

第五章 我國投資型保險不當行銷問題與解決方案

我國至今為止並未發生類似日本或大陸之投資型保險紛爭，保險司行政措施之良善可謂居功厥偉¹。然而行政制度之功能僅在預防問題之發生，一旦行政措施有所缺漏，類似日中美之投資型保險不當行銷案件發生於我國時，我國民事法是否已賦予受害要保人完善之救濟基礎？若否，則我國法律應該如何改進，以幫助要保人獲得完善之保障？本章將就類此問題進行探討。

第一節 我國投資型保險之引進

雖投資型保險於美國、日本等地已銷售多年，然我國則一向以傳統保險為主流，此種形勢，至西元 1999 年才開始出現轉變。美僑商會於西元 1999 年 9 月提出「台灣白皮書」，針對我國國內因全球利率走低所導致之壽險業清償力不足問題，建議業者引進無預定利率設計之投資型保險作為因應。西元 2000 年初，並拜會財政部明確表達希望國內引進投資型保險之立場。對於美僑商會之推動，財政部基本上採取贊成之態度，惟鑑於當時保險法令，並無供投資型保險發展之現實下，建議業者宜先發展過渡性商品（西元 2000 年 11 月 6 日我國核准之第一張非傳統型壽險-宏利美麗人生遞延年金-即為此類），待保險法令研擬完成方正式引進。於此同時，立法委員林政則等三十三人，亦基於滿足國人取得保險投資雙重功能產品之需求，進一步活絡臺灣金融證券市場之目的，於立法院保險法部分條文修正案中置入相關條文，而於西元 2001 年 7 月 9 日正式公佈²。此次修正，賦予分離帳戶設立之

¹ 譬如要求各保險公司於販售投資型保險時必須說明重大事項告知書，並請要保人簽名。關於重大事項告知書之格式可參閱 smart 智富，[投資型保單完全精通](#)，電腦家庭文化事業股份有限公司，西元 2003 年 9 月，頁 52。

² 參閱王超馨，[海峽兩岸投資型保險商品之比較研究](#)，國立政治大學風險管理與保險研究所碩士論文，西元 2002 年 4 月，頁 38-39。

法源基礎（保險法第一二三條第二項³、第一四六條第五項⁴），使人身保險業得以開始經營投資型保險⁵。西元 2001 年 12 月 21 日財政部依保險法第一四六條第五項制訂十八條「投資型保險商品管理規則」，作為管理投資型保險業務之準則。西元 2003 年 10 月 7 日復依「投資型保險商品管理規則」第十六條規定制訂「投資型保險資訊揭露應遵循事項」。如是，至今將近 3 年之發展，我國投資型保險商品之推動成果斐然，至少已有 26 張保單核准上市⁶。茲將至西元 2002 年 11 月 30 日止，我國所核准之投資型保單表列如下。

³ 保險法第一二三條第二項：「投資型保險契約之投資資產，非各該投資型保險之受益人不得主張，亦不得請求扣押或行使其他權利。」

⁴ 保險法第一四六條第五項：「保險業經營投資型保險之業務應專設帳簿，記載其投資資產之價值；其投資由主管機關另訂管理辦法，不受保險法第一百四十六條至第一百四十六條之二、第一百四十六條之四及第一百四十六條之五規定之限制。」

⁵ 賴本隊，台灣壽險業投資型保險商品的發展與現況，壽險季刊第 126 期，中華民國人壽保險商業同業公會業務發展委員會，西元 2002 年 12 月，頁 73。

⁶ 同上註，頁 76。

表 5-1 臺灣壽險業已核准投資型保單分類統計（至西元 2002 年 11 月 30 日）

商品分類	保單張數	保單名稱
變額壽險	7	南山：伴我一生變額壽險 四海遊龍保證收益變額壽險 宏泰：投資致富變額定期壽險 紐約：長鴻變額終身壽險 安泰：靈活理財變額保險 環球瑞泰：理財贏家變額壽險 蘇黎世：千禧變額壽險
變額萬能壽險	13	台壽：掌握人生變額萬能壽險 保誠：運籌人生、活躍人生 國泰：創世紀變額萬能壽險（甲、乙、丙型） 南山：伴我一生變額萬能壽險 富邦：吉祥變額萬能壽險（A、B 型） 三商美邦：世紀理財變額萬能終身壽險 統一安聯：創世紀變額萬能壽險、超優勢變額萬能壽險 大都會：變額萬能壽險 宏利：宏運人生 全球：卓越人生 蘇黎世：奔騰世紀變額萬能壽險
變額年金	6	台壽：領航世紀變額年金 國泰：新世紀變額遞延年金乙型 中國：和信變額年金保險 新光：富利變額年金 三商美邦：長紅保本變額遞延年金 宏利：開元變額遞延年金

資料來源：財團法人保險事業發展中心。引自賴本隊，台灣壽險業投資型保險商品的發展與現況，壽險季刊第 126 期，中華民國人壽保險商業同業公會業務發展委員會，西元 2002 年 12 月，頁 76。

第二節 投資型保險不當行銷可能類型

經由日中美三國投資型保險不當行銷案例之觀察，吾人可知投資

型保險不當行銷可分為四種類型，分別為傳統行銷手法結合型、投資標的不適當型、複製基金型、誇大報酬率型四種。前三者為美國投資型保險主要案例，誇大報酬率型則主要發生於大陸（中國平安保險公司退保事件）、日本（變額保險事件），美國較少發生。而各類型之共通點為均因業務員之不實說明，而使保戶產生若干誤認。傳統行銷手法結合型中之消散保費類型，因業務員於特定時點經過後保費免繳之陳述，使保戶產生於屆特定時點後保費無須繳納之誤認。保單重置類型，因業務員新保單較舊保單優良或可免費取得新保單之陳述，使保戶產生新保單確實比舊保單優良，或可免費取得新保單之誤認。掩護行銷類型，因業務員投資商品或退休商品之陳述，使保戶產生投資型保險為純投資或退休商品之誤認。投資標的不適當型，因業務員必須於個人退休基金計畫中以變額年金為投資標地方可產生賦稅遞延效果之陳述，使保戶產生為得到賦稅遞延效果需設置變額年金為投資標的之誤認。複製基金型，因業務員投資型保險所提供之共同基金為市售共同基金之複製之陳述，使保戶產生可供資產配置之投資標的與市售共同基金相同之誤認。誇大報酬率型，因業務員對投資型保險投資報酬率之誇大陳述，使保戶產生投資型保險為無虧損可能，具高獲利性保險之誤認。關於各類型之詳細內容請參閱本論文第三章之介紹，於此茲不贅述。

第三節 保戶之救濟需求

歸納言之，當投資型保險糾紛發生時，受害之保戶有如下救濟需求：

第一項 退還保費

此項需求於中國平安保險公司退保事件最為明顯，以福州退保事件最具代表性之李姓客戶為例，其最終成功地自平安保險公司取回 16

萬元之追加保費，而上海退保事件中，成功取回全部保費者亦所在多有。錯誤之認知下購買不符締約目的之商品，退還商品取回對價應是一般人相當自然之救濟反應。

第二項 損害賠償

此項需求於日本變額保險事件中最為明顯，亦對其受害者最為重要。蓋日本變額保險事件之受害人幾皆聽信業務員之不實說明，用以土地為擔保向銀行所取得之融資繳納躉繳保費，銀行方面利滾利之利息損失、融資手續費，為其除本金減損外之另一龐大損失，除取回本金（原保費）外，利息損失、融資手續費等其他損失若亦獲得賠償，方能謂已獲較完整之救濟。因聽信他人不實說明而締約，若有對價外之其他損失，欲請求損害賠償亦應是一般人相當自然之救濟反應。

第三項 履行契約

此項需求於美國投資型保險紛爭中較為明顯，蓋諸如因保險人消散保費行銷策略而受害者，其所欲之賠償方式其實係，保險人如行銷時所言地使其保費消逝，亦即保險人履行其行銷時業務員所稱保費繳納特定年數後無須再繳納之承諾。

第四節 請求權基礎之探討

就保戶之救濟需求，我國現行法是否有適當之救濟基礎？本節將就此進行探討。

第一項 保險人歸責基礎之探討

投資型保險紛爭主要係因業務員對投資型保險內容之不實說明所引起，既係因業務員之不當行為所引起，保險人是否須負責？要保人是否可基於業務員之不實說明行為向保險人請求相關救濟？係首先必須探究之問題。

保險法令上與業務員有關之規範為保險法第八條之一，及依保險

法第一七七條之授權而訂立之保險業務員管理規則。而保險法第八條之一僅是對何謂保險業務員加以定義⁷，與保險人是否須為業務員行為負責之問題無關，是以應注意者為保險業務員管理規則第十五條⁸。該條條文謂：「業務員經授權從事保險招攬之行為，視為該所屬公司授權範圍之行為，所屬公司對其登錄之業務員應嚴加管理並就其業務員招攬行為所生之損害依法負連帶責任。……」，既謂「……就其業務員招攬行為所生之損害『依法』負連帶責任。…」，則該條應僅屬訓示或宣示性規定，意在告知社會大眾民事法上存在著命保險人應為業務員招攬行為所致損害連帶負責之規範，本身並非獨立之歸責基礎，否則其大可刪去「依法」二字，明白謂「……就其業務員招攬行為所生之損害負連帶責任。…」。實務見解即是如此主張⁹。是以要保人應無法運用保險業務員管理規則第十五條追究保險人之責任。

保險法令上既無可資運用之規範，則應回歸民法。就利用人對於其所利用之媒介所致他人損害，利用人於何種情況應負責，民法上相關規定有民法第二二四條¹⁰（為債務履行輔助人負責）及民法第一八八條（僱用人代負責任）二者。民法第二二四條本身並非獨立請求權

⁷ 保險法第八條之一：「本法所稱保險業務員，指為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司，從事保險招攬之人。」

⁸ 保險業務員管理規則第十五條：「業務員經授權從事保險招攬之行為，視為該所屬公司授權範圍之行為，所屬公司對其登錄之業務員應嚴加管理並就其業務員招攬行為所生之損害依法負連帶責任。業務員同時登錄為財產保險及人身保險業務員者，其分別登錄之所屬公司應依法負連帶責任。前項授權，應以書面為之，並載明於其登錄證上。

第一項所稱保險招攬之行為，係指下列之行為：

- 一 解釋保險商品內容及保單條款。
- 二 說明填寫要保書注意事項。
- 三 轉送要保文件及保險單。
- 四 其他經所屬公司授權從事保險招攬之行為。」

⁹ 壽險公會認為：「依此條之規定，保險業務員在授權範圍內的招攬行為視同所屬公司的行為，若其行為有損害發生時，『如法律有規定應負連帶責任時』，所屬公司負連帶責任，…」（參閱現代保險編輯部，管理規則是不是業務員的金箍圈，現代保險第 48 期，西元 1992 年 12 月 5 日，頁 15）姜志俊先生謂：「『依法』乃指依『民法』，在民法上……」（參閱楊靜安，保護消費者也保護業務員，現代保險第 48 期，西元 1992 年 12 月 5 日，頁 23）。

¹⁰ 民法第二二四條：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失，負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」

基礎¹¹，而為追究債務人責任之歸責基礎，其歸責要件為（1）履行輔助人（代理人或使用人）（2）關於債之履行（3）有故意或過失¹²，若三要件皆符合，其效力為債務履行輔助人之故意過失（除非另有特約）等同於債務人之故意過失。民法第一八八條¹³則同時為請求權基礎，其構成要件為（1）受僱人（2）於執行職務（3）為侵權行為¹⁴，若符合該三要件，則僱用人應為受僱人之行為負損害賠償責任。觀上述二者之要件可知，所利用之媒介是否為履行輔助人、受僱人為首要要求，是以保險業務員是否為保險人之履行輔助人、受僱人為進一步應探討之問題。

壹、 履行輔助人

保險業務員是否為保險人之履行輔助人？由於保險法上所謂保險業務員係指為保險業、保險代理人公司、保險經紀人公司從事保險招攬之人，乃保險人業務員、保險代理人業務員、保險經紀人業務員之總稱，因此本問題尚可分為三子題，分別為（1）保險人之業務員是否為保險人之履行輔助人？（2）保險代理人之業務員是否為保險人之履行輔助人？（3）保險經紀人之業務員是否為保險人之履行輔助人？

一、 保險人之業務員

就問題（1），江朝國先生認為「將業務員視為保險業者-----之代理人，應較符合現行法制之規定，及保險實務運作之情形，...」¹⁵；

¹¹ 王澤鑑，民法學說與判例研究第六冊，三民書局，西元1994年8月8日，頁73。

¹² 同上註，頁74。

¹³ 民法第一八八條：「

受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。

如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。

僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。」

¹⁴ 王澤鑑，同註11，頁74。

¹⁵ 江朝國，何謂保險業務員？（之二），現代保險第66期，西元1994年6月1日，頁87。

施文森先生認為「業務員應視為保險人之營業代理人或受僱人，在招攬過程中所為之行為，其效力應及於保險人。」¹⁶、「業務員不僅為保險人之受僱人或代理人，實已成為保險人之輔助機關，其於招攬業務過程中，無論所為之意思表示或所受之意思表示，均應與保險人自為者無異。」¹⁷；鄭玉波先生認為：「保險業務員所從事之保險招攬工作，係為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司而為。從而縱令保險業務員與其所屬之保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司未存有僱傭契約，亦應解為其係該保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司之使用人...」¹⁸；梁宇賢先生認為：「為維護交易安全，與衡平原則，應認為保險業務員不論內務及外務人員，縱使僅從事保險招攬之人，亦係保險業務員，均為保險業之職員，亦為保險業之代理人。」¹⁹；吳鴻章先生認為「保險外務員（保險業務員舊稱），通常為保險人之使用人，從事於保險契約締結之勸誘事務；...」²⁰；黃川口先生認為「要言之，業務員通常僅具有保險公司使用人之地位，...」²¹，可看出學說上係採肯定見解 實務上早期則似採否定說，司法院第一廳認為：「保險外務員，通常係指受保險公司之囑託，為保險人招攬保險契約，以獲取佣金之人，保險外務員，其主要職務，為保險契約之招攬，並無締結保險契約之代理權，其性質並非保險人之代理人。」²²，然依最高法院 85 台上 179 號判例：「...保險法第八條之一所稱之保險業務員，屬上訴人（為某保險公司）之使用人。類推適用民法第二百二十四條

¹⁶ 施文森，保險法論文，五南圖書公司，西元 1978 年 6 月，頁 124。

¹⁷ 施文森，從部頒保險業務員管理規則—論保險業務員之法律定位，法律評論第五十九卷第一、二期合刊，西元 1993 年 2 月，頁 11。

¹⁸ 鄭玉波，保險法論，三民書局，西元 2000 年 8 月，頁 24。

¹⁹ 梁宇賢，保險法，瑞興圖書股份有限公司，西元 1998 年 9 月，頁 56-57。

²⁰ 吳鴻章，保險契約告知義務制度之研究，臺灣商務印書館發行，西元 1974 年，頁 79。

²¹ 黃川口，人壽保險業務員之管理與法律責任問題，台北市銀月刊第九卷第十一期，西元 1978 年 11 月 25 日，頁 71。

²² 司法院第一廳，民事法律專題研究（二）-司法院司法業務研究會第三期研究專輯，司法周刊雜誌社，西元 1988 年 4 月 5 日，頁 590。

債務人之使用人關於故意或過失責任之規定...」，應亦採肯定說。查民法第二四四條將履行輔助人分為代理人及使用人，代理人依最高法院六十八年第三次民庭庭推總會決議，應包含意定代理人與法定代理人²³，使用人則係指不問當事人間有無契約關係，一時或繼續，有無報酬，使用人是否知悉其係為債務人履行債務，事實上依債務人之意思為債務履行者²⁴。而保險業務員依保險法第八條之一之定義係為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司從事保險招攬之人，而所謂保險招攬依保險業務員管理規則第十五條第三項係指解釋保險商品內容及保單條款、說明填寫要保書注意事項、轉送要保文件及保險單---等行為，可看出係依保險人之意思為行為，是以保險業務員至少應為保險業、保險經紀人公司、保險代理人公司之使用人，亦即為其履行輔助人。因此保險人業務員為保險人之履行輔助人，通說之見解確為真知灼見。保險人業務員既為保險人之履行輔助人，則業務員於為保險人履行債務時之故意或過失，即應等同於保險人之故意或過失，保險人即應負起其債務不履行責任。

二、保險代理人之業務員

就問題(2)，江朝國先生雖謂：「保險代理人公司之業務員，於債之履行上，屬民法第二二四條所稱之『代理人』或『使用人』...。保險代理人公司於債務履行範圍內(即代理招攬保險)就業務員之故意、過失負同一之責。而保險公司基於代理契約及授權書亦須就保險代理人之代理行為(包括表見代理)負授權人即本人之責，如此不僅可達規範保險公司之目的，而對要保人(被保險人)之權益亦有保障，...」²⁵，然並未明白表示，保險代理人業務員是否為保險人之履行輔助人。

²³ 江朝國，同註15，頁86、王澤鑑，同註11，頁76。

²⁴ 王澤鑑，同上註，頁77。

²⁵ 江朝國，保險法基礎理論，瑞興圖書出版，西元2003年9月，頁197。

保險代理人依保險法第八條：「本法所稱保險代理人，指根據代理契約或授權書，向保險人收取費用，並代理經營業務之人。」應為保險人之代理人，即履行輔助人，應無疑問。有問題者在於，保險代理人再使用之履行輔助人（業務員），是否為保險人之履行輔助人？亦即履行輔助人再使用之履行輔助人，是否為債務人之履行輔助人？就此問題，王澤鑑先生認為：「債務履行使用人是否得再使用他人履行債務而使債務人為間接履行輔助人之故意過失負同一責任），應依債務人與債權人之特約、契約之性質及交易習慣定之。」²⁶。而依保險業之交易習慣，保險代理人為替保險人招攬業務，必係交由其業務員為之，而無親為之道理，由其業務員為保險人招攬保險應為業界之常態。是以，本文認為保險代理人自得再使用其業務員（履行輔助人）為保險人招攬保險，使保險人為保險代理人業務員之故意過失負同一責任。因此，保險代理人所使用之業務員即為保險人之履行輔助人，其故意或過失等同於保險人之故意或過失。

