

消費者保護研究

第 26 輯

行 政 院 編 印
中 華 民 國 111 年 4 月

編輯說明

- 一、為有效推動我國消費者保護工作，建立其行政理論基礎，以利理論與實務的與時俱進，進而帶動本領域的學術研究風氣，自民國 84 年起，每年邀請各界就消保護議題、行政實務等撰擬論文，並於彙整出版後，寄送各中央及地方政府機關、民間消費者保護團體及大專院校圖書館，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，共收錄 6 篇稿件，分別係學者、民間實務工作者及政府行政人員就推動實務、法令規定、制度層面所為分析或比較研究之論著，均對未來推動消費者保護相關工作有所啟發，極具參考價值，謹在此對所有投稿者敬致謝意。
- 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，但因倉促付梓，文中疏漏之處在所難免，尚祈各界不吝指正。

行政院消費者保護處 謹識
中 華 民 國 111 年 4 月

消費者保護研究

第 26 輯

長照人力媒合平台及長照需求者權益保障／蔡璧竹	1
租賃住宅市場發展及管理條例之定位與適用— 兼論其與消費者保護法之關係／張藏文	37
消費者資訊權益保護議題初探— 以個資外洩通知機制為中心／彭文暉	71
分期付款買賣消費權益之比較—以消費者保護法為中心／黃明陽 ...	115
消費者保護法與隱私法之競合關係與執法界線之研究／郭戎晉	151
懲罰性賠償金的法史演進與司法實踐— 聚焦於消費者保護法／陳星宏	183

長照人力媒合平台及長照需求者權益保障

蔡璧竹*

摘要

我國長期照顧服務法於 2017 年實施，同年推動長期照顧服務十年計畫 2.0，翌年 3 月底我國老年人口達到總人口 14.1% 正式邁入高齡社會。目前臺灣長照服務體系在長照 2.0 及長照特約機制架構下，發展以居家和社區為中心的服務體系，滿足國人長照需求及達成在地老化理念。隨著人口結構變遷，長照需求不斷擴張，各類長照服務資源逐漸成長，其中因應數位化社會需求而出現的「長照人力媒合平台」也逐漸在長照服務市場佔據一席之地，惟因數位平台治理與法制環境尚未整備，平台業者、長照人員及長照需求者間的三方法律關係仍晦澀難辨，對於身為消費者的長照需求者之權益保障恐有未周，例如服務提供過程中發生照護意外導致長照需求者受有損害時的服務責任歸屬、平台業者與長照服務人員間是否為僱傭關係，以及長照需求者與平台業者間簽訂契約應遵守哪些強制規範等問題，皆有待進一步釐清。

本文研究發現，長照人力媒合平台服務模式下的三方權利義務關係，呈現「平台優於長照人員、長照人員優於長照需求者」的狀態，長照服務體系下最應受到

* 國立政治大學法律學系碩士、法律學博士候選人，現任中央研究院歐美研究所專任研究助理。

保障的長照需求者，反而處於服務體提供體系中最不利之地位；同時平台業者在承受最低限度風險情況下，享有最高權力及平台經濟所創造的大部分利益。由於長照需求者多為社會弱勢族群，且通常較難自主捍衛己身權利，加上數位經濟發展加劇了資訊不平等，本文建議主管機關依據長期照顧服務法第 42 條規定，公告自費市場數位平台媒合長照服務之定型化契約，作為過渡期間之配套措施，以確保長照需求者之權益。

關鍵詞：長期照顧、平台經濟、數位化、長期照顧服務法、定型化契約。

壹、前言

臺灣於 2018 年 3 月底老年人口達到總人口 14.1%，正式邁入高齡社會（aged society），2021 年 1 月再上升至 16.2%，推估將於 2025 年成為超高齡社會（super-aged society）¹。目前我國長照服務市場可分為公共長照服務體系與自費長照服務市場兩部分，前者在長期照顧十年計畫 2.0（以下稱長照 2.0）建構的準市場構造下，由國家扮演居家式及社區式長照服務購買者，透過長照特約與給付支付機制來劃定服務提供者資格、服務項目與內容、服務提供方式及服務價額等框架，搭配補助及獎勵等誘因，鼓勵包含營利事業在內的民間業者投入長照服務提供，期藉由導入市場競爭機制來提升社會福利服務的經濟效益。另一方面，包含住宿式長照服務、個人看護、外籍家庭看護及透過各類人力媒合機制提供的長照服務則屬自費服務市場範疇。

我國於 2015 年制定長期照顧服務法，整合過往分散於社政與衛政的各項法規，作為長照服務體系之根本大法，建立具永續性的長照服務網絡，以滿足國民長照需求。雖然依據長期照顧服務法規範意旨，自費長照服務市場中的各項服務亦應接受主管機關管制監督²，然而實務運作下，除了住宿式長照服務機構外，其他如個人看護等長照服務，多依私法契約自由形成，主管機關難以掌握整體服務提供狀況，且不易介入服務品質之監控，導致現行自費長照服務市場欠缺監管機制，服務品質良莠不齊。近年平台經濟崛起，國內有企業與新創團隊看準日益增加的長照需求，發展長照人力媒合平台³，透過網站或 APP 應用程式連結長照需求者與長照人員，提供即時性、客製化的到宅長照服務。然而在線上長照人力媒合平台經營模式下，平台業者強調其未涉入使用者與照護人員間之照護契約，僅係於網路媒體上提供及彙整照護供應與需求等訊息，供照護專業人員及民眾使用之

¹ 國家發展委員會，人口推估高齡化時程，https://www.ndc.gov.tw/Content_List.aspx?n=695E69E28C6AC7F3（最終瀏覽日：2021 年 11 月 15 日）。

² 按長期照顧服務法第 3 條第 8 款規定個人看護者係以個人身分受僱，於失能者家庭從事看護工作者；復依第 64 條第 1 項規定個人看護者，應接受中央主管機關公告指定之訓練。由此推論，長期照顧服務法之規範效力範疇應涵蓋公共長期照顧服務體系以外的自費服務市場。

³ 如優照護、家天使，或財團法人彭婉如文教基金會於網站公告之居家陪伴服務等。

獨立第三人，如此一來，對多屬社會弱勢的長照需求者恐有保障不足之疑慮；倘照護服務提供過程中不幸發生糾紛，則長照需求者僅得依據與個別長照人員間的照護服務提供契約主張相關損害賠償。

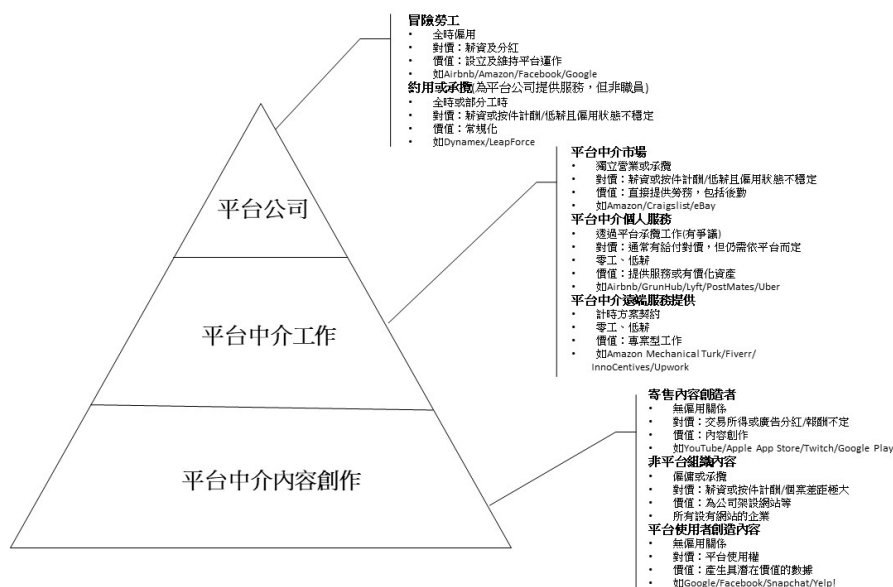
2021 年立法院通過長期照顧服務法制定以來最大幅度修正案，並於同年 6 月公布實施，修正重點除了授權主管機關訂定長照特約與給付及支付有關法規之外，主要包括明定長照服務使用者付費原則，以及透過提高罰鍰額度和明定強制執行手段等方式，來強化對於長照服務品質的監督管理。惟或許囿於行政量能，目前我國長照自費市場呈現管制極度鬆散的狀態，此實不利於長照需求者之權益保障，且恐妨礙長期照顧服務法立法目的之達成。基此，本文將以 2019 年臺北市政府與「優照護」長照平台訴願案為出發點，提出現行制度下尚待釐清的法律問題，並主要著眼於平台業者與長照需求者之間的法律關係，參考國內外數位平台經濟定性相關論點及平台經濟管制措施，透過相關行政與司法實踐分析，檢視現行政策法律架構下平台業者之定性究屬第三方支付平台、資訊社會服務（social information society service），抑或是長照機構？對於長照需求者的法律上權益又有哪些差異？包括定型化契約和應記載及不得記載事項規範之適用、服務品質監督，以及服務責任界線之劃定等。最後，本文將對我國長照人力媒合平台經濟之管制，提出具可行性之建議。

貳、數位平台業者之法律定性與責任

一、數位平台之概念與類型

美國學者 Martin Kenney 等提出平台經濟下相關活動可依其內涵區分為三大類別（如圖 1），包括：(1)平台公司（Platform firm）：平台經濟生態係以平台公司運作為其中心，平台公司工作者包括直接僱用或承攬工作者，前者是平台的創立者還有平台公司設立初期的少數員工，自平台公司領取薪資和分紅；後者則是為平台公司提供服務的非職員工作者，通常以約用或承攬形式提供勞務，領取薪資或按件計酬，工作內容多為常規化的例行性任務，僱用狀態不穩定，且薪資通常低於平台所屬員工。平台產業接近於贏者全拿市場（the winner takes all），由少數幾家巨型平台佔據大多數市場資源，因此平台公司員工又稱為冒險勞工（venture

labor)，其工作對價可能極為豐厚，也可能一夕歸零；(2)平台中介工作（Platform-mediated work）：透過數位平台將市場供需與平台環境加以整合，又被稱作平台互補者（platform complementors），此類工作高度仰賴平台運作，且必須遵守平台訂定規範。平台中介工作透過媒合實際或遠端的供給與需求，創造或擴大市場，雖然商品或服務可能是離線配送和提供，但交易行為仍是在數位平台上完成。以及最後(3)平台中介內容創作（Platform-mediated content creation）：網際網路因內容創作而產生價值，最終出現 Google、Facebook 等巨型平台企業；平台中介內容創作可分為三種類型，首先是使用者在數位平台上傳的內容，部分情形下資訊受眾創作的內容也可能有價化。其次是既存企業和團體架設網站提供的資訊內容，這些組織以網際網路為媒介，企圖達成特定策略目標，同時也為數位平台創造價值。第三是平台使用者無償創作的大量內容，這些內容包括使用紀錄在內皆可能被轉化為有用的數據，並創造巨大價值利潤，例如 Facebook 和 Instagram 等⁴。



（資料來源：改編自 Seppo Poutanen et al. 2020）

圖 1 平台經濟勞動類型及其內涵

⁴ Martin Kenney et al., 2020, "Employment, Work, and Value Creation in the Era of Digital Platforms." in Digital Work and the Platform Economy- understanding tasks, skills and capabilities in the new era. New York: Routledge, pp.16-23.

當代社會促使勞動與就業狀態轉型的三大因素包括：自動化、數位化以及平台協調⁵。平台經濟對現代社會造成的影響，可以從幾個面向談起，首先，對工作任務和職位而言，數位科技重塑了任務分配與職場結構，實際上每一項新科技都改變了某些工作流程和特定職場任務；其次，在勞動條件部分，除了重塑勞雇契約關係之外，社會契約（social contract）的內涵也受到直接或間接影響，包括就業穩定性、職涯發展機會及薪資等⁶。另一方面，平台工作者的工作型態接近於自營作業或自由工作者，研究指出平台工作的平均薪資是普遍低落而缺乏保障的⁷。此外，部分高學歷或專業要求的職缺，也隨著網際網路發展而導入國際市場競爭，同時工作內容也偏向臨時性且分工零碎化。在此脈絡下，當代數位經濟勞動不受任何時間或地點限制，易言之，移工概念不僅指涉身體移動，還包含虛擬移工（virtual labor migration）透過線上資本、勞動和資訊轉換等形式，跨越國境提供勞務之情形⁸。

二、數位平台法律定性

隨著數位平台經濟興起，許多傳統社會與產業界線不再涇渭分明，如專業和非專業之間、勞動和自營作業之間、仲介者和雇主之間，現行平台經濟運作模式中，多由平台工作者承擔大部分風險，而平台則獲取主要利潤並透過大數據運作創造更多額外的利益。又平台業者多宣稱與平台工作者間為合作夥伴關係而非雇主，並往往標榜僅係媒合消費者與平台工作者，而非自身提供商品或服務，因而主張不涉入個別平台工作者與消費者之間的具體法律關係。事實上，平台與其所屬個別服務提供者間之法律關係，對於平台工作者之權益、平台經營成本及消費者權益保護等具緊密關聯性。

有關數位平台業者之法律定位究竟是單純中介者或雇主，以及其產業定性是

⁵ EuroFound, 2018, “Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work.” Luxembourg: Publications Office of the European Union.

⁶ Annina Ropponen et al., 2020, “Workers’ Health, Wellbeing, and Safety in the Digitalizing Platform Economy.” in Digital Work and the Platform Economy- understanding tasks, skills and capabilities in the new era. New York: Routledge, p.57.

⁷ Mandl & Bileta, 2018, “Overview of New Forms of Employment—2018 Update.” Luxembourg: Eurofound, Publications Office of the European Union.

⁸ Annina Ropponen et al., 2020, *supra* note 5, p.58.

否將隨媒介商品或服務內容而更動之爭議，綜整問題癥結可能在於既有分類之侷限，亦即傳統的受僱人與承攬人二分法，無法掌握平台經濟帶來的工作型態變革，因此近年已有許多文獻討論是否應創設第三種法律關係類型，如從屬合約商（dependent contractor），以因應隨著網路與數位科技發展日趨破碎化且充滿變動的勞務提供模式，並促進平台工作者的勞動權益保障。此外，論者有認為若平台媒介服務是適用許可制的特定專業領域，則當平台工作者擁有相關執業或營業證照時，因服務提供者本即被認為具備獨立在市場上提供服務之能力，故較可被認為僅扮演居間角色⁹。惟本文對此持保留見解，蓋特定專業服務領域具高度公益性，而被劃為特許服務領域、受較高程度行政管制，如任由平台經濟市場機制自由發展，恐動搖原專業服務領域之管制架構，故仍有針對該類平台經濟模式擬定管制規範之必要。

相關文獻針對數位平台法律定位之討論，主要分為兩大面向：(1)資訊社會服務提供者或特定產業本身、(2)單純居間中介、雇主或其他中間類型。第一，關於平台的產業定性是否將隨媒介商品或服務內容而更動之爭議，首先資訊社會服務（information society service）概念提出的背景是 2000 年歐盟為鼓勵內部市場數位服務之自由流動，立法明定數位平台在符合一定要件下，不需事先獲得授權，並免除其他與事前核准同等程度的任何限制，故相較於傳統產業經營者，乃享有較高程度經營自由。

其次，若數位平台經營內容涉及勞務供需媒合，則此時平台業者的法律定性依具體情狀可能為雇主、居間中介或其他。肯定平台為雇主之見解，主要係就具體案例依據從屬性原則進行判斷，並輔以司法院大法官第 740 號解釋揭示原則：「勞動契約不以民法的有名僱傭契約為限，只要是勞務給付之契約，具有從屬性勞動之性質者，縱兼有承攬、委任性質，仍應認屬勞動契約，且契約類型判斷有困難時，基於勞工保護立場以及資方對於勞務屬性不明之不利風險較有能力調整之考量，原則上應認定屬勞動關係¹⁰」。相反地，亦有認為數位平台顯然不是勞動法上雇主之見解，毋寧只是單純居間中介者，其任務在透過數位科技簡化市場交易

⁹ 顏雅倫（2021），共享／對等平台在臺灣進對維谷之外送員權益與保險議題——以食品外送平台為例，收錄於：侯英冷主編《數位平台之相關法律問題》，元照，頁 131。

¹⁰ 司法院大法官第 740 號解釋理由書，第 1 段。

過程、降低服務使用者交易成本¹¹。

三、數位平台管制規範與判定標準

平台經濟創造全新的商業模式，對於產業組成和市場結構都帶來劇烈改變，並開啟了傳統管制措施必要性之辯論，而隨著應建立「公平競爭場域」的呼籲愈來愈普遍，各國政府開始重新評估相關規制範圍，以及省思是否應課與平台業者更多責任¹²。平台經濟之運用與管制是所有當代國家面臨的挑戰，其中歐盟近年將數位轉型列為優先政策之一，歐盟規範乃係經過 27 個會員國多次辯論後所得共識，具有一定參考價值，且歐盟法院判決向來走在人權保障之時代尖端，故歐盟近年數位平台管制領域新動向，應可供作我國平台經濟管制政策擬定；另一方面，日本與我國地理位置鄰近，且社會發展脈絡與文化特性亦具相似性，故其相關政策與法制規範，亦具參考價值，故以下僅就歐盟及日本近年發展簡要介紹之。

（一）歐盟

歐盟於 2000 年通過電子商務指令（the e-Commerce Directive）¹³以促進歐洲內部市場資訊社會服務自由流動，並強化歐盟消費者對於電子商務信心。該指令自頒布以來，一直作為歐盟數位管制架構之基石長達 20 年之久，期間雖然科技日新月異，但電子商務指令的規範內容卻幾乎維持不變。依據電子商務指令打擊網路非法內容原則：「網際網路服務提供者（Internet Service Provider, ISP）在符合特定條件下，無需為其發布、儲存（store or hosting）的內容負責」，此規制原則之目的係由於網際網路服務提供者，乃介於資訊提供者與服務使用者之間，如資訊提供者所提供的內容不當或涉及不法時，往往使該網際網路服務提供者涉訟，而關於該類網路中介服務提供者之相關責任規範尚不明確，導致業者無法正確評估可能面臨的風險，為免對整體網際網路產業發展形成阻礙，乃制定電子商務指令，針

¹¹ 林佳和（2019）勞動 4.0、數位平台經濟模式與勞動關係認定-以眾包工作（Crowdworking）為例，科技部補助專題研究計畫成果報告，頁 11。

¹² Guido Smorto (2018), Protecting the weaker parties in the platform economy, in Nestor et al., The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy, p.431.

¹³ Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internet Market, OJ L 178.

對網路資訊提供服務訂定若干免責規定，試圖透過賦予「安全港」之方式，使符合特定要件的服務在法律上獲得免責評價¹⁴，以作為支撐歐洲網際網路產業環境發展的重要基礎。

電子商務指令的規範對象為「媒介服務提供者」，惟其並未賦予「媒介扶服務提供者」明確定義，僅於第 12 條至第 14 條使用「服務提供者」(service provider)一詞，並依據第 2 條第 b 款定義為「提供資訊社會服務的自然人或法人」，所謂「資訊社會服務」則依據指令立法理由第 17 條說明援引 98/34/EC 指令¹⁵規定，主要須符合下列 4 項要件：(1)通常為有償提供服務；(2)遠距提供 (at a distance)；(3)以電子設備提供資訊處理 (包含數位壓縮) 及儲存；(4)依服務接受者個別要求 (at the individual request) 而提供 (如隨選視訊)。

依據 2015 年頒布的 2015/1535 指令¹⁶ (其前身為 98/34 指令) 第 1 條第 1 項 (b) 款規定：「資訊社會服務係指任何依據服務接受者個別要求而透過電子形式遠距提供的服務」，並詳細界定其中幾個重要概念包括：(1)「遠距」指該服務提供不需相對人同時出現；(2)「透過電子形式」(by electronic means) 指該服務是透過電子設備過程 (包含數位壓縮)、光纖或其他電磁方式來傳送和接收和儲存；(3)「依服務接受者個別要求」指該服務是依據個人要求傳輸數據。2015/1535 指令附件 1 還將資訊社會服務涵蓋之範圍，予以表列。至於有償要件，法條並未明確規定，而依據歐盟法院判例詮釋，有償乃採廣義解釋，涵蓋所有具經濟價值的服務，也包含非服務使用者直接提供的對價¹⁷。

過去 20 年以來，數位平台透過提供消費者關聯性程度最高的資訊，及最高程度地將線上活動有價化 (如廣告和交易)，逐漸發展為「注意力經濟」(attention economy) 的中心，但於此同時也帶來散布仿冒品、仇恨言論及假消息等新興社會問題。基此，2020 年 12 月 15 日歐盟執委會公告數位服務法草案 (the Digital Service

¹⁴ 陳人傑，網際網路服務提供者免責規範單一立法模式之探討，智慧財產權月刊，第 71 期，頁 54-55，2004 年。

¹⁵ Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of in the field of technical standards and regulations, 22 June 1998, OJ L 204.

¹⁶ Directive 2015/1535 laying down a procedure for the provision of in the field of technical regulations and of rules on Information Society services, 9 September 2015, OJ L 241.

¹⁷ Martien Schaub (2018), Why Uber is an information society service, Journal of European Consumer and Market Law, 7(3), pp.109-110.

Act, DSA)，旨在保護數位服務使用者，展現歐盟準備實質管制境內外網路環境的決心¹⁸。

依據數位服務法草案，所有在歐盟經濟體內的線上中介服務提供者（intermediary services），無論母公司是否設立於歐盟境內，都必須遵守數位服務法規定。並按不同線上中介服務提供者之角色、規模及影響力，訂定不同的管制規則，分別為：(1)提供網路基礎建設的中介服務提供者，如網際網路服務供應業者、域名受理註冊機構；(2)雲端及網站主機代管等服務提供者（hosting services）；(3)銷售方與消費者都使用的線上平台（online platforms）；以及(4)具散布非法內容並造成社會傷害之高度風險的極大型線上平台（very large platforms）等四類。

歐盟執委會提出數位服務法草案之主要規範內容包括：(1)定期報告：中介服務提供者應定期發布年度報告，詳列當年度主管機關的下架命令、業者發給使用者的下架通知，以及業者自行實施內容審查的紀錄；(2)規範範圍僅限於「非法」內容，不處理範圍定義較模糊的「有害」（harmful）內容；(3)通知後下架（notice and takedown）；(4)使用者有權對平台處置提出異議；(5)廣告透明規範：平台刊登廣告時應揭露該內容為廣告、廣告刊登代表身分，以及廣告投放對象判斷依據等資訊，且極大型平台另須遵守更嚴格的透明規範，如維護公開線上資料庫義務、提供一定期間平台刊登的廣告資訊等；(6)極大型平台風險評鑑，特別需針對非法內容散布、對基本人權的不良影響，以及蓄意操縱平台服務以傷害公共利益和公共安全等系統性風險等¹⁹。其後歷經理事會及歐洲議會討論與協商，2022 年 2 月歐洲議會的內部市場及消費者保護委員會（Committee on the Internal Market and Consumer Protection, IMCO committee）提案增訂受資訊社會服務相關規範保障的線上市場（online marketplaces）平台中介者相關義務規範，例如要求應採取預防違法產品上架的措施（隨機查驗）、迅速主動下架，及通知消費者等義務²⁰。

¹⁸ European Parliament, Parliament's negotiating position on the digital service act, January 2022.

¹⁹ European Commission, Proposal for a Regulation on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020) 825 final, Brussels, 15 December 2020.

²⁰ European Parliament, Parliament's negotiating position on the digital services act, January 2022.

（二）日本

日本近年也致力於平台經濟管理法制之建構，頻繁更新經濟部產業省制定之電子商務及情報財產交易相關準則（電子商取引及び情報財取引等に関する準則），逐步整合日本電子商務管理法制，其立法目的在整備電子商務法律適用環境，進而使各方參與者得以安心進行數位活動，其內容主要包括電子商務契約成立與內容、網路資訊公開及個別利用人員的權益保障等，相關規範亦適用於數位平台業者²¹。日本學界對於平台經濟工作者是否為勞動者也展開激烈辯論，並就勞動法上勞動者概念有調整必要一事，逐漸形成共識。其中有學者依據平台業務型態區別其與服務提供者間法律關係：(1)Uber 型平台經濟（共乘經濟及外送員）間應存在勞動契約；(2)眾包經濟型則又可分為「微任務型」（Microwork）和「專案型」兩類，原則上前者勞動關係存在於平台與服務提供者間，後者則存在於平台使用者和服務提供者間，在專案型情形下，數位平台僅扮演居間中介者角色²²。

四、我國司法實踐及展望

我國近年有關平台經濟爭議眾多，如美食外送平台、自用小客車載客運輸平台等，其中，司法實踐部分，以台灣宇博數位服務股份有限公司（以下稱宇博數位公司）訴交通部案最具指標性。宇博數位公司以網路平台招募司機，並藉由 APP 應用程式平台指揮調度車輛營運載客，載客完成後乘客以信用卡付費，再由宇博數位公司拆帳分配金額予接受調度車輛之司機，經主管機關及法院判決認有未經核准擅自經營汽車運輸業之情事。交通部公路總局根據前述事實，多次以未經許可經營汽車運輸業，對宇博數位公司及其司機裁處罰鍰，宇博數位公司對裁罰處分不服，遂提起行政爭訟。

宇博數位公司所執抗辯主要分為四點：(1)一行為不二罰；(2)裁處機關未盡事實查明義務；(3)未具體指明違反行政義務之行為及故意；以及(4)其營業內容為資訊社會服務，非交通運輸業。針對最後一項抗辯，宇博數位公司具體主張略以：「公司係以管理顧問及資料處理服務與電子資訊供應服務等事項為業，裁處機關認定

²¹ 經濟產業省，電子商務の促進，https://www.meti.go.jp/policy/it_policy/ec/（最終瀏覽日：2021/9/11）。

²² 浜村彰，2018，プラットフォームエコノミーと労働法上の課題—プラットフォームエコノミーで働く就労者の労働者性について，労働調査，頁 6-9。

經營汽車運輸業，顯與事實不符。又系爭 APP 軟體僅係一即時媒介消費者與駕駛間能聯繫彼此乘車需求的軟體平台，宇博數位公司或 Uber 集團之任一公司，均未曾擁有車輛，更未『派遣』或『調度』任何車輛，認定有經營汽車運輸業之行為，顯欠缺事實憑據」。針對宇博數位公司的第 4 點資訊社會服務抗辯，臺北高等行政法院 105 年度訴字第 1772 號行政判決指出：「評估平台對其所屬工作者的控制力時，應檢視平台是否會對於服務提供者之資格或使用設備有一定要求並為審核」；最高行政法院更於 109 年認定雖然宇博數位公司未親自駕駛或提供車輛載運乘客並向乘客收取費用，而與傳統計程車業營業型態不同，惟其媒合乘客與司機之行為，該當「傳統乘客以電話聯絡、或由業者駕車行駛於道路上尋覓乘客」部分行為，平台與駕駛分擔攬客及載客工作，自該當「汽車運輸業」。

其後，最高行政法院依據 109 年度大字第 2 號裁定就未經依公路法第 37 條第 1 項第 3 款規定申請核准，而擅自經營計程車客運業者，具公路法第 77 條第 2 項規定裁處罰鍰並勒令歇業權限之裁罰事務主管機關，作成統一見解，確定裁處權行使之管轄機關，並據以撤銷交通部對宇博數位公司之裁罰處分。本案裁定雖未涉及平台經營模式定性之實質認定，但宇博數位公司對此回應：「本公司尊重法院判決結果。自去年起，我們在政府輔導之下轉型營運模式，和多元化計程車車隊合作，提供科技系統，並持續致力於透過科技與創新，服務乘客、職業駕駛和多元化計程車隊與租賃業合作夥伴。」根據媒體報導指出，自 2019 年起宇博數位公司即以系統協助推動「多元化計程車」營運，協同車隊與租賃車業者，發展新的營運模式並擴大服務版圖²³。由此可看出，新興科技產業、主管機關與司法實踐透過互動，逐漸摸索和發展出彼此適應的平衡點；正如最高行政法院判決指摘：「科技技術之進步與社會經濟環境之變化，法律往往無法與時俱進轉跟上萬變之行為狀態，而修法似又緩不濟急，跟不上環境之變化與需求，故如何以現行有效之法律規範，判定其行為態樣是否違法，應以法律規範之精神及行為本質核實認定²⁴」，以達成降低社會交易成本，並使供需雙方均蒙其利之目標。

²³ Uber 免罰 2000 萬元！最高法院裁定公路局敗訴，理由在「裁罰權」，數位時代，2020 年 9 月 18 日，<https://www.bnxt.com.tw/article/59299/uber-sharing-economy-jurisdiction>（最終瀏覽日期：2021 年 11 月 25 日）。

²⁴ 最高行政法院 107 年判字第 364 號判決。

參、長照人力媒合平台服務模式下之法律關係

一、我國長照服務體系概說

我國長照服務提供體系，可分為長照 2.0 構成的公費長照服務提供體系和自費長照服務提供市場兩部分。台灣自 2017 年起推動長照 2.0 計畫，並自 2018 年 1 月實施長照特約機制，採取實物給付（benefit in kind）形式，由地方政府與長照服務提供者簽訂行政契約，以各類長照服務之提供為給付內容，並由中央主管機關之衛生福利部訂定個別服務之給付及支付價額，相較於此前長照 1.0 時期，中央主管機關更高程度地介入了個別服務之定價，並透過訂定「直轄市、縣（市）政府辦理長期照顧特約及費用支付作業要點」，介入地方政府和長照服務提供者間特約法律關係，實質上針對不予支付情形、支付價額扣減等行政契約重要之點，具關鍵決定權限²⁵。

公費長照服務提供體系乃由長照服務提供者與地方政府簽訂長照特約為長照特約服務單位，並接受地方政府長期照顧管理中心派案，於提供長照服務後，依長照給付及支付基準²⁶所訂價額分別向地方政府和接受長照服務者，申報服務費用及請求給付長照服務價額之部分負擔。由主管機關高度介入服務內容及定價，形成準市場（quasi-market）構造²⁷。

自費長期照顧服務市場，即指未與地方政府簽訂長照特約為特約服務單位，

²⁵ 衛生福利部 109 年 10 月 23 日修訂公告之「直轄市、縣（市）政府辦理長期照顧特約及費用支付作業要點」第 4 點第 2 項規定：「直轄市、縣（市）政府與長照提供者簽訂前項契約，應將本要點納為契約書之附件」。衛生福利部 111 年 1 月 7 日衛部顧字第 1101961561 號預告「長期照顧特約及費用支付辦法」草案，111 年 3 月 8 日預告期滿，未來正式公告後將取代原長照特約要點。

²⁶ 衛生福利部 111 年 1 月 20 日衛部顧字第 1101963139 號令頒「長期照顧服務申請及給付辦法」。原長期照顧服務給付及支付基準自 111 年 2 月 1 日停止適用。

²⁷ 1980 年代興起的「新公共管理」理論提倡以制度誘因來提供市場及人民選擇參與公共事務的管道，且特別強調政府之管理職責應以「小而美」為主軸，尊重市場導向及經濟效益，除公營事業民營化外，主要還應將公共事務大量委外辦理（contracting out）。意即除傳統由公部門辦理公共服務外，也可透過私有化、委外辦理等形式，結合私部門的力量來分擔甚至取代以往由官僚組織「權力獨佔」的公共事務執行，透過準市場機制，以公私協力方式提供公共服務。陳金哲，2006，準市場機制與區域治理——以秀傳醫院、署立醫院及台北市立醫院之執行經驗為例，公共行政學報，第 19 期，頁 93。

而直接與長照需求者簽訂以長照服務給付為內容之服務提供契約，成立私法上契約關係者，即本文所欲探討的長照人力媒合平台所經營之範疇。此外，依長期照顧服務法第 3 條第 8 項規定，以個人身分受僱，於失能者家庭從事看護工作之「個人看護者」，亦屬自費長照服務市場範疇，據此，目前 24 萬以個人身分受僱於失能者家庭之外籍看護工，同樣構成我國自費長照服務市場之一部，然而外籍看護工聘僱，因尚涉及國內就業結構且需經勞動主管機關核准始可，尚非現行長照人力平台所媒合之對象。

二、長期照顧服務之消費者保護法適用性

隨著長期照顧服務需求擴張，長照服務提供過程中相關糾紛也紛沓而至，例如跌倒、噎嚥、竊盜、性騷擾等，由於長照服務對象本身具脆弱性，照護服務糾紛常涉及生命、身體與健康權益，損害賠償內容除醫療費用、增加生活上需要等財產上損害之外，亦包含非財產上之損害，增加長照服務業者經營風險，長遠來說也可能對於長照服務體系造成負面影響。

長照服務業者經營過程中因照顧糾紛可能面臨的法律上請求包括契約上債務不履行、侵權行為損害賠償，以及消費者保護法（以下稱消保法）之企業經營者無過失損害賠償責任等。其中，長照服務是否適用消保法，實存在討論空間；蓋我國消保法第 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」同條第 3 項為企業經營者負擔無過失責任之規定：「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，但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任」。由此可知，消保法將商品與服務併列；又關於商品之定義與範圍，消費者保護法施行細則第 4 條定有明文，惟關於服務之範圍則無明文規定，按立法理由乃係有意保留學說與法院實務發展空間，另行政院亦曾明確指出：「有關消保法『服務責任』之範圍，宜由法院參酌社會經濟發展，依實際情形以個案方式認定解決」²⁸。此規範將企業經營者責任擴張的意義本應在於社會風險的合理分配，但學者亦曾指摘立法者在立法理由中完全沒有說明商品與服務等價的正當性基

²⁸ 行政院 102 年 8 月 22 日行政函釋及法規諮詢意見，<https://www.ey.gov.tw/Page/5FD5AF69652FC4AA/265c7e06-099f-4e1b-9c0f-297005fef68d>（最後瀏覽日期：2021 年 11 月 28 日）。

礎，其將企業經營者的責任從商品擴張到服務的考慮是什麼？立法者至少應若干說明，而非完全留待法院及學說，依社會經濟發展及消費者保護的需要來決定²⁹。本文贊同前述學者見解，雖然現代社會服務發展與變遷迅速，劃定「服務責任」之範圍不易，惟我國既採嚴格責任制度，完全交由司法實務或學說發展，恐將使企業經營者承擔法律不確定性風險；因此，我國立法者與行政機關應可針對消保法所定「服務」進一步說明或界定，以減少實務運作爭議，例如將服務責任限縮於本質上具衛生或危險之服務、與商品直接相關聯之服務，或是排除專門職業人員³⁰提供之服務等。又縱認長照服務有消保法第 7 條無過失服務責任之適用，則如何認定長照服務是否符合「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」即有進一步探討必要，惟其並非本文討論重點且囿於本文篇幅，留待其他研究加以探討。

目前依據長期照顧服務法第 42 條規定，長期照顧服務提供者應與長照服務使用者、家屬或支付費用者簽訂書面服務提供契約，且中央主管機關應訂定定型化契約範本與其應記載及不得記載之事項。雖然此條文乃沿襲自老人福利法有關老人福利服務契約相關規範³¹，卻也某程度隱含立法者認為長照服務應適用消費者保護規範之立場；惟衛生福利部自長期照顧服務法實施迄今尚未公告長期照顧服務機構之定型化契約範本與其應記載及不得記載之事項，似針對長照服務之消保法適用性仍有所爭議，因此司法判決實務見解的重要性即更加具有參考價值。

我國司法判決實務部分，高雄地方法院 2012 年針對養護之家照護對象於機構內發生跌倒事故而成為植物人的案例，認為養護機構提供服務未符合當時科技或

²⁹ 游進發，2012，消費者保護法上與商品責任等價的服務責任，財產法暨經濟法，第 32 期，頁 115。

³⁰ 英美法將服務提供者責任區分為商業交易行為與專門職業人員之行為二類，其中，針對商業交易行為之服務，美國法再區分為商品與服務混合契約以及單純服務契約，就前者所生損害（如餐廳提供不潔食物或美髮師使用含有害物質染髮劑），服務提供者需負無過失責任，而在後者情形（如旅遊服務或飛機修理），則仍適用過失責任；另方面，就專門職業人員提供之服務，無論英國法或美國法，亦無論是否與商品相結合，專門職業人員均僅就過失責任負責。陳聰富，消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析，臺大法學論叢，第 30 卷第 1 期，頁 103-104、111，2001 年。

³¹ 老人福利法第 38 條：「（第 1 項）老人福利機構應與服務對象或其家屬訂定書面契約，明定其權利義務關係。（第 2 項）前項書面契約之格式、內容，中央主管機關應訂定定型化契約範本及其應記載及不得記載事項。（第 3 項）老人福利機構應將中央主管機關訂定之定型化契約書範本公開並印製於收據憑證交付服務對象，除另有約定外，視為已依第一項規定與服務對象訂約。」

專業水準可合理期待之安全性，應依消保法第 7 條第 1 項規定負損害賠償責任³²；同年臺北地方法院於養護機構照護對象在機構內心臟病發死亡案例，更明確判決指出：「被告養護所與原告簽訂契約，並依契約向締約人收取費用，提供照顧及養護服務，自屬消費者保護法所規定之企業經營者，其間有消費關係存在，亦堪認定³³」。其後，數則法院判決皆沿襲此脈絡，雖未針對長照服務適用消保法無過失服務責任之理由詳細論述，惟多就具體案例中是否符合「可合理期待安全性」進行涵攝³⁴，由此可知，法院多認為長照服務業者係消保法無過失服務責任之規範對象。值得注意的是，綜觀近年照護事故案件，少有長照服務業者針對消保法之適用性進行爭執，本文分析我國近十年相關法院判決，僅橋頭地方法院 105 年訴字第 1942 號民事判決，長照服務業者主張照護行為是否應為消保法所規範，不無可議，其抗辯理由略以：「因一般生活照護服務涉及許多不確定因素，以及個別不同之服務對象，難以完全精確地衡量掌握所有因素，故與一般消費型態顯不相同，又因受照護者之行為均伴隨不確定之危險性、特殊性，縱已為相當專業水準之注意義務，照護過程亦有可能因種種未知之突發狀況及各式各樣不確定因素而受影響。是如將照護行為按一般消費行為視之，並課以無過失賠償責任，則相關照護人員不啻人人自危，且相關照護過程亦不敷成本，當非消費者之福，與消保法第 1 條立法目的相違背³⁵」，可惜的是，法院並未於判決中針對該主張加以分析論述，最終因雙方達成和解而駁回訴訟。

此外，由我國近期照護事故相關判決論述，似可看出法院對於長照服務有消保法適用一事，逐漸形成共識，如臺北地方法院 107 年醫簡上字第 3 號民事判決指出：「長照中心與上訴人簽訂養護契約，並依契約收取費用，提供照顧及養護之服務，自屬消保法所定之企業經營者，其間有消費關係存在」；或高等法院高雄分院 108 年原上字第 5 號判決：「被告依契約向當事人收受費用，提供照顧及養護服

³² 高雄地方法院 101 年訴字第 947 號民事判決。

³³ 臺北地方法院 101 年訴字第 2635 號民事判決。

³⁴ 如桃園地方法院 103 年訴字第 1782 號民事判決、新北地方法院 104 年訴字第 2626 號民事判決、基隆地方法院 105 年基醫小字第 1 號民事判決、新北地方法院 106 年重訴字第 453 號民事判決、高雄地方法院 106 年原訴字第 10 號民事判決、高雄地方法院 106 年原重訴字第 1 號民事判決、新北地方法院 107 年重訴字第 3 號民事判決、新竹地方法院 107 年消字第 6 號民事判決及臺灣高等法院高雄分院 107 年原上字第 1 號民事判決等。

³⁵ 橋頭地方法院 105 年訴字第 1942 號民事判決。

務，自屬消費者保護法所規定之企業經營者，有消費關係存在，本件有消費者保護法之適用，並為被告所不爭」。由此可知，在我國司法實務脈絡下，長照服務屬於消費行為，長照業者提供服務，應確保該服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，如有危害照護對象生命、身體、健康、財產之可能者，並負有警示及緊急處理危險之義務；長照業者如有違反並因而致生損害於照護對象及其家屬或第三人時，應負連帶賠償責任，但能證明其無過失者，法院得減輕賠償責任。認定長照服務有消保法適用，直觀上在照護糾紛發生時，確實可以強化長照需求對象及其家屬之權益保障，不過也因此增加長照服務業者應負擔之風險。

三、長照人力媒合平台服務模式之三方關係

目前臺灣長照服務自費市場存在數個長照人力媒合平台業者，透過 APP 應用程式媒介有長照需求的民眾以及個別長照服務人員，提供到宅照顧服務。此類長照人力媒合平台透過網際網路招募照顧服務員、物理治療師、職能治療師、護理師護士等長照人員，有意透過平台提供服務的個別長照人員，於參加說明會且通過平台業者面談審核後，即可於平台應用程式上登載服務提供資訊，依平台訂定服務價額提供服務。另一方面，照護需求者下載平台 APP 應用程式並綁定信用卡成為會員後，即得瀏覽長照人員資訊、選擇人員及服務時段，照護需求者向平台提出服務利用預約申請，平台將轉介需求資訊予該長照人員，並於該照護人員接受預約後成立「照護服務契約」。待長照人員完成服務之後，平台將依服務使用內容向會員收取該次服務費用，並依約定的服務費用分配比例將利益分歸平台業者與長照人員，另外照護需求者端也需支付平台業者一定比例的中介服務費用。

長照人力媒合平台運作模式主要涉及「平台業者與服務使用者」、「平台工作者與服務使用者」，以及「平台業者與平台工作者」等三類法律關係。以下依據本文個案研究探討之「優照護網路平台」為例，就平台模式下三類法律關係分別說明之。

（一）平台業者與服務使用者

長照人力媒合平台業者以「媒介、撮合照護需求者與照護人員之服務資訊平台」自居，強調其並非長照服務機構，媒合提供之照護服務，亦非長期照護服務

法定義之身心失能者，例如依據優照護網路平台會員條款（以下稱平台會員條款）第 1 條第 6 項規定：「照護對象：指依照照護服務契約，由照護人員實際提供照護服務之對象，為符合法令規範，本平台照護人員提供之照護服務對象並不包含長期照顧服務法中定義之身心失能持續已達或預期達六個月以上者」。另外，平台業者為執行照護費用代收代付作業，委託付款處理商處理相關事宜，所謂付款處理商，依平台會員條款第 1 條第 12 項規定，包括但不限於信用卡發卡銀行或第三方支付平台；據此，長照人力媒合平台業者定性尚與第三方支付平台有別。

再者，平台業者也強調對於平台登錄之照護人員不存在僱傭、委任、派遣或勞動關係，亦無任何選任、監督或管理之權限與行為。如依平台會員條款第 3 條第 7 款規定：「本平台僅為第三方辦理媒介、撮合照護人員與照護需求者有關照護服務之平台。本平台服務是由照護需求者依其自身需要及依照照護人員所刊載之條件，由雙方自行判斷並締結契約」；同條第 8 款規定：「本公司並未提供任何照護服務，並非長照機構，亦非照護服務之承包商，且未提供照護服務之派遣服務；照護人員與本公司並無任何直接或間接之僱傭、委任、派遣或勞動關係；本公司對於照護人員亦無任何選任、監督或管理之權限與行為」。按契約條款規定，平台業者僅立於資訊提供者角色，提供一項照護服務供需雙方聯繫之管道，然而事實上平台業者除了對於登錄照護人員進行面試，並要求相關證照資格外，也對於服務項目、內容、價額及服務評價等皆具高度決定權限，例如平台會員條款第 3 條第 9 款即規定會員「有權對於照護人員所提供之照護服務進行服務評價。如照護人員有服務品質不如預期或態度不佳等情形，您得對該照護人員提供之照護服務為負面評價，並得向本平台提出客訴」，但服務使用者的評價不一定會真實反映於評價系統，因同條款又規定「本平台有權對該客訴進行調查，並最終決定照護人員服務評價之權利」。由此可知，平台營運模式並非全然交由市場競爭機制，而是由平台業者監控服務品質。

另一方面，長照人力媒合平台主張其不涉入照護人員與照護需求者之間的法律關係，且對於照護服務過程中所生糾紛，不予負責。例如依據平台會員條款第 3 條第 5 款規定，會員「應自行審閱照護服務契約內容，並作為與照護人員相關權利、義務事項之約定。透過本平台所成立生效之訂單及照護服務契約，均獨立於本平台之外，且本公司並非照護服務契約之當事人」。同樣地，平台會員條款第 3 條第 11 款規定略以：「關於照護服務契約履行所生之爭議，均由您與該照護人員

自行商議處理」平台僅配合爭議處理申告，暫代留存爭議中之照護服務費用，並依爭議處理結果處理退款或代付事宜。

雖然長照人力媒合平台業者強調其媒介的服務對象與長期照顧服務法所定身心失能者有別，然而自其照護人員資格、服務內容等視之，仍應與長照需求者高度重疊；鑑於長照需求者特性，多為自理能力欠缺或難以為自身權益發聲之族群，故長期照顧服務法明定長照服務為許可設立制，原則上非依法設立之長照服務機構不得提供長照服務，並訂有接受長照服務者權益保障專章，以強化國家對於長照需求者之保護義務。長照人力媒合平台的經營模式在外觀上與居家式長照服務機構高度類似，但其無需進行長照需求個案管理、監督服務品質或處理照顧服務過程中所生糾紛，又自外於長期照顧服務法規制範疇，而不受主管機關監督、查核與評鑑，如此一來，相對於公共長照服務體系，對於接受長照服務者的保障密度不足，長照服務體系以公費自費為區別標準，異其行政管制程度，欠缺合理差別待遇理由。且一旦照護事故發生，則長照需求者僅得依據照護服務提供契約，向個別照護人員求償，而平台業者的責任則依據平台會員條款規定，限縮於該次照護費用價額之上限³⁶。

（二）平台工作者與服務使用者

平台工作者與服務使用者之間成立照護服務契約，雙方如發生糾紛，則依據民法契約與侵權行為相關規範處理，另按我國司法實務見解，此類服務應屬消費行為而有消保法無過失服務責任之適用。依據優照護網路平台所定「照護服務契約」，照護人員與會員之照護需求者雙方利用數位平台服務，於會員送出照護服務之預約且照護人員回覆接受後，雙方即成立契約，由平台登錄照護人員提供約定之照護服務。平台業者所定照護服務契約明定排除適用消費者保護法部分規範，按照護服務契約第 8 條規定：「本契約不適用消費者保護法有關 7 日審閱期間之規定」；並再次重申平台本身並未提供任何照護服務，亦非照護服務之承包商，或派

³⁶ 平台會員條款第 8 條平台責任限制：「（第 3 款）您瞭解並同意，於任何情況下，本平台因您於本平台上進行照護服務交易所承擔之責任總額，應以您所給付之該次照護費用為上限（即不超過您所給付之當次照護費用）。（第 4 款）您瞭解並同意，自本公司及本公司之人員或經由本平台服務取得之建議或資訊（如依程式所搜尋或推薦之照護人員資訊等），無論係書面或口頭，均不構成本平台對您之任何承諾或保證。」

遣服務，與平台工作者間亦無任何直接或間接之僱傭、委任、派遣或勞動關係，或任何選任、監督或管理之權限與行為。

按前揭照護服務提供契約約定，照護人員與照護需求者雙方間（包含服務對象、其親屬或家人間）之聯繫及通訊，均應以平台之即時通訊系統作為「唯一溝通管道」，且通訊內容應留存於平台，平台業者無須事先告知任一方，即有權瀏覽、保存、利用及刪除該等通訊紀錄；惟契約雙方當事人仍須自行就相關通訊及對話內容承擔風險及責任。由此可知，在長照人力媒合平台經營模式下，平台工作者與服務使用者須自行負擔照護服務過程中一切風險，雖然平台業者對於服務項目、內容、雙方聯繫乃至服務評價等都具有相當程度決定權限，但依契約規定卻無須負擔相關責任；當平台媒合照護服務提供發生糾紛，平台僅協助處理依申告扣留照護人員該次服務費用³⁷。

（三）平台業者與平台工作者

平台業者與平台工作者之間的法律關係界定，主要爭點乃在於數位平台工作者的勞動者性判斷，平台經濟嚴重解構了傳統勞動市場架構，數位平台究竟應定性為資訊社會服務提供者、中介者、派遣單位或是雇主，方能在維持產業競爭秩序和促進科技創新發展之間取得平衡，仍是國際間平台經濟管制與司法實務亟待解決的議題。在本文探討的長照人力媒合平台中，平台業者與照護人員簽訂「照護人員使用平台服務合約書」，約定平台工作者為依相關法令得提供照護服務之照護人員，平台業者則為照護服務提供契約以外之第三方平台之設計者、所有者及維護者，並提供相關應用程式供照護需求者下載使用，藉由平台服務以媒合照護需求者與照護人員；並由平台業者代收照護費用，再自照護費用中扣除平台費用後將餘額轉付予提供服務之照護人員。按契約條款定義，「平台服務」的範圍包括但不限於平台上之交易資訊發布、交易管理、交易媒合、代為收取、代為支付等各項服務。

³⁷ 照護服務契約第 11 條雙方聲明保證事項：「（八）甲乙瞭解並同意，關於本契約履行所生之爭議，包括但不限於乙方之服務品質是否不如預期、有無態度不佳等情形，以及甲方有無違反本契約之約定等，均由甲乙雙方自行商議處理，甲方並有權對乙方之照護服務進行服務評價，平台得依據甲乙雙方各自與平台之約定辦理（包括但不限於停止乙方使用平台提供照護服務，或經甲方通知後暫代留存照護費用等事宜）。」

照護人員於填寫和提交相關資格證明文件，經過平台面談審核與 APP 使用教學且參與說明會後，通過審核者即可在平台業者開發應用程式上設定其工作項目、可服務時間與地區、經歷、語言能力等基本資訊。照護人員收到使用者的預約請求後，可選擇接受或拒絕，照護人員於指定的時間地點提供服務時，皆須以 APP 進行簽到及簽退，平台也會利用 GPS 追蹤功能稽核長照人員出缺勤紀錄³⁸，服務完畢後照護人員將收到使用者的評價，累積一定數量低評價的訂單，平台將會收取該些訂單照護費用的一定比例作為罰款³⁹。有關平台業者與平台工作者之間的風險與責任分配，依據照護人員使用平台服務合約書第 3 條第 4 項規定，平台不擔保照護需求者之履約能力、履約意願，亦不富有監督或催促該交易相對人履行契約之義務，對於照護人員因可歸責於照護需求者方的履約障礙所受損害或損失，平台業者不負任何賠償或補償責任。又依合約書第 17 條爭議解決與違約處理條款規定，照護人員應依民法、公平交易法及其他相關法令之規定保障照護需求者權益，如有違反，照護人員負責處理一切衍生事宜，並承擔一切責任及損失；此外，照護人員如違反合約導致平台業者或第三人身體或財產受有損害時，除應自負責任外，倘對平台業者造成損害（包括但不限於訴訟費、律師費、罰鍰、罰金、和解金或損害賠償等），照護人員應負賠償責任或負擔該等費用。基此，根據平台業者與照護人員簽訂契約可知，平台照護人員須自行承擔照護服務提供過程中的一切風險，平台業者在整個服務營運過程中僅負最低限度法律責任。

四、我國行政機關見解

隨著國內長照人力媒合平台興起，對傳統居家式長照服務業者造成衝擊，地方政府亦屢獲人民檢舉該類長照人力媒合平台實為未立案居家式長照服務機構，對此衛生福利部 2019 年針對居家照顧服務網路媒合平台是否應依長期照顧服務法

³⁸ 照護人員使用「優照護網路平台」服務合約書第 6 條第 2 項：「甲方於其所設定之可服務時段及提供照護服務期間內，應全時間開啟與利用乙方提供之應用程式，以供 GPS 追蹤及記錄其位置，以作為照護需求者瞭解其服務品質之依據。」雖然依據契約條款規定，平台業者並無監督、管控服務品質之責，且位置追蹤等功能，係作為「照護需求者」瞭解服務品質之依據；然而對照平台會員條款第 3 條第 9 項卻規定，平台有權決定照護人員服務之最終評價，兩者似存在邏輯上不一致，導致解釋上通常可能不利於照護需求個案。

³⁹ 優照護官方網站，<https://ucarer.tw/help/topic/15>（最後瀏覽日：2021/11/25）。

設立長照機構函釋略以⁴⁰：「平台公司於網際網路所載提供服務之樣態似為專門媒合長照人員之人力仲介，又居家式長照機構與人力仲介有別，得否以未立案居家式長照機構辦理，仍應衡酌其他有關事證認定之」。實際上迴避了該問題，惟值得注意的是，由於居家式長照機構對於服務場地要求等硬體設備法定要求較低，因此實務上為凸顯其與人力仲介業者不同，向來強調居家式長照機構之照顧個案管理與追蹤等機能。

其後，衛生福利部提出區別「實質上經營長照服務產業」與「單純廣告行為」的三項標準包括：「(一)單純以網路頁面提供長照人員刊登服務提供資訊，並收取資訊上架費用；(二)除供刊登收取對價外，並對刊登內容真偽或服務品質有保證之宣稱；(三)除前述情形外，尚進一步聯繫服務、調派工作或從中抽取一定比例之服務費用⁴¹」。據此，主管機關雖然沒有以未立案機構對長照人力媒合平台業者予以裁罰，但依據部分長照人力媒合平台網站上服務宣傳內容，認定其違反長照廣告規定⁴²，並依長期照顧服務法裁處罰鍰。

五、小結

依據長期照顧服務法第 3 條第 5 款規定，長照機構係指以提供長照服務或長照需要之評估服務為目的，依本法規定設立之機構；又依同條第 1 款及第 2 款規定可知，所謂「長照服務」應定義為：「對於身體或心智功能部分或全部喪失，持續已達或預期達六個月以上，致其日常生活需他人協助者，依其個人或其照顧者之需要，所提供之生活支持、協助、社會參與、照顧及相關之醫護服務」，並依具體個案情形，就服務對象及提供服務之內容綜合判斷。又按長期照顧服務法第 10 條規定，居家式長照服務乃指於長照需求者居家環境中提供之身體照顧、日常生活照顧、家事服務、醫事照護等服務項目；另個別服務項目具體內涵則可輔以衛

⁴⁰ 衛部顧字第 1081962312 號函。

⁴¹ 衛生福利部衛部顧字第 1081960972 號函。

⁴² 長期照顧服務法第 29 條規定：「(第 1 項)非長照機構，不得為長照服務之廣告。(第 2 項)長照機構支廣告，其內容以下列事項為限：一、長照機構名稱與第二十六條第二項所定應加註之事項、設立日期、許可證明字號、地址、電話及交通路線。二、長照機構負責人之姓名、學歷及經歷。三、長照人員之專門職業及技術人員證書或本法所定之證明文件字號。四、服務提供方式及服務時間。五、停業、歇業、復業、遷移及其年、月、日。六、主管機關核定之收費標準。七、其他經中央主管機關公告指定得刊登或播放之事項。」

生福利部長照 2.0 給付及支付基準照顧組合內容認定之。在此前提下，首先長照人力媒合平台的服務對象亦為日常生活需他人協助者，且無法完全排除法定身心失能之長照需求者，其次平台營運模式外觀上與居家式長照機構並無二致，惟欠缺個案管理之重要功能。基此，長照人力媒合平台按其介入供需雙方照護提供契約關係的程度高低，若對於服務內容、價額訂定與服務品質控管等具關鍵決定權者，原則上應申請設立長照機構始得為之，否則於現行法制架構下，實與經營未立案居家式長照機構之違法行為無異。

綜觀國內長照人力媒合平台的營運模式及三方關係契約條款約定內容可知，目前相關平台業者乃立於第三方平台之地位，強調其不介入照護人員與照護需求者之間的服務提供契約關係，且不保證服務品質，亦對於因照護服務提供所生糾紛不負責任。如此一來，考量照護需求者（通常與長照需求者高度重合）多為社會弱勢族群，且因生活自理能力欠缺而較難為自己權益發聲，則在長照平台媒合服務模式下，恐限縮本應享有之法律上保障或權益，並可能於發生照護糾紛時，求助無門，就此點而言，實與長期照顧服務法保障身心失能者權益之目的有所未符。另一方面，就整體平台經濟運作模式創造的市場價值分配來看，長照平台業者握有相當程度決定權限，但在現行制度仍欠缺監督管理機制情形下，全憑市場機制與契約約定，於相關社會風險分配實顯有失其平衡之嫌。

肆、「優照護」訴願案評析

一、案件事實

臺北市政府於 2018 年 9 月 12 日查認訴願人架設網站及於臉書（Facebook）專頁為長照服務之廣告，以違反長期照顧服務法第 29 條第 1 項非長照機構不得為長照廣告之規定，遂依同法第 51 條第 2 項裁處書處訴願人新臺幣 1 萬元罰鍰。訴願人不服，於 108 年 1 月 24 日提起訴願。

（一）平台業者主張

本案平台業者主張其為「第三方預約照護平台」，主要業務為提供有居家看護

需求家庭即時、透明及專業之「預約媒合服務」，符合「行政院所屬各機關因應平台經濟發展法規調適參考原則」規定，透過網路達成媒合與傳遞、接收相關「長照服務資訊」者，且其所媒合的服務提供者，皆為依相關法令得提供照護服務之專業人員。強調未涉入使用者與照護人員間之照護契約，僅係獨立第三人，單純於網路媒體上提供及彙整照護供應與需求等訊息，供照護業者及民眾使用⁴³。

其次，平台業者主張長期照顧服務法及其相關法令規定皆未定義「長照服務之廣告」，屬「不確定法律概念」，與其規範要件相似者為醫療法第 84 條規定，應得類推適用；故「長照服務之廣告」，除客觀上須有「利用傳播媒體或其他方法」外，尚應審酌主觀上有「為自己之計算、宣傳長照服務以達招徠民眾前往營業處所接受長照服務為目的」，並非提供資訊述及長照服務者，即為長期照顧服務法第 29 條規定之規範對象。又自衛星廣播電視法第 2 條第 11 款、長期照顧服務法第 1 條及第 3 條第 1 款規定可知，長期照顧服務法第 29 條規定，係指行銷或宣傳長照服務之影像、聲音及其相關文字，訴願人係宣傳告知民眾得使用訴願人經營之預約照護平台服務解決照護需求，非宣傳長照服務，且行銷「平台服務內容」與行銷「提供照護服務」係屬二事，原處分機關解釋法律顯有違法⁴⁴。

（二）機關答辯

訴願人未依法事先申請主管機關取得長照機構設立許可，顯非長期照顧服務法規定之長照機構；又長期照顧服務法雖未對「廣告」加以定義，然依教育部重編國語辭典修訂本所載，「廣告」係指「經由平面、電子、數位、戶外媒體等傳播平台，將商品或服務訊息、政治理念、公益倡導，傳播給消費者或閱聽大眾」。本案訴願人於網路平台介紹居家看護、居家照顧、短期照護及喘息服務，並針對各種需求提供不同服務資訊，如照顧服務員可提供服務項目為生活照顧、家事服務、代購物品及鼻胃管灌食等照護服務，並公告收費資訊，且於臉書專頁亦揭示相關資訊等行為，足認訴願人係從事廣告行為，又長期照顧服務法對「廣告」之定義，與醫療法第 9 條規定迥異，應不得類推適用⁴⁵。

⁴³ 衛生福利部衛部法字第 1080005710 號訴願決定書，頁 3。

⁴⁴ 衛生福利部衛部法字第 1080005710 號訴願決定書，頁 3-4。

⁴⁵ 衛生福利部衛部法字第 1080005710 號訴願決定書，頁 5。

二、法律爭點及訴願決定

本案主要爭點在於，平台透過網路達成媒合與傳遞、接收長照服務供需相關資訊之行為，究僅是「資訊服務」抑或是已構成「長照服務提供」？如僅為資訊服務，則下一階層問題就是該資訊服務之目的、形式與內容是否該當長期照顧服務法第 29 條「長照廣告」？相對地，若其媒合長照供需之行為已構成「長照服務提供」本身，可能違反非長照機構不得提供長照服務之規定，其透過數位媒介提供長照服務資訊之行為是否構成長照廣告，即成為附帶議題。

