

試論廣告成為契約之內涵¹

——最高法院107年度台上字第1434號判決評釋

呂庚宜*

壹、事實概要暨判決要旨

一、事實概要

原告甲等人與被告建設股份有限公司乙簽立房屋土地預定買賣契約書，購入由乙所興建之某建案（下稱系爭建案）。於廣告圖冊上以文字說明系爭建案係「五大國際主題風情大街，移植全球最動人消費情境，無論外觀、街景氛圍，帶領國際時尚大道空降台中！」等，銷售人員並於現場極力吹捧系爭建案為商圈性質之建案，已規劃系爭附屬設施及工作物，完成後將統一交由管理委員會管理並提供商圈用戶使用，能提升商圈機能。乙明知系爭建案中甲等人所購買之房屋，僅1樓一小部分能作為「店舖」使用，大部分係供「辦公室」使用，2樓亦僅能供辦公室使用，乙竟於報紙上以「透天旗艦雙店面」為標題大肆廣告，使甲深信所買受之系爭房屋1、2樓日後得依法作為商店或店舖營

業使用，享有乙房地產銷售廣告所強調之雙店面之使用利益，惟乙交付之房屋不具備雙店面之品質，且有同社區之房地使用人經營商店卻遭臺中市政府函令改善，顯見乙所交付之房地不具備銷售廣告及契約約定1、2樓得作為商店或店舖營業使用、雙店面之品質，自屬不完全給付，且因違反土地使用分區管制法令而無法補正。對此，依民法第226、227及256條規定及土地買賣合約書第13條約定，主張解除系爭房地合約，請求返還價金，並請求損害賠償。

被告乙則以：甲等於本開發案中動輒買受兩三筆房地，每筆動輒金額高達30,000,000元，非一般消費者所能承購，甲等乃是看中系爭建案位處一中商圈，具有投資利潤可言，因此才積極投入資本期望可以獲得高額報酬，**甲等人乃是專業投資客並非一般消費者甚明**，今僅因甲等獲利不如預期，始向乙等利用各種理由請求乙給付金錢，因此基於

* 本文作者係執業律師

註1：本篇文章乃《消費者保護研究》第25輯：「不實廣告首部曲，試論不實廣告契約化之界限——最高法院108年度台上字第1201號判決評釋」之進步討論，可謂是不實廣告第二部曲，然所引用之判決暨事實不同，故所著重之特色亦不盡然相同，均可視為獨立著作與讀者分享。

甲等人係基於投資關係而為購買，並非消費者保護法所稱之消費者，因此，主張甲等人不得援引消保法上之權利。又廣告非必為契約之內容，且甲未就其等係信賴廣告內容，依廣告與乙締約負舉證責任，且廣告圖冊中之示意圖乃係商圈發展繁榮之後的景象，乃是一種預測與展望，故客觀觀察可知該示意圖僅為商圈將來繁榮之景象，投資本具有風險，一般人不會相信將來商圈確實會如此發展，故難認示意圖為契約之一部。

甲於簽約前已將系爭房地合約攜回審閱5日以上，兩造於合約前言及第1條約定雙方之權利義務關係僅限契約內容，且系爭合約書附件1-1房屋建照平面圖影本已明確標繪1樓一部分為店舖使用、一部分作為辦公室使用，2樓則全部作為辦公室使用，足見契約確係以此為內容，乙並無不完全給付之情形。至於系爭廣告圖冊所稱「店面」乙語係指供商業使用，辦公室使用為商業使用型態之一，圖冊繪製之意向街景、假設招牌及創意造型外觀，則非可合理期待之廣告內容，非系爭房地合約之內容，甲不得依廣告內容而為請求。甲等人不得解除契約，請求返還價金並請求不完全給付之損害賠償。

二、判決要旨

最高法院廢棄原審判決。傾向廣告不成為契約內容，與本文討論有關者，略以：

按企業經營者應確保廣告內容之真實，其對於消費者所負之義務不得低於廣告內容，為消保法第22條所明定。消費者與企業經營者就其商品或服務發生之法律關係，如因信賴企業經營者之廣告內容，依該廣告提供之訊息簽訂契約，企業經營者所負之契約責

任，固應及於該廣告內容；惟商業廣告型態複雜，內容萬變，非盡符合法律行為之確定、可能、適法等有效要件，廣告得成為契約之一部，發生契約之效力者，其內容須具體明確，所提供之訊息，在交易習慣上足以使一般消費者信賴其將成為契約內容之一部，始足當之。倘廣告內容抽象、模糊，或一般消費者閱聽廣告內容，得以辨識係商業上常見之境營造、願景示意、樂觀誇飾等宣傳方法，無法合理期待其為交易客體之一部，或消費者與企業經營者於締約時，就廣告內容已另為斟酌、約定，均難認該廣告內容當然成為契約之一部。乙以系爭廣告圖冊、報紙廣告、懸掛大幅廣告宣傳系爭建案，並於系爭廣告圖冊繪示系爭附屬設施，為原審認定之事實。而依系爭建案使用執照之記載可知：該建案分依A、B、C照興建，各建築執照核准建造土地坐落位置有別，建物數量、樓層（分4樓、5樓、7樓及12樓）及型態（分獨棟獨戶、一棟多戶）互異；系爭廣告圖冊僅繪示地下一層至地上五層之全區平面配置圖，未及其他樓層，並記載「五樓透天旗艦，1、2樓雙店面雙倍賺」等語，則該圖冊是否僅就5樓型獨棟獨戶房地而為之廣告？「透天旗艦」、「1、2樓雙店面」究指何建築執照區域之何種建築型態建物？已非無疑。…原審未為闡晰深究攸關係爭廣告得否成為系爭房地合約內容一部之判斷之：系爭廣告圖冊是否適用於甲購買之4樓獨棟獨戶型房地？「店面」一語得否明確定義為建築法第73條之建築物使用類組G類G3組使用項目例示第4項之「店舖」，排除供其他商業使用（例如同組供餐廳、飲食店、便利商店、日常用品零售場所、G2組供一般事務所、辦

公室、K書中心使用)？「透天旗艦雙店面」乙語，是否足已明確表述4樓型獨棟獨戶建物之1、2樓建物皆登記供「店舖」使用之意？…逕認甲等人信賴系爭廣告，該廣告內容即為系爭房地合約之一部，自嫌速斷。…甲等人於簽約前亦出具簽收單，表明已收受系爭房地合約、社區管理規約等範本及審閱完畢之意旨，另輔以各該房地合約書前言明示合約業經甲等人攜回審閱5日以上，已充分了解各項買賣條件、標的物內容、範圍等情，…得否再主張系爭廣告為契約內容之一部？均有未明，原審未說明理由，逕認渠等均因信賴系爭廣告與上訴人簽訂買賣契約，乙應就系爭廣告內容負契約責任，亦有可議，且有判決不備理由之違法。

貳、問題提出²

廣告內容是否成為契約內容，歷審均以消保法第22條作為論述始點，最高法院更進一步採納「具體明確性」標準，不在於廣告性質究為要約或要約引誘，其重點在於「消費者有無正當信賴」，惟廣告內容是否成為契

約之部分，原審與最高法院之間卻大相逕庭。原審側重於廣告標的本身³，如「預售屋」無何成品可供檢視，祇能信賴建商之廣告，肯認消費者正當信賴存在，且不認事實上有予原告等人5日以上審閱期，是無個別磋商條款排除廣告內容之適用；而最高法院卻認預售屋廣告中「店面」是否為「店舖」似仍不夠具體明確，且該訂明「具體明確」之「排除廣告約款」已有予具投資經驗之原告等人5日以上相當審閱期⁴，認消費者已「充分了解」各項買賣條件、標的物內容、範圍等情，似難認消費者正當信賴存在。對此，消費者有無正當信賴應如何認定？若是從廣告內容具體明確或消費者已充分了解各資訊判斷正當信賴存在，則具體明確性標準內涵為何⁵？消費者已充分了解各資訊應如何解讀、認識為妥適⁶？

