

消費者保護研究

第 22 輯

行政院 編印
中華民國 107 年 3 月

編輯說明

- 一、為有效推動我國消費者保護工作，促使行政理論與實務與時俱進，進而帶動本領域的學術研究風氣，自民國 84 年起，每年徵求各界就消費者保護理念、法規及制度相關議題撰擬論文，經審查收錄後，出版提供消費者、機關團體及學界參考運用。
- 二、本輯承蒙各界踴躍投稿，謹在此對所有投稿者致以十二萬分之謝意。本輯共收錄 5 篇稿件，為學者及相關行政人員就廣告規範、歐盟旅遊指令、網路消費爭議案例處理、商品安全責任與監理機制、網路隱私權保護及業者管理等法令、制度及實務推動議題所為比較研究或探討分析之論著，對未來消費者保護工作的推動極具參考價值。
- 三、本刊物刊載之文稿係作者個人之研究成果，不代表出版者之立場或意見。
- 四、本輯在排版校對時，雖已力求無訛，惟疏漏之處在所難免，尚祈各界不吝指正。

行政院消費者保護處 謹識
中華民國 107 年 3 月

消費者保護研究

第 22 輯

- 廣告規範實務—以消費者保護法為中心／黃明陽1
- 從歐盟旅遊指令之修正看我國旅遊消費者保護之未來／謝偉雯39
- 我國網路購物消費爭議案例處理與評析—以消費糾紛原因研析及
消保實務案例處理為中心／王德明.....71
- 我國商品安全責任與監理機制初探—以消費者保護法之「回收」
規範為中心／彭文暉.....97
- 消費者隱私保護及網路業者管理之研究—以被遺忘權為論述核心
／程立民.....139

《消費者保護研究》
第 22 輯，頁 1-38

廣告規範實務 —以消費者保護法為中心—

黃明陽*

摘要

廣告對於消費者而言，往往是消費者從事消費行為的重要判斷依據；而對於企業者而言，廣告往往是企業經營者促銷產品的主要手段。惟因廣告資訊的不對等，在實務上常常是造成消費者受害或衍生消費爭議的主因。

我國有關廣告消費資訊之規範尚未統一，目前消保法內容多屬廣告之基本原則規定，雖可供作為引用依據，惟因僅限消費關係始能適用，且未將薦證廣告代言人責任納入，故尚難作為普遍妥適處理之法據，似有統一制定廣告法之必要。本文為期避免不實廣告過於浮濫，擬分就消保法第 22 條、第 22 條之 1 及第 23 條有關廣告責任與公平交易法第 21 條有關薦證廣告責任規定予以分析論述。

為期周延及有效管理廣告資訊，確有統一立法之必要，至少應將現有爭議較大之三大問題，筆者逐項檢討提出之「廣告內容至少應強化規定為法定義務或逕

* 作者曾任前行政院消費者保護委員會副秘書長、財團法人金融消費評議中心第 1 屆董事、現於實踐大學兼任助理教授，著有「【消費贏家】消費者保護法入門」、「【消費贏家】電信案例解析」、「行政調解機制之比較—以消費爭議調解為中心」。

規定為要約」、「與不實廣告有關之業者均應負連帶責任」、「應加重不實廣告業者之損害賠償責任並應追討其不當利得」改進意見明確納入規定，方能有效杜絕不實廣告之泛濫。

關鍵詞：廣告責任、契約責任、消費者保護法、公平交易法、立法規制、司法規制、行政規制

壹、廣告規範概說

廣告屬於一種消費資訊，其主要作用是在交易決定之前，一方面作為消費者據以瞭解交易客體，並據以決定交易與否之重要工具；另一方面作為企業經營者據以招攬客戶，並與其他同業進行商業競爭之重要手段。本文之廣告，僅指商業廣告，不包括政治等其他非商業性廣告在內。

一、廣告概說

要瞭解廣告，須先就廣告定義下手，惟因現行許多法律如民法、消費者保護法（下稱消保法）、廣播電視法、公平交易法、商品標示法、金融消費者保護法（下稱金融消保法）等，雖對廣告都有所規範，但是對於何謂「廣告」？則均無定義。故為期正本清源，首應對廣告加以定義。

（一）廣告之意義

廣告是一種創意的表現，有學者¹認為亦屬於表現自由之一種，而且是產品最主要之促銷方式。所謂廣告，應係指利用媒介來宣傳其內容，而使多數人可以知悉其宣傳內容之一種傳播。簡言之，利用傳播媒介使多數人得以知悉其宣傳內容者，即屬廣告，不因其形式上係以「重要聲明啟事」或其他名稱等方式，而有不同。因此，廣告之重點，應在於其內容之傳播，而不在於其傳播之方式。

消保法雖然對廣告並未定義，但為避免適用上困擾，消保法施行細則第 23 條補充規定，凡是利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電話傳真、電子視訊、電子語音、電腦及其他方法，可使多數人知悉其宣傳內容之傳播，均屬於消保法所稱廣告之範圍，均有消保法相關規定之適用²。

1. 廣告之本質：可分就形式及實質面來說明。

¹ 許志雄著「廣告與表現自由」，刊於月旦法學雜誌第 33 期（1998），頁 10。

² 台灣台北地方法院 101 年度簡字第 62 號行政判決略以：食品衛生管理法就第 19 條所指廣告之內涵固無明文，惟消費者保護法施行細則第 23 條所明定…之意旨，衡諸食品廣告與消費大眾有關，於解釋上開食品衛生管理法所規定之廣告時，消費者保護法施行細則之定義應得援用。

- (1)形式上：廣告之方式，本質上屬於一種資訊之傳播。廣告之效果，無論是言語之傳播、文字之傳播、聲光之傳播等，在形式上均係以一種資訊之傳播方式來展現，均屬於一種資訊傳播之本質。
 - (2)實質上：廣告之內容，本質上屬於一種定型化契約條款。廣告之內容，無論是言語傳播之語言、文字傳播之文字、聲光傳播之聲光等，在實質上係由企業經營者單方面所研訂，均屬於一種定型化契約條款之本質。
2. 廣告之要素：依學者³之見解，廣告原則上至少應包含下列四個要素。
- (1)媒體之利用：傳播廣告時，所使用之方法或媒介，如平面媒體、聲光媒體或其他方式，均無不可。
 - ①平面媒體：例如報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、名片⁴、贈品等，凡是以平面印刷方式為廣告者，屬之。
 - ②聲光媒體：例如電視、廣播、影片、幻燈片、電話傳真、電子視訊、電子語音、網路、部落格等，凡係以聲光表現方式為廣告者，屬之。
 - ③其他方式：例如人體、實物、汽球、活動等，凡不以平面媒體或聲光媒體表現廣告者，屬之。
 - (2)廣告之對象：廣告限以多數人為對象所為之傳播，如係對特定相對人所為之意思表示，則為要約或承諾，而不是廣告。
 - (3)廣告之內容：廣告所欲傳達之資訊內容，即係以產品之優越性或其他特別之優惠等為其主要訴求內容。
 - (4)廣告之目的：廣告主要是希望藉著廣告資訊內容之傳播，來達到其促銷產品之目的。

³ 林誠二著「消費資訊之規範」，刊於消費者保護研究【第三輯】（1997），頁 68，行政院消保會。關於廣告至少應包含四種要素，其一為電視、廣播等媒體的利用，即廣告的方法；其二為廣告之對象—不特定多數人；其三為廣告的內容，也就是廣告所欲傳達的資訊；其四為廣告的目的。

⁴ 行政院公平交易委員會 81.06.24 (81) 公參字第 01222 號函略以：名片為一種廣告物，其上記載之內容，如屬交易上重要之事項，足以使可能之交易相對人誤信名片分發者、或其任職之事業所提供之商品或服務之內容或品質者，該名片上不實之記載即違反公平交易法第 21 條第 1 項、第 3 項關於事業不得在廣告上對於商品或服務之內容或品質為虛偽不實或引人錯誤之表示的禁止規定。

3. 廣告之沿革：企業經營者對其產品最主要之促銷方式，就是廣告，原則上廣告打得越凶，效果越大；相對地，有關消費者之消費選擇權，也相當程度地受到該廣告是否採用高度發展說服藝術而有不同程度之影響。
 - (1) 口碑廣告：屬於言語之傳播。最初之廣告，業者多利用自己員工或藉著顧客口碑來進行行銷，影響層面相當有限。
 - (2) 平面廣告：屬於文字之傳播。在印刷術發明以後，業者即進而利用平面媒體大量印製廣告散發，以促銷其產品。
 - (3) 聲光廣告：屬於聲光之傳播。近代隨著科技之演進，由於聲光技術改良，行銷逐漸演變為非人員方式，影響層面加大。

（二）廣告之問題分析

在產業大革命以後，企業經營者藉著機器代替人力大量生產出來之產品，當然希望能夠大量銷售出去，以追求最大利潤，因此就需要利用一些有效方式來促銷產品；其中最重要、最主要之促銷方式，就是廣告。由於各行各業的產品具有不同的產品特性，所為的促銷廣告的內容或方式自亦有所不同，宜有一定準則供其遵循，以免浮濫，廣告統一立法有其目的必要性；而且因其促銷廣告所衍生的糾紛或原因固有不同，然亦有其共通性，那就是廣告之要素、成立要件、生效要件及法律責任等，尤其是廣告須負之法律責任為何，更是眾說紛紜，因此在立法目的上，如何立法嚴格規制以保障廣告相對人應有之廣告權益，俾有效杜絕不實廣告的泛濫，這也是廣告統一立法最重要的任務。

筆者認為在廣告所衍生問題當中，要以廣告在法律上之本質為何，最為重要。

1. 廣告在民法上屬於要約之引誘性質：在消保法未公布施行前，通說均認為廣告並非要約，而係要約之引誘⁵，並無法律上之拘束力，此為導致不實廣告泛濫之主因。

在消保法未公布施行之前，有關廣告之民事責任，純依民法之規定處理。而依民法規定，一般學者及法院實務上都將各種廣告視為「要約之引誘」，其目的在挑起消費者之購買慾，首先是顧客看到廣告受到引誘，然後當顧客前去商店表示要購買商品時，始為「要約」，而商店為同意出賣之意思表示時，則為「承

⁵ 同註3，頁69。

諾」，如果要約與承諾之內容一致，契約才算成立。由於廣告僅係一種要約之引誘，並不是要約或承諾，所以無法像要約或承諾可以發生法律上之拘束力，而廣告也因為不是契約之內容，因此也不需要負擔契約上之法律責任。

因為廣告無須負法律責任，所以不實廣告也無須負法律責任，因此，企業經營者會利用，進而敢利用不實廣告來促銷其產品，可見廣告在民法上之無責任性，才是造成不實廣告泛濫之真正主因。

2. 廣告亟需加以規範：廣告係一種行銷手段，原不以消費關係為限，惟因消費者較為弱勢，需要特別的保護，故為有效確保消費權益，亟須立法規範屬於消費關係的廣告在一定條件下應負其法律責任。

(1) 防杜不實廣告泛濫，避免消費受害：此為廣告應予規範之消極理由。業者為達引誘消費者之目的，常常利用內容誇大不實之廣告，不是訴諸消費者貪便宜心理，在價格上大打折扣戰；就是訴諸消費者崇拜權威或追求特殊效能心理，在品牌及功能上大為吹噓，以吸引消費者購買。而廣告上所用之詞句亦極盡其誇張之能事，並利用長期疲勞轟炸之策略，使消費者受其催眠而產生幻覺，以為自己有病，必須服用廣告宣傳之藥物方可根治；或使用某種化粧品必可創造美麗形象；或使用減肥食品，可以懶人瘦身美容等等，再加上媒體業者不管廣告內容是否合理，一律照登不誤，導致消費者因而被其洗腦而受害。

(2) 確保廣告資訊地位平等，保障消費權益：此為廣告應予規範之積極理由。消費者在消費時，基於消費為目的之主觀意思，於客觀上為交易、使用商品或接受服務之人，因此種顧客通常欠缺交易上商業知識，與從事重複交易行為之企業經營者處於懸殊不公平之地位，故須特別立法保障消費者之權益。因此，消保法即突破民法有關廣告為要約引誘之規範，特別增列廣告在一定條件下可納入契約內容效力之規範內容，以資因應。

3. 廣告之規範方式：廣告除要由業者自律⁶外，在他律方面主要有下列三種。

⁶ 林繼恆著「金融消費者保護法之理論與實務」（2012），頁 105，新學林出版公司。於金融消費者保護法施行前，關於金融商品及服務廣告之規定，多以自律公約之形式，散見於各業法規之中，例如「銀行公會會員自律公約」規範商品廣告不得虛偽誇大；「銀行辦理衍生性金融商品業務注意事項」規定銀行向一般客戶提供衍生性金融商品交易服務之推廣文宣資料，應清楚、公正及不誤導客戶，且若結構型商品係銷售給專業客戶者，不得廣告；「信用卡業務自律公約」規定廣告應真實；「金融機構辦理現金卡業務應注意事項」規定廣告應導守一定格式。違反者，

- (1) 立法規制：由立法院就廣告之規範予以立法作為規制依據，我國目前尚未針對廣告制定專法，僅在其他相關之法律例如商品標示法、公平交易法、食品安全衛生管理法、藥事法等訂有一些行政管理規定，而在消保法、金融消保法等訂頒前，除民法外，甚少在私法上就廣告訂定必要之民事責任規定⁷。簡言之，我國廣告有關之私法規範甚為不足，亟需特別立法保障，因此乃有消保法、金融消保法之訂頒，以資依據。
- (2) 司法規制：由法院就廣告個案予以裁判作為規制方式，惟因在消保法、金融消保法訂頒前，我國廣告有關私法責任規定不足，在法院實務上，法官均仍以傳統契約觀念及民法規定作為判決依據，尚難就不實廣告予以有效規範⁸。
- (3) 行政規制：我國現行有關廣告之行政規制法令不少，例如商品標示法、公平交易法等，絕大部分均屬於行業管理法上之行政規制範疇，由於行政規制僅能提供事前之預防，對於違反之業者雖能依法科處行政罰鍰或其他行政措施，固然可以有效嚇阻將來再次發生同類事件，但是對於已經因不實廣告而受害之相對人或消費者而言，仍須由法院依民法等私法規定予以判決處理，並無實益。換言之，行政規制並無法提供不實廣告受害者直接、必要而有效之保障，其對不實廣告之相對人或消費者所提供之保護作用，僅屬一種間接之反射利益而已⁹。

4. 不實廣告之判斷標準：以廣告內容有無誤導消費者作為判斷標準。

不實廣告，原則上係以廣告內容是否會對消費者產生誤導，作為判定標準。

原則上僅主管機關得依其權限為行政裁罰或由公會處理。

⁷ 行政院消保會委託研究，廖義男主持「監督定型化契約與規範消費資訊之法規競合與適用之研究」（1998），頁221。消保法對於不實廣告並無行政監督之規定，而係以加強廣告主之廣告責任及課予廣告媒體業連帶責任之方式來保護消費者，即係以交易決定之後的債務履行角度，加以規範廣告，使廣告成為契約內容，與商品標示法、公平交易法從交易決定作成之前，消費資訊之角度，加以規範之模式有異。

⁸ 有關法院針對不實廣告訴訟所為之判決，詳見後述不實廣告法院案例。

⁹ 同註7，頁225。公平交易法有關消費者利益之維護，應解為透過市場的競爭，以使資源做最適配置，從而使廣大的消費大眾獲益。此說的「消費者利益」，在經濟學上即芝加哥學派之經濟效率；在法律上即將之作為反射利益加以保護。至於不實廣告，係屬公平交易法中最典型地可認為直接保護消費者之條文。另外，台灣高等法院90年度上字第932號判決，亦認為公平交易法規範功能在於維護公易秩序與消費者權益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，與民法等在保護當事人間權利義務，有所不同；縱業者有為不實廣告之不公平競爭行為，亦與其是否有違反本件契約義務等無涉。

凡廣告內容不會誤導消費者，不管該廣告內容如何表現，均非不實廣告；惟一旦廣告內容會誤導消費者，即屬不實廣告¹⁰。簡言之，法律對於廣告之規範，要在確保其廣告內容真實義務之前提要件下，給予廣告一定之表現空間，屬於言論自由之範圍，並以不會誤導相對人或消費者為其界限。法院實務上亦以廣告內容與一般消費大眾之認知有相當大之差距¹¹，已逾越一般大眾所能接受之程度，足以引起一般大眾錯誤之認知或決定，作為判定標準。

二、我國有關廣告之規範簡介

有鑒於廣告影響消費者權益甚鉅，因此亟需立法加以規範。

（一）我國對廣告目前尚未統一立法規範

我國現行有關廣告規範之法律甚多，例如民法、商品標示法、公平交易法、消保法、金融消保法、電影法、有線廣播電視法、藥事法、食品安全衛生管理法、健康食品管理法、化粧品衛生管理條例、醫療法、獸醫師法、農藥管理法、飼料管理法、就業服務法等，均將廣告納入規範。我國有關廣告資訊之規範，與中國大陸等少數立有廣告專法之國家¹²不同，由於目前尚未予以統一，在法制上對於廣告相對人或消費者甚難提供一致而有效之保障。

（二）消保法規定尚難作為廣告普遍處理之規範

消保法第二章第四節將廣告明定為消費資訊之一種，而消保法所規定消費資訊之責任，主要係針對企業經營者所為之規範，俾有效促進消費資訊的透明化。消保法第 4 條¹³即就此規定企業經營者應負消費資訊之責任，有學者並將之認屬強制規定¹⁴。不過，此種原則性之規定，在適用時，應配合消保法或其他相關法

¹⁰ 同註 7，頁 317。有關不實廣告判斷及其慣用手法之論述，可供參考。

¹¹ 最高行政法院 100 年度判字第 236 號判決。

¹² 迄至目前為止，對廣告立法專法之國家仍然不多，除中國大陸於 1994 年訂頒中華人民共和國廣告法以外，其他尚有英國（1907 年）、俄羅斯（2009 年）均訂有廣告法，併此敘明。

¹³ 消保法第 4 條：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。」

¹⁴ 曾品傑著「財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論（1）」（2007），頁 174，元照出版公司。

令有關違反安全及公平交易之具體規定之情事來決定。對於違反廣告資訊之業者，不管是交易資訊、產品資訊或是其他資訊之提供不足，對因而受害之消費者，均應負民事上之損害賠償責任。

消保法雖將廣告納入規範，但因內容多屬廣告之基本原則規定，且僅限消費關係始能適用，加以該等規定並未將薦證廣告納入，不夠具體周延，故尚難作為有關廣告之普遍妥適處理法據。

貳、消保法廣告責任規定解析

消保法有關廣告責任之規定，主要規定於消保法第 22 條及第 23 條，爰分別解析如后。

一、消保法第 22 條之廣告責任

(一) 廣告責任概說

基於消費者在廣告消費資訊方面應享有知之權利，企業經營者如果以不實或不當之廣告予以侵害，自應對受害消費者負民事上之損害賠償責任。

1. 不實廣告與不當廣告之責任：廣告會造成消費者損害，主要有下列不實廣告及不當廣告兩種情形，消費者因廣告而受到損害，依消保法規定均得請求民事上之損害賠償，自不待言。

(1) 不實廣告責任：在民事上屬於一種契約責任，亦即誇大不實廣告誤導消費者契約關係上之責任。為保障消費者廣告資訊權益，避免消費者因不實廣告造成契約上之損害，消保法第 22 條及第 23 條，特別針對企業經營者及媒體經營者在廣告上對消費者所應負廣告之責任予以規定，係以加強廣告主之廣告責任及課予廣告媒體業連帶責任之方式來保護消費者，旨在強化企業經營者及媒體經營者對契約關係消費者之不實廣告責任，並不及於使用關係消費者之不當廣告責任。至所謂契約責任，必須有契約關係存在始可。只是有學者¹⁵

¹⁵ 范建得著「消費者保護法－基礎理論」（1994），頁 212 及 213，漢興書局。未來不實廣告案件管理上的困難點有二：即上述的認定不實與損害賠償計算。原本在公平法的規範下，消費者主

認為不實廣告案件，在管理上有著認定不實與損害賠償計算之困難性存在。

(2) 不當廣告責任：在民事上屬於一種侵權責任，亦即具有危險性不當廣告傷害消費者使用關係上之責任。例如下列未附加警告標示之危險性廣告，即屬不當廣告。因不當廣告致受生命、身體、健康或財產上之損害者，仍可依消費者保護法第 7 條以下之規定尋求救濟，亦即不當廣告之侵權責任已涵括於消保法之產品責任內，不在本文論述範圍。

① 特技性廣告：例如飆車及其他具有特技性廣告等，因該等特技非一般人之能力所能做到，故必須附加警告標示，警告不要模仿。

② 誤導性廣告：例如某廠牌洗衣機以在雨中庭院洗衣之廣告，特別強調其塑鋼洗衣機不會生鏽，卻未警告使用者如果模仿可能造成觸電之危險。

③ 詐騙性廣告：例如求職陷阱及非法代工廣告等，因該等廣告即在詐騙求職或代工者，本即為犯罪行為，如因而受害，可逕依刑法詐欺罪處理。

2. 廣告責任之責任主體：應負廣告責任之責任主體，除廣告主外，尚及於其他與廣告有關之業者在內。

3. 廣告主之廣告責任：即刊登廣告企業經營者之民事責任。為保護消費者知之權利，免因企業經營者以不實廣告侵害消費者權益，消保法第 22 條特別將契約責任擴張及於廣告之內容，規定企業經營者對消費者所負之履行義務，不得低於廣告之內容。其內容包括

(1) 企業經營者應負確保廣告真實之義務：企業經營者對於廣告，除所負義務不得低於廣告內容外，尚須負廣告真實義務。

(2) 企業經營者應負不得低於廣告內容之履行義務：企業經營者除應確保廣告內容真實外，其對消費者所負義務，不得低於廣告之內容；在契約成立後，並應確實履行。

4. 廣告其他企業經營者之責任：其他與廣告有關企業經營者責任，該企業經營者是否應負廣告責任，約可歸納為下列四種情形。

(1) 製造者之廣告責任：製造之企業經營者刊登廣告促銷者，應自負廣告責任，至其經銷商原則上不負連帶損害賠償責任；惟經銷商如援用製造者促銷之廣

張之權益應屬管制不實廣告的「反射利益」，故而通常消費者不能直接向不實廣告者請求損害賠償，而今依據消保法之規定則損害賠償之計算方式將成為重要課題。

告者，則該經銷商亦應負連帶責任。

- (2) 經銷者之廣告責任：經銷商如未經原製造企業經營者之同意，自行刊登廣告促銷者，應自負廣告責任；製造者對該廣告不必負連帶責任。
- (3) 廣告代理業之責任：廣告代理業在明知或可得而知情形下，仍製作或設計有引人錯誤之廣告，依公平交易法第 21 條第 4 項前段規定，應與廣告主負連帶損害賠償責任。
- (4) 刊登廣告媒體業之責任：媒體業者明知或可得而知廣告不實仍予刊登者，依消保法第 23 條規定應與廣告主負連帶損害賠償責任。
- (5) 廣告代言人之責任：廣告代言人明知或可得而知該廣告不實，而仍予代言廣告者，就信賴該廣告而受害之消費者，廣告代言人應與廣告主負民事上之共同侵權責任及薦證不實廣告之行政責任。

（二）消保法有關廣告責任之規制

1. 立法規制：為突破民法有關廣告為要約引誘規定之限制，消保法第 22 條明定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。（第 1 項）企業經營者之商品或服務廣告內容，於契約成立後，應確實履行。（第 2 項）」主要係為保護消費者知之權利，免因企業經營者以不實廣告侵害消費者權益。尚可分別說明如后。
 - (1) 企業經營者應負確保廣告真實之義務：企業經營者對於廣告，除所負義務不得低於廣告之內容外，尚須負下列廣告真實之義務。
 - ① 不得為不實廣告之義務：此為廣告主之消極義務。廣告不實屬於不公平競爭之一種類型，依照公平交易法第 21 條規定，廣告不可「虛偽不實或引人錯誤」，但廣告是否違法，仍須由主管機關予以具體認定。主管機關判斷廣告時，應以客觀之「足以引人錯誤」為判斷標準。
 - ② 證明廣告真實之義務：此為廣告主之積極義務。如果主管機關認為企業經營者之廣告內容誇大不實，足以影響消費者權益之虞時，依照消保法施行細則第 24 條規定，得令企業經營者證明該廣告之真實性。
 - (2) 企業經營者應負不得低於廣告內容之履行義務：此為廣告主之法定義務。係以交易決定後之債務履行角度來規範廣告，使廣告成為契約之內容。
 - ① 企業經營者對消費者所負義務，不得低於廣告之內容：雖然廣告在消費者

簽約之前，屬於要約之引誘性質，並無拘束力，僅供參考；然而廣告在消費者簽約之後，已變成契約內容之一部分，企業經營者即應負責，不再僅供參考而已。

② 企業經營者於契約成立後，應負確實履行之義務：企業經營者對於其商品或服務之廣告內容，於契約成立後，依法應負確實履行之義務。因此，「廣告僅供參考」之定型化契約條款無效¹⁶。

(3) 消保法第 22 條規定之探討：消保法第 22 條規定，有關廣告之內容在何種條件下將成為契約內容之一部分，學者間固有爭論¹⁷，惟可歸納為下列兩種學說。

① 當事人約定說：有學者及法院判決依據傳統契約理論，基於「廣告之法律性質究為要約或要約之引誘」之觀點出發，尚可分為下列兩說。

A. 廣告為要約之引誘說：部分學者¹⁸及法院判決¹⁹認為廣告內容有其複雜多樣性，如基於廣告即發生要約形式拘束力之結果，企業經營者將因廣告而受拘束，消費者亦因廣告而取得承諾適格之地位，得任意因承諾而訂立以廣告內容為內容之契約，將可能使得企業經營者須面臨眾多無法履行之契約，顯有不當限制或剝奪企業經營者之契約自由利益，而認為商業廣告性質上仍屬民法上所規定之一種「要約之引誘」，而非「要約」。且消保法第 22 條並未明定「廣告為要約」或「廣告必為契約內容之一部」，故該條規定之意義應解為企業經營者與消費者如成立契約，對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，但廣告並不因該條之規定，而由要約引誘之性質成為要約。

¹⁶ 公平交易委員會 83.04.16(83)公參字第 02266 號函略以：事業在廣告上對於商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地等，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，即違反公平交易法第 21 條第 1 項之規定，仍不得以已於廣告或契約上載明該表示或表徵「僅供參考」，而主張免責。

¹⁷ 台灣台北地方法院 89 年度訴字第 3711 號判決。

¹⁸ 王澤鑑著「(民法實例研習叢書第三冊)債篇總論(第一卷)」(1988)，頁 124、史尚寬著「債法總論」(1983)，頁 19、曾品傑前揭書，頁 315 以下，元照出版公司。

¹⁹ 最高法院 92 年台上字第 2694 號判決、台灣高等法院 99 年度重上字第 667 號判決、98 年度上字第 563 號判決、96 年度消上易字第 8 號判決、94 年度上易字第 301 號判決、88 年度上字第 1433 號判決、台灣台北地方法院 95 年度消簡上字第 511 號判決、89 年度重訴字第 1000 號判決、87 年度重訴字第 304 號判決、台灣台中地方法院 96 年度消字第 3 號判決。

B. 廣告為要約說：部分學者²⁰及法院判決²¹認為自消保法公布施行後，消保法第22條所稱之「廣告」，不同於一般之商業廣告，性質應解釋為是一種「要約」，而非「要約之引誘」，從而，消費者依據廣告之內容向刊登廣告之企業經營者表示締結契約之意思時，該表示行為即為承諾，契約因而成立。

② 法律規定說：部分學者²²及法院判決²³採此說。關於廣告內容是否成為契約內容一部分之要件問題，應揚棄「廣告法律性質」之思考角度，改自「如何實現消保法第22條後段之規範功能（擴張契約義務及於廣告內容，而將廣告視為法定義務），以調和兼顧企業經營者與消費者雙方利益」之角度加以思考，即從下列廣告之內容加以觀察。

A. 納入契約內容之廣告：廣告內容如在交易上已確定或可得確定，客觀上可加以查證以確定其真偽，或廣告之內容係以確實之數字加以表示者，該廣告之內容即成為契約內容之一部分。惟若契約當事人間已將廣告之內容明文排除在契約條款之外，或是當事人另有與廣告內容不同之合意，則依契約自由原則，該廣告自難再謂係契約之一部²⁴。

B. 不納入契約內容之廣告：廣告之內容如係以抽象、模糊或感性之文字、

²⁰ 林益山著「消費者保護法」（1999），頁427，五南出版社、姜志俊·姜炳俊·馮震宇·謝穎青著（2005）「消費者保護法解讀」頁152，元照出版公司、李伸一著「消費者保護法論」（1995），頁186，凱命出版社、林永汀著「消費者保護法之研究與檢討－建築業篇」（1995），頁165及166。

²¹ 台灣高等法院88年度上字第568號判決、89年度重上字第264號判決、台灣高等法院台南分院89年度重上字第38號判決、台灣台北地方法院86年度訴字第2972號判決、台灣士林地方法院86年度訴字第1699號判決、86年度重訴字第253號判決。

²² 朱柏松著「消費者保護法論」（1998），頁25、馮震宇著「消費資訊之規範」刊於「消費者保護法解析」（2007），頁188，消費者文教基金會、劉春堂著「民法債編通則（一）契約法總論」（2001），頁58、詹森林、馮震宇、林明珠著「認識消費者保護法」（2005），頁144，行政院消保會、李永然著「消保法是不動產買賣的剋星？」刊於馮震宇主編「消保法教戰守策」（1994），頁85，永然出版社。

²³ 最高法院101年度台上字第246號判決、94年度台上字第1633號判決、91年度台上字第1387號判決、台灣高等法院101年度上字第11號判決、99年度消上易字第2號判決、台灣台北地方法院89年度訴字第3711號判決、89年度重訴字第1000號判決、88年度重訴字第1785號判決、台灣士林地方法院97年度重訴字第48號判決。

²⁴ 最高法院89年度台上字第587號判決、台灣高等法院88年度上字第568號判決、87年度上更（一）字第86號判決、台灣士林地方法院86年度重訴字第253號判決、86年度訴字第1699號判決、台灣台北地方法院86年度訴字第2972號判決。

圖畫或其他方法表示，且該廣告之內容僅涉及純粹個人主觀之好惡或評價，其是否與事實相符，其是否存在等，客觀上見仁見智或無法證明其真偽者，此時應傾向將該廣告解為是「交易上可容許之吹噓、噱頭或誇張」，而不構成契約內容之一部分。例如預售屋業者於其廣告上所為廣告之記載，均僅為對系爭房屋坐落之大自然景觀之描述，尚難認係有關房屋給付之具體內容²⁵。

筆者基於下述理由，認為消保法第 22 條規定似宜採法律規定說：

- ① 保護權益之必要性：消保法第 22 條之規定，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，該條第 1 項後段規定企業經營者對消費者所負之義務不得低於廣告之內容，乃依據誠實信用原則對契約之內容所作解釋之結果，其立法意旨在於使任何足以影響消費者形成消費動機、決定訂立契約之廣告宣傳內容，均成為契約內容之一部分，使其成為對消費者之最低限度保障。
- ② 主觀意思之無關性：消保法第 22 條第 1 項後段所以將廣告之內容視為契約內容之一部分，乃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瞭解廣告內容，而將廣告內容視為契約內容一部分之「主觀意思」無關，因此「廣告內容是否構成契約內容之一部分」與「廣告性質上為一種要約或要約之引誘」，二者間，在邏輯上並無必然之關連性。
- ③ 法律規定之強制性：消保法第 22 條第 1 項後段規定之適用，與企業經營者是否有意使廣告內容成為契約之一部分主觀意思無關，與消費者於訂立契約時是否知悉瞭解廣告內容亦無關，更與當事人雙方有無使廣告內容成為契約內容一部分之合意無關，換言之，廣告內容之所以成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」。

2. 行政規制：主管機關對於某些特定行業刊登之廣告，依法原可對廣告主進行事前審查之行政規制措施²⁶，惟此種措施將因牴觸司法院大法官釋字第 744 號

²⁵ 最高法院 89 年度台上字第 2134 號判決、台灣高等法院 87 年度上字第 290 號判決、台灣台北地方法院 88 年度重訴字第 1785 號判決。

²⁶ 例如目的事業主管機關可以依照有線廣播電視法第 49 條、電影法第 31 條、藥事法第 66 條第 1 項、化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項、農藥管理法第 29 條第 2 項等規定，要求業者登載或

（宣告化妝品廣告之事前限制規定違憲）解釋²⁷，主管機關將改以修法增列廣告違法要件後進行監看、查核及事後處分方式為之²⁸，並以此要求媒體業者或相關業者進行適度的查核；其次，在對廣告進行監看措施，如認為企業經營者之廣告內容誇大不實，足以引人錯誤，有影響消費者權益之虞時，得通知企業經營者提出資料，證明該廣告之真實性；而且為避免廣告誤導消費者，主管機關應適時發布消費警訊外，如有必要並應製作反廣告，以導正視聽。另外，對於與不實廣告有關之業者，也應依法予以行政處分。目前主管機關針對不實廣告所為之規制方式，主要有下列兩種。

(1) 個案處理方式：針對廣告個案疑義以函釋、或違反法令以行政處分方式處理。

① 疑義函釋：例如行政院消保會針對廣告有否列入契約疑義函釋，消保法第 22 條係為保護消費者而課企業經營者以特別之義務，不因廣告內容是否列入契約而異，否則即無從確保廣告內容之真實（最高法院 93 年度台上字第 2103 號判決意旨參照）²⁹。至於廣告詞句疑義方面，要求公司在各種型式之廣告，除應注意廣告詞句之明確性，並應注意相關優惠活動限制條件表示方式（例如：折價優惠之行使要件及期限）之事前充分揭露，以避免日後觸法及影響交易秩序³⁰。

② 依公平交易法規定裁罰：例如公平會已針對「8100 元瘦到底」不實廣告³¹、

宣播廣告時，應於事前將所有文字、畫面或言詞，應向申請主管機關核准，並向傳播機構繳驗核准之證明文件，作為事前審查之行政規制措施。

²⁷ 司法院 106.01.06 大法官釋字第 744 號解釋文要旨：化粧品衛生管理條例第二十四條第二項及第三十條第一項就違反同條例第二十四條第二項為處罰之部分，係就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第二十三條之比例原則，與憲法第十一條保障人民言論自由之意旨有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

²⁸ 【中時電子報】2017/01/07。化粧品廣告事前審查制大法官：違憲。台灣 DHC 公司 2010 年在奇摩購物中心網站，刊登「DHC 全效淨白防曬乳」廣告，內容載有「能在肌膚表面形成保護膜，預防陽光害肌膚」等詞句，遭台北市衛生局以未經申請核准為由裁罰 3 萬元，該公司聲請釋憲，大法官會議昨作成釋字 744 解釋，認為此規定違反保障人民言論自由，即日起失效。民眾在網路或媒體上刊登化粧品廣告，依「化粧品衛生管理法」第 24 條及 30 條規定，須事先向各地衛生局申請核准，不過，去年 9 月，行政院會針對「化粧品衛生管理」已通過修法草案，廢除化粧品廣告事前審查制度，但增訂化粧品不得標示、宣傳或廣告醫療效能。

²⁹ 行政院消保會 100.01.11 消保法字第 1000000394 號函。

³⁰ 公平交易委員會 100.03.28 公參字第 1000004225 號函。

³¹ 公平交易委員會 84.09.30. (84) 公處字第 126 號處分書略以：由於 8100 元服務價格之十堂瘦身美容課程，顯然無法達到系爭廣告所刊「瘦到底」之效果，其廣告上之服務價格有虛偽不實及引人錯誤之情事，違反公平交易法第 21 條規定。。

「修身價 13800 元」不實廣告³²、「屈臣氏最便宜」不實廣告³³、「台灣最大入口網站」不實廣告³⁴、「健康療效」不實廣告³⁵等違反公平交易法規定之不實廣告加以處分。

- ③ 依行業管理法處罰：例如衛生主管機關已針對「胖達人麵包宣稱天然香精」不實廣告³⁶、「鼎王食材宣稱醫療效能」不實廣告³⁷、「引用本草綱目賣止咳金桔」不實廣告³⁸等違反食品安全衛生管理法規定之不實廣告加以處分。另外，對於近日在日本有零食廠商最近推出「記憶力口香糖」，如果在台販賣依法可罰 4 萬至 400 萬元³⁹。

(2) 通案配套措施：為避免企業經營者以廣告僅供參考作為規避責任之藉口，行政院（消費者保護處）特別在研訂定型化契約範本及公告事項上予以特別規定，詳細內容請上該處網址（www.cpc.ey.gov.tw）查看。

- ① 範本方面：採正面表列方式，將消保法第 22 條有關廣告效力之規定列為

³² 公平交易委員會 85.02.24. (85) 公處字第 024 號處分書略以：廣告中並未明言限西洋梨型身材適用，並不適用於中廣型等其他身材，係先以低價引誘消費者參加，嗣再另增名目加收消費者無法預期之費用，違反公平交易法第 24 條規定。

³³ 公平交易委員會認定「屈臣氏百佳公司」於廣告上宣稱「最低價保證」、「保證日用品最便宜」，其保證與事實不符，且未充分揭露「發現更便宜，退你二倍差價」之條件與限制重要資訊，就商品之價格與其條件及限制為虛偽及引人錯誤之表示。

³⁴ 網路家庭公司在其網站及記者會上，宣稱「PChome Online 會員人數第一、流量第一、台灣最大入口網站」、「本土最大網路媒體」、「台灣最大的電子報發送平台」，經公平交易委員會認定為虛偽不實及引人錯誤之表示。

³⁵ 公平交易委員會認定「銀貂氣血循環機」宣稱使用該機可以讓男人永保 25 歲時的最佳體能狀態、可以增強記憶力、增長身高、讓婦女永保 20 歲少女的青春美麗、讓老人遠離病痛等效果，並無醫學學理暨臨床實驗依據，就商品之效果內容為虛偽不實及引人錯誤之表示。

³⁶ 【中央社】2013/08/23。台北市衛生局今天表示，胖達人宣稱「不添加化學製造人工香精」涉及廣告不實，經查證屬實，重罰新台幣 18 萬元罰鍰。

³⁷ 【健康醫療網】2014/03/03。鼎王麻辣鍋日前因湯頭涉嫌廣告不實，依違反《食品安全衛生管理法》，開罰 20 萬元，今日台中市衛生局發現，其官網刊登食材聲稱具有醫療效能，再依違反《食管法》，開罰 80 萬元。

³⁸ 【自由時報】2014/04/09。台中市的林姓女子在網路販賣「黃金桔」產品，提及其有止咳化痰功效，被台中市衛生局處以四萬元罰鍰，林女不服提起上訴，台中高等行政法院審理時，她指稱引述明代名醫李時珍所著的「本草綱目」之說明，並非為誇大不實。但法官認為，黃金桔屬於食品，林女未依規定向主管機關辦理登記，就不能宣稱療效，判她敗訴。

³⁹ 【台灣好新聞報】2017/09/30。記憶力口香糖號稱「維持記憶力」食藥署：在台販賣可罰 4 萬～400 萬元。日本有零食廠商最近推出「記憶力口香糖」，號稱含有銀杏葉萃取物，可維持中高年人士的記憶力。衛福部食藥署表示，「記憶力口香糖」在台灣已涉及生理功能且功能誇大不實，若廠商或賣家在台灣販賣該項產品，依食品安全衛生管理法可開罰新台幣 4 萬元至 400 萬元。

契約條款，並明定其效力，符合民法第 153 條規定契約之成立及生效要件。

② 公告方面：採負面表列方式，將「廣告僅供參考」列為不得記載事項，使該條款直接發生消保法第 17 條規定無效之效果。

3. 司法規制：法院針對消保法第 22 條規定內容所為之判決，即為其司法規制，爰經就判決主要內容歸納說明如后。

(1) 與「廣告本質」有關之判決：廣告本質為何攸關廣告是否納入契約之內容，主要有「廣告為要約之引誘（當事人約定）」、「廣告為要約（當事人約定）」及「廣告為法律之規定」等三種不同見解之判決，已於立法規制予以詳細討論，不另贅述。

(2) 與「廣告詐欺」有關之判決：不實廣告須符合民法第 90 條規定始能成立民事詐欺。而民法第 92 條第 1 項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行為為限，然單純之緘默，除在法律上、契約上或交易習慣上，就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即非本條之詐欺，主要有下列二種不同判決見解。

① 否定判決：例如業者出售系爭房屋，並未施用絲毫詐術，銷售廣告內容全無「合法夾層屋」之內容，買賣契約業已明定有關二次施工違法之危險與可能，銷售工地現場所提供有關之宣傳、廣告文件、資料、樣品屋及其創意空間隔層之裝潢，買方完全認知了解，僅供買賣雙方於銷售時之參考，並非本買賣合約內容之一部分⁴⁰；縱然業者未依廣告內容即契約約定施作公共設施，仍難遽認業者有為詐欺行為致消費者陷於錯誤而為意思表示⁴¹。

② 肯定判決：例如業者預售系爭房屋時，在夾報廣告上故為虛偽不實之視野景觀、棟距廣告，顯然以詐欺手段使消費者陷於錯誤而購買系爭房屋，消費者依民法第 92 條第 1 項之規定撤銷其購買系爭房屋之意思表示，洵屬合法。撤銷受詐欺之意思表示，應於發見詐欺後，一年內或自意思表示後十年內為之，為民法第 93 條所明定。系爭房屋係屬預售屋買賣，簽約時並未動工興建，無以證明消費者已知業者施行之詐術，故其除斥期間自不得以簽約之時點起算，應自其實際發見時起算⁴²。

⁴⁰ 台灣高等法院 92 年度上易字第 219 號判決、台灣台北地方法院 90 年度訴 4720 號判決。

⁴¹ 台灣高等法院 88 年度重上字第 284 號判決、台灣台北地方法院 88 年度重訴字第 1785 號判決。

⁴² 最高法院 91 年度台上字第 2583 號判決、台灣高等法院 91 年度上更一字第 116 號判決、89 年度上字第 632 號判決、89 年度重上字第 264 號判決。

(3)與「法律不溯及既往」有關之判決：：為避免企業經營者以不實之廣告致侵害消費者權益，消保法認定契約責任及於廣告之內容，乃於第 22 條明文規定。此種規定如能溯及既往，對消費者當能提供更大之保障，主要有下列二種不同判決見解。

- ① 否定判決：認為消保法第 22 條規定不受「法律不溯及既往」原則之限制。易言之，保法第 22 條規定之內容，不因消保法之施行前後而異其認定⁴³。
- ② 肯定判決：認為消保法第 22 條規定應受「法律不溯及既往」原則之限制，並應以簽約之時點判斷是否適用消保法之規定。易言之，在契約訂立時，如消保法尚未公布施行，自無適用該法之餘地⁴⁴；惟可依據民法第 148 條誠實信用原則之規定，本諸相同之法理予以處理⁴⁵。

二、消保法第 23 條之媒體經營者廣告連帶責任

消保法為期廣告資訊透明化、公開化、真實化，有效保障消費者權益，除規定企業經營者（廣告主）的廣告責任外，並在第 23 條特別規定媒體經營者（公平交易法稱為廣告媒體業者⁴⁶）之廣告責任，課以媒體經營者審查廣告內容真實性之義務。

（一）媒體經營者連帶責任概說

原則上廣告資訊，必須是有助於消費者自主且提供合理選擇之資訊。消費者常因媒體之廣告而為消費行為，而媒體之經營者對廣告所致消費者損害，亦應使之負連帶責任，以使媒體在接受廣告刊登時，知所節制。至於有關媒體業者之廣告責任，亦可歸納為契約關係上之不實廣告責任及使用關係上之不當廣告責任兩

⁴³ 台灣台北地方法院 86 年度訴字第 1633 號判決。

⁴⁴ 最高法院 90 年度台上字第 1404 號判決、90 年度台上字第 555 號判決、89 年度台上字第 902 號判決、88 年度台上字第 283 號判決、台灣高等法院 90 年度上字第 932 號判決、88 年度上更字第 171 號判決、88 年度上更（一）字第 500 號判決、86 年度上字第 1500 號判決、86 年度上字第 1649 號判決、台灣台北地方法院 89 年度訴字第 4104 號判決。

⁴⁵ 最高法院 83 年台上字第 1837 號判決、台灣高等法院 91 年度上更一字第 116 號判決。

⁴⁶ 公平交易委員會 81.04.21（81）公釋字第 001 號函略以：公平交易法第 21 條第 4 項規定課以廣告媒體業負連帶民事責任，係以明知或可得而知情況下始有適用。其目的在使廣告媒體業能對不實或引人錯誤之廣告作相當程度之篩選，因此該條所謂之媒體業限於對廣告主或廣告代理業所提出之廣告有支配能力之可能足以篩選時始有適用。

種，本節論述仍以不實廣告責任為主軸。

民事責任，依民法規定，除法律有特別規定外，原則上以個別責任為原則，在例外情形下始負連帶責任，爰分析如后。

1. 連帶責任之意義及責任類型：依民法第 272 條第 2 項規定，連帶債務之成立，除當事人明示（約定連帶責任）外，以法律有明文規定（法定連帶責任）者為限，故連帶責任有約定及法定兩種。
2. 消保法上之連帶責任：民法上有關契約責任之規定，由於法律並未明文規定應負連帶責任，如有必要，必須由契約雙方當事人另以約定方式為之。至於消保法上之契約責任，則因法律已有明文規定刊登廣告之媒體業者應負連帶責任，屬於一種連帶債務規定，當然其連帶債務之成立，仍須以各企業經營者依消保法規定所應負損害賠償責任為要件；惟消保法並未規定其效力，此時仍應適用民法相關規定。
 - (1) 法定連帶責任：刊登廣告之媒體業者須對受害之消費者負連帶責任。所謂連帶責任，係指多數債務人對債權人應連帶負損害賠償責任，因此，債權人可以對全體債務人求償，亦可僅向其中一位債務人求償，旨在保障求償之落實。連帶責任有法定與約定兩種，此為法律規定，故屬法定連帶責任。
 - (2) 連帶責任之責任主體：為刊登廣告之媒體業者。消保法連帶責任之責任主體為刊登廣告之媒體業者，與廣告代理業依公平交易法第 21 條第 4 項前段規定要負連帶責任之目的並無太大不同。
 - (3) 連帶責任之求償權：被請求之業者對真正應負責之業者有求償權。負連帶責任之企業經營者在賠償消費者後，仍可向應負最後責任之企業經營者求償。

（二）消保法有關媒體經營者廣告連帶責任之規制

1. 立法規制：為防杜不實廣告之泛濫，刊登不實廣告之媒體業者亦應負廣告責任，消保法第 23 條乃明定：「刊登或報導廣告之媒體經營者明知或可得而知廣告內容與事實不符者，就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。（第 1 項）前項損害賠償責任，不得預先限制或拋棄。（第 2 項）」係為避免媒體助紂為虐，廣告因媒體而產生更大影響力。媒體對於廣告有其社會責任，其主要用途在於傳遞正確之資訊，而非為企業不實宣傳之幫凶。尚可分別說明如后。

(1) 媒體之廣告審核責任：媒體應負審核廣告之社會責任。媒體具有社會公器性質，其刊登或報導廣告之行為有類於廣告之經銷商性質，依照消保法第 23 條規定，媒體經營者應儘可能審查廣告內容之真實性，並且負有拒絕刊登或播放不實廣告之義務。媒體經營者既然收受廣告費用而播放、刊登廣告，就應對該廣告之內容負責，不得以播放之廣告太多，無法一一審查為理由，主張免其責任。例如藥品廣告，由於對人體健康影響甚大，在播放之前，媒體經營者必須要求企業經營者提供衛生主管機關核准播放廣告之證明文件後，才可播放，否則難脫責任。

(2) 媒體之廣告連帶責任：媒體經營者應與企業經營者負連帶責任。除公平交易法第 21 條第 4 項規定，廣告媒體業在明知或可得而知其所傳播或轉載之廣告有引人錯誤之虞，仍予傳播或轉載，應與廣告主負連帶賠償責任外，消保法第 23 條亦明定，媒體應就消費者因信賴所刊登不實廣告所受之損害與企業經營者負下列連帶損害賠償責任。此之所謂信賴，係指因果（因信賴致受害）關係，而非指信賴利益；且此種連帶之損害賠償責任，並不得預先約定限制或拋棄。

① 明知不實廣告：媒體經營者有下列情形之一者，即屬明知不實廣告。

A. 確定不實廣告：例如業經主管機關認定是不實廣告，媒體經營者仍予刊登者，屬之。

B. 視為不實廣告：例如依法應先得到主管機關核准始可刊登之廣告，在未得到主管機關核准之前即予播出，即可視為明知不實之廣告。

② 可得而知不實廣告：沒有確切證據證明，而依照常理即可判斷其為不太可能之情形，例如誇稱可以「點石成金」、「保證中獎」、「保證飆股」等超乎常情之廣告用語，媒體經營者應予查證有否廣告不實，否則即屬可得而知不實廣告之範圍。

(3) 不得預先減免責任：本條第 2 項規定之損害賠償責任，在解釋上不僅及於媒體經營者與消費者間，亦兼及於媒體經營者與刊登廣告之企業經營者（廣告主）間。其中所謂媒體經營者，係指以傳播廣告為營業者，而刊登廣告之企業經營者，即所謂廣告主而言；並不包括參與廣告者、廣告設計者及廣告中之推介商品或服務者。

2. 行政規制：主管機關對於某些特定行業刊登之廣告，依法原可對媒體業者進行

事前審查之行政規制，但在 106 年 1 月 6 日大法官會議釋字第 744 號解釋後，主管機關將改以修法增列廣告違法要件後進行監看及事後處分措施等⁴⁷，主管機關針對媒體廣告連帶責任所為之行政規制，主要採行下列方式為之。

- (1) 個案處理方式：針對廣告個案疑義以函釋方式處理。例如對於網際網路服務提供者及廣告網站經營者、報社等，係利用電腦或其他方法等方式，作為提供刊登廣告之媒介，使多數人得以知悉該廣告之內容，且係以之為經常業務者，業經行政院（消保處）函釋，似均應認係本法第 23 條規定之媒體經營者⁴⁸。
 - (2) 通案配套措施：為落實保障消費者權益，主管機關已就其所發布之相關定型化契約範本或公告之相關定型化契約應記載及不得記載事項中，均明定業者不得約定廣告僅供參考或不構成契約之內容，以避免業者脫免不實廣告之責任。
3. 司法規制：經查目前法院就消保法第 23 條規定判決如后。
- (1) 本條適用對象以媒體經營者為限：查被上訴人並非媒體經營者，核無消保法第 23 條所定應與企業經營者負連帶責任之可言⁴⁹。
 - (2) 投資人須知非廣告：被上訴人（證券投資顧問公司）製作「投資人須知」並交付投資人，係依相關行政法規所為，顯非廣告⁵⁰。

參、信用、薦證等特別廣告責任法律規定解析

業者或媒體之廣告責任，除前述之一般廣告責任外，法律尚就下述信用廣告、薦證廣告另有特別規定者，即須負其特別廣告責任。

一、消保法第 22 條之 1 之信用廣告責任

民眾對消費借貸需求日增，業者為吸引消費大眾，廣告時有誇大不實，或怠忽告知消費者借款總成本與融資要件，致增加消費者沉重負擔以及衍生消費爭

⁴⁷ 同註 28。

⁴⁸ 行政院消保會 86.05.29 消保法字第 00648 號書函、93.03.25 消保法字第 0930000464 號函、95.01.03 消保法字第 0950000065 號函、96.10.03 消保法字第 0960009076 號函。