針對本案所涉爭點，訴願機關指出為健全長照服務體系提供長照服務，確保照顧及支持服務品質，發展普及、多元及可負擔之服務，保障接受服務者與照顧者之尊嚴及權益，非長照機構不得以書面、廣播、電視及網際網路等方式為長照服務之廣告。據此，依訴願人架設網站及提供資訊內容等整體表現綜合研判，已涉及長照服務之提供、項目及長照機構之服務內容等事項，且訴願人亦有刊登提供長照人員之服務資訊，核為使多數人知悉其宣傳長照服務內容之廣告，原處分自應予以維持⁴⁶。此外，按系爭服務合約書記載，足認訴願人對與其簽約之照護人員有進行審核、簽到退管理，認定是否確實提供長照服務，並有權決定是否給付照護人員照護費用、單方逕行取消照護人員資格等管理作為，且對照護人員實際所提供之長照服務，按照護人員與照護對象另簽訂之各筆服務契約訂單金額多寡再抽取 20% 費用等情事，尚非單純預約媒合、代收代付收費，併予敘明⁴⁷。

三、本文評析

（一）定型化契約與應記載及不得記載事項

縱觀本文探討長照人力媒合平台業者經營照護服務供需媒合所擬定的三方關係契約，包括「優照護網路平台會員條款」、「照護服務契約」及「照護人員使用『優照護網路平台』服務合約書」。其中，有關長照需求者權益保障相關條款，除「照護服務契約」中較居家式長照服務機構定型化契約應記載及不得記載事項限縮的「照護服務不中斷」條款之外，只有「照護人員使用『優照護網路平台』服

⁴⁶ 衛生福利部衛部法字第 1080005710 號訴願決定書，頁 7。

⁴⁷ 衛生福利部衛部法字第 1080005710 號訴願決定書，頁 7-8。

務合約書」第 7 條訂定照護需求者之權益維護，惟查其內容僅包含照護對象隱私權保障之保密條款、善良管理人注意義務、不得再委託或轉介他人提供服務、不得對照護對象收取額外款項，及不得推介或銷售其他商品或服務等，相較於長期照顧服務法中針對接受長照服務者權益保障訂立獨立章節，以及長照服務機構定型化契約範本與應記載及不得記載事項草案規定，實對於長照需求者有保障不足之疑慮。

鑑此本文贊同訴願決定，並進一步主張系爭平台應係實質上經營長照服務產業，而有遵循長期照顧服務法相關規範之必要。在此脈絡下，為突顯長照需求者在長照人力媒合平台營運模式下，相較於使用長照機構服務，其法律上權益有哪些不同。本文就衛生福利部公告的「居家式服務類長照服務機構定型化契約應記載及不得記載事項」草案，與「優照護網路平台會員條款」及「照護服務契約」之契約條款所訂規範進行比較（詳如表 1），除因平台服務模式係由需求者透過平台系統選定單次服務人員及服務內容，經服務人員同意後成立一次性服務給付契約，而與長照服務的繼續性契約本質不同外，歸納主要差異有三點：(1)長照人力平台服務契約訂有居家式長照服務機構不得記載事項，包括約定拋棄審閱期間、服務價額未經主管機關核定、約定排除或限縮平台業者責任，以及部分顯失公平式項等；(2)部分居家式長照服務機構應記載事項之法定責任僅由照護人員單獨負擔，如保密義務、緊急事故處理；另費用調整機制由平台片面公告即生效力，不受主管機關監督；(3)長照服務不中斷義務之限縮。

表 1 長照需求者權益比較

	長期照顧服務法規範架構	優照護平台	
	居家式長照服務機構定型化契約應記載及不得記載事項（草案）	優照護網路平台會員條款	照護服務契約
應記載事項	<u>服務處所</u> ：應記載機構到家提供長照服務之服務地址。	無	雙方成立訂單，約定由乙方擔任照護人員，於甲方預約工作時段及服務地點，提供約定之照護服務。
	<u>契約期間</u> ：應載明是否定有期間，定有期間之契約，應記載期間。	一次性服務給付	一次性服務給付

服務項目及內容： 應記載機構提供之服務項目及內容。	依據優照護平台網站公告	有
許可立案、服務使用須知、陳情、申訴與調處機制及爭議處理機制之提供。	照護服務契約履行所生爭議，均由會員與照護人員自行商議處理，平台僅依爭議申告暫代留存爭議照護費用，並依爭議處理結果辦理退款或代付事宜。	雙方關於本契約履行所生之爭議，均自行商議處理，平台得依據雙方各自與平台之約定辦理（包括但不限於停止照護人員使用平台權限，或經會員通知後暫代留存照護費用等事宜）。
費用收取： 應記載居家式服務費用、自行負擔等項目與金額，並公開揭示。但依長期照顧給付及支付基準接受補助者，其收費標準應依上開基準規定收取。	依據優照護平台網站公告	有
服務不中斷義務： 應載明機構有服務提供人員或時間異動情形時，應予妥善調整並事先告知使用者調整內容，對使用者負服務不中斷義務。	無	照護人員不得無故中止服務或終止契約，但有例外情形，包括：(1)照護對象或其親屬有穢語騷擾、言語辱罵或實施暴行等不當言行，致照護人員生命身體受有危害或有危害之虞，或名譽等人格權受損者；(2)照顧服務地點有危害照護人員之安全或健康或有危害之虞，致照護服務難以繼續者；(3)其他 非可歸責於照護人員 之事由，致照護服務難以繼續者。
非歸責於使用者之契約終止照顧服務： 應載明非歸責於使用者致契約終止情形時，在尚未洽得依法或依契約應負照顧之人前，機構仍應對使用者負照顧義務及轉介通報義務。	無	非歸責於照護人員 之契約終止，照護人員應依優護平台之「啟動緊急聯絡機制」方式，通知緊急聯絡人。如照護對象為無自救能力之人者，於緊急聯絡人出現前，照護人員仍負有保護及照顧之義務。
保密義務： 應載明機構提供服務之人員應依長服法第二十條規	平台有權蒐集、處理及利用會員與照護對象之個人資	照護人員應謹守保密義務，不洩漏予他人知悉或為

	定，對於因業務而知悉或持有他人之秘密，非依法律規定，不得洩漏。	料，並將遵守個人資料保護法之規定。	不利於會員之利用。倘照護人員違反保密義務，除應賠償會員一切損害外，平台得停止其使用平台提供照護服務。
	禁止不正當利益： 機構及服務提供人員不得向使用者或其家屬有推銷、借貸及金錢往來之行為，亦不得接受其餽贈財物。	無	除本契約另有約定者外，服務期間照護人員不得對會員、照護對象、其親屬或家人，收取額外款項；另於服務期間不得推介或銷售其他商品或服務。
	費用調整： 應記載費用之調整事項，如有調整費用者，應報提供服務所在地主管機關核定；定有期限之契約應先經使用者同意調整費用。	平台公告即生效力。	無
	緊急事故之處理： 應記載提供服務時使用者發生急、重傷病或其他緊急事故時，機構處理流程與方法。	無	有緊急狀況時，應依優護平台之「啟動緊急聯絡機制」方式，通知會員指定緊急聯絡人，且照護人員應視情況，撥打 119 求救或逕送相關醫療機構。
不得記載事項	約定拋棄契約審閱權。	不適用消費者保護法有關 7 日審閱期間之規定。	不適用消費者保護法有關 7 日審閱期間之規定。
	約定居家式服務費用數額超過服務所在地主管機關核定之數額。	依地區及照護人員資歷，由平台訂定服務價額，收費價額高於衛生福利部訂頒之長照服務給付及支付基準，且未報主管機關核定。	服務價額未報主管機關核定。
	約定契約終止時居家式服務費用「以週計費」、「未超過半個月以半個月計費」及「超過半個月以全月計費」，或其他類似之收費方式。	一次性服務給付	一次性服務給付
	約定於提供服務時使用者發生急、重、傷病、死亡或其他緊急事故等情事，與機構無關之文字。	1. 與照護人員關於照護服務契約履行所生爭議，均由會員與照護人員自行商議。	雙方關於本契約履行所生之爭議，均自行商議處理。

		2.於任何情況下，本平台對於平台上進行照護服務交易所承擔之責任總額，應以當次照護費用為上限。	
	約定排除機構故意或過失之責任。	會員應自行審閱照護服務契約內容，該契約獨立於平台服務之外，相關爭議與平台業者無關。	雙方關於本契約履行所生之爭議，均自行商議處理。
	約定其他違反法律強制、禁止規定或顯失公平之事項。	1.平台保留自行決定隨時修改或增修會員條款，或更改、暫停或中斷服務或應用程式（包括但不限於任何功能、資料庫或內容）之權利。 2.平台修改或增刪會員條款時，只需在平台上公告即生效力，會員應自行留意平台之最新公告。 3.平台可對若干功能和服務加以限制，或限制您選取或儲存部分或全部服務，且無需另行通知或承擔責任。	照護需求者告知義務及違反效果：會員於照護人員提供服務前，除訂單上揭露照護對象之情況描述外，對於照護對象之一般生理及心理情形，亦應一併告知（包含有助於照護服務提供之一切資訊）；若因會員故意或過失未說明應告知事項致有任何損害或損失情形發生，應由會員自行承擔一切責任，且如因此致生照護人員損害或損失，會員應負連帶賠償責任。 雙方就本契約內容之增減或變更，應事前通知優護平台，否則不得以之對抗優護平台；且不得妨礙優護平台對雙方個別之契約權利。

（本文作者整理）

前述主要差異第三點「服務不中斷」向來係長照服務提供體系遵循的重要基本原則，其目的在於維護長照需求個案權益，然而在長照人力媒合平台提供的居家照護服務架構下，卻以契約約定限縮服務不中斷原則之內涵；又依據平台照護契約條款約定，發生「不可歸責於照護人員」事由致無法繼續提供服務，作為服務不中斷原則之例外，對照居家式長照機構應記載事項乃規定「非歸責於使用者」之契約終止照顧服務，其間差異將在「不可歸責於雙方」事由發生時，在平台照護契約條款架構下，照護人員可中止或終止服務，而在居家式長照機構規範架構

下，長照機構仍有服務不中斷義務。

基上，在平台照護契約架構下，關於平台業者、照護人員及照護需求對象三者之間的權利義務分配，與長照服務機構規範實存在顯著差異，甚至出現部分責任倒置之情形。對照之下可知，平台照護契約條款約定乃對於平台業者及照護人員較為有利，易言之，在長照人力媒合平台服務模式下的三方權利義務關係，呈現「平台優於長照人員、長照人員優於長照需求者」的狀態，傳統長照服務體系下最應受到保障的長照需求者，反而處於服務體提供體系中最不利之地位；同時使平台業者在承受最低限度風險情況下，享有最高權力及平台經濟所創造的大部分利益。據此，有鑑於長照人力媒合平台運作模式關係長照需求者權益甚鉅，本文建議主管機關於擬訂長照服務平台經濟管制法制前，可先依據長期照顧服務法第 42 條規定，公告自費市場平台媒合長照服務之定型化契約，作為過渡期間之配套措施。具體而言，為充分考量長照需求者的脆弱性，應參考居家式長照服務機構定性化契約範本條款規定，納入確保長照需求者權益相關規範，例如至少應包括強化服務不中斷原則、平台業者於服務爭議發生時之調處義務、緊急事故處理原則和流程，以及禁止約定排除平台業者過失責任等，以維護長照需求者之權益。

（二）長照廣告或未立案長照機構

本案訴願決定機關認定長照人力媒合平台業者不僅是其聲稱的「單純預約媒合、代收代付收費」之獨立第三人，本文贊同之。惟主管機關仍有必要進一步說明，該類平台業者媒合之服務，究竟是否屬於長照服務，而應受長期照顧服務法及其相關法規規範。此時爭點即不再侷限於長照廣告，而在於非長照機構提供長照服務之事實。

隨著平台經濟發展，未來各項產業主管機關勢必會面臨平台經濟管制議題，而在長照服務領域，其特殊性在於服務對象乃身心失能者，通常難以為自身權益發聲，故須透過法律管制規範確保其權益，完全訴諸市場機制，恐有保障不足之疑慮。另一方面，長照人力媒合平台經營模式，雖然其與居家式長照服務機構之市場目標不盡相同，但仍不可否認該服務運作模式，因欠缺法律管制規範而更具市場競爭力，有形成不公平競爭之可能，且長久以往實將不利於長照服務體系發展。

伍、結論

科技始終來自於人性，近年來長照服務人力媒合平台的崛起，反映出我國長照服務政策與社會需求變遷之間存在的落差，公費長照服務體系下，民眾申請長照服務須通過層層關卡，包括向地方政府長照中心提出申請、主管機關派員進行訪視評估、確定失能等級並擬定個人照顧計畫、照會特約服務單位、簽訂服務提供契約等程序；相較長照人力媒合平台透過 APP 應用程式，使長照需求者可迅速預約服務，回應了當代社會對於效率的要求。另一方面，長照人員亦得自由安排接案時間，或於工作以外時間提供服務，作為額外的收入來源，發揮現代零工經濟之效益，使得部分平台長照人員收入較正式受僱於長照機構為高，且不被固定時間班表制約，可自主選擇服務對象，而具彈性自由特色。

長照人力媒合平台的出現，確實增加長照服務便利性並滿足了部分社會中照顧需求，然而本文觀察發現，平台服務模式下的三方權利義務關係，呈現「平台優於長照人員、長照人員優於長照需求者」的狀態，傳統長照服務體系下最應受到保障的長照需求者，反而處於服務體提供體系中最不利之地位，同時平台業者在承受最低限度風險情況下，享有最高權力平台經濟所創造的大部分利益。此外，長久以往恐將對長照服務體系發展造成負面影響。

針對此一問題，本文從優照護平台訴願案出發，檢視行政機關與訴願決定機關對於平台服務模式之分析，並贊同訴願決定機關認定長照人力媒合平台業者不僅是「單純預約媒合、代收代付收費」的獨立第三人之見解。惟本文以為主管機關以長照廣告作為裁處事由，乃迴避對於自費長照服務市場管制不足之問題；蓋長期照顧服務法之適用範圍應包含公費及自費長照服務市場，並以健全長照服務體系和維護長照需求者權益為宗旨。最後，鑑於長照人力媒合平台運作模式關係長照需求者權益甚鉅，現行市場機制運作下，除平台經濟的價值與風險分配顯失公平，更使長照需求者居於最不利地位；為解決此問題，本文建議主管機關於擬訂長照服務平台經濟管制法制前，先依據長期照顧服務法第 42 條規定，公告自費市場平台媒合長照服務之定型化契約，作為過渡期間之配套措施，以確保長照需求者之權益，且於此同時，並應充分考量新興數位經濟所反映的社會需求，適當調整當前行政管制架構，期可於充實我國數位競爭力與傳統產業發秩序之間取得

平衡。科技發展瞬息萬變，法規範修訂緩不濟急，故如何運用和解釋現行法規範，以維護法律規範之精神，乃數位革命時代下各該主管機關須得正視之課題。

參考文獻

一、中文部分

- 林佳和，2019，勞動 4.0、數位平台經濟模式與勞動關係認定－以眾包工作（Crowdworking）為例，科技部補助專題研究計畫成果報告。
- 侯英泠主編，2021，《數位平台之相關法律問題》。台北：元照出版社。
- 陳人傑，2004，網際網路服務提供者免責規範單一立法模式之探討，智慧財產權月刊，第 71 期，頁 54-81。
- 陳金哲，2006，準市場機制與區域治理－以秀傳醫院、署立醫院及台北市立醫院之執行經驗為例，公共行政學報，第 19 期，頁 91-126。
- 陳聰富，2001，消保法有關服務責任之規定在實務上之適用與評析，臺大法學論叢，第 30 卷第 1 期，頁 73-112。
- 游進發，2012，消費者保護法上與商品責任等價的服務責任，財產法暨經濟法，第 32 期，頁 111-139。
- 顏雅倫，2021，〈共享／對等平台在臺灣進對維谷之外送員權益與保險議題－以食品外送平台為例〉。頁 123-167，收錄於侯英泠主編：《數位平台之相關法律問題》。台北：元照出版社。

二、英文部分

- Anders Stenstrom, 2021, "Plural Governmentalities: Governing Welfare Fraud in Sweden." The British Journal of Criminology, 61(3):773-791.
- Andreessen, 2011, "Why Software is eating the World." Available at: <https://a16z.com/2011/08/20/why-software-is-eating-the-world/> (Date visited: October 28, 2021)
- Annina Ropponen et al., 2020, "Workers' Health, Wellbeing, and Safety in the Digitalizing Platform Economy." Pp. 56-73 in Digital Work and the Platform Economy- understanding tasks, skills and capabilities in the new era. New York: Routledge.

- Caroline Cauffman & Catalina Goanta, 2021, “A New Order: The Digital Services Act and Consumer Protection”, *European Journal of Risk Regulation*, pp.1-17.
- CECOP, 2007, “Green Paper: Modernising labour law to meet the challenges of the 21th century” European Consultation. CICOPA Europe.
- Enzo Weber, 2018, “Setting out for Digital Social Security.” ILO Working Paper 34 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_645871.pdf
- EuroFound, 2018, “Employment and Working Conditions of Selected Types of Platform Work.” Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- EuroFound, 2021, “Digitisation in the workplace.” available at: <https://www.eurofound.europa.eu/...../digitisation-in.....> (Date visited: October 27, 2021)
- John Zysman & Martin Kenney, 2018, “The next phrase in the digital revolution: Intelligent tools, platforms, growth, employment.” *Communications of the ACM* 61(2):54-63.
- Julilly Kohler-Hausmann, 2007, “The Crime of Survival: Fraud Prosecutions, Community Surveillance, and the Original Welfare Queen.” *Journal of Social History*, 41(2): 329-354.
- Kerry Woodward, 2021, “Review of Policing Welfare: Punitive Adversarialism in Public Assistance.” Spencer Headworth University of Chicago Press, <https://doi.org/10.1093/sf/soab094> .
- Liesbet van Zoonen, 2020, “Data governance and citizen participation in the digital welfare state.” *Data & Policy*, 2:e10.
- Mandl & Biletta, 2018, “Overview of New Forms of Employment—2018 Update.” Luxembourg: Eurofound, Publications Office of the European Union.
- Martin Kenney et al., 2020, “Employment, Work, and Value Creation in the Era of Digital Platforms.” Pp. 13-30 in *Digital Work and the Platform Economy—understanding tasks, skills and capabilities in the new era*. New York: Routledge.
- Marvin van Bekkum & Frederik Zuiderveen Borgesius, 2021, “Digital welfare fraud detection and the Dutch SyRI judgment.” *European Journal of Social Security*, Pp. 1-18. <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/13882627211031257>.

- Michael G Jacobides & Ioannis Lianos, 2021, “Regulating platforms and ecosystems: an introduction.” *Industrial and Corporate Change*, 00:1-12, <https://doi.org/10.1093/icc/dtab060>.
- Nicholas R Micinski & Will Jones, 2021, “Digitalization without digital evidence: Technology and Sweden’s asylum system.” *Journal of Refugee Studies*, <https://doi.org/10.1093/jrs/feab041>.
- Oliver Steiner, 2020, “Social Work in the Digital Era: Theoretical, Ethical and Practical Considerations.” *British Journal of Social Work*, 00:1-17, <https://doi.org/10.1093/bjsw/bcaal60>.
- Pesole A. et al., 2018, “Platform Workers in Europe: JCR Science for P Report.” Luxembourg: European Commission.
- Philip Leith, 2012, “Europe’s Information Society project and digital inclusion: universal service obligations or social solidarity?” *International Journal of Law and Information Technology*, 20(2):102-123.
- Scarlet Wilcock, 2019, “(De-)Criminalizing Welfare? The Rise and Fall of Social Security Fraud Prosecutions in Australia.” *The British Journal of Criminology*, 59(6): 1498-1519.
- Seppo Poutanen, Anne Kovalainen & Petri Rouvien eds., 2020, “Digital Work and the Platform Economy- understanding tasks, skills and capabilities in the new era.” New York: Routledge.
- Sofia Ranchordás, 2019, “Public Values, Private Regulators: Between Regulation and Reputation in the Sharing Economy.” *Law and Ethics of Human Rights* 13(2):203-237.
- Ulrich Becker & Olga Chesalina eds., 2021, “Social Law 4.0- new approaches for ensuring and financing social security in the digital age.” *Nomos*.
- Uma Rani & Marianne Furrer, 2018, “Work and Income Security among Workers in On-demand Digital Economy.” Paper presented at the Development Implications of Digital Economies: Findings and Next Steps International Workshop, University of Manchester, April 11-12.
- UNCTAD, 2021, “Competition and Consumer Protection Policies for Inclusive

Development in the Digital Era.” UNCTAD/DITC/CPLP/2021/2, 24 Aug 2021.

United Nations, 2019, “Extreme poverty and human rights.” General Assembly A/74/493, 11 October 2019. available at: <https://undocs.org/A/74/493> .

Upwork, 2018, “Prospectus for an Initial Public Stock Offering.” <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1627475/000119312518267594/d575528ds1.htm#toc> (Date visited: October 28, 2021)

二、日文部分

浜村彰，2018，プラットフォームエコノミーと労働法上の課題ープラットフォームエコノミーで働く就労者の労働者性について，労働調査，4-12。

《消費者保護研究》
第 26 輯，頁 37-70

租賃住宅市場發展及管理條例之定位與適用 —兼論其與消費者保護法之關係

張藏文^{*}

摘要

居住作為基本權，對於個人人格之穩定形成具有高度重要意義。因此，對於居住相關議題即須加以正視，惟與此有關之事項多端，本文選擇以租賃條例之定位出發，先行審視其與相關法律，特別是消保法之適用關係，再簡要說明特別法與普通法之適用原則，併討論租賃條例排除適用之情形，另就租賃條例與其他不動產租賃法制有關部分加以概述；次則對於租賃條例定位之相關規定加以介紹，並試圖釐清「最終消費」之概念對於相關制度之區分是否有所助益，從而在其建構之體系下進行類型化處理，再行綜整相關定型化契約應記載及不得記載事項與應約定及不得約定事項以為比較；最後則透過觀察司法實務見解之方式，嘗試梳理現行實務對於租賃條例與「住宅租賃約定事項」以及消保法與「住宅租賃記載事項」之相關見解，以期對於不動產租賃法制得有更為深刻之認識。

^{*} 衡律法律事務所律師，國立中正大學法學博士，國立臺北商業大學會計資訊系及私立中原大學通識教育中心兼任助理教授。

關鍵詞：租賃住宅市場發展及管理條例、住宅租賃定型化契約應記載及不得記載事項、住宅租賃定型化契約應約定及不得約定事項、房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項、土地法第 97 條、最終消費。

壹、前言

為維護人民居住權，健全租賃住宅市場，保障租賃當事人權益，發展租賃住宅服務業，行政院爰向立法院提出租賃住宅市場發展及管理條例（下稱租賃條例）之制定案，嗣該條例經立法院三讀通過，總統於 2017 年 12 月 27 日公布，並於公布後 6 個月開始施行。該條例除就健全住宅租賃關係設有專章規定外，其餘部分則係針對租賃住宅服務業進行規範，並對於該行業違規行為或未具該行業資格之人卻經營該業務者進行處罰。因此，租賃條例對於我國租賃法制之影響至關重要，其不僅變更了我國民法及土地法對於不動產租賃之既有秩序；在消費者保護法（下稱消保法）第 17 條授權下原所訂定的「房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項」¹（下稱「房屋租賃記載事項」）亦因而修正名稱²為「住宅租賃定型化契約應記載及不得記載事項」（下稱「住宅租賃記載事項」³）；甚且，租賃條例之主管機關亦依該條例之授權而訂定「住宅租賃契約應約定及不得約定事項」（下稱「住宅租賃約定事項」⁴），則就其彼此間之適用關係即有深究之必要，畢竟所應適用者究為租賃條例抑或消保法，甚或民法及土地法，對於當事人間之權利義務關係影響重大；此外，租賃條例上開規範之適用前提在於，除依該條例第 4 條規定而不適用該條例之情形外，該條例第 5 條對於是否適用該條例之判斷標準在於消費關係之具備與否，惟其所指內涵為何，尚有釐清確認之必要。是以，本文以租賃條例為題，在綜整學理及司法實務見解後，對其定位與適用等問題進行說明，並就該條例與消保法之關係加以論證，至於其他相關議題，諸如租稅優惠⁵及租賃住宅服

¹ 有關「房屋租賃記載事項」相關重點之說明，詳請見林旺根，〈以「租賃三箭」，構築不動產租賃法制〉，《現代地政雜誌》，第 360 期，2016 年 11 月，頁 137。

² 消保法授權訂定之「房屋租賃記載事項」修正名稱後，是否將使一般非住宅之房屋租賃不得適用消保法及「住宅租賃記載事項」抑或「住宅租賃約定事項」，而有規範不足之情形，值得觀察。惟因篇幅之故，未能就此部分再予深究，祈請諒察。

³ 因體例之故，有關「住宅租賃記載事項」之說明，尚未特別表示者，均係針對其應記載事項所為之論述。

⁴ 因體例之故，有關「住宅租賃約定事項」之說明，尚未特別表示者，均係針對其應約定事項所為之論述。

⁵ 相關討論，詳請見張曉芬，〈個人出租房屋之所得稅及房屋稅實務解析〉，《月旦財稅實務釋評》，第 8 期，2020 年 8 月，頁 16-23；連世昌，〈租賃住宅所得稅減徵規定釋評〉，《月旦財

業務⁶等事項，將待日後再以另文加以探討，以期社會大眾對於租賃條例之定位與適用能有更為深刻之瞭解與認識，並生拋磚引玉之效。另予補充說明之處在於，本文處理之相關問題係我國法制所獨有，似未見他國立法例有此情形，爰未就比較法部分加以研析，特予敘明。

貳、租賃條例與其他法律之關係

一、特別法優先於普通法原則

有關普通法與特別法之關係，其不僅係一般法律基本原則，亦係我國法律之明文規定，蓋中央法規標準法（下稱中標法）第16條規定：「法規對其他法規所規定之同一事項而為特別之規定者，應優先適用之。其他法規修正後，仍應優先適用。」惟通常發生判斷上困難之問題在於，作為普通法者，其修正倘係後於特別法之情形，即便中標法第16條後段業已明定，優先適用特別法之規定，亦因後法優於前法原則，致使相關法規在適用上依舊存在疑義。

以租賃條例為例，其所規範之事務既為不動產租賃中之住宅租賃，而民法及土地法就此已設有相關規定，則租賃條例即應認為係屬民法及土地法之特別規定⁷，司法實務上，臺灣高等法院109年度上易字第248號判決亦謂：「……就住宅租賃而言，租賃住宅管理條例應為民法及土地法之特別法，是關於兩造間系爭租約之相關事項，自應優先適用租賃住宅管理條例之規定……。」此亦可由該條例第6條規定明示排除土地法第97條規定以為證明。

二、租賃條例僅規範住宅租賃事項

稅實務釋評》，第7期，2020年7月，頁18-25；陳揚仁，〈愛心房東享有租稅優惠〉，《月旦會計網》，2018年8月8日，頁1-2：<http://www.angle.com.tw/accounting/>

⁶ 相關討論，詳請見陳冠甫，〈評租賃住宅市場發展及管理條例以租賃住宅服務業之「業務」與「責任」為中心〉，《現代地政雜誌》，第369期，2019年1月，頁61-72；賴宛瑜，〈〈租賃住宅市場發展及管理條例〉之憲法第15條工作權保障評析〉，《土地問題研究季刊》，第18卷第1期，2019年3月，頁71-80。

⁷ 溫豐文，〈租賃專法體系之定位與適用問題〉，《台灣法學雜誌》，第400期，2020年9月，頁41；徐婉寧，〈住居租賃轉租之效力〉，《月旦法學教室》，第192期，2018年10月，頁15。

按租賃條例第 1 條業已揭示，該條例之立法目的係在維護人民居住權等目的；又依租賃條例第 5 條第 1 項授權訂定之「住宅租賃約定事項」，其第 1 點之租賃標的僅及於租賃住宅標示及租賃範圍二項，至於該建築物所定著之土地則僅於租賃住宅標示項目呈現，而為基地坐落地號之輔助說明；另租賃條例第 6 條亦僅就租賃住宅設有租金之規定。準此，應堪認定租賃條例及其相關規定，對於土地部分並未將其列為租賃之範疇。

至於消保法所授權訂定之「住宅租賃記載事項」，其雖亦以法規命令之層級規範該等事物，惟其授權基礎則較具一般性，而未與不動產法制具有直接關係；另其第 2 點規範之事項亦與「住宅租賃約定事項」第 1 點相當，而包括租賃住宅標示及租賃範圍，土地部分之處理亦同。

惟住宅作為房屋之一種，在民法上係被評價為定著物，而與土地同屬不動產，且房屋在通常情形係坐落於土地之上，從而，「住宅租賃約定事項」及「住宅租賃記載事項」刻意將其與土地分離而僅就房屋進行規範之目的為何？似未見該等規定有所表示。

再者，此處規範之區分意義在於，依臺灣臺北地方法院 106 年度消簡上字第 9 號判決所示：「……地上權土地租賃部分，內政部並未就土地地上權租賃契約公告定型化契約應記載及不得記載事項，上訴人主張地上權土地租金之約定違反上開應記載及不得記載事項，有違內政部公告之定型化租賃契約條款，依消費者保護法第 17 條第 4 項前段規定，應屬無效云云，亦屬無據……。」於地上權土地租賃案件⁸，由於承租人係租賃土地以建築房屋，而非單純租賃住宅，故依租賃條例、「住宅租賃約定事項」抑或「住宅租賃記載事項」之規定，即無適用該規定之可能，惟此是否過於限縮法規範之保護範圍？本文以為，其結論雖屬正確，惟至少就其排除適用之理由亦應予以明示，以免爭議。

三、租賃條例排除適用之情形

誠如前述，租賃條例在住宅租賃部分作為民法及土地法之特別法，惟該條例

⁸ 所以稱為地上權租賃案件之原因在於，民法第 422 條之 1 規定：「租用基地建築房屋者，承租人於契約成立後，得請求出租人為地上權之登記。」亦即，地上權與租賃可能同時存在於同一標的上，而使該債權獲得物權擔保之故。

亦就相關部分設有排除規定，除該條例第40條第3項規定，因行文順序之故，擬於適當位置再予說明以及一般認為，即便係違章建築，亦不為租賃條例所排除適用⁹外，以下爰依序提出：

（一）租賃條例第4條排除特定情形之租賃住宅

1. 租賃條例第4條規定及其立法理由

按租賃條例第4條規定：「租賃住宅有下列情形之一者，不適用本條例規定：一、供休閒或旅遊為目的。二、由政府或其設立之專責法人或機構經營管理。三、由合作社經營管理。四、租賃期間未達三十日。」其立法理由整體而論，係考量部分租賃住宅之設置，其類型、使用目的與該條例立法目的及所欲規範之住宅租賃契約關係不同之故。至於個別款次部分，第1款之理由在於，其與一般居住使用之租賃住宅性質有別，非屬為解決國人居住問題之範疇；第2款之理由在於，其多為公有財產管理範疇，而由政府設立之專責法人或機構經營租賃住宅包租或代管業務，主要為興辦社會住宅或為執行特定住宅政策目標，係涉住宅法等相關規定範疇；第3款之理由在於，合作社屬非以營利為目的之社團法人，與營利法人之公司性質迥然不同，故予排除適用，回歸合作社法；第4款之理由在於，短期租賃行為，尚非以長久居住為目的，不符國人通常居住需求，亦不符租賃住宅服務業提供服務之經濟規模。

2. 對於租賃條例第4條規定之說明

針對上開規定及其立法理由，為使其規範更為完整，爰補充相關論述。首先，就該條第1款規定，按民法第421條第1項規定：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」故民法本身並未就租賃之目的再予審究，從而，本款規定將有形成法規範體系矛盾之虞，亦即，租賃條例與民法租賃之規定，其基本原則均係為保護承租人而為之規範，惟本款規定將其排除後，其仍有民法相關規定之適用，而民法就此部分仍係為保護承租人而為之考量，換言之，將形成租賃條例不保護本款之情形，惟民法卻予以保護，致使本款

⁹ 陳立夫，〈租賃住宅市場發展及管理條例解說〉，《月旦法學雜誌》，第277期，2018年6月，頁27；林亮宇，〈租賃住宅市場發展及管理條例簡介〉，《月旦會計實務研究》，第7期，2018年7月，頁90；顏碧志，〈租賃住宅市場發展及管理條例簡介〉，《全國律師》，第22卷第2期，2018年2月，頁20。

規定發生為德不卒之爭議。況且，在事實認定上，究竟何種情形始屬休閒或旅遊為目的，判斷上亦有認定不一之危險，例如，在 long stay 與「二地居」之新興居宿模式的出現，委實增加了判斷上的困難；第 2 款規定徒增何種情形方屬政府或其設立之專責法人或機構經營管理之判斷爭執。甚且，在本款所規範之情形，在高度遵從組織法法律保留原則之我國，相關機構之營運使用情形應設有營造物規章（Anstaltsordnung）或利用規則（Benutzungsordnung）以為規範¹⁰，亦即，其之使用並非必然屬於單純之私法問題，則該款立法理由應可援引此部分之說明作為補充。另於未設有專責法人或機構以為處理者¹¹，在立法論上，是否即應使其適用租賃條例？倘為肯定，則勢將對於公共政策之遂行產生相當之影響¹²；第 3 款規定亦有前款相同之問題，且是否適用租賃條例之標準倘為營利與否，則本條何以未規範，性質上屬於公益之財團法人¹³所經營管理之租賃住宅？再者，在公司形態多樣化之現今社會，公司法第 1 條第 2 項亦已明定：「公司經營業務，應遵守法令及商業倫理規範，得採行增進公共利益之行為，以善盡其社會責任。」而採納外國法制上之社會企業（Social Enterprise）或稱「兼益型公司」（Benefit Corporation）之概念，惟此亦使得公益與私益間之界線日趨模糊化，則其在本條究應如何評價，諒係將來必須面對之課題；第 4 款規定之問題在於，租賃住宅服務業縱為租賃條例所欲引導之政策目的¹⁴，惟未有該行業介入之住宅租賃案件仍應有租賃條例之適用，是依該原因而予排除，恐有未盡妥適之虞。

¹⁰ 吳庚、盛子龍，《行政法之理論與實用》，臺北，三民出版股份有限公司，2018 年 1 月，增訂 15 版 2 刷，頁 142。

¹¹ 有關地方政府在租賃條例所應扮演角色之相關說明，詳請見張鈺光、陳佳聖，〈論日本關於租賃住宅管理業的現狀與法制〉，《全國律師》，第 22 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 19。

¹² 行政實務上對於政府作為房屋供給者，有關是否適用消保法係採取開放性之態度，詳請見行政院消保處 107 年 6 月 4 日院臺消保字第 1070020024 號函釋：「……貴府（出租人）與承租人間所訂立之社會住宅租賃契約，由契約標的及契約目的觀之，非屬『行政契約』，究其性質與一般租賃契約性質無異。是以，貴府出租社會住宅縱非以營利為目的，仍屬消保法上之企業經營者，承租人承租社會住宅供自住使用，係消保法上之消費者，貴府承租人間之租賃法律關係亦屬消費關係，租賃契約仍受『房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項』規範……。」惟於租賃條例之適用部分，由於該條例第 4 條已就此設有相關規定，故將受該規定之拘束，而有不同於上開函釋之處理方法。

¹³ 財團法人法第 2 條第 1 項規定：「本法所稱財團法人，指以從事公益為目的，由捐助人捐助一定財產，經主管機關許可，並向法院登記之私法人。」

¹⁴ 有關租賃住宅服務業相關統計及實際運作情形，詳請見王國治，〈《租賃住宅市場發展及管理條例》包租與代管租賃之研究〉，《人權會訊》，第 132 期，2019 年 4 月，頁 43。

3. 對於租賃條例第 4 條立法理由之補充

另應補充的是，本條立法理由第 3 點表示：「另就社會福利團體承租他人房屋作為照顧及保護專業照護弱勢族群之服務，考量其並非僅以居住需求為限，另有照顧看護療養之性質，與本條例規範一般住宅租賃型態有別，故非本條例租賃住宅適用範圍。」惟此部分之說明並未見本條之對應條文，就此應有修正之必要，以符實際。而就上開理由之內容而論，與其將其認定為租賃關係，不如將其解釋為以提供醫療護理服務為主，居住為輔之混合契約，從而因其性質歸屬之判斷結果，而不適用租賃條例相關規定較為允當。

（二）租賃條例第 6 條排除土地法第 97 條規定

按租賃條例第 6 條規定：「租賃住宅之租金，由出租人與承租人約定，不適用土地法第九十七條規定。」土地法第 97 條規定：「（第 1 項）**城市地方**房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限。（第 2 項）約定房屋租金，超過前項規定者，該管直轄市或縣（市）政府得依前項所定標準強制減定之。」（項次及粗體為本文所加，下同）。

姑且不論土地法上開規定內容未盡明確之問題¹⁵，土地法上開規定在制定當時之特殊立法背景，在現今至少應有順應時勢之調整始符實際，然該條規定在 1946 年修正之後即未在有變動，因而產生規範與實際之落差問題¹⁶。從而引發了租賃條例排除土地法上開規定之結果¹⁷，蓋租賃條例第 6 條立法理由表示：「按土地法第九十七條規定，城市地方房屋之租金，以不超過土地及其建築物申報總價年息百分之十為限；約定租金超過該規定者，得強制減定之。考量公告地價及房屋評定現值與市場價值仍有差距，無法完全反映房屋收益價值，且上開土地法規定僅規範城市地區之住宅，造成同樣為租賃行為，租金卻因地區不同而有差異。為避免

¹⁵ 例如，土地法第 97 條所稱「城市地方」究何所指並非明確，是內政部乃以 67 年 9 月 15 日台內地字第 805447 號函釋示：「一、查**土地法第 97 條**所稱『城市地方』係指已依法公布實施都市計畫之地方而言，前經行政院以台 48 內字第 6101 號令釋在案……。」惟查，我國各地方實施都市計畫之時間未盡相同，然租賃條例在 2018 年實施以前，我國主要人口分布地區多已實施都市計畫，從而受土地法上開規定之規範，惟其卻與一般租賃市場之實際情形有所出入。

¹⁶ 陳冠甫，〈論租賃專法與土地法之補充適用關係－評桃園地方法院 108 年壘簡 125 號民事判決〉，《現代地政雜誌》，第 374 期，2020 年 4 月，頁 60。

¹⁷ 有關其他法律排除土地法第 97 條規定之情形，詳請見楊博任，〈租賃住宅市場發展及管理條例之簡評〉，《全國律師》，第 22 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 32。

影響出租人提供租賃住宅之意願，並尊重市場機制，爰定明予以排除適用。」

必須說明的是，土地法第 97 條規定不僅作為調整當事人間權利義務關係之依據，其並為當事人間就其他事項發生訟爭(例如請求相當於租金之不當得利事件)時之法院裁判依據。因此，在租賃條例第 6 條排除土地法上開規定後，對於上述訟爭情形，法院究應依何標準而為裁判即成為問題¹⁸。

再者，必須注意的是，租賃條例第 6 條規定尚有其適用前提，例如，當事人間所訂定之租賃契約必須係屬住宅租賃之性質，因此，若未具備該前提要件者，仍應依土地法第 97 條規定辦理。臺灣高雄地方法院 109 年度訴字第 291 號判決亦表示：「……本件兩造或被告與林文隆間自始至終均無租賃契約存在，應無租賃住宅市場發展及管理條例第 6 條規定之適用，仍應回歸土地法第 97 條規定……。」準此，土地法第 97 條仍以當事人間有成立租賃關係始有適用。其原因或許在於，土地法上之租賃契約並未以書面為必要，然因「住宅租賃約定事項」所設規定甚為細緻，殊難想像僅以口頭方式而就該等事項進行約定，從而在多數情形應係以書面締結住宅租賃之契約關係。

四、租賃條例與其他法律之關係

本文所討論的租賃條例實係不動產法制中之一環而已，其他相關規定，諸如不動產經紀業管理條例（下稱不動產條例）、住宅法、地政士法、平均地權條例等法律，甚或消保法授權訂定之「住宅租賃記載事項」，在在均與健全不動產法制具有重要關聯，因此，在具體個案的操作上，毋寧應該注意其間之關係，且更應觀察各該法律所形成之相互影響。例如，在租賃條例排除土地法第 97 條規定後，相關計算基準即可能以租金實價登錄之落實加以填補，惟即便 2020 年 12 月修正不動產條例，該條例有關租賃實價登錄之規定仍僅限於透過仲介業者達成之案件始有適用之餘地¹⁹，因此，有關租賃契約之重要內涵，例如租金之高低問題，尚未透過仲介業者達成交易者，即難透過上開規定而獲得完全之落實²⁰。

¹⁸ 郭睦萱，〈淺論租賃專法對於房屋租金管制鬆綁後之相關建議〉，《土地問題研究季刊》，第 18 卷第 3 期，2019 年 9 月，頁 31。

¹⁹ 陳冠甫，〈評租賃住宅市場發展及管理條例—以健全住宅租賃關係法為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 277 期，2018 年 6 月，頁 57；郭睦萱，同註 18，頁 30。

²⁰ 是有於立法論上主張，應將租金實價登錄之申報義務加諸於租賃住宅服務業，詳請見陳宏明，

又在實際租金無法確實掌握的前提下，或許可以認為租賃條例對於承租人相關保障規定即可發揮填補之功能。惟其所規範之事物並非相當，以致應無替代效用產生之可能。對此，修正不動產條例、地政士法、平均地權條例，而擴大住宅租賃之申報主體應係健全不動產租賃法制之重要選項。

除上開實價登錄事項外，與住宅租賃具有重要關係者，毋寧是社會住宅之議題。而此部分在不動產法制之體系配置上乃為住宅法所規範。該法除就興建社會住宅設有明文規定，以提供整體住宅供給量能外，另亦對於一般承租人設有租金補貼等重要機制，藉以平衡供給與需求端間之落差，對於國家總體政策具有不可忽視之重要意義。

參、有關租賃條例定位之相關規定與說明

一、有關租賃條例之適用規定

按租賃條例第 5 條第 1 項規定：「租賃契約具消費關係者，適用消費者保護法相關規定；非具消費關係者，其應約定及不得約定事項，由中央主管機關定之。」因此，消費關係之具備與否，即與所須適用之法令具有重要關聯。而所稱「消費關係」，依該條立法理由第 1 點援引消保法第 2 條第 3 款之規定：「消費關係：消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。」並表示：「其中消費者尚須符合最終消費之要件，亦即支付租金之承租人所租賃之住宅，應作為居住使用。是以具消費關係之住宅租賃契約，本得依該法第十七條第一項規定，由中央主管機關擬訂住宅租賃定型化契約應記載及不得記載事項，其效力、內容及行政法上之義務等相關事項自得依該法規定辦理。惟非具消費關係之住宅租賃契約，如出租人非為企業經營者，或承租人為企業經營者而非消費者之情形，則無消費者保護法之適用。考量為健全住宅租賃關係，保障租賃雙方當事人權益及發展租賃住宅服務業之目的，允宜由中央主管機關就非消費關係之住宅租賃契約，定明其應約定及不得約定事項，爰為第一項規定。」

〈「租賃住宅市場發展條例草案」評估報告〉，《立法院法制局法案評估報告》（編號：1241），2017 年 5 月，頁 18 以下。

對於租賃條例上開規定及其立法理由所示，因涉及租賃條例之適用問題，爰詳予說明如下。

二、以「最終消費」作為消費關係之前提要件

（一）對於最終消費之解釋函令

查「最終消費」之概念係始自行政院消費者保護會（下稱行政院消保會）84年4月6日台84消保法字第00351號書函²¹：「……三、所謂消費，由於消費者保護法並無明文定義，尚難依法加以界定說明，惟依學者專家意見認為，消費者保護法所稱的『消費』，並非純粹經濟學理論上的一種概念，而是事實生活上之一種消費行為。其意義包括：（一）消費係為達成生活目的之行為，凡係基於求生存、便利或舒適之生活目的，在食衣住行育樂方面所為滿足人類慾望之行為，即為消費。（二）消費係直接使用商品或接受服務之行為，蓋消費雖無固定模式，惟消費係與生產為相對之二名詞，從而，生產即非消費，故消費者保護法所稱之消費，係指不再用於生產之情形下所為之最終消費而言。惟此種見解是否得適用於消費者保護法所定之一切商品或服務之消費，仍應就實際個案認定之……。」

（二）對於最終消費在個案事實上之判斷

對於上開函釋見解，本文以為在認定何種原因事實係屬「消費」之際，至多僅係作為輔助之用，蓋其為免認定上之爭議，亦於其後表示實際個案認定之例外標準。畢竟，所謂最終消費之概念倘係建立在未有生產之情形者，對於生產之概念究應如何理解，可能又將涉及另一項說文解字的工作。舉例而言，購入上市股票分析軟體以為操作，就表面上而言，縱因使用該軟體而有獲利，亦難認為其有生產行為而可評價上開購入行為非最終消費；惟在行政實務上，即曾有遭認定，該購入行為之目的非為滿足日常生活所必須，從而被認定為並非最終消費之情形。再者，如何精準判斷消費行為之個別使用均屬最終消費，實屬困難，例如，購入車輛以為使用者，其不外係為滿足日常生活所必須，故應屬最終消費，惟倘消費者偶有將該車輛作為上班通勤使用者，依上述標準，實有被歸屬為非最終消

²¹ <https://www.ey.gov.tw/Page/24C4B877E850ED4E/10d14b20-5296-4bb4-8932-d960d1289a72>

費之可能，然而，在該部分作為非最終使用之情形，究應為比例上之區分抑或如何之處理，實已顯現上開見解在實務操作上易生爭議之處。學理上對於上開函釋亦有認為，所謂最終消費之認定具有相對性，而非放諸四海皆準之原則，而得包含一切因使用商品或接受服務致受害之人²²。惟司法實務上亦有支持最終消費之裁判²³。

三、依租賃條例規定而區分所應適用之法律

如前所述，依租賃條例第 5 條第 1 項規定，租賃契約所應適用之法規應區別如下：

（一）具消費關係者，適用消保法等相關規定²⁴

有關消費關係之說明業如前述，又在此類型下之租賃契約，因所適用之法律為消保法，而依該法第 17 條第 1 項規定²⁵之授權，內政部遂訂定「住宅租賃記載事項」以為規範。

又所稱適用消保法之租賃契約，其當事人必為消費者與企業經營者，且其間之租賃關係必須具有消費關係²⁶。而消費關係之定義業經明定於消保法第 2 條第 3 款，在此即就消費者及企業經營者之概念加以補充。按消保法第 2 條第 1 款規定：「消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。」同條第 2 款規定：「企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」

然而，上述定義性規定，在個案認定上往往陷入困境，例如，對於出租人必須是企業經營者之情形究應如何判斷，倘將其標準界定為法人始為企業經營者之

²² 詹森林，〈被害人濫用商品與企業經營者之消保法商品責任——最高法院一○三年度台上字第二四四號裁定之評釋〉，《月旦民商法雜誌》，第 45 期，2014 年 9 月，頁 11。

²³ 例如臺灣高等法院 108 年度上易字第 1399 號判決。

²⁴ 不同意見部分，詳請見顏碧志，同註 9，頁 21。

²⁵ 消保法第 17 條第 1 項規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。」

²⁶ 另有關於出租行為是否屬於消保法第 2 條所稱企業經營者營業行為之討論，惟因司法實務就此已有定見，且此與本文探討之主題尚無直接關係，故未再予深究，詳請見陳星宏，〈簡介「消費定型化契約契約應記載及不得記載事項」——以房屋租賃為例〉，頁 4 以下：https://estudentaff.ctu.edu.tw/ezfiles/4/1004/attach/17/pta_18473_7617707_07173.pdf

概念，則將大幅限縮消保法及其相關規定之適用可能性，且與租賃市場之現況不符²⁷。對此，行政院消費者保護處（下稱行政院消保處）乃於 2015 年 4 月 16 日召開第 1 次會議，討論在個人作為出租人之情形，是否為消保法上之企業經營者，該次會議並作成以下決議：「房屋出租人是否為企業經營者，建議採用本處對於企業經營者之概念進行原則性之認定。也即，不論公司、團體或個人，亦不論其營業於行政上是否合法登記或許可經營，若反覆實施出租行為，非屬偶一為之，並以出租為業者，均可認定為企業經營者，其出租行為得以消保法加以規範。」²⁸嗣因租賃條例制定公布，該條例第 32 條之立法理由明確揭示：「委託管理租賃住宅契約書及包租業與次承租人簽訂之住宅租賃契約書（轉租約）係屬消費者保護法之消費關係，攸關租賃住宅服務業與租賃住宅服務當事人權益，爰參照消費者保護法第十七條第一項規定，於第二項規定授權由中央主管機關訂定上開定型化契約應記載及不得記載事項。」而租賃條例及相關定型化契約所規範之出租人均係以「個人」角度出發，因而再此引發「個人」是否為企業經營者之問題，嗣行政院消保處雖於 2018 年 8 月 30 日再度召開座談會，惟未再為明確意見之表示²⁹。

職是，至少就行政實務之觀點而論，對於個人作為出租人而締結租賃契約者，其是否為消保法上所稱企業經營者之判準即在於，是否反覆實施出租行為，且以出租為業。然而，持平而論，以自己所有之不動產出租者，熟難想像僅有一次性之出租行為，蓋租賃契約之核心要素在於租賃期間，倘於第 1 次租賃期間屆滿後，再行締結新的租賃契約，約定第 2 次的租賃期間，委實係屬正常且符合社會常情之現象，因此，堪可認定上開會議決議所定判準應予補充；再者，所稱是否以出租為業部分，涉及我國既有法制對於業務之判斷，由於此一部分係民事法律關係，原應以民法之概念以為思考，惟民法較少提及業務之概念，而多將相關討論聚焦於執行職務之判斷，然其所謂執行職務之行為，在財產法部分係屬侵權行為法之判斷，與上開討論事項尚無直接關聯，故以下即以刑法上對於業務³⁰之說明以為

²⁷ 林亮宇，同註 9，頁 87。對此問題之相關意見綜整，詳請見黃明陽，〈住宅租賃法律關係解析—以租賃住宅市場發展及管理條例為中心〉，《消費者保護研究》，第 24，2020 年 3 月，頁 75 以下。

²⁸ 林旺根，同註 1，頁 138。

²⁹ 黃明陽，同註 27，頁 75。

³⁰ 必須說明的是，刑法現行條文業已刪除分則有關「業務」之加重刑罰規定，以刑法第 284 條為例，其修正理由第 1 點即表示：「……學說認從事業務之人因過失行為而造成之法益損害未必

此部分之論據。

按刑法第22條規定：「業務上之正當行為，不罰。」最高法院24年度總會決議（九）：「『業務』兩字採事實業務說，以事實上執行業務為標準，不以曾經官廳許可之業務為限。」最高法院89年台上字第8075號刑事判例要旨：「刑法上所謂業務，係指個人基於其社會地位繼續反覆所執行之事務，包括主要業務及其附隨之準備工作與輔助事務在內……。」在上開最高法院之決議及判例的前提之下，對於業務之認定恐將著重於客觀面之判斷，從而，上述行政院消保處之決議所設要件可能僅剩前段部分始有適用餘地，蓋其後段部分將為前段所吸收。準此，以個人作為房屋出租人之情形，只要具有重複性之反覆實施事實，即應認定其為消保法上之企業經營者³¹。然而，不可諱言的是，上開論證過程仍難免除違反一般經驗法則之指摘，並因而導致過度放寬消保法上企業經營者認定標準之虞，而與前述將消保法上企業經營者界定為法人之情形，恰巧屬於光譜之兩端。

另在司法實務上，臺灣新北地方法院108年度小上字第151號判決亦有認為：「……本件被上訴人乃係經其子即房屋所有人徐偉晉之授權而出租系爭房屋，依其所述本次係其第一次出租，且非以租金收入維生，是難認已有反覆實施出租行為並以出租為業……既無證據證明被上訴人有何反覆實施出租行為，並以出租為業之情，尚無從遽予認定被上訴人為企業經營者，是系爭租約實無適用內政部所定『房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項』之餘地……系爭租約係兩造於106年10月24日簽訂，租賃期間至107年10月31日屆滿，揆諸前揭規定，系爭租約尚無從適用租賃住宅市場發展及管理條例規定，自亦無適用上開內政部所定『住宅租賃契約應約定及不得約定事項』之餘地……。」姑且不論該判決後段部分可能涉及租賃條例第40條第3項規定之適用問題，其前段部分著實已經變更一般法律上對於業務概念之認知，誠值注意。

較一般人為大，且對其課以較高之注意義務，有違平等原則，又難以說明何以從事業務之人有較高之避免發生危險之期待。再者，司法實務適用之結果，過於擴張業務之範圍，已超越立法目的，而有修正必要，爰刪除原第二項業務過失傷害之處罰規定，由法官得依具體個案違反注意義務之情節，量處適當之刑。」惟有關業務而成立之罪則無影響，例如刑法第336條第2項之業務侵占罪等。然上開變革對於本文上開說明應不致有所影響，謹補充如上，以期完備。

³¹ 相類主張，詳請見陳星宏，同註26，頁6。

（二）不具消費關係者，適用租賃條例等相關規定

1. 租賃條例及其相關規定

在上開消保法規範以外之情形，亦即出租人並非企業經營者、承租人並非消費者，抑或消費關係並非最終消費³²等情形，即無消保法相關規定之適用。為此，租賃條例第 5 條第 1 項乃明定，該種情形所訂定之租賃契約即應由該條例之主管機關所訂定之「住宅租賃約定事項」加以規範。

2. 對於租賃條例適用對象之觀察

就租賃條例第 5 條第 1 項立法理由之內容而論，亦應強調之處在於，在出租人及承租人均為企業經營者之情形，由於其當然不適用消保法之規定，惟是否亦有租賃條例規定之適用？就此，本文以為，該條例所欲規範之客體係住宅，且依該條例第 1 條所揭示之立法目的係在保障人民居住權之故，則與供給人民居住之住宅無關之商用不動產，亦當無該條例之適用餘地³³。

而在上述以個人作為出租人而締結租賃契約之討論框架下，倘不符合行政院消保處上開會議決議所設 2 項要件者，該個人出租人即非消保法上所稱企業經營者，從而其與承租人間之租賃關係即不受消保法所規範。而在租賃條例作為補充性規範之前提下，不受消保法規範之租賃關係似即受租賃條例所規範。惟此結果是否符合立法者之規劃，而不致產生規範效力過廣之情事？

例如，即便出租人及承租人之租賃標的係住宅，是否當然即應適用租賃條例之規定？假設在租賃兩造租賃之標的確係住宅，惟其目的係在供第三人居住使用者，似乎並無將其等之權利義務關係，在此時即予納入租賃條例規範必要，蓋於後一時點，亦即在承租人與次承租人就該住宅締結租賃契約時，始將該租賃關係納入租賃條例之規範，似乎始屬較為合宜之處置，此係因前一時點既無法確保後來再行出租之事實必然發生，則應無提前進行規範必要之故³⁴。

³² 游適銘，〈租賃住宅專法，打造租屋市場〉，《全國律師》，第 22 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 5。

³³ 相同見解者，詳請見姚志明，〈概覽「租賃住宅市場發展及管理條例」〉，《月旦法學雜誌》，第 277 期，2018 年 6 月，頁 12。

³⁴ 相類疑問者，詳請見姚志明，同註 33，頁 12。

(三)「住宅租賃記載事項」及「住宅租賃約定事項」之重點比較³⁵

必須先予說明的是，此處將「住宅租賃記載事項」及「住宅租賃約定事項」進行重點比較之原因在於，有關住宅租賃在我國現行法制下，除應適用民法規定外，即應適用消保法抑或租賃條例，是有該二項規定之適用餘地。從而，對此二規定進行比較毋寧是屬必須處理之事項，惟我國目前對此有所著墨之文獻尚未多見，故謹就此加以綜整而為重點之說明，至於上開二項規定之基本差異部分，本文先前已有概要性之說明，復因篇幅之故，致未能就審閱期等一般性事項逐一介紹。合先敘明。

1. 相關事實之說明

查消保法與租賃條例同為立法院三讀通過之法律，並均有授權訂定法規命令之情形，惟前者先於後者而存在，並曾就不動產租賃事項訂定「房屋租賃記載事項」，其後該法規命令並亦因配合租賃條例之制定而修正名為「住宅租賃記載事項」；至於租賃條例所授權訂定之法規命令則為「住宅租賃約定事項」，此一法規命令之名稱雖符合租賃條例第5條第1項之要求，然其名稱較為罕見，至其原因或許係為避免使用應記載及不得記載事項之文字所生區辨上之困難而為之設計。

又依「住宅租賃記載事項」之名稱以觀，其係針對定型化契約所設之法規命令，且其授權基礎在於消保法第17條第1項規定，而消保法該條項係針對定型化契約所為規定；相形之下，「住宅租賃約定事項」則未有該前提要件，因此，針對住宅所成立之租賃契約倘未適用消保法規定者，例如該住宅租賃並非以定型化契約形式而作成、承租人非屬消費者抑或原因事實非屬最終消費等情形，即應有「住宅租賃約定事項」之適用可能，而不再審究該租賃契約本身是否屬於定型化契約之情形，此係上開二法規命令之重要差異。

2. 修繕規定之不同設計？

「住宅租賃記載事項」第9點第2項規定：「前項由出租人負責修繕者，承租人得定相當期限催告修繕，如出租人未於承租人所定相當期限內修繕時，承租人得自行修繕，並請求出租人償還其費用或於第四點約定之租金中扣除。」而「住宅租賃約定事項」第8點第2項則規定：「前項由出租人負責修繕者，如出租人未

³⁵ 至於其他細節性、技術性事項之差異部分則非本文討論之對象，特予敘明。

於承租人所定相當期限內修繕時，承租人得自行修繕，並請求出租人償還其費用或於第三點約定之租金中扣除。」

上開規定差異之處在於，「住宅租賃記載事項」設有承租人催告修繕之規定。惟倘細究其不同，如出租人未於承租人所定相當期限內修繕時，承租人後續處置之前提應該在於承租人已為相關之通知，而該通知應即被評價為已對出租人作成相關意思表示之性質。因此，上開規定實質上應無差異。準此，所應思考之問題在於，主管機關既意在整合上開規定，則此部分應無以不同文字各自規範之必要。

3. 出租人義務與責任之比較

「住宅租賃記載事項」第 11 點第 3 項規定：「出租人與承租人簽訂本契約前，租賃住宅有由承租人負責修繕之項目及範圍者，出租人應先向承租人說明並經承租人確認（如附件三），未經約明確認者，出租人應負責修繕，並提供有修繕必要時之聯絡方式。」「住宅租賃約定事項」第 10 點第 3 項則規定：「出租人與承租人簽訂本契約，應先向承租人說明租賃住宅由出租人負責修繕項目及範圍（如附件三），並提供有修繕必要時之聯絡方式。」

上開規定主要差異之處在於，「住宅租賃記載事項」就未經約定確認應由承租人負責修繕者，明定由出租人負責修繕。就該規定而論，雖有保障承租人之效果，惟相對地亦將對於出租人造成一定程度之影響，此涉及消保法授權明確性原則之問題，而其主要之爭議在於，上開規定之內容將使消保法令承載過重之政策目的功能。實則，此一部分在法益權衡上，應以位階較高之法律規範私人間危險負擔之關係較為合宜，否則無疑將使行政機關得以隨時變更其內容，惟其影響層面將及於所有適用「住宅租賃記載事項」之租賃雙方當事人³⁶。就此，涉及行政機關干預私法契約關係之問題，學理上即有認為，直接介入私法契約關係公平性的判斷，與自由經濟體制不合³⁷；又行政權如詳盡公告應記載事項，積極干涉契約的內容，企圖使契約定於一尊，更有可能扼殺經濟發展的空間，使法律喪失應彈

³⁶ 整體方向之相類思考，詳請見陳立夫，同註 9，頁 45；陳宏明，同註 20，頁 9 以下；陳冠甫，〈論新租賃法的法律適用與租賃住宅服務契約〉，《土地問題研究季刊》，第 17 卷第 3 期，2018 年 9 月，頁 115。

³⁷ 至於對於契約加以管制之原因，通常係因國家對於弱勢所為之特別保護，抑或對於強勢之一方當事人（如企業經營者）所為之法律上限制，詳請見陳聰富，〈社會問題與契約管制的界限〉，《月旦法學雜誌》，第 134 期，2006 年 7 月，頁 92。

