

結案報告 (二) 研究成果

目錄

第一章緒論	蔡天助 1
第二章租賃契約之案例分析與教學	蔡天助 3
第三章車禍之案例分析與教學	蔡天助 37
第四章身份法之案例分析與教學應用	葉怡君 65
第五章定型化契約的意義與控制—教學上實踐之嘗試	衛芷言 111
第六章 ETC 之案例解析與教學方法	王服清 161
第七章人獸胚胎之案例解析與教學方法	王服清 197

第一章 導論

壹、民法的意義

民法就是規範私人間一般生活關係的法律。只要不涉及國家對人民統治權的行使，其他關於人與人或人與物之間的生活關係（私人間身份財產關係）幾乎都是民法規範的範圍。不過，國家機關與人民發生關係時，也不全然盡是有關公權力的行使關係，例如高雄市政府開慶生會時，向廠商訂購相關用品時（佈置場地的彩帶、汽球、慶生蛋糕等）就會與人民發生私法關係，而非公法關係。

貳、民法的性質

一、民法為私法

法律規定統治主體生活關係者，為公法，例如兵役法；規定非統治主體生活關係者，為私法，如票據法。民法所規定者為私人間權利義務關係，故其性質為私法而非公法。

二、民法為普通法

法律就其適用人、事、時、地、物範圍為一般或特殊者，而分為普通法與特別法。民法是規定一般人民日常生活關係的法律，故其性質為普通法而非特別法。普通法與特別法乃是互相比較的結果，如公司法為民法的特別法，銀行法又為公司法的特別法。

三、民法為國內法

民法就其適用地域而言，可分為國內法（如公司法）與國際法（如屬於國際慣例性質的信用狀統一慣例）（Uniform Customs and Practice for Documentary Credits），以及屬於國際條約性質的聯合國國際銷售貨物合同公約（United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods）。民法僅適用於台灣的主權範圍，故為國內法非國際法。

四、民法為實體法

法律就其規定內容為權利義務的存在、性質、範圍，抑或為實現權利課以義務的程序，可分為實體法（例如保險法）與程序法（例如民事訴訟法）。民法係規定權利義務本體的法律，故其性質為實體法而非程序法。

參、民法的適用原則

第一、從所有權絕對原則到所有權社會化

所有權神聖不可侵犯係依據法國「人權宣言」第十七條而來。也就是個人的財產不論在使用、處分、收益方面均不受他人的侵害與剝奪（民法 765）。但是由於時代的進步及救資本主義經濟的流弊，為謀社會的和諧發展（施啟揚，2000：18），對所有權絕對的原則就有加以修正的必要。因為現代社會注重的是整體的生活利益、品質的精進，所以修正為在不違反公共利益或以損害他人利益的前提下，人民對其財產有絕對的所有權。這些限制有行使權利的限制與無「不行使的權利」，前者如民法第 773 條對於土地行使所有權的限制，例如，小志有數塊山坡地，但國家為了做好水土保持，將山坡地列為禁建地區，不許民眾開發。原本小志要如何利用該山坡地是其自由，但在追求公共利益—做好水土保持的原則下，小志的所有權就受到限制，

不能為所欲為。所謂無「不行使的權利」，乃指政府為增進土地的利用就可以對私有空地、荒地、或閒置的農地等限期強制使用，如逾期仍未使用或委託經營者就可以加徵空地稅、荒地稅或照價收買（土地法第 173、174 條、平均地權條例 26 條之 1）。又為了促進都市發展，對私有空地亦得限期建築，逾期未建築者，加徵空地稅或照價收買（施啟揚，2000：19）。

第二、從契約自由原則到契約自由的限制

從前是否訂定契約？契約內容如何？雙方當事人均有其自由。易言之，契約是本於當事人的自由意志而訂立的，不受干預。契約自由是私法自治原則的基礎，也是其中最重要的一環。

不過私法自治在涉及身分關係或涉及公共利益時有需要加以調整。則私人間的約定就會受到民法規定的干涉。例如父母親對子女保護管教，基本上由其自行決定，但若父母親濫用親權，隨便對哭鬧的子女施虐、捆綁，則法律就有介入的必要。又譬如，勞動基準法對勞動者，予以周延保護且對雇主課以義務，以維護勞動契約勞動雙方的衡平性。此外，民法規定附合契約顯失公平者，其約定無效，均為其著例。

第三、從過失責任主義到無過失責任主義。

消費者因有瑕疵之商品或服務遭受損害時？如何請求損害賠償？依傳統民法侵權行為理論，係採「過失責任」，即需證明，該商品瑕疵或服務瑕疵之形成是因企業經營者的故意或過失，才可請求損害賠償，但舉證並不容易，往往是訴訟成敗的關鍵，且自十九世紀以來因工商業之發達，大規模之企業激增，危險事項若仍適用過失責任，其結果往往有失公平。因此，轉而要求提供服務的一方應該要做到沒有任何安全或衛生上的顧慮，此即無過失責任，如消費者保護法第七條便規定，提供產品或服務的企業，對消費者造成損失時，不論這種損失係屬故意或過失，均應負賠償責任。

肆、民法的內容與本教材的寫作

民法的內容共分五編，第一編總則，第二編債，第三編物權，第四編親屬，第五編繼承。本教材寫作計畫的範圍除了有民法第二編債、第四編親屬與第五編的繼承，也包含車禍的處理，另外亦涉及新興的科技法律的人獸胚胎與工程法律的 ETC 等範圍。

第二章 租賃契約之案例分析與教學

一、 案例事實¹

原告是向政府登記有案的社團法人²—台灣國際創價學會。

被告是基隆市碼頭裝卸搬運職業工會，也是法人³。

兩造⁴訴訟的原因是原告依被告的公告，在規定時間內提出租屋的標案，但開標當天⁵被告卻在無預警⁶的情形下，依投標須知第九條⁷取消開標作業。雖然如此原告仍在公證人見證下完成開標⁸，並確定原告是本標案的最高標人，原告因此聲明請求確認兩造間關於基隆市○○○路二六五號一、二、三樓全棟房屋之租賃契約成立；但於地方法院審理時，則聲明更正為確認兩造間關於房屋之租賃關係成立。因此，原告起訴主張請求確認兩造間關於房屋依投標須知所示租賃條件之租賃關係成立，惟遭被告否認。

二、 案例涉及的法規範

1. 原告認為被告據以取消開標的招標公告第 9 條無拘束原告的效力，並舉政府採購法第 27 條第 1 項與公司法第 28 條⁹證明，所謂「公告」應揭示於眾人得以共見共聞的報章雜誌，始生效力。此外，被告的會員大會上亦決議「標租公告應登載於報紙」。再者被告拒不開標已違反民法第 148 條¹⁰所揭櫫之誠信原則。

¹ 此處所用的案例為台灣國際創價學會與基隆市碼頭裝卸搬運職業工會，雙方因為租賃房屋所產生的訴訟。第一審的判決書字號 93 年度訴字第 468 號；第二審為 95 年度上更（一）字第 182 號；第三審為 96 台上字第 2363 號。案例所用的資料或出處或改寫均來自以上三篇判決書。

² 何謂法人？「法人是法律在自然人之外，所創設的一種權利義務主體。法人具有權利能力、行為能力及責任能力，透過『董事』這個意思機關，就可以獨立為法律行為」。陳聰富著，《民法概要》，2007：19。也就是法人是人類在自然人之外所創立的一種擬人化的制度。

³ 依工會法第二條：「工會為法人」之規定。

⁴ 指訴訟雙方當事人，即原告與被告。

⁵ 93 年 7 月 24 日。開標地點為基隆市 xx 街 18 號西三號碼頭北庫二樓。

⁶ 被告懷疑原告有圍標之嫌。何謂圍標詳見註 21。

⁷ 投標須知第九條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣佈取消或改期」。

⁸ 原告於九十三年七月二十六日，以（93）達法字第一五一三八號律師函，函請被告、陳國成、張勝利（本次參與投標之投標人）共同出席協調會，以資完成公開拆閱標單，並確認各該投標人之投標金額之程序。嗣因被告拒絕與會出席，原告遂與張勝利、陳國成共同委請陳李聰公證人，以公證方式，公開拆閱原告、張勝利及陳國成遭被告以快捷郵件寄還之標單，並因而確認原告為本次投標之最高標者（每月租金新臺幣六萬元）。

⁹ 政府採購法第二十七條第一項規定：「機關辦理公開招標或選擇性招標，應將招標公告或辦理資格審查之公告刊登於政府採購公報並公開於資訊網路。公告之內容修正時，亦同」；公司法第二十八條亦規定：「公司之公告應登載於本公司所在之直轄市或縣（市）日報之顯著部分。但公開發行股票之公司，證券管理機關另有規定者，不在此限」。以上顯示「公告」須揭示於眾人得以共見共聞的報章雜誌，始生效力。引自基隆地方法院 93 年度訴字第 468 號裁判書。

¹⁰ 民法第 148 條：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」

2. 原告舉最高法院 33 年永上字第 531 號判例¹¹之意旨，主張投標須知中之條款應解釋為要約¹²，其中出價最高應為承諾。
3. 原告除依最高法院 33 年永上字第 531 號判例，亦依民法第 421 條、423 條¹³提訟。
4. 被告以民事訴訟法第 247 條¹⁴之規定及最高法院三十九年度臺上字第一二八號、三十七年度上字第五九八九號判決，抗辯原告原先所提確認租賃契約成立之主張不成立。

三、 案例主要爭點

(一) 原告提告的主張：

第一、 原告認為被告用以取消開標的投標須知第九條不能拘束原告：

一、因為被告未按程序處理開標作業，包括被告未以合法的方式，揭示投標須知的公告（僅在被告二樓的辦公室內公告），不符合政府採購法第二十七條第一項、公司法第二十八條與被告之會員大會的規定與決議，而且被告引用為不開標的投標須知第九條¹⁵是被告賣給原告之投標須知中所無者，因此，原告對此點於事前可謂毫不知情，因此被告不能以此拘束原告。

二、如果認為被告的公告方式，足以產生公告的效力，那原告所要爭的就是，從招標公告第九條之內容來看，它的意思究竟是指原告等投標人投標前或投標後，亦或於開標前或開標後得宣佈取消或改期？又其法律效力係撤回要約條件，亦或解除條件，甚或延緩開標條件？凡此，均不甚明確，這樣一來，招標公告第九條之規定，自然不生法律上之效力，而難以拘束原告。

三、再者，被告依未合法公告生效之招標公告第九條規定，拒絕開標；被告之所為，已明顯違反民法第一百四十八條所揭櫫之誠信原則，且嚴重損害原告及被告全體會員之權益。

¹¹ 見三、主要爭點（一）原告提告的主張第四點。

¹² 何謂要約？指「以喚起相對人承諾而與之訂立一定契約為目的，所為之單方的確定意思表示」。劉春堂，《民法債篇通則（一）契約法總論》，2001：56。

¹³ 民法第 421 條：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。前項租金，得以金錢或租賃物之孳息充之。」

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

¹⁴ 民事訴訟法第 247 條：「確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限。前項情形，如得利用同一訴訟程序提起他訴訟者，審判長應闡明之；原告因而為訴之變更或追加時，不受第二百五十五條第一項前段規定之限制。」

¹⁵ 被告所擁有的投標須知第九條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣佈取消或改期」。引自基隆地方法院 93 年度訴字第 468 號裁判書。

第二、原告在公證人見證下，完成開標程序，確認原告是本次招標的最高標者：

被告雖違法宣示取消本件房屋出租招標之開標程序，也拒絕於開標當日進行公開拆閱標單以確認本件各該投標人之投標金額；然原告業已於九十三年七月二十六日，以(93)達法字第一五一三八號律師函，函請被告、陳國成、張勝利共同出席協調會，以完成公開拆閱標單，並確認各該投標人之投標金額之程序。嗣因被告拒絕與會出席，原告遂與張勝利、陳國成(本次參與投標之投標人)共同委請陳李聰公證人，以公證方式，公開拆閱原告、張勝利及陳國成遭被告以快捷郵件寄還之標單，並因而確認原告為本次投標之最高標者(每月租金新臺幣(下同)六萬元)。

第三、被告的招標須知所載之文字應解釋為要約與承諾，在確定原告為最高標者後，原告與被告之租賃關係應即成立：

被告的招標須知¹⁶明載與出價最高者締約，且未有任何保留規定¹⁷，依最高法院三十三年永上字第五三一號判例之意旨，被告的標租之表示，自應解釋為要約，而出價最高者即原告之投標表示，則應解釋為承諾，兩造間之租賃契約並因此而成立，被告依約負有出租人之義務；被告既已於投標須知上載明，顯見被告招標之表示，係明示與出價最高者締約；甚者，被告亦已於投標須知中所載明的數點租賃條件，且未為任何保留規定，徵諸最高法院三十三年永上字第五三一號判例關於「標賣之表示如明示與出價最高之投標人訂約者，應即視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務」之意旨，本件被告標租之表示，自應解釋為要約，而出價最高者即原告之投標表示，則應解釋為承諾，兩造間之租賃契約並因此而成立，被告依約負有出租人之義務。

第四、被告在原告標單到達後，無故取消開標程序，係故意不法阻止本件標租契約的成立：

綜上，被告於原告之承諾標單到達，租約已經成立以後，無故取消本次開標程序，並拒絕公開拆閱標單以確認本件最高標之得標人，顯係故意

¹⁶ 「六參加投標承租房屋，不得低於每月房屋租金四萬零五百元，以每月承租價最高者得標，租價相同者，再行比價」。引自基隆地方法院 93 年度訴字第 468 號裁判書。

¹⁷ 「一本案出租房屋座落基隆市○○○路二六五號(全棟一、二、三樓)鋼筋水泥建築總面積為一二八六·八四平方公尺，以現狀出租，本會不負責整修屋頂、牆壁漏水及恢復供水、電，承租者需自行負擔，欲租用者可現場了解。．．．房屋租金每月最低為四萬零五百元，房屋押金十二萬一千五百元，承租年限為九年十一個月，得配合承租者要求延長租期五年；四有意承租者，可向本會購取招標文件，每份標單一千元，九十三年七月二十三日下午三時，引導現場察閱說明。參加招標者須於標封內附證金(臺銀本票)十二萬一千五百元整，未得標者當場退還保證金，得標者於十五天內與本會簽妥合約手續後保證金轉為房租保證金；五房屋承租者修繕房屋或變更現有隔間，須事前向本會提出申請，並經本會核准後雙方訂定修繕合約，並依本會規定材料、規格修繕(屋頂漏水部分、拆除防水層重新施工，防水泥混凝土，最少七公分厚、柏油、牛皮紙三層，防水膠、隔熱磚等責任施工，最少新台幣玖拾萬)．．．八得標者，從得標日起，需在三十天內與本會辦妥簽約手續，並繳足一個月房租，即可遷入；九得標後，如放棄承租權利，本會不退還保證金。」。引自基隆地方法院 93 年度訴字第 468 號裁判書。

不法阻止本件標租契約之成立，然則，被告之所為，依法仍不能影響已經成立之契約之效力；茲經陳李聰公證人公證拆閱原告、張勝利及陳國成標單之結果，既已確認原告為本次投標之最高標者，則兩造間就系爭¹⁸房屋依系爭投標須知所示租賃條件之租賃關係自己成立，為此，乃依最高法院三十三年永上字第五三一號判例、民法第四百二十一條、第四百二十三條之規定，提起本件訴訟，並聲明：確認兩造間關於系爭房屋依系爭投標須知所示之租賃條件之租賃關係成立。

第五、被告應將系爭房屋交付原告使用。

（二）被告抗辯：

第一、原告以不得提起訴訟的「契約本身」來做為訴訟的標的，顯然無理：

按確認之訴，除確認證書真偽之訴外，應以法律關係為訴訟標的，此觀之民事訴訟法第二百四十七條之規定自明。至契約為法律關係之發生原因，非即法律關係之本身，契約之有效與否本屬一種法律問題，不得為確認之訴之標的，最高法院三十九年度臺上字第一二八號、三十七年度上字第五九八九號判決可資參照。茲原告起訴既係聲明請求確認兩造間關於系爭房屋依系爭投標須知所示租賃條件之租賃契約成立，則其顯係以不得為確認之訴之標的（契約）而起訴請求。是本件原告之請求為無理由。

第二、被告有張貼招標公告，否則原告如何知道招標案？因此取消開標作業是有所依據的：

相關之招標事宜，均經被告以九十三年七月九日基碼工莒字第九三〇五一號公告張貼在被告會所即本次開標處門口（基隆市○○街十八號西三號碼頭北庫二樓），公告日期自九十三年七月九日起，至九十三年七月二十三日止，共計十五天。職是，原告主張稱被告並未公告乙節，要屬虛妄。況且，倘被告果未公告，則原告又如何得知本件公開招標議案？從而，被告依招標公告第九條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取銷或改期」之規定，宣布取消本次公開招標，自屬依法有據。

第三、投標須知第六點所載表明被告對不開標的保留態度，這只是一種要約的引誘而已，原告投標的行為應解釋為「要約」，取消開標就是被告對原告要約的拒絕，雙方的意思既然不一致租賃關係當然不成立：

又投標須知固載有「六參加投標承租房屋，不得低於每月房屋租金四萬零五百元，以每月承租價最高者為得標，租價相同者，再行比價」之字句，惟依招標公告第九條之規定，被告對於本次招標案已有取消不予開標之保留記載。職故，被告招標之法律行為應解釋為「要約之引誘」，原告投標

¹⁸ 這兩個字很常出現在法院的判決書中。它所代表的意思是「所爭的標的」，作者在此感謝蔡文斌律師的提示。

之法律行為則應解釋為「要約」，倘得被告之承諾，兩造間租賃關係之意思表示始能合致。

然查，開標當日（九十三年七月二十四日下午四時），被告既已依公告第九條之規定當場宣布取消本次公開招標，並拒絕公開拆閱各投標人寄達被告之標單，顯見被告係對原告承租之「要約」為「拒絕」之表示。茲兩造間之意思表示既未達成一致，租賃關係當然不成立。

第四、退一步想，就算被告的招標是一種「要約」，但因有投標須知第9條，所以應認為當事人不受拘束：

再者，縱使被告招標之行為應解釋為「要約」；然按契約之要約人，因要約而受拘束。但要約當時，預先聲明¹⁹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，民法第一百五十四條第一項定有明文。

第五、既然取消開標，雙方的意思自然不能認定為一致，原告當然不可以自己認為有投標就認定雙方的租標就認定雙方的租賃關係成立：

本件公開招標案既經取消，而未經開標、決標程序，則兩造間之意思表示顯然未有合致之情形發生，是原告自不能僅憑其曾參與投標，即認為以公開投標為原因之租賃關係業已成立。

第六、被告有權依自己的方式來公告：

原告雖主張招標公告之揭示方式，不生公告之效力；然查，被告為本件出租人，有關出租是否以公告為之？又其公告之方式為何？依私法自治²⁰之原則，本屬出租人即被告之權限。換言之，被告大可依自己所決定之揭示方式而為公告，而不受任何限制。是原告爭執系爭招標公告之揭示方式，而主張系爭招標公告不生公告效力云云，顯屬無理。

第七、被告取消開標作業是因合理懷疑原告有圍標²¹之嫌疑：

又被告之所以取消本次公開招標，實乃因被告有合理理由相信原告聯合本次參與投標者張勝利、陳國成三人共同圍標，企圖以詐欺不誠實手法得標，是原告所為之投標行為，顯然有違誠信原則而無效。以下引被告代表

¹⁹被告解釋招標公告第九條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取消或改期」的規定，表示被告於要約當時，已預先聲明得取消招標，是自可認為被告如取消本次招標，則無受其要約拘束之意思。斯此，原告主張被告取消招標不合法乙節，要無可採。更何況，本件公開招標案，業經被告當場表示取消，顯見所謂之「要約」，已經撤銷（原告仍認原告招標之表示，應解釋為「要約之引誘」），是自難認為兩造間就系爭房屋之租賃契約業已成立。

²⁰此為重要的民法原則之一，指人民之間的各種權利與義務的關係，完全由私人之間自行決定，政府與法律原則上並不介入。

²¹圍標乙詞，首見於「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」第十九條（該法已於八十八年六月二日廢止），包括投標廠商先協議出最低標廠商，或利用租借牌照，虛增投標廠商。依政府採購法（下稱本法）第八十七條之規定，以強暴、脅迫之方法，使廠商不為投標、違反其本意投標、放棄得標、得標後轉包或分包者，或以契約、協議、或其他方式之合意不為價格之競爭之行為，即為一般人所稱之圍標。引自《圍標行為的刑事責任與防制之道》作者不詳，<http://www.penghu.gov.tw/organize/scheme/sd/r37.doc>。

人即工會主席在二審（95 年上更（一）字第 182 號判決）所作的證詞來說明：

被上訴人之法定代理人丙○○於原審以證人到場結證稱：「我是工會主席當天由我負責主持開標儀式，但因下列原因所以我宣布取消：一、...二、...三、...四、我有合理理由相信他們有圍標的事實。」、「公告在 7 月 5 日(應為 9 日)到 7 月 23 日、當時會務人員很少，誤將開標日期定在星期六，陳國成(投標者之一)兩度找我去看要出租的建物，第二次是跟原告的盧主任一起去的，加上何子明(受上訴人委託買投標須知、及標單者)曾經問過陳碧玉(被上訴人之會務人員)說招標須知賣出去幾封，陳回說一封，何看見我時，就說他還要買兩封，我回說對要三家才能開標；另外陳國成曾於開標當日上午打電話給陳碧玉問說他的另兩封標封寄到了沒有，陳碧玉回說還沒，陳國成就說再等一下，另兩封馬上就寄到了，因此我才懷疑他們圍標。」、「(陳國成在開標當天十二點多在樓下要陳碧玉等郵差將另兩封標封送達?)是。」、「(證人如何得知陳國成要陳碧玉等另兩封尚未寄到的封包?)7 月 24 日開標以前的下午。」等語(原審卷第 78 頁至第 83 頁)；證人陳碧玉亦證稱：「7 月 22 日陳國成曾經來買一封標封，我在 7 月 23 日上午收到這封標封，結果 7 月 23 日下午何子明來問我說賣出幾封，我答一封，他就又買了兩封，結果在 7 月 24 日上午我接到陳國成的電話問我另兩封標封是否已收到，我答尚未，結果中午我開門要回家的時候，就看到陳國成在外面等我，叫我再等一下，果然沒多久郵差就送來兩封標封由我簽收。」、「(何時向證人楊報告?)我在當天下午開標以前，向常務報告說這種情況。」、「(7 月 23 日上午收到的標封，如何得知投標人是誰?)之前只有陳國成一人來買，標封也只有陳國成的名字。」、「25 期總共賣出幾封標封?)3 封」、「(何子明在買標封時有無告訴你為何人所買?)沒有。」等語(同上卷第 84、85 頁)；證人何子明亦結證稱：「(事情是否如證人陳、楊所言?)是，因為張勝利(亦是參與投標者)之前就有託我買兩封封標，23 日我又有事去找證人楊，所以才會買兩封封標，封標我交給張勝利如何處理我不清楚，我確實有問那些話沒錯。」、「(買兩封標封是因為受張勝利所託，還是因為證人楊說沒有三封不能開標?)二者都是原因。」、「(是否認識張勝利?)知道。」等語在卷(同上卷第 85、86 頁)；綜合上開證人丙○○、陳碧玉、及受上訴人委託買標單、投標須知之證人何子明等人之證言，投標人陳國成自行承買標單、投標須知，自行參與投標，證人何子明受託買兩份標單、投標須知交予訴外人張福勝，由張福勝轉交予張勝利及上訴人參與投標，臨開標前，參與投標人陳國成又至被上訴人會址關心上訴人及張勝利兩份標單是否寄達，且於下班之際，央求會務陳碧玉等候郵差寄達等情況，不無令人生起「圍標」之疑慮，被上訴人於開標時宣布取消公開招標，尚難認有阻止開標條件成就之不正當行為。

第八、就算原告已經得標，依招標須知第八點的規定，原告還要與被告簽訂租賃契約才算：

縱認原告已經得標，然依招標須知「八得標者，從得標日起，需在三十天內辦妥簽約手續，並繳足一個月房租，即可遷入」之規定，原告尚需與被告另行簽立租賃契約。準此，原告僅係取得簽約之權而已，在兩造簽立契

約以前，要難謂兩造間之租賃關係已經成立。

(三) 法官的判決見解：第一審 (93/12/24) 93 年度訴字第 468 號

主文

原告之訴駁回。

第一、被告的抗辯說原告以不得為確認之訴的標的起訴是無理的，但原告已更正，自屬合理：

本件被告雖抗辯稱：原告係以不得為確認之訴之標的(契約)而起訴請求，是其請求顯無理由等語。然查，原告就其起訴請求確認兩造間租賃契約成立之聲明，業已當庭更正為：確認兩造間關於投標須知所示租賃條件之租賃關係成立(詳見本院九十三年十二月十日言詞辯論筆錄)，核屬不變更訴訟標的而更正其法律上之陳述，詳如前述，依民事訴訟法第二百五十六條之規定，自無不合。

第二、本件兩造間之租賃契約是否成立，其關鍵點闕為：

1. 被告招標之意思表示，究係要約，抑係要約之引誘？
2. 倘被告招標之意思表示，應解釋為要約者，則招標公告第九條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣告取消或改期」之規定，可否解釋為：被告於要約之時，預先聲明無受其要約拘束之意思(民法第一百五十四條第一項)？
3. 又是項預先聲明無受要約之意思表示，是否已經到達原告？對原告有無拘束力？
4. 倘被告招標之意思表示應解釋為要約，則原告承諾之意思表示是否已經到達被告？兩造間是否已經達成意思合致？

第三、被告招標之意思表示，究係要約，抑係要約之引誘？先說明拍賣與投標之差異

1. 拍賣與投標之差異：按一方當事人為使他方當事人相互競爭各自提出有利條件，而與提出最有利條件者締結契約，稱之為契約之競爭締結；又契約之競爭締結大抵可分為拍賣與投標二者，惟無論何者，其本質上仍屬依要約與承諾而成立之契約。次按拍賣與投標，雖皆為使競買人各自提出條件，擇其最有利者而出賣之方法，惟拍賣時各應買人均得知悉他人之條件，而有再行提出條件之機會；投標者，則各投標人均不知悉他人之條件，而無再行提出條件之機會，此其不同之點。

2. 確認投標之性質為何？如何確定？：拍賣之表示為要約之引誘，而非要約，民法第三百九十一條以下定有明文；而投標之表示，究為要約之引誘，抑為要約，法無明文，是其自應解釋招標人之意思定之。

依普通情形而論，招標人無以之為要約之意思，應解為要約之引誘。且投標非見他人之條件而為之，雖有出價較高之投標，而其他之投標亦不失其拘束力。故開標後，招標人或不與全體投標人訂約，或竟與出價較低之投標人訂約，均無不可，但招標之表示明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，契約因之而成立（最高法院永上字第五三一號判例參照；劉春堂著，民法債編通則(一)契約法總論，頁七七—七八參照）。

茲投標須知已明載「六參加投標承租房屋，不得低於每月房屋租金四萬零五百元，『以每月承租價最高者得標』，租價相同者，再行比價」，則被告係明示欲與出價（每月租金）最高者締結契約之意思已然明顯；況且，本件出租條件，業經被告於招標須知中載明為「一本案出租房屋座落基隆市○○○路二六五號（全棟一、二、三樓）鋼筋水泥建築總面積為一二八六·八四平方公尺，以現狀出租，本會不負責整修屋頂、牆壁漏水及恢復供水、電，承租者需自行負擔，欲租用者可現場了解．．．房屋租金每月最低為四萬零五百元，房屋押金新臺幣十二萬一千五百元，承租年限為九年十一個月，得配合承租者要求延長租期五年；四有意承租者，可向本會購取招標文件，每份標單一千元，九十三年七月二十三日午三時，引導現場察閱說明。參加招標者須於標封內附金（臺銀本票）十二萬一千五百元，未得標者當場退還保證金，得標者於十五天內與本會簽妥合約手續後保證金轉為房租保證金；五房屋承租者修繕房屋或變更現有隔間，須事前向本會提出申請，並經本會核准後雙方訂定修繕合約，並依本會規定材料、規格修繕（屋頂漏水部分、拆除防水層重新施工，防水泥混凝土，最少七公分厚、柏油、牛皮紙三層，防水膠、隔熱磚等責任施工，最少新台幣玖拾萬）．．．八得標者，從得標日起，需在三十天內與本會辦妥簽約手續，並繳足一個月房租，即可遷入；九得標後，如放棄承租權利，本會不退還保證金」等語，且未為任何保留規定，參諸前揭說明，本件被告招標之意思表示，自應解釋為出租系爭房屋之「要約」，始為合理。

第四、倘被告招標之意思表示，應解釋為要約者，則招標公告第九條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣告取消或改期」之規定，可否解釋為：被告於要約之時，預先聲明無受其要約拘束之意思（民法第一百五十四條第一項）？

招標公告第九條原告不知情之處理：

1. 招標公告第九條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣告取消或改期」之規定，固可解釋為被告於要約之時，預先聲明如取消招標，即不受其要約拘束之意思（民法第一百五十四條第一項參照）。

2. 那這種不受要約拘束的意思表示，真的可以約束原告及其他投標人嗎？

招標公告第九條所規定之內容，為投標須知之所無，此為兩造所不爭，並有兩造所各自提出之招標公告及投標須知在卷可考。是原告主張：依投標須知之記載，伊於事前並不知被告有前揭預先聲明不受其要約拘束之意思表示等語，自非無據。茲被告雖另抗辯稱：招標公告業已揭示於被告之辦公場所，是原告就其內容，自不能諉稱不知等語。然則，招標人揭示公告之方式，固非特定於登載在公開發行之報章雜誌乙途，惟招標人如欲以其揭示之公告拘束參與投標行為者，則其公告揭示之方式，至少亦須符合可使多數人得以隨時共同見聞之條件，否則，其公告即難以廣為周知，遑論是否發生拘束投標人之效力。招標公告既僅經登載在被告自己之辦公場所，此業據被告自認在卷，並有被告提出之揭示照片影本在卷可憑，則招標公告之揭示方式，在客觀上，顯然難以期待多數人均得隨時共同見聞；是倘強令本件投標人受其拘束，則難持事理之平。是本院認為，被告尚不能以招標公告第九條之規定以拘束原告或其他參與投標者。

第五、又是項預先聲明無受要約之意思表示，是否已經到達原告？對原告有無拘束力？

1. 茲被告雖不得以招標公告第九條之規定拘束原告，然按，依其情形或事件之性質，可認當事人無受拘束之意思者，契約之要約人亦不受其要約之拘束，民法第一百五十四條第一項但書後段²²有明文規定。又所謂依其情形可認當事人無受拘束之意思者，例如要約人表明同時又向他人為要約者是。茲招標、投標既屬契約之競爭締結，則被告係同時向多數人為要約之事實，自為原告所明知；準此，本件要約人即被告，在「相對人為承諾以前」，依民法第一百五十四條之規定，自仍得隨時撤銷或變更其要約。次按承諾者，乃相對人以與要約人訂立契約為目的所為之意思表示；又承諾一經生效，契約即為成立（是倘相對人為承諾以後，被告即無從撤銷其要約之意思表示）。至承諾何時生效，則應依民法總則編關於意思表示之規定決之。詳言之，如與要約人為對話時，於要約人了解時生效；如與要約人非對話時，則於承諾達到要約人時生效。而所謂「達到」要約人，在一般契約非競爭締結或自由締結（指當事人雙方個別的透過磋商而達成合意之情形）之場合，固係使相對人已居於可了解之地位為已足（最高法院五十四年臺上字第九五二號判例參照）；惟在投標（契約之競爭締結）之場合，倘招標人之招標行為係要約之意思表示者，則因其相對人並非單一，且各個投標人（各個相對人）之投標行為均為承諾之意思表示，是其「達到」要約人之時點，已無從僅以標單之寄達或標單已處於要約人可得瞭解之狀態為足；職是，以投標為承

²² 民法第 154 條條文：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。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。

諾之意思表示，其「達到」招標人與否，自應以招標人踐行開標程序以實際了解各個投標條件之時點為準；換言之，在招標人踐行開標程序以揭示各個投標條件以前，投標者承諾之意思表示均難謂已經到達招標人，遑論其意思表示是否合致！茲本件被告即要約人既係在踐行開標程序以前，宣布取消本次公開招標程序，並拒絕公開拆閱各個投標人之標單，以確認本件符合招標、投標條件之得標人，則參諸前揭說明，原告承諾之意思表示，自難認為已經到達被告。從而，被告於相對人承諾以前，依民法第一百五十四條第一項但書後段（要約人為約時，依其情形可認當事人無受拘束之意思者），宣布取消本次公開招標，則其本次要約即已撤銷，遑論意思表示之合致。至本件原告於被告取消房屋出租招標之開標程序且拒絕於開標當日進行公開拆閱標單確認本件各該投標人之投標金額後，固曾於九十三年七月二十六日以（93）達法字第一五一三八號律師函，函請被告及另二投標人陳國成、張勝利共同出席協調會；嗣並於九十三年八月二十七日，與張勝利、陳國成（本次參與投標之投標人）共同委請陳李聰公證人，以公證方式，公開拆閱原告、張勝利及陳國成遭被告以快捷郵件寄還之標單，並因而確認原告以每月租金六萬元之條件，為本次投標之最高標者，此亦為兩造所不爭，並經原告提出與其主張相符之臺灣臺北地方法院所屬民間公證人重慶聯合事務所九十三年度北院民公聰字第五三〇四二九號公證書暨附件在卷可按；惟被告之要約既已經撤銷（詳見前述），則原告此時重行對被告所為之通知，至多僅能解釋為另一個新的要約，除非得被告承諾，否則兩造間之租賃關係仍難成立。更何況，縱使被告於開標當日，未曾表示取消本次公開招標以撤銷其要約之意思表示，然按要約定有承諾期限者，非於其期限內為承諾，失其拘束力，民法第一百五十八條亦有明白規定；茲依兩造提出之投標須知及招標公告之記載，本件招標案之開標時間為九十三年七月二十四日下午四時，且投標人須於開標前二小時將相關投標文件寄達被告，由此顯見，被告之要約係以九十三年七月二十四日下午四時為其承諾期限；又被告於前揭時點既拒絕踐行開標程序，則原告承諾之意思表示，即不能於承諾期限內到達被告，職是，被告以招標為要約之意思表示亦已因承諾期限之經過而消滅。是原告縱曾於九十三年八月二十七日經公證人確認為本次投標之最高標者並通知被告，然其遲到之承諾自應視為新的要約，除非得被告承諾，否則兩造間之租賃關係仍難成立。

第六、原告固另主張被告無故拒絕開標，顯已違反誠信原則，並造成原告之莫大損害等語，然此核屬原告得否對被告主張「締約上過失」責任之另事，而尚無由影響兩造間之租賃關係因意思表示尚未合致而無從成立之事實，併此指明。

綜上，本件被告招標之行為雖應解釋為要約，而非要約之引誘，然兩造間既因前述原因，致其意思表示始終未能達成合致，則原告起訴請求確認兩造間依招標須知所示之租賃條件之租賃關係已經成立，並請求被告依已經成立之租賃契約交付系爭房屋，即無理由，應予駁回。

本件事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及所提之證據，本院自毋庸再予審酌，併此說明。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依民事訴訟法第七十八條，判決如主文。

(三) 法官的判決見解：第二審 (96/03/13) 95 年度上更(一)字第

182 號

主文

上訴駁回。

第一、法官對上訴人與被上訴人的上訴主張與抗告做說明

上訴人(原告)主張被上訴人就其所有系爭房屋以公開公告定期招標方式出租，上訴人依其投標須知填妥標單，連同應繳保證金票據，於其指定開標日之前寄達，已完成其投標程序，且經公證人公證開標，確認上訴人為最高標，依其投標須知第 6 條之規定，上訴人為得標人等語。上訴人(原告)的主張為：一、原判決廢棄。二、確認被上訴人就其系爭房屋與上訴人間之租賃契約關係成立。三、被上訴人應將系爭房屋交付上訴人。四、第一、二審及發回前第三審之訴訟費用由被上訴人負擔。

被上訴人(被告)則以上訴人與其他參與投標之二人，涉有圍標之嫌，上訴人已依招標公告第 9 條之規定取消公開招標等語為抗辯；被上訴人則主張(一)上訴駁回。(二)第二審及發回前第三審之訴訟費用由上訴人負擔。

第二、法官先論證被上訴人招標公告中與出價最高者簽約的說明是要約，並以最高法院判例佐證，但因被上訴人招標公告第九條的保留規定翻轉了法官的認定，結論是這是要約引誘而非要約。二審法官的看法：

「拍賣與標賣，雖皆為使競買人各自提出條件，擇其最有利者而出賣之方法。惟拍賣時，各應買人均得知悉他人之條件而有再行提出條件之機會，標賣時，各投標人均不知悉他人之條件而無再行提出條件之機會，此為其不同之點。拍賣之表示為要約之引誘，而非要約，民法第 391 條以下定有明文，而標賣之表示，究為要約之引誘抑為要約，法律既無明文規定，自應解釋標賣人之意思定之。依普通情形而論，標賣人無以之為要約之意思，應解為要約之引誘，且投標非見他投標人之條件而為之，雖有出價較高之投標，而其他之投標亦不失其拘束力，故開標後標賣人或不與全體投標人訂約，或竟與出價較低之投標人訂約，均無不可。但標賣之表示明示與出

價最高之投標人訂約者，除別有保留外，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務。」、「標賣之表示，究為要約之引誘抑為要約，法律無明文規定，應解釋標賣人之意思定之。依普通情形而論，標賣人無以之為要約之意思，應解為要約之引誘，但標賣之表示，如明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留外，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務。」有最高法院 32 年度永上字第 378 號、33 年度永上字第 531 號分別著有判例，足資參照。本件被上訴人之投標須知第 6 條規定：「參加投標承租房屋，不得低於每月房屋租金新臺幣肆萬零伍佰元，以每月承租價最高者為得標，...」有投標須知在卷為憑，固屬不虛；惟查被上訴人之招標公告第 9 條亦有「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取消或改期」之規定，亦有被上訴人之招標公告在卷足稽；被上訴人雖於投標須知明示出價最高者為得標，惟於其招標公告又以「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取消或改期」之規定，予以保留，依前揭最高法院判例意旨，尚難認被上訴人為其所有系爭房屋所為出租公開招標之意思表示，為要約，應認係要約之引誘。

第三、法官對上訴人主張「被上訴人之招標公告非對話之意思表示，其意思表示未到達上訴人，且未依其工會決議公告、登報公告，對於上訴人不生效力」之處理：

一、被上訴人法定代理人丙○○於原審到場結證：「當庭庭呈歷次招標公告及公告照片原本」，為上訴人當場陳明「沒意見。...」(原審卷第 88 頁)；證人陳碧玉亦證稱：「每一次都有公告，公告地點是在我們樓下。...」、「(25 次招標公告是否要登報?)沒有，我們歷來招標不是每次都登報。」、「歷次公告的場所都相同?)是。」等語在卷(同上卷第 89、90 頁)，上訴人主張被上訴人就其所有系爭房屋，以公開招標方式出租，未為公告，與事實不符，不足為憑。

二、被上訴人就其所有系爭房屋出租之招標公告，其主旨為「本會座落基隆市○○○路二六五號會館，以現狀公開招標方式出租，有意願者，請向本會(基隆市○○街十八號西三號碼頭北庫二樓)購取招標須知，公開參加招標。請查照。」，上訴人即係依被上訴人之招標公告向被上訴人承購投標須知、及標單，且投標須知第 2 條明載：「招租房屋於 93 年 7 月 9 日起至 93 年 7 月 23 日止公告於本會公告欄，訂於...」等事實，均有被上訴人之招標公告、投標須知在卷足稽；被上訴人之招標公告、投標須知之內容，於公告、發售後對於參與投標者即生意思表示到達之效力，不因上訴人委由第三人承購投標須知、標單而受影響，上訴人主張被上訴人招標公告之意思表示未到達上訴人，對於上訴人不生拘束力，自無足取。

第四、法官對上訴人主張「被上訴人為無正當理由，任意取消公開招標，故意阻止開標條件之成就，依民法第 101 條第 1 項規定應視為條件成就，上訴人投標意

思表示業已到達，應生承諾之效力等語；被上訴人則以上訴人與其他參與投標者，有圍標之嫌，被上訴人始宣布取消等語為抗辯」之處理：

一、對於被上訴人無理取消開標作業之處理：契約之要約人，因要約而受拘束，民法第 154 條第 1 項前段固有明文；惟同條項後段規定：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。本件被上訴人所有系爭房屋以公開招標方式出租，同時向多數人為締結租賃契約之要約，並於招標公告第 9 條為：「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取消或改期。」之規定，予以保留其不受要約拘束之意思表示，被上訴人於有其招標公告第 9 條規定情事，自得取消公開招標或改期開標。

二、對於上訴人主張被上訴人取消開標作業是不正當行為的處理：被上訴人之法定代理人丙○○於原審以證人到場結證稱：「我是工會主席當天由我負責主持開標儀式，但因下列原因所以我宣布取消：一、...二、...三、...四、我有合理理由相信他們有圍標的事實。」、「公告在 7 月 5 日(應為 9 日)到 7 月 23 日、當時會務人員很少，誤將開標日期定在星期六，陳國成(投標者之一)兩度找我去看要出租的建物，第二次是跟原告的盧主任一起去的，加上何子明(受上訴人委託買投標須知、及標單者)曾經問過陳碧玉(被上訴人之會務人員)說招標須知賣出去幾封，陳回說一封，何看見我時，就說他還要買兩封，我回說對要三家才能開標；另外陳國成曾於開標當日上午打電話給陳碧玉問說他的另兩封標封寄到了沒有，陳碧玉回說還沒，陳國成就說再等一下，另兩封馬上就寄到了，因此我才懷疑他們圍標。」、「(陳國成在開標當天十二點多在樓下要陳碧玉等郵差將另兩封標封送達?)是。」、「(證人如何得知陳國成要陳碧玉等另兩封尚未寄到的封包?)7 月 24 日開標以前的下午。」等語(原審卷第 78 頁至第 83 頁)；證人陳碧玉亦證稱：「7 月 22 日陳國成曾經來買一封標封，我在 7 月 23 日上午收到這封標封，結果 7 月 23 日下午何子明來問我說賣出幾封，我答一封，他就又買了兩封，結果在 7 月 24 日上午我接到陳國成的電話問我另兩封標封是否已收到，我答尚未，結果中午我開門要回家的時候，就看到陳國成在外面等我，叫我再等一下，果然沒多久郵差就送來兩封標封由我簽收。」、「(何時向證人楊報告?)我在當天下午開標以前，向常務報告說這種情況。」、「(7 月 23 日上午收到的標封，如何得知投標人是誰?)之前只有陳國成一人來買，標封也只有陳國成的名字。」、「25 期總共賣出幾封標封?)3 封」、「(何子明在買標封時有無告訴你為何人所買?)沒有。」等語(同上卷第 84、85 頁)；證人何子明亦結證稱：「(事情是否如證人陳、楊所言?)是，因為張勝利(亦是參與投標者)之前就有託我買兩封封標，23 日我又有事去找證人楊，所以才會買兩封封標，封標我交給張勝利如何處理我不清楚，我確實有問那些話沒錯。」、「(買兩封標封是因為受張勝利所託，還是因為證人楊說沒有三封不能開標?)二者都是原因。」、「(是否認識張勝利?)