⁴⁹ 最高法院 90 年度台上字第 2027 號判決。

⁵⁰ 台灣高等法院 91 年度上易字第 635 號判決。

議，為保障消費大眾權益，消保法第 22 條之 1 特別針對信用廣告加以必要規範。

（一）信用廣告責任概說

鑒於坊間之融資廣告，有關融資條件與利率表現方式，常存有若干陷阱，易導致消費者有誤認誤信之虞，例如目前市面上存在之各類消費信用廣告，經常利用「零利率」或「利率優惠」等專案作為廣告訴求，實則往往同時搭配收取例如手續費、開辦費、徵信費或其他各種名目之費用，極易誤導消費者誤信貸款無負擔，甚而掉入信用破產之結果。對此類似誇大不實之廣告，業者允宜負一定之法律責任，可謂為「信用廣告責任」，俾有效保障消費者權益。對於有關信用廣告責任，目前在法制上已採行下列措施。

1. 金融消保法已明定金融服務業之廣告責任及其行銷原則：金融服務業刊登、播放廣告及進行業務招攬或營業促銷活動時，不得有虛偽、詐欺、隱匿或其他足致他人誤信之情事，至於廣告、業務招攬及營業促銷活動之方式、內容及其他應遵行事項之辦法，因廣告、業務招攬及營業促銷活動重視創意及時效，則授權由金管會定之。另外，金融服務業應確保其廣告內容之真實，其對金融消費者所負擔之義務不得低於前述廣告之內容及進行業務招攬或營業促銷活動時對金融消費者所提示之資料或說明⁵¹。
2. 消保法已明定信用廣告責任規範：消保法除就企業經營者之一般廣告責任規定外，並就信用廣告責任予以特別規範，即為避免企業經營者為招徠消費者，透過信用廣告方式，將利率解體為各種應收費用，導致消費者無法明辨其擴張信用所需付出實際成本之情形，消保法特別規定信用廣告應有總費用年百分率之揭露，讓消費者有比較之基礎，進而為正確之選擇，其權益即能獲得有效保障。

（二）消保法有關信用廣告責任之規制

1. 立法規制：為確保消費者信用權益，消保法第 22 條之 1：「企業經營者對消費者從事與信用有關之交易時，應於廣告上明示應付所有總費用之年百分率。前項所稱總費用之範圍及年百分率計算方式，由各目的事業主管機關定之。」主要目的在規範銀行業等對各項放款、信用卡及現金卡等之廣告表示方式，易言之，

⁵¹ 金融消保法第 8 條。

即以借款本金為基礎，將利息以外之費用計算出約當利率，再加上借款利率成為「總費用年百分率」，讓所有銀行在同一標準之下，可以直接比價與了解實際負擔之利率及費用。對於本條規定內容，爰參考學者意見⁵²再補充說明如后。

- (1) 企業經營者之適用範圍：本條適用之企業經營者，包括金融控股公司、銀行機構、信用合作社、信託投資公司、信用卡公司、保險公司、郵政機構、農業金融機構，以及租賃業者在內。
- (2) 交易之適用範圍：本條適用於從事與信用有關之交易，包括消費者向上述業者購屋貸款、房屋修繕、耐久性消費財（包括汽車）、支付學費及其他個人之貸款交易，與信用卡、現金卡之循環信用交易，以及消費者向租賃業者融資租賃在內。
- (3) 總費用年百分率之涵蓋範圍：本條所謂「總費用年百分率」，茲以貸款為例，就是貸款利率加上辦理貸款時之所有費用，計算出來之實際利率。尚可分述如下：
 - ① 包括之範圍：年百分率應計入項目之一般性判斷原則，通常以該費用是否屬於業者強制要求且消費者無選擇自由之支出為依據，例如開辦費、風險管理費、動支手續費等，以上費用概列為應付總費用範圍。如銀行將部分管銷費用之成本，以費用名目（例如開辦費、帳戶管理費）向消費者收取，因該項目本質上仍屬利息之範圍，故仍應列入年百分率之費用計算項目。
 - ② 不包括之範圍：年百分率揭露規範就不應列入年百分率計算之費用範圍，係以負面表列之方式呈現，不包括下列費用：
 - A. 消費者未依約履行其契約責任所生應負擔之費用：如逾期還款違約金等。
 - B. 非屬銀行業或保險業要求且消費者有選擇自由之費用：如代書費等。
 - C. 與清償貸款有關且以消費者為直接受益人之費用：如擔保物之火險費、地震險費、擔保物設定費等。
 - D. 非屬消費者為取得或清償貸款而必要支出之費用：如非銀行強制要求之信用保險費、使用自動櫃員機還款之跨行匯款手續費、卡片遺失申請補發之手續費等。

⁵² 詹森林、馮震宇、林明珠著「消費者保護法問答資料」（2005），頁 106 至 113，行政院消保會。

(4) 計算方式之法令：依據本條公布之法令計有下列三種，均自民國 95 年 1 月 1 日起施行。

- ① 銀行業（包括信用合作社、信託投資公司及信用卡公司在內）暨保險業（包括郵政機構之簡易人壽保險業務在內）辦理消費者信用交易廣告應揭示總費用範圍及年百分率計算方式標準：由金管會訂頒，作為規範銀行業及保險業之依據。
- ② 租賃業辦理消費者融資租賃業務廣告應揭示總費用範圍及年百分率計算方式標準：由經濟部訂頒，作為規範租賃業之依據。
- ③ 農業金融機構辦理信用交易廣告應揭示之總費用範圍及年百分率計算標準：由行政院農業委員會訂頒，作為規範農業金融機構之依據。

(5) 本條規定之法效：由於消保法在本條並未進一步規定其違反之效果，筆者建議循下列管道擇一處理。

- ① 司法解決：消費者可以向法院起訴，要求依照金融消保法第 8 條（廣告等責任）、或是依照民法第 71 條（違反消保法第 22 條之 1 規定之強制法規，無效）、民法第 74 條（屬於暴利行為，撤銷該法律行為或減輕其給付）予以裁判解決。
- ② 行政處理：建議消費者優先利用金融消保法規定之申訴、評議等行政協助管道，或是利用消保法規定之申訴、調解等行政協助管道，尋求行政主管機關協助解決相關消費糾紛。

2. 行政規制：主要由下列二個行政機關為之。

(1) 金管會之行政規制措施：該會為保障金融消費者權益，已依金融消保法第 8 條第 2 項訂定「金融服務業從事廣告業務招攬及營業促銷活動辦法」，以規範金融服務業刊登廣告及進行營業促銷之內容與方法，本辦法共計 7 條⁵³，於 2011 年 12 月 30 日施行，作為主要之行政規制措施。

(2) 公平會之行政規制措施：該會可依公平交易法規定對違反公平交易法之信用廣告業者為裁罰之處分。例如永上信貸廣告不實，即遭該會處新台幣 5 萬元

⁵³ 依金融服務業從事廣告業務招攬及營業促銷活動辦法第 2 條，本辦法未規定者，仍按業務類別，適用各業務之法令規定及自律規範。本辦法第 3 條詳細列舉所謂之「廣告、業務招攬及營業促銷活動」之範圍，第 4 條及第 5 條則規範金融服務業從事廣告及促銷活動時，應遵守之原則與不得為之行為。

罰鍰⁵⁴。

3. 司法規制：經查目前法院尚無就消保法第 22 條之 1 有關信用廣告責任判決之案例。

二、公平交易法第 21 條之薦證廣告責任

一般廣告，絕大部分均無使用代言人，而僅以言詞等說明方式表現其具體之效用保證。因此，有使用代言人之廣告，衍生出該代言人應否另負廣告責任問題，相對於一般之廣告責任而言，可視為一種特別之廣告責任。

（一）薦證廣告責任概說

薦證廣告又稱為名人代言廣告、推薦廣告或證言廣告等，主要係以消費代言之方式增強廣告之說服力，突顯代言人形象、專業或經驗，俾有效取信消費者。故所謂之代言，究其實質，乃為對廣告商品或服務之「薦證」。公平會為避免薦證廣告影響消費者權益，特別訂頒「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」，以為處理依據。

有關廣告代言人，尚可分為一般廣告代言人及薦證廣告代言人兩種。

1. 一般廣告代言人（廣告代言者）之廣告責任：在使用代言人表現一般廣告內容之廣告，因該代言人僅為受僱於廣告代理業而依約擔任代言人拍攝廣告，對於所表現之廣告內容中，僅以言詞等說明方式表現其具體之效用保證，並未提供任何薦證性之言詞來影響或誤導消費者之判斷，該代言人廣告責任已為該一般廣告所吸收，故有關一般廣告代言人之廣告，其廣告責任應由廣告主、廣告代理業或媒體業來共同承擔。下列兩種情形業經公平會認定非屬薦證廣告代言人⁵⁵。
 - (1) 真實生活之對話廣告：例如以鄰居（素人）對話方式，取材自真實生活，且明顯為虛構之廣告內容，非屬本規範說明所稱之薦證廣告。
 - (2) 工作內容之陳述廣告：例如陌生女子（素人）係代表廣告主陳述該公司通信服務內容，而非表達她個人之意見，故該廣告非屬薦證廣告。

⁵⁴ 【中央社】2011/03/19。公平交易委員會表示，永上國際有限公司代辦信用貸款，於公司網站宣稱「超低利率 0%起免擔保」、最高貸款金額 600 萬元等，服務內容虛偽不實，違反公平交易法，處新台幣 5 萬元罰鍰。

⁵⁵ 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第二點之範例四及範例五。

2. 薦證廣告代言人（廣告薦證者）之廣告責任：在使用代言人表現薦證廣告內容之廣告，該代言人雖為受僱於廣告代理業而依約擔任代言人拍攝薦證廣告，惟對於所表現之廣告內容中，係以真人實證方式表現其抽象之效能保證，由於其在廣告中所提供任何薦證性之言詞，容易影響或誤導消費者之判斷⁵⁶，該代言人廣告責任已非一般廣告所能吸收，對於所薦證之內容應自負廣告責任，故有關薦證廣告代言人之廣告，其廣告責任應由廣告主、廣告代理業、媒體業、薦證廣告代言人來共同承擔。薦證廣告代言人明知或可得而知該廣告不實，而仍予代言廣告者，就信賴該廣告而受害之消費者，應負下列責任。
 - (1) 薦證廣告代言人應與廣告主負民事上之共同侵權責任：薦證廣告代言人所代言商品或服務之行為，如未對其廣告產品之性質與效能、成分做相當之瞭解與參與檢驗，係未盡善良管理人注意義務，對於造成消費者之損害是有其過失，需與廣告主依民法第 185 條規定負共同侵權行為之責任⁵⁷。
 - (2) 薦證廣告代言人應負薦證不實廣告之行政責任：薦證者以廣告薦證為主要業務活動，並經常從事薦證行為者，如薦證涉有虛偽不實或引人錯誤之廣告時，公平會將依公平交易法第 21 條第 4 項後段及第 5 項規定論處。

（二）公平交易法有關薦證廣告責任之規制

1. 立法規制：我國有關薦證廣告主要規定於公平交易法第 21 條第 4 項後段及第 5 項：「……廣告薦證者明知或可得而知其所從事之薦證有引人錯誤之虞，而仍為薦證者，與廣告主負連帶損害賠償責任。但廣告薦證者非屬知名公眾人物、專業人士或機構，僅於受廣告主報酬十倍之範圍內，與廣告主負連帶損害賠償責任。（第 4 項）前項所稱廣告薦證者，指廣告主以外，於廣告中反映其對商品或服務之意見、信賴、發現或親身體驗結果之人或機構。（第 5 項）」應負薦證廣告責任之責任主體，包括廣告主及薦證廣告代言人兩種，其中廣告主之不實薦

⁵⁶ 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第一點、劉蕙瑜著「論瘦身美容之不實廣告於公平交易法範疇下之管制」（2009），頁 103，成功大學碩士論文。

⁵⁷ 行政院消保會消保法專案研究小組第 50 次會議討論決議，惟因目前相關法規對此行為尚有規範不足之處，並建議於消保法第 22 條增列一項：「廣告代言人就消費者因信賴該廣告所受之損害與企業經營者負連帶責任。但廣告代言人就商品或服務之性質與效能、成分已盡相當注意者，不在此限。」以資因應。

證廣告責任，雖有其下列特別成立要件⁵⁸，惟因仍屬不實廣告之範圍，其效果已為前述不實廣告責任所涵括⁵⁹，故僅就薦證廣告代言人（廣告薦證者）之責任論述如后。

(1)廣告主薦證廣告責任之成立要件：廣告主對於薦證廣告行為，應依下列原則處理，否則即有違反公平交易法規定之虞。

- ①廣告內容須真實反映薦證代理人意見：廣告內容須忠實反映薦證者之真實意見、信賴、發現或其親身體驗結果，不得有任何欺罔或引用無科學依據或實證效果之表現或表示。
- ②廣告期間須薦證內容不變：以知名公眾人物或專業人士（機構）從事薦證者，薦證廣告商品或服務之內容或品質變更時，廣告主須有正當理由足以確信該薦證者於廣告刊播期間內，並未變更其於廣告中對所薦證商品或服務所表達之見解。
- ③專業薦證須符合專業要件：以專業人士（機構）從事薦證廣告，或於薦證廣告之內容中，明示或暗示薦證者係其所薦證商品或服務之專家時，該薦證者須確實具有該方面之專業知識或技術，且其薦證意見須與其他具有相同專業或技術之人所為之驗證結果一致。
- ④消費者薦證須符合親身體驗要件：以消費者之親身體驗結果作為薦證者，須符合以下要件。至於所謂親身體驗，係指在提出薦證當時之真實使用經驗而言。
 - A. 該消費者於薦證當時即須係其所薦證商品或服務之真實使用者；以非真實之使用者作為薦證時，在廣告中應明示該薦證者並非廣告商品或服務之真實使用者。
 - B. 除薦證內容有科學依據或實證效果外，廣告中應明示在廣告所設定之情況下，消費者所可能獲得之使用結果，或在某些條件下，消費者始可能達成該薦證廣告所揭示之效果。
- ⑤原則上須揭露利益關係：薦證者與廣告主間具有非一般大眾可合理預期之利益關係者，應於廣告中充分揭露。

⁵⁸ 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第三點。

⁵⁹ 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第七點「違反公平交易法規定之罰則與法律責任」之（一）廣告主、（三）廣告代理業、（四）廣告媒體業。

(2) 薦證廣告代言業者之適用範圍：依公平交易法第 21 條第 5 項規定，凡是廣告主以外，於廣告中以言詞或以其他方式表達其對該商品或服務之意見、信賴或親身體驗等結果者，即為薦證廣告代言人。

① 廣告薦證者之「身分」不限：薦證廣告代言人，須為其代言行為負責，尚可依其下列之不同身分予以分類，而應負不同之薦證廣告責任。

A. 名人薦證廣告：凡是以知名公眾人物（如政治人物、影歌星、體育明星等）、專業人士（如醫師、藥師、營養師、建築師等）、專業機構（如工研院、消基會等）擔任薦證代言人之廣告，屬之。易言之，此種廣告薦證者須具有一定之身分或專業等為要件。目前衛福部已針對醫事人員及藥事人員訂有代言產品之處理原則，以為處理依據。

B. 素人薦證廣告：凡是以上述名人以外之非名人（即素人）擔任薦證代言人之廣告，屬之。易言之，此種廣告薦證者無須具有一定之身分或專業等為要件。

C. 部落客薦證廣告：凡是以部落格提供薦證代言方式者，屬之。易言之，廣告薦證者不論名人或素人，須以部落格推薦方式為要件。目前在美食方面，衛福部食品藥物管理署已設有推薦美食部落客的紅線⁶⁰，作為處理依據。

② 須有「利益關係」存在：所謂利益關，係指廣告薦證者與廣告主間具有僱用、贈與、受有報酬或其他有償等關係存在，即使拿業者之免費贈品也包括在內。原則上廣告薦證者與廣告主間具有非一般大眾可合理預期之利益關係者，應於廣告中充分揭露。惟如係知名電影明星等，因為代言薦證而獲有報償及其與廣告主間存有利益關係，則無需揭露，因此種報酬與利益關係是一般大眾可合理預期的⁶¹。

(3) 不實薦證廣告代言業者責任之成立要件：薦證廣告代言人，依公平交易法第 21 條第 4 項後段規定，須就下列二種不實薦證廣告，負其法律責任。

① 屬於薦證廣告代言業者明知之不實廣告：薦證廣告代言業者明知廣告不實仍同意為薦證代言者，例如某生髮廣告是代言人李○○戴上假髮所製造出

⁶⁰ 【TVBS】2014/03/11。推薦美食 食藥署設「部落客紅線」。食藥署表示，講好不好吃還算合理範圍，但如果為食材背書，到時候出問題，部落客就要說明當初的依據是什麼。

⁶¹ 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第三點之範例六。

來之效果（明知其為不實），並業經主管機關認定為不實廣告，屬之。

- ② 屬於薦證廣告代言業者可得而知之不實廣告：薦證廣告代言業者在沒有確切證據證明前，而依照常理即可判斷其為不太可能，仍同意為薦證代言者，例如某種壯陽咖啡並未提出確切證據證明，而依照常理目前僅有類似威而鋼等藥品才有壯陽效果，該咖啡並未含有類似成分，因而即可判斷該壯陽咖啡極有可能屬於誇大不實廣告，屬之。

(4) 不實薦證廣告之認定標準：依「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」第四點規定，下列情形屬於虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵，涉及違反公平交易法第 21 條規定。

- ① 無廣告所宣稱之品質或效果。
- ② 廣告所宣稱之效果缺乏科學理論支持及實證，或與醫學學理或臨床試驗之結果不符。
- ③ 無法於廣告所宣稱之期間內達到預期效果。
- ④ 廣告內容有「公平交易委員會對於公平交易法第 21 條案件之處理原則」第 17 點所示情形之一。
- ⑤ 經目的事業主管機關認定為誇大不實。
- ⑥ 其他就自身商品或服務為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵。

(5) 不實薦證廣告代言業者應負責任之法據：目前主要有下列四種法律。

- ① 民法：薦證廣告亦屬一種「要約之引誘」，僅供參考，廣告主及薦證廣告代言業者依民法規定，均無須負廣告（民事）責任；但受害之消費者，仍可依其他理由請求損害賠償，惟須由法院為最後決定。
- ② 消保法：薦證廣告雖亦屬廣告之一種，惟消保法僅規定廣告主及媒體經營者之責任，却未針對薦證廣告代言業者責任加以規範，故無法追究其廣告（民事）責任。
- ③ 行政罰法：許多行政法上規定廣告應確保其真實之義務，如有違反，對於廣告主及薦證廣告代言業者之共同實施行為，可依 94 年公布之行政罰法第 14 條第 1 項規定：「故意共同實施違反行政法上義務之行為者，依其行為情節之輕重，分別處罰之。」處理。以不實廣告為例，如為明知或可得

而知其為不實廣告即屬故意，相關之廣告主、廣告代理業、媒體經營者⁶²及薦證廣告代言人均為共同正犯。惟此為行政罰（行政責任），並非民事責任之規定，受害之消費者尚不能因此而得到民事賠償。

④ 公平交易法：民國 99 年修正公平交易法於第 21 條第 4 項後段增列有關薦證廣告規定，作為民事責任處理依據⁶³。

A. 身分認定：薦證者倘為商品或服務之提供者或銷售者，即為本規範說明所稱之廣告主，適用有關廣告主之規範。

B. 事實認定：薦證者與廣告主故意共同實施違反本法之規定者，仍得視其從事薦證行為之具體情形，依廣告主所涉違反條文併同罰之。

C. 責任認定：薦證者明知或可得而知其所從事之薦證有引人錯誤之虞，而仍為薦證者，依公平交易法第 21 條第 4 項後段規定，與廣告主負連帶損害賠償責任。但薦證者非屬知名公眾人物、專業人士或機構，依同法第 21 條第 4 項但書規定，僅於受廣告主報酬十倍之範圍內，與廣告主負連帶損害賠償責任。

D. 刑事認定：薦證者因有前述 B、C 情形，而涉及其他法律之規範者，並可能與廣告主同負其他刑事責任。

(6) 不實薦證廣告代言業者之法律責任：目前對於不實廣告之薦證代言人，各主管機關除援引行政罰法第 14 條之規定處罰外，其民事責任則依民國 99 年修正後之公平交易法第 21 條第 4 項後段作為處理依據：

① 名人薦證廣告責任：例如名人代言如果不實或引人錯誤，受害消費者要求 100 萬元損害賠償時，消費者可將薦證廣告代言業者與廣告主同列為被告，要求兩個業者互負連帶損害賠償責任。

② 素人薦證廣告責任：例如非名人代言如果不實或引人錯誤，該素人僅獲得 1 萬元報酬，而受害消費者要求 100 萬元損害賠償時，消費者亦可將該素人與廣告主同列為被告，要求兩個業者互負連帶損害賠償責任，但素人最多僅負 10 萬元（以報酬 10 倍以內為限）之連帶損害賠償責任。

③ 部落客薦證廣告責任：如果部落客「是受廠商委託」在社群網站推文方式

⁶² 李惠宗著「行政罰法之理論與案例」（2005），頁 48，元照出版公司。本條（食品衛生管理法第 19 條第 3 項）對於本質上屬於幫助性質的傳播業者，亦以獨立正犯處罰之。

⁶³ 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第七點之（二）薦證者。

為推薦或分享體驗成果，也是屬於薦證廣告之一種，並不因是素人或者專業部落客而有差別⁶⁴。部落客對廠商提供、贊助之產品進行「薦證式廣告」，有不實廣告之嫌，確有納入規範之必要，原則上準用前述素人薦證廣告責任辦理。惟此種部落客條款，其實是限縮了部落客之責任，不論是否為名人之部落客，其最高責任僅為報酬十倍之範圍內，若其未拿取任何報酬，則根本無須負任何損害賠償之責。

2. 行政規制：有關薦證廣告問題，公平會曾為下列處理，惟自公平交易法修正增列薦證廣告規定後，該會已據以訂頒「公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明」，作為嗣後行政規制之處理依據。另外，目的事業主管機關亦可依其行業管理法（如健康食品管理法、藥事法等）規定，對於不實薦證廣告予以處分。

(1) 依行政罰法規定裁罰：例如對於藝人溫翠蘋為「全竹炭塑身衣」商品作薦證廣告，經公平會認定不實，而引用行政罰法予以裁罰在案⁶⁵。

(2) 依公平交易法規定裁罰：例如對於小碧為「5133 窈窕帶」瘦身商品作薦證廣告⁶⁶、小亮哥為「肚臍滴藥水長高」商品作薦證廣告⁶⁷、「A 罩杯升級到 D 罩杯」不實薦證廣告⁶⁸，均經公平會認定不實，而引用公平交易法予以裁罰在案。

(3) 依行業管理法處罰：例如陸小芬代言「宮研漢方美身法」違法稱療效⁶⁹、藝人張芯瑜代言「船井 burner 超纖錠」食品⁷⁰、方季韋代言「酵素」食品⁷¹、

⁶⁴ 公平交易委員會對於薦證廣告之規範說明第六點。

⁶⁵ 公平交易委員會公處字第 097078 號處分書。公平交易委員會今天經委員會決議，重罰三家竹炭塑身衣廣告不實業者，對大中健康、銘智生物科技、及長鶴健康各處新台幣 400 萬元罰鍰，此外，並引用行政罰法，處代言藝人溫翠蘋 8 萬元罰鍰，這是首宗藝人代言而遭罰的案例。

⁶⁶ 公平交易委員會公處字第 096130 號處分書。

⁶⁷ 此產品請小亮哥當廣告代言人，晚上在肚臍滴三滴藥水，早上起床會成長 0.3 公分，只要使用二星期，連小亮哥都可以長高 2.5 公分，根本毫無科學依據，認定廣告不實。

⁶⁸ 公平交易委員會 88.05.13. (88) 公處字第 051 號處分書。該廣告無法證實案內四名見證人確係參加豐胸課程而產生乳房由 A 到 D 罩杯之實質成長，且其中見證人楊君原係穿戴 B 罩杯、李君原已穿戴 C 罩杯，並非均以 A 罩杯之尺寸參加豐胸課程，故廣告所提出真人實證部分，為虛偽不實及引人錯誤之表示，違反公平法第 21 條規定。

⁶⁹ 【NOWnews】2012/02/15。衛生署食品藥物管理局今 (15) 天公布最新「醫療、藥物、化粧品及食品違規廣告」查察結果，廣告內容誇大不實或違法宣稱療效的前 5 名當中，由金馬影后陸小芬所代言的「宮妍漢方美食法」也因為違法宣稱「減肥」療效在列，一旦遭認定有共同責任，陸小芬最高可能被處罰代言費的 10 倍。

⁷⁰ 【臺灣時報】2014/02/07。衛福部食藥署昨天公布去年度監控違規廣告結果，年度「違規廣告王」

僅雯代言 Sburner 標靶微脂燃料錠食品⁷²等，因誇稱瘦身減重療效事件，均遭主管機關依行業管理法規定予以處罰。

3. 司法規制：經查目前法院除就下列不實廣告薦證者依健康食品管理法判決外，尚無就公平交易法第 21 條有關薦證廣告代言人責任判決之案例。
 - (1) 瘦身產品代言案：藝人余天為帝后公司生產之減肥瘦身產品代言，標榜「吃越多瘦越多」，消費者購買後卻無效果。板橋地方法院依詐欺取財及違反健康食品管理法，判負責人侯念祖等 19 人，2 年至 4 個月徒刑並給予緩刑⁷³。另外，前女 F4 團長 Fanny、Stacy 及曹西平等 27 位藝人，拍攝「謝老師塑身湯」，則遭緩起訴，須分別捐款 1 萬至 3 萬元做公益。
 - (2) 健康食品代言案：徐乃麟為 momo 電視購物台代言偽健康食品「黑蒜膠囊」具降低膽固醇、血脂肪等調解血脂功能，獲緩起訴處分，但須支付 20 萬元公益金⁷⁴。另外，藝人寇乃馨於電視購物台薦證代言「高濃度液態葉黃素」食品廣告，指食用後可「保護眼睛」，遭罰 4 萬元。
 - (3) 生髮產品代言案：史雲遜生髮中心曾經發生侯麗芳戴假髮代言「生髮」⁷⁵、李子雄代言「戴假髮混充生髮」⁷⁶等事件，不過，檢方在勘驗廣告畫面後，

以藝人張芯瑜代言的「船井 burner 超纖錠」食品卻宣稱瘦身減重居首，被查獲十四件，食藥署除對廠商開罰一百零一萬外，張芯瑜本人也被罰八萬元。

⁷¹ 【NOWnews】2010/05/04。藝人方季韋於電視購物台代言「酵素」食品廣告，該則廣告傳達藝人方季韋係因食用案內商品，即達到「瘦身減重」之效果，已違反食品衛生管理法第 19 條第 1 項規定，衛生局依法處藝名方季韋之葉姓女藝人新台幣 4 萬元罰鍰。

⁷² 【自由時報】2012/02/02。僅雯在購物台代言的 Sburner 標靶微脂燃料錠主打不要當「大腹翁」、「小腹婆」，還有瘦身前後對照圖，明顯誇大不實，台北市衛生局查獲後開罰業者，代言人則移至新北市處分，經約談了解後，開罰四萬元。

⁷³ 【自由時報】2011/10/01。余天代言減肥產品 19 人判刑。由帝后公司生產的減肥瘦身產品，標榜「吃越多瘦越多」，請來藝人余天全家、楊小萍代言，消費者趨之若鶩購買後卻無效果，甚至還有副作用，共有 190 多位受害者出面指控。板橋地院昨依詐欺取財及違反健康食品管理法，判負責人侯念祖等 19 人，2 年至 4 個月不等徒刑並給予緩刑。

⁷⁴ 【中時電子報】2011/06/04。徐乃麟售偽健康食品罰捐款馬妞被訴。知名藝人徐乃麟代言「液的黑蒜膠囊」，且在節目中聲稱「親戚都有用，效果很好」，獲緩起訴處分一年，但須支付二十萬元緩起訴處分金；MOMO 台購物專家兼主持人「馬妞」則被起訴。

⁷⁵ 【中時電子報】2012/05/02。侯麗芳戴假髮代言生髮難脫欺騙嫌疑。史雲遜生髮中心被控詐欺。2005 年代言該產品的資深藝人侯麗芳 1 日說：「我體驗了 1 年，掉髮減少了，確實有改善，所以答應代言。」可是拍廣告時，她居然戴假髮，她強調，年輕時上節目就戴假髮，當時史雲遜要她真髮示人，她不願醜醜露面。不過戴假髮豈不有欺騙之嫌？

⁷⁶ 【蘋果日報】2012/05/01。戴假髮代言史雲遜藝人無事。由港星李子雄、本土藝人陳昭榮等，代言的史雲遜護髮中心生髮廣告，二〇〇八年間被《蘋果日報》、《壹週刊》踢爆，李子雄戴假髮

認為只是介紹性質，不是真正以見證者身分宣傳產品，因此並未追究刑責。

- (4)長高產品代言案：「小亮哥」等藝人代言「世紀高」系列增高產品，因小亮哥沒實際長高，台中地檢署認定代言不實，將其緩起訴。
- (5)代言涉保健功效案：藝人寇乃馨在電視購物頻道上，代言健康減肥食品，號稱在睡覺時也可以變窈窕，因為廣告用詞涉及保健功效，被檢方起訴，惟因衛福部沒有對於保健功效之定義範圍，無法判定為犯罪行為，因此判決寇乃馨以及廠商等人無罪確定⁷⁷。

肆、檢討與建議（代結語）

鑒於廣告雖與言論自由有關，但卻影響消費者權益甚鉅⁷⁸，根本解決之道，在於立法規制是否周延可行。由於目前我國對於廣告尚未統一立法，消保法雖有廣告之基本原則規定，惟因僅限消費關係始能適用，且未將薦證廣告代言人之廣告責任納入，故尚難作為普遍妥適處理之法據。因此，為期周延及有效管理廣告資訊，確有統一立法之必要，至少應將現有爭議較大之下列內容明確納入規定，希望以強化立法規制方式，來帶動行政規制及司法規制功能之發揮，俾有效杜絕不實廣告之泛濫。另外，在行政規制方面，對於可能影響消費者權益甚鉅的廣告，主管機關除應將廣告效力納入契約範本（正面表列）或不得記載事項（負面表列）外，並應適時發布消費警訊，必要時並應制作反廣告，以為因應。

一、廣告內容至少應強化規定為法定義務或逕規定為要約

廣告衍生糾紛甚多，筆者建議建議制定廣告專法予以根本解決（因廣告主要係以傳播方式為之，建議以國家通訊傳播委員會為其主要之中央主管機關，並由

混充生髮效果，見證民眾則是剃髮裝禿頭造假，台北地檢署昨據報導內容為證據，依詐欺取財罪嫌起訴公司負責人陳穎祺等五人，代言藝人則未在起訴之列。

⁷⁷ 【TVBS】2014/04/14。藝人寇乃馨在電視購物頻道上，代言健康減肥食品，號稱在睡覺時也可以變窈窕，因為廣告用詞涉及保健功效，被檢方起訴，一審時雖然獲判無罪，但是檢方不服再提起上訴，最後台中高分院判定，因為保健功效要由主管機關公告，但衛福部沒有對於保健功效的定義範圍，無法判定犯罪行為，因此寇乃馨以及廠商等人無罪，全案不得再上訴。

⁷⁸ 朱懷祖著「網際網路行銷法律責任與立法－以藥物食品為例證」，收錄於氏著「食品藥物與消費者保護【學說與判例研究】」（1999），頁42，五南圖書公司。

公平交易委員會及其他中央目的事業主管機關共同協助辦理)，尤其是在消費關係上廣告對消費行為及權益影響甚鉅，如廣告內容究屬「要約引誘」或「要約」問題，目前不少判決多將廣告內容視為「要約引誘」，造成消費者之權益保護遭到限縮。筆者並建議在制定廣告專法前，實務上至少應揚棄「廣告法律性質」之思考角度，改自「如何實現消保法第 22 條第 1 項後段之規範功能（擴張契約義務及於廣告內容，而將廣告視為法定義務），以調和兼顧企業經營者與消費者雙方利益」，或同意消基會建議修法逕將廣告規定為要約⁷⁹，以為解決。

二、與不實廣告有關之業者均應負連帶責任

凡是與不實廣告有關之業者，包括廣告主、廣告代理業、媒體業者及薦證廣告代言人等，均應負連帶損害賠償責任。尤其是消費者常因媒體之廣告而為消費行為，而媒體之經營者對廣告所致消費者損害，亦應使之負連帶責任，以使媒體在接受廣告刊登時，知所節制，以免消費者受害。

三、應加重不實廣告業者之損害賠償責任並應追討其不當利得

為有效杜絕不實廣告之發生及確保消費者之受害求償權，應明定加重不實廣告業者之損害賠償責任並追討其不當之利得，以為因應。目前在消保法⁸⁰、公平交易法、健康食品管理法等特別法外，民法也將修正增列懲罰性賠償金規定⁸¹，再加上食品安全衛生管理法第 56 條之損害賠償規定，受害求償之基本架構已然顯現，惟仍嫌不足，似應予以加重；至於對於不當利得之追討，目前雖然食品安全衛生管理法已針對黑心食品增訂第 49 條之 2 規定⁸² 而有所突破，惟為期周延，

⁷⁹ 【中央社】2014/03/28。消基會擬修法明定廣告為要約。消費者文教基金會質疑，消費者保護法明明規定企業要對廣告內容負責，但若有糾紛，法院是否將廣告認定為要約，每案不一；不排除推動修法，明定廣告為要約。

⁸⁰ 關於懲罰性賠償金加重問題，消費者保護法第 51 條業於民國 104 年修正加重：故意 5 倍以下、重大過失 3 倍以下、過失 1 倍以下，惟是否足夠，作者認為仍應俟施行一段期間後再作檢討。

⁸¹ 【自由時報】2013/11/12。民法增訂條文草案／故意侵權損害懲罰性賠償最高 3 倍。立法院司法及法制委員會昨審查民法修正草案，針對國民黨立委陳根德、蔣乃辛等人所提的增訂「懲罰性賠償」制度最終達成共識，對於故意不法侵害他人的行為，法院可斟酌被害人請求，裁定三倍以下之懲罰性賠償金。

⁸² 食品安全衛生管理法第 49 條之 2：「經中央主管機關公告類別及規模之食品業者，違反第十五條第一項、第四項或第十六條之規定；或有第四十四條至第四十八條之一之行為致危害人體健

似應參考此種案例，檢討於其他黑心產品之不實廣告（如夾層屋、海砂屋等）增訂類似之規定，才能真正保障消費安全及消費公平權益。

康者，其所得之財產或其他利益，應沒入或追繳之。（第 1 項）主管機關有相當理由認為受處分人為避免前項處分而移轉其財物或財產上利益於第三人者，得沒入或追繳該第三人受移轉之財物或財產上利益。如全部或一部不能沒入者，應追徵其價額或以其財產抵償之。（第 2 項）為保全前二項財物或財產上利益之沒入或追繳，其價額之追徵或財產之抵償，主管機關得依法扣留或向行政法院聲請假扣押或假處分，並免提供擔保。（第 3 項）主管機關依本條沒入或追繳違法所得財物、財產上利益、追徵價額或抵償財產之推估計價辦法，由行政院定之。（第 4 項）」

參考文獻

- 王澤鑑（1988），《民法實例研習叢書（第三冊）—債編總論第一卷》，三民書局。
- 史尚寬（1983），《債法總論》，三民書局。
- 朱柏松（1998），「消費者保護法之成立、構成及若干問題之提起」，《消費者保護法論》，翰蘆圖書出版公司。
- 朱懷祖（1999），「網際網路行銷法律責任與立法--以藥物食品為例證」，《食品藥物與消費者保護【學說與判例研究】》，五南圖書公司。
- 李伸一（1995），「消費者保護法論」，凱倫出版社。
- 李永然（1994），「消保法是不動產買賣的剋星？」，《消保法教戰守策》，永然出版社。
- 李惠宗（2005），《行政罰法之理論與案例》，元照出版公司。
- 林誠二（1997），「消費資訊之規範」，《消費者保護研究【第三輯】》，行政院消保會。
- 林益山（1999），「消費者保護法」，五南出版社。
- 林繼恆（2012），《金融消費者保護法之理論與實務》，台灣法學出版公司。
- 姜志俊·姜炳俊·馮震宇·謝穎青（2005），「消費者保護法解讀」，元照出版公司。
- 范建得（1994），「不實廣告的緊箍咒—消保法的不實廣告管制」，《消費者保護法—基礎理論》，漢興書局。
- 曾品傑（2007），「論不動產不誠實廣告之契約效力」，《財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論（1）》，元照出版公司。
- 許志雄（1998），「廣告與表現自由」，《月旦法學雜誌第 33 期》。
- 陳櫻琴（2004），「公平交易法介入民生消費之案例評析」，《消費者保護法制論文集》，行政院消保會。
- 馮震宇（2007），「消費資訊之規範」，《消費者保護法解析》，財團法人消費者文教基金會。
- 黃明陽（2011），「金融消費者保護法 Vs. 消費者保護法」，《消費者保護研究【第十七輯】》，行政院消保會。

詹森林、馮震宇、林明珠（2005），《認識消費者保護法》，行政院消保會。

詹森林、馮震宇、林明珠（2005），《消費者保護法問答資料》，行政院消保會。

劉春堂（2001），《民法債篇通則（一）契約法總論》，三民書局。

劉蕙瑜（2009），《論瘦身美容之不實廣告於公平交易法範疇下之管制》，成功大學碩士論文。

廖義男（1998），「監督定型化契約與規範消費資訊之法規競合與適用之研究」，行政院消保會。

《消費者保護法專案研究實錄》（1995年11月至1997年2月），行政院消保會。

《消費者保護法判決函釋彙編【一】至【十六】輯》（1998至2016），共十六冊，行政院消保會（現改為行政院消保處）。

《消費者保護研究》
第 22 輯，頁 39-70

從歐盟旅遊指令之修正 看我國旅遊消費者保護之未來

謝偉雯*

摘要

隨著網路經濟市場的活絡與便利，「旅遊服務」的提供，已非專屬於旅行社，而是進入了多元化的戰國時代。對於消費者透過航空公司網站訂機票後，又在其網站上接連進行租車、訂房，或透過訂房網站訂房後，又於其網站上接連租車、訂機票的案例比比皆是，此時，它的性質為何？民法、消費者保護法、國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項規定可以適用嗎？同樣地，在歐盟地區旅遊市場也進行類似的轉變，為此，歐盟執委會遂進行相關指令之研修，於 2015 年 11 月 25 日發布 2015/2302/EU 指令，以取代原先之 90/314/EEC 指令，成為新的旅遊消費者保護的重要依據，並將於 2018 年 7 月 1 日實施。在新指令中，除了加強消費資訊的充分揭露與業者破產時之消費者保護機制外，對於業者的定義，不再僅侷限於營業人與經銷商，還包括提供透過網路連結安排行程的業者，因此，對於前開透過航空公司網站，再為訂房、租車的旅遊產品，未來也將能獲得保障。是以，在我國，「維持旅行業具有旅遊產品專一獨賣性」的觀念，建議應逐漸鬆綁，

* 作者現任行政院消費者保護處秘書；感謝匿名審查委員惠賜寶貴意見。

並應正視現行法令是否足夠保障網路交易新型態旅遊的旅客（消費者）權益的議題。希能透過歐盟旅遊新指令修法之簡介，從中獲取經驗，有助於將來主管機關在面對檢討旅遊交易法令時之參考。

關鍵詞：旅遊、歐盟旅遊指令、消費者保護、應記載及不得記載事項

壹、前言

從交通部觀光局旅遊人數¹與交通部民用航空局近六年各機場旅客人數趨勢統計²調查，均顯示「旅遊」對於國人而言，已然融入於生活中，不論是小小的平溪一日遊、三天五日之環島、五天七日之日本賞楓，甚至是極光之旅、郵輪之旅，已佔據國人消費支出之重要地位。

然而，隨著網路的發展與便利，「旅遊服務」的提供，似乎已非專屬於旅行社。透過網路的便利性，消費者更易知悉旅遊地區的食宿、交通、文化、景點，再加上多家低成本航空陸續來台設點，旅遊市場已進入了多元化的戰國時代，只要連上網路，不論是在電腦、手機、甚至超商提供的購票機器等方式，均可以創造出一個含有交通、住宿與行程的旅遊產品。此時，它的性質為何？發生糾紛時，應如何處理？民法、消費者保護法（簡稱消保法）、國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項規定可以適用嗎？交通部觀光局或民用航空局可以逕依其主管之發展觀光條例或民用航空法暨其相關法令為對其所管行業－旅行業、旅館、航空公司等監督管理嗎？乍看下，似乎是有適用與介入監督管理的空間，但在面對網路所串連起來的旅遊產品上，果真如此？

同樣地，在歐盟地區也面對同樣的情形，利用網路的便捷性，透過航空公司網站訂機票後，又在其網站上接連進行租車、訂房，或透過訂房網站訂房後，亦得於其網站上接連租車、訂機票的案例數，早已超越傳統向旅行業預定套裝行程的旅遊型態，先前於 1990 年制訂之套裝旅遊指令（Package Travel Directive, 90/314/EEC）已不敷應付這種新興的旅遊訂購模式。為此，歐盟執委會遂進行相關之指令研修，並經歐洲議會通過，於 2015 年 11 月 25 日發布 2015/2302/EU 指令，取代原先之 90/314/EEC 指令，成為新的旅遊消費者保護的重要依據，並將於 2018 年 7 月 1 日實施。在新指令中，除了加強消費資訊的充分揭露與業者破產時之消

¹ 參交通部觀光局觀光統計圖表，網址：<http://admin.taiwan.net.tw/public/public.aspx?no=315>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 19 日，

² 參交通部民用航空局近六年各機場旅客人數趨勢統計表，網址：<https://www.caa.gov.tw/big5/content/index.asp?sno=842>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 19 日。

費者保護機制外，對於業者的定義，不再僅侷限於營業人與經銷商，還包括提供透過網路連結安排行程的業者，因此，對於前開透過航空公司訂房、租車的旅遊產品，未來也將可以獲得適當的保障。

貳、我國法令機制之現況

「旅遊」一詞，在我國的法律上可謂為一富饒意義之名詞，雖然法律未給予定義，但從民法、發展觀光條例等法律之規定與適用上，尚非不難理解。在民法，有其專屬之「旅遊篇章」，並對於提供旅遊服務者稱為「旅遊營業人」，指以提供旅客旅遊服務為營業而收取旅遊費用之人。至於「旅遊服務」，則將之定義為安排旅程及提供交通、膳宿、導遊或其他有關之服務。（民法第 514 條之 1）

又如在發展觀光條例中，廣義而言，不論是旅行業、旅館業、觀光遊樂業、甚至是導遊人員、領隊人員都是提供旅遊服務之人，然與前開民法旅遊章節相對應下，旅行業之概念與民法之旅遊營業人之概念上，多著重於為旅客設計安排旅程、食宿、領隊人員、導遊人員等服務。只是條例中所稱之旅行業，尚須經中央主管機關核准，且可為旅客代購代售交通客票、代辦出國簽證手續等有關之服務。

從前開民法與發展觀光條例對於「旅遊營業人」與「旅行業」之定義，不難發現不論是以旅遊營業人的身分或旅行業之資格，與消費者訂立旅遊契約時，均應一體適用民法旅遊契約概念；除此之外，消保法也是旅遊契約雙方當事人所應遵守之法律，同時，由於交通部業依消保法第 17 條公告國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項，是以，在旅遊契約適用上，除應適用民法第 514 條之 1 至第 514 條之 12 規定外，亦應適用依消保法授權之國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項。於此，最大的差異性在於，由於發展觀光條例係對於旅行業之監督管理，如係以單純的旅遊營業人身分與消費者訂立旅遊契約，在契約法上，是被承認有效的，然而在行政管制上，基於旅行業屬於特許行業，有相當高密度之行政管理，因此，倘該旅遊營業人未符合旅行業資格者，恐涉有違反發展觀光條例之虞，而將面臨罰則。³

³ 劉春堂著，債篇各論（一），三民書局有限公司經售處，91 年 5 月初版第 1 刷，頁 4、邱聰智著，新訂債法各論（中），元照出版公司總經銷，2002 年 10 月初版第 1 刷，頁 134、林誠二著，

綜上得知，我國法令對於「旅遊」之管理，大致可分為三大法，其一為民法第 514-1 條至第 514-12 條規定；其二，為發展觀光條例及旅行業管理規則；其三，則為消費者保護法與其授權之「國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項」。不可諱言地，這三大法律對於團體旅遊旅客之保障，可謂相當的周延，不僅提供旅客得隨時終止契約、旅客轉讓、時間浪費請求權、品質瑕疵請求權，也提供旅客享有隨團領隊（服務人員）、旅行業責任保險、履約保證保險等權利。惟前開權利及相對所應負之旅遊費用之繳納、協力義務之履行等事項，其實都是建構在團體旅遊上。亦即，只有參加旅遊營業人（或旅行業）所推出，或依據旅客需求客製化的團體旅遊（含行程、交通、膳宿等），始有該等法令之適用餘地。

事實上，實務上常見旅行業適用之定型化契約，即係以交通部（觀光局）公告之「國內（外）旅遊定型化契約範本暨其應記載及不得記載事項」為依據，而從該等規範中，更可見其內容，不僅具有消保法色彩外，民法旅遊篇章規定，連發展觀光條例及旅行業管理規則中所要求者，均已納入其中，以下僅就國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項為介紹。

國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項早於 88 年 5 月經交通部公告實施，並於 105 年完成修正公告。十餘年間原規範因具有部分條文與民法規定尚有未符⁴及其範本內容較應記載及不得記載事項規範甚為周延⁵下，不論是旅行業

民法債篇各論（中），瑞典圖書股份有限公司，2002 年 3 月初版，頁 181；張翠怡，旅遊服務於消費者保護法之解釋與適用，國立成功大學法律學系碩士論文，2004 年 7 月，頁 36、黃韻蘋，旅遊契約之研究－兼論網路交易之法律問題，高雄大學法律學系碩士論文，2008 年 6 月，頁 25、李純安，兩岸旅遊規範之研究－以消費者保護為中心，國立臺北大學法律學系碩士論文，2015 年 7 月，頁 47。

⁴ 對於行程中之變更行程規定，88 年版國外旅遊定型化契約應記載事項第 13 點第 1 項規定「旅遊中因不可抗力或不可歸責於旅行業之事由，致無法依預定之旅程、交通、食宿或遊覽項目等履行時，為維護旅遊團體之安全及利益，旅行業得依實際需要，於徵得旅客過三分之二同意後，變更旅程、遊覽項目或更換食宿、旅程，如因此超過原定費用時，應由旅客負擔。但因變更致節省支出經費，應將節省部份退還旅客」，而民法第 514 條之 5 第 1 項及第 2 項則規定「旅遊營業人非有不得已之事由，不得變更旅遊內容。旅遊營業人依前項規定變更旅遊內容時，其因此所減少之費用，應退還於旅客；所增加之費用，不得向旅客收取」，二者差異在於，前者須「徵得旅客過三分之二同意後」，始得變更行程。

⁵ 國外旅遊定型化契約範本於 93 年間曾修正，並增訂第 28 條之 1 出發前有客觀風險事由解除契約規定，條文為：出發前，本旅遊團所前往旅遊地區之一，有事實足認危害旅客生命、身體、健康、財產安全之虞者，準用前條之規定，得解除契約。但解除之一方，應按旅遊費用百分之_____補償他方（不得超過百分之五）；其次，範本第 31 條有關行程中因不可抗力變更行程規定，亦與民法第 514 條之 5 條規定相同。

或其主管機關交通部觀光局，在認事用法上，多以國外旅遊定型化契約範本為依據，例如在日本福島核災、歐洲恐怖攻擊、熊本地震等天災、事變發生致原訂旅程有所變更或中止時，所適用之法律多以國外旅遊定型化契約第 28 條、第 28 條之 1⁶ 規定，以為出發前解約之安排。

惟於 105 年 9 月 13 日修正公告後，前開法令不一致之處，已獲修正。至此，國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項將作為主管機關與旅行業者對於團體旅遊之適用法中，除民法旅遊章節外之重要契約法據。

國外旅遊定型化契約應記載事項共計 33 條，不得記載事項則計有 10 條，其所相對應之前開三大法律，首先，以應記載事項為例。

在消保法上，本應記載及不得記載事項係依據消保法第 17 條規定，為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，交通部（觀光局）擇選旅行業，並擬訂規範，報請行政院核定後公告者。

其次，從應記載事項第 2 點要求審閱期間不得少於 1 日；第 3 點旅行業應確保廣告內容之真實，對旅客所負之義務不得低於廣告之內容；及第 12 點至第 15 點出發前之契約解除規定等，均是對應消保法第 11 條之 1、第 22 條及第 19 條（含「通訊交易解除權合理例外情事適用準則」⁷）。

在民法旅遊篇章第 514-2 條至第 514-11 條⁸ 規定，可謂很盡責地將之分別彰顯於應記載事項第 1 點當事人、第 5 點旅遊行程、第 8 點旅客怠於給付旅遊費用之效力、第 9 點旅客協力義務、第 18 點旅客變更權、第 20 點行程中因不可抗力或不可歸責於旅行業之旅遊內容變更、第 21 點因可歸責於旅行業之事由致旅遊內容變更（指旅行業提供之旅遊服務未具備通常之價值及約定之品質）、第 22 點因可歸責於旅行業之事由行程延誤時間之浪費、第 25 點及第 26 點出發後旅客任意終止契約與其回程安排、第 27 點旅行業之協助處理義務、第 28 點旅行業應投保

⁶ 參中華民國旅行商業同業公會全國聯合會，2016 年 4 月 19 日，「轉知觀光局有關日本九州熊本地區近日發生多起強震，如旅客參加日本旅行團欲行前解約退費處理原則」，網址：<http://www.travelroc.org.tw/news/normalmore.jsp?msgkind=TAAT&toPage=13>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 19 日。

⁷ 依該準則第 3 條規定，通訊交易，經中央主管機關依本法第 17 條第 1 項公告其定型化契約應記載及不得記載事項者，適用該事項關於解除契約之規定，因此，如係透過通訊交易（例如網路訂約）方式簽訂之國外旅遊契約，因有本應記載事項之規範，其解約權之行使，不適用消保法第 19 條 7 日無條件解約權，而是適用本應記載事項規定。

⁸ 民法第 514-1 條為定義性規定，第 514-12 條則為請求權時效規定。

責任保險及履約保證保險及第 29 點購物及瑕疵損害之處理方式中。

而在發展觀光條例（含旅行業管理規則）上，應記載事項第 1 點當事人、第 3 點廣告責任、第 4 點簽約地點及日期、第 5 點旅遊行程、第 6 點旅遊費用、第 7 點旅遊費用之付款方式、第 10 點集合及出發地、第 11 點組團旅遊最低人數、第 12 點至第 15 點出發前之解約、第 16 點領隊、第 17 點證照之保管及返還、第 19 點旅行業務之轉讓、第 23 點棄置或留滯旅客、第 24 點出發後無法完成旅遊契約所訂旅遊行程之責任、第 28 點旅行業應投保責任保險及履約保證保險及第 31 點個人資料之保護，於旅行業管理規則之第 24 條、第 28 條、第 30 條、第 34 條、第 36 條、第 37 條及第 53 條（發展觀光條例第 31 條）規定中有所規範。

至於其他未有相對應法令之應記載事項，例如第 30 點消費爭議處理、第 32 點「當事人簽訂之旅遊契約條款較本應記載事項更有利於旅客者，從其約定」及第 33 點約定合意管轄法院等規定，屬紛爭解決、準據法適用之程序性規定。

另外，在不得記載事項，具有濃厚的消保法第 12 條「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效」之色彩，同時也兼具旅行業管理規則中要求旅行業者不得有「以其他方式變相或額外加價」、「委由旅客代為攜帶物品返國之約定」⁹。

由於國外旅遊所涉及之契約當事人旅客與旅行業間之權利義務關係，在我國的文獻上，已有若干之討論¹⁰，本文將不再就該等法律關係再為著墨，惟從文獻、實務案例及法院判決之閱讀，再輔以消保法立法目的以觀，容有以下疑義，仍須再予推敲。

