

法律之意義功能及其各種生活領域之關係

朝陽科技大學通識教育中心 陳運星

一、 法律之意義功能

回顧過去人類的歷史，尤其是在東、西方許多偉大的宗教信仰中，「敵視法律的心理」扮演過重要角色，同時還是基督教形成時期的一項關鍵因素。一直到现在，尚有許多對「權威」感覺不安的自然人個體或法人團體，在其意識形態下仍留存著「對法律不滿」的陰影意識，並用各種行動，或示威遊行、或集會抗議來與法律對抗（例如無政府主義者）。英國當代法理學家羅伊德（Dennis Lloyd）認為，「把法律當作人類社會不完美狀況下必要的罪惡」的這一種觀念，依舊經常為人們反覆的提倡著，這在可見的未來仍將持續下去。

在篤信宗教的信徒們看來，會認為法律是上帝、神的誠命；在專制時代，崇奉君主權力的人們，會認為法律是主權者的命令；在現代社會，有的人著重於法律靈魂之所在，認為法律是正義的一部份，或有的人著重於法律在實際生活上的意義，認為法律為具有強制性的共同生活的規則。眾說紛紜，莫衷一是。

茲引幾位法律學者的看法，做為參考，如下：

- （一）林紀東定義法律為：「法律是人類社會生活規範之一種，是以正義為其存在基礎。以國家強制力為其實現的手段。」；
- （二）顏厥安認為，「法律是人類共同生活(族群、部落、國家等)中，為形成秩序、維繫和平(解決衝突)、實現自由、可透過權威機關之強制力所實施的規範。」；
- （三）林騰鶴認為，「法律是社會生活中人與人之間以及人與國家、地方政府或公共團體相互關係之規範。具體的說，就是一切能以公權力強制執行的社會生活規範。」
- （四）陳惠馨認為，「法律是社會生活的規範之一種，是以正義為其存在的基礎，以國家強制力為其實現的手段。」，法律在今日的主要社會功能，乃在解決衝突、保障民主秩序、促進人類和平、自由、平等的生活。

二、 法律與各種生活領域之關係

大體來說，在現代社會，法律在施行機關的「權威性」及擁有「強制力（包含武力）」兩方面，均可追溯到一個共同的根本規範--憲法為基礎，是法律與其他社會規範最主要的差別。

（一）法律與道德的關係

首先，法律與道德彼此相輔相成，共通點是：二者皆是人類行為的準則，共同構成社會規範；二者皆是為了維持社會生活的秩序；二者皆是為了增進人類的福祉。而且筆者認為：「法律是最低限度的道德要求」。

其次，我們應該客觀地檢視一下法律與道德的分野：

- a.性質上一道德傾向於內在心靈的約束；而法律則傾向於外在行為的約束。
- b.制裁上一道德不具有強制性，頂多是良心或輿論的譴責而已（自律性）；而法律具備有強制性，受外力的制控（他律性）。
- c.範圍上一道德規範往往無明文規定，無確切的標準程度可循，其適用的時空性不一；而法律規範則有明文規訂，有確切的標準程度可循，適用的有效性、地域性限於條文上所指涉的範圍。
- d.功能上一法律社會性與道德個體性亦不同。法律之基本功能在使社會生活成為可能，其已預先假定了社會之存在，法律經驗與有關共同體觀念密不可分；而道德則不然，道德經驗基本上是個體的事。

由上可知：法律主要是規範著人類的外在行為，侷限在人與人之間的互動關係；而道德主要是規範著人類的內在心靈，侷限在自我個體之身心關係。換言之，前者是涉人的(other-regarding)；後者是涉己的(self-regarding)。至於倫理亦是涉人的群體關係，規範著人與人之間的行為模式，卻不像法律來得強制性與約束性，甚至於是命令性，也只能像道德一般給予輿論式的譴責而已。舉例來說，某人在社區街道上裸奔，會觸犯了刑法第十六章之一妨害風化罪第 234 條公然猥褻罪，若改在自己居家中的浴室裸奔，則不觸法。關鍵在於涉人的或是涉己的。

（二）法律與政治的關係

英國是世界上實施民主政治最早的國家（內閣制），有「憲法母國」之稱；而美國是世界上實施成文憲法最早的國家（總統制），在美國國家檔案館裡擺設的「獨立宣言」、「美國憲法草案」、「人權法案」，三者可說是人類進步文明的重要力量之泉源。

在人權史上，最早發布的人權宣言，首推美國獨立之初，維吉尼亞州於 1776 年發布的〈權利法案〉，此法案後來成為〈維吉尼亞州憲法〉，為世界上第一部成文憲法，其中，前三條條文已將天賦人權、社會契約、國民主權、抵抗權等人權思想完全表達出來，不到一個月的時間，此權利法案經美國獨立時的十三州組成的大陸會議採用，並一致通過〈獨立宣言〉，其所形成的世界性時代潮流，沛然莫之能禦。1789 年，法國大革命發生，推翻路易十六，在憲法制定會議中，通過著名的〈人權宣言〉，計有十七條，此一宣言於 1791 年納入共和國憲法，堪稱是影響後世最重要的人權典章。一直到 1948 年，聯合國通過了〈世界人權宣言〉三十條，要求所有簽約國必須擔負起義務，促進該國內的人權發展與保障。

（三）法律與經濟的關係

1776年，經濟學鼻祖亞當斯密（Adam Smith），在其名著《國富論》中，說到：整個社會的經濟活動，在冥冥之中受到「一隻看不見的手」(the invisible hand)所支配而進行的。這隻看不見的手，在現代自由經濟社會中，指的就是整個社會裏市場上的供給需求法則中的價格體系（price system）或價格機能（price mechanism）。因此，經濟活動與法律制度的關係，可說是環繞著價格機能的市場秩序之維持而運行的。

現代自由經濟社會是建立在私有財產制度與經濟自由契約的基礎上。首先，法律與經濟的關係是建立一套基本的財產權制度，特別是所有權，以使得市場上的交易活動與秩序獲得保障，這是從靜態層面來看；其次，法律與經濟的關係是市場交易行為的規範，也就是契約關係，例如動產或不動產之財產變動，買賣、贈與、租賃、借貸、轉讓…等各種債之發生、標的、效力，所謂民事法律關係，這是從動態層面來看。

總之，經濟市場上的交易、競爭、投入與產出，由靜態經濟活動到動態經濟活動，由個體經濟到總體經濟，乃至於國際貿易金融市場，在在都需要法律制度的保障，以使得市場秩序得以維持正常的運作。

法律的淵源

建國科技大學通識教育中心 柯明光

法律的淵源簡單的說就是「法源」。法源是什麼？學者的主張五花八門，有學者主張法源是法律產生的原因，有的主張是法律組成的根源，亦有主張是法律資料的來源，或稱法源是法律構成的材料等。各種說法是由不同的角度來看法律的淵源，都是正確。

如果吾人將法律淵源加以劃分，可有直接法源和間接法源兩大類：

一、直接法源

是由一個國家依照一定的程序所制定，其具備法條之形式，尤其直接組成法律的資料，吾人又稱為「成文法法源」，例如憲法、法律、命令、自治法規、條約等。歸納其優點如下：

- (一) 內容較周密詳細、明確可行，便於施行、研究，且修正與廢止，均有一定的法定程序。
- (二) 體系完整，人民有所適從根據，較容易維持社會秩序。

二、間接法源

其法源不須經過一定程序而由國家認許或採用才能發生效力的法源，又稱為「不成文法法源」。例如習慣、判例、法理、學說、解釋、外國法等是。歸納其優點如下：

- (一) 易因應國家、社會實際狀況，變更較容易，以因應新的情勢需要。
- (二) 不成文法源或因應實際需要所創造，或已奉行久遠，自能配合社會實情，而無窒礙難行之虞。

三、直接法源的種類

(一) 憲法

憲法為一國的根本大法。其內容較重要者有：國家的基本組織、政府的職權、人民得權利與義務、地方自治、基本國策-----等。其所涉的範圍甚廣，因此無法鉅細靡遺，逐項規定在憲法法典中，只能選擇其要者加以規範，其它則另以法律加以規定。在憲法的條文中，常常有「以法律定之」、「依法」或「依法律」的文句，例如憲法第四十六條內容：「總統、副總統之選舉，以法律定之。」以此衍生出制定總統、副總統罷免法。依照這些規定，可以制定其他各種法律，所以憲法是所有法律產生的重要淵源。

(二) 法律

我國是個法治的國家，法律的形成是經過立法院通過，總統公佈的成文法典。依照中央法規標準法第二條的規定：「法律得定名為法、律、條例、通則。」其各有不同的意義：

(甲) 法

其使用的範圍最為廣泛，含有一般性、普遍性、基本性、長期性的性質。無

論一般的行政事務或是點章制度都適用，例如民法、刑法。

(乙) 律

其含有正刑定罪的意思，如戰時軍律。

(丙) 條例

所規定的事項都具備地區性、專門性、臨時性的性質，或對法律已規定之事項為特別補充之規定時，均適用之，例如公寓大廈管理條例。

(丁) 通則

所規定之事項具備有共通性之原則或組織之規定，均適用之，例如農田水利會組織通則。¹

在一種法律制定、公佈之後，其條文的規定常促成其他法律的制定，成為其他法律制定的法源。例如少年事件處理法第二十六條之二第五項有「少年觀護所之組織，以法律定之」之規定，於是有「少年觀護所條例」的制定、公佈。因此「少年事件處理法」便成為「少年觀護所條例」的法律淵源。因此，法律也可以成為直接的法源之一。²

四、 間接法源的種類

(一) 習慣

習慣是指一般人就某依事項，長時間反覆為同一行為的習俗，因而使一般人確信應加遵守，並由於國家的承認，使具有法的約束力，所以又稱「習慣法」。因為其具有約束人類行為的功效，故法制上常用來補充法律之不足。其主要用之於民法上，其具備的要件如下：

(甲) 需在社會上有反覆實施同一之行為。

(乙) 需在社會上有約束群眾行為的效力。

(丙) 需不違反善良風俗與公共秩序。

(丁) 須法律未規定之事項。³

民法第一條明文規定：「民事，法律所未規定者，依習慣----」又民法第四百五十條第案二項規定：「租賃未定期限者，各當事人得隨時終止契約，但有利於承租人之習慣者，從其習慣。」由此可見民法對某事項未加規定時，習慣才能成為法律的間接法源。

(二) 判例

判例是法院對於訴訟案件做成的判決，成為以後裁判相類似案件所援用的先例，又稱為判決例。

現代英美法系漸有制定成文法的趨向，仍因保留不成文法的傳統，判例在事實上，法律上均有極大的約束力。我國則為大陸法系的國家，以成文法為主，但判例的約束力，已確立相當權威；最高法院判決一旦經採納成為判例，不

¹ 李明修「法學概論」；(新文京開發出版股份有限公司，2006.1.10 第三版)，第 70 頁，

² 劉作揖「法律與人生」；五南圖書出版股份有限公司，2004 年九月四版一刷)；第 57 頁。

³ 劉作揖「法律與人生」；五南圖書出版股份有限公司，2004 年九月四版一刷)；第 60 頁。

緊最高法院本身必須遵守自己做成的判決先例，即各下級法院亦應受其約束。判例反覆引用作為審判的參考依據，於是拘束力增強，可以補充法律規定的不足。因此亦為法律的間接法源之一。

（三）學說

是指學者對法律研究之見解或學術論著。學說對法律的制訂修正或解釋往往具有深遠影響力。甚至被採用為立法資料而成為法律的淵源。例如孟德斯鳩的著作「法意」，形成三權分立的依據，孫中山先生的五權憲法及權能區分之理論，於是有五權分立的中華民國憲法誕生。

（四）解釋

如果對於法律發生疑義時，由有權解釋之機關闡明者，是為解釋，又可分為：

（甲）行政解釋

就行政機關依其職權已有關法規所做的解釋，實為行政命令，法官於審判時，可予以引用。

（乙）司法解釋

是指司法院大法官會議所為之解釋，此等解釋原則上自公佈之日起，有約束全國各機關與人民的效力。

（五）外國法

近世國際間國家的交往頻仍，各國法制互相影響屢見不鮮。例如我國的民、刑、商法都均繼受外國日德法例。而近年來所制定或修改之法律，也多參考各國法制，如著作權法。可知外國法律，亦可以成為法律的主要淵源。

法律的制定、解釋與適用

國立臺中教育大學 黃森泉

法律的制定，必須由立法機關(議會)依法定程序為之，再由國家元首公布施行，此乃民主國家的共同制度。法律於適用時有時難免發生疑義，需要加以解釋，法律解釋係指確定或界定一規範的準確意義及範圍，期能將抽象的法律規定，正確適用於具體的社會現象，俾適合社會所需，產生法律效果，以達成法律目的。以下分別說明法律的制定、解釋與適用。

一、法律的制定

一國法律的制定，有其制定機關與法定程序。一般而言，法律係由制定機關(立法機關)依一定的立法程序制定，並經國家元首公布。

(一)、法律的制定機關

法律的制定，必須由議會為之，議會為立法機關，我國最高立法機關為立法院。依據我國憲法第 170 條規定：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律」，可知我國法律的制定機關為立法院。

(二)、法律的公布

法律之制定或成立,大多先由行政機關擬定草案,經立法機關通過,再由國家元首公布施行。經一定程序制定法律的名稱，在我國依中央法規標準法規定，可為法、律、條例、通則。法律制定後，必須依法公布，始發生效力。完成立法程序之法律案及預算案經院長批閱、用印後，即移送總統公布並函送行政院。總統於收到後十日內公布之，或依憲法規定之程序退回立法院覆議。行政院對立法院移請變更重要政策之決議，或對立法院議決之法律案、預算案、條約案認為窒礙難行時，得經總統核可，移請立法院覆議。但如經立法委員二分之一維持原決議，行政院院長即應接受該決議。

二、法律的解釋

法律文字具有不確定性，這是由於文字具有模糊性、多義性或是需要價值填補，委由法官裁量等原因所造成，所以法律文字需要解釋。韓忠謨認為法律為抽象之規定，而法律事實之變化，層出不窮，以有限之法文，繩無窮之事實，自不免有掛一漏萬之虞，變而通之，則惟解釋是賴。文字本身可代表不同事物，但它並不能很精準的代表以該文字為名的某事物或某想法，影響文字意義的因素很多，大致上有時間因素與主觀因素。以下說明法律解釋的意義與目的，解釋的方法及優先順序。

(一)、法律解釋的意義與目的

所謂「解釋」，最廣義的說法意指理解由人類所創造出來的事物的意義；廣義的「解釋」是指理解人類語言文字的意義；而狹義方面係指始於「意義為何」的疑問，終於選擇某種理解方式。

解釋在目的方面，主觀解釋在於重整立法者的具體思想並確定其精神，實現制定法律時立法者的意思。其論點為：立法者自身最清楚法律的規範目的為何，其意思可由立法文獻探知，權力分立和民主原則要求司法受法律的拘束。客觀解釋則致力於確定法律本身的意義與法律精神，探求法律本身客觀的規範意旨。論點則包括：法律從制定後即脫離立法者而具有獨立性，法官應追求合理正確的解釋而非僅為立法者之傳聲筒。

(二)、法律解釋的方法

法律解釋方法係指用來支持或反對一個法律解釋的論證形式，若以解釋的來源及效力為標準，可分為立法解釋、官方解釋、司法解釋、學說解釋及私人解釋。立法解釋係指由效力等於或高於被解釋規範的法律所作出的解釋，該解釋即使有錯仍具約束力。官方解釋係指由效力低於被解釋規範的法律所作出的解釋，該解釋只在等級服從方面具有約束力，並不能拘束法院。司法解釋是在一訴訟程序中所作的解釋，僅對訴訟本身具有約束力。學說及私人解釋不具拘束力，但有一定的說服力。較常見的法律解釋方法包括：

1 文義解釋

係以法律概念在日常或專業上的意義，或使用方式作為理由的解釋方法，法官要根據法律條文中文字所表示的真實含義進行解釋。文義解釋被當作解讀文本的基本方法，並成為解釋方法的首選。欲發現法律含義就要仔細閱讀法律文本，瞭解語詞的核心含義，掌握其定義。

2 歷史解釋

又稱為起源解釋，係以歷史上的立法者意思為立論根據之解釋方法。立法者的意思之探求，可從立法史、立法草案、文獻與立法理由等著手。但歷史解釋有其限制，首先，它無法透過立法史與立法資料探求立法者之意思為何；其次，社會生活變遷產生立法者當時所無法預見的案件。

(三)、法律解釋方法的順序

關於解釋方法的運用規則，在解釋法律時，所有相關的解釋方法都必須加以考慮，若不同的解釋方法導致不同的解釋結果時，是否有一定的優先次序？一般而言並沒有嚴格、確定的優先順序，而只有推定的、初步的優先順序。

制度性的解釋方法(文義，歷史，體系)具有優先性，其依據為權力分立和民

主原則，法官應受立法者所制定法律的拘束，法律拘束的要求包括:無重大理由不得偏離法律文義，解釋法律應尊重立法者的意思。

三、法律的適用

所謂法律的適用，係將抽象的法律規定，適用於具體的社會現象，對某種具體事實引用法律條文，使其產生法律效果之過程。

(一)、法學三段論法

法律適用的基本邏輯結構，依法學三段論法，大前提是法律規範，小前提為案例事實，結論則為法律效果。茲舉一法學三段論法的例子: 意圖供行使之用，而偽造、變造通用之貨幣、紙幣、銀行券者，處五年以上有期徒刑，得併科五千元以下罰金(刑法 195 條)。甲偽造貨幣，則甲應處以五年以上有期徒刑，得併科五千元以下罰金。法學三段論的前提可用符號邏輯加以表達，大前提之符號表達為: $(x)(Tx \rightarrow ORx)$ ；小前提為: Ta 。

(二)、司法機關適用法律之原則

司法機關適用法律必須依據之原則包括:

- 1 不告不理原則
- 2 一事不再理原則
- 3 不得拒絕審判原則
- 4 不得拒絕適用法律原則
- 5 審判獨立原則
- 6 審判需在法庭原則

(三)、行政機關適用法規之原則

- 1 得主動適用法律
- 2 適用法律得發布命令
- 3 命令服從之原則
- 4 自由裁量
- 5 依法行政

法律之權利與義務

中州技術學院 林亞娟

人類日常生活關係錯綜複雜，各種利害關係之調和除了法律外，還有賴道德、宗教、禮儀以定其準則。法律所規範人與人間之權利與義務關係，稱之為法律關係。法律關係是以權利與義務為核心，對人的行為與社會關係進行調節，因此有人主張法學為權利義務之學。所謂權利係指受法律保護使特定人得享受特定利益之力，此法律之力可對義務人課以作為或不作為之拘束，倘若義務人違反法律拘束，法律必予以制裁。權利與義務概念乃基於法律關係而生，為相對名詞，例如民法第三百四十五條規定「稱買賣者，謂當事人約定，一方移轉財產於他方，他方支付價金之契約」，在此法律關係中，出賣人負有交付貨物的義務與請求價金的權利，而買受人具有支付價金的義務與請求貨物的權利。由此可知，權利人能享受權利端賴義務人願意承擔義務，而權利人在行使自己權利的時候，同時也承擔一定的義務。

第一節 權利與義務之主體

法律是人與人之間社會生活的規範，只有人才能成為權利與義務之主體。法律所稱之「人」，包括自然人與法人。自然人為具有血肉身軀的人；法人為非自然人，為法律賦予人格地位之組織或團體。

- 一、自然人：自然人之權利能力，始於出生，終於死亡⁴。所謂出生，係指離開母體，能獨立呼吸者。但法律為保護胎兒，對於胎兒之權利能力認定，「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，視為既已出生」⁵，
- 二、法人：法人之權利能力，始於法律登記成立，終於解散並清償完畢。法人依其所根據法律之不同，分為：
 - (一) 公法人：依據公法而設，如國家、自治團體或公立學校。
 - (二) 私法人：依據私法而設，依其設立基礎不同分為：
 1. 社團法人
 2. 財團法人

第二節 權利與義務之內容

權利是法律所積極賦予人的一種力量，義務是法律消極科以人負擔的一種拘束。

- 一、權利的分類：權利依據公法所得主張者，如憲法、行政法、訴訟法及國際公

⁴ 民法第六條。

⁵ 民法第七條。

法等，稱為公權；權利依據私法所得主張者，如民法、商事法等，稱為私權。

(一) 公權：

1. 國家的公權

- (1) 命令權
- (2) 制裁權
- (3) 形成權
- (4) 公企業經營權
- (5) 公法上物權

2. 人民的公權：

- (1) 平等權
- (2) 自由權
- (3) 受益權
- (4) 參政權

(二) 私權：依權利內容分為：

- (1) 人身權
- (2) 財產權

依權利的作用分為：

- (1) 支配權
- (2) 請求權
- (3) 形成權
- (4) 抗辯權

二、義務的分類：義務依不同標準而有不同之分類：

(一) 公法上的義務與私法上的義務

- 1. 公法上的義務
- 2. 私法上的義務

(二) 積極義務與消極義務

- 1. 積極義務：
- 2. 消極義務：

(三) 對世義務與對人義務

- 1. 對世義務：
- 2. 對人義務：

第三節 權利與義務之客體

權利與義務主體所支配的對象，稱為權利與義務之客體，其種類有二：

一、物：指人身以外之有體物。依其不同標準可分為：

- (一) 不動產與動產
- (二) 原物與孳息

二、行爲：權利與義務之客體，除物之外，行爲亦占主要部份。

(一) 公法上的行爲與私法上的行爲：參加政治活動爲公法上參政權之客體；債務人之給付行爲爲私法上債之客體。

(二) 積極行爲與消極行爲：積極行爲係指作爲，如雇傭關係之給付薪資；消極行爲爲不作爲，如租賃關係之不破壞租賃物。

第四節 行使權利與履行義務之原則

任何權利與義務的行使都必須在法律所允許的範圍內，法律承認權利，不僅在保護個人之權益，也在維護社會秩序與增進公共利益。民法第一百四十八條規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人爲主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」此條文明確指出行使權利與履行義務之三大原則：

一、禁止違反公共利益之原則：

二、禁止權利濫用之原則：

三、誠實信用之原則：

誠實信用原則其目的乃在追求公平正義理念的實現，因而被視爲「帝王條款」。誠實信用原則之具體表現在：

(一) 脫法行爲之禁止：所謂脫法行爲，係指表面上不違反禁止規定，但事實上卻達到法律所禁止的同一目的。

(二) 詐欺、脅迫及不正當行爲之禁止：因被詐欺或被脅迫，致被害人而爲意思表示，被害人得以撤銷，使其行爲歸於無效。

(三) 告知及通知義務：訂定契約時，對相關事項有告知或通知義務，若怠於此項義務，致

相對人受損害，應負損害賠償責任。

(四) 暴利行爲之禁止：暴利行爲係指乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其爲財產之給付約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行爲或減輕其給付。

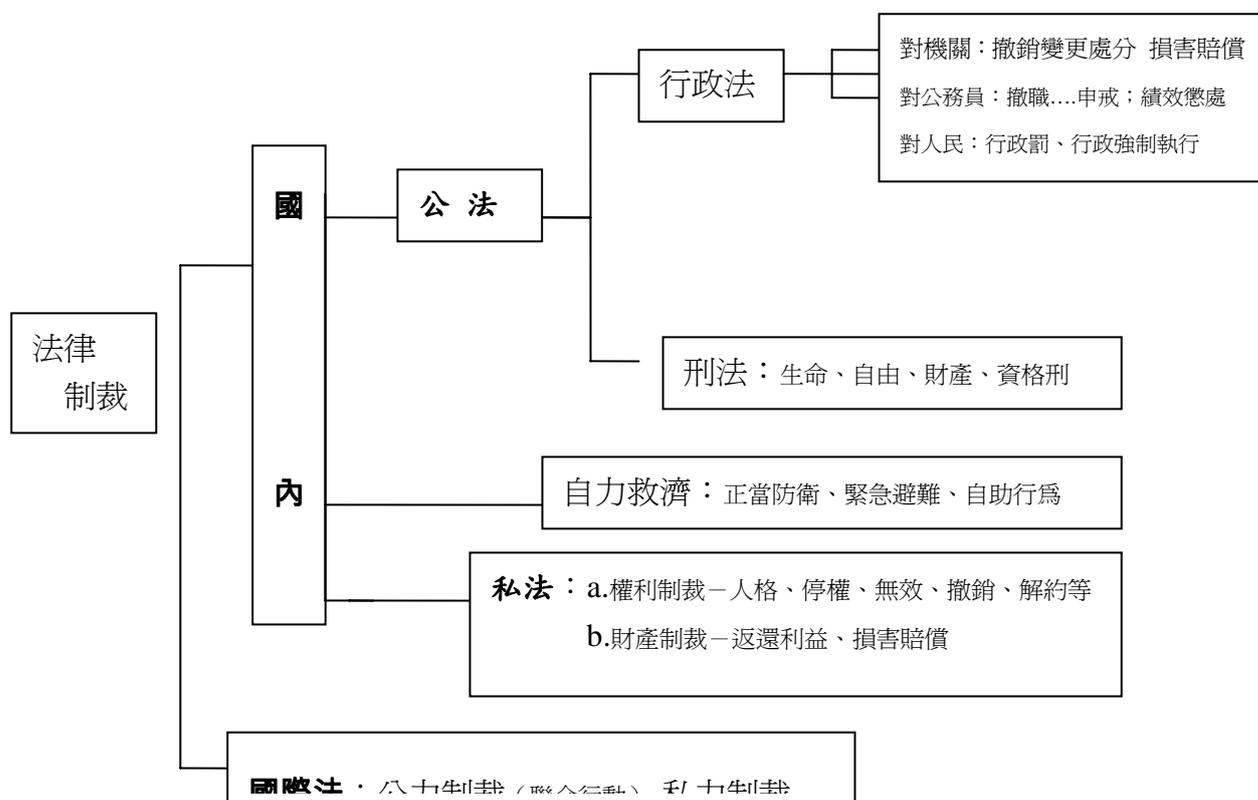
(五) 公平原則之遵守：公平原則乃誠信原則之基礎，例如買賣因物有瑕疵，出賣人應負擔擔保責任者，買受人得解除契約或要求減少價金。

關於本章權利與義務的介紹，其目的乃在希望當具體個案發生時，一般人民能根據事實內容，研判哪些事實具有法律意義（法律事實），進而透過分析每一造當事人之權利與義務關係—誰的權利被侵犯？他方負有何種義務？侵犯何種權利？進而援引適當的法律條文於具體個案並進行評價，以期建立法律意識，達到人權與法治的公民社會理想。

法律之制裁

朝陽科技大學 鄒建中

制裁者乃國家為確保法律的效力，而對於違犯者所施加的「惡報」，本質上含有處罰與強制。法律制裁的對象為違法者，但不以自然人為限，即國家及法人等亦含括在內。同時一種違法事實，可能不僅觸犯一種法規，而僅施以一種惡報而已，如公務員的貪污行為，可能同時遭受科刑、懲戒及返還利益的三種制裁型態。另外隨著國家機能的轉變，法律制裁雖仍以懲罰為核心，但教化作用亦頗受到重視，制度上期使違法者能改過向善；由於法之特性互異，當然所展現的制裁作用各有差異，如民法強調填補被違害者之損失，刑法著重在社會防衛之機能，行政法則以落實經濟、文化、管理、秩序等各自行目的。



< 法律制裁圖 >

第一節 公法上制裁型態

一、行政法制裁

對違反行政法規或行政處分者所加的制裁，可大分為行政救濟方法、公職懲戒罰及人民不遵從公權力時的秩序罰和強制執行。

(一)對行政機關的制裁

為保障人民權利，避免行政機關不當或違法之行為造成人民權利的受損，而能使行政機關亦獲得警惕，這項行政法對行政機關的制裁，即為法學上的「行政救濟」。主要救濟方法有下列兩種：

1.撤銷或變更原處分

認為原處分不當或違法時，由有權機關予以撤銷效力或變更內容的方式。

2.損害賠償

行政機關不法的行政處分致人民受損害時，人民依法聲請賠償的方式。

(二)對公務員的制裁

公務員有違法或廢弛職務行為，依公務員懲戒法規定，受有俸給的文武職公務員及公營事業人員在內，得按其情節，而為撤職、休職、降級、減俸、記過、申誡等「懲戒罰」處分。

(三)對人民的制裁

可分為行政罰與行政上強制執行，前者係人民違犯行政秩序的罰則，後者在於使人民履行其責任的公權力手段。

2.行政上強制執行（行政執行法）

(1)間接強制處分

甲、**代履行**：人民乃依法令負有行為義務而不為者，由該行政官署或命第三人代為執行後，向義務人徵收費用。

乙、**罰鍰**：乃以金錢的方式令義務人履行義務，因而亦稱「**怠金**」。因義務人所負有的作為義務非官署或第三人所能代為執行時，或義務人所負有者乃不作為的容忍義務。

(2)直接強制處分

以間接強制處分的方法仍不能達成其目的者，或情況急迫時，對於義務人的財產所加的強制處分，包含直接侵入其家宅、處所（如救災）、斷水斷電、封閉拆除，對物扣留、使用、處分、收繳，或限制其使用（如火災現場禁開用瓦斯）。

(3)公法上金錢給付義務之執行

如積欠稅款、罰款的由主管機關移送案件，行政執行處就義務人財產強制執行。

二、刑法制裁

我國刑罰除了主、從刑外，亦有為保護社會安全預防措施的保安處分。

(一)刑罰

從刑乃附屬主刑而不得獨立為科罰。

1.主刑

(1)**生命刑**：死刑應經**法務部**令准，於令到三日內，在監獄內執行。

(2)**自由刑**：屬剝奪犯人的身體自由刑罰。

(3)**罰金**：罰金應於裁判確定後兩個月內完成，期滿強制執行而仍無力完成繳款

者，以新台幣一千元、二千元或三千元折算一日，易服勞役。

2. 從刑

(1) **褫奪公權**：包括褫奪為公務員的資格、公職候選人的資格。

(2) **沒收**：甲、違禁物；此為一概沒收，如軍火、毒品。乙、供犯罪所用或供犯罪預備之物；如殺人的槍枝木棍、放火的汽油。丙、因犯罪所生或所得之物；如因賭博、販賣毒品所得的金錢。乙、丙二項的沒收，以物品屬犯人所有為限。

第二節 私法上制裁型態

私法（民法）上制裁，在性質上係屬「任意法」，對於違反私法義務時，是否行使制裁權，多聽任當事人自主決定；同時主張的權利人，可經由訴訟等程序，請求司法公權力的強制執行、強制履行或拘提管收等。

一、權利制裁

(一) 法人人格權的剝奪

法人的目的或其行為，有違反法律、公共秩序或善良風俗者，如慈善團體卻從事營利事業，法院得因主管機關、檢察官或利害關係人請求，宣告解散。

(二) 身分權的剝奪

自然人基於結婚、出生依法應享的權利，稱為身分權。

(三) 無效與撤銷

「無效」或「撤銷」可使某種不適法或不正當的法律行為不生效力，乃間接地使依該項法律行為應得的權利消滅。

(四) 契約解除

契約解除者，契約當事人因為約定事由或法定事由的發生，一方行使解除權，使契約效力溯及消滅的單方意思表示。

二、財產制裁

財產的制裁，主要為損害賠償，係當事人一方違反民事法造成他方財產、身體、或精神的損害，損害者對受損害他方，依法請求賠償的規定。

(一) 債務不履行之損害賠償

債務不履行者，可歸責於債務人事由，致給付不能、不為給付、不為**完全**給付（給付物未依原定品質、功能）等，債權人得請求損害的賠償。

(二) 侵權行為之損害賠償

因故意或過失，不法侵害他人權利者，應負損害賠償責任，此在刑事上多為犯罪受罰型態，而於民事結果則受財產上的制裁。

司法制度

朝陽科技大學 鄒建中

司法制度的介紹，應含括司法組織及訴訟制度。二者的主要功能，站在法治國家言，如民訴旨在仲裁人民私權紛爭，刑訴、行政訴訟偏向維護人民公權法益，釋憲則可避免政府專制妄作，而其中扮演司法的機關與成員，正是法律的實定維護力量。

第一節 司法體系

一、普通法院

司法院設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會，及大法官會議，這些司法機關與一般行政機關多採首長制的形態不同，具有組織獨立、審判獨立及受終身職保障的人事獨立等特色（大法官則有 8 年任期且不得連任限制）。

(一) 三級法院

1. 地方法院

- (1) 設置標準：直轄市或縣（市）設地方法院，但得增設或合設地方法院。
- (2) 職權：管轄民事第一審，刑事第一審，**非訟事件**及公職人員選舉訴訟第一審，並得設簡易庭，掌理簡易訴訟。另就勞資爭議、少年事件、交通處罰條…專人或專庭處理。

2. 高等法院

- (1) 設置標準：省、直轄市或特別區域各設高等法院，增設分院或合設高等法院。
- (2) 職權：甲、管轄內亂外患罪及妨害國交罪的特別刑事第一審，與總統、副總統選舉訴訟的終審。乙、不服第一審判決、裁定而上訴、抗告的案件。

3. 最高法院

- (1) 設置標準：設於中央政府所在地。
- (2) 職權：甲、訴訟終審。乙、不服高等法院裁定而抗告的案件。丙、選編判例。

(二) 法官

法官係經由司法特考錄取任用，為終身職，除非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職。非依法律，不得停職，轉任或減俸。

二、司法院大法官

司法院大法官負責法令的合憲性或違憲性的審查，可說是「憲法的守護神」；此外尚有統一解釋法令、違憲政黨審判解散權。

(一) 組織與成員

司法院大法官組織，由大法官 15 人組成，任期 8 年，因憲法為高度的「**政治法**」，由總統提名經立法院同意後的政治任命，並且施行有「期中任命制」作法，每隔 4 年，即有約一半成員更換，而並為司法院正、副院長的大法官，更無任期的保障，宛如政務官角色一般。

(二)釋憲制度

釋憲權如賦予普通法院，隨具體個案審判中行使者，為「**分散制**」(diffuse system)，如美、日及阿根廷、墨西哥等拉丁美洲國家。

1.聲請解釋

我國專設大法官負責釋憲，自屬「**集中制**」。

2.解釋效力

解釋效力，即為違憲審查的「**非難權**」，包括對所適用**法條拒絕適用**和**宣告為無效**兩種。

三、行政法院及公懲會

(一)行政法院

行政權的肥大化，是當前國家的趨勢，從而行政權的侵犯人民，便是一項法治國家應特別留意的現象。

(二)公務員懲戒委員會

公懲會係懲戒受監院彈劾的公務員，追究的責任性質傾向行政責任（政務官則亦可能是政治責任），故將之隸屬於司法院（司法體系自係追究法律責任），似欠妥當！」

四、檢察官與律師

在司法體系的運作中，非常重要而為一般人民所熟悉者，尚有刑事上的檢察官，另外律師常代理人民和法人的訴訟，素質的良窳與否，亦攸關一國司法正義及效率，也是探討司法體系不可忽略者。

(一)檢察官

檢察官無審判權，隸屬於行政院的法務部，可說是一種**司法行政人員**，由於可代表國家向侵害該國家的社會或人民法益的犯罪者提起公訴，故亦有謂為：「國家的律師」。

(二)律師

1.設置標準：(1)律師資格係參與國家的律師高考錄取而取得者，或曾任法官、檢察官、大學法律專任教授（副教授）、軍法官等經檢覈通過者。(2)執業登錄：律師得向四個地方法院及其上級高等法院聲請登錄。(3)行政制裁：律師有違法犯紀，依「律師法」得警告、申誡、停權2年及除名之懲戒，由高院所設律師懲戒委員會及最高法院的覆審委員會議處。

2.職務：(1)法院訴訟代理(2)法律事務處理如代訂契約、法律諮詢、參與仲裁等。

(3)其他職務：如工商登記、專利代理及公司查核簽證、為他人財產信託等。

五、犯罪偵防機關

(一)警察與憲兵

1.警察長官與警察，除違警處分、執行搜索扣押拘提、保安交通消防救災等，維持公共秩序社會安全職責外，依**刑事訴訟法**規定：具有司法警察官或司法警察之身份，有協助檢察官偵查犯罪之職權，或聽檢察官之指揮，偵查犯罪。

2.憲兵隊為國防軍種，職掌為軍事警察，惟依**刑事訴訟法**規定：亦具司法警察身

份，有協助或聽檢察官指揮偵查犯罪之職權。

（二）調查局

法務部調查局職掌涉及國家安全及國家利益之調查保防，惟就有關犯罪偵查上，依法務部調查局組織條例，視同司法警察官或司法警察，有協助偵查犯罪職權。

第二節 訴訟制度

訴訟制度乃人民的權益受到侵害，可依有關程序法請求國家給予救濟。一般而言，訴訟自應有爭議對造，而不能平空假設，故如為試探法院的可能觀點、共謀的友誼性捏造互告、純屬猜測事項，均不宜作為裁判客體，此即訴訟應建立在「訴之利益」(standing)的前題，如無具體訴訟利益者，法院不應受理。

一、管轄法院

（一）民訴

1. 專屬管轄：民事訴訟法有明定某些案件應向特定法院提出者，從其規定；如親子訴訟專屬子女所在地、死亡宣告專屬失蹤人住所地、不動產物權涉訟專屬不動產所在地等的法院管轄。
2. 合意管轄：其次應看雙方當事人是否有事前以合意決定第一審管轄法院。
3. 土地管轄：無上述兩種情況，即依「以原就被」原則向被告住所地法院起訴。

（二）刑訴

1. 土地管轄：刑事案件由犯罪地或被告的住所、居所或所在地（以原就被原則）的法院管轄；在中華民國領域外的中華民國船艦或航空器內犯罪者，船艦本籍地、航空機出發地或犯罪後停泊地的法院亦有管轄權。
2. 事務管轄：各級法院管轄刑事案件的範圍，地方法院為一般刑事第一審訴訟案件；高等法院管轄為關於內亂、外患及妨害國交、殘害人群等一審刑案。

二、訴訟標的

（一）民訴：為私權爭執的解決，如債權、物權、親權等的權利滿足，當事人主張有利於己的事實，負有舉證證明的責任。

（二）刑訴：為罪刑有無的認定，有國家追訴與私人追訴兩種型態：

1. 公訴：由檢察官代表國家執行犯罪追訴權，請求法院科被告以刑罰。檢察官行使偵查權，調查相關證據，如確認有犯罪嫌疑即提起公訴。
2. 自訴：自訴，乃因犯罪而直接受到加害的被害人，向法院以自訴狀方式，請求法院對被告科以刑責之訴。對於直系血親和配偶、已經檢察官偵查終結案件及告訴乃論已不得為告訴者，不得自訴。

三、判決

（一）民訴；判決依所涉內容有三類型：

1. 給付判決：判決確定私法上請求權的存在，且命被告履行給付，如請求還款。
2. 確認判決：為原告請求確認法律關係的成立或不成立。
3. 形成判決：為請求形成法律上某種效果或變更權利狀態的訴訟，如撤銷婚姻。

(二)刑訴；判決可分為下列說明：

- 1.不受理判決：告訴乃論案件超過六個月告訴期間、對被告無審判權、被告死亡等不合起訴要件者。
- 2.免訴判決：犯罪已經大赦、追訴權時效已完成、曾經判決確定、刑法已廢罰。
- 3.無罪判決：因罪證不足無法證明被告有犯罪，或行為不罰時，應為無罪的判決。
- 4.有罪判決：證據足證被告犯罪時，應為罪的科刑判決，或有罪但免刑判決。

