

【法律與生活教材】

目錄

教材特色	1
第一章 法律的體系與架構	3
第一節 法律體系與位階	3
第一項 憲法	4
第二項 法律	5
第三項 命令	7
第二節 法的效力	9
第一項 牴觸上位階法規之效力	9
第二項 科予義務效力	10
第三項 法的生效與廢止	10
第三節 法律與一般概念	17
壹、法律、道德、宗教	17
貳、法與政治	18
參、法與科技	18
肆、法與法系	19
第二章 生活中的契約法	21
第一節 民法學與民法	21
一、民法學基本概念介紹	21
二、我國民法的制定與修正	23
三、權利與義務	24
第二節 契約法基本概念	28
一、契約關係是債之關係的一種	28
二、契約自由原則與契約社會化	30
三、發生契約關係的途徑	32

四、要式契約與不要式契約	49
五、定型化契約	50
六、單務契約與雙務契約	83
七、一時性契約與繼續性契約	87
第三章 刑法與性別相關法律	95
第一節 刑法關於性別之規範	95
第一項 各罪名之規定	95
第二項 相關資源介紹	108
第二節 性別平等教育	109
第一項 基礎概念	109
第二項 目前女性教育概況	109
第三項 相關資源介紹	112
第三節 性別工作平等	112
第一項 基礎概念	113
第二項 案件處理運作流程	120
第三項 案例解說	125
第四項 趨勢潮流	130
第五項 相關資源介紹	131
第四節 性騷擾之法律規範	131
第一項 基本概念	132
第二項 案例分析	146
第五節 校園性騷擾防治與處理流程	155
第六節 相關資源介紹	157
第四章 生活中的勞動法	160
第一節 前言	160
第二節 勞動關係可能涉及之相關法律問題	161
第一項 勞動契約	161

第二項 勞動契約之終止	166
第三項 工資	170
第四項 兩性工作平等權	173
第五項 性騷擾之防治	178
第六項 勞工安全衛生	184
第七項 勞工保險制度	194
第八項 強制投保及薪資問題	198
第九項 勞工退休金	204
第十項 解雇與資遣費	210
第五章 其他專業法律問題	215
第一節 生活中的警察法	215
第一項 警察任務	218
第二項 警察之職權行使	227
第三項 警察職權行使之救濟	243
第四項 小結	245
第二節 智慧財產與法律生活	248
第一項 前言	248
第二項 生活上可能涉及的智財法問題	248
第三節 醫療法規	261
第一項 醫療與法律概論	261
第二項 醫療行為之法律責任	262
第四節 生物科技與法律概論	279
第一項 基因改造食品之風險與規範	279
第六章 附件	306
一、所有性騷擾防治法規	306
二、亞洲大學校園性侵害或性騷擾防治辦法	318

三、危機處理流程、通報申訴流程圖、輔導 轉介流程	329
第七章 參考文獻	331

教材特色

本教材本於最生動、最簡約、最活潑之方式，達到最專業而最有教學效率的宗旨，來進行內容之撰寫。故本教材具有下列幾種特色：

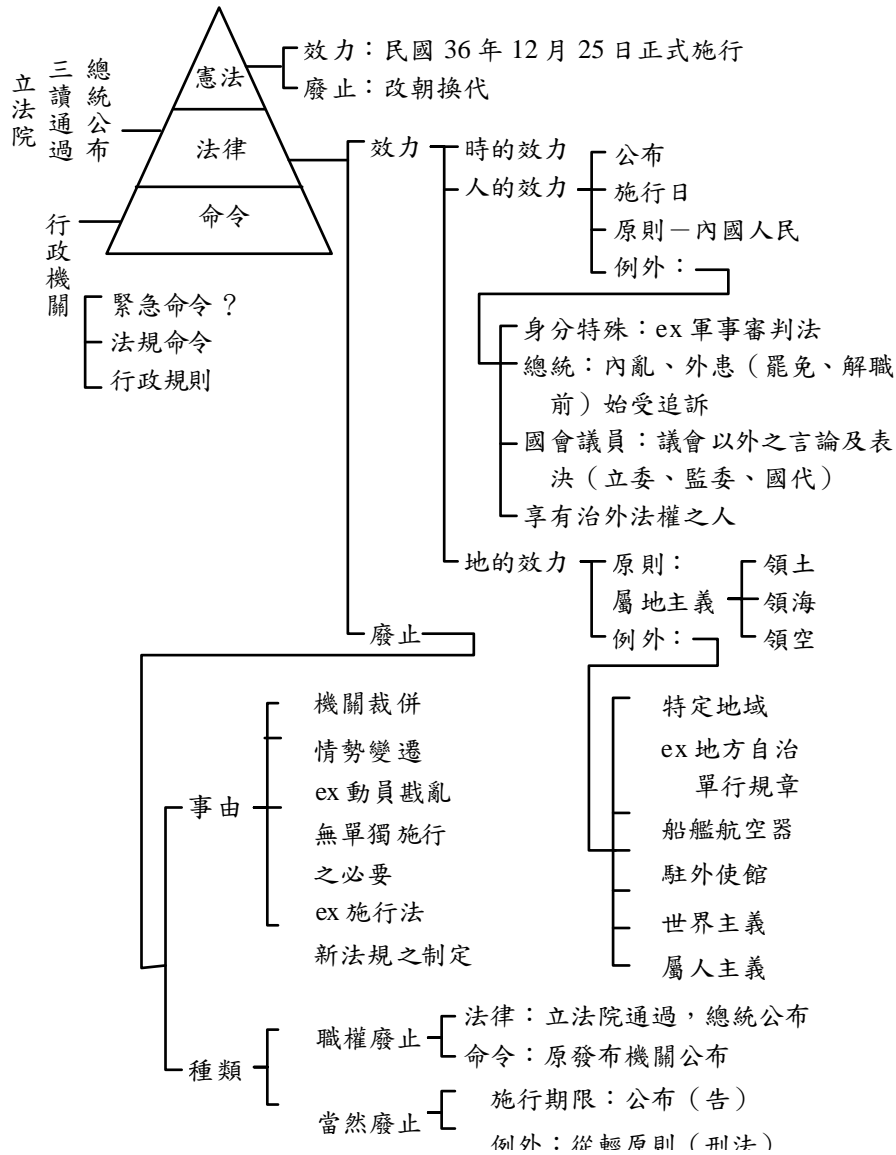
- 1.生活案例：最簡單、時事背景的案例。
- 2.教導同學簡化案例事實經過，以利於思考。例如發給學生判決原文閱讀之後，再給予簡要的事實內容。
- 3.教導學生如何閱讀生澀而冗長的判決文，例如欲有判決原文的生澀字義，便在教材本文下方下個註腳，教學時特別解說給學生了解。
- 4.詳細解說如何查詢該筆案例與相關法規。例如給予參考文獻之網址、對於案例都有說明該如何搜尋、對於主題的相關參考資料或網路資源，在教材註腳或本文中都有介紹，讓學生日後可以自行尋找、教材所引用的相關資料都有再註腳註明出處，有興趣的學生可以對詳細內容深入查詢學習。
- 5.儘量用最白話的文字、最流通的現代語言來解說法律的生澀內容，有別於傳統法律的教科書，達到普及化的目的。
- 6.生活化的提示與連結：透過簡潔扼要的圖畫達到經驗背景的連結。
- 7.圖表式思考：利用人物圖畫或圖表，協助提升文字解說效能。
- 8.增強學習民法之記憶力：活潑生動的圖像意識可以增強記憶功能。

解說 BOX：對於深澀的專門用語有專門的解說。



第一章 法律的體系與架構¹

第一節 法律體系與位階



(法的位階與效力簡圖)

金字塔最能表現我國法規的體系與架構。從這金字塔可以看的出來，我國法規分為憲法、法律和命令三種。所謂「法規」，是

¹ 本章由主持人蔡佩芬撰寫。內容參照蔡佩芬，法學緒論，元照出版，2007年10月。

泛指所有規範的合稱；而「法令」是指法律與命令的統稱，有時候我們口語上所講的法令，可能是指法律也可能是命令，就看當事人說的議題和內容而決定；所謂「法律」，就是指金字塔中間這一區段的規範，也就是經過立法院三讀通過並且總統公布的程序所產生的規範才叫做「法律」。

這個金字塔的體系表，可以看出我們現在實施的所有規範彼此之間的位階，是憲法最高，次為法律，再次為命令，從這體系表還可以知道，下位階法規數量多如牛毛，越上位階法規越精簡、數目越少，所以才會呈現一個金字塔的形狀，這一形狀指示出一個原則是：下位階法規不得牴觸上位階法規。除此之外，這一個圖也表現出法規的相關基本議題，如法規的效力、法規的廢止、法規的種類等。

根據中央法規標準法第 11 條規定：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令。」可知我國法規可以大別為憲法、法律與命令。其位階係憲法高於法律高於命令，而命令又以上級命令之效力高於下級命令。法規數量及法條數，仿如金字塔般呈現，所以若以金字塔狀分析，憲法座落於最上層，中間位次是法律，最下位階是命令。

第一項 憲法

憲法是國家根本大法，其位階最高，也最抽象，條文最少，共一百七十五條。憲法所涉及範圍甚廣，不可能鉅細靡遺的全部以憲法一部法典來規範所有社會上大大小小的事情，所以分層下去，將具體內容交由法律和命令規定，越下位階越是具體，越上位階越是抽象。

憲法既然是國家根本大法，而國家是為人民而存在，因此，

憲法是用來保障人民的權利而不是無端限制人民的權利。能夠限制人民權利者，必須符合憲法第 23 條之規定，是爲了「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，才可以以法律限制之。以往我們常常聽到新聞報章雜誌上說：憲法沒有規定，所以人民沒有這種權利。其實這種說法是似是而非。因爲憲法的本質和目的，是爲了保障人民的基本權利而存在，而不是爲了剝奪或削減人民的基本權利。

一個國家要順利運作，人民權利要能受到保障，若每個人完全都無止盡的發揮自身的權利，則容易產生衝突。例如：我有聽 ipod 的自由，你有享受生活居家寧靜的權利，但是我喜歡搖滾樂，越大聲越痛快，我們兩人的權利發揮到極致的時候，便產生衝突，我也影響到附近學校和醫院所有人員的安寧權利。因此，爲了維持公共利益，我的自由應該受到限制（不是剝奪），這就是憲法第 23 條所講的真諦。

如何讓我的權利受到正當而合憲的限制？就是透過憲法的授權，使法律在憲法授權範圍之內，去限制人民權利或科予人民義務，而且，限制的手段要合乎比例性，這樣的限制才是合法限制。

爲什麼要用法律規定來限制，而不是在憲法規範本身就作限制規定？因爲憲法是國家基本大法，是作最原則性的、抽象性的規範，若是具體的、細節的，很多繁雜的瑣碎的事項，就交由法律或命令去規定，才不會使憲法本身看起來龐雜無章。而用法律或命令去規範，可以針對細節、針對事項去詳細規定，則有完備的體系與章法。

第二項 法律

憲法的下位階法規爲法律。

根據中央法規標準法第 5 條規定，應以「法律」規定之項目

，有以下幾種：

- 1.憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。
- 2.關於人民之權利、義務者。
- 3.關於國家各機關之組織者。
- 4.其他重要事項之應以法律定之者。
- 5.凡應以法律訂定之項目（即上述這幾項），不得以命令方式為之。

凡是「法律」，必須經由立法院三讀通過，以及總統公布的程序，始能稱為「法律」。包括民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法、公司法、海商法、票據法、保險法……，都是在這個位階。

這個位階的法規，只要是經過憲法的授權，則可以科予人民義務。換言之，立法委員制定法案時，應該考量是不是有必要限制人民的基本權利，而考量標準是憲法第 23 條的內容，就是為了「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，才可以以法律限制之。違背這些規定者，則是法律逾越憲法授權範圍，是下位階規定違背上位階規定，效力為無效。簡言之，能夠限制人民權利、科予人民義務的法規是法律，但是法律必須在憲法授權範圍內、不牴觸憲法規定，才是合法的法律規範。

中央法規之制定、施行、適用、修正及廢止，除憲法另有規定外，均依據「中央法規標準法」之規定來做。

根據中央法規標準法第 2 條規定，「法律」得定名為「法」、「律」、「條例」或「通則」。所以，只要是該項法規名稱最後一個字或最後二個字是以「法」、「律」、「條例」、「通則」命名者，就是屬於「法律」的屬性。例如：民法、刑法、戒嚴時期人民受損權利回復條例、高雄市議會組織自治條例、三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例、自由貿易港區設置管理條例、國家公園管理處組織通則、地方稅法通則、監獄組織通則、少年觀護所設置及實施通則……

第三項 命令

金字塔的最下面一層次的規範稱為「命令」，是所有法規當中最多最繁雜的一項。命令是由行政機關自行發布者，稱為「行政命令」。根據「中央法規標準法」第 3 條之規定，「命令」通常以「規程」、「規則」、「細則」、「辦法」、「綱要」、「標準」或「準則」名稱命之。這名稱和法律的命名規則一樣，都是用最後兩個字來決定法規的屬性和位階。

根據行政程序法規定，行政命令包括「法規命令」和「行政規則」。

第一款 法規命令

法規命令係指授權命令，顧名思義，是行政機關制定命令時，根據上位階法律的授權，對不特定多數人所制定的抽象性對外規範。

在命令位階，可以科予人民義務的法規，是授權命令。因為授權命令是經由法律的授權，所以可以科予人民義務，但是必須在法律的授權範圍之內，若超出法律的授權範圍之外而科予人民義務，如納稅、如罰款等等，為不合法的授權命令。

法律規範雖然內容已經比憲法具體，卻也傾向於原則性和抽象性規範，遇有規範內容屬於具體落實或細膩性者，或內容必須按照機關或團體或個人的需求者，若用法律規定，將使該部法典的內容繁雜，因而通常另以命令規範。例如：關於政府採購法何時開始實施，其具體落實為何，若規範在政府採購法當中，則有體系龐雜而未盡之感，故以「政府採購法施行細則」另作規範，所以政府採購法施行細則第 1 條就開章明義的揭示：「本細則依政

府採購法（以下簡稱本法）第一百十三條規定訂定之。」這就是授權給行政機關去制定法規命令的依據，而不考慮將有關的具體事項在法律的位階（政府採購法）當中來規範。

第二款 行政規則

「行政規則」，顧名思義，是行政機關基於職權，爲了規範機關內部秩序與運作所下達之命令。

行政規則是不同機關依其需要而制定，所制定命令的內容，無須法律授權。

行政規則的內容包括兩種，一爲機關內部之組織、事務分配、業務處理方式、人事管理等一般規定，一爲協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而頒訂之解釋性規定及裁量基準。簡言之。行政機關依其職權所發布的命令可以大別爲組織性命令、作業性命令、裁量性命令、以及解釋性命令。

依據命令性質，有以「發布」方式，有以「下達」方式爲之。

若根據中央法規標準法第 7 條規定：「各機關依其法定職權或基於法律授權訂定之命令，應視其性質分別下達或發布，並即送立法院。」則可以知道，命令分爲「授權命令」和「職權命令」。根據中央法規標準法第 7 條與根據立法院職權行使法第 60 條至第 63 條之規定，授權命令和職權命令經行政機關訂定之後，應立即送交立法院審查，但是根據行政程序法的分類，則解釋上僅有授權命令必須送交立法院審查方爲妥當。

第三款 緊急命令

總統在國家遭遇天然災害、瘟疫、財政上重大變故時，須爲緊急處分，所下的命令稱爲「緊急命令」。緊急命令的制定程序，

原本根據憲法第 43 條規定，必須是總統在立法院休會期間，遇有發布緊急命令之必要時，得經行政院會議決議，依據緊急命令法發布，並先為必要的處置。緊急命令發布之後，應於一個月之內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。但是，本次憲法增修條文第 2 條第 3 項已經改為：「總統為避免國家或人民遭遇緊急危難或應付財政經濟上重大變故，得經行政院會議之決議發布緊急命令，為必要之處置，不受憲法第四十三條之限制。但須於發布命令後十日內提交立法院追認，如立法院不同意時，該緊急命令立即失效。」

因為緊急命令可以暫時凍結所有現行法規的效力，因此有凌駕任何法規的功效，雖名為命令，卻不宜置放於最下層命令之位階。

第二節 法的效力

第一項 牴觸上位階法規之效力

法規的位階分為金字塔形狀，其最大的實益性在於，下位階法規不得違反上位階法規。

憲法第 171 條規定，法律與憲法牴觸者無效。

憲法第 172 條規定，命令與憲法或法律牴觸者無效。法官在審判時發現法律或命令違背憲法之規定者，可以停止訴訟聲請釋憲。

至於命令牴觸法律者，應視法規命令牴觸法律或是行政規則牴觸法律。如前所述，法規命令訂定之後，應立即送交立法院審查，若發現有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定之事項卻以命令規定者，應提報立法院院會，經決議後通知制定的行政機關更正或廢止，若不更正或廢止，則於二個月之後失效。若經立法院審查未被發現有違反、變更或牴觸法律者，法官於審理案

件時發現，則可逕行不用，但是不能宣告命令無效，這是屬於司法院大法官的職權範圍。



大法官須超出黨派之外，獨立行使職權，不受任何干涉。其職權主要在於審理以下四類案件：1.解釋憲法案件、2.統一解釋法律及命令案件、3.總統、副總統彈劾案件、4.政黨違憲解散案件。

對於解釋憲法與統一解釋法令案件，大法官以會議方式合議審理。對於總統、副總統的彈劾案件，以及政黨違憲解散案件，大法官組成憲法法庭，以合議庭方式審理。

第二項 科予義務效力

凡是要科予人民義務或處罰者，都必須限定於是「法律」位階的規定，才可以處罰人民或科予人民義務，否則，若是在命令位階，就只能是經過法律合法授權的授權命令，且授權必須要具體明確，才可以科予人民義務或罰款，同時，這個命令的規定內容，必須在授權範圍之內才行，合乎這些條件下，所科予人民義務或罰款的命令，才是合法命令。

第三項 法的生效與廢止

第一款 憲法

中華民國憲法自民國 36 年 12 月 25 日正式施行，所以以往 12 月 25 日放假叫做行憲紀念日，而不是為了聖誕節而放假。

憲法之修改，原則上本應依據本法第 174 條規定，依下列程序之一為之：

1.由國民大會代表總額五分之一之提議，三分之二之出席，及出席代表四分之三之決議，得修改之。

2.由立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，擬定憲法修正案，提請國民大會複決。此項憲法修正案，應於國民大會開會前半年公告之。

後來因為爲了因應國家統一前之需要，而增修本部憲法，其中關於憲法條文之修改，於憲法增修條文第 1 條規定：「中華民國自由地區選舉人於立法院提出憲法修正案、領土變更案，經公告半年，應於三個月內投票複決，不適用憲法第四條、第一百七十四條之規定。憲法第二十五條至第三十四條及第一百三十五條之規定，停止適用。」

未來，更甚者，如果想要廢止本部憲法，就不是憲法本文或憲法增修條文所能解決的單純法律問題，而是政治問題。

第二款 法律與命令

第一目 生效與效力範圍

法律的效力可以從時的效力、人的效力、地的效力去觀察。

壹、時的效力

關於時的效力，有三種方式：1.若有施行法或施行細則的規定，則依施行法或施行細則所規定之日期爲施行日；2.若無施行法或施行細則的規定，則從該法公布之當日起算至第三日施行(中央法規標準法第 13 條)；3.法律本身就已經定有施行之年月日者，從其規定。

例如關於民法時的效力，有分爲民法總則施行法、民法債編施行法、民法物權編施行法、民法親屬編施行法、和民

法繼承編施行法，皆是關於施行日期的詳細規定，例如民法總則施行法第 19 條規定：「本施行法自民法總則施行之日施行。民法總則修正條文及本施行法修正條文之施行日期，以命令定之。」

貳、人的效力

關於人的效力範圍，有分為「屬人主義」、「屬地主義」和「折衷主義」。

所謂「屬人主義」，係指凡內國人民，不問在外國或內國境內，均適用內國法規。所謂「屬地主義」，係指凡是內國領土以內，不論是內國人民或外國人民，一律適用內國法律。所謂「折衷主義」，係指以屬人主義為主，以屬地主義為輔；或屬人主義為主，屬地主義為輔；或屬人主義與屬地主義之原則外，尚有例外規定。

凡我國法規，原則上均適用於我國所有人民，但亦有例外：

1. 凡身分特殊者，始得適用該法規，如軍事審判法，本法第一條規定：除軍人以外，不受軍事審判。

2. 國家元首根據憲法第 52 條規定：「總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上之訴究。」因此，總統在職時，只要涉及犯有內亂或外患罪之可疑，隨時可以被偵查與起訴，除此之外的其他罪刑，均不受刑事訴追，必須等總統被罷免或解職之後才受訴追。

3. 國會議員根據憲法第 73 條規定：「立法院委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任。」因此，相關法規不及於立法委員在院內所為之言論及表決。何為「在院內所為之言論及表決」？大法官會議第 435 號做出更詳細的說明：「憲法第七十三條規定立法委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任，旨在保障立法委員受人民付託之職務地位，並避免國家最高立法機關之

功能遭致其他國家機關之干擾而受影響。為確保立法委員行使職權無所瞻顧，此項言論免責權之保障範圍，應作最大程度之界定，舉凡在院會或委員會之發言、質詢、提案、表決以及與此直接相關之附隨行為，如院內黨團協商、公聽會之發言等，均屬應予保障之事項。逾越此範圍與行使職權無關之行為，諸如蓄意之肢體動作等，顯然不符意見表達之適當情節致侵害他人法益者，自不在憲法上開條文保障之列。至於具體個案中，立法委員之行為是否已逾越保障之範圍，於維持議事運作之限度內，固應尊重議會自律之原則，惟司法機關為維護社會秩序及被害人權益，於必要時亦非不得依法行使偵審之權限。」簡言之，立法委員在開會中有打架情事，或與發言、質詢、提案、表決等無關之行為或言論，顯然不符意見表達之適當情節者，若導致他人權益受到損害，仍可以對其發動刑事訴追。

立法委員若是在院內會議中以口水噴人，除非是現場立即逮捕，否則事後不得逮捕與拘禁，因為憲法第 74 條有規定：「立法委員，除現行犯外，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。」

除此之外，監察委員與國大代表都有類此規定。根據憲法第 101 條規定：「監察委員在院內所為之言論及表決，對院外不負責任。」且憲法第 102 條規定：「監察委員，除現行犯外，非經監察院許可，不得逮捕或拘禁。」根據憲法第 32 條規定：「國民大會代表在會議時所為之言論及表決，對會外不負責任。」又憲法第 33 條規定：「國民大會代表，除現行犯外，在會期中，非經國民大會許可，不得逮捕或拘禁。」。

4. 享有治外法權之外國人民，雖在我國境內，仍適用外國法。例如，外國元首居留我國時，適用外國法律；外國駐在我國的外交官，適用外國法律。

(排版下移)凡居住於外國之內國人民，雖適用外國法律為原則，但有幾項例外：

1.憲法上之義務，如納稅或服兵役等，仍適用內國法律。

2.關於民法上之身分、能力、親屬、繼承等事項，多仍適用內國法。例如：禁治產之原因、成年的年齡、婚姻的成立要件、繼承的順序等。

3.享有治外法權之內國人民，仍適用內國法。例如，內國元首居留外國時，適用內國法律；內國駐在外國的外交官，適用內國法律。

參、地的效力

法律關於地的效力採取「屬地主義」，係指我國法規遍及適用於我國領域之內。

我國領域包括「領土」、「領海」與「領空」。其範圍根據中華民國領海及鄰接區法第 2 條規定：「中華民國主權及於領海、領海之上空、海床及其底土。」及第 3 條規定：「中華民國領海為自基線起至其外側十二浬間之海域。」

原則上我國法規的適用採取「屬地主義」，但有例外：

1.關於具有特定地域為其適用範圍之法規，則該法規效力僅及於特定地域範圍。例如：「臺北市市徽市旗設置辦法」僅適用於臺北市地區、「臺中市法規及行政規則自治條例」僅適用於臺中市地區。

2.在我國航空器或船艦上，我國法規效力及之。刑法第 3 條規定：「本法於在中華民國領域內犯罪者，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。」以及刑法第 4 條規定：「犯罪之行爲或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。」可知在外國領海或領空上存在我國船艦與航空器，則我國法規效力及於該航空器與船艦上。

3.在我國駐外使領館領域內犯罪，是否視為在我國領域內犯

罪？我國駐外使領館在他國國境內，外國根據其屬地主義，於領使館境內原則除有前述外交官等具有治外法權之人，因屬人主義而得以適用內國法規外，理當應適用該外國法規，但國際慣例上，均認為地主國放棄其司法管轄權而適用駐在國之法規，令駐在國的司法管轄權延伸入使領館境內，此乃屬地主義之緩和。

4.刑法有採世界主義的規範型態，亦即有些犯罪是世界公認的犯罪樣態，不問犯罪地在哪，不問國籍為何，我國法律效力及之。根據刑法第 5 條規定：「本法於凡在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之：一、內亂罪。二、外患罪。三、偽造貨幣罪。四、第二百零一條及第二百零二條之偽造有價證券罪。五、第二百一十一條、第二百十四條、第二百十六條及第二百十八條之偽造文書印文罪。六、鴉片罪。七、第二百九十六條之妨害自由罪。八、第三百三十三條及第三百三十四條之海盜罪。」是屬地主義之例外。

5.刑法有採屬人主義的規範型態，亦即我國國民不問在哪一國家境內犯罪，皆適用我國法律。根據刑法第 6 條規定：「本法於中華民國公務員在中華民國領域外犯左列各罪者，適用之：一、第一百二十一條至第一百二十三條、第一百二十五條、第一百二十六條、第一百二十九條、第一百三十一條、第一百三十二條及第一百三十四條之瀆職罪。二、第一百六十三條之脫逃罪。三、第二百十三條之偽造文書罪。四、第三百三十六條第一項之侵占罪。」及第 7 條規定：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」均以行為人國籍作為適用我國法律之依據，而非以犯罪地為適用標準，是為屬地主義之例外。

6.刑法另有採保護主義規範型態，亦即為了保護國與我國國民之利益，不問犯人的國籍與犯罪地是否在我國境內，皆適用我

國刑法。此從刑法第 8 條規定：「前條之規定，於在中華民國領域外對於中華民國人民犯罪之外國人，準用之。」可以看出，亦為屬地主義之例外。

第二目 廢止

法律與命令的廢止，均自其廢止時起失其效力。以下簡扼說明之。

壹、種類

法律與命令的廢止，有「當然廢止」與「職權廢止」兩種。

所謂「當然廢止」，係指法律或命令定有施行期間，期滿當然廢止失效。但是刑法的適用上，有所謂「從舊從新原則」，亦即犯罪行為原則上是適用行為時的法律，若犯罪之後刑法官於其罪刑部份剛好有修正，則應適用舊法，除非舊刑法比適用新刑法的刑責規定重，則例外適用新刑法規定，這是所謂刑法的「從舊從輕原則」。所以，法律適用上，相對廢止了現行刑法之規定。

所謂「職權廢止」，係指有權廢止法規之機關廢止該法規。法律的廢止，應經立法院通過，總統公布。命令的廢止，應經原發布機關為之。

貳、原因

法律廢止的事由，可歸納下列幾種原因：

1.機關的裁併：機關裁併之後，原法規無存在之必要，則應立即廢止。

2.無單獨施行之必要性者：母法已經廢止，其施行細則或施行法則無存在之必要，亦應予廢止。

3.情勢變遷：為因應國家變動，定有戒嚴時期的相關法規，於解嚴之後，因為情勢變更，應予廢止，例如：動員戡亂時期臨

時條款，因解嚴而予以廢止。

4.同一事項已經有新法規已經公布或施行者，舊法規應廢止。但是，刑法因有從舊從新原則，所以形成本廢止原因之例外。

第三節 法律與一般概念

生活與法律的關係密切，生活中有幾種概念，是我們心中的一把尺，仿如法律規範般的拘束著我們人的行爲。這一些概念和法律有何區別？下面就道德、宗教、政治、科技、法系的內容和關係稍加比較，來幫助釐清法律的地位和概念。

生活與法律的關係密切，生活中有幾種概念，是我們心中的一把尺，仿如法律規範般的拘束著我們人的行爲。這一些概念和法律有何區別？下面就道德、宗教、政治、科技、法系的內容和關係稍加比較，來幫助釐清法律的地位和概念。

壹、法律、道德、宗教

法律是用來約束人民的生活，但用以約束人民生活者，不僅只有法律，還有道德及宗教。有時，我們的行爲雖然沒有構成犯罪，但是受到良心的譴責，或受到宗教的威脅感，大過於法律所帶來的威嚇感。不管如何，法律、宗教、道德這三者，都對人心有拘束作用。

法律、道德和宗教仍有不同，法律有強制力，可以強制人民加以遵守，若不遵守時，國家會以強制力介入處罰，例如：入監服刑、強制徵收財物、強制執行拍賣土地……。但是，道德及宗教則沒有強制力，且只談義務，不談權利，也沒有具體處罰的規定，只能求之於人們良心的自我覺醒或宗教的教義與教友的督促。

法律與道德、宗教的範疇不一樣，例如：有一些宗教鼓勵人

民不用當兵，或者鼓勵人民拿刀屠殺不信教義者。但是，這卻是違反現行法律的規範，因為服兵役是國民應盡的義務，殺人是非法行爲，不被允許、亦不賦予正當性。

道德上，若夫妻的一方有無法醫治的疾病或重大不治的精神病時，另一方可以要求離婚，道德上雖然會被苛責，但在法律上卻是容許的。另外，替自己的親人報仇，或搶奪富人的財物來救濟窮人，雖然道德上允許，但在法律上則是犯罪的行爲。

無論如何，宗教的活動必須都要受法律的約束，而法律則又是道德的一部分，只是「法律是最低限度的道德」。

貳、法與政治

政治，所欲處理的客體爲眾人之事，其範圍至廣，涵蓋社會生活的每一個層面。政治的主要目的，係在每一個社會生活領域中訂立出所欲執行的「政策」。而政策的落實，就必須依靠具體的法律規範來落實。兩者之間，關係雖然密切，但仍屬不同範疇。

在專制時代，政治乃由少數的貴族與君王所把持，因此政策的形成，多半是統治者的意志表現。於是，在使用法律執行專擅的政策時，法律只是用以服務政治，甚至是統治者行使統治的工具。

而在現代的民主社會中，狀況就有所改變。政治上所形成的社會政策，不再是獨裁專制的統治者的意志，而是具備相當民意基礎的政治團體可以提出與影響。法律，除了執行政策的功能之外；政治上的遊戲規則，亦必須服膺法律的規範。換言之，國家的行政、立法、司法行爲，皆必須受到法律的規範。

參、法與科技

人類科技的發展速度非常快，爲人類的的生活帶來很多的便利，卻也帶來很多方面的衝擊。針對科技所帶來的衝擊，就必須以

法律為其訂立明確的秩序。科技的腳步總是開展於前，法律的規範便繼之在後，這是必然的一種現象。

現代科技為我們所帶來的法律問題衝擊，表現於各方面。諸如：商業上的商標與專利問題、網路犯罪的跨國性問題、電子商務機制的秩序、電子簽章、網路購物與拍賣、生物科技與基因改良、複製生物與複製人、農業植物種子、臍帶血、代理孕母等等的法律課題。所涉及的層面甚廣，往往涉及跨國界與跨法律領域的交錯。總而言之，科技為法律帶來新的衝擊，而法律為科技建構應有的秩序。兩者互相配合之下，推動人類歷史的進一步發展。

肆、法與法系

一、英美法系

英美法系，主要以英國與美國為代表。其特質為：

1. 重視習慣與判決、判例等不成文法

重視社會上已然形成的習慣，以及法院對於相同性質的案件所做成的判決先例。在個案審理時，重視此等不成文法的存在與其內涵。並藉由個案的審理，逐步建構明確的法律秩序。其優點在於符合社會之實際，缺失則在於法律安定性較為不足。

2. 陪審制度

英美法系國家於個案審理時，通常採取法官獨任制，但為防止法官專擅，則有陪審團的制度，作為配套措施。

3. 著重當事人進行主義

個案爭議的審理，著重當事人雙方的訴訟地位平等，關於證據與事實部分，均有賴當事人自行舉證與提出，並由當事人來主導整個訴訟的進行。法院立足於單純客觀「聽審」與裁判的角色。

二、大陸法系

大陸法系國家，主要承繼羅馬法的傳統，以德國、法國、日本、台灣、中國，均屬大陸法系國家。其特質為：

1.重視成文法典

重視明文的成文法典，依照法律現有的明文規定為審判的依據。其優點在於有助於法律安定性的維持，缺點則在於容易造成不符合社會實際的弊端。

2.合議庭制

個案審理時，為求避免法官過度專擅，則常有合議庭的方式，以三位或五位法官一同聽審，做出判斷。

3.著重職權進行主義

個案爭議的審理，著重於實體正義的追求，所以常有法院以職權介入事實與證據的調查，並由法院來主導整個案件的進程序。

第二章 生活中的契約法²

第一節 民法學與民法

一、民法學基本概念介紹

在進入民法的學習之前，我們首先要對民法的一些基本概念加以認識，首先要介紹的，就是民法的名稱。民法的名稱，是從羅馬時代的羅馬法演變而來。在羅馬時代有所謂的「市民法」，「市民法」主要是用以規範羅馬市民間一般社會生活關係，而後世歐洲大陸各國，諸如法國、德國、瑞士等國究沿襲了這樣名稱，把規範私人間一般社會生活關係之法律稱為民法（而 1804 年的法國民法，更是第一部成文的民法典）。我國現行之民法體制，是繼受自德國與瑞士，所以也將這種規範私人間一般社會生活關係之法律，稱為民法，也因此，我國在法律體制上是屬於大陸法系國家。

在介紹完民法名稱的由來之後，接下來就要介紹民法跟我們日常生活有何關係。上一段我們有提到，民法是規範私人間一般社會生活關係之法律，而事實上，在眾多的法律之中，與日常生活關係最密切的法律就是民法，我們每個人幾乎每天都會發生民法所規範的社會生活關係。以大學生而言：每日的買早餐、去學校餐廳吃中餐，或是到飲料店買飲料，這都是發生了民法所規範的買賣關係；因求學而在外租屋，就就是發生了民法所規範的租賃關係；而利用課餘去打工，這就是發生了民法所規範的僱傭關係。由此可知，民法跟我們日常生活真是息息相關，從出生到死亡，我們無時無刻幾乎不發生民法所規範的社會生活關係。

² 本章作者為協同撰稿人吳光平教師。

民法所規範的是社會生活關係，這種社會生活關係是人與人因為社會之群居生活所發生，跟國家政府行使公權力無關，例如上一段所提到的買飲料、租屋、打工，這些都無關於國家政府之公權力，至於騎乘機車因為闖紅燈被警察開罰單，這就跟國家政府之公權力有關，因為警察開罰單就是國家政府對人民公權力的行使，你必需要服從與遵守（當然，事後向監理單位申訴罰單，這就是另外一回事了），這種無關於國家政府公權力的社會生活關係，以及國家政府之公權力，就是所謂私法與公法的區別。換句話說，規範私人間社會生活關係之法律，以及規範人民與國家政府間關於公權力行使之法律，是分別由二個不同的法律部門所規範，規範私人間社會生活關係之法律稱為私法，規範人民與國家政府間關於公權力行使之法律稱為公法。之所以要這樣地區別私法與公法的概念與法律體制，其實也是開始自羅馬時代，並傳承至後世歐洲大陸各國，而採行民法體制，也很自然地隨之接受區別私法與公法的概念與法律體制，我國採行這種民法體制，所以也接受了這樣的制度。而私法與公法的區別，影響最重大的，就是關於私法的案件，必須由普通法院審理（地方法院→高等法院→最高法院），而關於公法的案件，則必須由行政法院審理（訴願會→高等行政法院→最高行政法院）。

在這種區別私法與公法的概念與法律體制的前提下，於私法這一方面，建立了私法自治的基本原則，作為私法的最高指導原理。所謂私法自治原則，就是私法是規範私人間社會生活關係之法律，其所牽涉的是個人與個人間權利義務關係，國家或政府並非個人，因此不得加以干涉這種個人間的關係。民法一向被認為是私法的根本大法，既然私法自治原則為私法的最高指導原理，民法所體現出的私法自治原則，自是明顯，而民法所採取的契約自由原則、所有權絕對原則、過失責任主義等三項重要制度，就是私法自治原則明顯而具體的展現。契約自由原則，就是契約之

締結與否，締約方式如何，契約內容如何，均有自由；所有權絕對原則，就是在私有財產制度下，所有權神聖不可侵犯，所有權之行使或不行使都有自由，國家都不能干涉；過失責任主義，行為人只對自己故意或過失之行為負責，無過失就不用負責。可是，由於社會的改變與經濟的進步，資本大量地累積而使大企業逐漸形成，經濟力量的強弱差距日益擴大，造成了貧富不均，民法的這三項重要制度沿襲至今，漸生流弊，爲了修正這些流弊，對民法的這三項重要制度之檢討與修正開始進行。以契約的社會化修正契約自由原則，防止經濟力量強勢的一方濫用契約自由原則；以所有權的社會化修正所有權絕對原則，使所有權人行使所有權時亦負有義務，須兼顧到社會大眾的；以無過失責任修正過失責任主義，使經濟力量弱勢的一方向經濟力量強勢的一方請求損害賠償，不致發生困難。對民法的這三項重要制度之檢討與修正，亦體現於我國民法及其特別法中，例如消費者保護法、土地法、勞動基準法等等。

二、我國民法的制定與修正

在簡單介紹民法學的基本概念後，接下來就要介紹我國民法的歷史背景以及發展歷程。我國現行之民法體制，並非中華歷史的產物，而是繼受自德國與瑞士。我國現行民法之制定，是國民政府奠都於南京後，立法院於民國十七年十二月成立，而於民國十八年一月組成民法起草委員會，先後完成了總則、債、物權、親屬、繼承共五編、計一二二五條之民法法典，並經公布施行。而民法公佈施行以來，已逾半個世紀，在這之間，歷經了在中國大陸時期的抗日、國共內戰，以及台灣時期的經濟起飛，社會結構、經濟形態及人民生活觀念，都已經發了生巨大改變，民法之部分規定已經不符實際情況，而難因應實際需要，因此前司法行政部（現法務部）於民國六十三年七月開始研擬民法各編之修正

。民法總則修正案，經立法院三讀通過後，總統於七十一年一月四日公布，並另定於七十二年元月一日起施行；民法債編於八十八年四月二十一日修正公布，修正條文自八十九年五月五日施行；民法物權編於九十六年三月二十八日修正公布，並自公布後六個月施行；民法親屬編及繼承編之修正，亦於七十四年六月三日修正公布（依中央法規標準法第十三條之規定，修正條文自公布之日起算至第三日起發生效力，即應自七十四年六月五日起生效），其後民法親屬編又二度於八十五年九月二十五日及八十七年六月十七日修正公布部分條文，再於八十八年四月二十一日修正公布第一〇六七條，復於八十九年一月十九日修正公布第一〇九四條，而後再於九十一年六月二十六日及九十六年五月二十三日公布部分修正條文。

而我國現行之民法，總共有五編。民法第一編為總則編，規定了民法所共通適用之原則；民法第二編為債編，規定了債權債務關係；民法第三編為物權編，規定了對物為支配、使用、收益等之權利關係；民法第四編為親屬編，規定了親屬關係之發生、消滅，親屬間之權利義務；民法第五編為繼承編，規定了因被繼承人之死亡，由其有一定親屬身分關係之人包括承繼其遺產之關係，與被繼承人立遺囑所生之問題。在這五編當中，第一編總則編所規範的是其他四編共通的原理原則；第二編之債編及第三編物權編，則是以財產關係為其規範內容，所以也稱其為財產法；第四編之親屬編及第五編之繼承編，則是以身分關係及身分財產關係為其內容，所以也稱其為身分法。

三、權利與義務

（一）權利與義務是整部民法的核心

之前有提到，民法所規範的是社會生活關係，這種社會生活

關係是人與人因為社會之群居生活所發生，而這些由民法所規範的是社會生活關係，就是民事法律關係，本質上就是一種權利與義務的關係，因此也有人稱民法是權利與義務的法律，而權利與義務是整部民法的核心，貫穿了整部民法。權利義務關係的內涵很廣泛，複雜性各不相同，以民法而言，約略可分為財產關係（而又再分為債之關係、物之關係）與身分關係（親屬關係）以及介於財產關係與身分關係間的繼承關係。

（二）權利的意義與種類

關於權利的意義，看法還有分歧，但現在大部分的看法是採取所謂法力說，就是認為權利乃是受法律所保護，得享有特定利益的法律實力。關於權利的種類，因分類標準的不同，會有不同種類的權利。

以標的，也就是對象為分類標準，權利有財產權與非財產權的種類。財產權是享受財產上利益的權利，又可分為債權、物權、準物權、無體財產權四種。債權，特定人得向另一特定人請求為一定行為（作為或不作為）之權利，例如【筆者按：本章為真實案例，惟所有的設例，都以霹靂布袋戲劇集中的人物設例取代改名】素還真向佛劍分說購買武功秘笈一套，佛劍分說可向素還真請求支付新台幣三萬元之價金，佛劍分說向素還真請求支付新台幣三萬元價金的權利就是債權。物權，得直接支配管領特定物並具有排他性之權利，依我國民法的規定，有所有權、地上權、抵押權、質權、留置權等，例如秦假仙購買位於琉璃仙境的豪宅一間，秦假仙就擁有對該屋的所有權，可以支配管領該屋。準物權，不是民法所規定的物權，但在法律上視為物權，準用民法關於不動產物權之規定，例如礦物權、漁業權。無體財產權，是以人類精神作用之創造物為標的之權利，專利權、商標權、著作權等都是無體財產權，例如屈世途發明會記憶武功秘笈的機器一台

，屈世途就擁有此機器的專利權。非財產權是與權利主體的人格、身分關係不能分離的權利，又可分為人格權與身分權。人格權，是存在於權利主體的個人上，以人格利益為標的之權利，例如虛竹就其姓名，具有姓名權。身分權，是存在於二個權利主體之間，基於一定身分關係所發生的權利，親權、扶養請求權、夫妻同居請求權等都是身分權，例如素還真對素續緣，具有親權。

以權利所能發生的作用為分類標準，權利有請求權、支配權、形成權、抗辯權的種類。請求權，是請求他人作為或不作為的權利，請求他人作為的權利，稱為積極的請求權，例如素還真向佛劍分說購買武功祕笈一套，佛劍分說可向素還真請求支付新台幣三萬元之價金，佛劍分說向素還真請求支付新台幣三萬元價金的權利就是積極的請求權，而請求他人不作為的權利，則稱為消極的請求權，例如一頁書與素還真約定素還真與只能將明聖劍法授予一頁書，一頁書可向素還真請求不能將明聖劍法授予其他人，一頁書向素還真請求不能將明聖劍法授予其他人的權利就是消極的請求權。支配權，是直接支配權利客體的權利，物權、準物權、無體財產權性質上都是支配權，而支配權的積極作用，是得直接支配權利客體、支配管領標的物、直接取回標的物，無須要求他人為特定行為，支配權的消極作用，可以禁止他人為干涉行為或妨害行為，例如秦假仙擁有位於琉璃仙境的豪宅一間之所有權，所以秦假仙以支配管領該豪宅，並能禁止其他人就秦假仙所支配管領該琉璃仙境豪宅為干涉行為或妨害行為，秦假仙所行使的這種權利，就是支配權。形成權，是因權利人一方的意思表示，就能使法律關係直接發生、變更或消滅的權利，例如素續緣為未滿二十歲的未成年人，其向疏樓龍宿購買儒門豪宅之為效力未定之法律行為，須素續緣之法定代理人素還真行使承認權後，方能使原為效力未定之購買儒門豪宅之行為直接發生效力，素還真所行使之承認權，就是形成權。抗辯權，是得永久或暫時對抗權

利人的權利，永久阻止相對人行使權利之抗辯權，為永久性抗辯權，例如業圖靈向疏樓龍宿承租一屋，然業圖靈積欠租金新台幣三萬元整，經過五年後，業圖靈向疏樓龍宿追討之，但業圖靈可以罹於消滅時效而拒絕支付，業圖靈的拒絕支付，就是永久性抗辯權之行使，而暫時阻止相對人行使權利之抗辯權，為暫時性抗辯權，例如素還真向一頁書購買武功祕笈一套，一頁書向素還真請求支付新台幣三萬元之價金，而素還真以一頁書尚未交付武功祕笈一套為由拒絕支付新台幣三萬元之價金，素還真的拒絕支付，就是暫時性抗辯權之行使。

以權利依據關係為分類標準，權利有主權利與從權利的種類。主權利，是不必依賴其他權利而能獨立存在權利，例如大部分債權、人格權、身分權、所有權、地上權、永佃權等，都是主權利。從權利，是不能獨立存在而需從屬於其他權利才能存在之的權利。

（三）義務的意義與種類

權利與義務，原則上是對立之概念。義務是一種作為或不作為的拘束，違反此一拘束者，就會受到法律的制裁。而權利的內容，通常為義務人之作為或不作為。義務的履行，通常就是權利內容的實現，義務人應依義務本旨而作為或不作為。法律上的義務原則上具有強制性，義務人不履行義務時應受法律的制裁，此種受制裁之義務稱為責任義務。今日的民法雖以私法自治原則為最高指導原理，但亦同時注意社會公益以及經濟上弱者的保護（債務人），並且限制權利的不當行使及濫用，以謀求社會正義的充分實現。

義務既然是一種作為或不作為的拘束，則其內容有積極作為與消極不作為二種情形。積極作為，例如疏樓龍宿向業圖靈履行支付新台幣三萬元租金之債務。消極不作為，又可分為單純不作

為與容忍二種情形，例如劍子仙跡不參加武林盟主的競爭，就是單純不作爲，例如素還真對一頁書侵入琉璃仙境不加禁止，就是容忍。

第二節 契約法基本概念

一、契約關係是債之關係的一種

在上一節，我們跟大家介紹過我國現行民法的架構，其中第二編爲債編，債編規定了債權債務關係，而契約關係就是一種債權債務關係，所以接下來對債之關係與契約關係的概念就必須要有基本的認識。什麼是債？債就是特定人間，亦即某特定人得對另一特定人，請求爲特定行爲之一種法律關係。得請求爲特定行爲之一方稱爲債權人，被請求爲特定行爲之一方稱爲債務人。所謂特定行爲，在法律上稱爲給付（包括了債務人的作爲以及不作爲——民法 199 條第 3 項）。所以，從民法的角度來說，債的民法上定義就是：債權人得請求債務人給付之法律關係（民法第 199 條第 1 項：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」）。例如素還真以新台幣三萬元向一頁書購買武功祕笈一套，此時素還真與一頁書間就發生了債之關係，也就是說，素還真是債務人，一頁書是債權人，素還真支付新台幣三萬元之價金之行爲，就是給付（素還真與一頁書間所發生的是買賣契約的債之關係，但買賣契約是雙務契約，所謂雙務契約就是買賣契約當事人對於對方都負有給付的義務。因此，就素還真應支付新台幣三萬元價金給一頁書這件事來說，素還真是債務人而一頁書是債權人；但同樣地，一頁書要把武功祕笈一套移轉給素還真這件事來說，一頁書是債務人而素還真是債權人。素還真與一頁書間的武功祕笈買賣契約，就是由素還真支付新台幣三萬元價金給一頁書以及一頁書把武功祕笈一套移轉給素還真所構成）。又例如素還真與約定秦假

仙可使用秦假仙的時空超越儀，依照這個約定，素還真得請求秦假仙將這一個時空超越儀供自己使用，此時秦假仙與素還真間就發生了債之關係，也就是說，秦假仙是債務人，素還真是債權人，秦假仙將這一個時空超越儀提供給素還真使用的行爲，就是給付（秦假仙與素還真間所發生的是借貸契約的債之關係，但借貸契約是單務契約，所謂單務契約就是借貸契約當事人只有一方對於對方負有給付的義務。因此，秦假仙與素還真間的時空超越儀借貸契約，只涉及秦假仙把這一個時空超越儀提供給素還真使用，秦假仙是債務人而素還真是債權人）。

由以上對於債之關係的說明我們可以發現，債之關係只涉及於債權人與債務人，與債權人及債務人以外的其他人無關，素還真與一頁書間的武功祕笈買賣契約只涉及素還真與一頁書而與葉小釵無關，秦假仙與素還真間的時空超越儀借貸契約只涉及秦假仙與素還真而與蔭屍人無關，這種只涉及債權人與債務人而與其他人無關的情形，是債之關係最重要的特徵，稱爲債之相對性。債之相對性以主體的相對性最爲明顯。所謂主體的相對性，就是債之關係，本質上是債權人與債務人間之特定關係，所以基於主體的相對性，原則上，債權人無法超越債務人之外，對第三人爲債之關係之請求，例如秦假仙與素還真約定素還真可使用秦假仙的時空超越儀，此時秦假仙與素還真間就發生了債之關係，按照這個約定，素還真得請求秦假仙把這一個時空超越儀提供給己使用，但素還真不得向蔭屍人請求把這一個時空超越儀提供給己使用，因爲債之關係只存在於秦假仙與素還真之間。

債之關係的發生，可因意定而發生，也可因法定而發生。因意定而發生債之關係，就是債之關係是基於當事人自由意願而發生，契約關係就是屬於這一種；而因法定而發生債之關係，就是債之關係是基於法律之規定而所發生，與當事人的自由意願無關，我國民法上，因爲無因管理、不當得利以及侵權行爲所發生的

債之關係，就是屬於這種法定債之關係。而我們所要介紹的生活中常見的契約，就是屬於依當事人自由意願所發生的意定債之關係。

二、契約自由原則與契約社會化

我在第一節時曾經提到，私法自治原則是私法的最高指導原則，因此民法以契約自由原則、所有權絕對原則、過失責任主義等三項重要制度，落實私法自治原則。因此，關於契約，契約自由原則是最重要的指導原則，那什麼是契約自由原則呢？契約自由原則，是容許個人得依其自由意願發生債之關係的自由空間，契約自由的內容，包括了能自由決定是否要締結契約的締約自由、能自由決定契約相對人的相對人選擇自由、得自由約定締結契約方式的方式自由、契約雙方當事人於不違反強制或禁止規定以及不違背公共秩序或善良風俗的前提下（民法第 71、72 條）得自由約定契約內容的內容自由、於契約關係存續中能變更給付的變更自由、結束契約關係的結束自由這六項。由以上的說明，我們可以發現，基於契約自由原則，是否要發生契約關係、契約關係發生的對象、內容、方式、契約關係的改變、是否要結束契約關係，都是聽任當事人自由意願的決定，所以契約關係比較不受法律的限制或拘束，也因此，一般認為契約自由原則最能體現出私法自治原則的真諦。

那或許大家會問，既然崇尚契約自由原則，那民法為何還要對契約關係加以規範呢？基於契約自由原則，民法對契約關係的規範以任意法多，由於任意法是可依當事人之意思予以排除其適用或變更其內容而適用，所以契約關係就不見得要適用民法對契約關係的規範，這更加彰顯出了契約自由原則，但因為契約雙方當事人雖然同意發生契約關係，卻對契約關係的內容等細節沒有進一步約定，若不幸發生爭執而須由法院解決，此時仍須有所準

據以定紛止爭，況且契約自由只是原則，仍有例外情況，因此民法仍然有必要對契約關係加以規範。民法對契約關係的規範頗多任意法，觀察法條內容，若有出現「但契約另有訂定者，不在此限」或「得……」，那該條法條就是任意法，例如民法對買賣契約的規範中，第 346 條第 2 項：「價金約定依市價者，視為標的物清償時、清償地之市價。但契約另有訂定者，不在此限。」、第 351 條：「買受人於契約成立時，知有權利之瑕疵者，出賣人不負擔保之責。但契約另有訂定者，不在此限。」、第 359 條：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。」、第 360 條：「買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償；出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同。」、第 372 條：「價金依物之重量計算者，應除去其包皮之重量。但契約另有訂定或另有習慣者，從其訂定或習慣。」等，都是任意法；而法條內容，若有出現「應……」或「不得……」，那該條法條就是強行法，例如民法對買賣契約的規範中，第 349 條：「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。」、第 376 條：「買受人關於標的物之送交方法，有特別指示，而出賣人無緊急之原因，違其指示者，對於買受人因此所受之損害，應負賠償責任。」、第 380 條：「買回之期限，不得超過五年，如約定之期限較長者，縮短為五年。」、第 390 條：「分期付款之買賣，如約定出賣人於解除契約時，得扣留其所受領價金者，其扣留之數額，不得超過標的物使用之代價，及標的物受有損害時之賠償額。」等，都是強行法。

由於民法對契約關係的規範頗多任意法，但是社會的改變與經濟的進步，造成經濟力量的強弱差距日益擴大，契約自由原則反而被經濟力量強大之一方濫用，使經濟力量弱勢之一方毫無招

架之力，經濟力量強大之一方假契約自由原則之美名而行欺壓經濟力量弱勢之一方之實，資本家欺壓勞動者，金融家欺壓借方，企業家欺壓消費者，這種現象使得契約自由原則之發展遇到了瓶頸，因此，契約的社會化逐漸發展，藉由契約的社會化修正契約自由原則，以防止經濟力量強大之一方濫用契約自由原則，例如以法律規定勞動條件、最高利率之限制、定型化契約條款之規制等，以勞動基準法、消費者保護法等修正民法之契約自由原則，以保護經濟力量弱勢之一方。

三、發生契約關係的途徑

(一) 契約關係與意思表示

契約有廣義的契約與狹義的契約，我們所要介紹的契約是指狹義的契約，也就是民法債編所規定之契約，亦即債權契約。從這個角度而言，所謂契約，就是由雙方當事人互相意思表示一致，以發生債之關係為內容，所成立之法律行為。由這個定義我們可以發現，意思表示是發生契約關係的基礎，那何謂意思表示呢？意思表示，就是將內心已決定發生一定私法效果之效果意思表達於外之行為，而意思表示的一般過程為：表意人內心有想要發生一定私法效果的意思（效果意思）→表意人有想要將效果意思表達於外部的意思（表示意思）→表意人將效果意思表達於外部的行為（表示行為）。例如一頁書向素還真買下明聖劍法秘笈的意思表示的過程為：一頁書想要向素還真買下明聖劍法秘笈（效果意思）→一頁書想要將向素還真買下明聖劍法秘笈的意願告訴素還真（表示意思）→一頁書告訴素還真他想向他買下明聖劍法秘笈（表示行為）。由這樣的說明，相信大家就可以知道為什麼我們在之前說契約自由原則最能體現出私法自治原則的真諦了，因為意思表示就是個人自由意志的展現，意思表示既然是發生契約關

係的基礎，則契約關係的發生就是個人自由意志的展現，這種契約自由原則尊重自我的精神情操，最足以描繪私法自治原則的面貌。

契約關係是雙方當事人的關係，只有一人無從發生契約關係，例如一頁書想要向素還真買下明聖劍法秘笈，若素還真不願意賣，買賣契約關係就無從發生了，必須要素還真也願意把明聖劍法秘笈賣給一頁書，一頁書與素還真間才會發生買賣契約關係。所以，契約關係的發生，必須要雙方當事人意思表示一致方能發生，民法第 153 條第 1 項：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」就有明文之規定。所謂明示，就是明確的表達，這種明確的表示可以語言、文字或其他習慣上使用之方法表達，例如一頁書跟素還真說他要跟素還真買下明聖劍法秘笈；默示，就是雖然不是明確的表達，但是以讓他人間接推知其意思之方法表達，例如素還真雖然沒跟一頁書說他願意賣給一頁書明聖劍法秘笈，但直接拿出明聖劍法秘笈交給一頁書，這種直接交秘笈的動作，就是默示意思。另外，因為契約關係一旦發生，雙方當事人就會受到拘束，若有違反，就會有損害賠償等法律效果，所以如果只是初步意願的表達，而對於想要發生之契約關係的內容沒有具體的輪廓，就還不致於會發生契約關係，所以民法第 153 條第 2 項：「當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」之規定，就是以必要之點的一致，來要求在想要發生之契約關係的內容上需要有具體的輪廓，如此足以使契約關係發生。那什麼是必要之點的一致？必要之點就是發生契約關係必要而不可缺的要素，必要之點為何，由於契約類型眾多，每種不同類型的契約的必要之點可能就不相同，例如買賣契約與租賃契約的必要之點就不相同，如果是民法有規定的契約類型，則從民法的規

定就可以得知該類型契約的必要之點為何，例如由民法第 345 條：「(第 1 項)稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約。(第 2 項)當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立。」之規定，就可得知買賣契約的必要之點是標的物與價金二者，所以一頁書與素還真的明聖劍法秘笈買賣契約，必須一頁書為以新台幣三萬元向素還真購買明聖劍法秘笈的意思表示，而素還真為以新台幣三萬元向一頁書出售明聖劍法秘笈的意思表示，一頁書與素還真的明聖劍法秘笈買賣契約關係才會發生。而民法第 166 條也規定，契約當事人有約定其契約須用一定之方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，所以若一頁書與素還真有約定明聖劍法秘笈買賣契約要簽立契約書，在未簽立契約書之前，就推定一頁書與素還真的明聖劍法秘笈買賣契約關係尚未發生，但是法律上之推定，是法律規定本於他事實，而認定某事實為真實者而言，這種法律上推定之事實，當事人如無反證證明其為不實者，就該推定事實即無庸舉證，所以若是一頁書或素還真舉出證據證明明聖劍法秘笈買賣契約關係已經發生，例如雖然沒有簽立契約書，但素還真已經先將明聖劍法秘笈交予一頁書，則明聖劍法秘笈買賣契約關係尚未發生的推定就被推翻，明聖劍法秘笈買賣契約關係已經發生。

至於發生契約關係的途徑，依我國民法規定及學說，有要約與承諾一致、要約交錯、意思實現三種途徑。

(二) 要約與承諾一致

要約與承諾一致為發生契約關係最普遍常見的途徑。要約與承諾都是意思表示，但是並不是相同的意思表示，而是相對立的意思表示，例如一頁書為以新台幣三萬元向素還真購買明聖劍法秘笈的要約，而素還真為以新台幣三萬元向一頁書出售明聖劍法秘笈的承諾，一為購買的意思表示，一為出賣的意思表示，二者

為相對立的意思表示。以下就更進一步地介紹要約與承諾。

1. 要約

要約，就是以發生一定契約關係為目的，為了喚起相對人為承諾的一種意思表示。要約為意思表示之一種，所以民法總則編中關於意思表示之規定於要約都有適用，例如：葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，但葉小釵並不是真的想買而只是隨便說說，此時葉小釵的要約仍然有效（民法第 86 條本文：「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示，不因之無效。」），但若劍子仙跡也知道葉小釵並不是真的想買而只是隨便說說，那葉小釵的要約才會無效（民法第 86 條但書：「但其情形為相對人所明知者，不在此限。」）；葉小釵想購買古董劍，但以為古塵劍為古董劍而向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買的要約，此時葉小釵得撤銷這個要約（民法第 88 條：「（第 1 項）意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。（第 2 項）當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。」）；秦假仙騙葉小釵說他的仿古劍是千年古董劍，葉小釵因而向秦假仙為出價新台幣二十萬元購買的要約，此時葉小釵得撤銷這個要約（民法第 92 條第 1 項本文：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」）；秦假仙叫蔭屍人騙葉小釵說秦假仙的仿古劍是千年古董劍，葉小釵因而向秦假仙為出價新台幣二十萬元購買的要約，此時葉小釵得撤銷這個要約（民法第 92 條第 1 項但書：「但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。」）。

但要特別注意的是，要約與要約之引誘是不同的。要約是以喚起相對人為承諾之意思表示為目的，所以必須要具體表明契約內容，以便相對人承諾而能發生契約關係；但是要約之引誘，則

是以引起他人向自己為要約之意思表示為目的，也就是引誘他人向自己為要約，並無具體表明契約內容，至於其想要他人向自己為要約的內容如何，則要等待他人向發要約引誘之人為要約之意思表示時，才能夠進一步地確定。所以，發出要約後，對方若是承諾，則契約關係發生；而發出要約之引誘後，對方若是進而要約，則要約引誘之人若是承諾，契約關係才會發生。例如：秦假仙在市場叫賣喊著「霹靂布袋戲之霹靂神州 DVD，一套一千九百元」，因為秦假仙已具體表明契約內容（標的為霹靂布袋戲系列之霹靂神州，價格為一千九百元），所以秦假仙的叫賣是要約；但若是秦假仙在市場叫賣喊著「霹靂布袋戲 DVD 便宜賣」，因未具體表明契約內容（沒有表明是霹靂布袋戲的何一劇集，也沒有表明價格），所以秦假仙的叫賣是要約之引誘而不是要約。而民法第 154 條第 2 項：「貨物標定賣價陳列者，視為要約。但價目表之寄送，不視為要約。」則明文規定將價目表之寄送，認為是要約之引誘，同理，汽車或火車時刻表之公布、單純貨物樣品之寄送、貨物之陳列或展示、計程車之排班等候顧客或在路上招攬顧客等，亦均應該認為是要約之引誘，所以計程車在路上招攬顧客是要約之引誘，必須顧客招手叫車才是要約，而計程車停下載客才是承諾，如此契約關係才算發生。

要約既然是意思表示的一種，則要約如何生效，就依照民法總則編意思表示生效之規定決定要約的生效，例如：葉小釵與劍子仙跡在品茗聊天，此時葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，當劍子仙跡了解葉小釵所說時這個要約就發生效力（民法第 94 條：「對話人為意思表示者，其意思表示，以相對人了解時，發生效力。」）；葉小釵寄信給劍子仙跡，信中向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，而當這封信寄到劍子仙跡家時，這個要約就會發生效力（民法第 95 條：「（第 1 項）非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時

，發生效力。（第 2 項）但撤回之通知，同時或先時到達者，不在此限。（第 3 項）表意人於發出通知後死亡或喪失行為能力或其行為能力受限制者，其意思表示，不因之失其效力。」）；疏樓龍宿向素續緣為出價新台幣九萬元購買大凡聖掌武功祕笈之要約，但素續緣為未滿二十歲的未成年人，故疏樓龍宿必須把此要約寫信告訴素續緣之法定代理人素還真，而當這封信寄到琉璃仙境素還真家時，這個要約就會發生效力（民法第 96 條：「向無行為能力人或限制行為能力人為意思表示者，以其通知達到其法定代理人時，發生效力。」）。當要約生效後，對相對人以及要約人都會產生一定的效果。對相對人而言，要約到達相對人後，相對人即取得可以為承諾而進一步發生契約關係的地位，此種地位稱為承諾能力，相對人雖然具有承諾能力的地位，但並不代表相對人一定要為承諾，也就是相對人無承諾義務，若是相對人考慮的結果是不為承諾，那也沒有通知要約人的義務，縱使要約人係以現物為要約者，相對人亦不負受領、保存及返還之義務，所以劍子仙跡看完葉小釵的要約信之後，若是不想把古塵劍賣給葉小釵，劍子仙跡也沒有義務要通知葉小釵他不賣的決定，縱使葉小釵的要約信是連同新台幣六萬元的價金一起寄給劍子仙跡，劍子仙跡對這新台幣六萬元也沒也保管與寄還的義務。而對要約人而言，由於民法第 154 條第 1 項本文：「契約之要約人，因要約而受拘束。但要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限。」之規定，要約發生效力（對話：相對人了解；非對話：達到相對人），要約人就應該要受到自己所為要約的拘束，而不得將之撤銷、擴張、限制或變更，否則豈非言而無信，但於民法第 154 條第 1 項但書：「但要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限。」則規定要約人可以不受自己所為要約拘束的例外情形，也就是要約當時要約人若是有預先

聲明不受自己要約的拘束，或依其情形，或依事件之性質，可認當事人沒有受到自己所為要約拘束的意思者，於這些情形因為受要約的相對人不會受到不可預測之損害（要約人對自己所為要約言而無信的損害），所以法律允許要約人可以不受要約的拘束，例如葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，但葉小釵為要約的同時，也聲明他的要約只具有詢問性質，可以不遵守，此時葉小釵就不受他自己要約的拘束。

要約發生效立後，就等待相對人之承諾，相對人一旦承諾，契約關係就此發生。但是，就如同上一段介紹所說的，相對人並沒有承諾義務，而且相對人對於自己的不願承諾也沒有通知要約人的義務，在這種相對人不承諾也沒有通知要約人的情況下，要約人對於自己已經生效的要約，遲遲不見回音，心中不免忐忑不安，而且若是經過數年之後，相對人突然向要約人承諾，則對要約人而言不免意外且突襲，這種情況下所發生的契約關係已無意義，所以承諾就必須要有承諾期間，承諾期間經過後相對人仍然沒為承諾的話，要約就會失去效力。承諾期間的經過，可分為定有承諾期限以及未定有承諾期限二種情形。要約人若是對其所發之要約定有承諾期限者，相對人沒有在期限內承諾，要約就會失其拘束力（民法第 158 條：「要約定有承諾期限者，非於其期限內為承諾，失其拘束力」），例如葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，並請劍子仙跡於三星期內答覆，劍子仙跡在這三星期都沒答覆的話，葉小釵的要約就會失去效力；要約未定承諾期限者，又可再分為對話為要約以及非對話為要約二種情形，若是對話為要約，由於相對人承諾與否，可以立即決定，除非是另外定有承諾期間，否則沒立刻為承諾，要約就會失去拘束力（民法第 156 條：「對話為要約者，非立時承諾，即失其拘束力」），例如葉小釵與劍子仙跡在品茗聊天，此時葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，但劍子仙跡不置可否

，葉小釵的要約就會失去效力；若是非對話為要約者，若是發要約通知的時候沒有定承諾期限，在通常情形可預期承諾的達到時期內，若是相對人不為承諾，要約就會失去拘束力（民法第 157 條：「非對話為要約者，如未定承諾期限，於通常情形可期待承諾之達到時期內，相對人不為承諾時，其要約喪失拘束力」），例如葉小釵寄信給劍子仙跡，信中向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，信並以限時掛號寄出而且附有限時掛號的回郵，限時掛號最慢二天可以寄達，而依一般社會通念，考慮一星期也以足夠，所以若超過二星期劍子仙跡仍未答覆，就可以認為葉小釵的要約失去效力。而除了承諾期間之經過會使要約失去效力外，拒絕承諾同樣會使要約失去效力（民法第 155 條：「要約經拒絕者，失其效力。」），例如劍子仙跡明確答覆葉小釵不願意出賣古塵劍，葉小釵的要約就會失去效力；而要約擴張、限制或為其他變更而承諾，因為視為相對人拒絕要約人之要約而提出了新要約，所以也會導致要約失去效力（民法第 160 條第 2 項：「將要約擴張、限制或為其他變更而承諾者，視為拒絕原要約而為新要約。」），例如劍子仙跡答覆葉小釵願意以新台幣九萬元出售古塵劍，因為已經變更了葉小釵出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，所以視為劍子仙跡拒絕了葉小釵出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，而自己提出了以新台幣九萬元出售古塵劍的新要約，既然葉小釵出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約視為被拒絕，則葉小釵的這個要約自然就會失去效力。

當然，要約人發出要約後，想反悔時要怎麼辦呢？要約人若是要反悔其所發出的要約發生拘束力，就可以再發出撤回要約的通知，來阻止已經發出的要約發生拘束力，這種撤回要約的通知也是意思表示的一種，但撤回要約的通知必須要比已經發出的要約先到或同時到達相對人（民法第 95 條第 1 項：「非對話而為意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。但撤

回之通知，同時或先時到達者，不在此限。」)，否則已經發出的要約先到達相對人的話，因為要約就已經發生效力，這時就無法撤回了，但是有例外情況，也就是雖然相對人收到撤回要約的通知晚於收到要約，可是相對人知道依照要約人所使用撤回要約通知的傳達方式，相對人應該會比收到要約更早收到或至少同時收到撤回要約的通知，這個時候相對人手中同時有要約以及撤回要約的通知，那相對人不免會懷疑那到底要約人的本意是要約還是要撤回要約，所以相對人這個時候就要通知要約人撤回要約的通知遲到，使要約人可以向相對人確認其本意是要約還是撤回要約，若是相對人沒有發出遲到通知進行確認，那撤回要約的通知就視為沒有遲到，既然沒有遲到，那要約當然就算撤回了（民法第162條：「（第1項）撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，通常在相當時期內應先時或同時到達，其情形為相對人可得而知者，相對人應向要約人即發遲到之通知。（第2項）相對人怠於為前項之通知者，其要約撤回之通知，視為未遲到。」），例如葉小釵寄信給劍子仙跡表達願意出價新台幣六萬元購買古塵劍，以平信的方式寄出，但信寄出沒多久後葉小釵就後悔，葉小釵若是想要撤回已經發出的要約，撤回要約的通知就必須以限時掛號、快捷或是傳真、電子郵件等更快的方式發出，否則與已經發出的要約一樣是用平信寄出的話，已經發出的要約勢必會先寄達而發生效力，這時就無從撤回了；但是若是劍子仙跡在收到葉小釵的要約後一天才收到葉小釵撤回要約的通知，要約以平信寄出而撤回要約的通知以快捷寄出，但二封信的郵戳顯示是同一天寄出，依常理而言以快捷寄出之撤回要約的通知應該會比以平信寄出之要約早寄達，所以這個時候劍子仙跡就必須通知葉小釵其所發出撤回要約的通知遲到，若是劍子仙跡沒有發出這個通知，那撤回要約的通知視為沒有遲到，要約失去效力。