性與自由的空間³⁸。以上相關指摘甚為強烈，從而不得不予正視³⁹。

4. 不定期限繼續契約關係之不同

「住宅租賃記載事項」第 15 點第 3 項明定：「承租人未依第一項規定返還租賃住宅時，出租人應即明示不以不定期限繼續契約……。」而「住宅租賃約定事項」第 14 點規定就此部分則未有明文，惟「住宅租賃記載事項」該點規定特殊之處在於，仍須藉由出租人明示行為始足當之，因此，在出租人未有該明示之情形，似乎仍有民法第 451 條⁴⁰不定期限租賃規定適用之可能；此外，亦有認為「住宅租賃記載事項」係以定期租賃契約為原則，因此，民法相關規定仍應作為補充，此一結果實與上述民法第 451 條規定作為補充之概念，在結果上係屬一致，不同之處則在於，民法租賃關係之成立，其本身並未要求定期租賃作為其要素。另細究上開「住宅租賃記載事項」與民法規定之差異則在於，「住宅租賃記載事項」默示更新租賃契約之成立要件毋寧較民法更為寬鬆，而只須承租人未依限返還租賃住宅即為已足，而不以仍為租賃物之使用收益為必要。

就此，本文關注之重點在於，上開規定既課予出租人應為明示之義務，則出租人倘未為該明示者，應予如何之評價？又若評價之結果係發生不定期限租賃之效果者，上開規定所稱應即明示之意義可能即待商榷；反之，倘評價之結果係不發生不定期限租賃之效果者，何不直接明定該項所定情形即不發生不定期限租賃之效果，而無待出租人提出該項表示。此外，何謂出租人立即為明示之表示，在認定上亦有滋生爭議之虞。

5. 「住宅租賃約定事項」明定契約效力及於其繼受人

A. 債權契約之相對性與物權化

「住宅租賃約定事項」第 21 點第 3 項規定：「本契約所定之權利義務對租賃

³⁸ 陳自強，《契約之成立與生效》，臺北，元照出版有限公司，2014 年 2 月，3 版 1 刷，頁 209。學理上亦有認為，法院在審理這類爭議問題時，自宜留意權力分立分際與相互尊重，妥適的判斷拿捏，詳請見陳建文主持，〈私法關係行政規制之法制體例研究公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較〉，《行政院法規委員會委託研究計畫》，2009 年 11 月，頁 4-13。

³⁹ 另有認為，租賃條例漏未就租金之訂定及提高之重要事項設有規定，且此不應以「住宅租賃約定事項」為補充，否則即有逾越母法之嫌，詳請見姚志明，同註 33，頁 24。

⁴⁰ 民法第 451 條規定：「租賃期限屆滿後，承租人仍為租賃物之使用收益，而出租人不即表示反對之意思者，視為以不定期限繼續契約。」

雙方之契約繼受人均有效力。」此項規定係「住宅租賃記載事項」所無。惟該點規定之意義在於，使得債權契約之相對性發生質變之法律效果。質言之，債權之概念，乃特定人得向特定人請求特定之給付。亦即，債權人得向債務人請求依債之本旨為給付之法律關係。因此，使得締約當事人以外之第三人亦須受原契約當事人所定權利義務條款之拘束，實已變動債權之基本意涵，而使債權具有物權化之效果。

而在變動債權之基本意涵問題上，可以作為思考起點的是民法第 425 條⁴¹買賣不破租賃之規定，蓋於該條規定下，租賃契約即具有繼續在承租人與受讓人間發生效力之作用，學理上有以「法定契約承擔」稱之，從而承租人得以對於受讓人主張有權占有。此亦係債法討論契約相對效力之例外情形中最為常見之情形。

B. 司法院釋字作為債權物權化之確認與依據

可以作為補充的是，司法院釋字（下稱釋字）第 349 號解釋理由書表示：「民法上之法律行為，有債權行為與物權行為，除法律有特別規定外，前者於特定人間發生法律上之效力，後者於以公示方法使第三人得知悉之狀態下，對任何第三人均發生法律上之效力……如其事實為第三人明知或可得而知，縱為債權契約，其契約內容仍非不得對第三人發生法律上之效力。最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為『共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在』，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，上述判例在此範圍內，嗣後應不再援用……。」

C. 物權法上債權契約物權化

在物權法上，民法第 799 條之 1 第 4 項規定：「區分所有人間依規約所生之權利義務，繼受人應受拘束；其依其他約定所生之權利義務，特定繼受人對於約定之內容明知或可得而知者，亦同。」第 826 條之 1 規定：「（第 1 項）

⁴¹ 民法第 425 條規定：「（第 1 項）出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。（第 2 項）前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。」

不動產共有人間關於共有物使用、管理、分割或禁止分割之約定或依第八百二十條第一項規定所為之決定，於登記後，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，具有效力。其由法院裁定所定之管理，經登記後，亦同。（第2項）動產共有人間就共有物為前項之約定、決定或法院所為之裁定，對於應有部分之受讓人或取得物權之人，以受讓或取得時知悉其情事或可得而知者為限，亦具有效力……。」

實則，上開物權法之規定係在釋字第349號解釋理由書提出後所為之修正。對此，即便其內容未與釋字第349號解釋全然相同，一般認為仍應以修正後之新法作為適用之依據。而民法第799條之1第4項有關規約效力規定之原因實係釋字第349號解釋之具體化，亦即，規約之所以具有拘束繼受人效力之原因在於，規約依公寓大廈管理條例規定，係存放於管理委員會，而為住戶或相關利害關係人所得檢視之狀態，故對於繼受人而言，乃屬可得而知之情形，從而使其具有拘束繼受人之效果。而在共有物部分，民法第826條之1則區分為不動產與動產兩種情形，前者有關動產部分，該規定係以登記與否作為是否拘束後手之判準。然而，對於未經登記部分究應如何處理？此在論理上應可區分為以下情形，一則逕依釋字第349號解釋之判準以為操作，二則以其未依上開規定進行登記，而無拘束後手之效力；後者有關不動產部分，則回歸釋字第349號解釋所立之標準——以受讓或取得時知悉其情事或可得而知者為限，亦具有拘束後手之效力。

D. 對於「住宅租賃約定事項」所定契約效力範圍之說明

針對「住宅租賃約定事項」第21點第3項規定，本文以為，其既非依循釋字第349號解釋所定之上開判準，亦非法律位階之規範，且就實質而論，其未建構相關機制即令性質上屬於債權契約之租賃契約對其繼受人均發生效力，委實存在牴觸債法基本原理原則之疑慮。

對此情形，在未變動「住宅租賃約定事項」法律位階之前提下，參照釋字第349號解釋所列上開標準，以決定該契約效力是否及於其繼受人，應係可以被支持之修正方向。

另須說明的是，上開「住宅租賃約定事項」第21點第3項規定與民法之關係，或有認為此處應有民法相關規定作為補充，惟民法與此有關者應係債權契約物權化，而非物權法上債權契約物權化之規定，蓋住宅租賃事項本身係

屬債權契約之性質；且民法第 799 條之 1 第 4 項及第 826 條之 1 分係區分所有建物及共有物分管契約之規定，與住宅租賃尚屬有間。準此，可以作為補充適用之依據者，應即係民法第 425 條之 1 之規定，而非所有之民法規定。

6. 對於不得記載與不得約定事項之比較

對於「住宅租賃記載事項」及「住宅租賃約定事項」之不得記載與不得約定事項進行對照，前者第 1 點規定：「不得記載拋棄審閱期間。」而為後者所無。其原因乃在於，前者之授權基礎在於消保法，而該法第 11 條之 1 對於契約審閱期設有規定，而後者所依據之租賃條例就此未有明文。因此，在此即可顯現出二者不同之處。而「住宅租賃約定事項」未有「住宅租賃記載事項」之應記載事項第 1 點有關審閱期之規定即為例證。

又「住宅租賃記載事項」之不得記載事項第 6 點規定：「不得記載免除或限制民法上出租人故意不告知之瑕疵擔保責任。」「住宅租賃約定事項」之不得約定事項第 5 點則規定：「不得約定免除或限制民法上出租人故意不告知之瑕疵擔保責任。」兩者內容相當，惟應關注之處在於，**其應可在明示告知承租人房屋具有瑕疵之前提下，約定排除民法上瑕疵擔保責任。**此外，上開規定依「住宅租賃約定事項」訂定當時之立法說明所示，係參考民法第 366 條⁴²規定，而之所以參考該規定之原因則應係民法第 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。」所致。

（四）對於租賃條例適用對象之補充

除先前對於租賃條例適用對象之觀察外，必須補充的是，租賃條例對於所應適用之情形並未直接明定。蓋租賃條例第 5 條第 1 項僅規定，租賃契約非具消費關係者，其應約定及不得約定事項，由中央主管機關定之。因此，對於應適用該條例之案例類型即有不同意見，例如，即有認為，租賃條例僅適用於租賃關係存在代管或包租業務之租賃住宅服務業之情形⁴³。惟租賃條例並未有上開限制規定，此亦可由「住宅租賃約定事項」並未提及租賃住宅服務業之規定而加以證明。

⁴² 民法第 366 條後段有關故意不告知瑕疵即不得以特約免責之規定，一般在民法上係理解為強行規定，此見解於不得記載與不得約定事項之上開規定下，無疑將更加獲得確認。

⁴³ 溫豐文，同註 7，頁 44。

四、司法實務對於租賃條例及相類情形之見解

對於租賃條例及「住宅租賃約定事項」抑或消保法及「住宅租賃記載事項」，司法實務所示見解尚非常見，惟相關裁判所採主張，毋寧對於吾人理解上開事項具有重要影響，爰將其相關內容綜整如下。

（一）違反「住宅租賃記載事項」及「住宅租賃約定事項」法律效果之不同見解

1. 無效說

臺灣臺南地方法院 109 年度南小字第 1473 號判決：「……非具消費關係之租賃契約條款，若違反中央機關所應約定及不得約定事項者，無效。……再參……住宅租賃契約應約定及不得約定事項：壹、應約定事項……13、……租賃契約於約定得提前終止之情形，先期通知期間為 1 個月，違反者應賠償最高不超過一個月租金之違約金，**超出此範圍之約定因違反強制規定應屬無效**……。」又臺灣士林地方法院 108 年度湖簡字第 916 號判決：「……該定型化房屋契約契約書第 6 條所載定內容，即租期屆滿，承租人（即被告）未遷讓交還時，至遷讓交還之日止，出租人（即原告）得請求照租金『五倍』之違約金（見本院卷第 12 頁），該約定內容顯與前開內政部公告之房屋租賃定型化契約應記載事項內容相違，**是系爭租約中就超過相當月租金額一倍之違約金約定部分，係屬違反法律強制規定之約定，應屬無效**。準此，系爭租期屆滿後，於被告返還系爭停車位前，原告得請求被告給付之違約金金額，應以相當於月租金 1 倍即 2,500 元為限，方屬有據；超過部分，即難准許……。」

上開判決認為，違反「住宅租賃約定事項」第 13 點規定之法律效果為無效，此或係因租賃條例第 5 條第 4 項前段規定：「非具消費關係之租賃契約條款，違反第一項應約定及不得約定事項者，無效……。」惟該條項後段及同條第 5 項規定：「(第 4 項)……該應約定事項未記載於契約者，仍構成契約之內容；其為口頭約定者，亦同。(第 5 項)租賃契約條款，一部無效或不構成契約內容之一部，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。」

依前揭判決見解而本於租賃條例第 5 條第 4 項規定，將違反「住宅租賃約定

事項」規定者，逕行認定該條款為無效者，為何再於其後表示，超過規定範圍部分應為無效？⁴⁴ 質言之，如此之認定是否對於出租人過於優惠，而使其至少可以保有規定範圍內之違約金保障？甚且，進入訴訟程序以主張權利者終究是少數，上開見解是否有鼓勵出租人可以逕行訂定高於「住宅租賃約定事項」之違約金？實值商榷，故本文基於目的性之考量，就此部分建議應採不同意見以為因應。職是，精確而言，如仍欲堅持其見解，則此處所稱無效說，或許修正為相對無效之見解，以精確表達其內涵。然其正辦實應係採取不同意見，以避免過度保護出租人，至於租賃條例第 5 條第 4 項規定則非適用於上開情形之規定，否則將對於承租人過於不利，從而違反該條例之立法目的，此亦可由「住宅租賃約定事項」第 13 點第 2 項之規定加以證明。

2. 法院判斷說

相較於上述無效說之觀點，臺灣新北地方法院 108 年度板簡字第 1775 號判決表示：「……按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：……被告引用上開條文，認為系爭租賃契約第 6 條約定之違約金高達租金之 5 倍，屬加重他方當事人責任之約款，該約款顯失公平，亦違反內政部公布之房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項第 13 條第 3 項……惟約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第 252 條定有明文，至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準，且約定之違約金過高者，除出於債務人之自由意思，已任意給付，可認為債務人自願依約履行，不容其請求返還外，法院仍得依前開規定，核減至相當之數額（最高法院 79 年台上字第 1915 號判例意旨參照）。是違約金之約定過高，可由法院酌定金額，非謂契約中有關違約金之約定均屬無效……。」同院 106 年度訴字第 3242 號判決⁴⁵ 亦持相類見解。因此，即便當事人就該契約所約定之違約金高於性質上屬於法規命令之「住宅租賃約定事項」之規定，亦非可以直接援引民法第 71 條規定而認定為無效，而應適用民法第 252 條規定，由法院進行是否酌減之判斷。

⁴⁴ 對於租賃條例第 5 條第 4 項規定亦有疑義者，詳請見徐婉寧，同註 7，頁 16。

⁴⁵ 該 2 件判決係針對「住宅租賃記載事項」修正前之「房屋租賃記載事項」第 13 點第 3 項所為之裁判，惟其基本思考方向相當，是仍以之作為說明之內容。而針對「住宅租賃約定事項」採取相類見解者，有臺灣臺北地方法院 109 年度北簡字第 343 號判決。

必須補充說明的是，上開裁判所稱應適用民法第 252 條規定，以判斷是否應酌減違約金之主張者，是否業已考量該法規命令介入當事人間權利義務關係之事實？質言之，該等原因事實並非單純私人間之法律關係，而係存在行政命令以規制當事人間之協議事項，甚且，以該裁判所涉之消保法而論，該法第 17 條第 4 項及第 5 項規定：「違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。」「中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。」就一般情形而論，前者應適用於不得記載事項而記載於定型化契約者；後者適用之案型則應係應記載事項未記載於定型化契約者。而就特殊情形而論，應記載事項未符合規定地加以記載者，亦應適用消保法第 17 條第 4 項規定，而此並恰為上開裁判所涉之違約金約定高於「住宅租賃約定事項」之情形。否則，倘於該情形適用該條第 5 項規定者，除有文義解釋上窒礙難行之處外，其結果亦將使得出租人得以獲得最低限度之違約金保障，從而違反消保法保護消費者之立法初衷，另此部分之思考亦同樣可以比附援引而適用於租賃條例之規定。

（二）對於租賃條例排除適用範圍之思考

租賃條例第 6 條規定，租賃住宅之租金，由出租人與承租人約定，不適用土地法第 97 條規定。是就該規定而論，租賃條例排除適用之標的僅租賃住宅之租金，惟司法實務上則存在不同意見，又因司法實務對於租賃條例排除適用範圍所示見解涉及多端，是將其個別臚列後，再予綜整說明。

1. 非擴大適用說

臺灣桃園地方法院 108 年度壢簡字第 125 號判決：「……租賃住宅市場發展及管理條例……係為維護人民居住權、保障租賃當事人權益而設，此觀該條例第 1 條即可得知，故該條例在住宅租賃事務範圍內為民法之特別法……又租賃住宅條例僅第 6 條規定，租賃住宅之租金，由出租人與承租人約定，不適用土地法第 97 條規定……是依『明示其一，排除其他』之法律解釋原則及體系解釋之結果，土地法其他有關房屋租賃之規定（例如土地法第 100 條）於住宅租賃之法律關係，仍有適用餘地……。」臺灣臺北地方法院 106 年度簡上字第 222 號判決亦採相類見解。

2. 對於排除規定前提要件之釐清

臺灣臺北地方法院 107 年度重訴字第 1437 號判決：「……租賃條例第 6 條……其規範意旨應係在於尊重『出租人與承租人之契約自由』，使租賃住宅之租金回歸市場機制，是解釋上應僅適用於當事人訂立有租賃契約之情形，故於本件兩造並無實際上租賃契約存在，僅係原告二人請求返還『相當於租金』之不當得利之情形，應無租賃條例第 6 條規定之適用，而仍應回歸土地法第 97 條規定……。」相類見解例如臺灣高等法院 108 年度上易字第 851 號判決：「……觀諸租賃住宅市場發展及管理條例第 6 條立法理由，係為避免影響出租人提供租賃住宅之意願，尊重市場機制，爰予排除土地法第 97 條規定之適用。故其規範意旨應係在於尊重出租人與承租人之契約自由，使租賃住宅之租金回歸市場機制，是解釋上應僅適用於當事人訂立有租賃契約情形，本件兩造並無實際租賃契約存在，僅係被上訴人請求上訴人返還相當於租金之不當得利之情形，應無租賃住宅市場發展及管理條例第 6 條規定之適用，而仍應回歸土地法第 97 條規定……。」就其論證過程而論，基本上仍係採取不適用排除規定之概念，而與上述非擴大適用說相當，惟其著重的是，對於該規定前提要件之釐清。

另應補充的是，臺灣桃園地方法院 107 年度桃簡字第 563 號判決：「……承租人有能力承租房屋營業以獲取利潤，多非經濟上之弱者，所承租之房屋，亦非供居住安身之用，即與生存權之保障無涉，土地法第 97 條之規定，不包括供營業使用之房屋，土地法第 99 條擔保金之規定，亦應為相同之解釋。尤以供營業使用房屋租賃之擔保金，重在擔保租賃契約之履行，其擔保金之多寡，常因租賃房屋之價值及承租人營業之風險而有不同，更應回歸契約自由之原則，不應以特別法加以限制，故土地法第 99 條就擔保金之規定，亦應解為不包括供營業使用之房屋租賃，以兼顧租賃雙方之利益（最高法院 94 年度台簡上字第 8 號判決意旨參照）……。」上開判決所示意見雖非直接涉及租賃條例第 6 條規定，惟其既係本於該條而為之思考，且實際上排除土地法第 99 條規定之適用，則應可作為此處說明之輔助。

3. 小結

首先，擴大適用與否之見解關係到的是一項法律基本爭議事項，亦即，法律對於 A 原因事實設有 A 規範者，在 B 原因事實具有類似性時，即以「類推適用」

(Die Analogie)之法學方法以為處理，此即擴大適用說所採見解，惟該說並未將其原因加以揭示。又對於非擴大適用說者，上開判決則明白表示，其係本於「省略規定之事項應認為有意省略」(Casus omissus pro omisso habendus est)以及「明示其一，排除其他」(expressio unius est exclusio alterius)之反面解釋法理而為之主張。針對以上所述，爭執之重點毋寧在於，何種情形應為類推適用？又於何種情形應為反面解釋？就此，釋字第3號解釋即謂：「……『省略規定之事項應認為有意省略』……並非在任何情形之下均可援用，如法律條文顯有闕漏或有關法條尚有解釋之餘地時，則此項法諺，即不復適用……。」因此，上述問題之關鍵在於，上開事例中之B原因事實是否具有解釋之餘地。然而，何謂解釋之餘地？似乎仍未精確地解決相關疑義，惟其所具有之意義應該在於，對於相關問題提供了思考的方向，以上開事例而言，所應審究的應該是，對於B原因事實是否有類推適用A規範之可能，倘若具備者，則不應採取反面解釋之方法以為操作。就此，私法自治及契約自由係屬民法基本原則，土地法相關管制規定作為例外規定，而租賃條例之排除適用條款毋寧是回歸民法之規定⁴⁶，則本於例外規定應從嚴解釋之觀點，對於非擴大適用說之主張，應有再視個案具體情形調整之可能。

前提要件說之觀點則牽涉到的是，不同於前段係探討租賃條例之規範效力及於何事項，此處所討論者係何種案件事實始適用租賃條例之規定。亦即兩者係分就客觀面及主觀面而為之不同說明。然而，上開區分在結論上而言，應無深究之必要，蓋其核心要素仍在於，究應採取類推適用抑或反面解釋之見解以評價該原因事實。以上開判決所涉原因事實而論，對於並未訂定租賃契約之當事人而論，所應討論之問題毋寧係，究否應該給予相同於已經訂定租賃契約當事人相同之法律效果？對此問題，本文以為，租賃條例第8條第2項規定：「出租人應於**簽訂租賃契約**前，向承租人說明由出租人負責修繕項目及範圍，並提供有修繕必要時之聯絡方式。」業已明示租賃契約須以簽訂方式為之，應有隱含其係要式行為之意味；又「住宅租賃約定事項」所設相關規定甚為複雜，甚且部分規定設有勾選欄位之選項，故應難想像適用租賃條例及「住宅租賃約定事項」之住宅租賃係以口頭方式成立⁴⁷。準此，適用租賃條例之租賃契約既為要式行為，則未訂定書面形式

⁴⁶ 對於何者屬於原則規定，本文以為應探究相關規定之原始意涵加以思考，而非逕將最後之規定認定為例外規定，其原因則在於相關規定所規範之事物均為同一之故。

⁴⁷ 不同意見部分，詳請見陳冠甫，同註16，頁65。

者，當無適用租賃條例之可言，從而，未具備此一要件者，即應無租賃條例及「住宅租賃約定事項」之適用抑或類推適用之可能性始為允當。

（三）默示更新租賃契約之要件與不定期限繼續契約

查臺灣桃園地方法院 108 年度壢簡字第 153 號判決：「……系爭房屋為租賃住宅，至為明確，而系爭租約在 105 年 3 月 31 日屆滿後，被告葉佳銘仍為系爭房屋之使用收益，原告不即表示反對之意思，故系爭租約已視為以不定期限繼續契約，是原告與被告葉佳銘間租賃關係於 107 年 6 月 27 日後，即有租賃住宅條例之適用……。」

按「住宅租賃記載事項」第 15 點第 3 項明定：「承租人未依第一項規定返還租賃住宅時，出租人應即明示不以不定期限繼續契約……。」故依「住宅租賃記載事項」之規定，要排除默示更新規定之適用，其要件較民法第 451 條規定為更寬鬆，惟租賃條例及「住宅租賃約定事項」對於默示更新租賃契約則未有明文規定，然「住宅租賃約定事項」第 2 點之訂定理由提及：「……二、……依租賃期間之定期性質而言，本契約不適用不定期租賃。」詎上開判決或許係因租賃條例及「住宅租賃約定事項」對於默示更新租賃契約則未有明文，從而即逕予回歸民法規定以為判斷，而未留意租賃條例之立法目的，從而即有易生爭議之虞；又其使用「視為」之用語，更為民法第 451 條規定及「住宅租賃記載事項」第 15 點第 3 項所未明文。就此情形，為免法律關係日趨複雜化，在適用上當應以避免為宜。

（四）對於個別契約條款效力之觀察

臺灣士林地方法院 106 年度訴字第 1762 號判決：「……被告固抗辯以：系爭租約應屬定型化契約，原告未給予審閱期云云。惟觀之系爭租約內容，可知兩造於第 8 條『特約事項』中，尚有就本件應點交之設備、租金收取方式與房屋裝修問題進行協商，並因應系爭房屋之現況而為約定，顯見系爭租約內容係經兩造磋商而成，自非屬定型化契約，亦無應否給予審閱期間之問題。被告前揭辯詞，無可憑採。……被告雖抗辯稱：系爭租約第 7 條第 2 項約定違約金 2 倍，違反消費者保護法第 17 條第 1 項所定「房屋租賃定型化契約應記載及不得記載事項」云云。然系爭租約並非定型化契約，已如前述，自無消費者保護法第 17 條第 1 項適用之餘地。被告所辯前詞，要無可取。……。」

上開判決雖非就租賃條例及「住宅租賃約定事項」而為之裁判，而係針對是否適用消保法及「住宅租賃記載事項」所為之判斷，惟此或係因租賃條例等規定之施行於判決當時尚未有相當時日之故。因此，上開判決有關定型化契約條款與個別磋商條款關係所示見解，仍具相當價值。就上開所涉，按消保法第 2 條第 9 款對於定型化契約之定義係規定：「指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂立之契約。」⁴⁸，故定型化契約條款既可能僅為定型化契約一部，則其餘部分即有由個別磋商條款加以填補之必要。從而，定型化契約條款及個別磋商條款應可同時存在於同一定型化契約內⁴⁹，此係可由消保法第 15 條規定：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」加以證明，否則他種解釋結果亦將大幅限縮消保法及其法規命令之適用空間。

（五）跨越租賃條例施行日期之租賃契約適用問題

按租賃條例第 40 條第 3 項規定：「本條例施行前已訂定之租賃契約或委託管理租賃住宅契約，其租賃或委託管理期間持續至本條例施行之日以後者，不適用本條例規定。但當事人約定適用本條例規定者，從其約定。」惟臺灣臺中地方法院 109 年度中簡字第 2181 號判決仍認為：「……系爭租約係專供被告居住使用，而未用作商業用途或為其他經濟上利用，且系爭租約之存續期間跨越租賃住宅條例之施行日期，是本件系爭租約之終止應有租賃住宅條例之適用。……」

對此，臺灣新竹地方法院 107 年度訴字第 1105 號判決即表示：「……系爭租賃契約之期間為 99 年 7 月 1 日起至 109 年 7 月 31 日止，而租賃住宅市場發展及管理條例係於 107 年 6 月 27 日施行，足見系爭租賃契約期間持續至租賃住宅市場

⁴⁸ 定型化契約既以定型化契約條款作為其必要成分，則倘案件原因事實無法該當於定型化契約條款之定義者，即難認該契約係屬定型化契約，從而亦無民法第 247 條之 1 相關規定之適用，例如臺灣臺中地方法院 105 年度中簡字第 3132 號判決：「……查兩造簽訂之系爭租約固係由陳岳璋先擬定，惟簽立契約之對象為陳維茜，並非不特定之多數人，而係就個案所擬定，且依系爭租約內容觀之，無冗長之條文，表達方式及其內容亦非艱澀難懂，陳維茜並無不能斟酌之情況，即與雙方當事人互相表示意思一致而成立之契約無殊，自無民法第 247 條之 1 之適用。是原告主張系爭租約第 9、10 條規定，依民法第 247 條之 1 規定，應屬無效云云，自屬無據……。」臺灣新竹地方法院 108 年度竹東簡字第 77 號判決亦以相類模式以為判斷，惟其係就「住宅租賃記載事項」修正前之「房屋租賃記載事項」所為之裁判。

⁴⁹ <https://cpc.evy.gov.tw/Page/4432D6D5FA6677B9/72cfc172-2bff-4492-8dfa-70dde5438e86>

發展及管理條例施行之日以後，兩造復無合意適用租賃住宅市場發展及管理條例之約定，故依租賃住宅市場發展及管理條例第 40 條第 3 項本文規定，系爭租賃契約並無租賃住宅市場發展及管理條例之適用……」相類見解者包括臺灣士林地方法院 109 年度士小字第 1596 號判決：「……系爭契約係於 105 年 6 月 24 日簽訂，並迄至 108 年 6 月 30 日止……足見系爭契約於租賃住宅市場發展及管理條例施行之日前已訂定，期間並持續至施行之日以後，復未見兩造主張合意適用租賃住宅市場發展及管理條例之約定，故依租賃住宅市場發展及管理條例第 40 條第 3 項前段規定，系爭契約並無租賃住宅市場發展及管理條例之適用……。」因此，本於法律不溯既往原則⁵⁰，對於上開臺中地院之判決應有再加爭執之上訴空間。

伍、結語

居住作為基本權，對於個人人格之穩定形成具有高度重要意義。因此，對於居住相關議題即須加以正視，惟與此有關之事項多端，本文選擇以租賃條例之定位出發，先行審視其與相關法律，特別是消保法之適用關係，再簡要說明特別法與普通法之適用原則，併討論租賃條例排除適用之情形，另就租賃條例與其他不動產租賃法制有關部分加以概述；次則對於租賃條例定位之相關規定加以介紹，並試圖釐清「最終消費」之概念對於相關制度之區分是否有所助益，從而在其建構之體系下進行類型化處理，再綜整相關定型化契約應記載及不得記載事項與應約定及不得約定事項以為比較；最後則透過觀察司法實務見解之方式，嘗試梳理現行實務對於租賃條例與「住宅租賃約定事項」以及消保法與「住宅租賃記載事項」之相關見解，以期對於不動產租賃法制得以有更為深刻之認識。

此外，作為補充的是，租賃關係是否屬於消費關係之議題。對此問題之思考毋寧應回歸消費關係之判斷以為觀察，按消保法第 2 條第 3 款雖就消費關係設有定義性規定，惟於個案原因事實之判斷仍有相當程度之困難，從而，實務上即有另行提出「最終消費」等概念以為填補。另必須說明之處在於，租賃關係是否屬於消費關係問題之區別實益在於，所應適用之法律究係消保法抑或租賃條例，惟

⁵⁰ 黃明陽，同註 27，頁 70。

不論所應適用之法律係前者或後者，均不排除民法作為補充規範以為適用，從而，應無掏空民法體系抑或與之疊床架屋之虞。然而，不可諱言的是，各該法律規定之越加細緻，所造成之法律規範體系越為複雜，因而致使一般民眾與之距離更為遙遠，此係法律制度發展所致。例如，德國作為法律輸出大國，我國亦係該法制之繼受國，然該國相關法律制度之設計，甚且學理發展甚可以嘆為觀止之程度稱之，導致繼受該國法制者，多亦未能全數比附援引，以免滋生諸多爭議抑或運作上之疑慮。準此，宣導相關制度，以使社會大眾得以釐清其間之關係，委實係屬法律從業人員之使命，爰提出本文以期對此問題能有微薄之貢獻。

參考文獻

一、專書

陳自強，《契約之成立與生效》，臺北，元照出版有限公司，2014年2月，3版1刷。

吳庚、盛子龍，《行政法之理論與實用》，臺北，三民出版股份有限公司，2018年1月，增訂15版2刷。

二、期刊

王國治，〈《租賃住宅市場發展及管理條例》包租與代管租賃之研究〉，《人權會訊》，第132期，2019年4月，頁37-46。

林旺根，〈以「租賃三箭」，構築不動產租賃法制〉，《現代地政雜誌》，第360期，2016年11月，頁135-148。

林亮宇，〈租賃住宅市場發展及管理條例簡介〉，《月旦會計實務研究》，第7期，2018年7月，頁86-93。

姚志明，〈概覽「租賃住宅市場發展及管理條例」〉，《月旦法學雜誌》，第277期，2018年6月，頁5-25。

徐婉寧，〈住居租賃轉租之效力〉，《月旦法學教室》，第192期，2018年10月，頁15-17。

張鈺光、陳佳聖，〈論日本關於租賃住宅管理業的現狀與法制〉，《全國律師》，第22卷第2期，2018年2月，頁9-19。

張曉芬，〈個人出租房屋之所得稅及房屋稅實務解析〉，《月旦財稅實務釋評》，第8期，2020年8月，頁16-23。

連世昌，〈租賃住宅所得稅減徵規定釋評〉，《月旦財稅實務釋評》，第7期，2020年7月，頁18-25。

郭睦萱，〈淺論租賃專法對於房屋租金管制鬆綁後之相關建議〉，《土地問題研究季刊》，第18卷第3期，2019年9月，頁29-35。

- 陳立夫，〈租賃住宅市場發展及管理條例解說〉，《月旦法學雜誌》，第 277 期，2018 年 6 月，頁 26-47。
- 陳冠甫，〈評租賃住宅市場發展及管理條例——以租賃住宅服務業之「業務」與「責任」為中心〉，《現代地政雜誌》，第 369 期，2019 年 1 月，頁 61-72。
- 陳冠甫，〈評租賃住宅市場發展及管理條例——以健全住宅租賃關係法為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 277 期，2018 年 6 月，頁 48-63。
- 陳冠甫，〈論租賃專法與土地法之補充適用關係——評桃園地方法院 108 年廳簡 125 號民事判決〉，《現代地政雜誌》，第 374 期，2020 年 4 月，頁 55-65。
- 陳冠甫，〈論新租賃法的法律適用與租賃住宅服務契約〉，《土地問題研究季刊》，第 17 卷第 3 期，2018 年 9 月，頁 113-127。
- 游適銘，〈租賃住宅專法，打造租屋市場〉，《全國律師》，第 22 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 3-8。
- 黃明陽，〈住宅租賃法律關係解析——以租賃住宅市場發展及管理條例為中心〉，《消費者保護研究》，第 24 輯，2020 年 3 月，頁 69-96。
- 楊博任，〈租賃住宅市場發展及管理條例之簡評〉，《全國律師》，第 22 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 30-44。
- 溫豐文，〈租賃專法體系之定位與適用問題〉，《台灣法學雜誌》，第 400 期，2020 年 9 月，頁 41-45。
- 賴宛瑜，〈〈租賃住宅市場發展及管理條例〉之憲法第 15 條工作權保障評析〉，《土地問題研究季刊》，第 18 卷第 1 期，2019 年 3 月，頁 71-80。
- 顏碧志，〈租賃住宅市場發展及管理條例簡介〉，《全國律師》，第 22 卷第 2 期，2018 年 2 月，頁 20-29。
- 詹森林，〈被害人濫用商品與企業經營者之消保法商品責任——最高法院一〇三年度台上字第二四四號裁定之評釋〉，《月旦民商法雜誌》，第 45 期，2014 年 9 月，頁 5-16。
- 陳聰富，〈社會問題與契約管制的界限〉，《月旦法學雜誌》，第 134 期，2006 年 7 月，頁 82-93。
- 張藏文，〈定型化契約應記載或不得記載事項與行政管制——以國內線航空乘客運送契約為例〉，《消費者保護研究》，第 24 輯，2020 年 3 月，頁 185-227。

三、研究報告

陳宏明，〈「租賃住宅市場發展條例草案」評估報告〉，《立法院法制局法案評估報告》（編號：1241），2017 年 5 月。

陳建文主持，〈私法關係行政規制之法制體例研究——公寓大廈管理條例、消費者保護法與勞動契約法制發展經驗之觀察比較〉，《行政院法規委員會委託研究計畫》，2009 年 11 月。

四、網路資料

<https://cpc.ey.gov.tw/Page/4432D6D5FA6677B9/72cfc172-2bff-4492-8dfa-70dde5438e86>

陳揚仁，〈愛心房東享有租稅優惠〉，《月旦會計網》，2018 年 8 月 8 日，頁 1-2：
<http://www.angle.com.tw/accounting/>

陳星宏，《簡介「消費定型化契約應記載及不得記載事項」——以房屋租賃為例》，頁 1-12：
https://estudentaff.ctu.edu.tw/ezfiles/4/1004/attach/17/pta_18473_7617707_07173.pdf

《消費者保護研究》
第 26 輯，頁 71-114

消費者資訊權益保護議題初探 —以個資外洩通知機制為中心

彭文暉*

摘要

個人資料之蒐集與提供已屬現代人的日常生活，然因電腦、網路科技進步，商業交易模式轉變及個資「商品化」之發展趨勢，民眾個資被他人大量且詳盡持有之情形日益普遍，一旦發生外洩事故，除易遭不法濫用或致當事人遭受詐騙外，消費者亦可能傾向不再利用線上交易，轉而使用傳統之實體買賣方式，進而提高消費者及企業經營者之交易成本，甚或引發社會恐慌及影響國家安全。

近年來詐騙集團日益猖獗，消費者個資屢遭不當外洩，導致詐騙犯罪案件頻傳。惟因個資外洩不易由當事人自行察知，為使消費者確實了解並掌握其個資保存狀況，遇有個資外洩發生，必須藉由「通知」機制，使消費者知悉其權益有無受損、損害程度，以採取必要之救濟措施。透過個資外洩通知機制，除可即時協助當事人預防個資外洩所生詐騙犯罪之風險，減緩可能之損害，並對發生個資外洩之企業經營者，產生一定之聲譽制裁效果，具有保護消費者資訊權益之機能。

鑒於現行個資外洩通知機制之法令架構及規範內容過於簡略，無法有效保護

* 現任立法院法制局助理研究員。

消費者之資訊權益，本文爰就消費者之資訊權益內涵及個資之基本權利屬性及權能加以說明，並闡述消費者個資保護相關法規範，再針對現行個資外洩通知機制所涉問題進行分析檢討，提出法制調適方向建議，俾供行政及立法部門研修有關法令之參考。

關鍵詞：消費者保護、個人資料保護、個資外洩、個資外洩通知。

壹、前言

隨著科技、金融、電子商務等社會型態與交易模式之改變，個人資料（下稱個資）之蒐集與提供已屬現代人的日常生活。舉凡 Google 搜尋軟體、Line 通訊軟體、Instagram、Facebook 社群媒體，乃至 Apple Pay、行動支付及第三方支付之使用，現代人之社會活動幾乎無時無刻都會涉及個資之蒐集、處理及利用等相關行為。然因電腦、網路科技進步，商業交易模式轉變及個資「商品化」之發展趨勢，民眾個資被他人大量且詳盡持有之情形日益普遍，一旦發生外洩事故，除易遭不法濫用或致當事人遭受詐騙外，消費者亦可能傾向不再利用線上交易，轉而使用傳統之實體買賣方式，因而提高消費者及企業經營者的交易成本，甚或引發社會恐慌及影響國家安全。

近年來詐騙集團日益猖獗，消費者個資屢遭不當外洩，導致詐騙犯罪案件頻傳。根據刑事警察局統計，網路商城及網路平台之知名業者乃個資外洩事件之大宗。另外，旅行社、網路書店、金融機構等大型企業，亦常被新聞媒體披露有個資外洩事件發生。由於個資外洩不易由當事人自行察知，為使個資當事人確實了解並掌握其個資保存狀況，遇有個資外洩發生，必須藉由「通知」機制，使個資當事人知悉其權益有無受損、損害程度，俾採取必要之救濟措施。

個資外洩通知機制，乃植基於當事人之資訊隱私權、資訊自決權與知的權利，透過通知機制可即時協助當事人預防個資外洩所生網路或電話詐騙犯罪之風險，減緩可能之損害，對於個資當事人具有「事後」保護之機能；而就發生個資外洩之企業機構言，亦有聲譽制裁之效果，並可經由統合應變與資訊分享，敦促其他組織採取妥適之安全維護措施，避免個資遭竊取、洩漏、竄改等侵害，以降低相關風險，對於個資當事人亦具「事前」保護之機能。

我國現行法令關於個資外洩之「通知義務」，係於個人資料保護法（下稱個資法）第 12 條中規定，惟其「通知方式」則由該法施行細則第 22 條規定，「通知程序」另由中央目的事業主管機關依該法第 27 條訂定相關安全維護辦法予以補充規範。經查上開法令之規範架構及所定內容過於簡略，已難因應社會所需，無法有效保護消費者之資訊權益。本文爰從消費者之資訊權益內涵加以說明，並指出現

代社會之個資風險；次就消費者個資所具基本權利之屬性及權能加以闡述，並爬梳消費者個資保護之相關法規；最後針對現行個資外洩通知機制之規範事項詳予檢討，並參考歐盟「一般資料保護規則」（General Data Protection Regulation，GDPR）有關規範提出法制調適方向之建議，將可提供相關行政及立法部門作為研修有關法令之立論基礎，俾強化消費者資訊權益之保護。

貳、消費者之資訊權益

一、「資訊權」之概念

身處通訊與傳播科技巨大且深遠影響之資訊時代，任何人皆難置身於隨著網路發展所形成之資訊數位化洪流之外。學者因認人民在憲政秩序下應享有或不應被侵犯之「資訊權」，其內涵包括對外積極要求政府公開屬於公共財之國家資訊，促使政府資訊具有公共性、公開性、流通性與利用性，所涉係國家資訊公開、新聞自由及表現自由等；對內保持個人資訊之隱密性、尊嚴性，以擴大人格自我型塑空間，所涉乃個資保護權（資訊隱私權、資訊自主權）及秘密通訊自由等。析言之，上開資訊權之保障核心應可歸納為要求取得政府資訊之「資訊公開請求權」，以及避免個資被政府不當蒐集利用之「個資保護請求權」¹。

二、「個資」之內涵與特性

（一）「個資」之內涵

1. 「個資」之定義

依個資法第2條第1款規定，個資之定義係指「自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」；依其性質尚可區分為一般個資（如姓名、國民身分證統一編號、社會活動等）及特種個資（如病歷、醫療、基因、

¹ 李震山，資訊時代下「資訊權」入憲之芻議，律師雜誌，第307期，2005年4月，頁16-20。

性生活、健康檢查及犯罪前科等）等 2 類。至於上開個資之形式與載體則無特定限制，得包括儲存於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物，以及其他得以讀、看、聽或以技術輔助方法理解之任何紀錄²。

前開所謂「得以間接方式識別該個人」之涵義，依個資法施行細則（下稱個資法細則）第 3 條規定，乃指「保有該資料之公務或非公務機關僅以該資料不能直接識別，須與其他資料對照、組合、連結等，始能識別該特定之個人。」析言之，間接識別之個資係指該資料本身並不足以識別特定之個人，須再與其他的資料相互對照、組合、連結後，始能識別特定個人之資料。至於資料得否以直接或間接方式加以識別，則須就個資蒐集者本身有無將其他資料相互對照、組合、連結進而識別之能力為判斷³。

2. 個資「辨識度」之差異

按個資因其屬性差異，並具有不同之辨識度。例如指紋、基因資料、信用卡號碼或身分證統一編號等，經取得後幾乎即可確定當事人為何，其個資辨識度較高；出生日期、電話及住址等，則尚需數種個資整合進行身分拼圖(Identity Puzzle)後，始能確定其當事人，故個資辨識度較低。從個資之安全維護角度觀察，個資辨識度愈高者，其安全需求愈大，國家應負之保護義務與責任亦愈重⁴。

（二）個資之「數位化」特性

由於商業交易型態之轉變，除民眾個資容易被他人大量、詳盡地蒐集、保存及利用外，相關資訊儲存媒體之改變，亦讓個資保護問題趨於複雜。析言之，以往資訊之存取及使用，多係使用實體型態之媒體（如紙張），然因現代社會之電腦科技發達及廣泛運用，資料之儲存、複製及處理多已轉為數位化之電子型態媒介，第三人因此得以電子檔案格式方便、快速地利用個資。尤其，網際網路之快速發展，更將資訊之使用、交換推向新的紀元，不論是否合法，傳送個資或檔案通常在彈指須臾瞬間即已完成。

² 李寧修，警察存取預防性資料之職權與個人資料保護：以監視器之運作模式為例，臺大法學論叢，第 48 卷第 2 期，2019 年 6 月，頁 400。

³ 郭淳頤，大數據時代下個人資料保護法間接識別之研究，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班碩士論文，2016 年 8 月，頁 32-33。

⁴ 李榮耕，個人資料外洩及個資外洩通知條款的立法芻議，東吳法律學報，第 20 卷第 4 期，2008 年 7 月，頁 258。

當個資透過電腦科技及網際網路加以儲存、處理或交換時，即具有可被長久保存、容易複製、方便使用及迅速傳輸之特性。從而，個資因此更易被暴露或遭誤用，如何確保數位時代之個資安全，保障資訊隱私權、資訊自主權，亦是全民必須面對之嚴肅課題，其中個資外洩之通知機制，尤為政府應予重視之個資保護議題⁵。

三、現代社會之個資現象與風險

現代社會公私部門大多有蒐集民眾個資之需要，然而現今個資之面貌，顯然與過往大為不同，不再僅以傳統紙本方式儲存，隨著電腦科技之數位化發展趨勢，個資漸有被他人大量、詳盡加以蒐集、保存及利用之現象，隨著個資「商品化」之發展趨勢，可能對個人之資訊隱私權、資訊自主權造成影響或侵擾。茲就上開現象及風險略述如下⁶：

（一）個資被他人大量持有

隨著交易模式及社會互動方式轉變，現今商業機構為因應交易活動或經營模式需要經常會持有大量之客戶個資。基於線上交易（Online Transaction）之特性，民眾之個資因而大量地被電子商務業者所蒐集、保存及利用，進而增加個資遭外洩或被濫用之風險。實務上之線上交易模式，消費者多須將姓名、性別、出生年月日、身分證統一編號、住址及電子郵件信箱等個資提供購物平台及他方，俾取得特定帳號並進行相關交易；倘係使用線上付款並由賣方寄送，消費者尚須提供信用卡號碼、有效日期、授權碼、電話、地址及收件人姓名等其他資料。另為進行線上之金融商品交易或使用相關服務，消費者亦必須向金融業者提供相關個資。此外，其他提供特定服務之業者，如求職網站（人力銀行）、社交網站等，亦會要求使用者提供其有關個資。

（二）個資被他人詳盡持有

如前述說明，現代社會下公私部門大量地持有個資，導致當事人之個資已無

⁵ 同前註，頁262。

⁶ 同註4，頁258-262。

法全（純）由民眾自己掌握或控制。再者，現今個資幾乎皆以電子檔案格式儲存，亦即在數位檔案（Digital Dossiers）時代下，民眾之日常生活幾已變成數位檔案紀錄，並被鉅細靡遺地儲存。個資因為被他人詳盡持有，從而他人即可能透過部分個資進一步獲取更多屬於該個人之有關資訊。詳言之，民眾與公私部門辦理例行性事務或進行交易，若大量使用辨識度極高之個資，如身分證明（如身分證統一編號、出生日期或住址）或個人財務資料（如信用卡號碼及授權碼），他人將可藉此取得更多個資，例如勞保資料、門診紀錄或監理資料等相關資訊。

前開具有「數位自傳（Digital Biography）」特性之資料，將使當事人之生活足跡無所遁形，一旦該等詳盡之個資遭竊盜或濫用，所衍生之後果勢將不堪設想，除了個人之資訊隱私權恐受不當侵害外，更可能引發大量社會犯罪（利用個資進行詐騙）及社會恐慌。

（三）個資「商品化」發展趨勢

由於銀行、保險業或其他金融機構從事授信、承保、理賠或進行相關金融交易時，實務上必須考量特定對象之財務及信用資訊，如貸款情形、信用卡紀錄、還款紀錄、年收入、賦稅紀錄、名下之動產與不動產及出險紀錄等資料，以個人金融或信用資料作為商品之金融徵信業，如財團法人金融聯合徵信中心便因此應運而生，此即表示上開特定個人之財務及信用資訊具有相當之商業價值，金融徵信業者乃基於實務運作需要而進行蒐集。

此外，民眾之住址、電話或電子郵件等，亦經常被用來作為商品或政治活動之廣告宣傳資料，甚或用以從事不法活動或犯罪（如詐欺）。從而不論合法或非法之使用需求，個資之商品化現象已然成為現代社會發展趨勢。

參、消費者個資之憲法保障

一、個資之「權利」屬性

（一）資訊隱私權

司法院釋字（下稱釋字）第 585 號解釋之理由書指出：「隱私權雖非憲法明文

列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（釋字第 509 號、第 535 號參照）」；釋字第 603 號亦詳述：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。」因此，隱私權應屬憲法第 22 條所保障之基本權利無疑。

查隱私權原係私法上概念，屬具體人格權⁷，近來已納入公法保障範圍，並隨社會生活及時代演進發展出不同類型之保障客體，如個人生活安寧之獨處權、人格不得被商業化之權利、身體隱私、自主決定隱私及資訊隱私權等。鑒於個資具有私密性，本質上與隱私權之保障密不可分，故隱私權中有關個資部分，亦可稱為「資訊隱私權」⁸。

（二）資訊自主權

釋字第 586 號已表示「資訊自主權」屬憲法所保障之權利；釋字第 603 號更明白揭示：「隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障（釋字第 585 號參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」；「而為確保個人主體性及人格發展之完整，保障人民之資訊隱私權，國家就其正當取得之個人資料，亦應確保其合於目的之正當使用及維護資訊安全，故國家蒐集資訊之目的，尤須明確以法律制定之。」

⁷ 例如民法第 195 條明定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。前項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。」

⁸ 李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版有限公司，第 5 版，2020 年 3 月，頁 230。另按「資訊隱私權」（Information Privacy）乃美國法上用語；「資訊自決（主）權」則係德國法上用語，二者均屬「一般人格權」之保障範圍，參李震山，個人資料保護與監視錄影器設置之法律問題研究—以警察職權行使法第十條為中心，警察法學，第 4 期，2005 年 12 月，頁 34。

查資訊自主權係由憲法上人性尊嚴之要求所導出，而人性尊嚴乃憲法價值之一部分，並為憲法秩序之基礎，其核心內涵係指每一個人對涉及決定自己資料之提供、利用過程，皆有積極參與及形成自我決定之可能，並得作為抗拒他人恣意干涉之消極自由權，以免作為主體性個人之人性尊嚴受到貶損⁹。另資訊自主權著重個人資訊之自主控制，隱私權強調個人私密生活領域之免於他人侵擾，二者雖有部分重疊，但仍各有其保護範圍與獨立性¹⁰。

二、個資之法規範保護權能

個資既具受憲法保障之資訊隱私權及資訊自主權等性質，當事人即得本於基本權利之下述功能¹¹請求提供有效之法規範保護：

（一）主觀功能

1. 防禦權

基本權利之首要功能，在於防禦國家對於個人自由及財產之侵害，亦即對抗國家干預之權利，並因此創設個人主觀公法上權利，賦予人民請求國家不作為之權。由是，個資當事人於必要時得據以向法院有所主張，以貫徹其防禦權。

2. 受益或給付請求權

基本權利之保障與實現須有一定社會條件之配合，是國家除了承認或尊重基本權利，更應積極維護自由權利，並透過多樣化方式形成實現自由權利之條件，保障自由權利能真正實現。由是，基本權利乃從消極防禦權轉換為要求國家創造實現基本權利必要條件之給付請求權，而具有受益權之功能，並得請求立法者制定一般法律規範，以公平合理分配有限之國家資源。

（二）客觀功能

1. 客觀之價值體系

⁹ 同前註，人性尊嚴與人權保障，頁 228-229。

¹⁰ 王澤鑑，人格權法，作者自版，初版，2019 年 8 月，頁 92。

¹¹ 蕭文生，自程序與組織觀點論基本權利之保障，憲政時代，第 25 卷第 3 期，2000 年 1 月，頁 27-33。

除主觀之防禦權及給付請求權功能外，基本權利亦屬客觀之價值體系，可適用憲法位階以下所有法律秩序，成為國家權力之方針指示，國家並因此負有採行一切實現基本權利措施之積極義務。由於基本權利之價值體系貫穿整體法秩序，是其效力範圍可從公法領域擴及私法領域。易言之，基本權利對於私人間之法律關係亦有其適用，此即所謂「基本權利之第三人效力」。

2. 保護義務

基本權利之價值體系，除令國家不得作為，亦使國家必須防止侵害基本權利行為之發生。換言之，當第三人侵害基本權利之保護領域時，國家應負阻止該第三人侵害基本權利之義務；國家若未善盡該等保護義務，將構成對於人民基本權利之侵害。析言之，在憲法層次上，得用以審究立法者制定之保護規範是否不足（如怠於立法或取消特定保護規範）；在法律層次上，則可作為解釋有關法律及審查行政命令是否牴觸法律之判斷基礎¹²。

3. 組織及程序保障

為使基本權利能在社會現實生活中真正發揮功能，國家機關不僅有尊重基本權利之義務，並須提供相當之組織及程序以助其落實。即言之，國家必須制定符合保障或實現基本權利之組織及程序規範；對該等組織及程序規範之解釋與適用，亦須採用符合保障或實現基本權利之解釋方式。而為保障或實現基本權利，程序法上之最低要求係提供當事人參與相關程序之機會，俾貫徹個人基本權利之實現。

肆、消費者個資保護之法規範

一、個資法

按個資法第5條明定：「個人資料之蒐集、處理或利用，應尊重當事人之權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定目的之必要範圍，並應與蒐集之目的具有

¹² 馬興平，論資訊隱私權的保護—從釋字第603號解釋出發，中正大學法律研究所碩士論文，2008年1月，頁80。

正當合理之關聯。」；同法第 19 條第 1 項並規定：「非公務機關對個人資料之蒐集或處理，除第六條第一項所規定資料外，應有特定目的，並符合下列情形之一者：一、法律明文規定。二、與當事人有契約或類似契約之關係，且已採取適當之安全措施。三、當事人自行公開或其他已合法公開之個人資料。四、學術研究機構基於公共利益為統計或學術研究而有必要，且資料經過提供者處理後或經蒐集者依其揭露方式無從識別特定之當事人。五、經當事人同意。六、為增進公共利益所必要。七、個人資料取自於一般可得之來源。但當事人對該資料之禁止處理或利用，顯有更值得保護之重大利益者，不在此限。八、對當事人權益無侵害。」準此，非公務機關蒐集或處理消費者之個資，除不得逾越特定目的之必要範圍，且應與蒐集之目的具有正當合理之關聯外，並須基於契約或類似契約之關係，或有法律明文規定、經當事人同意、增進公共利益所必要等其他正當事由¹³。

至個資如何管理及其安全維護措施，亦與個資外洩之防止密切攸關，爰就相關規範說明如下：

（一）個資安全之維護義務

依個資法相關規定，蒐集、處理及利用個資之主體可區分為「公務機關」與「非公務機關」2 種類型。所稱「公務機關」，係指依法行使公權力之中央或地方機關或行政法人；「非公務機關」則指「公務機關」以外之自然人、法人或其他團體¹⁴。

關於公務機關所負個資安全維護與防止外洩義務，個資法第 18 條係規定：「公務機關保有個人資料檔案者，應指定專人辦理安全維護事項，防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏。」¹⁵；違反上開規定者，同法第 28 條規定：「公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但損害因天災、事變或其他不可抗力所致者，不在此限。」

¹³ 法務部 2017 年 6 月 15 日法律字第 10603503880 號函，略以：基於契約關係蒐集個人資料，原則上僅能於契約事務之特定目的必要範圍內為之，如已逾越特定目的之必要範圍，而欲蒐集與契約之履行欠缺正當合理關聯之其他個人資料，則應依個資法第 19 條第 1 項規定，另行取得蒐集之正當事由（如另經當事人同意）。

¹⁴ 個資法第 2 條第 7 款及第 8 款規定。

¹⁵ 實務上該安全維護事項之內容，各公務機關多自行訂定內部行政規則加以規範，例如「經濟部及所屬機關個人資料保護管理要點」。

另依同法第 31 條規定，上開損害賠償適用國家賠償法之規定。

關於非公務機關所負個資安全維護與防止外洩義務，個資法第 27 條係規定：「非公務機關保有個人資料檔案者，應採行適當之安全措施，防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏。中央目的事業主管機關得指定非公務機關訂定個人資料檔案安全維護計畫或業務終止後個人資料處理方法。前項計畫及處理方法之標準等相關事項之辦法，由中央目的事業主管機關定之」；違反上開第 1 項規定或未依第 2 項訂定個人資料檔案安全維護計畫或業務終止後個人資料處理方法者，依同法第 48 條第 4 款規定，由中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府限期改正，屆期未改正者，按次處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰。同法第 29 條並規定：「非公務機關違反本法規定，致個資遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但能證明其無故意或過失者，不在此限。依前項規定請求賠償者，適用前條第 2 項至第 6 項規定¹⁶。」另依同法第 31 條規定，上開損害賠償適用民法之規定。

查前開個資法第 18 條所稱「安全維護事項」及第 27 條第 1 項所稱「適當之安全措施」，依個資法細則第 12 條第 1 項規定，乃「指公務機關或非公務機關為防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏，採取技術上及組織上之措施。」至其具體規範，依同條第 2 項規定：「前項措施，得包括下列事項，並以與所欲達成之個人資料保護目的間，具有適當比例為原則：一、配置管理之人員及相當資源。二、界定個人資料之範圍。三、個人資料之風險評估及管理機制。四、事故之預防、通報及應變機制。五、個人資料蒐集、處理及利用之內部管理程序。六、資料安全管理及人員管理。七、認知宣導及教育訓練。八、設備安全管理。九、資料安全稽核機制。十、使用紀錄、軌跡資料及證據保存。十一、個人資料安全維護之整體持續改善。」綜言之，個資安全維護之具體範圍涵括組織層面之人員

¹⁶ 個資法第 28 條第 2 項至第 6 項規定：「……被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額；其名譽被侵害者，並得請求為回復名譽之適當處分。依前二項情形，如被害人不易或不能證明其實際損害額時，得請求法院依侵害情節，以每人每一事件新臺幣五百元以上二萬元以下計算。對於同一原因事實造成多數當事人權利受侵害之事件，經當事人請求損害賠償者，其合計最高總額以新臺幣二億元為限。但因該原因事實所涉利益超過新臺幣二億元者，以該所涉利益為限。同一原因事實造成之損害總額逾前項金額時，被害人所受賠償金額，不受第三項所定每人每一事件最低賠償金額新臺幣五百元之限制。第二項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾或已起訴者，不在此限。」

與資源配置，管理層面之個資管理程序與事故通報機制，以及物理層面之資料安全管理與設備安全管理等有關事項¹⁷。

（二）個資外洩之通知機制

按公務機關或非公務機關遇有個資外洩事故時，個資法第 12 條係規定：「公務機關或非公務機關違反本法規定，致個人資料被竊取、洩漏、竄改或其他侵害者，應查明後以適當方式通知當事人。」所稱「適當方式通知」，依個資法細則第 22 條第 1 項規定，係「指即時以言詞、書面、電話、簡訊、電子郵件、傳真、電子文件或其他足以使當事人知悉或可得知悉之方式為之。但需費過鉅者，得斟酌技術之可行性及當事人隱私之保護，以網際網路、新聞媒體或其他適當公開方式為之。」至於通知當事人之「內容」，依該細則第 22 條第 2 項規定：「應包括個人資料被侵害之事實及已採取之因應措施」。非公務機關違反上開規定者，依同法第 48 條第 2 款規定，應由中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府限期改正，屆期未改正者，按次處新臺幣 2 萬元以上 20 萬元以下罰鍰。

經查目前法務部已訂有「中央目的事業主管機關依個人資料保護法第 27 條第 3 項規定訂定辦法之參考事項」¹⁸，各目的事業主管機關得依個資法第 27 條第 2 項規定指定非公務機關及依同條第 3 項訂定計畫及處理方法之標準等相關事項之辦法；非公務機關並得依該參考事項第 2 點第 4 款規定，規劃個資外洩事故之通報機制。

又查 2015 年行政院曾召開「消費者個資外洩事件處理機制」研商會議¹⁹，並決議中央目的事業主管機關應就轄下特許行業，依個資法第 27 條規定訂定相關個資檔案安全維護計畫或業務終止後個人資料處理方法之標準等相關事項之辦法（下稱安全維護辦法）；該辦法應明訂非公務機關之通報主管機關義務，以及包含外洩事實、因應措施、諮詢服務專線等通報內容。經查目前內政部、經濟部、財政部、交通部、教育部、衛生福利部、勞動部、農業委員會、公共工程委員會、原子能委員會、金融監督管理委員會、中央銀行、公平交易委員會、國家通訊傳

¹⁷ 何念修，個資保護「適當之安全措施」—以新加坡個資法之技術措施建議為比較對象，科技法律透析，第 31 卷第 1 期，2019 年 1 月，頁 60。

¹⁸ 法務部 2012 年 12 月 27 日法律字第 10103107920 號函。

¹⁹ 行政院 2015 年 2 月 16 日院臺消保字第 1040125073 號函附會議紀錄。

播委員會等中央目的事業主管機關，皆依上開會議結論訂有相關規範在案²⁰。

另查行政院為防止非公務機關個人資料檔案外洩，加強所屬中央目的事業主管機關對非公務機關個人資料保護之監管，以落實非公務機關個人資料檔案之安全維護，目前並訂定「行政院及所屬各機關落實個人資料保護聯繫作業要點」（下稱個資保護聯繫要點）²¹，明訂安全維護辦法應規定非公務機關個資外洩時，應通報之對象、時點、應通報事項、後續行政檢查等事項；其通報地方目的事業主管機關者，並應副知中央目的事業主管機關；尚未訂定安全維護辦法之非公務機關，中央目的事業主管機關應定期檢討訂定該辦法之必要性²²。