一、旅遊契約即便認定屬非要式契約¹¹，要如何行使消保法第 11 條之 1 審閱權？

消保法第 11 條之 1 要求業者應提供消費者契約審閱權，其用意在於讓消費者在簽約之前，即能獲悉接下來要簽訂的契約內容，條款有無顯失公平等，以避免業者利用定型化契約條款擬定者之優勢地位，強迫消費者接受不利益之條款。

⁹ 旅行業管理規則第 49 條：「旅行業不得有下列行為：（略）七、委由旅客攜帶物品圖利者。…十一、向旅客收取中途離隊之離團費用，或有其他索取額外不當費用之行為者」。

¹⁰ 請自行參閱註 3 各學者著作與各碩士論文之精闢研究心得。

¹¹ 得參閱註 3，劉春堂著，頁 8、邱聰智著，頁 137、林誠二著，頁 158 至 160、張翠怡，頁 50 至 53、黃韻蘋，頁 50 至 51、李純安，頁 83。

因此，如何踐行審閱權，正軌而言，首先，必須要有業者之定型化契約，才能進行審閱。然而最便於彰顯業者的定型化契約，無非是以書面表徵，尤其在不動產買賣契約中最为明顯，業者往往會拿出一份厚厚的契約書，少數業者會要求其從業人員對於契約之內容會再詳加說明後，請消費者攜回思考；大部分業者則多僅就其中重要條款加以說明後，即要求消費者自行攜回研究研究。

事實上，各主管機關為保障消費者之審閱權，多也依消保法第 11 條之 1 對部分行業進行審閱期間之公告，以國外旅遊為例，交通部公告其契約審閱期間為至少一日，亦即旅行業在與消費者訂約前，應先將旅遊契約交給消費者，並讓消費者至少有 1 日之審閱期間，當然消費者也可以在閱讀完契約條款，了解契約內容後，即可決定是否簽約，進而與旅行業簽訂契約，尚無需待 1 日之審閱期間過後，才能簽約。

惟倘此時，將旅遊契約認定為非要式性者，業者一方面要踐行審閱期間之提供，即須備妥定型化契約（以書面呈現或網路呈現），又另一方面因該等契約性質，屬非要式性，則前揭「定型化契約」的書面或網路呈現方式，似乎沒那個必要了。倘若屬實，那又如何讓消費者行使審閱權？亦即，對於旅遊契約如仍維持非要式契約理論，似與消保法所規範之審閱權間，產生若干執行面上的矛盾與糾結。兩相權衡之下，本文建議縱使旅遊契約已有民法、消保法、國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項與發展觀光條例、旅行業管理規則等法令嚴密之規範，然而有鑑於該等契約多屬定型化契約類型，仍應於簽約前，讓消費者明確知悉了解相關之旅遊資訊及雙方之權利義務關係，因此，尚無需對於旅遊契約是否為要式或非要式有所糾結，反而更應重視旅行業是否已於簽約前，將契約完整地呈現給消費者，讓消費者有充足的審閱期間，得以做出最後的消費決定，始為正辦。

二、利用網路交易完成之國內（外）旅遊契約，一定要納入「通訊交易解除權合理例外情事」範疇中，才能排除消保法第 19 條 7 日無條件解約權之行使？

消保法對於通訊交易適用 7 日無條件退貨解約權規定，於 104 年 6 月 17 日有重大的變革，從原先之「商品全面適用，服務全面準用」，修法為「如符合合理例外情事者，得不適用 7 日無條件退貨解約權規定」。至於最後哪種商品或服務得不適用，則依 105 年 1 月 1 日施行之「通訊交易解除權合理例外

情事適用準則」規定為斷。

透過網路進行交易，已漸取代傳統的實體、面對面交易的方式，在旅遊契約訂定上，亦無法脫鉤於網路經濟的潮流。其實早於 88 年版之國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項之應記載事項第 8 點中，即有出發前旅客解約規定¹²，如與當時之消保法第 19 條相較下，在法規命令不得牴觸法律原則下，前開應記載事項第 8 點在旅客如係以網路訂購旅遊契約，並於 7 日內解約時，應無適用之餘地。然而在實務上，前開第 8 點事項之適用一直是旅行業處理旅客出發前任意解約之重要依據，即便部分旅行業或旅客有發現在法令之適用有衝突之處，最終似仍以國外旅遊定型化契約應記載事項為準據適用之法，而將更為保障消費者權益之法律消保法第 19 條，暫時視而不見。

這樣的法令適用，實有嚴重損及消費者權益之虞，但似乎又是不得已之作法，因為在考慮旅遊契約條款之衡平性時，除須保障個別旅客權益外，亦應慮及該旅遊之成行因尚須有其他旅客之加入，倘允許個別旅客任意解約，其對於整體旅遊團之影響，不是單純「個人去不去」的問題，還包括旅行業因此可能要面對「成不成團（萬一不成團，對其他參團旅客之影響）」、「是否須重新規劃住宿、機票」等事項，遂有前開應記載事項解約退費規定。

其實，深究旅遊契約之性質，最重要的在於契約之履行，而旅遊契約之履行仍有賴於各旅遊服務提供者之接續提供，而非靠網路一指敲下就可完成的。亦即透過網路交易所完成以服務或勞務為交易客體之交易，可分為線上履行及非線上履行：一、線上履行之部分，如線上掃毒服務、線上算命、線上遊戲等。二、非線上履行之部分，則如線上票務訂購、線上訂房、線上旅遊行程訂購等服務。雖然票券、住房及旅遊行程之訂購係透過網際網路完成，但契約標的之履行卻無法透過網際網路履行。¹³

¹² 88 年版之國外旅遊定型化契約應記載事項第 8 點規定：「旅客於旅遊活動開始前得繳交證照費用後解除契約，但應賠償旅行業之損失，其賠償標準如下：1.旅遊開始前第三十一日以前解除契約者，賠償旅遊費用百分之十。2.旅遊開始前第二十一日至第三十日以內解除契約者，賠償旅遊費用百分之二十。3.旅遊開始前第二日至第二十日期間內解除契約者，賠償旅遊費用百分之三十。4.旅遊開始前一日解除契約者，賠償旅遊費用百分之五十。旅客於旅遊開始日或開始後解除契約或未通知不參加者，賠償旅遊費用百分之一百。前二項規定作為損害賠償計算基準之旅遊費用，應先扣除簽證費用後計算之」，參交通部觀光局網站：http://admin.taiwan.net.tw/law/law_d.aspx?no=130&d=21，最後瀏覽日期：106 年 9 月 15 日。

¹³ 摘自黃韻蘋，旅遊契約之研究—兼論網路交易之法律問題，同註 3，頁 157。

本文認為，在消保法第 19 條之執行上，對於服務之適用本即存有若干之不適應性，例如在訂票（機票、火車票、電影票、球賽票）、住宿與旅遊行程上，因為該等契約之履約行為，無法於締約之際即為完成（例如線上掃毒、線上轉帳般），實際履約行為還是有賴於消費者接收到交通運輸業者、電影片映演業者、球賽主辦單位、旅館、旅行業等業者提供服務時，才算完成履約。

其實在 104 年修法之際，很期待前開類型之服務在排除消保法第 19 條適用之修法方向上，能參酌歐盟 2011 年 2011/83/EU 消費者權利指令¹⁴，將之排除適用，可惜最後不論在行政機關之修法提案或立法機關之立法決定上，均未採之。目前的修法方式，或許是因應我國現階段法律對於訂票、訂房或旅遊上之規範，未如歐盟法令般，有各相對應適用之法令下，所採適切之立法。

三、行程中，如經旅客請求，即得變更旅程？

雖然在旅行業管理規則第 37 條已明定「旅行業執行業務時，該旅行業及其所派遣之隨團服務人員，均應遵守下列規定：…四、旅遊途中注意旅客安全之維護。五、除有不可抗力因素外，不得未經旅客請求而變更旅程。…」，應得解釋為旅行業應依旅遊契約中所載之行程完成旅程，不得任意變更；然於實務上仍不免發生，倘於行程中，如非因不可抗力因素，而係基於隨團人員（導遊、領隊）之提議¹⁵或由旅客發起變更行程之提案時，領隊、隨團人員是否得於徵得旅客同意後，即得變更行程，還是仍須就該等行程之變更，就其專業屬性先為「是否會將旅行團帶往遠比原行程風險高之場域」判斷。

另外，又如何判斷已取得旅客之「同意」？「沉默」、「默默不語」一直是國人在面對問題時回應的方式，但是「沉默」、「默默不語」就等於「同意」？在查閱判決之際，發現一起遺憾的案件，因為臨時的行程變更提議，團員的「同意」，再加上隨團人員的疏忽，導致 2 條青春寶貴的生命無法續存。¹⁶ 雖

¹⁴ 歐盟 2011/83/EU 消費者權利指令第 3 條第 3 項不適用指令之契約類型及第 16 條所定排除消費者撤回權（the right of withdrawal）之契約類型，前者契約類型包括本文所論及之「90/314/EEC 套裝旅遊指令」，參呂惠珍，消費者無條件解約權之實務發展、排除規定與理論反省，消費者保護研究第 20 輯，行政院編印，2016 年 2 月，頁 60 至 64。

¹⁵ 例如完成當日旅程後，領隊（導遊）發現還有一點時間，且在不影響駕駛員工時下，提議是否得於回程（回飯店）途中，順道參訪附近景點，並徵詢全體旅客意見。

¹⁶ 參臺灣新竹地方法院 105 年度重訴字第 243 號民事判決。

然法院認為「縱然係爭旅行團之行程非被告所變更，被告係一具備專業智識、領取專門證照之華語導遊，仍應於旅遊行程當中，全程負有善良管理人之注意義務。倘被告於學生提議投票表決變更行程時、抵達墾丁南灣沙灘時，均未能注意蒐集墾丁南灣海象資訊是否適宜戲水、亦未確實注意現場環境是否已有不安全之警示，即不能謂其已盡注意義務，而主張解免其過失之責」，惟從該判決之記載，亦不難發現部分學生於抵達變更地點前，根本不知道有行程變更之事，又即便知悉，倘於表決中，未為積極表達意願，這樣的「同意」方式，是否妥適。

綜上，本文建議基於旅行業與其隨團人員對於旅遊產品相較旅客更為專業與熟悉，旅行業與其隨團人員在有變更行程提議，擬徵詢團員意見時，應先本其專業能力為「變更行程後，是否會影響團員安全」之考量，嗣後，在取得團員同意時，亦應確實掌握到每位團員的意願。倘旅行業與其隨團人員經由專業判斷後，發現行程變更後會對團員安全有疑慮時，即便已獲全團人員之同意，執意要變更行程，也不宜率而屈就，否則旅行業與其隨團人員除有違反前開旅行業管理規則第 37 條第 4 款規定，須面對發展觀光條例第 55 條第 3 項處新臺幣一萬元以上五萬元以下罰鍰外，如造成旅客生命、身體、健康或財產受損時，已非旅遊雙方期待之結果。

四、誰是旅行業之履行輔助人？

「誰是旅行業之履行輔助人」，原則上，與旅遊相關之住宿、餐飲及交通之業者，均是旅行業之履行輔助人。然而如再細分之，住宿與餐飲提供者，屬於履行輔助人，尚無疑義，「交通提供者」？如係遊覽車，亦無疑義，惟如是國內的高鐵、台鐵，國外的航空公司、日本的 JR，德國的國鐵、郵輪等，又應如何看待，恐有不同見解。大致上以民法第 224 條規定先予判斷，再參雜旅行業對於該等旅遊提供者是否有選認、監督、指揮能力為斷。相關論述及法院判決也有不少著墨¹⁷，限於篇幅，本文不再討論。

¹⁷ 文章論述部分得參閱註 3，劉春堂著，頁 6、邱聰智著，頁 134、林誠二著，頁 156、張翠怡，頁 27 至 28、黃韻蘋，頁 66 至 69、李純安，頁 67 至 71；法院判決部分，例如 1、小型旅行車翻覆，致發生旅客死傷事件—最高法院 80 年台上字第 792 號判決，2、郵輪公司設備故障致延誤行程—臺灣高等法院 94 年上字第 403 號判決等。又參法國旅遊法對於旅遊營業人之於履行輔助人之責任規定，大致分為 1、代訂定期航班票證者，原則上僅就自己之抽象輕過失負責，亦即除航空公司超賣機位外，代訂定期航班票證之業者只就自己過錯負責。2、安排銷售旅程之業者，

至於旅行業倘若是透過電視購物平台販售旅遊商品，那電視購物平台是否屬於旅行業之履行輔助人？進一步言之，旅行業如係採用在網路商城上架、網路直播、臉書或其他社群媒體販售旅遊商品，該等網路媒體平台是否屬於旅行業之履行輔助人？

依台北地院 101 年度消字第 2 號判決，被告富邦公司（網路商城）雖未與原告二人簽定旅遊契約，然系爭旅遊消費行程既係透過被告富邦公司之富邦樂遊網媒體所出售，被告富邦公司即應負消保法第 8 條之經銷商責任。¹⁸ 足見有法院判決認為此時網路商城是經銷商，進而回歸消保法以觀，屬於消保法第 2 條第 2 款「企業經營者」的概念¹⁹；至於其是否屬於旅行業之履行輔助人，在該案中雖未論及，然而仍不能否定其有存在之空間。因從民法第 224 條之解釋，給予履行輔助人之定義以觀，不論是透過電視購物平台、網路商城、網路直播、臉書等網路社群媒體等方式，均是旅行業為行銷其旅遊產品所尋找之合作夥伴，倘該等合作夥伴將旅遊產品之資訊有錯誤之表達，例如標錯價，致消費者因信任該等錯誤之旅遊資訊，進而擬與旅行業締約時，此時，旅行業除有符合民法第 88 條錯誤意思表示等情事者，原則上不得拒絕，而是應承擔起民法第 224 條債務人之責任。

五、藉由網路之力，將個別旅遊提供者串聯起來，組成一旅遊產品，是否仍屬於民法旅遊章節、發展觀光條例與消保法暨其國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項之規範對象？

倘若是旅客自行在各旅遊服務提供者訂購住宿、交通等事項，安排成一旅程者，從前開法律之立法目的而言，實無法適用，如遇有糾紛時，反需另行依據其他法律，例如民法之運送、委任等契約關係，或民用航空法、公路法、旅館業管理規則，或「個別旅客訂房定型化契約應記載及不得記載事項」等法令解決。

應為其提供旅遊服務之輔助人負責，即（1）旅遊營業人就其所選用之運送人或旅館業者，對於旅客承擔安全義務。（2）旅遊營業人得舉證契約之不良履行係可歸責於旅客、或與履行契約無關之第三人、或有不可抗力之情事而免責。參曾品傑，論旅遊營業人為其旅遊輔助人而負責—從法國法談起，月旦民商法雜誌 54 期，2016 年 12 月，頁 98 至 100。

¹⁸ 摘自李純安，兩岸旅遊規範之研究—以消費者保護為中心，同註 3，頁 88。

¹⁹ 如此之認定，有助於日後我國對於旅遊營業人責任認定，如擬採本文介紹之歐盟 2015/2302/EU 旅遊新指令概念時，其「企業經營者」定義認定之修法依據。

如此結果，再與現今國人自助旅遊已逐漸佔為旅遊之主流情形相較下，前開所述團體旅遊中，旅客所享有之權利，於此自由行甚夯的時代下，對於自由行旅客之旅遊權益保障，似乎稍顯未足。尤其是在旅客完成一個旅遊服務提供者之訂購後，接連於該旅遊提供者所提供之其他旅遊提供者網路連結下，又陸續完成第二個、第三個、第四個不等的旅遊服務訂購行為，例如在航空公司的網站上，完成機票之訂購後，接著又在該航空公司的網站上所提供之住宿網站、租車網站中完成住宿、租車等旅遊服務之訂購²⁰。此種訂購方式，與旅客直接分別向各該航空公司、住宿、租車業者網站有所不同，因為旅客的第二個、第三個等接續的訂購行為，都是建構在第一個網站上所提供者²¹，而非如後者，是由旅客自行搜尋獲得者；而藉由這項的訂購模式所組成包裝的旅遊產品，某程度上已具備團體旅遊的基本要素，此時，如發生糾紛時，仍要求旅客自行依民法或依據消保法所公告之各該定型化契約應記載及不得記載事項規定尋求救濟，實有權利保障未足之處。

因以前開案例為例，該航空公司的地位，即便不符合旅行業資格，然而其是否符合旅遊營業人之定義？又即便不認為是消保法上之企業經營者，或可規避該法第 7 條侵權行為責任，但是否至少得認屬該當於同法第 23 條媒體經營者之地位？課予其應負廣告真實責任？不無疑義。

參、歐盟新旅遊指令 2015/2302/EU 之簡介

依據歐洲聯盟（European Union，簡稱歐盟）的組織，包括歐盟高峰會、歐盟

²⁰ 參長榮航空網站除提供機票訂購外，亦提供「網路訂房」、「網路租車、臺灣桃園機場接送」、「網路投保旅平險」及「高鐵車票加購」之網站連結，且除網路訂購長榮國際連鎖酒店外，其他網站之連結資訊上，均聲明「（註：此平台為方便旅客使用，所成立的訂單為顧客本身與○○公司之間的買賣行為，長榮航空將不涉入任何責任。本服務之相關問題，將由 Agoda 公司之客服服務人員直接為您處理。）」，網址：<http://www.evaair.com/zh-tw/booking-and-travel-planning/other-travel-services/book-a-hotel/>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 20 日。

²¹ 又參中華航空網站獲知，該公司目前與德國鐵路（Deutsche Bahn）合作，推出「Rail & Fly」服務，旅客得透過中華航空網站、旅行社或中華航空各地分公司，使用 Rail & Fly 服務的訂位，從法蘭克福機場（Frankfurt airport）或阿姆斯特丹史基浦機場（Amsterdam Schiphol Airport）轉乘至德國的任一「德國鐵路」車站，網址：<https://www.china-airlines.com/tw/zh/booking/travel-service/rail-and-fly>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 20 日。

理事會、歐洲議會、歐盟執委會、歐盟法院、歐洲中央銀行等機關各司其職，其中在法律制定上，是由歐盟高峰會、歐盟理事會與歐盟執委會負責研訂、監督與執行。²²

歐盟法律大致可分為主要立法（primary legislation）與次要立法（secondary legislation）。主要立法（primary legislation）對於所有的會員國而言，屬於基本或一般性的規定；至於次要立法（secondary legislation），則係指包括準則（regulations）、指令（directives）與決定（decisions）三種，以建立一套機制與準則。²³ 其中準則與指令，係國人在參考歐盟法律時，最常面臨到的立法方式。

準則（regulations），係指所有的會員國均應遵守適用之法律。例如，當歐盟想要要求國外進口商品要進入歐盟市場時，應符合安全機制時，就需要採取準則立法方式因應之。

至於，指令（directives），乃是建立一套具有目標性，要求所有會員國要努力達成的立法方式。然而，這也會考驗各會員國在其國內法與指令目標的差異性。例如，在歐盟消費者權利指令中，目的雖係擴大消費者於歐盟地區進行消費時之權利，但卻因此對於內部市場也衍生了隱藏性的挑戰與費用。²⁴而本文所探究之歐盟旅遊規範，亦屬指令之範疇。

一、修法緣由—歐盟法院判決

歐盟早於 1990 年間就套裝假期旅遊發布 90/314/EEC 指令，以作為各會員國在監督管理套裝假期旅遊時的依據。依該指令，旅遊營業人應於締約前，就要將契約資訊充分揭露給消費者，行程中如發生未依約履行之情形時，例如品質低落等，應負責任。又倘旅遊營業人應提供擔保，以備發生破產時，得對消費者提供財務上之保證。

然而隨著網路經濟興起、投入旅遊產業之家數激增，致旅遊市場更趨多元性等因素下，該指令規範業已漸趨無法因應新興的旅遊產品。此外，歐盟法院於 1996

²² 參歐盟組織簡介，網站：https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_en，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 20 日。

²³ 參歐盟法令之簡介，網站：https://europa.eu/european-union/law_en，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 20 日。

²⁴ 以上有關準則與指令之簡介，參歐盟網站：https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-acts_en，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 20 日。

年起在數個判決中，對於該指令提出警告，要求 90/314/EEC 指令應進行相關之修正。其中最著名的判決是 2002 年 4 月 30 日作成之 Case C-400/00, Club-Tour, Viagens e Turismo SA v Alberto Carlos Lobo Gonçalves Garrido 案，對於 90/314/EEC 指令中第 2 條第 1 項之「套裝」(package) 與「事先安排」(pre-arranged combination) 的定義重新檢視。另外，歐盟法院對於指令第 2 條、第 5 條及第 7 條也有不同的認定。

關於 Case C-400/00 所表徵第 2 條第 1 項之「套裝」(package) 與「事先安排」(pre-arranged combination) 定義判決：事實為旅客（被告）向 Club-Tour（原告，即旅行社）訂購一個希臘度假村二週旅遊，原告 Club-Tour 接單後遂向第三人 Club-Med（即旅遊經銷商）購買符合旅客需求之度假村行程。被告旅客與家人到達度假村後，發現當地黃蜂太多，以致影響其度假品質，遂提出更換度假村要求。然而被告旅客一直無法聯絡上原告 Club-Tour，同時第三人 Club-Med 也不願幫渠等更換住宿點，被告旅客返國後，因認服務品質未達契約規定，拒絕支付款項，原告 Club-Tour 遂向法院提出請求支付旅費之訴訟。

法院於判決中考慮二個問題，其一，由經銷商（如本案之第三人 Club-Med）所訂購之符合旅客要求，內含交通、住宿，且係逾 24 小時或至少過夜一晚之旅程的旅遊產品，符合 90/314/EEC 指令第 2 條第 1 項所稱之「套裝旅遊」？其二，前開指令條文中所稱「事先安排」得適用於經銷商（如本案之第三人 Club-Med）與旅客間之關係嗎？

經法院徵詢葡萄牙、比利時、西班牙、法國、奧地利及歐盟執委會意見後，認定前開所考慮之二個問題，均持肯定的答案。亦即 90/314/EEC 指令第 2 條第 1 項所稱之「套裝」(package) 與「事先安排」(pre-arranged combination) 定義，於營業人接獲旅客訂購後，將之轉請經銷商訂購旅遊產品之交易，如發生糾紛時，該旅遊產品符合本條之「套裝旅遊」與「事先安排」概念。²⁵

另外，歐盟法院對於 90/314/EEC 指令第 2 條，亦作出「本指令不適用於長達 6 個月至 1 年之交換學生活動」，理由為：該等活動係基於教育目的者，與家庭旅遊性質不同，且係寄宿於寄宿家庭中，寄宿學生等於是寄宿家庭中之一份子。²⁶

²⁵ 以上內容，參判決 Case C-400/00，網址：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0400>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 20 日。

²⁶ 參判決 Case C-237/97，網址：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0237>。

又對於 90/314/EEC 第 7 條破產保護規定，歐盟法院陸續提出「破產保障範圍包括旅客已付清旅遊費用，於行程中發生營業人破產時，當地旅館要求旅客再支付住宿費用及返國之費用」²⁷ 及「營業人所選擇之破產保護機構（信用機構或保險公司）駐點如僅設於某一會員國中，未於其他會員國設點時，倘營業人發生破產時，對於正在他會員國進行旅程之旅客，是否亦能發揮破產保護之效能」²⁸ 之見解；此外，關於「非財產上之損害」歐盟法院亦認為應屬 90/314/EEC 指令第 5 條之「損害賠償範疇」中²⁹。

基於以上數個歐盟法院判決對於 90/314/EEC 指令之看法，歐盟執委會遂於 2007 年起開始進行前開指令之研修。在研修過程中，執委會發現有 67% 的歐盟民眾誤以為，他們購買旅遊服務的權益可以獲得確保³⁰。亦即這些民眾以為如係在某一航空公司網站上訂購機票後，再於該網站中續訂租車、住宿訂房等旅遊服務，成為一個「套裝」旅遊時，是有 90/314/EEC 指令適用之餘地，然而，這樣的想法是錯誤的。

經過多次的研商討論後，取代 90/314/EEC 指令之新指令終於在 2015 年 11 月 25 日發布「2015/2302/EU 指令」，並要求會員國應於 2018 年 1 月 1 日完成內國法之轉化，於 2018 年 7 月 1 日施行於各會員國內。

2015/2302/EU 指令目標是為擴大 90/314/EEC 指令之適用範圍，不僅包含傳統的套裝旅遊外，也提供更清楚的保護給利用不同方式組成之旅遊產品，例如自己利用網站選擇航班、旅館或租車服務等旅遊產品的 120 百萬消費者權利。旅遊服務如果已經被廣告為套裝旅遊或可以提供全部價格的情形下，也會被保護適用。

新指令加寬「套裝」的概念，得適用於三種不同的旅遊產品組合中，包括一、「預先安排的套裝旅遊」-由旅遊業者提供已經涵蓋 2 種要素，例如交通、住宿或

[3A61997CJ0237](#)，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 23 日。

²⁷ 參 Case C-364/96，網址：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0364>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 23 日。

²⁸ 參 Case C-410/96，網址：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61996CJ0410>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 23 日。

²⁹ 參 Case C-168/00，網址：<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0168>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 23 日。

³⁰ 參「歐盟－歐洲議會通過套裝旅遊新規定，1.2 億個渡假消費者受益」，行政院消費者保護處蒐集彙整之 103 年 3 月國際消費者保護資訊摘要表，網址：<http://www.cpc.ey.gov.tw/News.aspx?n=06F068B910512632&page=2&PageSize=20>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 22 日。

租車等服務之旅遊假期產品；二、「訂製的套裝旅遊」-旅遊者從單一的旅遊業者以線上或離線選擇旅遊產品。(例如分別從航空業者、旅館業者、租車業者網站或實體商店分別訂購航班、住宿旅館、小客車租賃等)；三、「旅遊安排的串連」-假如消費者已經從網站上訂購一項旅遊服務後，在 24 小時內，又被該網站邀請到連結的網址去訂購另一項旅遊服務者。

又新指令加強了旅客權益之保障，包括「旅遊者新資訊之要求」、「更多可預知的價格」、「更強的取消權利」、「清楚界定業者責任」、「清楚界定訂購錯誤的責任」、「說明消費者權利的內容」及「價金退還及遣返(返國)之保證」，期能降低旅客每年約 430 百萬歐元的損害。

同樣地，新指令之發布，也提供業者有利之處，例如「建構一個業者平臺」、「破產保護的共同承認」、「旅遊公司所安排的旅遊產品也將適用於本法令」、「旅遊小冊內容應符合應記載事項」及「減少行政管理負擔、跨境交易更趨容易且增加法律確信性」，並得降低業者的行政管理負擔。³¹

二、新指令 2015/2302/EU 之簡介

本指令除維持 90/314/EEC 指令內容與精神外，對於業者的定義、資訊之要求、破產保護等為更多的要求與規範，總計有 8 章，31 條及 3 個附件，內容分別為「立法目的、定義及法規調適」、「資訊義務與套裝旅遊契約內容」、「出發前之契約變更」、「旅遊契約之履行」、「破產保護」、「連結旅遊安排」、「一般條款」及「附則」。以下僅就「定義」、「資訊義務之要求」、「出發前之契約變更」、「旅遊契約之履行」、「破產保護」與「連結旅遊安排」規範，簡介之。

「定義」：本指令適用於套裝旅遊或連結旅遊安排之業者與旅客間，締結至少為 24 小時，或過夜之旅遊產品之法律關係。至於少於 24 小時之旅遊產品，例如一日遊，則不在本指令之規範範圍中，而係交由各會員國內國法去監督管理。

有別於 90/314/EEC 指令第 2 條，本指令對於「套裝旅遊」及「旅客」為更深入之定性。「套裝旅遊」，係指至少要具有在同一行程或假期目的下，所為之二種以上旅遊服務之組合，而這些服務是由同一業者包裝而成的，不論是自行組裝，

³¹ 以上為歐盟對於「套裝旅遊」之簡介，網址：http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/travel/package/index_en.htm，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 22 日

或是依據旅客之決定所為者。在包裝中的各分項產品，即便是分屬於不同的旅遊服務業者提供者，只要這些服務是基於 1、從一個出售點購買，而這些服務在旅客同意購買前就已經被選定包裝好了。2、以總價去販售的。3、以「套裝旅遊」或類似的方式所為之廣告或販售。4、業者讓旅客從不同的旅遊服務中去做選擇後所組成的一個契約。5、雖係透過網路訂購方式向不同的業者購買，而旅客之名稱、支付細節、及郵件信箱資料是從第一個契約轉知給後續契約之業者而言。

另外，在「旅客」定義上，有別於舊指令以「消費者」稱呼，新指令考量在旅遊產品的訂購上，本不易分辨商務客或消費者，而其應獲得之保障應是相同的，故為避免與其他法令所稱之「消費者」造成混淆，本指令將之修正為「旅客」。³²

此外，在定義上，也新增了「連結旅遊安排」、「持久性媒介」、「未成年人」等項目，以因應網路經濟之興起及兒少族群旅遊權益之保護。其中，「連結旅遊安排」屬於全新的概念，係指在同一個旅程或假期中，選購具有至少二種以上之旅遊服務，且涵括了業者在「在同一個銷售點中，旅客對於每一個旅遊服務，為不同的選擇與不同的支付」或「基於同一目的，最後一個額外增加的旅遊服務之決定是在第一個旅遊服務契約訂購後 24 小時內完成者」情形下，將不同旅遊服務者所提供之不同契約組成販售者，並設有專章介紹之。

「資訊義務之要求」，規範於第 5 條至第 8 條，要求業者於締約前，應以清楚的方式，提供旅客旅遊服務之相關資訊，且於締約時，於契約中將前開資訊暨其他相關資訊載明之；有關資訊提供之舉證責任，則由業者負擔。

締約前，業者應提供之資訊，包括 1、旅遊服務特性，含「旅遊目的地、行程及停留時期之日期及住宿地點與住宿天數」、「交通工具的類型、集合地、出發與返回之日期、中間點之停留期間及交通之交接方式」、「依規定所應提供之位置、主要出發地及住宿集合地」、「餐食方案」、「包含於團費中之參觀景點」、「盡可能提供該團之約略（近似）的大小（指團員人數的限制）」、「提供有效的口頭溝通或可以溝通的語言」、「適合弱勢旅客之行程或因應旅客之需求之旅程」。2、業者之名稱、地址、電話與郵件信箱。3、套裝旅遊所有費用，包括各項稅款、所有額外費用或無法預先合理被計算出來的費用，其他旅客可能被指定需要負擔之費用

³² 2015/2302/EU 指令立法說明第 7 點，網址：http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2015.326.01.0001.01.ENG，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 22 日。

等。(團費明細)。4、付款方式，包括旅客是支付全部或以分期付款、財務擔保等方式支付團費。5、在出發前未達前開最低組團人數之契約解除權。6、護照與簽證之一般資訊之要求，包括可取得簽證之約略時間、旅遊目的地國之健康證明資訊。7、旅客在出發前得於支付適當費用後之任意解約，或營業人依據第 12 條第 1 項規定要求支付依規定所應負之解約費用等資訊。8、有關於旅客依契約行使解除權所生費用之任意或強制保險資訊，或因意外、疾病或死亡所生之費用、協助等費用之資訊。

締約時，業者應於契約中載明資訊提供之義務：業者除應將前開締約前所應提供資訊事項，載名於契約外，並應載明 1、經營業人同意之旅客特殊要求。2、營業人之資訊，包括所有旅遊服務，包括第 13 條規定所應負之履約責任及旅客處於困境時之協助義務。3、破產保護處理機制之名稱及其契約細節。4、業者當地代表人之傳真號碼、或其它可供旅客迅速有效地聯繫到營業人的方式，讓旅客在處於困境或於旅程中發生有未符品質之情形時，能獲得營業人之協助。5、旅客發覺旅程中未符合第 13 條(2)規定之品質時，旅客可以聯繫之資訊。6、未有父母或有監護權人陪伴之未成年人參加包含住宿之包裝旅遊時，要能將資訊直接提供給未成年人或與未成年人同住之監護人知悉。7、有效的申訴程序及 ADR 爭議解決機制資訊，或線上爭端解決機制平台等資訊(均要提供)。8、依據第 9 條規定所為旅客變更權之資訊。

「出發前之契約變更」包括旅客之變更、費用之變更、契約條款之變更及出發前之解除與撤銷等事項。

- (一) 旅客之變更：規定於第 9 條，旅客得於出發前(最晚在出發前 7 日)，通知業者，將其契約轉讓給符合契約條件之他人參加旅遊。因旅客變更所衍生之費用，業者應告知受讓者，並提出證明。而這些變更費用不能是無法預見的，也不能超出業者為本旅遊產品所增加之費用。
- (二) 費用之變更：規定於第 10 條，在完成旅遊契約議定後，費用能夠增加的事由，只有在契約有特別規定及旅客依據第 4 項所為之減價。此時，旅遊契約需敘明價格的變更之計算方式，且價格增加也需是基於「燃油或其它能源運價之價格」、「稅或因為非旅遊契約服務提供者之其他第三人要求下，所增加之旅遊服務費用，例如是在港口或機場所應支付之旅遊稅、登陸稅或登機(船)或下機(船)之費用等」或「相關匯率」情形下所為之同意。

同時，業者應確實做到清楚且亦了解之價格增加與計算之判斷，並需於出發前最遲 20 天前以便利之媒介方式提供給旅客，旅客亦有權在出發前，為與前開各項費用增加事由情形之減價回應。而業者對於旅客之減價請求，同意減價時，對於應返還旅客之費用中，得扣除行政費用，該等行政費用得應旅客之要求，提供相關資料以為證明。又如所增加之費用超過旅遊費用之 8% 時，則依下文之契約條款變更方式辦理。

- (三) 契約條款之變更：規定於第 11 條，在旅程出發前，營業人不能為依第 10 條規定所定費用下之契約條款變更，除非符合「業者已將變更權記載於契約中」、「變更是無意義的」或「業者以清楚、易了解且明顯的方式告知旅客」之事由。

假如，在出發前，業者為主要旅遊服務項目之變更，或無法滿足旅客所提出之特殊要求，或需依前文所提費用之變更超出 8% 時，旅客得於合理期間內，對業者為：1、接受其所為之變更，2、終止（解除）契約，且無需負擔終止（解除）費用。

又旅客於解除契約後，仍得接受業者提供之另一個品質相同或更高的替代旅遊契約。

遇有契約應變更情事時，業者應儘速對旅客以清楚、易懂且顯著的方式表達：1、變更後對於本旅遊契約價格之影響。2、給予合理期間，讓旅客決定是否接受業者之後續作為。3、可能的話，提供替代的旅遊及其價格等。

如因契約變更，旅客解除原契約，選擇業者之替代方案，而該方案係屬於品質或價格較低者，旅客有權主張業者應為合理之減價。

倘旅客選擇解除契約，且又不願接受業者提供之替代旅遊方案時，業者應儘速對旅客返還所有前已支付之費用，且最遲應於契約解除之日起 14 日內完成。同時，旅客亦得依本指令第 14 條規定，向業者主張減價與損害賠償。³³

- (四) 出發前之解除與撤銷：規定於第 12 條

1. 旅客解約：旅客於出發前得隨時解除契約，惟需依約支付一筆適當之費

³³ 2015/2302/EU 指令第 14 條規定，參下文「旅遊契約之履行」之介紹。

用給業者。該等解約費用應於旅遊契約中，具體敘明出發前依據契約解除時間，所應支付之合理標準之解除費用。倘契約中未明定解約費用之合理標準者，業者所得收取之解約費用，僅限於因解約後，原所節省或收入之範圍內請求。

然而如係因旅遊地區或附近發生不可預期或突發之狀況（不可抗力），致影響旅程者，此時，旅客得於出發前解除契約，且無需支付任何解約費用，並得向業者主張返還所有已支付之費用，但不能請求額外之補償。

2. 業者解約：業者如遇有 1、旅客少於最低組團人數，且已於契約中載明，並依規定於合理期間內通知³⁴ 旅客者，或，2、因發生不可預期且突發之狀況，並已即時通知旅客時，業者得解除契約，返還旅客已支付之全部費用，且無需支付額外賠償。

業者對於出發前之解約（不論是基於旅客或業者本身之事由）所生之退款義務，應於解約後 14 日內完成退款，不得遲延。

「旅遊契約之履行」依本指令規定，可分為四大項，分別為 1、業者之履約責任，2、旅客之減價及損害賠償請求，3、經銷商接獲抱怨、申訴之轉知，4、業者之協助義務。以下分述之

（一）業者之履約責任：規定於指令之第 13 條，內容包括

1. 業者應負履約責任，不論實際提供旅遊服務者，係營業人本身或第三人（包括履行輔助人）。又會員國亦得透過內國法規定，要求經銷商亦應負「締約時，業者應於契約中載明資訊提供之義務」、「出發前之變更」及「破產保護機制建置」之責。
2. 如發生旅遊服務未符合旅遊契約者，旅客得要求業者負責。
3. 業者對於未依約履行之情事，均應負賠償責任，除非該等賠償是無期待可能性，或賠償金額與該項未提供旅遊服務間相較，是顯不相當者，得無需負賠償責任，但有後文所提減價規定之適用。
4. 除依前項無有損害之情形外，營業人未依旅客所定期間內填補損害者，

³⁴ 依 2015/2302/EU 指令第 12 條第 3 項 (a) 規定，1、出發前 20 天發生者，應於 6 日前通知，2、出發前 7 天發生者，應於 2-6 日內通知，3、出發前 48 小時發生者，應於少於 2 日內通知。

旅客得請求必要費用之返還。

5. 業者如無法依約履行時，應在不增加旅客額外費用支出下，提供相同或更高品質之替代選擇方案（包括旅客不同意安排時，應協助返還出發地），以為旅遊之續行。然而如替代方案之品質又低於原契約者，營業人應提供旅客適當之減價。至於旅客只有在替代方案未符合旅遊品質，或業者所為之減價為不適當時，始得拒絕替代旅遊安排。
6. 在營業人未依約履行，且又未於旅客要求之期限內為賠償時，旅客得終止契約，且無需支付終止費用，並得請求減價或損害賠償。又倘業者無法安排替代方案，或旅客行使拒絕替代方案權利時，旅客得於未終止契約情形下，向營業人請求減價或損害賠償。另外，如該套裝旅遊有包含旅客運送服務者，營業人除應履行前開責任外，並應提供旅客相同之運送服務，且不得另收取額外費用。
7. 如係因不可抗力因素，致旅客無法依約回國時，營業人原則上應對每位旅客負儘可能相同品質，且不超過三晚之必要住宿費用。
8. 然而前開三晚必要住宿費用限制，不適用於依 1107/2006 規則第 2 條定義下之弱勢旅客，及與之相符之孕婦、未成年人、特殊醫療需求者，已於出發前 48 小時內通知營業人之情形。又倘相關運送提供者無法依歐盟法令為相關之運送時，營業人亦不得於不可抗力情事中，爰引三晚必要住宿費用規定，來主張責任限制。

（二）旅客之減價及損害賠償請求：規定於指令第 14 條，

1. 除因損害係可歸責於旅客之事由所致者外，旅客有權得於發生損害時向業者請求減價。
2. 業者未依約提供符合契約所定品質之旅遊服務時，旅客得向業者請求損害賠償，惟倘該未符品質旅遊服務之提供，係因可歸責於旅客，或可歸責於與契約無關之第三人，例如是無法預見或避免者，或發生無法避免、突發狀況時，旅客不得請求損害賠償。
3. 如於歐盟各國國際條約中，對於業者有限制責任規定者，於本指令之營業人而言，亦有適用之餘地。又於國際條約中，無責任限制規定者，會員國亦得於其國內法中為責任限制規定。此外，營業人於旅遊契約中所約定之限制賠償責任額，不得適用於因故意或過失所致之損害，且其賠償

額不得少於旅遊費用總額三倍。

4. 依本指令所為之任何賠償或減價之權利，不能影響旅客於 261/2004/EC 規則、1371/2007/EC 規則、392/2009/EC 規則、1177/2010/EU 規則及 181/2011/EU 規則及國際條約中之權利。依本指令或前開規則、條約所為之賠償或減價，應個別扣除，以免發生過度賠償的情形。

5. 有關旅客之減價與損害賠償請求權時效，不得少於 2 年。

(三) 經銷商接獲抱怨、申訴之轉知：規定於第 15 條，如前「業者之履約責任」所述，依指令規定，經銷商於一定條件下應與營業人負同一責任，因此，如旅客直接向訂購對象，即經銷商抱怨、申訴時，經銷商應儘速將之轉知營業人。

(四) 業者之協助義務：規定於第 16 條，如遇有旅客陷入困境，包括因不可抗力致無法返回原出發地時，業者應即時提供協助，特別是提供適當之健康服務、當地主管機關及領事協助之資訊，及協助旅客為通訊聯繫、尋找其他替代方案等。

「破產保護」：分為業者破產保護機制之建置與會員國之間的協定

(一) 業者破產保護機制之建置：規定於第 17 條，業者對於破產保護之提供，不因業者是否有在該會員國中設點有所不同，

1. 如係在業者之所在地發生破產致無法履約時，業者應返還所有旅客支付之費用。倘套裝旅遊契約中有包含旅客運送者，業者也應將旅客安全地送回原出發地。

2. 如係在業者未設點之會員國，發生破產，致無法履約時，亦應遵守該會員國之法令，提供相關之安全機制。

不論係哪種破產保護機制，均應有效，且需包含所有合理可預見之費用，以得完全支應旅客因旅遊契約所生之所有費用，包括從第一筆至最後一筆之費用，及完成旅遊為止之所有的費用，甚至包括將旅客送回之費用。

如在出發後發生業者破產時，業者仍須將旅客免費送回出發地，且如有必要者，住宿費優於送回費。

(二) 會員國之間的協定

規定於第 18 條，為保障旅客不因業者所提供之破產保護機制隨其營業

點設置之差異性而有所差別待遇，本指令除要求業者應於各會員國中，不論有無設立營業據點，均應提供破產保護機制，同時，也要求會員國對於業者應提供破產保護機制之執行上為相互之承認與協助。因此，要求會員國為以下之行為：

1. 會員國之內國法，應與業者所為破產保護機制措施相契合。而會員國間亦應簽署契約，以為跨國間之行政協助與監督業者之運作，並應將簽署內容通知各會員國及歐盟知悉。
2. 前開簽署內容，應能有效地提供給所有會員國有關破產保護之必要資訊，且能確定特殊業者於其屬地上所為之破產保護，並以公開方式，包括網路揭露，以了解業者依破產保護機制義務所為之作為。
3. 如有會員國對於業者之破產保護機制有所懷疑時，得向業者所在地之會員國求證，被求證之會員國應儘速回應求證會員國之需求，且第一次之回應，亦需於接到需求後，最晚 15 個工作天內送出。

「連結旅遊安排」規定於第 19 條，是本指令新增規定，將業者的範圍擴張到只要是透過在一定時間內之接連訂購所組成之旅遊產品，亦屬本指令規範之範疇。因此，為周延保障利用連結旅遊安排方式之旅客權益，本指令特設有專章要求該等業者亦應提供破產保護機制與資訊應充分揭露之義務

- (一) 在破產保護機制的提供上，指令要求如業者發生破產情事時，應如前文所介紹之破產保護機制應用的方式，將旅客所支付之費用返還之。又倘該業者亦負有對旅客運送之責者，亦應將旅客安全地送回原出發地。亦即前文所介紹之破產保護機制適用對象，於連結旅遊安排中，也一體適用，故會員國間之協定，其內容不僅是套裝旅遊，連結旅遊安排產品亦應包含在內。
- (二) 在資訊充分揭露之義務上：提供連結旅遊安排服務之業者，應以清楚、易懂且顯著的方式將資訊傳達給旅客，傳達的內容包括依本指令規定應提供之資訊，且每位服務提供者應就其契約負責及破產保護之利益。

此外，連結旅遊安排業者對於旅客亦應負前述「旅客之變更」、「契約條款之變更」與「契約履行」之責任。

除前開規定外，本指令對於發生訂購錯誤時，亦有所規定，認為如係可歸責於業者之訂購錯誤者，或業者於契約中同意，對於其因安排旅遊或連結旅遊安排時，發生訂購錯誤，願意負責等情形時，業者應負責；如係因可歸責於旅客之事

由，或係因無法避免或突發狀況所衍生之訂購錯誤者，業者則無需負責。

至於本指令之強制力，在指令中亦有所要求，包括 1、各業者，不能免除其依本指令所應負之義務。2、旅客不得拋棄本指令所賦予之權利。3、任何對旅客直接或間接要求拋棄或限制其依本指令所得享之權利之契約條款或陳述，或影響本指令執行之目的者，均不得拘束旅客。

同時，會員國也應致力於採取適當且有效之措施，以執行本指令，並應制定適當有效之處罰規定，來確保所採措施得以確實執行。此外，為因應本指令之研訂，2006/2004 規則與 2011/83/EU 指令亦一併將原所依據之 90/314/EEC 指令之條文，修正之。

肆、歐盟新旅遊指令可借鏡之處

從以上我國法令機制與歐盟新旅遊指令之論述下，很清楚地可發現，歐盟新指令有若干值得作為我國日後旅遊法令發展上的參考：

一、指令規範對象

(一) 旅客，不再侷限於「消費者」的概念，還考慮到一般商務客，與消費者一樣，都是透過同一個旅行業、同一個網站等介面去訂購旅遊契約，所受到之保障不應有不同的看待，因此統一以「旅客」作為本指令之適用主體。

本來在我國的民法與發展觀光條例規定，也未有「消費者」與「非消費者」之區分，唯有在消保法與國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項中，才有「消費者」的概念（雖然在該等契約規範中，仍稱為「旅客」）。本文認為或許在其他的行業消費者保護上，須強調「消費者」，但在旅遊服務上，似乎無須拘泥於，只有「消費者」才能受到消保法的規範，尤其是國內（外）旅遊契約規範富有民法與發展觀光條例之色彩下，倘若有一商務客，也是透過類似的方式接受旅遊服務，發生糾紛時，亦應享有相同的保障為宜。

其實，這樣的論點，或可做為近年來對於消保法上之「消費者」定義，重新檢視之契機。由於消費者保護工作本即得透過公私法的交錯運用，來

達成維護消費者權益之目的。亦即透過主管機關的公權力，所管法令之管制（其目的不全然是為了消費者保護），可以達成消費者權益之保護，亦可透過民事法律的規範，例如消保法第 7 條侵權責任、第 12 條定型化契約之規制，來落實消費者保護工作。而實際上，從主管機關的所管行政法令規範以觀，也不乏有公私法概念之交錯，例如在行政法令規制下之旅行業管理規則中，不乏有民事契約規範的色彩，例如第 24 條要求團體旅遊文件之契約書應載明「旅客得解除契約之事由及條件」、「發生旅行事故或旅行業因違約對旅客所生之損害賠償責任」、同規則第 38 條要求「國外旅行業違約，致旅客權利受損者，國內招攬之旅行業應負賠償責任」。

然而，不可否認的是，仍有部分的消費議題，例如禮券、藝文表演（展覽）票券販售等，於其法制面上，未如本文所論之旅行業（旅遊營業人）般，有兼具行政法令管制與民事法令，尚稱完備之公私法交錯的規範，而需藉由消保法第 17 條及其定型化契約應記載及不得記載事項規定，來建置其消費者保護之法秩序；因此，是否宜因本文之論述，即可導出對於整體消保法與定型化契約應記載及不得記載事項中所稱之「消費者」定義可為擴大解釋之結論，尚有商榷之餘地。

是以，對於是否要打破現行消保法之適用限於「消費者」、「消費關係」上之看法，建議仍需視該等消保護議題於其公私法之法秩序建置上，是否已有相當之認知與規範而論，倘如本文所論述之旅遊乙節，因已分別於民法、發展觀光條例與旅行業管理規則等不同的法律上，賦予與消保法及其定型化契約應記載及不得記載事項般之同等的消費者權益保障，如前所言，此時，不妨得寬認消保法之適用範疇，得不受限於「消費者」或「消費關係」，讓整體的旅遊契約當事人得以一體適用所有的相關法令，以週全保障契約雙方之權益。

（二）不限於傳統套裝旅遊，還包括「連結旅遊安排」。

「連結旅遊安排」多發生於網路交易下的新旅遊產品締結方式，之所以將之納為規範，係在避免各旅遊服務提供者利用此種方式規避其本應負之責任，因此，於該指令中也要求利用「連結旅遊安排」之業者，亦應盡「破產保護機制之提供」與「資訊充分揭露義務」。

此乃本文撰寫的目的之一，主管機關應正視旅遊網路交易衍生旅客權

益保障的議題，保障的方式或許得依各旅遊產品之組成、旅遊服務提供者是否為國內業者或國外業者而有所區別，但指令所確認的目標－旅客的權益一定要保障，及應盡資訊充分揭露與提供破產保護機制，是主管機關未來努力的目標。

二、資訊揭露之要求

依指令規定，資訊揭露階段有二，一為締約前，要向旅客告知旅遊相關資訊，其次是締約時，在契約記載事項中，除前開締約前所應揭露之事項外，還包括破產保護機制名稱、業者聯繫方式（包括所有締約相關之業者）、申訴程序及爭議解決機制資訊等。

其實上開資訊揭露事項於我國國內（外）旅遊定型化契約應記載事項中亦有相對應之條文要求，且依消保法第 4 條及第 5 條規定，業者本應提供充分且正確之消費資訊給消費者，只是對於是否能於締約前，業者即能對旅客詳加敘明，透過審閱權之踐行，是否能達到歐盟指令之類似效果，恐容有賴於業者之自律。

三、契約條款之衡平

（一）出發前，因不可抗力或不可歸責於雙方之解約退費

指令規範出發前，如發生旅遊地區有不可抗力，致影響旅程之進行時，旅客得解除契約，此點與我國國內（外）旅遊定型化契約應記載事項規定相同，然而在解約後之退費計算上，可大大不同。依指令規定，旅客無須支付任何解約費用，並得向業者請求返還所有已支付之費用，但不能請求額外之補償；反觀我國契約規範，卻是旅行業應提出已代繳之行政規費或履行本契約已支付之必要費用之單據，經核實後予以扣除，並將餘款退還旅客。

很明顯地，歐盟指令對於旅客之保障，實比我國契約規範對旅客更有利，而前開契約規範的扣除必要費用退款方式，也一直被消保團體所詬病³⁵。

³⁵ 參消基會 2016 年 6 月 24 日發布之「旅客權益受罷工影響，華航與旅行社責無旁貸」新聞，網址：http://www.consumers.org.tw/contents/events_ct?c=2&page=1&id=61，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 19 日。

本來對於不可抗力事件，即非契約雙方所得歸責者，依現行契約規範，雖要求旅行業對於必要費用之扣除，必須提出已支付之單據，並經核實後，才能扣除，實已將負擔必要費用的風險交由旅客負擔，而非由契約雙方共同負擔，且似與消保法第 11 條、第 12 條之衡平原則有所衝突。然對旅行業而言，會有不可抗力事件之發生，旅行業須同時面對各旅遊團之出團情形，例如部分旅遊團無法如期出團，需要解約，又部分旅行團正卡在旅程中，須變更行程才能順利返國，而對於正在旅程中，須變更行程之旅行團，不論是依民法第 514 條之 5，或依國外旅遊定型化契約應記載事項第 20 點規定，均要求旅行業對於所增加之費用，不得向旅客收取，所減少之費用，應退還旅客，產生了旅行業自我經營上的衡平性判斷，既然已出發的旅遊團，須由旅行業自行負擔增加之費用，那在未出發的旅遊團上，是否即得減輕旅行業責任，由旅客負擔有支付單據，且經核實之必要費用。

上述旅行業自我經營上的衡平性判斷，如將之拆解成各該旅遊契約觀之，實有違前開消保法第 11 條及第 12 條之虞，但如何取得旅行業能在類似案件上，既能保障到消費者之權益，又不致損及業者之權益，是否得參酌前開歐盟指令規定，先由業者對旅客返還其所有已支付之費用後，再透過保險來分擔類似的風險，是值得主管機關深思的課題。