2. 承諾

如同之前的介紹，當要約到達相對人後，若是沒有因真意保留（民法第 86 條）、錯誤（民法第 88 條）、被詐欺或被脅迫（民法第 92 條）而撤銷，或是拒絕、撤回（民法第 162 條）、擴張、限制或為其他變更而承諾（民法第 160 條第 2 項）等的情形，要約就會發生效力，而相對人就具有承諾能力。相對人具有可為承諾的資格後，就可以考慮是否以要約內容為內容而與要約人發生契約關係，若是願意，就發出承諾，契約關係就此發生。所以，承諾的定義就是：要約受領人（相對人）對要約人所為想要以要約內容為內容而發生契約關係的意思表示。既然承諾是意思表示的一種，所以民法總則編中關於意思表示之規定於承諾也都有適用，例如：葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，劍子仙跡向葉小釵說他願意賣，但劍子仙跡並不是真的想賣而只是隨便說說，此時劍子仙跡的承諾仍然有效（民法第 86 條本文：「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示，不因之無效。」），但若葉小釵也知道劍子仙跡並不是真的想賣而只是開玩笑隨便說說，那劍子仙跡的承諾才會無效（民法第 86 條但書：「但其情形為相對人所明知者，不在此限。」）；葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，願意將古董劍出賣給葉小釵，但劍子仙跡以為葉小釵想買的是古董劍而非古塵劍而向葉小釵表示願意出賣，此時劍子仙跡得撤銷這個承諾（民法第 88 條：「（第 1 項）意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。（第 2 項）當事人之資格或物之性質，若交易上認為重要者，其錯誤，視為意思表示內容之錯誤。」）；疏樓龍宿的自畫的水墨畫從不外賣，秦假仙騙殊樓龍宿說他要舉辦慈善義賣會所以想用新台幣二百元向殊樓龍宿買一幅畫，殊樓龍宿遂答應出賣，但後來發現秦假仙是自己想收藏而不是要義賣，此時殊樓龍宿得撤銷承

諾（民法第 92 條第 1 項本文：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。」）；疏樓龍宿的自畫的水墨畫從不外賣，秦假仙叫蔭屍人騙疏樓龍宿說秦假仙舉辦慈善義賣會，而後秦假仙向殊樓龍宿提出新台幣二百元買一幅畫的要約，疏樓龍宿心想是做善事遂答應出賣，但後來發現秦假仙是自己想收藏而不是要義賣，此時殊樓龍宿得撤銷承諾（民法第 92 條第 1 項但書：「但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。」）。但是要特別注意的是，之前已經提過，承諾之內容，必須與要約之內容完全一致，方能因此發生契約關係，若將要約擴張，限制或為其他變更而為承諾者，則視為拒絕原要約而為新要約（民法第 160 條第 2 項），不得認為承諾。

如果在要約的有效期間內，相對人一旦承諾，契約關係即行發生，但是超過要約有效期間後相對人才為承諾，就是遲到的承諾，遲到的承諾視為新要約（民法第 160 條第 1 項），所以葉小釵向劍子仙跡為出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，並請劍子仙跡於三星期內答覆，劍子仙跡在第四個星期才答覆的話，葉小釵的要約已經失去效力，而劍子仙跡的答覆視為新要約。但是在要約的有效期間後要約人才收到承諾通知，可是要約人知道依照相對人所使用承諾通知的傳達方式，要約人應該會在要約的有效期間內收到承諾的通知，這個時候要約人不免會懷疑那到底相對人的本意是到底要不要發生契約關係，所以要約人這個時候就要通知相對人承諾的通知遲到，使相對人可以向要約人確認其本意是到底要不要發生契約關係，若是要約人沒有發出遲到通知進行確認，那遲到的承諾通知就視為沒有遲到，既然沒有遲到，那要約承諾一致，契約關係就此發生（民法第 159 條：「（第 1 項）承諾之通知，按其傳達方法，通常在相當時期內可達到而遲到，其情形為要約人可得而知者，應向相對人即發遲到之通知。（第 2 項）要約人怠於為前項之通知者，其承諾視為未遲到。」），例如葉小

釵寄信給劍子仙跡表達願意出價新台幣六萬元購買古塵劍，信中並請劍子仙跡於三星期內答覆，但葉小釵在這三星期都沒收到劍子仙跡的答覆，所以葉小釵的要約本應失去效力，但到了第四個星期葉小釵收到了劍子仙跡的承諾通知，這個時候葉小釵就必須通知劍子仙跡其所發出承諾通知遲到，若是葉小釵沒有發出這個通知，那承諾的通知視為沒有遲到，要約承諾一致，葉小釵與劍子仙跡新台幣六萬元的古塵劍買賣契約關係就此發生。

那相對人發出承諾後，想反悔時要怎麼辦呢？承諾人發出承諾後，若有所反悔，爲了阻止承諾發生效力因而使契約關係發生，此時可以發出撤回承諾的通知，以阻止承諾發生拘束力，而這種撤回承諾的通知也是意思表示之一種，但是撤回承諾的通知必須要比承諾的通知先到或同時到達要約人才可以（民法第 95 條第 1 項：「非對話而爲意思表示者，其意思表示，以通知達到相對人時，發生效力。但撤回之通知，同時或先時到達者，不在此限。」），否則已經發出的承諾先到達要約人的話，要約承諾一致，契約關係就此發生。但是與撤回要約通知的情況相同，若是雖然要約人收到撤回要約承諾的通知晚於收到承諾，可是要約人知道依照承諾人所使用撤回承諾通知的傳達方式，要約人應該會比收到承諾更早收到或至少同時收到撤回承諾的通知，這個時候要約人手中同時有承諾以及撤回承諾的通知，那要約人不免會懷疑那到底承諾人的本意是到底要不要發生契約關係，所以要約人這個時候就要通知承諾人撤回承諾的通知遲到，使承諾人可以向要約人確認其本意是到底要不要發生契約關係，若是要約人沒有發出遲到通知進行確認，那撤回承諾的通知就視為沒有遲到，既然沒有遲到，那承諾當然就算撤回了，契約關係不會發生（民法第 163 條準用第 162 條→撤回承諾之通知，其到達在承諾到達之後，而按其傳達方法，通常在相當時期內應先時或同時到達，其情形爲要約人可得而知者，要約人應向承諾人即發遲到之通知，要約人

怠於為前項之通知者，其承諾撤回之通知，視為未遲到)。例如葉小釵寄信給劍子仙跡表達願意出價新台幣六萬元購買古塵劍，信中並請劍子仙跡於三星期內答覆，在第二個星期時葉小釵就收到劍子仙跡以平信寄出的承諾通知，但隔一天葉小釵又收到劍子仙跡以快捷寄出的撤回承諾的通知，但二封信的郵戳顯示是同一天寄出，依常理而言以快捷寄出之撤回承諾的通知應該會比以平信寄出之承諾早寄達，所以這個時候葉小釵就必須通知劍子仙跡其所發出撤回承諾的通知遲到，若是葉小釵沒有發出這個通知，那撤回承諾的通知視為沒有遲到，既然沒有遲到，那承諾當然就算撤回了，契約關係不會發生。

< 案例 1 >

【案例事實】

金小開與花非花的被繼承人金少爺，與素還真及傲笑紅塵合夥購買雲渡山一筆土地應有部分二分之一，出資比例為金少爺 20%，素還真及業圖靈各 40%。但該筆土地則登記為儒門所有，約定金少爺、素還真、傲笑紅塵各按上開出資比例登記儒門之股份，金少爺推由秦假仙、業圖靈為儒門之股東，惟素還真僅登記予秦假仙、業圖靈各 2% 股份。金少爺亡故後，一頁書要求素還真出面解決，幾經協商，素還真表示願給付金小開與花非花新台幣一千萬元，但要求將秦假仙、業圖靈名下之股份過戶與素還真或其指定之人，金小開與花非花同意後，素還真就將其親自簽名之協議書及兩紙支票傳真給金小開與花非花委任之律師，經金小開與花非花同意後，雙方意思表示一致，契約業已成立。但素還真事後竟拒不履行，聲稱屈世途只是本件協議的聯絡人，並非自己之代理人，縱使金小開接獲傳真之協議書後，並曾與屈世途聯絡簽約事宜，自己並無為承諾之餘地，協議並未成立，況且況傳

真協議書只是就訂約條件或其內容相互告知或提出意見之方式，是要約的引誘並非要約。故兩造就到法院訴訟去了。



傳真親自簽名之協議書及兩紙支票

素還真

金小開與花非花

法律問題：

1. 傳真親自簽名之協議書為要約抑或要約之引誘？
2. 傳真親自簽名之協議書對花非花的效力？

【法院判決】

最高法院認為，該協議書的內容，不僅載明締約當事人，而且更詳加記載了契約當事人所應負之義務，而上訴人依協議書應給付與被上訴人的新台幣一千萬元，並已傳真同額支票二紙給金小開，且素還真於傳真之文件上簽名，故這顯然不是要約之引誘而是要約。但最高法院同時也認為，契約當事人之一方有數人時，除可分之情形外，其要約或承諾之意思表示，應向全體或由全體為之，方能謂對全體當事人發生效力。本案中金小開接收了協議書，所以素還真已經向金小開為要約，但這樣是否等於也向花非花為要約，二審的台灣高等法院並未查明。所以，最後最高法院將二審的台灣高等法院所做的判決廢棄，發回台灣高等法院更審。

※ 1. 本案例為最高法院 94 年度台上字第 824 號判決，但因案件事實過於複雜，未使閱讀同學便於了解，經筆者略為簡化

案件事實，並將人名全部改爲霹靂布袋戲劇集中的人物。

2. 筆者所蒐集涉及要約與要約之引誘的最高法院裁判，除本件判決外，尚有91年台上字第2352號判決、90年台上字第1404號判決、87年台上字第1190號判決、86年台上字第1777號判決、86年台上字第1029號判決、85年台上字第2681號判決、83年台上字第1837號判決、83年台上字第893號判決、82年台上字第1850號判決、81年台上字第824號判決、79年台上字第2682號判決、79年台上字第1710號判決、76年台上字第2414號判決、74年台上字第1772號判決、71年台上字第1798號。由於我國民法債編於民國88年曾進行大幅度修正，所以筆者首先刪去民國88年之前的判決。
3. 民國88年之後的判決中，91年台上字第2352號判決以及90年台上字第1404號判決中，僅涉及要約與要約之引誘的區別，但本件判決除涉及要約與要約之引誘的區別外，尚及於要約或承諾之意思表示的對象，較之其他裁判對要約所涉及的法律問題爲廣，故而採納本件判決。

（二）要約交錯

契約關係因雙方當事人互相爲對立的意思表示（要約與承諾）趨於一致而發生，在一般情形，是先由一方當事人爲要約的意思表示，之後再由他方當事人爲承諾的意思表示，兩者相結合契約因而發生。但是，在極少數情形，也有當事人雙方偶然地互爲要約的意思表示，而且內容剛好完全一致，這種情形稱爲要約交錯，雖然我國民法沒有規定此種情形可否發生契約關係，但是學說通說認爲要約交錯也可以發生契約關係。例如：葉小釵向劍子仙跡爲出價新台幣六萬元購買古塵劍的要約，而同時劍子仙跡也

向葉小釵為以新台幣六萬元出售古塵劍的要約，此時即為要約交錯，葉小釵與劍子仙跡新台幣六萬元的古塵劍買賣契約關係就此發生。

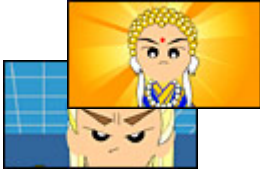
(三) 意思實現

契約關係的發生，除了要約與承諾一致、要約交錯外，還有意思實現。意思實現，就是要約人發了要約後，相對人在承諾不用通知的情形下，若有可認為是等同於承諾的事實發生時，契約關係即行發生，民法第 161 條：「(第 1 項) 依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立。(第 2 項) 前項規定，於要約人要約當時預先聲明承諾無須通知者，準用之。」即有明文規定。例如秦假仙經營旅館，某日素還真向秦假仙預訂房間，秦假仙只要備妥房間，秦假仙與素還真間的契約關係即行發生，不須等待秦假仙對秦假仙另為承諾的意思表示。

< 案例 2 >

【案例事實】

傲笑紅塵在一頁書所經營的工廠擔任操作員，但因傲笑紅塵所工作的雲渡山廠生產設備汰舊換新，以致生產人員過剩，一頁書遂將傲笑紅塵調動到琉璃仙境廠，但傲笑紅塵拒不報到，故一頁書就以信函告知傲笑紅塵願以資遣之方式處理本事件，並將資遣費以支票隨函寄交傲笑紅塵，而傲笑紅塵並已將支票提示兌現。但之後傲笑紅塵卻主張，一頁書並無勞動基準法第十一條各款所列之情形，一頁書擅行終止與自己的勞動契約，其意思表示不生效力。兩造對勞動契約是否已經終止發生爭執，所以就到法院訴訟去了。



以信函告知願以資遣之方式處理並將

一頁書

資遣費以支票隨函寄交

傲笑紅塵

法律問題：將支票提示兌現是否為合意資遣的意思實現？

【法院判決】

最高法院認為，傲笑紅塵於收到一頁書願以資遣之方式處理本事件的信函後，並未為反對之意思表示，並且更將被上訴人寄給之支票提示兌現，實行其因勞動契約所得權利之行爲（領取資遣費的權利），可以認為傲笑紅塵的意思實現已有承諾的事實，因此一頁書與傲笑紅塵間的僱傭關係，因傲笑紅塵的意思實現而承諾因而發生資遣的合意，勞動契約因而終止，一頁書並非非法解雇。

- ※ 1. 本案例為最高法院 88 年度台上字第 1773 號判決，但因案件事實過於複雜，未使閱讀同學便於了解，經筆者略為簡化案件事實，並將人名全部改為霹靂布袋戲劇集中的人物。
2. 筆者所蒐集涉及意思實現的最高法院裁判，除本件判決外，尚 88 年台上字第 1773 號判決，而在判例方面，則有 45 年台上字第 597 號判例以及 43 年台上字第 454 號判例。由於我國民法債編於民國 88 年曾進行大幅度修正，且 45 年台上字第 597 號判例以及 43 年台上字第 454 號判例距今已超過五十年，所以筆者首先刪去 45 年台上字第 597 號判

例以及 43 年台上字第 454 號判例。

3. 本件判決與 95 年台上字第 960 號判決雖皆涉及意思實現，但 95 年台上字第 960 號判決法院是對是否構成意思實現表示懷疑，而本件判決法院則是肯定相關事實構成意思實現，對於意思實現之舉例說明，較易讓閱讀同學理解，故而採納本件判決。

四、要式契約與不要式契約

僅要約與承諾合致就可以發生契約關係，這種契約稱為不要式契約，所謂不要式，也就是不需要特定的方式；但是除了要約與承諾合致外，還必須踐行某種特定的方式，契約關係才會發生，這種契約稱為要式契約，而所謂要式，就是需要特定的方式。契約關係的發生，若必須踐行某種特定的方式，這無疑增加當事人的不方便，試想，若是葉小釵與劍子仙跡在電話講好新台幣六萬元買賣古塵劍並不算數，還必須要特地再約一天葉小釵去找劍子仙跡在契約書上面簽名，那是多麼的不方便，而且無疑是增加了發生契約關係的困難度。所以，契約是以不要式契約為原則，例外才採取要式契約，而要式契約所要求必須踐行某種特定的方式才會發生契約關係，除了依照法律的規定外，基於契約自由原則，契約雙方當事人也可以自行約定（民法第 166 條：「契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立。」），由法律規定必須踐行某種特定方式的情形，稱為法定要式，而由契約雙方當事人自行約定必須踐行某種特定方式的情形，則稱為約定要式。

法律規定發生契約關係所必須踐行的特定方式，以書面的方式最常見，這也就是我們俗稱的契約書。由於要式契約對契約雙方當事人多所不便且不利契約關係發生的順暢，所以民法所規定

的要式契約並不多，書面的方式包括有終身定期金契約（民法第 730 條：「終身定期金契約之訂立，應以書面為之。」），民法債編修正後，增加有合會契約（民法第 709 條之 3 第 1 項：「合會應訂立會單，記載左列事項：一、會首之姓名、住址及電話號碼。二、全體會員之姓名、住址及電話號碼。三、每一會份會款之種類及基本數額。四、起會日期。五、標會期日。六、標會方法。七、出標金額有約定其最高額或最低額之限制者，其約定。」）、人事保證（民法第 756 條之 1：「（第 1 項）稱人事保證者，謂當事人約定，一方於他方之受僱人將來因職務上之行為而應對他方為損害賠償時，由其代負賠償責任之契約。（第 2 項）前項契約，應以書面為之。」），公證的方式，有不動產債權契約（第 166 條之 1 第 1 項：「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務為標的者，應由公證人作成公證書。」）。若是沒有依照民法的規定踐行書面的方式或公證的方式，那契約就不成立，也就是契約關係不會發生。

當然，無論書面的方式抑或公證的方式，都必須做成契約書或公證書，所以一定會有文字的記載，契約書或公證書上的文字不一定要由本人親自書寫，事實上現今多以電腦打字列印或現成印製，但如果不是本人親自書寫，那就必須要親自簽名（民法第 3 條第 1 項：「依法律之規定，有使用文字之必要者，得不由本人自寫，但必須親自簽名。」），但是我國民間向來有蓋章比簽名更慎重的觀念，故常有以蓋章代替簽名的習慣，而蓋章與簽名效力是相同的（民法第 3 條第 2 項：「如有用印章代簽名者，其蓋章與簽名生同等之效力。」）。

五、定型化契約

若是望文生義，要式契約與定型化契約頗為容易混淆，但是其實二者是完全不同的概念。要式契約是指發生契約關係所必須

踐行的特定方式，並且以書面的方式最為常見；而定型化契約是指契約當事人一方預定用於同類契約之條款而締結之契約（民法第 247 條之 1→當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約；消費者保護法第 2 條第 9 款→定型化契約：指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約）。定型化契約的流行，主要是因為大企業經營業務往往是與不特定的多數人締結契約，但由於契約的內容大多相同，所以為了節省時間及締約成本，大企業便事先擬定契約，並且就用這個事先所擬定契約來與不特定的多數人締結契約。定型化契約的運用有其便利性，可是因為民法採取契約自由原則，所以大企業便利用事先擬定契約的機會，讓契約內容有利於己而不利於，而與大企業締結契約的普羅大眾通常沒有專業知識可以了解大企業事先所擬定契約中的艱深內容，所以演變成與大企業締結契約的普羅大眾只有要不要與大企業發生契約關係有決定自由，對於契約內容的磋商反而喪失了自由。由此可知，定型化契約竟被企業家用來作為欺壓消費者的工具，契約自由原則在實際上被濫用而失去其完整性，所以，以契約的社會化修正契約自由原則逐漸發展，借由法律規定控制定型化契約條款，以防止經濟力量強大的企業家濫用契約自由原則，因而可以保護經濟力量弱勢的消費者。

對於定型化契約的規範重心，主要是防止企業利用定型化契約而使消費者喪失了磋商契約內容的自由，致使由企業事先所擬定契約的內容不利於消費者。所以，對定型化契約的規範並非禁止使用定型化契約，而是要控制定型化契約的內容使之不能不利於消費者，所以定型化契約的內容若是對不利於消費者的話，那就會無效，但是要注意的是，並不是整個契約都會無效，而是只有那個不利於消費者的內容才會無效，去除掉那個不利於消費者的內容之其他部分才仍然有效（民法第 247 條之 1：「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定

，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」；消費者保護法第 12 條：「（第 1 項）定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。（第 2 項）定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」；消費者保護法第 16 條：「定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效。但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效。」）。由於民法與消費者保護法都對定型化契約有所規範，但是由於消費者保護法中定型化契約的規範是民法中定型化契約規範的特別法，基於特別法優於普通法原則，在遇有關於定型化契約的問題時，消費者保護法應優先適用。但是，消費者保護法是適用於消費關係（消費者保護法第 2 條第 1 款→消費者：指以消費為目的而為交易、使用商品或接受服務者；消費者保護法第 2 條第 2 款→企業經營者：指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者；消費者保護法第 2 條第 3 款→消費關係：指消費者與企業經營者間就商品或服務所發生之法律關係），也就是 B2C（Business to Consumer）的關係，若是非消費關係的定型化契約，也就是 B2B（Business to Business）的關係或 C2C（Consumer to Consumer）的關係，那仍然要適用民法中定型化契約的規範。

定型化契約和非定型化契約的差別，就是在於是否有定型化契約條款作為契約內容的全部或一部。因此，判斷契約內容是否有定型化契約條款就成了判斷契約是否為定型化契約的主要依據

。那什麼是定型化契約條款？定型化契約條款是指由契約一方當事人預定用於同類契約而事先所擬定作為契約內容的條款（民法第 247 條之 1→當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約；消費者保護法第 2 條第 7 款→定型化契約條款：指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。定型化契約條款不限於書面，其以放映字幕、張貼、牌示、網際網路、或其他方法表示者，亦屬之）。我們之前有談到，定型化契約的使用，最大的缺失是會使消費者喪失了磋商契約內容的自由，所以防範重點應該是保障消費者磋商契約內容的自由，也因此，法律首先就是賦予消費者有一段期間的審閱期間，因為如果消費者不先詳細審閱內容，那如何進一步與企業家磋商契約內容（消費者保護法第 11 條之 1：「（第 1 項）企業經營者與消費者訂立定型化契約前，應有三十日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容。（第 2 項）違反前項規定者，其條款不構成契約之內容。但消費者得主張該條款仍構成契約之內容。（第 3 項）中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性、涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間。」）。其次，由於定型化契約不一定是採取書面的方式，既使採取書面的方式定型化契約條款不一定印在契約書當中，那如果是用放映字幕、張貼、牌示、網際網路等方法表示的定型化契約條款，對消費者來講，很難預期這些定型化契約條款就會成為契約內容，所以法律進一步要求企業家對於沒有出現在契約中的定型化契約條款，必須向消費者揭露這些內容以讓消費者知悉（消費者保護法第 13 條：「（第 1 項）定型化契約條款未經記載於定型化契約中者，企業經營者應向消費者明示其內容；明示其內容顯有困難者，應以顯著之方式，公告其內容，並經消費者同意受其拘束者，該條款即為契約之內容。（第 2 項）前項情形，企業經營者經消費者請求，應給與定型化契約條款之影本

或將該影本附為該契約之附件。」），若是企業家沒有揭露的話，那這些定型化契約條款究不會變成契約內容（消費者保護法第 14 條：「定型化契約條款未經記載於定型化契約中而依正常情形顯非消費者所得預見者，該條款不構成契約之內容。」）。另外，契約內容通常有不只一項事項，所以有可能契約內容的某幾項事項是定型化契約條款，而另外幾項事項則是契約雙方當事人經過磋商而約定的，如果發生定型化契約條款與契約雙方當事人經過實際磋商而約定的契約條款（法律上稱為個別磋商條款。消費者保護法第 2 條第 8 款→個別磋商條款：指契約當事人個別磋商而合意之契約條款。）相牴觸時，要如何解決呢？正如同之前所提到，定型化契約的規範重心，主要是防止企業利用定型化契約而使消費者喪失了磋商契約內容的自由，致使由企業事先所擬定契約的內容不利於消費者，所以在這個基礎上，由於定型化契約條款雖然已經得到消費者同意而成為契約的內容，但畢竟定型化契約條款的內容很可能沒有經過契約雙方當事人實際磋商，比起經過契約雙方當事人實際磋商而約定的契約條款，經過契約雙方當事人實際磋商而約定的契約條款，才是消費者基於磋商自由所同意的契約內容，所以效力當然比較強，因此，定型化契約條款與契約雙方當事人經過實際磋商而約定的契約條款相牴觸，當然是要以契約雙方當事人經過實際磋商而約定的契約條款為準了（消費者保護法第 15 條：「定型化契約中之定型化契約條款牴觸個別磋商條款之約定者，其牴觸部分無效。」）。

最後，雖然基於私法自治原則、契約自由原則，公權力不得介入契約內容如何，但是經由契約的社會化調整契約自由原則，公權力例外地可以介入契約內容，以預防企業家利用定型化契約而不利於消費者，而介入的方式，就是公告規定特定行業的定型化契約中應記載或不得記載之事項，這就是我們常聽到的定型化契約範本，除此之外，更可以隨時去查核實際運用情況（消費者

保護法第 17 條：「（第 1 項）中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項。（第 2 項）違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之。（第 3 項）企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。」）。相關定型化契約範本，到行政院消費者保護委員會的網站(<http://www.cpc.gov.tw/>)就查詢的到，以下就僅列出行政院消費者保護委員會所公告的「信用卡定型化契約範本」與「線上遊戲定型化契約範本」。

以下為行政院消費者保護委員會所公告的「信用卡定型化契約範本」

信用卡定型化契約範本

第一條（定義） 本契約所用名詞定義如下：

1. 「持卡人」：指經貴行同意並核發信用卡之人，且無，包含正卡及附卡持卡人。
2. 「收單機構」：指經各信用卡組織授權辦理特約商店特約商店請款時，先行墊付持卡人交易帳款予特約商店
3. 「特約商店」：指與收單機構簽訂特約商店契約，並依該契約接受信用卡交易之商店，且無其他特別約定時，包含辦理預借現金之機構。
4. 「信用額度」：指如無其他特別約定時，係指貴行依持卡人之財務收入狀況、職業、職務或與金融機構往來記錄等信用資料，核給持卡人累計使用信用卡所生帳款之最高限額。
5. 「應付帳款」：指如無其他特別約定時，係指當期及前期累計未繳信用卡消費全部款項、預借現金金額，加上循環信用利息、年費、預借現金手續費、

- 掛失手續費或調閱簽帳單手續費等其他應繳款項。
6. 「得計入循環信用本金之帳款」：指依第十五條第一項或第二項計算循環信用時，自 各筆帳款入帳日起 各筆帳款結帳日起 各筆帳款當期繳款截止日起（註：各銀行可視自行狀況予以決定，但不得早於實際撥款日，並對持卡人負有說明義務）至全部應付帳款結清之日止，所有入帳之每筆信用卡消費款項與預借現金金額之未清償部分，但不包含循環信用利息及年費、預借現金手續費、掛失手續費或調閱簽帳單手續費等費用。
 7. 「入帳日」：指貴行代持卡人給付款項予收單機構或特約商店或為持卡人負擔墊款義務，並登錄於持卡人帳上之日。
 8. 「結匯日」：係指持卡人於國外持卡消費後，由貴行或貴行授權之代理人依各信用卡組織按約所列匯率，將持卡人之外幣應付帳款折算為新台幣結付之日。
 9. 「結帳日」：係指貴行按期結算持卡人應付帳款之截止日。超過結帳日後始入帳之應付帳款列入次期計算之。
 10. 「繳款截止日」：指持卡人每期繳納應付帳款最後期限之日。

第二條（申請）

信用卡申請人應將個人、財務資料及其他相關資料據實填載於申請表格各欄，並依貴行要求提出真實及正確之有關資料或證明文件。

信用卡持卡人於原申請時填載資料之連絡地址、電話、

職業或職務有所變動時，應通知貴行。（註：各銀行如特別要求以書面通知者，應於契約中明定之）

第三條（附卡持卡人）

正卡持卡人得為經貴行同意之第三人申請核發附卡，且正卡持卡人或附卡持卡人就各別使用信用卡所生應付帳款互負連帶清償責任。

附卡持卡人如未成年且未婚者，僅就使用該附卡所生應付帳款負清償責任，不適用前項與正卡持卡人互負連帶清償責任之約定。

第四條（個人資料之蒐集、利用、電腦處理及國際傳遞）

信用卡申請人或持卡人同意貴行、往來之金融機構、財團法人金融聯合徵信中心及財團法人聯合信用卡處理中心，得依法令規定蒐集、電腦處理、國際傳遞及利用其個人資料。貴行非經申請人或持卡人明示同意或依其他法令規定，不得將其個人資料提供予上述機構以外之第三人利用。

第五條（信用額度）

貴行得視持卡人之信用狀況核給信用額度，且得由貴行自行或依持卡人之申請調整之，並以書面通知持卡人。持卡人如不同意者，得通知貴行終止本契約。（註：各銀行如特別要求以書面通知者，應於契約中明定之）

持卡人除有第八條第二項第五款但書所定情形外，不得超過貴行核給之信用額度使用信用卡。但持卡人對超過

信用額度使用之帳款仍負清償責任。

第六條（契約雙方之基本義務）

貴行應以善良管理人之注意為持卡人處理使用信用卡交易款項之清償事宜，並自行或由各收單機構提供特約商店供持卡人使用信用卡交易。如經貴行同意減收或免收年費者，亦同。

持卡人信用卡屬於貴行之財產，持卡人應妥善保管及使用信用卡。貴行僅授權正卡持卡人或附卡持卡人本人在信用卡有效期限內分別使用，不得讓與、轉借、提供擔保或以其他方式將信用卡之占有轉讓予第三人或交其使用。持卡人使用自動化設備辦理預借現金或進行其他交易，就其交易密碼或其他辨識持卡人同一性之方式，應予以保密，不得告知第三人。

持卡人不得與第三人或特約商店偽造虛構不實交易行為或共謀詐欺，以信用卡簽帳方式或其他方式折換金錢或取得利益。

持卡人違反第二項至第四項約定致生之應付帳款者，亦應對之負清償責任。

貴行應確保廣告內容之真實，對持卡人所負之義務不得低於廣告之內容。

第七條（年費）

信用卡申請人於貴行核發信用卡後，除經貴行同意免收或減收年費外，應於貴行指定期限內繳交年費（各

卡年費詳見信用卡申請書)，且不得以第二十一條，或第二十二條第四項及第五項之事由或其他事由請求退還年費（註：各銀行得視其情況自行約定是否收取年費及其收取方式，但應明定於契約中）。但本條第二項、第十八條第三項及第二十條約定之情形，不在此限。

因不可歸責於持卡人之事由，致終止契約或暫停持卡人使用信用卡之權利達一個月以上者，持卡人得請求按實際持卡月數（未滿一個月者，該月不予計算）比例退還部份年費。

申請人於收到核發之信用卡七日內（註：各銀行得視自行狀況酌予延長，但應明定契約中），得通知貴行解除契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款。但已使用核發新卡者，不在此限。（註：各銀行如特別要求申請人以書面通知，或原則上應以信用卡截斷寄回而例外得以其他方式解除契約者，應於契約中明定之）

第八條（一般交易）

申請人收到信用卡後，應立即在信用卡上簽名，以降低遭第三人冒用之可能性。

持卡人使用信用卡交易時，於出示信用卡刷卡後，經查對無誤，應於簽帳單上簽名確認，並自行妥善保管簽帳單收執聯，以供查證之用。

持卡人於特約商店同意持卡人就原使用信用卡交易辦理退貨、取消交易、終止服務、變更貨品或其價格時，應向特約商店索取退款單，經查對無誤後，應於退款單上簽名確認，並自行妥善保管退款單收執聯，以供

查證之用。但經持卡人及特約商店同意，得以特約商店自行簽認，並以持卡人保留退貨憑證或其他足資制證明文件之方式代之。

特約商店於下列情形得拒絕接受持卡人使用信用卡交易：

1. 信用卡為偽造、變造或有破損、斷裂、缺角、打洞、簽名模糊無法辨認及簽名塗改之情事者。
2. 信用卡有效期限屆至、業依第十七條第一項辦理掛失或本契約已解除或終止者。
3. 貴行已暫停持卡人使用信用卡之權利者。
4. 持卡之人在簽帳單上之簽名與信用卡上之簽名不符、持卡之人與信用卡上之照片不符，或得以其他方式證明持卡之人非貴行同意核發信用卡之本人者。
5. 持卡人累計本次交易後，已超過貴行原核給信用額度者。但超過部份經持卡人以現金補足，或經貴行考量持卡人之信用及往來狀況，特別授權特約商店得接受其使用信用卡交易者，不在此限。

前項第一款、第二款或第四款之情形者，特約商店得拒絕返還該信用卡。

持卡人如遇有特約商店或辦理預借現金機構依第二項各款以外之事由拒絕持卡人使用信用卡交易，或以使用信用卡為由要求增加商品或服務價格者，得向貴行提出申訴，貴行應自行或於轉請收單機構查明後，將處理情形告知持卡人。如經查明就特約商店或預借現金機構上述情事，貴行有故意或重大過失者，應對持卡人負損害

賠償責任。

第九條（特殊交易）

依一般交易習慣或交易特殊性質，其係以郵購、電話訂購、傳真等其他類似方式訂購商品、取得服務、代付費用而使用信用卡付款，或使用信用卡於自動化設備上預借現金等情形，貴行得以密碼、電話確認、收貨單上之簽名、郵寄憑證或其他得以辨識當事人同一性及確認持卡人意思表示之方式代之，無須使用簽帳單或當場簽名。

持卡人如以網際網路（Internet）或電子資料交換（EDI）方式直接進行信用卡之電子交易服務時，應事先與貴行另行簽訂相關契約。

第十條（預借現金）

持卡人以信用卡辦理預借現金時，須依貴行及辦理預借現金之機構有關規定及程序辦理，並應繳付貴行依每筆預借現金金額百分之 計算之手續費，（註：各銀行得視狀況自行約定是否收取預借現金手續費，或載明收取方式及計算公式，但應明定於契約中），並得隨時清償。預借現金金額於當期繳款期限截止日前如未全部清償，貴行得就未清償部份依第十五條約定計收循環信用利息。持卡人不得以信用卡向未經主管機構核准或非各信用卡組織委託辦理預借現金之機構或向第三人直接或間接取得資金融通。

第十一條（暫停支付）

持卡人如與特約商店就有關商品或服務之品質、數量、金額，或與委託辦理預借現金機構就取得金錢之金額有所爭議時，應向特約商店或委託辦理預借現金機構尋求解決，不得以此作為向貴行拒繳應付帳款之抗辯。

持卡人使用信用卡時，如符合各信用卡組織作業規定之下列特殊情形：如預訂商品未獲特約商店移轉商品或其數量不符、預訂服務未獲提供，或於自動化設備上預借現金而未取得金錢或數量不符時，應先向特約商店或辦理預借現金機構尋求解決。如無法解決時，應於繳款截止日前（註：各銀行得視自行狀況酌予延長，但應明定於契約中），檢具貴行要求之相關證明文件，請求貴行就該筆交易以第十三條帳款疑義處理程序辦理，不受前項約定之限制。

持卡人使用信用卡進行郵購買賣或訪問販賣交易後，依消費者保護法第十九條規定向特約商店解除契約者，準用前項之約定。

第十二條（帳單）

貴行應按期寄發交易明細暨繳款通知書。如持卡人於當期繳款截止日起七日前（註：各銀行得視自行狀況酌予縮短，但應明定於契約中），仍未收到交易明細暨繳款通知書，應即向貴行查詢，並得請求以掛號郵件、普通郵件、傳真或其他適當方式補送，其費用由貴行負擔。

信用卡持卡人於申請表格所載之連絡地址或其他聯絡方式有所變更而未通知貴行者，則以最後通知之

連絡地址或申請表格上所載連絡地址為貴行應為送達之處所。貴行將業務上有關文書或應為之通知，向持卡人最後通知之連絡地址或申請表格所載連絡地址發出後，經通常郵遞之期間，即視為已合法送達。

第十三條（帳款疑義之處理程序）

持卡人於當期繳款截止日前（註：各銀行得視自行狀況酌予延長，但應明定於契約中），如對交易明細暨帳款通知書所載事項有疑義，得檢具理由及貴行要求之證明文件（如簽帳單或退款單收執聯等）通知貴行，或請求貴行向收單機構調閱簽帳單或退款單，或請求貴行就該筆交易依各信用卡組織之作業規定，向收單機構或特約商店、辦理預借現金機構主張扣款，並得就該筆交易對貴行暫停付款。

持卡人未依前項約定通知貴行者，推定交易明細暨帳款通知書所載事項無錯誤。

因發生疑義而暫停付款之帳款，如經貴行證明無誤或因非可歸責於貴行之事由而不得扣款時，持卡人於受貴行通知後應立即繳付之，並自原繳款期限之次日起，以年息百分之 計付利息予貴行（註：各銀行得視本身資金成本自行約定是否收取利息或其計算方式，但應明定於契約中，惟不得高於循環信用利率）。如有請求貴行向收單機構調閱簽帳單或退款單時，並應給付貴行調閱簽帳單手續費，國內消費為每筆新台幣 _____元，國外消費為每筆新台幣 _____元。（註：各銀行得視其狀況自行約定是否收取調閱簽帳單手續費，但應明定於契約中）

第十四條（一般繳款）

持卡人同意當期之應付帳款，應於當期繳款截止日前全數繳付貴行。

前項繳款截止日，如遇銀行未對外營業之日者，得延至次一營業日。

貴行就持卡人已繳付款項，應依民法第三百二十一條至第三百二十三條規定抵充之。但貴行指定之順序及方法較民法第三百二十三條之規定更有利於持卡人者，從其指定。持卡人如有溢繳應付帳款之情形，於持卡人申請領回前，其餘額得由貴行暫時無息保管。且持卡人如無其他特別指示，得以之抵付後續須給付貴行之應付帳款。

第十五條（循環信用）（註：本條約款應全部以紅色文字標示）

持卡人得選擇以循環信用方式繳款，於當期繳款截止日前將最低應繳金額以上（或等於最低應繳金額）款項繳付貴行，不適用前條第一項當期清償全部之應付帳款約定。持卡人就剩餘未付款項得延後付款，並依第三項計付循環信用利息，且得隨時清償原延後付款金額之全部或一部。持卡人每期最低應繳金額為應付帳款之百分之（如低於新台幣 元，以新台幣 元計），加計超過信用額度之全部使用信用卡交易金額、累計以前各期逾期未付最低應繳款項之總和，循環信用利息及年費、預借現金手續費、掛失補發手續費、調閱簽帳單手續費等其他應繳費用。（註：各銀行得視本身狀況自行

約定最低應繳金額之計算方式，但應明定於契約中)

各筆循環信用利息之計算，係將每筆「得計入循環信用本金之帳款」，自

- 各筆帳款入帳日起
- 各筆帳款結帳日起
- 各筆帳款當期繳款截止日起

(但不得早於實際撥款日)，就該帳款之餘額以年息百分之 (日息萬分之) 計算至該筆帳款結清之日止 (元以下四捨五入)；持卡人於當期繳款截止日前結清全部應付帳款，或繳款後剩餘未付款項不足新臺幣壹仟元，則當期結帳日後發生之循環信用利息，不予計收。(註：銀行對同時持有貴行兩張以上信用卡之持卡人，其循環信用之使用及「得計入循環信用本金之帳款」之計算，如採持卡人歸戶合併處理者(非依卡片類別分開處理者)，應明定於契約。)

持卡人如未於每月繳款截止日前付清當期最低應繳金額或遲誤繳款期限者，應依第三項約定計付循環信用利息，並同意貴行得依本約款收取違約金或催收費用，各帳單週期之違約金或催收費用之計算方式為。(各銀行得自行決定是否收取違約金或催收費用以及收取標準，但擬收取者應明定於契約，並應注意符合衡平原則)。

(註：各銀行就「得計入循環信用本金之帳款」、循環信用利息及違約金或催收費用之計算方式，應於實際契約及持卡人手冊中以淺顯文字輔以案例具體說明其範圍、計息方式、起訖期間及利率，又各銀行計收之循環信用利息與違約金，若兩者合計實質之利率逾年利率百分之二十，各銀行應於契約中舉例計算公式，並以顯著

方式標示，以利持卡人瞭解)

第十六條 (國外交易授權結匯)

持卡人所有使用信用卡交易帳款均應以新台幣結付，如交易(含辦理退款)之貨幣非為新台幣時，則授權貴行依各信用卡組織依約所列之結匯日匯率換算為新台幣，並加收百分之 手續費後結付(註：各銀行得視其狀況約定是否收取手續費，但應明定於契約中)。

持卡人授權貴行為其在於中華民國境內之結匯代理人，辦理信用卡在國外使用信用卡交易之結匯手續，但持卡人應支付之外幣結匯金額超過法定限額者，持卡人應以外幣支付該超過法定限額之款項。

第十七條 (卡片被竊、遺失或其他喪失占有)

(註：本條約款應全部以紅色文字標示) 持卡人
之信用卡如有遺失、被竊、被搶、詐取或其他遭持卡人以外之第三人占有之情形(以下簡稱遺失或被竊等情形)，應儘速以電話或其他方式通知貴行或其他經貴行指定機構辦理掛失停用手續，並繳交掛失手續費新台幣元(註：各銀行得視其狀況自行約定是否收取掛失手續費，但應明定於契約)。惟如貴行認有必要時，應於受理掛失手續日起十日內通知持卡人，要求於受通知日起三日內向當地警察機關報案或以書面補行通知貴行。

持卡人自辦理掛失停用手續時起被冒用所發生之損失，概由貴行負擔。但有下列情形之一者，持卡人仍應負擔辦理掛失停用手續後被冒用之損失：

1. 第三人之冒用為持卡人容許或故意將信用卡交其使用者。
2. 持卡人因故意或重大過失將使用自動化設備辦理預借現金或進行其他交易之交易密碼或其他辨識持卡人同一性之方式使第三人知悉者。
3. 持卡人與第三人或特約商店偽造虛構不實交易行為或共謀詐欺者。

辦理掛失手續前持卡人被冒用之自負額以新台幣元為上限。（各銀行得視本身狀況自行約定收取金額，但不得超過新臺幣參仟元，且應明定於契約中。）但有下列情形之一者，持卡人免負擔自負額：1. 持卡人於辦理信用卡掛失手續時起前二十四小時以後被冒用者 2. 冒用者在簽單上之簽名，以肉眼即可辨識與持卡人之簽名顯不相同或以善良管理人之注意而可辨識與持卡人之簽名不相同者 3. 持卡人於二年內未有失卡紀錄者。（註：第3點各銀行得斟酌是否列入契約中）。（在自動化設備辦理預借現金部分，持卡人辦理掛失手續前之冒用損失，由持卡人負擔，不適用本項自負額之約定）持卡人有本條第二項但書及下列情形之一者，且貴行能證明已盡善良管理人之注意義務者，其被冒用之自負額不適用前項約定：

1. 持卡人得知信用卡遺失或被竊等情形而怠於立即通知貴行，或持卡人發生信用卡遺失或被竊等情形後，自當期繳款截止日起已逾二十日仍未通知貴行者。
2. 持卡人違反第八條第一項約定，未於信用卡簽名致第三人冒用者。

3. 持卡人於辦理信用卡掛失手續後，未提出貴行所請求之文件、拒絕協助調查或其他違反誠信原則之行為者。

第十八條（補發新卡、換發新卡及屆期續發新卡）

持卡人發生信用卡遺失或被竊等情形或污損、消磁、刮傷或其他原因致令信用卡不堪使用，貴行得依持卡人之申請補發新卡。

貴行於信用卡有效期間屆滿時，如未依第二十二條終止契約者，應續發新卡供持卡人繼續使用。信用卡有效期間屆滿前，持卡人如無續用之意願，須於有效期限屆滿前，事先通知貴行終止本契約，或於接獲續發新卡後七日內（註：各銀行得視自行狀況酌予延長，但應明定於契約中）通知貴行終止本契約，無須說明理由及負擔任何費用或價款，但已使用核發新卡者，不在此限。

（註：各銀行如特別要求持卡人以書面通知，或原則上應以信用卡截斷寄回而例外得以其他方式終止契約者，應於契約中明定之）

第十九條（抵銷及抵充）

持卡人經貴行依第二十二條主張視為全部到期之權利時，貴行得將持卡人寄存於貴行之各種存款（支票存款除外）及對貴行之一切債權期前清償，並得將期前清償之款項抵銷持卡人對貴行所負之債務。（註：有關支票存款抵銷之約定部份，各銀行得參照財政部金融局授權，金融人員研究訓練中心發行之「銀行定型化契約之研究-授信及催收有關契約」第一五六頁，以適當文

字於支票存款約定書中訂定之)

貴行預定抵銷之意思表示，自登帳扣抵時即生抵銷之效力。同時貴行發給持卡人之存摺、存單及其他債權憑證，在抵銷範圍內失其效力。如抵銷之金額不足抵償持卡人對貴行所負之全部債務者，依民法第三百二十一條至第三百二十三條規定抵充之。但貴行指定之順序及方法較民法第三百二十三條之規定更有利於持卡人者，從其指定。

第二十條（契約之變更）

本契約約款如有修改或增刪時，貴行以書面通知持卡人後，持卡人於七日內不為異議者，視同承認該修改或增刪約款。但下列事項如有變更，應於變更前六十日以書面通知持卡人，並於該書面以顯著明確文字載明其變更事項、新舊約款內容，暨告知持卡人得於變更事項生效前表示異議，及持卡人未於該期間內異議者，視同承認該修改或增刪約款；並告知持卡人如有異議，應於前項得異議時間內通知貴行終止契約，且除第五款事由外，並得請求按實際持卡月份（不滿一個月者，該月不予計算）比例退還部份年費；

1. 增加向持卡人收取之年費、手續費及提高其利率、變更利息計算方式及增加可能負擔之一切費用。
2. 信用卡發生遺失、被竊等情形或滅失時，通知貴行之方式。
3. 持卡人對他人無權使用其信用卡後發生之權利義務關係。
4. 有關信用卡交易帳款疑義之處理程序。

5. 其他經財政部規定之事項。

第二十一條（信用卡使用之限制）

持卡人如有下列事由之一者，貴行無須事先通知或催告，得降低持卡人信用額度、調整循環信用最低應繳比率或金額或暫時停止持卡人使用信用卡之權利：

1. 持卡人違反第二條第一項、第六條第二項或第四項或第十條第二項者。
2. 持卡人故意將使用自動化設備辦理預借現金或進行其他交易之交易密碼或其他辨識持卡人同一性之方式告知第三人者。
3. 持卡人連續二期未繳付最低應繳金額或所繳付款項未達貴行所定最低應繳金額者。
4. 持卡人依破產法聲請和解、聲請宣告破產、聲請公司重整、經票據交換所宣告拒絕往來、停止營業或清理債務者。
5. 持卡人為法人或非法人團體之法定代理人、代表人、管理人者，關於該法人或非法人團體經票據交換所公告拒絕往來者。
6. 持卡人因刑事而受有期徒刑以上之宣告或沒收主要財產之宣告者。

持卡人如有下列事由之一者，經貴行事先通知或催告後，得降低持卡人信用額度、調整循環信用最低應繳比率或金額或暫時停止持卡人使用信用卡之權利：

1. 持卡人違反第二條第二項，貴行已依原申請時填載資料之聯絡地址、電話通知而無法取得聯繫，或持

卡人職業或職務有所變動足以降低原先對持卡人信用之估計者。

2. 持卡人有一期未繳付最低應繳金額或所繳付款項未達貴行所定最低應繳金額者。
3. 持卡人違反第五條第二項約定超過信用額度使用信用卡交易者。
4. 持卡人存款不足而退票，或其為法人或非法人團體之法定代理人、代表人、管理人，而該法人或非法人團體存款不足而退票者。
5. 持卡人遭其他發卡機構暫停使用信用卡之權利或終止信用卡契約者。
6. 持卡人受強制執行或假扣押、假處分或其他保全處分者。
7. 持卡人因其他債務關係被提起訴訟，或因涉及刑事被偵查或起訴者。
8. 對貴行（包括總機構及分支機構）其他債務延不償還，或其他債務有遲延繳納本金或利息者。
9. 持卡人依約定負有提供擔保之義務而不提供者。

（註：除本條第一項及第二項之事由外，發卡機構視持卡人信用狀況及確保債權必要，得與持卡人以個別商議方式加列他種事由，該議定事項應於契約中以粗體或不同顏色之醒目方式記載之，並明示經通知或無須通知之不利後果）貴行於第一項或第二項各款事由消滅後，或經貴行同意持卡人釋明相當理由，或持卡人清償部份款項或提供適當之擔保者，得恢復原核給持卡人信用額度、原循環信用最低應繳比率或金額或使用信用卡之權利。

第二十二條（喪失期限利益及契約之終止）

持卡人如有前條第一項各款事由之一或本契約終止者，貴行無須事先通知或催告，得隨時縮短持卡人延後付款期限或視為全部到期。

持卡人如有前條第二項各款事由之一或持卡人死亡而其繼承人聲明為限定繼承或拋棄繼承者，經貴行事先通知或催告後，貴行得隨時縮短持卡人延後付款期限或視為全部到期。

（註：除本條第一項及第二項之事由外，發卡機構視持卡人信用狀況及確保債權必要，得與持卡人以個別商議方式加列他種事由，該議定事項應於契約中以粗體或不同顏色之醒目方式記載之，並明示經通知或無須通知之不利後果）

貴行於第一項或第二項之事由消滅後，或經貴行同意持卡人釋明相當理由，或持卡人清償部份款項或提供適當之擔保者，得恢復持卡人原得延後付款期限或使用循環利息之期限利益。持卡人得隨時通知貴行終止本契約。（註：各銀行如特別要求持卡人以書面通知，或原則上應以信用卡截斷寄回而例外得以其他方式終止契約者，應於契約中明定之）

持卡人如有第一項或第二項之事由，或信用卡有效期限屆至者，貴行得以書面通知持卡人終止契約。（註：除本項之事由外，發卡機構視持卡人信用狀況及確保債權必要，得與持卡人以個別商議方式加列他種事由，該議定事項應於契約中以粗體或不同顏色之醒目方式

記載之，並明示經通知或無須通知之不利後果)

本契約終止或解除後，正卡持卡人及附卡持卡人均不得再使用信用卡（含有效期限尚未屆至者）。但如終止或解除其中一種信用卡契約，則僅就該契約發生效力，其他信用卡契約仍為有效。

第二十三條（適用法律）

本契約之準據法為中華民國法律。依本契約發生債權債務之關係，其法律行為之成立要件、效力及方式適用中華民國法律。

第二十四條（管轄法院）

因本契約涉訟時，除法律所規定之法院有管轄權外，持卡人並同意以 地方法院為第一審管轄法院。但法律有專屬管轄之特別規定者，從其規定。

第二十五條（業務委託）

持卡人同意貴行之交易帳款收付業務、電腦處理業務或其他與本契約有關之附隨業務，於必要時得委託適當之第三人或與各信用卡組織之會員機構合作辦理。

第二十六條（其他約定事項）

本契約或其他附件各項約定如有未盡事宜，應由雙方另行協議訂定之。

以下為行政院消費者保護委員會所公告的「線上遊戲定型化契約範本」

線上遊戲定型化契約範本

本契約於中華民國____年____月____日經甲方審閱____日（不得少於三日）

甲方簽章：

乙方簽章：

立契約書人

（線上遊戲使用人名稱）_____（以下簡稱甲方）

（線上遊戲公司名稱）_____（以下簡稱乙方）

遊戲服務之申請，若甲方為無行為能力人，應由其法定代理人為之；若為限制行為能力人，應得法定代理人之同意。

第一條 契約適用之範圍

乙方提供甲方線上遊戲服務及其他相關服務（以下簡稱本服務），甲乙雙方關於本服務之權利義務，依本契約條款之約定定之。

第二條 契約之內容

以下視為本契約之一部分，與本契約具有相同之效力：

- 一、乙方有關本服務之廣告或宣傳內容。
- 二、費率表及遊戲管理規則。

前項契約內容相互間有衝突者，應為消費者有利之解釋。

第三條 名詞定義

本契約之名詞定義如下：

一、線上遊戲：係指甲方透過網際網路連線經由乙方所架設之網路伺服器，使甲方得與其他不特定之多數人得同時連線進行遊戲之軟體。

二、遊戲網站：係指由乙方為提供本遊戲服務所建置之網站。

三、遊戲管理規則：係指由乙方訂立，供為規範遊戲進行方式之規則且不影響雙方契約上之權利義務者。

四、遊戲歷程：係指自甲方登入本遊戲起至登出本遊戲時止，電腦系統對甲方遊戲進行過程所為之記錄。

五、儲值：係指甲方預付乙方之金額或其餘額。

六、外掛程式：係指非由乙方提供，以影響或改變乙方線上遊戲運作為目的之程式。

第四條 服務範圍

本契約所提供之服務，係由乙方提供網路伺服器，讓甲方透過網際網路連線登入進行本遊戲。但不包括甲方向網際網路接取服務業者申請接取網際網路之服務，及提供上網所需之各項硬體設備。

第五條 遊戲登錄

甲方申請使用本遊戲，得應乙方之要求，於遊戲網站登錄與身分證明文件相符之個人資料。甲方所登錄之

個人資料，有錯誤或已變更時，應隨時更正之。

乙方若有為提供本服務而與甲方聯絡之必要，且甲方未提供正確之個人資料或原提供之資料已不符合真實而未更新，乙方得於甲方提供真實資料或更新資料前，暫停甲方遊戲進行及遊戲歷程查詢之服務。但甲方能以個人資料以外之方式證明其為契約當事人者，不在此限。

甲方得於開始遊戲後七日內，以電子郵件或書面告知乙方解除本契約，甲方無需說明理由及負擔任何費用。甲方得就未使用之儲值向乙方請求退費。

第六條

甲方得於開始遊戲後七日內，以電子郵件或書面告知乙方解除本契約，甲方無需說明理由及負擔任何費用。甲方得就未使用之儲值向乙方請求退費。

第七條 計費標準

費率調整時，乙方應於預定調整生效日三十日前於遊戲網站、遊戲進行中及遊戲登入頁面公告；若甲方於註冊帳號時已登錄電子郵件者，並以電子郵件通知甲方。

費率如有調整時，應自調整生效日起按新費率計收；若新費率高於舊費率時，甲方在新費率生效日前已於遊戲網站中登錄之儲值應依舊費率計收。

採計時制者，每次計價單位為__小時（最高不得逾二小時）。

第八條 本遊戲應載明之資訊

乙方應於遊戲網站及遊戲套件包裝上載明以下事項：

- 一、進行本遊戲之最低軟硬體需求。
- 二、第九條第一項所列之退費權利。

第九條 遊戲套件與軟體之退費

甲方得於購買本遊戲套件或付費下載相關軟體後七日內，向乙方或為乙方經銷遊戲套件之業者，請求全額退費。

前項情形，乙方或為乙方經銷遊戲套件之業者應依甲方之請求立即退費。

第十條 契約之生效

甲方於契約審閱期過後初次註冊帳號，進入顯示本契約條款之網頁，並按「同意」之選項後，即推定甲方同意本契約條款之規定。

第十一條 帳號與密碼之使用

乙方於甲方完成註冊程序後，應核發一組帳號及密碼；該組帳號一經設定即不得變更，且僅供甲方使用。

前項之密碼得依乙方提供之修改機制進行變更。乙方人員(含客服人員、遊戲管理員)不得主動詢問甲方之密碼。乙方應於契約終止後____日內(不得低於三十日)，保留甲方之帳號與電磁紀錄。

契約非因可歸責甲方之事由而終止者，甲方於該期間內辦理續用後，有權繼續使用原帳號及附隨於該帳號

之電磁紀錄。

前項期限屆滿時，甲方仍未辦理續用，乙方得刪除該帳號及附隨於該帳號之所有資料，但法令另有規定者不在此限。

第十二條 帳號與密碼之非法使用通知與處理

任一方發現第三人非法使用甲方之帳號，或有使用安全遭異常破壞之情形時，應立即通知對方。乙方接獲甲方通知，或乙方通知甲方後，經甲方確認有前述情事，乙方得暫停該組帳號或密碼之使用權限，並更換新帳號或密碼予甲方。

前項情形，乙方應返還甲方已扣除之儲值，或補償相當之遊戲費用，但可歸責於甲方者，不在此限。

第十三條 電磁紀錄被不當移轉時之處理方式

甲方如發現帳號、密碼被非法使用，且遊戲電磁紀錄遭不當移轉時，應立即通知乙方查證，經乙方以檢視IP位址是否為甲方未曾使用過之位址方式查證確認後，乙方得暫時限制相關線上遊戲使用人就本服務之使用權利。

乙方應於暫時限制遊戲使用權利之時起，即刻以書面或電子郵件通知持有前項電磁紀錄之第三人提出說明。如該第三人未於接獲通知時起七日內提出說明，乙方得直接回復遭不當移轉之電磁紀錄予甲方，並於回復後解除對相關線上遊戲使用人之限制。

持有第一項電磁紀錄之第三人不同意乙方前項之處理，乙方得依報案程序，循司法途徑處理。

乙方依第一項規定限制甲方之使用權時，在限制使

用期間內，乙方不得向甲方收取費用。

甲方如有申告不實之情形致生乙方或其他線上遊戲使用人權利受損時，應負一切法律責任。

第十四 遊戲歷程之保存與查詢

乙方應保存甲方之個人遊戲歷程紀錄，且保存期間為____日（不得低於三十日），以供甲方查詢。

甲方得以書面、網路，或親至乙方之服務中心申請調閱甲方之個人遊戲歷程，且須提出與身份證明文件相符之個人資料以供查驗，查詢費用為____元（至多不得超過新台幣貳百元），由甲方負擔。

乙方接獲甲方之查詢申請，應提供第一項所列之甲方個人遊戲歷程，並於七日內以光碟或磁片等儲存媒介或書面方式提供資料。

第十五條 個人資料

關於個人資料之保護，依相關法律規定處理。

第十六條 電磁紀錄

本遊戲之所有電磁紀錄均屬乙方所有，乙方並應維持甲方相關電磁紀錄之完整。

甲方對於前項電磁紀錄有支配之權利。

第十七條 資訊公開

乙方應於遊戲網站上提供本遊戲伺服器可容納人數、同時上線人數與連線狀況等相關資訊，並定期更新。

第十八條 連線品質

乙方各項系統設備因預先計畫所需之系統維護停機，應於七日前於遊戲網站中公告，且於甲方登入時通知，並於遊戲進行中發佈停機訊息。

乙方應確保其系統設備，無發生錯誤、畫面暫停、遲滯、中斷或不能進行連線的情形。如因而致不能提供甲方服務時，乙方應返還甲方已扣除之儲值，或免收相當之遊戲費用，或遞延甲方得進行遊戲之時間。

第十九條 系統安全

乙方應依本契約之規定負有於提供本服務時，維護其自身電腦系統，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。

電腦系統或電磁紀錄受到破壞，或電腦系統運作異常時，乙方應於採取合理之措施後儘速予以回復。

乙方違反前二項規定，致生甲方損害時，應依甲方之受損害情形，負損害賠償責任，但乙方能證明其無過失者，得減輕其賠償責任。

乙方電腦系統發生第二項所稱情況時，於完成修復並正常運作之前，乙方不得向甲方收取費用。

第二十條 程式漏洞

因遊戲程式漏洞致甲方受損時，乙方應依甲方之受損害情形，負損害賠償責任。但乙方證明其無過失者，得減輕其賠償責任。

第二十一條 遊戲管理規則

為規範遊戲進行之方式，乙方應訂立合理公平之遊

戲管理規則，甲方應遵守乙方公告之遊戲管理規則。

遊戲管理規則之變更應依第二十三條之程序為之。

遊戲管理規則有下列情形之一者，其規定無效：

- 一、抵觸本契約之規定。
- 二、剝奪或限制甲方之契約上權利。但乙方依第二十一條之規定處理者，不在此限。

第二十二條 違反遊戲管理規則之處理

除本契約另有規定外，有事實足證甲方於本遊戲中違反遊戲管理規則時，乙方應於遊戲網站或遊戲進行中公告，並以線上即時通訊方式或電子郵件通知甲方。經乙方通知改善而未改善者，乙方得依遊戲管理規則，按其情節輕重限制甲方之遊戲使用權利。

乙方依遊戲管理規則停止甲方進行遊戲之權利，每次不得超過___日（至長不得超過七日）。

除構成契約終止事由外，乙方依遊戲管理規則對甲方所為之處置，不得影響甲方依本契約應享之權利。

第二十三條 申訴權利

甲方不滿意乙方提供之連線品質、遊戲管理、費用計費、其他相關之服務品質，或對乙方依遊戲管理規則之處置不服時，得於收到通知之翌日起七日內至乙方之服務中心或以電子郵件或書面提出申訴，乙方應於接獲申訴後，於____日（至長不得超過十五日）內回覆處理之結果。

乙方應於遊戲網站或遊戲管理規則中明訂 24 小時服務專線、申訴服務專線與電子郵件位址。

第二十四條 契約之變更

乙方修改本契約時，應於遊戲網站首頁及遊戲之登入頁面公告之，並以書面或電子郵件通知甲方。

乙方未依前項進行公告及通知者，其契約之變更無效。

甲方於第一項通知到達後十五日內：

- 一、甲方未為反對之表示者，視為甲方接受乙方契約變更之內容。
- 二、甲方為反對之表示者，視為甲方對乙方終止本契約之通知。

第二十五條 契約之終止及退費

甲方得隨時通知乙方終止本契約。

契約終止時，乙方於扣除必要成本後，應於三十日內以現金、信用卡、匯票或掛號寄發支票方式退還甲方未使用之儲值或遊戲費用。

甲方有下列重大情事之一者，乙方得於通知甲方後，立即終止本契約：

- 一、利用任何系統或工具對乙方電腦系統之惡意攻擊或破壞。
- 二、以利用外掛程式、病毒程式、遊戲程式漏洞或其他違反公平合理之方式進行遊戲。
- 三、經司法機關查獲從事任何不法之行為。

乙方對前項事實認定產生錯誤或無法舉證時，乙方應對甲方之損害負賠償責任。

第二十六條 送達

有關本契約所有事項之通知，甲方同意乙方以甲方登錄之連絡地址或電子郵件地址為送達。

前項登錄地址若有變更，甲方應即通知乙方。乙方應依變更後之地址為送達。

乙方依本條地址所為之通知發出後，以書面通知到達甲方，或電子郵件進入甲方之電子郵件伺服器中，推定為已送達。

因甲方之故意或過失致乙方無法為送達者，乙方對甲方因無法送達所致之損害不負賠償責任。

第二十七條 準據法

本契約以中華民國法律為準據法。

第二十八條 管轄法院

因本契約而生之事件，雙方合意以_____地方法院為第一審管轄法院。

前項約定不排除消費者保護法第四十七條或民事訴訟法第四三六條之九小額訴訟管轄法院之適用。

六、單務契約與雙務契約

契約關係是一種債之關係，而債之關係就是債權人得請求債務人給付之法律關係，所以債之關係的重心就是給付。契約關係中，若是只有契約一方當事人負有給付義務，那這種契約就是單務契約，贈與契約就是單務契約的典型（民法第 406 條：「稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約。」），例如一頁書答應把武功祕笈一套送給素還真，因為只有一頁書要把武功祕笈一套送給（給付義務）素還真，素還真不用付錢，如果素還真必須付錢的話，那就不是贈與，而是買賣了。相對地，買賣契約就是典型的雙務契約，因為一頁書把武功祕笈一套賣給（給付義務）素還真，而素還真把新台幣三萬元付給（給付義務）一頁書，一頁書與素還真都有給付義務，一頁書

賣武功祕笈一套給素還真就是爲了取得素還真支付新台幣三萬元，而素還真支付新台幣三萬元給一頁書就是爲了取得一頁書賣武功祕笈一套。所以，我們可以這麼說，雙務契約，就是契約雙方當事人互負居於給付與對待給付關係的契約。民法所規定的契約類型中，除了買賣契約外，互易契約、租賃契約、僱傭契約、有償委任契約、承攬契約、合夥契約、和解契約都是屬於這種雙務契約。

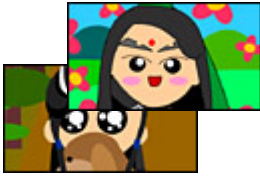
區別單務契約與雙務契約最主要的功用，就是在於同時履行抗辯的適用與否。同時履行抗辯，就是在對方沒有給付之前，你可以拒絕自己的給付（民法第 246 條第 1 項本文：「因契約互負債務者，於他方當事人未爲對待給付前，得拒絕自己之給付。」），是「一手交錢，一手交貨」的觀念，因爲雙務契約是契約雙方當事人互負居於給付與對待給付關係的契約，所以雙務契約就有同時履行抗辯的適用，而單務契約由於只有契約一方當事人負有給付義務，自然不能適用同時履行抗辯。所以，當素還真還沒把新台幣三萬元付給一頁書之前，一頁書就可以援用同時履行抗辯，拒絕把武功祕笈一套交給素還真。但是同時履行抗辯有可能會造成交易的不便，例如一在台北一在高雄的隔地買賣，若要做到「一手交錢，一手交貨」會非常不方便，而且某些交易在習慣上，反而是「先做事，再付錢」，例如剪頭髮就是先剪再付錢，所以雙務契約依法律規定或雙方當事人約定或習慣上一方要先爲給付者，就沒有同時履行抗辯的適用（民法第 246 條第 1 項但書：「但自己有先爲給付之義務者，不在此限。」），而法律規定有先給付義務者，多常是勞務性契約，例如僱傭契約（民法第 483 條第 1 項：「如依情形，非受報酬即不服勞務者，視爲允與報酬。」）、委任契約（民法第 548 條：「（第 1 項）受任人應受報酬者，除契約另有訂定外，非於委任關係終止及爲明確報告顛末後，不得請求給付。（第 2 項）委任關係，因非可歸責於受任人之事由，於事務

處理未完畢前已終止者，受任人得就其已處理之部份，請求報酬。」)等。但是，雖然自己有先為給付之義務，但是眼看對方對於自己的對待給付有極大的可能無法履行，此時若仍要自己先為給付，非常不公平，所以若是對方有可能無法對自己為對待給付的話，若對方沒有為對待給付或提出擔保，那自己就可以拒絕給付，這就是不安抗辯（民法第 265 條：「當事人之一方，應向他方先為給付者，如他方之財產，於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞時，如他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。」），例如葉小釵與劍子仙跡約定以新台幣六萬元向劍子仙跡購買古塵劍，而且約定劍子仙跡先把古塵劍交付給葉小釵後，葉小釵再把新台幣六萬元匯給劍子仙跡，但在劍子仙跡要把古塵劍交付給葉小釵的前一天，劍子仙跡得知葉小釵已被法院宣告破產，這個時候劍子仙跡就可以援用不安抗辯，要求葉小釵先支付新台幣六萬元或提供擔保，否則他就不交付古塵劍。

< 案例 3 >

【案例事實】

非凡公子之配偶非常女於入素續緣醫院住院治療，至住院七年出院後死亡，欠素續緣醫院醫療費用計新台幣一百三十九萬元，非凡公子為非常女的配偶，且為非常女住院的連帶保證人，因此素續緣醫院要求非凡公子清償醫療費用，但非凡公子主張素續緣醫院所提出之醫療費用總額不實，因為醫療費用可以分期給付，前幾期的醫療費用已罹於二年消滅時效。兩造對醫療費用之給付，所以就到法院訴訟去了。



診治其配偶間被保證人非常女，請求

素續緣醫院

給付醫療費用

非凡公子

法律問題：依醫療契約報酬後付之原則，醫療費用請求權是否已罹於消滅時效？若有特約或習慣醫療費用可以分期給付，則是否僅有部分的醫療費用請求權是否已罹於消滅時效？

【法院判決】

最高法院認為，醫療契約為勞務性契約，依勞務性契約「報酬後付」之原則，醫療費用應在醫療完成時給付，若病人未給付醫療費用前，依「報酬後付」之原則，醫院或醫師有先行給付之義務，不能因其欠繳醫療費用，而主張同時履行抗辯，停止對其作醫療服務，若是無特約或習慣，病人所欠醫療費用，自須待醫療完成始得請求。素續緣醫院主張其對住院病人不能因其欠繳醫療費用，即停止對其作醫療服務，亦不能強制其出院，在尚未出院前，不得請求醫療費用等語，素續緣醫院與非常女間的醫療契約，如無特約或習慣要先給付醫療費用，則素續緣醫院的這個主張，並非不能認同。素續緣醫院與非常女間的醫療契約究竟有無分期給付醫療費用的約定？素續緣醫院於每星期或每十日通知病人繳費，是否可以視為病人有應按其通知之時期為給付之特約或習慣？二審法院並未調查審認，就逕自認為醫療費用請求權消滅時效已經完成，而為素續緣醫院不利之判決，屬於不備理由之判決違法。故最高法院將本件判決發回二審法院

※ 1. 本案例為最高法院 89 年度台上字第 2663 號判決，但因案件事實過於複雜，未使閱讀同學便於了解，經筆者略為簡

化案件事實，並將人名全部改為霹靂布袋戲劇集中的人物。

2. 雙務契約法律規定有先給付義務者，多常是勞務性契約，而醫療契約就是勞務性契約，筆者所蒐集涉及醫療契約醫療費給付的最高法院裁判，僅有本件判決。

七、一時性契約與繼續性契約

（一）基本概念

契約的內容，若是因一次給付，即可實現，這種契約就稱爲一時性契約，例如一頁書與素還真間新台幣三萬元武功祕笈買賣契約，素還真把新台幣三萬元付給一頁書，一頁書把武功祕笈一套交給素還真，一頁書與素還真間新台幣三萬元武功祕笈買賣契約的內容就實現了，契約關係就此結束。由此可知，一時性契約，契約關係從發生到結束，密集而接續，時間較爲短暫。我們去飲料店購買珍珠奶茶，珍珠奶茶買賣契約就是這種一時性契約，契約關係從發生到結束不出幾分鐘。而契約的內容，若是非一次的給付可完結，而是繼續的實現，這種契約就稱爲繼續性契約。繼續性契約的基本特色，就是時間因素在契約的履行上居於重要地位，總給付的內容繫於應爲給付時間的長度，所以契約關係從發生到結束，固定而持續，時間較爲漫長，例如疏樓龍宿僱用秦假仙在儒門打工，秦假仙在僱用期間繼續提供勞務，疏樓龍宿繼續支付工資，契約的內容隨著時間的經過而增加。民法所規定的契約類型，屬於此類的繼續性契約，除僱傭契約外，還有合夥契約、租賃契約、使用借貸契約、寄託契約等。另外，民法所沒有規定，但是是日常常見的繼續性契約，就是繼續性供給契約，也就是當事人約定一方於一定或不定的期限內，向他方繼續供給定