二、消費者保護法

按消費者保護法（下稱消保法）第 1 條規定：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。」；第 3 條第 1 項第 13 款規定：「政府為達成本法目的，應實施下列措施，並應就與下列事項有關之法規及其執行情形，定期檢討、協調、改進之：……十三、其他依消費生活之發展所必要之消費者保護措施。」；第 4 條規定：「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。」準此，企業經營者應重視消費者安全，並實施必要之消費者保護措施，實務上亦認包含涉及消費關係之個資保護事項在內²³。

次按消保法之適用，係以「消費關係」之存在為前提。所稱「消費關係」，依消保法第 2 條第 3 款規定係指「消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係。」所稱「企業經營者」，依消保法第 2 條第 2 款係指「以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。」其概念特徵²⁴包括：為營業之人（包

²⁰ 參見國家發展委員會，「個人資料保護專區（法令及執行措施）」<https://pipa.ndc.gov.tw/News.aspx?n=B1C4E8AEFEB6857C&sms=8D016F8982417771>（最後瀏覽日 2021 年 11 月 30 日）

²¹ 行政院 2021 年 8 月 11 日院授發協字第 1102001106 號函。

²² 個資保護聯繫要點第 4 點及第 5 點規定。

²³ 法務部 2014 年 11 月 14 日法律決字第 10300211540 號函，略以：有關消費者保護法規定應採取之消費生活發展所必要之消費者保護措施，包含涉及消費關係之個人資料保護。

²⁴ 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出版，1995 年 2

含法人及自然人)；不以合法登記者為限（不論是否辦理行政上之登記或取得營業許可)；必須以經營該事業為常業（以之為業且經常反覆為之)；不限於以營利為目的者²⁵。又所稱「消費者」，依消保法第2條第1款係指「以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者」。至所謂「消費」，乃相對於生產之概念，係指「以維持生活而享受物品或勞務的行為」²⁶，且解釋上限於「不再用於生產情形下之最終消費」²⁷。準此，非屬「公務機關」之自然人、法人或其他團體，若與消費者間存有「消費關係」時，即有消保法之適用。茲就與個資安全有關之重要規範說明如下：

（一）服務之安全性

1. 企業經營者對於消費者提供服務²⁸，應符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性

消保法第7條明定：「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。」依消保法施行細則第5條規定：「本法第七條第一項所定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，應就下列情事認定之：一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。」²⁹

月，頁11。

²⁵ 消保法施行細則第2條：「本法第2條第2款所稱營業，不以營利為目的者為限。」

²⁶ 朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書出版，2004年9月增訂版，頁190。

²⁷ 參行政院消費者保護委員會84年4月6日台84消保法字第00351號函。

²⁸ 行政院消費者保護委員會復臺灣臺北地方法院檢察署99年8月5日北檢治珠99調偵787字第57919號函，略以：現行消保法及其施行細則對於「服務」並未加以定義，有關消保法「服務責任」之範圍，宜由法院參酌社會經濟發展，依實際情形以個案方式認定解決；行政院網站<https://www.ey.gov.tw/Page/5FD5AF69652FC4AA/265c7e06-099f-4e1b-9c0f-297005fef68d>（最後瀏覽日：2021年11月25日）。

²⁹ 按消費者所提供個人資料既為被告提供服務交易環節中必然使用，消費者主觀上亦均可合理期待被告將會確保所提供個人資料之安全性，則就消費者之個人資料進行妥當保管保護，自應包含於被告提供服務之範圍內，而屬消保法第7條所稱之「服務」，參臺灣士林地方法院107年

經查個資法第18條、第27條及個資法細則第12條規定，業就公務及非公務機關所負個資安全維護義務之內涵（為防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏，採取技術上及組織上之措施）定有規範事項，各中央目的事業主管機關並就所轄非公務機關訂有相關安全維護辦法；個資法第12條及個資法細則第22條規定，亦就公務及非公務機關發生個資外洩時通知當事人之適當方式定有具體規範。由是，解釋上該等法令應得作為企業經營者提供涉及消費者個資之服務時，有無符合「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」之判斷參據。準此，企業經營者若未依上開規範辦理個資安全維護事項或踐行個資外洩通知義務，依前開消保法規定即應負無過失之賠償責任。

2. 企業經營者對於消費者提供服務，應負防止危害發生之義務

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。」準此，企業經營者提供之服務涉及個資而有危害消費者（財產）安全之虞時，即應停止其服務或為除去危害之必要處理。

（二）契約之公平性

1. 定型化契約³⁰之基本規範

消保法第11條規定：「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。」；第12條並規定：「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。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者³¹。

度消字第6號民事判決。

³⁰ 按「定型化契約條款」，依消保法第2條第7款規定乃指「企業經營者為與多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之。」即凡「以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂立之契約」即同條第9款所稱「定型化契約」。

³¹ 消保法施行細則第14條規定：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」

二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」學者並認上開規範之意旨係為保護無磋商能力之消費者，不論定型化契約係供不特定或特定多數消費者使用，均有其適用³²。準此，企業經營者與消費者訂立之定型化契約涉有個資服務者，其定型化契約條款應符合平等互惠及誠信原則；相關條款如有減免個資安全維護責任或個資外洩通知義務者，應認違反上開規定而無效。

2. 定型化契約條款之表示方式

消保法第 13 條規定：「企業經營者應向消費者明示定型化契約條款之內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意者，該條款即為契約之內容。……」；第 14 條規定：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」準此，企業經營者與消費者訂立之定型化契約涉有個資服務時，應向消費者明示或公告其內容；如該條款顯非消費者所得預見，應不構成契約之內容。

3. 定型化契約之記載內容

消保法第 17 條規定：「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。前項應記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：一、契約之重要權利義務事項。二、違反契約之法律效果。三、預付型交易之履約擔保。四、契約之解除權、終止權及其法律效果。五、其他與契約履行有關之事項。第一項不得記載事項，依契約之性質及目的，其內容得包括：一、企業經營者保留契約內容或期限之變更權或解釋權。二、限制或免除企業經營者之義務或責任。三、限制或剝奪消費者行使權利，加重消費者之義務或責任。四、其他對消費者顯失公平事項。違反第一項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。……中央主管機關公告應記載之事項，雖未記載於定型化契約，仍構成契約之內容。……」

以經濟部公告³³之「零售業等網路交易定型化契約應記載及不得記載事項」為例，查其應記載事項第 11 點（個人資料保護）規定：「企業經營者應遵守個人

³² 曾品傑，我國定型化契約法之發展，月旦法學雜誌第 260 期，2017 年 1 月，頁 90。

³³ 經濟部 2010 年 6 月 21 日經商字第 09902412200 號令。

資料保護相關法令規定。」，第 12 點（帳號密碼被冒用之處理）規定：「企業經營者應於知悉消費者之帳號密碼被冒用時，立即暫停該帳號所生交易之處理及後續利用。」；不得記載事項第 1 點（個人資料行使之權利）規定：「不得記載消費者預先拋棄或限制下列個人資料權利之行使：（一）查詢及請求閱覽。（二）請求製給複製本。（三）請求補充或更正。（四）請求停止蒐集、處理或利用。（五）請求刪除。」，第 2 點（目的外之個人資料利用）規定：「不得記載消費者個人資料得為契約目的必要範圍外之利用。」準此，經濟部主管之零售業等企業經營者，透過網路方式與消費者訂立定型化契約者，其契約內容即應包括個資法所定個資之安全維護及外洩通知等有關事項；相關條款倘有違反個資法或上開應記載及不得記載事項所定規範者，應認屬無效。

三、民法

按「非公務機關」之企業經營者基於契約或類似契約之關係³⁴存取消費者個資者，除適用前開個資法及消保法所定規範外，關於消費者資訊權益之保護，並得依民法有關規定據以主張。茲說明如下：

（一）債務不履行

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。按主給付義務，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³⁵；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，其功能係補助主給付義務，確保債權人之利益獲得最大滿足；附隨義務，則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。其與給付有關連者，旨在促進主給付義務之實現，使債權人

³⁴ 個資法施行細則第 27 條規定：「本法第十九條第一項第二款所定契約關係，包括本約，及非公務機關與當事人間為履行該契約，所涉及必要第三人之接觸、磋商或聯繫行為及給付或向其為給付之行為。本法第十九條第一項第二款所稱類似契約之關係，指下列情形之一者：一、非公務機關與當事人間於契約成立前，為準備或商議訂立契約或為交易之目的，所進行之接觸或磋商行為。二、契約因無效、撤銷、解除、終止而消滅或履行完成時，非公務機關與當事人為行使權利、履行義務，或確保個人資料完整性之目的所為之連繫行為。」。

³⁵ 王澤鑑，債法原理：基本理論債之發生，作者自印，增訂 3 版，2012 年 3 月，頁 39。

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³⁶。

前開附隨義務，並可依其發生先後區分為先契約義務、積極侵害債權（契約存續中附隨義務）及後契約義務，茲予說明如下：

1. 先契約義務

指當事人在接觸、磋商或聯繫之準備締結契約階段，相互間已有照顧、保護之注意義務，當事人倘因過失而未踐行相關告知、說明、照顧、保護等義務，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，應依締約過失之規定³⁷負賠償責任³⁸。

2. 積極侵害債權

指債務人雖為給付，但因可歸責於債務人之事由，致未符債務本旨之意。析言之，當事人在契約履行過程中，因他方故意或過失之積極行為，違反實現給付利益之注意義務，或未盡相關說明、保密或保護等附隨義務時，而得向他方主張契約上之損害賠償責任³⁹。

3. 後契約義務

指契約關係消滅後，當事人基於誠信原則仍負有作為或不作為之附隨義務，以維持給付效果、防止給付利益遭受損害或協助相對人處理契約終了之善後事務。此項義務有為法律所明定者，亦有基於補充解釋而產生者。當事人違反後契約義務時，亦應依債務不履行之規定負其責任⁴⁰。

³⁶ 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，參王澤鑑，同前註，頁 43-45。

³⁷ 民法第 245 條之 1 規定：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」

³⁸ 郭麗珍，重大疫情事件下服務責任之調適與因應策略—以旅遊服務為中心，消費者保護研究，第 25 輯，2021 年 4 月，頁 4。

³⁹ 邱聰智，新訂民法債編通則(下)，瑞明公司，2003 年 3 月，頁 52。

⁴⁰ 同註 38，頁 9。

此外，債務不履行亦包括不完全給付⁴¹在內。而不完全「給付」之內涵，除主給付義務外，解釋上亦包含從給付義務；另依學說見解，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，債權人亦得依不完全給付規定請求損害賠償⁴²。

綜上，企業經營者如未盡維護個資安全之注意或踐行個資外洩之通知等附隨義務者，所涉債務不履行之契約責任，消費者應得依民法第 245 條之 1 或第 227 條規定，請求財產上之損害賠償；倘有違反相關保護義務，致消費者人格法益受侵害者，消費者並得依民法第 227 條之 1 規定，請求非財產上之損害賠償⁴³。

（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。依民法第 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。」準此，一般侵權行為可區分為 3 種類型，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。茲說明其法律責任成立要件如下：

1. 第 184 條第 1 項規定：

行為人主觀上須具故意或過失之可歸責性；客觀上則須有侵害他人之行為⁴⁴，受侵害法益為他人之權利或利益（如人格權、身分權等具絕對權之性質者⁴⁵），且加害行為須屬不法（廣義上包括違反禁止或命令、違反保護他人之法律及故意背

⁴¹ 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。」

⁴² 同註 35，頁 46。

⁴³ 林季筠，無店面零售業個人資料保護之研究，世新大學法學院碩士論文，頁 26-27。

⁴⁴ 按所謂加害行為包括作為與不作為，其以不作為侵害他人之權益而成立侵權行為者，必以作為義務之存在為前提。在當事人間無一定之特殊關係之情形下，原則上固無防範損害發生之作為義務，惟如基於法令之規定，或依當事人契約之約定、服務關係（從事一定營業或專門職業之人）、自己危險之前行為、公序良俗而有該作為義務者，亦可成立不作為之侵權行為，參最高法院 109 年度台上字第 1015 號民事判決。

⁴⁵ 王澤鑑，侵權行為法，2008 年 3 月，自版，頁 119。

於善良風俗方法)⁴⁶。

2. 第 184 條第 2 項規定：

行為人主觀上及客觀上亦須具備同條第 1 項規定之成立要件，惟行為人侵害保護他人法律所定之權利或利益時，被害人之舉證責任將倒置由行為人負擔。又所指「保護他人之法律」，學說及實務均認凡以保護他人權利或利益為目的之法規範（包括習慣法、命令及規章）均屬之⁴⁷。

綜上，由於消費者個資保護權之核心內涵乃具人格權屬性之資訊隱私權及資訊自主權，如企業經營者因故意或過失，不法外洩消費者個資，或未依個資法相關規範踐行通知消費者義務，應認屬侵害人格權之行為⁴⁸，消費者得依前開侵權行為責任規定，向企業經營者請求損害賠償⁴⁹。

（三）債務不履行與侵權行為責任之競合

企業經營者之行為同時構成債務不履行及侵權行為責任時，所生法律責任之競合關係應如何適用，學說見解尚有不同⁵⁰：

1. 法條競合說

認債務不履行乃侵權行為責任之特別型態，侵權行為係違反權利不可侵犯之一般義務，債務不履行則係違反基於契約所生之特別義務，依特別法優先於普通法之原則，僅能主張債務不履行規定之損害賠償。

2. 請求權競合說

認同一具體事實具備侵權行為與債務不履行之要件者，所生 2 請求權可獨立併存，但尚有不同看法：

⁴⁶ 同前註，頁 276-278。

⁴⁷ 參最高法院 77 年度台上字第 58 號判決：「民法第 184 條第 2 項所謂保護他人之法律，係指以保護他人為目的之法律。即一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律。」；最高法院 83 年台再字第 134 號判決：「按民法第 184 條第 2 項規定之法律，係指一切以保護他人為目的之法律規範而言。」

⁴⁸ 個資法第 1 條明定：「為規範個人資料之蒐集、處理及利用，以避免人格權受侵害，並促進個人資料之合理利用，特制定本法。」

⁴⁹ 如洩漏檢舉貪污瀆職之檢舉人姓名，影響檢舉人生活之安全，損害檢舉人之隱私權，檢舉人得請求非財產上損害賠償，參最高法院 87 年度台上字第 2459 號判決。

⁵⁰ 王澤鑑，「契約責任與侵權責任之競合」，民法學說與判例研究（一），2004 年 10 月，頁 399-406。

- (1) 自由競合說—認債務不履行與侵權行為所生 2 請求權之構成要件應予獨立判斷，債權人亦得擇一行使，其一請求權已達目的而消滅時，另一請求權亦隨之消滅；惟如係因目的外之原因而消滅者，另一請求權仍得行使。
- (2) 相互影響說—認債務不履行與侵權行為所生 2 請求權係相互影響，契約法之規定亦可適用於侵權行為所生請求權。從而，債務人之責任要件有特別規定者，該特別規定於侵權行為責任亦有適用；侵權行為責任關於人格權之侵害請求權，於契約責任亦有適用。

3. 請求權規範競合說

認同一具體生活事實符合債務不履行與侵權行之責任要件時，僅有 1 請求權，但具 2 法律基礎（契約關係與侵權行為關係），債權人得擇有利者主張。

綜上，考量債權人之權益維護及為免同一具體事實所生 2 獨立併存請求權之矛盾或不協調，本文認為債務不履行與侵權行為發生責任競合關係時，宜採與多數實務見解⁵¹相同之請求權競合說（相互影響說）。從而，企業經營者發生消費者個資外洩情事時，若其行為同時構成債務不履行責任與侵權行為責任，消費者應得就該 2 請求權擇一行使。

另消費者所得請求損害賠償之範圍，依民法第 216 條規定，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補消費者所受損害及所失利益為限。經查司法實務上認隱私權本身即屬一種法益，消費者因個資外洩而處於不安狀態或遭詐騙電話騷擾，所受精神上痛苦之非財產上損害⁵²，應於個資法第 29 條第 2 項適用第 28 條第 3 項之範圍內，酌定其相當之賠償數額⁵³；惟個資外洩後消費者遭第三人實施詐術行為所致財產上之損害，似認與企業經營者未盡個資安全維護義務間缺乏相當因果關係⁵⁴，或以該因果關係業遭詐術行為之實施所中斷⁵⁵，而未予肯認。

⁵¹ 最高法院 73 年台上字第 209 號民事判決、95 年台上字第 218 號判決。

⁵² 臺灣臺北地方法院 107 年度北小字第 266 號民事判決、第 4018 號民事判決；臺灣士林地方法院 107 年度士簡字第 438 號民事判決。

⁵³ 臺灣雲林地方法院 108 年度六簡字第 198 號民事判決。

⁵⁴ 臺灣士林地方法院 106 年度湖簡字第 1147 號民事判決、107 年度湖簡字第 1147 號民事判決。

⁵⁵ 臺灣士林地方法院 109 年度湖簡字第 1959 號民事判決。

伍、個資外洩通知機制之權益保護

一、個資外洩事故

（一）個資外洩之涵義

查個資法第 12 條規定：「公務機關或非公務機關違反本法規定，致個人資料被竊取、洩漏、竄改或其他侵害者，應查明後以適當方式通知當事人」；歐盟 GDPR 第 4 條第 12 項規定則係：「因安全性受到破壞導致傳輸、儲存或處理之個資遭意外或不法之毀損、滅失、變更、無權揭露或取得。」⁵⁶ 按廣義而言，「個資外洩」概指公、私部門或其內部成員，因故意或過失而使第三人得知其所持有之個資。惟為便於精確分析以符實際需要，學者認宜參考一般立法例之定義予以適當限縮。由是，「個資外洩」可謂他人未經授權取得公、私部門持有之個資，並足以影響該他人資料之安全性、私密性及完整性者而言⁵⁷。

（二）個資外洩主要態樣

就個資外洩之內容觀察，外洩之個資態樣約可區分如下⁵⁸：

1. 帳號（Account）資料外洩：

所謂帳號資料，係指信用卡號碼、銀行帳號或網站帳號密碼等資料。該等個資發生外洩後，伴隨而來的通常是盜刷信用卡、盜領帳戶現金或使用網站帳號進行詐欺犯罪。實務上常見手法係取得被害人帳號後，利用該帳號出售或購買商品，以詐取金錢或物品。通常藉由帳單、對帳單或其他被害人之聯繫，相關當事人可以很快發現個資外洩情事，故對個案造成之損害較為輕微。

⁵⁶ “personal data breach” means a breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed.

⁵⁷ 同註 4，頁 266。

⁵⁸ 同註 4，頁 266-267。

2. 身分 (Identity) 資料外洩：

按個人之身分，約可分為三種構面，一係「生物特徵之身分」，指專屬特定個人之聲音、指紋、掌紋、血型、DNA、面貌等；二係因出生而「被賦予之身分」，如個人姓名、出生時間（地點）、父母姓名、身分證統一編號等；三係屬個人生活「經歷之身分」，包括生活事件及社會互動情形，如出生證明、婚姻登記、入學紀錄、納稅紀錄、工作經歷、財務紀錄等⁵⁹。

實務上易遭外洩之身分資料，通常是個人姓名、出生年月日、身分證統一編號等足使他人辨識特定個人之資料。取得該等個資者往往會出售，或利用該等個資進行交易、開設新帳號（人頭帳戶），以進行身分犯罪（Identity Crime）。另外，亦可能利用該身分資料申辦電話供犯罪聯絡之用或售予他人使用（俗稱「王八機」）。由於大多使用不實之電話、住址等聯絡資料，被害者通常很難在短時間內察覺個資已遭外洩及濫用。因此，相較前述之帳號資料外洩，身分資料外洩對於當事人造成之損害亦較為嚴重。

（三）個資外洩之原因⁶⁰：

1. 外部不法入侵

如前述說明，現代社會之個資逐漸有商品化之發展趨勢，一般企業甚或預謀不法活動者，遂有購買個資之高度需求，進而促使電腦駭客願意鋌而走險，不法入侵公私部門或機構，以獲取民眾個資出售牟利。例如國內某人力銀行電腦系統疑遭中國駭客侵入，高達 592 萬筆個人資訊（求職者個人檔案編號、身分證號、姓名、性別、出生年月日、電子郵箱、電話區碼、市內電話、手機號碼、標識 ID、家庭住址）遭盜，並被張貼於「黑暗網站（Dark web）」出售⁶¹。

2. 內部管制疏失

除外部之不法活動外，個資外洩也可能因內部人員或協力者（如協力廠商、

⁵⁹ 呂文廷，「資料外洩責任通知法」與減少身分竊盜犯罪之研究—以美國為例，中央警察大學警學叢刊，第 43 卷第 5 期，2013 年 3 月，頁 112。

⁶⁰ 同註 4，頁 267-270。

⁶¹ 社會新聞中心，「人力銀行 592 萬筆個資遇「駭」／台灣半數工作人口在列」，自由時報，2020 年 10 月 4 日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1403787>（最後瀏覽日：2021 年 11 月 15 日）。

包商或協助機關)之不當行為而發生。例如 2008 年間某電視購物台下游廠商之業務行銷處離職經理，利用任職期間蒐集客戶資料，並於離職後出售，造成民眾個資外洩及引發相關詐騙案件⁶²。

又有效之資訊安全教育及相關機制，可提供內部人員正確觀念及遵循程序，避免個資外洩事故發生，並即時採取相關因應措施。惟上開機制若未能有效建置，個資外洩事故之發生機率將大為提高，例如 2008 年間某購物網站發生信用卡盜刷事件，不到 48 小時內該網站竟有 12 個帳戶以 7 百餘張信用卡進行 9 百多筆交易，盜刷金額逾 1 千多萬元⁶³，即係業者未能在交易流程中建置單一帳戶刷卡次數之查核機制所致。

另外，縱然訂有相關資訊安全規範與機制，若內部人員未能確實遵守，個資外洩事故仍會層出不窮。例如 2017 年國軍漢光演習兵推演練，5 名軍士官扮演「紅軍」駭客，成功攻破國防部資訊管理系統，竊得多名高階將領個資因而受獎。惟演習結束後，該等軍士官竟仍持續「登入」系統竊取國軍高階將領之個資，經法務部調查局於 2019 年間接獲舉報，隨即依涉犯內亂外患罪嫌移送高等檢察署偵辦⁶⁴。

3. 內神通外鬼

為獲取不法利益或其他原因，機構內部人員或協力者亦可能與外部人員合作，進而發生個資外洩事故。例如 2008 年間個資竊盜集團勾結不肖警察，取得特定人士之車籍、電話號碼、不動產、婚姻狀況、前科、入出境、通聯紀錄、戶籍甚至病史等個資，再轉售徵信業者作為跟監、討債或抓姦之用⁶⁵。

4. 當事人資安防護觀念不足

個資外洩事故之發生，有時係因當事人欠缺個資防護之觀念，任意將其個資交予他人，從而讓不肖歹徒有可趁之機。實務上常見如使用釣魚詐騙或網路釣魚

⁶² 邱俊福，「東森休閒育樂離職經理 盜賣個資 14 萬筆」，自由時報，2008 年 1 月 24 日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/184721>（最後瀏覽日：2021 年 10 月 15 日）。

⁶³ 張德厚，「『假盜刷 真詐財』詐騙集團手法翻新」，大紀元，2008 年 4 月 14 日，<https://www.epochtimes.com/b5/8/4/14/n2081536.htm>（最後瀏覽日：2021 年 10 月 18 日）。

⁶⁴ 楊佩琪，漢光演習 5 軍士扮「紅軍」駭客 真竊機密「內亂外患」送辦，三立新聞網，2020 年 5 月 27 日，<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=750180>（最後瀏覽日：2021 年 10 月 18 日）。

⁶⁵ 林慶川、黃敦硯、陳嘉銘、林佳宏、陳慧貞，「勾結警盜個資 隋棠楊宗緯被賣給週刊」，自由時報，2009 年 12 月 10 日，<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/357533>（最後瀏覽日：2021 年 10 月 18 日）。

(Phishing)⁶⁶手法，透過偽造之電子郵件或網站，騙取民眾個資。若民眾提供其個資時，能夠注意辨識該網站之連結資訊，即可避免個資外洩事故之發生。

二、個資外洩通知機制之重要性

(一) 個資外洩之影響與衝擊

一般而言，外洩個資之內容多係身分證統一編號、出生日期、銀行帳號、信用卡號碼等個人身分識別或重要私密資料，除造成民眾生活困擾外，相關信用卡盜刷、帳戶現金盜領、帳號使用詐欺及身分竊盜等詐騙或信用卡犯罪，亦常導致當事人嚴重財務損失。析言之，除因身分遭竊或電話詐騙等生活上困擾外，個資外洩對於當事人在經濟與社會層面之負面影響，尚包括物質上之有形損害(如經濟損失)，以及個人自我資料掌控權利(如資訊自主權)之限制、身分遭盜用或詐欺之名譽受損、假名化資料還原與機密受損等無形損害⁶⁷。

再者，個資料外洩發生後，隨之而來的相關犯罪事件，亦可能造成企業經營者之經濟或財務上直接損失，還有商譽損害及內部系統癱瘓等狀況⁶⁸，進而使消費者缺乏信心並排斥與其進行交易。另外，企業經營者可能尚須面對股價下跌及民事求償、刑事訴訟等相關法律責任問題。

另外，個資料外洩對於社會之衝擊，則是消費大眾可能因此怯於使用線上交易，轉而採用傳統實體通路之交易模式，進而提高消費者與業者之交易成本。尤其發生個資外洩事故後，企業經營者通常選擇沉默，不願公布事件始末。故為維護個資當事人與消費大眾權益，並促進社會經濟發展，建立妥適之個資外洩通知規範，實為當務之急。

(二) 個資外洩通知與個資安全維護

個資外洩通知機制與個資安全維護措施，雖均具敦促個資持有者採取適當資

⁶⁶ 按 Phishing 係學界針對資訊安全新創之英文字彙，用以說明類似真實釣魚(放置餌食，等待魚兒上鉤)型態之詐騙手法。

⁶⁷ 張腕純，個人資料外洩如何通知？參考歐盟 GDPR 之規範與指引，科技法律透析，第30卷第2期，2018年2月，頁33。

⁶⁸ 林宜隆、周瑞國、蔡名家、邱泓傑，新版個人資料保護與資料外洩防護之探討，電腦稽核期刊，第24期，2011年7月1日，頁115。

訊安全維護措施之目的，但性質上有其差異。按個資外洩通知機制乃植基於當事人之資訊自主權與知的權利，使其了解個資利用情形，並據以因應可能接踵發生之身分竊盜或詐騙事件。易言之，係為解決特定問題，減緩犯罪發生，而以市場為基礎，求取消費者權益保護與企業經營者法令遵循負擔之平衡。然個資安全維護措施則係以維護個資安全為目的所建置之最低標準，乃企業經營者從事蒐集、處理或利用個資之代價，係以權利為基礎，並偏重當事人之利益考量⁶⁹。

（三）個資外洩通知之機能⁷⁰

按個資外洩之通知，乃考量當事人對其個資外洩情事，應享有資訊自主權與知的權利，透過通知機制可即時協助當事人預防因個資外洩所生網路或電話詐騙犯罪之風險，以減緩可能之損害⁷¹，故個資外洩之通知，對於個資當事人具有「事後」保護之機能。

又個資外洩之通知，對於發生個資外洩之企業機構並可產生聲譽制裁（Reputational Sanction）之效果；另可透過統合應變與資訊分享，敦促其他組織採取妥適之安全維護措施，以降低相關風險，避免個資遭竊取、洩漏、竄改等侵害事件之發生⁷²，故個資外洩之通知，對於個資當事人亦有「事前」保護之機能。

（四）個資外洩通知之規範模式

從事網路服務或網路購物之企業經營者雖多訂有隱私權政策（Privacy Policy），期以拘束交易雙方並限制業者取得、保存及利用客戶個資之相關責任。然此種透過契約關係形成之「自律」規範，實際上並不足以完善保護消費者之個資安全。

由於消費者多居交易關係之弱勢，對於企業經營者採用之隱私權政策並無選擇或協商能力，且因企業經營者之隱私權政策大同小異，故消費者多不會將隱私權政策當成重要交易資訊。從而，企業經營者可能會低估個資安全之重要性或忽

⁶⁹ 廖淑君，個人資料侵害事故通知規定之探討—以澳洲、歐盟與美國立法趨勢為例，科技法律透析，第26卷第6期，2014年6月，頁52。

⁷⁰ 同前註，頁51。

⁷¹ 同註63，頁273。

⁷² 鄭宛瓊，個人資料外洩通知與規範架構類型之探討，科技法律透析，第23卷第1期，2011年1月，頁57。

視個資外洩之影響，進而疏於建置有效之安全維護機制；且實務上企業機構對於個資外洩事故多會選擇沉默，不願對外具體說明，避免損及商譽與形象。因此，對於個資外洩事故，必須訂定強制通知之「他律」規範，迫使企業經營者無法保持沉默，並藉由商譽、形象損害及通知費用等隱形成本，促其事先建立妥適有效之個資保護機制，以維護消費者之個資安全⁷³。

二、現行個資外洩通知機制之檢討

如前述說明，現行個資外洩事故之「通知義務」係規定於個資法第 12 條，「通知方式」則訂定於個資法細則第 22 條，「通知程序」另由中央目的事業主管機關依個資法第 27 條訂定安全維護辦法補充規範，就個資之基本權利屬性及其規範方式言，現行法令所定內容實過於簡略而不符社會需要，對於消費者資訊權益之保護亦顯有未足。

查歐盟為調和其成員國之個資保護法令，並提供共通法律框架與指導原則，業於 1995 年訂頒個資保護指令（Directive 95/46/EC）在案。由於該「指令」尚須透過會員國立法轉換，致各會員國之個資保護程度與具體規範存有極大差異，歐盟執委會為統合各會員國對於個資保護之法規標準乃研提 GDPR 草案，並經歐洲議會於 2016 年通過公布，定自 2018 年 5 月 25 日實施，用以取代 1995 年訂頒之個資保護指令⁷⁴。本文爰就我國現行個資外洩通知規範所涉問題進行檢討分析，並參酌歐盟 GDPR 有關規定研提相關建議，俾與國際規範接軌。

（一）個資外洩通知之「前提」

個資法第 12 條規定：「公務機關或非公務機關違反本法規定，致個資被竊取、洩漏、竄改或其他侵害者，應查明後以適當方式通知當事人。」故實務上大多認為在「不違反個資法」之情況下，如已採行適當安全措施，但網站遭駭客入侵或植入木馬程式，導致個資外洩，因未涉違反個資法之過失，即無須通知當事人。惟上開規範方式能否達成個資法（第 1 條）所定「避免人格權受侵害」之立法目

⁷³ 同註 4，頁 271-273。

⁷⁴ 闕光威、陳婉茹，歐盟個人資料保護新規之衝擊與影響，全國律師，第 22 卷第 1 期，2018 年 1 月，頁 76。

的，恐值探究⁷⁵。

查前開規定針對個資遭竊取、洩漏、竄改或其他侵害事故之通知義務，明定以「違反本法規定」為前提，可能會使個資控管者基於聲譽損失之利害考量，傾向採取有利於己之判斷而保持沉默；或認為須經主管機關認定違法後，始生通知當事人之義務。從而除無法及時發揮嚇阻、預警之降低損害效果，並可能使當事人錯失採取因應作為的良機⁷⁶，造成相關財務損失，進而引發民眾恐慌不安，甚或影響社會經濟發展。另違反個資法之民事賠償責任甚重，公務機關應負「無過失責任」⁷⁷，非公務機關則係「舉證責任倒置」⁷⁸，故實務上個資保有者對於個資外洩事故大多極力隱藏遮掩，直至無法隱瞞時方才公諸社會⁷⁹。按個資外洩之通知規範，主要著眼於使當事人知悉個資外洩之事實，以儘速採取因應措施，防止損害或避免損失擴大，至於個資控管者有無違法（未盡個資安全之維護義務）情事，應非所問⁸⁰。從當事人權益之「事後」保護觀點論，個資外洩後發生身分竊盜、電話詐騙等犯罪事件之機率極高，實不宜以「違反個資法」作為踐行通知義務之前提要件⁸¹。

按歐盟 GDPR 第 4 條第 12 項關於個資外洩之定義，係指「因安全性受到破壞導致傳輸、儲存或處理之個資遭意外或不法之毀損、滅失、變更、無權揭露或取得」⁸²。根據第 29 條資料保護工作小組（Article 29 Data Protection Working Party）發布之「個資外洩通知指引」⁸³解釋，依 GDPR 第 32 條規定，關於資料處理之安

⁷⁵ 同註 63，頁 53；註 66，頁 52。

⁷⁶ 同註 66，頁 60。

⁷⁷ 個資法第 28 條第 1 項規定：「公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但損害因天災、事變或其他不可抗力所致者，不在此限。」

⁷⁸ 個資法第 29 條第 1 項規定：「非公務機關違反本法規定，致個人資料遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，負損害賠償責任。但能證明其無故意或過失者，不在此限。」

⁷⁹ 劉佐國、李世德，個人資料保護法釋義與實務，基峯資訊股份有限公司，2015 年 10 月初版，頁 66。

⁸⁰ 法務部，「歐盟及日本個人資料保護立法最新發展之分析報告」委託研究案成果報告，2016 年 12 月 30 日，頁 169。

⁸¹ 同註 63，頁 68、71。

⁸² “A breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorized disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed.” Commission Regulation 2016/679, art. 4(12), 2016 O.J. (L 119) 1, 34.

⁸³ Article 29 Data Protection Working Party [Art. 29 WP], Guidelines on Personal Data Breach

全性，資料控管者與處理者應考量包含確保資料處理系統與服務具有持續之機密性、完整性、可得性及恢復能力等要素，採行適當技術及制度上措施，以確保安全程度合乎風險需求。因此，不論個資外洩屬影響機密性、可得性或完整性之何種類型⁸⁴，凡符合上開個資外洩之定義者，即應依 GDPR 所定個資外洩事故通知規範辦理。

綜上，關於現行個資外洩通知義務，建議可參考歐盟 GDPR 之規定，於個資法中明定僅以發生個資被竊取、洩漏、竄改或其他侵害情事為已足，而毋須以「違反本法規定」為前提，俾能及時發揮嚇阻、預警之效果，有利當事人採取因應作為，避免財務損失，以維護其權益。

（二）個資外洩之通知「時點（限）」

依個資法第 12 條規定，公務機關或非公務機關違反該法規定，致個資發生外洩者，應「查明」後以適當方式通知當事人。惟上開規定所稱「查明」之涵義未臻明確，是所定通知「時點」之要求能否達成保護個資當事人權益之目的，容有探究餘地。

對於個資外洩之發生，前開規定僅謂應「查明後」通知當事人，除缺乏明確之通知「時限」規定，可能衍生法令適用之疑義⁸⁵外，實務上亦可能致生公務、非公務機關藉機拖延之情形。查法務部相關函釋略謂：「公務機關發現所蒐集之個人資料有被竊取、洩漏、竄改或其他侵害等情事，即應查明事實，以適當方式迅速通知當事人，始符合本條之立法目的；至於公務機關違法責任之確認，尚非構成通知義務之要件或前提。」⁸⁶惟並未指出「查明」之時限為何。再者，依個資法第 48 條規定，非公務機關違反前開通知義務規定時，應由中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）限期改正，屆期未改正者，方得按次處以罰鍰，更易使發生個資外洩之企業機構延宕通知，甚而遲至東窗事發，遭令限期改正後，始踐行其

Notification under Regulation 2016/579, 17/EN, WP250 (Oct. 3, 2017)

⁸⁴ 個資外洩可根據所產生之負面影響區分為 3 種類型：1.機密性外洩（Confidentiality Breach）：指個資意外或被無權限者取得或揭露之情形；2.可得性外洩（Availability Breach）：指個人資料意外或被無權限者毀損或滅失，使資料無法被取得之情形；3.完整性外洩（Integrity Breach）：指個資意外或被無權限者變更之情形。參註 61，頁 34。

⁸⁵ 同註 63，頁 70。

⁸⁶ 法務部 2017 年 6 月 5 日法律字第 10603503230 號函。

通知義務⁸⁷。

按歐盟 GDPR 關於個資外洩之通知義務，係按通知對象與風險程度之不同，區分為向監管機關（Supervisory Authority）通知（第 33 條）與向資料當事人（Data Subject）通知（第 34 條）2 種規範型態。資料控管者⁸⁸對於個資外洩事故之通知「時點（限）」，亦分別規定為應於「知悉」個資外洩事故後 72 小時內，以及不得無故拖延等要求。按上開規定所稱「知悉」，依第 29 條資料保護工作小組之解釋，係指資料控管者就發生安全性破壞及所致個資外洩，具有合理程度確信（A Reasonable Degree of Certainty）之時⁸⁹，例如第三人提供明確證據告知資料控管者關於個資外洩之事實，或駭客攻擊網路系統後向資料控管者進行勒索，即應認資料控管者已「知悉」個資外洩事故發生之事實⁹⁰。

綜上，為避免非公務機關藉故拖延履踐其通知義務，建議可參考歐盟 GDPR 之規定，於個資法中明定應於「知悉」個資外洩後踐行相關通知程序，並按不同通知對象（詳如後述）區分踐行通知義務之「時限」，以達個資外洩通知機制之保護當事人資訊權益目的。

（三）個資外洩之通知「對象」

個資法第 12 條規定，公務機關或非公務機關違反該法規定，致個資發生外洩者，應以適當方式通知當事人。析言之，發生個資外洩事故時，個資法僅明定應通知該個資「當事人」，但未規定亦須通知中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府等相關機關。

我國個資保護業務採分散式管理模式，亦即係由各中央目的事業主管機關或地方政府執行相關檢查、糾正及裁罰事務，而非統由單一專責機關辦理。查目前各中央目的事業主管機關係藉由訂定個資檔案安全維護管理辦法，或依個資法第 27 條第 2 項規定指定非公務機關訂定個資檔案安全維護計畫，就個資外洩通知程序有關事項予以補充規範。經查內政部、經濟部、財政部、交通部、教育部、衛

⁸⁷ 同註 74，頁 169-170。

⁸⁸ 依歐盟 GDPR 第 4 條規定，「資料控管者」係指單獨或與他人共同決定個人資料處理之目的與方法之自然人或法人、公務機關、機構或其他組織。

⁸⁹ 同註 61，頁 35-36。

⁹⁰ 張陳弘、莊植寧，新時代之個人資料保護法制，新學林出版公司，2019 年 6 月一版，頁 247-248。

生福利部、勞動部、農業委員會、公共工程委員會、原子能委員會、金融監督管理委員會、中央銀行、公平交易委員會、國家通訊傳播委員會等中央目的事業主管機關，已針對所轄部分非公務機關訂定個資檔案安全維護管理辦法，相關規範雖訂有個資外洩之通知程序，然未必均要求發生個資外洩時亦須通知主管機關，所定通知程序之時機、內容、方式等相關事項，亦非一致⁹¹。

按歐盟 GDPR 所定個資外洩事故之通知機制，係區分為向監管機關通知（第 33 條）及向資料當事人通知（第 34 條）2 種類型。依 GDPR 第 33 條第 1 項規定：「發生個資外洩事故時，資料控管者在可行情況下，應於知悉後 72 小時內，通知第 55 條之監管機關，不得無故拖延。但對自然人之自由權利不致造成危險者，不在此限。未能於 72 小時內為通知時，應說明遲延之理由。」⁹² 析言之，除非個資外洩對當事人之自由權利不致造成危險，原則上資料控管者應於知悉該外洩事故後 72 小時內通知監管機關。若個資外洩不可能對個資當事人之自由權利造成危險時，則例外毋須通知監管機關，例如資料使用符合當時發展水平之演算法加密，且加密金鑰完好無缺並未遺失，以當時可得技術任何人原則上皆無法探知資料之內容，且資料控管者有足夠備份資料者，因對資料當事人之自由權利不致造成危險，故可免除其通知義務。惟是否造成危險，往往因時間推移而須重新評估，如資料控管者發現加密金鑰亦遭外洩或加密軟體存有安全漏洞，則仍須踐行上開通

⁹¹ 如「金融監督管理委員會指定非公務機關個人資料檔案安全維護辦法」第 6 條規定：「非公務機關為因應個人資料之竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏等安全事故（以下簡稱事故），應訂定下列應變、通報及預防機制：……二、事故發生後應受通報之對象及其通報方式。三、事故發生後，其矯正預防措施之研議機制。非公務機關遇有重大個人資料事故者，應即通報本會；……前項所稱重大個人資料事故，係指個人資料遭竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏，將危及非公務機關正常營運或大量當事人權益之情形。」；「網際網路零售業及網際網路零售服務平台業個人資料檔案安全維護計畫及業務終止後個人資料處理作業辦法」第 8 條規定：「前條因應措施，應包括個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏等事故之應變機制，其內容應對下列事項為具體規定：……四、發生重大事故時，即時依本部指定之機制進行通報，並依本部指示，公告或持續通報事故之處理情形與避免類似事故再次發生之矯正及預防機制。前項第四款所稱重大事故，指個人資料遭竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏，將危及網際網路零售業正常營運或大量當事人權益之情形。」

⁹² “In the case of a personal data breach, the controller shall without undue delay and, where feasible, not later than 72 hours after having become aware of it, notify the personal data breach to the supervisory authority competent in accordance with Article 55, unless the personal data breach is unlikely to result in a risk to the rights and freedoms of natural persons. Where the notification to the supervisory authority is not made within 72 hours, it shall be accompanied by reasons for the delay.” Commission Regulation 2016/679, art. 33(1), 2016 O.J. (L 119) 1, 52.

知義務⁹³。

關於通知資料當事人之義務，GDPR 第 34 條第 1 項係規定：「當個資外洩可能對自然人之自由權利造成高度風險時，資料控管者應通知資料當事人，不得無故拖延。」⁹⁴ 按其目的主要在於使資料當事人了解如何自我保護，避免個資外洩帶來之負面影響。惟依同條第 3 項規定，以下情形亦可例外地免除上開通知義務⁹⁵：1. 外洩事故發生前，資料控管者已採行適當技術及管理措施，且該等措施已適用於受侵害影響之個資，尤其已使未獲授權近用之人無法識別個資，例如使用加密技術。2. 外洩事故發生後，資料控管者已採取相關措施，確保不致造成當事人自由權利之高度風險。3. 個別通知涉有不合比例之勞費。但應以公眾媒體發布或具同等效力之告知方式替代⁹⁶。惟資料控管者認其符合上述例外情形者，應向監管機關提出證明；若監管機關認有造成資料當事人自由權利高度風險之虞，則仍可要求資料控管者踐行通知之義務⁹⁷。簡言之，依 GDPR 有關規定，當個資外洩事故可能對當事人之自由權利造成風險時，資料控管者即須通知監管機關；若有造成「高度」風險之可能者，則並應通知該資料當事人。

⁹³ 同註 61，頁 38-39。

⁹⁴ “When the personal data breach is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons, the controller shall communicate the personal data breach to the data subject without undue delay.” Commission Regulation 2016/679, art. 34(1), 2016 O.J. (L 119) 1, 52.

⁹⁵ “The communication to the data subject referred to in paragraph 1 shall not be required if any of the following conditions are met: (a) the controller has implemented appropriate technical and organisational protection measures, and those measures were applied to the personal data affected by the personal data breach, in particular those that render the personal data unintelligible to any person who is not authorised to access it, such as encryption; (b) the controller has taken subsequent measures which ensure that the high risk to the rights and freedoms of data subjects referred to in paragraph 1 is no longer likely to materialise; (c) it would involve disproportionate effort. In such a case, there shall instead be a public communication or similar measure whereby the data subjects are informed in an equally effective manner.” Commission Regulation 2016/679, art. 34(3), 2016 O.J. (L 119) 1, 53.

⁹⁶ “If the controller has not already communicated the personal data breach to the data subject, the supervisory authority, having considered the likelihood of the personal data breach resulting in a high risk, may require it to do so or may decide that any of the conditions referred to in paragraph 3 are met.” Commission Regulation 2016/679, art. 34(4), 2016 O.J. (L 119) 1, 53.

⁹⁷ 例如聯繫資訊因被竊取、遺失或其他原因而不可得之情形。參註 84，頁 254。

⁹⁸ “If the controller has not already communicated the personal data breach to the data subject, the supervisory authority, having considered the likelihood of the personal data breach resulting in a high risk, may require it to do so or may decide that any of the conditions referred to in paragraph 3 are met.” Commission Regulation 2016/679, art. 34(4), 2016 O.J. (L 119) 1, 53.

綜上，現行個資法第 12 條僅規定發生個資外洩事故時，應查明後通知個資「當事人」，尚乏通報相關主管機關之明文；各中央目的事業主管機關目前雖針對所轄屬特許行業之非公務機關訂有個資檔案安全維護管理辦法，惟未必要求併須通報主管機關，除不利當事人之權益維護及個資商品化之使用監管，恐與「資料治理」之數位時代思潮亦有脫節。本文建議可參考歐盟 GDPR 之規定，於個資法中明定發生個資外洩時，公務、非公務機關應通知其主管⁹⁸（上級或監督⁹⁹）機關。另考量「知悉」個資外洩事故即應踐行通知義務之作法，實務上可能會因「資訊過載」致對相關資訊產生認知麻痺之風險¹⁰⁰，併宜酌定通知門檻（是否對當事人權益造成風險）及免除通知義務之例外條件（是否已針對外洩個資採取適當保護措施，使未經授權者無法理解資料內容）¹⁰¹，以求周延妥適。

（四）個資外洩通知之「內容」

個資法施行細則第 22 條第 2 項規定：「依本法第 12 條規定通知當事人，其內容應包括個人資料被侵害之事實及已採取之因應措施。」惟該通知內容如僅限個資外洩之事實及已採取之因應措施，而未告知外洩個資之種類、數量及相關矯正預防作法等具體資訊，能否達成通知機制之規範目的，似非無疑¹⁰²。

通常發生個資外洩事故後，實務上企業經營者為免損及形象及商譽，大多僅係透過官方網站發布資訊，提醒消費者（會員）防範詐騙，而未具體敘明個資外洩之事實。行政院雖於 2015 年召開「消費者個資外洩事件處理機制」研商會議，

⁹⁸ 論者甚或建議應一併通知偵查機關及金融機構等其他組織，參註 10，頁 285；張曉芳，個資事故之通報應變機制之研究—兼論個資間接識別，東吳大學法律學系碩士論文，2014 年 9 月，頁 86。

⁹⁹ 依個資法第 12 條規定，公務、非公務機關發生個資外洩事故，均應通知當事人，惟違反該義務時，公務機關尚非適用同法第 48 條所定（非公務機關）改正、裁罰規範，實務上係由其上級機關限令改正及懲處失職人員（參見國家發展委員會，「個人資料保護專區（個資法問與答）」https://pipa.ndc.gov.tw/News_Content.aspx?n=7D3602579D2BF23F&sms=2F28806F8A42AE16&s=9131FD06818DA34E（最後瀏覽日 2021 年 1 月 25 日）。為落實有效之監督管理，維護個資當事人之權益，公務機關知悉個資外洩事故時，亦應通報其上級或監督機關（參照資通安全管理法第 14 條第 2 項規定）。

¹⁰⁰ 同註 66，頁 56。

¹⁰¹ 同註 74，頁 170。

¹⁰² 吳宜展，個資外洩，不能河蟹—論個資外洩實務規範及處理，司法新聲，第 126 期，2018 年 4 月，頁 79。

要求各中央目的事業主管機關於所訂個資檔案安全維護管理辦法，應明定個資外洩事故之通知內容包括「個資外洩之事實、業者所採取之因應措施及所提供之諮詢服務專線」¹⁰³；並請法務部列入個資法及其施行細則之研修參考¹⁰⁴，惟對於個資遭外洩之消費者而言，其資訊權益之保護仍嫌不足。

參酌歐盟 GDPR 第 33 條第 3 項規定¹⁰⁵ 及第 29 條資料保護工作小組之解釋，發生個資外洩事故時，資料控管者向監管機關通知之內容，至少必須包含以下各款資訊：1.個資外洩之性質，可能的話應含資料當事人之類型(尤其是兒童、身心障礙者、消費者、受僱人等弱勢團體)與約略數量，以及所涉個資之類型(尤其是健康資料、社會照護資料、教育紀錄、財務資料、銀行帳戶號碼、護照號碼等)與約略數量；2.資料保護專員之姓名及聯絡方式，或其他可取得更多資訊之聯絡窗口資料；3.個資外洩可能造成之結果；4.資料控管者已採取或預計採取用以處理個資外洩之措施（包括降低可能不利影響之措施）。」惟所應告知之內容並非以此為限，必要時監管機關仍得要求提供更多詳細資訊¹⁰⁶。

至於資料控管者向資料當事人通知之內容，參酌歐盟 GDPR 第 34 條第 2 項規定¹⁰⁷ 及第 29 條資料保護工作小組之解釋，除應以清楚易懂之言詞描述個資外洩之性質外，至少亦須包含前開 GDPR 第 33 條第 3 項所列第 2 款至第 4 款之資訊。此外，資料控管者通知監管機關所獲有關資訊及處理建議，亦應具體告知資料當

¹⁰³ 法務部 2016 年 4 月 20 日法制字第 10502506140 號函。

¹⁰⁴ 行政院 2016 年 3 月 10 日消費者保護會第 45 次會議紀錄之提案事項四；案經行政院副院長（主席）裁示各中央目的事業主管機關應儘速完成訂（修）相關規範之法制作業；有關通知當事人內容及通報主管機關義務等規範建議，亦請法務部列為未來個資法（含施行細則）研修之參考。

¹⁰⁵ “The notification referred to in paragraph 1 shall at least:(a) describe the nature of the personal data breach including where possible, the categories and approximate number of data subjects concerned and the categories and approximate number of personal data records concerned;(b) communicate the name and contact details of the data protection officer or other contact point where more information can be obtained;(c) describe the likely consequences of the personal data breach;(d) describe the measures taken or proposed to be taken by the controller to address the personal data breach, including, where appropriate, measures to mitigate its possible adverse effects.” Commission Regulation 2016/679, art. 33(3), 2016 O.J. (L 119) 1, 52.

¹⁰⁶ 同註 61，頁 38。

¹⁰⁷ “The communication to the data subject referred to in paragraph 1 of this Article shall describe in clear and plain language the nature of the personal data breach and contain at least the information and measures referred to in points (b), (c) and (d) of Article 33(3).” Commission Regulation 2016/679, art. 34(2), 2016 O.J. (L 119) 1, 53.

事人，俾其採取必要保護措施（例如重設密碼）¹⁰⁸。

綜上，我國個資法施行細則第 22 條第 2 項規定及各中央目的事業主管機關所訂個資檔案安全維護管理辦法有關規範，所定個資外洩通知之內容仍有未盡周妥之處，建議可參考歐盟 GDPR 之規定，於個資法中針對不同通知對象（當事人、主管機關）分別明定所應通知之內容，例如通知當事人時，應包括聯絡窗口資訊、個資外洩可能造成之結果及預計採取之有效處理措施等資訊；通知主管機關時，尚應告知外洩個資之性質（包括所涉當事人之類型與數量、個資之類型與數量），俾落實通知機制之規範目的。

（五）個資外洩事故之通知「方式」

個資法施行細則第 22 條第 1 項規定：「本法第 12 條所稱適當方式通知（當事人），指即時以言詞、書面、電話、簡訊、電子郵件、傳真、電子文件或其他足以使當事人知悉或可得知悉之方式為之。但需費過鉅者，得斟酌技術之可行性及當事人隱私之保護，以網際網路、新聞媒體或其他適當公開方式為之。」按所稱「即時」，係指不得為不必要之拖延；所謂「需費過鉅」，係指倘採取「個別」通知方式，依客觀情形與一般社會通念，將使通知所需耗費之勞力、時間、費用與所欲防免之損害顯失衡平，造成過度負擔；至「技術之可行性」評估，則應考量當代科技水準，擇取 1 項或多項與個別通知相同有效之通知方式（如在機關網站明顯位置揭示訊息、透過新聞媒體播送訊息），確保當事人有最大機會知悉個資侵害事故，以及時採取措施維護其權益¹⁰⁹。

按歐盟 GDPR 第 34 條第 1 項、第 3 項規定¹¹⁰，個資外洩可能對自然人之自由權利造成高度風險時，原則上資料控管者應個別通知受影響之資料當事人；若個別通知涉有不合比例之勞費，應以公眾媒體發布或具同等效力之告知方式替代。

¹⁰⁸ 同註 61，頁 39。

¹⁰⁹ 國家發展委員會，「個人資料保護專區（個資法問與答）」，網址：https://pipa.ndc.gov.tw/News_Content.aspx?n=7D3602579D2BF23F&sms=2F28806F8A42AE16&s=9131FD06818DA34E（最後瀏覽日 2021 年 11 月 25 日）。

¹¹⁰ “The communication to the data subject referred to in paragraph 1 shall not be required if any of the following conditions are met: (c) it would involve disproportionate effort. In such a case, there shall instead be a public communication or similar measure whereby the data subjects are informed in an equally effective manner.” Commission Regulation 2016/679, art.34(3), 2016 O.J. (L 119) 1, 53.