（二）出發後，因發生不可抗力或不可歸責於雙方之變更行程責任

指令規範如於出發後，發生不可抗力事件，致旅客無法依約返國時，原則上，業者應對旅客儘可能提供相同品質，且不逾三晚之必要住宿費用。亦即，出發後，發生不可抗力事件，須變更行程時，業者責任屬於有限責任，其與我國國外旅遊定型化契約應記載事項第 20 點要求「業者因變更旅程、遊覽項目或更換食宿、旅程所增加之費用，不得向旅客收取，所減少之費用，應退還旅客」之責任觀點完全不同。

之所以國外旅遊契約規範會有前開規定，源於民法第 514 條之 5 第 2 項規定之故，又此時旅客因在國外，對於國外旅遊地區的旅宿、餐飲、交通等資訊，旅行業相較旅客而言更為熟悉，只是得否參酌前開歐盟指令般，讓旅行業僅負有限責任，以避免讓旅行業負過重的責任，反不利於整體旅遊市場之發展。

從消費者保護的觀點以觀，於此類似事件，民法與國外旅遊契約規範

要求旅行業應負責之規定，尚稱允當，惟從整體旅遊經濟發展，輔以近年來氣候變遷劇烈等因素視之，得否在遵守現行法令之際，再修法（例如研修發展觀光條例），提供旅行業一個風險分擔的方式，例如保險，以減緩旅行業之責任。

其實，以我國國內（外）旅遊契約規範為例，亦有優於歐盟新指令之處，例如：

一、審閱期間之明確

交通部依消保法第 11 條之 1，要求旅行業與旅客簽訂旅遊契約前，應提供消費者至少 1 日之契約審閱時間，讓消費者得於簽約前，就能明白知悉該旅遊團之旅遊資訊及契約雙方權利義務關係。

雖然歐盟新指令中有要求業者應於簽約前，要履行消費資訊揭露之義務，然因未有時間之限制，恐會生資訊提供與簽約時間非常緊密，致部分消費者無有思索契約內容之沉澱機會，歐盟新指令於此部分之要求，似乎有待加強。

二、一日遊行程也在規範範疇內

依歐盟 2015/2302/EU 指令第 2 條規定，少於 24 小時的旅遊團不在該指令規範範疇中。然反觀我國國內（外）旅遊契約規範，未有旅遊天數之限制，只要是旅行業所推出（自行或依旅客指示）之旅遊團均應適用該等定型化契約應記載及不得記載事項。

誠心而論，一日遊行程多存於國內旅遊中，為能更保障旅客之旅遊品質，除有現行之國內旅遊契約規範外，交通部觀光局亦要求旅行業應遵守「國內旅遊團一日遊產品合理行程規劃及檢視注意事項」³⁶，以加強行車安全之要求，期能導正國人對於「早出晚歸」、「行程緊湊」的一日遊偏好能有所改善。

三、出發前契約雙方解約費用規範明確

歐盟 2015/2302/EU 指令規定，出發前，契約雙方如有解約情事時，得予解約，

³⁶ 相關內容請參交通部觀光局網站：<http://admin.taiwan.net.tw/public/public.aspx?no=418>，最後瀏覽日期，2017 年 9 月 22 日。

惟須對相對人負損害賠償責任。至於損害賠償額之計算，在旅客解約部分，依旅遊契約所載，如無記載時，僅限於解約後，原所節省或收入之範圍內請求；如於業者解約上，僅就係因旅客少於組團人數或發生不可抗力事件，並已通知旅客者，返還旅客已支付之全部費用，且無須支付額外賠償，但對於是可歸責於業者事由所生之解約，未有明確規範。

反觀國內（外）旅遊定型化契約應記載事項就出發前，契約雙方提出解約時，亦應對相對人負損害賠償，其賠償金額並已明定，以解約通知日距離出發日期之長短，為賠償旅遊費用 5%至 100%之賠償。³⁷ 或許對於部分業者或旅客而言，該等賠償基準仍有檢討的空間，例如旅客主張，於出發前第 41 日以前解約者，業者應還可以找到其他旅客，旅遊費用也未必已支付給各旅遊服務提供者，卻還要旅客賠償旅遊費用之 5%，是不合理的。然整體而言，這套賠償基準機制，確能提供契約雙方一套相對衡平的紛爭解決之依據。

當然，在為前開我國法令與歐盟旅遊新指令之比較中，不難發現，也有許多相同之處，例如「旅客變更權」、「出發前解約」、「最低組團人數」、「費用增加限制」、「時間浪費請求權」、「破產保護」、「協助義務」及「申訴制度」等，更足證明其實「旅遊無國界」，尤其是在網路交易盛行的年代，借重他國立法經驗，以作為我國法令之檢視參考，在旅遊消費課題上，是不容被忽略的。

伍、結論與建議

歐盟新指令立法說明第 1 點及第 2 點很清楚地表達，本指令修正之目的是為了要因應網路交易市場熱絡，逐漸成為交易主流的情勢下，對於旅客權益之保障，不能再侷限於傳統的旅遊交易模式觀念，而是要擴及到旅客依各旅遊服務提供者創新的行銷模式所締結之旅遊契約上。

同樣地，在我國，旅遊市場也從傳統要依賴旅行業規劃的模式，走向透過網路資源的便利性，架構出一套自主性旅遊產品發展。雖然目前的民法、消保法、國內（外）旅遊定型化契約應記載及不得記載事項、發展觀光條例及旅行業管理

³⁷ 國外旅遊定型化契約應記載事項第 12 點及第 13 點。

規則對於旅行業所販售之旅遊產品有相當嚴密的規範，然不可否認的，相關旅遊服務提供者已建構了一套便利的網路消費模式，讓消費者得以在一個網站中，將所有的旅遊服務項目串聯起來，組成一個旅遊產品，不僅符合網路消費者需求外，也能達到各旅遊服務提供者所希求之最大供給，例如透過超商販售國內（外）機票之嘗試、旅遊達人於部落格、臉書上揪團出遊訊息、國籍航空藉由網路訂票之便，也一併提供訂房、租車、購買交通票券的網站連結，及國際旅遊網站已成為旅客選擇旅遊產品之重要諮詢與訂購網站時，「維持旅行業具有旅遊產品專一獨賣性」的旅遊觀念，應逐漸鬆綁，並應慎重地正視民法、消保法及發展觀光條例是否足夠保障網路交易新型態旅遊的旅客（消費者）權益的議題。

當然，短時間內要將網路旅遊交易權益納入現行法令中，有其困難性。因為單就旅遊網路交易的主管機關是交通部、經濟部，還是其他行政機關，可得想像有不同的聲音；其次，是否要訂定網路交易專法，或視各別行業另訂各別專法（以本案為例，為旅遊網路交易法），也須經一番的琢磨。本文僅是發現這次歐盟旅遊新指令的修法方向，與我國旅遊交易有類似的趨向下所為之介紹與比較，希望能從中獲取一些立法的模式，有助於將來主管機關在面對檢討旅遊交易法令時之參考。

參考文獻與網站

- 林誠二，民法債篇各論（中），瑞興圖書股份有限公司，2002年3月初版。
- 邱聰智，新定債法各論（中），元照出版公司總經銷，2002年10月初版第1刷。
- 劉春堂，債篇各論（一），三民書局有限公司經售處，91年5月初版。
- 李純安，兩岸旅遊規範之研究－以消費者保護為中心，國立台北大學法律學系碩士論文，2015年7月。
- 張翠怡，旅遊服務於消費者保護法之解釋與適用，國立成功大學法律學系碩士論文，2004年7月。
- 黃韻蘋，旅遊契約之研究－兼論網路交易之法律問題，高雄大學法律學系碩士論文，2008年6月。
- 呂惠珍，消費者無條件解約權之實務發展、排除規定與理論反省，消費者保護研究第20輯，2016年2月。
- 曾品傑，論旅遊營業人為其旅遊輔助人而負責－從法國法談起，月旦民商法雜誌54期，2016年12月。
- 交通部觀光局（行政資訊系統）網站：<http://admin.taiwan.net.tw/>
- 交通部民用航空局網站：<https://www.caa.gov.tw/>
- 中華民國旅行商業同業公會全國聯合會網站：<http://www.travelroc.org.tw/training/index.jsp>
- 長榮航空公司網站：<https://www.evaair.com/zh-tw/index.html>
- 中華航空公司網站：<https://www.china-airlines.com/tw>
- 歐盟網站：https://europa.eu/european-union/about-eu_en
- 歐盟法令網站：<http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>
- 財團法人中華民國消費者文教基金會網站：<http://www.consumers.org.tw/>

《消費者保護研究》
第 22 輯，頁 71-96

我國網路購物消費爭議案例處理與評析 —以消費糾紛原因研析及消保實務案例 處理為中心

王德明*

摘要

近年來網路購物消費糾紛逐年升高，從 2014 年 3,471 件到 2016 年 3,711 件，案件有不減反增的趨勢，而網路消費糾紛中，除跨國糾紛部分已較一般單純國內交易糾紛不易處理外，而國內網路平台業者，特別是消費糾紛較多的大型網路平台業者，卻經常宣稱自己只是提供一個網路交易場所，至於因購物所發生的消費糾紛，應由交易雙方當事人自行處理與解決；而在政府部門方面，由於法規面未能規範完備，對於該類交易糾紛，仍依照以往實體店面處理方式，而未注意到網路交易及購物之特性，任由業者恣意為之，形同原始叢林般，致使交易糾紛迭起，另外對於消費者教育及提醒不足，造成部分消費者誤以為網購交易便利，一定會帶來較廉價商品或服務，因而往往被不肖賣家利誘，以網外私下交易而發生消費糾紛。

* 作者為行政院消費者保護處簡任消費者保護官。感謝兩位審查委員寶貴意見，使本文更加充實。

因而本文建議要處理網路消費糾紛，因從三方面著手，首先是政府機關應先自我武裝，建構一個基本管理規範，除建立企業經營者結束營業強制通報機制外，更應規範網路平台業者應有的責任與義務及積極與國際接軌有效處理跨國（境）網路交易糾紛。其次，是消費者也就是買家部分，應避免被利誘，而為「網外交易」產生不必要消費糾紛。最後也是最重要的，就是企業經營者應有責任與義務建立一個值得消費者信賴的交易機制，這也就是國際消費者組織聯盟（Consumers International, CI）將 106 年消費者日的主題訂為「建立消費者信任的數位世界」，並呼籲世人共同維護數位世界的消費者權益之重要意義。

關鍵詞：網路交易、網路平台業者、網購糾紛、數位世界、紛爭類型

壹、前言

在進入 21 世紀的今日，由於資訊發達及通訊技術進步，帶動了網路蓬勃發展，我們的生活環境正面臨急速的轉變。隨著網路的無「時間性」及「地域性」之限制，網路已成為廣大民眾聯繫與溝通的重要管道，幾乎國內每位民眾都會利用網路相互溝通，資訊相互交流，甚至利用網路進行交易買賣。網路不僅成為傳遞資訊及獲取訊息的重要工具，也成為人們進行交易的重要管道，只要能夠連繫上網路，民眾只要用手滑一滑，就能很輕易的與數十、數百甚至數千或數萬公里以外的人進行交易，網路交易對於過去傳統商業交易的方式起了革命性的巨變，它帶動的經濟模式不只是大企業大財團必須注意，更是替網路微企業開拓另一面經營模式，讓企業經營者節省了大筆銷售、採購及其他固定成本，更為消費者帶來了輕鬆、便利的交易方式。

雖然網路交易的高度發展，帶來企業經營者巨額利潤，但也伴隨而來眾多消費爭議和問題。網路交易提供消費者便利的購物環境，但是在另一方面也對消費者保護產生新的挑戰，例如網路詐欺、網路交易安全、網路隱私權保護、網路跨國（境）消費爭議及國內網路平台管理等議題，如果沒有妥適處理前述問題，有效維護使用網路的消費者之權益，將會使網路交易願景成為消費者噩夢，因而積極建立可以運作、公平及有效的爭端處理機制，已成為當務之急。

貳、我國處理機制及案件統計分析

一、我國消保法爭議之處理機制

網路消費爭議的處理，其重點就是要有「及時性」和「有效性」解決消費問題，如經由一般訴訟程序由法院縝密審理，獲得完善結果，固然可以滿足消費者一般追求慎重而正確的裁判結果，但將會增加時間、勞力及相關費用的支出，浪費司法資源，致使紛爭解決過程繁瑣，如何有效將有限司法資源合理妥適分配，以兼顧當事人追求程序利益及實體利益，加上因大量網路消費而造成與日俱增法

律糾紛，已非一般訴訟程序可以完全吸納。

因此如何藉助訴訟外的解決機制來定紛止爭，期能用較低成本方式來解決消費者與企業經營者之間的消費爭議，並達到疏減訟源之功效，以符合有效利用司法資源之社會公益。我國消費者保護法（以下簡稱消保法）為有效處理消費爭議，將該處理方式分為「申訴與調解」及「消費訴訟」兩部分。在消費者「申訴」部分，依據消保法第 43 條規定：「消費者與企業經營者因商品或服務發生消費爭議時，消費者得向企業經營者、消費者保護團體或消費者服務中心或其分中心申訴。」，「企業經營者對於消費者之申訴，應於申訴之日起十五日內妥適處理之。」，「消費者依第一項申訴，未獲妥適處理時，得向直轄市、縣（市）政府消費者保護官申訴。」，由前述規定可知，可由地方政府設立的消費者服務中心及消費者保護官處理。另有關「調解」部分，依據消保法第 44 條規定：「消費者依前條申訴未能獲得妥適處理時，得向直轄市或縣（市）消費爭議調解委員會申請調解。」¹如消費申訴無法妥適處理時，可再向地方政府提起消費爭議調解程序為之，已達解決消費糾紛。

從消保法規定得知，消費者與企業經營者因商品或服務發生消費糾紛時，是採取「雙軌制」的型態，除消費者可以逕向法院提起消費訴訟外，也可以在訴訟前向直轄市、縣（市）政府提出申訴或調解，請求協助解決消費糾紛，如申訴或調解未能妥適處理消費糾紛時，尚可再提消費訴訟。換言之，消費訴訟並不以提起消費申訴及調解為前提要件²。但是，消費「申訴」則必須要有消費「調解」的前置程序³。因此，消費者如果未提起消費申訴時，是不能逕行提出消費爭議調解的，而現今消費者保護實務上在處理有關網路消費糾紛爭議程序，仍然是依據此消保法有關之「消費爭議之處理」機制進行申訴、調解及消費訴訟。

退萬步而言，即便要進行消費訴訟程序，消保法有關消費訴訟機制，也有一套不同於民事訴訟法之規範，可謂是消費訴訟之特色，也較能保護消費者權益，而與一般民事訴訟程序不同，其差異如次：

¹ 依據消費者保護法第 44、45 條規定，消費爭議調解委員會，是在各地方設立消費爭議調解委員會，以處理消費糾紛，該委員會由委員 7 至 21 位委員組成，其中需要要有「地方政府代表」、「消費者保護團體代表」、「企業經營者所屬或相關職業團體代表」及「學者及專家」充任委員，並以消費者保護官為該調解委員會當然主席。

² 詹森林、馮震宇及林明珠三人合著，「認識消費者保護法」，前行政院消費者保護委員會編印，1995 年 2 月，158 頁。

³ 詹森林、馮震宇及林明珠三人合著，同前註 2，頁 151 以下。

- 一、是否由當事人自己名義提起訴訟不同：一般民事訴訟提起，都是以消費者自己名義提起訴訟；消保法之消費訴訟，除得由消費者自己名義提起訴訟外，尚得由消費者保護團體（下稱「消保團體」）或消費者保護官提起（消保法第 50 條，第 53 條規定）。
- 二、是否委任律師代理訴訟不同：一般民事訴訟是否委任律師代理訴訟，任由原告自行決定；消保法之團體訴訟（消保法第 50 條規定）由消保團體起訴時，依照消保法規定，應委任律師代理訴訟，此時受害之消費者不但無庸自行進行訴訟，且有專業律師代為主張權利，較能保障消費者程序上及實體上權益。
- 三、費用負擔不同：提起一般民事訴訟，消費者（原告）應依每審級繳納裁判費用，第一審起訴時應繳交第一審裁判費用，上訴二、三審時，還要再繳二、三審裁判費用；反觀，在提起消費訴訟，除不作為訴訟無庸繳納任何裁判費用外，即便消保團體以自己名義提起團體訴訟（消保法 50 條規定），依據消保法第 52 條規定，其請求之金額超過新台幣（下同）60 萬元者，超過部分免繳裁判費，其請求金額如未達 60 萬元，仍按實際金額繳納。
- 四、假執行宣告繳納擔保金不同：所謂民事訴訟「假執行」，其主要目的，就是為防止敗訴之被告脫產，在訴訟尚未確定前，准予勝訴原告先為強制執行。由於是在判決確定前，因此一般民事訴訟，應先繳納一定金額之擔保金，只在例外情形下，法院才會免除原告提供擔保而逕為宣告假執行（民事訴訟法第 389 條至 392 條）；而在提起消費訴訟時，法院如判決原告勝訴時，得依職權宣告為減免擔保之假執行，即便全案因上訴而尚未確定，勝訴原告仍得不須提供擔保或僅提供少數之擔保而請求假執行（消保法第 48 條第 2 項規定）。
- 五、有關懲罰性賠償金適用不同：消保法有關懲罰性賠償金是參酌美國、韓國立法例，其主要立法目的：「為懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。」⁴ 而消保法第 51 條明文規定有懲罰性賠償金規範；反觀，一般民事訴訟則尚無懲罰性賠償金的規定。

綜上所述，提起「一般民事訴訟」及提起「消費訴訟」，兩者有極大不同之差異，消費者在提起消費訴訟時，在「當事人不是以自己名義」、「由律師代理訴訟」、「裁判費用負擔減免」、「假執行費用負擔減免」及「懲罰性賠償金適用」對消費

⁴ 前行政院消費者保護委員會編印，「立法院審議『消費者保護法』審議紀錄會編」，1995 年 7 月，278 頁。

者而言，都較一般民事訴訟有利。⁵

二、我國網購消費爭議案件統計及分析

(一) 網購爭議案件數量統計及分析

2014 至 2016 年我國網路購物爭議案件數量統計

	2014	2015	2016
拍賣網站	1,457	1,901	2,698
購物中心	476	684	650
商店街	381	141	269
網購全年案件	3,471	2,844	3,711

從我國過去三年行政院消費者保護處（以下簡稱行政院消保處）官方統計資料而言，就網路購物消費糾紛申訴案件統計資料，分別在 2014 年時為 3,471 件，2015 年為 2,844 件，2016 年為 3,711 件。而其中「拍賣網站」分別在 2014 年為 1,457 件，2015 年為 1,901 件，2016 年為 2,698 件；而在「購物中心」部分，分別在 2014 年為 476 件，2015 年為 684 件，2016 年為 650 件；另在「商店街」部分，分別在 2014 年為 381 件，2015 年為 141 件，2016 年為 269 件。⁶

從以上數據可知，在交易糾紛對象前三名部分，從 2014 年到 2016 年都是「拍賣網站」、「購物中心」及「商店街」分居前三名，且第一名的「拍賣網站」所發生購物糾紛案件總數，往往是第二名及第三名案件合計加總起來數量還要多二倍或三倍，而「拍賣網站」在 2015 年及 2016 年更是該年度占據網購市場申訴 60%

⁵ 詹森林、馮震宇及林明珠三人合著，前揭註 2，頁 155 至 158。

⁶ 行政院消費者保護處新聞稿，「網路消費交易糾紛案件大公開！」，2017 年 3 月 14 日，有關 2015 年及 2016 年行政院消費者保護處「消費申訴及管理系統彙整統計資料」之官方統計數字，https://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=49559B255B3B9F27&sms=9101EB18DCFC739&s=C8426A8E459D6314（最後閱覽日：2017 年 12 月 11 日）。另有關 2014 年統計數字為由行政院消費者保護處、歐洲經貿辦事處及歐盟在台商業與法規合作計畫共同辦理「臺歐網路交易消費者保護研討會」第二場「網路交易之管理與實務」主題二-「臺灣對網路交易管理」，報告人行政院消費者保護處督導協調科王淑慧參議彙整提出行政院消費者保護處官方統計數字，2015 年 10 月 30 日，頁 43-45。由於二者都是以「案件數量」、「案件類型」及「案件原因」來分類，較能在資料分類及內容整理方式達於一致性。

至 70%。顯然可見，「拍賣網站」的購物方式，已經是我國網購糾紛最為嚴重之所在。

又從上述統計資料得知，發生消費糾紛最多的「拍賣網站」，申訴比例由 2014 年的 42% 逐年攀升至 2016 年的 73%，而深入了解其糾紛發生原因，主要是該網路拍賣平台上，其交易型態夾雜了「消費者對消費者」、「企業經營者對消費者」或「企業經營者對企業經營者」等多種交易類型，加上當時部分網路拍賣平台業者，對於在平台上的交易糾紛主張非屬消保法規範的範圍，因而多不願意建立相關管理規範，一旦買賣雙方發生消費糾紛時，特別是買方不願出面處理，或避而不見時，可能因為找不到賣家或因賣家逕行關閉溝通管道，迫使買方只能轉向行政機關申訴網路拍賣平台業者，以尋求救濟，解決買賣糾紛。

（二）網購爭議案件類型統計及分析

2014 至 2016 年我國網路購物爭議案件類型統計

	2014	2015	2016
「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」	1607	1,217	1,673
「服飾、皮件及鞋類」	710	589	800
「通訊、電腦及周邊商品」	566	531	603
「玩具及遊戲軟體」	409	134	146

另外有關交易爭議案件較多類型，最多前四名分別為：第一名「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」、第二名「服飾、皮件及鞋類」、第三名「通訊、電腦及周邊商品」及第四名「玩具及遊戲軟體」等。其中「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」，分別在 2014 年為 1,607 件，2015 年為 1,217 件，2016 年為 1,673 件；而「服飾、皮件及鞋類」，分別在 2014 年為 710 件，2015 年為 589 件，2016 年為 800 件；「通訊、電腦及週邊商品」，分別在 2014 年為 566 件，2015 年為 531 件，2016 年為 603 件；「玩具及遊戲軟體」分別在 2014 年為 409 件，2015 年為 134 件，2016 年為 146 件。⁷

⁷ 行政院消費者保護處新聞稿及王淑慧報告頁 43-44，同前註 6。

從前述數據可以獲知，在交易糾紛類型前四名部分，從 2014 年到 2016 年都是「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」、「服飾、皮件及鞋類」、「通訊、電腦及周邊商品」及「玩具及遊戲軟體」分占前四名。而第一名的「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」所發生購物糾紛案件，還是第二名至第四名案件數量加總合計。而「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」在 2014 年及 2016 年更是占據該年度網購市場申訴比例約 45%。由統計數字可以看見，「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」的購物類型，是我國網購糾紛最多案件。

但是，「其他（雜貨用品、網站服務品質等）」的購物類型，多是屬於消費者於申訴時，因交易資料不齊全、被投訴賣家或網購平台業者服務態度不佳、資料文件內容語焉不詳或申訴對象不明確等事項，較無法列入可區分之商品類別的申訴案件，相較於第二名的「服飾、皮件及鞋類」、第三名的「通訊、電腦及周邊商品」及第四名的「玩具及遊戲軟體」多以投訴商品瑕疵、實品和圖片差距很大、或賣家拒絕退費等為由，較為明確可資分析。

就第二名的「服飾、皮件及鞋類」部分，從 2014 年到 2016 年各年的全部申訴案件所占比率，都在 20%，可以算是相當穩定的申訴類型群組。另外第三名的「通訊、電腦及周邊商品」部分，對於 2014 年到 2016 年各年的全部申訴案件所占比率，都在 16%左右，亦可以算是相當穩定的申訴類型。最後有關第四名的「玩具及遊戲軟體」部分，從 2014 年的 11%，逐年下降至 2015 年 4%及 2016 年 3%，已明顯得知，該類型消費糾紛有下降趨勢。

（三）網購爭議案件原因統計及分析

2014 至 2016 年我國網購爭議案件原因統計

	2014	2015	2016
瑕疵糾紛	554	839	1,136
服務品質	—	404	210
出貨問題	413	346	379
退款問題	563	315	640
退貨遭拒	665	298	483
廣告	139	262	332

在交易爭議事項原因分析中，可以得知從 2014 年、2015 年到 2016 年爭議原因類型較多的前幾名中，分別在 2014 年第一名是「退貨遭拒」665 件、第二名是「退款問題」563 件、第三名是「瑕疵糾紛」554 件、第四名是「出貨問題」413 件及第五名是「廣告」139 件；而在 2015 年爭議原因類型第一名是「瑕疵糾紛」839 件、第二名是「服務品質」404 件、第三名是「出貨問題」346 件、第四名是「退款問題」315 件、第五名是「退貨遭拒」298 件及第六名是「廣告」262 件；最後在 2016 年第一名是「瑕疵糾紛」1,136 件、第二名是「退款問題」640 件、第三名是「退貨遭拒」483 件、第四名是「出貨問題」379 件、第五名是「廣告」332 件及第六名是「服務品質」210 件等⁸。

對於「瑕疵糾紛」類型，從 2014 年的 554 件，占全年案件總數量 15%，到 2015 年爆增為 839 件，占全年案件總數量 29%，再到 2016 年增為 1,136 件，占全年案件總數量 30%，在這三年中「瑕疵糾紛」類型，都是糾紛原因排行第一名，由此可知「瑕疵糾紛」類型已成為我國網購爭議案件原因的最大宗。

而「退款問題」類型，在 2014 年為 563 件，占全年案件總數量 16%，位居該年糾紛原因第二名，雖在 2015 年案件數量降為 315 件，占全年案件總數量 11%，位居該年第四名，但是到 2016 年又增為 640 件，案件數量回升，占全年案件總數量 17%，又列為當年第二名，雖然不像「瑕疵糾紛」類型，有逐年增加趨勢，但對於我國網路購物「退款問題」類型的嚴重性也不可小覷。

另外有關「退貨遭拒」類型，2014 年為 665 件，占全年案件總數量 19%，位居該年消費申訴原因排行榜的第一名，到 2015 年驟降為 298 件，只占全年案件總數量 10%，但到 2016 年又微微攀升為 483 件，占全年案件總數量 13%。

「廠商出貨問題」糾紛類型，2014 年為 413 件，占全年案件總數量 11%，2015 年為 346 件，占全年案件總數量 12%，2016 年為 379 件，占全年案件總數量 10%；有關「廣告」類型部分，2014 年為 139 件，只占全年案件總數量 4%，2015 年為 262 件，占全年案件總量 9%，2016 年為 332 件，占全年案件總量 8%，「廣告」類型糾紛僅微幅上升；最後有關「服務品質」類型部分，2015 年為 404 件，占全年案件總數量 14%，2016 年為 210 件，占全年案件總數量 5%，該類糾紛案件，升降幅度頗大，在 2014 年完全未能進入前幾名，但是在 2014 年暴增為 404 件，占當

⁸ 行政院消費者保護處新聞稿及王淑慧報告頁 43-44，前揭註 6。

年全年案件總數量 14%，但到 2016 年又遽降為 210 件，由於服務品質涉及個人主觀評斷，也因此數據上有較大波動。

參、網路購物重大消費糾紛

有關我國過去網路購物重大消費糾紛，主要是針對國內過去三年內影響消費者人數眾多且金額龐大的網路購物消費糾紛事件，而非針對一般「個案」型態所發生的網路購物消費問題，舉例而言，例如有關團購網站台灣酷朋⁹（GROUPON；下稱「酷朋」）結束營業案及國內其他相關購物糾紛案件等。由於該類糾紛案件不僅涉及購物的消費者人數較多，而且在累計金額上亦較一般案件為多，因此影響層面較為嚴重，經常引起社會大眾注意及媒體廣為報導，而亟需要政府機關重視，分述如下：

一、大型團購網站結束營業－酷朋案

根據媒體報導「台北市勞動局證實接獲團購網站酷朋提出『大量解僱計畫書』，將於 2015 年底退出台灣市場」，由於酷朋是北美地區最大團購網站，也是當時我國第二大團購網站，其退出台灣市場，勢必嚴重影響到國內的消費者會員權益（據業者對外宣稱當時在我國約有 80 餘萬的會員）。而業者提供團購網站的交易模式有「兌換憑證」及「實體商品銷售」兩種方式。而有關「兌換憑證」使用部分，則包括「商品」及「服務」（例如餐飲及旅遊等票券之販售）兩種類型。會員可以先在網路上向該團購網站業者購買兌換憑證，再持該兌換憑證前往實體商店進行消費，此時在法律關係上，有關銷售業者實為「酷朋」業者本身，而非實體商店，換言之，此時「賣方」應該就是酷朋。根據酷朋表示如嗣後消費者因自己原因無法再進行消費，或超過兌換憑證上期限，業者仍會同意全額退費，此種方式明顯較優於消保法第 19 條第 1 項七日無條件解約的權利；而有關「實體商品銷售」部分，則與一般網路購物相同，雖然有七日無條件解約的權利，但是消費者如逾越七日的「猶豫期限」，則仍無法使用消費者保護法第 19 條第 1 項的無條

⁹ 業者名稱為「渥奇數位資訊股份有限公司」。

件解約權限。

對於本案有關大型團購網站要退出國內市場案，可能有下列事項應要注意：

- 一、**媒體訊息是否正確**：針對當時媒體報導業者酷朋有意退出，此消息是否屬實，酷朋並未正式對外說明，故是否正確，在當時尚不得而知。
- 二、**眾多會員權益應如何維護**：由於業者是當時國內第二大網路團購網站，擁有會員人數很多，如退出我國市場，相關會員權益如無法事先妥適處理，恐將直接或間接影響國內眾多會員之權益。此時會員會擔心手上所持有而尚未使用「兌換憑證」是否會變成廢紙等。
- 三、**業者有無相關因應會員權益措施**：如果業者確實要退出我國市場，此時對於會員權益有無因應措施，例如前所舉的例子，會員所持有之「兌換憑證」是否還可以使用，如無法使用是否可以退費，如還可以使用，最遲使用期限可以到何時。另外業者有無相關客服聯絡方式，對於心急如焚的會員們，是否可以提供任何說明或解釋，俾能提供會員對於業者退出市場後，相關權益之詢問及處理問題方式。

由於本案涉及會員人數眾多，且會員散居全國各地，為有效維護我國 80 餘萬參加該團購網站會員權益，行政院消保處於 2015 年 9 月主動聯繫業者酷朋及其主營業所在地之台北市政府，共同了解業者是否真實要退出我國市場，果真要退出我國市場，則須進一步了解業者對於後續會員權益應如何維護。該次會議結論要求酷朋應注意後續之消費者權益保護事宜，並建立完整之消費者保護措施，其主要內容為下：

- 一、應明確告知公司未來營運發展方向。
- 二、儘速成立與會員及政府機關聯絡窗口。
- 三、建立後續處理機制，其中包括積極主動個別通知，以保障會員權益。
- 四、明確告知會員最後退換貨期限及退貨機制以便於會員運用等。

業者酷朋立即於接受政府機關要求並轉變態度，向所屬會員發出聲明說明，其內容如下：¹⁰

¹⁰ 行政院消費者保護處新聞稿，「行政院消保處密切注意酷朋（GROUPON）結束營業知消費者保護措施」，2015 年 9 月 23 日，https://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=49559B255B3B9F27&sms=9101EB18DCFCC739&s=946C4F80A18D21BB（最後閱覽日：2017 年 12 月 11 日）。

- 一、會員所購買的一般商品及旅遊商品兌換憑證尚未使用者，可繼續使用。
- 二、如果會員希望得到兌換憑證購買價格的全額退款，請於 2015 年 10 月 31 日前以電子郵件（tw_service@groupon.com）與該公司聯絡請求退款事宜。
- 三、會員購買商品兌換憑證，該公司將會繼續履約。
- 四、該公司特別提醒會員注意，仍能於 2016 年 3 月底前聯絡，但為確保會員的退款請求或緊急要求能得到迅速處理，仍請會員儘速與該公司聯絡。

由於業者酷朋接受政府提出相關消費者保護措施建議，並立即向所屬會員發出通知聲明，進而實際減少多數會員問題及疑慮，因而本案引起消費申訴案件，自 2015 年 9 月業者決定退出市場至 2016 年底，共計 8 件，占業者會員人數甚低，由此可見，由於政府機關適時介入及建議，加上業者本身有維護消費者權益主觀意思下，才會將後來可能發生消費申訴案件數量減少下降。

二、消費糾紛最多網站平台－露天拍賣案

要討論露天拍賣網站消費糾紛問題，就先要知道露天網路拍賣消費糾紛案件，占當年網路拍賣消費糾紛案件的比例。在 2014 年網路拍賣部分，全年為 1,457 件，其中露天網路拍賣消費糾紛占 636 件，占全年網路拍賣案件總數量 43%；2015 年網路拍賣部分，全年為 1,901 件，其中露天網路拍賣消費糾紛占 959 件，占全年網路拍賣案件總數量 50%；2016 年網路拍賣部分，全年為 2698 件，其中露天網路拍賣消費糾紛占 814 件，占全年網路拍賣案件總數量 30%¹¹。從前述相關消費申訴案件數量得知，露天拍賣網站消費糾紛案件數，至少都達到當年網路拍賣 30% 以上，為有效維護消費者權益，並督促露天拍賣網站平台，政府機關行政院消保處自 2015 年 10 月 6 日、2016 年 1 月 14 日及 5 月 26 日三次邀集業者露天拍賣網站平台、主管機關經濟部工業局等，要求業者有效減少消費糾紛，因此建議業者建立並完成下列事項：

- 一、將客服專線號碼及網路電子郵件信箱地址置於官方網路首頁以利消費者使用。
- 二、研議擴大「支付連」付款等管理機制（第三方支付方式），以有效減少消費糾紛之發生。

¹¹ 行政院消費申訴及管理系統彙整統計資料，2017 年 6 月。

三、研議露天拍賣網站全面適用七日無條件解約機制的可行性。

四、業者應加強警語，提醒消費者不可私下交易，鼓勵賣家使用第三方支付方式，並建立七日無條件解約專區，鼓勵賣家進入此專區交易。

於 2016 年網路拍賣部分，經統計全年為 2,698 件，其中露天為 814 件，較 2015 年 932 件減少 118 件，糾紛案件數量未再增加，並有減少趨勢，由於業者已經採取政府機關的相關建議，例如鼓勵賣家使用第三方支付方式，如買家搜尋關鍵字後，露天顯示在前面網頁之商品都以有第三方支付的為優先；加上露天也更改版面設計，讓賣家不再以填寫方式來同意七日無條件解約與否，而是以勾選方式表達是否願意提供七日無條件解約，以利於賣家勾選；並且也在首頁「客服中心」明示客服網路電子郵件信箱地址等，都可以展現露天逐步改善努力，雖然尚有很大的進步空間，但已有部分成效呈現。

三、買定網消費糾紛

根據行政院消費者保護處發布新聞表示，消費者於「買定網」(MintyShop)購物後未收到所購買商品，卻在收到信用卡帳單時，意外發現自己被扣參加買定網的會員費用，才知道自己業已莫名其妙成為買定網的會員¹²。而買定網自稱在台灣擁有約 13 萬名會員（其中有 1 萬多人為收費會員），該網站於 2014 年消費爭議案件高達 214 件，為有效處理該網站消費紛爭，行政院消保處於 2014 年 11 月 11 日邀集經濟部、行政院金融監督管理委員會銀行局等機關召開會議研商，除就疑似涉及詐欺部分，移請內政部警政署依法偵辦外，並發布新聞呼籲消費者，天下沒有白吃午餐，享受免費優惠前，要看清楚業者究竟是提供何種服務，且深入了解相關定型化契約內容的權利義務，以避免自身權利受損，最後求償無門。

又據行政院消費者保護處發布新聞表示，因為買定網經營模式是在業者官方的網站上張貼許多令人心動之優惠商品價格，遭誤導之消費者會誤以為可以在該網站上購買前述優惠價格之商品或服務（例如刷卡 35 元，就可以購買價值 635 元

¹² 行政院消費者保護處新聞稿，「『買定網』會員，請注意！」，2014 年 11 月 20 日，https://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=49559B255B3B9F27&sms=9101EB18DCFCC739&s=B2ED80DA6935FE2E（最後閱覽日：2017 年 12 月 11 日）。該新聞稿內容略以：「網站之運作模式有誤導消費者以為是要購買優惠商品（如刷了新台幣（下同）35 元購買價值 635 元之高鐵車票），但未收到購買之商品，卻在收到信用卡帳單時，才知道被加入會員，扣了會員費（超值會員月費 1460 元，VIP 會員季費 3960 元）。」

之台北至台中的高鐵車票等)，而紛紛加以點選，孰料，於刷卡付款後並未收到任何商品或服務票券，最後竟意外收到自己參加會員的信用卡的帳單，才知道自己已經成為會員，且扣繳會費（超值會員月費 1,460 元，VIP 會員季費 3,960 元）。會員費並按月或按季自動扣繳，直到消費者於網路上取消會員資格後，才停止收取會費。另外，買定網雖然是在我國註冊的網站（@mintyshop.com.tw），但因為該網站是外國公司，消費者使用信用卡後，尚需加收取 1.5% 的國外交易服務費，這也是造成消費者抱怨原因之一，而紛紛提起消費申訴。¹³

再據行政院消費者保護處發布新聞表示，其他尚有讓消費者抱怨事項，例如買定網與消費者的定型化契約條款中約定，該網站保留了修改服務條款之權利，經深入了解該網站相關新舊條款約定後發現，新的準據法業已由原先的「中華民國法律」變更為「模里西斯法律」；而如果發生求償、涉訟或爭議情事時，雙方合意法院已由「台灣台北地方法院」管轄，變更為「巴拿馬法院」管轄。因此我國之消費者如發生求償、爭議或涉訟時，相關權利義務都要適用國外法律來規範。¹⁴

由於買定網本身並未銷售任何商品或服務，實際上該網站也只負責招募會員，對於不知情消費大眾而言，會誤以為該網站張貼優惠商品是在進行促銷活動，而買定網在其網站上張貼優惠折扣商品，又多未與業者協議而自行張貼，也引起相關商品或服務業者疑慮和不悅，但是消費者如果已成為該網站的會員後，再購買該網站指名商品，並將發票或收據傳回買定網，日後會收到買定網依照折扣價格標示，退還折扣的費用，例如前述案例事實，購買台北至台中的高鐵車票為 635 元，如加入該網站成為會員後，先自行支付 635 元，嗣後將票根寄（傳）回去買定網網站，則該網站將會退回 600 元，易言之，消費者實際上搭乘該高鐵僅需支付 35 元。但是業者卻未事先說明該網站運作模式，因而造成消費者誤會，造成眾多消費者向政府機關及媒體業者抱怨或申訴。

可以清楚地得知，從買定網的消費糾紛案例看出，網路無國界的特色，亦會

¹³ 行政院消費者保護處新聞稿，同前註 12。內容略以：「『買定網』雖在台灣註冊網站（@mintyshop.com.tw），卻因該網為外國公司，消費者使用信用卡後，須加收 1.5% 國外交易服務費等等，均是引發爭議之主要原因。」

¹⁴ 行政院消費者保護處新聞稿，前揭註 12。內容略以：「『買定網』條款約定，該公司有保留修改服務條款之權利。經比對該網新舊條款，發現準據法由「中華民國法律」變更為「模里西斯法律」；如發生求償／涉訟或爭議雙方合意由「台灣台北地方法院」管轄，變更為「巴拿馬法院」。因此台灣之會員如發生爭議、涉訟，權益均難被保障。」

成為消費者保護的新議題，如果買定網能夠對於該網站經營模式及交易方式，更清楚明確的向消費者解釋，或許可以減少更多消費者對於該網站營運的誤解。相同的，如果消費者也能夠更深入了解買定網經營策略，大概不會發生這麼多的消費糾紛。因此網際網路的運用，使得國界逐漸消失，但是企業經營者如果未依照消保法第 4 條及第 5 條的規定，提供消費者充分與正確之資訊，以利消費者運用時，消費者將無法採取正確合理之消費行為，就可能發生眾多得誤會與糾紛。¹⁵ 當然，消費者本身亦應盡義務，例如在買定網案例中，消費者是否已經完全盡到充實消費資訊的責任，這點也是在類似案件發生時，經常會忽略消費者也有應盡「認知」的義務。¹⁶

四、即時通訊軟體消費糾紛—LINE

全球知名的即時通訊軟體 LINE¹⁷（下稱 LINE），是國人經常會使用的行動通訊軟體，LINE 自 2011 年 6 月 23 日推出以來，就受到世人高度肯定及接受。至 2015 年 6 月全球註冊用戶數已突破 4 億人數，其中在我國的使用的用戶，就高達 1,700 萬用戶，全球排名第三，僅次於日本及泰國。但使用者的密度卻是堪稱全球第一¹⁸。由於使用會員不斷增加，同時亦衍生為數不少的消費爭議，相關問題逐漸浮出檯面，例如使用者常常抱怨連自己花錢所購買的「貼圖」、「代幣」等都會在一夕間突然消失。另外，民間消費者保護團體就曾表示，LINE 的使用條款很多對消費者不利，加上消費者向企業經營者反應後卻沒有下文，因此呼籲政府主管機關經濟部及相關政府單位應儘速針對跨國服務業者，制定相關法規加以規範並適時予以

¹⁵ 消保法第 4 條：「企業經營者對於其提供之商品或服務，應重視消費者之健康與安全，並向消費者說明商品或服務之使用方法，維護交易之公平，提供消費者充分與正確之資訊，及實施其他必要之消費者保護措施。」及同法第 5 條：「政府、企業經營者及消費者均應致力充實消費資訊，提供消費者運用，俾能採取正確合理之消費行為，以維護其安全與權益。」

¹⁶ 1962 年美國總統甘迺迪首度提出消費者四大權利：1.講求安全、2.知道真相、3.選擇、4.表達意見的權利。1963 年國際消費者組織聯盟（IOCU）訂定消費者八大權利五大義務，已成為世界各國消費者的共識。IOCU 已於 1995 年更名為 CONSUMERS INTERNATIONAL（簡稱 CI）。五大義務分別是：1.認知、2.行動、3.關懷、4.環保、5.團結。所謂「認知」，就是消費者對產品之品質、價格與服務，有提高警覺與提出質疑之義務。

¹⁷ 業者為韓商連加股份有限公司台灣分公司，地指：台北市內湖區洲子街 105 號 9 樓。

¹⁸ 行政院消費者保護處新聞稿，「行政院消保處持續關注 LINE 衍生消費爭議知消費者權益保護」，2015 年 10 月 19 日，https://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=49559B255B3B9F27&sms=9101EB18DCFC739&s=DDA6E24EFECB234C（最後閱覽日：2017 年 12 月 11 日）。

行政監督，如果 LINE 仍持續漠視消費者權益，則消費者們應團結起來，拒用相關服務與產品抵制 LINE 的惡劣行為，以有效發揮消費者權益。¹⁹

有關 LINE 於 2015 年消費糾紛類型，主要問題如下：

首先是帳號問題。許多消費者都曾因帳號被盜用，或是誤按刪除鍵，而將 LINE 的使用帳號刪除，導致購買的貼圖與代幣消失，向企業經營者請求協助，卻被告知帳號無法回復，而引發不滿與抱怨。

其次是沒有直接聯絡方式。當消費者在使用 LINE 發生任何問題或疑慮時，由於企業經營者並未提供台灣分公司的實體客服地址與電話，因此消費者只能透過網路填寫反映表的方式提出問題，若是遇到 LINE 公司無法回答或不願回答時，就會以迴避或不予回答方式，讓問題無法獲得回應與解決。

再來就是服務條款或處理方式不利消費者。特別是從 LINE 下載遊戲軟體，LINE 可以不事先通知消費者之情形下，就可以對帳號停權或刪除帳號，而此種不公平條款，不僅單方排除 LINE 的相關責任，甚至限制了消費者某些應有的權利(如憲法財產權等)。例如當企業經營者通知使用的消費者，於檢測出不正當行為時(多半涉及消費者使用下載網路遊戲時)，即遭業者予以停權或鎖帳號，而未給予使用消費者任何說明或解釋的機會，而企業經營者也未提出任何佐證資料，讓被停權或鎖帳號的使用消費者能夠心服口服。

為保障消費者權益，行政院消保處於 2015 年 10 月 14 日邀集 LINE 株式會社及韓商連家股份有限公司、主管機關經濟部商業司、經濟部工業局等召開研商會議，以有效減少消費糾紛，業者 LINE 株式會社表示已陸續提供相關機制及服務，包括下列事項：

- 一、已於 2015 年 4 月 1 日建立我國境內客服平台(在日本以外建立第一個客服平台)，並於同年 10 月 6 日建置 48 小時內回覆消費者之客服回應系統。
- 二、自 2015 年 2 月起，消費者因換機或被駭客入侵等原因導致帳號刪除，同意補回消費者付費購買之代幣及貼圖等。
- 三、未成年人未經法定代理人同意，付費購買代幣，倘法定代理人向客服回應系

¹⁹ 財團法人中華民國消費者文教基金會新聞稿，「LINE 使用糾紛多卻求助無門；消基會：消費者應抵制」，2015 年 10 月 1 日，<https://www.nownews.com/news/20151001/1831201> (最後閱覽日：2017 年 12 月 11 日)。

統反映後，同意退還購買代幣的金額。²⁰

行政院消保處並請 LINE 株式會社及韓商連加股份有限公司辦理下列事項：

- (一) 提供與政府間之聯繫窗口，以利消費爭議申訴案件之處理。
- (二) 網路遊戲部分，應研議設立 24 小時客服專線電話之可行性。
- (三) 於購買代幣之頁面加註警語，例如：「用多少買多少」或「適度購買」等，提醒消費者勿超量購買。
- (四) 修正不符合我國消費者保護法相關規定之定型化服務條款（例如：片面變更條款內容、片面停權或刪除帳號、片面中止服務、免責條款、準據法條款、管轄條款等）。

除此之外，行政院消保處亦請經濟部依據消保法第 17 條第 1 項規定，針對 LINE 等即時通訊軟體之服務內容（遊戲、貼圖、主題等），研議修訂相關定型化契約應記載及不得記載事項，以保障消費者權益。

由於網路無國界，於發生消費糾紛時，各國政府最希望的就是網路業者能夠主動積極依據當地法規，儘速有效協助買賣雙方處理相關糾紛案件，因此各國都希望跨國網路業者能夠在該國落地成立分公司等組織，設立客服中心並提供當地語言的客服專線及客服網址，就是因為各國法規與民情不同，各國消費者對於企業經營者服務及要求也不竟然相似所致。而針對本案 LINE 在與我國政府機關協商開會時，主動提出願意在台灣設立客服中心，並建制 48 小時內回覆消費者之客服回應系統，都足以表達企業經營者態度是重視我國消費者權益，因此消費者應可以善用 LINE 提供之相關服務，維護自身之權益，如有未能妥適處理時，可再向政府機關依據消保法規定提出申訴或調解，以有效解決消費紛爭。

肆、結語與建議

國際消費者組織聯盟（Consumers International, CI）²¹ 將 2017 年消費者日的

²⁰ 行政院消費者保護處新聞稿，前揭註 18。

²¹ 國際消費者協會前身是國際消費者聯盟組織（International Organisation of Consumers Unions，簡稱 IOCU），於 1960 年成立，並於 1995 年正式改為現在名稱。是一個國際性的獨立非政府組織，宗旨是致力維護消費者的權益。其會員機構共有超過 220 個，分布於 115 個國家及地區。1983 年，國際消費者協會將每年的 3 月 15 日定為國際消費者權益日。1985 年 4 月 9 日，聯合國大會

主題訂為「建立消費者信任的數位世界」，並呼籲世人共同維護數位世界的消費者權益。因此我國政府也特別設定今年消費者保護主軸為「網路交易安全，消費購物安心」，並推動相關業務及活動。探其主要原因還是近年來網路交易盛行，電子商務固然有其便利性，但衍生出來之問題也與傳統交易大異其趣，無論資訊揭露、契約公平、付款安全、個人資料保護及消費爭議處理等議題，對企業經營者、政府部門及消費者都是新的挑戰。²² 特別在虛擬的網路交易市場中，消費者相對處於弱勢地位，即便法律對消費者有提供相關保護措施，但仍無法減少消費糾紛的發生。因此除了加強宣導網購交易安全相關應注意事項，讓消費者在購物前提高警覺外，相關政府主管機關、消費者本身及網路平台業者等，都應該有維護交易秩序並保護消費者權益之責任，讓電子商務這個虛擬市場之交易更為安全。以下僅就本次網路購物消費爭議案件，提出結語與建議如下：

一、政府機關應建立一個基本的管理架構

（一）建立結束營業強制通報機制

從大型團購網站酷朋案得知，當時是根據媒體報導該業者向台北市勞動局提出「大量解僱計畫書」，並將於 2015 年底退出台灣市場後才被披露，雖然業者依據勞動法規，在結束營業前對於勞工部分，必須在一定時間及條件下主動向地方政府勞動局提出「大量解僱計畫書」，以有效保障即將被解雇勞工，讓地方政府可以評估解僱條件是否符合勞動法規，對勞工有實質意義保障。反觀，對於消費者部分，特別在預付款型態的消費交易上，企業經營者已經先預收取款項，而消費者僅取得禮券、餐飲券或是住宿券等憑證，就消費者立場而言，根本尚未完成消費，或者是說根本還未進行消費，但是消費者都已經先付款項，此時如果業者宣布歇業，可能影響消費者的人數，將數倍於勞工人數，而其金額也會更多於勞工薪資。惟業者對此部分卻不需要提出任何「計畫」來處理消費者權益善後，顯然是未盡企業經營者應盡的責任，更顯示現行法規對於消費者保護疏漏，因此對於

一致通過了《保護消費者準則》促使各國採取切實措施，維護消費者的利益。

²² 行政院消費者保護處新聞稿，「『網路交易安全，消費購物安心』」－2017 年 315 世界消費者日活動起跑，2017 年 3 月 15 日，https://www.ey.gov.tw/News_Content.aspx?n=49559B255B3B9F27&sms=9101EB18DCFCC739&s=E1AAA43AAC231725（最後閱覽日：2017 年 12 月 11 日）。

該部分消保法，似應要求企業經營者應比照勞動法規相同做法，就是要求將預定歇業的企業經營者，應向總公司所在地的地方政府主動提出「消費者權益計畫書」，將其預備如何善後處理部分，提出妥適處理方案，向地方政府備查，地方政府對於企業經營者處理方式是否妥適，應基於現行法規立場，要求企業經營者妥適處理，以避免消費糾紛大量湧出，而影響消費者權益。

（二）規範網路平台業者應有的責任與義務

從過去網路平台交易消費糾紛統計資料可以看出，在 2014 年 3,471 件到 2016 年為 3,711 件，案件有不減反增的趨勢。而網路平台業者，卻經常主張自己只是提供一個購物網路平台交易場所，至於因購物發生的消費糾紛，應由交易雙方當事人自行解決。然而在此部分，網路平台業者似乎忘記自己在網路平台買賣雙方交易過程中仍然有獲取一定利益存在，更忘記了自己應建立一個值得信任交易環境之企業責任，因而造成以往部分網路平台交易，形同原始叢林般，交易糾紛迭起。因此，消保法是否應規範網路平台業者責任與義務，應對於在網路平台上所進行交易秩序，負起一定交易秩序維護的責任，並建立一定交易的信賴機制，而不能自我推卸責任，排除己身之義務。對此部分，雖有部分論者認為網路平台業者本身，並非交易當事人，尚不屬於消費者保護法規範的企業經營者，惟依據現行消保法第 23 條有關媒體經營者之連帶責任部分，亦將非直接交易相對人責任列為消保法規範對象，因此，為維護消費者權益，並避免層出不窮的消費糾紛不斷發生，應明確要求網路平台業者應負起一定交易秩序維護，並建立一個值得交易信賴機制。