參、廣告是否成為契約內容？

一、廣告成為契約的要件

(一) 實務見解與評析

多數最高法院判決見解認須消費者與企業

註2：本文不傾向聚焦於「預售屋買賣契約」個案類型做研究，盡量「一般化」探求相關問題意識中所歸納、建立之原理原則，以供作為通案普遍之準則，惟「預售屋」此一因素乃關鍵影響廣告是否會成為契約內容，自得審酌。

註3：臺灣高等法院臺中分院104年度重上字第83號民事判決參照。

註4：雖歷審均無爭執僅被告有所抗辯原告具投資經驗，則原告有無投資經驗及是否影響廣告成為契約內容？或歷審雖有爭執，但審閱期5日以上是否肯認已賦相當期間？以上不僅屬事實問題，本文更認屬法律正當信賴之問題，是於此僅簡化問題為：「具投資經驗之原告已賦相當審閱期，是否及如何影響廣告成為契約內容？」，更複雜且細緻的分析尚待將來進步研究。

註5：關於具體明確性標準內涵，本文於此僅一般論述，而側重於「充分了解」之討論，另更深入細緻探討該標準之內涵，待將來進步分析。

註6：至於其餘被告所抗辯之爭點，如原告是否屬消費者保護法所稱之消費者等，因歷審均未對此有疑義，且礙於篇幅，故本文不討論之，亦待將來進步討論。

經營者訂立契約時就廣告內容有所「交涉」或「約定」為要件⁷，方認消費者信賴廣告內容，使廣告成為契約內容一部分，其見解固較為嚴格。部分最高法院判決，與多數最高法院所持見解不盡相同，或認為廣告屬「要約」性質⁸；或質疑原審認為廣告屬「要約引誘」性質進而廢棄之⁹，惟上開不同多數之見解均未說明何以認為廣告屬「要約」性質或質疑該廣告屬「要約引誘」，且不免忽略對企業經營者商業言論自由及營業自由之保障，過於保護消費者而有失公允。

或有認不論及廣告性質，僅強調契約雖無廣告內容記載，消費者如因「信賴」該廣告內容而簽訂契約，企業經營者所負之契約責任應及於該廣告內¹⁰，本件最高法院即屬此。

本文以為，本件歷審判決中，均指出「消費者信賴廣告內容而訂立契約」等語，更進一步認僅須廣告內容如「具體明確」即得構成契約內容一部分，較多數見解為寬鬆，落

實消費者保護之旨趣，實值贊同。惟實際適用個案上，卻認預售屋廣告內容「店面」是否為「店舖」似仍不夠具體明確，因「店面」是否為「店舖」乃建築法相關規定之定義，應屬「專家」或「內行人」標準檢視，則仍不免屬所謂的嚴格檢視具體明確。

另一方面，本件最高法院排除廣告成為契約內容另一主要理由，係因係爭契約有訂定相關排除廣告內容之具體明確個別磋商條款，而既以予原告5日以上審閱期，肯認其等已「充分了解」係爭買賣資訊而簽訂契約，則該排除廣告內容之個別磋商條款自當未顯失公平而合法有效等語，則既已認廣告內容不夠具體明確，則是否仍須確認該個別磋商條款是否合法有效？兩者關聯如何？又以相當（5日以上）審閱期足認原告已充分了解係爭買賣資訊，恐過於速斷。

（二）學說見解與評析

學說¹¹認無論從「禁止企業經營者言行矛盾

註7：最高法院108年度台上字第1201號民事判決、最高法院104年度台上字第1829號民事判決、最高法院92年度台上字第2694號民事判決等足資參照。

註8：參閱：最高法院89年度台上字第746號判決：「預售屋之購屋人與建商訂定不動產買賣契約時，既無何成品可供實際之檢視，以決定是否購屋，自當信賴廣告上所載，預售屋之建商以廣告內容誘發客戶預購房屋之動機，且以廣告內容與購屋人洽談該屋之性質，該廣告之說明及樣品屋示範應成為契約內容之一部。準此，企業經營者刊登廣告為『要約』之性質，並非『要約引誘』。原審認被上訴人刊載上開廣告文宣，及於銷售現場設有樣品屋，僅作為要約之引誘，其見解已有可議」。

註9：參閱：最高法院90年度台上字第1585號判決：「兩造簽訂之預定房地買賣契約書第22條約定：本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資料等僅作參考用途一節，因與前開規定相悖，應屬無效。原審謂廣告僅為『要約』之引誘，兩造從未就此進行磋商，難謂為契約內容之一部云云，已屬可議」。

註10：參閱：最高法院101年度台上字第246號判決：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對於消費者所負之義務不得低於廣告內容，消費者保護法第二十二條定有明文，是以此企業經營者與消費者間所訂定之契約，雖無廣告內容記載，消費者如因信賴該廣告內容，而與企業經營者簽訂契約時，企業經營者所負之契約責任應及於該廣告內容」。

註11：陳忠五（1999.8），〈不誠實廣告與夾層屋買賣契約——實務上相關判決之綜合評釋（下）〉，《台灣本土法學雜誌》，第3期，第74頁；陳忠五（2013.3），〈不誠實廣告與溫泉住宅買賣契約——最高法院101年度台上字第246號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，219期，第42頁；陳忠五

不一」(其廣告內容與履約內容不符或引人誤解)、「消費者信賴保護必要」(大多依賴廣告內容決定是否訂約)、「當事人契約風險合理分配」(企業經營者對廣告內容有預見可能、控制可能、避免可能;消費者大多僅能依賴廣告內容評估契約風險)等角度觀察,拋開廣告法律性質究屬要約或要約引誘的思維,改從「私法上信賴保護理論」出發,以「消費者有無正當信賴」,作為判斷廣告是否具有契約效力的標準,應較能平衡兼顧企業經營者與消費者間相衝突的權益。而所謂「消費者正當信賴」,可分二點說明其內涵:其一,「消費者客觀信賴」¹²,亦即,作為信賴對象的「廣告內容」,必須具體明確,適於履行,客觀上足以引起一般消費者產生信賴,本文稱之「具體明確性」;其二,「消費者主觀信賴」,亦即,作為信賴主體的「個別消費者」,其對廣告內容的信賴,並非單純的不知、誤認或輕信,必須善盡交易上合理注意後,仍產生信賴,始具有正當性,本文稱之「主觀信賴性」(詳參、二、)。

關於具體明確性¹³,鑑於廣告是一種吸引消費者交易動機、爭取交易機會的傳播方法,其目的在訂立契約,據以履行,且廣告內容由企業經營者自行或委託規劃設計、廣

告資訊充分完整與否屬企業經營者掌控管領範疇,而消費者在交易資訊取得或理解上,又處於消極、外行、弱勢地位,因而廣告內容是否具體明確,有無引發消費者誤解可能,其資訊不充分、不完整的風險,應由企業經營者承擔。故有疑義時,原則上應「推定」廣告內容具體明確,足以引起一般消費者產生信賴。除非企業經營者舉證證明,其廣告僅係一種交易上可容許的吹噓、噱頭或誇張等傳播方法,一般消費者多不列入訂立契約與否的考量因素,對其廣告內容不致產生信賴,或其信賴顯然輕率或不合理,否則,應從「外行人」角度,以一般消費者對廣告內容通常可以理解或想像的觀點,認定廣告得構成契約內容一部分。

對此,本文贊同學說以「消費者有無正當信賴」,作為判斷廣告是否具有契約效力的標準,不採部分實務以廣告法律性質究屬要約或要約引誘之思維,且亦不從多數實務以廣告內容有所「交涉」或「約定」為廣告具有契約效力的要件,蓋此可從具體明確性標準內涵探求而得。