根據第 29 條資料保護工作小組之解釋，資料控管者應盡其所能透過各種機會管道通知資料當事人，除應使用明白易懂之語言文字，並建議採用直接訊息（如電子郵件、手機簡訊）、網站上顯著位置公告、郵件信函、平面媒體顯著廣告等清楚透明之溝通方式，且係單獨寄送而非與其他例行通知或動態新聞併同處理¹¹¹。此外，資料控管者尚須注意聯絡窗口資訊是否因外洩而遭偽裝，以確保資料當事人能獲得有效通知¹¹²。

綜上，依個資法施行細則之規定，發生個資外洩事故時，原則上應即時以言詞、書面、電話、簡訊、電子郵件等足使當事人知悉或可得知悉之方式進行個別通知。惟考量數位時代交易習慣及社會多元人口結構，建議於個資法中明定發生個資外洩時，對於當事人之通知應採個別通知與網路公告併行之方式¹¹³，並可參考歐盟 GDPR 之規定，要求使用明白易懂之語言文字，且不得與其他例行通知或動態新聞寄送併同為之，俾使個資當事人能獲得公平、有效之通知，落實其權益保障。

陸、結論與建議

現代人之社會活動幾乎無時無刻都會涉及個資之蒐集、處理及利用行為。隨著商業交易型態之轉變，民眾個資除了容易被他人大量、詳盡地蒐集、保存及利用外，資訊儲存媒體之改變，亦讓個資保護問題趨於複雜。尤其網際網路之快速發展，更將資訊之使用、交換推向新紀元，當個資透過電腦科技及網際網路加以儲存、處理或交換，雖具有可長久保存、容易複製、方便使用及迅速傳輸之特性，但個資亦因此更易被暴露或誤用。

由於交易模式及社會互動方式轉變，企業經營者為因應交易活動或經營模式需要，常會廣泛、詳細蒐集民眾之個資，導致消費者個資因大量地被電子商務業者所持有，進而增加個資外洩或被濫用之風險。例如銀行、保險業等金融機構從事授信、承保、理賠或進行相關金融交易時，實務上需要考量特定對象之財務及

¹¹¹ 於企業網站頁面或新聞報導中提及個資外洩事故者，非屬有效之通知方式。參註 84，頁 253。

¹¹² 同註 61，頁 39-40。

¹¹³ 同註 96，頁 81-82。

信用資訊，表示個人之財務及信用資訊具有相當之商業價值，進而讓個資商品化現象成為現代社會之發展趨勢。

依司法院大法官相關解釋，個資具有受憲法保障之資訊隱私權及資訊自主權之屬性，從而當事人得本於基本權利之主觀及客觀功能，要求國家提供有效之法規範保護，例如個資法第 5 條及第 19 條第 1 項明定，非公務機關蒐集或處理消費者之個資，除不得逾越特定目的之必要範圍，且應與蒐集之目的具有正當合理之關聯外，並須基於契約或類似契約之關係，或有法律明文規定、經當事人同意、增進公共利益所必要等其他正當事由。關於個資安全之維護義務，個資法第 18 條規定，公務機關應指定專人辦理安全維護事項，防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏。另依第 27 條規定，非公務機關應採行適當之安全措施，防止個人資料被竊取、竄改、毀損、滅失或洩漏；違反該法規定，致個資遭不法蒐集、處理、利用或其他侵害當事人權利者，依第 29 條規定，並應負損害賠償責任。關於個資外洩之通知機制，依個資法第 12 條規定，公務機關或非公務機關違反該法規定，致個人資料被竊取、洩漏、竄改或其他侵害者，應查明後以適當方式通知當事人。

另依消保法第 3 條第 1 項第 13 款及第 4 條規定，政府及企業經營者均應重視消費者安全，以及實施必要之消費者保護措施，實務上並包含涉及消費關係之個資保護事項在內。從而，非屬「公務機關」之自然人、法人或其他團體持有消費者個資時，若與消費者間存有「消費關係」，即有消保法相關規範之適用，例如對於消費者提供服務，應符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性；定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則。企業經營者發生外洩消費者個資情事者，其行為若構成民法債務不履行或侵權行為責任，消費者並得請求財產及非財產上之損害賠償。

數位時代之個資商品化發展趨勢，促使不肖之徒鋌而走險，不法入侵公私部門或機構，以獲取民眾個資出售牟利之情形日益嚴重。由於外洩之個資多係身分證統一編號、出生日期、銀行帳號、信用卡號碼等個人身分識別或重要私密資料，除造成民眾生活困擾外，相關信用卡盜刷、帳戶現金盜領、帳號使用詐欺及身分竊盜等詐騙或信用卡犯罪，亦常導致當事人嚴重財務損失¹¹⁴。伴隨而來之相關犯

¹¹⁴ 參財團法人中華民國消費者文教基金會，「訂機票慘遭「個資外洩」被騙 52 萬業者自稱受害者

罪，亦可能造成企業經營者之經濟或財務上損失，以及商譽損害與內部系統癱瘓。考量當事人之資訊自主權與知的權利，發生個資外洩事故時，應藉由通知機制，即時協助消費者預防所生網路或電話詐騙犯罪之風險，以減緩可能之損害，對於外洩個資之企業機構，亦予以一定之聲譽制裁。爰針對現行個資外洩通知機制如何妥適規範，提出相關建議如下：

一、研修個資法有關規定

現行個資外洩事故之「通知義務」、「通知方式」及「通知程序」，分別規定於個資法、個資法施行細則及中央目的事業主管機關依個資法第 27 條訂定之安全維護辦法，就個資之基本權利屬性及其規範方式言，現行法令之規範內容過於簡略且不符實際，規範體系亦流於分散混亂，對於消費者資訊權益之保護顯有不足，允宜增修強化如下：

1. 建議個資外洩通知義務，僅以發生個資被竊取、洩漏、竄改或其他侵害情事為已足，而毋須以「違反本法規定」為前提。
2. 建議應於「知悉」個資外洩後踐行相關通知程序，並按不同通知對象區分踐行通知義務之「時限」，以免非公務機關藉故拖延踐行通知義務。
3. 建議公務、非公務機關發生個資外洩時，均應通知其主管機關。另考量實務上可能會因「資訊過載」致對相關資訊產生認知麻痺之風險，宜併酌定通知門檻（是否對當事人權益造成風險）及免除通知義務之例外條件（是否已針對外洩個資採取適當保護措施，使未經授權者無法理解資料內容）。
4. 建議針對不同通知對象（當事人、主管機關），分別規定所應通知之內容，例如通知當事人時，應包括聯絡窗口資訊、個資外洩可能造成之結果及預計採取之有效處理措施；通知主管機關時，尚應告知外洩個資之性質（包括所涉當事人之類型與數量、個資之類型與數量）。
5. 建議對於當事人之通知，應採個別通知與網路公告併行之方式，並要求使用明白易懂之語言文字，且不得與其他例行通知或動態新聞寄送併同為之。

二、強化定型化契約規範

消保法第 17 條明定，中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載，內容得包含契約之重要權利義務事項及與契約履行有關之事項。查目前經濟部公告之「零售業等網路交易定型化契約應記載及不得記載事項」業於其應記載事項明定「企業經營者應遵守個人資料保護相關法令規定。」、「企業經營者應於知悉消費者之帳號密碼被冒用時，立即暫停該帳號所生交易之處理及後續利用。」；於其不得記載事項明定：「不得記載消費者預先拋棄或限制下列個人資料權利之行使：（一）查詢及請求閱覽。（二）請求製給複製本。（三）請求補充或更正。（四）請求停止蒐集、處理或利用。（五）請求刪除。」、「不得記載消費者個人資料得為契約目的必要範圍外之利用。」

經查除上開規範外，其他主管機關似未針對其業管行業之定型化契約應記載或不得記載事項，訂有類此消費者資訊權益保護規範。查行政院為防止非公務機關個人資料檔案外洩，加強所屬中央目的事業主管機關對非公務機關個人資料保護之監管，雖已訂有個資保護聯繫要點，並要求中央目的事業主管機關所定安全維護辦法，應規定非公務機關發生個資外洩時之通報對象、時點、應通報事項及後續行政檢查等事項；對於尚未訂定安全維護辦法之非公務機關，中央目的事業主管機關亦應定期檢討訂定該辦法之必要性。惟查各中央目的事業主管機關所訂安全維護辦法，並未就個資外洩通知之對象、內容及方式定有合乎國際規範之機制，建議相關主管機關宜依消保法第 17 條規定，於擇定轄管行業之定型化契約應記載或不得記載事項中，明定合理妥適且可與國際規範接軌之個資外洩通知事項，俾強化企業經營者履行相關契約義務，以保障消費者之資訊權益。

參考文獻

一、書籍

王澤鑑，人格權法，作者自版，2019年8月。

王澤鑑，債法原理：基本理論債之發生，作者自版，2012年3月。

王澤鑑，侵權行為法，作者自版，2008年3月。

王澤鑑，「契約責任與侵權責任之競合」，民法學說與判例研究（一），作者自版，2004年10月。

李震山，人性尊嚴與人權保障，元照出版有限公司，2020年3月第5版。

朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書出版，2004年9月增訂版。

邱聰智，新訂民法債編通則（下），瑞明有限公司，2003年3月。

張陳弘、莊植寧，新時代之個人資料保護法制，新學林出版公司，2019年6月。

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出版，1995年2月。

劉佐國、李世德，個人資料保護法釋義與實務，碁峯資訊股份有限公司，2015年10月初版。

二、期刊論文

李震山，資訊時代下「資訊權」入憲之芻議，律師雜誌，第307期，2005年4月。

李震山，個人資料保護與監視錄影器設置之法律問題研究—以警察職權行使法第十條為中心，警察法學，第4期，2005年12月。

李寧修，警察存取預防性資料之職權與個人資料保護：以監視器之運作模式為例，臺大法學論叢，第48卷第2期，2019年6月。

李榮耕，個人資料外洩及個資外洩通知條款的立法芻議，東吳法律學報，第20卷第4期，2008年7月。

呂文廷，「資料外洩責任通知法」與減少身分竊盜犯罪之研究—以美國為例，中央警察大學警學叢刊，第43卷第5期。

- 何念修，個資保護「適當之安全措施」—以新加坡個資法之技術措施建議為比較對象，科技法律透析，第 31 卷第 1 期，2019 年 1 月。
- 吳宜展，個資外洩，不能河蟹—論個資外洩實務規範及處理，司法新聲，第 126 期，2018 年 4 月。
- 林季筠，無店面零售業個人資料保護之研究，世新大學法學院碩士論文，2013 年 8 月。
- 林宜隆、周瑞國、蔡名家、邱泓傑，新版個人資料保護與資料外洩防護之探討，電腦稽核期刊，第 24 期，2011 年 7 月 1 日。
- 馬興平，論資訊隱私權的保護—從釋字第 603 號解釋出發，中正大學法律研究所碩士論文，2008 年 1 月。
- 郭淳頤，大數據時代下個人資料保護法間接識別之研究，東吳大學法學院法律學系碩士在職專班碩士論文，2016 年 8 月。
- 郭麗珍，重大疫情事件下服務責任之調適與因應策略—以旅遊服務為中心，消費者保護研究，第 25 輯，2021 年 4 月。
- 張腕純，個人資料外洩如何通知？參考歐盟 GDPR 之規範與指引，科技法律透析，第 30 卷第 2 期，2018 年 2 月。
- 張曉芳，個資事故之通報應變機制之研究—兼論個資間接識別，東吳大學法律學系碩士論文，2014 年 9 月。
- 曾品傑，我國定型化契約法之發展，月旦法學雜誌第 260 期，2017 年 1 月。
- 廖淑君，個人資料侵害事故通知規定之探討—以澳洲、歐盟與美國立法趨勢為例，科技法律透析，第 26 卷第 6 期，2014 年 6 月。
- 鄭菀瓊，個人資料外洩通知與規範架構類型之探討，科技法律透析，第 23 卷第 1 期，2011 年 1 月。
- 蕭文生，自程序與組織觀點論基本權利之保障，憲政時代，第 25 卷第 3 期，2000 年 1 月。
- 闕光威、陳婉茹，歐盟個人資料保護新規之衝擊與影響，全國律師，第 22 卷第 1 期，2018 年 1 月。

三、其他

法務部，「歐盟及日本個人資料保護立法最新發展之分析報告」委託研究案成果報

告，2016 年 12 月 30 日。

社會新聞中心，「人力銀行 592 萬筆個資遇「駭」／台灣半數工作人口在列」，自由時報，2020 年 10 月 4 日，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/1403787>

邱俊福，「東森休閒育樂離職經理 盜賣個資 14 萬筆」，自由時報，2008 年 1 月 24 日，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/184721>

張德厚，「『假盜刷 真詐財』詐騙集團手法翻新」，大紀元，2008 年 4 月 14 日，網址：<https://www.epochtimes.com/b5/8/4/14/n2081536.htm>

楊佩琪，漢光演習 5 軍士扮「紅軍」駭客 真竊機密「內亂外患」送辦，三立新聞網，2020 年 5 月 27 日，網址：<https://www.setn.com/News.aspx?NewsID=750180>

林慶川、黃敦硯、陳嘉銘、林佳宏、陳慧貞，「勾結警盜個資 隋棠楊宗緯被賣給週刊」，自由時報，2009 年 12 月 10 日，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/society/paper/357533>

《消費者保護研究》
第 26 輯，頁 115-150

分期付款買賣消費權益之比較 ——以消費者保護法為中心——

黃明陽^{*}

摘要

分期付款交易屬於一種信用交易，主要有民法分期付款買賣、消費者保護法分期付款買賣、動產擔保交易法附條件買賣等三種類型，為保障分期付款買賣消費權益，本文特別以消保法規定作為比較論述的主軸。經從構成要件及法律適用比較之後，獲致：

- 一、消保法為民法之特別法，消保法規定應優先民法規定適用，但民法第 389 條（期限利益約款）及第 390 條（解約扣價約款），因消保法未規定，可供補充適用。另因民法規定過於簡略，雖非為消費關係，消保法規定仍可以法理方式適用為宜。
- 二、消保法與動產擔保交易法為競合法，且均為民法之特別法，一旦當事人合意訂定附條件買賣契約，動產擔保交易法附條件買賣規定自應優先適用，僅在

^{*} 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」

未規定時，始可補充適用民法及消保法相關規定，即使非為消費關係，消保法規定仍可以法理方式適用為宜。

由於消保法分期付款買賣規定偏重保障消費者權益，業者經常轉用對其比較有利的附條件買賣辦理，另外尚有所謂「假分期，真貸款」的分期貸款買賣（本文因篇幅所限並未納入論述）方式，亦值得注意。為期有效解決是類消費糾紛，筆者建議將建立有效處理消費糾紛制度列為短期目標、檢討修正消保法規定列為中期目標、制訂消費者信用法列為長期目標，逐步予以有效導正，俾有效保障及增益分期付款買賣消費者權益。

關鍵詞：分期付款買賣、分期付款買賣、附條件買賣、分期貸款買賣、動產擔保交易法、消費者信用法。

引言

買賣契約的付款方式主要有二，除採一次付款外，尚有以分期付款方式為之。後者對於許多消費者而言，消費者都可以在支付少許的價金後，就取得商品的使用權，成為另一種擴大信用的方式，有其不可抗拒的誘惑。常見的分期付款交易方式，主要有三種類型，分別規定於民法、消費者保護法（以下簡稱消保法）、動產擔保交易法，筆者為確保分期付款消費權益，擬以消保法規定作為本文比較研究的論述主軸。

壹、消保法有關分期付款買賣規定解析

消保法第二章第三節特種交易，其所列舉的四種特種交易方式，均與行銷有關，解釋上應係以通訊、訪問、現物要約、分期付款等特種行銷方式完成交易所成立的契約，該等特種交易方式，理論及實務上可以單一特種交易方式，或綜合二種或二種以上特種交易方式為之，例如原本係以通訊交易、訪問交易方式所成立的契約，其付款方式經常附以分期付款交易方式為之，此種綜合特種交易的契約，即應同時受該二種或二種以上特種交易條文的規範。且因以特種交易方式所成立的契約，包括分期付款買賣契約在內，絕大部分均為定型化契約，故亦應受消保法定型化契約有關規定的規範，謹先敘明。

經查消保法有關分期付款買賣的規定，僅於第 2 條第 12 款加以定義規範及第 21 條作為內容規範，由於條文規定過少，且內容過於簡略，導致在理論及實務適用上問題層出不窮，爰分別論述如后。

一、消保法第 2 條第 12 款規定及其問題解析

消保法有關分期付款買賣的定義，主要規定在第 2 條第 12 款：「指買賣契約約定消費者支付頭期款，餘款分期支付，而企業經營者於收受頭期款時，交付標的物予消費者之交易型態。」有關此定義的內涵及可能衍生的問題，爰就本質、分期及標的物等三方面論述如后。

（一）消保法分期付款買賣的本質方面

1. 本質上屬於一種特別買賣契約：所謂買賣契約，民法第 345 條明定為：「稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。（第 1 項）當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。（第 2 項）」依消保法第 2 條第 12 款規定觀之，係將分期付款買賣定位為買賣契約，並且是一種以分期付款方式成立的特別買賣契約。由於消保法為民法的特別法，因此，消保法有規定部分，可以優先於民法規定適用；消保法未規定者，如對於一般分期付款買賣契約中常見的喪失期限利益約款，或是解約扣價約款，可以補充適用民

法分期付款（第389條及第390條）有關規定，以免形成法律漏洞。

不過，筆者認為消保法分期付款交易方式不限於買賣，因其交易的標的物，並不以民法第345條所定移轉財產所有權（商品所有權）為限，解釋上該標的物除了實體物以外，尚包括服務的提供（服務接受或使用權）在內（詳見後述），致使現行分期付款的規定僅限於「買賣契約」，已不合時宜，因為交易範圍大於買賣，加以分期付款經常隨同通訊交易或訪問交易而成立契約，該等契約既已因應時代需要將「買賣」改為「交易」，另為配合消保法「特種交易」節名，筆者認為「分期付款買賣」亦應比照通訊交易及訪問交易，修正為「分期付款交易」為宜。

2. **本質上屬於一種信用買賣契約：**消保法分期付款買賣與民法分期付款買賣相同，本質上均屬信用買賣¹，除了附有民法分期付款買賣規定的分期支付價金約款外，消保法並且特別增定頭期款與標的物應同時交付，如汽機車分期付款買賣、家電分期付款買賣等，即多採此模式，以彰顯其「先享受，後付款」的買賣特徵。

另外，筆者認為此等信用買賣，事實上係屬一種賒欠買賣方式²，出賣人為了避免買賣所可能衍生的風險，除索取高價（如高額的利息或手續費）外，往往於契約中附加有保障價金債權實現的利己約款，以減少其不利。因此消保法有關定型化契約的規定，亦有其適用。

（二）消保法分期付款買賣的分期方面

1. **頭期款：**消保法分期付款買賣明定消費者須支付「頭期款」，因此，「頭期款」成為消保法分期付款買賣的構成要件之一，如無頭期款者，在文義解釋上即可能被認定非屬消保法的分期付款買賣。所謂頭期款，係指分期付款的第1期款而言。至於該頭期款的金額多少、交付方式、交付時期等，悉由雙方當事人約定定之。如有業者不收頭期款，而係以餘款方式分期支付者，筆者認為得以目

¹ 劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁140、邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁198，元照出版公司，均認分期付款買賣，基本上為信用買賣。

² 同前註，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁140。分期付款買賣，基本上為信用買賣，乃賒欠買賣之一方式，其特點為買賣契約有分期付款（即分期支付價金）約款，除價金之支付方法不同外，餘均與一般買賣無異。

的性解釋，將頭期款解釋為「0 元」，以符合消保法的規定，使其有消保法的適用。惟為免爭議，筆者建議修改消保法第 2 條第 12 款規定，增列「頭期款為零者亦屬之」，以杜逾越母法的疑義。

經查民法學者在定義分期付款買賣時，重點都擺在分期給付，甚少論及頭期款。消保法分期付款買賣為民法分期付價買賣的特別規定，除了價金分期給付外，並以頭期款與標的物應同時交付為其主要特徵，此種先享受後付款，即先支付頭期款可享受商品，餘款再分期支付，正好凸顯出「消保法分期付款買賣」與「民法分期付價買賣」的不同處，筆者認為除非修改消保法相關條文，否則難以否定頭期款的重要性。

2. 價金分期應有二期以上：消保法分期付款買賣的「分期」給付價金，乃屬分期付款買賣的另一特徵，也是消保法分期付款買賣的構成要件之一。至於「分期」的期數問題，筆者認為可比照民法分期付價買賣的分期辦理，即至少應於標的物交付後，仍有二期以上（含二期）始可³，易言之，消保法分期付款買賣的分期，若不含頭期款在內，至少要有二期。若免付頭期款而於標的物交付後，隔一定期間，一次支付全部價金，或頭期款與標的物同時交付後，僅餘一期支付的價金者，因不符合二期的要件，均非此之所謂分期付款買賣。

有學者認為消保法第 21 條欲使利率透明化規定觀之，重點特徵應為分期付款，故只要有分期給付價金特徵，即為分期付款買賣，應有消保法第 2 條及第 21 條之適用⁴，以擴大消保法分期付款買賣的適用範圍，提供分期付款買賣消費者更大的保障。不過，筆者認為此種見解，純粹係從民法分期付價買賣規定出發，與消保法係屬民法特別法的性質不合，現行消保法的特別規定應有其一定的立法目的，除非經過修法程序，否則恐難為上述擴大範圍的解釋。

3. 頭期款與標的物應同時交付：此種以頭期款與標的物應同時交付方式，作為先

³ 同註 1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁 141。不過既稱分期付價，至少限度，亦須於標的物交付後，仍有二期以上始可，若標的物交付後，隔一定期間，一次交付，或僅餘一期應支付之價金者，均非此之所謂分期付價買賣。

⁴ 行政院消保處院臺消保字第 1080185882 號函送 108 年 8 月 8 日「無卡分期涉及消費者保護法適用上疑義」研商會議之會議記錄。（吳從周）：消保法為民法分期付價買賣之特別規定，債各民法學者在定義分期付款買賣時，並無頭期款，重點都在分期給付。或有論者謂先交付標的物，為消保法分期付款買賣之主要特徵，然就消保法第 21 條欲使利率透明化規定觀之，重點特徵應為分期付款，故只要有分期給付價金特徵，即為分期付款買賣，應有消保法第 2 條及第 21 條之適用。

享受後付款的條件，亦屬消保法分期付款買賣的構成要件之一，也是與「民法分期付款買賣」的最大不同處。這是一種同時履行抗辯權的規定，如有一方不為交付者，他方即可以此為理由拒絕支付。至於所謂同時支付，係指雙方支付的先後在時間上不可有太大的差距而言，例如業者先支付標的物供消費者試用，一年後消費者再支付頭期款，餘款分期支付；或是消費者先支付頭期款作為定金，餘款分期支付，一年後業者再支付標的物給消費者，因其先後時間上的差距太大，均非屬消保法規定的分期付款買賣。至於支付的先後次序，解釋上消費者有先為支付頭期款的義務，但如雙方另有約定者，從其約定。

有學者⁵認為消保法第 2 條第 12 款分期付款買賣的定義太窄，須先交付頭期款，始可將物交付使用，可能係參考英美法的附條件買賣規定所致。筆者認為此種見解，雖有其見地，但因與現行消保法的規定相違，除非經過修法程序，否則恐難為上述擴大的解釋。

（三）消保法分期付款買賣的標的物方面

1. 標的物（客體）不以商品為限：一般買賣的標的物應以民法第 345 條買賣規範的客體為限，且依民法債篇二十四種契約分別規定的體例，解釋上應不包括勞務或服務在內⁶。但消保法所規範的標的物（客體），涵括下列商品（有形的產品）及服務（無形的產品）在內⁷。筆者認為分期付款買賣本質上亦屬消保法明定的一種特種交易，其買賣標的物範圍，不應受限於民法買賣規定，似可比照通訊交易、訪問交易等其他特種交易規定辦理，不必以商品為限，故無形的產品（服務），當然亦包括在內。

（1）商品：凡是有形的產品，均納入商品的範圍，包括動產（例如健康食品、衣服、汽車、情趣用品、升學錄影帶、語言學習錄音帶、百科全書、雜誌、特

⁵ 同註 4。（游進發）：消保法第 2 條第 12 款分期付款之定義太窄，須先交付頭期款，始可將物交付使用。此理解可能源於英美法之附條件買賣，因附條件買賣會搭配分期付款，而分期付款構成停止條件內容，且須先移轉物之所有權，僅效果尚未發生。

⁶ 詹森林著「消費者保護法上特種買賣之實務與立法問題」，收錄於氏著「民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論」（2003），頁 149，元照出版公司。略以消保法上之郵購買賣，依消保法第 2 條文義，僅以商品為適用範圍，並不及於服務。

⁷ 黃明陽著「【消費贏家】消費者保護法入門（修訂 3 版）」（2017），頁 33 及 34，台灣商務印書館。消保法對於客體係採取二分法的分類，只要有有形的產品，就是商品；無形的產品，就是服務。商品及服務，均可為消費關係的客體。

考教材、透視眼鏡、藥品、醫療器材、文具用品、飾物等），及不動產（例如房屋，但預售屋除外，詳見下述），只要係以分期付款方式買賣，均可作為消保法分期付款買賣的客體。

(2) 服務（無形的產品）：凡是無形的產品，均納入服務的範圍，包括服務業所提供的服務（例如洗衣服務、瘦身美容服務、觀光旅遊服務、補習服務、家事服務等）、數位化產品（例如電腦軟體、電腦遊戲、電子書、數位電影等），只要係以分期付款方式買賣，均可作為消保法分期付款買賣的客體。

2. 標的物原則上包括不動產在內：有學者⁸認為動產固為消保法分期付款買賣標的物的典型；在解釋上，除預售屋外，不動產似亦得為消保法分期付款買賣的客體，故以分期付款買賣方式販賣成屋為業者，即應受消保法第 21 條的規範；惟有學者⁹認為此之不動產分期付款買賣，須有利息收入作為訂約重點，否則即無適用消保法分期付款買賣的必要。對於不動產交易是否適用或準用分期付款買賣的規定，有學者¹⁰則認係立法政策的考量，建議留待將來有需要時，再予增訂。筆者則認為，消保法並未明文排除不動產之適用¹¹，目前及將來均有可能以分期付款買賣方式來進行不動產交易，現階段分期付款買賣不宜輕言

⁸ 同註 6，詹森林著「民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論」（2003），頁 163。首應強調者，預售屋之買賣，並非消保法上所稱之分期付款買賣，蓋其顯不符合所謂「企業經營者於收受頭期款時，交付標的物予消費者」之要件。其次，動產固為消保法第 2 條第 10 款所謂買賣標的物之典型，但解釋上，不動產似亦得為消保法分期付款買賣之客體。故以分期付款方式販賣成屋為業者，即應受消保法第 21 條之規範。惟若當事人僅因不動產價值昂貴，故約定以分期方式支付價金，而未以出賣人須有利息收入為訂約重點者，即無適用消保法關於分期付款買賣之必要，蓋消保法所著重者在於分期付款買賣上利率之透明化也。

⁹ 同前註，詹森林著「民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論」（2003），頁 163。解釋上，不動產似亦得為消保法上分期付款買賣之客體。故以分期付款方式販賣成屋為業者，即應受消保法第 21 條之規範。惟若當事人僅因不動產價值昂貴，故約定以分期方式支付價金，而未以出賣人須有利息收入為訂約重點者，即無適用消保法關於分期付款買賣之必要，蓋消保法所著重者，在於分期付款買賣上利率之透明化也。

¹⁰ 「消費者保護法專案小組第 18 次會議紀錄」，收錄於「消費者保護法專案研究實錄（第一輯）」，頁 465，84 年 11 月至 86 年 12 月，行政院消費者保護委員會。（劉春堂）（廖義男）（邱聰智）：不動產交易是否適用或準用郵購買賣、訪問買賣或分期付價買賣之規定，且其種類有無限制，均係立法政策之考量，建議留待將來有需要時，再予增訂。

¹¹ 「消費者保護法施行細則研訂資料」，頁 93，84 年 2 月，行政院消費者保護委員會。本法第 21 條規定，於消費者免付頭期款或不動產之分期付款買賣，亦適用之。企業經營者以不正當方法規避該條之適用者，亦同。

明文排除不動產交易的適用¹²。

經查預售屋分期付款買賣，雖然價金是分期給付，但是消費者在支付頭期款時，因房屋尚在興建中，企業經營者尚無法將買賣標的物（房屋）立刻交付給消費者，與成屋買賣的情形不同，因而與消保法分期付款買賣的定義不符。因此，多數學者¹³認為預售屋的買賣，並非消保法上所稱的分期付款買賣，蓋其顯不符合所謂「企業經營者於收受頭期款時，交付標的物予消費者」先享受後付款型態的要件。

3. 標的物所有權原則上隨同交付而移轉：主要係指動產標的物而言，因為不動產標的物所有權等物權的移轉，依民法第 758 條規定非經登記，不生效力，無法以交付方式為之。為因應實務需要，現行消保法分期付款買賣規定似有加以檢討配合修正的必要。

先交付標的物，為消保法分期付款買賣主要特徵，並以動產為主要適用對象，然動產標的物經交付後，雖然使用權即隨同交付而移轉，但所有權可能因「所有權保留約款」的有無，而發生下列不同的法律效果：

- (1) 契約附有「所有權保留約款」者：買受人因受該約款限制，因交付僅先取得該動產的使用權，尚未取得其所有權。簡言之，在買受人未完全支付價金前，由出賣人保留標的物所有權的約款，屬於一種附有條件的分期付款買賣；通說認為以付清價款作為移轉所有權的停止條件，但有異說¹⁴。動產擔保交易法的附條件買賣即採此模式辦理。
- (2) 契約未附「所有權保留約款」者：買受人因無約款限制，可逕依民法第 761 條規定因交付而取得該動產的所有權（含使用權）。簡言之，在頭期款與標

¹² 同註 10，「消費者保護法專案小組第 18 次會議紀錄」，頁 465。（姜志俊）：關於不動產有無特種買賣規定之適用一節，隨著建築物之規格化及型錄消費資訊之開放，將來仍有可能以特種買賣方式進行不動產交易，現階段關於特種買賣問題不宜明文排除不動產交易之適用。

¹³ 同註 6，詹森林著「民事法理與判決研究（三）——消費者保護法專論」（2003），頁 163、李永然著「消保法是不動產的剋星？」，刊於「消保法教戰守策」（1994），頁 88，永然出版社、李鳳翱等著「消費者保護法解析」（2007），頁 180，消基會出版、馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊合著「消費者保護法解讀」（2005），頁 143 及 144，元照出版公司。

¹⁴ 同註 1，邱聰智著「民法債篇各論（上）」（2002），頁 204 及 205。在解釋上宜認為所有權於動產支付時或不動產辦妥所有權移轉登記而取得所有權，出賣人依該約款僅取得該擔保物權而已。至於所有權，在解釋上宜認為，如為動產，仍於支付標的物時移轉於買受人，如為不動產，則買受人仍有請求辦理所有權移轉登記之權利，並因辦妥登記而取得所有權。

的物同時交付時，該動產標的物即因交付而讓消費者取得其所有權，屬於一種無條件的分期付款買賣。消保法分期付款買賣多採此模式辦理，比較之下，此種分期付款買賣契約，對消費者最為有利。

二、消保法分期付款第 21 條規定及其問題解析

消保法有關分期付款買賣之內容規範，主要為第 21 條規定：「企業經營者與消費者分期付款買賣契約應以書面為之。（第 1 項）前項契約書應載明下列事項：一、頭期款。二、各期價款與其他附加費用合計之總價款與現金交易價格之差額。三、利率。（第 2 項）企業經營者未依前項規定記載利率者，其利率按現金交易價格週年利率百分之五計算之。（第 3 項）企業經營者違反第二項第一款、第二款之規定者，消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務。（第 4 項）」。¹⁵有關此規範的內涵及可能衍生的問題，爰分就書面、利率及其他配套措施等三方面論述如后。

（一）消保法分期付款買賣的書面方面

1. 消保法分期付款買賣契約應以書面為之：分期付款買賣依民法規定，雖非要式行為，並不一定要以書面為之，但因其交易時期較長，實務上一般皆訂定書面契約。為期買賣資訊公開透明化，消保法第 21 條第 1 項明文規定應以書面為之，並於第 2 項明定其應載明「一、頭期款。二、各期價款與其他附加費用合計之總價款與現金交易價格之差額。三、利率。」事項，俾詳訂買賣雙方權利義務關係，此與民法規定不同，除了慎重其事，及明確保全證據外，並可有效避免交易雙方的爭議紛擾。

有學者¹⁵認為為事先恐嚇企業經營者，使其減少使用不當契約條款及便於司法控制，在法律上增設強制規定亦屬必要。此種強制規定可分為二類：一為絕對強制規定，即當事人不能依合意予以變更；一為相對強制規定，當事人合意變更而有利於消費者時，仍為有效。由於消保法用「應」以書面為之、「應」

¹⁵ 王澤鑑著「消費者的基本權利與消費者的保護」，收錄於氏著「民法學說與判例研究（第三冊）」（1992），頁 23，三民書局。2. 增設強制規定（立法控制）：認為為事先恐嚇企業者，使其減少使用不當契約條款及便於司法控制，增設強制規定亦屬必要。此種強制規定可分為二類：一為絕對強制規定，即當事人不能依合意予以變更；一為相對強制規定，當事人合意變更有利於消費者時，仍為有效。我國現行法律為保護消費者，亦設有強制規定，就民法言，例如第 205 條、第 389 條、第 390 條。

載明下列事項等文字，在法律上即屬於法律之強行規定，若有違反，企業經營者即應根據消保法負起責任¹⁶。理論上對於應以「書面」為之的見解不同，主要可歸納為下列二說，並以要式說為多數說。

- (1) 要式說：認如未以書面訂定契約，除法律另有規定外，該契約無效。有學者¹⁷認為依消保法的規定，企業經營者與消費者間的分期付款買賣契約，應以書面為之，且有其法定應記載事項，事實上已屬要式契約。企業經營者如違反該項規定，解釋上，其與消費者所訂立的分期付款買賣契約並非無效，而係透過本條第 4 項規定的方式，例外承認其為有效。
- (2) 非要式說：認契約的訂定方式，不限於書面為之，惟若消費者以非書面方式訂定契約，而業者否認時，須由消費者負舉證責任。有學者¹⁸認為此項規定並非要式的法律行為，所謂要式的法律行為是指必須具備法律規定的方式處理，若沒有完備法律規定的方式，就不生法律的效果，因此本條的規定不是要式的法律行為，並非沒有以書面的方式訂定分期付款買賣契約就無效，如果是要式的法律行為，違反的法律效果是無效，企業經營者就會故意不訂書面的分期付款買賣契約，以排除消保法上有關利於消費者的規定，絕非立法之本旨。

由於消保法規定用「應」以書面為之（書面要式），明定契約「應」載明事項（內容要式），在法律雙重要式的強行規定下，筆者亦贊同要式說，並應依消保法施行細則第 15 條規定交付契約書予消費者及其保證人¹⁹，以合理保障消費者權益。只是企業經營者未與消費者訂立書面契約時，似不宜逕依民法第 71 條及第 73 條規定，認為該分期付款買賣契約無效，且從條文觀之，該書面的不

¹⁶ 詹森林、馮震宇、林明珠合著「認識消費者保護法」（2005），頁 139，行政院消費者保護委員會。

¹⁷ 同註 1。劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁 141。

¹⁸ 同註 1，邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁 198。消費者保護法關於分期付款買賣之規定，與民法此處所定分期付款買賣之關係，固可視為本法之特別法，惟以該法於此，一方面規定應訂立書面，但並未強制要求非為要式契約，分期付款買賣不為成立，…。另外，持相同見解者，同註 13，「消費者保護法解析」（2007），頁 177。

¹⁹ 同註 16，「認識消費者保護法」（2005），頁 138。…對於像不動產買賣等高額商品之買賣，企業經營者常常會要求消費者應提供保證人，才願成立契約。因此，若分期付款契約有保證人時，消保法施行細則也規定應交付一份契約書於保證人，以使保證人亦能明瞭其保證之責任與義務。

具備，可視同契約未記載應記載事項，僅在於發生同條第 2 項及 3 項的效力而已，並不致使分期付款買賣契約不生效力²⁰，故應認為契約仍屬有效，而應依消保法第 21 條第 4 項規定辦理為宜。如此解釋，既可維護消費者最佳權益，亦可間接強制企業經營者遵守消保法規定，應為可採²¹。另外，對於企業經營者違反書面規定者，在行政義務的違反方面，建議可在第六章罰則第五十六條增列處罰規定，俾有效避免企業經營者故意不訂書面的疑慮。

茲有問題者，筆者認為「書面」應隨著時代演進及科技進步而與時推移，所謂書面，係口頭之相對詞，因此不包括口頭在內，惟為維持書面之功能，書面精神應予維持，但書面之形式，可以隨著科技發展而與時俱進，凡是具有與書面等同功能²²者，例如以通訊交易方式訂立之分期付款買賣契約，通訊交易有關書面（含電子文件）之規定當然有其適用，電子簽章法相關規定當然更有其適用。

2. 消保法分期付款買賣契約的應載事項：由於分期付款買賣的計價及表示方式，常常易使消費者誤以為分期付款價格相對於支付總額而言，故消保法也對分期付款買賣的不當表示加以一定的規範²³，因而明定契約的應記載下列事項。不過，消保法第 21 條第 3 項及 4 項也明定書面契約未記載應載事項的效果，從條文觀之，應載事項的不具備，亦不致使分期付款買賣契約不生效力。

(1) 頭期款：頭期款及其應繳之數額（已見前述）。

(2) 差額：分期付款總價款與現金交易差額，係指「各期價款與其他附加費用合

²⁰ 朱柏松著「消費者保護法論」（1998），頁 22，翰蘆圖書出版公司。關於分期付款之買賣，本法第 21 條僅規定，應以書面記載「一、頭期款；二、各期價款與其他附加費用合計之總價與現金交易價格之差額。三、利率。」其未以書面記載第 3 款者，依法定利率計算其利息，而未於書面記載第 1 款及第 2 款事情者，消費者僅負現金交易價款之給付義務。從原條文觀之，書面之不具備，僅在發生同條 2 項及 3 項之效力而已，並不致使分期付款買賣契約不生效力。

²¹ 同註 6。

²² 同註 4。（林瑞珠）：參考產業之慣行、司法實務之發展及新興科技之運用，電子文件具有與傳統紙式書面具有等同功能時，應具有與書面相同之效力。如，實務判決（臺中地方法院 107 年度簡上字第 496 號）理由指出：「藉由通訊軟體之發送功能，以『文字』之表達方式，而為解除契約之意思表示通知，並製成足以表示其用意之紀錄，自符合書面效果及存證功能」。

²³ 范建得著「消費者保護法基礎理論」（1994），頁 162，漢興書局。由於分期付款的計價方式及表示方式，常常易使消費者誤以為該分期付款及貸款買賣之分期付款價格，相對於支付總額而言，屬於特別有利於己的交易方式。然而，分期付款的計價方式通常不容易一目了然，故為了保障消費者，使其可以在充分了解價格的情況下才購買，消費者保護法也對分期付款的不當表示加以一定的規範。

計總價款與現金交易價格的差額。其中「各期價款」，係指未含利息的各期價款而言。契約未以書面記載頭期款及差額者，充其量亦僅生「消費者不負現金交易價格以外價款的給付義務」而已，尚仍應有分期付款買賣契約效力的發生，而不致使之成為一次給付的債務²⁴。由於附加費用與利息有關，筆者將併同利率於下節論述。

- (3) 利率：採用利率之種類、方式、數額（詳見下述）。契約未以書面記載利率者，充其量亦僅生「應按週年利率百分之五來計算利息」而已，尚仍應有分期付款買賣契約效力的發生。

（二）消保法分期付款買賣的利率方面

1. 利率：原則上使用他人之原本，應比例其數額及存續期間而支付一定之對價。其中之比例，即為利率；所支付之對價，即為利息。按分期付款的利率結構十分複雜，消費者難以明瞭，為避免企業經營者以簽約金、手續費等附加費用之名義，以規避最高利率之限制或隱藏實質利率，消保法爰課企業經營者告知現金交易價格及利率之義務，否則其利率按法定利率標準「週年利率百分之五」計算。

分期付款買賣可以說是消費信用交易中最重要的一環，分期付款買賣的利率為風險的保證：消費者可以先享受後付款，對於未付款的部分，等於是用消費者的信用來作擔保，屬於一種無實質擔保的貸款，相關風險由分期付款的業者來負擔。故而業者常以利率的規定，作為分擔風險的保證，因而分期付款的利率較高。分期付款由於有融資費用、實質年率等費用，故不會比現金交易便宜，若賣方對買方（消費者）表示分期付款方式總額會比現金買賣方式的總額價格便宜，即屬不當表示的行為之一²⁵。

²⁴ 同註20，朱柏松著「消費者保護法論」（1998），頁22。另外，所指不以書面記載「各期價款與其他附加費用合計之總價與現金交易價格之差額」，充其量亦僅生「消費者不負現金交易價格以外價款之給付義務」而已，尚仍應有分期付款契約效力之發生，而不致使之成為一次給付之債務，否則，與本法保護消費者利益之目的，有所衝突矣。

²⁵ 同註23，范建得著「消費者保護法基礎理論」（1994），頁162。分期付款由於有（融資費用、實質年率等）上述費用，故不會比現金交易便宜，若賣方對買方（消費者）表示分期付款方式總額會比現金買賣方式的總額價格便宜，即屬不當表示的行為之一。

(1) 利率種類：利率依其不同區分標準，可以有下列不同種類²⁶。

利率種類表			
利率種類		內容	備註
以期間區分	日利率	以日作為利息計算之比率。	以實際經過之日數為準
	月利率	以月作為利息計算之比率。	日利率×30＝月利率
	年利率	以年作為利息計算之比率。	月利率×12＝年利率
以計算基礎區分	單利計算	僅以原本（即本金）作為基礎來計算其利息。	利息＝本金×利率×期數
	複利計算（民法第207條）	除了原本（即本金）之外，並得加上到期利息作為基礎來計算其利息。	除商業上另有習慣或合乎法定條件外，原則上禁止複利。即利息不得滾入原本再生利息。
以利率基礎區分	約定利率（民法第205條、第206條）	(1) 契約自由原則：應付利息之債，由雙方當事人自行約定其利率。 (2) 契約自由之限制：約定利率為避免影響公序良俗，應受左列限制。	(1) 最高利率之限制：約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權 (2) 巧取利益之禁止：債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法巧取利益
	法定利率（民法第203條）	應付利息之債，其利率未經約定，即依法律規定之利率。	(1) 法律有特別規定者。 (2) 法律亦無規定者，週年利率為百分之五。

(2) 利率等相關資訊透明化：消保法關於分期付款買賣書面契約應載事項的規定，其立法旨在規範利息與利率的透明化，由於利率屬於契約的重要內容，為保障消費者知的權利，下列與利率有關的事項，均應詳予說明。

① 利率：採用利率的種類、方式、數額。由於利率的種類，關涉消費權益甚鉅，強制企業經營者應負以書面告知消費者所載利率，係指單利或複利，年利率、月利率或日利率的義務。

② 利率的計算：關於利率的計算，應依消保法施行細則第22條第2項：「分

²⁶ 同註7，黃明陽著「【消費贏家】消費者保護法入門（修訂3版）」（2017），頁288及289。

期付款買賣契約書所載利率，應載明其計算方法及依此計算方法而得之利息數額。」規定為之。本條所稱利率係指實質利率，包含企業經營者之管銷費用在內。不論其所使用之利率為何，應讓消費者得以計算出其結果，並加以比較：係向銀行直接貸款支付買賣價金較為合算，抑或向企業經營者以分期付款方式支付價款，其利率較為優惠²⁷。

- ③ 零利率的判斷：目前坊間常見的「零利率」銷售專案，消費者倘以現金購買時，可能依定價予以折扣優惠，此項差額相當於利息，解釋上可能仍有本法分期付款買賣規定的適用²⁸。或是以「零利率」為名，但需收一定的手續費者，該手續費即為利息，其利率應該要觀察一年後，消費者總共要交給業者多少錢。換言之，手續費占總價金之比例，即為利率；凡是有手續費規定者，均非零利率。

2. 其他附加費用：所謂「各期價款與其他附加費用合計之總貸款額」中的「附加費用」，係指利息以外的其他應由消費者支付的費用而言。「附加費用」究竟包括那些項目，有學者²⁹認為目前日本似認利息、手續費、信用調查費、催收費、保證費、保險費、以及其他直接相關費用，均可算入為消費信用交易的融資費用，這些觀點似也能供我國未來執法之參考。

- (1) 附加費用等相關資訊透明化：附加費用亦屬於契約的重要內容，為保障消費者知的權利，均應詳予說明，並應依消保法施行細則第 22 條第 3 項規定辦理，即：①附加費用應明確記載。②分期付款的附加費用不得併入各期價款計算利息，縱經企業經營者同意延期或分期給付者亦同。
- (2) 信用交易年百分率：有利率一定要揭露，不能用其他名目（如手續費）規避。

²⁷ 同註 10，「消費者保護法專案小組第 17 次會議紀錄」，頁 452。（廖義男）：本條所稱利率係指實質利率，包含企業經營者之管銷費用在內。不論其所使用之利率為何，應讓消費者得以計算出：係向銀行直接貸款支付買賣價金較為合算，抑或向企業經營者以分期付款方式支付價款，其利率較為優惠。

²⁸ 同註 10，「消費者保護法專案小組第 18 次會議紀錄」，頁 462。（詹森林）：目前坊間常見之「零利率」銷售專案，倘以現金購買時，可能依定價予以折扣優惠，此項差額相當於利息，解釋上可能仍有本法分期付款買賣規定之適用。

²⁹ 同註 23，范建得著「消費者保護法基礎理論」（1994），頁 210。「各期價款與其他附加費用合計之總貸款額」中之「附加費用」究竟包括那些項目，則或有爭議之處。目前日本似認利息、手續費、信用調查費、催收費、保證費、保險費、以及其他直接相關費用均可算入為消費信用交易的融資費用，這些觀點似也能供我國未來執法之參考。

依消保法第 22 條之 1 規定³⁰，應於廣告上明示應付所有總費用的年百分率。凡是其他附加費用與賣價間的價差，均可視為利率。至手續費等附加費用於契約書上，要依消保法第 21 條第 2 項第 2 款規定，以附加費用方式揭露，或以同條項第 3 款規定，以利率方式表現，則可由主管機關自行斟酌。

（三）消保法分期付款買賣的其他配套措施方面

1. 消保法分期付款買賣的配套措施 1：消費者提前清償無須支付違約金。買賣的價金以一次付款為原則，分期付款為例外，因此，如果消費者願意一次付清餘款，出賣人不可拒絕。另外業者為避免分期付款買賣被倒債的風險，因此特別提高分期付款的利率作為風險的保證，如果消費者可以一次付清餘款，該分期付款買賣即不再有任何風險存在，故消費者的提前清償，只須付足尚未還清的餘款即可，至於未到期的利息，則不必負擔。在此要特別說明的是，向銀行或融資公司等貸款的分期還款契約，與分期付款買賣契約不同，消費者不可援用辦理。
 - (1) 消費者享有提前清償的權利：原則上消費者有提前清償的權利。消費者可以要求提前還款。因此：
 - ① 企業經營者不得拒絕：經查消費者的提前還款，對業者而言，並無任何不利，因而不得拒絕，且不得加收違約金或手續費。
 - ② 消費者僅需返還未到期本金：經查利息係作為分期付款倒帳風險的對價，消費者如果提前清償，倒帳風險即不存在，因而只需返還未到期的本金即可，未到期的利息無需繳交。
 - (2) 違約金：以分期付款方式支付價金，與以分期付款方式償還貸款，雖同具有分期付款及利率等因素，惟形同實異，對於消費者提前還款是否須負違約金（含手續費）的規定，亦有不同。
 - ① 分期付款提前還款無違約金：由於消保法分期付款買賣契約明定，消費者有提前清償的權利，已見上述。因為消費者的提前還款，對業者並無任何不利，因此，消費者提前清償時，企業經營者除了不得拒絕外，更

³⁰ 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。（第 1 項）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。（第 2 項）」

不可以消費者違約為由而收取違約金。為落實此項規定，行政主管機關多以定型化契約的行政規制辦理，在範本規定中予以正面表列、在應記載及不得記載事項公告中則以不得記載事項的負面表列方式為之³¹。

- ②貸款契約提前還款有違約金：因貸款契約非屬消保法分期付款買賣契約，且係以收取利息為其契約的主要目的，無需受到消保法規定的規範限制，故企業經營者在其貸款契約中可以約定消費者提前清償時，認定貸款消費者違約而收取違約金；惟各金融機構應以提前清償所增加成本作為收取違約金的依據。此一違約金不得以定型化契約為之，但基於平等互惠及誠信原則，此種違約金條款若由契約當事人個別約定，尚難認有違反消保法之規定。至於雙方約定之違約金額過高者，應依民法第 252 條規定請求法院酌減³²。另外，鑒於定型化契約條款應本平等互惠之原則而訂定，本案建請各金融業者循下列二個方向處理：(1)各金融業者應以提前清償所增加之成本作為收取違約金之依據。(2)消費者如能證明因不得已之事由而請求提前清償者，不得收取違約金³³。

2. 消保法分期付款買賣的配套措施 2：分期攤還表。

有鑒於消保法分期付款買賣規定，對於一般的消費者而言，不但難懂亦不易實用，為期相關規定能落實規範企業經營者，且能廣為消費者使用，行政主管機關業已採用定型化契約行政規制方式，作為消保法分期付款買賣規範的配套措施，以期資訊透明化，有效保障消費權益。經查現有分期付款買賣定型化

³¹ 例如經濟部除於 110 年 1 月 28 日經商字第 10902435080 號最新公告的汽車買賣定型化契約範本第 16 條明定：「分期付款之交易，買方得隨時提前清償，賣方不得拒絕。（第 1 項）買方提前清償者，應依分期攤還表所示之未償還本金給付。賣方不得以任何名目加收其他金額或費用。（第 2 項）」外，並在其不得記載事項第五點及第六點分別明定：「五、不得記載拒絕消費者提前清償。」、「不得記載消費者提前清償者，應支付其他費用。」

³² 「消費者保護法專案小組第 32 次會議紀錄」，收錄於「消費者保護法專案研究實錄（第三輯）」，頁 39，88 年 6 月至 90 年 12 月，行政院消費者保護委員會。有關定型化契約中約定借款人不得提前還款，否則應給付違約金一節，本會原則同意主管機關財政部意見，此一違約金不得以定型化契約為之，但基於平等互惠及誠信原則，此種違約金條款若由契約當事人個別約定，尚難認有違反消保法之規定。至於雙方約定之違約金額過高者，應依民法第 252 條規定請求法院酌減。

³³ 「消費者保護法專案小組第 50 次會議紀錄」，收錄於「消費者保護法專案研究實錄（第四輯）」，頁 245，91 年 3 月至 93 年 10 月，行政院消費者保護委員會。

契約行政規制的類型約有下述兩種，詳細內容可上行政院（消保處）網站³⁴查看。其中契約範本，因未具有強制拘束力，僅供消費者參考之用；公告的應記載事項及不得記載事項，則具有強制的拘束力，但法院仍有最後審定權³⁵。

(1) 未訂分期攤還表的配套措施：將消保法分期付款買賣的規定，直接納入分期付款買賣定型化契約應記載事項公告實施：在契約內重複消保法分期付款買賣應記載事項的規定，因有消保法明文規定的法據，故可依消保法第 17 條規定以定型化契約應記載事項公告方式為之，該公告屬於行政法規性質，具有強制拘束力。筆者認為此種類型，因無分期攤還表輔助，其效果有限，故較少為行政主管機關採用。

(2) 另訂分期攤還表的配套措施：除了將分期付款買賣規定直接納入契約予以規定外，另將每期本金、利息納入分期攤還表以附件方式呈現，尚可細分為下列二種實施方式。

① 將分期攤還表納入定型化契約應記載事項公告與範本規定實施：該公告因係屬於行政法規性質，故分期攤還表亦具有強制拘束力。經查目前約有電器買賣、網際網路教學服務等二種定型化契約應記載事項公告。其中電器買賣並提供約定利率（假設年利率＝16%）及法定利率（假設年利率＝5%）兩種範例，供消費者參考選用，最為貼心。

② 將分期攤還表僅納入分期付款買賣定型化契約範本規定實施：僅以範本方式公告的分期攤還表中，除了納入契約的消保法規定，仍具有消保法的強制拘束力外，其他因無消保法規定作為法據規定的部分，且因未以定型化契約應記載及不得記載事項公告方式為之，由於該範本屬於行政指導性質，僅供消費者參考之用，並無強制拘束力。經查目前採此模式者，約有汽車買賣、中古汽車買賣、套書（百科全書等）、語言錄音帶及教學錄影帶買賣等三種定型化契約契約書範本。其中汽車買賣定型化契約契約應記載事項公告，係採直接規定應記載「每期之交付日、每期之本金及每期之利息。」，另在範本註記（另編製分期攤還表）方式辦理。

³⁴ 行政院（消保處）網站網址為 www.cpc.cy.gov.tw。

³⁵ 台灣台北地方法院 90 年度簡上字第 144 號判決，略以主管機關為鑑於關於渡假村業者與消費者間之糾紛日多，為規範業者所擬具之契約草案，本件所約定之內容與上開草案既有不同，自不能依該草案內容逕作為本件解約之依據，其見解亦不拘束本法院。

另外，套書（百科全書等）、語言錄音帶及教學錄影帶買賣，因尚未公告其定型化契約應記載及不得記載事項，目前僅有範本規定，故筆者亦將其納入此類。

茲以電器分期付款買賣契約應記載事項的分期攤還表範例一為例，說明分期攤還表的內容如后。

- (1) 期數：原則上以月為單位，每月為一期，貸款總月數即其總期數。本範例貸款月數為 12 期。
- (2) 期（月）繳金額（A）＝貸款本金×{（年利率÷12）/[1－（1/（1＋年利率÷12）ⁿ）]}（n＝貸款月數）。本範例為月繳 4537 元。
- (3) 利息（B）＝上一期末償還本金（D）×年利率÷12。本範例除頭期款無利息外，另列 11 期的利息金額，每一期應繳之利息，其數額隨著未償還本金的減少而逐期減少。
- (4) 償還本金（C）＝A－B。每一期所償還的本金，其數額會隨著利息逐期減少而逐期增加。
- (5) 未償還本金（D）＝上一期末償還本金－本期償還本金。每一期繳納後尚未償還之本金。
- (6) 利率：年利率或月利率；應載明其計算方法及依此計算方法而得的利息數額。本範例係採年利率 16% 計算。

經查上述分期攤還表在消保法第 21 條明定應記載事項中，除了分期付款總價款與現金交易之「差額」及「現金交易金額」外，餘均加以記載，可說是以圖表方式表現應記載事項之內容。筆者認為該分期攤還表尚具有如下的功能，對消費者而言，非常重要，因而建議修法將分期攤還表統一納入消保法明文規定，併以定型化契約應記載事項公告為之。

- (1) 消費者可以很容易看出消保法分期付款買賣契約的許多重要資訊，作為是否交易成立契約的參考，
- (2) 對於消費者的給付義務甚為明確，較不易產生糾紛，
- (3) 如果消費者想要提前清償，則可依該分期攤還表未繳付期以後的未償本金清償即可，無須支付未到期的利息。

貳、與其他分期付款買賣法律規定之比較

除了前述消保法分期付款買賣規定外，其他如民法、動產擔保交易法等亦有分期付款買賣規定，確有加以比較之必要，以確保分期付款買賣消費者權益，爰分述如后。

一、與民法分期付款買賣之比較

民法有關分期付款的買賣，主要規定於民法債篇各論「買賣」第四款特種買賣的第 389 條及第 390 條，但僅於條文中使用「分期付款之買賣」名詞，作為一種特種買賣的類型，雖未明文加以定義，但從「分期付款之買賣」一詞中，可以瞭解其與民法第 345 條所規定的一般買賣同屬「買賣」類型，惟與一般買賣的「一次支付全部價金」的方式不同，而係以「分期付款」方式為之，故將之納為一種特種買賣。由於民法為所有民事的普通法，因此，消保法分期付款買賣、動產擔保交易法附條件買賣等，如具有分期付款的買賣方式者，均屬於民法分期付款買賣所規定的特種買賣類型範疇。因篇幅所限，本節擬先針對民法與消保法規定就構成要件、法律適用兩方面予以比較論述。

（一）構成要件方面

1. **主體**：民法分期付款買賣適用的法律關係，不以消費關係為限，非消費關係亦受規範，其法律關係構成的主體，分別為下列的出賣人及買受人。
 - (1) 出賣人：凡是出賣標的以移轉財產權為目的的人，均為出賣人，不以消保法規定的企業經營者為限。
 - (2) 買受人：凡是買受標的以支付價金來取得財產權為目的的人，均為買受人，不以消保法規定的消費者為限。
2. **客體**：民法分期付款買賣，其法律關係構成的客體，依民法第 345 條及第 347 條規定，限為下列的買賣標的及其他有償契約的交易標的，與消保法分期付款買賣適用的客體，包括商品及服務相較，範圍大為縮小。
 - (1) 買賣標的：買賣契約係以移轉財產權為目的，凡是一切具有財產權價值之債

權、物權、準物權³⁶、無體財產權³⁷等，除法律另有規定性質上不能移轉讓與者外，均得為買賣標的，故不以動產為限。

(2) 其他有償契約的交易標的：由於買賣契約為有償契約的典型，對於民法分期付款買賣規定，筆者認為尚可依民法第 347 條「於買賣契約以外之有償契約準用之」規定，準用於其他有償契約的交易標的，不限於買賣標的，因此，只要是屬於有償契約的買賣以外的交易標的，其契約消費關係的交易標的，無論是消保法規定的商品或服務，除為其契約性質所不許可者外，均在準用之列。

3. 行為：民法分期付款買賣適用的法律關係，不以消費關係為限，非消費關係亦受規範，其法律關係構成的行為，分別為下列的買賣行為及其他有償契約的交易行為。

(1) 買賣行為：所謂分期付款買賣，係指約定價金分期支付之買賣，不以消保法規定的消費行為及營業行為為限。對於消費關係的營業及消費行為，除非消保法有特別規定而應優先適用外，否則均在民法分期付款買賣規定適用之列。民法分期付款買賣行為重點規定如下：

① 價金須分期支付：民法分期付款買賣的分期，至少應於標的物交付後，仍有二期以上（含二期）始可³⁸，易言之，若於標的物交付後，隔一定期間，一次支付全部價金者，並非此之所謂的分期付款買賣。

筆者認為：民法分期付款買賣，價金雖然採用分期支付方式，但對於頭期款並無特別規定，且無頭期款須與標的物同時履行之規定，此點與消保法分期付款買賣不同。

② 須交付標的物：民法分期付款買賣，標的物須交付於買受人，至於何時交付，則聽由雙方當事人自行決定，惟應於標的物交付後，仍有二期以

³⁶ 同註 1，邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁 59。準物權之種類，主要有礦業權（礦業法第 42 條）、漁業權（漁業法第 15 條）、入漁權（漁業法第 16 條）、水權（水利法第 15 條、第 27 條）。

³⁷ 同註 1，邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁 60。無體財產權之種類，主要有著作權（著作權法第 36 條）、專利權（專利法第 7 條）、商標專用權（商標法第 28 條）。

³⁸ 同註 1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁 141。不過既稱分期付款，至少限度，亦須於標的物交付後，仍有二期以上始可，若標的物交付後，隔一定期間，一次交付，或僅餘一期應支付之價金者，均非此之所謂分期付款買賣。

上（含二期）始可，此為先享受後付款買賣的特徵。

筆者認為：民法分期付款買賣，由雙方當事人自行洽定標之物之交付時點，無論係於買受人未付款前、付頭期款或第幾次款時，始為支付，只要雙方同意，均無不可；此點與消保法分期付款買賣，必須頭期款與標之物同時履行之規定不同。

- ③ 契約無須書面：民法分期付款買賣，依民法規定，與一般買賣同為諾成契約，且為不要式契約，不以書面為限。

筆者認為：民法分期付款買賣，係採不以書面為限的不要式契約，此點與消保法第 21 條規定應以書面為之的要式契約不同。由於不限以書面為之的不要式契約，容易導致契約上的利率、各期價款與其他附加費用合計之總價款與現金交易之差額等與分期付款買賣有關的重要消費資訊，消費者均無從事先知悉，對買受人而言，由於買賣資訊不夠公開透明，對消費者容易造成不公平，因而另行制訂消保法分期付款買賣規定限以書面為之，以為補救³⁹。

- (2) 其他有償契約的交易行為：由於買賣契約為有償契約的典型，對於民法分期付款之買賣規定，筆者認為尚可依民法第 347 條「於買賣契約以外之有償契約準用之」規定，準用於其他有償契約的交易行為，不限於買賣行為，除為其契約性質所不許可者外，均在準用之列。

筆者認為：消保法分期付款買賣，本質上亦屬一種買賣性質，理論上亦應受民法買賣規定之限制。為突破此項限制，根本解決之計，建議應將「分期付款買賣」修正為「分期付款交易」；惟在未修正為分期付款交易前，亦可善用民法第 347 條規定，對於有關營業及消費行為，只要是屬於有償契約的買賣以外的行為，其契約消費關係的交易行為，除為其契約性質所不許可者外，均在準用之列。

（二）法律適用方面

民法只針對價金分期規定，並未附加任何其他條件，即為一般的分期付款買

³⁹ 同註 1，邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁 204。類此（消保法分期付款買賣）規定，對於制度之不足，不僅具有補強之意義，而其迴避無效制度，運用效果調整方式，於利益保護之積極功能，更值肯定。惟其範圍僅及於利息混入約款，仍不無美中不足之感。

賣，民法稱為「分期付款買賣」。消保法分期付款買賣，依消保法規定，除了價金分期支付外，必須約定企業經營者於收受頭期款時，交付標的物給消費者的買賣契約，與民法規定相較，係屬於一種特別分期付款買賣，必須符合該等要件，始有消保法規定的適用。民法分期付款買賣與消保法分期付款買賣，在法律適用上，具有如下關係：

1. 民法規定可補充消保法規定之不足：消保法為民法的特別法，依據特別法優先普通法適用原則，消保法有規定部分可優先適用，但如遇到消保法未規定部分，則民法規定可據為補充適用，以免發生法律漏洞。例如分期付款應防止業者不當緊縮信用，民法已針對分期付款買賣予以下列特別限制規定，由於消保法未有類似規定，民法該等規定自可據為補充適用，以有效保障消費者的權益。

(1) 期限利益喪失約款：依照民法第 389 條的規定，分期付款的買賣，如約定買受人有遲延時，出賣人得即請求支付全部價金者，除買受人遲付的價額已達全部價金五分之一以外，出賣人仍不得請求支付全部價金。

① 立法理由：分期付款買賣，主要保護的是買受人期限利益。當事人約定，買受人分期給付之價金，如有給付遲延時，出賣人即得請求買受人支付全部價金之約款。惟分期付款買賣之期限，屬於買受人之期限利益（先享受後付款），稱之為期限利益，如果允許出賣人無條件予以排除，對買受人不利，故有加以限制之必要。

② 法律性質：這是一種法律調整制度，而非無效制度⁴⁰。期限利益喪失約款，民法雖非不承認其有效，但須加以必要限制，此種限制係強行規定，當事人不得違背；且此種限制係法定最低要件，當事人所為之具體約定必須較為有利，始為有效，否則該約定無效。

③ 具體內容：須買受人遲付之價額，已達全部價金五分之一，出賣人始得請求買受人支付全部價金。上述「遲付之價額已達全部價金五分之一」，係法定最低要件⁴¹。

(2) 解約扣價約款：依照民法第 390 條的規定，分期付款的買賣，如約定出賣人於解除契約時，得扣留其所受領價金者，其扣留的數額，不得超過標的物使

⁴⁰ 同註 1，邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁 204。

⁴¹ 同註 1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁 143。

用的代價，及標的物受有損害時的賠償額。

① 立法理由：當事人約定，出賣人於解除買賣契約時，得扣留其所受領價金之約款，又稱失權約款。當事人解除買賣契約時，依民法第 259 條規定，原應回復原狀（出賣人返還其所受領之價金、買受人應返還其所受領之標的物），但分期付款買賣契約，往往附有解除契約時，出賣人得扣留其已受領價金之約定（即解約扣價約款），對買受人不利，故有加以限制之必要。

② 法律性質：這也是一種法律調整制度，而非無效制度。解約扣價約款，民法雖非不承認其有效，但須加以必要限制，此種限制係強行規定，當事人不得違背；且此種限制係法定最高限額，當事人所為之具體約定必須低於此一限額，始為有效，否則該約定無效⁴²。

③ 具體內容：解除契約時出賣人得扣留之數額，不得超過標的物使用之代價，及標的物受有損害時之賠償額。

2. 消保法規定亦可補民法規定之不足：消保法為民法的特別法，如具消費關係，無論民法有無規定，均可優先適用消保法規定；如非消費關係，原則上非消費關係並無消保法規定的適用，但為保障非消費關係分期付款買賣的買受人權益，如民法未規定而消保法有規定者，筆者建議消保法規定內容可以法理方式適用。例如

(1) 分期付款買賣的利率不明時：筆者建議可參考消保法第 21 條第 4 項規定處理，即：企業經營者（出賣人）未依前項規定記載利率者，其利率按現金交易價格週年利率百分之五計算之。

(2) 買受人提前清償時：依民法第 204 條：「約定利率逾週年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本。但須於一個月前預告債權人。（第 1 項）前項清償之權利，不得以契約除去或限制之。（第 2 項）」規定，買受人可提前清償⁴³外；筆者建議另可參考消保法規定處理，即：消費者（買受人）有提前清償的權利，企業經營者（出賣人）不得拒絕外，更不可以消費者違約

⁴² 同註 1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁 144。民法第 390 條（解約扣價約款）為強行規定，當事人約定之解約扣價之數額，高於上開法定最高限額者，其約定並非無效，僅出賣人得解約扣價之數額，應縮限至上開法定最高限額。

⁴³ 同註 1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁 145。

為由而收取違約金。

3. 其他分期付款買賣約款限制：經查民法並未對下列分期付款買賣約款⁴⁴予以限制，消保法亦未明文規定時，筆者認為除可運用民法第148條第2項誠實信用原則外，並可充分運用消保法有關定型化契約規定，去調整約款效力，予以個案處理。

- (1) 所有權保留約款：買受人未完全支付價金前，由出賣人保留標的物所有權之約款，通說認為以付清價款為移轉所有權之停止條件，但有異說⁴⁵。另外，例如影印機之租賃買賣，係以租賃之形式，所為之分期付款買賣，亦屬一種附保留所有權約款之分期付款買賣，學說上稱之為隱藏的分期付款買賣。
- (2) 自力取回約款：買受人違約時，出賣人得以自力取回標的物之約款。
- (3) 保留監督權約款：出賣人可隨時至買受人處，查看標的物是否存在及狀況之約款。
- (4) 其他約款：另外如有出賣人保留解除權之約款、限制買受人解除契約之約款、收取違約金之約款、由買受人負擔手續費或相類似費用之約款、管轄法院之約款等其他約款時，亦需個案加以處理。

二、與附條件買賣之比較

附條件買賣主要係規定於動產擔保交易法第三章第26條至第31條，並於第26條予以定義：「稱附條件買賣者，謂買受人先占有動產之標的物，約定至支付一部或全部價金，或完成特定條件時，始取得標的物所有權之交易。」所謂附條件，係指以所有權移轉為其直接內容之附停止條件，該條件可為「一部或全部價金之給付」或「其他特定內容」⁴⁶。從「附條件買賣」一詞中，可以瞭解其與民法第345條所規定的一般買賣同屬「買賣」類型，但與一般買賣的方式不同，而係以「附條件」方式為之，且價金可採「分期付款」或「一次付清」方式擇一辦理，故將之納為一種特種買賣。附條件買賣，如其價金支付採分期付款方式者，則與附所

