

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

2002 年德國民法關於消費性契約 Verbraucherverträgen 之修正與我國消費者保護法相關規定之比較研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC91-2414-H-004-017-

執行期間：91 年 08 月 01 日至 92 年 10 月 31 日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊淑文

計畫參與人員：蔡炳楠

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 92 年 12 月 31 日

第一章 緒論

一．民法典之翻修

一百年前德國之學者與實務界共同建構了德國民法之法典化，當時德國民法法典化為民族國家統一之象徵。時至今日，東歐與西歐之藩籬已倒，德國民法典則立於由超過十五個歐盟國家所組成之貨幣、經濟共同體的基礎上，歐盟國家逐漸由經濟共同體發展成法律之共同體，在此時空背景下，德國民法典亦須進行現代化之改建工程。而歐盟國家共同私法體系的建立，亦涉及德國民法典核心，為了避免民法典與歐盟國家私法體系的價值體系紊亂、衝突與不可預見性，民法典的現代化有其必要性與急切性¹。亦即，德國民法典如何與歐盟國家共同體之私法體系兼容並蓄，而得留其最大適用之範圍，為修法之目的所在。而十九世紀末制訂之民法典，亦因許多相關特別法之制定而改變其原來之

形貌。此外，為數眾多的補充、增修規定或特別法之新的價值與目標以及法官透過判決而為之法典續造亦使原有之法典之內涵負荷過重，因此乃有翻修德國民法典之呼籲。

此外，德國（舊）民法在一世紀以來透過個別特別法之制定，法官在判決所為之法律續造而發展出債法規定外之其他理論體系，諸如「締約上過失」（culpa in contrahendo）交易安全義務（die verkehrssicherungspflicht）法律行為基礎之喪失（Wegfall der Geschäftsgrundlage）積極侵害債權（die positive Vertragsverletzung）一般人格權侵害之金錢賠償（der Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Geldersatz）定型化契約條款（die Allgemein in Geschäftsbedingungen）消費者借貸法及其他消費者法（das Verbraucherkredit und sonstige Verbraucherrecht）等均是。於是八十年代即開始嘗試債法翻修之計畫，而於一九八一至一九八三年德國聯邦司法部陸續提出委由學者研究之「債法修正之研修意見與建議」（Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts），於一九九二年提出債法修正委員會之期終報告書，（Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des

¹ Reiner Schulze und Haus Schulte-Nolke, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 1; Klans Peter Berger, Einheitliche Rechtsstrukturen durch ausergesetzliche Rechtsvereinheitlichung, JZ1999, 369ff.; Peter Hommelhoff, Zivilrecht unter dem Einfluss der Europäischen Schuldverangleichung, ACP 192(1992), 71 ff.;

Schuldrechts), 此外亦有許多學者於法學雜誌上對修正委員會之修正草案分別就不同之修正重點提出建議與評論²。基本上, 債法修正委員會之修正

² Christian Armbruster, Reform des Schuldrechts-Die Vorschläge der Schuldrechtskommission, JR 1991, 322 ff.; Wolfgang Ernst, Zum Kommissionsentwurf für eine Schuldrechtsreform, NJW 1994, 2177 ff.; ders. Kernfragen der Schuldrechtsreform, JZ 1994, 801 ff.; Werner Flume, Gesetzesreform der Sachmangelhaftung beim Kauf, AcP 193(1993), 89 ff.; Helmut Heinrichs, Reform des Verjährungsrechts, NJW 1982, 2021; Dieter Medicus, Gesetzgebung und Jurisprudenz im Recht der Leistungsstörungen, AcP 186(1986), 269 ff.; ders., Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Das allgemeine Recht der Leistungsstörungen, NJW 1992, 2384 ff.; Dieter Rabe, Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts: Verjährung, NJW 1992, 2395 ff.; Walter Rolland, Risikoverlagerung nach den Vorschlägen der Schuldrechtskommission, in: Festschrift für Medicus, 1999, 469 ff.; Jürgen Schmidt, Vertragsfreiheit und Schuldrechtsreform, 1985; Rolf Stürner, Empfiehlt sich die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen

意見獲得了大多數德國民法學界學者廣泛的迴響與贊同。

二. 民法的歐洲法化

上述七十年代末開始的民法典翻修工作持續至九十年代則碰巧是歐盟國家法律共同體化的時點, 因此, 債法修正亦面臨另一重大課題—德國債法修正是否立於與其他歐盟國家法律可以調和、競爭的優勢地位。例如德國民法特有的債務不履行制度, 學說發展出之不完全給付制度, 債務不履行與不完全給付制度如何於不同契約類型為區別適用, 即數十年來德國民法學界的重大爭議問題。然而國際間之國際商法, 歐盟國家共同體法及東歐國家之新法律制度則透過整合國際商事契約基本原則 (UNIDROIT-Prinzipien) 與歐洲契約法原則 (Lando-Grundsätze) 而成的國際統一買賣法之適用而加速統一化, 此另一模式的契約法制度恐有使德國民法邊緣化之危險。此外, 德國法學界亦憂慮德國民法過去百年來之適用所累積的豐富經驗與優良傳統將

Leistungsstorungsrechts, der Mangelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, NJW 1994, Beilage zu Heft 25, 2 ff.; Harm-Peter Westermann, Verabschiedung oder Überarbeitung des BGB?, ZRP 1983, 249 ff. 轉引自 Reiner Schulze und Hans Schulte-Nolke, a.a.O.4, Fn. 8.

無法對歐洲的法律發展產生積極且深遠的影響。

因此，歐洲共同體法在過去十年的發展，使得德國債法的修正更形迫切，且歐洲共同體的指令亦遍及債法各不同領域，例如一九九七年頒佈之遠距交易指令³、一九九九年通過之消費性商品買賣指令⁴。此外，亦有更早前通過如一九八六年之消費者借貸指令，以及二〇〇〇年付款遲延之指令。而歐盟國家對於上開指令亦有內化為國內法及就國內法應為合乎歐盟指令之解釋與適用義務，因此，諸多指令亦內化為德國之債法規定，如第十三條關於消費者之定義、第十四條歸於企業經營者之定義、第二百四十一條 a 關於「未訂購物品之寄送」、第三百六十一條 a 第三百六十二條 b 關於消費者之解約權與退回權、第三百七十六條 a h 之解除契約。這些立法使德國民法之解釋與適用必須考慮是否符合歐盟共同體法之意旨，因此債法修正之需求亦更顯迫切。

三．債法修正之目的

德國民法本為建立民族國家下之成果，所有法律規定均可回溯至國家立法機關的意旨，民法典訂立的目的是

於透過民法典的統一規定捍衛國家內部的完整性以及封閉性。在立法時雖然亦有納入外國法之立法例，但其目的卻在尋求德國自我的解決方式，以及建立一個在國際間與其他民法典相較，具有競爭優勢且屬最好的法典。

而歐洲與國際間法律的調和則為民法法典化另一全然不同之任務，為了調和歐盟國家與國際間不同法律體系之規定，德國民法勢必須摒棄部分原有之法律規定。因而一元的國家法律體系的理想模式即不復存在，德國國家立法機關必須與歐盟國家之立法者合作，重新改造德國民法，以期德國民法與歐盟法的諧和。因此，德國民法債編修正委員會雖然於九十年代初期即出「期終報告書」，卻無法因應當時歐盟國家法律共同體化的發展趨勢，故而德國司法部於二〇〇〇年八月所提出「債法現代化討論草案」(der Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)，即致力將由歐盟指令轉化成之單行法納入債法之草案之中。此外，九十年代之債法討論草案亦需考慮其他民法之基本問題，如債務不履行之共通規則、締約前之義務之賦予以及消滅時效等均是。

當時亦有少數意見主張，就歐盟指令之轉化，亦可遵循先前另行制定特別法之模式，將歐盟消費性商品買賣指令轉化為特別法即可，而毋須將所有歐盟指令轉化之特別法全部納入德國債法之修正中，即所謂「小規模修法」

³ 1997年5月20日歐洲議會通過第97/7號指令; Claus-Wilhelm, Schuldrechtsmodernisierung 2002, 570.

⁴ 1999年5月25日歐洲議會通過第99/44號指令

的解決途徑。惟如果就歐盟關於消費性商品買賣指令轉換為「消費性商品買賣法」，則於買賣特別法將優先適用於大部分之買賣契約，一方面將凌駕於德國債法關於買賣編之適用餘地，而形成另一獨立解釋、適用之第二部德國債法買賣編法典，則使債法買賣編部分無法窺其全貌（unübersichtlich），而其解釋適用亦脫逸債法部分而獨立發展，因此唯有將全部消費者保護部分納入德國債法修正草案部分，始能使債法繼續作為統一之民法典，而為符合統一民法典建構共通之解釋與適用原則。⁵

四．修正重點

⁵ Barbara Dauner-Lieb, Die geplante Schuldrechtsmodernisierung- Durchbruch oder Schnellschus?, JZ 2001, 8 ff.; Wolfgang Ernst, Die Schuldrechtsreform 2001/2002, ZRP 2001, 1 ff.; Heinrich Honsell, Einige Bemerkungen zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 18 ff.; Ulrich Huber, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2137 ff.; Peter Krebs, Die grose Schuldrechtsreform, DB 2000, Beilage Nr. 14 zu Heft 48; Eberhard Wieser, Eine Revolution des Schuldrechts, NJW 2001, 121 ff.; 轉引自 Reiner Schulte und Hans Schulte-Nolke, a.a.0.6, Fn. 26。

（一）消滅時效

德國債法現代化法草案之修正內容，首先即為消滅時效部分，原來德國民法第一九五條所定三十年之消滅時效，已無法達成其法律安定性之功能與目的。此外，證明消滅時效之文件在長達三十年後亦已難以完整保存。其次，德國民法所規定之消滅時效期間長短不一，學者評論為其期間之不同型式猶如「巴洛克宮殿」一般繁複。而不同長短之期間所導致之適用上困難亦為長久以來學說爭議之核心所在。例如不完全給付之消滅時效為三十年，而瑕疵擔保請求權則為六個月；承攬契約之損害賠償請求為六個月，積極侵害債權則為三十年，同樣適用於瑕疵擔保結果損害，僅其損害與瑕疵是否有密切關連性之區別，卻導致如此重大歧異之不同適用結果，因此，消滅時效為修法之核心問題之一。⁶

（二）債務不履行之類型與法律效果

其次，德國民法債篇關於債務不履行之規定（或稱給付障礙法 die LeistungstOrnungsrecht）係建立在給付不能與給付遲延二大核心概念上，而關於不良之給付（die Schlechtleistung）之規定卻付之闕

⁶ Eckbart Pick, Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: Reiner Schulte und Hans Schulte-Nolke, a.a.0.27;

如，學者亦稱「積極侵害債權規定之欠缺」，實為立法者立法時之重大缺漏⁷。故而，債法之修正將給付障礙不再設限於「給付不能」或「給付遲延」，而嘗試建立一致之要件與一致之法律效果。因此，在新法第兩百八十條建立以「給付義務之違反」(die Pflichtverletzung)為債務不履行之核心概念，而義務之違反包括原先之給付不能、給付遲延，甚或瑕疵給付之概念。此外，亦包括瑕疵結果損害(die Mangelgeschaden)，以及給付有關之從義務之違反與附隨義務之違反(die Verletzung von Schutzpflichten)，其目的乃在統一與簡化原來德國民法區別各種情形而為不同法律效果之過於複雜的適用結果。因此，新法規定如債務人不論是自始客觀不能、自始主觀不能或嗣後不能，債務人均免其原先之給付義務(die primäre Leistungspflicht)(新法第二百八十條第一項以及第二百八十三條、第二百七十五條、第三百二十六條)。債務不履行規定之要件與法律效果的統一性之修正，亦牽動債法各論買賣篇中瑕疵擔保責任之修正，新法第四百三十三條第一項第二段規定出賣人有義務使買受人取得無

物之瑕疵與權利瑕疵之買賣標的物，出賣人所交付之物有瑕疵，即構成新法第二百八十條「義務之違反」。⁸

(三) 買賣法

德國債法現代化法在二〇〇二年修正施行，主要原因在於歐盟關於消費性商品買賣指令必須於二〇〇二年一月一日轉化為歐盟之內國法。因此，基於維持統一法律概念之目的，依據前開指令修正之買賣法，即將適用範圍涵蓋消費者與消費者之間、企業經營者與企業經營者之間，甚或消費者為出賣人與企業經營者為買受人之間之買賣契約均有其適用。其中，最關鍵之修正乃在新法第四百三十七條以及第四百三十九條規定，如買賣標的物有瑕疵，買受人得請求出賣人修補瑕疵或再為給付，亦即在買賣法賦予原先德國民法並不承認之機制—買受人之補正請求權(die Nacherfüllungspflicht)，買受人不再享有舊法所定之「立即解約或減價」之權利。

此外，尤值注意者為新法第四百七十五條所定，買賣法之規定雖為任意法、補充法，但在企業經營者與消費者之間的買賣契約，不論是否屬於定型化契約，均強制適用買賣法之規定，而不准許當事人另為買賣法不同

⁷ Claus-Wilhelm Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der, "Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen, in: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nolke, a.a.0.43-66.

