

網路銀行銷售共同基金之研究

A Study of the Sale of Mutual Funds through Internet Banking

研究生：賴惠慈

Student : Hui-Tzu Lai

指導教授：王文杰 博士

Advisor : Dr. Wen Chieh Wang

國立交通大學

管理學院碩士在職專班科技法律研究所

碩士論文

A Thesis

Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master

in

Technology Law

July 2007

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十六年七月

網路銀行銷售共同基金之研究

研究生：賴惠慈

指導教授：王文杰 博士

國立交通大學

管理學院碩士在職專班科技法律研究所

摘 要

電子商務之發展，為傳統的商業交易模式帶來巨大的衝擊，而隨著國際網路技術導入銀行業務，網路銀行乃成為金融業界近年來主要發展趨勢之一。在網路銀行所提供之多樣化金融服務中，共同基金網路下單因具有跨地域性與即時性，便利投資者隨時隨地進行投資，且網路銀行所提供之豐富的產業資訊與各類基金研究報告、績效評比，係消費者作成投資決定前重要參考資訊，共同基金理財服務乃成為最獲消費者青睞之網路銀行金融服務項目。

網路銀行銷售共同基金有兩種主要銷售管道，一為單純代銷，一為以指定用途信託資金契約方式銷售，以後者為大宗。網路銀行以指定用途信託資金契約銷售共同基金，外觀上網路銀行為消費者之受託人，受託辦理信託業務，然實際上，消費者以指定用途信託資金之方式買賣共同基金，其目的在於投資獲利，與其他投資形式買賣共同基金並無二致，是以，本文嘗試先釐清網路銀行銷售共同基金之法律關係，進一步以消費者面向出發，探討網路銀行在銷售共同基金之法律關係中對消費者所應承擔之銷售責任。

網路銀行銷售共同基金，雖屬民事私法行為之一環，但民事法律係以傳統之交易行為作為規範對象，其對網路銀行銷售共同基金之適用性如何？現行法規是否對消費者經由網路銀行投資共同基金提供了充足的保護？即是本文研究目的之一。本文針對網路銀行銷售共同基金法律關係中，常見之實體法上爭議問題：電子契約之意思表示、駭客行為之風險分配及舉證、消費者金融資訊之保護、消費者保護法之特種買賣解約權適用、基金廣告等問題，探討民法或其他民事特別法在網路銀行銷售共同基金交易之適用性，並分析現行法規架構對於規範網路銀行銷售共同基金交易行為之欠缺與不足。

網路銀行銷售共同基金所生爭端之解決涉及程序面之問題多端，本文除就管轄權之確定、電子證據之採用及效力問題加以分析外，針對目前新興而熱門之議題--「線上爭端解決機制」(ODR)亦一併加以介紹，並分析網路銀行銷售共同基金交易所生爭端在 ODR 機制中之實現可能性。

A Study of the Sale of Mutual Funds through Internet Banking

Student : Hui-Tzu Lai

Advisor : Dr. Wen Chieh Wang

**Institute of Technology Law
College of Management
National Chiao Tung University**

ABSTRACT

The development of e-commerce has brought tremendous impact on the conventional model of business transactions. As the Internet technology was introduced to banks over the past years, Internet banking has become one of the major development trends for the financial service industry. Among the various financial services offered online, mutual fund sales break the geographic boundaries and facilitate the investors to make decisions instantly. Furthermore, the Internet is a convenient channel with abundant information, such as research reports and performance ranking, based on which the investors can make their decisions. Thus, online mutual fund sales as a wealth management service have become the most popular Internet banking service for consumers.

Mutual fund sales via Internet banking can be divided into two major categories: (1) the bank is purely a sales channel; (2) the bank sells mutual funds in the form of non-discretionary fund contracts. The second one obviously takes up the lion's share. On the Internet, the bank sells mutual funds in the form of non-discretionary fund contracts. It appears that the bank is entrusted by the consumer for the fund. In reality, the consumer subscribes/redeems mutual funds via the non-discretionary fund with the intention to profit from such an investment. The intention is no different from other forms of mutual fund subscription/redemption. Therefore, the paper aims at first clarifying the legal relationships involved in mutual fund sales via

Internet banking and then exploring the bank's responsibilities for the consumer in an act of selling mutual funds via the Internet.

Although mutual fund sales via Internet banking fall into the jurisdiction of civil private acts, civil law governs conventional transactions. How does that apply to mutual fund sales via Internet banking? Do current regulations offer sufficient protection for the consumers who invest in mutual funds via Internet banking? These are the questions this study aims to answer. This paper addresses the substantive law disputes of the legal relationships involved in mutual fund sales via Internet banking: the declaration of intent for electronic contract, risk allocation and burden of proof for hacker acts, protection of the consumer's financial information, the right to rescind the purchase contract for Extraordinary Purchase and Sale under the Consumer Protection Law, and mutual fund advertisements. The paper looks into the applicability of civil law or the other civil special laws in mutual fund transactions on the Internet. In addition, it analyzes the shortcoming and insufficiency of the current legal framework on governing mutual fund transactions via Internet banking.

Dispute settlements and procedures derived from mutual fund sales on the Internet are diverse. In addition to defining the right of jurisdiction, admission of electronic evidence and analysis of their effects, the paper also introduces the emerging topic of today – Online Dispute Resolution (ODR) and analyzes the feasibility of settling Internet banking mutual fund disputes through the ODR mechanism.

誌 謝

幾經波折，終於完成論文寫作，取得這個跨越「科技 & 法律」領域的碩士學位，心中除了如釋重負外，也百感交集。回首過往，在修習學位期間，乃至於後來論文寫作，幾乎占去我公餘以外全部時間，犧牲家庭生活、休閒娛樂，甚至是睡眠休憩，箇中艱辛難以言喻，幸而，這一切一切的付出，讓如今成果的滋味嚐來份外豐美。

得以堅持到最後一刻完成論文的寫作，首先要感謝論文指導老師王文杰博士持續的鞭策與督促，而鄭冠宇、朱德芳老師在論文口試中提供許多寶貴意見與指正，使得本文在結構上能更為完整流暢，也讓本文內容增色不少。另外交大國際長即科技法律研究所劉前所長尚志博士及所上其他師長、學長的提攜與指導，尤其是同窗紹斌學長、惠錦學姐、惠如、欣蓉、宏節、世柱等一千好友的切磋砥勵，均是我勉力完成論文寫作的趨動力。此外，許多司法前輩與同儕對我提供的幫助，也促成本文的順利完成，在此一併致謝。

最後，要感謝爸媽及大姐、大弟、小弟、小妹、小姑甚珍的關心與支持，以及寶貝女兒小彩、外子帥俊一路的陪伴與幫助，幾度在遭遇挫折與打擊，難以為繼時，多虧外子半哄半逼地要我繼續向前，女兒童言童語的加油打氣，才讓我縱然腳步蹣跚，仍在最後一刻抵達科法所這趟旅程的終點。

目 錄

中文摘要.....	i
英文摘要.....	iii
誌謝.....	v
第一章 緒論.....	1
1.1 研究動機與目的.....	1
1.2 研究範圍與研究方法.....	3
1.2.1 研究範圍.....	3
1.2.2 研究方法.....	4
1.3 論文架構.....	5
第二章 網路銀行銷售共同基金之發展.....	9
2.1 共同基金.....	9
2.1.1 共同基金之意義.....	9
2.1.2 共同基金之分類方式.....	11
2.1.3 我國共同基金市場現況.....	17
2.2 網路銀行之形成與發展.....	20
2.2.1 網路銀行之概念.....	20
2.2.2 網路銀行之發展.....	22
2.2.2.1 發展優勢.....	22
2.2.2.2 我國網路銀行現況.....	27
2.2.3 網路銀行之法規範.....	28
2.2.3.1 美國法.....	28
2.2.3.2 歐盟.....	32

2.2.3.3	我國法	33
2.3	共同基金網路銀行下單	50
2.3.1	網路理財之興起	50
2.3.2	共同基金網路銀行下單現況	51
第三章	網路銀行銷售共同基金之法規範	53
3.1	網路銀行銷售共同基金之法律關係	53
3.1.1	共同基金契約性質及當事人	53
3.1.2	銀行銷售共同基金之契約性質及當事人	56
3.2	網路銀行銷售共同基金之法律責任	62
3.2.1	法規範	62
3.2.1.1	美國法	62
3.2.1.2	英國法	64
3.2.1.3	我國法	65
3.2.2	我國立法之缺失	67
3.2.2.1	訊息揭露之欠缺	68
3.2.2.1.1	訊息揭露制度	68
3.2.2.1.2	與共同基金交易有關訊息	69
3.2.2.1.3	利害關係人地位資訊	71
3.2.2.2	銷售責任之減輕與免除	72
第四章	網路銀行銷售共同基金之法律問題	75
4.1	電子契約之意思表示	75
4.1.1	電子契約之意思表示構成	75
4.1.1.1	構成要件	76
4.1.1.2	生效時期	77
4.1.2	電子契約之要約與承諾	78
4.1.2.1	電子要約	78
4.1.2.2	電子承諾	80

4.1.3	電子契約意思表示錯誤.....	80
4.1.3.1	錯誤.....	81
4.1.3.2	誤傳.....	83
4.1.4	電子訊息傳遞遲延.....	83
4.1.4.1	ISP 業者責任.....	83
4.1.4.2	網路銀行責任.....	85
4.2	網路安全-駭客盜用或冒用問題.....	85
4.2.1	類型與防範措施.....	87
4.2.1.1	類型.....	87
4.2.1.2	防範措施.....	108
4.2.2	風險分配.....	108
4.2.2.1	法規範.....	108
4.2.2.2	契約範本.....	110
4.3	消費者金融資訊之保護.....	111
4.3.1	消費者金融資訊之概念.....	111
4.3.1.1	意義.....	111
4.3.1.2	性質.....	112
4.3.1.3	權能.....	115
4.3.2	法規範.....	116
4.3.2.1	美國法.....	117
4.3.2.2	歐盟.....	120
4.3.2.2.1	個人資料的處理和自由流通的保護指令.....	120
4.3.2.2.2	安全港架構 (a “safe harbor” framework).....	123
4.3.2.3	我國法—電腦處理個人資料保護法.....	126
4.3.3	立法分析.....	128
4.4	消費者保護—以特種買賣之解約權為中心.....	129
4.4.1	消費者保護法之適用.....	129
4.4.1.1	投資行為之性質.....	130
4.4.1.2	共同基金投資行為適用消保法之可能—實務見解.....	132
4.4.2	特種買賣之適用.....	133
4.4.2.1	郵購買賣.....	133

4.4.2.2	訪問買賣	135
4.4.3	特種買賣之解約權	137
4.5	基金廣告	139
4.5.1	法規範	139
4.5.1.1	英國法	139
4.5.1.2	美國法	141
4.5.1.3	我國法	143
4.5.2	立法與案例分析	144
4.5.2.1	立法分析	144
4.5.2.2	案例分析	144
第五章	網路銀行銷售共同基金所生爭端之解決.....	151
5.1	管轄權之確定	151
5.1.1	對傳統管轄權標準之挑戰	152
5.1.2	管轄權標準	153
5.1.2.1	比較法	153
5.1.2.1.1	美國法	153
5.1.2.1.2	歐盟	160
5.1.2.1.3	中國大陸	162
5.1.2.2	國際條約	163
5.1.2.3	我國法	166
5.2	電子證據之探討	168
5.2.1	電子證據之特徵	168
5.2.2	電子證據之性質	169
5.2.3	電子證據之證據適格	172
5.2.3.1	英美法系	173
5.2.3.2	大陸法系	176
5.2.4	電子證據之證據力	177
5.2.4.1	形式證據力	177
5.2.4.2	舉證責任	180

5.3 線上爭端解決機制.....	182
5.3.1 線上爭端解決機制之興起.....	183
5.3.1.1 概念.....	183
5.3.1.2 發展現況.....	186
5.3.2 線上爭端解決機制之基本原則.....	187
5.3.3 線上爭端解決機制類型.....	190
5.3.3.1 線上協商 (online negotiation)	190
5.3.3.2 線上調解 (online mediation)	191
5.3.3.3 線上清算 (online settlement)	192
5.3.3.4 線上仲裁 (online arbitration)	193
5.3.3.5 線上申訴 (online resolution of consumer complaints)	194
5.3.4 線上爭端解決機制之實現與法律爭議.....	195
5.3.4.1 線上調解、線上申訴之實現—信任標章機制之結合.....	195
5.3.4.2 線上仲裁面臨之法律爭議.....	195
5.3.4.2.1 仲裁協議與仲裁判斷之書面與簽名.....	195
5.3.4.2.2 仲裁協議與定型化契約條款.....	200
5.3.5 網路銀行銷售共同基金爭端之線上解決.....	201
第六章 結論.....	205
參考文獻.....	211
1 中文.....	211
2 英文.....	217
表目錄.....	xii
圖目錄.....	xiii

表目錄

表 2-1	國內共同基金之規模·····	19
表 2-2	銀行不同營業方式服務成本之比較·····	24
表 2-3	銀行提供金融服務方式之比較·····	26
表 2-4	修正前「電子銀行安控基準」要求各訊息傳輸途徑應達到之安全防護措施·····	36
表 2-5	修正後之「電子銀行安控基準」要求各訊息傳輸途徑應達到之安全防護措施·····	39
表 3-1	銀行銷售共同基金管道之比較·····	61
表 4-1	網路銀行、信用卡與實體 ATM 交易安全性比較·····	86

圖目錄

圖 3-1 銀行代銷共同基金之法律關係.....57
圖 3-2 銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金之法律關係.....58
圖 4-1~圖 4-12 邱某犯罪手法圖示91~102
圖 4-13 林某犯罪流程 107

第一章 緒論

1.1 研究動機與目的

證券投資信託基金，亦即一般俗稱之共同基金 (mutual fund)，隨著國人所得之增加，投資理財風氣日益盛行，基金資訊及促銷廣告隨處可見，共同基金強調專業經理、分散投資風險、參與國外新興或高成長之金融市場、小額定期投資之複利效果等優勢，確實對投資大眾產生極大誘因，投資共同基金儼然成為股票以外，國人最為普遍之投資選擇。

另一方面，拜電腦科技發展及電信基礎工程普及之賜，網際網路浪潮席捲全球，網際網路也對傳統商務方式帶來極大之衝擊與挑戰。根據調查報告顯示，在一九九八年至二〇〇三年間，美國 B2B 電子商務市場規模由四百八十億美元成長至一兆三千億美元，消費者利用網際網路交易之金額則由三十九億美元成長至一千零八十億美元；且在一九九五年至一九九七年間，資訊科技對美國經濟成長之貢獻度則超過其中三分之一，在一九九七年至一九九八年間，資訊科技在美國經濟成長所占比率由百分之四·二成長至百分之八·二，幾近兩倍；另在一九九四年，使用網際網路之人口數約為三百萬人，到了一九九八年，每週至少使用網際網路之人口數超出一·四七億，至二〇〇〇年網際網路之用戶已激增至三·二億，及至二〇〇五年則達到七·二億之高峰。¹另外，二〇〇三年全球 B2C (Business to Customer，企業經營者與個人間) 電子商務市場規

¹ See Jeffrey J. Norton & Noah P. Barsky, MANAGEMENT CONTROL ISSUES AND LEGAL CONCERNS SURROUNDING BUSINESS-TO-BUSINESS E-COMMERCE: TRANSACTIONS IN THE ELECTRIC UTILITY INDUSTRY, University of Pittsburgh-The Journal of Law and Commerce, 2002.
(http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=92af733708afc0d3b48b63d4ebc4d335&docnum=1&_fimtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=84d52e74afde656f7d7ce0da4e539c21, last visited on June 8, 2007.)

模達二千零三十七億美元，預計至二〇〇六年則可成長至五千六百十八億美元，二〇〇二年至二〇〇三年 B2C 市場規模成長百分之五十二點四，二〇〇三年至二〇〇四年則成長百分之四十六²，面對此項新興科技，各行各業莫不致力於在各自專業領域內開疆闢土，搶佔市場先機，而面對需求日切之網路金融，繼國外陸續成立網路銀行後，國內各家銀行亦陸續投入大量大、物力以發展網路銀行，而伴隨著網際網路發展在銀行業之應用與發展，除了豐富了金融業務服方式的多樣性與提高品質，也大大提昇金融服務之效率。在網路銀行所提供之多樣化金融服務中，共同基金網路下單因具有跨地域性與即時性，便利投資者隨時隨地進行投資，且網路銀行所提供之豐富的產業資訊與各類基金研究報告、績效評比，係投資者投資前重要參考資訊，共同基金投資理財服務乃成為最獲消費者青睞之金融服務項目，共同基金網路下單也成為國人最常使用之網路銀行服務。

一般而言，網路銀行銷售共同基金有兩種主要銷售管道，一是網路銀行立於代銷機構地位，居間將投資人之申購單轉送基金公司，於此情形，投資人係直接向基金公司申購共同基金，銀行並未介入共同基金法律關係之中。另一種在國內最常見之方式，則係消費者以指定用途信託資金之方式申購共同基金，即消費者係指定用途信託資金之委託人，將財產委託予網路銀行，由網路銀行擔任名義上共同基金之受益人，依消費者之指示，以網路銀行名義向基金公司申購共同基金，尤其是消費者在國內投資海外基金，幾乎均採用此種投資管道。通說認為此時消費者與網路銀行間存在信託契約關係，此雖屬民事私法行為之一環，但民事法律係以傳統之交易行為為規範之對象，其對網路銀行銷售共同基金之適用性如何？現行法規是否對消費者經由網路銀行投資共同基金提供了充足的保護？均有待進一步加以探討。國內相關領域的討論中，大多集中在電子商務通論領域之實體或程序問題探討³，對於網路銀行銷售共同

² 林世懿，國內電子商務經營現況及發展趨勢分析，頁 4-5，經濟部商業司 92 年度「電子商務環境整備及企業對個人電子商務推動計畫」。

³ 馮震宇，從雅虎網址名稱案件論網址名稱之爭議與未來發展（上）、（下），資訊法務透析，頁 25-30、19-32，1997 年 4 月、5 月。劉靜怡，資訊時代的法律與科技（二）電腦網路性質及其

基金，鮮有論及，遑論聚焦於網路銀行銷售共同基金之實體法爭議及爭端解決之程序問題，準此，本文將研究重點集中於網路銀行銷售共同基金之交易類型，探討在此一流程中，由投資者面向所面臨之實體與程序法相關問題。

1.2 研究範圍與研究方法

1.2.1 研究範圍

網路銀行銷售共同基金從開始申購至取得受益憑證，甚至是贖回、取得價款等流程，都可能牽涉複雜之法律關係，因此本文在設計研究流程時，鑒於篇幅有限，也避免模糊研究焦點，自然不得不對研究範圍加以限制。

本文是以界定共同基金、網路銀行之概念為始，再結合兩者之發展、衍生之實體法律問題及爭端處理之介紹為主軸，橫向則論述比較法差異及實務案例之導入，最後結論中則總結全文，以供國內就相關爭議問題研究參考。網路銀行銷售共同基

可能適用之管理模式概述，月旦法學雜誌，第 19 期，頁 145-148，1996 年 12 月。劉尚志、陳麟合著，網際網路與電子商務法律策略，元照出版有限公司，2001 年 3 月。陳榮傳，網際網路行為的涉外法律問題，月旦法學雜誌，第 84 期，頁 241-252，91 年 5 月。林瑞珠，論電子契約—以電子簽章與民法之適用問題為核心，台北大學法學論叢，頁 179-216，93 年 12 月。陳銘祥，政府對網際網路的規範政策，月旦法學，第 76 期，頁 181-188，2001 年 9 月。陳信至，網路交易是否適用消保法—以郵購買賣之要件及解約權效果為例，萬國法律，第 124 期，頁 27-36，2002 年 8 月。王吟文，網際網路應用涉及相關契約法律問題初探，資訊法務透析，頁 26-36，1996 年 12 月。黃瓊瑩、陳正鎔，由數位簽字技術看電子文件的法律效力，資訊與電腦，頁 110-117，1996 年 8 月。王文宇，電子銀行與網路交易相關法律問題，萬國法律，第 104 期，頁 26-40，1999 年 4 月。林發立，網路服務提供者責任淺探，萬國法律，116 期，頁 21-26，2001 年 4 月。章忠信，電腦程式著作之使用所涉及著作權若干議題，法令月刊，第 51 卷第 10 期，頁 582-595，89 年 10 月 1 日。陳榮傳，網際網路的涉外法律問題，月旦法學，頁 241-252，第 84 期，2002 年 5 月。

金，涉及消費者及網路銀行之雙面關係，本文所著重者為消費者面向之問題，在爭端處理問題之角度亦然。因此關於網路銀行面向之問題，諸如：網路銀行與基金公司、保管機構間權利義務關係、網路銀行以投資者之受託人身分代行受益人權利、網路銀行與基金公司間關於銷售或贖回共同基金之資金流動問題等，原則上並非本文討論之範圍。又可能申購共同基金之消費者，除一般投資大眾外，亦不能排除公司，甚至是資力雄厚之大型公司，惟本文之研究對象係限於一般消費者，合先敘明。

1.2.2 研究方法

本文在研究方法上，在文獻的蒐集上，除與研究主題相關之國內、外相關書籍、報紙、期刊和學術論文等書面資料外，也包括經由網際網路搜尋相關之線上新聞、官方公告、公私機構之電子文章與資料。

針對各章節，就所蒐集的資料，綜合採用歸納分析法，針對論文題目擬定相關章節之討論問題，據以作為建構本論文大綱之基礎及立論依據，對於各章節之主要議題所涉及之法律現象，則將現行法制及蒐集所得之資料，依邏輯的程序和規則，作歸納、演繹與綜合分析，以期找出問題所在，以為進一步探討解決方法與完善之道。

又由於網路銀行銷售共同基金為電子商務之一環，國際上之發展遠早於我國，因此在論述過程中，將運用比較法之角度，探求外國或國際上之法律體制之差異，以提高問題意識之產生，當然為加深研究之深度，有必要完整掌握各相關之法律之源起、變革與發展趨勢，本文也會運用歷史方法作為研究手段，以期對問題之掌握更為深入。

1.3 論文架構

本研究之架構如后：

第一章為緒論，除了就本文之研究動機與目的進行說明，對於研究範圍與研究方法也加以界定與釐清，以確立本文之方向。另對每章之研究重點以概述之方式敘明，使讀者對本文各章節所要討論之中心問題及所涉及之法律爭議，有初步之印象。

第二章網路銀行銷售共同基金之發展，隨著國人所得增加，投資理財需求日切，根據統計，共同基金為國人除股票外，最普遍的投資選擇，而網路銀行即時性及無地域性之金融服務特色，再加以提供大量而豐富的投資理財資訊以供消費者作成投資決定，共同基金網路銀行下單服務也就當然地成為最獲消費者青睞的網路金融服務。本章將先介紹共同基金之源起與特性，說明其種類與發展，使讀者對共同基金有初步認識。接著介紹網路銀行之概念與發展，釐清網路銀行與其他相似概念之差異，再由比較法之觀點，說明美國及歐盟對於網路銀行法規範之內涵，並與我國法制相比較。最後結合共同基金與網路銀行兩者，說明其共同基金網路銀行下單交易之興起及發展現況，作為後文導入網路銀行銷售共同基金法律關係之預備。

第三章網路銀行銷售共同基金之法規範，我國網路銀行銷售共同基金可分為兩種形式，一為單純代銷，一為以指定用途信託資金契約之方式銷售，其中以後者為大宗。網路銀行以指定用途信託資金契約銷售共同基金，外觀上網路銀行為消費者之受託人，受託辦理信託業務，我國法制上對於證券承銷商、投顧公司等銷售者及仲介者所訂定之相關規範似無適用之餘地⁴。然實際上，消費者以指定

⁴ 如我國證券交易法第 32 條規定：「前條之公開說明書，其應記載之主要內容有虛偽或隱匿之情事者，左列各款之人，對於善意之相對人，因而所受之損害，應就其所應負責部分與公司負連帶賠償責任：一 發行人及其負責人。二 發行人之職員，曾在公開說明書上簽章，以證實其

用途信託資金之方式買賣共同基金，其目的在於投資獲利，與其他投資形式並無二致，是以，本章嘗試由網路銀行銷售共同之法律關係之釐清，進一步從消費者面向出發，探討網路銀行在銷售共同基金之法律關係中對消費者所應承擔之銷售責任。即從共同基金之契約性質及當事人課題出發，進而探討網路銀行與消費者間投資共同基金之法律關係性質，再以此為基礎，討論銀行銷售共同基金之法律責任，以比較法之觀點，介紹英美法上共同基金銷售者法律責任之相關規範，分析我國法規範之欠缺，從而呼應網路銀行銷售共同基金之法律關係架構中，網路銀行應負擔之義務與責任。

第四章網路銀行銷售共同基金之法律問題，網路銀行銷售共同基金係屬民事私法行為殆無疑異，惟民事實體法律係以傳統之交易行為為規範之對象，其對網路銀行銷售共同基金之適用性如何？則有待進一步檢討。本章由橫向觀點出發，針對網路銀行銷售共同基金法律關係中，常見之實體法上爭議問題：電子契約之意思表示之生效、錯誤及遲延問題，駭客行為之風險分配及舉證問題，消費者金融資訊之保護及網路銀行隱私權政策宣示問題，特種買賣適用之解析及解約權行使與限制，基金廣告之法規範等問題，探討民法或其他民事特別法在網路銀行銷售共同基金交易之適用性，並分析現行法規範對於網路銀行銷售共同基金交易行為在適用上之欠缺與不足。

第五章網路銀行銷售共同基金所生爭端之解決，隨著消費者利用網路銀行下單共同基金之風氣日盛，可想見地，所衍生之爭端難免日益增多。以訴訟解決爭端，在程序法上首先面臨管轄法院確定及電子證據之問題。本章透過美國法、歐盟、國際條約之介紹，說明電子商務交易爭端之管轄權確定之標準，再以此確立之標準來檢驗我國網路銀行銷售共同基金爭端中，合意管轄約定之正當性，以及確定未經約定合意管轄法院案件之管轄法院。在管轄法院確定

所載內容之全部或一部者。三 該有價證券之證券承銷商。四 會計師、律師、工程師或其他專門職業或技術人員，曾在公開說明書上簽章，以證實其所載內容之全部或一部，或陳述意見者。」銀行銷售共同基金即無適用之餘地。

後，電子證據如何在程序法被採用？形式證據力如何？舉證責任有無調整之必要？均有進一步加以釐清之必要。最後，我國網路銀行銷售共同基金與其他電子商務交易一般，具有跨地域性、實體利益微小、需求迅速與即時之紛爭解決機制，以提昇消費者信心，促進電子商務健全發展。本章根據此一特性，除了前開訴訟解決爭端之相關管轄法院及電子證據問題外，併予介紹目前廣為國際組織及世界各國矚目之線上非訟爭端解決機制 ODR (Online Dispute Resolution, ODR)，並分析網路銀行銷售共同基金交易所生爭端在 ODR 機制中之實現可能性。

第六章結論，總結全文，闡明本文研究所得，以加深讀者印象，並期以本文研究結論能為網路銀行銷售共同基金問題之解決提供些微參考價值。

第二章 網路銀行銷售共同基金之發展

2.1 共同基金

2.1.1 共同基金之意義

共同基金 (mutual fund)，在我國正式名稱為「證券投資信託基金」，英協系統則稱為單位信託 (Unit Trust)，起源於一八二二年，荷蘭國王威廉一世創立第一個屬於私人性質的共同基金，專門負責處理國王及貴族的私人投資理財；及至十九世紀中葉之英國，在拿破崙戰爭後，英國成為世界各國主要債權國，國民所得與其他國家人民而言相對較高，惟其國內欠缺高利潤之投資管道，適逢美國於南北戰爭結束後，百廢待舉，亟需資金重建鐵路及農工業，英國專業投資顧問於是設計出共同投資之架構¹，藉以克服投資人不諳所投資國家政經情況與投資標的調查不易之困境，且委由專門知識、經驗之人士操作投資，有助於降低投資風險，此為投資信託制度之濫觴²。直至二十世紀初葉，共同基金在美國才開始大眾化，第一次世界大戰後，世界經濟中心由西歐往美國轉移，美國經濟呈現空前繁榮狀況，而歐洲各國則極需重建資金，與之前的英國經驗相似，美國國民在戰後所得遽增，投資活動日益活絡，為因應經濟變更複雜化，一般投資者難以判斷經濟動向，乃引進英國之投資信託制度，於一九二一年四月首創投資信託公司「美國國際證券信託」(The International Securities Trust of America)，

¹ 英國於 1868 年在倫敦創立了「國外及殖民地政府信託基金」(The Foreign and Colonial Government Trust)，其設立宗旨謂：運用共同資金，分散投資於國外及殖民地證券，並作為代替「中小投資者之機構」之鐵則，至今已成為英國歷史上最古老、最大之投資信託。見林宗勇，證券投資信託制度之理論及實務，頁 4，實用稅務出版社，1984 年 10 月。

² 唐文秀，共同基金 Must Buy，頁 23，財經傳訊出版社，1999 年 9 月。

及至一九二四年三月，在麻州波士頓則創辦了麻州金融服務公司（簡稱 MFS），並發行美國第一開放型共同基金「麻塞諸塞州投資者信託」(The Massachusetts Investors Trust, 簡稱 MIT)³，資產為五萬美元，四十五支股票組合，此基金在第一年獲利達百分之七百，使大眾對共同基金趨之若鶩，發展至今七十餘年，至二〇〇二年初，美國共同基金規模已超過六點九兆美元，有九千零四十支開放型基金，四百八十四支封閉型基金，個人投資者約有八千九百萬人⁴，是全世界共同基金發展規模最大的國家。

關於共同基金之定義，我國法制中，九十三年六月三十日公布之證券投資信託及顧問法第五條第四款規定：「證券投資信託基金：指證券投資信託契約之信託財產，包括因受益憑證募集或私募所取得之申購價款、所生孳息及以之購入之各項資產。」法條內容就證券投資信託基金雖無直接解釋其內涵，但參酌同法第二條，對證券投資信託之立法解釋：「本法所稱證券投資信託，指向不特定人募集證券投資信託基金發行受益憑證，或向特定人私募證券投資信託基金交付受益憑證，從事於有價證券、證券相關商品或其他經主管機關核准項目之投資或交易。」而依學者賴英照則認係指「證券投資信託係以匯集投資人資金之方式，成立信託基金，並以專業化之經營，將基金分散投資於多種有價證券，以確保資金之安定並提高其收益。事業之目的在於有價證券之投資而非攫取公司之經營權。」⁵由此得知，在我國法制上關於共同基金至少應具有特點為：以發行受益憑證之方式，募集資金，由具備一定資格之基金經理人運用該資金投資於證券及相關商品以獲取利得為目的，而風險亦由全體投資人共同分攤。

³ 同時間英國基金公司 M&G 於 1931 年亦發行第一支開放型基金。

⁴ 王麗麗主編，銀行中間業務與法律風險控制，頁 86，法律出版社，2004 年 6 月。

⁵ 賴英照，證券交易法逐條釋義第一冊，頁 213，三民書局，1992 年 6 月。

2.1.2 共同基金之分類方式

共同基金依所採取分類標準之不同產生不同之分類結果，以下為常見之數種分類方式：

一、依組織型態區分

1、契約型 (contract type)：

基於信託契約所成立之基金型態，由基金公司發行受益憑證，將募集之資金投資於證券，並由保管銀行依信託契約保管信託資金，及將投資成果分配予受益人，基金公司、保管銀行、受益人間之法律關係概依信託契約定之。日本、英國、我國、澳洲、加拿大均屬之。

2、公司型 (corporate type)：

係以股份有限公司型態成立之基金，投資人透過認購股份參與證券投資，成為基金公司之股東，而公司則將募得之公司資本成立基金投資於證券。公司與投資人間之法律關係以公司章程定之。美國為其代表。

二、依交易方式區分

1、封閉型 (closed-end fund)：

基金發行之金額或規模固定，一旦發行額滿後即不再增加或減少發行單位數，且通常在證券集中市場掛牌買賣，投資人僅能透過集中市場買賣該基金股份，亦即由市場供需決定該基金之交易價格，故與基金淨值不一定相同，若市價高於淨值稱為溢價 (premium)，當市價低於淨值時則稱為折價 (discount)。

2、開放型 (open-end fund)：

基金發行之金額或規模不固定，基金單位數可因投資人申購而追加發行數，或因投資人請求回贖而減少發行數，且申購或回贖之價格係以當時基金淨值為準，故無折價或溢價之問題。因開放型基金流動性高，便於投資人隨時加入或退出投資，且其價格充分反映基金淨值，故為各國共同基金之主要型態。以臺灣而言，開放型金市場基金規模占百分之九八·四二，封閉型基金市場基金規模則僅占百分之一·五八⁶。

三、依投資標的區分⁷

1、股票型 (stock fund)：

基金投資標的以股票為主之基金，依我國證券投資信託基金管理辦法第二十五條規定：「股票型基金指投資股票總額達基金淨資產價值百分之七十以上者。」一般而言，投資風險高，投資報酬率亦較高。

2、債券型 (bond fund)：

基金投資標的包括政府公債、公司債、不動產抵押證

⁶ 依中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會發佈之統計資料，網址：<http://www.sitca.org.tw>，最後瀏覽日 95 年 3 月 7 日。

⁷ 美國投信公會亦採用此種分類方式。依此分類方式，我國共同基金中，股票型占 31%、債券型占 68%、混和型則僅占 1%。我國 93 年 10 月 30 日制定之證券投資信託基金管理辦法第 23 條將基金種類分為 8 類，除依投資標的區分常見之股票型、債券型、平衡型、貨幣市場型外，還有指數型、指數股票型、組合型、保本型。關於後四者之定義，依我國證券投資信託基金管理辦法第 32 條：「指數型基金指將基金全部或主要部分資產投資於指數成分證券，以追蹤、模擬、複製標的指數表現。」第 37 條規定：「指數股票型基金指以追蹤、模擬或複製標的指數表現，並在證券交易所上市，且申購、買回採實物及依據證券投資信託契約規定方式交付之基金。」第 42 條規定：「組合型基金指投資於證券投資信託事業或外國基金管理機構所發行或經理之受益憑證、基金股份或投資單位，且不得投資於其他組合型基金者。」第 44 條規定：「保本型基金指在基金存續期間，藉由保證機構或基金投資工具之保證，到期時提供受益人一定比率之本金保證之基金。」

券等各種型態之債券為主⁸，投資風險相對低，不追求高投資報酬率，而以穩健獲利為目的。

3、平衡型 (balance fund) 或混合型 (hybrid fund)：

債券市場與股票市場的走勢經常背道而馳，因此，依市場狀況，將基金分散投資於股票及債券，可以分散景氣循環對不同投資工具之影響，此型態基金注重本金之安定性，通常限定基金投資股票之比例，依我國證券投資信託基金管理辦法第三十條規定：「平衡型基金指同時投資於股票及債券，其中投資於股票金額占基金淨資產價值之百分之七十以下且不得低於百分之三十者。」此類型基金之風險及獲利率通常介於前述兩者之間。

4、貨幣市場型 (money market fund)：

主要投資標的為貨幣市場上國庫券、商業本票、可轉讓定期存單、債券附買回交易及其他短期票券等，依我國證券投資信託基金管理辦法第四十七條規定：「貨幣市場型基金指運用於銀行存款、短期票券及附買回交易之總金額達基金淨資產價值百分之七十以上。」其特點為風險低，報酬率略高於定存，通常作為短期閒置資金之投資方式。

四、依投資策略區分

1、成長型 (growth fund)：

以追求資金淨值之快速成長為目標，故多投資於股票漲幅較高之個股。

⁸ 依我國證券投資信託基金管理辦法第 27 條規定，不得投資於股票、轉換公司債、附認股權公司債及其他具有股權性質之有價證券、結構式利率商品。

2、收益型 (income fund):

以追求固定收益為主，以賺取股利收入，主要投資標的以安全性之金融商品為主。

五、依投資區域區分

1、單一市場型 (single country fund):

投資對象限於單一國家或特定市場之基金，例如日本基金、印度基金，因集中投資單一市場，所以風險較高。

2、區域型 (regional fund):

投資對象包括某一地理或經濟區域內，例如歐洲基金、亞洲基金。區域基金可以減少單一國家的投資風險。

3、全球型 (global fund 或 world fund):

以全球金融市場為投資對象，但美、日、英等主要金融市場仍佔較大投資比例，通常為風險較低之基金類型，例如全球基金。

六、依基金募集對象區分

1、公募基金：

指以公開發行方式向社會大眾募集資金之共同基金。公募基金具有以下特點：其一，公開性。採取向公眾募集基金之資金，應遵循公開、公平、公正之原則，嚴格履行訊息揭露義務。其二，可變現性。就封閉式基金，一般通過基金單位集中市場買賣之方式以變現，而開放式基金，則投資人經由申請贖回之方式以變現。其三，高規範性。

由於公募基金具有投資者眾、社會化程度高、訊息不對稱等特性，法律對公募集金之募集、運作活動採取嚴格規範，以保護投資大眾之利益。

2、私募基金

指以非公開方式，向特定投資者募集基金資金之共同基金。私募基金是通過私下方式發行，不允許宣傳或廣告，且一般不上市交易，又因所牽涉之投資者多為具有特定條件、身分之投資者，不牽涉投資大眾之利益，是以法律對其發行及運作採取寬鬆之管制態度。

七、依基金公司註冊地區分⁹

1、國內基金：

係指依我國法在國內註冊登記之共同基金，不論資金來源為國內或國外投資人，亦不論係以國內或國外市場之證券或其他相關產品為投資標的。投資人除可直接向發行之基金公司申購外，亦可經由代銷證券商或銀行申購。惟銀行銷售國內基金，可分為二種不同之銷售方式，一為純粹代銷，銀行與基金公司間簽定承銷契約或委任銷售契約，銀行純粹居中代收申購價款及申購書轉交基金公司，經基金公司處理後發給交易通知書或申購確認單，投資人成為直接基金受益人。另外，銀行亦有以指定用途信託資金之方式銷售共同基金，即投資人居於委託人之地位與銀行簽定信託契約，將資金信託予銀行所有，由銀行以自己之名義投資於投資人所指定之共同基金，於此，銀行為共同基金之受益人，投資人僅係取得銀行發給之信託憑證¹⁰。

⁹ 我國證券投資信託暨顧問商業同業公會亦採用此種分類方式，網址同註 6，最後瀏覽日 95 年 6 月 11 日。

¹⁰ 以華南永昌投信公司發行之國內股票型基金為例，其代銷銀行包括臺灣企銀、中國商銀、華僑銀行、合庫、台東企銀、高新銀行等；而以指定用途信託資金方式辦理銷售之銀行則有台銀、

2、境外基金¹¹：

乃指國外基金公司依國外法令，於國外註冊登記之共同基金，為數頗多之基金公司選擇在百慕達、英屬開曼群島、英屬威京群島等地註冊發行，可以節省相當多的公司設立成本及投資獲利稅捐。早年我國實施外匯管制，直至民國七十六年七月十五日中央銀行始放寬管制，開放國人購買外國有價證券（包括境外基金之受益憑證）。同年十一月二十三日財政部開放符合一定條件之證券投資顧問事業得辦理外國有價證券投資顧問業務，中央銀行亦進一步允許指定外匯銀行辦理「指定用途信託資金」投資境外基金。至此，國人投資境外基金除了透過證券投資顧問公司取得資訊，向境外基金公司自行申購外，亦可透過國內銀行以指定用途信託資金方式投資。前者指國內證券投資顧問公司事先¹²檢具特定境外基金之相關資料向證期會報備，經核准後可向投資人提供該基金之顧問服務¹³，若投資人有意投資，則可自行至外匯指定銀行匯款向境外基金公司申購，以自己名義成為基金受益人，惟境外基金最低申購數通常不低，且投資人需留意匯率差異，辦理結匯手續，對投資人而言手續繁雜且無法從事小額投資。後者則由投資人與銀行簽訂指定用途信託資金契約，投資人將投資款匯至銀行，銀行則洽請國外部或外匯指定銀行結匯後，將資金以銀行名義申購投資人指定之境外基金，並將申購款匯入該境外基金之保管帳戶¹⁴，銀行為該基

中國信託、玉山銀行、上海商銀、大眾銀行、國泰世華銀行、華南銀行、台新銀行、安泰銀行、台北富邦銀行、復華銀行、土銀、陽信商銀等，採用後者方式銷售共同基金之銀行較前者為多，網址：<http://www.hnitc.com.tw>，最後瀏覽日 95 年 6 月 16 日。

¹¹ 此係我國證券投資信託基金及顧問法第 5 條第 6 款之立法用語，一般稱為海外基金。

¹² 國內成立之證券投資顧問公司包括一般證券投資顧問公司及國外大型基金公司來台成立之投資顧問公司，前者同時代理多支境外基金，投資人可獲得多元之投資資訊，後者則僅提供自家公司發行之基金，惟資訊之取得較為迅速且深入。見陳志妃，共同基金相關法律問題之研究-以受託人忠誠義務為核心，頁 131，私立東吳大學法律學系研究所博士論文，2001 年。

¹³ 目前經證期會報備核准顧問之境外基金計有 821 支，見中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會，網址同註 6，最後瀏覽日 95 年 6 月 20 日。

¹⁴ 經財政部核准經營收受、經理及運用各種信託資金業務之指定銀行，得檢附文件向外匯局申請

金受益人，投資人僅取得銀行發給之信託憑證。

2.1.3 我國共同基金市場現況

從民國七十二年間，經由政府主管機關政策性主導，為引進華僑外資投資者，於十月間核准國內成立第一家投信公司「國際證券投資信託公司」，但由於經濟快速發展，國人所得不斷增加，使得游資過剩，為適當疏導游資，於民國七十四年間先後核准光華、建弘及中華三家證券投資信託公司，並正式開放募集共同基金，不過當時募集的對象是對國外法人及投資人，募集金額為三十五億元。至民國七十五年，正式開放國人投資共同基金，總體規模為九十二億元，其中七十五億元向國外法人及投資募集，其餘十七億元則開放國人投資。民國七十六年財政部解除外匯管制，民國七十七年核准海外國際型基金成立，嗣並准予投信公司及銀行信託部發行共同基金，共同基金之募集乃日趨熱絡。及至民國九十五年間六月間止，國內已有四十七家投信業者，且中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會依民國九十三年十月三十日制定之證券投資信託基金管理辦法第二十三條對共同基金所為之分類方式統計結果，光是國內基金部分規模已近二兆元，共計五百零四支，而境外基金部分，去年國內投信公司募集新基金共六十五檔，其中四十檔為境外基金，總募集金額達新台幣二千四百十四億元，再加上銀行代銷境外基金之熱潮近年來日趨熱絡，雖無正確統計數字，但依投顧公司判斷，我國境外基金之銷售金額肯定超過新台幣三千億，且以去年第四季以來境外基金熱銷不衰之情形看來，應已向新台幣五千億元之規模邁進¹⁵，共同基金儼然成為國人投資理財之主要方式之一。

開辦外幣資金業務，惟該信託資金限投資於國外有價證券，見中央銀行 80.9.11 台央外字第 01799 號函，亦即投資人亦得以外幣支付投資價金，是投資人與銀行若係簽定外幣指定用途信託資金契約，則可以選擇有利之時點結購或結售外幣，惟國內銀行與投資人間多簽定台幣指定用途信託資金契約，投資人只能以台幣支付投資款。

¹⁵ 臺灣錢出走！海外基金熱賣盛況空前，贏家月刊，2006 年，5 月。

然應特別注意的是，我國基金投資市場發展上是由境外基金進而發展至國內基金，惟如前述，境外基金除透過投顧事業提供顧問服務，直接向境外基金公司申購基金外，國內並未開放銀行直接代銷境外基金，而直接購買境外基金除手續複雜外，又不免受限於最低申購金額門檻較高，無法符合一般投資大眾需求，是以國人投資境外基金乃以指定用途信託資金之方式為最主要投資方式。再加以我國投信公司發展起步較晚，長期以來，國人對銀行具有相當程度之信賴感，銀行亦掌握大量往來客戶之金融資訊，且銀行各分行據點無所不在，易於提供便捷之資訊與服務，是以銀行成為國內基金主要銷售通路。另一方面，對銀行而言，以指定用途信託資金方式銷售國內或境外基金，非但收取百分之一·五或百分之三不等之申購手續費，境外基金於贖回時亦收取百分之〇·五之手續費，另外，還可收取信託管理費，以國人熱中於投資共同基金之盛況及頻繁交易共同基金之現況¹⁶而觀，可以預見地，此部分費用之收取，勢必成為銀行主要業務收益之一¹⁷，基於以上理由，銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金已為我國共同基金交易之大宗¹⁸。

¹⁶ 根據統計，美國基金之投資人平均持有基金之時間為 5 年，香港人為 3 年，臺灣則為 1 年，顯然國人仍將共同基金視為短期投資獲利之工具，此或與國民特性、股市短線獲利之投資習慣、基金產品多元性不足及共同基金市場尚未成熟有關。

¹⁷ 巫慧燕，基金百科，頁 148，金錢文化企業股份有限公司，86 年 3 月 1 日。

¹⁸ 94 年 6 月 8 日中國時報報導開始有投信公司推出第一檔零手續費國內基金，即讓投資人不需透過銀行，直接向投信公司申購，若募集成功，無異預告銀行慣行以指定用途信託資金方式銷售共同基金之時代即將結束。事實上，在國外已有愈來愈多金融機構或理財顧問放棄收取共同基金手續費，而改按客戶總資產收取固定比例的管理費，如此一來，金融機構及理財顧問易將焦點放在幫客戶創造更高的投資報酬率，而非勸誘客戶提高買賣次數以創造更高的手續費。

表 2-1 國內共同基金之規模

類 型	種 類	基金數量	基金規模 (元)
股 票 型	1、封閉式(投資國內)	1	5,429,802,849
	2、開放式(投資國內)	177	217,423,824,824
	3、國外募集(投資國內)	2	9,935,973,447
	4、國際股票型	69	180,109,981,635
	<i>小計</i>	<i>249</i>	<i>412,899,582,755</i>
平 衡 型	5、債券股票平衡型	88	96,958,654,293
	<i>小計</i>	<i>88</i>	<i>96,958,654,293</i>
債 券 型	6、投資國內	71	1,044,281,421,725
	7、投資國際	16	20,924,161,459
	14、國內債券—固定收益型	2	3,333,822,060
	15、國內債券—類貨幣市場型	15	195,142,511,970
	<i>小計</i>	<i>104</i>	<i>1,263,681,917,214</i>
其 他	8、組合型	46	111,827,118,886
	9、指數股票型	1	32,873,310,886
	10、保本型	8	10,012,359,875
	11、貨幣市場	1	4,632,013,719
	12、指數型	1	351,576,793
	13、資產證券化型	6	28,534,770,287
	<i>小計</i>	<i>63</i>	<i>188,231,150,446</i>
合 計		<i>504</i>	<i>1,961,771,304,708</i>

資料來源：中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會網站，網址同註 6，最後
瀏覽日 95 年 6 月 22 日。

2.2 網路銀行之形成與發展

2.2.1 網路銀行之概念

自從自動櫃員機(ATM)問世,提供自動化提款、轉帳及查詢等服務以來,自動化銀行服務方式很快地為消費者所接受,嗣跨行金融資訊服務平台建立,自動櫃員機提供跨行轉帳、提款服務等業務後,自動化銀行服務益形蓬勃發展,而自動櫃員機也成為最廣泛、頻繁為一般大眾使用之銀行電子化業務。但隨時網際網路的發達,加上整體社會與金融環境的快速變革,銀行也不斷尋求業務資訊化之推動,藉以減少成本,並提高服務績效。及至九〇年代,網際網路發展日趨成熟創新,各銀行開始著手設立專屬網頁,而隨著銀行利用網路提供服務與資訊之情形日趨多元及完整,於一九九五年十月十八日,由美國幾家金融機構合資四千萬美元,成立之第一家完全虛擬之網路銀行「安全第一網路銀行」(Security First Net Bank,簡稱SFNB)誕生,純粹透過網際網路之方式,對客戶提供各項服務,包括帳號餘額查詢、轉帳、票據止付、信用卡帳單查詢與繳納、申購基金、申請貸款、申請支票或公用事業帳單繳納等金融服務,客戶只要以個人電腦或數據機連上網際網路,利用瀏覽器便可進入該銀行之網站,搭配相關之交易安全方案,即時在網路銀行進行所需要之交易或服務。該銀行無實體據點,與客戶間所有之交易均透過網際網路來進行,常藉由提供優惠之利率來吸引客戶¹⁹,若有實際收付現金之需求,則由客戶持該行發行之金

¹⁹ 目前世界知名之純虛擬銀行有:Egg、Telebank、ING Direct、Net Bank、First Internet等等,我國現並未開放設立純虛擬之網路銀行,純虛擬銀行的優勢在於其低廉之交易費用,並利用網際網路提供客戶最創新之服務方式,且由於服務成本低廉,可以把節省下來的費用部分回饋給客戶,因此在此存款時,可接受更低的起存金額,並提供較傳統銀行更優惠之存款利率以吸引客戶,如第一安全網路銀行的支票帳戶利息高達6釐。而Telebank則是世界上資產規模最大的網路銀行,該銀行透過與美國房地產協會、Yahoo、SamsClub等擁有各自業務優勢及廣泛客戶的機構合作建立長期伙伴關係,取得了巨大的成功,至1999年止,該行的資產規模超過了50億美元,淨利潤達211萬美元,被視為是網路銀行的一大奇蹟。

融卡至其他銀行之自動櫃員機上進行。以安全第一網路銀行為例，員工剛開始時只有十人，一九九六年存款規模就達到一千四百萬美元，一九九九年存款達到四億美元，二〇〇〇年則達到五億美元，其爆炸性的快速發展態勢引起不少仿效者，也刺激其他傳統銀行更積極投入網路銀行業務的開發。不過，對大多數銀行而言，網路銀行是建置在傳統銀行之下，傳統銀行利用其既有之技術、人員和客戶資源，以網際網路作為服務手段，有效地幫助改善銀行形象和對客戶之服務效率，拓展市場空間，也就是以網際網路作為新的服務方式，降低成本。是以在嚴格之意義上，一般之網路銀行在性質上並不屬於新種業務之創新，而是通路上之創新，目的在提供忙碌現代人利用網際網路，從事以往需親赴銀行櫃檯或自動櫃員機才能辦理之金融服務，讓客戶在最舒適之時間與空間中，完成與銀行之交易。

在論及網路銀行時，經常伴隨而容易發生概念上混淆的是「電子銀行」(Electronic Banking)。所謂電子銀行廣義而言，係指銀行業者使用電腦與通訊科技，傳遞與處理交易或資訊。亦即以電子設備代替人工與紙張作業，顧客不需經由銀行櫃員之手，便可透過與銀行連線之終端機，取得所需金融服務與訊息，及時享受銀行各項服務，是早期銀行櫃檯作業系統化服務之延伸。目前可見到的形式，除了前述網路銀行外，另包括有自動櫃員機系統、電話銀行 (Phone Banking)²⁰、銷售點轉帳系統 (Point of Sales system)²¹、家庭銀行 (Home Banking)²²、行動銀行 (Mobile Banking)²³、無人電子銀行²⁴等，近年

²⁰ 此為銀行最早出現非分行形式之通路，客戶可以透過電路即時處理交易或取得所需訊息。

²¹ 即目前市場上強調的「no cash」交易方式，在特約商店與銀行間建立銷售點帳系統，客戶持卡消費，可將消費款項直接由客戶在銀行帳戶中扣除，並轉入特約商店在銀行之帳戶中。

²² 由銀行提供程式，免費安裝於客戶個人電腦，客戶操作個人電腦可透過電話連線連接至銀行的電腦系統，進行各種銀行交易及查詢。

²³ 銀行透過與電信業者合作，推出藉由行動電話可連接銀行電腦系統以進行各種金融交易或查詢。

²⁴ 銀行在傳統分行外，另提供一處所完全由電子設備取代人工作業之服務。其較常見之設置方式係附屬於分行之自動化服務區，於營業時間內，分擔分行櫃員之工作，營業時間外，則提供客戶經由自行操作相關設備，獲得所需之金融服務。

來更以強調提供顧問諮詢服務為其發展趨勢。換言之，電子銀行是較諸網路銀行為廣泛之概念，網路銀行基本上是電子銀行的後期產品，屬於銀行業者提供金融服務的通路之一，但並非僅只通路才能提供客戶及時服務。且由技術而言，大部分之電子銀行是在封閉之系統環境下，採用特別為系統設計之電腦軟體進行交易或服務。而網路銀行則係採行開放式的平台型態提供服務，不需裝置專屬軟體或專屬網路，相對於其他電子銀行及其他銀行通路，網路銀行面臨安全顧慮上之挑戰自然也更為嚴峻。

2.2.2 網路銀行之發展

2.2.2.1 發展優勢

網際網路之特性導入金融服務後，對傳統銀行經營模式產生巨大衝擊，但也從中發現商機與願景，愈來愈多銀行爭相建置網路銀行，根據統計，美國在一九九九年二月後的十一個月內，網路銀行之數量幾乎成長三倍，一九九八年四月後的六個月內，利用網際網路從事銀行業務之交易用戶增加百分之二十二，用戶數量由四百六十萬增加到五百六十萬，預計至二〇〇二年止，將有百分之二十的美國家庭經由網路進行銀行交易²⁵。截至二〇〇〇年底，已有超過一千五百家銀行業者在網際網路上架設網站，其中超過五百家推出具有交易功能的網路銀行服務。在歐洲，不但是全球網路人口比率最高的地區，同時使用網路銀行之人口比率也最高，根據在二〇〇三年的發展研究指出，歐洲大約有五千五百萬人透過網路來取得所需之金融服務。至於在亞洲，以日本為例，

²⁵ See Rutgers Computer & Tech. L.J., Cyberbanking: A New Frontier for Discrimination?, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 200 (http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=bb8e82b35bd36a815e96cb6e92d2abc8&docnum=12&_fmtstr=FULL&_startdoc=11&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=559ad023ed347a8034aa6abbabf6a3d7, last visited on June 8, 2007.)