法律關於時、地、人、事之規範效力

朝陽科技大學 鄒建中

第一節 關於時之效力

法律在時效上，因公布施行而產生效力，依我國規制可分為明定特定日期生效者，從其日期；未另訂生效期日，則自公布日後第三天生效者兩種情形。至於法律的喪失效力，當自廢止之時，亦可分為法規定有施行期限，期限屆至即當然失效者；以及經立院決議廢止，送總統公布的公布後第三天起失效者。惟尚有因暫停適用而中止效力的情形，此即中標法第 19 條所示：「法規因國家遭遇非常事故，一時不能適用者，得暫停適用其一部或全部」，一旦中止情況結束，效力自可加以恢復。

法律在時間之效力方面，有以下兩項基本原則：

一、法律不溯及既往

法律不溯及已往事務，是指法律只能適用於施行後才發生的事項，而不能追溯法律施行前的往事。這項法理乃是基於保障既得權，避免因新法的公布而剝奪人民原享有的權益，引起社會秩序的混亂和人民的不信任。

(一) 法律適用及法理解釋之原則

法律不溯及既往原則，自羅馬時期以來，一直為各國重要的「信賴保護」法理，如：我國刑法第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」

(二) 立法機關之立法不受拘束

司法機關之運用法律，固受前述法理的拘束，但立法機關有時基於國家政策推行，或使人民獲益更大之考量，有回溯既往之必要時，得於法律明定回溯效力。如民法總則施行法第 3 條對於失蹤之規定，「於民法總則施行前失蹤者，亦適用之」。

二、後法（新法）優於前法（舊法）

後法優於前法，係指後來的新法優於以前的舊法。蓋就同一事項，如有二種居於同一順位而規定不同的法律存在，對於國家意思的統一，殊有妨礙。此時欲選擇其中的一種，宜以該二種法律公布施行期間的先後為標準，因為公布施行期間在後者，為國家以後所決定的意思，乃在推翻以前所作的決定，故應適用後之新法，而不適用先出的舊法。

(一) 本質為後法廢棄前法

所謂後法與前法，並非二法並存的問題，而是後法已公布施行，前法即予廢止，或前法當然失效問題。

(二) 從輕原則及不同順位之例外

1. 刑法採從舊從輕原則：

我國對於犯罪行為時的法律規定，如在法官判決時已有變更，此時究應以前法規（行為時）或後法規（裁判時）來論斷，刑法採取「罪刑法定主義」，強調犯罪行為時必須有法律明文規定方可處罰（拘束人身自由之保安處分亦同），因此刑法乃以為原則上如遇有法律變更時仍應適用行為時法，較符合不溯及既往的概念，可見我國刑罰的裁判在遇有刑法變動時係以「從舊從輕原則」為依歸。

2. 特別法優於普通法：

二法如居於不同的位階，本即高位階特別法優先於普通法，而不生競擇的問題。

第二節 關於地與人之效力

一、 領域界說

領域範圍向為國際法的爭論重點，原則上一國領域內的人民，無論本國人或外國人，均應適用本國法律管轄；國家之領土主要包括陸、海、空三部份，而為一般法律所適用的範圍：

- (一)領陸：即國家主權所及疆域的陸地部份，尚包括河川、湖泊（內海）、港口。
- (二)領海：即國家領陸沿海向外伸張（依春季退潮的平均線向外延伸），得行使國家主權之海面。我國領海為十二海里，經濟海域為二百海里，同時岸邊潛入海底之大陸礁層，亦屬主權所及者。
- (三)領空：即以國家領陸領海之界限，向天空垂直延伸為當前航空器可及者。
- (四)其它：基於國際慣例，以下刑事案件亦有本國法適用之情形：

1. 浮動領土：此指中華民國船艦或航空器等。如刑法第 3 條明定：「本(刑)法於中華民國犯罪者，適用之。在中華民國領域外之中華民國船艦或航空器內犯罪者，以在中華民國領域內犯罪論」。
2. 中華民國駐外使館、領事館。此乃依國際法而具有外交豁免權。
3. 中華民國軍隊占領地、託管地（及租借地）。

二、關於人之效力

法律管轄對象之立法例，學理上可概分為三類型，但實際各國無不採取第三者，茲加扼要介紹：

1. 屬人主義：法律僅對「本國人民」適用，而不適用於外國人民。亦即只要是本國國民，無論其在國內或國外，均適用本國法律。
2. 屬地主義：法律適用於「本國領土」範圍內所有對象。亦即只要在本國疆域內，不問其為本國人或外國人，均適用本國法律。
3. 折衷主義：如我國，併用上述兩種主義。

基於屬地主義之原則，凡我國領土內之中國人或外國人，本應適用我國法律，但某些特定人有排除我國法律適用之「例外」情形：

(一) 我國人方面

- (1)國家元首：憲法規定：「**總統**除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上的訴究」。
- (2)民意代表：立法委員與地方議員擁有「言論免責」(privilege of

speech) 與「不受逮捕」(privilege from arrest) 兩項保障。

- (3)無行為能力人：未滿七歲之未成年人及禁治產人，在民法為無行為能力人，其法律行為不生效力（故有法定代理人）；未滿十四歲及心神喪失之人，在刑法上，為無責任能力人，其行為不罰。

(二) 外國人方面

- (4)國際公法享有「治外法權」之外國人：如外國元首及其家屬、隨從，外交使節及其家屬、隨從，外國領事，聯合國人員，經停泊國允許其屯駐於本國領域內的外國軍隊等，不受該所在國之法律支配。

- (5)與我國國民發生涉外民事案件之外國人：對於外國人身份、能力、親屬、繼承等資格之確認，所應適用的準據法，適用該外國人的國家法律。

三、關於事之效力

就事之效力言，未規定者，本應不生法之拘束作用。此際適用刑法的行為，依罪刑法定主義原則，便應視該行為合法，而為不起訴（檢察官）或無罪判決（法官）；惟若適用民法之案件則可以習慣補充，亦得引用誠信原則等法理，並不以法律明文規定為限。

法律在事之方面效力，乃有以下兩項基本適用原則：

(一) 一事不再理原則

- 1.「再審」適用於民事及刑事的訴訟上，乃由於發見確實的新證據，或原證據係經偽造變造等法定原因，而可對於已確定的判決，聲明不服的訴訟程序。聲請再審應以再審書狀，敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院。

2. 非常上訴

「非常上訴」乃最高法院檢察總長於判決確定後，發覺該案件審判有違背法令之情事（如無犯罪確定證據、自白刑求等），得請求最高法院撤銷判決的訴訟程序。有名的蘇建和一案，在我國即是多次援引非常上訴以求平反的人權案例。

(二) 一事（罪）不二罰原則

- 1.二種不同刑名或不同性質的罰則，無一事不二罰原則的適用。如開車時因闖紅燈撞死人，構成過失致死罪的刑事責任，同時應承擔交通規則的行政罰責任（如吊扣駕照），與侵權行為的民事賠償責任。
- 2.同一行為經外國確定裁判，仍得依本國法處斷，此為主權國家當然之理。如我國人在國外犯罪，雖經外國裁判執行，返國後仍得依本國法處斷，惟在外國刑的全部或一部執行者，得免其刑的全部或一部執行。

法學派別與重要法系之基本認識

朝陽科技大學 鄒建中

第一節 法學派別

一、內容區分

法學的研究，範圍相當廣泛，因為「有法律斯有社會」，「有社會必有法規範」，法律可說與人類社會相始終。以研究內容區分，可得：

1. 法律哲學—研究一切法律現象之普遍根本原理，以探求法律的實踐理想和終極觀懷，如法理學。
2. 法律科學—以國家現行有效的法律規範為對象，研究其內容及其適用的範圍。一般可分為：立法政策學、比較法學、法律社會學、法律解釋學（實證法學、實定法學）等。
3. 法律史學—研究法律的變遷、沿革及趨勢，如法律沿革史。

二、學派

法學不外乎社會科學的一種，有其知識的系統性，而由於研究方法的不同，或偏歸納、或尚演繹，以及著重的法價值互有差異，致生各種派別，其中較顯要者有以下諸學派。

（一）哲學研究法：

1. 意義：以哲學理論為基礎，探求法律的真理。哲學研究法雖可引導法學趨於正途，但其內容往往玄奧而乏一致性的標準。
2. 研究法之應用—自然法學派
 - (1) 此派以為在國家成立前，或者超越國家之上，有一個普遍妥當的自然法則。近代代表人物，如哥老秀斯（Hugo Grotius, 1583-1645）、康德（Immanuel Kant, 1724-1804）、洛克與盧梭等人。
 - (2) 法律觀：重視於法律的正義與倫理道德面，必須建立在自由平等的原則上，以人民相互合意的契約，產生共同信守的效力。

（二）社會研究法：

1. 意義：以社會學的方法研究法律與社會的關聯，分析法律對現實社會的影響。
2. 研究法之應用—社會法學派
 - (1) 此派強調法律應以維護社會之利益為目的。
 - (2) 法律觀：將法律視為改善社會、維護社會利益的手段，主張法律應合乎社會實際狀況的需要。

（三）分析研究法（註釋研究法）：

1. 意義：主張按照法律條文，逐字逐句加以解釋，以闡明其意義。
2. 研究法之應用—實證法學派
 - (1) 此派主張放棄自然法學派的哲學觀，以研究實定法系統、條文、原則的方式，探求法律的目的以闡明法學之理論。

(2)法律觀：法律是立法者有意識的創造，吾人應力求避免對涵義的誤解，法學研究應以實證的方法，探求法律實際上所發生的具體效果。

第二節 主要法系

歷史上各國在個別歷史文化的影響下，雖發展出不同的法律制度，但經由世界文明的交流，使某些國家的法律制度呈現出共通性的架構，即謂「法系」；因此法系用詞並非指一國的法律體系，而是一種國際性的法律淵源概念。

一、大陸法系

大陸法系係由羅馬法演進而來（西羅馬帝國的優士丁尼大帝編撰法典，確定了成文法體系），因其影響整個歐洲大陸，尤以德、法兩國法制受其影響最為深遠，又名「歐陸法系」。

二、英美法系

英美法系（海洋法系）乃融合英國法與美國法所形成的法系。起源自諾曼王朝征服英國後，以傳統日耳曼法為基礎，透過設置巡迴法院、陪審制度的方法，將盎格魯撒克遜民族的習慣與判例加以統一，形成「普通法 Common Law」，其特徵為不重視成文法典，而常援引判決為審判，故又稱「判例法」；法官巡迴，人生地不熟，自然會仰賴地方人士協助仲斷（陪審團），並尊重地方習俗，而既無事前統一法規，在司法獨立自主下，自然會形成法官的主導造法，這也可說是英國「經驗主義」思想的合理結果（以法官的經驗型塑司法的理性）。

三、中華法系

中華法系遠自唐「堯典」、虞「舜典」、夏「禹刑」、商「湯刑」，以儒家學說為中心思想，使法律與道德、禮儀互為表裡，歷經各朝，至唐律法制趨於成熟，史上對於鄰近國家亦多有影響。

中華法系從「司法體系」來看，不像西方國家審理人民紛爭，有教會超然於政治，而完全是由統治機構一縣府衙門包辦，必然首重政權的護衛，如謂：「王者之政，莫急於防止盜賊」，而強調威刑和服從義務；從「文化思想」來看，主流儒家思想是社會管理學，以團體價值超越個人，故強調家族、民本（非個人主義的民主）；從「社會結構」來看，農業社會不同於游牧或漁獵民族，因空間局限難突破（世代守住同一塊土地），乃轉企求時間上的綿延突破，而尚祀、尚祖。吾人進一步綜合論者觀點，則主要有以下諸特色：

- (1)道德、禮儀與法治相輔相成。
- (2)人治與法治並行；如「徒善不足以為政，徒法不能以自行」「君子之德風，小人之德草，草上之風必偃。」此類論點；又史上科舉制度，即重官吏（掌司法權）之賢與能。
- (3)偏向義務本位的立法；中國禮教之本在於倫常，君臣、父子、夫婦、兄弟、朋友，各有義務，並強調長幼尊卑的關係，與羅馬法系以權利本位的觀點不同。
- (4)家庭制度的維護；中國社會一向以家族為本位，個人的地位不彰顯，對於親屬間權利義務的賦予，或是罪刑輕重的標準，頗以家庭為考量重心。
- (5)民本觀念的重視；「民為邦本，本固邦寧」、「仁民愛物」，歷代賢臣常告誡君

王應採民本觀念，惟民本乃由上而下，缺乏人民自由與自主的意識。

(6)宗教觀念的放任；中國法律對於宗教，不鼓勵亦不排斥，歷代法律中表現宗教色彩者極少。

(7)民、商法不彰；我國自戰國時代李悝首創法典六章，法律多以刑為主，司法制度亦多係當庭問供，而少由人民自由訴訟。

此外如**印度法系**，以婆羅門教法為其法律思想基礎，將人民區分為僧侶、武士、平民、奴隸等，原為具有嚴格階級制度的法系，現則已漸失固有的特質；**回法系（阿拉伯法系）**以穆罕默德創立的可蘭經為圭臬，將法律意識藉教義發揮其作用，使教義與法律冶於一爐，且現行判決尚有法學界所增益之「法理詮釋」為輔助依據，成為諸多回教國家所奉行的獨立法系。

法律的體系結構

建國科技大學 華中興

壹、前言

法律的體系結構是什麼呢？在這之前要先問？什麼要談「體系結構」呢？若是不談體系結構是不是就沒有辦法討論法律呢？原來人類研究世界上各式各樣的知識後，慢慢發現冥冥中都有個系統，簡單又有條理，讓我們能夠更方便的認識這些知識。

我們從六法全書開始說，有聽過「六法全書」吧？先說前三種法律：就是除了憲法外，另有行政法、刑事法、民事法三種法，這都稱做實體法。如何能實行這三種法，就是叫做程序法。故而類推另外三種程序法律就叫做行政的程序法、刑事的程序法、民事的程序法。

你說法律承認你有錢，但是若是沒有「程序法」，就沒有辦法將「法律承認你有錢」這件事來實現，大家都出一張嘴，每天都說「張三欠我 100 萬！」，但是就是拿不回來。這時，依照程序法，你就要寫狀子，交裁判費，到法院開庭，辯論並舉證事實，真相澄清後，法官若認定張三確實欠你 100 萬，就會給你一個勝訴判決，你就拿勝訴判決書去聲請「強制執行」，法院就會強制張三還錢給你，只要他有錢，你就可以真正拿回他所欠你的錢。所以可以發現：若沒有程序法，你的權利會因沒有公權力強行介入而拿不到！這就是程序法的重要。

所以了解了法律的體系，就能在短時間內可以鳥瞰這門學問。先把骨架建立起來，以後再學它的內容，這樣學問就可以快速累積。換句話說，法體系就是將眾多法律，依一定的觀點，加以歸類組織而形成某種系統化的結構，可以簡單、概括地說明法律到底包含什麼東西？下面我們從分類與位階系統兩條途徑來概括的認識法律的範圍及我國法律間的彼此關係。

貳、法律的分類方式

將法律分類的目的在於顯示某一法律的性質和作用。分類需根據某一標準，但因觀點不同而有不同的類別劃分。

一、成文法與不成文法：

「成文法」與「不成文法」的分別，是以該法律的制定程序與形式為標準。凡經由立法機關依一定程序制定或具有條文形式，並由國家按一定程序公布的法律，就稱之為「成文法」，也稱為「制定法」。

不成文法就是成文法以外，一切不具備法典形式卻又具有法律效力的法源，如習慣、法理、判例等都屬之；由政府加以認可或採用，故「不成文法」又被稱之為「非制定法」。

二、普通法與特別法

1. 普通法與特別法的意義：「普通法」是指得以適用於一般之人、事、時、地之

法律。特別法則指專門適用於特定人、事、時、地之法律。

2.特別法與普通法的區分，可分四個面向說明：

(1).就適用人而言，如民法適用於一般人為普通法；會計師法則只適用於具有會計師資格之人，是為特別法。

(2).就適用之事項而言，如民法物權篇得適用於所有之不動產財產關係。而「公寓大廈管理條例」僅得適用於公寓大廈，故在民法的規定為普通法；公寓大廈管理條例即為特別法。

(3).就適用的時期而言，如舊「動員戡亂時期槍砲彈藥刀械管制條例」（現已修正為「槍砲彈藥刀械管制條例」）僅適用於動員戡亂時期，即屬時之特別法；刑法則得適用於任何時期，故為普通法。

(4).就適用的地域而言，如「離島建設條例」僅適用於離島地區，即屬地之特別法。

3.特別法與普通法的競合原則：區別特別法與普通法之實質法益，即在於當二者之規定相互間有所抵觸時，即以「特別法優於普通法」原則處理。

三、強行法與任意法

1.強行法與任意法的意義：強行法是不管當事人的意願如何，而必須一律適用的法律。因法律規定之內容涉及到「公益」，故不能任由當事人的意思決定。

2.任意法是指法律的適用可以依當事人的意思選擇決定，因法律規定之內容與「公益」無直接關係，原則上尊重當事人意思。因此稱為任意法。

四、實體法與程序法

1.實體法乃指直接規定人的權利義務之實質關係，即規定權利義務之發生、變更、效果與消滅的法律。諸如：民法、刑法、商事法等。

2.程序法：為實現實體法上的權利義務所應採取之程序等有關的法律。如民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法等。

參、我國法律內容的結構體系

我國目前的法律、規章、條例超過五百種以上，想要一一說明並不可能，最好的方法就是用系統結構的方式來做整體的理解，以下即從位階規範系統來認識我國主要法律內容間的彼此關係。

一、憲法與行政法：

（一） 憲法：就是國家的根本大法，也是國家最重要的法律。憲法包括兩個主要部分，第一，是規定國家的組織。第二，就是人民的基本權利。

（二） 當政府要統治人民時，就會訂法律，但這些法律是不是增進社會幸福的法律呢？就要用憲法第 23 條之比例原則來看。

第一、適當性：就是說政府的行政行為所用的手段，必須和他要達成的目地是有合理關聯的。

第二、必要性：就是說政府要用對人民侵害最小的手段來處理施政，不能說政府爲了要防制偷竊，所以抓到偷竊的一律判死刑。

第三、衡平性：法律的世界其實是有個個利益，很多個目的在衝突的，就是不可以爲了要達到 A 目的，就放棄或過度貶低 B 目的。

(二) 行政法：是規定國家行政機關的組織、職權範圍與行使、程序的法律規範。依法行政原則的內容有二：法律優越原則與法律保留原則。

1. 法律優越原則：政府公權力作用與法律牴觸者，無效。⁶

2. 法律保留原則：強調沒有法律授權，行政機關就不能作成行政行爲。因爲人民基本權利的限制必須以法律限制，不得以命令爲之。⁷ 憲法若已將某些事項保留給立法機關，必須由立法機關以法律規定。政府行政行爲不僅只是消極的不牴觸法律，更必須有法律明文的依據。⁸

二、行政訴訟法

行政訴訟法簡單的說就是人民要告政府，當人民覺得政府該做卻沒做，或是不該做而做，因而造成人民的權益受損，就可提起行政訴訟。最常見的是撤銷之訴。

三、刑法

刑法是國家防治犯罪的主要法律，它規定了犯罪行爲的法律要件和法律效果（刑罰）。我們看刑法一定要注意法條裏所隱含的構成要件，具體的說它就是邏輯「若…則…」的條件式，也就是：「如果怎麼樣，就應該怎麼樣」。在這講一下法律的三段論證。你們一個一個把它嵌進去，構成要件嵌入後，法律效果就會顯現出來。

法律條文基本就是邏輯三段論證，包含了大前提-小前提-結論。犯罪就是不法而且有罪責行爲。不法又分爲主觀不法和客觀不法。主觀不法包括故意和過失；主觀不法就是討論既遂和未遂的問題。要構成犯罪其實是不容易的事。因爲刑法本來就不輕易加在人民身上，除非是惡人，才有必要用刑；其他初犯或輕罪的多以緩刑、易以訓誡、易服勞役、或是易科罰金。

故意是「行爲人預見並有意使其發生」，也就是你擺明了就要做這樣犯罪的事，因爲動機邪惡，必須懲罰，使你的惡行不再擴大損害，並且讓老百姓知道這樣是錯的，而且因害怕刑罰而不敢再犯同樣的錯。

⁶ 憲法第一百七十二條：「命令與憲法或法律牴觸者，無效。」又如大法官釋字第四百七十九號解釋認爲內政部訂定社會團體許可立案作業規定第四點（行政命令）：關於人民團體應冠以所屬行政區域名稱的規定，逾越母法意旨，侵害人民依憲法第十四條的結社自由，應即失去其效力。

⁷ 中央法規標準法第五條：「下列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」中央法規標準法第六條：「應以法律規定之事項，不得以命令定之。」

⁸ 大法官釋字第四百四十三號解釋，爲憲法第十條所規定人民有居住及遷徙之自由。在不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。涉及人民其他自由權利的限制者，也必須符合憲法第二十三條所訂必要之程度，並以法律定之或經立法機關明確授權由行政機關以命令訂定。因而判定內政部役男出境處理辦法欠缺法律授權依據，與憲法第十條意旨不符，若不改正，是爲無效。

過失是「應注意能注意而不注意」，好比你超速駕駛，撞到了人。你應要注意遵守交通規則，卻不注意遵守，雖然你不是故意的去撞，但是因為你的不小心造成這樣的結果，你就要負法律上的過失責任。

四、刑事訴訟法

有了刑法，要怎麼實踐對犯罪追訴處罰呢？大家都知道殺人會處死刑、無期徒刑或是十年以上有期徒刑。但是你不能說：「張三，你殺了人，該處死刑，所以我替天行道來處罰你！」就把人家砍了。這是不行的，因為法治國家一定要透過一定的程序，才能執行處罰，要是中間要是一個程序出錯，那後面就大有問題。例如要了解犯罪真相的目的是對的，但不能為了找出真相就用不正當的方式刑求、違法取證、證據不全而胡亂審判，這是違反了程序正義。

五、民法

民法是規範私人生活間權利義務關係的法律。民法規範可分為兩部分：一是規範債之關係與物權的財產法；另是規範親屬與繼承的身分法。二者共同的基本原則為民法總則。法律行為最重要的要素就是要有當事人、意思表示以及標的（物）。當事人是指有沒有行為能力。未滿二十歲就沒有完全行為能力，就要靠法定代理人來協助。意思表示是看你是不是真的在法律世界中有這樣的意思，所以被詐欺、被脅迫所做的決定是可以撤銷的。通謀虛偽的假買賣（詐害債權）也是無效的。標的（物），也就是法律行為的客體，必須要合法、確定、可能，不能說我要向你買火星，這樣的法律行為是無效的。其他比較常見之各種交易和行為，民法都有規定。

六、民事訴訟法

民事訴訟法就是「透過法律程序，請求公權力實現法律所承認你應有的權益」，首先須向法院提出告訴的文字聲明（訴狀）並繳交訴訟費，告訴的主張必須能讓法院實際去強制執行的事物；因此你要清楚自己到底要法官幫你做什麼？例如不能說：要寵物店老闆賣給你的狗一定能生出小狗，這樣法官可能辦不到；而要說：若寵物店老闆已保證賣給你的狗能生出小狗，但當不能生出小狗時，要賠償多少錢？法官就會照著你的聲明來看當時你們之間如何約定。你有沒有充足的理由？若你非常有理，寵物店老闆就要賠償你的損失，通常都量化成貨幣金額。勝訴後，就可以拿著勝訴判決，請法院幫你強制執行，讓寵物店老闆在期限內賠你，這樣，你應有的的權利就實現了。

以上就是我國法律體系結構的簡說，如果各位有興趣更多了解，可以再多看相關的法律叢書或相關網站討論的文章。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

國家賠償及其法院判決書之案例教學

撰稿人：朝陽科技大學彭德富副教授

國家賠償及其法院判決書之案例教學

— 以道路國家賠償案為例

壹、前言

國家賠償制度，我國憲法第 24 條早有明文規定：「凡公務員違法侵害人民之自由或權利者，除依法律受懲戒外，應負刑事及民事責任。被害人民就其所損害，並得依法律向國家請求賠償。」但國家賠償制度，要直到民國 70 年 7 月 1 日「國家賠償法」（以下簡稱國賠法）開始施行以後，才真正落實。

國賠法公布之後，始有統一性的國家賠償制度，而對於國家賠償責任的範圍，亦確定為兼採過失賠償主義與無過失賠償主義。國賠法之定頒，一方面確立國家賠償責任，以加強人民自由權利的保障；同時亦促使公務員於執行職務時，更能遵守法令以善盡職守，避免人民遭受不法的侵害¹。

至於案例分析，則選擇道路國賠案作為取材對象。因為根據行政院工程會的調查，從 94 至 96 年近三年的國家賠償案發現，全國道路國賠案多達 210 件，占總國賠案件數 38%，共造成 16 人死亡，125 人受傷，政府支出賠償總金額達 6 千 4 百餘萬元²。因此，法院判例的選擇，就以道路國賠案作為取材對象。

貳、學理分析與問題意識

一、學理分析

我國國家賠償的要件為何？國家賠償的方法與範圍為何？以及請求國家賠償的程序與時效為何？這些都值得加以分析說明。

（一）國家賠償的要件

國家賠償的要件，可以分為兩類：一是公務員的作為或不作為所引起的國家賠償，採過失賠償主義；另一是公共設施的瑕疵所引起的國家賠償，採無過失賠償主義。茲分別分析說明如下：

¹ 參見張明貴，〈人民自由權利損害之賠償〉，收於氏著，《TOP100 憲政用語熱門榜》（臺北：書泉，2005），頁 270。

² 參見中國時報，〈全台近 9 成道路坑人〉，2008/2/15，A1 及 A12 版。

1. 公務員作為或不作為之國家賠償

國賠法第 2 條第 2 項規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害者，亦同。」本條規定以故意或過失為要件，屬過失責任，其構成要件如下：

(1) 行為人須為公務員

所謂公務員，國賠法第 2 條第 1 項定義為：依法令從事於公務之人員。此外，受政府機關委託行使國家公權力之個人或團體，其執行職務之人，視同委託機關之公務員³。

(2) 須為執行職務行使公權力之行為

所謂執行職務之行為，係指公務員之行為乃在行使其職務上權力或履行其職務上義務而與其公務有關之行為而言。此外，執行職務之行為，並非表示行為須在權限範圍內不可，逾越權限或濫用權力，正是公務員執行職務不法侵害人民自由或權利的典型行為⁴。

至於所謂行使公權力之行為，係指公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之行為，此一行為包括運用行政命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧、教養、保護或輔助等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務為目的之行為（最高法院 80 年臺上字第 525 號民事判決參照）；亦包括無法律義務所舉辦之慶祝活動，如國慶燃放煙火，傷及民眾⁵。

(3) 須為怠於執行職務之行為

此之「職務」，應指以保護或促進特定人民之利益為目的之法定職務⁶，因而所謂怠於執行職務之行為，係指公務員依其職務，對於第三者有作為之義務，而竟不作為或遲緩履行者而言⁷。如因而造成人民自由或權利遭受損害者，依國家賠償法第 2 條第 2 項後段，國家亦應負損害賠償責任。

³ 劉俊良，《國家賠償與冤獄賠償法》（臺北：書泉，1996），頁 18-19。

⁴ 廖義男，《國家賠償法》（臺北：作者發行，1998，增訂二版），頁 30。

⁵ 李惠宗，《中華民國憲法概要：憲法生活的新思維》（臺北：元照，2006），頁 155。

⁶ 同前註，頁 158。

⁷ 廖義男，同註 4，頁 56。

(4) 須行爲係屬不法

行爲不法指該行爲須違反一定之「法律義務」而言，此種應違反法律義務之情形，包括違反具體之法律規定及違反一般之行政法原則，如比例原則或平等原則之行爲⁸。具體而言，行爲不法可分爲兩種：

其一是無法律或法令規定之依據：依憲法第 23 規定，人民之自由或權利

僅能以法律加以限制，故公務員行使公權力而侵害人民之自由或權利，如該行爲無法律之依據，或無依據法律授權而制定之法規命令爲其基礎，又無其他阻卻違法之事由存在時，其行爲即屬不法⁹。

其二是違背職務之行爲：公務員執行職務，有其一定之權限、範圍及應行遵守之注意義務，並應求其行爲合法、正確與適當。故如其行爲有違背法律、命令或行政規則等，固屬不法；如其執行職務有逾越權限或濫用權力，或違背對於第三人應執行之職務而使第三人受害之情形，亦構成不法¹⁰。

(5) 須公務員有故意或過失

公務員作爲之國家賠償責任，須以個別公務員有故意或過失爲其要件。而故意或過失是針對公務員違背其職務義務之行爲而言，並非指其行爲之加害作用¹¹。民法之故意、過失的基本意義與刑法同。在國賠法上之故意，意指公務員對造成人民自由或權利損害之事實，明知並有意使其發生；或預見其發生而其發生並不違背其本意者¹²。亦即公務員明知其行爲有背於其職務之義務，而仍有意爲該行爲者，即具有故意¹³。

至於國賠法上之過失，意指公務員對造成人民自由或權利損害之事實，按其情節應注意，並能注意，而不注意，致其發生；或雖預見其發生而確信其不發生者¹⁴。所謂應注意，並能注意之標準，係以忠於職守之一般公務員在該具體情況應能注意並可期待其注意之程度而言。如爲該行爲之公務員欠缺此注意之程度，即屬有過失¹⁵。

(6) 須人民之自由或權利受到侵害

人民之意義，不限於與公權力主體相對之人民，亦無年齡、身分或國籍之區別¹⁶。換言之，人民係指國家以外之權利義務主體，亦即指自然人、法人等能行

⁸ 李惠宗，同註 5，頁 156。

⁹ 廖義男，同註 4，頁 46。

¹⁰ 同前註，頁 48。

¹¹ 同前註，頁 60。

¹² 李惠宗，同註 5，頁 156。

¹³ 廖義男，同註 4，頁 60。

¹⁴ 李惠宗，同註 5，頁 156。

¹⁵ 廖義男，同註 4，頁 60。

¹⁶ 李惠宗，同註 5，頁 157。

使權利、負擔義務之權利主體；而有公務員身分之人，解釋上當然包括在自然人之內¹⁷。在法人部分，不管是公法人、私法人、社團法人、財團法人、營利性法人、非營利性法人，只要經過設立登記，取得法人人格，都是國賠法中所指之人民¹⁸。

當受害者是外國人時，我國國賠法是採相互保證主義之平等互惠原則¹⁹，國賠法第 15 條規定：「本法於外國人為被害人時，以依條約或其本國法令或慣例，中華民國人得在該國與該國人享受同等權利者為限，適用之。」至於大陸地區之人民，亦有請求國家賠償之可能。但大陸地區既非我國司法主權所及，應視為外國，而適用國家賠償法第 15 條之規定方屬合乎法理²⁰。

所謂自由或權利受到侵害，諸如生命之剝奪、身體健康之傷害、自由之限制或妨害，以及造成財產上之損失等都屬之。而自由或權利，包羅甚廣，係指憲法及法律所維護之人民一切自由或權利²¹。但國家賠償以金錢賠償為原則，以回復原狀為例外，如果公法上不具有經濟交易價值之權利，特別是基本權利受到侵害（例如對有選舉權之居民漏列，致其無法行使投票權），既無法以金錢算定賠償金額，又無法回復原狀者，如何賠償，頗有問題。對此類事件，象徵性的賠償與訴訟必要的支出（如聘請律師之費用），似應列為賠償範圍²²。

（7）須不法行為與損害結果之間有相當因果關係

所謂相當因果關係，係指依客觀之觀察，有此行為，通常即會發生此損害者，即為有相當因果關係；如無此行為，必不生此損害，或雖有此行為，通常亦不生此損害者，即為無相當因果關係。人民之自由或權利受到侵害而請求國家賠償者，必須證明其損害係由於公務員之不法行為所致，始能認為兩者之間有相當因果關係²³。

2. 公共設施瑕疵之國家賠償

國賠法第 3 條規定：「公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負損害賠償責任。」本條規定不以故意或過失為要件，屬無過失責任，其構成要件如下：

（1）須為公有公共設施

所謂公共設施，係指供公共目的使用之有體物或其他物之設備而言²⁴，包括自然公物，如河川、港灣，以及人工構造物，如電梯、道路、橋樑、行道樹等²⁵。

¹⁷ 孫可亦，《小心國賠糾紛》（臺北：潘朵拉文字創意，2005），頁 101。

¹⁸ 同前註，頁 102。

¹⁹ 同前註，頁 105。

²⁰ 李惠宗，同註 5，頁 157。

²¹ 廖義男，同註 4，頁 68。

²² 李惠宗，同註 5，頁 157-158。

²³ 廖義男，同註 4，頁 69。

²⁴ 同前註，頁 71。

²⁵ 李惠宗，同註 5，頁 163。

而此「公有」並非專指國家或其他公法人所有，而是舉凡公共設施由國家或地方自治團體、機關設置或事實上處於管理狀態者均屬之²⁶。

公有公共設施究竟有無具體之標準？目前唯一可資運用參考而明文規定之依據，只有都市計畫法（參照第 42 條第 1 項）。同時此一公有公共設施必須已經建造完成，驗收合格並開始對外開放使用為準；倘僅在招商承攬施工建造中，則非屬公有之公共設施²⁷。倘若公有公共設施之結構基礎如已完工，且已開放供公眾使用，縱尚未正式驗收，仍應認有國賠法第 3 條之適用²⁸，方足以保護大眾之利益（最高法院 91 年度台上字第 1092 號判決意旨參照）。

（2）須設置或管理有欠缺

所謂設置有欠缺者，係指公共設施建造之初即存有瑕疵而言。例如，由於設計錯誤、施工不良或材料性質不合而生之瑕疵。而管理有欠缺者，係指公共設施建造後未善為保管、怠為修護致該物發生瑕疵而言²⁹。例如，道路橋樑坍塌不為修護、學校或兒童遊戲場設施年久失修、道路修補未設警示裝置等。

此為國家賠償法第 2 條與第 3 條有無競合之問題。此問題之癥結，在於公務員應執行之職務是否對第三人（即被害人）應執行之職務，即該職務義務之行爲是否亦在保護或增進該第三人之利益爲目的。倘若應爲公務員應執行之職務義務，而未爲此等行爲，即屬違背對第三人應執行之職務義務，且使公共設施之設置或管理有欠缺，人民如因此而受害，自可依第 2 條與第 3 條請求國家賠償。由於第 3 條採無過失責任，故被害人選擇依該條請求，自屬較爲有利³⁰。

（3）須人民之生命、身體或財產遭受損害

國賠法第 3 條就人民保護之範圍，限縮爲「生命、身體或財產」三種權利之損害始足以當之。值得討論的是，本條所稱之生命、身體或財產，究爲「例示」或「列舉」之規定，學者專家有不同之看法。

爲何本條就人民保護之範圍，限縮爲「生命、身體或財產」三種權利？當初立法理由認爲第 3 條採無過失責任賠償之原則，爲減輕賠償義務機關之負擔，內容上不能太空洞，故有明定具體的損害之必要³¹。故人民身體自由因公共設施之電梯因電源或機械故障無法開起而受困達十數小時之久者，並非不得請求國家賠償³²。

²⁶ 劉俊良，同註 3，頁 7。

²⁷ 同前註，頁 8；廖義男，同註 4，頁 75-76。

²⁸ 相同見解參見：廖義男，同註 4，頁 76-77。

²⁹ 廖義男，同註 4，頁 73。

³⁰ 同前註，頁 77-78。

³¹ 同前註，頁 80；劉俊良，同註 3，頁 22。

³² 廖義男，同註 4，頁 80。

另有人認為，採取「列舉說」較為妥當。因以國家賠償法第 2 條與第 3 條之構成要件相比較，可以明顯看出此為列舉規定；再第 3 條屬無過失責任，故責任之成立不宜過廣。故上例人民被困於電梯甚久，若未有其他財產或身體健康之損害，應不得請求國家賠償³³。此說與當初立法理由之觀點較一致，而從事實務工作者亦採此觀點³⁴。

(4) 須公共設施之瑕疵與損害結果之間有相當因果關係

人民之生命、身體或財產，在該公共設施因設置或管理有欠缺之情況下，依客觀之觀察，通常即會發生損害者，即為有相當因果關係；如必不生此損害，或通常亦不生此損害者，則不具有相當因果關係。再者，公共設施設置或管理有欠缺，不必為損害發生之唯一原因，如與被害人自己之行爲或自然事實（如地震、颱風、大雨、洪水等）相結合而發生損害之結果者，有時亦具有相當因果關係，而有國賠法第 3 條之適用。只是此種情況，被害人自己亦與有過失，國家可依民法第 217 條，主張過失相抵（賠償責任相抵）³⁵。

(二) 國家賠償請求權之行使

1. 國家賠償之當事人

(1) 損害賠償請求權人

損害賠償請求權人，原則上為被害人，即權利或利益直接受到損害之人。但被害人死亡者，為被害人支出殯葬費之人以及被害人對之負有法定扶養義務之人，即扶養權利人，亦有損害賠償請求權（參照民法第 192 條）。此外，被害人之父母、子女及配偶，依民法第 194 條之規定，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額³⁶。

(2) 賠償義務機關

依國賠法之規定，受害人得向國家請求賠償，但國家機關林立，究竟應向何機關求償？就此，國賠法第 9 條定有明文，應視其係因何種事由受害，而定其賠償義務機關。茲分述如下：

a. 因公權力行使所致損害之賠償義務機關

人民如因公務員執行職務，行使公權力而受損害時，則受害人應以該公務

³³ 李惠宗，同註 5，頁 165。

³⁴ 孫可亦，同註 15，頁 15-16。

³⁵ 廖義男，同註 4，頁 81。

³⁶ 同前註，頁 83。

員所屬機關為賠償義務機關，請求損害賠償。所謂「公務員所屬機關」，係指將行使公權力之職務，託付該公務員執行之機關而言。一般情形，即是該公務員之任用機關，亦即其任職及支領俸給或薪資之機關³⁷

b. 因公有公共設施瑕疵所致損害之賠償義務機關

倘若設置機關與管理機關為不同機關時，如公共設施之欠缺，一方面可認為是設置不當，另一方面可認為是管理有瑕疵時，例如台北市政府自來水事業處，在公共道路埋設水管後，仍留有多處坑洞未設柵欄等警示標誌，而工務局養護工程處亦未迅即將該路面坑洞填平，致使人民夜行跌落坑洞而受傷，此時自來水事業處與工務局養護工程處兩者，應認為均係賠償義務機關，受害人得對其中之一或兩者，同時或先後，請求全部或一部之損害賠償。又設置機關與管理機關不屬於同一機關時，如受害人對於公共設施之欠缺，究竟係由於設置或管理有瑕疵所致而無法決定者，依國賠法第 9 條第 4 項，得請求其上級機關加以確定。其上級機關自被請求之日逾二十日仍不為確定時，得逕以該上級機關為賠償義務機關³⁸。

c. 賠償義務機關經裁撤或改組後之賠償義務機關

如果上述二項之賠償義務機關雖可確定，但因該機關在人民聲請賠償前已被裁撤、合併或改組而不存在時，受害人依國賠法第 9 條第 3 項之規定，得以承受其業務之機關為賠償義務機關。例如，台北市政府如將某局（處）裁撤，卻無任何其他單位承受其業務時，受害人即可向其上級機關—台北市政府求償³⁹。

d. 賠償義務機關不明或有爭議時之賠償義務機關

如果不能依前述三項來確定賠償義務機關，或者在各機關間有爭議時，依國賠法第 9 條第 4 項之規定，受害人得請求其上級機關加以確定。例如，如果對於某條道路應以高雄市政府或高雄縣政府為賠償義務機關時，則應請求兩者之上級機關—行政院，確定何者為賠償義務機關⁴⁰。