⁸ Ulrich Magnus, Der Tatbestand der Pflichterletzung, in: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nolke, a.a.0.67-79.

之約定。此種將買賣法規定定性為強行法之機制，實已基本上改變了契約法之核心—私法自治、契約自由原則。再者，亦在私法自治之契約法體系中建構了強行法性質的消費者法之一般性原則。⁹

（四）其他特別法之納入

特別法納入德國債法現代化法之目的，在於這些特別法所規範者亦屬民法之核心領域，納入民法典可使相關規定與體系更透明清晰而可窺其全貌。與民法有關之特別法首推一九七七年制定生效之「定型化契約條款法」及因歐盟頒佈之關於消費者保護指令而轉化成特別法部分。

1. 定型化契約條款法

定型化契約條款法係由民法領域發展出來，早於一九四〇年代，實務界即須對於契約之一方基於契約自由原則而預先擬定之各種契約類型之不同定型化契約條款所生之爭議予以審理，法院之判決在基於以德國民法第二百四十二條誠信原則為依據下，建立了關於「異常條款」、「不利約款擬定人之解釋原則」、約款絕對無效、相對無效事由、概括無效之規定等廣泛範圍之判例法，再立法形成特別法。定型化契約條款法經二十三年之發展，可形容為德國民法債編的「人壽保險」

（die Lebensversicherung）。由於債法（尤其是契約法）絕大多數條文為任意法，因此債編之規定實則在經濟生活上所扮演的角色僅有定型化契約法第九條第二款所稱「模範的法定類型之功能」(die Leitbildfunktion)。第九條所定之概括無效條款之規定，乃在判斷契約當事人所約定之條款在如何程度下可偏離民法之法定契約類型。此外，新法關於消費者為買受人之買賣契約中亦明文規定，買賣法之規定為強行法，當事人不得變更之。因此，唯有將定型化契約條款法納入債法現代化法中，才能就定型化契約條款之有效與無效與其他契約法相關規定緊密連結，避免解釋與適用之分歧¹⁰。

2. 訪問（門前）交易法與遠距交易法
一九八六年五月制定之訪問（門前）交易及其類似行為解約法乃在保護消費者避免直接行銷（Direktvertrieb）此帶來之風險。在此種直銷模式，顧客通常在未經媒介、未有心理準備之情形下，且未經精確估算物品之客觀價值是否符合其需求，亦未充分比較價格與品質下所為之交易行為，因此在本法第一條第一項與第二條則明定顧客享有在企業經營者告知有解約權後二星期內之不附理由之解約權，在

⁹ Harm Peter Westmann, Kaufrecht im Wandel, in: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nolke, a.a.0.109-129.

¹⁰ Jurgen Schmidt-Rantsch, Reintegration der Verbraucherschutzgesetzes, in: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nolke, a.a.0.174.

新法則於第三百一十二條 a 規定關於訪問交易之特殊行銷模式以及顧客之解約權。

關於遠距交易法則係因歐盟議會於一九九七年五月通過以遠距交易方式締結契約之消費者保護指令，並將之視為歐洲基本行銷法¹¹。德國則於二〇〇〇年六月將之轉化為遠距交易法 (das Fernabsatzgesetz)，新法則規定於第三百一十二條 b。

3. 電子商務契約

另外，第三百十二條 e 則規定由歐盟二〇〇〇年六月通過之資訊業之勞務，特別係指電子商務交易指令第十條、第十一條所定資訊業者之資訊告知義務

4. 分時享有居住權法

分時享有居住權法係德國於一九九六年通過，分時享有居住權法於第一條為定義性之規定，第二條則明定業者對消費者之告知資訊與說明書提出之義務。新法則規定於第四百八十一條至第四百八十七條。

5. 消費者借貸法

關於消費者借貸法之訂定，則係一九七九年三月歐盟通過消費者借貸之指令，而於一九九一年一月一日通過消費者借貸法 (das Verbrauchercreditgesetz) 之特別法。消費者借貸法之納入德國債法現代化更具有時代意義，傳統民法關於消費借貸契約之規範包含「金錢與其

他代替物」，而對於現代金融機構以融通資金為業，提供他人交易行為所需之資金，且目的在於收取利息以營利之特徵並未特別規範。因此，新法不僅將「消費者借貸法」之規定納入第四百八十八條以下，更將消費借貸契約區分為雙務、有償、以支付利息為對價之「金錢之借貸」(die Darlehensvertrag) (參照第四百八十八條)，以及較不常見的雙務、有償之物之消費借貸契約 (參照第六百零七條)。在區分金錢與物之消費借貸，且以支付對價為其類型特徵後，新法在解釋適用上必更符合現今社會交易之所需。¹²

本文限於篇幅，將僅討論 2、3、4 所列之特殊交易型式與其解約權之相關規定。

第二章 消費者保護與民法之關係

一. 消費者保護與民法之規定

(一) 消費者保護之必要

由於市場經濟之發展、工業技術進步帶來之產品之大量生產，企業經營者為提高營業收入與利潤，往往以各種方法招徠消費者，使消費者在訂約時受到與訂約事項無關之影響。例如在消費者未有購買意願，且未透過收集

¹¹ 97/71 號歐盟指令

¹² Peter Bulow, Verbrauchercreditgesetz, 4.neu.Aufl. 2001, 6; ders.; Kreditvertrag und Verbrauchercreditrecht im BGB, in: Reiner Schulze und Hans Schulte-Nolke, a.a.0.153-165.

資訊已判斷價格與品質是否符合本身需求時，因企業者之促銷（例如贈送贈品、摸彩等）而輕率締約；或未有機會檢視商品，即因廣告之誘使而締約（例如郵購、電視購物頻道等）。此時民法所能提供之解決途徑相當有限，除非消費者締約時之意思自由有瑕疵（例如錯誤或被詐欺、脅迫等），否則其契約仍然有效成立。

其次，企業經營者為因應大量生產、大量同類型交易行為之所需，以及控制風險，往往以預先擬定之定型化契約條款與交易相對人締結契約。其約款往往涉及本身義務之減輕、責任之免除、加重相對人之責任與剝奪相對人之權利等情形，對消費者之權益構成重大侵害。

此外，消費者在資訊缺乏之情形下，往往以過高之價格（與市價顯不相當）取得商品或服務之提供。抑有進者，消費者取得之商品如有瑕疵或有人身財產法益之損害，消費者亦往往難以訴訟方式解決其紛爭與填補其損害，因此，消費者保護在現今社會為一重要課題。惟民法之規定往往難以完全符合消費者保護之需求，各國關於消費者保護之立法例則有制訂「消費者保護法」（例如法國、奧地利）或針對不同消費者保護之部分單獨立法之兩種不同模式。

（二）單軌制或雙軌制之立法

德國則在歐盟國家頒佈不同之消費者保護指令時，即決定不採取制訂消費

者保護法之模式，其理由如下：

消費者保護法無法將所有關於消費者保護之規定全部納入

典型之例子為消費性商品買賣之指令，如納入消費者保護法，將使買賣法部分完全難以瞭解與掌握，例如：奧地利將消費性商品買賣契約保留於民法之中，而於消費者保護法僅規定如品質擔保書之特殊部分。此外，民法中原來亦有許多規定兼具保護債權人與消費者之雙重目的，如何判斷應保留於民法體系或另外規定於消費者保護法，實有疑義¹³。

消費者保護之單獨立法將使其法律地位不再清晰可見而無法窺其全貌例如奧地利即有另行制定之消費者保護法，但必須綜合民法與消費者保護法之全盤規定，才能瞭解消費者與企業經營者之權利義務關係。因此，大多數德國之修法意見認為，另行制訂一部消費者保護法並無多大意義，反而將消費者保護之相關特別法納入德國債法現代法中，可使相關之特別規定與德國民法之規定相互調和¹⁴。

¹³ Jurgen Schmidt-Rantsch ,a.a.0.172;
Heinrich Dorner Die Integration des
Verbraucherrechts in das BGB , in: Reiner
Schulze und Hans Schulte-Nolke ,
a.a.0.178.181 .

¹⁴ Palandt/Heinrichs(Fn.1) , BGB ,
Co.Aufl.2001 Einführung ror §145 BGB
Rn.13 ff.

3 消費者保護法之另行制定，將削弱或掏空德國民法債編之內容

如果另行制定消費者保護法，則民法將不再是規範私法關係之核心法典。因為消費者保護法將包含私法交易關係之核心規定，在債法的體系中，將與民法債編立於同等重要之地位。此外，除了消費者保護法之規定外，須針對特殊類型之交易制定特別法，而特別法之解釋與適用，將發展成愈來愈具獨立之特性，相對之下，亦將使民法典之適用愈來愈邊緣化。而德國民法典之修訂則希望在債法的核心領域中建構一清晰可見、秩序井然之統一體系（ein überschaubares einheitliches System）。因為隨著法學發展之細緻化，愈來愈精細地對案例為區別適用之結果，將使法規適用範疇愈來愈狹隘，此種現象則對法律體系非常危險，因為法條適用範圍愈狹隘，且愈個別獨立之發展，將愈無法掌握其法規之整體性。因此，惟有將關於規範私法關係之規定，尤其係消費者保護之相關規定置於民法典之中，始得於解釋與適用上求其一致性而避免歧異之結果¹⁵。

（三）消費者定義之訂入民法

德國民法於二〇〇〇年六月制定遠距交易法時，同時將「消費者」與「企

業經營者」之定義訂入德國民法第十三條與第十四條之中。因此，消費者契約（die Verbraucherverträgen）即指消費者與企業經營者所訂立之契約，不包括消費者與消費者所訂立之契約，亦不包括企業經營者與企業經營者所訂立之契約。在此種定義之下，現今債編中之契約法大都為消費者契約，因為債編契約法之相關規定最主要之適用情況，大都為消費者與企業經營者之間。換句話說，每位國民原則上均為消費者¹⁶，而消費者法即係關於全體自然人之法律關係，因此，其本質上即具有「國民的」（burgerliche）之法律屬性。

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

¹⁵ Jurgen Schmidt-Rantsch ,a.a.0.173.

¹⁶ Karl Larenz/Manfred Wolf , Allgemeiner Teil des Burgerlichen Rechts , 8.Aufl.1997. §Rn.61 ff.; Palandt/Heinrich , BGB 60.Aufl.2001 , Einl.Rn.1 .