知道。」等語在卷(同上卷第 85、86 頁)；綜合上開證人丙○○、陳碧玉、及受上訴人委託買標單、投標須知之證人何子明等人之證言，投標人陳國成自行承買標單、投標須知，自行參與投標，證人何子明受託買兩份標單、投標須知交予訴外人張福勝，由張福勝轉交予張勝利及上訴人參與投標，臨開標前，參與投標人陳國成又至被上訴人會址關心上訴人及張勝利兩份標單是否寄達，且於下班之際，央求會務陳碧玉等候郵差寄達等情況，不無令人生起「圍標」之疑慮，**被上訴人於開標時宣布取消公開招標，尚難認有阻止開標條件成就之不正當行為。**

三、對於上訴人指稱被上訴人取消開標作業是因上訴人於得標後將供奉大佛說法的處理：上訴人另主張被上訴人係以上訴人承租其所有系爭房屋，將供奉 6 米 8 之阿彌陀佛座像，承租後勢將大興土木為由，拒絕開標為不正當行為等語；姑且不論被上訴人有無誤認上訴人將供奉 6 米 8 之阿彌陀佛座像，承租後勢將大興土木之事實；依被上訴人投標須知第 5 條「房屋承租者修繕房屋或變更現有隔間，須事前向本會提出申請，並經本會核准後雙方訂定修繕合約，並依本會規定材料、規格修繕(...)。」之規定，被上訴人於上訴人承租後提出申請、簽訂修繕合約予以規範，自無以上訴人承租後勢將大興土木為由，拒絕開標之必要，上訴人此項主張，亦非足採。

第五、法官對「上訴人主張被上訴人就其所有系爭房屋以公開招標方式，為出租之意思表示，上訴人參與投標已將標單送達，承租之意思表示已到達被上訴人，租賃契約業已成立；被上訴人則以上訴人之標單雖已送達，惟被上訴人宣布取消公開招標，租賃契約無由成立等語為抗辯」的處理：

本件被上訴人就其所有系爭房屋以公開招標方式，為其出租之意思表示，上訴人參與投標，自以投標方式為其承租意思表示之方法，被上訴人僅與出價最有利於己者成立**租賃契約**。因之，開標時出價最有利於被上訴人者，為成立**租賃契約**之停止條件。換言之，開標前出價最有利於被上訴人之承租意思表示雖已到達，尚難認已發生承諾之效力。凡參與公開招標之投標者，自應有此認識且應受此條件之拘束，上訴人亦不例外；被上訴人因前述招標公告第 9 條「如有未詳細或其他因素，主持人得宣布取消或改期。」之事由宣布取消公開招標，而未開標，上訴人參與投標所為承租之意思表示雖已到達，因停止條件不成就，自不生效力，其與被上訴人間就被上訴人所有系爭房屋，即無由成立**租賃契約**。上訴人主張其承諾承租之意思表示已發生效力，應成立**租賃契約**，尚非足取。

第六、法官總結：「上訴人求為確認兩造間就系爭房屋依投標須知租賃條件之租賃關係成立，於法尚非有據，其併請求被上訴人應交付系爭房屋，亦失所附麗；原法院為其敗訴判決，經核尚無不合；上訴意旨仍持陳詞，指摘原法院之判決不當，求予廢棄為無理由，應予駁回。」

(三) 法官的判決見解：第三審 (96/10/25) 96 年度台上字第 2363

號

主文

上訴駁回。

第一、法官說明第三審法院的職權，並依各相關法律規定，檢視上訴人書狀是否合於上訴規定。結果本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，徒就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使所論斷指摘為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。

按上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由²³，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，其以民事訴訟法第四百六十九條²⁴所定事由提起第三審上訴者，應於上訴狀內表明：原判決所違背之法令及其具體內容、暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。其依同法第四百六十九條之一規定提起上訴者，並應具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。同法第四百六十七條、第四百七十條第二項²⁵分別定有明文。而依同法第四百六十八條規定²⁶，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；依同法第四百六十九條規定，判決有該條所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人提起第三審上訴，如合併以同法第四百六十九條及第四百六十九

²³民事訴訟法第 467 條規定：「上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。」

²⁴民事訴訟法第 469 條規定：「有下列各款情形之一者，其判決當然為違背法令：

一、判決法院之組織不合法者。二、依法律或裁判應迴避之法官參與裁判者。三、法院於權限之有無辨別不當或違背專屬管轄之規定者。四、當事人於訴訟未經合法代理者。五、違背言詞辯論公開之規定者。六、判決不備理由或理由矛盾者。」

²⁵民事訴訟法第 470 條規定：

「提起上訴，應以上訴狀提出於原判決法院為之。

上訴狀內，應記載上訴理由，表明下列各款事項：

一、原判決所違背之法令及其具體內容。

二、依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。

三、依第四百六十九條之一規定提起上訴者，具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。

上訴狀內，宜記載因上訴所得受之利益。」

²⁶民事訴訟法第 468 條規定：「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。」

條之一²⁷之事由為上訴理由時，其上訴狀或理由書應表明該判決所違背之法令條項，或有關判例、解釋字號，或成文法以外之習慣或法理等及其具體內容，暨係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。如未依上述方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已合法表明上訴理由，其上訴自非合法。本件上訴人對於原判決提起第三審上訴，雖以該判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，徒就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使所論斷：上訴人係依被上訴人之招標公告，委由第三人至被上訴人辦公處所購買投標須知、標單，參與被上訴人所有系爭房屋「出租」案之投標行為。則被上訴人以張貼於辦公處所之招標公告、及出售之招標須知內容所為之意思表示，對於參與投標者，即生意思表示送達之效力。被上訴人於開標時，認系爭投標事件有圍標之虞，依系爭招標公告第九條約定，宣佈取消公開招標，難認係阻止開標條件成就之不正當行為。兩造間就系爭建物之租賃契約既未成立，上訴人請求確認系爭租賃關係成立及被上訴人應為租賃物之交付，均無理由等情，指摘為不當，並就原審命為辯論及已論斷者，泛言謂為違法，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。

據上論結，本件上訴為不合法。

依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十四條第一項、第九十五條、第七十八條，裁定如主文。

四、案例所產生的影響或在教學上的啟發

- (一) 讓同學瞭解租賃與契約訂定過程及重要性
- (二) 讓同學瞭解招標的相關知識及作業程序
- (三) 讓同學瞭解各類訴訟案件，從法院的第一到第三審所可能花費的時間

五、案例如何在教學中呈現

(一) 教案設計

租賃契約教案設計

教學單元：租賃契約	
課程	一、何謂租賃契約？
綱要	二、租賃契約的效力

²⁷ 民事訴訟法第 469 條之一規定：

「以前條所列各款外之事由提起第三審上訴者，須經第三審法院之許可。前項許可，以從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性者為限。」

教學資源	<p>參考書籍：</p> <p>劉春堂，《民法債篇通則（一）契約法總論》。自版，九十年九月初版。</p> <p>劉春堂，《判解民法債篇通則》。台北：三民書局。</p> <p>陳聰富，《民法概要》。台北：元照出版。</p> <p>Rawls, John. 1977. <i>A Theory of Justice</i>. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.</p> <p>網路資源：</p> <p>1.全國法規資料庫 (http://law.moj.gov.tw)</p> <p>2.司法院之法學資料檢索系統 (http://www.judicial.gov.tw)</p>				
教學方法	視教學需要混合講述、案例教學法（含問答、討論、心得寫作等）				
教學目標	教學活動	時間	教學資源	教學方法	備註
認知方面	<p>1、在引起動機的部分，針對同學日常生活中可能需要簽訂租賃契約的情境，例如：外宿租屋契約、小轎車租賃契約、生產營業機器長短期租賃、小說漫畫租賃等切入教學主題。</p> <p>2、說明上述情況可能出現的紛爭，導入契約及法律效力的關連性。</p> <p>3、從學生的生活範圍擴大到社會組織與人民團</p>	講述 30 分鐘	教科書、案例、影片	講述法、案例教學法	評量以課後自評為主
<p>1. 能夠了解租賃、契約的意義</p> <p>2. 能夠了解契約的種類、契約的成立</p> <p>3. 能夠了解契約成立的三種方法，特別是要約、要約之引誘與承諾。</p> <p>4. 了解招標的作業流程，及所涉及的概念如圍標。</p> <p>5. 因本案例而增加的概念如法人、兩造。</p> <p>6. 能夠說出</p>					

利用網路蒐集案例的管道。	體，討論有哪些事項需要透過契約之約定來保障雙方權益。				
情意方面	1.講述公平與正義的意義並帶出不公平與不正義 2.請同學分組蒐集與圍標相關的報導，並討論各組報告心得	1.20 分鐘 2.20 分鐘		講述法、案例法、討論法	
1.建立圍標乃不公平與不公義的觀念。 2.					
技能方面	1. 講解蒐尋的方法與技巧 2. 講解裁判書的架構內容 3. 同學分組模擬簽約的各種狀況	30 分鐘	1.筆記型電腦、單槍投影機及相關週邊設備 2.案例 3.契約	講述法	
1. 學會如何蒐集案例 2. 知道如何閱讀裁判書 3. 能夠與他人簽下一紙正確的契約					
作業	<p>一、以關鍵字「租賃契約」，蒐尋自己家鄉地方法院自民國 90-92 年的</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.案例數量 2.案例的分類 3.找出至少兩個完成終審程序的案例，做為期末報告的藍本。 <p>二、期末報告的架構如下：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.案例內容之描述（事實經過） 2.案例涉及之法規範 3.案例主要爭點 4.所蒐得案例人物互動圖 5.所蒐得案例事件之訴訟流程 6.個人反思 				

(二) 教學評量(學生自評)

系級： 學號： 姓名：

(5：非常同意 4：同意 3：尚可 2：需加強 1：很不理想)

評 量	5	4	3	2	1
您已經了解租賃、契約的意義嗎?					
您已經了解契約的種類、契約的成立嗎?					
您已經了解契約成立的三種方法，特別是要約與承諾了嗎?					
您已經知道什麼是「圍標」嗎?					
您已經學會了概略的計算打官司所要耗費的時間嗎?					
您已經學會了如何上網查閱法院的判決書嗎?					

(三) 訴訟所消耗的時間

- 第一審的裁判時間為 93 年 12 月 24 日。
- 第二審的裁判時間為 96 年 3 月 13 日。
- 第三審的裁判時間為 96 年 10 月 25 日。
- 以上從一審裁判到三審裁判共耗時三年。

(四) 案例問題

1. 為什麼本案例中的被告會在開標日突然取消開標作業?
2. 為什麼被告認為原告有圍標之嫌?
3. 什麼是圍標?
4. 如果你是本案的被告當你知道將來投標的人有圍標的嫌疑時，你會如何處理?
5. 如何上網查法規（政府採購法第 27 條第 1 項；公司法第 28 條）?
6. 政府採購法第 27 條第 1 項與公司法第 28 條規定的標租公告方式為何？被告（碼頭工會）公告招標的方式為何？您的看法？

六、教學評量方法

平時成績：50%

1. 出席：20%
2. 課堂的參與：10%
3. 閱讀大學理念心得：10%
4. 法院參觀心得：10%

期末報告：50%

自選某一類案例找出其一、二、三審的裁判書號（一審一定要在自己家鄉的地方法院）

七、網路資源²⁸

站名	網址
法務部全國法學資料庫	http://law.moj.gov.tw
司法院法學資料檢索系統	http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm
World Association for Case Method Research and application (WACRA)	http://www.wacra.org
North American Case Research Association (NACRA)	http://www.nacra.net
Institute for case developmentls	http://www.wested.org
Clearing House for Decision Case	http://www.decisioncase.edu
M. R. Sudzina (Case Applications for teacher education)	http://www.abacon.com/sudzina
EDI/The World Bank	http://www.worldbank.org/htm/edi/cases/caseindex.html
John F. Kennedy School of Government Case Web	http://www.ksg.harvard.edu/caseweb/
CaseNet (International Relation Association)	http://csf.colorado.edu/CaseNet/index.heml
Electronic Hallway. Cascade Center, University of Washington	http://hallway.org/
Harvard Business School Publishing	http://hbsp.harvard.edu/products/casesindex/html
Case Net, South-Western college Publishing	http://www.thomson.com/casenet/cncasenet.html
University of western Ontario, Richard Ivey School of Business	http://www.ivey.uwo.ca/cases/cps.asp
Pew Case Studies in International Affairs. Case Studies Program,	http://www.georgetown.edu/sfs/program/isd/files/cases/pew.htm

²⁸ 英文站名係引自張民杰，*案例教學法—理論與實務*。台北：五南圖書。2001年，第311-312頁

Georgetown University	
European Case Clearing House	http://www.ecch.cranfield.ac.uk

捌、觀念解析

我國民法債篇通則列舉債的發生有五種，其中第一項就是契約，其他尚有代理權的授與、無因管理、不當得利與侵權行為。劉春堂（2006：11）認為基於契約及代理權授與而發生的債，係以當事人的意思表示為基礎，稱為意定之債。基於無因管理、不當得利與侵權行為而發生的債，並非以當事人的意思表示為基礎，係因具備法律所規定的要件而當然發生，故稱為法定之債。

以上五種原因故然是債的原始的、普遍的、獨立的、常見的發生原因，但並不表示債的發生就僅有這五種原因，這五種原因可以把它看成是一種例示規定。

（壹）、契約的意義與種類

所謂的契約是指當事人間一切的合意（劉春堂，2006：12）或是當事人互相表示意思一致（陳聰富，2007：71），如買方願意以四元的代價買入物品，而賣方亦同意以四元的代價賣出物品，則買賣雙方都認為四元是一個可以接受的價格，因此這筆買賣成交。

經由以上的說明可以歸納契約的特徵如下：

- 一、有二人以上的當事人相互為意思表示。
- 二、雙方當事人的意思表示是相互對立的，如就買賣而言，就是有一方要買東西另，一方要賣東西。
- 三、雙方當事人的意思表示趨於一致。也就是雙方對買賣的意見（主要指價格）是合意的。

契約依不同的標準可以有以下的分類：

- 一、有名契約與無名契約：有名契約又稱典型契約。指在法律上有規定名稱之，如買賣東西，法律給它一個名稱叫「買賣契約」，租房子，叫「租賃契約」，其他如贈與、借貸、僱傭、承攬、委任、寄託、合夥、保證……等均是著名契約。無名契約乃由當事人所創設，法律上未賦予一定名稱的，便稱之為「無名契約」。無名契約上可分為純粹的無名契約與混合契約兩種。前者以法律全為規定的事項為內容，其內容不合乎任何有名契約之要件，如廣告使用他人姓名的契約。混合契約則指由典型契約構成分子與其他構成分子混合而成的單一債權契約。無名契約只要不違反公序良俗，均有效（徐錦昌，2007：3；劉春堂，2001：3）。
- 二、雙務契約與單務契約：雙務契約指雙方當事人互負債務的契約，如買賣契約，買方須交錢（買方的債務），賣方要交貨（賣方的債務）。單務契約，指雙方中只有一方要負擔債務的契約，如贈與契約（徐錦昌，2007：4-5）。
- 三、有償契約與無償契約：雙方當事人由於自己的給付行為，使他方取得利益，而本身亦同時從他方獲得利益的契約，稱之為有償契約。如買

賣契約中買方固然付出貨款給賣方，但買方也從賣方收取所購買的貨品。無償契約則是指只有單方受益的契約，如贈與契約中甲方從乙方得到贈與的物品，但甲方卻未支付乙方等額之金錢。

- 四、要式契約與不要式契約：要式契約者，除意思表示之合致外，更以履行一定方式為成立要件之契約（也就是契約須依一定方式做成，如書面），如期限超過一年的不動產租賃契約，應該用書面訂立，就是「要式契約」。不要式契約者，乃不以履行一定方式為成立要件之契約，如締結不動產買賣的債權契約，只要雙方就買賣標的不動產及價金互相同意，買賣契約就告成立，不須一定的方式。一般契約以不要式為原則，要式契約甚少，債權契約通常為不要式契約（徐錦昌，2007：3-4；劉春堂，2001：3-4）。
- 五、預約和本約：預約是預定將來要簽訂某種契約的契約，本約就是依照預約而訂立的契約。預約簽定後當事人就負有依照預約簽訂本約的義務。例如，準備購買房屋，雙方先就房屋貸款方式、利率、交屋期限等詳細商量，獲得協議就是「預約」，依據預約簽訂房屋買賣契約，則為「本約」。應注意的是，使用借貸預約或無報償的消費借貸（如無息貸款）的預約，預約貸與人得在預約借用人請求履行預約前，撤消其約定（民法第 465 條之 1、475 條之 1），而有利息或其他報償的消費借貸預約，當事人之一方於預約成立後，成為無支付能力時，預約貸與人亦得撤消其預約（徐錦昌，2007：5）。
- 六、定型化契約與非定型化契約：定型化契約，係指依照當事人一方預定用於多數同類契約之一般契約條款（定型化契約條款），以之作為契約內容的一部或全部而訂立的契約（民法第 247 條之 1 前段）；非定型化契約，係指經由當事人就具體事項及內容為個別磋商而訂立的契約。由於定性化契約的訂立，當事人並未就契約的內容做個別的磋商，僅由當事人之一方對他方當事人所提供之一般契約條款予以附合而締結，無討價還價餘地，故又稱附合契約。至於所謂的一般條款，係指為供與多數人訂立多數同類契約使用，由當事人之一方於訂立契約時，向他方當事人所提出的一切預先擬定之契約條款（劉春堂，2001：5）。

（貳）、契約要如何才成立

一、契約成立的要件有以下幾點

第一、要有雙方當事人

第二、雙方當事人要對某一件事情（標的）表示意見

第三、雙方當事人的意思表示在內容上客觀的趨於一致，也就雙方對這件事的意見或態度趨於一致，且主觀上有簽定契約的意願。

民法第 153 條規定：「當事人意思表示一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立」。從而契約的成立，除有特別的規定者除外，不以使用何種文字及本

人親自署名、畫押為要件（最高法院 20 年上字第 1727 號、22 年上字第 715 號判例）。買賣標的物及契據等，已否交付，並有無出賣人、族人到場作中，均與契約的成立無關。

所謂默示，並不以行為直接表示其意思，而依行為人之舉動或其他事情，足以間接推知其意思之表示，單純的沉默不得遽認為默示（最高法院 21 年上字第 1598 號、22 年上字第 552 號、22 年上字第 950 號判例）。

又所謂互相表示意思一致，並不限於當事人直接或間接表示，由第三人為媒介而將各方互為之意思表示從中傳達因而獲致意思表示之一致者，仍不得謂契約未成立（最高法院 68 年台上字第 1504 號判例）。

但是雙方的意思或態度要向那一點趨於一致，才能叫合意？民法第 153 條第 2 項規定：「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。」所謂必要之點，自然應該依契約的種類及性質及其他具體情形判定之（劉春堂，2001：5-6）。

二、契約成立的方法有三：

第一、依要約與承諾而成立，第二、依要約交錯而成立，第三、依意思實現而成立（劉春堂，2006：55-56）。

第一、依要約與承諾而成立

此乃先由一方對他方做出訂立契約之意思表示（要約），而後由他方對前述的意思表示，表達允諾訂約的意思表示。這種方法的特色是雙方經由討價還價及磋商談判的過程，引導意思表示趨於一致，此為最常見的契約成立方法，民法第 154 條以下對之設有詳細的規定（劉春堂，2006：55）。

何謂**要約**？要約者以喚起相對人承諾而與之訂立一定契約為目的，所為之單方面的確定意思表示。由於要約的目的在喚起相對人的承諾而成立的契約，與要約引誘僅能喚起他人向自己為要約，必經自己承諾後才能成立契約者不同。要約與要約之引誘在理論上雖顯然不同，但在實際上則頗易混淆，故民法第 514 條第 2 項特設例示規定：「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。」此外，如公產機關通知承租人辦理國有特種房地申購手續，其性質亦為要約之誘引（最高法院 51 年台上字第 3121 號判例）。至於標賣之表示究為要約之引誘，抑為要約，法律無明文規定，應解釋標賣人之意思定之。依普通情形而論，標賣人無以之為要約之意思，應解為要約之引誘，但標賣之表示，如明示與出價最高之投標人訂約者，除別有保留外，則應視為要約，出價最高之投標即為承諾，買賣契約因之成立，標賣人自負有出賣人之義務（最高法院 33 年永上字第 531 號判例）²⁹。

要約要如何判定成立，或者是要約成立之要件有那些？

第一、須由特定人為之：即要約之表意人必須確定或可得確定。

²⁹ 此處的論點在前舉的法院判決書中法官就曾加以引證。

第二、須向相對人為之：要約須向相對人為之，但不以特定人為必要。

第三、須足以決定契約之必要之點：要約之內容必須標明該契約之要素，即要約須足以決定契約之內容，蓋依民法第 153 條第 2 項規定，當事人對於契約之必要之點，意思表示須一致也。惟關於必要之點之表示，無須為全部之確定，僅達於得確定之程度即可，如買賣雖未言明價金，但言明聽憑市價時，或就交易之數量或金額之多少等賦予相對人決定者，亦無不可是。

要約要怎樣才有效力？

要約為意思表示之一，故於向特定人為要約時，對話要約，以相對人了解時發生效力，非對話要約，以到達相對人時發生效力(民法第 94 條、第 95 條)；於向非特定人為要約時，則以使不特定之相對人處於可了解要約之狀態，其要約始發生效力。至其效力之內容，則可分為下列兩點述之：

第一、對於相對人之效力：此乃要約之實質效力，即賦予收受要約之相對人以承諾之能力或得為承諾之地位或資格是，亦稱為承諾適格或承諾能力；相對人取得此種地位或資格後，即可為有效的承諾而成立契約。然要約之相對人原則上不負承諾之義務，僅於法律設有特別規定(如民法第 839 條第二項，醫師法第 21 條)，或契約另有特別之約定，或要約之相對人係專利、獨占等機構之例外情形下，始負有承諾之義務。又要約之相對人不為承諾時，除法律有特別規定(如民法第 530 條)，或契約另有特別之約定外，亦無通知要約人之義務。從而要約人表示，如要約受領人未確答承諾與否，即視為承諾者，要約受領人亦不受其拘束，即要約受領人縱未表示鉅絕承諾，契約仍不因而成立，蓋要約人不能以一己之意思使相對人負義務也。至於對相對人逕行發送標的物而為要約之現物要約者，相對人對於該標的物亦無受領、保管或送還之義務，惟不得故意加以損害(消費者保護法第 20 條)。

第二、對於要約人之效力：此乃要約之形式效力，即要約一經生效，要約人即應受其拘束，不得加以擴張、限制、變更、撤銷，亦稱要約之不可撤回性或要約之拘束力。民法第 154 條第 1 項規定：「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。」

要約拘束力存續期限

第一、要約定有承諾期限者：要約定有承諾期限者，非於其期限內為承諾，失其拘束力(民法第 158 條)。此項期限，除當事人另有約定，或交易上另有習慣外，應自要約通知發出時起算，蓋要約人通常有以自己可確知之時期為起算點之意思，而惟其通知發出之時期為其所確知者也。此外，要約人為要約時原未定有承諾期限，其後又另定承諾期限，而該另定承諾期限之通知與原要約同時或先時到達相對人者，自屬有效，相對人應於其期限內為承諾。反之，該另定承諾期限之通知非與原要約同時或先時到達相對人者，如其所定承諾期限又較民法第 157 條所規定之期限為短時，是為變更要約之內容，則仍應認為係未定承諾期限而適用民法第 157 條之規定；如其所定承諾期限較民法第 157 條所規定之期限為長時，

雖其通知到達在原要約之後，仍可認為相對人就其所定承諾期限之意思表示當然予以同意而發生效力。蓋此對於相對人之權利並無任何妨害或損害也。此時相對人之承諾，雖到達在民法第157條所規定期限之後，而在要約人所另走承諾期限之內色 仍成立契約。

第二、要約未定有承諾期限者：

1.對話之要約：對話之要約，非立時承諾，即失其拘束力（民法第156條）。此之所謂立時，應依一般社會觀念解釋，不可拘泥於文字。

2.非對話之要約：非對話為要約者。依通常情形可期待承諾之達到時期內，相對人不為承諾時，其要約失其拘束力(民法第157條)。此之所謂可期待承諾之達到時期者，係指依通常之交通方法，書信往返必需之時期而言，至應否需用電報或其他電傳方法，亦必視要約人是否有此特約定之，相對人無負以電報或其他電傳方法回答之義務（參閱民法第157條立法理由）。

要約要如何才會失其效力或是如何才算要約消滅

即要約之意思表示客觀的失其存在而完全失去其效力之意也，其原因有三：

第一、於承諾期限內未為承諾：要約發生效力後，相對人於其承諾期限內不為承諾者，則要約失其拘束力(民法第156條至第158條)，此時要約當亦消滅。

第二、拒絕要約：要約經拒絕者，失其拘束力(民法第155條)，故要約因而消滅。所謂拒絕，乃要約之受領人於承諾期限內對要約人所做的不為承諾之意思通知。至於將要約擴張、限制或為其他變更而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約(民法第160條第2項，原要約亦因而消滅)。

第三、撤回要約：要約之撤回者，乃要約人以阻止要約發生效力為目的之意思表示。要約為意思表示之一，故在要約未生效前 要約人得撤回其要約，惟撤回要約之通知必須與要約同時或先時到達，始生撤回之效力(民法第95條第1項)。至於撤回要約之通知，其到達在要約到達之後，而按其傳達方法，依通常情形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（民法第162條第1項）。相對人如怠於為前項通知者，其要約撤回之通知，視為未遲到（民法第162條第2項），即其要約視為撤回。

談完了要約，現在談承諾

承諾之意義

所謂**承諾**，就是以與要約人訂立一定契約為目的，對要約所為之同意的意思表示也。所謂同意，即承諾人願意照要約之內容（客觀的合致）與要約人締結契約（主觀約合致）之謂。

承諾之成立要件

第一、須由受領要約之相對人為之：承諾原則上須由要約受領人為之，但是也可以由代理人表示。

第二、須向要約人為之：要約人須確定或可得確定，前已述及，故承諾必須向要約人為之。

第三、須於要約有效期間內為之：承諾乃以要約為對象，故須於要約有效期間內為之，即須於要約生效後，而其拘束力尚存續期間內為之，始能發生效力。要約之意思表示未生效前（到達於相對人前或為相對人了解前），在法律之意義上言之，應認為相對人尚無為承諾之資格或地位，從而其預先所為之承諾只能認為係其所為之要約，如與要約之內容一致，則構成要約交錯，可成立契約。

第四、須與要約之內容完全一致：承諾之目的，在於成立契約，而契約必須雙方意思表示趨於合致，始能成立，故承諾之內容自應與要約之內容一致，如將要約擴張、限制或為其他變更而為承諾者，視為拒絕原要約而為新要約（民法第160條第2項），此時非經原要約人更為承諾，契約尚不能成立。民法所以將此等擴張、限制或其他變更要約之承諾，視為新要約，乃為使契約易於成立，且此亦甚合於當事人之意思也。

要如何承諾？或是承諾之方法

關於承諾之方法，民法並未規定，原則上應與要約相同，但當事人有特別約定，或要約人預為指定，或交易上另有習慣者，則仍應依照各該方法為之。

承諾可以產生什麼結果？或是承諾有什麼效力

承諾應於承諾期限或要約拘束力存續期限內為之，對話之承諾，於要約人了解時，發生效力，非對話之承諾，則以承諾之通知在承諾期限或要約拘束力存續期限內達到要約人時，發生效力（民法第94、95條）。承諾一經發生效力，即與要約相結合而成立契約，故承諾生效的時期，亦即契約成立的時期。至於遲到之承諾，則除有民法第159條所規定之情形外，視為新要約（民法第160條第1項）"即承諾一經遲到，雖不發生承諾之效力，但法律上視為新要約，俾要約人得對之更為承諾，而成立契約。又承諾固應於承諾期限或要約拘束力存續期間內到達要約人始發生效力，惟承諾之通知，按其傳達方法，依通常情形在相當時期內可達到而遲到，其情形為要約人可得知者，要約人應向相對人即發遲到之通知，要約人怠於為前項通知者，其承諾視為未遲到（民法第159條），故契約可因而成立。又民法第160條第1項所稱遲到之承諾，專以因相對人之遲誤而遲到之承諾者為限，不包括民法第159條因故障而遲到之承諾，即具備民法第159條規定之要件者，其效力依民法第159條定之，不得視為新要約；不合乎民法第159條規定之要件者，則視為新要約。

承諾之撤回

承諾之撤回者，乃承諾人以阻止承諾發生效力為目的之意思表示。承諾撤回之通知，應與承諾之通知同時或先時到達，始生撤回之效力（民法第95條第1項但書）。惟撤回承諾之通知，其到達在承諾到達之後，而按其傳達方法，依通常情形，應先時或同時到達，其情形為要約人可得知者，要約人應向承諾人即發遲

到之通知。倘要約人怠於為此項之通知，則其承諾撤回之通知，視為未遲到（民法第163條準用第162條），即仍可發生撤回之效力，不能成立契約。

第二、依要約交錯而成立

所謂要約交錯，乃當事人偶然的互為要約，而其內容卻完全一致之謂，亦稱交錯要約或要約之吻合，如某甲向某乙做出以十萬元出賣某土地的要約，而某乙也正好同時向某甲做出以十萬元購買該土地之要約是。此時是否成立契約，不無問題，蓋要約既尚未到達，則在法律之意義上，應認相對人尚無為承認之資格也，惟因要約交錯，其雙方之意思表示，不僅內容已一致（客觀合致），而且均有與相對人訂立契約之意思（主觀合致），故學者通說認要約交錯，可以成立契約。至其契約成立之時期，則因對話或非對話要約而有所不同，非對話之要約交錯，於後一要約到達時成立契約，對話之要約交錯，於雙方當事人相互了解時成立契約。此外，尚有所謂「同時表示」者，即對話當事人間同時為同一內容之意思表示，亦可成立契約。

第三、依意思實現而成立

所謂意思實現，即承諾不需要以意思表示為之，而以一定時期內一定事實之發生，視為承諾。民法第161條第1項規定：「依習慣或依事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時其契約為成立。」所謂「有可認為承諾之事實」，即某種事實在客觀上足以推斷要約相對人有承諾之意思，如行使由契約成立而得之權利，或為契約成立後所應負擔之義務之準備行為是。一有此等事實發生，即可成立契約，而不問要約相對人是否認識該事實為承諾意思之表示或主觀上是否有承諾之意思，不必通知要約人，亦不須經要約人之受領。所謂「相當時期」，當指得為承諾之時期，亦即要約拘束力存續時期而言。又依要約人之意思表示，以承諾為不必通知者，其情形亦同，故民法第161條第2項規定：「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（劉春堂，2001：6-13）。」

（參）、契約的不履行

何謂契約的不履行？指契約的內容因為可歸責於債務人的原因致未能實現的情形。

契約不履行的種類有那些？一、給付不能，二、給付遲延，三、不完全給付，但鄭玉波（1998：283）認為應另加一項拒絕給付。

上述定義的另一概念就是可歸責於債務人的原因，從另一個角度看就是債務人不能實現契約內容的原因有那些？一、故意，二、過失，三、事變。就前二者而負責任者謂之過失責任，因事變而負責任者謂之無過失責任，分述如下：

一、故意：指債務人對於構成契約無法履行的事實，明知而有意使其發生，或是預見其發生而其發生並不違反其本意，換言之，故意是指債務人縱容或是容忍契約不履行的情形的發生。

二、過失：指債務人對於構成契約無法履行的事實，雖非故意，但按其情節應注意能注意而不注意，以致未能預見或防止其發生，或其對於構成契約不履行的事實，雖預見其能發生而確信其不發生者。

過失又可因債務人違反注意義務程度之不同，分為抽象過失、具體過失、重大過失三種。

所謂抽象過失，指欠缺善良管理人之注意，也就是欠缺依交易上一般觀念認為有相當知識經驗及誠意之人所能盡之注意，乃是一種抽象的、客觀的社會觀念。所以負抽象過失責任的人，義務人本身的注意能力，縱然較善良管理人所能盡的注意為低，如未盡此項注意義務，就有過失仍應負責。

所謂具體過失，乃指欠缺與處理自己事務為同一注意而言，故義務人處理自己事物之注意能力，雖較善良管理人所能盡之注意為低，但如其已盡與處理自己事物為同一注意，即無過失。因具體過失之注意義務，較抽象過失之注意義務為輕，故負抽象過失責任者，較負具體過失者，其責任重。

所謂重大過失，乃指顯然欠缺一般人之注意而言，義務人如非顯然欠缺注意，即無過失，故負重大過失責任者，其責任最輕。由以上說明可知，負抽象過失責任者，其負責之機會較負具體過失及重大過失者多，故責任最重；負具體過失責任者，其負責之機會較負重大過失者多，但較負抽象過失者少，故責任較輕；負重大過失責任者，其負則之機會較負抽象過失與具體過失者少，故責任最輕。

三、事變：所謂事變乃指非由於故意或過失而生之事故，此等事故，有的是單純之外界事件，如地震、颱風、洪水；也有的是非債務人誘致之債權人、債務人以外第三人之行為者；有的是雖然是債務人的行為，但非基於其過失者。事變又可分通常事變與不可抗力兩種。

學者對於不可抗力的主張有三種：第一種為主觀說，認為不可抗力乃義務人縱盡最大之注意亦不能避免防止之事故。第二種是客觀說，認為不可抗力乃不屬於業務執行之範圍，其發生之樣態及重大性，非通常生活過程所能預期，且其性質不能以人力避免之事故。第三種折衷說，認為不可抗力乃不屬於業務執行範圍，縱盡交易觀念上之最大注意，亦不能避免之事故。以上三說，劉春堂認為以客觀說較妥，通說採之。

不可抗力以外的事變謂之通常事變，如行李在旅館被老鼠咬壞。

事變既非由於債務人之故意過失所致，故對於因事變所致之債務不履行，債務人原則上不負責任，但是最高法院 28 年滬上字第 246 號判例也認同當事人有特別約定或法律有特別規定時，對於事變亦應負責，如民法第 606 條規定：「旅店或其他快客人住宿為目的之場所主人，對於客人所攜帶物品之毀損、喪失，應負責任。但因不可抗力或因物之性質或因客人自己成其伴侶、隨從或來賓之故意或過失所致者，不在此限。」乃為對於通常事變須負責者。又如民法第 231 條規定：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。前項債務人，在遲延中對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。」乃為對於不可抗力須負責者。

以上在說明債務人不能履行契約的原因，現在談一談這些不能履行契約的原因是如何決定的？

一、依當事人之約定：關於歸責事由，基於契約自由原則，自得以當事人以契約訂定之。當事人有約定者，自應依其約定，可能約定就事變負責，亦可能約定就具體過失或抽象過失負責，惟依民法第 222 條規定：「故意或重大過失之責任，不得預先免除。」蓋因故意之責任如得預先免除，則無異承認債務人得不履行其債務，而重大過失已跡近故意(有稱為準故意者)，若許其預以特約免除之，則未免過信債務人，而使債權人蒙受非常之損害也。民法第 222 條規定應解為係強行規定，如有違反者，其約定無效。又民法第 222 條所禁止者係預先免除，若非預先免除，而係事後拋棄其損害賠償請求權者，縱令其損害賠償請求權係因債務人之故意或重大過失不履行契約所致，亦不在該條所禁止之列。

二、依法律之規定：關於歸責事由，當事人如未有特別約定者，自應依法律之規定決定之，其情形有：

1.一般規定：民法第 220 條第 1 項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任。」從而故意與過失同為歸責事由之一，債務人履行債務，應盡相當之注意義務，以免債權人遭受損害，如未盡相當之注意，即於其有故意或過失，以致債權人受到損害者，則應負契約不履行之責任。此為債務人之基本歸責事也除當事人有特別約定或法律有特別規定外，債務人原則上只就其故意或過失之行為，負其責任。

2.個別規定：法律於個別之契約或就個別情事，關於其歸責事由設有個別規定者，自應依其規定，其主要情形有：

①僅就故意負責任者，如民法第四六六條規定(貸與人責任)是。於此種情形，債務人就其過失行為或事變，均不必負責任。

②僅就故意或重大過失負責任者，如民法第一七五條(無因管理人責任)、第二三七條(債權人遲延中之債務人責任)、民法第四一〇條(贈與人責任)是。於此種情形，債務人就其抽象過失行為、具體過失行為或事變，均不必負責任。

③僅就具體過失負責任者，如民法第五三五條前段(無償委任之受任人責任)、第五九〇條前段(無償寄託之聲寄人責任)、第六七二條(合夥人責任)是。於此種情形，債務人就其抽象過失行為或事變，固可不必負責任；就其具體過失行為、重大過失行為或故意行為，即應負責任。

④就抽象過失負責任者，如民法第 432 條(承租人責任)、第 468 條(借用人責任)、第 535 條後段(有償委任之受任人責任)、第 590 條後段(有償寄託之受寄人責任)、第 768 條(質權人責任)等是。於此種情形，債務人就事變固可不負責任，就故意或一切過失行為，均應負責任。

⑤就通常事變亦應負責者，如民法第 606 條及第 607 條(場所主人責任)、第 634 條(物品運送人責任)、第 654 條(旅客運送人責任)等是。於此種情形，債務人除就不可抗力可以不負責任外，其餘均應負責任。

⑥就不可抗力亦應負責者，如民法第 231 條(債務人給付遲延中之責任)、民

法第 525 條 (出版人責任)、民用航空法第 67 條 (航空器所有人責任)、第 69 條 (航空運送人責任)等是 (劉春堂, 2006: 265-271)。

(肆)、契約的解除及終止

什麼叫契約的解除? 所謂契約的解除, 乃當事人之一方行使解除權³⁰, 使契約的效力自開始便歸於消滅。因為契約是由雙方當事人合意簽定而成立, 所以雙方當事人不得以任意的理由隨意解除之, 這樣又牽扯到另一件事, 就是解除權從那裏來的 (為什麼另一方可以行使解除權)? 雙方在簽定契約時會約定當出現某些事項時另一方就可以解除契約, 這叫做「約定解除權」, 還有另一種就叫「法定解除權」, 所謂法定解除權乃依法律規定而發生解除權, 也就是當出現法律所規定的情形時就可以解除契約。法定解除權又可分一般解除權及特種解除權。

一般解除權指民法債編通則所規定者適用之, 如因給付遲延而解除、給付不能而解除、因不完全給付而解除、因給付拒絕而解除及因隨附義務不履行而解除等五種 (劉春堂, 2006: 380、384)。

特種解除權乃依某種契約而特有規定, 如民法第 359、494 條或消費者保護法第 19 條所規定的解除權, 只適用於各該特定的契約 (劉春堂, 2006: 379-380)。

誰來行使解除權? 前述在解釋契約解除權之意義時提到雙方當事人之一方或是其代理人或繼承其地位之第三人 (如繼承人或債權債務之概括繼承人), 也可由解除權人之債權人代位行使 (劉春堂, 2006: 385)。

解除權的使用有無限制? 解除權使用的目的在解除契約, 讓其效力自始歸於消滅。因此其使用的客體就是指契約而言, 那一種契約才可以使用解除權? 只有債權契約才可以使用解除權 (劉春堂, 2006: 385)。

解除權要如何行使? 也就是解除權的行使方法? 根據民法第 258 條第 1 項規定「解除權行使應向他方當事人以意思表示為之」。也就是訂約雙方當事人都可以意思表示來行使解除權, 因此是一種單獨的行為。又根據最高法院 23 年上字第 2454 號、37 年上字第 7691 號判例, 這種單獨的意思表示不必也不得請求法院為宣告解除之形成判決, 但是如果有人在訴訟的過程中表達了解除的意思, 法院仍應認為其主張有效, 如果雙方對於解除的意思表示是否有效有爭議時當然可以請求法院判決, 在判決確定解除有效時, 如何認定解除的意思表示從何時生效? 依照最高法院 23 年上字第 2454 號判例, 應從解除的意思表示達到他方或他方了解此項解除的意思表示時便已生效, 而不是從法院判決有效的時刻算起 (劉春堂, 2006: 387)。

契約解除後的效力如何? 固然契約一經解除效力自然消滅, 但是這個效力是溯及既往? 還是向未來消滅, 學界有三種主張:

第一種直接效果說, 謂契約之效力因解除而自始溯及的消滅, 與未訂約時

³⁰ 何謂解除權? 依照徐錦昌 (2007: 292-293) 所著「契約簽定與履行」一書的定義是指契約訂定後, 由於發生某種事實, 使契約的履行產生障礙, 此時為了制裁對於障礙存在有過失的一方, 特別賦予另一方當事人單獨廢棄契約的權利, 這種權利在法律上就叫「解除權」。

相同，未履行的債務當然消滅，已履行的債務，則因為欠缺法律上的原因而生不當得利返還之問題。

第二種是間接效果說，此說認為解除並不能消滅債之關係，僅有阻止其效力的作用，因之未履行者，則發生拒絕履行的抗辯權，已履行者，則發生新的返還請求權。

第三種是折衷說，此說認為解除權的效果是向將來發生，也就是未履行的債務當然消滅，已履行的債務則發生新的返還請求權（劉春堂，2006：390）。

解除權不行使，結果如何？解除權不行使當然就消滅。造成解除權消滅的原因有四：

一、逾期未行使：解除權的行使未在法定的期限或未在雙方約定的期限內行使便告消滅。

二、催告而不行使：如果雙方未定有期限則依民法第 257 條規定：「解除權的行使，未訂有期間者，他方當事人得訂相當期限，催告解除權人於期限內確答是否解除，如逾期未受解除之通知，解除權即消滅」

三、受領物返還不能：民法第 262 條前段規定：「有解除權人，因可歸責於自己的事由，致其所受領的給付物有毀損、滅失或其他情形不能返還者，解除權消滅」。契約要解除，當事人間自然互相負有回復原狀的義務，所以應當以當初的受領的原物返還，如果出現屬於有解除權人的事由者致無法原物返還時當然不能因此令他方當事人的利益受損。

四、受領物種類變更：民法第 262 條後段規定：「因加工或改造，將受領之給付物變更其種類者，亦同」。也就是說有解除權人將當初受領之物品（麵粉）經由新的施工程序而成為一件新品（麵包）或是將當初受領之物品（桌子）經由改變製造的程序而成為一件新品（椅子）時解除權消滅（劉春堂，2006：398）。

契約的終止

何謂契約的終止？指當事人本於終止權，使現在有效的契約關係向將來消滅的一方之意思表示。

契約的終止與契約的解除有何不同？二者不同之處如下：

第一、對象不同：契約的終止以繼續的契約關係為對象；契約的解除則主要以一時性的雙務契約為對象。

第二、發生原因不同：民法對於終止權的發生，沒有一般性的規定但是對法定的契約解除則除了對各種不同契約訂有不同的規定外，也針對債務的不履行訂有一般性的規定。

第三、效力不同：契約終止使契約關係向將來消滅，並無溯及效力；契約解除則使契約關係自始歸於消滅，有溯及效力。

第四、結果不同：契約終止一般不發生回復原狀的問題，但契約解除則發生回復原狀的問題。

此一終止權由何而來？如果依民法第 424 條、第 435 條第 1 項、第 436 條、

第 438 條、第 440 條、第 443 條、第 447 條、第 450 條、第 452 條、第 458 條、第 459 條、第 472 條、第 484 條、第 485 條、第 489 條、第 509 條、第 561 條、第 597 條、第 598 等條款的規定叫做法定終止權，如果是基於當事人之約定而生者，謂之約定終止權。

終止權如何行使？依民法第二六三條規定，屬於法定終止權之行使，應由有終止權人向他方當事人以意思表示為之，當事人一方為多數者，應由其全體或向其全體為之(民法第二六三條準用第二百八條第一、二項)，且終止之意思表示不得撤銷(民法第二六三條準用第二百 A 條第三項)。至於約定終止權，其行使方法，當事人有約定者，自應從其約定，如無約定，在解釋上亦得準用上述之規定。

終止契約的意思表示要如何？在何時為之？依最高法院 23 年上字第 3867 號判例，契約當事人所為終止契約之意思表示，無論依明示或默示，對話或非對話，訴訟外或訴訟上均得為之，如於訴狀上表示其終止之意思，則自其訴狀送達相對人時，契約即終止，並非至其所受勝訴判決確定時始生終止之效力。但又依最高法院 56 年台上字第 2009 號判例，如出租人申請調解，以終止其與承租人間之耕地租賃契約收回耕地，如在申請調解前，未曾以意思表示向承租人聲明終止租賃契約，則須於調解申請書有終止租賃契約之意思表示，並俟該調解申請書或其繕本送達承租人時，始生終止租賃契約之效力，並非於申請調解時當然有終止契約之效力。