在二〇〇〇年九月通過由櫻花銀行、富士通銀行及三井物產等企業聯合設立之日本網路銀行（Japan Net Bank）為日本第一家網路專業銀行，根據在二〇〇〇年六月對日本網路銀行使用現況調查，顯示有百分之十二·八網友曾利用網路銀行，而有意願使用者則高達七成。新加坡第一大銀行——新加坡開發銀行擁有超過一萬位網路銀行客戶，占新加坡線上銀行市場約百分五十五²⁶。由此不難發現，網路銀行已成為銀行業者未來主要發展通路，分析而言，其原因不外如下：

1、即時與跨域的服務方式

過去距離與便利性一直是消費者選擇銀行之最重要因素，銀行為吸收不同地理環境的客戶，不得不投入大量人、物力在各地地理環境內開設分行，使客戶得以就近使用銀行金融服務。但網際網路無遠弗屆的特性，打破地理環境的限制，凡是網際網路之使用者，均為網路銀行的潛在客戶。此外，網路銀行二十四小時無間斷、即時的服務時間，無異使客戶得任意、隨意選擇使用，不僅提昇客戶使用的便利性，亦加強客戶的使用意願。

2、降低交易成本

根據研究報告指出，美國銀行業者開設一家分行動輒需花費一百五十萬至二百萬美元，且每年尚須另外支出維護費用約三十五萬至五十萬美元；而發展網路銀行所需花費的成立僅為設置一家分行之半數，每年之維護費用則僅約二萬五千美元，是由網路銀行之建置及維護成本均遠低於傳統分行。另就個別交易成本而言，透過網路銀行進行查詢、轉帳、付款及業務申請，若網路銀行服務的使用者達到經濟規模臨界點時，處理每筆交易

²⁶ 王筱鈴，我國網路銀行發展現況及實證研究，頁 22，國立台北大學會計學系碩士論文，90 年 7 月。

成立僅為〇·〇一美分，相較於傳統銀行之櫃員處理成本達一·〇七美元，電話銀行需〇·五四美元，在自動櫃員機操作則需〇·二七美元，傳統銀行之櫃員處理成本大約為網路銀行的一百倍²⁷。此外，客戶透過網路銀行進行交易，除了不受傳統分行營業時間限制而可選擇自己適當之時間進行外，若網路軟硬體設施建置良好，客戶幾乎無需耗費任何交通或等候的時間成本，透過網際網路立即完成所需交易與服務。

表 2-2 銀行不同營業方式服務成本之比較

	美國商務部	Jupiter 電信 數據集團	英國艾輪米爾 頓國際管理顧 問公司	其他機構
分行	1.07	1.07	1.08	1.25
郵件	---	0.73	---	---
電話	0.52	0.52	0.54	0.40
ATM	0.27	0.27	---	0.80
個人電腦銀行	0.015	---	---	0.10
網路銀行	0.01	0.01	0.13	0.01

資料來源：鄭順國主編、唐曉東、門洪亮副主編，網上銀行與網上金融服務，頁 4，清華大學出版社、北京交通大學出版社，2004 年 9 月。

但亦有許多文獻對於網路銀行較諸傳統銀行節省成本之論點抱持懷疑，理由在於估計網路銀行之成本時，有一大部分之成本常被忽略，如大量使用資訊傳輸費用、吸引新客戶所需之行銷成本、維繫舊客戶所需之成本等。網路銀行無遠弗屆的特性，固然打破傳統分行服務時間及地域之限制，但相對地，不具任何地理環境上

²⁷ 齊愛民、劉娟、張素華、徐亮、陳文成、萬暄合著，網路金融法原理與國際規則，頁 61，武漢大學出版社，2004 年 10 月。

便利性優勢的網路銀行，如何在茫茫網海中吸引新客戶選擇使用其所提供之服務，所花費之行銷成本勢必不低於分行吸納新客戶之成本。且網路銀行之舊客戶能夠以前所未有之規模進行搜尋及比較各家網路銀行服務優劣，並且以極低之轉換成本可達成轉換交易之網路銀行，網路銀行如何維繫與舊客戶間緊密關係，亦不能等閒視之。

3、互動式與個人化消費金融業務之提昇

銀行目前所提供之服務通路中，除傳統分行外，皆未能像網路銀行提供多元及互動式之資訊。透過網際網路傳送影像、文字及聲光效果，銀行可以主動向客戶提供銷售商品資訊、行銷廣告，甚至網路銀行管理單位也可透過分析客戶使用網路銀行之模式，分析客戶之理財傾向及需求，透過金融服務水平整合及垂直整合，量身訂作適合之金融商品廣告向客戶行銷，提高效率，並及時回應客戶詢問，達成雙向互動及個別化溝通。目前亦有為數不少之網路銀行進一步設計即時理財建議，客戶可將家庭收支狀況、購屋或購車需求、消費習慣等資訊輸入網路銀行設計之程式中，立即可獲得適合之貸款方式、理財組合產品等訊息，充分發揮互動特性，提昇個人化消費金融業務。

4、消費者對金融服務之創新之需求

過去習於被動式接受銀行所提供服務之消費者，隨著資訊流通管道之普及，消費意識之抬頭，消費者逐漸主動地希望銀行服務之便利性、多元性，促使銀行將資訊科技、網際網路與銀行業務結合後，不斷加快創新與設計金融服務，以提昇銀行之競爭力。

表 2-3 銀行提供金融服務方式之比較

	傳統銀行			網路銀行
	分行	ATM	電話銀行	
服務對象	一般消費者	有現金交易需要者	轉帳客戶	上網族群中較高學歷之年輕男性
服務範圍	地緣關連性顧客	地緣關係性顧客	轉帳客戶	上網族群之潛在客戶
服務方式	面對面	雙向溝通	單向服務	單向服務 雙向溝通
服務時間	AM9:00~PM3:30	24 小時	24 小時	24 小時
安 全 性	人為操控、遭到竊盜、強盜	遭窺視與機械故障	人為操控、盜用密碼	駭客入侵、木馬程式
主 要 收 益 來 源	放款、利率差、手續費	跨行手續費	手續費	手續費、貸放利息
每 筆 交 易 成 本	約 35 元	約 8 元	約 10 元	0.3 元
建 置 成 本	租金、裝潢、電腦設備、人事成本等	軟硬體成本及補運現金、保險等	軟體與主機連線	主要與交易安全之系統整合

資料來源：王筱鈴，同註 26，頁 24。

2.2.2.2 我國網路銀行現況

我國網路銀行發展過程，依財政部開放核准服務項目及時間而言，可分為三個階段²⁸：

一、民國八十四至八十六年間：

財政部於民國八十三年五月二十八日開放銀行提供查詢類、一般通信類及金融資訊服務類等電子銀行業務，銀行可即行辦理，免報請財政部核准。此階段之金融服務係屬非帳務性查詢類：如存放款利率、匯率等，帳戶申請類：如各類申請單下載，試算類：如貸款分期試算、定期存款試算等服務項目為主，並由原先負責建立全國電子資金交換系統之金融資訊服務中心負責「電子銀行共用系統」之開發，初期由該中心、臺灣銀行、第一銀行、中國國際商業銀行負責網路之測試，後階段則有八家銀行加入測試，並於民國八十五年六月底推出電子銀行共用網路。

二、民國八十七年至八十八年間：

至民國八十七年一月財政部開放約定帳戶轉帳之電子銀行業務，並於民國八十七年五月公布「金融機構辦理電子銀行業務安全控管作業基準」，以規範各銀行辦理電子銀行業務之安全標準及設計滿足訊息隱密性、完整性、來源辨識、不可重複及不可否認等要求，以確保銀行透過電子及通訊設備與客戶進行交易之安全作業基準。

²⁸ 林鈴玉，由電子商務發展談網路銀行服務，主計月報，第536期，2000年8月。

三、民國八十九年以後：

民國八十八年五月二十三日財政部公布「個人電子銀行業務及網路銀行業務服務契約規範」，使銀行與消費者間使用網路銀行進行交易之權利義務有較明確之規範。財政部於民國八十九年二月十五日核准財金資訊公司建置金融機構網際網路共用系統，提供銀行可經由網際網路提供非約定帳戶轉帳之電子銀行業務，民國八十九年三月二十八日公布國內首家通過審核，得透過開放性網際網路提供包括轉帳等服務之銀行，至民國八十九年九月後，陸續又有多家銀通過審核，獲准開辦網路銀行，時至今日，已有超過四十家本地銀行、五家外商銀行開辦網路銀行業務。此階段網路銀行所提供之金融服務有：餘額查詢、約定帳戶之轉帳交易、繳稅交易、繳費交易、憑證申請交易、憑證更新交易、其他如基金、外匯之買賣、贖回及試算之功能及非約定帳戶之網路轉帳業務。

2.2.3 網路銀行之法規範

2.2.3.1 美國法

美國金融監理制度是採取雙線監管模式，在聯邦層級，有財政部金融局（Office of the Comptroller of the Currency, OCC）、聯準會（Federal Reserve Board, FRB）、聯邦存款保險公司（Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC）三大銀行監管機關，金融局負責管理在聯邦政府註冊之商業銀行；聯準會負責管理在州政府註冊的聯邦儲備體系會員的商業銀行，聯邦存款保險公司主要在管理在州政府註冊的非聯邦儲備體系會員的商業銀行。在州層級，各州都有自己的金融法規和銀行監理機關，各有其分工與職責，但各機構職責互相重疊交叉的情形也很明顯，利

用此種雙線多元的監管制度，使監管者之間形成了一種相互監督、相互競爭的微妙關係，以強化與擔保監管執法的透明度與嚴肅性，提高監管的客觀性與真實性。美國是網路銀行發展最早，也是最發達之國家，充分意識到網路銀行是創新性銀行，技術更新是網路銀行的生命，所以對於網路銀行採取了較為寬鬆的監管態度，對網路銀行之立法也主要是立足於既有的法律、法規對傳統銀行的監管佈局與監管輪廓。也就是對傳統銀行既有的立法相關規定也當然適用於網路銀行相關業務的監管上，各銀行監理機關依原先對傳統銀行之監管對象所發展之網路銀行繼續負有監管之責，但針對網路銀行所具有之新的風險特徵，也制定了一些特殊的監管規則。

首先，作為規制聯邦銀行及其業務活動的基本法「聯邦銀行法」(National Bank Act)，為將網路銀行業務活動納入法制軌道，為傳統銀行法律作出適應網路銀行業務活動之調整，開放允許銀行利用所有能促進其銀行業務的剩餘權限，並可以從事開展銀行業務所必須的附帶業務²⁹。而金融局在一系列的行政解釋和有關於行政立法文件中往往以上開規定為依據，作出允許銀行開展網路銀行業務活動的決定。而州立案銀行從事網路銀行業務之核准權限，體制上原本應視各州對照聯邦立案銀行經營範圍所訂定之州銀行法，但對於加入存款保險體系的州銀行而言，則以一九九一年修正通過之聯邦存款保險公司改善法(Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act)第二十四條，作為授權核准州立案銀行從事網路銀行業務之根據。許多州甚至採行所謂跟牌條款(Wild-Card Statutes)，亦即只要其他州立案銀行取得聯邦立案銀行從事特定業務之權限，本州立案銀行即得據此請求比照。各金融機構監理機關對於金融機構從事網路金融業務時，並無有關規定

²⁹ 12 U. S.C. 24[Seven][1994].

須事先報准³⁰，然而實務上各金融機構仍被建請與各監理機構就特定網路金融業務事先知會並徵詢其意見，以減省行政成本³¹。

另外，在傳統銀行的監管制度基礎上，美國各銀行監管機關還另外制定了一系列新的、更為具體的管制規則以因應網路銀業務的特殊風險問題。從聯邦層面而言，包括有：

1、金融局：

一九九八年二月四日發布科技風險準則 (Technology Risks Guidelines)，公報 98-3³²，又稱為銀行及金檢人員之科技風險管理準則。將銀行業務引入科技措施後可能產生之各類科技分險予以分類³³，以幫助聯邦立銀行有效監控，銀行在採行新型科技於網路銀行業務項目時，必須先從事嚴格分析步驟以密切控管可能衍生之風險。一九九九年十月發布網路金融監理手冊 (OCC's Comptroller's Hand-Book Internet Banking)³⁴，特別針對網路金融業務頒布專門的監理手冊。包括金融機構內部控制、體制發展與網際網路服務外包等涉及公眾對於網路金融業務信心的議題詳為規範，將網路金融業務分為資訊性、(Informational)、互動性 (Communicative) 與交易性 (Transactional) 三類等級，而分別依所涉風險高低設定不同之規範標準。

³⁰ 惟儲貸機構監理局 (OTS) 對儲貸機構透過網路銀行從事具有交易性質的銀行業務，要求必須於 30 天前告知。

³¹ 謝易宏，網路銀行法制之研究，頁 123，月旦法學第 71 期，2001 年 4 月。

³² See OCC's 98-3, Technology Risk Management Guidance For Bankers And Examiners, available in 1998WL346991. (Feb. 4, 1998).

³³ 依其分類與科技風險具關聯性之各種風險包括：信用風險 (Credit Risks)、守法風險 (Compliance Risks)、外匯風險 (Foreign Exchange Risks)、利率風險 (Interest Rate Risks)、流動性風險 (Liquidity Risks)、價格風險 (Price Risks)、信譽風險 (Reputation Risks)、交易風險 (Transaction Risks) 與策略風險 (Strategic Risks) 等九項。

³⁴ See OCC's 99-94, OCC's Comptroller's Hand-Book Internet Banking. (Oct. 1999).

2、聯準會：

一九八八年四月二十日公布之資訊科技風險準則 (Information Technology Risks Guidelines)，公報 SR98-9³⁵，供其金檢部門於評估金融機構控管業務中涉及資訊科技風險的有效性，其制定五項資訊科技要素作為評定標準，包括控管程序 (Management Process)、建構 (Availability)、誠信 (Integrity)、安全 (Security) 與即時供給性 (Availability)。一九九七年十二月四日頒布函令 SR97-32³⁶，規定金融機構應針對網路資訊的安全性作全面檢討，並制定控管計劃，特別對須透過網路傳輸之機密性資訊均應予以加密 (Encrypt) 處理。

3、聯邦存款保險公司：

一九九八年六月公布網路銀行穩健經營檢查程序 (Electronic Banking Safety and Soundness Examination Procedures)³⁷，將所規範之金融機構依其各別之機能性 (Functionality) 與互動性 (Interactivity) 的程度分為三類等級：「唯資訊系統」 (Information-Only Systems)、「電子資訊傳輸系統」 (Electronic Information Transfer Systems)、「全面交易資訊系統」 (Fully Transactional Information Systems)。一九九七年七月七日頒布函令 FIL 68-99³⁸，提供金融機構及金檢人員有關資訊安全的相關說明及準則³⁹。

從上述監管法規中不難看出，絕大部分是與網路銀行業務

³⁵ See Federal Reserve Board, Bulletin SR98-9. (April 20, 1998).

³⁶ See Federal Reserve Board, SR 97-32 (Dec 4, 1997).

³⁷ See FDIC's Electronic Banking Safety and Soundness Examination Procedures (June 1998).

³⁸ See FDIC, FIL 68-99 (July 7, 1999) available in 1999 WL475573.

³⁹ 謝易宏，同註 31，頁 123-125。

風險監控有著直接或間接關聯，而且大多是圍繞著與技術密切相關的風險監控問題開展的。

至於與消費者交易應遵守之相關規範，主要包括：依誠實儲蓄法（Truth in Savings Act）相關規定，在開戶前向客戶揭示有關存款利率及其他關於存戶權益之業務資訊；依誠實信貸法（Truth in Lending Act）相關規定，在辦理放貸時，應對客戶揭示授予信用的條件及其他與借款人權益有關之業務資訊，在網路銀行業務中當然亦有適用。另依電子資金移轉法（Electronic Fund Transfer Act）各相關規定，從事網路銀行業務的銀行機構應確實履踐有關扣抵客戶帳戶款項之操作程序。

2.2.3.2 歐盟

歐盟於一九九七年對外公布引起普遍注意的歐洲電子商務促進方案（A European Initiative in Electronic Commerce），主要分為電子商務革命（The Electronic Commerce Revolution）、持續參與全球市場（Ensuring Access to the Global Marketplace）、創造理想規範架構（Creating a Favorable Regulatory Framework）以及推廣理想商業環境（Promoting a Favorable Business Environment）等四大部分，正式展開關於電子商務之相關法制之建構工作。歐洲中央銀行（European Central Bank）也針對歐盟各會員國關於網路金融之現況及未來發展，提出科技發展對金融業所造成之風險（The Effects of Technology on the EU Banking Systems），要求會員國需加強對金融機構的風險檢驗。由歐洲中央銀行擬定一致的監管原則，主要集中在幾個方面：一是區域問題，包括銀行間的合併與聯合、跨境交易活動等；二是安全問題，包括錯誤操作和電子資訊處理產生的風險、網路攻擊等；三是服務的技術能力；四是隨著業務數量範圍的擴大而增加的信譽和法律風險，包括不同監管當局、不同的法律體系可能造成的風

險⁴⁰。由歐盟各國國內的監管機構負責監督統一標準的實施，但歐盟各國，為避免本國銀行在未來激烈競爭中喪失網路銀行這一創新業務領域和巨大的市場，支持和鼓勵拓展本國的網路銀行業務，在網路銀行的監管立法上並沒有積極採取措施，從總體上而言，主要還是依賴於其既存的法律體系對網路銀行業務予以監管。而歐盟各國中，在具體的規則上，以英國金融服務局（FSA）的觀點較有代表性，其認為：金融監管的基本準則不能隨金融服務方式的改變而改變，網路銀行雖然改變了金融服務的媒介方式，並不意味著過去傳統的金融監管的基本準則會發生變化，如資本充足率和適當的管理階層要求，依然適用。其次，保護消費者利益是監管根本所在，但監管機構不能因擔心網路銀行的安全問題就限制或阻礙網路銀行的創新和發展。再次，在網路經濟時代，監管當局應努力保持監管的透明度和一致性；最後，監管當局的合作應加強，促進訊息共享；此外，金融服務媒介未來仍可能發生變化，與之相關的法律法規應留有餘地並相應調整。另外，值得注意的是，為明確規範銀行與消費者間關於網路金融交易之責任歸屬，歐洲中央銀行提出「遠端金融服務指令草案」⁴¹，加強對消費者保護以增進消費者使用遠端金融服務之意願與信心。

2.2.3.3 我國法

網路銀行僅係透過網際網路之新通路提供客戶除了銀行櫃檯之服務方式外，更創新之金融服務，我國法制上國人欲使用網路銀行，皆需親赴銀行櫃檯辦理傳統銀行帳戶之開戶手續，並申請網路銀行憑證，在憑證註冊檔作業完成後，消費者即可以網際網路連接網路銀行之網站，以專屬之電子安全認證憑證登入後開始使用。我國法制上，銀行主管機關

⁴⁰ 鄭順國主編、唐曉東、門洪亮副主編，網上銀行與網上金融服務，頁 302-303，清華大學出版社、北京交通大學出版社，2004 年 9 月。

⁴¹ 陳麗菁，網路銀行相關法律問題研析，頁 37-37，東吳大學法律學系研究所碩士論文，94 年 9 月。

針對網路銀行業務並無特別公布專門法令，而係以「金融機構辦理電子銀行業務安全控管作業基準」（下稱電子銀行安控基準）及「個人網路銀行業務服務定型化契約範本」，作為網路銀行業務之監管基準及網路銀行與消費者間權利義務規範之基礎架構，以下分別述之：

一、關於內部風險控管：

主要之法律規範為「電子銀行安控基準」，根據其制定及修正之狀況可分三階段：

（一）最初訂定階段

財政部於民國八十七年間責成銀行商業同業公會聯合會（下稱銀行公會）積極研擬「電子銀行安控基準」，作為日後開放銀行申辦網路銀行業務之審核基準。銀行公會擬定電子銀行安控基準經會知財政部後⁴²，於民國八十七年五月十六日發布全文三點⁴³，文中將電子銀行定義為：指金融機構與客戶（自然人及法人）間，透過各種電子設備及通訊設備，客戶無須親赴金融機構櫃台，即可直接取得金融機構所提供之各項金融服務。此類交易之傳輸途徑包括透過金融機構專屬網路、增值網路、網際網路三種，交易類別則包括電子轉帳及交易指示類與非電子轉帳及交易指示類二種。所謂電子轉帳及交易指示類係指與資金移轉有關或直接影響客戶權益之服務項目，包含有轉帳、匯款、各種款項繳納等電子交易類及整批轉帳、整批匯款、票據託收轉帳、預約轉帳等授權轉帳類。

⁴² 財政部 87 年 5 月 5 日台財融字第 87721016 號函，見行政院金融監督管理委員會網站，網址 <http://www.banking.gov.tw>，最後瀏覽日 95 年 7 月 18 日。

⁴³ 關於「電子銀行安控基準」全文見法源法律網，網址：<http://www.lawbank.com.tw>，最後瀏覽日 95 年 7 月 18 日。

「電子銀行安控基準」就電子銀行業務交易面及管理面之安全需求及安全設計訂定基本標準，就交易面而言，採用 Visa 與 Master 兩大信用卡公司推動與 Microsoft、IBM、Netscape、Terisa、Verisign、GET 及 SAIC 等技術大廠支援下，一九九七年公布之「安全電子交易協定 (Secure Electronic Transaction, SET)」⁴⁴作為安全交易模式，經由交易面種種安全設計之防護措施，滿足訊息隱密性、訊息完整性、訊息來源辨識、訊息不可重複性、無法否認傳送訊息、無法否認接受訊息六種安全需求。而管理面亦以採取安全設計之種種防護措施，以滿足建立安全防護策略、提高系統可靠性措施、制定作業管理規範等安全需求。

⁴⁴ SET 協定以確保交易過程中每個節點所傳送資料之連線的安全性，確保資料不被竄改，並透過數位證書鑑別交易雙方身分，並且使得供應方從交易過程中只能獲悉需求方的訂購資訊，而金融機構也只有獲得需求方的相關資訊，雙方各取所需，不超過各自授權，並達到保護隱私權的要求。見邵曉薇、王維民，電子商務線上交易系統，頁 7-2 至 7-36、7-80 至 7-81，旗標出版公司，2000 年。

表 2-4 修正前「電子銀行安控基準」要求各訊息傳輸途徑應達到之安全防護措施

網路別	金融機構專屬網路		加值網路		網際網路	
	電子轉帳及交易指示類	非電子轉帳及交易指示類	電子轉帳及交易指示類	非電子轉帳及交易指示類	電子轉帳及交易指示類	非電子轉帳及交易指示類
交易類別防護措施						
訊息隱密性	非必要	非必要	非必要	非必要	必要	非必要
訊息完整性	必要	非必要	必要	非必要	必要	非必要
訊息來源辨識	非必要	非必要	必要	非必要	必要	非必要
訊息不可重複性	非必要	非必要	必要	非必要	必要	非必要
無法否認傳送訊息	非必要	非必要	必要	非必要	必要	非必要
無法否認接收訊息	非必要	非必要	必要	非必要	必要	非必要

資料來源：87年5月16日公布之「電子銀行安控基準」第3點

(二) 第一次修正階段：

銀行欲申請辦理前述電子銀行業務時，必須先符合「電子銀行安控基準」所訂定之各項安全控管標準。但鑒於依該規定網路銀行與客戶進行電子轉帳及交易指示類別之交易時，除需使用密碼系統、序號、時戳等機制以確保訊息隱密性、完整性、來源辨識性及不可重複性外，客戶利用網路銀行交易

時，還需使用數位簽章及向認證單位（Certification Authority, CA）⁴⁵申請憑證等機制以滿足無法否認傳送及接收訊息之安全需求。此舉固然對交易安全提供相當程度之安全保障，但設立此一嚴格安全標準之同時，卻也無形中提高消費者使用網路銀行之門檻。網路銀行之發展源起在於消費者追求更便利、更快速之銀行業務服務通路，前開安全控管之方式，固然確保了網路交易之公信力，但未慮及消費者使用網路銀行之便利性需求，尤其對於交易金額不高之消費者而言，利用網路銀行進行交易前還需特別注意各網路銀行所採行之CA架構，先行申請取得CA所核發之憑證，大大增加使用金錢與時間成本，無疑地，將大大減低消費者使用網路銀行之意願，此對我國網路銀行之發展實屬不利。基此，銀行公會乃積極研究修訂「電子銀行安控基準」，於民國八十九年八月十四日經函知會財政部後⁴⁶，修正發布全文三點，主要內容在於開放銀行在符合一定條件下，若不要求符合無法否認傳遞或接收訊息之安全需求時，得選擇SSL(Secure Socket Layer)⁴⁷作為網路銀行之安全機制，綜合而言，本次修正之重點有三：

⁴⁵ 我國目前主要的憑證業者有：關貿網路股份有限公司、財金資訊股份有限公司、臺灣網路認證股份有限公司、網際威信股份有限公司、政府憑證管理中心。見張啓祥，電子商務法律問題之研究—以交易及付款機制為重心，頁125-130，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文，91年1月。

⁴⁶ 財政部89年8月7日台財融字第89744840號函，網址同註40，最後瀏覽日95年7月18日。

⁴⁷ Netscape Communication公司於1994年提出的網際網路安全通訊協定，被定義在電子商務架構中發佈訊息及資訊傳播基礎架構層次裡，應用層以及傳輸層之間，使用資料加解密及數位簽章等技術，以保護資料之真確性、私密性並鑑別客戶端及伺服器端。SSL雖然提供了訊息傳遞過程中安全性的保障，確保需求方在傳送資料到供應方時不至於被駭客截取，但是該資料應該只有各的金融機構可以知悉便於管控，然而相關資料已存在於供應方的伺服器中，且經解密而揭露為可為人類理解的資訊，因此若有駭客入侵竊取或是商家非法出售、轉讓該資訊，則將產生被盜用之風險，並且侵害到個人隱私權。見邵曉薇、王維民，同註42，頁5-6至5-9。

- 1、將金融機構所適用專屬、加值及網際網路等網路型態之電子轉帳及交易指示類區分為高風險性及低風險性交易，其中高風險性交易應仍符合原安控基準之六大防護措施（訊息隱密性、完整性、來源辨識性、訊息不可重複性、無法否認傳送訊息及無法否認接收訊息）規定，而低風險性交易則可排除訊息來源辨識性及交易雙方不可否認性。

- 2、電子轉帳及交易指示類之安全機制若不具備「無法否認傳遞訊息」、「無法否認接收訊息」之功能者，則應使用金鑰長度不小於一二八位元之對稱性加解密系統，且必須採用使用者代號、密碼，以健全安全防護機制。

- 3、所謂低風險性交易係指各類電子轉帳及交易指示訊息執行結果之風險性低，如：同戶名之轉帳、約定轉入帳戶之轉帳、非約定轉入帳戶之小金額轉帳（以每戶每筆不超過五萬元、每天累積不超過十萬元、每月累積不超過二十萬元為限）。

表 2-5 修正後之「電子銀行安控基準」要求各訊息傳輸途徑應達到之安全防護措施：

訊息 傳輸	金融機構專屬網路		加值網路				網際網路		
	電子轉帳及交易指示類		非電 子轉 帳及 交易 指示 類	電子轉帳及交易指示類		非電 子轉 帳及 交易 指示 類	電子轉帳及交易指示類		非電 子轉 帳及 交易 指示 類
防護 措施	高風 險性 之交 易	低風 險性 之交 易		高風 險性 之交 易	低風 險性 之交 易		高風 險性 之交 易	低風 險性 之交 易	
訊息 隱密 性	非必 要	非必 要	非必 要	非必 要	非必 要	非必 要	必要	必要	非必 要
訊息 完整 性	必要	必要	非必 要	必要	必要	非必 要	必要	必要	非必 要
訊息 來源 辨識	必要	非必 要	非必 要	必要	非必 要	非必 要	必要	非必 要	非必 要
訊息 不可 重複	必要	必要	非必 要	必要	必要	非必 要	必要	必要	非必 要
無法 否認 傳送 訊息	必要	非必 要	非必 要	必要	非必 要	非必 要	必要	非必 要	非必 要
無法 否認 接受 訊息	必要	非必 要	非必 要	必要	非必 要	非必 要	必要	非必 要	非必 要

資料來源：89年8月14日修正之「電子銀行安控基準」第3點

(三) 第二次修正階段：

隨著手機使用日益普及，通訊技術也日益創新，以手機隨時無線上網儼然成為另一波新發展潮流，金融業者亦積極結合無線通訊業者，以發展行動電話銀行。財政部於民國八十八年八月二十九日就行動電話銀行業務進一步放寬，允許銀行業者無須事先申請核准，得逕行辦理行動電話銀行，僅須事後函告財政部。迄至民國九十四年二月二十二日銀行公會修正發布全文五點，明文將消費者利用電信服務業者在各區域佈建之基地台上網，即以行動網路作為傳輸途徑與網路銀行交易之情形納入規範，就「電子銀行安控基準」之構面則除了原有之交易面、管理面安控標準，另增加環境面及端末設計面、支付工具面之安全需求與安全設計，此外，就交易面之安全設計上，除了原有關於訊息傳輸之安全設計外，另提出關於介面之安全設計，尤其是採用用戶代號及密碼進行唯一驗證之簽入介面者，用戶代號及密碼在設計上明列消極要件，以防止網路駭客利用傻瓜代號、傻瓜密碼盜取網路銀行帳戶之情形⁴⁸，一再發生。

⁴⁸ 傻瓜密碼又稱懶人密碼，係指設定密碼之使用人因為不願意認真思考及記憶符合密碼設定規範之密碼，反而以自己的生日、身分證字號、公司統一編號、電話號碼、有順序之數字及英文字或具意義之英文單字設定成密碼，以致於十分容易為他人猜中或以暴力破解法破解之密碼。由資訊安全之角度而言，好的帳號及密碼應包含英文字母的大小寫、數字及系統可以接受的符號。反之則為不安全之密碼。一般而言，A、生日；B、有順序、有意義的數字；C、身分證字號；D、在字典中查的到的字。有專攻破解密碼之軟體，載入身分證字號或各類型如英文單字、影星姓名、電影片名等之「字典檔」，鎖定欲破解之網頁加以攻擊，若該網站未做好防護措施，且有客戶使用傻瓜密碼，則網站上該客戶之帳號及密碼會被破解。見神秘客，駭客、密碼、破解術，頁 1-23，數位人出版社，2003 年 3 月。司法實務上，我國知名 104 人力銀行網站會員專區網頁遭同業以暴力破解法鎖定破解，一夜之間取得 15 家公司所設置之傻瓜密碼，並進而利用而取得八萬餘筆求職者個人資料，對於網站、使用傻瓜密碼之公司及求職者而言，均因此而受到傷害與損失，參見臺灣臺北地方法院檢察署檢察官 92 年度偵字第 5997 號起訴書及臺灣臺北地方法院 93 年度易字第 1431 號刑事判決。

二、關於與消費者間交易之規範

(一)修正前之個人電腦銀行業務及網路銀行業務服務契約 範本

1、內容

為界定釐清網路銀行與消費者之間權利義務關係、風險分配及責任歸屬，財政部委請銀行公會擬定相關定型化契約約款，於民國八十八年五月二十六日以八八台財融字第八八七二五二六三發布「個人電腦銀行業務及網路銀行業務服務契約範本」，擬定關於消費者使用網路銀行之一般性共同約定，提供予各網路銀行參考，作為各銀行與消費者間簽定網路銀行契約之約款內容。舉其中與消費者權利義務影響較大者有：

- (1) 客戶發出電子訊息後即不得撤回、撤銷或修改。
- (2) 客戶發出之電子訊息因不可歸責於銀行之事由而發生錯誤時，銀行不負更正責任，惟銀行同意提供必要之協助。但因歸責於銀行之事由而發生錯誤時，銀行應負責更正。
- (3) 有第三人冒用或盜用授權使用者代號、密碼或憑證申請識別碼、私密金鑰，或其他任何未經合法授權之情形，應立即以電話或書面通知他方停止使用該服務並採取防範之措施。銀行於接受通知前，對第三人使用該服務已發生之效力，除非銀行故意或重大過失而不知係未經合法授權之電子訊息，銀行不負責任。

- (4) 因第三人破解授權使用者代號或密碼而入侵網路系統（駭客行為）所發生之損害，由銀行負擔其危險。
- (5) 雙方應確保所交換之電子訊息或一方因使用或執行本契約服務而取得他方之資料，不洩露予第三人，亦不可使用於與本契約無關之目的，且於經他方同意告知第三人時，應使第三人負本條之保密義務。
- (6) 因可歸責於當事人一方之事由，致有遲延、遺漏或錯誤之情事，而致他方當事人受有損害時，該當事人僅就他方之積極損害（不包括所失利益）及其利息負賠償責任。
- (7) 雙方應保存所有含數位簽章之電子訊息及經由網路所提供相關電子訊息之紀錄，並應確保紀錄之真實性及完整性。客戶如未保存者，推定以銀行所保存之紀錄為真正。銀行保存期限至少為五年。
- (8) 雙方同意依本契約交換之電子訊息，其效力與書面文件相同。

2、缺失

觀之前開契約範本之相關規定，對照現行法律對銀行之相關責任規範，顯然網路銀行之責任有明顯減輕及限制之情形，而未對消費者承擔其應盡之責任，茲說明如下：

- (1) 電子資金移轉具有即時完成之特性，電子訊息一旦發出，網路銀行即時接受並予處理，自不

許客戶再以資金移轉之原因關係有瑕疵或意思表示有瑕疵而主張撤回、撤銷電子訊息，是以前開契約範本第六條約定：「電子訊息係由銀行電腦自動處理，客戶發出電子訊息傳送至銀行後即不得撤回、撤銷或修改。」但依前開契約範本第六條後段同時約定：「若電子訊息經由網路傳送至銀行後，於銀行電腦自動處理中已逾銀行服務時間時，銀行以電子訊息通知客戶，該筆交易將依約不予處理，或自動改於次一營業日處理。」是電子訊息雖已到達銀行，但尚未由電腦自動處理，則就此種尚未進行處理之電子訊息而言，賦予客戶撤回、撤銷或修改電子訊息，對網路銀行而言，並無特殊不利益，應無不許客戶撤回、撤銷或修改之理。

- (2) 依前開契約範本第九條約定：「客戶應於每次使用服務後，核對其結果有無錯誤。如有不符，應於使用完成之日起○○日內（此空白填載日不得少於四十五日）通知銀行查明。銀行應於每月對客戶以平信寄送上月之交易對帳單。客戶核對後如認為交易對帳單所載事項有錯誤時，應於收受之日起○○日內（此空白填載日不得少於四十五日）通知銀行。銀行對於客戶之通知，應即進行調查，並於通知到達銀行之日起○○日（此空白填載之日期不得超過三十日）內將調查之情形或結果覆知客戶。」而銀行就前開調查結果，依契約規範第十條則約定：「客戶利用本契約之服務，如其電子訊息因不可歸責於銀行之事由而發生錯誤時，銀行不負更正責任，惟銀行同意提供必要之協助。但因可歸責於銀行之事由發生錯誤時，銀行應負責更正。」亦即銀行僅於可歸責時始需負責更正，如係可歸責於客戶，則銀行僅提供必要之

協助，並無更正之義務，此舉顯然違背消費者對銀行之信賴且有害於電子金融訊息之正確。

- (3) 我國實務上對於客戶主張其銀行帳戶遭無權提領人盜領之情形，銀行應否負責，針對不同之盜領方式各有不同標準。在支票存款帳戶之情形，依最高法院七十三年第十次民事庭會議決議認「甲種活期存款戶與金融機關之關係，為消費寄託與委任之混合契約。第三人盜蓋存款戶在金融機關留存印鑑之印章而偽造支票，向金融機關支領款項，除金融機關明知其為盜蓋印章而仍予付款之情形外，其憑留存印鑑之印文而給付，與委任意旨並無違背，金融機關應不負損害賠償責任。若第三人偽造存款戶該項印章蓋於支票持向金融機關支領款項，金融機關如已盡其善良管理人之注意義務，仍不能辨認蓋於支票上之印章係偽造時，即不能認其處理委任事務有過失，金融機關亦不負損害賠償責任。金融機關執業人員有未盡善良管理人之注意義務，應就個案認定。至金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效。」該決議經最高法院九十年第五次民事庭會議決議不再參考，雖未說明不予援用之理由，惟實務上認銀行對於持留存於銀行之印鑑章而偽造支票之第三人為付款，係依委任之意旨為給付，對支票存款戶仍得主張發生清償效力則已為通說。至於一般乙種活期存款戶遭盜領之情形，依最高法院七十三年第十一次民事庭會議決議認：「活期存款戶與金融機關之間為消費寄託關係。第三人持真正存摺並在取款條上盜蓋存款戶真正印章向金融機關提取存款，金融機關不知其係冒領而如

數給付，為善意的向債權之準占有人清償，依民法第三百十條第二款規定，對存款戶有清償之效力。至第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章於取款條上提取存款，則不能認係債權之準占有人。縱令金融機關以定式契約與存款戶訂有特約，約明存款戶事前承認，如金融機關已盡善良管理人之注意義務，以肉眼辨認，不能發見蓋於取款條上之印章係屬偽造而照數付款時，對存款戶即發生清償之效力，亦因此項定式契約之特約，有違公共秩序，應解為無效，不能認為合於同條第一款規定，謂金融機關向第三人清償係經債權人即存款戶之承認而生清償之效力。」是第三人持真正存摺而蓋用偽造之印章提取存款，銀行不知其係盜領而如數給付，銀行對乙種活期存款戶得主張善意的向債權之準占有人為清償，對乙種活期存款戶仍生清償之效力。而就利用銀行自動櫃員機之情形，如使用人所持有之提款卡及密碼均為真正，最高法院雖未作成決議或判例，惟實務上認為，若乙種活期存款戶與金融機構約定金融卡具有轉帳功能，金融卡及密碼即為存摺及印章之替代，經第三人持真正之金融卡及密碼為轉帳，銀行亦得主張善意對債權準占有人為清償，對乙種活期存款戶亦生清償之效力⁴⁹。在網路銀行之交易型態中，若發生第三人冒用或盜用代號、密碼通過簽認而使用銀行服務時，能否類推適用上開實務見解，尚未可知，惟依前開契約範本第十一條約定：「雙方同意於發現有第三人冒用或盜用授權使用者代號、密碼、私密金鑰，或其他任何未經合法授權之情形，應

⁴⁹ 臺灣高等法院 90 年度上字第 330 號、臺灣彰化地方法院 86 年度簡上字第 166 號、臺灣臺東地方法院 91 年度東簡字第 188 號裁判參照。

立即以電話或書面通知他人停止使用該服務並採取防範之措施。銀行接受通知前，對第三人使用該服務已發生之效力，除非銀行故意或重大過失而不知係未經合法授權之電子訊息，銀行不負責任。」亦即銀行依無權使用網路銀行服務之第三人所為未經合法授權之電子訊息，僅在銀行有故意或重大過失，始負責任。此種約定無異於大大降低銀行之注意義務，並使消費者承擔不合理之風險分配，依前開最高法院對銀行利用定型化契約不當免除其注意義務認屬無效之一貫立場觀之，可預見地，此項契約範本約定，於將來實務上發生爭執時，經法院承認並予採用之可能性應不高。

- (4) 依前開契約範本第十二條約定：「因第三人破解授權使用者代號或密碼而入侵網路系統（駭客行為）所發生之損害，由銀行負擔其危險。」惟消費者若欲依前開約定主張有爭議之電子訊息係由駭客所為，銀行應負擔危險責任，依舉證分配之原則，消費者就此有利之事實應負舉證責任。但銀行電腦系統是否固有系統漏洞存在、駭客入侵之相關電磁紀錄訊息均由銀行掌握中，消費者無從窺知，若課以消費者應就駭客入侵網路銀行之事實負舉證責任，無異於宣告消費者逕行放棄向銀行求償之打算。或有論者謂消費者可依民事訴訟法第二百七十七條後段主張就網路銀行是否遭駭客入侵之事實，由消費者負舉證責任顯示公平，惟終不若以法律或契約直接明定舉證責任分配原則，對消費者之保護較屬明確而周嚴。
- (5) 依前開契約範本第十三條固約定：「雙方應確保所交換之電子訊息或一方因使用或執行本契約

服務而取得他方之資料，不洩露予第三人，亦不可使用於與本契約無關之目的，且於經他方同意告知第三人時，應使第三人負本條之保密義務。」然金融機關基於多角化經營策略，除銀行業務外，經常跨足經營證券、保險等其他產業領域，或者另行設立其他子公司從事放貸、信用卡等行銷業務，基於網路資訊在搜集及分析的密度與強度較諸過去不可同日而語，為避免銀行經由分析或搜集客戶使用網路銀行之慣性，並將分析或搜集所得客戶資料洩露與網路銀行之相關企業使用，實有進一步規範網路銀行使用消費者金融資訊範圍之必要。前開契約範本固明定網路銀行不得任意洩露客戶資料或使用於與本契約無關之目的，並使經客戶同意受告知客戶資料之第三者同負保密義務，惟該第三人並非前開契約之當事人，客戶對之當然無直接之拘束力，而第三人在通常情形下，亦僅係單純經由網路銀行獲取客戶相關金融資料，若非屬網路銀行關於本契約之履行輔助人，則發生第三人洩露經由網路銀行獲取之客戶金融資料時，客戶能否直接據以主張網路銀行違反契約義務，即有疑義。是以前開契約範本關於保密義務之約定雖立意良善，但實際上能達成之效果卻大打折扣。

（二）修正後之個人網路銀行業務服務定型化契約範本：

1、內容

前開關於網路銀行之定型化契約於發布數年以來，迭經重視消費者權益與保護之團體大肆撻伐，財政部採納行政院消費者保護委員會、學者專家及業者代表之意見後，於民國九十五年六月五日由行政院金

融監督管理委員會公告發布修正之全文，並更名為「個人網路銀行業務服務定型化契約範本」，其主要修正內容歸納如下：

- (1) 鑒於日益常見假冒網路銀行網頁詐騙案件⁵⁰，增訂客戶使用網路銀行前，請先確認網路銀行正確網址之規定，提醒客戶於使用網路銀行業務前，應先確認該網頁是否確為網路銀行網頁，並責成網路銀行應隨時注意有無偽造網頁。
- (2) 增訂電子訊息交換作業時限規定，對於未到期之預約交易在銀行規定之期限內，得撤回、撤銷或修改。
- (3) 如電子訊息因可歸責於客戶之事由而發生錯誤時，銀行應協助客戶更正，並提供其他必要之協助。
- (4) 對於第三人冒用或盜用使用者代號、密碼、憑證、私密金鑰，或其他未經合法授權之情形，銀行於接受通知前，對第三人使用該服務已發生之效力，除非銀行能證明客戶有故意或過失者外，銀行仍負責任。

⁵⁰ 詐騙網頁又稱釣魚網頁 (Phising)，因為 Phishing 與「fishing」(釣魚) 發音相同，實際意義也相似。這種詐騙網頁多半是利用偽造的電子郵件 (尤其以偽造網路銀行或拍賣網站通知信函為多) 與網站為餌，引誘使用者點選電子郵件中之超連結連至歹徒所設計，與真實網站真偽難辨之詐騙網站，再進一步誘使使用者在網站上留下帳號、密碼及個人資料；甚或在使用者電腦內植入木馬或惡意程式。其中最危險者，在於歹徒誘騙使用者的銀行帳號密碼、信用卡號與身分證字號等機密資料，並伺機偷竊金錢或有價資訊。引自

<http://www.banking.gov.tw/public/Attachment/56101835571.doc>，最後瀏覽日 95 年 3 月 27 日。另外關於詐騙網頁之歷史、成因、技巧、種類及防制應因應之道，請參見林璟璋，「網路安全：網路釣魚事件之探討」，<http://www.fisc.com.tw/FISCWeb/FISCBimonthly/Article.aspx?Volume=42&TNo=34>，該文有非常詳細完整之說明，最後瀏覽日 95 年 3 月 27 日。

- (5) 駭客入侵銀行之電腦或相關設備所發生之損害，由銀行負擔，且對於第三人破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞爭議，由銀行就該事實不存在負舉證責任。
- (6) 經客戶同意銀行為契約履行之目的將客戶之資料洩露予第三人，應使第三人負保密義務，如第三人不遵守保密義務，視為本人義務之違反。

2、缺失

以個人網路銀行業務服務定型化契約範本之修正內容觀察，泰半在於加強對消費者權益之保護，諸如關於第三人冒用及盜用責任歸屬、駭客之爭議之舉證責任、消費者金融資訊之保護等，惟筆者實際探究各家銀行目前所採用之網路銀行業務服務契約發現，各銀行並未實際上將前開有利於消費者之修正規定納入定型化契約內容之中，實務上，也從未聞主管機關對此介入指正，是以日後若消費者與網路銀行間就前開修正內容有關之糾紛提起訴訟，前開修正規定能否加以適用，勢必存在相當大爭議。

2.3 共同基金網路銀行下單

2.3.1 網路理財之興起

網路與保險、證券、基金等金融活動相結合後，網路理財活動蔚為風潮，推究其原因不外乎：

1. 時空優勢：

客戶經由各種上網工具，在任何時時間、任何地點均可進行網路理財，省卻大量下單、申購、買賣之等候或辦理時間，且隨時可檢視、查閱理財結果，配合全球市場狀況調整理財規劃，增加理財活動之彈性與效益。

2. 訊息優勢：

網路提供最新鮮、最及時且幾無時差的市場訊息、理財資料，甚至更進一步將訊息予以比較、整理、分析，而消費者經由網路可免費獲得規模前所未有的訊息，作為進行理財活動前的判斷基礎。在共同基金之投資上尤為明顯，消費者可經由網路提供共同基金之經理人背景、基金投資標的、過往投資績效與評比等重要投資訊息，對於不具專家背景之一般消費者而言，此類訊息的獲得不啻為形成判斷投資之最重要參考資料。

3. 服務優勢：

目前有數不少的網站上提供個人化的理財服務，經由消費者輸入個人固定收入、支出、投資目標等條件後，提供消費者個人之最佳投資組合。另外，亦不少網路銀行或證券網站，提供消費者專屬之提醒設定，消費者可設定基金淨值警

訊、停損/停利、基金支撐壓力警訊等通知，只要投資之基金或證券到達設定點，系統即以電子郵件通知消費者，以最個性化的理財服務，滿足不同消費者的理財需求。

4. 效率優勢：

網路資訊透明化，消費者可經由網路搜尋引擎進行理財費用、條件與服務之比較，從而獲得最高效率之網路理財活動，且相較於臨櫃交易，不少銀行或券商對於網路交易都提供手續費之折扣。相對地，企業經營者也可經由對消費者上網消費或搜尋習慣的分析，精確地規劃執行一對一行銷，藉以提高行銷之效率。目前許多銀行或金融機構均致力於研發出最簡單使用的介面，將所有金融服務整合在同一介面下，讓消費者盡可能在同一介面下輕易地完成所有理財活動，滿足消費者對理財活動高效率之需求。

2.3.2 共同基金網路銀行下單現況

根據美國網路金融服務顧問公司統計，美國已有高達百分之六十八的共同基金投資人利用網路來作基金理財，而美國目前也出現如基金超級市場 Charles Schwab 之超大型基金網路業者，擁有高達七百一十萬客戶，及七千七百五十萬美元之成交量。反觀臺灣，根據調查，利用網路理財之人口雖不到百分之十，但卻有高達百分之六十七的上網人口表示，網路理財是最希望得到的服務⁵¹，而國內網路理財業目前尚處萌芽階段，市場上雖已有許多理財網站，但真正提供基金銷售之網站並非普遍，顯示國人期望與現實落差空間相當大。

再由網路銀行之功能使用情形加以觀察，基金網路下單服務為最常為顧客所使用之服務。根據報載，以中國信託商業銀

⁵¹ 元大京華證券網站，網址：<http://www.yuanta.com>，最後瀏覽日 95 年 7 月 31 日。

行為例，其網路銀行註冊戶於九十二年間已達五十五萬戶，市占率達四成左右，其中網路基金交易占整交易的百分之四十七。○九，國泰世華商業銀行之網路銀行註冊客戶為二十七萬戶，每月網路銀行服務交易金額為二千六百二十億元，一年交易金額超過三兆；富邦商業銀行網路銀行客戶約二十一萬戶，平均每月交易有四十八萬筆⁵²，同樣以基金交易為主，顯示出客戶使用網路銀行下單交易共同基金有愈趨熱絡之情形，且隨著國人逐漸習慣網路消費模式後，預料網路銀行下單交易基金將成為共同基金交易之大宗。