三、保險經紀人之業務員

保險經紀人業務員是否為保險人之履行輔助人？保險經紀人者，依保險法第九條之定義為，基於被保險人之利益，代向保險人洽訂保險契約，而向承保之保險業收取佣金之人。其主要工作為運用其嫻熟之保險專業，居於要保人與保險人間，撮合訂立保險契約，因此其與要保人間之法律關係具有民法「居間」契約之性質²⁷，為保險領域專屬之特殊居間²⁸。故保險經紀人為要保人之代理人²⁹，亦即為要保人之

²⁶ 王澤鑑，同註 11，頁 80。

²⁷ 梁宇賢，同註 19，頁 54、劉宗榮，保險法，三民書局，西元 1995 年 8 月，頁 68。

²⁸ 邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版有限公司，西元 2002 年 10 月，頁 322。

²⁹ 「依保險通例，經紀人為要保人之代理人，受要保人委任，基於豐富之保險經驗，代向保險人洽訂保險契約，...」（參閱江朝國，同註 25，頁 193。）「保險通例，經紀人對保險人視為要保人之代理人，而非為保險人之代理人。」（參閱桂裕，保險法，三民書局，西元 1992 年 12 月，頁 50。）

履行輔助人，其業務員因此充其量為要保人之履行輔助人，而與保險人無涉。保險經紀人業務員並非保險人之履行輔助人。

貳、受僱人

保險業務員是否為保險人之受僱人？同樣地，因保險業務員分為保險人之業務員、保險代理人業務員、保險經紀人業務員，此問題亦可分為三子題探討。分別為（1）保險人之業務員是否為保險人之受僱人？（2）保險代理人之業務員是否為保險人之受僱人？（3）保險經紀人之業務員是否為保險人之受僱人？

一、保險人之業務員

保險人業務員是否為保險人之受僱人？就此問題，江朝國先生以業務員所享薪資為底薪或底薪+招攬佣金制為區分標準，認為保險人之業務員與保險人間之關係為僱傭或僱傭與承攬混合契約³⁰。施文森先生則依保險業務員管理規則第十五條「就其業務員招攬行為所生損害依法負連帶責任」一語推論業務員為其所屬公司之受僱人³¹。劉宗榮先生謂：「保險業務員係保險人之外勤人員，本質上是特定保險人之受僱人，...」。吳鴻章先生亦謂：「其（保險業務員）法律上之地位，為受保險人之僱傭，立於從屬立場，提供業務，...」³²。因此，吾人可知，學說上係採肯定見解。實務上臺灣高等法院 90 年保險上更字第 2 號判決，並不否認被上訴人（要保人）所稱業務員為保險人受僱人之見解³³，臺灣高等法院 88 年保險上字第 16 號³⁴及臺灣高等法院高雄

³⁰ 江朝國，同註 25，頁 196。

³¹ 施文森，同註 17，頁 14。

³² 吳鴻章，同註 20，頁 79。

³³ 但該判決，因認該業務員非於執行職務期間造成要保人損害，是以仍判要保人敗訴。

³⁴ 「觀諸三商人壽公司『業務員管理辦法』就業務員之出勤、考核、晉陞、管理、獎懲等設有若干規定（見原審外放證物原證十二），顯見蘇 XX（業務員）亦受上訴人公司之監督。準此，蘇 XX 客觀上乃為上訴人公司所僱用，為上訴人公司招攬人身保險及提供保戶服務，並受其監督，蘇 XX 與上訴人公司係屬民法第一百八十八條所稱之『受僱人』及『僱用人』，應無疑義」

分院 91 年上易字第 45 號³⁵判決則明白表示肯定之見解，故可知實務上亦採肯定說。其理由在於，民法第一八八條之立法精神重於保護經濟上之弱者，增加被害人獲得依法請求賠償之第三人之求償機會，此觀乎其設有舉證責任轉換及衡平責任之規定即可自明³⁶，是以其所稱受僱人，應從寬解釋，不以事實上有僱傭契約者為限，凡客觀上被他人使用，為之服勞務而受其監督者，均係受僱人³⁷，而業務員所屬公司（保險人、保險代理人、保險經紀人公司）依保險業務員管理規則須訂立業務員教育訓練、管理、報酬、獎懲³⁸等辦法，若照實制訂，其對業務員係立於上位監督之地位，應無疑問，因此業務員對其所屬公司而言係屬民法第一八八條所稱受僱人，應無問題。故，保險人之業務員為保險人之受僱人，保險代理人業務員為保險代理人之受僱人，保險經紀人業務員為保險經紀人之受僱人。保險人之業務員既為保險人之受僱人，則依民法第一八八條，於其對要保人為侵權行為時，保險人自應代負其責。

二、保險代理人之業務員

保險代理人業務員是否為保險人之受僱人？保險代理人業務員為保險代理人之受僱人，已如前述，然保險代理人業務員是否為保險人之受僱人？若為肯定，則保險人亦應為其招攬時對要保人之侵權行為負其責任。而其關鍵在於保險代理人業務員是否受保險人之監督？就此，應採否定見解，蓋保險人雖授權保險代理人代為招攬保險，然就其業務員實際上並無督導之權，其業務員係受保險代理人之監督管

³⁵ 「原審被告林 x 香並交付富邦人壽保險股份有限公司預收第一次保險費相當額送金單二張，原審被告林 x 香於收受保險費後，以第三人為發票人之支票支付保險費，則林 x 香事實上為被上訴人富邦人壽高雄分公司之受僱人，客觀上係被上訴人富邦人壽高雄分公司使用為之服勞務並受其監督者，應可認定」

³⁶ 臺灣高等法院 88 年保險上字第 16 號判決。

³⁷ 最高法院 57 年台上字第 1663 號判例。

³⁸ 分別參照保險業務員管理規則第 12、17、19 條。

理。保險人與保險代理人原則上應為法律上獨立之個體，其各自之業務員應不互相隸屬。因此，保險代理人業務員非為保險人之受僱人，其於招攬時侵權行為所致要保人損害，要保人不得向保險人請求賠償。

三、保險經紀人之業務員

保險經紀人業務員為保險經紀人之受僱人並無問題，惟保險經紀人業務員是否為保險人之受僱人？保險經紀人係為要保人洽訂保險契約之人，係為要保人之利害計算，謀求最大利益之人，除有特別情事外，其屬要保人一方，而與保險人間無法律關係，是以其業務員亦當非保險人之受僱人。因此，保險經紀人業務員非為保險人之受僱人，就其招攬時侵權行為所致要保人損害，保險人無須負損害賠償責任。

參、 小結

綜上可知，保險人應為保險人業務員、保險代理人業務員於債務履行上之故意過失負同一責任，應為保險人之業務員於招攬時侵權行為所致損害負損害賠償責任。由要保人之觀點則應注意，其保單若係保險代理人業務員所招攬者，該業務員侵權行為所致損害，要保人並無法依侵權行為（民法第一八八）向保險人請求賠償。於追究保險人責任上，債務不履行管道較侵權行為暢通。

要保人是否可向保險人請求救濟？可以，若其保單係由保險人之業務員所招攬，債務不履行責任、侵權責任皆可主張，若其保單為保險代理人業務員招攬，僅能請求債務不履行責任。但若其保單係由保險經紀人業務員招攬者，則無法向保險人請求救濟。

第二項 相關條文之探討

壹、 保險法第五十七條

綜觀我國保險法，似乎僅有保險法第五十七條（怠於通知之解約）較有可能為要保人所援用。然，保險法第五十七條謂：「當事人之一方

對於他方應通知之事項而怠於通知者，除不可抗力之事故外，不問是否故意，他方得據為解除保險契約之原因。」，細查其文意，需先有「應通知事項」而保險人怠於通知時，要保人方得援引而解除契約。亦即，因業務員對保單內容不實說明而受害之投資型保險要保人，若欲援引保險法第五十七條解除契約取回保費，須先證明保單內容為保險人應通知事項。然，保險法規定之通知義務僅有(1)複保險之通知義務(保險法第三十六條)(2)危險發生之通知義務(保險法第五十八條)(3)危險增加之通知義務(保險法第五十九條)(4)告知義務(保險法第六十四條)³⁹，學說⁴⁰及實務⁴¹上對保險法第五十七條「應通知之事項」之解釋均不脫離此範疇，於欠缺法律依據及學說、先例之支持下，法院是否會將「應通知之事項」解釋為包含保單內容通知義務，實值懷疑。是以，要保人應無法依據保險法第五十七條向保險人解除契約。

貳、消費者保護法

綜觀消費者保護法(下稱消保法)，可能可資要保人運用之法條，有消費者保護法第十九條⁴²(消費者之解約權)第二十二條⁴³(廣告之效力)，然於探討前述法條前，須先探討保險是否有消保法之適用，

³⁹ 林勳發等四人合著，商事法精論，今日書局有限公司，西元2001年10月，頁669。

⁴⁰ 鄭玉波先生似將「應通知之事項」解為僅包含危險發生之通知及危險增加之通知(參閱鄭玉波，同註18，頁89-92)施文森先生將「應通知之事項」解為僅包含危險增加之通知義務(參閱施文森，保險法總論，三民書局，西元1986年，頁291-292)林勳發先生明白將「應通知之事項」解為僅包含主觀危險增加通知義務(同上註，頁670)江朝國先生亦將「應通知之事項」解為僅包含主觀危險增加通知義務(參閱江朝國，同註25，頁313)。

⁴¹ 89年台上字第2294號判決、臺灣高等法院88年保險上字第15號判決認為「應通知之事項」包含危險增加通知義務，86年台上字第2646號判決更謂：「

保險法第五十七條固有：當事人之一方對於他方應通知之事項而怠於通知者，除不可抗力之事故外，不問是否故意，他方得據為解除保險契約之原因之規定。惟查保險契約當事人之要保人或被保險人，對於保險人應負通知義務之事項，依保險法之規定，僅有第五十八條之危險發生之通知及第五十九條危險增加之通知二種……」。

⁴² 消費者保護法第十九條：「

郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。

郵購或訪問買賣違反前項規定所為之約定無效。

契約經解除者，企業經營者與消費者間關於回復原狀之約定，對於消費者較民法第二百五十九條之規定不利者，無效。」

⁴³ 消費者保護法第二十二條：「

企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」

否則若答案為否，則探討如何運用其中之法條即屬空論。

一、 保險領域消費者保護法適用問題

保險是否有消費者保護法之適用？就此問題，學說上多採肯定說，然為何適用，卻少見詳細解釋者⁴⁴。大抵而言，其理由係認為，消保法乃基於增進對於消費者之保護而制訂之法律，是以不論其消費之對象為何種商品或服務，均應有受到保護之必要，尤其保險消費紛爭向來受到社會之注目，要保人相對於保險人係處於經濟、專業上之弱勢，其受消保法之保障應屬當然⁴⁵。

採否定說者，雖係少數，然其逕點出肯定說立論不穩之見解，卻相當有力。其認為，消保法本身並未定義何謂消費，「消費」二字若按經濟學上之解釋，係指人類為滿足其生活上之慾望而消耗財貨之行為，購買保險本身是否帶來生活上慾望之滿足，深值懷疑，即使採肯定見解，消保法諸多法條文字與保險之概念實難牽連，若逕予適用恐引發更多爭議⁴⁶。

按就消保法整體觀之，其雖以保護消費者為立法目的，然並非謂消費者身邊發生之任何事項均受消保法之規範，而係僅消費者與企業經營者間發生或預備發生⁴⁷法律關係時，方受到保護，此觀諸消保法課予企業經營者充實消費資訊（消保法第四 五條、第二十二 二十

⁴⁴參閱許東敏，從保險看消費者保護法-對消保法施行細則之期待，壽險季刊第 91 期，西元 1993 年 3 月，頁 7；江朝國先生認為：「消保法之適用範圍無疑亦包括保險產品在內，故保險契約之要保人、被保險人或受益人於消保法第二條第三款之「消費關係」，定義所及範圍內應屬消保法內所稱之消費者。」（參閱江朝國，談消費者保護法和保險申訴之關係，保險專刊第 44 期，西元 1996 年 6 月，頁 51），但並未解釋其理由；范建得教授謂：「惟不可否認的，其他諸如借貸人、承租人、保險契約之要保人、仲介契約中之委任人，及至信用卡之申請人等亦均屬消費者之類型。」亦未申述其理由（參閱范建得，消費者保護法基礎體論，漢興書局有限公司，西元 1999 年，頁 27）。

⁴⁵ 參閱許東敏，同上註，頁 7。

⁴⁶ 同上註，頁 6-7。

⁴⁷ 此係指消保法第七條第一、二項、第十條、第二十條及第二十五條之情形，蓋諸此條文之消費者尚未與企業經營者發生法律關係，僅是有締約可能。參閱詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，西元 1995 年 2 月，頁 10。

六條) 商品製造人責任(消保法第七十條之一) 定型化契約之適正性(消保法第十一十七條)---等規定觀之,即可自明。是以吾人可知,凡消費者與企業經營者發生或預備發生法律關係時,消費者保護法方有適用之虞地,而因此必須進一步探究者為,要保人是否為消費者?保險人是否為企業經營者?要保人與保險人間是否發生或預備發生法律關係?最後一問題,因要保人與保險人間發生之法律關係即為保險契約關係,無庸置疑,是以須探查者僅為前二問題。

(一) 消費者

要保人是否為消費者?依消費者保護法第二條第一項第一款之定義,其所謂消費者係指「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」,故要保人須符合該款所下定義方能謂為消費者。對於該款之斷句,共有兩種見解,一說將該款分為(1)以消費為目的而為交易者(2)以消費為目的而使用商品者(3)以消費為目的接受服務者⁴⁸,另一說則將該款分為(1)以消費為目的而為交易商品者(2)以消費為目的而為使用商品者(3)以消費為目的而接受服務者⁴⁹。因學說上並未對此問題加以重視,是以亦未見顯明之通說或多數說見解。本文認為,消保法既將商品與服務並列⁵⁰,同為消費者用以滿足其慾望之工具,則「交易」、「使用」二語應僅是運用「商品」之手段而已,是以應採

⁴⁸ 孫森焱先生、謝穎青、馮震宇採此說,分別參閱行政院消費者保護委員會,消費者保護法施行細則研訂資料,行政院消費者保護委員會,西元1995年2月,頁53、馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊,消費者保護法解讀,月旦出版公司,西元1998年1月,頁32、馮震宇,「事業」與「企業經營者」-論公平交易法與消費者保護法之責任主體,公平交易季刊第二卷第二期,行政院公平交易委員會,西元1994年4月,頁20。

⁴⁹ 採此說者有李仲一、黎淑慧等,分別參閱李仲一,消費者保護法論,凱崙出版社,西元1995年4月,頁12、黎淑慧,消費者權利-消費者保護法,揚智文化事業股份有限公司,西元2003年4月,頁4。

⁵⁰ 參閱消保法第二、四、七、十、二十四、二十六、二十八、二十九、三十一、三十六、三十七、四十三等條文,及詹森林、馮震宇、林明珠,同註47,頁15、行政院消費者保護委員會,同註48,頁51。

後說為是。「商品」者，依消費者保護法施行細則第四條⁵¹之解釋乃：「為交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」，保險並非消保法所稱「商品」顯而易見。故要保人是否符合消費者之定義剩下之唯一機會僅有符合「以消費為目的而接受服務者」一途。

何謂「消費」？消保法上對消費一詞並未加以解釋，是以僅能謗諸學說判例之發展加以闡明。消費本來是經濟學上所使用，相對於生產概念的專門用語。行政院消保會 84 年 4 月 6 日台 86 消保法字第 351 號函謂：「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...」，「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立之二名詞，從而，生產即非消費，故消保法所稱之消費，係指不再用於生產之情形下所為之最終消費」⁵²。法律學上使用「消費」之概念，乃自 1950 年代後半至 1960 年代前半消費時代來臨以後始有之⁵³。按法律詞彙若立法上無特殊考量，應以貼近於人民用語為是，消費之定義，環球百科全書謂：「消費是指使用貨物、勞務以滿足人類需求」之行為⁵⁴，國語辭典謂：「人類為滿足慾望而使用消耗財貨叫消費」⁵⁵，學說上亦謂：「稱消費（Consumption）者，為人類在生活過程中，使用財物或消耗服務之行為也」⁵⁶，基隆地方法院 87 年重訴字第 25 號判決亦有詳細之申論，認為：「所謂『消費』係指人類為滿足其生存或生活上之需求或慾望，而對財貨或服務加以使用

⁵¹ 該施行細則雖係針對消保法第七條之商品加以定義，然其餘條文所稱商品，除性質特殊者外（如分期付款買賣不包括不動產之分期付款買賣），亦可參照該項定義解釋商品之概念。參閱詹森林、馮震宇、林明珠，同上註。

⁵² 朱柏松，論廣告媒體業者之損害賠償責任-兼評最高法院九十年度台上字第 0 二七號判決，月旦法學第 91 期，元照出版公司，西元 2002 年 12 月，頁 18 註 34。

⁵³ 朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書出版有限公司，西元 1999 年 9 月，頁 232。

⁵⁴ 李伸一，同註 49，頁 6。

⁵⁵ 康哲茂、陳仁和，國語辭典，中國晉學出版社，西元 1989 年 6 月，頁 347。

⁵⁶ 朱柏松，同註 53，頁 232。

或利用之行為。在商業經濟高度發展之時代，分工細密，個人以自己之勞務投入整體經濟社會中，換取所得，生活中之需求則必須以自己之所得，經由市場之交易，以貨幣化、數字化之方式從事交易，獲取生活之所需之商品或服務。因此，消費者係相對於商品或服務之提供者而言。因人類為達到其在生存及生活之目的，須滿足衣食住行育樂及安全、衛生等各方面之需求，任何人均不可能完全以自我完成之方式，自我提供對各種財貨、服務之需求，故人們除自我能提供之極小部分外，恆為財貨或服務之消費者...」。是以，吾人可得出結論，凡人皆有慾望，消費即為為滿足生存或生活上之慾望所為之行為。

