題綱

一、現行民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範是否妥當？

劉春堂教授

1. 定型化契約部分妥適。因民法第 247-1 條是誠實信用原則之具體化，係放諸四海皆準的規範，且消保法是適用於消費關係，非消費關係如何處理則有疑義，故認為應保留民法第 247-1 條。二者規範可作為相互解釋的依據。

2. 商品責任部分妥適。因民法第 191-1 條對製造人的定義較明確且明確規定企業經營者需負擔因果關係不存在之舉證責任，此二部分較消保法惟消保法較為欠缺之點，故民法第 191-1 條仍有保留之必要。

姜志俊律師

1. 交錯規範妥適。因消保法與民法在規範主體、適用要件與舉證責任部分規範皆不相同。

2. 消保法適用至今已接近 18 年，期間中經過各方長期的磨合，目前在適用上並無重大不妥適之處，如要修法，必須經過法規影響評估。

曾品傑教授

1. 定型化契約部分妥適。因目前立法者對消費關係(B2C)與非消費關係採取區別類型之規範模式，此可從二部分觀察得知(1)在訂入契約部分，消保法第 11-1 條、第 13 條及第 14 條規定有漸進式的訂入契約程序，而民法第 153 條不論是默示同意或可得而知的情形皆構成契約內容的合意。(2)在內容控制部分，從消保法第 17 條有關定型化契約應記載與不得記載事項的規定可知，我國已走入

消費者契約法定原則，而民法上仍強調契約自由，保留目前交錯適用的規範模式，可突顯立法思維從契約自由轉變到契約正義。

2. 商品責任部分妥適。因(1)民法係針對個別商品製造人，所以民法第191-1 條係推定過失、推定商品缺陷及推定缺陷與損害間的因果關係，而消保法則規範所有與商品設計、生產及製造有關之人，即商品從上游到下游所有業者的連帶責任，所以適用要件與適用範圍與民法多有不同。二規範並存，顯示我國從民法的個人推定過失

3. 責任到消保法上與系爭商品有關的複數企業經營者間無過失連帶責任，可體現立法過程中之法治變遷與法律思維的不同。個人認為此種針對規範對象不同而作出差別待遇係具有具體妥當性的。

行政院消費者保護委員會吳組長

1. 二規範在適用主體及要件上多有不同，各有其規範目的及規範效果，且目前實務運作順暢，應保留目前交錯規範模式。

楊淑文教授

1.在商品責任部分，雖民法債篇修正晚於消保法之公布，但民法債篇修正是依據早期民國 60-70 年代間的修正草案，故民法採取早期之推定過失責任，消保法採取無過失責任。二者在規範競合下，原告多會主張消保法上之規定。

2.民法有關定型化契約只有第 247-1 條的規定，而該條目前在實務上無實質作用，只是對定型化契約的現象作一描述，對定型化契約約款之效力難以判斷。定型化契約為目前契約之常態，且德國法目前強調每一國民應有【正確決定機會之確保】，定型化契約係剝奪或阻礙他方意思決定自由，故應納入民法之規範範疇。

3.消保法在定型化契約部分有二樣主要缺漏，在有關非純粹消費者與企業經營者間有關商品之交付或服務之提供，最典型為消費關係外之債權融資行為與融資行為之擔保行為，例如消費借貸與保證。此種消費借貸與保證之一方當事人為經濟實力最為雄厚之金融業者，但目前實務完全不讓此二種契約有適用消保法之機會，但此二種契約非常有必要將之納入消保法之適用範圍。在目前採取雙軌制模式之下，期待實務將消保法上有關定型化契約之規定當作民法第一條之法理作為處理。目前民法對金融性的消費借貸規定過於簡陋，無法適應目前金融實務的

運作，應有修法之必要。

4.德國法目前對定型化契約有所謂半強行性之規定，即在消費性借貸關係，不允許企業經營者作出與任意規定不符之定型化契約約款。

5.德國目前對消費者團體訴訟有規定，如企業經營者制訂無效之定型化契約條款，消保團體可提起團體訴訟，向法院提起撤銷之訴，使與該企業經營者簽訂無效約款之全部契約相對人皆可主張該約款無效，而不用一一提起訴訟。