量或不定量的一定種類品質之物，而由他方按一定的標準支付價金的契約，例如訂閱報紙、約定每日供應羊乳二瓶等。

（二）終止契約

區別一時性契約與繼續性契約最主要的功用，就是在於終止契約的適用與否，繼續性契約才有終止契約的適用，一時性契約無從終止契約。終止契約，是指由當事人行使終止權，使繼續性契約關係向將來消滅，既然是向將來消滅，那就是消滅前的契約關係仍然存在，這與解除契約，是當事人行使解除權，使契約關係溯及於發生契約關係之時就消滅，如同契約關係沒有發生過，有很大的不同。終止權的發生，可以由契約雙方當事人自行約定，但法律有明文規定的情形頗多，例如租賃契約的終止（民法第 424 條：「租賃物為房屋或其他供居住之處所者，如有瑕疵，危及承租人或其同居人之安全或健康時，承租人雖於訂約時已知其瑕疵，或已拋棄其終止契約之權利，仍得終止契約。」；民法第 438 條：「（第 1 項）承租人應依約定方法，為租賃物之使用、收益；無約定方法者，應以依租賃物之性質而定之方法為之。（第 2 項）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。」；民法第 440 條：「（第 1 項）承租人租金支付有遲延者，出租人得定相當期限，催告承租人支付租金，如承租人於其期限內不為支付，出租人得終止契約。（第 2 項）租賃物為房屋者，遲付租金之總額，非達二個月之租額，不得依前項之規定，終止契約。其租金約定於每期開始時支付者，並應於遲延給付逾二個月時，始得終止契約。（第 3 項）租用建築房屋之基地，遲付租金之總額，達二年之租額時，適用前項之規定。」）、使用借貸契約的終止（民法第 472 條：「有左列各款情形之一者，貸與人得終止契約：一、貸與人因不可預知之情事，自己需用借用物者。二、借用人違反約定或依物之性質而定之

方法使用借用物，或未經貸與人同意允許第三人使用者。三、因借用人怠於注意，致借用物毀損或有毀損之虞者。四、借用人死亡者。）」、僱傭契約的終止（民法第 484 條：「（第 1 項）僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人，受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。（第 2 項）當事人之一方違反前項規定時，他方得終止契約。」；民法第 485 條：「受僱人明示或默示保證其有特種技能時，如無此種技能時，僱用人得終止契約。」；民法第 489 條第 1 項：「當事人之一方，遇有重大事由，其僱傭契約，縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之。」）等。但是由於繼續性契約，以在時間上不可解消的繼續性結合關係為特徵，如此會過分限制當事人的活動自由，尤其是繼續性契約雙方當事人經濟力量不對等，經濟力量的強者不免仰仗契約自由原則而在繼續性契約關係中欺壓經濟力量的弱者，而且經濟力量的強者想要終止繼續性契約時，經濟力量的弱者恐毫無招架之力，所以基於契約的社會化，法律也設有規定限制繼續性契約終止權的行使，以保護繼續性契約中經濟力量的弱者，勞動基準法對勞動契約的終止就有多加限制，以保護勞工（勞動基準法第 11 條：「非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。」；勞動基準法第 13 條：「勞工在第五十條規定之停止工作期間或第五十九條規定之醫療期間，雇主不得終止契約。但雇主因天災、事變或其他不可抗力致事業不能繼續，經報主管機關核定者，不在此限。」；勞動基準法第 16 條：「（第 1 項）雇主依第十一條或第十三條但書規定終止勞動契約者，其預告期間依左列各款之規定：一、繼續工作三個月以上一年未滿者，於十日前預告之。二、繼續工作一年以上三年未滿者，於二十日前預告之。三、

繼續工作三年以上者，於三十日前預告之。（第 2 項）勞工於接到前項預告後，為另謀工作得於工作時間請假外出。其請假時數，每星期不得超過二日之工作時間，請假期間之工資照給。（第 3 項）雇主未依第一項規定期間預告而終止契約者，應給付預告期間之工資。」）。

（三）解除契約

而無論一時性契約與繼續性契約，都有解除契約的適用。解除契約，就是當事人行使解除權，使契約關係溯及於發生契約關係之時就消滅，如同契約關係沒有發生過，有很大的不同。

解除權的發生，可以由契約雙方當事人自行約定，但也有基於法律的規定。有給付遲延、給付不能、不完全給付的情形，都可基於民法的規定解除契約。給付遲延，就是契約一方當事人依契約約定應有所給付，但給付有所延誤，這個時候他方當事人就可以定相當期限，催促趕快給付，如於期限內還不給時，就可以解除契約（民法第 254 條：「契約當事人的一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限，通知催促其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約」），例如葉小釵與劍子仙跡約定以新台幣六萬元購買古塵劍，葉小釵並已經把新台幣六萬元匯給劍子仙跡，但遲遲等不到劍子仙跡交付古塵劍，這個時候葉小釵可以通知劍子仙跡限他於一星期內交付，若還是不交付，葉小釵就可以解除古塵劍買賣契約；但是，若是一方當事人在一定期限內不給付，那就喪失發生契約關係之目的與意義，那也可以不通知催促就解除契約（民法第 255 條：「依契約之性質或當事人之意思表示，非於一定時期為給付不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期給付者，他方當事人得不為前條之催告，解除其契約。」），例如疏樓龍宿要在儒門舉辦酒宴，所以請秦假仙外燴，但酒宴都結束了秦假仙的外燴還沒送來，這時再通知催促秦假仙送來已經失

去意義了，所以疏樓龍宿就可以直接解除契約。給付不能，就是契約一方當事人依契約約定應有所給付，但因應給付當事人自己的原因而不能給付，這個時候他方當事人就可以解除契約（民法第 256 條：「債權人有第二百二十六條之情形時，得解除契約。」），例如葉小釵與劍子仙跡約定以新台幣六萬元購買古塵劍，葉小釵並已經把新台幣六萬元匯給劍子仙跡，但古塵劍卻因為劍子仙跡自己不小心而掉落山谷，因此葉小釵就可以解除古塵劍買賣契約。不完全給付，就是契約一方當事人依契約約定應有所給付，而且也已給付，但是未依契約的本旨而給付（給付有瑕疵），這個時候他方當事人受領給付已無利益，或依契約目的不能期望債務人履行契約時，就可以解除契約（民法第 227 條第 1 項：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」）。

契約一經解除，由於是使契約關係溯及於發生契約關係之時就消滅，如同契約關係沒有發生過，所以雙方當事人互負回復原狀的義務（民法第 259 條：「契約解除時，當事人雙方互負回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，依左列之規定：一、由他方所受領之給付物，應返還之。二、受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。三、受領之給付為勞務或為物之使用者，應照受領時之價額，以金錢償還之。四、受領之給付物生有孳息者，應返還之。五、就返還之物，已支出必要或有益之費用，得於他方受返還時所得利益之限度內，請求其返還。六、應返還之物有毀損、滅失，或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額。」）。例如疏樓龍宿一個月後要在儒門舉辦酒宴，所以請秦假仙外燴，疏樓龍宿並已當場支付秦假仙新台幣三萬元費用，但一個月後，酒宴都結束了秦假仙的外燴才送到，這時疏樓龍宿就可以直接解除契約，契約解除後，疏樓龍宿要把秦假仙已送到的外燴退還給秦假仙，而秦假仙也要把於一個月前已收

受的新台幣三萬元連同利息返還給疏樓龍宿。

< 案例 4 >

【案例事實】

本件被上訴人主張：素還真向傲笑紅塵訂購儒門公司所生產批號 W 9 8 6 之晶片（下稱儒門晶片），數量共四萬三千顆，素還真已付價金新台幣四百四十萬三千二百五十六元。傲笑紅塵交付晶片（下稱系爭晶片）後，素還真將系爭晶片轉售苦境雲渡山公司（下稱苦境雲渡山公司）。雲渡山公司將系爭晶片空運至滅境雲渡山公司（下稱滅境雲渡山公司），惟遭滅境雲渡山公司以系爭晶片有嚴重瑕疵為由退貨，經儒門公司鑑定結果，確認系爭晶片並非前述儒門晶片，顯見有可歸責於傲笑紅塵事由致給付不能，素還真得解除契約，請求傲笑紅塵返還價金、賠償價差及損害，合計五百六十八萬元，但傲笑紅塵則以他已依債務本旨提出儒門晶片交付素還真，拒絕請求。兩造對是否可以解除契約有爭執，所以就到法院訴訟去了。



以給付不能為由解除契約，並請求返還

素還真

價金、賠償價差及損害

傲笑紅塵

法律問題：能否以給付不能為由而解除契約？

【法院判決】

最高法院認為，民法第 227 條第 1 項明文規定，因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。故債務人為不完全之給付，其得補正者，債權人得依給付遲延之規定行使其權利；其不能補正或雖得補正惟其給付於債權人無利益者，債權人才能依給付不能之規定逕行解除契約。此外，以種類指示給付物者，若社會上不失其存在，並且沒有不能融通的情形，其給付應屬可能，而無給付不能的問題。最高法院進一步認為，本案應先確認儒門晶片究竟是特定物或是已不得融通之物，才能更進一步確認是不是能因給付不能而解除契約。二審法院沒有就這些問題加以確認，就逕自認為素還真得依給付不能之規定解除系爭契約，自屬不當。故最高法院將本件判決發回二審法院

- ※ 1. 本案例為最高法院 96 年度台上字第 2746 號判決，但因案件事實過於複雜，未使閱讀同學便於了解，經筆者略為簡化案件事實，並將人名全部改為霹靂布袋戲劇集中的人物。
2. 涉及解除契約的判決多如牛毛，但涉及因給付不能而解除契約，則較為少件，而本件判決算是其一且較新的，所以選擇本件判決加以說明。



第三章 刑法與性別相關法律³

本章講授關於兩性平等議題，從刑法的規範到特別法之規範。刑法規範主要講授關於性自主罪章，從犯罪的條文規範去引導同學了解到尊重兩性對於性的需求平等和自由與尊重的對待。

特別法內容，主要含括「性別平等教育法」和「性別工作平等法」、「性騷擾防治法」、「性侵害犯罪防治法」等。

由於「性別平等教育法」於民國 93 年 6 月 23 日公布，是爲了透過教育方式消除性別歧視，促進性別地位之實質平等而制定的法律。關於不受性別影響的有教無類方式，屬於規範教育單位與從事教育單位者的法規，在此僅介紹相關簡要內容給學生們知道，也用於從事教育者的自勉。

對學生有幫助的，主要是刑法規範，以避免自身行爲觸法，再者是關於學生畢業後的平等工作議題，以及性騷擾等性別平等議題，因此本文多所著墨於「刑法」的性自主罪章、「兩性平等工作法」與「性騷擾防治法」內容。本章節內容從最基本的刑法規範談起，論及性別平等教育議題論及性別平等教育法、性別工作平等法，以及最基本的性騷擾防治概念，希望建立同學們在日常生活中正確的觀念與思維，尊重兩性在社會上、家庭中、生活上的平等地位和價值觀。

第一節 刑法關於性別之規範

第一項 各罪名之規定

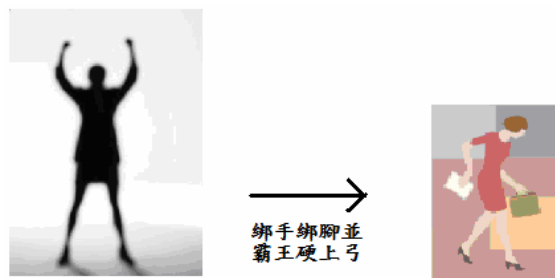
³ 本文係作為民國九十七年四月二十八日「教育部法律與生活教學發展計畫之成果發表會暨教師教學研習會」會議手冊之用，尚未定稿，請勿援引。

刑法上關於妨害性自主罪之規範，有包括下列幾種罪名與行為樣態⁴：

一、強制性交罪：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。

【時事案例】⁵：某天晚上，甲於回家路上看到一名妙齡女子，便上前對此女子綁手綁腳並霸王硬上弓，問此甲觸犯何種罪？

甲以強制手段強制女子與其為性交行為，甲觸犯強姦罪。



2.加重強制性交罪：犯前條之罪而有下列情形之一者：

- I .二人以上共同犯之者。
- II .對未滿十四歲之男女犯之者。
- III .對精神、身體障礙或其他心智缺陷之人犯之者。
- IV .以藥劑犯之者。
- V .對被害人施以凌虐者。
- VI .利用駕駛供公眾或不特定人運輸之交通工具之機會犯之者。
- VII .侵入住宅或有人居住之建築物、船艦或隱匿其內犯之者。

⁴由於關於性犯罪涉及名譽故判決不公開，本文案例乃根據實際案例簡約改編。

⁵本文所講述之案例，係作為上課教學討論使用，未必均成立犯罪，特此說明。

VIII. 攜帶兇器犯之者。

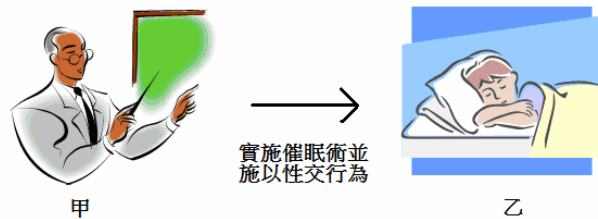
若前例係對於未滿十四歲之人犯之者，則觸犯加重強制性交罪。

3. 強制猥褻罪：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，而為猥褻之行爲者。

【時事案例】：甲男對於心儀以久的女生，在某天的聚會中將乙女的飲料加入過量安眠藥造成乙女昏睡不醒，故對乙女產生愛撫之行爲，問此甲觸犯何種罪？



【時事案例】：甲對乙實施催眠術並乘乙進入催眠狀態時施以性交行爲，問此甲觸犯何種罪？

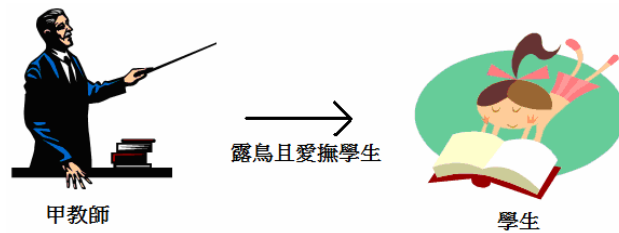


上述二例之甲均違反強制猥褻罪。

4. 加重強制猥褻罪

犯前條之罪而有第二百二十二條第一項各款情形之一者。

【時事案例】：甲老師為一國小教師，卻在某次與學生的一對



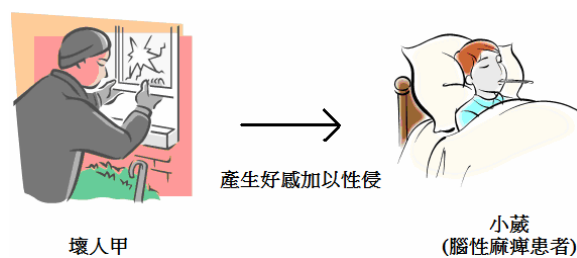
一面談中，對此學生做出露鳥且愛撫學生之情形，問此甲老師犯了何種罪？

5.乘機性交猥褻罪

(1)對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為性交者。

(2)對於男女利用其精神、身體障礙、心智缺陷或其他相類之情形，不能或不知抗拒而為猥褻之行爲者。

【時事案例】：十歲小葳是一名腦性麻痺患者，卻在某次單獨在家時，遭到壞人甲的闖入並且對此女孩產生好感加以性侵之，問此甲觸犯何種罪？



6.強制性交猥褻罪之加重結果犯

(1)犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百五十五條之罪，因而致被害人於死者、致重傷者。

(2)因而致被害人羞忿自殺或意圖自殺而致重傷者。

【時事案例】：小美在一次回家的途中，遭遇隔壁甲伯伯之性侵，之後小美因無法撫平心中夢魘，故得了憂鬱症並且在一個月

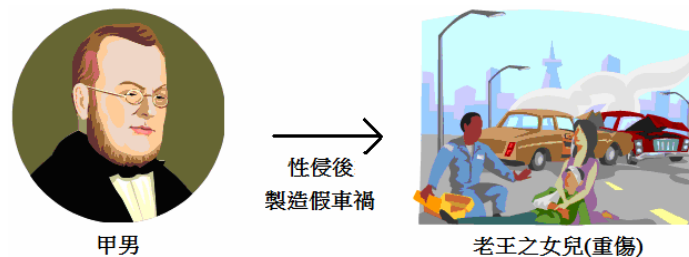
後自殺身亡，問此甲犯了何種罪？



7.強制性交猥褻等罪之殺人重傷害之結合犯

犯第二百二十一條、第二百二十二條、第二百二十四條、第二百二十四條之一或第二百五條之罪，而故意殺害被害人者、使被害人受重傷者。

【時事案例】：甲男性侵隔壁老王之女兒後，擔心東窗事發，故將此女撞成重傷且刻意製造一車禍現場，事後被警方查詢偵破，故此甲犯了何種罪？



8.未成年人

- (1)對於未滿十四歲之男女為性交者。
- (2)對於未滿十四歲之男女為猥褻之行爲者。
- (3)對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者。
- (4)對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行爲者。

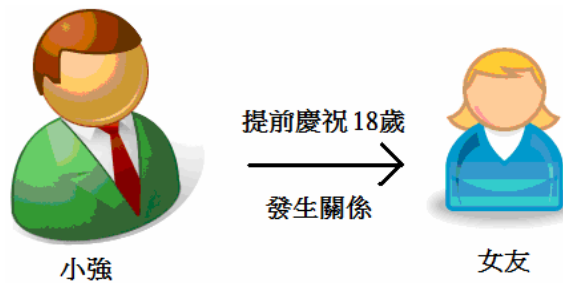
【時事案例】：甲男與乙女為男女朋友，為了尋求刺激付出雙方的第一次，乙女家長知道後，卻指控甲男誘拐未滿十六歲之女兒，問此甲犯了何種罪？



9.減刑或免刑

十八歲以下之人犯前條之罪者，減輕或免除其刑。

【時事案例】：明日將滿十八歲的小強，爲了提早慶祝十八歲生日，故與女友發生私密之事，問此甲犯了何罪？

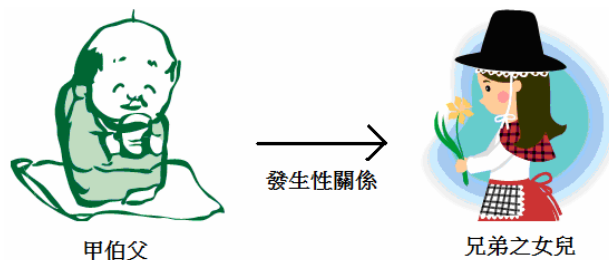


10.利用權勢性交或猥褻罪

(1)對於因親屬、監護、教養、教育、訓練、救濟、醫療、公務、業務或其他相類關係受自己監督、扶助、照護之人，利用權勢或機會爲性交者。

(2)因前項情形而爲猥褻之行爲者。

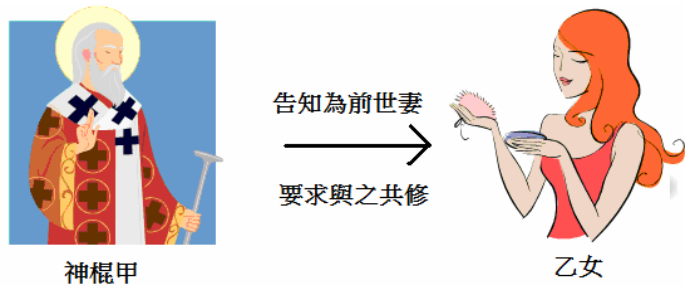
【時事案例】：甲伯父，對自己兄弟之女兒發生性關係，事後因此女受不了而指控甲伯父，問此甲犯了何罪？



11. 詐術性交罪

以詐術使男女誤信為自己配偶，而聽從其為性交者。

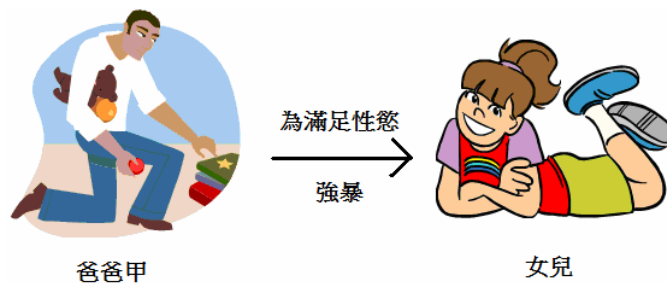
【時事案例】：神棍甲趁乙女徬徨無助時，告知其為前世妻子，需與其共修才可消災解厄，乙女遂與其發生性關係，試問甲觸犯何罪？



十七、妨害風化罪：有包括下列幾種罪名與行為樣態：

1. 血親為性交罪：與直系或三親等內旁系血親為性交者。

【時事案例】：單親爸爸甲，為求自己之性慾需求，故對自己的女兒動手強暴，問此甲犯何罪？



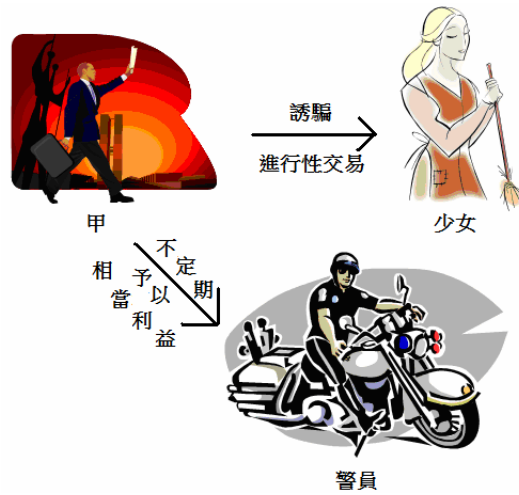
2. 圖利使人為性交或猥褻罪

(1) 猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者。以詐術犯之者，亦同。

(2) 公務員包庇他人犯前項之罪者。(依前項之規定加重其刑至二分之一)

【時事案例】：甲為賺取利益，遂誘騙少女進行性交易，為方便行事便不定期與以管區警員相當利益，使其睜一隻眼閉一隻眼

，試問甲觸犯何罪？管區警員觸犯何罪？



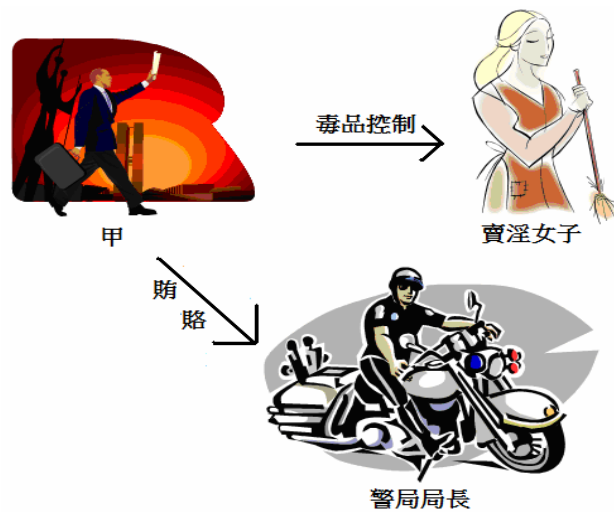
3.圖利強制使人為性交猥褻罪

(1)意圖營利，以強暴、脅迫、恐嚇、監控、藥劑、催眠術或其他違反本人意願之方法使男女與他人為性交或猥褻之行為者。

(2)媒介、收受、藏匿前項之人或使之隱避者。

(3)公務員包庇他人犯前二項之罪者。(依各該項之規定加重其刑至二分之一)

【時事案例】：甲以毒品控制旗下賣淫女子，且長期將女子藏匿於屋中，為減少警方臨檢次數，甲遂賄賂警局局長，試問甲觸犯何罪？局長觸犯何罪？



4.利用權勢或圖利使人性交之加重其刑

對於第二百二十八條所定受自己監督、扶助、照護之人，或夫對於妻，犯第二百三十一條第一項、第二百三十一條之一第一項、第二項之罪者。(依各該條項之規定加重其刑至二分之一)

【時事案例】：丈夫甲心情大好遂要求妻子乙行房，乙因心情不佳遂與以回絕，甲因此不悅，且以丈夫之名義強行對乙行房，試問甲觸犯何罪



5.使未滿十六歲之男女為性交或猥褻罪

(1)意圖使未滿十六歲之男女與他人為性交或猥褻之行爲，而引誘、容留或媒介之者。以詐術犯之者，亦同。

(2)意圖營利犯前項之罪者。

【時事案例】：甲為賺取暴利，遂以模特兒公司為名，誘騙國中生強迫其賣淫，試問甲觸犯何罪？



6.公然猥褻罪

(1)意圖供人觀覽，公然為猥褻之行爲者。

(2)意圖營利犯前項之罪者。

【時事案例】：甲為招攬客戶，遂將裸露三點之照片掛於店內，使大量顧客因此光顧，試問甲觸犯何罪？



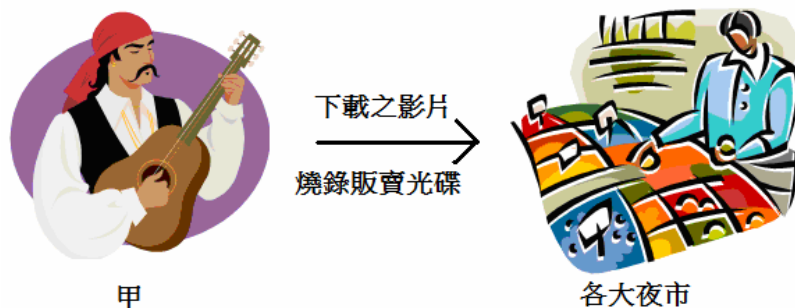
7.散布、販賣猥褻物品及製造持有罪

(1)散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者。

(2)意圖散布、播送、販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。

(3)前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。

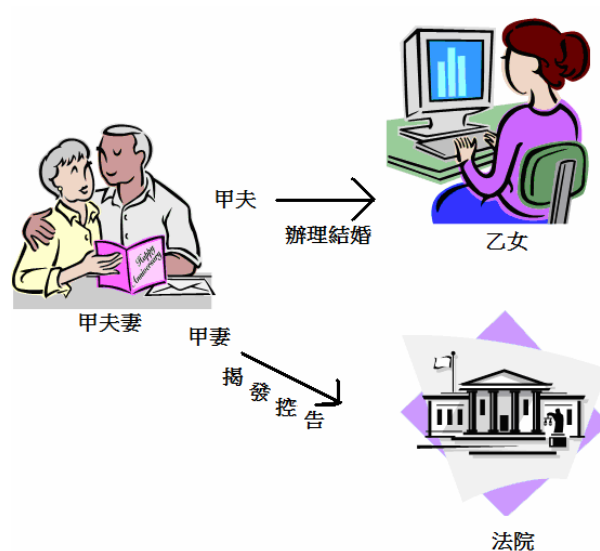
【時事案例】：甲為賺取外快，遂將網路上下載之色情影片燒錄成光碟，且在各大夜市販賣，試問甲觸犯何罪？其工具又應如何？



十八、妨害婚姻及家庭罪：有包括下列幾種罪名與行為樣態：

1.重婚罪：有配偶而重為婚姻或同時與二人以上結婚者。相婚者，亦同。

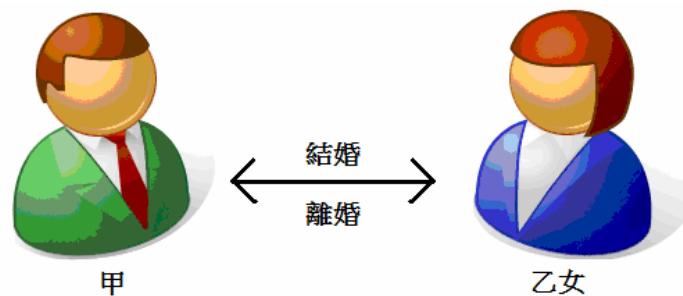
【時事案例】：甲男以有妻子，卻與乙女謊稱自己單身並且與乙女辦理結婚，甲男妻子知道後，遂揭發並告上法院，問此甲犯何罪？



2.詐術結婚罪

以詐術締結無效或得撤銷之婚姻，因而致婚姻無效之裁判或撤銷婚姻之裁判確定者。

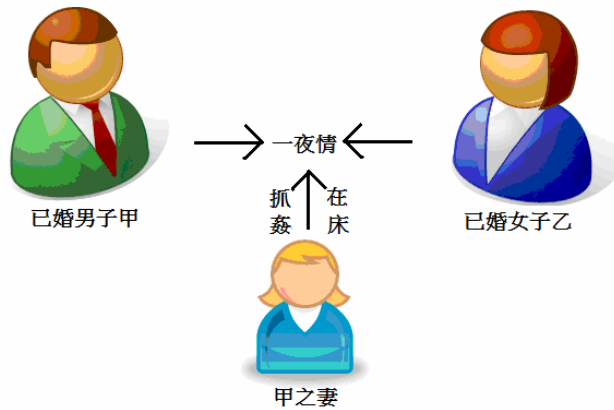
【時事案例】：甲為賺取紅包錢，遂與不認識之乙女不斷結婚又離婚，試問其二人觸犯何罪？



3.通姦罪

有配偶而與人通姦者。其相姦者，亦同。

【時事案例】：已婚男子甲與已婚女子乙兩人在路上相遇並且一見鍾情，兩人互相留電話聯絡之後發生一夜情並且被甲之妻子抓姦在床，問甲、乙兩人犯何罪？

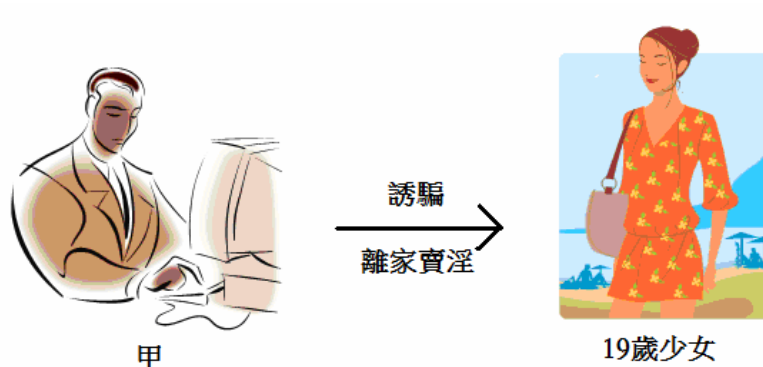


4.和誘罪

(1)和誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者。和誘有配偶之人脫離家庭者，亦同。

(2)意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前二項之罪者。

【時事案例】：甲為賺取暴利，遂誘騙 19 歲少女同意離家賣淫，試問甲觸犯何罪？



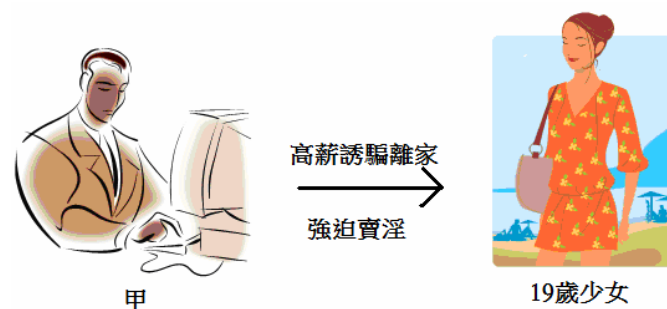
5. 略誘罪

(1) 略誘未滿二十歲之男女，脫離家庭或其他有監督權之人者。

(2) 意圖營利，或意圖使被誘人為猥褻之行為或性交，而犯前項之罪者。

(3) 和誘未滿十六歲之男女，以略誘論。

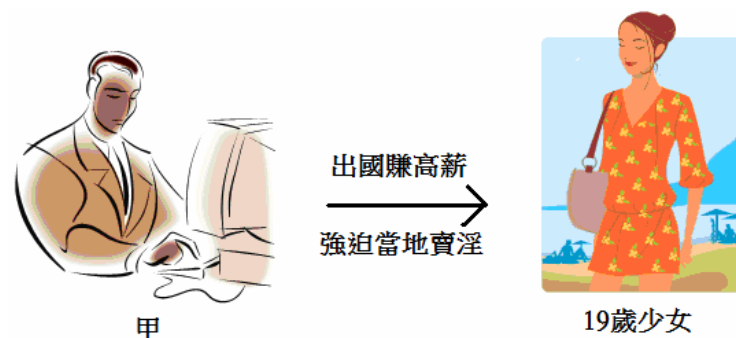
【時事案例】：甲為賺取暴利，遂誘騙 19 歲少女有高薪工作，使其逃家，但事後卻強迫其賣淫，試問甲觸犯何罪？



6. 移送被誘人出國罪

移送前二條之被誘人出中華民國領域外者。

【時事案例】：甲為賺取暴利，遂誘騙 19 歲少女同意離家出國賺取高薪，試後卻強迫其在當地賣淫，試問甲觸犯何罪？

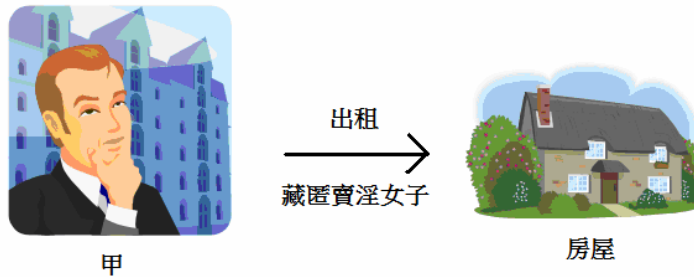


7. 收受藏被誘人或使之隱避

意圖營利、或意圖使第二百四十條或第二百四十一條之被誘

人爲猥褻之行爲或性交，而收受、藏匿被誘人或使之隱避者。

【時事案例】：甲受私娼業者所託，以每月 5 萬元之代價出租其屋與以藏匿賣淫女子，試問甲觸犯何罪？



第二項 相關資源介紹

1. 內政部兒童局(托育、保母、兒童保護等)：
<http://www.cbi.gov.tw/welcome.jsp>
2. 內政部社會司(相關業務：特殊境遇婦女、婦女福利活動補助等)：
<http://www.moi.gov.tw/dsa/>
3. 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會(相關業務：人身安全、性騷擾防治等)：<http://dspc.moi.gov.tw/mp.asp?mp=1>
4. 內政部警政署婦幼安全生活空間資訊網：
<http://www.cib.gov.tw/women/index.aspx>
5. 台北市政府社會局台北婦女中心：
<http://www.taipeiwomen.tcg.gov.tw/>
6. 行政院婦女權益促進委員會：<http://cwrp.moi.gov.tw/index.asp>
7. 行政院衛生署青少年性教育、優生保健：
http://www.doh.gov.tw/cht2006/index_populace.aspx
8. 財團法人犯罪被害人保護部落格：
<http://www.cvpa.org.tw/html/?main=4&content=3&acttype=detail&id=A20080400003>

第二節 性別平等教育

第一項 基礎概念

所謂「性別平等教育」，係指以教育方式消除性別歧視，促進性別地位之實質平等。因此，學校應設性別平等教育委員會，其任務如下：

一、統整學校各單位相關資源，擬訂性別平等教育實施計畫，落實並檢視其實施成果。

二、規劃或辦理學生、教職員工及家長性別平等教育相關活動。

三、研發並推廣性別平等教育之課程、教學及評量。

四、研擬性別平等教育實施與校園性侵害及性騷擾之防治規定，建立機制，並協調及整合相關資源。

五、調查及處理與本法有關之案件。

六、規劃及建立性別平等之安全校園空間。

七、推動社區有關性別平等之家庭教育與社會教育。

八、其他關於學校或社區之性別平等教育事務。

直轄市、縣（市）主管機關應設「性別平等教育委員會」，中央主管機關也必須設置「性別平等教育委員會」。

第二項 目前女性教育概況

目前我國女性教育概況，根據行政院主計處 [專題分析](89年3月7日⁶)統計如下結果：

⁶此乃行政院網站上最新資料

<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=835&ctNode=3259>，似乎有點過於陳舊。

1.88 年底台閩地區女性人口 1,078 萬人，占總人口 48.8%；隨經濟成長與社會進步，女性受教育機會不斷提高，88 年女性 15 歲以上民間人口中，國中以下教育程度占 46.4%，較十年前下降 14.2 個百分點；大專以上占 20.3%，則增加 9.3 個百分點。另 88 學年度女性高等教育在校學生數 50.4 萬人，較 78 學年度之 21.9 萬人，增加 1.3 倍，占高等教育學生比率為 51.4% (增 4 個百分點)，顯見兩性受高等教育機會已無差異。

2.88 年我國女性勞動力人口 386 萬人，較十年前增 22.1%。十年來，我國女性勞動力參與率維持 44-46%，較日本、韓國之 50%、新加坡 51% 及美國 60% 為低，顯示我國女性人力資源仍可持續開發及運用。另 88 年女性非勞動力人口 449 萬人，以料理家務、求學及準備升學為主要原因，分占 58.2% 及 23.2%。未來隨服務業比率續升，托兒、托老機構普設及彈性工時推廣等因素，女性勞動力參與率應可提升。

3.隨教育普及暨女性自主意識抬頭，女性於就業市場之地位日趨重要，88 年我國女性就業人數 376 萬人，其中專業、技術人員占 25.2%，較十年前提升 7.4 個百分點；事務及服務工作人員占 43.9%，亦增 10.9 個百分點；另生產操作工人占 23.6%，則減少 14 個百分點。

4.為衡量女性政經參與程度及決策影響能力，聯合國發展委員會自 1995 年起定期編製發布性別權力測度(GEM)，各項衡量指標中，1997 年我國以按購買力平價計算之平均每人 GDP 居第 20 名排名較高，而國會議員、專技管理人員及經理人員女性比率則分別排名第 26、53 及 62；我國女性在教育程度及經濟能力上均見顯著提升，因此未來躋升公共事務及企業決策位置的空間仍廣。惟與其他國家相較，1997 年我國性別權力測度綜合指數 0.558，世界排名第 17 位，雖較美加及北歐各國為低，但優於日本(第 35 名)、中國大陸(第 36 名)及南韓(第 69 名)等國。

根據行政院 92 年 1 月統計資料顯示，全球兩性教育概況如下⁷：

1. 教育為國家發展之本，而識字率係反映教育普及之具體指標。2000 年全球 15 歲以上人口，平均每 5 人有 1 人不識字，男、女性不識字率分別為 14.7% 及 26.4%，其中已開發國家與開發中國家之差異頗為懸殊，歐美國家及日本幾已達全民識字之水準，而開發中國家男、女不識字率各為 18.6% 及 34.2%，女性為男性之 1.8 倍，顯示性別差異仍然存在，且不識字率愈高地區，兩者差異愈大。我國 2001 年底不識字率，男、女分別為 1.4% 及 7.1%，女性高於男性，主因女性老年人口比率較高，然隨教育之普及，我國不識字率已逐年下降，且男女差異亦呈縮小趨勢。

2. 近年來，我國隨高等教育推廣，高等教育學生人數快速擴增，90 學年度高教學生 121.2 萬人，平均每千人有 54.1 名高教學生，為 80 學年度 28.6 人近 2 倍，較南韓、加拿大、澳洲等國略低，與美國相當，而高於表列其他主要國家，顯見我國高等教育就學機會已與開發國家相當。另我國每千女性人口高教學生數 55.8 人，較男性之 52.5 人，多 3.3 人，「男尊女卑」、「男主外女主內」觀念逐漸淡薄，女性受高等教育已甚普遍。

3. 就中、高等教育女性學生比率觀察，已開發國家女性受中、高等教育程度明顯較開發中國家為高。主要國家高教女性學生比率，以美國之 55.5% 及紐西蘭 57.3% 較高，且歐美國家女性多高於男性；而亞洲國家如日本及南韓則男性高於女性，其中南韓高教女性學生比率僅占 37%。我國兩性高等教育情形較接近歐美國家趨勢，以女性學生比率及在學率較高，顯示我國兩性之教育機

⁷此乃行政院網站上最新資料

<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=835&ctNode=3259>，似乎有點過於陳舊。

會平等。

4.就中、高等教育女性學生比率觀察，已開發國家女性受中、高等教育程度明顯較開發中國家為高。主要國家高教女性學生比率，以美國之 55.5%及紐西蘭 57.3%較高，且歐美國家女性多高於男性；而亞洲國家如日本及南韓則男性高於女性，其中南韓高教女性學生比率僅占 37%。我國兩性高等教育情形較接近歐美國家趨勢，以女性學生比率及在學率較高，顯示我國兩性之教育機會平等。

另觀察各國女性教師比率，分配趨勢與女性學生比率約略相同，以美國、加拿大及紐西蘭女性所占比率較高，亞洲國家如日本及南韓則明顯偏低，我國中、高等教育女性教師比率分為 59.5%及 34.7%，與歐美開發國家相當，顯見我國教師工作權並無性別差異。

第三項 相關資源介紹

1、教育部性別平等教育中心計畫網：

<http://140.116.12.182/gender/index.html>

2、總統府性別主流化諮詢顧問小組：

http://www.president.gov.tw/2_special/mainstream/index.html

3、行政院人事行政局公務人員性別主流化訓練等)：

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

4、行政院主計處性別統計、性別分析：

<http://www.dgbas.gov.tw/lp.asp?CtNode=3259&CtUnit=370&BaseDSD=7>

第三節 性別工作平等

第一項 基礎概念

我國主要有下列法律保障國人就業機會之均等：

- 一、憲法第七條：中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。
- 二、憲法第十五條：人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。
- 三、憲法增修條文第十條：國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。
- 四、勞動基準法第二十五條：雇主不得因性別而有差別之待遇、工作相同，效率相同者，給付同等之工資。(工廠法第二十四條)
- 五、身心障礙者保護法第四條：除能證明身心障礙者無勝任能力者外，不得單獨以身心障礙為理由，拒絕其接受教育、應考、進用或予其他不公平之待遇。另第三十二條、第三十三條均有相關規定。
- 六、就業服務法第五條：為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、性別、容貌、五官、殘障或以往工會會員身分為由，予以歧視。
- 七、國際勞工組織第一〇〇號公約(有關男女勞工同工同酬)及第一一一號公約(有關就業與職業歧視)。

以上法規著重於保護和解決就業歧視問題。何謂「就業歧視」？

所謂的「就業歧視」是指求職人在求職的過程中、或受雇者在就業時不能享有平等的工作機會與薪資、配置、升遷、訓練機會等就業安全保障的平等待遇。為了讓每一個人有公平參與經濟生活的機會，雇主在用人選擇上，應以工作性質、需求及員工工作能力為選擇依歸，若非如此，而依據雇主個人的偏好或刻板印

象、傳統角色的認知決定用人，或是選擇用人的形式、條件上雖然看似平等，但對不同員工卻造成實質效果的不平等，也就違反了國民就業機會均等的原則，而有就業歧視的狀況產生。然而，企業用人的考慮因素很多，可能與求職者或員工認知上有很大差距，所以所謂就業歧視的成立，也就需要公正客觀的第三者來認定。在某些行業裏，顧客往往會向雇主表達他們希望由特定性別的受雇人服務，雇主在此種情形下若配合顧客的要求僱用特定性別員工，而拒絕另一性別應徵者，往往也會構成「性別歧視」。然而，若雇主能證明顧客的喜好與營運之必要性有關時，則屬性別歧視之例外。⁸

近來又有性別工作平等法(兩性工作平等法)，專用於規範因性別引起工作不平等的相關內容。本文著重於因性別引起之工作機會和內容不平等議題，故以性別工作平等法(兩性工作平等法)為主要介紹對象。

第一款 制定目的與適用對象

傳統「男主外，女主內」的觀念，無法適應現代的科技時代，雖然因為先天生理機能上男女不同，體型與體力上，部份女性會比男性遜色，但是只要做適當的分配與安排，兩性在工作效能上都可以發揮到最高點，女性的先天差異並不影響女性在的表現，因此在職場上，「性別工作平等法」的訂定是必須的。

本法制定目的：「性別工作平等法」⁹，於 97 年 1 月 16 日實施，係由「兩性工作平等法」(2002 年 1 月 16 日公佈，2002 年 3 月 8 日實施)修正而來，條文內容從本來的兩性性別擴張到保護相關特

⁸ <http://www.labor.gov.tw/web/j9.htm>

⁹本法規部分或全部條文尚未生效，最後生效日期亦尚未決定。

殊性傾向者，針對禁止性別歧視、防治性騷擾及促進工作平等措施等，均有所規範，係爲了保障兩性工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視，促進兩性地位實質平等之精神而制定。

本法適用對象：若雇主與受僱者之約定優於本法者，則適用其約定，否則應符合本法的最低標準規範。公務人員、教育人員及軍職人員，亦受本法規定之保障，但是公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟及處理程序，依各該人事法令之規定。

根據本法之規定，「受僱者」是指受雇主僱用從事工作獲致薪資者。所謂「求職者」，是指向雇主應徵工作之人。所謂「雇主」，是指僱用受僱者之人、公私立機構或機關。代表雇主行使管理權之人或代表雇主處理有關受僱者事務之人，視同雇主。所謂「薪資」是指受僱者因工作而獲得之報酬；包括薪資、薪金及按計時、計日、計月、計件以現金或實物等方式給付之獎金、津貼及其他任何名義之經常性給與。

第二款 兩性平等工作之實質內容

根據「性別平等工作法」或「兩性平等工作法」，均有規定兩性平等工作之實質作法，詳細如下說明：

一、政府機關提供設施與經費：

- 1、主管機關應就本法所訂之性別、性傾向歧視之禁止、性騷擾之防治及促進工作平等措施納入勞動檢查項目。
- 2、直轄市及縣（市）主管機關爲婦女就業之需要，應編列經費，辦理各類職業訓練、就業服務及再就業訓練，並於該期間提供或設置托兒、托老及相關福利設施，以促進兩性工作平等。
- 3、中央主管機關對直轄市及縣（市）主管機關辦理職業訓練、就業服務及再就業訓練，並於該期間提供或設置托兒、托老及相關福利措施，得給予經費補助。

- 4、主管機關對於雇主設置托兒設施或提供托兒措施，應給予經費補助。
- 5、主管機關為協助因結婚、懷孕、分娩、育兒或照顧家庭而離職之受僱者獲得再就業之機會，應採取就業服務、職業訓練及其他必要之措施。
- 6、雇主僱用因結婚、懷孕、分娩、育兒或照顧家庭而離職之受僱者成效卓著者，主管機關得給予適當之獎勵。
- 7、受僱者或求職者因雇主違反本法之規定，而向法院提出訴訟時，主管機關應提供必要之法律扶助。
- 8、受僱者或求職者因雇主違反本法之規定，而聲請保全處分時，法院得減少或免除供擔保之金額。
- 9、本法施行後，各機關就其職掌及業務範圍，應致力消弭性別歧視，宣導兩性平權觀念，並視其推行成效，報請行政院、司法院、考試院予以獎懲。

二、關於雇主對求職者或受僱者之規定：

- 1、雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。
受僱者因此受有損害者，雇主應負賠償責任。
雇主違反者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。
- 2、雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得因性別而有差別待遇。雇主違反者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。
- 3、雇主為受僱者舉辦或提供各項福利措施，不得因性別或性傾向而有差別待遇。雇主違反者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。
- 4、雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇。

- 5、工作或價值相同者，雇主應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別因素之正當理由者，不在此限。雇主不得以降低其他受僱者薪資之方式，規避此等規定。
- 6、雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。
受僱者因此受有損害者，雇主應負賠償責任。
雇主違反者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。
- 7、工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪，亦不得以結婚、懷孕、分娩或育兒之情事為解僱之理由。違反規定者，其約定或規定無效；縱有勞動契約終止之情形，亦不生終止效力。
- 8、僱用受僱者二百五十人以上之雇主，應設置托兒設施或提供適當之託兒措施。
- 9、受僱者於育嬰留職停薪期間，得繼續參加原有之社會保險，原由雇主負擔之保險費，由行政院協調財團法人婦女權益促進發展基金會爭取經費補助。

三、專屬女性議題

- 1、女性受僱者因生理日致工作有困難者，每月得請生理假一日，其請假日數併入病假計算。生理假薪資之計算，依各該病假規定辦理。
- 2、雇主於女性受僱者分娩前後，應使其停止工作，給予產假八星期；妊娠三個月以上流產者，應使其停止工作，給予產假四星期；妊娠二個月以上未滿三個月流產者，應使其停止工作，給予產假一星期；妊娠未滿二個月流產，應使其停止工作，給予產假五日。產假期間薪資之計算，依相關法令之規定。

- 3、受僱者於其配偶分娩時，雇主應給予陪產假二日。陪產假期間工資照給。
- 4、受僱任職滿一年後，於每一子女滿三歲前，得申請育嬰留職停薪，期間至該子女滿三歲止，但不得逾二年。同時撫育子女二人以上者，其育嬰留職停薪期間應合併計算，最長以最幼子女受撫育二年為限。
受僱者之配偶未就業者不得主張本項，但有正當理由者則可以主張。
- 5、受僱者於育嬰留職停薪期間，得繼續參加原有之社會保險，原由雇主負擔之保險費，免予繳納；原由受僱者負擔之保險費，得遞延三年繳納。
- 6、前條受僱者於育嬰留職停薪期滿後，申請復職時，除有下列情形之一，並經主管機關同意者外，雇主不得拒絕：
 - i 歇業、虧損或業務緊縮者。
 - ii 雇主依法變更組織、解散或轉讓者。
 - iii 不可抗力暫停工作在一個月以上者。
 - iv 業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者。受僱者之配偶未就業者不得主張本項，但有正當理由者則可以主張。雇主因前項各款原因未能使受僱者復職時，應於三十日前通知之，並應依法定標準發給資遣費或退休金。
- 7、子女未滿一歲須受僱者親自哺乳者，除規定之休息時間外，雇主應每日另給哺乳時間二次，每次以三十分鐘為度。哺乳時間，視為工作時間。
- 8、受僱於僱用五人以上雇主之受僱者，為撫育未滿三歲子女，得向雇主請求調整工作時間，或每天減少工作時間一小時，但減少之工作時間，不得請求報酬。

9、受僱於僱用三十人以上雇主之受僱人，於其家庭成員預防接種、發生嚴重之疾病或其他重大事故須親自照顧時，得請家庭照顧假，其請假日數併入事假計算，全年以七日為限。

受僱者之配偶未就業者不得主張本項，但有正當理由者則可以主張。

關於家庭照顧假薪資之計算，依各該事假規定辦理。

10、以上各項請求，雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利之處分。受僱者因此受有損害者，雇主應負賠償責任。

四、職場性騷擾防治

1.受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現者，屬「性騷擾」。

2.雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，做為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件，係屬「性騷擾」。

3.受僱者或求職者因性騷擾受有損害者，由雇主及行為人連帶負損害賠償責任。但雇主證明其以遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任。

如被害人因雇主按前述規定無須損害賠償時，法院依其聲請，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償。

雇主賠償損害時，對於為性騷擾之行為人，有求償權。

4.雇主應防治性騷擾行為之發生。其僱用受僱者三十人以上者

，應訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。

5. 雇主於知悉有性騷擾之情況時，應採取立即有效之糾正及補救措施。

受僱者或求職者因雇主違反本項義務，受有損害者，雇主應負賠償責任。

6. 受僱者或求職者雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。

五、申訴

1 申請育嬰留職停薪權利、子女未滿一歲受僱者親自哺乳權、性騷擾、為撫育未滿三歲子女之工作時數減少權、嚴重疾病或重大事親自照顧權利等之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，兩年間不行使而消滅。自有性騷擾行為或違反各該規定之行為時起，逾十年者，亦同。

2 受僱者發現雇主違反第十四條至第二十條之規定時，得向地方主管機關申訴。

第二項 案件處理運作流程

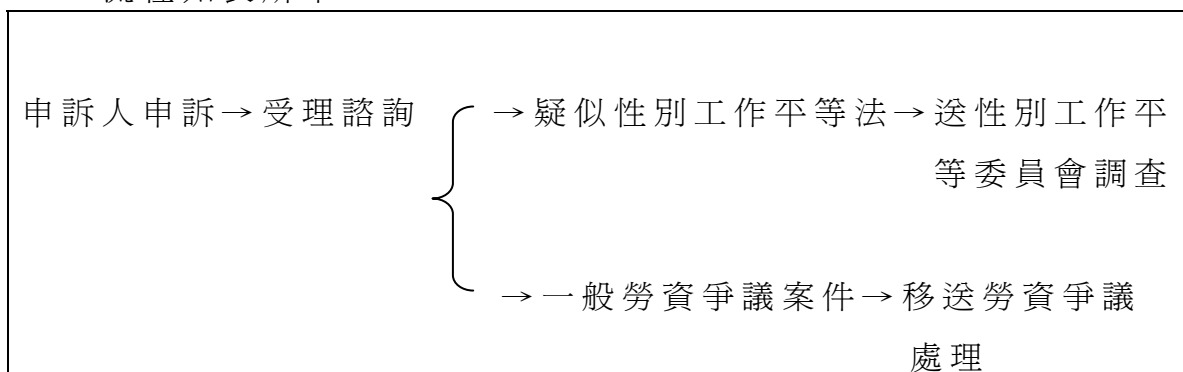
關於兩性工作案件之處理運作流程說明¹⁰：

第一階段：接案處理

由申訴人提出申訴之後，相關單位接受諮詢，若疑似性別工作平等法，則送性別工作平等委員會調查，或宋就業歧視委員會調查；若疑似依班勞資爭議案件，則一致勞資爭議處理相關單位。

¹⁰ 詳 http://equal.cla.gov.tw/news/930316_news2.html

流程如表所示：



*** 本階段工作性質屬於諮詢階段：**

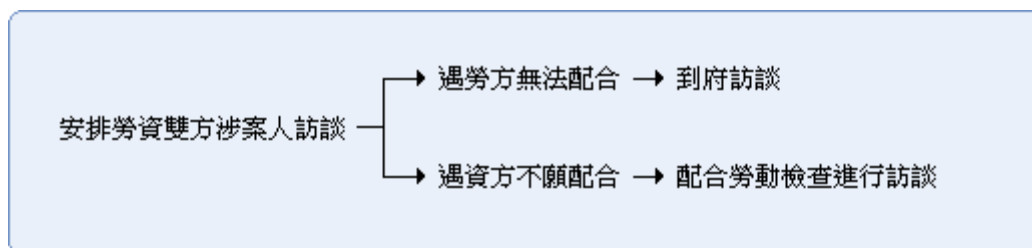
通常勞工朋友因權利受損至勞工局申訴，並不清楚法令賦予自己哪些權利，以及可以具體訴求哪些事項，實際反映在兩性工作平等申訴案件中則常發現懷孕勞工被解僱時，常同時涉及勞基法相關之純勞資爭議與是否屬性別歧視案件之疑義。一般而言，若申訴人本身即認為係單純屬勞資爭議案件，則該案直接交由勞資爭議管道處理即可；但若認為有性別歧視之嫌，則協助於申訴書上述明涉有性別歧視之嫌為由向性別工作平等委員會（或就業歧視評議委員會）申訴。相關承辦人員應儘可能避免事涉性別歧視之案件，卻只單純以勞資爭議方式處理。經此程序之把關，才能確保行政資源有效利用，並掌握每一案件之原始申訴面貌。



「性別工作平等委員會」在本文中簡稱「性平會」，「就業歧視評議委員會」簡稱「就歧會」。

「兩性工作平等委員會」簡稱為「兩平會」。

第二階段：調查



* 首先是諮詢階段：

接案後於二週內分別正式函文進行當面訪談相關當事人（含申訴人、被申訴單位代表、相關涉案人員或證人），並於訪談現場進行訪談紀錄之繕寫，必要時，另以錄音處理，做為日後委員會審議之重要相關資料。

* 再次為搭配勞動檢查：

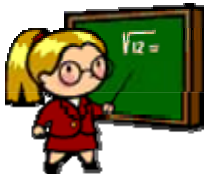
事業單位接受申訴案之調查時，一般皆願採配合之立場協助調查，惟仍有少數事業單位（一般以小型企業居多）因對就業歧視調查之觀念並無認識，故對調查工作較採疑懼、抗拒的態度，因此相關承辦人員若接觸到此類雇主，應先行觀念疏導，若仍採拒絕合作之態度，為使調查工作順利進行，則會申請發動勞動檢查，並由就業歧視承辦員一同前往進行訪談工作。

* 舉證責任：

對雇主而言：性別工作平等法申訴案件及就業歧視之調查過程中，皆會要求雇主應就所為差別待遇之非性別因素，或該受僱者或求職者所從事工作之特定性別因素負舉證責任。所以雇主若遭申訴時，勿因此拒絕或消極配合調查工作，以免影響可以澄清案件之機會。

對勞工而言：申訴人應在接受調查訪談前，先行準備相關資

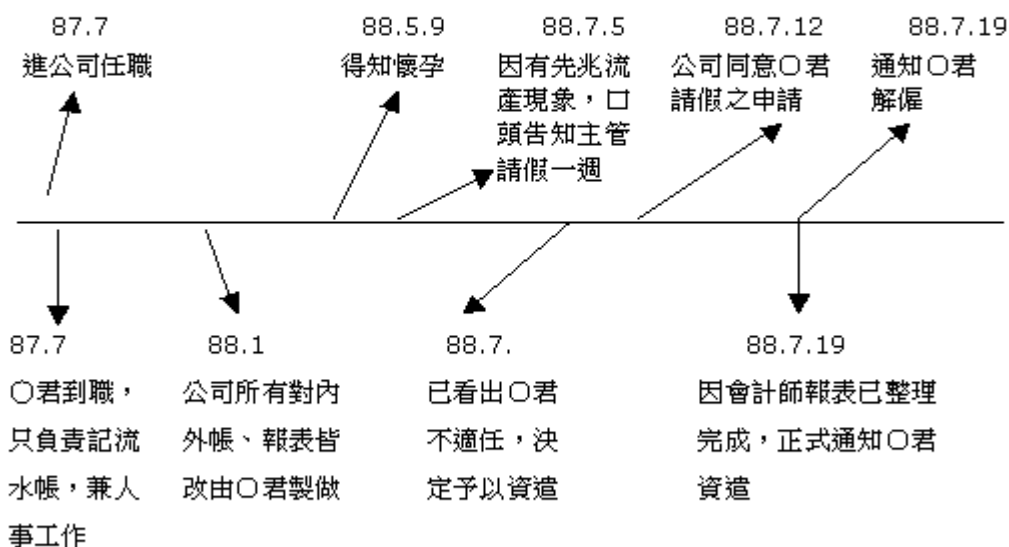
料，包括：協助列出案件發生始末各項關鍵事件發展之時間順序、協助提供或安排相關證人之訪談等。個人欲有效伸張自身之權利，也應相對在調查過程中共同配合，以免延宕調查時間，同時也可能影響最後之結果。



懷孕歧視案時間序表：通常懷孕歧視案件在調查過程中，勞資雙方在許多關鍵「時間」與「意思表述之認知」常會發生歧異，為協助性別工作平等委員會會議討論時能較快釐清事實真相，減少不必要之資訊判斷誤差，相關承辦人員需協助將每一案件於送交討論前先行表列出勞資雙方陳述之重要時序（案例：如下圖）。

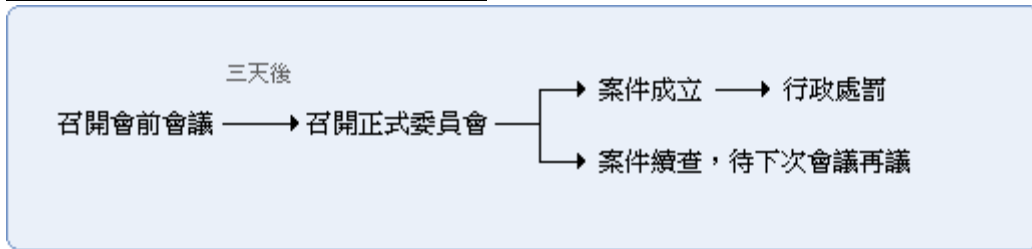
勞工○○○懷孕期間遭○○公司解僱爭議案關鍵時序表範本

勞方陳述



資方陳述

第三階段：委員會議之召開



*** 會前會之召開：**

由各縣市性別工作平等委員會之幕僚單位（各縣市政府勞工局）於正式會議前二至三天召開，目的在確認正式會議當天議程安排，並進行當次申訴評議案件調查重點彙整，如發現尚有缺漏，則可隨時修正，以協助正式會議之順利進行。

*** 會議決議之呈現方式**

比照判決書之規格，包括：事實報告、委員討論意見匯整、評議結果、理由四大段落完整呈現。

第四階段：救濟之途徑

*** 對於地方主管機關所為之處分有異議時：**

受僱者或求職者發現雇主違反性別工作平等法第七條至第十一條、第十三條、第二十一條第二項或第三十六條規定時，向地方主管機關申訴後，雇主、受僱者或求職者對於地方主管機關所為之處分有異議時，得於十日內向行政院勞工委員會性別工作平等委員會申請審議（如附表一）或逕行向該會訴願審議委員會提起訴願。

*** 向行政院勞工委員會性別工作平等委員會申請審議者，對於該會性別工作平等委員會所為之處分仍有異議時：**

雇主、受僱者或求職者對於行政院勞工委員會性別工作平等委員會所爲之處分有異議時，得依訴願及行政訴訟程序，提起訴願及進行行政訴訟。即爲保障人民之救濟程序，如申請人對行政院勞工委員會性別工作平等委員會之審定結果有異議時，得於行政處分達到之次日起三十日內先行向行政院提起訴願，如對訴願結果再有不服，得於二個月內向原處分機關所在地之高等行政法院提起行政訴訟。

第三項 案例解說

關於涉及「性別平等工作法」之實務案例，目前透過專業法律網搜尋¹¹，僅有 97 年度勞訴字第 4 號一件。

本件案例事實如下：

原告原爲被告所聘僱之職員，每月薪資爲新臺幣（下同）25,000 元。原告於民國（下同）96 年 6 月 30 日起至 96 年 8 月 1 日止，因懷孕住院安胎，自 96 年 8 月 2 日起至 96 年 9 月 3 日止在家安胎等待生產，自 96 年 9 月 4 日起至 96 年 10 月 31 日止，則因生產住院及療養，詎被告竟於 96 年 8 月初來電要求原告自動請辭。爰依法向被告請求 56 天產假全薪，即 2 個月薪資共計 5 萬元，另資遣費，計 2 萬 5 千元，及均自 7 月 1 日起至清償日止之法定遲延利息。被告要求原告自動請辭，原告爲向勞工保險局申請補助，故請求被告應出具非自願離職證明書。綜上，爰依法提起本件訴訟。並聲明：求爲判決 1. 被告應給付原告 7 萬 5 千元及自 96 年 7 月 1 日起至清償日止，按週年利率 5% 計算之利息；2. 被告應開立非願離職證明書與原告。

原告 8 月份有去送請假單，可是過了 2 天之後就接到公司的解聘，8 月份的請假單沒有送過去，因爲送完 7 月份的請假單之後

¹¹ 參考法源法律網 <http://fyjud.lawbank.com.tw/list.aspx>

就被解聘了。原告是在 8 月 6 日到 10 日之間收到被告電話通知解聘，被告請假的制度是先用電話告知再遞書面假單。8 月 1 日到 8 月 5 日中間確有向被告請假。

原告是在 8 月 6 日遞送員工請假單，而且事先有告訴公司的小姐什麼時候要送過去。原告在 7 月份的時候很明確告訴會計師，且都有電話告知請假，被告所言與事實不符。原告是因為懷孕安胎才被迫無奈請假，在 8 月份以後就即將生產，若繼續上班恐有危險之可能。從而，原告並非無正當理由不上班。

被告行爲應已違反勞動基準法第 12 條及性別工作平等法第 11 條之規定。

關於本案的思考流程，該從事實經過去簡化，次而從簡化的事實中找尋法律爭點，然後從現有的證據去配合法律規範而得出案件爭點之結果。

本案可以將事實簡略如下：

原告主張其原爲被告所屬職員，每月薪資爲 25,000 元，於 96 年 6 月 30 日起至 96 年 8 月 1 日止因懷孕住院安胎，自 96 年 8 月 2 日起至 96 年 9 月 3 日止在家安胎等待生產，自 96 年 9 月 4 日起至 96 年 10 月 31 日止，因生產住院及療養等事實，有童綜合醫院診斷證明書、出院病歷摘要、產前檢查紀錄表等爲證；被告對於此等事實，亦不爭執。

本案爭點如下：原告 8 月份之請假合法與否？被告終止兩造間僱傭契約合法與否？

法院論證過程如下：

按勞工無正當理由繼續曠工 3 日，或 1 個月內曠工達 6 日，雇主得不經預告終止契約。勞工因婚、喪、疾病或其他正當事由得請假；女工分娩前後，應停止工作，給予產假八星期；勞工請假時，應於事前親自以口頭或書面敘明請假理由及日數。但遇有

急病或緊急事故，得委託他人代辦請假手續。辦理請假手續時，雇主得要求勞工提出有關證明文件。勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款、第 43 條前段、第 50 條第 1 項前段、勞工請假規則第 10 條分別定有明文。經查：

1.本件原告主張其自 96 年 6 月 30 日後，因懷孕須安胎部分，固據其提出童綜合醫院診斷證明書為憑，有如前揭；惟依該診斷證明書記載，原告住院安胎日期為 96 年 6 月 30 日起至 96 年 8 月 1 日出院止，而原告至 96 年 9 月 3 日始在同一醫院剖腹生產。是 96 年 8 月 2 日起至 96 年 9 月 2 日間，原告顯未住院而係自行在家安胎休養。再依原告提出之出院病歷摘要記載，原告經醫師判斷狀況已較穩定可以出院，請定期回診，但出院仍不能完全排除病況變化或其他緊急狀況發生，為爭取時間請就近急診，待情況許可再回院追蹤。足見，原告自醫院出院後，狀況已較穩定，雖不能完全排除病況變化或其他緊急狀況發生，然醫院亦僅建議就近急診，待情況許可再回院追蹤，並未認原告之懷孕狀態已甚為危急，並致其失去工作能力。且依證人丙○○證述，原告任職於被告處之工作內容為：在被告事務所內任帳務處理即記帳（參 97 年 2 月 20 日言詞辯論筆錄），是依原告原來工作之性質，雖其於 96 年 8 月 2 日起至生產前屬懷孕後期，有隨時生產之可能，惟其尚無明顯不能勝任原來工作之情事；且被告事務所所在地係設在臺中市○○○路○段 152 號 4 樓-3，即原告之工作地點係位於臺中市區，非屬偏遠郊區，鄰近有多所大型綜合醫院，如臺中榮民總醫院、澄清醫院等，並無遇事不能臨時緊急就醫之情形，則原告自首次安胎出院後，再以懷孕為由請假，被告亦無當然必需准許之情事存在。

2.依證人丙○○證述內容，原告雖於 96 年 7 月份電話聯繫表示住院安胎須請假，不知何時可再上班，丙○○乃請其補假單；嗣於 8 月份，經被告委請證人丙○○向原告了解時，原告復透露要繼續

請假之意思，惟請假之時間則表示不一定，而此時被告則針對原告續假請求表示應提出書面等資料再討論等（參同上言詞辯論筆錄），足見對於原告 8 月份之請假要求，被告係要求原告應提出相關書面資料以供其審核，並未即時准許。次查，原告曾於 96 年 8 月 6 日委託其夫遞送假單至被告處，其假單上填載之日期為 97 年 7 月 2 日至 97 年 7 月 31 日，請假別為記載為病假等事實，亦有被告提出之假單影本乙份在卷足憑。則被告以書面向被告請假之時既已在 8 月份，且假單上所載之請假期期僅有 7 月份，則被告認原告於 8 月份未依法請假而屬曠職，自非無據¹²。

3.依原告委請其夫所遞交至被告處之假單上，其填載之請假事由為病假，而非產假，是原告所請求休息之假期即非屬勞動基準法及勞工請假規則所規定產假；且原告迄至本件訴訟前，並亦未曾提供書面資料告知被告其請假之理由，此業據證人丙○○到庭結證屬實（參同上言詞辯論筆錄）。是本件被告就原告請假之准假與否、及終止僱傭契約等決定，即難認係依據被告生產事由而為之，自與性別工作平等法第 11 條規定之「僱主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」無違。

4.據上，原告雖因懷孕而曾住院安胎，惟其於 96 年 8 月 2 日即經醫師判定身體狀況已較穩定可以出院，僅須定期回診，另依原告於被告處原任職務之工作性質，其於 96 年 8 月 3 日起應無身體狀況不佳無法上班之情事；惟其並未依僱傭契約之本旨至被告

¹²法院的判決用字往往較拗口。「自非無據」的意思就是「有憑有據」。

處上班並提供勞務，且其 8 月間之口頭請假，並未獲得被告准許，則被告於 96 年 8 月 8 日（按依原告所述其於 8 月 6 日送假單，2 日後即接到解聘電話，故推知原告終止兩造僱傭契約應係 8 月 8 日），認原告已於 8 月份無正當理由曠職達 3 日以上，依勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款規定，不經預告終止兩造間之僱傭契約，自屬合法。