何謂「服務」？消費者同樣未對服務一詞加以定義，且係立法者刻意遺漏，意在留待法院或學說依消保法之全文意旨依個案論斷或建構其理論⁵⁷。服務，於辭典上之定義為辦理事務⁵⁸，解釋上，因消保法既未對服務加以列舉、限定，則任何形式之服務應皆為消保法所指之服務⁵⁹。

要保人是否符合「以消費為目的而接受服務者」之定義？要保人依保險法第三條係向保險人申請訂立保險契約，並負有交付保險費義務之人，通俗而言，即為購買保險者。個人要保人，購買保險大多帶有滿足某種生存或生活上之慾望之目的，而其中主要係為滿足生活安定之需求，其所能獲得之服務為保險人之風險承擔事務，故應符合消費者之定義。企業要保人，則須依是否以消費為目的加以判定是否為消費者。

⁵⁷ 朱柏松，同上註，頁 195、行政院消費者保護委員會，同註 48，頁 84-85。

⁵⁸ 康哲茂、陳仁和，同註 55，頁 293。

⁵⁹ 朱柏松，同註 53，頁 180、黎淑慧，同註 49，頁 37、詹森林先生亦謂：「由於消保法對於「服務」，並無明文定義，且概念上，「服務」範圍甚廣，幾乎與一般人日常生活上之食、衣、住、行、育、樂，莫不關連。而且，不少實務見解，對消保法所稱服務，亦採取廣義見解，...」，參閱詹森林，消費者保護法增訂及修正條文要旨，台灣本土法學雜誌第 45 期，西元 2003 年 4 月，頁 212。

（二）企業經營者

保險人是否為企業經營者？企業經營者，依消保法第二條第一項第二款之定義為：「以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」，保險並非消保法所謂「商品」已如前述，是以應符合之標的為「以提供服務為營業者」。保險人依保險法第二條之定義為「經營保險事業之各種組織，...」，經營保險者當即為以提供保險為營業者⁶⁰，而保險者，「一種危險理財之安排，藉由匯集多數不確定危險，重新分配意外損失成本，而以法律契約約束危險對價與損失補償之支付，已達成分散危險目標⁶¹」之制度，乃一風險承擔之服務，是以保險人符合「以提供服務為營業者」之定義，應無庸置疑。保險人為消保法所謂「企業經營者」。

（三）小結

要保人若係以滿足某種生存或生活上之慾望為目的（以消費為目的）而締結保險契約（接受承擔風險服務）應為消保法上之消費者，而保險人為消保法所謂「企業經營者」，彼此間存在保險契約關係，是以此時保險應有消費者保護法之適用。個人要保人主要係為生活安定之目的而締結保險契約，是以此其與保險人所締結之保險契約應有消費者保護法之適用。企業要保人則須視其是否以消費而目的與保險人締結契約而定。

二、 消費者保護法第十九條

要保人能否依消費者保護法第十九條向保險人解除契約？依消保法第十九條，為訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得

⁶⁰ 許東敏，同註 44，頁 9。

⁶¹ 陳彩稚，保險學，三民書局，西元 1996 年 6 月，頁 23。

於收受商品後七日內，以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由。所謂訪問買賣，依消保法第二條第一項第十一款係指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，所為之買賣。於保險行銷方面，保險人若未獲要保人之邀請，逕至要保人之住宅推銷保險，要保人是否可依消保法第十九條解除契約？之所以探究此問題，乃因我國保險業傳統上即往往係經由業務員透過此種方式而取得業務⁶²。此時，投資型保險糾紛之受害人是否可主張消保法第十九條解除契約乃值得替要保人設想。

按未獲邀約所為之銷售，之所以賦予消費者解除權，乃因於此情況下，消費者多係因礙於情面，或正臨急事無暇多問，或一時受利益所惑，甚者懼於被糾纏、脅迫之恐懼下所為交易，況且欠缺比較其他商品之機會，通常並未深思熟慮，事後亦往往後悔不已，若不賦予解除權，則對交易秩序造成之衝擊不可謂不大⁶³。故，理論上來說，凡係採此種銷售方式所為之交易，消費者均應有解除權。然，我國消保法則將其定義為「未經邀約……所為之『買賣』」，買賣者，依民法第三百四十五條之定義為「當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」，使得履行上並非移轉財產權之「服務」交易即無法適用消保法有關訪問買賣之規定⁶⁴。因此，消保法於西元 2002 年 12 月 27 日修訂時，乃增設第十九條之一，使以訪問買賣所為之服務交易得準用第十九條之規定，向企業經營者解除契約⁶⁵。

保險業所提供者係風險承擔服務⁶⁶，是以要保人得依消保法第十

⁶² 保險行銷方式中有一者稱為「陌生拜訪」，為挨家挨戶拜訪之行銷方式，即為此類。陌生拜訪，參閱林淑蘭，做個壽險行銷高手，三思堂，文化事業有限公司，西元 1994 年 4 月，頁 102-106。

⁶³ 朱柏松，同註 53，頁 306。

⁶⁴ 詹森林，消費者保護法上特種買賣之實務與立法問題，消費者保護法專案研究實錄，行政院消費者保護委員會，西元 1995 年 11 月至 1997 年 2 月，頁 155。

⁶⁵ 詹森林，同註 59，頁 214。

⁶⁶ 保險人所負之義務為何學說上有金錢給付說與危險承擔說，以危險承擔說為通說。參閱江朝國，同註 25，頁 38-39。

九之一準用第十九條向保險人解除契約。

投資型保險紛爭受害之要保人若係因訪問買賣而締結保險契約，自當亦得準用消保法第十九條向保險人解除契約。然應注意者是，投資型保險紛爭之受害人係因業務員之不實說明而招致損害，並不必然同時為訪問買賣之消費者，是以並非皆得主張消保法第十九條。

於解除權行使上，依消保法第十九條，要保人應以書面通知保險人解除契約。契約解除後，依同條第三項規定，保險人與要保人間關於回復原狀之約定，不能較民法第二五九條為不利。依民法第二五九條第一項第二款，受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。該利率因消保法上無特別規定，當事人若亦無約定，依民法第二〇三條，應以 5% 法定利率計算⁶⁷。是以，要保人解除契約後，得向保險人請求附加 5% 之利息返還保費。惟尚應注意者係，該解除權僅能於七日除斥期間內行使，除斥期間之起算，依消保法十九條之規定為自「收受商品」後七日內，何謂收受商品？於保險上，應解為係收到保險單時。是以，要保人僅能於收到保險單起七日內，解除保險契約，否則該解除權即告消滅。對要保人之保護其實相當倉促。學說上，雖不乏主張七日除斥期間，於企業經營者違反消保法第十八條⁶⁸之告知義務時，應依誠信原則調整者⁶⁹。惟實務上仍係嚴守法條自收受商

⁶⁷ 朱柏松，同註 53，頁 365、黃立，民法債編總論，元照出版公司，西元 1999 年 10 月，頁 519、邱聰智，新訂民法債編通則（下），華泰文化事業公司，西元 2003 年 3 月，頁 577。

⁶⁸ 依消保法第十八條，於行訪問買賣時，企業經營者應將其買賣之條件、出賣人之姓名、名稱、負責人、事務所或住居所告知買受之消費者，而消保法施行細則第十六條進一步補充，規定除消保法十八條之事項外，消保法第十九條之解除權亦應告知消費者。

⁶⁹ 參閱詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，消費者保護研究第一輯，行政院消費者保護委員會，西元 1995 年 6 月，頁 51；朱伯松先生認為一旦企業經營者違反告知義務，將使解除權發生延長、變更效果。受領告知未收受商品，除斥期間自收受商品起算；若既未受領告知亦未收受商品，除斥期間不起算，得隨時解除；若未受領告知而收受商品，應給予消費者一個月除斥期間；若受領不完全告知（例如未告知消費者得解除契約）而收受商品，除斥期間應自消費者知其有解除權起算，但不得超過收受商品後一個月，參閱朱伯松，同註 53，頁 345-349。

品後起算七日期間之規定⁷⁰。

三、 消費者保護法第二十二條

消保法第二十二條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」，之所以討論此條，是因為投資型保險保險人於行銷投資型保險時，應絕少不利用廣告者，若廣告本身可作為要保人救濟之基礎，譬如保險人於廣告上號稱其投資型保險投資報酬率 9%，要保人若能依此向保險人要求報酬率 9% 之保險金，則對要保人之助益不可謂不大。

消保法第二十二條是否具有此種效力？左右該問題之關鍵在於廣告是否具有契約之效力？因若廣告具有契約效力，消費者自得依廣告請求企業經營者履行。就此問題，通說為肯定說，正反見解理由如下。肯定說：

採肯定說者，不論係學說上或者實務上均是多數。其理由係認為，消保法第二十二條所用字眼已強烈表明廣告應為契約內容之意旨，開宗明義規定企業經營者應確保其廣告內容的真實，並再加上一句，其對消費者所負之義務，不得低於廣告之內容。立法者這麼苦心的重複強調，應該是想賦予廣告有契約的拘束力⁷¹。況且，消費者保護委員會之官方立場亦謂：「...在消費者與企業經營者訂立契約以後，則廣告的內容即成為契約的內容，此為消費者保護法第二十二條規定的真義。」⁷²，則只要是「...消費者依廣告所傳播之訊息，擬與為廣告之

⁷⁰ 參閱臺北地方法院 90 年簡上字第 144 號判決：「茲有疑問者，當企業經營者違反上述告知義務未為告知時，法律效果為何？消費者保護法中並無明文規定，此時依民法之規定企業經營者構成締約上過失，應對消費者負損害賠償責任，惟消費者仍須依消費者保護法第十九條第一項之收到商品後七日內行使解除權...」，臺北地方法院 88 簡上字第 683 號判決、臺北地方法院 87 年簡上字第 91 號判決上亦有幾乎相同之敘述。

⁷¹ 詹森林先生之發言，參閱月旦法學雜誌，消費者保護法第二十二條之檢討-「以預售屋銷售廣告為核心」座談會，月旦法學雜誌第 39 期，西元 1998 年 8 月，頁 77。

⁷² 李秀芬，消費者保護法與廣告資訊的規範-訂契約，歡喜就好？，法律與你第 50 期，西元 1997 年 12 月，頁 36。

企業經營者訂立與廣告內容相符之契約內容而向企業經營者為要約，經企業經營者為承諾者，則企業經營者對該消費者即應負與該廣告內容相同之契約義務，亦即該廣告內容成為契約內容之一部，而為企業經營者所應履行之契約義務。」⁷³如此，「企業經營者對消費者之債務為：依契約訂定事項履行，例如給付如廣告所述之品質或數量之物，或提供與廣告宣傳同一水準的服務等。視廣告與實際不符（之情況），可能有給付不能、給付遲延、不完全給付（之責任）發生，...」⁷⁴，或者產生物之瑕疵擔保責任⁷⁵。不論係由消保法二十二條之法文，消費者保護委員會之官方解讀立場，以及與民法債務不履行理論之銜接上，皆指向廣告應具有契約效力，消保法第二十二條具有使廣告成為契約內容之效力當無疑問。實務上，92 年台上字第 788 號判決、91 年台上字第 2583 號判決、91 年台上字第 2025 號判決、91 年台上字第 1387 號判決、91 年台上字第 666 號判決、90 年台上字第 1585 號判決、90 年台上字第 475 號判決、89 年台上字第 2134 號判決、89 年台上字第 746 號判決、89 年台上字第 587 號判決、88 年台上字第 1892 號判決、87 年台上字第 130 號判決、86 年台上字第 1955 號判決，亦均持肯定見解。

須注意者係，於肯定說中，尚因對廣告所具法律性質認定之不同，而有要約說與要約引誘說兩種不同見解。採要約說者認為，消保法二十二條係將傳統上認為係「要約引誘」之廣告變換為「要約」，經由消

⁷³ 廖義男，消費者保護法與公平交易法關於廣告與標示規範之競合，律師通訊第 199 期，西元 1996 年 4 月，頁 19。

⁷⁴ 林誠二，消費資訊之規範，消費者保護研究第三輯，行政院消費者保護委員會，西元 1997 年 4 月，頁 68-69。

⁷⁵ 參閱 91 年台上字第 666 號判決、月旦法學雜誌，同註 71，頁 81-82。

⁷⁶ 採肯定說者，譬如楊碧惠、林誠二、朱柏松、廖義男、范建得、林明珠、姜炳俊、李伸一等，分別參閱月旦法學雜誌，同上註，頁 77、林誠二，同註 74，頁 68-69、朱柏松，同註 52，頁 19、廖義男，同註 73，頁 19、姜志俊、黃立、范建得編著，消費者權益保護，國立空中大學，西元 2000 年 6 月，頁 207、詹森林、馮震宇、林明珠，同註 47，頁 112、馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，同註 48，頁 168、李伸一，同註 49，頁 186。

費者之「承諾」後，使企業經營者承擔契約義務⁷⁷。採要約引誘說者則認為，由消保法二十二條之法文，並無可推論出廣告係要約之處，廣告仍為要約引誘，否則若任憑因廣告而為承諾之消費者均認定已與企業經營者成立契約，則未免使企業經營者負擔過重之責任⁷⁸，因此消保法二十二條雖使廣告具備契約效力，但與廣告之法律性質為何，其實為不同層次之問題⁷⁹，且實際上企業經營者未必有以廣告為要約之意思⁸⁰，廣告仍為要約引誘為是⁸¹。

否定說：

採否定說者僅為少數，其理由係認為當事人私法自治應予尊重，倘當事人於契約中已有明確之合意，則與該合意內容不同，或有差距之廣告，即不得視為契約之一部分⁸²。消保法第二十二條僅係行政機關為管理消費秩序之公平所為措施，雙方關係人之契約關係，仍須以交易雙方曾進行磋商後達於意思表示一致者為內容，否則恐有違反民法第一百五十三條基本精神⁸³之虞。縱使企業經營者之商業行為存有

⁷⁷ 採要約說者，譬如李伸一先生謂：「消費者保護法對廣告之規範，...實際上已變更廣告之性質，由傳統觀念之『要約之引誘』更改為『要約』，...」，參閱李伸一，同註 49，頁 186；89 年台上字第 746 號判決。

⁷⁸ 例如企業經營者僅能提供一百戶預售屋，但為承諾者遠超過一百人，則如何令企業經營者履行？參閱月旦法學雜誌，同註 71。

⁷⁹ 朱柏松，同註 52，頁 20。

⁸⁰ 林誠二，同註 74，頁 70。

⁸¹ 採要約引誘說者尚有，姜炳俊、林明珠、廖義男等，分別參閱馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，同註 48，頁 169、詹森林、馮震宇、林明珠，同註 47，頁 111、廖義男，同註 73，頁 20；並可參閱 91 年台上字第 2583 號判決。

⁸² 參閱月旦法學雜誌，臺北地方法院 86 年訴字第 2972 號判決，月旦法學雜誌第 39 期，農學股份有限公司，西元 1998 年 8 月，頁 152。

⁸³ 參閱臺灣高等法院 92 年上易字第 219 號判決：「按『企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負義務不得低於廣告之內容。』消費者保護法第二十二條固定有明文。惟按廣告之作用重在吸引顧客購買之慾望，引發客戶觀看及興趣之動機，廣告為商機之媒介，法律性質上屬於「要約引誘」，雖企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告內容，然此乃行政機關為管制消費秩序之公平所為措施，至企業經營者與第三人訂定之權利義務關係，仍應以雙方當事人間之言詞或書面約定為規範依歸。因之契約仍應以交易雙方曾進行磋商後達於意思表示一致者為內容，吸引消費者前來觀賞之廣告內容，如未於進行磋商中達於意思表示合致，僅因消費者保護法第二十二條之規定，即謂廣告當然為契約內容之一部，顯有違民法第一百五十三條之基本精神。」、台灣高等法院 89 年重上字第 285 號判決：「按廣告之作用重在吸引顧客購買之慾望，引發客戶觀看及興趣之動機，廣告為商機之媒介，法律性質上屬於「要約引誘」，雖企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低

廣告不實之情形時，依消保法第二十三條第一項之規定，亦僅對消費者產生是否應負損害賠償責任而已⁸⁴，而並非謂廣告具契約效力，使消費者得依廣告內容請求企業經營者履行。

從消保法第二十二條之法文觀之，既然要求企業經營者對消費者所負義務不得低於廣告之內容，則廣告之內容係企業經營者對消費者所負義務之最低標準，是以廣告應具有契約效力為是。消保法第二十二條之立法說明謂：「本條規範目的在於保護消費者，避免企業經營者以不實廣告侵害消費者權益，故規定企業經營者對消費者所負之義務，不得低於廣告之內容。」⁸⁵，從該說明之保護消費者立場而言，亦以採具契約效力說為當。因此，本文亦認為應採肯定說。

依肯定說之見解，消費者必須是因出於對廣告之信賴而締約，方有消保法第二十二條之適用⁸⁶。因此若廣告上已寫明僅供參考之意旨，或消費者於締約時已對契約內容一一審認⁸⁷，或基於企業經營者特別之說明⁸⁸，事實上並非基於對廣告之信賴而締約時，即無消保法第二十二條之適用。判斷上應就具體案例探究消費者是否對廣告有所

於廣告內容，消費者保護法第二十二條定有明文，此乃行政機關為管制消費秩序之公平所為措施，至企業經營者與第三人訂定之權利義務關係，仍應以雙方當事人間之言詞或書面約定為規範依歸。因之契約仍應以交易雙方曾進行磋商後達於意思表示一致者為內容，吸引消費者前來觀賞之廣告內容，如未於進行磋商中達於意思表示合致，僅因消費者保護法第二十二條之規定，即謂廣告當然為契約內容之一部，顯有違民法第一百五十三條之基本精神。」

⁸⁴ 月旦法學雜誌，同註 82。

⁸⁵ 行政院消費者保護委員會，消費者保護法立法目的與條文說明，行政院消費者保護委員會編印，頁 13。同書頁 45 有趙少康委員所提消費者保護法草案，第二十條：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其依契約對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」，立法說明：「為避免企業經營者以不實之廣告致侵害消費者權益，本法擴張其契約責任及於廣告之內容。」，明白表示將廣告納入契約內容之意圖，雖該草案未獲通過，然學者認為並不否定消保法使廣告具契約效力之意旨，參閱朱柏松，同註 52，頁 19 註 37。