外規定方式限制當事人之契約自由權，係屬較佳之立法模式。

德國民法第十三條規定，**消費者係指非基於營業行為，亦非基於獨立之職業行為之目的而為法律行為之自然人**。此項消費者之法律概念之定義，即繼受歐盟國家消費者保護之相關指令而來，例如 1985 年 12 月 20 日通過之歐盟 85/577 號關於訪問交易指令第二條、1986 年 12 月 22 日通過之歐盟 87/102 號關於消費者借貸之指令第一條第二項，以及 1997 年 5 月 20 日通過之歐盟 97/7 號關於遠距交易之指令第二條第二項之規定。上開指令並未針對不同契約之當事人不同保護目的，反而係針對契約之目的（以消費為目的）而為之消費者之定義。第十三條之消費者定義適用於所有消費者保護之特別法，例外情形不適用者，則有遠距函授保護法（das Fernunterrichterschutzgesetz），其中之當事人為「參加者」與「函授業者」，此乃因僱用人亦可能為受雇人訂立函授契約，故一方當事人非必為消費者。此外，第十三條之定義亦適用於其他對消費者未為定義之消費者保護之特別法。因此，在遠距交易法立法同時，立法者同時決定將「消費者」之定義於德國民法總則編第一章「人」第一節「自然人」中予以明文規定。而「消費者」此一概念既經定義，即形成為一「關鍵概念」（der Schluslbegriff），毋須有指示性規定，即可直接適用於其他法律規定所

指之「消費者」，如第三百十二條特殊行銷模式（新法第三百十二條、第三百十二條 b）、第四百八十一條、第四百九十一條等均是¹⁷。

（四）營業行為與獨立之執行業務行為

第十三條之消費者應係指以私人之目的為法律行為之自然人，所指之營業行為則指商人或其他獨立而未受雇於他人所持續地從事謀取對價之活動，此種活動亦可解為一般經濟活動之參與。反之，獨立執行業務之行為則不以謀取對價與利潤為其職業活動之目的。如有混用之情形者，視主要的目的為何，如主要目的是供業務使用，就不是一個消費性的契約，如主要的目的是供私人使用的話，就是一個消費性的契約，因此，重點是區分究竟混和使用的時之主要目的，在具體的個案裡決定。此外，如非屬獨立執行業務者，而為一般之受雇人，縱使為與職業相關之行為，亦屬消費者，例如購買工作所需之衣服或汽車等，均仍為消費者。

（五）私領域（die private Sphere）

依第十三條規定，訂立契約之人必須基於非營業或執行職務之目的，亦即限於私人目的而為之法律行為，例如

¹⁷ Muko/Micklitz, BGB §13 Rn.27;

Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, 2002.347.

日常生活之維持、渡假休閒活動、運動、身體健康之維持與治療或私人理財等行為均屬之¹⁸。

(六) 企業經營者之概念

依第十四條之規定，企業經營者係指基於從事營業活動或獨立執行職業活動之目的為法律行為之自然人、法人或有權利能力之人合公司（die rechtsfähige Personengesellschaft）。

綜上可知，消費者之定義，以消費者並未為營業或執行業務為已足，不以其所訂立之契約係屬物之交付（通常僅包括買賣契約之買受人）或服務之提供（承攬或委任等勞務契約之定作人或委任人）為限。

二 消費者不附理由之解約權（das Widerrufsrecht）

(一) 解約權之立法意旨

消費者之解約權在傳統民法體系中為一陌生之機制。在傳統民法意思表示合意後，法律行為即為成立，除非意思表示不自由或不健全之情形，而構成錯誤或詐欺，表意人得行使撤銷權，使意思表示溯及地不生效；或意思表示係表意人在急迫、輕率、無經

驗之情形下，其法律行為亦為無效¹⁹。亦即表意人之意思表示係在健全且自由之情況下為之者，表意人即受其拘束，不得任意撤回。惟如表意人在決定為意思表示時，必須倉促為決定，以避免其他之不利益，或未有深思熟慮之機會，或無正確之資訊以為意思表示決定之判斷基礎，其行為雖類似於暴利行為，但尚不符合暴利行為之嚴格法定要件時，表意人尚不得主張不受其所為之意思表示之拘束。

德國關於解約權之規定首先規定於1957年制訂之資合公司法（das Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften）第二十三條賦予買受人解約權，其立法模式係採取如德國民法第一百五十八條第二項，附解除條件之法律行為模式，買受人一行使解約權即使原來已有效之契約溯及地不生效力²⁰。因此，此項解約權類似撤銷權之性質。

關於消費者之解約權，則首見於1974年之分期付款法（das Gesetz über das Abzahlungsgeschäft）第六條賦予物品消費借貸之借用人一個星期內不附理由之解約權，其理由在於物品消費借貸之分期付款必須使借用人有充裕

¹⁹ 德國民法第一百三十八條第二項與我國民法第七十四條所定暴利行為之法律效果不同。

²⁰ Dauner/Lieb/Heidel Lepa/Ring, Anwaltkomm.2002 Schuldrecht, §355 Rn.6; Palandt/Heinrichs, 60 Aufl. §361sa BGB Rn.7.

¹⁸ Lorenz, JuS2000, 833, 839; Bulow/Artz NJW 2000, 2049; Pfeiffer, NJW 1999, 169, 172.

的時間在書面契約文件交付後仔細審查，借用人方可比較不同貸與人之締約條件與付款方式，然後詳細考慮後再為決定，因此，解約權之賦予乃在避免借用人因倉促決定而產生錯誤締約之風險，亦即讓表意人在契約成立後尚有時間決定其是否不欲受契約之拘束，其法律性質類似於錯誤而為意思表示之情形，僅表意人毋庸舉證其為錯誤之意思表示係不可歸責。

（二）解約權之統一化

在德國民法債編修正前，消費者保護之相關措施，均規定在各個特別法上，例如：訪問交易解約法、分期付款法、消費性借貸法、分時享有居住權法、遠距交易行為法等等。其中每一特別法均賦予消費者在一定期限內之解約權，惟解約權（das Widerrufsrecht）行使後之效力則有不同之立法型態。

1 解約後溯及地無效模式（das Modell der schwebenden Wirksamkeit）

例如前述之「資合公司法」第二十三條即採此模式之立法。此外如「遠距函授教育法」（das Fernunterrichtsgesetz）第四條亦同。依其規定，原已有效之契約即溯及地歸於無效，參加者即不受契約權利義務之拘束²¹，在參加者解約前，契

約仍有效存在，契約雙方仍有履行請求權。

2 解約前效力未定（das Modell der schwebenden Unwirksamkeit）

第二種解約權之立法模式為「解約前契約效力未定」，亦即在法律賦予消費者之解約權行使期間未屆滿前，契約尚不生任何效力，雙方均無履行請求權、瑕疵擔保或損害賠償請求權。此種立法模式可見諸於「訪問交易行為解約法」第一條、「消費者借貸法」第七條以及「分時享有居住權法」第五條均是。此種「效力未定」之立法模式，德國學者指出，與德國民法第一百零八條第一項所定限制行為能力人所為之法律行為因法定代理人事後承認而溯及地發生效力之情形有所不同。解約權效力未定係「猶豫期間不生效力」（die schwebende Unwirksamkeit），必須猶豫期滿無解約權行使情事，契約始向後生效。

惟於「遠距交易法」修正草案中，其修正理由則直指此種立法模式無法符合歐盟關於遠距交易行為指令之目的。因為此種立法模式，將使消費者在契約訂立後，但猶豫期間未屆滿前，不能享有任何的履行請求權。

3 德國民法第三百五十五條之模式——解約權性質（das Rücktrittsrecht）

德國民法債編修正時，立法者為使消費者保護之不同解約權行使期間與法

²¹ Dauner/Lieb/Heidel Lepa/Ring ,a.a.0.§355 Rn.8;.

律效果得以一致化，決定採取統一的消費者解約權之立法模式。在德國民法於2000年第一次修正解約權於第三百六十一條 a 時，即於修正理由中指出，消費者之解約權係在個別之消費者保護特別法中，為不同模式之規定，其行使期間及法律效果皆有不同，且相關之歐盟指令所使用之形式亦不同，因此歐盟指令授權各國自行決定解約權之型態²²。

現行德國民法第三百五十五條第一項規定之解約權，即屬修正的法定解除權之型態（als modifiziertes gesetzliches Rücktrittsrecht），此項解約權為形成權，一經權利人行使，即使原已因契約成立而發生之權利義務關係，變成「回溯的法律關係」（das Abwicklungsverhältnis）。此種規定終止了長久以來關於猶豫期間效力未定之爭議，亦即消費者於解約後不再受契約之拘束，係向後或溯及地無效之爭議告一結束。另外，消費者解約權，係屬特殊的法定解除事由，因此第三百五十七條第一項第一款規定，如無特別規定，第三百四十六條關於法定解除權之規定亦有適用。

（三）解約權之空白規範（als Blankettnorm）

新法第三百五十五條第一項第一句規

²² Dauner-Lieb/Heidel Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, Rn.115; Lorenz, JuS 2000, 833.835.

定，如消費者行使其依法律規定所享有之解約權時，即不再受其所為締結契約意思表示之拘束。此項規定被認為係屬「空白規範」，即消費者是否享有解約權，必須視其他法律規定而定（例如第三百一十二條以下之規定、第四百八十五條關於分時享有居住權契約之規定、第四百九十五條消費者借貸法之規定等均是）²³。

（四）解約權之行使期間與起算時點

1 統一之行使期間

依據新法第三百五十五條第一項第二款第一句之規定，消費者之解約權其行使期間統一為二星期。此項行使期間較原來特別法之規定為長，乃係基於其他特別法適用之結果而為之考量。原來在消費者借貸法與訪問交易解約法中所規定之解約權行使期間為一星期，而分時享有居住權法則規定為十個日曆天，另外遠距交易法則規定為七個工作天。修法時考量原來之解約權行使期間均相當短暫，在消費者與企業經營者之間查詢、磋商，再決定是否行使解約權等過程勢必耗費許多時間。因此雖然德國之銀行公會強烈反對，認為延長解約權之行使期間，將使銀行公會決定可能須俟解約權行使期間經過後再撥款之延誤付款

²³ Dauner-Lieb/Heidel Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, Rn.115; Bulow/Artz NJW 2000, 2049, 2052; Palandt/Heidel, 60. Aufl. §361a BGB Rn.9.

之情形。惟立法者仍然認為，雖有此項缺點，但反之卻使消費者在日漸創新之交易型態下享有更充分之考慮期間，如此即有修法之必要²⁴。

2 解約權之起算時點

尤值注意者，依新法第三百五十五條第二項第一句之規定，解約權之起算，以消費者經以書面被詳細告知其解約權時（Widerrufsbelehrung）開始起算。此外，解約權之書面告知，亦應包括解除權行使之對象、其姓名及地址、可主張解約權之具體交易行為；而告知解約權之書面亦應留存一份於消費者收執。

再者，解約權之告知必須符合「明確」之要求，而應由消費者另行簽名，因此，如解約權之告知與契約之本文字體不一，而無法明確瞭解其內容，則不生告知解約權之效力。如在契約之本文末端，消費者簽名處之前端載明解約權行使之事項，亦不生告知解約權之效力，蓋解約權之告知，必須獨立於契約本文之簽名而另行為之，亦即此須有消費者之第二次簽名，始符合告知解約權之要件。依本條第二項後段之規定，如契約係以書面訂立時，於消費者為取得契約之書面或相關文件時，解約權行使期間亦不起算。解約權行使之方式，依上開規定第一項第二句，可以書面（包含傳真、

E-mail），或商品之寄回（默示之表示）為之，但口頭通知則不包含之。同條第四項規定，解除權起算之時點有爭執時，應由企業經營者負舉證責任。

（五）解約權之消滅

解約權之存在影響契約之效力，故均有除斥期間之規定，依德國民法第三百五十五條第三項，則統一規定為「於契約訂立後六個月消滅」。此項統一規定乃在解決企業經營者未依本條第一項將解約權之相關事項告知消費者時，解約權之行使期間即不起算。為免當事人法律關係之效力久懸未決，破壞法秩序之安定性，故有統一規定除斥期間之必要。

惟於同法第三百一十二條 d，關於遠距離交易行為課企業經營者一定之資訊告知義務，如企業經營者於締約前或締約後未將締約相關事項以書面通知消費者，則解約權不起算。此項課予企業經營者以資訊告知義務，乃基於歐盟遠距離交易指令第四條之規定，因此，為同法第三百五十五條之特別規定。亦即遠距離交易行為，如企業經營者不以書面告知消費者相關資訊，則解除權之行使期間不起算，亦不於六個月內消滅。

（六）退回權

依德國民法第三百五十六條之規定，於法律明文許可之情形下（包含同法第三百一十二條之訪問交易行為，所訂企業經營者與消費者存在一繼續性

²⁴ Dauner -Lieb/Heidel Lepa/Ring, Anwaltkommentar §355 Fn.29.