(三) 小結—具體明確性標準內涵之探求

本文以為,欲探究具體明確性標準內涵,應先釐清廣告成為契約內容係基於當事人合意或是基於法律,進步推論究係「私法上信

(2021.2),〈建物外觀顏色與預售屋廣告的契約效力——最高法院108年度台上字第1201號判決評釋〉,《月旦法學雜誌》,第309期,第21-31頁。

註12:本文贊同以廣告內容具體明確作為消費者客觀信賴是否存在之認定方式之一,惟強調的是非唯一,蓋尚有屬「一般交易重要因素」者,此種縱未於廣告內容顯示或呈現,難認不使該因素成為契約內容,如凶宅或輻射屋等未於廣告內容中說明、顯示或呈現,但不影響該屋應具備能使一般人生活所應具備之品質,然礙於篇幅待未來討論,本篇僅聚焦於具體明確內涵。

註13:陳忠五,前揭註11,第22頁。

賴保護理論」或「公法上信賴保護理論」出發，以利論證：

1.廣告成為契約內容係基於當事人合意或是基於法律？

實務上有採強行規定說¹⁴，而學說認¹⁵解為「強行規定」時，廣告內容當然構成契約內容之一部分，縱使當事人有特約排除，該特約亦屬無效，本文認此傾向「公法上信賴保護理論」出發。實務亦有採任意規定說¹⁶，此時學說認¹⁷解為「任意規定」時，基於私法自治、契約自由，自可另為特約排除，本文認此更傾向「私法上信賴保護理論」出發。

亦有學者認¹⁸消保法第22條不應解為強行規定，否則保護消費者太過，不顧

市場交易機能，反而會使消費者個別商議能力低落，因此「廣告拘束力排除條款」出於個別約定者係屬有效，對此，本文贊同。

更有學說¹⁹認消保法第22條規定，係誠實信用原則在消費者與企業經營者間契約關係上具體化之規定，使其成為對消費者之最低限度保障，該條後段所以將廣告之內容視為契約內容之一部分，係基於「法律之規定」，而非基於「當事人之約定」，係基於保護消費者權益所為之規定，與企業經營者有無以廣告為要約之「主觀意思」無關，亦與消費者於訂立契約時是否知悉廣告內容，而將廣告內容視為契約內容一部分之「主觀意思」無關。而從消保法第22條後

註14：參閱：最高法院90年台上字第1404號判決：「又廣告乃企業經營者為招徠買主，尤其建築商之廣告海報載明各樓層之面積、使用建材及週圍環境，一般房屋買賣商場上交易習慣，以之與顧客洽談買賣事宜，自應確保廣告內容之真實，雖雙方未將廣告列為契約內容，惟應視為買賣契約之一部，為符合公平正義原則，企業經營者所負之義務不得低於廣告之內容，此為必要之解釋。」又最高法院90年台上字第1585號判決：「企業經營者應確保廣告內容之真實，對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，為消保法第22條所明文。本件兩造簽定之預定房地買賣契約書第22條約定本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資料等僅供參考用途一節，因與前開規定相悖，應屬無效。」。

註15：姜炳俊（2005.3），〈預售屋廣告之契約拘束力——評最高法院九十二年度台上字第二六九四號判決及相關判決〉，《月旦法學雜誌》，第118期，第219頁；陳忠五，前揭註11，第78頁。

註16：參閱：最高法院92年台上字第2694號判決：「…雙方已就廣告內容另為斟酌、約定，或企業經營者並未再據原屬「要約引誘」之廣告為訂約之說明、洽談，使之成為具體之「要約」…」又最高法院87年台上字第130號判決：「惟按企業經營者應確保廣告內容之真實，對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，消費者保護法第二十二條定有明文。查兩造訂定之房屋買賣契約書，其第二十二條原印有：「甲方並了解同意本房屋預定買賣所有銷售說明書、廣告資料等僅作參考用途，非為本契約之一部分」字樣，業經劃線刪去，並經上訴人及被上訴人法定代理人於刪除處蓋章。而本件被上訴人於銷售系爭房屋時，確有夾層設計說明之「標準層平面配置參考圖」平面圖冊及巧克力花園特刊廣告，則上訴人主張兩造將上開契約印刷文句刪除，係合意廣告單等資料亦為契約之一部分云云，似非無據。」

註17：陳忠五，前揭註11，第77頁。

註18：姜炳俊，前揭註15，第221頁。

註19：陳忠五，前揭註11，第76-78頁。

段規定乃基於保護消費者權益之立場，既是以保護消費者為目的，其禁止之對象應只限於利用商業廣告推銷商品或服務之企業經營者，而不及於被保護之消費者，從而在理論上，被保護之消費者應該可以拋棄法律之保護，而同意排除廣告內容成為契約之一部分，係從「私法上信賴保護理論」出發，本文從之。

惟本文強調的是，雖不宜僵化解釋為「強行規定」而有礙交易經濟發展，但亦不適合絕對解釋成「任意規定」恐對消費者保護不足，蓋若屬「任意規定」雖可基於當事人合意排除，而與前開部分學說結論似並無區別，惟「任意規定」不免以雙方信賴之合意為主軸而重視私益，忽略消保法保護消費者具一定程度公益色彩，解釋上對消費者權益保護要求不免過鬆，即關於廣告是否成為契約而言，若依「法律強制規定」即屬（較易成為）契約，僅須探求「客觀信賴」即可；反之，若屬「任意規定」，而欲探求當事人合意，於紛爭訴訟下，難認有雙方合意之主觀上信賴，自不易成為契約。是解釋上與從其認係「私法上信賴保護理論」或「公法上信賴保護理論」出發，**毋寧認係從「公私法上之信賴保護理論」出發更吻合具某程度公益色彩之特質。**

又關於廣告契約化（即非契約的廣告成為契約內容）後是否被契約排除而言，實體法上，若採「任意規定」，而已有承認廣告契約化之雙方合意「主觀信賴」存在，同時對系爭排除條款自有

因該雙方合意之「主觀信賴」使其成立生效發生排除廣告契約化之效力；訴訟法上，因屬「任意規定」，公益色彩不重，不易發揮民訴法第277條但書公平意旨調整舉證責任之功能。

是應採從「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定任意規定說」，即以**消費者保護為中心，落實尊重消費者意思，而以消保法補強其權益保障，避免破壞消費者之信賴，故亦稱「法定信賴責任」。**

2.為最大保護消費應「從寬解釋」廣告成為契約內容

從「消保法第22條性質」被解釋為從「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」，其性質係認成為契約部分內容既是「法律擬制」，則消費者為要約時是否知悉廣告內容，或是當事人雙方有無使廣告內容成為契約之一部分之合意，均在所不問。因此廣告成為契約內容，與企業經營者是否再據原屬「要約引誘」之廣告為訂約之說明、洽談無關。

另從現代社會消費型態、成本效益、風險管理等考量企業經營者與消費者之間現實上「商業交易慣例」而言，企業經營者既以系爭商品、服務、財物賴以維生，專研行銷而獲相當利益，自應較消費者更為明瞭、更易接近、更可期待花費更小成本取得相關資訊，且更易管控分散、分配、消化因資訊所生之不利風險，自應課其較高之風險承受義務，故其與消費者擁有之資訊、財經地位不

對稱，自可合理預見或期待藉由風險管理、分配避免違反相關法令或轉嫁所生之成本，進而落實消保法第1條「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」之「政策公益意旨」，自無課消費者須「依廣告訊息洽談簽訂契約」方使廣告成為契約之必要。