6.商品責任尚稱妥當，定型化契約部分則不妥當。

陳忠五教授

1. 重點在於消費關係之解釋，及消保法上之規定是否皆屬固有的消保法規範領域而須以消費關係為適用前提。如果不屬固有消保法規範領域，才要討論是否應回歸民法或與民法做整合，讓彼此間不要產生矛盾、規範衝突或不合理的差別待遇。定型化契約並非固有之消保法問題，企業經營者間亦常有突襲、片面決定交易條件使他方措手不及的情形，故民法對其規範亦無不可，只是規範強度要針對規範對象而做區別，消費關係規範強度較強，可作程序及實質管制，非消費關係只要程序管制即可，我國目前立法規定正好相反。目前實務對消費關係的認定，受限於消保法第二條之例法解釋，主體須為企業經營者與消費者，規範客體為商品或服務，以致產生如楊教授所提有關金融消費借貸及保證等問題必須回歸民法，但是回歸民法係讓人擔憂的。

2. 商品責任重點在於商品缺陷致生損害，不應區分受害者與企業經營者間有無消費關係而分別適用民法或消保法。

3. 商品責任應統一規範，定型化契約可交錯規範。

二、對於目前實務運作情形是否滿意？

劉春堂教授

1.消保法公布施行後，最大之問題點在於消費關係之認定，即使採單一規範模式(如德國)，此問題仍會繼續存。此部分要透過學說和判例慢慢累積和發展，才能使消費關係與非消費關係間的區分更加明確。對目前實務運作並無所謂滿意或不滿意，只是在特定議題上可能有不同之學說見解，例如保證契約，目前實務認為不屬消費關係，但詹森林認為應適用消保法，但有這些爭議不代表須採單一模式，因為這些爭議都是學說和實務發展過程中所必然產生之模糊地帶與爭論

(採中立立場)

姜志俊律師

1. 雖某些規範尚有疑義，但在相關機關所作各種函釋及各種應記載或不得記載事項的公布後，法院在判決時多數都會加以參考而作為裁判之依據，觀察目前律師界的意見與法院判決，目前運作尚稱順暢。

2. 重點仍在消費關係與非消費關係之解釋，如果認定有爭議，最高法院可透過判例或民刑庭會議決議來統一見解。

3. 目前有學者認為非消費關係亦可適用消保法，我認為萬萬不可，因目前民法與消保法並存，二者適用主體、要件及法律效果多有不同。

4. 民法修正通過與消保法公布已歷經多年，各方早已習慣目前之立法模式，如要作更動，必須要有強而有力之理由且要做好法規影響評估。

曾品傑教授

1. 目前實務運作尚稱妥適，只是民法與消保法在規範上分別有修改之空間。

2. 目前最高法院對民法第 247-1 條之適用前提仍強調立法理由之他方不及知或無磋商或變更餘地，但重點應置於同類契約與按其情形顯失公平，實務目前對民法第 247-1 條之適用過於狹隘。在保證人可否適用消保法，最高法院採取否定見解，應可參酌銀行法第 12-1 的立法意旨，對商業性借款保證與非商業性借款保證做出區別，非商業性借款保證應可適用消保法。

3. 民法第 191-1 條部分，(1)觀察實務上有關汽車安全氣囊之相關判決，合理使用屬證明或釋明責任有待釐清，最高法院目前似乎傾向認為是證明責任(2)在消保法上非營業人違反合理使用可考慮採取與有過失之模式，而非完全否定非營業人之損害賠償請求權；在民法上則可採取較嚴格之見解，合理使用為商品責任之成立要件。