之物品寄送或服務提供之情形，與第五百〇三條之分期付款買賣時)，如企業經營者已於銷售目錄中詳細載明退回權之規定，且經企業經營者當面告知其退回權，並以書面載明消費者享有退回權時，企業經營者可與消費者約定，以退回權取代同法第三百五十五條所定消費者之解約權。

依上開條文第二項第一句之規定，退回權可由消費者以郵寄退回原先企業經營者所寄送之物品此方式發生效力，如商品原非以包裹寄送時，消費者可以向企業經營者發取回之要求代替之。此項商品之退回，依同法第三百五十七條第二項第二句，不須負擔費用及滅失之風險。

（七）解約權與退回權之法律效果（寄送商品之義務與負擔）

依德國民法第三百五十五條之規定，消費者行使解約權或退回權後，消費者即不受契約之拘束，此項規定並不使契約失效，故並無不當得利等規定之適用。反之，同法第三百五十七條明定此時應準用法定解除契約之規定，即企業經營者及消費者互負回復原狀之義務。同條第二項規定，消費者行使解約權時，如商品可以包裹寄送時，負有將商品寄回企業經營者之義務。關於寄送費用，本條第二項則明定可經由契約約定由消費者負擔四十歐元以內之運送費用。

（八）商品價值之減損

依德國民法第三百五十七條第三項之規定，如企業經營者於契約訂立時，已以書面告知消費者，商品之使用將導致商品價值之減損，此項減損於消費者解約時應予金錢賠償時，消費者就解約權依正常使用而致商品價值減損時，仍應賠償此項減損之價額。惟消費者就商品價值之減損，如係因測試商品而發生時，對此項減損之價額，仍毋庸給付。

上開第三百五十七條第三項之規定，與歐盟遠距離交易之指令第六條及第十二條有所不符，依上開歐盟指令之規定，消費者除郵寄商品之費用外，不應負擔任何其餘費用，因此而屢受學說之批評²⁵。

三 特殊行銷方式（besondere Vertriebsformen）

特殊行銷方式係相對於傳統行銷方式而言，在傳統行銷方式大都由企業經營者設立營業處所，消費者如有購物需求，再主動至企業經營者之營業所締結契約。而隨著商品大量生產，企業經營者為促銷商品並提高利潤，往往另闢蹊徑，在消費者無主動透買意願時，即主動出擊，聘請營業員至消費者住所或其他人潮出沒之地，向消

²⁵ Dauner-Lieb/Heidel Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, 418 Rn.151.

費者為促銷行為。此種新型行銷商品方式一方面為業者帶來利潤，另一方面對消費者帶來直銷行為之風險。

(一) 訪問交易方式

1 訪問交易行為解約法

德國於一九八六年制訂「訪問交易行為解約法」(Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften) 以免消費者因直銷行為所帶來之風險。商品之直銷行為之風險在於，消費者對於直接銷售之商品或服務提供之客觀使用價值是否符合消費者之個人需要，並無充分機會予以考量判斷。此外，購買者亦無法貨比三家，以訪價方式決定最有利之價格與品質。消費者在購買物品時，通常事先會透過詢問，或向經常購買之商店購買；因此，直接推銷貨品之行為實已嚴重影響消費者之締約自由。

賦予消費者一定期限內之解約權，其目的即在補償消費者於直接銷售行為下所可能遭受之風險。蓋消費者於直接銷售之行為時，可能毫無心理準備，甚或遭受締約事項無關之干擾，而無法為正確之決定。

(1) 定義

依該法第一條第一項之規定，訪問交易解約法之適用以顧客關於對價給付義務 (eine entgeltlich Leistung) 所為之要約或承諾為其要件。因此，訪問交易行為只有對價之雙務契約，或僅顧客有給付義務之單務契約而言。

例如：買賣契約 (包括分期付款買賣)、承攬契約、物品供應契約、委任契約 (包括課程進修、諮詢服務之提供)、居間仲介契約、動產或不動產之租賃契約、融資租賃，甚至會員憑證之取得均有本法之適用。

有爭議者為，保證契約之保證人是否亦為本法所稱之「有對待給付義務之顧客」?德國聯邦法院首先認為保證契約為單務契約，僅保證人有履行保證責任之義務，債權人並無對待給付之義務²⁶。隨後，聯邦法院為符合歐盟關於消費者保護指令之精神，乃改變見解，認為如保證人認為經由其保證可使其或主債務人獲有履行契約之「利益」，例如主債務人可因此獲得消費借貸款項之給付，則保證人訂立保證契約亦屬有對價關係，而有本法之適用²⁷。

此後，德國實務見解即認為保證人之擔保債務履行之義務乃為消費借貸契約融資授信之對價，縱使保證契約與消費借貸契約均分屬二契約之法律關係，惟經濟上應視為給予借款之對價關係。此外，保證人在法律層面上為單務契約，相較於其他得獲得對待給付之雙務契約更值得保護。

(2) 適用之情形

如顧客就關於金錢給付義務已為承諾

²⁶ BGH NJW 1991, 975; 1991, 2905.

²⁷ BGH NJW 1993, 1594; OLG Köln NJW-RR1994, 1539; Pfeiffer NJW 1996, 3297; Pfeiffer/Danck NJW 1996, 2079.

或要約而成立債權契約時，欲主張本法之解約權仍須符合下列要件：顧客必須在其私人寓所，或其工作場所接受口頭訪談而訂立上開交易行為始足當之（本法第一條第一項第一款）。

此外，依本法第一條第一項第二款之規定，如顧客係在契約之相對人或與其有關之第三人所舉辦之休閒活動（Freizeitveranstaltung）而為金錢給付義務之承諾或要約而成立契約時亦同。其目的乃在於：顧客在此種休閒活動之氣氛下，往往無法就商品之價值或品質為仔細之考量²⁸。

依第三款之規定，如顧客係於供公眾通行之交通要道遭遇突然之訪談而訂立契約時亦同。

（3）排除適用之情形

依本法第一條第二項之規定，如上開訪問交易行為係基於顧客之事先邀約而訂立時，顧客則無本法第一條所定之解約權；或者顧客於訪問交易行為締約時已受領給付，且為對價清償，而其價值不超過八十歐元者；或其意思表示經公證時，於上述情形顧客均不得主張解約權。

（4）消費者之定義

訪問交易解約法中，關於解約權行使之主體於第六條定有例外規定。即商人或獨立經營營利行為之自然人，例如：手工業者、農夫、自由業者（醫師、律師、會計師、建築師）就關於

其執行日常營業活動所締結之契約，均無本法之適用。此外，獨立營業之自然人就新開展之營業活動所締結之契約，亦無本法之適用。而此獨立之營業行為（selbständige Erwerbstätigkeit）則包括買賣、租賃、融資租賃等行為在內。惟獨立營業之自然人所締結之契約目的係基於私人使用時，則亦有訪問交易解約法之適用。此外，關於訪問交易解約法之適用，亦以與顧客交易之相對人之交易行為屬於其營業行為為限（即本法第六條第一款之規定），例如：私人與其鄰居間就二手貨所為之交易行為即無本法之適用。訪問交易解約法係就訪問交易行為時為避免消費者所受到之不利益而賦予其不附理由之解約權²⁹。

2 新法第三百一十二條，三百一十二條 a

二〇〇二年之「德國債法現代化」將原先規定於德國民法外關於消費者保護之特別法「訪問交易解約法」回歸至民法第三百一十二條至第三百一十二條 a，「遠距離交易法」則規定於同法第三百一十二條 b 至第三百一十二條 d，另外又將 2000/31/EG 關於電子商務之歐盟指令明定於同法第三百一十二條 e。

此項整合性立法，不僅於適用法律時較為方便，可避免民法與特別法價值

²⁸ Rudiger Martis, Verbraucherschutz, 1998, 187.

²⁹ Rudiger Martis, a.a.0.198.

判斷之歧異，此外，對於一般關於固定交易場所（即企業經營者）以外之特殊交易型態在解釋適用上亦有類推適用之可能而產生擴散之作用。

二〇〇二年德國民法第三百十二條第一項第一款對訪問交易行為之定義，與一九八六年之訪問交易行為解約法相同，均指消費者在特殊情況下同意為金錢給付之要約或承諾而成立之法律行為。而特殊狀況則指非於企業經營者之營業場所，如消費者之工作場所、私人寓所、休閒活動、展覽會會場或公眾得出入之場所，或交通衢道上等之地點³⁰。

（二）遠距離交易行為

1 歐盟指令

歐洲議會於一九九七年五月所通過，關於消費者於締結遠距離交易行為之保護指令可稱之為基礎的「歐盟國家行銷法」。依此項指令，消費者於進行遠距離交易時，企業經營者有交易資訊揭露之義務，而消費者則享有七日內之解約權。此種遠距離交易行為，除包含傳統之遠距離交易如寄送或郵購交易，尚包含現代之電視購物交易。因此，舉凡透過電話、報紙、廣播、電視、網路等而為之交易行為均屬之。由於消費者在訂約前，對於所交易之標的或物品並無審視之機會，因此賦予消費者有七日之解約權。

³⁰ Dauner-Lieb/Heidel Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, Rn.20.21.22.

2 第三百一十二條 b

依德國民法第三百一十二條 b 第一項之規定，遠距離交易契約並非指新型態之契約類型，而係指就商品之交付或服務提供，純以遠距離溝通方式（Fernkommunikationsmittel）而締結者；亦指遠距離交易契約之特徵乃在於締約之方法，而非指一定之契約內容。亦即以利用遠距離傳輸溝通之締約技術，與特定之遠距離交易系統等二者為其特徵。此外，依同法第三百一十二條 b 第三項第四款則將遠距離函授課程契約、渡假村契約、融資借款不動產之興建與買賣契約排除適用，因為上開契約另有特別法就書面、資訊告知予以特別規定。而第五款則將日常家用品之供應契約排除適用，蓋家用物品之供應商通常不須提供相關資訊，解約權亦不符合消耗品之使用目的。再者，旅遊服務之提供（包括住宿、餐飲、休閒活動之安排等）其一般消費者於締約前通常亦無至現場觀察衡量再決定是否締約之機會，因此亦排除其適用。而關於自動販賣機之交易，由於給付與對待給付係屬於即時交換之狀態，亦無依本條款賦予告知義務與解約權之實益與必要³¹。

3 企業經營者之資訊告知義務

依循歐盟遠距離交易保護指令之規

³¹ Dauner-Lieb/Heidel Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, a.a.0 Rn.42.43.44.

定，德國民法第三百一十二條 c 第一項規定，「企業經營者必須於締約前，利用遠距離傳輸之方式，就契約訂立之各項要點與契約之性質以使消費者瞭解之方式詳細地告知消費者。」

此項企業經營者之告知義務，為企業經營者於締約前應負之義務，惟企業經營者就此項義務之履行，以使消費者通常可得知之方式為之即可。例如：在網際交易之網站上之記載與說明即足當之。不以消費者實際得知為必要。

企業經營者於締約前所需告知消費者之事項，包括企業經營者之名稱、營業所、商品或服務之主要內容、契約存續期間。此外，企業經營者保留就服務或商品之提供可交付同級品者，就服務或商品之提供於無庫存品時不為給付之保留、商品或服務之價格（包含稅、運送費用）、消費者利用遠距離交易之費用、消費者就遠距離交易得主張之解約權、貨品退回權、遠距離交易中消費者之承諾期間或要約有效期間等等。

此外，依上開歐盟指令第四條規定，企業經營者所告知之交易相關資訊，必須明確且使消費者可得瞭解，亦即須符合『透明化原則』（Das Transparenzgrbot）。

而依德國民法第三百一十二條 c 第一項第二句之規定，「企業經營者於利用電話與消費者進行交易締約活動時，首先必須在對話之初對於企業經營者之名稱與其營業目的明確告知消費

者。」同條第二項則規定，「企業經營者於締約後之資訊告知義務，企業經營者就締約時應告知之事項，於訂約後應儘速（最遲在契約已完全履行，在商品則最遲在交付消費者時）以書面通知消費者。上開規定係根據歐盟指令第五條之規定而來³²。

企業經營者違反上開三百一十二條 c 第二項之『資訊告知義務』時，並不導致遠距離交易契約不生效力，而係使消費者之解約權延至六個月後。此外，同法第三百一十二條 d 第二項特別規定，「遠距離交易行為之解約權，在企業經營者未依同法三百一十二條 c 之規定履行其資訊告知義務時，解約權不起算。在商品之買賣，自交付商品之日起；在繼續性供給契約，於第一次商品之交付之日起；在服務提供契約，自契約訂立時，解約權始起算。

德國民法關於遠距離交易行為賦予消費者一定期間內之解約權之規定，係依循歐盟遠距離交易行為指令第六條而來，依上開指令之內容，消費者就遠距離交易契約之訂立，得在七個工作天內，不附理由且不負擔違約金之情況下解除契約。其理由在於，消費者在遠距離交易行為中，實際上並無任何可能，在締約前詳細審視商品，因此應賦予其在締約後仍有斟酌判斷之可能，以決定是否保留商品或退回

³² Dauner-Lieb/Heidel Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, a.a.0 Rn.48.49.