又104年6月17日修正後所增列消保法第22條第2項之立法理由，可推得修正目的係避免「廣告內容」僅屬於「要約之引誘」，使業者無須對其宣傳廣告負責，對消費者權益保護尚有不足，故要「提高」對消費者權益之保護。同條第2項與第1項關係為何，本文以為乃義務與責任關係，即第2項是第1項的結果，第1項是第2項的原因，兩者先後次序相當明確。是第2項立法理由要「提高」消費者權益之保護，本係闡述第1項企業經營者應確保廣告內容之真實與其對消費者所負義務程度之內涵，而其「內涵」應綜觀整體條文相互理解認識，從第1條、第4條、第5條、第22條第1項及第2項等，可理解乃『法律保護消費者「獲得」相當、對等之資訊，以維繫與企業經營者之間的信賴，盡最大保護消費者而生之責任』，即屬從「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」內涵。是關於涉及消費者權益保障者，本文傾向「從寬解釋」認定保護之需要，即廣告有成為契約內容之必要；反之，有利於企業經營

而不利費者權益保障者「從嚴解釋」之，如廣告內容是否被排除於契約（詳參、二、），方符消保法目的、修正及整體條文意旨。

是基於「從寬解釋」廣告成為契約內容，同學說見解，廣告內容應從「外行人」角度，以一般消費者對廣告內容通常可以理解或想像觀點之「具體明確」作為廣告契約化標準，自具正當性。

職此，認識、理解具體明確性標準內涵，本文基於從「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」及「商業交易慣例」，應「從寬解釋」廣告成為契約內容。

二、論主觀信賴之內涵

關於主觀信賴性，學說認為²⁰，若廣告內容具體明確，客觀上足以引起一般消費者產生信賴的前提下，具體個案中，應「推定」個別消費者「信賴」廣告內容，而且其信賴係屬「正當」，在「推定」消費者對廣告內容具有正當信賴的原則下，企業經營者應舉證證明消費者並未信賴廣告內容，或其信賴不正當，否則廣告即構成契約內容一部分。例如：消費者根本不知廣告存在或從未接觸廣告，自始至終未從廣告獲取消費資訊；消費者基於偶然因素（企業經營者或第三人告知等）或個人因素（私人情誼、個人管道、主動查證、個人專業知識或經驗等），明知廣告內容與履約內容不符；消費者雖明知廣告內容與履約內容不符，但並不介意，未陷於誤認；消費者對廣告內容的理解或想像，

註20：陳忠五，前揭註11，第25頁。

與一般消費者有若干落差，屬顯然誤解或過度輕信等。

然針對本案（該訂明「具體明確」之「排除廣告約款」已予具投資經驗等人5日以上相當審閱期），個案消費者若「充分了解²¹」，是否即認無主觀信賴？或應如何認定消費者「充分了解」？是否真能落實平衡兼顧企業經營者與消費者間相衝突的權益？

（一）「從嚴認定」排除廣告內容

1. 特（個）別磋商排除廣告內容之條款

基於從「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」及「商業交易慣例」以法律保護消費者信賴為圖像，暨綜觀104年6月17日修正後所增列第2項之立法理由及整體消保法相關條文相互理解、認識，廣告是否成為契約內容，應「從寬認定」以符其意旨。則廣告成為契約後是否被排除，學說²²認基於消費者在消費資訊上的弱勢地位，或經濟關係、社會關係處於「依賴」、「從屬」於企業經營者之情況下，為平衡企業經營者與消費者間消費資訊落差，具體落實消保法第22條保護目的，消費者有無拋棄法律保護的「意思」、其是否同意排除廣告效力的「約定」，應「從嚴認定」，僅限於其在個別商議條款的方式下，基於獨立的、自由的、審慎的、成熟的意思決定所為同意（本文稱之健全同意），使足當之。

通常情形下，應「推定」消費者不同意排除廣告內容的契約效力。企業經營者主張消費者同意排除拋棄法律保護者，應舉證證明之。其以定型化契約條款，一般性排除廣告內容的契約效力者，應解為該定型化契約條款違反誠信原則，對消費者顯失公平而無效（消§12參照）。本文從之，以對應「從寬認定」廣告成為契約內容，均以「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」及「商業交易慣例」為依據，徹底落實消費者信賴保護，乃「從嚴認定」廣告內容被排除於契約。

「法定信賴責任」內涵乃『法律保護消費者「獲得」相當、對等之資訊，以維繫與企業經營者之間的信賴，以盡最大保護消費者而生之責任』，是為「彌補」雙方資訊或訊息之落差，以維公平，乃「正當信賴」存否之所在，則「資訊或訊息相當」即屬「正當信賴」之核心，該核心之「正當性基礎」，綜觀消保法第22條修法理由及整體消保法相關條文相互理解認識及誠信原則，即從廣告內容須確實履行之法理，要求「具體行動」以提高消費者權益之保護，及公平法理可知，乃企業經營者之「充分告知」，簡言之，「法定信賴責任」之內涵乃企業經營者「充分告知」下「資訊或訊息」之「相當、對稱或平

註21：「充分了解」與「充分知悉」嚴格論之涵義不同，本文認前者比後者更深入，惟於本文脈絡下所適用的結論大致並無不同，而既然本件判決用語乃「充分了解」，故用語上一致以此為論述，然仍待將來細緻分析。

註22：陳忠五，前揭註11，第42頁；陳忠五，前揭註11，第27-28頁；陳忠五，前揭註11，第27-29頁。

等」，關於此「充分告知」義務可分三點說明：

第一，對於具體明確性而言，消費者所在意者乃「真實資訊」如何（包含獲得管道之可信度即是否正確），而非僅限於不實資訊之多麼具體明確，是基於雙方之間「資訊或訊息之不對稱性」無法獲得「真實資訊」，解釋、評價自應從「最大消費者保護」方向論定，亦即對於廣告是否成為契約，若非資訊或訊息相當下的意願，則消費者即有主觀信賴廣告成為契約，而生廣告契約化效力。

第二，對於個案消費者「充分了解」而言，基本上，「充分告知」乃「充分了解」之前提，而僅「充分了解」方能「健全同意」²³排除廣告效力的「約定」，無「充分告知」即無「充分了解」更無「健全同意」排除廣告效力的「約定」可言，故應先討論「充分告知」。且所謂資訊或訊息「相當」不含「可得而知」，是「善意」即可受「法定信賴責任」之保護，畢竟企業經營者對其所交易之重要事項熟稔，卻未盡明確告知義務，參照民法第355條第項2免除重大過失程度之法理乃「故意不告知瑕疵」之存在，可推認僅就「故意」即「充分了解」喪失其權利保護有其正當性，以符消保法第22條「法定信賴責任」之意旨。

第三，惟若企業經營者無「充分告知」而個案消費者卻「充分了解」下，仍與企業經營者締約，是否可謂「健全同意」排除廣告效力的「約定」？固有所爭議，惟本文以為，「健全同意」以「充分了解」為前提，而「充分告知」原則乃「充分了解」之前提，即以企業經營者「充分告知」為**常態**，惟例外「充分了解」不以「充分告知」為前提，即以消費者憑第三人（指非企業經營者之使用人）告知或個人專業知識、經驗「充分了解」為**變態**，且「充分告知」與「充分了解」概念不同，此時「充分了解」是否欠缺主觀信賴非可一概而論，蓋立於「法定信賴責任」**最大保護消費者從嚴認定廣告內容被排除於契約及例外情況應從嚴解釋**：(1)客觀信賴的具體明確性「推定」主觀信賴性存在，不因僅憑消費者知悉、了解該不實資訊，即逕認有不欲使該廣告內容成為契約之「合意」（健全同意）。(2)評價上，企業經營者較能掌握資訊、較能分配風險或較有機會、能力校正資訊不對稱，則其未「充分告知」，不法程度自較個案消費者已「充分了解」程度為重，難忽視其不法而認消費者同意健全。(3)且理論上，單以個案消費者「充分了解」不考量企業經營者未「充分告知」下，其主觀信賴固然不值得保護，惟實際上個案消費者是否「充分了