（三）積極與國際接軌有效處理跨國（境）網路交易糾紛

天涯若比鄰，網路無國界，而網路交易風險又較傳統實體店面購物為高，加上購買商品可能因運送遲延或運送毀損等第三人因素所為之瑕疵，而造成責任主體不明確，舉證責任更加困難，而讓消費者投訴無門。在我國除部分網路交易屬於國內賣家利用本國平台業者銷售貨物外，其他均屬於跨國（境）的交易方式，屢屢發生消費糾紛而常有所聞，例如本文前揭有關「網路購物重大消費糾紛」部分，其中有關買定網及 LINE 的消費糾紛，都涉及跨國（境）交易的消費糾紛，雖然其中 LINE 已於 2015 年 4 月 1 日建立我國境內客服平台，因此消費者在使用 LINE

時,如有任何問題或糾紛,都可以直接向該服務平台申訴或請求處理,惟對於其他更多涉及跨國(境)網路購物平台,例如買定網等類網路平台業者,他們根本不在我國境內設立任何機構來處理消費者申訴與問題。由於各國多未能建立合作機制,加上諸多原因而使跨國(境)網路購物糾紛不易解決,例如:買賣雙方語言不通、各國法規不同,加上異地申訴不便、爭議處理過程冗長、賠償原則不同及退換貨成本過高等因素,往往造成消費者難以求償,權益難以獲得維護。目前我國與世界各國有關跨國(境)消費糾紛處理機制多未建立,因此政府機關似應先與鄰近國家與地區建立合作模式,例如簽訂合作協議(或備忘錄)²³等方式,相互提供資訊及協助處理糾紛,進而推廣至雙邊或多邊模式之合作機制,以有效處理跨國(境)的消費問題。

二、消費者應避免「網外交易」產生消費糾紛

網路交易糾紛其實不少是可以避免的,雖然網路交易中,買家會收到瑕疵商品、遭到詐騙、甚至日後賣家隱身不出面等問題層出不窮。但是前述情事有些時候是可以避免的,除了要慎選信譽良好的賣家及以第三方支付外,最常發生的糾紛為「網外交易」。易言之,就是賣家希望買家不要在網路平台下單,改用賣家所提供即時通訊軟體(例如:臉書或 LINE 等)的方式來下單。因為一般網路交易平台業者通常會有 3%到 5%的手續費,而該手續費通常都會反映到交易的商品價格上。因此不肖賣家抓住買家貪圖小利的心態,並且承諾如果在「網外交易」即將扣除該筆 3%到 5%的手續費,以吸引買家同意購買。然而此種情形也成為日後網路糾紛埋下未爆彈。如何減少網路平台交易糾紛,除選擇信譽良好的賣家及使用第三方支付方式外,就是不要被利誘,應拒絕網外交易,否則即便消費者向政府機關申訴,如政府機關要求網路平台業者提供交易相關資訊,網路平台業者也無法提供該筆交易相關資料。因此強烈呼籲買家千萬不要被賣家施以小利而誘導,一定要在網路平台上完成下標,至少在糾紛發生時,在網路平台上留有資料,後續向行政機關請求協助,或向司法機關訴訟,才能有保障。

²³ 財團法人中華民國消費者文教基金會新聞稿,「消基會與日本國民生活中心簽訂『跨境消費爭議』合作備忘錄」,2017年6月15日,http://www.consumers.org.tw/contents/events_ct?c=2&page=1&id=343(最後閱覽日:2017年12月11日)。

三、企業經營者應有責任與義務建立一個值得消費者信賴的交易機制

如同前揭敘述有關「消費糾紛最多網站平台—露天拍賣案」時，行政機關曾要求該網路平台業者應研議擴大該公司「支付連服務」付款機制及讓該網路平台買家全面適用七日無條件解約機制，以有效降低糾紛之可行性。換言之，這也就是業者符合「建立消費者信任的數位世界」一樣。再從另一個實際案例而言，中國大陸「淘寶網」快速崛起的原因，是它建立由買家主導的網路消費型態模式，就是對消費者提供許多交易保障，換言之，網路平台業者的收入，多來自該網路平台上交易數量，因此網路平台業者有責任與義務成立一個可獲信賴的交易機制，以避免糾紛與問題不斷發生。一般實務上，網路平台業者可以建立下列管控機制，以有效減少消費紛爭，並維護交易雙方權益：

（一）成立值得信任相互評價機制

這是網路平台業者最經濟的一種機制，讓在網路平台上交易雙方當事人互相評價，因為評價結果可以供作其他人交易前的參考資訊，一般而言，網路平台的使用者，主要是兩個陌生人間進行交易，雙方都極想知道先前交易者的經驗，因此多會參考評價機制上先前交易者的經驗資訊，以自我評估選擇是否還要繼續交易²⁴。因此網路平台業者對於該評價機制，應有責任與義務建立一個客觀而值得信賴的機制，努力去除「虛偽不實，引人錯誤」誤導式評價，以確保評價機制之透明及合理適當，避免虛假錯誤，並減少廠商委請寫手做成有利自身評價。對此雖無法百分之百完全避免，但至少不會讓使用者在完全沒有資訊提供下做選擇判斷的情形發生，也較能使網路平台業者可以爭取更多使用者的信賴²⁵。

（二）全面適用第三方支付機制

網路交易最大的特色，就是「遠距交易」，交易雙方當事人無法「面對面」達成買賣，有時可能處於不同城市或甚至是國家，一般而言多無法如傳統交易模式

²⁴ 陳譽文，「數位經濟中的消費者相關權益維護規範趨勢觀察」，全國消費者保護官第 64 次聯繫會報，2017 年 6 月，簡報第 9 頁。

²⁵ 陳汝吟，「分享型運輸服務之消費糾紛與法律適用」，台北市政府法務局舉辦「消費者保護理論與實務學術研討會」，2017 年 9 月 8 日，第 33 頁。

以「一手交錢，一手交貨」的方式來完成交易。因此藉由第三者居中提供代收轉付服務，即由交易當事人以外之第三方來代為轉交貨幣方式²⁶，就營運而生。例如美國「PayPal」，中國大陸的「支付寶」，我國「Yahoo 奇摩」的「輕鬆付」，「PChome」的「支付連」等，就是利用交易當事人以外之第三方來代為支付貨款。易言之，在跨境交易案例中，買方是向第三方支付價金，可以國內貨幣支付，然後在國外以當地貨幣付款，可免去高額跨國交易手續費。第三方支付服務功能，除前述「代收轉付貨幣」機制外，尚有「監督履約」的功能，第三方多會與當事人約定如網路交易成立並為通知後，才由第三方支付業者支付賣方貨款²⁷。我國已於 2015 年 2 月 4 日經總統公布「電子支付機構管理條例」並於同年 5 月 3 日施行。實務上，網路平台業者多會與實際已運作的支付系統建立合作關係，因為這些支付系統本身都必須遵守政府的監管²⁸，因此網路平台業者，如都能夠經由第三方支付方式給付交易金額，相信將可以大幅度減少網路平台的購物糾紛。

（三）設立紛爭解決方式

網路平台業者對於平台上交易而發生糾紛案件應有處理方式。在歐盟及其他區域性國際組織積極推動政府公權力發動「訴訟外紛爭解決機制」（Alternative Dispute Resolution 簡稱 ADR）或「線上紛爭解決機制」（Online Dispute Resolution 簡稱 ODR）外，民間企業經營者亦應積極建立訴訟外紛爭解決機制，例如在美國的 Paypal，就首先建立「線上紛爭解決機制」，配合第三方支付制度，而該類模式發展到極致就是中國大陸的「淘寶網」與「支付寶」的制度²⁹，即由支付寶提供擔保交易服務，買方將貨款轉到支付寶公司專屬帳戶中，如消費者在約定時間內收到貨物，並對該貨物表示滿意，就會通知支付寶給付賣方貨款。如未收到貨物或不滿意貨物而發生紛爭，此時買賣當事人雙方可以提出相關佐證資料或交易證明（如宅配快遞單及商品照片等），由淘寶網進行仲裁，是否要將貨款交付賣家賬

²⁶ 胡大中，「第三方支付之消費者保護機制」，月旦法學雜誌第 248 期，2015 年 12 月，第 123 頁。

²⁷ 胡大中，同前註 26，第 125 頁。

²⁸ 陳譽文，前揭註 24，簡報第 9 頁。

²⁹ 陳銘聰、王曉麗、陳偉建，中國大陸淘寶網 C2C 購物消費者權益（下），消費者報導（第 429 期），2017 年 1 月，71 頁。淘寶網現行爭議處理依據，是依照 2012 年 7 月 12 日開始施行「淘寶爭議處理規範」，該處理機制是以淘寶網對支付寶平台上的交易款項的控制做為後盾、圍繞著支付寶平台上的交易款項歸屬，由淘寶網客服擔任仲裁者的爭議解決機制。

戶或者退還給買家³⁰，而避免糾紛案件的發生，因而網路平台業者基於讓「消費者購物安心」理念，實有責任建立自己網路平台糾紛處理機制。

³⁰ 余啟民，「電子商務新紀元下之消費者保護」，「消保二十載，迎向新未來」專刊，2014年11月，第117頁至118頁。

參考文獻

- 詹森林、馮震宇及林明珠三人合著，「認識消費者保護法」，前行政院消費者保護委員會編印，1995 年 2 月。
- 前行政院消費者保護委員會編印，「立法院審議『消費者保護法』審議紀錄會編」，1995 年 7 月。
- 王淑慧，行政院消費者保護處、歐洲經貿辦事處及歐盟在台商業與法規合作計畫共同辦理「臺歐網路交易消費者保護研討會」－「臺灣對網路交易管理」，2015 年 10 月 30 日。
- 陳譽文，「數位經濟中的消費者相關權益維護規範趨勢觀察」，全國消費者保護官第 64 次聯繫會報，2017 年 6 月。
- 陳汝吟，「分享型運輸服務之消費糾紛與法律適用」，台北市政府法務局舉辦「消費者保護理論與實務學術研討會」，2017 年 9 月 8 日。
- 胡大中，「第三方支付之消費者保護機制」，月旦法學雜誌第 248 期，2015 年 12 月。
- 陳銘聰、王曉麗、陳偉建，中國大陸淘寶網 C2C 購物消費者權益（下），消費者報導（第 429 期），2017 年 1 月。
- 余啟民，「電子商務新紀元下之消費者保護」，「消保二十載，迎向新未來」專刊，2014 年 11 月。
- 行政院消費者保護處新聞稿，「網路消費交易糾紛案件大公開！」，2017 年 3 月 14 日。
- 行政院消費者保護處新聞稿，「行政院消保處密切注意酷朋（GROUPON）結束營業知消費者保護措施」，2015 年 9 月 23 日。
- 行政院消費者保護處新聞稿，「『買定網』會員，請注意！」，2014 年 11 月 20 日。
- 行政院消費者保護處新聞稿，「行政院消保處持續關注 LINE 衍生消費爭議知消費者權益保護」，2015 年 10 月 19 日。
- 財團法人中華民國消費者文教基金會新聞稿，「LINE 使用糾紛多卻求助無門；消基會：消費者應抵制」，2015 年 10 月 1 日。
- 行政院消費者保護處新聞稿，「『網路交易安全，消費購物安心』」－2017 年 315 世

界消費者日活動起跑」，2017年3月15日。

財團法人中華民國消費者文教基金會新聞稿，「消基會與日本國民生活中心簽訂『跨境消費爭議』合作備忘錄」，2017年1月15日。

《消費者保護研究》
第 22 輯，頁 97-138

我國商品安全責任與監理機制初探 —以消費者保護法之「回收」規範為中心

彭文暉*

摘要

現代社會之經濟發展趨勢，企業經營者提供之商品多採工業化模式大量產製銷售，加以科技進步日新月異，商品之種類、機能、效用及品質日趨複雜多樣，消費者面臨之商品危害風險亦隨之增加。鑒於商品產銷關係錯綜複雜，我國商品安全責任規範體系又採民法與消費者保護法交錯規範之雙軌制，本文乃就學理與實務見解，研析商品製造人責任與商品責任之概念及其規範對象、保護對象、責任（義務）事由與性質，並以消費者保護法所定企業經營者之自主回收及主管機關之命令回收規範為中心，說明我國之商品安全監督管理規範與機制，進而針對相關回收義務所涉法律關係與規範體制有關問題進行探討，俾供相關主管機關作為規範檢討及監理執行之參考。

關鍵詞：商品安全、製造人責任、侵權行為、商品回收、消費者保護

* 作者現任行政院消費者保護處諮議。

壹、前言

現代社會之經濟發展趨勢，企業經營者提供之商品多採工業化模式大量產製銷售，加以科技進步日新月異，商品之種類、機能、效用及品質日趨複雜多樣，消費者面臨之商品危害風險亦隨之增加。

回顧已往，自1978年中部地區發生「多氯聯苯食用油」中毒事件、鎘米事件等食品安全問題以來，陸續又有含過量黃麴毒素之米酒、工業用酪素調製之嬰兒奶粉、以工業用塑化劑充作食品添加物「起雲劑」，乃至三聚氰胺毒奶粉、含超標殺蟲劑手搖茶飲及餿水油等重大食安事件，食品之安全性問題已然成為我國消費安全事件之大宗。此外，汽車產品亦經常因各種情形，如三菱汽車油耗造假、福斯汽車排氣造假或豐田汽車之安全帶問題等，陸續發生召回事件。事實上，除上述之食品及汽車商品外，各式各樣不同型態之商品因涉及安全性疑慮而發生之商品回收或召回事件一直層出不窮，識者可由經濟部標準檢驗局「商品安全資訊網」公布之相關資訊中得見其事例。

由於商品產銷關係錯綜複雜，生產體系中之參與者，除生產業者外，可能還有商品設計者、原料供應者、零件製造者、半成品製造者等；銷售體系之參與者，除零售商外，可能還有製造商、大盤商、中盤商、經銷商、修理商及服務業者等，已形成一個緊密連鎖之複雜產銷體系¹。因此，關於商品安全之相關責任及其監督管理問題，允宜從生產乃至銷售等有關層面進行觀察及探討。

貳、商品安全責任

一、相關法律規範

所謂商品安全責任，係指商品因其安全性之欠缺（瑕疵或缺陷）導致他人（消費者或第三人）權益遭受損害時，依法律規定所應負擔之相關責任。

¹ 參閱朱柏松（1991），商品製造人侵權行為責任法之比較研究，頁13-14。

一般而言，商品安全之法律責任，就其責任之性質與內容，可區分為「契約責任」與「侵權行為責任」，前者係針對消費者或第三人與商品製造者或供應者間之契約關係及具體內容，適用民法有關規定；後者則不以契約關係為基礎，而適用民法第 184 條、第 191 條之 1 及消費者保護法（下稱消保法）第 7 條至第 10 條之 1 等有關規定。

消費者或第三人與商品製造人或供應者間之契約關係，通常須視契約之具體內容判斷所涉及之個別法律關係，例如買賣、租賃、借貸、承攬、委任等不同性質的債之關係。不過，最常見且主要者，仍屬買賣契約關係，且民法第 347 條規定：「本節規定，於買賣契約以外之有償契約準用之。但為其契約性質所不許者，不在此限。」故有關商品安全之契約責任問題，本文乃以民法之買賣契約關係作為主要之論述基礎。

（一）契約責任

1. 物之瑕疵擔保

（1）瑕疵擔保責任之涵義

依民法第 345 條規定，買賣契約係指當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。另依同法第 373 條規定，除契約另有訂定外，買賣標之物之利益及危險，自交付時起均由買受人承受負擔。

買賣契約之瑕疵擔保責任，係指出賣人就買賣標之物（權利）本身之瑕疵所應負之法定責任。而所謂物之瑕疵，乃指出賣人交付之標之物不符債之本旨²。至於買賣契約中物之瑕疵擔保責任內涵，參酌民法第 354 條所定「物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第 373 條之規定危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵。出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質。」可知買賣契約所涉物之瑕疵擔保責任，包括價值瑕疵之擔保、效用瑕疵之擔保及品質瑕疵之擔保等三種。

前開所稱價值瑕疵之擔保，係指出賣人應擔保其物無滅失或減少其價值之瑕疵，尤指其交換價值之瑕疵，例如買賣標之物包裝（外觀）欠佳或破損，

²邱聰智（2008），新訂債法各論（上），初版 2 刷，頁 91，台北：自刊。

交易上之再移轉價值因而貶值；效用瑕疵之擔保，係指出賣人應擔保其物無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵，尤指其使用價值而言。所謂通常效用，乃指該物在一般交易觀念上應有之效用；而預定效用，則指該物在一般交易觀念上未必有此效用，但當事人特以契約預定其有此效用。至於品質瑕疵之擔保，僅適用於出賣人就物之品質為一定之保證，即當事人間約定買賣標的物應具有一定品質，出賣人並對標的物所欠缺之一定品質負擔保責任。

(2) 瑕疵擔保責任之效力

原則上，物之瑕疵擔保責任之成立，須符合物之瑕疵存在，物之瑕疵於危險移轉時存在，買受人善意且無重大過失，以及買受人對受領之物已盡檢查通知義務等要件³。就客觀上言，物之瑕疵須於危險移轉時存在，出賣人始就該物之瑕疵負其擔保責任；若瑕疵在危險移轉後出現，則出賣人對該瑕疵無須負擔保之責。就主觀上言，買受人不知物有瑕疵或非因重大過失而不知物有瑕疵；買受人並須依民法第 356 條所定「買受人應按物之性質，依通常程序從速檢查其所受領之物。如發見有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時，應即通知出賣人。買受人怠於為前項之通知者，除依通常之檢查不能發見之瑕疵外，視為承認其所受領之物。不能即知之瑕疵，至日後發見者，應即通知出賣人，怠於為通知者，視為承認其所受領之物。」對受領之物為檢查通知；若買受人違反上開檢查通知義務，出賣人即不負物之瑕疵擔保責任，買受人將喪失其瑕疵擔保請求權。

企業經營者與消費者間成立商品買賣契約，該買賣標的之商品如欠缺安全性而有危害消費者安全與健康之虞，一般而言將減低或喪失其交換價值，亦可能滅失或減少其通常效用或契約預定效用，應可認屬價值瑕疵擔保責任及效用瑕疵擔保責任中之瑕疵，企業經營者因此須負物之瑕疵擔保責任。當出賣人特別強調該商品之一定安全性時，其欠缺所保證之安全品質時，應可認屬品質保證之瑕疵，企業經營者並應負物之瑕疵擔保責任。惟買賣標的之商品如欠缺警告標示及危險緊急處理方法之附載，因非屬商品本質上危險之瑕疵，對其價值、效用與品質亦無影響，難謂有所謂物之瑕疵擔保責任。

³ 邱聰智（2008），前揭註 2，頁 110。

關於商品欠缺安全性所生之瑕疵擔保效力，民法第 359 條明定：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。」因此，原則上商品買受人得向出賣人主張解除契約或請求減少價金。但解除契約有顯失公平之情形時，買受人則僅能請求減少商品之買賣價金。若買賣之標的物僅指定種類，依民法第 364 條「買賣之物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。出賣人就前項另行交付之物，仍負擔保責任。」之規定，就種類物之買賣契約關係言，當標的物有瑕疵時，買受人得請求出賣人另行交付無瑕疵之標的物。針對商品欠缺出賣人所保證之品質，民法第 360 條另規定：「買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償；出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同。」因此，商品如欠缺出賣人所保證之一定安全品質，買受人除得解除契約或請求減少價金外，亦得向出賣人請求不履行之損害賠償。又出賣人若有故意不告知物之瑕疵情事，買受人亦得主張上開損害賠償請求權利。此「不履行之損害賠償」應屬民法不完全給付之概念範疇，依民法第 227 條「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」之規定，買受人自得請求損害賠償，且因其性質屬債務不履行之損害賠償，而得依民法第 216 條規定定其賠償範圍⁴。

2. 債務不履行

(1) 債務不履行之涵義

所謂債務不履行，係指債務人未依債之本旨履行債務。關於契約上應依法履行之債務，可分為主給付義務、從給付義務及附隨義務三種。

主給付義務，係指債之關係上，固有、必備，並用以決定債之關係類型之基本義務⁵。就買賣契約之出賣人而言，其主給付義務為給付買賣標的物與買受人。主給付義務得以訴為請求，並得構成民法第 264 條及第 265 條之

⁴ 劉春堂（2003），民法債編各論（上），三民書局有限公司，頁 72～73。

⁵ 王澤鑑（2012），債法原理：基本理論債之發生，增訂 3 版，頁 39，自刊。

對待給付義務。若因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之主給付一部或全部不能者，他方得免對待給付。又主給付不能、遲延或不完全給付係肇因於可歸責債務人之事由者，債權人得依民法第 226 條、第 227 條、第 231 條、第 254 條和第 256 條等規定向債務人請求損害賠償或解除契約。

從給付義務，乃基於法律規定、當事人約定或誠實信用原則及補充之契約解釋所生之契約義務。從給付義務之功能，係補助主給付義務，確保債權人之利益獲得最大滿足。從給付義務亦得以訴請求之，其與主給付義務不同者，在於與他方之給付可否依對待給付關係而主張同時履行抗辯，應視從給付義務就契約目的之達成是否必要而定。該認定標準亦適用於債務人之從給付義務有給付不能、遲延或不完全給付情形時，債權人得否主張解除契約⁶。

附隨義務，係隨著債之關係發展，於個別情況要求當事人一方之作為或不作為，以維護相對人利益之契約義務。附隨義務，其與給付有關連者，旨在促進主給付義務之實現，使債權人之給付利益獲得最大可能之滿足，具有輔助性；其與給付無關連者，乃在維護他方當事人之身分或財產上利益不因債務之履行而受侵害，具有保護性⁷。上開具保護性之附隨義務，性質上與侵權行為法之社會安全義務相當，係由債之關係當事人，依誠實信用原則善盡其必要注意義務，以保護相對人權益⁸。

(2) 不完全給付

關於契約債務之不履行，民法上可分為給付不能、給付遲延及不完全給付等三種類型。所謂債務不履行之不完全給付，民法第 227 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」上開不完全「給付」之內涵，除主給付義務外，解釋上亦應包括從給付義務，且依學說見解，因可歸責於債務人之事由，違反契約之附隨義務致債權人受有損害時，債權人得依不完全給付規定請求損害賠償⁹。關於不完全給付責任之成立要件，通說認須符合債務人已為給付；債務人未依債

⁶ 王澤鑑（2012），前揭註 5，頁 40～41。

⁷ 王澤鑑（2012），前揭註 5，頁 43～44。

⁸ 王澤鑑（2012），前揭註 5，頁 45。

⁹ 王澤鑑（2012），前揭註 5，頁 46。

之本旨而為給付（一般分為瑕疵給付與加害給付，前者除指給付本身有瑕疵（如數量，品質，給付之方法、地點及時間）外，尚包括違反誠實信用原則而未履行附隨義務之情形；後者則指因債務人之瑕疵給付，使債權人受有瑕疵以外之其他損害（固有利益損害）¹⁰）；不完全給付可歸責於債務人等。至不完全給付之法律效力，則應視該不完全給付能否補正，而分別類推適用給付不能或給付遲延之規定¹¹，法院實務亦採相同見解¹²。

就特定物之買賣關係言，買受人於危險負擔移轉後，應僅得主張物之瑕疵擔保責任；惟於危險負擔移轉前，出賣人所負物之瑕疵擔保責任，則有「履行說」與「擔保說」之不同見解。前者認為特定物之出賣人仍有給付無瑕疵之物之義務，出賣人違反該項義務時，買受人得主張債務不履行之損害賠償責任；後者則認為特定物之出賣人並無給付無瑕疵之物之義務，僅於交付標的物後應負瑕疵擔保責任¹³。司法實務見解亦認物之瑕疵係契約成立後發生且可歸責於出賣人者，出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任¹⁴。

企業經營者與消費者間成立商品買賣契約，該買賣標的之商品如欠缺安全性而有危害消費者安全與健康之虞，應係未依債之本旨履行債務，違反其主給付義務而為不完全給付。買賣標的之商品如欠缺警告標示及危險緊急處理方法之附載，則係違反相關說明之附隨義務，如具可歸責事由，消費者得依債務不履行相關規定請求損害賠償。

（二）侵權行為

侵權行為之法律責任，係指因行為不法，致侵害他人權利，而應負損害賠償之責任。就民法相關規範言，侵權行為之類型，可分為一般侵權行為與特殊侵權行為二種。前者指民法第 184 條規定；後者則係民法第 191 條之 1 及消保法第 7 條至第 10 條之 1 等有關規定。

¹⁰ 姚志明（2009），民事法理論與判決研究（一）—不完全給付與瑕疵擔保責任，元照出版有限公司，頁 220~221。

¹¹ 姚志明（2009），前揭註 10，頁 222~223。

¹² 參最高法院 84 年度台上字第 2143 號判決、最高法院 88 年度台上字第 1624 號判決。

¹³ 詹森林（2003），民事法理與判決研究（二），元照出版有限公司，頁 102~107。

¹⁴ 參最高法院 77 年 4 月 19 號決議（一）；最高法院 89 年台上字第 1597 號判決。

關於一般侵權行為與特殊侵權行為之適用關係，學者以特殊侵權行為之規定多在「減輕」其要件以保護被害人，衡諸法律規範目的與其所定要件，原則上不具「特別法排除普通法」之效力，得成立請求權競合之關係¹⁵。依此，受害人得視具體情形選擇主張一般侵權行為責任或特殊侵權行為責任。

1. 一般侵權行為

民法第 184 條規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」依此，一般侵權行為之類型可分為三種，一為因故意或過失，不法侵害他人之權利；二為故意以違背善良風俗之方法，加損害於他人；三為違反以保護他人為目的之法律，致生損害於他人。至其賠償責任之成立，原則上須有侵害他人之行為、受侵害法益為他人之權利或利益（如人格權、身分權、物權及智慧財產權等性質上屬於絕對權者¹⁶）及行為須屬不法（所謂不法，除違反禁止或命令，如上開規定第 1 項前段所稱「不法」及第 2 項「違反保護他人之法律」，廣義上亦包括第 1 項後段「故意背於善良風俗方法」¹⁷），並須具有故意或過失之可歸責性。

2. 特殊侵權行為：

(1) 民法第 191 條之 1

關於商品製造人之責任，民法第 191 條之 1 規定：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。前項所稱商品製造人，謂商品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者，視為商品製造人。商品之生產、製造或加工、設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有欠缺。商品輸入業者，應與商品製造人負同一之責任。」參閱民法債編修正研議之相關討論，多數說見解認為本條

¹⁵ 王澤鑑（2008），侵權行為法，自版，頁 435。

¹⁶ 王澤鑑（2008），前揭註 15，頁 119。

¹⁷ 王澤鑑（2008），前揭註 15，頁 276~278。

規定應屬特殊侵權行為責任¹⁸。依此，商品製造人就其商品安全性欠缺之不法行為所致他人之損害，應負本條規定之特殊侵權行為損害賠償責任。

(2)消保法第 7 條至第 10 條之 1 有關規定

為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質¹⁹，關於製造者之商品安全責任，消保法第 7 條規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」

關於經銷者之商品安全責任，消保法第 8 條規定：「從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任。但其對於損害之防免已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，不在此限。前項之企業經營者，改裝、分裝商品或變更服務內容者，視為第 7 條之企業經營者。」

關於輸入者之商品安全責任，消保法第 9 條規定：「輸入商品或服務之企業經營者，視為該商品之設計、生產、製造者或服務之提供者，負本法第 7 條之製造者責任。」

除損害賠償之責任規定外，企業經營者亦負有防止危害發生之商品回收義務，消保法第 10 條規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示，並附載危險之緊急處理方法者，準用前項規定。」依此，商品事實上有危害消費者生命、身體、健康或財產之可能或未為必要之警告標示時，企業經營者應負回收該批商品之義務。

¹⁸ 民法研究修正委員會第 122 次、124、136 次會議紀錄，民法研究修正實錄—債編部分（一），211 頁以下。

¹⁹ 參消保法第 1 條。

二、商品責任與商品製造人責任

(一) 概念說明

所謂商品安全責任，係指商品因欠缺安全性所發生之法律責任。關於商品欠缺安全性，所致消費者或第三人之權益受有損害，應由何人負擔賠償責任之問題，學說用語不一，有稱為商品責任²⁰、商品製造人責任²¹、產品責任²²或貨物製造者之責任²³等。

上述學說用語之差異，除因法律用詞所定，或可從所指涉責任歸屬對象之不同予以理解，如前開所稱「商品（貨物）製造人責任」者，殆以生產者、製造者等責任主體作為歸責因素；另稱「商（產）品責任」者，乃著重於責任客體，亦即商品本身之危險性，而以欠缺合理期待之安全性為其歸責因素²⁴。

(二) 民法與消保法有關規定之比較

依前開所述商品安全責任之歸責因素差異分析，民法第191條之1規定應屬「商品製造人責任」，消保法第7條至第10條之1等有關規定則屬「商品責任」。

1. 責任對象

(1) 主體

依民法第191條之1規定，應負推定過失責任者係商品製造人（包括商品之生產、製造、加工及設計者）、準製造人（在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者）及商品輸入業者。經銷業者因無明文規範，所負應為一般侵權行為責任。

依消保法第7條至第9條規定，應負無過失責任者係從事設計、生產、製造商品之企業經營者，輸入商品之企業經營者（視為該商品之設計、生產、

²⁰ 邱聰智（2003），新訂民法債篇通則（上），頁224-230。

²¹ 王澤鑑（1983），商品製作人責任，民法學說與判例研究（一），頁357-368；朱柏松（1991），前揭註1，頁1。

²² 王澤鑑（1986），產品責任現況之檢討及其發展趨勢，商品製作人責任，民法學說與判例研究（三），頁173-196；黃立（1991），論產品責任，政大法學評論，第43期，頁173。

²³ 曾世雄（1986），損害賠償法原理，頁184。

²⁴ 謝哲勝（2012），現行商品責任規範的檢討，臺北大學法學論叢，第87期，頁64。

製造者)，從事經銷之企業經營者，改裝²⁵、分裝商品者（視為第 7 條之企業經營者）；一般從事經銷之企業經營者，則依消保法第 8 條負推定過失責任。惟準製造人之責任並無明文規定。

(2)客體

民法第 191 條之 1 規定之責任客體為商品，其概念範圍應與民法「物」之概念一致²⁶，包括動產及不動產。

消保法有關規定之責任客體亦係「商品」，惟依消保法施行細則第 4 條規定，該法第 7 條所稱商品，指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。又參酌上開細則條文之立法理由，農、林、漁、牧產品因與消費者生活息息相關，為確保消費者權益，從事農、林、漁、牧之企業經營者所提供之農、林、漁、牧產品，仍有消保法之適用。

2. 保護對象

(1)主體

民法第 191 條之 1 第 1 項前段規定：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。」是其所保護之對象「他人」應包括任何人。

消保法第 7 條第 3 項規定：「企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。」是其所保護之主體應包括「消費者」與「第三人」。學說及實務認為「消費者」指依消費目的而為交易、使用商品之人，「第三人」則指製造者可預見因商品不具安全性而受侵害之人²⁷。惟有學者主張基於消保法為侵權責任法，性質上又屬危險責任，當代市民社會中之消費者與第三人皆可能為受害人，自應同受保護，故無加以區別之必要²⁸。另合理可期待之客觀判斷標準已廣泛運用於商品安全性之標準上，應不致發

²⁵ 依消保法施行細則第 8 條規定，所稱改裝係指變更、減少或增加商品原設計、生產或製造之內容或包裝。

²⁶ 郭麗珍（2017），商品責任與商品製造人責任規範之整合，法令月刊 68 卷 6 期，頁 35。

²⁷ 王澤鑑（2009），產品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究（八），頁 258；最高法院 88 年度台上字第 2842 號民事裁定。

²⁸ 參詹森林（2006），「消保法商品責任之消費者與第三人」，民事法理與判決研究（四），自版，頁 40-41；謝哲勝（2012），前揭註 24，頁 105-106。

生浮濫情形，是「第三人」之範圍應不受限制²⁹。

(2)客體（法益）

民法第191條之1第1項前段規定：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。」基於侵權行為法所保護之法益以權利為主，是其保護範圍應係「權利」³⁰。

消保法第7條第2項規定：「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。」是其保護客體明定為「生命、身體、健康、財產」，即所保護之法益為消費者或第三人之「生命權、身體權、健康權」與「財產權」。上開「財產權」之範圍，多數學者認為應限於所有權，而不及於其純粹經濟上損失³¹。

不過，民法第191條之1與消保法第7條第2項規定所保護之法益是否僅限「權利」而不及於商品自傷或純粹經濟上損失，學說見解向有爭議。惟學者多認契約法旨在經由利益交換，使個人財富最大化，藉以保護履行利益；侵權行為法則在維持個人財富之現狀，經由填補損害以保護固有權益。由是，商品自傷或純粹經濟上損失，應屬瑕疵擔保責任或債務不履行問題，宜由契約法規範；民法第191條之1與消保法第7條第2項規定既屬侵權行為規範，原則上不應將其納入保護，否則相關責任規範可能有輕重失衡之情形³²。

3. 歸責事由

民法第191條之1第1項規定：「商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。」第3項規定：「商品之生產、製造或加工、設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有欠缺。」是對於商品安全性之欠缺，係就商品之生產、製造或加工、設計及指示說明等不同階段為判斷。學理上並就上開商品安全性之欠缺，區分為設計

²⁹ 郭麗珍（2017），前揭註26，頁46。

³⁰ 郭麗珍（2017），前揭註26，頁36。

³¹ 郭麗珍（2017），前揭註26，頁36。

³² 王澤鑑（2009），前揭註27，頁266-267、269、272；朱柏松（1999），消費者保護法論，增訂版，頁110，台北：自刊；詹森林（2003），消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，民事法理與判決研究（三），頁198，台北：元照。

上欠缺、製造上欠缺、指示上欠缺、發展上欠缺及產品後續觀察上欠缺等類型³³。

消保法第7條第1項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」³⁴查92年1月22日修正公布之上開條文修正理由謂：「第1項所稱『安全或衛生上之危險』，應係指商品或服務欠缺安全性，而所謂『欠缺安全性』，指商品於流通進入市場時或服務於提供時，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性而言，爰參考歐體指令第6條並將本法施行細則第5條第1項及第2項規定修正予以納入。」可知現行規定有別以往係依設計、生產、製造、指示說明、發展及後續觀察等階段，將商品製造人之商品欠缺安全性責任予以類型化，而改採客觀典型之商品安全概念，將商品之瑕疵，統一定義為不符合「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」³⁵，使歸責事由直接以商品之瑕疵為依據，而非製造人之違反必要注意義務；並可作為「善良管理人注意」之類型化標準，有助於「過失」之客觀化³⁶。另依消保法施行細則第5條規定，所稱商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，應就商品或服務之標示說明、商品或服務可期待之合理使用或接受及商品或服務流通進入市場或提供之時期等情事為認定。

4. 責任屬性

民法第191條之1之責任屬性，係以商品製造人主觀上對於商品之生產、製造或加工、設計及對於損害之發生是否已盡相當之注意義務為其歸責事由。惟依其但書規定，商品製造人得以已盡相當程度之注意義務及被害人所受損害與商品安全欠缺間不具因果關係而主張免責，應可認屬舉證責任轉換之推定過失責任，即所謂中間責任³⁷。

³³ 郭麗珍（2017），前揭註26，頁35。

³⁴ 83年1月11日公布之消保法第7條第1項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者應確保其提供之商品或服務，無安全或衛生上之危險。」

³⁵ 郭麗珍（2017），前揭註26，頁35。

³⁶ 郭麗珍（2017），前揭註26，頁44-46。

³⁷ 民法第191條之1修正理由略謂：「商品製造人之責任，宜採侵權行為說。對其商品所生之損害，應負賠償責任，以保護消費者之利益。欲免除其責任須證明對商品之生產、製造（包括設計）、加工，並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或防止損害之發生，已盡相當之注意。商品之經過品質管制或已送政府機關檢驗合格，不能謂為已盡防止損害發生之注意，不得以此免責。商品製造人於此係負中間責任。增訂第一項。」

依消保法第 7 條之規定，企業經營者對於商品之安全性欠缺應負無過失之損害賠償責任。有學者認為消保法之商品責任，係為因應現代一貫作業生產模式下，侵權行為責任或契約責任均無法解決製造人無過失而危險卻由受害消費者單獨承受之不合理問題，而認消保法之商品責任乃自成一類之法定無過失責任³⁸。基於上開無過失責任之特性，學者多認為消保法之商品責任應屬危險責任³⁹，且該規定使製造危險者，對於危險造成之損害，不論有無過失均應負賠償責任，亦符合危險責任之定義⁴⁰。相較於民法重視行為人主觀上注意義務程度，消保法著重行為人製造之客觀危險源，學者認為前者旨在規範不法之行為，後者則係分配不幸之損害⁴¹。

（三）民法與消保法之適用關係

1. 民法第 191 條之 1 與消保法第 7 條之適用關係，學說見解如下：

(1) 消保法優先適用說：

認為消保法為民法之特別法，故應依特別法優先於普通法之原則為適用。換言之，如商品責任事件同時符合消保法與民法之成立要件時，應僅適用消保法而排除民法之適用。即消保法第 7 條乃民法第 191 條之 1 之特別規定，當有消保法規定之適用時，依法條競合原則應不得再主張適用民法第 191 條之 1 規定⁴²。

(2) 消保法優先適用；消保法未規定者，適用民法：

認為如有消費關係存在，且所侵害之法益為生命、身體、健康或財產等權利時，應優先適用消保法第 7 條；其他情形則適用民法⁴³。

(3) 請求權自由競合說：

³⁸ 參閱黃立（2003），我國消費者保護法之商品與服務責任（三），月旦法學教室，第 13 期，頁 81。

³⁹ 參閱邱聰智，危險責任與民法修正，民法研究（一），頁 25；馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊（1995），消費者保護法解讀，月旦出版社股份有限公司，頁 43。

⁴⁰ 謝哲勝，前揭註 24，頁 68。

⁴¹ 王澤鑑（2008），前揭註 15，頁 720。

⁴² 參閱林誠二（2002），商品製造人責任之法律適用—以洗臉盆爆炸案為中心，頁 50，台灣本土法學雜誌，第 41 期。

⁴³ 參閱姚志明（2003），論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析，侵權行為法研究（一），元照出版，頁 134-135。

認為消保法第 7 條與民法第 191 條之 1 之規定，其構成要件與法律效果仍各有不同，為使被害人自行選擇其請求權之機會，二規定間應屬請求權自由競合之關係。縱認具有一般規定與特別規定之性質，因特別規定並非當然排除一般規定之適用，而應就其適用後之法律效果是否互斥而定，其既均屬被害人對商品製造人主張損害賠償責任之規定，適用上並無互斥現象，故屬請求權之競合關係⁴⁴。

2. 鑒於消保法第 7 條與民法第 191 條之 1 之所定構成要件及法律效果均有不同，並考量消費者之自主選擇權益，本文認為以採請求權自由競合說之見解較妥。

三、消保法第 10 條之商品「回收」義務

(一) 概念說明

所謂商品「回收」，參諸相關外國法例一般係指將確定或有安全之虞之商品從市場上除去，必要時並包括已歸屬於消費者所有之商品，亦即任何從流通市場上將欠缺安全性之商品除去之行為，均屬之。惟關於企業經營者，就其設計、生產、製造、銷售或進口之商品因有危害消費者安全與健康之虞，而將該商品自流通市場中除去之措施，消保法與其他有關法令之規範用語似未盡一致。按消保法第 10 條第 1 項「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。」之用語係「回收」；其他如商品檢驗法第 63 條之 1 規定，食品安全衛生管理法第 7 條第 4 項、第 51 條第 1 款及第 52 條規定，藥事法第 80 條規定，農產品生產及驗證管理法第 14 條規定及菸酒管理法第 41 條規定等，亦同。惟公路法第 63 條之 1 條第 1 項、第 2 項之規定則使用「召回」一詞。

針對「回收」與「召回」之用語差異，論者有認為二者係不同之概念，前者乃企業經營者因外力強制而取回商品，後者則係企業經營者主動取回商品，主管機關與企業經營者之地位與職責因此有所不同⁴⁵；或認為「回收」乃針對企業經

⁴⁴ 參閱邱聰智（2003），前揭註 20，頁 262；曾品傑（2007），論消費者健康與人身安全保障暨其界線，財產法理與判決研究（一），自版，頁 60。

⁴⁵ 參呂翊丞（2006），汽車產品責任及召回制度之研究，頁 106-107，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

營者徹底將商品排除於市場之情況，即取回商品後不再就商品進行維修或補強以返還消費者；「召回」則包含企業經營者自市場中取回存有安全與健康疑慮商品之一切措施，如取回後銷毀後退款、取回後更換商品、取回後維修補強商品等，其意涵較廣⁴⁶。經濟部標準檢驗局則認為「商品回收」係指將事故商品由市場（如通路、賣場）上收回，以進行檢修或為其他必要的矯正措施；而「商品召回」係指將事故商品由消費者手中收回，以進行檢修或為其他必要的矯正措施⁴⁷。本文以為參酌消保法第 10 條第 1 項但書「但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。」及第 36 條「直轄市或縣（市）政府……應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採取其他必要措施。」所定內容，並衡酌商品責任中預防損害發生義務之法理，消保法第 10 條第 1 項本文「回收」之涵義，似指企業經營者所為除去危害之必要處理（例如限期改善、商品下架、改善警告標示等）外，自主取回欠缺安全性商品使之脫離市場之行為；其他相關法律所定「召回」之用語，則宜就其規範目的、內容及性質理解其義，似難一概而論或逕為統一之解釋。

（二）法理基礎

1. 交易安全注意義務

關於民法第 191 條之 1 之商品製造人責任，德國民法在學理及實務上已發展出商品製造人之交易安全注意義務，該交易安全注意義務理論，乃類推適用德國民法第 836 條規定而來⁴⁸。所謂「交易安全注意義務」，係指任何人均有避免使他人於交易上須注意之權益遭受危險之照顧保護義務⁴⁹，其精神在於行為人就所開創或持續之危險源，負有預防損害發生之義務。商品製造人製造商品係開創或持續一定危險源，就所製造並使之流通進入市場之商品，自應對民眾負交易安全之

⁴⁶ 蔡佳蓁（2016），商品召回之研究—論消費者保護法第十條，頁 119，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁴⁷ 參經濟部標準檢驗局商品安全資訊網：消費者 Q&A（最後瀏覽時間 106 年 10 月 10 日）（<http://safety.bsmi.gov.tw/wSite/ct?xItem=38797&ctNode=3594&mp=65>）

⁴⁸ 郭麗珍（2001），產品瑕疵與製造人行為之研究：客觀典型之產品瑕疵概念與產品安全注意義務，頁 80，台北：神州圖書。

⁴⁹ 郭麗珍（2001），前揭註 48，頁 75。

注意義務⁵⁰；如違反該交易安全注意義務，商品製造人對受有損害之人應負損害賠償責任。

行為人對於危險源之作為義務類型有二，一為使潛在受威脅之人可自行對危險採取因應措施之交易義務，如指示說明義務及警告義務；二為直接影響危險源之交易義務，如危險控制義務⁵¹。由是，交易安全注意義務得推衍出商品製造人之警示義務及危險控制義務。蓋商品之回收義務，性質上屬危險控制義務之一種，而危險控制義務又係交易安全注意義務之重要類型，故商品製造人之交易安全注意義務即應包括商品之回收義務。從而民法第 191 條之 1 之商品製造人責任，基於其交易安全注意義務，自應包括商品之回收義務⁵²。

此外，針對商品安全性欠缺之情形，商品製造人之交易安全注意義務另可分為商品之設計、製造、指示說明及後續觀察等四種類型之注意義務。其中商品後續觀察義務乃商品製造人於商品流通進入市場後仍應持續注意之防免危險發生之義務⁵³。基於危險發生之防免，商品製造人因而負有商品回收與警告等作為義務，可知商品回收義務與警告義務亦係由交易安全注意義務中之商品後續觀察義務所衍生。若商品設計、製造之瑕疵或指示說明之欠缺，於商品流通進入市場時未被發現，即有賴商品製造人之後續觀察，進而採取相關危險防免措施以避免造成損害。就侵權行為責任言，不論有無契約關係存在，商品製造人對於消費者皆負有交易安全注意義務，縱商品已移轉他人，其後續觀察義務亦不消滅⁵⁴。

2. 預防損害發生義務

民法第 191 條之 1 之商品製造人交易安全注意義務與消保法第 10 條之企業經營者回收商品義務，其規範目的雖皆為預防危險發生，避免造成他人損害，惟前者係推定過失之侵權行為責任，後者則係無過失之危險責任。又民法第 191 條之 1 之商品製造人侵權行為責任，乃因行為人違反相關注意義務而成立；消保法之商

⁵⁰ 郭麗珍（1997），產品製造人指示說明義務判決二則評釋，政大法學評論，57 期，頁 163。

⁵¹ Christian von Bar, Verkehrspflichten: Richterlich eGefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, 1980, S.92。轉引自郭麗珍（2001），同前揭註 46，頁 186。

⁵² 郭麗珍（2001），前揭註 48，頁 186-187。

⁵³ Detlef Koch, Produkthaftung zur Konkurrenz von Kaufrecht und Deliktsrecht, 1990, S.287。轉引自郭麗珍（2000），論產品之召回與警告責任，蘇永欽（等著），民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），頁 184，台北：元照。

⁵⁴ 郭麗珍（2001），前揭註 48，頁 111。

品危險責任，則因商品欠缺安全性而成立，二者所據法理並不相同。參酌德國民法與德國產品責任法之規範實務，消保法商品責任之判斷時點為商品流通進入市場之時，而民法商品製造人責任之成立時點乃商品設計、生產、製造、指示等不同階段，二者所定責任成立條件亦有差異。從而民法侵權行為責任體系中植基於交易安全注意義務之商品後續觀察義務，學理上應不適用於消保法之商品責任體系⁵⁵。

另就消保法第 10 條之規範意旨言，企業經營者之商品回收處置，實屬防免危險發生之最後手段，即若無其他足以避免危害發生之可行作法，企業經營者即有回收商品之法定義務。故企業經營者依消保法第 10 條規定所負商品「回收」義務，應認係商品安全責任中有關預防損害發生義務之一種重要類型⁵⁶。

（三）規範內涵分析

1. 義務對象

（1）主體

消保法第 10 條第 1 項本文規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。」就文義解釋言，依同法第 2 條第 2 款規定，凡以設計、生產、製造、輸入、經銷商品為營業者，應均屬上開規定應負商品回收義務之企業經營者。

學者以本條規定並未區分其類型而課予不同義務，因此具體案例中各種類型之企業經營者皆負有消保法第 10 條所定義務⁵⁷。論者有謂商品之特性與企業經營者之回收義務具有相當程度之關聯性，且企業經營者掌控商品之能力亦受商品特性影響，因認得以商品特性作為商品類型化之標準，以具體化負有商品收回義務之責任主體；所涉商品則區分為進口品與國產品；國產品又依其組成方式，分為單一成份商品、混合成份商品、組裝商品及不動產，並針對不同特性之商品，界定應負商品收回義務之企業經營者⁵⁸。另有認為

⁵⁵ 郭麗珍（2001），前揭註 48，頁 183。

⁵⁶ 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 21。

⁵⁷ 朱柏松（1999），前揭註 32，頁 140。

⁵⁸ 吳宛亭（2013），企業經營者召回義務之研究，頁 46-56，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

商品設計、製造、生產之企業經營者對商品危險之發現及掌控具較高可能性，商品經銷商對流通進入市場之商品掌控能力最強，商品輸入業者則為商品流通進入市場之源頭，由其共同負商品回收義務應無不妥；至組成複雜之商品，解釋上則可由消費者根據商品之標示及外觀，辨認該商品設計、製造、生產之企業經營者⁵⁹。本文則認為基於商品責任之法理及侵權行為責任之性質，消保法第 10 條所定回收欠缺安全性商品之目的既在預防損害發生，則該回收義務之主體理應為可合理期待其採取一定有效作為之企業經營者，即除法律另有特別規定外，負回收義務者應係消保法第 2 條第 2 款所定之企業經營者。

又消保法第 10 條並未如同法第 7 條、第 8 條明定企業經營者就消費者或第三人之損害賠償應負連帶責任，惟適用消保法第 10 條之結果，各類型企業經營者就其回收商品或採取其他預防損害發生措施亦生連帶負擔義務之效力⁶⁰。考量消保法之商品責任亦屬侵權行為責任之性質，本文以為消保法第 10 條回收義務既係商品責任中防免危害義務之重要類型，似亦可參酌民法第 185 條共同侵權行為責任之法理，認負回收義務之企業經營者應對消費者連帶負擔回收商品之義務。

(2)客體

按消保法施行細則第 4 條僅就消保法第 7 條所稱「商品」定義為：「指交易客體之不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件。」就規範目的及其體系架構言，消保法第 10 條第 1 項所稱「商品」之涵義，亦宜與消保法第 7 條規定為一致性解釋，避免其商品責任屬性有所割裂，導致適用上發生矛盾或衝突之情形。

2. 義務事由

(1)第 10 條第 1 項

消保法第 10 條第 1 項規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。」依此，企業經營者應負商品回收義務之事由原則上係「有事實足認企業經營者提供之商

⁵⁹ 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 130。

⁶⁰ 朱柏松（1999），前揭註 32，頁 140。

品有危害消費者安全與健康之虞」就消保法之商品責任體系言，本條項之規範內涵及與同法第 7 條第 1 項「於提供商品流通進入市場應確保該商品符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」之適用關係為何，似有說明與釐清之必要。

學者有認企業經營者所負回收或排除危險義務，乃依各該階段之科學、技術或專業水準，發現商品有該當於消保法第 7 條第 1 項所定危險之情形⁶¹。另有論者認為消保法第 10 條第 1 項之危險性內涵，除應以是否具有同法第 7 條第 1 項所定安全性欠缺之情形為斷外，消保法第 10 條第 1 項規範之商品安全性並具有繼續性之概念，成立回收義務之危險事實亦須具有「相當性」，避免義務之發動過於輕率⁶²。基於消保法商品責任規範之一體性與客觀化之危險責任屬性，本文亦認消保法第 10 條第 1 項所定「有事實足認商品有危害消費者安全與健康之虞」可採消保法第 7 條第 1 項「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」之客觀性標準作為判斷基礎。惟消保法第 10 條屬預防損害發生之商品責任規範，其課予企業經營者防免商品有無危害消費者安全與健康之注意義務具有持續性，與消保法第 7 條第 1 項所定企業經營者於提供商品流通進入市場時應確保其符合一定安全性之責任成立時點並不相同。另鑒於消保法第 10 條之規範目的旨在預防損害發生，與消保法第 7 條之填補損害功能仍屬不同，故即便商品流通進入市場時已符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，日後如有事實足認有危害消費者安全與健康之虞，不論已否發生損害情事，企業經營者仍有依消保法第 10 條規定回收該批商品之義務⁶³。

(2)第 10 條第 2 項

消保法第 10 條第 2 項規定：「商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示，並附載危險之緊急處理方法者，準用前項規定。」依此，企業經營者應負商品回收義務之事由係「商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示並附載危險之緊急處理方法。」就消保法之商品責任體系言，本條項之規範內

⁶¹ 朱柏松（1999），前揭註 32，頁 137。

⁶² 吳宛亭（2013），前揭註 58，頁 86-88。

⁶³ 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 145-147。

涵及與同法第 7 條第 2 項「商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。」之適用關係為何，亦有釐清之必要。

學者有認消保法第 10 條第 2 項所適用者，應為商品進入市場時企業經營者未能認識其危險性，於商品進入市場後始有所知悉且該危險乃知悉當時之科技或專業水準無法排除之情形⁶⁴。論者有認為消保法第 7 條第 2 項之警示責任，依同條第 1 項規定係適用於商品流通進入市場之時；而同法第 10 條第 2 項之回收義務，則為商品流通進入市場之後，二者之啟動時點及義務並不相同⁶⁵。另有論者認為消保法第 7 條第 2 項之警示義務僅適用於商品流通進入市場之時，企業經營者所負責任為損害賠償；消保法第 10 條第 2 項則適用於商品流通進入市場之時及其後，企業經營者所負義務為除去危害與回收商品，二者在適用上並無衝突⁶⁶。基於商品安全注意義務之持續性及危害防免作為義務之必要性，本文亦認為商品自流通進入市場之時起，企業經營者即有消保法第 10 條第 2 項所定義務規範之適用。又關於商品標示之作為與不作為義務，企業經營者亦須遵守消保法第 24 條所定有關規範⁶⁷。