商品。

(三) 電子交易契約 (Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr) (網路交易)

第三百一十二條 c 關於電子交易契約 (或網路行銷) (Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr) 所規定企業經營者之義務，係基於歐盟二〇〇〇年六月八日通過之2000/31/EG 關於資訊公司之服務與電子(網路)行銷交易行為之指令第十條及第十一條之依據而來。

上開指令規定，利用網路(或電子方式)行銷而為物品之交付或服務之提供，對消費者於發出訂單前負有相關資訊之告知義務，且企業經營者應提供相當之技術，使消費者在發出訂單前得有辨識或修正之可能。此外，企業經營者亦應使消費者對於雙方之契約條件或定型化契約條款之資料有儲存及讀取之可能。

歐盟上開指令亦指示會員國應將上開電子交易契約之交易條件，與其相關之電子簽章法一併修正而訂立法律。

新法第三百一十二條 c 即係關於電子交易契約之規定，電子交易契約本質上亦屬於遠距交易之方式，契約當事人同樣無法以面對面之方式進行交易行為。惟電子交易契約與遠距交易契約仍有不同，電子交易行為係指利用電子傳輸而提供勞務之情形(亦即利用數位傳輸之方式)，故利用電子

設備為個人叫貨之方式並不屬之，如電視觀眾、廣播聽眾之叫貨訂約，或自動提款機、停車場之收費等均非以電子傳輸之方式提供服務，而無本條之適用³³。

本條所訂企業經營者應提供之服務即為上述歐盟關於電子交易契約指令之規定。而關於電子交易契約之解約權，與前述其他訪問交易、遠距交易有所不同者為：電子交易契約中消費者之解約權，其行使期間於企業經營者未履行資訊告知義務前，不開始計算。而本條之資訊告知義務，則另制定於德國民法資訊義務準則(BGB—Informationspflichten — Verordnung)第三條之中。

(四) 不利變更之禁止

新法第三百一十二 f 則規定本節所定之特殊行銷模式之規定，為貫徹保護消費者之目的，不得以不利於消費者之方式為變更。

四 小結

據上所述，德國就消費者保護，原係於各個特殊交易型態中明訂賦予消費者不同期間之解約權，其解約權行使之法律效果亦有不同。嗣後為依循歐盟關於消費者保護指令之規定，乃將訪問交易、遠距離交易、分時享有居住權之特殊交易型態，統一規定於德

³³ Dauner-Lieb/Heidel Lepa/Ring, Das Neue Schuldrecht, a.a.O., BIV.

國民法第三百一十一條以下，以有別於傳統在企業經營者營業所內進行之交易型態，以期統一調和特殊交易型態之解約權要件與行使期間、期間之起算點、行使之法律效果等分歧之規定。並於同法第十三條、第十四條、第三百五十五條以下分就消費者、企業經營者、消費者之解約權為統一之規定，使消費者保護之領域成為基礎民法之重要領域，進而使消費者保護之解釋與適用達到統一且具擴散作用之效果。

尤值注意者，乃依循歐盟遠距離交易指令而規定，遠距離交易行為中，企業經營者對消費者關於締約相關事項所負之資訊告知與資訊揭露義務，如企業經營者違反此項義務，則消費者之解約權之行使期間不開始起算。

其次，消費者之解約權亦以企業經營者告知解約權行使之相關事項為解約權行使之起算時點，此項立法能確保消費者權益之主張與行使，避免消費者尚不知有權利時，該權利即已不存在之不利益。否則，賦予消費者一項消費者不知，且無法行使之權利，於消費者有何實益？

另外，解約權行使期間延長為二星期，使消費者較有充裕之時間為解除權之行使，而亦致使法律關係之存否久懸未決，實可兼顧消費者與企業經營者雙方之權益。

第三章 我國消費者保護法相關規定之探討

一 消費者保護法上之消費關係

（一）雙軌制之立法模式與特別法解釋適用之限制

如前所述，於現今時空背景下，企業經營者挾其強大之勢力，往往以預先擬訂之定型化契約條款與交易相對人締結契約，各國政府多制定新法律進一步保護消費者，旨在能以一之可見之手---法律---來鞏固競爭秩序，其立法例通常有單軌制與雙軌制兩種方式。我國於民國八十三年一月十一日經立法院通過，並於同日公佈「消費者保護法」，又於九十一年十二月二十七日三讀通過增訂及修正條文。顯然地，我國採取雙軌制之立法模式，於民法之外特別制定消費者保護法以保障消費者權益。

依據消費者保護法第一條第一項之規定：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。」，基此立法目的，本法於第二條各款規定了相關名詞之定義，例如：何謂「消費者」、「企業經營者」、「消費關係」……等，此種方式固有構成要件明確性之優點，然其缺點亦由此而生，蓋法院於具體各案為裁判時，必須檢驗當事人是否為第二條各款所定義之「消費者」、「企業經營者」，雙方所生之法律關係是否為「消費關係」…等而加以適用，但由於我國相關名詞定義並不完善（最具爭議者為「消費者」及「消費關係」

之定義)，即使在可能的文意範圍做最寬鬆之解釋，亦無法適用消費者保護法，欲類推適用但又礙於特別法之立法模式，過分類推將導致特別法變的不特別而是普通法了，且明顯違背法律明定之定義，於實務上嚴格採行以法論法之精神下難獲得支持。相當諷刺的是，本為保障消費者權益而制定之消費者保護法，於有缺陷立法定義下，反而讓人民遭受到企業主的侵害。

(二) 消費者保護法上之消費者與消費關係

1 法律規定

(1) 消保法第二條第一款之消費者³⁴

³⁴ 依據消保會網站上，亦有關於何謂消費者之問與答可供參考（網址：http://www.cpc.gov.tw/07main_qa.htm）：

所謂消費者，依照消費者保護法第二條第一款的規定，是指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。其意義說明如下：

- (一) 人人都是消費者：在高度工商業發展之社會，一般人不可能離群索居，自給自足，需要購買使用、利用企業經營者的商品或服務，以維持其消費生活。由於人人都必須從事消費行為，故人人都是消費者。
- (二) 消費者不是企業經營者：消費者為對稱於企業經營者的概念，消費者與企業經營者同為消費者保護法規範的主要對象，消費者不是企業經營者。有關消費者之權利，通常即為企業經營者之義

依本法第二條第一款之規定指「以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者」。因此，只要是以消費為目的而(1)交易，(2)使用商品，或(3)接受服務之人，就是屬於消費者。然而，以「消費」為目的所以為何?最高法院九一年度台上字一〇〇判決表示：「租用商品，如其目的主要供執行業務或投入生產使用，並非單純供最終消費使用者，核與消費者保護法第二條有關消費者及消費關係之定義未合，尚無消費者保護法之適用。本件上訴人所租用之系爭二條 T3 電路係作商業用途，其目的在傳輸符號、信號、文字、影像、聲音等訊息，供上訴人執行業務及營業之用，為上訴人所自陳，則上訴人租用電路，係以供執行業務及投入生產使用為目的而交易，顯非以消費為目的而交易，並無適用消費者保護法之餘地。」。學者間有認為係指人類在生活過程中消耗財物或利用服務之行為；而所謂

務，二者相輔相成，可以促進生活品質之提昇。

- (三) 企業經營者有時亦為消費者：消費者為從事消費生活的人，當企業經營者不是在從事生產行為，而是在從事消費行為時，此時的企業經營者即為消費者。
- (四) 消費者不以契約關係之相對人為限：按一般權利義務關係，僅存在於具有契約關係的兩方，惟消費者除交易之相對人外，尚包括以消費為目的而為使用商品或接受服務者，也就是包括契約目的可能實際為消費之人在內。

之消費者，乃是基於消費生活而購入、使用或接受由事業者所提供商品或服務之人³⁵。亦有認為上述見解對於消費一詞之理解，乃是經濟學上「終局消費」的觀點，其認為此種概念過於籠統模糊，欠缺法律概念的精確性和嚴謹度且直接採認、未把外在的經濟用語法律概念化、或法學內部化的結果，很可能會讓一些經濟學上的技術性觀點主導了法律概念，並不妥適。並參酌法國法之規定認為「消費」是以基於非營業目的，而是本於個人或家庭需要的交易目的³⁶。

尚須說明的是，凡以消費為目的，而交易、使用商品或接受服務者，即為消保法上之消費者，個人如此，機關、團體、或其他組織亦然³⁷。

(2) 消保法第二條第三款之消費關係「指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係」，如買賣、贈與、租賃、承攬、委任....等，惟消費借貸是否屬之？保證契約是否屬之？渡假村是否屬之？學者陳忠五認為消費關係應以「行為目的之範疇」與「消保法之立法目的」兩個角度加以判斷。換言之，就行為人從事交易或實際使用特定商品或服務之行為，

如就該商品或服務之交易地位優劣或專業能力強弱不一之社經關係時，應傾向將其認定為是法律上之消費行為³⁸。消保會網站上關於何謂消費之問與答³⁹中，表示所謂消費，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』，並不是純粹經濟學理論上的一種概念，而是事實生活上的一種消費行為。其意義尚包括：(一)消費是一種為達成生活目的之行為：凡是基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為，即為消費。換言之，凡與人類生活有關的行為，原則上均屬消費行為。(二)消費是一種直接使用商品或接受服務之行為：『消費』與『生產』為相對的兩個名詞，消費雖沒有固定的模式，惟可以肯定的是生產絕不是消費。為避免發生混淆，學者專家認為只有在消費者直接使用商品或接受服務之行為的情形下，方屬消費行為。換言之，消費者保護法所稱的『消費』，係指不再用於生產的情形下的『最終的消費』而言。

2 實務見解

(1) 非消費關係

九十二年度台上字第二三三二號

³⁵ 朱柏松，適用消保法論斷醫師之責任，收錄於「消費者權利之保護」的大會論文集，第五頁以下。轉引自曾品傑，「論消費者之概念」，台灣本土法學雜誌 49 期 155 頁。

³⁶ 曾品傑，論消費者之概念，載於台灣本土法學雜誌 49 期，頁 153 以下

³⁷ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，頁 11。

³⁸ 轉引自戴志傑，「論消費者保護之訂型化契約」，法律評論 68 卷第 7-9 期合刊，頁 47。

³⁹ 網址如下：

http://www.cpc.gov.tw/07main_qa.htm

而銀行與上訴人間所訂定之保證契約，性質上屬單務、無償契約，銀行對上訴人並未提供任何商品或服務，雙方非屬消費之法律關係，上訴人亦非消費者，自無消費者保護法之適用。

九十二年度台上字第二三三 號
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擔任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報償，其性質非屬消費之法律關係，當無消費者保護法之適用等情，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言為違法，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，難認其已合法表明上訴理由。

九十二年度台上字第二一一 號
有關融資借貸之保證契約，具有活絡陽豪公司資金週轉之效果，是本件借貸係以陽豪公司之資金週轉為目的而為交易，顯非消費者之交易，自無消費者保護法之適用。

九十一年度台上字第七四 號
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擔任何對價，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。

九一年台簡上字第三六號
銀行與連帶保證人間所立之保證契約，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擔任何對價，保證人亦無從因保證契約自銀行獲取報酬，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。

九十年台上字第二〇一一號
所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，尚非屬消費者保護法所規定有關消費之法律關係，自無該法之適用。

九十年台上字第一四一四號
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。

八八年台上字第二〇五三號

所謂消費者，依消費者保護法第二條之立法解釋，指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者而言。銀行或其他金融機構與連帶保證人間所訂立之保證契約，乃保證人擔保借款人對金融機構債務之清償責任，金融機構對保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。

八十八年度台上字第五七號

連帶保證人與銀行所訂立之保證契約，乃其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，性質上屬單務、無償契約，非屬消費之法律關係，保證人非消費者，自無消費者保護法之適用。故上訴人抗辯保證書第四項約定為被上訴人片面制定之定型化契約，保證行為亦屬消費行為，已抵觸民法第七百五十五條規定，且違反誠信原則，依民法第七十一條、消費者保護法第十二條規定，應屬無效，被上訴人既已與