⁸⁶ 91 年台上第 1387 號判決：「消費者保護法第二十二條明定企業經營者應確保廣告內容之真實，其對於消費者所負之義務不得低於廣告內容。是企業經營者與消費者間所訂定之契約，雖未就廣告內容而為約定，惟消費者如信賴該廣告內容，並依企業經營者提供之訊息進而與之簽訂契約時，企業經營者所負之契約責任自應及於該廣告內容。」

⁸⁷ 參閱 91 年台上字第 893 號判決。

⁸⁸ 88 年台上字第 1892 號判決：「預售屋之建商以廣告內容誘發客戶預購房屋之動機，且進而以廣告內容與購屋人洽談該屋之性質時，除非建商另為特別之說明，否則該廣告之說明及樣品屋之示範應成為契約內容之一部。」

信賴。企業經營者可主張消費者對廣告內容欠缺合理期待、廣告內容並非交易上重要事項、或者消費者並未對廣告信以為真⁸⁹、或企業經營者於締約時已盡說明義務⁹⁰而免責。消保法第二十二條前段既謂企業經營者應確保廣告內容之真實，則企業經營者自應就廣告係真實無引人錯誤信賴之虞負舉證責任。

而另外值得討論者是，雙方當事人是否能合意排除消保法第二十二條？也就是是否能於契約中約定，雙方之權利義務關係以契約為準，無依廣告補充之餘地？若然如此，則廣告並非契約之內容，消費者自無法依廣告向企業經營者請求履行，消費者之權益自然大打折扣。就此問題，學說上認為應區分契約係因個別商議而成立或使用定型化契約而成立。前者，消費者既已合意排除廣告之內容，基於私法自治原則，消保法第二十二條當無適用餘地。後者，因定型化契約係由企業經營者擬定經消費者附合而成立，對條款內容之熟悉程度而言，本即對消費者較為不利，可藉將該排除條款解為異常條款，依消保法第十二條或第十四條，認定為無效或非契約內容⁹¹。對於後者之情形，實務與學說相同均採否定見解⁹²⁹³。

至此，吾人可知，凡基於對廣告之信賴而締約者，得依消保法第二十二條請求企業經營者履行廣告內容。然何謂廣告？消費者保護法施行細則第二十三條訂有明文，係指利用電視、廣播、影片、幻燈片、

⁸⁹ 月旦法學雜誌，同註 71，頁 84。

⁹⁰ 葉大殷律師、蔡和仁先生之發言，月旦法學雜誌，同上註，頁 82-83。

⁹¹ 詹森林先生之發言及楊碧惠法官之發言，參閱月旦法學雜誌，同上註，頁 84 及 77、李秀芬律師亦謂：「企業經營者倘若得以定型化契約條款任意排除消費者保護法第二十二條規定，豈非令該條規定成為具文？」，參閱李秀芬，同註 72，頁 39-40。

⁹² 90 年台上字第 475 號判決：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，為消費者保護法第二十二條所明定。本件兩造簽訂之「預定房地買賣契約書」第十九條後段約定：本屋銷售期間所使用之說明書、廣告、海報等資料，僅作為參考之用一節，因與前開規定相悖，應屬無效。」

⁹³ 90 年台上字第 1585 號判決：「查企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，為消費者保護法第二十二條所明定。本件兩造簽訂之預定房地買賣契約書第二十二條約定：本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資料等僅作參考用途一節，因與前開規定相悖，應屬無效。」

報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電話傳真、電子視訊、電子語音、電腦或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。實務上甚至有將投資理財建議書亦認定為廣告者⁹⁴。

另，值得注意之現象係不論學說或實務上於探討消保法第二十二條時，常隱隱約約地透露出認為企業經營者應有說明義務之意向，如林誠二先生謂：「第二十二條後段是法律擬制契約之內容，似非前段義務違反之直接法律效果。」⁹⁵、葉大殷律師：「剛才一再強調建設公司有說明義務，應揭露一定之事項，...」⁹⁶，臺灣高等法院 90 年度重上字第 68 號判決⁹⁷、臺灣高等法院 91 年度上更（一）字第 196 號判決⁹⁸、臺灣高等法院 89 年度重上字第 567 號判決⁹⁹等則進一步由消保法第二十二條前段之立法精神推導出企業經營者之說明義務，其後續發展實值觀察。

綜上，要保人若係因保險人傳播之投資型保險廣告之誤導，產生信賴而締結投資型保險契約，可依消保法第二十二條，請求保險人履行廣告之內容，並可能因此可主張債務不履行責任（給付不能、給付遲延、不完全給付）物之瑕疵擔保責任，對要保人之救濟力道實係相當強大。惟應注意者是，若保險人之廣告文宣上絲毫無誤導之處，要保人純粹係因業務員對投資型保險契約之不實說明而締結契約時，則

⁹⁴ 參閱 90 年台上字第 2027 號判決。

⁹⁵ 林誠二，同註 74，頁 71。

⁹⁶ 月旦法學雜誌，同註 71，頁 83。

⁹⁷臺灣高等法院 90 年度重上字第 68 號判決：「『夾層屋』或『樓中樓』為房地產界之新興產品，對不具專業知識之一般購屋消費者而言，並無法分辨所謂『夾層』與『隔層』之不同及其合法性，在此情形下，企業經營者為專業之建商，對各項建築法規應知之甚詳，基於消費者保護法第二十二條前段規定之精神，企業經營者在其廣告上更應明確告知消費者或向消費者充分說明。」

⁹⁸臺灣高等法院 91 年度上更（一）字第 196 號判決：「前開所述消費者保護法第二十二條之規定，被上訴人所負之契約責任應及於該廣告之內容；且被上訴人為專業之建商，對各項建築法令知之甚詳，本於消費者保護法第二十二條之立法精神，企業經營者在其廣告上更應明確說明夾層在法律上之評價及依據，...」。

⁹⁹臺灣高等法院 89 年度重上字第 567 號判決：「...上訴人為專業之建商，對各項建築法令知之甚詳，本於消費者保護法第二十二條之立法精神，企業經營者在其廣告上更應明確說明夾層在法律上之評價及依據...」。

無消保法二十二條適用之餘地¹⁰⁰。

參、 公平交易法第三十一條

於廣告相關規範上面，除消保法第二十二條外，討論上常一併提起者為公平交易法（以下簡稱為公平法）第二十一條。公平法第二十一條謂：「

事業不得在商品或其廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。

事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入。

前二項規定於事業之服務準用之。

（第四項略）」

事業若違反該條規定致侵害他人權益，依據公平法第三十一條，應對受害者負損害賠償責任。要保人是否能主張公平法第三十一條向保險人請求救濟？關鍵在於保險人是否為公平法所謂「事業」，要保人是否為公平法之保護主體。

公平法第三十一條謂：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。」事業，依公平法第二條之定義包含公司、獨資或合夥之工商行號、同業公會、及其他提供商品或服務從事交易之人或團體。公司，依照公司法第一條之定義為，以營利為目的，依照公司法組織、登記、成立之社團法人。其種類有有限公司、無限公司、兩合公司、股份有限公司四種（公司法第二條）。獨資或合夥之工

¹⁰⁰ 口頭表示並非廣告方法之一，自不屬於廣告之範疇，既非廣告，當然無消費者保護法及公平交易法上規定之適用。參閱李欽賢，保險業之不實廣告與消費者保護法，保險專刊第 43 輯，財團法人保險事業發展中心，西元 1996 年 3 月，頁 117。

商行號，係指以營利為目的，以獨資或合夥方式經營，依商業登記法或其他法令，經主管機關登記之行號¹⁰¹。同業公會，指一定地區內具有相同職業之人，依據法律而組成之法人團體¹⁰²。其他提供商品或服務從事交易之人或團體，則為公平法對事業定義之概括規定，蓋前三者並無法完全涵蓋公平法所欲規範之對象，公平法乃另設概括規定以求完備。由此亦可看出，公平法真正欲規範之主體為凡提供商品或服務從事交易者，前三者僅是列舉，於前三款外，符合第四款定義之人或團體亦皆為公平法所謂「事業」¹⁰³。

保險人是否為「事業」？保險人依保險法第一百三十六條之規定，原則上以股份有限公司或合作社為限。股份有限公司為公司之一種，為公平法所謂「事業」並無問題。保險合作社，是否為事業，則須視其是否符合「提供服務從事交易之人或團體」之定義而定，而其中之核心問題在於保險合作社所從事者是否為交易？保險合作社與其社員間若僅為結社上之會員關係，則其與社員間之來往，原則上僅屬於社團內部之自治關係，應無公平法之適用，但若屬於銷售之交易關係，則有公平法之適用¹⁰⁴。會員關係之特徵顯示於其意思決定機關（會員大會或股東大會）、執行機關（理事會、董事會、執行業務股東、執行業務合夥人）、監督機關（監事或監理人）、會員參與董、監事或理、監事選舉參與社團營運之權利上¹⁰⁵。保險合作社者，由一些可能遭遇同類危險事故之被保險人為社員，根據合理計算共同聚金，公平分擔因不可預料或不可抗力之意外事故所致損害之經濟制度¹⁰⁶。依保險法

¹⁰¹ 廖義男，公平交易法之釋論與實務（第一冊），三民書局，西元 1994 年 2 月，頁 8。

¹⁰² 同上註，頁 9。

¹⁰³ 同上註，頁 12。

¹⁰⁴ 黃茂榮，公平交易法理論與實務，植根法學叢書編輯室，西元 1993 年 10 月，頁 42。

¹⁰⁵ 同上註，頁 42。

¹⁰⁶ 葉統生，開放保險合作社設立雜議，信用合作季刊第 19 期，中華民國信用合作社聯合社，西元 1989 年 1 月，頁 21。

第一百五十六條，保險合作社除依保險法外，適用合作社法及其有關法令之規定。依合作社法，合作社內設有理監事等機關，社員並可參與理監事選舉¹⁰⁷。因此保險合作社與其社員間應僅是結社上之會員關係，是以其所從事者並非交易，故，並非公平法上所謂「事業」。我國目前實務上之保險合作社僅有台灣省漁船產物保險合作社一家¹⁰⁸。另外，依中央信託局條例成立之中央信託局人壽保險處，其組織形式亦為股份有限公司，僅是其為國營，且實際上亦有對外招攬保險¹⁰⁹，擁有參與市場競爭之力量，本文認為中央信託局人壽保險處亦為公平法所稱事業。因此，吾人可得出結論，保險人除保險合作社外，為公平法上之「事業」。

要保人是否為公平法之保護主體？公平法第三十一條僅謂：「...，致侵害「他人」權益，...」，並未就享有損害賠償請求權人加以限制，故原則上，凡因違反公平法之行為而受有損害之人均為請求權人¹¹⁰。是以，不論是與為違反行為之事業地位相等之競爭事業或一般消費大眾盡皆為請求權人¹¹¹。實務上，亦多認為一般消費大眾得依公平法第三十一條向事業請求損害賠償¹¹²。要保人若非一般消費大眾即為事業，一旦因保險人違反公平法之行為受有損害，即為請求權人。

而於構成要件上，受害人應至少證明（1）違反公平交易法之行為（2）違法（3）權益受損（4）因果關係¹¹³，而有問題者為是否應證明事業之故意過失？蓋公平法第三十一條並未對事業之主觀要件加以規

¹⁰⁷ 參閱合作社法第三十二條。

¹⁰⁸ 參閱保險司網站，保險產業概況，<http://www.insurance.gov.tw/insu/insu6.asp> 最終瀏覽日：2004/1/30。

¹⁰⁹ 參閱中央信託局網站，<http://www.ctclife.com.tw/> 最終瀏覽日：2004/1/30。

¹¹⁰ 賴源河，公平交易法新論，元照出版公司，西元 2000 年 9 月，頁 438。

¹¹¹ 同上註，頁 442、呂榮海、謝穎青、張嘉真合著，公平交易法解讀，元照出版公司，西元 2000 年 10 月出版，頁 157。

¹¹² 參閱 91 年台上字第 475 號判決、臺灣高等法院 88 年上字第 1058 號判決、臺灣高等法院 87 年重上字第 216 號判決--等。臺灣高等法院 90 年上字第 488 號判決則採否定說。

¹¹³ 賴源河，同註 110，頁 443。

定，因而引發學說上對於第三十一條之構成要件上是否應有故意或過失要件之爭論。對此問題，學說上有認為第三十一條既屬侵權行為規定，原則上，應回歸民法，以故意過失為要件；有認為公平法第三十一條即為民法第一八四條第二項所指涉之保護他人之法律，依民法第一八四條第二項之侵權行為類型自應以故意過失為要件，僅是該故意已由法律推定¹¹⁴；有認為第三十一條係以違法性取代故意過失之歸責要件，是以該條為無過失責任；有認為，法文並不特別明示以故意過失為要件，則自為無過失責任無疑¹¹⁵。本文採第四說，以法文確實無明文，且基於公平法第一條保護消費者利益之目的，應採有利於消費者之解釋之故也。

綜上，投資型保險不當行銷之受害人若能證明保險人廣告不實，譬如廣告上宣稱投資報酬率為 9%，使要保人誤以為為預定利率 9% 之傳統保險而購買，因而遭受投資損失時，無須證明保險人之故意過失，即能基於公平法第二十一條違反，依據同法第三十一條向保險人請求本金減少等損害。

惟同樣應注意者是，若保險人之廣告文宣上絲毫無誤導之處，要保人純粹係因業務員對投資型保險契約之不實說明而締結契約時，則無公平法第三十一條適用餘地。

肆、證券交易法第二十條

美國法院主要係依證券交易法及有價證券法上之證券詐欺規範處理投資型保險不當行銷紛爭，我國法上是否亦可援用證券交易法解決乃值得探究。證券交易法（以下簡稱證交法）第二十條第一項謂：「有價證券之募集、發行、私募或買賣，不得有虛偽、詐欺，或其他足致

¹¹⁴ 黃茂榮，同註 104，頁 520-521。

¹¹⁵ 參閱朱柏松，論公平交易法與消費者保護法之交錯，公平交易法施行十週年回顧與前瞻學術研討會論文集，行政院公平交易委員會，西元 1991 年 6 月，頁 596、賴源河，同註 110，頁 447-449。

他人誤信之行為。」第三項謂：「違反前二項規定者，對於該有價證券之善意取得人或出賣人因而所受之損害，應負賠償之責。」，係為所謂之「一般反詐欺條款」¹¹⁶。由條文可知，「有價證券」方有該條之適用。而依證交法第六條，證券交易法所謂有價證券係指政府債券、公司股票、公司債券、經財政部核定之其他有價證券、視為有價證券之債券（新股認購權利證書、新股權利證書、價款繳納憑證、表明權利證書）等五種¹¹⁷。其中，經財政部核定之其他有價證券，至今為止有受益憑證、外人在台募集資金赴外投資所訂立之投資契約及外國證券三種¹¹⁸。很顯然的，投資型保險並未名列其中。投資型保險既非證券交易法規範之有價證券，要保人自無法依據證交法第二十條請求損害賠償

然，投資型保險係結合保險與投資性質之保險，既具有有價證券之性質，直接適用雖不可行，亦應得類推適用證交法第二十條，向保險人請求損害賠償。

證交法第二十條之性質，早期有契約說、侵權行為說、獨立類型說三種見解¹¹⁹，因西元 1988 年 1 月證交法之修正，現今通說已認定該條之性質為侵權行為¹²⁰，因此欲依證交法第二十條主張權利，基本上亦應滿足一般侵權行為之要件。一般侵權行為之構成要件有（1）加害行為（2）不法（3）侵害他人權利或利益（4）產生損害（5）加害行為與損害間有因果關係（6）加害人有責任能力（6）加害人有故意或

¹¹⁶ 劉連煜，公司法理論與判決研究（一），三民書局，西元 1997 年 11 月，頁 205。

¹¹⁷ 吳光明，證券交易法論，三民書局，西元 2000 年 11 月，頁 33。

¹¹⁸ 參閱劉連煜，同註 116，頁 227、陳春山，證券交易法論，五南圖書出版公司，西元 2001 年 2 月，頁 22-23。

¹¹⁹ 契約說認為，欲依證交法第二十條請求損害賠償，求償權利人與義務人間須有契約關係；侵權行為說認為求償權利人與賠償義務人間即使無契約關係，亦可依照證交法第二十條請求損害賠償；獨立類型說則謂，證交法第二十條之性質為何，應依證交法之立法目的解釋，不宜強加解釋為民法中之特定類型。參閱賴英照，證券交易法逐條釋義第一冊，三民書局，西元 1992 年 8 月，頁 329-330。

¹²⁰ 參閱劉連煜，同註 116，頁 207、莊永丞，論證券交易法第二十條證券詐欺損害賠償責任之因果關係，中原財經法學第 8 期，中原大學財經法律學系，西元 2002 年 6 月，頁 148。

過失等¹²¹，惟證交法第二十條之構成要件則稍微有異，從證交法第二十條第三項之法文觀之，既未對主觀要件設下限制，則應是不論加害人之故意或過失，投資人均可請求損害賠償，此點對投資人甚為有利。惟依「善意取得人」一語，須善意投資人方可請求損害賠償，此點則較一般侵權行為嚴苛。

學說上對上述構成要件討論甚烈者為因果關係之證明上。此乃因證券詐欺訴訟上，因果關係之證明甚為困難之故。譬如，公司負責人於傳播媒體宣稱營運正常財務健全，實則財務有嚴重困難，致使投資人誤信而買進該公司股票，嗣股票下跌，遭受嚴重損失一案¹²²上，投資人欲證明係基於公司負責人之信賴而買入股票，並因買入股票而造成損失，實際上有其困難。蓋於集中交易市場中，每日參與買賣之人甚多，買賣雙方通常並無直接接觸洽商，而係透過經紀商於集中市場撮合成交，加害人僅需提出諸如「投資人於負責人公開談話後一星期方買進股票，顯非基於公司負責人談話之信賴而購入」或者主張「股票漲跌因素甚多，非任何一種因素所能左右」¹²³，即能輕易動搖投資人所為因果關係之立論。為此，學者通說認為應引進美國法院處理證券詐欺訴訟時使用之「對市場詐欺理論」，推定因果關係存在，將因果關係之舉證責任轉換給加害人負擔¹²⁴。對市場詐欺理論之所以會有因果關係推定之效果，係基於一基礎假設：在一個開放且發展良好之證券市場，重大之不實陳述或遺漏，一般均會影響股價。因此，受害投資人即無須對因果關係加以證明，而應由加害人證明並未對股價造成