2. 國家賠償之請求程序

(1) 協議先行原則

國賠法第 10 條規定：「依本法請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之。賠償義務機關對於前項請求，應即與請求權人協議。協議成立時，

³⁷ 同前註，頁 83。

³⁸ 同前註，頁 87。

³⁹ 劉俊良，同註 3，頁 25。

⁴⁰ 同前註，頁 26。

應作成協議書，該項協議書得為執行名義。」依此規定，被害人或請求權人即須先進行協議程序，不得逕行提起訴訟；其目的在於簡化賠償程序及疏減訟源。且為使請求之關係臻於明確，並規定請求應以書面為之⁴¹。請求書應載明之各款事項，可參照國賠法施行細則第 17 條。

同一賠償事件，數機關均應負損害賠償責任時，如請求權人僅對賠償義務機關中之一機關請求者，由於協議之結果會影響各賠償義務機關之責任範圍，故被請求之賠償義務機關，應以書面通知未被請求之賠償義務機關參加協議。未被請求之賠償義務機關未參加協議者，被請求之賠償義務機關，亦應將協議結果通知該等機關⁴²。

（2）提起民事訴訟

國賠法第 11 條前段規定：「賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾三十日不開始協議，或自開始協議之日起逾六十日協議不成立時，請求權人得提起損害賠償之訴。」又同法第 12 條規定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」依此規定，當有第 11 條前段規定之三種情形之一時，即可向普通法院提起國家賠償之訴。

3. 國家賠償之方法與範圍

（1）國家賠償之方法

國賠法第 7 條第 1 項：「國家負損害賠償責任者，應以金錢為之。但以回復原狀為適當者，得依請求，回復損害發生前原狀。」依此規定，國家賠償之方法，係以金錢賠償為原則，而以回復原狀為例外。此與民法第 213 條、第 215 條規定之損害賠償之方法，係以回復原狀為原則，而以金錢賠償為例外，正屬相反。之所以有此規定，旨在取其便捷易行⁴³。

（2）國家賠償之範圍

所謂損害，包括財產上與非財產上之損害。財產上之損害，則包括使現存財產減少之積極損害，以及妨害現存財產增加之消極損害。換言之，民法第 216 條第 1 項所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而致減少，屬於積極損害。而所謂所受利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極損害⁴⁴。

⁴¹ 廖義男，同註 4，頁 89。

⁴² 同前註，頁 89-90。

⁴³ 同前註，頁 107。

⁴⁴ 同前註，頁 110。

但非財產上之損害，以法律有特別規定者為限，例如民法第 18、19、194、195 條等，始得請求損害賠償或慰撫金。如因身體或健康受損害者，依民法第 193 條之規定，被害人尙得請求因此喪失或減少勞動能力、或增加生活需要之損害賠償⁴⁵。

此外，計算損害賠償之範圍，亦須考慮「過失相抵」與「損益相抵」⁴⁶，換言之，過失相抵係指關於損害之發生或擴大，被害人之過失亦是造成損害或擴大損害之原因時，法院得減輕或免除賠償金額（民法第 217 條）；至於損益相抵則係指基於同一原因事實受有損害並受有利益，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益（民法第 216 條之 1）。

（3）國家賠償之時效

國賠法為使賠償義務早日確定，以免舉證困難，採短期之消滅時效。此之消滅時效之起算點，為「知有損害事實及國家賠償責任之原因事實」時起算。此種知悉，不必知悉至何一機關為賠償義務機關，只要知有損害事實及原因事實即可起算⁴⁷。

（4）假處分

依國賠法第 11 條第 2 項及其施行細則第 35 條規定，被害人以書面向賠償義務機關請求賠償時，即可同時向管轄法院聲請假處分，命賠償義務機關暫先支付醫療費或喪葬費，而賠償義務機關於收受假處分裁定時，應立即墊付，以保障人民之權利。

二、問題意識

（一）我國國家賠償的要件為何？可以分為：

1. 公務員作為或不作為之國家賠償
2. 公共設施瑕疵之國家賠償

（二）如何行使國家賠償請求權？

1. 如何判斷誰是賠償義務機關？
2. 損害賠償請求權人是否有先進行協議程序？
3. 如何計算損害賠償之範圍？損害賠償之金額是否太高或不足？
4. 計算損害賠償之範圍，是否有「過失相抵（賠償責任相抵）」與「損

⁴⁵ 同前註，頁 109。

⁴⁶ 李惠宗，同註 5，頁 167。

⁴⁷ 同前註，頁 168。

益相抵」之情事？

5. 請求國家賠償之時效是否消滅？

參、案例分析

一、案例簡介

原告丙○○於 94 年 1 月 12 日上午 8 時 26 分左右，騎乘機車，沿基隆市○○路由市區往七堵方向行駛，因麥金路正進行截彎取直改善工程，行經麥金路 164 號前，正巧路面有一坑洞（長 1.1 公尺、寬 0.4 公尺、深 0.15 公尺），且週圍未設任何警示標誌，致使原告車翻人倒，造成頭部外傷以及左眼第三條腦神經麻痺等傷害，因而向基隆市政府提出國家賠償。

二、一審內文簡介

臺灣基隆地方法院 94 年度國字第 3 號民事判決

原 告 丙○○

訴訟代理人 乙○○

被 告 基隆市政府

法定代理人 甲○○

訴訟代理人 林世炎

郭東陽

上列當事人間請求國家賠償事件，本院於民國 94 年 11 月 30 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

- 被告應給付原告新台幣肆拾伍萬伍仟參佰捌拾壹元，及自民國 94 年 8 月 9 日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。
- 原告其餘之訴駁回。
- 訴訟費用由被告負擔五分之一，餘由原告負擔。

事實及理由

一、程序部分

原告提起本件訴訟前，已依規定以書面向被告請求國家賠償，惟為被告所拒，有原告提出之函件證明（即拒絕賠償理由書），並為被告所不爭執，則原告提起本件訴訟，於法並無不合，合先敘明。

二、實體部分：

（一）原告之主張：

1. 被告應賠償原告新臺幣 2,111,736 元，及自起訴狀繕本送達翌日至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。
2. 訴訟費用由被告負擔。

3.原告陳述之理由簡述如下：騎乘機車上班，因道路進行改善工程，正巧路面有一坑洞，且週圍未設警示標誌，致原告車翻人倒而造成傷害，且雖經治療仍呈意識混亂狀態，需專人 24 小時照顧。原告因受傷送醫而支出醫療費用 18,986 元、中藥調養費 25 萬元、喪失勞動能力損失 126 萬元、妻子辭職看護原告之親人看護費 27 萬 6 千元、機車修復費 6,750 元及精神慰撫金 30 萬元，合計 2,111,736 元，訴請判令如聲明所示。

(二) 被告（基隆市政府）之主張：

1. 請求駁回原告之訴。
2. 訴訟費用由原告負擔。
3. 被告答辯之理由簡述如下：

(1) 該道路改善工程係由大茂營造公司承包，事故發生時，尚在施工，並未完工驗收，以供公務或公眾使用，自無適用國賠法之餘地。

(2) 路面坑洞係因連續九天下豪大雨，且不堪頻繁車輛輾壓所致，純屬突發狀況，非關人為疏失，屬監造單位之被告已克盡監督之責，並無疏失。

(3) 本案發生當日，該路段仍設置三個反光警告標誌，直至改善工程全部完成驗收方始拆除。原告上下班必經該道路，應知設有施工警示標誌之地區，應減速慢行。事故發生當日雖然下雨，但日間自然光線及視距良好，原告碰觸坑洞後，人車倒地滑行 25.5 公尺之遠，其車速之快不難想像，顯有過失。

(三) 兩造不爭執之事實：

1. 麥金路進行改善工程，路面有一坑洞致使原告車翻人倒而受傷。
2. 事故發生地點由被告發包予大茂公司施作，於 93 年 2 月 2 日開工，94 年 5 月 5 日驗收完工。
3. 事故發生時，雖尚未完工，該路段仍供民眾通行使用，並未封閉不准通行。

(五) 法院之主張（得心證之理由）：

1. 事故發生時，改善工程雖未完工驗收，但基礎工程已完工，並開放供公眾通行使用，自屬國賠法所指之「公有公共設施」。

2. 依該坑洞之面積、深度判斷，顯非短期造成，被告未儘速通報或監督廠商修補，且未在坑洞四周設置適當警示標誌，足認被告對該路段之管理顯有欠缺。原告騎乘機車乃因該坑洞而陷落後彈起，致車翻人倒而受傷，故原告傷害之結果與被告管理之欠缺間，有相當因果關係。

3. 原告人車滑行 25.5 公尺，足證原告並未減速慢行，以致未能及時發現並閃避該坑洞因而肇事，其就本件事故之發生亦有過失，原告應負 20% 之過失責任。

4. 被告應負賠償責任；原告得請求賠償之金額如下：

(1) 醫療費用部分：原告主張支出醫療費用 18,986 元，有醫療費用明細收據為佐證，應予准許。

(2) 喪失勞動能力損害部分：根據醫院回函，認原告喪失勞動能力之期間應自 94 年 1 月 12 日起至 94 年 8 月 12 日止；又依財稅資料，原告全年薪資所得為 377,221 元，換算平均一個月薪資約為 31,345 元，則原告請求 7 個月零 1 天之工作損失 220,460 元，自屬可取，逾此部分之請求為無理由，應予駁回。

(3) 看護費用：據醫院之診斷證明書及回函，原告得請求家屬看護費用。依原告妻子之財稅資料，平均一個月薪資為 24,606 元，原告請求五個月之看護費 123,030 元，自屬可取，逾此部分之請求為無理由，應予駁回。

(4) 增加生活負擔部分：原告對其已使用中藥費一萬元調養身體，並未提出任何單據為證，亦未對其何以需中西醫並治之必要予以說明，更未對其需長達二年服用中藥配養之必要性予以證明，是原告此部分費用之請求為無理由，應予駁回。

(5) 機車修復費用：原告主張機車修復計花費 67,500 元，有收據影本為證，應予准許。

(6) 精神慰撫金部分：本院審酌原告因本件事故致受傷害，在治療、復健期間，其肉體、精神確受極大痛苦，不可言喻，及兩造之身分、地位、經濟狀況、職業、教育程度、本件傷害事件發生始末等一切情狀，認原告請求被告賠償非財產上之損害 30 萬元，尚屬過高，應予核減為 20 萬元為適當。

(7) 合計上開所述各項，原告所受之損害額為 569,226 元。

5. 被告為麥金路因管理欠缺所致損害之國家賠償義務機關，原告所受之損害額為 569,226 元，及原告亦應負 20% 之過失責任，則經過失相抵後，原告得請求賠償之金額為 455,381 元。從而原告請求被告賠償原告 455,381 元及遲延利息，為有理由，應予准許，逾上開金額之請求部分，即屬無據，不應准許。

判 決

據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第 79 條，判決如主文。

三、二審內文簡介

臺灣高等法院 95 年度上國字第 6 號民事判決

上 訴 人 丙○○

訴訟代理人 乙○○

上 訴 人 基隆市政府

法定代理人 甲○○

訴訟代理人 游蕙菁律師

上列當事人間國家賠償事件，上訴人對於中華民國 94 年 12 月 20 日臺灣基隆地方法院 94 年度國字第 3 號第一審判決各自提起上訴，上訴人丙○○並為訴之追加，經本院於 96 年 4 月 4 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

- 原判決關於命基隆市政府給付超過新臺幣參拾伍萬參仟陸佰伍拾捌元本息，及該訴訟費用部分均廢棄。
- 上開廢棄部分，丙○○在第一審之訴駁回。
- 基隆市政府其餘上訴駁回。
- 丙○○之上訴駁回。
- 基隆市政府應另給付丙○○新臺幣陸拾壹萬玖仟捌佰捌拾陸元。
- 丙○○其餘追加之訴駁回。
- 廢棄改判部分之第一、二審訴訟費用，由丙○○負擔；駁回部分之第二審訴訟費用，由丙○○、基隆市政府各自負擔。追加之訴訴訟費用，由基隆市政府負擔百分之三十五，餘由丙○○負擔。

事實及理由

一、查丙○○提起本件訴訟前，已以書面向基隆市政府請求國家賠償，惟為基隆市政府所拒，是丙○○提起本件訴訟前，已踐行國賠法規定之書面先行協議程序，合先敘明。

二、丙○○起訴主張：伊因本件車禍受有下列損害：(一)受傷送醫而支出醫療費用 18,986 元；(二)中藥調養費 25 萬元；(三)喪失勞動能力損失 126 萬元；(四)看護費 27 萬 6,000 元；(五)機車修復費 6,750 元；(六)精神慰撫金 30 萬元等項，總計 2,111,736 元。爰依國賠法規定，請求判令：(一)基隆市政府應給付丙○○2,111,736 元及遲延利息。原審判決：基隆市政府應給付丙○○455,381 元，及自 94 年 8 月 9 日起算之法定利息；丙○○其餘之訴駁回。

三、丙○○就原審判決不利部分提起一部上訴，基隆市政府就原審判決不利部分提起全部上訴。

丙○○於第二審聲明：(一)上訴部分：原判決關於駁回丙○○之訴部分廢棄。上開廢棄部分，基隆市政府應再給付 327,922 元及法定利息。(二)追加部分：基隆市政府應另給付丙○○1,674,540 元。(三)答辯部分：上訴駁回。

基隆市政府則主張：(一)改善工程由大茂公司承包，事故發生時，該工程僅在施工建造中，尙未完成以供公務或公眾使用，不成為「設施」，自無適用國賠法第 3 條第 1 項之餘地。(二)路面之坑洞係因連續 9 天下豪大雨，不堪頻繁車輛輾壓所致，純屬突發狀況，非關人為疏失，基隆市政府並無管理欠缺之疏失。(三)事故發生當日，該路段設置三個反光警告標誌，丙○○上下班必經該道路，應知設有施工警示標誌之施工地區，應減速慢行。事故發生當日雖下雨，但日間自然光線及視距良好，丙○○碰觸坑洞後，人車倒地滑行 25.5 公尺之遠，可見其車速之快，應負擔 80%之過失責任。(四)丙○○勞動能力之減少部分：依醫

院之復函並未載明丙○○入院及出院之狀況，亦未載明左眼腦神經麻痺對生活及勞動能力有何影響，則原判決遽認第一上訴人喪失勞動能力之期間止於 94 年 8 月 12 日，即嫌速斷。(五)看護費部分：丙○○並未提出具體看護之事證及支付看護費之證明，難認其確有受到支出看護費之損害。且丙之妻子是否確有留職停薪，及其對丙○○予以照料或看護，係履行其道德上之義務，則依民法第 180 條規定，不得請求返還。(六)原判決核認之慰撫金 20 萬元，亦嫌過高等語抗辯。爰聲明：(一)上訴部分：原判決不利於基隆市政府部份廢棄。上開廢棄部份，丙○○於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。(二)答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

四、兩造不爭執之事實：

(一)丙○○騎乘機車，因道路進行改善工程，適路面有一坑洞，且週圍未設任何警示標誌，致車翻人倒而受傷。

(二)事故發生地點，由基隆市政府發包予大茂公司施作。事故發生時，工程雖尚未全部完工，惟該路段仍供一般民眾通行使用，並未封閉不准通行。

五、本件重要爭點在於：

(一)改建中、未封閉仍供人車通行之道路，是否屬國賠法第 3 條第 1 項所指之「公有公共設施」？

(二)事故發生地點之管理機關對該改善工程之設置或管理有無欠缺？丙○○在該路段發生車禍受傷與該管理欠缺之間有無因果關係？

(三)丙○○得請求賠償之各項金額為多少？

(四)丙○○就損害之發生是否與有過失？與有過失之比例為多少？

六、法院之主張：

(一) 改建中、未封閉仍供人車通行之道路，是否屬國賠法第 3 條第 1 項所指之「公有公共設施」？

事故發生時，改善工程雖未完工驗收，但基礎工程已完工，並開放供公眾通行使用，自屬國賠法所指之「公有公共設施」。基隆市政府所謂該路段於事故發生時非屬公有公共設施之辯解，自無可採。

(二)事故發生地點之管理機關對該改善工程之設置或管理有無欠缺？丙○○在該路段發生車禍受傷與該管理欠缺之間有無因果關係？

1. 主管機關對該路段負有管理、維護之責，縱使發包委由大茂公司施作，性質上僅係行政機關內部行政事項之委託，尚無從解免為法定主管機關之管理責任。本工程完工前，既仍開放供公眾通行使用，除應於施工處所及附近明顯處標示施工之標誌，提醒來往人車注意外，並應督促發包單位及施工廠商填平其餘尚供通行路面之坑洞，使其具備通常供通行之功能及安全。

2. 查在坑洞四周並未豎立任何警告標誌，基隆市政府雖辯稱：該坑洞係事故發生前 9 天連續下豪大雨，不堪車輛輾壓所致。惟衡諸該坑洞之長度已達 1.1 公尺、深 0.15 公尺，顯非瞬間或短暫時間可就，而係已經相當時日之侵蝕所累積而形成。又經函詢中央氣象局據覆：該局曾針對該地區發布大雨特報，並無連續 9 天豪大雨之情形。又證人雖到庭證述：至 94 年 1 月 11 日下班前巡視時仍未發現有任何坑洞，惟該二位證人因本件事故發生而分別可能須負民事及行政責任，自無期待渠等承認疏失之可能，證人地位已有偏頗不客觀之虞；又系爭道路尚非大茂公司施工之範圍，渠等證述巡視未施工之路段，顯違常理，且渠等巡視並無任何記錄，更無留存任何現場照片，是該二位證人證述內容均無足作有利於基隆市政府之認定。本件所在地區固有 4 天大雨，惟坑洞已長達 1.1 公尺，衡情顯非 1 天所能造成，如基隆市政府負責系爭工程之監工人員每天確實巡視包括施作及未施作路段之所有工地區域者，不可能不會發現如此巨大之坑洞。

3. 本件事故發生時，路面有極大坑洞，衡諸通常客觀情形，往來之車輛、行人極易陷落坑洞而失衡，肇致傷亡。衡量該坑洞之面積、深度，基隆市政府應有可發現該坑洞存在之時間，但竟未能及時發現及修補該坑洞，任令該坑洞繼續存在，基隆市○○路之管理顯有欠缺。本件事故經送請鑑定委員會鑑定及覆議，亦均認定：肇事地施工單位因路面坑洞未及時補修或豎立警告標示，影響行車安全，為肇事次因。是基隆市政府縱於其他路段設置標誌，亦不足提醒來往人、車注意系爭坑洞之存在，則基隆市政府抗辯：其已盡管理責任，實無足採。

4. 依上所陳，基隆市政府之管理有欠缺，而丙○○騎乘機車，因該路面有一坑洞陷落後彈起，人車因而倒地滑行，致丙○○受傷，堪認：丙○○之受傷與該道路管理之欠缺二者間，有相當因果關係。

(三)丙○○得請求賠償之各項金額為多少？

基隆市政府就丙○○之傷害，應負賠償責任；丙○○得依國賠法規定請求損害賠償。茲就丙○○請求之各項損害予以審酌如下：

1. 醫療費用部分：

丙○○主張因本件事故受傷住院，支出醫療費用 18,986 元，核此部分醫療費用之支出係醫療上所必需，則丙○○請求給付醫療費用，實屬正當。

2. 喪失勞動能力之損害部分：

丙○○主張因受傷而致喪失勞動能力 3 年，共計為 126 萬元；上訴至第二審，僅主張伊至 95 年 1 月止確定無法恢復工作能力；為基隆市政府所執詞否認。

綜合參酌醫院之診斷證明書及各函覆意見，堪認：丙○○自事故發生至本件訴訟事實審言詞辯論終結前（1 年又 6 天），雙眼固視困難，總智商僅 50，可在他人監督下勉強獨立生活，因認完全無法恢復其原來之勞動能力甚明。又醫院之函覆已明白指出：丙○○之第 3 條腦神經之傷勢，對視力而言恢復差不多，惟該神經受傷重要在於影響其認知功能，則基隆市政府仍指摘：丙○○之生活及勞動能力，於門診追蹤時已恢復差不多，顯無可採。又查丙○○之每月平均薪資為 31,345 元，據以計算其因本件事故致喪失勞動能力 1 年又 6 天之損害為 382,409

元【 $(31,345 \times 12) + (31,345 \times 6/30) = 382,409$ 】，丙○○逾上開範圍之請求，不應准許。

3. 看護費用部分：

丙○○主張因車禍無法自理生活，須人看護照顧，妻子乙○○乃留職停薪在家 24 小時全心照顧，一年無法工作，請求賠償 276,000 元。此為基隆市政府所否認，並辯稱：丙○○並未提出看護之事證及支付看護費之證明，且丙之妻子是否確有留職停薪，及其對丙○○予以照料或看護，係履行其道德上之義務，不得請求返還。

綜合參酌醫院之診斷證明書及各函覆意見，堪認：丙○○發生本件事故，送往醫院急診治療，出院後再歷經兩次住院，迨至 95 年 1 月間總智商為 50，在他人監督下始可勉強獨立生活，則此 1 年內丙○○均需要他人看護照顧。

而丙之妻子服務於聯華公司，確自 94 年 1 月間起請假；無法請假時，即留職停薪。

參酌丙○○提出之「長庚醫院照顧服務員之酬勞及工作說明」，可知：醫院看護工全日看護報酬為 2,100 元，即每月需 63,000 元。而丙○○主張：依妻子乙○○平均每月薪資 24,606 元據以計算看護費，顯然低於醫院一般看護工之費用水準，自應可採。是丙○○自發生本件事故 1 年時間，均需妻子在旁照顧看護，據以計算其得請求之看護費為 295,272 元（ $24,606 \times 12 = 295,272$ ）。丙○○僅訴請給付 276,000 元，自屬有據，應予准許。

4. 機車修理費部分：

丙○○主張其機車因本件事故而毀損，共計支出 67,500 修理，為基隆市政府所不爭執，則其訴請給付此部分修理費用，應予准許。

5. 精神慰撫金部分：

丙○○因本件事故受傷，目前領有中度痴症之身心障礙手冊，堪認其因本件事故身心受有相當痛苦，則其依民法規定，請求給付精神慰撫金，實屬有據。又查丙○○發生本件事故時為 40 餘歲之人士，原本在電信公司擔任技術人員，車禍發生迄今並未工作，其於車禍發生前之 92、93 年薪資所得依序為 479,130 元、425,221 元，另有多筆不動產財產總額為 2,109,907 元，尚有妻、子女 3 人共計 4 人待扶養。

本院審酌：丙○○之上開社會地位、資力及所受傷害不輕，現為中度智障，迄今仍接受復健等一切因素，因認原審核定之精神慰撫金 20 萬元，應甚妥適。

6. 丙○○追加請求減少勞動能力之損害部分：

丙○○主張伊目前之智能狀況，僅係一般國小中高年級之程度，且視力障礙嚴重，之前之工作又需要以眼力分辨，故伊將來不一定會恢復至原有之勞動能力，而有減少勞動能力之情形；伊目前為 51 歲，至退休之 60 歲，尚有 9 年，則以原審認定伊之薪資 31,345 元，依行政院公布之最低薪資 15,840 元計算，可知伊每月減少薪資之損失為 15,505 元，據以計算伊於 9 年內減少勞動能力之損失為 1,674,540 元等情，此為基隆政府所否認。

綜合參酌醫院之函覆意見，足堪認定：丙○○自 95 年 1 月 18 日起確有減少勞動能力，無法恢復至其原有之勞動能力，惟醫院就其勞動能力減少之比例無法告知。

雖丙○○減少之勞動能力比例，因醫院並未回覆而無足確定，惟其主張：預計自己將來會恢復至一般人之勞動能力即一般勞工每月薪資 15,840 元之水準等語，本院斟酌：丙○○現為輕度至中度智能障礙之程度，如經復健及職業訓練而能恢復至一般人之勞動能力水準，實已不易，則以其於事故發生前之每月薪資 31,345 元，與一般人之每月薪資 15,840 元予以相較，供作認定其減少勞動能力之比例即每月減少 15,505 元（31,345-15,840=15,505），應為可採。又丙○○自 95 年 1 月 18 日起至本件訴訟事實審言詞辯論終結之 96 年 4 月 4 日止（1 年 2 月又 18 天），其減少勞動能力之損失均已發生，應予全額計算為 226,373 元【 $(15,505 \times 14) + (15,505 \times 18 / 30) = 217,070 + 9,303 = 226,373$ 】。另自 96 年 4 月 5 日起至丙○○屆滿 60 歲（104 年 8 月 15 日）期間（8 年 4 月），其得請求減少勞動能力之損失金額，於預先扣除法定利息即按霍夫曼計算方式後為 1,323,341 元【 $(15,505 \times 12 \times 6.874342) + [15,505 \times 12 \times (7.000000 - 0.874342) \times 4 / 12] = 1,279,040 + 44,301 = 1,323,341$ 元】。總計丙○○就 95 年 1 月 18 日至屆滿 60 歲之 104 年 8 月 15 日止得請求之減少勞動能力損失為 1,549,714 元（226,373+1,323,341= 1,549,714）；其逾上開金額之請求，則屬無據。

（四）丙○○就損害之發生是否與有過失部分：

觀察道路交通事故現場圖及依證人（警員）之證述，可知：丙○○騎乘機車陷落坑洞後滑倒，並無煞車痕；而當時正在下雨，該路段又係彎道，丙○○並未減速慢行，致未能及時發現並閃避該坑洞，違反道路交通安全規則之規定甚明，就本件事故之發生亦與有過失。且經送請鑑定委員會鑑定，結論均係：丙○○駕駛重機車行經施工路段，未減速慢行且未注意車前狀況，致行經路面坑洞後滑倒，為肇事主因。

本院斟酌：丙○○於雨天及彎道騎乘機車，竟未減速慢行，致無從發現系爭坑洞之存在，為本件事故發生之主因；另系爭坑洞之面積，基隆市政府未及時發現及修補，未在坑洞四周豎立適當警告標誌或圍欄，為本件事故發生之次因；以及上開因素對於事故發生之影響力，因而認定：丙○○應負之過失程度為 60%，基隆市政府應負之過失程度為 40%。

七、綜上所述，丙○○依國賠法第 3 條第 1 項規定，於原法院訴請基隆市政府給付予 353,658 元及法定利息，為有理由，應予准許；丙○○逾上開範圍之請求，為無理由，應予駁回，其假執行之聲請亦失依附，應併予駁回。原審逾上開准許之範圍為基隆市政府敗訴之判決，尚有未洽，基隆市政府提起上訴，指摘原判決不當，為有理由，爰予廢棄改判如主文第二項所示。另就上開准許範圍內，為基隆市政府應如數給付之判決，並無不合，基隆市政府仍執詞上訴，為無理由，應

予駁回。至於丙○○就原審判決駁回部分，仍執陳詞提起上訴，為無理由，仍應予以駁回。又丙○○於第二審所為追加部分，請求基隆市政府給付於 619,886 元範圍內，為有理由，應予准許；逾上開範圍之請求，則屬無據，不應准許。

判 決

據上論結：本件丙○○之上訴為無理由，追加之訴為一部有理由，一部無理由；基隆市政府之上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第 449 條第 1 項、第 450 條、第 78 條、第 79 條，判決如主文。

伍、結論

經由學理分析、案例分析及法院判決之探討，可以得到下列結論：

一、國家賠償法之頒布，確立國家賠償責任，落實憲法對人民自由權利的保障。

二、從案例分析及法院判決，可以發現道路國賠案占總國賠案件數的大宗，顯示中央及地方政府對公有公共設施之設置或管理尚待加強，值得各級政府加以重視與警惕。

附錄

一審

【裁判字號】 94,國,3

【裁判日期】 941220

【裁判案由】 國家賠償

【裁判全文】

臺灣基隆地方法院民事判決

94 年度國字第 3 號

原 告 丙○○

訴訟代理人 乙○○

被 告 基隆市政府

法定代理人 甲○○

訴訟代理人 林世炎

郭東陽

上當事人間請求國家賠償事件，本院於民國 94 年 11 月 30 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告應給付原告新台幣肆拾伍萬伍仟參佰捌拾壹元，及自民國九十四年八月九日起至清償日止，按

週年利率百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔五分之一，餘由原告負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

按依國家賠償法請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之；賠償義務機關拒絕賠償，請求權人得提起損害賠償之訴，國家賠償法第十條第一項、第十一條第一項前段分別定有明文。經查，原告提起本件訴訟前，已依前開規定以書面向被告請求國家賠償，惟為被告所拒，有原告提出之基隆市政府九十四年六月七日基府行法壹字第0000000000號函（即拒絕賠償理由書），並為被告所不爭執，則原告提起本件訴訟，於法並無不合，合先敘明。

貳、實體部分：

一、原告起訴求為判決：（一）被告應賠償原告新臺幣（下同）二百一十一萬一千七百三十六元，及自起訴狀繕本送達翌日即九十四年八月九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。（二）訴訟費用由被告負擔。其陳述略以：原告丙○○於民國九十四年一月十二日上午八時二十六分許，騎乘車號B N Y - 二五一號機車，沿基隆市○○路由市區往七堵方向行駛，因麥金路正進行截彎取直改善工程，行經麥金路一六四號前，適路面有一坑洞（長一·一公尺、寬0·四公尺、深0·一五公尺），且週圍未設任何警示標誌，致原告車翻人倒，受有頭部外傷合併蜘蛛網膜下出血併左眼第三對腦神經麻痺等傷害，且雖經治療仍呈意識混亂狀態，需專人二十四小時照顧，原告因受傷送醫而支出醫療費用一萬八千九百八十六元、中藥調養費二十五萬元、喪失勞動能力損失一百二十六萬元、原告之妻職去聯華食品股份有限公司專職看護原告之親人看護費二十七萬六千元，機車修復費六千七百五十元及精神慰撫金三十萬元，合計二百一十一萬一千七百三十六元，為此本於國家賠償法第三條第一項之規定訴請判令如聲明所示。

二、被告聲明：（一）請求駁回原告之訴。（二）訴訟費用由原告負擔。其答辯理由略以：

（一）被告就基隆市○○路道路截彎取直改善工程係依法定程序由大茂營造事業有限公司承包，並於九十三年二月二日報備開工，本件交通事故發生地點即在基隆市○○路道路截彎取直改善工程工區範圍內，然事故發生時，該改善工程尚在第三期施工，並未完工驗收，屬於承攬廠商應負責維修保養期間，而國家賠償法第三條第一項所稱之「公有公共設施」，係指已設置完成，且必須已經建造完成，驗收合格並開始使用者，始足當之，其僅在施工建造中，尚未完成以供公務或公眾使用者，既不成其為「設施」，自無適用國家賠償法第三條第一項之餘地。

（二）本件交通事故之坑洞係因本件交通事故發生前連續九天下豪大雨，且不堪頻繁車輛輾壓所致，純屬突發狀況，非關人為疏失，屬監造單位之被告已克盡監督之責，並無疏失。

（三）本案交通事故發生當日，該路段仍設置三個反光警告標誌，直至本件改善工程於九十四年五月五日全部完成驗收方始拆除，原告任職七堵泰信公司，基隆市○○路係其上下班必經道路，應知該路段為設有施工警示標誌之施工地區，應減速慢行，作隨時停車及避煞之準備，本件交通事故發生當日雖然下雨，但日間自然光線及視距良好，原告碰觸

坑洞後，人 車倒地滑行二五·五公尺之遠，其車速之快不難想像，顯有過失。

三、兩造不爭執之事實：

- (一)原告於九十四年一月十二日上午八時二十六分許，騎乘車號B N Y — 二五一號機車，沿基隆市○○路由市區往七堵方向行駛，因麥金路正進行截彎取直改善工程，行經麥金路一六四號前，適路面有一坑洞（長一·一公尺、寬0·四公尺、深0·一五公尺），致原告車翻人倒，受有頭部外傷合併蜘蛛網膜下出血併左眼第三對腦神經麻痺等傷害。
- (二)本件事故發生地點之基隆市○○路，由被告依法定程序發包予大茂營造事業有限公司進行截彎取直改善工程，大茂營造事業有限公司於九十三年二月二日開工，九十四年五月五日驗收完工。
- (三)本件事故發生時，麥金路截彎取直改善工程雖尚未完工，惟麥金路仍供一般民眾通行使用，並未封閉不准通行。

四、兩造爭執之焦點：

- (一)改建中、未封閉仍供人車通行之道路，是否屬國家賠償法第三條第一項所指之「公有公共設施」？
- (二)本件事故發生地點之管理機關即被告就麥金路截彎取直改善工程之設置或管理有無欠缺？
- (三)原告在該路段發生事故致傷與該管理欠缺有無因果關係？
- (四)原告就損害之發生是否與有過失、應否依民法第二百十七條規定減輕或免除被告之賠償金額？
- (五)原告請求賠償之金額是否過高？

五、得心證之理由：

- (一)有關改建中、未封閉仍供人車通行之道路，是否屬國家賠償法第三條第一項所指之「公有公共設施」部分：
 - 1.原告主張改建中、未封閉仍供人車通行之道路，仍屬國家賠償法第三條第一項所指之「公有公共設施」，有國家賠償法之適用。被告以基隆市○○路於本件事故發生時，係在改善工程施工期間，尚不成設施，並無國家賠償法第三條第一項之適用等語，資為抗辯。
 - 2.按公有公共設施之結構基礎如已完工，且已開放供公眾使用，縱尚未正式驗收，仍應認有國家賠償法第三條之適用，方足以保護大眾之利益。本件事故發生時，系爭道路工程固尚未經正式驗收，惟倘已開放供公眾使用通行，仍應認有國家賠償法第三條之適用（最高法院九十一年度台上字第一〇九二號判決意旨參照）。又所謂公有公共設施，係指國家或地方自治團體或其他公法人所有，供公共目的使用之有體物或其他物之設備而言，其關鍵在於是否供公眾使用或公務使用，而處於國家或地方自治團體管理狀態中。經 查，基隆市○○路於本件事故發生時，固由被告發包予大茂營造事業有限公司進行改善工程中，惟於本件事故發生時，麥金路並未封閉，仍供一般民眾通行使用之事實，為兩造所不爭執，且觀諸卷附基隆市警察局於九十四年九月七日以基警交字第 0000000000 號函附之道路交通事故調查報告表（一）（二）、現場圖、現場照片所示，麥金路在事發當時仍有車輛往來通行，無圍欄或禁止通行標誌。按被告所管理之麥金路，乃以供公眾通行使用為目的之道路，且於本件事故發生時，改善工程雖尚未完工驗收，然其基礎工程部分既已完工，並已開放供公眾通行使用，自屬國家賠償法第三條第一項所指之「公有公共設施」

，揆諸上開說明，委無疑義。從而，本件事故如係因麥金路改善工程之設置管理有欠缺所致，自有國家賠償法之適用，亦屬至明。

(二)次應探究者，乃為本件事故發生地點之管理機關即被告就麥金路改善工程之設置或管理有無欠缺、原告在麥金路發生事故致傷與該管理欠缺有無因果關係？

- 1.原告主張麥金路於本件事故發生時，在麥金路一六四號前路面有一坑洞，然主管機關不僅未封閉道路、未設置警告標誌，率爾開放予人車通行，主管機關就麥金路改善工程之設置管理顯然有欠缺等語。
- 2.被告固自認麥金路一六四號前路面有一坑洞，但係因本件事故發生前九天連續下豪大雨所致，純屬突發狀況，非屬人為疏失，大茂營造事業有限公司於麥金路之改善工程進行中並無違反規定或任何過失，被告對於麥金路之設置或管理亦無欠缺，本件事故係因原告超速行駛所致等語。
- 3.經查，本件事故發生時，麥金路一六四號前路面確有一坑洞，坑洞面積分別為長一·一公尺、寬0·四公尺、深0·一五公尺，且在坑洞周遭並未豎立任何警告標誌，此有基隆市警察局於九十四年九月七日以基警交字第 0000000000 號函附之道路交通事故調查報告表（一）（二）、現場圖、現場照片在卷足憑，衡諸該坑洞面積長有一·一公尺、深為0·一五公尺，顯非瞬間或短暫時間可就，而係已經相當時日之侵蝕所累積而形成，足徵被告之監工人員疏於巡視改善工程工地，以致未能及時要求廠商修補所致，被告抗辯麥金路一六四號前路面之坑洞係屬突發狀況而人為疏失云云，尚不足採。
- 4.所謂公共設施管理欠缺，係指公共設施不具備通常應有之狀態、作用或功能，以致欠缺安全性而言。被告為麥金路之主管機關，對麥金路自負有管理維護之責，縱然被告已將麥金路發包委由大茂營造事業有限公司進行改善工程，其性質亦僅係行政機關內部行政事項之委託，要難卸免被告為麥金路法定主管機關之管理責任，是被告於麥金路改善工程完工前，仍開放供公眾通行使用之情形下，除應於施工處所及附近明顯處標示施工之標誌、燈號，以提醒來往人車注意，以便通行人車能清楚辨識施工處所及路面狀況外，並應督促發包單位及施工廠商填平供通行部分路面之坑洞，以維公眾通行之安全，始屬已盡管理之責。然查，本件事故發生時，麥金路一六四號前路面確有一極大的坑洞，依通常客觀情形，往來車輛行人極易陷落坑洞而失衡肇事，尤其是機車、腳踏車等重心較不穩之交通工具，更易因行駛中陷入坑洞而致人車倒地肇致傷亡，是路面存在一極大坑洞之狀態，顯不具備道路通常應有之狀態，且依該坑洞之面積、深度亦非屬短期存在，被告在有相當時間可發現該坑洞之情形下未儘速通報或監督廠商修補該坑洞，而任令該坑洞繼續存在，已足認被告就麥金路之管理顯有欠缺。被告雖又辯稱於麥金路改善工程期間，已在麥金路上設有「施工中請慢行」及「右轉車請務必慢行」之警告標誌，其管理已無欠缺等語，然觀諸現場照片所示，在該坑洞四周並無豎立任何警告標誌、警示燈或設置圍欄，根本無法引起駕駛人注意該坑洞之存在，尤於雨中行駛時，更難為駕駛人察覺，是上開「施工中請慢行」、「右轉車請務必慢行」標誌之設置，顯尚不足提醒來往人車注意該坑洞之存在，被告顯亦未盡在該坑洞四周設置足夠警示標誌，以維行車安全之管理責任，被告抗辯其

已盡管理之責，委不足採。因之，被告就麥金路之管理有欠缺，而原告騎乘機車行經麥金路一六四號前路面，乃因該路面有一坑洞而陷落後彈起，因而人車倒地滑行，導致原告受有頭部外傷合併蜘蛛網膜下出血等傷害，原告傷害之結果與被告就麥金路管理之欠缺間，有相當因果關係已屬明確。

