

# 消保法与民法之 分/与/合

---

The Relationship Between Consumer  
Protection Act And Civil Law

---

杨淑文◎著



中国政法大学出版社

# 消保法与民法之 分与合

The Relationship Between Consumer  
Protection Act And Civil Law

杨淑文◎著



中国政法大学出版社

2017·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

消保法与民法之分与合/杨淑文著. —北京：中国政法大学出版社，2017. 5  
ISBN 978-7-5620-7423-6

I. ①消… II. ①杨… III. ①消费者权益保护法—研究—中国 ②民法—研究—中国 IV. ①D923. 84 ②D923. 04

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第085859号

---

|       |                                                                                  |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------|
| 书 名   | 消保法与民法之分与合<br>XIAOBAOFA YU MINFA ZHI FENYUHE                                     |
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社                                                                        |
| 地 址   | 北京市海淀区西土城路 25 号                                                                  |
| 邮寄地址  | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088                                                   |
| 网 址   | <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名：中国政法大学出版社) |
| 电 话   | 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)                                                  |
| 承 印   | 固安华明印业有限公司                                                                       |
| 开 本   | 880mm×1230mm 1/32                                                                |
| 印 张   | 8.625                                                                            |
| 字 数   | 215 千字                                                                           |
| 版 次   | 2017 年 5 月第 1 版                                                                  |
| 印 次   | 2017 年 5 月第 1 次印刷                                                                |
| 定 价   | 30.00 元                                                                          |

## 作者简介

### 杨淑文

台湾地区高雄县人（1957年生）

### 现 职

政治大学法学院特聘教授

### 学 历

台湾大学法律系、法律研究所毕业

德国法兰克福大学法学博士

### 经 历

“经济部”法规委员会专员

第一联合事务所律师

政治大学法学院法律系主任

政治大学法学院法律科技整合研究所所长

政治大学法学院院长

## 序 言

我国台湾地区“消费者保护法”自1994年施行以来迄今已20年，其中亦有2000年之台湾“民法”债编之修正。我国台湾地区“民法”之制度采民商合一制度，其设定之基础系每一权利主体均为思虑成熟，交易时均可以理性思考决定交易行为。惟现代社会交易型態日渐改变，各种邮购、网络交易渐成形，而工业化带来之产品大量生产以及生产链或生产网络中之原料瑕疵所致之产品责任，或大量重复使用之定型化契约条款，大量消费者受有显微性损害而发生之消费纠纷与争议，均非传统民法所能妥当解决之问题。为因应上开产品责任与消费争议，因而有台湾“消费者保护法”之制定与施行，其后虽有2000年之台湾“民法”债编修正，惟消费关系乃民众交易生活之核心，此种双轨制之修法与立法，对于具体之消费争议问题，必须忽而以“消保法”忽而以“民法”为适用之依据，致使“消保法”与“民法”之关系如同连体婴般既无法各自独立，亦无法一致发展。反观德国民法于2002年修正时之三大争议点之一即将关于消费者保护之单行法规纳入民法之体系之中，其中包括定型化契约条款之规制、金钱借贷契约、消费性商品买卖契约等，其目的乃在求民法对于现行消费关系之妥善规范与解决。此次修法之后续发展，实值得我们密切观摩，深具参考价值。



身为法律教育工作之从事者，虽怀抱教学与研究之热忱，惟亦兼有为人妻、为人母之角色，只能期许自己小步地前行，但求每份工作能做一半即已心满意足。近年来亦担任学校行政工作，时间的分配与压缩亦总令我深觉无法事事圆满完成。但眼疾治愈后，深觉拨云见日，人生大放光明，我又得在浩瀚的外文书中悠游自得，深觉人生纵有柳暗，但却更觉花明之美。尤其也感受到父母赐给我生命最大的财富，就是乐观、开朗、积极、单纯的个性，让我可以在人生的路途无畏地前行，感恩父母。

另一方面，也因着我的双重角色，使我拥有更多，除了我的一双子女，也有一群在我这个园丁辛苦灌溉下日益茁壮的台湾政大学生们，愿他们未来都能扮演社会公义守护者的角色！最后，本书的校订，感谢昭然、珈漪、怡倩、思荔、佳茜、怡廷、姿羽以及祐涵、婉琦、奕璇等之辛劳！