5.按就業保險法所稱非自願離職，指被保險人因投保單位關廠、遷廠、休業、解散、破產宣告離職；或因勞動基準法第 11 條、第 13 條但書、第 14 條及第 20 條規定各款情事之一離職。就業保險法第 11 條第 3 項定有明文。又廢止前之勞工保險失業給付實施辦法第 4 條亦規定：「被保險人於本辦法施行後，至非自願離職辦理勞工保險退保當日止繳納失業給付保險費滿 1 年，具有工作能力及繼續工作意願，向公立就業服務機構辦理求職登記，自求職登記之日起 7 日內仍無法接受推介就業或安排職業訓練者，得領取失業給付。」而該條所規定非自願離職，指有下列各款情事之一：(1)因投保單位關廠、遷廠、休業、解散或破產宣告而離職者。(2)因勞動基準法第 11 條、第 13 條但書、第 14 條、第 20 條規定情事之一而離職者。因定期契約屆滿離職，逾 1 個月未能就業，且離職前 1 年內，契約期間合計滿 6 個月以上者，視為前條所稱非自願離職，此觀諸前開辦法第 5 條自明。經查，本件被告係以原告無正當理由曠職 3 日以上，而依勞動基準法第 12 條第 1 項第 6 款規定終止兩造間之僱傭契約，故本件原告顯非就業保險法或廢止前之勞工保險失業給付實施辦法所規範之非自願離職。從而，原告請求被告應出具非自願離職證明書以供其領取補助款，於法尚屬無據。

法院最後心證結果：

綜上所述，本件被告於原告 96 年 8 月份無正當理由曠職 3 日後之同年 8 月 8 日間終止兩造間之僱傭契約，既屬於法有據，則原

告訴請被告應給付產假期間（96年9月4日起至10月間止）之薪資5萬元，即屬無據，尚難准許；又本件原告既係經被告以原告曠職三日以上合法終止僱傭契約，本件被告之職即非屬勞動基準法第17條規定之資遣，亦非就業保險法或廢止前之勞工保險失業給付實施辦法所規範之非自願離職，則原告請求被告應給付資遣費用2萬5千元，及應出具非自願離職證明書等，於法均有未合，自不應准許。

第四項 趨勢潮流

德國近年生育率過低，爲了拉抬一蹶不振的生育率，德國家庭部長最近推出了「爸爸計劃」¹³。從今年起，產假和育兒假不再是母親的專利，做父親的一樣可請假，假期可長達十四個月，且還可照領六成七的薪水。

「爸爸計劃」已在生育率全歐最低的德國引起效應，境內知識分子和意見領袖相繼強調家庭價值的重要，並呼籲德國人「勇敢」生孩子，這項家庭福利政策也相對獲得歡迎和好評。愈來愈多男士因無後顧之憂，相繼請假在家照顧孩子，到上周爲止已逾二十萬人。德國家庭部長表示「德國終於趕上北歐國家，像是這方面一直有超越性政策的瑞典了。看到這麼多父親申請帶薪育兒假，我真的很欣慰」。

雖然這套鼓勵生育的政策在德國引起熱烈的討論和回響，並非人人叫好。在她自己的保守政黨裡也遭到批評，圖林根省省長便這麼說「政府不應該干預及決定誰來養育子女」。不過，柯隆家

¹³ 本項消息來源與內容源自

http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.php?type_id=1&seq=9&nid=51553.00

庭經濟學者表示，「很多男人很願意在家帶孩子，卻礙於財務問題而不敢嘗試，在政府補助下，能領百分之六十七的薪水，很多人的心願都可以達成。」

漢堡「爸爸機構」的負責人表示，新政策不但可提高育兒率和經濟生產力，也為現代男性提供另一角色扮演的可能，在家養育孩子還可加深他們和孩子的關係，使他們感到更獨立，也更有責任感。過去德國政府將育兒福利政策全放在婦女身上，使得德國成為全歐生育率最低的國家，平均每個婦女生育一點三七個孩子，甚至低於瑞典的一點七五個。他認為新政策將對德國新一代家庭倫理觀念產生重大影響，也有助於生育率的提高。

養育兒童是父母共同責任，並應給予父母與法定監護人在擔負養育兒童責任時予以適當的協助，此係兒童權利公約第18條所明文規定。在我國，工作規則、勞動契約或團體協約，依性別工作平等法第11條第2項規定，不得規定或事先約定受僱者有「育兒」情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由；違者按第26條規定，可處雇主新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰，如受僱者或求職者受有損害，依第38條規定，還可請求雇主損害賠償。反之，雇主僱用因育兒或照顧家庭而離職的受僱者成效卓著，按第25條規定，則會獲得獎勵。

第五項 相關資源介紹

1、行政院人事行政局性別業務統計：

<http://ca2.cpa.gov.tw/oldweb/sexstat/index.htm>

2、行政院勞工委員會性別工作平等、就業歧視評議委員會等：

<http://equal.cla.gov.tw/service/service01.html>

第四節 性騷擾之法律規範

我國性騷擾的防制法規非常多，進入專業的法規網站--法源法律網查詢之後，總共有 164 筆(截至 2008 年 4 月)，扣除八筆已經廢止之法規，總共還有 156 筆是目前有效執行之法規，其中，以「性騷擾防治法(95.01.18)」、「性騷擾防治法施行細則(95.01.25)」、「性騷擾事件調解辦法(95.01.27)」、「性騷擾防治準則(95.01.27)」、「校園性侵害或性騷擾防治準則(94.03.30)」為最基礎、最主要的性騷擾防治母法。本文亦以這幾者法規內容為主要解說內容。

第一項 基本概念

第一款 定義

有關性騷擾之定義及性騷擾事件之處理及防治，依據「性騷擾防治法」之規定，本法未規定者，適用其他法律。但適用性別工作平等法及性別平等教育法者，除第 12 條、第 24 條及第 25 條外，不適用本法之規定。

所謂「性騷擾」，根據不同的法規有不同的文字解釋，雖然各法規的內容文字歧異，但意義相同。

根據「性騷擾防治法」第 2 條規定，「性騷擾」係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行爲，且有下列情形之一者：

1.以該他人順服或拒絕該行爲，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。

2.以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。

依據「性別平等教育法」第 2 條規定：所謂性騷擾，係指符

合下列情形之一，且未達性侵害之程度者：

1.以明示或暗示之方式，從事不受歡迎且具有性意味或性別歧視之言詞或行爲，致影響他人之人格尊嚴、學習、或工作之機會或表現者。

2.以性或性別有關之行爲，作為自己或他人獲得、喪失或減損其學習或工作有關權益之條件者。

根據「性別平等工作法」規定，「性騷擾」係指：

(1)受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行爲，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。

(2)雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行爲，做為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。

根據「大專校院及國立中小學校園性騷擾及性侵犯處理原則」（中華民國八十八年三月五日公佈實施）規定，「校園性騷擾、性侵犯」，除依刑法、民法及性侵害犯罪防治法之規定外，凡學校教職員工生相互間（含同性或異性間）發生下列行爲時，均屬之：

(1)以明示或暗示之方式，從事不受歡迎之性接近、性要求，或其他具有性意味之言語或肢體行爲者，或意圖以屈服或拒絕上開行爲，影響他人學習機會、僱用條件、學術表現或教育環境者。

(2)以脅迫、恫嚇、暴力強迫、藥劑或催眠等方法，使他人不能抗拒而遂行其性接觸意圖或行爲者。

關於是否有性騷擾之界定，中西方在實務運作上因文化之不同而有相當大的歧異。採取西方(指的是婦女運動已經有一段歷史

、對於性騷擾也有較為成熟的公共討論的社會)模式的人，認為同儕之間並沒有直接的權力關係，性騷擾很難成立¹⁴，女方如果覺得受到性騷擾，應該用言語拒絕，此時若對方行為繼續，則進入到性騷擾之範圍。至於採取本土模式的人，則認為在我們性別文化裡成長的女人，從小受到訓練要文靜、被動，像個淑女，因此面臨到感覺不舒服，想拒絕卻不好意思直接拒絕、嚇呆了、被動地退縮自己的身體、輕聲的說不、變換座椅、身體向後退...等等，都已經明顯的傳達對方的行為是不受歡迎的訊息，行動者就應該制止自己的行為，若對方還是執意進行該行為，則進入性騷擾之範圍。實際上，這會因交情的深淺而有不同的認定。第一次見面與多次見面的熟識程度，影響相同行為的不同結果。

從個人尊嚴出發，以及從上述定義，性騷擾之認定標準應以接受者，而非行為人之主觀感受為主。

第二款 觀念澄清

性騷擾與性侵害其實就是性別歧視。社會中的性別意識形態主宰女人的行為舉止，懲罰逾越界線的女人。社會中的壞男人不斷找機會騷擾、挑釁、攻擊女人，然後就會有好男人理所當然的出面保護女人。而身邊沒有好男人保護的女人，似乎就有受壞男人攻擊的可能。壞男人助長女人對好男人的依賴，好男人得到控制女人行動、規範女人行為舉止的藉口。而一般男人控制女性與譴責女性受害者的態度，又助長壞男人去侵害女人。所以好壞男

¹⁴畢恆達，研究生同儕性騷擾，詳

<http://www.gender.edu.tw/gender/index.htm> 大專及研究所同儕性侵害/性騷擾個案處理模式

人之間，並沒有一條無法逾越的鴻溝，相反地，彼此互動影響。¹⁵

對於已經發生的性騷擾事件，究竟受害者應該要承擔怎樣的責任，以及對於加害者施加多麼嚴重的懲罰，看法不一。採取西方模式的人認為女性的反應受到社會性別刻板印象的限制以致無法有力反擊，男性受到社會性別刻板印象教育養成的毒害以致不知如何與女性相處、如何尊重女性主體，然而一味的要求男性對自己的行為負責，卻不要求女性對於自己的不知如何拒絕來負責，似乎有失公平。採取本土模式的人，則認為應該要放在台灣特殊的性別養成脈絡中來理解女性的體驗。美國女性之所以敢以言詞甚至粗話拒絕，或以巴掌回應，是因為背後有一套法律與親友社會支持體系來給予實質與心理的支持。她的巴掌不會被解讀成為赤查某；事件在媒體披露，社會大眾不會說是因為她自己行為不檢點。在缺乏社會支持系統之下，一味的對女性的行為反應苛求，正給予性侵害加害者更大的鼓勵。社會要求女性要有溫柔、文靜、沈默、服從等特質，如果又指責女性沒有處理性騷擾的能力，是否對女性是雙重傷害。

以下敘述幾個日常生活中常會聽到的兩性話題，並澄清兩性之間的觀念¹⁶：

一、是否因為她或他行為不檢、衣著暴露，才會引來性騷擾？

不是！

¹⁵畢恆達，研究生同儕性騷擾，詳

<http://www.gender.edu.tw/gender/index.htm> 大專及研究所同儕性侵害/性騷擾個案處理模式

¹⁶ 以下資料源自教育部委辦婦女新知基金會之《校園性騷擾與性侵害案例調查處理實務手冊》。

許多人在聽聞性騷擾事件時，常會先去問事件受害人的衣著或儀態是否比較性感？或是受害人是不是深夜仍在外行動？其實這樣的問題就落入了「責怪受害人」的迷思中！大家都知道騷擾別人是不應該的行為，那麼造成問題的無疑就是加害人，這時候為什麼不是去指責加害人、去討論加害人的問題行為，或是去檢視我們的環境為何如此不安全，讓人不能享有深夜外出的行動自由呢？無論受害者的外貌裝扮和性別氣質如何，每個人的人權都應該受到尊重，沒有誰的人身安全是有理由可以被侵犯的！

二、因為她或他沒有當場拒絕或反抗，所以不能算是性騷擾？

不是。

許多人會懷疑感覺受到騷擾的一方，當下為什麼不明白拒絕？這其實是因為性騷擾經常是發生在加害人認為有機可乘、受害者卻毫無防範的情形之下，以致受害者可能措手不及去反應。另外，有許多性騷擾是發生在雙方熟識的狀況中，受害者當下的反應往往是「愣住了」，她/他可能無法去相信原先信任的人會對自己做出這樣的行為，甚至在加害人混淆視聽地將自己的行為包裝在關愛之下時，受害人即使感覺不舒服，仍然可能會因而懷疑自己的判斷。更何況如果是在雙方權力關係不對等的狀況中，那麼弱勢的一方即使感覺受到侵犯，也很難直接作出拒絕或反抗。

三、為了報復或者其他動機才出面申訴？

在現今仍然充滿性別不平等的社會文化中，受害人要說出遭受性騷擾的經驗，往往已經要很大的勇氣。更何況許多機構尚未有完善的申訴處理機制，申訴者在過程中也經常承受相當的壓力與負擔。再者，若是謊報性騷擾案件被發現，也需要依相關法規接受制裁。由此可見，誣告的機率其實相當低。

事實上，在許多案件處理經驗中，也都顯示出受害者經常只

是爲了「讓加害人知道犯錯」，或是「希望不會再有下一個受害人」，因而挺身而出向學校申訴，尋求公平的處理。我們應該感謝這些願意勇敢出面的受害人，讓大家在看見性騷擾的具體情境之下，一步步地去推動性騷擾防治與處理工作的進步。

四、男性有沒有可能被性騷擾？

有可能。

雖然在男女不平等的現狀中，仍是男性對女性騷擾的案件佔了大多數。但男性當然也有可能遭遇到不同樣態的性騷擾。尤其在性別刻板印象與性別歧視的運作之下，跳脫傳統性別特質或具不同性取向的男性被性騷擾的案件，也是時有所聞。只是我們的社會往往要求男性要有保護自己的能力，同時也不鼓勵男生說出遭遇侵犯的經驗，因此有些男性在遭受騷擾之後，反而難以對外尋求支援，這也是學校必須去正視，並且透過性別教育去改變的現象。

五、有沒有「同性之間」的性騷擾？

也有。

許多人在聽到上述案例，也就是對所謂「陰柔氣質」男生的騷擾，就會直覺地去問「他是不是同性戀？」這裡要強調的是，不管他是不是同性戀，都不是造成性騷擾發生的理由。無論什麼樣的性別特質與性傾向，都是值得被尊重的個人生命樣貌呈現與選擇。

再者，我們常見媒體報導性騷擾案件，出現類似這樣的標題：「疑似同性戀男子，騷擾男性同事」，導致許多人誤以爲同性之間的性騷擾經常發生，甚至錯將同性戀與性騷擾畫上相似符號！事實上，如果大家反過來思考一下，也就是把所有「男性騷擾女性」的新聞報導，通通註明上「異性戀之間的性騷擾」，例如：「『異性戀』男子，在公車上騷擾女乘客」。如此我們就會發現，異性

之間的性騷擾還是佔了絕大多數，同時也就顯見了這種主流媒體的報導方式，其實潛藏了對同志族群的歧視與污名。因此，我們在「反性騷擾」的同時，也要注意千萬不要落入了「恐懼同性戀」的迷思之中。

六、加害人都是少數病態的男人？

不盡然如此。

這樣的說法，其實是忽視了先前所提到的：性騷擾經常是不平等權力關係之下的產物。很多時候，加害人可能是受害人所熟識，甚至信任的朋友或長輩。而誤以為加害人都會把「不懷好意」寫在臉上的迷思，也可能造成某些受害人在遭到騷擾時，無法當下明確地判斷與拒絕，只因爲加害人不如一般想像中的「壞人」。我們常常聽到這樣的訊息，即當某個「形象正面」的加害人被查出時，新聞一定會去訪問他週遭的人，而他們一致的答案不外乎「他是位好丈夫，不可能作這種事」、「這位老師平時教學認真，應該不可能對學生這樣做」。這樣的說法就是陷入了上述迷思，也同時模糊了性騷擾事件的焦點。不管這名加害者平時在事業或家庭角色中有多好的表現，都不能抵銷他確實犯下「侵犯他人」的罪行。我們也必須留意，這樣的說法不僅可能是在爲加害人脫罪，還會讓一些不尊重他人身體自主權的人，成了潛在的加害人而不自知。

第三款 性騷擾之防治與救濟

第一目 受害者面對性騷擾之處理¹⁷

一、若遇到性騷擾該怎麼辦？

¹⁷教育部委辦婦女新知基金會《校園性騷擾與性侵害案例調查處理實務手冊》第 10-11 頁。

面對性騷擾時，首先要確定自己的感覺。不論對方是善意或無意的行爲，還是惡意的騷擾，只要妳/你讓對方知道你覺得不舒服，對方就應該尊重你的感受。當然，妳可以判斷狀況，視情況選擇是要勇敢大聲地說「不」，或是婉轉告知對方；是要直接做出反抗，或是請求旁人協助。不過，要「確定身體的感覺」與「說出自己的感受」的確都是需要練習的，因此我們的家庭與學校教育應該提供給孩子更多表達感受與獨立思考的機會，學校也應設計「開發身體經驗與感覺」的教育活動。畢竟能夠掌握自己的感覺，才可能當機立斷作出反應。

萬一事情還是發生了，你可以選擇這樣做：

1. 遭受性騷擾時，應告知親近之同事或可信賴的人，以尋求協助與支持，並保持冷靜。
2. 盡可能詳細地紀錄下事情發生的經過，有助於未來若想提出申訴時，可作為證據之用。
3. 向學校提出申訴。各級學校都應該透過「性別平等教育委員會」來負責處理校園性騷擾問題，並提供給受害人必要的協助。

受害者面對性騷擾之處理依據如下：

若在職場上，或受僱人於執行職務時，受到性騷擾，或雇主對受僱者或求職者造成交換式性騷擾，依據性別工作平等法(兩性工作平等法)之規定，可向所屬雇用單位所設置之性騷擾申訴管道申訴。

若是公務人員、教育人員及軍職人員遭到性騷擾，其申訴、救濟及處理程序，依各該人事法令之規定。

若性騷擾事件之一方為學生，另一方為教職員工生者，依據性別平等教育法之規定，向校園中的性別平等教育委員會申請調查，但學校之首長為加害人時，應向學校所屬主管機關申請調查。

若職場上或校園中的性騷擾事件，若非屬上述所列情事，或民眾在一般場所或公共場合遭受到性騷擾時，則依據性騷擾防治法向加害人所屬單位（機關、部隊、學校、機構或僱用人）或直轄市、縣（市）政府提出申訴，知道加害人有所屬單位者，直轄市、縣（市）政府會將案件移請加害人所屬單位進行調查，加害人不明或不知有無所屬單位者，則移請警察機關調查。

被害人得於調查結果通知到達之次日起 30 日內，向直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴。

二、如果週遭的人遇到性騷擾，旁人能夠作些什麼呢？

這時候最重要的是不要成為情境中的共犯——例如當有人針對在場者的身體特徵開黃腔，因而讓當事人不舒服，那我們就不應該為了怕「破壞氣氛」因而跟著起鬨，甚至我們是可以出面制止騷擾的言語及行為的。如果事後受害者來向我們陳述，我們更要小心不要落入前述「責怪受害者」的迷思之中，去質疑受害者的特質與行為，或是懷疑受害者的認定標準。畢竟每個人都有不同的身體界線與感覺，我們應該給予信任與支持。

三、校園中發生性騷擾事件，學校面對校譽受損，應如何處理？

學校本有責任維護教職員工生的尊嚴與權益，平時即應建立完善的性騷擾申訴處理機制，並且落實性別平等教育。在遇到事件發生時，更應展現積極與誠意的處理態度。這裡要提到的是，許多學校會認為發生性騷擾事件有損校譽，就採取避不處理的態度，甚至將申訴人視為製造麻煩者，希望一切息事寧人。然而這樣的方式不但無法解決問題，還可能造成校園中更大的危機。因此，我們不如換個角度想想，學校內部發生性騷擾事件固然遺憾，但此時也正是一個反省學校內部性別文化及檢視申訴機制的機會，如果學校能將申訴事件處理得當，不啻是展現了其危機處理

能力。所以即使有所謂「校譽受損」的問題，那也是加害人的行爲，甚或是學校本身處理不當所致，絕非是要受害人去承擔的。我們實應提供一個更友善的環境給敢於出面申訴的人。

四、確定有性騷擾事件之結果該如何處理？

依據性騷擾防治法第 20 條規定，對他人爲性騷擾者，由直轄市、縣（市）主管機關處新臺幣 1 萬元以上 10 萬元以下罰鍰；第 21 條規定，對於因教育、訓練、醫療、公務、業務、求職或其他相類關係受自己監督、照護之人，利用權勢或機會爲性騷擾者，得加重科處罰鍰至 2 分之 1。

性騷擾行爲經調查屬實，加害人所屬機關、部隊、學校、機構或僱用人，應視情節輕重，對加害人爲適當之懲處，並予以追蹤、考核及監督，避免再度性騷擾或報復情事發生。

第二目 受理性騷擾機關之處理與流程

性騷擾的防治單位，根據「性騷擾防治法」第 7 條規定，機關、部隊、學校、機構或僱用人，均有責任防治性騷擾行爲之發生。當知悉有性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。

受理性騷擾機關之處理依據如下：

非加害人所屬之機關、部隊、學校、機構或僱用人接獲性騷擾之申訴時，仍應採取適當之緊急處理，並應於 7 日內將申訴書及相關資料移送其所在地之直轄市、縣(市)主管機關。例如，在歷史博物館遭到不明人士性騷擾，向歷史博物館申訴，加害人雖非歷史博物館所屬人員，館方仍應採取適當之緊急處理，協助申訴人填妥申訴書，於 7 日內將申訴書及相關資料移送其所在地之直轄市、縣(市)主管機關。

被害人若向警察機關報案者，警察機關自應依職權處理並詳

予記錄，以助於即時調查及保全證據。知悉加害人所屬機關、部隊、學校、機構或僱用人者，應移請該所屬機關、部隊、學校、機構或僱用人續為調查，並副知該管直轄市、縣（市）主管機關及申訴人；加害人不明或不知有無所屬機關、部隊、學校、機構或僱用人者，應即行調查。

機關、部隊、學校、機構或僱用人，應於申訴或移送到達之日起 7 日內開始調查，並應於 2 個月內調查完成；必要時，得延長 1 個月，並應通知當事人。

性騷擾之申訴經依本法第 13 條移由警察機關調查者，警察機關應於申訴或移送到達之日起 7 日內查明加害人之身分；未能查明加害人之身分者，應即就性騷擾之申訴逕為調查，並於 2 個月內調查完成；必要時，得延長 1 個月，並通知當事人。調查結果應以書面通知當事人及直轄市、縣（市）主管機關。

關於性騷擾之案件處理流程，請詳附件之「危機處理流程圖」、「通報申訴流程圖」、「輔導轉介流程圖」¹⁸。

學者有認為，調查性騷擾案件至少應有：調查正確原則、處理專業原則、性別平等原則、文件完整原則與適當補救原則等，五項重要原則必須把握，茲分別說明如下¹⁹：

一、調查正確原則：

調查性騷擾案件，事關兩造當事人權益，調查過程必須以收集完整證據為判斷案情之最重要參考，尤以性騷擾之調查事關敏

¹⁸ http://www.au.edu.tw/ox_view/admin/love98/5.htm

¹⁹黃富源，大學女生遭教授性騷擾，

<http://www.gender.edu.tw/gender/index.htm> 大專及研究所師員工/生之性侵害/性騷擾個案處理

感，很多事證又多屬私密範疇，復以被申訴人多半又為權勢之掌握者，相關當事人多半於調查之初容易採取避諱之態度，很難取得完整之資訊。然而如果資訊不完整，對案情之判斷必定無法正確，對任何一造之當事人權益必有所損。

其次，在述及相關事證之際，相關當事人對性騷擾之了解，常受其個人經驗、成長情境、所處職務之角色與認知之影響，作證之時可能偏於主觀，以致影響事證之正確性，調查小組必須有足夠之經驗、專業知識，以客觀之方式作正確之判斷。正確調查原則的另一必須注意之事項為：必須讓兩造當事人充分發言，本小組所採取之作爲，除讓兩造當事人就自己之陳述發言外，也允許兩造對對方之證詞提出說明與質疑，並詳詢兩造當事人，得以要求教育部之調查小組，傳詢兩造當事人各自所建議之相關人士，使得專案小組，得以就兩造當事人有利與不利之各種事證，進行正確之調查。

誠然，性騷擾案件之調查，並非刑事司法之案件調查，所需證據力也與刑事案件所需標準不盡相同，不如刑事案件所需標準之嚴格，然而，負責調查之專案小組，為求真相之最真還原，則必須竭盡所能將所有可能調查蒐集之證據，予以正確無誤之收集。

二、處理專業原則：

對於性騷擾之調查，必須謹守調查之專業原則，根據美國反性脅迫聯盟(the Alliance Against Sexual Coercion)指出，一個有公信力的性騷擾調查委員會，必須具備以下四個基本要素：

- (一)、能保密。
- (二)、能公正調查。
- (三)、能確實防止被控加害人的報復行動。
- (四)、委員會在確定案件為性騷擾案件後，能夠作出有效的行政補救。

除了上述基本原則外調查成員，應該具備相關領域之知識，如對兩性議題與性騷擾事件有充分之了解；對相關制度與程序（如學校之相關委員會：人評會、校評會等）也需十分熟稔，如此在進行調查之際，較能兼顧善盡委員會之職責並不牴觸或干預被調查單位相關機制之職權。再者，因調查事件終結之後，如權責單位做出處理，對兩造當事人將產生行政與法律上之效果；如有可能，調查成員應儘量包含具備法律背景之成員。

三、性別平等原則：

由於性騷擾之調查，多半與性或性別歧視有關，因之甄選調查小組或委員會之成員，一定要注意該成員是否具備公平之性別意識，調查也必須在性別之平等原則下進行。尤其，性騷擾案件多半涉及兩性間之衝突與歧視，兩造當事人多屬不同之性別，如果調查小組或委員會之成員在性別上沒有包含兩性，則容易遭人質疑。因之，形式上，調查小組或委員會之成員女性成員至少必須過半；反之，調查成員之性別也應儘量包含男性成員在內。

本案之教育部調查小組成員，均為教育部兩性平等教育委員會「校園安全與危機處理小組」成員，均為在此一領域具備兩性公平意識之學者專家，所組成成員亦包括男女兩性成員，在形式與實質上似已吻合性別平等之原則。

四、文件完整原則：

為進行調查，建立完整之檔案最為必要，所以在接受投訴案件後，必須完成文書程序，如填寫相關資料、表格等。因之對於投訴人之投訴申請書、調查小組或委員會所有會議記錄、被調查者所接受訪談之所有紀錄與逐字稿均應全數完整保存。

對於文件紀錄的完整保存，不但是對調查案件一種負責態度的表現，也是對相關當事人權益的最佳保障，完整的文件保存一方面可以提供相關單位在處理類似案件時做必要之參考，也可以

提供相關當事人查詢申訴之用，也可以提供有關單位在進行同案調查時，作為其調查之重要文件之參考。

其中調查小組委員曾經議決，為顧及兩造當事人之權益，必須將調查結果週知兩造當事人，當事人亦有權申請參閱相關資料，惟以為確保相關證人之權益，秘書作業必須根據原始資料，製作不同保密等級之文件，嚴格保護證人之身分，以供公佈、公文進行、通知相關人士與當事人查閱之用。

五、適當補救原則：

案件的調查除了對案件本身能夠釐清案情外，最重要的必須要進行相關的處理與補救，一般在相關調查進行之後，如經調查確定為性騷擾事件，則必須立即採取下列行動：

(一)對被性騷擾者進行行政補救，以減低被騷擾者的損失：如因性騷擾者所求未遂，而遭到調職、降級處分、甚至喪失工作，學校或機關應該予以復職、回任等措施。

(二)對被騷擾者進行法律補救：如學校或機關必須立即履行，法律所規定之法律作為。

(三)對騷擾者進行行政處分：如對性騷擾者處以解聘、停職、調職、降級、處分等行政措施。

(四)告知被騷擾者法律上的權益：如被騷擾者願意，則可以對騷擾者進行法律訴訟。

(五)如經調查確定為非性騷擾事件，則亦必須立即進行相關措施，以還被控性騷擾者的清白。

(六)為防止性騷擾者對性騷擾被害人之報復，學校或機關必須進行對被性騷擾人作追蹤保護與輔導工作。

第四款 性騷擾之照護及處遇

學理與實務上均發現，遭受性騷擾之當事人會出現「性騷擾

創傷症候群(the Sexual Harassment Syndrome)」之症狀，諸如：抑鬱、無力感、無助感、沮喪、喪失自信心，工作表現一落千丈、和脆弱感、害怕與焦慮...等。因之處理該案件時，應顧及申訴人之心理狀態，尤其是導師、科系主任、輔導中心主任、學務長、副校長等專案小組的成員，在問話、調查過程中，應給予申訴人情緒支持，以及給予其生活適應及自我調適上的認知和能力建構，減少第二次身心傷害。

第二項 案例分析

舉教育部首宗處理性騷擾案例之過程與結果如下²⁰：

本文將處理過程與缺失全文引出，係期盼下次教育部與各大專院校處理類此案件時，避免再度經歷類此缺失，並且也令學生在遇有性騷擾案件時，可以事先知道可能的缺失，而及早提醒預防之，達到性騷擾調查以及保護被害人之目的。

事實經過 台灣北部某大學傳出教師對學生之性騷擾疑案，經報刊載引起社會逐漸關切，由於該校對此案之處理態度，無法獲得該女性申訴人之滿意，該申訴人，遂向台北市某婦女權益相關之基金會投訴，獲得該基金會接納處理。

民國八十八年五月該基金會與一位女性立法委員，爲此案召

²⁰由於本案件為教育部處理該類案件之首宗，教育部在此案之前從未有過組成專案小組，直接參與學校性騷擾案件調查之經驗，因之，本案件深具歷史意義，對爾後教育部處理類此案件及與接受調查學校之互動模式均甚具參考價值(黃富源，大學女生遭教授性騷擾，

<http://www.gender.edu.tw/gender/index.htm> 大專及研究所師員工/生之性侵害/性騷擾個案處理)。以下內容同本出處。

開公聽會，社會輿論開始關懷該案案情，並經電子媒體廣泛報導。

民國八十八年六月，該大學將內部行政所作此一性騷擾案件之相關調查報告，彙整檢送教育部。

民國八十八年六月初，除原本受理該案之婦女權益基金會外，更聯合人權相關之基金會與民間團體，以及多位女性立法委員，於教育部本部以行動劇方式表達不滿，教育部由次長級官員對外發表聲明如下：

一、由教育部兩性平等教育委員會「校園安全與危機處理小組」，協助參與該大學之性騷擾案處理。

二、待本案調查結束之後，如牽涉該案之相關人員確有疏失，將對相關人員予以懲處。

民國八十八年六月中旬，教育部兩性平等教育委員會之「校園安全與危機處理小組」(第四小組)召開會議，研商該大性騷擾案處理事宜，結論如下：

一、由小組一資深委員擔任召集人，召集第四小組學者專家，前往該大學調查本案。

二、教育部正式函文該大學，將推派教育部內之兩性平等教育委員會第四小組(校園安全與危機處理小組)之委員前往處理本案，並請該校全力配合調查事宜。

民國八十八年六月下旬，兩性平等教育委員會議決議，由委員會組成專案小組前往該大學訪查此案。並以公文正式函請該小組六位成員，正式組成該案件之專案調查小組。

民國八十八年七月上旬至七月中旬，教育部調查小組赴該大學正式展開調查工作，蒐集相關資料並訪視本案相關人員(數十人)。並切完成訪視記錄。

民國八十八年七月下旬至民國八十八年八月上旬，教育部該案調查小組，召開會議研商該案之大報告初稿，並經小組成員幾

次會議討論，修改報告二稿、三稿。

民國八十八年八月中旬，該小組召開最後一次會議，確認該大學之性騷擾專案報告，經專案小組委員簽名確認完成。

調查過程 就該性騷擾疑案之調查過程，分爲調查主要項目、調查進行步驟等部分，分述如後：

一、調查主要項目：

教育部兩性平等教育委員會專案小組，訪查北部某大學性騷擾乙案，在進行調查時主要以程序與事實兩大部分進行，其調查過程如下：第一、由於申訴人之陳述，對於該大學在處理性騷擾案件時十分不滿，因之本調查小組在調查過程中，將該校之處理過程列爲重要之調查項目，針對該校在處理該案件時之程序問題是否妥當進行調查，並由一位熟稔性騷擾調查行政事務之學者擔任報告之撰寫人，除此之外，第二部分，則就兩造當事人所陳述之事實進行調查，以確定該案件是否確爲性騷擾案件，由另一位委員擔任此一部份之調查報告撰寫人，兩份報告均由一位具備法律專業能力之委員潤飾、增刪，再經委員會委員討論後訂稿。

二、調查進行步驟：

本案件之調查有兩部分必須特別說明，即

第一、調查過程爲維持調查進行之保密與公正性所採取之重要程序措施

第二、即在進行過程中絕對必須調查之重要元素，茲分述如後：

(一)程序措施：

1.維持調查對象之完整與公平性：爲使調查之對象能完整而沒有遺漏，公正陳述而沒有偏頗，調查小組特別採取以下措施，諸如：

(1)首先詳列出可能需要調查之所有對象，然後經調查小組之詳細

討論後擬定出初步之預定調查對象名單。

(2)徵詢重要相關當事人之意見，將其所要求被調查之對象列入調查之名單，諸如基於平等原則，徵詢申訴人與被申訴人所應調查之對象，兩造當事人都可以要求調查小組增加調查對象，經調查小組會議同意後進行調查，原則上對於兩造當事人之要求調查對象，調查小組均應予以尊重，惟兩造當事人所建議之調查對象人數應儘量維持平衡，兩造當事人所欲調查的對象人數不宜相差太懸殊。

除了兩造當事人之建議外，在調查進行中，對於相關人士之建議，如經調查小組議決，認為有涵括之必要，亦均需將相關人士所建議之對象列入所調查的範圍。

(3)為使每一位被調查者能夠有安全感，調查小組更採取了以下之措施：

A.對所有被調查者，在教育部之調查文件上除少數重要原始文件外，均以匿名代號的方式呈現在文件上，對教育部所發給重要公文之當事人如被調查之單位、申訴人與被申訴人等文件，均隱去被詢問人之姓名，在教育部本部責由承辦人員存有化名代號與真實姓名之對照表。

B.由於性騷擾案件之調查十分敏感，所調查之被申訴人又多為權勢之掌握者，如調查過程僅調查少數人員，相關人士很容易確認出哪一段陳述，係由哪一位證人所提出，或因此而造成被調查者之顧忌，而不願陳述真情或有所保留，將影響調查之正確進行。因之對容易為當事人所確認出身分之單位，調查小組必須以普查之方式進行全面之調查，以確保該被調查單位人員之安全感與陳述正確性。

2.維持調查紀錄與文件之正確性：為使調查之紀錄與文件能正確無誤，調查小組特別採取以下措施，諸如：

(1)所有本小組所進行之會議與調查詢問，均全程進行錄音。

(2)所有本小組所進行之會議均化作文字稿，製作成正式會議記錄，並由與會人員確認簽名，列入正式檔案紀錄。所有訪談之錄音亦全部製作成逐字稿，並由被詢問人確認後簽名，列入正式檔案紀錄。

(3)所有本小組所進行之文書紀錄與相關重要資料均存有備分。

3.選擇適於相關當事人之詢問訪談地點：為使被調查者，能夠毫無顧忌地對案情正確地暢所欲言，調查小組特別採取以下措施，諸如：

(1)於調查詢問前先行徵詢申訴人，在何處進行調查較為恰當：基本上為能正確調查該案，如無特殊理由，調查小組應該以申訴人之意願為調查之地點，尤其是申訴人因可能係真正之性騷擾被害人，其情緒狀態可能特別不穩定，因之最好予以採納，以本小組調查本案而言，即選擇教育部以外；非該校之校區內進行對申訴人與申訴人友人之調查工作。

(2)對其他相關被調查者，亦應詢問其希望被調查之場所：諸如有些該案件之可能之歷史受害者，常常不願意在發生之相關單位曝光接受調查，因之可以在徵詢其意見後，選擇適當之地點進行調查，以本小組調查本案而言，即因不同對象，使用過不同之三個以上之地點。

(3)調查方式以面對面詢問為主，其他方式為輔：原則上為求調查之正確性與正當性，調查之方式應該以面對面詢問之方式進行，但如特殊必要，且能正確確認被詢問者之身分，尊重當事人之意願亦可以電話訪談之方式進行調查。

4.兼顧被申訴者的基本人權：被調查之被申訴人，在調查過程中，仍應以「無罪」推定其接受調查之身分，因之對被申訴人之基本權益必須顧及，以本案為例，本案在調查過程一開始，即對被調查之被申訴人，明確告以其所享有之基本權益與本小組調

查之公正與專業原則。

(二)重要之調查元素：

調查性騷擾案件，原則上越完整越好，正確性越高越好，所以要盡調查小組之所能進行調查，所應調查之重要元素則至少應包括以下幾項：

1. 整個案情之過程。
2. 相關行政單位之調查程序與過程。
3. 相關單位調查之資料與結論
4. 兩造當事人案情之陳述與比對。
5. 兩造當事人之相關歷史事件
6. 相關證人之陳述與查證。

該案件之調查結果與檢討 本案件在教育部組成該專案調查小組之後，由專案調查小組，歷經兩個多月的調查、討論後，而有以下之發現：

一、 程序部分：

(一)學校未依規定設置因應校園性侵害及性騷擾防治之機制，無法確保機制之公正與正當性，影響申訴人之基本權益。

1. 該校未依教育部頒規定，成立兩性平等相關委員會。
2. 該校未依教育部頒規定，進行該案件之處理。
3. 所組成之小組不合規定。

(二)校方歷經四個多月調查，既未告知申訴人，也未有效之處理，延宕調查該事件的時機，推諉調查所應擔當之責任，不符合程序正義、缺乏嚴謹而迅速的處理過程，顯有行政疏失。

1. 相關人員未有兩性平等之基本認識，對此一案件無正確認識，致使該案始終未正式進入適當之處理程序。

2. 未依規定組成「性騷擾調查小組」或類似之委員會，展開對兩造當事人之調查，延誤處理過程約達一個月。

3. 視該案為「影響校譽」事件，將重心集中於企圖化解該案

，不重視正式調查程序之進行，延誤處理時機。

4.對學校內之調查結果，決策階層所採取之態度顯有偏頗，致使該案無法獲得公平公正之處理，乃有申訴人決心繼續向外求援，乃有教育部之介入，至此所處理之過程，已經歷時四個多月。

(三)校方對性騷擾案的專業處理和專業介入的技巧有缺失，建議以後對類似案件之處理增加專業考量。

1.專案人員缺乏對性騷擾被害人受創心理之了解，於調查過程中，對申訴人造成傷害。

2.在未完成完整之調查前，主觀判斷，對申訴人作出不公平、不合理之建議。

3.學校「專案小組」對專業保密和尊重兩造當事人隱私的專業倫理，毫無認識，致使該案件在校園中形成流言，尤其對申訴人造成傷害。

4.對兩造當事人有不對等之處理。

5.不明白性騷擾調查與刑事司法調查，所需佐證標準之不同。

以下案例乃真實案例，係以台北市就業歧視評議委員會所處理之工作場所性騷擾為例，解說關於性騷擾的基本疑義²¹。

一、單一言語上不禮貌之事件，是否構成性騷擾？

案例事實 台北市民國八十六年元月八日，申訴人向勞工局提出申訴，指稱在民國八十四年八月二十六日，該公司工會在臺中召開理監事會議，會後北返車中，公司管理部經理曾在車上向申訴人表示：「到賓館住一晚，等明天再回台北。」等語，申訴人當場加以拒絕，此事雖有在場同事表示已不復記憶，但同車另兩位

²¹ 資料來源 <http://equal.cla.gov.tw/manual/manual01.html>

工會幹部卻宣稱確曾聽到此語，並有一位幹部曾向該公司總經理反應此事。嗣後，申訴人被調職他市工作，乃控訴其調職是因拒絕經理性騷擾之故，而資方則宣稱職務調動非關性騷擾，而全屬為部門人事精簡之故，且新職務之勞動條件並未有所變更。

本案處理過程與結果 就業歧視評議委員會曾就此申訴案召開五次評議會，除確認當日同車五人之關係外，並詢及該管理部經理平日與女性員工之互動情形，而得知其在工作場所中確有言語冒犯女性員工（開黃腔）之情事，此外，評議委員會亦設法要找出本案事件與申訴人被調職一事，是否確有關聯。

本案經與會委員討論後，一致認為申訴人所提單一言語上不禮貌之事件，尚不足構成性騷擾情形，且經申訴人制止後，類似行為即未再發生，兩人並無任何接觸。至於調職與該事件發生相隔年餘，由勞資爭議之性質觀之，應與工會運作衝突有關，故評議性騷擾不成立，但因被申訴人經公司其他女性員工反應確有行為可議之處，而該公司亦未建立員工遭到性騷擾侵害後之申訴管道，為讓該公司能提供一免遭此類事件傷害之工作環境，乃建請勞工局函告該公司注意改善。嗣後勞工局並已遵照委員會之建議，以公函指示該公司切實辦理，以免觸法受罰。

二、被害人雖無任何直接證據，間接證據及情況證據是否可推斷發生性騷擾？

案例事實 外（韓）商公司男性經理性騷擾我國女性下屬之控訴，案情雖並不複雜，但因與外國跨國企業之聲譽有關，且申訴人已提起刑事告訴，在處理上即格外審慎。根據申訴人之投訴，在民國八十七年七月十六日，她隨該公司韓籍經理及我國客戶同訪桃園下游工廠，並共進午餐，後因韓籍經理餐後酒醉無法繼續拜訪客戶，乃共車北返，不料在車上韓籍經理即不斷加以騷擾，雖經將車停在高速公路路肩上換座，但該經理仍動粗加以毆打，致申訴人頭部及手部均受輕傷，在返回臺北後，除至臺北市立

陽明醫院驗傷外，並向北投明水派出所報案。後申訴人認為該公司處理本案不公，乃在同年八月十二日向勞工局提出有關工作場所性騷擾之申訴。

問題說明 性騷擾之事件，若進入刑事訴訟法流程，則必須根據刑事訴訟之證據處理規則，間接證據或情況證據受到傳聞法則之規範，自當依據傳聞法則。

本案處理過程與結果 就業歧視評議委員會為此案曾召開兩次評議會，第一次在同年九月十日，曾請兩造當事人及相關證人到場詳細說明，除由申訴人詳述被性騷擾之實際情形外，並對被申訴人就當時情況加以詢問，而一概以酒醉無法記憶回覆，但也表達希望和解之意願。至於在場證人之證詞則明顯偏袒被申訴人，除一概否認曾有任何性騷擾及毆打事件發生外，並對申訴人提起此類申訴一事深表不解，也對委員會處理此類案件表示不滿。委員會在當日也曾請申訴人之兩位同事表示意見，而其證詞也均認為申訴人不應提起此類申訴，致造成同事間之不和，並對申訴人平日之工作態度多所指責。

在同年十一月二十四日舉行之第二次評議會中，委員會所邀請之另一位當時在場之證人婉拒出席，只有申訴人之鄰居鄰長出面指證當時公司出面至申訴人家中請求和解此一糾紛之情形。由於雙方當事人所呈交之相關資料均已相當充分，且已無可能再做任何進一步之求證工作，因此，主持會議之主席乃決定逐一詢問每一位出席委員對此案性騷擾是否足以成立之意見，而委員們均一致認為，根據申訴人本身對事件發生經過之說明及證人之相關證詞，雖無任何直接證據，但由間接及情況證據可推斷出被申訴人在車上確曾有不當之舉止，此點雖他以酒醉後不復記憶為由企圖搪塞卸責，但根據委員們之觀察，以申訴人及被申訴人在該公司地位之懸殊，絕無杜撰事實以陷其於罪之可能，況以其背景及

言談舉止，應屬所謂「合理女性」，其本身對所指控行為之感受及排斥，應列為性騷擾行為是否為其所不歡迎而足以成立之考量。至於證人所為有利於被申訴人之說明，或係基於業務上往來之利益，或係出自同事之情誼，可採信度及參考價值均屬有問題。況且該公司在事後亦主動採取某些補救處理措施，諸如命由被申訴人至申訴人家中致歉等，足見亦自認有理虧之處。基於上述之考量，與會委員一致表決通過認定申訴人所指控之性騷擾行為足以成立，而構成性別歧視之情形，應予罰鍰處分。然而，由於該公司在事後展現相當解決問題之誠意，且亦曾提出具體解決之道，因此，委員會亦建議勞工局在依據就業服務法第六十二條第一項為罰鍰處分時，應對本案雇主做較有利之考量。至於申訴人雖已對被申訴人提出刑事告訴，且並無任何讓步現象，但鑑於此事件終究發生於酒後失當行為，而被申訴人亦屢次表現和解之誠意，故委員會仍建請勞工局同仁儘量設法調處解決。

第五節 校園性騷擾防治與處理流程

「性別平等教育法」第 2 條規定，所謂「校園性侵害或性騷擾事件」，係指性侵害或性騷擾事件之一方為學校校長、教師、職員、工友或學生，他方為學生者。

根據「校園性侵害或性騷擾防治準則」(民國 94 年 3 月 30 日公發布)，校園性侵害或性騷擾事件之申請人或檢舉人得以書面申請調查，也可以用言詞提出申訴，學校或主管機關應作成紀錄，經向申請人或檢舉人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後，由其簽名或蓋章。

學校接獲校園性侵害或性騷擾事件時，以學生事務處為收件單位，並應於三個工作日內將該事件交由所設之性別平等教育委員會調查處理。學校或主管機關應於接獲申請調查或檢舉後二十

日內，以書面通知申請人或檢舉人是否受理，並告知申請人或檢舉人申復之期限及受理單位。

學校或主管機關調查處理校園性侵害或性騷擾事件時，當事人爲未成年者，接受調查時得由法定代理人陪同。

行爲人與被害人、檢舉人或證人有權力不對等之情形者，應避免其對質，必要時，得於不違反保密義務之範圍內另作成書面資料，交由行爲人閱覽或告以要旨。

申請人撤回申請調查時，學校或主管機關得繼續調查處理。

校園性侵害或性騷擾事件之當事人、檢舉人及證人之姓名及其他足以辨識身分之資料，學校或主管機關除有調查之必要或基於公共安全之考量者外，應予保密。

負有保密義務者，包括學校或主管機關內負責處理校園性侵害或性騷擾事件之所有人員。若洩密者，應依刑法或其他相關法規處罰。

性別平等教育委員會之調查處理，不受司法程序是否進行及處理結果之影響。

性別平等教育委員會調查報告建議之懲處涉及改變加害人身分時，應給予其書面陳述意見之機會。

爲保障校園性侵害或性騷擾事件當事人之受教權或工作權，學校或主管機關於必要時得爲下列處置：

一、彈性處理當事人之出缺勤紀錄或成績考核，並積極協助其課業或職務

。

二、尊重被害人之意願，減低當事人雙方互動之機會。

三、採取必要處置，以避免報復情事。

四、減低行爲人再度加害之可能。

五、其他性別平等教育委員會認爲必要之處置

學校或主管機關於必要時應對於當事人提供下列協助：

- 一、心理諮商輔導。
 - 二、法律諮詢管道。
 - 三、課業協助。
 - 四、經濟協助。
 - 五、其他性別平等教育委員會認為必要之協助。
- 前項協助所需費用，學校或主管機關應編列預算支應之。

第六節 相關資源介紹

- 1、民眾若對性騷擾法令及申訴處理流程若有疑義者，可向各直轄市、縣(市)政府洽詢，若撥打 113 婦幼保護專線，接線人員亦會提供諮詢服務。
- 2、犯罪被害人保護協會部落格
<http://www.cvpa.org.tw/html/?main=4&content=3&acttype=detail&id=A20080400003>
- 3、內政部性騷擾網站：
http://www.moi.gov.tw/subject/subject_a2_1.asp?sid=5&sid2=11



第四章 生活中的勞動法²²

第一節 前言

大專學生利用課餘或寒暑假期間，到加油站或速食餐飲業打工，以臨時工之時薪方式，賺取零用金或學費之情形，係為現今社會普遍之現象。由於大專學生打工屬於弱勢團體，如何保障打工學生之權益向來不被重視，且由於勞動法制中有關勞動條件之議價或磋商方式，傳統上根據製造業為主的勞動法規，係以採行集體協商之方式，勞工受僱於資方，並在資方所設立之工廠從事勞動之工作，就如何與資方磋商勞動條件及工作環境衛生之改善，認為可以透過勞工組成之工會之組織來提升其議價或磋商之能力，進而與資方商議勞動條件及工作場合之環境衛生，即能避免個別勞工與資方議價能力之懸殊，造成不公平的勞動條件。

憲法第 15 條規定人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。有關人民工作權保障之具體規範，則為勞動三法，即工會法、勞資爭議處理法和團體協約法，該勞動三法規範的是勞動三權（團結權、爭議權、協商權）的行使。組織工會（團結權）是為了和資方進行團體協商（協商權），以確保和提昇勞工權益，勞資爭議處理（採取罷工等爭議行為）則是前兩者的後盾，且勞動三法則以勞動基準法為基礎之法律關係。然而，依照工會法第 6 條規定同一區域或同一廠場，年滿二十歲之同一產業工人，或同區域同一職業之工人，人數在三十人以上時，應依法組織產業工會或職業工會。因此，打工的大專學生，並無法參加工會，對於其勞動條件之訂定，便成為無法透過集體協商來平衡其議價能力之情形。固然，於解釋上可以認定臨時之打工學生與其他勞工同享相

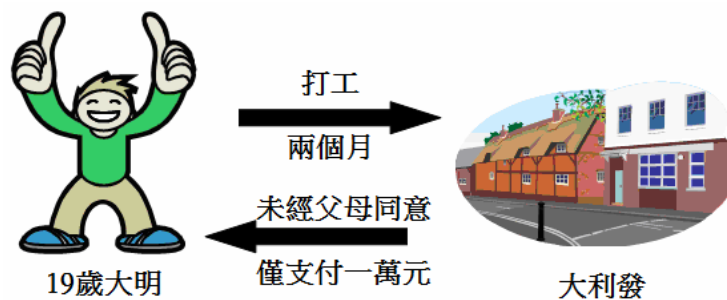
²² 本章內容由協同撰稿人張格明助理教授撰寫。

同之勞動條件，惟事實上領取時薪之打工學生，不論是在薪資結構、工作權之保障、福利津貼及教育訓練等事項，在在均不如其他受僱勞工，係為不爭之事實。故有關臨時工作勞工之權益保障，應有加以探究之餘地。此外，涉及到勞工環境衛生、保險、非法解雇、職業災害等相關等權益之保障，亦屬於生活中經常會產生之問題，實有概略加以介紹之必要，進而使生活與法律在一起，落實法律生活之教育。本文試圖以實例為出發，探究生活上可能遇到之法律問題，並簡單地整理出法律爭議（legal issues）所在，作為理解相關法律規定之方式。

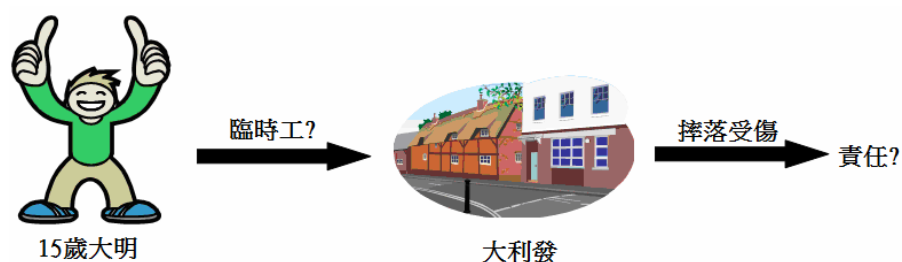
第二節 勞動關係可能涉及之相關法律問題

第一項 勞動契約

案例一：王大明今年 19 歲，暑假剛剛考上大學，利用學校開學之前到大利發賣場打工，擔任貨品上架之工作，論工計酬。2 個月後王大明欲到學校註冊，請辭臨時工之工作，並要求支付薪資 2 萬元。然大利發賣場卻主張僱傭未經王大明之父母同意，契約無效，僅僅願意支付 1 萬元。則該僱傭契約是否為無效？大利發賣場是否有理？



如前例王大明國中畢業，今年 15 歲，並未繼續升學，則可否去大賣場作臨時工之工作？如因王大明年小無經驗，造成摔落推卸之高架受傷，雇主是否可以主張契約無效，規避其責任？



第一款 行為能力之規定

民法關於自然人之行為能力，參照第 13 條規定未滿七歲之未成年人，無行為能力。滿七歲以上之未成年人，有限制行為能力。未成年人已結婚者，有行為能力。同法第 77 條規定限制行為能力人為意思表示及受意思表示，應得法定代理人之允許。但純獲法律上之利益，或依其年齡及身份、日常生活所必需者，不在此限。而有關僱傭契約之意義，參照同法第 482 條規定稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。有關限制行為能力人與他人訂立僱傭契約，依照前開民法第 77 條規定係屬效力未定，必須得到法定代理人即其父母之允許，使生效力。則未滿二十歲之限制行為能力人大賣場或速食店打工，即有簽立僱傭契約之情形，該契約是否有效？雇主是否可以主張該契約未經法定代理人之同意而無效，便可以不給付工資或其他補償？限制行為能力之人從事勞動工作，是否即為民法第 77 條但書規定「但純獲法律上之利益，或依其年齡及身份、日常生活所必需者」之例外規定，而屬於有效？

第二款 勞動能力

由於一個十五歲以上之人，便具有工作之能力，如以年齡區分則可以分為童工及一般勞工。參照勞動基準法第 44 條規定十五歲以上未滿十六歲之受僱從事工作者，為童工。童工不得從事繁重及危險性之工作。同法第 45 條規定雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。但國民中學畢業或經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，不在此限。且同法第 64 條規定雇主不得招收未滿十五歲之人為技術生。是以，雇用十五歲以下之童工，法律原則上係禁止的，但例外情形於國民中學畢業或經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，是可以雇用的。另就童工之契約是否有效？雇主是否應負職業災害補償責任？最高法院 87 年台上字第 451 號判決意旨：「勞動基準法第四十五條雖規定雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。此條立法理由，係因我國義務教育，業經延長為九年，兒童六歲入學，十五歲完成教育，為求與教育政策一致並參照有關國際公約，特設此規定，是此條立法目的係在保護未滿十五歲之人。故如雇主違反該條規定僱用未滿十五歲之人，於事故發生後，得依該條主張勞動契約無效，受僱人不得請求職業災害補償，自有違該條立法意旨。」

由於通說認為民法第 77 條但書規定，採行經濟上之觀點，以純獲經濟上之利益觀之，是以僱傭契約係以雙務契約之性質，即童工亦負有提供勞務之義務，並非單純地獲取經濟上之利益，顯非可以適用純獲法律上之利益。然是否可以適用依其年齡及身份、日常生活所必需者？則有疑義。由於此項日常生活所必須者，解釋上係以生活之一般需求者，並讓限制行為能力人得以學習參與社會之生活，例如購買日常生活用品，而提供勞務是否為學習參與社會之生活所必須？參照前開勞動基準法之規定，十五歲以上之人便得以為受僱人，則應為肯定之見解，俾讓具有工作能力之人得以學習如何參與社會生活而提供勞務，對其人格之發展與社會之互動關係，應有助益。況且，如果以該限制行為能力之人

，未經法定代理人之同意所簽立之僱傭契約為無效者，致無法主張相關之勞動保障，恐有傷害勞工之權益，徒增困擾而已，自應認為該契約為有效較為妥當。

而有關工讀生之權益保障，如訂有書面契約，契約內容要公平、合理；如契約內有以下條款，將損害工讀生權益，為避免被騙或詐財，有下列之情形之一者，則有顯失公平，自不宜簽署：
1.預扣薪資-即先剋扣若干工資，作為賠償之預備違約金。
2.未工作滿多少天不得領薪。
3.未服務滿預定期限之處罰。
4.預繳工作保證金。
5.放棄一切民事賠償條款。
6.強迫加班條款或不加班扣錢條款。
7.扣押身分證。

第三款 工讀生之報酬

至於有關工讀生之工資給付方式及報酬之項目，參照勞委會之解釋，**工資**係工讀生因工作所獲得的報酬，包括薪金、獎金、津貼及其他名義之經常性給與，其金額由勞雇雙方議定，但雇主給付的工資不得低於基本工資（自 96 年 7 月 1 日起調整為每月 17,280 元，每小時 95 元）。工資的給付，每月至少定期發給 2 次，惟經雙方約定 1 次亦可。對依規定延長工時（加班）在 2 小時以內者，應照平日每小時工資額加給三分之一以上，超過 2 個小時部分要按平日每小時工資額加給三分之二以上。其他如規定雇主對勞工工資不按期給付時，主管機關得限期令其給付，並確定同工同酬原則，及規定雇主不得預扣勞工工資作為違約或賠償金之用。工讀生的工資，均應依上述各項規定辦理。**工作時間**：工讀生的工作時間依勞動基準法規定，每日正常工作時間不得超過 8 小時，每 2 週工作總時數不得超過 84 小時。雇主有使勞工在正常工作時間以外工作之必要者，而延長工作時間，雇主延長勞工之工作時間連同正常工作時間，一日不得超過 12 小時，一個月不得超過 46 小時。並規定勞工因健康或其他正常理由不能接受正常工

作時間以外之工作者，雇主不得強制其工作²³。

【例解】

本例中，王大明僅為 19 歲，雖然尚未成年，但已經具有滿 16 歲以上之勞工。參照勞動基準法第 44 條規定十五歲以上未滿十六歲之受僱從事工作者，為童工。童工不得從事繁重及危險性之工作。同法第 45 條規定雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。但國民中學畢業或經主管機關認定其工作性質及環境無礙其身心健康者，不在此限。由於通說認為民法第 77 條但書規定，採行經濟上之觀點，以純獲經濟上之利益觀之，是以僱傭契約係以雙務契約之性質，即童工亦負有提供勞務之義務，並非單純地獲取經濟上之利益，顯非可以適用純獲法律上之利益。然是否可以適用依其年齡及身份、日常生活所必需者？管見以為，訂立勞動契約雖為雙務契約，但對於學習參與社會生活係有助益，應為肯定之解釋。該僱傭契約應為有效，雇主不得假借僱傭關係無效，推卸其應顧勞工報酬之責任。

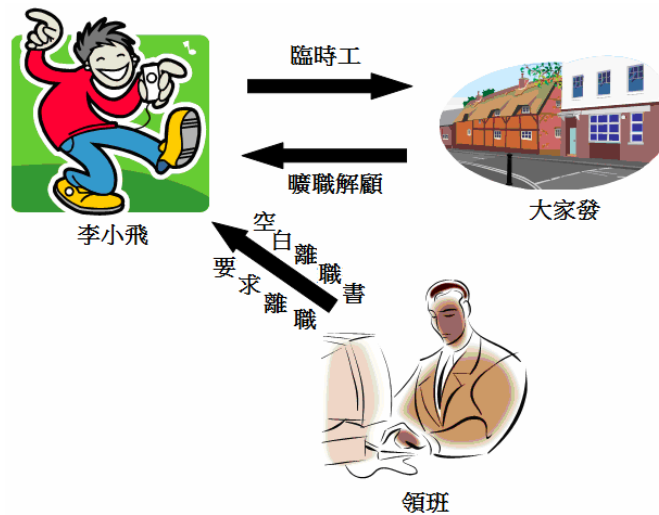
另王大明如為 15 歲之童工，就童工之僱傭契約是否有效？雇主是否應負職業災害補償責任？最高法院 87 年台上字第 451 號判決意旨：「勞動基準法第四十五條雖規定雇主不得僱用未滿十五歲之人從事工作。此條立法理由，係因我國義務教育，業經延長為九年，兒童六歲入學，十五歲完成教育，為求與教育政策一致並參照有關國際公約，特設此規定，是此條立法目的係在保護未滿十五歲之人。故如雇主違反該條規定僱用未滿十五歲之人，於事故發生後，得依該條主張勞動契約無效，受僱人不得請求職業災害補償，自有違該條立法意旨。」則雇主不得主張契約無效，規

²³ See http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/SM_theme?page=432fa320# 勞動條件 (last visited 2007//11/1).

避其責任。

第二項 勞動契約之終止

案例二：李小飛暑假到大家發大賣場擔任臨時工，月薪 1 萬 8 千元，上班半月後，因與領班相處不合，領班便拿空白的離職書，謊稱公司要伊自動離職，不要再來上班了，李小飛便七天未去打工，致為公司以曠職七日以上解雇。試問李大偉如何主張權利？領班逼迫伊離職時是否應負責？



第一款 得終止勞動契約之情形

參照勞動基準法第 12 條規定勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。二、對於雇主、雇主家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為者。三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。五、故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者。六、無正當理由

繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。即雇主於上開所列之情形，即可無須經過預告而終止僱傭契約。

第二款 受詐欺之情形

然而本例中，雇主之其他受僱人以詐欺之方式，欺騙受僱人致造成曠職之情形，雇主是否得以合法終止勞動契約？受僱人是否可以主張受有詐欺而無曠職之意思，雇主不得終止契約？果該僱傭契約因受僱人曠工之事實，無法回復其效力時，是否可向行詐欺之人求償？如可得向詐欺之人求償時，得求償多少賠償？

受詐欺而為意思表示者，參照民法第 92 條規定因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。被詐欺而為之意思表示，其撤銷不得以之對抗善意第三人。本例中詐欺係屬於第三人之行為，即該公司之領班，並非該公司之負責人或代表人。則依照前開法律規定，得撤銷之意思表示限於相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。即以該公司明知或可得而知者，始得撤銷之。且該撤銷不得對抗善意之第三人，即該公司如具有善意第三人之情者，即無從撤銷該自動離職之意思表示。

參照最高法院 85 年台上字第 271 號判決：「勞基法第十二條第一項第六款所定之勞工無正當理由繼續曠工三日，雇主得不經預告終止勞動契約者，必以勞工無正當理由曠工及繼續曠工三日為其法定要件，倘祇具其一，即不構成雇主得不經預告終止勞動契約之事由。是勞工之曠工非屬無正當理由者，雇主自不得據以終止勞動契約。」

第三款 損害賠償

果認為於客觀之情形上，該勞工已經無法復職時，如該職位已有他人填補、公司業務及人員縮減，則該勞工即得依照侵權行為之規定，向實施詐欺之人請求損害賠償。參照民法第 184 條第 1 項規定，不法侵害他人之權利，自得請求損害賠償。實務上更認為撤銷該意思表示之後，仍得依照侵權行為請求損害賠償，參照最高法院 80 年台上字第 289 號判決：「因被詐欺而訂立買賣契約，受詐欺之當事人固得於民法第九十三條所定一年之除斥期間行使撤銷權，設該詐欺行為已具備侵權行為之成立要件，縱令受詐欺之當事人未於法定除斥期間內為撤銷權之行使，仍非不得依據侵權行為之法則請求損害賠償。」即此項受詐欺之意思表示，於尚未撤銷之前，實務上認為仍不得請求損害賠償。參照最高法院 74 年台上字第 202 號判決：「因受詐欺而為意思表示，在經依法撤銷前，固非無效之法律行為，然非謂當事人因被詐欺而為意思表示，在經依法撤銷前，縱已受有實際損害，亦不得依侵權行為法則請求損害賠償。」

【例解】

按勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。二、對於雇主、雇主家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為者。三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。五、故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者。六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者，勞動基準法第 12 條係有明文規定。而本例，雇主固然得依照上述法律第 6 款規定「無正當理由繼續曠工三日」為由解雇勞工，然本例因有詐欺之情事，則雇主是否有違法解

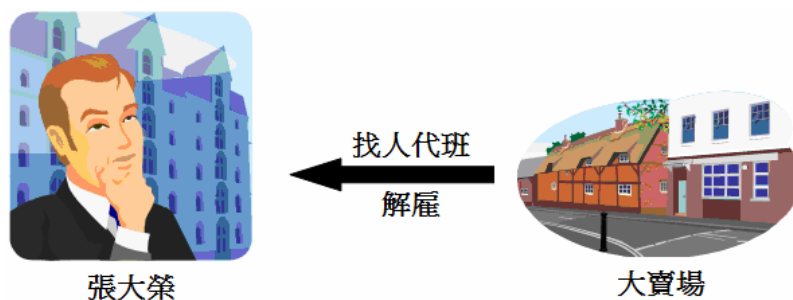
雇勞工？雇主之其他受僱人之詐欺，是否得以視為雇主之詐欺，從而該解雇之契約無效？參照民法第 92 條規定因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之。則該李小飛是否得以解除該離職申請之意思表示，端視雇主之大家發大賣場是否明知或可得而知其領班之詐欺行為，如為肯定者，李小飛自得依照民法第 93 條規定於發現受詐欺後 1 年內，解除其離職申請之意思表示，並申請復職；反之亦然。

上述法條第 6 款規定之正當理由者，通說所謂正當理由者，有疾病就醫、請病假等（最高法院 80 年台上字第 91 號判決參照），而受詐欺之事由，是否即得構成具有正當理由？管見以為，受詐欺而提出自動離職，比較疾病就醫之事由情形，可謂更行嚴重，依照舉輕明重之法理，果能證明係受詐欺而提出自動離職申請，則可以撤銷該自動離職之意思表示，是以公司仍不得以連續曠工三日以上為由解雇。然此項撤銷自動離職申請之意思表示，依照民法第 93 條規定，必須於發現受詐欺後一年內為之，但自意思表示後，經過十年，不得撤銷。

如果，李小飛無法依法解除其離職申請之意思表示時，自得依照受詐欺致有侵權行為情形，依照民法第 184 條第 1 項前段規定，以意思表示之自由受妨礙，請求其領班賠償其損害。關於得以請求損害賠償，其請求賠償數額如何計算？本例，如果李小飛未去公司至復職之時，已有一週未到公司上班，則可以向該詐欺之領班請求一週之薪資；如果李小飛已無法復職時，必須尋找其他工作，則可請求相當之待業期間之薪資所得損失。而相當的待業期間如何認定，並非有一定之標準，端視該行業另行就業是否難易及就業市場之狀況而定，或者可依照預告其間之工資為核計。

第三項 工資

案例三：張大榮到大賣場擔任服務台值班及總務工作，公司規定請假一天，當天不發薪外，另外扣薪半天，並得由工資中預先扣留。張大榮因恐公司扣其薪資，便商請李小明代伊上班，卻為公司發現他人代班之情形，而將張大榮解雇。



第一款 薪資全額給付原則

由於工資之約定屬於契約自由之範圍，自得由雙方當事人自行約定，惟約定工資之後，則必須全額支付，不得為任意扣減、扣抵，此可參照勞動基準法第 22 條規定工資應全額直接給付勞工。但法令另有規定或勞雇雙方另有約定者，不在此限。然對於是否可以依照上開但書法律規定，得以約定加扣薪資？通說認為上開可以扣減之情形為代扣薪資所得稅、代繳繳納勞保及健保費用、代扣工會會費或宿舍費等。在全額支付原則下，固然勞基法第 26 條規定雇主不得預扣勞工工資作為違約金或賠償費用，即於在違約情事或賠償事實發生前，雇主不得預先扣留勞工之工資，惟若，勞工已經發生有違約金或賠償義務時，經由勞資雙方之同意，並非不得由勞工之工資中扣底或為抵銷。如果勞工與雇主有借

貸關係者，亦可經由雙方之同意，由雇主予以抵銷²⁴。是以，本例由雇主加扣薪資部分，有違法律之禁止規定，參照民法第 71 條規定應為無效。且雇主預扣薪資，亦有抵觸上該法律禁止規定，亦為無效。

第二款 從屬性原則

按勞動基準法第 2 條第 6 款規定勞動契約謂約定勞雇關係之契約。同法施行細則第 7 條規定勞動契約應依本法有關規定約定左列事項一、工作場所及應從事之工作有關事項。二、工作開始及終止之時間、休息時間、休假、例假、請假及輪班制之換班有關事項。三、工資之議定、調整、計算、結算及給付之日期與方法有關事項。四、有關勞動契約之訂定、終止及退休有關事項。五、資遣費、退休金及其他津貼、獎金有關事項。六、勞工應負擔之膳宿費、工作用具費有關事項。七、安全衛生有關事項。八、勞工教育、訓練有關事項。九、福利有關事項。一〇、災害補償及一般傷病補助有關事項。一一、應遵守之紀律有關事項。一二、獎懲有關事項。一三、其他勞資權利義務有關事項。就上開內容觀之，勞動契約於勞工與雇主兼具有從屬性之特徵，而此從屬性包括人格從屬性勞工有服從雇主權威，接受獎懲或制裁之義務；經濟從屬性受僱人係為他人之目的而提供勞務；組織從屬性受僱人應納入雇主的組織體系，並受分工合作之指導²⁵。

第三款 經常性給付亦屬工資

²⁴ 鄭津津，職場與法律，頁 123，新學林出版股份有限公司，(2007 年 10 月二版一刷)。

²⁵ 鄭津津前揭書，頁 3。

勞基法施行細則第 10 條規定：「本法第二條第三款所稱之其他任何名義之經常性給與係指左列各款以外之給與。一、紅利。二、獎金：指年終獎金、競賽獎金、研究發明獎金、特殊功績獎金、久任獎金、節約燃料物料獎金及其他非經常性獎金。三、春節、端午節、中秋節給與之節金。四、醫療補助費、勞工及其子女教育補助費。五、勞工直接受自顧客之服務費。六、婚喪喜慶由雇主致送之賀禮、慰問金或奠儀等。七、職業災害補償費。八、勞工保險及雇主以勞工為被保險人加入商業保險支付之保險費。九、差旅費、差旅津貼及交際費。十、工作服、作業用品及其代金。十一、其他經中央主管機關會同中央目的事業主管機關指定者。」足見，除了約定之薪資之外，上述法律規定之經常性給付，亦屬於工資。

第四款 第三人代服勞務

實務上，參考最高法院 86 年台上字第 3333 號判決：「勞基法第一條固揭明該法係明定勞動條件之最低標準，然所謂勞動條件在不同法律層次中均有其存在，在民法債篇僱傭乙節之意義，乃指僱傭契約當事人對勞務給付與報酬之約定。勞基法施行後，該法未規定者，仍適用其他法律之規定。準此，有關勞基法未規定者，仍應適用民法債篇之規定。民法第四百八十四條第一項後段規定受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務，是謂勞務供給之專屬性。蓋勞務之供給因人而異，若使第三人代服勞務，則往往難達契約之目的，故非經僱用人之同意，不得使第三人代服之。違反此項規定者，依同條第二項，僱用人得終止契約。又勞基法並未就勞工違反勞務給付專屬性之事由加以規定，故勞工未經雇主同意，使第三人代服勞務者，仍應適用民法第四百八十四條第一項、第二項規定，雇主無須預告，得隨時終止僱傭契約。」

【例解】

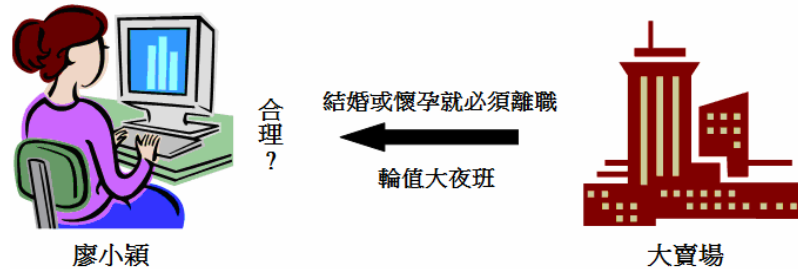
固然工資之約定屬於契約自由之範圍，得由雙方當事人自行約定，惟約定工資之後，則必須全額支付，不得為任意扣減、扣抵，此可參照勞動基準法第 22 條規定工資應全額直接給付勞工。除了法令另有規定或勞雇雙方另有約定者，始得以任意扣減或扣抵。然對於是否可以依照上開但書法律規定，得以約定加扣薪資？通說認為上開可以扣減之情形為代扣薪資所得稅、代繳繳納勞保及健保費用、代扣工會會費或宿舍費等。在全額支付原則下，固然勞基法第 26 條規定雇主不得預扣勞工工資作為違約金或賠償費用。惟若，勞工已經發生有違約金或賠償義務時，經由勞資雙方之同意，並非不得由勞工之工資中扣底或為抵銷。亦即，雇主不得與勞工約定扣減工資之條件，也不得約定得以扣抵或扣減工資，始符合薪資全額給付原則。故此項約定扣減薪資之情形，因違反法令規定，依照民法第 71 條規定即為無效。

本例是否可由他人代為提供勞務？則端視雇主是否同意可由他人代勞工提供勞務服務，有關勞基法未規定者，仍應適用民法債篇之規定。民法第四百八十四條第一項後段規定受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務，是謂勞務供給之專屬性，如雇主事先有同意可由他人代為提供勞務者，該解雇即非合法；反之亦然。

第四項 兩性工作平等權

案例四：廖小穎到 24 小時營業之大賣場擔任櫃臺結帳之工作，一天發現同樣工作之男性職員之時薪卻較高 20 元，且該公司規定如果結婚或懷孕就必須離職

。另公司要求廖小穎必須輪值大夜班。試問該公司之規定及措施是否合法？



第一款 性別歧視之禁止

有關兩性平等之保障，對於女性勞工之保障，實務上關於性別歧視之主要項目在於差別待遇之禁止、同工同酬與同質同酬。參照兩性工作平等法第 7 條規定雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。同法第 8 條規定雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得因性別而有差別待遇。、同法第 9 條規定雇主為受僱者舉辦或提供各項福利措施，不得因性別而有差別待遇。、同法第 10 條規定雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別因素之正當理由者，不在此限。、同法第 11 條規定雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別而有差別待遇。工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。

由上開之相關法令規定可知，有關性別歧視之工作平等保障之具體內容有招募與進用、教育訓練、福利、薪資與獎懲，及退

休、離職與解雇等平等保障。如果有違上開平等之保障規定者，參照前開法律規定第 11 條第 2 項規定其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。

第二款 女性夜間工作之禁止

參照勞動基準法第 49 條第 1 項規定雇主不得使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。前項第一款所稱必要之安全衛生設施，其標準由中央主管機關定之。但雇主與勞工約定之安全衛生設施優於本法者，從其約定。女工因健康或其他正當理由，不能於午後十時至翌晨六時之時間內工作者，雇主不得強制其工作。此係爲了女性勞工安全之保障，原則上禁止於夜間工作，但例外之有保障人身安全之情形，得以在夜間工作。

第三款 兩性工作平等之難題

傳統上，產業對於男女勞工之報酬存在有性別差別待遇之印象，一般認爲男性勞工之勞動力較女性勞工爲強，且也關夜間加班之人身安全方面，生育子女的產假與育兒方面，男性的工作能力顯然較具有優勢，造成男女同工卻不同酬之現象。法制上規範男女同工同酬者，率爲世界各國之潮流，也較能符合憲法所揭諸之平等權保障。惟若，事實上所謂徒法不足以自行，女性勞工對於勞力較高之工作，顯然無法與男性相比，女性勞工於夜間工作往返職場較有安全顧慮，以及男女工作平等之保障，卻未有依照雇主所聘僱男女之比例，予以分配中高階職位等情形，均反映出

現在男女工作平等保障的難題²⁶。

另有關禁婚或禁孕之條款，於上開兩性工作平等法尚未頒佈之前，部分基層金融機構存在有女性單身條款，即受僱女性員工結婚時必須自動離職。實務上向來均認為屬於契約自由，得由雇主約定女性單身條款。我國司法院大法官會議解釋第 494 號解釋理由：「勞動基準法依據憲法維護人民生存權、工作權及改善勞工生活之意旨，以保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展為目的，而規定關於工資、工作時間、休息、休假、退休、職業災害補償等勞工勞動條件之最低標準，並依同法第三條規定適用於同條第一項各款所列之行業；且於八十五年十二月二十七日修正之第三條條文中增列第三項，規定於八十七年底以前，除

²⁶ 參見一九九九臺灣女權報告，See

http://www.scu.edu.tw/hr/document_imgs/documents/d6.pdf (last visited 2007/11/1).