由於終止權之行使有不可分性，如果甲、乙、丙三人為同一租賃契約之承租人時，則其終止權之行使即應向該三人為之。依照最高法院 33 年上字第 5294 號判例，出租人既因其中之甲為出征抗敵軍人，依優待出征抗敵軍人家屬優待條例第二十九條第一項之規定，在出征抗敵期內不得對之為終止租賃契約之意思表示，自亦無由對於乙、丙為終止租賃契約之意思表示，如出租人果僅對乙、丙二人為終止租賃契約之意思表示，尚難謂已生終止租賃契約之效力。

如同契約的解除一樣，在此也要問契約的終止效力如何？有三種看法，說明如下：

一、契約關係同將來消滅：終止權一經行使，即使繼續的契約(如租賃、僱傭)關係，自終止時起，歸於廢止，向後失其效力，至終止以前所生之效力，並不受其影響。

二、不妨礙損害賠償之請求：終止權之行使，不妨礙損害賠償之請求(民法第二六三條準用第二六〇條)。此之所謂損害賠償之請求，係指終止權行使前原已發生之損害賠償請求權而言，並非謂因契約之終止而新發生之損害賠償請求權。

三、回復原狀義務：由於民法第二六三條末準用民法第二百九條規定，從而乃發生契約終止後是否有回復原狀義務之問題。如單從民法第二六三條文義之解釋，固作否定，即不發生回復原狀義務，惟基於回復原狀之法理，於當事人已就契約終止後之債務預先履行者，關於此部分應解為得準用第二百九條規定，發生回復原狀義務較妥(劉春堂，2006：400-403)。

第三章 車禍之案例分析與教學

一、案例事實

原告：公 訴 人 臺灣高雄地方法院檢察署檢察官

被告：高雄縣林園鄉公所清潔隊司機甲○○

原告起訴被告的原因係因被告甲○○係高雄縣林園鄉公所清潔隊司機，係以駕駛為業務之人。民國九十年九月二十五日二十二時四十五分許，被告甲○○駕駛車牌號碼五U-00一號自用大貨車，沿高雄市小港區○○路由北向南行駛，於行經該路段與漢民路交岔路口時，本應減速慢行並注意車前狀況，隨時作適當之應變措施，被告甲○○能注意而疏未注意，適謝水發騎乘車牌號碼ZNI一九六七號機車後載乙○○，沿漢民路由西向東行駛，於行經該路口時，亦未減速慢行並注意車前狀況，即冒然通過該路口，致其機車左側車身與被告甲○○所駕駛之自用大貨車左前車角發生擦撞，謝水發、乙○○因而人車倒地，謝水發受有顱內出血及多處挫傷之傷害，另乙○○則受有腦震盪及骨折等多處傷害（乙○○受有前傷害此部分未據告訴），謝水發經送醫急救後，因傷重不治死亡，因認被告甲○○涉犯刑法第二百七十六條第二項之業務過失致死罪嫌。

二、案例涉及的法規範

刑法第 276 條第 2 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，得併科三千元以下罰金。」

三、案例主要爭點

（一）原告提告的主張：

被告是職業駕駛人行經肇事地點，本應減速慢行並注意車前狀況，隨時作適當之應變措施，但被告甲○○能注意而疏未注意，致與受害人所騎機車發生擦撞，受害人經送醫急救後，因傷重不治死亡，故依刑法第 276 條第 2 項提起公訴。

（二）被告抗辯：

被告堅決否認有任何業務過失致死之犯行，辯稱：開垃圾車去仁武焚化爐傾倒後沿著沿海路要開回林園，當時路口就是綠燈，便以車速約四十公里往前開，在到達漢民路口前，有看到謝水發闖紅燈出來，就直直的朝我這邊傾過來，我發覺不對勁時就開始剎車之後停在原地，他還是一樣朝我這邊傾過來且車速很快，之後擦撞到我左邊的方向燈後倒地，我沒有過失。

（三）法官的判決見解：第一審（91/08/08）91 年度交訴字第 83

號

主 文

甲○○無罪。

理由：

1. 按犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實。又不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第一百五十四條、第三百零一條第一項分別定有明文。又事實之認定，應憑證據，如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，為裁判基礎（最高法院四十年台上字第八六號判例參照）。且認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內，然而無論直接證據或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在而無從使事實審法院得有罪之確信時，即應由法院為諭知被告無罪之判決（最高法院七十六年台上字第四九八六號判例參照）。又刑法上所謂過失，係指行為人依客觀情狀負有義務卻怠於注意，且依其個人能力可期待其注意，又該結果依一般社會經驗係可預見，始能成立過失犯，是行為人如已盡其客觀上必要之注意義務，且對其並無期待可能性或預見可能性時，自無過失責任可言。
2. 本件公訴人認被告甲○○涉有業務過失致死罪嫌，無非係以被告於警偵訊中之自白，並有高雄市○○○○道路交通事故調查報告表附現場圖、現場及車損照片共九幀及被害人謝水發係因本件車禍死亡之事實為其論斷之依據。訊據被告甲○○固坦承有於右揭時地駕駛自用大貨車與被害人謝水發所騎乘之機車發生擦撞，並致被害人謝水發傷重不治死亡之事實，惟堅決否認有何業務過失致死之犯行，辯稱：開垃圾車去仁武焚化爐傾倒後沿著沿海路要開回林園，當時路口就是綠燈，便以車速約四十公里往前開，在到達漢民路口前，有看到謝水發闖紅燈出來，就直直的朝我這邊傾過來，我發覺不對勁時就開始剎車之後停在原地，他還是一樣朝我這邊傾過來且車速很快，之後擦撞到我左邊的方向燈後倒地，我沒有過失等語。經查：

（1）觀之被告於警偵中之供述，僅係就其有駕車於右揭時地與被害人林水發發生擦撞並致其傷重不治死亡之事實供承不諱，然並未坦認係因自身之過失所致等語在卷，堪認被告於警偵訊中並未自白犯罪甚明。又本件被害人謝水發固確因本件車禍導致顱內出血不治死亡，此業據臺灣高雄地方法院檢察署檢察官督同法醫師相驗屬實，並製有勘驗筆錄、驗斷書、相驗屍體證明書各一份在卷可憑，惟能否據此即逕以認定被告之駕車行為必有過失，而科以業務過失致人於死之責，亦嫌速斷。再者參酌證人即最先至現場之員警蕭介精於本院審理時證述：「我到達現場

之後，被告有主動向我們表示是他肇事的，死者及被載者乙○○都已送醫。現場情形時被告的車子在沿海路由北向南行駛，死者的車子是西向東行駛。被告垃圾車的剎車痕有 12.4 米的距離，剎車痕跡很明顯，一般剎車痕跡出現之前，應該是駕駛人有發現開始踩車，之後才會產生剎車痕，沿海路是六個快車道，二個慢車道，依規定四線道以上機車就要二段式迴轉，漢民路是二個快車道，二個慢車道，要左轉沿海路的話是要二段式左轉，撞擊點是在沿海路的中間第二快車道，漢民路的對向慢車道，即沿海路剛到漢民路的路口。我認為依當時的撞擊點，二部車都是在行進中，被告的車子剎車到撞擊點處，死者剛好撞上去，所以死者的車子才會朝被告車子左前方滑行，依撞擊點來自，死者的車子應該是已經駛入來車車道，當時號誌是正常的。死者到醫院後有測酒精濃度，血液中濃度換成呼氣濃度是血液的測定值除以一仟，再成以 5，死者血液濃度換算起來的呼氣酒精濃度應該是 1.2185。死者的車子是左後車身在置物箱下面一點點的地方被擦撞到，死者是頭部受傷，被載者是腳部受傷較嚴重。我們依現場情形判斷可能死者是由漢民路要左轉沿海路，死者沒有採二段式左轉，案發時間車流量還是很大。自漢民路停止線到撞擊點距離約三、四十公尺，漢民路沒有分隔島，當時案發現場只有被告與死者的撞擊點，及死者機車倒地的刮地痕跡，沒有其他車子因來不及反應有被波及或被擦撞的痕跡」等語，及卷附被害人車禍後送醫時血液中酒精濃度之測定值為二四三、七 MG\DL 之安泰醫院生化檢報告單、前開之交通事故調查報告及現場、車損照片共九幀互核合觀之，本件車禍地點既係在沿海路中間快車道近漢民路口處，即被害人所行駛之漢民路之對向車道上，及是時被害人係直接由漢民路由西往東行駛，且該路口之機車欲自漢民路左轉進入沿海路時，依規定需二段式左轉，則姑不論被害人究係欲直行或左轉，於本件車禍發生時，其機車實已逆向朝被告所行駛之沿海路口北向南之快車道而來，準此顯見被害人有因酒精之作用，而對該路口之交通號誌及方向無判斷能力，致駛入來向車道之不能安全駕駛情形甚明，則對本件車禍之發生被害人顯有過失應堪認定。

(2) 又被告於擦撞前係正常行駛於車道上，並於發現被害人違規之際即有煞車之舉動乙情，亦據證人即與被告同車之丙○○於警偵訊及本院審理時結證：「當時我在坐在被告所駕駛的車上，還沒有到路口時就看到死者後面搭載乙○○，我看到他們闖紅燈速度很快，我就叫被告趕快踩剎車，被告確實有開始剎車，結果死者還是撞上來，當時沿海路到漢民路都是綠燈，所以我們就直接往前行駛，我們車速不快」等語明確，並經證人蕭介精證述被告所駕駛車輛之剎車痕一二、四米等語屬實，復有卷附之前開交通事故調查報告表可稽，依此足認被告顯有注意車前之狀況，並已為煞車之應變措施以防止危險事故之發生至明，則依最高法院

七十四年台上字第四二一九判例「汽車駕駛人雖可信賴其他參與交通之對方亦能遵守交通規則，同時為必要之注意，謹慎採取適當之行動，而對於不可知之對方違規行為並無預防之義務，然因對於違規行為所導致之危險，若屬可預見，且依法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗等，在不超越社會相當性之範圍應有注意之義務者，自仍有以一定之行為避免結果發生之義務。因此，關於他人之違規事實已極明顯，同時有充足之時間可採取適當之措施以避免發生交通事故之結果時，即不得以信賴他方能遵守交通規則為由，以免除自己之責任」所揭示學說上「信賴原則」之意旨反面觀之，本件事故之發生既係被害人過失所致，已如前述，而被告於交通事故發生時，又已盡其自身應注意之義務，並採取必要之措施以圖防止危險之發生，且無任何證據資料可證明被告有何違規之情事肇致本件交通事故，雖未能防止事故之發生，惟仍難據此而認被告就本件事故之發生有過失要屬當然。況本件車禍經送請高雄市政府車輛行車事故鑑定委員會鑑定結果，亦無法判定被害人之行向號誌及被告為本件肇事之原因，此有該委員會九十一年五月二十三日高市車鑑字第0000000000號函一紙在卷可憑，益證被告辯稱無何過失等語，尚非無據。綜上所述，本件被告就車禍之發生既已盡必要之注意並為防止之措施，自難遽以業務過失致死罪相繩，此外復查無其他積極證據顯示被告就本件車禍之發生有何應注意、能注意而未注意之情形，既不能證明被告犯罪，揆諸首揭說明，自應為被告無罪之諭知。

（三） 法官的判決見解：第二審（94/12/22）94年度交上更（一）

字第6號

主 文：

原判決撤銷。

甲○○從事業務之人，因業務上之過失致人於死，處有期徒刑伍月，如易科罰金，以參佰元折算壹日。

事 實：

一、甲○○係高雄縣林園鄉公所清潔隊司機，係以駕駛為業務之人。民國90年9月25日22時45分許，甲○○駕駛車牌號碼5U-001號清運垃圾之自用大貨車，沿高雄市小港區○○○路由北向南方向行駛，行經該路與漢民路交岔路口時，應注意車前狀況，隨時作適當之應變措施，而依當時天候陰、夜間有照明、視距良好、路面乾燥、無缺陷等情況，亦無不能注意之情事，竟疏未注意，適飲酒後已達不能絕對安全駕駛程度之謝水發（血液酒精濃度達243.7 MG\DL，換算成呼氣酒精濃度為1.2185MG\D

L)，騎乘車牌號碼ZNI-967 號機車後載乙○○，沿漢民路由西向東方行駛，於行經該路口時，亦疏未注意，未依兩段式迴旋方式左轉，即冒然左轉沿海一路，致其機車左側後車身與甲○○所駕駛之自用大貨車左前車角發生擦撞，謝水發、乙○○因而人車倒地，謝水發因此受有顱內出血及多處挫傷之傷害，另乙○○則受有腦震盪及骨折等多處傷害（此部分未據乙○○提出告訴），謝水發經緊急送醫，於到院前即因傷重不治而死亡。甲○○則於肇事後，停留於事故現場，並於警員到場後，發覺為其肇事前，即向警員坦承肇事而為自首。

二、案經高雄市政府警察局小港分局移送台灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

一、訊據被告甲○○固坦承有於上揭時地駕駛自用大貨車與被害人謝水發所騎乘之機車發生擦撞，並致被害人傷重不治死亡之事實，惟矢口否認有何業務過失致人於死之犯行，辯稱：當時伊開垃圾車去仁武焚化爐傾倒後即沿著沿海一路要開回林園鄉○○○○路口時是綠燈，伊便以車速約 40 公里之速度往前開，在到達漢民路口前，有看到謝水發闖紅燈後，直直的朝伊這邊傾過來，伊發覺不對勁時就開始剎車之後停在原地，然謝水發還是一樣朝伊這邊傾過來，且車速很快，之後擦撞到伊左邊的方向燈後倒地，伊就本件車禍之發生沒有過失云云。經查：

- (一)被告於上揭時地沿沿海一路由北往南方向行駛，途經沿海一路與漢民路口時，與沿漢民路由西往東方向行駛騎乘機車之被害人，在沿海一路與漢民路路口發生車禍等節，業據被告供承在卷，核與證人即到場處理之員警蕭介精於原審證述之情節相符（見原審卷第 25、26 頁），並有道路交通事故調查報告表附卷可稽（見警卷第 7 頁）。又肇事路口之漢民路是 2 個快車道，2 個慢車道，路寬 23.8 公尺，沿海一路是 6 個快車道、2 個慢車道，路寬 30.4 公尺，此亦據證人蕭介精於原審證述綦詳（見原審卷第 25 頁），並有道路交通事故調查報告表、高雄市政府交通局 94 年 11 月 16 日高市交四字第 0000000000 號函檢附之漢民路現況圖各一紙在卷可查（見警卷第 7 頁、更(一)卷第 49 頁），足見該交岔路口相當寬闊，而被告於本院前審審理時亦謂：距離路口 30 公尺就發現被害人之機車等語（見本院交上訴卷第 54 頁），可徵該交岔路口，並無任何障礙物，足以阻擋被告之視線，換言之，就被告之行車方向觀之，視距相當良好。
- (二)證人蕭介精於原審證稱：自漢民路停止線到撞擊點距離約 30、40 公尺等語（見原審卷第 26 頁），而被告於本院前審調查時謂：被害人車速約 19、20 公里等語（見本院交上訴卷第 30 頁），若以被害人行車速度每小時 20 公里計算被害人自漢民路停止

線起步至肇事地點所需時間約 5.4 至 7.19 秒（被害人每秒行車距離為 $20000 \text{ 公尺} \div 3600 \text{ 秒} \doteq 5.56 \text{ 公尺} / \text{秒}$ 路【小數點二位以下四捨五入，以下同】，行車 30 公尺所需時間為 $30 \div 5.56 \doteq 5.40$ 秒，行車 40 公尺所需時間為 $40 \div 5.56 \doteq 7.19$ 秒）。而與被告同行之證人黃李秀珍於檢察官偵訊、原審調查時均結證稱：還沒到路口就看見被害人闖紅燈（被害人未遵守號誌部分並無證據證明，詳如後述）衝過來等語（見偵卷第 14 頁反面、原審卷第 26 頁），可徵於被害人自漢民路口停止線未二段式左轉駛出而貿然左轉時，證人黃李秀珍就已看到被害人之機車，以上開被害人機車通過肇事路口所花費之 5.4 至 7.19 秒，及被告自承之行車速度為 40 公里（見警卷第 1 頁反面、本院交上訴卷第 54 頁），計算證人黃李秀珍發覺被害人機車穿出漢民路口時，二車相距之距離約 60 公尺至 79.88 公尺（被告每秒行車距離為 $40000 \text{ 公尺} \div 3600 \text{ 秒} \doteq 11.11 \text{ 公尺} / \text{秒}$ ，行車 5.4 秒之距離為 $11.11 \times 5.4 \doteq 60$ 公尺，行車 7.19 秒之距離為 $11.11 \times 7.19 \doteq 79.88$ 公尺），較前開被告所述於 30 公尺前才發覺被害人機車為遠，而被告身為職業駕駛人，其所應有之注意能力自應較證人黃李秀珍為高，然證人黃李秀珍於 60 公尺外即發覺被害人機車，被告遲至 30 公尺外始發現被害人之機車，被告顯未善盡其注意車前狀況之義務堪以認定。

(三)茲應進一步說明者為被告若於證人黃李秀珍發覺被害人機車時，即採取適當之安全措施，是否即可避免本件車禍之發生？按用路者在行車中對突發事象完成感識、智慧（辨明）、情緒（判斷）及意志（行動）反應過程所需要的時間為反應時間，每一過程所需時間，均因人而異，因情況簡繁、天候和其他心理影響而異，一般而言，反應時間，依情況之繁簡分別需時 0.5 秒至 4 秒，其設計用之平均值約為 2.5 秒，此有中央警察大學交通學系 94 年 11 月 9 日交通字第 94119 號函檢送之王文麟著「交通工程學—理論與實用」書內第 27 頁文獻資料附卷可考（見本院更(一)卷第 39 頁），是以前開設題之情形，扣除平均反應時間 2.5 秒後，被告最少尚有 2.9 秒（ $5.4 \text{ 秒} - 2.5 \text{ 秒} = 2.9 \text{ 秒}$ ）可採取適當措施，應足以防止事故之發生。復參以本件係被告自用大貨車之左前車角與被害人機車之左側後車身發生擦撞，此業據被告於警詢、本院前審審理時及證人蕭亦精於原審審理時陳明在卷（見警卷第 1 頁反面、本院交上訴卷第 91 頁、原審卷第 26 頁），堪認被告駕駛的車輛剎停到撞擊處時，被害人機車剛好撞上去，證人蕭亦精亦同此認定（見原審卷第 26 頁），則被告若係於證人黃李秀珍發覺被害人機車時，就開始煞車，

則其自大貨車應會於肇事地點前就完全煞停，而被害人之機車亦不致撞上去，堪認被告若有注意車前狀況，及時採取適當措施，本件車禍即可避免，然被告竟疏未注意而肇致本件車禍，被告顯有過失。

(四)被告及證人黃李秀珍雖均一再陳稱被害人騎乘機車之速度相當快等語，惟渠等為此陳述時，均未詳為說明被害人之機車速度究竟多少，僅於本院前審訊問被告時，被告自承被害人之車速為19、20公里，本院自應以被告上開具體之供述，計算本件相關之行車時間、距離，附此敘明。

(五)被告及證人黃李秀珍雖均一再堅稱：當時被告係綠燈行駛，被害人則係闖紅燈等語，然當時為被害人所附載之證人乙○○則堅稱：當時漢民路是綠燈，行至中途才轉黃燈等語（見偵卷第18頁反面、原審卷第24頁），二造對於當時之號誌既有不同之說詞，惟縱認係被害人騎機車闖紅燈，按「汽車駕駛人雖可信賴其他參與交通之對方亦能遵守交通規則，同時為必要之注意，謹慎採取適當之行動，而對於不可知之對方違規行為並無預防之義務，然因對於違規行為所導致之危險，若屬可預見，且依法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗等，在不超越社會相當性之範圍應有注意之義務者，自仍有以一定之行為避免結果發生之義務。因此，關於他人之違規事實已極明顯，同時有充足之時間可採取適當之措施以避免發生交通事故之結果時，即不得以信賴他方定能遵守交通規則為由，以免除自己之責任」（最高法院74年台上字第4219號判例可資參照），而依前開說明可知本件被告有相當充足之時間可採取適當之措施以避免發生交通事故之結果，揆諸前開判例，被告即不得以信賴他方定能遵守交通規則為由，免除自己之責任。

(六)綜上所述，被告辯稱其無過失云云，不足採信。

二、按汽車行駛時，駕駛人應注意車前狀況，並隨時採取必要之安全措施。道路交通安全規則第94條第3項定有明文。被告係領有合法駕駛執照之人，對於上開規定自應知悉且遵守。而依當時天候陰、夜間有照明、視距良好、路面乾燥、無缺陷等情況，此有道路交通事故調查報告表在卷可稽（見警卷第7頁），並無不能注意之情事，被告竟疏未注意車前狀況，致肇生本件車禍，被告應負過失之責甚明。雖被害人酒後已達不能絕對安全駕駛之程度（血液酒精濃度為243.7 MG\DL，換算成呼氣酒精濃度為1.2185MG\DL），猶騎乘機車，且於行經該路口時，未依兩段式迴旋方式左轉，即冒然左轉沿海一路，此業據證人蕭信精證述在卷（見原審卷第25、26頁），並有安泰醫院生化檢驗報告單（見警卷第10頁）、道路交通事故調查報告表在卷可查，被害人就本件車

禍之發生亦同有過失，且為肇事之主因，然仍不能因此解免被告過失之責。又本件被害人確係因本件車禍導致顱內出血及多處挫傷而不治死亡，此業據臺灣高雄地方法院檢察署檢察官督同法醫師相驗屬實，並製有勘驗筆錄、驗斷書、相驗屍體證明書各一份在卷可憑（見相卷第 18、20、22 至 27 頁），被害人之死亡與被告之過失行為間有相當因果關係。

三、被告係高雄縣林園鄉公所清潔隊司機，以駕駛為業務之人，此業據其供陳在卷（見更(一)卷第 71 頁）。是核被告所為，係犯刑法第 276 條第 2 項之業務過失致人於死罪。被告於肇事後有留在現場，且於警員到場時，主動向其表示其是肇事者，此業據證人蕭介精於原審審理時證述在卷（見原審卷第 25 頁），是被告所為要與自首之規定相符，爰依刑法第 62 條前段自首之例減輕其刑。

四、原審為被告無罪之諭知，自有未當，檢察官執此提起上訴，為有理由。自應由本院將原判決銷改判。審酌被告犯後否認犯行，案發迄今尚未與被害人家屬成立和解，然本件車禍之肇事主因為被害人酒後駕車，且未依規定二段式左轉，被告之過失情節尚屬輕微，及其犯罪之動機、手段等一切情狀，爰量處如主文第 2 項所示之刑，並諭知易科罰金之折算標準。

據上論結，應依刑事訴訟法第 369 條第 1 項前段、第 364 條、第 299 條第 1 項前段，刑法第 276 條第 2 項、第 62 條前段、第 41 條第 1 項前段，罰金罰鍰提高標準條例第 1 條前段、第 2 條，判決如主文。

（四） 法官的判決見解：第三審（96/11/22）96 年度台上第 6934

號

主 文

原判決撤銷，發回台灣高等法院高雄分院。

理 由

本件原判決認定上訴人甲○○係高雄縣林園鄉公所清潔隊司機，係以駕駛為業務之人。民國九十年九月二十五日二十二時四十五分許，上訴人駕駛車牌號碼 5 U-001 號清運垃圾之自用大貨車，沿高雄市小港區○○○路由北向南方向行駛，行經該路與漢民路交岔路口時，應注意車前狀況，隨時作適當之應變措施，而依當時天候陰、夜間有照明、視距良好、路面乾燥、無缺陷等情況，亦無不能注意之情事，竟疏未注意，適飲酒後已達不能絕對安全駕駛程度之謝水發（血液酒精濃度達 243.7MG\DL，換算成呼氣酒精濃度為 1.2185MG\DL），騎乘車牌號碼 ZNI-967 號機車後載紀素美，沿漢民路由西向東方向行駛，於行經該路口時，亦疏未注意，未依兩段式迴旋方式左轉，即冒然左轉沿海一路，致其機車左側後車身與上訴人所駕駛之自用大貨車左前車角發生擦撞，謝水發、紀素美因而人車倒地，謝水發因此受有顱內出血及多處挫傷之傷害，另紀素美則受有腦

震盪及骨折等多處傷害（此部分未據紀素美提出告訴），謝水發經緊急送醫，於到院前即因傷重不治而死亡。上訴人則於肇事後，停留於事故現場，並於警員到場後，發覺為其肇事前，即向警員坦承肇事而為自首等情，因而撤銷第一審關於諭知上訴人無罪之判決，改判論處上訴人從事業務之人，因業務上之過失致人於死罪刑，固非無見。惟查原判決依憑證人蕭介精於第一審證稱：自高雄市○○路與同市○○路交岔路口上之漢民路紅燈停止線算起，至上訴人駕駛之貨車（即清運垃圾之貨車，下稱貨車）與被害人謝水發駕駛之機車（下稱機車）兩車撞擊點，其距離約為三、四十公尺等語，證人黃李秀珍（即與上訴人同車之人）證述，發覺機車闖紅燈穿出漢民路口時，機車與貨車二車距離約六十公尺至七十九、八八公尺等語，以及上訴人於原審法院前審供承：伊（上訴人）於距離上揭路口三十公尺處即發現被害人之機車等語，足認上訴人係未注意車前情況，未及早採取必要之煞車安全措施，因而其駕駛之貨車，與未依兩段式迴旋方式左轉，貿然闖紅燈左轉之機車相撞，致被害人車倒地傷重不治死亡，上訴人應負業務過失致人於死罪責等情，固非無其依據。然上述交岔路口處漢民路紅燈停止線，至貨車與機車兩車撞擊點之距離，是否如證人蕭介精所述為三、四十公尺，原審未實地勘驗或函請警察機關實地丈量，遽認其距離為三、四十公尺，自尚嫌速斷。又肇事當時貨車所行駛之車道（即高雄市○○路由南向北，接近漢民路交岔路口之車道），其車輛擁擠情況如何？是否容許上訴人為緊急煞車之行為而不致引起更嚴重之車禍事故？又證人蕭介精、黃李秀珍於第一審曾經證稱：機車係沿漢民路由西向東行，行至交岔路口（即漢民路與臨海一路交岔路口），未依規定採二段式左轉，突然闖紅燈左轉等情等語（第一審訴字卷第二十六頁），倘蕭介精、黃李秀珍該項證述屬實，則上訴人究係於何時或距離多遠之處發現機車違規左轉闖紅燈往北行駛？上訴人駕駛之貨車於正常行駛之狀態下，對於機車於該路口突然違規往北行駛，是否有足夠之距離得以因採取煞車應變措施以避免二車之碰撞？此等攸關認定上訴人是否有被訴業務過失致人於死犯行之事實疑點，原審未詳予調查釐清，遽認定上訴人應負業務過失致人於死罪責，自尚嫌速斷，並有查證未盡之違誤，上訴人上訴意旨執以指摘，非無理由，應認原判決仍有撤銷發回更審之原因。

（五）法官的判決見解：高等法院高雄分院更二審（97/04/01）96

年度交上更（二）字第4號

主 文

原判決撤銷。

甲○○從事業務之人，因業務上之過失致人於死，處有期徒刑伍月，減為有期徒刑貳月拾伍日，如易科罰金，以銀元參佰元即新台幣玖佰元折算壹日，緩刑貳年。

事 實

- 一、甲○○係高雄縣林園鄉公所清潔隊司機，係以駕駛為業務之人，民國 90 年 9 月 25 日 22 時 45 分許，甲○○駕駛車牌號碼 5U-001 號清運垃圾之自用大貨車，沿高雄市小港區○○○路由北向南方向行駛，途經該路與漢民路交岔路口時，應注意車前狀況，隨時作適當之應變措施，而依當時天候陰、夜間有照明、視距良好、路面乾燥、無缺陷等情況，亦無不能注意之情事，竟疏未注意，適飲酒後已達不能絕對安全駕駛程度之謝水發(血液酒精濃度達 243.7 M G\DL，換算成呼氣酒精濃度為 1.2185MG\DL)，騎乘車牌號碼 Z N I-967 號機車後載乙○○，沿漢民路由西向東方向行駛，於行經該路口時，亦疏未注意，未依兩段式迴旋方式左轉，即冒然左轉沿海一路，致其機車左側後車身與甲○○所駕駛之自用大貨車左前車角發生擦撞，謝水發、乙○○因而人車倒地，謝水發因此受有顱內出血及多處挫傷之傷害，另乙○○則受有腦震盪及骨折等多處傷害(此部分未據乙○○提出告訴)，謝水發經緊急送醫，於到院前即因傷重不治而死亡。甲○○則於肇事後，停留於事故現場，並於警員到場後，發覺為其肇事前，即向警員坦承肇事而為自首。
- 二、案經高雄市政府警察局小港分局移送台灣高雄地方法院檢察署檢察官偵查起訴。

理 由

- 一、訊據被告甲○○固坦承有於上揭時地駕駛自用大貨車與被害人謝水發所騎乘之機車發生擦撞，並致被害人傷重不治死亡之事實，惟矢口否認有何**業務過失致人於死**之犯行，辯稱：當時我開垃圾車去仁武焚化爐傾倒後即沿著沿海一路要開回林園鄉○○○○○路口時是綠燈，我便以車速約 40 公里之速度往前開，在到達漢民路口前，我就看到謝水發闖紅燈直接的衝過來，我發覺不對勁時就開始剎車之後停在原地，然謝水發還是一樣朝我車衝過來，且車速很快，之後擦撞到我所駕大貨車左邊的方向燈後倒地，就本件車禍之發生我沒有過失云云。經查：

- (一)被告於上揭時地沿沿海一路由北往南方向行駛，途經沿海一路與漢民路口時，與沿漢民路由西往東方向行駛騎乘機車之被害人，在沿海一路與漢民路路口發生車禍等事實，業據被告供承在卷，核與證人即到場處理之員警蕭介精於原審證述之情節相符(見原審卷第 25、26 頁)，並有道路交通事故調查報告表附卷可稽(見警卷第 7 頁)。又肇事路口之漢民路是 2 個快車道，2 個慢車道，路寬 23.8 公尺，沿海一路是 6 個快車道、2 個慢車道，路寬 30.4 公尺，此亦據證人蕭介精於原審證述甚詳(見原審卷第 25 頁)，並有道路交通事故調查報告表、高雄市政府交通局 94 年 11 月 16 日高市交四字第 0940042562 號函檢附之漢民路現況圖各 1 紙在卷可查(見警卷第 7 頁、更(一)卷第 49 頁)，足見該交岔路口相當寬闊，而被告於本院前審審理時亦供稱：距離路口 30 公尺就發現被害人之機車等語(見本院交上訴卷第 54 頁)，可

徵該交岔路口，並無任何障礙物，足以阻擋被告之視線，換言之，就被告之行車方向觀之，視距相當良好。

(二)據高雄市政府警察局小港分局 97 年 1 月 11 日高市警港分偵字第 0960026319 號函謂：「實地丈量漢民路與沿海一路交叉口上自漢民路停止線起至本案貨車與機車撞擊點之距離約 22.6 公尺等語，而被告於本院前審調查時供稱：被害人車速約 19、20 公里等語（見本院交上訴卷第 30 頁），若以被害人行車速度每小時 20 公里計算被害人自漢民路停止線起步至肇事地點所需時間約 4.06 秒（被害人每秒行車距離為 20000 公尺 \div 3600 秒 \div 5.56 公尺／秒路【小數點二位以下四捨五入，以下同】，行車 22.6 公尺所需時間為 22.6 \div 5.56 \div 4.06 秒）。而與被告同行之證人丙○○於檢察官偵訊、原審調查時均結證稱：還沒到路口就看見被害人闖紅燈（被害人未遵守號誌部分並無證據證明，詳如後述）衝過來等語（見偵卷第 14 頁反面、原審卷第 26 頁），可徵於被害人自漢民路口停止線未二段式左轉駛出而貿然左轉時，證人丙○○就已看到被害人之機車，以上開被害人機車通過肇事路口所花費之 4.06 秒，及被告自承之行車速度為 40 公里（見警卷第 1 頁反面、本院交上訴卷第 54 頁），計算證人丙○○發覺被害人機車穿出漢民路口時，二車相距之距離約 45.1 公尺（被告每秒行車距離為 40000 公尺 \div 3600 秒 \div 11.11 公尺／秒，行車 4.06 秒之距離為 11.11 \times 4.06 \div 45.1 公尺），較前開被告所述於 30 公尺前才發覺被害人機車為遠，而被告身為職業駕駛人，其所應有之注意能力自應較證人丙○○為高，然證人丙○○於 45.1 公尺外即發覺被害人機車，被告遲至 30 公尺外始發現被害人之機車，被告顯未善盡其注意車前狀況之義務堪以認定。

(三)茲應進一步說明者為被告若於證人丙○○發覺被害人機車時，即採取適當之安全措施，是否即可避免本件車禍之發生？按用路者在行車中對突發事象完成感識、智慧（辨明）、情緒（判斷）及意志（行動）反應過程所需要的時間為反應時間，每一過程所需時間，均因人而異，因情況簡繁、天候和其他心理影響而異，一般而言，反應時間，依情況之繁簡分別需時 0.5 秒至 4 秒，其設計用之平均值約為 2.5 秒，此有中央警察大學交通學系 94 年 11 月 9 日交通字第 94119 號函檢送之王文麟著「交通工程學—理論與實用」書內第 27 頁文獻資料附卷可考（見本院更(一)卷第 39 頁），是以前開設題之情形，扣除平均反應時間 2.5 秒後，被告最少尚有 1.56 秒（4.06 秒 $-$ 2.5 秒 $=$ 1.56 秒）可採取適當措施，應足以防止事故之發生。復參以本件係被告自用大貨車之左前車角與被害人機車之左側後車身發生擦撞，此業據被告於警詢、本院前審審理時及證人蕭介精於原審審理時陳明在卷（見警卷第 1 頁反面、本院交上訴卷第 91 頁、原審卷第 26 頁），堪認被告駕駛的車輛剎停到撞擊處時，被害人機車剛好撞上去，證人蕭介精亦同此認定（見原

審卷第 26 頁)，則被告若係於證人丙○○發覺被害人機車時，就開始煞車，則其自大貨車應會於肇事地點前就完全煞停，而被害人之機車亦不致撞上去，堪認被告若有注意車前狀況，及時採取適當措施，本件車禍即可避免，然被告竟疏未注意而肇致本件車禍，被告顯有過失。

(四)被告及證人丙○○雖均一再陳稱被害人騎乘機車之速度相當快等語，惟渠等為此陳述時，均未詳為說明被害人之機車速度究竟多少，僅於本院前審訊問被告時，被告自承被害人之車速為 19、20 公里，本院自應以被告上開具體之供述，計算本件相關之行車時間、距離，附此敘明。

(五)被告及證人丙○○雖均一再堅稱：當時被告係綠燈行駛，被害人則係闖紅燈等語，然當時為被害人所附載之證人乙○○則堅稱：當時漢民路是綠燈，行至中途才轉黃燈等語（見偵卷第 18 頁反面、原審卷第 24 頁），二造對於當時之號誌既有不同之說詞，惟縱認係被害人騎機車闖紅燈，按「汽車駕駛人雖可信賴其他參與交通之對方亦能遵守交通規則，同時為必要之注意，謹慎採取適當之行動，而對於不可知之對方違規行為並無預防之義務，然因對於違規行為所導致之危險，若屬可預見，且依法律、契約、習慣、法理及日常生活經驗等，在不超越社會相當性之範圍應有注意之義務者，自仍有以一定之行為避免結果發生之義務。因此，關於他人之違規事實已極明顯，同時有充足之時間可採取適當之措施以避免發生交通事故之結果時，即不得以信賴他方定能遵守交通規則為由，以免除自己之責任」（最高法院 74 年台上字第 4219 號判例可資參照），而依前開說明可知本件被告有相當充足之時間可採取適當之措施以避免發生交通事故之結果，揆諸前開判例，被告即不得以信賴他方定能遵守交通規則為由，免除自己之責任。

(六)綜上所述，被告辯稱其無過失云云，不足採信。

二、按汽車行駛時，駕駛人應注意車前狀況，並隨時採取必要之安全措施。道路交通安全規則第 94 條第 3 項定有明文。被告係領有合法駕駛執照之人，對於上開規定自應知悉且遵守。而依當時天候陰、夜間有照明、視距良好、路面乾燥、無缺陷等情況，此有道路交通事故調查報告表在卷可稽（見警卷第 7 頁），並無不能注意之情事，被告竟疏未注意車前狀況，致肇生本件車禍，被告應負過失之責甚明。雖被害人酒後已達不能絕對安全駕駛之程度（血液酒精濃度為 243.7MG\DL，換算成呼氣酒精濃度為 1.2185MG\DL），猶騎乘機車，且於行經該路口時，未依兩段式迴旋方式左轉，即冒然左轉沿海一路，此業據證人蕭介精證述在卷（見原審卷第 25、26 頁），並有安泰醫院生化檢驗報告單（見警卷第 10 頁）、道路交通事故調查報告表在卷可查，被害人就本件車禍之發生亦同有過失，且為肇事之主因，然仍不能因此解免被告過失之責。又本件被害人確係因本件車禍導致顱內出血及多處挫傷而不治死亡，此業據臺灣高雄地方法院

檢察署檢察官督同法醫師相驗屬實，並製有勘驗筆錄、驗斷書、相驗屍體證明書各 1 份在卷可憑（見相卷第 18、20、22 至 27 頁），被害人之死亡與被告之過失行為間有相當因果關係。

三、被告係高雄縣林園鄉公所清潔隊司機，係以駕駛為業務之人，業據其供明在卷，其因駕車執行業務之過失，致人於死，所為核係犯刑法第 276 條第 2 項之**業務過失致人於死**罪。被告於肇事後有留在現場，且於警員到場時，主動向其表示其是肇事者，此業據證人蕭介精於原審審理時證述在卷（見原審卷第 25 頁），是被告所為核與自首之規定相符，又被告行為後，刑法第 62 條自首規定已修正，並於 95 年 7 月 1 日施行，依刑事訴訟法第 2 條第 1 項比較新舊法結果，被告自首應適用舊法即修正前刑法第 62 條規定減輕其刑。

四、原審未為詳察，遽為被告無罪之諭知，自有未當，檢察官執此指摘原判決不當，為有理由，應由本院將原判決予以撤銷改判；審酌被告犯後否認犯行，然本件車禍之肇事主因為被害人酒後駕車，且未依規定二段式左轉，被告之過失情節尚屬輕微，及其犯罪之動機、手段等一切情狀，量處有期徒刑 5 月。又被告犯罪時間在 96 年 4 月 24 日以前，是依中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 2 款之規定，應減其宣告刑 2 分之 1 為有期徒刑 2 月 15 日，並諭知易科罰金以 300 元即新台幣 900 元折算 1 日（按被告行為後，刑法已於 94 年 2 月 2 日修正公布，於 95 年 7 月 1 日施行，新修正刑法第 41 條易科罰金之折算標準修正為以新台幣 1 千元、2 千元、3 千元折算 1 日，較修正前舊法之銀元 3 百元即新台幣 9 百元折算 1 日為重，修正後之法律易科罰金較重，依刑法第 2 條第 1 項前段從舊從輕之規定，亦應適用有利於被告等之修正前之刑法第 41 條易科罰金之折算標準處罰）。又修正後刑法第 33 條第 5 款規定「罰金：新臺幣一千元以上，以百元計算之。」，與修正前刑法第 33 條第 5 款規定「罰金：一元以上。」不同，經比較新舊法結果，以被告行為時之舊法較為有利於被告，附此敘明。

五、又被告甲○○前未曾受有期徒刑以上刑之宣告，有其台灣高等法院被告前科紀錄表在卷可稽；其因一時疏忽致罹犯本件之罪，事後業與被害人家屬謝仁傑、謝秉修、謝石定、謝邱罔貴成立民事上和解，賠償損害，有和解筆錄 1 紙附卷足憑，經此偵審教訓，當知所警惕，諒無再犯之虞，本院認其所受宣告之刑，以暫不執行為適當，併予宣告緩刑 2 年，以啟自新，又本件被告犯罪在新法施行前，新法施行後，緩刑之宣告，應適用新法，併此敘明（最高法院 95 年第 8 次刑事庭會議決議參照）。

據上論結，應依刑事訴訟法第 369 條第 1 項前段、第 364 條、第 299 條第 1 項前段，刑法第 276 條第 2 項、第 74 條第 1 項第 1 款，修正前刑法第 62 條前段、第 41 條第 1 項前段，刑法施行法第 1 條之 1、修正前罰金罰鍰提高標準條例第 2

條，中華民國 96 年罪犯減刑條例第 2 條第 1 項第 2 款、第 7 條、第 9 條，判決如主文。

四、案例所產生的影響或在教學上的啟發

- 一、一定要依交通規則行車，可以令自己在訴訟過程中立於不敗之地
- 二、不可酒後駕車，害人害己。

五、案例如何在教學中呈現

(一) 教案設計

車禍教案設計

教學單元：車禍					
課程綱要	車禍之處理				
教學資源	參考書籍： 劉俊麟、劉俊良編著， <i>車禍民事責任</i> 。台北：書泉出版社，2002年三版一刷。 網路資源： 1.全國法規資料庫 (http://law.moj.gov.tw) 2.司法院之法學資料檢索系統 (http://www.judicial.gov.tw)				
教學方法	視教學需要混合講述、案例教學法（含問答、討論、心得寫作等）				
教學目標	教學活動	時間	教學資源	教學方法	備註
認知方面	1、在引起動機的部分，針對同學日常生活中可能會碰到車禍的情境切入教學主題。 2、說明車禍案例中所包含的交通規則。 3、說明車禍發生時警察的處理流程。	講述 30 分鐘	教科書、案例、影片	講述法、案例教學法	評量以課後自評為主
1. 能夠了解車禍的意義 2. 能夠了解重要的交通規則 3. 了解車禍發生時應通報的單位。 4. 了解車禍發生時的處理程序。					

5. 了解車禍發生後所可能產生的各種民事、刑事、行政上的責任。	4、解釋車禍發生後所涉及的各種民事、刑事及行政責任的相關概念。				
<p>情意方面</p> <p>1. 能夠養成愛護生命的觀念。</p> <p>2. 能夠遵守交通規則。</p>	<p>1. 能夠做到在騎承機車時戴上安全帽。</p> <p>2. 能夠做到依交通規則行車如不闖紅燈與黃燈、遇到應二段轉彎路面亦能依規定轉彎。</p>	<p>1.20 分鐘</p> <p>2.20 分鐘</p>		<p>講述法、</p> <p>案例法、</p> <p>討論法</p>	
<p>技能方面</p> <p>1. 學會如何蒐集車禍案例</p> <p>2. 知道如何閱讀裁判書</p>	<p>1. 講解蒐尋的方法與技巧</p> <p>2. 講解裁判書的架構內容</p> <p>3. 同學分組製作心得報告</p>	30 分鐘	<p>1.筆記型電腦、單槍投影機及相關週邊設備</p> <p>2.案例</p> <p>3.</p>	<p>講述法</p>	
作業	<p>一、以關鍵字「車禍」，蒐尋自己家鄉地方法院自民國 90-92 年的</p> <p>1.案例數量</p> <p>2.案例的分類</p> <p>3.找出至少兩個完成終審程序的案例，做為期末報告的藍本。</p> <p>二、期末報告的架構如下：</p> <p>1.案例內容之描述（事實經過）</p> <p>2.案例涉及之法規範</p> <p>3.案例主要爭點</p> <p>4.所蒐得案例人物互動圖</p> <p>5.所蒐得案例事件之訴訟流程</p> <p>6.個人反思</p>				

(二) 教學評量(學生自評)

系級： 學號： 姓名：
(5：非常同意 4：同意 3：尚可 2：需加強 1：很不理想)

評量	5	4	3	2	1
您已經了解車禍的意義嗎?					
您已經了解車禍發生後應如何報案嗎?					
您已經了解車禍處理的相關程序嗎?					
您已經了解車禍發生後所可能產生的相關責任(民事、刑事、行政責任)嗎?					
上完本單元後在馬路上行駛時您能夠遵守交通規則嗎?					
您已經學會了如何利用網路蒐集案例了嗎?					
您已經學會要養成對事件具備的歸納與分析的行動能力嗎					
您能蒐集類似課堂所介紹的案例嗎?					
您已經可以閱讀裁判書了嗎?					