註23：通常「充分了解」即推定能「健全同意」，至於意思不自由等，囿限於篇幅且非本文討論重點，仍待將來進步研究。

解」，尚須證明。以上均須兼顧實體利益及程序利益之保護下檢驗之，否則有失「法定信賴責任」之立旨及當事者權之保障²⁴，故應以實體法上及訴訟法上全面性之觀察。

2. 充分了解不實廣告內容

若無特（個）別磋商排除廣告內容之條款，則是否因個案消費者充分了解該不實資訊仍締約，嗣後卻出爾反爾主張明知不存之廣告內容，而應不成為契約之內容，固有所爭議，惟本文從「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」及「商業交易慣例」以法律保護消費者信賴為圖像，暨綜觀104年6月17日修正後所增列第2項之立法理由及整體消保法相關條文相互理解認識，廣告內容是否因欠缺主觀信賴被排除於「充分了解」乃例外，應「從嚴認定」以符其意旨。是客觀信賴的具體明確性「推定」主觀信賴性存在，且評價上，承前述，企業經營者未「充分告知」之不法程度自較個案消費者已「充分了解」程度為重，又實際上個案消費者是否「充分了解」尚須證明。故不因僅憑消費者了解該不實資訊，即逕認欠缺主觀信賴而排除廣告契約化效力，尚須兼

顧實體利益及程序利益之保護下舉證檢驗之，否則有失「法定信賴責任」之立旨及當事者權之保障，故應以實體法上及訴訟法上全面性之觀察。

3. 據此，不論特（個）別磋商排除廣告內容之條款及充分了解不實廣告內容

本文基於「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」及「商業交易慣例」，廣告內容是否因欠缺主觀信賴被排除應「從嚴認定」以符其意旨，非僅個案消費者單純「充分了解」即逕認無主觀信賴，尚應從實體法上及訴訟法上，認定個案消費者是否真正「充分了解」而認其主觀信賴不值得保護，即欠缺主觀信賴。且特（個）別磋商排除廣告內容之條款及充分了解不實廣告內容，因前者乃後者之強化排除廣告內容之效力，是二者最大公因數均屬個案消費者「充分了解」一事，故應聚焦於此討論。

（二）「從嚴認定」之實體法及訴訟法上觀點

1. 「從嚴認定」特（個）別磋商排除廣告內容條款之內涵

實務見解²⁵有認應「『目的性限縮解釋』消保法第15條個別磋商條款優先

註24：以該權為立論基礎，更動態及立體論證個案消費者之主觀信賴存否，詳細待將來進步說明。

註25：參閱：最高法院107年度台上字第1402號判決：「同法（消費者保護法）第15條另有「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效」之規定，鑒於中央主管機關依據消費者保護法第17條第1項規定公告之應記載及不得記載事項，係屬於對消費者權益最低限度之保障，倘容許契約當事人以個別磋商方式訂定更不利消費者之契約條款，恐有使上開公告事項淪為具文之虞，則同法第15條規定宜作目的性限縮解釋，亦即倘公告定型化契約條款較諸個別磋商條款，更不利於消費者時，當然有該條之適用；反之，更有利於消費者時，倘為消費者於個別磋商時所知，則有該條之適用，倘為其不知，則仍應以公告定型化契約條款之內容，作為雙方權利義務關係之依據，以求衡平雙方之權義。」

效力，僅限消費者『所知』，始有適用」，該判決內容文義上既無「可得而知」，自應有利消費者解釋，排除「可得而知」即有個別磋商條款優先效力適用可能，乃當然之理。

亦有實務認²⁶應「實質認定」是否為個別磋商條款，不可「假」個別磋商條款之名行定型化契約條款之「實」，否則即無消保法第15條個別磋商條款優先效力適用，其意指：1.不因形式上「名為個別磋商條款」即認屬之，亦不僅因條文順序、文字、用語修正、變更即屬個別磋商條款，尚須從該條款之意義、目的、功能等「實質認定」之。2.所謂該條款之意義、目的、功能實質認定，即若僅該特定一人消費者簽約即「無法或有礙」條款履行者，即非屬個別磋商條款，若非屬個別磋商條款而係定型化契約條款，自有消保法第12條「內容控制原則適用」，此亦符「法定信賴責任」最大保護消費者之意旨。

從「法定信賴責任」下之實體法上觀察，不僅個別磋商條款須「實質認定」之，消費者是否同意系爭個別磋商條款，亦須「充分了解（且合意）」始有消保法第15條個別磋商條款優先效力適用餘地，屬「嚴格適用」排除效力。

再者，將「成為契約」及「排除契約」予以「分割或層次」觀察，廣告是否成為契約內容乃「權利發生要件」，而契約條款排除廣告內容成為「權利障礙要件」，是後者本應由企業經營者對該有利之排除事實即消保法第15條個別磋商條款優先效力負舉證之責，而從消保法第22條規範之「法定信賴責任」暨修法意旨所欲保護消費者乃「正當信賴」，重在於「充分告知」下「資訊或訊息」之「相當、對稱或平等」，且消保法第15條適用前提乃消費者「充分了解（且合意）」，則消費者是否因「充分了解且合意」方屬個別磋商條款優先效力之排除事實，而非該條款之有無甚

註26：參閱：臺灣臺北地方法院107年消字第26號民事判決：「系爭個別磋商條款雖名為「個別磋商條款」，並由代銷人員，以手寫方式寫就。然：1.系爭個別磋商條款之內容，是由被告單方所擬定等情，業據被告自承在案。且查，兩造所簽署之系爭個別磋商條款，其內容與被告在同一個預售房屋銷售案中，和其他購屋者即訴外人王○○間所簽訂之「個別磋商條款」內容，其中第1條、第2條、第3條…一字不差，完全相同；另第5條、第6條關於修改原契約第19、25條部分，二份個別磋商條款只是條號不同，內容亦完全相同。…2.又…「第三十條：特約事項，經雙方個別磋商同意本條增加約定如下：（一）本大樓四樓以上（含）各戶住家之工作陽台如附圖一，甲方同意使照取得後委由乙方於工作陽台欄杆上方統一加裝電動昇降百葉。（二）本大樓原執照核准之地上一樓梯廳，甲方同意使照取得後委由乙方規畫作為管理櫃台，訪客接待區，信箱區等設施。…依文義可知均涉及系爭房屋所屬大樓即湖匯公共設施之設計、建材公設功能更改，及規約之修訂，如僅原告一人簽訂本條文，被告就其餘204戶買方，亦無法順利變更公共設施之設計建材及修正規約，顯見系爭磋商條款契約係提供予湖匯所有或潛在買方簽訂。3.綜此，足見系爭個別磋商條款為被告公司所預定用於本件銷售房地同類買賣契約之約定條款，性質上屬定型化契約條款，不因其名稱註明為「買賣契約之『個別』磋商條款」，並以手寫方式繕寫非電腦繕打，而影響其為定型化契約條款之事實。」。

或簽名，是「簽名與否」僅係該排除事實之間接證據而已，企業經營者仍尚須其他證據補強複合推定直接證據，即「充分了解且合意」該事實存在，方符「法定信賴責任」應「從嚴認定」有關消費者是否同意排除廣告之契約內容效力，以最大保護消費者之意旨。

是從「法定信賴責任」下之訴訟法上觀察，關於消保法第15條個別磋商條款優先效力應「分割或層次」予以「從嚴觀察」而認屬權利障礙要件，且適用前提乃消費者是否「充分了解且合意」，亦應「從嚴認定」，由企業經營者對此負舉證之責，不可僅以「簽名與否」即逕認消費者已「充分了解且合意」。