另就女性在台灣經濟發展過程中，提供勞動力之角色觀之，在農業社會時扮演著勞動補充者之角色，在工業發展初期投入勞動密集之產業賺取外匯，在政府大力倡導產業轉型之際，有絕大多數的女性勞動力分佈在製造業、商業及服務業，足見女性勞動力重要性；但是，女性在就業上仍受到諸多限制，諸多研究視家庭照顧為影響婦女就業之主要因素。由於傳統之家庭照顧被視為女性照顧觀點及實際需求，故對於婦女就業具相當大的束縛。針對家庭生命週期進行分析可發現，就結婚、生育二個家庭階段來說，婦女因結婚而中斷就業之比例較生育此一因素來得高。參見林雅容，臺灣之勞動政策與性別意識已婚婦女之勞動參與，收錄於建立台灣永續發展的家庭、人口、健康、社區與勞動保障體系公民權利契約觀點國際學術研討會。See

<http://www.sinica.edu.tw/asct/asw/seminar/2007/main/papers/200705200201.pdf> (last visited 200/11/1).

確有窒礙難行者外，適用於一切勞雇關係，確保所有勞工皆得受本法之保障，以貫徹法律保護勞工權益之意旨。事業單位固應依其事業性質適用勞動基準法，但各業之勞動態樣甚為分殊，其中從事監視性性質之工作者，原則上於一定之場所就一定之配置，以監視為其本來之業務，其身體與精神之緊張程度通常較低；從事間歇性性質之工作者，其進行之方式，等待時間較工作時間為長，就該等性質之工作，雖得與勞工另訂定勞動條件，惟不得低於勞動基準法所定之最低標準。就是否屬於監視性、間歇性或其他性質特殊之工作者，依八十五年十二月二十七日增訂之第八十四條之一規定，應經中央主管機關核定公告；雇主依同條規定與勞工所訂立之勞動條件書面約定，關於工作時間等事項，亦應報請當地主管機關核備，並非雇主單方或勞雇雙方所得以決定；且依八十六年六月十二日新修正之同法施行細則第五十條之二規定，其內容應包括職稱、工作項目、工作權責或工作性質、工作時間、例假、休假、女性夜間工作等有關事項。」

1979年12月18日，聯合國正式通過消除對婦女一切形式歧視公約，禁止各種基於性別的就業、教育、政治、經濟及文化上種種對婦女的歧視，並要求各國政府應採取各種適當的方式或透過立法，以確保全球女性的完全發展與基本權利。96年12月13日報載立法院衛環委員會昨天初審通過「兩性工作平等法部分條文修正草案」，未來除陪產假由兩天增為三天，勞工申請育嬰留職停薪條件，不再限定公司員工規模，並放寬家庭照顧假請假條件，由目前限定受僱於員工規模三十人以上公司降低為五人以上。不過中小企業協會理事長林秉彬認為，中小企業人力有限，可能影響中小企業主僱用年輕女性員工意願，勞工可能未蒙其利先受其害。則對於女性實質之保障措施，自然會增加雇主之人事成本，短期內影響中小企業雇用女性員工之意願。

【例解】

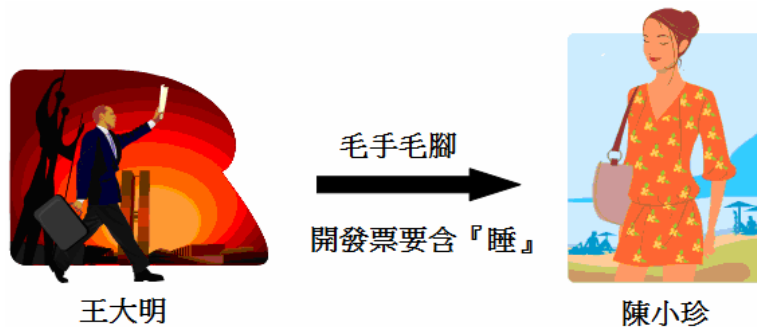
兩性之禁止歧視，主要項目在於差別待遇之禁止、同工同酬與同質同酬。參照兩性工作平等法第 7 條規定雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別而有差別待遇。同法第 3 項規定違反前二項規定者，其規定或約定無效。因此，雇主以較高之時薪雇用男性員工，該較低時薪約定之條款即為無效，李小穎自得請求依照同工同酬之原則，要求給付同等之時薪。

關於女性夜間工作是否許可之問題，參照勞動基準法第 49 條第 1 項規定雇主不得使女工於午後十時至翌晨六時之時間內工作。但雇主經工會同意，如事業單位無工會者，經勞資會議同意後，且符合下列各款規定者，不在此限一、提供必要之安全衛生設施。二、無大眾運輸工具可資運用時，提供交通工具或安排女工宿舍。於保障女性人身安全無虞之情形時，亦得為夜間之工作。參照司法院大法官會議解釋第 494 號解釋理由，雇主依同條規定與勞工所訂立之勞動條件書面約定，關於工作時間等事項，亦應報請當地主管機關核備，並非雇主單方或勞雇雙方所得以決定，且依八十六年六月十二日新修正之同法施行細則第五十條之二規定，其內容應包括職稱、工作項目、工作權責或工作性質、工作時間、例假、休假、女性夜間工作等有關事項。過去對於女性單身條款之內規，實務上向來主張屬於契約自由之範疇，得任意為之。管見認為此等與公共秩序並無關聯，且有違工作權之保障，抵觸民法第 71 條規定，應為無效。

第五項 性騷擾之防治

案例五：陳小珍生性活潑、外貌甜美，並受僱於人力派遣公司擔任協調派遣工作，由於該派遣公司之派遣員工多數屬於男性，且

所派遣之工作為建築工地之租工，因此陳小珍常常遇到被分派工作員工不滿之情緒反應，甚至有私下以三字經為反應對伊之不滿，或為口頭禪之言語；一日，該公司客戶王大明見四下無人，便趁機找陳小珍搭訕聊天，並拉陳小珍之手，且碰觸陳小珍之肩膀及臀部，並宣稱開發票要含『睡』哦！，讓陳小珍感到非常不愉快。



第一款 性騷擾之定義

性騷擾之意義，參照 95 年 1 月 18 日頒佈之性騷擾防治法第 2 條規定本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行爲，且有下列情形之一者一、以該他人順服或拒絕該行爲，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。而有關職場之性騷擾防治規範方面，參考兩性工作平等法第 12 條規定本法所稱性騷擾，謂下列二款情形之一、受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行爲，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現。二、雇主對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、

具有性意味或性別歧視之言詞或行爲，作為勞務契約成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲等之交換條件。

上開兩性工作平等法之規定，可以分區為兩種性騷擾，第 1 款之規定係參考美國法中敵意環境性騷擾（hostile environment harassment），係指任何人，包括僱主、監督管理階層、其他員工、職場外第三人（如顧客、廠商）對於該受僱人爲性騷擾之行爲。此等性騷擾之特質在行爲人的言詞或行爲對受僱人造成敵意性、脅迫性或冒犯性的工作環境。第 2 款規定則類似美國法中的交換式性騷擾（quid pro quo harassment），此等情形之行爲人爲僱主，受害人爲受僱人或求職者。其特質爲行爲人利用其擁有之權力優勢，或以威脅、利誘，以勞動契約之成立、存續、變更或分發、配置、報酬、考績、陞遷、降調、獎懲來交換或逼迫受僱者或求職者接受僱主的性要求，致具有性意味或性別歧視之言詞或行爲²⁷。

第二款 僱主之責任

參照兩性工作平等法第 13 條規定僱主應防治性騷擾行爲之發生。其僱用受僱者三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。僱主於知悉前條性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。第一項性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法之相關準則，由中央主管機關定之。同法第 27 條規定受僱者或求職者因第十二條之情事，受有損害者，由僱主及行爲人連帶負損害賠償責任。但僱主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不

²⁷ 鄭津津前揭書，頁 236-327。

免發生者，雇主不負賠償責任。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，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償。雇主賠償損害時，對於為性騷擾之行為人，有求償權。

由上開之立法可見，兩性工作平等法第 12 條第 1 款規定之敵意環境性騷擾之情形，雇主負有訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。雇主於知悉前條性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。且對於受害人之民事損害賠償方面，立法採行連帶賠償之立法模式，由雇主及行為人連帶負損害賠償責任。但雇主得以舉證免責，即雇主證明其已遵行本法所定之各種防治性騷擾之規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，雇主不負賠償責任。另訂定法院之衡平裁量原則，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，得斟酌雇主與被害人之經濟狀況，令雇主為全部或一部之損害賠償。然兩性工作平等法第 12 條第 2 款規定之交換式性騷擾情形，就雇主本身即為侵害之行為人時，除了有民事損害賠償責任外，卻無相關之應採取立即有效之糾正及補救措施。

第三款 性騷擾之僱用人責任

另參照性騷擾防治法第 7 條規定機關、部隊、學校、機構或僱用人，應防治性騷擾行為之發生。於知悉有性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。前項組織成員、受僱人或受服務人員人數達十人以上者，應設立申訴管道協調處理；其人數達三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施，並公開揭示之。為預防與處理性騷擾事件，中央主管機關應訂定性騷擾防治之準則；其內容應包括性騷擾防治原則、申訴管道、懲處辦法、教育訓練方案及其他相關措施。同法第 8 條規定前條所定機關、部隊、學校、機構或僱用人應定期舉辦或鼓勵所屬人員參與防治性騷擾之

相關教育訓練。同法第 10 條規定機關、部隊、學校、機構、僱用人對於在性騷擾事件申訴、調查、偵查或審理程序中，為申訴、告訴、告發、提起訴訟、作證、提供協助或其他參與行為之人，不得為不當之差別待遇。違反前項規定者，負損害賠償責任。同法第 11 條規定受僱人、機構負責人利用執行職務之便，對他人為性騷擾，依第九條第二項對被害人為回復名譽之適當處分時，雇主、機構應提供適當之協助。學生、接受教育或訓練之人員於學校、教育或訓練機構接受教育或訓練時，對他人為性騷擾，依第九條第二項對被害人為回復名譽之適當處分時，學校或教育訓練機構應提供適當之協助。同法第 20 條規定對他人為性騷擾者，由直轄市、縣（市）主管機關處新臺幣一萬元以上十萬元以下罰鍰。同法第 21 條規定對於因教育、訓練、醫療、公務、業務、求職或其他相類關係受自己監督、照護之人，利用權勢或機會為性騷擾者，得加重科處罰鍰至二分之一。同法第 25 條規定意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。前項之罪，須告訴乃論

由上開立法觀之，性騷擾方面其適用之對象擴及機關、部隊、學校、機構或僱用人，且上開機構或僱用人應定期舉辦或鼓勵所屬人員參與防治性騷擾之相關教育訓練。對於在性騷擾事件申訴、調查、偵查或審理程序中，為申訴、告訴、告發、提起訴訟、作證、提供協助或其他參與行為之人，不得為不當之差別待遇，違反前項規定者，負損害賠償責任。此外對於交換式性騷擾之情形，即機構負責人利用執行職務之便，對他人為性騷擾，依第九條第二項對被害人為回復名譽之適當處分時，雇主、機構應提供適當之協助。學生、接受教育或訓練之人員於學校、教育或訓練機構接受教育或訓練時，對他人為性騷擾，依第九條第二項對被害人為回復名譽之適當處分時，學校或教育訓練機構應提供適

當之協助。同法第 25 條有特別刑法之規定，對於有身體接觸的性騷擾，可得處 2 年以下有期徒刑。

可見，性騷擾防治法之規定較為完備。解釋上，性騷擾防治法係屬特別法，應優先適用，而有關損害賠償部分，性騷擾防治法並無規定，則適用兩性工作平等法之規定，但此等損害賠償之規定，係以在職場工作為限，如非在職場工作之性騷擾，有關損害賠償則適用民法第 184 條之規定，自無法由雇主與行為人連帶負賠償責任。

【例解】

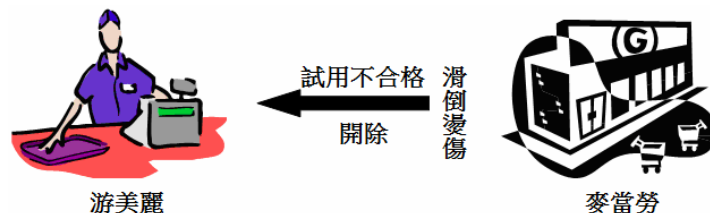
參照性騷擾防治法第 2 條規定本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，而有文字、聲音之方式，或有或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行者。因此，本例中，被分派工作員工不滿之情緒反應，甚至有私下以三字經為反應其不滿，或為口頭禪之行為，實已構成性騷擾之行為，參照兩性工作平等法第 13 條規定雇主應防治性騷擾行為之發生。其僱用受僱者三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示。陳小珍得以向雇主申訴，雇主應採行立即有效之糾正及補救措施。如陳小珍受有損害時，依照前開法律同法第 27 條規定亦得向雇主及行為人請求連帶賠償，

另該公司客戶王大明見四下無人，便趁機找陳小珍搭訕聊天，並拉陳小珍之手，且碰觸陳小珍之肩膀及臀部，並宣稱開發票要含『睡』哦等行為，兩性工作平等法第 12 條規定本法所稱性騷擾，謂下列二款情形之一、受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅

迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現，即有所謂敵意環境性騷擾（hostile environment harassment）情形。除了得以上述兩性工作平等法規定提出申訴外，雇主應依照陳小珍之申訴，儘速協助處理之外，參照性騷擾防治法第 25 條有特別刑法之規定，對於有身體接觸的性騷擾，可得處 2 年以下有期徒刑，得以向偵查機關提起告訴。

第六項 勞工安全衛生

案例六：游美麗利用暑假到麥當勞去打工，公司指派擔任炸雞塊之工作，並得輪班夜間之工作，由於不熟悉機器之操作程序及工作環境地板濕滑，且公司未給予適當之教育訓練之故，致不小心滑倒燙傷右手，公司便以試用不合格，立即開除。又如游美麗於上班途中，騎機車不慎跌倒致有右小腿骨折受傷，一個月無法到公司上班。



第一款 勞工安全衛生之保障

參照勞動基準法第 8 條規定雇主對於僱用之勞工，應預防職業上災害，建立適當之工作環境及福利設施。其有關安全衛生及福利事項，依有關法律之規定。而有關勞工安全衛生之適用對象，依該法第 2 條第 1 項規定本法所稱勞工，謂受僱從事工作獲致工資者。範圍較為廣泛。同法第 5 條規定雇主對左列事項應有符

合標準之必要安全衛生設備一、防止機械、器具、設備等引起之危害。二、防止爆炸性、發火性等物質引起之危害。三、防止電、熱及其他之能引起之危害。四、防止採石、採掘、裝卸、搬運、堆積及採伐等作業中引起之危害。五、防止有墜落、崩塌等之虞之作業場所引起之危害。六、防止高壓氣體引起之危害。七、防止原料、材料、氣體、蒸氣、粉塵、溶劑、化學物品、含毒性物質、缺氧空氣、生物病原體等引起之危害。八、防止輻射線、高溫、低溫、超音波、噪音、振動、異常氣壓等引起之危害。九、防止監視儀表、精密作業等引起之危害。十、防止廢氣、廢液、殘渣等廢棄物引起之危害。十一、防止水患、火災等引起之危害。雇主對於勞工就業場所之通道、地板、階梯或通風、採光、照明、保溫、防濕、休息、避難、急救、醫療及其他為保護勞工健康及安全設備應妥為規劃，並採取必要之措施。前二項必要之設備及措施等標準，由中央主管機關定之。同法第 6 條規定雇主不得設置不符中央主管機關所定防護標準之機械、器具，供勞工使用。同法第 7 條第 1 項規定雇主對於經中央主管機關指定之作業場所應依規定實施作業環境測定；對危險物及有害物應予標示，並註明必要之安全衛生注意事項。

另有關各種特殊情形之勞工安全衛生之管理，行政院勞工委員會亦頒佈有林場安全衛生設施規則、碼頭裝卸安全衛生設施標準、勞工安全設施規則、勞工安全衛生教育訓練規則、營造安全衛生設施標準、工業安全衛生標示設置準則、高壓氣體勞工安全規則、勞工安全衛生組織管理及自動檢查辦法等相關法令。

第二款 女工及童工之保障

勞工安全衛生法第 20 條規定雇主不得使童工從事左列危險性或有害性工作：一、坑內工作。二、處理爆炸性、引火性等物質之工作。三、從事鉛、汞、鉻、砷、黃磷、氯氣、氰化氫、苯胺

等有害物散布場所之工作。四、散布有害輻射線場所之工作。五、有害粉塵散布場所之工作。六、運轉中機器或動力傳導裝置危險部分之掃除、上油、檢查、修理或上卸皮帶、繩索等工作。七、超過二百二十伏特電力線之銜接。八、已熔礦物或礦渣之處理。九、鍋爐之燒火及操作。十、鑿岩機及其他有顯著振動之工作。十一、一定重量以上之重物處理工作。十二、起重機、人字臂起重桿之運轉工作。十三、動力捲揚機、動力運搬機及索道之運轉工作。十四、橡膠化合物及合成樹脂之滾輾工作。十五、其他經中央主管機關規定之危險性或有有害性之工作。前項危險性或有有害性工作之認定標準，由中央主管機關定之。同法第 21 條規定雇主不得使女工從事左列危險性或有有害性工作：一、坑內工作。二、從事鉛、汞、鉻、砷、黃磷、氯氣、氰化氫、苯胺等有害物散布場所之工作。三、鑿岩機及其他有顯著振動之工作。四、一定重量以上之重物處理工作。五、散布有害輻射線場所之工作。六、其他經中央主管機關規定之危險性或有有害性之工作。前項第五款之工作對不具生育能力之女工不適用之。第一項危險性或有有害性工作之認定標準，由中央主管機關定之。第一項第一款之工作，於女工從事管理、研究或搶救災受害者，不適用之。同法第 22 條規定雇主不得使女工從事左列危險性或有有害性工作：一、坑內工作。二、從事鉛、汞、鉻、砷、黃磷、氯氣、氰化氫、苯胺等有害物散布場所之工作。三、鑿岩機及其他有顯著振動之工作。四、一定重量以上之重物處理工作。五、散布有害輻射線場所之工作。六、其他經中央主管機關規定之危險性或有有害性之工作。前項第五款之工作對不具生育能力之女工不適用之。第一項危險性或有有害性工作之認定標準，由中央主管機關定之。

此外，對於女性勞工夜間工作場所之安全衛生，依據事業單位僱用女性勞工夜間工作場所必要之安全衛生設施標準，雇主對於通道、地板、階梯等，應保持不致使勞工跌倒、滑倒、踩傷等

之安全狀態，或採取必要之預防措施。雇主設置之安全門及安全梯，於夜間工作時間內不得上鎖，其通道不得堆置物品。雇主設置之安全門及安全梯，於夜間工作時間內不得上鎖，其通道不得堆置物品。雇主對於工作場所之出入口、樓梯、通道、安全門、安全梯、廁所及停車場等夜間工作可能前往之場所，應有適當之照明。雇主對於工作場所應使空氣充分流通，必要時，應以機械通風設備換氣。雇主應提供保全、守衛或電子監視裝備等必要之安全措施及設備，以確保夜間工作之女性勞工人身之安全。

第三款 試用期間之問題

勞動基準法制訂之初，曾於施行細則第 6 條第 3 項規定：「勞工之試用期間不得超過四十日」，但之後修法之時卻將之刪除。現行法令並未有試用期間之相關規定。則有關試用期間之長短，依照契約自由之精神及是否合理為斷。固然，雇主得以認為受僱人試用期滿不合格，或試用期間即認為不合格，而予以解雇，但有關勞工之權益與正式之勞工並無差別，有關解雇之程序，仍須依照勞基法第 11 條第 5 款規定終止勞動契約，且必須給付該勞工資遣費²⁸。實務上，參照臺灣高等法院 92 年勞上字第 20 號判決，則認為以民法第 148 條規定之權利是否濫用，為判斷雇主解雇適用勞工之正當性，在試用期間發現勞工不勝任，或試用期滿經考核不合格，在雙方均未有濫用權利之情形下，得雇主任意終止勞動契約。

第四款 職業災害

職業災害之認定基準，學說上係採用「職務執行性」及「職

²⁸ 鄭津津前揭書，頁 24。

務起因性」兩種基準，分述如下。

第一目 職務執行性

職務執行性係指災害是在勞工執行職務的過程中所發生的，亦即在雇主指揮下提供勞務實所發生之災害。其情形有在雇主指揮管理下執行職務，而在事業單位場所內工作者。在雇主指揮管理下，雖未從事工作，但於作業開始前，或休息時間時在工作場所設施內之自由活動期間，亦屬之。甚至依照雇主之指揮管理而出差，或往來途中用餐、如廁等，均屬之²⁹。

第二目 職務起因性

職務起因性係指勞工的工作與職業災害之間，具有因果關係，其認定之基準有下列幾項：一、勞工在雇主指揮管理下從事工作而發生災害時，如認定有職務起因性且無其他反證，也不違反經驗法則，可認為職業災害。二、勞工在雇主指揮管理下，雖然並未從事工作，若災害之發生可證明事由於雇主的設施或管理所造成者。三、原因不明之災害，如以認定具有職務執行性，於不違反經驗法則下，可以推定有職務起因性。

第三目 無過失責任主義

有關職業災害之補償制度，係採行無過失責任主義之原則，職業災害補償乃對受到『與工作有關傷害』之受僱人，提供及時有效之薪資利益、醫療照顧及勞動力重建措施之制度，使受僱人及受其扶養之家屬不致陷入貧困之境，造成社會問題，其宗旨非在對違反義務、具有故意過失之雇主加以制裁或課以責任，而係維護勞動者及其家屬之生存權，並保存或重建個人及社會之勞動力凡雇主對於業務上災害之發生，不問其主觀上有無故意過失，

²⁹ 鄭津津前揭書，頁 276。

皆應負補償之責任，受僱人縱使與有過失，亦不減損其應有之權利³⁰。

第五款 上班途中之車禍是否屬於職業災害或職業傷害

由於勞動基準法第 59 條有關雇主應負之職業災害補償與勞工保險條例第 34 條第 1 項之勞工保險局應給付勞工職業傷害補償或職業病補償之適用範圍、給付義務人、有關職業災害與職業傷害之定義均不相同，勞動基準法及勞工安全衛生法係在規範資方即雇主之責任，而勞工保險條例係在規定保險人即勞工保險局對被保險人之勞工有關勞保給付之範圍，二法之立法目的，並非相同

³⁰ 參照最高法院 95 年台上字第 2542 號判決：「勞基法第五十九條之補償規定，係為保障勞工，加強勞、雇關係、促進社會經濟發展之特別規定，性質上非屬損害賠償。且按職業災害補償乃對受到『與工作有關傷害』之受僱人，提供及時有效之薪資利益、醫療照顧及勞動力重建措施之制度，使受僱人及受其扶養之家屬不致陷入貧困之境，造成社會問題，其宗旨非在對違反義務、具有故意過失之雇主加以制裁或課以責任，而係維護勞動者及其家屬之生存權，並保存或重建個人及社會之勞動力，是以職業災害補償制度之特質係採無過失責任主義，凡雇主對於業務上災害之發生，不問其主觀上有無故意過失，皆應負補償之責任，受僱人縱使與有過失，亦不減損其應有之權利。原審謂：職業災害之成立，必須在勞工所擔任之『業務』與『災害』之間有密接關係存在，即造成職業災害之原因，須雇主可得控制之危害始有適用，若危險發生之原因非雇主可控制之因素所致，自不宜過份擴張職業災害認定之範圍，否則無異加重雇主之責任，而減少企業之競爭力，同時亦有礙社會之經濟發展云云，自屬可議。」

。則勞工於上班途中發生之車禍意外，是否屬於職業災害或屬於職業傷害。參照臺灣高等法院 87 年勞上字第 13 號判決：「本件交通事故，參酌前開勞工安全衛生法有關職業災害之定義，上訴人林○珍之夫丁○傑因車禍受傷害致死，既非因就業場所之設備等、或作業活動及職業上原因引起之傷害，而係於執行業務前所發生，縱係在上班途中因交通事故而發生，該交通事故之發生已脫離雇主即被上訴人有關勞務實施之危險控制範圍，依前所述，自非所謂之職業災害。」即採否定之見解。

然參照勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第 4 條規定被保險人上、下班，於適當時間，從日常居、住處所往返就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，視為職業傷害。被保險人為夜校學生或建教合作班學生，於上、下班直接往返學校與就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，亦同。實務上，最高法院 81 年台上字第 2985 號判決：「按勞工遭遇職業災害而死亡時，雇主除給與五個月平均工資之喪葬費外，並應一次給與其遺屬四十個月平均工資之死亡補償，其遺屬以配偶及子女為第一順位受領者，勞動基準法第五十九條第四款定有明文。所謂職業災害，不以勞工於執行業務時所生災害為限，亦應包括勞工準備提出勞務之際所受災害。是故上班途中遭遇車禍而傷亡，應可視為職業災害。行政院勞工委員會依勞工保險條例第三十四條第二項規定訂定之勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第四條即明定：『被保險人上下班，於適當時間，以適當交通方法，從日常居、住處所往返就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，視為職業傷害』」，則認為屬於職業傷害。依照勞工保險條例第 34 條規定被保險人因執行職務而致傷害或職業病不能工作，以致未能取得原有薪資，正在治療中者，自不能工作之第四日起，發給職業傷害補償費或職業病補償費。」行政院勞工委員會 93 年 02 月 03 日勞保三 字第 0930003370 號函示：「勞工保險被保險人為

日間部學生，其於上、下班直接往返學校與就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，如無勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第十八條規定各款情事者，得視為同準則第四條之職業傷害。」

第六款 職業災害是否可以解雇勞工

職業災害勞工保護法第 23 條規定非有下列之情形之一者，雇主不與職業災害終止勞動契約：一、歇業或重大虧損，報經主管機關核定者。二、職業災害勞工經醫療終止後，經公立醫療機構認定心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。三、因天災、事變或其他不可抗力因素，致事業不能繼續經營，報經主管機關核定者。同法第 24 條規定有下列情形之一者，職業災害勞工得終止勞動契約：一、經公立醫療機構認定心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。二、事業單位改組或轉讓，致事業單位消滅者。三、雇主未依第二十七條規定辦理者。四、對雇主依第二十七條規定安置之工作未能達成協議者。同法第 27 條：「職業災害勞工經醫療終止後，雇主應按其健康狀況及能力，安置適當之工作，並提供其從事工作必要之輔助設施。」

是以，發生職業災害之時，雇主是否可以解雇勞工，則必須經由公立醫療機構認定心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者，或因天災、事變或其他不可抗力因素，致事業不能繼續經營，報經主管機關核定者，始能解雇勞工。

第七款 雇主責任

第一目 勞基法之補償責任

發生職災之時，雇主依照勞基法規定，有補償醫療費用、工資、殘障給付及喪葬費用之責任。參照勞基法第 59 條第 1 項第 1

款規定勞工受傷或罹患職業病時，雇主應補償其必需之醫療費用。同法第 2 款規定勞工在醫療中不能工作時，雇主應按其原領工資數額予以補償。但醫療期間屆滿二年仍未能痊癒，經指定之醫院診斷，審定為喪失原有工作能力，且不合第三款之殘廢給付標準者，雇主得一次給付四十個月之平均工資後，免除此項工資補償責任。同法第 3 款規定勞工經治療終止後，經指定之醫院診斷，審定其身體遺存殘廢者，雇主應按其平均工資及其殘廢程度，一次給予殘廢補償。同法第 4 款規定勞工遭遇職業傷害或罹患職業病而死亡時，雇主除給與五個月平均工資之喪葬費外，並應一次給與其遺屬四十個月平均工資之死亡補償。

第二目 侵權行為責任

參照職業災害勞工保護法第 7 條規定勞工因職業災害所致之損害，雇主應負賠償責任，但雇主能證明無過失者，不在此限。此項規定係為民法第 184 條第 2 項規定之特別規定，亦可與上開民法規定構成請求權競合之情形。

【例解】

參照勞動基準法第 8 條規定雇主對於僱用之勞工，應預防職業上災害，建立適當之工作環境及福利設施。有關勞工安全衛生之適用對象，依該法第 2 條第 1 項規定本法所稱勞工，謂受僱從事工作獲致工資者。範圍較為廣泛。同法第 5 條規定雇主對左列事項應有符合標準之必要安全衛生設備一、防止機械、器具、設備等引起之危害。二、防止爆炸性、發火性等物質引起之危害...等規定。對於女性勞工夜間工作場所之安全衛生，依據事業單位僱用女性勞工夜間工作場所必要之安全衛生設施標準，雇主對於通道、地板、階梯等，應保持不致使勞工跌倒、滑倒、踩傷等之安全狀態，或採取必要之預防措施。因此，本例中公司未盡勞工

安全衛生之教育，與維護勞工工作場所安全衛生之責任，造成勞工之職業傷害，雇主即有過失，勞工得依照民法第 184 條第 2 項保護他人法令之規定，請求損害賠償，就所受之傷害致減少勞動能力及增加生活上之負擔，請求雇主賠償。且本例雇主違法解雇勞工，仍須依照勞基法第 11 條第 5 款規定終止勞動契約，且必須給付該勞工資遣費，是以游美麗亦得請求賠償工資之損害及資遣費。

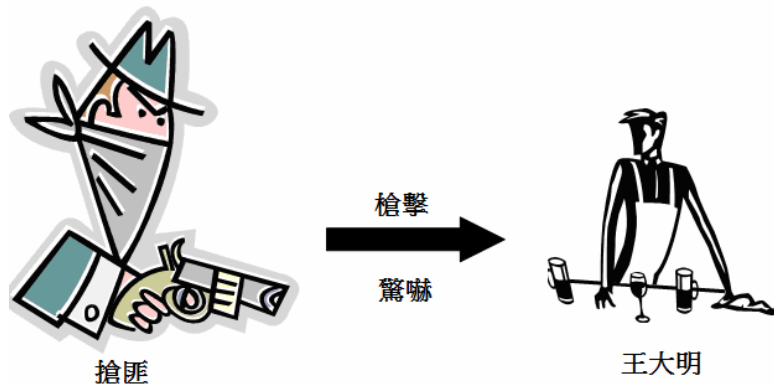
有關職業災害之補償制度，係採行無過失責任主義之原則，職業災害補償乃對受到『與工作有關傷害』之受僱人，提供及時有效之薪資利益、醫療照顧及勞動力重建措施之制度，使受僱人及受其扶養之家屬不致陷入貧困之境，造成社會問題，其宗旨非在對違反義務、具有故意過失之雇主加以制裁或課以責任，而係維護勞動者及其家屬之生存權，並保存或重建個人及社會之勞動力凡雇主對於業務上災害之發生，不問其主觀上有無故意過失，皆應負補償之責任。但本例於上班途中發生車禍，是否屬於職業災害，實務上係採否定之見解。

惟參照勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第 4 條規定被保險人上、下班，於適當時間，從日常居、住處所往返就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，視為職業傷害。被保險人為夜校學生或建教合作班學生，於上、下班直接往返學校與就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，即採屬於職業傷害。行政院勞工委員會依勞工保險條例第三十四條第二項規定訂定之勞工保險被保險人因執行職務而致傷病審查準則第四條即明定：『被保險人上下班，於適當時間，以適當交通方法，從日常居、住處所往返就業場所之應經途中發生事故而致之傷害，視為職業傷害』，則認為屬於職業傷害。依照勞工保險條例第 34 條規定被保險人因執行職務而致傷害或職業病不能工作，以致未能取得原有薪資，正在治療中者，自不能工作之第四日起，發給職業傷害補

償費或職業病補償費。」是以，游美麗得請求發給職業傷害之補償費，尚不得請求職業災害之給付。

第七項 勞工保險制度

案例七：王大明在 7-11 打工，一日大夜班時遇到搶匪搶劫超商，遭受搶匪以改造手槍槍擊，經送醫後並無大礙。但王大明受此驚嚇，卻是罹患嚴重之精神官能症，始終無法治癒，並領有身心障礙手冊。試問可否請領勞保給付？如果王大明因此而失業，無法繼續工作，是否可以領請失業給付或失業津貼？



第一款 勞工保險概述

勞工提供勞務服務，就勞工之權益保障方面，有薪資、生育、傷病、醫療、殘廢、失業、老年、傷病、醫療、殘廢及死亡等事項之需求。上開有關勞工的保障事項，大致上可以區分為一般事故給付、職業災害給付，以及失業之薪資保障等三方面。我國法制上，勞工保險的疾病或職業災害之傷病，除了有全民健保之疾病醫療之外，尚有勞工保險之疾病與職業傷病之保險，勞工於罹患疾病或職業傷病時，可選擇以勞保或健保就醫，此部分係有重疊之處。而失業之薪資保險，則由 96 年 1 月 29 日勞工就業保

險所規範，提供勞工失業之薪資保障。上開勞保、健保及失業保險均屬於強制性保險，凡具有一定資格之雇主與勞工均必須參加勞工保險及就業保險。

第二款 勞保承保範圍

凡年滿十五歲以上，六十歲以下之左列勞工，應以其雇主或所屬團體或所屬機構為投保單位，全部參加勞工保險為被保險人：一、受僱於僱用勞工五人以上之公、民營工廠、礦場、鹽場、農場、牧場、林場、茶場之產業勞工及交通、公用事業之員工。二、受僱於僱用五人以上公司、行號之員工。三、受僱於僱用五人以上之新聞、文化、公益及合作事業之員工。四、依法不得參加公務人員保險或私立學校教職員保險之政府機關及公、私立學校之員工。五、受僱從事漁業生產之勞動者。六、在政府登記有案之職業訓練機構接受訓練者。七、無一定雇主或自營作業而參加職業工會者。八、無一定雇主或自營作業而參加漁會之甲類會員。前項規定，於經主管機關認定其工作性質及環境無礙身心健康之未滿十五歲勞工亦適用之。同法第 8 條第 1 項規定：左列人員得準用本條例之規定，參加勞工保險：一、受僱於第六條第一項各款規定各業以外之員工。二、受僱於僱用未滿五人之第六條第一項第一款至第三款規定各業之員工。三、實際從事勞動之雇主。四、參加海員總工會或船長公會為會員之外僱船員。是以，除非有上述第 8 條第 1 項規定之情形者，雇主或勞工得以不參加勞工保險外，凡屬第 6 條第 1 項規定之年滿十五歲以上六十歲以下之勞工，均屬強制加保之對象。而有關勞保之給付項目參照同法第 2 條規定：勞工保險分左列二項：一、普通事故保險：分生育、傷病、醫療、殘廢、失業、老年及死亡七種給付。二、職業災害保險：分傷病、醫療、殘廢及死亡四種給付。

第三款 失業保險

依照 96 年 1 月 29 日頒佈之就業保險法第 5 條規定年滿十五歲以上，六十歲以下，受僱之本國籍勞工，應以其雇主或所屬機構為投保單位，參加本保險為被保險人。但下列人員不得參加本保險：一、依法應參加公教人員保險或軍人保險者。二、已領取勞工保險老年給付或公教人員保險養老給付者。三、受僱於依法免辦登記且無核定課稅或依法免辦登記且無統一發票購票證之雇主或機構者。受僱於二個以上雇主者，得擇一參加本保險。同法第 10 條第 1 項規定本保險之給付，分下列四種：一、失業給付。二、提早就業獎助津貼。三、職業訓練生活津貼。四、失業之被保險人及隨同被保險人辦理加保之眷屬全民健康保險保險費補助。但請領失業給付及津貼給付之條件，參照同法第 11 條第 1 項規定，則有條件如下：一、失業給付：被保險人於非自願離職辦理退保當日前三年內，保險年資合計滿一年以上，具有工作能力及繼續工作意願，向公立就業服務機構辦理求職登記，自求職登記之日起十四日內仍無法推介就業或安排職業訓練。二、提早就業獎助津貼：符合失業給付請領條件，於失業給付請領期限屆滿前受僱工作，並參加本保險三個月以上。三、職業訓練生活津貼：被保險人非自願離職，向公立就業服務機構辦理求職登記，經公立就業服務機構安排參加全日制職業訓練。

有關本法尚未施行前，勞工並未領滿 6 個月失業給付，且投保未滿一年是否得以請領 6 個月之失業給付？中央主管機關則認為查依原勞工保險失業給付實施辦法第十條規定，失業給付之發給期間以六個月為限。每次領取失業給付後，其失業給付繳費年資應重行起算。就業保險法實施後，依同法第十一條規定，失業給付之請領條件為，被保險人於非自願離職辦理退保當日前三年內，保險年資合計滿一年以上，具有工作能力及繼續工作意願，向公立就業服務機構辦理求職登記，自求職登記之日起十四日內

仍無法推介就業或安排職業訓練，始予給付。本案被保險人在勞工保險失業給付實施辦法適用期間領取失業給付，失業給付繳費年資已歸零起算，其於就業保險施行後，應依規定參加本保險年資合滿一年以上，再次非自願離職者，始得再請領失業給付。(行政院勞工委員會 92 年 2 月 26 日勞保一字第 09200007077 號函)

第四款 身心障礙給付

由於勞工保險條例第 2 條第 2 款規定：職業災害保險：分傷病、醫療、殘廢及死亡四種給付。由於殘廢給付之用語不符合身心障礙者權益保護法之用語，修正草案擬修正為身心障礙給付。所謂身心障礙之定義，參照同法第 5 條係下列各款身體系統構造或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響其活動與參與社會生活，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙證明者：一、神經系統構造及精神、心智功能。二、眼、耳及相關構造與感官功能及疼痛。三、涉及聲音與言語構造及其功能。四、循環、造血、免疫與呼吸系統構造及其功能。五、消化、新陳代謝與內分泌系統相關構造及其功能。六、泌尿與生殖系統相關構造及其功能。七、神經、肌肉、骨骼之移動相關構造及其功能。八、皮膚與相關構造及其功能。因此，及具有上開法律規定身心功能障礙，並領有身心障礙手冊者，即得以請領身心障礙給付。

有關身心障礙之給付標準，則參照行政院勞工委員會 92 年 11 月 11 日勞保 3 字第 0920062032 號函，就職業災害勞工保護法定支各項津貼係屬勞工保險之補充性保障措施，因此，職業災害勞工補助及核發辦法第 3 條爰規定，依職業災害勞工保護法第 8 條第 1 項第 2 款規定申請生活津貼者，必須於請領勞工保險職業災害傷病給付期滿，經醫師診斷喪失部分或全部工作能力，身體遺存障害，適合勞工保險殘廢給付標準表第 1 等級至第 7 等級規

定之項目者，始得檢附相關證明文件向勞工保險局申請。即以勞工保險局所頒佈之勞工保險殘廢給付標準表第 1 等級至第 7 等級為依據。

【例解】

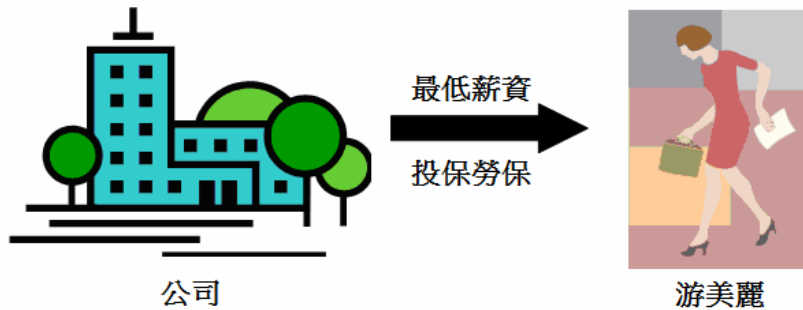
由於勞工保險條例第 2 條第 2 款規定：職業災害保險：分傷病、醫療、殘廢及死亡四種給付。由於殘廢給付之用語不符合身心障礙者權益保護法之用語，修正草案擬修正為身心障礙給付。所謂身心障礙之定義，參照同法第 5 條係下列各款身體系統構造或功能，有損傷或不全導致顯著偏離或喪失，影響其活動與參與社會生活，經醫事、社會工作、特殊教育與職業輔導評量等相關專業人員組成之專業團隊鑑定及評估，領有身心障礙證明者：一、神經系統構造及精神、心智功能。因此，及具有上開法律規定身心功能障礙，並領有身心障礙手冊者，即得以請領身心障礙給付，王大明自得請求勞保給付之身心障礙給付。

依照 96 年 1 月 29 日頒佈之就業保險法第 5 條規定年滿十五歲以上，六十歲以下，受僱之本國籍勞工，應以其雇主或所屬機構為投保單位，參加本保險為被保險人。如果王大明有參加本項之失業保險，則可以依照前開法律第 10 條第 1 項規定本保險之下列給付：一、失業給付。二、提早就業獎助津貼。三、職業訓練生活津貼。勞工保險失業給付實施辦法第十條規定，失業給付之發給期間以六個月為限。

第八項 強制投保及薪資問題

案例八：游美麗每月薪資有 22,280 元，公司卻於投保勞保時以最低薪資 17,280 元申報。試問，游美麗如何主張權利？或游美麗於 96 年 1 月 1 日到職，公司卻於試用期滿三個月後之 4 月 1 日始

為伊投保勞工保險，則如何？如果游美麗自願不參加勞工保險，或公司強迫伊簽署不參加勞工保險，是否違法？



第一款 強制投保之義務

參照勞工保險條例第 6 條規定凡年滿十五歲以上，六十歲以下之左列勞工，應以其雇主或所屬團體或所屬機構為投保單位，全部參加勞工保險為被保險人：一、受僱於僱用勞工五人以上之公、民營工廠、礦場、鹽場、農場、牧場、林場、茶場之產業勞工及交通、公用事業之員工。二、受僱於僱用五人以上公司、行號之員工。三、受僱於僱用五人以上之新聞、文化、公益及合作事業之員工。四、依法不得參加公務人員保險或私立學校教職員保險之政府機關及公、私立學校之員工。五、受僱從事漁業生產之勞動者。六、在政府登記有案之職業訓練機構接受訓練者。七、無一定雇主或自營作業而參加職業工會者。八、無一定雇主或自營作業而參加漁會之甲類會員。同法第 10 條第 1 項規定各投保單位應為其所屬勞工，辦理投保手續及其他有關保險事務，並備僱用員工或會員名冊。同法第 11 條前段規定符合第六條規定之勞工，各投保單位應於其所屬勞工到職、入會、到訓、離職、退會、結訓之當日，列表通知保險人；其保險效力之開始或停止，均自應為通知之當日起算。但投保單位非於勞工到職、入會、到訓之當日列表通知保險人者，除依本條例第七十二條規定處罰外，其保險效力之開始，均自通知之翌日起算。是以，雇主應於勞工

到職當日，依照實際支領之薪資，向勞工保險局投保申報勞工保險。本法規定係為保障勞工生活，促進社會安全所訂定。而受僱勞工是否有依法強制納保之規定，即是否可以不參加勞工保險，同法第 8 條規定左列人員得準用本條例之規定，參加勞工保險：一、受僱於第六條第一項各款規定各業以外之員工。二、受僱於僱用未滿五人之第六條第一項第一款至第三款規定各業之員工。三、實際從事勞動之雇主。四、參加海員總工會或船長公會為會員之外僱船員。亦即上開法律規定之人員，可以決定是否參加勞工保險，若非上開之明示人員，即無決定是否參加勞保之選擇餘地。

第二款 投保薪資

投保薪資是由投保單位按被保險人之月薪資總額，依照勞工保險投保薪資分級表的規定，申報投保的薪資。有關勞工保險條例第 33 條、第 34 條所稱「原有薪資」應指同條例第十四條所訂「月薪資總額。」另本會七十八年九月十五日台七十八勞保一字第二二九五〇號令修正發布之勞工保險條例施行細則第三十六條規定，月薪資總額應以勞動基準法第二條第三款規定之工資為準；其每月收入不固定者，以最近三個月收入之平均為準；實物給與按政府公布之價格折為現金計算。又勞動基準法中所稱工資，依該法第二條第三款規定，係指因工作而獲得之報酬及其他不論任何名義之經常性給與均屬之。（行政院勞工委員會 78 年 10 月 3 日台七十八勞保一字第二四三五八號函）；有關休假補助費是否為薪資？主管機關認為按勞工保險條例第十四條規定，投保單位應按被保險人之月薪總額，依投保薪資分級表之規定申報投保薪資，另依同條施行細則第三十二條規定之月薪總額，係以勞動基準法第二條第三款規定之工資為準。查「休假補助費」係為鼓勵休假而發給，非因勞工因工作而獲得報酬，故非屬前開勞動基準法

所稱之工資，自不得併入月薪資總額申報勞保投保薪資。(行政院勞工委員會民國 90 年 06 月 12 日(90)台勞保二字第 0025534 號函)；此外，年終獎金是否屬於薪資之一部分？主管機關認為勞工保險月薪資總額之認定，係以勞動基準法規定之工資為準，年終獎金及依年終考核發給之考成獎金屬勞動基準法施行細則第十條之非經常性給與，不得併入月薪資總額申報勞保投保薪資。又勞保給付係屬公法上之給付，不應由勞資雙方協商議定是否將年終獎金或考成獎金等非經常性給與併入投保薪資計算。惟本會八十九年十一月十四日台八十九勞保二字第〇〇四五六六二號函示生效前已將年終獎金及考成獎金併入申報勞保投保薪資之投保單位，於該函示生效後仍繼續併入申報者，為維持法律秩序之安定性及被保險人之給付權益，得繼續辦理。另於八十九年十一月十四日至九十年二月二十三日期間，如投保單位將原有併入年終獎金及考成獎金申報投保薪資之被保險人，依上開函示未予納入申報者，得予納入勞保投保薪資申報。(行政院勞工委員會 91 年 11 月 28 日勞保二字第 0910060621 號函)

第三款 義務違反之侵權行為責任

由於勞工保險條例第 10 條規定各投保單位應為其所屬員工辦理參加勞工保險手續及其他有關保險事務，而勞工月投保薪資之申報係屬有關勞工保險之事務，應由投保單位辦理。上開法律規定解釋上為民法第 184 條第 2 項規定之保護他人之法令，雇主故意不為投保或遲延投保或薪資以多報少之情形，自應賠償勞保給付不足之責任。參照最高法院 72 年台上字第 369 號判決：「依勞工保險條例第六條之規定（相當舊條例第八條及該條例施行細則第十條第十三條第一項），凡符合該條規定之勞工，應以其雇主或所屬團體為抗保單位全部參加勞工保險。又同條例第十條（相當舊條例第十二條）規定各投保單位應為其所屬員工辦理參加勞

工保險手續及其他有關保險事務，而勞工月投保薪資之申報係屬有關勞工保險之事務，應由投保單位辦理，觀同條例第十四條第一項第二項（相當舊條例第十七條）之意旨亦可明瞭，至投保單位將投保薪資金額以多報少，或以少報多，勞工因此受損失，應由投保單位賠償，同條例第七十二條第二項（相當舊條例施行細則第二十四條）復有明文規定。本件被上訴人係符合該條例第六條規定之勞工，上訴人居於雇主地位，自屬為被上訴人參加勞工保險之投保單位，上訴人將被上訴人投保薪資金額既以多報少，而致被上訴人受有老年人給付之差額損失。則依上開說明，被上訴人自得對之為賠償之請求。次查投保單位，依勞工保險條例第十條之規定，為其所屬員工辦理參加勞工保險手續及其他有關保險事務，其對國家言，固係履行公法上義務，然勞工保險與普通保險不同，同條例第六條規定勞工參加勞工保險，並以雇主或所屬團體為投保單位，係強制的，上開第十條法文，亦為硬性規定，是故該第十條之規定，應解釋為強行的契約法規之一種，勞工與投保單位之間，乃具有私法上之委任關係，從而勞工由同條例第七十二條第二項規定所取得對投保單位之損害賠償債權，自不能謂非因投保單位不履行債務而生之損害賠償請求權，依民法第一百二十五條規定，其消滅時效時期間為十五年。」

另外，參照勞工保險條例第 72 條第 2 項規定投保單位違背本條例規定，將投保薪資金額以多報少或以少報多者，自事實發生之日起，按其短報或多報之保險費金額，處以二倍罰鍰，並追繳其溢領給付金額。勞工因此所受損失，應由投保單位賠償之，亦得作為勞工求償之請求權基礎。

【例解】

參照勞工保險條例第 6 條規定凡年滿十五歲以上，六十歲以下之左列勞工，應以其雇主或所屬團體或所屬機構為投保單位，

全部參加勞工保險為被保險人。同法同法第 11 條前段規定符合第六條規定之勞工，各投保單位應於其所屬勞工到職、入會、到訓、離職、退會、結訓之當日，列表通知保險人；其保險效力之開始或停止，均自應為通知之當日起算此項規定屬於強制性投保，勞雇雙方不得約定不參加勞工保險。但同法第 8 條規定左列人員得準用本條例之規定，參加勞工保險：一、受僱於第六條第一項各款規定各業以外之員工。二、受僱於僱用未滿五人之第六條第一項第一款至第三款規定各業之員工。三、實際從事勞動之雇主。四、參加海員總工會或船長公會為會員之外僱船員。亦即上開法律規定之人員，可以決定是否參加勞工保險，若非上開之明示人員，即無決定是否參加勞保之選擇餘地。本例中雙方約定不參加勞工保險，即為違法。

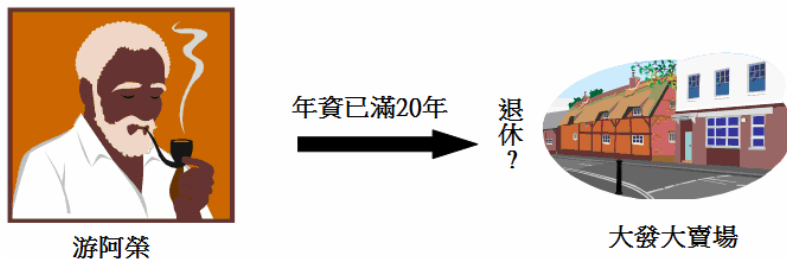
有關勞工之投保薪資係指由投保單位按被保險人之月薪資總額，依照勞工保險投保薪資分級表的規定，申報投保的薪資。有關勞工保險條例第 33 條、第 34 條所稱「原有薪資」應指同條例第十四條所訂「月薪資總額。」勞動基準法中所稱工資，依該法第二條第三款規定，係指因工作而獲得之報酬及其他不論任何名義之經常性給與均屬之。（行政院勞工委員會 78 年 10 月 3 日台七十八勞保一字第 24358 號函參照）由於勞工保險條例第 10 條規定各投保單位應為其所屬員工辦理參加勞工保險手續及其他有關保險事務，而勞工月投保薪資之申報係屬有關勞工保險之事務，應由投保單位辦理。上開法律規定解釋上為民法第 184 條第 2 項規定之保護他人之法令，雇主故意不為投保或遲延投保或薪資以多報少之情形，自應賠償勞保給付不足之責任（參照最高法院 72 年台上字第 369 號判決）。

參照勞工保險條例第 72 條第 2 項規定投保單位違背本條例規定，將投保薪資金額以多報少或以少報多者，或有延宕投保之申報者，自雇用事實發生之日起，按其短報或多報之保險費金額，

處以二倍罰鍰，並追繳其溢領給付金額。勞工因此所受損失，應由投保單位賠償之。

第九項 勞工退休金

案例九：游美麗之父親游阿榮在大發大賣場擔任經理職務，服務年資已滿 20 年，且今年已經 56 歲，可否申請退休？勞工退休金新制實施後，公司可否不為伊提撥退休金？大發公司員工有 200 人，是否可以採用年金退休制？如果游阿榮採則採用新制退休制度，其舊年資如何處理？



第一款 概說

有關勞工退休制度，法制上有勞動基準法之退休規定，以及勞工退休金條例之特別規定。勞工退休金條例係於 93 年 6 月 30 日所公布實施，最近係於 96 年 7 月 4 日修正。因此，有關勞工退休金屬於特別法，自有優先適用之情形。勞工退休金另有規定適用勞基法或並未有規定者，始適用勞動基準法之勞工退休規定。

第二款 勞工退休之條件

有關勞工得以退休之條件，依照勞基法第 53 條規定勞工有左

列情形之一者，得自請退休：一、工作十五年以上年滿五十五歲者。二、工作二十五年以上者。同法第 54 條規定之情形者，雇主得強制勞工退休，即勞工有一、年滿六十歲者。二、心神喪失或身體殘廢不堪勝任工作者。

如勞工退休金條例規定第 24 條第 1 項規定勞工年滿六十歲，工作年資滿十五年以上者，得請領月退休金。但工作年資未滿十五年者，應請領一次退休金。前項工作年資採計，以實際提繳退休金之年資為準。年資中斷者，其前後提繳年資合併計算。由於上開兩法之規定上有不同，則勞工退休金條例實施之前，已具有勞基法規定退休資格之勞工，得以選擇依照勞基法或勞工退休金條例之退休方式。如果勞工選擇舊制退休之後，在受僱人雇主時，即必須依照勞退新制規定，不得再選擇舊制。如果勞工選擇依照新制者，其舊制年資部分仍依照舊制計算年資，且以新制開始實施之時，按新制計算退休金。換言之，勞工如果有相當把握在年滿 55 歲時能在同一事業單位累積 15 年以上的年資，或能在同一事業單位繼續工作滿 25 年者，則選擇舊制退休較為有利。

第三款 退休金之提撥

勞動基準法第 56 條第 1 項規定雇主應按月提撥勞工退休準備金，專戶存儲，並不得作為讓與、扣押、抵銷或擔保之標的；其提撥之比率、程序及管理等等事項之辦法，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之。勞工退休金條例 14 條規定雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資百分之六。前項規定月提繳工資分級表，由中央主管機關擬訂，報請行政院核定之。勞工得在其每月工資百分之六範圍內，自願另行提繳退休金。勞工自願提繳部分，得自當年度個人綜合所得總額中全數扣除。依第七條第二項規定自願提繳退休金者，依前三項之規定辦理。是以，依照新法即勞工退休金條例之規定，係屬於強制提撥，且為勞

工退休金專屬之可攜帶型帳戶，對勞工之保障較優。

第四款 退休金之計算與領取

參照勞動基準法第 55 條規定勞工退休金之給與標準如左：一、按其工作年資，每滿一年給與兩個基數。但超過十五年之工作年資，每滿一年給與一個基數，最高總數以四十五個基數為限。未滿半年者以半年計；滿半年者以一年計。二、依第五十四條第一項第二款規定，強制退休之勞工，其心神喪失或身體殘廢係因執行職務所致者，依前款規定加給百分之二十。前項第一款退休金基數之標準，係指核准退休時一個月平均工資。而勞工退休金條例 23 條規定退休金之領取及計算方式如下：一、月退休金：勞工個人之退休金專戶本金及累積收益，依據年金生命表，以平均餘命及利率等基礎計算所得之金額，作為定期發給之退休金。二、一次退休金：一次領取勞工個人退休金專戶之本金及累積收益。勞工退休金條例第 24 條規定勞工年滿六十歲，工作年資滿十五年以上者，得請領月退休金。但工作年資未滿十五年者，應請領一次退休金。前項工作年資採計，以實際提繳退休金之年資為準。年資中斷者，其前後提繳年資合併計算。勞工不適用勞動基準法時，於有第一項規定情形者，始得請領。新制規定，所有的勞工在工作期間，不論工作如何變換，雇主都必須依員工的薪水比例進行提撥，並將提撥的退休金存於勞工個人退休帳戶內。而所有的勞工不論工作多久，在年滿六十歲後，皆可將帳戶內的金額以一次提領或是按月提領的方式取出。

上開兩法加以比較，勞退新制的精神，主要是讓勞工的年資和退休金帳戶可以帶著走，不會因轉換工作而泡湯。但事由於新法之強制提撥，加重企業的人事成本負擔，短期之內陸續出現幾件疑似變相資遣員工的爭議事件。

有關退休金的計算，勞退舊制以年資所累計的基數，乘上退

休前六個月的平均工資，即為退休金總額，由退休勞工一次領取。勞退新制則可以在年滿 60 歲，服務年資滿 15 年以上，得以請領月退休金。然而舊制則有年資累計以三十年，四十五個基數為上限，新制則無上限之限制。204 年 9 月通過的「勞工退休條例」新制規定雇主每月提撥勞工月薪的 6%，勞工每工作一年，便累積 0.72 個基數，沒有年資限制。這些錢必須存入勞工個人退休帳戶中，等到退休時，以累積基數，乘上工作期間的平均工資，再加上保證不低於銀行兩年定存利率孳息，就是個人帳戶可領到的勞退金。

此外，勞工退休金條例第 13 條為保障勞工之退休金，雇主應依選擇適用勞動基準法退休制度與保留適用本條例前工作年資之勞工人數、工資、工作年資、流動率等因素精算其勞工退休準備金之提撥率，繼續依勞動基準法第五十六條第一項規定，按月於五年內足額提撥勞工退休準備金，以作為支付退休金之用。

第五款 年資之保留

勞工退休金條例第 11 條規定本條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於本條例施行後，仍服務於同一事業單位而選擇適用本條例之退休金制度者，其適用本條例前之工作年資，應予保留。前項保留之工作年資，於勞動契約依勞動基準法第十一條、第十三條但書、第十四條、第二十條、第五十三條、第五十四條或職業災害勞工保護法第二十三條、第二十四條規定終止時，雇主應依各法規定，以契約終止時之平均工資，計給該保留年資之資遣費或退休金，並於終止勞動契約後三十日內發給。第一項保留之工作年資，於勞動契約存續期間，勞雇雙方約定以不低於勞動基準法第五十五條及第八十四條之二規定之給與標準結清者，從其約定。

換言之，保留年資之勞工，其保留年資之要件為：一、本條

例施行前已適用勞動基準法之勞工；二、本條例施行後仍服務於同一事業單位之勞工；三、本條例施行後選擇適用新制之勞工。具備上述要件之勞工，始能依照前開法律第 3 項規定約定結清年資（行政院勞工委員會 94 年 4 月 29 日勞動四字第 0940021560 號函參照）。

第六款 雇主之責任

勞工退休金條例第 31 條規定雇主未依本條例之規定按月提繳或足額提繳勞工退休金，致勞工受有損害者，勞工得向雇主請求損害賠償。此項損害賠償請求權，得以依照民法第 184 條第 2 項規定違反保護他人法令致生損害之類型，請求損害賠償。

第七款 新舊制之選擇

依照勞工退休金條例第 8 條規定本條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於本條例施行後仍服務於同一事業單位者，得選擇繼續適用勞動基準法之退休金規定。但於離職後再受僱時，應適用本條例之退休金制度。公營事業於本條例施行後移轉民營，公務員兼具勞工身分者繼續留用，得選擇適用勞動基準法之退休金規定或本條例之退休金制度。同法第 9 條規定，雇主應自本條例公布後至施行前一日之期間內，就本條例之勞工退休金制度及勞動基準法之退休金規定，以書面徵詢勞工之選擇；勞工屆期未選擇者，自本條例施行之日起繼續適用勞動基準法之退休金規定。勞工選擇繼續自本條例施行之日起適用勞動基準法之退休金規定者，於五年內仍得選擇適用本條例之退休金制度。同法第 10 條規定勞工適用本條例之退休金制度後，不得再變更選擇適用勞動基準法之退休金規定。

第八款 年金保險

勞工退休金制度除了「個人帳戶制」外，尚有「年金保險制」，由事業單位為勞工投保符合保險法規定之年金保險商品。事業單位申請實施年金保險必須符合「勞工退休金條例年金保險實施辦法」第 35 條規定之要件：僱用勞工人數達 200 以上，有工會者經工會同意，無工會者經一半以上勞工同意，而且初次申請時有一半以上的勞工選擇參加年金保險。而請領勞工退休金年金給付之條件，依照勞工退休金條例年金保險實施辦法第 42 條規定勞工請領年金保險之退休金給付年齡，年金保險契約不得約定低於六十歲。年金保險契約應約定，勞工年滿六十歲，工作年資滿十五年以上者，請領月退休金；勞工年滿六十歲，工作年資未滿十五年者，請領一次退休金。年金保險契約得約定，勞工死亡者，由其指定受益人請領保險金；未指定時，由遺屬請領積存之保單價值準備金。

【例解】

勞工退休之條件，分別依照勞基法及勞工退休金條例之規定自有不同，如依照勞基法第 53 條規定勞工有左列情形之一者，得自請退休：一、工作十五年以上年滿五十五歲者，而參照如勞工退休金條例規定者，其第 24 條第 1 項規定勞工年滿六十歲，工作年資滿十五年以上者，得請領月退休金。是以游阿榮得選擇依照勞基法之規定申請退休。參照勞工退休金條例 14 條規定雇主每月負擔之勞工退休金提繳率，不得低於勞工每月工資百分之六。此項提撥之規定係屬強制規定，雇主不得不為勞工提撥退休金，且最低之比率為百分之六以上。

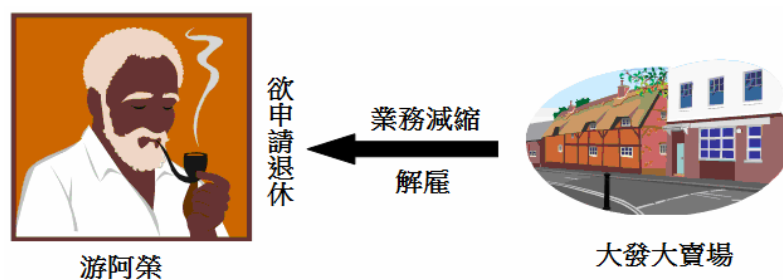
游阿榮是否可以選擇新制及如何計算其年資？依照勞工退休金條例第 8 條規定本條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於本條例施行後仍服務於同一事業單位者，得選擇繼續適用勞動基準

法之退休金規定勞工退休金條例第 11 條規定本條例施行前已適用勞動基準法之勞工，於本條例施行後，仍服務於同一事業單位而選擇適用本條例之退休金制度者，其適用本條例前之工作年資，應予保留。

就本例是否可以選擇年金保險？勞工退休金制度除了「個人帳戶制」外，尚有「年金保險制」，由事業單位為勞工投保符合保險法規定之年金保險商品。事業單位申請實施年金保險必須符合「勞工退休金條例年金保險實施辦法」第 35 條規定之要件：僱用勞工人數達 200 以上，有工會者經工會同意，無工會者經一半以上勞工同意，而且初次申請時有一半以上的勞工選擇參加年金保險，即得以選擇投保年金保險。

第十項 解雇與資遣費

案例十：承上例，公司事先知悉游阿榮欲申請退休，便藉故公司業務減縮為由，立即予以解雇，是否合法？游阿榮對於公司之解雇，有何權利可得請求？



第一款 預告終止勞動契約

雇主是否可以預告或得不經預告終止勞動契約？參照勞動基準法第 11 條規定非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。三、不可

抗力暫停工作在一個月以上時。四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。同法第 12 條規定勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：

一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。二、對於雇主、雇主家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行爲者。三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。五、故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者。六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。雇主依前項第一款、第二款及第四款至第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內爲之。

雇主得以預告終止勞動契約之情形，爲上述第 11 條各款之情形，而雇主得不經預告終止勞動契約者，亦僅限於同法第 12 條各款之情形。上開第 11 條前 4 款之情形，多與企業經營或景氣循環有關，學理上稱之爲「整理解雇」或「經濟性解雇」。有前開第 11 條之 5 款情形者，雇主必須經過預告而解雇勞工。雇主預告之期間如何？參照同法第 16 條規定雇主依第 11 條規定終止勞動契約者，其預告期間依左列各款之規定：一、繼續工作三個月以上一年未滿者，於十日前預告之。二、繼續工作一年以上三年未滿者，於二十日前預告之。三、繼續工作三年以上者，於三十日前預告之。勞工於接到前項預告後，爲另謀工作得於工作時間請假外出。其請假時數，每星期不得超過二日之工作時間，請假期間之工資照給。同法第 17 條規定雇主依前條終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費：一、在同一雇主之事業單位繼續工作，每滿一年發給相當於一個月平均工資之資遣費。二、依前款計算