主債務人成立和解，同意延期清償，且未經上訴人同意，依民法第七百五十五條規定，上訴人自不負保證責任云云，並無足取。

八八年台上字第一零八四號

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。本件展威公司先後向被上訴人借款八筆，共計二千七百三十萬元，係屬融資借貸關係，而保證人即上訴人等與借款人展威公司之關係，除第一審共同被告葉茂連係展威公司之關係企業總靈建設公司之負責人外，餘均為展威公司之股東或股東之至親，有關融資借貸之保證契約，具有活絡展威公司資金週轉之效果，為原審合法確定之事實。則本件借貸係以展威公司之資金週轉為目的而為交易，顯非消費者之交易，此觀上訴人簽訂之保證書第六條記載，本條約定僅適用於非屬消費者貸款之保證，由保證人於本條文末簽章後生效，並由上訴人於該條文末簽章，益為明顯（見第一審卷一一頁、原審卷四七頁、六五頁），是本件保證契約自無適用消費者保護法之餘地。

（3）評論

由上述實務見解可以得之，最高法院根本否認消保法對於保證契約之適用，其主要理由為「保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保

證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。」。由此可知，最高法院明顯為消保法第二條第一款「消費者」及第三款「消費關係」之定義所侷限，學者間多不贊同此種見解，詹森林教授即從（一）銀行對保證人之附隨義務；（二）單務契約債務人之責任；（三）保證人與主債務人責任之比較⁴⁰，由此三方面去說明保證契約亦應有消保法之適用餘地。亦有學主張應先從保證契約所保證之主債務觀察，區分是主債務人基於個人或家庭日常生活所需而締結，或是主債務人本於營業或工作上融資或擔保等需求而訂，若是前者之借款人，因其係消保法上之消費者，則保證人可類推適用消保法相關規定；若是後者之借款人，因其非消保法上之消費者，無類推適用之餘地⁴¹。學者們嘗試藉由不同的說理去填補消保法關於消費者及消費關係定義不完善之缺，然截至目前為止，最高法院仍堅持保證契約不適用消保法之一貫見解，實屬遺憾。

二 消費者之解約權 特殊行銷模式

⁴⁰ 詳細之說明請參閱，詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，載於月旦法學雜誌 91 期，頁 46-47。

⁴¹ 曾品傑，論消費者之概念，載於台灣本土法學雜誌 49 期，頁 163-164。

1 郵購或訪問買賣

法律規定

消保法第二條第十款規定：「郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。」一般而言，郵購買賣，即指企業經營者以郵寄（例如遞送商品目錄、傳單、報紙等）或其他遞送方式（廣播、電視、電話、傳真、網際網路等等），在消費者無法詳細判斷或思考之情形下，使消費者在締約前未能檢視商品而與企業經營者所為買賣之交易型態。其特性在於，消費者無法親自檢視商品，而往往商品之展示與實際差距甚大；又交易相對人即企業經營者所在不清，商品品質與售後服務欠缺保證，消費者常投訴無門。消保法第二條第十一款規定：「訪問買賣：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。」訪問交易，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，對消費者推銷商品或服務而發生之交易行為。此之其他場所，指非於企業經營者之營業場所，如消費者之工作場所，私人寓所，休閒活動，展覽會會場或公眾得出入之場所，或交通渠道上等之地點均屬之。訪問買賣其與郵購買賣相同之處，就是消費者在購買商品之際，並無足夠之時間或資料可供參酌，而僅能根據企業經營者之銷售人員所提供之有限

資訊、在緊迫時間與一定壓力之下，做成購買之決定。訪問交易既亦為契約型態之一種，原應適用傳統契約法之原理原則，惟因其欠缺一般民法所立基之「意思自由」與「當事人對等」之契約環境，而形成閉鎖之交易型態。依誠信原則，應使該型態下消費者得享有與開放交易關係相同之照顧，各國立法例上多因其具有以下特性，而有猶豫期間規範之制定：

1. 消費者為非預期之勸誘
2. 單方說服性或巧妙運用心理弱點
3. 詐欺，長時間說服，易於強迫
4. 造成心理上迫切感而迅速決定

實務見解

九十一年度簡上字二號

「本件買賣如係依據上訴人所言，被上訴人業務員黃正昌、王奕政二人乃未事先聯絡上訴人即前往登門拜訪者，則係屬於消費者保護法前開所定義之『訪問買賣』。惟如依證人黃正昌所證述，其與王奕政係以**事先電話聯絡上訴人，經徵得上訴人同意後，始前往上訴人住處拜訪，則係屬『經消費者邀約』**，即不符合前開『訪問買賣』之定義。」

九十一年度簡上字第七四七號（誘導邀約）

「被上訴人在進入上訴人處參加說明會前，對於說明會之詳細內容等，均無任何認識，更遑論有正常考慮是否與上訴人締約之機會、或與其他企業

經營者所銷售之商品、服務比較之機會等。而以被上訴人之智識程度，及對上訴人銷售產品之內容並非一般人望之即可得知悉之商品、服務，顯見被上訴人並無法在充分思考下而訂立契約，依前述說明，應認本件兩造所訂立之買賣契約屬於消費者保護法中之訪問買賣。」

八十八年度訴字第二五七號

現行實務上多見「誘導邀約」之情況，即企業經營者往往依電話簿、通訊錄或其他資訊，取得消費者之聯絡資料，而主動與消費者聯絡，以各種銷售方式吸引消費者同意前往企業經營者之營業所、住居所、辦公處所或其他場所，洽談締約情事，消費者若基於此種誘導邀約下而訂之買賣契約，同樣具有欠缺事前準備及深思之情況，故通說認為此種型態亦屬訪問買賣。另外，消費者之邀約，雖出於自願，然該邀約與其後締結之契約不具關聯性者，仍該當於此要件，蓋消費者於邀約當時，並未預期將於約定期日，就其他商品或服務與企業經營者締約，同時消費者於此種情形下決定締約時，欠缺與該商品或服務與市場上同類商品、服務比較之機會，消費者顯係在無心理準備情況下與企業經營者訂立買賣契約，為維消費者權益，應認上述情形均符合本法未經邀約要件。該條條文中所謂**其他場所，解釋上自指凡消費者無法作正常考慮締約與否機會之任何場所均屬之，而**

非僅限於須經消費者邀約始能訪問進入之場所，始符合立法意旨。

八十八年度簡上字第二四六號

「按消費者保護法第二條第九款規定訪問買賣，並無為企業經營者從事販售行為之自然人，須與消費者無親誼或同居關係，及消費者購買之動機不涉及為從事銷售行為之人之利益等限制。上訴人與謝曜鴻為夫妻，有同居關係，及上訴人購買之動機是否係為謝曜鴻爭取業績，均無礙該訪問買賣之性質。」

八十八年度簡上字第七八八號

「法文中雖謂『在消費者之住居所或其他場所從事銷售』，為達保護消費者在無心理準備下與企業經營者訂立買賣契約之旨，故此處之『其他場所』，解釋上凡類似消費者之住居所情境，消費者無法作正常考慮締約機會之任何場所者即屬之，而非以『限於須經消費者邀約始能訪問進入之場所』為限，始符合立法旨意。」

八十六年度北簡字第一二九四三號判決

「消費者保護法第二條第九款規定所指其他場所並未排除業者之營業處所，本件被告主動以電話告知原告至該公司參加旅遊說明會，並非原告自行邀約被告洽談買受系爭會員權利之事宜，應構成訪問買賣。」

(2) 評論

從上述判決可知，法院基本上是以「消費者未預期」做為未經消費者主動邀約的斷標準，而在實務上的爭議類型，可依消費者是否自願和企業經營者接觸區分：

A. 消費者非自願性之接觸：

例如不請自來的上門訪問，街頭問卷、未聯絡消費者而登門拜訪（91 簡上 2），此情形中消費者顯然無訂立特定契約的預期。此外縱然有同居關係，亦可能構成訪問買賣（88 簡上 246）。

B. 消費者自願性之接觸：

(a) . 誘導邀約：企業經營者不當行銷方式，例如說明會、贈品摸彩等等誘使消費者與企業經營者接觸，但消費者欠缺訂立特定契約之預期（或稱事前準備或心理準備，參見 88 簡上 788），並且同時欠缺深思比較商品之情況（91 簡上 747）。但是實務認為此種情形為「被動」同意，何謂「被動」同意似乎並不明確。

(b) . 另外締約：消費者雖然有訂立特定契約（稱為原預期契約）的預期，但企業經營者另外與其磋商其他契約（稱為不預期契約），邀約與其後締結之契約不具關聯性者，則不預期契約仍有訪問買賣之適用。理由在於，消費者於邀約當時，欠缺對於不預期契約的預期，同時欠缺與該商品或服務與市場上同類商品、服務比較之機會，消費者顯係在無心理準備情況下與企業經營者訂立買賣契約，為維消

費者權益，應認上述情形均符合本法「未經邀約要件」(88 訴字 2570、91 簡上 747)。

至於在訪問買賣的地點，傳統多見於消費者家中(上門推銷)，近年來由於無店鋪行銷的盛行，實務上對此認定也進一步擴大到類似消費者之住居所情境，並且表明並未排除營業所內也可能成立訪問買賣(86 北簡字 12943)，而其判斷標準是以消費者無法作正常考慮締約機會之任何場所者即屬之，而非以「限於須經消費者邀約始能訪問進入之場所」為限(88 訴字 2570、88 簡上 788)。理由在於，誘導邀約消費者具有欠缺事前準備及深思之情況。重點在於消費者有無訂立特定契約的預期，至於場所是否在消費者家中，或在企業經營者的營業所內，並無限制。亦即不能以企業者的營業所而可推論消費者有預期，而必須以是否有正常考慮締約機會的為考量，而其考量因素有可有：企業經營者事先告知接觸的內容、商品服務的複雜程度、消費者個人的知識程度、是否給予充分自由考量的時間等等。

2 其他服務交易

(1) 渡假村之類推適用

九十一年度簡上字第七四七號

「兩造間所成立之契約為買賣契約，又該買賣契約之標的為：被上訴人得自上訴人處取得享受使用渡假村之權利，亦即被上訴人因之享有中國上海

市太陽島渡假村分時度假權利，其性質上，上訴人提供予被上訴人者實為渡假村使用之相關服務。自文義上解釋，同法第十八條規定：「企業經營者為郵購買賣或訪問買賣時，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。」及第十九條、第二十條等關於解除契約所做之規定，法條文字雖皆係用「商品」為之。然該法關於消費者之觀念，已於第二條第一款明定：「消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。」因此，消費行為之客體自然包括商品及服務，蓋「消費」依該法對消費者之定義，可及於商品及服務故也。而該法關於商品製造人責任、消費資訊、消保團體、消費行政、消費爭議之處理等，皆將商品及服務同時納入規範，是以訪問買賣之買賣行為自不宜為不同之解釋。加以，現行實務上，以服務為客體而透過訪問買賣予以銷售之情形，並非少數，且服務之訪問買賣對消費者所造成之困擾，與一般商品之訪問買賣所發生者，頗具同質性。從而，就本法訪問買賣之立法精神以觀，應可直接解釋為已將客體為服務之訪問買賣，亦一併納入規範。復參酌日本西元一九七六年五月一日法律第五七號公布施行、西元一九九六年法律第四四號公布、施行立法例，其對訪問買賣行為之客體即明白包括商品及服務。」

八十八年度簡上字第 0 二號

按企業經營者以電話簿、通訊錄、問卷調查等取得消費者之資訊，未經消費者之邀約，以各種說法引起消費者之興趣，該消費者被動同意前往企業經營者指示之場所談締約，在消費者無心理準備下發生之買賣行為，應屬訪問買賣。查，本件上訴人八十八年三月二十一日未經被上訴人之邀約，以電話告知可獲得贈品之方式誘使被上訴人前往上訴人公司接受訪談，趁機推銷海外渡假村會員權利，在被上訴人無心理準備下且無深思熟慮之機會而發生之買賣行為，屬訪問買賣，有消費者保護法有關訪問買賣規定之適用。而被上訴人因解除八十八年三月二十一日所簽訂之第一次契約，嗣為取回第一次契約所繳付之五萬五千元價金，在無另訂新約之心理準備情況下，再經上訴人邀約，於八十八年四月十日前往上訴人處，又在上訴人行銷手法及時間、現場氣氛等壓力下受強力推銷，另與上訴人簽訂本件契約，就八十八年四月十日所簽訂之契約而言，上訴人顯係處理第一次契約解除事實之意思而為邀約，被上訴人亦係取回價金之意思而赴約，顯非基於另訂新約之意思而前往，是被上訴人八十八年四月十日所簽之系爭契約之際堪認無足夠之心理準備，應認系爭買賣亦屬於訪問買賣。

