

訴訟外民事紛爭解決程序中 公平合理原則之適用 ——以金融消費評議事件之運用為中心

王怡蘋^{*}、姜世明^{**}

要 目

壹、前 言	(三)法律限制之例外
貳、公平合理原則之基本內涵	(四)裁判上或評議上之作用
一、概 說	參、公平合理原則之具體操作模式
二、公平及公平合理等概念在法律上之作用	——以金融消費評議為例
(一)實體法層面	一、法依據
(二)程序法層面	(一)英國法
三、公平合理原則之法體系協調性	(二)臺灣法
四、公平合理原則之作用面向	二、公平合理原則適用之特殊性
(一)契約解釋	三、公平合理原則類型化操作
(二)法律本身之適用	(一)契約解釋 (Contract Construction)
	(二)舉證責任 (Burden of Proof)

DOI : 10.3966/102398202019090158001

^{*} 臺灣大學法律系博士候選人，北京清華大學法學博士。

^{**} 政治大學法學院教授，德國慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：一〇七年七月十六日；接受刊登日期：一〇七年十一月二十四日

責任校對：林嘉瑛

(三)不當銷售 (Mis-Sale)	三、責任程度之衡量
(四)違規行為 (Violation against Code of Conduct)	(一)一致性處理原則
(五)紛爭處理或案件管理不善 (Bad Case Handling or Poor Administration)	(二)個案情狀
肆、對金融消費評議之操作指引	伍、結 論
一、責任成立之要件	一、替代紛爭解決程序中啟動公平合理原則之目的及限制
(一)行為方式對契約解釋之影響	二、公平合理原則之適用方針
(二)民事責任與行政責任之區辨	三、金融消費紛爭事件類型化處理原則之建議
(三)公平合理原則適用界線之評估	(一)契約條款之解釋適用
二、責任範圍之界定	(二)舉證責任分配及減輕
(一)不以法律有規定者為限	(三)不當銷售
(二)判斷基準	(四)違規行為
	(五)紛爭處理或案件管理不善

摘 要

公平合理原則於我國民事程序法及訴外紛爭解決程序中，不乏具體體現之規定，例如：民事訴訟法第377條之1第3項、第436條之14、強制執行法第1條、鄉鎮市調解條例第19條、政府採購法第6條、仲裁法第31條等，其作用及於實體及裁判等不同層次，包括契約解釋、法律適用、基於公平考量之例外限制規定、舉證責任分配、證據調查等。我國金融消費者保護法第20條第1項參考英國金融評議人制度，明定評議機構應依公平合理原則作成決定，鑑於金融商品服務多樣化及金融消費爭議之特殊性，英國金融消費評議機構就公平合理原則發展出有別於法院依法裁判之操作模式，本文藉由案例類型化之比較分析，分從責任成立、責任範圍及程度，評估如何適用公平合理原則，並歸納出操作標準供實務參考之用。

關鍵詞：公平合理原則、訴外紛爭解決程序、金融消費評議、評議決定、衡平仲裁、顯失公平、衡平原則、合理期待、公平對待客戶、不公平契約條款

壹、前言

在法治國中，人民對於國家權力措施之實行，期待藉由依法行政及依法審判，得以確保法安定性。然而，無論實體法或程序法中，為維護個案正義，仍利用部分不確定法律概念及法理原則，給予適用法律者於適用法律時有一定彈性之空間，以緩和因嚴格遵守實定法或契約自由原則下所訂定契約之文義，而有造成不公平或顯不公平之情事。例如民法第1條以法理作為法源，其中，公平正義亦為民事法之基本法理。另誠信原則及禁止權利濫用，亦得用以規制或調整一造當事人因嚴格適用法律或契約約定所造成不公平之狀況。

在民事程序上，其立法架構固以法安定性為基本原則，但對於個案正義之追求，仍為法治國中司法之基本任務。民事訴訟程序中，法院依法審判，此所謂依法，固包括一切法源，例如實定法、習慣法、法理等。有法律規定可依誠信原則或情事變更或禁反言等，而得背於契約約定條款時，固仍屬依法裁判。而於無法律或習慣法時，得依法理，此法理適用，依民法第1條規定，或亦可認為仍屬於依法律裁判¹之一環。

然而，在程序法上，除誠信原則、顯失公平等類法概念之使用，得用以兼顧個案正義之實現外，在部分民事程序法中，乃加入傳統上較不常見之概念，例如公平合理原則或公平、衡平等概念，例如，強制執行法第1條第2項乃揭示公平合理原則，而民事訴訟法第436條之14乃規定公平裁判，此類規定，究竟如何適用？在傳統

¹ 若仲裁可區分為法律仲裁與衡平仲裁。如此，在民事程序法上在依法律裁判外，是否尚有給予法官不受法拘束而另為衡平裁判之可能？而此所謂衡平裁判，在法院以民法第1條之法理中公平作為其對法律為目的性限縮或擴張或類推適用時，尚有何等存在空間，實有討論空間。

民事訴訟審判操作者對此並不熟悉，本文有鑑於國內對於金融消費紛爭事件中公平合理原則之適用，與民事訴訟法上對此之研究及實務見解者相較，乃較為豐富，雖具其特殊發展背景與內涵，惟若能就此加以研究，應有助於程序法學者對此類原則之認識；而我國金融消費者保護法（下稱「金保法」）立法時又係以英國金融評議機構（Financial Ombudsman Service Ltd., FOS）之運作為主要參考依據²，故擬以臺灣及英國金融消費評議程序為中心，循類型化案例之比較方法，探討公平合理原則之意義、適用界線及操作模式，以供參考，或有助於民事程序法上對此概念之運用得有進一步拓深認識之空間。

貳、公平合理原則之基本內涵

一、概說

基本上，何謂公平？固可區分為形式上公平與實質上公平，而法律上之公平乃強調等者等之，不等者不等之，並非齊頭式之平等。公平乃公正及平等之對待，禁止歧視待遇。而為達到實質公平，部分情形，亦有對於弱勢者特別優惠照顧之必要。除結果上之分配正義外，在分配程序上亦須符合公正及平等。至於合理，係符

² 參金融消費者保護法立法總說明：「……為保護金融消費者權益，公平、合理、有效處理金融消費爭議，以增進金融消費者對市場之信心，並促進金融市場之健全發展，爰參考英國金融服務暨市場法、英國金融公評人（Financial Ombudsman Service Ltd.）與新加坡金融業調解中心（Financial Industry Disputes Resolution Centre Ltd.）運作機制及國內相關法規，擬具『金融消費者保護法』草案，藉由強化金融消費者保護措施及建立金融消費爭議處理機制，以期達成保護金融消費者權益、增進金融消費者對市場之信心及促進金融市場健全發展之目標……（下略）。」另參立法院議案關係文書院總字第1043號，政府提案第12437號。

合事理、符合事物之倫理。此事理乃人事、物間之基本倫理，亦包括知識上之論理邏輯。合法者，通常合於公平及合理；但亦有合法，卻不公平或不合理者。在契約自由下，何等情形，在合法及合於契約下，對於不公平或不合理處，法院得於何程度下（顯失公平或有違公平）介入及審查？在法律未授權下，法院介入之基礎何在？而在訴外紛爭解決程序（Alternative Dispute Resolution, ADR）中，容許較高之公平合理審查，若該等制度中具有相當裁判之性質，其介入如何運用，始不致架空既有法規範體系，甚至造成法律適用一國多制或體系不相容之狀態，實值深思。

就公平合理原則，在我國並未有立法上之明確定義，因而其與公平、公平原則或衡平等概念，在實務上之運用，似乎呈現為一不待定義之自明之理。例如在我國法院實務上，常見利用公平或公平合理作為法原則適用者，例如對於民事訴訟法第277條但書規定，有認為基於公平原則應減輕受益人舉證責任（最高法院103年度臺上字第1465號民事判決）、或係為求舉證責任分配之公平合理者（最高法院103年度臺上字第1451號民事判決），對於不當得利舉證責任分配之原理求諸公平合理者（最高法院106年度臺上字第1062號民事判決、最高法院106年度臺上字第249號民事判決）、工程履約爭議須符合公平合理者（最高法院106年度臺上字第96號民事判決、最高法院105年度臺上字第1606號民事判決）、優先承買權爭議認土地法第104條第1項係追求公平合理者（最高法院103年度臺上字第1481號民事判決）或分割共有物裁判亦追求分配符合公平合理（最高法院106年度臺上字第3008號民事判決）等，就此，似可認為實務上似認公平合理乃與公平、公平正義等概念類似，均可作為民事法之基本法理³。

³ 衡平也是德國判決中常見之用語，通常被視為實現個案正義的化身，且衡平

除實務之運用外，在立法上，政府採購法第6條之立法理由（一九九八年五月二十七日）揭示維護公共利益及公平合理為民事契約之基本內涵，其中公平合理原則並成為該條第1項機關辦理採購時之基本原則；而在強制執行法第1條第2項、行政執行法第3條亦規定執行應符合公平合理原則。在強制執行法或行政執行法規定之公平合理原則基本上係對於債權人及債務人利益之衡量，避免苛酷執行，其概念運用乃與比例原則部分重疊，於實務上運用，相對有規則可依循。

而在民事訴訟法上於第377條之1第3項所規定之衡平法理、第417條第1項所規定之兩造利益之平衡，尤其係第436條之14所規定公平之裁判，乃至於金融消費者保護法第1條、第20條第1項規定之公平合理原則，其各自特殊性何在？有何實質內涵，可供實務操作依循？其界線又何在？如何符合兼顧法安定性及個案正義之程序法之法理要求？乃基本問題之所在。

二、公平及公平合理等概念在法律上之作用

（一）實體法層面

1. 契約訂立與契約解釋

在英國契約法上，不論是契約成立或契約解釋，均可見「合理」概念之運用。關於契約之訂立，英國採取客觀標準而非主觀標準，但這不表示當事人之真意可當然予以忽略⁴。原則上，若當事

常與正義搭配或混用。許政賢，契約結果導向的司法控制，政大法學評論，135期，頁87以下，2013年12月。

⁴ 持較為極端的客觀標準論者，則認為客觀標準在任何情況下均得適用，不受限於當事人主觀之合意，參William Howarth, *The Meaning of Objectivity in Contract* (1984) 100 LQR 265 and J. P. Vorster, *A Comment on the Meaning of Objectivity in Contract* (1987) 103 LQR 274.

人主觀上的意思合致並無爭議，自當據此認定契約成立。反之，如有爭議，法院得在一定情況下修正其中一方當事人之錯誤，使契約得以成立。在客觀標準下，若一方當事人對契約之解釋與理解並無錯誤，則其合理期待應當受到保護，「契約成立與否不考慮當事人之主觀期待或內心意思保留為何，而是以誠實之人的合理期待作為判斷基準」⁵。

在已有書面契約存在之情形，書面文字則成為契約合意內容之主要依據。除非因歧異而有另事他求之必要、或涉及專門技術用語，或依一般的文義解釋將造成荒謬結果者外，原則上應從書面本身之文字，按客觀上的一般意義作解釋⁶。但依據「事實情境法則」(Doctrine of Factual Matrix)⁷，若依據締約當時當事人合理可得之背景資訊，可明確探得契約文字不符當事人之真意者，法院得例外以其他文件或證據，作為契約解釋基礎。

此外，英國及歐盟之立法及司法實務，亦存在若干對「不公平」對待客戶行為之規制措施，例如：不公平之契約條款無效⁸。

⁵ “English law generally adopts an objective theory of contract formation. That means that in practice our law generally ignores the subjective expectations and the unexpressed mental reservations of the parties. Instead the governing criterion is the reasonable expectations of honest men.”, *G Percy Trentham Ltd. v Archital Luxfer Ltd.* [1993] 1 Lloyd’s Rep 25 at 27 (Steyn LJ).

⁶ KIM LEWISON, *THE INTERPRETATION OF CONTRACTS*, para. 5.01 (3d ed. 2004); GUENTER H. TREITEL, *LAW OF CONTRACT* 192 (11th ed. 2003).

⁷ 有關英國事實情境法則之闡述，參 *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*, [1998] 1 WLR 896, [1998] 1 All ER 98.

⁸ 參照英國1977年不公平契約條款法 (Unfair Contract Terms Act 1977)；1993年歐盟發布之不公平契約條款指引 (Directive on unfair contract terms in consumer contracts in 1993)，嗣後納入英國1999年不公平契約條款規則 (Unfair Terms in Consumer Contract Regulations 1999)；2003年歐盟發布之企業對個人不公平商業實務指引 (Directive on unfair business-to-consumer

例如二〇〇三年歐盟發布之「國際市場上企業對個人不公平商業實務指引」(Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the Internal Market in June 2003)，「不公平」(unfairness)的定義係指違反專業標準，導致一般消費者或特定交易目標對象之決定遭受曲解，特別是有誤導(misleading)或具有侵略性(aggressive)的情況⁹。其中，是否構成誤導，繫於「若無該誤導行為」之假設前提下，平均的一般客戶(the average consumer)會否作成該交易決定。提供錯誤、不明確或模糊之資訊，包括涉及商品之重要屬性、可取得性、利益、風險、執行方法、組成，商品銷售後之協助、申訴處理、及其提供之方法及時間，商品計價方式等訊息，依情形均有可能生誤導之情事。消極不作為如構成隱匿重大資訊者，例如：商品屬性、取消交易之權利、價格，或有事前無法合理確定之額外數量等情事，亦屬之¹⁰。

具侵略性的不公平行為則略有：騷擾、強迫或不當影響等型態，成立與否取決於假設性因果關係能否成立(but for rule)，相關考量因素包括：時點、性質、欠缺一貫性，使用具威脅性或過當之言語或行為、剝奪客戶主要財源，以契約外之理由不成比例地妨礙客戶行使契約上權利等¹¹。

2. 契約顯失公平

契約法上之顯失公平概念(Unconscionability)最早可追溯至

commercial practices in the Internal Market in June 2003)等。

⁹ “practices...contrary to the requirements of professional diligence that are likely to distort the decision-making of average consumers or those targeted by the business”, Art. 5(1), Art. 5(2), Art. 5(4).

¹⁰ Art. 5(2), 6(1); Annex1, para. 11; Art. 6(1)(a), 6(1)(d), 7(1), 7(3)(a), 7(3)(e), 7(3)(c).

¹¹ Art. 8, Art. 9.

羅馬法的差額逾半原則（the doctrine of laesio enormis）¹²，意指當事人間對價給付之利益價值相差逾半而顯不成比例時，處於不利益地位之一方當事人得撤銷該筆交易。英國法院早在一六九七年即建立顯失公平契約條款不具執行力之衡平法則¹³，美國最高法院於一八五三年Eyre v. Potter案¹⁴，認為「顯失公平」乃依個案情形足以撼動法官良知之不當行為（“behavior sufficiently outrageous to shock the conscience of the court”）。

美國統一商法典第2-302條規定，契約全部或一部依締約當時情形「顯失公平」者，法院得駁回執行全部或一部條款之請求，或限制該顯失公平條款之適用以避免不公平結果之發生¹⁵。其立法目的在於防免契約一方當事人承受壓迫或超乎其認知之不公平，或一方濫用談判地位之優勢操控風險分配，不當轉嫁予他方當事人¹⁶。但就何謂「顯失公平」，條文中並未加以定義，而留待法院予以補充¹⁷。一九六五年一則代表性案例——Williams v. Walker-Thomas

¹² CHARLES L. KNAPP & NATHAN M. CRYSTAL, PROBLEMS IN CONTRACT LAW 660 (3d ed. 1993).

¹³ Earl of Chesterfield v Janssen, 2 Ves. Sr. 125, 128; Eng. Reprint, 82 1 Atk. 301, 26 Eng. Report, 191 18 Eng. Rul. Cas. 289 (1750), cited in Louis J. Vener, *Unconscionable Terms and Penalty Clauses: A Review of Cases Under Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 89 COM. L.J. 403, 404 (1984).

¹⁴ 56 U.S. (60 How.) 42 (1953), cited in Donald R. Price, *The Conscience of Judge and Jury: Statutory Unconscionability as a Mixed Question of Law and Fact*, 54 TEMP. L.Q. 743, 747 n.3 (1981).

¹⁵ U.C.C. § 2-302 (1991).

¹⁶ U.C.C. § 2-302, cmt. 1: “The principle is one of the prevention of oppression and unfair surprise and not of disturbance of allocation of risks because of superior bargaining power.”

¹⁷ 美國契約重述第208條同樣僅規定契約或其條款於訂立時顯失公平者，法院得拒絕執行，或僅執行顯失公平條款以外之其餘部分，或對顯失公平條款之適

Furniture Co.，該案上訴法院認為「顯失公平」係指，一方當事人無從為有意義的選擇，且依情形該契約條款顯不合理地偏向有利於另一方當事人（“an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party”）¹⁸。但其後亦陸續有判決認為，過高的對價（“excessive price”）本身即足以構成「顯失公平」。

學者Arthur Allen Leff認為，顯失公平可分從程序上及實體上之兩面性予以理解¹⁹。「程序上顯失公平」（Procedural Unconscionability）係針對談判過程的公平性而言，分析上包含兩項要素：壓迫（oppression）及不公平的突襲（unfair surprise）。壓迫係指談判能力的不對稱導致一方當事人無從就契約內容進行實質談判並作出有意義的選擇，例如：利用簽訂定型化契約或附合契約之方式，使他方當事人無從自市場上取得更好的交易條件而為合理的選擇；不公平的突襲係指超乎一方當事人可得合理查知，進而行使知情後同意之範圍。例如：利用他方疏忽或未注意所取得之同意；此外，以極微小字體印刷，或對於一般消費者而言難以理解的複雜

用加以限制，以避免產生不公平結果。Restatement (Second) of Contracts § 208 (1981): “If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.”

¹⁸ 350 F.2d 445, 449 (D.C. Cir. 1965).

¹⁹ Arthur Allen Leff, *Unconscionability and the Code—The Emperor’s New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485, 489 (1967). Robert A. Hillman則認為判斷消費者契約有無顯失公平，必須考量到個人因素，例如：教育程度不足、缺乏採取適當調查之資源、無法取得合理信用額度、肢體障礙等，參Robert A. Hillman, *Debunking Some Myths About Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302*, 67 CORNELL L. REV. 1, 30-31 (1981).

條款，通常被認為是導致不公平突襲成立的原因。與「程序上顯失公平」相關的考量因素包括：主張顯失公平之一方當事人的年齡、智識程度、商業經歷；他方當事人的談判能力；以及系爭契約的商業目的²⁰。

「實體上顯失公平」（Substantive Unconscionability）係針對談判結果，亦即契約實質內容的公平性而言，分析上包含兩項要素：偏向對一方有利（one-sided）以及對他方當事人構成壓迫（oppressive）。例如：將風險分配以不合理、非預期的方式轉嫁由一方當事人承擔，使得契約明顯偏向對其中一方當事人有利，而對另一方當事人過於嚴苛者。對價給付過高而失當、透過免責聲明或限制責任條款對損害賠償責任施以不當干擾者，均屬「實體上顯失公平」之適例²¹。

儘管多數學者認為，美國統一商法典第2-302條「顯失公平」之概念兼指程序上及實體上的「顯失公平」，必須二者兼備始足當之²²，但實務看法則呈現分歧，採取學界通說者，認為除了談判結果顯失公平（例如：對價過高失當）之外，尚須存在談判過程顯失公平之情事（例如：有詐欺行為介入或談判地位過度懸殊）；反之，談判過程雖有顯失公平之情形（例如：以簽訂定型化契約之方

²⁰ Leff, *id.* at 487; Craig Horowitz, *Reviving the Law of Substantive Unconscionability: Applying the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing to Excessively Priced Consumer Credit Contracts*, 33 UCLA L. REV. 940, 944-46 (1986); Jane P. Mallor, *Unconscionability in Contracts Between Merchants*, 40 SW. L.J. 1065, 1071 (1986); 1 Hawklund U.C.C. Series § 2-302:3 (Art. 2).