之剩餘月數，或工作未滿一年者，以比例計給之。未滿一個月者以一個月計。

第二款 雇主應預告而未預告之法律效果

雇主違反上述法律之規定應預告而未預告，即解雇勞工時，其法律之效果如何？依照勞動基準法第 16 條第 3 項規定雇主未依第一項規定期間預告而終止契約者，應給付預告期間之工資。本條規定在使被解雇勞工有另覓其他工作之緩衝期間，避免其因突然失業造成生活陷於困難。此項預告期間之工資，依照內政部 75 年 7 月 3 日台內勞字第 419200 號解釋為：「可依平均工資標準計給」。

【例解】

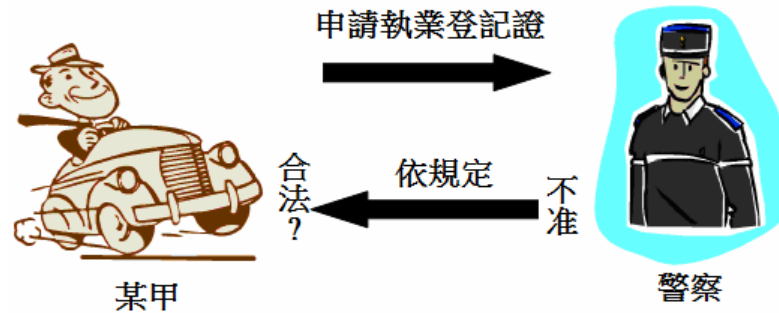
雇主是否可以預告或得不經預告終止勞動契約？參照勞動基準法第 11 條規定非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。本例中，雇主以公司業務縮減為由，必須基於公司業務正常之縮減，不得假借公司業務縮減之借口為之。如果公司有意解雇勞工，則應依照同法第 16 條預告期間而為解雇勞工。並依照第 17 條規定雇主依前條終止勞動契約者，應依左列規定發給勞工資遣費：一、在同一雇主之事業單位繼續工作，每滿一年發給相當於一個月平均工資之資遣費。二、依前款計算之剩餘月數，或工作未滿一年者，以比例計給之。未滿一個月者以一個月計。雇主違反上述法律之規定應預告而未預告，即解雇勞工時，其法律之效果如何？依照勞動基準法第 16 條第 3 項規定雇主未依第一項規定期間預告而終止契約者，應給付預告期間之工資。



第五章 其他專業法律問題

第一節 生活中的警察法³¹

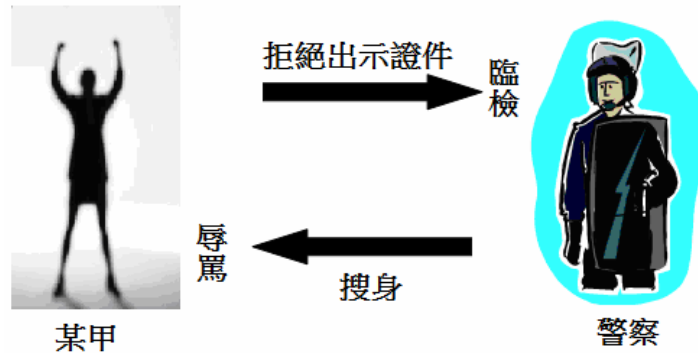
【案例一】：某甲於民國八十九年六月向台中市警察局申請辦理營業小客車駕駛人執業登記證，但台中市警察局以某甲曾犯故意殺人未遂罪，判決罪刑確定，乃依現行道路交通管理處罰條例第三十七條第一項「曾犯故意殺人、…，經判決罪刑確定，…不得辦理計程車駕駛人執業登記」之規定，不准其辦理營業小客車駕駛人執業登記。問：警察所為之處分是否合法？



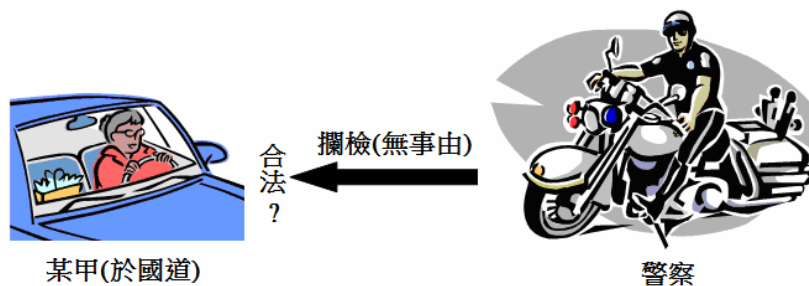
【案例二】：某甲於某日晚間九點，行經台北市重陽橋時，因台北市政府警察局保安大隊在該處執行道路臨檢勤務，見某甲夜間獨自一人行走，即要求某甲出示身分證件接受檢查，遭某甲拒絕，警員即自其衣褲外盤檢是否攜帶證件或其他物品，某甲則以三字經辱罵該警員，案經臺灣士林地方法院依侮辱公務員罪判處拘役。惟某甲主張警察之盤查並無法律依據，對此，警察則聲稱該盤查是依據警察勤務條例第十一條第三款：「臨檢：於公共場所

³¹本章係由協同撰稿人李錫棟，中央警察大學法律系講師、中正大學法律系法學博士所撰寫。

或指定處所、路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢，執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務」之規定為之。問：某甲與警察之主張有無根據？某甲得否拒絕出示身分證件？

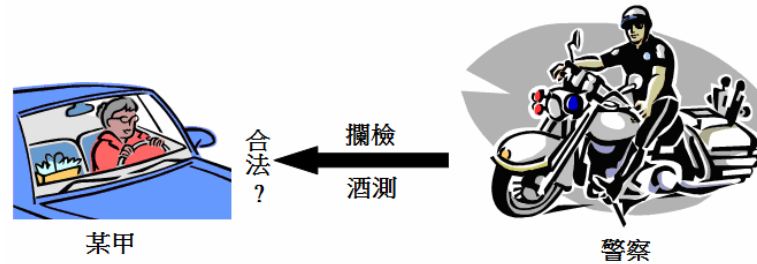


【案例三】：某甲駕駛自小客車途經國道三號高速公路中埔交流道匝道口，在無何事實足供認定其行為已構成危害或即將發生危害之情形下，遭國道警察隊警察予以「攔停檢查」，發現駕駛人未帶駕照，乃於查驗身分後以違反道路交通管理處罰條例第二十五條第三款駕駛汽車未隨身攜帶駕駛執照，予以舉發。問：警察之取締是否合法？



【案例四】：某日晚間 11 時許臺北市政府警察局交通警察大隊於臺北市新生北路、長安東路交岔口設置管制站，對經過該路段之車輛實施逐車攔檢，某甲駕駛自用小客車行經該處，經警察攔檢施以酒精測試，某甲不服，表示警察採取逐車攔檢方式，違反大法官釋字第 535 號解釋所接襲「警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之處所、交通工

具或公共場所為之」、「對人實施之臨檢則須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限」之意旨，對此，警察做如下說明：「因為該處靠近六條通、八條通附近，有一些酒店，所以比較有酒後駕車的情況」。問：警察對某甲之攔檢施以酒精測試是否合法？



在生活中不時會有與警察打交道的機會，例如交通違規被警察開罰單、機車被偷請求警察協尋並追究偷竊者的責任等等。在法律生活中，警察法是一個不可輕忽的領域。一般而言，警察通常是扮演干預人民權利的角色，其究竟負有什麼任務，何以經常要干預人民的權利；警察於行使職權干預人民權利時可以採取何種措施，可以干預到什麼程度。其次，人民在警察行使職權之際如果權利受損如何表示不服，如何請求救濟、賠償等等，都值得吾人加以探討。

在現行法中，與警察有關之法規甚多，例如警察法，警察職權行使法、社會秩序維護法、道路交通管理處罰條例、警械使用條例、警察勤務條例、警察人員管理條例…等等。就規範之內容言，警察相關法規在抽象上可以歸納為警察任務法、警察組織法、警察作用法、警察救濟法，其中警察組織法涉於警察機關組織及警察人員之人事事項，屬於警察內部之事項，與一般人民之生活較無直接關係，因此為了節省篇幅，本單元將不以個別成文法規為單位做個別性的介紹，而只就警察之任務、職權行使及其救濟做簡要之介紹，至於警察之組織及人員等內部事項則將予以割捨。

第一項 警察任務

第一款 警察任務與人民之基本權利

在學理上，所謂警察，有廣義(實質、學理)與狹義(形式、組織)之分，前者係將凡具有以維持社會公共安寧秩序或公共利益為目的，並以命令強制為手段等特質之國家行政作用³²或國家行政主體³³，概稱之為警察。後者是以警察組織形式，賦予警察定義，而

³² 學者有認為警察為作用之主體，例如 Bluntchli 謂：「國家為保護公益，以強制力限制人民之自由，而行使其行政行為者為警察，如無強制之必要，即不得謂為警察」。Stehgel 謂：「限制人民之身體財產，以防止國家及人民安全幸福之危害為目的的行為者，即為警察」。李震山謂：「若從警察任務觀點言，似以「具有實質警察作用之行政主體之總稱」來詮釋學理上之警察為宜，因之，舉凡行政機關中以維持社會公共安寧秩序或公共利益為目的，且不排除使用干預、取締之手段者皆屬之，除一般所理解之警察機關及其人員外，尚及於普通行政之建管、環保、衛生、交通…等機關及其人員」。參閱李震山，「警察法論—警察任務編」，正典出版文化有限公司，2002年10月一版，第6-7頁。

³³ 學者亦有認為警察為作用之本身，例如美濃部達吉謂：「警察者，以維持社會安寧，保全公共利益為直接目的，基於國家一般統治權，命令或強制人民之作用」。林紀東謂：「警察者，以保護公共利益，為其直接目的，基於國家之統治權，以命令強制人民之作用」。梅可望謂：「警察是依據法律，以維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利為目的，並以指導、服務、強制為手段之行政作用」。Vogel 謂：「警察係防

不以警察之任務或作用為界定警察之標準。因此，以警察機關及其人員合稱為警察，是所謂組織意義之警察或形式意義之警察。

警察任務與國家目的，息息相關，國家目的不論如何演變，維持人民共同生活之安全與秩序，一直是國家存在的重要目的之一³⁴，而此也正是國家所負維護治安之任務。為此，國家乃透過其所屬之機關組織完成此任務。警察即屬負有此任務的機關之一，此由警察法第二條揭櫫警察之任務為：「依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利」，及警察法施行細則第二條第一款，將警察「依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害」列屬警察之主要任務可知。

另一方面，就現代國民主權理念言，國家權力來源於人民，因此，國家不能無視於國民之基本人權，進一步言，保障個人之基本人權亦為國家的目的之一。國家機關的組織和職權只是配合保障基本人權而存在，此乃「國家係為人民之欲求而存在，而非人民為國家之欲求而存在」之真諦，警察既為國家機關組織之一

止公共安全與公共秩序危害任為之謂」。參閱李震山，同前揭註 1，第 6-7 頁。

³⁴ 人民先於國家而存在，國家又是由人民所組成，國家之所以需要存在，及其所追求之目的，自然不能背離大多數人民的目的。但若國家存在是以追求人民幸福、保障人民權利為目的，必先以國家能存在及社會秩序能維持為前提，因此，安全秩序目的與追求人民幸福的目的，就成兩個相互關聯，彼此影響之主軸。安全與秩序既是人民最基本的需求，需經由國家來完成，因此，探討國家目的說者，都認為維持安全秩序為不可或缺之目的。李震山，同前揭註 1，第 59 頁。

環，對於保障個人之基本人權自然責無旁貸。³⁵

憲法第七條至第二十一條所列舉人民之權利，可分為平等權(第七條)、自由權(第八條至第十四條)、受益權(第十五條、第十六條及第二十一條)、及參政權(第十七條及第十八條)。為避免有所遺漏或保障人權不周，又有第二十二條之概括規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」憲法所保障之權利與自由，人民除了消極上得據以防範國家權利專制、恣肆，並排除國家公權力之侵害外，依權利自由之性質，尚可作為積極請求國家一定作為之主張依據，至少請求國家保護之積極性功能是最為根本，其中警察之保護應為其重心。³⁶

從上述憲法關於國民基本權利之規定及國民主權等憲法原理來看，即可知保障國民基本權利乃是國家在法秩序中不可旁貸的責任。作為國家權力機關之一的警察，因其行使職權，每與人權保障息息相關，因此，儘管保障個人之基本人權在警察法第二條並未明示為警察任務，亦應認為保障人權是不待規定亦應予肯認的警察任務之一。必竟警察職權之行使只是手段，人權保障才是警察目的、國家目的。

第二款 警察任務與公共安全秩序

警察主要之任務大概可歸納為人權保障與治安維護兩大部分。前者，是基於憲法精神與規定，後者則是「維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利」之簡稱，係廣義的

³⁵ 李震山，「警察任務法論」，登文書局，民國87年3月增訂四版，第17-18頁。

³⁶ 李震山，同前揭註1，第42頁。

危害防止任務，即依法防止一切與公共秩序與社會安全有關之危害。其次，依照權力分立原則，警察任務具有行政和司法的性質，因為兩者的性質不同，必然導致適用準則、組織架構、構成要件及救濟程序的不同，為避免造成歸類上的困難，其界限因而必須相當分明。³⁷因此，透過刑事法與行政法之分殊化，治安維護任務又可分為防止行政危害之狹義危害防止與防止刑事危害之犯行追緝兩要項。³⁸

警察的行政性質著重於預先防止，其任務乃是危害之排除，基本概念係植基於事件的預測效應上，對損害可能性盡可能地作出有效率的、靈活的反應，至於誰是行為人，並非重點。反之，警察的司法性質，則側重於事後壓制，其任務乃是對犯罪之追緝，以遵循個案正義為鵠的，對於已發生的事件，查出行為人，加以處理的程序，基於實現公平正義的判決，行為人個別的品格和罪責，因而扮演重要的角色。兩相對照之下，可以得知：刑事司法的犯罪嫌疑人或被告，其地位與危害排除的相對人大異其趣；又預先防止的干涉要件，以可能性為已足，但事後的追訴程序，則是以確定發生之事件的真實性為目標。³⁹

警察的屬性透過理論的闡釋似乎可以釐清，但實際上並非百分之百地獲得解決，例如處理肇事逃逸的交通事故，一方面需將傷者送醫急救、清理現場、疏導交通，另一方面需同時追捕犯罪嫌疑人；又例如警察從欲前往參加示威遊行的自小客車中搜出武

³⁷ 陳英淙，「以德國為例論警察行政程序之理念」，收於陳英淙、黃惠婷，「法治國之警察理念與權限」，元照，2007年6月初版，第183頁。

³⁸ 李震山，同前揭註4，第17頁。

³⁹ 陳英淙，同前揭註6，第183頁。

器，並將之沒收，不但符合刑事訴訟的搜索、扣押程序，且保障示威遊行的和平進行，從這些例子中，可以清楚地看出，警察的屬性面臨選擇上或歸類上的困難，其原因在於：某些事實本身即無法以後天的人為方式加以切割，這種混合著預先防止與事後壓制的情形，使得警察的措施因而具有雙重功能。⁴⁰

第一目 危害防止

一般而言，防止行政危害之狹義危害防止，係警察為了維持社會秩序、避免社會成員遭受不法侵害之典型的干涉行政。警察依法所防止之危害，多由法令特別規定，若法令無特別或具體規定危害之性質，而是以概括規定方式，授權警察有防止危害之任務者，該危害應僅限於個案中所肇致之具體危害，此種具體危害乃是指：「在該情況中發生之事若不加以阻止，則極可能造成損害的一種狀況，亦即經外力之影響，事實存在的正常生活利益將因而減損之狀況」，或「在順利進行下，因物之狀況或人之行為，極有可能對公共安全與公共秩序造成損害之一種情況」。⁴¹

此外，為了完成憲法所託付之防止危害的任務，警察需發揮主動的精神，以未來為取向，俾營造並形成社會正當的生活，根據法治國家原則，只要沒有干預個人之基本權利，且法律沒有明文禁止，任務規範即自動賦予警察權限，在其主管的範圍內，可以依自己的創意而作為，並不需要法律的特別授權⁴²。例如藉由徒

⁴⁰ 陳英淙，同前揭註 6，第 183-184 頁。

⁴¹ Scholler、Schloer 合著，李震山譯，「德國警察與秩序法原理」，中譯二版，登文書局，1995 年 11 月，第 71-73 頁。李震山，同前揭註 1，第 44 頁。

⁴² 藤田宙靖，「警察法二條の意義に関する若干の考察(二)」，東北大学法学 53 卷 2 号(1989 年 6 月)，第 93-94 頁；梁添盛，

步及警車巡邏、接受及過濾檢舉告發案件、一一九報案系統，及其與個人資料無關的情資蒐集，以觀察及瞭解周遭環境，以便得知是否，以及何處可能存在符合任務規範的事實，進而採取行動；或者從事與警察業務有關而不涉及干涉性質之公共宣導，如交通安全宣導、犯罪預防宣導。此等警察任務之內涵均不具干涉性質。雖然警察的任務以危害防止為考量，因而似乎所有措施的本質，都應該具有干涉性質，事實上，危害的概念具有相對性，此從尚未發生車禍的危害，警察即可進行測速自明。⁴³

第二目 犯行追緝

至於防止刑事危害之犯行追緝，則是國家對特定犯罪嫌疑者祭出刑事處罰權之程序，刑事處罰權之發動始於偵查(刑事訴訟法第二二八條第一項)，偵查則有賴於警察的專業協助(刑事訴訟法第二二八條第二項、第二二九條以下)，於是，就權力分立的角度觀察，警察的功能因而同時兼具行政和司法的性質，準此，我國憲法第一〇七條第三款及第四款、第一〇八條第一項第十七款因而規定「刑事法律」、「司法制度」、「警察制度」由中央立法，在國會中，具備了民主正當性的立法者，遂據此決定行政和司法機關的任務和職權。而在警察法第九條第三款、第四款暨同法施行細則第十條第一項第三款及第二項規定：警察之協助偵查犯罪及執行搜索、扣押、拘提及逮捕職權。刑事訴訟法第二二九條、第二三〇條、第二三一條等則規定，司法警察官及司法警察知有犯罪嫌疑者，應協助檢察官或受檢察官指揮偵查犯罪，但得不待其指揮，逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據。

「警察權限法」1999年8月初版，第59、86頁；陳英淙，同前揭註6，第184-185頁。

⁴³ 陳英淙，同前揭註6，第184-185頁。

第三目 危害先前領域之預防

警察協助檢察官追緝犯行之任務，與警察防止危害之任務皆側重於犯行或危害即將發生之防止，或已經發生之排除與責任之追究。但警察之任務尚包括刑事上或行政上危害之預防，換言之，危害萌生前之階段，警察依其特有職業性敏感觀點得進行預防工作，【案例一】及警察職權行使法第十五條警察對治安顧慮人口之查訪即屬此類危害先前領域之預防措施。警察在執行其犯罪預防或危害預防有關工作，若不涉及人民之權利義務者，原則上皆為不直接發生法律效果之單純高權行為。惟警察對於危害事實尚未確定，且非依客觀標準判斷之所謂「危害嫌疑」得否採取干預措施，一般認為，若基於社會國家團體福祉之要求，有必要賦予警察機關干預危害嫌疑時，應以法律特別規定之。否則，若驟然賦予警察機關干預「危害嫌疑」之可能性時，有擴大警察機關干預權之虞，人民權益將受到廣泛侵害。⁴⁴

在此危害先前領域中，因危害或犯罪尚未發生，且所涉事件具有高度須預測及不確定性質而必須特別立法。此等立法除需有堅強法事實資料為依據外，實體要件之明確與程序制約亦極其重要，否則，在治安理由下，犧牲人權是在所難免，不得不慎重。因為在一般法律中，有時難免以經驗甚至主觀上的價直判斷作為預測性立法之理由，此種預測性的立法必須有強有力的實證根據作支持，始無違反「平等原則」之疑慮。⁴⁵

⁴⁴ 李震山，同前揭註 1，第 45-47 頁。

⁴⁵ 李震山、李錫棟，「論治安顧慮人口之查訪—警察職權行使法第十五條評釋」，警大法學論集第 10 期，94 年 3 月，第 30 頁。
李震山，「警察行政法論—自由與秩序之折衝」，元照，2007 年 9 月初版，第 394 頁。

總之，由於讓警察措施進入具體危害之先前領域，已挑戰法治國原理中基本權利保障之理論框架與界限，但為保障人民有免於恐懼等公益理由，適度放寬「立法形成自由空間」，授權警察將手伸入「危害預防」領域，雖屬不得已，但若屬人民基本權利之干預，自應隨犯罪預防制度之發展或其他制度之健全，隨時檢討改進。警察在從事犯罪預防或危害預防時，也應謹守分際，無法律授權基礎，不得採取干預措施。⁴⁶

在【案例一】中，台中市警察局對於某甲申請辦理營業小客車駕駛人執業登記證，以其曾犯故意殺人未遂罪為由，不准其辦理營業小客車駕駛人執業登記，即屬危害先前領域之預防。此種危害事實尚未確定，而僅屬「危害嫌疑」之階段，因此為了避免過分擴大警察機關之干預權，此種危害先前領域之預防必須以法律特別規定始可，不僅如此，由於此將使警察之干預措施提前於「危害嫌疑」階段即預先採取，因此立法者在立法時必須特別注意憲法平等原則與比例原則之遵守。

第三款 人權保障與公共安全秩序之維護

在現代民主法治國家中，人權保障與維護公共安全秩序兩者間之協調，似乎不易，再加上警察保護人權，大都在其遂行治安任務中一併完成，兩者殊不易截然劃分，也由於警察任務此種特質，基本人權之保障，極易在籠統治安目的下，任意矮化。國家一方面誠然得基於治安理由，透過法律來賦予警察任務，並藉以限制人民基本權利(憲法第二十三條參照)，他方面卻要尊重且肯定人民基本權利存在的積極意義。基此，立法者不得以治安之名，使人權名存實亡，惟有在自由民主理念下闡釋並完全實踐基本權

⁴⁶ 李震山、李錫棟，，同前揭註 14，第 32 頁。

利，才是以公益為理由，限制人民基本權利之目的所在。人們要享自由，所以才需要法律，法律之所以可限制自由，仍是為保障自由，自由是目的，法律僅是手段，以法律限制自由權利並非漫無限制。⁴⁷

警察為了治安而限制人權是否具有正當性，應視該限制是否有客觀必要性，及該限制是否具有法律授權基礎，其授權之內容、目的及範圍是否明確而定。我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，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」。此固然提供基本權利可限制性的立法基礎，但並非指立法者可恣意賦予警察限制人民基本權利之任務，反之，立法者應審慎斟酌憲法規定，受嚴格要件之拘束。限制基本權利之界限，有賴立法者本於憲法「完全實踐基本權利」的初衷，基於「危害排除」及「法益衡量」的理念，積極調和公益與私利。⁴⁸

依憲法第二十三條，限制人民之自由權利，須依「立法院通過，總統公布之法律」行之，不得逕由行政機關訂定行政命令為之。同理，賦予警察任務之法規範內容，若與人民權利義務有關者，亦應以法律定之。此種將特定法規範內容，「保留給法律」的「法律保留原則」，特別適用於警察職權法規範。有問題者，是警察若直接以概括條文作為行使干預處分之依據，是否合乎「法律保留」精神，值得探討。因為干預性的職權行使不僅法律要有明文，且法律規定應合乎可預見性及明確性，方不至於違反法治國之立法要求。為解決此項疑慮，除任務概括條款之外，尚需另一職權概括條款，職權概括條款則受到依特別授權而制定之類

⁴⁷ 李震山，同前揭註 4，第 23-24 頁。

⁴⁸ 李震山，同前揭註 1，第 50-51 頁。

型化處分所制約，易言之，措施之性質屬干預性者，首先應適用類型化處分之條款，不能適用時，才適用概括性的職權條款。不過，警察因危害防止所採取之措施，若不涉及人民權利義務範疇時，仍可依據「任務規範」作為行為之依據。總之，警察保障人權之任務，亟需強調，但亦不能否認，國家基於治安理由，得以法律賦予警察任務，並藉以限制人民基本權利，惟因治安理由，需限制基本人權時，應充分體認主權在民之民主理念，並依憲法精神審酌不確定法律概念，遵守比例原則及法律保留等原則，始能達成憲法賦予其保障人權及維護治安之任務，治安與人權間隱存的緊張關係才有化解之可能。⁴⁹

第二項 警察之職權行使

第一款 警察行使職權之原則

第一目 法律保留原則

法律保留原則係由憲法之國會民主原則、法治國家原則及基本權利保障所導出者，其要求行政機關必須有法律之授權始能對人民作成行政行為⁵⁰。基此，行政機關必須在組織法之規定(管轄、權限、任務)外，還要有行為法的授權(職權、權能之行使)才可以對人民採取一定的措施，這是法律保留原則下的必然要求，警察係行政機關之一環，當然亦應受此原則之支配。質言之，警察之所以能以干預措施作為維護治安的手段，並非以其組織規範為依據，而係另外依據「行為法或作用法」的授權，才能取得職權

⁴⁹ 李震山，同前揭註 4，第 28-29 頁。

⁵⁰ 陳敏，「行政法總論」，民國 93 年 11 月四版，第 154、159 頁。

或權能，例如：必須依社會秩序維護法、集會遊行法、道路交通管理處罰條例、警察職權行使法……等之授權始得行使其職權。傳統實務見解認為「有組織法即有作用法的授權」實不足採之。⁵¹大法官釋字第五三五號解釋理由書亦謂「行政機關行使職權，固不應僅以組織法有無相關職掌規定為準，更應以行為法（作用法）之授權為依據，始符合依法行政之原則。」

在【案例二】中，警察以歸屬警察組織法之警察勤務條例作為臨檢、盤查之依據，實已違反法律保留原則，某甲應無忍受臨檢、盤查之義務。雖然大法官釋字第五三五號解釋肯認警察勤務條例第十一條第三款：「臨檢：於公共場所或指定處所、路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢，執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務」之規定除有組織法之性質外，尚兼具行為法之功能，但也同時指出以該條款作為行為法之前提是必須就臨檢、盤查之要件、程序有實質而明確之規範，方符憲法保障人民自由權利之意旨。

其次，警察法不僅被授權干預基本權利，同時也具有保護人民免受國家權力侵害之功能。因此，警察法正當性的取得係特別源於保障自由權利的任務，以對抗國家的干預。基本權利一方面是警察法保護的法益，另一方面，為了保護基本權利，法律保留在內容上又確定了警察干預基本權利之權限的需求，警察排除危害之任務相對於其基本權利保護之委託的立場，不僅具有產生助益的關係，而且也同時存在著緊張關係。

第二目 便宜原則

⁵¹ 梁添盛，同前揭註 11，第 88 頁；李震山，同前揭註 14，第 106、108 頁。

權利保護與行政效率在法理上皆是法治國家與民主行政國家所肯定的秩序原則，國家在實現個人基本權利之保護的同時，也要求政府必須是一個有效能的政府，因此，在基本權利保護與行政效率之間即有可能產生緊張關係，在這種緊張關係下不能以「非此即彼」的方式解決，而應該從平衡行政效率與權利保護二者著眼，因為如果片面強調權利保護可能對採行措施之行政機關的能力產生懷疑；相反地，單方面只想實施有效率的行政行為將令法治國家中的行政權失信於公眾。

警察行為之效率是指在沒有多餘的遲疑下快速地、有效地防止危害，依此，警察行為與其他行政行為不同之處在於，當後者欲作出處置、規定或批准時，可以在辦公桌上有一定的時間對實際的過程作充分的考慮。相對地，警察則大部分必須在現場處理，而且經常是當場必須採取干預措施。全面性地瞭解實情或耗時較長之程序可能正好造成損害之發生，而防止此種損害正是警察所努力以赴的任務，基於迅速之需求，顯然地一種所有事實之完整調查以及所有利益之完全考量常常是不可能的，實際上警察行為經常處於時間的壓力下，此種現象可以預設「目前的」、「顯著的」、「緊急的」或「共同的」危害為此類警察干預的前提。⁵²

在警察法的範圍內，行政效率與權利保護此兩種秩序原則應有不同程度的強調。行政程序之儘可能迅速並不是決定警察行為之唯一方向，授權警察干預權利之法律界限不僅應保證機關工作具有經濟效益，更應保障人民之權利，警察完成任務之效率與人民權利之保護二者之衝突通常是以原則一例外的模式來克服。⁵³

⁵² 陳英淙，同前揭註 6，第 118 頁。

⁵³ 例如原則上應給予當事人陳述意見之機會，但情況緊急時得例

再者，由於事件之情況各有不同，普遍追求公平正義之法律，適用於個別事件時，可能反而發生不符公平正義之結果。為確保法律之彈性，適用於個別事件時，實際上亦能發生符合公平正義之結果，法律遂以裁量規定，容許警察機關於處理個案時，得考慮法律之目的及個案之具體狀況，為適當及合理之解決，從而實現「個案正義」。⁵⁴

在考慮上述警察任務的特性之後，授予警察職權之法律，常需透過具有高度解釋力的法律，賦予警察有廣泛干預之可能性。不過，一種沒有或低度約束的警察職權，有可能造成警察權力的極度膨脹，故警察行為必須被約束在特定的尺度上，且當構成要件的前提存在時，警察有權利，但不是有義務進行危害之防止，對警察法而言，適用的是便宜原則，而不是如刑事訴訟法原則上適用合法性原則。⁵⁵例如：對於在主要道路於工作日交通尖鋒時間之違規集會遊行，上級機關規定一律予以強制驅離，此一規定係就通常情形所為之概括裁量，下級機關在一般情形自應遵照辦理，惟特定之違規集會遊行，其規模過大，而警力不足時，則仍得不強制驅離。⁵⁶

雖然便宜原則開啓警察裁量的空間，但其裁量行為仍受法律之支配，這意味著警察必須「合義務性地」實行裁量權。是否及如何干預不能任憑警察機關依喜好隨意為之，裁量必須依授權規範之目的而定，以及考慮法律之約束。於此，有兩種裁量行為可供警察使用：其一是決定裁量，當構成要件實現，警察得自由決

外不給予陳述意見之機會。陳英淙，同前揭註 6，第 121 頁。

⁵⁴ 陳敏，同前揭註 19，第 182 頁。

⁵⁵ 陳英淙，同前揭註 6，第 118-119 頁。

⁵⁶ 陳敏，同前揭註 19，第 184 頁。

定究竟是否要採取干預行爲，此種決定裁量可以允許警察完全放棄干預措施之採行，只有當必須採取危害防止措施才可免於法律上的瑕疵時，因基於該具體情況，警察之決定裁量降低至零，而例外地必須採取可能具有權利干預性質之危害防止行爲；其二是選擇裁量，即假如基於個案中之危害狀況或擾亂，警察需有所作爲且得於多種措施中選擇一種或數種行之，或在數名責任人中選定其處分之相對人時，則警察需判斷採取何種措施和方法才符合授權規範之目的⁵⁷。於此，警察行爲必須考慮目的完成之階段性、受侵害法益之種類、法益侵害的可能性、干預之強度以及法律上限定干預的程度。當憲法所保護之法益愈是有分量時、或憲法保護之法益愈是被強度干預時、或憲法所保護之法益愈是有被干預的可能，以及立法者賦予行政機關愈大之決定空間時，則當事人之程序權愈是應該受到保障。⁵⁸

第三目 比例原則

由於警察行使職權在大部分之情形是適用便宜原則，因此特別需要以「比例原則」來加以節制。所謂比例原則，係指所採取的警察措施必須適合於所欲達到之警察目的，且在同樣適合於達成警察目的之多數措施中，應採取其中對人權侵害程度最低之措施，同時在採取此種侵害最小之措施時，其所獲得之公共利益應與因此所造成個人利益之侵害保持均衡。

此比例原則是裁量原則的上限⁵⁹，其對警察之裁量具有如下之

⁵⁷ 洪文玲、蔡震榮、鄭善印，「警察法規」，國立空中大學，94年12月初版，第192頁；陳英淙，同前揭註6，第119-120頁。

⁵⁸ 陳敏，同前揭註19，第177-178頁。陳英淙，同前揭註6，第119-120頁。

⁵⁹ 李震山，同前揭註1，第225頁。李震山，同前揭註14，第353

制約功能：第一，如果該警察措施在客觀上是可以達成目的，且該要求不致於使當事人在事實上或法律上無法負擔時，則針對其所追求之目的的達成，該措施是適宜的，否則該裁量就有瑕疵；第二，當某一種措施與其他措施同樣適合於達成目的，且對當事人之權利較不具侵害性時，即應採取此最低度干預之措施，否則亦屬裁量瑕疵，準此，語言之強制力優先於事實之強制力的原則亦適用於警察行爲。依此「最低度干預原則」，如果其他較低度干預之措施無法達成目的時，則只有對危害防止同樣有效之措施可以被允許；第三，依狹義比例原則，防止危害措施和所欲達成之目的間不能有明顯不相稱的現象，否則該裁量亦有瑕疵。此原則要求警察措施需有適度性、平衡性，以及損害之可歸責性，對此應視具體個案的考量而定，不過，隨著強調個案之狀況以及在警察概括目的之不確定概念下，容易造成警察行爲彈性的擴大而有侵蝕法律安定性之虞，此應予注意。⁶⁰

第二款 警察職權行使之形態

第一目 警察協助檢察官偵查犯罪

警察所爲不論是防止危害或追緝犯行之行爲，對於相對人而言，皆係一種干預，需透過具體的法律授權，這些具體的法律授權本身具有干預基本人權的內涵，稱之爲「警察職權」，法學上因而可區分爲預先防止和事後壓制的干預性職權，前者存在於警察法及一般行政法中；後者主要規定於刑事法中，於此警察並接受檢察官指揮監督，乃輔助刑事司法作用，係法定本於行政權之

頁。

⁶⁰ 陳英淙，同前揭註 6，第 120 頁。

警察人員兼爲司法警察人員。⁶¹

至於如何區別預防干預與壓制干預，有時判斷不易，因爲二者採取的干預具有相同或類似的作用，例如刑事訴訟法明定者有逮捕、詢問、檢查、扣押與身分鑑識，警察職權行使法則有身分查證、攔停、詢問、檢查、扣留與身分鑑識。區別二者之首要判斷重點在於：執行職務的警察出於何種動機而採取干預。若基於公共安全與秩序的危害排除，原則上屬於預防干預；反之，若係爲了追訴犯罪，則是壓制干預。基此，不能爲了完成刑事追訴目的，而主張警察職權行使法的職權，且基於目的關聯性的要求，不能因不符合刑事訴訟法的授權要件，即以警察職權行使法之職權替代或補充，質言之，警察若依二者之一而有干預權限時，即無「權限轉借」的問題。至於何時與是否產生犯罪嫌疑，應有具體事實依據，惟事實依據又無法脫離經驗法則，故執法者主觀的判斷必須植基於客觀具體事實與個人經驗，例如乙在銀行門口徘徊，行蹤鬼祟，警察懷疑乙可能要搶銀行，於是上前盤查，此時，則因警察對於犯罪的嫌疑程度或認爲因有犯罪之虞而有所不同，若乙經盤查而逃逸，警察盤查前已經「有事實足認犯罪嫌疑重大」(相當理由)，則依刑事訴訟法第八十八條之一可對乙逕行拘捕；若只是合理懷疑乙有犯罪之虞，則只能依警察職權行使法爲身分查證而盤查，即使乙拒絕查證且逃離，除非此時新發現具體事證，例如發現攜帶槍枝，而轉換依刑事訴訟法逮捕現行犯或緊急拘捕外，否則不能限制其行動自由。此外，二者的差別也在於警察採取的干預是「得」有所作爲或「應」有所作爲，依警察法的強制措施，警察依合乎義務的裁量權判斷是否採取，依刑事訴訟法第二三〇條第二項及第二三一條第二項，司法警察固然對於犯

⁶¹ 李震山，同前揭註 1，第 195 頁。

罪嫌疑依刑事經驗有判斷餘地，但於知悉犯罪嫌疑後，則應調查犯罪。⁶²

第二目 警察下命與處分

危害防止之警察措施，原則上是以下令形式之行政處分爲之，亦即以禁止與命令來干預人民之自由與財產。此負擔性質之警察行政處分，依據法律保留原則需要有一個國會通過之法律的有效授權，此授權基礎須明確規範干預條件之內容、目的及範圍。一般而言，警察行政處分是最具干預性之行政處分，攸關人民之權利與自由。⁶³

依據警察職權行使法所爲之警察各項措施並非全然是警察處分，該法對於警察各項措施類別在第二條第二項規定：「本法所稱警察職權，係指警察爲達成其法定任務，於執行職務時，依法採取查證身分，鑑識身分、蒐集資料、通知、管束、驅離、直接強制、物之扣留、保管、變賣、拍賣、銷毀、使用、處置、限制使用、進入住宅、建築物、公共場所、公眾得出入場所或其他必要之公權力措施。」上述措施大致可分爲下令式的行政處分、具有干預性之事實行爲及無干預性之事實行爲三大類⁶⁴，其中下令式之行政處分即爲警察處分，係對當事人有命令或禁止之處分性質存在，亦即不是警察自己去防止危害發生，而是義務人依據警察之下令爲之。警察下令當事人作爲或不作爲，當事人即負有配合義

⁶² 陳英淙，同前揭註 6，第 187-189 頁。

⁶³ 陳正根，「論警察行政處分之概念與特性」，警察法學第 4 期，民國 94 年 12 月，第 472 頁。

⁶⁴ 蔡震榮，警察職權行使法概論，中央警察大學出版社，2004 年，第 75-82 頁。

務，而此種下令應屬行政處分，例如攔停、查證身分等。⁶⁵

第三目 臨檢與身分查證

警察在日常執行職務、行使職權中，常涉及限制或剝奪人民權利之干預性措施，如攔檢、盤查等，民主法治國家對於干涉人民基本權者必須遵守依法行政原則，憲法第二十三條亦明定法律保留原則之意旨。再者，行政程序法第四條規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」大法官第五三五號解釋文亦強調：「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有法律之明確規範，方符憲法保障人民自由權利之意旨。」

臨檢的合理化，通常是以「維持公共安全與秩序」為由，且以「個人為社會共同體之一份子」，為維持「公共安全與秩序」，個人應有限度的容忍此項檢查。因此，警察之採取臨檢行動是處在「公共安全與秩序」以及「個人社會容許義務」間的考量。警察應盡量避免採取「任意性臨檢」，即僅為了防止一般性犯罪(如防止販賣毒品)，而無其他法律上之特定原因，對人民「任意性臨檢」。尤其因臨檢的對象為逗留或通過該處所之「任何人」(包括與該事實無關之人)，涉及範圍可能相當寬廣，因此，執行臨檢時應注意其發動要件與檢查項目，尤其對於非滋擾者(與事實無關之人)，應避免過度的干預。臨檢不是一種恣意之活動，應以一定發動要件為前提，且執行時應顧及個人之權益，並須遵守比例原

⁶⁵ 陳正根，同前揭註 32，第 468 頁。

則之界限。⁶⁶

過去所依據之警察勤務條例第十一條規定之「臨檢」含括範圍極廣，係指「於公共場所或指定處所、路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢，執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。」此規定缺乏各項職權措施之授權明確性。大法官釋字第五三五號解釋乃補充其實施之要件及程序，謂：「上開(警察勤務)條例有關臨檢之規定，既無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。除法律另有規定（諸如刑事訴訟法、行政執行法、社會秩序維護法等）外，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之，其中處所為私人居住之空間者，並應受住宅相同之保障；對人實施之臨檢則須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限，且均應遵守比例原則，不得逾越必要程度，儘量避免造成財物損失、干擾正當營業及生活作息。至於因預防將來可能之危害，則應採其他適當方式，諸如：設置警告標誌、隔離活動空間、建立戒備措施及加強可能遭受侵害客體之保護等，尚不能逕予檢查、盤查。臨檢進行前應對受臨檢人、公共場所、交通工具或處所之所有人、使用人等在場者告以實施之事由，並出示證件表明其為執行人員之身分。臨檢應於現場實施，非經受臨檢人同意或無從確定其身分或現場為之對該受臨檢人將有不利影響或妨礙交通、安寧者，不得要求其同行至警察局、所進行盤查。其因發現違法事實，應依法定程序處理者外，身分一經查明，即應任其離去，不得稽延。前述條例第十一條第三款於符合上開解釋意旨範圍內，予以適用，始無

⁶⁶ 蔡震榮，「人權保障與警察臨檢實務情形」，警察法學第3期，民國93年12月，第87-88頁。

悖於維護人權之憲法意旨」。嗣後於制定警察職權行使法時，並於同法第六、七、八條明定其公權力發動之要件與程序，以符合維護人權之憲法意旨。

在【案例三】中，國道警察在無何事實足供認定某甲之行為已構成危害或即將發生危害之情形下，攔停某甲駕駛之小客車並不合法，於攔停之後所為進一步檢查某甲有無攜帶駕照之行為，自有違正當之行政程序，縱然某甲確有未帶駕照之事實，舉發機關之攔檢既非合法，其後之舉發處分亦難認合乎法定要件，否則，豈非違背前開大法官釋字第五三五號所指「警察勤務條例有關臨檢之規定，並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。除法律另有規定外，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之」之意旨。

無論「臨檢、路檢、盤查」，其目的都在於預防危害或偵查犯罪，首先必須先進行身分確認⁶⁷。警察查證身分係國家公權力措施，為警察遂行危害防止或犯行追緝任務，於初始階段，用以確認受查證者身分之手段。其主要目的，在於消極的避免執法客體錯誤，積極的亦含有蒐集與比對資料，以確證受檢者之身分與查證要件之關聯性，作為進一步職權措施行使之依據。警察職權行使法第六條對於該條所定各款之人查證其身分，即係為防止其本人或他人生命、身體之具體危害及預防潛在危害⁶⁸。

⁶⁷ Scholler、Schloer 合著，李震山譯，同前揭註 10，第 113-114 頁。

⁶⁸ 李震山，「論行政管束與人身自由保障兼論警察盤查權」，收於氏著「『人性尊嚴與人權保障』學術論文集」，元照出版公司，

由於查證身分恐侵害人民隱私等權利，故須符合法律保留原則下方得以查證，惟縱使基於危害防止之警察任務，而進行查證身分工作，亦非可毫無限制地、任意地不論何時何地皆得為之。⁶⁹因而警察職權行使法第六條及第七條乃分別規定查證身分之要件與措施，即第六條規定「警察於公共場所或合法進入之場所，得對於下列各款之人查證其身分：一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。二、有事實足認其對已發生之犯罪或即將發生之犯罪知情者。三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。四、滯留於有事實足認有陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所者。五、滯留於應有停（居）留許可之處所，而無停（居）留許可者。六、行經指定公共場所、路段及管制站者(第一項)。前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之(第二項)。警察進入公眾得出入之場所，應於營業時間為之，並不得任意妨礙其營業(第三項)。」第七條規定「警察依前條規定，為查證人民身分，得採取下列之必要措施：一、攔停人、車、船及其他交通工具。二、詢問姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分證統一編號等。三、令出示身分證明文件。四、若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物(第一項)。依前項第二款、第三款之方法顯然無法查證身分時，警察得將該人民帶往勤務處所查證；帶往時非遇抗拒不得

2001年11月，修訂再版，第261-265頁。蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶等，「警察職權行使法逐條釋論」，五南圖書，2006年11月初版，第108-109頁。

⁶⁹ 林明鏘，「法治國家與警察職權行使」，警察法學第4期，94年12月，第291-292頁。

使用強制力，且其時間自攔停起，不得逾三小時，並應即向該管警察勤務指揮中心報告及通知其指定之親友或律師(第二項)。」

此外，針對交通工具之檢查，同法第八條並規定攔停交通工具之要件與措施：「警察對於已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具，得予以攔停並採行下列措施：一、要求駕駛人或乘客出示相關證件或查證其身分。二、檢查引擎、車身號碼或其他足資識別之特徵。三、要求駕駛人接受酒精濃度測試之檢定(第一項)。警察因前項交通工具之駕駛人或乘客有異常舉動而合理懷疑其將有危害行為時，得強制其離車；有事實足認其有犯罪之虞者，並得檢查交通工具(第二項)。」

【案例四】中之台北市交通警察大隊因為臺北市新生北路、長安東路交岔口靠近有不少酒店之六條通、八條通附近，且時值晚間 11 時許，較有酒後駕車行經該處的情況，因此於上述時段在該處設置檢查站，攔檢車輛及酒精濃度測試之檢定，乃依時間、路段等客觀要件，判斷飲用酒類後駕車之情況較為頻繁，易生危害，自屬合理，某甲於該時段駕車行經該酒後駕車頻繁之處所，被警察攔停並施以酒精測試，應認為合法，某甲自有配合檢測之義務。

第四目 資料蒐集

國家任務，尤其警察任務之有效達成，常有賴於個人資料之充分取得。⁷⁰因此，國家機關乃擁有廣泛蒐集資訊之權力，並藉所蒐得之資訊作為施政正當性之基礎，進而維繫國家存立最主要的目的——安全與福祉。警察之資料蒐集，係警察為警察之目的而獲取關係自然人個人資料之所有程序，有一般蒐集資料權及蒐集

⁷⁰ 林明鏘，同前揭註 38，第 316 頁。

資料之特殊型式，⁷¹前者例如詢問、要求當事人提供必要之文書、資料、物品、實地檢查(包括確認身分、進入處所、搜索)⁷²等，後者例如通訊監察、攝影、錄音或以跟蹤、監視、運用線民、埋伏、臥底、監控等隱密調查。從個人資料保護之觀點言，有關個人資料之保護，包括以下幾部分：1.資料蒐集，2.資料處理，3.資料傳遞，4.資料更正及資料註銷規定，5.當事人查詢其被儲存之資料。⁷³資料之蒐集，僅是整個個人資料保護法律內涵(從資料蒐集、儲存、建檔、傳遞、修正、註銷、禁止使用、查詢答覆等)中的一個部分，但卻是最重要的核心部分。⁷⁴警察所蒐集之與個人有關之資料，除容易侵犯個人資訊自決權或資訊隱私權外，同時容易侵害當事人之人性尊嚴、一般人格權、財產權、職業、言論、集會遊行及居住等自由權⁷⁵。因此，警察蒐集資訊之權力若未能受民主法治國相關原則之支配，社會上必然將潛藏著無數限制、剝奪、干預人民自由權利之情形。⁷⁶因為儘管國家機關是基於安全、秩序

⁷¹ Heinrich Scholler 及 Bermhard Schloer 著，李震山譯，「警察與秩序機關電子資料之蒐集」，警學叢刊，24卷4期，83年6月，314頁。

⁷² 李震山等，「個人資料保護與警察資料蒐集權之研究—以警察職權行使法第九條至第十三條之規定為中心」，國家科學委員會研究報告，計畫編號：NSC 93-2414-H-004-072-，第14-34頁。

⁷³ Heinrich Scholler 及 Bermhard Schloer 著，李震山譯，同前揭註40，第313頁。

⁷⁴ 李震山，「集會遊行時警察攝(錄)影之法律問題」，警政學報第十九期，80年6月，15頁。

⁷⁵ 參照 Jurgen Vahle 著，李震山譯，「警察秘密蒐集資料之法律依據」，新知譯粹，第2卷3期，75年8月，1-2頁。

⁷⁶ 李震山等，同前揭註41，第7頁；李震山，「從公共場所或公

、福祉之目的所採之資訊蒐集措施，若限制、剝奪憲法保障人民之具體自由與權利，包括秘密通訊自由、居住自由、集會自由、行動自由等，特別是由人格權與人性尊嚴所推導出的資訊自決權(或稱爲資訊隱私權)，該等蒐集資料所採取之措施，仍具干預性質，其權力之發動與運作應有其合法性與正當性始可。⁷⁷尤其，國家蒐集之資訊中，許多涉及個人資料，此時乃觸及上述所謂之「資訊自決權」(或稱資訊隱私權)，其係指每個人基本上有權自行決定，是否將其個人資料交付與供利用⁷⁸。基於「資訊隱私權爲『控制與自己有關之資訊及其流向的權利』之立場」，學者有認爲「警察未經本人同意獲知其思想內容本身就是一種隱私的侵害」⁷⁹。易言之，個人資料非經本人許諾，不得任意蒐集、儲存、運用、傳遞。

爲符合法律保留原則，警察職權行使法第二章即針對「身分查證」及「資料蒐集」兩部分予以規範。前者(第六條至第八條)涉及傳統之警察臨檢、盤查中相對人之身分確定問題，已如前述

眾得出入之場所普設監視錄影器論個人資料之保護」，東吳大學法律學報第 16 卷第 2 期，93 年 12 月，第 54 頁。

⁷⁷ 李震山等，同前揭註 41，第 7 頁；李震山，同前揭註 45，第 48 頁。

⁷⁸ 蕭文生，關於「一九八三年人口普查法」之判決，收錄於西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)，司法週刊雜誌社印行，79 年 10 月，第 288 頁以下。李震山，論資訊自決權，收錄於氏著人性尊嚴與人權保障，元照出版公司，89 年。陳志忠，個人資訊自決權之研究，東海大學法律碩士論文，89 年 1 月，第 23 頁以下。

⁷⁹ 江橋崇「大学の自治と警察察」憲法判例百選第 3 版 83 頁。

，後者(第九條至第十八條)即基於資訊蒐集與利用的危害防止重要性及人權保障必要性所做的相關規定。⁸⁰其中第十六至第十八條為有關資料傳遞、利用、保存與銷毀之規定，第十四條通知到場提供資料，係屬一般之資料蒐集方法。其餘為特殊型式之警察資料蒐集權，包括：1. 集會遊行或其他公共活動之攝影、錄音(第9條)。2. 公共場所或公眾得出入之場所裝置監視器(第10條)。3. 對無隱私或秘密合理期待行為或生活情形之監視(第11條)。4. 遴選治安人員以外第三人秘密蒐集資料(第12條、第13條)。5. 以查訪方式蒐集治安顧慮人口言行資料(第15條)。

此外，警察之資料蒐集尚有可能涉及秘密通訊自由，其中較重要者，應屬依通訊保障及監察法所為之監聽，以及通訊科技發達後之通訊定位措施。⁸¹依通訊保障及監察法第十三條第一項規定：「通訊監察以截收、監聽、錄音、錄影、攝影、開拆、檢查、影印或其他類似之必要方法為之。但不得於私人住宅裝置竊聽器、錄影設備或其他監察器材。」警察機關係執行通訊監察機關之一，但執行監聽前，需先取得通訊監察書。至於聲請核發通訊監察書之要件，則規定於同法第五條與第七條。其次，就警察機關言，運用與通訊定位有關措施之可能性不少，例如：利用通訊中發話者電話號碼顯示、行動電話定位、電子郵件地址……等都可達到「遠距監控」。該等通訊定位措施，已涉及憲法所保障的秘密通訊自由中之「通訊狀況」之保障，不當運用，尚可能涉及隱私權(特別是資訊隱私權)及行為自由(心理制約形成之行為障礙)。因此，將傳統秘密通訊自由之保障範圍，從「通訊內容」，擴展至「通訊狀況」，確屬可行。惟警察法制對各該基本權利之保障並

⁸⁰ 林明鏘，同前揭註38，第316頁。

⁸¹ 李震山，同前揭註14，第287頁。

第五目 即時強制

警察之即時強制係警察為排除目前急迫之危害，時間上來不及科以義務(例如：作成行政處分)或性質上雖科以義務亦難達其目的者，則毋須經過預為告戒或其他程序，得逕以實力直接加於人民之身體或財產，以實現行政上必要狀態之作用。⁸³其發動之大前提依行政執行法第三十六條第一項規定：「行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制。」在此前提要件下，警察得採取之即時強制方法有如下數種(同法第三十六條第二項)：一、對於人之管束(同法第三十七條)。二、對於物之扣留(同法第三十八條)。三、對物之使用、處置或限制其使用(同法第三十九條)。三、對於住宅、建築物或其他處所之進入(同法第四十條)。四、其他依法定職權所為之必要處置(同法第三十六條第二項第四款)。此外，關於警察之即時強制措施，警察職權行使法第十九條至第二十七條亦有詳細之規定，在適用上，依特別法優先於普通法之原則，警察行使職權時遇有即時強制之情況，應優先適用警察職權行使法之規定。

第三項 警察職權行使之救濟

警察職權之行使，如前所述有各種不同之形態，其所依據之法律亦有不同。當警察行使其職權而對人民造成權利侵害之效果時，因所依據之法律不同，其救濟途徑亦有明顯不同。有適用一般行政救濟之訴願、行政訴訟者；有適用不同於一般行政救濟之特別救濟程序者。

⁸² 李震山，同前揭註 14，第 289 頁。

⁸³ 李震山，同前揭註 1，第 292 頁。

關於警察職權行使之一般行政救濟，警察法第十條規定：「警察所爲之命令或處分，如有違法或不當時，人民得依法訴請行政救濟。」警察職權行使法第二十九條復規定：「義務人或利害關係人對警察依本法行使職權之方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於警察行使職權時，當場陳述理由，表示異議(第一項)。前項異議，警察認爲有理由者，應立即停止或更正執行行爲；認爲無理由者，得繼續執行，經義務人或利害關係人請求時，應將異議之理由製作紀錄交付之(第二項)。義務人或利害關係人因警察行使職權有違法或不當情事，致損害其權益者，得依法提起訴願及行政訴訟(第三項)。」

不過，我國警察行使職權除依據警察職權行使法之外，尚有警察行使職權之特別立法，例如：有關道路交通維護之警察職權行使，即有「道路交通管理處罰條例」，該條例有關道路交通事件之救濟於第八十七條規定：「受處分人，不服第八條主管機關所爲之處罰，得於接到裁決書之翌日起二十日內，向管轄地方法院聲明異議(第一項)。法院受理前項異議，以裁定爲之(第二項)。不服前項裁定，受處分人或原處分機關得爲抗告。但對抗告之裁定不得再抗告(第三項)。」；有關社會秩序警察職權之行使，另有「社會秩序維護法」，該法有關違反社會秩序案件之救濟則分成二類，一類由警察機關裁罰者，其救濟程序於同法第五十五條規定：「被處罰人不服警察機關之處分者，得於處分書送達之翌日起五日內聲明異議(第一項)。聲明異議，應以書狀敘明理由，經原處分之警察機關向該管簡易庭爲之(第二項)。」第五十七條第三項規定：「對於簡易庭關於聲明異議所爲之裁定，不得抗告。」；另一類由警察機關移送地方法院簡易庭裁罰者，其救濟程序於同法第五十八條規定：「受裁定人或原移送之警察機關對於簡易庭就第四十五條移送之案件所爲之裁定，有不服者，得向同法院普通庭提起抗告；對於普通庭之裁定，不得再行抗告。」…等特別

法，再加上「特別法優先於普通法」之法律適用原則(中央法規標準法第十六條)，其有關行政救濟途徑之適用應優先於警察法第十條及警察職權行使法第二十九條第三項之規定，致造成救濟途徑互異。此等救濟途徑互異之立法方式是否妥適，則有檢討之餘地。

此外，警察行使職權時，如因故意或過失不法侵害人民自由或權利時，受侵害之人民得以書面向該警察所屬之機關請求國家賠償，該警察機關應即與請求權人協議(國家賠償法第二條第二項、第九條第一項、第十條第一項)，該警察機關如拒絕賠償，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，請求權人得向法院提起損害賠償之訴。但已依行政訴訟法規定，附帶請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴(國家賠償法第十一條第一項)。另依警察械使用條例第十一條第二項規定：「警察人員執行職務違反本條例使用警械規定，因而致人受傷、死亡或財產損失者，由各該級政府支付醫療費、慰撫金、補償金或喪葬費；其出於故意之行爲，各該級政府得向其求償。」據此，警察如果違法使用警械，致人死亡、受傷或財產損失，應優先適用該條例之規定。

第四項 小結

一個國家欲完成其無數社會、文化與經濟目的，其必須先創造內部安全與秩序之環境。爲此，國家乃透過其所屬之機關組織完成此任務，警察即屬負有此任務的機關之一。另一方面，就現代國民主權理念言，國家權力來源於人民，因此，國家不能無視於國民之基本人權，進一步言，保障個人之基本人權亦爲國家的目的之一。國家機關的組織和職權只是配合保障基本人權而存在，警察既爲國家機關組織之一環，對於保障個人之基本人權自然

責無旁貸。據此，警察主要之任務大概可歸納爲人權保障與治安維護兩大部分。

其次，依照權力分立原則，警察任務具有行政和司法的性質，因爲兩者的性質不同，必然導致適用準則、組織架構、構成要件及救濟程序的不同，爲避免造成歸類上的困難，其界限因而必須相當分明。因此，透過刑事法與行政法之分殊化，治安維護任務又可分爲防止行政危害之狹義危害防止與防止刑事危害之犯行追緝兩要項。前者之基本概念係植基於事件的預測效應上，對損害可能性盡可能地作出有效率的、靈活的反應；後者則側重於事後壓制，其任務乃是對犯罪之追緝，以遵循個案正義爲鵠的，對於已發生的事件，加以查明以追究責任。

警察爲了達成上述任務，必須倚賴適當的警察活動，包括警察職權之行使。不過，在法律保留原則之要求下，警察法第二條之任務概括規定僅得作爲任務之依據，不得作爲採取干預措施之依據。因此，除任務法之概括條款外，尚須有行爲法之授權，諸如：集會遊行法、道路交通管理處罰條例、社會秩序維護法、警察職權行使法等之個別授權條款或概括授權條款始得行使其職權。

基於警察任務的特性，授予警察職權之法律，常需透過具有高度解釋力的法律，賦予警察有廣泛干預之可能性。不過，一種沒有或低度約束的警察職權，有可能造成警察權力的極度膨脹，故警察行爲必須被約束在特定的尺度上，且當構成要件的前提存在時，警察有權利，但不是有義務進行危害之防止，對警察法而言，適用的是便宜原則，而不是如刑事訴訟法原則上適用合法性原則。雖然便宜原則開啓警察裁量的空間，但其裁量行爲仍受法律之支配，亦即警察必須「合義務性地」實行裁量權，是否及如何干預不能任憑警察機關依喜好隨意爲之。也正因爲警察行使職

權在大部分之情形是適用便宜原則，因此特別需要以「比例原則」來加以節制。

警察查證身分係國家公權力措施，為警察遂行危害防止或犯行追緝任務，於初始階段，用以確認受查證者身分之手段。其主要目的，在於消極的避免執法客體錯誤，積極的亦含有蒐集與比對資料，以確證受檢者之身分與查證要件之關聯性，作為進一步職權措施行使之依據。此種身分查證通常是藉由臨檢、路檢、盤查等警察勤務措施來實現。無論「臨檢、路檢、盤查」，都不是一種恣意之活動，應以一定發動要件為前提，且執行時應顧及個人之權益，並須遵守比例原則之界限。

警察之資料蒐集，係警察為警察之目的而獲取關係自然人個人資料之所有程序，警察任務之有效達成，常有賴於此等個人資料之充分取得。因此，警察機關乃擁有廣泛蒐集資訊之權力，並藉所蒐得之資訊作為施政正當性之基礎，進而維繫國家存立最主要的目的——安全與福祉。不過，儘管國家機關是基於安全、秩序、福祉之目的所採之資訊蒐集措施，若限制、剝奪憲法保障人民之具體自由與權利，包括秘密通訊自由、居住自由、集會自由、行動自由等，特別是由人格權與人性尊嚴所推導出的資訊自決權(或稱為資訊隱私權)，該等蒐集資料所採取之措施，仍具干預性質，其權力之發動與運作應有其合法性與正當性始可。

警察行使職權，如有違法或不當時，人民自得依法表示不服，訴請行政或司法救濟。不過，由於警察職權之行使，有各種不同之形態，其所依據之法律亦有不同。當警察行使其職權而對人民造成權利侵害之效果時，因所依據之法律不同，其救濟途徑亦有明顯不同。有適用一般行政救濟之訴願、行政訴訟者；有適用不同於一般行政救濟之特別救濟程序者。此外，警察行使職權時，如因故意或過失不法侵害人民自由或權利時，受侵害之人民並

得以書面向該警察所屬之機關請求國家賠償，自不待言。

第二節 智慧財產與法律生活

相關案例取材自經濟部中小企業榮譽諮詢律師服務網站

[http://law.moeasmea.gov.tw/modules.php?name=Forums
&file=viewtopic&t](http://law.moeasmea.gov.tw/modules.php?name=Forums&file=viewtopic&t)

第一項 前言

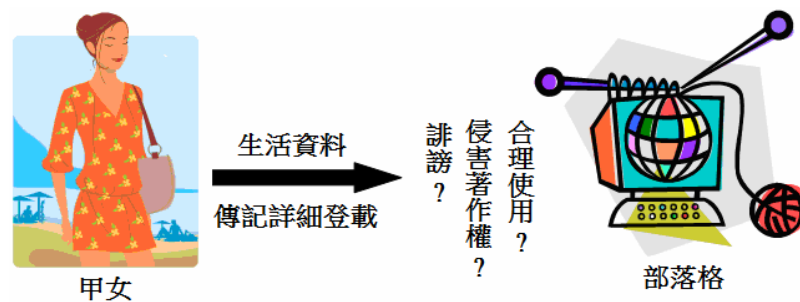
隨著網際網路的發達，日常生活中不論是電腦之使用，或者是使用通訊器材，在電腦及通訊商品越來越普遍之情形下，固然使得資訊生活變得更為便利，但也造成侵害智慧財產權之情形。特別是，大專學生對於網路之使用已經成為生活中重要的一部分時，侵害智慧財產之情事，乃時有所聞。因此，對於如何建立起正確的智慧財產權之觀念，並培育大專學生對於相關智財權之尊重，即有重要性的意義。

另隨著網際網路的商業革命，除了可以將網路當作交易平台之外，成熟的網路平台出現了以個人專屬網頁的模式產生，標榜能夠使每位參與者以個人化（personalization）的內容，藉由人與人分享（P2P）的理念，成為一種特殊的服務導向的型態，此即為 Web 2.0 的時代潮流。然此等的互動式網路，自然對於分享著作權方面，產生極大的智財權之侵害問題，以及對於個人隱私權保障的問題，自有探究之餘地。

第二項 生活上可能涉及的智財法問題

第一款、部落格之創作

案例一：甲女就讀於中部某大學，因甲女天生麗質，便把個人的裸照及與生活照貼在其網路部落格上，供人觀賞。且甲女對於以往的戀愛史、人際關係、就學資料及同儕的真實姓名等資料，均以傳記方式於該部落格上登載；另有對於該等事實，加以評論、反駁或改編的論述。則此等是否有造成他人隱私權之侵害，或有洩漏個人之資料；甚至是否有造成污辱及毀謗他人之情事？是否有侵害著作權？該改編是否屬於合理使用之範圍？



(一)、人格權之保障

參照民法第 18 條規定人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害；有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金；同法第 19 條規定姓名權受侵害者，得請求法院除去其侵害，並得請求損害賠償；同法第 195 條第 1 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，並得請求回復名譽之適當處分。因此，有關個人隱私權之保障，包括肖像權，名譽權、個人之出生、就學、住址及電話等個人資料，均屬於隱私權之範圍，受到法律之保障。當有侵害個人之人格權時，自得依照上開法律之規定，請求除去侵害、防止侵害，且可依照前開民法第 195 條第 1 項規定請求非財產上

之損害，即得請求精神上之損害賠償。

如果行為人有意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，則有觸犯刑法第 310 條第 1 項之誹謗罪，得處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。而儘管所指稱之事，能證明為真實者，如果僅為涉及私德而與公共利益無關者，仍應論處毀謗罪。

是以，如對於詆毀他人之姓名或人格權（包括名譽、肖像、隱私、信用或其他人格法益等）基於侵害之故意，而於網路部落格散佈，或有對於他人之言論引述過多，或嚴厲加以評論者，即有可能觸犯前開法律之虞，自有民事及刑事之責任。但是，如果上開他人之資料，獲得該人之同意授權，自無侵害之情事。

(二)、創作之自由及合理之使用

著作權為促進研究發展之使用，規定合理之使用，不構成著作權之侵害，而有關於是否合理之使用，參照著作權法第 65 條第 2 項規定：「著作之利用是否合於第四十四條至第六十三條規定或其他合理使用之情形，應審酌一切情狀，尤應注意下列事項，以為判斷之基準：一、利用之目的及性質，包括係為商業目的或非營利教育目的。二、著作之性質。三、所利用之質量及其在整個著作所占之比例。四、利用結果對著作潛在市場與現在價值之影響。」因此，如果有過多的引述使用，即可能有超出合理使用之範圍。

如果對於他人已公開之個人事實，以創新使用之方式加以描述其內容或特徵，在其新創之目的有使人省思或製造效果者，便成為具有某種程度「原創性」著作時，或可稱為「改編」(PARODY)，則此等後來之改編即為原著作的衍生著作，是否屬於著作權法上「合理使用」原則的適用，亦或是完全為另一新著作，沒有侵害原有之著作權，仍須就個案特性加以審查。

(三)、散布猥褻品

參照刑法第 235 條第 1 項規定散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科三萬元以下罰金。而利用網路部落格散布猥褻之照片或圖畫者，仍有觸犯前開刑法之規定，此可參照最高法院 84 年台上字第 6294 號判例意旨：「所謂公然陳列者，指陳列於不特定人或特定多數人得以共見共聞之公然狀態；而散布者，乃散發傳布於公眾之意；販賣行為，亦足以流傳於眾，多係對不特定人或特定多數人為之。考其立法目的，以此等行為，使猥褻物品流傳於社會公眾，足以助長淫風，破壞社會善良風俗，其可罰性甚為顯著，此與猥褻物品僅供己或僅供極少數特定人觀覽，未達危害社會秩序而屬個人自由權限範疇之情形有別，故設刑罰規定，以資禁制。」

【例解】

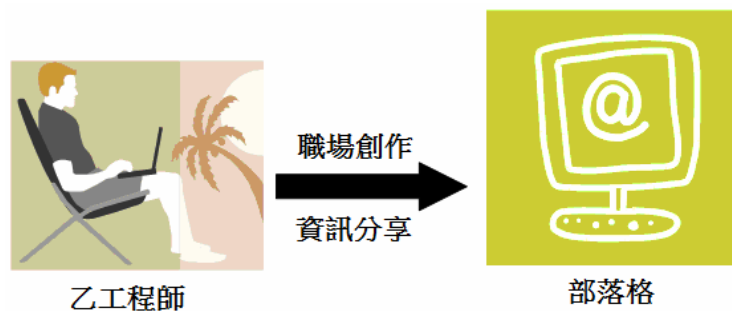
本例中甲女把個人的裸照及與生活照貼在其網路部落格上，供人觀賞，參照最高法院 84 年台上字第 6294 號判例意旨：「所謂公然陳列者，指陳列於不特定人或特定多數人得以共見共聞之公然狀態。」即可能有構成刑法第 235 條第 1 項散布猥褻品之罪。而甲女對於以往的戀愛史、人際關係、就學資料及同儕的真實姓名等，均以傳記方式於該部落格上登載，或有對於該等事實，加以評論、反駁或改編的論述。如果甲女係基於毀謗之故意者，則有觸犯刑法第 310 條第 1 項之誹謗罪。於民事之法律規範上，亦有侵害他人之人格權，被害人得依照民法第 19 條及第 195 條第 1 項規定，請求除去該侵害—即除去該部落格的 相關文字及照片，並得請求非財產上之損害賠償。

另就甲女對於他人已經發表之事實，以創新使用之方式加以描述其內容或特徵，如果其新創之目的有使人省思或製造效果者，在某種程度具有「原創性」著作時，即有「改編」(PARODY)

創作者，仍須就個案特性加以審查，是否屬於著作權法上「合理使用」原則的適用，亦或是完全為另一新著作，沒有侵害原有之著作權，

第二款 受僱人之著作權及營業秘密保障

案例二：乙受僱人公司擔任系統研發工程師，僱傭契約特別約定職務上創作之著作人為公司。最近乙想建立自己的部落格來分享曾經在職場上的一些創意或活動，但是故意將該部落格中的內容，隱藏了該 A 公司之名稱，卻有提供相關之數據，供他人檢閱佐證。且乙將上一個任職之 B 公司之研發作品，但沒有被 B 公司所採用者，也放在其個人之部落格。則乙之行爲是否合法？



(一)、受僱人著作權歸屬

參照著作權法第 11 條規定受僱人於職務上完成之著作，以該受僱人爲著作人。但契約約定以雇用人爲著作人者，從其約定。依前項規定，以受僱人爲著作人者，其著作財產權歸雇用人享有。但契約約定其著作財產權歸受僱人享有者，從其約定。是以，公司之受僱人就其基於勞務關係上，對於公司所提供之勞務創作

之成果，其著作權原則上屬於受僱人所有。但是，如果契約有約定該項職務上之創作，以雇主為著作人者，即應屬於雇主之公司所有。此等著作權之約定，亦非不得約定屬於雇主與受僱人雙方之共同著作。

所謂著作權之散布者，係指指不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通。且明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，則有觸犯著作權法第 87 條第 1 項第 2 款規定。