楊淑文

谨序

# 目 录

C O N T E N T S

## 台湾地区“消费者保护法”与“民法”之分与合

### ——双轨制立法下的消费者与消费关系 / 1

#### 壹、民商合一制度之采行—权利主体之平等性 / 2

##### 一、“民法典”之制定与民商合一 / 2

##### 二、权利主体之特别保护必要 / 3

##### 三、消费者保护之趋势与立法 / 4

##### 四、“消费者保护法”与“民法”之关系 / 6

#### 贰、定型化契约规定与消费者 / 9

##### 一、定型化契约之效力 / 9

##### 二、定型化契约条款之拟定与一方之优势地位 / 18

##### 三、分析检讨 / 22

#### 叁、特种买卖与消费者 / 25

##### 一、邮购买卖 / 25

##### 二、访问买卖 / 26

##### 三、所适用之交易型态 / 28

##### 四、消费者之无条件解约权 / 30

#### 肆、商品（服务）责任与消费者 / 33

##### 一、商品之定义 / 34

##### 二、服务之定义 / 35

##### 三、请求权主体—消费者与第三人 / 37



## 伍、分析检讨 / 41

- 一、德国法上之消费者与消费性契约 / 41
- 二、单轨制之立法 / 43
- 三、双轨制之立法 / 44

## 定型化契约之管制与契约自由

——德国与我国台湾地区法制发展之比较分析 / 48

### 壹、定型化契约之盛行与规制 / 49

- 一、定型化的契约条款之盛行与效率之需求 / 49
- 二、有名、典型契约之补充法性质 / 50
- 三、单方形成力之规制必要 (die kontrolle einseitiger Gestaltungsmacht) / 51
- 四、管制之障碍 / 53

### 贰、德国法上关于定型化契约条款之规制 / 54

- 一、定型化契约条款规制法制定前 / 54
- 二、定型化契约条款规制法 (AGB - G) 之制定 / 56

### 叁、我国台湾地区相关法制之发展 / 60

- 一、定型化契约条款之管制 / 60
- 二、条款之效力 / 69
- 三、异常条款—未经记载于定型化契约? / 76
- 四、个别磋商条款 (dividualabrede) —约定或条款? / 79

### 肆、分析检讨 / 81

- 一、“消保法”与“民法”相关规定之融合 / 81
- 二、绝对无效与相对无效条款之应予增订 / 82
- 三、由任意性规定发展为半强行法 / 83
- 四、“消费者借款法”之任意规范空白 / 85

## 消费争议与消费诉讼 / 87

### 壹、消费争议与“消保法” / 88





- 一、“消保法”之立法 / 88
- 二、消费争议与消费诉讼 / 90
- 贰、“消保法”第7条之产品与服务责任 / 90
  - 一、个别消费者提起之诉讼 / 90
  - 二、消费者集体诉讼 / 99
- 叁、定型化契约条款之争讼 / 120
  - 一、定型化契约之盛行与规制 / 120
  - 二、德国法上之团体诉讼 / 126
  - 三、“消保法”第53条之不作为诉讼 / 129
- 肆、结论 / 133

## 消费者借款债务（双卡债务）之清偿不能 / 135

- 壹、消费金融服务与双卡风暴 / 136
  - 一、消费行为与消费融资 / 136
  - 二、消费融资债权之风险 / 137
  - 三、双卡之盛行 / 138
- 贰、双卡之循环利息与迟延损害 / 139
  - 一、信用卡与现金卡之循环借款契约 / 139
  - 二、金钱债务之迟延损害 / 140
  - 三、实务见解 / 142
- 叁、德国之学说与实务发展 / 144
  - 一、从分期付款买卖到融资型之分期付款 / 144
  - 二、现代型债务金字塔之出现 / 145
  - 三、1990年消费者借款法 / 148
  - 四、德国现代化之债法 / 149
- 肆、我国台湾地区法之困境与突破 / 154
  - 一、“民法”上之消费借贷与金钱借贷 / 154
  - 二、约定利率 / 156
  - 三、信用卡契约之终止与迟延损害 / 159