²¹ Leff, *supra* note 19, at 487-88; 1 Hawklund U.C.C. Series § 2-302:4 (Art. 2).

²² JAMES J. WHITE & ROBERT S. SUMMERS, UNIFORM COMMERCIAL CODE 206, 231 (4th ed. 1995); Gerald T. McLaughlin, *Unconscionability and Impracticability: Reflections on Two U.C.C. Indeterminacy Principles*, 14 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 439, 446 (1992).

式令他方當事人無從進行有意義的選擇），但契約條款實質內容並未明顯偏向對一方當事人有利者，亦不足認為契約顯失公平。相對於此，有部分法院以契約內容是否顯失公平為觀察重心，至於談判過程中是否有不當行為，於契約顯失公平之論斷並非必要²³。

3. 公序良俗與定型化契約條款之管制

大陸法系之立法例，以契約自由原則為約定之債的核心思想，本於私法自治原則，不涉及公共利益之私人間財產關係，其權利義務之發生與消滅原則上尊重交易當事人形成之自由意思，只要當事人具有完全行為能力，在締約過程中未有意思表示不一致、不健全、不自由之情形且契約內容亦未違反法律之強制、禁止或公序良俗之規定，國家即尊重當事人之意思形成，賦予其一定之法律效果²⁴。

德國民法容許介入私人財產關係之契約效力者，以民法總則編第138條（第1項規定法律行為違反公序良俗者無效，第2項規定暴利行為）以及債編第305條以下（有關定型化契約之管制）最為重要。與英美法系之顯失公平原則不同者係，德國民法就法院介入之

²³ 認為「程序上顯失公平」及「實體上顯失公平」必須同時具備者之案例，參 277 A.2d 111 (D.C. 1971), 307 So. 2d 507 (Fla. Dist. Ct. App. 1975), 386 N.Y.S.2d 747 (Sup. Ct. 1976); 認為只要「實體上顯失公平」即足者，相關案例介紹參 Horowitz, *supra* note 20, at 951-58 (citing Kugler v. Romain, 279 A.2d 640 (1971); Toker v. Westerman, 274 A.2d 78 (Dist. Ct. 1970); Toker v. Perl, 247 A.2d 701 (Super. Ct. Law Div. 1968), *aff'd in part*, 260 A.2d 244 (Super. Ct. App. Div. 1970); Jones v. Star Credit Corp., 298 N.Y.S.2d 264 (Sup. Ct. 1969); Lefkowitz v. ITM, Inc., 275 N.Y.S.2d 303 (Sup. Ct. 1966); Frostifresh Corp. v. Reynoso, 274 N.Y.S.2d 757 (Dist. Ct. 1966), *rev'd as to damages*, 281 N.Y.S.2d 964 (App. Term 1967)).

²⁴ 王澤鑑，債之發生基本理論，頁80，2012年3月，增訂3版；黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，125期，頁6-7，2005年10月。

空間及標準設有明確之要件²⁵，以德國民法第138條第2項為例，該項規定：「法律行為係乘他人之急迫、輕率、無經驗或缺乏判斷力，為自己或第三人取得遠超過其所負義務之經濟利益，達到顯失比例的程度者，該法律行為無效。」與美國統一商法典第2-302條授權法院自由裁量是否顯失公平及其法律效果之立法例相較，德國民法第138條第2項不僅具體設定了如何對法律行為加以限制之要件，且德國法院依該項規定僅能宣告契約無效，而無從變更修正契約內容²⁶。

我國民法繼受自大陸法系，民法第74條第1項與第247條之1對此有所規定²⁷。我國實務見解對於民法第247條之1似兼採程序上顯失公平及實體上顯失公平雙重判斷標準。依據最高法院見解，民法

²⁵ A. H. Angelo & E. P. Ellinger, *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States*, 14 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 455, 495-96 (1992).

²⁶ 有論者從較宏觀的角度，將德國民法第138條與第242條（履行權利義務不得違反誠信原則）、第826條（故意以背於善良風俗方法致他人受損害者，應負損害賠償責任），合併觀察，亦即透過違反誠信原則、或背於善良風俗加害他人等規定之靈活運用，德國法院發展出根據任意規定之偏離程度及有償等價原則等較具彈性之判準，且就契約顯失公平之管制手段尚可包含請求增減給付、確認法律關係作為抗辯、解除契約等，參M. Neil Browne & Lauren Biksacky, *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, 2013 MICH. ST. L. REV. 211, 244-46 (2013).

²⁷ 消費者保護法（下稱「消保法」）第12條規定，「定型化契約條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效（第1項）；定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者（第2項）。」定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。參消保法施行細則第13條。

債編第247條之1規定，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人責任之約定或有其他於他方當事人重大不利益，按其情形顯失公平者，該部分約定無效。其中所謂「加重他方當事人之責任」，係指一方預定之契約條款，「為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言」；「按其情形顯失公平」，則指凡依契約所生主要權利義務，或按法律判斷有顯失公平之情形（參最高法院98年度臺上字第2075號民事判決、最高法院94年度臺上字第2340號判決）。另實務上亦有將顯失公平與誠信原則或衡平原則併用者。

綜上，「公平」、「合理」於契約訂立、契約解釋以及契約效力等方面均有既定之作用，惟其操作方式隨其目的及適用場合而有所不同。

（二）程序法層面

1. 民事程序法上之體現

在我國，民事訴訟法第28條第2項前段、第270條之1第3項、第276條第1項、第277條、第397條第1項、民事訴訟法第447條第1項但書。此等規定，均係以顯失公平作為法院適用法律原則性規定之介入及審查標準，於非顯失公平情形，仍回歸原則性規定之適用，並不因違反公平，即當然給予法官自行調整法規定之空間。

較值得注意者係，民事訴訟法第377條之1第3項所規定之衡平法理，及同法第436條之14所規定公平之裁判，其中在訴訟上和解或調解之程序，於一定條件下給予法院適用衡平原理或尋求利益之平衡，在此情形，應即無須受法律規定或契約約定之嚴格拘束，給予法官裁量之權限，或有其必要性。在民事訴訟法第436條之14之規定則係基於費用減省之訴訟經濟原則，主要係節省對於事實認定

之證據調查²⁸，但是否表示對於法效果亦可裁量？容有爭論之餘地。就此二者，前者，因係涉及當事人自主決定之程序，給予法官運用衡平法理，而不受實體法規定之拘束，或對於當事人訴訟權較無影響。但在後者，如因當事人合意，固較無疑慮；但若係基於證據調查費用不相當而給予法院依職權認定事實而為公平裁判，則其是否已等同係給予法官衡平判決權限，較易產生疑慮²⁹。

有學者主張，在小額事件，法院認為調查證據所需之時間、費用（所伴生之程序上不利益）與當事人之請求部分（系爭實體利益）顯失不相當時，既得不調查證據，亦得僅調查較不致伴生程序上不利益之證據，或可改採可資節省勞費以保護程序利益之調查程序。此即在一定條件下，為貫徹程序利益保護之原則，乃限制辯論主義之適用範圍，不調查當事人所聲明之證據³⁰；亦有認為，經當事人同意而不為調查證據，符合處分權主義，但仍應符合公平原

²⁸ 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論（全），頁603，2003年8月；魏大曉，民事訴訟法，頁494，2015年7月。

²⁹ 此一規定之立法意旨有尊重雙方合意及考慮費用相當性原則之意義，但此衡平裁判制度，在法官公信力不足情況下，呈現知易行難之困境。姜世明，民事訴訟法下冊，頁373，2018年2月，修訂5版。

³⁰ 邱聯恭，程序利益保護原則——闡釋其如何成為前導民事訴訟法修正走向之法理，載：程序利益保護論，頁42以下，2005年4月。學者姚瑞光持不同見解，認為小額訴訟事件之訴訟標的金額或價額在新臺幣10萬以下，於依法起訴前應經調解者，法院在行調解時不必認定事實真偽，當事人亦不負真實、完全之義務，法律規定於必要時，法官得調查證據，而不顧及當事人之利益及費用相當性要求。至起訴後，若不調查證據無法認定事實真偽，有調查證據之必要，則以「不符小額事件當事人之訴訟利益」、要求「費用相當性」，規定「法院得不調查證據而為裁判，而審酌一切情況認定事實」，輕重不分、本末倒置，且「一切情狀」從何而得，其適法性亦有疑問，不合論理法則。姚瑞光，民事訴訟法，頁669-670，2012年1月。

則，並曉諭當事人提出各項訴訟資料作為審酌判斷³¹。就法律適用而言，基於程序利益保護原則與費用相當性原理，本條在其所定要件具備時，係容許且要求法院依職權裁量為公平之裁判。此即容許法院依衡平法理為裁判，而非必完全依實體法先行一一認定其所定之要件事實存否，然後始得裁判³²。但亦有學者提出質疑，其認為在未經當事人同意之類型，已逸離衡平法理之當事人合意原則，對於當事人追求實體正義之要求，影響重大，法院對於該條第2款之適用，應持較為慎重之態度為之，否則，易招致民怨（此自容許「一塊錢官司」之提起，即可知正義無價，又豈能以程序害實體乎？）³³。在此，或可認為法官在不逐一調查證據而為事實認定，應已較利用證明度降低之民事訴訟法第222條第2項更具彈性，但事實認定之裁量權，是否必然可解為法效果之裁量權，仍值思索。

實務上，利用此規定者固不多見，操作上不少係用於損害額之認定。例如臺灣臺北地方法院92年度北簡字第21469號民事判決。然而損害賠償額之認定，民事訴訟法第222條第2項有舉證責任減輕之規定，若欲利用民事訴訟法第436條之14，是否應先交代無民事訴訟法第222條第2項之適用？此判決似利用公平合理及誠信原則，對證據取捨上加以裁量，而為事實之認定。

臺灣板橋地方法院98年度小上字第29號民事判決則認為：「小額訴訟制度之設計，係對當事人提供簡易化的程序或審理方式，以使人民或當事人有機會追求比較節省勞力、時間及費用的裁判，然非謂法官可不依據一般人民所認知之法律或法理，僅依憑其認為『衡平』之法理而為實體之裁判，此由民事訴訟法第四百三十六條

³¹ 魏大曉，同註28，頁494。

³² 邱聯恭，同註30，頁43以下。

³³ 姜世明，民事訴訟法基礎論，頁357，2017年10月，修訂10版。

之十四規定：『有下列各款情形之一者，法院得不調查證據，而審酌一切情況，『認定事實』，為公平之裁判：一經兩造同意者。二調查證據所需時、費用與當事人之請求顯不相當者。』，窺知法院在法定之要件下，得不調查證據認定事實而已，非可捨法律或法理適用之途，單僅憑衡平法理而為裁判。被上訴人主張本件小額程序之審理可擴大法官之裁量權為衡平之裁判，不要求為嚴格之證明，亦不要求事實及理由之記載，然揆諸前揭說明，小額程序僅係於程序之進行及審理中為簡速之要求，於事實之認定及為實體之裁判時，仍應為符合實體法律規範之判決，而非無限制的擴大法官裁量權之範圍。」此判決對法條所稱公平裁判，即採較限縮之理解³⁴。

我國強制執行法設有公平合理原則之明文，「強制執行應依公平合理之原則，兼顧債權人、債務人及其他利害關係人權益，以適當之方法為之，不得逾達成執行目的之必要限度。」（強制執行法第1條第2項）在強制執行法上對於执行程序，原係以迅速滿足債權人之債權為基本理念，但為避免苛酷，因而受比例原則之拘束。強制執行法第1條之公平合理之理念，在運用上基本上會被比例原則之運用所吸收。例如最高法院106年度臺抗字第252號民事裁定即指出：「按強制執行應依執行名義為之，強制執行應為如何之執行，依執行名義之內容定之。強制執行法第1條第2項規定：『強制執行應依公平合理之原則，兼顧債權人、債務人及其他利害關係人權益，以適當之方法為之，不得逾越達成執行目的之必要限度。』乃指執行法院依執行名義為強制執行時，其採取之執行方法應符合比

³⁴ 有學者認為，法院依據民事訴訟法第436條之14規定，經兩造同意或認為調查證據所需時間、費用與當事人之請求顯不相當時，得不調查證據，審酌一切情況，認定事實，為公平之裁判，此種判決，或稱為情況判決。楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，頁415，2012年10月。

例原則，不得逾必要限度，非謂執行法院可審查執行名義所命可能、適法、具體確定之給付內容，是否適宜執行。」然而，實際上在強制執行中，亦有合於比例原則，但未必合於公平合理原則者，例如：某銀行為債權人，對單獨負三人扶養義務及需每月付房租8,000元之債務人，而其薪資約僅新臺幣30,000元者，若執行扣薪資全額三分之一，未必不合比例原則，但是否合於公平合理原則，容或有疑。二〇一八年六月強制執行法第122條新增之第3項至第5項規定³⁵，亦有類似之考量³⁶。

2. 在ADR之運用

(1) 鄉鎮市委員會之調解

鄉鎮市調解條例第19條規定：「調解委員應本和平、懇切之態度，對當事人兩造為適當之勸導，並徵詢列席協同調解人之意見，就調解事件，酌擬公正合理辦法，力謀雙方之協和調解事件，對於當事人不得為任何處罰。」

(2) 政府採購法之調解

機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：①向採購申訴審議委員會申請調解。②向仲裁機構提付仲裁。調解經當事人合意而成立；當事人不能合意但已甚接近者，採購申訴審議委員會應斟酌一切情形，並徵詢調解委員之意見，求兩造利

³⁵ 2018年6月13日華總令一義字第10700064031號總統令公布修正。

³⁶ 參強制執行法第122條第5項立法理由：「……四、債務人及其扶養之共同生活親屬生活所必需之費用，逾第三項、第四項之數額，亦應予維持；若債權人仰賴債權實現以維持生活（例如：債權人法定扶養權利受侵害），或依債權發生之原因或情節（例如：債務人故意犯罪損害債權人身體、健康或勞動能力），僅保護債務人一方，則有失公平，均應由執行法院斟酌債務人及債權人生活狀況及其他情形，酌留債務人及其共同生活親屬生活所必需之適當費用，為衡平之處理，不受第二項至第四項規定之限制，爰增訂第五項。」

益之平衡，於不違反兩造當事人之主要意思範圍內，以職權提出調解方案³⁷。政府採購法第6條第1項且明定：「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。」故採購申訴審議委員會行調解時，維護公共利益及公平合理原則直接構成衡酌調解方案之考量基礎。

(3) 仲裁法之衡平仲裁

我國仲裁法第31條規定：「仲裁庭經當事人明示合意者，仲裁庭得適用衡平原則為判斷」。衡平仲裁是一種經由當事人明示授權，由仲裁人不依法律之嚴格適用，而改依仲裁人認為公允善意（*ex aequo bono*）之原則裁決當事人間紛爭之制度。其目的在於緩和嚴格適用法律所生之不公平，調整嚴格適用法律所生之不當結果³⁸。依最高法院96年度臺上字第1047號見解，「衡平仲裁」係以仲裁判斷有無刻意摒除法律之嚴格規定或當事人之約定，另以公平、合理之考量而為衡平判斷以為斷。仲裁庭依據法律為判斷時，發現適用法律之嚴格規定，於當事人間將產生不公平之結果時，如經當事人明示合意授權者，仲裁庭即得不依法律之嚴格規定，而基於衡平之考慮，改適用一般公平原則為判斷，此即所謂衡平仲裁制度³⁹。此在德國民事訴訟法第1051條第3項亦規定如當事人雙

³⁷ 政府採購法第85條之1第1項、第85條之3參照。

³⁸ 林俊益，衡平仲裁制度之探討，政治大學法律系博士論文，2000年6月；李慧貞，我國衡平仲裁制度之探討，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2000年7月。

³⁹ 「……按八十七年六月二十四日修正公布之仲裁法第三十一條，增設『法律仲裁』外之『衡平仲裁』制度，該條所稱之『衡平仲裁』，係指仲裁庭如遇適用法律之嚴格規定，將產生不公平之結果，得經由當事人之明示合意授權，基於公平、合理之考量，摒除法律之嚴格規定，改適用衡平原則為判斷而言。此所以需當事人『明示合意』，蓋因『衡平仲裁』賦予仲裁庭就應受仲裁判斷事項得有高度的自由，秉持其認為之『公平理念』，以更寬鬆方

方明示同意，則仲裁庭可免除受實定法之拘束，而得依衡平（Billigkeit）裁決。此一衡平決定不得違反公序良俗⁴⁰。

根據前揭定義，實務上判斷衡平仲裁之界線略可歸納為以下二種類型：

第一種類型，例如最高法院106年度臺上字第104號民事判決認為：「按仲裁法第三十一條規定之衡平仲裁，乃指仲裁判斷如嚴格適用法律之規定，於當事人間將產生不公平之結果時，當事人得明示授權仲裁庭故意不適用法律之嚴格規定而為判斷者而言。與所謂衡平判決係法院於法律無明文規定之情形下，探求立法之真意，本於一般原則，類推適用相關法律規定而作成之判決者，二者並不相同。概現行法律因衡平理念已融入法律，經由『抽象衡平』具體化為法律之一部分，形成法律之基本原則。如誠實信用原則、情事變更原則、公益違反禁止原則、權利濫用禁止原則等法律明文化之基本原則規定時，自不以經當事人明示合意為必要。是若仲裁庭僅依民法第一條、第一百四十八條及第二百二十七條之二規定之法理、誠實信用原則或情事變更原則等進一步探究、解釋而為判斷，並未將法律之嚴格規定加以摒棄，自仍屬法律仲裁判斷之範疇，不生須經當事人明示合意始得為衡平仲裁之問題。」⁴¹

法、調整當事人之權義。此與一般『法律仲裁』所適用之程序法理，未盡一致。則是否『衡平仲裁』自需就仲裁判斷有無刻意摒除法律之嚴格規定或當事人之約定，另以公平、合理之考量而為衡平判斷以為斷。」最高法院96年度臺上字第1047號民事判決參照。

⁴⁰ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., 2005, S. 183; Prütting/Gehrlein, ZPO, 3. Aufl., 2011, § 1051 Rn. 8; Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 3. Aufl., 1999, Rn. 183; Stein/Jonas/Schlosser, Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2003, § 1051 Rn. 9; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., 1989, Rn. 192.