2. 「從嚴認定」個案消費者充分了解不實廣告內容之內涵

關於廣告內容是否成為契約，消保法第22條規定，從規範體系上，係「誠實信用原則」的具體化規定，其「正當性基礎」雖在於「禁止（企業經營者）矛盾不一，保護（消費者）正當信賴」，但「是否正當」仍係權衡契約當事人雙方利益狀態、合理分配契約風險之「利益衡量」，僅係「預設」之「利益衡量」傾向消費者特別值得保護而已，此亦屬「法定信賴責任」之內涵，

不表示「終局」之「利益衡量」同樣認消費者特別值得保護，如客觀信賴以「交易上可容許之吹噓，噓頭或誇張」為具體明確之底線，亦屬利益衡量之產物，不代表消費者特別值得保護。申言之，基於「法定信賴責任」最大保護消費者「從嚴認定」廣告內容被排除，雖個案消費者因「充分了解」真實資訊，惟因已通過客觀信賴之具體明確性審查，則肯認「禁止（企業經營者）矛盾不一」客觀信賴之正當性基礎已存在，僅係消費者有無正當信賴保護必要而已，尚須視該正當性基礎「是否足夠」正當而特別值得保護個案消費者之（主觀）信賴，即須以「利益衡量」再檢視之。再者，民法第148條第1項規定，權利的行使不得以損害他人為主要目的，其判斷標準，係由行為人主觀意思的認定移向客觀的利益衡量²⁷。是本文認若權利是否乃不法行使除行為人主觀意思外更須以「客觀利益衡量」認定，於主觀信賴中，企業經營者「（未）充分告知」與個案消費者「充分了解」²⁸兩者衝突利益，衡量上何者較值得保護，實體法與訴訟法應如何觀察，可分三點說明：

第一，客觀信賴的具體明確性存在已肯認非與契約權利無涉，並進步「推

註27：王澤鑑（2003.10），《民法總則》，12刷，第590-591頁，三民出版社。

註28：此處個案消費者之「充分了解」乃理論上「假設」之充分了解，藉此研析、評價「實際上」消費者之「充分了解」是否存在或有無主觀信賴值得保護必要。蓋充分了解乃主觀不易證明，既不易證明，則如何證明即屬重點，恣意、簡略認定亦失偏頗，是本文以利益衡量方式，細緻化證明較為公允。

定」主觀信賴性存在，且個案消費者若「充分了解」是因憑藉其本身知識、經驗、學習等合法手段取得者，並非一概不值得保護，否則合法博弈豈非一概不容許。惟「合法與否」仍與「是否正當」有別，尚須細緻討論「是否正當」。

第二，關於「客觀利益衡量」²⁹即屬細緻討論「是否正當」之審查方式，須先考量真實資訊於締約時³⁰是否公開而依社會通念可合理檢驗（乃共見共聞簡稱「公開揭露」），蓋(1)真實資訊尚未形成時消費者無「充分了解」可言，僅於形成時，方有討論消費者有無「充分了解」之可能，故不以真實資訊形成為判準，而有以「公開揭露」為判準之可能。(2)若屬「公開揭露」者，難認消費者有以違法手段取得相關（真實）資訊之情事發生（僅極端例外方有可能，如「公開揭露」前即以不法手段陸續取得，直至完全「公開揭露」止。），而消費者是否以違法手段取得方涉及不法性，非僅以「單純充分了解」即逕認不

法，故以此為判準乃必要。(3)可依社會通念合理檢驗之真實資訊，企業經營者雖未積極主動「充分告知」，若未直接或間接故意隱瞞，相當於「接近」消極被動「充分告知」³¹，肯認「接近」已盡「資訊或訊息」之「相當、對稱或平等」義務，但仍非屬「主動充分告知」豁免不法性而排除廣告內容，仍存有不法性³²，至於企業經營者「是否事實上已完成準備」或其「是否履行」，不影響企業經營者隱瞞、誤導真實資訊之不法性，不易適切衡量兩者不法性高低，故以「公開揭露」為判準最適切。

若「非公開揭露」，除消費者以違法手段取得相關資訊外，「推定」企業經營者係以直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識之資訊，**實體法利益衡量下**，其不法程度均較個案消費者「單純合法」充分了解為重，應「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性，即須「具體明確」訂明「排除廣告約款」，作為企業經營者「充分告知」排除廣告內容之「正當性依據」，

註29：嚴格細緻討論將相當龐大且複雜，如「第三人範圍」其告知是否違法或不當、個案消費者獲得真實資訊之手段是否不當等…，於此先簡單說明，更深入討論，待將來進步研究。

註30：依消保法第22條第2項規定「…於契約成立後，應確實履行」等語作為個案消費者「充分了解」有無正當信賴認定時點依據，蓋固然愈早認定對消費者愈有利，然基於「法定信賴責任」及「商業交易慣例」為論理依據，加以「合理」調節從寬保護消費者之正當信賴認定時點自屬為當，又避免過晚認定對消費者愈不利，自以法明文之時點為據。

註31：本文認消極被動「充分告知」乃消費者已詢問而企業經營者係以默示行為告知，至於默示行為之解釋，亦尚待將來進步認定。

註32：惟該不法性，可藉由個案消費者非僅知識、經驗、學習等內在因素所「充分了解」，而係外在因素如主動查證該「公開揭露」之資訊，或係由共見共聞之第三人所告知者，「適當」抵銷之（此尚待將來深論），是以「公開揭露」作為區別企業經營者未「充分告知」有無不法之認定標準最適切。

此時可認消費者本身之單純合法充分了解強化「排除廣告約款」，構成消費者「真正充分了解」而不值得保護。基於「法定信賴責任」最大保護消費者「從嚴認定」廣告內容被排除，亦屬訴訟法上「必要」反證推翻企業經營者直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識資訊之證明方法及資料；反之，若未「具體明確」訂明「排除廣告約款」，無排除廣告內容之正當性依據，除個案消費者係以違法手段取得相關資訊外³³，於利益衡量下，企業經營者以直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識之資訊之不法程度必較個案消費者「單純合法」充分了解更不值得保護，故個案消費者主觀信賴仍值得保護，行使廣告契約化之權利非不法。

須強調者，「非公開揭露」須「具體明確」訂明「排除廣告約款」，縱訂明「具體明確」之「排除廣告約款」僅具「正當性依據」，是否「充分了解」於被證明前仍屬未定之天，實體法上係尚須確認「是否足夠正當」特別值得保護個案消費者之主觀信賴，此仍須待訴訟法上其他直接或間接之證據資料證明補強複合推定推翻之。基於「法定信賴責任」最大保護消費者，貫徹「從嚴認定」廣告內容被排除及證據資料愈豐富

愈可發現真實，是僅單純賦予相當審閱期，無其他錄音、影或中立第三人等補強證明為證³⁴，評價上，仍難謂「充分了解」。

若已「公開揭露」，「推定」企業經營者「非」係以直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識之資訊，縱企業經營者未「充分告知」，其亦未直接或間接故意隱瞞，實體法利益衡量下，其不法程度未必較個案消費者單純合法「充分了解」為重，蓋既「公開揭露」得以共見共聞，肯認個案消費者仍主張該不實之廣告內容屬重大明顯之「權利濫用」，此時應「從寬」認定個案消費者「充分了解」之不法性，即無以「具體明確」訂明「排除廣告約款」作為企業經營者「充分告知」排除廣告內容之「正當性依據」為必要，亦即個案消費者「充分了解」本身即可作為排除廣告內容之「正當性依據」，惟個案消費者之「充分了解」仍須與「公開揭露」具相當因果，否則仍應回歸「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性之標準。