伍、结论与建议 / 162

附论：2002 年德国债法关于金钱借贷契约条文英译本 / 165

## 主债权范围扩展条款之无效与异常

——“最高法院”2002 年度台上字第 2336 号判决评析 / 180

壹、案例事实与判决理由 / 181

一、案例事实摘要 / 181

二、原审法院见解 / 182

三、“最高法院”见解 / 183

贰、问题之提出与说明 / 184

一、主债权之范围为何？ / 184

二、保证定型化契约 / 186

叁、定型化契约条款与契约自由原则 / 187

一、定型化契约条款之订入契约 / 187

二、定型化契约条款之法律规范与司法审查 / 189

肆、危险扩展条款之无效与异常 / 192

一、危险扩展条款与我国台湾地区“民法”  
第 247 条之一 / 192

二、危险扩展条款与异常条款 / 196

伍、结论 / 201

## 工程定型化契约之履约保证条款（含立即照付约款） / 203

壹、工程契约之性质 / 204

贰、债权之实现与担保权利 / 205

一、法定担保权利之类型——从属性 / 205

二、担保权利之定型化契约条款 / 206

三、约定担保权利类型 / 206

叁、工程履约保证金 / 207

一、履约保证金之担保范围 / 208



- 二、履约保证金之性质—担保给付 / 209
- 三、履约保证金与信托让与担保 / 209
- 肆、银行保证金保证书（附立即照付条款） / 210
  - 一、实务案例中之约款 / 211
  - 二、立即照付条款之目的与功能—代替担保金之给付 / 213
  - 三、立即照付约款之法律关系 / 213
- 伍、立即照付约款之从属性或独立性 / 216
  - 一、保证契约说 / 216
  - 二、付款之承诺 / 219
  - 三、担保契约 / 221
- 陆、分析检讨 / 222
  - 一、保证契约之从属性 / 222
  - 二、独立的担保契约 / 223
  - 三、立即照付约款 / 224
  - 四、暂时的阻却抗辩权 / 225
  - 五、保证银行之抗辩权不仅为保证人之权利，亦为保证人之义务 / 225
  - 六、德国法上肯认“立即照付约款”之作用 / 226
- 单一声明下之重叠、选择或预备合并
  - “最高法院”之相关判决之评析 / 227
  - 壹、争议问题 / 228
  - 贰、竞合（重叠）及选择合并 / 229
    - 一、传统诉讼标的理论下之诉之合并 / 229
    - 二、竞合合并或重叠合并 / 230
    - 三、选择合并 / 233
  - 叁、预备合并 / 239
    - 一、预备合并之意义与合法要件 / 239



二、类似之预备合并 / 242

三、实务见解 / 243

四、小结 / 246

肆、分析检讨 / 247

一、诉讼标的与法律适用之主张 / 247

二、传统诉讼标的理论与诉之合并—非真正数个  
诉讼事件 / 251

三、重叠（竞合）之合并之内在矛盾 / 251

四、预备之合并—原告排序之主张 / 255

五、选择合并 / 263

# 台湾地区“消费者保护法”与 “民法”之分与合

——双轨制立法下的消费者与消费关系

## 目 次

### 壹、民商合一制度之采行—权利主体之平等性

一、“民法典”之制定与民商合一

二、权利主体之特别保护必要

三、消费者保护之趋势与立法

四、“消费者保护法”与“民法”之关系

(一) 产品及服务责任

(二) 定型化约款之效力

(三) 特种买卖与解约权

(四) 消费资讯之规范

(五) 消费者之定义

### 贰、定型化契约规定与消费者

一、定型化契约之效力

(一) “消保法”施行前

(二) “消保法”制定后

二、定型化契约条款之拟定与一方之优势地位

(一) 定型化契约产生之背景

(二) 缔约地位对等与契约正义

(三) 不对等缔约地位之调整

三、分析检讨

### 叁、特种买卖与消费者

一、邮购买卖

二、访问买卖

三、所适用之交易型態



#### 四、消费者之无条件解约权 伍、分析检讨

##### (一) 实务见解

##### (二) 本文见解

#### 肆、商品(服务)责任与消费者

##### 一、商品之定义

##### 二、服务之定义

##### 三、请求权主体—消费者与第三人

##### (一) 消费者

##### (二) 第三人

##### 一、德国法上之消费者与消费性契约

##### 二、单轨制之立法

##### 三、双轨制之立法

##### (一) 消费者定义不应具局限性

##### (二) 消费者保护之规范目的应具有扩展性

## 壹、民商合一制度之采行— 权利主体之平等性

### 一、“民法典”之制定与民商合一

“民法典”之制定，首先见于清末民律草案之起草，惟未公布施行。民国14年公布第二次民律草案，内容采五编制，虽经各级法院引用，然尚未成为正式法典。新民法典之编纂，则分各编进行，于民国17年间至民国20年陆续纂修，民国20年5月5日施行，而有完全民法典之诞生。

“民法典”之体制，则承继自德意志式(Pandectae)<sup>[1]</sup>，而非采罗马式(Institutiones)，亦即德国私法学者之著述所采在债权、物权、亲属、继承四编之前，冠以总则一编；另外则区分财产权为债权、物权两大部分。

[1] 史尚宽：《民法总论》，第4页。



“民法典”于总则编中关于权利主体部分，采男女平等原则，与大清民律第一草案有所不同，不认妻为限制行为能力人。另外，立法之初，关于民商合一与民商分立之制度亦有所争论。观之《民商法划一提案审查报告书》所载，采行民商合一系基于下列理由：①商法典之订立，实始于法皇路易十四，商人乃为特殊阶级，民国以来，商人并非特殊阶级，不应被歧视。②民商合一与法律之进步或停滞并无关系。③民商合一制中，关于商法规应趋于国际性者，立法者可酌量规定，不因合一而有影响。④何种行为系属商业行为，标准难以确定。⑤商法规定之内容，无法以总则贯穿全体。⑥民商划分，适用上亦成困难。因此，民法总则编公布以后，乃由立法院长向中央政治会议提议，请订民商统一法典，并参酌瑞士、苏俄之法规，将性质上便于在民法合一规定者，如通常属于商法总则之经理人与代办商、与通常属商行为之交互计算、行纪、仓库、运送营业及承揽运送，均一一入民法债编，其他则另订公司、票据、海商及保险等民事特别法。