¹²¹ 關於侵權行為之詳細分析，請參閱本文後述民法部分之說明。

¹²² 新加坡公司案，台北地方法院 74 年度訴字第 15521 號判決，參閱劉連煜，同註 116，頁 206 註 2。

¹²³ 同上註，頁 208。

¹²⁴ 同上註，頁 209-218、莊永丞，同註 120，頁 159-172、劉連煜，證券詐欺與因果關係，月旦法學雜誌第 78 期，元照出版有限公司，西元 2001 年 11 月，頁 22-23、蔡德陽，證券交易法上之民事責任，萬國法律第 92 期，財團法人萬國法律基金會，西元 1997 年 4 月，頁 53、王士珮，證券交易法上一般反詐欺條款之研究，國立中興大學法律研究所碩士論文，西元 1996 年 6 月 8 日，頁 64-111。

影響。該理論於 Basic Incorporated v. Levinson 一案中獲得美國聯邦最高法院採納¹²⁵。

要保人雖無法直接適用證交法第二十條，但可試著類推適用向保險人請求損害賠償。

伍、 民法

一、 民法第八十八條

民法第八十八條規定者為有關意思表示撤銷之規範。錯誤者，意思與表示偶然不一致之謂¹²⁶，民法第八十八條與第八十九條共規定(1)意思表示內容之錯誤(第八十八條第一項)(2)表意人若知其事情即不為意思表示(表示行為上之錯誤，第八十八條第一項)(3)關於當事人之資格或物之性質之錯誤(第八十八條第二項)(4)意思表示因傳達人或傳達機關傳達不實(第八十九條)等四種錯誤¹²⁷，表意人若有此四種錯誤情形，得撤銷其意思表示。一旦撤銷意思表示後，依民法第一七九條後段，因已無法律上原因，受損害者可向受利益者請求返還其所受利益。因業務員不實說明而締約之投資型保險要保人是否可主張其意思表示有錯誤而撤銷其意思表示，再依不當得利請求保險人返還保費？應視是否能符合上述四者之一而定。要保人因業務員之不實說明而形成其意思進而提出要約，經保險人承諾而成立投資型保險契約，此一過程中，有問題者僅為業務員之不實說明，其所造成之結果為要保人獲得不實之資訊，形成錯誤之動機，誤以為投資型保險於任何情況皆無虧損可能、或與傳統保險一樣為當保險事故發生時可獲得一筆遠高於保險費之金錢之保險、或為保證高額預定利率之保險，而為保

¹²⁵ 劉連煜，同註 124，頁 212。

¹²⁶ 王澤鑑，民法實例研習民法總則，三民書局，西元 1996 年 10 月，頁 297。

¹²⁷ 同上註，頁 319。

險契約之要約，其締約意思與締約表示實為一致，僅是其締約動機並無法藉由締約表示來達成，係屬所謂之動機錯誤。動機錯誤者，意思表示緣由之錯誤，即表意人在其意思形成之過程中，對於就其決定為某特定內容意思表示具有重要性之事實，認識不正確¹²⁸。民法第八八條與第八十九條四種情形中，僅(3)關於當事人之資格或物之性質之錯誤為動機錯誤，為法律擬制為意思表示錯誤之動機錯誤，乃動機錯誤不得撤銷意思表示之例外，但投資型保險不當行銷之受害要保人顯然並非對當事人之資格或物之性質有所誤認，而係對保單之功能或性質產生誤認，是以，應無法依民法第八十八條撤銷其意思表示。要保人既無法依民法第八十八條撤銷契約，當無法再依不當得利法理請求返還保費。

二、 民法第九十二條

民法第九十二條謂：「因被詐欺或被脅迫，而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。...」詐欺云者，故意欺罔他人，使陷於錯誤而為意思表示，並因之而為意思表示之謂也¹²⁹。受詐欺者，因加害人之詐欺而陷於動機錯誤之狀態，依民法第九十二條而得撤銷其意思表示，故受詐欺為動機錯誤不得撤銷意思表示原則之例外¹³⁰。欲主張民法第九十二條之詐欺，須證明(1)詐欺人有雙重故意(故意欲使相對人陷於錯誤，並故意欲使相對人因其錯誤而為意思表示)(2)詐欺行為(3)相對人因詐欺陷於錯誤(4)相對人因錯誤而為意思表示(5)具違法性¹³¹，等構成要件。一旦撤銷意思表示後，依民法第一七九條後段，因已無法律上原因，相對人可向詐欺人請求返還其因詐欺所受

¹²⁸ 同上註，頁 314。

¹²⁹ 同上註，頁 325。

¹³⁰ 同上註，頁 297。

¹³¹ 參閱鄭玉波，民法總則，三民書局，西元 1982 年 8 月，頁 261-262、陳洗岳，詐欺與得撤銷法律行為之承認，月旦法學雜誌第 74 期，元照出版公司，西元 2001 年 7 月，頁 12。

利益。

詐欺人之主觀要件方面，須有故意方能成立詐欺，若僅是因過失而使相對人陷於錯誤，並不構成詐欺，亦即並無「過失詐欺」之類型¹³²。詐欺人之故意須滿足二層面，一為欲使相對人陷於錯誤之故意，一為欲使相對人因錯誤而為意思表示之故意，是為學說上所謂之「雙重故意」¹³³。須滿足此二要件，方能謂詐欺人有詐欺故意。

客觀方面，須實際上有詐欺行為。詐欺行為者，使相對人陷於、加深、保持錯誤，而虛構、變更、隱匿事實之行為¹³⁴。不論係積極陳述不實資訊之作為或消極隱蔽正確資訊之不作為均為詐欺行為。然，單純緘默之不行為，則除非詐欺人於法律上、契約上或交易習慣上對某事項負有告知義務外，其單純緘默並非詐欺行為¹³⁵。

除詐欺人基於詐欺故意而為詐欺行為外，相對人方面亦須因此陷於錯誤，亦即相對人須有錯誤之現象，且該錯誤與詐欺行為間須有因果關係，始有可能構成詐欺。若相對人未陷於錯誤，或雖有錯誤但非因相對人之詐欺行為所致，詐欺均無法成立¹³⁶。

相對人即使因詐欺行為陷於錯誤，若未為意思表示，或雖為意思表示但非因錯誤而為者，仍無法構成詐欺。亦即相對人須為意思表示，且該意思表示與自身錯誤間須有因果關係¹³⁷。

除前面四要件外，學說上有認為應再證明具違法性要件者，蓋因社會上存有某些無可避免之虛張行為（如「賣瓜說瓜甜」），社會大眾視之平常，應不構成詐欺行為之故也¹³⁸。

¹³² 施啟陽，民法總則，三民書局，西元 1996 年 4 月，頁 258。

¹³³ 同上註。

¹³⁴ 鄭玉波，同註 131，頁 261。

¹³⁵ 參閱 33 年上字 884 號判例、施啟陽，同註 132，頁 258、劉得寬，民法總則，五南圖書出版公司，西元 1982 年 10 月，頁 253、鄭玉波，同上註。

¹³⁶ 鄭玉波，同上註。

¹³⁷ 同上註。

¹³⁸ 劉得寬，同註 135，頁 253-254。

詐欺，原則上須由詐欺人親自為之，相對人使得撤銷¹³⁹。於本人未為詐欺行為，而係履行輔助人（代理人或使用人）為詐欺之場合，學者通說認為本人應依民法第二二四條為履行輔助人之詐欺行為負同一責任¹⁴⁰。因此，保險業務員（限於保險人之業務員及保險代理人業務員）若係基於詐欺故意而為投資型保險之不實說明，即相當於保險人為詐欺行為，要保人自得依民法第九十二條撤銷其意思表示，並進而依不當得利（民法第一七九條後段），請求保險人返還保費¹⁴¹。保險人是否應付利息返還保費及負損害賠償責任，則視其是否於受領保費時或其後知無法律上原因而定（民法第一八二條），業務員既係為詐欺性不實說明，則理應明知其所受利益無正當依據，是以保險人應付利息返還保費，若有損失並應賠償。

惟詐欺構成要件甚為繁重，要保人之舉證路途相當艱困，於業務員基於詐欺故意而為單純緘默時，更須證明保險人於法律上、契約上、或交易習慣上有告知義務，於保險法上並未明文保險人應有告知義務之現實下，對要保人而言無疑是難以承受之負荷。甚且，業務員之不實說明並非一定係基於詐欺故意而為，若僅是過失不實說明，要保人即根本無從主張民法第九十二條撤銷其意思表示達到取回保險費之目的。

三、 民法第一八八條

民法第一八八條規定者為僱用人之侵權責任，其構成要件為（1）行為人與僱用人間有僱傭關係（2）受僱人於執行職務（3）受僱人為侵權行為。而僱用人可以舉證（1）對受僱人之選任已盡注意義務，或（2）對受僱人之監督已盡注意義務，或（3）疏忽與損害間無因果關

¹³⁹ 黃立，民法總則，三民書局，西元 1994 年 10 月，頁 335。

¹⁴⁰ 王澤鑑，同註 126，頁 326。

¹⁴¹ 同上註，頁 327-2。

係，而免責，然若受僱人並無資力，僱用人即使順利舉證免責，法院仍可令其為全部或一部之損害賠償（民法第一八八條第二項），僅是僱用人可於賠償後再向受僱人求償¹⁴²（民法第一八八條第三項）。之所以探討民法第一八八條乃因，要保人因業務員不實說明而購買投資型保險所致損失（本金減損+其他損失）或許可藉此獲得賠償。

保險人與業務員間是否為僱傭關係？如前所述，應僅保險人本身之業務員與保險人間方有僱傭關係。何謂於執行職務期間？實務上採客觀說，認為「在客觀上足認為與其執行職務有關者，不問僱用人與受僱人之意思如何，均得認定為執行職務」¹⁴³期間，因此，業務員於正常工作時間招攬業務時固為執行職務期間，縱已非正常工作時間但客觀上足使人認為與其招攬業務有關者，仍應認為係執行職務期間，認定範圍相當廣泛。

上二要件之構成並無問題，有問題者在於業務員於招攬投資型保險時，對保單內容不實說明是否構成侵權行為？民法所規定之侵權行為共有三種類型，一為侵害他人權利之侵權行為（民法第一八四條第一項前段），一為違反善良風俗之侵權行為（民法第一八四條第一項後段），最後為違反保護他人法律之侵權行為（民法第一八四條第二項）。於業務員係基於詐欺故意為不實說明時，通說認為詐欺為侵權行為¹⁴⁴，是以業務員之不實說明行為構成侵權行為並無問題。然有問題者在於若僅係過失不實說明，則業務員之行為是否構成侵權行為？民法第一八四條後段係以故意為先決條件，是以可先予排除，應討論者為

¹⁴² 黃立，同註 67，頁 294-304。

¹⁴³ 42 年台上字第 1224 號判例。

¹⁴⁴ 胡長清氏、日本學者加藤一郎均認為詐欺係對精神自由之侵害，是以詐欺係侵害他人之自由權，構成民法第一八四條第一項前段。詐欺係故意使人陷於錯誤而為意思表示之行為，可謂係故意以背於善良風俗之方法侵害他人權益，故構成民法第一八四條第一項後段。刑法第三三九條（詐欺罪）係屬保護他人之法律，詐欺者違反該條之規定，違反保護他人之法律，故構成民法第一八四條第二項。參閱王澤鑑，民法學說與判例研究第二冊，三民書局，西元 1996 年 10 月，頁 215-224。

一八四條前段及一八四條第二項。

民法第一八四條前段通說認為應有（1）加害行為（2）不法（3）侵害他人權利（4）致生損害（5）加害人有責任能力（6）加害人有故意或過失等構成要件¹⁴⁵。責任能力者，指足以判斷己身行為之結果及是非之能力¹⁴⁶，一般業務員均有之。要保人所受損害為，本金減損、融資利息損失（日本變額保險事件受害之要保人）---等，蒙受損害至為明顯。（1）（4）（5）（6）要件皆已滿足，故應探討者為（2）不法及（3）侵害他人權利。而若有侵害他人權利，除非有阻卻違法事由，原則上即為不法¹⁴⁷，是以實際上應探討者為業務員過失不實說明，究竟是否有侵害權利？權利者指私權而言¹⁴⁸，不包括公法上權利在內。私權指法律所賦予享受一定利益之法律上之力，包括人格權、身份權、物權及智慧財產權等¹⁴⁹，以法律上有明訂者為限¹⁵⁰。業務員是否有侵害權利？業務員充其量僅是提供錯誤之資訊，促使要保人形成錯誤之動機而為無法實現目的之意思表示，是否有權利侵害，殊值疑問。其所侵害者至多為要保人之正確動機形成，形成正確動機是否為人民所享有法律上賦予得享受一定利益之法律上之力？亦即是否有所謂的形成正確動機權利？與此相近者為自由權。惟自由權者係指身體行動或意思形成不受法的拘束或妨礙而言¹⁵¹。亦即人民享有於不受拘束下形成意思之可能性，但非謂人民進一步享有形成正確意思之法律上之力。嚴格言之，並無所謂之形成正確動機權利。若欲擴大自由之概念，使自由權包含形成正確動機權利，過份擴大自由概念的結果，將使侵

¹⁴⁵ 王澤鑑，侵權行為法（一）基本理論—一般侵權行為，三民書局，西元1998年9月，頁97-98。

¹⁴⁶ 黃立，同註67，頁248。

¹⁴⁷ 王澤鑑，同註145，頁264。

¹⁴⁸ 39年台上987號判例：「所謂權利，應指一切私權而言...」。

¹⁴⁹ 王澤鑑，同註145，頁109。

¹⁵⁰ 55年台上2053號判例：「民法第一百八十四條第一項前段規定，以權利之侵害為侵權行為要件之一，固有為非侵害既存法律體系所明認知權利，不構成侵權行為。...」。

¹⁵¹ 王澤鑑，同註145，頁132-135。

害他人之自由，成為一概括條款，形成保護範疇難以認定之現象，實值商榷¹⁵²。是以業務員過失不實說明保單內容，並未侵害權利，並不構成民法第一八四條第一項前段之侵權行為。

民法第一八四條第二項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」，其構成要件為（1）違反保護他人之法律（2）他人產生損害（3）違反法律與損害間有因果關係（4）違反者有責任能力¹⁵³，符合要件者，應負損害賠償責任，但可證明並無過失而免責。保護他人之法律究竟指哪些法律？77年台上字第1582號判決謂：「民法第一八四條第二項所謂保護他人之法律，係指保護他人為目的之法律。即一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律。」，84年台上字第1142號判決謂：「民法第一八四條第二項所謂保護他人之法律，係指保護他人為目的之法律，即指任何以保護個人或特定範圍之人為目的之法律而言，如專以保護國家利益或社會秩序為目的之法律則不包括在內。」是以，所謂保護他人之法律，係相對於保護國家利益或社會秩序而言，凡以保護他人為目的之法規範，不論係法律、命令、規章或普通法均為保護他人之法律¹⁵⁴。

業務員過失為不實說明，通常具備（2）（3）（4）要件已如前述，有問題者為，過失不實說明保單內容是否構成違反保護他人之法律？亦即是否有規定業務員應據實說明之法律，而業務員過失違反？保險業務員管理規則第二十條或許可列入考慮之列。保險業務員管理規則第二十條為業務員之懲處規定，違反該條第一項各款規定者，可處業

¹⁵² 同上註，頁135。

¹⁵³ 關於民法第一八四條第二項之構成要件，各家學說並不相同，參閱王澤鑑，同上註，頁347、黃立，同註67，頁277-281、邱聰智，新訂民法債編通則（上），輔仁大學法學院法律服務中心，西元2003年1月，頁183。

¹⁵⁴ 王澤鑑，同註145，頁349-350。

務員警告或六個月以上一年以下停止招攬行為或撤銷其業務員登錄之處分，其第一項第一款謂：「就影響要保人或被保險人權益之事項為不實之說明或不為說明者。」，係以保護要保人或被保險人獲正確保單說明為目的之規則，應可認定為保護他人之法律。故，業務員招攬投資型保險時對保單內容為不實說明，係以違反保護他人法律之行為，致要保人產生損害，符合民法第一八四條第二項侵權行為之構成要件，應對要保人負損害賠償責任。

業務員故意為不實說明固構成侵權行為，縱為過失不實說明，亦可構成第一八四條第二項之侵權行為，要保人可於證明業務員為侵權行為後，依民法第一八八條向保險人請求損害賠償。因業務員不實說明所致要保人損失，因此大抵可藉主張侵權行為獲得賠償，且第一八四條第二項雖謂加害人可證明其並無過失免責，但實務上鮮有成功舉證免責者，實際上已幾近於無過失責任，對要保人而言相當有利¹⁵⁵。惟應留意者係，若實際從事招攬者為保險代理人業務員而非保險人本身之業務員，要保人即無法向保險人請求損害賠償。

四、 民法第二四五條之一

民法第二四五條之一規定：「

契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：

一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。

二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。

三、其他顯然違反誠實及信用方法者。

¹⁵⁵ 陳聰富，論違反保護他人法律之侵權行為，臺灣本土法學雜誌，第30期，學林出版事業有限公司，西元2002年1月，頁2。

前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」

乃西元 1999 年年 4 月 21 日民法修訂時增訂之關於締約上過失責任之規定。就該款之構成要件，學說上探討甚烈者為「契約未成立時」一語。究竟「契約未成立時」，係為一獨立要件，用意在於受害人行使損害賠償請求權之限縮，或者僅是「為準備或商議訂立契約」之重述，強調締約上過失為締約時際產生之責任而已？若為前者，受害人僅於契約未成立時，方能引用民法第二四五條之一，若為後者則不論締約成功與否，受害人皆得主張。受害人是否僅於契約未成立時，方有民法第二四五條之一之適用？