(三) 訴訟所消耗的時間

- 第一審的裁判時間為 91 年 08 月 08 日。
- 第二審的裁判時間為 94 年 12 月 22 日。
- 第三審的裁判時間為 96 年 11 月 22 日。
- 更二審的裁判時間為 97 年 04 月 01 日。
- 以上從一審裁判到更二審裁判約耗時 5 年 8 個月。

(四) 案例問題

1. 本案發生後所可能產生的責任為何?
2. 本案上訴為何被駁回?

六、教學評量方法

平時成績：50%

1. 出席：20%

2.課堂的參與：10%

3.閱讀大學理念心得：10%

4.法院參觀心得：10%

期末報告：50%

自選某一類案例找出其一、二、三審的裁判書號（一審一定要在自己家鄉的地方法院）

七、網路資源

站名	網址
法務部全國法學資料庫	http://law.moj.gov.tw
司法院法學資料檢索系統	http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm
中華民國車禍關懷協會	http://www.trvsa.org.tw
宜蘭縣車禍受難者關懷協會	http://www.care119.org.tw
交通安全入口網	http://168.motc.gov.tw/GIPSite/sSite/mp?mp=1

八、觀念解析

發生交通事故（車禍）後，在確定現場人員的安全後，不論是和解或是報警處理，都會涉及責任的歸屬。確立責任後才能繼續往下談賠償。劉俊麟、劉俊良（2002：2）認為在實務上，車禍發生後大致會產生民事、刑事、行政三種責任。這三種責任都是單獨存在的，也就是沒有刑事責任，不表示就沒有民事責任。這些責任所產生的效果也不會自動產生，一定是當事人要自己爭取，俗話說：「別讓權利睡著了」就是這個道理。

以下將依序說明這三種責任：

（一）刑事責任：

在談追訴刑事責任前一定要了解所要追訴責任的那個人（肇事者）是否具備責任能力（年齡滿14歲及精神正常）。要追訴刑事責任有兩個大前提：

第一、行為非出於故意或過失者不罰（刑法第12條第1項）

第二、行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限（刑法第1條）此謂之罪刑法定主義原則。

因此，討論車禍的刑事責任時就要了解什麼是過失？什麼又是故意？所謂過失，刑法第14條認為：「行為人雖非故意。但按其情節應注意，並能注意，而不注意者，為過失。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。」所以前條第1項的重點在於「應注意，並能注意，而不注意者」才是「過失」，劉俊麟、劉俊良認為這樣的過失是「懈怠過失」。前條第2項的重點是「預見其能發生而確信其不發生者」才「以過失論」，這是「疏虞過失」，所以雖然都是過失但是法律所認定的過失顯然不同。但是有一種情形不可謂之過失，那就是甲因超車不當，撞及同方向的乙所騎乘之機車，又因把持不穩，再超過中心雙黃線衝至來車車道，與丙所駕駛之機車相撞，此一事件對丙而言應無所謂的故意或過失的責任可言（劉俊麟、劉俊良，2002：3）。

所謂故意者，依刑法第13條第1項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意。」，此項的重點是「明知並有意使其發生者」叫做「直接故意」。第2項規定：「行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論。」，此項是說對於一件犯罪事實，可以「預見其發生而其發生並不違背其本意者」叫做「間接故意」。

如何區別過失與故意？刑法第13條第2項與14條第2項，都是以預見發生犯罪行為要件，但是過失是確信其不發生，故意則是其發生不違背本意。

車禍發生時如屬過失有所謂的業務過失，那什麼是業務？依照劉俊麟、劉俊良（2002：8-9）的說法，「刑法上所謂業務，係指個人基於其

社會地位繼續反覆執行之事務」，這些反覆執行的事務中當然包含主要的業務但是也包含「為完成主要業務所附隨之準備工作與輔助事務」，也「更應指係其本人直接選擇作為維持生活上之職業而言」。這種業務不是以一人一種業務為限，「如一人兼有二種或二種以上之業務，每一種均屬業務上的行為，且業務上的行為，係指業務上及附隨之事而言，均應包括在內」。

刑法所謂業務過失致人於死之罪，「必以專從事於某種業務之人，因是項業務上過失致人於死為成立要件，否則只能以通常過失致人於死論罪」。「故『執行職務』不僅指受僱人因執行其所受之命令（包括職務上予以之機會及有密切關連者；例如實務上曾發生攜子載貨而任其在車內發動車輛而肇事、委託隨車工人或助手代為駕車肇事均屬之）或委託之職務自身而言；舉凡其行為在客觀上足認為與執行職務有關者，均屬之。」（劉俊麟、劉俊良，2002：9）

以上的說明解答了車禍刑事責任的定義與類型，接下來談刑事責任如何追訴。

車禍引發刑事責任的追訴可分為公訴、自訴二類如下：

（一）「公訴」：指檢察官因告訴、告發等情事而代表國家追訴 犯罪所提起之訴訟。可分為二部份分說明如下：

1.非告訴乃論：如過失致死罪不待告訴，法院即得追訴，警察機關現場處理完畢，即將案件移送檢方偵辦。

2.告訴乃論：如過失傷害必須被害人表明告訴之意思，由警方將案件移送檢方偵辦。倘若肇事當事人已自行和解或被害者不願提出告訴，則不告不理。告訴乃論罪可由（1）被害人；（2）被害人之法定代理人；（3）被害人之配偶；（4）被害人已死亡者，其配偶、直系血親、三親等內姻親等，於知悉犯人之犯罪行為之時起六個月內向發生地之轄區分局刑事組或向管轄地方法院檢察署提出告訴，並得於第一審（地分法院）言詞辯論終結前以訴狀或言詞向法院表明撤回其告訴，凡撤回告訴者，就同一事件不得再行告訴。

（二）「自訴」：指犯罪直接被害人或其親屬向地方法院追訴犯罪提出之訴訟。交通事故直接被害人亦得不經檢警單位直接具狀向地方法院提起自訴。

如果不服刑事處分，要如何？以下談如何救濟

交通事故當事人不服刑事處分之救濟程序如下：

（一）由檢察官偵辦之交通事故案件，如認為被告不成立犯罪，則檢察官會製作不起訴處分書，倘若告訴之被害人或家屬不服，得在接到不起訴處分書7日內，以書狀敘述不服理由，經原檢察官向直接上級法院檢察署聲請再議，再議有理由，上級法院檢察署會將案件發回原法院檢察署續行偵查，倘再經不起訴處分，告訴人仍有不服，得再附理由聲請再議，

惟應注意聲請再議期間為 7 日。未經再議、再議逾期或再議被駁回，不起訴處分確定後，非有新事實、新證據或法定再審原因者，不得對同一被告再行告訴。

(二) 由檢察官偵辦之交通事故案件，檢察官偵查結果認被告對交通事故結果應負故意或過失刑事責任者，將予以起訴，並將案件移往地方法院刑事處，此時被害人或其家屬在公訴案件中，並非訴訟當事人，僅係關係人，檢察官才是當事人，如被害人或家屬對地方法院之刑事判決不服，不能直接上訴第二審（高等法院），須附具體理由請求檢察官上訴，上訴第三審時亦同。

(三) 自訴案件，自訴人係案件當事人，對第一審地方法院判決不服，應於接獲判決書正本之翌日起 10 日內上訴第二審，上訴第三審時亦同（台北市政府警察局交通大隊網站→法規園地→事故引發的責任）。

(二) 民事責任

所謂的民事責任，通常是指侵權行為，所產生的相關賠償責任，也就是民法第 184 條所說：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」此處「所謂權利，應指一切私權而言，故因身體上所受損害致生財產上之損害者，當然包括在內。」（最高法院民事判例，台上字第 987 號）

前述提到構成車禍的民事責任以故意或過失，不法侵害他人權利者要負賠償責任，因此車禍的發生導致他人受傷或死亡或財產受有損害時便要負賠償責任，這是指損害的發生與侵權行為之間有相當的因果關係，簡單的講就是要證明二者之間確有相當的因果關係。但是最高法院有關車禍的一項判決（89 年台上字第 1878 號）也指出「按侵權行為之債，固須損害之發生與侵權行為間有相當因果關係始能成立，惟所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成的客觀存在事實，為觀察的基礎，並就此客觀存在事實，依吾人智識經驗判斷，通常均有發生同樣損害結果之可能者，該行為人之行為與損害之間，即有因果關係。是只要具體行為，依客觀存在之事實觀察有導致結果發生之可能性即有相當因果關係存在，並不以該行為確係造成損害之原因為必要。」顯示只要能證明，具體的行為，依客觀存在的事實，有導致結果發生的可能，就可以成立相當的因果關係。

民法上的過失，以其欠缺注意之程度為判斷之標準，因此可分為抽象的過失、具體的過失及重大過失三種。

1. 抽象過失：所謂抽象過失以是否欠缺應盡善良管理人之注意
2. 具體過失：以是否欠缺與處理自己事務為同一注意
3. 重大過失：以是否顯然欠缺普通人之注意來決定。

與有過失

所謂與有過失，是指關於車禍事件的發生，除加害人有過失外，被害人本身亦有責任，因此再認定賠償責任時，即可依此減輕加害人所應負的賠償金額而言，依實物見解主要可分以下兩種情形：

1. 被害人本身的過失：依民法第 217 條第 1 項的規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。」因此若被害人本身也有過失的話，法院就可據此條文做成減輕賠償的判決，這也就是為什麼一再要提醒大家要遵手交通規則的原因之一了。譬如根據最高法院 97 年度台上字第 1277 號判決書中指出某甲的死亡，故然是因為某乙駕駛客運汽車疏於注意所造成，自應對某甲負賠償責任，但是因為某甲「於案發地點，未行走行人穿越道路，違規穿越道路，就本件損害之擴大與有過失」因此法官在判決時就可以酌減某乙的賠償金額。又譬如，行人走在原本有斑馬線的馬路上時，因道路施工而加鋪柏油路面以致掩蓋斑馬線時，行人仍依原習慣行走於該處而遭撞傷者，亦屬之（劉俊麟、劉俊良，2002：15）。
2. 被害人之代理人或使用人之過失：此處所指多為乘坐他人車輛，出車禍而受傷的情形。在這種情形下乘客本身對事故的發生無直接的責任。但是如果要求實際上並無完全過失責任之對方駕駛負責，也不是那麼恰當，因此有兩個判例（台上字第 1170 號；台上字第 1756 號）就顯示了機車後座人是機車的使用人亦就是對此一事故與有過失，因此分攤了部分的責任，法官就類推適用民法第 224 條規定依同法第 217 條第 1 項規定，減輕被上訴人（機車駕駛）之賠償金額（劉俊麟、劉俊良，2002：15-16）。

共同過失

前面提到一般過失和與有過失，現在來談談共同過失。所謂「共同過失」是指數人因過失不法侵害他人的權利，如果各個行為人的過失行為均是受害人發生損害的共同原因，就是「行為關連共同」，因此就構成共同侵權行為的成立要件，這種情況依民法第 185 條第 1 項前段的規定，「數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任」。

推定過失

所謂推定過失是指明知某人不具駕駛交通工具的條件卻仍將汽車交予他，任其駕駛，此種情形明顯違反道路交通管理處罰第 21 條第 1 項第 1 款之規定，應推定其有過失，譬如台上字第 2111 號的判例就明示：「上訴人明知加害人張某未領有駕駛執照，仍將該小客車交其駕駛，顯違道路交通管理處罰條例第二十一條第一項第一款、第二十八條之規定，亦即違反保護他人之法律，應推定其有過失。」或是如 88 年台上字 1111 號判決

所示，在人行道上、騎樓行駛機車而撞傷行人，亦屬違反保護他人之法律應推定其有過失（劉俊麟、劉俊良，2002：16）。

發生交通事故後誰有賠償請求權？

除被害人外，尚包含其他相關賠償請求權人，分述如下：

1. 被害人：因交通事故案件生命、身體、財產遭受損害之人

2. 為被害人支出殯葬費之人：民法第 192 條第 1 項規定：「不法侵害他人致死者，對於支出殯葬費之人應負損害賠償責任」。

3. 被害人對其負有法定扶養義務之人：民法第 192 條第 2 項規定：「被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負損害賠償責任。」

4. 被害人死亡時，被害人之父母、子女及配偶：民法第 194 條規定：「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額」（台北市政府警察局交通大隊網站→法規園地→事故引發的責任→民事責任）。

若要求賠償，其範圍有那些？可依死亡、傷害、車輛及財物毀損事故，分述如下：

（一）死亡事故：

1. 殯葬費用。指收殮及埋葬死者之費用。得請求之項目

- （1）· 棺木費、運棺車資
- （2）· 壽衣、墓地、誦經等費用。
- （3）· 孝服、麻布。
- （4）· 造墓及材料費、搬運屍體及埋葬費用
- （5）· 米飯、金紙。
- （6）· 屍體保管、化妝、引魂、式場設備、遺像費用。

不得請求之項目：

- （1）· 祭獻牲禮費。
- （2）· 喪宴費用。
- （3）· 樂隊費用。
- （4）· 安置祿位及奉祀之費用
- （5）· 毛巾、手帕、鮮花山。
- （6）· 訃聞、登報費。

上述得請求、不得請求項目係依法院個案判例例舉，應該打定 統一最高及最低標準，以減少爭執。有關殯葬費之請求，須附有葬儀館開立之收費明細單及收據為憑，另墓地買賣或靈骨塔位、造墳材料費、工資等，亦須買賣契約書或收據為憑證。

2. 對第三人之法定扶養費：

民法第 192 條第 2 項規定：「被害人對於第三人負有法定扶養義務者，加害人對於該第三人亦應負有損害賠償責任」。所謂「該第三人」依民法第 1114 條及第 1116 條之 1 規定有：

- (1) 直系血親相互間。
- (2) 夫妻之一方與他方之父母同居者，其相互間。
- (3) 兄弟姐妹相互間。
- (4) 家長家屬相互間。
- (5) 夫妻間。

扶養費計算相關規定如下：

- (1) 請求權人應受扶養期間：

即法定扶養權利人應受扶養年限，原則如下：

※·受扶養權利人為直系血親尊親屬時，受扶養期間算至成年（20 歲）前 1 日。

※·受扶養權利人為直系血親尊親屬時，受扶養期間計算其餘命（可參考內政部編印「台灣地區歷年居民平均餘命表」）。

- (2) 扶養費之計算標準：

扶養費之認定應按被害人與受扶養權利人之關係，被害人將來或現在之收入，受扶養權利人之需要及被害人經濟能力及身分定之。但訴訟實務上常以個人綜合所得稅扶養親屬寬減額為每年扶養費之請求標準，乘以應受扶養年限。

- (3) 扶養費之計算之計算及支付方式：

扶養費之支付方式，民法亦未限制，訴訟實務上多以一次給付，以每年為一期，扣除第二年至受扶養年限止之中間利息，求其總和。通用之速算方式為霍夫曼計算法。

- (4) 扶養費請求之限制：

民法第 1117 條第 1 項規定：「受扶養權利者，以不能維持生活而無謀生能力者限。」故受扶養權利如父母配偶須證明 60 歲或 65 歲退休後，不能維持生活才能請求扶養費。

3. 精神慰撫金：

因他人故意或過失行為導致精神上、肉體上之痛苦，被害人本人或被害人親屬可就該痛苦向加害人請求相當數額之賠償。民法第 194 條規定：「不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶，雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額」。慰撫金賠償金賠償額之計算目前並無具體基準訴訟實務就慰撫金賠償額核給之標準雖認應斟酌當事人兩造身分、地位、資力，被害人或家屬所受損害輕重、精神上痛苦程度，加害人加害態樣及其他各種情形核定相當之數額，但如何之數額「相當」？常因法官之自由心證而有差異，一般死亡事故慰撫金之數額以十五萬元及二十萬元之案例較多。

4.生前支付之醫藥費：

被害人生前支付之醫藥費，其繼承人得依繼承關係，全體向肇事者請求賠償

(二) 傷害事故

1.喪失或減少勞動能力之損害。

民法第 193 條第一項規定：「不法侵害他人之身體或健康者，對於被害人因此喪失或減少勞動能力，應負賠償責任」。

(1) · 勞動能力是全部或部分喪失，法院審理過程常參考醫院鑑定報告、被害人原有工作技能、工作性質、再就業可能，依法官自由心證認定之。

(2) · 勞動年數計算標準依訴訟實務有多種標準，有計算至 60 歲退休年齡者，亦有計算至 50 歲或 55 歲者，法院常參酌被害人原有職業、健康狀況、減少勞動能力程度核定之。

(3) · 喪失或減少勞動能力損害之評價標準：

※ · 有工作者不以現有收入為準。評價殘存勞動能力應就被害人受侵害前之教育程度、專門技能、社會經驗、健康狀態，在通常情形下可能取得之收入為準。

※ · 無工作之未成年人可按其在校成績及政府單位公布之各統計資料作為參考；無工作之主婦可按同樣工作內容僱請傭人或管理代勞應付之報酬，估算損害額；失業者就其年齡、學經歷及失業前之職業、年收入等認定之。

(4) · 一次給付或分期支付：

法院得因當事人聲請，命肇事者提出擔保並命其之付定期金分期賠償；亦可依當事人聲請，命肇事者一次支付賠償額，以填補被害人所受喪失或減少勞動能力之損害。

2.增加生活上需要之費用：

(1) · 看護費。僱請特別護士或醫院護佐而有合法公司開立之收據為憑者，訴訟實務准予請求賠償。但由被害人親屬看護時，實務上認為未實際支出費用不得請求。

(2) · 義肢、義齒、義眼、拐杖等費用。

(3) · 營養補品費。但無醫師處方，私自購買者不准請求。

(4) · 被害人乘車前往醫院之交恫費。

3.醫療費用：

因交通事故致身體受傷而赴醫院醫療，期間所支出必要之住院費、手術費、藥品費、檢驗費、復健費等，受害人得依民法第 184 條第 1 項規定向肇事之加害人請求賠償。但須扣除伙食費、診斷書費、國術館、私人診所無處方箋之費用。另被害人如參加健康保險或傷害保險，其住院及醫療費用，已由保險單位給付，或被害人自行支付醫藥費後，向保險單位領

取醫療費用，因被害人參加保險，旨在保護被保險人，非為減輕損害事故加害人之責任，保險單位所應醫療費用，係被害人繳納保險費之代價，故被害人仍得請求賠償醫療費用。

4. 停業之損失：

被害人因傷而停止工作或停業時所減少之收入，得依民法第 184 條及第 216 條規定請求賠償。但須提出薪資扣繳憑單、縱合所得稅稅額證明、公司證明或營業報稅資料作為法院審定之依據。

5. 精神慰撫金：

交通事故受傷慰撫金數額常因傷害輕重差異頗大，依法院判例，骨折約從 2 萬元至 20 萬元間；頭部挫(裂)傷約從 4 萬元至 20 萬元；植物人、下半身殘廢、失明、耳聾及其他重傷約 30 萬至 50 萬元間。

(三) 車輛及物毀損事故：

1. 車輛毀損：

(1) · 被害人可依第 213 條、第 214 條、第 215 條規定請求恢復原狀，無法(不能)恢復時，可以請求賠償，如係新車，可以請求相當於購車之價金(扣除殘值)。

(2) · 被害人亦可依民法第 169 條規定直接請求金錢賠償(毀損所損失之價額)。

(3) · 自行送修或交保險公司修復後，可以請求賠償已之付之修理費，但有新品汰舊品之折舊問題。

(4) · 計程車業者，車輛送修其間營業損失可以請求。

2. 物毀損：

汽車以外之物損，例如卡車衝入路旁之餐廳或撞牆壁，此時可請求賠償損害修理費，餐廳因修理而停業時，亦可請求停業補償等。

賠償請求的方式有那些？

依內政部警政署頒發之「道路交通事故處理規範」規定：「各級處理單位人員，一律不得主動參與交通事故之民事和解。」因此，交通事故被害人不得向警察機關請求協助解決民事賠償問題。有關民事賠償請求可依下列方式進行：

(一) 自行民事和解：

交通事故當事人可依據警方提供之雙方連絡資料，自行洽談民事和解事宜。

(二) 聲請調解：

被害人或家屬希望有人調解民事賠償問題時，可向下列二單位聲請

1. 鄉鎮市區調解委員會：

(1) · 以書面或言詞聲請。

(2) · 民事案件在第一審法院辯論終結前，均得向肇事者住所、營業所肇事地之鄉鎮市區調解委員會聲請。

(3) · 調解成立經送法院核定後，與民事確定判決有同一效力，得持調解書生請對肇事者之財產為強制執行。

2. 法院調解：

(1) · 被害人或家屬於起訴前亦可向管轄法院聲請調解。

(2) · 調解成立與訴訟上和解有同一效力，即與民事確定判決同一效力，亦得持調解筆錄聲請強制執行。

(三) 訴請法院審理：

1. 刑事附帶民事訴訟：

交通事故被害人得於刑事訴訟起訴（自訴或檢察官起訴）後至第二審辯論終結前以訴狀對被告及依民法負賠償責任之人，向刑事庭提起附帶民事訴訟，請求賠償其損害（檢察官偵查中，不能附帶提出民事賠償請求；另第一審辯論終結後上訴第二審前亦不得提附帶民事訴訟。

2. 提起民事訴訟：

交通事故未涉刑事責任或不諳刑事訴訟進行程度而遲誤提起附帶民事訴訟時機者，則另行向肇事者之住所地法院提起損害賠償民事訴訟。

(四) 請求國家賠償：

國家賠償法第3條規定：「公有公共設施因設置或管裡有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，國家應負損害賠償責任。」所謂設置或管理有欠缺係指公有公共設施之設置完成並開始供公眾使用者而言。如僅在施工建造中，不得謂之設施。而公有公共設施管理欠缺指不具備通常應有之狀態、作用或功能致缺乏安全性而言。上述欠缺所生國家賠償責任，不以故意或過失為責任條件，係採無過失責任賠償主義。有關請求國家賠償方式如下：

1. 須以書面向賠償義務機關求償：

該書面須載明下列各項：

※請求權人之姓名、年齡、職業、住所或居所。

※有代理人者，其姓名、性別、年齡、職業、住所或居所。

※請求賠償之事實及理由。

※請求損害賠償之金額或回復原狀之內容。

※賠償義務機關。

※年、月、日。

2. 協議：賠償義務機關對於賠償請求，應即與請求權人協議。

(1) · 協議成立時，應作成協議書，該項協議書得為執行義

(2) · 自開始協議之日起逾60日協議不成立時：賠償義務機關應依請求權人之申請，發給協議不成立證明書。請求權人未依前項規定申請發給協議不成立證明書，得請求賠償義務機關繼續協議，但以一次為限。

(3)·拒絕賠償：被請求賠償機關如認非賠償義務機關或無賠償義務者，應於收到請求權人之請求起 15 日內，以書面敘明理由拒絕之。

3.提起損害賠償之訴訟：

賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾 30 日不開始協議，或自開始協議之日逾 60 日協議不成立時，請求權人得向法院提起損害賠償之訴。

賠償的請求時效

依民法第 197 條第 1 項規定：「因侵權行為所生之損害賠償請求權，自請求權人知有損害及賠償義務人時起，2 年間不行使而消滅。自有侵權行為時起，逾 10 年者亦同。」交通事故案件請求民事賠償應注意時效，以免權益受損(台北市政府警察局交通大隊網站→法規園地→事故引發的責任→民事責任)。

(三) 行政責任：

所謂的行政責任是指交通事故發生過程中，肇事人有違反道路交通管理處罰條例等法令之不當行為，並依違反的輕重程度應接受罰鍰、記點、講習、吊照等行政罰的責任。以下分項說明之：

第一、吊銷駕駛執照：例如因酒醉或患病而肇事，致人重傷或死亡者；撞傷正執行交通勤務中之警察者；違反道路交通安全規則，因而致人死亡者；肇事致人受傷或死亡，不立即採取救護或其他必要措施，並向警察機關報告而逃逸等，依處罰條例規定應吊銷其駕駛執照。

第二、吊扣駕駛執照：例如違反道路交通安全規則，因而肇事致人重傷者，依處罰條例規定應吊扣其駕駛執照 3 個月至 6 個月。

第三、吊扣汽車牌照：例如汽車駕駛人駕駛汽車肇事致人受傷或死亡時，如汽車所有人同車，不命駕駛人停車處理者，吊扣車輛牌照 6 個月至 1 年；另汽車依本條例規定記違規紀錄於 3 個月內共達 3 次以上者，吊扣其汽車牌照 1 個月。

第四、罰鍰：汽車駕駛人肇事如有違反處罰條例之行為，應依法科處罰鍰

第五、記點：汽車駕駛人駕駛汽車違反道路交通安全規則，因而肇事致人受傷者，記違規點數 3 點，另汽車駕駛人肇事，如有違反處罰條例第 63 條第 1 項所列條款之一者，除依原條款處罰鍰外，並予記點。例如超速行駛肇事，除處新台幣 1200 元以上 2400 元以下罰鍰外，並記交通違規 1 點。汽車駕駛人在 6 個月內違規記點共達 6 點以上者，吊扣其駕駛執照 1 個月；1 年內經吊扣駕駛執照 2 次，再違規應記點時，吊銷其駕駛執照。

第六、講習：汽車駕駛人駕車違規肇事，致受吊扣駕照處分或記點者，應施以定期講習。

交通警察對於違反行政法規的肇事者在事故現場如何處置？交通事

故現場處理完畢，肇事當事人如有違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則第 15 條之規定，處理人員當場即依規定扣留肇事駕駛人相關證照，並發給代保管物件臨時收據。處理單位應於 **30 日** 查明肇事駕駛人是否有違反「**道路交通管理處罰條例**」所規定之情事。如有違規，應填「**違反道路交通管理事件通知單**」舉發之。肇事駕駛人的行政責任與刑事責任依「**道路交通管理處罰條例**」第 10 條規定應分別處理。例如肇事致人於死並逃逸，則刑事責任部分移送該管地方法院檢察署偵辦，**行政責任則逕由公路主管機關或警察機關依處罰條例規定吊銷其駕駛執照，不必等刑事責任法院判決確定再行吊銷其駕駛執照。**肇事人不服公路主管機關或警察機關裁罰之條件，得提出申訴，倘仍不服處罰，得於**接到裁決翌日起 20 日內**，向**管轄地方法院交通法庭聲明異議**。不服交通法庭之裁定，得為抗告。但不得再抗告（台北市政府警察局交通大隊網站→法規園地→事故引發的責任）。

第四章身份法之案例分析與教學應用

範圍：身份法（民法之親屬編與繼承編）

葉 怡 君

高苑科技大學通識教育中心助理教授

前 言

由於電視、網路等各種大眾傳播媒體發達，取得各類資訊之管道繁多，加上校園同儕影響，以及社會上本存在各種多元文化，使得年輕人的社會化年齡逐漸降低，目前大專院校學生仍保有「清純」、「單純」形象之比例，和上一世代相較，已逐漸降低。大學生不僅自我意識提升，且許多人的心理年齡在高中時代就已相當「成熟」。因此，造成之社會問題繁多。與身份有關之問題，許多即與談戀愛、偷嘗「禁果」、性行為或家庭成員導致有關。

但是，大學生正確的法律觀念並未完全隨著提早社會化和心理年齡的成熟而同步成長，而且，隨著我國大專院校的普遍設立，在幾乎大學錄取率快達到百分之百的情況下，學生素質參差不齊。有非常優秀的國立大學學生，但是，也存在程度較差，甚至對知識學習較無意願、法律觀念也相對淡薄的私立技職院校學生。以筆者的實際教學經驗為例，即深刻體會到，同一科目於教授國立學校與私立科技大學學生時，不管在教材內容與教學方法上，都必須有所不同，如此方可達到「因材施教」目的，否則若以前者標準來對待後者，則不只不容易引發，甚至會產生扼殺後者的學習意願與興趣；相反的，若以後者標準來要求前者，則又過於輕鬆簡單。

再者，「法律與生活」一科的教育目的與重點，並非僅是「法律」，尚有「生活」，加上各大專院校多將本科目置於通識教育中心的負責範圍，多為全校性共同必修的通識課程，甚至是在低年級時即必須修習。因此，一方面，學生通常並無拒絕的選擇，但礙於年輕並不知認識法律之重要性，於修課前鮮少有高度的學習意願，故而，筆者認為，所應教授的法律內容，不應過於冷門艱澀，而是能廣泛性增加學生基本法律觀念的內容，以及強化學生守法觀念為主，待學生學習本基礎課程產生興趣後，其可在其他通識課程修習更進一步的進階性法律課程。另一方面，本科目教授時，應與生活有高度結合，甚至，可以透過本科目教授時，利用有趣的教具，帶著學生同時瞭解許多生活上、課本所沒有的常識，如此，更可提高學生的學習意願、增加生活常識。

職是之故，筆者認為，針對學生應具備之基本法律常識和常見的法律誤解，乃有教育與更正之必要；而教學案例的選擇，於導入時，不應過於艱澀複雜，在大學生生活的周遭即存在許多與身份法有關的個案，加以採用更可以引發學生的學習意願，同時，再透過教師針依照學生的程度來進一步地適當深化教材內容。因此，本文所列之範例不以司法案例為主，而是偏重在筆者教學經驗中，所聽、所聞之社會案例或學生案例；所撰寫的教學方法與內容，設定以科技大學和技術學院日間部學生為主要對象，綜合大學學生由於程度較佳，可由授課教師於基礎教材教授後，再適度增加若干額外法律教材或對問題進行更深入的探討。

而且，與身份法有關的民法親屬編與繼承編在民國 96 年，通過許多修正案，並於 97 年開始實行，都應是教師可教授、應教授，以及讓學生瞭解法律與時據進、致力於社會國家安定進步之良善美意。

最後，本文採用之五個個案，除了主要考量貼近大學生生活外，尚考慮到在「法律與生活」一學期共計約十六週（已扣除期中與期末考週）的實際授課時間中，為讓學生可以充分學習各種民、刑法等基礎法律知識，主張身份法部分最高僅佔約四分之一強，因此，設定的可教學時間大約是四至五週。在這些有限的週數內，筆者認為，應以基礎、重要法律規範優先，因此，方挑選此五大議題。若實際教學行有餘力時，對於日間部大學生，則可再優先教授身份法中關於親權、監護、扶養、遺囑等部分，但是，對於進修部學生則可以婚姻、夫妻財產制為補充教材之優先考量。

目 錄

案例一：未達法定適婚年齡之結婚效力	68
案例二：儀式婚與登記婚	76
案例三：未婚懷孕後，結婚並產子之父母子女關係	82
案例四：違反禁止近親結婚之婚姻效力	93
案例五：民法繼承編之最新修正與教學	103

案例一：未達法定適婚年齡之結婚效力

壹、案例內容之描述

狀況一：

十七歲的俊宏於某天上課時，走路經過附近的里長家，發現張燈結彩，熱鬧非凡，門口停放六輛高級禮車，皆貼上了「囍」字，駐足一聽，原來是里長的兒子建華今天要結婚了。

這一天，俊宏在學校都在思考此事，因為里長的兒子建華和媳婦莉雯都是其同校低一個年級的學弟妹，而且都才十六歲。向同學一問，才知道原來是莉雯懷孕了，雙方家長都樂於歡迎這一孫子到來，因此，就大肆籌辦兩人的婚禮。

俊宏自己也有交往已久的女友，但是印象中，老師曾教過法律規定男生要滿十八歲才可以結婚，所以，雖然滿腦疑惑，但其心想，既然十六歲的建華都可以結婚了，他已經十七歲，也準備向女友求婚。

狀況二：真實個案

2005年年底，立委顏清標先生因其十六歲兒子顏嘉儀的十五歲女友蘇毓涵懷孕，因此，為兩人辦理文定儀式。2006年年初時，正式舉辦結婚儀式，當時，顏家迎娶陣帳盛大，宴客破千桌，國內媒體並同步競相報導。

貳、案例涉及之主要法規範

- 一、民法親屬編—適婚年齡
- 二、民法親屬編—未達結婚適齡之撤銷

參、案例之爭點

本案其實並未真正涉及法律爭點。依據民法第989條，雖然狀況一的建華未滿十八歲，但是，因為莉雯懷孕，而使其婚姻有效，不得撤銷。

一般學生對本案之誤解，主要出現在學校受教育時，雖然教師教導了民法第980條之結婚年齡之規定，告知學生應於身理與心理皆達一定成熟度後方可論及婚嫁，過於年輕結婚實不利於因婚姻與家庭的維持。但是，隨著學生社會化年齡降低，資訊傳播管道眾多，對於十多歲即有性行為或偷嘗禁果，甚至因此產生未婚懷孕狀況的處理方式，則未多從法律觀點來教育，反而使學生所學為一知半懂

局面，本案立即希望彌補本方面之不足。

肆、案例所產生的影響及啟示

保護未成年人和尊重生命，在我國民法與刑法中皆有高度表現。婚姻即有相關之規定。關於婚姻的要件，通常分為「實質要件」與「形式要件」，「實質要件」又可分為「公益要件」與「私益要件」兩種。¹其中，「公益要件」之一，即為民法第 980 條規定之男生未滿十八歲，女生未滿十六歲，不得結婚。²若違反該年齡限制，當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之，但是，若當事人已懷胎者，不得請求撤銷。³且刑法第 288 條規定，懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。懷胎婦女聽從他人墮胎者，亦同。⁴如此，一方面主動規範避免年紀輕輕即奉兒女之命結婚，但另一方面，也有發生時的救濟和處罰措施。

我國非法律系學生在「法律與生活」上課過程中，教師通常會教授到民法第 980 條之年齡規定，但考量到有限的授課時間，或避免變相鼓勵學生偷嘗禁果，對於民法第 989 條等相關法條則常未主動提及。所造成之影響則是學生若有意早婚或確實發生懷孕現象，實不知相關法律規定，及其可能後果，與應如何正確處置。

對此，本文認為，於教導學生關於適婚年齡時，應可同時從兩方面來授課。一方面，從積極面，教導未成年人結婚之相關規定，甚至是訂定婚約之年齡規定；另一方面，從預防和救濟面，一併教授其不管是兩小無猜、你情我願下而偷嘗禁果，或女友於男友半推半就下而發生性行為，甚至因此產生懷孕情形，可能會觸犯到以下法律：

- 一、民法第 980、989 條：結婚年齡，與未達結婚年齡之規定。
- 二、刑法第 227 條：對未成年人為性交或猥褻罪。
- 三、刑法第 288 條：自行或聽從墮胎罪。
- 四、民法第 195 條：侵害身體健康名譽或自由之非財產上損害賠償。

另外，對於懷孕墮胎情形，應教導學生尊重生命，在教學中，除了從道德層面以口述方式敘說，可使用婦產科與孕婦專用的「懷孕四十週胎兒成長紀錄」轉盤為教具，讓學生瞭解女性懷孕及胎兒之變化，以及墮胎對生命之剝奪情形，這可提高學生的注意力，以及增加學生生活常識。

¹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，台北：台大法學院福利社經銷，2007 年 9 月，頁 64。

² 民法第 980 條。

³ 民法第 989 條。

⁴ 刑法第 288 條第 1、2 項。

伍、案例如何在教學中呈現

關於本案例及其相關法律常識之教學，擬從教學綱要、教學目標、教學時間與教學方法等方面來呈現。

教學單元：未達法定適婚年齡之結婚效力

課程綱要：

- 一、主要綱要：教授結婚之適婚年齡與未成年人結婚之相關規定。
- 二、主要綱要：教授未達法定適婚年齡之結婚效力。
- 三、次要綱要：教授訂婚與未成年訂婚之相關規定
- 四、次要綱要：與主要綱要相關之法律，以及發生違反情形之相關法律。

教學目標：

教授學生認識以下法律規定：

- 一、民法第 980 條：適婚年齡。
- 二、民法第 989 條：違反結婚適齡之撤銷。
- 三、民法第 981 條：法定代理人對於未成年人之結婚同意權。
- 四、民法第 990 條：違反法定代理人同意結婚之撤銷。
- 五、民法第 973 條：訂婚年齡。
- 六、民法第 974 條：未成年人訂婚。
- 七、刑法第 227 條：對未成年人為性交或猥褻罪。
- 八、刑法第 288 條：自行或聽從墮胎罪
- 九、民法第 195 條：侵害身體健康名譽或自由之非財產上損害賠償
- 十、墮胎對生命之真實剝奪情形。

教學時間：1 至 2 節課

教學方法：

一、實踐「教學目標一」：適婚年齡

從本案例開始，或從詢問學生知不知道「我國立法委員顏清標於幾歲當阿公？」開始，而導入本案例。先由教師以口述方式，教授民法第 980 條適婚年齡之規定。

二、實踐「教學目標二」：違反結婚適齡之撤銷

從案例卻可發現與適婚年齡規定之不符，此時，說明民法第 989 條之規定。

⁵因此，在本案例中的兩個個案，皆因女主角已經懷孕，故使其當事人的婚姻有效。

另外，應一併說明兩事。第一，違反本條規定之婚姻，依據第 989 條，乃僅可撤銷而已。當婚姻未經撤銷前，縱令男女雙方未達結婚年齡，仍為有效。⁶而由於當事男女兩方或一方未達二十歲，實為限制行為能力人，⁷但是，就民事訴訟法第 570 條規定，就婚姻無效之訴，未成年之當事人仍具有訴訟能力。⁸

第二，雖然顏清標家族之事可用以教導未達適婚年紀而結婚之效力問題。但是，於此案說明時，應同時說明顏清標也為其子之太年輕即有導致女友未婚懷孕行為公開道歉，表示要求其子以婚姻方式負責。這不是法律問題，但卻是應教導的道德問題，並告知學生不鼓勵未婚懷孕行為。

三、實踐「教學目標三、四」：法定代理人對於未成人之結婚同意權，與違反法定代理人同意結婚之撤銷

當學生初墜入情網，由於社會經驗不豐富，並不知悉早婚之弊害。雖然並不必然產生婚前性行為或未婚懷孕現象，但是，確實有若干學生於年紀輕輕時，即希望與戀人步入禮堂，組成家庭。因此，對於未成人結婚之相關規定也應一併教授。

教師可透過口述民法 981 條，⁹教導學生，若為未成人，基於保護之美意，結婚前應得法定代理人之同意，此為婚姻「形式要件」中的「私益要件」。而且，當未成人辦理結婚登記時，尚須檢附其法定代理人之同意證明文件。

另外，若未得法定代理人同意，法定代理人得向法院請求撤銷。此處應可一併教授兩事：第一，依據民法第 990 條前段，僅法定代理人為具有撤銷權之人；第二，應說明法定代理人之請求撤銷時效，為該條後段規定之「若自知悉其事實之日起，已逾六個月，或結婚後已逾一年，或已懷胎者，不得請求撤銷」。¹⁰

⁵ 民法第 989 條：「結婚違反第九百八十條之規定者，當事人或其法定代理人得向法院請求撤銷之。但當事人已達該條所定年齡或已懷胎者，不得請求撤銷。」

⁶ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 70。

⁷ 民法第 13 條：「未滿七歲之未成人，無行為能力。滿七歲以上之未成人，有限制行為能力。未成人已結婚者，有行為能力。」再者，筆者認為，在教授民法親屬編或身份法之前，學生應先完成民法總則之教育，特別是清楚知悉自然人依行為能力不同之區別。否則，不利於本部分之教授。

⁸ 民事訴訟法第 570 條：「未成年之夫或妻，就婚姻無效或確認婚姻不成立之訴，亦有訴訟能力。」

⁹ 民法第 981 條：「未成人結婚，應得法定代理人之同意。」

¹⁰ 隨著我國民法於 96 年，修改結婚為由「儀式婚」變「登記婚」之規定，令筆者聯想到若未成人未取得法定代理人同意之證明文書，理應無法辦理結婚登記，因此，民法第 990 條後段關於法定代理人請求撤銷權之規定是否有存在之必要性。

四、實踐「教學目標五、六」：訂婚年齡，與未成年人訂婚

依據中國傳統習俗，通常有結婚前先訂婚之習慣。即便已知「準媳婦」為懷孕狀態，為以分發喜餅來告知親友或處理聘金等事宜，通常也會有簡單的訂婚儀式。因此，於教授婚姻時，應可一併教授民法關於訂定婚約之規定。

其中，建議對於學生，至少應教授民法第 973 條之「男未滿 17 歲，女未滿 15 歲者，不得訂定婚約」；以及第 974 條之「未成年人訂定婚約，應得法定代理人之同意」。若尚有課餘時間，則可再講授民法第 976 至 979 條之關於解除婚約及請求損害賠償之相關規定。

五、實踐「教學目標七、九」：對未成年人為性交或猥褻罪，與侵害身體健康名譽或自由之非財產上損害賠償

一些年輕人血氣方剛，可能交友複雜，或者，當學生初上大學時，與高中（職）時期的學弟（妹）尚保持聯繫，學弟（妹）可能因學長（姊）已為大學生，而產生愛慕或仰慕之情愫。以上情形，若大學生處理不當，即可能與未滿 16 歲之未成年人產生性交與猥褻之情形，而觸犯刑法第 227 條。

因此，筆者建議，雖然本案例是教授婚姻，但是，基於防範為然，可一併教授刑法第 227 條之規定，清楚告知學生與未滿 14 歲，和 14 歲、以上未滿 16 歲之男女有性交或有猥褻行為者之處罰規定。¹¹同時，告知學生不管是否因此發生被害人懷孕問題，當事人及其法定代理人尚可依據民法第 195 條第 1 項之侵害身體、健康、名譽或自由之非財產上損害賠償之規定，¹²向加害人及其法定代理人請求損害賠償。再者，依據筆者的教學與實務訪談經驗，性行為年齡確實逐年降低，高中（職）學生即有相當高比例具有性行為經驗，大學生比例則更高，因此建議，更必須警告學生，第一，刑法第 227 條為「公訴罪」，因此，待受害人報案後，絕非兩造當事人與其家長間，透過和解方式，即可完全大事化小、小事化無；第二，依據刑法第 227 條第 5 項，即便對於未滿十六歲之男女為性交但未遂者，依然是可處罰之。

六、實踐「教學目標八、九」：自行或聽從墮胎罪，與侵害身體健康名譽或自由之非財產上損害賠償

若大學生與年紀相仿者產生性行為，理應無觸犯刑法第 227 條之問題。¹³

¹¹ 刑法第 227 條：「對於未滿十四歲之男女為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。對於未滿十四歲之男女為猥褻之行為者，處六個月以上五年以下有期徒刑。對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。對於十四歲以上未滿十六歲之男女為猥褻之行為者，處三年以下有期徒刑。第一項、第三項之未遂犯罰之。」

¹² 民法第 195 條第 1 項：「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。」

¹³ 但是，若大學生對於其年齡相仿者，是以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方

但是，可能發生未婚懷孕問題。而若行為人兩造並無結婚或未婚生子意願，就可能必須面對人工流產（墮胎）問題。

基於對生命的尊重與保護，刑法有墮胎罪之規定。本課程應至少可教授刑法第 288 條自行或聽從墮胎罪之規定，¹⁴告知女學生，除非是依據民法第 288 條第 3 項或優生保健法第 9 條¹⁵等情形規定外，否則，不管是自願或被迫為墮胎行為，皆已觸法。

對於男學生，則告知若發生造成女性友人懷孕墮胎之行為，雖然無法直接以刑法第 288 條處罰之，但是，仍可由被害女性或其法定代理人，依據民法第 195 條侵害身體、健康、名譽或自由之非財產上損害賠償，向男方提請損害賠償之請求。

七、實踐「教學目標十」：墮胎對生命之真實剝奪情形

除了從法律上，教導學生墮胎可能必須面對之現實法律問題，筆者認為亦應從道德層面，讓學生認識墮胎對生命之真實剝奪情形，藉助之教學道具正是婦產科與孕婦專用的「懷孕四十週胎兒成長紀錄」轉盤（如圖一）。

婦產科計算懷孕四十週的方式，和一般人的傳統認知有非常大的差異。懷孕是從女性最後一次月經的第一天起算，第一至四週，為胚胎前期，當第四週時，已有頭和軀幹；第六週時，心跳即已開始；第八週時，心臟已成型；第十週時，骨骼開始發育，手足已成型，真的已是個「小 baby」。