(三)有關原告就損害之發生是否與有過失部分：

- 1.被告抗辯原告於本件事故發生時超速行駛，以致未能發現該坑洞存在，致陷落該坑洞復彈起，因而人車倒地滑行而受有上述傷害，原告於損害發生顯與有過失等語。
- 2.原告就被告之前開陳述，則以本件事故之發生，純係因被告就麥金路之管理有欠缺所致，原告就本件事故之發生並無過失為辯。
- 3.觀諸道路交通事故現場圖所示，原告陷落坑洞彈起後，人車共滑行二五·五公尺始止，復觀諸道路交通事故調查報告表及現場照片與基隆市警察局九十四年九月二十七日基警交字第 0000000000 號函及函附之道路交通事故初步分析研判表所示，本件事故發生之時正值下雨，路面濕滑，且該路段又係彎道，依道路交通安全規則第九十三條第一項第二款之規定行經彎道、泥濘或積水道路、道路修理地段或因雨霧致視線不清，應減速慢行，作隨時停車之準備，然原告所騎乘之機車陷落坑洞復彈起後之滑行距離竟長達二五·五公尺，足證原告於騎乘機車行經麥金路一六四號前路面時，本應注意行經彎道且路面濕滑應減速慢行，竟疏未注意，並未減速慢行，仍快速通行，以致未能及時發現並閃避該坑洞因而肇事，其就本件事故之發生亦有過失甚明。經本院審酌麥金路一六四號前路面存在之坑洞已有相當時日，被告竟未及時發現並通報廠商修補，復未在坑洞四周豎立適當警告標誌、燈號或圍欄，對縱然於一般慢速行駛之機車騎士，仍具相當大之安全威脅之情狀，本院認原告應負之過失責任較輕，以百分之二十為其應負之過失責任為宜。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

新聞自由及其法院判決書之案例教學

撰稿人：中州技術學院謝侑道副教授

壹、前言

新聞自由是民主自由社會的重要機制，許多民主先進國家都予特別保障，我國是否應在法制上給予媒體特權，一直還存有爭議。本單元舉前交通部長蔡兆陽自訴商業周刊誹謗案為例，乃因本案除發生新聞自由與人民基本權利之衝突外，還因當事人提出釋憲，而有釋字第 509 號解釋的產生。由於該號解釋發揮的正面價值，使我國憲法對人民言論自由或新聞自由之保障樹立了一個新的里程碑。然而 509 號解釋中也顯示，大法官對新聞媒體應否享特權持保留態度，乃爰於大環境條件尚未成熟，這樣的觀點實際上是反映出當前社會大眾對媒體的觀感。因此，媒體要享有更充分的新聞自由，國人守法精神，政府法制規範，尤其媒體自我素質提升都仍有待努力。

貳、案例簡介與問題意識

一、案例簡介

金惟純、黃鴻仁及林瑩秋分別擔任商業周刊發行人、總編輯及文字記者，該周刊於民國八十五年十一月四日至十日之第四六七期刊登由林瑩秋撰寫「信義大樓內大官們的『房』事揭秘」一文，內載「蔡兆陽裝修不當」「根據信義大樓住戶表示，目前住在信義大樓十三樓，新上任的交通部長蔡兆陽，大手筆花了新臺幣二百七十八萬元的公帑，重新裝潢，整修官舍，成為該棟大樓住戶廣為流傳的『頭條新聞』……」。同期商業周刊另有筆名「秦漢硯」撰寫「蔡兆陽搶走王志剛的公關愛將」一文，內載「自稱操守絕對沒有問題的蔡兆陽個性剛烈，雖然任事積極，但在撤換高鐵籌備處長林崇一的事件中，居然可以連發五份新聞稿，羞辱林崇一，氣量狹小，趕盡殺絕，已經讓媒體記者大開眼界。這種直把媒體當『部用工具』的心態，在民主時代號稱第四權的媒體環境來說，實在是不可思議的事，」「平心而論蔡兆陽自己曾經是被鬥下台的人，那種難堪的滋味應該深刻。蔡兆陽『刻薄寡恩』的公眾形象，相當一部分是貼身機要人員好炫耀權力，又喜歡『碎嘴』的結果」等詞。經蔡兆陽以刑法第三百十條第二項加重誹謗罪提起自訴，臺灣台北地方法院以黃鴻仁、林瑩秋共同意圖散布於眾，以文字指摘及傳述足以毀損他人名譽之事，分別判處有期徒刑伍月及肆月；金惟純無罪；「秦漢硯」誹謗案不受理。黃、林兩人不服一審判決，提起上訴，臺灣高等法院以其新聞報導並非善意，不能證明其為真實，且內容足以貶損他人之名譽，判處上訴人黃鴻仁、林瑩秋有罪確定。黃鴻仁、林瑩秋乃向司法院大法官會議提出刑法第三百十條之釋憲聲請。

二、問題意識

- (一)、本案發生哪些基本權利之衝突？
- (二)、關於誹謗罪之認定及其刑罰？
- (三)、商業周刊涉案人士可能有哪些法律責任？
- (四)、我國憲法是否保障新聞自由？新聞媒體可否主張新聞自由以享特權？新聞自由有何限制？

叁、學理分析

一、新聞自由是否為憲法所保障的基本權利

「新聞自由」一詞，在我國憲法中並無明文規定，司法院大法官會議相關解釋也僅有吳庚大法官在司法院釋字第 407 號解釋的協同意見書中提及。^①憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，國內多數學者咸認，新聞自由係藉報紙、雜誌及廣播、電視以印刷或攝影、錄音之方式，將各種不同意見或思想傳達於眾，屬於「出版」的形式之一，故而從我國憲法第十一條規定的意旨可明白推知，新聞自由亦受該條文之保障。^②

有學者認為，憲法第十一條所保障的「表現自由」(或稱為「意見表現自由」；「表意自由」)與「言論自由」是相互通用的名詞，言論自由既然保障使用各種表現形式來表達內心想法，因此各種表現形式的保障都包含在「言論自由」的概念中，因此言論自由就包括屬於表現面向的表現自由——狹義言論自由、講學自由(含學術自由)、著作自由、出版自由(含新聞自由)、秘密通訊自由、集會自由(含遊行自由)、結社自由，與不表現自由，以及屬於接收面向的接收自由(含知的自由)與不接收自由。^③其中新聞自由與廣播電視自由當然有其特殊性，但是兩者皆是一般言論的特別表達形式，也是當代社會中，言論表達與意見溝通的主要方式，因此將其包含在廣義的言論自由之中。觀諸我國司法實務，解釋上亦持相同見解。如釋字第 509 號解釋，雖然事實上涉及新聞報導，但是大法官在解釋文中所討論的是「憲法保障言論自由之旨趣」，將新聞報導視為言論自由的一種「傳播方式」。^④

二、憲法保障新聞自由的目的

^①林孟皇，新聞自由與媒體特權(上)——以新聞記者的刑事訴訟上特權為中心，《台灣本土法學雜誌》，第 95 期，2007 年 6 月，頁 23。

^②林子儀，《言論自由與新聞自由》，〔台北：元照，1999 年 9 月初版 1 刷〕，頁 69-70。

^③張嘉尹，國內言論自由的發展，2004 人權與文化公民權研討會論文，2004 年 12 月 5 日，頁 1。

^④張嘉尹，前揭文，頁 1-2。

憲法所以保障新聞自由，緣於民主社會中，新聞媒體得以發揮監督政府的功能，落實民主參與的國民主權理念。因為在現實社會中，一般民眾並無法有效監

督政府，代議民主方式組織的政府，政府的做爲又未必符合民意，加上權力分立制衡機制功能的演變，現行的制衡機制已不足以有效監督政府，爲了確保政府施政能夠依循民意，實有賴一個組織健全、財力雄厚、擁有專業評論家、具有獲取充分資訊能力、並且能將其所獲資訊傳遞給社會大眾的新聞媒體。故保障新聞媒體之獨立性及完整性，以維持新聞自主，俾使其能提供未受政府控制或影響的資訊與意見，以促使大眾對政府及公共事務的關心，並進而引起公共討論，才能有效監督政府，防止政府濫權。^⑤此所以已故美國聯邦最高法院 Potter Stewart 大法官會根據新聞媒體在現代社會扮演的角色，而提出了「第四權理論」(the fourth estate) 的主要緣由。

新聞自由是否受到保障，往往被引爲判斷一國是否開放民主社會之指標。新聞自由爲民主社會之基石，新聞自由與民主政治互成正比，而新聞自由乃現代民主自由社會所不可或缺的必要機制，實無庸置疑。

三、我國現行法制對新聞自由之規範

在我國，新聞自由雖受憲法直接保障，然現行法制並未因新聞自由的功能與價值而賦予新聞媒體及其從業人員特殊的權限。

言論自由(包括新聞自由)與人格權(名譽權)的保障之間一直存在著消長關係，在具體情況下會產生所謂的基本權衝突，我國法律解決彼此衝突的方式有兩種，民法妨害名譽侵權行爲的損害賠償與刑法的誹謗罪。長期以來，最容易觸犯刑法誹謗罪的即是媒體工作者，職是之故，新聞界基於其自身新聞自由的保障，多年來極力要求誹謗罪的除罪化。^⑥

誹謗罪於刑法第三百十條有如下規定：「意圖散布於衆而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，爲誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。對於所誹謗之事，能證明其爲真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」除非其行爲有刑法第三百十一條善意發表言論之免責事由，亦即以善意發表言論，而有下列情形之一者，不罰：

(一)、因自衛、自辯或保護合法之利益者。

^⑤林子儀，前揭書，頁 66-67。

^⑥張嘉尹，前揭文，頁 7。

(二)、公務員因職務而報告者。

(三)、對於可受公評之事，而爲適當之評論者。

(四)、對於中央及地方之會議或法院或公眾集會之記事，而爲適當之載述者。

我國刑事審判實務在審理誹謗罪時，向來先由原告證明「被告有指摘、傳述足以毀損他人名譽之行爲」的事實，以判斷被告的行爲是否具有誹謗罪的構成要件該當性，一旦法院認爲具有構成要件該當性之後，在做是否具有違法性的判斷

時，如果被告主張具有刑法第三百十條第三項的特別阻卻違法事由：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」實務上的做法卻是將舉證責任轉置於被告，亦即被告必須舉證證明其所指摘、傳述之事具有真實性，此舉因為要求被告自己證明清白，有違反刑事訴訟法「被告不自證己罪原則」的嫌疑，而且不利於言論自由的保障。^⑦

究竟刑法第三百十條誹謗罪有無不當侵犯言論自由與新聞自由？最具指標性的實務見解為大法官會議釋字第 509 號解釋。

釋字第 509 號解釋基於憲法第二十三條，認為刑法第三百十條第一項與第二項的規定並不違憲，該號解釋謂：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文規定，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理、及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。以我國現況而言，基於上述各項因素，尚不能認為不實施誹謗除罪化，即屬違憲。」但是大法官卻對該條的第三項作「合憲性解釋」，該號解釋文提及：「至刑法同條第三項前段以對誹謗之事，能證明其為真實者不罰，係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。就此而言，刑法第三百十條第三項與憲法保障言論自由之旨趣並無抵觸。」這段解釋文有兩層涵義，首先，值得注意的是，大法官於該號解釋採納了美國聯邦最高法院在「紐約時報對蘇利文案件」(New York Times v. Sullivan, 365 U.S. 254, 1964)中所樹立的「真實惡意」(actual malice)原則，^⑧來保障言論自由。換言之，刑法上的誹謗罪，其成立與否的舉證責任將由提出告訴的檢察官或者自訴人負擔，而非由行為人自行舉證言論是否為真。其次，原先比較嚴格的要求「能證明其為真實」被緩和為「能證明有相當理由確信其為真實」，所以只要被告可以提出證據，證明他的確有相當理由確信所說事情的真實性，他的行為即不構成誹謗。在此前提下，相當程度可減輕誹謗罪對媒體工作者的威脅，保障新聞媒體的自由報導。

肆、本案判決

一、判決要旨

^⑦張嘉尹，前揭文，頁 7。

^⑧或稱「善意推定原則」，1964 年《紐約時報》訴蘇利文案。最高法院裁定，公職官員不能針對發表與公務行為有關的誹謗性不實言詞要求得到損害賠償，除非他能證明有關言詞出於「真實惡意」。這項規則的適用範圍後來被擴大到所有公眾人物。

本案雖非首宗官員告媒體之誹謗案，然涉及誹謗罪所保障名譽權與新聞自由的衝突，且被告質疑告訴人未尊重新聞自由及法院適用之現行刑法誹謗罪之規定違憲，爰聲請大法官釋憲，使本案受到社會高度關注。

一審訴訟中，被告黃鴻仁、林瑩秋分別辯稱：

(一)、若是以被害人即自訴人蔡兆陽部長為主題，直接對其訪問即可，不必去訪問信義大樓住戶。

(二)、報導之主題係信義大樓而非自訴人，且有向住戶求證，惟因該大樓住戶有卅多戶，縱未盡全數查訪而有疏忽、亦無誹謗之故意，且自訴人是公眾人物，為可受公評者。

一審判決要旨：

甲、有罪部分

(一)、自訴人經由交通部總務司僱工整修其宿舍共花費二十八萬六千九百九十三元，核與證人即交通部總務司長林純政、證人即承作整修宿舍工程之昌富工程有限公司實際負責人張木松證述情節相符，並有該公司出具統一發票、估價單及交通部支出憑證黏存單、零星修繕請修單在卷可稽。至被告林瑩秋所辯只有五日即需截稿無法查訪信義大樓卅多戶住戶云云，因所載既屬虛指，所辯仍無解於其故意誹謗自訴人之事實。

(二)、另自訴人並未連發五份新聞稿羞辱林崇一，被告等對此亦無爭執；再被告黃鴻仁亦未提出任何事證證明自訴人常凸顯其夠力，隨時有辦法讓不友善之記者調整路線，及自訴人刻薄寡恩之事實，而證人即自訴人之機要秘書黃定環亦到庭結證，事實上並無此事屬實。系爭兩篇報導，被告等非僅未經查證，亦未為平衡報導，竟為足以毀損自訴人名譽之撰刊，具見被告等犯罪事證明確，所辯顯係飾卸之詞，不足採信，其犯行洵堪認定。

乙、無罪部分

被告金惟純係商業周刊發行人，於刊登前並未見過該兩篇文章，自訴人僅以被告係商業周刊發行人而認其與黃鴻仁、林瑩秋、秦漢硯共同犯刑法上誹謗罪，既經被告堅詞否認有共犯之事實，且林瑩秋亦供述被告負責刊物行銷工作，自訴人亦未舉證證明被告確涉誹謗事實，復查無任何積極證據足以證明被告犯有誹謗罪，既不能證明被告犯罪，自應諭知其無罪之判決。

丙、不受理部分

按提起自訴，應於自訴狀內記載被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住所或居所或其他足資辨別之特徵，刑事訴訟法第三百二十條第二項第一款定有

明文，此乃法定必備之程式。本件自訴，其起訴之程式顯有未備，爰依法不予受理。

二審訴訟中，上訴人與法官對新聞自由的價值及規範均提出較多之闡述。高院雖維持有罪判決，卻以原判決之主文與理由欄所載罪名非相一致，而予撤銷並自為判決。上訴人上訴所提理由有如下六項：

(一)、被告黃鴻仁辯稱：包括審核稿件及各版面之落版作業期間前，其人於大陸北京，有護照上之簽證戳章記載與機票存根影本足憑，林瑩秋、「秦漢硯」之稿件，悉由主筆劉振志代為審核，其於北京經由編輯同事之報告知有上揭報導之主題而決定刊登，然並不知曉該報導之具體文字內容。

(二)、交通部確有以傳真方式函致商業周刊要求更正報導內容，其接獲來函後即於第四六八期以本刊說明之方式，報導交通部來函更正之事實，益見其對自訴人個人並無預設任何立場，而係出於新聞真實報導之義務，實無自訴人所指之誹謗犯行。

(三)、被告林瑩秋辯稱：其係經由立法院公報朱惠良委員質詢內容之消息來源，並向朱委員助理黃義文及信義大樓住戶蕭正倫反覆查詢屬實後，方為本篇報導，非憑空虛捏杜撰。

二審確定終局判決要旨：

(一)、據證人交通部總務司長林純政、昌富工程有限公司實際負責人張木松所證及其所提單據，足證自訴人整修宿舍費用確為二十八萬六千九百九十三元至明，被告林瑩秋所撰前揭文章內載自訴人大手筆花費二百七十八萬公帑整修宿舍乙節，難謂與事實相符。

(二)、立法委員朱惠良於立法院法制委員會質詢內容並未指明斥資二百七十八萬裝潢費之新任首長姓名，被告林瑩秋向黃義文詢問時，黃義文已明指不公布首長姓名，並保護消息來源之態度。且其信義大樓住戶蕭正倫查訪時，亦係其提供質詢內容後，蕭正倫方知有關二百七十八萬金額情事，況蕭正倫告以如有裝潢應係住於對面之自訴人等詞，衡其語氣純出於推猜臆測，難認證人蕭正倫有向其證實裝潢金額及質詢內容所指首長姓名之情事，所辯其係向黃義文、蕭正倫反覆查證屬實，方為報導云云，洵非可採。

(四)、被告黃鴻仁職司商業周刊總編輯，雖其辯稱：上開稿件於其出國期間截稿，悉由劉振志代為審核，其並未實際觀覽文章之內容，然為劉振志所否認，參以其既職司決定登載之責，衡情殊無可能未經閱讀或先行了解文章內容即行決定刊載之理，所辯尚無足取。

(五)、按我國憲法第十一條關於「人民有出版之自由」之規定，學說咸認所謂出版自由亦涵蓋新聞自由於內，而認新聞自由同為憲法所保障之一種基本權利，固屬的論。況且憲法所以保障新聞自由，端在保障新聞媒體之獨立性與完整性，使新聞媒體得於本諸事實披露真相，滿足人民知之欲望與權利，庶免媒體於意見表達前因疑懼其表達遭致處罰而先行「自我事前檢查」，甚或造成所謂「寒蟬效果」。

然憲法所保障之新聞自由並非絕對之自由，亦非漫無限制，是我國刑法為兼顧維護個人隱私權不受不合理之侵害，對於新聞自由亦限制不得逾越一定程度而侵及人民之隱私權，是新聞自由於關涉他人隱私權保護範圍內，應受合理之約束與規範，而其報導內容尤應為「真實之陳述」，如其報導內容非屬「真實之陳述」，而達於以文字誹謗他人名譽之程度，自非不得律以誹謗罪。再報館負責採訪之記者，以及負責審查之編輯，對於他人之投稿或提供之資料，有查明虛實而後登載之義務，如其登載內容僅涉於私德，或足以妨害他人名譽而不能證明其為真實，則無論所登載者為自撰文字或轉載他人投稿，均應負刑事責任。

二、評析

(一)、以刑罰懲處誹謗行為之爭議

以刑罰懲處新聞報導涉有誹謗之行為是否必要？還是以民事賠償為適當？反對採刑事處罰者最主要的理由乃因以刑罰懲處新聞媒體新聞報導之行為，其立法目的縱是為保障私人名譽，然其結果恐將是使之淪為有心政治人物用以箝制新聞言論之工具。民事賠償的關係存在於加害者與受害者之間；刑事處罰的關係則是存在於國家與被告之間。以刑法制裁誹謗言論，難免將限制言論的內容，也就給予政府利用誹謗罪追訴異議者的機會，這正是以刑事制裁言論特有的惡害，極易在認定上入主出奴，成為政府箝制輿論批評的方便之門。⁹然若觀諸各國法例，名譽受損，世界各國多採刑事裁判與民事賠償和平共存之立法體例，只是在實務上，刑事罪責難以成立，偏向成立民事賠償責任。¹⁰

(二)、新聞記者必須證明報導內容為真之爭議

刑事訴訟法第一百六十一條及第三百二十九條明定，證明被告有罪之舉證責任應由擔任控方之檢察官或自訴人負擔，任何刑事被告更應絕無自證自己無罪之義務，此乃刑事案件上「假設被告無罪原則」所當然之理。然則在諸多新聞媒體從業人員因新聞報導而被控誹謗罪案例上，司法實務援引刑法第三百十條第三項之規定，認為新聞記者必須證明所報導之新聞內容「真實」，如無法證明者，該記者即應負誹謗罪刑責，形同課予被告自證無罪之義務，顯有違「無罪推定」、「被告不自證己罪」原則之嫌。

三、衍生問題

(一)、本案被告黃、林兩人經台灣高等法院依刑法第三百十條之規定判處有期徒刑，得易科罰金確定。就訴訟程序觀之，被告是否還有救濟途徑？由於誹謗罪最重本刑並未超過三年，因此不得上訴第三審，既經二審法院判決確定，被告可以主張，該有罪判決構成對其憲法上所保障之新聞自由權的侵害，並據以聲請大法官解釋，但是在程序上質疑有違憲疑義的對象並非該確定終局判決，而是該判決所適用之法律，亦即刑法第三百十條之規定。所以即使因為被告的聲請，大法官對該條文行使違憲審查的結果是「違憲」或是對該條文為「合憲性解釋」，被告

並不因此就獲得平反，而只是取得非常上訴的機會，最後是否會被判無罪，除了受到大法官所作解釋內容的影響外，還是必須回到刑事訴訟程序，由二審法官來作最後的決定。^⑩

(二)、民法第一百九十五條第一項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽

⑨朱敬一、李念祖，《基本人權》，〔台北：時報文化，2003年7月初版1刷〕，頁177。

⑩法治斌、董保城，《憲法新論》，〔台北：元照，2004年10月二版1刷〕，頁221。

⑪張嘉尹，新聞自由的界限，《月旦法學教室》，第17期，2004年3月，頁8。

之適當處分。」故本案自訴人蔡兆陽並得依法提出妨害名譽侵權行為的損害賠償請求。

伍、結論

台灣社會在解嚴之前，媒體確實受到統治階層極大的壓抑，使得新聞自由幾乎不存在於台灣。然而，自從解嚴之後，台灣之新聞自由隨著民主化已經獲得相當程度之保障，新聞自律卻未隨著正面發展，加上商業力量大舉介入傳播事業，使媒體傳播事業的角色受到嚴重污染，媒體品質不但未向上提升反而向下沉淪，這是新聞自由入憲之訴求未能普遍獲得大眾支持之主要原因。^⑫媒體實應提升其專業素質，才能博得社會大眾的信賴，要求新聞自由所得享有之特權也才有其正當性與可行性。

⑫陳耀祥，論新聞自由與隱私權保障之衝突與調和，《現代學術研究》，第14期，2005年12月，頁176。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

隱私權及其法院判決書之案例教學

撰稿人：建國科技大學汪中原副教授

侵犯隱私權之法院判決書案例

建國科大通識教育中心汪中原副教授

壹、前言

隱私權(the right of Privacy)是二十世紀才出現的法律概念，起源於美國。⁴⁸在美國的法律系統中，隱私權被視為是一種「不受干擾的權利」(the right to be let alone)，也是個人控制與自己有關資訊的權利。主要的目的在保護個人的心境、精神與感覺，不受非法侵犯。如今，在國際社會中，隱私權被視為一種人格權並受到法律保護，是現代法律制度的產物。⁴⁹隨著資訊時代的來臨，人們越來越需要在紛亂蕪雜的環境中保留自己內心世界的安寧，隱私權也就逐步成為人們的一種基本需求。今天，隱私權已經成為公民保持人格尊嚴和從事社會活動所不可缺少的條件之一。洩漏並宣揚他人隱私，給他人聲譽造成不良影響的加害人要承擔名譽侵權的法律責任。情節惡劣、後果嚴重的，還有可能構成犯罪而受到刑罰制裁。

貳、案例簡介

戊係出版商「香港壹傳媒出版有限公司」負責人，並擔任該公司所發行「壹週刊」雜誌總編輯。緣壹週刊攝影記者謝鈞陶及該週刊記者2人及司機1人，於民國90年8月4日晚間至翌日清晨，未經甲、乙、丙、丁等人事先同意，即無故接續以照相機拍照及攝影機攝影之方式，竊錄甲、乙、丙、丁與友人在臺北市○○區○○路256號別墅內聚會之非公開活動照片及錄影帶，拍得後攜回壹週刊雜誌社，由戊將上開照片及錄影帶交付並指示壹週刊編輯人員，在壹週刊雜誌第11期封面，以「小S（即丙）阿雅（即甲）乙丁露天搖頭性愛派對」為標題，並在內文第10頁至第17頁以「獨家直擊」之方式刊載該等照片及錄影帶擷取之靜態畫面共33幀，且佐以「8月4日的週末夜晚……卻有一群年輕人正在舉辦放蕩的搖頭派對。這群人正是平時形象良好的青少年偶像—小S、阿雅、乙和撞球選手丁。四女六男在獨棟別墅裡裡外外的舉止，活像是一齣肉慾橫流的劇碼，小S當街抓狂、阿雅放膽縱慾，丁更是演出露天春宮」等文字說明，將該期壹週

⁴⁸ 首先提出隱私權這個概念的是波士頓的兩位律師華倫(Charles Warren)與布藍迪斯(Louis Brandeis)，他們於一八九〇年在「哈佛法律評論」(Harvard Law Review)發表一篇論文「隱私之權」(The Right to Privacy)。他們認為：「快照和報業已經侵犯私人和家庭生活的神聖領域，法院應承認隱私權，以保護顯赫人士的生活不受新聞媒介的非法侵犯。」(Middleton & Chamberlin, 1988)

⁴⁹ 《世界人權宣言》第12條規定：「任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉，其榮譽和名譽不得加以攻擊。人人有權享受法律保護，以免受這種干涉或攻擊。」

《公民權利和政治權利國際公約》第17條規定：「1、任何人的私生活、家庭、住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的榮譽和名譽不得加以非法攻擊。2、人人有權享受法律保護，以免受這種干涉或攻擊。」

刊於同年月 8 日印刷成冊後，於是日晚間至翌日凌晨，將該期壹週刊配銷至各販賣據點，並於 90 年 8 月 9 日起接續販賣予不特定社會大眾閱讀，共計出售近 27 萬冊。

參、案例分析

一、問題意識

1. 藝人舉辦派對地點有無隱私性質？
2. 法律如何保障隱私權？
3. 新聞自由與妨害秘密兩者間之界線為何？

二、學理分析

(一)、隱私權之內涵

隱私權雖是相對晚近才發展起來的，而人類社會關於隱私的意識和觀念，則是在人類從野獸演進成爲人類的過程中，從人類的自衛安全心理和羞恥心理發展來的。從 1890 年第一次提出隱私權的概念至今，隱私權已經成爲各國普遍接受的法律概念，各國都通過不同方式，直接或間接地予以法律保護。但對於隱私如何界定，目前尚無一個被公眾所普遍承認的定義。

綜上所述，藝人舉辦派對地點有無隱私性質？法律如何保障隱私權？新聞自由與妨害秘密兩者間之界線為何？均須由公正超然之司法予以持平之衡量及裁判。

三、本案判決

(一)、判決要旨

甲、被告之主張

1. 被告戊矢口否認有何妨害秘密之犯行，並辯稱：告訴人丙等人舉辦派對之地點係在上開別墅之室外游泳池畔，任何人從四周高處均可輕易看見該游泳池畔之活動狀況，而壹週刊攝影記者拍攝地點位於施工中之大樓，並無任何門禁管制，一般人乃至遊民均可任意出入，是系爭派對舉行地點客觀上顯不足以確保活動之隱私性；況系爭派對甚爲喧囂吵雜，且當時時值深夜，告訴人等發出如此巨大噪音，自得預見四周住戶均可能探頭尋找噪音來源，進而發現系爭派對之舉行，是告訴人等對於其活動內容並不具合理之隱私期待，自與「非公開活動」有間。
2. 又壹週刊雜誌人員因接獲消息合理懷疑告訴人丙等人當晚疑似有施用搖頭丸之犯罪行爲，基於報導之正當目的，方進行拍攝，並非「無故」爲之，伊看過照片後，認爲藝人吸食毒品事涉公益，且其中藝人甚有擔任反毒大使角色，媒體有揭發報導之責任，故決定將該等畫面刊登，是系爭拍攝行爲與該篇報導內容應屬

憲法保障之新聞自由、言論自由範疇，依刑法第 22 條「業務上之正當行為，不罰」之規定，自不應率以妨害秘密罪相繩。

乙、法官之論證

1.按 88 年 4 月 21 日增訂之刑法第 315 條之 1 之立法理由略以：「目前社會使用照相、錄音、錄影、望遠鏡及各種電子、光學設備等，已甚普遍，惟以之為工具，用以窺視、竊聽、竊錄他人隱私活動（如更衣、如廁或其他私密活動）、言論或談話者，已危害社會善良風氣及個人隱私，實有處罰之必要，爰增列本條……」，而同日增訂之刑法第 315 條之 2 之立法理由略以：「意圖營利供給場所、工具或設備便利他人窺視、竊聽、竊錄，或意圖散布、播送、販賣而犯前條第 1 項第 2 款之罪及明知為竊錄之內容而製造、散布、播送或販賣者，其惡性尤為嚴重，爰提高該等犯罪處罰之刑度，以為處罰」等語。可知當時增訂刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 之目的係在保障隱私權，而該二條文所謂「非公開」，係指活動不對公眾公開而具有隱密性，亦即個人主觀上欲隱密進行其活動而不欲公開，且在客觀上所選擇之場所或所使用之設備亦足以確保活動之隱密性而言。88 年 4 月 21 日增訂公布之刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 妨害秘密罪，以「無故」為構成要件，而「無故」之意義，係指「無法律上之正當事由」而言。另觀之刑法第 306 條侵入住宅罪、第 315 條妨害書信秘密罪、第 316 條洩漏業務上知悉他人秘密罪，亦均以「無故」為構成要件。倘以公眾人物之言行恐遭社會大眾模仿，即遽認其言行與公共利益有關，而允許媒體以此為由，侵入公眾人物住宅（刑法第 306 條）、開拆隱匿公眾人物封緘信函（刑法第 315 條）、竊錄公眾人物之非公開活動（刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2），或允許醫師等專業人員將業務知悉之公眾人物秘密洩漏予媒體報導週知（刑法第 316 條），則不啻以廣泛之「公共利益」一詞，剝奪公眾人物之居住安全、隱私、秘密等憲法所保障之人權，此顯失事理之平，是「公共利益」之概念能否擴張至此？上開刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2 之妨害秘密罪，能否因事涉公共利益，即認屬法律上有正當事由而排除各該條文「無故」之要件，已非無疑。

2.憲法所列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之，為憲法第 23 條所揭櫫，亦即對於人民自由權利之限制，只有在上述公共利益所必要之範圍內，始得以法律限制，此即所謂「比例原則」，因此所有自由權利之行使並非可以無限擴張。上開刑法第 315 條之 1 及第 315 條之 2 之規範目的在於保護一般人之隱私權，使人民有免於遭窺視、刺探，甚至將自己不願公諸於世之隱私公布於眾等恐懼，而得以自由從事非公開言行，且該規定並未排除任何對象之適用，縱屬新聞媒體亦不得以新聞自由為由，而排除該等條文之適用，以貫徹該等條文保護個人隱私之精神，此亦為媒體從業人員應嚴守之紀律。而個人因其從事之社會活動或職業，其言行有不同程度被揭露於公眾之風險。公眾人物之言行亦具有相當之影響力，或為社會大眾模仿之對象，且社會大眾對公眾人物私生活亦有高度好奇，惟公眾人物「非公開」之私密行為（專指個人主觀上不欲公開，且其言行客觀上具有場所

私密性，或所採取之設備或措施客觀上足以確保活動之隱密性者，即符合上開刑法第 315 條之 1、第 315 條之 2「非公開」要件者），縱使與其公開言行或形象不符，仍受刑法之保護，而享有不被非法揭露之自由。換言之，公眾人物之非公開行為，縱使涉及公共政策等與不特定多數人有關之公共利益，媒體對於其非公開行為之採訪、蒐集資訊之方式，仍不得逾越法律界限加以刺探甚至竊錄。媒體對於公眾人物非公開言行，僅因「公共利益」、「新聞自由」或「言論自由」之目的，而逾越刑法界線加以窺探、竊錄，仍非法律所允許。證人謝鈞陶及被告雖係媒體從業人員，其等主觀上判斷有犯罪嫌疑，或主觀上認為事涉公共利益，仍不得以報導新聞為由，侵犯他人隱私而竊錄拍攝他人非公開活動作為採訪及取得資訊之手段，或刊載揭露予社會大眾知悉。

(二)、判決主文

一審主文：

戊共同連續販賣無故以照相、錄影竊錄他人非公開之活動之內容，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以銀元 一百元即新臺幣玖佰元折算壹日，如附表所示之物，均沒收。

二審主文：

原判決撤銷。

戊共同明知為意圖販賣而無故以照相、錄影竊錄他人非公開活動之內容而販賣，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以銀元 一百元即新臺幣玖佰元折算壹日；如附表所示之物，均沒收。減為有期徒刑貳月，如易科罰金，以銀元 一百元即新臺幣玖佰元折算壹日；如附表所示之物，均沒收。

肆、結論

大多數人，尤其是廣受媒體關注的名人，認為他們的個人生活被媒體報導是一種侵犯隱私權的行為，而新聞界則認為大眾有權知道那些公眾人物的個人活動資訊。

本案被告意圖以新聞自由為藉口，實際是為了勾引社會大眾的好奇心而滿足其營利目的，本案被告之行為顯示侵犯了他人之隱私權，經由司法裁判處以其應有之罪，惟對原告已經造成難以彌補之傷害。

隱私權的保護，除了加強法律之制裁外，更應對人民加強教育及宣導尊重他人隱私，及克制一己不當之好奇心，始能減少及防止此類侵害案件之一再發生。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

消保法及其法院判決書之案例教學—「錢 櫃 KTV 槍擊事件」案例探討

撰稿人：華夏技術學院林麗燕講師

壹、前言

生活在科技的現代社會，國人的消費水準不斷提昇，新產品不斷推陳出新並大量運用傳播媒體進行銷售；但是商品源自世界各地不同廠商、不同地點、使用生產原料及方法都不相同，若因產品設計不當，或生產製造過程品管不當，或是廠商對於產品為虛偽的標示或未作適當說明或警告，或因商品有當時科技無法預見的瑕疵，都會對消費者造成極大傷害，對此消費者該如何加以預防或保護¹？

我國在消費者保護法（以下簡稱消保法）通過以前，因為商品瑕疵而遭受損害的消費者只能依民法攸關契約與侵權行為的規定請求損害賠償²，例如 1979 年米糠油事件，事發於彰化油脂工廠，在製作米糠油進行加工除色、除臭的過程中，使用多氯聯苯（PCBs）為熱媒，其加熱管線因熱脹冷縮而產生裂縫，致使多氯聯苯從管線中滲漏出來而污染到米糠油；造成彰化、台中地區，包括惠明學校二百多名師生在內³，達 2,000 多位食用該廠米糠油的民眾受到多氯聯苯污染毒害，造成身心上極大創傷，也造成社會極大震撼。由於購買此油的消費者，大都經濟能力較低，如依民事訴訟法規定請求賠償，需先繳交 1% 的裁判費；當時也沒有類似團體訴訟規定，或有消費者保護團體替他們申訴，最後只能不了了之，受害的消費者只能自認倒楣⁴。因此七十一年六月，行政院院會提出「消費者保護法法案」，讓消費者可依法保障自身的權益。但該法提出後卻一直被擱置，直到民國八十三年一月十一日才正式公布，同月十三日生效。本法第二章為「消費者權益」，下分四節：第一節「健康與安全保障」、第二節「定型化契約」、第三節「特種買賣」、第四節「消費資訊之規範」。其中以第七條以下將服務與商品並列，採無過失責任，最受矚目⁵。

¹參見立法院公報七十一期；消費者保護法解讀，馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊合著，元照出版社，2005 年 5 月，三版第一刷，頁 75。

²同上註。

³惠明學校是一所提供盲生免費教育的寄宿學校，全校師生 200 多人，三餐幾乎都由校方供應，故成為多氯聯苯污染事件的最大受害團體。

⁴陳惠玉，「落幕的事件，未落幕的故事~米糠油污染事件 25 年後」，財團法人主婦聯盟環境保護基金會 會訊第 192 期，2004 1/2 月。食用米糠油大約半年後，皮膚會開始變黑，並長出許多痘痘。不只又痛又癢，一擠，還有惡臭的油性分泌物。剛開始大家以為是夏天常好犯發的一般皮膚病，但皮膚科醫師治療一陣子了，還是毫無起色。後來，有些人的指甲也開始變黑。

⁵曾品傑，論消費者保護法上之服務責任—最高法院相關判例評釋—，「財經法暨經濟法」雜誌，第十二期，臺灣財經法暨經濟法研究協會出版，2007 年 12 月，頁 54—55。

消保法實施至今，產生許多爭議，尤其在醫療服務方面⁶。但對消費者權益的保護，確有相當大的助益，使一般民眾懂得保護自己的消費權益，並透過不同救濟管道爭取賠償，也讓企業經營者、商品製造者更加注意商品的品質及服務，這些都有助於社會整體利益的進步。

消保法於第一條開宗明義的點出：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提升國民消費生活品質，特制定本法。」因此消保法為保護居於弱勢的消費者，除了採取無過失責任制度以外，並就攸關消費者權益的定型化契約、廣告、包裝、中文說明書與中文警告標示等加以規定。並且提供受損害的消費者三條不同的救濟管道，分別為申訴與調解、消費者個別之訴訟與集體訴訟⁷。

但無論消費者採取何種救濟管道？若產生消費爭議，需先釐清到底誰(原告)可以依據消保法對誰(被告)依據何種理由請求救濟？尤其是在無過失責任問題上，誰可以為原告提出無過失訴訟，誰應為被告負起無過失責任與懲罰性的損害賠償，企業經營者應負責的時點在哪個期間，又該對哪些情形負責⁸？故本文以發生於九十三年之「錢櫃KTV槍擊事件」之法院判決書為例，加以探討並解說消保法的重要規定，讓讀者能對消保法有一清楚概念，並加以運用。

貳、案例分析

一、【案例簡介】

訴外人「張雨正」於 93 年 2 月 15 日與友人赴臺北市大安區錢櫃 K T V S O G O 店 707 包廂內飲酒唱歌，為勸阻同行友人爭執，乃持隨身攜帶奧地利 GLOCK 制式 19 型手槍，先朝天花板開二槍，再朝包廂之隔間牆開槍發射子彈，該子彈穿越隔間牆，擊中隔壁包廂內背對牆壁坐於沙發與友人同行唱歌之訴外人「禚博生」背部，致禚博生死亡。

嗣後張雨正知有人死亡旋即逃離該處所，於 93 年 4 月 9 日 22 時許，被檢警在高雄市香格里拉酒店二樓 K5 包箱內捕獲。案經臺北市政府警察局大安分局報請台

⁶【行政院消費者保護委員會函】，台八十七消保法字第 00752 號，各件醫療糾如何適用消費者保護法規範，仍應由法院依個案具體認定之。【「醫療行為仍為消費行為」，但『是否有消保法第七條無過失責任規定之適用』，尚有爭議，應審究該醫療行為是否已符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性】，參見 林誠二委員，消費者保護法專案研究實錄第四輯，行政院消費者保護委員會編印，八十八年六月至九十年十二月，頁 103。本文於後頁會再詳述之。

⁷參見前揭書，消費者保護法解讀，頁 15。

⁸同上註。

灣臺北地方法院檢察署檢察官偵查起訴，並分經臺灣台北地方法院及臺灣高等法院以【93年度上訴字 2842 號】判決訴外人張雨正有期徒刑十年六個月⁹。

原告（死者禚博生之父母、妻子及兩名未成年子女）主張被告（錢櫃 KTV）為企業經營者，依消保法第七條規定，應確保其所提供之『服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性』，然被告提供之 K T V 隔間牆等設施，及因服務生未留意包廂內發生槍擊事件並及時前往查看及處理，均不具可合理期待之安全性，且有過失，因而致禚博生死亡，故依消保法第七條第三項及民法第二百二十七條、第二百二十七條之一之規定，主張被告錢櫃 KTV 應負損害賠償責任。

原告為受死者禚博生撫養之父母、妻子及兩名未成年子女，乃依民法第 192 條第 1、2 項、第 194 條，向被告錢櫃 KTV 請求殯葬費、扶養費、精神慰撫金。且被告並不能證明其「無過失」，上訴人並依消保法第 51 條規定，請求被上訴人給付上訴人 1 倍之懲罰性違約金。合計共新台幣 46,404,114 元及均自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5% 計算之利息¹⁰。