⁵² 魏明德，銀行業電子通路之經營策略分行-以網路銀行代銷共同基金為例，頁 84，國立臺灣大學國際企業學系研究所碩士論文，94 年 7 月。

第三章 網路銀行銷售共同基金之法規範

網路銀行係銀行以網際網路作為提供金融服務之新興通路，亦即網路銀行猶如傳統銀行之櫃檯人員，僅其提供消費者之金融服務形式不同，是以在論及網路銀行銷售共同基金之法規範時，本質上應先回歸探討傳統銀行銷售共同基金之法規範。本章擬先界定網路銀行銷售共同基金之法律關係，再進一步探究於此等法律關係架構中，網路銀行依法規範應承擔之相關銷售責任。

3.1 網路銀行銷售共同基金之法律關係

3.1.1 共同基金契約性質及當事人

我國共同基金屬契約型，關於共同基金契約之性質，學者間見解非常分歧，主要論點有¹：

1、雙重委任契約說：

於信託法尚未立法前，信託契約雖係行之有年且經最高法院判例承認²之制度，惟在信託法尚未立法前，學者主張共同基金之契約應盡量納入現行民事法體系中委任契約之規範內，亦即基金公司與保管機構間具有長久性之契約關係，該契約之性質以類推適用民法上之委任關係為妥，而基金公司與投資人間則具有暫時性之委任契約關係，因共同基金契約係由基金公司與保管機構簽訂，受益人並非契約之當事人，最多僅享有共同基金契約之反射利益³。

¹ 陳志妃，同第二章註 12，頁 151-152。

² 最高法院 62 年台上字第 2996 號判例意旨參照。

³ 林宗勇，同第二章註 1，頁 21-24。

2、雙重信託契約說：

此說以為共同基金契約具有二元信託契約構造，由基金公司與保管機構簽訂之共同基金契約為第一重形式上之信託契約，而受益人為該契約之關係人而非當事人，至於基金公司與投資人間則另具有第二重實質上之信託契約，其理由為共同基金契約頗多關於基金公司與受益人間之重要事項，由非核心之基金公司與保管機構簽訂契約約束受益人，殊為不妥，且使受益人之法律地位不夠明確，故應分別二個信託契約，使基金公司、保管機構、受益人各方法律關係真正明確⁴。

3、特殊雙重信託契約說：

依我國信託法第一條規定：「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」，而共同基金契約簽訂時尚無信託財產之產生，且基金公司募集之共同基金，投資人並非將資金之所有權移轉與基金公司，而係直接交予基金保管機構，故與再信託之觀念不同。故共同基金契約乃基金公司、保管機構及受益三方當事人之信託關係，而應認為係依當事人約定所成立之一種特殊雙重信託關係之契約⁵。

4、混合契約或無名契約說：

由基金公司、保管機構及受益人三方之法律關係觀察，可發現共同基金契約性質上為混合契約，兼有民法上委任、寄託、買賣（買回）及利他契約之性質⁶。

⁴ 此說源於日本二元論，見日本信託實務，頁 213，金融研訓叢書（34），財團法人金融人員研究訓練中心，78 年。

⁵ 王南豪，我國證券投資信託法律問題之研究，頁 29-32，台北市銀行經濟研究室，80 年。

⁶ 王文宇、陳錦旋、廖大穎、陳婷玉，公司股東使用委託書與投信事業行使表決權法制之研究，

5、單一契約說：

依我國證券投資信託及顧問法第五條第一款規定：「證券投資信託契約：指由證券投資信託事業為委託人，基金保管機構為受託人所簽訂，用以規範證券投資信託登事業、基金保管機構及受益人間權利義務之信託契約。」，顯然我國法律上就共同基金契約即證券投資信託契約之性質係採單一契約說⁷。實務上，證券信託投資契約雖由基金公司與保管機構簽訂，但經由契約中明文約定，將投資人納入成為契約當事人之一，僅以受益人繳足申購價金作為受益人成為契約當事人之停止條件，此由中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會擬定之國內開放式股票型基金定型化證券投資信託契約前言謂：「__證券投資信託股份有限公司（以下簡稱經理公司），為在中華民國境內發行受益憑證，募集__證券投資信託基金（以下簡稱本基金），與__（以下簡稱保管機構），依證券投資信託基金管理辦法及其他中華民國有關法令之規定訂立本證券投資信託契約（以下簡稱本契約），以規範經理公司、保管機構及本基金受益憑證持有人（以下簡稱受益人）間之權利義務。經理公司及保管機構本契約簽訂並生效之日起為本契約當事人。除經理公司拒絕其申購者外，受益人自申購並繳足全部價金之日起，成為本契約之當事人。」⁸益臻明顯。另一方面，投資人雖未直接承諾成為證券投資信託契約之當事人，但經由投資人向基金公司申購基金，基金申購書上明白標示註記投資人於申購時同意接受證券投資信託契約中關於受益人權利義務事項之拘束，從而，共同基金契約乃建構起基金公司、基金保管機構及受益之三方法律關係。

見該書註 16，行政院研究發展考核委員會，85 年。

⁷ 陳春山，證券投資信託契約論，見該書註 1-2，五南圖書出版公司，76 年。

⁸ 中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會網站，網址同第二章註 6，最後瀏覽日 95 年 7 月 1 日。

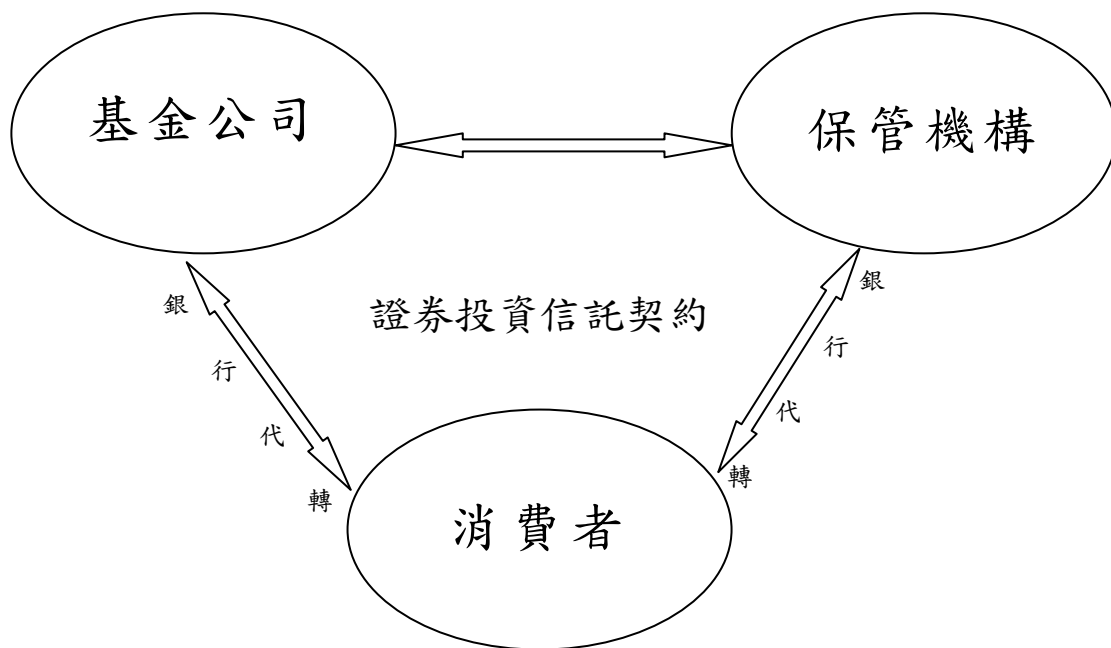
3.1.2 銀行銷售共同基金之契約性質及當事人

如前所述，銀行銷售共同基金有二種不同之形式，單純代銷或以指定用途信託資金之方式銷售。銀行作為單純之基金代銷機構，投資人仍為共同基金之形式及實質上之受益人，不受居於中介角色之代銷銀行所影響，則代銷銀行自然不受前述共同基金契約法律關係架構所拘束。但銀行若以指定用途信託資金方式銷售共同基金，銀行係分別與基金公司簽訂「指定用途信託契約」，另與投資人簽訂「指定用途信託資金契約」，其中「指定用途信託契約」性質上非信託契約，而近於委任契約，內容係關於銀行受其客戶委託申購由基金公司發行之基金，基金公司關於基金之申轉、轉申購、贖回、諮詢及其他經常性事務之處理之流程及手續所為之約定。「指定用途信託資金契約」，則係投資人居於委託人之地位，將資金信託予銀行所有，而委請受託銀行依其指示代為投資，銀行將該筆資金匯撥至基金公司之保管機構，並以自己名義向基金公司申購，成為基金受益人，再另發給投資人受託銀行本身之信託憑證，表彰投資人之受益權利，亦即於此種銷售模式中，投資人雖為共同基金實質之受益人，但名義上之基金受益人則為受託銀行，受託銀行實質介入共同基金之法律關係，而投資人反而僅僅成為受託銀行之委託人及受益人。

或有論者以為，投資人以指定用途信託資金方式申購基金，雖銀行取代投資人成為基金受益人地位，但銀行依指定用途信託資金契約之約定，對投資人所信託之財產不享有任何運用權限，而應完全依照指定用途信託資金契約中約定之申購共同基金種類及數額辦理，且該信託資金必須於銀行設專戶辦理，共同基金最終且實質之受益權利仍然歸屬於投資人，對投資人權益並無影響，故無進一步與傳統之共同基金三方關係加以區別之必要。但此係著眼於透過獨立帳戶之安排，投資人之信託財產不受銀行營運風險之波及，惟分析而言，銀行於此種銷售模式中，兼有共同基銷售者、指定用途信託資金之受託人及基金受益人之多種角色，傳統共同基金三方關係顯然已不足

以規範，是銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金，除傳統共同基金三方關係以外，受託銀行與投資人間將另經由指定用途信託資金契約之簽訂，而建構起四方關係⁹。

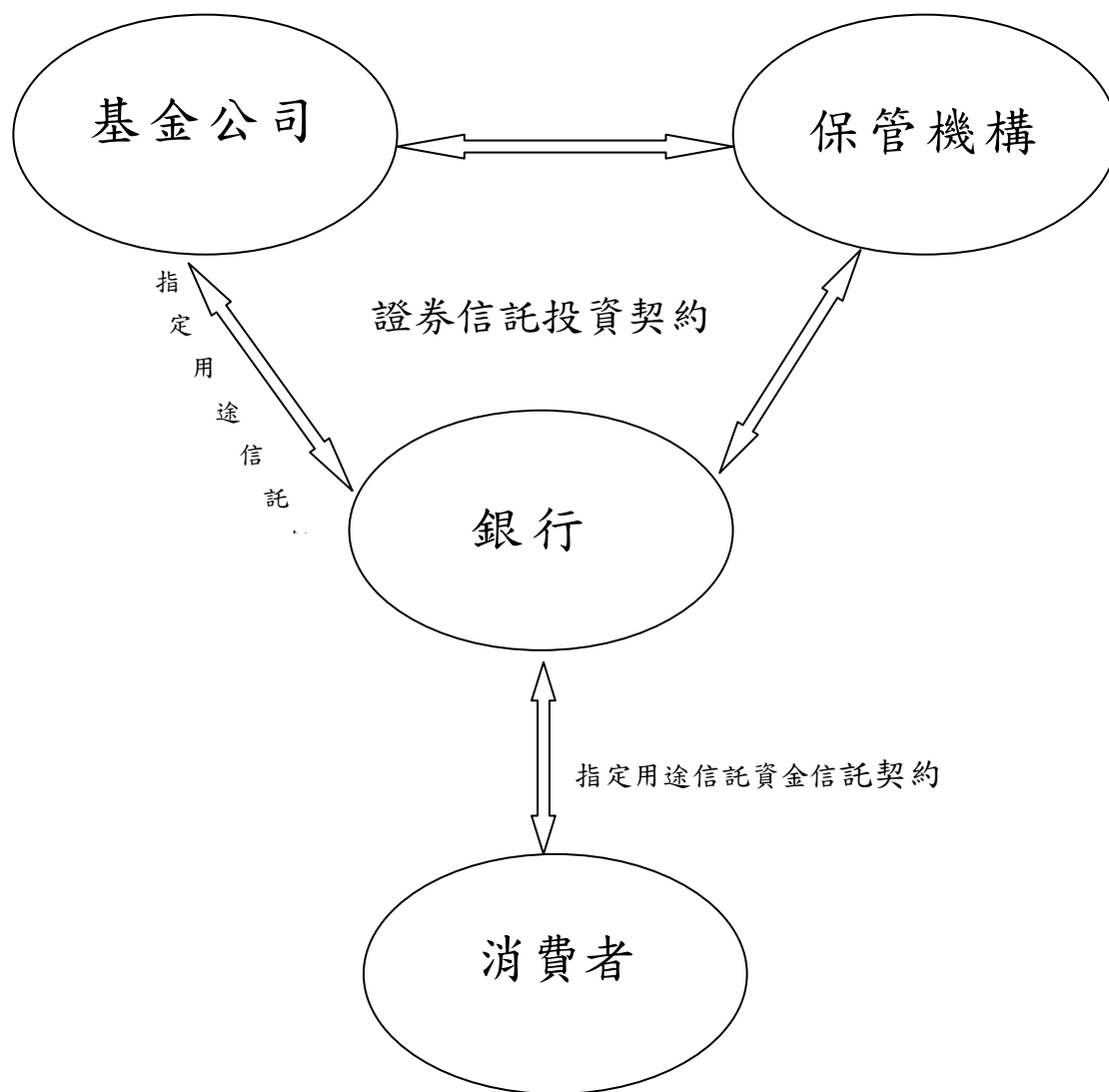
圖 3-1 銀行代銷共同基金之法律關係



資料來源：本文整理

⁹ 謝曉嵐，銀行銷售共同基金之法律關係研究—以銀行責任及消保法之適用為中心，頁 58-59 國立臺灣大學法律學系研究所碩士論文，93 年 4 月。

圖 3-2 銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金之法律關係



資料來源：本文整理

銀行要辦理以指定用途信託資金之方式銷售國內外基金業務，須經財政部核准後始得辦理，且銀行辦理指定用途信託資金業務中，銀行對於信託資金，並無積極管理之權限，而係完全依投資人之指示申購、贖回，亦即受託銀行對於信託財產不負積極管理或處分之義務，為學說所稱之「消極信託」(passive trust)，此類受託人因僅為信託財產之形式上所有人，信託財產之管理及處分權仍屬委託人本身，似不符合我國信託法第一條定義之信託應包括信託財產之移轉及依信託之本旨對信託財產為管理或處分。然因此種信託實質上係屬銀行營業信託之範疇，為符合信託業務實際上發展現實，學者主張此時受託銀行雖負有完全依照委託人或受益人之指示而管理或處分信託財產之義務，仍應解為信託關係¹⁰，而依主管機關頒布之相關法令上，向來亦將指定用途信託資金契約定性為信託契約¹¹。

銀行以純粹代銷方式銷售共同基金，銀行將所收受之投資人申購價款撥至基金公司指定之基金專戶，並將申購書與相關文件彙整後交予基金公司，基金公司再將受益憑證交予投資人，至此，投資人與銀行之銷售關係已告終結，縱日後銀行有代辦贖回手續，解釋上，係投資人支付對價，再行委託銀行代辦贖回手續，與先前銀行銷售共同基金之行為無直接關係，亦即銀行經由此種形式銷售共同基金時，所需履行之注意義務內容僅止於銷售共同基金時應遵守之忠實向基金公司撥交申購價款及轉交申購文件等事宜。至於銀行若以指定用途信託資金方式銷售共同基金時，應依信託法、信託業法及各受託銀行辦理指定用途信託資金投資國內外基金業務應行注意事項等相關法令，以善良管理人之注意處理信託事務，且受託銀行與投資人間屬營業信託性質，受託銀行不得以特約減輕受託銀行之注意義務¹²。惟關於受託銀行之注意義務內容，自不應且不宜採代銷

¹⁰ 賴源河、王志誠，現代信託法論，頁 22-23，五南圖書出版公司，96 年 12 月。

¹¹ 各受託銀行辦理指定用途信託資金投資國內外基金業務應行注意事項第 2 點第 1 項規定：受託銀行辦理本項業務應先與委託人簽訂信託契約。

¹² 信託業法第 22 條第 1 項規定：信託業處理信託事務，應以善良管理人之注意為之，並負忠實義務。各受託銀行辦理指定用途信託資金投資國內外基金業務應行注意事項第 2 點第 2 項：信

形式之狹隘解釋，認僅負買賣基金及分配收益之義務，蓋受託銀行對投資人間雖約定風險自負、盈虧自理，惟受託銀行向基金公司申購基金時，係以受託銀行名義為之，相對地，基金公司亦係以受託銀行為唯一基金受益人，由此觀之，投資人並不得以個人名義對基金公司主張或行使任何權利。再者，受託銀行依指定用途信託資金契約，不僅可向投資人收取「信託手續費」及「贖回手續費」，更按固定年利率收取所謂「信託管理費」¹³，自應承擔相對之受託人義務，否則受託銀行豈非平白收取信託報酬，而脫免受託人應盡之責任。因此，投資人與受託銀行簽訂指定用途信託資金契約之目的既在於投資共同基金，則舉凡以投資為中心，共同基金之受益人所應注意及採取之必要保全權益之作為，均應解釋為受託銀行依指定用途信託資金契約對投資人所應負之注意義務內容。縱使由「消極信託」之觀點出發，認為受託銀行對信託財產之權限，限於依委託人指示投資於指定之標的，在投資人未明確指示應採取之決定與行為前，不負任何義務，惟仍應認銀行就相關涉及保全基金受益人權利之情況，負有通知投資之義務，且於投資人明確指示受託銀行應以基金受益人身分採取必要之保全決定或行為時，亦應善盡受託人之義務為適當之處置，始得謂已盡受託人善良管理人注意義務。

託契約應記載事項第 4 款規定：有關受託銀行應盡善良管理人注意義務、忠實義務等事項。同規定第 3 項禁止記載事項第 2 款規定：不得以其他約定排除信託契約應記載事項之效力。如記載非屬信託財產之債務可與信託財產相互抵銷、強制執行信託財產、受託人責任之排除等。

¹³ 一般指定用途信託資金契約均約定收取信託手續費、信託管理費、轉換手續費，其中信託手續費即每次申購或贖回時，按基金公司所訂之銷售費率收取手續費；信託管理費則按信託資金每年按千分之 2 年費率收取。轉換手續費係每次申請轉換投資時，按每筆收取一定金額之手續費。此外，美國基金還有一種稱為 12b-1 的費用，源自於美國投資公司法第 12 條 b 款，允許基金公司以基金本身之費用支付基金的行銷及廣告成本，每年不得超過基金淨資產價值的 0.25%。

表 3-1 銀行銷售共同基金管道之比較

比較項目	代銷	指定用途信託資金
銷售基金種類	國內基金	國內基金、境外基金
受益人	申購者	銀行
收費方式	申購手續費	申購手續費、贖回手續費、信託管理費
申購限制	單筆新台幣 1 萬元	單筆新台幣 1 萬元以上 定期定額新台幣 3 千元以上
法律義務	匯交申購價款、轉交申購文件	以投資為中心，受益人所應注意與採取之必要保全權益之作為
法律地位	共同基金銷售者	共同基金銷售者及信託事務之受託者

資料來源：本文整理

3.2 網路銀行銷售共同基金之法律責任

銀行銷售共同基金之方式有二，代銷與辦理指定用途信託資金業務，於前者情形，銀行係基於共同基金銷售者之立場，固不待言，而後者，銀行形式上雖係辦理信託業務，實際上仍不脫共同基金銷售者之角色，且如前述，銀行於此種情形，進一步介入共同基金契約三方關係，而架構起消費者、銀行、基金公司、保管機關之四方關係，此時，銀行除了扮演共同基金之銷售者角色外，同時兼為共同基金受益人之受託人，負有善良管理人注意義務管理信託事務。以下試由比較法之觀點，藉外國法制上關於共同基金銷售責任之相關規定之介紹，分析我國法規範上對於銀行銷售共同基金之法律責任之欠缺與不足。

3.2.1 法規範

3.2.1.1 美國法

美國共同基金之類型屬公司型態，多數以公司或商業信託組織行之，公司組織以董事會為經營管理機關，實際公司業務之經營則由董事會授權專門之投資顧問或基金經理人負責。

關於基金公司股份之銷售，主要係透過承銷商為之，承銷基金之證券商大部分為國家證券經紀商協會（National Association of Securities Dealers, NASD）之成員，從事銷售業務時受該協會頒布之規章拘束，其中影響最大者即為 NASD 之行為規則（Conduct Rules）。依據該規則，會員對於向大眾傳佈資訊，應遵守「公平交易及善意」（fair dealing and good faith）原則，即提供大眾評價該基金相關事實之正確資訊。在對顧客進行投資建議前，應先瞭解顧客之財務狀況及持有基金之情況，以確保所建議之投資適合

投資人之地位及投資目標¹⁴。承銷商如刻意推薦低價基金、教唆顧客為超額買賣或超越其財務能力之投資、基於短期投資目的交易共同基金單位，以及偽造、隱瞞、誤導、詐欺等行為，均屬違反公平交易義務之情形，將受到行為規則委員會（District Business Conduct Committees）之制裁¹⁵。此外，承銷商在作投資建議時，若與被推薦基金有特殊利害關係，諸如同屬某一集團、互有合作關係、同時作為基金保管機構等等情形，亦應適當加以揭露。以曾經推薦基金之表現，或基金過去之表現為例示說明時，禁止以此預測基金之未來表現或收益¹⁶；以其他基金產品相比較時，則應為公正平衡之比較，並且揭露投資目的、銷售費用、風險及收益變動等重要資訊之異同。

至於基金公司於發行共同基金前，除必須先將公開說明書（prospectus）送交主管機關審查，確定是否已依法揭露關於基金目標、投資策略、風險、績效、基金經理人及費用等重要訊息，並於投資人申購時，提供予投資人，使投資人能作出適當之投資判斷¹⁷。此外，基金公司所提供之投資資訊，應確保其正確及完整，不得就事實為不實陳述、故意隱瞞或誇大，亦不得提供誤導性資訊，包括欠缺避免誤導之解釋、條件、限制或聲明，對於過去收入與績效之誇大，及對未來績效之明示或暗示性預測，僅強調可得收益，卻刻意忽視風險及相關限制，與其他基金之不當比較等等。至於基金公司常使用之基金之績效排名訊息，為避免混淆或誤導投資大眾，此類資訊必須經由獨立於基金公司與其聯盟事業的排名事業體（Ranking Entity）評定，並清楚標示此排名依據之標準、投資公司數目、投資標的類型、銷售費用之影響等

¹⁴ 此即所謂適合性規則，要求承銷商對顧客推介特定基金產品時，必須具有充足的理由，相信針對顧客提出之財務情形、需求與投資概況，該推介適合顧客。但此並未課與承銷商主動探究顧客資訊與投資目標之義務。

¹⁵ See NASD Conduct Rules.2310 & IM-2310-2, NASD Manual.

¹⁶ *Id.*, 2210[d][2][A]-[N].

¹⁷ 陳文信，共同基金治理制度研究，頁 37-38，私立東吳大學法律學系碩士論文，94 年 7 月。

等¹⁸，如作為基金促銷廣告，應使用至廣告播送前最新一月之資訊，並標示此資訊之來源，並提醒過去績效不代表未來表現¹⁹。

一般而言，承銷商若有違反前述適合性規則時，僅係違反 NASD 所訂定之自律規約，尚不足成為個別顧客請求損害賠償之根據。除非承銷商對顧客所為不實陳述或故意隱瞞之情形，已達詐欺之要件，亦即投資人必須證明該基金不適合投資人之需求、承銷商明知不適合，仍然推介購買、承銷商故意就基金之適合性為不實陳述（或違背忠實義務、未揭露重要資訊）、顧客正當信賴承銷商之詐欺行為等，始得以承銷商違背前開義務，而請求損害賠償。

3.2.1.2 英國法

英國法下稱共同基金為共同投資計畫（Collective Investment Schemes, CIS）。依據英國金融服務暨市場法（Financial Services and Markets Act 2000, FSMA）授權主管機關 FSA（Financial Services Authority, FSA）於 2003 年 6 月就 CIS 制定 CIS Sourcebook，以規範 CIS 之成立與管理²⁰。另 FSA 就金融商品銷售、管理與投資人保護事項另頒布商業行為手冊（Conduct of Business Sourcebook, 簡稱 COB），以統籌規範。根據 COB 規定，CIS 投資事業於推銷共同投資計畫單位（unit）時，應確認顧客已清楚認識投資標的隱含風險²¹，以及依據顧客所表明或事業可得而知之事實，確認該投資適合顧客屬性，並禁止投資

¹⁸ 美國前證管會主席 Arthur Levitt 批評目前共同基金不負責地鼓吹「績效文化」，實際上，基金以往的績效並無法反映未來的表現，根據美國研究顯示，排名前 10% 的基金在 1 年後只有 2 成仍維持在前 10%，見 Arthur Levitt & Paula Dwyer 著，威瑞國譯，散戶至上，頁 66，先覺出版社，92 年。

¹⁹ *Supra* note 15, IM-2210-3.

²⁰ *See* FSMA s. 262[1][a].

²¹ *See* FSA Handbook, Conduct of Business Sourcebook 5.4.3R. & 5.3.5.R.

事業推薦不適宜之包裹式產品²²，如推薦商品為包裹式產品，依據 COB 之地位揭露 (disclosure of polarization status) 規範，於第一次與顧客接洽時，投資事業即應於口頭上表明所為推薦係基於獨立之地位、或受限於同一提供者或同一集團事業所提供之產品，抑或為達成特定投資組合目的²³。嗣後，於營業條款書面上應再次敘明其地位，同時揭露該產品相關之收費標準與金額²⁴。再者，投資事業於顧客完成申購前，應提供投資計畫之書面關鍵特徵 (key features) 文件，表明投資之目的、投資人之義務、投資項目、風險因素，以及收費結構與最終收益之關係表²⁵；除此之外，應以問答集之方式，呈現投資計畫之主要條件 (primary terms) 與任何可協助顧客作成投資決定資訊²⁶。銷售者不得以任何方式，排除或限制依據相關金融規範所負之義務。至於對投資標的收益之預測，COB 中有嚴格規範，任何文件對於未來之預測，應以「示例」(An Example)、「表列」(Tables) 等標題作為區隔，而聲明「該資訊僅為舉例之用，並非最低或最高收益之保證」，並且提醒投資人注意投資風險與匯率風險等因素²⁷。

3.2.1.3 我國法

我國銀行銷售共同基金多以指定用途信託資金之方式為之，是以關於銀行銷售共同基金之相關義務及責任，除應遵循信託法、信託業法、銀行法之相關規定外，銀行並應依「受託銀行辦理『指定用途信託資金投資國內外基金業務』應行注意事項」辦理此項業務，包括不得推薦基金廣告²⁸，即不得於媒體上刊登基金廣告，或類似廣告上具名，或於營業處所張貼海報、公開陳列、

²² *Id.*, 5.3.6R. -5.3.7.R.

²³ *Id.*, 5.1.17R.

²⁴ *Id.*, 5.7.3R.

²⁵ *Id.*, 6.5.13R. & 6.5.31R.

²⁶ *Id.*, 6.5.20R.

²⁷ *Id.*, 6.6.8R. & 6.6.16R.

²⁸ 受託銀行辦理『指定用途信託資金投資國內外基金業務』應行注意事項第 5 點第 3 項。

散發基金資料，更不得舉辦公開說明會等廣告活動。此外，銀行應於各分支機構櫃檯以淺顯易懂及明確方式，具體標示下列事項：

- (1) 基金投資非屬存款保險承保範圍；
- (2) 基金並非存款，投資人需自負盈虧，受託銀行不保本不保息；
- (3) 基金投資具投資風險，此一風險可能使本金發生虧損；
- (4) 基金以往績效不代表未來表現，投資人應慎選投資標的²⁹。

受託以指定用途信託資金投資境外基金，除重收益外，高品質及安全性尤應注意，並應就投資商品之可能收益及風險作平衡之告知，以盡善良管理人之注意，保障信託人之權益。不得有一般性廣告、公開勸誘或代銷境外基金之行為³⁰。顯然地，主管機關要求銀行對於共同基金業務應採取被動消極之角色，而不得以積極推展業務之方式促銷基金，吸引消費者，而係期許銀行居於保護消費者之立場，強調基金之風險，提醒消費者注重基金之高品質與安全性。但隨著國人投資共同基金風氣日益興盛，對基金資訊之取得及諮詢之需求日趨迫切，財政部有鑒於此，乃轉而有條件開放前開限制，即於銀行應客戶之要求，於了解評估客戶之投資知識、經驗、財務狀況與風險承受程度後，得依誠信、謹慎原則從事推介行為³¹。銀行應訂定推介計畫，設置專責研究部門報告，或與證券投資顧問事業簽約取得研究報告，銀行業務人員於充分瞭解相關研究報告後，依推介計畫從事推介行為，惟仍不得直接將投資顧問事業所提供之研究報告等相關資訊，作為向客戶推介之用途³²。而銀行於引用資料不得有不實、虛偽、隱匿或使人誤信之情事，或使用未公開之資訊，亦不得以過去推介結果作為

²⁹ 同前註，第 5 點第 1 項。

³⁰ 金融機構辦理指定用途信託資金投資國外有價證券之種類與範圍第 6 點。

³¹ 銀行辦理指定用途信託資金業務應客戶要求推介外國有價證券作業要點第 1、2 點。

³² 財政部 89 年 11 月 21 日台財融字第 89764140 號函，網址同第二章註 40，最後瀏覽日 95 年 7 月 18 日。

業務之宣傳，或對推介之有價證券為特定之保證。再者，銀行為盡善良受託人之管理人注意義務，應於櫃檯置放經審核之基金資料，以提供投資人參考，並應對資料內容負責³³。

3.2.2 我國立法之缺失

我國銀行銷售共同基金，除了單純代銷外，更常見地，是以指定用途投資信託資金方式銷售共同基金，尤其是關於境外基金之銷售，幾乎消費者均係透過指定用途信託資金之方式申購。銀行作為共同基金代銷機構時，其立於共同基金銷售者之地位，固不待言，惟若銀行以指定用途信託資金之方式銷售共同基金，名義上銀行為消費者之受託人，形式上銀行似乎是辦理信託業務，惟實質上，銀行在辦理指定用途信託資金業務前，必須先和各基金公司簽立指定用途信託契約，約定以指定用途信託資金之方式開辦基金銷售業務，雖銀行係在接受消費者之委託後，始向基金公司申購共同基金，但銀行並非完全被動地受消費者發動，其選擇基金公司簽約、辦理促銷活動、提供促銷廣告，更多時候，銀行是主動地居於中介地位，向消費者銷售共同基金並提供信託服務，是以銀行於此類交易型式中，仍不脫其為共同基金銷售者之角色。

主管機關對於銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金所制定之前開規範，從其內容涉及推介及廣告規範、資訊提供及風險預告等，在方向上與規範銷售共同基金事務相同，顯然主管機關亦不將銀行視為單純之消費者受託人，而係類似共同基金代銷機構之角色。惟再進一步分析比較我國法上關於銀行以指定用途信託資金之方式銷售共同基金之相關法律規範與外國法，我國法顯然有其不足。茲就與投資人權益影響重大之就訊息揭露及銷售責任方面，比較我國法與外國法之差異，闡明我國立法上之缺失，以為將來修法完善之參考。

³³ 財政部 80 年 1 月 30 日台財融字第 801294091 號函，網址同前，最後瀏覽日 95 年 7 月 18 日。

3.2.2.1 訊息揭露之欠缺

3.2.2.1.1 訊息揭露制度

共同基金的訊息揭露制度是指共同基金市場上有關當事人在基金發行和交易等一系列環節中依照法律及監管機關之相關法規一定形式向社會公眾公開發布之有關訊息。依其時程區分，可分為共同基金發行時的訊息揭露及運作的訊息揭露。共同基金訊息揭露在經濟學上之理論基礎包括：市場競爭的不完全性³⁴、訊息不對稱³⁵、市場有效性³⁶等，其對於共同基金市場具有重要意義，其一，維護投資者利益。共同基金市場是一個具有風險性之市場，只有對共同基金之歷史績效和風險狀況、投資方向、資產運作等重要事項揭露於眾，消費者始得判斷基金之投資價值，作出客觀之投資決策。其二，防止共同基金市場中訊息污染。共同基金市場真假訊息混雜，各種謠言瀰漫，造成訊息污染，共同基金揭露制度可以防止各種虛假訊息影響消費者之投資判斷。其三，加強對基金管理人及保管人之監督。共同基金揭露制度可以將共同基金運作狀況呈現於公眾面前，使大眾了解共同基金管理人及保管人之運作績效，有效監督其管理及保管行為。最後，有利於吸引更多資金投入市場。經由訊息揭露制度使廣大消費者可以通過所揭露之訊息，作出正確之投資決策，提昇消費者對共同基金市場之信心，如此才能吸引更多資金進入共同基金市場，健全共同基金市場。

³⁴ 經濟學上完全競爭市場環境下，市場參與者可以公平、公正、公開地參與競爭，真實的價格可以使資源獲得最有效的配置，不充分競爭，會造成市場失靈。

³⁵ 資訊不對稱（asymmetric information）係指交易或交流雙方對某件事的理解不同等，一方所獲知的訊息較另一方為多，或在某一經濟活動中一方對此經濟活動瞭解程度高於另一方，造成競爭不公，資源浪費。

³⁶ 資金配置效率高的證券市場中，價格應完全反映所有可獲得的訊息，市場價格應等於其投資價值。

共同基金訊息揭露制度是為了確保共同基金市場訊息資源分配的均衡性與公平性，維護消費者信心及共同基金市場的秩序。我國銀行在銷售共同基金時，雖有準備由共同基金公司所提供證券投資信託契約及公開說明書等文件供消費者索取，外觀形式上似有遵守訊息揭露制度，但關於與共同基金交易有關訊息及利害關係人地位資訊之揭露，仍普遍存有揭露未達有效標準或欠缺之問題。

3.2.2.1.2 與共同基金交易有關訊息

共同基金應揭露訊息之內容繁多，概括而論，凡與消費者作成投資判斷有關之重要投資訊息均應加以揭露，歸納其揭露應達之標準有³⁷：

1、及時性原則

指向大眾揭露之訊息應當具有最新性，且揭露訊息的時間不得耽擱遲延。前者指揭露的訊息若具有時間的連續性，應持續揭露最新訊息；後者則是指在第一時間及時揭露重要投資訊息。對消費者而言，及時揭露訊息可使其得以作出適時的投資策略調整，避免因訊息獲知不及時而導致投資損失，而對市場監督者而言，及時的訊息揭露可以縮短訊息處於未公開階段，以減少他人利用未公開訊息進行內線交易之機會。

2、準確性原則

指訊息揭露必須正確反映客觀事實，並且具有重要性，此乃對訊息揭露質的要求。亦即訊息揭露

³⁷ 越振華，證券投資基金法律制度研究，頁 239-242，中國法制出版社，2005 年 3 月。

之對象係指與消費者作成投資決策有重要關係之事項，而非任何與共同基金相關之枝微末節訊息均屬之，對消費者而言，重要投資決策訊息之揭露將節省其搜尋過濾有用投資訊息之成本，並促成注意訊息揭露之理性投資習慣之養成。而對基金公司而言，亦有節省揭露成本及保有營業秘密之空間。

3、全面性原則

此乃對訊息揭露量的要求，訊息揭露應包括應揭露之訊息充份而全面的訊息，不得有所欠缺與遺漏。此外，還要求訊息揭露應作到易解性與易得性標準。前者指訊息之揭露方式和使用之術語應盡量作成淺顯易懂，不得過於專業化，以免阻礙了一般消費者的有效理解。後者則要求揭露的訊息內容為一般消費者所能輕易獲取。

4、真實性原則

指訊息必須真實，不得有虛偽記載、誤導或欺騙，使消費者作出正確的投資判斷，增加投資者信心。

以指定用途信託資金方式申購共同基金之消費者雖非我國證券投資信託及顧問法所定義之證券投資信託契約之當事人，但依據之指定用途信託資金契約，實際上風險損益之最終承擔者為消費者，銀行在消費者申購共同基金之流程中，係立於銷售者之角色，關於共同基金之屬性、績效、策略、風險、費用影響權益至鉅之事項，實為消費者於投資前應充分了解，慎重考量評估之因素。英美法上對於共同基金之銷售者，強制其應提供此類文件，且為避免此類文件之內容過於繁瑣，投資人不耐仔細閱讀，甚至進一步要求銷售者應提供經摘錄重要內容之關鍵文

件，並以顯明文字督促投資人注意。相較之下，我國僅規定銀行得提供投資手冊，無明確強制之提供義務，且大部分公開說明書難澀難懂，一般消費者難以閱讀，對於訊息揭露有效標準所要求之前開原則之貫徹，顯然有所不足。再者，為增加消費者申購意願，銷售者常以投資績效，即過去表現、未來預測、或與其他基金之排名、比較，以彰顯特定基金之優異獲利能力。因此類資訊經常係投資決定形成前，最重要、最具關鍵性之因素，為確保其正確及無誤導之虞，自有必要制定嚴密規範加以約束，諸如英美法上對於使用時機、使用方式、內容記載、製作機關均有嚴格規定，反觀我國，僅要求銀行需標示提醒消費者以往績效不代表未來投資表現，並未限制使用資料之來源、標準與時機，訊息揭露制度在我國法上顯然聊備一格，並未發揮其應有之作用，主管機關亦太過忽略此等投資資訊對消費者形成投資決定之影響力。

3.2.2.1.3 利害關係人地位資訊

我國法制中對於銀行銷售共同基金實務，期許銀行居於保護消費者之立場，故而採取原則上禁止推介共同基金，例外始得應客戶之要求推介適合客戶之基金。惟此種立法方式，一方面漠視國人對於共同基金資訊之渴求，再者，要求銀行無視於業務收益之考量，不為任何廣告促銷，亦屬不切實際之奢望；其結果，銀行促銷基金之廣告於基金海報、手冊、郵件、電話、網路上隨時可見，而主管機關對於銀行現實上以廣告促銷基金，難以落實執法，亦即全面禁止基金廣告之管制策略，反而使消費者之權益落入實際上全然未受保護之窘境。甚且，各銀行紛紛設置理財專員強調為客戶提供理財諮詢，為客戶提供基金組合建議、投資規劃，自屬當然，但銀行可能因為與基金公司為同一集團或互有合作關係、較高成數之佣金、同時作為保管機構之收益等等因素，刻意推薦部分基金或特定基金組合，此時推薦之基

金是否適合消費者屬性與目標，大有疑問，若期許銀行因兼有指定用途信託契約之受託人身分，將使利益衝突之風險降低或不存，無異緣木求魚，不切實際。為確保消費者人權益，英美法上要求推薦者揭露與基金之利害關係，讓消費者擁有透明而完整之資料以檢視銀行之推薦地位是否獨立與公平，值得我國修法參考。

3.2.2.2 銷售責任之減輕與免除

我國銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金而與消費者簽訂指定用途信託資金契約，早年經常就其所屬職員之推薦行為，約定排除僱用人責任，此類銀行挾其經營優勢恣意排除或減低者責任之約定，實務上經常被認係違反民法及定型化契約條款之規範而屬無效，銀行認知此點，目前此類約定於定型化契約條款中已不復見，取而代之地，各銀行在指定用途信託資金契約中，經常可發現約定：「銀行其對於發行機構、管理機構、交割機構、保管機構或其他第三人之任何作為或不作為，除受託銀行有故意或重大過失外，不負任何連帶責任或損害賠償責任」，此類約定是否有不當減輕與免除受託銀行之責任，確值進一步加以分析。

受託銀行依指定用途信託資金契約對消費者負有善良管理人之注意義務，亦即以投資共同基金為中心，為維護及保全受益人利益所應注意及採取之必要行為，皆為受託銀行基於善良管理人之注意義務所應涵括注意之事項。若採取狹隘解釋，認為受託銀行僅負買賣及分配收益之義務，則受託銀行不但收取信託手續費及贖回手續費，更按年收取信託管理費，豈非有名實不符之情。是對於第三人之作為或不作為致投資人發生損害時，受託銀行應基於善良管理人之注意義務，採取適當之措施以避免或減少消費者之損害，至少應負有通知消費者相關情事發生之義務，

並應依對專業，就如何保全或救濟提供適當建議，而於消費者有所請求時，受消費者指示作出適當行為或向相關機構主張，始得謂與受託銀行之違背善良管理人之注意義務無違。此時受託銀行所需負擔者，並非其他機構作為或不作為所生損害之賠償責任，而係要求受託銀行於怠於通知或作為之情事時，消費者得對因此所生之損害，依據指定用途信託資金契約請求賠償或請求減免報酬³⁸，從而，與投資風險由消費者自負之觀點而言，亦無違背。是受託銀行以前開定型化契約條款，片面約定其僅對共同基金之發行機構、管理機構、交割機構、保管機構或其他第三人之任何作為或不作為，僅負故意或重大過失責任，無疑減輕其本身之注意義務，對消費者發生重大不利之效果，違反信託法第二十二條、信託業法第二十二條及「各受託銀行辦理『指定用途信託資金投資國內外基金業務』應行注意事項」第二點第三項第二款之規定，其約定應不生效力。惟此類定型化契約條款於送主管機關備查時，卻不見主管機關管制或介入，實屬遺憾。

³⁸ 信託法第 23 條。

第四章 網路銀行銷售共同基金之法律問題

網路銀行銷售共同基金與傳統銀行銷售共同基金最大不同之處，在於交易訊息之傳達係經由網際網路以數位電子訊號為之。此一特殊之交易方式，在實體法上衍生許多新興的法律問題，以下擇其常見者分別討論之。

4.1 電子契約之意思表示

我國法制規定消費者開立網路銀行帳戶前必須親赴銀行辦理傳統實體帳戶之開戶手續，亦即開立網路銀行進行共同基金買賣之消費者，首先必須是符合傳統銀行帳戶開立資格之消費者始得為之，是以關於一般電子契約經常面臨之當事人是否成年而具有完全行為能力之問題，於網路銀行銷售共同基金之情形，反而無特別加以討論之必要。然網路銀行銷售共同基金常見之方式係消費者於網路上直接利用網路銀行之網頁上所預先設定好之選項，以滑鼠點選之方式來締結契約，向來民法關於契約之意思表示等相關規範是否得逕行適用於網路銀行銷售共同基金之電子契約，則不無進一步討論空間。

4.1.1 電子契約之意思表示構成

電子契約既係指透過數位電子信號進行交易之契約，其意思表示之構成及生效與傳統意思表示是否有所不同，分析如下：

4.1.1.1 構成要件

一、主觀要件

依學者分析意思表示之主觀要件包括行為意思、表示意思、法效意思三者¹。行為意思乃指表意人自覺地從事某項行為，如消費者對網路銀行網頁之共同基金選項中，以滑鼠點選之行為。表示意思則係指表意人認識其行為具有某種法律上行為之意義，如消費者認知其至網路銀行網頁點選共同基金選項，具有某種法律行為上之意義。而所謂法效意思又稱效果意思，乃指表意人欲依其表示發生私法上效力之意思，如消費者在網路銀行網頁點選共同基金選項，以單筆十萬元購買某種基金，消費者知其「點選」具有某種法律行為上意義，是為「表示意思」，而以十萬元購買某種基金，則為「法效意思」²。

二、客觀要件

係指表意人將法效意思表示於外部之行為，即客觀上可認表意人在表示某種法律效果意思之行為。其需具有兩種要件，包括表示行為必須基於自由意識而作用，且表示行為須由其行為足以推知內部之法效意思。如消費者在網路銀行之網頁上點選特定基金種類及購買金額，並按下確認鍵，此一連串之行即足以認消費者有申購基金之法效意思及表示行為。

¹ 王澤鑑，民法實例研習—民法總則，頁 269-272，1990 年 9 月 11 月版。

² 有關意思表示之概念，見王澤鑑，民法總則，頁 267-284，民法實例研習叢書第二冊，自版，77 年 9 月 5 日；施啓揚，民法總則，頁 230-232，校訂四版，三民書局，76 年 4 月。

4.1.1.2 生效時期

傳統上將意思表示之生效時期依「對話之意思表示」或「非對話之意思表示」而有不同，網路銀行銷售共同基金與消費者締結之電子契約屬於非對話意思表示。所謂「非對話之意思表示」，依民法第九十五條第一項採「達到主義」，其意思表示以通知達到相對人時發生效力，是電子契約之意思表示發生效力之時期，應以消費者之意思表示達到網路銀行時發生效力。

茲有疑義者在於電子化意思表示之達到應如何認定？關於此問題，我國採用聯合國國際貿易委員會於一九九六年所制定之電子商務模範法（UNCITRAL, MODEL LAW ON ELECTRONIC COMMERCE）第十五條³之規定，於電子簽章法第七條規定判斷資料訊息收受時間之標準為：「電子文件以其進入發文者無法控制資訊系統之時間為發文時間。但當事人另有約定或行政機關另有公告者，從其約定或公告。電子文件以下列時間為其收文時間。但當事人另有約定或行政機關另有公告者，從其約定或公告。一如收文者已指定收受電子文件之資訊系統者，以電子文件進入該資訊系統之時間為收文時間；電子文件如送至非收文者指定之資訊系統者，以收文者取出電子文件之時間為收文時間。二收文者未指定收受電子文件之資訊系統者，以電子文件進入收文者資訊系統之時間為收文時間。」惟此等規定係針對電子簽章電子文件所為規定，對於未採電子簽章技術所締結之其他電子契約是否

³ See Article 15 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, ”(1) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the dispatch of a data message occurs when it enters an information system outside the control of the originator or of the person who sent the data message on behalf of the originator. (2) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, the time of receipt of a data message is determined as follows:(a) if the addressee has designated an information system for the purpose of receiving data messages, receipt occurs: (i) at the time when the data message enters the designated information system; or(ii) if the data message is sent to an information system of the addressee that is not the designated information system, at the time when the data message is retrieved by the addressee;(b) if the addressee has not designated an information system, receipt occurs when the data message enters an information system of the addressee. “

當然亦有適用，不無疑問。依我國司法實務上對傳統非對話意思表示之到達所採取之看法認「所謂達到，係指意思表示到達相對人之支配範圍內，相對人隨時可了解其內容之客觀狀態而言。」⁴「達到係指使相對人已居可了解之地位即為已足，並非須使相對人取得占有，故通知已送達於相對人之居所或營業所者，即為達到，不必交付相對人本人或其代理人，亦不必問相對人之閱讀與否，該通知即可發生意思表示之效力。」⁵依此標準而言，網路銀行網頁係大多設於銀行伺服器主機，則消費者於網路銀行網頁點選共同基金選項而發送電子訊息，該電子訊息將立刻傳送回網路銀行伺服器主機，斯時應可認該意思表示到達網路銀行而生效力。

4.1.2 電子契約之要約與承諾

4.1.2.1 電子要約

一、要約或要約引誘

電子契約之要約係指表意人以締約為目的，以電子信號而為意思表示，其內容得因相對人之承諾而使契約成立。實務上，網路銀行銷售共同基金，係以網頁來展示其所銷售之共同基金相關內容，此種展示方式究屬要約？抑或只是要約之引誘？通說認在網頁所展示之物品或服務係對不特定之上網瀏覽者為之，設置網頁之提供商品者或服務提供者往往仍須檢驗購買者之購買能力或清點庫存，始能決定能否出賣商品或提供服務，是以在網頁上展示商品或服務，尚不構成具有拘束力之要約⁶。此種看法，不因網頁是否直接提供線上交易系統

⁴ 最高法院 58 年台上字第 715 號判例意旨參照。

⁵ 最高法院 54 年台上字第 952 號判例意旨參照。

⁶ 陳自強，民法講義 I 契約之成立與生效，頁 70 以下，學林出版社，2002 年；陳家駿，網路科技與法律，網路與法律研討會專輯，臺灣法學會學報，第 19 輯，頁 55，臺灣法學會編印，1998

而不同，是網路銀行以網頁展示所銷售之共同基金之同時，亦提供線上交易系統供消費者直接購買基金，只能認為網路銀行有意利用新興科技招徠顧客並促使顧客得以即時申購而已，不能認網路銀行有因此而受拘束之意思。另外，部分網路銀行於收到消費者申購通知時，會立即自動傳送回覆一個「確認收到資訊之通知」予傳送之消費者，依其文義而言，既然稱為確認通知書，表示網路銀行用此以確認消費者所傳送之資訊業已送達而已，其性質如同雙掛號信之收信回執一般，並非承諾之意思表示，是以契約仍然尚未成立，必須待網路銀行有進一步之成交表示，電子契約始成立。

二、要約之撤回

電子要約生效後，依我國民法第一百五十四條第一項前段規定，要約人受其拘束。此所稱之拘束力，係指形式拘束力，即要約生效後，其存續期間內，要約人應受其拘束，不得將之撤銷、擴張、限制或變更之效力，學理上稱之為要約之不可撤回性⁷，是以欲對電子要約為撤回，必須要撤回之通知同時或先時到達相對人始得為之（見民法第九十五條第一項後段）。

以消費者經由網路銀行申購共同基金而言，其電子要約係透過網際網路連線直接聯繫到網路銀行之伺服器，即於網路銀行網頁上直接點選而為意思表示，由於

年 11 月 30 日；王吟文，網際網路應用涉及相關法律問題初探，資訊法務透析，頁 29，85 年 12 月；黃茂榮，電子商務契約的一些法律問題，見該書註 50，植根雜誌第 16 卷第 6 期，2000 年 6 月；林瑞珠，論電子契約—以電子簽章法與民法之適用問題為核心，台北大學法學論叢第 55 期，頁 204 以下，2004 年 12 月；張啓祥，同第二章註 43，頁 75。亦有少數持要約說之見解，見陳汝吟，論網際網路上電子契約之法規範暨消費者保護，頁 65，國立中興大學法律學系研究所碩士論文，1999 年 6 月。

⁷ 要約另有實質拘束力，即要約一經相對人承諾後，契約即為成立之效力，學者稱之為承諾能力或承諾之適格。見邱聰智，民法債編通則，修訂五版，頁 39-40，輔仁大學法學叢書，80 年 9 月。林誠二，民法債編總論體系化解說上，頁 98，瑞興圖書股份有限公司，89 年 9 月。

網路交易之即時性，幾乎是消費者點選而發出訊息之後的同時就已到達網路銀行，因此其撤回之通知要先於傳遞在先之要約或同時到達，在技術上幾乎是不可能的。然在兼顧網路銀行權益保障之同時，電子要約之撤回仍有其存在之空間，惟如固守傳統民法之規定，將使電子要約之撤回毫無適用之餘地，尤以預約交易，益屬顯然。財政部於民國九十五年六月五日修正發布之「個人網路銀行業務服務定型化契約範本」第七條第一項規定：「電子訊息係由銀行電腦自動處理，客戶發出電子訊息傳送至銀行後即不得撤回、撤銷或修改。但未到期之預約交易在銀行規定之期限內，得撤回、撤銷或修改。」是以消費者與網路銀行簽訂之服務定型化契約若將前開規定納入，則消費者就預約之共同基金交易，自得於網路銀行規定之期限內撤回其要約。

4.1.2.2 電子承諾

民法第一百六十一條規定：「依習慣或依事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實者時，其契約為成立。」，此即為意思實現。消費者點選網路銀行網頁發出電子要約申購共同基金後，網路銀行通常不對消費者另為承諾之意思表示，而係於約定之扣款日自消費者開立之帳戶為扣款以向基金公司申購特定基金，是網路銀行所為扣款之行為即屬意思實現，斯時契約成立。

4.1.3 電子契約意思表示錯誤

電子契約因相互之意思表示合致而成立，而當事人之意思表示若有不一致之情形，包括故意不一致即虛偽意思表示，或偶然不一致即錯誤之情形，前者又可分為單獨虛偽意思表示及通謀虛偽意思表示，以網路銀行銷售共同基金而與消費者訂立電子契約而言，作為當事人一方之網路銀行，應無與消費者通

謀虛偽意思表示之可能，至消費者單獨虛偽意思表示之心中保留，依我國民法第八十六條規定，原則上採表示主義，其意思表示不因之無效，則於意思表示故意不一致之情形，法律效果明確，茲不贅述。至於意思表示偶然不一致即錯誤之情形，在電子契約中因電子訊息大多經由滑鼠或按鍵進行，較之傳統之書面方式交易，發生錯誤之可能性更高，於此情形，與傳統錯誤之適用法律有無不同，值得進一步探究。

4.1.3.1 錯誤

依民法第八十八條規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其情事即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。當事人之資格，或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容錯誤。」，即包括意思表示內容錯誤及表示行為錯誤。至於表意人在意思表示形成過程中對於其決定某特定內容意思表示具有重要性之事實認識不正確之動機錯誤，並非為錯誤，依前開規定原則上係不得主張撤銷⁸。

消費者向網路銀行申購共同基金，係直接於網路銀行之網頁上點選而為意思表示，同樣也可能發生意表示內容錯誤或表示行為錯誤之情形，前者如網頁上對於基金之說明不清楚致消費者誤認基金，或基金未標示幣別，致消費者誤認幣別為新台幣；後者如將申購金額誤打等之情形。此時消費者欲依民法第八十八條主張撤銷，必須該錯誤非出於消費者自己之過失所致始得為之。

值得參考的是，美國法基於保護消費者之立場出發，對於電子錯誤定有詳細之規定，於一九九九年之「統一電腦資訊交易法」(Uniform Computer Information Transactions

⁸ 臺灣高等法院 87 年抗字第 630 號裁定意旨參照。

Act, UCITA)⁹第二一四條規定：電子錯誤係指消費者使用資訊處理系統而發生之電子資訊錯誤，而該系統並未提供正常合理之方法加以偵測、更正或避免錯誤。而消費者在自動化交易中，因電子錯誤而發出消費者所不意欲之電子資訊時，若消費者得知錯誤後立即告知他當事人，同時將其所接獲由他方當事人傳送之資訊交還他方當事人，或根據指示交付予第三人或銷毀資訊之全部重製物，且消費者並未使用該資訊，且未自該資訊得到利益或價值，亦未使第三人獲得該資訊或利益時，則消費者可抗辯不受該電子資訊之拘束¹⁰。而所謂提供偵測、更正及避免錯誤方法，如於消費者點選而為意思表示時，提供確認視框，讓消費者於送出资訊之前可以加以確認；或是於收到消費者傳送之電子資訊後，傳送受信確認，讓消費者可以再次確認所傳送之電子資訊內容。以目前實務上網路銀行之作法，大多採用前一方式，即於消費者點選申購、贖回基金時，會先顯示確認視框，讓消費者再次確認其電子資訊之內容確屬無誤後始行傳送，是以消費者於此情形下，欲舉證自己對於電子資訊錯誤之發生無過失而撤銷該電子資訊，實際上並不容易。

⁹ 為因應電子商務之興起，美國統一州法委員會全國會議（National Conference of Commissioners on Uniform State Law, NCCUSL）開始修訂統一商法典（Uniform Commercial Code, UCC）第2篇，鑑於電子商務規範有獨立出來規範之必要性，乃於1999年將之更名為統一電腦資訊交易法（UCITA），其適用對象限於電腦軟體或資料的授權等電腦資訊交易。

¹⁰ See Section 214 of UCITA, ” (a) :In this section, ”electronic error” means an error in an electronic message created by a consumer using an information processing system if a reasonable method to detect and correct or avoid the error was not provided. (b):In an automated transaction, a consumer is not bound by an electronic message that the consumer did not intend and which was caused by an electronic error, if the consumer: (1) promptly on learning of the error; (A) notifies the other party of the error; and (B) cause delivery to the other party or, pursuant to reasonable instructions received from the other party, delivers to another person or destroys all copies of the information; and (2) has not used, or received any benefit or value from, the information or caused the information or benefit to be made available to a third party.”