(3)第 10 條第 1 項與第 2 項之適用區別

消保法第 10 條第 1 項與第 2 項之適用關係，可從商品責任之「發展上欠缺」概念再作區別。所謂「發展上欠缺」包括「發展上危險」與「發展上漏洞」二種型態⁶⁸。前者係指依據商品流通進入市場時之科技或專業水準，經所有可能之檢查測試仍無法發現之危險；後者則係指依據商品流通進入市場時之科技或專業水準，已知悉商品具有危險性，惟無法以當時之科技水準加以除去之危險⁶⁹。

⁶⁴ 朱柏松（1999），前揭註 32，頁 131-132。

⁶⁵ 吳宛亭（2013），前揭註 58，頁 99-102。

⁶⁶ 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 150-151。

⁶⁷ 消保法第 24 條：「企業經營者應依商品標示法等法令為商品或服務之標示。輸入之商品或服務，應附中文標示及說明書，其內容不得較原產地之標示及說明書簡略。輸入之商品或服務在原產地附有警告標示者，準用前項之規定。」

⁶⁸ 張譯文（2012），論商品安全性欠缺，頁 119，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

⁶⁹ 許玉珊（2007），論我國消費者保護法上安全性欠缺，頁 56，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文。

學者認為消保法第 10 條第 1 項係適用於商品具有「發展上危險」之情況⁷⁰，同條第 2 項則適用於商品具有相當「發展上漏洞」之情況⁷¹。另有論者認為應就商品之危險是否為本質使然及為消費者廣泛知悉並接受進行區分。若商品之危險非屬本質使然，應適用第 10 條第 1 項規定；若屬本質使然且非消費者廣泛知悉之危險，而企業經營者未為警告標示，應適用消費者第 10 條第 2 項規定；若屬本質使然且為消費者廣泛知悉之危險，企業經營者不適用第 10 條所定義務規範⁷²。本文則認為商品流通進入市場後有「發展上危險」時，如非屬可容許之危險，似應適用第 10 條第 1 項規定；如屬可容許之危險，似有第 10 條第 2 項規定之適用。至商品流通進入市場後有相當於「發展上漏洞」之情形時，則應適用第 10 條第 2 項規定。

3. 保護對象

(1) 主體

消保法第 10 條第 1 項規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。」可知其保護主體係「消費者」。至所稱「消費」，依前行政院消費者保護委員會（84）台消保法字第 00351 號函，應指不再用於生產之情形下所為之最終消費。

按消保法所定商品責任，同法第 7 條明定其保護主體為「消費者」與「第三人」，然消保法第 10 條第 1 項卻僅規定為「消費者」，二者之保護主體概念及範圍是否確屬不同，非無疑義。查消保法第 7 條所定商品責任，學者以消保法為侵權行為責任法及危險責任之性質，消費者及第三人皆可能為受害人而認渠等應同受保護，基於立法目的及規範體系之一致性，消保法第 10 條第 1 項所稱「消費者」之涵義，似亦不宜僅限「最終消費」之情形，即其適用範圍可包括「一切因商品有消保法所定欠缺科技或專業水準可合理期待安全性，而受損害之任何人」⁷³。

⁷⁰ 朱柏松（1999），前揭註 32，頁 96。

⁷¹ 朱柏松（1999），前揭註 32，頁 133。

⁷² 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 156。

⁷³ 詹森林（2014），被害人濫用商品與企業經營者之消保法商品責任：最高法院 103 年度台上字第 244 號裁定之評釋，月旦民商法雜誌，第 45 期，頁 8。

除依法條文義及規範體系為目的性之擴張解釋外，基於消保法第 10 條之預防危險發生規範目的，若認該條第 1 項僅規定其保護主體為「消費者」而未明列「第三人」屬法律規範之漏洞，考量法理由未有相關說明，本文以為法理上似可類推適用消保法第 7 條規定，俾使「第三人」與「消費者」同受保護，以為填補。另消保法第 10 條第 2 項雖未明定其保護主體，基於規範目的及體系解釋之一致性，應認其保護對象亦包括「消費者」與「第三人」在內。

(2)客體（法益）

按消保法第 10 條第 1 項規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。」；第 2 項規定：「商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示，並附載危險之緊急處理方法者，準用前項規定。」是消保法第 10 條之保護客體（法益）如何認定似有疑義。

就規範目的及其文義解釋言，消保法第 10 條第 1 項所稱「消費者安全與健康」之「安全」一詞，概念上應包括「人身安全」與「財產安全」，前者之保護法益可涵蓋「生命、身體、健康」；後者之保護法益則係「財產」。查本條文第 1 項及第 2 項之規範內容，均係藉由企業經營者之回收商品義務，以達防免消費者權益損害之目的，基於條文架構及規範內容之合目的性及體系一致性之理解，並參考與其相似之消保法第 7 條規範架構及內容，本條文條第 1 項所稱「消費者安全與健康」，解釋上應可涵括或相當同條第 2 項所稱「消費者生命、身體、健康或財產」等法益。

按消保法第 10 條第 2 項所定「財產」法益之保護範圍是否涵蓋商品自傷或純粹經濟上損失，似尚乏學說及法院實務之明確見解。就契約法與侵權行為法之規範目的及功能言，學者多認為契約法旨在保護履行利益，侵權行為法則在保護固有權益。因此，商品自傷或純粹經濟上損失，性質上應透過契約法之瑕疵擔保或債務不履行責任加以規範，而不宜納入侵權行為之法益保護範圍。由是，消保法第 10 條之商品「回收」義務，既與消保法第 7 條同屬侵權行為法之商品危險責任規範體系，自宜為相同旨趣之理解。從而參照消保法第 7 條規定之相關說明，消保法第 10 條之保護客體（法益）應為消費者

或第三人之「生命權、身體權、健康權」與「財產權」；該「財產權」之範圍亦係指所有權，而不及於商品自傷或純粹經濟上損失。惟就責任屬性與規範法理而言，以商品製造人注意義務欠缺為規範基礎之民法侵權行為責任體系，與以商品安全性欠缺為規範基礎之消保法商品責任體系間仍存有相當差異，故商品自傷或純粹經濟上損失是否應納入消保法第 10 條之保護客體（法益）範圍，除尚有衡酌當事人間公平正義與社會公共利益之立法形成空間外，考量社會經濟發展及風險分配之需要，實務上似亦可就財產「所有權」之涵攝範圍及相關「侵害」型態為必要之調整或擴張，以適度衡平當事人間之利益與責任。

參、商品安全監理機制

一、概說

消保法為我國消費者權益保護之基本法，「促進國民消費生活安全」乃其明定之立法目的。為達成上述目的，該法第 3 條規定政府應實施「維護商品或服務之品質與安全衛生」及「防止商品或服務損害消費者之生命、身體、健康、財產或其他權益」措施，並應制定相關法律。

關於商品安全責任之法律規範，主要植基於侵權行為責任體系之商品責任與商品製造人責任，學理與實務上自社會安全與交易安全注意義務所衍生之預防損害發生義務，於消保法第 10 條及相關法律規範中已定有回收欠缺安全性商品之防免危害義務及措施。以下試就商品責任體系之回收義務規範，說明我國商品安全之監督管理有關機制。

二、商品安全監理模式

（一）前市場管理與後市場監督

關於商品安全之監督管理機制，各國採行之模式約可分為「前市場管理（Pre-market Approval）」與「後市場監督（Post-market Surveillance）」兩種機制，部分國家則僅採用後市場監督機制，如歐盟係採行由供應商宣告產品符合性聲明

(Supplier's Declaration of Conformity, SDoC)。

「前市場管理」著重商品上市前，由政府對輸入或國內產製運出廠場之列檢商品進行強制性檢驗；「後市場監督」則著重課以商品製造人較高自主性義務，由製造業者等依政府法令規定執行符合性評鑑，並自我宣告產品符合標準，以此加速產品之上市與流通，而政府則聚焦於產品上市後之階段，加強監督市場商品，降低其可能因不符合標準而造成危害的風險。目前先進國家（如歐盟、美國、加拿大等）針對消費性商品多採後市場監督管理模式，以減輕主管機關對於商品上市前後均須管理之行政負擔，使政府之監督能量集中於高風險商品，並降低廠商在商品出口時之時間與檢測成本⁷⁴。

（二）我國商品安全監理模式

目前商品之「前市場管理」，係由經濟部為主管機關，並依商品檢驗法（下稱商檢法）之規定，對於公告指定列入強制檢驗之「應施檢驗商品」（如電子類、電機類、機械類、化工類及玩具類等），要求應於上市前完成檢驗⁷⁵。

至商品之「後市場監督」，則由相關主管機關，依據消保法及有關法律規定，針對不合法規要求或有損害消費者生命、身體、健康或財產可能之商品，採取回收、改正等防免危害發生措施，以確保市場流通商品之安全性。鑒於消保法第 6 條規定，消費者保護事務之「主管機關」，在中央為目的事業主管機關；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。由是，一般消費性商品之安全監管，仍由經濟部為中央主管機關。除此之外，其他特定商品之中央主管機關，尚有內政部（建築材料、消防器材等）、財政部（菸、酒）、交通部（機動車輛及其零件）、衛生福利部（食品及其容器、藥品、化妝品、醫療器材等）、環境保護署（環境用藥、乾電池、廢電子電機設備等）、農業委員會（農林畜水產品、肥料、農藥等）、教育部（運動器材）及國家通訊傳播委員會（有線電話、行動電話等電信終端設備、電信管制射頻器材等）。

⁷⁴ 邱太銘（2016），我國市場監督及回收機制之研究，經濟部標準檢驗局委託研究，頁 1。

⁷⁵ 依商檢法第 5 條規定，檢驗方式分為「逐批檢驗」、「監視查驗」、「驗證登錄」及「符合性聲明」。

三、商品安全監理機制與規範

(一) 前市場管理

商品流通進入市場前之主要管理規範為商檢法，其立法目的為「促使商品符合安全、衛生、環保及其他技術法規或標準，保護消費者權益，促進經濟正常發展」(商檢法第 1 條)。針對商品安全之行政管理，該法係透過商品檢驗或驗證促使商品符合規定之技術標準，以確保商品上市前之安全性。

1. 監理對象：依商檢法第 8 條規定，因產製商品而受主管機關監理者係「報驗義務人」，所稱報驗義務人可依商品之產製地點分為三種類型：在國內產製時，為商品之產製者或輸出者。但委託他人產製，並以在國內有住所或營業所之委託者名義於國內銷售或輸出時，為委託者；在國外產製時，為商品輸入者。但委託他人輸入，並以在國內有住所或營業所之委託者名義於國內銷售時，為委託者；商品之產製者、輸出者、委託產製或委託輸出者不明或無法追查時，為銷售者。所稱產製者，包括組裝者及修改者在內。依此，主管機關之監理對象包括商品之產製者(含組裝者、修改者)、輸出者、委託產製者、委託輸出者及銷售者。
2. 監理客體：經濟部標準檢驗局公告指定列入強制檢驗之「應施檢驗商品」，包括電子類、電機類、機械類、化工類及玩具類等商品。
3. 監理權責：
 - (1)應施檢驗商品：商檢法第 6 條規定：「應施檢驗之商品，未符合檢驗規定者，不得運出廠場或輸出入。但經標準檢驗局認定危害風險性低之商品，不在此限。前項但書之商品，仍應於進入市場前符合檢驗規定。第 1 項但書危害風險性之認定準據、評估程序、分析運用及其他相關事項之準則，由主管機關定之。未符合檢驗規定之應施檢驗商品，銷售者不得陳列或銷售。」依此，由經濟部標準檢驗局公告為應施檢驗之商品，不論係國內製造或自國外進口，均須符合檢驗規定，才能進入市場銷售。未符合檢驗規定者，不得運出廠場或輸出入；經銷者亦不得陳列或銷售。
 - (2)自願性驗證商品：為補充強制性產品驗證之不足，兼顧扶植產業發展及保障消費者權益，另依商檢法第 14 條第 2 項規定，推動「自願性產品驗證制

度」⁷⁶；並依標準法第 11 條第 2 項規定，推動自願性「正字標記驗證制度」，廠商自願實施工廠品質管理並依國家標準（CNS）規定生產製造產品者，得申請正字標記。

(3)非應施檢驗商品：毋須在進入市場前接受檢驗，係由業者自主管理。

（二）後市場監督

1. 消保法：

(1)監理對象：依消保法第 33 條、第 36 條及第 37 條規定，應受主管機關行政監督之主體為「企業經營者」。基於消保法之商品責任規範體系，並參照消保法第 7 條、第 10 條之責任（義務）主體概念，應認其範圍包括消保法第 2 條第 2 款所稱以設計、生產、製造、輸入、經銷商品為營業者。

(2)監理客體：依消保法第 33 條、第 36 條及第 37 條規定，應受主管機關行政監督之客體為「商品」。基於消保法之商品責任規範體系，並參照消保法第 7 條、第 10 條之責任（義務）客體概念，應認其範圍包括消保法施行細則第 4 條所稱不動產或動產，包括最終產品、半成品、原料或零組件，以及農、林、漁、牧產品等。

(3)監理權責：

第 33 條第 1 項規定：「直轄市或縣（市）政府認為企業經營者提供之商品或服務有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞者，應即進行調查。於調查完成後，得公開其經過及結果。」依此，地方政府本其消費者權益保護事務權責，如發現流通市場之商品有欠缺安全性之虞，應即進行相關調查。若企業經營者規避、妨礙或拒絕主管機關之調查，依消保法第 57 條規定應處新臺幣（以下同）3 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，並得按次處罰。

第 36 條規定：「直轄市或縣（市）政府對於企業經營者提供之商品或服務，經第 33 條之調查，認為確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命其限期改善、回收或銷燬，必要時並得命企業經營者立即停止該商品之設計、生產、製造、加工、輸入、經銷或服務之提供，或採

⁷⁶ 開放申請之產品類別，包括深層海水包裝飲用水、深層海水產製食品、電氣產品、電氣產品零組件、數位電視機上盒、電機電子產品、車輛（汽車、機車）、車輛零組件、運動器材、機械產品等 30 餘項品目。

取其他必要措施。」依此，地方政府經調查後認為商品確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，基於其行政監督權責，對於企業經營者應採取命令限期改善或回收、銷燬商品等必要措施，以防止危害之發生或擴大。若企業經營者違反該等命令，依消保法第 58 條規定應處 6 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並得按次處罰。惟依消保法施行細則相關規定，地方政府所為命令回收等行政處分，應以「書面」方式為之（第 32 條）；除其他法令有特別規定外，該等行政處分之期間應依個案性質決定，惟最長不得超過 60 日（第 33 條）；企業經營者就該等行政處分之處理過程及結果，應函報主管機關備查（第 34 條）。

若商品「對消費者已發生重大損害或有發生重大損害之虞，而情況危急」者，除前述消保法第 36 條所定措施外，依消保法第 37 條規定，地方政府應即在大眾傳播媒體公告企業經營者之名稱、地址、商品、服務或為其他必要之處置，以預防損害之發生。此時，地方政府並得依消保法第 59 條規定，對企業經營者處 15 萬元以上 150 萬元以下之罰鍰。前述地方政府所為之調查及相關措施，依消保法第 38 條規定，中央目的事業主管機關認有必要時，亦得為之。

另企業經營者違反消保法規定，生產商品具有危害消費者生命、身體、健康之虞者，影響社會大眾經中央主管機關認定為情節重大者，依消保法第 60 條規定，中央主管機關或行政院得立即命令其停止營業，並儘速協請消費者保護團體以其名義，提起消費者損害賠償訴訟。

2. 商品檢驗法

(1) 監理對象：依商檢法第 8 條規定，應包括商品之產製者（含組裝者、修改者）、輸出入者、委託產製者、委託輸出入者及銷售者。

(2) 應施檢驗商品

① 監理權責

對於經公告指定列入強制檢驗之應施檢驗商品，標準檢驗局為確保商品符合商檢法之規定，得派員至一定場所檢查應施檢驗之商品是否符合法規規定，並得要求場所負責人和報驗義務人之協助（商檢法第 49 條）。標準檢驗局因執行檢查或其他情事，發現有違反商品檢驗法規定之虞者，應

立即進行調查（商檢法第 50 條）。受檢查、調查、檢驗或封存者，無正當理由，不得規避、妨礙或拒絕該檢查、調查（商檢法第 51 條第 2 項）。又標準檢驗局亦得自行或由消費者保護團體推薦遴聘義務監視員，協助舉發違規商品（商檢法第 52 條）。

依商檢法第 63 條規定，標準檢驗局對於應施檢驗商品，得於下列情形通知報驗義務人限期回收或改正（第 2 項）；未依規定限期回收或改正者，處新臺幣 10 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰（第 3 項）：

- 一、應施檢驗商品之報驗義務人，為不實之標示。（商檢法第 59 條第 2 項）
- 二、違反商檢法第 6 條第 1 項、第 2 項規定，將未符合檢驗規定之商品運出廠場、輸出入或進入市場。（第 60 條第 1 項第 1 款）
- 三、違反商檢法第 7 條第 1 項不得運出貨物儲存地點之規定。（商檢法第 60 條第 1 項第 2 款）
- 四、違反商檢法第 27 條檢驗合格商品應重行報驗、第 40 條第 1 項驗證登錄變更應重行登錄或第 45 條第 2 項符合性聲明內容變更應重新聲明之規定。（商檢法第 60 條第 1 項第 3 款）
- 五、以詐偽方法取得檢驗合格證書。（商檢法第 60 條第 1 項第 4 款）
- 六、未依商檢法第 28 條第 2 項規定於一定期間內核銷。（商檢法第 60 條第 1 項第 5 款）
- 七、未依商檢法第 47 條第 1 款辦理，或有第 41 條以詐偽方法取得商品驗證登錄或第 47 條第 2 款符合性聲明或技術文件之內容有虛偽不實之情形。（商檢法第 60 條第 1 項第 6 款）
- 八、應施檢驗商品之報驗義務人，違反商檢法之規定致損害消費者生命、身體、健康或有重大損害之虞。（商檢法第 61 條）

另商檢法第 63 條之 1 規定：「符合檢驗規定之商品，經市場監督發現有不合檢驗標準之情形者，得通知限期回收或改正。報驗義務人違反前項命令者，處新臺幣 10 萬元以上 100 百萬元以下罰鍰。未依第 1 項規定限期回收、改正之商品，並得沒入、銷燬或採取其他必要之措施。」

② 危險通報

依商檢法第 49 條第 4 項及「應施檢驗商品發生事故通報辦法」第 2

條規定，應施檢驗商品有發生燃燒、爆裂或燒熔，致損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞；或因使用商品造成人員死亡或須住院治療之傷害情形者，報驗義務人應依法向標準檢驗局辦理通報，違者依商檢法第 63 條第 1 項規定處新台幣 1 萬元以上 10 萬元以下罰鍰。

(3)非應施檢驗商品：

① 監理事項

標準檢驗局為確保商品安全，保護消費者權益，對於市售涉不安全商品實施監督管理，已訂定「不安全商品處理原則」⁷⁷。該處理原則第 2 點及第 3 點規定，對於公告執行檢驗前已運出廠場或輸入之商品、商品報驗義務人無法追蹤之商品、非屬其他機關主管之非應施檢驗商品且發生事故者或其他經標準檢驗局認為有必要者，標準檢驗局得依消費者、媒體、檢舉人反映或本於職權，對於認為有損害消費者生命、身體、健康或財產之虞之商品，實施購（取）樣檢驗或調查。此外，對於購（取）樣檢驗不符合檢驗規範而有危害消費者健康、安全之虞之商品，標準檢驗局並應評估是否發函海關啟動邊境抽驗。

經檢驗或調查認定確有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞時，前開處理原則第 6 點明定應依消保法第 36 條及第 38 條規定及相關處置方式，命令生產者或進口商限期改善、回收或銷燬及命令經銷商停售下架或採取其他必要措施；生產者、進口商或經銷商違反該處理原則第 6 點所發命令者，該處理原則第 7 點規定，應依消保法第 58 條規定辦理，即可處新台幣 6 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並得按次處罰。

② 危險通報

目前尚無法令強制非應施檢驗商品之企業經營者於發生事故時須進行通報，僅於標準檢驗局「商品安全資訊網」設有消費者商品事故通報專區，鼓勵消費者提出事故通報。

⁷⁷ 經濟部標準檢驗局 96 年 12 月 7 日經標五字第 09650027310 號令修正發布。

肆、商品回收義務有關法律問題與規範體制之探討(代結論)

一、回收義務有關法律問題

(一) 商品回收請求權

1. 請求主體

(1) 消費者

依消保法第 10 條第 1 項規定，有事實足認企業經營者提供之商品有危害消費者安全與健康之虞時，企業經營者應即回收該批商品或停止其服務，或為足以除去危害之必要處理。惟企業經營者縱依上開規定負有回收商品之義務，然是否可認消費者亦有要求企業經營者回收商品之請求權，似值探討。

採否定見解者，認為消保法並未直接賦予消費者得訴請法院命令企業經營者回收商品之權利；依訴訟法理亦難承認消費者之起訴為原告適格⁷⁸。另有認為企業經營者應確保商品具有基本之安全性，商品若有危害消費者安全與健康之虞，企業經營者應有採取適當措施預防損害發生之義務；違反者應成立不作為侵權責任。因此，消費者、消費者保護團體及消費者保護官之回收商品請求權基礎應為民法第 184 條第 1 項前段，而非消保法第 10 條。又消保法第 10 條應屬民法第 184 條第 2 項所稱「保護他人之法律」，若企業經營者涉有違反消保法第 10 條情事，亦有該條項規定之適用⁷⁹。

論者有直接肯認消保法第 10 條可為回收請求權之依據者⁸⁰；亦有認為消保法第 10 條之規範目的在保障消費者安全，避免遭問題商品之危害，若未賦予消費者請求回收商品之權利，該目的將無從實現，且消費者既得直接依據同屬商品責任體系之消保法第 7 條第 3 項請求企業經營者負損害賠償責

⁷⁸ 江慶翊（2016），論消費者保護法下企業經營者之瑕疵商品回收義務與其相關民事關係，頁 99-100，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

⁷⁹ 李鳳翹（2011），從消費者保護論兩岸企業經營者防止危害發生之義務，頁 47-48，私立東吳大學法律學系中國大陸法律碩士在職專班碩士論文。

⁸⁰ 呂翹丞（2006），前揭註 45，頁 130。

任，基於體系解釋，消保法第 10 條應得作為商品回收之請求權基礎⁸¹。

學者有認為消保法第 10 條係就企業經營者應負回收義務事由所為之規範，似無法直接導出消費者或第三人之回收請求權，然為發揮該條規定之預防性保護目的，當損害之危險足夠具體且將回收請求權限於請求排除妨害之目的時，應肯認消費者於消保法第 10 條第 1 項或第 2 項所定情事發生時，得請求企業經營者回收商品或為足以除去危害之必要處理⁸²。

另有學者認為消費者保護官及消費者保護團體，就企業經營者重大違反消保法有關保護消費者規定之行為，得依消保法第 53 條規定訴請法院停止或禁止之。停止提供服務係不作為義務，自屬消保法第 53 條不作為訴訟之請求範圍；回收商品雖係作為義務，然目的在防止商品危害消費者權益，與停止提供服務之目的並無不同，故應目的性擴張消保法第 53 條適用範圍，使消費者保護官及消費者保護團體得依消保法第 10 條請求企業經營者回收商品。至個別消費者於企業經營者提供之商品有危害其安全與健康之虞時，應亦得依消保法第 10 條請求企業經營者回收商品⁸³。

本文認為基於商品責任規範及消保法第 10 條防免危害之目的，為積極保障消費者之安全與健康，應可依目的性擴張解釋方式容許消費者有請求企業經營者回收商品之權利。

(2) 第三人

消保法第 10 條之保護主體，解釋上應擴及消費者以外之第三人。惟是否因此使得任何人均有請求企業經營者回收商品之權利，似值探究。

論者認為第三人雖屬消保法第 10 條之保護範圍，惟該條之立法目的及法律效果與消保法第 7 條至第 9 條規定仍有不同，考量企業經營者回收成本高且影響市場安定，所指第三人之概念應限縮解釋至與消費者相關之人。否則，易生權利濫用風險，而使企業經營者承責過重，增加社會成本。另依消保法第 36 條及第 38 條規定，地方政府與中央主管機關亦有命令企業經營者回收商品之權限，應未過度妨礙消保法第 10 條之規範目的⁸⁴。

⁸¹ 吳宛亭（2013），前揭註 60，頁 58；蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 168。

⁸² 郭麗珍（2000），前揭註 53，頁 219。

⁸³ 詹森林（2003），前揭註 32，頁 202-203。

⁸⁴ 吳宛亭（2013），前揭註 58，頁 62-63。

另有論者基於消保法第 10 條預防損害發生之目的，認應使可能因商品危險而受損害之人得主張回收請求權，應將第三人之概念範圍限於可能因暴露於商品危險而受有損害之人。關於商品危險之影響範圍，則可參考商品之種類與範圍、第三人與消費者之關係及與商品之接觸程度等⁸⁵。

本文亦認為基於利益衡平及保護必要性之考量，似非不可依目的性限縮解釋方式就得行使回收請求權之第三人範圍作適度限制。惟其具體判斷標準為何，因攸關當事人重要法律權益，似宜訴請法院為認定。

2. 請求權時效

消保法第 10 條所定企業經營者之回收商品義務，與消保法第 7 條所定企業經營者之損害賠償義務尚有不同。蓋消保法第 7 條屬於侵權行為責任，係以損害之發生為賠償請求權之發生要件，但消保法第 10 條係企業經營者就危險商品或服務之回收義務，並不以損害發生為必要⁸⁶。由是，前述之消費者或第三人之商品回收請求權，因消保法未有明文規範且性質上並非侵權行為所生之損害賠償請求權，故不適用民法第 197 條所定時效，而應依民法第 125 條「請求權，因 15 年間不行使而消滅。」規定處理。

（二）商品回收之法律關係

1. 契約責任

企業經營者所為商品回收之通知，其性質可能為與消費者或第三人成立以回收該商品為目的之回收契約之要約，或係企業經營者與消費者就該商品原契約關係之義務履行。因基於消保法商品責任規範所生之商品回收義務，不論為企業經營者自主回收或主管機關命令回收，均以侵權行為責任為其作為義務之基礎，故不論有無契約關係存在，企業經營者均得與之成立商品回收契約。換言之，消費者或第三人參與企業經營者提出之商品回收措施時，雙方即成立該商品之回收契約⁸⁷。

當消費者與企業經營者間原即具有契約關係時，該商品回收契約將使其與企

⁸⁵ 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 170。

⁸⁶ 參前行政院消費者保護委員會消保法字第 0000000433 號函。

⁸⁷ 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 194-197。

業經營者之原有契約權利受到限制。因企業經營者與消費者間成立商品回收契約之目的係為履行其對消費者所負之契約給付義務及預防損害發生義務，故依民法第 319 條及第 320 條規定，於企業經營者履行商品回收契約之涵蓋範圍內，消費者基於原有契約對企業經營者所得主張之請求權應歸消滅⁸⁸。

2. 侵權行為責任

消費者或第三人因商品受有損害時，依民法第 184 條、第 191 條之 1 或消保法第 7 條以下有關規定，企業經營者皆可能負有損害賠償責任。受有損害之消費者或第三人與企業經營者成立商品回收契約後，若該回收契約內容包括損害之填補，則消費者或第三人已受損害賠償時，其損害賠償請求權消滅；若該回收契約內容未涉損害之填補，則消費者或第三人仍得依有關規定向企業經營者請求賠償損害。

惟消費者或第三人未參與企業經營者提出之商品回收措施時，縱使企業經營者所負為無過失之損害賠償責任，依通說實務見解仍可能構成民法第 217 條第 1 項之與有過失情事，法院因而得酌減或免除賠償金額⁸⁹。

（三）違反回收義務之法律責任

1. 民事法責任

消保法第 10 條為乃商品回收機制之明確規範，因其缺乏法律效果之規定，學說上認其應屬民法第 184 條第 2 項「保護他人之法律」⁹⁰，違反該回收義務之企業經營者，依法應負損害賠償之責任。惟並非企業經營者知悉商品有危害消費者或第三人安全與健康之虞時即負有絕對之回收義務，如「企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者」企業經營者即無全面回收該商品之義務⁹¹。企業經營者縱已進行商品回收，若其採取之回收措施不完備，如未以合理方式確實通知消費者或第三人，除有民法第 184 條第 2 項但書情事，企業經營者仍應對消費者或第三人負損害賠償之責任。

⁸⁸ 蔡佳蓁（2016），前揭註 46，頁 202。

⁸⁹ 參最高法院 79 年台上 2734 號判例：「民法第二百十七條關於被害人與有過失之規定，於債務人應負無過失責任者，亦有其適用。」及 88 年度台上字第 1386 號判決。

⁹⁰ 郭麗珍（2017），前揭註 26，頁 51。

⁹¹ 詹森林、馮震宇、林明珠合著（2005），認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，頁 82。

除消保法第 10 條所定回收義務外，基於民法第 191 條之 1 之商品製造人責任規定，企業經營者依其交易安全注意義務（後續觀察義務）亦負有商品回收義務。二者雖均屬侵權行為責任性質，然消保法第 10 條之回收義務與消保法第 7 條之商品責任同係植基於無過失之危險責任，而民法第 191 條之 1 乃以推定過失責任為基礎，其構成要件及法律效果均有所不同，或認應優先適用消保法規定，惟參酌前述有關民法與消保法商品責任規範適用關係之說明，本文仍認以請求權自由競合之見解為宜。

2. 行政法責任

(1) 消保法

依消保法第 36 條、第 38 條規定，中央或地方主管機關經調查認為商品確有損害消費者生命、身體、健康或財產，或確有損害之虞者，應命令企業經營者限期改善或回收、銷燬商品，或採取相關必要措施；企業經營者違反該等命令，應依消保法第 58 條規定應處 6 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並得按次處罰。

(2) 商檢法

① 應施檢驗商品

依商檢法第 63 條第 3 項規定，報驗義務人未依標準檢驗局命令限期回收或改正商品者，處 10 萬元以上 100 萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰。另商檢法第 63 條之 1 規定，符合檢驗規定之商品經市場監督發現有不符合檢驗標準者，得通知限期回收或改正；報驗義務人違反該等命令者，處新臺幣 10 萬元以上 100 百萬元以下罰鍰；未依規定限期回收、改正之商品，並得沒入、銷燬或採取其他必要之措施。

② 非應施檢驗商品

依「不安全商品處理原則」第 6 點、第 7 點規定，商品經檢驗或調查認定確有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞時，應依消保法第 36 條及第 38 條規定命令生產者或進口商限期改善、回收或銷燬及命令經銷商停售下架或採取其他必要措施；生產者、進口商或經銷商違反該等命令者，應依消保法第 58 條規定處新臺幣 6 萬元以上 150 萬元以下罰鍰，並得按次處罰。

(3) 法律適用關係

企業經營者未依主管機關命令履行回收商品之義務者，消保法及商檢法均定有相關裁處罰鍰之規定。因行政罰法第 24 條第 1 項規定「一行為違反數個行政法上義務規定而應處罰鍰者，依法定罰鍰額最高之規定裁處。但裁處之額度，不得低於各該規定之罰鍰最低額。」故應依消保法之規定為裁罰，惟其罰鍰額度不得低於 10 萬元。

二、回收義務有關規範體制

(一) 商品責任規範法制

1. 責任主體

就民法第 191 條之 1 規定言，基於交易安全注意義務應負有商品回收義務之主體，包括商品製造人（商品之生產、製造、加工及設計者）、準製造人（在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者）及商品輸入業者。惟就消保法第 10 條規定言，參據消保法第 7 條所定商品責任之主體概念，凡以設計、生產、製造、輸入、經銷商品為營業者（同法第 2 條第 2 款規定），均屬應負商品回收義務之企業經營者。惟對照民法第 191 條之 1 規定，消保法並未明定有關「準製造人」之商品責任（義務）。學者認為若使其獨漏於應負無過失商品責任主體之外，不僅可能造成責任規避，且對其他同負無過失責任之輸入業者及經銷業者有失公允，將形成責任（義務）之漏洞⁹²。鑒於商檢法第 8 條所定報驗義務人亦包括商品之委託產製及委託輸出者（相當於「準製造人」），且該疑義尚難以函釋方式補充⁹³，本文認為未來似宜透過修法方式予以填補。

另就消保法第 8 條第 1 項規定言，經銷業者係與設計、生產、製造商品之企業經營者連帶負賠償責任，卻許其得舉證免責。如此將使連帶責任之一同負責亦一同免責之概念產生歧異效果，即經銷業者縱已舉證免責，製造人仍須繼續負責，實務上若製造人已不存在或無財產，消費者將求償無門⁹⁴。本文認為未來似可於通盤檢討商品責任規範時一併研議有無修正之必要。

⁹² 郭麗珍（2017），前揭註 26，頁 34。

⁹³ 參前行政院消費者保護委員會 97 年消保法字第 0000000000 號電子郵件回覆蔡○○君函。

⁹⁴ 謝哲勝（2012），前揭註 24，頁 104。

2. 損害賠償請求權時效

關於商品責任所生損害賠償請求權之消滅時效，是否適用民法第 197 條第 1 項「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，2 年間不行使而消滅，自有侵權行為時起，逾 10 年者亦同。」之規定仍有爭議。

學者認為消保法第 10 條所定商品回收義務，非屬被害人對侵權行為人所得主張之損害賠償請求權，而係對於流通市場商品排除其危險或予以回收之請求，二者性質本有差別。惟認民法第 197 條後段所定 10 年期間，性質上應屬除斥期間，而非須於一定期間內行使否則失權之消滅時效期間⁹⁵。司法實務上認為民法第 197 條第 1 項所定 2 年期間係請求權之消滅時效規定，同條後段所定 10 年期間乃屬補充該 2 年時效期間之規定，仍為限制侵權行為損害賠償請求權最長行使期間之消滅時效消滅時效規定⁹⁶。現實生活上因商品欠缺安全性所造成之損害，通常須經一段期間始為浮現，故該請求權之起算時點差異，影響受害人請求救濟之可能性甚鉅。因消保法並未定有明文，學者認為消保法第 7 條之消滅時效應回歸適用民法第 125 條規定，理由在於諸多商品責任，尤其不動產買賣者，倘採計短期時效，恐對消費者甚為不利。又如塑化劑等累積性損害，其侵害時點與侵害結果之發現時點往往相距長達數十年，故以民法第 125 條所定 15 年期間計算消滅時效，對消費者之保障應較有利⁹⁷。另有學者認為民法第 197 條所定時效期間過短，未必適合於商品責任規範，故主張商品責任之消滅時效應另為規定，以保障消費者之權益⁹⁸。本文則認為針對民法第 197 條第 1 項所定消滅時效期間，似可參酌民法第 128 條「消滅時效，自可行使時起算。」之法理，並考量消保法之商品責任係採「科技或專業水準可合理期待之安全性」之「內行人」判斷標準，就消保法第 10 條之損害賠償請求權時效，以企業經營者依法自主回收或經主管機關命令回收而發布公告或通知回收該批商品之時作為該時效期間之起算時點，或較能保障消費者或第三人之權益。

⁹⁵ 朱柏松（1999），前揭註 32，頁 140。

⁹⁶ 參最高法院 91 年度台上字第 1312 號民事判決。

⁹⁷ 黃立（2003），前揭註 36，頁 80-81。

⁹⁸ 謝哲勝（2012），前揭註 24，頁 106。

（二）商品安全監理機制

1. 關於欠缺安全性商品之回收機制，目前主管機關似未訂有相關風險評估方法及執行作業程序。為能有效達成防免商品危害之目的，經濟部標準檢驗局似可研議增修商檢法有關規定，明訂相關執行所需之作業規範，並強化監理權限與適度提高裁罰額度，以提升其監理之量能。
2. 目前對於商品之「後市場監督」，主要係依據消保法及商檢法之有關規定辦理。惟商檢法之監理機制，除將監理客體之商品區分為「應施檢驗商品」及「非應施檢驗商品」外，關於監理對象之範圍及監理權責之事由，亦與消保法之規定未盡相同。在不同監理規範下，中央及地方各主管機關勢須面對如何強化聯繫協調，維持執法步調一致性之監理效率問題。基於企業經營者就其產製或經銷之商品，依商品責任規範負有後續觀察義務及預防損害發生義務，主管機關應建立更為全面之商品事故通報系統及有效之商品安全資訊交流管道，並儘速完成「一般消費商品安全法」之制定，才能有效防制欠缺安全性商品之流通，確保民眾生命、身體、健康及財產之安全。

參考文獻

- 王澤鑑，債法原理：基本理論債之發生，2012年增訂3版，自刊。
- 王澤鑑，侵權行為法，2008年，自版。
- 王澤鑑，商品製作人責任，民法學說與判例研究（一），1983年。
- 王澤鑑，產品責任現況之檢討及其發展趨勢，商品製作人責任，民法學說與判例研究（三），1986年。
- 王澤鑑，產品製造者責任與純粹經濟上損失，民法學說與判例研究（八），2009年。
- 朱柏松，消費者保護法論，增訂版，1999年，自刊。
- 朱柏松，商品製造人侵權行為責任法之比較研究，1991年。
- 林誠二，商品製造人責任之法律適用—以洗臉盆爆炸案為中心，台灣本土法學雜誌，第41期，2002年。
- 邱聰智，新訂民法債篇通則（上），2003年。
- 邱聰智，新訂債法各論（上），2008年。
- 邱聰智，危險責任與民法修正，民法研究（一）。
- 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊，消費者保護法解讀，月旦出版社股份有限公司，1995年。
- 黃立，論產品責任，政大法學評論，第43期，1991年。
- 黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（三），月旦法學教室，第13期，2003年。
- 姚志明，民事法理論與判決研究（一）—不完全給付與瑕疵擔保責任，元照出版有限公司，2009年。
- 姚志明，論民法商品責任—民法第一百九十一條之一之評析，侵權行為法研究（一），元照出版有限公司，2003年。
- 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會，2005年。
- 詹森林，民事法理與判決研究（二），元照出版有限公司，2003年。
- 詹森林，消保法有關商品責任之規定在實務上之適用與評析，民事法理與判決研

究（三），元照出版有限公司，2003 年。

詹森林，消保法商品責任之消費者與第三人，民事法理與判決研究（四），2006 年，自版。

詹森林，被害人濫用商品與企業經營者之消保法商品責任：最高法院 103 年度台上字第 244 號裁定之評釋，月旦民商法雜誌，第 45 期，2014 年。

曾世雄，損害賠償法原理，1986 年。

曾品傑，論消費者健康與人身安全保障暨其界線，財產法理與判決研究（一），2007 年自版。

郭麗珍，商品責任與商品製造人責任規範之整合，法令月刊 68 卷 6 期，2017 年。

郭麗珍，產品瑕疵與製造人行為之研究：客觀典型之產品瑕疵概念與產品安全注意義務，神州圖書，2001 年。

郭麗珍，產品製造人指示說明義務判決二則評釋，政大法學評論，57 期，1997 年。

郭麗珍，論產品之召回與警告責任，蘇永欽（等著），民法七十年之回顧與展望紀念論文集（一），元照出版有限公司，2000 年。

劉春堂，民法債編各論（上），三民書局有限公司，2003 年。

謝哲勝，現行商品責任規範的檢討，臺北大學法學論叢，第 87 期，2012 年。

民法研究修正委員會第 122 次、124、136 次會議紀錄，民法研究修正實錄－債編部分（一）。

我國市場監督及回收機制之研究，經濟部標準檢驗局委託研究，2016 年。

呂翊丞，汽車產品責任及召回制度之研究，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2006 年。

許玉珊，論我國消費者保護法上安全性欠缺，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文 2007 年。

李鳳翱，從消費者保護論兩岸企業經營者防止危害發生之義務，私立東吳大學法律學系中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2011 年。

張譯文，論商品安全性欠缺，國立台灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2012 年。

吳宛亭，企業經營者召回義務之研究，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，2013 年。

蔡佳蓁，商品召回之研究—論消費者保護法第十條，國立臺灣大學法律學研究所

碩士論文，2016年。

江慶翊，論消費者保護法下企業經營者之瑕疵商品回收義務與其相關民事關係，
國立成功大學法律學研究所碩士論文，2016年。

《消費者保護研究》
第 22 輯，頁 139-184

消費者隱私保護及網路業者管理之研究 —以被遺忘權為論述核心

程立民*

摘要

近年來網路行銷已成為業者重要的銷售管道，亦係消費者熱衷的購物來源。在實務上，時見有網路服務提供商（ISP）、網路應用服務商（ASP）或網路內容供應商（ICP）等網路業者因資料管理不當等資安問題，導致消費者資料外洩致權益受損，成為網路消費上的隱憂。被遺忘權（right to be forgotten）近年來在歐洲已是學界、業界及官方熱烈討論的議題，歐盟雖於 2016 年立法通過其實定法依據，且歐洲法院在 2014 年曾就 Google Spain v AEPD and Mario Costeja González 案判決，學界多認為係提供被遺忘權在實務上的支持；而在消費者端，這樣的權利主張，不僅多了言論自由權以外的新式武器得以對抗網路業者，也影響了電子商務下消費者與網路業者間關係。此外，被遺忘權的運用，確實增加了市場運作成本，更可能影響在電子商務下的業者之經營態樣。

本研究將以隱私權在歐美等先進國家的發展談起，進而探討在電子商務中消費者資料可能面臨的影響，嗣提出可資管理的相關建議及資料半衰期理論來解決

* 作者大葉大學管理學院博士。

相關爭議。除希望有關機關應適時調整對網路業者之管理作為外，並建議業者應加強消費者隱私保護，俾促進網路環境健全發展。

關鍵詞：消費者保護、被遺忘權、網路管理、電子商務、資料半衰期理論

壹、前言

隱私權最早的定義是 *the right to be left alone*¹，係予他人得否近取（*access*）個人資料之控制權²，論者主張應受「目的拘束原則」拘束³。在隱私權的發展上，美國在隱私權的議題上之發展與歐洲迥不相侔。在美國法上，隱私權經常與言論／新聞自由間進行權益衡量，美國聯邦最高法院在利益衡量操作的基準，是以公共利益、公共紀錄為判斷標準，而嚴格的審視州法中保護隱私權與言論／新聞自由二者利益孰輕孰重，但通常是後者占上風⁴。歐洲則基於大陸法系，在歐盟成員國內立法上，已經有瑞典在 1973 年、德國於 1977 年等完成國內法的制定；在更上層的歐盟層次上，已見於 1995 年之個人資料保護指令（*Data Protection Directive, 95/46/EC*，以下簡稱歐盟個資 95/46/EC 指令），在實施多年後於科學技術尤其是網路的發展下，已經捉襟見肘，特別是有關隱私權與媒體報導自由間平衡的問題。歐盟委員會於 2008 年間，作出有關於警政與司法刑事合作上之個人資料保護（*on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters*）的架構性決定（*Council Framework Decision 2008/977/JHA*）；2010 年 11 月 4 日歐盟執委會（*European Commission*）提出「全面性的歐盟個人資料保護方法」（*A comprehensive approach on personal data protection in the European Union*），執委會重申個人資料保護為基本人權，應該受到保護⁵。在現有法制不足的情形下，歐盟執委會於進而研擬「一般資料保護規則

¹ Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy," *Harvard Law Review*, Vol. IV No. 5, 1890, http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html, last visited on date: 2017/5/30.

² Paulan Korenhof, "Stage Ahoy! Deconstruction of the 'Drunken Pirate' Case in the Light of Impression Management," *Tilburg University, TILT Law & Technology Working Paper No. 2/2013*, <http://ssrn.com/abstract=2245591>, last visited on date: 2017/5/26.

³ 李惠宗，*憲法要義*，6 版，台北，元照出版公司，384（2003）。

⁴ 甘大空，「公眾人物隱私權與新聞採訪、報導自由的衝突及其解決之研究」，*司法研究年報*，第 25 輯第 17 篇，司法院，181（2005）。

⁵ See http://ec.europa.eu/health/data_collection/data_protection/in_eu/index_en.htm , last visited on date: 2017/5/05.

(General Data Protection Regulation, 以下簡稱 GDPR)」⁶ 草案來規制，以取代前述之 1995 年個人資料保護指令；經過多方討論後，該規定於 2016 年 4 月 14 日經歐洲議會審查通過，嗣於 2016 年 4 月 27 日公布，於兩年緩衝期後，GDPR 將於 2018 年 5 月 25 日起適用於各歐盟會員國⁷。

在網路時代下，消費者隱私權的保護更顯重要，尤其在目前電子商務及社群網站行銷上，網路紅人（簡稱網紅）及網民（netizen）的評論及口碑向受到消費者重視。網路上有關消費之言論自由應如實體世界般，須受到相關法律的保障及限制。但如何去落實？業者應如何面對？消費者如何主張權利？實有探討之必要。在隱私權的保護上，被遺忘權（right to be forgotten）近年來在歐洲已成為學界、業界及官方熱烈討論的議題，殊值我國借鏡參考。被遺忘權如何納入我國隱私權保護及網路管理等相關制度？也考驗主管機關對網路管理及消費者權益等不同面向的未來企圖心。

本研究將首先就隱私權在歐美等先進國家的發展談起，並介紹被遺忘權的產生及進展，進而探討在電子商務中消費者資料可能面臨的影響，嗣提出可隱私權管理上的相關建議。除希望有關機關能適時調整對網路業者之管理作為外，並建議業者應加強消費者隱私保護，俾促進網路環境健全發展。

貳、被遺忘權的歐美發展

被遺忘權乙詞，考其緣由⁸，係源於法國 le droit à l'oubli（即英文 right to oblivion）的概念，早在上個世紀的 1990 年代即由歐洲法界所提出⁹。比較有代表

⁶ 國內翻譯名稱不一，楊智傑教授譯為「個資保護規章」，「個人資料保護法制上『被遺忘權利』與『個人反對權』：從 2014 年西班牙 Google v. AEPD 案判決出發」，國會月刊，第 43 卷第 7 期，頁 19；羅俊璋教授譯為「個人資料保護規則」，參氏著「歐盟個人資料保護規則草案對保險業運作影響之初探」，萬國法律，第 195 期，13-29 (2014)；筆者從法務部之譯名，參見行政院版個資法部分條文修正草案總說明，頁 6。

⁷ 請參考該規則第 99 條實施日期之規定(Article 99 Entry into force and application: 1.This Regulation shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the *Official Journal of the European Union*. 2.It shall apply from 25 May 2018)。

⁸ Walker, Robert Kirk, "The Right to be Forgotten," *64 Hastings Law Journal* 27 (2012).

⁹ Bert-Jaap Koops, "Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the 'Right to Be Forgotten' in Big Data Practice," *8(3) Tilburg Law School Research Paper* No. 08/2012, SCRIPTed,

性者，係於 2001 年在布魯塞爾發生的案例¹⁰。該案係某人就電視台將其於 80 年代已經服刑前的犯罪紀錄報導，以其 *droit à l'oubli* 受到侵害而向布魯塞爾法院起訴。在此種類型案件上，多係當事人以其過往之不名譽紀錄（特別是刑事前科）已經歷經一段時間後，就其與現況無關來向媒體主張個人有權保有其匿名及不受打擾的隱私空間。

歐盟在 1995 年即制定個人資料保護指令（Data Protection Directive, 95/46/EC，以下簡稱歐盟個資 95/46/EC 指令），在於 1998 年起實施多年後，2010 年 11 月 4 日歐盟執委會（European Commission）提出「全面性的歐盟個人資料保護方法」（A comprehensive approach on personal data protection in the European Union），執委會重申個人資料保護為基本人權，應該受到保護¹¹，於 2012 年進而研擬「一般資料保護規則（General Data Protection Regulation, 以下簡稱 GDPR）」草案來規制，經過多方討論後，該規定於 2016 年 4 月 14 日經歐洲議會審查通過，嗣於 2016 年 4 月 27 日公布，以取代前述之 1995 年個人資料保護指令；於兩年緩衝期後，GDPR 將於 2018 年 5 月 25 日起適用於各歐盟會員國。在比較上，被遺忘權的討論目前在歐洲及北美的發展較世界其他國家或地區來得熱烈（歐洲甚於美國，美國更甚台灣），均存有大眾媒體與確保個人生活隱私重要性的辯證關係¹²。國內目前有關被遺忘權的研究為數有限，且資料未及更新，多以個人名譽權、隱私權等角度來介紹歐洲的立法發展，缺乏以消費者權益及市場競爭等為研究重心的本土觀察，此即本文之研究旨趣。以下謹分別論述歐美的發展，並舉實務案例評析，以明未來應用在電子商務上所可能遭遇的問題及影響。

一、歐洲

（一）法制面

230(2011).

¹⁰ Hans Graux, Jef Ausloos and Peggy Valcke, “The Right to Be Forgotten in the Internet Era,” *IICRI Research Paper*, 4(2011).

¹¹ See http://ec.europa.eu/health/data_collection/data_protection/in_eu/index_en.htm, last visited on date: 2017/8/05.

¹² Alessandro Mantelero, “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the ‘right to be forgotten’,” *29(3)Computer Law & Security Review*, 229-230(2013).

承前述，被遺忘權議題自歐洲伊始，爭執復最烈，因為難在去平衡公眾是否得以接近使用資訊及個人隱私間的權利。在權利的性質上，從法國 *le droit à l'oubli* 的觀點，隱私權是可以定位在人性尊嚴的基本權利中¹³。此與美國向來強調新聞自由的角度迥異，也是學者爭論不休的基本歧異¹⁴。

在隱私權的法制的建構上，可分為兩個不同的討論層次¹⁵：在歐盟成員國內立法上，已經有瑞典在 1973 年、德國於 1977 年等完成國內法的制定；在更上層的歐盟層次上，已見前述 1995 年之個人資料保護指令。但實施十餘年來，在科學技術尤其是網路的發展下，已經捉襟見肘，特別是有關前述隱私權與媒體報導自由間平衡的問題；歐盟委員會另於 2008 年間，作出有關於警政與司法刑事合作上之個人資料保護（on the protection of personal data processed in the framework of police and judicial cooperation in criminal matters）的架構性決定（Council Framework Decision 2008/977/JHA）。在現有法制不足的情形下，歐盟執委會遂於 2012 年制定「一般資料保護規則」（GDPR）因應之，並於 2016 年 4 月 14 日經歐洲議會審查通過，將於 2018 年 5 月 25 日正式實施用於各歐盟會員國¹⁶。

於 GDPR 規則第 17 條，即明文設有「刪除權（被遺忘權）Right to erasure（‘right to be forgotten’）」之規定。依 2016 年通過之法文包含 3 項具體規定（2012 年原有 9 項，嗣於歐盟執委會修正為現行版本），分別為：

1. 第 17 條第 1 項¹⁷：資料主體有權於下列情況要求資料控制者即刻刪除與其相關

¹³ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, The Right to Be Forgotten Across the Pond, *3 Journal of Information Policy*, 2 (2013).

¹⁴ 學者 James Q. Whitman 認為是社會及政治系絡的差異，導致歐美產生兩種不同見解的法律體系。參 James Q. Whitman, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty,” *113 The Yale Law Journal*, 1164(2004).

¹⁵ W. Gregory Voss, “Looking at European Union Data Protection Law Reform Through a Different Prism: The Proposed EU General Data Protection Regulation Two Years Later,” *17(9) Journal of Internet Law*, 13(2014).