縱使認其應適用消保法，其提供之包廂隔間牆，已經主管機關發給「合格證明」，並通過台北市政府消防局之安全檢查，符合消保法第七條規定之「合理期待之安全性」，並無「安全或衛生上之危險」。且『禚博生之死亡係因第三者張雨正之行爲所致』，與其提供之服務行爲間並「無因果關係」，其自不負損害賠償責任。

二、【法院判決】

（一）一審內文簡介

【裁判字號】 94,重訴,1002

【裁判日期】 950125

【裁判案由】 損害賠償

【裁判全文】 （省略）

★臺灣台北地方法院 94 年度重訴字第 1002 號民事判決

原 告 己○○ 戊○○

兼上二人法定代理人 甲○○

⁹參見【台灣高等法院 93 年度上訴字 2842 號判決】

¹⁰求償金額包括：殯葬費＋扶養費（原告主張依據 92 年台北市每人每年平均消費支出為 245,058 元計算，依內政部公布 91 年台北市簡易生命表計算之平均餘命，扣除霍夫曼系數計算中間利息計算法計算）＋精神慰撫金（每人 250 萬元）＋懲罰性賠償金。

輔佐人 庚○○

原告 丙○○ 丁○○

【原告為訴外人－死者禡博生之父母、妻子及兩名未成年子女】

被告 錢櫃企業股份有限公司

主 文

- 1.原告向被告求償金額：共新台幣 46,404,114 元及均自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息 5%計算之利息。
- 2.原告之訴及假執行之聲請均駁回。
- 3.訴訟費用由原告負擔。

案例衍生問題：

第一、消保法所稱之「服務」其意義為何？本案之 KTV 經營者是否有消保法服務責任之適用？

第二、如下所述業者是否已依消保法提供「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」²⁶？

- (一) KTV 業者所提供之包廂隔間牆建材，如符合建築法規；是否即具有「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」？
- (二) KTV 未設置金屬探測門、包廂之隔音牆不具防彈功能，是否欠缺「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」？
- (三) KTV 之服務生未察知槍擊聲響，未即時前往包廂查看處理，是否違反「當時科技或專業水準可合理期待之安全性」？

原告主張：

一、法律上主張

(一)「服務」為消保法第 7 條規範範圍：

1、消費者保護法第 7 條第 1 項明文規定「提供服務」是服務業當然亦包括在內。更何況消保法並未用「產品責任」或「商品製造人責任」等名詞，而係用「消費者權益－健康與安全保障」，是消保法並未將提供服務之服務業排除在外。被告所提學者朱柏松言論僅係學者個人意見，且「惡法亦法」，於消保法未修正前，仍應依法適用。

2、次按台灣高等法院 91 年度海商上字第 3 號判決意旨略以：「麗星公司經營輪船旅遊業務，為兩造所不爭，自屬提供旅遊服務之企業經營者，其於本件麗星郵輪之旅遊行程期間，即應確保其提供之服務，無安全（包括生命、身體、財產）上之危險；否則對於消費者因此所生之損害，自應負賠償責任。」是本件被告提供之服務，自應適用消保法之規定。

(二)被告未能舉證證明所提供之服務符合消保法之責任，是自應對原告負擔害賠償責任，同時被告亦未證明「無過失」，原告自得依消保法第 51 條規定請求懲罰性賠償金：

1、消費者於接受提供私密空間如飯店住宿或 KTV 等服務時，均應可合理期待企業經營業者能確保其提供之服務，無安全（包括生命、身體、財產）上之危險；且企業經營者應負之責任為無過失責任，此參考消保法第 7 條規定自明。

2、又被告公司在於新進員工訓練時，既明定巡迴包廂服務應「留意包廂內設備是否有故障或損壞之情況」、「留意包廂客人動向、狀況」、「包廂客人有特殊狀況立即退出包廂回報組長」等規範為被告所不爭執。經查本件被告服務生對於聽聞疑似槍聲之異常聲響時，未能依相關規定前往查看並為妥適處理（例如報警等）部分，並因此造成被繼承人禱博生背部中彈死亡，則被告提供之服務，不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，同時造成原告損害，原告損害與被告設施不安全有因果關係，原告自得依消保法第 7 條等法律規定，請求被告賠償損害。又被告並不能舉證證明所提供之服務為無過失，故依消保法第 51 條規定，亦應給付懲罰性賠償金。

二、原告請求損害賠償金額之明細：

1、殯葬費部分：原告支出殯葬費金額計 356,535 元。

2、扶養費部分：經查，被害人禱博生依民法第 1114 條、第 1116 條之 1 分別應對原告等負有法定扶養義務，故原告等自得向被告請求扶養費用。是原告主張依據 92 年台北市每人每年平均消費支出為 245,058 元計算；被害人之配偶即原告甲○○為 59 年 6 月 12 日出生，依內政部公布 91 年台北市簡易生命表，平均餘命 49.92 年，扣除霍夫曼系數計算中間利息計算法計算，得一次請求扶養費 5,983,392 元。被害人之長子即原告己○○為 85 年 2 月 27 日出生，至成年前一日止尚有 12 年，故得一次請求扶養費 1,129,118 元。被害人之次子即原告戊○○為 86 年 4 月 25 日出生，故得一次請求扶養費 1,203,378 元。被害人父母均無收入，無法維持生活，自得依法請求扶養費。被害人父母之扶養義務人共有四人，依法應平均負擔扶養費，被害人之父丙○○為 35 年 8 月 3 日出生，平均餘命 24.24 年，得一次請求扶養費 949,583 元。被害人之母丁○○○40 年 2 月 26 日出生，平均餘命 29.96 年，得一次請求扶養費 1,080,057 元。

3、精神慰撫金：被害人禱博生上有年邁父母，下有兩名年幼子女，原告等因被害人死亡而頓失家中主要經濟來源，影響甚鉅。衡情被害人正值青壯年，前途似錦，亦有甜蜜美滿之家庭，突遭橫禍身亡，原告等悲慟逾恆，莫可名狀，家庭團圓天倫之樂永難回復，精神上之痛苦自屬顯然。而被告係參酌兩造身份、地位、工作收入、學經歷、經濟財產等一切狀況，原告等就被害人死亡部分請求精神慰撫金之數額，以每人 250 萬元計算，應屬合理。

被告抗辯：

（一）消保法第 7 條企業經營者所提供之「服務」類型，立法者未予明文定義，消保法施行細則，幾經研議亦無法定義，是參者立法意旨及各國立法例，消保法

上之服務應為目的性之限縮解釋，即限於「具高危險性之服務」為限，而被告所經事業即 KTV 非高危險性之服務，是不應適用消保法規定；又縱認應適用消保

6

法，則因被告所提供之場所、設施例如包廂隔間牆，亦經主管機關發給之合格證明，並通過台北市政府消防局之安全檢查，故已符合消費者保護法第 7 條規定之「合理期待之安全性」；又被害人禚博生中槍死亡前，同在 706 包廂內唱歌之友人，均未聽聞槍聲，與禚博生距離更遠之被告服務生，更不可能查覺或聽到槍聲，而能做適當處理；是被害人禚博生之死亡顯係由第三人張雨正之行為所致，與被告提供之服務行為無因果關係，同時亦不應令被告承擔損害賠償責任；又原告並未證明其所受損害即訴外人禚博生之死亡結果，與被告所提供之場所設施及服務有何相當因果關係，是原告依據消費者保護法及債務不履行規定請求被告賠償損害即無理由，爰聲駁回原告之訴。如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

(二) 被告 KTV 設施已符合消保法第 7 條之規定：被告忠孝分公司除於 89 年內部裝修完工後，取得主管機關發給之合格證明外，於案發當時亦通過台北市政府消防局之安全檢查，故被告提供之 KTV 已善盡法令所要求之注意義務。且查台北市政府工務局 94 年 11 月 7 日以北市工建字第 000000000000 號函覆鈞院略以：「查該址領有 89 裝修使字第 0025 號室內裝修合格證明及 89 變使字第 0065 號變更使用執照在案，結構安全已併於變更使用執照申請案由張光堯建築師檢討簽證安全無虞。」、「旨揭地址建築物經查 92 年、93 年、94 年度建築物安全檢查係由韋多芳建築師辦理並簽證合格後，向本局申請被准予備查在案。」、「依建築技術規則建築設計施工編第 86 條規定意旨，KTV（核屬 B-1 類組）之分間牆構造應以不燃材料建造，坊間常用矽酸鈣板或石膏板作為不燃材料之來源，並供作 KTV 等營業場所之分間牆使用。」等語。證諸被告提供之隔間牆設施及服務，均已符合國家法律就相關 KTV 行業有關之規定及要求，足證被告之服務並無安全或衛生上之危險。

(三) 消保法之「服務」應為目的性限縮解釋，故本件原告提供服務非屬消保法第 7 條規範範圍：

1、消保法第 7 條之「服務」，立法者不但未予立法定義，甚且該法之施行細則亦決定不予明定，故「服務」之範圍過度抽象不明，學者朱柏松更否定「服務」為無過失責任之立法，認為服務概念模糊且種類繁浩，而服務行為甚多無法以企業經營者以及消費者兩造之概念予以認識，同時世界各國之立法例上，竟然僅有巴西、中華人民共和國二個法律，將服務納入歸責事由而命企業經營者負「無過失責任」。美國法亦認為消費者於個人服務之交易時，通常直接接觸於提供服務者，可知悉或決定所完成之工作，並判斷是否有過失行為，並非如商品瑕疵有難以舉證之問題，是未將服務納入消費者保護法範疇。而我消保法主管機關即行政院消費者保護委員會所編印之「企業經營者對消費者侵權賠償責任制度之比較研究」第 185 頁略以：觀之各國立法例，對具有瑕疵（或缺陷）之服務，全面採取

無過失責任者，殊少其例。所以認為：「服務之提供有其成本，於制定規範時，似應兼顧企業經營者的負擔能力和競爭力。」。

2、本件被告所提供服務即原告所指服務生未及時發現槍擊並盡力制止部分，不應適用消保法所定之「無過失責任」範圍之列，而本件服務生就被害人禚博生不幸死亡結果，因無故意及過失，是被告亦無須負責。經查本件被告忠孝分公司所使用之隔間牆，除了石膏板外，石膏板之兩側，更附著有隔音效果之岩棉，厚達128.6mm之隔間牆，具有良好之隔音效果。且依被告忠孝分公司樓層平面圖所示，707包廂位於該樓層之右側底部，距離服務人員所在之櫃檯、工作平台甚遠，除非有客人按服務鈴，否則服務人員皆位於櫃檯或工作平台內；是以，因距離之因素與分間牆之良好隔音效果，服務人員未聽到槍聲，應無可疑。依兩造均不爭執之刑事卷證所示，當日與刑事被害人處於同一706包廂之證人，於案發當天之警訊筆錄，均同證稱不是沒聽到槍聲，就是以為聽到鞭炮聲，足證被告並無從制止或加防範本件槍擊事件，是亦無庸負過失之損害賠償責任。

(四)縱認被告應負賠償責任，惟原告所請求之賠償金額過高：

本案爭點：

- 1、本件被告K T V設施是否符合消保法第7條規定？
- 2、本件原告請求損害賠償金額是否妥當？

法院判斷：

(一)被告業經舉證證明，其所提供之K T V設施即706包廂及707包廂間之隔間牆，符合當時科技或專業水準合理期待之安全性。

按「可合理期待之安全性」，是一個不確定的法律觀念，說明消費者保護法規範之目的，除要保障產品、服務免於「瑕疵」外，更在於保護使用此一產品或服務的消費者或第三人之身體、生命或其他財產法益，不會因產品或服務欠缺可合理期待之安全性，而遭受危害。而判斷企業提供之商品或服務是否具「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」不確定法律概念，消費者保護法施行細則第5條規定：「本法第7條第1項所定商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，應就下列情事認定之：一、商品或服務之標示說明。二、商品或服務可期待之合理使用或接受。三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。」即足為判別之要項。

(二)本件原告指稱被告所屬KTV服務生，未提高警覺，無法於事前發現異狀肇成損害為有過失云云，亦無理由。

- 1、按消保法第7條規定，消費者僅須只需主張商品或服務不符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性即足，而肇致消費者發生損害即足。
- 2、本件首要爭執乃是服務生對張雨正持槍在KTV包廂內開槍未查悉及勸阻或妨阻之行爲，被告是否因此應依消保法規定，負損害賠償責任。本件一般消費者至KTV唱歌，乃為尋求一個獨立、不受外力干擾(含服務生)之唱歌或飲酒之空間，

本質上企業經營者僅須提供靜態包廂空間及設施、供唱歌之點唱機具設備、或其他飲食消費及衛廁設備等服務即足，而 KTV 之服務生為企業經營者之手足，代替企業經營者提供消費關係中之上開服務予消費者，是若企業經營者提供上開服務不符合合理安全之期待，即應負無過失之損害賠償責任，反之，若若企業經營者並非提供上開服務，即應以目的性限縮解釋，排除企業經營者依消保法規定應付之無過失責任（但仍應對一般契約責任及侵權行為責任負責）。

（三）本件原告並未證明，本件之損害發生與被告提供之服務內容具有相當因果關係，是原告之訴亦無理由。

綜上所述，第一審法官認為：

（一）法院就本案有無消保法服務責任之適用，採肯定見解。

（二）本件原告指稱被告所屬 KTV 服務生，未提高警覺，無法於事前發現異狀造成損害為有過失云云，及被告未於 KTV 內設置金屬探測門等設施，亦無理由。故判決原告敗訴。

（三）本件原告並未證明，本件之損害發生與被告提供之服務內容具有相當因果關係，是原告之訴亦無理由。

★二審【臺灣高等法院九十五年度消上字第一號民事判決】

【裁判字號】95,消上,1

【裁判日期】950926

【裁判案由】損害賠償

【裁判全文】（略）上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國 95 年 1 月 25 日臺灣臺北地方法院 94 年度重訴字第 1002 號第一審判決提起上訴，經本院於 95 年 9 月 12 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人乙○○負擔百分之三十八，餘由上訴人辛○○、庚○○、戊○○、己○○○負擔。

判 決

二審法院亦判決上訴人敗訴。

★三審【最高法院九十六年度台上字第六五六號民事判決】

【裁判字號】96,台上,656

【裁判日期】960330

【裁判案由】損害賠償

【裁判全文】（略）

判決主文：

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

判 決

最高法院認為原判決並無不當，因此亦駁回上訴。

伍、問題意識：消保法規範的人、事、時、地、物

(一) 誰可以在消費爭議與消費訴訟中成為「原告」？

1. 消費者：

所謂消費者，依照消保法第二條第一款的規定，是指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者。依實務及學者見解認為：消保法所稱之『消費』¹¹，係指不再用於生產的情形下的『最終的消費』而言，如果是將所買商品轉手營利者則不適用消保法。

2. 第三人：此第三人使用該產品之範圍需為「預期中的合理範圍」方有本法之適用。

3. 消費者保護團體或消費者保護官

¹¹參考最高法院九十一年度台上字第一〇〇一號民事判決要旨；台灣高等法院台南分院九十二年度上易字第二二六號判決；姚志明，消費爭議與民法及消襖法適用之問題－以商品買賣責任為例，月旦法學雜誌第 110 期，頁 14，2004 年 7 月；邱聰智，商品責任，「消費者保護法專案研究實錄」，頁 47，行政院消費者保護委員會，1997 年 6 月；黃立，我國消費者保護法之商品與服務責任（二），月旦法學教室第 10 期，頁 80，2003 年 8 月。

(二) 何者可以在消費爭議與消費訴訟中成為「被告」？

根據消保法，只要是企業經營者就可能會在消費爭議中成為被告。

消費者依消保法第七條以下主張權利之法律實益¹³

- ❶ 請求懲罰性賠償金
- ❷ 企業經營者不得預先限制或免除其責任
- ❸ 減輕第三人請求損害賠償之舉證責任

¹³曾品傑，論消費者保護法上之服務責任－最高法院相關判例評釋－，「財經法暨經濟法」雜誌，第十二期，臺灣財經法暨經濟法研究協會出版，2007 年 12 月，頁 77－80。

第二項規定：「**醫療機構及其醫事人員因執行職務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。**」，使得消保法第七條第三項的無過失責任規定將不再適用於醫療傷害的案件²⁶。

（五）消費爭議之處理：

1.管轄法院：消保法地四十七條規定：「消費訴訟，得由消費關係發生地之法院管轄」適度緩和了藉由定型化契約的操作，合意決定管轄法院或民事訴訟法有關規定，所造成當事人間在消費訴訟中程序待遇的不平等²⁹。

2.消保法之時效：依民法第一九七條第一項之規定：「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾十年者亦同」，此二年及十年均為短期時效。

3.申訴－消費糾紛的申訴：（消§43）（企業經營者對於消費者之申訴，應於申訴之日起十五日內妥適處理之）申訴程序如下：

4.調解：向消費爭議調解委員會申請調解

5.訴訟

陸、結論

就本文所舉「錢櫃 KTV 槍擊事件」案例，法院則認為認為原告之被繼承人其死亡原因，與被告所提供之服務無關，係因**第三人之侵權行為所致**，非被告所能合理預見或加以預防，故判決原告敗訴即採此。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

車禍及其法院判決書之案例教學

撰稿人：朝陽科技大學張真堯副教授

侵權行為法評析－以車禍案例為例

一、前言

鑒於機動車輛逐年日益增加，及現代交通網路密集與擁塞，車禍意外已成為威脅個人身體與健康法益，家庭經濟與精神依歸，國家人力資源與社會安全結構之重大事件。基於車禍意外破壞法益層面的廣度，立法院於民國八十八年增修民法第二編債之同時，增訂民法第一百九十一條之二，以進一步規範動力車輛駕駛人之責任。其立法理由除述及動力車輛肇事所造成之損害外，並論及該條文乃參考國外立法例及我國國情的背景下所增訂。

二、問題意識

經由案例學習以建構法意識，其首要工作莫過於解構案例之問題意識（Issues），或稱為系爭點。所謂問題意識乃指一組同時，接續或先後發生之事實，於進行法律適用該當過程中所引起之問題。其大抵可分為法律系爭與事實系爭。法律系爭大致有關案件對應條文之要件分析，而事實系爭則問決定性事實（Determinative Facts），即法院賴以判決基礎之事實有無。故解構案例可稱起始於問題意識之發掘，而終於適用法律之探究。進而言之，案例之問題意識或可經由下列步驟得知。首先吾人應確認起訴一方，因一系列事件，對於被訴之他方有何救濟之請求；繼而鎖定兩造爭議中，法院闡釋法律案件之聚焦；再者確認法院適用法律後，對該爭議之決定；最後了解該決定背後之事實基礎⁵⁰。舉例言之，某甲為十四歲之國中生，其將生活零用金向某乙購買筆記型電腦一台，肆後甲反悔，遂以其為限制行為能力人（因其未滿二十歲）為由，對乙主張該契約無效。此例中，事實爭點即為甲於購買前是否得其法定代理人同意或事後得其承認。若果，則該契約依民法第七十九條，仍非無效。然縱令甲未得法定代理人同意或承認，依民法第八十四條規定，若法定代理人允許限制行為能力人處分某特定之財產，就該財產限制行為能力人仍有處分之能力。此時，關於生活零用金是否即為民法第八十四條所稱之特定財產處分之允許，即為本例之法律爭點。

問題意識之發掘固為了解各類型案例之起點，然不同型態之法律案件實有其基本之問題意識。依車禍案件而言，若只限於侵權法領域探討，將其問題意識初步分類如下：

（一）與責任主體相關之問題意識

車禍事件中為釐清責任歸屬及受害人行使救濟請求之對象，對於責任主體之確認，有其規範意義與必要。相關問題意識，通常涉及造成損害之動力車輛駕駛

⁵⁰ Neumann, *Legal Reasoning and Legal Writing* 10-12 (Little, Brown and Company) (1990) .

人是否為唯一之責任主體。

(二)與行為相關之問題意識

在此所謂行為乃指車禍案件中，加害人或受害人肢體動作及其投射於動力車輛令其運動或靜止所導致之交通事故。有關問題意識包括行為人故意、過失，行為與結果之關聯性，及被害人與有過失之行為。

(三)與侵權行為效力相關之問題意識

侵權行為效力為侵權行為發生後，被害人得據以求償之範圍及項目，即被害人之損害賠償請求權。損害賠償之目的乃原則上透過金錢賠償之方式，彌補被害人人身、財物或權利上遭受之傷害或損失。具體而言，車禍事故被害人除得請求醫療費用等實際支出外，將其所減損利益，如喪失之勞動力，一起列入求償項目，不可疏之。且若被害人因車禍事故致死，損害賠償權利人之變動，亦為須確定之問題。車禍事故除帶給被害人一定身心痛苦，與被害人有相當身分關係者，間接受受之非財產上損害，也常成為損害賠償之爭議。車禍案件中，被害人經由強制責任保險所受領之保險金，當該保險之被保險人非車禍事故責任主體，而加害人要求將該保險金扣除於其該負擔之損害賠償金額，此等皆為與侵權行為效力相關之問題意識中，應予注意之爭點。

三、 法理分析

車禍事故之民事責任，可分為契約責任與侵權責任。然本於侵權行為法之適用而生之侵權責任，實為本文論述之範疇。前文所列舉因車禍事故而生之有關侵權責任問題意識，當聯結於侵權行為法理研究。茲於此，分就侵權行為的請求權基礎，成立要件及損害賠償論述之：

(一) 請求權基礎

依國內學者通說，皆將侵權行為分為「一般侵權行為」與「特殊侵權行為」⁵¹。兩者之差異，概可視為責任之推定及轉換與構成責任行為主體之不同。車禍意外被害人請求權基礎可立於「一般侵權行為」，該被害人亦可依「特殊侵權行為」之規範請求，蓋民法第一百八十四條及第一百九十一條之二因各具獨立請求權基礎，被害人自得均主張之。然適用各該條文之結果，仍可知其規範之相異處。首先，依民法第一百九十一條之二，責任主體限於駕駛人，而其責任則採推定過失。但駕駛人若能舉證對於防止損害之發生，已盡相當注意者，則仍可免責。然應注意者，民法第一百八十四條第二項，也同具過失推定之規定。故於車禍事件實務上，被害人亦常依該項條文主張。其次，依民法第一百九十一條之二，責任

⁵¹ 參與鄭玉波著，陳榮隆修訂，民法債編總論（三民，2002），頁 163；孫森焱，民法債編總論（自版，2004），頁 204

客體限定於動力車輛，其適用範圍顯較民法第一百八十四條偏狹。尙值注意者，民法第一百八十四條及第一百九十一條之二，對於責任主體有不同之規定，已如上述，然其他「特殊侵權行爲」之規定，亦對車禍事件責任主體之認定，有適用之可能與必要。

又民法第一百八十八條第一項及第二項有謂 I、「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行爲人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負責任。」II、「如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人爲全部或一部之損害賠償。」本此，若客運司機因過失而生之車禍意外，客運司機及其僱用人對被害人則該負連帶賠償責任，或由僱用人單獨負全部或一部之損害賠償責任。

(二)請求權成立要件

一般侵權行爲與特殊侵權行爲其所以有別，乃在於責任主體或責任推定之相異。然不論一般侵權行爲或特殊侵權行爲，其成立皆應具備下列要件：

1. 故意或過失之不法加害行爲：在此所謂不法加害行爲，乃指任何因違反法強制或禁止規定或背於公序良俗之行爲而致之他人權益受損。違反法律強制禁止規定，如開車超速撞及路人。背於公序良俗之行爲，如明知鄰居有鼻子過敏之宿疾，卻仍大量栽種有異味花粉之植物。侵權行爲之加害行爲故爲不法，而行爲人主觀上仍須有可歸責之事由，此即行爲人須有故意或過失。民法對於故意或過失未設規定，通說上認其解釋亦應同於刑法之規定。依刑法第十三條將故意分爲直接故意與間接故意，直接故意乃指行爲人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生；而行爲人對於構成犯罪之事實，預見其發生，而其發生並不違背其本意者，則視爲間接故意。舉例而言，酒醉駕車肇事之累犯，再一次之酒醉肇事，即可認爲間接故意。

2. 須權利或利益受侵害：

侵權行爲被害人之被害客體，包括權利或利益。權利乃指一切私法上之權利，如財產權、人格權等。財產權指債權、無體財產權及物權，而人格權依民法第一百九十五條含身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或其他人格法益。利益一般爲某事實狀態，如民法第九百四十三條稱：「占有人於占有物上，行使之權利，推定其適法有此權利。」

3. 加害行爲與損害須具因果關係

加害行爲與損害須具因果關係，乃對加害行爲造成損害必然性之衡量，而本於建構該必然性之學說，則稱爲因果關係論。國內學者通說上採相當因果關係論，其指若無該加害行爲，則必不生該損害，有該加害行爲，通常致該損害之發生而言。最高法院八五年台上字第二二四五判決謂：「查法官命妨害風化案件之被害人接受法醫檢查，該被害人並不當然會發生身心嚴重受

創、精神分裂情形。從而本件上訴人身心受創、精神分裂與被上訴人之命其接受法醫檢查，難認有相當因果關係，既無相當因果關係，其對被上訴人自亦無侵權行為損害賠償請求權。上訴人依侵權行為之規定請求被上訴人賠償損害，難謂有據。」

(三)損害賠償

損害賠償範圍依民法第二百十六條，以填補債權人所受損失及所失利益為限。致於其方法，依民法第二百十三條、二百十四條及二百十五條等，以回復原狀為首要，若逾期不為回復或不能回復原狀或回復顯有重大困難者，則代以金錢賠償其損害。故侵權行為權利人得請求之範圍，因其受侵害法益不同而不同。當受害人之生命法益受侵害，損害賠償範圍包括醫療費、增加生活上之費用、殯葬費、扶養費、慰撫金，而其方法為金錢賠償。當受害人之身體、健康、名譽或自由等人格法益被侵害，得請求所受損失及因此喪失或減少之勞動能力或增加之生活上需要，並得請求慰撫金，此皆以金錢賠償為之。另外，關於名譽受損部份，亦得請求回復名譽之適當處分。當受害人之物受侵害，得請求物因毀損所減少之價額，該賠償以金錢為之。

四、 案例分析

為對車禍侵權行為之法理論述，佐以實務上司法見解，茲舉台灣士林地方法院九五年度重訴字第二五四號判決，及本於該判決之上訴審台灣高等法院九六年度上字第三五零號判決為例，述之如次。

〈一〉 士林地方法院九五年度重訴字第二五四號判決

1. 案例事實：本件訴訟原告戊 00 於民國九十四年二月二十四日上午十一時許，騎乘機車路經台北市承德路七段距大度路口 11.4 公尺處。而受僱於被告寬豪山泉水企業社之被告丁 00，為查閱地圖，適將其小貨車暫停於該處路側劃有紅實線之禁止臨時停車區。被告丁 00 停車前，正值訴外人甲 00 駕駛營業聯結車，沿承德路南往北近大度方向，以相反方向即北往南做一迴轉，並直行行駛至該處。原告乃遭甲 00 所駕駛之營業聯結車第一排車輪壓傷其左腳，致骨折、感染及截肢等重傷害。
2. 原告主張事實及聲明：原告戊 00 主張其所以遭甲 00 駕馭之聯結車輾壓其左腳，實因被告丁 00 突然開啓車門，將其撞擊倒地。原告因而請求被告丁 00 及被告寬豪山泉水企業社對其負連帶損害賠償責任，並聲明該賠償責任含醫藥費、看護費、義肢費、受損薪水、喪失之勞動力及精神賠償共計一千八百三十五萬四千三百零一元。原告且聲明，其受自聯結車司機甲 00 保險公司之汽車強制責任保險金，被告主張扣除之，並無理由。
3. 被告丁 00 主張事實及聲明：被告丁 00 主張其故有違規停車之實，然並無開啓車門。因其聽到車門撞擊聲，開門察看，方知原告戊 00 遭聯結車

壓傷倒地。被告丁 00 聲明將原告之訴駁回，且如受不利判決時，願供擔保請准宣告免假執行⁵²。

4. 本案之爭點：依原告、被告各自主張，茲將本案爭點述之如次：(1)被告丁 00 違規停車行為是否為車禍發生原因？而原告對其發生是否與有過失？(2)被告丁 00 於車禍發生時之僱用人究為寬豪山泉水企業社或萬速利公司？(3)被告因本件車禍得請求之賠償費用？(4)原告受領自聯結車保險公司之強制責任理賠金是否應與扣除？
5. 法院認定之事實與見解：法院依駕駛聯結車跟於訴外人甲 00 聯結車後證人葉衍伸證詞，及被告丁 00 所駕小貨車之左側護欄擦痕，認被告打開車門撞擊原告，致使其撞及訴外人甲 00 所駕駛之聯結車應屬可信，且無違論理法則。又車禍當時，甲 00 所駕駛聯結車與被告丁 00 所駕駛小貨車相距 3 公尺，以此寬度，原告戊 00 足以慢速通過而無倒地之虞，其自無違反任何注意義務。據此事實及台北市車輛行車事故鑑定委員會鑑定書，法院認被告應依民法第一百九十一條之二前段、第一百八十四條第一項前段負擔損害賠償責任。

致被告寬豪山泉水企業社稱，被告丁 00 乃受僱於萬速利公司並提出勞保資料予以佐證一節，法院認被告丁 00 於受刑事檢察官偵查中，自承車禍發生當時受僱於寬豪公司，且其所駕小貨車車身亦有寬豪之英文字樣，故寬豪山泉水企業社應為事實上之僱用人。蓋民法第一百八十八條所稱之受僱人，係依客觀上觀察是否有被他人使用而服勞務之事實為準，並不以訂立書面僱傭契約為限。準此，寬豪山泉水企業社應依民法第一百八十八條第一項前段，與被告丁 00 連代負損害賠償責任。

民法第一百九十三條第一項稱：「不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動力或增加生活上之需要時，應負損害賠償責任。」法院據此及原告所提各醫院單據與函覆，准予原告請求含醫藥費、交通費、看護費、義肢費、喪失之工作收入及勞動能力、慰撫金，共計金額六百一十八萬一千八百四十六元。

另原告受領自訴外人甲 00 所駕車輛投保之強制汽車責任險之保險人所支付保險金，應否自賠償額扣除之。法院認依強制汽車責任保險法第三十二條：「保險人依本法規定所為之保險給付，視為被保險人損害賠償金額之一部分；被保險人受賠償請求時，得扣除之。」及第三十三條第一項前段：「汽車交通事故之發生，如可歸責於被保險人以外之第三人，保險人於保險給付後，得代位行使被保險人對於第三人之請求權。」等之規定，原告應自其向被告請求之賠償額中，扣除受領之保險理賠金。蓋不執此見解，若保險公司代位被保險人，向被告寬豪山泉水企業社與

⁵² 宣告假執行指對未確定之終局判決，即判決處於能廢棄式變更之狀態，賦予執行力之裁判。

丁 00，請求其支付於原告之保險金，則被告即有受雙重不利益之可能。經此扣除，法院準原告之請求金額減為五百二十三萬一千八百四十六元。

〈二〉 台灣高等法院九十六年度上字第三五零號判決

台灣高等法院針對台灣士林地方法院九十五年度重訴字第二五四號第一審判決當事人所提上訴，除廢棄部分一審被告應負擔之損害賠償額，及該部分假執行之宣告外，對第一審法院所採事實及法律見解，皆維持原判，並駁回上訴。

五、結論

案例教學精神，旨在透過司法實務案例，剖析艱澀與抽象法條。法律條文與學說論述，經案例充實其要件詮釋與理論架構，更有助於法律學門之研習。以上開所舉車禍損害賠償案件為例，實務見解說明僱用關係之存在，依客觀受僱事實認定，而不以書面契約為限，此觀之民法第一百八十八條第一項前段規定，並無從知悉。故若只拘泥於條文之文義解釋，將無法正確適用法律於當事人之爭議。希冀透過實務案例與學理之結合與相互辨證，讓學習法律不致成為空洞之論理，而得形成實用知識之基石。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

租賃契約及其法院判決書之案例教學一

撰稿人：朝陽科技大學陳運星博士

一、前言

租賃，乃當事人約定一方以物租與他方使用收益，他方支付租金的契約。其範圍甚廣，舉凡土地、房屋、生產用具、一般傢俱，以至於服裝首飾、書籍之類，均得成立租賃。依民法第 421 條規定：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用、收益，他方支付租金之契約。前項租金，得以金錢或租賃物之孳息充之。」

「租賃契約之期限，不得逾二十年，逾二十年者，縮短為二十年。」(民法第 449 條)又如果房屋租賃的期限超過一年時，依據民法第 442 條的規定：「不動產之租賃契約，其期限逾一年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期之租賃。」所謂「不定期之租賃」是指未約定租賃期限的租賃契約，依民法第 450 條第二項的規定，原則上不定期租賃不論是出租人或是承租人，都可以隨時終止租約的。⁵³

本件法院判決書是因為原來標的物所有權霞客公司，與台灣中小企銀有債務關係，而在台灣中小企銀將其債權轉交柯企公司，柯企公司對霞客公司執行假扣押時，才發現霞客公司所有的標的物，皆有第三承租人使用。此案例乃是「**確認租賃關係存在**」與否，原告及被告分別為經營者及債權人，為爭奪標的物提起訴訟。

二、學理分析

(一) 租賃之意義

稱租賃者 (lease)，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。租金 (rental)，得以金錢或租賃物之孳息充之 (民法第 421 條)。例如，承租土地種植農作物，以農作物充作租金。

(二) 租賃之成立

當事人就租賃物及租金之意思表示一致時，租賃即成立，不以交付租金或租賃物為成立要件，其為不要式契約及諾成契約。惟民法就不動產之租賃有特別規定，即不動產之租賃契約，其期限逾 1 年者，應以字據訂立之，未以字據訂立者，視為不定期限之租賃 (民法第 422 條)。

(三) 租賃之性質

⁵³ 資料來源：徐美貞，〈生活與法律—關於租屋〉，「逢甲校刊」，

http://www.fcu.edu.tw/info/fcu/325/7_1.html

租賃契約之雙方當事人爲出租人（lessor）及承租人（lessee），渠等互負債，具有對價關係，其互相給付而自他方取得利益故爲雙務契約及有償契約。

（四）租賃期限

租賃期限可分定期及不定期，租賃契約有期限者（period），租賃之期限不得逾 20 年。逾 20 年者，縮短爲 20 年（民法第 449 條第 1 項）。

（五）租賃之效力

● 出租人之權利及義務

（一）租賃物之交付及保持合用之義務

出租人應以合於所約定使用收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係存續中，保持其合於約定使用、收益之狀態（民法第 423 條）。

（二）租賃物之修繕之義務

租賃物之修繕（repair），除契約另有訂定或另有習慣外，由出租人負擔（民法第 429 條第 1 項）。出租人爲保存租賃物所爲之必要行爲，承租人不得拒絕（第 2 項）。

（三）負擔稅捐之義務

出租人應負租賃物繳納之一切稅捐（all charges and taxes）（民法第 427 條）。惟此非強制規定，當事人自得爲相反之約定。惟當事人之約定，屬私法關係，不得以此對抗稅捐機關依據公法關係課徵相關稅款。

（四）償還費用之義務

承租人就租賃物支出有益費用，因有增加該物之價值者，如出租人知其情事而不爲反對之表示，於租賃關係終止時應償還其費用。但以其現存之增價額爲限（民法第 431 條第 1 項）。承租人就租賃物所增設之工作物，亦可不請求償還費用而取回之，惟應回復租賃物原狀之義務（第 2 項）。

● 承租人之權利與義務

（一）支付租金義務

租金爲租賃使用收益之對價，支付租金爲承租人之主要義務，是承租人因自己之事由，致不能爲租賃物全部或一部之使用、收益者，不得免其支付租金之義務（民法第 441 條）。而承租人支付租金之力，承租人應依約定日期，支付租金；無約定者，依習慣；無約定亦無習慣者，應於租賃期滿時支付之。如租金分期支付者，於每期屆滿時支付之。如租賃之收益有季節者，於收益季節終了時支付之（民法第 439 條）。

（二）租賃物之使用收益

承租人應依約定方法，爲租賃物之使用（use）、收益（collect profits）；無約定方法者，應以依租賃物之性質而定之方法爲之（民法第 438 條第 1 項）。例如，耕地承租人對於租賃物，基於耕作之目的，固有自由改良之權利，倘超此範圍，而

將耕地變更使用，即非法之所許。承租人違反前項之規定為租賃物之使用、收益，經出租人阻止而仍繼續為之者，出租人得終止契約（第 2 項）。

(三) 保管租賃物之義務

承租人應以善良管理人之注意（the care of a good administrator），保管租賃物，租賃物有生產力者，並應保持其生產力（民法第 432 條第 1 項）。承租違反此項義務，致租賃物毀損、滅失者，負損害賠償責任。但約定之方法或依物之性質而定之方法為使用、收益，致有變更或毀損者，不在此限（第 2 項），因承租人之同居人或因承租人允許為租賃物之使用、收益之第三人應負責之事由，致租賃物毀損、滅失者，承租人負損害賠償責任（民法第 433 條）。

● 租賃物對於第三人之關係

(一) 買賣不破租賃原則

出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。此為「買賣不破租賃原則」（民法第 425 條第 1 項）。但未經公證之不動產租賃契約，其期限逾 5 年或未定期限者（indefinite period），排除適用買賣不破租賃原則（第 2 項）。

(二) 承租人得對抗物權人

出租人就租賃物設定物權，致妨礙承租人之使用收益者，承租人得對抗受設定物權之權利人（民法第 426 條）。例如，土地出租人將出租之土地出典他人，承租人之租賃契約對於典權人仍繼續存在，典權人成為新出租人（間接占有人），租賃物應由成屋人繼續直接占有之。

(三) 法律推定租賃關係

土地及其土地上之房屋同屬一人所有，而僅將土地或僅將房屋所有權讓予（transfer）他人，或將土地及房屋同時或先後讓予相異之人時，土地受讓人或房屋受讓人與讓予人間或房屋受讓人與土地受讓人間，推定在房屋得使用期限內，有租賃關係，其期限不受租賃最長期 20 年之限制（民法第 425 條之第 1 項）。蓋土地與房屋為各別之不動產，各得單獨為交易之標的，房屋在性質上不能與土地使用權分離而存在，亦即使用房屋必須使用該房屋之土地，基於保護房屋使用權之考量，使房屋所有權與土地利用權結成一體，促進房屋所有權之安定性，使土地使用權不因土地所有權之嗣後變動而受影響，俾資調和土地與房屋之利用關係，並兼顧社會經濟利益。倘租金數額當事人不能協議時，得請求法院定之（第 2 項）。

(四) 租賃物轉租之限制

轉租者，係指承租人不脫離原租賃關係，而將租賃物出租予次承租人使用收益。原則上，承租人非經出租人承諾，不得將租賃物轉租（sublet）於他人。但租賃物為房屋者，除有反對之約定外，承租人得將其一部分轉租於他人（民法第 443 條第 1 項）。承租人違反規定，將租賃物轉租於他人者，出租人得終止契約（第 2 項）。適法之轉租情形，承租人將租賃物轉租於他人者，其與出租人間之租賃關係，仍為繼續。因次承租人應負責之事由所生之損害，承租人負賠償責任（民

法第 444 條)。因轉租係轉租人與次承租人成立新租賃關係，與租賃權之讓予不同。轉租人與出租人間之租賃關係仍然存在，次承租人與原出租人並無直接租賃關係之可言。是原出租人不得依據出租人之地位，對次承租人請求返還租賃物。