(二)、營業秘密之保障

參照營業秘密法第 3 條規定受僱人於職務上研究或開發之營業秘密，歸雇用人所有。但契約另有約定者，從其約定。受僱人於非職務上研究或開發之營業秘密，歸受僱人所有。但其營業秘密係利用雇用人之資源或經驗者，雇用人得於支付合理報酬後，於該事業使用其營業秘密。然何謂「營業秘密」，則參照同法第 2 條規定：「本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：一、非一般涉及該類資訊之人所知者。二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。三、所有人已採取合理之保密措施者。」前開規定之營業秘密受侵害時，被害人得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之，為同法第 11 條所明定。且因故意或過失不法侵害營業秘密者，需負損害賠償之責任，同法第 12 條亦有明文規定。此等故意或過失之認定，仍應以民法第 184 條第 1 項規定具備侵權行為之故意或過失之要件，始足當之。

【例解】

本例中，乙受僱人公司擔任系統研發工程師，既然僱傭契約約定職務上之創作之著作人為公司，則乙想建立自己的部落格來分享曾經在職場上的一些創意或活動，雖故意將該部落格中的內

容，隱藏了該 A 公司之名稱，但是提供相關之數據，供他人檢閱佐證，則僱傭契約約定該著作權歸屬於公司，乙將上開 A 公司之著作權逾期網路之部落格上散布，參照著作權法第 87 條第 1 項第 2 款規定明知為侵害製版權之物而散布或意圖散布而公開陳列或持有者，即有構成侵害著作權。

乙將上一個任職之 B 公司之研發作品，但沒有被 B 公司所採用者，也放在其個人之部落格。參照營業秘密法第 3 條規定受雇人於職務上研究或開發之營業秘密，歸雇用人所有，是以該研發作品屬於 B 公司之營業秘密，乙加以上網公開，即有可能違反上開營業秘密法之規定，即有違法。

第三款 網路分享資訊

案例三：丙設立個人部落格，除了登載其個人相關的生活照片、活動剪輯外，也將其他同學的活動照片、生活



札記及電子郵件內容，貼上該部落格，讓同學分享，以增進同儕間之感情；並利用其資料庫，提供加入同學得以面下載音樂的平台。則丙之行爲是否合法？

一、著作權之原創主義

依著作權法第十條規定：著作人於著作完成時享有著作權。我國著作權之立法係採原創主義，於著作人完成創作之時，無待於主張或登記，即取得著作權。是以，對於他人所完成之著作，

不論是照片、紀錄生活情形之文字創作、電子郵件之內容等，均屬於著作權保障之範圍。且參照著作權法第 3 條規定，所謂「著作」，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作。因此，未經授權而使用他人著作，即有侵害著作權之情事。

二、公開傳輸及重製

參照著作權法第 3 條規定：「公開傳輸：指以有線電、無線電之網路或其他通訊方法，藉聲音或影像向公眾提供或傳達著作內容，包括使公眾得於其各自選定之時間或地點，以上述方法接收著作內容。」同法規定：「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。」前開公開傳輸之權利，歸屬於著作人，同法第 26 條之 1 定有明文。且不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通者，著作權法第 3 條第 1 項第 12 款規定為散布之行爲。對於尚未發表之著作，著作人享有公開發表之權利，除非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，或者著作人將其尚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，他人尚不得就著作人尚未發表之著作，於未經取得授權同意下，擅自予以發表。

如果行無人未經著作財產權人同意或授權，意圖供公眾透過網路公開傳輸或重製他人著作，侵害著作財產權，對公眾提供可公開傳輸或重製著作之電腦程式或其他技術，而受有利益者，依照同法第 87 條規定，視為侵害著作權之行爲。

【例解】

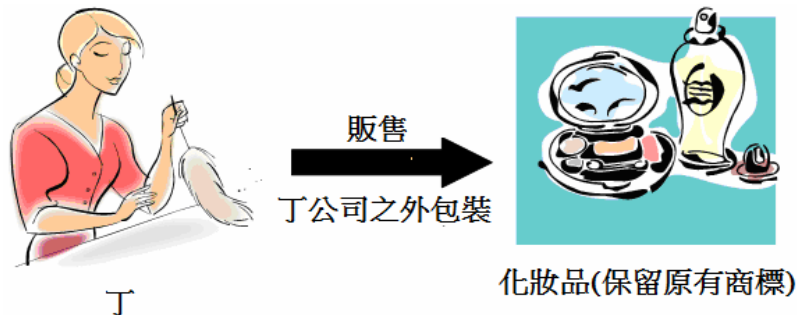
本例中，丙設立個人部落格，除了登載其個人相關的生活照

片、活動剪輯外，也將其他同學的活動照片、生活札記及電子郵件內容，貼上該部落格，讓同學分享，以增進同儕間之感情。此等情形，固屬無可後非，然參照我國著作權之立法係採原創主義，於著作人完成創作之時，無待於對外發表，即取得著作權。因此，他人尚不得就著作人尚未發表之著作，於未經取得授權同意下，擅自予以發表，否則即有侵害著作權。

另就丙利用其資料庫，提供加入同學得以面下載音樂的平台。由於公開傳輸之權利，歸屬於著作人。且不問有償或無償，將著作之原件或重製物提供公眾交易或流通者，著作權法第 3 條第 1 項第 12 款規定為散布之行爲。對於尚未發表之著作，著作人享有公開發表之權利，除非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，或者著作人將其尚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。故對於他人音樂著作，未經授權即予以公開傳輸或散布者，即有違反著作權法之規定。

第四款 平行輸入之商標

案例四：丁自國外平行輸入而進口化妝品乙批，並保留該製造商之原有公司商標，另外在產品外加上透明且印有丁公司之商標，為其商品之外包裝而販售。是否合法？有無侵害製造商之商標？



(一)、商標之註冊

由於商標係表彰該商品之內容、製造、銷售等特徵，以利商品之流通、服務與辨認，於我國境內欲受到商標法之保障，依照商標法第 2 條規定，凡因表彰自己之商品或服務，欲取得商標權者，應依本法申請註冊。是以，特定商品是否有受到所國商標法之保障，參照同法第 3 條規定係採行互惠主義之立法，即外國人所屬之國家，與中華民國如無互相保護商標之條約或協定，或依其本國法令對中華民國人申請商標註冊不予受理者，其商標註冊之申請，得不予受理。

(二)、商標權之保障

參照商標法第 29 條規定，商標權人於經註冊指定之商品或服務，取得商標權，而有於同一商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標者；或於類似之商品或服務，使用相同於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者；以及於同一或類似之商品或服務，使用近似於其註冊商標之商標，有致相關消費者混淆誤認之虞者，均需取得商標權人之同意。

(三)、平行輸入之商標問題

對於真品平行輸入採取贊成見解者，則以「用盡原則」(Exhaustion Theory)(或稱第一次銷售原則)作為依據。所謂用盡原則，指附有智慧財產權之商品，經過合法向外流通後，取得該商品之人，即有權使用或販賣，而不會對附著在商品上之智慧財產權構成侵害⁸⁴。或有採「默示同意說」，此說認為在附有智慧財產權之商品合法在市場上流通之後，智慧財產權人或經其授權之

⁸⁴ 蔡明誠主持，「禁止真品平行輸入法制之研究」，頁 32，經濟部智慧財產局委託，國立臺灣大學法律學院科技整合法律學研究所，(2007 年 2 月)。

人，便將智慧財產權默示授權給商品之繼受人⁸⁵。但對於已經有註冊商標之商品，參照同法第 30 條第 2 項規定附有註冊商標之商品，由商標權人或經其同意之人於市場上交易流通，或經有關機關依法拍賣或處置者，商標權人不得就該商品主張商標權。但為防止商品變質、受損或有其他正當事由者，不在此限。

上開法律規定，是否成為商標法上禁止真品平行輸入之規定？有認為依據商標法第二十九條第二項對於商標權人權利之規定，並未包括進口之權，因此商標法應不禁止真品之平行輸入；有認為依據用盡原則及屬地主義，原則上應禁止真品平行輸入，而在第 30 條第 2 項這種例外狀況下始允許真品平行輸入⁸⁶。

實務上，認為必須具備下列之要件，否則即有構成商標權之侵害。其一，輸入者為真品，並且與商標權人或經其授權之人所販賣之商品，品質相若；其二，無使消費者誤認商品為商標權人所銷售⁸⁷。

【例解】

本例丁自國外平行輸入而進口化妝品乙批，並保留該製造商之原有公司商標，另外在產品外加上透明且印有丁公司之商標，為其商品之外包裝而販售。有無侵害製造商之商標？學說上有用盡原則、默示同意說等不同，而實務上認為必須符合兩項要件，其一，輸入者為真品，並且與商標權人或經其授權之人所販賣之商品，品質相若；其二，無使消費者誤認商品為商標權人所銷售。本例丁輸入者為真品，且與經銷商販售之商品品質相同者，又能加上自己之丙公司商標，得以區分並非商標權人所銷售者，自

⁸⁵ 同前註，頁 34。

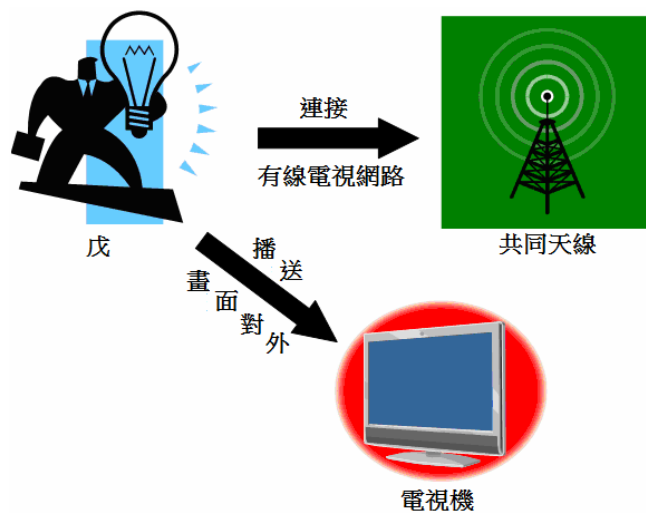
⁸⁶ 同前註，頁 37-38。

⁸⁷ 參照最高法院 81 年台上字第 2444 號裁判。

能無使消費者混淆誤認該商品為製造商即商標權人所銷售者，自為合法。

第五款 社區共同天線

案例五：戊獲選為臺中市成功社區國宅之管理主任委員，該社區原即有架設共同天線，平時以收視數位無線電視台之系統服務。今戊為增加對社區之服務，便將其家裡的有線電視台網路（cable）的收視，擅自連接到社區的共同天線，並以節目廣告空檔，插播自製的電器行商品廣告節目；且戊因在該社區有臨路之店面，開設電器行販售電視機、冰箱等電器產品，為增加往來民眾駐足觀賞，將電視機畫面轉到外面櫥窗，以該收視的有線電視節目對外播送王建民於美國主投之棒球賽。則戊上開行為是否違法。



(一)、共同天線之法律依據

何謂社區共同天線，參照電視增力機、變頻機及社區共同天線電視設備設立辦法第 2 條第 3 款規定：「社區共同天線電視設備：指自空間直接或間接接收電視無線電臺之電視信號，而以有線

同軸電纜增力傳輸至接收用戶之設備。」有關社區以共同天線之方式，得以同時轉播依法設立之無線電視台之著作，但不得變更其形式及內容，著作權法第 56 條之 1 亦定有明文。則社區共同天線係以接收無線電視台之訊號後，以社區共同天線之電纜網路連接到社區的各戶收視戶，因此，對於收費之有線電視台或有線電視播送系統之節目，因其係採月租計費之服務方式，自非社區共同天線得以連結播送之節目。前開辦法第 24 條規定電視增力機、變頻機應即時轉播，不得插播與主臺發射信號不同之節目及廣告。

(二)、公開播送之規範

所謂公開播送者，係指指基於公眾直接收聽或收視為目的，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，藉聲音或影像，向公眾傳達著作內容。由原播送人以外之人，以有線電、無線電或其他器材之廣播系統傳送訊息之方法，將原播送之聲音或影像向公眾傳達者，亦屬之，為著作權法第 3 條第 7 款所規定。同法第 24 條規定公開播送之權利專屬於住做人之權利。同法第 92 條規定擅自以公開口述、公開播送、公開上映、公開演出、公開傳輸、公開展示、改作、編輯、出租之方法侵害他人之著作財產權者，處三年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新臺幣七十五萬元以下罰金。則如果接收他人之傳播內容之後，再以各種方法對公眾為播送，即構成公開播送，如未經著作人之授權，即有侵害著作權。

【例解】

本例中，戊獲選為臺中市成功社區國宅之管理主任委員，戊為增加對社區之服務，利用原有的社區共同天線，將其家裡的有線電視台網路（cable）的收視，擅自連接到社區的共同天線，並以節目廣告空檔，插播自製的電器行商品廣告節目。因社區共同

天線係以接收無線電視台之訊號後，以社區電纜網路連接到社區的各戶收視戶。因此，對於收費之有線電視台或有線電視播送系統之節目，因其係採月租計費之服務方式，自非社區共同天線得以連結播送之節目。又社區共同天線系統，不得插播與主臺發射信號不同之節目及廣告，上開戊之行爲顯已違法。

另戊因在該社區有臨路之店面，將電視機畫面轉到外面櫥窗，以該收視的有線電視節目對外播送王建民於美國主投之棒球賽。由於僅是單純打開電視機接收電視節目訊號，未於接收後再將原播送之節目內容，再傳送到另外的收視設備者，非屬公開播送之行爲，自無應事先徵得著作人授權之必要。

〔未完待續〕

第六款 網路上拍賣

第七款 濫發侵害專利信函

第八款 未標記專利之賠償

第九款 排除侵害專利

第十款 剪接影片

第三節 醫療法規⁸⁸

第一項 醫療與法律概論

醫療，是一種治病與救命的行業，醫師常須在極短的時間內，就病人的問題作成判斷，進行處置。病人就醫無非是要解決病痛，恢復健康，維繫生命。但是，並非所有疾病均可完全治癒，

⁸⁸ 本節係由計畫協同撰稿人許耀明助理教授撰寫。

亦非所有醫療皆能毫無瑕疵。因此一旦醫療結果不如預期，在過程中病情轉劇，甚至病人不幸死亡，便可能引起爭議，而發生糾紛。

近年來，國內醫療糾紛件數逐年增加，由於缺乏迅速有效、公平合理的處理機制，致使民眾對於此類事件，常不依合法途徑尋求解決，有的包圍醫療機構，抬棺抗議，訴諸暴力；有的開記者會，扭曲事實，羞辱醫師，這些行動非但不能解決問題，還會模糊問題的焦點，亦加深醫病雙方的裂痕。醫師或醫院可能因此降低其救人的熱忱，而採取防禦性之醫療行為：諸如給病人作許多不必要的檢查，讓病人吃實際上不需要的藥，而對嚴重、危急或困難度較高，這類可能會引起糾紛的患者，不加救治，而將之轉診。這種情形都會造成醫療資源之浪費，健保財務之負擔，甚至對社會的安定，國家醫療的進步，都會產生負面的影響。

人稱醫界有如「白色巨塔」，病人面對專業的醫藥領域，就像面對一座高塔一般，常覺茫然與無措。發生問題與糾紛時，病人常常不得其門而入，法律雖是解決糾紛的工具之一，但因為資訊嚴重的不對稱，還有對法律程序的不甚瞭解，身為原告的民眾往往一場官司下來，耗費了許多人力、物力，卻只是「毫無所得的勝利者」。因為一旦訴訟標的是屬於無可挽回的生命或身體的健康，縱使是打贏了官司，也會有空虛的勝訴之感。

在台灣的醫界，或所有與人的身體健康、生命保健有關的醫藥界，目前都正積極進行一場轉型期的調整。如何在「基於科學的診斷與治療」中尋求「基於法學的分析與解決」，並因此能導向一個比較人性化的醫護環境，將會是法、醫兩界相互努力的目標。

第二項 醫療行為之法律責任

第一款 概說

醫療關係的首要特徵，在於一方因為治療或預防疾病之醫療目的而向他方求醫，他方亦基於醫療目的而對之從事醫療行為。但是由於人之身體構造與健康系統極為複雜，現代醫學雖然對人體有一定程度之掌握，但對於人類生命之奧秘以及致病或致死之因素還有許多未知。醫生與病人之間的衝突原因就在於此，一方面，在一開始醫病雙方對於醫療結果之預期可能就存在有落差；另一方面，醫療過程中亦有可能由於一些當時能掌握而醫師卻未掌握，或者當前醫療水準尚不能掌握之因素，而致使不利結果發生。

通常疾病在人體中，會與患者之免疫系統相作用而呈現一定之病程發展，因疾病入侵而對身體所造成的損傷，基於患者身體修復機能的不同而有差異。疾病之病程或復原，有些可能可以經由適當的醫療行為而加以改變，使之縮短而朝向痊癒；有些可能並非醫療行為所能加以改變，而只能藉由醫療行為減輕其症狀或防止併發症發生，等待其自然痊癒或逐步地修復；有些情形甚至可能永遠不會因醫療行為而痊癒或修復。其間，治癒或修復雖然為醫病雙方所共同期待與努力之目標，但顯然這種期待與目標，並非皆可實現與達成，總有落空的時候。此外，由於醫療行為對人體或健康必然有侵入性，不但有發生後遺症（如開刀留下疤痕）、副作用（如藥物過敏、或因藥物作用而傷害體內的其他器官）之情形，而且還可能因感染（如因住院而感染肺結核、因輸血而感染愛滋病等）、錯誤（包含診斷錯誤、給藥錯誤、施術錯誤、延誤治療等）而對患者造傷害。

這當中是否構成醫療損害，其判斷之基準通常置於：各該疾病之治癒，及其接受醫療發生後遺症與副作用之防止或避免的可能性，換句話說，就是控制這個疾病之發展的可能性有多少。可以治癒或能有效防止（或控制）而未治癒或未有效防止（控制）

時，如其所造成之結果與獲得治癒或有效防止（控制）時之結果，存在有差距時，則稱之為醫療損害。所應注意者，後遺症與副作用之容許程度，必須從因後遺症與副作用造成之不利益，與所患疾病之治療利益之間的相對比例加以衡量。這個正是治療手段是否符合比例原則，有無過當之問題。最常見之例子為：癌症治療手段中，不論是化學治療或者是放射治療所產生之副作用都相當大，有時短時間即掉光所有頭髮，甚至經常不能超過原來之存活預期。能否因為其實務上通常被認定為不治之症，就可不顧其治療方法之一切後遺症與所有副作用，令人存疑。

歸納起來，引起醫療損害的類型包括：能治癒而未治癒或延遲治癒、能防止副作用而未防止、能避免併發症而未避免、不符合比例原則的後遺症、誤診與感染。其中能與不能之認定，應該以當時的醫學科技水準作為標準，然而，此與法規上對於醫事人員或醫療機構所要求之能力或注意程度有所不同。在建立法規時，對要求醫護人員的能力與注意義務這個部分，大多基於該領域的專業倫理及實踐上之期待可能性來考量。換句話說，就是斟酌該行業一般之科技水準，而以善良管理人抽象之注意程度作為標準。因不具備善良管理人之能力或注意程度而導致之醫療損害，屬於因醫療過失所導致之損害。至於依醫療行為發生時之醫療科技，客觀上雖可能治癒或防止其不利結果發生，但只要該醫療科技尚未成為一般專業醫師所具備之技能，則醫師實踐其醫療行為所需之能力或注意程度即不能依當時的科技水準來要求。因不具備該技能而導致之結果，雖可視之為醫療損害，但不得論為因醫療過失所導致之醫療損害，而應論為危險之結果。至於誤診或感染，其發生原則上固然會認定為醫事人員或醫療機構具有過失，但也並非全然如此，例如急救時，由於事出倉促，其消毒或診斷之要求可能就會比較寬鬆。至於客觀上根本不可能治癒或防止者，其不利之結果係來自於該疾病之必然發展，所以不得認定其為

醫療損害。惟該所謂不可能防止之結果，如係由醫療行為所引起，從事後之結果論之，大多認為該不利結果是能夠防止的，所以該結果雖不論為其有過失，但還是有可能論之為係因其危險的醫療行為所引起。由以上之說明可發現：醫療行為之過失結果、危險結果或必然結果，其間的界線並不是一成不變，可能隨者不同時空之醫療科技水準，或者是規範上之政策而推移。

總而言之，當有醫療損害發生時，就有可能造成醫療糾紛。該損害之填補與各相關人員所應承擔之責任（包括刑事責任和民事責任），又基於是否可歸咎於醫事人員或醫療機構而有不同，這也是我們將要討論的重點。

第二款 一般醫護人員之法律責任

壹、醫療行為與刑事責任

所謂刑事責任是指國家對違反刑事法之行為人科處刑罰的意思，也就是在討論罪與罰的問題。

醫事行為本質上即難免對人之身體、生命與健康有所侵害，而符合傷害罪之構成要件，特別是活體器官移植行為，基本上就符合刑事傷害罪之要件，但刑法第二十二條規定：「業務上之正當行為，不罰」，即所謂阻卻違法事由。但如其侵害已非正當行為，仍有刑事責任之問題。

又刑法分則犯罪類型中與醫事行為關係最大者為：刑法第二百七十六條第二項的業務過失致死罪、第二百八十四條第二項之業務過失傷害罪，所以在刑事責任的這個部分，我們的重點將會放在業務過失致死罪與業務過失傷害罪的討論上。

一、思考一下

案例：

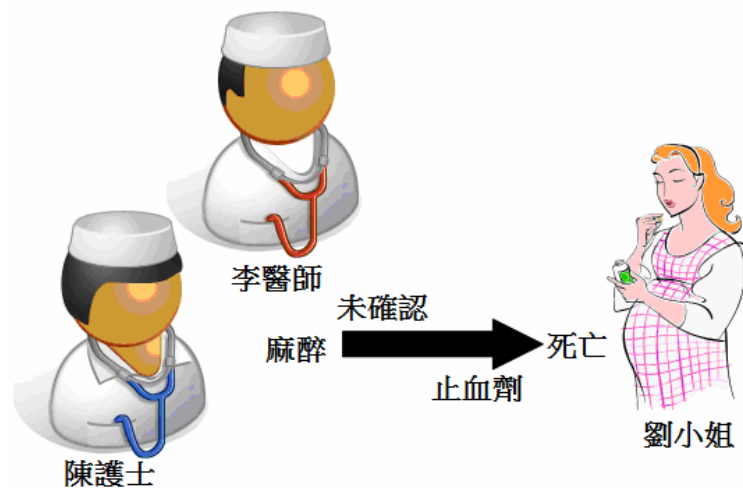
李醫師為新竹市一家婦產科診所的醫師，他亦是診所的負責人。陳護士則為這家診所的護士，並為經過受訓領有合

格執照的麻醉護士。

一天，已懷孕達四十週的劉小姐，因為落紅、不規則宮縮以及子宮頸擴張二公分等症狀，來到李醫師的診所求診、待產。待產過程中，出現了胎兒心跳過速的現象，經李醫師的建議，劉小姐的丈夫，溫先生同意改以剖腹方式生產。因此李醫生旋即通知陳護士到場為孕婦實施麻醉注射，以利其手術之進行。誰知李醫師吩咐陳護士取藥時，竟沒有親自核對或口頭詢問，核對藥名確認其無誤，而陳護士準備藥劑時亦沒有盡其注意義務，重新核對藥名，就這樣糊塗的把止血劑錯當麻醉藥，而抽取備用，將之打入劉小姐的腰椎。

止血劑打入後，劉小姐旋即感到身體癢並出現紅疹，約五分鐘後出現抽筋現象，最後止血劑致生急性腦水腫合併腦疝形成，經急救無效，不治死亡，胎兒亦胎死腹中...

二、醫療過失之行爲與型態



(一) 醫療過失行爲

醫療行爲本旨在救人，縱醫療結果失敗，可以懷疑醫師有過失，但實在很難懷疑醫師有故意傷害之行爲。但在健保實施後，醫師為賺取較高之健保費而作不必要的醫療行爲，特別是在牙

科部分，如將未蛀牙的牙齒拔除或作根管治療，實不無涉及故意傷害之問題，只是在舉證上有困難，而非該現象不存在。

但在現階段，醫療糾紛案件的核心還是在醫療過失。所謂過失，通常依刑法規定來說明。依刑法對過失之規定，分為「有認識過失」與「無認識過失」，「行為人雖非故意，按期情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失」(刑法第十四條第一項，有認識過失)。「行為人對於構成犯罪之事實，雖預見其能發生，而確信其不發生者，以過失論」(刑法第十四條第二項，無認識過失)。

醫療法規上有許多規範醫師作為或不作為義務之規定，這些義務條款一方面構成醫師的「應注意」的過失要件，一方面構成保護他人之法律，所以醫師若違反醫療法規，幾乎被認定為有過失。例如手術麻醉同意書之簽具、告知義務等。

在醫界有主張醫療行為應該除罪化之呼聲，醫療行為是否應該除罪化，與醫療行為是否適用消保法無過失責任之規定，同樣是眾說紛紜之話題。醫療行為除罪化是一種較前進之主張，一時難獲共識，但醫療行為是否適用「可容許危險」、「信賴原則」，作為無過失認定依據，則有其實際意義。

所謂「可容許危險」，是指對社會生活有益而且必要之行為，雖性質上含有侵害之危險，但行為人若已盡到注意義務，縱使發生侵害法益，在適當範圍內，還是可以被容許，而否定行為人應負之刑事責任。

所謂「信賴原則」，最先使用在交通事故之判決上。意即駕駛人開車上路，每一位都應該遵守交通規則，因此，只要駕駛人確實遵守交通規則，對於他人不遵守交通規則的行為而發生車禍，自己是沒有刑責的，例如駕駛人安安穩穩開車上路，在自己的車道裡突然有對面車道的車闖過來，這樣發生的車禍意外駕駛人是不必負責的。這是因為我們都應該信賴別人都是可以遵守交通規則

。不過法院也認為，如果說他人的違規情形已經相當危險，而自己看到了，也可以預防這樣的車禍悲劇發生，如果駕駛人不去防止這個車禍意外，例如駕駛人遠遠已經看到有位小朋友闖紅燈，在可以煞車的範圍裡，但是不踩煞車還是直接撞上去，這個時候就不能適用「信賴原則」來免罪。

套用到醫療事故來看，就譬如說醫師已經完全遵照正常的醫療程序來醫治病人，但是因為病人具有特殊體質或是有重大疾病病史（例如心臟病、糖尿病、藥物過敏），卻漏未告知，這時若是病人因此無法救治，則醫師就不必負擔刑責。但是若醫師依照其專業知識可判斷病人可能具有特殊體質，或病例上已載明病人病史，醫師即有充裕時間預防病人無法救治的情形發生，在這種情況之下，醫師還是會有過失責任的問題。

目前我國實務上，醫療糾紛並無以「可容許危險」之理論作為無罪判決的例子，但有引用「信賴原則」作為無罪判決的例子。

（二）醫療過失之型態

從醫療過失之結果來看，醫療過失行為可能致病患傷害或死亡之結果，而在刑事上構成業務過失傷害罪（刑法第二百八十四條第二項，從事業務之人，因業務上之過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金；致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金）或業務過失致死罪（刑法第二百七十六條第二項，從事業務之人，因業務上之過失犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科三千元以下之罰金）。

從整個醫療過程與法院判決整理分析來觀察，醫療過失之型態可分為：

1. 檢查或檢驗疏誤

一些疾病，醫師可以根據病人敘述及望、聞、問、切的過程，初步判斷疾病種類及治療方式，但某些疾病則需要先經過檢查

或檢驗，才能確定病因與決定治療方式，如果檢查或檢驗錯誤，就無法對症下藥，而延誤病情，對病患造成重大損失。檢查或檢驗通常是診斷的前一步驟，所以檢查或檢驗錯誤通常跟「症狀判斷疏誤與未及時正確判斷之延誤」息息相關。但因為檢查人員與治療人員通常不屬同一人，此牽涉到責任的負擔與訴訟的對象。

2. 症狀判斷疏誤與未及時正確判斷之延誤

症狀判斷是整個醫療行為的核心，在醫療過失排行上占第一位。症狀判斷疏誤與未及實證卻判斷之延誤，可以進一步說明者：

(1) 關於癌症的診斷

癌症的檢查可分為政府衛生單位之檢查（如乳癌、子宮頸抹片檢查）與私人醫療診所之檢查。私人醫療院所與病患之間有契約關係，其請求賠償之法律依據較無疑問，如屬政府衛生機關之檢查發生疏誤，則其法律關係尚待研究。二〇〇三年五月二十一日公佈之癌症防治法第十三條規定政府機關辦理人民癌症篩檢，第十四條規定，篩檢機構應主動催促其篩檢之癌症前期及癌症陽性個案回院確診，或提供轉診資訊。

癌症檢查疏誤的型態可能有：

- a. 應作檢查（如切片、內診）而疏未作進一步檢查。
- b. 已作檢查發現有癌症病兆，未正確告知檢查結果。
- c. 檢查結果判獨有癌症，手術後病理檢查卻無癌症。
- d. 事實上已有癌症病兆，檢查結果卻認為正常或非癌症。

(2) 關於腦部電腦斷層掃描實

施

腦部電腦斷層掃描，涉及實施必要性及實施時機。就病患或家屬立場而言，寧可多作檢查以免疏誤，但在醫療院所立場除專業判斷外，可能還有醫療資源分配的考慮，尤其在全民健保實施之後，是否作腦部電腦斷層掃描，病患和家屬總是認為醫院太過保守，而質疑其有延遲、過失。

3. 醫療方法疏誤

醫療方法疏誤或不當，在醫療過失排行上占第二位。常見情況，例如糖尿病酮酸中毒患者之診治方法，必須依照一定的醫療步驟來急救，此乃一般內科醫學之常識，倘若醫師倉促之間看錯病歷，用錯方式醫治病人，即屬醫療方法疏誤之過失。

4. 技術錯誤

「妙手回春」是一般人對醫術高明的醫師的讚美詞，一個醫療過程的完美性，最後繫於醫師個人之醫術，這也是醫院有指定醫師之慣例的原因。倘若醫師本身技術並不純熟，或當下身體、精神狀況不佳，就應另派其他醫師代為操作，而不應勉強為病人為醫療之行爲。

5. 儀器操作疏誤

現代西醫醫療過程通常需要藉助醫療儀器，醫療儀器種類繁多且日新月異。醫療儀器對病症之診斷與治療有不可或缺之地位，操作不當就可能造成傷害。

6. 投藥疏誤

投藥疏誤可以說在每日醫療行爲中均可能發生，約有萬分之一的機率，只是投藥錯誤不一定會造成立即的明顯傷害，因而未被查知。例如北城婦幼醫院打錯針事件，一直到出了人命，才有新聞報導出來，或日前的詹桂芳事件，也是吃了長達十一個月過量的藥，卻因為相信專業，身體有異狀卻還是去同一家診所回診，結果只是中耳炎卻吃藥吃成尿毒症之後，才驚覺藥毒害死她了

。

7.轉診之延誤

醫院、診所因限於設備及專長，無法確定病人之病因或提供完整治療時，應建議病人轉診，醫療法第七十三條第一項，定有明文。蓋疾病種類輕重緩急不同，非其能力設備所能給予適當治療者，即應將其轉診，避免延誤治療時機。

全民健保實施後，醫療市場進入另一種競爭關係，有些基層醫療診所為爭取病患，而延誤轉診時機，不但罹害病患，也必須負起法律責任。

8.急救之延誤

需要急救之病患，本來就屬高危險的醫療，而急救之成敗，更繫於諸多原因，如時間、設備、病況、人力等。因此，若以事後成敗論醫療過程有無過失，有時是失之公平的。

9.手術之疏誤

手術之過失可從幾個階段來觀察：

(1) 手術之必要性。

(2) 手術前之注意義務。

(3) 手術方法之選擇。

(4) 手術之時期，如延遲實施、過早實施。

10.麻醉之疏誤

麻醉除用於對症療法，大多作為手術之輔助手段。所以手術之實施與麻醉之施用有不可分之關係，而醫療行為趨向集體化，則在手術醫療糾紛中，有關麻醉引起之醫療事故，應由何者負責？

按實施手術之外科醫師與施用麻藥之麻醉醫師，均為專科醫師，各有其專業，於外科手術中，具同心協力完成之義務，對於手術之成敗，均有其各自之注意事項，在各自領域內，對其違反

注意義務，應分別負責。

三、案例分析

前述的這個案例是一個典型的麻醉疏誤的醫療過失。關於法律責任的部分，我們分就陳護士與李醫師分別討論之：

(一)陳護士之刑事責任

麻醉護士在醫師指示下，對孕婦實施麻醉注射之醫療行為時，本應注意於取藥時，須核對藥劑容器之標籤外觀，以確認注射之藥劑無誤，避免危險之發生。本案例中的陳護士，是一個經過受訓且領有合格執照之麻醉護士，自應注意並能注意前述注意事項，誰知她竟疏未注意，而於準備藥劑時，誤將止血劑誤認為麻醉劑，打入劉小姐的腰椎，致使劉小姐死亡。陳護士顯然有過失，構成業務上過失致人於死。

(二)李醫師之刑事責任

麻醉是屬於醫療業務行為的一種，原則上須取得合法醫師資格才可以實施，雖在例外在醫療機構於醫師指示下之護士亦得為之，但是在醫師指示護士為醫療業務行為的情況下，醫師亦負有指揮、監督之責。又在麻醉手術實施前之取藥行為係屬醫療輔助行為，醫師在指示有適當訓練及經驗之合格護士準備麻醉用之藥物時，尚須親自核對藥劑內容之標籤外觀，或口頭詢問護士，以確認其準備之藥劑無誤。

但本案例中的李醫師既然是一個領有合格執照之婦產科專科醫師，理應注意到這些事項，且依其智識、能力及當時的狀況，他並無不能注意之情事，而竟然疏未注意，在指示陳護士實施麻醉注射、取藥時，既未親自核對藥劑容器之標籤外觀，亦未口頭詢問陳護士要求其確認所準備的藥劑無誤，致使陳護士將止血劑打入劉小姐腰椎，而造成劉小姐的死亡，李醫師顯然有監督疏失之過失，亦構成業務上之過失致人於死。

四、Q & A

(一)何謂醫事刑事責任？

(二)業務過失傷害罪與業務過失致死罪的構成要件為何？

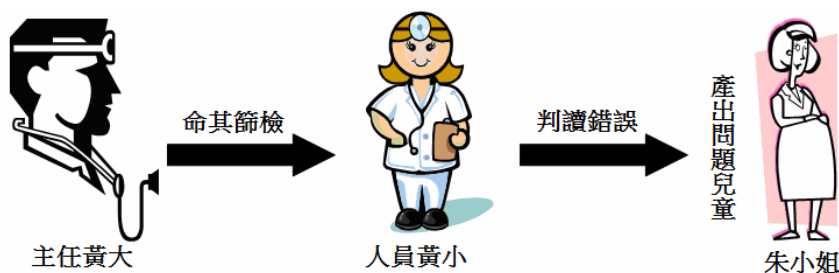
(三)醫療過失之類型常見者有哪些？

貳、醫療行為與民事責任

一、思考一下（先寫一個案例）

朱小姐為一高齡產婦，老來懷孕雖然開心，卻因害怕生下身心障礙兒，所以特地自住處遠至他處的醫院作產前檢查，由該醫院為其作羊膜穿刺篩檢術。但該醫院於判讀篩檢結果時，卻未送交有能力的專業檢驗中心，僅由該醫院婦產科主任黃大命能力不足之院內人員黃小，單獨作羊水分析及染色體判讀分析，致因過失造成錯誤之檢驗結果。

而朱小姐在誤認胎兒為正常的情況下，未施行人工流產手術，而產下患有唐氏症、無肛症、動脈導管閉鎖不全，為多重重度障礙之男嬰，需負擔龐大之醫療費用、特殊教育費用、人力照顧費用、生活費用，受有財產及非財產上之損失…。



二、醫療契約的概念

典型的醫療契約是由病人與醫師締結，為一種委任契約，即以病人委託醫師為其檢查、診斷、處方、治療，醫師允諾為病人實施該醫療事務之處理為其內容之契約。由於開業醫師或醫療機構通常有承受委託處理醫療事務的公然表示，所以對於該事務之委託，不即為拒絕之表示或通知時，依民法之規定，即視為允

受委託。

在眾多之醫療行為當中，手術與麻醉通常有較高之危險，因此，除了醫療契約之締結外，手術與麻醉需再為特別之約定。依醫療法第六十三條第一項規定：「醫療機構實施手術，應向病人或其法定代理人、配偶、親屬或關係人說明手術原因、手術成功率或可能發生之併發症及危險，並經其同意，簽具手術同意書及麻醉同意書，始得為之。但情況緊急者，不在此限。」

醫療關係在大多數情況下，是以契約為其發生原因，但救治之對象，如為路倒病人或由第三人送來之危急病人時，因該病人可能為無行為能力之人，亦可能為有行為能力之人，惟一時處於無意識之狀態，根本不能為意思表示或無法為健全之意思表示，從而不能為有效的醫療契約締結。此種情形，如果在有效醫療契約締結之前，醫療機構已經開始施予必要之醫療行為，則該醫療行為因無契約作為其規範之基礎，將只能視情況論之為無因管理；如果亦不構成無因管理，則醫療機構只能依不當得利之規定。

三、醫療過失行為所負之民事責任

醫事行為之種類、型態不勝枚舉，醫療行為構成刑事責任者，同時亦構成民事責任，所謂民事責任主要指損害賠償之責任。但醫療行為雖不構成刑事責任，仍可能有民事責任之問題。尤其隨著醫學科技發展及社會倫理觀念之變遷而產生一些特殊問題，例如：醫師為婦女結紮，婦女卻仍懷孕；婦女懷孕，產檢時醫師認為胎兒一切正常，生出來卻是畸形兒等問題。

一個醫療糾紛事件，不僅有刑事上的責任，同時也有民事上的責任。以下為民事責任的概述：

(一) 請求權基礎

請求權基礎就是在一件醫療糾紛中病患要依據何法律、何法條之規定，向醫院或其醫師請求損害賠償。醫療糾紛事件，其

請求權基礎有：

1. 侵權行爲

民法第一百八十四條第一項前段規定：「因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」醫療過失行爲，基本上屬於侵權行爲。

2. 債務不履行

醫療契約通說認爲近似民法上委任之非典型契約。民法第二百二十七條第一項規定：「因可歸責於債務人之事由，致爲不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」

同條第二項規定：「因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」

民法第五百四十四條規定：「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行爲所生之損害，對於委任人應負賠償之責。」

(二) 當事人適格

當事人適格就是在一個醫療糾紛的民事訴訟中，要以何人爲原告、被告的問題。

1. 以何人爲原告

如依侵權行爲起訴，以受害的病患爲原告，如果病患死亡，可由繼承人提出（或承受）訴訟。另外，支出醫藥費及增加生活上需要之費用之人亦得爲原告。受被害人法定扶養之權利人，得請求撫養費之損害賠償，可同列原告。被害人之父母、子女及配偶，得請求精神慰撫金，所以被害人之父母、子女及配偶得爲原告。

如依債務不履行起訴，受害病患爲契約當事人，以受害的病患爲原告。但未滿七歲之幼兒或禁治產人爲病患時，因本身無行爲能力，醫療契約關係應存在其法定代理人與醫師之間，所以應以法定代理人爲原告。

2.以何人爲被告

用法律上的話來說，就是要何人負損害賠償責任。可能有以下幾種情形：

(1) 到私人診所就醫，或不具法人資格的私立醫院看診，負責醫師爲看診醫師時，負責醫師爲醫療契約的當事人，如果有侵權行爲，看診醫師也是行爲人，當然由負責醫師爲被告。

(2) 由診所內其他受僱醫師看診，如果僅依債務不履行請求，則醫療契約存在診所與病患之間，應該以診所負責醫師爲被告。如果主張看診醫師有侵權行爲，則僱用之負責醫師與實際看診醫師要負連帶損害賠償責任，負責醫師與看診醫師同列被告。

(3) 到有法人資格的醫院看診，則醫療契約存在醫院與病患之間，如果僅依債務不履行求償，應該以醫院爲被告。如果依侵權行爲併合請求，主張看診醫師有侵權行爲，則僱用之醫院與實際看診醫師要負連帶損害賠償責任。

(三)舉證責任

民事訴訟的舉證原則，就是主張有利於己之事實者，負舉證責任；而「舉證之所在，敗訴之所在」，就是說負舉證責任的人，在訴訟中是比較不利的，如果無法舉證，就會敗訴。但民事訴

訟法第二百七十七條但書規定：「但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」

舉證的項目，包括有醫療契約之存在、故意或過失、有傷害或死亡之結果，行爲與結果間有因果關係等等。

四、案例分析

前述案例中，牽涉到醫療檢驗的精密技術。在產前遺傳診斷中，羊膜穿刺篩檢術中之羊水分析部分是一項十分複雜及高深的技術，並非一般婦產科醫師均有能力操作，故羊膜穿刺篩檢術中抽取羊水檢體的部分可由婦產科醫院診所執行，但羊水分析部分則需要由經行政院衛生署評鑑合格而設有羊水分析中心來執行，經過整體完善的作業過程，最後由對細胞遺傳學及染色體分析有專門研究的專業人員進行解讀。

本案例中的醫院並無設有經行政院衛生署評鑑合格的羊水分析中心。而朱小姐懷孕後，因考慮自己是高齡產婦，爲避免生出先天性缺陷兒才到該醫院作羊膜穿刺篩檢術，此時朱小姐與該醫院已成立了醫療契約，該醫院雖然不是行政院衛生署評鑑合格之羊水檢驗中心，但仍負有提供相當於行政院衛生署評鑑合格之羊水檢驗中心的檢驗水準，就醫療業務之高度專業性而言，該醫院應盡善良管理人之注意義務。今該醫院任用未具專業背景之黃小從事複雜之羊膜穿刺染色體分析，該院對此醫療契約之履行之給付方式確有瑕疵，該院未盡善良管理人之注意義務。而黃大明知黃小並非專業的檢驗人員，卻任命其爲該分析，依其情形非不能注意，卻未注意，應負過失責任。黃小在此一醫療契約履行上居於使用人之地位，依民法之規定需與醫院之故意過失負同一責任。所以，該醫院、黃大與黃小符合共同侵權行爲，而負有連帶損害賠償之責，必須一起對朱小姐負責。

五、Q & A

(一)何謂民事責任？

(二)醫療契約的成立要件與契約類型

？

第三款 中醫師之法律責任

我國的醫事法規把醫師分為中醫師、西醫師及牙醫師三種。其中中醫師遠比其他兩種多樣化、複雜化。因為中醫師的培育，除了中醫系、學士後中醫系檢覈合格者以外，還有自學檢覈合格後特考及格者。中醫師的醫療業務，既有傳統醫學，又有民俗療法；既有天然草藥，也有科學製劑。更有使用西醫療方法，甚至有中藥混和西藥的情形。

中醫醫療是整體醫事業務的一環，因此，醫事業務過失的要件，原則上也適用於中醫醫療業務的過失。如前所述，醫事業務過失除了有「應注意」及「不注意」的要件外，更須具備「能注意」的要件。臨床的診斷結果雖有錯誤，但是若行為人不能注意，就不具有法律上的過失要件。所謂「能注意」，就是「注意能力」。醫事上的注意能力，應以一般醫事人員的注意能力為標準。也就是以當時、當地，同種醫事人員的平均注意能力為標準。因此不能以西醫師的平均注意能力作為標準衡量中醫師。

所以在討論中醫醫療過失的案例時，就必須以個案認定的方式，深入個別案例所涉及的中醫療法、被害人的身體狀況、中醫師的能力與注意程度等等，來作討論才能釐清權利義務的關係。

第四款 民俗療法之法律責任

民俗療法這四個字，在報章雜誌上常常可以看到。所謂傳統民俗治療，就是指，如氣功、內功、收驚、香灰、神符、刮痧、拔罐外敷藥膏、外敷生草藥膏、藥洗、推拿、按摩、指壓、腳底

按摩，這些項目。民俗療法當然也會發生過失傷害，甚至過失致死的情形。例如刮痧可能刮出骨膜炎；腰痛去推拿，有可能演變成脊椎斷裂；受傷敷草藥，可能敷到傷口潰爛等等。

而上述各個民俗療法是否為醫療行為，司法實務界、學說界，是各有見解、眾說紛紜。依照衛生署於八十二年間的公告，上述十四項不列入醫療管理，所謂不列入管理，意旨實施人不需登記可自行開業。但是這樣的分類似乎過於粗糙：收驚、神符、香灰、氣功與內功應為本質上非醫療行為的項目，應不列入管理；而刮痧、拔罐及外敷膏藥、外敷生草藥、藥洗，在本質上都是醫療行為；而推拿、按摩、指壓及腳底按摩，對於病人是醫療行為，對健康的人是保健行為。

對於種類多又難界定的民俗療法，應就其性質加以細分管理，否則放任這些沒有醫事人員資格的人，從事實質上以具有醫療性質的行為，卻無管理之道，糾紛恐怕會層出不窮，對國民的身體健康及生命安全也會有一定程度的不安定感。

第四節 生物科技與法律概論⁸⁹

第一項 基因改造食品之風險與規範

人類一直嘗試去探究生命多樣性的規律，例如花、木、昆蟲、浮游生物及魚類等生命現象。生物學的發展大致可分為三個階段：①描述期－可從遠古時代原人山洞內的動物壁畫，到中國約兩千年之記載；在西方科學中則可追溯到文藝復興時代，18~19世紀則有達爾文的進化論。②實驗期－從19世紀中期起生物學的研究逐漸發展到探討現象的原理，藉由精密的設計、實驗及先進的設備例如電子顯微鏡之助，了解細胞及分子層面，包括孟德爾

⁸⁹ 本文由協同撰稿人許耀明助理教授撰寫。

的遺傳定律、蛋白質及核酸物質及 DNA 雙股螺旋結構等發現，使生物學進入創造性階段。③創造性期－當 DNA 被確定是遺傳物質後，藉由 DNA 的剪接及操作能將特定片段 DNA 遺傳物質在跨物種間作轉移，使物種增加或減少特定性狀的表現，1972 年將抗四環黴素基因送進大腸桿菌中，使其具有抗四環黴素之特性，開啓了基因轉殖在其他生物應用的大門，也引起了許多議題。

基因改造生物(genetically modified organisms, GMO)是分子生物學與細胞生物學下的產物，近年來，爲了要進行農業之「大規模參養/栽種」及將成果貢獻於大眾，引發產品安全性及生態衝擊之議題，所以基因改造技術本身的發展，同時具有科技利益及科技風險兩種對立特性。目前，此衝突仍未有一最佳的解決之道，深入的瞭解與研究是解決問題的第一步，下面就對基因作物稍作說明。

壹、基因改造科技之利益與風險

基因改造技術的發展，在農業及食品上之應用最爲廣泛，其不但可提升產品抗蟲、抗病和抗逆境等能力，而增加基因改造產品的生長速度與單位面積生產量、降低生產成本，亦能改良產品之養分，以滿足更多消費者的健康需求。

而關於基因改造科技所產生風險，其源頭乃出自於基因轉殖技術本身的不確定性。此技術雖能跨越物種藩籬，進行遺傳物質的移植，而在任何生物中表現出吾人所欲加諸之特質，但因經過轉殖的基因，有可能也改變了其它基因功能，製造出無法預知的物質，透過人體之生理機制或生態系之運作，而引發不可逆之後果。所以雖然目前仍欠缺強而有力的科學證據支持基因改造產品對健康和生態的影響，但保守的觀點認爲，不具有科學明確性可能代

表這類風險具有不可預見性，也因此發展出許多安全管理上的規範。

生物技術之疑慮可分成「食用安全」及「生態安全」二方面。在「食用安全」上，基因改造食品可能會引發新的食品毒性、新的致過敏原、使食用者產生對於抗生素的抗藥性，甚至與食用者生理機制結合而引發潛藏性健康問題等。

而在「生態安全」上的疑慮，可分為①對目標與非目標生物之影響：一新物種的產生，勢必對生態系造成影響，如某些抗蟲基因轉殖作物所產生的抗蟲物質，可能會加速目標蟲種在該抗蟲物質的刺激下，演化出另一具有抗性之變種；除此之外，對於非目標生物，如與目標生物食物鏈相關之捕食性或寄生性天敵昆蟲與微生物、或其它無直接關聯生物，皆有可能造成影響；②基因漂流(gene flow)：被基因改造的生物透過生殖或雜交程序，有可能將轉殖入的基因散播到其它物種中，之後甚至在非預期的情況下創造出超級物種；③強勢品種：GMO 可因獲取某些基因而具有生存上的優勢，有可能會面臨難以進行清除及控制的情況，如作物雜草化，使該基因改造作物具有在農地及其它環境棲地中長遠繁衍之能力，而引起如雜草般的危害；④減少生態多樣性：GMO 若成為強勢品種，對非基因改造物種造成壓迫，而逐漸走向「物種趨同」(homogeneity)的現象。

貳、基因改造科技安全管理法規現狀

在基因改造科技生物安全防治法規中，大致上分為二大監督管理體系，一為以產品特性 (product-based) 為基礎的北美體系(包含美國及加拿大)，其主要針對最終產品擬定安全規範，只要其

通過審查，便可與傳統產品一般進行銷售；一為以製造過程（process-based；或為技術基礎：technology-based）為依據的日本歐盟體系，其認為重組 DNA 技術本身即具有潛在的危險性，因此在過程中即需逐步審查，最終產品也需特別標示。雖管理體系有所不同，但 GMO 對環境的影響，在不同時空背景下，皆需以「個案」方式進行重新評估。

在台灣，基因改造產品跨部會工作小組目前已推動「基因改造產品法規環境建置兩年行動計畫」來加以落實，大體上依據基因改造產品的生產過程，採取上、中、下游三階段分別來管理。上游由國科會負責實驗室階段的研發管理，中游由農委會負責環境生態與飼料管理，而下游則由衛生署負責食品安全管理。其中，國科會已於 2004 年 9 月已完成「基因改造產品管理基本法（草案）」的研擬作業，其基本前提是確保科技利益與基改科技安全間的平衡，法案中建構相關管理規範，以透過安全分析及與風險評估、公眾教育與風險管理等原則性規定，提供業者良好之產業發展環境。而農委會針對基改植物種苗的田間試驗管理、包裝標示與進出口等都已經研擬相關法規的草案，此外基改種畜禽田間試驗及生物安全性評估管理辦法、基改水產動植物田間試驗管理規則的草案也都已提出，另外也命定防檢局進行「基因改造產品管理諮詢及風險溝通計畫」，以強化 GMO 相關資訊的提供。在衛生署方面，已公告基改黃豆及玉米應辦理查驗登記，而木瓜、馬鈴薯、番茄、稻米及其他未特別指定的基改食品將來也應向該署辦理查驗登記。產品的標示也已規範，凡是產品含有基改玉米或大豆的成分超過 5%，就必須標示「基因改造」或「含基因改造」字樣，但高度加工品，如醬油、黃豆油（沙拉油）等產品可以免標示，而針對工業或醫藥用基因改造相關產品，目前並無特別之規定。

在國際方面，在聯合環境規劃總署(UNEP)推動下，在 1993 年成立聯合國生物多樣性公約組織(Convention on Biological Diversity, CBD)，截至 2004 年 10 月 28 日為止，共有 110 個國家參與，該組織於 2000 年 1 月所擬訂之生物安全議定書，在 2003 年 9 月生效，其以預防原則為主體，確保基因改性活體(Living Modified Organism, LMO) 能安全的在國際間越境運送、處理與使用，並確保 LMO 不會對生物多樣性與人類健康產生負面的影響。而在標示方面，議定書中現階段並不強調原料或製成產品之標示，但同意在議定書條約生效 2 年後再檢討是否需要更詳盡的標示。雖然議定書限制標的僅為 LMO，並未規範任何加工食品的食品安全議題(包含造成環境與人類健康傷害的賠償問題)，但已明顯暗示 GMO 食品不同於一般食品。另外，世界貿易組織(World Trade Organization, WTO)也訂立「食品安全檢驗與動植物防疫檢疫措施協定」(Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures，簡稱 SPS 協定)，其在本質上，乃為 WTO 下協助會員對於進口食品與農產品進行風險管理之協定，以確保會員境內之人類、動植物生命或健康，並授權會員得以採取或執行必要之措施。但實質上仍為一貿易協定，因 WTO 在追求全球多邊貿易自由化的立基下，需致力於貿易自由化與排除非關稅貿易障礙，所以 SPS 協定的設置，主要是要加以限制對於可能危及此一基礎之相關措施，以避免會員國設定過高之 GMO 風險管理標準，而影響自由貿易。

參、基因改造科技發展之未來展望

依目前相關規範的發展，仍有利益與風險的對立。基因轉殖技術雖已漸漸發展成熟，但最基本的基因調控模式，人類卻仍無法完

全掌握。雖然基因調控模式的解析需要長時間研究才可完成，可是 GMO 對人類社會所帶來的利益也需積極應用，因此短時間內，利益與風險的平衡點就在於適當的去除安全疑慮，積極的作法可發展新的安全基因轉殖技術，消極的則可進行產品上市前的安全評估。目前科學家已開始研究無需考量食用安全及生態安全的新基因轉殖技術，但仍只進行到概念的測試與評估，若真能發展出避開基因調控黑箱子的技術，將可直接跳脫原有思維，以較短的時間讓全人類安心享受 GMO 所帶來的好處，當然這樣的技術現階段仍需各種資源投入才可完成。

而在產品安全評估上，可分為二部分，一為「GMO 檢測」，一為「田間試驗」。GMO 檢測可直接對生物檢測其是否為基因改造生物，此部分的技術已慢慢成熟，目前朝向對加工品的檢測技術發展。檢測結果將依各國的 GMO 標示規範，進行產品的 GMO 標示說明，此乃被動式的告知消費者該產品是否為基因改造產品，並無法清楚說明食用後的影響，因此消費者必須自行考量其對健康的影響。而田間試驗雖由生態安全的角度出發，但其不只可評估 GMO 相關產品，在經過其被轉殖生物的大量養殖或栽種的生產程序，是否會具有生態影響，也可進行 GMO 產品的毒性測試，以保障產品於最終使用者的安全。田間試驗與 GMO 檢測並行，不但可為消費者安全把關，以達充分資訊揭露的效果，避免消費者誤用其仍不願嘗試的 GMO 產品，也可讓消費者了解此產品經過嚴格的安全測試而安心使用。雖然在如此多方面的考量下，開發 GMO 將會需要許多資源的投入來完成檢測及田間試驗，但其最後也將會帶來驚人的效益，一項基因改造商品成功的研發，都將能促進國家科技能力的提升、企業經營者商機之獲得、並可增加消費者的福祉。

第一款 胚胎幹細胞之相關問題

幹細胞 (Stem cells) 究竟為何物？如果純粹以功能來說明，也許可以對幹細胞下個簡單易懂的定義：「幹什麼都行的細胞」。在生物學的定義上，幹細胞就是指「原始的未特化細胞」，這種細胞保留了特化出其它細胞類型的能力。這一能力使得幹細胞能夠擔當身體的修復系統，只要生物還活著，就能補充其它細胞。醫學研究者認為幹細胞研究（也稱為再生醫學）有潛力用於修復特定的組織或生長器官，改變人類應對疾病的方法。

幹細胞按能力可以分為以下四類：

1. 全能幹細胞：由卵子和精細胞的融合產生受精卵。而受精卵在形成胚胎過程中四細胞期之前任一細胞皆是全能幹細胞。具有發展成獨立個體的能力。也就是說能發展成一個個體的細胞就稱為全能幹細胞。
2. 萬能幹細胞：是全能幹細胞的後裔，無法發育成一個個體，但具有可以發育成多種組織的能力的細胞。
3. 多能幹細胞：只能分化成特定組織或器官等特定族群的細胞（例如血細胞，包括紅血細胞、白血細胞和血小板）。
4. 專一性幹細胞：只能產生一種細胞類型；但是，具有自己更新的屬性，將其與非幹細胞區分開。

又依其取得來源可分為：

1. 臍帶血幹細胞：嬰兒出生後遺留在胎盤和臍帶中的血是幹細胞的重要來源。自 1988 年起臍血幹細胞就被用來治療根達綜合症、亨達症候群、和拉症候群、急性淋巴細胞性白血病等許多兒童疾病。臍血從臍帶採集；臍帶經過清理消毒後，將

臍血從臍靜脈取出，然後必須立即分析其傳染物質和組織類型。臍血在放入液氮備用之前必須去除紅細胞，在使用的時候首先要解凍，去除防凍劑，再注入病人靜脈。這種使用其他捐贈人之幹細胞的治療方法叫做異源療法；如果幹細胞來自患者本人或從相同個體收集時（此情形通常指雙胞胎），即為同源療法。

2. 胚胎幹細胞：胚胎幹細胞是從胚泡（由 50-100 個細胞組成的早期胚胎）未分化的內部細胞團中得到的幹細胞。它們是萬能的，這意味著它們可以發育成爲身體內 200 多種細胞類型中的任何一種。胚胎幹細胞的許多研究仍建立在人類以外的動物模式，例如老鼠、牛或是羊等。人類的胚胎幹細胞研究，因爲幹細胞的取得來源涉及道德倫理上的約束，在幹細胞株上的建立有所爭議。

壹、幹細胞研究的相關爭議

幹細胞的研究一般認爲開始於 1960 年代，在加拿大科學家恩尼斯特·莫科洛克和詹姆士·堤爾的研究之後。1998 年美國有兩個小組分別培養出了人體的多能（ pluripotent ）幹細胞： James A. Thomson 在 Wisconsin 大學領導的研究小組從人胚胎組織中培養出了幹細胞株。他們使用的方法是：人類卵子體外受精後，將胚胎培育到囊胚階段，提取 inner cell mass 細胞，建立細胞株。經測試這些細胞株的細胞表面 marker 和酶活性，證實他們就是全能幹細胞。用這種方法，每個胚胎可取得 15—20 幹細胞用於培養。 John D. Gearhart 在 Johns Hopkins 大學領導的另一個研究小組也從人體胚胎組織中建立了幹細胞株。他們的方法是：從受精後 5—9 周人工流產的胚胎中提取生殖母細胞（ primordial germ cell ），由此培養的細胞株，證實具有全能幹細胞的特徵。

有關幹細胞研究的爭議，簡單地說，源於胚胎幹細胞的「取得過程」。目前，已經有科學家沿用與「複製人」(Clone)一模一樣的程序，在實驗室的培養皿中，進行無性的胚胎複製，以抽取其「胚胎幹細胞」為目的。不管是實驗室複製出來的胚胎或母體自然孕育的胚胎，一旦被抽取幹細胞後，都將來不及「成為生命」便提前消失隕落。有人以為就醫療的意義而言，事實上是以另一種存在方式來進行生命的延續；但也有人堅決以為：「這和殺人沒什麼兩樣」。顯然，爭辯的焦點在於：胚胎能不能在實驗室中「被複製」？胚胎算不算是「人」？有沒有生命的位格？

台灣的行政院衛生署曾召開「醫學倫理委員會」，就有關「胚胎幹細胞的倫理規範」做出決議，並於民國 96 公告之。該倫理規範把「胚胎幹細胞」的取得來源，限於自然流產的胚胎組織、符合優生保健法規定的手工流產胚胎組織，以及施行人工體外受精後，所剩餘準備銷毀的胚胎，但其中又以受精後未逾十四天的胚胎為限。

貳、臍帶血相關問題

臍帶血移植就是移植臍帶血中的造血幹細胞。如前所述，幹細胞是一種未分化的細胞，可經由細胞分裂，分化成能執行各種不同功能的細胞。同時，幹細胞一分為二後，其中一個細胞會分化成特定的細胞，但是另一個卻能維持原狀。在臍帶血中，就含有這種細胞。因此從前在分娩之後往往就被丟棄的胎盤與臍帶，現在卻成為炙手可熱的寶物。理論上，幹細胞可以分化成為任何組織和器官，因此可移植用於組織或器官的修補。這對於罹患重病絕症的病人和家屬而言，的確是一大福音，但是在面對這波臍帶血的熱潮時，我們或許應該重新仔細檢視臍帶血實際的醫療功能與幹細胞未來的發展。

其實臍帶血移植和骨髓移植很類似，因為骨髓中也含有許多造血幹細胞。目前臍帶血中的造血幹細胞以治療血液相關疾病為主，

例如白血病，也就是俗稱的血癌。另外，造血幹細胞還能夠治療地中海型貧血、鐮狀細胞貧血、再生不全性貧血症、嬰兒的先天免疫不全症候群等。20 多年前發展骨髓移植時，就是利用骨髓中的造血幹細胞來治療血液相關疾病，只是科學家並不因為此而滿足。造血幹細胞能夠治療許多血液疾病，那麼其他的幹細胞呢？是否能夠用來治療其他疾病，尤其是因為器官或組織衰老而引起的疾病。在 1990 年代中期以後，科學家便發現幹細胞在醫療上的潛力，尤其是來自胚胎的幹細胞，因為這種幹細胞能夠分化的潛力更強，幾乎可以形成人體中任何的組織或器官，因此科學家投注大量時間研究，使得胚胎幹細胞一時之間成為科學界最熱門的話題。

第一目 臍帶血儲存須知

由於臍帶血有種種好處，因此許多國立醫學中心都成立了臍帶血庫。目前台灣共有包括台大醫院合作的中華民國血液基金會、與新光醫院合作的和信治癌中心醫院以及慈濟骨髓中心三處公益臍帶血庫。

中華血液基金會就是一般人所知熟的捐血中心，因此順理成章兼辦臍帶血業務。但是一般人可能不太清楚，為什麼慈濟醫院的骨髓庫也會成立臍帶血銀行，其實目前利用臍帶血造血幹細胞來治療的疾病，幾乎都是骨髓移植能夠治療的疾病。

第二目 臍帶血銀行

臍帶血造血幹細胞的療效既是確實存在的，營利性質的臍帶血銀行便如雨後春筍般崛起。這些公司列舉許多臍帶血治療的案例，並且以幹細胞可能達成的醫療為宣傳，指出儲存臍帶血幹細胞就像「保險」，可以讓新生兒將來罹患血癌等時使用，一旦血親需要，也可以利用。

儲存臍帶血當然立意甚佳，不過所費不貲。以目前台灣臍帶血銀

行一般的價格，保存 20~25 年，一次付清約需要 6~8 萬元。而如果採用年繳方式，除了一開始採集與分離技術的費用外，每年需付保存費 5000 元，20 年累計下來，至少需要 10 萬元。但是根據美國紐約捐血中心的估計，新生兒將來需要用到自己臍帶血的機率是萬分之一，而美國國家衛生研究院估計得更低，只有兩萬分之一。

以台灣目前進行的臍帶血移植案例來看，大部份病患接受的臍帶血都不是自己的，因為他們出生之時並未將臍帶血保留下來。台灣有三家公益的臍帶血銀行，可接受民眾捐贈臍帶血，免費保存，並藉由組織配對將臍帶血提供給需要的人。因此，是否需要花錢將個人的臍帶血由營利單位保存，還真得費心思量。

另外，營利性臍帶血銀行所提供的保存期限，也有待商榷之處。目前以臍帶血成功治療血癌的病患，大多以體重為 40 公斤以下的兒童為主，這是因為移植時需要的臍帶血量與患者的體重有關，而一份臍帶血所含有的造血幹細胞，剛好足夠給一位兒童使用。日前台北榮總治療一位 12 歲、體重 69 公斤的血癌患者，就必須使用到兩袋臍帶血。當臍帶血儲存者在 7~8 歲之後，體重通常已經超過 40 公斤；如果他是在青春期中發病，自己那份臍帶血通常是不夠的，屆時還是需要用到他人的臍帶血。

第三目 大環境與未來

許多營利性臍帶血銀行指出，以目前的科學發展，將來可以使臍帶血中的幹細胞增生，因此不必考量體重這個因素；除此之外，臍帶血中的幹細胞，在將來也可以用在組織再生或是器官再生上。但是，既然公益的臍帶血可以使用，就不需要花錢保存自己的臍帶血了。而且，除了在臍帶血中含有造血幹細胞外，骨髓中也有造血幹細胞，如果要將來要進行組織再生或器官再生，說不定使用自己的成體幹細胞就好了。而且人類器官的衰老大約是在 50

歲以後，屆時早已經超過臍帶血銀行契約上的保存期限了，因此如果預計要在老年使用臍帶血，將需要付出更多的保存費用。再者，移植臍帶血的治療方式目前並不屬於健保給付項目，動輒百萬元的醫療費用，並不是一般民眾可以負擔得起。

由上可知，臍帶血其實在醫療的功能上仍有諸多限制，並不如營利性臍帶血機構所言如此美好，但在國內營利性臍帶血銀行積極以網路、廣告看板大肆宣傳下，常常使得一般人產生保存臍帶血以備未來不時之需的概念，傾向設立個人的臍帶血庫而不願捐贈給公益臍帶血庫，並已逐漸威脅公益臍帶血庫的勸募。臍帶血收集過於商業化，將使得臍帶血醫療易成爲富人專屬之特權。

第二款 複製技術的相關爭議問題

自從 2001 年 2 月底，英國的自然雜誌刊出一篇以成年羊的細胞成功的複製出另一頭小羊的論文後，這個消息立即躍上全球各大報的頭版。桃麗羊之所以震驚學術界，主要是因爲它是一個已經停止分裂的成年細胞的細胞核，被轉殖到一個抽掉原本細胞核的卵細胞中後，可以分裂繁殖成一個新個體，以往的複製是從胚胎上取下尚未定型的細胞，因爲那時細胞還未分化，所以還可以做。但是桃麗羊是從已經定型，停止分化的細胞中複製成功的，此複製方法是幾十年來一直實驗都沒有成功而最終在 2001 年成功。這個技術背後隱含的意義是人類可以隨意的從自身取下一個細胞，複製出自己所需的器官來替代已損毀的器官。

桃麗羊的成功，引發醫學、宗教人士的爭辯，各國對複製人的態度多爲絕對的禁止。但是自從 1998 年起，基因治療進入臨床階段，一些在以前一定會死、沒有希望的病症，現在卻有希望了。因此，是否需要因噎廢食，在並不完全瞭解基因工程的情況下，就直接以立法的方式去扼殺基因工程方面的研究，還是有待觀察與辯論。

壹、複製所引起的爭議

利用成年細胞來複製哺乳類動物，在科學界一直都被視為不可能，但科學家的任務就是為了打破自然法則，英格蘭的科學家威爾邁（I. Wilmut），早在 1980 年末期就已經開始進行複製相關的研究。直到 1995 年，威爾邁利用取自實驗室裡培養的哺乳類動物之細胞株，做為細胞核移植的細胞核來源，將它重新植入去核的未受精卵中，並培養成胚胎，最後得到兩隻小羊，他們所表現出來的特徵，完全和提供細胞株來源的品種一模一樣。桃麗羊也是以此為基礎，只是更進一步使用成年細胞，由於成年細胞已經失去分化與分裂的能力，因此選用成年細胞來複製羊，在技術上是更為進步。

複製羊的成功，不啻是科學界的一大突破，它意味著人類掌握生命，創造生命的能力又向前邁進一步，加上媒體的推波助瀾，社會大眾紛紛揣測「複製人」應該為期不遠矣。現今複製動物的出現，許多倫理學者與宗教家擔心未來應用在人類方面，將面臨嚴重的倫理道德問題，傳統的人我關係將面臨嚴峻的考驗，甚至有可能導致人類社會的崩潰。因此，美國柯林頓政府公開宣示：禁止所有有關複製人的實驗，其他工業大國也紛紛響應；一時之間，「複製」研究成了過街老鼠，反映出科技進步的速度遠超過我們的想像，而人們還沒有心理準備去接受這項突破。

複製就真的是一模一樣嗎？我們從細胞的角度來看，雖然絕大部分的遺傳物質是在細胞核中，但是一些胞器，例如粒腺體（mitochondria），也帶有少部分的遺傳物質；因此，如果我們在做核移植的實驗時，細胞質與細胞核的來源不一樣，遺傳物質就不是百分之百相同。即使是同卵雙胞胎，遺傳物質一模一樣，但後天的教養、學習機會、教育、經歷等，都會造成差異性，變數還是很多，科學能掌握的部分還是很少。

換句話說，真正的複製科技與記憶、思想和情感，這些心靈層面

是不相干的。複製出來的人類胚胎，在生理上與正常的人無異，一樣是在母體內孕育，一樣經過出生、成長、教育的過程，但是心理層面卻不可能被複製。比較關鍵的是，人們不知道如何去面對和自己相差數年，甚至數十年的同卵雙胞胎手足，這也正是引發爭議的地方。

「複製人」所引發的另一項道德爭議，在於是否可以因為醫療的目的（例如提供器官移植的來源），而去製造一個複製的個體。日本漫畫「輝夜姬」所描述的正是複製人的故事，其中所刻畫的人性糾結似乎可以成為我們想像複製人的社會的藍本。

其實複製人無論從哪一個角度分析都應屬一個獨立的個體，要犧牲複製人的生命，當然是不道德的；但是若在不危及其生命的情況下捐贈器官，是否就能將此事變為積極正面，我深深存疑。骨髓移植這種具有再生性質的器官看來似乎較無問題，但若是本體需要的是一對眼角膜，難道本體的複製人就必須捐贈給他嗎？由此可見，為了醫療目的而複製出一個獨立個體的人，似乎不太合理，恐將人性尊嚴不可侵犯的真理破壞。

及至目前為止，複製的整體成功率僅僅只有 3% 不到，一個成功的複製胚胎的故事，其背後隱藏著許多個失敗的例子，這些實驗失敗的胚胎是否可以理所當然的視為研究的樣本。在胚胎幹細胞的研究已被醫界視為兵家必爭之地之際，研究人員自然希望約束愈少愈好，但是由於其涉及生命定義及來源，因此極富爭議，用可能發展成生命的受精卵做研究，也一再挑戰著宗教界、哲學家信仰的神經。