就此問題，採否定說者認為，「本條第一句即規定，『契約未成立時』，故依其文義，限於『契約未成立』，始有本條之適用。...（然，）所謂『締約上過失』之理論，似乎不以契約未成立為必要條件¹⁵⁶」。締約上過失責任係因違反先契約義務而產生之責任，締約前義務的違反，其結果可能彰顯於契約未成立時，亦可能彰顯於契約有效成立時，契約有效成立並非締約上過失理論之重點，重點在於違反者係於「締約」時違反先契約義務¹⁵⁷，是以「所謂契約未成立時，應解釋為一方當事人違反誠實信用原則的情事係發生於契約成立前（訂約準備商議階段）.....民法第二四五條之一關於『契約未成立時』的規定，徒增困擾，應予刪除¹⁵⁸」。採肯定說者則認為，純粹按字義上解釋而言，該規定無疑地是為了解決契約未經締結時之問題而設¹⁵⁹，自立法目的而言，立法者亦已言明係為彌補既非侵權行為亦非債務不履行範疇之法律空窗而設定該條規範¹⁶⁰，「契約未成立」一語純粹是立法者為與債務

¹⁵⁶ 詹森林先生之發言，陳泐岳等，「中斷交涉」與締約上過失責任的序論研究-民法研究會第十四次學術會議，法學叢刊第一七六期，法學叢刊雜誌社，西元 1999 年 10 月，頁 108。

¹⁵⁷ 林美惠律師之發言，同上註，頁 111。

¹⁵⁸ 王澤鑑，債法原理第一冊基本理論債之發生，三民書局，西元 1999 年 10 月，頁 270。

¹⁵⁹ 陳泐岳先生之發言，陳泐岳等，同註 156，頁 105。

¹⁶⁰ 民法第二四五條之一之立法說明，參閱王澤鑑，民法債篇總論（一）基本理論債之發生，

不履行責任、侵權責任區隔所特意設下之限制，自應尊重，受害人因此僅於契約未成立時，方可適用民法第二四五條之一。而何謂「契約未成立」，除締約磋商失敗之自始未締約類型外，學者中有認為應擴張解釋包含契約無效或被撤銷之情形者¹⁶¹。

我國民法權威學者王澤鑑先生係採否定說，然實務上則囿於民法第二四五條之一之文義多採肯定說¹⁶²。

另外，欲依民法第二四五條之一請求損害賠償尚須滿足（1）準備或商議訂立契約（2）違反誠實信用原則及有可歸責事由（3）須加害人有行為能力（4）須致他方當事人受有損害（5）須侵害行為與損害之間具有因果關係¹⁶³，等構成要件。而加害人可證明受害之他方當事人與有過失而免責。

雙方當事人何時進入準備或商議訂立契約階段？學者謂須雙方當事人有訂約意圖，彼此產生信賴關係，為契約締結而努力時，方謂進入準備或商議訂立契約階段¹⁶⁴。於百貨公司閒晃非謂已進入準備訂約階段，但若要求店員展示商品，則是；觀賞工地秀非謂已進入準備締約階段，但建商職員引導參觀說明樣品屋，則是¹⁶⁵。

何謂違反誠實信用原則及有可歸責事由？違反誠信原則係指一方當事人違背他方當事人信賴之行為，可歸責事由，係指一方當事人之

三民書局，西元 1996 年 10 月，頁 263、「假設締約上過失的情形能適用侵權行為解決的話，就不要增訂本條規定，用侵權行為就好。就是這個原因，所以本條規定才會訂定出那麼嚴格的要件與侵權行為作區隔，若一件事情也可以適用侵權行為，此時就會發生競合問題。第二四五條之一規定的意旨，就是為了不符合侵權行為規定的情形，也無從適用債務不履行規定的情形而設。」，孫森焱大法官之發言，陳泐岳等，同註 156，頁 116。

¹⁶¹ 黃立，同註 67，頁 43。

¹⁶² 如臺灣高等法院台中分院 89 年上字第 10 號判決、臺灣高等法院台中分院 92 年上易字第 45 號判決、臺北地方法院 90 年訴字第 3994 號判決、臺北地方法院 90 年國貿字第 37 號判決、臺北地方法院 90 年簡上字第 398 號判決。

¹⁶³ 王澤鑑，同註 158，頁 271。

¹⁶⁴ 同上註、黃立，同註 67，頁 42-43。

¹⁶⁵ 王澤鑑，同註 158，頁 271。

故意或過失¹⁶⁶。民法第二四五條之一共規定三種違反誠實信用原則之情形，分別為違反告知說明義務（同條第一項第一款）、違反保密義務（同條第一項第二款）、其他情形（同條第一項第三款）。告知說明義務，謂因資訊不對稱，基於他方當事人之信賴，應提供他方當事人資訊之義務。何種情狀之違反告知說明義務，方受法律之規範？民法第二四五條之一第一項第一款謂，於一方當事人滿足（1）經他方詢問（2）就訂約重要事項（3）惡意隱匿或不實說明時三要件時，方為法律所規範之違反告知說明義務情形。保密義務，謂對他方當事人之秘密保密之義務。如何違反保密義務，方受法律之規範？民法第二四五條之一第一項第一款謂，於滿足（1）知悉或持有他方秘密（2）他方當事人明示應予保密（3）因故意或重大過失洩漏，三要件時，方受法律之規範。其他情形，意指除前述違反告知說明義務與違反保密義務以外，其他違反誠實信用原則之情形，為違反誠信原則之概括規定，須靠法院於個案中具體認定¹⁶⁷。

加害人有行為能力方面，法條中雖無此一要件限制，然學者認為既已進入契約締結階段，與法律行為有關¹⁶⁸，且為貫徹保護無行為能力人與限制行為能力人之立法意旨，自應以加害人具行為能力為宜¹⁶⁹。依民法第十三條，滿二十歲為成年，成年人有完全行為能力¹⁷⁰。

投資型保險不當行銷受害要保人是否能主張民法第二四五條之一請求保險人賠償其所受損害？按日、中、美三國之投資型保險不當行銷案例中，並無發現保險契約未成立者，要保人正是因為契約已成立方遭受損害，若照民法第二四五條之一之字義及實務見解，要保人絲

¹⁶⁶ 同上註。

¹⁶⁷ 同上註，頁 272-275。

¹⁶⁸ 黃立，同註 67，頁 44。

¹⁶⁹ 王澤鑑，同註 158，頁 278。

¹⁷⁰ 王澤鑑，同註 126，頁 211。

毫無主張民法第二四五條之一之機會。若按前述學者認為應將「契約未成立」一語予以刪除之見解，則要保人可能可主張之基礎為第一項第一款（違反告知說明義務）及第一項第三款（其他顯然違反誠信原則情形），然第一項第一款之要件甚為嚴格，要保人必須於締結投資型保險時曾經詢問業務員，而業務員惡意隱匿或不實說明，方有該款之適用。要保人之保險知識愈不足，愈不可能於締約時詢問相關事項，亦即愈弱勢之要保人愈不可能得依第一項第一款主張權利。而若主張第三款，則又等同於全權仰賴法官之認定。要保人欲依據民法第二四五條之一請求損害賠償可謂困難重重。

五、 民法第三五九條、第三六〇條

口語上，吾人常聽聞買保險、賣保險之用語，一般人將保險契約之訂立稱為買保險，業務員亦將其推銷保險之行為稱為賣保險，是以不得不啟人疑竇者為保險契約是否為買賣契約之一種？之所以探討此問題係因，保險契約若為買賣契約，則依民法第三五九、三六〇條，要保人或許可解除保險契約、減少保險費、或者向保險人請求不履行之損害賠償，相當契合要保人對法律救濟之期待。

學說上有謂保險契約為法令特許之所謂買空賣空買賣者¹⁷¹。而依民法第三四五條，所謂買賣係指「當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。」，出賣人負擔移轉財產權之義務，買受人則負擔支付價金之義務¹⁷²。保險契約是否符合該定義？保險依保險法第一條係指「當事人約定，一方支付保險費於他方，他方對於因不可預料，或不可抗力之事故所致之損害，負擔賠償財物之行為。」之契約，保險人負擔於事故發生時之賠償義務，要保人負擔支付保險費之義

¹⁷¹ 林誠二，民法債編各論（上），瑞興圖書股份有限公司，西元 1994 年 11 月，頁 56、邱聰智，新訂債法各論（上），元照出版公司，西元 2002 年 10 月，頁 75。

¹⁷² 邱聰智，同上註，頁 73-74。

務。顯然地，兩者最大之不同在於保險人所負擔之義務上附有條件，而其他要件保險契約則皆已滿足，是以或許可謂保險契約為買賣契約之一種。

然法律上既賦予此種出賣人負擔附條件移轉財產權義務之契約為保險，則形式上保險契約即非買賣契約，是以保險契約應無「適用」物之瑕疵擔保規定之餘地。惟依民法第三四七條，於買賣契約以外之有償契約，可「準用」物之瑕疵擔保規定，依保險法第一條，要保人既須交付保險費，保險契約應為有償契約¹⁷³，是以應可準用物之瑕疵擔保規定。但應注意者是，民法三四七條尚設有但書，若為契約性質不許者，則亦無法準用物之瑕疵擔保規定。保險契約之契約性質是否不許準用物之瑕疵擔保規定？學說上有直接肯定之見解，其所持理由為「因保險契約屬於射倖契約，保險人本來即以擔保對方之危險為目的，不再有所謂瑕疵擔保或危險負擔之問題故也。」¹⁷⁴。亦有提出區別標準，認為財產性契約得準用，勞務契約性質上難以準用者¹⁷⁵。而其所謂財產性契約係指，債務人之行為在於給予財產之契約¹⁷⁶，保險契約應當屬於財產性契約無疑。本文從後說，蓋前者僅從保險人觀點觀察，未考慮對要保人來說若條件成就保險人履行其賠償義務時，其給付內容若與契約約定不同是否可謂瑕疵之故也。

民法第三五四條規定：「物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵（第一項）。出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質（第二項）。」為民法關於物之瑕

¹⁷³ 江朝國，同註 25，頁 40。

¹⁷⁴ 鄭玉波，民法債編各論上冊，三民書局，西元 1986 年 10 月，頁 12。

¹⁷⁵ 邱聰智，同註 171，頁 73。

¹⁷⁶ 同上註，頁 57。

疵責任基本規定。何謂物之瑕疵，學說上有主觀說、客觀說與主觀-客觀說三種見解。主張主觀說者認為所謂物之瑕疵係指物之實際狀態與當事人訂約目的及契約內容不一致。主張客觀說者認為所謂物之瑕疵係指物之實際狀態與物客觀上之通常狀態不一致。主張主觀-客觀說者認為所謂物之瑕疵係指物之實際狀態與當事人特別約定之使用目的及物一般具有之客觀特徵不一致。實務上，最高法院 73 年台上字第 1173 號判例謂：「所謂物之瑕疵，指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之意思，認為物應具之價值、效用或品質，而不具備者，即為物有瑕疵...」係採主觀-客觀說¹⁷⁷。申言之，所謂物有瑕疵，其實係比較下之結果，僅比較之對象學說上有不同見解，而實務上採主客觀合併之見解。違反擔保責任之效果依民法第三五九條為買受人得解除契約或減少價金，若出賣人曾為品質保證或故意不告知瑕疵存在，依第三六〇條，買受人尚得請求不履行之損害賠償。

於投資型保險紛爭中，是否可以保險人給付之金額與業務員不實說明下要保人認定之契約內容不一致為由，例如要保人認定其所投保之契約為預訂利率 9% 之傳統保險，而主張準用物之瑕疵擔保規定，解除契約、減少價金或甚至請求不履行之損害賠償？投資型保險，不論係變額壽險、變額萬能壽險、變額年金，保險人所給付者均為保險金，亦即貨幣。為判定物有瑕疵，應有一比較對象，依主觀-客觀說之見解，此比較對象應為貨幣於當事人特別約定及一般情況下應具有之狀態。貨幣除非遭毀損，否則保險人給付之貨幣與通常情況下之貨幣應皆一致，有問題者為是否與當事人之特別約定一致。而因此應進一步探究者為，於投資型保險紛爭中當事人間之約定究竟為何？是定型化之書面保險契約？抑或因業務員之不實說明下，要保人內心真實期

¹⁷⁷ 王澤鑑，民法學說與判例研究第八冊，三民書局，西元 1996 年 10 月，頁 170-171。

待之契約？恐怕大多數法院都將選擇前者，以書面契約之效力通常大於口頭之故也。即使採後者，但物之數量不足通常不構成物之瑕疵¹⁷⁸（因為債務不履行），縱使認為保險人之給付不足，亦無法依據物之瑕疵擔保請求相關權利。

要保人並無法準用民法第三五九、三六〇條解除投資型保險契約、請求減少價金或不履行之損害賠償。

第五節 現行法之缺失

經由以上之分析可知，當業務員採訪問買賣方式行銷投資型保險時，要保人可依消保法第十九條解除契約；保險人之投資型保險廣告若有誤導，要保人可依消保法第二十二條請求保險人履行廣告內容，或依公平法第三十一條請求損害賠償；基於投資型保險兼具保險與投資雙重性質，可試著主張類推適用證券交易法第二十條向保險人請求損害賠償；業務員行銷時若有詐欺情事，要保人得依民法第九十二條撤銷契約，再依民法第一七九條請求返還保費，並得依民法第一八四條請求損害賠償；業務員若係過失不實說明，要保人則可依民法第一八四條第二項，請求損害賠償。

惟，係查之，上述可供運用之法律基礎，若非受限於若干特殊情狀，如消保法第十九條之「訪問買賣」、消保法第二十二條與公平法第三十一條之廣告，即是舉證難度過高，如民法第九十二條之詐欺，運用上均有困難。較為可行之請求權基礎應為類推適用證交法第二十條及民法第一八四條第二項二者。證交法第二十條因缺少對保險人之歸責基礎，故實際上仍須搭配民法第一八八條，要保人方有可能追究保險人責任。是以，倒不如直接適用民法第一八四條第二項搭配民法第一八八條來的實際。惟如此之搭配亦非沒有缺陷，於要保人係因保險

¹⁷⁸ 同上註，頁 172。

代理人業務員招攬而購買投資型保險時，因保險代理人業務員難謂保險人之受僱人，要保人即無法向保險人請求損害賠償。

因此，總結來說，我國現行法並無法完善解決投資型保險不當行銷糾紛。而相對於人民對法律救濟之期待：退還保費、損害賠償、履行契約，我國現行法顯露出下列缺失（1）業務員過失不實說明，要保人卻無法撤銷契約退還保費（2）若係經保險代理人業務員投保，即無法向保險人請求損害賠償（3）無法基於業務員之口頭說明請求保險人履行契約。

第六節 解決方案之探討

應如何解決投資型保險紛爭？如前所述，我國現行法對於投資型保險紛爭顯露出三項缺失（1）業務員過失不實說明，要保人卻無法撤銷契約退還保費（2）若係經保險代理人業務員投保，即無法向保險人請求損害賠償（3）無法基於業務員之口頭說明請求保險人履行契約，是以於思考解決方案時，應朝解決此三缺失之方向著手。關於各解決方案之探討，茲說明於下。

第一項 修訂民法第二四五條之一

於面對投資型保險紛爭上，我國民法相對於日本民法很大之不同處在於，我國已明訂規範締約上說明義務違反情況之民法第二四五條之一，是以照理來說，解決業務員招攬時不實說明問題，於日本依侵權行為法解決，於我國則應依民法第二四五條之一為是¹⁷⁹，然而正如

¹⁷⁹ 基於我國已將締約上說明義務違反情形明文於民法第二四五條之一上之現實，本文認為，要保人若欲依民法向保險人主張權利，則應以民法第二四五條之一為請求權基礎為是，本文前文之推論，雖導引出民法第一八四條第二項為現行法上對要保人保戶較為周全法條之結論，惟此為民法第二四五條之一規範功能不完備下，不得不之推論結果。正本清源，我國既已將締約上說明義務違反之情形，明確定位為不屬於契約責任、侵權責任之締約上過失責任類型，則日後相關案例之處理，當應依民法第二四五條之一為是。立法論上雖不乏締約上義務違反之情形，根本無須另立條文，依據侵權行為法之法理處理即可之主張，譬如，日本平井宜雄教授即非常反對引進締約上過失責任之概念，惟此係因日本民法上侵權行為法之法律條文係一相當概括性之規定，透過柔軟解釋概括概念之方法，即可解決締約上過失責任之問題所致，參閱陳泂岳等，同註 156，頁 105。此一現象，觀察日本變額保險訴訟之處理，亦可得到相當清楚之證

本文前述分析顯示，我國法上能提供要保人最大救濟功能之法條，仍為民法第一八四條第二項，而非民法第二四五條之一。民法第二四五條之一並未發揮應有之規範功能。

締約上過失責任者，因違反契約締結階段因接觸、準備或磋商所產生之說明、告知、保密、保護等先契約義務所產生之責任¹⁸⁰。學說上將其分為四種類型，分別為（1）契約無效或不成立類型（2）締結不利內容契約類型（3）契約僅止於磋商未臻締結類型（4）以契約磋商或準備為機緣而加害類型。契約無效或不成立類型，係指因當事人一方於契約締結之際或締約前之磋商準備階段之過失，致業已締結之契約無效或不成立之情形；締結不利內容契約類型，係指契約業已有效成立，惟因當事人之一方於契約磋商階段違反誠信原則，緘默、隱匿或為不真實陳述，致所締結之契約在內容上違反他方當事人合理期待之情形；契約僅止於磋商未臻締結類型，係指當事人已就契約之締結進行磋商，惟因當事人一方之過失，致所意圖或期待之契約未臻締結之情形；以契約磋商或準備為機緣而加害類型，係指當事人一方於契約磋商或準備磋商所發生之交易上接觸機緣，因過失致他方當事人身體、健康、財產等法益遭受與契約目的或契約利益並無直接關係之損害之情形¹⁸¹。民法第二四五條之一，因「契約未成立時」一語之存在，一般認為係屬於「契約僅止於磋商未臻締結類型」¹⁸²。而因業務員不實說明所產生之投資型保險不當行銷案件，顯然地係屬於「締結