54

三、問題意識

本件訴訟爭點：

1. 系爭契約之性質是否為租賃契約？有無修正後民法第 425 條第 1 項、第 2 項之適用（89 年 5 月 5 日施行）？
2. 台火公司於 90 年 11 月 1 日與太碩公司簽訂合作契約書及霞公司於 90 年 12 月 1 日與太碩公司簽訂增補契約，是否由太碩公司承擔原委託經營合約書之當事人地位？該增補契約是否真正？霞客公司是否同意太碩公司承擔契約？
3. 太碩公司於 91 年 9 月 30 日與上訴人簽訂經營權轉讓同意書之行爲，是否違反公司法第 185 條、第 223 條之規定而無效？

四、案例分析

（一）案例簡介

泰碩公司(原告)與乙○○(被告)爭奪霞客溫泉標的物的占有權，因為雙方對契約的認知不同，原告認定擁有溫泉的租賃權，但乙○○為霞客溫泉最終債權人，要求假扣押霞客溫泉的全部權利，以致原告無法經營使用。在訴訟過程中乙○○認定，原告所提出的契約不足以證明所擁有的租賃權。

在一審中法官判定原告所提供的證據不符合買賣不破租賃之法律關係，因而駁回原告的訴訟。

在二審中，法官依民法第 425 條第一項規定，上訴人所交附件之證據（存簿），足以證明上訴人有租賃權，因而法官判定上訴人勝訴。

在三審中，法官依上訴人所提出之爭議點(相關契約簽訂不符規定，尤有可議)，判定發回台灣高等法院 台中分院重審。

（二）據學理分析案例

本判決中，原告(泰碩公司)為追討被乙申請假執行標的物使用經營權，向法院申請確定租賃契約存在。但是，在最初霞客公司與台火公司所簽訂的契約中，

⁵⁴ 林洲富，《民法-----案例式》，〔台北：五南出版，2007 年 8 月二版一刷〕頁 231-239。

並不完全符合民法上對租賃契約的定義，第一、契約中清楚說明：「霞客公司僅係將經營權委託台火公司經營，並無出租之意思，其契約性質係一獨立之無名契約，兼有委任及合夥之性質。」，第二、契約中也強調：「不得因內容中有「租金」名稱，即認係租賃契約」，第三、因為霞客公司與台火公司間所簽訂之委託經營契約書，沒有訂定自由轉讓之特別約定，所以可以認定讓與行為無效。所以，綜合以上各點，可以確定的這份契約並不屬於租賃性質的契約，很明顯的違反了學理上對租賃契約的定義。

(三) 案例衍生問題

1. 經假扣押之財產，債務人能否繼續使用？

Ans：假扣押係為保全將來之強制執行，故僅止於查封，並不進行拍賣，惟經假扣押之財產，債務人能否繼續使用，茲分就動產、不動產分述如下：

(一) 就動產而言，依強制執行法第五十九條第五項之規定，得許債務人於無損查封物之價值範圍內，使用之。故查封之動產，例如家具、電視機、電冰箱等因耗損甚低，自得許其使用。但如為消耗品，如食品、原料等，性質上自不允許債務人使用。

(二) 就不動產而言，依強制執行法第七十八條之規定處理，若查封之不動產，以債務人為保管人者，債務人仍得為從來之管理或使用。由債務人以外之人保管者，執行法院得許債務人於必要範圍內管理或使用之。

2. 假扣押之財產非債務人所有，所有人如何救濟？

Ans：假扣押應就債務人所有之財產為查封。

強制執行法第 15 條規定：「第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。如債務人亦否認其權利時，得以債務人為被告」此即為第三人異議之訴。而依強制執行法第一百三十六條準用第十五條之結果，所有人於假扣押查封之財產有誤時，亦得提起第三人異議之訴。而且依最高法院之見解認為：假扣押之執行，依強制執行第一百三十六條準用關於動產、不動產執行之規定。故假扣押之執行亦係以查封為開始，而以假扣押之標的脫離假扣押之處置，如將假扣押標的交付執行或撤銷假扣押，其程序方為終結。原判以假扣押查封完畢，認為執程序業已終結，不得提起執行異議之訴，自難謂合(四十四年台上第一三二八號判例)。

因此，所有人只要於假扣押之強制執程序終結前，即假扣押標的交付執行或撤銷假扣押前，均得依法提起第三人異議之訴，以為救濟。

3. 所有人虛設租賃關係以阻擾債權人之強制執行時 債權人應如何救濟？

Ans：按強制執行法第 98 條規定：「拍賣之不動產，買受人自領得執行法院

所發給權利移轉證書之日起，取得該不動產所有權，債權人承受債務人之不動產者亦同。前項不動產原有之地上權、永佃權、地役權、典權及租賃關係隨同移轉。但發生於設定抵押權之後，並對抵押權有影響，經執行法院除去後拍賣者，不在此限。」

五、法律專有名詞解釋

1. **租賃**：出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。
2. **假執行**：依民事訴訟法第 392 條之規定，被告得預供擔保而免為假執行，無庸置疑，惟條文中「假執行程序實施前」之時間點為何？債務人應於何時提供擔保始得免為假執行，實務上曾經討論，依最高法院六十三年十月二十二日、六十三年度第五次民事庭推總會會議討論事項：「債務人於債權人提供擔保，對其財產實施假執行查封後，始於拍賣前依判決提供擔保，請求免為假執行，並予啓封，執行法院應否准許？」嗣經決議採取「否定」之見解，其決議內容為：「民事訴訟法第三百九十二條係規定債務人必須於假執行程序實施前預供擔保，始得免為假執行，茲債務人於債權人提供擔保對其財產實施假執行查封後，始於拍賣前，依判決提供擔保，請求免為假執行，並予啓封，其請求於法不合，應不予准許」。依此決議，原告依判決提供擔保並執行查封後，被告即無從提供擔保而免為執行，然由於被告根本無從知悉原告於何時會提供擔保聲請執行，除非被告於原告提供擔保前即先行提供擔保，否則，一旦原告提供擔保並執行，即屬假執行程序實施「後」，被告即無從免為假執行，雖法律規定被告得提供擔保免為假執行以平衡原告與被告間之權益，但依最高法院上揭決議，對被告而言實較難達到提供擔保即得免為被執行之目的。⁵⁵
3. **請求權**：請求權的消滅時效起算點如為作為之請求權，則自請求權可行使時起算；如為不作為之請求權，則自義務人行為時起算，由於請求權的種類及內容之不同。
4. **擔保**：指甲(原告)對乙(被告)提起告訴，若甲在中華民國沒有住所、事務所或營業所，為避免甲濫行起訴浪費國家資源，所以甲要先擔保或提出資力證明，這樣即使甲落跑(原告捨棄)，他的擔保多少可以貼補訴訟費用。
5. **點交**：可以在取得不動產權利移轉證書後，向法院聲請點交，此時法院就會排履勘期日，履勘若發現已經是空屋就可以直接換鎖進駐；若有人居住實務

⁵⁵ 資料來源：〈什麼是假執行？〉

<http://tw.knowledge.yahoo.com/question/?qid=1205071505152>

上會協調搬遷時間，若仍不搬遷就會強制點交（配合員警，鎖匠，搬家公司把裡面東西清出來後換鎖）。因此點交就是法院會以公權力來協助取得拍定人使用的權利。

6. **抵押權**：債務人爲成立債權，提供不動產爲擔保，並且不移轉占有，屆期不清償，債權人得拍賣債務人不動產取償的物權(民法第 860 條)。因爲抵押權屬於不動產物權，故必須以書面契約訂立，並以登記爲成立要件。
7. **買賣不破租賃原則**：租賃爲債權非物權，依「債之相對性」原則，僅於當事人之間始發生效力，但是法律爲了保護經濟上弱者的承租人，乃規定於租賃期間出租人如將租賃物所有權讓與第三人，則受讓人承受出租人的租賃契約，與承租人發生租賃關係，此爲債權物權化具體表現，**民法第 425 條**第一項規定，即所謂「買賣不破租賃」的規定。

六、法律條文註解

第一審 運用之法條

民法

[第 294 條](#)

債權人得將債權讓與於第三人。但左列債權，不在此限：

- 一、依債權之性質，不得讓與者。
- 二、依當事人之特約，不得讓與者。
- 三、債權禁止扣押者。

前項第二款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人。

[第 295 條](#)

讓與債權時，該債權之擔保及其他從屬之權利，隨同移轉於受讓人。但與讓與人有不可分離之關係者，不在此限。未支付之利息，推定其隨同原本移轉於受讓人。

[第 299 條](#)

債務人於受通知時，所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。

債務人於受通知時，對於讓與人有債權者，如其債權之清償期，先於所讓與之債權或同時屆至者，債務人得對於受讓人主張抵銷。

[第 425 條](#)

出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在。

前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之。

民事訴訟法

第 48 條（能力、法定代理權或為訴訟所必要之允許欠缺之追認）

於能力、法定代理權或為訴訟所必要之允許有欠缺之人所為之訴訟行為，經取得能力之本人、取得法定代理權或允許之人、法定代理人或有允許權人之承認，溯及於行為時發生效力。

第 52 條（法定代理規定之準用）

本法關於法定代理之規定，於法人之代表人、第四十條第三項之代表人或管理人、第四項機關之代表人及依法令得為訴訟上行為之代理人準用之。

第 78 條

訴訟費用，由敗訴之當事人負擔。

公司法

第 185 條

公司為左列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：

一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與或他人經常共同經營之契約。

二、讓與全部或主要部分之營業或財產。

三、受讓他人全部營業或財產，對公司營運有重大影響者。

公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。

前二項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。

第一項行為之要領，應記載於第一百七十二條所定之通知及公告。

第一項之議案，應由有三分之二以上董事出席之董事會，以出席董事過半數之決議提出之。

第 223 條

董事為自己或他人與公司為買賣、借貸或其他法律行為時，由監察人為公司之代表。

強制執行法

第 51 條

查封之效力及於查封物之天然孳息。

實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。

實施查封後，第三人未經執行法院允許，占有查封物或為其他有礙執行效果之行為者，執行法院得依職權或依聲請排除之。

第二審 增用之法條

民法

第 528 條

稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。

第 539 條

受任人使第三人代為處理委任事務者，委任人對於該第三人關於委任事務之履行，有直接請求權。

第 667 條

稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。

前項出資，得為金錢或其他財產權，或以勞務、信用或其他利益代之。

金錢以外之出資，應估定價額為其出資額。未經估定者，以他合夥人之平均出資額視為其出資額。

民事訴訟法

第 45 條

能獨立以法律行為負義務者，有訴訟能力。

第 77-9 條

因租賃權涉訟，其租賃定有期間者，以權利存續期間之租金總額為準；其租金總額超過租賃物之價額者，以租賃物之價額為準；未定期間者，動產以二個月租金之總額為準，不動產以二期租金之總額為準。

第 77-13 條

因財產權而起訴，其訴訟標的之金額或價額在新臺幣十萬元以下部分，徵收一千元；逾十萬元至一百萬元部分，每萬元徵收一百元；逾一百萬元至一千萬元部分，每萬元徵收九十元；逾一千萬元至一億元部分，每萬元徵收八十元；逾一億元至十億元部分，每萬元徵收七十元；逾十億元部分，每萬元徵收六十元；其畸零之數不滿萬元者，以萬元計算。

第 78 條

訴訟費用，由敗訴之當事人負擔。

第 401 條

確定判決，除當事人外，對於訴訟繫屬後為當事人之繼受人者，及為當事人或其繼受人占有請求之標的物者，亦有效力。

對於為他人而為原告或被告者之確定判決，對於該他人亦有效力。

前二項之規定，於假執行之宣告準用之。

第 466-1 條

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第一項但書及第二項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。

上訴人未依第一項、第二項規定委任訴訟代理人，或雖依第二項委任，法院認為不適當者，第二審法院應定期先命補正。逾期未補正亦未依第四百六十六條之二為聲請者，第二審法院應以上訴不合法裁定駁回之。

第三審 增用之法條

民事訴訟法

[第 477 條](#)

第三審法院認上訴為有理由者，就該部分應廢棄原判決。
因違背訴訟程序之規定廢棄原判決者，其違背之訴訟程序部分，視為亦經廢棄。

七、結論

此案件乃霞客公司與台火公司簽委託經營合約書，而台火公司又與太碩公司簽合作契約書，霞客公司又跟太碩公司簽訂增補契約書，太碩公司又將合約全力轉讓予泰碩公司，後來因霞客公司的債權問題而衍生出一堆問題。

雖原告泰碩公司在第一審敗訴，是沒有有利的證據可說明擁有標的物之權利，但在第二審上訴中，勝訴，其主因是依「買賣不破租賃原則」，上訴人持有付與霞客公司的租金證明，表示有租賃的權利。但被告在敗訴後，重新上訴第三審時，提出有關泰碩公司（在第三審中為被上訴人）的契約應屬無效之意見，法官在三審判定發回台灣高等法院台中分院重審。

在這案件中，我們可以學到只要有雙方的認知不同，可能就會造成不同結果，像租賃權、經營權的不同，就會造成雙方重大的誤會，尤其原告、被告及兩造雙方的人證、物證所影響範圍很大，所以必須嚴加思慮。而雙方需要簽訂委託經營以及簽訂延長契約時，也要把契約明訂清楚，更要弄懂簽訂人是否有這個權利能做此決定，可避免以後的法律糾紛，否則，到時候對簿公堂所付出的成本就難以估計了。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

離婚子女監護及其法院判決書之 案例教學

撰稿人：明新科技大學周世珍博士

壹、前言

近年來，隨著教育普及、個人自由意識與婦女經濟能力之提升，世界各國的離婚法制不再囿於傳統的道德觀念，要求維持強制之夫妻結合關係；而引進「離婚破綻」主義，承認婚姻一旦有破綻時，不必勉為維持徒具形骸之婚姻關係，所關心者乃婚姻中弱者之保護，及未成年子女最佳利益之考量。因此我國民法除以第一〇五二條第二項但書規定：「其(離婚)事由應由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚。」引進消極破綻」主義外；更於民國八十五年修正離婚後對於未成年子女親權行使之規定，引進「子女最佳利益考量」理念；使我國的離婚法制能兼顧社會對婚姻自由的要求以及離婚後對未成年子女的保護。

本章主要是討論離婚後子女監護的法律問題，其範圍包括子女監護、親權、會面交往之意義，離婚後對於未成年子女權利義務行使或負擔之方式、何謂「子女最佳利益」、如何決定「子女最佳利益」等。

貳、學理分析

一、離婚子女監護之意義

依民法之規定，父母有保護教養其未成年子女之權利義務（民 1084 II），學者通說此乃親權；親權之內容，學者認為可分為身心監護與財產監護。而關於監護權，有廣義與狹義之分；狹義的監護權，係指親權中的身心監護而言；廣義的監護，則包括身心監護及財產監護在內，與親權之概念一致。通說採後說，即親權為權利之本體，監護權則為由親權所生之作用⁵⁶，以協議或判決定監護權由何人任之後，不須再定親權由何人任之⁵⁷。

夫妻離婚後事實上不可能再共同住居，對於未成年子女的保護教養也很難共同為之，因此必須以協議或判決定監護權由何方任之，這就是本文所謂離婚子女監護之意義。

二、離婚後親權之內涵⁵⁸

（一）民法所規範之親權內涵

依民法之規定，父母有保護教養其未成年子女之權利義務（民 1084 II），父母並為未成年子女之法定代理人（民 1086），此乃親權內涵之基本規範。學者通說將父母之親權內涵分為身體照護及財產照護。

⁵⁶ 黃宗樂，《親子法之研究》，〔台北：作者自版，1980年3月初版〕，頁314。氏認為：使親權與監護權分立，於子女之利益無補，因此於監護協定或酌定外，無須更有親權協定或酌定。

⁵⁷ 高鳳仙，《親屬法理論與實務》，〔台北：五南出版，2002年9月增訂三版一刷〕，頁215。

⁵⁸ 本節大部分參考施慧玲，《家庭法律社會學論文集》，〔台北：元照出版，2004年9月初版一刷〕，頁226-235之見解。

首先，關於身體照護之權利義務包括：

1. 居住所指定（民 1060、民 1084）；
2. 保護教養必要範圍內之懲戒（民 1085）；
3. 身分行爲之同意及代理，包括法定代理人對於未成年子女訂婚（民 974）、結婚（民 981）、兩願離婚（民 1049）、滿七歲未成年人出養與終止出養（民 1079 III、1080 III）等之同意與其他因保護教養所衍生之身上事項的決定或同意，如轉學休學、醫療手術等，以及未滿七歲之子女被收養之代理（民 794）；
4. 子女交還請求權（民 1060、1084 之當然解釋）。

其次，關於財產照護之權利義務，又可分爲：

1. 未成年子女夫妻財產契約之訂立、變更或廢止之同意（民 1006），對於未成年子女之營業允許（包括子女爲他人所雇用）及撤銷或限制（民 85）；
2. 未成年子女特有財產之管理、用益、處分（民 1088）。

另外，因親權人通常爲未成年子女之法定代理人，所以父母就子女之侵權行爲應依法負擔損害賠償責任（民 187 I），除非其能證明「監督並未疏懈，或縱加以相當之監督，而仍不免發生損害」（民 187 II）。

（二）因離婚而產生之親權內涵

依民國八十五年九月二十五日所增修之民法第一〇五五條之規定，因離婚而生之親權包括：

1. 爲子女最佳利益，就離婚後親權行使內涵與方法爲協議；
2. 請求法院酌定或改定離婚後親權之行使內涵與方法；
3. 未行使親權之一方監督他方行使親權，並爲子女利益重新協議或請求法院改定親權行使；
4. 未行使親權之一方有請求與子女會面交往之權，但行使親權之一方有爲維護子女權益而請求變更（包括終止）會面交往之權；
5. 離婚後父母應時時爲維護其未成年子女之權益而共同或各自行使負擔權利義務。

綜上所述

關於離婚後子女監護的內涵，大抵可分爲離婚前民法所規範的親權、特別法所規範以「親職」爲重點的親權與民法所規範因離婚而產生的子女權利義務之行使負擔及會面交往權。

三、離婚後親權行使之態樣與決定⁵⁹

(一) 現行民法規範之離婚後親權行使之態樣

父母離婚後親權行使之態樣，不論是父母約定或法院裁判，依民法第一〇五五條第四項：「前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法」。

參照比較法上之規定，可能包括下列態樣：

1. 父母共同行使：在共同行使之情形，父母可能為子女之利益而繼續同居，維持婚姻關係存續中之親子關係，但事實上能做如此安排者應屬少數。絕大多數離婚後共同行使親權之父母，應是透過協議或由法院裁判，可原則上由一方負責日常照護，但重大事項則須由雙方共同決定（如：特定身分行為之代理權及同意權、轉學、重大醫療行為等），或可就日常照護指定特定期間由父母分別行使親權（如：分別工作日與例假日、上學日與寒暑假等），此與親權內容之分配行使類似，但在共同行使之情形，較著重父母之合作意願與協議機動性。

2. 親權內容分配行使：就親權內容之分配行使而言，可能將權利及義務內涵分為兩部分由父母分別行使或負擔（如：分別身心監護與法律監護、身體照護與財產照護等），亦可由一方行使親權但由他方優先行使特殊事項之決定權。

3. 父或母單獨行使：在父或母單獨行使親權之情形，他方即可依法享有探視權（會面交往權）。

4. 手足分離行使：在子女有二人以上之情形時，則可參考上述之各種形式，將手足分別由父或母行使親權之全部或一部。

(二) 離婚後親權行使之決定

就上述之各種行使負擔權利義務之方式，民法原則上鼓勵離婚父母自行協議，但為維護未成年子女之權益，協議當事人、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人與法院均不受該協議效力之拘束，法院得隨時依請求或依職權酌定或改定之。縱使如此，法院裁判後行使親權者還是離婚父母，因此即使經過法院之介入，父母離婚後若能在友善且有共識的關係下行使親權，必較能符合子女之利益，因此法院在處理離婚後親權事件之爭訟上，應時時試行和解或使當事人達成協議。

法院在審理離婚後親權行使案件時，且應依民事訴訟法、非訟事件法、或家事事件處理辦法之規定，在適當之時聽取主管機關及社會福利機構相關人員、少年調查機關或其他專家之意見與未成年子女之意見，並就具體重要事項，指定福利機關機構作成訪視、觀察、事實調查或社工建議報告。法官若有採納專家意見或上述報告之訪視觀察結果或建議者，應在裁判書中敘明，以利當事人與社會大眾了解法律之實質內涵。

⁵⁹ 施慧玲，《家庭法律社會學論文集》，〔台北：元照出版，2004年9月初版一刷〕，頁236-241。

參、問題意識

*何謂「子女最佳利益」？

(一) 現行法關於子女最佳利益之規定

依我國民法第一〇五五條之一規定，法院為關於離婚後親權行使事件之裁判時，「應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告，尤應注意左列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」。

民法就考慮上述該等事項時，衡量何為「子女最佳利益」之原則或內涵，並未作規定。其他法律中有明文補充規定者為家庭暴力防治法第四十三條：「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人時，對已發生家庭暴力者，推定由加害人行使或負擔權利義務不利於該子女」，以及第四十四條：「法院依法為未成年子女酌定或改定權利義務之行使或負擔之人或會面交往之裁判後，發生家庭暴力者，法院得依被害人、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求為子女之最佳利益改定之」。而家事事件處理辦法第十四條除重申法院應切實考量子女之最佳利益外，且規定：「其子女為滿七歲以上之未成年人，且無礙難情形或有害其健康之情形者，應聽取其意見」。

民國九十五年一月十七日司法院修正發布之家事事件處理辦法第十四條第一項即規定：「法院就民事訴訟法第五百七十二條之一及非訟事件法第一百二十二條、第一百二十七條事件為裁判時，應審酌民法第一千零五十五條之一所定一切情狀，參考主管機關、社會福利機構或少年調查官之意見及調查報告，切實考量子女之最佳利益。…」

(二) 比較法上關於「子女最佳利益」之原則：⁶⁰

1. 共同監護原則：推定離婚父母共同行使親權對子女最有利；
2. 幼年原則：年幼子女較適合由母親照護；
3. 維持現狀原則與主要照顧者原則：由過去至現在主要照顧子女之父或母繼續行使親權較有利於子女；
4. 友善父母原則：對他方父母較友善且願意維護子女與他方父母之親子關係者較適合行使親權；
5. 心理上父母原則：由子女心理上所依附且偏好之父或母行使親權較有利於子女；

⁶⁰施慧玲，《家庭法律社會學論文集》，〔台北：元照出版，2004年9月初版一刷〕，頁243。

6. 尊重子女性向與意願原則：智識較成熟子女之意願與性向應受尊重；
7. 手足不分離原則：兄弟姊妹由同一親權人爲身體照護較佳；
8. 同性別親權人較優原則：青春期之子女較適合由同性別之父母照護；

以及其他較次要之考量因素，包括：

1. 父母之品德：父母之行爲有害子女之道德教養者較不適行使親權；
2. 經濟能力：經濟狀況明顯較佳者有利於子女之物質生活（較能善盡生活保持義務）。

*如何決定「子女最佳利益」？

(一)我國實務上關於「子女最佳利益」之衡量準據⁶¹

我國實務上適用民法第一〇五五條之一各款，對於「子女最佳利益」之衡量準據，依新法施行後相關判決歸納所得：

1. 就子女之年齡、性別、人數及健康情形而言，法院曾採用之原則爲：「子女年幼需要母親看護養育」、「青少年子女較適合由同性別之父母教養」等。
2. 就子女之意願及人格發展之需要而言，法院曾採用之原則爲：「子女願與父／母同住」、「避免環境改變造成兒童生活重新適應」等。
3. 就父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況而言，法院曾採用之原則爲：「固定工作及收入、經濟能力較佳者爲優」、「有暴力傾向／通姦或其他離婚歸責事由之父母不適行使親權」、「昔日未善盡親職之父母不適行使親權」、「對子女人格有不當影響之虞之父母（再婚、入獄）不適行使親權」。
4. 就父母保護教養子女之意願及態度而言，法院曾採用之原則爲：「父／母表示（強烈）意願」、「祖父母或其他家人可提供協助」。
5. 就父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況而言，法院曾採用之原則爲：「親子關係佳」、「不應拆散手足之情」。

肆、案例研究

一、案例簡介

乙夫甲妻分別於台灣士林地方法院提出本訴與反訴，請求判決准兩造離婚，並將兩造所生之子交付己方監護。

二、據學理分析案例

(一)一審(台灣士林地方法院八十九年度婚字第四三九號民事判決)：

1. 本訴部分

⁶¹ 施慧玲，《家庭法律社會學論文集》，〔台北：元照出版，2004年9月初版一刷〕，頁244-245。

法院認為：原告(夫乙)指摘被告(妻甲)誣告、惡意遺棄、詐欺，並進而執此為不堪同居之虐待之因，且作為無法維持婚姻之重大事由而請求離婚，均無理由。復按：有民法第一千零五十二條第一項各款規定之事由以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方固得請求離婚；惟其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，此於民法第一千零五十二條第二項定有明文。本件兩造確已發生數案司法訟爭，固可認已有重大之事由而難以維持婚姻；然觀諸訴訟事實起因，實應可歸責於原告(夫乙)一方。參照上開條項但書規定，原告自不得依據該條項前段之規定訴請裁判離婚。其離婚之請求既經駁回，則原告基於民法第一千零五十五條之規定，請求法院為未成年子女酌定行使負擔權利義務之人，亦無理由，應併予駁回。

2.反訴部分

法院認為：反訴原告(妻甲)指摘反訴被告(夫乙)未履行同居義務、為女性友人以配偶名義辦理健身中心會員卡，有疑似外遇行徑、為長子親權行使乙事強制反訴原告受傷，均屬有據；且此等事件已造成夫妻間之不信任，兩造復因反訴被告變更股票名義乙案而訟爭不休。足認兩造間確有重大之事由而難以維持婚姻；且前開事由並非可歸責於反訴原告一方，原告執此依民法第一千零五十二條第二項之規定，請求判決與反訴被告離婚，於法洵屬有據，應予准許。

惟反訴原告(妻甲)請求擔任未成年子女張 OO 監護人一節，法院認為：決定子女權利義務之行使、負擔，應以子女最佳利益為原則，其考量之方向應包括：子女之年齡、性別、人數及健康情形、子女之意願及人格發展之需要，父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況、父母教養子女之意願及態度，父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況等事項綜合判斷，此於民法第一千零五十五條之一各款規定甚明；經法院函請台北市政府社會局進行監護權歸屬之訪視結果：認案主即兩造長子張 OO 與案父即反訴被告間有極深之依賴，與案祖母即反訴被告之母關係親密，目前與案父即反訴被告同住，在案父之母照顧下，案主身體健康、生活狀況均稱穩定；案父所提出之教育及日常照顧計劃均合理可行，親職觀念尚稱正確，且親友支持系統功能頗佳，每月收入約十二萬元，經濟狀況穩定，居住環境亦佳；案主復明確表示與反訴被告同住之意願；至於案母即反訴原告雖有固定工作及收入，親友支持功能不錯，對案主亦有相當之教養計畫；惟目前居住環境安全性需較留意；且與案主互動疏離，案主並排斥與案母建立親密互動關係，案母在情緒處理上缺乏適當之管道，甚且曾出現自傷情形；因此評估案父即反訴被告為案主較適當之監護人等情，雖前開訪視報告亦稱：案主對案母之負面情緒極深，並對過去經驗陳述歷歷，依兒童身心發展狀況評估，案主行為明顯早熟等語，是反訴原告主張：兩造之子張 OO 已因大人言語影響而有偏差之觀念等語，即非無可能。惟參酌兩造之均有扶養意願、各人之經濟穩定性、所得提供子女客觀之成長環境及教養觀念、兩造間自我情緒控制能力、目前與兩造長子相處之感情親密及依賴程度，以及子女之性別、年齡及人格發展需要各節，為子女之最大利益計，認以並反訴被告應為較適當之監護人。則

反訴原告請求由其行使及負擔對於張 OO 之權利義務，尙未能准許。乃依職權酌定兩造所生之子張 OO 之權利義務之行使及負擔由反訴被告任之。

至於兩造所生長子與反訴原告親情疏離之缺失，法院爰依民法第一千零五十五條第五項前段：「法院得依請求或依職權，爲未行使或負擔權利義務之一方，酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間」之規定，以職權酌定反訴原告與張 OO 之會面交往方式及時間，以資補救；由此應可維繫反訴原告與其子張 OO 之親情交流。

(二)二審(台灣高等法院九十年度家上字第二三〇號民事判決)：

甲、乙均上訴於台灣高等法院，二審法院維持一審法院判決，駁回兩造上訴。惟補充理由如下：

1.離婚部份

有民法第一千零五十二條第一項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚，但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，民法第一千零五十二條第二項定有明文，此規定之旨趣在使夫妻請求裁判離婚之事由較富彈性，故若婚姻之破裂事由應由夫妻一方負責者，僅他方得請求離婚，惟當夫妻雙方均有責時，僅准責任較輕之一方請求離婚，若雙方之有責程度相同，則應許雙方均得請求離婚，始符公平，最高法院九十年度台上字第二一九三、二二一五號判決可供參照。承上所陳，本件兩造間婚姻之嫌隙，肇始於乙○○翻悔原議及讓女性友人任 OO 申辦配偶卡，未積極與甲○○溝通及澄清，其後復爲移轉股票、強暴行爲，致兩造訟爭不休，於法庭上互相指責仇視，可認爲有重大之事由而難以維持，且雙方婚姻之破裂可歸責於乙○○一方。故依上開說明，乙○○尙不得依民法第一千零五十二條第二項規定訴請判決離婚；另無責之甲○○依同項規定訴請判決離婚，洵屬正當，應予准許。

2.對於未成年子女權利義務之行使及負擔部份

本件甲○○依民法第一千零五十二條第二項規定訴請判決離婚，爲有理由，而兩造婚後所生之子張 OO 尙未成年，雙方離婚後由何人行使未成年子女之權利義務未能達成協議，故法院應依甲○○之請求予以酌定張 OO 由何人監護。經查：

未成年子女之意願：

兩造所生未成年之子張 OO 現年僅五歲餘，尙未屆滿六歲，於臺北市政府社會局人員進行討視時，明確表示想與父親乙○○同住之意願。

親子關係：

兩造之子張○○與乙○○間親子關係親密，互動良好，目前張○○與乙○○同住，在祖母即乙○○之母照顧下身體健康、生活狀況均穩定，有臺北市政府社會局監護權調查報告書及雙方相處照片可參；且張○○至本院時提及：「奶奶教寫字及功課，爸爸(乙○○)會教我組合機器人，喜歡爸爸、奶奶、爺爺」等語。又張○○自出生後至三歲半前均與母親甲○○共同生活，因近一年來兩造分居，致張○○與母甲○○間互動較少，故於臺北市政府社會局人員訪視時認爲雙方親

密關係薄弱，張○○對於甲○○存有許多負面的情感，明顯抗拒與甲○○間有較親密的互動，有上開調查報告書可足憑；惟其後經甲○○聲請假處分，於法院裁定後得以與張○○固定會面探視，增加互動之機會，此有甲○○與張○○近來相處之照片可觀，而張○○至本院時訊問不願回答問題時，係由甲○○以說故事方式誘導張○○回答問題，可堪認定張○○與甲○○間之互動情形現已改善良好。

親職能力及照顧計畫：

觀察兩造提出之照顧計畫，可知：雙方對於張○○之個性及人格特質均有相當了解，各自擬具之照顧計畫亦均從保護張○○之觀點出發，其內親職觀念均正確及合理可行。然查甲○○對於自己的情緒處理不甚恰當，曾用刀片割手腕，藉著肉體的痛提醒自己記得遭遇到的傷痛，此種自傷的舉動，若無適當資源介入協助，是一個潛在的危機，若無法透過正常的管道紓解情緒及壓力，極有可能會有情緒化及歇斯底里的現象，此點會影響甲○○與張維哲間的互動關係，故社工人員建議甲○○應該接受適當諮商治療等情，亦有上開調查報告書可稽。

經濟環境：

查乙○○以前於博文廣告股份有限公司擔任媒體部總監一職，八十九年一月至十二月之年收入為一百二十八萬三千元，九十年一月至十一月之收入總計一百零三萬一千元，即月薪約在十萬元之列，其後與人合夥成立泛斯特整合行銷廣告有限公司，預估公司之年度營業額為八千萬元等情，業據乙○○陳明，並有員工難職證明書一份及八十八、八十九年度之各類所得扣繳暨免扣繳憑單二紙為證。另甲○○自八十九年一月三日起任職於原匯廣告事業股份有限公司，月薪約五萬元，另可依個案銷售成數發給獎金，且公司同意其彈性調整上班時間，自八十九年十二月至九十年十一月止之收入總計為五十六萬三千八百二十二元之情，亦據甲○○提出在職證明書、各類所得扣繳暨免扣繳憑單各一份可參。堪認：本件兩造均有固定職業，收入亦穩定，均足提供張維哲基本之經濟環境。

支持系統：

3.會面交往部分

兩造離婚後，為彌補未成年子女張○○與母親甲○○未能共同生活之缺失，爰依民法第一千零五十五條第五項前段：「法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方，酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間」之規定，參酌兩造之會面探視建議，尊重會面探視權人甲○○之意見，本院以職權酌定二人之會面交往及同住之時間、方法，俾張○○與甲○○母子間仍得維繫親密之親子關係。

(三)三審(最高法院九十一年度台上字第一一〇二號民事裁定)：

乙以第二審判決違背法令為由，對第二審判決提起上訴；惟核其上訴理由狀所載內容，並非表明該部分判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，最高法院認為：難認其已合法表明上訴理由，其上訴為

不合法。以裁定駁回。

三、案例衍生的問題

(一)、離婚事由歸責是否會影響對於子女監護權的取得？

本件案例一、二審法院雖然認為乙(夫)是離婚事由應歸責一方，仍然綜合考量各種因素，以子女最大利益決定由乙行使負擔對於未成年子女的權利義務。

(二)、會面交往是未行使負擔對於未成年子女權利義務一方的權利？

本件案例一審法院係基於維繫母子間之親情交流，依職權酌定會面交往之方式與時間。而二審法院則謂：「為彌補未成年子女未能與母親共同生活之缺失，……參酌兩造之會面探視建議，尊重會面探視權人甲之意見，本院以職權酌定二人之會面交往……。」似乎肯認「會面交往」除考量子女最佳利益外，也是未行使負擔對於未成年子女權利義務一方的權利，因此必須尊重其意見而定會面交往之方式與時間，不能逕依法院之職權酌定。

伍、專有名詞解釋

一、子女監護：

民法在民國八十五年修正前，規定兩願離婚後，關於子女之監護，由夫任之，但另有約定者，從其約定（民法§1051）；在判決離婚，除適用上述規定外，法院得為子女之利益，酌定監護人（民法§1055）。此之監護，其涵義如何？學者通說謂包括身上監護、財產上監護及子女之代理權在內，即與親權之概念相一致⁶²。

離婚後，子女由父母之一方任監護時，他方之監護權（親權）僅於此範圍內被停止而已（並非喪失）；如任監護之一方死亡，則他方之監護權（親權）自因而回復⁶³。

民法在民國八十五年修正，對於離婚後子女之監護，規定於第 1055 條、第 1055-1 條及第 1055-2 條，並將「子女之監護」改稱「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」；有學者認為：此條文將國人習用之「監護」用詞，以「權利義務之行使或負擔」取代，不僅造成文字敘述及語言表達上之困難，且徒增觀念上的混淆⁶⁴。

二、親權：

⁶² 戴炎輝，戴東雄合著，《中國親屬法》，〔台北：作者自版，2001年5月初版新修訂二刷〕，頁306-307。

⁶³ 62年台上字1398號判決、69年台上字675號判決、69年台上字376號判決。

⁶⁴ 高鳳仙，《親屬法理論與實務》，〔台北：五南出版，2002年9月增訂三版一刷〕，頁222。

「親權」在人類感性上的理解，始於父母養育子女的天性。依循自然法則與動物本能，生養者擁有支配下一代之「權力」的必要性與必然性；現代法律在親子關係的規範上，仍依循自然法則保障生養者為親的「權利」，並於法律上推定父母的善意(good will)，且依循放任主義與家庭自治的法制原則，親權僅在發生濫用情形時始例外設有停止或限制其行使之機制。因此，在自由放任主義的法律價值體系中，親權的權利本質乃偏向父母支配子女的「權力」，子女個人權益的實現與維護，完全依賴父母的善意。⁶⁵

一九九五年「聯合國兒童權利宣言」與一九八九年「聯合國兒童權利公約」的簽署，兒童的法律主體(legal subject)地位受到國際人權法的肯認，以兒童人權為本位的親子關係遂成為國際共識。兒童權利公約第十八條規定：「簽約國應竭力使養育兒童乃父母共同責任之原則獲得認同。父母應對兒童之養育負主要責任，其基本關懷乃是子女之最佳利益(best interest of the child)。」質言之，現代法中之親權應是父母為養育子女而擁有的權利，因此親權之行使必須由子女的需求出發(needs-oriented)，而行使的結果也必須符合子女的最佳利益。⁶⁶

三、親職：

有鑒於兒童人權法的發展，英國學者 John Eekelaar 曾經將親權之本質定義為「duty-right(負擔義務的權利)」，從而子女僅在父母善盡保護教養的義務時方有服從親權之相對義務。英國兒童法(Children Act)更在一九八九年以「親職」(parental responsibility)取代親權，明定法律乃為協助父母善盡教養子女之親職而賦予為親者之權利與義務(parental rights and duties)。於是，親職成為親權的法律上位概念；親權不再是父母本身所享有的固有權利，其權源乃在於親職。因此即使承認親權是一種憲法所保障先於國家而存在的「原權」(Urrecht)或「自然權」(natural right)，該權利的本質並非賦予父母對於子女的支配權力，而應是確立親權人保護教養未成年子女的義務與職責。也就是說，當代法律保護親權的目的主要在於維護核心家庭保護教養未成年子女的功能，而父母行使親權應以實踐子女最佳利益為目的。⁶⁷

四、子女最佳利益：

十九世紀末以降，隨著男女平等原則的法制化，離婚後親權行使之決定標準，亦由父權優先原則，發展至兼顧母權的有責排除原則（離婚無責之母可排除有責之父）與幼年原則（年幼之子女由母照護為佳）。在一九八九年各國簽署聯合國兒童權利公約（UN Convention on the Rights of the Child 1989）後，該公約所揭示之「兒童（子女）最佳利益原則（the best interests of the child principle）」遂成為各親子法所恪遵之最高立法原則。

⁶⁵ 施慧玲，《家庭法律社會學論文集》，〔台北：元照出版，2004年9月初版一刷〕，頁265-266。

⁶⁶ 施慧玲，《家庭法律社會學論文集》，〔台北：元照出版，2004年9月初版一刷〕，頁270。

⁶⁷ 施慧玲，《家庭法律社會學論文集》，〔台北：元照出版，2004年9月初版一刷〕，頁270。

我國於民國八十二年二月五日修正公布的兒童福利法中，增列第四條規定：「各級政府及公私立兒童福利機構處理兒童相關事務時，應以兒童之最佳利益為優先考慮」，第二十四條第一項亦訓示：「法院認可兒童收養事件，應考慮兒童之最佳利益」。九十二年制定之兒童及少年福利法第五條、第十四條第一項則分別就該二法文之規範效果擴及少年。八十五年民法親屬編有關父母離婚後親權行使相關條文之修正，首次將「子女最佳利益」引進普通法（身分關係基本法）之規範中，作為法院之裁判依據原則。