⁴¹ 另參臺灣高等法院臺中分院100年度重上字第140號民事判決，最高法院101年

第二種類型，例如最高法院95年度臺上字第1402號民事判決認為：「系爭仲裁判斷未適用兩造契約之約定，反而仲裁上訴人可請求被上訴人給付上揭差價二百三十五萬一千四百五十七元及利息，雖形式上引用民法第一百四十八條誠實信用原則及政府採購法第六條第一項之公平合理原則為判斷，未記載引用衡平仲裁原則，惟實質上已排除契約約定應適用之法律仲裁，而係以仲裁法之衡平原則為判斷之衡平仲裁。因兩造並未明示同意適用衡平仲裁，從而被上訴人認本件仲裁判斷係違反當事人之意思，適用衡平原則為判斷，其仲裁程序違反仲裁法第三十一條之規定，依同法第四十條第一項第四款，請求撤銷系爭仲裁判斷，為有理由。」⁴²

此外，臺灣高等法院97年度重上字第138號民事判決另循一抽象標準，其認為：「從而就本件仲裁判斷是否屬衡平仲裁，或屬法律仲裁，其判斷標準應為：就當事人之具體爭議，倘仲裁人已就當事人約定應適用之契約約定所抽象描述之構成要件為符合具體案件事實之認定，縱其解釋契約或認定事實有誤，仍屬法律仲裁。倘仲裁庭對當事人約定應適用之契約約定抽象描述之構成要件，全未為符合具體案件事實之認定，卻依與本應適用之契約約定抽象描述之構成要件全然無關之具體事實而得出結論，則為衡平仲裁，蓋其並非適用契約、認定事實所導出之結論。」⁴³

三、公平合理原則之法體系協調性

在權力分立憲政體制下之司法權，依法治國原則，法院應依法

度臺上字第1578號民事判決。

⁴² 另參臺灣高等法院高雄分院93年度上字第39號民事判決。

⁴³ 本案經上訴最高法院，最高法院維持原審見解，參最高法院98年度臺上字第995號民事判決。

審判，其認定事實及適用法律均應依法為之。在民事程序中，依民法第1條規定除法律外，於無法律規定時，尚有習慣法及法理可得運用。而法理之適用，若有具體個別明文於實定法中者，適用該等規定自仍為依法之裁判；而即使未有個別明文規定，若適用依學理上及實務上所承認之法理（民法第1條之法理），則應亦屬於依法律裁判之範圍。例如基於公平原則，於存在法律漏洞時，以類推適用部分成文規定者，似仍應認為係屬法律裁判之一環。若有認為利用類推適用之裁判，乃屬於衡平判決，似可認為其乃採較廣義之衡平判決之定義。困難者係，在具體情形，啟動公平合理原則，其究竟係屬於依法裁判或已屬於法續造或衡平裁判或司法造法之境界，並非始終易於分辨。例如若業主甲與乙公司訂立承攬契約，乙公司將其中機電部分交由丙公司承作，契約明定應於期限內完成工程並提出圖說乃得請款，丙公司在期日前完成工程，但因有其他紛爭，疏未提出圖說，乙公司為於期限內向甲請款，乃請丁製作系爭圖說，終而得以順利向甲請款。事後，丙公司向乙公司請款，若認為其違反契約約定之提出圖說義務，故不能請款，是否符合公平合理？丙已完成工程，甲已驗收完畢給付乙全部款項，僅因圖說未提出，即認丙不能請款，是否有當？而若法院認為應目的性限縮而認為僅在因圖說未提出而導致乙公司無法為全部請款或無法驗收時乃有該契約付款條件之適用，此一解釋，究應定性其仍屬依法律之裁判或已屬於衡平裁判性質？民法第1條本有其順序，法理係救濟法律、契約未規定或約定及習慣法所無者，但因公平或公平合理原則在民事法之擴大化運用，難免會使契約或法律解釋適用，遁入衡平或公平裁決領域，而又以得以依法律裁決為外形，期以豁免於法外裁判之審查。

基本上，法律在制訂時，一般已顧及當事人權利義務關係間之公平，法院依據此等法律規定而為裁判者，一般不會將之納入衡平

裁判之範圍討論。若在既有民事審判體系或仲裁法制，討論衡平裁判或衡平仲裁，似應排除前開法律裁判及法律仲裁者。亦即，在民事訴訟法或仲裁法，基本上仍依循依法裁判、依法仲裁為程序基本原則，例外時有衡平裁判或衡平仲裁之立法設計。因而在未有立法之領域，法院本無為前開定義下衡平判決之權限，而未經仲裁程序當事人合意者，亦不得為衡平仲裁。

公平合理原則，若其已被具體規定在實體法或程序法中者，裁判或評議時將之作為契約或法律解釋之依據，似仍屬依法律裁判或評議者，而非衡平裁判。然而若將公平合理原則解為得創設法或契約所不承認之補償法效（非契約或法定之給付或賠償義務），則能否仍認為其屬於依法律裁判或評議，即有討論空間。

又若於個案，法已有明文或契約已有明定，則除非可利用法律之特別規定（誠信原則、權利濫用、情事變更、公序良俗、顯失公平等），或有學界或實務界承認之特殊法理（例如：禁反言），在法律漏洞存在時，透過類推適用等類方法論為法律裁判；否則，若跳脫上開要求，而逕自排除法律或契約之適用，而直接將公平合理作為裁判依據，除非法有明文授權，否則是否應認為其已屬於本應原則上禁止之所謂衡平裁判？如此理解，似較能符合法體系之協調性。至於在金融消費者保護法中規定公平合理原則之適用，則因有其立法背景及法理淵源，對於法律外評議之容許性，其屬於前開公平合理原則之法院實務運用範圍者，固較無體系違反疑慮。但若係創設法律或契約所無之所謂補償責任者，如未有法律特別授權，即易有適法性之質疑。

四、公平合理原則之作用面向

公平合理原則在民事法上之作用，若就規範權力行使主體以觀，可能包括法院為裁判之情形、強制執行機關為強制執行之情

形、法院或調解人為訴訟上和解或行調解之情形、公共工程委員會申訴暨調解委員會行調解或金融消費評議中心（下稱「金評中心」）為評議之情形等類。

而就作用方式而言，公平合理原則可利用在：

(一)契約解釋

公平合理原則得在契約解釋層次上發生作用，其可能以有個別法律具體落實此一原則者，例如情事變更原則（參最高法院106年度臺上字第2630號民事判決）⁴⁴。契約解釋參考此一原則者，例如最高法院105年度臺上字第2199號民事判決：「然為求承攬契約雙方之公平合理，參諸採購契約要項第三十二條第二款規定，例外於總價承攬契約，如實作數量與契約約定數量差異達百分之五以上者，定作人得以變更設計方式，增減契約約定之總價。系爭合約第九條訂有工程變更之約款，若上訴人於履約期間變更設計，則得要求增減契約約定之總價工程款。」

(二)法律本身之適用

公平合理原則亦可能在法律適用時，作為適用依據者，例如，在強制執行法第1條第2項即規定實施強制執行須顧及公平合理原則。同時，此一原則亦可能在法律解釋時或法律漏洞存在時，藉由目的擴張、目的性減縮或類推適用加以作用。

(三)法律限制之例外

法律規定中，每有限制性規定，但以公平考量設立若干排除選項作為其例外事由者。例如民事訴訟法第196條、第276條均有以顯

⁴⁴ 但應注意持契約嚴守原則者，例如最高法院106年度臺上字第217號民事判決。

失公平作為攻擊防禦方法失權適用之例外。同法第270條之1亦有對於爭點整理後得否就爭點協議事項復為主張禁止之例外規定。

四、裁判上或評議上之作用

公平合理原則在舉證責任分配之決定、在調解程序與訴訟上和解程序上均得有作用。民事訴訟法第436條之14之公平裁判，亦屬之。

就金融消費爭議之訴訟外紛爭解決機制而言，因金融消費者保護法明文授權以公平合理原則作為評議之原則，或可認為係給予以公平合理原則判斷之裁量授權規定。基本上作成評議，如法律或契約有明文者，原則上應依法律或契約之約定；例外適用個別性公平合理之具體規定調整之。有疑義者，公平合理原則亦得作為法律或契約解釋之參考依據之一。若無法律或契約明文者，如存在法律漏洞，可將公平合理原則作為類推適用之基礎。然若法律及契約上，均無法尋得請求人之請求權，且不存在法律漏洞者，原則上本應予駁回其請求，但是否應考慮於例外時，在法律規定授權為前提下或於存在一定條件（例如：武器不平等或違反公平合理）下，依個案具體情形，或可容許作蓋然性評議（依請求存在蓋然性高低為比例性結果裁判）或法律或契約外之補償決定⁴⁵？此或乃評議制度特殊性之所在。

⁴⁵ 此類補償評議，已脫離民法上給付義務及賠償責任，若無設定要件及取得法授權，甚易造成恣意及不具法安定性之評議。因而應原則上要求其需取得法規明文授權較為妥當。

參、公平合理原則之具體操作模式——以金融消費評議為例

一、法依據

(一)英國法

金融消費紛爭應依個案情形作成公平合理之決定，此於英國2000年金融服務及市場法（Financial Service and Market Act, FSMA）第228(2)條⁴⁶及英國金融管理局發布之紛爭解決手冊⁴⁷（Dispute Resolution: Complaints, DISP）規則3.6.1⁴⁸，均有明文。金融評議人判斷如何之結果對於當事人係合乎公平合理時，應衡量個案一切情狀，其考慮之相關因素包括：法律及法規；主管機關制定之規則、指引及標準；執業守則；以及（如適當的話）存在於當時產業環境之最佳實務作法⁴⁹。

英國金融消費評議所稱之公平合理與提供金融商品服務應公平對待客戶之基本原則密切相關。依據2001年英國金融服務署（The Financial Services Authority, FSA）發布之公平對待客戶原則第6項

⁴⁶ FSMA s. 228(2): “A complaint is to be determined by reference to what is, in the opinion of the Ombudsman, fair and reasonable in all the circumstances of the case.”

⁴⁷ Dispute Resolution: Complaints, May 2018, *available at* <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/DISP.pdf> (last visited: 2018.05.31).

⁴⁸ DISP 3.6.1: “The Ombudsman will determine a complaint by reference to what is, in his opinion, fair and reasonable in all the circumstances of the case.”

⁴⁹ DISP 3.6.4: “In considering what is fair and reasonable in all the circumstances of the case, the Ombudsman will take into account: (1) relevant: (a) law and regulations; (b) regulators’ rules, guidance and standards; (c) codes of practice; and (2) (where appropriate) what he considers to have been good industry practice at the relevant time.”

揭示（下稱「FSA Principle 6」）：「金融業者應適當考慮客戶之利益並公平對待客戶」（“A firm should pay due regard to the interests of its customers and treat them fairly”）。其適用範圍除了銷售行為本身外，並延伸至其前後過程，包含商品設計及申訴、紛爭處理在內⁵⁰。其作用乃是全面性的，違反該原則之效果不僅構成FSA裁罰之事由；英國保險人協會制定之最佳實務（The ABI Statements of Insurance Practice）中，亦循該原則之精神，禁止其會員「不合理地拒絕理賠」（“unreasonably reject a claim”）；FOS就金融消費紛爭則應依公平合理作成決定。

相較於法院實務的契約解釋方法，FSA對於公平合理之內涵，側重於從公平對待客戶之行為期待及導正錯誤（to put things right）之角度切入。

FSA將「公平對待客戶」（Treating Customers Fairly）定義為「一系列有助於吾人決定該如何行為及對待他人之價值」（“a series of values which help us to decide how to behave and treat others”），包括：誠實、開放、透明；揭露重大資訊予客戶（必要時應持續揭露）；對於引致客戶正當期待之陳述、確認或保證，應予以實現；相同情況應作相同對待，不同情況則予差異對待；排除不相干之因素，而僅根據關聯因素採取公正且合理之行動；行事應當符合誠信及合理勤勉；不得剝削或輕率對待客戶；對於可歸咎之錯誤，應以正確之作為進行合理修正⁵¹。

基於前開公平價值之認知，FSA進一步比較分析橫跨於金融業各項行為規範之共通原則，包括：公平合理行為；提供明確且正確

⁵⁰ The FSA uses its powers to protect consumers, FSA/PN/066/2002, 20 June 2002; Treating customers fairly after the point of sale, Discussion Paper 7, at 25, June 2001.

⁵¹ *Id.* at 13-14.

之資訊予客戶；交易透明化；協助客戶瞭解相關商品服務；行為應符合相關規則或行為規範之精神、文義，以及可得推論之意義；確保相關程序明確而簡要，特別是申訴流程等⁵²，進而將此等原則之意義，按金融商品服務之「生命循環法」（“cradle-to-grave approach”）具體化如下⁵³：

- 產品品質標準——應予透明化，且避免專門術語；
- 廣告及行銷標準——訊息傳達應明確、誠實，且不得有誤導；
- 銷售及顧問服務——應建立不低於最低門檻之標準，並予嚴格控制及有效監督執行；
- 持續服務標準——應建立不低於最低門檻之標準，予以維護並有效監督執行；
- 申訴處理及建立補償機制標準——應採取不低於最低門檻之標準予以管控，以確保客戶獲得公平對待及適當保護；
- 遵循法令及法令以外要求之標準。

綜上觀察，金融業者對其客戶所負之公平對待義務，存在於金融商品服務生成至終了之各個階段。公平合理之內涵，取決於銷售文件、實際作法、資訊持續揭露及其他相關情境，表現於提供商品服務之品質，及其與客戶合理期待二者間之關係。因此，公平合理之判斷，實則審視此等提供商品服務之步驟，檢驗其與客觀品質及客戶合理期待是否存在差距。如是，則金融業者應予導正或填補損失。在此意義下，公平合理之操作未必以法律或規則有明定者為限，故有必要區分出兩種不同的適用層次：1. 於法令尚未將特定行為納入規範體系或保護不足時，承認公平合理原則得以超越既有的

⁵² *Id.* at 4-15.

⁵³ *Id.* at 16.

法律規定。2.於其他情形，公平合理原則可用於補充既有法律或規則之不足。

公平合理原則不僅止於金融服務業責任有無之判斷，尚可運用在責任範圍及責任程度之酌定。依DISP規則3.7.2之規定⁵⁴，金融評議人得命金融業者就以下其中任一項或多項為金錢賠償：1.財務性損害；2.傷痛及苦痛；3.名譽損害；4.焦慮或不便。據此，公平合理賠償所涵蓋之範圍，除了財務性的損害之外，尚包含金融業的錯誤行為對申請人情緒層面或實際層面之影響。基於討論之便，本文簡稱為「非財務性損害」。非財務性損害之具體類型包括：對心理情緒的負面影響（例如：挫折、騷擾、焦慮、失望、期待落空、緊張、壓力等）、對實際生活造成的不便（例如：時間或精力之浪費）、身體或精神上所承受之苦痛，以及名譽損害等。賠償方法又可區分為金錢賠償及非金錢賠償兩種。

依據上開規定，FOS評議決定之型態不以傳統訴訟上法院得為之判決種類為限。若按給付型態區分，評議決定之種類除了金錢給付（monetary award）之外，若金融服務業對於申訴事件處理不當造成金融消費者之煩擾或不便者（distress or inconvenience），不問金融服務業是否出於惡意，甚至不問金融消費者是否請求，FOS有權裁決以適當方式修復消費關係或予以補償。FOS就此等案型通常依實際狀況衡酌以金錢補償（金額鮮少超過1,000英鎊）、支付遲延利息、或彌補因個案偶發性的損害造成之財務損失後，作出適

⁵⁴ DISP 3.7.2: “Except in relation to a “relevant complaint” within the meaning of section 404B(3) of the Act, a money award may be such amount as the Ombudsman considers to be fair compensation for one or more of the following: (1) financial loss (including consequential or prospective loss); or (2) pain and suffering; or (3) damage to reputation; or (4) distress or inconvenience; whether or not a court would award compensation.”

當決定⁵⁵。金融評議機構（FOS）就公平合理賠償之衡量，方法上係側重於反映金融業者之作為或不作為，對特定客戶所造成之實際影響。相同或類似行為以其對不同客戶之影響程度有異，評議決定之輕重也隨之不同。

（二）臺灣法

金融消費爭議乃金融消費者與金融服務業間，因提供金融商品或服務所生之民事爭議⁵⁶。從民事紛爭解決途徑之觀點，人民私權上之法益如受有損害，得請求國家行使司法上之公權力以判決方式平息紛爭，除訴訟以外，尚有調解、訴訟上和解、仲裁等訴訟外紛爭解決之手段。二〇一二年金保法施行後，依該法設立之專責爭議處理機構，即金融消費評議中心（Financial Ombudsman Institution, FOI），提供了金融消費者額外的程序選擇，亦即金融消費者得申請評議中心就特定之金融消費爭議事件依金保法第20條第1項揭示之公平合理原則作成評議決定，評議決定逾一定額度者僅具建議性質，但在一定額度以下者，對於金融服務業有片面拘束力⁵⁷，如金融消費者表示接受，評議決定即成立，故具有準仲裁之性質，屬於訴訟替代機制之一種⁵⁸。

⁵⁵ JUDITH SUMMER, INSURANCE LAW AND THE FINANCIAL OMBUDSMAN SERVICE 38-39 (2010).