但是，在實際上，當女學生發現月經未來時，通常已經是距離上次月經的 28 天，此時，已是懷孕第四週；若女性不宜有他而認為只是月經遲到而持續等待，待兩週後，才去驗孕，其實，距離上次月經已經是第六週後，當才發現懷孕，更是進入懷孕的第七週，胎兒已經有心跳，心跳聲也已可以透過超音波檢驗而聽

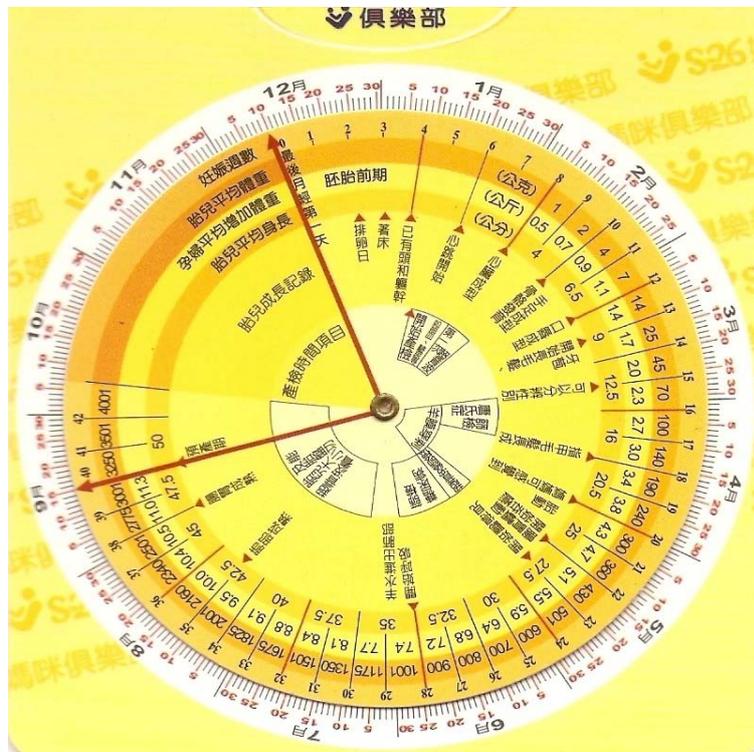
法而為性交或猥褻之行為者，依據刑法第 221 與 224 條，依然是犯法。為性交者，可處三年以上十年以下有期徒刑；為猥褻之行為者，可處六月以上五年以下有期徒刑。而且，第 221 條規定，為性交行為而未遂者，也處罰之。

¹⁴ 刑法第 288 條：「懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。懷胎婦女聽從他人墮胎者，亦同。因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」

¹⁵ 優生保健法第 9 條：「懷孕婦女經診斷或證明有左列情事之一者，得依其自願，施行人工流產：一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者。三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。六、因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意。有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。第一項所定人工流產情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之。」

到。因此，此時方考慮墮胎，乃真正是扼殺一個無辜的小生命。基於對生命的尊重，不應為之。

圖一：「懷孕四十週胎兒成長紀錄」轉盤



透過此轉盤的示範教學，不只可以達成教學目標，更可吸引學生注意力，提高教師教學的活潑度，同時達成多重效果。

再者，若時間充裕，可與學校的護理課或護理教師合作，讓學生觀看墮胎過程影片，再配合護理教師的說明，學生對此將會有更進一步的認識，但是，由於本影片較為血腥，因此，建議學生必須是在身心狀況都較為成熟的情形下方可觀看。而且，具筆者瞭解，許多學校護理課都有讓學生觀看墮胎過程影片，藉以讓其瞭解或是心生警惕，但是，多是讓女學生觀看，然而，由於「一個巴掌拍不響」，主張實應考慮也讓男同學觀看與瞭解。

陸、教學評量方式

教學評量方式，筆者認為應依教師之不同教法、不同授課時間，以及學生的不同程度而異。

若僅預計以一週課程完成，則可以一節半的課程時間，讓教師以口述方式授課與說明，並可於最後的半節課，以普通紙筆測驗方式，來測試學生吸收狀況。

但若時間較為充裕，除了可增加影片欣賞部分，更可將學生分組，要求製作分組報告與共同撰寫學習心得報告。報告題目可有兩類，可由教師指定或由學生任選，第一類，訪問或收集小爸爸、小媽媽之婚姻經營狀況與面臨之問題；第二類，請學生收集（非法）墮胎或未經醫生指示而自行使用 RU486 藥物可能造成之後遺症。待兩週後，進行課堂報告、驗收成果。

案例二：儀式婚與登記婚

壹、案例內容之描述

王俊雄與陳美莉是大學同校同學，目前都是大四，現年二十一歲。今年暑假前兩人都將畢業，之後，美莉將投入職場，而俊雄則將旋即入伍服役。因俊雄熱愛美莉，非常擔心在其當兵期間，她可能因孤寂而兵變，因此，力促女友於畢業前先結婚，美莉並答應了。因此，俊雄在取得雙方家長同意下，參考之前哥哥的結婚儀式與過程，就找了一個黃道吉日，邀請了班上同學、好友和親戚，辦了六桌喜宴，為兩人見證，恭喜他們正式結婚，結為夫妻。請問，兩人的婚姻是否有效。

貳、案例涉及之主要法規範

民法第 982 條—結婚之形式要件

參、案例之爭點

從專業法律從業人員之角度觀察，本案例其實相當簡單，因為並未涉及任何法律爭點。

肆、案例所產生的影響及啟示

本案例雖然相當簡單，但本文仍採用此案例，主要原因為，第一，以簡單的案例來吸引學生的注意力，避免形成學生有法律艱澀難懂之先入為主的排斥偏見；第二，民法的身份法部分，於民國 96 年有大幅度修改，於該年 5 月 23 日正式公布，預計於公布後一年施行，本案例一關於結婚的形式要件，即為此次變更的部分之一，因此，本文希望透過本案例，教授學生最新關於結婚形式要件之規定，並瞭解新舊法之差異，和法律變更之用意。再者，有效的結婚並非僅符合形式要件即可，尚有實質要件之規定，因此，若有充裕時間，希望可一併讓學生瞭解結婚的實質要件。

伍、案例如何在教學中呈現

教學單元：結婚之形式要件

教學綱要：

- 一、主要綱要：教授學生認識到結婚之形式要件乃由「儀式婚」變為「登記婚」。
- 二、主要綱要：儀式婚與登記婚兩者之定義與差別。
- 三、次要綱要：結婚的實質要件。

教學目標：

本案例希望達成以下教學目標：

- 一、舊法—「儀式婚」之規定
- 二、新法—「登記婚」之規定
- 三、說明形式要件變更之原因與優點
- 四、不具備法定結婚形式之婚姻效力
- 五、結婚的實質要件

教學時間：一節課

教學方法：

一、實踐「教學目標一」：「儀式婚」之規定

建議教師可以口述及板書方式，說明以下內容。

依據民國 19 年制訂之舊民法規定，結婚應有公開儀式及二人以上之證人。故我國乃是採取形式婚主義中的儀式婚。而民國 74 年修正的親屬編，因認為結婚當事人，在儀式婚上有無公開儀式，若有爭議，實不易舉證，對於應負舉證責任之一方有欠公平，而且，缺少公示性，對於結婚當事人身份之安定性與權益也不足以保障，因此，將民法第 982 條於原規定外，增列第二項，規定「經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」。本項之增列實並未改變儀式婚而為法律婚或登記婚，僅為舉證責任之倒置，合法夫妻之婚姻仍須經過舉行公開儀式和二人以上之證婚。

其中，關於「公開儀式」，所謂「公開」，指儀式為公然，一般不特定之人均可共聞共見。所謂「儀式」，指結婚當事人在式場舉行一定之表象，而為結婚行為，但並不限於宗教儀式，一般習俗儀式亦可。¹⁶所以，公開儀式指結婚之當事人行定式之禮儀，使不特定人得以共聞共見認識其為結婚者。¹⁷

關於「兩人以上之證婚」，其設立目的，主要因婚姻非兒戲，基於慎重，確認當事人有結婚之真意。但是，關於證人，並不以證婚人為限，而且其資格，民法迄今並無明文規定，但依據 51 年台上字第 551 號之要旨，¹⁸以具備行為能力

¹⁶ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 90。

¹⁷ 51 年台上字第 551 號之要旨。但是，因為修法緣故，本則判例於民國 96 年 8 月 28 日經最高法院 96 年度第 5 次民事庭會議決議自 97 年 5 月 23 日起不再援用。

¹⁸ 51 年台上字第 551 號之要旨：「民法第九百八十二條所謂結婚應有公開之儀式，指結婚之當事

者為基本。

因此，當應用於本案例中，若王俊雄與陳美莉是在民國 97 年 5 月 22 日前結婚，因為已經具備「公開儀式」和「二人以上之證人」要件，職是之故，此二人之婚姻為有效婚姻。只是應告知學生，依據我國戶籍法第 17 條第 1 項之規定，¹⁹這小兩口尚必須前往戶政單位進行結婚登記，若不登記，依據戶籍法第 53 條之規定，可被處以罰鍰。²⁰

二、實踐「教學目標二」：「登記婚」之規定

建議教師亦以口述及板書方式，說明以下內容。

民法第 982 條於民國 96 年有所修正，於該(96)年 5 月 23 日正式公布，預計於公布後一年施行。修正後的民法第 982 條規定「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」職是之故，民法第 982 條由「儀式婚」正式變成「登記婚」，結婚當事人需具備三種形式要件：第一，同意結婚之書面證明；第二，此書面具有兩人以上之證人簽名；第三，結婚當事人共同前往轄區之戶政事務所為結婚之戶籍登記。

其中，關於同意結婚之書面，一般習慣即為填寫市面文具行或婚紗公司皆可購得之「結婚證書」(建議教師可準備本項教具)。再者，本次修正依然未明確規範證人之資格。

因此，當將新修正條文應用於本案例時，應告知學生，若此兩位當事人的結婚乃於民國 97 年 5 月 23 日之後舉行，則其婚姻尚未正式生效，因為雖然已有兩人以上見證，但是，尚未書寫同意結婚之書面資料，兩位以上的證人也尚未簽名，兩位當事人更尚未共同前往轄區之戶政事務所為結婚之戶籍登記。

如此變化和過去差別甚巨，應告知學生不得不注意，而不能僅將過去家庭舉辦結婚之方式沿用。

三、實踐「教學目標三」：結婚形式要件變更之原因與優點

建議應讓學生瞭解本條再次修正之原因，將可讓學生對於其內容更為熟悉，以及瞭解立法者之美意。教學方式建議亦以教師口述和板書為主。

人應行定式之禮儀，使不特定人得以共聞共見認識其為結婚者而言，所謂二人以上之證人，祇須有行為能力在場親見而願證明者為已足，不以證婚人為限。」。

¹⁹ 戶籍法第 17 條：「結婚，應為結婚之登記。離婚，應為離婚之登記。」

²⁰ 戶籍法第 53 條：「無正當理由不於法定期間為登記之申請者，處新台幣三百元以下罰鍰；經催告而仍不為申請者，處新台幣六百元以下罰鍰。」

根據戴炎輝等三位學者主張，明確由儀式婚規定改為登記婚，乃與民國 74 年修正的親屬編針對民法第 982 條所增列的第二項（「經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」）尚存有以下缺點有關：²¹

第一，該第二項僅有推定之效力，並非成立或生效要件，透過舉反證推翻，該婚姻仍自始無效，因此，雖增加該規定，但是，仍為儀式婚，且其所導致的弊病仍存在。

第二，以推定方式來決定夫妻之身分關係，頗為不當，因為其身份關係非終局確定，若有人提出反證而推翻，該婚姻將溯及結婚登記時即無效，易讓婚姻始終處於不安定之狀態。

第三，增列第二項之規定，容易讓人誤認我國結婚要件兼採儀式婚和登記法律婚之雙軌制，兩者具有同一效力，而可由結婚當事人任選一種方式為之。因此，應加以明文釐清，避免誤解。

第四，應一統將民國 74 年親屬法修正有關結婚與離婚之形式要件採不同立法標準之狀況。

四、實踐「教學目標四」：不具備法定結婚形式之婚姻效力

以本案例為例，假若王俊雄與陳美莉的結婚不管是在民國 97 年 5 月 23 日之前或後，但是，若都不符合當時民法第 982 條的儀式婚或登記婚之正確規定，則其婚姻效力為何，會產生何種問題，應該也是一併讓學生認識。

依據民法第 988 條第 1 款：「結婚有下列情形之一者，無效：一、不具備第九百八十二條之方式。」職是之故，其婚姻乃是自始無效。而其後果，在民法第 999 條²²前兩項都有規定，無過失的一方可向有過失的一方請求財產與非財產的損害賠償。而且，依據民法第 999-1 條第 1 項，²³此種無效婚姻可準用民法 1057 條：「夫妻無過失之一方，因判決離婚而陷於生活困難者，他方縱無過失，亦應給與相當之贍養費」，與第 1058 條：「夫妻離婚時，除採用分別財產制者外，各自取回其結婚或變更夫妻財產制時之財產。如有剩餘，各依其夫妻財產制之規定分配之」之規定。

²¹ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 92-93。

²² 民法第 999 條：「當事人之一方，因結婚無效或被撤銷而受有損害者，得向他方請求賠償。但他方無過失者，不在此限。前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額，但以受害人無過失者為限。前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者，不在此限。」

²³ 民法第 999-1 條第 1 項：「第一千零五十七條及第一千零五十八條之規定，於結婚無效時準用之。」

五、實踐「教學目標五」：結婚的實質要件

關於結婚的實質要件至少有九項規定。第一，需達結婚年齡：依據民法第 980 條之規定「男未滿十八歲者，女未滿十六歲者，不得結婚」。第二，依據民法第 981 條之規定，未成年人結婚，應得法定代理人同意。關於此二項之內容與教學方法，可參考本報告之案例一。

第三，須不違反近親結婚之規定：基於優生學考量與避免倫常名分之混亂，民法第 983 條共規定共有三款、四種情形為禁止近親結婚之情形，違反此規定者，依據民法第 988 條第 2 款，婚姻為無效。關於此項之內容與教學，請詳閱本報告案例四之部分。

第四，須當事人間無監護關係：依據民法第 984 條之規定，監護人與受監護人，於監護關係存續中，不得結婚。但是，若經受監護人父母之同意者，不在此限。再者，依據第 991 條，受監護人或其最近親屬有向法院請求撤銷的權利，但是，也有限制條件。²⁴

第五，須非重婚：依據民法第 985 條規定，有配偶者，不得重婚，且我國婚姻採一夫一妻制，故一人不得同時與兩人以上結婚。若有違反此情形者，婚姻無效。²⁵

第六，須非不能人道且不能治者：民法第 995 條²⁶有此規定，違反者，他方可向法院請求撤銷婚姻，但是，必須限於結婚時存在此情形。而且，若有知悉其不能治之時起已逾三年者，依規定仍不得請求撤銷。

第七，須結婚時非在無意識或精神錯亂中：民法第 996 條²⁷有此規定，若發

²⁴ 民法第 991 條：「結婚違反第九百八十四條之規定者，受監護人或其最近親屬得向法院請求撤銷之。但結婚已逾一年者，不得請求撤銷。」

²⁵ 但是，實務上存在一人可能先後與兩人結婚情形，特別是因為民國三十八年國民政府撤退，老兵也隨軍隊來台後，因為長期無法返回中國，因此，在台另行結婚，而與中國的元配分隔兩地。對三者而言，雖非惡意或故意，但是確實存在重婚問題，若因此即輕易判定後婚無效，對於該名女子而言，實相當無辜。因此，民法第 988 條第 3 款有但書規定，「但重婚之雙方當事人因善意且無過失信賴一方前婚姻消滅之兩願離婚登記或離婚確定判決而結婚者，不在此限」；第 988-1 條也有延續的補充規定「前條第三款但書之情形，前婚姻自後婚姻成立之日起視為消滅。前婚姻視為消滅之效力，除法律另有規定外，準用離婚之效力。但剩餘財產已為分配或協議者，仍依原分配或協議定之，不得另行主張。依第一項規定前婚姻視為消滅者，其剩餘財產差額之分配請求權，自請求權人知有剩餘財產之差額時起，二年間不行使而消滅。自撤銷兩願離婚登記或廢棄離婚判決確定時起，逾五年者，亦同。前婚姻依第一項規定視為消滅者，無過失之前婚配偶得向他方請求賠償。前項情形，雖非財產上之損害，前婚配偶亦得請求賠償相當之金額。前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者，不在此限。」

²⁶ 民法第 995 條：「當事人之一方，於結婚時不能人道而不能治者，他方得向法院請求撤銷之。但自知悉其不能治之時起已逾三年者，不得請求撤銷。」

²⁷ 民法第 996 條：「當事人之一方，於結婚時係在無意識或精神錯亂中者，得於常態回復後六個

生此情形，當事人可於回復常態後六個月內，向法院請求婚姻撤銷。

第八，須非被詐欺或被脅迫：民法第 997 條²⁸有此規定，且若發生此情形，當事人也是得於發見詐欺或脅迫終止後，六個月內向法院請求撤銷之。

第九，當事人雙方當然必須有結婚之合意。

陸、教學評量方式

關於本案例之教學評量方式，因為僅預計以一節課時間講授完成，因此，建議於下次上課時，透過填充題方式來進行紙筆測驗，或者要求學生以默寫方式，寫出關於民國 96 年修法前後，針對民法結婚形式要件規定之變化，來測試學生瞭解狀況。

再者，因為民法 982 條之「登記婚」目前僅有一條之規定，且尚未正式執行，因此，若有充裕時間，可再以一節課時間，透過分組辯論方式，請學生討論認為何種為優，或者，教師以引導方式，和學生一同討論改為「登記婚」後，可能新產生的問題。

月內向法院請求撤銷之。」

²⁸ 民法第 997 條：「因被詐欺或被脅迫而結婚者，得於發見詐欺或脅迫終止後，六個月內向法院請求撤銷之。」

案例三：未婚懷孕後，結婚並產子之父母子女關係

壹、案例內容之描述

林鎮瑞與王筱娟是就讀某科技大學夜間部時認識的同班同學，並進而相戀。畢業後，兩人依然為男女朋友，甚至進一步發生了親密關係。七月份時，筱娟因生理期沒來，到便利商店買驗孕棒一測後，發現自己懷孕了。經過和鎮瑞討論，兩人決定結婚。鎮瑞知道筱娟的父母不是非常喜歡他，但為了取得其雙親同意，經過多次拜訪，筱娟的父母終於於八月份答應兩人的婚事，唯一的條件，就是必須依傳統習俗正式舉辦結婚儀式。因為傳統結婚儀式隆重而複雜，故需要一些時間準備，而預計訂於九月底舉行。結果發現，九月底時為農曆七月份，傳統上又認為農曆七月不適合嫁娶，且偏偏這一年又是「潤七月」。因此，經過雙方討論，決定避過鬼月，於農曆八月份再舉行婚禮，然而，此時已進入國曆十一月份。

十一月份，鎮瑞與筱娟終於正式結為夫妻。但是，其實筱娟內心有個疙瘩，因為十一月結婚時，筱娟已是懷孕約六個月，小腹已明顯突出，穿不到漂亮的結婚禮服也就作罷，但是，主要其心想，她是未婚懷孕，大腹便便時才結婚，屆時肚中的孩子出生，到底在法律上是否算是她和鎮瑞的「婚生子女」，需不需要額外辦理哪些法律手續來為孩子「正名」？假如不是「婚生子女」，且需額外辦手續，那倒不如等她生產且身材恢復後，方舉行結婚儀式，至少她還可以穿到漂亮的結婚禮服。

貳、案例涉及之主要法規範

- 一、民法 — 關於婚生子女與非婚生子女之定義
- 二、民法 — 關於準正與認領定義之補充

參、案例之爭點

本個案其實也不涉及司法爭議，而單純是關於民法親屬編中，「父母子女關係」的法律教育問題。

肆、案例所產生的影響及啟示

本研究會提出此個案來教學與討論，主要是有感於社會現象和筆者實際的教學經驗。

社會現象，乃是因為目前社會民風較過去為開放，未婚懷孕比例明顯增加，甚至，經過媒體報導，非常吸引學生日常注意的影劇圈，此類新聞又偏多，已是不良示範，而且，有些藝人甚至公然主張待孩子出生，藝人產後瘦身成功後，婚禮與孩子的（雙）滿月酒，一起舉行，或主張當孩子更大，有記憶時，再舉行結婚儀式，由孩子來當「花童」，一齊慶祝。這些對學生多少都有所影響。

再者，以筆者近年來的教育經驗中，學生若相當年輕即步入禮堂，或於在學期間即選擇結婚，相當高比例都是因為懷孕。但是，真的有女學生因此來詢問其肚中的胎兒身份為何，是否需要補辦程序來「正名」。甚至，有一名女同學就是於民國 95 年時，因為懷孕決定結婚，但是，該年為「潤七月」，因此當她正式公開辦理結婚儀式宴客時，已是懷著約六至七個月的身孕，私底下，其即或多或少抱怨因為大腹便便，不僅並無漂亮的禮服可穿著，喜宴上還必須忍受親友關注的眼光，而且，也擔心孩子未來的法律定位問題。

因此，本研究認為，必須導正社會風氣，教授學生正確的婚生子女與非婚生子女觀念，讓學生瞭解先結婚後懷孕方生子，未婚懷孕而結婚與產子，以及未婚懷孕，於產後方結婚，對孩子身份及父母子女關係而言，在法律上之差異。而且，考量到社會風氣之變化與舊法之不合時宜，民法於民國 96 年針對父母子女關係亦有所修正，因此，亦應一併介紹最新規範與內容。

伍、案例如何在教學中呈現

教學單元：未婚懷孕後，結婚並產子之父母子女關係

教學綱要：

- 一、主要綱要：婚生子女與非婚生子女之定義與差別
- 二、次要綱要：介紹非婚生子女：認識「認領」與「準正」之定義與差別
- 三、次要綱要：介紹民國 96 年修正後的子女之姓規定

教學目標：

教授學生認識以下法律與相關規定

- 一、民法第 1061 條：婚生子女之意義，及其反論—非婚生子女
- 二、民法第 1062 條：受胎期間與推定期間之推定
- 三、民法第 1063 條：婚生子女之推定
- 四、非婚生子女對其生母之關係
- 五、準婚生子女一：認領
- 六、準婚生子女二：準正
- 七、不受婚生推定之婚生子女（本個案關鍵）

八、民法第 1059 條：子女之姓

教學時間：一週（兩節課時間）

教學方法：

親子關係可分為自然與擬制關係兩種。本個案欲教授的是自然的親子關係部分。為達成以上教學目標，分別建議教師以口述，搭配版書方式，教授如下。

一、實踐「教學目標一」：婚生子女之意義，及其反論—非婚生子女

根據民法第 1061 條之規定「稱婚生子女者，謂由婚姻關係受胎而生之子女」，可教育學生至少兩事，第一，教育學生，所謂的「婚生子女」，應具備兩個要件，一為其父母間有婚姻關係，二為其受胎是在婚姻關係中，而且，乃是先一後二之關係，亦即是一對男女因為先有婚姻關係，在婚姻關係存續中，有受胎而產下的子女方為婚生子女。第二，教導學生，將本條文反意解釋之，即為非婚生子女。亦即，非婚生子女，指非由婚姻關係受胎而生的子女。

二、實踐「教學目標二」：受胎期間與受胎期間之推定

雖然教授民法第 1061 條婚生子女之定義，但是，因為學生的中文閱讀理解能力不一，加上對於懷孕期間變化之不瞭解，因此，對於民法第 1062 條理解能力必然不一而足，應由教師詳細說明，並且可使用「懷孕四十週胎兒成長紀錄」轉盤為輔助教具。建議教學方法如下。

首先，解釋「受胎」定義，若學生程度較差，建議以淺顯易懂方式說明，例如，受胎指精子與卵子結合之情形。

其次，說明民法第 1062 條第 1 項「從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間」：利用「懷孕四十週胎兒成長紀錄」轉盤為教具，告訴學生，雖然一般傳統都說女性「懷胎十月」（若平均以每月 30 日計，則共約 300 天），但是，依婦產科的計算方式，一般是以懷胎四十週（約 280 天）為標準。然而，因為每個胎兒發育和孕婦的身體狀況都不一樣，導致實際上從受胎到分娩的時間也會因人而異，因此，為明確定義出婚生子女，應優先規定哪段期間可能是受胎期間。

根據現代醫學的統計，一般狀況下，從受胎到分娩，期間最長者約 300 天左右（約將近 43 週），但最短者卻僅約 190 日左右（懷孕約滿 27 週即生產），因此，我國民法第 1062 條第 1 項規定，從子女出生日回溯第一百八十一日起至第三百零二日止，為受胎期間。亦即，從子女出生日回推第 181 至 302 天期間的共 122 天，都有可能是受胎期間，開始胎兒之發育。這必然可包括一般之情形。

第三，說明民法第 1062 條第 2 項「能證明受胎回溯在前項第一百八十一日以內或第二百零二日以前者，以其期間為受胎期間」：雖然在一般情形下，從子女出生日回推第 181 至 302 天期間，都有可能是受胎期間，但是，在真實狀況下，確實存在從受胎到分娩超過 302 天之情形，²⁹若因此而排除此種較長的懷孕期間，顯失公平，因此，民法第 1062 條第 2 項方規定只要能證明受胎回溯在前項第二百零二日以前者，則以其期間為受胎期間，藉以彌補前述之特例。但是，由於現代醫學科技的發達與進步，除了可能存在胎兒延長在母體發育情形，懷胎短於 181 天而仍可存活的情形也存在，因此，民法於民國 96 年對本項予以修正，增加規定只要能證明受胎是在子女出生日回溯之第一百八十一日以內者，以其期間為受胎期間，以符合真實情況，更可保障子女的婚生性，而成為目前之最新第 1062 條第 2 項之規定。³⁰

三、實踐「教學目標三」：婚生子女之推定

待教師解釋完民法第 1062 條受胎期間之規定後，即可結合民法第 1061 條，來共同說明民法第 1063 條，並建議可考慮依以下順序說明：

首先，解釋何謂「推定」：推定係指一種法則或推論，其意在表示某一事實或若干事實與另一事實或若干事實間之關係，通常又可分為法律上之推定及事實上之推定。

其次，民法第 1063 條第 1 項—婚生子女之推定：根據民法第 1063 條第 1 項「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女」，亦即當一對男女，先有婚姻關係後，其妻方有受胎現象，則後來產下之該名子女即被推定為該對夫妻之婚生子女。

甚至，縱使夫在受胎期間未與妻同居，只要妻之受胎是在婚姻關係存續中，也不影響該名子女之婚生性。除非有權提出否認之訴者有提出告訴之情形則另當別論。³¹

²⁹ 在醫學上，曾經出現受胎後約 320 天方分娩之情形。

³⁰ 在民國 96 年修法前，第 1062 條第 2 項為「能證明受胎回溯在前項第二百零二日以前者，以其期間為受胎期間。」修改後之最新規定則為「能證明受胎回溯在前項第一百八十一日以內或第二百零二日以前者，以其期間為受胎期間。」

³¹ 75 年台上字第 2071 號判決要旨：「妻之受胎係在婚姻關係存續中者，夫縱在受胎期間內未與其妻同居，妻所生子女依民法第一千零六十三條第一項規定，亦推定為夫之婚生子女，在夫妻之一方依同條第二項規定提起否認之訴，得有勝訴之確定判決以前，無論何人皆不得為反對之主張，自無許與妻通姦之男子出而認領之餘地。」

但是，本則判例於民國 95 年 12 月 19 日經最高法院 95 年度第 18 次民事庭會議決議判例加註，「本則判例保留，『本則判例與司法院釋字第五八七號解釋不符部分不再援用。』」

再者，若妻有受胎，但是，有發生在子女出生前，夫妻關係就已消滅之情形，³²則該名子女是否可被推定為婚生子女。依照民法第 1062 條、第 1063 條第 1 項、以及民國 21 年上字第 3000 號判決之要旨，³³雖然子女出生時，夫妻關係已消滅，但是，只要從子女出生之日回溯未超過 302 天，或雖超過但能證明妻是在婚姻關係消滅前受胎，該名子女仍能被推定為婚生子女。

第三，民法第 1063 條第 2 項與第 3 項—婚生子女推定之否認：依據民法第 1063 條第 1 項之規定，看似簡單，但是社會存在多元、複雜現象，因此，可能存在妻於婚姻期間，可能與外遇男子有性行為甚至發生懷孕問題，若因此產下之子女，依據民法第 1063 條第 1 項之規定，將被簡單推定為妻與夫之婚生子女，然而實際上卻非如此。因此，方有第 2 項「前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內為之」之規定，³⁴此時透過夫妻任一方提出「否認之訴」，方可解決所列例子之問題。

但是，這也存在若干問題。一者，可以提起「否認之訴」者僅為夫妻之一方，該名子女或他人（例如該名子女之真正生父）卻無法提起，乃有損相關人之權益；二者，規定夫妻必須在知悉子女出生之日起，一年內為之，如此短促之時間，必須收集、準備和正式提出證明文件來進行否認之訴，實在不足以維護權利。因此，該法實有修改之必要，且依據釋字第 587 號為兼顧身份安定及子女利益，³⁵也持類似之主張。

³² 例如，夫與其懷孕妻關係不融洽，決定於生產前即辦理離婚而解除夫妻關係之情形。

³³ 民國 21 年上字第 3000 號判決要旨：「妻於婚姻關係消滅後所生之子女，須從子女出生日回溯至婚姻關係消滅時，未逾三百零二日，或雖逾三百零二日，而能證明妻在婚姻關係消滅前受胎者，始推定為婚生子女。」

³⁴ 此為民國 74 年修正之規定。但該相已於民國 96 年再修改，旋即於下一段中說明。

³⁵ 釋字第 587 號解釋文如下：

子女獲知其血統來源，確定其真實父子身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法保障。民法第一千零六十三條規定：「妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女為婚生子女。前項推定，如夫妻之一方能證明妻非自夫受胎者，得提起否認之訴。但應於知悉子女出生之日起，一年內為之。」係為兼顧身分安定及子女利益而設，惟其得提起否認之訴者僅限於夫妻之一方，子女本身則無獨立提起否認之訴之資格，且未顧及子女得獨立提起該否認之訴時應有之合理期間及起算日，是上開規定使子女之訴訟權受到不當限制，而不足以維護其人格權益，在此範圍內與憲法保障人格權及訴訟權之意旨不符。最高法院二十三年上字第三四七三號及同院七十五年台上字第 2071 號判例與此意旨不符之部分，應不再援用。有關機關並應適時就得提起否認生父之訴之主體、起訴除斥期間之長短及其起算日等相關規定檢討改進，以符前開憲法意旨。

確定終局裁判所適用之法規或判例，經本院依人民聲請解釋認為與憲法意旨不符時，其受不利確定終局裁判者，得以該解釋為基礎，依法定程序請求救濟，業經本院釋字第一七七號、第一八五號解釋闡釋在案。本件聲請人如不能以再審之訴救濟者，應許其於本解釋公布之日起一年內，以法律推定之生父為被告，提起否認生父之訴。其訴訟程序，準用民事訴訟法關於親子關係事件程序中否認子女之訴部分之相關規定，至由法定代理人代為起訴者，應為子女之利益為之。

法律不許親生父對受推定為他人之婚生子女提起否認之訴，係為避免因訴訟而破壞他人婚姻之安定、家庭之和諧及影響子女受教養之權益，與憲法尚無抵觸。至於將來立法是否有限度放寬此類訴訟，則屬立法形成之自由。

職是之故，民國 96 年針對民法第 1063 條第 2 項予以修正，改為「前項推定，夫妻之一方或子女能證明子女非為婚生子女者，得提起否認之訴。」，並增列第 3 項「前項否認之訴，夫妻之一方自知悉該子女非為婚生子女，或子女自知悉其非為婚生子女之時起二年內為之。但子女於未成年時知悉者，仍得於成年後二年內為之」之規定。一方面，除夫妻之外，增加讓子女也可以提起否認之訴，以維護其自身權益；另一方面，延長夫妻之一方提起否認之訴時間為知悉之後的兩年，也賦予子女在知悉為非婚生子女後有兩年時間可提出，甚至，該名子女雖然於未成年時知悉，但仍可於成年後兩年內提出，如此延長一年時間方可較為充裕準備，大大提高維護夫妻或該名子女的利益。但是，本項新法也依然參酌釋字第 587 號解釋，並未允許該名子女之親生父對受推定為他人之婚生子女提起否認之訴之權利，藉以維護他人婚姻之安定、家庭之和諧及影響子女受教養之權益，而且該釋字主張如此規定未與憲法相抵觸。³⁶誠為民法用心之處，也是應該讓學生瞭解之處。

四、實踐「教學目標四」：非婚生子女對其生母之關係

為了導出後續之「認領」與「準正」之次要教學綱要，而且，此二者之關鍵都是非婚生子女與生父之關係，因此，建議應先介紹非婚生子女與生母之關係。

子女為母親懷胎四十週所生，發生母子關係為不容否認之事實，且發生絕對的直系血親關係。因此，民法第 1065 條第 2 項規定，「非婚生子女與其生母之關係，視為婚生子女，無須認領。」其相互間發生與婚生子女同一之權利義務。也因此，可以民國 22 年上字第 1727 號裁判為例，要旨為「現行民法雖不認妾之制度，但依民法第一千零六十五條第二項之規定，妾與其所生子女之關係，視為母與婚生子女之關係，妾對所生子之遺產，自係民法第一千一百三十八條所定第二順序之繼承人。」來說明非婚生子女與其生母之關係，和其權利義務等同於婚生子女。

五、實踐「教學目標五」：準婚生子女一：認領

對於非由婚姻關係中而生的子女，依據民法第 1061 條之反面解釋，為非婚生子女。因此。雖然非婚生子女與其生父間具有真實生理上的血統關係，但是，在法律上，並非當然發生直系血親關係。³⁷因此，若欲改變非婚生子女與其生父在法律上的關係而為準婚生子女，可以透過「認領」之方式。建議針對認領，教學方法如下：

首先，解釋「認領」之定義：係指生父承認非婚生子女為自己之親生子女之

³⁶ 雖然不允許真正生父提起否認之訴，但是，在實務上多存在由生父提出確認親子關係（不）存在之訴之途徑，來達成相同之目的。李立如，「朝向子女最佳利益的婚生推定制度」，中原財經法學，第十三期，2004 年 12 月，頁 3。

³⁷ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 294。

謂。雖然不同學者對於認領的法律性質主張乃大同小異，多為主觀主義或意思主義，但戴炎輝等三位學者則以為是「觀念之通知」，藉以合理說明民法第 1070 條³⁸之規定。³⁹

其次，說明民法第 1065 條第 1 項：民法第 1065 條第 1 項規定「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女。其經生父撫育者，視為認領。」此為認領中之「任意認領」。其中，認領人為生父本人，而且，依據 63 年台上字第 1796 號判決要旨，⁴⁰認領性質為形成權之一種，並不需要由生父起訴請求之。而所謂「撫育」，民法重視的為事實存在，因此，不管該名子女之生父與生母是否曾經同居，⁴¹該子女是從父姓或母姓，⁴²甚至，是同居妾所生之遺腹子女，⁴³僅須確定是生父有以該子女為自己子女之意思，而確實有或是預先即支付出生後撫育費用之事實存在就已符合，⁴⁴此時，即視同為生父認領。而經生父認領者，非婚生子女在法律上即為婚生子女，其權利義務準用婚生子女之規定。

再者，說明民法第 1066 條之認領之否認：該條規定「非婚生子女或其生母，對於生父之認領，得否認之」。亦即，僅有該名非婚生子女和生母具有否認生父認領之否認權。但是，此種否認權不可任意為之，而必須是在此條文所謂「生父」⁴⁵並非該名子女之真正生父情況下，方可成立。而若尚有充裕教學時間或學生程度較佳者，對於任意認領可再教授認領之撤銷。由於認領重視的是血統之聯繫，因此，認領具有絕對效力，即為民法第 1070 條規定之「生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領」。但是，百密仍有一疏，若確實有證據可證明該名子女並非為當事人之血緣子女，卻無法撤銷認領行為實也有違法律所希望追求之社會秩序維護與公平正義，因此，民國 96 年修法時，對於第 1070 條增加「但有事實足認其非生父者，不在此限」之但書規定。⁴⁶

³⁸ 民法第 1070 條：「生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領。但有事實足認其非生父者，不在此限。」

³⁹ 關於認領法律性質的討論可參見戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 308-309。

⁴⁰ 63 年台上字第 1796 號裁判要旨：「民法第一千零六十五條第一項之生父認領，其性質為形成權之一種，惟此種形成權之行使，法律既未明定生父應以訴為之，上訴人起訴請求，自屬不合。」

⁴¹ 可參考 19 年上字第 310 號裁判，要旨為「典妻不為正式婚姻，其所生之子，雖不能與婚生子女同論，而既由其父撫育成人，即應視為認領，而其親子關係，即早已確定。」

⁴² 可參考 42 年上字第 1125 號判例，要旨為「非婚生子女經生父撫育者，視為認領，經認領者，視為婚生子女，既為民法第一千零六十五條第一項所明定，則經生父撫育或認領之非非婚生子女，因繼承而承受之權利及義務，亦與婚生子女同，不以該子女係從父姓抑從母姓而生差異。」

⁴³ 可參考 44 年台上字第 1167 號判例，要旨為「非婚生子女經生父認領者，視為婚生子女，其經生父撫育者，視為認領，為民法第一千零六十五條第一項所明定。至撫育費用亦並非不得豫付，倘依據卷附被上訴人之親筆信函，足以認定被上訴人早已有豫付上訴人出生後撫育費用之事，則依上說明，自非不可視為認領。」

⁴⁴ 參考 44 年台上字第 1167 號判例，同上註。

⁴⁵ 指提出認領行為或請求之男性。

⁴⁶ 民國 96 年修正後的民法第 1070 條完整條文為「生父認領非婚生子女後，不得撤銷其認領。但有事實足認其非生父者，不在此限。」

第四，說明民法第 1067 條之「強制認領」與最新修正：認領若僅可由生父主動為之（任意認領），則當面對到風流成性，不願承擔責任之生父，非婚生子女與生母之權益將難以受到保護，因此，有民法 1067 條「強制認領」之規定。但是依據民國 88 年修改之第 1067 條第 1 項之規定，僅在四種情形⁴⁷下——第一種：受胎期間生父與生母有同居之事實者；⁴⁸第二種：由生父作為之文書⁴⁹可證明其為生父者；第三種：生母為生父強制性交或略誘性交⁵⁰者；第四種：生母因生父濫用權勢性交⁵¹者——非婚生子女，或其生母或其他法定代理人方得請求生父認領，四種情形恐難以完全涵蓋各種可能情形，而且必須由非婚生子女、生母或其他法定代理人之相對弱勢者自行提出證明資料，並不公平。再者，也有時效之限制，第 1067 條第 2 項規定「前項請求權，非婚生子女自成年後二年間或生母及其他法定代理人自子女出生後七年間不行使而消滅」，明確規定了請求權時間，限縮相關人之權利維護。最後，該規定也並未考量到若生父死亡後，非婚生子女方知道實情，而希望請求認祖歸宗之可能情況。

因此，民國 96 年，針對本條之強制認領有大幅度修改，修正後的第 1067 條規定「有事實足認其為非婚生子女之生父者，非婚生子女或其生母或其他法定代理人，得向生父提起認領之訴。前項認領之訴，於生父死亡後，得向生父之繼承人為之。生父無繼承人者，得向社會福利主管機關為之。」雖然具有提出強制認領請求之請求權人不變，但是，一方面，刪除四種列舉原因，而改採事實認定方式，讓當事與其相關人可向生父提出認領之訴，而且，也刪除請求期間之限制；另一方面，也增加規定到當生父死亡，但是非婚生子女仍有意願認祖歸宗之辦理方式，以保障子女身份之正確性與正當性。但是，依據民法第 1069 條⁵²後段但書之規定——第三人已得之權利不因此而受影響，亦即，若生父死亡，遺產繼承人也已完成遺產分割與繼承後，非婚生子女才向繼承人請求強制認領，若確實如願，原遺產繼承人已取得的繼承利益並不受影響，該名取得婚生子女身份之非婚生子女並不能因此要求將遺產重新分割，如此規定除了有助於維繫家族內部之安定，而且方符合認領真實目的是讓當事人取得血緣身份的正當性。

六、實踐「教學目標六」：準婚生子女二：準正

⁴⁷ 此即第 1067 條第 1 項之 4 款規定。

⁴⁸ 依據 47 年上字第 1806 號裁判，本處之「同居」，乃指男女有雙宿同眠之情形，而並無須同具一處。該裁判完整要旨為「民法第一千零六十七條第一項第一款所謂同居，以男女雙宿同眠為已足，無須同住一處，此就同條項第三、四款規定比照觀之自明。上訴人於被上訴人受胎期間，既與被上訴人發生數次姦情，則縱兩造並未在同一居所或住所共同居住，亦未嘗不可據以訴請認領。」

⁴⁹ 此處之文書應指信函、日記或情書等實際書信。但是，此處並未提及證物或證人，乃有利於生父。

⁵⁰ 關於略誘，可參考刑法第 241 條（略誘罪）之規定與定義。

⁵¹ 關於濫用權勢性交，可參考刑法第 228 條（利用權勢性交或猥褻罪）之定義與規定。

⁵² 民法第 1069 條：「非婚生子女認領之效力，溯及於出生時。但第三人已得之權利，不因此而受影響。」

關於準正，建議主要說明民法第 1064 條之規定。

民法第 1064 條規定「非婚生子女，其生父與生母結婚者，視為婚生子女」。亦即，準正定義及其效力乃是，當生父與生母結婚後，其原非婚生子女將在法律上改變其身份定位，而取得法律上婚生子女之效力。因此，其要件是先有非婚生子女之產下，後有生父與生母結婚之事實。但是，當生父與生母結婚後，是否需要生父再行認領？對此，民法並無明文規定，但是，法既無明文規定，應僅視為生父與生母結婚就已符合要件，而無須再有認領之行為。

過去習俗是當夫之元配（正妻）死亡後，與妾正式辦理結婚儀式，此時，妾所生之子女將因準正而取得婚生子女（嫡子）之身分。而在現今社會，此種將妾扶正狀況依然存在。但是，學生較常注意到的例子多是發生於影劇圈，有些藝人是待產子，甚至是身材恢復後，方公開舉行結婚儀式，此時，該名藝人子女是待生父與生母結婚後，方由非婚生子女變成婚生子女。⁵³

七、實踐「教學目標七」：不受婚生推定之婚生子女（本個案關鍵）

經過前述之各項法律條文與說明後，可以真正導入本個案。請學生依至此所學判斷鎮瑞與筱娟之子女是屬於婚生子女或非婚生子女，甚至有疑義時，建議學生再次自行檢視相關法律進行判斷。若當學生確實可吸收前述各項說明，將發現本個案有趣之處。

本個案有趣之處，一方面，在於此種發現懷孕後，方舉行結婚之社會現象與風氣乃日漸普遍，學生常有所聞；另一方面，從民法第 1061 到 1070 條對此情形皆無相關規定，從定義而言，筱娟腹中胎兒之受胎是在與鎮瑞的婚姻關係之前，因此，不符合民法第 1063 條第 1 項之「推定為婚生子女」一妻之受胎，是在婚姻關係存續中者之規定；但是，當胎兒還沒出生時，鎮瑞與筱娟即舉行結婚儀式，並依規定取得法定夫妻關係，亦即，子女尚未確實存在時，父母已結婚，並不直接適用第 1065 條「認領」與第 1064 條「準正」之規定。

此種受胎係在結婚之前者，而子女出生在結婚以後者，或換言之，自結婚後第 181 日以前所生之子女，雖然不受法律上婚生之推定，但是，在我國司法實務上，基於保護出生的子女，以及肯定當事人對於懷孕情形之尊重與重視，除非當

⁵³ 例如，2008 年 4 月間，我國的饒舌歌手 MC HotDog 接受訪問時，坦承與交往兩年的女友未婚生子（媒體稱之為「小熱狗」），已正式當爹。而媒體詢問與女友何時補辦結婚手續，其表示將在近期內完成。此例從法律而言，「小熱狗」即為非婚生子，必須當 MC HotDog 與其女友正式完成結婚登記後，小熱狗方以準正方式取得婚生子身份。