須強調者，企業經營者仍須舉證證明消費者「充分了解」一事，僅係舉證較易，無須如真實資訊於締約時「非公開揭露」者般訂明「具體明確」之「排除

註33：即違反契約或構成侵權行為等，另若個案消費者係以違法手段取得相關資訊者，其相關利益衡量是涉個案事實情節，非可一概而論，將來進步研究之。

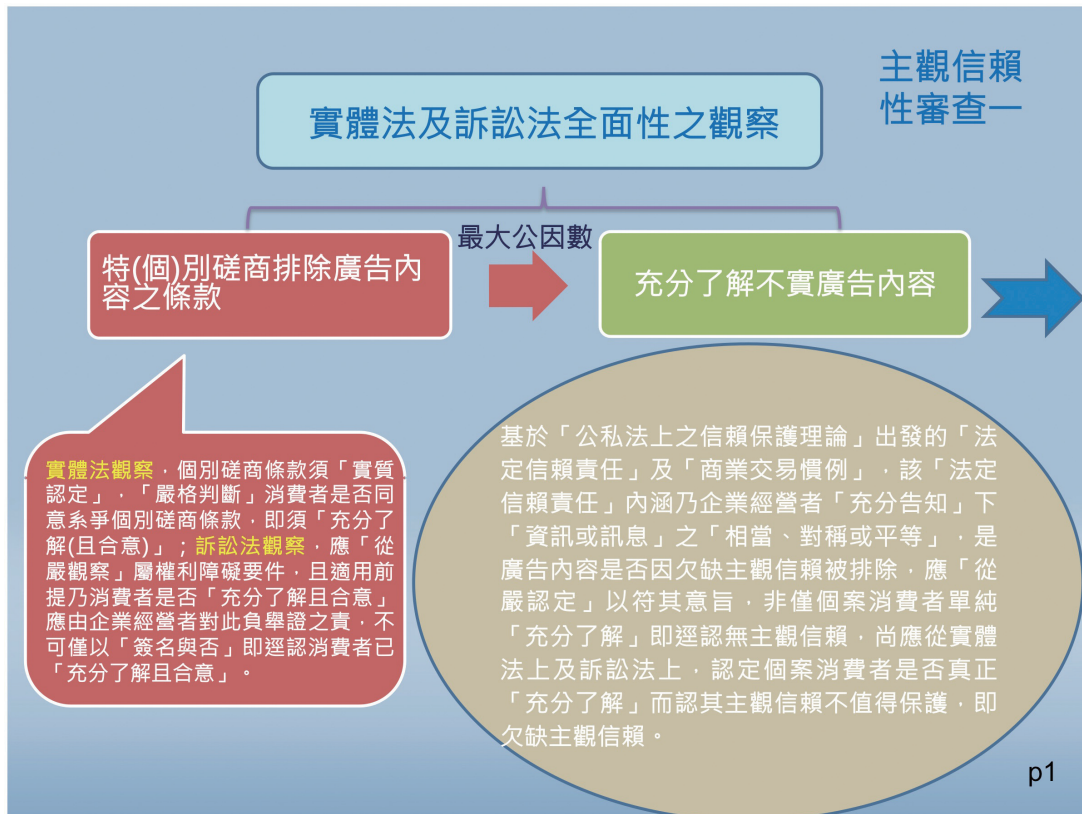
註34：至於「具體明確」之「排除廣告約款」，是以一般人所認可之特別明顯方式標註者，是否可謂個案消費者已「充分了解」，而取代錄音、影或中立第三人等證據方法之價值，非無疑問，本文認不足取代，但仍待將來研析之。

廣告約款」，若有其他直接或間接之證據資料證明個案消費者「充分了解」即可，如訂明「具體明確」之「排除廣告約款」本身自足作為個案消費者「充分了解」欠缺主觀信賴之依據，及訴訟法上之證據資料，即可達到說服法院蓋然性之程度。

第三，觀察前述實體法上利益衡量之不法性與訴訟法上舉證證明度之要求，除不法性兩者相當不易辨識者外（消費者係以違法手段取得相關資訊及企業經營者直接或間接故意隱瞞真實者），乃

呈現正比關係（然與他造呈現反比或消長關係），即以不法性始點之企業經營者為例觀察，若「非公開揭露」，其實體法上不法程度愈高，應「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性，則訴訟法上愈須豐富證據資料以達說服法院（個案消費者「充分了解」）之蓋然性程度；反之，若已「公開揭露」，實體法上不法程度愈低，應「從寬」認定個案消費者「充分了解」之不法性，則訴訟法上愈不須豐富證據資料以達說服法院蓋然性之程度。

肆、結論³⁵（兼評析本案）



註35：附件：本篇要旨整理為3張簡報，請參酌。

為何非個案消費者「充分了解」即認無主觀信賴？

主觀信賴性審查二

- 1.客觀信賴的具體明確性「推定」主觀信賴性存在。
- 2.廣告內容是否因欠缺主觀信賴被排除於「充分了解」乃例外應「從嚴認定」以符「法定信賴責任」意旨。
- 3.消保法第22條規定乃「誠實信用原則」的具體化規定，不可忽略企業經營者「(未)充分告知」之不法，應與個案消費者已「充分了解」之不法，「客觀利益衡量」何者較值得保護。

企業經營者「(未)充分告知」

個案消費者「充分了解」

p2

主觀信賴性審查三

真實資訊於締約時

非公開揭露

除消費者以違法手段取得相關資訊外，「推定」企業經營者係以直接故意隱瞞或間接故意以散布真假不易或無從辨識之資訊，於利益衡量下，其不法程度均較個案消費者「單純合法」充分了解為重，應「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性，即須「具體明確」訂明「排除廣告約款」，作為企業經營者「充分告知」排除廣告內容之「正當性依據」，此亦屬「必要」反證推翻企業經營者直接故意隱瞞或間接故意以散布真假不易或無從辨識資訊之證明方法及資料。

實體法上利益衡量不法性與訴訟法上舉證證明度要求乃呈現正比關係

須強調者，非公開揭露，縱訂明「具體明確」之「排除廣告約款」，僅具「正當性依據」，是否「充分了解」於被證明前仍屬未定之天，實體法上後尚須確認「是否足夠正當」特別值得保護個案消費者之主觀信賴，此仍須待其他直接或間接之證據資料證明補強複合推定推翻之，基於證據資料愈豐富愈可發現真實，是僅單純賦予相當審判期，無其他錄音、影或中立第三人等為證，評價上，仍難謂「充分了解」。

已公開揭露

「推定」企業經營者「非」係以直接故意隱瞞或間接故意以散布真假不易或無從辨識之資訊，縱企業經營者未「充分告知」，於利益衡量下，其不法程度未必較個案消費者單純合法「充分了解」為重，蓋既「公開揭露」得以共見共聞，肯認個案消費者仍主張該不實之廣告內容屬重大明顯之「權利濫用」，此時應「從寬」認定個案消費者「充分了解」之不法性，即無以「具體明確」訂明「排除廣告約款」作為企業經營者「充分告知」排除廣告內容之正當性依據為必要，亦即個案消費者「充分了解」本身即可作為排除廣告內容之正當性依據。

然與他造呈現反比或消長關係

須強調者，企業經營者仍須舉證證明消費者「充分了解」一事，僅係舉證較易，無須如真實資訊於締約時「非公開揭露」者般訂明「具體明確」之「排除廣告約款」，若有其他直接或間接之證據資料證明個案消費者「充分了解」即可，如訂明「具體明確」之「排除廣告約款」本身自足作為個案消費者「充分了解」欠缺主觀信賴之依據，及訴訟法上之證據資料，即可達到說服法院蓋然性之程度。

p3

廣告內容是否成為契約內容，即是否生廣告契約化之效力，本文同學說以「消費者有無正當信賴」，作為判斷廣告是否具有契約效力的標準，其要件有二：「消費者客觀信賴」即「廣告內容」是否具體明確，客觀上足以引起一般消費者產生信賴，**本文稱之「具體明確性」**；「消費者主觀信賴」即作為信賴主體的「個別消費者」對廣告內容的信賴是否值得特別保護，**本文稱之「主觀信賴性」**。