¹⁶ 請參考該規則第 99 條實施日期之規定 (*Article 99 Entry into force and application*: 1.This Regulation shall enter into force on the twentieth day following that of its publication in the *Official Journal of the European Union*. 2.It shall apply from 25 May 2018)。

¹⁷ Article 17 Right to erasure (‘right to be forgotten’) : 1. The data subject shall have the right to obtain from the controller the erasure of personal data concerning him or her without undue delay and the controller shall have the obligation to erase personal data without undue delay where one of the following grounds applies: (a) the personal data are no longer necessary in relation to the purposes for which they were collected or otherwise processed; (b) the data subject withdraws consent on which the

之個人資料，且資料控制者有義務即刻刪除：(a)個人資料之蒐集或處理與其目的之間已不再有必要關聯；(b)資料主體於依第 6 條第 1 項 a 款、第 9 第 2 項 a 款規定所為之處理，且沒有其他法律上原因可以繼續處理該資料時；(c)資料主體依同法第 21 條第 1 項規定拒絕其個人資料之處理，且無其他逾越法規原因之處理情形，或資料主體依據同法第 21 條第 2 項規定反對個人資料之處理；(d)該個人資料係經非法處理者；(e)該個人資料被刪除係為符合歐盟或其他會員國法以控制者為主體之法律上的義務；(f)個人資料之蒐集係為提供同法第 8 條第 1 項規定之資訊社會服務有關者。

2. 第 17 條第 2 項¹⁸：資料控制者於公布個資，受有前項規定刪除義務者，應採取一切合理措施，包括科技方法、通知處理資料之第三人，刪除任何連結或其個人資料之複本或複製之類似資料。
3. 第 17 條第 3 項¹⁹：第一項和第二項規定於下列處理之必要情形不適之：(a)為行使表意及資訊自由的權利；(b)為符合歐盟及其會員國之法律規定，資料控制

processing is based according to point (a) of Article 6(1), or point (a) of Article 9(2), and where there is no other legal ground for the processing; (c) the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(1) and there are no overriding legitimate grounds for the processing, or the data subject objects to the processing pursuant to Article 21(2); (d) the personal data have been unlawfully processed; (e) the personal data have to be erased for compliance with a legal obligation in Union or Member State law to which the controller is subject; (f) the personal data have been collected in relation to the offer of information society services referred to in Article 8(1). 參歐盟網站，http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf，last visited on date: 2017/8/11.

¹⁸ 原文係"2. Where the controller has made the personal data public and is obliged pursuant to paragraph 1 to erase the personal data, the controller, taking account of available technology and the cost of implementation, shall take reasonable steps, including technical measures, to inform controllers which are processing the personal data that the data subject has requested the erasure by such controllers of any links to, or copy or replication of, those personal data."資料來源同前註。

¹⁹ 原文係" 3. Paragraphs 1 and 2 shall not apply to the extent that processing is necessary: (a) for exercising the right of freedom of expression and information; (b) for compliance with a legal obligation which requires processing by Union or Member State law to which the controller is subject or for the performance of a task carried out in the public interest or in the exercise of official authority vested in the controller; (c) for reasons of public interest in the area of public health in accordance with points (h) and (i) of Article 9(2) as well as Article 9(3); (d) for archiving purposes in the public interest, scientific or historical research purposes or statistical purposes in accordance with Article 89(1) in so far as the right referred to in paragraph 1 is likely to render impossible or seriously impair the achievement of the objectives of that processing; or (e) for the establishment, exercise or defense of legal claims."

者須審酌公眾利益，或政府機關賦予其權利行使之義務；(c)基於第 9 條第 2 項 h 款、i 款和第 9 條第 3 項規定所要求之公益；(d)基於第 89 條第 1 項所為歷史、統計、科學研究目的，或雖有本條第一項規定之情形，惟該資料處理事實上不可能或不致構成目的之侵害者；(e)為法律主張、行使或作為抗辯之目的。

從上述的條文，可以觀察在設計上，已經包含運作的目的、方法、限制及除外規定等，運作機制已有雛型。其立法理由略以：「提供資料主體被遺忘和刪除的權利。其係進一步闡述 95/46/EC 指令第 12 條(b)中有關於刪除權之規定，並提供了被遺忘權的適用條件，包括在資料主體的請求下，資料控制者應負責通知處理該資料主體的個人資料公開之第三人，刪除其個人資料的任何連結 (link)、副本 (copies) 或複製品 (replication)。為了避免在防堵作業上的模糊性，本條亦整合於某些情況下限制該權利運作之情事。」²⁰。

從立法理由可知，資料控制者需為合理的程序，衡量當前可行的技術，包括資料主體是否可有效通知處理個人資料之控制者的技術方法。GDPR 規則第 17 條的設計，相當程度彌補了前述的歐盟 1995 年個資 95/46/EC 指令之不足，不論是該指令第 12 條(b)之「資料近用權」²¹ (right of access)，或是該指令第 14(a)條規定之「反對權」²² (the data subject's right to object)，GDPR 規則第 17 條已承繼並吸

²⁰ 原文係 "provides the data subject's right to be forgotten and to erasure. It further elaborates and specifies the right of erasure provided for in Article 12(b) of Directive 95/46/EC and provides the conditions of the right to be forgotten, including the obligation of the controller which has made the personal data public to inform third parties on the data subject's request to erase any links to, or copy or replication of that personal data. It also integrates the right to have the processing restricted in certain cases, avoiding the ambiguous terminology "blocking".

²¹ 即資料當事人如發現處理之資料，不合本準則規定，特別是資料不完整或不正確者，可向資料管理人要求適當更正、刪除或阻絕。原文係 "(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data." 全文可參歐盟法規網站，<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31995L0046>, last visited on date: 2017/5/08.

²² 即資料當事人就原授權管理人依據第七條第 (e) 款及第 (f) 款規定基於增進公共利益，或為執行法定職掌，或為第三人合法權益所處理之當事人相關資料，得隨時基於其特殊情況之重大正當理由提出異議。一旦其異議有理由時，除國家法律別有規定應予保存者外，管理人不得再處理該有關資料。原文係 "at least in the cases referred to in Article 7 (e) and (f), to object at any time on compelling legitimate grounds relating to his particular situation to the processing of data relating to him, save where otherwise provided by national legislation. Where there is a justified objection, the processing instigated by the controller may no longer involve those data."

納其精神。在現今資訊社會中，該上個世紀的規定顯然不能滿足媒體及網路使用者的需要。歐盟嗣後雖然於 2002 年通過有關於在電子通訊領域上處理個人資料及保護隱私權指令 Directive 2002/58/EC (concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector)，並於 2006 年以 Directive 2006/24/EC 修正，以確保業者保存電子通訊網路與公眾之使用資料²³；惟後者仍難敷時代需求，甚至於 2014 年 4 月 8 日受到歐洲法院（Court of Justice of the European Union）就愛爾蘭高等法院（High Court）與奧地利憲法法院（Verfassungsgerichtshof）所提起的併案（Joined Cases C-293/12 and C-594/12）解釋聲請，宣告歐盟資料保存指令（Directive 2006/24/EC）因不符比例原則無效²⁴。

有鑒於此，2016 年所通過的「一般資料保護規則」（GDPR）於法制設計上，較能符合歐盟及目前資訊社會的需求，已能擴張 1995 年個資 95/46/EC 指令第 12 條(b)之資料近用權的配套措施²⁵。在運作上，資料主體甚至無須在受損害下就得以主張，與傳統的民事損害／請求權的二元設計有別。所可以請求的範圍，依該規則第 4 條第 1 項之定義性規定，包含了個人資料及資料主體。前者係「關於該資料主體之可資識別的任何資訊」²⁶；後者指「得以被確認之自然人，直接或間接地，極可能地被資料管理者或其他自然人、法人所特別涉及之識別碼、資料位置、線上識別或有關該自然人之物理的、心理的、基因的、精神的、經濟的、文化的或社會的特徵」²⁷。復依同規則第 17 條第 2 項規定，射程範圍兼及個人資料之任何連結、副本或複製品²⁸。

²³ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32006L0024>, last visited on date: 2017/5/08.

²⁴ 徐彪豪，「從歐洲法院實務看資料保護在智慧聯網時代下發展—以資料保存指令無效案和西班牙 Google 案為例」，科技法律透析，第 26 卷第 8 期，52(2014)。

²⁵ Nadezhda Purtova, "Default Entitlements in Personal Data in the Proposed Regulation: Informational Self-Determination Off the Table ... and Back on Again?," 30(1) Computer Law and Security Review, 29(2014).

²⁶ 原文係 "personal data" means any information relating to an identified or identifiable natural person "

²⁷ 原文係 "an identifiable natural person is one who can be identified, directly or indirectly, in particular by reference to an identifier such as a name, an identification number, location data, an online identifier or to one or more factors specific to the physical, physiological, genetic, mental, economic, cultural or social identity of that natural person."

²⁸ 此部分係該規則下之法律用語，與資訊業界慣用語容有不同，概念上實已有該規則第 17 條立法理由中用語模糊 (ambiguous terminology) 之情形。

（二）司法面

歐洲邇來司法實務上，亦已將前揭規則（GDPR）的理念也納入考量。以前述歐洲法院 2014 年 5 月作出了 *Google Spain v. AEPD* 案判決為例，通說即認為係被遺忘權的具體案例。惟管見以為，該判決值得討論之處甚夥：其一係在適用法令上，囿於彼時 GDPR 未正式施行，嚴格來說法院仍只是依 1995 年個資 95/46/EC 指令為之，並非係依 GDPR 規定而主張被遺忘權之具體實踐。

此外，該判決只同意刪除 Google 搜尋結果中請求權人要求刪除的名字，而非刪除內容（content），這樣的刪除效果，本文以為實益有限。實際上，如果透過各種不同的搜尋方式及各類型媒體報導來交叉比對，或許也能拼湊出接近事實的全貌。例如若媒體報導「某鄭姓男子在 2014 年間台北捷運車站…」，該行為因觸法而嗣後判決，法院並公布新聞稿明示全名者，此際即使被遺忘權請求權人對訴訟被告有其訴訟利益，但受到既判力之限制，除非盡其所能地羅列被告，否則第三人仍不難逐步描繪事實的輪廓，遑論涉及到政府資訊公開法所應公開之內容。

其三，該判決認定系爭資料處理已經構成「不適切」（inadequate）、「不相關」（irrelevant）、或「逾越其目的」（excessive）情事，該認定標準係源於 1995 年個資 95/46/EC 指令第 6 條(1)(c)中有關蒐集及進一步處理上之「適切、相關及不可踰越其目的」（adequate, relevant and not excessive in relation to the purposes）的反面解釋。這三點理由其實略嫌模糊，特別是第一點「不適切」的認定，性質係不確定法律概念，管見以為在文意上應解為經過時空環境變化後的情事變更，致該資料之正確性已非原始公開者。惟這樣的標準尚待嗣後實務進一步補充，操作上應謹慎為之。

論者批評²⁹，該判決頗具爭議性，係在記憶與遺忘間的取捨（trade-off）的結果，具有高度政治性（political）的價值；歐洲法學者另謂，該判決實際上非被遺忘「權」的落實，反而是強調了網路業者的遺忘「責任」（‘duty to be forgetful’）³⁰。有鑑於該判決對於隱私權／言論自由等權利的影響，歐盟並針對大眾對該判決的

²⁹ Alessandro Mantelero, “Finding a Solution to the Google’s Dilemma on the ‘Right to Be Forgotten’, after the ‘Political’ ECJ Decision,” 58th Congress of the Union Internationale des Avocats, 5 (2014).

³⁰ Dan Jerker B. Svantesson, “The Google Spain case: Part of a harmful trend of jurisdictional overreach,” *European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Florence School of Regulation*, 19 (2015).

迷思特別澄清³¹，但在 2016 年正式通過 GDPR 後，相信嗣後會有更多這樣的實務運用。

二、美國

(一) 法制面

相較之下，美國在被遺忘權的議題上之發展與歐洲迥不相侔。在比較隱私權與言論／新聞自由間權益衡量下，美國聯邦最高法院在利益衡量操作的基準，是以公共利益、公共紀錄為判斷標準，而嚴格的審視州法中保護隱私權與言論／新聞自由二者利益孰輕孰重，但通常是後者占上風³²。言論自由可謂美國憲政的「聖牛」，在「觀念自由市場」(free marketplace of ideas)的譬喻下，政府沒有資格為人民決定言論思想的優劣，因而產生了強烈派斥政府進行內容管制的傳統³³。美國與歐洲不僅是法制、歷史及社會文化等背景因素的差異，更是有憲政上的意涵，是以並無類似像歐盟草案有關被遺忘權之實定法。論者謂³⁴被遺忘權的歐盟模式定義不清、違反資訊近用的權利且有政府在認定上權力濫用的可能，不應推廣採用。

美國對於隱私權的保護也戮力甚早，於 1970 年代，美國即針對電腦世代的來臨，擬定六個關於隱私的基本原則³⁵：

- 一些私人或公家機關的作用是在尋求確定人們權利、利益和機會近用權，而這些私人或公家機關也只能蒐集已受社會認可的相關個人資料。
- 個人應該被告知哪些關於他們的資訊被收集了，及收集者將如何使用這些資料。

³¹ Myth-busting: The Court of Justice of the EU and the “Right to be Forgotten”, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_rtbf_mythbusting_en.pdf, last visited on date: 2017/5/08.

³² 甘大空，「公眾人物隱私權與新聞採訪、報導自由的衝突及其解決之研究」，司法研究年報，第 25 輯第 17 篇，司法院，181 (2005)。

³³ 焦興鎧，美國最高法院重要判決之研究：2000~2003，初版，台北，中央研究院歐美研究所，106 (2007)。

³⁴ Wright, R. George, “The Right to Be Forgotten: Issuing a Voluntary Recall,” *13 Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper*, 6,39,41(2015).

³⁵ David L. Loudon, Albert J. Della Bitta, Consumer Behavior: Concepts and Applications, 640(1993). 引自 Alan Aldridge 著，劉耘安譯，消費社會學的概念，初版，台北，韋伯出版公司，159-160 (2012)。

- 個人應該要有實際可行的程序讓他們可以檢驗自己的紀錄、並讓他們可以就資料被使用的正確性、完整性及適當性，來檢驗這些用來評估他們的資料。
- 在收集資訊的組織裡，敏感的個人資訊應該只能在那些具有正當目的需要看它的人間流通。
- 除非經由個人同意或是法律授權，收集資料的組織不應該將鑑定為個人的資訊公開給原本活動使用目的外的組織。
- 組織必須創造和採取有效的資料保護措施，如此他們才能保證他們與個人間之受託管理人關係不受影響，並持續個人機密的承諾。

近年來，鑑於網路科技的發展，美國也逐步建構其對於隱私權等相關法制的建設，美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission，下稱 FTC）依「聯邦貿易委員會法」（Federal Trade Commission Act）係該法規之主管機關，就跨國資通訊科技業者可能涉及隱私權侵害者，胥依法啟動行政調查程序。為保障消費者隱私權，美國白宮於 2011 年 4 月 13 日提出「消費者隱私保護法案」（Consumer Privacy Protection Act of 2011, H.R.1528）送交國會審議³⁶；FTC 亦於同年 3 月提出「對於企業及政策制定者有關消費者隱私權保護的建議」（Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations For Businesses and Policymakers）³⁷。就業者隱私權政策與資訊安全設定，如 FTC 認已違反「聯邦貿易委員會法」第 5 條關於「顯失公平」（unfair）或「欺罔」（deceptive）行為或作法（acts or practices）而嚴重侵害消費者的權益，FTC 將積極介入³⁸。此外，就業者所蒐集或使用之消費者資料能合理連結至特定消費者、電腦或其他裝置之資料，FTC 另提出「從設計著手保護隱私」（Privacy by Design）等準則，作為該機關就隱私權執法之用³⁹。美國前總統歐巴馬嗣於 2015 年 2 月 27 日公布「消費者隱私權法案」（Consumer

³⁶ H. R. 1528 - Consumer Privacy Protection Act of 2011, <https://www.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/1528>, last visited on date: 2017/6/02.

³⁷ Federal Trade Commission, Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change: Recommendations For Businesses and Policymakers, <https://www.ftc.gov/reports/protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations-businesses-policymakers>, last visited on date: 2017/6/01.

³⁸ 邱祥榮，「論美國網路個人資訊隱私保護型態之轉變」，全國律師，5 卷 12 期，87 (2001)。

³⁹ 蔡博坤，「論智慧科技裝置之法律問題－美國資訊隱私法制變革與發展」，科技法律透析，第 26 卷第 10 期，61 (2014)。

Privacy Bill of Rights Act of 2015) 草案，作為對消費者資訊管理的依據⁴⁰。該法在管理上有下列重要的原則⁴¹：

- 個人控制 (Individual Control)：消費者有權控制業者收集哪些其個資料及如何使用他們⁴²。
- 透明度 (Transparency)：消費者有權利易於理解和近用其隱私和安全措施的訊息⁴³。
- 情境一致 (Respect for Context)：消費者有權要求業者就其個資之收集、使用和揭露的方法應與消費者所提供者一致⁴⁴。
- 安全 (Security)：消費者有權保護並就其個資負責⁴⁵。
- 近用與正確性 (Access and Accuracy)：消費者有權近用及更正使用上之個人數據，其方式應配當於該資料敏感性及對消費者不利後果的風險⁴⁶。
- 限制用途 (Focused Collection)：消費者有權對業者收集和保留的個資進行合理限制⁴⁷。
- 當責性 (Accountability)：消費者有權利採取適當措施確保業者遵守「消費者權益隱私權法案」處理其個人資料⁴⁸。

在草案中原於 106 條設有刪除權之規定，諒係呼應歐盟 GDPR 有關被遺忘權

⁴⁰ We Can't Wait: Obama Administration Unveils Blueprint for a "Privacy Bill of Rights" to Protect Consumers Online, <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2012/02/23/we-can-t-wait-obama-administration-unveils-blueprint-privacy-bill-rights>, last visited on date: 2017/5/10.

⁴¹ White House: Consumer Privacy Bill of Rights, https://epic.org/privacy/white_house_consumer_privacy.html, last visited on date: 2017/5/10.

⁴² "Consumers have a right to exercise control over what personal data companies collect from them and how they use it."

⁴³ "Consumers have a right to easily understandable and accessible information about privacy and security practices."

⁴⁴ "Consumers have a right to expect that companies will collect, use, and disclose personal data in ways that are consistent with the context in which consumers provide the data."

⁴⁵ "Consumers have a right to secure and responsible handling of personal data."

⁴⁶ "Consumers have a right to access and correct personal data in usable formats, in a manner that is appropriate to the sensitivity of the data and the risk of adverse consequences to consumers if the data is inaccurate."

⁴⁷ "Consumers have a right to reasonable limits on the personal data that companies collect and retain."

⁴⁸ "Consumers have a right to have personal data handled by companies with appropriate measures in place to assure they adhere to the Consumer Privacy Bill of Rights."

之規定⁴⁹；惜目前國會審議版本已未見該條文⁵⁰，容係本節前言所述爭議所致。該法案未來是否仍續修正或調整，尚待觀察⁵¹。

（二）司法面

在司法實務上，主要的討論係針對隱私權及民眾知的權利上之公共利益間的權衡。鑒於美國係採案例法，以下茲舉美國司法實務上有關二者間糾葛之著例說明。其一為 20 世紀初期的 *Melvin v. Reid*, 297 P. 91 (Cal. App. 1931)⁵² 案，原告十幾年前是妓女並曾涉及某謀殺案，在隱瞞過去下嗣後憑著努力晉身中上階層。但後來竟被一部 *The Red Kimono* 的影片洩漏的她的過去。法院肯認原告在訴訟上主張有關她有追求快樂的權利，並且免除對她人格及聲望等有關於過去歷史負面評價之攻擊。

另一案是 *Sidis v. F-R Publishing Co.* (311 U.S. 711 61 S. Ct. 393 85 L. Ed. 462 1940 U.S.) 案⁵³，該案係本為神童的原告（渠 11 歲就曾對數學家演講四度空間理論，16 歲即從哈佛大學畢業），嗣後遠離鎂光燈前而寧過著普通的生活。但在被告「紐約客」對其的個人報導下，其主張隱私權受到侵害。但法院在權衡個人隱私及公共利益下公眾知的權利後，認定公眾人物隱私權應有所退讓，判決原告敗訴。

上述的兩個案例，可以得見被遺忘權雖未見於美國法中，但在個案上法院都會衡量個人隱私及在憲法第一修正案（First Amendment）所保障言論自由下的公共利益，實務上會著重後者的成分。蓋美國法院對於新聞價值或資訊係採取比較

⁴⁹ 蔡博坤，「美國 2015 年『消費者隱私權法案』簡介」，*科技法律透析*，第 27 卷第 6 期，7 (2015)。

⁵⁰ S.1158 - Consumer Privacy Protection Act of 2015, <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/1158/text>, last visited on date: 2017/6/3.

⁵¹ 自美國總統川普上任後，已大幅翻轉前朝規定。例如渠於 2017 年 4 月，透過簽署(Congressional Review Act, CRA)法案的方式來廢除前總統歐巴馬時代由 FCC 於 2016 年通過的網路隱私規則(internet privacy rules)，在美國引起軒然大波；其他如網路中立性(net neutrality)等相關法規亦難逃 清 算 命 運。 See <http://thehill.com/homenews/administration/327107-trump-signs-internet-privacy-repeal>, last visited on date: 2017/8/6.

⁵² Alice Marie Beard, THE RIGHT TO PRIVACY vs. THE FIRST AMENDMENT: IS A PRIVATE PERSON PROTECTED AGAINST THE PUBLICIZING OF HIS PRIVATE FACTS? <http://www.alicemariebeard.com/law/privacy.htm>, last visited on date: 2017/1/8.

⁵³ *Sidis v. F-R Publishing Corp.*, <http://www.casebriefs.com/blog/law/torts/torts-keyed-to-epstein/privacy/sidis-v-f-r-publishing-corp/>, last visited on date: 2017/1/10.

寬廣的解釋，關注於訊息中所包含的公共記錄等有價值者。如果公共利益較少，則主張隱私權的機會才會增加。特別是自美國聯邦最高法院自蘇利文案（*New York Times Co. v. Sullivan*）後，已採取「真實惡意（actual malice）原則」，在原告難以主張被告有真實惡意下，通常主張公共利益的被告即能免責。論者⁵⁴ 試圖就重罪、輕罪及其他非刑罰案件來刻畫何者得隱於公眾之眼（“disappear” from the public eye），來勾勒出可以被遺忘的內容及範圍，但這些容未能解於被遺忘權本質上在美國水土不服的異質性。

此外，美國聯邦最高法院在 *Florida Star v. B.J.F.*案⁵⁵ 中，就被告 *Florida Star* 答辯其資訊來源係自佛羅里達州警方新聞室，認定係合法取得資訊，散布亦受美國下憲法增修條文第一條表意自由條款的保護，不應被論以侵害隱私的損害配償責任。且若加以限制，對言論自由將產生寒蟬效應（chilling effect）⁵⁶。因此，論者認為⁵⁷，要在前述的司法認定下去思考被遺忘權在美國隱私權法制下存在的空間，幾乎是沒有理由（there is no reason）及機會存在。不過，站在民眾的角度，美國民眾在面對歐洲立法承認被遺忘權下，有約六成民眾贊成有這樣的權利⁵⁸，亦值得美國當局思考這樣立法的必要性。

參、被遺忘權與消費者保護

不論是美國或歐洲，被遺忘權都引發相當的爭論，特別是在 2014 年 5 月歐洲法院就 *Google Spain v. AEPD* 案判決提及有關被遺忘權適用的問題及配套，都對網

⁵⁴ Ravi Antani, “The Resistance of Memory: Could the European Union's Right to be Forgotten Exist in the United States?,” *30 Berkeley Tech. L.J.*, 31-33(2015).

⁵⁵ *The Florida Star v. B.J.F.*, <http://www.casebriefs.com/blog/law/constitutional-law/constitutional-law-keyed-to-cohen/governmental-control-of-the-content-of-expression/the-florida-star-v-b-j-f/>, last visited on date: 2017/1/12.

⁵⁶ 論者認為該效應係政府管制言論自由所形成最嚴重的邪惡，不論是基於政府事前禁止行為，或基於限制言論法令所涵攝範圍過度廣泛或過度模糊所致，均屬聯邦法院所嚴格禁止者。參史慶璞，*美國憲法理論與實務*，初版，台北，三民書局，193(2007)。

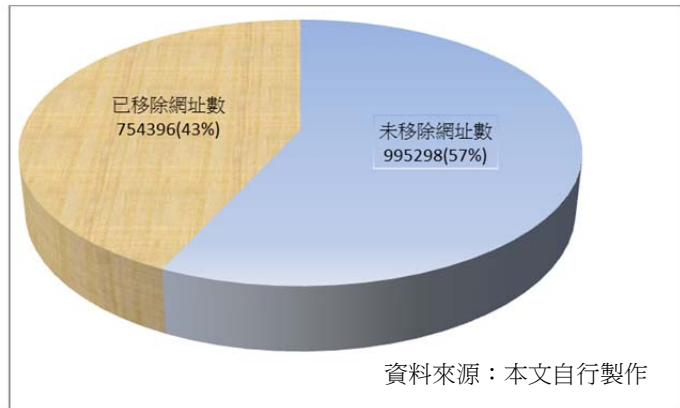
⁵⁷ Franz Werro, “The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash,” *2Georgetown Public Law Research Paper*, 298(2009).

⁵⁸ U.S. Attitudes Toward the 'Right to Be Forgotten' IndustryView /2014, <http://www.softwareadvice.com/security/industryview/right-to-be-forgotten-2014/>，最後瀏覽日期：2016/6/13。

路使用者產生深遠的影響，而安全港制度（The Safe Harbor）適可以網路服務提供商（ISP）善意行為合法保護⁵⁹。此外，歐美先進國家對於網路時代下消費者隱私權的相關法制，也殊值參考，以下分述該等法制設計，並淺提我對策之道。

一、安全港架構

Google 公司在該案之後，已經調整其搜尋方式，其顯示的結果不得完整顯示使用者姓名、必須與使用者姓名無關聯性，不得再與姓名有關聯或具有高度關聯性。依其統計自該案後受理有近 170 於萬個網址移除的申請案中，有逾四成網址被移除⁶⁰（請參右圖）。



前開 Google Spain v AEPD and Mario Costeja González 案例中，Google 公司曾在答辯時主張，其真正提供搜尋服務者，乃是由位於美國的 Google 總公司及其伺服器所提供；此節嗣受歐洲法院認為⁶¹，美國的 Google 總公司在歐盟會員國境內設有子公司，且子公司的設立乃是為了使該搜尋引擎所提供服務獲利，而在該會員國境內促銷並販售該搜尋引擎所提供的廣告空間，此時，應該將個人資料處理，認定屬於該設立單位的活動範圍之內，而不認同該主張。有關資料傳輸及處理此部分之進一步的探討，歐美之間已於 2000 年建立了「安全港架構（Safe Harbor Framework）」。該架構旨在允許美國傳送、儲存或使用歐盟成員國國民成員國民的個人資料，在此架構下，美國企業只要選擇加入並遵守安全港原則，業者的傳輸

⁵⁹ 林利芝，「狐狸踢到鐵板——評臺灣板橋地方法院九十八年度重易字第四號判決（Foxy 案）」，*月旦法學雜誌*，第 189 期，180（2011）。

⁶⁰ Google 資訊公開報告，<https://www.google.com/transparencyreport/removals/europeprivacy/faq/?hl=zh-TW>，最後瀏覽日期：2017/6/3。但仍有近六成網址未被移除，民眾遂續向各歐盟會員國主管機關申請。以英國為例，其資訊委員會（ICO, Information Commissioner's Office）在 2015 年 8 月中即命 Google 應移除 9 則連結，因為其已經揭露刑事犯罪當事人的姓名。詳參 ICO orders removal of Google search results, <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2015/08/ico-orders-removal-of-google-search-results/>, last visited on date: 2017/6/3.

⁶¹ 楊智傑，前揭註 6，頁 29。

行為即視為符合歐盟個資 95/46/EC 指令的標準，避免個人資料傳輸與歐盟國家產生屏障⁶²。該架構下有關隱私權保護有七項原則應予遵守⁶³：

（一）告知（Notice）

組織須告知個人關於其資訊的蒐集及使用目的，組織亦須提供個人在有任何疑問時，如何與該組織聯絡或投訴、向第三人揭露資訊及組織所提供可用來限制使用和揭露的選擇及方法。

（二）選擇（Choice）

組織須予個人選擇（退出）其是否可將他們的個人資料透露給第三人或用於不符合當初蒐集目的或嗣後之授權。就敏感性資訊，亦須提供明確的選擇（加入），是否將資訊透露給第三人，或使用在逾越原始蒐集目的，或是個人隨後授權的目的之上。

（三）轉出／給第三人（Onward Transfer/Transfers to Third Parties）

欲將資訊揭露給第三人，須符合告知和選擇原則。組織若欲作為轉讓之代理人時，亦須確保第三人同樣遵守安全港隱私保護原則、歐盟個資保護指令及其他適切規定。組織得透過與第三人訂立書面協議，要求其至少亦提供前開隱私權保護的相同水準。

（四）存取（Access）

個人擁有存取在組織中所持有個人資料的權利，且能要求更正、修改或刪除其不正確之資訊，除非將產生和個人隱私不相稱的風險，或其將侵犯到他人的權利。

（五）安全（Security）

組織須採取合理的預防措施來保護個人資料不會遺失、濫用，及受到未經授

⁶² 蕭奕弘，「個人資料保護法之研究」，司法研究年報，第 29 輯第 1 篇，司法院，69,153 (2012)。

⁶³ WHAT DO THE SAFE HARBOR PRIVACY PRINCIPLES REQUIRE? http://www.export.gov/safeharbor/eu/eg_main_018476.asp, last visited on date: 2015/10/14.

權的存取、洩露、竄改與破壞。

（六）資料完整性（Data integrity）

個人資訊須與其使用於和蒐集目的相關，組織必須採取合理的步驟來確保資料的可靠性，俾達成預期的使用、正確、完整及現況。

（七）執法（Enforcement）

為了確保符合安全港原則，須有(a)建置可行及足夠的獨立機制，使每個人的申訴和爭議可進行調查和解決，並提供適用法律或隱私受侵害的損害賠償；(b)稽核已承諾遵守安全港原則的公司其實施程序；(c)未遵守本原則時，所能補償所產生問題的義務。處罰措施必須足夠嚴格，以確保組織能遵守法規。組織若未能提出年度的自我稽核證明，將不再列入從安全港參與者名單，且不再保證組織遵守安全港原則的利益。

歐美間有關隱私權保護之安全港架構雖立意甚佳，但實際上在美國國內業界反應有限，因為該架構協議非歐美之間具強制性質。從以上的七原則可以觀察到，其運作上的成本不貲，對公司營運成本確實是一項負擔。此外，該架構雖經歐盟於 2000 年批准生效，但運作上及適法性仍有爭議（一如前述隱私權在歐美向來的爭論）。在 2002 年 2 月 13 日安全港架構協議對個人隱私保護成效的檢討報告中⁶⁴，曾提及目前在稽核上所遇到的最大問題，在於組織或公司所制訂的隱私權政策，是否達到一定的透明度。亦即公司或組織是否能達成讓資料被蒐集者明白瞭解其所制訂的隱私權政策之內容、該公司蒐集個人資料的目的、使用的方式、傳輸到哪些國家、是否有其他合作之第三人得使用這些資料，以及被收集資料的個人能如何進入資料庫修改不正確或過時的資料等內容。在適法性方面，歐洲法院在 2015 年 10 月在 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner 乙案⁶⁵，即宣告該架構協議無效（invalid），判決批評被告資料保護委員沒有權能來限制國家監督機構在個人對隱私權保護的質疑下的權力；認為該協議有漏洞，不足以保護到歐盟

⁶⁴ 謝巧君，「美國與歐盟安全港架構協議（The Safe Harbor Framework）介紹」，科技法律透析，第 14 卷第 10 期，60（2002）。

⁶⁵ Judgment in Case C-362/14, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=125031>, last visited on date: 2017/8/4.

各會員國國民的基本權利。歐盟各會員國可以選擇禁止讓資料傳送到美國，並得規定把該國資料限制存取在該國中。

從上述的歐盟司法實務認定，可以知道歐盟在隱私權的保護上，思維與美國顯然不同。是以，在討論被遺忘權的實際運用上，要慎重考量管轄地及適用法規。特別是目前在大數據時代下的消費者行為分析，更是有可能構成侵害消費者權益的機會，值得後續觀察脈動。

二、網路時代下消費者隱私權保護之歐非法制

在網路時代下，網民（netizen）言論自由一如實體世界般，受到相關法律的保障及限制。但如何去認定？與其他權利間的衝突？也如前述有各種的可能性。在隱私權的保護上，如何納入被遺忘權的操作？也考驗者未來網路管理及消費者權益等不同面向，實踐及運作方式為何尚待釐清。

據統計⁶⁶，2014年對於網路使用者的調查中，有高達78%的比例認為網路服務提供商（ISP）擁有過多有關於消費者行為及偏好的資料；在2011年的調查中，只有22%的歐洲公民對搜尋引擎及社群網站等網路公司有完全的信心。是以，如何消除消費者在使用網路上的疑慮，提供友善的網路環境，應是政府、業者及民眾共同努力的方向。

以美國為例，據調查，有九成的美國人擔心喪失個資的風險⁶⁷。美國前總統歐巴馬於2015年1月間即希望透過國會立法，來降低消費者因進行電子商務而不經意洩漏個資的風險。其主張的內容，包括：

1. 訂定「個人資料通知與保護法」（Personal Data Notification & Protection Act）草案⁶⁸。該法案要求國土安全部（Department of Homeland Security, DHS）成立聯邦等級的專責單位，來處理資安事件、威脅及補強弱點。並要求業者在使用、傳輸、儲存及蒐集敏感性個資時，於個資洩漏時應盡之通知義務；及在個資洩

⁶⁶ The EU Data Protection Reform and Big Data Factsheet, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/data-protection-big-data_factsheet_web_en.pdf, last visited on date: 2017/6/4.

⁶⁷ FACT SHEET: Safeguarding American Consumers & Families, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2015/01/12/fact-sheet-safeguarding-american-consumers-families>, last visited on date: 2017/5/23.

⁶⁸ H.R.1704 - Personal Data Notification and Protection Act of 2015, <https://www.congress.gov/bills/114th-congress/house-bill/1704>, last visited on date: 2017/6/2.

漏事件時，應通知消費者有關的處理部門等。並規範業者洩漏個資的法律責任。例如應自知悉個資洩漏情事後 30 日內須通知消費者。輿論雖多肯定該法案的推動，但論者仍有對聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）如何定義敏感性個資及藉該定義擴張職權的批評⁶⁹。

2. 訂定「學生數位隱私法」（The Student Digital Privacy Act）草案。就美國學生之隱私保護，目前於聯邦層級已有家庭教育權利與隱私法（Family Educational Rights and Privacy Act, FERPA），該法及其授權法令雖賦予學生及其家長對學校所保有之教育紀錄（educational record）之蒐集、使用有知情同意權及其他如修正教育紀錄之權利，惟尚有不足⁷⁰。為確保因教育目的而被蒐集的學生個人資料，不會被用於無關用途，如利用所蒐集資料對學生進行精準行銷的行為非法所許，本法有其必要性。但草案的設計上，仍許可蒐集者利用所蒐集資料改善其所提供之軟硬體教育設備或用來幫助學生的學習品質。
3. 訂定「智慧電網對消費者個資隱私之自律規範」（Voluntary Code of Conduct for Smart Grid Customer Data Privacy）草案，就智慧電網在實施後，規範業者對使用智慧電表的消費者用電資訊之隱私權保護等問題。包括對於消費者的告知義務、消費者的選擇與同意權、業者應確保消費者資料的安全性及業者應自我管理俾符合國內外法規等面向⁷¹。

美國政府這方面的努力，旨在提供消費者不論在學校、家庭生活及電子商務等面向、特別是網路使用上有關個資上的保護。邇來這方面的案件不斷增加，不論美國民間及政府，都發生不少個資外洩事件⁷²，因此，這方面的努力也實有必要；我國在立法例上，也有借鑒西方取法之處。

⁶⁹ President Obama's Personal Data Notification & Protection Act, <http://www.insightsassociation.org/article/president-obama%E2%80%99s-personal-data-notification-protection-act>, last visited on date: 2017/5/23.

⁷⁰ 歐巴馬宣布將立法保護學生數位隱私權，<https://stli.iii.org.tw/article-detail.aspx?no=64&tp=1&i=148&d=6757>，最後瀏覽日期：2017/8/4。

⁷¹ Protecting Consumer Privacy while Building a Smarter Grid, <http://energy.gov/oe/articles/protecting-consumer-privacy-while-building-smarter-grid>, last visited on date: 2017/6/4.

⁷² 據媒體報導，自 2015 年夏天開始，發現美國政府有高達 560 萬名人員的指紋資料遭竊，被影響的政府員工資料數（包含過去與現在員工）共達 2150 萬名，被竊取資料包含個人的社會安全號碼、地址、姓名等。詳參 OPM Now Admits 5.6m Feds' Fingerprints Were Stolen By Hackers, <http://www.wired.com/2015/09/opm-now-admits-5-6m-feds-fingerprints-stolen-hackers/>, last visited on date: 2017/5/29.

承前節所述，歐洲的有關隱私保護的立法，是略為領先美國。其中有關消費者保護部分，自原有歐盟個資 95/46/EC 指令以降，均有所論及。面對現今網路科技的蓬勃發展，其相關立法更早於美國。以智慧電網為例，歐盟執委會早在 2011 年起即推動「智慧電網創新發展」(Smart Grids: from innovation to deployment)。在 2012 年 3 月，提出就推廣智慧電表系統準備的建議 (2012/148/EU: Commission Recommendation of the 9th March 2012 on preparation for the roll-out of SM systems, Section 1.4)⁷³；同年 10 月 25 日則通過能源效率指令 (Energy Efficient Directive 2012/27/EC)。於 2014 年間，進而頒布有關資料保護影響評估範本的建議 (Data Protection Impact Assessment Template supported by Commission Recommendation 2014/724/EU)⁷⁴，指出應建立消費者隱私的保護規範、促進消費者的使用意願及瞭解其能源的使用狀況；在資訊交換的過程中，亦須保護敏感的商業資訊，使企業願意以安全的方式提供其能源使用訊息。這方面的建議，在具體的執行上，是有賴各歐盟會員國在國內在各自立法。以英國而言，其能源與氣候變遷部 (Department of Energy & Climate Change, DECC) 已於 2012 年 12 月即公布「智慧電表執行計畫：隱私影響評估」(Smart Metering Implementation Programme: Privacy Impact Assessment)⁷⁵，已就前開歐盟指令的執行情形，提出對消費者使用智慧電表各種期間的消費資料進行評估 (Implementing the Energy Efficiency Directive provision for easy access to 24 months of daily/weekly/monthly/annual consumption data for consumers with smart meters)。其中明確建議，數據及資料公司、售電業者、配電業者與授權第三方及消費者間訂定「智慧能源守則」(Smart Energy Code)⁷⁶，俾有效保護消費者資訊。

上述的有關歐美等先進國家的消費者隱私權保障的立法趨勢及討論，已相當

⁷³ Document 52014SC0189, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=SWD:2014:189:FIN>, last visited on date: 2017/5/29.

⁷⁴ COMMISSION RECOMMENDATION on the Data Protection Impact Assessment Template for Smart Grid and Smart Metering Systems (2014/724/EU), http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.300.01.0063.01.ENG, last visited on date: 2017/5/29.

⁷⁵ Smart Metering Implementation Programme, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/66616/7245-consultation-on-implementing-the-energy-efficiency.pdf, last visited on date: 2017/6/2.

⁷⁶ 王艾雲，「智慧電表與電表用電資料權利研析--以英國管制為主軸」，萬國法律，第 199 期，96 (2015)。

程度構築對於網路使用者／消費者的保護網；但在具體實施上，仍有待施行過程中是否有足夠的回饋來加以修正及調整。國內學界此部分論述無多；涉及被遺忘權討論者，更為有限。本研究擬於次節提出對於消費者隱私權保護觀點，以充實這部分的論述。

三、消費者權益保護及被遺忘權對策

雖然前述歐美各國對於民眾或消費者隱私權法制立法方興未艾；反觀我國在法制面卻仍有相當差距。在電子商務的蓬勃發展下，越來越多消費者透過網路將個資登錄購物網站並提供信用卡等資料來進行消費。尤其是在發展的態樣上，諸多社群網站或即時通業者也成為電子商務平台角色，讓行銷管道更加多元化。但透過前述的法制分析，業者應揚棄「我們來蒐集所有人的所有資料吧（“Let’s collect everything about everybody”）」⁷⁷的經營策略，而應遵守相關規定。然而，消費者真的知道自己在網路上登錄的資料保存狀況甚至是分享情形嗎？

在消費者的資料分類上，概可區分為三種⁷⁸：

- 自行回報的資料（self-reported data），或是消費者主動提供的個人相關資料，如姓名、年齡、性別、教育程度、工作經歷、地址及網址等。
- 數位產出（digital exhaust），如所在地點資料與瀏覽紀錄，是使用行動裝置、網路服務，或是其他連結科技時創造出的資料。
- 個人特質資料（profiling data），用以預測個人的興趣與行為，是綜合前述自行回報、數位產出，以及其他資料而得出。

研究上並已發現⁷⁹，信任係一項重要的促進因子，品牌信任度越高，消費者越願意分享他們的資料。對消費者資料的使用及保護若能透明化，將可強化其信任感。特別是目前在行銷上，業者紛紛耕耘前述的第三類消費者資料，透過詳細的人口統計資料和消費心態資料，分析消費者在網路上的點擊串流（clickstream），業者能提供消費者高度量身訂做的品項，在適當的通路，以適當的價格，適時引

⁷⁷ With Big Data Comes Big Responsibility, Harvard Business Review, November 2014 Issue, <https://hbr.org/2014/11/with-big-data-comes-big-responsibility>, last visited on date: 2017/6/2.

⁷⁸ Timothy Morey, Theodore Theo Forbath, and Allison Schoop, Customer Data: Designing for Transparency and Trust,” Harvard Business Review, May 2015 Issue, <https://hbr.org/2015/05/customer-data-designing-for-transparency-and-trust#>, last visited on date: 2017/6/2.

⁷⁹ Ibid.。

導消費者購買「適當的」商品或服務，這些就稱為「下一個精選優惠」(next best offer, NBO)⁸⁰。學者認為成功的網路社群經營模式，應具備有特別性、長期優勢來源、集中火力及掌握賺錢之道等四個特性⁸¹。

從另外的角度，消費者在進行電子商務時，除前述的三類型資料外，也時在網站留言板加以評論（不論是按讚或負評）；特別是在社群網站上，意見領袖常引領言論風潮。依照目前的發展趨勢，現在所稱的電子商務 E-Commerce，「以後就是沒有 E 這個字，就是 Commerce，就是商務這個字」⁸²。諸多業者已積極在網路上經營社群網站（如臉書 facebook）粉絲團或投資 Google 等搜尋引擎進行關鍵字行銷，旨在創造產品網站流量及點閱率等；但若停止投資，不僅流量歸零，甚至負評還會繼續留存在搜尋引擎，業者不可不慎。據統計⁸³，有 87% 的消費者在購物之前，會上網搜尋產品資訊與使用者的評價。這在行銷學上，屬於口碑（Word of Mouth, WOM）行銷的範疇，依學者 Anderson 定義，WOM 係在私人間就產品及服務等評價的資訊溝通⁸⁴。若口碑佳的商品，行銷效果自然強；反之，若消費者在網站留下負評，則透過 WOM 的影響，將不利於商品的行銷。商品往往因為少數網民的負評，導致消費者購買意願的降低；業者也苦於若有不正確的負評，要如何請 ISP 或媒體等業者下架，避免影響銷售，此即有引用前述被遺忘權的內涵及功能之實益，只是當事人間是否知曉該權利並懂得運用（forget the right to be

⁸⁰ With Big Data Comes Big Responsibility, Harvard Business Review, November 2014 Issue, <https://hbr.org/2014/11/with-big-data-comes-big-responsibility>, last visited on date: 2017/6/2.

⁸¹ 楊國樑，知識經濟理論與實證，初版，293，五南出版公司（2007）。

⁸² 馬雲互聯網大會演講，句句乾貨！<http://wechat.fingerdaily.com/thread-8956-1-1.html>，最後瀏覽日期：2017/6/4。在臺灣，依照經濟部分類，網路零售業者係屬分類號 F399040 之無店面零售業，定義為「凡從事以郵件及廣播、電視、網際網路等電子媒介方式零售商品之行業。本細類主要以網路或其他廣告工具提供廣告、型錄等商品資訊，經由郵件、電話或網際網路下訂單後，商品直接從網際網路下載或以運輸工具運送至客戶處。經由電視、收音機及電話銷售商品及網際網路拍賣活動亦歸入本細類。不包括應經許可始得銷售之商品。」，請參經濟部商業司公司行號及有限合夥營業項目代碼表檢索系統，https://gcis.nat.gov.tw/cod/doc-cgi/q_fdr.exe，最後瀏覽日期：2017/8/5。如發生消費爭議，適用消費者保護法第 19 條及 19 條之 2 規定。

⁸³ 林佳燕、蔡宛汝、郭玟儀，「部落客推薦文真實性對消費者購買行為之影響」，第十七屆資訊管理暨實務研討會論文，2（2011）<http://oplab.im.ntu.edu.tw/csimweb/system/application/views/files/IMP/20110033>，最後瀏覽日期：2017/6/2。

⁸⁴ Eugene Anderson, "Customer Satisfaction and Word of Mouth." , *1(1) Journal of Service Research*, 6 (1998).

forgotten) ⁸⁵ ?

例如 2013 年初，紐約時報（The New York Times）報導特斯拉（Tesla）公司電動車沒電拋錨事件，就引起軒然大波。該報記者 John Broder，在同年 2 月間試駕了一輛 Tesla Model S 車款的電動車，擬從華盛頓特區開到康乃狄克州，原本信賴這輛新款電動車能如當初宣稱的里程數足夠行駛完程，但後來卻因電力不足而以拖吊結尾 ⁸⁶。特斯拉公司對該報導極為不滿，因為前者在媒體（不論是平面或網路）佔有舉足輕重的地位，該報導已經嚴重影響特斯拉公司產品形象及行銷，該公司遂在部落格上嚴重質疑紐約時報該記者試駕的真實性 ⁸⁷；並有多位車主聲援及向紐約時報抗議。紐約時報就前開抗議，也回擊並維護原本報導的正確性 ⁸⁸。這樣一來一往，彼時確實已影響產品銷量。另外，Google 公司更因先前蒐集消費者使用 Wi-Fi 資料時侵犯隱私，而在 2013 年 3 月被迫以 700 萬美元與 32 州之消費者和解，並受美國 FCC 以「故意阻礙及延宕調查」為由處以 2 萬 5 千美元罰鍰 ⁸⁹，從上述例子可知，不論是業者或是消費者，都會擔心錯誤的資訊或個人資料外洩後，對當事人本身可能的影響。以下謹就電子商務中當事人可能面臨資料上的風險及錯誤提出分析及對策：

（一）消費者主張

就前述消費者所自行回報、數位產出及個人特質等三類資料，在目前電子商務中，其資料持有者及控制者胥在業者端，網路業者有義務去妥善保存及管理該

⁸⁵ 林子儀大法官於釋字 603 號解釋協同意見書認為「所謂已公開的資訊即不受隱私權之保障，並非的論。至多僅得謂：已為眾所週知或相當多數之人所知之資訊，或個人自願公開之資訊，並在其授權公開之範圍內，即難以再主張受到隱私權之侵害。且基於重視個人資訊隱私權之保障之觀點，縱係個人自願公開資訊下，也不意謂第一次的授權之後，個人對其自願公開之資訊即因此完全喪失控制，而不能對違反其授權目的或範圍的侵害行為有所主張。」

⁸⁶ Stalled Out on Tesla's Electric Highway, http://www.nytimes.com/2013/02/10/automobiles/stalled-on-the-ev-highway.html?_r=2&#, last visited on date: 2017/6/4.

⁸⁷ A Most Peculiar Test Drive, <http://www.teslamotors.com/blog/most-peculiar-test-drive>, last visited on date: 2017/6/4.

⁸⁸ Supported by Search Problems With Precision and Judgment, but Not Integrity, in Tesla Test, http://publiceditor.blogs.nytimes.com/2013/02/18/problems-with-precision-and-judgment-but-not-integrity-in-tesla-test/?_r=0#, last visited on date: 2017/6/4.

⁸⁹ Jon Xavier, "Google settles Wi-Fi data collection case for \$7M," <http://www.bizjournals.com/sanjose/news/2013/03/12/google-settles-wifi-data-collection.html>, last visited on date: 2017/6/4.

等資訊。就該三類資料，可再分述如下：

1. 在自行回報的資料上，諸多電子商務業者多會利用滿意度調查等方式吸引消費者填寫個人資料，並提供抽獎或累積點數等方式來增加誘因；消費者遂自願在網站上填註姓名、年齡、性別、教育程度、工作經歷、地址及網址等資料，該等資料在定性上係屬我國個人資料保護法上之一般性資料，如消費者依同法第 11 條規定提出請求欲「刪除、停止處理或利用該個人資料」，依該法第 19 條第 2 款規定，即便該等該等資料係消費者主動填寫，業者仍不得拒絕消費者之請求。
2. 在數位產出的資料上，如消費者在社群網站上打卡或註記所在地點資料與瀏覽紀錄，係使用行動裝置、網路服務，或是其他連結科技時透過程式或硬體創造出等資料，與上述消費者自行填註者並不相同。例如行動電話業者在產品內鍵程式自動將聯絡人設定好喜愛名單，以便消費者使用；業者也可以透過手機追蹤程式來獲得使用者該等資料⁹⁰。在利用上，消費者甚至不知道業者已經取得並持有該資料；該等資料雖非消費者主動填寫，但仍屬我國個人資料保護法上之一般性資料，依前述同樣受到該法第 19 條第 2 款規定保護。
3. 在個人特質資料上，業者利用消費者在網路上所留下的資料，透過大數據分析來預測消費者的興趣與行為⁹¹，是現在電商最新的行銷模式。該等資料係綜合前述自行回報、數位產出，以及其他資料而得出，苟未事前告知消費者，並經書面同意，該等資料蒐集，應屬違法蒐集⁹²，消費者即得依前述個資法

⁹⁰ 例如臉書即得透過 cookies 功能或 APP 預設的位置功能追蹤瀏覽者的網路活動，進而透過演算法來數位產出其想獲得的資料。惟比利時隱私權委員會 (Belgium's privacy commission) 於 2015 年 6 月間向法院對臉書起訴，指控該公司在網友瀏覽任何有臉書分享或按讚功能的網頁時，臉書就會數位產出並使用該資料，即便非臉書使用者亦會遭到追蹤。法院嗣於同年 11 月判決臉書因未獲得非用戶授權存取 cookies 的權限，禁止臉書繼續違法追蹤非用戶活動，否則將處以每天 268,000 美元的罰款。參 Facebook's Tracking of Internet Users in Belgium Could Cost It \$268,000 a Day, <https://news.vice.com/article/facebooks-tracking-of-internet-users-in-belgium-could-cost-it-268000-a-day>, last visited on date: 2017/8/4.