4.1.3.2 誤傳

民法第八十九條規定：「意思表示，因傳達人或傳達機關傳達不實者，得比照前條之規定撤銷之。」在電子契約中，利用電腦設備傳送訊息若發生電腦系統傳達錯誤時，雖有認為傳統之傳達機關為獨立、有思想、行動能力之個體，非表意人所得完全操控，而電子契約之傳達機關則為電腦系統，係由表意人所裝置、操控、使用，自不得將電腦系統認屬前開法條所指之傳達機關，而應認係表意人表示行為發生錯誤，應回歸民法第八十八條加以適用¹¹。但通說認電腦系統之傳達錯誤，仍認得依前開規定主張撤銷，不論如何，兩者於適用結果上並無不同。

4.1.4 電子訊息傳遞遲延

消費者透過網路銀行買賣共同基金之誘因之一，在於網路銀行即時性之特性，是若提供連線服務之 ISP 業者之伺服器主機或網路銀行之伺服器主機發生故障，造成電子訊息無法即時傳送而有遲延之情形，消費者能否對 ISP 業者或網路銀行主張其權利，以下分別論述：

4.1.4.1 ISP 業者責任

消費者經由 ISP 業者提供網路連線服務而連結至網路銀行伺服器主機以進行交易，而網路銀行亦有經由 ISP 業者與客戶連線，傳送最新金融資訊或交易明細，是若 ISP 業者之伺服器主機發生故障，連線中斷或無法連線，對於消費者或網路銀行之權益自然有所影響。

ISP 業者與使用者間之法律關係通常為有償契約，且提

¹¹ 陳汝吟，同註 6，頁 64。

供連線服務係 ISP 業者本身之主要契約義務，ISP 業者對其提供連線服務之電腦設備亦通常具備障礙排除能力，是應容許消費者依民法第四百九十四條、第四百九十五條之規定，請求終止契約、減少報酬及請求損害賠償，但應注意的是消費者若欲主張因 ISP 業者無法提供連線或連線中斷，導致其無法進行基金交易，取得預期之利益而受有損害，因消費者就無法連線與預期基金交易利得無法獲得間之因果關係，在舉證上殊難成立，是以消費者欲就此部分損害向 ISP 業者求償，並非易事。

又如 ISP 業者無法提供連線或連線中斷之原因係出於電信機線設備障礙、阻斷，以致發生遲滯、中斷或不能傳遞而造成損害，ISP 業者能否主張適用電信法第二十三條規定：「用戶使用電信事業之電信機線設備，因電信機線設備障礙、阻斷，以致發生錯誤、遲滯、中斷或不能傳遞而造成損害時，其所生損害，電信事業不負賠償責任，但應扣減所收之費用。」，主張免責，目前仍有爭論¹²，或有論者認依同法第十一條之定義，限於第一類電信業者即設置電信機線設備，提供電信服務之事業，始有前開規定之適用。而 ISP 業者提供連線服務之電腦伺服器等設備與第一類電信業者之定義並不相同，無適用之餘地。惟探究電信法第二十三條立法意旨在於第一類電信業者負責基礎電信設施之架設，負有普及電信之任務，若要求第一類電信業者對法條所稱之損害負責，將使第一類電信業者將該賠償金轉嫁至電信基本費，而增加消費者之負擔，降低電信普及率。對照以觀，ISP 業者所提供之連線服務雖非基礎電信設施，但依目前科技發展趨勢，日後連線上網設備將成為家家戶戶必備之標準設備，是 ISP 業者亦有提供廉價連線服務以增加普及率之問題，故應容許 ISP 業者類推適用電信法第二十三條之規定或經由契約之約定，使其免除此部分之損害賠償責任。

¹² 黃三榮，網際網路服務業及其所面臨法律問題，萬國法律，88 期，頁 67-68，85 年 8 月。

4.1.4.2 網路銀行責任

實務上網路銀行對於其伺服器主機發生故障，使消費者無法連線進行基金交易或交易中斷之情形，均透過契約條款之約定以決定其責任歸屬。亦即網路銀行與消費者在簽訂定型化契約條款時約定：網路銀行對於遇有不可抗力或不可歸責於網路銀行之事由，致消費者之指示遲延或無法完成交易時，網路銀行不負任何責任¹³；網路銀行本身伺服器故障而無法以電腦網路交易服務時，消費者應改以電話語音服務，或親至銀行各分行辦理所需之交易及相關事項。此等約定形式上似有減輕網路銀行責任之虞，惟相對地亦有鼓勵銀行提供網路銀行服務，使消費者得以選擇及享受各銀行所提供網路銀行服務，以兩者利益權衡而論，尚難認此等約定顯失公平。

4.2 網路安全-駭客盜用或冒用問題

網路傳輸資料的安全為從事網路商業行為之基礎，一個安全的網路環境應包括：安全且可靠的電子資訊傳輸網路、有效保護網路上資訊系統、提供認證及確保隱密性之有效方法以防止他人未獲授權使用網路上資料、消費者能正確且安全地操作網路系統等要素，除了最後一項消費者可經由適當之教育及訓練而養成外，其餘各項均非消費者所得掌握，尤其以目前許多線上傳輸之管制均相當鬆散之情況下，許多消費者出於對電子交易安全性之擔憂而始終拒絕使

¹³ 如中國信託商業銀行之電話語音暨電腦網路委託辦理指定用途信託資金投資國內外有價證券約定書第3條約定：委託人以電腦網路或電話語音指示有價證券之申購、贖回、轉換或異動時，應於受託人營業時間內為之，若遇不可抗力或非可歸責於受託人之因素，如斷電、斷線、網路傳輸干擾、電信壅塞、第三人破壞等，致使交易或其他指示遲延或無法完成者，同意由受託人全權處理之，但受託人不負任何責任。第4條第2項約定：因前條或前項（指電腦系統暫停）相關障礙事由等因素，致委託無法辦理本電腦網路交易服務時，得改以電話語音服務，或親至受託人各分行處辦理所需之交易及相關事項。

用網路銀行交易。為提昇消費者使用網路銀行交易之意願，對於駭客入侵，盜用消費者之帳號及密碼與網路銀行進行交易造成消費者之損害，究應由網路銀行、消費者或 ISP 業者來承擔，實有加以討論之必要。

表 4-1 網路銀行、信用卡與實體 ATM 交易安全性比較

項目 \ 付款方式	網路銀行	實體 ATM	信用卡
主要使用風險	須防堵木馬程式 / 駭客盜用	監拍密碼	側錄卡號、盜刷
交易依據	密碼、帳號、金融憑證	密碼、提款卡	簽名、信用卡
付款便利性	24 小時	需至各 ATM 據點	須商家設刷卡機
同帳戶單筆最高限額 (非約定帳戶)	5 萬元	3 萬元	依信用額度而定
同帳戶單日最高限額 (非約定帳戶)	10 萬元	3 萬元	依信用額度而定

資料來源：蘋果日報 96 年 1 月 2 日 B3 版。

4.2.1 類型與防範措施

4.2.1.1 類型

一、技術型

此類為最常見也是最典型的駭客手法，指利用存在於各類電腦系統上的軟體或硬體弱點來入侵電腦，以技術破解消費者在網路銀行之帳號及密碼以詐領金錢。

(一) 案例¹⁴

邱某自民國九十年四月間某日起，多次至臺北縣永和市住處附近不特定之網路咖啡廳，透過網際網路連結至網址為 <http://www.ca.taica.com.tw> 之臺灣網路認證股份有限公司，進入該公司提供金融電子資料交換 (FEDI)¹⁵ 之網頁，點選「以交易夥伴中文名稱索取憑證」之欄位，連續取得數已申請金融 EDI 憑證之公司及個人帳戶之安全代碼及身分證字號、數位金融憑證等，邱某又在其住處附近之數網路咖啡廳，透過網際網路，至中國國際商業銀行 (下稱中國商銀)¹⁶

¹⁴ 案例事實參考臺灣臺北地方法院檢察署 90 年度偵字第 9878 號起訴書及臺灣臺北地方法院 90 年度訴字第 693 號刑事判決。

¹⁵ 金融電子資料交換 (FEDI, Financial Electronic Data Interchange)，指透過約定通訊協定的標準與資料格式，以電子化傳遞方式進行企業或個人金融服務的作業介面，企業或個人透過電腦連接金融機構專線或金融增值網路，讓雙方電腦能夠自動為資料交換、處理及做出適當回應之機制，取得該經一定公信力機構所核發金融憑證資以辨識交易對象之身份，始能夠透過網路直接從事資金調撥、使用電子錢包、繳稅、繳費和轉帳及為金融資訊文件傳輸、交換等金融服務)、系統用戶註冊及(數位)憑證簽發之服務，客戶僅需至該網站，下載認證軟體並予安裝後，即能取得已申請金融 EDI (數位)憑證 (Electronic Data Interchange Certificate Authority; 即 CA)。

¹⁶ 中國國際商業銀行與交通銀行以於 95 年 8 月 21 日正式合併，並更名為兆豐國際商業銀行，該銀行原來網址 <http://www.icbc.com.tw> 亦已更改為 <http://www.megabank.com.tw>。本案例所討論之網站係指該行以前之 <http://www.icbc.com.tw> 網址所代表之網站。

所架設，網址為 <http://netbank.icbc.com.tw> 之網路銀行網頁，使用網路認證公司網站取得之客戶公司名稱、營利事業統一編號、個人姓名、身分證字號等資料，在帳號（使用者代號）及密碼欄均循序輸入○○○○至九九九九之相同四位數字逐一測試，知悉七十四組中國國際商銀帳戶之使用者代號及密碼，且登入遭測試成功客戶之中國國際商銀網路銀行之個人存戶頁面，再進入「存款明細查詢」、「歸戶存款餘額查詢」、「客戶申請網路銀行服務項目查詢」選單，取得該帳戶之使用者代號、身分證字號、相關開戶資料及存款餘額等資料，並將該資料抄錄在其所有之筆記簿中。

邱某再進入中國國際商銀、臺新銀行、世華銀行、華信銀行等網路銀行網頁，將前揭手段取得自然人及法人之帳號、營利事業登記證號碼、身分證號碼、銀行通行密碼等資料進行測試，如成功即偽冒帳戶開立者之身分登入該網路銀行，並透過已登入之帳號，顯示該帳戶之轉帳明細，且複製該帳戶可能亦為其他銀行開戶帳號之帳號，進入財金資訊股份有限公司網頁之「自動提款機跨行轉帳金融機構代號一覽表」欄位查詢，查知該帳戶之所開設之銀行別，再進入該銀行所架設之網路銀行網頁，以前開測試所得之使用者代號及密碼進行測試，若成功登入，且該帳戶業已申請該銀行之網路銀行轉帳服務，即將該帳戶之銀行存款透過網路銀行轉帳之方式，對提供網路銀行金融服務之金融業者以此不正方法將不正指令輸入電腦，製作馬○○、陳○○等人及相關金融業者行庫財產權之得喪、變更紀錄，而將馬○○、陳○○等人之銀行存款，分批轉帳至邱某以洪○○、彭○○、游○○等人名義開設之銀行帳戶。

邱某再使用開戶銀行所核發詐得之金融卡，多次至銀行所設自動櫃員機等自動付款設備輸入密碼之不

正方法提領現金，使相關行庫陷於錯誤，交付如數之現金而取得他人之財產，並以此隱匿因自己常業詐欺之重大犯罪所得財物方式洗錢¹⁷。又邱某使用前述方式得知馬○○所有中國國際商銀之使用者代號及密碼後，將馬○○之中國國際商銀帳戶之密碼由七七七七號變更為七七七八號，目的使馬○○欲使用之電腦登入其中國國際商銀帳戶時，因密碼業遭更易，無法進入中國國際商銀之網站，須親自至上開銀行辦理重新設定密碼相關手續，始能重新登入上開銀行之網頁及為其他電磁紀錄之處理，藉以拖延馬○○進入上開網頁查對存款餘額之時間，以供其大肆盜領馬○○之存款，干擾馬○○及中國國際商銀之電腦主機為電磁紀錄之處理。另又持變造彭○○之身分證，偽彭○○名義，至臺新銀行板橋分行開設活儲帳戶，並約定申辦啟用電話理財服務（即電話銀行），設定啟用電話銀行密碼，得經過該銀行（電腦）自動化語音或專員服務之方式，經由電話輸入特定號碼（即訊號）指示為資金調撥、繳稅、繳費和轉帳等金融服務，且一旦經臺新銀行同意啟用電話銀行服務，凡是以彭○○名義，在臺新銀行所開立之任何帳戶，均得經電話銀行服務

¹⁷ 洗錢者，係指從事不法活動或非法交易之人，將其不法資金透過金融或非金融等中介機構之運作，掩飾其不法來源或本質，切斷資金與當初不法行為之關連性，藉以規避司法等有關單位之循線追查，達到將不法資金合法化目的之行為。一般而言，洗錢可分為置放、移轉分配及整合等三個步驟加以觀察，所謂置放者，係將犯罪所得存於銀行等金融機構中；又所謂移轉分配者，係指將此不法所得，經過一連串複雜之交易過程，使其盡可能與犯罪所得來源分離；至整合者，係指最後將被清洗之資金宜置於合法之資金當中，切斷與非法資金之臍帶關係，使試圖要確認其與原始非法資金之關係顯得非常困難，即使該筆資產復歸金融體系，並使該筆資金觀之與一般商業收入無異。本件歹徒邱某使用網路咖啡廳之公眾得使用之上網設備，利用銀行等金融機構所架設網頁相互間揭露存戶個人資訊間之差異，取得存戶設定帳號、使用者代碼及密碼之習慣，再將所得資訊輸入其他網路銀行網頁逐一測試，擴大其蒐得特定存戶各銀行之帳號、存款數額範圍，再以網路銀行及電話銀行轉帳極其便利性之特點，對網路銀行、電話銀行之電腦系統輸入不正指令大肆製作財產權之得喪、變更紀錄，干擾金資電腦系統使移轉分配，再利用自動櫃員機結合金資電腦系統之特性，將虛偽資料及不正指令輸入電腦及其相關設備，整合至其冒用彭○○、游○○等人名義所申請之銀行人頭帳戶提款，以掩飾其犯罪所得財物及途徑，藉以規避刑事追訴，具備上述置放、移轉分配及整合等三個步驟，參諸前揭說明，其犯行當屬洗錢行為。

自由轉帳，是彭○○設於該銀行北臺中分行帳戶內之存款，亦能經電話銀行服務直接轉帳至同銀行板橋分行；是臺新銀行北臺中分行彭○○名義之活儲帳戶，雖為彭○○本人至該行庫辦理開戶，惟邱某持變造彭○○名義之身分證及印鑑至臺新銀行板橋分行另行開設活儲帳戶，並設定電話銀行密碼，仍得經電話銀行服務自由轉帳彭○○設於該銀行北臺中分行帳戶內之存款至同銀行板橋分行由邱某所控管之帳戶內。邱某即利用此金融控管之嚴重漏洞，於民國九十年四月二十二日，自彭○○上開設於臺新銀行北臺中分行之活儲帳戶，透過按鍵式電話撥接進入臺新銀行之電話理財服務系統（即電話銀行系統、金資電腦系統），使用電話輸入彭○○之帳號、密碼，將彭○○設於臺新銀行北臺中分行活儲帳戶內之存款悉數轉入其所冒名開立之帳戶。甚至將其以前述方式取得之被害人使用者代號、密碼等資料，經由網路銀行轉帳系統，將贓款轉入彭○○本人開立之臺新銀行臺中分行帳戶，再透過上開電話銀行之轉帳系統，將彭○○設於臺新銀行北臺中分行活儲帳戶內之贓款轉帳至同銀行板橋分行其偽以彭○○名義開立之帳戶，再持臺新銀行板橋分行核發之提款卡，至不特定自動櫃員機輸入密碼，以此不正方法由自動付款設備提領取得上開臺新銀行板橋分行活儲帳戶內轉帳所得之贓款現金。

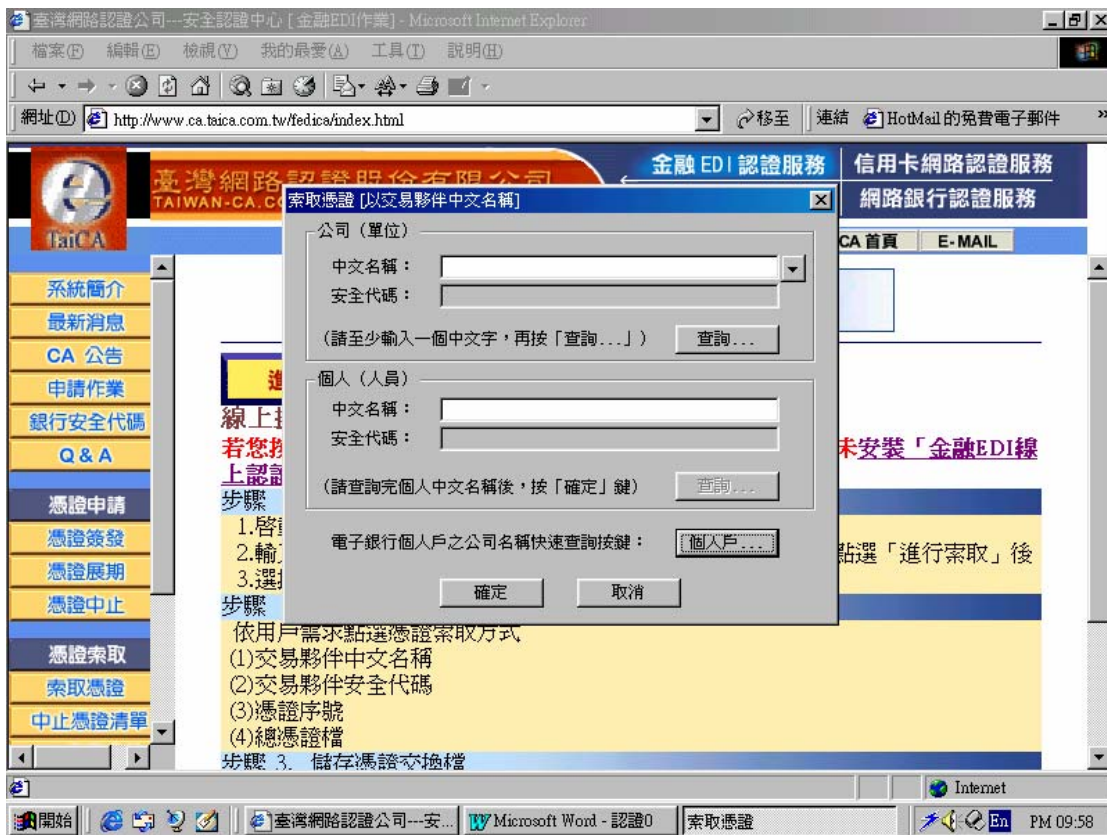
本案經檢察官提起公訴後，臺北地方法院審理後，認為邱某以犯洗錢之罪為常業，判處有期徒刑三年六月¹⁸。

（二）邱某犯罪手法圖示¹⁹

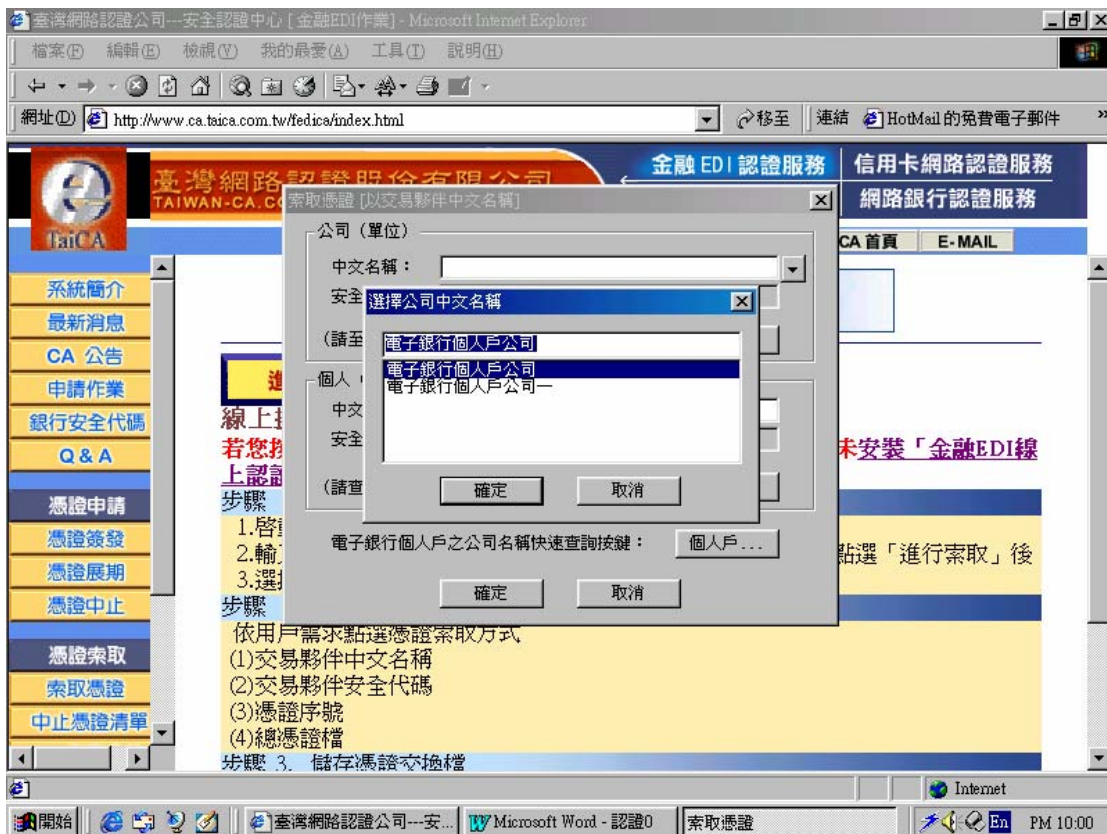
¹⁸ 臺灣臺北地方法院 90 年度訴字第 693 號刑事判決參照。

¹⁹ 詳細電腦操作流程見前註之刑事判決之附錄圖示共 30 頁。

圖 4-1

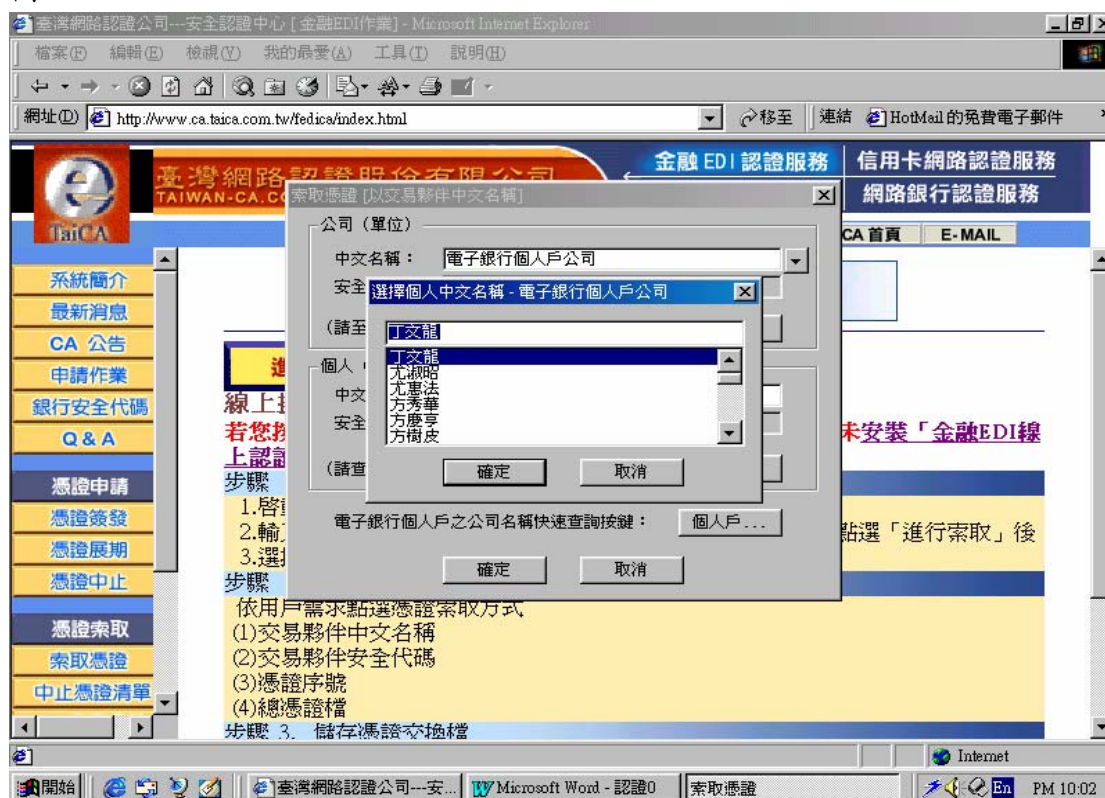


在電子銀行個人戶之公司快速查詢案件按下『個人戶...』

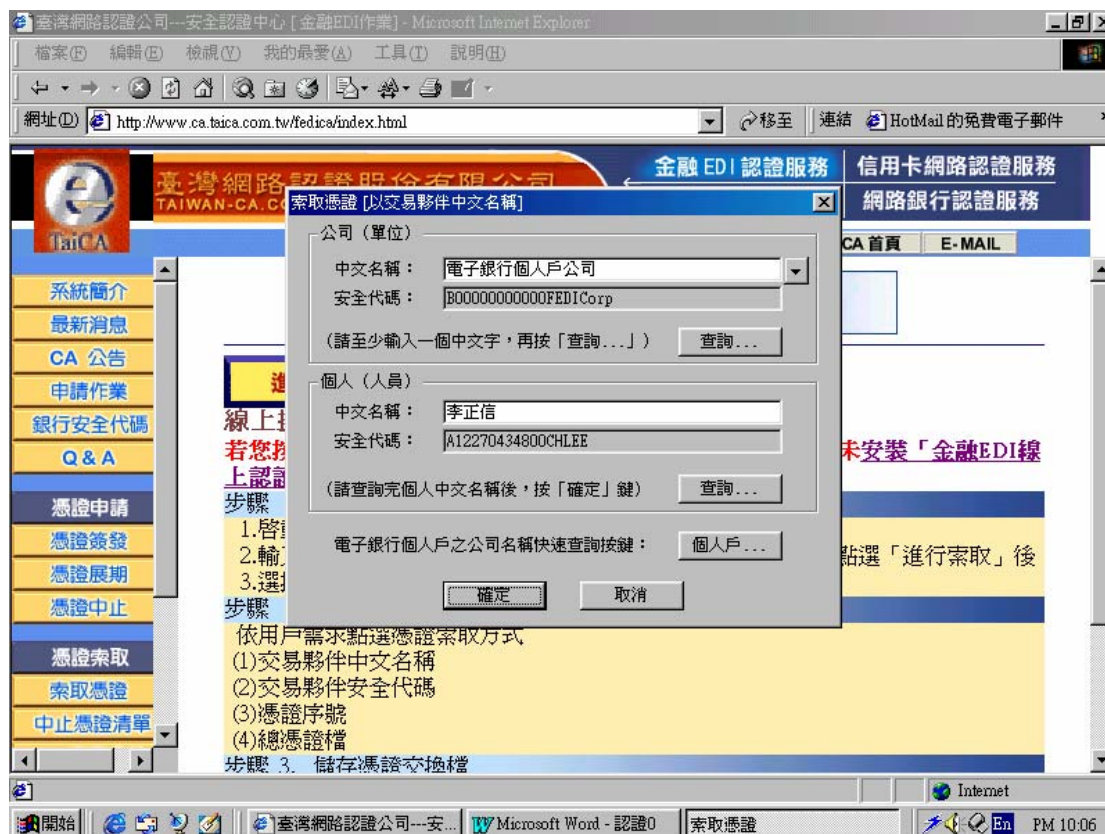


電腦顯示選擇公司中文名稱，選擇『電子銀行個人戶公司』按確定

圖 4-2

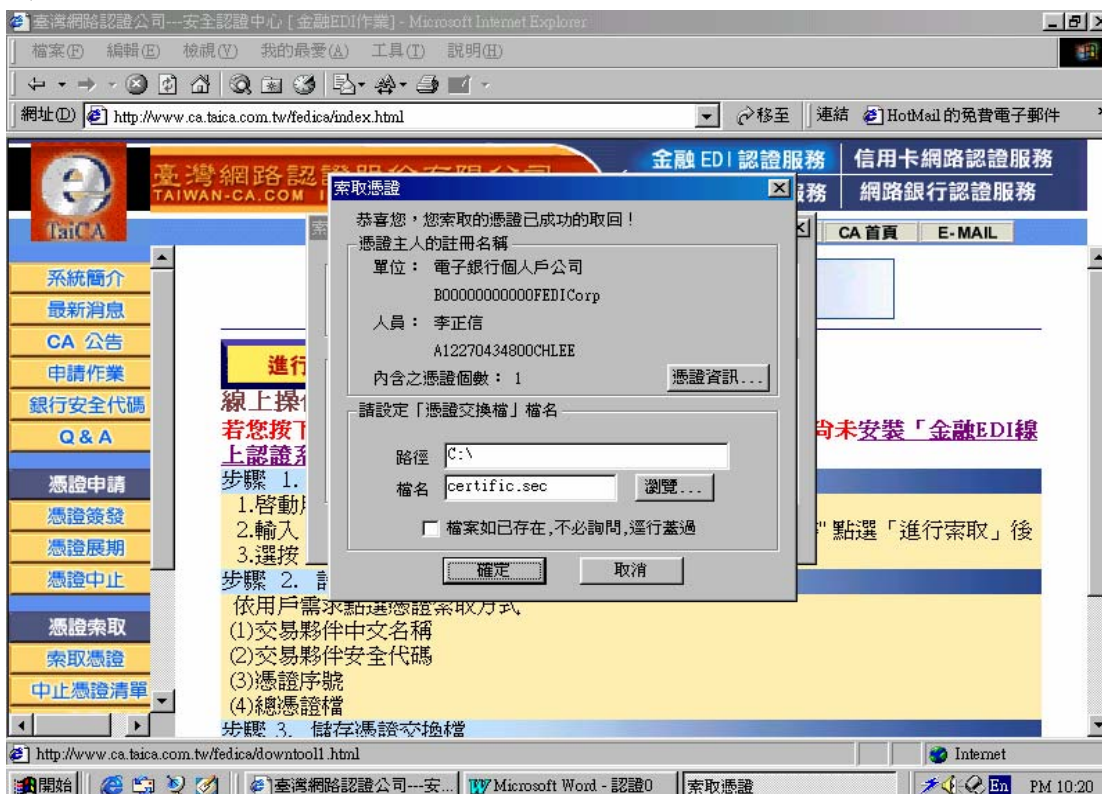


出現「選擇個人中文名稱 - 電子銀行個人戶公司」及加入此群組之客戶名稱

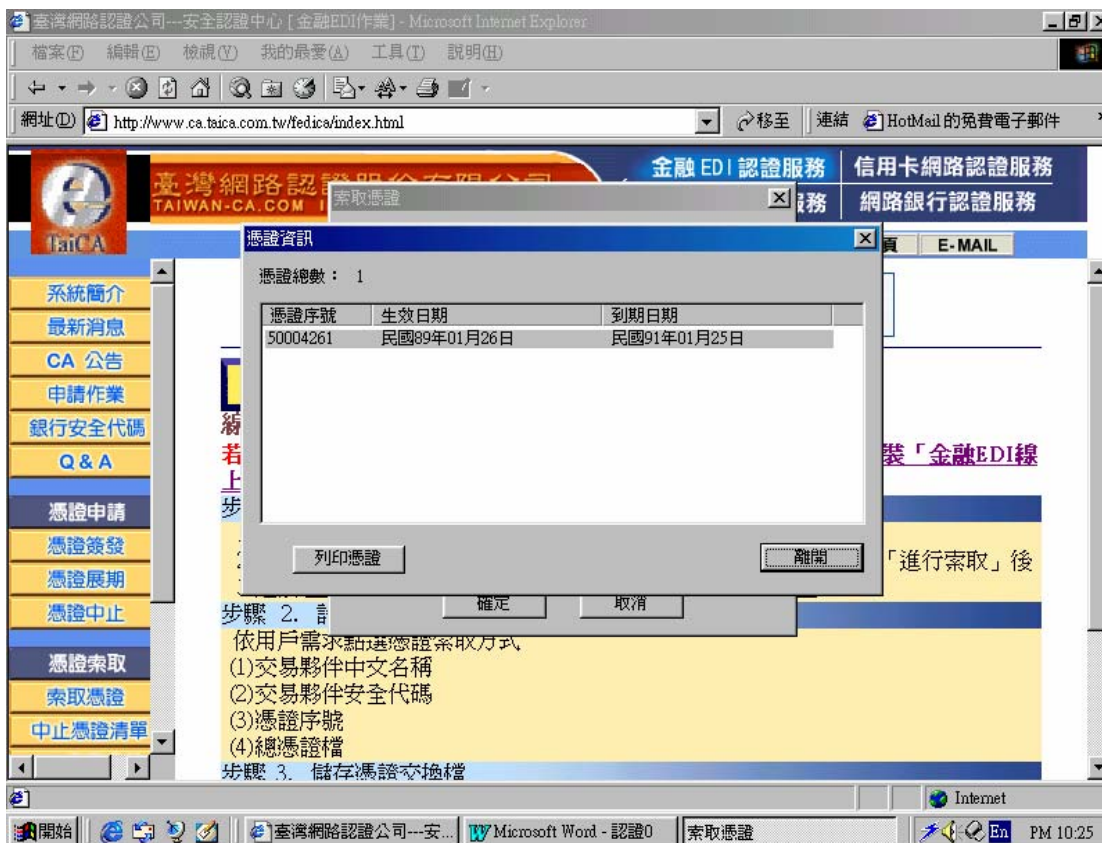


任意選擇客戶李正信，即顯示個人（人員）安全代碼 A12270434800CHLEE 其中 A122704348 確為李正信之身分證號碼 CHLEE 疑為李正信英文名稱簡稱

圖 4-3

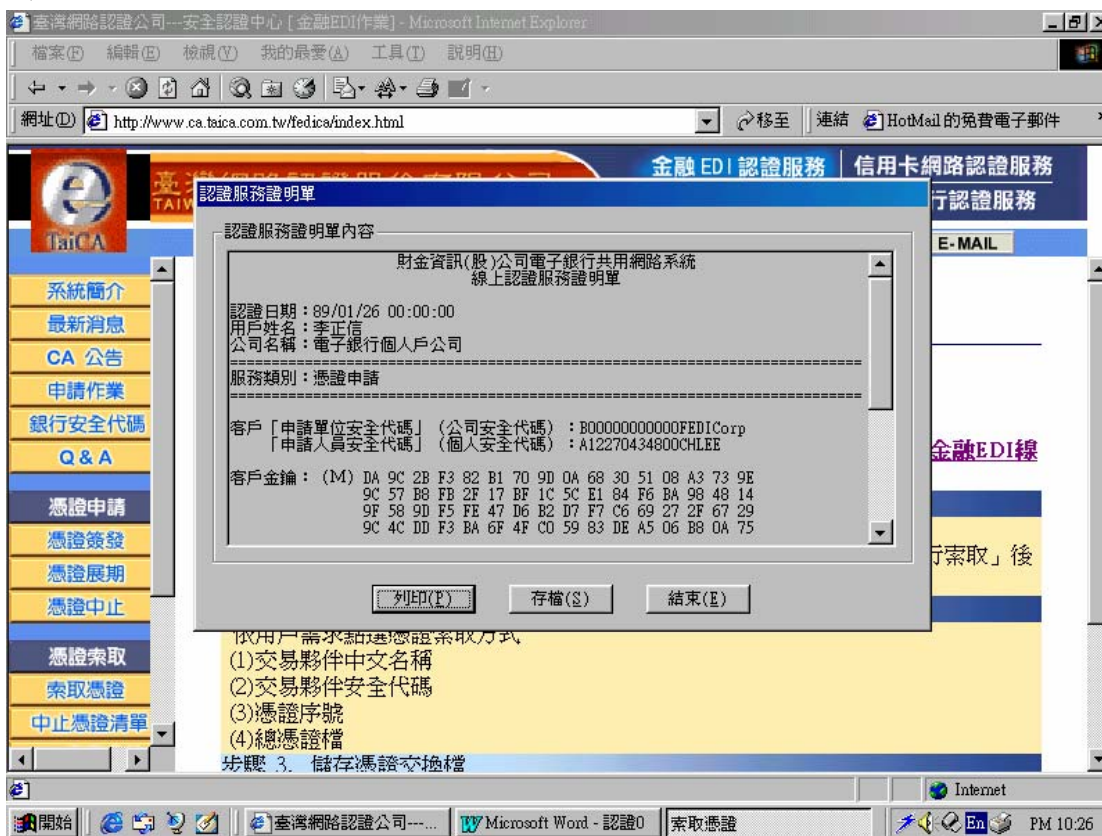


按下確定後，經過系統回傳即取得李正信之數位憑證及「憑證交換檔」，按下「憑證資訊」

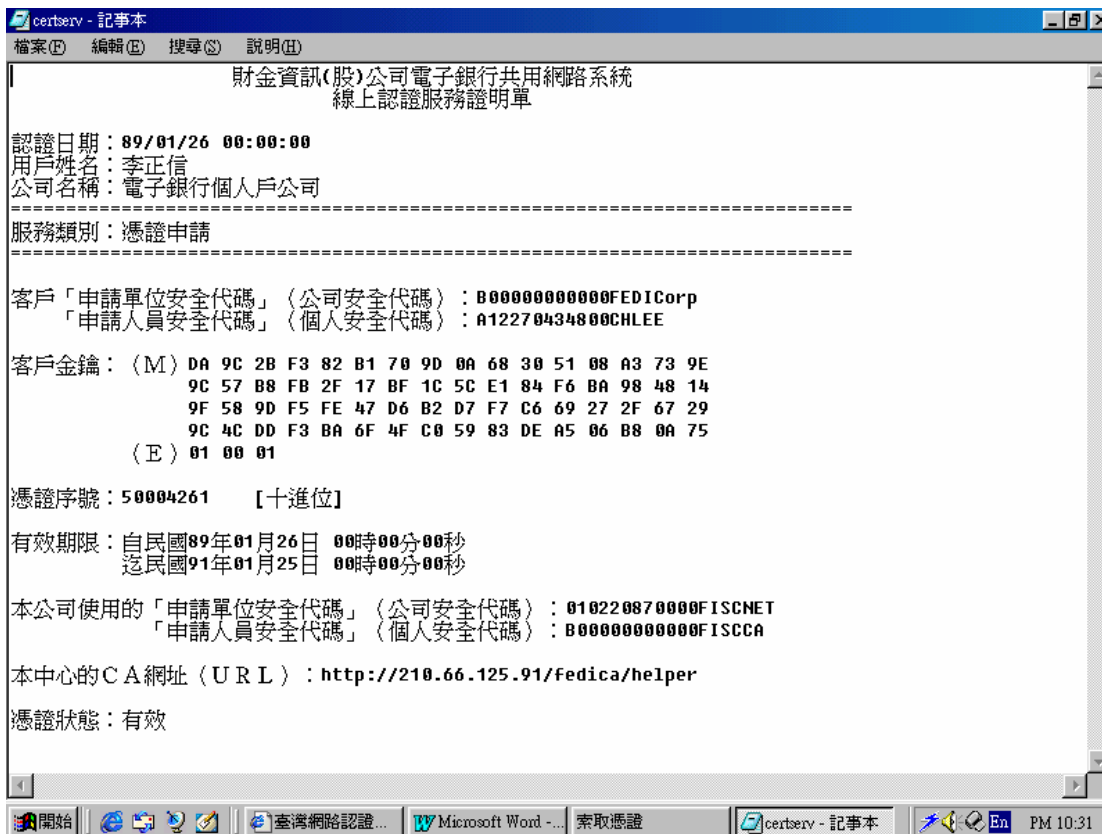


李正信之數位憑證資訊，按下列印憑證

圖 4-4



取得李正信由財金公司所核發之客戶金鑰，將憑證予以存檔



李正信之數位憑證內容

圖 4-5



以猜得之正確帳號密碼，登入中國國際商銀網路銀行



按下存款明細查詢

圖 4-6



按下歸戶存款餘額查詢



按下網頁顯示。

圖 4-7



顯示開戶姓名及帳戶資料。



複製帳號

圖 4-8



按下查詢類



進入客戶申請網路銀行服務項目查詢

圖 4-9



貼上複製的開戶帳號



查詢電子錢包

圖 4-10



列出個人資料，並得知其身分證字號



複製身分證字號

圖 4-11



尋找以身分證為帳號之網路銀行測試



以中國信託網路銀行為例

圖 4-12



輸入中國國際商銀之密碼



如密碼與中國國際商銀相同則可進入。

二、詐騙型

另一類公認之駭客手法即社交工程法(Social Engineering)。這是利用人與人之間溝通、談話等社交的時機，以影響力或說服力來欺騙對方，以獲得有用的資訊。例如歹徒打電話給電腦中心的管理員，自稱自己是某個主管，忘記帳號跟密碼云云。倘若管理員受騙，歹徒就可以騙過電腦中心管理員而順利拿到如帳號跟密碼、個人資料如身份證字號、出生年月日、電話號碼或是家庭狀況等等。社交工程法有以下幾個特徵：

- 1、歹徒首先取得一個攻擊目標的背景資訊；
- 2、透過交談與受害人建立信任；
- 3、向受害人要求資訊，再利用這些資訊向其他或更高層人員欺騙；
- 4、不斷重覆這些步驟²⁰，以達成最後目標取得網路銀行帳號及密碼詐領客戶金錢。

(一) 案例²¹

林某深諳小規模之非都會地區通常僅有一、二家較有規模的醫院，該地區內民眾多半曾前往這一、二家醫院求診而留有病例。例如基隆市較具規模的醫院為基隆長庚醫院及署立基隆醫院，基隆市出生之居民的身分證統一編號英文字母代碼為「C」，即利用網路上非常普遍的身分證字號產生器，隨機產生以C開頭

²⁰ See <http://www.csie.nctu.edu.tw/~chjong/public/InformationWarfare.htm> ;
http://www.i-security.tw/topic/tpic_sg.asp?id=26, last visited on January 15, 2007.