明。然，本文認為，我國既已明文承認締約上過失責任（包括締約上說明義務）之存在，則當不可置立法現實於不顧，應依民法第二四五條之一處理實際上發生之案例，就實際運用上之缺失，改進民法第二四五條之一規範功能不足之處為是。

¹⁸⁰ 王澤鑑，同註 158，頁 49。

¹⁸¹ 參閱劉春堂，締約上過失之研究，台灣大學法律學研究所博士論文，西元 1983 年 5 月，頁 178-188。林美惠律師之分類與劉春堂先生同，參閱林美惠，締約上過失及其諸類型之探討-附論民法增訂第二四五條之一，月旦法學第 87 期，元照出版公司，西元 2002 年 8 月，頁 158-162。劉得寬先生則除去「契約僅止於磋商未臻締結類型」，而分類為（1）無效契約締結上之過失（2）有效契約締結上過失（3）締約締結準備過程上之過失三者，參閱陳洗岳等，同註 156，頁 110。

¹⁸² 劉春堂先生、劉得寬先生之發言，參閱陳洗岳等，同註 156，頁 107、110。

不利內容契約類型」，無怪乎民法二四五條之一無助問題之解決。

從日、美經驗可知，締約上過失責任問題，若放任實務自由發展，未於法律上成文化，則終將僅能依侵權行為法解決¹⁸³。蓋原本民法上對責任之概念大致上即是採契約責任與侵權責任二分之方式，現契約中規定者係日後雙方權利義務分配之基礎，無回過頭規定締約階段雙方應遵循義務之理，法律上若亦未明文，則解決締約上過失責任問題，終將僅能依侵權行為法處理。然相對於契約責任，侵權責任之受害人無疑負有較重之舉重責任。問題雖終有解決之道，但無疑地受害人所遭受者係法律上不平等之對待。日本變額保險受害人勝訴率之低即為最佳明證，而美國投資型保險不當行銷案件受害人極力主張保險人與要保人間構成信賴關係，欲促使保險人負擔說明義務之原因亦在於此。蓋受害要保人希冀法律課予保險人者係一要求保險人為若干行動之作為義務，而非要求保險人不得為若干行動之不作為義務，亦即受害人所質疑者係「加害人豈可不說明」，而非「加害人豈可侵害吾人之權利或利益」。是以於民法上明文化先契約義務群，落實締約上過失理論，減輕受害人之舉證責任，乃成不得不然的趨勢¹⁸⁴。

¹⁸³ 法國亦係依侵權行為法處理締約上過失責任問題。參閱王澤鑑，同註 158，頁 268。

¹⁸⁴ 論者或以為，基於侵權行為責任與基於締約上過失責任請求救濟之差異，若僅為舉證責任輕重之不同，則此當僅為民事訴訟法上之問題，而依新修正之民事訴訟法第二七七條但書：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」即可解決此一問題，則區分侵權責任與締約上過失責任之實益因此消失。惟本文認為，查該法條所謂「法律別有規定」，係指實體法上已就特定事實加以推定，產生舉證責任轉換之情形，而「依其情形顯失公平」之情形，僅能依賴法官於具體各案之認定，則事實上要保人之舉證責任並不能確定獲得減輕。蓋所謂「法律別有規定」係指實體法上有舉證責任轉換者，然我國民法之侵權行為條文並未就締約上過失之情形作舉證責任轉換之規定，將締約上先契約義務違反案件依侵權行為法處理，並無法藉由主張民事訴訟法第二七七條但書之「法律別有規定」情形，將舉證責任作一適當分配；而「依其情形顯失公平」之情況，僅是謂法官得就具體情況作一裁量，認定舉證責任之分配，決定權仍在法官，受害人係處於舉證責任分配不明之情況，並非謂能確定地減輕受害人之舉證責任。因此，總結來說，於實體法上區分侵權責任與締約上過失責任仍舊有其必要，蓋因後者基於法律對於先契約義務群存在之承認，受害人之舉證責任將可部分轉由加害人負擔（由受害人證明先契約義務存在及損失後，由加害人證明是否已履行義務或有未履行義務之正當事由等，而非由受害人全部負擔）。關於民事訴訟法修正後舉證責任分配問題可參閱戴森雄、楊晶勻，民事舉證責任分配法條之修正及其實用，全國律師 9 月號，中華民國律師公會全國聯合會，西元 2002 年 9 月。

就投資型保險紛爭而言，應明文者為先契約義務群中之「說明」義務。說明義務者，或稱告知義務，或謂信息義務¹⁸⁵，或有謂情報提供義務¹⁸⁶，所指者均為締約磋商階段，基於誠信原則之要求，所應負之提供契約重要事項資訊義務。其功能在於克服資訊不對稱所造成之契約機能或公平交易之障礙¹⁸⁷。蓋於現代社會中，隨著契約內容（產品、服務）愈形複雜及專門化，事業者（經營者）與消費者間所具備之情報量及對於情報之分析能力差距亦愈形擴大。若對此情報之收集，完全歸於私法自治原則，要求契約雙方當事人自行收集情報，則居於情報劣勢之消費者，往往將遭受自己未能預料，非基於本意之拘束，此有違公平原則。是以於締結專門性契約時，對於契約內容與意義非常瞭解之業者，對於其顧客，在有關交易之內容與問題上，應有廣泛而主動地提供資訊之義務¹⁸⁸。而若更精確地說，事業者之所以對消費者負有提供資訊義務，其實係消費者因此對事業者產生將獲得資訊提供之信賴，是以德國法學界方謂締約上過失責任為信賴責任¹⁸⁹，而美國侵權行為法整編亦謂當商業交易上說明者與受說明者間為信賴關係或其受說明者信任說明者之類似關係時，他方當事人方有揭露資訊之義務¹⁹⁰。

對於一般地位平等之當事人一律課予說明義務係不公平的，蓋雙方當事人既無於知識地位上一方地位優越於他方之情況，資訊收集有其成本，當事人亦有為自身追求最大利益之權利，實無要求雙方負擔

¹⁸⁵ 黃茂榮，締約上過失，植根雜誌第十八卷第七期，植根雜誌社有限公司，西元 2002 年 7 月，頁 256。

¹⁸⁶ 劉得寬，契約締結過程上的情報提供義務-消費者保護重要課題之一，法學叢刊第 171 期，法學叢刊雜誌社，西元 1998 年 7 月，頁 1-10。

¹⁸⁷ 黃茂榮，同註 185，頁 257。

¹⁸⁸ 劉得寬，同註 186，頁 3-4。

¹⁸⁹ 陳泐岳等，同註 156，頁 114。

¹⁹⁰ See Restatement (Second) of Torts § 551

說明義務自洩底牌之道理¹⁹¹。是以我國民法第二四五條之一之修訂上，除民法第二四五條之一之「契約未成立」一語當然應刪除外，應著重之點應在於說明義務何時存在之問題，而不在於如何違反之問題。現行民法第二四五條之一第一項第一款謂：「就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。」，其意涵應係，一般契約當事人間因他方之詢問而產生說明義務，而當故意隱匿或不實說明時，應負擔損害賠償責任，尚未能抓住說明義務產生之原因。一方當事人之所以對他方當事人負有說明義務，係因他方當事人對其產生資訊供給之信賴。民法第二四五條之一理應朝此一方向修訂，以信賴關係存在與否決定說明義務之存在，並維持民法一慣之過失責任原則，規定負說明義務者過失違反時方負損害賠償責任才是。

如此，日後投資型保險不當行銷事件一旦發生，要保人於保險法上遍尋不著請求權基礎時，得回歸民法依締約上說明義務違反向保險人請求損害賠償。因締約上過失責任一般認為應依債務不履行責任處理，保險人業務員、保險代理人業務員均為保險人之履行輔助人，則依民法第二二四條，即使是保險代理人業務員所招攬之要保人亦可向保險人請求損害賠償，則依侵權行為保險代理人之業務員不實說明，要保人無法追究保險人責任之問題即可獲得解決。

第二項 於保險法明訂保險人說明義務

除應於民法訂立締約上說明義務一般條款外，於保險法上更應明訂保險人之說明義務及其違反效果，幫助要保人直接基於保險法命保險人負起相關責任。蓋保險法相對於民法係特別法，係一特殊領域，雖同為締約上之說明義務，但於保險領域上自有其特殊而對要保人較為公平之救濟方式，非一般契約之締約上說明義務功能得以囊括。譬

¹⁹¹ 王澤鑑，同註 158，頁 273。

如保險人未說明免責條款，救濟方式應為使該免責條款不生效力，而非一般締約上說明義務違反之撤銷契約或損害賠償。

壹、 法理

保險人為何於招攬保險之締約磋商階段須有說明義務？消費者契約法提出之答案係，因為事業者與消費者間情報質量與交涉力上有相當之差距¹⁹²，金融商品販售法則謂，因為金融商品日益複雜，投資人通常難以瞭解金融商品背後所隱藏之意義，對業者之資訊提供有著相當高度之依賴¹⁹³。我國學說則謂，係因保險契約為最大善意契約（或稱最大誠信契約）¹⁹⁴。日本法院提出之解釋為，因要保人與保險人間有著知識、情報上之差距，基於誠信原則，保險人有說明保險商品之義務（參閱本文第四章）。

申言之，消費者契約法與金融商品販售法係點出了經濟學上所謂的「資訊不對稱」現象。所謂資訊不對稱（Asymmetric information）係指現實社會中，供給者掌握的需求者的資訊，不如需求者本身多，而需求者掌握的供給者的資訊亦不如供給者本身多的現象。譬如：產品的賣方比買方瞭解自己產品的性質；工人比僱主清楚自己的工作能力；被保險人比保險公司明白自己的身體狀況---等¹⁹⁵。也就是，情報，並非公平平均地散播在每個人身上，而係每個人皆有某些獨佔資訊或較易取得之資訊，資訊在這個社會上是崎嶇不平地分佈著。保險人與要保人間亦是如此。保險人對於自身提供之保險商品自然較要保人更為瞭解，而要保人則較保險人更為瞭解保險標的之風險。

¹⁹² 消費者契約法第一條：「本法係以鑑於消費者與事業者間情報之質、量與交涉力之差距，.....。」

¹⁹³ 參閱大前惠一郎，金融商品の販売等に関する法律の概要について，ジュリスト No.1185，有斐閣，西元 2000 年 9 月，頁 61、牧田宗孝，金融商品の販売等に関する法律の概要，商事法務 No.1562，社団法人商事法務研究会，西元 2000 年 6 月，頁 14。

¹⁹⁴ 參閱饒瑞正，保險法最大善意原則之辨正，月旦法學第 89 期，西元 2002 年 10 月，頁 161-162。該文認為保險人告知義務為最大善意原則之實現。

¹⁹⁵ 楊雲明，個體經濟學，智勝文化事業有限公司，西元 2001 年 1 月，頁 562。

但是光是說明這個社會存有資訊不對稱之現象，並不足以解釋締約時保險人為何必須對要保人負說明義務。其理由係因資訊之取得有其成本，為何締約？締約後能獲得如何之利益？基於契約自由，雙方當事人本即有為自身利益努力，獲得充分情報，形成正確動機之義務，且締約階段既涉及契約內容之擬定，當事人雙方原即有為自身利益以最少代價換取最多回饋之權利，而無要求雙方當事人負擔說明義務揭露資訊自洩底牌之理¹⁹⁶。若無特別情事，則法律上實無由要求一方當事人提供情報予他方。

於何種特別情事下，法律可要求一方當事人提供資訊予他方？歸納言之，於下列情況享有較多情報者應提供情報。

（一）雙方當事人有信賴關係

一方當事人為何必須於締約階段提供資訊予他方，第一個理由係，他方當事人對其產生將供給資訊之正當信賴。正當信賴之源由來自兩方面，一為一方當事人自己之行為，另一為一方當事人之形象表徵。前者如，一方當事人締約時模糊表述致使他方當事人產生錯誤動機，他方當事人基於對該表述之信賴而繼續締約磋商或為其他行為時。後者如，一方當事人為醫師、律師或其他發出願對他人提供資訊形象表徵之人，雖未有實際行為引發他人信賴，但由於該表徵散發之影響，使與其締約之人產生可獲得資訊之信賴。他方當事人既產生將獲得情報提供之信賴，基於法律上誠信原則之要求，自應令引起他人信賴者負擔說明義務。

具體言之，商業交易上，於下列情況，他方當事人將產生信賴，一方當事人應提供資訊：

1. 一方當事人知悉為彌補缺漏或模糊陳述產生之誤導情事而

¹⁹⁶ 王澤鑑，同註 158，頁 273。

有必要說明時¹⁹⁷。

2. 一方當事人知悉其所獲嗣後資訊使得之前陳述資訊不再真實而有誤導之虞時¹⁹⁸。
 3. 一方當事人係預期不實說明將不被信賴而為不實說明，嗣後卻發現他方當事人產生信賴時¹⁹⁹。
 4. 雙方當事人間處於下列關係：
 - (1) 公司董事或高級職員與公司 (officer or director and corporation)
 - (2) 證券經紀人與顧客 (stockbroker and customer)
 - (3) 夫妻
 - (4) 監護人與受監護人 (guardian and ward)
 - (5) 受託人與受益人 (trustee and beneficiary)
 - (6) 醫生與病人 (doctor and patient)
 - (7) 合夥人間 (partner and co-partner)
 - (8) 律師與顧客 (attorney and client)
 - (9) 本人與代理人 (principal and agent)²⁰⁰
 - (10) 企業經營者與消費者²⁰¹
 - (11) 金融商品販售業者與顧客²⁰²
- (二) 契約本身要求最大誠信 (*uberrima fides*)²⁰³

一方當事人為何必須於締約階段提供資訊予他方，第二個理由

¹⁹⁷ See Restatement (Second) of Torts § 551 (2) (b)

¹⁹⁸ See Restatement (Second) of Torts § 551 (2) (c)

¹⁹⁹ See Restatement (Second) of Torts § 551 (2) (d)

²⁰⁰ 此九項，美國法院上已明白承認彼此間具信賴關係 (fiduciary relation)，See Esquibel, A.K., Fiduciary Duties: The Legal Effect Of The Beneficiary'S Retention Of Counsel On The Fiduciary Relationship, Rutgers Law Journal, Rutgers University School of Law, Camden; Amanda K., U.S., 2002., at 329-334.而依美國侵權行為法第二次整編 § 551 (2) (a) 條，凡說明者與受說明者間為信賴關係 (fiduciary) 時，說明者有說明義務。

²⁰¹ 譬如日本之消費者契約法。

²⁰² 譬如日本之金融商品販售法。

²⁰³ See Furmston, M.P., Law Of Contract, 10th ed., London Butterworths, U.K., 1981, at 241.

係，雙方當事人正磋商之契約本身要求最大誠信。亦即，並非由於一方當事人之行為或形象表徵引發他方當事人之信賴，而係欲訂立該契約，基於契約之要求，享有較豐資訊之一方即應負說明義務，否則契約內容無法訂立及履行。保險契約即為最典型之例子，藉由被保險人對保險標的資訊之揭露，保險人方能判定承保與否、風險大小、保費高低及日後之服務內容，契約才能確立與運作。

就本文探討之主題而言，保險人係滿足了雙方當事人有信賴關係之要件²⁰⁴。保險人為何於招攬保險之締約磋商階段須有說明義務？因對於保險專業知識，保險人與要保人有資訊不對稱現象，而保險人與要保人間有信賴關係，基於最大誠信原則，保險人於招攬保險締約磋商時須負擔說明義務。

而於制訂保險人說明義務時，本文認為尚須留意以下兩點。

貳、 明確化保險人行銷責任範圍

於制訂保險人說明義務時，應一同明確化保險人行銷責任之範圍。蓋若非如此，保險代理人業務員所招攬之要保人無法請求保險人負損害賠償責任之問題仍舊無法解決。而於此本文認為應遵守者為行銷體系利益不利益一同承受原則。蓋保險人既委託業務員、保險代理人等從事保險招攬，而獲得保費收入，則理應一同承受其說明不實所產生之風險為是。制度設計上應讓要保人得直接對保險人主張權利，而由保險人賠償損害或退還保費後，再依與業務員及保險代理人之契約追究二者之責任。

²⁰⁴ 美國於投資型保險訴訟上對保險人與要保人間究否存在信賴關係，雖係採取否定說（參閱本論文第四章），然於傳統保險不當行銷訴訟案上，多數法院則係採取肯定見解，see Jorden, J.F., Recent Perspectives On Life Insurance Sales Practive Litigation, ALI-ABA Course of Study, The American Law Institute, 1998/5, at 7-18.