⁵⁶ 金融消費者保護法第5條規定參照。

⁵⁷ 對於有片面拘束力之事件，因對於金融業者有仲裁或裁決之性質，而對於金融消費者則係調解建議性質，因而具有雙重性質。姜世明，法院對於金融消費評議中心評議決定之核可程序，月旦法學教室，130期，頁21以下，2013年8月。

⁵⁸ 是否循評議程序解決金融消費爭議，取決於金融消費者單方之意思表示，金融服務業不得拒絕。至於金融服務業未依金保法第29條第2項事前書面同意適用金保法爭議處理程序者，評議決定對其不生片面拘束力，但若金融服務業

金保法對於公平合理原則之定義及如何操作未作進一步規範，查該法第20條之立法理由，略為：「一、依英國FSMA第二百二十八條，FOS之公評人應斟酌事件一切情狀後作成公平合理（fair and reasonable in all the circumstances of the case）之決定。FOS之章程亦有同樣約款（Article 23(b) of the Articles of Association of FOS）。因實務上金融消費爭議之態樣多樣，並非現行法令或司法判解所能含括處理，且金融消費者在專業、資訊及財力面均難與金融服務業處於平等地位。故賦予爭議處理機構得依公平合理原則，在斟酌事件一切事實證據後，作成判斷，以補充法令及司法判解之不足，並緩和金融消費者所負之舉證責任，較切合實際，且較能保護金融消費者。二、公平合理原則在英國實務運作上，將法律、命令、判決先例、產業界習慣均考量在內，公評人會思考在相同情形下，法院會作如何之判斷，當沒有案例或僅有少數案例可循時，會適用業界發展出之慣例。我國爭議處理機構制度設計上若能引進英國公平合理原則，於新型態金融消費爭議發生而無法律依據時，得將公平合理原則引為法理之一種，另超然獨立之要求乃公正處理之前提，爰參照上開立法例為第一項規定。」

從立法理由第一段文字可推知，立法機關乃是著眼於金融消費爭議態樣多元，以及金融消費者在專業、資訊、財力等方面與金融服務業之不對等，故有必要賦予爭議處理機構得依據公平合理原則作成判斷的權限，以補充法令及司法判解之不足，並緩和金融消費者所負之舉證責任。此段文字隱含的意思是，評議人應當考慮是否已有相關法令規定或法院見解，可為紛爭解決之依據？或依情形有使金融消費者承擔過重舉證責任之虞？當法令、司法判解就相關爭

對於此等僅具建議性質之評議決定表示願意接受，則仍不妨礙評議決定之成立。

議已有適當之規定或規則可循，亦無舉證責任分配顯失公平等情形時，依前開立法意旨，原則上即無依公平合理原則另事他求之必要。有關金融消費者於專業、資訊、財力等方面與金融服務業不平等之考量，必要時尚可透過民法第247條之1等規定處理⁵⁹，非謂評議人可當然憑藉公平合理判斷之授權，將法律明文規定或契約條款摒棄不用，另行創設法律、契約所無之權利義務，或基於無關之考量（例如：同情），認定某項規定或條款之事實要件存在。

此觀立法理由第二段文字：「英國實務運作上，將法律、命令、判決先例、產業界習慣均考量在內，公評人會思考在相同情形下，法院會作如何之判斷，當沒有案例或僅有少數案例可循時，會適用業界發展出之慣例……於新型態金融消費爭議發生而無法律依據時，得將公平合理原則引為法理之一種……」，益加明確。

二、公平合理原則適用之特殊性

按金保法第20條第1項所揭示之「應斟酌事件之事實證據，依公平合理原則，超然獨立進行評議」，公平合理之適用，不僅是衡酌權利有無之實體規範，同時也是紛爭解決程序上的一種裁決規則。廣義來說，法令規定、契約條款、習慣、法理，乃至個案上之特殊情狀（例如：兩造利益相對狀態、風險承受能力、防免爭議發生或擴大之成本、損失利得之比例等），均屬公平合理原則之考量因素，其中，法依據、習慣、法理，包括經驗法則、論理法則、證據法則，在我國法制下係屬有無違背法令之檢視範圍（民事訴訟法

⁵⁹ 民法第247條之1規定：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」

第468條、第469條參照），公平合理原則之操作不能自外於此，割裂獨成另一體系，此對照金保法第30條第3項，評議書如有牴觸法令或違反公序良俗之情形，法院不應核可之規定益明。但依個案情形，評議決定亦有可能單純依法令規定或契約條款作成決定，故何謂依公平合理原則作成評議決定，從裁決準據之意義來說即有廣、狹之別，法院對於評議決定宜採何等審查密度及標準，依裁決準據之不同，即有朝差異化發展之可能及必要。

有學者認為，金融消費評議具有雙面性質，一方面以其對金融業者有片面拘束力，故具有仲裁或裁決之性質，另一方面，對於金融消費者則屬調解建議之性質。因此，法院對於評議決定之審查密度應有別於基於二造當事人合意所成立之調解，但亦不宜過度介入作實體審查。具體審查事項及界線應區分情形而論⁶⁰。

準此以解，從程序法的角度，公平合理之操作隱含的是民間評議機構與法院間之分工，如何使訴外紛爭機制之操作彈性與保障人民受公正程序審判之期待取得平衡，乃成為拿捏公平合理操作界線之際，極為重要卻甚為困難的問題。金保法已有明文規定評議可依據公平合理原則，則應與仲裁法上須待當事人合意授權乃得衡平仲裁有所不同。本文認為評議即使引據公平合理原則，無論其係契約解釋、法律適用、限制規定之放寬或裁判程序之適用，均已屬於法律評議。然而，其是否給予評議人得摒棄法律規定或契約約定不用，或根據與契約約定之構成要件無關之事實而導出結論？如肯認評議委員依法有此等權限，則應遵循何等行使要件或界線之制約，避免流於主觀恣意？考量公平合理之因素如何與既有法律體系協調，例如：透過操作基準之類型化，以增進法安定性及可預見性？公平合理之判斷又應在如何程度內接受法院監督？實有待進一步

⁶⁰ 姜世明，同註57，頁23。

研究⁶¹。

三、公平合理原則類型化操作

為利更準確化地瞭解公平合理原則之適用輪廓及可能之操作模式，本章以下擬以金評中心發動公平合理原則，酌給金融消費者金錢補償之案例為起始點，區分成契約解釋、舉證責任、不當銷售、行政違規、案件管理失當等五大類型，並以英國FOS對應之類型操作模式作比較觀察。

惟於進入細部討論之前首應指出者係，英國FOS認為，公平合理原則之操作理當包含法律及判決先例之考量在內，因此，評議決定不論主要理由係適用法律規定或法院見解，或依據主管機關之指引、規則、標準，職業守則，還是參考市場實務，概以「經考慮所有可得證據及論點，依本案一切情狀作成公平合理之決定」（“I’ve considered all the available evidence and arguments to decide what’s fair and reasonable in the circumstances of this complaint”）或類似語句作為總結。

（一）契約解釋（Contract Construction）

1. 英 國

（1）契約解釋之基本原則

在一般情形下，英國法院係採取客觀標準，亦即依據合理第三

⁶¹ 衡平仲裁並未免除仲裁人適用法律或法律規則之義務，僅係減弱其決定適用法律之效果而已，是以仲裁人關於當事人紛爭之實體，仍應先依法律規則為判斷，僅於依法律規則之嚴格適用，發現將產生不公平、不合理結果時，仲裁人始得依其認為公平合理或公允善意之原則予以裁決。但一般而言，任意性法律均得加以排除關於衡平仲裁人之權限及其限制，林俊益，同註38，頁118-135。

人對於契約文字之合理理解作契約條款解釋，但不會透過契約解釋調整當事人間既定之利益或風險分配，唯有在契約文字確實不符合當事人締約時共同認知之前提下，始有介入修正之必要。

契約解釋當賦予當事人真意應有之法律效力，其假設基礎乃是，考慮訂立契約當時之相關事實情境下，當事人的意思正如該契約文字所表達出來的「一般及自然意義」（*Ordinary and Natural Meaning*）。基此，在當事人已有明白約定之情況下，法院不得背離明確之契約用語；但在不牴觸明示條款之前提下，法院於必要時得作默示意思表示之推論（*Implied Terms*）。

若依據當事人合理可得之背景資訊，可明確探得契約文字不符當事人之真意者，法院得例外以其他文件或證據，作為契約解釋基礎，此即英國有關契約解釋文獻上經常引用之指標性案例（*West Bromwich* 案）所稱之「事實情境法則」（*Doctrine of Factual Matrix*）⁶²。Hoffmann大法官於該案判決理由，試圖平衡合理信賴利益與當事人真意二者間潛在的衝突性，認為原則上契約解釋應採取「一般及自然意義」，乃是符合常識的觀點，畢竟「用語錯誤」（*linguistic mistake*）較不易為吾人經驗所接受，特別是在正式文件的場合。但若綜合相關事實情境，可明確察知契約文字與當事人真意牴觸，則得例外不拘泥於文字。所謂的契約解釋，乃是考慮訂立契約時所有當事人合理可得之資訊背景下，確認該項文件能夠傳達給一合理之人如何之意義。此與單純循字詞、文法所獲取之字面意義有所不同。因此，前述之事實情境，理當包含任何為當事人合理可得，且足以影響一合理之人對於該等契約文字之理解方式者

⁶² *Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society*, [1998] 1 WLR 896, [1998]1 All ER 98.

在內⁶³。

實務上，基於簽名有表示同意之意思，故一方當事人對於已簽署之文件，不論其是否果真閱讀過，原則上應受契約所載全部條款之拘束。但若文件之簽名係受他方當事人詐欺或不實陳述而為者，則另當別論⁶⁴。故以合理第三人可得之理解作為契約解釋方法下，一方當事人就其已為簽名之文件即使不甚理解，或對契約條款為不合理之曲解，仍當受客觀化解釋所拘束。

(2)FOS的操作方式

FOS就保險契約之用語同樣採取「一般及自然意義」為解釋原則。但在例外情況下，得基於公平合理而採取異於「一般及自然意義」之解釋⁶⁵。例如：

①不拘泥於書面文字

保單明白約定，除非有緊急情事，否則保障範圍不及於海外醫療費用。但FOS基於公平合理原則，命保險公司應比照如同發生於

⁶³ “Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract....The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the ‘matrix of fact,’ but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties...it includes absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man.”, *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, 912-913.

⁶⁴ *L’Estrange v F. Graucob Ltd.* [1934] 2 KB 394; *Curtis v Chemical Cleaning and Dyeing Co* [1951] 1 KB 805.

⁶⁵ SUMMER, *supra* note 55, at 55-65.

國內之醫療保險事故，予以理賠⁶⁶。

②用語定義

關於某項用語之定義，如商業交易上已存在嚴格定義或標準者，法院原則上採認之，除非另有其他情事或理由，始例外為不同之解釋。FOS採取的方法則較傾向有利消費者，基於公平合理之考量，一般消費所不知之特殊定義，除非經特別提醒消費者注意，否則不採。在此模式下，FOS對於用語所為之解釋較不受限於契約文字，甚至可能與其文義相左，進而使不利於消費者之契約條款得到實質修正。

③有疑義時應作不利於契約草擬者之解釋原則（Contra Proferentem Rule）

有疑義時應作不利於契約草擬者之解釋，同為英國法院判決及FOS評議決定中常見之原則，不同的是，法院對於何謂「有疑義時」採取較為限縮的觀點，一般是在無法透過前後文、相關定義或事實情境，得到一明確意義時，才會作不利於契約草擬者（例如：保險公司、銀行、證券業者）之解釋。

④習慣與行為規範

眾所周知、已被廣泛接受且具合理性的市場習慣，得作為契約解釋之基礎。操作上，雖可作為解釋或補充契約文字之用，但不得與明示之契約條款牴觸⁶⁷。但FOS所考量之市場行為規範、最佳實務，未必皆能符合法律上對「習慣」之定義，故此部分之操作較法院為寬鬆。

⁶⁶ Case 77/5, Issue 77 of Ombudsman News May/June 2009, available at <https://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ombudsman-news/77/77-medical-insurance.html#cs5>. (last visited: 2018.05.31).

⁶⁷ Thor Navigation Inc. v Ingosstrak Insurance (The Thor II) [2005] 1 Lloyd's Rep 547.

2. 臺灣

(1) 專門術語之定義

以保單用語為例，我國法院就保單條款之解釋方法，已有採納誠信原則、合理期待等客觀標準之思維，例如臺灣臺中地方法院99年度保險字第66號判決：「台灣市售之防癌險之種類甚多，保障期間有定期、終身之別，保障範圍亦有僅限於癌症及除了癌症之外還包括癌症之併發症之別。而被保險人願意捨棄僅保癌症部分而願意多花保險費就併發症部分一併投保，究其真意，當係認為因癌症引起的其它病狀都叫併發症，並無區分後遺症及併發症之本意。況系爭防癌險契約中並未對各種癌症之併發症做界定，招攬保險之從業人員又不具備區辨併發症與否之專業知識，又何以能於事後由被告單方解釋契約認併發症並不含『後遺症』，再將原告所主張之給付歸類至『後遺症』之範疇，來規避保險責任之承擔，被告以此作為抗辯之理由，實有違保險契約為最大善意及最大誠信契約之原則」。

相較而言，金評中心之解釋方法亦非完全依照字面，而是以一般消費者可得合理理解之意義，作為操作公平合理原則之基準。

例1：「……而依前揭系爭保險契約第16條約定，固係以確定罹患癌症，並以治療癌症為其直接目的而需住院治療者，相對人始負有給付癌症住院治療保險金之責任，然衡酌一般民眾之衛教程度與醫療知識，實難苛求民眾具有能力區分『直接治療癌症為目的』、『癌症引起之併發症、後遺症』與『治療癌症引起之併發症』之區別，如強以字面意義限縮解釋，可能有違民眾購買該保單之合理期待，堪認系爭保險契約條款解釋上已非無疑義存在」⁶⁸。就契約條款設有限制而非屬一般可得合理理解者，保險人應特別說

⁶⁸ 104年評字第426號。

明並提示保戶注意：「本案亦無證據顯示相對人業務員招攬時，已將系爭保險契約理賠範圍僅限於『直接治療癌症為目的』乙情之充分揭露予申請人知悉，……相對人就申請人於○○年○○月○○日至○○年○○月○○日共○○天之住院期間，應酌予補償申請人○○天之癌症住院治療保險金。」⁶⁹類似案件，尚有104年評字第1890號⁷⁰、103年評字第001025號、103年評字第000509號可參。

又如，日間住院是否為住院醫療保險金理賠範圍之爭議，未於保單條款中明確揭示之限制，而衍生爭議者，不利益當歸屬於保險人。

例2：「由於相對人係以經營保險業務為營業，較之一般消費者應有充足之資源俾以評估其風險承擔之多寡，並以保險契約條款合理限縮其應承擔之風險。系爭保險契約，並未於前開保險契約積極將『日間住院』排除在外，參酌保險法第54條第2項保險契約之解釋以有利於被保險人解釋之原則，應認為『日間住院』為本案保險契約之住院範疇……。」⁷¹

(2) 招攬或廣告文件之效力

招攬或廣告文件是否有拘束力？金評中心之立場不明，茲舉二則案例說明之。

例1：「相對人業務員於招攬時使用的『綜合保險計劃書』，

⁶⁹ 同前註。

⁷⁰ 「相對人雖主張扣除重複就診日後合計為○○次門診，惟系爭保險契約並未明定門診治療為同一日時不得重複計算次數，故系爭門診治療之次數為○○次，應堪認定。由於保險契約多屬定型化契約，保險人與被保險人對於保險專業知識及契約條款之瞭解本即有資訊不對稱之情形，衡諸一般民眾之衛教程度與醫療知識，尚難苛求申請人有能力區分併發症與後遺症之異同，為能兼顧雙方之主張，並合理解決本案爭議，爰依金融消費者保護法第20條第1項所揭櫫之公平合理原則，認申請人主張之系爭門診治療於○○次門診次數內尚屬合理。」參104年評字第1890號。

⁷¹ 102年評字第001255號。

依前開說明，固非屬系爭保險契約之一部。……（『綜合保險計劃書』）有關保單紅利給付的記載：『……至20年滿期時，可領取累積紅利20,000元；20年期滿後，免繳保費，每3年可領取紅利0.5，0.5，0.6萬元……領一輩子。』，除此之外並無任何警醒的文字記載，告知上開紅利金額的記載僅屬參考用，依約有調整的可能，足認相對人使用具有誤導效果之招攬文件使消費者與其簽約，有違公平。是衡酌相對人對於保險專業之瞭解能力與風險控制能力，應認為相對人對於申請人就保單紅利給付計算方式之誤解應承擔相當責任。」⁷²

例2：「該額外特別紅利之投資報酬率並未明確標示是假設數值，也未載明有變動之可能。如此穿插（確實可領金額與假設金額）混合說明，尚難謂無使申請人確信系爭建議書上所載之金額為確實可領取之金額。雖相對人抗辯系爭建議書第3頁末段記載『本建議書僅供參考之用，詳細內容以正式保單為憑』。觀之本件，在大面積之文宣廣告與計劃書中僅有少數文字提供警示或表示參考之用，但整體圖面與其他更大型字體之表現，諸如基本保障金額、增值保額等定額給付係與本件爭執所在之『額外特別紅利』係以同樣圖表、文字、分類等記載於文宣中，且其所提供之表像意涵與文宣中所記載之僅供參考文字大小與位置均不成比例，無法提供消費者於簽約前或簽約後有適當之理解可能性，尚難謂相對人未使用具有誤導效果之宣傳品或文宣誘使消費者與其簽約。另衡酌申請人之職業、經驗等背景，及相對人未就招攬系爭保單時已詳實向申請人告知前開建議書中紅利之設算條件乙節提出具體說明，就此部份綜合判斷申請人與相對人對於保險專業之瞭解能力與風險控制能力，應

⁷² 104年評字第002067號。

認為相對人對於申請人之誤解應負部份之責任……。」⁷³

從前述評議決定理由觀察，「使相對人對於申請人之誤解應承擔相當責任」，並非契約責任，評議理由中既未認定金融機構有「金融服務業從事廣告業務招攬及營業促銷活動辦法」第5條所列之禁止行為，依情形亦不構成詐欺、隱匿重大資訊或不實陳述之侵權責任。金評中心就非契約文件未特別警示僅供參考之用，或僅供參考之文字大小與位置不成比例等瑕疵，若果真認定對於申請人之交易決定構成誤導，基於矯正正義之觀點，方向上應以去除不當影響，亦即回復誤導行為發生前之狀態為其救濟方法。如對交易決定並未造成實際影響，但從締約前之溝通、說明文件可認為於雙方當事人間已然就某條款之意義達成共同認知或理解者，亦不妨參考「事實情境法則」（Doctrine of Factual Matrix）循契約解釋方法解決。若皆無此情形，則在契約條款明確之情況下，啟動公平合理原則命相對人為金錢補償即有欠正當性。

(3)行銷行為對於書面契約之影響

行銷方式若無誇大、不實或隱匿，或引起合理信賴之情事，僅係與金融消費者之溝通上有瑕疵，能否於存在明確契約條款之情況下，啟動公平合理原則命相對人為補償，亦有疑問。

茲舉103年評字第001899號為例：「……行銷人員雖已告知申請人系爭保單係以實支實付或定額給付取較有利申請人之方式給付，惟並未告知申請人外科手術保險金係定額給付手術醫療保險金或限額實支實付。衡諸一般民眾之保險知識，亦難以苛求民眾於電話行銷對話時有區分系爭保單之手術保險金係定額給付手術醫療保險金或限額實支實付之問題意識，進而向行銷人員再提出疑問，是相對人之電話行銷說明確可能造成申請人之誤解。惟申請人於收受

⁷³ 103年評字第001261號。類似案例另參103年評字第000740號。

保單後可自保單條款內容知悉保障之內容，申請人未於審閱期內詳閱系爭保單內容，復未於保單簽收後10日契約撤銷期內行使其撤銷權，自亦應對其決定投保系爭保單負責。為能兼顧雙方之主張，並合理解決本案爭議，爰依金融消費者保護法第20條第1項所揭櫫之公平合理原則，認相對人應給付申請人○元（計算式： $30,400 \times \bigcirc\% = \bigcirc元$ ）。惟日後如發生保險事故，雙方仍應回歸系爭保單條款約定之內容行使權利、履行義務，併予敘明。」

前述案例中，應考量者係，解說方式之詳盡程度與交易性質、重要性，技術性或複雜性等，是否相對稱？申請人是否有誤解之虞（合理性）？若行銷時就重要事項並未提供完整充分之資訊，或甚至有錯誤或含糊不清之處，能否合理期待申請人自行從保險業者提供之書面保單，確認有無溝通資訊之誤差，進而自行決定是否撤銷？相對於申請人之交易目的及實際需求而言，系爭保單之外科手術保險金採定額給付手術醫療保險金或限額實支實付，對於商品適合性之決定是否有影響？若有影響，宜進一步探究申請人是否因此被剝奪取得其他適合商品之機會、是否因為另尋其他管道取得替代商品而增加成本支出等，據以衡量得否啟動以公平合理原則為如何適當之決定。若皆無前述情形，雙方間之契約有效存在，則命金錢補償所欲矯正之不公平、不合理為何？實有疑問。

（二）舉證責任（Burden of Proof）

1. 英 國

（1）事證蒐集與調查

FOS之評議案件採書面審理原則，全案依程序進行所累積之資料均在審酌範圍之內，包括：申請書（complaint form）及相關佐證文件、案件承辦人從事資料蒐集及檢驗之相關書信（assessment letter）、當事人之回應、案件承辦人之初步判斷（adjudicator's

draft decision) 等。初步判斷後復有新事實、新證據提出者，亦屬評議委員納入考量之卷證資料範圍⁷⁴。

評議委員就事實認定的方法不一，有評議委員係以調處人初步判斷所根據之事實，再行確認是否有遺漏之處，亦有評議委員先略過承辦人之檢驗或調處人之初步判斷，而採取直接依當事人提供之資料獨立認定的作法。評議委員如認為有事實尚未釐清，得交由案件承辦人補充蒐集相關資料，評議委員亦得親自以電話詢問當事人。在極少數情形下，評議委員得舉行聽證（hearing），此等聽證之目的在於使評議委員有機會當面詢問當事人釐清疑點，證人無須具結，亦無交叉詰問之設計，故與法院之正式聽證程序不同⁷⁵。

就事證資料之蒐集調查而言，FOS高度仰賴當事人之配合，儘管FOS並無司法機關之調查權，但金融服務業對於FOS之要求負有配合義務，包括提供完整資料、於指定期限內回覆意見等。涉及機密性或敏感性之資料，金融服務業得向FOS釋明不宜交由申請人之理由供FOS衡酌處理，由於未交付當事人表示意見之資料不得引為對該方當事人不利決定之依據，故FOS會視個案情形保留是否提供當事人之最後決定權⁷⁶。當事人或其代表人無正當理由拒絕或未能配合FOS之要求提供資料者，FOS得向法院釋明，由法院依相關訴訟程序規定命其提出⁷⁷。

⁷⁴ ELAINE KEMPSON, SHARON COLLARD & NICK MOORE, FAIR AND REASONABLE—AN ASSESSMENT OF THE FINANCIAL OMBUDSMAN SERVICE, at 20, July 2004, electronic version available at <https://www.bristol.ac.uk/geography/research/pfrc/themes/banking/fair-and-reasonable.html> (last visited: 2018.05.31).