4. 純粹經濟上損失可否適用消保法第七條有爭議，目前實務採取肯定見解，個人認為如係非營業人之純粹經濟上損失應屬消保法第 7 條之賠償範圍。

5. 民法第 191-1 條之推定因果關係可否適用於消保法有爭議，但如將民法第 191-1 條之推定因果關係適用於消保法之商品責任，則消保法上企業經營者之商品責任為無過失加推定因果關係再加連帶責任，是否會對以中小企業為主之台

灣企業生態產生過重之負擔仍有斟酌之空間。

6. 消保法上商品責任消滅時效之爭議，目前實務是以民法第 197 條為規範依據，但消保法上商品責任賠償範圍包括純粹經濟上損失，如時效過長，有可能會架空契約法上之相關規定。

行政院消費者保護委員會吳組長

1. 消保會對是否為消費關係有許多解釋，目前實務運作並無窒礙難行之情況。

楊淑文教授

1. 定型化契約不妥適，商品責任部分保留。

陳忠五教授

1. 實務運作仍有改進空間。

三、是否有修法的必要？

四、下列修法方式，以何者為宜？

(一)維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。

(二)採統一規範模式，保留消費者保護法的相關規定，刪除民法的相關重複規定。

(三)採統一規範模式，保留民法的相關規定，刪除消費者保護法的相關重複規定。

劉春堂教授

1. 剛才諸位所提之問題大多為實務上適用法條之問題，目前立法規範原則上無修法之必要，最多只是針對民法與消保法上各別細項問題再做調整。

2. 即使修法將目前雙軌規範修改為單軌規範，但實務運作上一定仍會區分消費關係與非消費關係而維持雙軌，此點從德國實務運作情形即可明瞭。

陳忠五教授

1.重點在於實務上對消費關係應正確解釋，如正確解釋則無修法必要，但現今實務之解釋令人不甚滿意，或許可透過修法加以解決，故認為商品責任應回歸民法，而定型化契約可採雙軌制，但是在民法及消保法上都有修法之必要。

楊淑文教授

1. 消保法上消費者定義可如同歐盟般採取負面表列之定義，原則上只要不是法人，不是營利者即屬消費者。因應目前實務運作，應有修法必要，且第一順位採統一規範模式，保留民法的相關規定，刪除消費者保護法的相關重複規定，第二順位採維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。

2. 將消保法第 12 條至第 14 條納入民法第 247-1 條以下。
3. 民法須增列金錢借貸之規定

曾品傑教授

1. 無大修之必要，只需針對個別細項問題加以處理即可。
2. 贊成維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。因消保法上有許多行政方面的規範，例如抽查或抽驗，似乎不太適合至於民法之中
3. 有關楊教授所提之消費者金錢借貸與保證契約，法國法是至於消保法中規範。
4. 有關消費借貸之要物性，個人認為民法上消費借貸可採非要物性，但消費關係借貸可維持要物性。
5. 有商品責任之純粹經濟上損失，個人認為消費者可以消保法請求純粹經濟上損失，但營業人應回歸民法第 191-1 條不得請求純粹經濟上損失。

姜志俊律師

- 1.雙軌規範無調整必要，但民法與消保法上各別細項問題再做調整。

行政院消費者保護委員會吳組長

- 1.消保會對修法並無特別之意見。

一、現行民法和消費者保護法就定型化契約和商品責任的交錯規範是否妥當？

1. 尚為妥當。

二、對於目前實務運作情形是否滿意？

1. 商品責任與定型化契約的相關規範，在實務上多二者皆加以主張，又民法與消保法上的雙重規範，實務上多認為係請求權的自由競合。

三、是否有修法的必要？

四、下列修法方式，以何者為宜？

(一)維持二元規範模式，民法和消費者保護法的相關規定均保留。

(二)採統一規範模式，保留消費者保護法的相關規定，刪除民法的相關重複規定。

(三)採統一規範模式，保留民法的相關規定，刪除消費者保護法的相關重複規定。

1. 目前應無修法的必要性存在。
2. 惟若嗣後有修法的需要時，建議將消保法中的相關規定訂入民法中即可，以求法體系的完整。