²¹ 案例事實見臺灣臺北地方法院檢察署 92 年度偵字第 23367 號。

之不特定人之身分證字號²²，再至長庚醫院預約掛號網站填入此隨機產生的身分證字號，為該身分證字號的被害人預約就醫。一般而言，未曾親至該醫院掛號就診過的病患，無法預約網路掛號，因此如果遇到未曾就診過，不能掛號的身分證字號，則刪去不再使用。若該身分證字號確能掛號且掛號成功，顯示該身分證字號所有人在該院存有病歷，則林某再利用「掛號查詢」功能，輸入身分證字號，網頁會顯示被害人姓名、身分證字號及掛號科別、診次及就診時間等資訊，此時林某即順利取得被害人之姓名資訊。

嗣後林某再以前開取得之被害人姓名、身分證字號、掛號科別、診次及就診時間等資訊，打電話給醫院該科別之醫護人員，進行社交工程法，佯稱被害人

²² 身分證字號並非亂數產生，而係有一定的編碼規則，其中：

(一) 第一碼英文字母代表以下縣市及數字：A=10 台北市、B=11 台中市、C=12 基隆市、D=13 台南市、E=14 高雄市、F=15 台北縣、G=16 宜蘭縣、H=17 桃園縣、I=34 嘉義市、J=18 新竹縣、K=19 苗栗縣、L=20 台中縣、M=21 南投縣、N=22 彰化縣、O=35 新竹市、P=23 雲林縣、Q=24 嘉義縣、R=25 台南縣、S=26 高雄縣、T=27 屏東縣、U=28 花蓮縣、V=29 台東縣、W=32 金門縣、X=30 澎湖縣、Y=31 陽明山、Z=33 連江縣。第二碼為性別碼；第三至九碼為流水號；第十碼為檢查號碼。

(二) 檢查號碼計算規則：

第一碼英文字母轉換為二位數字碼，分別乘以特定數；第二碼英文字母轉換成二位數字後，只取尾數乘以特定數；餘第三至九碼，亦分別乘以特定數。檢查號碼=10-相乘後個位數相加總和之尾數。惟若相乘後個位數相加總和尾數為0，則逕以「0」為檢查號碼。

(三) 例如：身分證號碼是 Z100234759（右邊最後一碼9為檢查碼，暫不論），其檢查公式為

$$\begin{array}{r}
 Z \quad 1 \quad 0 \quad 0 \quad 2 \quad 3 \quad 4 \quad 7 \quad 5 \\
 33 \\
 \times \quad \times \quad \times \quad \times \quad \times \quad \times \quad \times \quad \times \quad \times \\
 \hline
 9 \quad 8 \quad 7 \quad 6 \quad 5 \quad 4 \quad 3 \quad 2 \quad 1
 \end{array}$$

$$3 + 27 + 8 + 0 + 0 + 10 + 12 + 12 + 14 + 5 = 91$$

91/10=9...1 (餘數) 10-1=9(檢查碼) 故身分證號碼是 Z100234759

其中第十個數字稱為檢測位元，是為了判別是否為正確身份證號碼，所加入的特別數字。因此經常有熟習電腦程式者為此規則撰寫操作介面，變成「身分證字號產生器」軟體，其中以VB程式撰寫者最多，從程式「關於」欄常見是學生在學習VB程式時的習作。

為其親人，因被害人患病不歡，欲為被害人慶生製造驚喜，請醫護人員提供被害人出生年月日。醫護人員不疑有他，乃提供被害人出生年月日。至此，林某取得被害人之姓名、身分證字號及出生年月日等三項個人資料。

林某再透過網際網路至各網路銀行信用卡網站²³，輸入被害人個人資料，嘗試進入網路銀行信用卡會員專區。如果該名被害人恰好在林某所查詢之網路銀行有申辦信用卡，林某即能順利進入該被害人個人資料頁面。此時，林某除抄錄被害人各項信用卡資料外，並將被害人寄件地址竊改為其台中縣租屋處，隨即冒稱被害人名義打電話給銀行客戶服務人員，佯稱信用卡遺失，請客戶服務人員補發信用卡，客戶服務人員與林某核對個人資料，林某因為以抄錄被害人信用卡資料，所以均能對答如流。客戶服務人員核對無訛後，就會依信用卡資料庫所登記之地址，將補發之信用卡至林某租屋處，林某收領開卡後，盜刷及預借現金花用。

林某自民國八十九年起連續犯五件侵入網路銀行及盜刷信用卡等案件，經臺灣高等法院以常業詐欺等

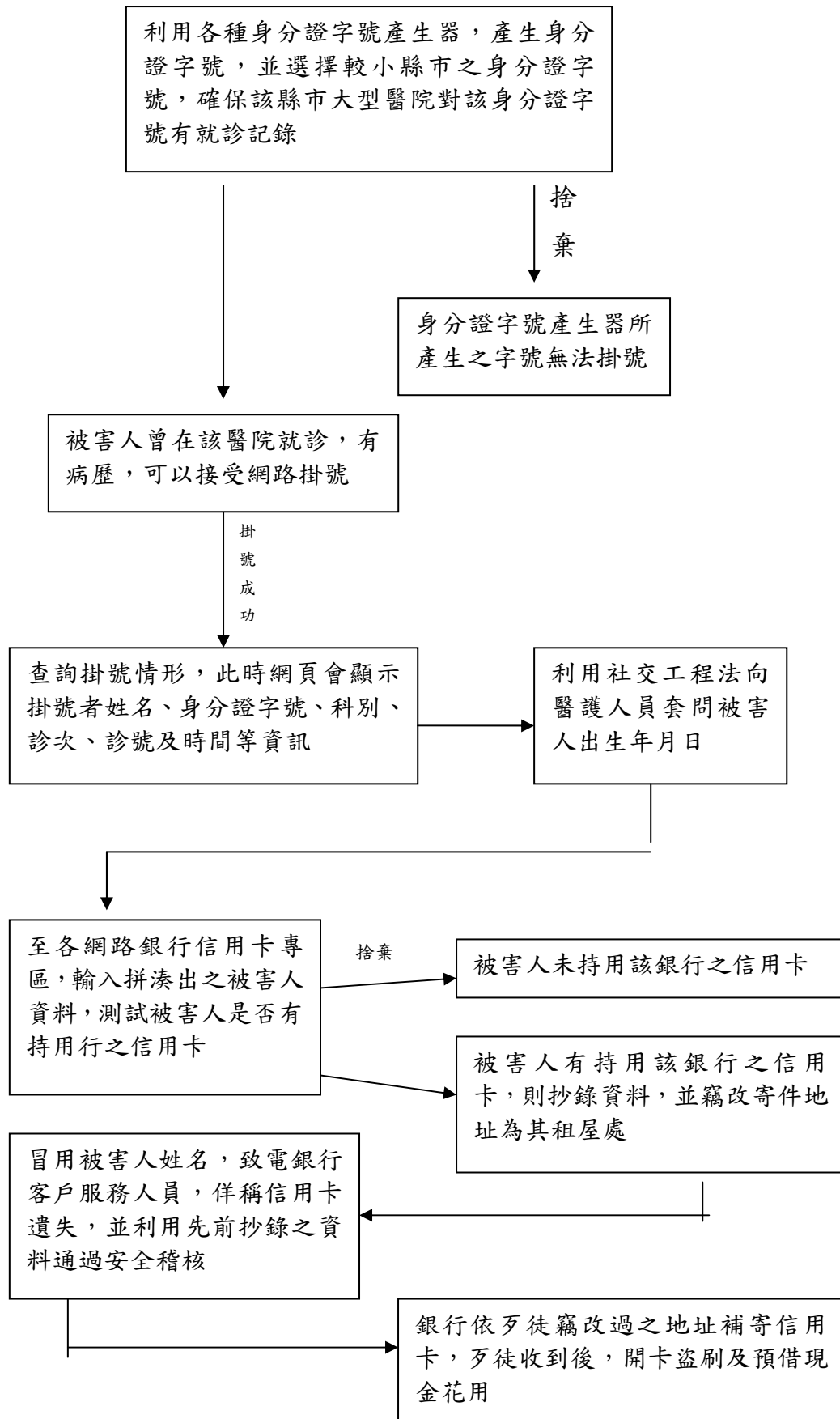
²³ 林某因為被查獲多次，為避免警方查緝，上網行為更為隱密。除經常至不特定之網路咖啡廳上網之外；並將租屋處改至公寓頂樓，以期擷取附近租屋處附近住戶未經加密之無線網路溢波上網，並在屋頂加裝自製之數公尺高不銹鋼天線，以加強無線網路「竊訊能力」。林某並冒名申請第四台 Cable Modem（纜線數據機）上網，第四台所提供之 Cable Modem 上網有一特性，即每一第四台業者均有一定之營業區域，申裝該業者之 Cable Modem，在該區域內只要以此數據機，就可利用同一業者第四台纜線、帳號及密碼上網，不需向業者申請變更上網地點。林某在該地區內先以第一被害人之名義冒名租屋並申裝第四台及 Cable Modem 上網，取得數據機設備及帳號密碼後，再退租並另覓有提供第四台之房屋承租，承租後以在前一租屋處取得之 Cable Modem 上網，藉此避免警方追查。因為警方第一層次追查使用者，將會查到使用者係遭冒名；第二層次前往登記地查詢，將會發現租屋處人去樓空，承租人亦係冒名，因此警方查案線索將會中斷。林某不僅不斷翻新犯罪手法，利用網路常見的身分證字號產生器即能輾轉查知個人資料；並精心設計匿蹤、匿跡機制，思考周密，我國臺語俗諺：「賊仔狀元才」，誠不虛也。

罪名，判處有期徒刑五年²⁴。

(二) 林某犯罪流程

²⁴ 臺灣高等法院 92 年度上訴字第 2435 號判決參照。

圖 4-13



4.2.1.2 防範措施

為避免駭客入侵，除了消費者妥善保管自己之帳號及密碼，並養成良好之使用習慣外，就網路銀行而言，採取符合一定科技水平之網路安全防護措施亦為重要工作，以我國消費者使用網路銀行，不斷進行共同基金下單、贖回、轉換而言，早期財政部所公布之「電子銀行安控基準」採取 SET 之安全交易模式，即要求消費者欲經由網路銀行進行交易需先向認證單位 (CA) 申請憑證，但採取此一高標準安全機制之同時，使消費者需忍受安裝認證軟體、使用程序較為複雜、登入時間較長、費用較高等不便利，增加使用障礙。後來經過業者及相關單位多年努力推動，財政部公布「電子銀行安控基準修正案」，同意在一定條件下，網路銀行得選擇採用 SSL 作為網路銀行之安全機制，其內容除對高風險性交易仍採用原先之 CA 認證制度外，對於同戶名之轉帳、約定轉入帳戶之轉帳、非約定轉入帳戶之小額轉帳 (以每戶每筆不超過五萬元、每日累積不超過十萬元、每月累積不超過二十萬元為限) 之低風險性交易，則得改以使用者代號、密碼長度不小於一二八位元之對稱性加解密系統，且關於代號及密碼之設定設有安全檢查機制，包括：不得以使用消費者顯性資料、不得少於六位、密碼與代號不得相同、密碼應同時包括英數字混合使用、不應訂為相同之英數字或連續英文字、連號字、連續錯誤五次不得再繼續交易等作為安全防護機制。

4.2.2 風險分配

4.2.2.1 法規範

民法第三百七十三條規定：「買賣標的物之利益與危險，自交付時起，均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限。」即契約當事人因持有並保管買賣標的物，

進而可支配該標的物之利益，而處於避免危險之較佳地位，分配由其負擔危險較屬合理。而買賣契約以外之有償契約，依民法第三百四十七條前段規定可準用前開規定，以網路銀行與消費者簽立契約，以指定用途信託資金方式交易共同基金係有償契約，自亦得準用前開規定。換言之，當消費者將資金匯入銀行帳戶後，消費者帳戶內之款項或基金帳戶所申購之基金均係由網路銀行持有並管理中，若發生網路銀行主機遭駭客入侵，或消費者之帳號及密碼在傳輸過程中，被駭客截取而盜用登入網路銀行贖回基金，並將贖回款項轉帳至他帳戶之情形，此等損害之風險自應由網路銀行承擔，是消費者仍得向網路銀行主張保有其帳戶內原有之基金數額。

再由規範應然面觀之，網路銀行雖非如傳統契約關係之危險承擔者實際持有契約有體物，而僅係利用網際網路進行資金移轉等交易，惟由危險分配原則所考量之控制風險能力、防止發生風險之可能及分散危險之能力等因素來看，網路銀行相較於消費者而言，仍有較佳之防範駭客入侵之技術能力、承擔資金損害資金，以及經由保險分散風險能力。舉例而言，網路銀行之主機系統係由網路銀行所建置，網路銀行有義務隨著電腦科技之進展提高其系統安全之防護能力，又網路銀行實際上均為實體銀行新通路之延伸，其雄厚之資本自比消費者有資力承擔風險損失，或訴追造成損害之網路駭客，再者，實體銀行對於遭竊或搶劫等所生之資金損失，多透過保險以分散風險，是就網路駭客入侵所生之損害，網路銀行亦可採取同一投保方式以分散風險，而以銀行之地位在投保時較能對等地與保險公司議定保險費率，是以不論由法規範之實然面或應然面觀之，一旦發生網路駭客盜用消費者帳號、密碼而登入網路銀行進行基金贖回、轉帳而造成消費者之損害時，若消費者與網路銀行均不可歸責時，自應由網路銀行首先承擔此風險，再由網路銀行對實際行為之駭客採取訴追行動。

4.2.2.2 契約範本

財政部原於民國八十八年五月間發布「個人電腦銀行業務及網路銀業務服務契約範本」第十二條第二項規定：「因第三人破解授權使用者代號或密碼而入侵網路系統(駭客行為)所發生之損害，由銀行負擔其危險。」惟於實務面上，消費者主張交易行為係駭客行為所為時，依舉證責任分配原則，原則上課以由消費者負舉證責任²⁵，一來電腦紀錄係由網路銀行所掌握，再者，消費者通常不具電腦技術專業能力，是以在實務訴訟上，消費者將會因難以舉證駭客行為之發生而需承擔駭客行為所生之交易結果，前開契約範本規定難免遭來為德不卒之譏。嗣財政部採納行政院消費者保護委員會、學者專家及業者代表等之意見，於民國九十五年六月五日修正前開契約範本，除更名為「個人網路銀行業務銀行業務服務定型化契約範本」外，另將前開契約範本第十二條第二項規定修正為第十四條第二項：「第三人破解使用電腦之保護措施或利用電腦系統之漏洞爭議，由銀行就該事實不存在負舉證責任。駭客入侵銀行之電腦或相關設備者所發生之損害，由銀行負擔。」將駭客行為之風險分配原則落實於對消費者實體權利及訴訟程序之保障，由網路銀行對駭客行為不存在之事實負舉證責任，此對廣大無資力且無辜之消費者無疑一大福音。

²⁵ 或有論者以為依民事訴訟法第 277 條但書規定，可認由消費者就駭客行為負舉證責任顯失公平為由，轉由銀行負舉證之責，然該條但書規定舉證責任倒置之情形，多發生於待證事實牽涉一方專業，非他方易於取得之案例，如醫療糾紛中對醫療過失之舉證，以網路銀行係以提供金融服務為其專業而言，駭客行為係涉及電腦技術專業，是否可當然認消費者就駭客入侵之事實負舉證責任顯失公平，實務運作上恐仍不免產生分歧。

4.3 消費者金融資訊之保護

在電子金融交易中，消費者個人訊息本身並不具有直接的財產利益，但是一種重要的社會資源，特別是對於金融機構而言，消費者個人資訊是其為客戶提供訊息服務的基礎，掌握消費者的個人訊息可以創造出巨大商機，甚至可以出售牟利，如有些網站提供免費服務，而要求消費者提供個人訊息作為對價，而該網站經營者可以利用消費者提供之個人訊息自行或出售給他人開發潛在客戶。個人資訊過去在金融法上很少被提及，但在網際網路進入金融業後，網路金融機構間的競爭將主要體現在為客戶提供的個性化服務上，而個性化服務質量的優劣，依賴於對客戶個人資訊的掌握程度，這也促使金融機構更加積極地蒐集消費者的個人訊息，以提昇在同業中的競爭力。在電子金融交易中，個人資訊越來越容易被蒐集與利用，特別是有些訊息的蒐集是在客戶不知情且不能控制的情況下發生，而個人資訊的不當利用，在網際網路環境中，損害結果也將更形嚴重，是以關於消費者金融資訊之保護課題也較愈形重要。

4.3.1 消費者金融資訊之概念

4.3.1.1 意義

消費者金融資訊係屬消費者個人資訊之一環，關於個人資訊的定義有三種具代表性的主張，廣義說指凡與個人有關之資訊都構成個人資訊，不以與個人之人格或私領域有關者為限。狹義說則指社會中多數所不願向外透露者，或個人極敏感而不願他人知道之訊息。前者失之過寬，容易導致泛濫之危險；後者則失之過窄，對個人訊息之保護不足。目前為通說所採取的看法係折衷說的見解，認為：個人訊息係指凡可以直接或間接識別個人之資訊皆屬之。

消費者金融資訊是指消費者在與銀行進行業務往來的

過程中提供給銀行或銀行通過其他途徑獲得可識別消費者個人之訊息，主要包括：

1、基礎訊息

包括消費者在接受銀行提供服務或與銀行進行交易時提供給銀行之個人訊息，如姓名、住址、電子郵件地址、電話號碼、個人收入狀況等。

2、帳戶訊息

包括消費者帳戶的帳號及密碼。

3、交易訊息

包括消費者的業務交易內容，如交易記錄、交易金額、帳戶餘額、轉帳記錄、借款記錄、遲延還款記錄等。

4、衍生訊息

指銀行與消費者交易過程中獲取的消費者其他衍生訊息，如銀行對消費者之信用評等、主觀印象。

5、其他訊息

如銀行經由網際網路獲取之客戶投資傾向等。

4.3.1.2 性質

為保護消費者基於個人訊息所能享有之利益，法律自應賦予相對應之權利，學者稱之為訊息控制權，關於其在民事權利體系中之地位，即關於訊息控制權之性質為何，眾說紛紜，較為典型有三種²⁶：

²⁶ 齊愛民、崔聰聰，電子金融法研究，頁 267-270，北京大學出版社，2007 年 2 月。

1、所有權說

此說認個人訊息是一種財產利益，在市場經濟條件下，個人訊息蒐集者將成千上萬個人訊息蒐集起來的目的並非為了了解個體，而係要將具有某種共同特徵之群體的成員資訊按一定方式組成資料庫，以該資料庫所反映的某種群體共通性來滿足其自身或其他資料庫使用人的需要，對於資料蒐集者而言，獲得個人資訊並非目的，而係一種手段，是建立和擴展財源的一種途徑。因此，根據所有權理論，只要不與法律和公共利益相牴觸，所有權人均享有對個人資訊之占有、使用、收益、處分權，個人資訊的所有者是該資訊的生成主體個人，無論他人就該個人資訊的獲取方式與知悉程度如何，均不能改變個人資訊的所有權歸屬。

2、隱私權說

「隱私權」這一概念，始於十九世紀的美國。一八九〇年美國波士頓市的兩位律師 Samuel D. Warren 和 Louis D. Brandeis 在「哈佛法學評論」第四期發表名為劃時代的文章「隱私權」(The Right of Privacy)，提出了公民隱私權受法律保護的原則和構想，成為被後世最廣泛、最經常引用的經典作品之一²⁷，素有世界隱私權研究的起源之譽。最初，隱私權的概念在侵權行為法領域提出，之後，歷經諸多學者、立法及判例的發展，通過憲法判例的形式，逐步取得了合憲性的基礎。在美國憲法和普通法領域裡，隱私權作為一種保持人格完整獨立、人格不受侵犯的權利而存在。而隨著資訊時代的來臨，美國隱私權由消極隱私權轉向積極隱私權轉化，產生了訊息隱私權的概念。

²⁷ See Richard C. Turkington & Anita L. Allen, PRIVACY LAW : cases and materials , 29-51, WESE GROUP, 1999.

3、人格權說

此說認為個人訊息體現的是一般人格利益，訊息控制權屬一般人格權的性質。此說以大陸法系的德國法為代表。德國法在最初的理論和立法上，一度接受美國法的隱私權理論，認個人資訊之保護目的在於保護隱私，但隨著個人資訊保護在德國深入開展，隱私權說逐漸暴露出與德國大陸法體系不相容的弊病，其認為個人資訊在何種情況下是敏感的不能只依其是否觸及隱私而論，之後，德國在立法上揚棄隱私權論，而認個人資訊之保護目的是為了保護個人人格權在個人資訊處理時免受侵害。

個人資訊固然具有財產價值，然此非構成所有權客體的充分條件，人格權的客體，如肖像，同樣也具有財產價值，況且，從個人資訊保護的法律利益來看，主要係體現在個人人格利益之保護，而所有權說顯然不能充分實現保護個人資訊的目的，不為多數學者或立法例所採納。至於隱私權說與人格權說則分屬英美法系與大陸法系之理論，此乃出於兩者在私法制度上有很大的差異，在英美法系沒有與大陸法系相對應的人格權概念，而在大陸法系中也沒有與英美法系相同之隱私權制度的外延與功能。英美法系的隱私權概念，是對個人獨立的確認與肯定，個人自由及尊嚴在法律上的必然反應，從法律制度上看，英美法系所指隱私權之標的，無論學說或判例均強調隱私權之存在為人格完整所不可或缺之要件，是英美法系的隱私權內涵，正是大陸法系關於人格權之概念。

4.3.1.3 權能

訊息控制權的內容具體表現包括有：訊息決定權、訊息保密權、訊息查詢權、訊息更正權、訊息封鎖權、訊息刪除權和報酬請求權²⁸。

1、訊息決定權

指消費者得以直接控制與支配其個人訊息，並決定其個人訊息能否被蒐集、處理與利用，以及決定以何種方式和目的，在何種範圍內蒐集、處理與利用的權利。決定權在各項權利內容中屬於核心地位，是個人就其訊息擁有的首要及基礎性權利。

2、訊息保密權

指消費者得以請求訊息處理主體保持訊息隱密性的權利，個人訊息一旦被蒐集主體所控制，該主體應採取適當之安全技術與措施，防止消費者個人資訊被竊取、篡改或洩露。

3、訊息查詢權

指消費者得以查詢其個人訊息及其有關的處理情況，並要求答覆的權利。消費者欲實現對其個人資訊的控制，必須首先了解其個人訊息被他人蒐集、處理與利用情況，特別是在此過程中訊息是否完整、正確與及時更新。

²⁸ 齊愛民、崔聰聰，同註 28，頁 266-267。

4、訊息更正權

指消費者得以請求訊息處理主體對不正確、不完整、不時新的個人訊息進行更正、補充、更新的權利。

5、訊息封鎖權

指在法定或約定事由發生時，消費者得以請求訊息處理機構以一定方式暫時停止訊息處理之權利。根據該原則，在沒有通知客戶並獲得其書面同意之前，訊息處理機構不可將消費者為特定目的所提供的個人訊息用在另一個目的上，即不得超越蒐集的目的而利用個人訊息。

6、訊息刪除權

指在法定或約定的事由發生時，例如，處理及利用個人訊息之目的消滅、期限屆滿以及行為違法時，消費者得以請求訊息處理機構刪除其個人訊息的權利。

7、報酬請求權

指消費者因其個人訊息被商業性利用而得以向訊息處理機構請求支付對價之權利。報酬請求權來源於訊息有價的社會觀念，訊息處理機構必須在訊息處理與利用前後對本人給付一定之報酬。

4.3.2 法規範

隨著電子商務之發達發展，金融服務之整合或個人化服務的提供，個人金融資訊無可避免地將大量被蒐集或利用，隨之衍生的問題便是個人金融資訊被不當蒐集及不當利用。網路銀

行在與消費者提供金融服務之同時，亦存在不當蒐集消費者金融資訊或不當利用消費者金融資訊之可能，前者如在消費者首次登入者，要求消費者填寫大量且過於詳盡之個人資訊，此時網路銀行所蒐集之個人資訊是否超過必要範圍、蒐集的目的為何、對於所蒐集之個人資訊有無足夠的安全保障措施，都是消費者難以知悉與控制。後者指網路銀行將蒐集之個人資訊使用於消費者雖不知道或同意範圍以外之目的上。是以國際潮流紛紛針對消費者金融資訊之保護進行立法，以圖有效保障網路時代消費者個人金融資訊。

4.3.2.1 美國法

美國聯邦貿易委員會 (Federal Trade Commission, FTC) 於一九九九年主持一項抽樣調查發現，在一千四百個被抽查的網站中，只有百分十四的網站告知用戶其被搜集之個人化資料將被如何地利用。歸究其原因於欠缺相關的法規制約，以及欠缺相應的規範機制，以保證業者自我規範的實施，是以極力促請立法以確保網路隱私權得到保護²⁹。而美國政府鑒於金融機構跨業經營，機構間界線日趨模糊，消費者個人訊息之保護成為相關重要議題之一，於一九九九年十一月十二日總統柯林頓簽署通過「金融服務業現代化法」(Gramm-Leach-Bliley Act, GLB)³⁰，於二〇〇一年七月一日生效，其中關於金融機構間訊息交換與消費者訊息保護有相關規定。GLB 的產生原先係為減少對金融組織與其他商業機構之聯合，共同提供金融服務或產品之限制，早年聯邦法律禁止銀行與保險或證券公司聯合經營，也禁止銀行控制其他與銀行業務無關之商業公司，GLB 修改了這些聯邦法律，允許成立金融控股公司，但伴隨這樣的放寬，必然導致個人電子財務資料在不同公司間的共

²⁹ 李德成，網路隱私權保護制度初論，頁 80，中國方正出版社，2001 年 10 月。

³⁰ See Richard C. Turkington & Anita L. Allen, *supra* note 29, at 363-394.

享，於是在立法後期，這問題成了隱私權保護者的關注焦點，其結果促成了 GLB 的第五部分（SECTION V）中關於電子資料隱私權的規定，以及要求金融機構向客戶通知其隱私權政策，並提供機會使客戶可以選擇避免（opt out）個人訊息的二次使用的行政規定。GLB 對金融機構的這些要求，只是為了提供最低標準，並不排除其他聯邦及州法對電子資料隱私提供更大程度的保護。

（一）通知義務

GLB 要求金融機構應尊重其客戶的隱私，保護客戶的非公開個人資訊的安全和隱秘性，要求金融機構應提供三種通知：

- 1、金融機構應向所有客戶及某些消費者提供關於有關其隱私政策和實踐作法的清楚、明顯的最初通知。
- 2、金融機構應向客戶提供有關其隱私政策和實踐作法的清楚、明顯的年度通知。
- 3、金融機構應告知消費者或客戶可以選擇禁止將其受保護的金融訊息揭露給無關的第三者。

GLB 對於何謂不公開的可識別的個人訊息（nonpublic personally identifiable information）定義為：消費者向金融機構提供，或金融機構與消費者交易，或為消費者提供服務過程中，或金融機構以其他方式獲得之可識別的個人金融訊息。不包括可以從公共管道獲得之信息。以非公開之個人信息為基礎歸納獲得之名單、描述或其他消費者的分類，均屬受保護之個人訊息；但若沒有使用非公開個人信息而歸納獲得之前開名

單、描述或分類，則不在保護之列。

GLB 對於前開通知中所稱之「客戶」是指因金融產品或服務與金融機構建立了持續關係之個人，例如在金融機構申請獲准使用信用卡、房屋抵押貸款等。「消費者」則是指接受金融機構的產品或服務，並主要用於個人、家庭目的的個人。兩者的差異在於，消費者沒權要求獲得關於金融機構隱私權政策及實踐作法的通知，只有當金融機構要將非公開之個人訊息揭露予無關聯之第三者時，才有通知其隱私權政策之義務。消費者也無權要求金融機構給予隱私權政策及實踐作法的年度通知。

(二) 例外規定

GLB 對於通知義務與選擇退出權定有例外規定³¹：

1、對於關連機構的揭露之例外

GLB 允許金融機構向關連 (affiliate) 公司揭露個人非公開訊息時，不必通知個人揭露事實及提供選擇退出之機會。換言之，GLB 的通知義務只適用於金融機構向非關連的第三者揭露個人訊息的情況，個人信息可以在金融機構及其關連公司間自由流動。此所稱之「關連公司」是指任何控制、被控制公司或與其他公司共同行使控制權之公司。由於 GLB 允許金融

³¹ See Tracie B.Loring, An Analysis of the Informational Privacy Protection Afforded by the European Union and the United States, Texas International Law Journal, 2002. (http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=92af733708afc0d3b48b63d4ebc4d335&docnum=3&_f_mstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=84d52e74afde656f7d7ce0da4e539c21, last visited on June 8, 2007.)

控股公司及其關連公司可以提供經營非常廣泛的業務，此一例外規定，實際上將許可大量對個人財務訊息的二次使用，而不必通知或提供反對機會。

2、對於關連服務提供者揭露之例外

允許金融機構將不公開之個人訊息揭露予某些與金融機構不具關連性之第三者，只要這些第三者符合為金融機構提供服務，或者為與金融機構訂有協議共同推展服務和產品的其他金融機構提供服務即可。但是金融機構必須通知客戶要揭露特定訊息的事實，並與無關連的第三者簽訂契約要求第三者維護個人訊息的保密性。

3、其他例外：

在以下八種情形中，允許金融機構向無關連之第三者揭露個人金融信息而不必通知或提供退出權，包括：消費者要求特定之金融服務；經消費者同意；保護金融機構的記錄和防止實際或潛在的詐欺所必要；揭露給保險費率指導機構；提供給執法部門；為了擬議中的銷售或合併計劃而揭露；揭露給金融機構的律師或會計師；按照聯邦、州或地方的法律要求揭露。

4.3.2.2 歐盟

4.3.2.2.1 個人資料的處理和自由流通的保護指令

關於網際網路上個人資訊之保護，歐盟主張應採取嚴格的保護標準，並且設立特別委員會，對和歐盟有電

子交易的其他國家的個人資訊保護提出要求，將歐盟所確立的網際網路個人資訊保護標準提昇為國際標準。其中，最值得注意的是在一九九五年十月二十四日，由歐洲議會和歐洲理事會共同發布之「個人資料的處理和自由流通的保護指令」(European Parliament and Council Directive 95, on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data)，該指令在一九九八年十二月二十五日正式生效。採用綜合立法模式，把網路個人資訊的保護問題包含在個人資料的保護中。該指令確立了關於個人資料之蒐集與處理所應遵循之相關原則，以供會員國制定或修正國內法時作為依據，但此為最低保護的下限，各會員國可以制定更高的標準³²：

1、同意原則

個人資料的處理必須得到資料主體的明確同意，但另定有以下例外情形：對於履行以資料主體為當事人的契約來說必不可少，或訂立契約前，應資料主體之要求所採取的必要措施，或資料控制者所必須遵守之法定義務，或對於保護資料主體的利益至為重要，或對於履行公益任務所不可少，或對資料控制者和第三方的官方授權之必要等。

2、告知原則（透明度原則）

資料控制者及其代表在收集個人資料時，至少應向資料主體揭露或告知：資料控制者及代表之身分、資料處理之目的、個人資料的詢問是否必須答覆及未予答覆之後果、資料主體之查閱權與修改

³² *Id.*

權、資料收集的特定條件及保護資料的公平處理。另外，當資料並非從資料主體處收集而來時，對於潛在資料主體亦負有以下告知義務，即當資料的控制者及其代表將通過該方式收集的個人資料進行利用或計畫將之披露予第三人時，應該向資料主體告知有關訊息。

3、查閱權與參與權原則

應保障資料主體能夠從資料控制者處確認有關其個人資料是否正在處理以及告知該處理之目的、有關資料之種類、接受者與接受者類型、以簡單明瞭之方式告知資料處理之形式以及該資料任何可得來源。對於不合指令規範內容之資料處理提出改正、清除或限制之權利。若資料已披露予第三人時，應告知有關的改正、清除或限制之方式，除非有證據顯示已無可能改正、清除或限制，或者其成本與所得效果顯然不成比例。

4、秘密性與安全性原則

秘密性原則係指除非有法律要求，在沒有得到控制者之指示之前，包括處理者本人在內，不得處理個人資料。安全性原則則係指資料控制者應採取適當的技術與組織上的措施保護個人資料免受意外的非法損壞、滅失、更改、未經授權披露和查閱，特別是當該處理涉及網際網路之傳輸時，應該使其免受到任何形式的非法處理。關於執行安全原則的技巧和成本，應該使這些措施保證與處理所代表的風險以及所保護的個人資料的性質相符。

4.3.2.2.2 安全港架構 (a “safe harbor” framework)

歐盟前開保護指令雖不直接適用於美國，但因為它只允許個人電子資訊向隱私和機密性擔保的法律有適當水平保護的其他國家傳輸，美國公司為了避免在與歐盟進行商業活動時被中斷，或者面臨歐洲政府機構按照歐洲相關個人資訊保護法提起訴訟，美國商務部遂與歐盟執行委員會共同發展出安全港架構 (a “safe harbor” framework)，以確保由歐盟傳送至美國的個人電子資訊不受干擾。而歐盟執行委員會於二〇〇〇年七月二十七日，依據保護指令第二十五條第六項，認定「安全港隱私保護原則」對歐盟之資料傳輸將可提供適當之保護。參加安全港架構完全基於自願，參加者必須以公開宣示完全接受安全港七項規範原則，每年以書面資料向商務部自我證明 (self-certify) 其確實遵循七項原則，也必須在公開的隱私權政策報告書中聲明遵守安全港架構，而商務部網站³³自二〇〇〇年十一月起提供符合安全港隱私權保護原則之公司名單，以供查取。

參加安全港架構之機構必須遵循安全港之七項原則為³⁴：

1、通知 (Notice)：

機構必須通知 (notify) 消費者有關收錄及使用個人資訊之目的，並提供消費者有關請求 (inquiries) 或抱怨管道之資訊，及對第三者揭露

³³ See <http://www.export.gov/safeharbor/>, last visited on May 2, 2007.

³⁴ See Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev., The Future of Online Privacy: A Proposal for International Legislation, Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review, 2003. (http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=92af733708afc0d3b48b63d4ebc4d335&docnum=2&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=84d52e74afde656f7d7ce0da4e539c21, last visited on June 8, 2007.)

個人資訊之形式、機構賦予第三者使用及揭露個人資訊之選擇 (choices) 及方式 (means) 等之資訊。

2、選擇 (Choice)：

機構必須提供消費者有關個人資料不對第三者公開揭露，或不用於其他用途（非原始資料蒐集目的）之選擇機會 (opt out choice)；對於敏感性資料 (sensitive information)，當機構擬將資料對第三者揭露或另有用途時，須獲得消費者本人肯定或明確 (affirmative or explicit) 之同意 (opt in choice)。

3、轉送 (Onward Transfer)：

當機構擬將消費者所提供之個人資料對第三者揭露時，須遵循上述「通知」及「選擇」原則。當第三者為機構之任務代理人 (an agent)，且符合安全港原則或歐盟隱私保護水準，則機構可將消費者之個人資料傳送給該第三者。或者機構可要求第三者與其訂定書面協議 (written agreement)，確保第三者對個人隱私保護與安全港原則具相同之基本水準。

4、取出 (Access)：

消費者必須有合理之管道更正、修改或刪除不正確之個人資料，惟倘提供消費者取出資料之負擔或費用不符合風險及隱私之比例原則，機構得拒絕提供消費者「取出」之權利。

5、安全 (Security)：

機構必須採取合理審慎之保護措施，以避免個人資料之遺失、遭濫用 (misuse)、無授權之情況下取得個人資料、遭公開揭露、毀壞 (alteration and destruction)。

6、資料完整 (Data Integrity)：

機構必須採取合理之步驟，保持資料之正確、完全、更新。

7、執行 (Enforcement)：

為了符合安全港原則，機構必須：

- (1) 提供獨立之申訴機制 (recourse mechanisms)，依據相關法律或私人部門訂定之規範，處理消費者申訴案件之調查、解決及損害補償。
- (2) 提供消費者對公司於安全港原則下之承諾執行之查驗程序。
- (3) 倘因不符合安全港規範而產生問題，組織須負解決問題之義務。

對於違反安全港規範之制裁必須相當審慎嚴格 (rigorous)，一旦因不符合規範而遭安全港組織清單除名者，將永遠無法再度列名於安全港組織清單中。一般而言，安全港之執行係於美國境內美國法律下，主要依據民間部分之自我規範而執行，另外，聯邦交易委員會 (the Federal Trade Commission) 或州政府負責安全港原則之執行當局，依產業部門別，負責對不符合

自律原則規範之違法組織，依據聯邦及州政府相關不公平及詐欺法規予以起訴。安全港隱私權保護原則同時對美國及歐盟須傳輸個人資料之業者提供可預測性及持續性（predictability and continuity）等之重大好處，由於歐盟十五個會員國均須遵守歐盟執行委員會之決議，如此將可省去個人資料於傳送前事先允許程序，並可自動獲得歐盟會員國已達足夠保護措施水準之認可，節省企業之營業成本³⁵。從而，經由安全港架構，間接擴大了歐盟「個人資料的處理和自由流通的保護指令」的影響力³⁶。

4.3.2.3 我國法—電腦處理個人資料保護法

我國關於消費者金融資訊之保護並未另立專法規範，行政院為確保交易安全與消費者之權益，並促進電子商務之發展，於民國九十年十二月十三日公布電子商務消費者保護綱領³⁷，以確保交易公平，保障消費者權益，建立消費者對電子商務之信心，促進電子商務健全發展，並提供各目的事業主管機關研擬電子商務中消費者保護措施之準則。該綱領第五點宣示各項基本原則，其中第五揭示：「隱私權保護：企業經營者在蒐集消費者資料前，應明白告知其隱私權保護政策，除消費者同意或法令另有規定外，使用上不得逾原先所告知消費者之使用目的，對消費者之資料應為妥當之保護。」，惟嗣後未見主管機關進一步採取立法措施，以落實前開電子商務交易中消費者個人資訊保護原則。故關於消費者電子金融資料之保護，仍需回歸以個人電腦資料為保護對象之「電腦處理個人資料保護法」（以下簡稱個資法）作為規範基礎。由於金融機構屬於個資法第三條第七款第二目所

³⁵ 見國際貿易局網站，網址：

http://www.doc.trade.gov.tw/BOFT/web/report_detail.jsp?data_base_id=DB008&category_id=CAT371&report_id=621，最後瀏覽日 96 年 5 月 1 日。

³⁶ See Tracie B.Loring, *Supra* note 33.

³⁷ 行政院（90）台院消企字第 01290 號令。

定之八大行業之一，是以金融機構對消費者個人資料之蒐集與利用，自當依循個資法第十八條所規範之要件，即除需有特定之目的外，應經當事人書面同意，或與當事人有契約或類似契約之關係而對當事人權益無侵害之虞，或已公開之資料且無害於當事人之重大利益，並需先經目的事業主管機關登記且發給執照³⁸後，方得為之。且依個資法第二十三條規定，金融機關對個人資料之利用，除非為增進公共利益，或為免除當事人之生命、身體、自由或財產上之急迫危險，或為防止他人權益之重大危害而有必要，或經當事人書面同意外，應於蒐集之特定目的必要範圍內為之。又依個資法第四條規定，消費者就其個人資料，有權查詢及請求閱覽、請求製給複製本、請求補充或更正、請求停止電腦處理及利用、請求刪除，且前開權利不得預先拋棄或以特約限制。又依個資法第三十二條規定，當事人向金融機關行使第四條所定之權利，經拒絕後，當事人得於拒絕後或期限屆滿後二十日內，以書面向其目的事業主管機關請求為適當之處理。目的事業主管機關應於收受請求後二個月內，將處理結果以書面通知請求人。認其請求有理由者，並應限期命金融機關改正之。

此外，關於金融機構對消費者個人資料安全之維護，財政部金融局另依個資法第二十條第五項規定，制定「金融業個人資料檔案安全維護計畫標準」³⁹，要求金融機構依循辦理，以落實消費者個人資料安全之保障。

³⁸ 個資法第 19 條，財政部金融局並依該規定以財政部台財融字第 85536674 號令公佈「金融業申請電腦處理個人資料登記程序許可要件及收費標準」，金融機構於進行個人資料蒐集、電腦處理及利用前，應先檢具相關資料，向主管機關辦理登記。

³⁹ 財政部台財融字第 85537911 號令，網址同第二章註 40，最後瀏覽日 95 年 7 月 18 日。

4.3.3 立法分析

由於消費者個人金融資訊大多涉及帳務、資力等極機密之資訊，可說是電子商務活動中最具價值之個人資訊。近年來，金融機構朝向跨業經營或異業整合之趨勢，如何於發揮金機構整合之最大效果，提供消費者最個人化之完整理財服務之效益外，確保消費者金融資料隱私權，確值主管機關就是否單獨立法保護金融資訊隱私權進一步深思討論。但在此之前，目前我國主管機關並未要求金融機構必須對消費者公佈本身「隱私權政策」，因此雖然個資法上賦予消費者對於個人資訊基本保障，但多數消費者並不知道如何行使或主張自己的權利，同時亦不清楚金融機構對於個人資料之蒐集與利用政策為何，是以，在我國立法前，似可借鏡美國法及歐盟指令，要求網路銀行於網站上顯著位置上，公布其個人資料保護聲明即隱私權政策，其內容應包括：該網站將使用何方式蒐集客戶資料、網站蒐集個人資料之範圍、對個人資料之處理作出承諾：包括在何種情形下利用客戶個人資料及不將客戶個人資料披露予第三人、對已蒐集之客戶個人資料安全作出承諾、告知客戶所擁有之權利，包括：對個人資料之查閱、請求補充、更正、刪除、對隱私權政策之投訴與建議權、免責條件等等。如此，一方面將提醒網路銀行注意落實其隱私權政策，他方面亦將有助於提高消費者對於其個人金融資訊隱私權在網路銀行交易中獲得保障之信任，增加消費者使用網路銀行交易之意願。

4.4 消費者保護—以特種買賣之解約權為中心

4.4.1 消費者保護法之適用

在討論消費者與銀行申購共同基金是否適用消費者保護法（以下簡稱消保法）前，首先需界定共同基金之投資行為是否屬消保法中之消費概念。消保法係以保護消費者權益為中心，惟其對於何謂消費並無明確定義，僅於消保法第二條第一款將消費者定義為：「指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。」，主管機關行政院消費者保護委員會（以下簡稱消保會）雖曾函謂：「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。」⁴⁰此等定義，學者認係採用經濟學之觀點，就法律學之觀點而言，過於寬鬆而空泛，而有進一步加以補充之必要，即消費行為固然一般係指人類經濟活動上之最後階段，以滿足人類生活上之慾望與需要，不再用於生產或行銷目的所從事之直接取得商品、使用商品或接受服務之最終消費行為，但亦應包括人類經濟活動上之過渡階段，亦即以在生產或在行銷為目的所從事之取得商品、使用商品或接受服務之中間消費行為，從而，以終局消費之經濟名詞來界定消保法上之消費概念，實不如用「基於個人或家庭之非營業性目的」來特定消費概念⁴¹。我國實務上關於消費之概念，最高法院尚未提出界定標準，僅於個案中，以反面否定之方式認定非屬消費契約以排除消保法之適用。至於消費者向網路銀行申購共同基金之投資行為究竟是否為亦包

⁴⁰ 行政院消保會 84 年 4 月 6 日台 84 消保法字第 00351 號函。

⁴¹ 陳忠五，醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域-臺灣台北地方法院 85 年度訴字第 5125 號與臺灣高等法院 87 年度上字第 151 號判決評釋一，臺灣本土法學雜誌，第 7 期，頁 46-48，2000 年 2 月。曾品傑，論消費者之概念-最高法院相關判決評釋一，臺灣本土法學雜誌，第 49 期，頁 156-157，2003 年 8 月。

括消保法所稱之消費概念？是否適用消保法之規範，則有待進一步討論。

4.4.1.1 投資行為之性質

有學者以為，投資具有高風險，超出個人家居生活之需求，係以迅速累積資本為目的之射倖交易，並不符消費者之本質。且保障投資人之相關法制，較著重在於資訊透明、公開交易、與公司財務之監督等財經資訊規範層面，而投資人經常不是經濟上之弱者，其心理上承受交易風險之抗壓性通常也較一般人為高，況且針對射倖性較高之投資行為，法律上之保護強度必然有所調整，此與消保法較側重維護社經、資訊、心理與法律上弱者權益的存在基礎有間，不宜逕將投資客當作消費者⁴²。

主管機關證管會過去對於投資人是否為消保法上之消費者，係採肯定之見解，此由其於八十五年間發布關於投資顧問事業刊登廣告事曾行政函釋表示「投顧事業不得為不實廣告，否則將違反證券投資顧問事業管理規則第十條、公平交易法第二十一條第三項及消保法第二十二條、第二十三條規定⁴³」；八十九年四月二十八日修正前之證券投資暨顧問商業同業公會證券投資信託基金廣告規範要點第一條謂「本規範要點依證券投資信託事業管理規則第二十四條、公平交易法第二條及消保法第二十二條之規定訂定之」，可見一斑。惟該要點於八十九年四月二十八日、九十一年三月二十三日、九十二年五月七日三度修正，更名為「中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託事業從事廣告及營業促銷活動行為規範」，同條不再援用消保法之規定，再加上嗣後證券投資人及期貨交易人保護法之公布施

⁴² 曾品傑，同前註，頁 162。朱柏松，論廣告媒體業者之損害賠償責任-兼評最高法院 90 年台上字第 2027 號判決，月旦法學，第 91 期，頁 8-27，2002 年 12 月。

⁴³ 財政部 85 年 7 月 29 日（85）台財證（四）字第 02493 號函，網址同第二章註 40，最後瀏覽日 95 年 7 月 18 日。

行，與消保法採雙軌制度，主管機關近年似已改採否認見解，不認為投資行為為消費行為之一。

惟若進一步分析消保法所追求實現之法價值內涵，無非在於隨著消費社會之來臨，大眾消費者逐漸喪失主導消費活動之地位，經常因消費行為致權益受損，例如：1、商品或服務使用不易、危險性高、副作用多而產生損害；2 企業經營者以獨占、壟斷、結合等不正競爭行為，控制市場供需；3 企業經營者濫用交易自由，藉定型化契約之不公平條款，剝奪消費者合法權益；4、銷售廣告誇大虛偽、引人錯誤，誘導消費者喪失正確判消費資訊之能力；5、企業經營者輸入外國商品或服，一旦消費者發生損害，向外國廠商求償殊有困難；6、相對於企業經營者之龐大組織與結盟，消費者欠缺共識、力量微薄，而紛爭解決制度，程序繁瑣、所費不貲⁴⁴。在考量企業經營者相對於消費者而言，資本雄厚，掌握充分之專業知識、技術與資訊，是以企業經營者應確保接受商品或服務者之人身與財產安全。而投資人保護之目的，一方面鑒於投資人以財富購買金融資產，可使資金投入生產，創造更多的社會財富，有效率地將儲蓄導入生產活動中，以促進國家經濟之發展；他方面，證券作為投資之客體，其價值繫於發行人之經營能力、財務狀況，無法由證券本體加以判斷，且其交易絕大部分透過仲介機構，這些仲介機構所提供之交易條件、銷售管道、產品資訊、收益分析評估，影響投資人權益至為重大，因此證券交易中心之投資人保護，向來側重於資訊透明揭露、健全市場形成價格力量，以增進投資人信心，促進證券之流通。故投資人相較於投資事業而言，同樣存在著交易地位、專業能力之劣勢，或許相較於一般消費者保護，投資行為具有其特殊性，在要件或保護強度上或者可以討論給予不同之安排，但實不宜將投資行為斷然排除於消費行為概念之外⁴⁵。

⁴⁴ 詹森林、馮震宇、林明珠合著，認識消費者保護法，頁 1-4，行政院消費者保護委員會編印，1995 年 2 月。

⁴⁵ 張曉嵐，同第三章註 9，頁 76。

4.4.1.2 共同基金投資行為適用消保法之可能—實務見解

如前所述，銀行銷售共同基金可分為二種方式，是單純居於代銷者角色，仲介消費者申購基金，或由指定用途信託資金業務銷售共同基金，前者銀行提供仲介服務，應與共同基金之銷售者同認為企業經營者；後者，依其外觀，雖然消費者與銀行係簽訂信託契約，向銀行購買受益憑證自並自任受益人，然主觀上消費者信託之目的在於期待基金未來之收益，客觀上損益與風險之最終歸屬者亦屬消費者，因此消費者以此種形式申購共同基金亦應認為係投資行為，始符實情。甚且，此種投資形式，消費者除向銀行購買受益憑證外，銀行對消費者負有克盡受託人職責，提供投資相關資訊、處理投資相關事宜之服務義務，亦即銀行兼有商品銷售者與服務提供者之雙重角色。

實務上曾發生投資人向共同基金之仲介機構，包括銀行及投資顧問公司請求損害賠償之案例，由這些案例之判決理由，可以發現實務上對於投資行為適用消保法之規定似採肯定見解。

臺灣高等法院八十七年上字第一五八九號民事判決，投資人某甲以指定用途信託資金之方式向某乙銀行申購某共同基金，嗣因發生嚴重虧損，甲認係乙銀行提供之該基金之資訊不完整所致，違反消保法第二十四條、第二十二條之規定，依民法第一百八十四條第二項規定請求乙銀行負損害賠償責任。另外最高法院九十年度台上字第二〇二七號與臺灣高等法院台中分院九十一年度上更字第五號民事判決，投資人某甲以某乙投資顧問公司提供之理財建議書保證承擔基金風險，嗣發生投資人之資金遭基金公司捲款潛逃，致其受有損害，認乙投資顧問公司違反消保法第二十二條規定，應依民法第一百八十四條第二項負損害賠償責任⁴⁶。最高法院

⁴⁶ 此二件判決主要爭點在於基金廣告問題，其案例事實及判決理由詳後 4.5 所述。

及臺灣高等法院在前開案例中，並未排除投資人得依消保法主張消保法賦予消費者之保護，亦即肯認共同基金之投資行為得主張消保法之適用。

4.4.2 特種買賣之適用

討論共同基金之投資行為是否屬於消費行為而得適用消保法之相關規定，將可透過消保法中關於定型化契約相關規定，加強對於投資大眾之保護，此部分之探討散見各期刊論文，茲不多加著墨，本節研究重點在於，消保法第十九條規定：「郵購或訪問買賣之消費者，對所收受之商品不願買受時，得於收受商品後七日內，退回商品或以書面通知企業經營者解除買賣契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。」於共同基金投資行為中是否有適用餘地。

4.4.2.1 郵購買賣

依消保法第二條第十款規定：「郵購買賣：指企業經營者以廣播、電視、電話、傳真、型錄、報紙、雜誌、網際網路、傳單或其他類似之方法，使消費者未能檢視商品而與企業經營者所為之買賣。」此類買賣因於購買時，消費者無法獲得實際檢視商品之機會，故賦予消費者事後解約權，以保護消費者選擇商品之權利。且依消保法第十九條之一規定，以服務為交易客體之情形準用之，是以共同基金之投資交易或涉及商品（即權利）買賣，或關涉仲介服務之提供，關於郵購買賣之相關規定自得一併適用。

購買共同基金之投資行為，其交易客體性質上係屬權利，無從以外觀評斷其價值，是以郵購買賣所稱之檢視商品，在投資行為而言，應指閱讀、分析決定該權利價值之公開說明書、信託契約等相關資訊。但值得注意的，消費者究係是事先做足功課，充分了解所欲申購之共同基金，始行申

購，抑或經由廣告媒介即率然決定申購共同基金，在外觀上無法區別，是以若以郵購買賣之定義而言，大部分之共同基金交易從外觀上幾乎都將被推定為郵購買賣。但此與郵購買賣之立法目的在於區別現場交易與媒介交易之差別，而對媒介交易給予特殊保護之用意，顯然不符，況以目前主管機關之立場，要求基金公司或銀行負擔之資訊提供義務，僅止於保障消費者查閱權，消費者可負擔工本費用，而要求交付書面投資資訊文件，但未強制實際提出相關投資資訊，是以若據前開郵購買賣之定義而謂所有共同基金投資交易均屬郵購買賣，可預期地，將引起基金公司或銀行之嚴重反彈。

或有論者以為，在一般共同基金之申購書之注意事項中，多已載明投資之權利義務將依公開說明書定之，消費者已事先閱讀並同意其內容，自得認消費者業已檢視作為交易客體之共同基金。然實際上，基金公司或銀行基於節省交易成本與時間之考量，多不會主動提醒消費者此等資訊之存在與重要性，遑論鼓勵消費者閱讀或索取，甚且，前開注意事項多以定型化契約條款之方式列入⁴⁷，以前開約款之記載代替其提供共同基金相關投資資訊之義務履行，此類文字常非消費者所得預見，或者因列載於密密麻麻之定型化契約條款中而甚難注意其存在，則基金公司或銀行以此方式迴避其提供資訊義務之履行，其效力有待消保法中關於定型化契約之相關規定檢驗。我國現行法制上雖然消費者並無閱讀共同基金相關資訊之義務，但此類資訊攸關共同基之交易風險甚切，主管機關宜參酌英國法之作法，要求基金公司或銀行提供關鍵特徵文件，表明投資之目的、投資項目、風險因素及收費結構與最終收益之關係表，並以問答集之方式，呈現投資之主要條件與任何可協助消費者作成投資決定之資訊；或者，如同美國法之方式，提供簡略式/摘要式之公開說明書

⁴⁷ 坊間網路銀行多以定型化契約約定：「委託人為投資標的之運用指示前，已確實詳閱該投資標的之相關資料及其規定，並瞭解其投資風險：包括可能發生之基金等投資標的跌價、匯兌失所導致之本金虧損，或基金等投資標的暫停接受贖品及解散清算等風險。且委託人係基於審慎之投資判斷後，決定各項投資指示。」

等充足之投資標的資訊，使消費者得充分評估其投資風險，而在主管機關修改規範前，至少應要求基金公司及銀行應主動提醒消費者詳閱公開說明書、財務報表等相關投資資訊，同時建議相當之閱讀期間，且在定型化契約條款中就此注意事項宜以顯著、醒目之方式提醒消費者，惟有確認消費者已獲得此類資訊，始得謂基金公司或銀行已盡提供資訊之義務，而可謂該共同基金交易行為非郵購買賣。

4.4.2.2 訪問買賣

依消保法第二條第十一款規定：「訪問買賣：指企業經營者未經邀約而在消費者之住居所或其他場所從事銷售，所為之買賣。」立法理由係基於買受人於此情形，通常毫無預期，囿於時間倉促、資訊有限、銷售者之壓力，未經深思熟慮即為交易行為，是以允許消費者於事後得享有解約權，是以若係企業經營者先以電話或其他方式促銷商品，致消費者於談話中被動同意或主動邀請業者前往住所、居所、辦公處所或其他場所，介紹商品而締約，雖然消費者外觀上有邀約之形式，但此邀約實源起於他方之誘導，仍非純粹出於消費者之自願，故非屬前開定義所稱之邀約，學說上稱為誘導要約 (provozierte bestellung)，仍認成立訪問買賣。是以關於是否成立訪問買賣，與其以交易場所之標準，無法明白揭示其特性，不如就交易之自願性、關連性及時間性綜合判斷：意願性為要約必須出於消費者自願，蓋此時消費者已有締約準備，無必要再賦予解除權；關連性為該邀約與其後締結之契約倘不具關連，因此時仍無預期締約情事，消費者仍不喪失解除契約之權利；時間性為消費者之邀約，時間上必須係在消費者與企業經營者締約之前，且自邀約時起，至實際締約時止，必須客觀上有足夠之期間俾消費者有機會準備締約事宜，就一般而言，商品價值越高，亦消費者應支付之價金越高者，前述期間應越長⁴⁸。實務上，對於訪問交易關

⁴⁸ 詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，民事法理與判決研究（三），頁 114-117，作者自版，2003 年 8 月。詹森林、劉宗榮、蔡明誠共同研究，郵購買賣、訪問買賣糾紛之處理

於交易成立地點之「其他場所」之標準，亦有參酌訪問買賣立法目的在於企業經營者發動之對話式推銷，推銷人所具有之高度技巧，相較於消費者並無任何準備，其達成之交易容有事後反悔之必要，而適度調度關於訪問買賣定義中「其他場所」之實質內涵，認凡消費者無法正常取得資訊並詳加考慮締約與否機會之任何場所均屬之⁴⁹。

投資行為因影響效益之因素多且具專業性，所涉及之價額經常十分龐大，且因應網際網路之發達，利用網際網路推銷與下單之機會及誘因日趨普遍，若存有前述消費者被動接受與迫於人情壓力之窘境時，亦應賦予消費者事後反悔之必要，以落實對消費者之保護。就投資共同基金而言，基金公司或銀行前去消費者之住居所遊說推銷之情形，難以想像，較常見的情形，反而是以電話行銷，誘使消費者前往促銷機構介紹投資標的，進而締約，或消費者僅前往銀行辦理其他金融服務，卻受銀行促銷人員之推銷而締約，或以電話、傳真、視訊、網際網路之即時對話方式，向消費者推銷而締約等。此類情形中，消費者與銷售者之間並非面對面之交易，或交易場所非屬訪問買賣之所指之消費者之住居所或性質相同之處所，惟有前所稱之「誘導要約」之情形，對消費者而言，並未預期將於當日簽訂任何契約，即欠缺就該商品或服務金市場上同類商品、服務比較之機會，是亦應認成立訪問買賣⁵⁰。

方式及研究其管理可行性研究計畫期終報告，頁 6-10，經濟部商業司經(85)商字第 85210400 號。

⁴⁹ 實務上對於以贈品為引誘，招攬消費者至其營業處所販售國際渡假村會員證之案例，多認亦成立訪問買賣，有臺灣高等法院 95 年度上字第 223 號、臺灣臺北地方法院 93 年度消簡上字第 4 號、94 年度訴字第 1654 號、91 年度簡上字第 747 號判決參照。另就攔路兜售美容護膚產品或利用消費者進行美容護膚消費者，兜售其他美容產品之情形，亦認成立訪問買賣，有臺灣臺北地方法院 95 年度北消簡字第 13 號、94 年度北消小字第 12 號判決參照。另行政院消費者保護委員會 85 年 12 月 5 日消保法 01488 號函、86 年 5 月 23 日消保法 00500 號函、86 年 4 月 30 日消保法 00547 號函亦採相同見解。見陳信至，網路交易是否適用消保法，萬國法律，第 124 期，頁 124，2002 年 8 月。

⁵⁰ 朱柏松，消費者保護法論，頁 332-336，作者自版，1999 年 9 月增訂版。

4.4.3 特種買賣之解約權

購買共同基金之投資行為一旦被認為屬消保法所稱之郵購買受或訪問買賣，則隨之而來的問題便是：共同基金具有風險性及價格快速變動，一旦認消費者依消保法第十九條規定事後得任意解除契約，無須負擔任何費用、價款時，一方面可能給予消費者投機機會，不當地轉嫁投資風險予基金公司或銀行，另一方面若要求基金公司或銀行承擔此一營業風險，勢必因增加營業風險而引起基金公司或銀行之反彈，或者進一步將之分散為營業成本而概括由全體消費者承擔，對全體消費者而言，並非公平，是以對於交易共同基金之投資行為解約權之行使，勢必得有一定之條件及限制，以期使消費者權利行使更具正當性。

英國法對於共同基金之交易行為，消費者通常享有撤銷權及解除權，前者係指投資人因投資事業之建議而締約，於締約時起七日內得撤銷契約⁵¹，後者則指締約後八日內，投資事業應對消費者為交易後通知（post-sale notice），或於契約訂立前以書面告知解約權利而為交易前通知（pre-sale notice），說明消費者行使解約權之權利及方式，消費者於收到通知後十四日內，得以郵寄或其他事業指定之方式行使解約權⁵²。但鑒於市場價格不斷變動，至解約時已發生之價額增減，歸由消費者自行負擔，投資事業因此支付之費用亦由消費者償還⁵³，以使風險合理分配。但投資事業未於規定時間內寄交交易後通知、或於契約真正締約前消費者已發出解約通知者，消費者無須負擔損失⁵⁴。如投資事業始終未寄發交易後通知，則消費者於契約締約後兩年內享有解除權，亦無須負擔市場價值之減損⁵⁵。

⁵¹ *Supra* Chapter 3 note 21, 6.7.14R.