⁷⁵ *Id.* at 21.

⁷⁶ CHRISTOPHER CUMMINS, PRACTITIONER'S GUIDE TO MORTGAGE REGULATION 154-55 (2007).

⁷⁷ FSMA s. 232; JONATHAN RUSSEN, FINANCIAL SERVICES—AUTHORISATION, SUPERVISION AND ENFORCEMENT: A LITIGATOR'S GUIDE 351 (2006).

(2)FOS之操作模式

茲舉以下三則實例說明之。

例1：Legal & General Insurance Limited (L&G) 拒絕M之居家財務保險理賠申請⁷⁸。本案申請人M因居家排水系統堵塞，請某私人公司進行維修後申請保險公司理賠。依維修收據顯示，排水系統堵塞是出於地下連結水管斷裂所致，但L&G基於無法取得維修工作之閉路電視錄像，而有待進一步報告以確認事故發生原因，故未同意理賠。

評議理由認為，本件居家財務保險之範圍包含坐落建築物地下水管及電纜之「意外損壞」(accidental damage)。「意外損壞之」定義係指「突發、非故意、不可預期之物理性毀損」，就此保險事故之發生，被保險人負有舉證責任，證明度為一般民事事件之優勢證據標準(preponderance of evidence)，亦即，本件申請人應證明，連結水管斷裂出於意外的可能性大於非意外的可能性(超過50%)，但無須證明是何等特定的原因造成損壞結果發生。一旦此一舉證責任被滿足，除有保單約定之除外條款情事外，保險公司應予理賠。除外條款之要件事實應由保險公司負舉證責任，證明度同為優勢證據標準。

本案評議人根據可得之事證，認定排水系統堵塞是因為地下連結水管斷裂造成，而連結水管斷裂屬於意外的可能性又大於非意外的可能性。就此，L&G並未舉證證明有何排除條款之適用。且電視錄像既已不可得，保險公司尚在等待中之報告，至多憑藉承包商對於六個月前事件經過之記憶，可得期待之證據價值實屬有限，故為有利於申請人M之決定。

⁷⁸ DRN2022570, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

例2：HCC International Insurance Company Plc T/A: Tokio Marine HCC（HCC）拒絕T之旅遊保險理賠申請⁷⁹。T於國外旅遊時，夜晚返回旅館途中跌倒，就醫後評估無法繼續行程而返回英國，並向HCC申請理賠海外醫療保險金。HCC懷疑T跌倒之原因與飲酒有關，故依保單之除外條款拒絕理賠。

評議理由認為，系爭保險事故是否如HCC所主張，係因酒精作用引起而符合保單列舉之除外條款，HCC負有舉證責任。本案根據T於理賠申請書陳述之事實及其自陳患有關節過動症候群（hyper mobile joints），導致容易發生膝關節錯位（knee dislocation），評議人相信申請人跌倒的原因較有可能是前揭自身之體況造成，而非受其他外部因素影響。保險公司雖主張T跌倒之原因係因酒精作用，但未能舉證加以證明，故評議人作成有利T之決定（依保單之約定支付保險金，加計自申請理賠日起至支付保險金日止，按年利率8%計算之利息）；另考量申訴處理過程對T造成之不便及挫折，HCC應再支付150歐元。

例3：Mapfre Asistencia, Compania Internacional De Seguros y Reaseguros, S.A（Mapfre）拒絕S旅遊保險理賠申請，並要求S返還先前已支領之保險金⁸⁰。S於二〇一六年九月以及二〇一六年十二月至二〇一七年一月間，一共向Mapfre申請五筆海外醫療保險。Mapfre質疑S將旅遊保險作為其個人醫療計畫之用，除了拒絕前揭理賠申請外，另援依保單第10條約定，就S先前基於該保單受領之數次保險金共計957.96歐元，將一併追回⁸¹。

⁷⁹ DRN5859412, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

⁸⁰ DRN6772399, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

⁸¹ 系爭保單第10條條文如下：「台端不得有詐欺行為。台端本人或為台端所用

評議理由認為，主張保險詐欺者，應負舉證責任。就此，Mapfre應提出具體證據，證明S有保單第10條(a)至(d)所列舉之詐欺行為。且詐欺行為涉及刑事犯罪之嚴厲指控，必須提出強而有力的證據加以證明（strong evidence of proof is required）。亦即，Mapfre必須證明S有詐欺取財或得利之不法意圖。

Mapfre陳稱，S提出本件理賠申請時並未誠實揭露先前理賠申請情形；S所提單據之真實性亦值懷疑；且根據S過往理賠申請紀錄，S乃利用系爭保單作為支應其個人醫療計畫之用，並非真正有海外緊急醫療需求等情，就此，評議人雖認同S的行為模式有不尋常之處，但這是出於其對保單用途的錯誤解讀，還是如Mapfre所主張之保險詐欺，繫於Mapfre能否證明詐欺意圖要件而定。依本案可得之事證，評議人認為Mapfre就S構成保險詐欺行為之舉證，尚未達接近確信的程度（almost to the point of certainty），在此情況下拒絕理賠，其對待客戶之方式即非公平。

最後，評議人進一步依據判決先例及市場實務，對系爭保單第10條之適用提出公平合理之解釋：縱使本案得以適用詐欺條款，亦不表示保險公司先前已理賠之保險金得「一籃子追回」（a blanket recovery），Mapfre仍應就申請人於過往歷次理賠申請有何等詐欺行為，逐一加以證明。

之人有下列情事之一者：a.明知為虛偽或詐欺浮誇而提出理賠申請；b.申請理賠時有任何不實陳述；c.明知申請理賠所提交之文件為虛偽或錯誤；d.因自己之故意行為或共同參與、串謀所造成之損失或損害；本公司得：i.拒絕理賠；ii.拒絕其他已提出或未來將提出之保單理賠申請；iii.宣告保單無效；iv.有權請求返還先前依該保單支付之理賠保險金；v.已收取之保險費不予返還；vi.通知警方。」

2. 臺灣

(1) 因果關係之舉證責任減輕

在因果關係不能確定時，是否當然可啟動公平合理原則命金融業者補償？茲舉兩則強制汽車責任保險理賠爭議說明之。

例1：金評中心根據醫療顧問意見認定陳某之死亡原因係「肺炎、敗血症、呼吸衰竭」，而非系爭交通事故所致，但基於無法排除系爭交通事故加重被保險人原有疾病與死亡結果之相關性，而認為二者間仍具有「部分因果關係」存在⁸²。

例2：就因果關係之相當性而言，第三人○○○車禍出院數個月後，於居家照護期間發生泌尿道感染併敗血性休克致身故，與系爭交通事故間有因果關係中斷之情形。惟考慮系爭交通事故致第三人○○○無法自理日常生活等後遺症而增加泌尿道感染機會，基於公平合理原則，認為相對人給付申請人○○○元，應屬允當⁸³。

⁸² 「依現有卷附病歷資料，○母於104年10月1日死亡與系爭交通事故間有無因果關係存在？依前開顧問意見及相關卷證資料，○母雖係因『肺炎、敗血症、呼吸衰竭』等原因死亡，而非系爭交通事故直接所致，惟兩者間仍具有部分因果關係存在，即無法排除系爭交通事故加重○母原有疾病之相關性存在，故本中心衡酌兩造間具體情形，並依金融消費者保護法第20條第1項所揭櫫之公平合理原則及個案具體情狀，認相對人應給付申請人強制汽車責任保險死亡給付○○元，尚屬合理。」參105年評字第000609號。

⁸³ 「綜合上開兩位顧問意見可知，第三人○○○因『泌尿道感染併敗血性休克』而不幸身故，確實係院外感染所致（即出院後居家照顧期間）。雖系爭○○○年○○○月○○○日交通事故致第三人○○○無法自理日常生活等後遺症增加泌尿道感染機會，然系爭車禍與第三人○○○泌尿道感染併敗血性休克致身故，就因果關係之相當性而言，因第三人○○○係車禍出院○○○個月後於居家照護期間發生感染，與系爭交通事故而言有因果關係中斷之情形。惟誠如前揭顧問意見所示，系爭交通事故致第三人○○○無法自理日常生活等後遺症而增加泌尿道感染機會，故本中心參酌金融消費者保護法第1條之立法目的以及同法第20條所揭示之公平合理原則，認為相對人應給付申請人○○○元，應屬允當。」參104年評字第000732號。

因果關係要件不能釐清之不利益應由何人承擔，繫於舉證責任如何分配。以FOS保險爭議案件之操作模式為例，損害要件（亦即發生保險事故）由申請人依一般民事事件之證明度標準負舉證責任，除外條款或其他抗辯事實，則由保險公司負與本證責任相同之舉證責任。於前述兩則強制汽車責任保險爭議中，交通事故之被保險人或第三人死亡之事實，屬於強制汽車責任險所保障之事故，如依具體個案情形因果關係要件舉證困難，且適用客觀舉證責任駁回申請人全部之請求顯失公平者，或可酌情為蓋然性裁判，或可衡酌保險事故發生之經過及經驗法則，推定或以證明度降低方式推論因果關係要件存在，以減輕申請人就因果關係要件之舉證責任。

原有疾病與死亡結果之蓋然性，尚有強弱程度之分，若此等蓋然性之強度不能滿足民事證明度之要求，則主張原有疾病或後遺症為死亡主因之保險公司，應負擔不能證明之不利益。反之，若原有疾病與死亡結果之蓋然性已達民事證明度標準而得形成心證時，交通事故與損害結果間之因果關係既經證明不存在，則令保險人補償即非屬公平合理。前開案例以所謂部分因果關係或增加感染機會云云，是否有據，頗值懷疑。

在前述例1中，金評中心醫療顧問依據病歷資料認定直接死亡原因是「肺炎、敗血症、呼吸衰竭等」，例2之死亡原因則為「泌尿道感染併敗血性休克」；但另一方面，金評中心卻又以「無法完全排除」因交通事故而加重被保險人原有疾病或後遺症死亡之可能性，而啟動公平合理原則令業者作部分補償，不僅有理由矛盾之嫌，且依我國舉證責任分配相關學說及實務見解已可妥適處理者，捨此不為，反增不安定性及不可預測性，亦有不當。

其次，參照最高法院105年度臺上字第136號判決（醫療過失請求損害賠償責任之案例）可明，於被害人身體狀況之危險因素影響損害之發生或擴大者，得類推適用與有過失之規定，減輕行為人之

賠償責任，以維當事人間之公平⁸⁴，但與有過失減輕責任乃是以責任成立為前提，並非作為減輕或轉換因果關係舉證責任之用。因此，即便是考量申請人與有原因而為比例責任之裁量，亦難以支持金評中心之結論。

(2) 損害額確定之舉證責任減輕

「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額」，我國民事訴訟法第222條第2項設有明文規定。若當事人不能證明受有損害，依情形並無構成舉證責任轉換或以其他方式減輕舉證責任之必要者，能否發動公平合理原則命金融業者補償，其正當性則有疑問。

例如，相對人違反個人資料保護法，但申請人就所受損害及損害數額無法證明時，金評中心發動公平合理原則酌定補償金額：「……查相對人未盡個人資料保護法所定之告知義務，亦未得申請人特定目的外利用之書面同意，其就申請人個人資料之蒐集及特定目的外之利用均難謂適法，如前已述。則相對人將申請人個人資料提供予第三人○○人壽為電話行銷之用，實難謂無違反個人資料保護法之虞。然申請人亦未能證明其受有何種損害及損害之數額。為妥適解決本次爭議，並參酌本件雙方所提各項事證，本中心依金保法第20條揭示之公平合理原則，認相對人應給付申請人○○元為合理。」⁸⁵關於違反個人資料保護法請求民事損害賠償事件損害證明困難之問題，除了民事訴訟法第222條第2項設有舉證責任減輕規定外，尚得依個人資料保護法第29條第2項準用第28條以非財產上損害賠償方式處理，金評中心忽略既有之法律規定，亦未說明何以適用此等規定不足以救濟，啟動公平合理原則似僅存聊表安撫申請人

⁸⁴ 參最高法院105年度臺上字第136號民事判決。

⁸⁵ 105年評字第1100號。

之作用，而失其救濟不法損害之意義。

(三)不當銷售 (Mis-Sale)

1. 英 國

(1)適合性原則

英國金融監理機關先後對於商品適合性訂有若干原則及行為規範，二〇一三年四月一日成立之金融行為管制局（The Financial Conduct Authority, FCA）將其彙集於商業行為手冊（Conduct of Business Sourcebook, COBS），其中規則第9.2.1條明定：「(1)金融業者應採取適當步驟，確保所為之建議或交易決定適合於客戶；(2)當從事建議或投資管理時，金融業者應取得以下與客戶有關之必要資訊，包括：(a)對於特定產品或服務之相關知識、經驗；(b)財務狀態以及(c)投資目的，俾能作成適合客戶之建議或交易決定⁸⁶。」

(2)FOS之操作方式

FOS判斷商品適合性之因素分為消費者個人因素及商品特性兩大類。消費者個人因素包括：年齡、職業、健康情形、財務及債務狀態、財務需求及目的（例如：收入、獲利、長期購屋計畫退休計畫）、預計投資期間、風險偏好、損失承受度、投入資金規模等。有爭議時，採取優勢證據標準認定之。商品特性則包括：交易約款及條件、彈性、固有風險（包括資產配置以及交易對手之結構性風險）、商品存續期間、預期報酬、商品發行人之收費標準等。值得

⁸⁶ COBS 9.2.1 R, “(1) A firm must take reasonable steps to ensure that a personal recommendation, or a decision to trade, is suitable for its client. (2) When making the personal recommendation or managing his investments, the firm must obtain the necessary information regarding the client’s: (a) knowledge and experience in the investment field relevant to the specific type of designated investment or service; (b) financial situation; and (c) investment objectives; so as to enable the firm to make the recommendation, or take the decision, which is suitable for him.”

注意的是，有關商品適合性之記錄保存資料如有不完整或遺失之情形，FOS不會因此即當然作不利於金融業者之推定，而是另行根據其他可得之資訊，據以重新建構銷售商品時之合理狀態⁸⁷。

一旦認定金融業者違反商品適合性，FOS通常以「回復客戶於未接受該建議前之狀態」為標準（*putting the customer back into the position they would have been in if they had not been given the poor advice*），作成公平合理之決定。部分案例係視消費者取得適合商品之機會是否被剝奪而定。倘若，消費者因為金融業者違反適合性義務，以致買受金融商品之目的無從達成，且別無取得其他適合商品之機會者，則金融業者依據該商品契約本得主張之權利或抗辯，不得主張。例如旅遊保險契約中對於被保險人資格條件附有資格條件之限制，但保單銷售機構、保險公司對於被保險人是否符合該資格條件均未加以確認，則保險公司不得主張被保險人不符資格條件而拒絕理賠⁸⁸。具體損害之衡量方式不一而足，有令保險公司退還保費加計利息者⁸⁹；或比較最適合消費者交易目的之商品費率與實際交易商品之差異，令業者退還差額並加計利息者⁹⁰；或選定指標商品之績效表現計算出公平價值，若實際交易商品之價值低於公平價值者，則令業者補足並加計利息⁹¹。

⁸⁷ Available at http://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/assessing-suitability-of-investment.htm (last visited: 2018.05.31).

⁸⁸ Case 76/8, Issue of Ombudsmen News March/April 2009, available at <https://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/ombudsman-news/76/76-travel-insurance.html#cs8> (last visited: 2018.05.31).

⁸⁹ DRN6461692, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

⁹⁰ DRN4263070, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

⁹¹ DRN2865059, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited:

2. 臺灣

我國就不當銷售之民事責任，略有幾種可能的處理方向：(1)以提供不實資訊或故意隱匿重大資訊，循民法第92條規定撤銷意思表示；(2)基於違反契約義務或忠實義務，負債務不履行損害賠償責任；(3)以違反保護他人之法律，負侵權行為損害賠償責任。

提供金融商品服務時應盡之告知及說明義務、商品適合性義務、資訊義務，與民事責任之連結方式，主要表現在前述責任成立之構成要件事實認定，並有朝合理第三人客觀標準發展之跡象。以連動債爭議為例，最高法院係以「具有通常知識經驗之一般投資人」之「合理期待」為判準：「連動債銷售人員就該項告知、說明及契約內之揭露記載，若能合理期待使投資人知悉金融或發行機構可能存有到期不能履約之信用風險者，即可認其已善盡告知及說明義務」，最高法院102年度臺上字第1189號判決意旨可資參照。

但違反告知義務的法律效果為何，法院見解不一。有認為債務不履行規定應優先適用，依信託業法第23條（不得對委託人或受益人有虛偽、詐欺或其他足致他人誤信之行為）、民法第544條及民法第214條與有過失之規定，准許依債務不履行損害賠償責任為一部賠償⁹²，亦有認為信託業法第23條之立法目的係在禁止信託業侵害委託人或受益人權益，自屬保護他人之法律，而依民法第184條第1項及第188條第1項，判決僱用人與行為人應連帶負損害賠償責任者⁹³。

金評中心就不當銷售爭議事件啟動公平合理原則酌給金錢補償之案例甚多事實行為涵蓋範圍甚廣，舉凡任何違反銷售上應遵

2018.05.31).