在演藝圈中，也尚有許多此種先產子，方準備辦理結婚登記之案例，例如任賢齊、賈靜雯等。如此都必須等該藝人與其男（女）友正式辦理結婚登記後，其子（女）方以準正方式取得婚生子（女）身份。

事人提出父子(女)關係不存在之確認訴訟，對於此種子女仍與以婚生子女之身分對待，稱之為「不受婚生推定之婚生子女」，而且，不需額外辦理任何法律程序或主張來為孩子正名。

因此，雖然筱娟大腹便便地與鎮瑞成親，但是，結婚後，鎮瑞與筱娟所生之子女在法律上仍具有婚生子女之身分，只是屬於「不受婚生推定之婚生子女」。

如此規定，除了因應社會日漸普遍之風氣，而且，本應鼓勵國人(年輕人)敢作敢當，負起為人父母之責任，不應以法律未明確規範為由而有扼殺一個生命之考量。此外，德國的舊民法早已也有相關規定。⁵⁴也因此，筆者認為，我國在此一部份之規範應該更明確化。

八、實踐「教學目標八」：民法第 1059 條：子女之姓

既然本個案主要討論父母子女關係，然因民國 96 年針對子女之姓亦同時修正，因此，筆者認為，若在課堂上仍有多餘若干時間，應可以並說明。

我國傳統為父系社會，因此，以父為尊，即便子女之姓亦是如此，民國 74 年修改的民法 1059 條即規定「子女從父姓。但母無兄弟，約定其子女從母姓者，從其約定。贅夫之子女從母姓。但約定其子女從父姓者，從其約定」，故雖然增列彈性，但主要依然是父姓為主，除非有約定或入贅之情形，方以母姓為主。

然近年來基於推廣男女平權，以及尊重子女個人之意願，因此，民國 96 年民法針對第 1059 條再次修正，⁵⁵而且增加第 1059-1 條，⁵⁶修正後內容為如下。待民國 97 年 5 月 23 日後，子女之姓不再一味以父姓為主，而必須於出生登記前，由父母親以書面約定之，即便出生登記後，父母親仍得以書面約定變更之，並且，尊重子女意願，在其成年後，可取得父母親之書面同意而申請變更，以及，新法也考量到非婚生子女之姓氏與當原姓氏對子女帶來不利影響情形之解決之道。

⁵⁴ 德國舊民法第 1591 條規定，不問其受胎在結婚之前或結婚之後，均得受婚生之推定。即便是德國現行民法就此規定亦無太大變更，仍以子女於婚姻關係存續中出生，即建立與夫之父子關係。可參考戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 297-298。

⁵⁵ 民法第 1059 條：「父母於子女出生登記前，應以書面約定子女從父姓或母姓。子女經出生登記後，於未成年前，得由父母以書面約定變更為父姓或母姓。子女已成年者，經父母之書面同意得變更為父姓或母姓。前二項之變更，各以一次為限。有下列各款情形之一，且有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父母之一方或子女得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓：一、父母離婚者。二、父母之一方或雙方死亡者。三、父母之一方或雙方生死不明滿三年者。四、父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者。」

⁵⁶ 民法第 1059-1 條：「非婚生子女從母姓。經生父認領者，適用前條第二項至第四項之規定。非婚生子女經生父認領，而有下列各款情形之一，且有事實足認子女之姓氏對其有不利之影響時，父母之一方或子女得請求法院宣告變更子女之姓氏為父姓或母姓：一、父母之一方或雙方死亡者。二、父母之一方或雙方生死不明滿三年者。三、非婚生子女由生母任權利義務之行使或負擔者。四、父母之一方曾有或現有未盡扶養義務滿二年者。」

陸、教學評量方式

依據筆者教授非法律系學生關於身份法部分之經驗，此部分（婚生子女與非婚生子女）對大專學生而言，是較為艱澀難懂，特別是對於低年級學生。但是，由於社會風氣開放，離婚率提高，外遇情形增加，其實家庭中遇到此類問題之學生乃逐漸增加。

因此，建議於教授此部分時，時間上不應過於緊迫，否則將使學生更具抗拒感，方建議以兩堂課時間來說明。待下週上課時，先以是非題方式測驗學生吸收能力如何，若不佳，建議教師再次補充說明，若成果尚可，方繼續進入其他部分課程。

而若對於程度較佳之學生，則可提出進階題，與學生一同討論，例如，第一，對於民法第 1063 條，請學生思考是否應該允許親生父親對受推定為他人之婚生子女提起否認之訴，或者，既然在實務上存在以提出確認親子關係（不）存在之訴來解套，請學生討論，何者為優，並可請學生於課餘時間利用各類資源尋找相關之案例或判例。第二，對於本個案之「不受婚生推定之婚生子女」，明明社會已普遍存在此種現象，可和學生討論或請學生思考民法為何不明文規定，以及，若明文規定，將有哪些優點與缺點。

案例四：違反禁止近親結婚之婚姻效力

壹、案例內容之描述

狀況一：

王智仁與陳佩吟是大學的同班同學，經過從大一以來的相處，逐漸萌生愛意，於大三時，兩人進而發展成為男女朋友，大四時，並有結婚的念頭。大四寒假過年時，智仁帶佩吟回家認識其父母親，雙方相談甚歡。因為佩吟未來很有可能是智仁父母親的媳婦，因此，智仁雙親進一步向佩吟詢問許多其家庭狀況，但是，卻發現，原來智仁是佩吟姨婆的孫子。請問，此二人是否可結婚？

狀況二：

許正杰與黃萱晶是表兄妹，從小一起玩耍，感情甚好。長大後，家族一直禁止他們兩人談戀愛，更告誡其不准結婚。結果，高中時，兩人不只偷偷成為男女朋友，大學時，兩人還發生性關係，萱晶因此懷孕，兩人還堅持結婚。家族對此乃一籌莫展。

貳、案例涉及之主要法規範

- 一、民法親屬編—通則（親系與親等）
- 二、民法親屬編—結婚（近親結婚之限制）

參、案例之爭點

本文中的兩個個案並未涉及司法爭點，而是一般人在實務上可能產生近親是否可以結婚，甚至是確實為之的實際問題。

肆、案例所產生的影響及啟示

在筆者的「法律與生活」教學經驗中，確實曾經多次發生學生自己或家人發生與近親談戀愛，甚至是懷孕而堅持結婚的情形，因此，方主張在身份法的教授課程部分，必須教授民法關於禁止近親結婚，及其可能產生後果之情形。

再者，當教授此規定，必須先教授學生有關民法親屬編通則章中，關於親系與親等之定義與計算，故可同時達成兩項教學目標。

第三，根據民國 96 年修正的民法第 1059 條，從民國 97 年 5 月 23 日起，子

女之姓可以由夫妻書面約定，或子女亦可自行申請更改。長久運作，未來將可能出現同一血親內卻出現多種不同姓氏的現象，將不再如現在可以從姓氏之差別，粗淺簡單地先判斷是否可能是近親關係。也因此，面對社會風氣開放，學生談戀愛年齡下降且相當普及，對於其可能產生的違反法律後果，不得不預防。因此，筆者主張更有教授的必要。

伍、案例如何在教學中呈現

教學單元：違反禁止近親結婚之結婚效力

教學綱要：

- 一、主要綱要：認識親系與親等
- 二、主要綱要：認識禁止近親結婚之相關規定
- 三、次要綱要：認識收養
- 四、次要綱要：發生近親結婚之後果

教學目標：

透過本個案，希望達成以下教學目標

- 一、認識血親及其計算
- 二、認識姻親及其計算
- 三、介紹收養
- 四、說明為何限制近親結婚
- 五、介紹限制近親結婚之規定
- 六、說明違反限制近親結婚規定之可能後果

教學時間：

一週時間（約兩節課），但若包含教授收養和討論，建議可延長至兩週（四節課）時間

教學方法：

一、實踐「教學目標一」：認識血親及其計算

在正式介紹血親前，建議告訴學生親屬主要可分血親與姻親，甚至，考慮以圖表表示，再分別說明。

關於血親之介紹及其計算，建議依據民法條文則相當足以。

所謂血親，為血緣間有相互聯繫而產生的親屬關係。最簡單的例子，就是子女與父母的關係。而依據民法第 967 條：「稱直系血親者，謂己身所從出或從己

身所出之血親。稱旁系血親者，謂非直系血親，而與己身出於同源之血親。」即清楚說明直系血親與旁系血親之差別，只是，建議應解釋何謂「己身所從出」一直系血親尊親屬，與「從己身所出」一直系血親卑親屬，以及，說明基於此，在法律上產生有種種實益，而散見於各條文，例如：近親結婚之限制、⁵⁷扶養與受扶養順序、⁵⁸繼承人順序⁵⁹等，因此，民法必須清楚區分直系與旁系血親之不同。

再者，血親關係乃奠基於身體內血緣流通之關係，因此，不管是當事人兩方以書面方式公開同意消滅（直系）血親關係，⁶⁰或者有死亡⁶¹、離婚⁶²或姓氏（從母姓）⁶³等情形之產生，其實實際上的血親關係都不會因此而消滅。

關於民法第 968 條：「血親親等之計算，直系血親，從己身上下數，以一世為一親等；旁系血親，從己身數至同源之直系血親，再由同源之直系血親，數至與之計算親等之血親，以其總世數為親等之數。」教學方法上，則可相當多元，例如以實際的親屬稱謂關係（例如父親、母親、祖父、叔叔、伯伯等）來說明。但是，依本人的教學經驗，可以邀請學生一同參與，由學生提供較熟悉的名字來建構族譜圖，再以此族譜圖來教授親等的計算。此時，學生因為認識這些人，當實際用來教授民法 968 條，且瞭解彼此親等或傳統稱呼後，不僅會覺得有趣，而且，更能吸引其注意力，提高學習狀況，甚至，下課後還會發生同學間「互虧」的課餘討論情形。⁶⁴

但是，筆者建議，第一，此時的族譜圖，不應過於複雜，以可以教授血親的定義和計算則可；待進入姻親部分後，再更進一步豐富其家族成員。第二，應特別注意說明母親家族部分的血親關係，因為在傳統的父亲系為主社會下，此為學生經常忽略之部分。

⁵⁷ 參見民法第 983 條。

⁵⁸ 參見民法第 1115 條與第 1116 條。

⁵⁹ 參見民法第 1138 條。

⁶⁰ 在社會上偶會看到有人登報表示與其子女或父母親脫離父（母）子關係；或一些法律常識較缺乏者，認為公開聲明脫離父（母）子關係，即可真正解除其血親關係，甚至希望因此解決對方或己身的債務問題，這些觀念乃是錯誤。可參考 41 年台上字第 1151 號判決要旨：「血親關係原非當事人間所能以同意使其消滅，縱有脫離父子關係之協議，亦不生法律上之效力。」

⁶¹ 27 年上字第 83 號判決，要旨為「妻於夫死亡後再婚，不過姻親關係因而消滅，其所生之子則為從己身所出之血親，此項血親關係並不因此消滅。」

⁶² 21 年上字第 1982 號判決，要旨為「母雖與父離婚，亦不過姻親關係因而消滅，母子間之血親關係法律上並無因此消滅之規定，自屬依然存在。」

⁶³ 27 年滬上字第 117 號裁判，要旨為「子女因父為贅夫從母姓時，父之直系血親尊親屬仍不失為己身所從出之血親，父之旁系血親仍不失為與己身出於同源之血親，是該子女與其父之血親間之血親關係，並不因從母姓而受影響。」

⁶⁴ 在本人的教學經驗中，要求學生提供名單，而學生最常提供的姓名資料是班上較活潑或較有知名度的同學，或者，學生會提供藝人或社會名人，甚至有學生提出班級授課教師之姓名。但不管如何，因為其實際參與，都可更為提高學生的參與度和專注力。

二、實踐「教學目標二」：認識姻親及其計算

待學生清楚認識血親的定義及其親等計算後，方可進入姻親部分。姻親係指以婚姻為媒介，而與他人產生的親屬關係。

首先，關於民法第 969 條：「稱姻親者，謂血親之配偶、配偶之血親及配偶之血親之配偶。」與民法第 970 條：「姻親之親系及親等之計算如左：一、血親之配偶，從其配偶之親系及親等。二、配偶之血親，從其與配偶之親系及親等。三、配偶之血親之配偶，從其與配偶之親系及親等。」建議再利用學生於介紹血親時，已提供的族譜圖，請學生再為族譜圖上許多未嫁娶的成員提供配偶，利用這些配偶，來說明姻親關係，以及介紹姻親的計算方式。這也是可以再為課程提供樂趣，而且，在本人教學經驗中，一些同學會提出男女朋友，或心儀的對象，甚至也曾經發生過男同學提供多位日本 AV 女優為配偶。

再者，關於姻親，可在特別聲明，第一，「血親之配偶之血親」和「配偶之血親之配偶」不同，前者並非姻親；第二，繼母在親屬的法律關係上為何，依據 28 年上字第 2400 號裁判，並非直系血親，而是直系姻親。⁶⁵

至此，關於親屬編通則已幾乎介紹完畢，但若尚有時間，則可再介紹親屬關係之發生與消滅。其中，親屬關係主要是以出生或婚姻為發生原因。而關係之消滅則主要包含死亡、離婚、⁶⁶終止收養關係之情形。但也應說明自然血親，除死亡外，不能消滅其親屬關係，因此，即便雙方合意，由子女登報脫離與父（母）親的血親關係，但在法律上仍不能脫離親子關係。

三、實踐「教學目標三」：介紹收養

應先告知教授收養的原因，至少有二：第一，血親可分自然血親與擬制血親（或稱「法定血親」），其中，教學目標一（血緣間有聯繫者）所教授的血親為自然血親，而收養即是擬制血親，和自然血親者具有相同的定位，民法第 1077 條⁶⁷第 1 項有類似規定，因此，即親等的計算方式皆同；第二，因為限制近親結婚部分有規定到收養情形，因此，必須教授。再者，收養部分於民國 96 年也有大幅度修正，職是之故，也有認識之必要。

⁶⁵ 28 年上字第 2400 號裁判，要旨為「父所娶之後妻為父之配偶，而非己身所從出之血親，故在舊律雖稱為繼母，而在民法上則為直系姻親而非直系血親。」

⁶⁶ 例如民法第 971 條規定「姻親關係，因離婚而消滅；結婚經撤銷者亦同」

⁶⁷ 民法第 1077 條：「養子女與養父母及其親屬間之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。養子女與本生父母及其親屬間之權利義務，於收養關係存續中停止之。但夫妻之一方收養他方之子女時，他方與其子女之權利義務，不因收養而受影響。收養者收養子女後，與養子女之本生父或母結婚時，養子女回復與本生父或母及其親屬間之權利義務。但第三人已取得之權利，不受影響。養子女於收養認可時已有直系血親卑親屬者，收養之效力僅及於其未成年且未結婚之直系血親卑親屬。但收養認可前，其已成年或已結婚之直系血親卑親屬表示同意者，不在此限。前項同意，準用第一千零七十六條之一第二項及第三項之規定。」

所謂收養，依據民法第 1072 條，⁶⁸即收養他人之子女為子女。此時收養者為養父或養母，被收養者為養子或養女。

而收養成立，法律上重視的是要件，其原因則通常不問。⁶⁹收養要件可分為形式要件與實質要件。實質要件包括第一，收養人與被收養人有收養之合意，因此，收養人與被收養人都要有關的意思表示，民國 96 年修正後的民法第 1073 條⁷⁰對於收養者有所規定，未滿二十歲，不得為收養人，乃因考量到收養人要有意思表示能力；第 1076-2 條⁷¹對於被收養人也有意思能力之相關規定，規範限制行為能力人與無行為能力人如何為被收養之意思表示。第二，收養人與被收養人有年齡之差距，依據 96 年修改後的民法第 1073 條，差距為 20 歲，但是，增加當夫妻共同收養或一方收養他方子女時，降低年齡之規定，一方面，回應釋字第 502 號意旨，⁷²基於維持家庭和諧、維護養子女權益，預防或避免產生收養者與被收養者年齡相仿可能產生之問題，並也顧及彈性；另一方面，符合現實社會中，存在夫妻年齡有落差或老夫少妻之情況。第三，收養人與被收養人有親屬關係者須輩份相當：我國重視倫理，因此，收養也必然重視於此，不可出現祖輩收養孫輩、晚輩收養長輩、平輩收養平輩情形。此類規定主要出現在民法第 1073-1 條，⁷³而民國 96 年主要針對該條第 3 項，因回應限制近親結婚規定之調整，而補充修正。第四，收養子女後，乃為共同生活的一家人，因此，應徵得配偶之同意，而規定有配偶者宜共同收養。然而，民法於民國 96 年再針對單獨收養進行修正，於第 1074 條增加第 2 款「夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年」之情形。⁷⁴第五，一人不得同時為兩人之養子女，規定於民法第 1075 條。⁷⁵第六，

⁶⁸ 民法第 1072 條：「收養他人之子女為子女時，其收養者為養父或養母，被收養者為養子或養女。」

⁶⁹ 31 年上字第 2596 號判決，要旨：「民法上之收養，祇須合於所定之要件，並不限制其所以收養之原因，故是否繼承宗祧，均可不問。」

⁷⁰ 依據民法第 1073 條：「收養者之年齡，應長於被收養者二十歲以上。但夫妻共同收養時，夫妻之一方長於被收養者二十歲以上，而他方僅長於被收養者十六歲以上，亦得收養。夫妻之一方收養他方之子女時，應長於被收養者十六歲以上。」職是之故，未滿二十歲不得為收養人。

⁷¹ 民法第 1076-2 條：「被收養者未滿七歲時，應由其法定代理人代為並代受意思表示。滿七歲以上之未成年人被收養時，應得其法定代理人之同意。被收養者之父母已依前二項規定以法定代理人之身分代為並代受意思表示或為同意時，得免依前條規定為同意。」則有無行為能力與限制行為能力人為意思表示之規定。

⁷² 釋字第 502 號解釋文：「民法第一千零七十三條關於收養者之年齡應長於被收養者二十歲以上，及第一千零七十九條之一關於違反第一千零七十三條者無效之規定，符合我國倫常觀念，為維持社會秩序、增進公共利益所必要，與憲法保障人民自由權利之意旨並無抵觸。收養者與被收養者之年齡合理差距，固屬立法裁量事項，惟基於家庭和諧並兼顧養子女權利之考量，上開規定於夫妻共同收養或夫妻之一方收養他方子女時，宜有彈性之設，以符合社會生活之實際需要，有關機關應予檢討修正。」

⁷³ 民法第 1073-1 條：「下列親屬不得收養為養子女：一、直系血親。二、直系姻親。但夫妻之一方，收養他方之子女者，不在此限。三、旁系血親在六親等以內及旁系姻親在五親等以內，輩分不相當者。」

⁷⁴ 民法第 1074 條：「夫妻收養子女時，應共同為之。但有下列各款情形之一者，得單獨收養：

被收養者有配偶時，應得配偶之同意，而且，考量到被收養人配偶可能存在不能為意思表示或生死不明情形，因此，民國 96 年修正時，針對 1076 條增加但書之規定。⁷⁶第七，子女被收養時應得其父母之同意，且未成年子女被收養須由其法定代理人為之，此為民國 96 年修法時修正第 1076-1 條，新增之規定，展現於第 1076-1⁷⁷與 1076-2 條。第八，須無監護關係：民法對於此點並無直接規範，但是，考量到民法第 984 條明文規定結婚時，不得有監護關係存在，故戴炎輝等三位學者主張應沿用此規定。⁷⁸第九，其他如非處於被詐欺或脅迫之狀態等。

關於形式要件，主要有二，一為當事人對於收養之書面合意；二為法院之認可。然而，民國 96 年之修法對此則有大幅度變動，較民國 74 年之修正更為完善，主要是針對法院公權力介入監督收養之規定，而展現於修正第 1079、⁷⁹1079-1、⁸⁰1079-2 條⁸¹，並增加 1079-3、⁸²1079-4⁸³與 1079-5 條⁸⁴。

而關於收養後之效果，因為也將涉及限制近親結婚之規定，因此，應可一併介紹。依據民國 96 年修改後的第 1077 條第一項「養子女與養父母及其親屬間之關係，除法律另有規定外，與婚生子女同。」因此，養子女與養父母為直系血親之親子關係，與養父母之其他親屬關係亦因此展開，職是之故，關於侵權之行使與住居所之規定，和一般自然血親關係相同。而關於民法第 1078 條—養子女之

一、夫妻之一方收養他方之子女。二、夫妻之一方不能為意思表示或生死不明已逾三年。」

⁷⁵ 民法第 1075 條：「除夫妻共同收養外，一人不得同時為二人之養子女。」

⁷⁶ 民法第 1076 條：「夫妻之一方被收養時，應得他方之同意。但他方不能為意思表示或生死不明已逾三年者，不在此限。」

⁷⁷ 民法第 1076-1 條：「子女被收養時，應得其父母之同意。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、父母之一方或雙方對子女未盡保護教養義務或有其他顯然不利子女之情事而拒絕同意。二、父母之一方或雙方事實上不能為意思表示。前項同意應作成書面並經公證。但已向法院聲請收養認可者，得以言詞向法院表示並記明筆錄代之。第一項之同意，不得附條件或期限。」

⁷⁸ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 359。

⁷⁹ 民法第 1079 條：「收養應以書面為之，並向法院聲請認可。收養有無效、得撤銷之原因或違反其他法律規定者，法院應不予認可。」

⁸⁰ 民法第 1079-1 條：「法院為未成年人被收養之認可時，應依養子女最佳利益為之。」

⁸¹ 民法第 1079-2 條：「被收養者為成年人而有下列各款情形之一者，法院應不予收養之認可：一、意圖以收養免除法定義務。二、依其情形，足認收養於其本生父母不利。三、有其他重大事由，足認違反收養目的。」

⁸² 民法第 1079-3 條：「收養自法院認可裁定確定時，溯及於收養契約成立時發生效力。但第三人已取得之權利，不受影響。」

⁸³ 民法第 1079-4 條：「收養子女，違反第一千零七十三條、第一千零七十三條之一、第一千零七十五條、第一千零七十六條之一、第一千零七十六條之二第一項或第一千零七十九條第一項之規定者，無效。」

⁸⁴ 民法第 1079-5 條：「收養子女，違反第一千零七十四條之規定者，收養者之配偶得請求法院撤銷之。但自知悉其事實之日起，已逾六個月，或自法院認可之日起已逾一年者，不得請求撤銷。收養子女，違反第一千零七十六條或第一千零七十六條之二第二項之規定者，被收養者之配偶或法定代理人得請求法院撤銷之。但自知悉其事實之日起，已逾六個月，或自法院認可之日起已逾一年者，不得請求撤銷。依前二項之規定，經法院判決撤銷收養者，準用第一千零八十二條及第一千零八十三條之規定。」

姓氏問題，民國 96 年則有所修改，開放養子女得從養父母之姓或維持原姓，且於收養登記前應以書面約定之。⁸⁵

四、實踐「教學目標四」：說明為何限制近親結婚

當介紹完親屬關係（含收養而成立的親屬關係）後，則可正式介紹限制近親結婚之規定。但是，正式進入前，應讓學生瞭解限制之原因。本問題並不難，可以請學生提出。

其因主要有二：第一為生理理由，即基於優生學或避免隱性基因疾病之考量；第二為倫常理由，即避免倫常名份混亂。

五、實踐「教學目標五」：介紹限制近親結婚之規定

關於我國限制近親結婚之規定，主要展現於民法第 983 條。⁸⁶教學方法建議以實例來說明，而且，若教師之前已和學生一同建構以熟悉人士為主的族譜圖，則可再利用來說明何人間不得結婚，學生會覺得更有樂趣。

依據第 983 條，禁止結婚之近親主要有五種情形。第一種，直系血親相互間；第二種，直系姻親相互間。關於此二種，務必一併說明第 983 條第 2 項與第 3 項，常見之例即如果因兒子早亡、或兒子與媳婦離婚，媳婦與公公因同一屋簷下而日久生情，兩人是否可結婚，依我國民法規定，乃是不可以。但是，為擴充學生眼界，與瞭解各國法律立法思維不同，可向學生介紹歐洲人權法院曾經判決之相關規定，因為我國與歐洲個案針對此法之規定即並不相同。

歐洲人權法院之判決案例，是關於居住在英國的瓦靈頓的幾位當事人，法院為保護當事人，稱這名男性為「B」，他的兒子為「C」，女當事人「L」，C與L離婚前育有一子「W」。2005 年時，B為 58 歲，比L大了 19 歲，兩人目前同居，L與前夫C所生的兒子W目前也與他們住。這起「公公媳婦婚姻爭議」的源頭可追溯到十年前的一九九五年，當時B的兒子C開始與妻子L分居，但是，L卻開始與已離婚的公公B「來電」。1997 年時，L與B的兒子C正式離婚，但L與「前公公」B的關係則繼續維持發展。直到 2002 年，B與L希望兩人關係能夠「正常化」，因此，到瓦靈頓的婚姻註冊處申請註冊，不料卻遭登記處拒絕。登記處人員說，根據英國 1949 年制定的《婚姻法》，公公和兒媳、丈母娘和女婿不准結婚，⁸⁷兩人

⁸⁵ 民法第 1078 條：「養子女從收養者之姓或維持原來之姓。夫妻共同收養子女時，於收養登記前，應以書面約定養子女從養父姓、養母姓或維持原來之姓。第一千零五十九條第二項至第五項之規定，於收養之情形準用之。」

⁸⁶ 民法第 983 條：「與左列親屬，不得結婚：一、直系血親及直系姻親。二、旁系血親在六親等以內者。但因收養而成立之四親等及六親等旁系血親，輩分相同者，不在此限。三、旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者。前項直系姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之。第一項直系血親及直系姻親結婚之限制，於因收養而成立之直系親屬間，在收養關係終止後，亦適用之。」

⁸⁷ 當時，英國人相信，這種做法非但不合情理，甚至可能還是「原罪」，會破壞家庭尊嚴、導致

如果想要結婚，除非得到議會的特別批准，不然就得等B的前妻與兒子C都死亡才可以。這名男子不滿，在人權組織Liberty的幫助下，將案子提交到了歐洲人權法院。法院於2005年9月作出判決，指英國禁止曾是公公與媳婦的兩人結婚違反歐洲人權，如此嚴格限制男女結婚已傷害他們的權利本質，況且英國國會已在一個類似案例中表明，此種禁止並無實質保護目標，因為原本的家庭已經不存在。因此，此兩人的戀愛並不涉及亂倫。這項判決為兩人「排除」了結婚的第一道法律障礙。⁸⁸

第三種，旁系血親在六親等以內者。說明此款後，即可說明本個案之兩種狀況，結果可發現狀況一的王智仁或陳佩吟為，旁系血親六親等，狀況二的許正杰與黃萱晶為旁系血親四親等，都屬於六親等旁系血親以內，因此，兩對皆不得結婚。

第四種，同時要說明本款之但書，此時，關於個案之狀況一，若智仁或佩吟任一位是被收養之養子女，或狀況二的正杰與萱晶任一位是被收養之養子女，則因為是六親等或四親等，且輩份相當，兩人並未違反限制近親結婚之規定，而可以結婚。

第五種，旁系姻親在五親等以內，輩分不相同者，不得結婚，可舉之例子眾多，諸如當大哥死亡，弟弟未娶，弟弟與大嫂日久生情，兩人可否結婚。依民法第953條，此例之答案為肯定，這除了可說明本款規定，還可以教學生有關反推論證或負面解釋，增強學生的邏輯觀念。

若行有餘力或尚有課餘時間，實可一併介紹該法從成立迄今之修正過程。在舊民法，直系血親與直系姻親都絕對禁止，旁系血親則不分父系與母系，除表兄弟姊妹外，在八親等以內，禁止結婚。民國74年則修法，有所鬆綁，將八親等以內的表兄弟姊妹分為六親等與八親等者可以結婚，但四親等者結婚無效。民國87年則再修正，基於男女平等，不再區分表兄弟姊妹與堂兄弟姊妹，並限縮禁婚親之親等，為現今之六親等。本項可讓學生瞭解一方面瞭解歷史沿革，另一方面瞭解法律重視進步與公平之情形。

六、實踐「教學目標六」：說明違反限制近親結婚規定之可能後果

在本個案的狀況二，許正杰與黃萱晶是表兄妹，因為從小一起長大、日久生情，並進而發生懷孕情形，也決定不顧家人反對而堅持結婚，該情形不僅在社會上確實存在，在校園間也確實曾發生如此情形。因此，實有必要加以預防、導正

人倫關係混亂。

⁸⁸可參考<<http://www.lawbank.com.tw/fnews/news.php?nid=34744.00>>與

<http://news.bbc.co.uk/chinese/trad/hi/newsid_4260000/newsid_4267400/4267408.stm>

並教育之。

由於許正杰與黃萱晶為旁系血親四親等，若堅持結婚，必然抵觸民法第 983 條第 1 項第 2 款之規定，而依照民法第 988 條第 2 款，⁸⁹因為違反第 983 條之規定，其婚姻無效。因此，即便兩人依據民法第 982 條之結婚的形式要件，正式辦理結婚，但因違反結婚的實質要件，其婚姻依然無效。而且，此種無效是當然無效，絕對無效，依據民事訴訟法第 569 條，任何人皆得主張婚姻無效，亦可訴請婚姻無效；也是自始無效，於當事人間不發生身份關係，也不成立夫妻財產關係，所生子女為非婚生子女。⁹⁰據此，在本案例狀況中，若許正杰日後有外遇情形，並決定與外遇對象辦理結婚，黃萱晶並無法提起重婚之訴。許正杰對於與黃萱晶所生的子女，也僅能以認領、而非準正方式，來使其子女認祖歸宗或取得其婚生子女身份。再者，依據民法第 999 條，若他方並非無過失，一方因此產生財產或非財產的損害，亦得請求賠償相當之金額。⁹¹如此事項，茲事體大，應告誡學生勿仿效。

另外，直系血親或三親等內的旁系血親間除了不得結婚，若發生性交行為，則觸犯刑法第 230 條之血親為性交罪，可處五年以下有期徒刑。⁹²本個案雖然並不符合，但仍應注意。

陸、教學評量方式

關於本個案的評量方式可以相當多元。最傳統的紙筆測驗方式，可以由教師於本單元授課結束後，以事先準備的題目，來測驗學生對於血親與姻親的親等計算方式理解與否，以及是否瞭解何謂收養，以及關於禁婚親之規定。

而若欲要求學生課堂後準備之相關作業，則可要求學生回家後，自行向家人或家族長老詢問，畫出一張屬於自己家族的族譜圖，並要求同學清楚指出哪些親屬為民法規定不得結婚者。藉此，一方面學生將更瞭解其家族淵源，另一方面將更不容易忽略一般易忽略之母系家族部分親屬。

再者，若仍有尚餘之課堂時間，或對於程度較佳之學者，可以於課堂上討論

⁸⁹ 民法第 988 條：「結婚有下列情形之一者，無效：一、不具備第九百八十二條之方式。二、違反第九百八十三條規定。三、違反第九百八十五條規定。但重婚之雙方當事人因善意且無過失信賴一方前婚姻消滅之兩願離婚登記或離婚確定判決而結婚者，不在此限。」

⁹⁰ 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如合著，親屬法，揭前著，頁 100-101。

⁹¹ 民法第 999 條：「當事人之一方，因結婚無效或被撤銷而受有損害者，得向他方請求賠償。但他方無過失者，不在此限。前項情形，雖非財產上之損害，受害人亦得請求賠償相當之金額，但以受害人無過失者為限。前項請求權，不得讓與或繼承。但已依契約承諾或已起訴者，不在此限。」

⁹² 刑法第 230 條：「與直系或三親等內旁系血親為性交者，處五年以下有期徒刑。」

一些教具深度的進階問題。例如，第一，關於民法規定限制近親結婚，除了優生學考量與倫常考量，是否還有他種理由，以及其合理性為何。第二，關於收養，目前我國民法尚未通過可以收養孫輩，是否應立法通過，而未立法通過之理由為何。第三，關於直系姻親間，規定即便姻親關係解除依然不得結婚，如此是否合理，而且，為何歐洲國家已有與此相反之判例，請學生收集報告之，甚至，可以請學生辯論，歐洲或我國對此之規範何者為優。第四，民國 96 年修正民法後，子女姓氏不再以父姓為原則，而是由父母親以書面約定，或子女自行決定之，然配合上旁系血親六親等以內規定禁止結婚，是否會因此產生更多糾紛，如何加以防範，建議法律又應如何修正規定。

案例五：民法繼承編之最新修正與教學

壹、案例內容之描述

狀況一：(真實案例，但姓名經過修改)

2007年，林志雄的父親意外過逝15年後，家人才接獲法院通知父親生前負債，現已累積一千多萬元債務，志雄的母親已70餘歲，所存80萬元養老金遭到凍結；志雄有一位領有殘障手冊、屬身障同胞的兄長，也因無力負擔債務，服藥自殺。志雄揹起千萬元債務，對未來前景已喪失希望與信心。⁹³

狀況二：(真實案例，但姓名經過修改)「代位繼承」問題

陳凱威的父親早逝後，主要和母親及其外公、外婆相依為命，因此，和阿公接觸有限。十年後，阿公也病逝，後娶的阿媽及子女都拋棄繼承，令親生阿媽所生子女的後代，莫名其妙的揹上四千多萬元債務。⁹⁴

狀況三：(真實案例)

高雄市有一個吳家三姊妹(大姊吳敏鳳現年28歲，二姐吳玲瑤25歲，小妹吳湘媚24歲)，在大姊七歲時，父母親就離婚，監護權由父親取得，因此，他們和父親、奶奶同住，並由父親實際扶養此三姊妹。

去年(民國96年)初，在醫院當護士的老大吳敏鳳、老二吳玲瑤，被房貸的債權銀行按月扣薪。三姊妹才發現，原來，10年(民國86年)前，三姊妹的母親病逝，留下台新銀行632萬元債務，及近200萬元的彰化銀行房貸未繳。當時她們不知道母親生前負債，也不懂得辦理拋棄繼承。她們表示，父母離異多年，成長過程中與母親少有聯絡，不知道媽媽替朋友作保。

母親過世後，父親不懂須主動辦理拋棄繼承或限定繼承，直到去年中秋節，彰化銀行查出老大和老二上班的醫院，依法直接向醫院扣走她們每月三分之一薪資，她們才得知共負債八百多萬元，不只被扣薪，還不能出國。老二吳玲瑤說，三姊妹由奶奶帶大，半工半讀完成學業，發生這件事，她們感到無助，連吃東西都會問自己：「吃得起嗎？」⁹⁵

但依據民國97年2月5日聯合報的報導，高雄地方法院民事執行處最近依據修正後的民法繼承編規定，裁定撤銷扣薪，她們並已收到高雄地方法院撤銷薪資扣款的裁定。雖然她們還有一筆六百多萬元的債務仍在訴訟中，但已喜出望

⁹³ <http://www.ettoday.com/2007/08/16/10844-2142462.htm>

⁹⁴ <http://www.ettoday.com/2007/08/16/10844-2142462.htm>

⁹⁵ <http://blog.udn.com/spark37/1597001>

外。吳家三姊妹，成為新法上路後，全國首例拋棄母親債務的繼承人。

貳、案例涉及之主要法規範

本案例中，涉及的主要法規為民法繼承編，以及民法繼承編施行法，詳細臚列如下：

- 1.民法繼承編—遺產繼承人
- 2.民法繼承編—概括繼承
- 3.民法繼承編—限定繼承
- 4.民法繼承編—拋棄繼承
- 5.民法繼承編—遺產之分割
- 6.民法繼承編施行法第 1-1 條

參、案例之爭點

在本個案的三種狀況中，其實涉及的司法爭點不多，大多是因為遺產繼承人不諳法律或與被繼承人關係疏遠，因此不知產生繼承關係，或不知應主張拋棄繼承。這在社會中，乃為經常聽聞之「舊聞」，甚至，導致許多家庭破碎或有「摺債兒」產生。因此，方有立法院於民國 96 年底修改民法繼承編之情形，也因此，導致上述個案中第三種與前兩者命運大不同情形。

肆、案例所產生的影響及啟示

在本案例的前兩種狀況中，都是因為繼承人未辦理拋棄繼承，而產生繼承債務之局面。此種情形產生之影響即是導致繼承人背負龐大債務，年紀輕者，成為「摺債兒」，前途茫然；成年者，則面臨妻離子散或家庭破碎局面。面對這種「天上掉下來的債務」，實為當事人所不願。但是，我國針對繼承之各種規定，實已由來已久且有相當清楚之規範，一般人若具有普通社會常識者，理應知道或可以知道如何尋求協助。而且，為同時兼顧債權人之權利，也不可輕易地於債務人死亡後，即撤銷其所欠債務。

因此，在兩相權衡下，民國 96 年 12 月 14 日，立法院三讀通過民法繼承編及其施行法修正案，於民國 97 年 1 月 2 日由總統正式公布，1 月 4 日起正式施行。當時的法務部長施茂林以「各人造業，各人擔」來形容此次的修正，之後未成年人與禁治產人採強限定繼承，對於被繼承人的債務，以所得遺產為限，負清償責任，並全面回溯，避免從前「天上掉下來的債務」的悲劇。而新法共有三大保護措施：一、對於無行為能力和限制行為能力的繼承人，對繼承債務採「限定」責任，有多少遺產，還多少債務；二、限縮繼承人對被繼承人保證債務的責

任，以繼承的財產為限；三、延長繼承人主張限定和拋棄繼承的期間均為知悉起三個月。⁹⁶

此次之修正高度展現社會現實之反應，與兼顧公平與正義，對於弱勢族群可以提供確實之幫助。對於在學的大專院校學生，雖然尚未正式步入職場，也尚未成家立業，但是，一方面，隨著學生的成長懂事，應可以開始為家人分憂解勞；另一方面，學習「法律與生活」課程即是希望其具備基本的法律常識，甚至以備將來不時之需。面對民法繼承編如此重要之修正實有不可不知之必要性。因此，本研究認為，實有讓學生瞭解民國 96 年民法繼承編修正之部分，以及修正前後之差異性，甚至，是進一步瞭解遺產分割之方式。

伍、案例如何在教學中呈現

教學單元：民法繼承編最新修正與教學

教學綱要：

- 一、主要綱要：三種繼承方法—概括繼承、限定繼承與拋棄繼承
- 二、主要綱要：民國 96 年針對民法繼承編之修正介紹與應用
- 三、次要綱要：遺產分割方式

教學目標：

- 一、繼承開始與法定繼承人順序（含代位繼承）
- 二、概括繼承與最新規定
- 三、限定繼承與最新規定
- 四、拋棄繼承與最新規定
- 五、遺產之分割

教學時間：預計一至二週授課時間（含主要綱要與次要綱要）

教學方法：

一、實踐「教學目標一」：繼承開始與法定繼承人順序

關於本部分之教學，建議由教師請學生參閱相關法條，以口述和實際舉例方式說明。

關於繼承開始，依據民法第 1147 條，「繼承，因被繼承人死亡而開始」。因此，當被繼承人一死亡，繼承行為實已開始展開。即便是失蹤人口受死亡宣告者，

⁹⁶ 經濟日報，2008 年 1 月 3 日，及<<http://gui-advisor.myweb.hinet.net/news-t22.htm>>

以判決確定死亡之時推定其為死亡，斯時繼承即開始。⁹⁷

筆者認為，因為依據我國傳統習俗，死者為大，且晚輩為盡孝道，通常在家屬間彼此約定先不論及遺產問題，待告別式、葬禮等所有儀式全部舉行結束後，方開始處理遺產事宜。但是，我國繼承編對於繼承方法有申請時效規定，因此，為避免繼承人的權利義務受到影響，應教授告知學生注意之。

再者，關於法定繼承人之順序，民法第 1138 條規定「遺產繼承人，除配偶外，依左列順序定之：一、直系血親卑親屬。二、父母。三、兄弟姊妹。四、祖父母。」亦即配偶為當然法定繼承人，其餘依所規定之順位。對此，當然必須同時教授第 1139 條，⁹⁸因為在直系血親卑親屬中，以被繼承人之子女為第一順位中的優先繼承人；當無子女時，方由孫子（女）輩與配偶共同繼承。但是，在實務上，則確實會存在第 1140 條所規定之繼承人於繼承開始前死亡或喪失繼承權之情形，此時依據該條就產生代位繼承之狀況。⁹⁹另外，本法重視的是血緣聯繫的親屬關係，因此，即便發生再婚情形，父母對子女（或子女對父母）的遺產繼承權並不因此而受影響。¹⁰⁰

據此，解釋本個案之狀況二情形，因為陳凱威的父親早逝，故其與阿公關係疏遠。當阿公死亡後，凱威的父親本應為第一順位繼承人，與後娶的阿媽及所生子女一同繼承，但是，因為凱威的父親去世於阿公之前，因此，依據第 1140 條而發生代位繼承問題，故凱威成為繼承人，而繼承了阿公之債務。

二、實踐「教學目標二」：概括繼承與最新規定

待學生清楚繼承順位後，方可開始教授三種繼承方法。

建議教授之第一種繼承方法，為相當普遍，也是目前民法繼承編採取之原則規定，乃是不需任何主張即適用之「概括繼承」。依據民法第 1148 條第 1 項「繼承人自繼承開始時，除本法另有規定外，承受被繼承人財產上之一切權利、義務。但權利、義務專屬於被繼承人本身者，不在此限。」亦即，當繼承開始後，繼承人乃繼承被繼承人財產上的所有權利和義務，而這當然包含被繼承人的資產與負債。因此，在本個案的三種情況中，因為被繼承人死亡後，繼承行為已開始，而

⁹⁷ 28 年上字第 1572 號裁判，要旨為「失蹤人受死亡之宣告者，依民法第九條第一項之規定，以判決內確定死亡之時推定其為死亡，其繼承固因之而開始，若失蹤人未受死亡之宣告，即無從認其繼承為已開始。」

⁹⁸ 民法第 1139 條：「前條所定第一順位之繼承人，以親等近者為先。」

⁹⁹ 民法第 1140 條：「第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人，有於繼承開始前死亡或喪失繼承權者，由其直系血親卑親屬代位繼承其應繼分。」

¹⁰⁰ 32 年上字第 1067 號裁判，要旨為「父死亡而母再婚者，與母死亡而父再婚者無異，子女之死亡如在民法繼承編施行之後，依民法第一千一百三十八條第二款之規定，母對於子女之遺產繼承權，並不因其已經再婚而受影響。」

所提及的繼承人都因為不知情而未有任何主張，因此，發生了繼承債務之情形。

但是，當民國 96 年修改通過，並於 97 年 1 月 4 日正式施行的繼承編，使得該三種狀況將有不同的命運產生。民法第 1148 條增加了第 2 項「繼承人對於繼承開始後，始發生代負履行責任之保證契約債務，以因繼承所得之遺產為限，負清償責任」之規定，第 1153 條增加第 2 項「繼承人為無行為能力人或限制行為能力人對於被繼承人之債務，以所得遺產為限，負清償責任」之規定，與民法親屬編施行法增加第 1-1 條，規定「繼承在民法繼承編中華民國九十六年十二月十四日修正施行前開始且未逾修正施行前為限定或拋棄繼承之法定期間者，自修正施行之日起，適用修正後限定或拋棄繼承之規定。繼承在民法繼承編中華民國九十六年十二月十四日修正施行前開始，繼承人於繼承開始時為無行為能力人或限制行為能力人，未能於修正施行前之法定期間為限定或拋棄繼承，由其繼續履行繼承債務顯失公平者，於修正施行後，得以所得遺產為限，負清償責任。前項繼承人依修正施行前之規定已清償之債務，不得請求返還。」

依據此些新修正與新規定，對於無行為能力人與限制行為能力人，以所繼承的遺產，來負清償繼承債務之責任，而且，此規定可以溯及既往，只要繼承人於繼承開始時為無行為能力人或限制行為能力人即適用之，如此，為「揹債兒」問題解套。而且，所有繼承人，於繼承後，方發生如被繼承人擔當保證人而被債權人要求履行責任之代負履行責任之保證契約債務情形，則依新規定，亦以所繼承遺產為清償上限，解決了繼承後方發生債權人要求繼承人繼承保證人責任而索債之情形。