消費者保護法研討會第一期法律問題：案號 4

「度假村之會員權利究竟是「商品」或「服務」？若是「服務」，依消費者保護法之相關規定，訪問買賣是否包括「服務」？度假村之會員卡或可認為是「商品」，但吾人注重的是會員卡所表彰之會員權利，即至度假村休閒遊憩之權利，因此，吾人可認為此是一種「服務」，亦有人認為「權利」是一種「商品」，從文義上解釋，消費者保護法第十八、十九條之訪問買賣，似乎僅限於「商品之買賣」，不包括「服務」在內。但參考外國立法例，在訪問買賣，並無區別「商品」與「服務」之必要，換言之，訪問買賣包括「服務」在內。」

(2) 消保法第十九條之一

民國九十二年消費者保護法修正時，增列第十九條之一「前二條規定，於以郵購買賣或訪問買賣方式所為之服務交易，準用之」，令第十八條與第十九條關於訪問買賣企業經營者之告知義務與消費者之無條件解約權，於以訪問買賣方式所為之服務交易準用之。

依新修正通過之消費者保護法第十九條之一，雖將服務亦納入訪問交易之客體中，惟法條僅謂「準用第十九條之規定」，此於解約權之行使期間與除斥期間而言，適用上即不無疑義。首先關於「服務⁴²」之定義消保法未明文

⁴²消保會網站上，關於何謂服務之間與答

(http://www.cpc.gov.tw/07main_qa.htm) 可供參

定義，概念上服務範圍甚廣，因此造成解釋適用上之疑義，尤其是醫療行為是否為「服務」，實務學說上爭論不止。次者，數位化商品⁴³是否應為無條件解約權之例外，蓋原消保法修正第二條第九款之立法理由下說明：「有鑑於目前網際網路盛行，有關數位化商品交易型態較為特殊，將來發展趨勢如何尚難預料，宜立法予以規範。故數位化商品透過網路交易，並非本條所定義之郵購買賣。」似乎有意將數位化商品排除適用消保法第十九條之規定，但於最後通過之草案卻將此段文字刪除。立法者之本意為何，難以費解⁴⁴？再者，消費者依消費者保護法第十九條之一準用第十九條之規定固享有解約權，然該解約權之行使期間應如何起算？**行政院消費者保護委員會**

考：(一)消費者保護法並未就服務明文定義，參照歐洲共同市場一九九〇年關於服務責任要綱建議案第二條規定，有關消費者保護法第七條規定之服務似可嘗試定義為：指非直接以生產或製造商品或移轉物權或智慧財產權為客體之勞務。(二)唯服務無過失責任，為我國消費者保護法所創，欠缺相關案例和立法例，對服務之概念，難予周詳嚴謹之界定，宜讓諸法院實務及學說依社會經濟發展及保護消費者之需要決定之。

⁴³ 例如：電腦程式、遊戲軟體、MP3、電子書、電子賀卡...等。

⁴⁴ 杜怡靜，從消費者保護法第十九條之一之增訂檢討無條件解約權之相關規定，月旦民商法雜誌創刊號，頁 121。

就此雖有行政函示認為應自消費者接受業者提供之主要服務開始之次日起算⁴⁵，惟若消費者於訂約後遲遲未前往接受服務，則該解約權之行使期間即不起算，且消費者保護法中並未就該解約權設有除斥期間之規定，果若如此，則當事人間法律關係將限於長期不安定之狀態，對企業經營者而言實屬過苛。其次，因「服務」與「商品」自本質上而言有所不同，商品固可於未經拆封或使用之情形下退還予企業經營者，自收受商品之日起算無條件解約權之行使期間自無問題，惟令消費者於首次接受企業經營者之服務後，始於次日起算解約權之行使期間，於此情形若仍賦予消費者毋庸附任何理由，毋庸負擔任何價金之解約權，就消費者所接受之首次服務而言，實有不當得利之虞，且對企業經營者亦屬顯不公平。最後，當商品與服務搭售時，例如，參加健身俱樂部，約定凡為會員者可以七折價格購買健身器材或食品，則其解約權如何行使？其標的為何？解約權如何起算？均有待解決。

綜上，修正後之消費者保護法令「服務」準用「商品」而使消費者同樣享有訪問交易下之無條件解約權，雖某程度解決實務與學說上曾發生之爭議，但仍有若干問題仍待解決。

解約權

依消保法第十九條第一項之規定：「郵

⁴⁵ 參照台八六消保字第 00500 號函。

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。」此無條件之解約權乃基於保障消費者於由購買或訪問買賣中之弱勢地位，因此消保法特仿效外國立法例，賦予消費者優渥的無條件解約權（das Widerrufsrecht）。

1 法律性質

德國法學家 Seckel 將某些權利性質上⁴⁶，具有「權利人一方之意思表示行使而使得法律關係發生、內容變更或消滅，稱為「形成權（Gestaltungsrecht）」。而形成權之存在基本上為對於契約原則之偏離，因契約原則在實現私法自治，而私法自治之核心精神在於當事人得自主地形成願拘束的法律關係，而契約內容欲拘束當事人必須當事人均有意思表示的參與，始受拘束，而形成權之存在，即單方當事人之意思即足以產生拘束當事人間之法律效果⁴⁷，換言之，僅憑單方決定即足以拘束所有當事人間，因而，形成權之存在必須背後有其合理依據⁴⁸。

⁴⁶ 參見王澤鑑著，民法總則(2001)，第一五頁。

⁴⁷ 參見黃立著，民法總則(1999)，第六三頁。

⁴⁸ 參見 D.Medicus 著，德國民法總論，邵建東譯，頁六八。

而形成權之存在，可有當事人間事先合意賦予某個當事人形成權，例如在我國通說，皆承認契約當事人間得合意賦予一方當事人於何種情事下，取得解除權或終止權等，此種來自當事人間合意賦予之形成權，背後合理依據仍在於私法自治原則，允許當事人間自主形成可由單方當事人決定之法律關係。

另外，形成權之存在於我國民法上多來自於法律規定，而法律規範基礎來自不同考量，例如意思表示錯誤情事，民法調和意思自主與相對人保護，而在民法第八十八條、第八十九條之情事下，允許意思表示錯誤之一方當事人得以單方意思表示而使得契約關係消滅，而賦予意思表示錯誤之人撤銷權，可以回去清楚思考在表示內容所產生法律效果無法符合心中真正要受到拘束之法律關係時，還要不要受法律關係之拘束。另外，民法還有其他情事，允許單方意思表示變動法律關係，例如民法第七十四條、第七十九條、第一一八條、第一七條等情事，背後均有一定合理化基礎。

而我國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。」以及同法第十九條之一「前二條規定，於以郵購買賣或訪問買賣方式所為之服務交易，準用之。」該條項賦予消費者在訪問買賣與郵購買賣交易模式之下，得任意解除契約，與傳統民法制度下，賦予當事人解除權之背後基礎均為一方當事人有不當事由致契約之進行難以合乎原先契約締結目的，而允許他方當事人思考是否願意繼續進行契約履行關係，而消費者保護法第十九條、第十九條之一之解除權，並不考量企業經營者有無不當事由存在，僅企業經營者採取了郵購與訪問之交易模式，即允許消費者可以深思是否願繼續維持契約履行之關係，對於傳統民事制度為一大衝擊，而消費者保護法背後考量為郵購與訪問之交易模式下，消費者難以詳細判斷或思考而使消費者購買不合意或不需要獲得之商品，為衡平消費者購買前無法獲得足夠的資料或時間加以選擇，故將判斷時間延後之猶豫期間制，提供消費者詳細考慮之機會⁴⁹。

2 期間過短

消費者於收受商品後七日內，得行使第十九條第一項之解約權，此一解約權性質為一形成權，故此七日之期間為一形成權⁵⁰，毋庸贅言。此七日期

間，學說上稱為猶豫期間或冷靜期間，其計算方式消保法無特別規定應依民法第一一九條以下規定為之，固以消費者收受商品之翌日起算（民法第一二〇條第二項）。如該猶豫期間之末日為星期六時，參酌目前運送業實務之運作及本法施行細則十九條所採之發信主義，應認無最高法院五十九年台抗第二〇三號民事判例之適用，而延長至次一星期一上午為期間之終止，而仍應以該星期六為末日⁵¹。此外，第十九條第一項規定解約權行使，自收受商品後為之，然為避免郵費、時間上無益之支出，於收受商品前決定不願買受者，亦得解除契約（消保法施行細則第十八條）。

立法者賦予消費者七日期間之猶豫權立意雖好，但此七日期間是否對於目前所有之郵購買賣或訪問買賣均可適用則有所疑問，蓋目前常見販售之商品，如減肥瘦身產品、醫療產品等需一定期間始可見其功效，或是套書、套CD產等品非可於七日內時間完整檢視其內容，待消費者欲解約時，早已逾七日之猶豫期間，此時消費者或可於民法物之瑕疵擔保期間內（民法第三六五條），行使物之瑕疵擔保請求權而解除契約（民法第三五九條），但仍需依民法二五九條之規定回復原狀，

⁴⁹ 參見詹森林編，學林分科六法-消費者保護法，第一二六頁。

⁵⁰ 朱柏松，消費者保護法論，1999年9月版，

頁352-354；杜怡靜，從消費者保護法第十九條之一之增訂檢討無條件解約權之相關規定，月旦民商法雜誌創刊號，頁113。

⁵¹ 詹森林，民事法理與判決研究(三)，頁132。

然依民法二五九條規定回復原狀時，不但消費者所受領之物需返還（第一款）且受領之給付為勞務或物之使用時，應照受領時之價額，以金錢償還（第三款），如應返還之物有毀損、滅失，或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額（第六款）。此與消保法第十九條第一項規定於消費者解約時無須說明理由及負擔任何費用或價款，兩者之間的保障有天壤之別。總而言之，立法者未就不同之產品使用情形為不同之規定，一蓋以七日作為解約權之除斥期間，有待商榷。

3 解約權告知義務—消保法施行細則第十六條

依消保法施行細則第十六條之規定：「企業經營者應於訂立郵購或訪問買賣契約時，告知消費者本法第十八條所定事項及第十九條第一項之解除權，並取得消費者聲明已受告知之證明文件。」消保法並未明文規定企業經營者應以何種方式告知消費者，有學者基於確保消費者權利並參考外國立法例，並認為從本條後段亦明白規定企業經營者，應「並取得消費者聲明已受告知之證明文件。」認為企業經營者應以書面履行其告知義務⁵²；亦有學者認為本條規定目的在於，當企業經營者與消費者發生紛爭時，應由企業經營者舉證之舉證責任分配規定，並且消保法第十八條之條文中亦

⁵² 詹森林，民事法理與判決研究(三)，頁 125。

未規定需以「書面」告知消費者，因而認為消保法上之告知義務應不限於需以書面為必要⁵³。本文認為基於消費者權利之確保應以書面告知為當。再者，告知消費者得解約之文句，應清楚、簡單、明確、易懂，俾一般消費大眾能輕易認知，並且不得有誤導消費者無法及時或任意解除契約之文句⁵⁴（例如：「提供七日免費鑑賞期」或「七日內暫無須付款，不滿意時以原包裝退還即可」）。最後須說明的是，消費者保護法並未就企業經營者違反告知義務時，規定其法律效果，但不可因此認為關於告知義務之規定，僅屬訓示規定，企業經營者縱有違背，亦不負任何責任，否則保護消費者之立法目的將喪失殆盡⁵⁵。有學者認為，企業經營者未告知或雖為告知，但方式、時間或內容等有不合法之情事，係違反法定告知義務，構成締約上過失，應負損害賠償責任⁵⁶。

⁵³ 杜怡靜，從消費者保護法第十九條之一之增訂檢討無條件解約權之相關規定，月旦民商法雜誌創刊號，頁 116；馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，消費者保護法解讀，頁 129 亦以立法院審查時刪除草案之書面告知規定，認為不需以書面為之。