⁵² *Id.*, 6.7.7R.

⁵³ *Id.*, 6.7.52R.

⁵⁴ *Id.*, 6.7.56R-6.7.57R.

⁵⁵ *Id.*, 6.7.41R.

我國消保施行細則第十七條固規定：「消費者因檢查之必要或因不可歸責於自己之事由其收受之商品有毀損、滅失或變更者，本法第十九條第一項規定之解除權不消滅。」反面而論，若商品有毀損、滅失或變更時，契約之解除權將隨之消滅。但投資標的之市場價值波動，並非屬於商品之毀損、滅失或變更，就如一般商品交易良情形中，商品之市場價值變更，並不影響買受人之解約權，且投資標的之市場價格變更，乃係投資風險所致，通常不可歸責於消費者，是此項規定，對於因投資標的之市場價值波動劇烈而欲行使解約權之情形，並無法發揮任何限制作用。學者對於解約權行使之限制⁵⁶，曾提出其一，承認契約效力，但履約與否由消費者決定，企業經營者不得請求強制履行。惟此種方式，將對企業經營者課以相當大之營業風險。其次，承認契約效力，但消費者可於一定時期內解除契約。考量投資標的隨時會發生變更，是以倘價格可得確定於一般時間內不會變更者，消費者得於變動前隨時解除契約；倘若價格隨時發生變動，消費者則須於價格實質變動前解約。而此所謂價格實質變更，不能以市場價格有任何變動就全然否定解約之可能，而必須是在該種情形下，再允許解約顯有害於商業且有失公平時，方始喪失解約權⁵⁷。且企業經營者應於契約明示解約使之限制，以提醒消費者注意此部分風險之存在，否則，消費者仍可於相當時間內解除契約，風險移由企業經營者承擔。

實則，限制消費者解約權之行使，無非基於投資行為本質之考量，通常情形下，不應將投資風險轉嫁由銀行承擔，但以投資標的市場價值變更為由，限制消費者解約權之行使，將使消費者不但得承擔投資標的市場價格之損失，尚包括銀行收取之中介費用，此部分費用無關投資風險之承擔，是否一律課由消費者承擔，在論理上不無斟酌餘地。是以，在兼顧投資風險之合理分配之考量下，不妨參考英國法之立法方式，即將解除權與投資風險之脫鉤，採取不同之判斷標準，於一定之猶豫期

⁵⁶ 曾宛如，公司管理與資本市場法制論叢（一），頁 297-302，學林文化，2002 年 10 月。

⁵⁷ 同前註，頁 301。

間內，消費者均得享有解約權，無須說明理由或負擔中介服務之費用，但投資標的因市場價格變動所生之虧損應由消費者負擔。但銀行未告日市場價值減損風險及解約權利，或消費者在投資標的市場價格變動前已發出解約通知時，消費者則無須負擔因投資標的市場價值變更所生之虧損⁵⁸。

4.5 基金廣告

4.5.1 法規範

關於網路銀行銷售共同基金所為之基金廣告與傳統銀行銷售共同基金應受之法規範並無二致，是以討論網路銀行銷售共同基金之基金廣告法規範，自應回歸傳統銀行銷售共同基金之基金廣告相關法規範。而共同基金有一定投資風險，涉及消費者之權益甚鉅，是以各國對於基金廣告之規範，或就不同的傳達方式，或就不同之傳達內容加以區分，茲就英國法、美國法之規範加以說明，兼論與我國法之比較。

4.5.1.1 英國法

英國法上將基金廣告按非即時性傳達與即時性傳達分別規定其標準：

1、非即時性傳達 (non-real time communications)

非即時性傳達係指以信件、電子郵件或出版物等作為傳播工具邀請或勸誘參與投資計畫(即共同基金)。其區分為一般規範與特定規範，一般規範指必須留下適當

⁵⁸ 張曉嵐，同第三章註9，頁95。

之記錄，以確保其遵守「公正、清楚且不得誤導之原則」⁵⁹，該原則詳細內容包括：不得掩飾其促銷目的或為虛偽陳述，關於公司資源、事業規模不得給付錯誤資訊，任何與投資有關之事實、承諾與預測，必須揭露相關假設，引用相關意見亦應誠實陳述，如有比較或對照之情形，應以公正、平衡之方式，列舉與此相關因素而避免誤導、法令所要求的聲明或警告應適當標明，不得以任何形式減輕其辨識性及重要性等。至於特定規範則必須包括投資之本質、投資人承擔之義務（如最低投資金額、最長或最短投資期間、可回贖日期）及蘊含之風險，促銷者應避免僅強調潛在獲利而未誠實標明風險，或僅標明稅賦優惠而未提及該措施將來可能取消。促銷者以過去績效表現為促銷內容時，應注意為公正平衡之報導，確保過去表現適合為促銷內容及此促銷對象，並且表明過去績效不保證未來收益，而以過去績效預測未來投資契或基金之價值，則為絕對禁止之行為⁶⁰。

若促銷者對投資人於廣告中直接提出加入投資契約之要約，或者引誘投資人向其為要約之表示而提供回覆之方式或申購表格，稱為「直接要約之金融促銷」(direct offer financial promotion)，則促銷內容除應遵守非即時性傳達之規定，並應標明撤銷或解除契約之權限與內涵（尤其是可能遭受之市場價值損失），同明解釋投資計畫的收費架構，例如該費是否將由資本或收益扣除，對長期投資有何等影響⁶¹。

2、即時性傳達 (real time communications)

即時性傳達可分為經徵求 (solicited) 與非經徵求

⁵⁹ *Supra* Chapter 3 note 21, 3.8.4R.-3.8.5E.

⁶⁰ *Id.*, 3.8.11R-3.8.15R.

⁶¹ *Id.*, 3.9.21R & 3.9.23R.

(unsolicited)之促銷。經徵求之促銷行為係指由接收者發動，或對於接收者明示請求金融促銷之回應⁶²。一般而言，經徵求之促銷多不適用相關促銷規範⁶³。非徵求之促銷，除大部分的包裹式產品，或接受者為該公司客戶，並對此種促銷方式有所預期外，其他情形均受到 COB 之禁止⁶⁴。

4.5.1.2 美國法

美國證券法 (Securities Act of 1933) 規定證券之銷售必須先提供公開說明書 (prospectus)，以便投資人作出正確投資判斷；因此，就共同基金而言，絕大多數的廣告皆以公開說明書之形式為之。但為兼顧活絡交易市場之需求，證券法及相關規則 (Rules) 乃分別廣告之內容，制定三種廣告標準，分別為一般性廣告 (generic advertising)、碑文式廣告 (tombstone advertising) 及投資公司廣告。

一般性廣告係規定於證管會第一三五號 A 項規則指廣告內容並未標明特定投資公司之證券或投資公司本身之情形，此類廣告中僅得就投資公司之本質與投資目標、標的概略解釋，或者簡單說明所提供之基金產品與服務，但不得直接誘使購買特定證券之慾望，並需附上該廣告提供者及證券經紀商之名稱與聯絡方式。此廣告提供者及證券經紀商之名稱與聯絡方式。此類廣告亦得鼓勵大眾詢問詳細資訊及索取公開說明書，此時應表明贊助廣告之主要承銷商或投資顧問，以及發行該類產品之投資公司數目⁶⁵。

碑文式 (tombstone) 廣告係規定於證管會一三四號規則，允許廣告中介紹特定公司、主要承銷商，亦得提供價格等相關

⁶² *Id.*, 3.10.1R.

⁶³ *Id.*, 3.8.31G.

⁶⁴ *Id.*, 3.10.3R.

⁶⁵ *See* Securities Act of 1933, Rule 135A, 17C.F.R. 230.135A.

資訊。在投資公司之情形，允許登載有限之基金資訊，如投資公司分類及概況、投資公司之投資顧問、投資目標、服務及公司經營方式、投資公司淨資產、對於投資環境及目標之解釋性資訊等。但此類廣告仍禁止提供投資表現之數據、圖表，或者直接間接以過去表現預測或暗示未來可能達成之目標。而廣告提供者應以同樣顯著字樣與篇幅註明，為瞭解更詳盡資訊索取公開說明書之地點，提醒投資人於投資前應謹慎閱讀⁶⁶。

投資公司廣告係規定於證管會四八二號規則，又稱為省略式/摘要式公開說明書 (omitting/summary prospectuses) 規則，鑒於一般公開說明書太過繁雜冗長，晦澀難懂，乃設計此種摘要式公開說明書，使其內容對大眾而言更具可閱讀性，包含之資訊豐富⁶⁷，甚至包括基金之績效表現⁶⁸，不僅得附隨相關文件，邀請投資人進一步詢問法定 (statutory) 公開說明書，亦得經報備許可後，藉由廣告所附之訂購函 (order form)，便利投資人直接申購基金，而省卻索取公開說明書之程序。與其他類型廣告一樣，此類廣告應提醒投資人於投資前應仔細閱讀公開說明書，並標示取得之地點。銷售手續費及其他非重複發生之費用，應於廣告中揭露，並說明投資表現已扣除或並未反應此類費用。此外，在此類廣告中援用公司之績效表現時，必須是該廣告發佈前最近期之資訊，依法定方式計算目前收益、平均年收益，並且應附帶解釋此為過去之表現為投資收益及價值之變動，投資人股份贖回之價值，可能高於或低於原始成本⁶⁹。若援引基金績效與其他類似基金之績效作為比較時，亦應由具有公信力之機構所發布⁷⁰。

⁶⁶ *Id.*, Rule 134, 17 C.F.R. 230.134.

⁶⁷ 包括 11 個項目需要揭露：基金的目的或目標、投資策略、風險、適合申購之投資者類型、收費標準、基金表現、投資顧問、申購方式及最低申購額、贖回方式、收益分配、提供給投資者之前提服務。見王韜光，共同基金理論運作設計，頁 127-128，北京大學出版社，2001 年 7 月。

⁶⁸ 原規定基金廣告中之績效應計算至最近一季，但鑑於如此投資人將難以得知基金上一季底至最近的績效，若該期間基金績效大幅滑落，不但對投資人之決策判斷相當不利，且有誤導投資大眾之嫌，因此修改規定，基金廣告之績效應計算至上個月底，且基金管理公司應提供免付費規畫或網站讓投資人得以隨時查看截至最近一個月之績效。

⁶⁹ *Supra* note 67, Rule 482.

⁷⁰ 美國著名的基金評鑑機構，有晨星 (Morningstar) 及里伯 (Lipper) 二家，其所提供之基金評

4.5.1.3 我國法

如前所述，財政部尚未開放境外基金直接銷售，是以銀行辦理指定用途信託基金，不得有代銷境外基金之行為，而後隨著國人投資海外基金之風氣日盛，財政部因而部分開放法令限制，允許銀行於辦理指定用途信託資料業務，得應客戶要求推介外國有價證券，但仍不得向不特定多數人為之。而且，財政部基於保護投資人之立場，對於銀行在辦理指定用途信託資金投資國內外基金業務時應採取被動消極之角色，不可推薦基金廣告，而應強調基金之風險，並注重基金之高品質與安全性。然而，實際上銀行促銷基金廣告處處可見，如海報、基金手冊、郵件、電話等，卻從未見主管機關大力介入，落實執行，推介其原因在於銀行基於業務收益之實際考量下，實難期待其不為任何形式之基金廣告。因此，主管機關與其昧於現實，一概禁止銀行廣告促銷共同基金，造成法規與現實嚴重脫節，對隨處可見之銀行基金廣告內容陷於無法可管之窘境，不如回歸其他金融法規對於投資廣告內容之規範標準，即不得誇大、任意預測、保證收益、虛偽詐欺、及以其他利益勸誘購買等行為規則⁷¹，制定銀行促銷基金廣告之內容之規範，以落實對投資人權益之保障。

如前所述，實務上認投資行為亦為消保法規對象，則銀行銷售共同基金所為廣告，不論是透過書面文件廣告，或網路銀行以電子廣告郵件或網頁廣告促銷共同基金，主要之法規範為消保法第二十二條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其所負之義務不得低於廣告之內容。」

比等資料，頗具公信力。

⁷¹ 證券投資信託事業管理規則第 43 條、中華民國證券商業同業公會會員廣告辦法第 5 條、證券投資信託事業自律公約第 12 條、證券投資顧問事業管理規則第 28 條、期貨顧問事業宣傳資料與廣告物管理辦法第 4 條、中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資顧問事業從事業務廣告及舉辦證券投資分析活動行為規範第 4 條、中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託事業從事廣告及營業促銷活動行為規範第 7 條，均有類似規範。

4.5.2 立法與案例分析

4.5.2.1 立法分析

英美法對於基金廣告內容之規範，或依其傳達方式，或依傳達之內容，以廣告接受者所取得資訊在深度上或心理層面之影響，而賦予不同之程度之強度，尤其是可直接引誘投資人申購基金之基金廣告，英美法上俱要求應提供充足之投資標的資訊，解釋收費架構與投資人承擔之義務風險。反觀我國法上，因採取全面禁止銀行從事基金廣告，對於帶有廣告性質之基金申購表格，僅規定應標示警語提醒注意，及應標註投資人得向相關機構索取公開說明書外，其成效如何深值懷疑，且對於銀行基金廣告內所應負有之資訊揭露義務亦付之闕如⁷²，此無疑宣告消費者在面對隨處可見之銀行基金廣告應自求多福，誠非保護投資人之負責任態度。

4.5.2.2 案例分析

對於投資人最具影響力之銀行基金廣告非無是關於基金績效資料之標示與分析，通常是投資人認識投資標的屬性、經營者或經理人管理能力、投資環境、產業發展之基礎，有關銀行基金廣告若有績效記載之內容，縱使銀行附記「僅供參考」、「不負保證責任」等字樣，以減輕或免除其責任，惟該記載將因違反消保法第二十二條規定而淪為無效。常見之基金廣告內容包括：對過去績效之說明與分析、對於未來績效及收益之預測、假設數字之試算、保證獲利及負擔損失等，依消保法第二十二條規定，企業經營者對此等廣告內容負真實義務，茲就司法實務案例中曾見之基金廣告糾紛加以介紹。

⁷² 根據美國聯邦最高法院所採取的標準認為，基金公司應以最高的誠信對待客戶，全面且允當地揭露所有重大事實，並確信盡合理之注意，避免誤導客戶。而事實的重大性則指，該被遺漏事實之揭露，足以讓理性的投資人對公開資料的所有組合作出重大的改變。見陳文信，同第三章註 17，頁 45。

一、臺灣高等法院八十七年度上字第一五八九號

該案事實為：某甲主張其經由某乙銀行個人理財中心理財專員某丙之推介，於民國八十六年九月二十五日申購某歐洲認股權證基金，惟某丙於推介時所提供之基金宣傳單上之基金走勢圖僅記載該基金至民國八十六年七月三十一日止之走勢，其因不知該基金於同年七月至九月間有重大波動及不穩定之情形，仍大額申購該基金，迨至同年十一月十五日發現該基金有前述風險存在後，即行贖回，惟仍受有重大損害，因認某乙銀行違反消保法第四條規定「提供消費者充分與正確之資訊」之義務，依民法第一百八十四條第二項及第一百八十八條規定，某乙銀行與某丙應連帶負損害賠償責任。

法院以：依某甲所提出之財政部證券管理委員會之函示內容所示：「以基金績效作廣告者，同一基金績效達一年以上者始能刊登，且須刊登自成立日以來之全部績效；成立滿三年者，應以最近三年全部績效為圖表或曲線表示…」，本件某乙銀行提供之基金簡介，上載有該基金之年度績效自一九九一年至一九九七年七月三十一日止，而績效之計算、評比本即以一段期間為其計算之基礎，是某乙銀行所提供之宣傳單上刊載自一九九一年至一九九七年七月三十一日止之年度績效，以某甲購買時點之民國八十六年九月二十五日觀之，尚屬適當，自無違反消保法第四條所定之義務，某甲依民法第一百八十四條第二項、第一百八十八條規定請求某乙銀行與某丙負連帶損害賠償責任，自非可採。

本件值得注意的是，本件判決雖駁回消費者之請求，但於判決理由中認基金之宣傳單雖係由基金公司自行製作，放置於與基金公司簽定有指定用途

信託契約之銀行處，以供銀行於促銷該基金宣傳廣告使用，銀行若於銷售共同基金（本件銀行係以指定用途信託資金契約之方式銷售共同基金）時，將此類宣傳單作為廣告促銷使用，該宣傳單即為銀行銷售共同基金之促銷廣告，本件雖因法院認某乙銀行之廣告內容並無不實或不完整之情形，而駁回某甲之請求，惟就法院肯認銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金，直接使用基金公司提供之宣傳單作為廣告促銷之用，銀行就該廣告或宣傳單之內容，依消保法規定，仍負有確保廣告內容真實之義務，就此而言，仍深具參考意義。

二、最高法院九十年度台上字第二〇二七號判決

本件案例事實為：某甲主張其經由某乙投資顧問公司之投資諮詢及推介投資英商丙公司及丁公司之「避險型投管理組合」，乙投資顧問公司出具之理財建議書稱「該投資組合將募集之資金投入全球之外匯市場，由資深外匯經理人負責操作，丙集團及丁管理機構對此投資組合深具信心，願於管理組合中擔市場風險，讓投資人在本金不虧損之狀況下積極追求高報酬，因此客戶之資金在本投資組合中，完全沒有風險」等語，其乃於民國八十八年一月二十一日由銀行匯交丙公司美金八萬元，詎同年三月十一日丙公司捲款潛逃，致其受有損害，依消保法第二十二條規定，乙投資顧問公司所提誘使其投資之投資理財建議書記載不實，依同法第二十二條規定，企業經營者對消費者所負義務不得低於廣告內容，自應對其損害負賠償責任。

本件原第一審、第二審判決均認乙投資顧問公司所提供之投資理財建議書固屬廣告性質，惟其內容並無不實，甲依消保法第二十二條請求乙投資顧

問公司賠償損害，於法無據⁷³。案經甲上訴最高法院，九十年度台上字第二〇二七號民事判決理由除再一次肯定乙投資顧問公司提供之投資理財建議書具有廣告性質外，並進一步認「原判決認乙投資顧問公司係以投資理財建議書『誘使』甲投資該『避險型投資管理組合』。而該投資理財建議書載有『投資人的本金完全存放在保管銀行帳戶中，在無交易發生時，任何人均無法挪用該筆資金』字樣，乃原判決竟謂乙投資顧問公司引介甲與丙、丁公司簽訂合夥合約，僅保證甲投資該組合，其本金不會『在交易市場中』發生市場風險而致虧損，甲投資之資金係遭丙公司人員捲款潛逃，其損害與乙投資顧問公司之引介甲投資無相當因果關係云云，認乙投資顧問公司不負侵權行為及消費者保護法之賠償責任，自非無判決理由前後矛盾之違法。」為由，將全案廢棄，發回臺灣高等法院台中分院。

該案經臺灣高等法院以九十一年度上更（一）字第五號更審後，亦認「乙投資顧問公司係藉由投資理財建議書之散發而吸引大眾投資『避險型投資管理組合』，此由乙投資顧問公司於本院自承：『投資理財建議書之流通並不侷限於甲而已，我們會找一些人來，再予介紹』等語可證，該投資理財建議書即屬以其他方法可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播，係乙投資顧問公司以媒介成立投資契約之廣告，乙投資顧問公司否認該建議書係廣告，尚無可採。」，惟仍然判決甲敗訴，其理由為：「根據系爭投資理財建議書，可知本件避險型投資管理組合之設計，係由投資人將投資金額匯至新加坡丙公司指定之銀行帳戶內，再由丙公司將該資金交由丁

⁷³ 臺灣臺中地方法院 88 年度訴字第 2119 號民事判決、臺灣高等法院台中分院 88 年度上字第 738 號民事判決參照。

公司在外匯市場操作，惟丁公司操作之前必須先提出操作金額百分之三十之擔保品於丙公司，當丁公司操作若虧損達百分之三十時，須立即停止操作，丁公司提供之百分之三十擔保品及剩餘百分之七十本金，將匯回客戶所指定之銀行帳戶，客戶仍取回百分之百投資本金，至於操作虧損完全由丙公司承擔。因此投資理財建議書所指『英國丙集團以及丁管理機構對此投資組合深具信心，願在本管理組合中承擔市場風險，而讓投資人在本金不虧損之狀況下，積極地追求高報酬。也正因為客戶之資金在本投資組合下，完全沒有風險』，衡諸系爭投資管理之設計說明，顯指投資人之資金由丁公司在外匯市場操作，交易所生之虧損風險完全由丙公司承擔，投資人之本金不會因丁公司操作失利而虧損。此『客戶之資金完全沒有風險』，應指無交易所生之虧損風險而言，至為灼然；至若公司人員或銀行職員，乘執行職務之便監守自盜捲款潛逃，乃屬人謀不臧所生之『道德危險』，此種道德危險與所謂因投資標的會隨市場需求變化而生之價格漲跌，導致『交易上虧損風險』，兩相比較，其概念與性質迥然不同。猶如販售各式基金之銀行或證券公司出售之各式基金縱有較小交易風險之設計，但仍無從保證基金經理人或基金保管銀行之職員不會有職務上之犯罪行為，亦為投資人所可自行判斷得知。」「投資理財建議書所載『投資人的本金完全存放在保管銀行帳戶中，無交易行為發生時，任何人均無法挪用該筆資金』等語，所謂任何人均無法挪用該筆資金，係針對丁公司所屬之外匯經理人而言；蓋本件投資人將資金匯入丙公司指定之銀行帳戶內，該資金自匯入後即歸丙公司所有，丙公司當有權提領。且資金係由丁公司在外匯市場進行操作，亦須由丙公司提領上開資金供丁公司操作。是投資理財建議書所載『投資人的本金完全存放在保管銀行帳戶中，在

無交易發生時，任何人均無法挪用該筆資金』，即非指丙公司之人員亦無法挪用存放在保管銀行丙公司帳戶內投資人所匯入之投資本金。況查，投資理財建議書於任何人均無法挪用該筆資金之後，緊接以括號註明：『操作之經理人只能操作而不能挪用資金』，因資金係由丁所屬外匯經理人操作，則所稱操作經理人顯係指丁公司所屬外匯經理人。因此所謂任何人均無法挪用該筆資金，衡諸上開緊接之括號註明，其真意係針對負責操作之丁公司所屬外匯經理人而言。從而，系爭投資理財建議書，所謂任何人均無法挪用該筆資金，係指丁公司之外匯操作經理人不能挪用客戶之投資本金，並不包括投資本金匯入丙公司之銀行帳戶內遭丙公司人侵吞捲款潛逃之情形，至為灼然。因之乙投資顧問公司所製作之系爭投資理財建議書並無不實之處。』，該案經甲上訴最高法院後，於民國九十二年一月十六日九十二年台上字第八十號民事裁定以上訴不合法為由，駁回上訴而告確定。

值得注意的是，本案法院認為投資顧問公司在推介特定海外基金，所提供予消費者之投資理財建議書係屬廣告，投資顧問公司應確保廣告內容之真實性及所負義務程度不得低於廣告內容。本案雖係發生於投資人與投資顧問公司間之投資糾紛，惟實務上銀行使用理財建議書來推介、促銷共同基金，所在多有，尤其是網際網路盛行之今日，網路銀行利用網頁廣告、電子郵件等，刊登或郵寄各種形式之共同基金廣告，亦非少見，可預期地，對於銀行為促銷共同基金而提供予消費者諸如投資理財建議書、投資分析報告之情形，司法實務上，亦同樣認為銀行應依消保法第二十二條規定對消費者負有確保廣告內容真實之義務。

第五章 網路銀行銷售共同基金所生爭端之解決

隨著網路理財活動的發展，消費者透過網路銀行下單申購、贖回共同基金之情形，將更形普及化，隨之而來的法律糾紛亦將層出不窮，限於篇幅有限，本章將針對此類爭端有關之管轄權、電子證據及線上爭端解決機制作進一步之探討。

5.1 管轄權之確定

網路銀行銷售共同基金與一般電子商務行為一般，具有跨地域性及國際性之特徵，網路銀行銷售共同基金所生爭端若採取法院訴訟解決手段，首先將面對受訴法院有無審判權（或稱為國際管轄權）及管轄權之問題，本文之核心在於國內網路銀行銷售共同基金之問題，是以有關此節討論之重點不包括審判權問題，而僅限於管轄法院之確定問題。

或有論者以為，一般銀行於消費者利用網路銀行申購共同基金前，多以定型化契約條款之方式，合意約定管轄法院，就管轄權確定問題無多加討論之必要。惟民事訴訟法第四百三十六條之九規定：「小額事件當事人之一造為法人或商人者，於其預定用於同類契約之條款，約定債務履行地或以合意定第一審管轄法院時，不適用第十二條或第二十四條之規定。但兩造均為法人或商人者，不在此限。」亦即於小額訴訟事件中，網路銀行縱事先以定型化契約條款之方式與消費者合意管轄法院之約定，消費者仍得抗辯不受其拘束；況且，此類以定型化契約條款合意定管轄法院之約定，是否有民法第二百四十七條顯失公平之情形，亦有透過對於管轄法院確定標準之討論，進一步加以檢視之必要。

5.1.1 對傳統管轄權標準之挑戰

受訴法院是否有權審理具有跨地域性之民事訴訟事件之根據在於其管轄基礎，我國民事訴訟法對於管轄基礎之規定分為一般管轄權與特別管轄權。一般管轄權指的是受訴法院能審理針對被告之任何訴訟請求，例如被告之住所、居所、法人之主事務所、主營業所；而特別管轄權則僅僅允許對由於被告與法院之間聯繫所引起或與之相關之訴訟請求進行管轄，例如契約履行地所在法院僅能對因契約所生之訴訟進行管轄；票據付款法院僅能對本於票據有所請求而生之訴訟進行管轄。但網際網路所形成之網路空間概念為虛擬存在，使傳統以物理空間之關聯作為決定管轄權標準在網路商業紛爭之適用上產生困難。

1、網路空間的虛擬性使傳統的地域管轄基礎陷入困境

當事人之住所、財產等因素之所以能成為管轄之基礎，是因為這些地域和受訴法院之管轄區域存在著物理空間上之關聯。然而，將此原則運用到網際網路上時，網路空間中無法找到住所、有形財產或行為之確切某一物理空間地點，亦即網路空間的虛擬性使網路活動本身很難體現與物理空間有穩定聯繫之傳統管轄權因素。

2、網路空間的跨地域性使司法管轄區域的界限變得模糊

傳統上受訴法院之管轄區域是確定的，係依物理空間界定其邊界。而網路空間具有跨地域性的特性，無法像物理空間那樣分割成許多領域，分割也毫無意義，故與物理空間不具有一一對應的關係。甚且，網路空間是不可視的，可視的只是網路的外部設備，這些很難說是網路空間的表現形式，亦非地理範圍之標誌，要在一種性質完全不同的空間中劃定界線，顯然有其困境。

5.1.2 管轄權標準

我國就網路電子商務活動並未訂有專門的管轄權標準，仍係以傳統的管轄基礎作為判斷標準，為了解決傳統法院管轄權在網際網路交易上所面臨之窘境，比較法上對於電子商務管轄權或審判權所採取之判斷標準，對於我國司法實務上判斷管轄權標準應具有相當參考價值。

5.1.2.1 比較法

5.1.2.1.1 美國法

美國是網路技術開發及運用起步最早的國家，也是電子商務最為發達的國家，美國法院已累積了相當案例有關審理電子商務爭端，判例法的靈活與機動性使得其在建立管轄權標準上，也進行了許多大膽而有益的嘗試。

一、傳統管轄權標準

美國聯邦最高法院在進行正當法律程序¹分析時，根據被告與法院地的聯繫程度，分為一般管轄權與特殊管轄權²。

¹ 美國法院的司法管轄權制度在很大程度上依托於其憲法關於正當程序（Due Process）條款的規定及聯邦最高法院對此的解釋。美國於 1868 年 7 月 9 日通過的憲法修正案第 14 條第 1 款原則性規定：不經正當程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產；在州管轄範圍內，也不得拒絕給予任何人平等的法律保護。美國聯邦最高法院在一系列司法實踐中對「正當程序」這一抽象概念進行了界定，即（1）管轄法院所在州必須與當事人或訴訟標的物有充分聯繫（adequate contacts）；（2）所有當事人都須受到適當之送達，並有充分抗辯之機會。見李復甸、黃正一、李師榮，網際網路虛擬空間之民事管轄，頁 2，二十一世紀資訊網路法制國際研討會，89 年 6 月 17 日。

² 馮震宇，網路法基本問題研究（一），頁 28 以下，學林文化事業有限公司，1999 年 7 月。

1、一般管轄權

一般管轄權指法院能審理對被告的任何訴訟請求。正當法律程序條款通常允許對於與被告有著多種較為密切和持久聯繫之法院行使一般管轄權，這些聯繫包括被告之住所、居所、公司註冊營業地、被告在法院地進行持續性及系統性活動、同意或放棄抗辯、被告在法院地短暫停留並對其進行了送達³。值得注意的是，聯邦最高法院在 *Helicopteros Nacionales de Colombia, S. A. v. Hall* 案中明確指出在訴訟請求不是產生於被告在州內的同樣活動時，即使其他商業活動已進行了多次，也不足以構成持續性和系統性的聯繫⁴，而得主張行使一般管轄權。

2、特殊管轄權

十九世紀工業革命開始，州際商務往來增加，再加上汽車、飛機等交通工具日益低廉及便捷，打破傳統以州際疆界定管轄權標準之要求日益強烈。聯邦最高法院乃在一系列的案件，逐步擴大各州之管轄權，但也相對地要求各州之管轄權範圍應不超出憲法第十四條修正案之「正當程序」範疇。各州在憲法允許的範圍內，雖可實施其管轄權，但各州並不當然授

³ See Gray B. Born, *International Civil Litigation in United States Courts* 95 (3rd, 1996)

⁴ See *Helicopteros Nacionales De Colombia, S. A. v. Hale*, 466 U. S. 408 [1984]. 該案之事實為：被告是哥倫比亞的公司，在南美秘魯從事為石油建設公司提供直昇機運輸活動。被告與 Corsorcio 公司簽訂了為該公司在秘魯鋪設石油管線的業務中提供直昇機運輸服務的契約。在提供該種服務過程中，被告的飛機在秘魯失事，失事中遇害的 Corsorcio 公司職員的親屬向德克薩斯州法院起訴。而被告與該州的聯繫為：被告總裁與 Corsorcio 公司有關該運輸服務契約的一次協商談判在該州進行、被告公司百分之八十的直昇機購自於該州的貝爾直昇機公司（價值超過 400 萬美金）、被告曾送其飛行員和維修人員至該州貝爾直昇機公司進行培訓。

權該州法院擴張其管轄權至憲法所允許之範圍。管轄權之授權方式，傳統上係由各州議會立法授權，而非由法官藉判例擴充，而議會利用立法授權方式以擴充法院管轄範圍之法案，即稱為長臂法案（Long-arm Statutes）。其立法內容可分為二類，第一類採用列舉授權方式，如紐約州之長臂法案規定可對外州被告行使管轄權之基礎事項為：(1) 在州內從事任何商業活動或在其他轄區內簽約約定於州內提供勞務或商品；(2) 在州內實施侵權行為；(3) 在州外實施侵權行為，卻導致州內居民或財產受損，或自州際交易獲得實質利益。第二類授用空白授權方式，如加州之長臂法案規定：本州法院之管轄權不得逾越本州及聯邦憲法之限制範圍。聯邦法院在實際案例中，也提出標準供法院判斷長臂法案的適用範圍，即當被告的住所不在法院地州，但和該州有某種最低聯繫（Minimum Contacts）⁵，而且所提權利要求的產生和此種聯繫有關時，就該項權利要求而言，該州對於被告具有管轄權。關於最低聯繫之概念，聯邦最高法院在 *World-wide Volkswagen Corp. V. Woodson* 案⁶中認為，「可預見性」對正當程序而言非常重要，被告能否合理地預見到其行為與法院地的聯繫是使自己

⁵ 楊靜宜，網路行為管轄權爭議問題之初探，資訊法務透析，頁 20，1999 年 6 月。

⁶ *See World-wide Volkswagen Corp. V. Woodson*, 444 U.S. 286 [1980]. 該案之事實為：原告於 1976 年在居住地之紐約州汽車零售商購買汽車，次年於遷居至亞歷桑那州而途經俄克拉荷馬州時，遭另部汽車追撞汽車尾部，引起汽車起火受有嚴重燒傷，原告對該車之製造商、進口商、地區經銷商、零售商起訴，而地區經銷商、零售商提出管轄權抗辯。聯邦最高法院認為被告對所售產品將途經法院地州的可能性的應當預見不能說明其與法院地州的活動和該活動與法院地州的聯繫使其應合理地預計到可能在該州被訴。地區經銷商、零售商若不曾作出努力直接或間接地在法院地州開闢產品市場，也未期望在該州得到一定利益和獲得法律保護，則與法院地州的最低限度聯繫不能成立，法院地州對其不能行使管轄權。

必須到該法院應訴的關鍵⁷。之後的案例採取類似標準，認被告有目的的指向法院地的行為，構成了法院對其進行管轄的根據。所以，總體而言，「最低聯繫」標準認為至少要求滿足三項條件：其一，被告係有目的的在法院地為利用行為，而有目的的定義，係指可預見性、實質聯繫等情形；其次，訴訟請求與前開利用行為具有關連；再次，法院行使管轄權具有合理性，即符合公平和實質正義的傳統觀念，其權衡因素包括：被告在他州出庭的負擔、法院地州在審理該案上之利益、原告獲得便利有效救濟的利益、州際司法體系最有效解決爭端的利益、各州在推廣實體社會政策中之共同利益⁸。

二、長臂原則在網路案件之適用

在網路案件中適用長臂原則時，關連性與合理性通常不構成對確定管轄權之重要挑戰，網路案件中所面臨之最大困境在於「有目的利用」的分析，即被告什麼樣的活動構成在法院地有目的之利用行為。美國在司法案例上，曾揭示數個不同之標準：

1、最低限度接觸原則

在密蘇里州 *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*⁹一案中，被告公司係設在加州的公司，在該州所申請的網址上提供一項有關服務之廣告，以吸引潛在顧客的注意。密蘇里州居民曾連結該網站，其中多數係原告公司之職員，原告公

⁷ See Jonathan Rosenoer, *Cyber Law: THE LAW OF THE INTERNET*, 227-231, Springer-Verlag New York, Inc., 1997.

⁸ 楊靜宜，同註 5，頁 20。

⁹ See *Maritz, Inc. v. Cybergold, Inc.*, 947 F. Supp. 1328 [E. D. Mo., August 19, 1996]

司隨後在密蘇里州法院起訴被告公司侵害商標權及不正當競爭。聯邦地方法院揭示根據密蘇里州長臂法規定，任何人或公司，無論是否為該州居民，如在該州內有交易行為或民事侵權行為，達到最低限度接觸程度，都在該州法院管轄範圍內。法院採取聯邦第八巡迴法院的看法，從五個檢測標準檢驗是否達到「最低限度接觸」標準，包括：接觸的性質、接觸的數量、接觸的原因、管轄法院州的利益、當事人的方便，其中以前三項標準最為重要。儘管本案被告公司抗辯其僅為被動性網站，法院卻認為被告係有意地向所有網際網路用戶傳送廣告，且密蘇里州居民若經由被告網站之廣告向被告公司詢問，被告公司仍能夠自動地、不加區分地向所有訪問其網站的用戶回覆，被告公司傳送的廣告有三百十一次，係故意向密蘇里州貿易以牟取利益，而原告請求之侵權行為即是來自於被告公司設置網站之廣告行為，亦即法院認僅憑電腦網站之連結瀏覽，仍足以達到最低限度接觸之標準。該案判決引來多方批評，認與正當程序之要求相違背，因為依此標準對任何網站而言，凡用戶可以連結瀏覽的所在地法院均得主張管轄權，則網路案件中管轄權確定標準之建立將毫無實益。此項認定結果，在之後的司法實務上並未受到採用。

2、彈性衡量標準（又稱為滑動標尺標準，sliding scale approach）

一九九七年 Zippo manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc. 案¹⁰中，原告公司係位在賓州的打火機製造商，被告公司則係位在加州的

¹⁰ See Zippo manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. 1119[W. D. Pa 1997].

網路服務商，在網站上提供廣告及新聞服務，用戶對被告公司付費後，經由被告授權之密碼可下載被告提供之文件、照片，原告公司在賓州對被告公司起訴侵害商標權。在該案中法院對於網路案件的長臂法原則之適用，作出創造性的發展，即把網站區分為被動性網站、互動性網站與交互性網站，並主張僅能對互動性網站及交互性網站行使長臂管轄權。

- (1) 被動性網站 (passive sites)：網站僅僅張貼訊息供用戶瀏覽，如同普通報刊上的廣告一樣，沒有尋求在網站上與法院地州居民訂立契約，在沒有確切證據明該網站所有人實際在法院地銷售商品或提供服務之情況下，不能構成法院行使管轄權之根據¹¹。以本案而言，被告公司僅設立網站使用原告註冊在先之商標，雖然任何人在任何時候均可連結被告公司網站瀏覽被告公司之廣告，但不能僅以此推斷被告公司有意針對法院州居民從事交易的企圖，被告公司之行為尚不構成有目的的利用。
- (2) 互動性網站：(active sites) 與被動性網站相對，互動性網站處在衡量標的另一端，網站經營者直接經由接收網路訂單，傳送確認或其他訊息給法院地顧客等方法來從事交易活動，法院對其行使管轄權即有充分根據。
- (3) 交互性網站 (interactive sites)：處在被動性網站與互動性網站間的灰色區域，網站與用戶間可以進行訊息交流，其交流的方式和內容

¹¹ 杜維武，美國關於資訊授權與管轄權相關問題（上），法令月刊，第 50 卷第 3 期，頁 24-25，1999 年 4 月。

可以具有多元性，如用戶可使用 e-mail 與網站交流訊息、網站為用戶提供查詢服務、提供廣告服務等均屬之。在檢視用戶與網站間之交互活動，應取決於交互性的程度及交互訊息的商業性質，如果整體判斷趨向於進行商業活動，則法院應該得據以行使管轄權。

本案中被告公司雖以在賓州之客戶僅占其全部業務量的百分之二，與賓州未達實質性聯繫作為抗辯，但法院認為對被告實施管轄，係因被告公司之行為的性質與質量達到了「有目的利用」的要求，在本案中被告公司非在網站上直接與賓州居民簽立契約，亦非僅僅是被動性提供訊息之網站，而係介於二者之間，在考量被告公司與賓州居民之交互訊息之程度及訊息交換的商業性質，法院對被告公司有行使管轄權之依據。該案揭示根據美國憲法行使屬人管轄權應當和網路上進行的商業活動的性質和質量 (the nature and quality of commercial activity) 有直接的對稱關係。在該案判決後，廣泛在網路案件之長臂法適用問題上被引用，已成為目前美國通說標準¹²。嗣後一九九七年 *Cybersell Inc. v. Cybersell Inc.* 案¹³ 中，位於亞歷桑那州的原告公司和位在弗羅里達州的被告公司是兩家同名公司，原告公司向亞歷桑那州法院起訴被告侵害商標權。法院亦引用前案的判決，認為長臂原則在網路案件之適用時，被告行為是否構成有目的的利用，應取決於被告在網路上與用戶之互動水平和商交易的商業性質。在本案被告公司所運作者為一被動性網站，任何人在任何地方都可以到

¹² See Gerald R. Ferrera & Stephen D. Lichtenstein & Margo E. K. Reder & Ray August & William T. Achiano, *Cyber Law: Text and Cases*, 29-30, South-Western College Publishing, 2001.

¹³ See *Cybersell Inc. v. Cybersell Inc.*, 130 F.3d 414 [9th Cir. 1997].