胚胎之於生命的定義到底為何，從法律的角度而言依據民法第六條，通說為：出生採獨立呼吸說，死亡採腦死說；但為保護胎兒繼承權，依民法第七條，特別將胎兒保護提前規定胎兒，以將來非死產為限，關於個人利益之保護，視為既已出生，採法定解除條件說。也就是說，當胎兒有呼吸時，即認定其具有生命，而為

了進一步保障胎兒的繼承權，在胎兒尚未出生前，只要將來沒有死產，就可以視為已經出生。

而站在宗教界的立場，則是認為當受精卵產生的那一剎那，就已經有生命的產生，生命意味著獨特、人性尊嚴以及必然的、非目的性的存在而不可侵犯。所以，任何有機會發展成生命的胚胎都應該受到保護，而這見解其中包含兩個基本倫理原則，即(1)人不是工具，是自我實現的目標；以及(2)不可殺害無辜的人。所以，縱然有多麼良善的動機或多麼大的好處，人類都無權剝奪胚胎的人性尊嚴，亦無權力把胚胎的存在化約成實驗品，更無權擅自決定犧牲無辜的胚胎生命。

貳、複製研究的方向與展望

但若撇開複製人的倫理道德爭議來簡單檢視複製科技，就會發現複製也不全然是邪惡的。目前科學家所著眼的「複製」大多是放在「治療性複製」上。理論上，治療性複製將是人類疾病的「終極治療」，它將可提供不受排斥的細胞、組織與器官，治療種種的疾病。所謂的「治療性複製」，包括了核移植、胚胎幹細胞製備（Preparation of human embryonic stem cell）及控制分化（control of differentiation）三個部分。目前這三部分都已有了初步成果，雖然離成功尚遠，但以人類過去科技發展的軌跡來看，既然可行性已獲得證實，則成功率與改進應指日可待。

複製的好處有：

1. 人類組織複製

如果要複製人類組織來進行移植，目前最需要應是骨髓。骨髓是製造紅血球、免疫系統的各類白血球和血小板的器官。許多罹患血癌的病人到了末期必須接受化學療法，把原有的骨髓細胞都殺死，然後再植入正常的骨髓。但必須找到與自己相合的人來移植骨髓，才不會產生排斥作用，最有可能的捐贈者就是自己的兄弟姐妹，其次是父母和其他親戚。但往往很不容易找到跟自己完全

相合的捐贈者。所以，若是能培養自己骨髓來進行移植，安全性高且省時省力。這種生長骨髓的方式，就跟複製差不多。先把病人的細胞取出來，依照複製羊的方法，將細胞核取出，與另一個去核的卵細胞結合，使卵子接受成年細胞核，然後開始發育成爲胚胎細胞，這時假如可以加入一種化學物質促使胚胎全部分化都變成骨髓細胞，那麼這些骨髓就跟病人自己完全一樣，移植時自然就沒有排斥的問題。

2. 不孕婦女的希望

不孕婦女進行試管嬰兒的療程時，必須使用促進排卵的藥物，使得婦女產生大量的卵子，盡可能製造出最多的胚胎來增加婦女懷孕的機會；因爲不是每一個卵都能受精，也不是每一個受精卵都能很成功的發育成胚胎，即使胚胎植入到子宮後，也不能保證能順利著床發育成胎兒，所以醫生一定要盡所能蒐集卵子來增加成功的機率。對於高齡的不孕婦女，本身經藥物刺激後僅得到少數的卵子供受精之用，如果運用複製的技術，她可以到的到更多的卵子，增加成功率。

3. 動物的複製

複製的技術應用在動物身上，例如可以製造出與人類相容的動物器官以供器官移植。以往醫生不從動物摘取器官來移植的原因是，無法解決排斥的問題，但是現在可以用複製的技術來克服。科學家拿一個豬的細胞，加入人類的基因，然後用一種經過改裝的細胞複製出一隻豬，這隻豬的器官對人類的免疫系統而言，就像是人的器官。

複製也可以使動物成爲活的藥廠，大量生產人類所需要的藥物。科學家可以將基因植入到實驗室裡培養的細胞中，然後利用這個細胞去複製出一頭動物來，例如牛或羊；我們只要去把羊或牛的乳汁擠出來，從乳汁提煉我們所要的藥物就可以。

參、結論

一面說來，治療性複製確實為現代醫學的一道曙光，可以為許多病患帶來重生的希望。另一面來說，倫理、道德之於複製研究的界線，是那麼模糊與充滿爭議。現今各國大多對複製人的研究採取嚴格的禁止，但是為了使更多人獲益，專家學者勢必需要擬定更細緻的法律規範，有限度的開放醫學的相關研究，這才是上策，然而目前這仍需要極大的努力。

第三款 人體基因資料庫、基因檢測與基因歧視

人類對遺傳的探索開始自十九世紀，經過一連串的科學研究，逐步地掀開遺傳的神秘面紗。進入廿世紀以來開啓了基因世代，「人類基因體研究計畫」(The Human Genome Project, 簡稱 HGP) 於西元 1990 年正式展開，由美國國家衛生研究院及能源部主導，協同美、英、中、法、德、日六個國家及許多研究中心組成的國際團隊分工進行，成為基因科學領域至今最龐大的合作研究計畫，於西元 2003 年 4 月 14 日宣佈大功告成，所有設定目標均已於期限內圓滿達成，經費的支出也比原預算為少。

該國際團隊曾在西元 2000 年 6 月宣佈完成基因圖譜的初稿，其後科學家們不眠不休地做最後衝刺，完成了更為精確(準確率達 99.9%) 及密集的版本，且包覆 99% 人類基因體的基因區域。由於這些公開資訊的推動，人們於西元 1990 年時僅發現 100 個與疾病有關的人類基因，目前辨識的疾病基因高達 1,450 強。除了達成了計畫的原訂目標，該國際團隊也帶動了比較基因體學的發展，相繼完成了老鼠基因體定序，辨識出超過 3 百萬個人類基因差異 (SNP)、也針對 70% 已知的人類及老鼠基因建立全長 cDNAs。

基因體定序的成就對人類的醫藥應用將造成極大的衝擊，在未來數十年間，基因藥物對許多疾病的診斷及治療，將帶來極寬廣的願景。基因體學的導入，使得可供研究的新標靶呈爆炸性的增加

，但實際找到的準藥物的比例相對為少，故基因體計畫也僅是完成階段性的任務，研究工作仍會繼續進行，美國國家衛生研究院近期又規劃出一系列的重大目標與挑戰，激勵科學社群利用基因體知識來發掘疾病之成因，並研發出防治疾病的新方法。

壹、人體基因資料庫

初期的物種基因體工作，協助生物學家了解了基因體的基本資訊，如 G-C 的成分、重組序列、跳躍因子組成以及基因家族擴展資料等。這對於基因體上的所有基因資訊、總數目以及相互調控，有著不可或缺的重要性，可以說基因體是生命運作的重要藍圖，也是生物學家了解生命奧祕的踏腳石。

在基因體研究後期，基因的功能與基因突變造成的遺傳性疾病，則成為研究主要課題。因此，正確且迅速地辨識基因體內含的基因，就成為未來成功運用基因體資訊的重要基礎，而表現基因資料庫便是其中重要的關鍵。

目前已有上百個物種的基因體被定序完成，而與我們息息相關的，自然是上述的人類基因體計畫。在 2003 年，也就是發現 DNA 雙螺旋結構的 50 周年，人類基因體中 30 億個鹼基對初步的定序宣布完成，這可說是生物學界的重大成就，但是真正重要的功能基因體研究才正要開始，因為解開基因密碼並不表示就已經知道它所產生的蛋白質種類，也不知道該蛋白質的功能以及會跟其他的什麼蛋白質產生何種交互作用。然而基因所產生的蛋白質產物及相互間的作用，才是對於了解身體的建構與維持有幫助的重要訊息。

用電腦比喻，目前的情況就像在一個 30 GB 的硬碟中，存有約 4 萬筆重要檔案，占有空間約 30 MB，但各個檔案分散在不同的磁區，且各個檔案約由 10 個磁區中的分散檔案組合而成。一般讀取檔案時，依據檔案目錄的索引，可把各個分散檔案聚合使用。但是如果硬碟檔案目錄毀損時，使用者雖仍擁有所有的資料，可

是卻無法取出正確的資料，等於失去所有資料一般。解救方法是逐序掃描磁碟上面所有的磁區磁軌，再利用常見檔案特徵加以判斷組合。

人類基因體有 30 億個鹼基對，分散在 23 對染色體上，生物資訊便是用來分析基因體資訊的工具。目前人類基因體計畫便有如掃描後的硬碟，生物學者正利用生物資訊工具，試著判斷、收取基因片段，並重新組合分析。

許多生物資訊工具及資料庫，因為人類基因體計畫的推展而得到資源，使得資料庫快速擴充，如美國的 GenBank 資料庫。在 GenBank 下的子資料庫中，以表現基因標記資料庫成長最為迅速。目前各個不同物種的表現基因標記資料庫，數目總和已超過 2 千萬筆，而人類表現基因標記資料庫就占有 6 百萬筆之多，因此善用人類表現基因標記資料庫，會有助於研究人員的人類基因解密及註解的工作。

第一目 何謂基因標記資料庫

基因體中大約僅有百分之一是功能基因，而這些所謂基因的序列，便是細胞在適當的時機及地點，以它們雙股 DNA 的序列從事轉譯的作用，製造出單股的訊息 RNA (mRNA)，再經由所謂接合的動作，把許多片段的表現子，正確而完整地結合起來，以做為合成生化蛋白質的模板。這些訊息 RNA 便是表現基因標記資料庫 (expressed sequence tags, EST) 的起源。

由於人類各部位細胞內都有著幾乎相同的基因體序列，但不同器官、組織的細胞是利用不同模組的訊息 RNA 從事不同的蛋白質轉譯，因此有著完全不同的生理功能。所以要了解各細胞在不同環境及時期的分子生物作用，唯有了解其表現的訊息 RNA 組成，也就是表現基因總成，因此表現基因標記資料庫有著重要的生物應用意義。

由於基因是細胞執行功能的主要單元體，因此研究不同細胞之間基因的表現，有助於了解細胞真正的生理生化機制。生物學家在取得某一種細胞的訊息 RNA 後，便利用反轉錄酶建立所謂的互補 DNA (cDNA) 圖庫，然後再利用自動化定序儀，大量地定序圖庫中各種基因的序列片段。但也由於使用了自動化序列定序儀，所以取得的序列長度便受到儀器的定序極限，通常是 300 至 500 鹼基序列。因此在許多情況下，其實我們並未能取得一個基因的真正全長，所以稱這種表現基因資料庫為表現基因標記資料庫。雖然我們取得的僅是數以百萬計的基因序列片段而已，但是這些數百萬個鹼基的序列片段，已足以告訴我們基因的部分接合資訊，更重要的是哪些基因表現在原本這個圖庫建構來源的細胞及組織中。我們也可以拼湊出細胞表現基因的總成，對於了解基因表現，表現基因標記資料庫有十分重要的貢獻。隨著表現基因標記資料庫的推廣及成長，各種物種及不同組織的資料陸續加入，表現基因標記資料庫已成為世界上最大的基因資料庫，有著 2 千萬筆以上的基因片段序列資料，有如世界基因寶庫，等待生物資訊研究人員進去尋寶。各種生物資訊工具，也針對表現基因標記資料庫，開發且建立了更有用的基因表現資訊。

第二目 台灣的生物資料庫計畫

這個號稱是華人第一個基因資料庫的台灣生物資料庫，由中央研究院生物醫學研究所主導，台灣醫界聯盟 2006 年 24 日舉辦「建置 Taiwan Biobank 先期規畫記者說明會」，討論生物資料庫的倫理法律問題。台灣生物資料庫於 2007 年開始收集 1 萬 5000 名民眾的生物檢體和健康資訊，進行台灣本土常見疾病的大規模世代研究，希望未來有助於疾病預防與治療。目前已選定苗栗縣、嘉義縣及花蓮縣，分別代表台灣的客家、閩南與原住民族群，進行有關國人常見的慢性肝炎、肝硬化、糖尿病與高血壓等疾病分析

，終極目標是建立 20 萬筆台灣民眾的基因資料。

第三目 形成計畫的概念

隨著醫學的進步，台灣地區人口結構趨於老化，國人的壽命延長，慢性病已逐漸取代過去的傳染病成爲現在重要的公共衛生議題，且國人十大死因中，惡性腫瘤、腦血管疾病、心臟疾病、糖尿病、慢性肝炎及肝硬化、高血壓等慢性病，也都榜上有名，因此各種慢性病也成爲改善國人健康的首要目標。計畫將採用長期追蹤研究設計，依據不同遺傳氏族在台灣地區居住分佈的特性，預計在苗栗、嘉義、花蓮三個地區中，邀請上述三縣市之 40 歲~70 歲的居民參與研究（外國籍或具有外國血統者除外），建立屬於台灣地區的生物資料庫，針對本土常見慢性疾病（除現今常見之高血壓、糖尿病、癌症等慢性病外，亦包含將來產生之其他本土常見慢性疾病）進行長期追蹤研究，所收集之資料包含關於參與者的健康情形、醫藥史、生活形態、生活環境資訊以及生物檢體，並長期追蹤參與者之健康變化情形，以進行常見慢性疾病中基因與環境（包括生活習慣、飲食、行爲、職業等）交互作用的相關研究，期望藉由研究結果瞭解國人常見疾病的致病因素，協助改善疾病的預防、診斷與治療，降低醫療成本，進而達成促進國人健康的目標。

第四目 台灣需要建置生物資料庫（Biobank）的原因

隨著生物醫學領域的發展，加上人類基因體計劃完成基因體定序後，生物醫學的研究提供我們比以往更多不同的疾病訊息，幫助我們在後基因體時代進行更深入的致病機轉研究，進一步解釋『人爲什麼會生病？』的問題，以瞭解爲何有些人容易生病，而有些人不容易生病，(探討不同個體間與不同人種間的差異)，並研究

生活上的危險因子與疾病發生的關係。然而過去研究的缺點是規模過小（參與民眾人數不足），僅能針對單一特殊疾病（特別是遺傳疾病）進行分析，若欲針對一般常見慢性疾病（如癌症、高血壓）作病因探討，需要大量的參與民眾以及基因與環境因素（包括生活習慣、飲食、行爲、職業等）資料，並非過去的研究規模所能解決。

台灣民眾的遺傳基因具有其獨特性，且生活型態與致病因素和其他國家也有所不同，若能建立一個屬於台灣地區本土的台灣基因資料庫（Taiwan Biobank），結合基因與其他醫學資訊，針對本土常見疾病進行大規模的世代研究，探討常見疾病基因與環境因素（包括生活習慣、飲食、行爲、職業等）交互作用，將助於改善治療與預防策略，降低醫療成本，達成促進國人健康的目標。

第五目 建立生物資料庫的爭議

雖然人群資料庫研究的最重要目的，在於發現常見疾病的遺傳因素與致病風險因子、增進國民健康，具有追求公共利益的性質，但由於這樣的人群研究動輒牽涉到社會中數十萬民眾，而且必須大量蒐集這些民眾的組織或血液、解析其所含的基因資訊，甚至還需要蒐集這些民眾的醫療紀錄、家族族譜資料、調查其生活環境及生活方式，而這些作法很明顯都會涉及民眾的隱私、資料安全甚至人權等倫理與法律問題；尤其，遺傳資訊及病歷等健康資訊，原本就屬於個人隱私中最敏感的內容之一，對個人的就業、保險甚至婚友及家庭生活、社會生活皆可能造成影響，在相關資料庫研究都是採取電腦操作，可以迅速將大量的資料進行儲存複製或連結的情形下，隱私及資料安全的顧慮比一般小型樣本的研究更爲複雜及嚴重。另一方面，產業界及商業利益在整個資料庫建置及研究過程中，應該扮演什麼樣的角色，是否會讓人群資料庫建置的公益目的往私人或業者利益傾斜，也令許多人感到質疑

或不安。這也是爲什麼此類研究計畫在幾個正在積極進行的國家中，都引發了極高度的社會關注與爭議。

生醫資料庫的建置固然可能帶來醫藥上的應用，並促進生物科技之發展及研究水準，但是在政策上也必須兼顧對個人及族群權益的保障，完善規劃相關的配套措施，進一步追求社會公平正義的價值。否則，不但研究者可能因爲遊戲規則不明而裹足不前，而且也可能使社會產生信任危機，致使性質上屬於集體參與的生醫資料庫難以建置。

人群資料庫的倫理與法律架構要努力的目標，應該是從追求「民眾個人及其所屬族群權益的保障」、「生技醫藥業者的利益」、「學術研究及科技發展需要」、「研發成果對社會大眾之醫療應用效益」等多元利益的「平衡」的觀點，探討「生醫資料庫」的建置及運作如何能兼顧個人自主與社會正義。

目前台灣的生物資料庫計畫已經在進行之中，雖然立意良好，而相關技術亦已達到水準之上，但是對於倫理問題與人權保護議題，卻始終缺乏充分的討論，應訂立專法保護參與計畫人的隱私。

貳、基因檢驗與基因歧視

何謂基因檢驗

從廣義上講基因檢驗是使用從組織或者外周血中獲得的個體遺傳物質，透過科學手段對其進行分子水準或者生化水準上的多態性分析，以確定不同遺傳物質的多態性與個體的遺傳疾病、疾病易感性或者表型差異之間的關係。同時也可以對攜帶有不同遺傳物質的個體給出關於疾病診斷、疾病治療、生活習慣等個體化的意見和建議。

目前世界上流行的基因檢測有多種名稱：Gene test(s), Genetic test(s), Gene testing 等等。Genetic test(s)的檢測對象包括多種遺傳物質（DNA、RNA、染色體、蛋白質和其他一些代謝物）；而 Gene test 一般專指以 DNA 爲對象的基因檢測。以 DNA 爲對

象的基因檢測主要針對 DNA 上的 SNP（單核苷酸多態性）、鹼基的插入缺失、小衛星片段的重複多態等基因多態類型。其中由於 SNP 在整個基因組中的大量存在，成爲目前基因檢測的熱門多態類型。

何謂基因歧視

基因歧視是指隨著科學技術的發展，人們有可能從基因的角度對人類全體的遺傳傾向進行預測，這些遺傳訊息的揭示和公開，將對攜帶某些「不利基因」或「缺陷基因」者的升學、就業、婚姻等社會活動產生不利的影響。基因歧視可以是針對一個人、一個家族或一個種族。攜帶有腫瘤、心血管病等疾病高發基因，或嗜煙酒、犯罪傾向基因以及智商、性格、生理基因，只能說是有某種傾向，即或是機體發育期中的重要隨機事件，或也許終生不表現，因而，在社會活動中受到不利影響和歧視是不公正的。

基因的強化

未來的世界是否會像電影「千鈞一髮（Gattaca）」一樣，每個人的命運在出生前就被決定了，經過「基因強化」的有價人成爲社會上的大多數，不是靠他的教育或經驗，而是靠基因的操控。有錢人可以爲下一代選擇優良的基因，製造出具領導能力的完美人種，他們被稱爲「有價人」；相對的，所謂的「無價人」，就是自然出生的那些少數人種，被視爲地球上的劣等人種。

本來是虛幻的電影，但現今的科技進步到使「完美基因人」不再是天方夜譚，只要有錢，你可以選擇你所想要的一切，外貌、聰明、運動才能等，皆可藉由基因的改變達到。但同時，這樣的技術卻存在有富者越強、貧者越弱的問題；而在工作權與保險上，亦會發生基因上存在有瑕疵的人，被拒絕雇用或拒保的情形。

基本上，具有同樣基因缺陷的人未必都會患上同樣的疾病，繪製個人的基因組圖譜並非爲解決人類健康問題的「萬靈藥」。例如，BRCA1 型基因突變被認爲是導致乳腺癌的主要原因之一，然而

，並非所有攜帶這種類型基因突變的女性都成為乳腺癌患者。不完全統計顯示，攜帶有 BRCA1 型基因突變的女性中，有 30% 的人沒有患上乳腺癌。一些攜帶此類基因變異的女性並沒有患上乳腺癌，很可能是因為她們的基因組圖譜中存在其他「緩和基因」，抑制了變異基因致病的作用。還有最重要的一點就是，疾病產生的另一個決定性的原素就是環境。換言之，基因並不能決定一切，然而一旦基因檢驗成為一項普遍的檢驗之後，基因資訊的保密和建立社會大眾對基因組的正確、健康的觀念是很重要的。

基因歧視有賴法律明文禁止

人類基因組完成定序，為醫藥學界開啓了新紀元，但也引進新的歧視的可能性。新的基因研究也許會使個人一生罹患癌症、心臟病等疾病的風險被辨識出來，這項資訊在雇用、晉升或保險方面可能造成歧視。

在美國方面，一般認為雇主和保險業者如能事先利用預示性遺傳資訊加以識別，然後拒絕容易罹患慢性病的求職者或要保人所請，可能省下巨額費用。因此，在既有的種族、族群、年齡、性別等歧視之外，可能再添基因歧視一項。對基因歧視的恐懼已影響人們看待人類基因組圖譜完成可能引起的醫學革命的態度。2000 年在美國進行的一項民意調查中發現，受訪的一千兩百一十八名美國人中，有百分之七十五不希望保險公司知道他們的遺傳密碼，百分之八十四希望這項資料不要交給政府。

美國田納西州選出的參議員說，到處有人擔心，個人的基因資料會被用來對付他們；大家如果真想改善健保品質，必須開始採取必要措施來消除患者的恐懼。

許多專家認為，要解決潛在的基因歧視問題，唯一的辦法是以法律明文禁止這種歧視。兩位美國參議員指出，如果沒有適當的防範措施，這項基因革命可能意味科學前進一步而民權倒退兩步。而美國眾議院即於 2007 年 4 月 25 日，以 420 對 3 的票數通過了

「基因資訊非歧視法案（Genetic Information Nondiscrimination Act, GINA, 或稱反基因歧視法）」，美國總統布希亦支持該法案。美國公眾現在可以進行基因測試，並對於他們的基因資訊不會遭到濫用或是涉及基因資訊的研究參與感到安心。

基因歧視雖然現階段看起來並非急迫，然而，隨著基因檢驗的普及與技術的成熟，在職場上與保險方面，預計問題將會漸漸浮現，台灣亦應正視該議題，著手立法積極保護人民的權利。



第六章 附件

一、所有性騷擾防治法規

- 1最高行政法院防治及處理性騷擾要點 (0.00.00)
- 2臺灣高等法院性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.10.02)
- 3司法院司法人員研習所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.05.25)
- 4司法院司法人員研習所防治及處理性騷擾要點 (94.04.28)
- 5公務員懲戒委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.08.28)
- 6司法院性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.05.15)
- 7公務員懲戒委員會防治及處理性騷擾要點 (94.01.24)
- 8臺灣省諮議會性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法 (95.04.14)
- 9司法院防治及處理性騷擾要點 (92.12.08)
- 10臺灣高等法院防治及處理性騷擾要點 (92.07.22)
- 11監察院性騷擾防治申訴及調查處理要點 (96.01.15)
- 12總統府性騷擾防治措施申訴及懲處處理要點 (95.07.13)
- 13臺北市政府訴願審議委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.26)

- 14 臺北市政府秘書處性騷擾防治申訴及調查處理措施
(95.01.25)
- 15 臺北市政府研究發展考核委員會性騷擾防治申訴及調查
處理要點 (95.09.07)
- 16 臺北市性騷擾防治委員會設置要點 (96.10.30)
- 17 高雄市家庭暴力性侵害及性騷擾防治委員會設置要點
(94.12.08)
- 18 臺中市政府家庭暴力及性侵害性騷擾防治委員會設置要
點 (97.01.28)
- 19 臺北縣政府性騷擾防治委員會設置要點 (95.04.07)
- 20 宜蘭縣性騷擾防治委員會組織規程 (95.05.17)
- 21 苗栗縣性騷擾防治委員會設置辦法 (95.05.22)
- 22 臺中縣家庭暴力性侵害及性騷擾防治委員會設置要點
(95.02.15)
- 23 南投縣性騷擾防治委員會設置要點 (97.02.13)
- 24 花蓮縣性騷擾防治委員會設置要點 (95.03.21)
- 25 臺北市北投區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.08.30)
- 26 臺北市信義區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.08.30)
- 27 臺北市大安區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.01.23)

- 28 臺北市松山區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.02.21)
- 29 臺北市政府民政局性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.08.01)
- 30 臺北市孔廟管理委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.08.02)
- 31 臺北市大同區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.02.09)
- 32 臺北市中山區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.02.13)
- 33 臺北市中正區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.07.20)
- 34 臺北市南港區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.02.23)
- 35 臺北市士林區公所性騷擾防治措施計畫 (95.03.27)
- 36 臺北市中正區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.07.20)
- 37 臺北市內湖區公所性騷擾防治計畫 (95.02.20)
- 38 臺北市文山區公所性騷擾防治措施計畫 (95.03.10)
- 39 臺北市萬華區公所性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.02.23)
- 40 臺北市北投區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要
點 (95.08.09)

- 41 臺北市士林區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.07.27)
- 42 臺北市大同區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.08.02)
- 43 臺北市大安區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.07.28)
- 44 臺北市中山區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.07.18)
- 45 臺北市中正區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.07.27)
- 46 臺北市內湖區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.07.28)
- 47 臺北市文山區第一戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.08.02)
- 48 臺北市文山區第二戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.24)
- 49 臺北市松山區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.08.08)
- 50 臺北市信義區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.08.08)
- 51 臺北市南港區戶政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.07.28)
- 52 臺北市萬華區第一暨第二戶政事務所工作場所性騷擾防治措施申訴及懲處要點 (95.07.28)

- 53 性騷擾防治法 (95.01.18)
- 54 性騷擾防治法施行細則 (95.01.25)
- 55 性騷擾事件調解辦法 (95.01.27)
- 56 性騷擾防治準則 (95.01.27)
- 57 臺北市政府社會局暨所屬機關性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.09.07)
- 58 臺北市古亭地政事務所工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲戒要點 (95.07.26)
- 59 臺北市古亭地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (97.02.15)
- 60 臺北市士林地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.09.13)
- 61 臺北市中山地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.09.07)
- 62 臺北市政府地政處土地開發總隊性騷擾防治申訴及調查處理要點 (97.02.15)
- 63 臺北市政府地政處性騷擾防治申訴及調查處理要點 (97.02.12)
- 64 臺北市松山地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.09.14)
- 65 臺北市大安地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點 (97.02.20)
- 66 臺北市建成地政事務所性騷擾防治申訴及調查處理要點

(95.09.28)

67 臺北市政府產業發展局暨所屬機關性騷擾防治申訴及調查處理要點 (96.11.29)

68 臺北市政府都市發展局性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.26)

69 臺北市都市計畫委員會性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.07.26)

70 臺北市工務局水利工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.08.02)

71 臺北市政府工務局公園路燈工程管理處性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.03.09)

72 臺北市政府警察局性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.08.31)

73 行政院海岸巡防署性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點 (91.07.05)

74 內政部消防署及所屬機關工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點 (95.11.28)(已廢止)

75 內政部消防署性騷擾防治申訴調查及懲處處理要點 (95.11.28)

76 臺北市政府消防局性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.02.16)

77 行政院原住民族委員會及所屬機關工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點 (96.06.13)

78 臺北市政府客家事務委員會性騷擾防治申訴及調查處理

要點 (95.01.27)

79 外交部性騷擾防制及申訴處理要點 (91.05.13)

80 行政院國軍退除役官兵輔導委員會性騷擾防制申訴評議
委員會設置及處理要點 (0.00.00)

81 臺北市政府財政局性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.03.14)

82 臺北市稅捐稽徵處性騷擾防治申訴及調查處理作業要點
(95.08.22)

83 臺北市動產質借處性騷擾防治措施及申訴懲處作業要點
(95.02.03)

84 高雄市政府及所屬各機關學校性騷擾防治與申訴作業注
意事項 (96.12.26)

85 大專校院及國立中小學校園性騷擾及性侵犯處理原則
(94.03.30)(已廢止)

86 教育部性騷擾防治及處理要點 (95.09.28)

87 國立臺灣藝術教育館性騷擾及性侵犯事件處理要點
(0.00.00)

88 國立臺灣藝術教育館性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.05.25)

89 國立臺灣藝術教育館工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲
戒措施 (95.05.25)

90 臺灣省中小學及幼稚園校園性騷擾案件處理原則
(85.09.16)

- 91 臺北市教育人員處理兒童及少年保護、家庭暴力、性侵害、性騷擾及性交易案件作業規定 (96.06.29)
- 92 校園性侵害或性騷擾防治準則 (94.03.30)
- 93 臺北市立動物園性騷擾防治措施 (95.06.12)
- 94 臺北市立圖書館性騷擾防治申訴及調查處理原則 (95.01.27)
- 95 臺北縣各級學校校園性侵害或性騷擾防治規定 (95.02.22)
- 96 行政院體育委員會性騷擾防治申訴及懲戒處理要點 (95.04.17)
- 97 科學工業園區管理局工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點 (94.11.09)
- 98 行政院國家科學委員會工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點 (91.11.08)
- 99 行政院文化建設委員會暨所屬機關性侵害暨性騷擾防治措施及申訴、調查、處理要點 (96.04.17)
- 100 國立臺灣美術館性侵害暨性騷擾防治措施及申訴、調查、處理要點 (96.06.28)
- 101 臺北市政府文化局暨所屬機關性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.26)
- 102 臺北市政府法規委員會性騷擾防治申訴及調查處理作業程序 (95.03.16)
- 103 臺北市政府政風處性騷擾防治措施、申訴及調查處理要

點 (95.09.11)

104 臺北翡翠水庫管理局性騷擾防治申訴及調查處理要點
(96.04.30)

105 行政院原子能委員會性騷擾申訴調查處理要點
(95.06.30)

106 臺北市交通管制工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.09.14)

107 交通部觀光局性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.09.06)

108 臺北捷運公司性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.02.15)

109 臺北市政府捷運工程局中區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.26)

110 臺北市政府捷運工程局北區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.26)

111 臺北市政府捷運工程局東區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.27)

112 臺北市政府捷運工程局南區工程處性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.01.27)

113 臺北市政府捷運工程局工作場所性騷擾防治措施、申訴及懲處要點 (95.01.27)

114 臺北市政府捷運工程局性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.01.27)

115 臺北市政府衛生局暨所屬醫療院所工作場所性騷擾防制

要點 (0.00.00)

116 臺北市立聯合醫院性騷擾事件防治及處理要點
(95.09.15)

117 臺北市士林區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理
規範 (95.08.02)

118 臺北市北投區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理
規範 (95.08.01)

119 臺北市文山區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理
規範 (95.09.01)

120 臺北市萬華區健康服務中心性騷擾防治申訴及調查處理
規範 (95.09.01)

121 行政院農業委員會性騷擾防治措施及申訴、調查、處理
要點 (95.09.21)

122 行政院農業委員會漁業署及所屬機關性騷擾防治申訴處
理要點 (95.08.30) (已廢止)

123 行政院農業委員會漁業署性騷擾防治申訴及懲處要點
(95.08.30)

124 行政院農業委員會水土保持局性騷擾防治措施及申訴、
調查、處理要點 (96.09.28)

125 臺北市政府性騷擾評議委員會設置要點 (95.02.05) (已
廢止)

126 臺中市政府性騷擾申訴評議委員會設置要點
(96.03.27)

127 臺北縣性騷擾申訴審議委員會設置要點 (90.01.04)

- 128 臺中縣政府性騷擾申訴評議委員會設置要點
(91.04.12)
- 129 臺北市工作場所性騷擾防制要點 (87.04.01)
- 130 臺中市工作場所性騷擾防制自治條例 (90.08.10)
- 131 工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則
(91.03.06)
- 132 臺北市政府性騷擾事件處理要點 (95.02.05)(已廢止)
- 133 南投縣政府衛生局工作場所性騷擾防治申訴及懲戒處理
要點 (93.12.09)
- 134 澎湖縣政府性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法
(96.11.09)
- 135 基隆市政府及所屬各機關學校工作場所性騷擾防治申訴
及懲處處理要點 (91.08.26)
- 136 基隆市政府性騷擾防治申訴及調查處理要點
(95.04.25)
- 137 臺中市政府工作場所性騷擾防治措施申訴及懲處辦法
(96.05.23)
- 138 臺北縣就業場所性騷擾防制自治條例 (95.08.16)(已廢
止)
- 139 宜蘭縣政府性騷擾防治措施及申訴懲戒處理規定
(95.04.18)
- 140 桃園縣政府消防局性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點
(95.03.20)

- 141 桃園縣政府性騷擾防制及申訴懲戒處理要點
(93.12.09)
- 142 新竹縣消防局性騷擾防治措施 (95.03.16)
- 143 臺中縣政府工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點 (91.05.14)
- 144 臺中縣政府受理員工申訴性騷擾案件作業注意事項
(91.05.14)
- 145 臺中縣政府性騷擾防治申訴及調查處理作業要點
(96.01.05)
- 146 南投縣政府性騷擾防制及申訴處理要點 (91.08.09)
- 147 臺東縣政府性騷擾防治申訴及調查處理要點
(96.01.31)
- 148 花蓮縣政府及所屬機關學校性騷擾防治、申訴及懲戒措施 (95.06.29)
- 149 臺北市政府環境保護局北投垃圾焚化廠性騷擾防治申訴
及調查處理要點 (95.09.19)
- 150 行政院新聞局性騷擾防治措施申訴及懲戒處理要點
(91.08.26)
- 151 臺北市政府觀光傳播局性騷擾防治申訴及調查處理要點
(96.09.27)
- 152 媒體報導對性侵害犯罪事件性騷擾事件暨兒童及少年保護
事件之被害人處理原則 (97.03.19)
- 153 臺北市政府公務人員訓練處性騷擾防治申訴及調查處理

要點 (96.10.29)

154 行政院及所屬各級行政機關性騷擾防制及申訴處理要點
(90.09.06)

155 臺北市政府人事處暨所屬機關性騷擾防治申訴及調查處理要點 (95.02.06)

156 高雄市政府及所屬各機關性騷擾及性別歧視防治與申訴處理要點 (95.12.20) (已廢止)

157 臺中市政府性騷擾防治申訴及調查作業要點
(96.05.15)

158 南投縣政府性騷擾防治及申訴處理要點 (97.02.05)

159 高雄縣政府工作場所性騷擾申訴及懲處要點
(95.08.15)

160 高雄縣政府性騷擾申訴處理要點 (95.08.15)

161 花蓮縣政府及所屬各機關學校性騷擾防制及申訴處理要點 (91.12.03)

162 行政院主計處及所屬機關性騷擾防治申訴及懲戒處理要點 (95.05.22)

163 臺北市政府主計處性騷擾防治申訴及調查處理原則
(95.01.26)

164 臺北市政府資訊中心性騷擾防治申訴及調查處理要點
(96.09.11) (已廢止)

二、亞洲大學校園性侵害或性騷擾防治辦法

第一章 總則

第一條

亞洲大學(以下稱本校)為建立性別平權觀念，提供本校教職員工生免於性別歧視、性騷擾或性侵害之學習及工作環境，特依性別平等教育法第 20 條及教育部訂頒「校園性侵害或性騷擾防治準則」規定，訂定「亞洲大學校園性侵害或性騷擾防治辦法」(以下稱本辦法)。

第二條

本校為提升教職員工生尊重他人與自己性或身體自主之知能，應積極推動校園性侵害及性騷擾防治教育，並採取下列措施：

- 一、針對教職員工生，每年定期舉辦校園性侵害或性騷擾防治之教育宣導活動，並評鑑其實施成效。
- 二、針對性別平等教育委員會及負責處置校園性侵害或性騷擾事件相關單位之人員，每年定期辦理相關之在職進修活動。
- 三、鼓勵前款人員參加校內外校園性侵害或性騷擾事件處置研習活動，並給予以公差登記及差旅費等經費補助。
- 四、利用多元管道，公告周知本辦法所規範之事項，並納入教職員工聘約及學生手冊。
- 五、鼓勵校園性侵害或性騷擾事件被害人或檢舉人儘早申請調查或檢舉，以利蒐證及調查處理。

第三條

本校為在處理性別事件時能主動有效提供予相關人員資訊，應蒐集下列校園性侵害或性騷擾防治及救濟等資訊。

- (一) 校園性侵害或性騷擾事件之界定、類型及相關法規。
- (二) 被害人權益之保障及本校所能提供之必要協助。
- (三) 申請調查、申復及救濟之機制。
- (四) 相關之主管機關及權責單位。

- (五) 提供資源協助之團體及網絡。
- (六) 本校性別平等教育委員會認為必要之事項。

第二章 校園安全規則

第四條

本校為防治校園性侵害或性騷擾，校內相關單位應定期檢視校園整體安全，依空間配置、管理與保全、標示系統、求救系統與安全路線、照明與空間穿透性及其他空間安全事項，定期檢討校園空間及設施之使用情形，並應記錄校園內曾經發生性侵害或性騷擾事件之空間、製作校園空間檢視報告及依據實際需要繪製校園危險地圖，以利校園空間改善。

第五條

前條校園空間改善應定期舉行校園空間安全檢視說明會，邀集專業空間設計者、師生員工及其他校園使用者參與，檢視校園危險空間改善進度，公告檢視成果、並作成檢視報告及相關紀錄存檔。

第三章 校內外教學與人際互動注意事項

第六條

本校教職員工生於進行校內外教學與人際互動時，應尊重性別多元與個別差異性，以利採取妥適應變措施。

第七條

本校教師於執行教學、指導、訓練、評鑑、管理、輔導提供學生工作機會或其他互動時，在與性或性別有關之人際互動上，不得發展有違專業倫理之關係。
教師發現其與學生間之關係有違反前項專業倫理之虞時，應主動迴避教學、指導、訓練、評鑑、管理、輔導或提供學生工作機會。

第八條

本校學生應尊重他人與自己之性或身體之自主，不得有下列行為：
(一) 不受歡迎之追求行為。

(二) 以強制或暴力手段處理與性或性別有關之衝突。

(三) 其他有違善良風俗之行爲。

第四章 校園性侵害或性騷擾之處理機制、程序及救濟方法

第九條

本辦法適用對象爲性侵害或性騷擾事件之一方爲本校校長、教師、職員、工友或學生，且他方爲學生者。

本辦法規定之名詞定義如下：

(一) 性侵害：指性侵害犯罪防治法所稱性侵害犯罪之行爲。

(二) 性騷擾：指符合下列情形之一，且未達性侵害之程度者：

1. 以明示或暗示之方式，從事不受歡迎且具有性意味或性別歧視之言詞或行爲，致影響他人之人格尊嚴、學習、或工作之機會或表現者。
2. 以性或性別有關之行爲，作爲自己或他人獲得、喪失或減損其學習或工作有關權益之條件者。

(三) 教師：指專任教師、兼任教師、代理教師、代課教師、護理教師、教官及其他執行教學、研究或教育實習等活動之人員。

(四) 職員、工友：指前款教師以外，於本校執行行政事務或庶務之人員。

(五) 學生：指在本校就學或接受進修推廣教育者。

第十條

校園性侵害或性騷擾事件之被害人或其法定代理人（以下稱申請人）、檢舉人得以書面向本校申請調查。但本校校長爲加害人時，應向教育部申請調查。

本校於接獲申請或檢舉後，發現並無案件之管轄權時，應於七日內將該案件移送其他有管轄權單位處理。

第十一條

本校知悉校園性侵害或性騷擾事件時，應向所屬主管或上級機關通報。並得按實際情形分別依性侵害犯罪防治法第 8 條、兒童及少年福利法第 34 條、身心障礙者保護法第 14 條、家庭暴力防治法第 41 條、兒童及少年性交易防制條例第 9 條或其他相

關法律規定通報，並向所屬主管或上級機關通報。

通報時，除有調查必要、基於公共安全之考量或法規另有特別規定者外，對於當事人及檢舉人之姓名或其他足以辨識其身分之資料，應予以保密。

第十二條

校園性侵害或性騷擾事件之申請人或檢舉人得以書面申請調查；其以言詞為之者，由受理單位作成紀錄，經向申請人或檢舉人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後，由其簽名或蓋章。

前項書面或言詞作成之紀錄，應載明下列事項：

- (一) 申請人或檢舉人姓名、身分證明文件字號、服務或就學之單位及職稱、住居所、聯絡電話及申請調查日期。
- (二) 申請人委任代理人代為申請調查者，應檢附委任書，並載明其姓名、身分證明文件字號、住居所、聯絡電話。
- (三) 申請調查之事實內容及其相關證據。

第十三條

本校之校園性侵害或性騷擾事件，以學生事務處為收件單位，除有性別平等教育法第 29 條第 2 項所定事由外，應於 3 個工作日內將該事件交由本校性別平等教育委員會調查處理。

學生事務處於收件後，應指派專人處理相關行政事宜，本校相關單位並應配合協助。

第十四條

一、本校學生事務處應於接獲申請調查或檢舉後 20 日內，以書面通知申請人或檢舉人是否受理。

二、本校或主管單位於接獲調查申請或檢舉時，發現有下列情形之一者，應不予受理：

- (一) 非屬性別平等教育法所規定之事項者。
- (二) 申請人或檢舉人未具真實姓名。

(三) 同一事件已處理完畢者。

三、前項不受理之書面通知，應敘明理由。不受理之書面通知應依性別平等教育法第 29 條第 3 項規定敘明理由，並告知申請人或檢舉人申復之期限及受理單位。

四、申請人或檢舉人於前項之期限內未收到通知或接獲不受理通知之次日起 20 日內，得以書面具明理由，向本校學生事務處提出申復；其以言詞為之者，本校學生事務處應作成紀錄，經向申請人或檢舉人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後，由其簽名或蓋章代替申復書。

五、前項不受理之申復以一次為限。本校學生事務處接獲申復後，應於 20 日內以書面通知是否受理申復人申復。申復有理由者，本校學生事務處並應將申請調查或檢舉案交付性別平等教育委員會處理。

第十五條

本校性別平等教育委員會處理本校校園性侵害或性騷擾事件時，得成立調查小組調查之。

調查小組以 3 人或 5 人為原則，其成員之組成，應具性別平等意識，女性人數比例，應占成員總數二分之一以上，具性侵害或性騷擾事件調查專業素養之專家學者之人數比例應占成員總數三分之一以上，必要時，部分小組成員得外聘。雙方當事人分屬不同學校時，並應有申請人學校代表。

調查小組依法規定進行調查時，行為人、申請人及受邀協助調查之人或單位，應予配合，並提供相關資料。

校園性侵害或性騷擾事件當事人之輔導人員，應迴避該事件之調查工作；參與校園性侵害或性騷擾事件之調查及處理人員，亦應迴避對該當事人之輔導工作。

本校處理校園性侵害或性騷擾事件之成員專家學者，其調查事件期間，應給予公差登記，並依法令或本校規定，支給交通費或相關差旅費用。

第十六條

前條所稱具性侵害或性騷擾事件調查專業素養之成員專家學者，應符合下列資格之一：

- (一) 持有中央或直轄市、縣（市）主管機關校園性侵害或性騷擾調查知能培訓結業證書，且經中央或直轄市、縣（市）主管機關所設性別平等教育委員會核可並納入調查專業人才庫者。
- (二) 曾調查處理校園性侵害或性騷擾事件有具體績效，且經中央或直轄市、縣（市）主管機關所設性別平等教育委員會核可並納入調查專業人才庫者。

第十七條

本校在處理校園性侵害或性騷擾事件時，應依下列方式辦理：

- (一) 當事人爲未成年者，接受調查時得由法定代理人陪同。
- (二) 行爲人與被害人、檢舉人或證人有權力不對等之情形者，應避免其對質。必要時，得於不違反保密義務之範圍內另作成書面資料，交由行爲人閱覽或告以要旨。
- (三) 申請人撤回申請調查時，本校或主管單位仍得繼續調查處理。

第十八條

關於本校辦理校園性侵害或性騷擾事件之當事人、檢舉人及證人之姓名及其他足以辨識身分之資料，除有調查之必要或基於公共安全之考量者外，應予保密。

依前項規定負有保密義務者，包括負責處理校園性侵害或性騷擾事件之所有人員。

依前二項規定負保密義務者洩密時，應依刑法或其他相關法規處罰。

記載有當事人、檢舉人、證人姓名之原始文書應予封存，不得供閱覽或提供予偵查、審判機關以外之人。但法律另有規定者不在此限。

本校調查處理校園性侵害或性騷擾事件人員對外另行製作之文書，除屬原始文書者外，應將當事人、檢舉人、證人之真實姓名及其他足以辨識身分之資料刪除，並以代號爲之。

第十九條

本校爲保障校園性侵害或性騷擾事件當事人之受教權或工作權，全校相關單位於必要時得爲下列處置：

- (一) 彈性處理當事人之出缺勤紀錄或成績考核，並積極協助其課業或職務。
- (二) 尊重被害人之意願，減低當事人雙方互動之機會。
- (三) 採取必要處置，以避免報復情事。
- (四) 減低行為人再度加害之可能，並明確告知行為人或其法定代理人禁止報復情事。
- (五) 其他依性別平等教育委員會認為必要之處置。

第二十條

本校性別平等教育委員會得視當事人之身心狀況，主動轉介至各相關單位，以提供必要之協助。但性別平等教育委員會就該事件仍應依法繼續調查處理。

第二十一條

本校性別平等教育委員會於必要時得建請本校相關單位對於當事人提供下列協助：

- (一) 心理諮商輔導。
- (二) 法律諮詢管道。
- (三) 課業協助。
- (四) 經濟協助。
- (五) 其他依本校性別平等教育委員會決議認為必要之協助。

前項協助所需費用，本校應編列預算支應之。

第二十二條

本校性別平等教育委員會對事件之調查處理，不受該事件司法程序是否進行及處理結果之影響。且調查程序，不因行為人喪失原身分而中止。

第二十三條

對於與校園性侵害或性騷擾事件有關之事實認定，應依據性別平等教育委員會之調查報告，作公平公正客觀審慎之原則處理。

本校性別平等教育委員會依調查所提報告建議懲處意見如涉及改變加害人身分時，

應依性別平等教育法第 25 條第 3 項之規定，給予其書面陳述意見之機會。
前項書面意見經查證，除有性別平等教育法第 32 條第 3 項所定之情形外，不得再要求本校性別平等教育委員會重新調查。

第二十四條

校園性侵害或性騷擾事件經本校性別平等教育委員會調查屬實後，應依相關法令規定懲處。若涉及其他機關懲處權限時，應將該事件移送其他權責機關辦理；其經證實有誣告之事實者，除應依法對申請人為適當之懲處外，並應依相關法律移送辦理，另亦得依性別平等教育法第 25 條第 2 項規定為必要之處置。

性侵害及性騷擾事件情節輕微者，本校得依性別平等教育法第 25 條第 2 項規定為必要之處置。

執行懲處單位應採取必要之措施，以促使加害人之配合遵守。

第二十五條

本校處理本辦法規定之事件，應將處理結果以書面通知申請人及行為人，併應告知申復之期限及受理單位。

申請人及行為人對本校性別平等教育委員會調查處理之結果不服者，得於收到書面通知次日起 20 日內，以書面具明理由向學生事務處申復；其以言詞為之者，受理單位應作成記錄，經向申請人或行為人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後，由其簽名或蓋章代替書面申復。

本校承辦單位接獲申復書後，應於 20 日內以書面通知申復人申復結果。

第二十六條

本校性別平等教育委員會應於受理申請或檢舉後二個月內完成調查。必要時，得延長之，延長以二次為限，每次不得逾一個月，並應通知申請人、檢舉人及行為人。

性別平等教育委員會完成調查後，應將調查報告及處理建議，以書面向本校相關權責單位提出處理意見。

本校相關權責單位會應於接獲前項處理建議後二個月內，自行依本法或相關法令規

定議處，並將處理之結果，以書面載明事實及理由通知申請人、檢舉人及行為人。本校相關權責單位為前項議處建議意見前，得要求性別平等教育委員會之代表列席指導。

第二十七條

依本辦法規定成為事件之加害人轉至其他學校就讀或服務時，本校應於知悉後一個月內通報加害人現就讀或服務之機關學校，其通報內容應限於加害人經查證屬實之校園性侵害或性騷擾事件時間、樣態、加害人姓名及職稱或學籍資料。

第二十八條

本校依性別平等教育法第 27 條第 1 項規定建立之檔案資料，由本校性別平等教育委員會業務主管單位保管。

依前項規定所建立之檔案資料，分為原始檔案與報告檔案。

前項原始檔案應予保密，其內容包括下列資料：

- (一) 事件發生之時間、樣態。
- (二) 事件相關當事人（包括檢舉人、被害人、加害人）。
- (三) 事件處理人員、流程及紀錄。
- (四) 事件處理所製作之文書、取得之證據及其他相關資料。
- (五) 加害人之姓名、職稱或學籍資料、家庭背景等。

第二項報告檔案，應包括下列資料：

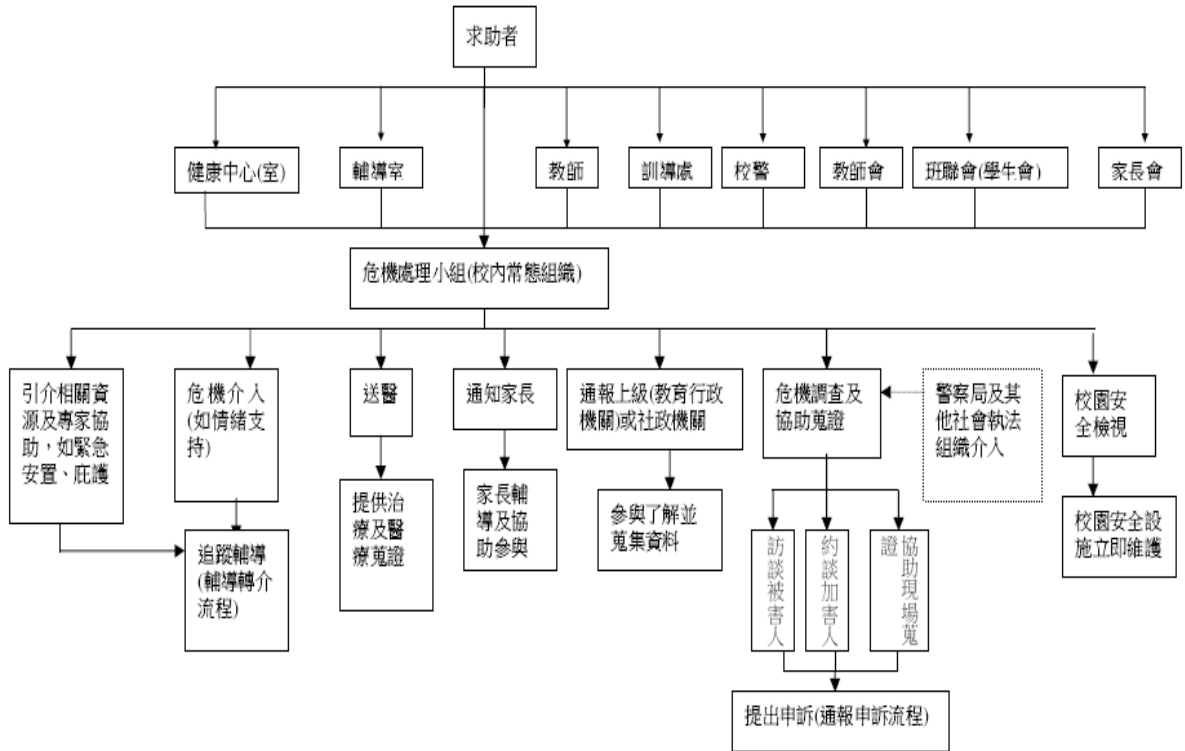
- (一) 事件發生之時間、樣態以及以代號呈現之各該當事人。
- (二) 事件處理過程及結論。

第二十九條

本辦法經本校行政會議通過，陳請校長核定後實施，並報請教育部備查，修正時亦同。

三、危機處理流程、通報申訴流程圖、輔導轉介流程

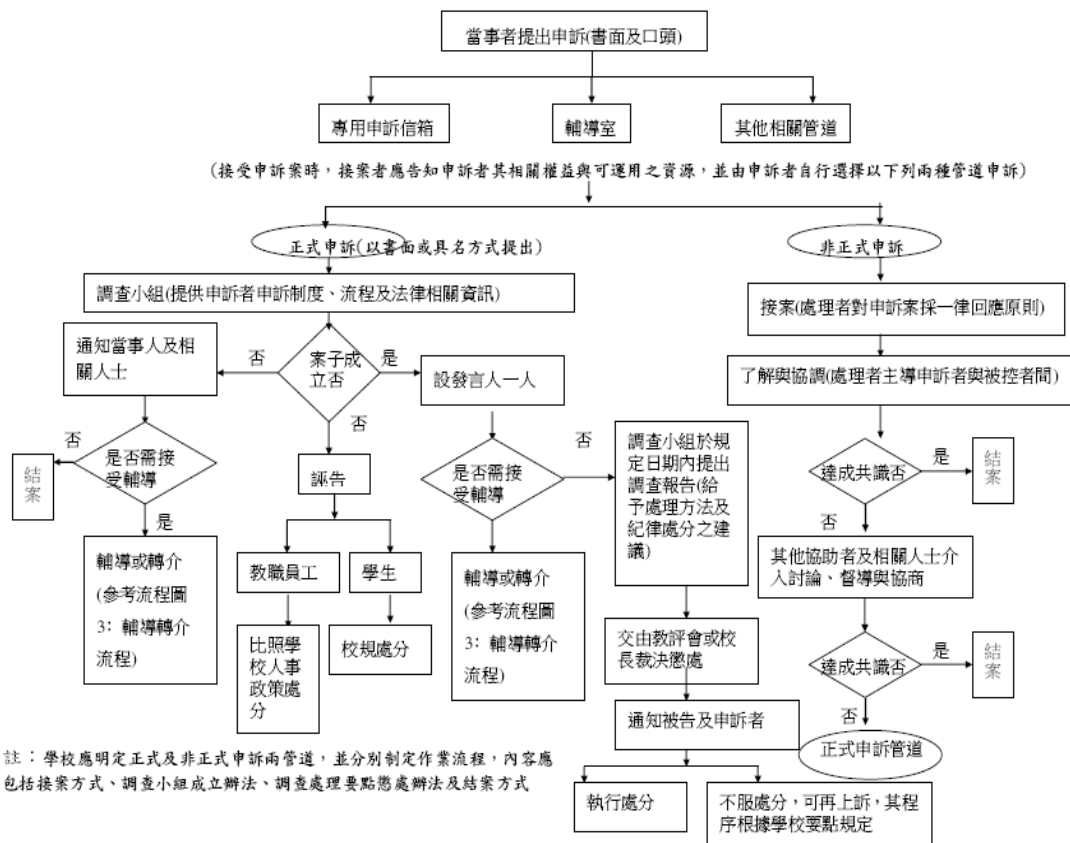
流程圖 1：危機處理流程



註：

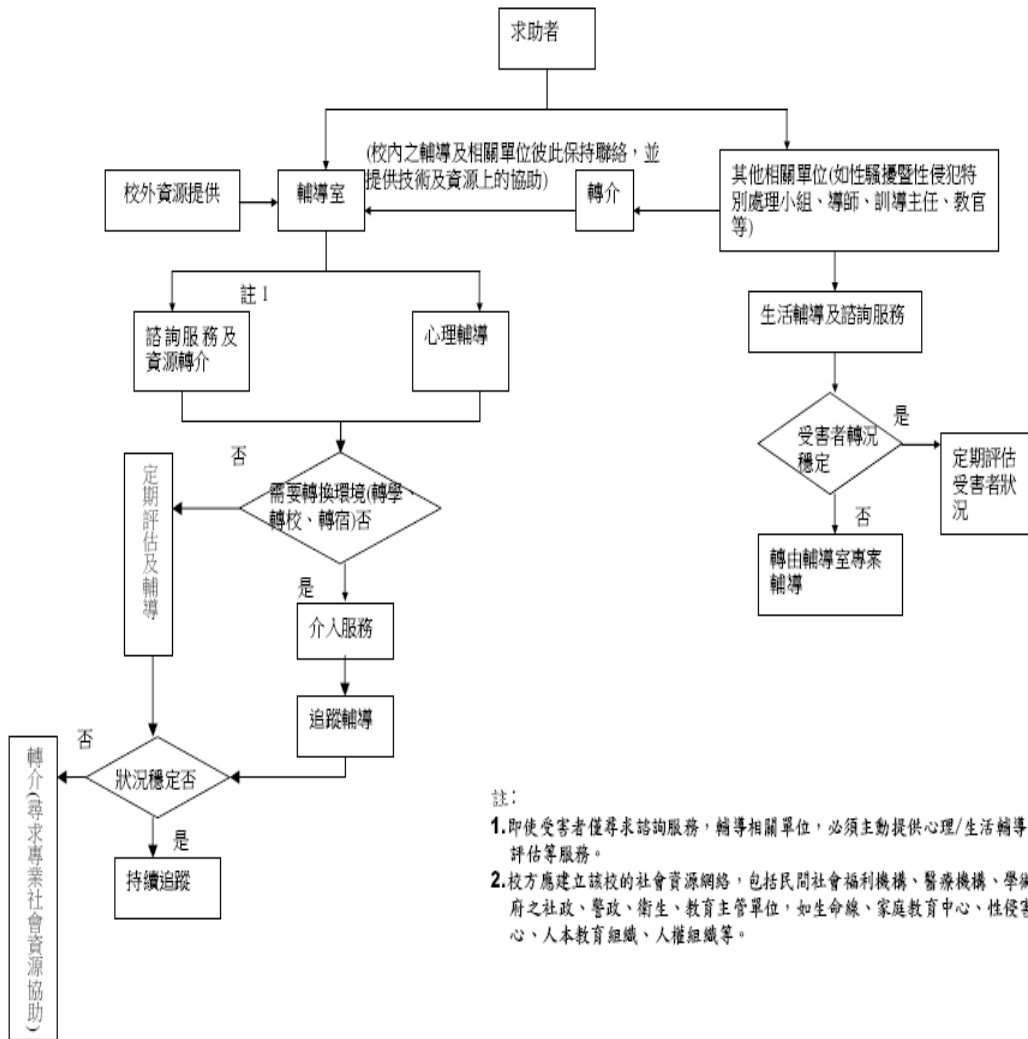
1. 流程圖中，各級學校得依各校組織之差異性，調整各模式之負責單位，但應涵括所有服務內容
2. 危機處理模式中，學校應整合校內外資源，提供就醫資訊與諮詢服務，並協助報警，另應書面載明通報及保護之工作規定

流程圖 2 - 通報申訴流程



註：學校應明定正式及非正式申訴兩管道，並分別制定作業流程，內容應包括接案方式、調查小組成立辦法、調查處理要點懲處辦法及結案方式

流程圖 3: 輔導轉介流程



第七章 參考文獻

參考書目(按筆畫排序)

1. Scholler、Schloer 合著，李震山譯，「德國警察與秩序法原理」，登文書局，第二版，1995年11月。
2. 王海南、李太正、法治斌、陳連順、黃源盛、顏厥安，法學入門，元照出版公司，第8版，2007年09月。
3. 王澤鑑，法學入門—民法概要，元照出版公司，第2版，2007年09月。
4. 何政光，法學知識（憲法+法學緒論），考用出版社，2005年08月。
5. 何政光，法學緒論，五南圖書出版股份有限公司，2005年08月。
6. 何政光，法學緒論，發達網出版社，2003年09月。
7. 吳麗玉，法學概論，華立圖書出版，第三版，2004年09月。
8. 呂炳寬，法學緒論，康德，2007年03月。
9. 李太正，法學入門，元照出版公司，2007年09月。
10. 李沅樺，法學入門，永然文化出版，第3版，2008年02月。
11. 李明修，法學概論，新文京出版社，2003年01月。
12. 李洙德、楊莉時，法學緒論，元照出版公司，2008年02月。
13. 李進增，法學大意，高點出版社，2005年05月。
14. 李震山，「論行政管束與人身自由保障兼論警察盤查權」，收於氏著「『人性尊嚴與人權保障』學術論文集」，元照出版公司，2001年11月。
15. 李震山，「警察任務法論」，登文書局，第四版，1998年03月。
16. 李震山，「警察行政法論—自由與秩序之折衝」，元照出版公司，2007年9月。
17. 李震山，論資訊自決權，收錄於氏著人性尊嚴與人權保障，元照出版公司，2000年。
18. 林紀東，法學緒論，五南圖書出版股份有限公司，第2版，2008年02月。
19. 林清汶，法學概論，鴻林企業社，第2版，2007年09月。
20. 林詮紹、林良志、溫連雄，法學概論，新文京出版社，2004年09月。
21. 林騰鶴，法學緒論，元照出版公司，2007年09月。
22. 洪文玲、蔡震榮、鄭善印，「警察法規」，國立空中大學，2005年12月。

23. 段重民，法學緒論，國立空中大學，2005 年 08 月。
24. 范衡生，法學緒論，瑞興圖書股分有限公司，1993 年 09 月。
25. 梁宇賢，法學緒論，瑞興書局，2003 年 04 月。
26. 梁宇賢，法學緒論，瑞興圖書股分有限公司，2003 年 04 月。
27. 梁添盛，「警察權限法」，1999 年 8 月。
28. 陳弘毅，法學緒論，鼎茂，第 2 版，2007 年 03 月。
29. 陳治宇，法學大意，發達網出版社，2003 年 07 月。
30. 陳英淙、黃惠婷，「法治國之警察理念與權限」，元照出版公司，2007 年 06 月。
31. 陳敏，「行政法總論」，第四版，2004 年 11 月。
32. 郭鈞溥，法學大意，千華出版社，2006 年 03 月。
33. 郭鈞溥，法學緒論，千華出版社，2004 年 07 月。
34. 陳惠馨，法學概論，三民書局，2006 年 03 月。
35. 陳銘祥，法學緒論，元照出版公司，2007 年 10 月。
36. 陳麗娟，法學概論，五南圖書出版股份有限公司，第三版，2006 年 10 月。
37. 敦弘、羅格思，法學緒論，千華出版社，2007 年 04 月。
38. 游伯欽，法學緒論，發達網出版社，2004 年 10 月。
39. 楊東連，法學入門，一品文化出版社，2007 年 09 月。
40. 楊亮，法學緒論，臺灣實業出版社，1998 年 11 月。
41. 鄒建中、林文清，法學緒論，揚智文化事業股份有限公司，2004 年 06 月。
42. 管歐，法學緒論，五南圖書出版股份有限公司，第 72 版，2007 年 12 月。
43. 劉作揖，法學緒論，三民書局，第 8 版，2007 年 09 月。
44. 劉得寬，法學入門，五南圖書出版股份有限公司，第 4 版，2000 年 10 月。
45. 蔡佩芬，法學緒論，元照出版公司，2007 年 11 月。
46. 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶等，「警察職權行使法逐條釋論」，五南圖書，2006 年 11 月。
47. 蔡震榮，警察職權行使法概論，中央警察大學出版社，2004 年。
48. 鄭中，法學緒論，水牛出版社，2002 年 01 月。
49. 鄭玉波著；黃宗樂修訂，法學緒論，三民書局，修訂十六版，2006 年 03 月。

50. 鄭津津，職場與法律，新學林出版股份有限公司，第二版，2007年10月。
51. 黎淑慧，法學緒論，文京圖書有限公司，2003年12月。
52. 蕭博仁，法學緒論，志光出版社，2007年02月。
53. 謝政道，法學緒論，揚智文化事業股份有限公司，2002年06月。
54. 謝瑞智，法學入門，東華書局股份有限公司，第三版，2007年08月。
55. 謝瑞智，最新法學緒論，文笙經銷，2006年11月。
56. 簡方，法學緒論，高點出版社，2004年09月。
57. 顏國秉，法學緒論之理論與實用(2002年版)，精銳出版，2002年03月。
58. 羅俊璋，法學概論，新文京出版社，第二版，2005年01月。
59. 蘇嘉宏等，法學緒論，永然出版社，1995年06月。

中文期刊(按筆畫排序)

1. Heinrich Scholler 及 Bermhard Schloer 著，李震山譯，「警察與秩序機關電子資料之蒐集」，警學叢刊，24卷4期，1994年6月。
2. Jurgen Vahle 著，李震山譯，「警察秘密蒐集資料之法律依據」，新知譯粹，第2卷3期，1986年8月。
3. 李震山，「從公共場所或公眾得出入之場所普設監視錄影器論個人資料之保護」，東吳大學法律學報，第16卷第2期，2004年12月。
4. 李震山，「集會遊行時警察攝(錄)影之法律問題」，警政學報，第十九期，1991年6月。
5. 李震山、李錫棟，「論治安顧慮人口之查訪—警察職權行使法第十五條評釋」，警大法學論集，第10期，2005年03月。
6. 林明鏘，「法治國家與警察職權行使」，警察法學第4期，2005年12月。
7. 陳正根，「論警察行政處分之概念與特性」，警察法學第4期，民國2005年12月。
8. 蔡震榮，「人權保障與警察臨檢實務情形」，警察法學第3期，2004年12月
9. 蕭文生，關於「一九八三年人口普查法」之判決，收錄於西德聯邦憲法法院裁判選輯(一)，司法週刊雜誌社印行，1990年10月。

其他(按筆畫排序)

- 1.江橋崇，「大学の自治と警察察」憲法判例百選第3版83頁。
- 2.李震山等，「個人資料保護與警察資料蒐集權之研究—以警察職權行使法第九條至第十三條之規定為中心」，國家科學委員會研究報告，計畫編號：NSC 93-2414-H-004-072-，第14-34頁。
- 3.陳志忠，個人資訊自決權之研究，東海大學法律碩士論文，89年1月，第23頁以下。
- 4.蔡明誠主持，「禁止真品平行輸入法制之研究」，頁32，經濟部智慧財產局委託，國立臺灣大學法律學院科技整合法律學研究所，(2007年2月)。
- 5.最高法院81年台上字第2444號裁判。
- 6.藤田宙靖，「警察法二條の意義に関する若干の考察(二)」，東北大学法学53卷2号(1989年6月)，第93-94頁

網站資料

- 1.<http://equal.cla.gov.tw/manual/manual01.html>
- 2.http://equal.cla.gov.tw/news/930316_news2.html
- 3.<http://law.moeasmea.gov.tw/modules.php?name=Forums&file=viewtopic&t>
- 4.http://www.au.edu.tw/ox_view/admin/love98/5.htm
- 5.http://www.cla.gov.tw/cgi-bin/SM_theme?page=432fa320#勞動條件(last visited 2007/11/1).
- 6.<http://www.dgbas.gov.tw/ct.asp?xItem=835&ctNode=3259>
- 7.<http://www.labor.gov.tw/web/j9.htm>
8. <http://www.sinica.edu.tw/asct/asw/seminar/2007/main/papers/200705200201.pdf> (last visited 2007/11/1).
9. 一九九九臺灣女權報告
http://www.scu.edu.tw/hr/document_imgs/documents/d6.pdf (last visited 2007/11/1).
10. 大專及研究所同儕性侵害/性騷擾個案處理模式
<http://www.gender.edu.tw/gender/index.htm>

11. 大專及研究所師員工/生之性侵害/性騷擾個案處理
<http://www.gender.edu.tw/gender/index.htm>
12. 內政部兒童局(托育、保母、兒童保護等)：
<http://www.cbi.gov.tw/welcome.jsp>
13. 內政部性騷擾網站：
http://www.moi.gov.tw/subject/subject_a2_1.asp?sid=5&sid2=11
14. 內政部社會司(相關業務：特殊境遇婦女、婦女福利活動補助等)
<http://www.moi.gov.tw/dsa/>
15. 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會(相關業務：人身安全、性騷擾防治等)
<http://dspc.moi.gov.tw/mp.asp?mp=1>
16. 內政部警政署婦幼安全生活空間資訊網：
<http://www.cib.gov.tw/women/index.aspx>
17. 台北市政府社會局台北婦女中心：
<http://www.taipeiwomen.tcg.gov.tw/>
18. 犯罪被害人保護協會布洛
<http://www.cvpa.org.tw/html/?main=4&content=3&acttype=detail&id=A20080400003>
19. 行政院人事行政局公務人員性別主流化訓練等)：
<http://www.cpa.gov.tw/>
20. 行政院人事行政局性別業務統計：
<http://ca2.cpa.gov.tw/oldweb/sexstat/index.htm>
21. 行政院主計處性別統計、性別分析
<http://www.dgbas.gov.tw/lp.asp?CtNode=3259&CtUnit=370&BaseDSD=7>
22. 行政院婦女權益促進委員會：
<http://cwrp.moi.gov.tw/index.asp>
23. 行政院勞工委員會性別工作平等、就業歧視評議委員會等
<http://equal.cla.gov.tw/service/service01.html>
24. 行政院衛生署青少年性教育、優生保健：
http://www.doh.gov.tw/cht2006/index_populace.aspx

25. 法源法律網

<http://fyjud.lawbank.com.tw/list.aspx>

26. 爸爸計劃參考網

http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.php?type_id=1&seq=9&nid=51553.00

27. 財團法人犯罪被害人保護部落格

<http://www.cvpa.org.tw/html/?main=4&content=3&acttype=detail&id=A20080400003>

28. 教育部性別平等教育中心計畫網：

<http://140.116.12.182/gender/index.html>

29. 總統府性別主流化諮詢顧問小組：

http://www.president.gov.tw/2_special/mainstream/index.html