⁴⁴ 同註1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁145。

⁴⁵ 同註1，邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁204及205。在解釋上宜認為所有權於動產支付時或不動產辦妥所有權移轉登記而取得所有權，出賣人依該約款僅取擔保物權而已。

⁴⁶ 游進發著「動產擔保交易法第28條第1項第1款釋義上之疑問」，收錄於氏著「民法與特別法」（2021），頁254，元照出版公司。

有權保留約款之分期付款買賣相當，解釋上有分期付款買賣之適用。反之，如其價金支付非屬分期付款方式者，則與分期付款買賣尚無關係⁴⁷，故不宜逕稱為分期付款買賣⁴⁸，本文僅指採分期付款方式的附條件買賣而言。因篇幅所限，本節擬針對民法、消保法與動產擔保交易法規定部分就構成要件、法律適用兩方面予以比較論述。另外，此種附條件買賣較消保法規定的分期付款買賣，對消費者較為不利，應特別注意。

（一）構成要件方面

1. **主體**：動產擔保交易法附條件買賣與民法分期付款買賣適用的法律關係相同，不以消費關係為限，非消費關係亦受規範，其法律關係構成的主體，分別為下列的出賣人及買受人。該等主體依動產擔保交易法第 27 條第一款規定，附條件買賣契約應記載其「契約當事人之姓名或名稱、住居所或營業所所在地」。
 - (1) 出賣人：與民法分期付款買賣相同，凡是以附條件買賣方式出賣動產的人，均為出賣人，不以消保法規定的企業經營者為限。
 - (2) 買受人：與民法分期付款買賣相同，凡是以附條件買賣方式買受動產的人，均為買受人，不以消保法規定的消費者為限。

筆者認為：動產擔保交易法與民法所適用的法律關係，因均不以消費關係為限，與消保法限適用消費關係不同，主體並無任何限制，故其適用的主體範圍較消保法為廣。

2. **客體**：動產擔保交易法附條件買賣，其法律關係構成的客體，依該法第 4 條：「機器、設備、工具、原料、半製品、成品、車輛、農林漁牧產品、牲畜及總噸位未滿二十噸之動力船舶或未滿五十噸之非動力船舶，均得為動產擔保交易之標的物。」規定，僅以法定的特殊動產為限，其買賣標的範圍較諸民法及消保法規定狹隘。依動產擔保交易法第 27 條第 2 款規定，附條件買賣契約應記載其「買賣標的物之名稱、數量及價格，如有特別編號標識或說明者，其記載。」

筆者認為：附條件買賣之標的物，不但限為動產，且以動產擔保交易法第 4 條第 1 項所定之動產為限，與民法分期付款買賣適用的客體（包括動產及不動產），及消保法分期付款買賣適用的客體（包括商品及服務）相較，其適用的

⁴⁷ 同註 1，邱聰智著「新訂債法各論（上）」（2002），頁 206。

⁴⁸ 黃靜嘉著「動產擔保交易法」（1964），頁 35，台灣銀行。

客體範圍較窄。

3. 行為：動產擔保交易法附條件買賣適用的法律關係，不以消費關係為限，非消費關係亦受規範，其法律關係構成的行為，僅限為下列的買賣行為。

(1) 買賣行為：所謂分期付款買賣，係指約定價金分期支付之買賣，不以消保法規定的消費行為及營業行為為限。本文僅討論價金採分期付款方式的附條件買賣，其重點包括

- ① 須分期支付價金：依動產擔保交易法第 27 條第 4 款規定，附條件買賣契約應記載其「買賣標的物價款之支付方法」。因此，買受人須負有價金給付之義務，否則即非買賣契約⁴⁹，且價金係採分期付款方式辦理。

筆者認為：價金分期支付，似為分期付款買賣類型的共同特徵，動產擔保交易法附條件買賣及民法分期付款買賣，對於消保法分期付款買賣則特別規定的「頭期款」，及出賣人須同時將標的物交付給買受人，均未特別加以規定。

- ② 須交付標的物：依動產擔保交易法第 27 條第 3 款規定，附條件買賣契約應記載「出賣人保有標的物所有權，買受人得占有使用之記載」。另依動產擔保交易法第 28 條規定，買受人如有不依約定償還價款、不依約定完成特定條件、將標的物出賣、出質或為其他處分任一情形，致妨害出賣人之權益者，出賣人得取回占有標的物。

筆者認為：由買受人先占有買賣標的物，易言之，出賣人有先交付標的物的義務，似為分期付款買賣類型的另一共同特徵，但非屬要物契約⁵⁰，附條件買賣如同其他分期付款買賣，在本質上仍屬諾成契約。在買賣關係的占有關係上，附條件買賣出賣人為間接占有人，買受人為直接占有人⁵¹。

⁴⁹ 同註 46，游進發著「動產擔保交易法第 28 條第 1 項第 1 款釋義上之疑問」，收錄於氏著「民法與特別法」（2021）。蓋動產擔保交易法第 26 條以下係以買賣契約為出發點，係以價金支付為其要素，若「買受人」不負有價金支付義務，而負有以其他條件為內容之主要給付義務，則實際上所論及者並非買賣契約，動產擔保交易法第 26 條以下即無適用之餘地。

⁵⁰ 王澤鑑著「附條件買賣買受人之期待權」，收錄於氏著「民法學說與判例研究（第一冊）」（1993），頁 170。王澤鑑教授認為，買受人先占有動產標的物一語，易使人誤解附條件買賣係要物契約，須至出賣人交付標的物於買受人，方為成立。

⁵¹ 同前註。

- ③ 附所有權保留約款：約定至支付一部或全部價金，始取得標的物所有權。此種所有權保留約款，主要是規定依動產擔保交易法第 27 條第 3 款、第 5 款及第 6 款規定，附條件買賣契約應記載「出賣人保有標的物所有權，買受人得占有使用之記載」、「買受人取得標的物所有權之條件」及「買受人不履行契約時，出賣人行使物權及債權之方法」。另外，附條件買賣之保留所有權約款，一經依法登記，即具有對抗善意第三人之效力。

筆者認為：附條件買賣係以標的物所有權保留約款為其條件，這是出賣人為擔保其價金債權，所採用所有權保留制度方式，不同於民法分期付款買賣及消保法分期付款買賣，除非雙方另有保留約款，否則原則上均於交付標的物予買受人時，同時移轉其所有權於買受人。

- ④ 須為要式契約：依動產擔保交易法第 5 條：「動產擔保交易，應以書面訂立契約。非經登記，不得對抗善意第三人。」規定，應訂立書面契約，以資審慎，並於第 27 條明定其契約應記載事項，俾期資訊公開透明化。

筆者認為：動產擔保交易法附條件買賣與消保法分期付款買賣契約規定同屬要式契約，與民法規定買賣為不要式契約，不以書面為限不同。至於須經登記問題，則屬動產擔保交易法特有規定。附條件買賣必須訂立書面契約及記載法定事項，屬於要式行為；但不以分期支付價金為限（本文所論述的附條件買賣，僅以分期支付價金為限），且所有權之移轉不以付清價金為限。

- (2) 其他交易行為：雖然動產擔保交易法第 2 條及第 26 條就附條件買賣規定為一種「交易」，但王澤鑑教授認為實有不妥⁵²，筆者亦以交易已逸出買賣範疇，非屬附條件買賣，亦表贊同，且因其契約性質特殊，故不適用民法第 347 條所規定的其他有償契約的交易行為在內。

（二）法律適用方面

民法分期付款買賣與消保法分期付款買賣之規定，基本上係為保護買受人，具有社會立法之性質；動產擔保交易法附條件買賣之規定，基本上係在確保出賣

⁵² 同註 50。王澤鑑著「附條件買賣買受人之期待權」，收錄於氏著「民法學說與判例研究（第一冊）」（1993），頁 170。

人之價金債權得以實現，具有經濟立法之性質⁵³。因其立法目的不同，動產擔保交易法附條件買賣是否可以補充適用民法及消保法相關規定，則需加以個案斟酌。

1. 民法規定原則上可補充附條件買賣規定之不足；動產擔保交易法為民法的特別法，依據特別法優先普通法適用原則，動產擔保交易法有規定部分可優先適用，但如遇到動產擔保交易法未規定部分，民法規定可據為補充適用，以免發生法律漏洞。爰分就民法有關上述分期付款買賣的期限利益約款、解約扣價約款等特別限制規定有無適用問題，論述如次。

- (1) 期限利益喪失約款：應適用。關於附條件買賣雙方當事人於買賣契約約定有期限利益喪失約款者，其約款是否有民法第 389 條之適用，有肯定說⁵⁴及否定說⁵⁵，筆者贊同學者以動產擔保交易法第 27 條第 6 款並非民法第 389 條之特別規定，在動產擔保交易法就分期付款並無所規範下，依動產擔保交易法第 3 條：「動產擔保交易，依本法之規定，本法無規定者，適用民法及其他法律之規定。」規定，應適用民法第 389 條規定⁵⁶，應採肯定說之見解。
- (2) 解約扣價約款：不適用。由於動產擔保交易法第 28 條第 2 項：「出賣人取回占有標的物，未受買受人前項再行出賣之請求，或於前項三十日之期間內未再出賣標的物者，出賣人無償還買受人已付價金之義務，所訂附條件買賣契約失其效力。」，已就解約扣價問題特別規定為「出賣人無償還買受人已付價金之義務」，因此，並無民法第 390 條有關解約扣價約款的規定之適用餘地。
- (3) 其他分期付款買賣約款限制：經查前述民法並未對收取違約金之約款、由買受人負擔手續費或相類似費用之約款、管轄法院之約款等分期付款買賣約款

⁵³ 同註 1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁 145。

⁵⁴ 劉春堂著「動產擔保交易法研究」（1990），頁 161、同註 48，王澤鑑著「附條件買賣買受人之期待權」，頁 161。附條件買賣契約中附有分期付款約款時，依動產擔保交易法第 3 條之規定，自應適用民法關於分期付款之規定。因此，期限利益喪失約款應有民法第 389 條之適用。

⁵⁵ 同註 54，劉春堂著「動產擔保交易法研究」（1990），註 136，頁 161。廳民一字第一一八號函復台高院，認為：動產擔保交易法為民法之特別法。該法第 27 條第 6 款規定，附條件買賣契約應載明，買受人不履行契約時，出賣人行使債權及物權之方法。期限喪失約款既為買受人不履行契約時，出賣人行使債權及物權之方法，則可認動產擔保交易法第 27 條第 6 款為民法第 389 條之特別規定。

⁵⁶ 同註 46，游進發著「動產擔保交易法第 28 條第 1 項第 1 款釋義上之疑問」，收錄於氏著「民法與特別法」（2021），頁 270 及 271。

予以限制，如動產擔保交易法亦未明文規定時，筆者認為除可運用民法第 148 條第 2 項誠實信用原則外，並可充分運用消保法有關定型化契約規定，依據動產交易法立法目的及特性，去調整約款效力，予以個案處理。

2. 消保法規定亦可補充動產擔保交易法規定之不足：消保法與動產擔保交易法屬於競合法。消保法為消費關係的基本法，凡是有消費關係者，均可適用消保法。附條件買賣，在出賣人為企業經營者、買受人為消費者的前提下，亦屬一種消費關係，而有消保法規定的適用。只是附條件買賣在動產擔保交易法明定其特定要件，形成一種特別交易型態，造成動產擔保交易法與消保法競合，應依據契約明文引用的法律為其優先適用，附條件買賣引用的是動產擔保交易法，故無消保法分期付款規定的適用，但附條件買賣契約書尚屬企業經營者為與特定消費者訂立契約之用，而單方預先擬訂之契約，即有消保法定型化契約規定的適用，消保法有關定型化契約的立法規制及行政規制，尤其是定型化契約範本暨應記載及不得記載事項公告為之（例如電器買賣定型化契約範本式樣一：電器產品附條件買賣契約書⁵⁷，即有附條件買賣特別約款，其內容多達 11 項，可供參考），此時對於不公平的定型化契約條款即可發揮其矯正；而對於漏未規定的條款即可發揮其補正的功能，以有效保障消費者的權益。

附條件買賣不管其是否為消費關係，只要動產擔保交易法有規定者，原則上並無消保法分期付款規定的適用，但為保障附條件買賣的買受人權益，如動產擔保交易法未規定而消保法有規定者，筆者建議消保法規定內容可例外以法理方式適用。例如

- (1) 附條件買賣的利率不明時：筆者建議可參考消保法第 21 條第 4 項規定處理，即：企業經營者（出賣人）未依前項規定記載利率者，其利率按現金交易價格週年利率百分之五計算之。
- (2) 買受人提前清償時：依民法第 204 條：「約定利率逾週年百分之十二者，經一年後，債務人得隨時清償原本。但須於一個月前預告債權人。前項清償之

⁵⁷ 電器買賣定型化契約範本式樣一：電器產品附條件買賣契約書第 4 條附條件買賣特別約款，分別就保留所有權約款及買受人取得所有權之條件、標的物之使用及危險負擔、買受人不履行契約時，出賣人行使物權請求權及（或）債權請求權（之一至之六）、出賣人之損害賠償義務、標的物保險被保險人之記載、其他契約事項等加以規定，並附有分期攤還表。

權利，不得以契約除去或限制之。」買受人可提前清償⁵⁸外；筆者建議另可參考消保法規定處理，即：消費者（買受人）有提前清償的權利，企業經營者（出賣人）不得拒絕外，更不可以消費者違約為由而收取違約金。

參、檢討與建議（代結語）

坊間所常見的分期付款買賣方式，主要有民法分期付款買賣、消保法分期付款買賣、動產擔保交易法附條件買賣等三種，為利檢討建議提出的提出，筆者爰再列表比較如后。

民法分期付款買賣、消保法分期付款買賣、動產擔保交易法附條件買賣之比較表			
買賣類型	分期付款買賣	分期付款買賣	附條件買賣
法律依據	民法	消保法（民法之特別法）	動產擔保交易法（民法之特別法、消保法之競合法）
規範性質	社會立法	社會立法	經濟立法
規範目的	保護買受人權益	保護消費者權益	保護出賣人權益
法律關係範圍	不以消費關係為限	以消費關係為限	不以消費關係為限
標的物範圍	物（動產及不動產）及權利	商品（預售屋除外）及服務	僅限特定之動產
買賣成立方式	不要式行為	要式行為	要式行為，並應經登記
價金支付方式	分期付款	分期付款	不限於分期付款
標的物交付時機	須先交付，但不限何時交付	須先交付，並限於頭期款交付時為之	須先交付，但不限何時交付
是否保留所有權	不以出賣人保留所有權為限	不以出賣人保留所有權為限	以出賣人保留所有權為限
能否對抗善意第三人	該保留之所有權無對抗善意第三人之效力	該保留之所有權無對抗善意第三人之效力	經登記後，該保留之所有權得對抗善意第三人

⁵⁸ 同註1，劉春堂著「民法債篇各論（上）」（2003），頁145。

除此之外，尚有一種屬於預付型，外形類似分期付款買賣的分期貸款買賣⁵⁹，本文雖因篇幅所限，並未納入主文的比較論述，但因其分期償還貸款（形式上類似分期付款）⁶⁰，消費者常被業者「假分期，真貸款⁶¹」誤導，如何有效避免及處理其消費糾紛問題，為期周延，筆者認為在檢討建議時亦宜併案納入，併此敘明。

由於消保法分期付款買賣規定偏重保障消費者權益，對業者不利，業者經常避而不用，轉而採用對業者規定比較有利的附條件買賣或採用「假分期，真貸款」的分期貸款買賣方式辦理，導致分期付款買賣的消費糾紛層出不窮，亟待解決。為期有效解決是類消費糾紛，並增益分期付款買賣消費者權益，筆者建議應設定下列短、中、長期目標，逐步予以有效導正：

一、短期目標：建立避免及處理分期付款買賣消費糾紛制度。

主管機關現階段對於分期付款買賣採取的行政規制措施，係依據消保法第 17 條規定，將其納入定型化契約範本及應記載事項公告方式辦理，俾作為有效避免及處理分期付款買賣消費糾紛的法據。筆者認為此種行政規制措施方式，對於不同契約的消費糾紛，在處理上雖然會發生下列不同的規制效果，但至少均可以提供資訊供消費者選擇而達到有效避免發生糾紛的效果，其結果對消費者仍屬有利，允宜建立制度並予繼續強化落實辦理。

1. 對於消保法分期付款買賣（含民法分期付價買賣）契約的規制效果，最好：現階段行政院（消保處）已將與分期付款買賣有關的定型化契約於研（修）訂範本及應記載事項公告時，例如汽車買賣、中古車買賣、電器買賣等 3 種定型化

⁵⁹ 所謂分期貸款買賣，係指消費者購買產品時，該產品的價款是向他人（如銀行、融資公司等）貸款，並將所貸的金額一次支付給產品出賣的業者，而由買受的消費者分期向提供貸款的業者支付，所成立的買賣契約。

⁶⁰ 同註 6，詹森林著「民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論」（2003），頁 164。消保法上的分期付款買賣，係指出賣人（企業經營者）以允許分期付款為手段，而提供信用予買受人（消費者）之交易型態，係屬兩人關係之法律問題。惟現代交易上，經常係由第三人以提貸款之方式，而與出賣人合作，共同向消費者推銷商品及資金，且該第三人亦多為消保法所稱之企業經營者，並有可能與出賣人係屬關係企業。對於此種出賣人、買受人及信用提供人間之三人契約關係，並非現行消保法第 2 條第 10 款所謂之分期付款買賣，消保法第 21 條即無適用餘地。

⁶¹ 呂惠珍著「訪問買賣爭議問題與實務發展」，刊於《消費者保護研究（第十六輯）》（2010），頁 229 至 240，行政院消費者保護委員會。對於假分期真貸款理論及實務問題已有詳細論述，可供參考。

契約，均已將民法分期付款買賣、消保法分期付款買賣約款納入，提供作為消費者買賣選項參考，並明定雙方當事人的權利義務。此種行政規制措施，除要求消費資訊公開透明之外，該項公告並具有視同法規的強制拘束力，可作為避免及處理分期付款買賣消費糾紛的法據，對於消費權益保障，成效最大，允宜繼續落實辦理。

2. 對於附條件買賣契約的規制效果，最差：經查現有已公布定型化契約行政規制的範本及公告中，僅有「電器買賣定型化契約範本」，除了納入消保法分期付款買賣規定外，並於第4條明定納入附條件買賣約款⁶²，但在「電器買賣定型化契約應記載事項」公告中，則未將其納入，究其原因，或許是因為一旦訂定附條件買賣契約，即應優先適用動產擔保交易法附條件買賣規定，消保法規定及依消保法規定公告的內容，與其牴觸者無效，無法予以強制規制，故而僅以範本作宣示規定，提供作為消費者買賣選項參考，並明定雙方當事人的權利義務，俾期消費資訊公開透明。雖然消保法行政規制的效果不大，但至少提供消費者必要的消費資訊，對消費者有利，不宜輕言廢除，現階段仍允宜擴大辦理。
3. 對於分期貸款買賣契約的規制效果，尚可：分期貸款買賣契約所衍生的問題中，要以「假分期，真貸款」糾紛，對消費權益影響最大，因此，行政院（消保處）為有效避免及處理「假分期，真貸款」糾紛問題，選擇在新修訂的網際網路教學服務、短期補習班補習服務、瘦身美容服務等3種定型化契約的範本及應記載事項公告中，將分期貸款買賣約款納入規定，提供作為消費者買賣選項參考，並明定雙方當事人的權利義務，對買賣的業者及貸款的業者分別與消費者所訂定的契約，明定應以聯立契約方式⁶³處理。此種行政規制措施，除要求消費資訊公開透明之外，該項公告並具有視同法規的強制拘束力，可作為避免及處理分期貸款買賣消費糾紛的法據，對於消費權益保障，有其一定成效，允宜繼續落實辦理。

⁶² 同註57。

⁶³ 同註4。（游進發）：另關於後半段的問題，許多企業經營者會透過債權讓與方式規避相聯結契約之隨同終止解除及延伸抗辯，我的意見是應隨同解除及延伸抗辯。蓋此本質為授信關係，所謂授信關係有二，貨物信用及金錢信用，金錢信用乃金錢借貸，貨物信用則為附條件買賣、融資性租賃等。分期付款，僅為貨物信用其中之一的結構，而授信關係不應因債權讓與而影響本質，故債權讓與可主張隨同抗辯（抗辯延伸），即使無通知，基於經濟一體性，亦應許隨同抗辯（抗辯延伸）。

二、中期目標：檢討修正消保法分期付款買賣有關規定。

建議檢討修正下列消保法與分期付款買賣有關規定，俾其規定更趨完善周延：

1. 建議將「分期付款買賣」修正為「分期付款交易」：因為交易範圍大於買賣，加以分期付款經常隨同通訊交易或訪問交易而成立契約，該等契約既已因應時代需要將「買賣」改為「交易」，另為配合消保法「特種交易」節名，筆者認為「分期付款買賣」亦應比照通訊交易及訪問交易，修正為「分期付款交易」為宜。
2. 建議將「免付頭期款」納入消保法定義規定：有學者對於消保法第 2 條有關分期付款買賣定義提出修法意見⁶⁴，筆者亦持贊同意見，至少應先解決實務上的免付頭期款方式，是否符合消保法分期付款買賣構成要件問題，建議修改消保法第 2 條規定增列「頭期款為零者亦屬之」，以杜爭議。
3. 建議增列罰則規定：為落實消保法第 21 條第 1 項「企業經營者與消費者分期付款買賣契約應以書面為之」規定，建議修改消保法第 56 條之 1 條文，增列對違反訂立書面契約要求之企業經營者課處罰鍰規定。
4. 建議將「分期攤還表」納入定型化契約應記載事項公告內容：分期攤還表對分期付款買賣的消費者非常重要，建議將分期攤還表統一納入消保法明文規定，併以定型化契約應記載事項公告為之。

三、長期目標：建議制訂消費者信用法。

建議依據下列原則制訂消費者信用法，建立完整消費信用法令體系，俾全盤解決消費信用相關問題。

1. 建議參考國外立法例制訂消費者信用法：無論是民法分期付價買賣、消保法分期付款買賣、動產擔保交易法附條件買賣，或是分期貸款買賣，均與消費者信用有關，尤其是分期貸款買賣，外國立法上，多另設「消費信用（或消費者信用）保護法」，以確保消費者在該三人關係上權益，我國目前尚無類似法律，亟

⁶⁴ 同註 4。（吳從周）：消保法第 2 條第 12 款分期付款之定義，建議要修法。消保法定義中有頭期款及分期付款。然實務情形，有付二期以後標的物才交付者，有零利率且無頭期款者，有分期即交付標的物者，且交付標的物，究為單純使用，抑或所有權移轉，各有不同。消保法為民法分期付價買賣之特別規定，債各民法學者在定義分期付款買賣時，並無頭期款，重點都在分期給付。或有論者謂先交付標的物，為消保法分期付款買賣之主要特徵，然就消保法第 21 條欲使利率透明化規定觀之，重點特徵應為分期付款，故只要有分期給付價金特徵，即為分期付款買賣，應有消保法第 2 條及第 21 條之適用。

待制定⁶⁵。建議參考日本⁶⁶、德國⁶⁷及美國⁶⁸立法例予以整合後，制訂消費者信用法，俾建立完整消費信用法令體系。

2. 建議採用消保法規定優先適用原則：由於消保法為消費關係的基本法，凡是有消費關係者，均可適用消保法。故在整合制訂消費者信用法時，建議對於消費關係，應採取消保法規定優先適用原則，以確保分期付款買賣消費者權益。

⁶⁵ 同註6，詹森林著「民事法理與判決研究（三）——消費者保護法專論」（2003），頁164。

⁶⁶ 同註20，朱柏松著「消費者保護法論」（1998），頁22。至於就後者（即分期付款之買賣）而言，日本法計有五十五個條文，內容除規定分期付款之買賣外，尚涉及先付款式之分期付款買賣、消費貸款之買賣業。而德國法如前面所曾提及者，早已於現行民法公佈、施行以前，即已有特別法加以規範。其內容計有十二個條文，包括回收保證、書面記載、買受人之撤銷權、撤銷權之效果、同時履行之抗辯、沒收條款、所有權保留之撤銷等，內容上堪稱完備。

⁶⁷ 同前註。

⁶⁸ 美國對於分期付款買賣，係以消費者保護法（1968）作為規範，包括下列四種法律：①誠信借貸條款：在契約訂立前，業者應提供消費者書面通知，並在書面上載明貸款或信用買賣之期限、本金、利息總額以及每期應付利息。②高利貸款法規：規定高利率貸款構成刑事犯罪。③扣押法規：規範得扣押薪資的最高限額。④誠信借貸紀錄法：規範「消費者徵信機構」的營業。

參考文獻

一、書籍（依姓氏筆畫順序排序）

- 王澤鑑（1993），「附條件買賣買受人之期待權」，《民法學說與判例研究（第一冊）」》，三民書局。
- 王澤鑑（1992），「消費者的基本權利與消費者的保護」，《民法學說與判例研究（第三冊）」》，三民書局。
- 朱柏松（1998），「消費者保護法論」，翰蘆圖書出版公司。
- 李永然（1994），「消保法是不動產的剋星？」，《消保法教戰守策》，永然出版社。
- 李鳳翱等（2007），「消費者保護法解析」，財團法人中華民國消費者文教基金會。
- 邱聰智（2002），「新訂債法各論（上）」，元照出版公司。
- 范建得（1994），「消費者保護法基礎理論」，漢興書局。
- 馮震宇、姜志俊、謝穎青、姜炳俊（2005），「消費者保護法解讀」，元照出版公司。
- 黃靜嘉（1964），「動產擔保交易法」，台灣銀行。
- 黃明陽（2017），「【消費贏家】消費者保護法入門（修訂3版）」，台灣商務印書館。
- 游進發（2021），「動產擔保交易法第28條第1項第1款釋義上之疑問」，《民法與特別法》，元照出版公司。
- 詹森林（2003），「消費者保護法上特種買賣之實務與立法問題」，《民事法理與判決研究（三）—消費者保護法專論」》，元照出版公司。
- 詹森林、馮震宇、林明珠（2005），「認識消費者保護法」，行政院消費者保護委員會。
- 劉春堂（2003），「民法債篇各論（上）」，三民書局。
- 劉春堂（1990），「動產擔保交易法研究」，三民書局。

二、期刊論文（依出版先後排序）

- 「消費者保護法施行細則研訂資料」，84年2月，行政院消費者保護委員會。
- 「消費者保護法專案研究實錄（第一輯）」，84年11月至86年12月，行政院消費

者保護委員會。

「消費者保護法專案研究實錄（第三輯）」，88 年 6 月至 90 年 12 月，行政院消費者保護委員會。

「消費者保護法專案研究實錄（第四輯）」，91 年 3 月至 93 年 10 月，行政院消費者保護委員會。

呂惠珍(2010)，「訪問買賣爭議問題與實務發展」，《消費者保護研究(第十六輯)》，行政院消費者保護委員會。

《消費者保護研究》
第 26 輯，頁 151-182

消費者保護法與隱私法之競合關係與 執法界線之研究

郭戎晉*

摘要

消費者個人資料商業價值的提升，直接帶動大數據及資料驅動經濟等嶄新技術與商業模式之發展，但也肇致了難以數計的消費者隱私／個人資料侵害問題。2021 年 4 月澳洲 ACCC v Google LLC 一案中，澳洲消費者保護主管機關 ACCC 適用「澳洲消費者法」(ACL) 處理企業經營者運用誤導性手法不當獲取消費者個人資料問題，並獲得澳洲聯邦法院之支持。ACCC 表明其執法係全球首創之舉，正式將 ACL 應用於數位環境下的個人資料保護事務，並展現消費者保護法與個人資料保護法兩者交叉進行監管之可能。

國內消費者保護法與個人資料保護法分別定位為消費者保護事務及個人資料保護事務之「普通法」，當消費者個人資料因消費關係而遭受侵害時，此際應以何部法律為度，成為消費者個人資料爭議問題處理之先決問題。法務部曾於 2014 年函釋指出肇因消費者個人資料引發之爭議，應由消費者保護主管機關（消保法）

* 國立臺北大學法學博士，南臺科技大學財經法律研究所助理教授。特此感謝兩位匿名審稿委員之評論與寶貴意見。

處理。本文認為就個人資料屬性而言，消費者個人資料不宜視為消保法上之「商品」概念，但存在視為「服務」之可能性，故有基於消保法處理消費者個資爭議之空間。

本文認為個人資料通常處理行為可適用消保法商品服務責任，但諸如澳洲 *ACCC v Google LLC* 案中以誤導性行為不當獲取消費者個人資料之情形，即使歷來各界咸認同如何杜絕企業經營者之虛偽誤導消費者行為，屬於消費者保護政策與消保法之重要命題，國內消保法本身事實上並無對應誤導性行為之明文規定，衍生以競爭法進行處理之合適性，以及消保法本身應否參考澳洲 *ACL* 等國際立法例進行必要調適之討論。面對消費者個人資料爭議引發的不同法律之間的競合與適用難題，國內亦有必要思索及建立相關監理機關之間的協調合作機制，諸如英國近期推動的「數位監管合作論壇」(DRCF)，提出數位監管及發展聯合監管方法等嶄新設計，殊值國內參考並評估於國內推動關聯機制之可能性。

關鍵詞：消費者個人資料、誤導、澳洲消費者法、個人資料保護法、數位監管合作論壇。

壹、前言

資料探勘及資料分析技術之精進，使得資料為金（data is gold）及資料作為新資源（data is new oil）等概念逐步深植於人們心中¹。在個人資料價值日益彰顯下，除直接帶動消費者對於自身隱私資料的重視與保護意識，企業經營者出於商業考量不當獲取及利用消費者個人資料情形亦有劇增之勢，突顯出「消費者保護」與「隱私／個人資料保護」兩者的界線與適用判斷，已是數位經濟發展上無法忽視之關鍵課題。

行政院於 1988 年提出消費者保護法草案，歷時五年討論後於 1994 年三讀通過並正式實施，與國內第一部個人資料保護專法、於 1995 年實施的電腦處理個人資料保護法時間極為接近。國內甚早即關注資訊社會下的個人資料保護問題，鑒於電腦處理個人資料保護法之缺失，進一步於 2010 年 4 月進行全盤修正並將名稱正式修改為個人資料保護法。消費者保護法與個人資料保護法分別定位為消費者保護事務及個人資料保護事務之「普通法」，當「消費者個人資料」因消費關係而遭受侵害時，此際應以何部法律為度，成為消費者個人資料爭議問題處理上所應釐清之先決問題。

2021 年 4 月澳洲 *ACCC v Google LLC* 一案²中，澳洲消費者保護主管機關「澳洲競爭及消費者委員會」（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）適用「澳洲消費者法」（Australian Consumer Law, ACL）處理消費者個人資料不當獲取問題，並獲得澳洲聯邦法院之支持。ACCC 表明其執法係全球首創之舉，正式將 ACL 應用於數位環境下的個人資料保護事務，並展現消費者保護法與個人資料保護法兩者交叉進行監管之可能³。

隨著資料隱私／個人資料保護成為一個獨立的法律領域，隱私法開始與固有

¹ Kirill Dubovikov, *Managing Data Science* 13 (2019).

² *Australian Competition and Consumer Commission v Google LLC* (No 2) [2021] FCA 367.

³ Australian Competition and Consumer Commission, *Google Misled Consumers About the Collection and Use of Location Data*, ACCC (Apr. 16, 2021), available at <https://www.accc.gov.au/media-release/google-misled-consumers-about-the-collection-and-use-of-location-data> (last visited Nov. 28, 2021).

的法律規範如競爭法與消費者保護法等產生適用上之邊際（margin）衝突⁴。本文聚焦探討消費者保護法與隱私法兩者之間的競合關係與實務執法產生之爭議，除分析澳洲 *ACCC v Google LLC* 一案經緯暨其衍生之相關問題，並就此一議題於國內法制下之適用進行完整分析，最後提出筆者的見解與建議，以期對助益各界此一饒富爭議的重要議題能有完整了解。

貳、消費者個人資料之價值與隱私保護

一、個人資料在當前數位經濟之重要性

（一）個人資料數量急遽增加

現時多數人已習於資通訊科技及各類數位企業帶來的便利，事實上 1995 年時網路使用者僅達全球總人口的 1%，尚不足一億人，千禧年時全球的上網總人口成長為 3.5 億人，並分別於 2005 年及 2010 年來到了 10 億及 20 億之譜⁵。然而截至 2021 年 1 月全球網路使用者已達到 46.6 億人，佔全球總人口⁶ 的 59%⁷。當「持續連網生活」（“Always On” Life）成為常態，整體的網路應用環境已經與 90 年代網路甫開放商業使用之初有著截然不同的面貌⁸。

頻繁的網路應用催生可觀的資料量，世界經濟論壇（World Economic Forum, WEF）指出 2020 年全球肇因網路使用產生的資料總量達到 44 ZB⁹，知名市場分析機構 IDC 並預估全球資料總量將在 2025 年時增加為 175 ZB¹⁰。但在邁入數位化

⁴ Erika M. Douglas, *The New Antitrust/Data Privacy Law Interface*, 130 Yale L.J. Forum 647, 647 & 658 (2021).

⁵ Michael Rustad, *Global Internet Law in a Nutshell* 2 (3rd ed. 2015).

⁶ 根據 Population Reference Bureau 統計，2020 年全球總人口已達 78 億人，Population Reference Bureau, 2020 World Population Data Sheet, available at <https://interactives.prb.org/2020-wpds/> (last visited May 2, 2021).

⁷ Simon Kemp, Digital 2021: Global Digital Overview, Data Reportal (Jan. 27, 2021), available at <https://datareportal.com/reports/digital-2021-global-overview-report> (last visited May 22, 2021).

⁸ Ariel Fox Johnson, *13 Going on 30: An Exploration of Expanding COPPA's Privacy Protections to Everyone*, 44 Seton Hall Legis. J. 419, 432-33 (2020).

⁹ 作為資料計量單位之一的 ZB，是 Zettabyte 一詞的縮寫，1ZB 等於 1 兆 GB (Gigabyte)。

¹⁰ Jeff Desjardins, *How much data is generated each day?*, World Economic Forum (Apr. 17, 2019),

的初期，事實上多數事業均不假思索的棄置了絕大部分經營上所獲取的用戶個人資料，蓋業者普遍認為相關數據並沒有太大的價值¹¹。但當經濟活動轉以資料為主並出現諸如大數據（big data）與資料驅動經濟（data-driven economy）等嶄新技術與商業模式概念時，消費者個人資料已成為商品製造和服務提供之直接動能¹²。

（二）資料商業價值日益提高

源於 20 世紀 60 年代的網際網路在 90 年代正式開放商業使用，除直接催生網路商務，近年隨著資料為金等概念逐步深植於人們心中，網路商業活動進一步成為所謂的數位經濟或虛擬經濟（virtual economy），而諸多產業也順勢轉型為所謂的資料驅動型行業（data-driven industries）¹³。

Craig D. Tindall 指出 1920 年代時通用汽車（General Motors）便曾透過識別實際使用兩年以上競爭對手產品（福特汽車）的車主，藉以鎖定潛在客群，而現今的資通訊科技無疑使得消費者個人資料的蒐集與商業利用一事更富效率¹⁴。在有效掌握消費者個人資料的前提下，企業經營者不僅可具體鎖定消費者進行精準行銷，甚至揆諸消費者喜好進行客製化製造，形塑「按需製造」（Manufacturing on Demand, MoD）等過往未見的嶄新生產製造概念。

英國競爭暨市場管理局（Competition and Markets Authority, CMA）及 McKinsey 所作研究亦顯示消費者個人資料的妥善使用，有助於企業經營者了解消費者的痛點以及尚未被滿足之需求，並對應其需求開發嶄新產品和服務，帶動客製化廣告與行銷技術之發展，從而創造規模逾 3,000 億美元的全球數位廣告市場¹⁵。

available at <https://www.weforum.org/agenda/2019/04/how-much-data-is-generated-each-day-cf4bddf29f/> (last visited May 19, 2021); Andy Patrizio, *IDC: Expect 175 zettabytes of data worldwide by 2025*, Network World (Dec. 3, 2018), available at <https://www.networkworld.com/article/3325397/idc-expect-175-zettabytes-of-data-worldwide-by-2025.html> (last visited May 19, 2021).

¹¹ International Monetary Fund (IMF), *The Economics and Implications of Data: An Integrated Perspective* (2019), at 9.

¹² *Id.* at 9-10.

¹³ José María Cavanillas, Edward Curry & Wolfgang Wahlster, *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe* 171 (2016).

¹⁴ Craig D. Tindall, *Argus Rules: The Commercialization of Personal Information*, 2003 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 181, 183 (2003).

¹⁵ Competition and Markets Authority, *The Commercial Use of Consumer Data* (2015), at para. 2.92-2.95; McKinsey, *The Consumer-data Opportunity and the Privacy Imperative* (2020), at 2.

二、消費者隱私／個人資料侵害問題頻生

數位創新有助於將用戶個人資料轉化為具競爭力的業務成果，如何有效保護相關資料並衡平伴隨而生的法律甚或道德爭議，亦相形重要¹⁶。另一方面，儘管消費者對於自身隱私的重視程度與保護意識與日俱增，但相關研究指出多數消費者仍然不知道如何有效保護自身個人資料，諸如僅有 14% 的網路使用者對其網路通訊內容進行加密，同時只有三分之一的網路使用者定期更改密碼，消費者端對於隱私保護的輕忽也是個人資料外洩的主要成因之一¹⁷。

國際知名商用軟體公司 Intact Software 在 2021 年 4 月發布的研究報告整理了 2004 年以降的大規模個人資料外洩事件，就個別企業而言，用戶個人資料外洩總量前五大業者分別為：1、Facebook（8.645 億筆用戶資料）；2、Marriott International（5.052 億筆用戶資料）；3、MongoDB（4.77 億筆用戶資料）；4、AOL（9,200 萬筆用戶資料）；以及 5、JP Morgan Chase（7860 萬筆用戶資料），數量著實驚人¹⁸。

近期受到 COVID-19 疫情影響，遠距工作（working from home）與遠距學習（remote learning）逐漸成為新常態，在網路使用時間急遽增加下，無形中也加大消費者個人資料遭到不當獲取與利用之可能性¹⁹。IBM 與研究機構 Ponemon Institute 在 2021 年 7 月公布的研究成果即顯示 COVID-19 疫情不僅造成個人資料外洩風險升高，也加重了企業經營者在資安事件中所須付出之成本，2020 年全球個人資料外洩事件平均成本達到了 424 萬美元，相較於 2019 年大幅增加 10%²⁰。

三、強化消費者個人資料保護蔚為風潮

值得注意的是隨著個人資料保護成為主要國家共通關注的議題，國際立法潮

¹⁶ Lorena-Elena Stănescu & Raluca Onufreiciuc, *Some Reflections on 'Datafication': Data Governance and Legal Challenges*, 7 Eur. J. L. & Pub. Admin. 100, 101 (2020).

¹⁷ McKinsey, *The Consumer-data Opportunity and the Privacy Imperative* (2020), at 4.

¹⁸ Intact Software, *Visualising the Biggest Data Breaches in History*, Intact (Apr. 7, 2021), available at <https://www.intactsoftware.com/blog/visualising-biggest-data-breaches-histo> (last visited Nov. 29, 2021).

¹⁹ Cassy Lalan, *IBM Report: Cost of a Data Breach Hits Record High During Pandemic*, IBM (Apr. 7, 2021), available at <https://newsroom.ibm.com/2021-07-28-IBM-Report-Cost-of-a-Data-Breach-Hits-Record-High-During-Pandemic> (last visited Nov. 29, 2021).

²⁰ *Id.*

流也由過去「產業自律」及「專法規範」分庭抗禮之情形，已顯著側重如何透過制定個人資料保護專法，藉以落實民眾個人私密資料保護此一模式。

隱私保護意識的提升直接帶動各國著手制定隱私／個人資料保護專法或修正固有規範，根據聯合國貿易和發展會議（United Nations Conference on Trade and Development, UNCTAD）2021 年 11 月公布資料，UNCTAD 所調查的 198 個國家中，66%（128 個）已制定隱私／個人資料保護立法，10% 國家刻正制定²¹。隨著越來越多的消費者開始依賴數位經濟下的各類資料驅動服務，「個人資料保護」與「消費者資料權」（consumer data right）等概念逐漸受到公、私部門的關注，在各國隱私保護法制持續壯大下，其與消費者保護法之間的競合情形也無可避免地愈發頻繁與複雜。

參、澳洲 2021 年 ACCC v Google LLC 案之觀察

一、澳洲消費者保護法制與執法機關

（一）澳洲消費者保護法（ACL）與 ACCC

澳洲現階段的消費者保護立法為 2010 年制定的「競爭暨消費者法案」（the Competition and Consumer Act 2010, CCA）下之「消費者保護法」（The Australian Consumer Law, ACL）。在 2010 專法制定前，澳洲並無一體適用的消保法，主要適用 1974 年所制定的貿易法（The Trade Practice Act 1974, TPA），惟隨著交易行為快速更迭及新興消費爭議持續問世，該法逐步出現不敷適用之情形；同時澳洲各州亦有其自行制定的消費者保護法令，也造成適用上之紊亂情形。為解決前揭課題，澳洲遂於 2010 年 12 月通過 CCA/ACL 並廢止 TPA，由「澳洲競爭及消費者委員會」（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）擔任執法機關。新法於 2011 年 1 月 1 日生效施行，適用於澳洲全境並統一規範全國之企業經營者。

²¹ United Nations Conference on Trade and Development, Data Protection and Privacy Legislation Worldwide, available at <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide> (last visited Nov. 20, 2021).

(二) ACCC 「數位平台調查最終報告」指出法律適用競合問題

2017 年 12 月澳洲財務部長 Scott Morrison 要求 ACCC 對大型數位平台展開調查，並鎖定數位搜索引擎、社交媒體平台與其他數位內容集成平台，對於媒體業及廣告服務市場競爭帶來的影響，特別是對於媒體內容創造者、廣告商與消費者所生之影響。ACCC 在廣泛調查後，於 2019 年 7 月發布「數位平台調查最終報告」（Digital Platforms Inquiry - Final Report）並於報告中提出 23 項建議，帶動後續一系列相關討論、立／修法與執法活動²²。

ACCC 在「數位平台調查最終報告」中表示當前蔚為主流的各類數位平台，為消費者提供廣泛且有價值之服務，而相關企業經營者通常以「零貨幣成本」（zero monetary cost）方式，換取消費者對平台的關注²³並獲取其個人資料²⁴。儘管澳洲現行個人資料保護專法「隱私法」係處理個人資料蒐集、利用與揭露爭議的主要規範，但企業對於用戶個人資料之蒐集及利用機制，仍可能觸引澳洲競爭法與消費者保護法對此一問題之適用與執法²⁵。

值得注意的是，在用戶頻繁近用各類服務下，企業經營者所蒐集的用戶個人資料，往往超乎用戶使用數位平台時主動提供之資料²⁶。網路使用者擁有每有不同的隱私偏好（privacy preferences）以及隱私保護意識水平，但當所有的消費者均可獲得充分資訊並對其自身個人資料具備充足的控制權限時，消費者便可在知情的前提下作出符合其隱私偏好之選擇（informed choices）。

ACCC 總結指出隱私／個人資料保護立法可以建立數位市場中的信任，解決資訊不對稱（information asymmetries）與議價能力失衡（bargaining power imbalances）等造成市場效率低下的問題根源，進而加強對於消費者之保護²⁷。同

²² 諸如受到全球矚目的要求要求 Google、Facebook 等跨國平台必須向澳洲當地新聞媒體支付費用，並在 2021 年 2 月通過「新聞媒體與數位平台強制議價法」（News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code）等舉措，均係出於 ACCC 報告之調查成果與執法建議。

²³ 調查報告指出 ACCC 著手調查時，澳洲總人口約為 2500 萬人，而每月約有 1,920 萬人使用 Google 搜尋服務、1,760 萬人觀看 YouTube 平台影片、1,730 萬人使用 Facebook，並有 1,120 萬人使用 Instagram。

²⁴ Australian Competition and Consumer Commission, Digital Platforms Inquiry - Final Report (2019), at 65, 77.

²⁵ *Id.* at 374-75.

²⁶ *Id.* at 65, 77.

²⁷ *Id.* at 4, 374.

時強大的隱私／個人資料保護立法，可望促使消費者就如何處理其自身個人資料作出更為明智的選擇，並帶動數位平台事業在資料隱私層面之競爭²⁸。然而 ACCC 強調現階段澳洲對應個人資料蒐集、利用與揭露的法制與監理機制，仍無法有效解決肇因於用戶資料處理行為從而於數位平台與消費者之間產生的資訊不對稱與議價能力失衡課題，基此，強化包括 ACL 暨隱私法之執法效率，實有其必要性²⁹。

二、ACCC v Google LLC 案經緯

（一）指控 Google 從事誤導性行為不當獲取個資

ACCC 在 2019 年 10 月對 Google（包括 Google LLC 與 Google Australia Pty Ltd）提起訴訟，指控 Google 從事誤導性行為，就有關 Google 如何蒐集、保存與使用「用戶個人位址資訊」（location data）一事，向消費者作出虛假或誤導性陳述，違反 ACL 相關規定³⁰。包括 ACCC 及澳洲聯邦法院均發現 Google 向 Android 設備用戶表示該公司並不會主動獲取位址的有關資料，縱有獲取此類資訊之情況，相關數據亦僅使用於用戶之個人目的；然而在 2017 年 1 月至 2018 年 12 月此一期間，Google 卻實際獲取且保留了大量的用戶位址資訊，並將相關資訊用於 Google 自身之目的³¹。

（二）Google 作法之爭議

本案聚焦討論的用戶位址資訊涉及 Android 設備上的兩項隱私設定功能，其一為「位址歷史記錄」（Location History），其二為「網路與 App 活動歷程」（Web & App Activity）；而用戶初次使用 Android 設備時，位址歷史記錄係「預設關閉」（defaulted to off），而網路與 App 活動歷程此一選項則是「預設開啟」（defaulted to on）³²。

儘管 Google 透過 Android 設備（如手機與平板）螢幕告知用戶有關如何啟用及禁用設置個人 Google 帳號時可能蒐集及利用的個人位址資訊，法院發現當用戶維持預設功能，亦僅選擇關閉「位址歷史記錄」，事實上並無法達到限制 Google

²⁸ *Id.* at 4, 374.

²⁹ *Id.* at 374-75.

³⁰ *Supra* note 2, at para. 1.

³¹ *Id.* at para. 9, 13.

³² *Id.* at para. 2.

獲取及利用其位址資訊之效果³³。用戶必須連結至「網路與 App 活動歷程」並選擇「不要將我的網路與 App 活動歷程保存至個人 Google 帳戶」(Don't save my Web & App Activity to my Google Account)，甫能阻止位址資訊被自動保存至個人 Google 帳戶（亦即為 Google 獲取）³⁴。

（三）法院見解

澳洲聯邦法院認為對部分用戶來說，當其發現 Android 設備顯示「位址歷史記錄」處於關閉狀態，用戶即有可能相信此舉已足以防止個人位址資訊被保存至個人 Google 帳戶，而 Google 所揭露的資訊，也確實誤導並使用戶相信在位址歷史記錄功能關閉下，Google 將不復蒐集及利用其個人位址資訊³⁵。

儘管 Google 否認並反駁所有指控³⁶，澳洲聯邦法院最終認定 Google 對於 Android 設備用戶之個人「位址資訊」獲取及利用一事，確實存在誤導用戶之行為³⁷。違反 ACL 第 18 條（存在誤導性或欺騙性行為）、第 29 條第 1 項（對商品或服務所具備之性能特徵為虛假或誤導性陳述）及第 34 條規定（誤導公眾有關服務之性質或特徵）。而根據 ACL 規定，相關違法行為最高可處以 1,000 萬澳元罰款或以 Google 在澳洲當地營業額之 10% 計算處罰金額。

（四）其他相關案例

儘管 ACCC 在其新聞稿中表示以消費者保護立法處理個人資料爭議，其執法活動為全球首見之舉，然而 *ACCC v Google LLC* 案事實上並非以 ACL 處理透過誤導性行為不當獲取用戶個人資料之首例。

2020 年醫療預約（medical appointment）App 服務商 HealthEngine 在未經病患

³³ *Id.* at para. 6, 10.

³⁴ *Id.* at para. 8.

³⁵ *Id.* at para. 14.

³⁶ *Id.* at para. 2-3. 本案中 ACCC 共透過三種不同 Android 設備用戶視角論證 Google 在位址資訊獲取及利用上確實存在誤導性行為，論者指出此一作法係採用了近年漸受矚目的「行為經濟學」(Behavioural Economics)分析方法，Liza Carver et al., *Key Learnings from ACCC V Google (No 2) for Disclosing Data Practices*, Herbert Smith Freehills (Apr. 28, 2021), available at <https://www.herbertsmithfreehills.com/latest-thinking/key-learnings-from-accc-v-google-no-2-for-disclosing-data-practices> (last visited Nov. 29, 2021).

³⁷ *Supra* note 2, at para. 16-17.

同意之前提下，擅自將超過 135,000 名患者的非臨床個人資料(non-clinical personal information)，諸如姓名、出生日期、電話號碼及電子郵件地址等提供予保險經紀人，並因此而獲取逾 180 萬美元的利益。此外，HealthEngine 在 2015 年 3 月至 2018 年 3 月之間合計隱藏了約 17,000 則留言評論，並編輯了約 3,000 條評論以消除或修飾負面訊息，法院認定 HealthEngine 無論是在資訊共享或評論發布上均存在誤導用戶之情形，最終判決 HealthEngine 應就其違反 ACL 第 18 條、第 29 條及第 34 條之行為，支付 290 萬澳元之罰款³⁸。

三、澳洲法制下所涉相關規範與分界

論者指出透過前揭程序，ACCC 及澳洲聯邦法院將個人資料蒐集及利用衍生之爭議，界定為不僅是隱私問題，同時也是一個消費者保護問題³⁹。

Google 在 *ACCC v Google LLC* 一案中被認定違反 ACL 第 18 條、第 29 條及第 34 條等規定，其中最為核心之規定當為明訂「有關商品或服務之虛偽或誤導陳述」(False or misleading representations about goods or services) 之第 29 條規定。觀察 ACL 第 29 條第 1 項規定「任何人不得於涉及商品或服務的提供或可能提供，或涉及以任何方式行銷商品或服務之提供或使用之貿易或商業活動中，存在下列行為：

1. 以虛假或誤導性陳述，表明商品的特定標準、質量、價值、等級、成分、形式或型號，或所具備的特定歷史或過往特定用途；
2. 以虛假或誤導性陳述，表明服務的特定標準、質量、價值或等級；
3. 以虛假或誤導性陳述，表明商品為新品；
4. 以虛假或誤導性陳述，表明特定人已同意收購商品或服務；
5. 以虛假或誤導性陳述，表明任何人對於商品或服務所為之證明；
6. 就涉及商品或服務之下述事項為虛假或誤導性陳述：
 - (1) 任何人所為之薦證(testimonial)；
 - (2) 聲稱為上述薦證之陳述；

³⁸ Australian Competition and Consumer Commission v HealthEngine Pty Ltd [2020] FCA 1203 (20 August 2020).

³⁹ Hayden Delaney & Brett Bolton, *Google to Answer to ACCC in Data Driven World*, HopgoodGanim (Dec. 7, 2019), available at <https://www.hopgoodganim.com.au/page/knowledge-centre/court-decision/google-to-answer-to-acc-in-data-driven-world> (last visited Nov. 28, 2021).

7. 以虛假或誤導性陳述，表明商品或服務係受到贊助、經過認可、具性能特徵、附件、用途或利益；
8. 以虛假或誤導性陳述，表明陳述者具贊助、認可或隸屬關係；
9. 以虛假或誤導性陳述，表明商品或服務之價格；
10. 以虛假或誤導性陳述，表明商品之維修條件或備件情形；
11. 以虛假或誤導性陳述，表明商品之原產地；
12. 以虛假或誤導性陳述，表明商品或服務之需求情形；
13. 以虛假或誤導性陳述，表明任何條件、保證、擔保、權利或補救措施之存在、排除或其所生影響。
14. 以虛假或誤導性陳述，表明涉及支付請求之契約權利：
 - (1) 全部或部分等同於任何條件、擔保、保證、權利或補救措施；
 - (2) 根據英聯邦、州或領地之法律。」

ACCC 及澳洲聯邦法院認定 Google 在其隱私權政策及其他有與隱私設定有關的公開資訊，使特定用戶相信 Google 不會主動獲取其個人位址資訊，惟實則不然之情形該當上述第 7 款規定、企業經營者不得對商品或服務之「性能特徵」（performance characteristics）存在虛假或誤導性陳述行為。

另一方面，澳洲於 1988 年即制定隱私／個人資料保護專法：「隱私法」（The Privacy Act 1988）⁴⁰，按理所有涉及個人資料蒐集與利用等個人資料相關處理活動，均應適用 1988 年隱私法之有關規定，包括最為重要之資料控制者個人資料處理行為應獲取資料當事人之同意。對此，澳洲個人資料保護主管機關「澳洲資料專員公署」（Office of the Australian Information Commissioner, OAIC）並進一步提出同意所應符合的四項條件：1、資料當事人在給予同意之前業已充分知情；2、資料當事人係自願同意；3、同意須為最新且具體；4、資料當事人具備理解與傳達其同意之能力⁴¹。

就 Google 獲取 Android 設備用戶位址資訊一事而論，Google 受非議之處在於

⁴⁰ 澳洲 1988 年隱私法全文及歷次修正之完整資料，可參閱：[https://www.legislation.gov.au/](https://www.legislation.gov.au/Series/C2004A03712) Series/C2004A03712 (last visited Nov. 28, 2021).

⁴¹ Hayden Delaney & Brett Bolton, *Google to Answer to ACCC in Data Driven World*, HopgoodGanim (Dec. 7, 2019), available at <https://www.hopgoodganim.com.au/page/knowledge-centre/court-decision/google-to-answer-to-acc-in-data-driven-world> (last visited Nov. 28, 2021).

其資料獲取過程存在誤導之嫌，而非在於有無取得當事人之同意，惟澳洲隱私法有關資料蒐集的規範能否充分對應本案爭執之虛假或誤導性陳述行為，事實上不乏爭議。論者如 Katharine Kemp 指出 ACCC 選擇以 ACL 處理用戶個人資料誤導行為的原因之一，便在於澳洲個人資料保護立法未臻完善，因此 *ACCC v Google LLC* 案也突顯出實有必要針對當前的澳洲個人資料保護專法：隱私法進行修正⁴²。

四、小結

隨著消費者個人資料價值提升，個人資料在消費關係的重要性也日益升高，澳洲 *ACCC v Google LLC* 案突顯了一個關鍵的課題：「隱私／個人資料保護事務」透過消費者保護法加以處理是否合適。

論者指出 ACCC 選擇以 ACL 處理用戶個人資料誤導行為的原因之一，在於澳洲個人資料保護立法存在缺失，因此本案也顯示實有必要針對澳洲個人資料保護專法：1998 年隱私法進行必要修正。事實上 ACCC 於前揭「數位平台調查最終報告」中，亦表示澳洲現行隱私法應當進行修正，並就修法方向提出相關建議⁴³。然除去隱私／個人資料保護立法論層面之爭議，設若澳洲隱私法可充分對應企業經營者之誤導性個人資料獲取行為，此時仍將面臨在系爭問題處理上，究應以個人資料保護立法為度，抑或存在消費者保護法之適用可能甚或必要性之爭議。

針對企業在隱私權政策或其他隱私公告事項中之誤導性行為提起訴訟之例，事實上不獨澳洲，美國聯邦交易委員會（Federal Trade Commission, FTC）歷來亦有多起起訴企業所發布的誤導性隱私權政策案例⁴⁴。由於美國在聯邦層級迄今並沒有一體適用的個人資料保護專法，僅針對特定行業或事務以部門立法方式進行規範。在國會敦促之下，FTC 嘗試透過「聯邦交易委員會法」（Federal Trade Commission

⁴² Katharine Kemp, *ACCC 'world first': Australia's Federal Court Found Google Misled Users About Personal Location Data*, ACCC (Apr. 19, 2021), available at <https://theconversation.com/accc-world-first-australias-federal-court-found-google-misled-users-about-personal-location-data-159138> (last visited Nov. 28, 2021).

⁴³ Australian Competition and Consumer Commission, *supra* note 24, at 458.

⁴⁴ Katharine Kemp, *ACCC 'world first': Australia's Federal Court Found Google Misled Users About Personal Location Data*, ACCC (Apr. 19, 2021), available at <https://theconversation.com/accc-world-first-australias-federal-court-found-google-misled-users-about-personal-location-data-159138> (last visited Nov. 28, 2021).

Act) 第 5 條規定，以禁止市場上不公平或欺瞞行為或作法方式，保護消費者之個人隱私⁴⁵。相較於澳洲選擇以消保法處理誤導性行為所惹起的個人資料爭議，美國則是嘗試自競爭法（反不正當競爭）尋找解答，突顯出可能與隱私法存在邊際衝突的立法，除了消費者保護法外，還包括競爭法。

肆、國內立法對應觀察與建議

一、個人資料是否屬於消保法之適用客體

依消保法第 2 條第 3 款規定「消費關係：指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係」，可知受消保法適用的前提，即在於消費者與企業經營者針對「商品」或「服務」產生之消費關係。

（一）個人資料可否視為消保法所稱之「商品」

1. 消保法所稱之商品以不動產與動產為原則

若個人資料保護事務擬依據消保法進行處理，前提即在於「個人資料」可得視為受消保法保障的商品或服務。然消保法制定時，並未就商品進行定義，論者指出除第 7 條至第 10 條未有界定其概念與範圍之明文，第 2 條之名詞定義中亦未納入；有鑑於消保法未就商品之概念與範圍加以規定，法律適用上將導致困擾，爰於制定消保法施行細則時納入商品之定義⁴⁶。

依消保法施行細則第 4 條規定「本法第 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」，由此可知消保法所界定的商品概念，以民法所稱之「物」，包括動產與不動產為原則。基此，歷來學者論及消保法上的商品概念，亦係以動產與不動產為準⁴⁷。

司法實務操作上亦以消保法施行細則第 4 條規定之定義為準，高等法院便曾

⁴⁵ Douglas, *supra* note 4, at 651-52.

⁴⁶ 朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書，一版，1998 年 12 月，頁 79；姜志俊，消費者保護法，國立空中大學，修訂再版，2020 年 8 月，頁 47。

⁴⁷ 許政賢，臺灣消費者保護法的創新與挑戰—二十週年的反思，月旦民商法雜誌，第 45 期，2014 年 9 月，頁 40。

指出「消費者保護法第七條所稱『商品』，指交易客體之不動產或動產，同法施行細則第四條規定甚明，而消費者保護法各條款均見商品之用語，有關『商品』之定義僅於上開施行細則第四條中明訂，又別無其他理由應將消費者保護法各章節之『商品』作不同定義，自應認為上開施行細則第四條有關商品之定義適用於消費者保護法中之所有使用『商品』之條款」⁴⁸。

2. 個人資料之定義置重於識別性，而非載體

觀察現行國際立法針對個人資料所作定義，幾無二致的將個人資料一詞界定為「識別或可得識別特定自然人的資料」。以歐盟「一般資料保護規則」(General Data Protection Regulation, GDPR)⁴⁹為例，該法第4條第1款表示個人資料係「識別或可得識別自然人(資料當事人)之任何資訊」⁵⁰，並指出可得識別自然人指「對照諸如姓名、身分證統一編號、位置資料、網路識別資訊，或一個或多個有關該自然人身體、生理、基因、心理、經濟、文化或社會認同等特定識別資訊，從而可得直接或間接識別該自然人」，只消資料本身具備識別性抑或與其他資料結合後產生識別性，均可得以個人資料視之⁵¹。而國內個資法第2條第1款亦將個人資料定義為「指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料」。

個人資料保護立法僅在涉有個人資料之處理時甫有適用的必要，基此而論，「個人資料的概念」相當程度也決定了個人資料保護立法之適用範圍⁵²。主要國家

⁴⁸ 臺灣高等法院 89 年度上字第 1062 號民事判決

⁴⁹ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L 119, 4.5.2016.