⁹² 臺灣高等法院104年度重上更(一)字第25號民事判決。

⁹³ 臺灣高等法院100年度上易字第122號民事判決。

循之規範，從認識客戶（Know Your Customer, KYC）、認識商品（Know Your Product, KYP）、資訊揭露（包含持續資訊揭露）、核保作業，乃至與遵循前述規範有關之表單、問卷、系統上之瑕疵，均可能成為發動公平合理原則酌定補償金額之根據。惟金融機構之違規行為如未影響商品適合度，或未造成實際損害，或與損害之發生不具因果關係者，能否當然命金融機構為公平合理之補償，本文存疑。茲例舉如下。

①相對人未提供資料向金評中心說明

以105年評字第260號為例：「……惟相對人並未提供申請人申購系爭商品時之公開說明書或其他資料，本中心尚難認定系爭商品之風險屬性，是依卷內資料，尚難逕認相對人已確保該商品對金融消費者之適合度。……系爭基金之淨值變化受眾多因素影響，相對人若無上開缺失，則依通常情形及一般經驗法則，申請人是否即不至於蒙受投資損失，非無疑義，從而，難認申請人所受損失予相對人缺失間具有因果關係，……然相對人既有上開缺失，本中心衡酌本案具體情狀，參照金保法第20條第1項公平合理原則，申請人得請求相對人補償金額○○元。」⁹⁴。

②核保作業流於形式者

參104年評字第1124號：「依保險業招攬及核保作業控管自律規範，相對人應採行財務核保作業。另外，再衡酌申請人提出之保險單頁面（保單號碼第○○、○○、○○、○○號）之祝壽保險金受益人皆約定為要保人○○君，然斯時○○君已至少逾160歲以上，保單規劃顯然不合理。準此，對於上述問題未見相對人提出任何核保意見，核保流於形式，相對人就系爭保單並未踐行核保程序，應堪認定。本件相對人有未踐行核保作業及確保所提供金融商

⁹⁴ 另參104年評字第1837號、105年評字第989號。

品對金融消費者適合度之缺失，業如前述，故經本中心審酌個案相關情節，爰依金融消費者保護法第20條第1項所揭示公平合理原則，認相對人應賠償申請人新臺幣〇〇元，應屬公允。」⁹⁵

③未完整說明保單條款應揭露事項者

如104年評字第896號：「……相對人業務員〇〇於招攬過程中，復未見完整向申請人說明保單條款所欠缺之應揭露事項，或已提供符合投資型保險資訊揭露應遵循事項第4點規定應揭露事項之書面資料或保險商品說明書，以為申請人參閱並交付留存，業如前述，其招攬行為非無疏失。復審酌系爭保險契約重要事項告知書明確記載不保證最低收益，相對人不負投資盈虧之責，要保人應審慎評估等事項，文義淺顯，申請人亦不否認前開重要事項告知書為親簽，故其應已知悉所購買者具投資性質及虧損風險；系爭投資標的之選擇及金額配置復係由申請人所決定，且定期收到相對人寄送之對帳單，故其對得隨時申請轉換或贖回乙節，應知之甚詳；而依相對人所提出客戶投資損益表，申請人非無投資高收益債券基金經驗，且有獲利等情，是其亦有可咎之處。爰依金融消費者保護法第20條第1項公平合理原則，並參酌相對人所提出對帳單所載關於系爭投資標的成本及現值之差額情形，認相對人補償申請人〇〇元合理。」⁹⁶

前述評議決定理由所認定之招攬疏失，無從明瞭其與不符商品適合性，乃至金融消費者買受不適當商品之損害間，具有何等關聯。本文認為，基於不當銷售行為所為之公平合理決定，宜參考FOS之處理原則，以銷售當時系爭商品之適合度為檢驗核心，以避免淪為後見之明，或夾雜同情或懲罰之目的，以致混淆民事責任之

⁹⁵ 另參104年評字第513號、104年評字第1827號。

⁹⁶ 另參103年評字第001363號。

本質。參考前述最高法院所揭示之合理期待標準，判斷上宜從系爭資訊義務對於「具有通常知識經驗之一般投資人」而言是否具有重要性，並依個案可得之情況證據，衡量申請人在資訊充分揭露之情況下較有可能之「假設性應有狀態」，與實際交易情形之差距，作為公平合理裁量之基礎。而非一有資訊揭露不完整，即一概「反射」出補償之效果。至於金評中心如認為有必要藉由此類案件揭示或傳達監理機關對於金融業者之期待，例如：完整保存銷售過程之說明文件、錄音紀錄等，或可斟酌在評價商品適合度時，考量申請人已說明若干銷售過程之細節，而相對人卻無法提出有關商品解說及重要權利義務告知之佐證資料，而使其承擔舉證上之不利益，再綜合其他情狀，整體判斷商品適合性。

（四）違規行為（Violation against Code of Conduct）

1. 英國

金融服務範圍廣泛且常涉及錯綜之行政命令、市場規章或自律機構制定之規範，但違反此等命令或自律規範之行政違規行為，並非當然產生民事責任之效果，二者應有所區隔，以避免標榜客觀獨立之紛爭處理機構行政化之現象，茲舉英國FOS一則違反告知義務之案例說明之。

M經由代理人Bluefin（Bluefin Insurance Services Limited）之安排，一共持有四張保單，其中二張保單同屬一家保險公司，自一九九七年至二〇〇八年間，保費係適用保險公司提供之融資方案，採月繳方式直接支付予保險人，Bluefin則自保險人收取佣金。於二〇〇九年保險契約更新時，Bluefin將四張保單之繳費方式重新調整，改從另一家保費融資公司（Premium Financing Company）取得貸款支付保費。M發現新方案所繳金額比過往昂貴，曾電詢Bluefin提出疑問，Bluefin告知四張保單整合為每月同一天繳納較為方便，

且年利率6.35%較以往便宜。此後不久M發現實情有異向FOS申訴，主張保險代理人詐欺，利用為M規劃保費融資從中獲取不法利益，請求Bluefin應將所有自該交易中獲取之所有收入及利益返還。

本案經評議機構調查後發現，四張保單保費加總後，貸款金額適用較高之利率，新方案收取之年利率為23.2%，服務費為6.35%，Bluefin自保險公司收取之佣金雖與舊方案差異不大，但Bluefin可額外自保費融資公司獲得185.23歐元之收入，造成整體費用增加。據此，評議人認為Bluefin告知M年利率為6.35%係有所誤導，並未揭露新方案之實際費用。此外，Bluefin從新的保費融資計畫中獲取185.23歐元之額外報酬，涉有利益衝突，卻未向M揭露，有違忠實義務及契約約定之告知義務。因此，Bluefin享有此利益（185.23歐元）非屬公平合理，爰命Bluefin於此金額之限度內應補償M之損失，並加計自新保費融資計畫起始時按年利率8%計算之利息，另衡酌M重新安排保費繳納方式之不便，Bluefin應給予200歐元作為金錢補償⁹⁷。

於前述案例中，Bluefin於調整保單繳費方式時隱瞞實際之費率結構，提供不正確資訊誤導客戶，此等行為在民事責任上反應如何之效果，取決於忠實義務及契約約定，而非行政規定之違反。即使是衡平補償（Equitable Compensation），本質上乃是以金錢賠償為方式救濟違反衡平義務造成之損害或實現衡平權利，以損害、因果關係為必要要件⁹⁸，而非一有疏失，裁決者即有或多或少酌命金錢補償之裁量權。

⁹⁷ DRN0882802, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

⁹⁸ JOHN DYSON HEYDON, MARK JAMES LEEMING & Peter G. Turner, MEAGHER, GUMMOW AND LEHANE'S EQUITY: DOCTRINES AND REMEDIES, at [23-015] (5th ed. 2015).

2. 臺灣

◎民事責任與行政責任之區辨

①違規行為同時違反民事上之權利義務關係者

例如：金融業者就報酬收入、實質手續費率等涉及利益衝突事項，應予揭露卻未揭露，違反忠實義務或契約上之善良管理人注意義務。例如105年評字第220號：「……系爭○○基金之母基金均為『○○亞洲高收益基金（美元）』，而各筆之子基金、申購日及贖回日，每筆持有期間至多不到二個月，且贖回日與下一筆申購日亦均不超過10日，故申請人於約6個月期間即反覆承作5筆系爭○○基金交易，且母基金均相同，而子基金亦有重複之情形。每筆支出之手續費雖均於約定之3%範圍內，惟共計支出之手續費則為美金○○元，因申請人係以一筆資金反覆申購，是若以第一次承作之交易金額美金○○元計算，手續費總計達約12.5%，故是否符合一般交易常態，似非無疑。……此一交易模式造成申請人反覆申購而產生高額之手續費支出，相對人難脫未盡善良管理人注意義務及忠實義務之情事，尚難認已符合金保法第7條第3項之規定。……基於衡平原則及誠實信用原則，本中心依金融消費者保護法第20條第1項所揭示之公平合理原則，認為相對人應補償申請人美金○○元。」⁹⁹

②令人不滿意之瑕疵或作業疏失

單純令人不滿意之瑕疵或作業疏失，無明確違反忠實義務或善良管理人之注意義務之情事，且實際上亦未必有損害發生者，酌給金錢補償之妥適性，則有待斟酌。

例1：「……系爭保險契約、要保書或保單面頁中均未揭露保險費率表，致申請人無從換算月繳、年繳保費，亦無法得知月繳保險費換算成年繳保險費所對應之滿期保險金差距為何，……是以相

⁹⁹ 類似案例，另參103年評字第224號。

對人顯未盡資訊揭露之義務。惟查，……系爭保險契約之面頁及保單條款均已記載滿期保險金之計算及給付金額，意義亦非難以理解。申請人於收受系爭保單後，應可發現保單面頁就滿期保險金額之記載，與其以月繳方式繳費期滿後之總保險費之不同，卻未及時向相對人詢問，申請人亦未盡查詢義務。從而，相對人未盡善良管理人注意義務，然申請人卻也未盡查詢義務，本中心衡酌兩造間具體情形，依金融消費者保護法第20條第1項揭示之公平合理原則及個案具體情狀，認相對人應補償申請人〇〇〇元。」¹⁰⁰

例2：「按期貨公會『期貨商交易及風險控管機制』有關代為沖銷作業之時機，若開盤或盤中因行情迅速變化，致交易人帳戶在尚未進行高風險帳戶通知作業前，其風險指標已低於約定代為沖銷之比率，期貨商仍應於開始執行代為沖銷作業程序前，對交易人發出盤中高風險帳戶通知。……相對人10：20前於開始執行代為沖銷作業程序前，對交易人仍負有發出盤中高風險帳戶通知之義務。是申請人主張營業員未在營業處所以電話專線告知補繳保證金有所疏失乙節，尚非無據。……本中心為兼顧雙方之主張，並合理解決本案爭議，經審酌個案情事後，考量相對人在執行全部沖銷作業處理上有所疏失，申請人因平倉所受之損失即有衡平補償之必要，爰依金融消費者保護法第20條揭示之公平合理原則，認相對人應補償申請人損失之〇%，方屬公允。」¹⁰¹

於前述二則案例中，依金評中心之事實認定，金融業在業務執行上雖存在某等令申請人不滿意之瑕疵或作業疏失，惟縱令如此，其性質應屬行政責任，而非屬民事責任之範疇。有此等情事者，或可依情形考量將損害要件及因果關係要件之舉證不利益歸屬於相對

¹⁰⁰ 103年評字第000880號。

¹⁰¹ 105年評字第000418號。

人，但若單純針對違規行為加以懲罰，而不問就相對人與申請人間之契約關係而言，是否構成債務不履行或有違反忠實義務，亦不問有無發生損害及其與違規行為間之因果關係如何，即令金融業者為或多或少之金錢補償，則不論是出於懲罰業者或同情消費者之動機，均非妥適。蓋此屬主管機關或自律機構之監理權限，而非獨立評議機構之任務。

(五)紛爭處理或案件管理不善 (Bad Case Handling or Poor Administration)

1. 英 國

紛爭處理失當或管理不善，本屬公司內部管理之問題，不屬於民事損害賠償責任之範疇，但此等行為有可能造成金融消費者受到不公平對待，為促進金融市場秩序健全化，在原則性基礎之監理政策之下，英國監理機關一方面責成金融業者落實公平對待客戶原則，另一方面則於DISP明文規定，金融消費者蒙受之煩擾或不便亦得命金融業者補償，其方式及額度，亦屬FOS公平合理判斷之範圍，即令法院無從依法判賠，評議人仍得為之。相對於我國而言，此為公平合理原則操作模式中，較為特殊的一種類型。

此類模式之具體適用案型不一而足，茲略舉數例說明之。

例1：銀行通知靜止戶客戶如未於一定期間內親持身分證件臨櫃辦理，其帳戶將被關閉。客戶因人在國外，經電話聯繫銀行行員後，被告知只要存入任何一筆款項便可重新啟動帳戶而免於銷戶，客戶便依示匯入20歐元，但嗣後卻發現帳戶仍被關戶，導致其無法順利透過該帳戶進行投資，遂提出申訴。本案評議人命金融業者給付500歐元予申請人，作為煩擾與焦慮之金錢補償¹⁰²。

¹⁰² DRN1437478, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited:

例2：客戶開立債券帳戶後，於自動機器操作變更密碼時被拒，直到開戶後十九天始順利完成變更，由於該類帳戶設有開戶後至遲應於二十一天內完成存入資金之限制，客戶因為密碼遲遲無法順利變更，導致第三筆款項未及於該時限內存入。客戶向業者申訴時，業者否認IT系統有任何關於變更密碼操作之異常回報，並拒絕接受遲延到位之資金，直到FOS受理申訴進行調查時，始改口承認系統確實有問題。為導正錯誤行為之影響，除了該金融業者同意接受第三筆資金匯入帳戶之外，評議人再命金融業者應就對客戶造成之煩擾及不便，額外支付200歐元¹⁰³。

例3：申請人持有Aviva Life Services UK Limited (Aviva) 之股東權益保單 (Stockholder Policy)。Aviva因行政作業疏失導致二〇一五年九月一日至二〇一六年六月一日期間，未按月為申請人將收取之紅利轉繳保費。本案相對人提出之解決方案包含兩部分：第一，就行政作業錯誤導致漏未轉繳保費部分，申請人得選擇一次全額補繳或分十期（每月一期）補繳完畢，或將前述期間視為保費假期 (premium holiday) 處理¹⁰⁴。若申請人選擇補繳保費，Aviva將視同各期保費已依原到期日繳納，並以此作為計算申請人保單帳戶權益之基礎。第二，對於造成申請人感到焦慮及不便，Aviva願支付200歐元表示歉意。但申請人不接受，因而申請評議。

本案評議人認為，命令金融業者為其錯誤行為提出補償之目的，在於使申請人回復至「假設未有該錯誤之應有狀態」(“to put a complainant back in the position they would have been but for the

2018.05.31).

¹⁰³ DRN0363390, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

¹⁰⁴ 要保人陷入財務困難時，只要帳戶權益尚足以抵繳保費及管理費用，得暫時免繳保費之權宜措施。

error”）。就第一部分之處理方式而言，應足以回復「未有錯誤行為發生時之狀態」，申請人並未蒙受不利益。至於第二部分，FOS 命金融業者就焦慮及不便等非財務性損害予以補償，惟強調其目的不在於處罰（此屬主管機關之權責），酌定金額向來不高。就本案情況而言，相對人同意支付200歐元，以就造成申請人之焦慮、不便，以及處理本件申訴之遲延表達歉意，尚屬公平合理。因無必要命相對人再為其他額外之給付，故維持相對人提出之解決方案，駁回申請人其餘請求¹⁰⁵。

2. 臺灣

(1) 以正確行為取代先前錯誤行為

金融業者於提供金融商品服務或申訴處理過程，如有對金融消費者不公平對待之情事，金評中心得依情形啟動公平合理原則，命金融業者為一定之作為或不作為，亦即以正確之行為取代先前錯誤之行為，例如105年評字第001342號：「依前揭顧問意見，申請人104年10月5日申請復效時，被保險人之體況未重大變更達相對人拒保之程度。是依保險法第116條第3項之規定，相對人不得拒絕申請人104年10月5日之復效申請。惟依保險法第116條第3項規定，復效時點原應為繳清保險契約約定之利息及其他費用後，翌日上午零時起，開始恢復其效力，然本件係因相對人不當拒絕申請人之復效申請，致申請人遭受未能及時復效之不利益，如仍貫徹前揭復效時點規定，恐難謂符合事理之平。故本中心衡酌兩造間具體情形，爰依金保法第20條第1項揭示之公平合理原則及個案具體情狀，認申請人於清償保險費、保險契約約定之利息及其他費用後，系爭保單之效力應自104年10月5日之翌日零時起恢復其效力。」

¹⁰⁵ DRN2162195, available at <http://www.ombudsman-decisions.org.uk/> (last visited: 2018.05.31).