“民法典”之制定，通常仅能对抽象事项予以一般原则性规定，对于特定事项类型化或区别化之发展，则有赖于法典制订以后之解释与学说理论之发展。民法债编各论中之经理人、代办商、行纪、仓库、运送营业及承揽运送则均系于交易惯例或商业性定型化契约条款之发展，故一般传统民法之学说或理论较少触及，相关实务争议案例亦较少，形成一处传统民法领域中之“休眠状态”。时至今日，商事法领域发展之特别法化、国际化、统一化与专业化，已逐渐脱逸民商合一之体制。

## 二、权利主体之特别保护必要

我国台湾地区“民法”中关于特定权利主体予以特别保护而设有不同规定者，首见对于限制行为能力人，即未成年



人之保护。满7岁而未成年之人虽有权利能力，但基于意思能力不成熟或不完全，于为法律行为时势必难以为正确之决定，因此有予以特别保护之必要。其为意思表示或受意思表示时，依我国台湾地区“民法”第77条规定，应得法定代理人之允许。

其次，亦有国家或地区为达成特定行政目的，对于特定之自由经济交易关系，予以干涉或调整者，例如，我国台湾地区“关于土地政策之三七五减租条例”中所规定对于耕地地租之限制规定，对于佃农予以特别之保护。或其基于保护劳工之社会政策而制定之“劳动基准法”，就劳动契约之类型、雇主终止契约、工资、工时、休假等劳动条件予以明订，除契约之形式自由外更求实质上平等。另外，亦有基于防卫目的而制定之“军人及其家属优待条例”，对于征召服役之军人予以特别保护。

上述立法目的上应予以特别保护之人，均系以特别法立法之方式为之，以适用于上述特别事项，并不影响我国台湾地区“民法”其他规定对于一般权利主体之适用。

### 三、消费者保护之趋势与立法

自从西方工业革命发生后，由于生产技术进步，使得产品及服务不论在种类或数量上均大量增加，更由于大众传播媒体的发达与国际贸易的盛行，各种行销方法及渠道日新又新，从而渐渐形成大量生产、大量销售、大量消费的社会。

我国台湾地区自1965年修正“商品检验法”，明白揭示保障消费者权益后，即陆续制定许多关于消费者保护之行政管制法律，如“化妆品管理条例”“农药管理法”“食品卫生管理法”“商品标示法”“公平交易法”“药事法”等相关法规，并制定“消费者保护方案”以为制订消费者保护法之参考，而于





1987年经“内政部”提出消费者保护法草案后<sup>[1]</sup>，于1994年1月三读通过而公布施行，开创消费者保护之新里程碑。关于其立法理由则指出，由于消费者资讯来源不易，一些不良厂商以不实广告、不平等定型化契约条款、虚伪的标示、不良的设备、不安全的產品而使消费者受到侵害，蒙受损失。此外，各国或地区消费者保护潮流涌现，消费者自身权利意识日渐高涨，必须平衡兼顾经济发展与消费者保护<sup>[2]</sup>。1963年，国际消费组织联盟（IOCU）根据1962年美国总统一肯尼迪首次提出消费者的四大权利——讲求安全、知道真相、选择及表达意见的权利，再定出消费者的八大权利、五大义务，而成为世界各国消费者的共识，其内容如下：①基本需求：消费者对维持生命之基本物质与服务，有要求提供之权利；②讲求安全：消费者对有危害健康与生活之产品与服务，有抗议之权利；③正确资讯：消费者对可作为选择参考之资讯，有被告知事实真相之权利；④决定选择：消费者对各种商品与服务之价格决定与保证品质，有请求在充分竞争条件下形成之权利；⑤表达意见：消费者对有关消费者权益之公共政策，有表达意见之权利；⑥请求赔偿：消费者对瑕疵之产品或低劣品质之服务，有请求赔偿之权利；⑦消费教育：消费者对有关消费之知识与技巧，有取得之权利；⑧健康环境。

惟从我国台湾地区“消费者保护法”之内容观之，主要部分包含：①明定消费者权益事项；②建立消费者保护行政体系；③扶植消费者保护团体；④建立消费争议案件处理制度等。其中②、③部分，兼含行政目的之行政法性质，①则为消费者对企业经营者得主张之民事实体法权益，而④则属实现权利内容

---

[1]（台）“行政院”消费者保护委员会编印，《消费者保护法研究》第1辑，第2~3页。

[2]《立法院公报》第77卷第102期，第26页以下。