因此，套用於本個案三種情況中，若其當事人皆選擇概括繼承，則狀況一之林志雄與其母親恐無法適用而免除債務，因為其非無行為或限制行為能力人。但是，狀況二的陳凱威若於阿公死亡時未滿 20 歲也未結婚，則為限制行為能力人或無行為能力人，可要求依據新法，拋棄這 4000 多萬元的債務。狀況三的吳家三姊妹亦可因繼承時為無行為或限制行為能力人，而要求提出拋棄繼承之債務。但是，若依據新修正後，民法親屬編施行法第 1-1 條第 3 項規定，銀行對大姊與二姊強制執行而扣除了 1/3 薪水，恐應會被視為已清償之債務，而不得請求返還。

三、實踐「教學目標三」：限定繼承與最新規定

關於限定繼承，定義規範於民法第 1154 條第 1 項中，¹⁰¹指繼承人以繼承所得的遺產為償還被繼承人之債務，故繼承人並不會因此額外負擔債務或動用到繼承人自己的財產。在個案中的三個狀況，都並未提出限定繼承，因此，必須繼承

¹⁰¹ 民法第 1154 條：「繼承人得限定以因繼承所得之遺產，償還被繼承人之債務。繼承人有數人，其中一人主張為前項限定之繼承時，其他繼承人除有下列情形之一者外，視為同為限定之繼承：一、於為限定繼承前，已為概括繼承之表示。二、已逾第一千一百五十六條所定期間。為限定之繼承者，其對於被繼承人之權利、義務，不因繼承而消滅。」

遺產與債務，但是因為債務多於遺產，因此，必須負責歸還多餘債務而處於措債狀態。

而關於限定繼承，一般教師必然會教授申請限定繼承應注意之事項，諸如繼承人中一人主張限定繼承，原則上其他繼承人也適用限定繼承；繼承人必須於三個月內提出遺產清冊向法院申請之。但是，民國 96 年修定之繼承編對於限定繼承之申請方式有所變更，故應一併教授最新規定。依據修正後的民法第 1156 條，¹⁰²繼承人要在知悉自己已成為繼承人時，起算三個月內，到法院作限定繼承的意思表示，再由法院定一個月以上、三個月以下的期間，讓繼承人準備遺產清冊並呈報，雖然若仍準備不及，新法規定繼承人可以向法院聲請展延提出清冊的時間。但是依據新增之第 1163 條第 4 款之規定，¹⁰³若繼承人未向法院所定時間內呈報遺產清冊，即使已向法院主張限定繼承，還是會被認定為敷衍行事，而喪失主張限定繼承的權利。這些變更和過去限定繼承之申請方式有所不同，因此，應教授而提醒學生注意。

四、實踐「教學目標四」：拋棄繼承與最新規定

關於拋棄繼承之定義，民國 96 年繼承編之修正並無調整，依然是規定於民法第 1174 條¹⁰⁴第 1 項，意指繼承人可以申請拋棄其繼承權，此種拋棄包含拋棄繼承遺產與債務。而拋棄繼承與限定繼承不同的是，從 1174 條第 2 項與第 3 項之規定，拋棄繼承之效力僅適用於一人，而且，還必須以書面通知因其拋棄而成為繼承人者，但當然可通知者為限。但是，拋棄繼承也如同限定繼承，必須以書面向法院申請，而非自當然適用，本個案之三種情況正是因為未申請拋棄繼承而必須措債，若其有申請，其實不會發生如此窘境。

民國 96 年針對拋棄繼承之修正，則主要展現於申請時間之延長。依據修正後的民法第 1174 條第 2 項，申請拋棄繼承者，繼承人必須要在知悉自己成為繼承人起算的三個月內，以書面方式向法院申請。據此，也一併修正了民法第 1176 條最後一項之時間規定。¹⁰⁵這和過去規定的兩個月申請時間相較，延長了一個月，一方面，讓有意申請之民眾有更充裕的準備時間；另一方面，與申請限定繼

¹⁰² 民法第 1156 條：「為限定之繼承者，應於繼承人知悉其得繼承之時起三個月內呈報法院。法院接獲前項呈報後，應定一個月以上三個月以下期間，命繼承人開具遺產清冊呈報法院。必要時，法院得因繼承人之聲請延展之。」

¹⁰³ 民法第 1163 條：「繼承人中有下列各款情事之一者，不得主張第一千一百五十四條所定之利益：一、隱匿遺產情節重大。二、在遺產清冊為虛偽之記載情節重大。三、意圖詐害被繼承人之債權人之權利而為遺產之處分。四、依第一千一百五十六條第一項規定為限定繼承者，未於同條第二項所定期間提出遺產清冊。」

¹⁰⁴ 民法第 1174 條：「繼承人得拋棄其繼承權。前項拋棄，應於知悉其得繼承之時起三個月內，以書面向法院為之。拋棄繼承後，應以書面通知因其拋棄而應為繼承之人。但不能通知者，不在此限。」

¹⁰⁵ 民法第 1176 條第 7 項：「因他人拋棄繼承而應為繼承之人，為限定繼承或拋棄繼承時，應於知悉其得繼承之日起三個月內為之。」

承之時間統一，避免民眾之混淆與難記憶，展現出我國民法進步之處。為一併應讓學生瞭解之部分。

五、實踐「教學目標五」：遺產之分割

待學生清楚瞭解繼承人順序，與三種繼承方式後，若欲讓學生對繼承編有更完整瞭解，實應繼續教授遺產之分割方式，而且，基於民法第 1141 條前項「同一順序之繼承人有數人時，按人數平均繼承」，與第 1153 條第 1 項「繼承人對於被繼承人之債務，負連帶責任」，也有讓學生瞭解遺產分割之必要，以及，當其他繼承人申請拋棄或限定繼承時，對己身權益產生之影響。

對於遺產分割之教學，當然應從民法第 1144 條應繼分之規定開始。¹⁰⁶對於法律系學生，對於法條的理解能力會較強，但對於對非法律系學生，教授此條時建議教師務必除了舉數據來說明外，更必須要求學生同時閱讀原條文，因為本條文乃從配偶的角度來規定應繼分，當學生一不注意時，必將有所誤解，甚至影響其日後對本條文之應用。

待本條文說明後，應旋之介紹繼承編第二章第三節關於「遺產之分割」與第三章第六節「特留分」的規定，¹⁰⁷因為這方符合一般實務上被繼承人常有特別指定遺產分配之情形。其中，建議對於非法律系學生之教學，於介紹民法第 1164 條¹⁰⁸與 1165 條，¹⁰⁹知道被繼承人得自行訂定分割遺產之情形後，先介紹第 1223 條特留分之比例¹¹⁰、第 1224 條特留分之算定之規定、¹¹¹以及第 1187 條遺囑分派之遺產不得違反特留分之規定，¹¹²並由教師以實際的數據來協助說明之。確定學生可清楚分辨應繼分與特留分之不同，以及兩者之計算後，再來教授民法第 1225 與 1166 至 1173 條關於遺產分割之詳細規定，否則相當容易產生學生因無法進入狀況而產生無意願或抗拒學習情況。此為筆者認為，教授法律系與非法律系學生應有不同之教學方式，以及對於教授「法律與生活」和「民法」、或「民

¹⁰⁶ 民法第 1144 條：「配偶有相互繼承遺產之權，其應繼分，依左列各款定之：一、與第一千一百三十八條所定第一順序之繼承人同為繼承時，其應繼分與他繼承人平均。二、與第一千一百三十八條所定第二順序或第三順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產二分之一。三、與第一千一百三十八條所定第四順序之繼承人同為繼承時，其應繼分為遺產三分之二。四、無第一千一百三十八條所定第一順序至第四順序之繼承人時，其應繼分為遺產全部。」

¹⁰⁷ 此部分於民國 96 年之修正並未有所調整。

¹⁰⁸ 民法第 1164 條：「繼承人得隨時請求分割遺產。但法律另有規定或契約另有訂定者，不在此限。」

¹⁰⁹ 民法第 1165 條：「被繼承人之遺囑，定有分割遺產之方法，或託他人代定者，從其所定。遺囑禁止遺產之分割者，其禁止之效力以十年為限。」

¹¹⁰ 民法第 1223 條：「繼承人之特留分，依左列各款之規定：一、直系血親卑親屬之特留分，為其應繼分二分之一。二、父母之特留分，為其應繼分二分之一。三、配偶之特留分，為其應繼分二分之一。四、兄弟姊妹之特留分，為其應繼分三分之一。五、祖父母之特留分，為其應繼分三分之一。」

¹¹¹ 民法第 1224 條：「特留分，由依第一千一百七十三條算定之應繼財產中，除去債務額算定之。」

¹¹² 民法第 1187 條：「遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，得以遺囑自由處分遺產。」

法繼承編」之不同課程，應設計有不同的教學目標。

陸、教學評量方式

關於本單元之教學評量方式亦可相當多元，應依教師所設定之時間為主。若時間並不充裕，可由教師自行準備書面題目，以是非、選擇與計算題，於講授本部分後的下週課程進行評量，以清楚學生對於三種繼承方式之差別，以及遺產分割方法之瞭解。

然若有較充裕之時間，可要求學生撰寫分組報告，蒐集三種繼承方式未修改前，對於繼承人及其相關人財產與非財產方面產生嚴重影響之情形，讓其體會本法修改之必要性。再者，亦可選擇撰寫較具深度之報告，或於課堂上與學生一同討論此些與繼承編有關之題目。例如，首先，新施行的繼承編，對於無行為和限制行為能力人，採取強制之限定繼承，對此，雖然是為減少捐債兒的問題，但是整體而言，是否合理？是否會損及債權人權利？第二，對於此新法，法務部曾表示，因全面回溯而受惠的捐債兒，若欲行使自己限定繼承的權利，目前溯及者不須辦理其他手續，可以直接向前來討債的債權人主張適用限定責任繼承，拒絕還債，倘若債權人不服提告，仍要進入訴訟程序，法務部坦承該部分的程序仍有爭議，會再與相關的法官討論。¹¹³亦即，新法對於新規定尚未有詳細的操作方法，因此，可以請同學找尋，關於施行細則之訂定為何，若規定確實不完善，則思考其後果會如何，建議立法單位應如何強化之。第三，為何新法規定之限定繼承，延後繼承人提出遺產清冊時間等等問題。第四，第 1153 條增加第 2 項「繼承人為無行為能力人或限制行為能力人對於被繼承人之債務，以所得遺產為限，負清償責任」，請學生討論，該規定是否應放寬到所有人（含完全行為能力人）。

¹¹³ 經濟日報，2008 年 1 月 3 日，及<<http://gui-advisor.myweb.hinet.net/news-t22.htm>>

第五章定型化契約的意義與控制—教學上實踐之嘗試

相關案例與爭點說明

案例一

性質：臺灣臺北地方法院民事判決一九九十三年簡上字第一四四號(部分摘錄)

某電梯維修保養公司(以下簡稱保養公司)維修李先生的電梯，維修合約第三條第一項之約定，雙方如欲終止次年度之契約，需於期間終止前二個月內以書面通知對方，否則視同雙方無異議自動延長契約一年。該合約第三條第二項約定「於合約有效期間內，甲方(即李先生)妨礙乙方(即保養公司)履行合約義務，或將合約標的另委由第三者實施維修時，甲方應即一次付清相當於有效期間內尚未給付維修費用金額之違約金計十二萬元予乙方」，李先生認為，維修公司的合約書部分內容有違法律規定，且合約到期雙方關係自動結束，不需要於期間終止前二個月內以書面通知對方，不需要支付維修公司新的一年度的維修費用；至於保養公司認為，「將合約標的另委由第三者實施維修時，甲方應即一次付清相當於有效期間內尚未給付維修費用金額之違約金計十二萬元予乙方」的請求根本沒有理由」但是保養公司認為應支付，進而產生爭執。

保養公司認為，依內政部營建署提供資料顯示，登記合格之昇降設備專業廠商目前共有三百二十四家，其中公司登記地址位於本案縣市之專業廠商共有一百二十四家，故該地區與保養公司共同競爭之廠商為數很多，在如此完全競爭之市場，專業廠商早已喪失議約主導權，而且雙方定約前都經過討論，且合約僅由保養公司負責擬定交由被李先生參考，李先生仍保有變更契約或自行選用指定之契約條款之權利，故系爭合約並非定型化契約。所以兩方於民國九十一年九月一日所簽訂之電梯維修合約書(以下簡稱系爭合約)並非定型化契約，不受消費者保護法或民法第二百四十七條之一的規定管轄。

李先生認為，這分合約書確認是屬於消費者保護法上的定型化契約，且與民法上的同類契約相同，應該受相同法律的拘束。該合約合約第三條第一項、第二項之約定違反民法第二百四十七條之一第二至四款之規定，亦違反消費者保護法第十二條第一項、第二項第一款之規定，對李先生顯失公平而無效。所以保養公司認為，「將合約標的另委由第三者實施維修時，甲方應即一次付清相當於有效期間內尚未給付維修費用金額之違約金予乙方」的請求，在法律上無依據。

- 一、究竟何種契約是定型化契約？
- 二、定型化契約與一般契約有何不同？
- 三、消費者是否與企業方討價還價，或者另外議價所產生的契約，與定型化契約有何關係？
- 四、消費者沒有修改業者所提出的契約，但是業者認為是配合消費者方面修改

契約，是否仍為定型化契約？

五、有關定型化契約的法律規定有那些？

案例二

性質：模擬案件 引用根據：新聞紙報導¹

住於台南市的小明與阿娟報名參加○○旅行社泰國五天四夜的團體旅遊，二人共繳交團費含○○航空公司機票費用四萬元整，並簽訂該次團體旅遊之定型化契約書，其中有約款約定應於旅行出發當日上午九點整之前到達高雄市小港國際機場，逾時超過一小時以上，航空公司已截止旅客辦理報到者，將無法出發。小明與阿娟於上午七點自台南市出發，預計應於上午八點半前應該到達高雄小港機場，不料當天高速公路南下交通特別壅塞，兩人到達機場時已超過上午九點三十分，導遊已經帶領團員進入候機室，但航空公司尚未截止旅客辦理報到，並告訴兩人若有機票便能辦理登機。兩人致電旅行社之帶團導遊要求其出示機票供二人登機出發，但導遊以兩人已遲到半小時以上，違反團體旅遊之定型化契約為理由拒絕！二人無奈之下要求導遊及旅行社交付未搭乘之機票，但旅行社及導遊均堅稱「機票不交付並不退費是旅行業慣例」，並認為兩人應該知悉，堅決不退票亦不交出未搭乘之機票。

小明與阿娟認為，雖然他們抵達機場之時間已逾上午九點三十分，但航空公司尚未截止旅客辦理報到，並告訴兩人若有機票便能辦理登機，未有違反該旅行社的定型化契約中航空公司已截止旅客辦理報到者，將無法出發的情形，旅行社應該讓他們登機。此外，該次團體旅遊之定型化契約書中並未提及未乘坐的機票是否不能退費或交付旅客的約定，且旅行社與導遊亦從未講過「機票不交付並不退費是旅行業慣例」並要求他們同意並承諾的宣示或傳達，應該不構成該次團體旅遊定型化契約之約定內容。

本案之爭點有二：

- 一、「機票不交付並不退費是旅行業慣例」是否為本案中該次團體旅遊定型化契約約定內容之一部分。
- 二、該次團體旅遊之定型化契約書中約定航空公司截止旅客辦理報到後到達之團員將無法出發，是否為顯失公平或無效的約款，或者根本是違反法律強行或禁止規定；或者是屬於合法有效的約款？

¹ 本文所引用之模擬案例，皆為真實且存在之案例，並業經新聞報導者，本文取其要義改寫之。惟當事人可能未曾經驗訴訟階段，故未能於司法判解中發現。

案例三

性質：模擬案件 引用根據：新聞紙報導

某國家考試補習班宣傳有內部資料顯示國防部即將招考大量文職公務員從事資料整理工作，可於一兩年內辦理相關國家考試，並以此為理由宣傳招生，向有意願報考之考生販賣教學課程與教材，並已在部分課目教學上安排上課。惟經過半年後國防部證實應無此一規劃，短期內也不會有國防相關特考招考的規劃。自此已向該補習班繳費上課之學生便要求補習班退費。補習班則藉稱，凡是已經領取的書籍、已上過的課程，皆已支付費用，此部分不能退費；且部分補習班因上課所為之支出與開銷亦無法退還費用。且補習班認為當初報名上課之學生權益書以及學生須知中有記載，若學生不願繼續上課將不予退費，但歡迎學生繼續轉報名其他科目或課程。補習班因此向要求退費之學生轉介其他課程，部分學生堅決要求退全部費用，認為補習班基於不實之消息與資訊招攬生意，現竟然要求學生負擔部分費用，甚不合理...

本案之爭點與法律適用上的意義為：

- 一、補習班所發之學生權益書及學生須知，是否為定型化契約？
- 二、補習班認為凡是已經領取的書籍、已上過的課程，皆已支付費用，此部分不能退費；且部分補習班因上課所為之支出與開銷亦無法退還費等情形與給付內容，是否為定型化契約之一部分？
- 三、國防部於後證實不會有國防相關特考招考規劃，進而造成學生在財產方面之損失，是否屬於學生方面應負擔的風險？而使該補習班單方面預先擬定的契約有違公平原則？

案例四

出處：臺灣高等法院民事判決一九十二年度上易字第五三二號判決

王○○與國內知名美容公司簽定一系列瘦身、美容、健康等相關商品與服務的契約，約定由該美容公司的彰化分公司服務。但彰化分公司因營業狀況不佳而結束，其中王○○的美容瘦身課程部分已支付未享用完畢之課程費用尚餘七十二萬二千四百三十一元，產品部分王○○已支付而未領用之費用尚餘六十二萬八千一百元，合計為一百二十二萬七千二百一十三元。美容公司要求王○○前往台中分公司繼續消費，但是王○○認為美容公司既已無法在彰化地區為其提供瘦身美容之商品與服務，顯然已無法依契約一債之本旨提供服務，主張解除契約，返還未完成部分課程及尚未領取之產品部分款項。

美容公司認為，根據美容公司所簽定之定型化契約，「顧客確認事項第二點」另特別約定：「本人願意完成本項課程，如因本身因素不克完成時，得以保留一年，不得易金退回」、「本課程有效期間自本日起至壹年止，逾有效期間乙方同意免費讓本人享受本單剩餘堂數，但本人不得辦理轉換、轉讓、退費。」王○○無法依照原定定型化契約的給付與受領時間消費完成，已經成為構成定型化契約條款中消費者自身的行為導致無法完結受領商品或服務，而不應予以退費！王○○認為該定型化契約條款顯然不公平，且令消費者一方負擔不相當的責任，應該為無效的約款。

本件爭點在於，美容公司單方面於定型化契約約款中定明移轉服務地點後消費者若未能於期間內消費完畢，是否違反消保法中誠信原則，致使定型化契約條款無效？同時，美容公司明知王○○常常申請轉換美容課程或延長期限又認為她的未消費節數已過時而無法退費的定型化契約約款，是否亦屬違反消保法中誠信原則？

1. 定型化契約之定義與原理

契約，依民法第一百五十三條，是為一種因合意而發生的法律關係，此一合意依一般情況尚有「邀約」、「承諾」等過程，換言之，一般契約雙方當事人不免要對其內容審慎思考，討價還價，對於雙方各自給付的標的或內容，一定是各有所堅持，直到雙方願意對所承諾的給付內容履行，才會經承諾而締結契約。若一方對其中的內容不表同意，契約便不成立，自然亦不會發生債的關係，雙方當然也不有任何的給付或受領義務。

但是，如果所有的契約與民間所有的行為，都要花很多時間進行討價還價與協調，自然將造成當事人雙方的不便，而使交易緩慢。比如說，有些法律行為是一直持續的、以固定的內容發生，如每天搭乘大眾運輸、每天去游泳(買門票)；或者是雙方都非常清楚給付內容的租賃關係、買賣關係；或寄託—如民間寄車；或運送—不論是客貨運送，或者是房客要續租，而房東所出租的房間與承租的房客、租金與其他義務都無任何變化，實在也沒有必要重新議約，討價還價。由此可見，此類不須討價還價的，每日經常性進行的契約，基於社會經濟發展的快速變化，必定占據日常個人所發生契約行為相當高程度之比例。

這一類的契約，有可能由一方事先擬定，而由相對人決定是否「全盤接受」(當然，相對人要不要全盤接受，在於相對人的意思形成與決定)，通常這種契約有較多數之相對人，且相對人不會對內容討價還價或有意見，這一種契約便始得交易的過程簡便而省時，進而促進了交易的便利與效率。當然，也因此而衍生一些問題。

這種契約，法國學者認為，就類似是一方「附合」對方的意思所定立的，所以稱為「附合契約」。²美國學術界亦如此稱呼，原文為**adhere contract**。德國認為是一種「普遍」、「通常」性質的條款；日本稱為「一般交易條款」、「普通契約」。³

在我國，因為這種契約在民間都是以一方當事人先將契約準備完成好出現的，並準備與許多人簽定同樣性質與內容的契約，其內容幾乎完全相同，早已由一方擬約人所「定型」，所以亦稱為「定型化契約」。常見者如：貼在超市牆上，寫「歡迎自由選購，結帳包裝後不得退換」之告示。海外渡假村會員權利義務商品買賣契約書、國際渡假村會員卡之契約書、餐廳訂宴收據之記載事項；甚而民間停車場收費告示牌等等。

1.1 定型化契約的法律定義

據上以論，定型化契約的定義便可視為：由契約當事人之一方預先擬定契約內

² 我國民法第二百四十七條之一之立法理由亦稱該條為規範「附合契約」所用。

³ 王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，自刊本，2002年10月。頁94。

容，由相對之他方就該契約為整體同意而生效力的契約。⁴在法律上精確的定義與解釋，根據我國現行法律，民法第二百四十七條之一與消費者保護法第二條「名詞定義」上都有立法之解釋，其分別為「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....」以及消費者保護法(以下簡稱消保法)第二條第一項第七款「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。」而本文所指的定型化契約，依同條第九款係指依第七款「定型化契約條款」所締結之契約，即「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。」換言之，民法第二百四十七條之一所稱之「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約」，即所謂「以同樣種類或相同內容的契約(條款)與他人締結而成的契約—同類契約」，與消保法名詞定義中以同類契約條款所締結之契約，原則上意涵大致相同。惟消保法應為企業經營者與消費者間的法律，其定型化契約應以「消費者定型化契約」看待；至於民法該條定義，並無僅限於消費者與企業之關係，舉凡基於一般債之原因所由生的契約關係而有定型化、同類型化者，不論是承攬、僱傭，只要無特別法有特殊或強行、優先適用之規定，民法第二百四十七條之一應有其適用，當然亦可包括消費者與企業間之契約。⁵

另外應加以說明的是，「定型化契約」與「定型化契約條款」並不相同，「定型化契約條款」尚未成為契約法律關係，因此單純的契約條款尚未產生債務與債權給付關係及債的標的，惟定型化契約條款亦非必要以文字呈現。消保法第二條第七款名詞定義「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。」。因此提出或受領「定型化契約條款」的雙方，因為並未確定其效力，倘未有承諾的過程，該條款提出或受領，便只是「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—消保 2(6)」。而定型化契約則是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，其不需要有文字呈現，但一定要有明示或默示同意的過程。可見定型化契約已經是「契約」了，已成立債權與債務的給付義務與受領關係。所以，定型化契約的定立要以定型化契約條款為根據，此即為二者的關係。

另有創設「商業型定型化契約」與「消費者定型化契約」區別法條適用之說者，

⁴ 消保法僅規定定型化契約由企業單方「擬定」；惟現今多數企業多採同業公會通過國家主管機關所提供之定型化契約範本作為與消費者建立定型化契約時之依據，而成為「使用定型化契約」之主體，非「擬定」定型化契約之主體，致使對企業有排除消費者保護上對定型化契約主體的地位與性質，進而免除因之而生的義務與責任。本文以為，消保法上的「擬定」，應擴充解釋為企業使用定型化契約範本之情形，緣同業公會之其契約範本僅供參考，消費性契約真正締結者仍然為「使用」該範本之企業。參見謝穎青、馮震宇、姜炳俊、姜志俊，消費者保護法解讀，元照出版公司，2002年3月2版。

⁵ 王澤鑑，前註書，頁96。

定型化契約以企業的相對人是否為營業主體或者僅係消費者而分為「商業性定型化契約」與「消費者定型化契約」兩類。⁶商業化定型化契約以營業主體為適用對象，民法二百四十七條之一便成為商業化定型化契約之適用條文。本文以討論消費者保護法中一般之消費者關係與其有欠公平之探討，商業化定型化契約不是討論的範圍，但是民法第二百四十七條之一仍然可規範消費關係與消費性定型化契約，所以亦將於後文中論及。

1.2 定型化契約與個別磋商條款

「個別磋商條款」根據消保法第二條名詞定義所指，係為「指契約當事人個別磋商而合意之契約條款」，亦可稱為「定型化契約之非一般條款」。該款定義落於「定型化契約條款」與「定型化契約」之間，可見該契約條款與定型化契約有關。

實則，個別磋商條款並非定型化契約條款，亦非成為定型化契約。其既由當事人一企業或消費者任一方經個別磋商而合意，顯見當事人不受定型化契約條款所限或拘束，而願以經「個別磋商而合意」之內容表現契約之權利與義務，致成為定型化契約以外之契約內容。因之，企業以事先預擬之「定型化契約條款」與消費者間發生「定型化契約」，此可視為「一般契約」；而經「個別磋商條款」締結之契約，則為「非一般契約」，也就是非定型化契約，自然不受拘束定型化契約之法律所限制。另外，一個整體的定型化契約中亦可包含部分非定型化契約內行的個別磋商式給付關係；部分非一般契約之給付標的不影響整體定型化契約之存立及有效，二者在同一法律關係下可並存。如參團旅遊日本的旅客中，有兩位旅客五天的飯食餐飲希望以素食為主，因此不適用旅行社備妥之定型化契約條款有關享用大腳蟹、神戶牛等葷食的約定；該部分約定便為「個別磋商條款」而合意之契約，但整體旅遊契約其他部分之給付並不因此而不適用定型化契約之原理原則運作。

個別磋商條款與定型化契約區分之實益，在於個別約定的條款如果與定型化契約條款中的規定內容有所不同，而在契約之適用上產生爭議時，當然需依「個別磋商」而成立的契約條款定其結果。其原因是，「個別磋商」的條款，當事人經過討價還價的過程，對自身權利義務的預期效果，應該頗為清楚。換言之，在一般的消費者契約上，個別磋商條款先於定型化契約而適用。當事人對某契約之內容有個別磋商者，定型化契約條款自然不能適用。另如消保法第十五條即規定，定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效。

⁶謝穎青、馮震宇、姜炳俊、姜志俊，消費者保護法解讀，元照出版公司，2002年3月2版，頁130。

1.3 個別磋商條款的控制

定型化契約條款由企業自創，雖非必然無效，但否有符合「當事人雙方」意思表示互相一致，顯然有問題。此種問題通常在企業單方面認定對方「默示同意」時，最易發生問題。依照契約的原理，企業經營者應依明示或其他合理、適當之方式，「告知」相對人或消費者希望與其定立定型化契約條款之意，並要求消費者理解其內容，使消費者有具體的「默示同意」表現。只有具備此二項要件之情形下，定型化契約條款才有契約之效力。

1.4 案例解析

本文所揭舉之案例之一，所體現的問題共有五項，其分別為：一、究竟何種契約是定型化契約？二、定型化契約與一般契約有何不同？三、消費者是否與企業方討價還價，或者另外議價所產生的契約，與定型化契約有何關係？四、消費者沒有修改業者所提出的契約，但是業者認為是配合消費者方面修改契約，是否仍為定型化契約？五、有關定型化契約的法律規定有那些等，在案例一之電梯保養維修契約中，可以於本章理論探討中得出相當完整的答案。至於本案例爭議之部分，有關維修廠商修改契約部分內容而成立之定型化契約條款是否仍構成定型化契約？其原理依本案之判決見解，不難發現：

「...民法第二百四十七條之一所稱定型化契約，係指當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，此關該條本文之規定即明；消費者保護法所稱定型化契約條款，係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，消費者保護法第二條第七款規定甚詳。本件上訴人為經營電梯維修業務之公司，屬消費者保護法第二條第二款所稱企業經營者，被上訴人係以消費為目的而接受電梯維修服務，屬同條第一款所稱消費者，上訴人復自陳系爭合約為上訴人公司所準備，原則上與客戶簽約就是用此內容，若客戶要求修改，上訴人亦可修改，也曾有客戶提供自訂之合約與上訴人簽約（本院九十三年三月二十二日準備程序筆錄），足見系爭合約為上訴人所預先準備，欲用於不特定需求電梯維修服務之客戶之契約條款，揆諸前開法條規定，自屬民法第二百四十七條之一、消費者保護法第二條第七款所稱之定型化契約條款，殆無疑義。

至於上訴人辯稱被上訴人非無修改合約內容或提出自訂契約之餘地，並提出上訴人與其他客戶所定電梯維修合約多份為證。然查，定型化契約之規制係著眼於兩造締約地位之不平等，消費者或他方當事人基於其經濟或法律知識上之弱勢，就契約內容之形成無從與約款使用人基於平等之談判地位一一磋商研擬，與傳統民法所規範基於兩造合意訂定之契約有別，因而須以公權力介入審查其定型化契約之內容。惟定型化契約並不以消費者或他方當事人全無商議或修改契約內容為要件，定型化契約中經當事人個別商議而擬定或修改之約款，學說上稱為個

別商議條款，此種條款之訂定過程既與傳統契約無異，就其規範即不適用民法或消費者保護法有關定型化約款規制之規定，惟定型化契約縱含有少數個別商議條款，仍不影響其定型化契約之性質，就個別商議條款以外之其他約定，仍須受法律有關定型化契約規制之規定，同理，縱契約相對人有談判個別商議條款之可能，亦不因而使該契約成爲非定型化契約。至於契約若係由客戶自行研擬提出，則因客戶顯無以此約款與不特定廠商簽訂契約之意，顯不符合前開民法或消費者保護法有關定型化契約之定義，自無民法第二百四十七條之一及消費者保護法之適用⁷。

據以上，本案例之五項題意，就其重要者，可分別解爲：

- 一、定型化契約條款，係指企業經營者爲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，以此爲主定立之契約，則爲定型化契約。
- 二、定型化契約中經當事人個別商議而擬定或修改之約款，學說上稱爲個別商議或磋商條款，此種條款之訂定過程既與傳統契約無異，就其規範即不適用民法或消費者保護法有關定型化約款規制之規定。
- 三、定型化契約縱含有少數個別商議條款，仍不影響其定型化契約之性質，就個別商議條款以外之其他約定，仍須受法律有關定型化契約規制之規定。

本節於教學上之實踐

一、教學目標

使學生明瞭「定型化契約」之社會、經濟上與法律上意義與功能，並解釋其普遍性、可自日常生活各層面中找到的尋常性。參考並引用民法第 247 之 1 條與消費者保護法第二條對定型化契約、同類契約、個別磋商條款等基本概念之解讀，並要求學生每個人都要找出一項與自己的生活上常見的定型化契約條款或定型化契約。

二、教學方式及所需時間

以教師講授配合法律條文、生活上的所有與定型化契約有關之各種商業活動、行銷廣告講解實施。所需時間約以兩節課，每一節 2 小時共 4 小時時間施教。

三、相關法條闡述

民法第 153 條、民法債編總論與第 247 條之 1、消費者保護法與該法第 12 條基本名詞定義中對「消費者」、「企業」、「同類性質的契約條款」、「個別磋商條款」、「同類契約」等詳細之說明。

四、作業或學習考核

要求學生每一個人找出任何一件與他本人、家人有關的，真實的且已發生的「定

⁷ 參酌臺灣臺北地方法院民事判決一九九十三年簡上字第一四四號判決書主文。

型化契約」關係或事件，要求說明其是否仍在於給付中，是否已結束契約關係。並要求其提出與該定型化契約有關之「定型化契約條款」，並仔細判斷該定型化契約成立過程中是否有基於「個別磋商條款」之「一般契約」，並要求所有學生預想該契約給付上有無一般不尋常之問題？

本節之學生學習考核標準，便在於其是否找出與其切身相關之定型化契約或定型化契約條款。

2. 定型化契約之問題

2.1 定型化契約問題意識

現代企業由於採用大量化、標準化製造的商品與服務，以定型化契約創造快速而有效的交易，是使其創造大量利益的重要方式。對消費者言，內容相同權義相同的契約，若無協商必要，快速交易使消費者滿足需求，亦能符合消費者一方的利益。然而，企業多半是消費關係中，經濟活動上的強者或訊息較為完整的一方，其所預定之契約條款，他方每無協商變更之餘地；再者，此等條款係企業當事人之一方所預先擬定，其就交易之客體，非但具備專業知識，且通常均已累積豐富交易經驗，並多藉助法律專業人士為其預先擬定定型化契約條款，故其條款多以追求己方之最大利益為目標，或使用專門用語，而為通常欠缺相關法律常識之交易消費者所難以理解，或隱藏風險轉嫁，而使交易他方承擔不利，陷他方於難以預知之損害。是其雖符合契約自由之外觀，然多悖離契約正義之要求。⁸定型化契約即因企業之大量濫用，而導至污名化的情況。

惟定型化契約並非絕對無效，締結定型化契約也不是絕對不生效力，商店或企業以定型化契約與顧客發生契約關係，也隨處可見，所以定型化契約不是絕對、必然違法的契約，而需要視締約時的狀況判斷到底是有效還是無效。

審思定型化契約之產生，乃源於企業經營者預先片面擬定之附合契約條款，通常僅為自身之最大利益考量，而將不利益之風險轉嫁由消費者承擔，或者在給付過程中令消費者多負擔其屬於企業一方利益之成本；更有甚者以欺蒙為目的，以定型化契約之訂立為手段，以達獲取利益目的。一般消費者於訂約時亦常缺乏詳細審閱之機會及能力，且或因市場遭壟斷而無選擇機會，或因經濟實力、知識水準造成之締約地位不平等，以致消費者對於該內容僅能決定接受或不接受，而別無討價還價之餘地，此一方面的問題，造成有必要對定型化契約加以控制，本文將其控制之形式分別為以民法及消保法上定型化契約違法無效之控制，以及於后一章節專章論述定型化契約「顯失公平」情形以及控制之方式。

2.2 消費者保護法中對定型化契約的控制概述

消保法第二節第十一條至第十七條有關定型化契約的規制與調節，是整篇消保法中對定型化契約管理的體系規定，除了第十二條針對定型化契約「顯失公平」情形的法律解釋性規定與構成要件、結果之外，其他條文亦屬於對定型化契約的調整規範。

總論對定型化契約之調整規範，並非僅集中於定型化契約「顯失公平」之情形，如第十一條第二款「定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋」之「利於消費者解釋原則」；第十一之一條「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.... 違反前項規定

⁸ 參九十年度上字第四九一號判決書內容。

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。」之消費者審閱時間規定；若消費者未有三十日以內之合理審閱期間，該定型化契約可謂為無效之結果。

第十三條「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。」「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。」則進一步區分定型化契約於個案中之範圍，企業有預擬之定型化契約以外之附帶性契約條款，一樣屬於企圖與多數消費者間成立內容一致或相類之給付關係，而與主契約間有連帶或附屬關係時，若該條款未向消費者明示並徵求其同意，不能成為定型化契約整體之一部分，自然不能成立從屬性的或改變主契約中權義關係之定型化契約。同時同條第二項亦律定消費者有要求企業提示其附屬性定型化契約條款之權。因之，未經記載於定型化契約條款之定型化契約須有消費者承諾要件及記載要件，否則不生效力。

第十四條「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」乃屬於有關未經記載之定型化契約條款且無從預見者，消費者可主張無效之「突襲條款無效」，俱為對定型化契約以符於保護消費者權益之目的所為之立法規範。另外，前節所述個別磋商條款優先之規定「定型化契約中之定型化契約條款抵觸個別磋商條款之約定者，其抵觸部分無效」。總論之，消保法第二節對定型化契約之控制，除「顯失公平」情由需另以法律及個案判斷外，此部分一般性控制之規範，可在顯失公平以外的情形下決定定型化契約之是否有效。

2.3 案例解析

本文擬撰之案例二，有關旅行社團體旅遊旅客因遲到無法出發前往，旅行社以遲到過久不予登機且不還機票之問題，旅行社方面之說法為，旅遊定型化契約書上載明「... 應於旅行出發當日上午九點整之前到達高雄市小港國際機場，逾時超過一小時以上，航空公司已截止旅客辦理報到者，將無法出發...」，以及旅行社不交還機票之原因為「機票不交付並不退費是旅行業慣例」，並認為兩人應該知悉。本文以為，該次團體旅遊之定型化契約書中並未提及未乘坐的機票是否不能退費或交付旅客的約定，且旅行社與導遊亦從未講過「機票不交付並不退費是旅行業慣例」並要求他們同意並承諾的宣示或傳達，應該不構成該次團體旅遊定型化契約之約定內容。

本案爭點一、「機票不交付並不退費是旅行業慣例」是否為本案中該次團體旅遊定型化契約約定內容之一部分。本文以為，依上所述之消保法第十三條「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。」及第十四條「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」，本案中消費者並未有受領旅行社告知機票不得退還之約定，旅行社一方亦未徵得同意，更不得以消費者應知悉而認為參團之行爲即爲默示同意不退機票之約定；同時「旅行業慣例」應僅爲旅行業者所知，認為消費者應知旅行業慣例顯然非依正常情形消費者所能遇見，該約款應爲無效，旅行社應退還機票或相當之價款于消費者⁹。

本節於教學上之實踐

一、教學目標

使學生明瞭「定型化契約」可能發生的糾紛與矛盾。理解何爲「突襲性條款」之原理與效果，需講解定型化契約相關的調整與控制規定。並藉由想像與說明建立其學習控制定型化契約之企圖與動機，以利下一章節「定型化契約顯失公平情形」之控制，俾使其知悉如何保護其權利。

二、教學方式及所需時間

以教師講授配合法律條文、生活上的所有與定型化契約有關之各種商業活動、行銷廣告講解實施。所需時間約以兩節課，每一節 2 小時共 4 小時時間施教。

三、相關法條闡述

消費者保護法第二節第十一條至第十七條等詳細之說明及案例分析。

四、作業或學習考核

要求學生就其所蒐集之定型化契約，預想該契約是否有不對等、不公平、不透明公開，給付上有無一般不尋常之問題？

本節之學生學習考核標準，便在於其是否找出與其切身相關之定型化契約或定型化契約條款有上述之問題。

⁹ 現行之國內外旅遊定型化契約範本對於無法出發前往旅遊之賠償規定已較爲詳細，分別針對不同時間、情形之不能出發情由，分別予以不同之處理，此部分請參本文後續章節有關定型化契約範例之列舉。

3. 定型化契約「顯失公平」情形及其控制—現行法規定

定型化契約顯失公平情形及其控制，其相關規範於民法、消費者保護法以及對消費者保護法實施上具有重要操作指引的消費者保護法施行細則俱有規定，但是由於這些法規本身規範之詳密程度與適用上解釋不一，本文均需對之加以分析並評論。

3.1 民法有關定型化契約顯失公平之情形

民法第二百四十七條之一「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。」針對若同類契約內容或標的有此四款約定，而其情形具有顯然失去公平性的情形者，這部份約定的內容無效。足見民法以例示之方式舉出同類契約或定型化契約無效的四種要件，並認為構成無效除要有此四類要件以外，尚須符合「按其情形顯失公平者」此一「按情形顯失公平」的重要事因。

本文以為，該條四類列舉之顯失公平情形並不難以理解，此四類情形顯然是擬定契約條款之一方所避逃風險、加重消費者負擔或使消費者有損及利益情形或拋棄權利者。但是，何種情形屬於「按其情形顯失公平」，顯為高度不確定之法律概念。一般而言，如此之高度不確定法律概念，無法盡如條文中定義者，通常需自個案中找尋依據。

自法院中判解尋求「按其情形顯失公平」之意義，大多為「...至該第三款所謂「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，另所稱「按其情形顯失公平」，則指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形...」¹⁰以及「...是該條第二款所謂「加重他方當事人之責任」，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，而所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。¹¹」可見可抽離出「依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言」此一「依契約本質所生的權利義務」或「按法律規定加以綜合判斷」有顯失公平之情形。

所謂「依契約本質所生的權利義務」顯失公平之情形，應可理解為企業與消費者間依契約本質，消費者之權利義務有該條四款所定企業方避逃風險、加重消費者負擔或使消費者有損及利益情形或拋棄權利，且該等情形不符「契約本質」者。但究竟何種情況不符「契約本質」，便需以該等契約本身於給付雙方的權義內容，

¹⁰ 參 92 年台上 2744 號判決判決書之見解。

¹¹ 參 91 年台上 2336 號判決判決書之見解。

在法律一般規定或特有規定、強制規定或禁止規定上有無違反者而言。此即為「按法律規定加以綜合判斷」。例如買賣不動產之銷售出賣方，自定之同類購屋契約條款中明定「本房屋買賣於簽約即成立(不需公證亦不需辦理過戶)，買方有支付全部價款之義務，十天內不付款則認定為買方違約。」依本文及民法該條文之解釋，不動產買賣契約以及不動產之權利移轉創設，未經公證或標的不動產未經登記，不生效力，為民法明文所定，不動產之銷售出賣方自定定型化購屋契約違反該買賣不動產之法律規定，應屬於「依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形」該買賣契約應為無效，賣方自不得主張買方不於十日內付款即屬違約之情形。

因民法對定型化契約顯失公平情形是否無效之確認，是要視所締結契約之性質而判斷，由於契約種類非常複雜，因此該條規定相當程度也加深辨別上的困難。實務上，消費者保護法與消費者保護法施行細則的規定便較民法為完備。

3.2 消費者保護法及施行細則對定型化契約顯失公平之規定體系

3.2.1 消費者保護法對定型化契約顯失公平之具體與抽象規定

消費者保護法及施行細則對定型化契約顯失公平之規定，在法律制度的設計上其實相當繁複、重疊，不無使人有循環論證之感。本節將依條文次序及從抽象—具體化的層次一一剖析。

首先，消保法第十一條第一項「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則」此一類似宣示性規定，並無企業若不本於平等互惠原則為定型化契約締約時，該契約效果應為如何處置的條文；而廣義上言亦與本文所稱之顯失公平情形似乎並非全然無涉；而消保法第十二條，則為與本文所探討主題直接相關的條文規定，即第一項「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。」第二項「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。」則分別以抽象之「違反誠信原則，對消費者顯失公平者無效」，以及三款列舉式的推定顯失公平事由：一、違反平等互惠原則；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。此其中第一款「違反平等互惠原則」已構成顯失公平，致使契約無效之事由，則消保法第十一條第一項規定「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則」便得以使其具有實效，惟尚欠缺具體化、操作化的定義。惟其他兩款以及「違反誠信原則」無效之規範，於本條之層次上如何應用，實為最應關切的重點。

實則，消保法第十一條至第十二條第一項至第二項，是一項從抽象到具體，自普通到特定的過程，從而在認定定型化契約無效上亦有一定的核心基礎。反之，自第十二條第二項所規定之構成要件「推定為顯失公平」，到其他「未推定之顯失

公平」；至「違反誠實信用」以及於企業未能顧及與消費者相對方之間的「平等互惠」，實屬層層相連。¹²換言之，整個消保法對定型化契約顯失公平控制的規範目的以及檢驗判準，是先從抽象之「違反平等互惠原則」—第十一條第一項至第十二條第二項落實；抽象之「違反誠實信用原則」，至第十二條第二項第二款與第三款落實，但又不僅限於以第十二條第二項三款列舉式的推定顯失公平事由認為為定型化契約顯失公平的所有事由。第十二條第二項三款列舉式的推定顯失公平事由之外，尚有可定義並使之可操作化之抽象「違反誠實信用原則」及抽象的「違反平等互惠原則」，仍可為令定型化契約顯失公平而無效。