(2)無損害卻酌給金錢補償

例1：105年評字第792號：「……相對人未塗銷申請人於財團法人金融聯合徵信中心之信用額度，尚難認相對人未盡善良管理人注意義務。……依105年9月19日申請人致電相對人之電話錄音，相對人告知申請人『○先生因為你的卡片，信用卡的部分你在銀行這邊都已經取消掉了，所以銀行已經沒有辦法再提供信用貸款給○先生使用了，因為你在我們這邊沒有信用卡。』是相對人確曾提供錯誤資訊予申請人。……惟申請人主張因相對人未告知信用額度塗銷事宜及告知申請人其非相對人信用卡客戶無法申請貸款致申請人受有損害云云，本中心亦難憑採。審酌本件個案情事，為能兼顧雙方之主張，並合理解決本案爭議，爰依金融消費者保護法第20條第1項公平合理原則，認相對人應補償申請人○○元整。」

例2：104年評字第2075號：「未查，依現有事證資料，本案系爭汽車保險契約雖不具有無效事由，申請人亦無人格權受侵害之情事。惟就相對人於辦理投保及受理理賠之程序中，確實有未正確登載資料，並詳實校對覆核之疏失。……倘非申請人及時發現續保保險費有過高之情事，申請人恐有支付過高保險費之虞。是以，申請人雖未向相對人辦理續保，然相對人確有疏於依金融消費者保護法第7條第3項盡其善良管理人之注意義務，從而，本中心爰依金融消費者保護法第20條第1項規定，衡酌公平合理原則及個案情狀，認就相對人之疏失應有補償申請人之必要，其補償金額以6,000元為適當。」¹⁰⁶

前述二則案例中，申請人皆未受財產上或非財產上損害，為金評中心認定之事實，在此情況下，金融業者於電話答覆客戶詢問時提供錯誤訊息、或未正確登載資料、或就申請人職業別之陳述與要

¹⁰⁶ 另參105年評字第1262號。

保書所載不符等疏失，對申請人造成如何之影響，而有金錢補償必要？此等發動公平合理原則之理由，乃至酌定補償金額考量之因素，並未於評議理由中交代。由於臺灣金融消費者保護法並無類似英國DISP規則3.7.2之規定¹⁰⁷，賦予評議機構就金融業者作業疏失或紛爭處理失當，造成消費者不必要之煩擾或不便，得決定合理金錢補償之權限，故前述評議決定中金錢補償之性質及正當性基礎，乃生疑問。

例3：105年評字第000227號：「金融服務業提供金融商品或服務，應盡善良管理人之注意義務」金保法第7條第3項前段定有明文，而此一善良管理人注意義務亦應包含相對人之核保程序所應盡事宜。又揆諸前揭說明，倘相對人於核保時進一步與醫院或要保人進行確認，應可察覺病歷記載不一致之問題所在，而相對人未履行此一程序，即逕以『惡性腫瘤』拒絕承保並通知申請人，確有疏於盡其善良管理人之注意義務之情事。從而，本中心爰依金融消費者保護法第20條第1項規定，衡酌公平合理原則及個案情狀，認就相對人之疏失應有補償申請人之必要，其補償金額以3,600元為適當。」¹⁰⁸

茲以例3作進一步說明。「倘相對人於核保時進一步與醫院或要保人進行確認，應可察覺病歷記載不一致之問題所在……」，此是否會改變最終核保結果？如是，亦即保險公司不應拒絕卻拒絕承保，則宜進一步探究，依申請人當時之保險規劃，是否因此被剝奪取得其他適合商品之機會、是否因為另尋其他管道取得替代商品而增加成本支出等實際影響，據以衡量導正錯誤之方式。反之，如病歷記載不一致對拒絕承保之結果並無影響，亦即本案相對人拒絕承

¹⁰⁷ *Supra* note 54.

¹⁰⁸ 另參105年評字第506號。

保並無錯誤可言，則命金融業者就未察病歷不一致之疏失予以補償，即非當然之理（從本案事實無從明瞭申請人是否受有其他非財產上損失）。

肆、對金融消費評議之操作指引

英國FOS及我國金評中心對於公平合理原則之操作模式，可進一步從責任成立、責任範圍及責任程度加以分析。

一、責任成立之要件

(一)行為方式對契約解釋之影響

就金融業者與消費者間之權利義務關係，FOS將公平對待客戶（*treat customer fairly*）融入於契約解釋方法之中，而有別法院傳統的客觀解釋標準。後者係以合理第三人就契約文字可得之合理理解為本，著重形諸於外的書面文件可得之合理意義，FOS之公平合理操作則具有以下特色¹⁰⁹：

- 1.側重於提供金融商品服務之行為，更甚於書面契約條款。
- 2.契約用語之定義如與一般消費者所理解之「一般及自然意義」不同者，除非特別提醒客戶注意，否則應作有利消費者之解釋。
- 3.關於「有疑義時應作不利契約草擬人（金融業者）之解釋原則」，何謂「有疑義」採取較寬鬆之認定標準。無法輕易依前後文及相關事實情境釐清當事人真意、重要契約變動處跨頁印刷、標題與內文不符、前後矛盾牴觸等，亦屬之。
- 4.提供商品或建議違反適合性原則者，FOS得依據公平合理原

¹⁰⁹ 參本文參、三、(一)、1、(2)。

則為有利消費者之決定，即令消費者於相關契約文件上簽名亦然。

5. 行為規範（COBS）中所揭示之市場實務，於適當情況下得作為公平合理判斷之基礎，相較於法院對習慣之界定標準寬鬆，更貼近於金融監理機關之需要。

（二）民事責任與行政責任之區辨

關於FOS的操作模式尤值一提的是，違反行政規則或命令，在何等情況下足以提升至民事責任的層次。

金融商品服務之違規行為形形色色，諸如：未留存完整紀錄或軌跡；字體大小、版面設計未能妥適引起消費者注意；標題表達之意涵不精準；費率、手續費收入、營業分潤等資訊揭露不完全等。此等瑕疵行為之糾正，原屬主管監理機關之管轄範圍，性質上為行政責任。但於部分情形，金融業者應負民事賠償責任¹¹⁰，例如：

1. 違反告知義務或適合性義務，依據假設性因果關係（but for rule），足以影響合理第三人之交易決定者。或

2. 違反銷售行為規範，導致保單實際保障之範圍低於消費者之期待時，FOS可能命業者予以理賠，而不問是否與契約中之明示約定條款相牴觸。或

3. 構成違反忠實義務（例如：利益衝突）或契約義務（例如：報告義務）。

金融消費評議之公平合理原則係以民事責任為基調，此觀FOS評議決定中再三強調，評議人之公平合理判斷並非以懲罰業者目的自明（此為監理機關之權限）。也因此，金融業者行政上可歸咎之違規行為或錯誤（Fault of Error），並非一概反射出民事責任，而有必要加以區辨。

¹¹⁰ 參本文參、三、（四）、1。

惟對照金評中心103年評字第001403號保單紅利爭議事件，「系爭保險契約於中央銀行不再核定公告儲蓄存款利率後，本應由相對人參考其實際經營成果，與申請人另行協議保單紅利之計算指標或準據，相對人逕依財政部之函釋變更系爭保險契約保單紅利之計算方式，縱認與契約當事人約定之真意無違，實難認非無可議之處。復以系爭保險契約之DM刻意強調所得領取之『保單紅利』，而未依據系爭保險契約之性質詳實揭露商品資訊，亦足認確有不當。準此，本中心衡酌兩造間具體情形，依金融消費者保護法第20條第1項揭示之公平合理原則及個案具體情狀，認相對人應依據系爭保險契約之DM所載申請人103年9月29日即第31保單年度至第35保單年度所得領取之紅利金額，補償申請人該金額之○%即○元（計算式： $219,120 \times \bigcirc\% = \bigcirc$ ）。」其操作模式則似乎已屬於對業者違規行為之懲罰。

（三）公平合理原則適用界線之評估

為使公平合理與法安定性取得一定程度之協調，原則上，金融業者承擔之民事責任，宜以法律規定或契約解釋（包含明示或默示條款）可得預測之風險為限；於特殊個案，再視情形借助誠信原則、禁反言、顯失公平作例外處理。申言之，公平合理原則之適用界線與操作模式，宜區分不同情境作討論，在以下不同情境中，公平合理原則均有作用之餘地，但程度有別：

1. 有明文規定且文義明確

在此情形，公平合理原則在作用層次上固可作為法律要件或契約解釋時尋找作用空間，甚至在事實認定舉證責任等裁判層次亦有作用之空間。但若在此等層面均無法加以作用時，公平合理原則在此類型之作用，應僅限於在於若法律或契約適用將造成苛刻或不合比例之情形。亦即當事人間之權利義務即應以法律規定或契約約定

為原則，僅於特殊情形，始得例外作不同之解釋。

為兼顧當事人主觀意思與書面契約之潛在衝突性，英國就契約文義之解釋採取客觀標準，亦即綜合訂立契約時之事實情境，以合理第三人可得理解之意義為斷。金融消費者就其簽署之文件不論是否閱讀過，應當受拘束，但若其簽名係受相對人不實陳述或詐欺所為，則不在此限。

具有技術性或專業性之契約用語，未經特別解說；或是行銷廣告文件與嗣後之書面契約不符，但未再次向消費者說明並提醒注意，如依情形期待消費者自行比對查知異同之處，顯屬不合理者，評議機構得透過公平合理原則之操作，避免契約之適用結果導致消費者蒙受不公平。此等情形若移置訴訟救濟途徑，亦有可能符合不實陳述或禁反言之適用要件，結論上或無不同或相似，但公平合理原則之操作較具彈性，因而更朝向有利消費者之方向傾斜。

2. 無明文規定或約定條款

法律或契約未明文規定者，不當然表示公平合理原則必須介入，基本上仍宜依具體情形視有無以任意規定補充或推論默示義務之存在可能性而定。例如基於違反默示的誠信義務，而對當事人權利義務之行使加以限制。在此情形，無論基於民法第1條之法理或金融消費者保護法對於公平合理原則之具體要求，公平合理原則均有適用之空間。

關於未約定之事項，當事人之真意為何？原則上應透過契約解釋原則予以探求。若不屬於既有法律關係涵蓋之範圍者，基本上無從基於公平合理之判斷，創設或延伸不存在之契約義務，以致破壞契約自由原則。

3. 法律規定或契約條款有疑義

用語定義前後矛盾、標題與內文不一致、條文依據或計算基礎有變更而未重新約定，導致權利義務關係不明確者，公平合理原則

即可適度發揮作用，由評議人衡酌相關規定、法院見解、市場習慣、實務之正反範例、監理機關之指引等，訴諸於共同社會經濟生活群體中所合理期待之「當為」，作為公平合理判斷之基準。

二、責任範圍之界定

(一)不以法律有規定者為限

責任要件成立後，進一步乃是決定應負的責任範圍，公平合理原則在此層面亦有其作用。

依據英國傳統的契約法理，一方當事人因他方違約受有損害者，在可預見之範圍內得請求損害賠償。「可預見性」略有兩種判準，一者依一般事務發展歷程可得預測者，一者經由當事人特別約定者。早期英國法院認為保險契約的目的在於保障保險事故之損害不會發生，保險事故發生的瞬間，即已構成違約，保險金理賠乃是二次性的賠償，與一般的違約行為有異，故不得向保險人請求行為損害。**Sprung**案¹¹¹以後，英國改變過去的見解，承認違反保險契約遲延理賠之行為，與一般違約行為並無不同，亦即，保險人就可預見範圍內之損害應負損害賠償責任。

一般而言，民事損害賠償制度係用來保護當事人期待利益之經濟價值，故除非是契約本即是以非經濟利益（non-economic benefit）為標的，或當事人另有約定者外¹¹²，責任範圍以具經濟價值之損害為限，而不及於情緒層面或生活上之實際影響。但FOS在DISP之授權下，評議人就責任範圍之衡量，乃是以導正錯誤（to

¹¹¹ Sprung v Royal Insurance [1999] Lloyd's Rep IR 111.

¹¹² 例如：當事人約定一方就不動產坐落位置之噪音負有通常之調查義務，違反此調查義務之當事人就飛機起降之噪音導致該不動產欠缺應有之寧靜品質，被判命賠償1萬歐元。參Farley v Skinner [2002] 2 AC 732.

put things right) 為目的，如有必要，命修補財務性損害或非財務性損害，或命二者同時為之，皆無不可，其不受限於法律就該等損害賠償是否設有具體規定，亦無需考慮法院會否作相同之裁判¹¹³。

以不當銷售為例。此類案型之賠償方法，以回復至不當銷售行為前之原有狀態為原則。其中大部分情形可透過財務性損失之填補予以回復原狀，但亦有案例，以金錢賠償實際之非財務性損害為適當，包括：不當銷售保單導致要保人於保險事故發生時無法獲得理賠，尚須重新安排其他保險契約以涵蓋其保障需求之挫折及煩擾；不當銷售投資商品導致申請人陷於財務安全之焦慮等，均屬之。

(二)判斷基準

1. 不公平對待客戶行為

公平合理賠償之啟動以金融業者存在不公平對待客戶行為為前提，但應注意者係，賠償之目的不在於對業者施以懲罰或處分，而是著眼於金融消費者因為該等行為所承受的財務性或非財務性損害，透過適度的金錢賠償予以修復或排除¹¹⁴。

2. 實際影響

實際影響具有相對性，悉以個案中當事人之具體情況為斷。就非財務性損害而言，對客戶造成的實際影響，程度必須超越日常社會生活或交易行為中，尋常而輕微的不便利或壓力，始足當之。而非任何種類、任何程度之負面影響均一概有公平合理賠償之必要¹¹⁵。

¹¹³ DISP 3.7.2.R.

¹¹⁴ 參本文參、一、(一)。

¹¹⁵ Compensation for distress, inconvenience or other non-financial loss: "If we decide a business has acted unfairly, we consider the impact on their customer. We're all inconvenienced at times in our day-to-day lives and in our dealings with other people, businesses and organisations. For us to award compensation, we need to decide that

3. 因果關係

金融業者之不公平對待行為與結果（亦即對客戶之實際影響）二者間必須具備因果關係。若不論有無該行為存在，結果同樣會發生者，即欠缺因果關係，例如：因被保人死亡、傷病等保險事故之發生所引起的苦痛、被保險人或因汽車故障或交通事故之發生所蒙受之不便、投資人因投資報酬無法回收而感到焦慮不安等，未必與金融業者之失誤行為具有因果關係，不可單純因為消費者之苦痛、不便、不安，即命金融業者為公平之賠償¹¹⁶。同理，商品適合性之記錄保存資料如有不完整或遺失之情形，FOS不會因此即當然作不利於金融業者之推定，而是另行根據其他可得之資訊，據以重新建構銷售商品時之合理狀態。在此情形，仍係以因果關係作為推導責任範圍有無之基礎，而非金融機構一有作業失誤，即當然認為可命為公平合理之補償¹¹⁷。

三、責任程度之衡量

公平合理賠償乃是整體衡量一項具體的失誤行為對於申請人造成如何之影響，屬於個案性質，尚無通案標準。FOS強調同類案件採一致衡量方法的同時，另一方面則保留依個案情狀，反映不同主體差異性之空間，據以決定具體的公平合理補償方式或金額。

(一) 一致性處理原則

1. FOS明白揭示，公平合理補償係以導正金融業者之過錯或錯

the impact of a business's actions has been bigger than just a minor inconvenience or upset.” Available at https://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/distress-and-inconvenience.htm (last visited: 2018.05.31).

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ 參本文參、三、(三)、1、(2)。

誤對消費者實際造成之影響為目的¹¹⁸。

2. 操作上，以「若無系爭過錯或錯誤行為」為假設前提，推估一合理消費者原應處於如何之狀態，作為損害衡量具體範圍之方法。例如：在不當銷售保單之案例中，FOS係根據消費者是否被剝奪其他獲取適合商品之機會，辨識不當銷售行為對消費者造成之實際影響。若客戶因保險公司之錯誤無法獲得締約時所期待之保障，且依情形已無其他管道可獲取適合之替代商品，則基於去除此等不利影響所必要，保險公司應考慮若自始即提供客戶適合商品，並依此假設為前提，於客戶原應享有之保障範圍內同意理賠¹¹⁹。

(二) 個案情狀

FOS之評議決定強調應衡量個案一切情狀，惟應注意者係，個案情狀之斟酌，係用以判斷有無不公平對待客戶行為而論。例如，在涉及不當銷售之金融消費爭議事件，消費者之年齡、職業、財務狀態等個人因素乃是判斷金融業者有無違反商品適合性原則的面向之一，若金融業者之行為並無不合理之處，即無從以金融消費者為「弱勢」、「知識經驗不足」、「財力不對等」，要求業者為「公平合理」補償之理¹²⁰。

¹¹⁸ 參calculating redress in investment complaints, available at https://www.financial-ombudsman.org.uk/publications/technical_notes/QG5.pdf (last visited: 2018.05.31).

¹¹⁹ 違反商品適合性之財務性損害，參本文參、三、(三)、1、(2)；非財務性損害，參本文參、三、(五)、1。

¹²⁰ 參本文參、三、(三)、1、(2)。

伍、結 論

一、替代紛爭解決程序中啟動公平合理原則之目的及限制

(一)金融消費評議為一種訴訟外的紛爭解決途徑，由獨立之評議機構依公平合理原則作成之評議決定，具有準裁判性質，基於紛爭解決之終局性及預防類似紛爭再起之目的，評議機構應當建立相同事件為相同處理之一致性處理原則，以維安定性及可預測性。

(二)公平合理之內涵包括法律規則之解釋適用，不適用法律明文之規定，應屬例外之情形，評議書應就如何獲致異於適用法律規定或實務見解之結論作充分說明，以盡說理義務。

(三)依公平合理原則解決金融消費紛爭，乃是著眼於金融交易多元且快速多變之特性，一般化之法律規定恐不足確保受有損害之金融消費者必能獲得適當救濟，故訴諸評議人公平合理之判斷予以補救，避免有不法損害卻無救濟之不公平情事發生。因此，導正不法才是啟動公平合理原則為金錢補償之目的，同情、懲罰等考量則與公平合理原則之適用無關。

(四)金融消費評議中心之評議書雖然無須比照法院裁判書詳盡交待證據調查、得心證之理由及法律見解，但亦不可粗略到僅以金融機構作業上存在某等瑕疵或服務上有令消費者不盡滿意之處，即啟動公平合理原則命金融機構補償。評議理由應清楚指明，金融機構有何不當行為，導致金融消費者受有如何之影響（損害），若不予救濟，則金融消費者所處之狀態，將造成如何顯失公平，評議結果較易獲得信服。尤其對於如何疏失，與消費者可能作成或不作成如何有利或不利之選擇，或造成如何之損害之因果關係，應加以論述，始能免於淪為純道德之評議。

(五)導正顯失公平之救濟方式容有裁量空間，但若法律既有之救

濟制度已足以使金融消費者受到之不公平得到平復，即無再為公平合理補償之必要。唯有法律救濟無法使金融消費者之損害得到完全回復，於此目的範圍內，啟動公平合理原則命金錢補償始具正當性。公平合理補償若不受前述目的性限制，將形成金融機構任一疏失均可充作金錢補償之理由，使得公平合理補償被濫用為金融機構犯錯之代價，而失去衡平救濟之意義。

二、公平合理原則之適用方針

考量法安定性及個案正義間之平衡，公平合理原則之操作不應背離傳統法治國法安定性之要求過鉅。本文建議啟動公平合理原則之標準，為顧全法安定性及成就良善交易環境，可初步類型化如下：

(一)申訴過程中，業者處理不當造成消費者感到騷擾、挫折或過度之成本支出者，得為補償，但就此宜以法律明文規定，較為妥當。

(二)訂約過程中，違反適合性原則、善良管理人之注意義務、說明義務，導致消費者選擇不當或錯失合適商品之選擇，雖與契約有效與否或瑕疵存否無關，但造成消費者受有損失或交易成本增加者。

(三)契約訂立之文字，其文義雖清楚，但依契約或法律規定適用顯失公平者。

(四)履約過程中，因業者有不當行為，造成消費者多餘不必要之支出者。

(五)請求事項除得依民事訴訟法第277條但書規定減輕舉證責任外，如應負舉證責任人距離較遠，不可歸責而無法適當完全之說明及舉證，依具體個案情形，適用客觀舉證責任而全部駁回申請人之請求顯失公平者，可酌情裁判（蓋然性裁判）或命為相當之給付。