⁹¹ 依英國皇家學會科學期刊 (ROYAL SOCIETY OPEN SCIENCE) 刊載的研究發現，大數據技術可以透過使用者上傳的照片來預測未來其將來造訪地點，參 Daniele Barchiesi, Tobias Preis, Steven Bishop, Helen Susannah, Moat, Modelling human mobility patterns using photographic data shared online, <http://rsos.royalsocietypublishing.org/content/2/8/150046>, last visited on date: 2017/6/4. 這種技術特別適用於旅遊業者對特定客戶的標靶行銷。

⁹² 劉佐國、李世德，個人資料保護法釋義與實務：如何面臨個資保護的新時代，台北，碁峰資訊股份有限公司，99 (2012)。

規定主張。在美國司法實務上，已經有消費者向此種資料蒐集業者提出訴訟之案例⁹³。惟是否認定為侵權？網路服務提供業者常提出「科技中立原則」（技術中立原則）抗辯，主張如大數據等新興科技僅係中立的技術，本身不構成侵權；倘該技術有合法用途，尚難認業者應就其使用者利用該技術所造成之侵權負責⁹⁴。

（二）業者對策

就可能涉及前述消費者隱私資料所造成可能的營運風險，業者應致力妥善保存及管理該等資訊，無可避免地一定會增加成本，可行的做法分述如下：

1. 資料稽核與管控：在資訊設備使用上，使用者常常會同時使用多重設備來登錄及瀏覽網頁（例如手機已有即時通 APP，同時使用電腦版軟體），是以資料的準確度及正確性應透過身分確認或勾稽的方式來確認，不能純粹以點擊數等表面資料來判斷。此外，資料的定期稽核及檢查，除業者應妥善管理（不論是自行或委外），也應透過壓力團體來遊說立法，透過法制環境來外部要求資料稽核與控制。消費者在使用網路過程中所累積的後設資料（metadata），不僅可成為業者分析消費者通訊流量的基礎；在科技層面上，針對這類資料進行管理的效能不斷提高，對於隱私權及通訊自由的影響亦極為深遠⁹⁵
2. 資料透明及安全：在前述的資料分類上，消費者通常僅知悉第一類自行回報的資料，就數位產出及個人特質資料等業者透過技術或加工所得者，通常並不知曉，造成消費者內心的恐懼及擔憂；業者面對消費者的質疑甚至是訴訟，也通常欠缺因應的做法。因此，業者在資料管理上，應具備前節所述之透明度（transparency）及告知後同意（informed consent）等要求，俾取得消費者信任，也能合法運用渠等資料。

⁹³ 美國 Carrier IQ 公司開發出某軟體，提供給蘋果公司等 6 家行動電話製造商或電信公司，來蒐集使用者的瀏覽紀錄及點擊資訊等，受消費者發現後於 2011 年對該公司提起訴訟；嗣於 2014 年 11 月間，雙方達成和解。參 Carrier IQ finally settles class-action lawsuit over consumer privacy, <http://www.digitaltrends.com/mobile/carrier-iq-settles-class-action-lawsuit-consumer-privacy/>, last visited on date: 2017/5/15.

⁹⁴ 顧正德，「新型態網路服務提供者之著作權侵害責任」，司法研究年報，第 31 輯第 5 篇，司法院，60（2014）。

⁹⁵ 劉靜怡，通訊監察與民主監督：歐美爭議發展趨勢之反思，歐美研究，第 47 卷第 1 期，79（2017）。

3. 與消費者協力：業者在資料管理上，應依個人資料保護法第七條規定取得當事人同意，該同意係「指當事人經蒐集者明確告知特定目的外之其他利用目的、範圍及同意與否對其權益之影響後，單獨所為之書面意思表示。」⁹⁶。換言之，業者不應再如往常一般黑箱作業，而應賦予消費者適當的掌控權，讓其共同參與資料管理的共同權限（取得、修正或刪除等）；甚至應教育消費者勿盲目放棄該權利。

（三）政府治理

對消費者而言，不論是業者自律或外界他律，希望的只是擁有一個令人安心的消費環境。政府機關在行政管理作為上，可以有下述的做法來保護電子商務上消費者的隱私權益：

1. 成立跨職能編組或專責機構：消費者保護主政機關雖係行政院消保處，但在本研究所關注的消費者隱私權議題上，亦牽涉到網路管理及隱私權保護，不論是 NCC、公平交易委員會或法務部⁹⁷，在職權上都有維護該權益的義務，但具體作法及政策指導欠缺如歐盟諸指令般明確，端有賴 NCC 等政府相關部門攜手研擬。在作法上，或可由政務委員主導成立跨部會／職能的編組，如英國原先成立的公平交易辦公室（United Kingdom's Office of Fair Trading, OFT）⁹⁸；或如波蘭的競爭與消費者保護辦公室（the Polish Office of Competition and Consumer Protection, UOKiK）⁹⁹，來同時跨域合作地遂行競

⁹⁶ 例如英國 1998 年制定之資料保護法（Data Protection Act）第 9 條第 3 項即規定業者有義務提供當事人適切資訊及表件俾當事人提出需求（“Where the data controller receives a request under section 7 in a case where personal data of which the individual making the request is the data subject are being processed by or on behalf of the data controller, the obligation to supply information under that section includes an obligation to give the individual making the request a statement, in such form as may be prescribed by the Secretary of State by regulations, of the individual's rights— (a) under section 159 of the Consumer Credit Act 1974, and 1974 c. 39. (b) to the extent required by the prescribed form, under this Act.”), <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/29/section/9>, last visited on date: 2017/6/4.

⁹⁷ 電信法第 1 條已經揭示立法目的在於健全電信發展，增進公共福利，保障通信安全及維護使用者權益；公平交易法第 1 條亦明示「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」

⁹⁸ 英國公平交易辦公室嗣於 2014 年組改，業務移交給其他機關。See <https://www.gov.uk/government/organisations/office-of-fair-trading>, last visited on date: 2017/6/4.

⁹⁹ 該辦公室前身為 1990 年所成立的反獨占辦公室 Antimonopoly Office. (AO)，嗣更為現名。詳見

爭法及消保法業務；或如澳大利亞的競爭與消費者保護委員會（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC），只有在相當多數消費者受害的情形，透過概括條款作行政干預始有其正當性¹⁰⁰。但在實際上，若要調整現行消保及公平雙軌制成為上述單軌制，涉及兩行政體系間本位主義，亦有不同論者謂¹⁰¹宜維持現狀。此外，本文建議，得仿歐盟於 2001 年成立歐洲資料保護監察官（European Data Protection Supervisor）¹⁰² 設置專責獨立機構，以執行次點修改法令後的執行實務。

2. 修改法令：不論是歐盟 1995 年制定的個人資料保護指令、2010 年的全面性的歐盟個人資料保護方法及 2012 年研擬的一般資料保護規則草案；或美國於 2015 年初進行包裹式立法（包括前述個人資料通知與保護法、學生數位隱私法、智慧電網對消費者個資隱私之自律規範及消費者隱私權法案等草案），歐美先進國家在法制環境對網路時代的消費者保護可謂不遺餘力。反觀我國，對類似議題的處理，在法制面上顯有不足。雖自 2013 年 10 月起政府即推動「虛擬世界法規調適計畫」，希望透過該計劃排除我國虛擬世界發展的法制障礙，以「數位商業模式」、「數位生活型態」、「數位侵害防範暨公民參與」等三面向為主軸，就網路公司及智財、網路金融、網路交易課稅、遠距／電傳勞動、遠距教育、遠距醫療照護、消費者保護、網路犯罪與個資保護、政府資料開放、網路公民參與等十大重點議題，盤點虛擬世界發展之法制現況，梳理具法規調適急迫性與跨部會協處必要性之法制議題，以此盤點擬定虛擬世界發展上之對應法制與調適作為¹⁰³。但迄今效果有限，立法進度及保障未若歐美；此外，行政院雖設有「國家資訊通信發展推動（NICI）小組」，但睽諸其執行計畫¹⁰⁴，欠缺就前述的宏觀規劃，特別是關於消費者保護面上，殊

Kati Cseres, "Comparing Laws in the Enforcement of EU and National Competition Laws", *European Journal of Legal Studies*, Volume 3, Issue 1, 22 (2010).

¹⁰⁰ 蘇永欽，跨越自治與管制，初版，台北，五南出版公司，21（1999）。

¹⁰¹ 廖世机，「我國消費者保護與公平交易組織關係與組織能力對消費需求全影響之研究—以 2003 年 SARS 期間口罩消保事件為例」，消費者保護研究，第 11 輯，178（2007）。

¹⁰² EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR - The EU's independent data protection authority, <https://edps.europa.eu/>, last visited on date: 2017/6/6.

¹⁰³ 虛擬世界法規調適交流平台網站，<http://www.vtaiwan.org.tw/model.aspx?no=195>，最後瀏覽日期：2017/6/4。

¹⁰⁴ NICI 方案計畫，http://www.nici.gov.tw/Content_List.aspx?n=BF343D46311B4345，最後瀏覽

屬可惜。另行政院於 2017 年 4 月間送進立院審議之「資安管理法」¹⁰⁵ 雖就能源、交通運輸、金融、通訊傳播、醫療、水電、高科技園區及公部門等八大關鍵基礎設施提供者納管，惜欠缺電子商務及遊戲業者，對消費者保護仍有不足之處。

3. 強化管理作為：對於網路業者可能侵害消費者權益的情形，除應盡速修改相關法令俾在法制上要求，希望未來能成立的跨部會編組或專責機構亦能勇於稽查市場違法動態；而在行政作為及管理上，行政院消費者保護處、經濟部、法務部及 NCC 等相關機關得廣邀學者、專家、消費者代表及業者共同集思研擬可行的各種書類（如個資使用同意書、刪除個資申請書、請求提供個資及相關資料申請書等），並就權利可供行使態樣廣泛宣導，弭平業者與消費者間在認知上的落差。此外，有關機關尚要注意避免受到「管制俘虜理論」（regulatory capture theory）的綁架，該理論在廣義而言，係指在某特定利益下影響了政府以不同形式的介入，其場域包括了租稅環境、外匯或貨幣政策的選擇，或對於研發的立法等¹⁰⁶。當政府作為管制者與被管制的業者利益趨向過於接近時，這種危險就容易發生。管制者可能將大眾利益和生產者的利益畫上等號，而非消費者的利益¹⁰⁷。

三、被遺忘權在我國法之存在可能性

（一）法制面

前已敘及歐盟及美國有關被遺忘權的法制及發展方興未艾，法規制定亦牽涉到其社會文化背景及政治環境；相較之下，我國現行個人資料保護法尚無「被遺忘權」明文規範，僅有法第 19 條第 1 項第 7 款但書與第 19 條第 2 項規定賦予當事人刪除權限，然其非能逕與「被遺忘權」之請求權等而視之，蓋從前述及我個

日期：2017/6/4。

行政院會通過「資通安全管理法」草案，http://www.cy.gov.tw/News_Content.aspx?n=F8BAEBE9491FC830&s=26B446DFB5C87E70，最後瀏覽日期：2017/6/6。

¹⁰⁶ “According to the broad interpretation, regulatory capture is the process through which special interests affect state intervention in any of its forms, which can include areas as diverse as the setting of taxes, the choice of foreign or monetary policy, or the legislation affecting R&D.” see Ernesto Dal Bó, Regulatory Capture: A Review, *22(2)Oxford Review of Economic Policy*, 203 (2006).

¹⁰⁷ Alan Aldridge 著，劉耘安譯，消費社會學的概念，初版，台北，韋伯出版公司，162（2012）。

資法法條之前提要件即為不同。論者認為¹⁰⁸ 透過該法我國個人資料保護法第 19 條第 1 項第 7 款但書與第 19 條第 2 項規定，當資料乃蒐集自一般可得之來源，而個人有更值得保護之重大利益時，可要求停止蒐集處理該個人資料，此一條文即為要求停止繼續處理資料的反對權。該反對權或謂當事人之停止請求權¹⁰⁹，可由資料主體之當事人向蒐集或處理其個資之非公務機關，請求刪除、停止處理或利用該個人資料；該非公務機關亦得主動為之。揆其立法理由¹¹⁰，該條第 1 項第 7 款係參考德國聯邦個人資料保護法第 28 條規定，旨在維護個人有更值得保護之重大利益。管見以為，無論是其權利行使的內容、範圍及主體上，均與前述歐盟 GDPR 被遺忘權有間，二者不能相提並論。特別是我國個資法在適用上，經過利益衡量後，限縮於個人有更值得保護之「重大」利益，在保護法益及實務運用的可能上恐未及歐盟 GDPR 被遺忘權，遑論後者業有第 17 條第 1 項(a)至(f)款具體適用條件，我國在相關立法上仍有努力之處。

對消費者而言，面對可能的個資風險，除前述個資法第 19 條第 1 項第 7 款與第 19 條第 2 項規定外，縱然加上同法第 11 條第 4 項：「違反本法規定蒐集、處理或利用個人資料者，應主動或依當事人之請求，刪除、停止蒐集、處理或利用該個人資料。」，仍然難以推導出如歐盟 GDPR 被遺忘權或美國法制般的保護。是以，亟有援引該立法例來規制消費者在電子商務中權利保護之必要。在相關立法之前，得參考前述的 *Google Spain v. AEPD* 案歐洲法院的處理模式，雖然適用現行法，但得透過法學方法論上之「目的性擴張」來因應日新月異的網路情狀，彌補現行法制之不足。

在被遺忘權的運用上，囿於歐盟 GDPR 雖已通過，但實際施行日係 2018 年，尚無法就援引實務案例來參照並預防我國可能發生之爭議。而前述 *Google Spain v. AEPD* 案，現有學界文獻多分析該個案即背景，未能關照在原本制度設計上甚為重要的消費者保護，殊為可惜。現行個人資料保護法途徑雖能主張刪除權或反對權之可能，但仍有不足；未來在「虛擬世界法規調適計畫」盤點有關消費者保護之重大議題下，若政府能跨機關地徵詢各方意見修法納入被遺忘權規定，將能更有助於保護消費者。以下謹從該權利可以操作之觀點加以分析：

¹⁰⁸ 楊智傑，前揭註 6，頁 42。

¹⁰⁹ 蕭奕弘，同前註 62，152（2012）。

¹¹⁰ 法務部，個人資料保護法規及參考資料彙編，42（2013）。

1. 消費者個資 vs.業者管理：誠如前述，消費者在網路上可能有自行回報、數位產出及個人特質等三類資料，在目前電商在該等資料的運用上，有關第一類自行回報者，業者通常已經有個資法的基本觀念而不會擅自予以公開；但數位產出及個人特質等二者資料，要視業者產出資料是否係對內（如技術研發）還是對外公開（如產業報告）而定。以前者而言，如果只是業者在內部研發之用、且係經告知消費者於獲其同意後之產出的話，消費者若在獲知業者該等資料中，認為有影響其權利而欲移除該等資訊者，得援用被遺忘權來要求資料控制者刪除或限制個人資料。如已係對外公開者，甚至授權第三人處理該資料，業者／資料控制者與第三人間應連帶履行有關資料主體請求刪除其個人資料的任何連結、副本或複製品之情事。
2. 業者 vs.消費者評論：不論是業者或是消費者，都不會喜歡對方在網路負評甚是對罵（如前述特斯拉公司之例）。尤其是在目前口碑行銷盛行的今天，業者利用各種社群網站成立粉絲團進行關係行銷（Relationship Marketing），消費者也樂於去發表及分享其對商品意見及經驗¹¹¹。但消費者對於商品抒發的意見可能有褒有貶，業者當然不願意上負面評論常留於得以搜尋的狀態並供人瀏覽。對於該已公開之負面的評論，如係出於善意發表且符合刑法第 311 條規定者，尚在言論自由¹¹² 保護之範疇內；否則即可能有觸犯同法第 310 條之誹謗罪¹¹³。該等負評如經司法判決確定者，業者得透過被遺忘權的操作，來

¹¹¹ Yubo Chen, Scott Fay, and Qi Wang, The Role of Marketing in Social Media: How Online Consumer Reviews Evolve, 3(2011), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1710357>, last visited on date: 2017/6/7.

¹¹² 學者認為言論自由具有實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動等特別價值。參陳滄海、徐淑敏、高光義，憲法與國家發展，初版，台北，五南出版公司，144（2010）。

¹¹³ 就誹謗罪與言論自由間之界線等討論，大法官釋字 509 號解釋甚明：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制。刑法第三百十條第一項及第二項誹謗罪即係保護個人法益而設，為防止妨礙他人之自由權利所必要，符合憲法第二十三條規定之意旨。至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。」

請求 ISP 或網路搜尋引擎業者將原本消費者之負評或已經受媒體報導者移除連結或下架，來保護其名譽權。

如何去平衡消費者資料保護及電子商務業者在經營上希望能降低負評的能見率，亦係本研究之所以鋪陳前述隱私權及言論自由的發展背景理由之一。進一步言之，妥善行使「被遺忘權」，對業者而言，將能助益於業者就網路行銷上消費者所留負評之下架；對消費者來說，也能得到比較正確的資訊，而不受到錯誤資訊的誤導。

（二）司法實務面

以上係簡述被遺忘權可以法制面操作之情形，更為精細的描述容俟入法後，在實際的司法審判下當事人如何主張而定。我國現行法雖無「被遺忘權」之明文規定；但在目前的司法實務上，已有臺灣高等法院 104 年度上字第 389 號判決認為被遺忘權係衍生於隱私權之見解。該案事實背景係前職棒米迪亞隊老闆施建新曾在 2008 年間被某報報導涉及打假球事件，但當事人認為，該案已歷新北地方法院 98 年度矚易字第 1 號及高等法院 100 年矚上易字第 2 號等刑事判決認定無罪，惟該報的相關報導卻仍在網路上被他人轉貼；且透過 Google 搜尋引擎，以當事人施建新作為關鍵字進行搜尋，仍然可以搜尋到打假球的相關報導。故其向美商科高國際有限公司台灣分公司（Google International LLC）起訴，要求移除以「施建新」作為關鍵字所搜尋取得之「網路搜尋結果」，以及要求移除系爭網頁上關於「施建新球隊難管的真相」之「搜尋建議關鍵字」。當事人提出在一審訴訟中¹¹⁴首先提出「被遺忘權」的概念，並舉歐日等國判決先例參考；惟一審法院於判決內容上並未直接面對，分別以被告無管理維護之權能及民法第 191 條之 1、消費者保護法第 7 條至第 9 條等規定未及於服務提供者而判決駁回。一審判決認定之實體理由略以：「按『從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可

¹¹⁴ 臺北地方法院 103 年度訴字第 2976 號民事判決參照。原告在訴之聲明主張：「被告應移除以○○○關鍵字所搜尋取得如附表所示部份之網路搜尋結果」；「被告應移除其網頁 <http://www.google.com.tw> 關於○○○之搜尋建議關鍵字」等。該判決嗣後上訴二審，業經臺灣高等法院 104 年度上字第 389 號判決駁回，三審亦維持原判決。

能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。』、『從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任。』、『輸入商品或服務之企業經營者，視為該商品之設計、生產、製造者或服務之提供者，負本法第 7 條之製造者責任。』、『商品製造人因其商品之通常使用或消費所致他人之損害，負賠償責任。但其對於商品之生產、製造或加工、設計並無欠缺或其損害非因該項欠缺所致或於防止損害之發生，已盡相當之注意者，不在此限。前項所稱商品製造人，謂商品之生產、製造、加工業者。其在商品上附加標章或其他文字、符號，足以表彰係其自己所生產、製造、加工者，視為商品製造人。商品之生產、製造或加工、設計，與其說明書或廣告內容不符者，視為有欠缺。商品輸入業者，應與商品製造人負同一之責任。』，消費者保護法第 7 條第 1 項、第 2 項、第 8 條第 1 項前段、第 9 條、民法第 191 條之 1 分別定有明文。惟民法第 191 條之 1 規定之責任主體並不包括服務提供者；另原告僅以被告在人力銀行之網路產品簡介記載『Search Engine』及其官網以英文版介紹提供『Engineering & Design』、『Operation & Support』、『Developer Relations & Technical Solutions』、『Sales & Account Management』、『Marketing & Communications』（見卷第 21、194 頁）即謂被告為 Google 搜尋引擎之經銷者，惟被告並非 Google Inc. 授權具有管理 Google 搜尋引擎之權能，業經本院論述如前，且其英文版官網上復未說明所提供之軟體設計、營運支援、發展及技術支援、銷售及行銷服務等項目係針對 Google 搜尋引擎，再消費者保護法所保護之法益亦僅限於生命、身體、健康、財產，不及於名譽權、隱私權，原告亦未舉證證明 Google 搜尋引擎有何未『符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性』，則原告主張被告應類推適用民法第 191 條之 1、消費者保護法第 7 條至第 9 條負賠償責任，亦非可採。」

嗣於二審中，上訴人(即原告)雖補強對於美商科高國際有限公司台灣分公司係系爭業務之主要經營者或管理者，亦有參與推廣或經銷系爭搜尋引擎服務之經營業務之敘述，惟仍未受二審法院所採。二審法院雖未明言「被告不適格」乙語，惟在判決理由中強調「查，上訴人上開請求之前提，乃被上訴人對於系爭搜尋引擎有無管理及維護之權能。惟上訴人就此項事實之舉證不足，並不可採，既如前述，被上訴人對於系爭搜尋結果及搜尋建議關鍵字是否適當，即無置喙之權利。揆之前揭說明，上訴人指稱被上訴人容任該搜尋結果存在於系爭網頁而供不特定

使用者以「施建新」關鍵字搜尋，並於該網頁出現「施建新球隊難管的真相」之「搜尋建議關鍵字」，已對其名譽權及隱私權造成侵害，進而依隱私權所衍生之被遺忘權，請求被上訴人移除上開搜尋結果及搜尋建議關鍵字，自無理由。」

從上述判決中，管見認為有下列可惜之處：

- 原告在訴訟策略上，似乎迴避了原本個人資料保護法第 19 條有關刪除權等可以具體操作的條文，而改採民法及消費者保護法來主張（容係消費者保護法第 51 條設有懲罰性違約金之規定而得請求賠償金較夥），並先進地佐以歐日有關被遺忘權相關案例，這樣無可避免地須面對策略運用上法院難以理解該先進觀念的風險。但亦不能言，因原告未主張個資法第 19 條規定而敗訴，法院判決主要理由仍繫於「被告不適格」（一二審未明言之，惟均係圍繞該概念，而轉以系爭業務之主要經營者或管理者之語或類似語替代。）
- 其次，在一審判決中，法院尚就實體上之消費者保護法適用與否判斷，然未對民法置喙，容係當事人間不爭執或基於消保法係民法特別法關係之認定；二審判決連此部分都省略了，承前述逕認無須置喙。雖言及「依隱私權所衍生之被遺忘權」，惜未能利用此機會申言之，並論就個人資料保護法現行之不足處，善於此際來清楚釐清其間關係等，實屬遺憾。

是以，期待在未來本土的司法案例上，能有更進一步對這方面的討論及辯證。法官若能有清楚的觀念及接受度，相信在行使闡明權下，可以上這個論點越辯越明，益能讓其後類似案例能據以操作。該判決已明舉「消費者保護法所保護之法益亦僅限於生命、身體、健康、財產，不及於名譽權、隱私權，原告亦未舉證證明 Google 搜尋引擎有何未『符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性』」，就該「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」乙語，未來容將影響當事人類似案件之請求權基礎及相關業者的經營成本，尚待嗣後業者市場競爭及發展而定。

肆、檢討與策進（代結論）

依公平交易法第 1 條規定：「為維護交易秩序與消費者利益，確保自由與公平競爭，促進經濟之安定與繁榮，特制定本法。」。本研究依據公平交易法立法意旨，

析理消費者保護及個人資料保護交錯下之網路消費者隱私權保護，凸顯在這數位時代下該權利之重要性。就該新興議題，難得也慶幸有「被遺忘權」這個時代下的新型權利產生，殊值我輩研究。一個權力的發展，如同新生兒的成長一般，通常要經歷數十年的步伐（如女權、同性伴侶等）才會成熟，被遺忘權嗣後也會隨著學界不斷地提出及補充見解來充實¹¹⁵。本研究首就被遺忘權在歐美等先進國家的發展談起，進而探討在網路運用、特別是電子商務中消費者資料可能面臨的影響，繼而論述在司法及實務上的意涵，研究的層次遞延為隱私權／個資保護／消費者個資保護／網路上消費者個資保護／網路上消費者個資保護中被遺忘權行使，在論述的過程中，兼及歐美實務判決及相關法制，並輔以本土見解平行參考。囿於該權利係屬新生階段，即便是外國文獻也多僅就個案或制度面的介紹，尚乏從消費者觀點來論述，此即本研究之企圖所在，惟係從現在眼光嘗試勾勒未來藍圖，在研究限制上容有預測上不全之處，遑論有國家安全等其他面向上分析¹¹⁶。

對於被遺忘權的討論，被認為是在資料保護的學術領域中最熱門的議題之一¹¹⁷，特別是歐洲法院在 2014 年 5 月就 *Google Spain v AEPD and Mario Costeja González* 案判決後，已經為被遺忘權的運用上樹立了實務基礎，讓網路服務提供商（ISP）、網路應用服務商（ASP）及網路內容供應商（ICP）等網路業者警惕並調整既有作法¹¹⁸。從隱私權的保護宗旨上雖然正面，但各界對歐盟的 GDPR 立法

¹¹⁵ 以隱私權來說，雖未在憲法本文或增修條文明定隱私權的保護，惟在歷年來司法院大法官釋字 293、509、535、603、631 及 689 號等解釋，已分別論及個人資料保護並確認隱私權係不可或缺之基本權利。特別是釋字 689 號明白揭示「蓋個人之私人生活及社會活動，隨時受他人持續注視、監看、監聽或公開揭露，其言行舉止及人際互動即難自由從事，致影響其人格之自由發展。尤以現今資訊科技高度發展及相關設備之方便取得，個人之私人活動受注視、監看、監聽或公開揭露等侵擾之可能大為增加，個人之私人活動及隱私受保護之需要，亦隨之提升。是個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護。」；在德國法上，德國聯邦憲法法院 1983 年「人口普查案」判決所發展出來的資訊自決權（*Recht auf informationelle Selbststimmung*）已被認為係屬人格權的一環，詳參李震山，論資訊自決權，收錄於氏著，*人性尊嚴與人權保障*，初版，台北，元照出版公司，頁 275 以降（2000）。資訊自決權是否等同資訊隱私權？國內學界看法不一，王澤鑑大法官認為兩者根本同義，只是美國與德國不同國家的不同稱謂，事實上可以互換用之；詳參蕭奕弘，前揭註 62，42-45（2012）。

¹¹⁶ 有關國家安全面向邇來已有劉靜怡教授剖析之，請參註 95。

¹¹⁷ Joris van Hoboken, "The European Approach to Privacy," 2014 TPRC Conference Paper, <http://ssrn.com/abstract=2418636>, last visited on date: 2017/6/5.

¹¹⁸ 在傳統的分類上，網路服務供應商（ISP）指像 HiNet 等業者，提供連結管道讓網友進入網際網路世界，像是電話、有線電視線纜、無線衛星傳訊等，主要經營模式為 B2C，亦提供 B2B 服務；

仍有相當大的批評聲浪¹¹⁹，批評的理由則不一而足，有認為歐盟應更清楚地充實其內涵，以免日後應用程度受到限制¹²⁰；有認為欠缺技術可行性，係「新瓶裝舊酒」之議者¹²¹；甚至認為係對網路上言論自由最大的威脅者¹²²。這些批評，部分也失之偏頗，例如對於可能會對言論自由發生寒蟬效應的批評，經過實驗研究後發現，其實被遺忘權的行使對寒蟬效益並無顯著性¹²³。從好的來看，這些建議及提出的限制，未來在此新的權利實施後，都將有助於實務運作的效能¹²⁴。

此外，正因為被遺忘權本身係新生的權利，就其內涵及操作有極大檢討的空間，如歐盟執委會 GDPR 第 17 條第 2 項所規範之對第三人的通知義務內涵¹²⁵？權利行使客體的射程範圍（是否包括數位產出及個人特質資料等衍生物或變形體）？請求權時效長短？在訴訟法上原告集體訴訟的行使？權利的轉讓及消滅？與其他權利間之競合關係等，都值得繼續挖掘探討。國內是否要立法賦予被遺忘

網路應用服務商 (ASP) 如智邦等業者，提供經營技巧及建置網站工具予欲於網路上進行商業、行銷活動之企業主，進行相關網頁製作工具和技術、規畫支援等，經營模式以 B2B 為主、B2C 次之；網路內容供應商 (ICP) 則如 PC home 提供各式各樣影音、圖像、文字訊息的業者，其構築網頁版面及透過寬頻等作為，吸引消費者付費使用或利用點擊率向其它業者販售廣告，商業模式兼有 B2B、B2C。但這樣的分類，隨著「數位匯流」(Digital Convergence) 的趨勢，讓產業間界線越來越模糊，以國內中華電信而言，其即橫跨三者。美國 Google 更已於 2014 年透過 Google Fiber 服務，成為網路服務供應商 (ISP)；2016 年 Verizon 通訊公司更以 48 億多美元收購 Yahoo，同時兼有 ISP 及 ICP 的身分。因此，如個案發生問題時，要如何精密地區分渠道等責任比例分配，實有其困難。對於消費者來說，通常在接近使用程度上應為 ICP 大於 ASP，ASP 復大於 ISP，蓋其個資主要係受網路內容供應商 (ICP) 所控制，責任自亦較多。

¹¹⁹ Allyson Haynes Stuart, "Google Search Results: Buried If Not Forgotten," *15(3) North Carolina Journal of Law & Technology*, 483 (2014).

¹²⁰ Information Commissioner's Office, The Information Commissioner's (United Kingdom) response to A comprehensive approach on personal data protection in the European Union, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/contributions/public_authorities/ico_infocommoffice_en.pdf, last visited on date: 2017/6/5.

¹²¹ Gabriela Zafir, "Tracing the Right to be Forgotten in the Short History of Data Protection Law: The 'New Clothes' of an Old Right," <http://ssrn.com/abstract=2501312>, last visited on date: 2017/6/5.

¹²² 原文為 "it represents the biggest threat to free speech on the Internet in the coming decade.", Jeffrey Rosen, "The Right to be Forgotten", *64 Stanford Law Review Online*, 88 (2012).

¹²³ Yoan Hermstrüwer, Stephan Dickert, "Tearing the Veil of Privacy Law: An Experiment on Chilling Effects and the Right to Be Forgotten", Max Planck Institute for Research on Collective Goods Preprint, No. 2013/15, <http://ssrn.com/abstract=2311201>, last visited on date: 2017/6/5.

¹²⁴ Pere Simón Castellano, "A Test for Data Protection Rights Effectiveness: Charting the Future of the 'Right to Be Forgotten' Under European Law", *Columbia Journal of European Law Online*, <http://ssrn.com/abstract=2244352>, last visited on date: 2017/6/5.

¹²⁵ Gabriela Zafir 稱係最爭議的條款，同註 120。

權？應先檢視國內是否有類似法制？使用環境的土壤是否成熟？¹²⁶ 也就是說，如果積極地賦予這樣的權利主張，是否會在諸多的網路作業上，要分別提前先予告知有此權利，再事後依照個別需求及時間來個案刪除？如此的模式似與網路向來的自由性及中立性不符，也增添網路業者的管理成本，更可能造成司法上跨國訴訟案件增加¹²⁷。這些成本未來也將反映在使用者或消費者端，經濟上的觀點可能也非妥適。此外，要如何正確行使也是有其困難，攸關對於所認定事件的公共利益（如當事人曾經的犯罪紀錄）及表現自由，低度行使或過度行使，都會斷傷網路的長期發展。特別是目前有諸多的小型電商對消費者的個人資料運用型態，消費者不易掌握及準確地主張並行使被遺忘權，有賴未來實務運作得宜後，透過法律及技術專家的協助方能為之。

作為跨學科的研究，本研究謹引介化學元素週期表上半衰期（half-life, $t_{1/2}$ ）的概念，突破性提出「隱私資料半衰期理論」試圖提供未來被遺忘權在操作上客體的補充論述。半衰期原本定義係核種數量降到原本一半所需的時間（ $N_0/2$ ）¹²⁸，在此可以類推適用到被遺忘權的法制設計，如果資料的瀏覽率低且為時已久¹²⁹，除了當事人外，通常已經多數人遺忘，應無須積極地賦予當事人主張該權利，而可以透過立法方式對於時間條件訂定適當的限制，直接賦予資料不再儲存或部分儲存的效果，在目前資料控管的技術上是完全可行¹³⁰。

¹²⁶ 審查委員認為引用歐盟法借鏡的同時，對於借鏡引入的理由以及是否可以解決我國現行法規的不足？管見認歐盟之立法例當然利於我國現行法制參考，但法制尚須鑲嵌於整體社會文化當中（如美國法即未參採歐盟規定），尚難驟論有「解決」之機能。

¹²⁷ 我國係採屬地主義，若業者為規避我國法之嚴格限制而改由管制較寬鬆的境外或委外資料管理，此「清洗」（laundry）程序得以迴避我立法初衷，且不利於網路使用者/消費者權益保障。APEC 已通過「跨境隱私權保護原則」（Cross Border Privacy Rules, CBPR），俾強化對隱私權的保護。蔡靜怡，「大數據時代下的 APEC 跨境隱私保護規則」，APEC 通訊，第 181 期，9（2014）。

¹²⁸ 「放射性元素半衰期的定義」與「積分一級速率定律」連結，即產生半衰期時間 $t_{1/2}$ 的方程式： $t_{1/2} = \ln(2)/k = 0.693/k$ ；或可作為未來資料半衰期的參考。李鈞震 2015 藝術文化讀書會網站，<http://earthkart2011.blogspot.tw/2015/03/half-life.html>，最後瀏覽日期：2017/6/6。

¹²⁹ 論者舉 2014 年 5 月就 Google Spain v AEPD and Mario Costeja González 案為例，系爭連結係 16 年前之資料，而認為資料已過時且不符合處理的目的性下，應毋庸再行保存。Ignacio N. Cofone, "Google v. Spain: A Right to Be Forgotten?," *15(1) Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law*, 5(2015).

¹³⁰ 類似主張請參考 Viktor Mayer-Schoenberger, "Useful Void: The Art of Forgetting in the Age of Ubiquitous Computing," Working Paper RWP07-022, John F. Kennedy School of Government - Harvard University, http://www.quebec.ca/observgo/fichiers/63720_gri2.pdf, last visited on date:

前述「隱私資料半衰期理論」，係本文就現有個人資料保護法規定不足之處所提出之補充理論，其三大核心原則如下：

1. 隱私資料之半衰期性 (half-life)：肯認資料類同人類記憶非全面有永久保留性；當事人得合意變更部分性質資料無須永久保存，僅賦予其一定存在期間。
2. 隱私資料半衰期之差異化 (differentiation)：資料得依資料主體及與資料控制者之合意而有不同半衰期之期間設定，該設定應以書面為之，並提供時間長短不同之差異化選項便於選擇。
3. 隱私資料權利人之主體性 (data subjectivity)：資料主體有權請求資料控制者依資料性質設定半衰期之選項；非經資料主體拋棄，資料控制者不得拒絕該請求。

上述「隱私資料半衰期理論」三大核心原則，未來有賴進一步透過法律及技術面的設計斯為有功。前者因涉及權利之行使及相對人之限制等配套作為，得納入個人資料保護法修正草案而新增為第十一條之一規定；後者則視該資料於製作時即內含相關設定，或資料製作後鑲嵌 (embedded) 於某網路框架中而在該框架設定之，此技術面問題於實際執行時尚待政府與業界共同訂頒一定技術標準 (protocol) 始能為之。

此外，亦可導入我國實定法上已經存在的保全程序，如網路業者/資料控制者受到網路使用者/資料主體的請求時，得先就爭議網址先予「凍結」(freeze) 一段時間 (如 20-30 日)，若網路使用者/資料主體未於該期間內起訴，則系爭連結網址得再次啟用 (reactivated)。而有關被遺忘權行使程度的差異，更應視資料本身重要程度予以分類為洽，亦是本文後續研究之重點¹³¹。

被遺忘權在台灣本土上，學界已漸有部分論述，雖不若歐美等國有上開激烈的討論，但也逐漸為人所知，並已見於司法實務判決中當事人的主張。惟法院並未直接就該權利詳加論述，失去了可以發揮及點燃未來類似紛爭可供解決的明燈，殊為可惜。希望能有更多不同的面向來討論被遺忘權可以運用的範圍，而不只是限縮在言論自由、名譽權或個資法的討論，而能如本研究般嘗試置於消費者

2017/11/26.

¹³¹ 麥爾荀伯格另提出「資料到期日」之觀點，亦頗有創意。氏著，大數據：隱私篇：數位時代，「刪去」是必要的美德，頁 220 以降。惟其所提出之配套措施如訂定對等協商或同意書等概念，尚待目的事業主管機關是否訂定定型化契約以為市場管理，或有可能妨礙消費者行使合法權益之虞者，胥屬公平交易委員會對於公平交易法第二十五條案件之處理原則第七條「判斷顯失公平之考慮事項」第 (七) 及第 (八) 款之適用範圍。

關係與市場管理層面討論。對於消費者來說，不論是其自行回報、數位產出及個人特質等三類資料，在電子商務上，其資料持有者及控制者係在業者端，網路業者有義務去妥善保存及管理該等資訊。歐洲的被遺忘權等立法例及美國的言論自由相關判決是可以提供消費者主張的依據。世界各國諸如如日本¹³²、巴西¹³³及俄羅斯¹³⁴，亦均有類似司法案例及實定法可供參考。網路業者在電子商務時代，除應與消費者善盡溝通義務（如事前即告知消費者資料之用途及可能之運用），也得強調其在資料管理上的技術優勢等長處，除能降低被投訴或資料外洩的風險，益能吸引更多消費者使用，達到關係行銷的目的。相對的，消費者能如能安心地使用電子商務，並能取得其資料發表/刪除等主動權利，相信更能助益已經蓬勃發展的網路世界。

而在競爭法上，未來在處理網路使用者或消費者個人資料時，謹慎的業者在事前的作業上，無可避免增加其營運管理上的支出及成本（up regulation）；相反的，刻意去忽略之業者於根本不在意是否會影響網路使用者/消費者個資的情況下，其營運管理上的支出及成本自較前者低（down regulation），二者的差異將隨時間而擴大，除可能產生「法規套利」（regulatory arbitrage）¹³⁵之經濟不正義（economic injustice）而影響在市場上的生存競爭，更將影響網路使用者/消費者得以請求或主張權利的機會。此外，業者間就技術面上可能有聯合、排他行為或濫用其優勢地

¹³² 五名原告起訴要求網路公司刪除個人訊息均敗訴。最高裁が「忘れられる権利」を認めなかったことは妥当である，<https://news.yahoo.co.jp/byline/tagamiyoshikazu/20170202-00067252/>, last visited on date: 2017/5/30.

¹³³ 巴西高等法院判決「被遺忘權」並不適用於 Google 或其他搜尋器，認為若強迫搜尋引擎業者去判斷及執行移除個別搜尋結果連結的要求，會加諸其重大責任，可能使其成為網絡審查者。「被遺忘權」案 巴西高等法院判 Google 勝訴，<https://zht.globalvoices.org/2016/12/13/20584/>, last visited on date: 2017/5/30.

¹³⁴ 俄羅斯已於 2016 年正式實施「關於資訊、資訊技術及資訊保護」之聯邦法（簡稱「被遺忘權」法，Закон о праве на забвение），проект федерального закона № 804132- 6 О внесении изменений в Федеральный закон Об информации, информационных технологиях и о защите информации и отдельные законодательные акты Российской Федерации。[http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/\(SpravkaNew\)?OpenAgent&RN=804132-6&02](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/(SpravkaNew)?OpenAgent&RN=804132-6&02) , last visited on date: 2017/5/30.

¹³⁵ 亦稱監理套利，指法規主體為免於接受較嚴格之管制而遁逃到管制較為寬鬆法域之現象。參謝易宏，「金融產業與公平競爭」，收錄於第十五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，公平交易委員會，60（2008）。

位而影響市場秩序者，經過本研究分析，未來有賴業者自律¹³⁶，及被遺忘權嗣入法後政府在配套措施上訂定相關規定進行外部管理¹³⁷，值得網路使用者/消費者密切關注。

資訊隱私權保護議題牽涉甚廣，得以貫穿資訊安全（行政院已擬定資通安全管理法草案）、個人資料保護（個資法現已實施）及本文探討之被遺忘權相關規定（詳參歐盟GDPR），關切的角度及適用法規容有不同。於消費者保護層面上，除消費者保護法及公平交易法外，實務界尚有金融業個人資料檔案安全維護計畫標準、保險業個人資料檔案安全維護計畫標準及證券業暨期貨業個人資料檔案安全維護計畫標準等細部規定；但在電子商務及個別消費行為上，仍有未逮之處。未來在個案適用上，勢必有競合情形。惟如從隱私權保護觀點而言，我國應參照GDPR及本文建議者而修正現行個資法規定為宜。

隱私權最早的定義是 the right to be left alone¹³⁸，係予他人得否近取（access）個人資料之控制權¹³⁹。論者主張應受「目的拘束原則」拘束¹⁴⁰，於隱私權衍生之「被遺忘權」（the right to be forgotten）亦然；對想要主張該權利者，就其無意讓他人知悉之（可能是負面）網路資訊，或有“Life is too long”¹⁴¹的感觸。該權利在目前各界的討論上，充滿了各種的可能性，期待未來在充分討論下，能在兼顧消費者保護、言論自由、隱私權保護、市場競爭及技術發展下，能建構更好的網路世界規範。

¹³⁶ 以歐洲為例，歐盟「資料保護工作小組」（The Article 29 Working Party）於2003年6月發布「資料國際傳輸之企業自我約束規則」（Binding Corporate Rules for International Data Transfers）作業文件，作為企業導入企業自我約束規則（Binding Corporate Rules）的指引。參郭戎晉，「個人資料跨境傳輸之法律研究」，科技法律透析，第27卷第08期，47（2015）。

¹³⁷ 論者稱基於法律保留原則，對人民的權利義務加以限制須有明確法律授權，或可參考行政院當年組成NII法制推動工作小組，就網路各類業者應配合之義務予以釐清。戴豪君、吳兆琰，「網路犯罪之防治與網路內容管制」，科技與法律，初版，台北，元照出版公司，247-248（2010）。

¹³⁸ Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy,” *Harvard Law Review*, Vol. IV No. 5, 1890, http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html, last visited on date: 2017/5/30.

¹³⁹ Paulan Korenhof, “Stage Ahoy! Deconstruction of the 'Drunken Pirate' Case in the Light of Impression Management,” *Tilburg University, TILT Law & Technology Working Paper No. 2/2013*, <http://ssrn.com/abstract=2245591>, last visited on date: 2017/5/26.

¹⁴⁰ 李惠宗，憲法要義，6版，台北，元照出版公司，384（2003）。

¹⁴¹ 美國詩人艾略特（T.S. Eliot）在「空心人」（The Hollow Man）長詩中的名句。

參考文獻

一、中文部分

- Alan Aldridge 著 (2012)，劉耘安譯，消費社會學的概念，初版，台北，韋伯出版公司。
- 王艾雲 (2015)，「智慧電表與電表用電資料權利研析—以英國管制為主軸」，萬國法律，第 199 期。
- 史慶璞 (2007)，美國憲法理論與實務，初版，台北，三民書局。
- 公平交易委員會 (2015)，認識公平交易法，增訂 16 版，台北，行政院 公平交易委員會。
- 甘大空 (2005)，「公眾人物隱私權與新聞採訪、報導自由的衝突及其解決之研究」，司法研究年報，第 25 輯第 17 篇，司法院。
- 汪渡村 (2010)，公平交易法，五版，台北，五南出版公司。
- 李惠宗 (2003)，憲法要義，6 版，台北，元照出版公司。
- 李震山 (2000)，人性尊嚴與人權保障，初版，台北，元照出版公司。
- 李建榮 (2000)，「欺罔或顯失公平行為之禁止」，收錄於賴源河，公平交易法新論，2 版，台北，元照出版公司。
- 金融監督管理委員會 (2015)，103 年度施政績效報告，台北，金融監督管理委員會。
- 林利芝 (2011)，「狐狸踢到鐵板——評臺灣板橋地方法院九十八年度重易字第四號判決 (Foxy 案)」，月旦法學雜誌，第 189 期。
- 邱祥榮 (2001)，「論美國網路個人資訊隱私保護型態之轉變」，全國律師，第 5 卷第 12 期。
- 徐彪豪 (2014)，「從歐洲法院實務看資料保護在智慧聯網時代下發展—以資料保存指令無效案和西班牙 Google 案為例」，科技法律透析，第 26 卷第 8 期。
- 麥爾荀伯格 (2015)，大數據，一版，台北，天下文化。
- 麥爾荀伯格 (2015)，大數據:隱私篇：數位時代，「刪去」是必要的美德，一版，台北，天下文化。

- 陳滄海、徐淑敏、高光義（2010），憲法與國家發展，初版，台北，五南出版公司。
- 陳麗娟（2010），歐洲競爭法，3 版，台北，五南出版公司。
- 陳櫻琴（2010），競爭理論與案例評析，初版，台北，五南出版公司。
- 黃茂榮（1998），公平交易法專題研究，初版，台北，植根法學。
- 郭戎晉（2015），「個人資料跨境傳輸之法律研究」，科技法律透析，第 27 卷第 08 期。
- 許炳華（2015），被遺忘的權利：比較法之觀察，東吳法律學報，第 27 卷第 1 期。
- 程明修（2006），「行政訴訟類型之適用—有關雙階理論、行政處分是否消滅的爭議」，臺灣本土法學，第 81 期。
- 焦興鎧（2007），美國最高法院重要判決之研究：2000~2003，初版，台北，中央研究院歐美研究所。
- 楊智傑（2007），資訊法，2 版，台北，五南出版公司。
- 楊智傑（2015），「個人資料保護法制上『被遺忘權利』與『個人反對權』：從 2014 年西班牙 Google v. AEPD 案判決出發」，國會月刊，第 43 卷第 7 期。
- 楊國樑（2007），知識經濟理論與實證，初版，台北，五南出版公司。
- 廖世机（2007），「我國消費者保護與公平交易組織關係與組織能力對消費需求全影響之研究—以 2003 年 SARS 期間口罩消保事件為例」，消費者保護研究，第 11 輯。
- 蔡博坤（2014），「論智慧科技裝置之法律問題—美國資訊隱私法制變革與發展」，科技法律透析，第 26 卷第 10 期。
- 蔡博坤（2015），「美國 2015 年『消費者隱私權法案』簡介」，科技法律透析，第 27 卷第 6 期。
- 蔡靜怡（2014），「大數據時代下的 APEC 跨境隱私保護規則」，APEC 通訊，第 181 期。
- 戴豪君、吳兆琰（2010），「網路犯罪之防治與網路內容管制」，科技與法律，初版，台北，元照出版公司。
- 劉佐國、李世德（2012），個人資料保護法釋義與實務：如何面臨個資保護的新時代，台北，碁峰資訊股份有限公司
- 劉華美（2009），競爭法與能源法，初版，台北，元照出版公司。
- 劉靜怡（2017），通訊監察與民主監督：歐美爭議發展趨勢之反思，歐美研究，第

47 卷第 1 期。

謝易宏（2008），金融產業與公平競爭，第十五屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，初版，台北，行政院公平交易委員會。

謝巧君（2002），「美國與歐盟安全港架構協議（The Safe Harbor Framework）介紹」，科技法律透析，第 14 卷第 10 期。

羅俊瑋（2014），「歐盟個人資料保護規則草案對保險業運作影響之初探」，萬國法律，第 195 期。

蕭奕弘（2012），「個人資料保護法之研究」，司法研究年報，第 29 輯第 1 篇，司法院。

蘇永欽（1999），跨越自治與管制，初版，台北，五南出版公司。

羅怡德（1999），陳家駿，公平交易法與智慧財產權—以專利追索為中心，初版，台北，五南出版公司。

顧正德（2014），「新型態網路服務提供者之著作權侵害責任」，司法研究年報，第 31 輯第 5 篇，司法院。

二、外文部分

Ambrose, Meg Leta and Ausloos, Jef, “The Right to Be Forgotten Across the Pond,” 3 *Journal of Information Policy* (2013).

Anderson, Eugene, “Customer Satisfaction and Word of Mouth.”, 1(1) *Journal of Service Research* (1998).

Antani, Ravi, “The Resistance of Memory: Could the European Union's Right to be Forgotten Exist in the United States?” 30 *Berkeley Tech. L.J.* (2015).

Cofone, Ignacio N., “Google v. Spain: A Right to Be Forgotten?,” 15(1) *Chicago-Kent Journal of International and Comparative Law* (2015).

Cseres, Kati, “Comparing Laws in the Enforcement of EU and National Competition Laws”, 3(1) *European Journal of Legal Studies* (2010).

Dal Bó, Ernesto, Regulatory Capture: A Review, 22(2) *Oxford Review of Economic Policy* (2006).

Dwork, Cynthia, “A firm foundation for private data analysis”, 54(1) *Communications of the ACM* (2011).

- Gasser, Urs and Zittrain, Jonathan and Faris, Robert and Heacock Jones, Rebekah, *Internet Monitor 2014: Reflections on the Digital World: Platforms, Policy, Privacy, and Public Discourse*, Berkman Center Research Publication No. 2014-17 (2014).
- Graux, Hans and Ausloos, Jef and Valcke, Peggy, “The Right to Be Forgotten in the Internet Era,” *IICRI Research Paper* (2011).
- Koops, Bert-Jaap, “Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the ‘Right to Be Forgotten’ in Big Data Practice,” *8(3) Tilburg Law School Research Paper No. 08/2012*, SCRIPTed (2011).
- Loudon, David L., and Della Bitta, Albert J., *Consumer Behavior: Concepts and Applications* (1993).
- Mantelero, Alessandro, “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the ‘right to be forgotten,’” *29(3) Computer Law & Security Review* (2013).
- Mantelero, Alessandro, “Finding a Solution to the Google’s Dilemma on the ‘Right to Be Forgotten’, after the ‘Political’ ECJ Decision,” *58th Congress of the Union Internationale des Avocats* (2014).
- Mayer-Schönberger, Viktor, *Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age* (2011).
- Mayer-Schönberger, Viktor and Cukier, Kenneth, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work and Think*, Canada: Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt (2013).
- Morey, Timothy and Forbath, Theodore Theo and Schoop, Allison, “Customer Data: Designing for Transparency and Trust,” *93 Harvard business review* (2015).
- Purtova, Nadezhda, “Default Entitlements in Personal Data in the Proposed Regulation: Informational Self-Determination Off the Table ... and Back on Again?,” *30(1) Computer Law and Security Review* (2014).
- Rosen, Jeffrey, “The Right to be Forgotten,” *64 Stanford Law Review Online* (2012).
- Stuart, Allyson Haynes, “Google Search Results: Buried If Not Forgotten,” *15(3) North Carolina Journal of Law & Technology* (2014).
- Svantesson, Dan Jerker B., “The Google Spain case: Part of a harmful trend of

jurisdictional overreach,” *European University Institute Robert Schuman Centre for Advanced Studies Florence School of Regulation* (2015).

Voss, W. Gregory, “Looking at European Union Data Protection Law Reform Through a Different Prism: The Proposed EU General Data Protection Regulation Two Years Later,” *17(9) Journal of Internet Law* (2014).

Walker, Robert Kirk, “The Right to be Forgotten,” *64 Hastings Law Journal* (2012).

Werro, Franz, “The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash,” *2 Georgetown Public Law Research Paper* (2009).

Whitman, James Q, “The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty,” *113 The Yale Law Journal* (2004).

Wright, Joshua D., “An Antitrust Analysis of the Federal Trade Commission’s Complaint Against Intel,” *10-27 George Mason Law & Economics Research Paper* (2010).

Wright, R. George, “The Right to Be Forgotten: Issuing a Voluntary Recall,” *13 Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper* (2015).

消費者保護研究

第 22 輯

出版機關：行政院

地址：10058 臺北市中正區忠孝東路一段 1 號

網址：<http://www.ey.gov.tw/>

<http://www.cpc.ey.gov.tw/>

電話：(02)3356-0000

出版年月：107 年 3 月

定 價：新臺幣 250 元

展 售 處：國家書店松江門市

地址：10485 臺北市松江路 209 號 1 樓

網址：<http://www.govebooks.com.tw>

電話：(02)2518-0207 轉 15

五南文化廣場

地址：40042 臺中市區中山路 6 號

網址：<http://www.wunanbooks.com.tw>

電話：(04)2226-0330 轉 821

GPN：1010700194

ISBN：978-986-05-5353-6

本書保留所有權利。

欲利用本書全部或部分內容者，需徵求行政院同意或書面授權。