五、會面交往：

「會面交往」指夫妻離婚後，未任監護之一方與其子女為個人的會面通信或其他接觸⁶⁸。有學者認為此即為國人慣用的「探視」⁶⁹。蓋父母雙方之愛情對於子女人格之健全形成誠屬必要，「會面交往」正是保障父母愛情及親子關係最後之羈絆；適當的會面交往，多少或可彌補子女因父母離婚所招致的不幸。故民國八十五年修正前民法雖然對於「會面交往」無明文規定，學者仍然主張應為肯定之解釋⁷⁰。

民國八十五年民法修正後，新增第一〇五五條第五項「會面交往」之規定，學者認為：此乃屬於人身親權之一部，但獨立於親權而並存。同時由未行使親權之父或母行使此「會面權」，但必須符合子女利益，如「會面權」之行使，有危害子女之虞時，法院得限制或剝奪之。⁷¹

玖、結論

離婚後之親權，依民國八十五年修正後第一〇五五條之規定，與婚姻關係存續中之親權(民 1089)，同以「對於未成年子女之權利義務」作為法律概念，但離婚後父母不同居已成為常態，對於親權之行使亦將不同於婚姻存續中之情形，因此亦影響父母所行使負擔之權利義務內涵。更進一步應注意的是，現代親權之內涵已漸偏重為人父母者之義務與職責，而行使親權之目的亦須以維護子女最佳利益為依歸。故離婚後親權之行使，無論由父母協議或法院裁判，皆應就父母共同或分別所得或所應行使或負擔之權利或義務的具體內涵，與相關之方法時間地點

⁶⁸ 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭著，《民法親屬新論》，〔台北：三民出版，2007年10月修訂六版一刷〕，頁248。

⁶⁹ 高鳳仙，《親屬法理論與實務》，〔台北：五南出版，2002年9月三版一刷〕，頁222。

⁷⁰ 陳棋炎，黃宗樂，郭振恭著，《民法親屬新論》，〔台北：三民出版，2007年10月修訂六版一刷〕，頁248。

⁷¹ 戴炎輝，戴東雄合著，《中國親屬法》，〔台北：作者自版，2001年5月初版新修訂二刷〕，頁314-321。

等作明白清楚的指定，以避免日後徒增爭議或有怠惰親職之情形，而影響子女權益。

又，父母離婚事由應歸責何方，與由何方擔任離婚後未成年子女之監護人，其間並無必然關係；監護之適任性，必須以子女為獨立之權利主體，考量其最佳利益而定。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

妨礙性自主及其法院判決書之案例教學

撰稿人：建國科技大學華中興副教授

妨礙性自主（性侵害）案例教學

（建國科技大學通識教育中心華中興副教授）

一、前言

當文明愈進步，個人權益應更被尊重與保護，性自主權屬於憲法第二十二條所規定的其他基本權，賦予人民一般自由的規定，其中有一相當重要的即是人格自主權，係基於個人自由意志所形成之自主行為的自由，包括「自主決定是否要以及與何人發生性行為」之性行為之自由⁷²，也就是一般所稱的性自主權。

妨害性自主廣義的說包括了性侵（強制性交罪）與性騷擾（猥褻罪），因有關性騷擾的問題一般多有介紹，故本章僅藉由法院判例專論性侵的法律問題。主要教學目標是透過案例學習認識什麼是妨害性自主的立法目的與法條、法律定罪的思維（犯罪成立的法理要件）、有罪認定的實務攻防、及法律保護與刑罰。

我國有關保護個人的性自主意識、善良風俗及社會倫理的法益分別規定於刑法第十六章及第十七章；於八十八年四月刑法修正將「性侵害」視為對他人性自主權的侵犯，以「妨害性自主」罪章取代原來的「妨害風化」罪章。「妨害性自主」罪章與性侵害犯罪防治法所稱「性侵害犯罪」，係指觸犯刑法第十六章妨害性自主罪之 221 條至第 227 條、第 228 條、第 229 條、第 332 條第 2 項第 2 款、第 334 條第 2 款、第 348 條第 2 項第 1 款及其特別法「性侵害犯罪防治法」之罪。

修法最大的重點有三：（一）凡只要是違反對方意願的性行為就構成所謂的「強制性交罪」；（二）將以往法律所規定：必須至「致使不能抗拒」的程度放寬解釋；新法的認定是只要違反對方意願就成立。因此不論是男女朋友，或夫妻間，只要是以強制手段，違反對方意願，就可能構成強制性交罪。（三）強制治療處分的處分時間，修正前是以三年為最高期限，修改後為「至其再犯危險顯著降低為止」。可見現法較過往嚴格許多。

二、法律思維：「妨害性自主」罪之成立要件：凡以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反對方意願之方法而對之為性交者。故是否犯罪的思考邏輯如下：

- 有無合於犯罪要件？
- 有罪之事實認定？
- 有無因果關係？
- 有無犯罪問題？
- 有無至生損害？

大前提：確定犯罪概念之定義及成立要件—刑法第十六章妨害性自主罪之 221 條至第 227 條、第 228 條、第 229 條、第 332 條第 2 項第 2

⁷²司法院大法官釋字 554 號解釋，另參見李惠宗，中華民國憲法概要，元照出版公司，2001 年。頁 144。

款、第 334 條第 2 款、第 348 條第 2 項第 1 款及其特別法「性侵害犯罪防治法」之規定。

小前提：就人、事、時、地、物、證據有無犯罪事實？

結論：依法論處犯罪，「從舊從輕」原則，適用修正前之刑法規定。

三、 案例分析：(掌握人、事、時、地、物)

(一) 案例簡介⁷³

李瑟與已滿十九歲之女子阿桃（尙於某高職夜間部進修）同為某合纖公司之同事，於九十一年二月除夕日之晨，阿桃上完大夜班後，至該公司空調間內休息，李瑟認有機可趁遂尾隨進入，假藉與阿桃聊天，故意談及自慰及性高潮話題挑逗，順勢撫摸阿桃臂部及親吻嘴唇，嗣後，以手撫摸，阿桃一再掙扎反抗，李瑟不予置理，又以舌、手指接續強行侵入阿桃之私處，致其陰道破裂流血；當李瑟欲再接再續以性器官侵入之際，遭阿桃喝必將此事告知李瑟之配偶（亦為公司同事），李瑟始倖然作罷。阿桃返家後，即將上情告知家人，並至醫院驗傷後向當地警察分局報案。警察分局依偵訊紀錄報請臺灣桃園地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

(二) 學理分析

1. 何謂「妨害性自主罪法」？

妨害性自主罪：依照刑法第二百二十一條對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上，十年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。

2. 何謂「觸犯妨害性自主罪之強制治療處分」？

依刑法第九十一條之一，有關犯罪徒刑執行期滿前經鑑定評估被告有施以治療之必要，應於刑之執行期滿前，令入相當處所施以治療至治癒為止。

3. 觸犯妨害性自主罪之被害人，可以請求加害人提供民事侵權賠償嗎？若被害人也有過失時，又如何賠償？

被害人可以請求加害人提供民事侵權賠償，依民法第二百一十七條第一項規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」，是就損害之發生或擴大，被害人若具有過失，復與加害人之過失為共同原因，且被害人之過失與損害之發生或擴大具有相當因果關係。倘不具該等要件，則難以認定被害人與有過失。

本案原告遭被告發生性侵害行為，係被告主動為之；原告僅係與被告為同時在公司上班，再一起僅基於職務上之行為；而被告一開始即故意侵

⁷³ 根據「妨害性自主罪法」必須保護當事人之隱私，故本文皆為化名，且將內情發展稍作簡化，使同學較易學習。

犯原告，原告即已表明不同意之明確意思，原告並無任何促使被告性侵害之發生或擴大之行爲舉止，故難以認定原告有任何過失可言。

(三) 案例衍生的問題

1. 法律的思考方式：

(1) 先程序後實體

(2) 大前提→小前提→結論。

強制性交要刑罰，某甲構成強制性交，所以某甲要刑罰！)『大膽刁民，該當何罪？』該當二字就是構成要件該當性，白話就是有沒有符合罪犯之要件。

2. 討論從「致使不能抗拒」到「違反其意願」之構成要件

3. 討論法官如何採信證言？現實上「具結與三人成虎」基本原則：

(1) 看他們說的和常理是否相符？

(2) 若是敢騙我，法律就會懲罰你(偽證罪之設立)？

(3) 用科學儀器鑑定。

(4) 所有的證據是否能兜在一起？

4. 測謊之證據能力如何？

5. 何謂性交？性交與猥褻如何區別？(參刑法第 10 條立法解釋)

6. 性交與強制性交之一字之差，如何認定？

7. 是否只要是女方提起告訴，通常就容易入罪？

8. 告訴人(被害人)、證人之供述前後不一致時，其證據力如何？證言錯誤時對被告是否公平？

延伸討論問題：

(1) 當我們不要求被害人在受暴時，能夠完整記憶施暴過程的同時，又如何能將其不完整之供述採爲證據？

(2) 當證據只有一點點時…是要放了被告？還是管他三七二十一照樣判罪？

【一般有犯罪嫌疑(相當理由，約 30%—50%)就可以起訴，但是一定要達到合理確信(百分之 80 以上)才可以判罪。】

四、 法律專有名詞解釋

「妨害性自主」(性侵害)的定義：凡是違反個人意願的性交行爲及利用個人從事色情表演、拍 A 片或裸照，即爲個人性侵害。性侵害已侵害到個人的生命權、自由權、及性自主權。

妨害性自主種類：強制性交行爲、性騷擾、猥褻、調戲等。

強制性交行爲：包括以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行爲，或以性器之外的其他身體部位，或身體以外的器物進入他人之性器、身體或腔門之行爲；即包括肛交、口交、手指插入、異物插入及性器接觸等性行爲。

猥褻：性侵犯的行爲，如摸胸、大腿、臀部，強吻，貼身、裸露陽具等。

調戲：不正當的言語動作，欲挑引對方性慾，包括黃色言語、色情圖片等。

強制治療：係屬拘束人身自由之保安處分，目的在消滅犯罪行為人之危險性，保障公共安全。保安處分又分感化教育（未成年犯罪）及監護處分（精神狀態障礙或缺陷，以予治療及預防危害），九十四年增訂觸犯妨害性自主罪之治療處分條。⁷⁴

五、 正反意見(含檢察官、被害人、被告、法官、檢察官等立場)

（一）檢察官意見：

檢察官經偵訊告訴人阿桃、證人、被告等具結之說詞，及驗傷單、鑑定報告等證物，認為被告李瑟確有妨害他人性自主之性侵事實，應依法求刑懲誡。

（二）被害人阿桃以證人身分陳述事發情形及證據：

當時公司其部門僅其與被告李瑟二人上大夜班，告訴人有掙扎並求被告人不要，且有尖叫，但無人理會。被告李瑟準備要將性器進入其體內，告訴人大聲說如果如此做就要告訴他老婆，被告因而作罷。並於案發當日哭訴告知家人，旋由家人陪同至桃園醫院驗傷，診斷證明其體內確有新鮮裂傷痕跡，家人與阿桃乃具以報警處理。

（三）被告意見：

1. 被告坦承確曾以吻、摸阿桃的胸部，並有以食指接續進入阿桃體內之唐突行為，雖一開始阿桃有不同意，但對繼續之行為均沒有反對之意見或舉止；且期間阿桃因尿急而請求上廁所，上完廁所後仍返回原地。
2. 因李瑟性器（且有套保險套）未入侵對方性器內，未能滿足性慾故屬性交未遂。因未發生真正性交行為，不應以強制性交罪論處。

（四）一審法官（地方法院）意見：

1. 以其他違反意願之方法而為之性交罪刑，處有期徒刑肆年。
2. 併強制治療（不超過三年）。

（五）被告不服，上訴高等法院意見：

1. 否認有何強制性交之犯行，發生地點之機房室空間狹小，若係阿桃在該處對告訴人強制性交，何以四肢毫無任何外傷？故可推認阿桃係出於自願。
2. 阿桃處女膜之傷痕非性器進入，而係其以食指侵入陰道內所造成，經化驗結果亦無精子細胞反應，故未發生真正性交行為，亦不應以強制性交罪論處。
3. 告訴人之供述，未經具結，屬審判外之陳述，應無正式之證據能力。

⁷⁴ 參見刑法第十二章第八十六條至八十七條；第九十一條之一。

(六) 二審法官（高等法院）意見：

- 1.原審僅論以「其他違反其意願之方法」自與事實未符；原審就被告於性侵害過程中尚有以「舌頭舔舐告訴人陰部外圍」之猥褻情事，未為認定說明，亦有疏漏；被告行爲後，值刑法第九十一條之一業於九十四年二月二日修正、九十五年七月一日施行，有關強制治療之要件及治療期間已有變更，原審未及為新舊法之比較適用，尚非允當。原判決既有上揭可議之處，自應由本院予以撤銷改判。
- 2.比較新舊法有關性交定義規定之結果，新法對被告並非較為有利，爰依刑法第二條第一項前段之規定，自應適用被告行爲時之刑法第十條第五項之性交第二款之定義為審認。被告既以食指及大拇指接續侵入甲1陰部，被告之行爲顯已達性交既遂之程度。
- 3.處有期徒刑肆年。
- 4.刑前施以強制治療（不超過三年）。

(七) 被告不服，上訴三審最高法院意見：

- 1.第一、二審法院法官先後對被害人以證人身分傳喚、訊問調查，然均未以證人身分命其具結陳述；亦未通知上訴人到場，已不當剝奪上訴人詰問證人之權利及機會，不僅妨害其訴訟防禦權之行使，亦有礙於真實之發現。
- 2.被告行爲後，值刑法修正，應將新舊法作比較，依「從舊從輕」最有利於行爲人之法律原則審理，以保障人權。
- 3.上訴人是否符合修正後強制治療之要件，屬事實認定之範疇，原審未及調查而為新舊法之比較適用，亦屬無可維持，認為原判決不當，請求上訴。

(八) 三審最高法院法官意見：

1. 被告不服上訴之理由，有其道理；且原判決逕採於警訊及事實審偵審中被害人之陳述，未與證人相互詰問對質，即為上訴人論罪，是有瑕疵。
- 2.有關被害人治療處分，判前應經鑑定有無施以治療之必要。原審未及調查而為新舊法之比較適用，即予判決處分，由以上理由上訴尚非全無理由，故撤銷原判決，發回更審。

(九) 更一審法官（高等法院）意見：

- 1.經告訴人阿桃於到庭具結其警偵訊之供述為屬實，且核與其於本院之供述大抵相符。
- 2.阿桃若與被告李瑟係兩情相悅而發生上揭性行爲，於明知被告李瑟為有配偶之人，年輕尚涉世未深之阿桃實無於事後當日上午甘冒觸犯偽證之風險，故為誣陷被告，並旋報警處理，主動將此事公開；況阿桃為一介年輕女子，遭人性侵害乃涉名節，若非確有其事，其焉須自曝已於訟爭之理？可認證人阿桃之證詞，應非虛枉。故告訴人阿桃指訴遭被告強制性交一節，應與事實相符，堪予採信。

3.於本次法院審理程序中，業已賦與被告及其辯護人對證人之供述，行使對質、詰問權之機會。證人於審判外之原警偵證詞，亦因原告訴人阿桃於法院具結，自得引據為本案之證據。

4.原判決既有可議之處，自應由本院予以撤銷改判。

6.本件經請桃園榮民醫院就被告有無施以治療之必要，經該鑑定機關綜合評估，認被告法律觀念淡薄，對女性不尊重，且陷入強暴迷失，並認為被告有施予強制治療之必要，宣告被告應於刑之執行前，令入相當處所施以治療至治癒為止，依舊法論處，最長不得逾三年。

(十) 被告不服，上訴三審最高法院法官意見：
判刑過重，請改判。

(十一) 最高法院法官意見：

1.上訴理由並未具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，違反第三審上訴理由。

2.原判決並無任何違背法令之處。上訴意旨置原判決之論敘於不顧，徒為事實上之爭辯，並對原審採證認事之職權行使，任意指摘，上訴違背法律上之程式，應予駁回。

十二、結論

本案例可以讓我們理解和學習到下列幾點：

- (一) 當違反個人意願而發生強制性交不但要負民事賠償責任且會遭到刑事上的刑罰，向本案的被告（加害人），不但失去自由，還需要接受矯正、輔導治療，更或因此而影響個人工作、家庭、前程，故衝動前應三思後果。
- (一) 不論男女凡是以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，即是觸犯了妨害性自主罪，可處三年以上，十年以下有期徒刑。前項之未遂犯仍罰之。
- (二) 若要提起妨害性自主之訴，須注意證據的保全。案例中阿桃在性侵發生的當日即前往公立醫院驗傷，保留了重要證物；並向當地警局報案，而由檢察官對加害人提起上訴。顯示阿桃對自己身體的自主權有很高的權利意識，且有基本的法律常識，懂得去尋求和運用相關的法律資源。因為根據「性侵害犯罪防治法」，當受害人報案後，各縣市之性侵害防治中心即會有經專業訓練的專門人員協助被害人就醫診療，被害人並可申請相關醫療費用、訴訟及律師等費用的補助（「性侵害犯罪防治法」第 6 條、第 14 條、第 19 條）。

十四、參考文獻

1.參見刑法第十六章、性侵害防治法；月旦簡明六法，元照出版有限公司，2007年。

2.劉邦繡，「侵害犯罪防治法之性侵害犯罪新解—以 1999 年修正之刑法妨害性自主罪、妨害風化罪為論述性」，台灣，律師雜誌，267 期，2001 年 12 月，頁 86-118。

十五、附錄：法院判決書⁷⁵

司法院網站查判例資料：司法院法學資料檢索系統—裁判書查詢

<http://www.judicial.gov.tw/>

[全國法規資料庫：http://law.moj.gov.tw/](http://law.moj.gov.tw/)

⁷⁵基於保護當事人之責，司法院自 96 年將有關妨礙性自主的判例皆由網頁中刪除。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

繼承權及其法院判決書之案例教學

撰稿人：朝陽科技大學陳運星博士

一、前言

近年來，台灣民眾對民主政治概念普遍提升，能積極參與民主政治運動或選舉活動，惟對法治觀念尚未落實，故國家應積極提倡法律教育，加強推廣法律知識，使法律概念能普及化，人人皆能認識權利義務之本質，以達知法、守法、崇法之目的，並提昇現代公民素養，共建一個安和樂利的社會。

本章主要是有關遺產權益的法律問題，其範圍包括繼承權之意義、侵害與救濟、繼承權保障、應繼分、特留分及預立遺囑…等。一般民眾因不了解繼承相關法律規定而發生原可避免的家庭糾紛，由於對此法律常識的缺乏，且對自身之權益亦不知如何爭取與保護，而導致自身權益受到損害。譬如當事人在生前書立遺囑，但由於形式未符法律規定，使得遺囑無效，影響自身繼承權益，甚至引起繼承人間對簿公堂，實相當令人遺憾。⁷⁶

二、學理分析

（一）繼承之意義

所謂繼承者（*succession*），係指被繼承人（*the deceased*）死亡時，就該死亡人非專屬之一切權利義務，由其有一定親屬身分關係之人繼承，毋庸繼承人（*heir*）為意思表示或請求（民法第 1147 條）。所謂死亡包括死亡宣告。因此，繼承法係以一定親屬身分為基礎之財產規範，其為身分財產法。⁷⁷

（二）遺產繼承人之順序

遺產繼承人有血親繼承及配偶二種，即除配偶外，血親繼承人有四種，其繼承順序，依序如後（民法第 1138 條）：

- 一、直系血親卑親屬。
- 二、父母，包括親生父母及養父母。
- 三、兄弟姐妹，包括半血緣之兄弟姐妹在內。
- 四、祖父母，包括內祖父母及外祖父母。

直系血親卑親屬，以親等近者為先（民法第 1139 條）。例如，被繼承人有子女及孫子女，則子女應先孫子女為繼承。

（三）代位繼承

直系血親卑親屬為繼承人時，如於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血

⁷⁶李永然律師·黃振國代書，《繼承權益與遺囑範例》，〔台北：永然出版，1996 年 1 月三版〕，頁 3。

⁷⁷林洲富，《民法-----案例式》，〔台北：五南出版，2007 年 8 月二版一刷〕頁 585。

親卑親屬代位繼承其應繼分（民法第 1140 條）。例如，甲有乙、丙、丁三名子女，乙先於甲過世，遺有一對子女，甲死亡時，甲之遺產則有乙之子女、丙、丁各繼承 3 分之 1，而乙之子女各得 6 分之 1。代位繼承為孫輩子女固有權，養子女之子女亦可主張。

（四）應繼分

一、法定應繼分

（一）同順序繼承人之應繼分

（二）配偶之應繼分

二、指定應繼分

定應繼分有兩種限制：

（一）應依遺囑方式為之，否則不生指定之效力。

（二）遺囑指定應繼分，不違反特留分，受侵害之繼承人得行使扣減權。⁷⁸

（五）繼承權之喪失

繼承人對於被繼承人或順序在先之繼承人有重大不法、不道德行為，或者就有關繼承之遺囑，有非法企圖時，則剝奪其繼承權。有下列各款情事之一者，喪失其繼承權（民法第 1145 條）：

一、故意致被繼承人或應繼承人於死亡或雖未致死因而受刑之宣告者。

二、以詐欺或脅迫使被繼承人為關於繼承之遺囑，或使其撤回或變更之者。

三、以詐欺或脅迫妨害被繼承人為關於繼承之遺囑，或妨害其撤回或變更之者。

四、偽造、變造、隱匿或湮滅被繼承人關於繼承之遺囑者。

五、對於被繼承人有重大之虐待或侮辱情事，經被繼承人表示其不得繼承者。

前項第二款至第四款之規定，如經被繼承人有恕者，其繼承權不喪失。

（六）繼承回復請求權

繼承權（right to inherit）被侵害者，被害人或其法定代理人得請求回復之（民法第 1146 條第 1 項）。繼承回復請求權，自知悉被侵害之時起，2 年間不行使而消滅；自繼承開始起逾 10 年者亦同（第 2 項）。繼承回復請求權，包括請求確認繼承人資格及回復繼承標的之一切權利，此項請求權如因時效完成而消滅，其原有繼承權即已全部喪失，自應由表見繼承人取得其繼承權。此項請求權，應以與其繼承爭執資格之表見繼承人為對象，於訴訟外或訴訟上行使均無不可。⁷⁹

綜上所述

關於遺產繼承的種類，大抵可分為法定繼承與指定繼承。所謂的指定繼承

⁷⁸林洲富，《民法-----案例式》，〔台北：五南出版，2007 年 8 月二版一刷〕頁 585-588。

⁷⁹最高法院 40 年臺上字第 730 號判例、最高法院 53 年臺上字第 1928 號判例；林洲富，《民法-----案例式》，〔台北：五南出版，2007 年 8 月二版一刷〕頁 589。

(亦稱遺囑繼承)，即被繼承人以遺囑的指定，所發生的繼承。如果被繼承人沒有預立遺囑或生前預囑 (living will) 分配自己的遺產，那麼被繼承人的遺產將以法律規定的方式分配，所以稱之為法定繼承。

我國民法是採血統主義作為立法中心，才有「特留分」的規定，以保障血統親屬的繼承權。由於被繼承人的遺產以留給自己的最親密親屬為常態，因此民法第 1187 條規定「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。」，遺囑人處分遺產時，不得侵害法定繼承人 (直系血親卑親屬、父母、配偶、兄弟姊妹、祖父母) 的法定繼承權利，即所謂的特留分規定。簡單地說，當被繼承人生前想要透過預立遺囑的方式，分配其死亡之後的遺產時，其原則上可以自由決定遺產的歸屬，但無論如何必須保留一定比例的遺產，供其法定繼承人繼承，以符合遺產嘉惠子孫與最近親屬的本意。⁸⁰

當繼承人有數人時，在分割遺產前，各繼承人對於遺產全部為共同共有，且得由其數繼承人中互推一人管理之。遺產管理、分割及執行遺囑之費用，由遺產中支付；但因繼承人之過失而支付者不在此限。

對於繼承之拋棄，繼承開始後，依法有繼承權之人依法定方式所為否認繼承效力之意思表示；也就是說應該繼承的人，具狀向法院表示不要繼承被繼承人遺留財產上之一切權利及義務 (包含：全部財產、債權及債務)。

● 配偶與各順序繼承人共同繼承。與配偶同為繼承之同一順序繼承人均拋棄繼承權，而無後順序之繼承人時，由配偶單獨繼承；配偶拋棄繼承權者，由與其同為繼承之人繼承。

● 第一順序之繼承人，其親等近者均拋棄繼承權時，由次親等之直系血親卑親屬繼承。即須子女輩全部拋棄繼承時，孫輩始有繼承權。

● 第一順序之繼承人，繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承。

● 先順序繼承人均拋棄其繼承權時，由次順序之繼承人繼承。後順序繼承人在先順序繼承人拋棄繼承之前，因尚無繼承權，並無拋棄繼承可言。

● 對於無人承認之繼承：

繼承開始時，繼承人之有無不明者，由親屬會議於一個月內選定遺產管理人，並將繼承開始及選定遺產管理人之事由，向法院報明。報明後，法院應依公示催告程序，定六個月以上之期限，公告繼承人，命其於期限內承認繼承。無親屬會議或親屬會議未於前條所定期限內選定遺產管理人者，利害關係人或檢察官，得聲請法院選任遺產管理人，並由法院依前項規定為公示催告。

三、問題意識

* 裁定與判決之差異？

⁸⁰鄭仰峻、鄭乃文，《法律與生活》，〔台北：元照出版，2007年9月二版第1刷〕頁104-106。

裁判依其方式，可分為判決與裁定二種。原則上法院須本於言詞辯論，並依法定程式作成書面，就當事人實體上權利爭點所為之意思表示，謂之判決。其本於書面審理或任意的言詞辯論，對於當事人或訴訟關係人所為關於非實體上權利爭點，由法院、審判長、受命法官或受託法官所為之意思表示，謂之裁定。

兩者區別如下：⁸¹

1. 就主體言：
判決由法院（合議制之合議法院、獨任制之獨任法官）為之。
2. 就程式言：
判決須依一定之程式作成判決書，裁定不以作成書面為必要，且亦無一定之程式。
3. 就對象言：
判決為對於當事人所為之意思表示，而裁定則為對於當事人或訴訟關係人（如證人、鑑定人、持有文書之第三人等），甚至法院職員（例如書記官、執達員）所為之意思表示。
4. 就內容言：
判決原則上為對於當事人就實體法律關係之爭執所為之意思表示（例外：第四百五十一條、第四百五十二條），裁定原則上則為關於訴訟程序上之事項所為之意思表示（例外如支付命令）。
5. 就救濟言：
對於判決不服，得於二十日不變期間提起上訴，請求救濟；對於裁定不服，得於十日不變期間提起抗告，請求救濟。
6. 就發動言：
判決除法律另有規定外原上須本於當事人之聲明為之（例外：如第八十七條、第三百八十九條等），而裁定則依情形，有本於當事人之聲明或聲請者，亦有由法院、審判長、受命法官或受託法官依職權為之者。
7. 就羈束力言：
判決經宣示後，為該判決之法院受其羈束；不宣示者，經公告或送達後受其羈束（第二百三十一條）。裁定經宣示後，為該裁定之法院、審判長、受命法官或受託法官受其羈束；不經宣示後，經公告或送達後受其羈束。但關於指揮訴訟或別有規定者，不在此限（第二百三十八條）。

*何謂限定繼承？

依民法第 1154 條「繼承人得限定以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務。」，所謂限定繼承，是指繼承人只從因繼承所得的財產，來償還被繼承人債務，如果有不足，繼承人不需要用自己的財產來償還，如果有剩餘，則歸繼承人。而且繼承人中一人主張「限定繼承」時，其他繼承人也被認為已同樣主張「限定繼承」。

⁸¹陳計男，《民事訴訟法論》上冊，〔台北：三民出版，2007 年 2 月修訂四版二刷〕，頁 374-376。

* 限定繼承的方式為何？

依民法第 1156 條「為限定之繼承者，應於繼承人知悉其得繼承之時起三個月內呈報法院。法院接獲前項呈報後，應定一個月以上三個月以下期間，命繼承人開具遺產清冊呈報法院。必要時，法院得因繼承人之聲請延展之。」。

* 何謂拋棄繼承？

依民法第 1175 條「繼承之拋棄，溯及於繼承開始時發生效力。」，所謂拋棄繼承，是指繼承開始後，依法有繼承權之人依法定方式所為否認繼承效力之意思表示；也就是說應該繼承的人，具狀向法院表示不要繼承被繼承人遺留財產上之一切權利及義務（包含：全部財產、債權及債務）。

* 如何辦理拋棄繼承？

依民法第 1174 條「繼承人得拋棄其繼承權。前項拋棄，應於知悉其得繼承之時起二個月內，以書面向法院為之。拋棄繼承後，應以書面通知因其拋棄而應為繼承之人。但不能通知者，不在此限。」，此乃繼承權拋棄自由原則。

四、案例研究

1. 案例簡介

緣由被繼承人於 93 年 11 月 6 日死亡，逝世後他的第一順位繼承人原本為其子女，但因為被繼承人生前無結婚生子，所以延至法定第二順位繼承人—其父母，但由於其父母於 94 年 1 月 4 日具狀聲明拋棄繼承，故繼承權再延至法定第三順位繼承人—其胞妹(即聲明人、抗告人)。第二順位繼承人於 94 年 1 月 4 日以存證信函告知第三順位繼承人有繼承權利事實，第三順位繼承人是於 94 年 1 月 5 日得知有繼承權事實，聲明人於 94 年 3 月 7 日具狀聲明拋棄繼承，(拋棄繼承權，應該在得知有繼承之事實時起二個月內以書面向法院具狀聲明拋棄)但因為其中第二順位繼承人用存證信函通知與第三順位繼承人得知有繼承事實之日期有所差異，因而產生第三順位繼承人拋棄繼承之權利有疑點，造成第三順位繼承人拋棄繼承之權利無效，故第三順位繼承人向法院提告。

2. 據學理分析案例

一審：因為被繼承人生前無婚生子女，所以第一順位繼承人延至法定第二順位繼承人-其父母。但又因為其父母具狀聲明拋棄繼承，故繼承權又延至法定第三順位繼承人。第二順位繼承人係於 94 年 1 月 4 日通知第三順位繼承人(即聲明人)，聲明人是於 94 年 1 月 4 日得知自己有繼承之事實，因為想拋棄繼承，故在 94 年 3 月 7 日具狀聲明拋棄繼承。但法定拋棄繼承須在得知有繼承事實兩個月內具狀聲明拋棄繼承，明顯得知聲明人於 94 年 3 月 7 日提出拋棄繼承時已超過

行使拋棄繼承之日，所以一審駁回。

二審：第二順位繼承人於 94 年 1 月 4 日以存證信函通知第三順位繼承人(即抗告人)，抗告人是於 94 年 1 月 5 日收到存證信函。依據民條第 120 條第 2 項、第 121 條第 2 項、第 122 條之規定，應該從 94 年 1 月 6 日開始起算 2 個月期間，而於 94 年 3 月 5 日屆滿。因為 94 年 3 月 5 日為星期六，94 年 3 月 6 日為星期日，都是休息日，故抗告人延至同年 3 月 7 日(星期一)向原審法院具狀聲明拋棄繼承，並未超過 2 個月之期限。加上原審法駁回二審日已經超過限定繼承之行使日，讓抗告人行使限定繼承之行使日權利受損，故抗告人提出一審駁回再抗告。但經過查證後，第二順位繼承人是於 94 年 1 月 3 日交寄存證信函，而抗告人是於 94 年 1 月 4 日簽收，自 94 年 1 月 5 日開始起算 2 個月期間，是於 94 年 3 月 4 日(星期五)屆滿日期。抗告人於 94 年 3 月 7 日才具狀聲明拋棄繼承權，明顯已超過行使拋棄繼承之期限。抗告人以第二順位繼承人於 94 年 1 月 4 日交寄並於 94 年 1 月 5 日收到與查證日期不符合，加上抗告人可否於期限內聲明限定繼承與此案無關係，故二審遭駁回。

三審：修正前非訟事件法第二十七條第一項定有明文規定，對於抗告法院的裁定，不是以其違背法令為理由，不得再抗告。如果是以其違背法令為理由再提出抗告，應該將如何違反法令之理由說出來。本案之抗告人提出是於 94 年 1 月 4 日得知有繼承權之事並非為事實，亦非為違背法令的裁定，故三審遭駁回。

3. 案例衍生的問題

Q1：繼承人之順序問題

Answer：民法第 1138 條 遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：

- 一、直系血親卑親屬。
- 二、父母。
- 三、兄弟姊妹。
- 四、祖父母

Q2：拋棄繼承的期限日及具狀聲明

Answer：拋棄繼承應於知道其有繼承之事實時起二個月內以書面向法院為之。並以書面通知因其拋棄而應為繼承之人。但不能通知者，不在此限。

拋棄繼承應備檔案：

- 1、拋棄繼承聲請書：請載明聲請人聯絡電話。
- 2、被繼承人除戶戶籍謄本（如戶籍尚無死亡記載，應同時提出死亡證明書）。
- 3、拋棄人戶籍謄本、印鑑證明、印鑑章。
- 4、繼承系統表。
- 5、拋棄通知書收據（已通知因其拋棄應為繼承之人之證明）。

五、專有名詞解釋

- 1、拋棄繼承：應該繼承的人，具狀向法院表示不要繼承被繼承人遺留財產上之一切權利及義務（包含：全部財產、債權及債務）。
- 2、限定繼承：繼承人限定以因繼承所得的遺產，償還被繼承人的債務的意思表示。也就是說，所繼承債務償還的責任僅限於以所繼承的遺產償還而已，就算是被繼承人所遺留下的債務超過了所留下的遺產，繼承人也不必以他自己原有的財產來清償。
- 3、存證信函：就是經過郵局來證明發信日及發信內容為何的一種證明函件，達到告知義務的效果。
- 4、第二順位繼承人：被繼承人父母+配偶=法定繼承人，被繼承人父母包括親生父母、養父母，唯不含繼父母，父母的繼承權並不因子女入贅，出嫁而喪失，自己再婚亦不受影響。
- 5、抗告：為當事人或其他訴訟關係人對於法院或審判長所為不利於己且未確定之裁定，向上級法院聲明不服，請求廢棄或變更該裁定之行為。訴訟法對於當事人聲明不服之方法，除上訴外，設抗告制度，一方面因認裁定以簡易之不服程序救濟為妥，另一方面則在防止使上級審之審理複雜化之故。⁸²
- 6、再抗告：對於抗告法院就抗告事件所為之裁定不服提起之抗告也。⁸³
- 7、非訟事件：由國家機關對於未生爭執之私權關係，依聲請或職權加以干預以保私權之程序，其與民事訴訟在對於已生爭執之私權關係予以實體上之確定者不同。
- 8、撤銷：法律行為之意思表示有瑕疵，由撤銷權人行使撤銷權，使法律行為之效力，溯及的歸於消滅；例如意思表示錯誤，被詐欺脅迫.....撤銷要在除斥期間內行使。

六、法律條文註解

■ 民法：

§第 1174 條

繼承人得拋棄其繼承權。

前項拋棄，應於知悉其得繼承之時起二個月內以書面向法院為之。並以書面通知因其拋棄而應為繼承之人。但不能通知者，不在此限。

■ 民事訴訟法：

§第 78 條（訴訟費用負擔之原則）

訴訟費用，由敗訴之當事人負擔。

§第 495 條（擬制抗告或異議）

⁸²陳計男，《民事訴訟法論》下冊，〔台北：三民出版，2007年2月修訂四版二刷〕，頁359。

⁸³陳計男，《民事訴訟法論》下冊，〔台北：三民出版，2007年2月修訂四版二刷〕，頁372。

依本編規定，應為抗告而誤為異議者，視為已提起抗告；應提出異議而誤為抗告者，視為已提出異議。

§第 482 條（得抗告之裁定）

對於裁定，得為抗告。但別有不許抗告之規定者，不在此限。

§第 486 條（再抗告）

抗告，除別有規定外，由直接上級法院裁定。

抗告法院之裁定，以抗告不合法而駁回者，不得再為抗告。但得向原法院提出異議。

前項異議，準用第四百八十四條第二項及第三項之規定。

七、結論

一般民眾由於對遺產繼承法律常識的缺乏，或因不了解民法繼承篇之相關法律規定，而發生原可避免的家庭糾紛，甚至引起繼承人之間血親家屬對簿公堂而反目成仇，實在是人間悲劇。其實，這種法律糾紛是可以事先預防或避免的，譬如當事人在生前能夠預立遺囑或「生前預囑(living will)」。

「遺囑」是死亡後才生效，而「生前預囑」則在生前已生效。若病人已經意識不清，無法為自己的醫療處置作選擇時，家屬可能會因意見分歧或其他種種理由，而違反當事人之意願。因此歐美先進國家都有一套保障人權的「預立指示」的法律效力，以及「預立醫療代理人」的指定。

1. 預立指示(advance directives)：是指對自己在疾病末期而無法清楚表達自己的意願時，預先作出醫療指示。
2. 預立醫療代理人(durable power of attorney)：是指在本人意識清楚時，指定一位信任的親友，他日代為作醫療處置的選擇及決定。⁸⁴

本章案例主題為「拋棄繼承」。繼承權的取得，是自被繼承人死亡時才發生，既然尚未取得權利，所以無從拋棄，因此，如果想拋棄繼承權，應該要等到取得繼承權時，才可以拋棄。

至於行使拋棄繼承權的時間點，必須發生於被繼承人死亡後，在自己得知被繼承人死亡開始起二個月內，向法院正式提出聲請拋棄繼承，才具法律效力。

在本判決書案件中，聲明人（即抗告人）因為超過拋棄繼承權的期限而喪失行使拋棄的權利，實在可惜。抗告人在得知有繼承權後，已超過兩個月的期限才提出聲請拋棄繼承，因此，抗告人所提出的抗告皆遭到駁回。現代人由於生活忙碌，大都在截止日期前一天才辦理相關稅務或法律事務，這樣不止時間匆促，有時截止日還會弄錯，造成不可挽回的錯誤，所以在規定期限登記處理完畢是很重要的。

⁸⁴ 台灣在民國 89 年 5 月 23 日，立法院三讀通過「安寧緩和醫療條例」，已將「預立指示」及備預立醫療代理人」合法化，使得我國民眾更可以為自己的善終作準備。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

股市內線交易及其法院判決書之 案例教學

撰稿人：朝陽科技大學鄒建中助理教授

一、前言

「投資理財」是當代人必修的一門學問，我們一生努力奮鬥，不管是實際生活所需的條件，或是想維持較高的生活水準，如購屋、創業、養育子女、籌備教育基金、未來養老等種種需求，均應該儘早和有效的進行理財投資；當然儲蓄是非常穩健的財富累積方式，但如考量安全性、收益性、變現性三大理財特性，儲蓄的利息報酬和貨幣的貶值，使其增值的收益效果偏低，因此保留一部份現金存款，另外則規劃用來從事長期其他投資，像是股票、債券、基金、儲蓄壽險、房地產…等等⁸⁵，應該是我們累積財富的較佳途徑。

數量龐大的股份有限公司，透過發行股票可募集到公司設立或拓展營運所需的資金，而一般民眾則經由購買股票得參與企業和分享盈餘；然而如果沒有一個投資判斷的公平機制，而使股票交易市場受到扭曲，像是人爲的非法操縱之干預供需關係⁸⁶，或是利用職務及特殊身份，獲悉尚未公開而足以影響股票行情資訊的先行交易，將造成少數玩法弄權的人，其暴利建立在多數守法或不知情的投資人損失上。