另基於法體系之協調性，本文就金融消費評議之公平合理原則，傾向保留較具彈性之適用空間，以適應金融商品服務多元變化（法律規範可能相對不足）、高度專業（權利義務內容較不直覺）之特性，但操作方法則應趨向嚴謹，以安定性及可預測性為首重，俾於個案正義與通案原則間取得平衡。茲區分以下三種不同情境說明之。

金融消費評議公平合理原則之適用界線與操作方法

	適用界線	操作方法
情境一：有明文規定，且文義明確	- 若明確無義務發生，如無法在解釋論等層次加以作用，原則上不得啟動公平合理原則，作與法律、契約相抵觸之判斷。 - 例外情形，得借助誠信原則、禁反言、顯失公平或公平合理原則之操作，避免結果苛刻或不合比例。	- 結論與法律操作結果無異時，理由得為簡化。 - 對於例外，應說明形成公平合理判斷之理由。 - 必要時得參考誠信原則、禁反言或顯失公平法則之操作模式。
情境二：無明文規定或約定條款	若明確無義務發生，原則上不得啟動公平合理原則創設法律或契約所無義務。但公平合理原則可作為法理，而作為是否可啟動類推適用方法之考量基礎。	- 就默示義務之有無及其內涵，得予以解釋補充。 - 必要時得參考不實陳述、重大資訊隱匿之操作模式。
情境三：法律規定或契約條款有疑義	原則上得啟動公平合理原則作為法律解釋或契約解釋之參考，決定義務之有無及範圍。	- 以合理第三人可得之理解作客觀解釋標準。 - 必要時得參考保單之合理期待解釋原則。

出處：本文自行整理

三、金融消費紛爭事件類型化處理原則之建議

觀察金評中心近五年就金融消費評議事件之處理有以下現象：依申請人請求依法有無理由；若無，則檢查金融機構之行為是否有疏失，如是，則啟動公平合理原則酌給申請人金錢補償。本文經由類型化檢視，並與英國FOS處理原則及實際案例之比較觀察，提出以下評論及建議：

(一)契約條款之解釋適用

契約條款不明確，或文義雖明確但顯失公平或欠缺合理性時，正是公平合理原則發揮功能之適當時機¹²¹，但不可使法律關係陷於過度不安定：

1. 若契約條款明確，基於法安定性及風險對價，原則上應尊重契約條款之安排。但存在詐欺、脅迫、不實陳述、隱匿等意思表示瑕疵之事由者，不在此限。契約在程序上或實質上顯失公平者，全部或一部無效。

2. 契約條款有疑義，或是具特殊意義之專門術語，在客觀合理限度內應盡可能採取有利金融消費者之解釋。

3. 招攬或廣告文件內容依情形可認為係雙方當事人間共同認知或理解者，可參考「事實情境法則」（Doctrine of Factual Matrix）

¹²¹ 國內有論者認為公平合理原則乃源自衡平法（Law of Equity），其目的乃於現行法令規定之適用，恐有使當事人雙方權益失衡，依矯正正義與分配正義原則，用以補充法定救濟之不足，或依法所給予之救濟將造成不公平情事，以保障當事人之權益。公平合理原則之適用限於「契約未違反公平正義」、「契約條款須可明確且無執行疑義」。參張冠群、汪信君，金融消費者保護法第二十條「公平合理原則」於保險爭議案件之適用，全國律師，19卷8期，頁18、35-36，2015年8月。另參李志峰，公平合理原則於金融消費評議制度所扮演之角色——以澳洲金融評議制度為核心，東吳法律學報，28卷1期，頁58，2016年7月。

循契約解釋方法，補充或限制書面條款。

(二)舉證責任分配及減輕

基本上，除法律另有規定外，責任發生要件事實原則上由主張權利存在之人負擔舉證責任，相對人則就責任障礙要件事實負舉證責任。惟障礙要件事實如經證明達一般民事事件之心證度者，即不應再以「無從完全排除」為由命為一部金錢補償。

減輕金融消費者舉證責任之方式包括：

1. 我國民事訴訟法第277條但書設有舉證責任減輕之一般性規定，關於損害證明困難之問題，民事訴訟法第222條第2項設有舉證責任減輕規定，可資酌參運用。

2. 因應金融消費紛爭事件因果關係舉證困難之特性，可酌情為蓋然性裁判，或衡酌事件發生經過及經驗法則，推定或以證明度降低方式推論因果關係要件存在，以減輕申請人就因果關係要件之舉證責任。

(三)不當銷售

金評中心著有若干基於不當招攬命金融機構為公平合理補償之案例，惟補償之理由似係著眼於金融機構之違規行為，至於是否影響商品適合度，或造成實際損害，或與損害發生之間有無因果關係，則非所問。就此，本文表示存疑。

1. 不當銷售可分從兩方面予以觀察。一者為招攬行為對於申請人交易決定之影響，如構成誤導，基於矯正正義之觀點，方向上應以去除不當影響，亦即回復誤導行為發生前之狀態為其救濟方法。一者則是提供之商品服務是否具備適合性，適合性之判斷因素包含消費者個人因素及商品特性兩大類。

2. 觀諸FOS之操作模式，不當銷售類型之處理原則以商品適合

性之檢驗為中心，違反商品適合性者，則以「回復客戶於未接受該建議前之狀態」為救濟方法，較具可預測性，堪值我國參考。

四、違規行為

金評中心有諸多案例，係以金融業者有作業疏失或服務瑕疵，即啟動公平合理原則命為若干金額之「補償」¹²²。此等公平合理補償不要求損害或因果關係，且補償金額之衡量基準不明，通常僅謂以○比例為適當，而未附理由，本文認為有所不當：

1. 行政違規與民事不法應予區辨，單純令人不滿意之服務瑕疵或作業疏失，無明確違反忠實義務或善良管理人之注意義務之情事，且實際上亦未必有損害發生者，酌給金錢補償之正當性，實有待質疑。

2. 衡平救濟以彌補法律不足或空缺為目的，旨在導正有不法卻無救濟之情事。因此，縱使是基於違反法律規定以外之原因，命金融機構為金錢補償，仍當以金融消費者受有損害為前提，且損害與不當行為之間應具備因果關係，較合乎衡平法理¹²³。至於處罰業者或同情消費者等考量，則與公平合理之決定無關。

¹²² 例如：KYC問卷內容填載不當（105年評字第989號）、就客戶信用卡持卡狀態提供錯誤訊息（105年評字第000792號）、個人資料使用之告知同意聲明欄位未明顯區隔，且字體細小不易閱讀（105年評字第1100號）、對申請人之職業認知有誤（105年評字第001262號）、未確切辦理核保（105年評字第000227號）、於辦理投保及受理理賠之程序中未正確登載資料（104年評字第002075號）、未揭露報酬資訊（103年評字第000224號）等。

¹²³ 不同見解：「……以『儲蓄』之話術銷售保險商品，屬不當招攬行為，相對人具有可歸責事由……據實說明乃金融商品或服務提供者於銷售時應盡之義務，義務違反時無論有無造成損害，為實踐矯正正義，命相對人酌予補償，較能貫徹衡平原則」，張冠群、汪信君，同註121，頁37。

(五)紛爭處理或案件管理不善

公平合理原則在此一類型之運用，較常見於申訴處理過程不當，或金融機構管理上之疏漏，造成金融消費者之非財務損失，例如：精神上苦痛、名譽損害、焦慮或不便等。此類金錢補償，較適合作法係以明確之法源依據予以揭示，此在外國立法例上有英國 DISP 規則 3.7.2 可資參考¹²⁴。在此尚須指出兩點：

1. 英國 FOS 雖然根據 DISP 規則 3.7.2 之規定，得衡酌金融消費者情緒上或生活上所受之實際影響，命金融業者就此等非財務性損害為金錢賠償，但有如何之「實際影響」，仍應從個案可得之資訊中認定，並非一有義務違反，即當然反射出「補償」之效果。

2. 金評中心面對此類型之案例事實，似尚未以「導正」之概念作要件審查之基礎，於具體個案中未見對於金融消費者所受之影響、義務違反與影響發生之因果關係等，加以審查，即貿然創設若干補償性評議，甚易成為民事懲罰性質之評議決定，不僅與行政懲罰可能重疊，且會否形同鼓勵消費者濫訴或濫行申訴或提請評議，徒增金融業者之不合理成本支出，值得深思。

總結而論，基於金評中心之評議具有一定之拘束力，對於評議之形成，仍應符合法治國之要求。公平合理原則既已規定在金融消費者保護法中，其自可供評議之基礎，公平合理原則可在各層面加以作用，但並非金融業者有若干義務違反，即當然導出可為補償性評議之決定。若金評中心擬創設若干補償制度，應先排除懲罰性評議及如有可利用侵權行為法或契約法之賠償情形，優先適用該等賠償規定，而非貿然遁入甚不具法律安定性之所謂公平合理補償。特別是對於具體個案中之影響及因果關係等，應作適當要件審查及說理，並說明啟動公平合理原則之必要性，較不至於發生恣意評議之

¹²⁴ *Supra* note 54.

疑慮。

就此可參英國FOS操作模式，在責任範圍及程度上，以導正或去除不公平對待客戶行為造成之影響為衡量基準，而不受限於法院在依法裁判下是否採取相同結論。但此有金融消費評議特殊性之考量，於其他程序法未必當然能援用之。在法院為公平裁判時（民事訴訟法第436條之14），並不能作出法所不承認之補償義務效果。在金融評議部分，即使在部分情形需創設此類義務，仍宜取得立法授權，並透過類型化案例特徵之比對及要件作適當之限制，且於評議書中揭露理由，以避免淪為恣意裁決。

最後，值得提醒者係，藉由金融消費評議中心之作用，某程度或有達到部分訟源紓解之功效，但其紓解訟源究竟係因評議結果為關係人所信服？抑或係因評議中心啟動公平合理規定之不可預測性及其後對於金融機構之費用與行政懲處之風險而造成金融機構對於紛爭採取自我了斷方式所致？而此情形對於金融機構在法治國中是否亦屬於公正程序訴訟權保障之主體？是否造成部分投機者有趁勢要脅機會？金融秩序中正義界線是否被模糊化、金融機構是否因此有不當成本增加等問題，仍值得深思。

參考文獻

一、中 文

1. 王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論（全），2003年8月。(Chia-Yi Wang, Chien-Hua Yang & Chien-Tsai Cheng, *The New Civil Procedure Law* (2003).)
2. 王澤鑑，債之發生基本理論，增訂3版，2012年3月。(Tze-Chien Wang, *The Basic Theory of Creation of Obligations*, 3rd ed. (2012).)
3. 李志峰，公平合理原則於金融消費評議制度所扮演之角色——以澳洲金融評議制度為核心，東吳法律學報，28卷1期，頁55-86，2016年7月。(Chin-Feng Li, *The Role of Principles of Fairness and Reasonableness in Financial Consumer Ombudsman Scheme — Focusing on the System of Financial Ombudsman Service in Australia*, 28(1) SOOCHOW LAW REVIEW, 55-86 (2016).)
4. 李慧貞，我國衡平仲裁制度之探討，東吳大學法律學系研究所碩士論文，2000年7月。(Hui-Chen Lee, *A Study on Amiable Composition in Taiwan*, Master Thesis, Graduate Institute of Law, Soochow University (2000).)
5. 林俊益，衡平仲裁制度之探討，政治大學法律系博士論文，2000年6月。(Jiun-Yi Lin, *A Legal Study on Amiable Composition*, Doctoral Dissertation, Graduate Institute of Law, National Chengchi University (2000).)
6. 邱聯恭，程序利益保護原則——闡釋其如何成為前導民事訴訟法修正走向之法理，載：程序利益保護論，頁1-80，2005年4月。(Lien-Kung Chiu, *The Protective Principle of Procedural Interests — Interpreting How It Comes to Be the Legal Theory Leading the Amendment to the Civil Procedural Law*, in: THE PROTECTION THEORY OF PROCEDURAL INTERESTS, 1-80 (2005).)
7. 姜世明，法院對於金融消費評議中心評議決定之核可程序，月旦法學教室，130期，頁21-23，2013年8月。(Shyh-Ming Chiang, *The Approval Process by Court Regarding Decisions of the Financial Ombudsman Institution*, 130 TAIWAN JURIST, 21-23 (2013).)
8. 姜世明，民事訴訟法基礎論，修訂10版，2017年10月。(Shyh-Ming Chiang,

Foundation Theory of Civil Procedure Law, 10th ed. (2017).)

9. 姜世明，民事訴訟法下冊，修訂5版，2018年2月。(Shyh-Ming Chiang, *Civil Procedure Law II*, 5th ed. (2018).)
10. 姚瑞光，民事訴訟法，2012年1月。(Jui-Kuang Yao, *Civil Procedure Law* (2012).)
11. 張冠群、汪信君，金融消費者保護法第二十條「公平合理原則」於保險爭議案件之適用，全國律師，19卷8期，頁18-44，2015年8月。(Kuan-Chun Chang & Hsin-Chun Wang, *The Application of the Article 20 of Financial Consumer Protection Law, "Fair and Reasonable Principle", to Insurance Disputes*, 19(8) TAIWAN BAR JOURNAL, 18-44 (2015).)
12. 許政賢，契約結果導向的司法控制，政大法學評論，135期，頁87-173，2013年12月。(Cheng-Hsien Hsu, *The Consequentialist Approach to the Regulation of Contracts: A Preliminary Study on Court Decisions*, 135 CHENGCHI LAW REVIEW, 87-173 (2013).)
13. 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，125期，頁5-22，2005年10月。(Li Hung, *The Limitation to Freedom of Contract*, 125 THE TAIWAN LAW REVIEW, 5-22 (2005).)
14. 楊建華原著，鄭傑夫增訂，民事訴訟法要論，2012年10月。(Chien-Hua Yang [auth.], Jie-Fu Zheng, *The Essential Theory of Civil Procedure Law* (2012).)
15. 魏大曉，民事訴訟法，2015年7月。(Ta-Liang Wei, *Civil Procedure Law* (2015).)

二、外 文

1. Angelo, A. H. & Ellinger, E. P., *Unconscionable Contracts: A Comparative Study of the Approaches in England, France, Germany, and the United States*, 14 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 455 (1992).
2. Browne, M. Neil & Biksacky, Lauren, *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, 2013 MICH. ST. L. REV. 211 (2013).
3. Cummins, Christopher (2007), PRACTITIONER'S GUIDE TO MORTGAGE

REGULATION, London: Sweet & Maxwell.

4. Heydon, John Dyson, Leeming, Mark James & Turner, Peter G. (2015), MEAGHER, GUMMOW AND LEHANE'S EQUITY: DOCTRINES AND REMEDIES (5th ed.), Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths.
5. Hillman, Robert A., *Debunking Some Myths About Unconscionability: A New Framework for U.C.C. Section 2-302*, 67 CORNELL L. REV. 1 (1981).
6. Horowitz, Craig, *Reviving the Law of Substantive Unconscionability: Applying the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing to Excessively Priced Consumer Credit Contracts*, 33 UCLA L. REV. 940 (1986).
7. Howarth, William, *The Meaning of Objectivity in Contract* (1984) 100 LQR 265.
8. Knapp, Charles L. & Crystal, Nathan M. (1993), PROBLEMS IN CONTRACT LAW (3d ed.), Boston: Little Brown & Co Law & Business.
9. Leff, Arthur Allen, *Unconscionability and the Code—The Emperor's New Clause*, 115 U. PA. L. REV. 485 (1967).
10. Lewison, Kim (2004), THE INTERPRETATION OF CONTRACTS (3d ed.), London: Sweet & Maxwell.
11. Mallor, Jane P., *Unconscionability in Contracts Between Merchants*, 40 Sw. L.J. 1065 (1986).
12. McLaughlin, Gerald T., *Unconscionability and Impracticability: Reflections on Two U.C.C. Indeterminacy Principles*, 14 LOY. L.A. INT'L & COMP. L.J. 439 (1992).
13. Price, Donald R., *The Conscience of Judge and Jury: Statutory Unconscionability as a Mixed Question of Law and Fact*, 54 TEMP. L.Q. 743 (1981).
14. Prütting, Hans/Gehrlein, Markus, ZPO, 3. Aufl., 2011.
15. Russen, Jonathan (2006), FINANCIAL SERVICES—AUTHORIZATION, SUPERVISION AND ENFORCEMENT: A LITIGATOR'S GUIDE, USA: Oxford University Press.
16. Schlosser, Peter, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl., 1989.
17. Schütze, Rolf A., *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 3. Aufl., 1999.
18. Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7. Aufl., 2005.

19. Stein/Jonas/Schlosser, *Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., 2003.
20. Summer, Judith (2010), *INSURANCE LAW AND THE FINANCIAL OMBUDSMAN SERVICE*, UK: Informa Law.
21. Treitel, Guenter H. (2003), *LAW OF CONTRACT* (11th ed.), London: Sweet & Maxwell.
22. Vener, Louis J., *Unconscionable Terms and Penalty Clauses: A Review of Cases Under Article 2 of the Uniform Commercial Code*, 89 COM. L.J. 403 (1984).
23. Vorster, J. P., *A Comment on the Meaning of Objectivity in Contract* (1987) 103 LQR 274.
24. White, James J. & Summers, Robert S. (1995), *UNIFORM COMMERCIAL CODE* (4th ed.), USA: West.



元照出版提供 請勿公開散布

The Application of the Fair and Reasonable Principle in Alternative Dispute Resolutions: Focused on Financial Consumer Disputes Decided by Ombudsmen

Yi-Ping Wang^{*}、Shyh-Ming Chiang^{**}

Abstract

Several expressions regarding the fair and reasonable principle exist both in the Civil Procedural Law and out-of-court alternative dispute resolutions. For example, Section 3 of Article 377-1 and Article 436-14 of the Civil Procedural Law, Article 1 of the Compulsory Enforcement Law, Article 19 of the Town Ship of Mediation Law, Article 6 of the Government Procurement Law, Article 31 of Arbitration Law, etc. The principle's function lies across substantial laws as well as judicial adjudications, including contract construction, application of law rules, exceptional limitation based on fairness consideration, allocation of burden of proof, evidence investigation, etc. Referencing to the financial ombudsman scheme in the UK, the Section

^{*} Ph.D. Candidate of Law School, National Taiwan University; Doctor of Laws, Tsinghua University (Peking, People's Republic of China).

^{**} Professor at the College of Law of National Chengchi University; Dr. jur., Munich University (Germany).

Received: July 16, 2018; accepted: November 24, 2018

1, Article 20 of Taiwan's Financial Consumer Protection Law expressly stated that the financial ombudsman's decision should be made based on the fair and reasonable principle. Due to the variety of financial products and characteristics of financial disputes, the Financial Ombudsman Service (UK) has developed specific practice when handling financial disputes, no matter the court will make the same judgment or not. Through comparative case study with typology methods, the essay evaluates under what circumstances and to what extent the fair and reasonable principle should be applied when imposing liabilities to financial institutions. Several inductive operation standards are then given for practice use.

Keywords: The Fair and Reasonable Principle, Alternative Dispute Resolution, Financial Ombudsman, Ombudsman's Decision, Amiable Composition (*ex aequo et bono*), Unconscionability, Equity Principle, Reasonable Expectation, Treat Customer Fairly, Unfair Contractual Terms