關於具體明確性標準之內涵，基於從「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」及「商業交易慣例」以法律保護消費者信賴為圖像，暨綜觀104年6月17日修正後所增列第2項之立法理由及整體消保法相關條文相互理解認識，廣告是否成為契約內容，應「從寬認定」以符其意旨，即從「外行人」角度，以一般消費者對廣告內容通常可以理解或想像觀點之「具體明確」作為廣告契約化標準。

關於主觀信賴之內涵部分，不論特（個）別磋商排除廣告內容之條款及充分了解不實廣告內容，基於「公私法上之信賴保護理論」出發的「法定信賴責任」及「商業交易慣例」，該「法定信賴責任」內涵乃企業經營者「充分告知」下「資訊或訊息」之「相當、對稱或平等」，是廣告內容是否因欠缺主觀信賴被排除應「從嚴認定」以符其意旨，非僅個案消費者「單純充分了解」即逕認無主觀信賴，尚應從實體法上及訴訟法上，認定個案消費者是否「真正充分了解」而認其主觀信賴不值得保護，即欠缺主觀信賴。

關於特（個）別磋商排除廣告內容之條款部分，從「法定信賴責任」下之實體法上觀察，不僅個別磋商條款須「實質認定」之，消費者是否同意系爭個別磋商條款，亦須「充分了解（且合意）」始有消保法第15條個別磋商條款優先效力適用餘地，屬「嚴格適用」排除效力；從「法定信賴責任」下之訴訟法上觀察，關於消保法第15條個別磋商條款優先效力應「分割或層次」予以「從嚴觀察」而認屬權利障礙要件，且適用前提乃消費者是否「充分了解且合意」，亦應「從嚴認定」，由企業經營者對此負舉證之責，不可僅以「簽名與否」即逕認消費者已「充分了解且合意」。

關於個案消費者充分了解不實廣告內容部分，應討論主觀信賴中，企業經營者「（未）充分告知」與個案消費者「充分了解」兩者衝突利益時，衡量何者較值得保護：

須先考量真實資訊於締約時是否「公開揭露」：若「非公開揭露」，除消費者以違法手段取得相關資訊外，「推定」企業經營者係以直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識之資訊，實體法利益衡量下，其不法程度均較個案消費者「單純合法」充分了解為重，應「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性，即須「具體明確」訂明「排除廣告約款」，作為企業經營者「充分告知」排除廣告內容之「正當性依據」，此時可認消費者本身之單純合法充分了解強化「排除廣告約款」，構成消費者「真正充分了解」而不值得保護。基於「法定信賴責任」最大保護消費者「從嚴認定」廣告內容被排除，亦屬訴訟法上「必要」反證推翻企

業經營者直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識資訊之證明方法及資料；反之，若未「具體明確」訂明「排除廣告約款」，無排除廣告內容之「正當性依據」，除個案消費者係以違法手段取得相關資訊外，於利益衡量下，企業經營者以直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識之資訊之不法程度必較個案消費者「單純合法」充分了解更不值得保護，故個案消費者主觀信賴仍值得保護，行使廣告契約化之權利非不法。

須強調者，「非公開揭露」須「具體明確」訂明「排除廣告約款」，縱訂明「具體明確」之「排除廣告約款」僅具「正當性依據」，是否「充分了解」於被證明前仍屬未定之天，實體法上係尚須確認「是否足夠正當」特別值得保護個案消費者之主觀信賴，此仍須訴訟法上待其他直接或間接之證據資料證明補強複合推定推翻之。基於「法定信賴責任」最大保護消費者，貫徹「從嚴認定」廣告內容被排除及證據資料愈豐富愈可發現真實，是僅單純賦予相當審閱期，無其他錄音、影或中立第三人等補強證明為證，評價上，仍難謂「充分了解」。

若已「公開揭露」，「推定」企業經營者「非」係以直接故意隱瞞或間接故意散布真假不易或無從辨識之資訊，縱企業經營者未「充分告知」，其未直接或間接故意隱瞞，於利益衡量下，其不法程度未必較個案消費者「單純合法」充分了解為重，蓋既「公開揭露」得以共見共聞，肯認**個案消費者仍主張不實之廣告內容屬重大明顯之「權利濫用」**，此時應「從寬」認定個案消費者「充

分了解」之不法性，即無以「具體明確」訂明「排除廣告約款」作為企業經營者「充分告知」排除廣告內容之正當性依據為必要，亦即個案消費者「充分了解」本身即可作為排除廣告內容之正當性依據，惟個案消費者之「充分了解」仍須與「公開揭露」具相當因果，否則仍應回歸「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性之標準。

須強調者，企業經營者仍須舉證證明消費者「充分了解」一事，僅係舉證較易，無須如真實資訊於締約時「非公開揭露」者般訂明「具體明確」之「排除廣告約款」，若有其他直接或間接之證據資料證明個案消費者「充分了解」即可，如訂明「具體明確」之「排除廣告約款」本身自足作為個案消費者「充分了解」欠缺主觀信賴之依據，及訴訟法上之證據資料，且亦可達到說服法院蓋然性之程度。

前述實體法上利益衡量不法性與訴訟法上舉證證明度要求乃呈現正比關係（然與他造呈現反比或消長關係），即以不法性始點之企業經營者為例觀察，若「非公開揭露」，其實體法上不法程度愈高，應「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性，則訴訟法上愈須豐富證據資料以達說服法院蓋然性之程度；反之，若已「公開揭露」，實體法上不法程度愈低，應「從寬」認定個案消費者「充分了解」之不法性，則訴訟法上愈不須豐富證據資料。

本件最高法院認預售屋廣告中「店面」是否為消費者請求事項「店舖」似仍不夠具體明確，且以系爭特（個）別磋商訂明「辦公室」之排除廣告內容條款已有予具投資經驗

之原告等人5日以上相當審閱期，認消費者已「充分了解」各項買賣條件、標的物內容、範圍等情，難認消費者正當信賴存在，故排除廣告內容云云。本文認若已認不夠具體明確即不生廣告契約化之效力，自無庸再審查特（個）別磋商排除廣告內容條款是否有效必要，以符實體法上一貫性及訴訟法上訴訟經濟。再者，「從寬認定」廣告內容成為契約，以「外行人」角度，「店面」屬「店舖」已具體明確肯認客觀信賴存在，成為契約內容之一部分；又縱個案消費者因具投資經驗且相當審閱期而「充分了解」系爭個別磋商條款，然若係「假」個別磋商條款之名行定型化契約條款之「實」，自有消保法第12條「內容控制原則」適用而無效，廣告內容未因此而排除。退步言之，本件乃預售屋廣告，建物尚未實際存在，是肯認其真實資訊於締約時「尚未

公開揭露」，於利益衡量下，應「從嚴」認定個案消費者「充分了解」之不法性，即須「具體明確」訂明「排除廣告約款」，經查本件雖認已訂明「具體明確」之「排除廣告約款」並「簽名」之，且縱已賦予相當審閱期，惟僅該「簽名」之「具體明確」之「排除廣告約款」，若無個案消費者違法手段取得相關資訊，基於「法定信賴責任」最大保護消費者「從嚴認定」廣告內容被排除，及證據資料愈豐富愈可發現真實，評價上，仍不足證明個案消費者已「充分了解（且合意）」，尚須其他錄音、影或中立第三人等補強證明為證，故仍具特別值得保護個案消費者主觀信賴之正當性，肯認有正當信賴存在，廣告內容未因簽名該已賦予相當審閱期之具體明確排除廣告約款而排除之。以上，最高法院均有適用法規顯有錯誤之判決違背法令之違誤。