達被告的網站，該網站並非僅僅指向法院地居民，若無法證明被告與法院地有其他聯繫，如在法院地從事商業行為或訂立契約，法院不能主張管轄權。上訴法院對此亦採肯定看法。

5.1.2.1.2 歐盟

在網際網路盛行前，歐盟在有關民商案件國際管轄權之規定，主要體現在一九六八年訂立之布魯塞爾公約，該公約規定被告之住所地法院有一般管轄權，而債務履行地、侵權行為地則有特別管轄權。之後，隨著電子商務之快速發展，歐盟理事會乃著手訂立新公約，以適應電子商務條件下跨國商業糾紛的特別需求。於二〇〇〇年十二月二十二日制定通過，並於二〇〇二年三月一日生效的「民事和商事案件的管轄權及判決承認和執行條例」(Council Regulation on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgment in Civil and Commercial Matters)，取代布魯塞爾公約¹⁴，該條例承襲布魯塞爾公約，除重申被告住所地管轄權的一般原則外，關於電子商務爭議管轄權的立法發展，主要體現在消費契約（即所謂 B2C 契約）糾紛方面，有關消費契約糾紛，仍然保留了被告住所地管轄的一般原則，同時增加了特別管轄權，即在消費者提起之消費契約訴訟，可以選擇自己的住所地成員國法院起訴（即產品或服務消費地原則，country of destination approach），也可以在企業經營者所在地成員國法院起訴。而當企業經營者以消費者為被告提起訴訟時，則只能在消費者住所地成員國法院起訴。但該特別管轄權之適用，需滿足二要件：(1) 在契約簽訂立，企業經營者在消費者住所地曾向消費者發出特定的邀請或廣告；(2) 消費者在其住所

¹⁴ 許耀明，歐盟統一國際私法之發展—以「管轄權原則」與「契約準據法公約」為例，月旦法學雜誌，第 110 期，頁 100 以下，2004 年 7 月。

地為了契約的達成採取了必要的措施。同時為了避免企業經營者在各地被訴的不利局面，該條例區別了兩種情形，(1) 當企業經營者所從事之商業活動「直接指向」消費者住所地的成員國時，消費者可以選擇在自己住所地成員國法院或對方住所地成員國法院起訴；(2) 若企業經營者得以證明所從事商業活動並非直接指向該消費者住所地成員國時，則消費者只能接受法定法院的管轄；反之，當消費者作為被告時，只能由消費者住所地成員國法院管轄。以電子商務之環境而言，企業經營者要證明所售商品或提供之服務非指向特定成員國，是十分困難的，是法院地通常即為消費者住所地來看，此種規定，無異等同宣告法院在電子商務案件之消費糾紛中，消費者住居所地法院幾乎均可認為有管轄權。

歐盟前開作法，引來美國學者之嚴厲批評，其認為如此將導致從事電子商務之企業經營者勢必面臨著在各成員國間被訴的局面，無形中將增加電子商務的交易成本，有礙於電子商務之發展。其次，電子商務正值發展階段，網際網路作為貿易媒介的優點在於提供現有商業和企業經營者平等進入電子商務市場之能力，歐盟之作法實際上剝奪一些中、小企業有效進入之平等性。再者，在網際網路環境下，傳統法原理適用於消費者與企業經營者的不對等談判地位關係已有進行重新評估之必要，網際網路上充斥者訊息、專業的分析工具及豐富的可替代產品，消費者的選擇能力與選擇機會不可同日而語。最後，歐盟的作法貫徹到底將導致企業經營者通過技術封鎖在歐盟地區提供服務和進行交易以避免在歐盟被訴，此舉既不利於消費者之選購權，亦不利於電子商務之發展。

以歐盟的管轄權標準而言，顯然和美國採取截然不同的標準，主要原因在於美國為電子商務大國，其電子商務市場起步較早，整體而言為電子商務輸出國，而歐

盟國家相對於美國而言，為電子商務輸入國，即多處於消費者角色，為在國際經濟交往中保護自身利益，再加上歐盟傳統上比較注重對消費者之保護，是以歐盟在管轄權之認定標準上與美國有前述之嚴重分歧。

5.1.2.1.3 中國大陸

關於網際網路和電子商務之管轄權問題，中國大陸並無專門之立法，但在司法實務中曾出現關於電子商務案件管轄權標準之爭議，最高人民法院隨後亦頒布司法解釋作為電子商務法院管轄權之認定標準。

一九九八年十二月，位在北京之原告公司向北京市海淀人民法院起訴主張位在四川之被告公司之網頁抄襲原告公司網頁內容，侵害著作權。被告提出本件被告住所地及侵權行為地均在四川省，受訴法院不具管轄權之抗辯。但北京市海淀區人民法院認為原告公司主張被告公司複製其公司網頁內容，被告公司必須經過原告公司網頁所在之伺服器主機始得接觸，故原告伺服器所在地為侵權行為發生地。被告公司複製之網頁內容，亦得為原告公司所在地法院之其他人所瀏覽，故原告公司所在地法院亦為損害結果發生地。該認定結果為北京市第一中級人民法院所維持，並進一步闡明在網際網上進行複製時，必須同時具備使用電腦及通過網際網路進入存有相關內容之伺服器，所以伺服器所在地及使用者電腦所在地均可視為侵權行為發生地¹⁵。雖有眾多學者對於該案判決將原告公司伺服器主機所在地認為係屬侵權行為發生地多所質疑，認為係將侵權行為實施地與侵權行為載體所在地混淆，猶如在媒體侵權案件中，將廣播、電視之發射裝置所在地認定為侵權行為發生地一般，不當擴大侵權行為地之概念。

¹⁵ 張廣良，網路環境下知識產權糾紛及相關法律問題，知識產權，2000年第2期，頁20。

最高人民法院於二〇〇〇年十二月十九日公告之司法解釋（二〇〇〇）四十八號「最高人民法院關於審理涉及計算機網絡著作權糾紛案件適用法律若干問題的解釋」第一條規定：「網絡著作侵權糾紛案件由侵權行為地或者被告住所地人民法院管轄。侵權行為地包括實施被訴侵權的網絡服務器、計算機終端等設備所在地。對難以確定侵權行為地和被告住所地的，原告發現侵權內容的計算機終端等設備所在地可以視為侵權行為地。」此一司法解釋，非但肯定前開司法案件之裁判理由，更進一步擴大對於無法確定侵權行地和被告住所地之案件，由原告發現侵權內容之電腦設備所在地法院管轄，在此種情形下，無異原告可以選擇任何法院起訴，只要先在受訴法院轄內的某電腦印出侵權網頁，即可實現由該法院管轄之目的。

5.1.2.2 國際條約

一九九二年海牙國際私法會議中，美國代表提議針對電子商務之特殊性，有必要就電子商務領域的管轄權問題加以探討，將民事商事管轄權和外國裁判公約之起草列為工作議程。於一九九九年於日內瓦加開圓桌會議，成立七個工作委員會分別就契約、侵權、法院和法律選擇、資訊保護措施之法律適用、域外送達、域外採證、線上爭端解決機制和程序標準進行討論，於一九九九年十月提出公約草案，其中與本節相關於內容有¹⁶：

一、契約

委員會區別 B2B 契約與 B2C 契約加以討論，在 B2B

¹⁶ 林麗真，電子商務契約民事法律問題之研究，頁 242-247，國立台北大學法律學系研究所博士論文，94 年 7 月。

契約中，以線上訂立契約的情形，區分為非線上履行契約與線上履行契約，以前者而言，公約草案第六條規定，依契約類別不同定其管轄，即貨物買賣，由貨物的部分或全部交付地法院管轄；服務買賣，則由服務的部分或全部提供地法院管轄；若同時涉及貨物與服務買賣，則由主要債務的部分或全部履行地法院管轄。至於線上履行之情形，有學者認為不適用公約草案第六條規定，也有學者認為線上履行契約所交易者為訊息，與服務性質上等同，應適用公約草案第六條規定，公約草案仍依據傳統義務履行地管轄原則確定契約糾紛之管轄權標準。而對 B2C 契約，除了考慮被告住所地外，從保護消費者的角度出發，原告住所地也應該給予重視。在公約草案的討論中，專家認為，在線上交易環境中，傳統消費者的概念和範疇需要重新考慮，關於電子形式的消費者契約的管轄權爭議更多體現的是政策問題，而不僅僅是法律問題，關於消費契約訴訟，只要滿足二條件，則消費者慣常住所地法院即得行使管轄權，其一，消費契約的達成是由企業經營者在消費者住所地從事的商業活動或職業活動所產生，或者是企業經營者直接在該地通過公開方式招攬生意；其次，消費者必須為在其住所地達成契約採取了必要的步驟。

二、侵權

就侵權問題，委員會成員間看法分歧，有委員認為傳統之侵權行為發生地和損害結果發生地在網際網路環境下，不能再適用，應由原告慣常居所地法院管轄。有委員則認為若侵權行為發生地，同時也是被告的慣常居所地；或者侵權結果發生地，同時也是原告的慣常居所地，則侵權行為地法管轄權原則仍可適用。另有委員認為重力中心地和最密切聯繫原則也應該給予考慮。最後，在公約草案中則仍承襲侵權行為之管轄權標準，以侵權行為發生地和損害結果發生地為管轄原則，除非被

告證明其不能合理地預見到該作為或不作為會在該國導致同樣性質的損害。以網路環境而言，此事實之舉證相當困難的，因為網路運作無遠弗屆，利用網路造成侵權結果自然在世界上任何可瀏覽網路的地點均能造成損害結果。

為了進一步討論公約草案內容是否適應電子商務的迅速發展，二〇〇〇年二月二十八日至三月一日，海牙國際私法會議在加拿大渥太華加開了工作組會議，進一步針對線上履行契約之定性、線上履行契約之履行地認定、侵權等問題加以探討。其中對於線上履行契約之定性問題，歐盟代表認線上履行契約是提供服務，依公約草案應由服務提供地法院管轄，而美國代表則認為線上履行契約是提供貨物，但與傳統提供貨物契約之特性不同，英國代表則認為不能歸類於提供服務或貨物，均認為傳統管轄權標準無法適用，應另訂新的管轄權標準。而關於線上履行契約之履行地之認定，英國代表主張由訊息接收者為接收訊息傳送所提供之地理處所。但法、德等國反對，認訊息接收者隨意提供之地理場所可能與契約沒有任何實質關連。在消費契約糾紛問題上，有專家提出以企業經營者在消費者住所地是否有明確的目標消費者（targeted consumers）作為消費者住所地是否有管轄權之標準，但受到質疑，未被接受。在侵權問題上，歐盟國家代表堅持既有之管轄權標準仍可適用於電子商務之情況，至於具體的地點，則由受訴法院在個案中根據具體狀況加以認定。美國代表則認為應針對電子商務之特殊性規定特殊之侵權行為管轄原則，網路侵權案件之行為發生地或結果發生地很難確定，將使得傳統侵權行為管轄原則難以適用，故主張由受害人慣常居所地優先管轄。各會員國對以上各項爭議最後仍未達成共識。

5.1.2.3 我國法

我國對於電子商務爭端之司法管轄問題並無特別規定，亦即應適用民事訴訟法或其他特別法之規定加以處理。

我國民事訴訟法關於管轄權之規定，分為一般管轄權及特別管轄權，對於一般管轄權於採取「以原就被」原則，第一條規定：「訴訟以被告住所在法院為管轄法院」，第三條至第二十條規定了特別管轄權，與電子商務案件直接有關的包括，第十二條規定：「因契約涉訟者，如經當事人定有債務履行地，得由該履行地法院管轄。」第十五條規定：「因侵權行為涉訟者，得由行為地之法院管轄。」傳統上認為此所謂「行為地」包括侵權行為地及結果發生地在內。另外，消費者保護法第四十七條規定：「消費訴訟，得由消費關係發生地之法院管轄。」乃為緩和藉由定型化契約條款之操作合意管轄或依民事訴訟法有關規定，致當事人於訴訟程序中造成之待遇不平等之規定。而學說上認「消費發生地」包括契約關係發生地、侵權行為發生地及侵權行為結果發生地。此於網路上管轄權之認定上亦宜採肯定之見解¹⁷。

誠如前述，網路銀行銷售共同基金多以定型化契約條款與消費者事先約定合意管轄法院，通常係約定以網路銀行之總行所在地法院為管轄法院，此類定型化約款之效力問題，本文原則上採取肯定見解，蓋與傳統商業活動相較，網際網路提供了一個廣闊的市場，在這個市場上，賣方所提供服務、價格、條件等在網站上載明清楚，資訊相對透明，而買方則可以根據需求，不受地理、時間限制，以前所未有的方式大量、廣泛地搜集賣方資訊，經由比較，確定自己的交易對象，亦即經由網路技術的發展，交易選擇權開始向買方傾斜，亦即賣方為了為網際網路上存在的競爭者競爭交易機會，也會適度地調查買賣價格、條件以迎合買方的需求，是

¹⁷ 楊靜宜，同註5，頁27。

以網際網路上之消費契約，傳統上消費者締約劣勢的觀點受到嚴重的質疑，因此，除非合意管轄法院約定之內容，顯然與兩造無太大關連，且對消費者十分不便¹⁸以外，實難認此類合意管轄法院之定型化契約條款無效。

但在小額事件中，依民事訴訟法第四百三十六條之九規定，消費者可主張不受定型化契約條款合意管轄之拘束，換言之，此時受訴法院在進行實體審判前，仍有認定管轄權有無之問題。依前開國際條約針對管轄權問題，將電子商務契約分為線上履行契約及非線上履行契約，就非線上履行契約而言，實際上有商品之交付或服務之提供，即物理空間之契約履行地存在，即使當事人雙方在契約中沒有約定契約履行地，亦可透過民法第三百十四條規定：「清償地，除法律另有規定或契約因有訂定，或另有習慣，或得依債之性質或其他情形決定者外，應依左列各款之規定：一、以給付特定物為標的者，於訂約時，其物之所在地為之。二、其他之債，於債權人之住所地為之。」認定契約履行地。以網路銀行銷售共同基金而言，係屬非線上履行契約，契約義務之履行牽涉實體商品之交易，是以關於契約而涉訟時，根據一般傳統管轄權之認定標準，實已足以確定管轄法院。

比較容易發生困擾的是，網路銀行銷售共同基金若發生侵權行為而涉訟時或消費者提起消費訴訟時，行為地或消費關係發生地之認定問題。亦即網路銀行銷售共同基金所衍生之侵權行為或消費訴訟案件中，消費者對於任何可連結瀏覽

¹⁸ 我國立法上並未採用美國法上「不便利管轄制度」，亦即若於實務上發生當事人間藉由定型化契約條款合意之管轄法院，對消費者明顯不便利時，應依消費者保護施行細則第 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。」，民法第 247 條之 1：「依照當事人一方預用用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二加重他方當事人之責任者。三使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四其他於他方當事人有重大不利益者。」，認定該條款無效，而不受合意管轄約定之拘束。

網路銀行網站之地是否均可主張為侵權結果發生地？依美國法長臂原則在電子商務案件所採取的網站三分法標準而言，網路銀行之網站泰半係屬互動性網站，是以消費者應可主張住所地為侵權結果發生地，該地所在法院有管轄權。另一方面，若由歐盟標準來看，如前所述，消費者透過網路銀行進行投資共同基金之投資行為，仍屬消費行為，就消費關係所生之糾紛，消費者住所地法院有管轄權。是以不論採取美國法或歐盟對管轄權之認定標準，網路銀行銷售共同基金所生之侵權或消費訴訟糾紛，消費者均可主張住所地法院有管轄權。

5.2 電子證據之探討

網路銀行銷售共同基金日益蓬勃發展，於此交易關係中，雙方大多透過電子訊息來傳輸雙方意思表示，將來一旦發生爭端，欲認定事實真偽，勢必借助於雙方於交往過程中所作成之電子文件，則電子文件在法律上之效力，乃為必須先行解決之前提問題。

5.2.1 電子證據之特徵

所謂電子證據，一般是指電腦系統運行過程中產生的或儲存的，以其記錄之內容證明事實的電、磁、光記錄物。電子證據和傳統證據相較，其具有以下特點：

1、無形性

電子證據是以電子信息的形式儲存在電腦內部，是以 0 和 1 組成的數字編碼的二進位制形式存在。在電腦對信息進行存儲、處理過程中，一切訊息體現為一系列不可讀的二進

位制編碼來傳遞。

2、證明性

電子證據的產生、儲存和傳輸，均借助於電腦設備與技術，在沒有外界的蓄意篡改或差錯影響下，這些高精密技術可以準確地儲存並反映有關真實情況，很少受有主觀因素的影響，其精確性也決定了電子文件在驗證具有真實性的情形下，具有極強的證明力。

3、脆弱性

電子證據是以二進位制表示的數字信號形式儲存，而數字信號是非連續性的，因此，如果有人故意或因為疏忽對電子文件進行截收、刪除、剪接，從技術上而言，不易留下可供發現的痕跡，此與錄音、錄影資料是連續的模擬信號，發生變化可以用技術手段查明顯然不同。

5.2.2 電子證據之性質

網路銀行銷售共同基金法律關係中，所涉及之電子證據以電子文件為主，是本文之討論範圍也限於電子文件部分。電子文件在訴訟法上之性質如何，學說上有不同見解，主要有文書說、準文書說、生成文書說、物證說、新型證據說、視聽證據說數種。

1、文書說：

此說以功能等同原則出發，認為文書之之作用在於思想之保存與傳達，而電子文件係以電磁紀錄來表現人的思想內容，就傳統文書重視保存與傳達思想之功能而言，並無差別，僅是記載之方式及載體不同，電子文件透過列印或電腦設備顯示之方式仍有可讀性。

2、準文書說¹⁹：

此說以為電子文件固具有傳統文書之功能，惟就作成電子文件所之原始資料外觀存在形態而言，究與傳統文書顯著不同，其可呈現可閱讀性之形式，作用與文書相同，應準用文書之規定，為準文書。

3、生成文書說（又稱新文書說）

本說注重電磁記錄之機能、存在形態及其使用目的，電磁記錄具有保存，傳達意思之機能，雖其原狀並不能閱讀，但可列印成為可閱讀狀態之書面，所以可用「可能文書」稱之。訴訟當事人要把作為證據資料之電磁記錄內容有關部分列印成文書狀態（生成文書）作為證據。

4、物證說：

作成電子文件之電磁資料本身不具可閱讀性，法院無法直接眼見該電磁資料本身內容，而同其他物證，需透過電腦設備經由勘驗程序而得知其內容。因此，應以電磁記錄帶等為證據原本，與電腦程式一起提出法院²⁰。

5、新型證據說：

此說認為任何一種傳統證據都無法將電子證據完全囊括進去，然而電子證據在司法活動地位日形重要，應用機會越來越多，考量到法律應有一定的前瞻性，因此應將電子證據視為一種獨立的證據類型²¹。且考量商事交易的現實需要來說，將電子證據其作為一種新類型證據來對待，確立起電子

¹⁹ 曹鴻蘭，電磁紀錄在民事訴訟法上之證據調查方法，收錄於民事訴訟法之研討（八），頁139-140，1999年9月初版。

²⁰ 曹鴻蘭，同前註。

²¹ 何家弘，電子證據法研究，頁24，法律出版社，2002年8月。

證據自身統一的收集、審查、判斷規則，為電子商務關係的法律調整提供一個完整的法律平臺。此說認為關於電子證據此新型證據，兼有前述諸多性質，在內涵上有多樣開發之可能性，且隨各該電子媒體被提出於法庭或其紀錄內容被重現於法庭之難易程序不同，其相關訴訟上證據調查方式之如何選用，亦同時導致實體利害或程序利害之消長，因此，為平衡兼顧程序上利益，應預設多種證據調查方式，使其併存而供選擇適用²²。

6、視聽證據說：

此說為大陸獨特學說，大陸民事訴訟法、行政訴訟法及刑事訴訟法修正草案均將視聽資料規定為獨立證據類型。且學說及實務界均認為其內涵包括錄音資料、錄像資料、電腦存儲資料和其他音像證據等。視聽資料是指可視、可聽的錄音帶、錄像帶之類的資料，電子文件可顯示為「可讀形式」，因而也是「可視的」；視聽資料與電子證據在存在形式上有相似之處，都是以電磁或其他形式而非文字符號形式儲存在非紙質的介質上；存儲的視聽資料及電子證據均需借助一定的工具或以一定的手段轉化為其他形式後才能被人們直接感知²³。

以上學說之區別實益，在於認定電子文件在訴訟上之調查方法，文書及準文書說在行證據調查程序時，均以書證之方式進行證據調查，而生成文書說則認電子文件與其原始電磁紀錄內容之同一性於當事人間無爭執時，以通常書證調查方式調查證據，如當事人間對同一性有爭執時，則應先以勘驗或鑑定之方式調查之。至於物證說則認電磁資料本身無法直接經由提示而了解其內容，是以行調查證據時應連同用以呈現該電磁紀錄可閱讀性之電腦設備一併提出於法院以勘驗方式調查之，而新型證據說則視法庭活動之進展，併行選擇適合之調查程序進行。

²² 邱聯恭，電子媒體紀錄需求適用何種證據調查程序—立足於民事訴訟事實審理目的論之檢視，收錄於民事訴訟法之研討（八），頁 298，1999 年 9 月初版。

²³ 何家弘，同註 21，頁 19-20。

我國民事訴訟法第三百六十三條規定：「本目（書證）規定，於文書外之物件與文書相同之效用者準用之。文書或前項物件，須以科技設備始能呈現其內容或提出原件有事實上之困難者，得僅提出呈現其內容之書面並證明其內容與原件相符。前二項文書、物件或呈現其內容之書面，法院於必要時得命說明之。」第一項將文書與「文書外之物件」併列，顯然將文書與具有文書效用之「文書外之物件」相區隔，非採文書說。同條第二項進一步指出，須以科技設備始能呈現其內容者，與作成電子文件之電磁紀錄無法直接目視其內容，而須經由電腦設備呈現可閱讀性之情形相符，提出者須先證明該電子文件之內容與原始電磁紀錄之內容相符，始得以該電子文件作為書證之方法進行證據調查，若當事人間對同一性尚有爭執時，則應先進行勘驗或鑑定之調查方式，與上述生成文書說、新型證據說之理論相當。

5.2.3 電子證據之證據適格

所謂證據適格又稱為證據能力，係指證據對於待證事實可為證據方法之資格而言。聯合國國際貿易法委員會在一九八五年十八屆會議上建議各國：審查涉及使用電腦記錄作為訴訟證據的法律規則，以便消除對其使用所造成的不必要障礙，確保這些規則符合技術發展²⁴。而聯合國於一九九六年公布之電子商務模範法第五條對電子資訊的法律承認規定：不得僅僅以某項訊息採用電子資訊形式為理由而否定其法律效力、有效性或執行性²⁵。第九條第一項則進一步對電子資訊作為證據加以規定：在任何法律訴訟中，證據規則之適用在不得以該證據係電子證據或以電子證據非原件為由而否認一項電子證據作為證據的可接性受性²⁶。

²⁴ 齊愛民、徐亮著，電子商務法原理與實務，頁 221，武漢大學出版社，2001 年 3 月。

²⁵ See Article 5 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, "Information shall not be denied legal effect, validity or enforce- ability solely on the grounds that it is in the form of a data message."

²⁶ See Article 9 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, "(1) In any legal proceedings, nothing in the application of the rules of evidence shall apply so as to deny the admissibility of a data message in evidence:(a) on the sole ground that it is a data message; or, (b) if it is the best evidence that the person adducing it could reasonably be expected to obtain, on the grounds that it is not in its

5.2.3.1 英美法系

英美國家在證據法上，認為須為直接且相關之證據方具有證據方法之適格。電子證據是否具有證據適格，則必須分別根據英美法上之傳聞法則及最佳證據原則加以分析。

一、傳聞法則 (Hearsay Rule)

英美法上著重供述證據，即經由供述者對於有關其親自體驗之事實，經由知覺 (perception)、記憶 (memory)、表現 (sincerity)、敘述 (narration) 等過程，最後達到法庭之法官之認知，而對於待證事實予以證明。若對於該事實，並非由其親身見聞，而係經由他人口頭之傳述²⁷者，即屬於傳聞證據，當事人不能在審判中對該證人進行反對詢問，且證據無法在法庭上由法官親自調查，具有危險性，是以認傳聞證據原則上不具有證據適格。但英美法上對於傳聞證據定有許多例外規定，亦即在具有可信性的客觀環境中，例外地承認傳聞證據具有證據適格。其中與電子證據較有關有：商業記錄例外及公共記錄例外。依聯邦證據規則 (Federal Rule of Evidence) 第八百零三條第六項規定：「藉由資料的傳送，或由知悉之人所作成的備忘錄、報告、記錄或資料編纂，而記錄任何之形式、行為、事件、條件、意見、診斷，於發生該事件之時或稍後作成者；若以其商業活動的慣常行為而保存，以及藉由商品交易的證實或其他具有證詞資格者所能顯示出來，並為其實務上慣行的活動而作成備忘錄、報告、資料編纂者。但該資訊

original form.”

²⁷ 一般而言，傳聞證據並非僅限於口語傳述，其有下列四種形式：(1) 證人在法庭上傳述對重要事實有直接知覺之人在法庭外所作之陳述。(2) 在法庭外將原證人之供述製成筆錄，於審判中，將該書面提出於法庭當作證據。(3) 原證人將證言內容寫成書面，而於審判時，將該書面提出於法庭當作證據。(4) 原證人將證言內容錄成錄音 (即供述錄音)，而於審判時，將該錄音提出於法庭當作證據。見黃朝義，刑事證據法研究，頁 173，元照出版社，1999 年 5 月。

來源或客觀環境顯示出欠缺可信性者，不在此限；而本段所謂『商業』係指包括廠商、機構、協會、專家、專門職業、以及任何種類的人，其是曾以營利為目的，則非所問。」²⁸另同規則第八百零三條第八項規定：「公共機關或其代理人，以任何形式作成的記錄、報告、聲明，或資料編纂，而符合(A)該機關之主要職權活動；或(B)根據法律負有檢查之義務而為報告者。但該資訊來源或其他情況指出有不具可信性者，不在此限。」²⁹實務上，電子證據的提出者經常使用傳聞證據中商業記錄的例外規定，使電子證據得以列為證據，惟應注意的是提出電子證據者依前開規定要求應先釋明：電子證據具有可信性。而實務上，法院認為如果舉證人能證明：作成電子證據之電子系統為標準設備、根據例行的商業活動或於事件發生後的合理時間內輸入資料，且證人對資料來源、指出可信性的方法或準備時間所為之證詞，符合准許之基礎者³⁰，法院原則上便同意將電子證據作為證據方法³¹。

²⁸ See Rule 803 of Federal Rule of Evidence ,”(6) Records of regularly conducted activity. A memorandum, report, record, or data compilation, in any form, of acts, events, conditions, opinions, or diagnoses, made at or near the time by, or from information transmitted by, a person with knowledge, if kept in the course of a regularly conducted business activity, and if it was the regular practice of that business activity to make the memorandum, report, record or data compilation, all as shown by the testimony of the custodian or other qualified witness, or by certification that complies with Rule 902(11), Rule 902(12), or a statute permitting certification, unless the source of information or the method or circumstances of preparation indicate lack of trustworthiness. The term "business" as used in this paragraph includes business, institution, association, profession, occupation, and calling of every kind, whether or not conducted for profit.”

²⁹ See Rule 803 of Federal Rule of Evidence ,”(8) Public records and reports. Records, reports, statements, or data compilations, in any form, of public offices or agencies, setting forth (A) the activities of the office or agency, or (B) matters observed pursuant to duty imposed by law as to which matters there was a duty to report, excluding, however, in criminal cases matters observed by police officers and other law enforcement personnel, or (C) in civil actions and proceedings and against the Government in criminal cases, factual findings resulting from an investigation made pursuant to authority granted by law, unless the sources of information or other circumstances indicate lack of trustworthiness.”

³⁰ 132 N.W. 2d 871, (Neb. 1965) .

³¹ 美國證據法學者認為法院在認定電子證據可信性的標準過於浮濫，電腦系統具有脆弱性之特點，應經由專家釋明電腦系統具有可信性為宜。See Benjamin Wright & Jane K. Winn, THE LAW

二、最佳證據原則 (Best Evidence Rule)

英美法上，提交書證或物證，都要求提出原件或原物，即採取最佳證據原則，舉證者欲提出書面文件作為證據時，須提出原始的文字材料作為證據優先於其複製品。其目的在於確保作為證據的原件的準確性與完整性。要求為了證明某一書面文件上重要條款的內容，必須提交原始文件，除非不能提交並非舉證者之重大過失，方可提交複製品，又可稱為原始文件法則 (original document rule)。而電子證據是在電腦系統內傳遞並記錄在電腦系統內之電子訊息，每次顯示、傳遞或提取的都是訊息文件的複本，從嚴格的傳統意義上「原件」的概念來說，電子證據只能稱為複本，因此，若嚴格依照傳統證據法上原件的概念來適用，將會對電子證據的效力造成障礙。各國在解決此一問題，採取二種不同的方法，其一，從電子證據的特殊性質出發，突破傳統證據法對「原件」的概念，重新界定電子證據範疇內的「原件」概念。聯合國電子商務模範法使用功能等同法對「原件」作擴統解釋，重新確定了「原件」概念，該法第八條規定：如法律要求訊息須以其原始形式展現或留存，下列情形即滿足而該項要求：(a) 能可靠地保證訊息自首次以至最終形式生成作為一電子訊息或充當其他用途之時起，該訊息保持其完整性；(b) 該訊息可展示予觀看訊息者。該條就如何判斷其完整性，亦規定標準為：應根據訊息生成的目的並考量所有相關情況作為可靠性標準來評定，除了附加背書及在通常傳遞、儲存和顯示過程中發生的任何變動以外，該訊息是否保持完整，未經改變³²。美國亦經由聯邦證據規則第一〇〇一條有關名

OF ELECTRONIC COMMERCE ,7-13.

³² See Article 8 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, "(1) Where the law requires information to be presented or retained in its original form, that requirement is met by a data message if: (a) there exists a reliable assurance as to the integrity of the information from the time when it was first generated in its final form, as a data message or otherwise; and (b) where it is required that information be presented, that information is capable of being displayed to the person to whom it is

詞定義第三項就「原件」所為之定義而得到解決，該條文定義「原件」係當事人對於任何書面、記錄或複本意圖與親自簽名或提出有同一效力者，即為「原件」(original)，對於電子資訊則認為，凡儲存於電腦或類似設備(similar device)中之記錄，而由電腦列印(printout)出之資料或其他輸出方式(output)，其得以目視閱讀並顯示資料正確性者，亦視為「原件」³³，是以電子文件經由該條定義內容，亦滿足最佳證據原則³⁴。

5.2.3.2 大陸法系

不同於英美法，我國及其他大陸法系國家之民事訴訟法上對於證據能力並無限制規定，只要當事人認為得用以證明待證事實之證據方法均得提出於法院，至於證據「原件」問題，則採取電子證據之複本與原件視為具有同等效力之方式加以解決，如前述我國民事訴訟法第三百六十三條第二項規定屬之。另我國電子簽章法第四條規定：「經相對人同意，得以電子文件為表示方法，而依法令規定應以書面為之者，如其內容可完整呈現，並可於日後取出供查驗者，經相對人同意，得以電子文件為之。」亦明文肯認電子文件之法律效力，前開規定雖有相對人同意之限制，然此限制解釋上應係對於電子意思表示使用之限制，並非電子文件作為證據方法之限

to be presented. (2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being presented or retained in its original form.(3) For the purposes of subparagraph (a) of paragraph (1):(a) the criteria for assessing integrity shall be whether the information has remained complete and unaltered, apart from the addition of any endorsement and any change which arises in the normal course of communication, storage and display; and (b) the standard of reliability required shall be assessed in the light of the purpose for which the information was generated and in the light of all the relevant circumstances.”

³³ See Rule 1001 of Federal Rule of Evidence , ” (3) Original. An "original" of a writing or recording is the writing or recording itself or any counterpart intended to have the same effect by a person executing or issuing it. An "original" of a photograph includes the negative or any print therefrom. If data are stored in a computer or similar device, any printout or other output readable by sight, shown to reflect the data accurately, is an "original.”

³⁴ 張格明，網路金融相關法律問題研究，頁 397，私立東吳法律學系研究所碩士論文，89 年 6 月。

制，除非當事人間有明示證據限制契約之約定，否則，自無從排除電子文件作為證據方法³⁵。

5.2.4 電子證據之證據力

5.2.4.1 形式證據力

所謂證據力指證據對於待證事實之證明程度。通說上認為證據是否具有充分之證據力，取決於其具有真實性及關連性。如前所述，電子文件具有脆弱性之特質，是以其真實性的疑慮較諸其他證據尤屬嚴重。

文書因係具體化個人之思想與意思表示，且能永久保存，是以被稱為證據之王，對待證事實有極高之證據力。但文書要發揮其對待證事實之證明力（即實質證據力）之前，首先要通過形式之證據力之審查，亦即需具備真實性之要件。我國民事訴訟法關於文書之形式證據力分別文書為公文書或私文書定其規定，第三百五十五條第一項規定：「文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正。」第三百五十八條第一項規定：「私文書經本人或其代理人簽名、蓋章或按指印或有法院或公證人之認證者，推定為真正。」茲有疑義者，電子文件不似傳統文書存在可資作為身分識別之簽名、蓋章或指印，則關於其形式證據力如何準用前開條文之規定？電子簽章之電子文件是否應認具有形式證據力？

聯合國電子商務模範法第九條第二款對此僅作了原則性規定，即：對於以電子為形式之訊息，應給予應有的證據

³⁵ 實務上，網路銀行與消費者間就電子證據常事先以定型化契約約定其效力，舊版之個人電腦銀行業務及網路銀行業務服務契約範本第 17 條中，除前開約定外，另進一步約定：雙方就所生之任何糾紛，於審判、仲裁、調解或其他法定爭議處理程序中，均不得主張該電子訊息不具書面或簽名要件而歸於無效或不成立。於前項之審判、仲裁、調解或其他法定爭議程序中，雙方同意相關之訊息推定以銀行保存之電子訊息紀錄證明之。

力。在評估一項電子訊息的證據力時，應考慮到生成、儲存或傳遞該電子訊息的辦法的可靠性，保持訊息完整性的辦法的可靠性，用以鑑別發信人的辦法，以及任何其他相關因素³⁶。德國民事訴訟法第四百十六 A 條針對電子文件之證據力問題規定，電子儲存檔足以表示當事人之意念，且符合技術標準之程序可以確認文書之製作人身分，同時以適當之技術及制度性措施得以確保其免遭變造者，視為該製作人所為。第二百九十二 A 條規定：依民法第一百二十六 A 條之規定製作且係依電子簽章法而產生外表形式為真實之電子文件，只有事實能動搖其真實性，對於依金鑰所有人之意志所為之意思表示，要有確信之懷疑始得加以推翻³⁷。亦即電子文件若依電子簽章而產生，則訴訟上賦予其推定為形式上真正之效力。

我國電子簽章法第四條草案原規定：「法律行為得經當事人約定以電子文件為之。其應以書面為之或訂定字據者，亦同。但法律明定或經政府機關公告不適用者，不在此限。前項情形當事人依約定之安全技術、程序及方法所製作之電子文件，足以驗證其內容真偽者，推定為真正。」明文規定，電子文件如具有符合當事人約定之安全技術、程序及方法所製作，且足以驗證其內容真偽之前提事實，則推定其具有形式上證據力。然該條草案於三讀通過時並無原草案第二項關於電子文件形式證據力之規定，顯然係立法者有意刪除，則關於電子簽章形式證據力之問題於電子簽章法中並無法獲得解決。其次，回歸民事訴訟法之相關規定，或有論者以為依電子簽章法第二條第二款規定，電子簽章係指依附於電子

³⁶ See Article 9 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, "(2) Information in the form of a data message shall be given due evidential weight. In assessing the evidential weight of a data message, regard shall be had to the reliability of the manner in which the data message was generated, stored or communicated, to the reliability of the manner in which the integrity of the information was maintained, to the manner in which its originator was identified, and to any other relevant factor."

³⁷ 廖緯民，德國數位簽章法與行政院電子簽章法草案之比較研究，植根雜誌，第 16 卷第 8 期，頁 338 以下，2000 年 8 月。林麗真，同前註 15，頁 125。

文件並與其相關連，用以辨識及確認電子文件簽署人身分、資格及電子文件真偽者而言³⁸。是電子簽章並由非單純之文字所組成，與民事訴訟法第三百五十八條所指之「簽名、蓋章」之文義不同。又嚴格而言，電子簽章實係一種認證方式，用以確認簽署人之身分、資格，然在我國電子認證制度尚未建立前，電子簽章似亦難認係屬同條所指之「法院或公證人之認證」之範疇，是由法條文義觀之，電子簽章似不符合民事訴訟法第三百五十八條之規定。亦有論者以為，並非所有電子簽章在安全性上皆相同，被他人冒用、竄改、變更之可能性仍高於傳統簽名及蓋章，不宜一概賦予等同於傳統簽章之效力而推定文書為真正³⁹。

惟依電子簽章法第九條規定：「依法令規定應簽名或蓋章者，經相對人同意，得以電子簽章為之。」亦即經相對人同意後，當事人於文件上之簽名、蓋章得以電子簽章代之，則民事訴訟法第三百五十八條規定之於電子簽章法第九條規定適用之結果，經相對人同意，電子文件之簽章以電子簽章代之，該電子文件經本人或代理人電子簽章者，推定該電子文件形式上為真正，如此始能有效減輕經電子簽章之電子文件提出者之形式證據力之舉證負擔，電子商務之推行普及。當然地，若相對人對於電子簽章技術基準有所質疑，即對形式證據力形成之前提事實提出反證，則電子文件提出者仍須舉證證明所檢附之電子簽章足認符合一定安全性、私密性、真確性等條件而具有可靠之技術基準⁴⁰。

³⁸ 可作為線上身分辨識解決方案之電子簽章技術種類包括數位簽章、各種生物辨識技術（Biometric Authentication Technologies）等，所謂生物辨識技術，包含了例如人類生理外貌辨識、指紋辨識、瞳孔虹膜辨識、聲紋辨識、DNA 比對辨識。見李科逸，電子簽章法重要法律問題議題之探討及初議，律師雜誌第 256 期，頁 31，90 年 1 月。

³⁹ 沈冠伶，電子郵件之證據適格、證據調查方法及證據力，臺灣本土法學雜誌，第 29 期，頁 130-131，2001 年 12 月。

⁴⁰ 吳崇道，電子商務訴訟事件之研究—以舉證責任及證據調查為中心，頁 149-150，國立臺灣大學法律學系研究所碩士論文，93 年 7 月。惟亦有學者認為民事訴訟法第 358 條之於電子簽章法第 9 條規定之適用，應採目的性解釋予以限縮。見沈冠伶，同前註，頁 131-132。

消費者經由網路銀行申購或贖回共同基金，係以電子意思表示為之，且該電子意思表示依現行實務運作並未強制規定應以電子簽章形式為之，除了消費者因共同基金之買賣併以網路銀行進行資金轉移，且交易額度達前述高風險交易之門檻，關於帳戶之資金轉移應以電子簽章方式始得為之外，其餘之情形，網路銀行就消費者所傳送之交易訊息，在安全控管上係採用 SSL 安全機制，不具備無法否認接收訊息及無法否認傳送訊息之安全標準，是以若發生交易爭端，網路銀行提出電子文件作為證據時，該電子文件因非由電子簽章形式作成，自不具有形式上證據力，網路銀行仍須積極就該電子文件之形式上真正負舉證責任。

5.2.4.2 舉證責任

民事訴訟法第二百七十七條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」實務上，對於舉證責任之分配，一般而言，乃取決於對於待證事實之評價，若某待證事實之存在有利於當事人之一造，責由該造當事人負舉證責任。對於網路銀行銷售共同基金所生爭端而言，當事人對於待證事實之舉證責任，自然亦遵從前開舉證責任分配原則。

應特別注意的是，網路銀行銷售共同基金所生爭端中，消費者否認交易行為之存在，最常提出之主張即為其網路銀行帳號、密碼遭駭客盜用，則依前述舉證責任之分配原則，消費者對於駭客盜用其網路銀行帳號、密碼之事實，應負舉證責任。惟要求消費者就駭客行為存在之事實負舉證責任，是否有前述民事訴訟法第二百七十七條但書所稱之「顯失公平之情形」？即應將舉證責任倒置由網路銀行就駭客行為不存在之事實負舉證責任？

探究民事訴訟法第二百七十七條但書之立法理由認為，現行法對於舉證責任之分配固設有原則性之概括規定，

在適用上有標準可循，惟關於舉證責任之分配情形繁雜，僅設原則性規定未能解決一切舉證責任之分配問題，尤以關於公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛事件之處理，如嚴守本條規定之原則，難免產生不公平之結果，使被害人無從獲得應有之救濟，有違正義原則，爰增訂但書之規定。此項規範之適用程序上，當事人對等原則所發揮之機能是，促使一待證事實之性質、事件類型之特性，具體個別較量所涉及實體利益及程序利益之大小輕重，然後據以合理分配舉證責任於兩造間⁴¹。立法理由雖僅舉公害事件、交通事故、商品製作人責任、醫療糾紛事件為例示說明，但此應為例示而非列舉說明，不應僅限於此四種事件類型始有適用該條但書之規定，一般電子商務訴訟事件，亦有適用之可能性⁴²。以本文所討論之網路銀行銷售共同基金訴訟事件，對於駭客行為是否存在之待證事實，基於消費者與網路銀行屬典型 B2C 類型交易，相較之下網路銀行具有較佳之資力與技術能力，能負擔較高成本之電子商務環境設置費用，使用較優技術水準、安全性之網路服務，從而，反映於訴訟上之舉證活動而言，較能期待網路銀行充分、完整之舉證；其次，關於駭客行為是否存在之相關電磁紀錄係儲存於網路銀行掌握管領之電腦設備，消費者無從取得證據。是本文認依危險領域理論⁴³、武器平等原則、誠信原則所強調之舉證責任調整必要性特徵加以分析，關於駭客行為是否存在之事實，應依民事訴訟法第二百七十七條但書之規定，將舉證責任轉由網路銀行負擔，或減輕消費者對該事實之證明度要求。主管網路銀行業務之財政部於民國九十五年六月五日公布之個人網路銀業務服務定型化契約範本第十四條：「銀行及客戶應各自確保電子訊息安全，防止非法進入系統、竊取、竄改或毀損業務紀錄及資料。第三人破解使用電腦之保護措施或

⁴¹ 邱聯恭口述，許士宦整理，口述民事訴訟法講義（三），頁 214-216，2003 年筆記版。

⁴² 沈冠伶，舉證責任與證據契約之基本問題-以作業系統裝置契約之給付不完全為例，臺灣本土法學雜誌，第 36 期，頁 194-195，2002 年 7 月。

⁴³ 此為舉證責任分配的學說根據之一，認為舉證責任之分配應觀察待證事實係發生於何方當事人依其所有之法律上或事實上方法得一般支配之生活領域，即由該方當事人負舉證責任。

利用電腦系統之漏洞爭議，由銀行就該事實不存在負舉證責任。駭客入侵銀行之電腦或相關設備者所發生之損害，由銀行負擔。」亦採取同一立場。惟實務上，網路銀行所實際使用與消費者訂立網路銀行業務契約之定型化契約，不知是無心遺漏或刻意刪除，幾乎均未將前開舉證責任倒置之定型化契約條款納入，財政部在審查各網路銀行所使用之定型化契約條款時，對此亦視同未見，未免令人遺憾。

5.3 線上爭端解決機制

依憲法第十六條規定，訴訟權為憲法所保障之基本人權，是以國家設置公正法院，使人民有接近法院及使用法院之機會，以解決紛爭，救濟權利。法院經由嚴格之程序要求，諸多審理原則之拘束，達到強制解決紛爭之目的⁴⁴，但也無可避免地產生許多明顯的缺點，諸如：耗費勞力、時間、金錢、沒有彈性、紛爭當事人對立等等，再加上越來越多當事人追求爭端迅速經濟解決之程序利益，更甚於爭端勝負判斷之實體利益，或線上環境或資訊產業對於時效或效率之要求甚於一切，或爭端當事人希冀維繫以往之和諧關係等種種要求，專家及學者乃尋求各種訴訟外之爭端解決機制，包括了和解、調解、仲裁或其他訴訟程序外之爭端解決方法，統稱之為替代性爭端解決機制（Alternative Dispute Resolution，簡稱為ADR）⁴⁵。在ADR發展之過程中，隨著網路科技之進步，也孕育運用網路技術解決線上爭端及非線上爭端之方式，這便是線上爭端解決方式（Online Dispute Resolution，ODR）。

⁴⁴ 法院訴訟程序具有四個明顯的優點：強制性、判斷基準明確預測性、程序保障之嚴密性、普遍利用可能性。見邱聯恭，程序制度機能論，頁7，台大法學論叢，三民書局，92年1月20日五刷。

⁴⁵ See Stephen B. Goldberg & Frank E. A. Sander & Nancy H. Rogers & Sarah Rudolph Cole, DISPUTE RESOLUTION ,3-15,Aspen Publishers, 2003.

5.3.1 線上爭端解決機制之興起

5.3.1.1 概念

所謂 ODR 是指爭端解決的全部或主要程序都在網際網路上進行之爭端解決方式。也就是從爭端解決程序的發起、進行，到達成解決協議或作出判斷，甚至於履行協議或判斷內容，都透過網際網路來實現，爭端當事人之間或當事人與爭端解決機構之間不曾進行面對面的會見。但若僅以網路技術來實現文件管理，程序的主要部分仍以傳統的方式進行而完成，仍不屬於 ODR 之範疇。

ODR 之興起與當初 ADR 之發展類似，都是因為既有之爭端解決機制無法完全滿足現實紛爭解決之需求，具體而言，也就是法院及傳統之 ADR 無法完全滿足線上爭端解決之需求。ODR 之興起原因可分為二個層面來看，從爭端當事人之利益來看，首先是線上爭端之當事人需求即時及迅速之解決紛爭。眾所周知，網路交易具有快速性、即時性及便捷性等優勢，當網路交易發生爭端時，如果採取法院或傳統 ADR 之解決機制，將會使得網路交易之迅速性大打折扣，以法院訴訟而言，從起訴、審理、裁判，直至案件確定，雖然司法院不斷透過簡化訴訟程序，提昇效率，希望減少時程，但以訴訟程序依法需嚴格遵守程序保障來講，訴訟程序所需耗費之時間仍屬可觀⁴⁶。而 ADR 機制，較之法院雖然程序更簡化，更有彈性，但傳統 ADR 機制無法避免的面對面調解、仲裁等程序，仍然需要耗費相當的時程⁴⁷。反觀 ODR 機制，可以隨時受理爭端當事人之申請，且在處理的速度上也比前兩者更具效率，線上調解或線上仲裁機制之處理規則大多定有處理

⁴⁶ 依各級法院辦案期限實施要點第 2 條規定，民事小額訴訟程序第一審審判案件辦案期限為 6 個月，簡易程序第一審審判案件辦案期限為 10 個月，民事通常程序第一審審判案件辦案期限為 1 年 4 個月，民事第二審審判案件辦案期限為 2 年，民事第三審審判案件辦案期限為 1 年。

⁴⁷ 依仲裁法第 21 條規定：仲裁進程序，當事人未約定者，仲裁庭應於接獲被選為仲裁人之日起 10 日內，決定仲裁處所及詢問期日，通知雙方當事人，並於 6 個月內作成判斷書；必要時得延長 3 個月。前項 10 日期間，對將來爭議，應自接獲爭議發生之通知日起算。

時限，一般而言，其處理時限少則數天，多則兩個星期，與法院或 ADR 機制相較，可以說是快速無比。其次，關於網路交易信心問題，網路交易所涉及之實體利益大多微小，是以在考量爭端解決機制時，必須特別考量成本可負擔性之問題，此所稱之成本，不僅指金錢成本而已，也包括時間、勞力成本。拜網路發達之賜，消費者在網路上交易可以打破地域之限制，但一旦發生紛爭時，若採用法院或傳統 ADR 機制解決，撇開法院之裁判費或 ADR 機制仲裁費⁴⁸不談，消費者肯定還負擔龐大的會面之時間、勞力成本，這對紛爭僅牽涉微小實體利益的消費者而言，無異於宣告要其自認倒楣。反之，ODR 機制不受地域限制，爭端當事人在採取該機制時，可能不需花費任何費用，或者花費很小的申請費用，進入解決程序中，透過線上環境解決爭端，自然免去會面所帶來的勞力、時間及金錢成本。最後，網路交易固然不乏偶然使用者所為，但有相當的部分是由線上環境慣用者所為，線上環境對這群使用者而言，可以說是熟悉且依賴，至少在接受度上高於一般人。是以因線上交易而生之紛爭，ODR 可以說是熟悉且依賴線上交易者之唯一選項，而對於一般線上交易者而言，ODR 機制也是解決紛爭之期待選項。另一方面，網路交易的即時性與跨地域性，使其交易量遠高於一般交易方式，而隨之產生的紛爭，自然亦難以計數，以法院或者傳統 ADR 機制，自然難以負荷如此龐大、有特殊需求的爭端數量，如以整體司法資源有限來看，如此龐大的爭端數量若不尋求其他的解決管道，勢必將排擠其他交易爭端取得司法救濟之

⁴⁸ 依民事訴訟法第 77 條之 13 規定，因財產權而起訴，裁判費之計算方式為：10 萬以下，繳納 1 千元；逾 10 萬元至 100 萬元，每萬元繳納 1 百元，逾 100 萬元至 1000 萬元，每萬元繳納 90 元，逾 1000 萬元至 1 億元，每萬元繳納 80 元，逾 1 億元至 10 億元，每萬元繳納 70 元，逾 10 億元，每萬元繳納 60 元。又依仲裁機構組織與調解程序及費用規則第 25 條規定，因財產權而聲請仲裁，仲裁費之計算方式為：仲裁標的新台幣 6 萬以下，繳納新台幣 3 千元；超過新台幣 6 萬元至新台幣 60 萬元，按 4% 計算，超過新台幣 60 萬元至新台幣 120 萬元，按 3% 計算；超過新台幣 120 萬元至新台幣 240 萬元，按 2% 計算；超過新台幣 240 萬元 至新台幣 480 萬元，按 1.5% 計算；超過 480 萬元至新台幣 960 萬元，按 1% 計算；超過新台幣 960 萬元，按 0.5% 計算。同規則第 50 條規定，調解費之計算方式為：60 萬元以下，繳納 3 千元；超過 60 萬元，按千分之 5 計算。

機會與效率。而 ODR 機制的出現，正是隨著此類特殊爭端而衍生的迅速性、便捷性、經濟性之解決機制，足以有效分擔法院及傳統 ADR 機制之負擔。另外，網路交易易於隱匿真實身分，使得交易雙方之互信感幾不存在，在促進電子商務發達之同時，如何提高消費者對網路交易之信任，一直是極待努力之重要環節。為了建立信任機制，設置公正有效的救濟機制，使消費者對於線上爭端能迅速得到解決，以提高使用線上交易之信心與意願，自然不可欠缺。

聯合國經濟合作暨開發組織（Organization for Economic Co-operation and Development, OECD）於一九九九年十二月九日通過「電子商務消費者保護指導原則」（OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce），該原則由消費者政策委員會與二十九國政府、業者及消費者保護團體經過十八個月討論後而制定，以作為建立國際間電子商務消費者保護之共同規範，並加強消費者對電子商務之使用信心，OECD 注意到電子商務交易消費者保護重要的一環，即是提供線上消費者即時性（timely）、公正性（fair）、可負擔性（affordable）及有效性（effective）的救濟管道，以建立線上交易信心，並且強調使用資訊科技革新爭議解決程序（ADR），使爭議解決服務能具有上述四個特性⁴⁹，乃於該原則之第二部分之「IV 爭端解決與救濟」之「B 訴訟外爭端解決與救濟」明示消費者應能接觸公平且及時的訴訟外爭端解決手段與救濟，而無不當代價或負擔，於施行前述事項之際，企業、消費者保護團體及政府應創新地運用資訊技術並利用該技術提昇前揭機制，而 ODR 機制正是此所謂 ADR 機制結合資訊科技之產物。另美國聯邦貿易委員會（Federal Trade Commission, FTC）於一九九九年六月舉辦全球電子市場消費者保護研討會，其目標在促進正進行中關於政府、產業及

⁴⁹ 經濟部，國際間電子商務議題及因應對策研究報告，頁 20，電子商務環境整備及企業對個人電子商務推動計畫，執行單位：資策會電子商務應用推廣中心、資策會科技法律中心及資策會市場情報中心，91 年 6 月。

消費者如何能共同助長發展對消費者而言安全、透明且有法律確定性之全球性電子市場。研討會中當中之一個議題為當電子交易產生爭端時，如何提供消費者有意義地接觸（access）救濟方法。就此議題，出現共識：同意透過創新的訴訟外爭端解式如線上爭端解決，為確保消費者能有意義地接觸救濟方法之中最有效的作法之一⁵⁰。到了二〇〇〇年六月，美國 FTC 與商務部（Department of Commerce, DOC）聯合舉辦了一個全國性的「線上市場可替代性爭端處理機制」論壇，專門討論電子商務爭端處理機制的應用與發展，旨在一般司法途徑之外尋求其他可供交易當事人和消費者選用的電子商務爭端處理機制，會中並提出「無國界線上消費者交易的替代性爭端解決方式」（Alternative Dispute Resolution for Consumer Transaction in the Borderless Online Marketplace）報告，期望能促成建立和發展一種透明、快速、低廉的爭端處理機制，通過提高線上爭端處理的可靠性和可預見性，增強消費者對電子交易的信心⁵¹。

5.3.1.2 發展現況

澳洲司法部於二〇〇三年曾委託澳洲墨爾本大學國際爭議解決中心（the International Conflict Resolution Centre at the university of Melbourne）對於自一九九六年起至二〇〇三年止之 ODR 網站進行分析，根據報告⁵²指出，此段期間共計出現過七十六個提供 ODR 服務之網站，其中四十三個在美國，二十個分布在歐洲，四個分布在加拿大，五個在澳洲，其餘四個在世界其他地區，此與美國及歐

⁵⁰ 陳秀峰，線上訴訟外爭端解決機制（上）、（下），司法周刊第 1059 期、第 1060 期，90 年 11 月 28 日、12 月 5 日。

⁵¹ See Better business bureau, A White Paper: Protecting Consumers in Cross-Border Transactions: A Comprehensive Model for Alternative Dispute Resolution, last visited on March 18, 2007 at http://www.ilpf.org/events/jurisdiction2/presentations/blumenfeld_pr/blumenfeld1.htm.

⁵² See Melissa Conley Tyler and Di Bretherton, Seventy-six and Counting: An Analysis of ODR Sites, at 12, Proceedings of the UNECE Forum on ODR, 2003, last visited on Oct. 20, 2004, at <http://www.odr.info/unece2003/pdf/Tyler.pdf>.

洲地區之國民上網普及率及電信基礎建設完善有關，不過，目前已有十九個停止運作，在既存之 ODR 網路中，雖不乏商業網站性質之 ODR 網站，但以國際組織、政府機關或常設解決爭端機構提供 ODR 服務為大宗。在各個 ODR 網站提供當事人解決爭端之方法，包括協商、調解、仲裁等多樣化選擇，以解決各種程度之爭端，而其中最常為消費者所使用的是調解方式。至於所處理之爭端問題，則不以線上爭端為限，根據統計，有三十二個網站針對線上及非線上爭端提供解決爭端之服務，有二十一個網站僅對線上爭端提供解決爭端服務，而有二十三個網站則僅對非線上爭端提供解決爭端服務。

5.3.2 線上爭端解決機制之基本原則

美國商務部和聯邦貿易委員會在二〇〇〇年主持前開的論壇上，與會代表提出必須確保 ADR 機制的公正和效力。這一點對於線上爭端解決尤其重要。因為當事人不能親自鑑別仲裁人、調解人或其他當事人，但是與會者對於如何平衡地實現此目標存在著爭議。總體而言，比較有共識的 ODR 基本原則是：

1、合法性

負責 ODR 程序的機構應當依法設立，其活動和傳統的調解及仲裁一樣，應當在法律的規範下進行。

2、獨立性和公正性

ODR 需要具備獨立性和公正性，可由消費者團體、仲裁機構或其他中立的第三方來主導，以獲得當事人之信賴。

3、透明性

此係對 ODR 程序上之要求。提供 ODR 服務的網站必須在顯著位置披露與此類服務相關的訊息，使電子商務經營者與消費者對該爭端解決方式有明確認識，了解其運作，以便當事人決定是否選擇使用。而披露的訊息則包括可以受理的爭端類型、解決爭端的程序、適用的實體規則、爭端金額的限制、費用、作成決定的方式、解決爭端所使用的語言及法律上的效力。此外，所有處理爭端的過程應作成記錄保存，並應提供機會讓雙方當事人得知調解人或對方意見，因為在爭端處理的過程中，並不一定雙方同時在線。

4、方便性

ODR 必須容易找到，且容易使用。企業經營者可以在自己的網頁標示有關 ODR 標誌，使消費者知悉該網站使用 ODR 服務，也可以在網站上設置 ODR 網站的連結，提供 ODR 網站界面應當友好，使一般網路使用者都能輕鬆使用，仲裁人或調解人應隨時注意確保所有當事人進入程序的方便性與平等性，這也包括當事人是否有能力使用網站內的線上工具。

5、便宜性

此點尤其重要，ODR 無論是爭端的提交、處理、和解或裁決都可以或者至少大部分可以通過網際網路進行，訊息的交換幾乎是即時的，成本很低，且處理收費應該免費或低廉的，並應確保申訴及處理過程中不會再衍生其他費用造成消費者的負擔。

另外，歐盟委員會（European Commission）曾在一九九八年三月三十日、二〇〇一年四月四日公布營利及非營利機構提供庭外消費者糾紛解決公告，提供建議關於消費者糾紛事件爭端解決

服務之標準⁵³，此項建議標準同樣亦適用於 ODR 程序，簡述之包括：

1、獨立原則

裁決機構必須適格，必要充分獨立，必須獨立於專業協會或指定之企業。

2、程序透明

必須向消費者提供適當的訊息，包括程序進行的內容、程序規則及使用語言、收費標準、程序時間的設定及適用之法律或行為準則。

3、答辯權及公平聽審

指公平給予當事人自由陳述意見並且對於他方陳述提出答辯的權利與機會。

4、可負擔與可進入性

應使用不同的電子方法，提供消費者適時、適當及適合的爭議解決服務。爭議解決服務的收費，應該與欲解決爭議之實體利益相當。

5、代表原則

應賦予當事人選任程序代理人的自由，不得要求強制代理，在程序的任何階段，爭議當事人可以自由決定是否由其他

⁵³ See Commission Recommendation 98/257/EC of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, last visited on March 18, 2007 at <http://europa.eu/scadplus/leg/en/lvb/l32031.htm>, and Commission Recommendation 2001/310/EC of 4 April 2001 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes, last visited on March 18, 2007 at http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_en.pdf.