⁵⁰ 'Personal data' means any information relating to an identified or identifiable natural person ('data subject').

⁵¹ 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.

⁵² Lilian Edwards, Law, Policy and the Internet 84 (2018).

隱私／個人資料保護立法針對個人資料所作定義，均聚焦於相關資訊是否可資識別特定自然人，至於該等資訊的表現方式抑或所附麗之載體則在所不問；析言之，無論是屬於紙本或其他物理形式呈現的資料，抑或為完全無實體的數位化資料，只消符合個人資料定義，即視為個資並受到個資法之保障⁵³。

3. 本文認為個人資料不宜視為消保法上之商品概念

歷來國內幾未曾討論過個人資料可否作為商品或個人資料商品化（commercialisation）之議題，近年隨著資料為金（data is gold）及資料作為新能源（data is new oil）等概念逐步深植於人們心中⁵⁴，個人資料本身的商業價值受到廣泛肯定，並催生諸如資料驅動經濟（data-driven economy）等嶄新商業模式，許多產業更順勢轉型為所謂的資料驅動型行業（data-driven industries）。

在主要國家實務運作上，事實上不乏將消費者個人資料直接視作商品之例，美國 *Fair Isaac Corp. v. Experian Information Solutions, Inc.* 一案⁵⁵ 中，儘管該案係涉及美國三大個人信用報告機構（credit scoring firm）⁵⁶ 的反壟斷訴訟，論者指出聯邦明尼蘇達州地區法院在本案中明確將系爭消費者個人資料界定為「商業性商品」（data as a commercial good）⁵⁷。

就本文觀點，國內民法直接提及之物包括不動產與動產，而民法物權客體向以「有體物」為限⁵⁸，基此而言，以數位形態所呈現的個人資料，在不具可見外觀的前提下，現階段尚無視為民法上的「物」（動產）之可能⁵⁹，也使得個人資料難

⁵³ 明顯之例即為國內個人資料保護法制之更迭過程，原有「電腦處理個人資料保護法」僅保護使用電腦或自動化機器進行處理之個人資料（電腦處理個人資料保護法第3條第3款），而取代該法的現行個人資料保護法，即不再區分紙本資料或數位化資料，立法理由明確指出配合保護客體放寬之修正意旨，爰將舊法「電腦處理」中「電腦」二字刪除，參電腦處理個人資料保護法修正條文對照表，總統華總一義字第09900125121號令公布，2010年5月26日。

⁵⁴ Dubovikov, *supra* note 1, at 13.

⁵⁵ *Fair Isaac Corp. v. Experian Information Solutions, Inc.*, 645 F. Supp. 2d 734 (D. Minn. 2009).

⁵⁶ 美國三大個人信用報告機構分別為 TransUnion、Experian 及 Equifax。

⁵⁷ Maureen K. Ohlhausen & Alexander P. Okuliar, *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, 80 Antitrust L.J. 121, 145 (2015).

⁵⁸ 謝在全，民法物權論（上），新學林，修訂七版，2010年9月，頁21。

⁵⁹ 國內另有論者認為個人資料性質上可解釋為電磁紀錄並將電磁紀錄定性為無體財產，考量目前我國法尚無如其他無體財產（例如專利、商標、著作權）等針對電磁紀錄設有專法，因此建議電磁紀錄原則上可類推適用我國民法關於動產的規定，楊岳平，重省我國法下資料的基本法律議題—以資料的法律定性為中心，歐亞研究，第17期，2021年10月，頁35。根據前揭見解，若個人資料性質上可得類推適用有關動產之規定，其即存在界定為消保法上商品之可能。

以符合消保法施行細則第 4 條針對商品所作之定義。

（二）個人資料可否視為消保法所稱之「服務」

1. 消保法及消保法施行細則均未就服務進行定義

相較於商品在消保法上有著明確定義，現行消保法及其施行細則對於「服務」則未加以定義。行政院消費者保護處曾函釋指出消保法並未就服務加以定義，有關消保法服務責任之範圍，宜由法院參酌社會經濟發展，依實際情形以個案方式認定之⁶⁰。

主要國家多未將服務如同商品納入商品責任客體，各國立法未將服務納入商品責任之範圍，其原因包括：1、概念不易清楚界定：可歸類為服務之活動不計可數，凡勞務之提供者皆可能屬服務的範圍，服務之概念本身不容易界定清楚，在適用範圍上必會發生困難；2、服務性質差異甚大：服務之種類各式各樣，且各種服務間之性質差異甚大，若欲以單一方式規範全部之服務，將造成許多不良後果⁶¹。

2. 個人資料相關處理行為存在視為服務之可能性

論者指出網路購物已成為現代人生活中常見之消費型態之一，為便利網路使用者選購商品記錄追蹤商品、順利完成結帳程序及寄送商品等服務，購物網站均會採取會員機制，要求使用者進行註冊並提供個人資料，而解釋上確保個人資料安全一事，應屬於企業經營者在商品服務責任上所應承擔之附隨義務⁶²。

由於消保法並未就服務加以定義或說明其適用範圍，對比觀察消保法施行細則第 4 條針對商品所作定義，除最終產品外，消保法上商品的範圍還包括「半成品、原料或零組件」，並不以最終產品為限，故個人資料處理行為可否視為消保法上之服務，若服務概念並不以構成所謂的「最終服務」為限，則諸如為遂行商品交易或其他服務提供所進行之關聯個人資料處理活動，事實上仍存在消保法之適用可能。

3. 判斷上應排除「非出於交易目的」之情形

論者指出依消保法施行細則針對商品所作之定義，商品必須可資作為交易客

⁶⁰ 行政院消費者保護處，院臺消保字第 1080101991 號函，2019 年 10 月 25 日。

⁶¹ 洪誌宏，消費者保護法，五南，五版，2021 年 6 月，頁 88。

⁶² 同前註，頁 89。

體，亦即應排除「非以交易為目的」之商品⁶³。若依循此一概念，則個人資料相關處理行為縱使存在認定為消保法所稱「服務」之可能性，適用上亦應排除非出於交易目的所進行之個人資料相關處理行為。

（三）個人資料通常處理行為與消保法第7條責任規定

在可得適用服務之前提下，當個人資料通常處理行為（蒐集、利用與保存等）存在缺失時，應可適用消保法第7條商品服務責任規定進行處理。依消保法第7條「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」。

基於上述規定，當企業經營者之個人資料相關處理行為不符當時科技或專業水準可合理期待之安全性，導致消費者或第三人生命、身體、健康、財產受有損害，同時危險與損害之間具有相當因果關係時，消費者即得向企業經營者請求損害賠償，同時依據同條第3項規定，提供系爭服務的企業經營者對消費者所負之責任為無過失責任⁶⁴。

消保法施行細則第5條進一步闡述消保法第7條規定，明訂「本法第七條第一項所定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，應就下列情事認定之：一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時期」。而依據消保法第7-1條第1項規定「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或其服務於提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，就其主張之事實負舉證責任」，消費者只要主張服務不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，無須就危險存在負舉

⁶³ 朱柏松，前揭書，註46，頁79。

⁶⁴ 由於各國立法例對服務業者採取無過失責任者甚為少見，服務應否適用無過失責任歷來於學界與實務運作上不乏質疑意見，然此一議題屬於消保法立法論問題，爰不進一步討論。有關服務應否適用無過失責任之相關爭議，可參閱陳聰富，侵權歸責原則與損害賠償，元照，一版，2008年6月，頁250-51。

證之責；企業經營者必須證明其服務於提供時，符合依當時科技或專業水準可合理期待之安全性⁶⁵。

二、誤導性行為在消保法上所涉規範與評價

（一）法務部曾函釋指出消費者個資爭議應由消保主管機關處理

法務部曾在 2014 年函釋指出有關消費關係爭議涉及個人資料保護的情形，建議由現行各地方政府消費者保護專責單位擔任處理，並由行政院消費者保護處監督以保護消費者權益⁶⁶。其理由包括：

有關消費者保護法規定應採取之消費生活發展所必要之消費者保護措施，包含涉及消費關係之個人資料保護：考量人民對個人資料保護事項之陳情案件，一部分係非公務機關對消費者個人資料蒐集、處理或利用所生之爭議，與消費關係有關，亦屬依消費生活之發展所必要之消費者保護措施（消費者保護法第 3 條第 1 項第 13 款規定參照）。

現行消費者保護實務，已受理消費關係涉及個人資料保護爭議之申訴案件：實務上已有消費關係之個人資料保護申訴案件，係由消費者保護之地方主管機關實質受理，有個資法適用疑義，亦曾向本部函詢（本部 102 年 3 月 12 日法律字第 10100250980 號、102 年 7 月 3 日法律字第 10203507180 號、102 年 8 月 7 日法律字第 10203508840 號書函參照）。另亦有地方政府之消費者保護單位陳報消費者與保險公司間有關個人資料保護申訴案件至貴處，貴處爰召開會議處理之前例（貴處 102 年 6 月 17 日院臺消保字第 1020138214 號書函檢送之會議紀錄參照）。

日本亦使用既有之消費者保護陳情窗口，受理有關消費者個人資料之蒐集、處理或利用之爭議：參照現行日本個人資料保護法處理個人資料保護爭議之制度，亦認為個人資料保護陳情案件，大多係非公務機關對消費者個人資料之蒐集、處理或利用之爭議，可使用既有消費者保護之陳情受理窗口，以求便利。

⁶⁵ 黃立，我國消費權保護法之商品與服務責任（二），月旦法學教室，第 10 期，2003 年 8 月，頁 82。

⁶⁶ 法務部法律決字第 10300211540 號函，2014 年 11 月 14 日。

（二）消保法處理上之可能問題

消費爭議依消保法第 2 條第 4 款規定，係指「消費者與企業經營者間因商品或服務所生之爭議」，論者指出消保法所規範的消費爭議類型，從消保法第 7 條至第 26 條觀之，共分為：一、商品製造人對商品、服務在健康的問題；二、定型化契約問題；三、特種買賣；及四、消費資訊等部分⁶⁷。

前述消費爭議類型中：第一部分屬於安全性，由消保法以侵權行為損害賠償責任等手段來達到解決爭議之目的；第二之定型化契約部分，在消保法中則是以契約成立前使消費者有瞭解契約內容的審閱期規定，以及契約成立後，為調整此種契約類型對於消費者的不公平，以認定契約條款有違反誠信原則、對消費者顯失公平等情形時，歸於無效；第三之特種買賣部分，係透過猶豫期間方式，給予消費者於期間內享有無條件之法定契約解除權等；而第四之消費資訊部分，針對契約經營者所為的廣告，要求其內容之真實，對消費者所負責任不得低於廣告之內容，另外，在商品、服務之標示、保證責任及包裝方面，亦力求企業經營者善盡相關責任⁶⁸。

就澳洲 *ACCC v Google LLC* 案中所爭執的以誤導性行為不當獲取消費者個人資料而言，上述規範較為接近者為「消費資訊」部分，惟實際觀察現行消保法第 22 條⁶⁹ 內容，能否作為以誤導性行為不當獲取個資之處理依據，恐存在爭議。論者指出消保法第 22 條的規範目的，前段雖然提及企業經營者必須確保廣告內容的真實，但比起公平法直接針對廣告的虛偽不實或引人錯誤，消保法第 22 條的重點應在於確保消費者能享有企業經營者在廣告中所表示的內容，以確保消費者之權益⁷⁰。

論者指出消保法如何杜絕業者有虛偽誤導消費者行為，實屬各國在消費者保護政策上重要命題之一⁷¹。值得注意的是消保法本身並無直接對應虛偽陳述或誤導

⁶⁷ 劉姿汝，消費爭議與公平交易法，第 16 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，2009 年 11 月，頁 266-67。

⁶⁸ 同前註，頁 267。

⁶⁹ 「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」；「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」。

⁷⁰ 劉姿汝，前揭文，註 67，頁 271。

⁷¹ 謝偉雯，概述澳洲消費者保護法與借鏡——以業者有虛偽誤導行為為例，消費者保護研究，第 19 輯，2015 年 2 月，頁 210。

性陳述行為之規定，然地方政府所制定的消費者保護自治條例，卻普遍性地納入相關規範。以臺北市消費者保護自治條例為例，該法第 10 條第 1 項明訂「企業經營者對於其提供之商品或服務，應提供消費者充分與正確之資訊，不得有誤導、隱瞞或欺罔之行為」⁷²。

澳洲選擇以其消保法處理誤導性行為所惹起的個人資料爭議，原因之一在於個人資料保護立法存在缺失，恐無法充分對應誤導性行為之處理需求。設若澳洲 *ACCC v Google LLC* 案相同情形發生於國內，依前揭法務部 2014 年函釋，應優先由消費者保護主管機關進行處理，然此時可能出現消保法本身亦無法適用於以誤導性行為獲取消費者個資所衍生之消費爭議事件。

三、以公平交易法處理是否更為合適

（一）消保法與公平法之分界

公平交易法顧名思義，重於保護交易之公平，並帶有維護消費者之色彩；而公平法第 1 條所保護之法益，除了消費者的利益外，尚包括競爭秩序及經濟之安全與繁榮，而這些法益之間存在上下位階之關係⁷³。析言之，經濟安全與繁榮為公平法之終極目標，亦即最上位之法益；競爭秩序次之並作為公平法之直接目的；最後才是消費者的保護，甚至可說是公平法之間接目的⁷⁴。

相形之下，消保法則是以保護消費者為唯一的立法目的，而其保護的方式更是直接而非間接，此可由該法第 1 條規定「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法」看出。一般而言，消保法由於目的單一，適用範圍較公平法特定，故若系爭行為涉及消費關係，不論民事責任抑或行政救濟，應優先適用消費者保護法⁷⁵。

⁷² 設有相同規定如桃園市消費者保護自治條例第 4 條、臺中市消費者保護自治條例第 8 條、高雄市消費者保護自治條例第 7 條第 1 項。

⁷³ 劉孔中，公平交易法與消費者保護法之比較研究，人文及社會科學集刊，第 7 卷第 2 期，1995 年 9 月，頁 3-4。

⁷⁴ 同前註，頁 4。

⁷⁵ 同前註，頁 5。

（二）公平法相關規定與適用

就誤導性行為而言，公平法與之有關的規定，包括公平法第 21 條第 1 項⁷⁶及 25 條⁷⁷規定。論者指出消保法對公平法之影響，主要表現於公平法第 25 條規定「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，其中針對「欺罔」之影響，公平法第 25 條所禁止之影響交易秩序之欺罔行為，其對消費者之欺罔必須符合三要件⁷⁸：

1. 消費者有受而誤導之虞；
2. 行為足以誤導相當數量之消費者；
3. 消費者在重要事項上有受到誤導之虞。

審視消保法相關規定，亦可發現針對行為是否足以誤導消費者，以及消費者在哪些「重要事項」上有受到誤導之虞進一步加以具體化之設計。諸如依消保法第 4 條規定，企業經營者應向消費者說明商品或服務之使用方法，並提供消費者充分與正確之資訊，此等使用方法與資料正是消費關係上的重要事項⁷⁹。

殊值留意者，還包括公平會所發布之「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」。其中第 2 點指出「為釐清本條與民法、消費者保護法等其他法律相關規定之區隔，應以『足以影響交易秩序』之要件，作為篩選是否適用公平交易法或本條之準據，即於系爭行為對於市場交易秩序足生影響時，本會始依本條規定受理該案件；倘未合致「足以影響交易秩序」之要件，則應請其依民法、消費者保護法或其他法律請求救濟」。

個案判斷上具重要性者還包括處理原則第 5 點及第 6 點規定。第 5 點明訂「本條所稱交易秩序，泛指一切商品或服務交易之市場經濟秩序，可能涉及研發、生產、銷售與消費等產銷階段，其具體內涵則為水平競爭秩序、垂直交易關係中之市場秩序、以及符合公平競爭精神之交易秩序。判斷是否『足以影響交易秩序』時，可考慮受害人數之多寡、造成損害之量及程度、是否會對其他事業產生警惕效果、是否為針對特定團體或組群所為之行為、有無影響將來潛在多數受害人之

⁷⁶ 「事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵」。

⁷⁷ 「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」。

⁷⁸ 劉孔中，前揭文，註 73，頁 10。

⁷⁹ 同前註，頁 10-11。

效果，以及行為所採取之方法手段、行為發生之頻率與規模、行為人與相對人資訊是否對等、糾紛與爭議解決資源之多寡、市場力量大小、有無依賴性存在、交易習慣與產業特性等，且不以其對交易秩序已實際產生影響者為限。至單一個別非經常性之交易糾紛，原則上應尋求民事救濟，而不適用本條之規定」。

此外，第 6 點另規定「本條所稱欺罔，係對於交易相對人，以欺瞞、誤導或隱匿重要交易資訊致引人錯誤之方式，從事交易之行為。前項所稱之重要交易資訊，係指足以影響交易決定之交易資訊；所稱引人錯誤，則以客觀上是否會引起一般大眾所誤認或交易相對人受騙之合理可能性（而非僅為任何想像上可能）為判斷標準。衡量交易相對人判斷能力之標準，以一般大眾所能從事之「合理判斷」為基準」。

（三）消費者個資爭議須達足以影響交易秩序程度，甫有依公平法處理之可能

觀察公平法第 21 條、第 25 條以及公平會所發布的「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」等相關規定，可以發現面對企業經營者透過誤導性行為不當獲取利用消費者個人資料之情形，若擬以公平法進行處理，必須企業經營者行為實際達到「足以影響交易秩序」之程度，若未符合「足以影響交易秩序」要件，此時便應依消費者保護法或其他法律請求救濟。

惟競爭法的適用範疇應否包括隱私／個人資料保護爭議問題，事實上存在爭論。主要國家早期多傾向否定將隱私納入競爭執法分析，如歐盟法院（Court of Justice of the European Union, CJEU）曾在 2006 年指出「任何涉及個人資料本身敏感性（sensitivity）的問題，都不屬於競爭法範疇，應根據個人資料保護有關規定加以處理」⁸⁰，基於此一見解，儘管在特定情況下蒐集及利用個人資料可能引發競爭問題，但隱私暨個人資料保護問題完全屬於歐盟個人資料保護關聯立法下之事務⁸¹，美國 FTC 在 2007 年 Google/DoubleClick 結合案審查報告中亦曾提出對於競爭主管機關應否干預隱私事務之質疑⁸²。

⁸⁰ “any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law”.

⁸¹ C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (2006), at para. 63.

⁸² Federal Trade Commission, Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick, FTC File No. 071-0170 (F.T.C. Dec. 20, 2007), at 2-3.

有關競爭法應否納入隱私／個人資料保護事務，現階段仍肯否互見，並存在「整合主義」(Integrationist)與分離主義(Separatist)兩個截然不同之觀點。持「整合主義」觀點的論者主張競爭執法應當納入隱私，此一觀點根基於只要隱私可資認定屬於「質量基礎」的競爭判斷要素(element of quality-based)，則競爭分析便應當考慮隱私一事⁸³。分離主義強調植根於消費者保護理念的隱私法與競爭法的差異，並主張應就隱私與競爭兩者劃定明確之界限；若將隱私此一因素納入競爭分析，將會對競爭法固有消費者福利標準之應用造成混亂⁸⁴。

四、國內發展建議

(一) 相關法制之完備

隨著消費者個人資料日受重視並引發諸多不當蒐集及利用消費者個人資料問題，消費者個資爭議應概以個人資料保護立法處理為度，抑或存在其他法律的適用可能，諸如消費者保護法或競爭法等，近期受到諸多關注與討論。以美國為例，在私部門並無一體適用的隱私／個人資料保護立法下，FTC 嘗試依據 FTC 法第 5 條規定處理不當利用用戶隱私資料等情形，然而以競爭法處理仍可能存在不足之處。論者指出 FTC 曾就 Android 手電筒 App 未經同戶同意追蹤用戶行蹤並與第三方不當共享逾一億名用戶位址資訊一事，與涉案事業達成和解，儘管涉案事業不得不修改其隱私權政策，但業者並不會因此受到重大處罰，蓋 FTC 無權對初犯事業處以罰款，突顯出在欠缺隱私／個人資料保護專法下之處理難處⁸⁵。

而訂有隱私／個人資料保護專法的澳洲，ACCC 最終選擇以 ACL 處理用戶個人資料誤導行為的原因之一，在於澳洲個人資料保護立法未臻完善，本案也突顯出實有必要針對當前的澳洲隱私法進行修正⁸⁶。本文認為國內針對數位時代下消費

⁸³ Erika M. Douglas, *Monopolization Remedies and Data Privacy*, 24 Va. J. L. & Tech. 2, 25-26 (2020).

⁸⁴ Douglas, *supra* note 4, at 653.

⁸⁵ Andrea Peterson, *Here's Why the FTC Couldn't Fine a Flashlight App for Allegedly sharing User Location Data*, The Washington Post (Dec. 9, 2013), available at <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2013/12/09/heres-why-the-ftc-couldnt-fine-a-flashlight-app-for-allegedly-sharing-user-location-data/> (last visited Nov. 28, 2021).

⁸⁶ Katharine Kemp, *ACCC 'world first': Australia's Federal Court Found Google Misled Users About Personal Location Data*, ACCC (Apr. 19, 2021), available at <https://theconversation.com/accc-world-first-australias-federal-court-found-google-misled-users-about-personal-location-data-159138> (last

者保護法與隱私法互動關係暨執法問題之處理，除前揭討論所梳理的立於消保法層面之關聯適用課題，另一關鍵點在於隱私／個人資料保護法制與執法之完備程度，國內現行個資法所須思考的課題基本包括：

1. 主管機關設計

國內個人資料保護法制並沒有所謂的「專責機關」，而係由個別「中央目的事業主管機關」擔任個資法主管機關；在分由各部會執法之下，可能出現機關意見不易統一或多頭馬車等情形⁸⁷，從而不利於競爭所涉利益之判斷工作。

2. 處罰規定設計

國內為取得歐盟 GDPR「適足性認定」(Adequacy Decisions)，近年持續參考歐盟立法進行個資法修正討論⁸⁸。就行政裁罰而言，國內現行個資法的罰鍰金額上限為 50 萬新臺幣，現行法中的具體要求及規制是否足以喚起事業的重視，抑或將因處罰不重而致使事業採取觀望態度，無疑是修正討論上應納入考量之事項。

另面而言，在討論個人資料保護法不足及應予調整之處時，消保法有無與時俱進加以調適之必要亦殊值關注。論者指出消保法實屬政治環境解嚴、社會參與提升、消保意識高漲等因素相互作用的產物，誕生於消費者保護已潛移默化為某種法價值理念的歷史背景中，立法者在消保團體大力倡導下，透過不少先進或獨特理念的設計，試圖一舉將臺灣消保法制提升至空前水準，但因理論研究及實務運作相關問題，似未經周詳分析，致部分制度或類型尚難貫徹立法目的⁸⁹。本文前揭分析指出在個人資料可得視為消保法所稱「服務」之前提下，個人資料通常處理行為或可適用消保法商品服務責任規定進行處理，但面對諸如澳洲 *ACCC v Google LLC* 案中以誤導性行為不當獲取消費者個人資料之情形，即使歷來各界咸認同如何杜絕企業經營者之虛偽誤導消費者行為，實屬消費者保護政策與消保法之重要命題，國內消保法本身事實上並無對應誤導性行為之明文規定，應否參考諸如澳洲 ACL 等國際立法例納入相關規範，值得消費者保護主管機關評估其合適

visited Nov. 28, 2021).

⁸⁷ 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 8 期，2015 年 8 月，頁 52。

⁸⁸ 國家發展委員會，國發會推動個資法修法力拼 GDPR 適足性認定，2019 年 12 月，網址：https://www.ndc.gov.tw/News_Content.aspx?n=114AAE178CD95D4C&s=632E56DC2B36CB76，最後瀏覽日：2020 年 1 月 5 日。

⁸⁹ 許政賢，前揭文，註 47，頁 52。

性。

（二）建立機關之間協調與合作機制之必要

1. 不同法制利益衡量勢將出現機關意見難以統整課題

論者指出依澳洲政府組織與法律架構，主管機關 ACCC 得依據 ACL 規定，向違法業者命其改善或提起訴訟，由法院為最終促請業者改善之判決；反觀我國，卻面臨了主管機關未盡明確、立法是否周延等疑義待釐清，並間而影響各目的事業主管機關要求業者應提供消費者正確之消費資訊之能量⁹⁰。

除消保法本身存在的課題，面對本文聚焦討論的消費者個人資料爭議引發的不同法律之間的競合與適用難題，國內實有必要思索及建立相關監理機關之間的協調與合作機制，以利消弭不同法制利益衡量上幾無可避免出現的意見不一與難以統整之問題。

2. 借鏡英國「數位監管合作論壇」之可能

英國肩負競爭秩序與消費者保護議題的競爭與市場管理署（Competition and Markets Authority, CMA），於 2020 年 7 月與資訊專員辦公室（Information Commissioner's Office）及通訊管理局（Ofcom）共同成立「數位監管合作論壇」（Digital Regulation Cooperation Forum, DRCF）⁹¹，期透過各監管機關之緊密合作，因應當前大型數位平台全球化與快速創新帶來的各項執法難題，並支持更趨於一致與相關協調的監管作法⁹²。

DRCF 成立的主要目的，除確認各該機關的職掌分工，更為重要的是梳理必須相互合作協調之事項，觀察 DRCF 成立時提出的核心目標⁹³，即可發現英國政府

⁹⁰ 謝偉雯，前揭文，註 71，頁 208。

⁹¹ 除成立 DRCF 的三個機關，英國金融行為監理總署（Financial Conduct Authority, FGA）亦於 2021 年 4 月加入 DRCF。

⁹² CMA, ICO & Ofcom, *Digital Regulation Cooperation Forum launch document*, GOV.UK (July 1, 2020), available at <https://www.gov.uk/government/publications/digital-regulation-cooperation-forum> (last visited Nov. 29, 2021).

⁹³ 1、藉由對話討論與共同合作方式，確保針對數位事務採行的監管措施具一致性；2、藉由 DRCF 凝聚專業意見，作為主管機關政策與法規研擬之參考；3、加強各該主管機關機關的能力，確保機關人員具備充足的技能、專業知識與工具，並於數位市場上發揮其所應具備之職能；4、針對未來新興趨勢建立共識，以提高主管機關的運作效率與執行策略；5、共享有關監理的专业知識與執法經驗，促進各該主管機關之創新發展；及 6、加強國際合作與資訊交流，分享應對數位市

擬藉由成立 DRCF 強化部會之間的橫向溝通，確保針對數位經濟活動所採取的監管活動之一致性。基此，DRCF 在 2021 年 3 月所發布的「年度工作計畫」揭櫫近期三大推動重點，包括：1、運用戰略性政策因應產業與技術之發展；2、發展聯合監管方法（joined-up regulatory approaches）；以及 3、培養相關機關人員之技能與能力⁹⁴。

DRCF 指出數位監管環境正迅速發展，此一趨勢不啻賦予主管機關新的職責以及更加繁複的消費者與社會保護責任。由於數位服務本質上牽涉複數的監管制度並相互作用，必須適當有效地識別機關之間的互動情形，並自不同監管制度的角度多方思考問題⁹⁵。DRCF 下的合作機制使得各機關有機會在共同的工作領域運用專業知識，以更全面的方式思考潛在的政策問題，並檢視確認當前或未來潛在的監管差距（regulatory gaps）⁹⁶。

當網路及數位科技的發展使得諸多議題出現過往未見的跨法律領域情形，英國政府藉由成立 DRCF，資以解決數位科技帶來的監管與執法挑戰，特別是除了對應數位經濟特徵發展所謂的「數位監管」外，監管機關尚必須可得確定並保持針對傳統與新興數位服務的監管方法之一致性⁹⁷。英國政府強調前述難題的克服絕非單一監管機關所能獨立解決，惟有透過加以機關之間的協調，方能協助各機關在其權責範圍之內應對並解決問題，同時為企業經營者與消費者提供趨於一致的監管方法⁹⁸。英國 DRCF 的推動構想與機制設計，實值國內各該主管機關加以參考並思考於國內推動關聯機制之可能性。

伍、結語

源於 20 世紀 60 年代的網際網路在 90 年代正式開放商業使用，除直接催生網

場之監理經驗。

⁹⁴ Digital Regulation Cooperation Forum, Digital Regulation Cooperation Forum: Plan of work for 2021 to 2022 (2021), at para.1.14.

⁹⁵ *Id.* at para.2.18.

⁹⁶ *Id.* at para.2.1.

⁹⁷ *Id.* at para.1.4.

⁹⁸ *Id.* at para.1.5.

路商務，近年隨著資料為金等概念逐步深植於人們心中，也帶動了大數據及資料驅動經濟等嶄新技術與商業模式之發展。消費者個人資料商業價值提升，有助於企業經營者了解消費者的痛點以及尚未被滿足之需求，並對應其需求開發嶄新產品和服務，但也帶來了頻發的消費者隱私／個人資料侵害問題。

2021 年 4 月澳洲 *ACCC v Google LLC* 一案中，澳洲消費者保護主管機關 ACCC 適用「澳洲消費者法」(ACL) 處理企業經營者運用誤導性手法不當獲取消費者個人資料問題，並獲得澳洲聯邦法院之支持。ACCC 表明其執法係全球首創之舉，正式將 ACL 應用於數位環境下的個人資料保護事務，並展現消費者保護法與個人資料保護法兩者交叉進行監管之可能。

就國內現況而言，消費者保護法與個人資料保護法分別定位為消費者保護事務及個人資料保護事務之「普通法」，當消費者個人資料因消費關係而遭受侵害時，此際應以何部法律為度，成為消費者個人資料爭議問題處理上所應釐清之先決問題。對此，法務部曾於 2014 年函釋指出肇因消費者個人資料引發之爭議，應由消費者保護主管機關（消保法）處理。

本文認為就個人資料屬性而言，消費者個人資料不宜視為消保法上之「商品」概念，但存在視為「服務」之可能性，故有基於消保法處理消費者個資爭議之空間。惟本文認為個人資料通常處理行為雖存在國內消保法之適用可能，然諸如澳洲 *ACCC v Google LLC* 案中以誤導性行為不當獲取消費者個人資料之情形，即使歷來各界咸認同如何杜絕企業經營者之虛偽誤導消費者行為，屬於消費者保護政策與消保法之重要命題，消保法本身事實上並無對應誤導性行為之明文規定，除衍生以公平交易法進行處理或將更為合適之討論外，消保法本身應否參考諸如澳洲 ACL 等國際立法例進行必要調適，亦值得消費者保護主管機關加以思考。

此外，面對本文聚焦討論的消費者個人資料爭議引發的不同法律之間的競合與適用難題，國內亦有必要思索及建立相關監理機關之間的協調與合作機制，以消弭不同法制利益衡量上幾無可避免出現的意見不一與難以統整之問題。諸如英國近期推動的 DRCF，其所提出的數位監管及發展聯合監管方法等嶄新設計，實值國內各該主管機關加以參考並思考於國內推動關聯機制之可能性。

參考文獻

一、中文部分

專書

朱柏松，消費者保護法論，翰蘆圖書，1998 年 12 月。

姜志俊，消費者保護法，國立空中大學，修訂再版，2020 年 8 月。

洪誌宏，消費者保護法，五南，五版，2021 年 6 月。

陳聰富，侵權歸責原則與損害賠償，元照，2008 年 6 月。

謝在全，民法物權論(上)，新學林，修訂七版，2010 年 9 月。

期刊

許政賢，臺灣消費者保護法的創新與挑戰—二十週年的反思，月旦民商法雜誌，第 45 期，2014 年 9 月，頁 38-55。

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 8 期，2015 年 8 月，頁 28-55。

黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（二），月旦法學教室，第 10 期，2003 年 8 月，頁 75-88。

楊岳平，重省我國法下資料的基本法律議題—以資料的法律定性為中心，歐亞研究，第 17 期，2021 年 10 月，頁 31-40。

劉孔中，公平交易法與消費者保護法之比較研究，人文及社會科學集刊，第 7 卷第 2 期，1995 年 9 月，頁 1-19。

謝偉雯，概述澳洲消費者保護法與借鏡—以業者有虛偽誤導行為為例，消費者保護研究，第 19 輯，2015 年 2 月，頁 207-250。

研討會論文

劉姿汝，消費爭議與公平交易法，第 16 屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁 261-294，2009 年 11 月。

二、英文部分

專書

Cavanillas, José María, Curry, Edward & Wahlster, Wolfgang, *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe* (2016).

Dubovikov, Kirill, *Managing Data Science* (2019).

Edwards, Lilian, *Law, Policy and the Internet* (2018).

Rustad, Michael, *Global Internet Law in a Nutshell* (3rd ed. 2015).

期刊

Johnson, Ariel Fox, 13 Going on 30: An Exploration of Expanding COPPA's Privacy Protections to Everyone, 44 SETON HALL LEGIS. J. 419 (2020).

Douglas, Erika M. Monopolization Remedies and Data Privacy, 24 VA. J. L. & TECH. 2 (2020).

Douglas, Erika M., The New Antitrust/Data Privacy Law Interface, 130 YALE L.J. FORUM 647 (2021).

Lemley, Mark A., A New Balance Between IP and Antitrust, 13 SW. J. L. & TRADE AM. 237 (2007).

Ohlhausen, Maureen K. & Okuliar, Alexander P., Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy, 80 ANTITRUST L.J. 121 (2015).

Pasquale, Frank, Privacy, Antitrust, and Power, 20 GEO. MASON L. REV. 1009 (2013).

Tindall, Craig D., Argus Rules: The Commercialization of Personal Information, 2003 U. ILL. J.L. TECH. & POL'Y 181 (2003).

研究報告

Australian Competition and Consumer Commission, *Digital Platforms Inquiry - Final Report* (2019).

Competition and Markets Authority (UK), *The Commercial Use of Consumer Data* (2015).

International Monetary Fund, The Economics and Implications of Data: An Integrated Perspective (2019).

Mckinsey, The Consumer-data Opportunity and the Privacy Imperative (2020).

《消費者保護研究》
第 26 輯，頁 183-218

懲罰性賠償金的法史演進與司法實踐 ——聚焦於消費者保護法——

陳星宏^{*}

摘要

歐陸法系國家多數認為民事上之損害賠償原則為損害填補，但是英國及美國則認為在民事上除採損害填補原則外，針對惡性、恣意或魯莽之侵權行為人，亦可以對之請求懲罰性賠償金，此等民事懲罰的法理，在我國新近的民生法律中，方興未艾，特別是消費者保護法最受矚目，也因司法實踐之落實，產生數項適用上之爭議。

本文從介紹懲罰法理的法史演進入題，先說明自原始初民時期，進而到傳統帝制中國抑或是西方之漢摩拉比法典或是羅馬法時代，即已具備民事懲罰之法規範。不過，自民族國家興起後，歐陸國家除英國外，多將民刑事責任嚴格區分，故而認為民事上的損害賠償應與刑事上之懲罰加以區隔；二種法系對於此概念認知差異頗大，富饒趣味。為此，本文除闡述東西方關於懲罰性賠償金之法理演進史外，並探究我國繼受二大法系不同規範之緣由，再論就其價值及功能並臚列贊成者與反對者的理由。

^{*} 天主教輔仁大學法學博士生；行政院消費者保護處簡任秘書。本文感謝審稿委員惠予斧正。

再者，我國針對懲罰性賠償金，已有包括公平交易法、消費者保護法等多個民生法律納入規範。不過，在司法實踐上，涉及消費者保護法第 51 條懲罰性賠償金之相關案例，不但數量豐富甚且意見多元。本文乃擇選 18 個案例以及新近最高法院大法庭之見解，主要針對請求損害賠償的範圍、主體、責任要件以及賠償倍數加以整理分析歸納，最後提出：「一、司法實務上尚不認為有違反民刑事分立原則。二、請求賠償的範圍，在計算上應納入慰撫金。三、請求賠償的主體除被害人外，尚應包括被害人的繼承人及遺產管理人。四、以故意及過失為計算賠償倍數的責任要件及其計算標準應更加明確。」等幾個看法，期能拋磚引玉，促進消費者保護法學之研究。

關鍵詞：民事懲罰（Civil punishment）、損害填補原則（Damage compensation principle）、懲罰性賠償金（Punitive damages）、慰撫金（solatium）。

壹、前言

我國現代民事法律制度係發軔於晚清變法圖強之大變革環境，大量繼受歐陸及日本等國之法律規範¹，成為大陸法系體系之一分子。故而謹守刑法與民法分離的二元體制，此二元體制之核心價值在刑事法律為刑罰，在民事法律則為損害填補，此乃刑罰與損害填補二相分離的制度。惟在近三十年來，民事特別法及部分財經法領域引進通行於英美普通法系中帶有刑罰手段色彩之「懲罰性賠償金」制度，衝撞大陸法系民事法律所設計之核心價值，即民事損害賠償範圍除填補損害外並納入刑罰範疇。本文對於其歷史演進以及如何謀求縮小其間之差異，進而促成其融合，饒有興致，乃在此思維脈絡下撰述本文。

綜觀現代歐陸（包括日本）的法律體系中，民事損害賠償法之核心原則，迄今仍堅守損害填補原則，堅拒帶有刑事意涵之懲罰性賠償金制度；反之，沿襲古代法律（例如：漢摩拉比法典、羅馬法）等普通法體系之英美等國，其為抑制擁有財富者藉由其權勢所遂行之不法行為，達到確實懲治不法之目的，早已將該帶有準刑事上的懲罰金之賠償制度深植於其法律體制當中，並持續施行迄今已有千年之久，不禁要問，其中究竟擁有何等之魅力與其正當化的基礎？此等法理是否可適用於所有之民事法？或是限縮適用於侵權行為法？亦或是僅限於民事特別法，例如：消費者保護法²（以下稱消保法）？

我國消保法自公布施行至今已逾二十年，固然已有為數甚多涉及商品服務責任或定型化契約之司法判決，採取或創設維護消費者權益之法律見解，肯認消保法具有平衡企業經營者與消費者間關於消費資訊、締約地位以及專業知識上之不對等地位之功能並獲致人民信任；然而針對懲罰性賠償金，部分司法判決卻採謹慎保守之態度，其理由耐人尋味，不禁懷疑倘因司法實踐面上的拒卻，是否因此

¹ 「大清民律草案之編訂，強調四大立法宗旨，(一)注重世界最普通之法則(二)原本後出最精之法理(三)求最適於中國民情之法則(四)期於改進上最有利益之法則」黃源盛著，《中國法史導論》，台北：元照，2012年9月，頁396-397。

² 消費者保護法於83年1月11日上午在立法院三讀通過，當日晚間立即由總統明令公布，並於1月13日起正式施行，台灣自此日起在消費者保護之法制層面上，正式與國際潮流及世界趨勢接軌，邁向消費者保護新時代之里程碑。

扼殺該條之立法目的而與人民法感情³相違背？

本文論述架構擬先從涉及懲罰制度之法律演進史著眼，審視我國在分別繼受於世界二大主要法律體系的背景，接著將涉及消保法之部分指標性判決進行實證解析，以釐清懲罰性賠償金之理論與實際，試圖藉此淬鍊出些許不同的思考路徑，最後嘗試提出法律調整精進之方向。

貳、懲罰制度的法制演進

在原始初民社會，就如同現今社會般，均有著各式各樣的衝突。然而，此時的團體組織尚欠缺完整的公權力功能，個人的生命、身體、自由以及財產等權益受到侵害時，對加害人施以報復行為，不僅符合人性，更隱含正義與平等的價值觀，也蘊含警示作用。可以這麼說，在原始初民社會，侵害自己以外的他人、事或物（財產）就是犯罪，此時受害人即可以自力救濟方式（例如：報仇）對加害人進行懲罰，所謂的罪與罰的概念，於焉成形。而罪與罰之間，往往相關密切，因此報復式的「以眼還眼，以牙還牙」，「殺人償命，傷害及盜抵罪」，即屬於罪和罰顯著的例子，也是刑罰的前身。但是此種報復式的刑罰，固然得以讓受害人抑或其家族，得到情感上的慰藉，但是冤冤相報何時得了？剝奪犯罪人之生命或傷害其身體，終究無法回復犯罪前之原狀，於是理性思考抬頭，以金錢賠償代替復仇，成為刑罰的替代產品之一，畢竟人們要的是糾紛得以撫平，社會生活得以回歸正常。從而在金錢賠償制度的發展下，其計算賠償數額方式分別二種方式，其一為由當事人間自由協定，其二則由公權力團體（例如：君主、政府）按照侵害的種類及程度，被害人的身分、所喪失的能力、財產定其賠償額，前者為民事上損害賠償的起源，後者則為刑事上罰金的起源。

一、西方法制

在西方法制中關於懲罰制度之演進史，可追朔至上古時期之古巴比倫王國時

³ 是那些因素，使英國官僚們的作為，有一點天使的味道呢？他們常掛在嘴邊的口號是：時時以被統治者的好惡，作為本身思維取捨之依據。摘自熊秉元著，《法律經濟學開講》，台北：時報文化，2007年8月，頁77。

代，為實現正義、毀滅邪惡與壞人所頒布之漢摩拉比法典為起點，除已有規範為大家所熟知的「以眼還眼、以牙還牙」的條文以外，另有以賠償作為刑罰之條文規範⁴；在古羅馬帝國時期，民刑事責任之分際亦未如今日法律體系般，有著嚴格之區分，因此十二銅表法認為竊盜、搶奪傷人，係屬私人間之侵權行為，因此認為國家權力無須介入，實因此時侵權行為法之規範目的，並非僅限於填補損害，尚且鼓勵被害人請求被偷盜或搶奪物品價值的 2 至 4 倍當作全部之損害賠償⁵；另外，於此時期，國家為有效懲罰犯罪，甚至鼓勵私人擔任檢察官來維持社會秩序。惟類此民刑事責任不分之情形，直到近代市民政治⁶興起以及中央集權政府組織型態出現以後，開始出現重大轉變。於此階段新興之國家，為彰顯中央集權及展現公權力，開始設置代表國家訴追犯罪之檢察官，此時之法概念已然認知到在刑事責任上其所侵害之法益，主要為國家法益，並非僅止於個人法益，因此羅馬法時代鼓勵私人擔任檢察官，並藉此獲取超過實際損害額以外之多倍賠償制度，已不復見。不過，此等轉變卻在同為歐洲國家之德國、法國以及英國，產生不同之結果，因為在全盤繼受羅馬法之德國法制，並未繼受多倍賠償制度⁷，仍維持以損害填補為原則之基本核心價值。

反之，法系上有別於德法等歐陸法系之普通法系國家—以英國為其代表，其為有效執行經濟政策，早於 1066 年威廉大帝征服英格蘭後，即在其反托拉斯法中納入受害人得對不法行為人主張 2 或 3 倍之賠償金，此賠償金應交付受害人，而非繳於國庫，類似古羅馬帝國時代賦予私人（受害人）得扮演檢察官角色之權力，其考量點除避免行政權之不當擴張外，並可藉此減少行政資源的支出。其後，在 1763 年著名的 *Wilkes V. Wood* 案判決，普通法院更明白揭示：「陪審團有權判決比實際損害額更高之賠償金額，因為，損害賠償制度不僅止於滿足被害人，更需懲罰該罪刑，嚇阻未來類似程序之發生，以彰顯陪審團對該行為本身之厭惡。」⁸

⁴ 楊崇森著，〈漢摩拉比法典的傳奇內容影響與省思〉，《月旦法學雜誌》，第 269 期，2017 年 9 月，頁 77。

⁵ 陳聰富著，〈美國法上之懲罰性賠償金制度〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 31 卷第 5 期，2002 年 9 月，頁 168。

⁶ 近代市民法認為每個人資質均等且對等存在，其存在之基礎為個人主義及自由主義，從而創造出私法自治、契約自由以及過失責任等法律基本原則。參閱 2017 年消費者保護理念及趨勢研討會，日本女子大學細川幸一教授報告資料。

⁷ 陳聰富著，〈美國法上之懲罰性賠償金制度〉，頁 165。

⁸ 陳聰富著，〈美國法上之懲罰性賠償金制度〉，頁 169。

從此確立民事上懲罰制度，此即通稱之懲罰性賠償金，甚至影響美國的司法裁判直到現在。

二、傳統中國及近現代法制

傳統中國法律「重刑輕民」、「諸法合體民刑不分」、「禮本刑用」的法律制度⁹，對照西方法制，不僅未區別民事賠償與刑事罰金之差異，更無如同現行民事制度區分「契約」及「侵權」的不同類型，訂其損害賠償法則，反而是藉由刑事上的刑罰方式代替賠償。例如：〈唐律：雜律〉「器用絹布行濫條」：「諸造器用之物，及絹布之屬，有行濫、短狹而賣者，各杖六十。」；「買奴婢牛馬立券」：「諸買奴婢、牛馬駝螺驢已過價，不立市券，過三日答三十。賣者減一等。立券之後，有舊病者，三日內聽悔；無病欺者，市如法。違者答四十。」¹⁰、〈大清現行刑律〉「把持行市」：「凡買賣諸物，兩不合同，而把持行市，專取其利……賣己之物以賤為貴，買人之物以貴為賤者，杖八十。」¹¹

可以這麼說，帝制中國時代尚無當代意義之民法典，固然唐明清律已有區別民事責任及刑事責任，惟刑律內參雜民事法，訴訟不分民事與刑事¹²。無須諱言，傳統中國的法制，民事上的損害賠償多係以刑事上的懲罰方式替代，因此有學者謂「唐律在性質上偏屬於社會防衛的制裁機能，而欠缺個人法益保護觀念，因此刑事犯罪與民事不法的界線並不清楚，即使違約與債務不履行，也要受刑事的制裁。」¹³；隨著1840年鴉片戰爭後大清帝國國勢日漸衰微，先有救國自強的洋務運動興起，其後宣布變通政治，開始一系列漸進性、全面性的法制革新¹⁴，並於宣統三年完成以繼受歐陸及日本法為主之《大清民律草案》，其後幾經波折，復有《國民律草案》，再於民國18年（西元1929年）由國民政府公布現行《民法》。

⁹ 黃源盛著，《中國法史導論》，頁86。

¹⁰ 黃源盛著，《民初大理院與裁判》，台北：元照，2011年3月初版，頁241-242。

¹¹ 沈爾喬等編輯，《現行律民事有效部分集解四種》，北京：法律，2016年12月初版，頁708。

¹² 「論者謂：唐明清律已區別刑事責任與民事責任，故有償而不坐、坐而不償及令修立而不坐等規定。惟律內參雜民事法，違者亦予處罰，如婚姻及收養違律、買賣標的物的行濫短狹、負債不償等，亦負刑事責任。要之，民刑事制裁或效果，尚未充分分化，訴訟又不分民事與刑事，即民事訴訟亦依刑事訴訟程序。」戴炎輝著，《中國法制史》，台北：三民，1971年10月，頁18。

¹³ 黃源盛著，《漢唐法制與儒家傳統》，台北：元照，2009年3月初版，頁211。

¹⁴ 黃源盛著，《中國法史導論》，頁345。

固然我國民刑法主要乃係繼受於歐洲日本等近代歐陸法體系，一個將民法界定於私法系統，刑法界定於公法系統的民刑分離之法律體系；因此，在民事法律體系上，繼受歐陸法系之民事法體系中之損害賠償法之填補損害之規範架構，在我國之立法實踐上可見諸於民法第 213 條以下。惟隨著近代消費者保護運動的興起，世界各國自 1962 年後開始重視消費者保護議題¹⁵，並進行法典化工作¹⁶納入民事懲罰制度（即：懲罰性賠償金），我國亦順應世界潮流，除將涉及消費者權益保障事項之商品責任、定型化契約以及消費資訊等相關規範從一般民事法律加以抽離外，另外並引進「懲罰性賠償金¹⁷」制度施行迄今。

¹⁵ 美國總統甘乃迪於 1962 年揭示消費者享有一講求安全、知道真相、選擇及表達意見四大權利；1963 年國際消費者組織聯盟（IOCU）再加入基本需求、請求賠償、消費教育及健康環境四大權利，宣示消費者應享有八大權利，並負五大義務—認知、行動、關懷、環保、團結義務；聯合國繼於 1985 年通過「保護消費者指導方針」。

¹⁶ 例如：美國：消費產品安全法（1972 年）；德國：瑕疵產品責任法、一般交易條款規制法；英國：消費者保護法（1987 年）；比利時消費者保護法（1991 年）；奧地利消費者保護法（1993 年）；日本：消費者保護基本法（1981 年）；澳洲：消費者保護法（1975 年）。

¹⁷ 除消費者保護法第 51 條外，另外於民事特別法中，設有懲罰性賠償金規定者，尚有公平交易法第 31 條「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。（第一項）侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額。（第二項）」、營業秘密法第 13 條第 2 項「依前項規定，侵害行為如屬故意，法院得因被害人之請求，依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。」、證券投資信託及顧問法第 9 條第 1 項「違反本法規定應負損害賠償責任之人，對於故意所致之損害，法院得因被害人之請求，依侵害情節，酌定損害額三倍以下之懲罰性賠償；因重大過失所致之損害，得酌定損害額二倍以下之懲罰性賠償。」千禧年資訊年序爭議處理法第 4 條「資訊年序錯置依其他法律或契約規定所得請求之懲罰性賠償金，不得逾損害額之一倍。但因事業之故意行為或因侵害生命、身體或健康所生者，不在此限。」健康食品管理法第 29 條第 1 項「出賣人有違反本法第七條、第十條至第十四條之情事時，買受人得退貨，請求出賣人退還其價金；出賣人如係明知時，應加倍退還其價金；買受人如受有其他損害時，法院得因被害人之請求，依侵害情節命出賣人支付買受人零售價三倍以下或損害額三倍以下，由受害人擇一請求之懲罰性賠償金。但買受人為明知時，不在此限。」證券交易法第 157 條之 1 第 3 項「違反第一項或前項規定者，對於當日善意從事相反買賣之人買入或賣出該證券之價格，與消息公開後十個營業日收盤平均價格之差額，負損害賠償責任；其情節重大者，法院得依善意從事相反買賣之人之請求，將賠償額提高至三倍；其情節輕微者，法院得減輕賠償金額。」、著作權法第 88 條第 3 項「依前項規定，如被害人不易證明其實際損害額，得請求法院依侵害情節，在新臺幣一萬元以上一百萬元以下酌定賠償額。如損害行為屬故意且情節重大者，賠償額得增至新臺幣五百萬元。」，前引之證券交易法及著作權法規定，是否為懲罰性賠償金，學說上尚有不同意見。

參、懲罰性賠償金之爭議與實務發展

美國著名之最高法院法官 Holmes 有句名言：「法律的生命從來不是邏輯，而向來是經驗」¹⁸，進而論之，法律是一個動態的適應發展過程，從以往一直到現今。法律的充實主要藉由經驗而不是邏輯，藉由經驗之累積，展現法律滿足人類生活之需求，合理建構人類生活秩序之價值面，然而法律經驗的累積，其中最重要者，莫過於司法實務之實踐面。我國固然已有制定消保法，但頂多只是一個法制的設計大綱，倘未能輔以實證的司法判決，就此所做的研究似乎只能見到這法制靜態的架構之應然面的觀察，往往局限於表層的泛泛之論；司法判決則是一個法制的運作痕跡，它活生生地以具體個案解決人類現實生活中無數的紛爭，就此所做的研究，乃得見到法制動靜兩態的種種細節而為實然面的觀察，方能得出科學的論證。準此，本節乃整理我國司法實踐過程中曾經或持續存在涉及消保法懲罰性賠償金之四項爭議類型進行實證分析：第一，其責任要件是否僅限於故意，抑或涵蓋於重大過失及過失？第二，損害賠償的範圍，是否僅有財產上之損害賠償，不包括非財產上之損害賠償（即：慰撫金）？第三，行使懲罰性賠償金請求權之主體，是否僅限於生存者而不及於已死亡之人？第四，懲罰性賠償金之賠償倍數金額之實踐度是否過低？惟因前述爭議類型做成之司法判決甚多，限於篇幅本文無法巨細靡遺，僅從中揀擇數則指標性類型個案並詳為解析，期能得出切實的描述與適度的詮釋。

一、責任要件

在 104 年消保法修法之前，法院針對懲罰性賠償金個案判決在責任要件之認定，多採取保守且謹慎立場，認為懲罰性賠償金之立法，係我國民法傳統損害賠償制度之例外規定，立法目的在於制裁、嚇阻，並非增加加害者之請求賠償範圍，從而多以較嚴格之認定標準裁定懲罰性賠償金，例如：因台灣百年大震（921 地震

¹⁸ 原文為「The life of the law has not been logic; it has been experience.」，引自法律的生命在於經驗：霍姆斯法學文集，北京：清華，2007 年 10 月。

造成東勢王朝大樓（下稱王朝大樓）倒塌之損害賠償案¹⁹即為適例，謹概述如下：

事實概要：本案原告為受讓王朝大樓 20 名以上受災民眾損害賠償請求權之「財團法人消費者文教基金會」，被告為東勢王朝大樓之承造商頌揚營造股份有限公司等，針對王朝大樓因 921 地震倒塌致消費者死亡及傷害事件，請求被告等應依消保法第 7 條第 3 項前段、第 51 條規定，負連帶賠償責任。

判決見解：肯認行政院公共工程委員會、台灣省土木技師工會以及結構技師公會之鑑定意見，認定王朝大樓之施工確有違背建築術成規之情事，且存在製造上之瑕疵，從而發生地震時瞬間倒塌，致使建物所有人受有損害，二者之間具有相當因果關係；惟在審酌適用消保法第 51 條之適用範圍部分，則認為：「消保法將企業經營者之『過失』，列為受害消費者得請求懲罰性賠償金之態樣，已為立法例上首見；再者，消保法將『過失』，列為請求懲罰性賠償金之要件，亦為我國相關設有懲罰性賠償金制度中之唯一（其餘公平交易法第 32 條、專利法第 89 條第 3 項及營業祕密法第 13 條，均限定於故意。）」因此，參照美國懲罰性賠償金之立法目的在於制裁、嚇阻，並非增加消費者之請求參酌，消保法第 51 條之「過失」既為我國民法傳統損害賠償制度之例外規定，故而「過失」在解釋上應以「重大過失」者為限。

經檢視多數司法判決實踐在 104 年 6 月 17 日消保法修法之前，以目的性限縮之法解釋學，將消保法第 51 條之過失限縮於只適用於「重大過失」，但是仍有少數判決²⁰採不同見解，以下舉漢來餐廳用餐滑倒受傷事件（下稱漢來事件），最高法院不認同高等法院判決見解，認為消保法第 51 條之適用不應目的性限縮於重大過失，概述如下：

事實概要：原告之子（即被害人）於 103 年 8 月 16 日前往廣三崇光國際開發股份有限公司經營之崇光百貨消費，並在 16 樓漢來公司開設之海港餐廳用餐，用完晚餐走出餐廳欲離開時，因海港餐廳廚房清潔用水自安全門縫沿著斜坡流出，造成水漬致被害人因踩踏囤積之大片水漬而滑倒受傷，乃依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條、第 192 條、第 194 條、消保法第 7 條、第 51 條請求漢來公司、廣三公司賠償醫療費用、慰撫金及懲罰性賠償金。

¹⁹ 參閱臺灣高等法院臺中分院 97 年建上字第 44 號民事判決；臺灣高等法院 98 年度消上更(一)字第 1 號民事判決亦同此見解

²⁰ 參閱臺灣高等法院臺南分院 100 年度重上字第 58 號民事判決

判決見解：最高法院²¹推翻下級法院針對懲罰性賠償金目的性限縮於重大過失之見解，認為：「消保法第 51 條但書，既將企業經營者應負『一倍以下懲罰性賠償金』之責任規定為「過失」，而未如 93 年 6 月 30 日制定之證券投資信託顧問法第 9 條第 1 項，明定懲罰性賠償限定以『故意或重大過失』者為限；且該條之立法理由，復明示參酌美國立法例而有懲罰性賠償金之規定，立法者於制定該條時，顯知悉該國之懲罰性賠償金，著重於重大過失時方克成立，於過失與重大過失之間，在立法政策上已作取捨與抉擇，於此情形，自不得再作『目的性限縮』，解為限於重大過失者，始有該條但書規定之適用。」

審視前引歧異判決見解，可資探討者為 104 年 6 月 17 日消保法修正前第 51 條之過失，適用上宜否目的性限縮於重大過失？固然最高法院判決理由各有所本，多數判決仍認為：為符合英美懲罰性賠償制度之原始精神，並與我國固有損害賠償法填補損害之本旨相協調，應目的性限縮解釋而限於「重大過失」，亦即當企業經營者顯然欠缺注意，如稍加注意，即得避免損害，有明顯應究責之行為時，法院始課以懲罰性賠償金。然而在漢來事件最高法院判決則清楚指出，消保法第 51 條但書之過失，不得再以目的性限縮解釋之方式認為僅限於重大過失，此看法與學說上之多數見解看法一致²²。也就是說，消費者因企業經營者之過失所致損害，得依消保法第 51 條規定請求損害賠償額 1 倍以下之懲罰性賠償金，係立法者有意之規定，不生目的性限縮之問題，將本條所稱「過失」限縮於「重大過失」，不符立法本旨。固然此歧異狀態，可因立法院於 104 年修法時，援引我國民事法之責任體系，建立層級化之歸責要件，將本條對於故意、重大過失及過失之規定明文化，避免司法裁量空間過於模糊增列重大過失之賠償倍數為三倍²³而消除²⁴，然而實際上不無超越英美法系之設計初衷之虞？

²¹ 參閱最高法院 104 年度台上字第 358 號民事判決、110 年度台上字第 1425 號民事判決

²² 消保法之立法目的在於保障弱勢之消費者，與民法或公平交易法有所不同，依消保法第 51 條之立法理由及立法過程觀之，消費者因企業經營者之過失所致之損害，得請求損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金，係特別針對弱勢之消費者需要保護所作之特別思考，消保法第 51 條之適用與解釋，不應完全以外國法或其他國內法之角度為之。參見行政院消費者保護處 2013 年 11 月 12 日「消費者保護法第 51 條懲罰性賠償金之適用」座談會議多數學者專家共同結論。

²³ 參閱 2014 年 9 月 10 日立法院第 8 屆第 6 會期第 1 次會議議案關係文書（院總第 1450 號委員提案第 16958 號）。

²⁴ 究竟有無必要針對懲罰性賠償金立法設置上限，取決於我們如何控制法院的誤判風險，以及有無相關配套措施而定。何建志，〈懲罰性賠償金之法理與運用〉，273 頁。

本文認為所謂目的性限縮之前提要件為有法律漏洞，包括公開的法律漏洞與隱藏的法律漏洞，主要是透過類推適用、目的性限縮或者反面推論來加以填補²⁵。準此，為填補法律漏洞，特別是在隱藏性之法律漏洞時，方有以目的性限縮加以補充之必要。然而並非法律未規定者，即認為有法律漏洞，是否有法律漏洞，端視違反法律規範計畫或意旨之不完整性而言²⁶。從消保法第 51 條但書規定觀之，固然消保法於 104 年 6 月 17 日修法之前僅針對過失加以規範，然並非以此論定有違反法律規範計畫或其意旨完整性之情狀；況消保法在起草之初，立法院內政經濟司法聯席會議廣泛審查時，時任立法委員之彭百顯，即主張本條若在責任之區別上，未能將故意及過失予以區別，而一視同仁地請求此懲罰性賠償金，對企業經營者反而不公，乃提案將條文分列為故意或過失，降低立法從嚴對企業經營者所生之損害，並未將消費者得依消保法第 51 條請求懲罰性賠償金者，限於故意、重大過失，顯見消保法第 51 條但書規定：『因過失所致之損害，得請求損害賠償額一倍以下之懲罰性賠償金』，乃立法者有意之規定，並未違反其內在目的及規範計畫，並無法律漏洞存在，揆之前揭說明，亦不生目的性限縮之問題²⁷。由此可知，當時立法者之規範目的及規範之意圖，應係包括所有過失之情形；更何況在權力分立之下，法官及所有的法律適用者均應受到立法者制定法律之拘束。惟考量繼受於英美法系之懲罰性賠償金制度，其重要目的在於懲罰及嚇阻，應係類似於刑事罰上之報應²⁸與預防²⁹目的，二者均內含有刑罰手段的色彩，有差別者僅在於前者係透過民事訴訟程序加以實踐，後者則係透過刑事程序加以落實。因此懲罰