參、 引進禁反言 (Estoppel) 原則

日本方面，因消費者契約法與金融商品販售法之制訂，投資型保險紛爭受害之要保人享有撤銷契約、請求損害賠償之權利，已經厥為共識，有問題者為要保人是否可請求保險人履行業務員不實說明之保證報酬率保險或其他口頭陳述之功能？於制訂保險人說明義務時，應連帶注意之第二事項即為，應使保險人之說明義務條文具備讓要保人於特定條件下請求保險人履行口頭契約之功能。

英美保險法傳統上，可幫助要保人掙脫契約制限，要求保險人履行契約之權利，一向有棄權 (waiver)、合理期待原則 (doctrine of reasonable expectation)、禁反言 (estoppel) 三者。棄權、合理期待原則、禁反言是否可幫助投資型保險要保人達到命保險人履行口頭契約之目的？

棄權，係指當事人故意拋棄其解約權或抗辯權之行為。譬如火災保險單規定，被保險人就標的物設定抵押權後，保險契約失效，但保險人明知被保險人設定抵押權後，仍通知要保人繳付保險費，或於火災發生後，要求被保險人移轉受損標的物，或於被保險人被第三人起訴時代為進行抗辯，均可認為保險人已放棄其主張保險契約失效之權利，日後若保險人主張保險契約已失效 (譬如代被保險人抗辯失敗，法院判決鉅額損失)，欲免除其給付保險金之責任時，要保人即可援引棄權作為抗辯²⁰⁵。簡言之，棄權係藉由剝奪保險人之權利，達到命保險人履行契約之目的。投資型保險紛爭中，業務員之不實說明，並未使保險人產生任何解約權或抗辯權，即使有，因對保險人反而不利，保險人亦不會行使。既無從剝奪，且即使剝奪亦對要保人並無益處，

²⁰⁵ 施文森，保險法論文第一集，五南圖書出版公司，西元 1982 年，頁 126-128。

則援用棄權理論對問題之解決並無幫助。

合理期待原則，法院得將保單條款解釋為符合要保人合理期待內容之原則也。原先僅於保單條款有疑義時，法院方能做有利於保戶之解釋，而後漸漸發展為只要保單條款有違被保險人之合理期待，不論保單條款是否有疑義，法院均得將保單解釋為符合保戶期待內容²⁰⁶。以 C&J Fertilizer 一案為例，保戶為保障其企業因「竊盜」所生損失而投保兩張竊盜險，至某日工廠被竊喪失一萬元之財物時，方發現該保單之竊盜定義為建築物入口處留有明顯暴力痕跡之竊盜，恰巧該案之竊賊技術過於高超未留下絲毫痕跡，保險人遂以此抗辯拒絕理賠，法院則基於合理期待原則認為該保單「竊盜」之定義與一般人合理期待不符，而於該保單對竊盜定義解釋甚為明確之情形下，仍將竊盜一詞解釋為符合一般人合理期待之意義而命保險人履行其給付保險金義務²⁰⁷。申言之，合理期待原則，係藉由對保單條款之解釋，達到命保險人履行契約之目的。於投資型保險紛爭中，當事人爭執之焦點在於業務員之不實說明內容，契約內容並非爭執所在，是否可藉保單條款解釋之技術達到命保險人履行業務員陳稱之契約容有疑問，因實難想像法院得將性質上為要保人自負盈虧之投資型保險一百八十度轉變地解釋為保證預定利率傳統保險或其他性質相差甚遠之險種之故也。得解釋之範圍存有某程度之限制，援用合理期待原則，應非解決問題之佳策。

禁反言²⁰⁸，凡為明確無疑義之陳述者嗣後不得對因信賴其陳述而

²⁰⁶ 林建智，論合理期待原則，保險專刊第 33 輯，財團法人保險事業發展中心，西元 1993 年 9 月，頁 165。

²⁰⁷ 同上註，頁 161。

²⁰⁸ Estoppel 一字，施文森先生翻譯為「禁止抗辯」(參閱施文森，同註 205，頁 125。)，楊楨先生翻為「禁反言」(參閱楊楨，英美契約法論，凱倫出版社，西元 1995 年 8 月，頁 175。)，桂裕先生翻譯為「喪權」(參閱桂裕，同註 29，頁 181。)，本文採「禁反言」。

致損失者為相佐陳述之法則也²⁰⁹。源於衡平法²¹⁰，目的在禁止陳述者提出與其過去所為事實表象相反之主張，以保護他方當事人對於該事實表象之信賴²¹¹。禁反言本身並非訴因，而係受說明者之抗辯權²¹²。亦即並無法直接基於禁反言請求法律救濟，而僅能因其他事由說明者與受說明者間產生訴訟時，受說明者方能基於禁反言，禁止說明者提出與其過去陳述相佐之陳述。而於保險訴訟上，英美法院則引用該原則解決保險人行銷時草率陳述或行為使保戶產生已被承保之信賴，保險事故發生後卻主張非在承保範圍之問題。而因保險人無法提出與其行銷草率陳述或行為相佐之陳述（譬如主張保單條款排除該已發生之保險事故），運用禁反言之結果，即是使保險人必須履行賠償義務，且實質上乃命保險人履行保戶信賴下之保險契約，而非原來之書面保險契約。然欲達到此目的，要保人須先證明（1）保險人曾就訂約有關之重要事項，為虛偽之陳述或行為（2）此項虛偽陳述或行為之目的，係預期將被要保人或被保險人所信賴，或要保人、被保險人之信賴，並不違背保險人之原意（3）要保人或被保險人曾以善意信賴此項陳述或行為（4）要保人或被保險人因信賴保險人而為行為，致生損害²¹³。事實上，亦即美國法上故意不實說明之構成要件²¹⁴，惟不同者是要保人必須為善意，此乃因衡平法上「請求衡平救濟者，應善意無辜」之要求所致²¹⁵。傳統保險訴訟上，禁反言係用來對抗保險人之失效抗辯或除外抗辯²¹⁶，是否能於異於傳統保險之投資型保險上，運用禁反言原

²⁰⁹ See Treitel, G.H., *An Outline Of The Law Of Contract*, 5th ed., Butterworths, U.K., 1995, at 159.

²¹⁰ 施文森，同註 205，頁 133。

²¹¹ 楊楨，同註 208，頁 175。

²¹² Treitel, G.H., *supra* note 208, at 159; Allen, D.K., *Misrepresentation*, Sweet & Maxwell Limited, London: U.K., 1988., at 273.

²¹³ 施文森，同註 205，頁 133、桂裕，同註 29，頁 180。

²¹⁴ Furmston, M.P., *supra* note 201, at 273.

²¹⁵ 施文森，同註 205，頁 133。

²¹⁶ 例如，要保人甲租用他人基地建造房屋，建成後，向保險人乙投保火災保險，乙明知其火災保險單載有「租地造屋者契約無效」條款仍告知甲曰：「此保險單已保障您所要求之一切危

則促使保險人履行其行銷時保證報酬率或其他類似陳述不無疑問，然理論上應肯定之。因此，吾人認為應援引禁反言原則促使保險人履行其口頭契約。

第三項 引進適合性原則

除民事上之法條增訂外，亦應引進適合性原則，強化行政上之預防功能。

由日本方面觀之，說明義務可說是因應投資型保險引進後之產物，但從美國經驗觀之，於傳統定額保險紛爭上，譬如消逝保費類型或保單重置類型等不一定與投資型保險有關之案件上，仍舊有著業務員說明不實之問題，可看出，與其說說明義務是隨投資型保險之引入而產生之概念，倒不如說係因投資型保險之刺激而導致舊有問題之疫苗加速成熟，可謂是新產品點出舊問題的結果。真正隨投資型保險之引進而帶進保險業之概念者，應屬適合性原則。

適合性原則依全美證券交易商協會(The National Association of Securities Dealers, NASD)Rule 2310 之規定為，於推介顧客買、賣、或交換有價證券時，應依顧客所持有之證券及財務狀況等情形（若有的話）形成合理理由確信所提供之建議適合於顧客之原則也（In recommending to a customer the purchase, sale or exchange of any security, a member shall have reasonable grounds for believing that the recommendation is suitable for such customer upon the basis of the facts, if any, disclosed by such customers as to his other security holdings and as to his financial situations and needs.）²¹⁷，投資型保險於美國屬於有價證券，其推介應遵守此原則。依 NAIC 適合性原則工作小組西元 2002

險」，則保險事故發生後，乙主張契約無效，甲即可主張禁反言加以對抗。參閱桂裕，同註 29，頁 180。

²¹⁷ Rule 2310 of the NASD's Rules of Fair Practice, see Engel, K.C. & McCoy, P.A., A Tale Of Three Markets: The Law And Economics Of Predatory Lending, Texas Law Review, Texas Law Review Association, U.S., 2002/5, at 1322.

年發佈之壽險年金適合性原則模範法 (LIFE INSURANCE AND ANNUITIES SUITABILITY MODEL ACT) 草案²¹⁸則為，於推介定額壽險或年金前，保險人或保險舉績者²¹⁹應自消費者取得相關資訊為合理努力判定消費者之保險需求與金融目的，而推介符合該需求與目的之保險交易 (Prior to making a recommendation for the purchase of a fixed life insurance or annuity product, an insurer or an insurance producer shall obtain relevant information from a consumer and shall make reasonable efforts to determine the insurable needs or financial objectives of the consumer and recommend insurance transaction which are suitable in assisting the consumer to meet those needs or objectives)²²⁰，日後若正式擬定，獲各州採行時，定額壽險或年金之推介，應遵守此原則。由此二者合而觀之，美國方面正逐步朝向發展壽險與年金產品一體適用之適合性原則路途邁進。

我國既已引進投資型保險，則將適合性原則導入壽險業界，亦應是大勢所趨。問題是在於，如何引進？日本方面亦考量到此問題，其結論是於金融商品販售法上課予金融商品販售業者公佈勸誘方針之行政義務，並對違反者課處五十萬圓以下罰鍰²²¹。負擔義務者為金融商品販售業者，包含販售者、代理者、媒介者，於保險領域亦即保險人、保險代理人、保險經紀人均應制訂勸誘方針，並公佈之。然細查之，日本並未直接規定上述業者應取得顧客資訊提供適合商品之意旨，略有迂迴規避之嫌²²²。

²¹⁸ 該草案仍持續修正中，修訂中之版本可參閱 Spread The Risk.org,

<http://www.spreadtherisk.org/Letters/suitactSTR.pdf> last visited: 2004/1/30。

²¹⁹ 係指業務員、代理人、經紀人、保險招攬人等任何為保險公司產生業務者之泛稱。參閱陳彩稚譯，保險字典，廣場文化出版事業有限公司，西元 1999 年 6 月，頁 318。

²²⁰ See Harriger, G.C., Suitability In The Sale Of Fixed Life And Annuity Products, Forc Quarterly Journal of Insurance Law and Regulation Vol.14 Edition 3, 2002/9/9, <http://www.forc.org/journal/fall02/Fall02Harriger3.pdf> last visited: 2003/11/27.

²²¹ 參閱本文文末附錄七金融商品販售法第七、八、九條。

²²² 共產黨所提金融商品販售法修正案第六條：「金融商品販售業者等，於以金融商品販售等為

我國法上，證券法規已有適合性原則之規定。證券商管理規則²²³第三十六條第一項規定：「證券經紀商推介客戶買賣有價證券，應先評估客戶之投資能力及具備合理之資訊，並不得保證所推介有價證券之價值。」，依同條第二項制訂之財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心櫃檯買賣證券商推介客戶買賣有價證券管理辦法²²⁴第二條第二、三項亦規定：「證券商對特定客戶辦理推介時，應充分知悉並評估客戶之投資知識、投資經驗、財務狀況、對櫃檯交易之瞭解及承受投資風險程度（第二項）。證券商推介買賣有價證券前，應指派負責解說之業務人員向客戶說明推介買賣有價證券可能風險後，與客戶簽訂推介契約（第三項）。」證券商管理規則係依證券交易法第四十四條第四項制訂之規則，然證券交易法第四十四條第四項於證券交易法上卻無相關罰則，因此於我國證券交易法上，違反適合性原則似乎甚至無行政上處罰規定。

我國應如何引進適合性原則？負擔義務主體？適用商品為何？責任性質為何？（民事責任？行政責任？）均是應考量之點。義務主體方面，日本、美國可說是相當一致，金融商品販售法認為是保險人、保險代理人、保險經紀人，NAIC 之壽險年金適合性原則模範法草案，亦規定為保險人或保險舉績者，故本文認為由保險人、保險代理人、保險經紀人負擔應屬妥適。適用商品方面，美國方面正逐步朝將適合性原則適用於整體壽險與年金產品方向上前進，日本方面之金融商品販售法則甚至顯示出凡金融商品均有該原則適用之意旨，是以本文認

業而勸誘之際，須依勸誘對象之知識、經驗及財務狀況、目的為適合商品之勸誘。」較為妥當。參閱金融商品販售法修正案共產黨版本，

<http://www2.osk.3web.ne.jp/~syouden/kinyuu/kyousantou.pdf> 最終瀏覽日：2004/1/30。

²²³ 2003 年 4 月 30 日修正版，參閱全國法規資料庫，

<http://law.moj.gov.tw/Scripts/Query4B.asp?FullDoc=所有條文&Lcode=G0400057>，最終瀏覽日：2004/1/30。

²²⁴ 2003 年 10 月 3 日修正版，參閱全國法規資料庫，

<http://nwjirs.judicial.gov.tw/change/200310/18058.html> 最終瀏覽日：2004/1/30。

為至少壽險與年金產品有該原則之適用應無問題。

繼而是責任性質問題，究竟應將其定位為民事責任或行政責任？若定位為行政責任，則僅需於保險業法、「保險代理人經紀人公證人管理規則」及「保險業務員管理規則」上，增訂類似「保險人、保險代理人、保險經紀人、保險業務員於保險招攬壽險與年金時應自要保人取得相關資訊為合理努力判定要保人之保險需求與金融目的，推介符合該需求與目的之保險交易」之意旨，並增訂相關罰則即可。且，民事上，透過民法第一八四條第二項轉介之結果，當業務員違反適合性原則時，業務員仍可能負擔侵權行為責任，而依民法第一八八條，要保人則可追擊到保險人、保險代理人或保險經紀人，令其負起雇主責任，而再由保險人、保險代理人、保險經紀人追究旗下業務員之責任，此種責任結構尚稱妥當。若欲直接定位為民事責任（債務不履行責任），則應考量者為是否應賦予保險人、保險代理人、保險經紀人締約上之調查義務²²⁵？與侵權責任不同者在於，要保人之舉證責任將大為減輕。NAIC 之壽險年金適合性原則模範法草案現階段係將適合性原則定位為行政責任，保險人或保險舉績者若有違反，州保險監理官可命其停止違反行為並可對任一違反個案處以 1000 美元之罰款，同時可考慮命違反者支付行政懲處成本及命撤銷違反適合性原則所締結之交易；保險人或保險舉績者若是故意違反，除單一個案之罰款額提高為 5000 美金外，州監理官尚可考量是否吊銷違反者之執照、命其支付行政懲處成本及撤銷違反適合性原則所締結之交易²²⁶。日本方面，制訂金融商品販售法探討適合性原則時，將適合性原則分為廣狹二義。狹義適合性原則（勸誘禁止原則）係指，對特定利用者不論為如何之說

²²⁵上柳敏郎，金融商品の販売・勧誘に関するルール，ジュリスト No.1162，有斐閣，西元 1999 年 9 月，頁 65。

²²⁶參閱 NAIC 壽險年金適合性原則模範法修訂版，同註 218。

明均不能勸誘一定之商品，因違反適合性原則所締結之契約無效²²⁷。然如此之見解，形同是民法無行為能力制度之擴大，違反者為金融商品販售業者，受限制之對象上卻拖累利用者，法律評價失之平衡，故並未獲得採納²²⁸。多數見解係認為，適合性原則者，業者必須依顧客之知識、經驗、財力、投資目的等資訊綜合考量後提供適合於顧客商品之原則也（廣義適合性原則），並主張應定位為業者內部行為規範²²⁹，是以適合性原則於金融商品販售法乃以要求業者公佈勸誘方針之形式出現。我國是否有採取規定相關業者於招攬保險時須為適當調查契約義務之前衛立法必要？本文於此仍採保留態度。

因此本文認為現階段將適合性原則定位為行政責任即可。而於具體施行上，可仿美國證券業之作法，由保險司擬定適合性原則問卷標準格式，要求保險業務員於招攬保險時提示要保人填寫，而後交回所屬公司作為交易與否之判斷，施行之。

第七節 結論

經由本章分析發現，我國若發生投資型保險紛爭，要保人之法律上救濟方式與日本可能相當接近，基於侵權行為請求救濟係較適當之途徑。

由日中美投資型保險不當行銷案件觀之，一旦紛爭發生，要保人對法律救濟之期待有退還保費、損害賠償、履行契約三者。惟我國現行法卻無法滿足此三項需求。退還保費方面，要保人較可主張之請求權基礎為主張詐欺（民法第九十二條）撤銷保險契約後，依不當得利法理請求保險人退還保費，然而此種救濟方式，除有舉證難度過高之缺點外，只要業務員非基於詐欺故意，而僅是過失不實說明，即無法

²²⁷ 上柳敏郎，同註 225，頁 64。

²²⁸ 同上註。

²²⁹ 同上註，頁 65。

順利行使，對要保人甚為不便。損害賠償方面，較可主張之請求權基礎為侵權行為（民法第一八四條第二項），惟此項救濟方式，保險代理人業務員所招攬之要保人因保險代理人業務員非保險人受僱人之緣故，並無法主張，並無法對所有要保人提供足夠之保護。履行契約方面，較可能主張之請求權基礎為消費者保護法第二十二條，惟此條僅限於要保人係基於對廣告之信賴而購買投資型保險時方可適用，對大部分案件均係因業務員對投資型保險不實說明之投資型保險不當行銷案件來說，不一定能有幫助。是以歸納來說，現行法相對於要保人對法律救濟之期待，有著（1）業務員過失不實說明，要保人卻無法撤銷契約退還保費（2）若係經保險代理人業務員投保，即無法向保險人請求損害賠償（3）無法基於業務員之口頭說明請求保險人履行契約，三項缺失。

欲彌補此三項缺失，本文認為應進行三項措施。首先係應修訂民法第二四五條之一。投資型保險不當行銷案件，係因業務員於招攬投資型保險時對投資型保險之性質與功能不實說明而導致之案件，亦即係屬於違反契約締結上說明義務之案件。民法第二四五條之一一般認為係締約上過失之一般條款，然而該條文對投資型保險紛爭之解決，卻並無甚大幫助。主要癥結在於「契約未成立」一語，因綜觀日中美投資型保險不當行銷案件，無一係契約未成立者，要保人正是因為契約成立方受損害，若不將民法第二四五條之一予以適當修正，對日後紛爭之解決幾無幫助。繼而應於保險法中增訂保險人之說明義務條文。現行保險法上因無法直接提供要保人適當之救濟，使得要保人只能轉而於其他特別法或民法尋找適當之請求權基礎，對要保人之保障甚為不足。若能於保險法中直接明訂保險人締約時之說明義務及其違法效果，讓要保人於紛爭發生時，得直接依據保險法主張權利，對要保人之保障將有正面幫助。最後則為引進適合性原則。適合性原則者，

應依顧客買賣或交換有價證券之目的、財務狀況等資訊綜合判斷，提供適合於顧客風險承受能力商品之原則也。該原則隨著投資型保險之發展，逐漸導入美國壽險與年金產品之行銷上。我國既已引進投資型保險，行政上亦應一同引進適合性原則，方能健全壽險與年金產品之招攬規範，有效預防投資型保險紛爭之發生。而關於此三方案之具體建議事項將於第六章中詳述之。