所以違害股票市場的公正及公平者，我國證券交易法即有明文加以禁止。本章就此針對不法利用公司重大影響股價資訊的「內線交易」問題，提出案例與進行法理闡述。

二、案件簡介（96 年台上 4645 號）

甲任職東榮纖維工業股份有限公司董事，明知該公司自民國 89 年 10 月起已營運不佳，該公司質押股票有遭銀行斷頭賣出，及該公司保證之懋輝公司財務有跳票之虞，甲在上開消息發布前率先將其東榮公司股票賣出 235 張，並通知乙後，代將乙之該公司股票賣出 33 張。

案經台南地方法院檢察署起訴，歷經台南地院、高院台南分院判決，已觸犯證交法第 157 條之 1 內線交易犯行，最高法院認高院台南分院認定之理由說明矛盾及跳票事實是否僅屬傳聞，均待釐清，撤銷原判決，發回高院更審。

三、問題意識(issues)

⁸⁵ 投資工具繁多，股票如文中所述可長期隨經濟成長和公司營運而獲股利及賺價差，國庫券則是中央政府調節國庫收支及穩定金融用途，無風險而採個人利息收入分離課稅；其他債券有公司向社會民眾融資的公司債、銀行出售的金融債，及金融債權資產受益證券、不動產受益證券等；基金則有投資國內外的股票型、債券型、兩者兼具的平衡型；另如投資套房、商業店面、書畫、古董、黃金、紀念幣、郵票等不一而足，惟投資報酬與風險各有優劣，仍需投資人用心研究和學習。

⁸⁶ 違法操縱在證交法規定，包括影響市場秩序的違約不交割，意圖抬高或壓低股價：a.通謀的同時一買一賣對作、b.連續高買或低賣、c.製造交易活絡表象的沖洗買賣、d.散布不實資料，以及其他的炒作操縱股價行爲。

內線交易(insider dealing)又被稱為「內部人交易」；在證券市場中，凡因某種地位而較容易取得他人尚未知道的資訊之人，利用該項資訊先行買入或賣出有關證券，從而企圖獲取利益或規避損失的行為，即可定義為內線交易。

內線交易的問題探討，有必要先釐清下列議題：

- 1.內線交易為何應加禁止、嚴懲？
- 2.內線交易之內部人應如何界定？
- 3.何謂[重大消息],及期限時點為何？
- 4.內線交易有何罰則與受害者救濟？

四、學理分析

(一) 內線交易禁止規範

1.反對禁止論點

- (1)有助市場效率
- (2)對經營者的一種酬勞
- (3)無真正受害人

2.贊成禁止論點

- (1)平等取得資訊(the equal access theory)
- (2)違反交易誠信精神
- (3)竊取公司資產

(二)內線交易之內部人

內線交易的適用主體含括下列人員：

1.公司內部人— **董事.監事.經理. 持股 10%以上股東**；此為典型的內部人。

(含其配偶.未成年子女.利用他人名義所持有者亦適用禁止內線交易規範)

2.市場內部人—**基於職業或控制關係者**。

所謂「職業或控制關係」，係指接受發行股票公司委任處理事務的專業人士，例如會計師、律師、證卷商、因職務而獲悉公司重大消息的員工，或具有控制權的母公司、金管會主管機關人員等。

3.前 1.2.項離職六個月內者。

為避免內部人以辭職規避違法，特定此**旋轉門**條款，將上列內部人適用成員在喪失身分後，以未滿六個月時間所為交易亦納入本規範。

4.自前 1.2.3.項受領消息人(**tippee**)。

依法條文意應指直接自上述內部人受領消息之人，否則間接輾轉者均受罰，似欠缺明確與可行性。

(三)重大消息

1.重大影響其股票價格之消息：

此指涉及公司之財務、業務或該證券市場供求收購等，具有股價重大影響作用，或可造成投資人的決定受到明顯影響者。依證交法施行細則第 7 條規

定，廣含公司的訴訟、被退票、受強制執行、營業政策變更、更換會計師、公司重整、取得專利權、負責人異動…。在正常的股市運作中，股價會充分反映所得到的資訊，因而以不法手段利用具有「**重大影響股價**」的資訊，才是內線交易要管制的範圍。

2.內部人禁止買賣該公司股票(或具股權性證券)時間點—重大消息未公開或公開後 12 小時內。

所謂「**公開**」應是「置於不特定人或多數人所得共見共聞」⁸⁷的情形，實務上指如公司召開記者會、財務報告書或公開說明書的揭露、登載證交所股市觀測站。

(四)內線交易之罰則與救濟

1.刑事罰則 —證交法第 171 條

「內線交易」的基本刑責為：處三年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以上二億元以下罰金。但如犯罪所得金額高達新臺幣一億元以上者，則改處七年以上有期徒刑，得併科新臺幣二千五百萬元以上五億元以下罰金。

2.民事救濟—證交法第 157 條之 1

[從內部人不當得利觀點轉為受害人**損害賠償**觀點]

—依受害請求權人當日買進價格減去消息公開後 10 個交易日之收盤平均價，或相反的十日平均價減賣價，並以此**價差乘以股數來計算損害**。

此外，情節重大者，法院尚得依善意從事相反買賣之人之請求，將賠償額提高至三倍。反之如情節輕微者，法院則有自主裁量權得減輕內部人之賠償額。

內線交易的原來民事救濟，係強調將內部人不法所得追討回來，因此內部人有多少獲利屬「不當得利」者，如其金額不多，而其相對的買賣人之人數甚多或損失甚大，顯將無法得到合理的賠償；因此現在基於嚴懲內線交易，乃從受害人損害填補角度訂定如前述的賠償標準。

五、案例分析

(一) 三審判決

台南地方法院刑事判決 <91, 訴, 348 號>	高等法院台南分院 刑事判決<96, 重金上更 (一), 212 號>	最高法院刑事判決 <96, 台上, 4645 號>
違反證券交易法案	違反證券交易法案	違反證券交易法案
被告乙○○、甲○○均無罪	原判決撤銷 被告乙○○處有期徒刑 拾月	原判決撤銷 發回高院台南分院

⁸⁷ 見司法院院字第二一七九號解釋

	被告甲○○處有期徒刑 六月、緩刑貳年	
--	-----------------------	--

(二) 法院主要見解

1. 地方法院：諭知無罪。

- (1) 本案乙○○係東榮公司董事，甲○○自乙受領消息，符合**內部人身份**；東榮公司所保證之懋輝公司恐有跳票之虞，及銀行將東榮公司董監事設質股票斷頭賣出，二項財務狀況出現危機之利空，足以影響正當投資人決定及市場價格之預期，可認定為**重大消息**。
- (2) 東榮公司股價自 89 年 10 月一再下跌，乙告知甲「東榮公司經營狀況不佳」屬實，一般人亦可從該股每日收盤價格判斷其公司營運現況，則甲○○委乙賣出 33 張股票，應認屬一般大眾股票投資行為。
- (3) 東榮公司董事乙○○，雖有出席公司 3 月 21 日前的四次董監事聯席會，然上開會議未提及前揭二大利空消息，公訴人（檢察官）無從證明乙事先知悉上開消息，依「罪證有疑，利於被告」證據法則，自不得以內部人有賣股票即論「內線交易」犯行。

2. 高等法院（台南分院）：本案以「內線交易」犯行論處。

- (1) 被告乙、甲在東榮公司先前股價下跌趨勢均未賣股，待二項利空公布（3.29 及 4.3）之前才陸續（2.27-3.23）出脫，依經驗法則應非如其所辯之一般理財，而係知悉內部消息。
- (2) 況此兩次公告影響，使該公司股票幾乎跌至無價值地步（至 4 月 30 日每股剩 2.11 元），可見東榮公司兩次公告之重要性，如此重要者在之前多次董監事會竟未提及，事後又加追認，顯然公司並非不知情而是欲圖掩飾。
- (3) 又即或之前董監事會議未提及，亦不能即謂董事乙○○不知公司財務大事，此根本不合常理。
- (4) 公司董監股份設定及解除質權，均應按月申報，故於銀行斷頭東榮董監質押股票而必須申報轉讓持股，此一消息在經股市觀測站公告前，乙當係已知悉。
- (5) 乙賣出 235 張、甲賣出 33 張東榮公司股票，雖乙名下尚有 714490 股、其妻尚有 91231 股、其子尚有 33572 股，但董事依公司法第 197 條規定持股轉讓不得少於就任時之二分之一，否則應解除職務。因此乙自不能以未全出脫持股為解免內線交易藉口。

3. 最高法院：上訴人指摘有理撤銷原判決發回更審。

- (1) 東榮公司於 90 年 3 月及 4 月依財政部證管會函令，如實彙總申報股權質押等變動甚詳，是該公司股票質押情形為證管單位所公開揭示之消息。此股

市觀測站一般性公告內容，是否必得內部人始能知悉？（眾所皆知者可引為內線交易論罪的判準嗎？）此訊息可否符合證交法施行細則第7條重大影響事項的第9款規定：「其他足以影響公司繼續營運之重大情事」要件？（質押股票事項非屬第7條前8款規定項目內容）

- (2) 認定犯罪事實所憑的證據，必須達一般人均可得確信其為真實而無可懷疑的程度。本案原審以公告消息與乙○○等賣股時間相距甚短，**應非屬巧合**為犯罪的論據，已嫌薄弱；又認定乙○○所參與的各次董監事會，只通過充實營運資金而未議決有關為懋輝、聯億公司背書保證事項，而自承實**無直接證據**證明乙○○知悉上開重大消息。理由說明多有矛盾，且所述乙○○等人於懋輝公司跳票傳聞揭露前出售股票的事證，作為訴訟上的證明，似亦未達一般人均可得確信其為真實而無可懷疑的程度。（懋輝公司跳票如係傳聞如何能謂為重大消息？）

六、結論

- (一) 三級法院法官均一致認為，是否構成內線交易應有下列三項判準：
- 1、被告是否為法所指稱之公司內部人？
 - 2、該公司消息是否為法所界定之「有重大影響其股票價格之消息」？
 - 3、是否有證據足以證明被告知悉該重大消息，而在消息未向投資大眾公開前買賣公司股票？
- (二) 從本案例研討分析，縱使地方法院、高等法院、最高法院在內線交易論定上，有其趨於一致的法理認識，惟判決的結果卻是反覆而不能一致；吾人以為理想作法應由司法單位以「判例」充實內容，使在適用上柔軟化、具體化。因此從事判例的研析工作，不僅有助學術研究的廣度提昇和驗證功能，更將是我們學習法律值得提倡的一條好途徑。

七、專有名詞註解

(一) 資本市場

金融市場可區分為貨幣市場與資本市場，前者主要透過銀行等貨幣機構的中介來**間接**融資，並多採短期如國庫券、可轉讓定期存單、銀行承兌匯票等工具，及含銀行同業間的拆款市場；至於**資本市場**（capital market）則是企業**直接**向社會大眾籌措資金的手段，以發行股票招募股東投資或發行公司債向社會大眾借貸，概念上可大致分成股票市場與債券市場，證券交易所主管的證券市場含括此二類及存托憑證、受益憑證，認購權證、政府債券…等各類有價證券交易在內，台灣的股票交易熱絡，股份有限公司多採此股票發行方法來募資，債券市場未如美、歐國家的興盛和重要。

(二) 上市、上櫃

臺灣資本市場經歷了半個多世紀的發展，逐漸形成多層次的資本市場；亦即是：「興櫃市場→店頭市場→集中交易市場」，加上最底層「未上市上櫃盤商市場」的市場鏈。1968年臺灣〈證券交易法〉頒佈，股票交易市場明確劃分為兩個層次：一是在證交所進行股票買賣，屬於集中交易市場，採取競價的方式成交；二是在券商的營業櫃檯進行的買賣，屬於非集中交易市場，採取議價的方式成交，設立了「櫃檯買賣服務中心」；「興櫃股票」則是指已經申報上市或上櫃輔導契約之公開發行公司的普通股股票，在還沒有上市、上櫃掛牌之前，經過櫃檯中心依據相關規定核准，先在證券商營業處所議價買賣的股票。

（三） 股權證券

具有股權性質之有價證券，乃指現行或將來得交易的股權標的，股票即可說是**股權證券**（equity security）的代稱。其他如**可轉換公司債**即係約定該債券得轉換公司股份，而由公司債債權人選擇是否換成股票；如**認股權憑證**可依該憑證以一定價格認購一定數目的股票。

依證交法施行細則第 11 條闡釋所謂具有股權性質之有價證券，指：可轉換公司債、附認股權公司債、認股權憑證、認購（售）權證、股款繳納憑證、新股認購權利證書、新股權利證書、債券換股權利證書、其他主管機關核定具有股權性質的有價證券。

（四） 自首

自首乃犯罪人於犯罪未被發覺前，包括犯罪事實沒有人知曉，或已知有犯罪事實但尚不知道犯罪的人，此時自行向警察、檢察官等該管公務員申告本人犯罪事實，並接受司法的裁判。因此告知後即逃匿並未接受法院審判，或是已被逮捕在訊問下陳述犯罪情節的「自白」，均不適用此項刑責得減輕的自首規定。

教育部補助大專校院推動憲法及法律與生活教學發展計畫

計畫名稱：生活與法律：法院判決書之案例教學法

著作權及其法院判決書之案例教學— 「向左走向右走」與「晚婚」MTV 之案例探 討

撰稿人：朝陽科技大學陳運星博士

壹、前言

「智慧財產權」(intellectual property rights, IPR)，大陸叫做知識財產權，其範圍很廣，一般多泛指專利、商標、著作權、營業秘密、不公平競爭等，在美國也包括知名權(right of publicity)。⁸⁸例如專利法、商標法、著作權法、營業秘密保護法、積體電路電路佈局保護法(亦即有關IC之法律)、半導體晶片保護法，就都屬於智慧財產權法的範疇。

依據 1967 年建立世界智慧財產權組織公約 (Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, WIPO) 第 2 條第 8 款規定，智慧財產權包括以下相關之權利：1.文學、藝術及科學之創作。2.藝人之表演、錄音及廣播。3.任何人類之發明。4.科學上之發現。5.工業設計。6.商標、服務標章、商業名稱與營業標記。7.防止不公平競爭。8.其他在工業、科學、文學或藝術領域，由心智活動所產生之權利。⁸⁹

在美國特別三〇一條款貿易報復的壓力下，我國有關智慧財產權的制度與法規有了重大的變動，也使得政府主管機關、法院與一般民眾對智慧財產權有了新的認識，對於國內的企業界而言，智慧財產權更成為商場競爭的有利工具。只有把智慧財產權當成利基 (niche)，方能把公司無形資產 (intangible property) 擴展至極限，進而提高競爭優勢。⁹⁰

智慧財產權，係無形財產 (intangible property)，不僅性質上與傳統財產權或有形資產 (tangible asset) 不同，在權利之保護上，亦呈現複雜之面貌。⁹¹在法理上，一般人認為是「無體財產權」，指法律所賦予財產權保護的心智活動創作成品，有別於動產或不動產。⁹²它是一種跨領域之學問，實際上，是一門「**科技整合法學**」(Interdisciplinary Jurisprudence)。⁹³智慧財產權從以前無人關心的冷門法律，變成為今日法律界與企業界之「顯學」，此種變化著實令人印象深刻。⁹⁴

就人文社會科學領域而言，著作權對文化創作者來說是一項很重要的法律保

⁸⁸趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，《智慧財產權入門》，〔臺北：元照，2000年5月初版第1刷〕，頁14。

⁸⁹林洲富著，《智慧財產權法：案例式》，〔臺北：五南，2007年8月出版一刷〕頁2-3。

⁹⁰鄧穎懋、王承守、劉仲平、李建德著，《智慧財產權管理》，〔臺北：元勝，2005年10月初版第1刷〕，頁3。

⁹¹林洲富著，《智慧財產權法：案例式》，〔臺北：五南，2007年8月出版一刷〕頁2。

⁹²趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，《智慧財產權入門》，〔臺北：元照，2000年5月初版第1刷〕，頁13。

⁹³智慧財產權係科技研發所衍生的一種權利，科技與法律一直無法同步，主要原因在於科技永遠跑在法律之前，因此有關智慧財產的法律規範一直短缺不足。

⁹⁴馮震宇，《了解智慧財產權》，〔臺北：永然文化，1994年12月一版二刷〕，頁8。

障，它保護著作人的著作權益，也就是智慧財產權。要如何認定是否侵害著作權的標準？要如何區分著作權與改作權的授權關係？實是一件不容易的事。筆者想藉由幾米著名的「向左走·向右走」之繪本 vs. 傅鄭盛製作的江蕙「晚婚」音樂 M T V，關於著作權侵害與罰則之法院裁判書訴訟案例來做分析探討。

貳、Theory

一、學理分析

(一) 著作權法的保護目的

依我國著作權法第一條的規定，著作權法的立法目的，一方面在於保障著作人的著作權益，另一方面則在於調和社會公共利益，而最終的目的則在於促進國家文化發展。就保障著作人權益而言，著作權法為能有效鼓勵著作人從事創作，以豐富文化資產，乃賦予著作人若干具有排他效力的權利，並且對於侵害權利的人課以民事、刑事責任，而且為能讓著作權人能有效地行使其權利，對於權利的讓與、授權及行使，甚至對於由他人仲介管理，也都明確地加以規範。⁹⁵

(二) 著作權法保護的對象

著作權法所保護的「著作」，係指「屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」(著作權法第三條第一項第三款)。其次，還必須具有「創作」性，才可以受到著作權法的保護。惟何謂「創作」？我國著作權法並未具體加以規定，依國內外學說與實務上的見解，「創作」必須具有幾項特徵：⁹⁶

- 一、原創性：係指由作者自行創而未抄襲或複製他人的著作，如果未抄襲他人著作，而創作的結果恰巧與他人的著作雷同，仍不喪失原創性。
- 二、必須是人類精神上之創作：如果不是由人類所創作，而是由電腦的人工智慧所為，或是由動物自主性所為者，均無法成為受著作權法保護的客體。
- 三、必須具有一定之表現形式：必須所創作的結果要能夠為人類感官所能感受得知其內容者，才能夠受到保護，因此如果只是單純之想法或觀念而未被表達出來，並無法受到保護。
- 四、必須足以表現出作者個別性或獨特性：雖然是人類精神上表現，但是如果未能達到足以表現作者的個別性與獨特性，並無以著作權法加以保護之必要，以免使著作權法的保護範圍過於浮濫。

(三) 著作人

原則上，著作人指創作著作之人。但關於著作人之認定，中華民國著作權法

⁹⁵趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，《智慧財產權入門》，〔臺北：元照，2000年5月初版第1刷〕，頁147。

⁹⁶趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜合著，《智慧財產權入門》，〔臺北：元照，2000年5月初版第1刷〕，頁153-154。

另有其他規定如下：

- 1、在著作之原件或其已發行之重製物上，或將著作公開發表時，以通常之方法表示著作人之本名或眾所周知之別名者，推定為該著作之著作人。
- 2、受雇人，包括公務員，於職務上完成之著作，以該受雇人為著作人。
- 3、出資聘請他人完成之著作，以該受聘人為著作人。

(四)著作人之權利

著作人依著作權法所享有的著作權分為**著作人格權**及**著作財產權**。著作人所享有之著作人格權包括：**公開發表權(\$15)**、**姓名表示權(\$16)**及**禁止不當修改權(\$17)**。著作人格權專屬於著作人本身，不得讓與或繼承，但得約定不行使。

(五)著作權之取得

原則上，著作人自著作完成時即取得著作權，不必作任何形式上之申請，採創作主義。西元一九九八年元月廿一日修正之著作權法完全取消著作權登記制度。惟自西元一九八五年七月十日以後，無論是著作權註冊制度或著作權登記制度，其註冊或登記都僅具存證之性質，並不是取得著作權之要件。

(六)著作之類別

著作權法所稱之「著作」，指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。依該法第五條第一項及第七條之一規定，分為十一類：

- 1、語文著作，包括詩、詞、散文、小說、劇本、學術論述、演講及其他之語文著作。
- 2、音樂著作，包括曲譜、歌詞及其他之音樂著作。
- 3、戲劇、舞蹈著作，包括舞蹈、默劇、歌劇、話劇及其他之戲劇、舞蹈著作。
- 4、美術著作，包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖(卡通)、素描、法書(書法)、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作。
- 5、攝影著作，包括照片、幻燈片及其他以攝影之製作方法所創作之著作。
- 6、圖形著作，包括地圖、圖表、科技或工程設計圖及其他之圖形著作。
- 7、視聽著作，包括電影、錄影、碟影、電腦螢幕上顯示之影像及其他藉機械或設備表現系列影像，不論有無附隨聲音而能附著於任何媒介物上之著作。
- 8、錄音著作，包括任何藉機械或設備表現系列聲音而能附著於任何媒介物上之著作。但附隨於視聽著作之聲音不屬之。
- 9、建築著作，包括建築設計圖、建築模型、建築物及其他之建築著作。
- 10、電腦程式著作，包括直接或間接使電腦產生一定結果為目的所組成指令組合之著作。
- 11、表演，指對既有著作之表演。表演其實並非著作，僅是著作權法以獨立著作保護之。

(七)著作權之期間

1、著作人格權之期間

理論上，**著作人格權隨著著作人的死亡或消滅而屆滿**，但著作人死亡或消滅後，關於其著作人格權之保護，仍視同生存或存續，任何人不得侵害。

2、著作財產權之期間

- (1)原則上，著作財產權，存續於著作人之生存期間及其死亡後五十年。著作於著作人死亡後四十年至五十年間首次公開發表者，著作財產權之期間，則自公開發表時起存續十年。
- (2)別名著作或不具名著作之著作財產權，存續至著作公開發表後五十年。
- (3)法人為著作人之著作，其著作財產權存續至其著作公開發表後五十年。但著作在創作完成時起算五十年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起五十年。
- (4)攝影、視聽、錄音及表演之著作財產權存續至著作公開發表後五十年。但著作在創作完成時起算五十年內未公開發表者，其著作財產權存續至創作完成時起五十年。
- (5)著作財產權存續期間屆滿之計算，以各該期間屆滿當年之末日為期間之終止。

3、著作財產權期間屆滿之效果

著作財產權因存續期間屆滿而消滅。於著作財產權存續期間內，著作財產權人死亡或消滅後，其著作財產權依法應歸屬國庫或地方自治團體者，其著作財產權亦消滅。著作財產權消滅之著作，除不得侵害其著作人格權外，任何人均得自由利用。

二、問題意識

(一) 改作權的問題

著作權法第三條第一項第十一款：「改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。」，是以著作人就其著作專有改作成衍生著作的權利，改作權（right to make derivative works）實際上包括翻譯權、改編權、改寫權、改拍成電影權等。因此就受著作權保護的中文或外文文章翻譯成外文或中文，就音樂著作重新加以編曲而成為新的樂曲、將小說改寫成電影或電視劇本，或將小說改拍成電影或電視劇，都須事先徵得著作權人的同意。⁹⁷

不過，所謂的改作，係指就原著作另為創作而言；因此，顧名思義，雖然被授權人依照著作權法第三十七條「著作財產權人得授權他人利用著作，其授權利用之地域、時間、內容、利用方法或其他事項，依當事人之約定；其約定不明之部分，推定為未授權。」之規定取得改作授權，但改作後而成的衍生著作必須忠於原作的主要架構及精神。從而，除非得到作者的明確同意，否則若改作的作品偏離了原著的主要架構和情節，則仍然可能侵害著作人的同一性保持權。⁹⁸

(二) 編輯權的問題

⁹⁷謝銘洋、陳家駿、馮震宇、陳逸南、蔡明誠著，《著作權法解讀》，〔台北：月旦，1992年7月一版二刷〕頁43。

⁹⁸葉茂林，《著作權案例彙編（七）---視聽著作篇》，〔臺北：經濟部智慧財產局，2001年11月一版一刷〕，頁58-59。

編輯是重製他人的著作或資料，因此被選上的著作如有著作權，必須取得入選著作的著作權人同意。此即入選著作之著作權人之編輯權。編輯著作之著作在於內容的挑選、整理或排列現有資料成一「獨特」有別於「原著」的著作，如挑選、整理或排列現有資料毫無創意，例如以筆劃或字母順序整理的電話號碼簿或其他類似著作，就沒有著作權。另如所挑選或收集的資料中如係有著作權的著作，而未經該著作權人的同意，則該編輯著作就沒有著作權。⁹⁹

（三）概念無法獲得保護

智財權不保護「概念」本身，但是保護「概念」之出產物，好比專利不保護概念，必須揭露具體可行的技術內容，並可供該領域人士據以實施者，才可獲得專利保護；再如「創意點子」本身，只是一個構想或觀念，不受著作權法保護，著作權保護的是著作的「表達方式」（客觀化之表達）。¹⁰⁰

（四）保障著作權的先程序

因為評定著作權、商標權或專利權侵害與否，具有高度的專業性，如果有爭議，應由權利人或相關被侵害者，循民、刑事救濟途徑以定紛止爭；若要發警告信函或存證信函，也應該踐行先程序，才不會發生違反公平交易法之情事。就寄發警告信函而言，「行使權利之正當行為」（公平交易法第四十五條）¹⁰¹是指踐行公平交易委員會的「審理事業發侵害著作權、商標權或專利權警告函案件處理原則」的先程序。依照這個處理原則，本案先程序為：

- （一）經法院一審判決確屬著作權、商標權或專利權受侵害；
- （二）將可能侵害著作權、商標權或專利權之標的物送請司法院與行政院協調指定侵害鑑定專業機構鑑定取得鑑定報告。或於警告函內附具非司法院與行政院協調指定鑑定專業機構製作之鑑定報告。
- （三）或於警告函內敘明其著作權、商標權或專利權明確內容、範圍及受侵害之具體事實，使受信者得據以為合理判斷，且發函前事先通知可能侵害之製造商、進口商或代理商請求排除侵害者。¹⁰²

參、Case Study

一、案例分析：（掌握人、事、時、地、物）

1.案例簡介、2.據學理分析案例、3.案例衍生的問題

【案例簡介】

⁹⁹鄭中人，《智慧財產權法導讀》，〔臺北：五南，2002年8月二版一刷〕，頁90。

¹⁰⁰葉玟好，《智慧的財產？---瞭解智慧財產權》，〔臺北：元照，2005年5月初版第1刷〕頁47。

¹⁰¹行政院公平交易委員會函：「**公平交易法第四十五條「行使權利之正當行為」之涵義**」，<http://www.ftc.gov.tw/2000010129991231347.htm>

¹⁰²葉玟好，《智慧的財產？---瞭解智慧財產權》，〔臺北：元照，2005年5月初版第1刷〕頁65-66。

本案起源於原告幾米（本名為廖福彬），主張：由傅鄭盛製作、大信唱片公司發行的，江蕙「晚婚」音樂MTV之情節及畫面，大部份與其個人所創作的「向左走，向右走」作品之情節及書內繪圖完全相符，是改作自其著作，要求大信唱片公司與傅鄭盛應連帶賠償伍佰萬元，並不得繼續製造、銷售、發行該MTV，既有的MTV則應銷燬。

被告傅鄭盛、大信唱片公司則提出一只剪集諸多電影情節及自稱伊所拍攝音樂錄像帶之錄音帶，證明創作「晚婚」音樂MTV之靈感來源分布甚廣，而這些來源作品均較原告的「向左走、向右走」創作時間為早，且「向左走，向右走」內之情節在一般的抒情小說電影中，皆可見到，其並不是源自「向左走，向右走」一書。

在這第一審、第二審判決書（第三審不得上訴）中，其間就所涉及著作權保護範圍、如何構成侵害、承攬契約的雙方關係與侵害責任之歸屬等議題，均有論述。

● 一審內文簡介

【裁判字號】 89,訴,4859

【裁判日期】 900907

【裁判案由】 損害賠償

【裁判全文】 （省略）

臺灣臺北地方法院八十九年度訴字第四八五九號民事判決

原 告 廖福彬
被 告 大信唱片股份有限公司
法定代理人 陳維祥
被 告 傅鄭盛

主 文

1. 被告傅鄭盛應給付原告新臺幣壹佰萬元及自民國八十九年十一月十八日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。
2. 被告大信唱片股份有限公司不得製造、銷售、發行「江蕙·我愛過」專輯中「晚婚」音樂MTV影像之錄影帶、VCD、DVD。
3. 被告大信唱片股份有限公司應將其所有「江蕙·我愛過」專輯中「晚婚」音樂MTV影像之錄影帶、VCD、DVD予以銷燬。

本案關鍵

1. 侵害「著作權」部分：

第一審法官認定，被告傅鄭盛所拍攝之音樂錄像作品，與原告繪本內容除結局部分外，其他就程度言，實有極多相似之處，且就兩作品間質的方面言，其所表達之意念及故事架構、布局、結構、情緒起伏均有相當重大相似之處，相似程度已達充分且明顯相似及實質相似程度，被告應有「改作」原告著作之行爲。

2. 兩被告大信股份有限公司與傅鄭盛之連帶賠償責任部分：

第一審法官同意大信公司與傅鄭盛間是承攬性質之出資聘人著作契約，而定作人大信公司對承攬人傅鄭盛並無監督之權限，原告就被告大信公司於收受存證信函後是否有繼續製造、發行、銷售之情形，無法舉證以實其說，故大信公司不必負責。

判 決

(一)傅鄭盛應給付被上訴人一百萬元（包括財產上損害賠償五十萬元及非財產上損害賠償五十萬元）及自起訴狀繕本送達翌日即八十九年十一月十八日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息

(二)命大信公司不得製造、銷售、發行「江惠·我愛過」專輯中「晚婚」音樂MTV影像之錄影帶、VCD、DVD，且應將其所有之「晚婚」音樂MTV影像之錄影帶、VCD、DVD予以銷燬。

● 二審內文簡介

【裁判字號】 90,上,1252

【裁判日期】 930525

【裁判案由】 損害賠償

【裁判全文】

臺灣高等法院九十年度上字第一二五二號民事判決

上 訴 人 大信唱片股份有限公司

法定代理人 陳美怡

訴訟代理人 黃秀蘭律師

複 代理人 陳超凡律師

上 訴 人 傅 盛

訴訟代理人 何乃隆律師

被 上訴人 廖福彬

訴訟代理人 黃福雄律師

周奇杉律師

李汶哲律師

主 文

1. 原判決關於(一)命上訴人傅鄭盛給付新台幣壹佰萬元之本息與(二)命上訴人大信唱片股份有限公司不得製造、銷售、發行「江惠·我愛過」專輯中「晚婚」音樂MTV影像之錄影帶、VCD、DVD及(三)上訴人大信唱片股份有限公司應將所有之「晚婚」音樂MTV影像之錄影帶、VCD、DVD予以銷燬部分，暨關於上開(一)、(二)部分之假執行宣告與訴訟費用之裁判均廢棄。
2. 右開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。
3. 第一審訴訟費用關於上訴部分及第二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

大信唱片股份有限公司：

伊於八十九年六月間接獲律師函及存證信函得知著作權爭議後，業已停止銷售系爭視聽著作，亦未在公開場合大量播放系爭視聽著作等語，資為抗辯。

傅鄭盛：

伊承攬拍攝「江蕙·我愛過」專輯中之「晚婚」一曲MTV影片，係依該首歌詞曲之意境，與同仁腦力激盪後所架構出一個有故事情節之拍攝內容，在拍攝系爭MTV影片之前，不曾讀過被上訴人所創作之系爭繪本，如何能抄襲、改作被上訴人之系爭繪本內容。況學凡文藝之創作自有作者之先前經驗及前輩作品為靈感來源，再加以融合、演化後發揮成自己之作品，不能因稍有雷同之橋段，即指責對方抄襲、改作等語。

判決

本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百五十條、第七十八條，判決如主文。本案不得上訴。

【據學理分析案例】

關於本案件之分析：

大信唱片公司發行的台語天后江蕙「晚婚」音樂MTV被訴侵害知名繪本作家「幾米」所創作「向左走·向右走」一案，是一件侵害著作權損害賠償與防止侵害擴大的民事訴訟，涉及著作權保護範圍、如何構成侵害、出資人與受聘人關係與侵害責任之關聯等等議題。

1.關於「向左走，向右走」是否為著作？

根據著作權法第三條第一、二、三條款及第五條，「向左走，向右走」是為著作。一書文字所描述之情節配合原告所繪特殊筆觸之插畫，實具有相當之原創性，而該繪本是以語文配合插畫，屬著作權法所保護之著作。

2.關於「晚婚」音樂MTV有無侵害公開發表權？

『著作人所享有「著作人格權」包括「公開發表權」、「姓名表示權」及「禁止不當修改權」。依第三條第一項第十五款「公開發表權」，係指「權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容」的行為。但，著作權法第十五條「公開發表權」乃著作人就其著作第一次的公開發表之權利，一旦著作經著作人公開發表後，就無從再主張「公開發表權」。本案原告的繪本「向左走·向右走」已銷售八萬本，根本無侵害「公開發表權」之可能。

3.關於「晚婚」音樂MTV有無侵害「禁止不當修改權」與「改作權」？

依據著作權法第十七條之規定：「著作人享有禁止他人以歪曲、割裂、竄改或其他方法改變其著作之內容、形式或名目致損害其名譽之權利。」，「晚婚」音樂MTV如果以改

作之方式擅自割裂、竄改或改寫其著作之內容，實已侵害其著作人格權中之「禁止不當修改權」與「改作權」。基於此，一審法官判定幾米勝訴。

4.關於侵害著作人格權之賠償額度之認定？

著作權法第八十五條「侵害著作人格權者，負損害賠償責任。雖非財產上之損害，被害人亦得請求賠償相當之金額。前項侵害，被害人並得請求表示著作人之姓名或名稱、更正內容或為其他回復名譽之適當處分。」，基於此，第一審判決：被告傅鄭盛應給付原告新臺幣壹佰萬元及自民國八十九年十一月十八日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息。

【案例衍生的問題】

一、類似「向左走，向右走」的圖片搭配文字的創作算不算著作？可否享有著作權之保障？

就案例內的第一、二審法院均認定，原告「向左走·向右走」一書文字所描述之情節配合原告所繪特殊筆觸之插畫，實具有相當之原創性，而該繪本是以語文配合插畫，觀之著作權法第三條及第五條規定，屬著作權法所保護之著作。（§著作權法第三條「著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。」）

二、關於侵害「著作權」之認定？

著作權之侵害或抄襲（例：公開口述、公開演出、改作等方法）之認定標準通常可由兩個要件所構成，即（一）有無實質相似性，（二）有無接觸被重製或改作之著作，而主張著作權被侵害之人，應負舉證責任。所謂「實質相似性」，係指兩作品之表現形式有無實質相似性，在具體判斷上，原創性程度愈高之表達者，受著作權法保護之範圍就愈大；所謂「接觸」，並不限於以直接證據證明閱讀，凡依社會通常情況，被告應有合理之機會或合理之可能性看或聽原告之著作，即足構成接觸，如受侵害人之著作已行銷於市面及在公眾有販賣同種類之商店均可取得其著作即其適例。

二、法律專有名詞解釋

● 著作權法

§第三條本法用詞定義：

三、著作權：指因著作完成所生之著作人格權及著作財產權。著作人格權有三：

公開發表權、姓名表示權，以及禁止變權。並具有專屬性，專屬於

著作人埽身，不得讓與或繼承。

五、重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。

十一、改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。

十五、公開發表權：公開發表，是指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容。

● 承攬契約

§民法第四百九十條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」就大信唱片和傅鄭盛來說，在此類承攬契約關係中，大信委託鄭盛製作音樂錄影帶，大信即為「承攬人」，傅鄭盛則稱為「定作人」。

三、法律條文註解

● 第一審

§著作權法第三條第一項

著作：指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。

§著作權法第三條第十一項

改作：指以翻譯、編曲、改寫、拍攝影片或其他方法就原著作另為創作。

§著作權法第十五條

著作人就其著作享有公開發表之權利。但公務員，依第十一條及第十二條規定為著作人，而著作財產權歸該公務員隸屬之法人享有者，不適用之。

有下列情形之一者，推定著作人同意公開發表其著作：

一、著作人將其尚未公開發表著作之著作財產權讓與他人或授權他人利用時，因著作財產權之行使或利用而公開發表者。

二、著作人將其尙未公開發表之美術著作或攝影著作之著作原件或其重製物讓與他人，受讓人以其著作原件或其重製物公開展示者。

三、依學位授予法撰寫之碩士、博士論文，著作人已取得學位者。

依第十一條第二項及第十二條第二項規定，由雇用人或出資人自始取得尙未公開發表著作之著作財產權者，因其著作財產權之讓與、行使或利用而公開發表者，視為著作人同意公開發表其著作。

前項規定，於第十二條第三項準用之

§著作權法第八十四條規定

著作權人對於侵害其權利者，得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之。

● 第二審

§民事訴訟法第四百六十三條準用同法第二百七十條之一第一項第三款規定

民事訴訟法§463 除本章別有規定外，前編第一章、第二章之規定，於第二審程序準用之。

民事訴訟法§277-1 受命法官為闡明訴訟關係，得為下列各款事項，並得不用公開法庭之形式行之：「整理並協議簡化爭點」

-----整理並協議簡化爭點及不爭執點後，兩造同意僅就言詞辯論時所陳述之事實及主張之法律關係為論斷。

§著作權法第十六條

著作人於著作之原件或其重製物上或於著作公開發表時，有表示其本名、別名或不具名之權利。著作人就其著作所生之衍生著作，亦有相同之權利。

前條第一項但書規定，於前項準用之。

利用著作之人，得使用自己之封面設計，並加冠設計人或主編之姓名或名稱。但著作人有特別表示或違反社會使用慣例者，不在此限。依著作利用之目的及方法，於著作人之利益無損害之虞，且不違反社會使用慣例者，得省略著作人之姓名或名稱。

肆、結論

「實然」與「應然」("Is" and "Ought") 的區別，本身含有法律思想的嚴肅意義。筆者常說：「在應然層面，法律是保障每一個人的權益；但在實然層面，法律是保護懂得法律的人。」

第一、二審法院均認定，幾米繪本之一「向左走，向右走」文字描述情節配合所繪特殊筆觸之插畫，實具有相當之原創性，屬著作權法所保護之著作。在具體判斷上，原創性程度愈高之表達，受著作權法保護之範圍就愈大，既然法院認定幾米的繪本具有相當的原創性，但卻因為著作權法第十條之一所揭示「著作權保護表達，不保護表達所隱含之觀念與程序等」之原則，而在二審被認定傅鄭盛「晚婚」音樂MTV沒有侵害著作權。

二審之所以認為不構成著作權侵害，差別就在於對於有無實質相似性的認定，基本上，晚婚的MTV就畫面上而言的確不完全相同，但整部作品所呈現的概念相似度卻非常高。也許，就以幾米來說，對於自己創作的心血被人這樣的抄襲，在法規上沒能受到保護，讓抄襲的人繼續的引用、參考原作者的作品，實在令人惋惜！尤其是法院遇上這麼好的實務案子卻喪失了一次建立「權威判決」的機會¹⁰³，實在可惜！

其實，法律有時是與社會實際生活情況有段落差且杆隔的。身為創作人或設計人，其創作「靈感」至為重要；而身為法律人或法官，根據著作權法認為「概念」無法獲得保障，二者之間牽涉到不同認知、不同立場、甚至不同的價值判斷。

¹⁰³ 陳俊宏，〈「向左走向右走」著作權官司評析〉，《警察法學》第三期，內政部警政署出版，2004年12月，頁1-16。