²⁵ 吳從周著，〈台灣民法方法論之發展現狀—特別聚焦法律解釋方法在法院實務之運用狀況〉，《戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集》，2017 年 8 月，頁 498。

²⁶ 最高法院 93 年度台上字第 1718 號針對土地法第九十七條第一項限制房屋租金之規定，應僅限於城市地方供住宅用之房屋，始有其適用，至非供居住之營業用房屋並不涵攝在內，此觀該條項立法本旨側重「防止房屋所有權人乘機哄抬租金，造成城市居住問題」及同法第三編第三章「房屋及基地租用」第九十四條至第九十六條均就「城市住宅用房屋」設其規範暨該條項蘊含摒除「城市營業用房屋」在外之「隱藏性法律漏洞」有以「目的性限縮解釋」補充必要自明，亦同其意旨。

²⁷ 參閱《立法院公報第 83 卷第 1 期》，1994 年 1 月，頁 55。

²⁸ 應報刑之正當性基礎在於犯罪人必須對其自己之惡的行為負擔法律上之責任，康德曾以「謀殺他人之人，其本身亦必須忍受死亡之痛苦」進行註解。王皇玉著，〈論刑罰的報應與預防作用〉，《蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2005 年 8 月，頁 163。

²⁹ 刑罰之目的，在於藉由刑罰本身所具有的威嚇力與刑罰之執行，以阻止一般人犯罪動機的產生，意即對社會大眾強調，凡有犯罪行為，必定會帶來刑罰痛苦之結果，進而達到一般人不敢犯罪的目的，類似於殺雞儆猴的想法。同上註，頁 178。

性賠償金乃具有準刑事（quasi-criminal）性質之民事罰，係介於刑事罰金與民事上損害賠償金間之私人罰金（private fines）³⁰，我國現今立法政策倘若將過失要件亦納入懲罰性賠償金之適用範圍，是否混淆民刑事法律之核心價值，回到刑民不分之傳統中國法制時代之疑，仍值深論。

二、賠償範圍

按「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另訂外，應回復他方損害發生前之原狀」、「損害賠償，除法律另有規定或契約另訂外，應以填補債權人所受損害及所失利益者為限。」分別為民法第 213 條第 1 項及第 216 條所明定。準此，從我國現行民法所規範之損害賠償範圍觀之，基本目的在於填補被害人所受之損害，規範對象為被害人，至於加害人在主觀上是否有故意或過失，對於損害賠償之內容及範圍均無影響，此即通稱之「損害填補原則」。除此之外，倘係具有消費關係之消費者因企業經營者之商品或服務造成損害，尚得依據消保法第 7 條商品服務責任的規定，向企業經營者請求損害賠償，並可再依據同法第 51 條視企業經營者故意、重大過失或過失的程度，請求一倍到五倍之懲罰性賠償金。惟司法實務³¹針對懲罰性賠償金之計算基礎，除財產上之損害賠償外，是否包括非財產上損害（下稱慰撫金）之爭議，有其發展過程，僅先揀選數則涉及消保法第 51 條有關於如何計算懲罰性賠償金，具有指標意義之重要判決，區分為 1. 不包括慰撫金、2. 未論及是否包括、3. 包括財產上之損害及慰撫金三大區塊，分別摘要制表如下：

1. 不包括慰撫金

	法院案號	案情摘要	判決理由摘要
1	最高法院 91 年度台上字第 1495 號判決	消費者於西北航空班機遭受二手菸侵襲致其身體健康受有損害，依據民法及消保法規定請求賠償及懲罰性賠償金。	消保法第 51 條之適用，該條之適用，係以企業經營者提供之商品或服務，與消費者之損害之間，具有相當因果關係為要件，且其損害係屬財產上之損害，並不包含非財產

³⁰ 戴志傑著，《美國懲罰性賠償金制度之基礎問題研究》，國立中正大學法律學研究所博士論文，2007 年 7 月，頁 1。

³¹ 本文所引用之司法判決均摘自法源法律網項下之判決書查詢系統，<http://www.lawbank.com.tw.autorpa.lib.fju.edu.tw:2048/index.aspx>（最後拜訪日：2021.11.18）

			上之損害。上訴人迄未能證明其有何財產上之損害，及其損害與二手菸有因果關係，則上訴人援引消費者保護法之規定，請求三倍之懲罰性賠償，亦無從准許。
2	台灣高等法院台中分院 96 年度消上字第 3 號判決 (按：本案未上訴第三審)	消費者因湯姆龍親子堡高空滑鎖遊戲設施有安全上之瑕疵致身體受有傷害，依據民法及消保法規定請求賠償及懲罰性賠償金。	消保法第 51 條之適用，係以企業經營者提供之商品或服務，與消費者之損害之間，具有相當因果關係為要件，且其損害係屬財產上之損害，並不包含非財產上之損害。……上訴人迄未能證明其損害與被上訴人提供之商品或服務間有因果關係，復未就被上訴人本身有何故意或過失行為，舉證以實其說，則上訴人援引消保法之規定，請求懲罰性賠償金，於法不合，不應准許。
3	最高法院 97 年度台上字第 2443 號判決	消費者因女子三溫暖店之空調設施管理不善，導致其昏倒並身體遭受損害；該三溫暖店讓男性員工擅行闖入，撞見裸身未著衣物之伊，嚴重侵害伊身體隱私權益，依據民法及消保法規定請求賠償及懲罰性賠償金。	原審認為：消保法第五十一規定，係以企業經營者提供之商品或服務，與消費者之損害之間，具有相當因果關係為要件，且其損害係屬財產上之損害，並不包含非財產上之損害。 按：本案判決肯認消費者得依得依民法第二百二十七條之一規定準用民法第一百九十五條規定請求慰撫金。
4	最高法院 98 年度台上字第 2352 號判決	消費者使用治療雄性禿之藥劑業者自系爭藥品上市後，明知已有七十一個案例會導致消費者之毛髮髮色改變，當知有安全性之合理懷疑，卻未於系爭藥品之外包裝或仿單上為適當之警告標示，其對系爭藥品乃有指示之瑕疵，導致消費者受有損害。致生全身身體變白及透明化現象之損害案	原審認為就懲罰性賠償金部分，係以企業經營者提供之商品或服務，與消費者之損害之間，具有相當因果關係為要件，且其損害係屬財產上之損害，不包含非財產上之損害，上訴人僅得請求慰撫金，並不得請求財產上之損害，自無消保法第五十一條規定之適用，上訴人主張請求懲罰性賠償金，為無理由。…經核於法並無違誤。

5	臺灣高等法院 97 年度重訴字第 22 號民事判決	消費者搭乘台鐵列車，因台鐵公司對其司機專業訓練不足，未盡業務監督之注意義務，致二列車發生碰撞，造成消費者生命身體受有損害，主張依據民法及消保法負擔財產上及非財產上之損害賠償。	消保法第 51 條：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金」之規定，係以企業經營者提供之商品或服務，與消費者之損害之間，具有相當因果關係為要件，且其損害係屬財產上之損害，並不包含非財產上之損害。是倘原告所受之損害係非財產上之損害，自不得適用該條規定請求賠償懲罰性賠償金。 按：1.本案計算懲罰性賠償金之計算固然排除慰撫金，但較原審判決增加台鐵應負擔 40%之慰撫金額度。2.本案係最高法院 100 年度台上字第 81 號判決發回更審，略以：非財產上損害之慰藉金數額，究竟若干為適當，應斟酌兩造身分、地位及經濟狀況，俾為審判之依據。原審酌定其數額，就台鐵部分僅抽象謂審酌兩造之社會地位、經濟能力等一切情狀，但未具體說明兩造之身分、教育程度、財產及經濟狀況究竟如何？即率予量定，亦欠允妥。上訴論旨，指摘原判決關於其不利部分違背法令，求予廢棄，非無理由。
---	---------------------------	---	--

2. 未具體論及是否包括慰撫金

	法院案號	案情摘要	判決理由摘要
1	臺灣高等法院 98 年度消上更(一)字第 1 號判決	消費者參加旅行業者所規劃之澳洲旅遊團，因旅行業者未確實督導其在澳洲之履行輔助人 TWA 公司提供合於安全標準之車輛及有充足經驗之駕駛員，致發生車禍發生造成損害	消保法第 51 條規定所謂「損害」者，應以消費者或第三人本身因上述商品或服務而受有生命、身體、健康、財產損害者為限。〈此為最高法院 98 年度台上字第 252 號判決之發回意旨〉 按：似未具體表明計算懲罰性賠

			償金應否包括慰撫金在內。
2.	最高法院 105 年台上字第 1905 號判決	原告等 5 人於被告餐廳的包廂用餐，因餐廳業者疏未謹慎注意系爭餐廳室內通風情況，發生一氧化碳中毒。	系爭事故係因系爭餐廳包廂通風不良所致，顯違反消保法第七條第一項、第二項規定，應依消保法第五十一條但書規定，對上訴人負賠償責任。 按：似未具體表明計算懲罰性賠償金應否包括慰撫金在內。

3. 包括財產上損害與慰撫金

	法院案號	關鍵事實	判決理由摘要
1.	最高法院 86 年度台上字第 1445 號判決	消費者所搭乘之公車，因業者之肇事車輛前煞車系統有異常現象，未能及時發見，仍任其受僱人駕駛運送致生旅客損害。	斟酌上訴人之過失情形及被上訴人所受身體損害情狀，被上訴人請求之懲罰性賠償金以損害額二分之一倍，為屬正當。
2.	台北地院 93 年度訴字第 3608 號判決	消費者赴餐廳用餐於門口滑倒受傷，企業經營者，基於上開社會活動安全注意義務（ <i>Verkehrspflicht</i> ），本有對於進出飯店利用其設施之人，應注意防範危險的發生。被告違反其防範危險發生之作為義務而不作為，任令地面濕滑，為有過失；與原告滑倒發生受傷致權利受侵害之結果間，有因果關係，成立民法第 184 條第 1 項之過失侵權行為。	「懲罰性賠償金」所謂損害，應與民法之解釋相同，包括財產上之損害及非財產上之損害，況且慰撫金與懲罰性賠償金之性質、功能本屬不同，故應可併存。
3.	士林地院 96 年度訴字第 995 號判決	消費者於咖啡廳點用餐點遭燙傷餐飲服務人員於上熱食時，本應注意桌邊客人之動態，提醒客人注意，平穩安全擺放熱食，竟疏未注意致發生小火鍋燙傷原告，就系爭事故之發生為有過失，且其過失行為致原告	同上

		受有身體傷害結果間有相當因果關係，被告應負侵權行為損害賠償之責。	
4.	板橋地院 96 年度訴字第 1129 號判決	消費者飲用不潔之茉莉綠茶致生急性腸胃炎業者就所製造之茶飲未盡安全衛生之義務與消費者罹患急性腸胃炎有因果關係。	審酌本件事故之原因，造成消費者即原告健康上及精神上之損害等情，原告請求被上訴人給付前開損害額 0.5 倍之懲罰性賠償金，為有理由。
5.	最高法院 106 年度台上字第 1827 號判決	企業經營者販售含有塑化劑之食品予消費者	懲罰性賠償金與傳統損害賠償之目的在填補被害人之損害，概念上或有不同，惟該規定並未就「損害額」為定義性規定，依該法第 1 條第 2 項所稱之「損害額」，應依民法之規定認為包括財產上與非財產上之損害。

前所引據之實務判決，可以發現極有趣之現象，最高法院及高等法院等上級審法院，除消保法施行初始（86 年度台上字第 1445 號判決）以及震驚台灣社會食品安全衛生的塑化劑事件（106 年度台上字第 1827 號判決）外，其餘判決多〈否認〉消保法第 51 條懲罰性賠償金所規定損害額之計算基準，包括慰撫金之賠償金額在內；反之，在地方法院（按：前所引據之三判決均未提起上訴），則將消保法第 51 條定性為民事賠償之法條，故而基於法律解釋體系之一致性，〈肯認〉『損害額』，慰撫金與懲罰性賠償金之性質與功能均有不同，應依民法之規定認為包括財產上與非財產上之損害」。

然而，究竟消保法第 51 條懲罰性賠償金之計算範圍應否包括非財產上之損害即通稱之「慰撫金」？司法實務似乎莫衷一是，學說針對此亦曾有爭議。否定說認為：慰撫金具有填補損害及慰藉痛苦之功能，固然制裁加害人為其反射作用，惟最高法院於審定慰撫金之金額時，不但斟酌雙方身分、資力、加害程度、被害人之痛苦程度等因素外，尚有考量加害人故意或過失之輕重，因此慰撫金具有填補、克服、滿足（慰撫）、制裁及預防之功能。準此，懲罰性賠償金與慰撫金之功能，即有重疊之處，除可能肇致企業經營者因同一個具有故意或過失之民事不法行為，將負擔慰撫金以及懲罰性賠償金的雙重給付，從而對企業經營者營業自由與財產權的過度限制，勢將混淆我國向來區分民事賠償責任與刑事責任之民刑分

立原則外，更極有可能違反憲法第 23 條比例原則中手段必要性之虞，特別是在因為承認外國懲罰性賠償金之判決，而逾越國家刑罰權行使的分際³²。為此有學者主張可將消保法第 51 條之損害額計算基準，目的性限縮於財產上之損害，排除慰撫金使消保法第 51 條降低其違憲性，避免產生一事二罰之違憲疑慮³³。肯定說則認為：消保法第 51 條所稱之「損害額」，既未有明文規定，則應依據消保法第 1 條第 2 項規定「有關消費者之保護，依本法之規定，本法未規定者，適用其他規定。」，故依文義解釋，消保法第 51 條之損害額應依民法規定認定之，即應包括民法第 216 條第 1 項所受損害及所失利益之財產上損害，以及依民法第 18 條、第 194 條及第 195 條規定之慰撫金，皆應包括於計算懲罰性賠償金之基準³⁴。甚且更認為我國民法所規定之慰撫金制度應無預防之功能，理由在於：法院於酌定慰撫金時，對加害人之故意或過失多無考量；反之懲罰性賠償金，則係以企業經營者之故意或過失為其量定之標準³⁵，特別是我國民法所規定之非財產上之損害即通稱之「慰撫金」，應以金錢為限，其性質不同於德國實務見解認為具有防止加害人（尤其是媒體業者）透過不當報導而獲取利益，從而具有預防侵害被害人人格權之預防功能，因此並無雙重制裁之疑慮。再者，更進一步認為，姑不論將故意或過失因素納入慰撫金考量後，是否即使得使慰撫金制度更具有預防或制裁之功能，既然我國現行之損害賠償制度業已引進民事特別法之懲罰性賠償金制度，則更應保持慰撫金不該納入加害人故意或過失之因素，以免混淆其與懲罰性賠償金制度間各有其目的。可以這麼說，慰撫金制度無法完全取代懲罰性賠償金制度³⁶。

針對前述司法判決之歧異，新近最高法院大法庭則針對此爭議做出統一見解，裁定企業經營者所提供之服務，違反消費者保護法第 7 條第 1 項、第 2 項規定，致生損害於消費者之身體、健康，消費者依民國 104 年 6 月 17 日修正公布前同法第 51 條規定請求懲罰性賠償金時，該法條所稱損害額，包括非財產上損害之

³² 林恩璋著，〈國際私法上外國懲罰性判決之承認—以台灣實務裁判為中心〉，法學叢刊，第 56 卷第 3 期，頁 153。

³³ 曾品傑著，〈財產法理與判決研究(一)—消費者保護專論〉，台北：元照，2007 年 10 月，頁 78。

³⁴ 林德瑞著，〈懲罰性賠償金適用之法律爭議問題〉，《月旦法學雜誌》，第 110 期，2004 年 6 月，頁 44。

³⁵ 詹森林著，〈非財產上損害與懲罰性賠償金〉，《月旦裁判時報》，第 5 期，2010 年 10 月，頁 34-39。

³⁶ 戴志傑著，〈懲罰性賠償金數額計算基礎的損害額應否包含非財產上損害—我國消保法近十年的司法判決分析與檢討〉，《靜宜法學》，第 4 期，2015 年 6 月，頁 151。

賠償金額。本次裁定除支持前述肯定說之論證，認為消費者在消費訴訟中同時請求慰藉金及以之為計算基礎之懲罰性賠償，不生重複處罰之疑義外，並援引 103 年 12 月 10 日修正公布之食品安全衛生管理法（下稱食安法）第 56 條第 2 項：「消費者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，並得準用消費者保護法第四十七條至第五十五條之規定提出消費訴訟」，認為食安法亦有規定消費者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，益徵非財產上損害額亦為計算懲罰性賠償之基礎。

本文認為固然大法庭針對本項爭議做出統一見解，惟現行之大法庭制度，依據法院組織法第 51-10 條規定：「民事大法庭、刑事大法庭之裁定，對提案庭提交之案件有拘束力。」可知大法庭見解原則上係拘束提案之合議庭，但似尚未規定其具有通案受其拘束之效力。再依據同法第 51-2 第 1 項規定：「最高法院民事庭、刑事庭各庭審理案件，經評議後認採為裁判基礎之法律見解，與先前裁判之法律見解歧異者，應以裁定敘明理由，提案予民事或刑事大法庭裁判。」又似可推知最高法院民刑事庭倘欲改變前案大法庭之見解，則必須另提案於大法庭，而不能逕採其他不同之見解，如此或許得以間接發揮統一法律見解之功能，藉由強制提案義務統一法律見解。惟歸根究底，正統之解決方式仍宜回歸立法權進行修法，方屬正道。

三、請求權主體

依據消保法所提出之訴訟，企業經營者針對所提供之商品或服務造成消費者當場死亡，該名消費者之繼承人或遺產管理人，得否依據消保法第 51 條規定向企業經營者請求懲罰性賠償金？關於此項爭議，本文以近年來針對懲罰性賠償金，無論在分析內容抑或法律方法論上最為完整的判決（最高法院 104 年度台上字第 358 號）為例，兼論各審級判決理由，分析闡述學說及實務發展之重要演進。

（一）事實概要：

原告之子郭○○參加富友旅行社（下稱第一被告）舉辦之菲律賓長灘島五日旅遊行程（下稱系爭旅遊），富友旅行社將系爭旅遊行程轉由新台旅行社（下稱第二被告）承辦。第二被告指派之領隊帶領旅客搭船出海至珊瑚花園進行浮潛活動

時，僅發給救生衣及浮潛設備，未告知應注意之安全事項，亦未檢視旅客是否配備妥當，任由旅客自行選擇穿或不穿救生衣，自由進行浮潛活動。嗣後發生被害人郭○○落海溺水死亡意外。原告為郭○○之父、母，因郭○○之死亡，支出殯葬費並受有扶養費、慰撫金之損害，乃主張被害人參加第二被告所安排之旅遊行程，其所提供之旅遊服務未符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，致被害人於浮潛活動中溺斃，依民法第 184 條第 1 項前段、第 185 條、第 192 條、第 194 條、消費者保護法第 7 條、第 51 條等規定請求第一被告及第二被告連帶負損害賠償責任。

（二）歷審法院見解：

1. 台灣台中地方法院（100 年度消字第 12 號）

<肯定>第一被告及第二被告就被害人之死亡結果應依民法第 184 條第 1 項負擔過失侵權行為之損害賠償責任，原告得依民法第 192 條、第 194 條請求殯葬費、扶養費以及非財產上之損害賠償，惟因被害人與有過失，僅需負擔 20%之賠償金額。但<否定>原告依消保法第 7 條、第 51 條規定請求懲罰性賠償金。理由為：原告並非消保法第 51 條本身因旅遊服務而受有生命、身體、健康、財產之人，固然消保法第 7 條之立法目的，在於保護消費關係中消費者或第三人之生命、身體、健康及財產，但與民法第 192 條、第 194 條免除第三人輾轉求償之繁瑣而得以直接求償之目的不同，是以消費者保護法第 7 條、第 51 條所謂「損害」，應以消費者或第三人本身因上述商品或服務而受有生命、身體、健康、財產損害者為限。

2. 台灣高等法院（101 年度消上字第 8 號判決）

除維持第一審<否定>原告依消保法第 7 條、第 51 條規定請求懲罰性賠償金之見解外，亦與第一審判決同樣<肯定>第二被告應就被害人之死亡結果應負擔過失侵權行為之損害賠償責任，並<否定>原告得請求第一被告依民法第 184 條第 1 項連帶負擔過失侵權行為之損害賠償；另外認為原告僅得依民法第 192 條、第 194 條請求殯葬費、非財產上之損害賠償，但否準了請求扶養費，理由如下：

- (1) 依消保法第 7 條請求提供旅遊服務之被告，應限於損害事故中直接受害之消費者或第三人，直接被害死者之法定扶養權利人、或死者之父母、子女及配偶，乃間接被害人，非請求賠償之主體。因此，本件事故之直接被害人即

「消費者」郭○○縱得依消保法第 51 條為懲罰性賠償金之請求，然因其已因生命權受侵害喪失權利能力，自非得由郭○○之繼承人（被害者之父母）向被告主張，此點與地方法院判決理由相同。

- (2) 扶養費之請求權，以直系血親尊親屬不能維持生活者，方有民法第 1117 條之請求權（參照最高法院 62 年年度第 2 次民庭庭推總會決議意旨、96 年台上字第 2823 號裁判意旨）。本件被害人之父母家境寬裕尚無因被害人死亡達到不能維持生活之程度，故請求依民法第 192 條扶養費，應無理由。此點與地方法院之見解不同。
- (3) 慰撫金部分，經斟酌本件第二被告之資本額、被害人父、母之身分、地位、經濟狀況與加害程度及其他各種情況（參照 97 年台上字第 400 號裁判意旨），特別認為原告悉心栽培被害人，在事發 2 年餘後，於本院準備程序期日敘述對孩子原先之期許、憧憬，接獲噩耗當日心路歷程、處理郭崇瑩後事經過，猶娓娓道來，歷歷在目，足見兩人喪子錐心之痛，迄今猶未走出...乃將慰撫金之金額由第一審法院所酌定之 150 萬元提高至 250 萬元。
- (4) 第一被告於被害人學校舉辦行前說明會時已有將安全規則詳細宣導，應認為已有盡善良管理人之注意義務，固然未經被害人同意即將旅遊服務轉由第二被告履行，然此僅屬於違反行政管理規定之行為，尚與侵權行為無涉。

3. 最高法院（104 年度台上字第 358 號）

- (1) <推翻>前審關於消保法第 51 條僅限於直接受損害之消費者或第三人之看法，主要認為：企業經營者就其提供之商品或服務，因故意或過失，致消費者或第三人死亡者，被害人之繼承人或遺產管理人，即得依消保法第 51 條規定，請求企業經營者給付懲罰性賠償金，並以非專屬性且係因該事故應支出之醫療等費用，而不超出該消費者或第三人原得請求之基礎損害數額，作為計算懲罰性賠償金之基準。理由略以：

A. 消費者或第三人死亡時，其權利能力已然消滅，究應由何人為懲罰性賠償金之請求？計算該賠償金之損害額又以何者為準？固然消保法均未設其規範。惟揆諸該條所定懲罰性賠償金制度，係「為促使企業者重視商品及服務品質，維持消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效」而設，規範目的側重於懲罰惡性之企業經營者，以

遏止該企業經營者及其他業者重蹈覆轍，與同法第 7 條第 3 項規定目的祇在填補被害人所受之損害，未盡相同，不因被害人死亡而影響企業經營者違反規定而應負之懲罰性賠償金。

- B. 依「舉輕以明重」之法則，被害人因消費事故而受傷害，企業經營者就其故意或過失既須承擔支付該賠償金，於造成死亡之情形，尤不得減免其責任（生命法益之位階更高於身體、健康或財產法益）；另參酌民法第 192 條第 1 項規定之旨趣，乃植基於生命權受侵害之被害人，因該事故所生之醫療等費，係生命權被侵害致生直接財產之損害，被害人之繼承人或遺產管理人本得向加害人求償，倘已由第三人支出，第三人雖得向繼承人或遺產管理人求償，亦因該條項之特別規定，得逕向加害人求償，以避免輾轉求償之繁瑣而來，可知消保法第 51 條就此存有原應積極規範而未規定之「公開漏洞」，自應從該條之規範意旨，作「目的性擴張」以補充之，將請求權人之主體，擴及於被害人之繼承人或遺產管理人，始符該法之立法本旨，以免造成輕重失衡。

4. 高等法院（104 年度消上更(一)字第 1 號）：確定（依據最高法院發回意旨更為判決）

（三）本文簡評：

消保法第 51 條之請求主體是否僅以生存者為限，關於此點之法律見解，最高法院基於懲罰性賠償金之立法目的，在於藉由懲罰惡性之企業經營者，從而遏止該企業經營者及其他業者重蹈覆轍。因此，不應該因為請求主體死亡而異其差別，再者依「舉輕以明重」之法理，認為企業經營者造成消費者身體、健康或財產上之損害，均應就其故意或過失承擔支付該賠償金，於造成死亡之情形，基於生命法益之位階更高於身體、健康或財產法益，當更無因此得以減免其責任之空間可言；參酌民法第 192 條之立法目的³⁷係避免除輾轉求償之繁瑣，賦予對於被害人

³⁷ 參 1999 年 4 月 21 日民法第 192 條立（修）法理由：不法侵害他人致死者，其於被害人生前為之支出醫療及增加生活上需要之費用，固可本於無因管理或其他法律關係，請求被害人之繼承人或其遺產管理人償還。但此項損害，原應由加害人負最後賠償責任，為鼓勵熱心助人之風尚，及免除輾轉求償之繁瑣，基於加害人對於支出殯葬費之人直接負損害賠償責任之同一立法理由，使此等支出醫療等費之人，得逕向加害人請求損害賠償。

生前支出醫療及增加生活上需要之費用之人，得逕向加害人請求損害賠償，從而認為被害人死亡時其繼承人或遺產管理人亦得基於同一法理，就原應積極規範而未規定之「公開漏洞」，審就該條之規範意旨，以「目的性擴張」的方式加以補充之，將請求權人之主體，擴及於被害人之繼承人或遺產管理人，始符該法之立法本旨，以免造成輕重失衡。此見解與高等法院認為「直接被害死者之法定扶養權利人、或死者之父母、子女及配偶，乃間接被害人，非屬消保法第 51 條之請求賠償主體。」迥然有別。

學說上亦有認為被害人之父母得請求懲罰性賠償金，係基於繼承被害人而來，故應以被害人自己所得請求之賠償為基礎，尚與被害人之父母得依民法請求扶養費、慰撫金及殯葬費無關³⁸，再者，懲罰性賠償金之功能不在於填補被害人所受損害，而在懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效，從而設計出此機制，使企業經營者必須付出高於被害人之損害額，方能發揮懲罰及嚇阻之功效³⁹。準此，本文認為基於懲罰性賠償金之立法目的，係藉由高額之賠償金懲罰企業經營者之惡性，因此當企業經營者未提供可合理期待服務之安全義務，致生消費者生命權益之損害，受害人之最近親屬或為其支出醫療等費用之人，當無默默承受之理外，更重要者為懲罰性賠償金具有刑罰應報及預防之性質，已如前述，最高法院之判決理由，與時俱進，堪稱典範⁴⁰。以此對照，現行消保法第 51 條之規範主體確有不甚清楚之處。固然最高法院已有認為此係屬公開之法律漏洞，並於判決中透過目的性擴張之解釋論加以擴張適用，當消費者死亡時，為其支出醫療及增加生活上所需費用之人，仍屬消保法第 51 條之請求權人。然而在修法的面向上，似更宜積極針對消保法第 51 條進行修正，增列消費者或第三人之繼承人或遺產管理人，亦為請求懲罰性賠償金之主體，方屬妥適。

³⁸ 詹森林著，〈直接被害人死亡與消保法懲罰性賠償金請求權之歸屬/最高法院台上一五一四〉，《月旦裁判時報》，創刊號，2010 年 2 月，頁 57。

³⁹ 許政賢著，〈企業經營者過失致消費者死亡之懲罰性賠償金/最高法院台上二五二號〉，《台灣法學雜誌》，第 131 期，2009 年 7 月，頁 177。

⁴⁰ 企業經營者就其提供之商品或服務，因故意或過失致消費者或第三人死亡者，被害人之繼承人或遺產管理人得依消保法第 51 條規定，以醫療等費為計算懲罰性賠償金之基準，請求企業經營者給付該賠償金……（最高法院 108 年度台上字第 1750 號判決同此見解）

四、賠償倍數

固然 104 年修法已建立層級化之歸責要件，將消保法第 51 條分類為故意、重大過失及過失三種態樣，以避免發生司法判決認定歸責要件上不一致之情形，然而不論修法前後司法判決針對懲罰性賠償金所認定之倍數以及司法判決酌定數額是否足以充分制裁或發揮嚇阻之功效？修法後之一、三、五倍設計，是否妥適？僅擇選二擇判決解析試圖發現其可資再精進之點。

（一）中興 VIP 國宅大樓因 921 大地震倒塌拆除案⁴¹

1. 案情概要：本案原告為駱○潭等 87 位居住於改制前台中縣中興 VIP 國宅大樓，因被告崑堡公司及正業公司於興建期間，未按設計圖及建築技術規則之規範施工，未達到設計之預期強度之故，於 921 地震時嚴重受損並被台中縣政府判為危樓應予拆除受有損害，從而請求依據瑕疵擔保、不完全給付以及消保法第 7 條、第 51 條賠償。
2. 判決要旨：認定被告建築系爭大樓有偷工減料及查核不實之故，造成因耐震係數不足致在 921 地震中倒塌，造成原告等人財產損害與住戶重大傷亡，固然建築法令具有間接保障建築物使用人生命、身體、財產之目的，可認係保護他人之法律，但僅能推定被告業者具有「過失」，尚難遽認其故意行為所造成。惟本案被告於訴訟中，極力否認建造系爭大樓有疏失，原告等人提起本件訴訟迄今逾 15 年，不僅未獲得分文賠償，猶須支付律師費用繼續纏訟，爾後即使獲勝訴判決，其損害恐亦難以獲全數填補等情，乃從重酌定其懲罰性損害賠償金，判決原告等人各得請求被告連帶賠償其損害額一倍之懲罰性賠償金。
3. 本文簡評：本案（中興 VIP 國宅大樓因 921 大地震倒塌拆除案）判決理由固然認定被告針對系爭大樓之倒塌有過失，並允准原告等各得請求被告等依據消保法第 51 條規定連帶賠償其損害額一倍之懲罰性賠償金。不過，與此對照者為前所引用與此案件事實類似之王朝大樓倒塌案，終局判決判定受災災民之懲罰性賠償金之數額卻僅為損害額之 0.4 倍，不禁產生質疑，懲罰性賠償金之標準，在同一事實但是在不同判決間卻有著如此差異其理由為何？

⁴¹ 台灣高等法院台中分院 103 年重上更一字第 56 號民事判決。

（二）委託不動產仲介購買土地，因其未盡調查告知義務致生損害案

1. 案情概要：原告委託被告商號向訴外人購買房地，雙方並簽訂買賣議價委託書，原告於完成房地產權移轉事務後經臺東縣地政事務所鑑界發現該房地有越界占用他人土地，面臨拆屋還地訴訟，乃自行拆除一部地上物並返還土地於真正所有人受有包括拆除費、拆除執照申報費、空污管制行政費、地政更改作業費及所失利益共計 75 萬元。乃依不動產經紀業管理條例第 26 條第 1、2 項、民法債務不履行、民法侵權行為及消保法第 7 條、第 51 條規定請求被告賠償。
2. 判決要旨：該房地產權現況，被告於兩造簽訂仲介契約後可輕易經由鑑界及查訪鄰地所有權人而得知，被告為專業之不動產經紀業者，未就訂約事項積極履行調查及告知義務即有過失致生原告受有損害應賠償 35 萬元，另應依消保法第 51 條規定，負擔賠償損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金（6 萬元）。
3. 本文簡評：本案係專職從事房屋仲介之業者，因疏於盡善良管理人之注意義務致使消費者受到鑑界後土地縮減以及部分地上物拆除之損害，判決固然准予依據消保法第 51 條規定請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金，估不論所允准之懲罰性賠償金額僅有所判定損害額之 0.17 倍，能否收到嚇阻之目的已非無疑？再就此等純粹之民事侵權賠償案件，其業者係因未盡善良管理人注意義務致使消費者受到財產之損害，其惡性或輕率是否已重大到應賦予受害消費者得以請求具有制裁目的之懲罰性賠償金，否則不足以嚇阻不法業者之必要性？亦不無再予深究之空間。

綜上觀之，本文認為即使我國目前業已引進懲罰性賠償金制度並施行多年，在懲罰性賠償金請求權之成立要件上，除未如美國多以企業經營者有惡意或輕率為其要件，且其射程範圍尚未及於過失外；再觀察我國法院在准予賠償金額部分，大多採極度保守，亦不若美國般之高額賠償金，因此在懲罰及嚇阻面上，似乎仍然難以達到立法者所欲達到之目的。準此，目前消保法關於懲罰性賠償金倍數計算基準，其規範的妥當性及執行性，似有存在著檢討之空間？

肆、懲罰性賠償金之理論及立法思辨

懲罰性賠償金參照法律字典⁴²之解釋，係指為懲罰加害人之蠻橫不當行為⁴³，法院得不依照加害人的實際侵害情形，判處加害人賠償受害人超過實際損害額相當數目之賠償金，藉此嚇阻或預防加害人或其他人再犯類似之加害行為，此係在傳統民事侵權行為損害填補⁴⁴制度之外，賦予法院可判令加害人再額外支付另外一筆賠償金予被害人之制度。參據美國侵權行為法整編第 908 條，關於「懲罰性賠償」之規定為：「損害賠償及名義上之賠償以外之賠償，係為懲罰極端無理行為之人而作之賠償，且亦為遏阻該人及其他人，於未來從事類似之行為而作之賠償。（第一項）懲罰性賠償得因被告之惡性動機、魯莽棄置他人權利於無顧之極端無理行為而給予。事實審理者在評估懲罰性賠償之金額時，得適當考慮被告已造成或意圖造成原告受傷行為之性質、程度及財富（第二項）⁴⁵。」準此，無庸贅言，懲罰性賠償金內涵為警示或預防企業經營者將來再發生類似之侵權行為，法院得依據企業經營者之惡性、恣意、魯莽等之反社會行為，判決超過實際損害金額以外相當數額之賠償金予受害人，然而要溯源釐清的是，我國繼受此法律制度之妥適性以及從司法實踐中之反思。

（一）從法律繼受與比較立法例檢視規範淵源

法律繼受是一種法文化的移轉現象，意即一個國家基於外來勢力、內在社會結構的變異、外國法品質或內部意識覺醒等因素，全盤或部分採用其他國家法律制度的一種法律現象⁴⁶，其特點主要表現在強勢法文化區往弱勢法文化區的輸出。

⁴² <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/punitive+damages>，最後拜訪日：2021/10/27

⁴³ 所謂蠻橫不當（outrageousmisconduct）之行為，在自然法的概念是可變的且不準確，通常的用語有不誠信（badfaith），詐欺（fraud），惡意（malice），壓迫（oppression），蠻橫（outrageous），暴力（violent），恣意（wanton），邪惡（wicked），魯莽（reckless）。

⁴⁴ 民法第 216 條第 1 項規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。」可知民法損害賠償之原則及目的，係在填補被害人所受損害及所失利益，倘超過此範圍，則反使被害人因此更受利益。

⁴⁵ 原文為，§ 908. Punitive Damages: (1) Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future. (2) Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant's evil motive or his reckless indifference to the rights of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant's act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause and the wealth of the defendant.

⁴⁶ 黃源盛著，《中國法史導論》，頁 334。

觀諸傳統中國數百種成文法典，公法典佔絕大部分，純粹私法典可說是付諸闕如⁴⁷，從而學界多有「諸法合體、民刑不分」之譏。但晚清民國以來，隨著歐西及日本優勢法律思潮的衝擊，已逐漸產生異化，其中最重要者則為1911年所完成之《大清民律草案》，此部中國法制史上第一部民法草案，除〈親屬及繼承〉篇外，〈債權及物權〉篇均大量繼受歐陸及日本民法之內容，當然在民事法損害賠償之核心「損害填補及損害預防」規定自不例外；然卻於80年後在民事法律之特別法消保法中納入英美法體系之「懲罰性賠償金」，從而改變「損害填補及損害預防」之體制，也因此造成我國司法實踐上對於「懲罰性賠償金」，多從保守且謹慎之思維，自我限縮其適用範圍。然而我國民事法律是否應一成不變的遵奉歐陸法體系之架構？抑或應順應社會及時代之發展，廣納適合本土之法律規定？

從法律繼受變遷之歷史軌跡觀察，晚清民國繼受外國法的原因，莫過國勢衰落武備不振列強入侵，迫使大清王朝打開門戶，再挾其優勢之政治經濟文化實力，簽訂包括五口通商章程、中英法天津條約等多數片面獨惠列強之不平等條約，特別是包括嚴重侵害司法權之「領事裁判權」⁴⁸；其後清廷要求廢棄，然而列強則以中國律例須與東西各國「改同一律」為條件，自此也開啟晚清變法修律之契機，決意仿效日本繼受歐陸法制之經驗，大量引進歐陸及日本等國之法律制度及各門新興法律，民事法律中之根本大法《大清民律草案》自亦包括其中。其後歷經民初戰亂迄自民國17年，國民政府於奠都南京後成立立法院，迅速設立由史尚寬等委員所組成之民法起草委員會⁴⁹，並於民國18年完成現行民法法典；觀諸大清民律草案以及現行民法，可以清楚展現出民事損害賠償係以填補損害為原則。

時序場景轉換至1949年國共戰後政府遷台，除將在大陸時期之典章制度包括民法典五編帶來台灣繼續施行，其後在先賢努力下創造世所稱羨之「台灣經驗」，但是在經濟起飛之同時，隨之而來的是世界各國消費者運動之風起雲湧，開始重視消費者權益，台灣亦因多氯聯苯毒食用油傷人事件、百貨公司銷售過期食品以及假酒失明等多起損害消費者權益事件，喚醒社會大眾之「消費者意識」，立法

⁴⁷ 楊鴻烈著，《中國法律思想史》，台北：台灣商務，1993年3月，頁400-403。

⁴⁸ 此權力之重點以英商為例；1.英商控告華民，由領事受理，然後移請華官共同查明。2.華民控告英人，由領事聽訴。3.英人有罪，由其領事依英國法律治罪。……顯見英國在華僑民，豁免中國法權管轄。

⁴⁹ 史尚寬著，《民法研究》，台北：台灣商務，1986年6月，頁135。

院乃於 1989 年開始審查由時任立法委員趙少康所領銜提出之《消費者保護法草案》，草案第 48 條即規定「依本法所提之訴訟，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金」，其後歷經 9 次內政、經濟、司法委員會聯席會議討論，並於 1994 年 1 月 11 日正式施行，消費懲罰性賠償金制度亦從此起步。回顧此繼受英法法制揚棄歐陸法系之原因，除深切瞭解自身之處境及社會環境之變遷，深悟倘再不變革，恐將肇致社會革命之外，亦係有藉由繼受外國法律以迎頭趕上先進國家法律文明發展之雄圖大志，但不可諱言者其變革理由之一是英美法系於此期間正擁有其政治及經濟優勢之故。

儘管我國先後繼受不同的立法例有其時代背景因素，固然晚清民國有關民法損害賠償的核心規範溯源自德國、日本、瑞士及法國等歐陸法系諸國立法例，當時各國立法例關於損害賠償範圍，特別是開始施行於 1900 年《德國民法》第 249 條規定損害賠償的範圍係「損害賠償義務人必須恢復假如沒有發生引起賠償義務的情形時所存在的狀態」，甚且德國學界普遍肯認受害者不能透過賠償金而獲得收益，對不法行為人之懲罰應完全由刑法來承擔⁵⁰。但是換個場景，從懲罰性賠償制度的歷史發展角度觀察，自 18 世紀工業革命開展以來，資本家藉由新興技術迅速累積資本及擴張市場，進而參予政治，制定向資本家利益靠攏之法律制度，從而造成貧富階級急遽擴大，所謂「劫貧濟富的流氓資本主義」於焉產生，觀察那些擁有財富及權勢的既得利益者，僅考量自身之企業利益而不惜犧牲社會大眾福祉所為之嚴重侵害消費者權益之行為，與其說是民事不法，不如說是刑事不法行為更為恰當，此時立法政策上倘若仍維持民刑事分離之法律體系，僅可透過國家刑事法律之相關規定，在歷經三審定讞後，方能再對該行為人執行刑罰，如此能否達到懲治不法的效果⁵¹，並在受害者或係守法民眾心中，能否達到慰撫之積極意義？頗值懷疑，更遑論對於遊走於法律者或已實行之違法者，藉由刑事處罰能收

⁵⁰ See Nils Jansen and Lukas Rademacher, Punitive Damages In Germany, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, Tort and Insurance Law, Vol.25, Springer-Verlag/Wien, New York, USA (2009), at 76.

⁵¹ 應報刑之正當性基礎在於犯罪人必須對其自己之惡的行為負擔法律上之責任，康德曾以「謀殺他人之人，其本身亦必須忍受死亡之痛苦」進行註解；刑罰之目的，在於藉由刑罰本身所具有的威嚇力與刑罰之執行，以阻止一般人犯罪動機的產生，意即對社會大眾強調，凡有犯罪行為，必定會帶來刑罰痛苦之結果，進而達到一般人不敢犯罪的目的，類似於殺雞儆猴的想法。王皇玉，〈論刑罰的報應與預防作用〉，《蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，台北：元照，2005 年 8 月，頁 163、178。

到之嚇阻效果有限。準此，有鑑於我國近年來接續發生多起涉及多數消費者生命、身體及健康之重大侵權案件，本文以為藉由消費懲罰性賠償金制度的施行，委由積極捍衛自身權利者，透過民事法院對不法行為人課以高額或多倍之賠償金，不失為一帖衡平民眾法感情之良藥。

（二）從民刑分立原則看規範理念之轉化

懲罰性賠償金制度立法施行後，有無違反民刑事分立原則，學說上迭有爭議，有採肯認民刑事分立原則，其主要論點莫過於違反歐陸法系民事和刑事法分立原則此說之論點認為此制度違背歐陸法系中民事、刑事分立之傳統，好似在我國傳統損害賠償理論中之核心概念「損害填補原則」，投下一顆不定時炸彈，勢必對已經負擔無過失責任之企業經營者，過於苛酷⁵²；或言：「就英美法體系而言，因為刑事責任與侵權行為損害賠償責任（即民事責任）並未完全分化，甚至認為不予以分化，因此在損害賠償責任之中，加以懲罰性賠償，以填補刑事制裁的功能，或有其必要，但對於包括我國法在內的大陸法系，懲處行為人之惡性，已由刑事責任予以涵蓋，因此損害賠償之目的，完全只是填補被害人所受之損害，殊無再課予懲罰性賠償之理由與必要，甚至於可以說倘再課以懲罰性損害賠償，對加害人無寧是近乎嚴苛。」⁵³進而言之，民事懲罰性賠償金制度納入具有懲罰制裁之刑罰功能，其本質上仍歸類於民事罰，因此在大陸法系之德國、日本等國早就基於懲罰制思想侵入私法領域，動搖長期歷史發展所建立之民刑事分立原則，故均不採之⁵⁴。惟持否定論者則認為不同法律規範當可具有不同功能，此觀諸民法第216條規定並未排斥於法律另有規定之情形下，損害賠償之請求範圍並非不可大於損害額。固然美國曾有同時遭受刑事處罰與民事懲罰性賠償金，是否有違反聯邦憲法雙重處罰條款之疑慮，然現今美國大多數州法院，對於針對相同被告之不法行為課予刑事處罰與民事懲罰性賠償金之作法，已不再引起是否有違反聯邦憲法禁止雙重處罰之訴訟挑戰⁵⁵。

⁵² 楊靖儀著，懲罰性賠償金之研究——以消費者保護法第五十一條為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，1996年，頁3。

⁵³ 朱柏松著，《消費者保護法論》，台北：翰盧，1987年6月，頁48。

⁵⁴ 何建志著，〈懲罰性賠償金之法理與運用〉，218頁。

⁵⁵ 林恩璋著，〈國際私法上外國懲罰性判決之承認——以台灣實務裁判為中心〉，《法學叢刊》223期，2011年7月，頁153。

前述肯否二說固然均有其立論基礎，惟試想倘繼續嚴守民刑分立之概念，抑或抗拒或限縮懲罰性賠償金之實踐，無異於放任各種層出不窮之刑事侵權行為不斷發生，甚至造成民怨叢生無從宣洩，最後造成政府失能之嚴重後果。因此，如何將已引進於我國之懲罰性賠償金制度與我國國情妥適接軌，將是無可逃避的重要課題。固然懲罰性賠償金制度援引自英美普通法系，或許與我國繼受自大陸法系之損害填補制度存有些許扞格之處，但是任何法律於其實踐面向上本就應時時面臨新時代之挑戰，其態度允宜兼容並蓄，因此不僅要謹守建構並維護「安全的人類消費社會」普世價值理念外，更應時時考量在經濟力與知識力層面，企業經營者較諸於消費者從來不曾處於劣勢地位，倘可藉由此制度是否可迫使企業經營者更加注意消費產品及服務之安全性，從而保障消費者權益，更係人類社會所應追尋的永恆目標。

再者，從民事懲罰的法制演進史觀之，可以得知懲罰性賠償金之功能，除了懲罰被告之惡性或反社會性之行為、嚇阻被告或其他人再次從事類似行為外、尚有鼓勵私人擔任檢察官以強化法律之執行、以及填補損害等之多層功能。然而，從消保法第 51 條之立法目的係「促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效」，可以得知懲罰性賠償金之主要功能除有懲罰、報復、嚇阻外，應尚有強化法律執行之功能⁵⁶。例如：為強化企業經營者遵守消保法第 10 條之回收（召回）義務，可藉由懲罰性賠償金，促使製造商針對明知其所生產製造之汽車，當具有肇致消費者生命潛在危險之瑕疵，應全面召回檢修，倘未具體落實此項措施，即有懲罰性賠償金之適用⁵⁷。此外，亦有學說主張懲罰性賠償金亦具有損害補償功能，例如：原告因訴訟所生之勞力、時間及費用，以及其他無法以金錢計算或證明之損害，此種損害尚難以刑事罰或一般損害賠償原則加以救濟⁵⁸；固然有學說認為倘因考量增加被害人在法律上的賠償範圍不足，某些案件應當受到額外的填補，似應由其他措施加以滿足，不必然

⁵⁶ 懲罰性賠償金的目的是在於填補損害賠償的嚇阻漏洞，參見何建志著，〈懲罰性賠償金之法理與運用〉，《台大法學論叢第三十一期第三期》，2002 年，頁 250。

⁵⁷ 美國 *Grimshaw VS Ford*, 174 Cal. Rprt. 348 (Cal. App. 1981)，轉引自楊崇森著，〈美國侵權行為法之理論與運用〉，《軍法專刊 59 卷 6 期》，2013 年 12 月，頁 44。

⁵⁸ 林明珠、朱麗真著，〈懲罰性賠償金之理論與實務—以消費者保護法第五十一條規定為中心〉，《消費者保護法制論文集》，台北：行政院消費者保護委員會，2004 年 7 月，頁 403。

經由懲罰性賠償金進行干預⁵⁹；不過，在侵權行為事件中倘損害賠償數額不足，將使損害賠償機制無法達成，因此在加害人所獲得之利益超越被害人損失時，懲罰性賠償金即有填補因為法律制度之欠缺，肇致損害無法完全填補的功能；因此，從法律經濟學的觀點而論，藉由懲罰性賠償金的落實，可以使加害人對侵權行為所造成之所有外部成本內部化，並可產生宣示之效果⁶⁰。

（三）從司法實踐面向論立法展望

不論古今中外，法律條文不可能規範無盡無窮之社會現象，因此其內容多傾向簡潔扼要，往往於適用具體個案時，方能透過司法程序加以認定事實並靈活運用法律解釋或價值補充，彰顯法律之立法目的並維持個案之公平與正義。關於懲罰性賠償金之制度亦是如此，除可藉由司法實踐中彰顯出其價值外，更可藉此反思其與社會情感是否接合以及應否與時俱進加以增修。尤其，在請求權主體是否僅限於生存之人部分，最高法院法官試著將現行條文所漏未規範之範圍，透過法學解釋方法，將內容舊瓶新裝，以解決因新興消費行為所產生之法律適用爭議；在請求內容宜否包括慰撫金部分，有鑑於最高法院各庭間見解之不一致，透過新近上路之大法庭制度，透過司法獨立之特性，以貼近法律文義進行解釋，排除裁判者主觀上之價值觀，基於維護法律安定性之考量，實踐統一司法實務見解之功能，乃清楚宣示應包括慰撫金在內，此等深化精進之態度，因應社會經濟及倫理道德價值觀念之變遷，可謂煞費苦心，堪稱典型範例。

雖說上述最高法院及大法庭之基調，值得高度肯定。然而消保法第 51 條之規範意旨，寓有懲惡及嚇阻之功能，因此在司法實務上藉由目的性擴張之法學解釋方法，將請求權主體及於被害人之繼承人或管理人並以醫療等費用為計算懲罰性賠償金之基準，對照法條本身所設定之文義框架，是否足以完全實現立法計畫，實不無疑問，因此學者有論自有法之續造必要⁶¹；再者，懲罰性賠償金之倍數計算部分，前述二件同樣因 921 地震大樓毀損倒塌致生消費者生命身體財產損害之案件，台灣高等法院針對最高法院發回之判決內容中，對於倍數計算卻有著極大之

⁵⁹ 何建志著，〈懲罰性賠償金之法理與運用〉，頁 248-249。

⁶⁰ 熊秉元著，《正義的效益》，台北：商周，2015 年 12 月，頁 130。

⁶¹ 許政賢著，〈消費者死亡案例類型之懲罰性賠償金—最高法院 108 年度台上字第 1750 號民事判決〉，《月旦裁判時報第 104 期》，2021 年 2 月，頁 31。

差異，其理由何在亦難解析？凡此對照新近依據 104 年 6 月 7 日修法後之消保法第 51 條認定房仲業者欠缺善良管理人注意義務，台灣高等法院花蓮分院認定其懲罰性賠償金為損害額之 0.17 倍，惟判決中明確指出：「該條僅就賠償金額設有上限，法院應參酌消費者之損害及支出之訴訟成本，企業經營者之可責性、獲得之利益及其不法行為之期間，暨可否達到嚇阻他人再為相同或類似行為之效果等因素，以資酌定。」，固然未逾 1 倍之法定上限，但似乎也不免產生此判決金額果真能生懲惡及嚇阻功能之質疑？

我國在公平交易法等 7 種現行法律中均有懲罰性賠償金制度之規範，但不可否認在消保法之司法實踐中最為落實且徹底，也因此得以發現其不足之處，從而似應反思並嘗試藉由修法方式加以補充及調整之處，避免長期陷於規範計畫不足之困境，再加上此等蘊含政策功能之制度，似更應與國際立法相接軌方能在強化政策目標功能上更具說服力。準此，本文認為在擴大請求權主體部分應以修法方式加以落實；再者，為避免遭致懲罰性賠償金額過低無從達到懲惡及嚇阻其他業者再犯之功能，並考量英美法系之懲罰性賠償金係針對惡性、恣意、魯莽之行為，尚不及於一般過失，而在倍數計算部分，亦可考量提升最低倍數，如此方能達到懲罰及遏阻之效果，凡此可參照刑法罪刑之規範方式，採用上下限之方式為之，例如：「因企業經營者重大過失所致之損害，消費者得請求 3 倍以上 5 倍以下之懲罰性賠償金；因故意所致之損害，消費者得請求 5 倍以上 9 倍以下⁶²之懲罰性賠償金。」惟此部分之變動幅度頗大，如何界定倍數仍應廣聽各界看法加以調整與修正為宜。

伍、結論

德國著名之利益法學派法學家 Philipp Heck 曾謂：「具懲罰制裁的民事罪，係法制史上的（Saurier der Rechtsgeschichte）。我們應防範此一法制史上蜥蜴的復活，

⁶² 「美國自 Campbell 案後，聯邦及各州法院對於懲罰性賠償金的酌定，逐漸採用個位數比例規定之趨勢。」李志峰著，〈美國髮上保險案件課予懲罰性賠償金之趨勢—以 Campbell 案為分界〉，《保險大道》，第 76 期，2018 年 12 月，頁 84。

或加以必要之馴服，不使其無節制的擴張，成為損害賠償法上難以駕馭的怪獸」⁶³。惟懲罰性賠償金制度既已在我國立法並實施多年，在民眾心中業已形成法共識，更改匪易。再觀察現代刑事政策亦有輕罪除罪化之趨勢，但對於若干行為又不得不加以懲罰⁶⁴。因此，懲罰性賠償金制度應認為仍有其繼續存在之價值，復加上司法實務判決歷年來之適用成果，亦已勾勒出改良式之圖像，爰建議消保法可考量之修正方向如下：

1. 鑒於司法實務判決已肯認受害人之繼承人亦屬可請求企業經營者負擔懲罰性賠償金之主體，將來修法上增列繼承人或遺產管理人亦為請求主體。
2. 鑒於英美法系之責任要件不含因企業經營者過失造成消費者損害得以請求懲罰性賠償金，將來修法上宜考量參照英美法之立法原則以故意及重大過失為其規範範圍，搭配懲罰倍數則比例提高，以收懲惡與嚇阻之目的。
3. 鑒於懲罰性賠償金之計算基礎是否包括非財產上之損害賠償，司法實務見解迭有不同解釋，惟為使消保法與民法第 216 條損害賠償範圍，貫徹法秩序之一致性，將來修法宜參酌食安法第 56 條第 2 項：「消費者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額…」之意旨，納入非財產上之損害賠償亦為損害賠償額之計算基礎。

我國消保法綜合實體法與程序法、組織法與作用法之規定，並兼具私法與公法之性質，期能多方顧及消費者保護面向，但是在司法實踐上，因突破我國傳統民事上損害賠償的填補性原則，在學說理論及司法實務上，產生適用上之齟齬。本文僅依據近年來之司法實務判決，闡述對於懲罰性賠償金制度之發展情形，並做初步評析，於論事用法之際，所見必有謬誤，尚祈各方指正。

⁶³ 王澤鑑，〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，249 頁。

⁶⁴ 謝哲勝，〈懲罰性賠償〉，《台大法學論叢 31 卷 5 期》，2001 年 1 月，157 頁。

參考文獻

一、中文部分（依作者中文姓氏筆畫排序）

（一）書籍（專論）

王澤鑑，《侵權行為法》，台北：自版，2015 年月。

王千維、許政賢等 10 人，《民事法與消費者保護》，台北：元照，2011 年 5 月。

朱柏松，《消費者保護法論》，台北：自版，2004 年 9 月。

黃源盛，《中國法史導論》，台北：元照，2012 年 9 月。

黃源盛著，《民初大理院與裁判》，台北：元照，2011 年 3 月初版

沈爾喬等編輯，《現行律民事有效部分集解四種》，北京：法律，2016 年 12 月初版

陳聰富、陳忠五、沈冠伶、許士宦合著，《美國懲罰性賠償金判決之承認及執行》，台北：學林，2004 年 12 月。

曾品傑，《財產法理與判決研究（一）—消費者保護法專論(1)》，台北：自版，2007 年 9 月。

詹森林，《民事法理與判決研究（四）》，台北：元照，2006 年 12 月。

楊淑文，《消保法與民法之分與合》，台北：自版，2013 年 8 月。

熊秉元，《法律經濟學開講》，台北：時報文化，2007 年 8 月。

熊秉元，《法學的經濟思維》，新北：華藝數位，2013 年 4 月。

熊秉元，《正義的效益——一場法學與經濟學的思辨之旅》，台北：商周，2015 年 12 月。

（二）期刊論文

王澤鑑，〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，《月旦法學雜誌》第 123 期，2005 年 8 月。

王皇玉，〈論刑罰的報應與預防作用〉，《蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005 年 8 月。

李志峰著，〈美國髮上保險案件課予懲罰性賠償金之趨勢—以 Campbell 案為分

界》，《保險大道》，第 76 期，2018 年 12 月。

何建志，〈懲罰性賠償金之法理與應用－論最適賠償金額之判定〉，《台大法學論叢》第 31 卷第 3 期，2002 年 5 月。

林德瑞，〈懲罰性賠償金適用之法律爭議問題〉，《月旦法學雜誌》第 110 期，2004 年 7 月。

林明珠、朱麗真，〈懲罰性賠償金之理論與實務－以消費者保護法第五十一條規定為中心〉，《消費者保護法制論文集》，2004 年 7 月。

吳從周，〈台灣民法方法論之發展現狀－特別聚焦法律解釋方法在法院實務之運用狀況〉，《戴東雄教授八秩華誕祝壽論文集》，2017 年 8 月。

許政賢，〈企業經營者過失致消費者死亡之懲罰性賠償金／最高院九八台上二五二〉，《台灣法學雜誌》第 131 期，2009 年 7 月。

許政賢，〈損害賠償之債與消費者訴訟之懲罰性賠償金／最高院九八台上一五一四〉，《台灣法學雜誌》第 140 期，2009 年 11 月。

許政賢，〈債務不履行之懲罰性賠償金？／高雄高分院九七上八一〉，《台灣法學雜誌》第 154 期，2010 年 6 月。

許政賢，〈消費者死亡案例類型之懲罰性賠償金－最高法院 108 年度台上字第 1750 號民事判決〉，《月旦裁判時報》第 104 期，2021 年 2 月。

陳忠五，〈不誠實廣告與懲罰性賠償金－最高法院一 0 一年度台上字第一二二號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》第 229 期，2013 年 8 月。

楊崇森，〈漢摩拉比法典的傳奇內容影響與省思〉，《月旦法學雜誌》第 269 期，2017 年 9 月。

楊崇森，〈美國侵權行為法之理論與運用〉，《軍法專刊》第 59 卷第 6 期，2013 年 12 月。

詹森林，〈受僱人執行職務之侵權行為與僱用人之消保法懲罰性賠償金責任－最高法院九七年度台上字第二三一五號判決之研究〉，《台灣法學雜誌》第 142 期，2009 年 12 月。

詹森林，〈直接被害人死亡與消保法懲罰性賠償金請求權之歸屬－最高法院九八年度台上字第二五二號判決之評析〉，《月旦裁判時報創刊號》，2010 年 2 月。

詹森林，〈非財產上損害與懲罰性賠償金〉，《月旦裁判時報》第 5 期，2010 年 10 月。

詹森林，〈消保法懲罰性賠償金責任之過失應否限於重大過失？－台灣高等法院高

雄分院九十七年上字第八一號民事判決之評析》，《月旦裁判時報第4期》，2010年8月。

謝哲勝，〈懲罰性賠償〉，《台大法學論叢第30卷第1期》，2000年4月。

戴志傑，〈懲罰性賠償金數額計算基礎的損害額應否包含非財產上損害—我國消保法近十年的司法判決分析與檢討〉，《靜宜法學第4期》，2015年6月。

(三)譯著

小詹姆斯·A.亨德森（James A. Henderson），美國侵權法：實體與程序第七版，王竹（譯），北京，2014年4月。

史迪格里茲（Joseph E. Stiglitz），不公平的代價：破解金權對立之金權結構，羅耀宗（譯），台北，2013年1月。

麥可·桑德爾（Michael J. Sandel），正義：一場思辨之旅，樂為良台北，2011年3月。

(四)學位論文

陳瑩，《民事損害賠償法上慰撫金數額算定標準之研究》，國立成功大學法律學系碩士班碩士論文，2008年8月。

楊靖儀，《懲罰性賠償金之研究—以評析消費者保護法第五十一條為中心》，國立臺灣大學法律學院法律學研究所碩士論文，1996年6月。

戴志傑，《美國懲罰性賠償金制度之基礎問題研究》，國立中正大學法律學研究所博士論文，2007年6月。

二、英文部分

Helmut Koziol, Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives, New York, U.S.A. (2009).

H John J. KircherChristine & M. Wiseman. Punitive Damages: Law and Practice 2015 Edition Volumes 1 & 2, West Group, Minnesota, U.S.A. (2015).

Lori S. Nugenth. & Ammesfahr, Robert W, Punitive Damages: A State-By-State Guide to Law and Practice, West Pub. Co., Minnesota, U.S.A. (2015).

消費者保護研究

第 26 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：111 年 4 月

定 價：新臺幣 350 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：1011100395

ISBN：978-986-5467-90-6

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。