第三人代理程序進行。

6、效率原則

包括了程序所耗費時間應儘可能減少，並應注意滿足特定爭議的迅速解決需求；並定期檢視各案程序的進行，確保爭議當事人取得適宜又迅速的爭議解決服務；亦應隨時檢視所有當事人的程序行為，確保當事人享有適當、公正以及適時的爭議解決服務。

5.3.3 線上爭端解決機制類型

目前 ODR 機制之解決方式主要有五種形式：線上協商、線上調解、線上清算、線上仲裁及線上申訴：

5.3.3.1 線上協商 (online negotiation)

在傳統 ADR 機制中，協商之雙方當事人在沒有調解人或仲裁人居間協助下，僅透過面對面相互溝通，依然能迅速釐清許多誤會與歧見，尤其是對一些因誤會或失誤造成之爭端，協商一直是非常有效及迅速的解決爭端方式，縱然沒有辦法在協商過程中達成協議，但經由協商之過程，也有助於邇後調解或仲裁程序之進行，亦即協商通常也是調解或仲裁之前置程序。而線上協商機制中，其運作模式亦然，線上協商也通常設計作為線上調解或線上仲裁之自由前置程序。現行之 ODR 網站除了是供爭端兩造程序通知及管理的服務外，還會提供聊天室等溝通軟體及加密軟體，讓當事人雙方在機密、便利之協商環境中進行協商。或有論者認為當事人雙方透過電子郵件、MSN messenger、電子論壇等溝通工具私下進行協商，可以達成同樣之效果，但如前述，ODR 網站提供之線上協商服務，除了利用網站上之便捷之溝通軟體，提昇磋商效率外，經由精緻設計之網頁程式或有效資訊管理，亦有助於釐清當

事人間之爭端，且線上協商環境經由加密處理，將使協商過程更加機密、安全。再者，如果後續仍無法達成協議，亦可接續使用線上調解或線上仲裁之服務，更加速爭端解決之時程。目前提供線上協商服務之網站中最有名的是 SquareTrade.com⁵⁴，其受理申請後，會通知他造是否同意參加協商程序，他造同意後，便排定時間，並以通知上所附之密碼通知雙方進入協商網頁進行協商，而經由網頁及程式之設計，當事人容易充分溝通以達到爭端解決。

5.3.3.2 線上調解 (online mediation)

爭端當事人使用線上調解，網站會指派調解人參與程序，線上調解人在研判分析申請人之申請內容後，通知爭端他造是否願意參與調解，如果願意，可以利用通知所附隨之密碼進入特定網頁提供其回應資訊，線上調解人會根據兩造提供之資料整理爭點，找出兩造真正衝突之點，網站內的主機及相關軟體，會找出可能的調解方案，供當事人參考，線上調解人再持續與當事人雙方溝通，協助其評估調解方案，並修正原先主張之利益選項，主機及軟體再依修正內容，調整之前調解方案內容，逐步使當事人之歧見減少或接近。在線上調解人與當事人溝通之過程中，除了電子郵件、聊天室或視訊會議外，也可以搭配傳統之溝通方式，如電話、傳真等以提高溝通效率。當事人在調解過程中可以隨時中止調解程序，若最後無法達成調解協議，也可以利用線上仲裁服務，以解決兩造爭端。常見的線上調解網站有 SquaerTrade⁵⁵、WebMediate⁵⁶。

⁵⁴ See SquareTrade.com, last visited on March 29, 2006 at <http://www.squaretrade.com>.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ See WebMediate, last visited on March 29, 2006 at <http://www.webmediate.com>.

5.3.3.3 線上清算 (online settlement)

此程序亦可稱為廣義之線上調解方式，一般線上調解是由線上調解人介入以幫助爭端兩造達成協議，而此類程序則是由電腦程式取代調解人之角色，透過電腦程式自動化之輔助，當事人彼此叫價調解成立金額，達成爭端解決，是完全在線上環境進行所有程序，而且處理之爭端內容是兩造當事人對於賠償責任之存在沒有爭議，僅係針對賠償金額有歧見之單純爭議⁵⁷。目前運作之主要的類型有二，Cybersettle⁵⁸與ClickNsettle⁵⁹。Cybersettle 是最早提供在線清算服務的，其提供電腦軟體供當事人使用，爭端雙方各自報價，但無從得知對方之出價，如果雙方的報價符合事先程式設定之特定差價內，則系統會自動以中間價成交，如果差價過大，則Cybersettle 通知兩造修正出價，允許相對人出價三次，申請人可以還價三次。而 ClickNsettle 則是採取雙方當事人在六十天內不限次數出價，但為製造有利於協議成立之氣氛，確保當事人雙方不斷釋出善意，雙方出價必須依照一定的比率，修正前一次的出價金額，如果在此期限內雙方無法達成一致，則宣告協議失敗。爭端之兩造在此過程中，不論協議成立與否，皆不會知道對方所提出之金額，因此，就算協議沒成立，也不會影響雙方未來的爭端協商。

⁵⁷ 主要用以解決保險理賠爭議。在雙方僅對金額方面有爭議，顯然不需要太多資訊交換，軟體的設計較為簡易。See Ethan Katsh & Janet Rifkin, *Online Dispute Resolution-Resolving Conflicts in Cyberspace*, at 13, First Edition, 2001.

⁵⁸ See Cybersettle, last visited on March 29, 2006 at <http://www.cybersettle.com>.

⁵⁹ 因為 Cybersettle 取得自動化金額合意軟體 (Blind Bidding Software) 的多國專利權，所以現在提供自動清算服務的 ODR 網站中，Cybersettle 是處於獨占的情形，ClickNsettle 網站，已改為國家調解與仲裁服務 (See National Arbitration and Mediation, NAM, last visited on March 30, 2006 at <http://www.namadr.com>.)

5.3.3.4 線上仲裁 (online arbitration)

仲裁係指由爭議當事人簽立仲裁協議，由雙方選任之仲裁人，就爭端內容作成具有終局確定力之仲裁判斷。而線上仲裁與傳統仲裁幾無不同，最顯著的差異，是爭端當事人與仲裁人是在線上進行仲裁程序，也就是爭端當事人與仲裁人可以分立在不同區域，透過網際網路，在不同時、空下進行仲裁程序，爭端雙方當事人與仲裁人在整個仲裁程序開展至結束，可以完全不用見面。

線上仲裁最有成功之案例就是網際網路名稱與號碼分配組織 (The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, ICANN) 依據世界智慧財產權組織 (World Intellectual Property Organization, WIPO) 在一九九九年四月公布之「The WIPO Internet Domain Name Process」報告，於一九九九年八月及十月公布之「統一網域名稱爭議解決方法政策」(The Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP) 及「統一網域名稱爭議解決方式政策規則」(The Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)，作為解決網域名稱註冊爭議之準則，將網址爭議交由 ICANN 所認證核可之四家仲裁機構，即紐約的 CPR Institute (the Center for Public Resources)、香港的香港國際仲裁中心 HKIAC (Hong Kong International Arbitration Centre)、明尼蘇達州的國家仲裁論壇 NAF (National Arbitration Forum)、日內瓦的世界智慧財產權組織仲裁與調解中心 (WIPO Arbitration and Mediation Center)⁶⁰，依據 ICANN 所核可之處理原則與程序，受理網域名稱爭議之處理，由仲裁機構作成之仲裁判斷後，即通知受理該網域名稱註冊之授權機構⁶¹執行決定內容，運作至二〇〇

⁶⁰ 除了這四家以外，原加拿大電子紛爭解決中心 (eResolution) 也是 ICANN 認可的網域名稱爭議解決服務的提供者，但因受理的申請案件過少，現已停止提供網域名稱爭議解決服務。

⁶¹ ICANN 在我國係授權財團法人臺灣網路資訊中心 (TWNIC) 負責國內網域名稱受理註冊及爭議解決，網址：<http://www.twNIC.net.tw>，最後瀏覽日 96 年 3 月 29 日。

一年四月間，已受理近六千件案例，並作出四千六百九十六個決定，對於網域名稱爭議之解決，有相當大的幫助⁶²。不過，在 ICANN 的統一網域名稱爭議解決方法政策表明依該強制性線上仲裁程序，在程序開始前，甚至取得仲裁判斷後，都不會阻止或排除申請人及爭端他造向有管轄權的法院提起訴訟解決。或有論者以為，仲裁判斷不具終局確定力，將使得仲裁判斷內容不利之一造，得隨時將爭端再提交法院，浪費已進行之仲裁程序。但實際運作之結果發現，經由線上仲裁程序機制所處理的爭端，很少有再向法院尋求救濟，相反地，使用不具最終確定力之仲裁條款，對於提高當事人進入仲裁程序的意願是有正面效果的。

5.3.3.5 線上申訴 (online resolution of consumer complaints)

線上申訴機制運作最著名的是美國商業促進會 (Center Better Business Bureau, CBBB) 設置之 BBBonline 網站⁶³，對於網路商家提供公正交易信賴標章以及消費者隱私權保障標章的申請服務，通過審核並願意遵守契約所定公正交易準則及隱私權保護政策之網路商家，可以在其網頁內標示 BBBonline 的認證標章，提昇消費者之信任及交易意願。消費者若發生消費爭端，可以在線上提交申訴，BBBonline 會與網路商家聯繫，與消費者進行和解，通常在此階段就能解決問題，如果和解不成，在多數情形下，會利用電子郵件和電話進行簡易的調解程序，如果這些非正式之解決方式都不成功，BBBonline 會提供更加正式的離線爭端解決方式，包括面對面的調解或仲裁。但對於網路商家違反 BBBonline 所規範之公正交易準則或隱私權政策時，BBBonline 沒有任何法律上處罰之效力，最多只能要求網路商家將網頁上之 BBBonline 認證標章拿掉，並向業界及消費者公布相關訊息而已⁶⁴。

⁶² 謝銘洋，網域名稱爭議處理之機制與問題，月旦法學，第 75 期，頁 105，90 年 8 月。

⁶³ See BBBonline, last visited on March 29, 2006 at <http://www.bbbonline.org>. 1

⁶⁴ 郭佳玫，論現行網路交易爭議解決的法律問題—兼談線上爭端解決機制 (On-line ADR)，科技法律透析，第 13 卷第 6 期，頁 13，90 年 6 月。

5.3.4 線上爭端解決機制之實現與法律爭議

5.3.4.1 線上調解、線上申訴之實現—信任標章機制之結合⁶⁵

ODR 機制在不被看好效果的情形下，演變至今已成為各國政府、消費者團體，甚至許多營利及非營利團體關注的焦點，推究其原因在於 ODR 機制與信任標章之結果，尤其是線上調解、線上申訴機制與信任標章之結合。蓋電子商務交易之推展成敗，很關鍵的原因之一在於消費者對於線上交易信心之建立，信任標章機制中，申請加入會員之網路商家，必須定期支付費用，此費用包括會費、商標授權金及 ODR 服務費用，並遵守機制內所訂立之公平交易規則，包括爭端處理規則，加入後在其網頁上標示信任標章，當消費者與會員網路商家發生消費爭端後，即可以非常低廉甚至是免費的方式獲得 ODR 服務，對於不遵守規則或爭端處理結果之網路商家，可以剝奪其會員資格，要求其不得再標示信任標章，而消費者因與標示有信任標章之網路商家間之消費爭端得以迅速獲得解決，而樂意選擇標示有信任標章之商家進行交易，如此相輔相成，乃逐漸擴大 ODR 機制適用之機會與範圍，從而，提昇消費者對於線上交易之信心，促進電子商務交易之發達。

5.3.4.2 線上仲裁面臨之法律爭議

5.3.4.2.1 仲裁協議與仲裁判斷之書面與簽名

仲裁協議之訂立表示當事人放棄訴訟權利之意思，為求審慎，世界各國對於仲裁協議多要求應以書面為之，我國仲裁法第一條第三項規定：「仲裁協議，應以書面為之。」一九五八年於美國紐約簽署之「聯合國外國仲裁判斷承認暨行公約」(United Nation convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral

⁶⁵ 梁瀟心，線上解決爭議機制之研究，頁 149 以下，世新大學法學院碩士論文，94 年 1 月 31 日。

Awards, 簡稱紐約公約) 第二條也規定, 仲裁協議應以書面為之⁶⁶。不具備書面要件者, 構成撤銷仲裁判斷之原因⁶⁷, 仲裁判斷也不會被其他國家承認與執行⁶⁸。又依我國仲裁法第三十三條規定仲裁判斷應作成判斷書, 記載當事人姓名、住所、主文、事實與理由、判斷時間、仲裁地等應記載之事項, 並應經仲裁人簽名; 紐約公約第四條第一項亦明文規定, 聲請仲裁判斷的承認與執行, 聲請人除了必須提出仲裁協議之原本, 或是合法認證之繕本外, 還必須提出由仲裁人親自簽名之判斷書原本, 或是合法認認的繕本⁶⁹。如此一來, 將產生的疑問是, 以電子郵件或電子契約形式成的仲裁協議與線上仲裁判斷, 是否滿足書面及簽名之要求?

一、仲裁協議之書面要求

關於以電子契約或電子郵件形式成立之電子仲裁協議是否符合我國仲裁法或紐約公約關於仲裁協議書面之要求, 通說上採取肯定之見解, 其原因在於:

1、書面仲裁協議之目的在於證明爭議雙方當事人願意將爭議提交仲裁人仲裁, 亦即書面仲裁協議僅係證

⁶⁶ See Article 2 of the New York Convention, "1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing...."

⁶⁷ 我國仲裁法第 40 條第 1 項第 2 款規定:「有下列各款情形之一者, 當事人得對於他方提起撤銷仲裁判斷之訴: 二、仲裁協議不成立、無效, 或於仲裁庭詢問終結時尚未生效或已失效者。」

⁶⁸ See Article 5 of the New York Convention, "1. Recognition and enforcement of awards may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that; [a] The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or "

⁶⁹ See Article 4 of the New York Convention, " (1) To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:[a] The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;[b]The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof."

明當事人真意之手段，而非目的。電子仲裁協議嚴格而言，僅係記載當事人真意之載體與一般文書不同，但同樣足以反映出當事人之真意，是以不應以形式問題而否定當事人之真實意願。

- 2、從電子商務交易之交易歷程觀察，為達到快速、便捷、低成本之優勢，電子商務交易之契約內容大多是於線上締結，當事人毫無意願就個別仲裁條款進行磋商，是以若對於服務於電子商務交易之線上仲裁，刻板地要求仲裁協議的書面形式應以傳統文書方式為之，反而成為電子商務交易之桎梏，是以書面仲裁協議之認定應從寬解釋。
- 3、考量我國仲裁法第一條第四項或紐約公約第二條規定仲裁協議之書面要件，均包括信件、電傳、電報之交換⁷⁰，推究其立法目的無非在於適應遠距貿易中以信函、電報方式成立契約的情形下，增加達成仲裁協議之可能性，將當時大量商業通訊使用之方式，納入仲裁協議之成立形式要件中，是以並無排除日後以更先進之通訊技術即網際網路通訊形式成立仲裁協議之企圖。
- 4、由目前國際立法之趨勢來看，亦傾向肯認電子仲裁協議包含在紐約公約第二條所稱仲裁協議書面要件。一九八五年聯合國國際貿易法委員會「國際商務仲裁模範法」(UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration)第七條第二項規定，仲裁協議之書面包括載於當事人各方簽字之文件，或記載於往來之書信、電傳、電報

⁷⁰ 我國仲裁法第 1 條第 4 項規定：當事人間之文書、證券、信函、電傳、電報或其他類似之通訊，足認有仲裁合意者，視為仲裁協議成立。See Article 2 of the New York Convention, "The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams."

或任何可提供協議記錄的其他電信手段中⁷¹，亦即明文認可使用可供協議記錄之電信手段作為仲裁協議書面之有效性。另外，一九九九年聯合國國際貿易法委員會「電子商務模範法」在電子信息與書面形式的問題上，採取「功能等同法」解決二者之間的矛盾。該法第六條規定，如法律要求某項法律行為須採用書面形式，則若電子訊息所含信息可以調取以備日後查用，即滿足了該項要求⁷²。是以若採取電子商務模範法前開規定，作為解釋規則，則電子仲裁協議自然滿足仲裁協議之書面要求。

我國電子簽章法第四條第二項規定：「依法令規定應以書面為之者，如其內容可完整呈現，並可於日後取出供查驗者，經相對人同意，得以電子文件為之。」，亦即為排除電子文件適用於法定書面要式行為之障礙，規定只要電子文件能夠滿足完整性、保存性及可讀性之要件，經相對人同意，便滿足書面文件之要求。是以，依據電子簽章法之規定，電子仲裁協議僅須符合完整性、保存性及可讀性，並經爭端兩造同意，即應具有書面仲裁協議之效力。

⁷¹ See Article 7 of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, "The arbitration agreement shall be in writing. An agreement is in writing if it is contained in a document signed by the parties or in an exchange of letters, telex, telegrams or other means of telecommunication which provide a record of the agreement, or in an exchange of statements of claim and defense in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another. The reference in a contract to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement provided that the contract is in writing and the reference is such as to make that clause part of the contract."

⁷² See Article 6 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, "Writing:[1]Where the law requires information to be in writing, that requirement is met by a data message if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference;[2]Paragraph [1] applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the information not being in writing."

二、仲裁判斷之書面與簽名要求

關於電子仲裁判斷是否符合仲裁判斷之書面要求與前所論述之電子仲裁協議之書面問題相似，茲不贅述，另外，依我國仲裁法規定，仲裁判斷書必須有仲裁人之親自簽名，那麼電子仲裁判斷之電子簽名是否符合法定之簽名要件？

或有論者從考察簽名之功能，無非在於標示當事人之身分，及表明簽字人對於所簽署文件之承認與認可。對於電子簽名，聯合國國際貿易法委員會「電子商務模範法」第七條規定，若電子訊息所使用之驗證方法只要足以鑑別製作人之身分，且表明該人認可電子訊息之內容者，則該驗證方法即已滿足法律上對於簽名之要求⁷³。此所稱之驗證方法只要從當事人間之相關協議，或由當時客觀情況觀察，認為是可靠且對於生成或傳達之電子訊息的目的來說是適當的話，即足當之。換言之，「電子商務模範法」對於電子簽名之技術方式沒有加以規定，其概念著重於電子簽名之目的與作用，為了確保須經驗證之電子訊息不會僅僅因為未按照紙張文件特有之方式加以核證而否認其法律價值，該條透過「功能等同」之角度使電子簽名滿足法律上對於簽名之要求，從而，認為電子簽名亦滿足仲裁判斷書對仲裁人簽名之要求。

惟本文以為仲裁判斷書要求仲裁人親自簽名，

⁷³ See Article 7 of UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, "(1) Where the law requires a signature of a person, that requirement is met in relation to a data message if: (a) a method is used to identify that person and to indicate that person's approval of the information contained in the data message; and (b) that method is as reliable as was appropriate for the purpose for which the data message was generated or communicated, in the light of all the circumstances, including any relevant agreement. (2) Paragraph (1) applies whether the requirement therein is in the form of an obligation or whether the law simply provides consequences for the absence of a signature."

無非出於考量仲裁判斷對爭端雙方當事人之爭端有終局之確定力，對當事人權益影響甚鉅，宜慎重為之。而在美國等電子商務法動活絡之國家和地區，在率先進行國內立法⁷⁴，認可電子簽名具有手寫簽名相同效力之同時，對於如法院判決、命令等文件，仍然規定不得使用電子簽名，而仍必須書面作出和送達內容，因此，對於在線仲裁而言，除了採用先進之技術設施以提高仲裁效率外，還應選擇有利於法院承認的形式作出仲裁判斷，是以關於線上仲裁判斷，在經立法明文規定以前，自應以列印製作書面仲裁判斷書形式，並由仲裁人親自簽名，以免將來以仲裁判斷聲請法院裁定執行時衍生不必要的爭議。

5.3.4.2.2 仲裁協議與定型化契約條款

電子商務交易之線上契約，鮮有交易雙方磋商契約條款之情形，絕大多數之情形，都是由網路經營者預先擬定契約內容，並將契約內容置於網站中，以「同意/不同意」或「接受/不接受」選項，供消費者以滑鼠點選之方式選擇，一旦消費者點選同意或接受，對網頁上預先載明之契約條款，必須全盤接受，並無個別磋商契約條款之機會與權利，此亦係基於電子商務交易強調便捷、迅速之優勢下，不得不然的交易方式。是以關於此類電子契約條款中，若有企業經營者一方將預先擬好的線上仲裁協議條款列入，交易之他方消費者僅有點選同意或不同意的機會，此類條款即須符合法律上定型化契約條款之要件。

⁷⁴ 美國於 1997 年 7 月 1 日由柯林頓總統發表「全球電子商務架構」的聲明後，便展開一系列建構電子商務環境之工作，而在法制方面包括電子商務對於統一商法典之適用、智慧財產權、隱私權、交易安全保護等議題，其中統一電子交易法（UETA）、統一電腦資訊交易法（UCITA）、全球與國家商務電子簽章法（Electronic Signatures in Global and National Commerce Act, E-SIGN），被認係美國電子商務法制之基本架構。後者係美國率先世界各國於 2000 年 6 月 30 日簽署，同年 10 月 1 日生效。

電子商務的最大利基在於其高效率、低成本，這種交易的環境與方式本身，決定了交易當事人之間缺少協商，若一概拒絕企業經營者以定型化契約條款之方式將仲裁協議納為契約內容，自然對於電子商務交易之發展帶來不利影響。但另一方面，仲裁協議條款涉及訴訟權利的拋棄，對消費者權益影響甚大，為防止企業經營者以定型化契約條款之方式剝奪對消費者之保護，對於以定型化契約條款約定線上仲裁協議條款之情形，應加以限制：即消費者對於以定型化契約條款約定線上仲裁協議，要有預先審視權及明示同意後，始應受其拘束，亦即消費者對於定型化契約條款載入線上仲裁協議，消費者要有預先審視該條款實質內容的機會，並通過一定的行為明示表示同意後，妨訴效力始能成立，否則依消費者保護法或民法第二百四十七條之規定，關於線上仲裁協議之定型化契約條款，可能被認為不成立、無效。但若消費者在實際爭端發生後，與企業經營者間成立協議同意使用線上仲裁機制來解決爭端，則於此時利用線上仲裁機制解決爭端之效力即無任何疑慮。

5.3.5 網路銀行銷售共同基金爭端之線上解決

網路銀行與消費者關於共同基金投資所生之爭端最明顯的特性在於，爭端兩造在交易爭端處理上資力及能力的差距。網路銀行較諸於一般消費者而言，在處理交易爭端之經驗及能力上高出甚多，而且因為交易方式是消費者先給付申購價款，所以通常提起爭端的一方都是消費者，若未能因應網路交易環境，提供一種即時並且可行的爭端解決機制，消費者對於使用網路交易的信心將會愈形減少，不利於電子商務交易之發展。再者，以國人目前熱中於以定期定額方式申購共同基金而言，其申購之金額從每月新台幣三千元、五千元不等，所涉及之爭端事件實體利益非

鉅，在建置此類交易所生爭端之解決機制時，尤需特別考量消費者在金錢、時間、體力上的可負擔性，是以在於網路銀行銷售共同基金爭端之解決上，ODR 機制勢必成為一種不可或缺的解決方式。

國人對於消費爭議採取仲裁解決之風氣並不普遍，爭端兩造在爭議發生後成立仲裁協議交付仲裁之可能性甚低外，若網路銀行以定型化契約條款，將線上仲裁協議納為契約內容之一，可能會被認為使消費者拋棄提起訴訟之權利，對消費者顯失公平而屬無效。此外，線上仲裁因為需遴選適格之仲裁人參與仲裁，相關的仲裁費用無法避免，對於爭議實體利益不高的消費者而言，是額外的負擔，因此，可以預見的，線上仲裁在網路銀行銷售共同基金爭端事件中被採用之可能性，應該不高。

相較於線上仲裁而言，線上申訴、線上調解對於網路銀行銷售共同基金爭端事件，似乎是較為適當的解決機制。一般而言，在此類爭端事件中，網路銀行非單純立於爭端當事人一造之地位，對於此類爭端事件之處理，也是屬於消費服務之一部分，尤其是對某些因誤解、失誤所生之消費爭端而言，經由此種對立性很淡、和諧性很高的線上申訴、調解程序，有利於化解消費者的不滿，維持消費者與網路銀行間既有的消費契約關係，也維護網路銀行之固有商譽。為使此種線上申訴、調解程序得以落實，並發揮其效力，我國似可參考國外經驗，引進信任標章制度，即將線上申訴與線上調解機制與信任標章制度結合，由非營利機構，如消費者保護團體及工商促進團體共同制定某些公平交易規範及消費者隱私權保護政策，對於同意遵守該政策之網路銀行，則可在其交易網頁上標示公正交易認證標章及隱私權保護標章，如果受理消費者關於消費爭端之申訴後，就由信任標章制度之人員進行調查，並安排消費者與網路銀行進行線上調解，有效過濾紛爭，使很多爭端在進行仲裁或訴訟前就有效獲得解決，使線上申訴及線上調解之成效得以落實。再者，結合信任標章制度，線上申訴或線上調解所需的費用，可以由會員所繳交的會費來支應，所以當消費者採用線上申訴或線上調解機制時，僅需負

擔相當低廉的費用，甚至完全免費，這也有助於提高消費者使用這類機制之意願。況且，線上申訴、線上調解經由與信任標章制度的結合，消費者易於判斷各網路銀行對於爭端處理之態度，這也將間接促進網路銀行建置線上爭端處理機制，從而，健全網路交易環境，提高消費者使用網路銀行交易之信心，助於電子商務交易之發達。

第六章 結論

近年來，由於電子商務的蓬勃發展，改變了既有商業市場的交易模式，金融業在此潮流衝擊下，亦面臨前所未有的發展機會與重大挑戰，其中以銀行業首當其衝，紛紛爭先投入網路銀行之設立與建置，以搶佔市場商機。根據統計，在網路銀行所提供各種既有及創新之金融服務業務中，以共同基金網路銀行下單為國人最常使用之網路銀行理財服務業務，伴隨著網路銀行銷售共同基金交易規模日趨擴大，其所衍生之糾紛可預期地也將逐漸增多，面對此一新興之紛爭態樣，相關之法制建立也就愈形重要，以達定紛止爭之效。是以，傳統的民事實體法律是否仍然適用於網路銀行銷售共同基金所產生之新的社會事實？我國既有之民事程序法相關規定，對於此類交易型態所衍生之紛爭解決是否足夠？均值得吾人進一步加以探討，這也是本文研究目的之所在。茲就本文所設定之研究議題即網路銀行銷售共同基金之法律關係、法律責任、法律問題及爭端解決，歸納結論整理如后：

一、網路銀行銷售共同基金之法律關係：

我國共同基金契約採單一契約說，即基金公司、保管機構與投資人間成立單一證券投資信託契約。網路銀行銷售共同基金之方式與傳統銀行相同，有純粹代銷及以指定用途信託資金之方式銷售。在單純代銷之情形，網路銀行係基金公司之代銷機構，不實質介入共同基金之契約關係，相對於消費者而言，於申購共同基金之流程中，銀行係立於共同基金銷售者之地位。至網路銀行辦理指定用途信託資金業務，網路銀行係以其本身名義向基金公司申購共同基金，名義上成為共同基金關係之受益人，實質介入共同基金之法律關係，消費者僅僅成為網路銀行之委託人及受益人，此種投資形式中，網路銀行除銷售共同基金外，亦負有克盡信託關係受託人職責，處理投資相關事宜之服務義務，即網路銀行兼有共同基金銷售者及服務提供者之雙重角色。

二、網路銀行銷售共同基金之法律責任：

網路銀行不論以代銷形式或指定用途信託資金方式銷售共同基金，相對於消費者而言，其均係立於共同基金銷售者角色，是關於共同基金銷售者應承擔之訊息揭露義務及銷售責任，網路銀行亦應一體適用。主管機關對於網路銀行銷售共同基金時僅要求其提醒消費者以往績效不代表未來投資表現，對於網路銀行揭露共同基金本身資訊未訂立任何訊息標準，亦未強制網路銀行揭露其與共同基金之利害關係，顯然太過低估此類投資訊息對消費者形成投資決定之影響力，也使消費者喪失檢視網路銀行推薦地位是否獨立與公平之機會。又網路銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金，其本身同時為消費者之受託人，對於第三人作為或不作為所造成之損害，應基於善良管理人注意義務，負有通知消費者，並依專業就如何保全或救濟提供適當建議，並依消費者指示作出適當行為之義務，目前實務上慣用之定型化契約中，常見網路銀行約定其於此情形，僅就故意或重大過失負損害賠償責任，有減輕網路銀行責任之虞。

三、網路銀行銷售共同基金之電子意思表示：

消費者與網路銀行間投資共同基金係以電子契約方式進行，網路銀行以網頁來展示其所銷售之共同基金相關內容，通說上認係要約之引誘，消費者為在網頁上點選申購基金為要約，待網路銀行對消費者帳戶為扣款之意思實現，電子契約始告成立。消費者申購共同基金之要約雖於發出後立即傳送至網路銀行伺服器主機而發生效力，惟依修正之個人網路銀行業務服務定型化契約範本規定，仍許消費者就未到期之預約交易撤回其要約。消費者所為申購共同基金之要約若有錯誤情形，固得適用民法相關規定，惟以目前實務上在消費者點選申購、贖回共同基金時，均會顯示確認視框供消費者確認交易內容無誤後始行傳送，是以消費者在此情形下欲主張無過失而撤銷錯誤之電子意思表示，殊屬不易。消費者傳送共同基金交易訊息予網路銀行發生傳遞遲延之情形，若原因在於ISP業者，消費者得依民法承攬之相關規定，請求終止契約、減少報酬及損害賠償，除非遲延之原因在於電信機線設備障礙所導致，則ISP業者應得類推適用電信法第二十三條以免責。至遲延原因若在網路銀行

時，實務上網路銀行在定型化契約中均定有免責約定，約定消費者應改以電話語音服務或至銀行櫃檯辦理。

四、駭客盜用：

由法規範之實然面或應然面觀之，駭客盜用消費者帳號、密碼而登入網路銀行進行基金贖回、轉帳而造成消費者之損害時，應由網路銀行承擔此風險。但駭客盜用問題經常發生爭執者，不在於最終風險之分配問題，而係駭客行為存在與否之證明問題。修正之個人網路銀行業務銀行業務服務定型化契約範本，明定就駭客行為之發生與否發生爭執時，由銀行就該事實不存在負舉證責任，將駭客行為之風險分配原則落實於對消費者實體權利及訴訟程序之保障，若此規範美意日後具體於司法實務中發揮作用，相信可以大大減少消費者對網路銀行交易安全之疑慮。

五、網路銀行對消費者金融資訊之保護：

我國關於消費者電子金融資料之保護，未立專法，仍需回歸個資法之相關規定。惟多數消費者並不知道如何行使或主張自己的權利，似宜借鏡美國法及歐盟指令，要求網路銀行於網站上顯著位置上，公布其個人資料保護聲明即隱私權政策，以督促網路銀行注意落實其隱私權政策，他方面亦將有助於提高消費者對於其個人金融資訊隱私權在網路銀行交易中獲得保障之信任，增加消費者使用網路銀行交易之意願。

六、消費者就共同基金交易主張消保法第十九條解約權之適用：

司法實務上肯認共同基金之投資契約得主張消保法之適用。網路銀行在銷售共同基金時，於定型化契約書中應以顯著、醒目之方式提醒消費者詳閱公開說明書等相關共同基金投資資訊，且不得有誘導要約之情形，否則此時共同基金之投資交易將被認屬郵購買賣或訪問買賣，消費者自得依消保法第十九條規定主張解約，惟為期使消費者解約權之行使更具正當性，宜將解除權與投資風險之脫鉤，採取不同之判斷標準，於一定之猶豫期間內，消費者得享有解約權，無須說明理由或負擔中介服務之費用，但投資標的因市場價格變動所生之虧損應由投資人負擔。但網路銀行未告知市場價值減損風險及解約權利，或投資人在投資標的市

場價格變動前已發出解約通知時，投資人則無須負擔因投資標的市場價值變更所生之虧損。

七、基金廣告：

我國銀行主管機關採取全面禁止銀行從事基金廣告，惟實際上並未真正落實該禁令，其結果，係對於隨處可見之銀行基金廣告，陷於無法可管之窘境，對投資人保護嚴重不足，英美法對於基金廣告按傳達方式或傳達內容而賦予不同程序要求之規範形式，足為我主管機關作為修法完善之參考。司法實務上，肯認基金促銷手法中，業務人員常使用之理財建議書係屬基金廣告，且銀行以指定用途信託資金方式銷售共同基金時，若使用由基金公司製作之宣傳單等廣告文宣以促銷，該宣傳單即為銀行銷售共同基金之促銷廣告，銀行應依消保法第二十二條規定，負有確保該廣告內容真實之義務。

八、網路銀行銷售共同基金爭端之管轄確定：

網路銀行銷售共同基金爭端事件中，若當事人有合意管轄約定，鑒於消費者在決定交易對象前，仍有相當程度之選擇自由，對於所選擇之作為交易對象之網路銀行所擬定之此類合意管轄法院之定型化契約條款自難再抗辯無效。至於不受合意管轄約定拘束之小額事件或侵權、消費訴訟事件中，前者應依民法第三百十四條規定，認定契約履行地，再據以決定管轄法院。後者依美國法長臂原則在電子商務案件所採取的網站三分法標準或歐盟對管轄權之認定標準，網路銀行銷售共同基金所生之侵權或消費訟糾紛，消費者似均可主張住所地法院有管轄權。

九、網路銀行銷售共同基金爭端之電子證據評價：

我國民事訴訟法對於證據能力並無限制規定，只要當事人認為得用以證明待證事實之證據方法，縱屬電子證據亦得提出於法院。至於證據力問題，消費者投資共同基金，現行實務運作並未強制規定以電子簽章之電子意思表示為之，僅於消費者因共同基金之買賣併以網路銀行進行資金轉移，且額度達前述高風險交易之門檻，依規定關於帳戶之資金轉移始應以電子簽章方式始得為之，此時，電子簽章與民事訴訟法第三百

五十八條所稱之「簽名、蓋章」文義雖不盡相符，但功能上同樣具有識別身分之效用，故本文認若提出者對於該電子簽章之技術基準符合一定安全性、真確性已盡舉證之責，應得適用或類推適用民事訴訟法第三百五十八條規定，認該使用電子簽章之電子文件具有形式上證明力。至於消費者所傳送予網路銀行之交易訊息，若未以電子簽章形式作成，而係在安全控管上係採用 SSL 安全機制時，網路銀行仍須積極就該電子文件之形式上真正負舉證責任。又關於網路銀行銷售共同基金所生爭端，駭客冒用、盜用問題一直是爭議之主要爭點，依各種舉證責任調整必要性理論分析，或網路銀行主管機關之立場，均認關於駭客行為是否存在事實之舉證責任應轉由網路銀行負擔，但目前銀行與消費者簽立之定型化契約中，就此付之闕如，有待主管機關及司法實務督促其落實。

十、網路銀行銷售共同基金之線上爭端解決機制：

網路銀行與消費者關於共同基金投資所生之爭端具有兩造在爭端處理之能力與資力上不對等、提起爭端之一造多為消費者、個案中消費者實體利益微小等特點，消費者在金錢、時間、體力上可負擔性有限，ODR 機制乃成為可行之的爭端處理機制。在分析各類 ODR 類型之特點後，適於用以解決網路銀行與消費者關於共同基金投資爭端者，應以線上申訴、線上調解為佳，尤其是國外實施之經驗可發現，此類處理機制經由與信任標章制度結合，一方面，以信任標章收取之會費用以支應線上申訴、線上調解所需費用，解決了消費者使用 ODR 機制之費用負擔問題，提高其使用意願；另一方面，信用標章之識別效果有助於消費者判斷各網路銀行對於爭端處理採取之態度與立場，間接地也促使網路銀行建置 ODR 機制，以提昇銀行商譽，從而，促進整體電子商務環境之健全發展。

參考文獻

1 中文

1.1 專書（依姓名筆劃順序排列）

1. 王文宇、陳錦旋、廖大穎、陳婷玉，公司股東使用委託書與投信事業行使表決權法制之研究，行政院研究發展考核委員會，85年。
2. 王南豪，我國證券投資信託法律關題之研究，台北市銀行經濟研究室，80年。
3. 王澤鑑，民法實例研習—民法總則，1990年9月11月版。
4. 王澤鑑，民法總則，民法實例研習叢書第二冊，自版，77年9月5月。
5. 王韜光，共同基金理論、運作、設計，北京大學出版社，2001年7月。
6. 王麗麗主編，銀行中間業務與法律風險控制，法律出版社，2004年6月。
7. 朱柏松，消費者保護法論，作者自版，1999年9月增訂版。
8. 何其生，電子商務的國際私法問題，法律出版社，2004年1月。
9. 何家弘，電子證據法研究，法律出版社，2002年8月。
10. 李復甸、黃正一、李師榮，網際網路虛擬空間之民事管轄，二十一世紀資訊網路法制國際研討會，89年6月17日。
11. 李德成，網絡隱私權保護制度初論，中國方正出版社，2001年10月。
12. 巫慧燕，基金百科，金錢文化企業股份有限公司，86年3月1日。
13. 林世懿，國內電子商務經營現況及發展趨勢分析，經濟部商業司92年度「電子商務環境整備及企業對個人電子商務推動計畫」。
14. 林宗勇，證券投資信託制度之理論及實務，實用稅務出版社，1984年10月。
15. 林誠二，民法債編總論體系化解說上，瑞興圖書股份有限公司，89年9月。
16. 邱聯恭口述，許士宦整理，口述民事訴訟法講義（三），2003年筆記版。

17. 邱聯恭，程序制度機能論，台大法學論叢，三民書局，92年1月20日五刷。
18. 邵曉薇、王維民，電子商務線上交易系統，旗標出版公司，2000年。
19. 邱聰智，民法債編通則，修訂五版，輔仁大學法學叢書，80年9月。
20. 施啟揚，民法總則，校訂四版，三民書局，76年4月。
21. Arthur Levitt & Paula Dwyer 著，威瑞國譯，散戶至上，先覺出版社，92年。
22. 唐文秀，共同基金 Must Buy，財經傳訊出版社，1999年9月。
23. 高富平，在線交易法律規則研究報告，北京大學出版社，2005年4月。
24. 陳自強，民法講義 I 契約之成立與生效，學林出版社，2002年。
25. 陳春山，證券投資信託契約論，五南圖書出版公司，76年。
26. 張素華，網路銀行風險監管法律問題研究，武漢大學出版社，2004年12月。
27. 張新寶，隱私權的法律保護，群眾出版社，2004年4月。
28. 曾宛如，公司管理與資本市場法制論叢（一），學林文化，2002年10月。
29. 越振華，證券投資基金法律制度研究，中國法制出版社，2005年3月。
30. 黃朝義，刑事證據法研究，元照出版社，1999年5月。
31. 馮震宇，網路法基本問題研究（一），學林文化事業有限公司，1999年7月。
32. 詹森林，消費者保護法上之郵購買賣及訪問買賣，民事法理與判決研究（三），作者自版，2003年8月。
33. 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編印，1995年2月。
34. 詹森林、劉宗榮、蔡明誠共同研究，郵購買賣、訪問買賣糾紛之處理方式及研究其管理可行性研究計畫期終報告，經濟部商業司經（85）商字第 85210400 號。
35. 劉尚志、陳佳麟合著，網際網路與電子商務法律策略，元照出版有限公司，2001年3月。
36. 鄭順國主編、唐曉東、門洪亮副主編，網上銀行與網上金融服務，清華大學出版社、北京交通大學出版社，2004年9月。

37. 齊愛民、劉娟、張素華、徐亮、陳文成、萬暄合著，網路金融法原理與國際規則，武漢大學出版社，2004年10月。
38. 齊愛民、徐亮著，電子商務法原理與實務，武漢大學出版社，2001年3月。
39. 齊愛民、崔聰聰，電子金融法研究，北京大學出版社，2007年2月。
40. 賴英照，證券交易法逐條釋義第一冊，三民書局，1992年6月。
41. 賴源河、王志誠，現代信託法論，五南圖書出版公司，96年12月。
42. 日本信託實務，金融研訓叢書(34)，財團法人金融人員研究訓練中心，78年。
43. 神秘客，駭客、密碼、破解術，數位人出版社，2003年3月。
44. 經濟部，國際間電子商務議題及因應對策研究報告，電子商務環境整備及企業對個人電子商務推動計畫，執行單位：資策會電子商務應用推廣中心、資策會科技法律中心及資策會市場情報中心，91年6月。

1.2 期刊（依姓名筆劃順序排列）

1. 王文宇，電子銀行與網路交易相關法律問題，萬國法律，第104期，1999年4月。
2. 王吟文，網際網路應用涉及相關契約法律問題初探，資訊法務透析，1996年12月。
3. 包幸玉、張振山，我國資訊公開制度之探討，證券暨期貨月刊，第22卷第4期，93年4月16日。
4. 朱柏松，論廣告媒體業者之損害賠償責任-兼評最高法院90年台上字第2027號判決，月旦法學，第91期，2002年12月。
5. 沈冠伶，電子郵件之證據適格、證據調查方法及證據力，臺灣本土法學雜誌，第29期，2001年12月。
6. 沈冠伶，舉證責任與證據契約之基本問題-以作業系統裝置契約之給付不完全為例，臺灣本土法學雜誌，第36期，2002年7月。
7. 李科逸，電子簽章法重要法律問題議題之探討及初議，律師雜誌第256期，90年1月。

8. 杜維武，美國關於資訊授權與管轄權相關問題（上），法令月刊，第50卷第3期，1999年3月。
9. 杜維武，美國關於資訊授權與管轄權相關問題（下），法令月刊，第50卷第4期，1999年4月。
10. 林發立，網路服務提供者責任淺探，萬國法律，116期，2001年4月。
11. 林鈴玉，由電子商務發展談網路銀行服務，主計月報，第536期，2000年8月。
12. 林瑞珠，論電子契約—以電子簽章與民法之適用問題為核心，台北大學法學論叢，93年12月。
13. 邱聯恭，電子媒體紀錄需求適用何種證據調查程序—立足於民事訴訟事實審理目的論之檢視，收錄於民事訴訟法之研討（八），1999年9月初版。
14. 陳正鎔、黃瓊瑩，由數位簽字技術看電子文件的法律效力，資訊與電腦，1996年8月。
15. 陳忠五，醫療行為與消費者保護法服務責任之適用領域—臺灣台北地方法院85年度訴字第5125號與臺灣高等法院87年度上字第151號判決評釋一，臺灣本土法學雜誌，第7期，2000年2月。
16. 郭佳玫，論現行網路交易爭議解決的法律問題—兼談線上爭端解決機制（On-line ADR），科技法律透析，第13卷第6期，90年6月。
17. 章忠信，電腦程式著作之使用所涉及著作權若干議題，法令月刊，第51卷第10期，89年10月1日。
18. 陳秀峰，線上訴訟外爭端解決機制（上）、（下），司法周刊第1059期、第1060期，90年11月28日、12月5日。
19. 陳信至，網路交易是否適用消保法—以郵購買賣之要件及解約權效果為例，萬國法律，第124期，2002年8月。
20. 陳家駿，網路科技與法律，網路與法律研討會專輯，臺灣法學會學報，第19輯，臺灣法學會編印，1998年11月30日。
21. 陳家駿，網際網路相關之法律問題，律師通訊，第205期，1996年2月。
22. 陳榮傳，網際網路行為的涉外法律問題，月旦法學雜誌，第84期，91年5月。

23. 張廣良，網路環境下知識產權糾紛及相關法律問題，知識產權，2000年第2期。
24. 曹鴻蘭，電磁紀錄在民事訴訟法上之證據調查方法，收錄於民事訴訟法之研討（八），1999年9月初版。
25. 許耀明，歐盟統一國際私法之發展—以「管轄權原則」與「契約準據法公約」為例，月旦法學雜誌，第110期，2004年7月。
26. 黃三榮，網際網路服務業及其所面臨法律問題，萬國法律，88期，85年8月。
27. 曾品傑，論消費者之概念—最高法院相關判決評釋一，臺灣本土法學雜誌，第49期，2003年8月。
28. 黃茂榮，電子商務契約的一些法律問題，植根雜誌第16卷第6期，2000年6月
29. 馮震宇，從雅虎網址名稱案件論網址名稱之爭議與未來發展（上）、（下），資訊法務透析，1997年4月、5月。
30. 楊佳政，電子交易中數位簽章與電子文件之法律效力淺析，資訊法務透析，1998年2月。
31. 楊靜宜，網路行為管轄權爭議問題之初探，資訊法務透析，1999年6月。
32. 廖緯民，德國數位簽章法與行政院電子簽章法草案之比較研究，植根雜誌，第16卷第8期，2000年8月
33. 劉純穎，網路仲裁之可行性及法律問題，律師雜誌，2001年1月。
34. 劉靜怡，資訊時代的法律與科技（二）電腦網路性質及其可能適用之管理模式概述，月旦法學雜誌，第19期，1996年12月。
35. 賴源河，證券暨期貨業自律機關及其規範之探討，月旦法學雜誌，第29期，1997年10月。
36. 謝易宏，網路銀行法制之研究，月旦法學第71期，2001年4月。
37. 戴豪君，電子商務運用線上契約的法律問題，資訊與電腦，1998年9月。
38. 謝銘祥，政府對網際網路的規範政策，月旦法學，第76期，2001年9月。
39. 謝銘洋，網域名稱爭議處理之機制與問題，月旦法學，第75期，90年8月。

40. 藍瀛芳，訴訟外解決爭議的方法（ADR）之現代功能與展望，全國律師，1999年3月。
41. 鐘明通，線上契約必要性與法律效力，通訊雜誌，第55期，1998年8月。

1.3 學位論文（依姓名筆劃順序排列）

1. 王筱鈴，我國網路銀行發展現況及實證研究，國立台北大學會計學系碩士論文，90年7月。
2. 吳崇道，電子商務訴訟事件之研究—以舉證責任及證據調查為中心，國立臺灣大學法律學系研究所碩士論文，93年7月。
3. 林麗真，電子商務契約民事法律問題之研究，國立台北大學法律學系研究所博士論文，94年7月。
4. 陳文信，共同基金治理制度研究，私立東吳大學法律學系碩士論文，94年7月。
5. 陳汝吟，論網際網路上電子契約之法規範暨消費者保護，國立中興大學法律學系研究所碩士論文，1999年6月。
6. 陳志妃，共同基金相關法律問題之研究—以受託人忠誠義務為核心，私立東吳大學法律學系研究所博士論文，2001年。
7. 張格明，網路金融相關法律問題研究，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文，89年6月。
8. 張啟祥，電子商務法律問題之研究—以交易及付款機制為重心，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文，91年1月。
9. 梁瀨心，線上解決爭議機制之研究，世新大學法學院碩士論文，94年1月31日。
10. 陳麗菁，網路銀行相關法律問題研析，頁54，私立東吳大學法律學系研究所碩士論文，94年9月。
11. 謝曉嵐，銀行銷售共同基金之法律關係研究—以銀行責任及消保法之適用為中心，國立臺灣大學法律學系研究所碩士論文，93年4月。

12. 魏明德，銀行業電子通路之經營策略分行-以網路銀行代銷共同基金為例，國立臺灣大學國際企業學系研究所碩士論文，94年7月。

2 英文

2.1 專書

1. Richard C. Turkington & Anita L. Allen, PRIVACY LAW : cases and materials , WEST GROUP, 1999.
2. Ethan Katsh & Janet Rifkin, Online Dispute Resolution-Resolving Conflicts in Cyberspace, 1st ed, JOSSEY-BASS, 2001 .
3. Colin Rule, Online Dispute Resolution For Business-B2B, E-commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts, 1st ed, JOSSEY-BASS.
4. Benjamin Wright, The Law of Electronic Commerce, A Division Aspen Publishers, Inc., 1996.
5. Thomas J. Smedinghoff, Online Law, Addison-Wesley Developers Press, 1996.
6. Arthur Levitt, Remarks at the Mutual Funds and Investment Management Conference, 1999.
7. Jonathan Rosenoer, Cyber Law: THE LAW OF THE INTERNET, Springer-Verlag New York, Inc., 1997.
8. Crai Standing, Internet Commerce Development , Boston: Artech House, 2000.
9. Gerald R. Ferrera & Stephen D. Lichtenstein & Margo E. K. Reder & Ray August & William T. Achiano, Cyber Law: Text and Cases, South-Western College Publishing, 2001.
10. Stephen B. Goldberg & Frank E. A. Sander & Nancy H. Rogers & Sarah Rudolph Cole, DISPUTE RESOLUTION , Aspen Publishers, 2003.

2.2 期刊

1. Jeffrey J. Norton & Noah P. Barsky, MANAGEMENT CONTROL ISSUES AND LEGAL CONCERNS SURROUNDING BUSINESS-TO-BUSINESS E-COMMERCE: TRANSACTIONS IN THE ELECTRIC UTILITY INDUSTRY, University of Pittsburgh-The Journal of Law and Commerce, 2002
(http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=92af733708afc0d3b48b63d4ebc4d335&docnum=1&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=84d52e74afde656f7d7ce0da4e539c21)
2. Rutgers Computer & Tech. L.J., Cyberbanking: A New Frontier for Discrimination?, Rutgers Computer and Technology Law Journal, 2000.
(http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=bb8e82b35bd36a815e96cb6e92d2abc8&docnum=12&_fmtstr=FULL&_startdoc=11&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=559ad023ed347a8034aa6abbabf6a3d7)
3. Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev., The Future of Online Privacy: A Proposal for International Legislation, Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review, 2003.
(http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=92af733708afc0d3b48b63d4ebc4d335&docnum=2&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=84d52e74afde656f7d7ce0da4e539c21)
4. Tracie B.Loring, An Analysis of the Informational Privacy Protection Afforded by the European Union and the United States, Texas International Law Journal,2002.
(http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=92af733708afc0d3b48b63d4ebc4d335&docnum=3&_fmtstr=FULL&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=84d52e74afde656f7d7ce0da4e539c21)
5. Shahriar Tavakol, DIGITAL VALUE UNITS, ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNATIONAL TRADE: AN OBITUARY FOR STATE SOVEREIGNTY OVER NATIONAL MARKETS, The John Marshall

Journal of Computer & Information Law.

(http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=41481611a24edccf14cfb1fedcdd7c5e&docnum=21&_fmtstr=FULL&_startdoc=21&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=3136dfb9d8bcf07df3e9286893bc1a43)

6. Nabil R. Adam & Mark H. Hellmann & Peter Martin & James B. Altman & Ethan Katsh & C.F. Muckenfuss & Clifford J. Brody & Eleanor Kerlow & Daniel Nyhart & Thomas R. Bruce & Jon E. Klemens & Ira H. Parker & Mary J. Culnan & John M. Kuttler & Ronald Plesser & Robert Gellman & Ronald D. Lee & Randy V. Sabett & Claudio Grossman & Rosemary Shiels, *The Development and Practice of Law in the Age of the Internet*, *The American University Law Review* American University Law Review, 1996.

(http://www.lexis.com/research/retrieve?_m=21bd01ef182357d972aff68bf5e96644&csvc=bl&cform=bool&_fmtstr=FULL&docnum=1&_startdoc=1&wchp=dGLbVtb-zSkAl&_md5=a3593c77d5b0d2531b9d988ffc093c72)