⁵⁴ 詹森林，民事法理與判決研究(三)，頁 127。馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著，消費者保護法解讀，頁 129-130 認為消保法第十八條告知義務之規定為訓示規定，有待商榷。

⁵⁵ 詹森林，民事法理與判決研究(三)，頁 128。

⁵⁶ 詹森林，民事法理與判決研究(三)，頁 129。

4 解約權行使期間之計算—商品之收受或服務之提供

消費者依消保法第十九條規定，得於收受商品後七日內，以退回商品或以書面通知企業經營者解除契約。所謂「收受」之定義，解釋上與受領同義，係指當事人處於實際得檢驗商品狀況之情況而言⁵⁷。再者，依消保法第十九條之一規定，服務交易以郵購買賣或訪問買賣之方式為之者，亦享有第十九條之解約權。另外，關於解約權之行使時點，86年消保法字第00824號函中明示：「有關消費者契約解除權之起算日係指消費者接受業者提供主要服務開始的次日起算」。學者有認為對於長期繼續性服務之提供，則於接受第一次服務後，可於七日內解約較無疑義，但如為短時間之服務契約，如算命、洗衣等服務契約，可否於七日內解約則持保留意見⁵⁸。服務的內涵無形，品質難以評價，尤其部分服務契約內容在賦予精神上之滿足，如算命、遊戲等，如消費者可於接受服務後（消費者已達其目的，不論滿意與否）再解除契約，對於企業經營者而言成本過大，因此對於服務提供之契

⁵⁷ 杜怡靜，從消費者保護法第十九條之一之增訂檢討無條件解約權之相關規定，月旦民商法雜誌創刊號，頁115。

⁵⁸ 杜怡靜，從消費者保護法第十九條之一之增訂檢討無條件解約權之相關規定，月旦民商法雜誌創刊號，118。

約似應區分類型，不應一蓋賦予無條件解約權。

5 解約權之消滅—未接受提供服務時，解約權仍然存在？

消費者解除契約之權利，若企業經營者已合法告知時，因七日期間之經過，其解約權消滅，毋庸贅述。再者，依消保法施行細則第十七條規定反面解釋，消費者若非檢查商品的必要，或者有可歸責於自己之事由，致其收受之商品有毀損、滅失或變更者，其解約權消滅。此外，企業經營者為郵購買賣或訪問買賣時，如果約定不得退回商品或以書面通知解除買賣契約或應扣手續費始得解除契約的話，依照消費者保護法第十九條第二項規定，這樣的排除約定是無效的。消費者仍然可以行使消費者保護法第十九條第一項的契約解除權。

值得討論者，當消費者與企業經營者訂立契約後一直未接受服務時，其解約權是否消滅？由於我國消保法並無明文，然依消保法施行細則第十八條之規定：「消費者於收受商品或接受服務前，亦得依本法第十九條第一項規定，以書面通知企業經營者解除買賣契約。」由此條規定觀之，似乎消費者於接受服務前其解約權並不消滅，然如果消費者長時間的不為接受服務，將使法律關係長期處於不安定之狀態，對於企業經營者殊為不利，德國民法第三五五條之解消權有最長六個月之限制，我國立法論上似可參

照，讓消費者至遲須於六個月內接受服務，決定是否解約。

三 分析檢討

(一) 特別法之困境

1 新型交易型態之出現

今日之社會，面對全球化、自由化、資訊化與科技化之新情勢，消費環境已發生極大變遷，大量生產、銷售以及消費的時代來臨，消費者與企業主呈現出人力、物力、財力、資訊力上等嚴重落差，消費者為弱勢的一群，爭議事件時有所聞從早期的函多氯聯苯米糠油事件到目前經常經常件之消費者爭議，如：預售屋買賣、電視購物、精油爆炸、度假村交易...等，再再顯現現今社會之多元性與多變化，目前我國雖有消費者保護法作為保障消費者之基本法，然甫經修正之消費者保護法即面臨數位化商品是否適用消保法關於郵購買賣之規定之難題，連立法者本身都交代不清了⁵⁹，更何況是消費者本身。新消保法修正時，曾有立委提議增訂網際網路買賣之相關規範，惟三讀通過之條文並未採納，僅附帶決議：「電子商務爭議未來勢必日益增加，為保護消費者，並期使電子商務交易秩序得以順暢建立，行政

院消費者保護委員會應會同各有關機關儘速完成電子商務相關法制之擬定⁶⁰」。因此，在可見之未來，將有著不可見之新型交易型態之陸續出現，針對此些不可預見之交易型態特別法之訂立乃無可避免。然而這些特別法所規範者亦屬民法之核心領域，納入民法典可使相關規定與體系更透明清晰而可清晰而窺其全貌，如欲透過特別法分割適用各種新型態之契約類型，法律人將不易熟悉了解、適用，消費者將更手無足措。

2 類推適用之可能性

特別法之訂立均有其特殊立法目的，如消保法第一條第一項：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。」因此法院之解釋適用法律亦須以此立法目的為準則。再，現今社會之發展瞬息萬變，原有的法律規定可能從最初之完整規範到最後之立法漏洞，於未修法前愈填補此漏洞無非透過類推適用，然類推適用有其界限並非無遠弗屆，此於特別法之立法模式下，更為明顯（過分類推將導致特別法變的不特別而是普通法了）。雪上加霜的是，於實務上嚴格採行以法論法之精神下，明顯違背法律明定之定義是類推適用難獲得支持。

⁵⁹ 杜怡靜，從消費者保護法第十九條之一之增訂檢討無條件解約權之相關規定，月旦民商法雜誌創刊號，頁 121。

⁶⁰ 參見立法院公報第 92 卷第 3 期，院會紀錄 6、9、28 頁。轉引自詹森林，消費者保護法增訂及修訂條文之要旨，載於台灣本土法學 45 期，頁 212。

(二) 消保法解釋原則之獨立發展
消費者保護法乃保障一般消費大眾之權益用以對抗實力強大之企業主，傳統一般民法上基於雙方平等地位所發展出來之解釋原則（例如，民法第九十八條）必須受到限縮，否則無異使一般小老百姓落入一個弱肉強食之社會，違反社會國立憲主義之精神。德國法院之判決在基於以德國民法第二百四十二條誠信原則為依據下，發展出了「個別商議約定優先一般交易條款」、「異常條款」、「不利益約款擬定人之解釋原則」、「約款絕對無效、相對無效事由、概括無效之規定等判例法，德國立法者在一九七六年制定一般交易條款法（AGBG），予以條文化，此些特殊的解釋原則均屬強制規定而別於債法多為任意法之性質，形成一套獨立的解釋規則。我國實務上，最高法院於民國七十年以後，於定型化契約條款效力上亦遇到相同之難題，如，印章辨識條款⁶¹、旅行業者之免責條款⁶²、金融機關之保證條款⁶³、董監事連保條款⁶⁴。最高法

⁶¹ 七十三年第十次、第十一次民事庭決議。

⁶² 八十年台上字第七九二號判決。

⁶³ 七十四年上易字第二〇六六號民事判決。

⁶⁴ 七十七年台上字第三六七號民事判決、七十八年台上字第二五五七號民事判決。

院除於七十七年台上字第三六七號民事判決中訴諸誠信原則外，於均以民法第七十二條所定之公共秩序為標準⁶⁵。誠信原則為各法領域之帝王條款，私法領域亦不例外，民法中處處可見誠信原則之具體化，如侵權行為之過失責任原則、契約法上歸責原則、危險負擔原則，惟誠信原則須儘量透過具體化條文加以適用，否則易造成法之不安定性、流於恣意。我國民法八十三年訂立之消費者保護法，尤其是第十一條以下關於定型化契約條款之解釋原則，正是繼受德國基於誠信原則發展出來之一般契約條款解釋原則，但也因此成為一套獨立、帶有其目的之解釋原則。

(三) 民法法律行為基礎理論發展之限縮—被淘空的民法

現行之民法典乃是立於當事人平等之基礎下所建立，因此基本上採取「私法自治」之原則，個人得依其意思形成私法上之權利義務關係。法律行為乃是實踐私法自治的主要手段，而私法自治之精神在於「個人自主」與「自我負責」⁶⁶，然私法自治機能的發揮須以當事人的自由平等，及由此而產生的自由競爭及機會均等為前提要件，使足確保契約內容之妥當性。然現行環境下，一般消費者，零散孤立，契

⁶⁵ 詹森林，民事法理與判決研究(三)，頁43。

⁶⁶ 王澤鑑，民法總則，2000年九月版，頁269。

約自由，徒具虛名，為了對抗於市場上處於優勢地位之企業主，國家法律必須做必要之介入，以維護正義，如：保障勞工權益之勞動基準法、維護交易秩序之公平交易法、保障消費者之消費者保護法...等，不勝枚舉。隨著這些特別法律不斷的制定公布，雖對一般大眾提供較完善之保障，但其解釋適用愈來愈具有獨立之特性，相對之下，民法典之適用愈來愈限縮而被掏空，此點值得我們深思。

（四）建構廿一世紀之民法—消保法與民法之合流

我國雖於民國八十九年對於民法債編為一大幅度之修正，然多於原民法典上做一調整。參照德國二〇〇二年之債法現代化，我們亦可預見將來我國債法亦會面臨與其相同之問題，而終將做一調整。我國目前關於消費者保護之立法乃採行雙軌制之模式，惟不但無法將所有關於消費者保護之規定全部納入，且消費者保護之單獨立法將使其法律地位不再清晰可見而無法窺其全貌，更嚴重者，乃削弱或掏空民法債編之內容，以如上述。為使消費者保護法免於過分優先適用民法規定，成為另一獨立解釋、適用之第二部民法典，唯有將全部消費者保護部份納入我國民法中，始能作為統一之民法典，而為符合統一民法典建構共通之解釋與適用原則。透過消費者保護法與民法之合流，將使的民法之發展更加進步、迅速，符合社會需求，

亦使的法律人及一般大眾更能窺得民法之全貌。

第四章 結論

德國民法在為數眾多的補充規定、增修規定或特別法之新價值與目標以及法官透過判決而為之法典續造下，原民法典之內涵已不堪負荷，再加上歐盟的成立使的德國民法必須加以歐洲法化，以符合歐盟之規定，因此促成此次大規模之民法典修正。修正之重點有四：消滅時效之統一、債務不履行之類型與法律效果之重新規定、買賣法之現代化還有其他特別法之納入。

關於消費者保護之規定有單軌制與雙軌制兩種立法模式，此次德國民法典之修正採行單軌制之模式，使其能成為統一之民法典具有共通之解釋適用原則，不至於使得民法典邊緣化，例如：消費者定義定入民法、消費者不附理由之解約權、特殊行銷方式之規定（訪問交易方式、遠距離交易方式、電子交易契約）。

我國目前採取雙軌制之立法模式，但由於特別法有其獨立之解釋適用方法，加上社會快速變遷，原有之立法規範產生不足，更甚者，實務上嚴格之法律解釋適用更將造成消費者保護之漏洞與缺失，如：與銀行訂立保證契約之一般市井小民，實務上一向認為保證人並未提供任何商品或服務，保證人並未因有保證契約而自銀行獲得報償，其性質應屬單務、無償契約，

尚非屬消費者保護法之有關消費法律關係，自無該法之適用。新修正之消費者保護法於第十九條之一增訂了服務交易準用郵購買賣與訪問買賣之相關規定，雖解決了部分爭議問題（如度假村會員卡），但有關解約權之期間長短、起算、除斥期間及數位化商品是否亦有適用等若干問題都尚未解決，有待學說及實務加以補充。

消費者保護法之特別法立法方式，不但其解釋適用有其獨立之模式，且通常須綜合民法相關規定，始能瞭解消費者與企業經營者之權利義務關係，如此分割適用使得人民不易了解其全盤體系及解釋適用原則。法國與奧地利都曾採取相同的方式，也另訂一部消費者保護法，但也慢慢的覺得他們此種立法的模式無法因應新型態的不同的消保法指令，因此也嘗試回歸到民法裡面，我們必須了解這個全世界的潮流。再者，我國最高法院嚴格解釋適用消保法與新型交易型態的不斷出現，惟有如德國法本次修正一樣，採取單軌制之立法模式，將消費者保護相關法令訂入民法與之合流，始能將上述問題畢其工於一役一次解決。