至於消費者保護法施行細則，部分條文仍如同民法及消保法第十一條，係屬抽象規定，部分條文則更為詳細的補充前述之原則並使之具體化，如第十三條稱「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之。」即為與民法第二百四十七之一條相去不遠的規定；但施行細則第十四條「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一 當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二 消費者應負擔非其所能控制之危險者。三 消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四 其他顯有不利於消費者之情形者。」則極為詳盡的具體化、操作化了前述消保法中的「違反平等互惠原則」。

至此，本文總結整個消保法體系，對於控制並操作定型化契約顯失公平致使契約無效的整體規範，自抽項到具體，應該為：

- (1)以消保法第十二條第二項三款規定審視是否有顯失公平情形：
 - 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。
- (2)同條第一款違反平等互惠原則，應依消保法施行細則第十四條認定為顯失公平而無效，其違反平等互惠原則之情形為：
 - 一 當事人間之給付與對待給付顯不相當者。
 - 二 消費者應負擔非其所能控制之危險者。
 - 三 消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。
 - 四 其他顯有不利於消費者之情形者。
- (3)保法第十二條第一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之「誠信原則」之違反，此一誠信原則成為認定定型化契約顯失公平無效之抽象判準。

3.2.2 消費者保護法及消保法施行細則對定型化契約顯失公平情形之控制

本節即需依此一審視定型化契約是否顯失公平之順序，一一解析其內涵：

- 1.違反平等互惠原則：依消保法施行細則第十四條，定型化契約條款有下列情

¹² 參照謝穎青、馮震宇、姜炳俊、姜志俊前註書，頁 117~118。

事之一者，屬於違反平等互惠原則：

(1)當事人間之給付與對待給付顯不相當：給付與對待給付之相當是指當事人雙方各願以其給付換取對方之對待給付，¹³而給付與對待給付間是否在客觀上有相同之價值，不影響雙務契約之效力，換言之，契約之相對人或消費者不能以主觀上定型化契約約定之給付顯不相當而認定為無效，相對的，除非有客觀上定型化契約存在有顯然不對稱之要求為給付之約款或標的內容，且其不對稱非常明顯的違反市場定價或有違法律，始有「顯不相當」之可能。¹⁴因此本處之「顯不相當」，應斟酌是否在定型化契約中存在有類似民法七十三條之暴利行為；或民法第二百零五條之超過百分之二十之約定利率等情狀為判斷。

(2)消費者應負擔非其所能控制之危險：消費者作為企業所擬定定型化契約條款之相對人，自應對契約標的內容風險有所知悉，若企業為求規避風險而要求消費者負擔非其能預期的風險，而將此類約款定於定型化契約中，亦為一種違反平等互惠原則之情形。企業預先擬定之定型化契約若將企業本身之營利風險或增加之成本、擬增收之利潤移轉至事先不知情、無法預見權利或利益將造成損害；或增加額外的義務；或危險之發生、無法禁止此類不利益發生等消費者承擔，即屬於違反平等與互惠原則。

據九十四年簡上字第三十七號判決之意見，基於銀行發布之信用卡申請書，信用卡附卡持卡人需對正卡持卡人消費連帶負清償責任，即屬附卡持卡人應負擔非其所能控制之危險。¹⁵蓋信用卡附卡之設計目的及銀行係准予正、附卡持有人使用同一信用額度，並將正、附卡消費並列於正卡持卡人帳單後寄予正卡持卡人清償，附卡持卡人既未接受帳單，自無從按月知悉正卡持卡人刷卡消費之帳款為若干，亦無法預知正卡持卡人將來之消費金額並加以限制正卡持卡人之消費金額，尤其若正卡持卡人每月僅繳納最低應繳金額時，正卡持卡人會被課以高額之循環利息再滾入消費帳款中不斷累積，其超過原定之信用額度時銀行仍會允許正卡持卡人繼續使用，此時顯非附卡持卡人所得預見並控制。再者，依現行信用卡實務，正卡持卡人若使用信用良好，銀行便會不斷提高正卡持卡人之信用額度，惟此通常並未徵詢附卡持卡人之意見，依系爭定型化契約約定之運作結果，將使附卡持卡人對於正卡持卡人之保證額度亦不斷提昇，因而使附卡持卡人負擔非其所得控制之危險，消費者一般相信被提高信用額度乃係一種信任、獎勵與尊榮，孰料無形間卻使附卡持卡人負擔更高的保證風險，顯已違反契約之平等互惠原則。¹⁶

(3)消費者負擔顯不相當之賠償責任：往往企業為求保障其交易之利潤或減少損失，常於定型化契約約款中要求對部分不予給付或違反約定之相對人課以顯不相當的賠償責任，比如約款中有言「買賣價款給付每遲延一日，買方應支付賣方

¹³ 參蘇俊雄，契約原理及其實用，民五十八年初版，頁 78。

¹⁴ 參照謝穎青、馮震宇、姜炳俊、姜志俊前註書，頁 119。

¹⁵ 參照九十四年簡上字第三十七號判決

¹⁶ 同上註。另外，台北地院訴字第一一六八號民事判決亦有類似見解，參楊淑文，消費者保護法關於定型化契約在實務上之適用與評析，政大法學評論第六十期，民 87 年 12 月。頁 244。

遲延價金數額一百倍之違約金」，應屬無效約款。¹⁷此一部分的情形或事因應可屬於上揭「非其所能控制的危險」的一類，因為其顯不相當的賠償責任可視為是一種消費者無法預見的權利損害或利益減喪；或增加額外的義務。且該權利損害與企業的損失或風險的減少或控管之間顯無平等的地位與價值。

2. 定型化契約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：本項依文字字面意義為較難以判斷者，其義為法律上對於某些種類債之給付關係，其立法意旨往往為法律定其公平的標準，其任意規定，本可由當事人以特約排除，然而定型化契約既由企業方明定，對於任意排除不予採用之法律上之債之給付規定，應相當謹慎的斟酌，企業不得以約款立有排除一般債給付關係之任意規定，便稱該約款有其效力。¹⁸

如有有償寄託契約中，寄託物保管人就其有償保管寄託物之行為應負保管責任，其責任應以善良管理人之注意義務為之。民間停車場若有收取停車管理費用，又以停車場管理收費標準等約定不負車輛遺失責任，顯然便屬於故意排除有償寄託之義務，應屬無效約款。¹⁹

3. 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：此指企業方對契約預擬之約款，使消費者受其限制而使契約之目的難以實現，消費者又無法承擔其損失或遭受不利益者。

例如，旅行社招攬海外遊學團行程，約定參團學生需住宿於指定場所並搭乘指定之交通工具，違反者不得參與課程取得學習認證，遲到或未出席課程超過三分之二者無認證資格；但業者所排定之交通工具幾乎每日因故遲延，住宿之場所有嚴重管理上瑕疵，導致參團學生無法依約定上課取得學習認證，應為典型的「受條款之限制，致契約之目的難以達成」，其部分約款內容應屬無效。

¹⁷參照謝穎青、馮震宇、姜炳俊、姜志俊前註書，頁 121。另如前揭九十四年簡上字第三十七號判決，判決文中指出，「…而附卡之設計，係因附卡持卡人與正卡持卡人具有一定之親誼關係，或為未成年人，或無收入，或為公司公款支出記帳方便而向銀行申請附卡供附卡持卡人使用，經銀行就正卡持卡人信用調查之結果，若認為正卡持卡人信用財產狀況足以支付附卡人之消費帳款即予以核發附卡與附卡持卡人，將正、附卡均寄發至正卡申請人指定場所，由正卡及附卡持卡人共用同一消費信用額度，並將正、附卡之消費帳款彙算於正卡持卡人每月帳單，由正卡持卡人統一繳納，可知附卡之設計目的乃在於正卡持卡人願意就附卡持卡人消費款負連帶清償責任而擔任附卡持卡人消費之保證人，並非附卡持卡人願為正卡持卡人消費款負連帶清償責任，此亦始與社會常情就附卡申請使用目的並非同時簽立連帶保證契約之認識相符，惟本件系爭定型化契約條款卻約定附卡持卡人需就正卡消費金額負連帶清償責任，其不利於消費者及違反消費者申請附卡使用目的之情形甚明，顯已超越一般消費者對於申辦附卡使用所得預見之風險範圍，並加重附卡持卡人責任，足認系爭定型化契約條款違反誠信原則並顯失公平。…」

¹⁸參照謝穎青、馮震宇、姜炳俊、姜志俊前註書，頁 121。轉引自詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，法學叢刊第一五八期，民八十四年四月，頁 151~52。

¹⁹參民法第五百八十九條、五百九十條、五百九十一條、五百九十六條「受寄人保管寄託物，應與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之」；「受寄人因寄託物之性質或瑕疵所受之損害，寄託人應負賠償責任」

至於消保法第十一條第一項「企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則」，由於該條文對於違反平等互惠原則之企業擬定之定型化契約約款如何處理並無規定，本文認為無消保法第十二條第一項第一款及施行細則第十四條之解釋性規定，乃特別立法對「顯失公平」情形之闡釋，於構成消保法第十二條第一項第一款及施行細則第十四條前揭要件時，定型化契約即為「顯失公平」而無效，但並未限制或否認其他「違反平等互惠原則」而可能致使定型化契約無效之情形。由於本文主要乃針對定型化契約「顯失公平」情形為分析而撰著，其他有令定型化契約無效的情形仍可適用消保法其他條文或民法、其他法律之規定便已足，本文不擬於此贅述。

3.3 案例解析

案例三

某國家考試補習班於招生收費並上課後，始知國家無考試，考生要求退費時辯稱凡是已經領取的書籍、已上過的課程，皆已支付費用，此部分不能退費；且部分費用因學生上課所為之支出與開銷亦無法退還。補習班是否基於不實之消息與資訊招攬生意謀取利益，現竟然要求學生負擔部分費用？而有涉本節所探討之「顯失公平」？

本案例所設之爭點一與爭點二，顯然均為肯定者，亦即為學生權益書或上課須知確為定型化契約無疑，惟問題是學生權益書或上課須知之內容是否為招攬學生時所提出之契約內容，其招攬時所提之契約內容與其後之學生權益書或上課須知之內容是否一致，決定該二份書面定型化契約之效力。倘若該企業招攬生意時所為之意思表示與後續發給之學生權益書或上課須知書面契約對於給付條件、原因、內容不同，應以前所為之招攬意思表示為定型化契約之內容；學生權益書或上課須知中新增或變動前意思表示之契約內容，需經提示並由相對人同意始為有效。

至於本案爭點三，國防部於後證實不會有國防相關特考招考規劃，進而造成學生在財產方面之損失，是否屬於學生方面應負擔的風險？而使該補習班單方面預先擬定的契約有違公平原則？

本文以為，若企業方補習班未言明考試辦理之不確定性，而令學生於確認無考試時，學生之消費則失去理由，屆時補習班方面要求學生負擔已經領取的書籍費、上過的課程費用；部分因學生上課所為之支出與開銷等，當然有涉消保法施行細則第十四條「消費者應負擔非其所能控制之危險」，此時企業一方預先擬定之定型化契約，將企業本身之營業風險或增加之成本、擬收取之利潤移轉至事先不知情、無法預見權利或利益將造成損害；或增加額外的義務；或危險之發生、無法禁止此類不利益發生等消費者承擔，即屬於違反平等與互惠原則。本文以為，企業方面應辦理退款。

案例四

本文所揭舉之案例四有關某知名美容公司彰化分公司結束營業，移轉至台中分公司經營後，某位購買美容服務與商品且未於契約所定期限內受領給付完成之消費者，美容公司是否得依定型化契約約定於其未於期限內於台中分公司受領給付完結，就未受領部分退費或繼續受領的爭議。

本件爭點在於，美容公司單方面於定型化契約約款中定明移轉服務地點後消費者若未能於期間內消費完畢不予退費且不予延長，是否違反消保法中誠信原則？致使定型化契約該項約款無效？同時，美容公司明知消費者常常申請轉換美容課程或延長期限又認為她的未消費節數已過時而無法退費的定型化契約約款，是否亦屬違反消保法中誠信原則？

本案為司法判決選錄並摘取部分與本節教學有關之內容說明。首先，法院確定契約履行地確為彰化市無疑²⁰，故契約之給付地點此一主要內容或標的應以彰化市為給付地，法官確定台中市分公司並非其契約預定之給付地點，美容公司認為消費者應知台中分公司為其契約之給付地點，應為無據。「... 單就服務地點之變更而言，王○○為享受其花費巨額費用所應得之服務，須忍受舟車往返之勞頓、時間耗費等諸多負面因素，就其身心而言，難謂無煎熬之增累，是此種給付內容，與王○○訂約之初所預見者，顯有不同，此一給付方式，是否為消費者所接受，或者，倘回到訂約之初，美容公司告知簽約後提供服務之地點為台中市時，消費者是否仍願意欣然訂約，非無疑問！服務地點之改變，是否尚能認為符合雙方初始之合意內容，非得由美容公司單方面一廂情願認定，應由雙方立場衡平考量。」²¹是故，消費者不願接受美容公司之提議，並無違背契約之處，美容公司不能因此認為消費者受領遲延。

其次，美容公司辯稱依所簽定之契約「顧客確認事項第二點」另特別約定：「本人願意完成本項課程，如因本身因素不克完成時，得以保留一年，不得易金退回」、「本課程有效期間自本日起至壹年止，逾有效期間乙方同意免費讓本人享受本單剩餘堂數，但本人不得辦理轉換、轉讓、退費。」美容公司認為，王○○既係因本身因素無法到被告台中分公司接受服務，自屬可歸責於自身事由，不能請求退回款項云云。然王○○所以無法受領美容公司之給付，係因美容公司變更給付地點所致，並非王○○曾做任何受領因素之異動，審視王○○一方之行為，並無任何違約之處，既無違約，自無該條約訂之適用。該公司認為王○○違約，顯

²⁰ 參臺灣高等法院民事判決一九十二年度上易字第五三二號判決書理由「... 本案之美容公司住所地係彰化市○○路，系爭契約雖名義上係由王美美與「最佳○○美容股份有限公司」簽定，然於當事人欄部分確係由彰化分公司簽章，且簽約地點亦載明為「彰化市○○路○○號三樓」，由簽約當事人之所在地及簽約地均在彰化市以觀，雖契約中未明載美容公司提供服務之地點為彰化市，惟雙方當事人均明知雙方履行契約之義務地點為彰化市無誤。依一般常情及經驗法則，除非特別約定，否則殊難想像在某一特定分公司所簽定之契約，其契約履行地係在另一分公司所在地。而美容公司對於兩造簽約後確係在彰化市內美容公司之彰化分公司踐履契約內容一節亦不爭執，是本件契約雙方當事人於系爭契約中有關契約履行地一節均合意為彰化市應可確認....」

²¹ 同前註。

對王○○顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項規定，應不生效力。²²

依消費者保護法第十二條第一項，本案涉及之規定，應有消保法第十二條第一項與施行細則第十四條等多項規定契約無效原因之適用：「消費者應負擔非其所能控制之危險」「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」。

本節於教學上之實踐

一、教學目標

應使學生理解並熟知以下概念及應用

- 1.民法與消費者保護法對為顯失公平情由之關聯
- 2.民法 247-1 條規定之原理與評適、適用方式與場合
- 3.消費者保護法與消費者保護法施行細則之關聯
- 4.消費者保護法第十一條之意義
- 5.消費者保護法第十二條之意義與第十一條間之關係
- 6.消費者保護法施行細則第十四條與消費者保護法第十一條、第十二條之關聯
- 7.前揭法條之體系化應用

二、教學方式及所需時間

本段為本章所述之教學學習中最為繁複的一章，建議教學施教應有理論宣導與案例分析交錯講解並使學生思考，由於困難度為最高，故建議施教時間為 5 至 8 週即 10 至 16 小時，視選用案例多寡與難易程度加減。

應於理論宣導中要求學生記法條，並講解條文字義與解析；案例分析必需隨時跟上理論，否則無法使其明瞭。

三、相關法條闡述

同教學目標

四、作業或學習考核

本段教學內容與深度為最多且最難的一部分，其對學生學習之考核，建議分段為之，並應以多方之表現論斷：

- 1.法條之記憶與應用
- 2.對於講解案例時，個案爭點之掌握能力
- 3.就其自身所尋覓之案例，是否能釐出爭點，並判斷出適用之法條與法理
- 4.最後亦即最主要者，是否能融合本節敘述，解釋出自身所舉之案例爭點在所學習的法理或法條中妥當的、適宜的、切中的被分析並作成判斷。

²² 同前引註文。

5.過程中是否能不帶有偏見、偏執、非法律性的意見或立場審思消費性定型化契約之問題與爭議，應為觀察學生是否於本課程確實受到完整訓練的重要基準。

符合以上五點之學生，應給與特優等之評量成就，其餘則就其個別考核項目標準加減，最低應符合第一項「法條之記憶與應用」及第五項「不帶有偏見、偏執、非法律性的意見或立場審思消費性定型化契約之問題與爭議」，此應為及格標準之判斷。倘低於此一成就者，在本段學習中應評為不及格。

4. 定型化契約顯失公平情形於教學上實踐之嘗試

總結上述，定型化契約既為生活中常見之契約法律行為，如何使受教者知悉其自身權益並得於必要時主張定型化契約顯失公平而保護自身利益；亦關係到受教者於擔當擬約企業之一方時，如何撰擬定型化契約約款才不致陷於顯失公平之情形而使企業得免於無效契約之責任，成為教學者必要的責任與授課內容。由於定型化契約於顯失公平情形的立法規範設計其層次體系實相當複雜，²³相當程度亦造成教學者於教導非法律系學生或一般法律通識課程時不易講授或不易使受教者詳知其體系，並能夠於生活中運用的困難。對於教學者而言，定型化契約顯失公平情形於教學上之講授，以及使受教者得初步理解進而進入可操作使用的程度，可由以下的條綱或順序施教。

(一)首先要聲明者，「定型化契約」與「定型化契約條款」並不相同，「定型化契約條款」尚未成為契約中債務與債權的內容，雙方並未確定其效力，依消保法第二條第六項，定型化契約條款只是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，尚不足成為契約法律關係。

而「定型化契約」則是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，可見定型化契約已經是「契約」了，成立債權與債務的關係。所以，定型化契約的定立要以定型化契約條款為根據，此為二者的關係。因之應分別說明「契約條款」與「契約」之差異，並建議受教者能有充分時間理解「契約條款」後再與之締約。²⁴

(二)其次應使受教者知悉，消費者與契約預擬的企業間所爭執之事務，究竟是否屬於定型化契約還是一般契約的認定。業者事先擬具完成，預與多數不特定消費者發生契約關係的條款，稱為定型化契約條款，但這些條款可分為「一般條款」與「非一般條款」兩類，對於二者之區別，消保法施行細則有完整定義：所謂「一般條款」：指企業經營者為與多數不特定人訂立契約之用而單方面預先擬定的契約條款；而「非一般條款」：指契約當事人「個別磋商而產生合意」（也就是意思表示一致）而生的契約條款，也就是所謂的「個別磋商條款」。兩者的差異，非一般條款不是定型化契約條款，個別約定的條款如果與定型化契約條款中的規定內容有所不同時，當然需依「個別磋商」而成立的條款適用。

換言之，應使受教者知悉，若與企業方就企業約定之條款給付之標的進行討價還價之過程，應該詳切明知其內容而建立明確的合意形式，如修改契約書並經雙方簽字，或有足以資證的證人或證物，且未來不得再以企業預擬之定型化契約條款主張權益。²⁵

²³王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，前註書，頁 105。

²⁴王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，自刊本，2002 年 10 月。頁 99~100。

²⁵ 此尚有異常條款之問題，原則上「異常條款」之判斷與定型化契約條款是否顯失公平無關，與消保法第十二條之間並無排斥。對定型化契約內容為審查時，除以第十二條檢驗定型化契約條款是否有本文主要論述之「顯失公平」之情形外，尚可判定某些條款是否為「異常條款」。

(三)最後便是依本文所述就消保法第十一條、第十二條第一項、第二項三款規定，以及消保法施行細則第十四條所定之規定審視檢驗是否有顯失公平之情形，然此處需加以說明的是，前揭法條對定型化契約是否顯失公平之檢驗控制體系，應在教學上使受教者學習自具體到抽象，從個別到一般化、普遍化的認定過程，也就是先自消保法施行細則第十四條違反平等互惠情狀進而構成顯失公平；次再檢驗消保法第十二條第二項第二款與第三款構成顯失公平之事由。

惟此處需加以說明者，亦即是教學上較為困難且需要突破者，便是消保法第十二條第二項第二款及第三款之顯失公平事由之規定，由於該二款規定顯失公平事由是將各種類型化的契約依其法律上一般的給付關係，與企業預擬的定型化契約條款進行比較審視，運用法條的人—即消費者或契約相對人—必須對該定型化契約條款所針對的契約性質與其法律上所具有的一般規定有一定程度的瞭解，始能判斷該定型化契約條款是否構成「與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者」或「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」而得主張該契約無效。換言之，受教者若對定型化契約所針對，來自民法或其他法律各類典型契約之一般規定，且其規定為基本的、普遍的給付關係與權益保護請求權核心基礎；例如居間契約的定型化約款訂定「無論媒介是否成功，均得請求報酬」之約款，違反民法第五六五條「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」之立法意旨。又或是銀行的保證書記載連帶保證人聲明拋棄民法債編第二章第二十四節有關保證人之一切權利，將使保證成為主債務關係而失去保證契約應為從屬於主債務人不履行始有給付之核心意義。²⁶換言之，當事人或受教者若對各種有名契約債之關係的核心觀念，欠缺一定的認識，恐不易於締約時立即的發現是否構成消保法第十二條第二項之「顯失公平」事由，那又如何者主張保障權益？至於若有無名契約或混合契約作為定型化契約給付標的之根由而發生糾紛，更難以判斷。

本文以為，以現今社會經濟活動交易之快速與便利、多樣化，要使受教者明確理解上揭條文之應用，當有一定之困難。因之，在實務上，國家針對不同行業之定型化契約條款為一定之事前介入行為，通過同業協會或公會作成定型化契約範本，對於保護消費者權益言，應為比較務實的做法。由或者通過各級政府之消保會或消保官、民間之消基會對定型化契約問題與糾紛進行必要之諮詢，亦為教學者可於講授時採用的內容。換言之，當消費關係涉及較為複雜或專業深入的定型化契約問題時，受教者應被告知相關的協助管道，以能及時保護權益。

²⁶王澤鑑，債法原理(一)基本理論債之發生，前註書，頁105~106。另參民法第739-1條「本節所規定保證人之權利，除法律另有規定外，不得預先拋棄。」

5.控制各種不同商業行爲之定型化契約的參考資源

由於生活中各種行業之定型化契約非常普遍而且樣式複雜，其所根據之核心法律基本給付關係又必需自法律上各種不同的債或契約形成的原因加以判斷，加之民法總則中對於法律行爲之基本原理中屬於法律行爲之無效或得撤銷的一般規定亦可對定型化契約之效果發生一定之控制作用，因消保法及其施行細則又有特別規定...，總言之，判斷某項定型化契約之效力問題進而實現保護權利的目的，絕非一件容易的、速成的學習過程。

事實上，定型化契約之繁雜與多元化，乃反應社會經濟活動之多面性，我國政府自消保法實施以來，便持續發展各行業各種商業行爲的定型化契約範本。消保法第十七條亦有三項規定「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。」「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。」「企業經營者使用定型化契約者，主管機關得隨時派員查核。」律令主管機關應將各種特定行業之商業行爲所爲可能之定型化契約條款，公告其契約「應記載」與「不應記載」之事項，且規定若企業自擬的定型化契約條款有違契約「應記載」與「不應記載」之事項則其條款無效。此一作法等於由政府建立各種行業商業行爲定型化契約應有的一般及最低標準，違背該最低標準者，除非消費者願意，否則其商業定型化契約之約款即爲無效，企業將難以以該類契約得到其預期之商業利益。

本文以爲，在這種「導之以刑，齊之以禮」形式的作用下，消費者判斷某項定型化契約之效力便相對容易，本文認爲，消費者除了應學習加強對定型化契約控制的理解外，通過對國家所設各類定型化契約控制的「應記載」與「不應記載」之事項加以理解；以及以各行業公會及行政院消費者保護委員會所設的商業定型化契約「範本」對所欲檢驗的定型化契約加以比較，並作成某項定型化契約是否有效的判斷，便使得保護消費者權益在定型化契約的問題上比較容易，相對的亦促進社會交易風險成本的降低，更好的保護交易的安全。

本文於本節分爲兩節，首先通過國家政府主管機關網路資源列舉目前由主管機關所管轄的，有關特定行業或業種定型化契約的類別項目，其次則提出與本文有關案例爲例，舉出三項由國家主管機關所定「定型化契約範本」與「應記載」與「不應記載」事項，檢驗本文所揭舉三項案例是否得以該範本或「應記載」與「不應記載」事項有無效力的判斷結果。

5.1 行政院消費者保護委員會定型化契約總覽

行政院消費者保護委員會整理各行業協會或公會、相關主管機關對該行業常見交易活動之定型化契約範本，以及各行業交易活動相對應之定型化契約範本中應該記載及不應該記載之事項，於行政院消保會之網頁中有相當詳細之介紹。其總

覽之項目依網頁上資料，大致分為十三項²⁷：

一、金融保險類

- 1.金融機構保管箱出租定型化契約應記載及不得記載事項
- 2.信用卡定型化契約範本
- 3.住宅火災保險基本條款及要保書填寫說明
- 4.金融機構保管箱出租定型化契約範本
- 5.人壽保險要保書示範內容_保險單示範條款
- 6.個人網路銀行業務服務定型化契約範本

二、休閒旅遊類

- 1.國內旅遊定型化契約應記載及不得記載事項
- 2.國內外旅遊契約範本
- 3.國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項
- 4.海外渡假村會員卡(權)定型化契約範本
- 5.觀光遊樂園(場、區)遊樂服務契約應記載及不得記載事項
- 6.觀光遊樂園(場、區等)遊樂服務契約範本

三、房屋車輛類

- 1.預售停車位買賣定型化契約應記載及不得記載事項
- 2.預售停車位買賣契約書範本
- 3.汽車買賣定型化契約應記載及不得記載事項(附說明)
- 4.小客車租賃定型化契約範本
- 5.不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項
- 6.汽車保險自用汽車保單條款及要保書填寫說明
- 7.預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項
- 8.成屋買賣契約書範本
- 9.汽車買賣定型化契約應記載及不得記載事項
- 10.汽車買賣定型化契約範本
- 11.個人購車及購屋貸款定型化契約應記載及不得記載事項
- 12.預售屋買賣契約書範本
- 13.小客車租賃定型化契約應記載及不得記載事項
- 14.汽車買賣定型化契約範本
- 15.汽車維修服務定型化契約應記載及不得記載事項
- 16.汽車維修服務定型化契約範本
- 17.個人購車及購屋貸款定型化契約範本
- 18.不動產委託銷售契約書範本
- 19.中古汽車買賣定型化契約範本
- 20.房屋委託租賃契約書範本

²⁷ 參考網頁 <http://www.cpc.gov.tw/index.asp?pagenumber=043>

21.房屋租賃契約書範本

四、電腦電器類

1.電器買賣定型化契約應記載及不得記載事項

2.電器買賣定型化契約範本

五、電視育樂類

1.有線廣播電視系統經營者／有線播送系統定型化契約應記載及不得記載事項

2.有線電視系統、有線電視節目播送系統契約書範本

3.錄影節目帶出租業者與會員間定型化契約範本

六、醫療保健類

1.瘦身美容定型化契約應記載事項及不得記載事項

2.坐月子中心定型化契約範本

3.手術麻醉同意書及住院須知之契約

4.瘦身美容定型化契約範本

七、文教補習類

1.海外留學契約應記載及不得記載事項

2.汽車駕駛訓練定型化契約範本

3.短期補習班補習服務契約書應記載及不得記載事項

4.短期補習班補習服務契約書範本

5.汽車駕駛訓練定型化契約應記載及不得記載事項

6.海外旅遊學習（遊學）定型化契約範本

7.海外旅遊學習（遊學）契約應記載及不得記載事項

8.海外留學定型化契約範本

9.網際網路教學服務定型化契約範本

八、運輸通信類

1.公路(市區)汽車客運業無記名票證定型化契約應記載及不得記載事項

2.機車租賃定型化契約範本

3.路外停車場租用定型化契約應記載不得記載事項

4.固接連線網際網路接取服務定型化契約範本

5.搬家貨運定型化契約應記載及不得記載事項

6.遊覽車租賃定型化契約範本

7.預付型交通電子票證定型化契約應記載及不得記載事項

8.國際機票交易重要須知範本

9.國內線航空乘客運送定型化契約應記載及不得記載事項

10.行動電話業務營業規章範本

11.計時計次停車場公告事項範本

12.搬家貨運定型化契約範本

13.國內線航空乘客運送定型化契約範本

14.國內線航空公司網路訂票須知範本

- 15.路外停車場租用契約範本
- 16.撥號連線網路接取服務定型化契約範本
- 17.陸上旅客運送「敬告旅客」條款
- 18.公路汽車〔市區〕汽車客運業旅客運送定型化契約範本
- 19.行動電話業務服務契約範本

九、保育教養類

- 1.安養定型化契約應記載及不得記載事項
- 2.直轄市、縣(市)政府轉介安置身心障礙者托育養護契約書範本
- 3.機構收托收容身心障礙者契約書範本
- 4.安養定型化契約
- 5.安親班定型化契約附件
- 6.安親班定型化契約範本
- 7.養護(長期照護)定型化契約範本
- 8.一般護理之家(委託型)定型化契約範本
- 9.一般護理之家(自用品)定型化契約範本

十、殯葬禮儀類

- 1.生前殯葬服務定型化契約(自用品)應記載及不得記載事項
- 2.生前殯葬服務定型化契約範本(自用品)
- 3.生前殯葬服務定型化契約(家用型)應記載及不得記載事項
- 4.生前殯葬服務定型化契約範本(家用型)
- 5.殯葬服務定型化契約應記載事項及不得記載事項
- 6.殯葬服務定型化契約範本
- 7.納骨塔位使用權買賣契約範本

十一、禮券

- 1.電信商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 2.零售業等商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 3.菸酒商品禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 4.農委會-休閒農場商品兌換券
- 5.瘦身美容業商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 6.路外停車場回數票禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 7.民宿商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 8.圖書禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 9.旅館業商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 10.觀光旅館業商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 11.觀光遊樂業商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 12.體育場館業發行商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 13.娛樂漁業禮券定型化契約應記載及不得記載事項
- 14.餐飲業等商品(服務)禮券定型化契約應記載及不得記載事項

15. 電影片禮券定型化契約應記載及不得記載事項（960831 修正）
16. 公路（市區）汽車客運業無記名票證定型化契約應記載及不得記載事項
17. 森林遊樂區商品服務券定型化契約應記載及不得記載事項
18. 按摩業服務禮券定型化契約應記載及不得記載事項

十三、其他

1. 線上遊戲定型化契約應記載及不得記載事項
2. 高爾夫球場（公司經營型）招募會員定型化契約書範本
3. 健身中心定型化契約應記載及不得記載事項
4. 高爾夫球場（會員經營型）招募會員定型化契約書範本
5. 網路交易定型化契約應記載及不得記載事項指導原則
6. 移民服務定型化契約範本
7. 郵購買賣食品定型化契約應記載及不得記載事項指導原則
8. 套書、語言錄音帶及教學錄影帶買賣定型化契約範本
9. 洗衣定型化契約應記載及不得記載事項
10. 婚紗攝影(禮服租售及拍照)契約範本

欲判斷並檢驗某一定型化契約是否符合法律上的一般標準，作法便是以此網路上符合該類定型化契約之範本，以及是否有該類定型化契約之應記載或不應記載事項作為判斷之基準。由於此一官方的標準已成為法律上的規範標準，相信企業方面不至於有能力違逆，相對的亦促進判斷該定型化契約所存在問題之便利。

本節於教學上之實踐

一、教學目標

1. 指導學生以網路資料找尋「行政院消費者保護委員會」、「中華民國消費者保護協會」、「中華民國消費者文教基金會」之網頁並自其中找尋是否設有「定型化契約範本」與各類定型化契約之應記載或不應記載事項之資料。
2. 使學生知悉「行政院消費者保護委員會」、「中華民國消費者保護協會」、「中華民國消費者文教基金會」等消費者保護機制之功能與目標、關係。
3. 要求學生自先前教學中所蒐集與自身消費關係有關之定型化契約，比對行政院消費者保護委員會、「中華民國消費者保護協會」、「中華民國消費者文教基金會」定型化契約範本與各類定型化契約之應記載或不應記載事項。

二、教學方式及所需時間

以教師講授為主，輔以多媒體教學讓學生知道以上網路資源，並知悉如何使用
建議以 2 節課程講授完畢(4 小時)

三、相關法條闡述

無

四、作業或學習考核

1. 要求學生自先前教學中所蒐集與自身消費關係有關之定型化契約，比對行政院消費者保護委員會、「中華民國消費者保護協會」、「中華民國消費者文教基金會」定型化契約範本與各類定型化契約之應記載或不應記載事項。比對完成並能正確辨認者給予及格。
2. 要求學生自該範本及各類定型化契約之應記載或不應記載事項中，初步判斷自身所發現之定型化契約問題之所在與原因。

5.2 以商業定型化契約範本對案例提示問題之檢視

5.2.1 瘦身美容定型化契約範本—檢視案例爭點問題

5.2.1.1 瘦身美容定型化契約範本

簽約注意事項

消費者應有七日以上之契約審閱期間。未滿二十歲且未婚之消費者須經法定代理人之同意，始得有效締結本契約。不同意本契約之約款者，消費者有權增刪。業者之廣告及當事人之口頭約定，均為本契約之一部分。消費者有權決定是否加入為業者之會員。業者有義務告知本契約一切有關之權利義務事項。業者對消費者之接受服務，應負保密義務。提供本契約服務之業者，應具備一定之專業資格。倘有爭議發生，消費者可依消費者保護法之規定尋求救濟。消費者應保有一份契約書。如有任何疑問，可向各縣市政府消費者服務中心或消費者保護團體查詢求助。

契約範本

立契約書人（瘦身美容消費者姓名）：（以下簡稱甲方）
 （瘦身美容者名稱）：（以下簡稱乙方）

甲乙双方同意就瘦身美容契約事項依下列約定辦理：

第一條（瘦身美容之定義）

本契約所謂瘦身美容，係指藉手藝、機器、用具、用材、化粧品、食品等方式，為保持、改善身體、感觀之健美，所實施之綜合指導、措施之非醫療行為。瘦身美容之項目包括：(一)體型、重量之控制、調整；(二)肌膚保養；(三)身體油壓；(四)臉部美容、化粧；(五)脫毛；(六)美容諮詢及其相關商品之販賣；(七)_____；(八)_____。等。

第二條（權利義務之依據）

甲乙双方關於本瘦身美容之權利義務，依本契約條款之約定定之；本契約未約定者，依有關法令及誠信原則定之。

本契約之附件、乙方之廣告及本契約當事人間之口頭約定，均為本契約內容之一部分。甲方雙方之其他特別協議事項，其效力優於本契約條款。

第三條（未成年人之訂約）

甲方應具備完全之行為能力。甲方為限制行為能力人者，須得其法定代理人之允許或承認，本契約始為有效。甲方為無行為能力人者，應由其法定代理人代為及代受意思表示。

第 四 條 （會員權利義務之說明）

甲方如有需要，得申請成為乙方之會員，其權利義務依會員規約之規定(如附件一)。

乙方應就會員種類及會員資格之權利義務，於訂約時向甲方為明確之說明。

如會員卡不慎遺失、毀損或被竊時，乙方於甲方填具切結書後，應無償製作補發新卡。

第 五 條 （課程及附屬商品之說明）

乙方應將甲方得接受瘦身美容實施之條件以及甲方所選擇之瘦身美容項目、對價、次數、期間、課程數、效果分析、副作用及危險性等，及為實施瘦身美容所必須購買之相關商品之內容、性質、效用及其價格，於訂約時向甲方為充分明確之說明，並提供相關之書面。

乙方應將為甲方所提供之服務內容留作記錄，並予甲方簽名確認之，且於記錄後至少保留二年，以供查對。甲方得隨時請求乙方提供前述紀錄之影本。

第 六 條 （業者之詢問及處置義務）

乙方於實施瘦身美容項目前，應詢問、確認甲方有無因患疾現正治療中、是否屬過敏性體質、現有無服用何種藥物、肌膚有無敏感性及其他不利於接受瘦身美容之事項。甲方對於乙方之詢問應誠實告知。

甲方於接受瘦身美容期間，任一方發現甲方身體狀況有異樣或實施之部位有異常現象時，應即告知他方。乙方應即中止實施外，乙方並有義務採取甲方接受醫師診療等適當之處理措施。但甲方發生異常或異樣情形之原因，如非乙方之實施行為所致者，甲方應負擔乙方所採取處理措施之相關費用。

關於診治醫師之選定，應尊重甲方之意見。於甲方受診療期間中，就該瘦身美容契約之期間應予延長。

第 七 條 （診約審閱期間）

乙方與甲方訂立契約前，應給與甲方至少七日之期間以審閱契約內容。

第 八 條 （收費標準：費用增減之限制）

本契約之瘦身美容課程之費用共計新台幣_____元；因參加課程所需之用品之費用共計新台幣_____元，其細目如附件二、附件三所示。

第 九 條 （付款方式）

甲方得全額或依課程進度分期給付對價。前項價款得以現金、票據、信用卡或其他方式給付。

第 十 條 （卡券之使用）

乙方如以卡、券或其他類似方式作為提供服務之憑證者，應向甲方說明卡、券之使用方式、服務內容、使用時段、使用地點、使用次數及有效期間等項目，並應將該等項目載明於卡、券之上。

前項所謂有效期間係指瘦身美容服務預定開始日起_____年(月)之期間內。但嗣後甲乙雙方另有約定期限者，不在此限。

於終止契約或解除契約時，乙方應收回卡、券。關於退費及賠償之標準，該卡、券除依訂約時之原價折算外，並應依本契約第十一條至第十四條、第十八條及第十九條等之規定辦理。

第十一條（實施前，消費者在任意解除契約之退費標準）

甲方於瘦身美容課程實施前解除本契約者，乙方應依下列之計算標準，於一個月內將已收取之費用退還於甲方。該退還金額等於價金總額扣除解約手續費。

前項之解約手續費係指本契約價金總額之百分之_____（但其最高金額不得逾本契約價金總額之百分之十）。

第十二條（實施後，消費者任意終止契約之退費標準）

甲方於瘦身美容課程實施後終止本契約者，乙方應依下列之計算標準，於一個月內將已收取之費用退還於甲方。該退還金額等於價金總額扣除已接受服務之費用，並扣除已拆封之附屬商品金額，及再扣除終止契約手續費。

前項之終止契約手續費，係指價金總額扣除已接受服務之費用，及已拆封之附屬商品的剩餘金額之百分比之_____（但其最高金額不得逾上述剩餘金額之百分之二十）。已接受服務及已拆封附屬商品之價格，皆以訂約時之原價為準。

第十三條（實施前，業者任意解除契約之賠償標準）

乙方於瘦身美容課程實施前解除本契約者，應於一個月內退還甲方已繳費用，並賠償甲方之損失。

前項甲方之損失，係指本契約金總額之百分之_____（其百分比應與第十一條規定之百分比一致）。但甲方能證明其所受損害超過上述金額者，不在此限。

第十四條（業者定解除或終止契約事由）

乙方有下列事由之一時，得於瘦身美容課程實施前解除或實施後終止本契約之全部或一部：

- 一、因天災、戰亂、罷工、政府法令等不可抗力或不可歸責於乙方之事由，致不能履行者。
- 二、甲方之性別、年齡不符乙方實施瘦身美容之條件，且為乙方於訂約時非因過失所不知者。
- 三、甲方因疾病或健康情形不佳，致難以完成本契約之課程者。

前項情形，乙方應依本契約第十一條或第十二條規定退還費用於甲方。但前項第一款情形，乙方不得扣除手續費。

第十五條（終止契約後業者之附隨保護義務）

甲方於實施瘦身美容課程後終止本契約書，乙方就甲方之生命、身體或健康等事項，於相當期間內仍有義務為必要之告知或協助。

第十六條（解除契約或終止契約之方式）

甲乙雙方得以書面或口頭方式向他方為解除契約或終止契約之意思表示。以書面解除契約或終止契約時，其範本參照附件四。

第十七條（擔保約款）

乙方向甲方為效果擔保，而未達其約定效果者，乙方應賠償甲方新台幣_____元。

第十八條（消費者之變更）

甲方經乙方之同意後，得將其依本契約所應承受負擔之權利義務移轉予第三人。前項之第三人，自乙方同意時起，承受負擔甲方依本契約之一切權利義務。

第十九條（業者之變更）

乙方經甲方之同意後，得將依本契約所生之權利義務讓與其他瘦身美容業者。前項情形，甲方於不同意時得解除或終止契約，乙方於退費時不得扣除手續費。甲方如另有損害，並得請求賠償。

第二十條（契約代為履行）

乙方未經甲方之同意，將本契約之全部或部分委由其他瘦身美容業者代為履行，甲方得解除或終止契約。乙方經甲方之同意後，就本契約之履行，該受託瘦身美容業者視為乙方之代理人或使用人。

第一項情形，甲方於不同意時得解除或終止契約，乙方於退費時不得扣除手續費。甲方如另有損害，並得請求賠償。

第二十一條（業者之保密義務）

乙方因甲方參加本契約之瘦身美容課程，而知悉或持有甲方所參加之課程事項、課程記錄及相關之個人資料，應予保密，並不得為不當使用。乙方違反前項規定致甲方受有損害者，應負賠償責任。

第二十二條（從業人員之資格）

依本契約提供服務之美容師、營養師或其他從業人員，須具備合法之專業資格。

第二十三條（服務處所之選擇）

甲方得於乙方之分支機構接受瘦身美容之服務。

第二十四條（訂約後雙方合意變更契約）

甲乙雙方於契約訂定後，得依合意變更契約內容。

第二十五條（爭議之處理）

甲乙雙方就本契約發生消費爭議時，甲方得依消費者保護法之規定，為申訴、申請調解或提起消費訴訟。

第二十六條（法院管轄）

因本契約所生之訴訟，甲乙雙方同意以_____地方法院為本案之第一審管轄法院，但甲方得主張由消費關係發生地方法院管轄。

第二十七條（契約書之分執保管）

本契約一式二份，應由甲乙雙方分執保管，乙方不得藉故收回。

其他事項、簽約人與簽約時間、地點....等，省略。

5.2.1.2 瘦身美容定型化契約應記載及不得記載事項

壹、應記載事項

第一條 當事人

甲方(瘦身美容消費者)之姓名、電話、住居所、出生年月日、未成年者之法定代理人及其住居所。

乙方(瘦身美容業者)之名稱、電話、營業所、營業登記證字號、代表人、締約職員、簽約地點。

第二條 瘦身美容之定義

瘦身美容，係指藉手藝、機器、用具、用材、化妝品、食品等方式，為保持、改善身體、感觀之健美，所實施之綜合指導、措施之非醫療行為。

本契約乙方所提供之瘦身美容項目包括體型重量之控制調整及下列勾選之項目： 肌膚保養； 身體油壓； 臉部美容、化妝； 脫毛； 美容諮詢； 其他相關商品之販賣；

其他：_____。

乙方完成前述項目之方式如附件_____。

第三條 會員權利義務之說明

甲方如有需要，得申請成為乙方之會員，其權利義務依會員規約之規定，雙方其他權利義務並得以書面約定之。會員就相同瘦身美容項目所得享受之權利，不得低於非會員，所負擔之義務，不得高於非會員。

前項會員規約為本契約之一部分，並應於締約前交付甲方審閱。

乙方應就會員種類及會員資格之權利義務，於訂約時向甲方為明確之口頭或書面說明。

如發行會員卡者，會員卡不慎遺失、毀損或被竊時，乙方於甲方填具切結書後，應無償製作補發新卡。

第四條 瘦身美容課程、項目及方式之說明

乙方應將甲方得接受瘦身美容實施之條件以及甲方所選擇之瘦身美容項目、對價、計價方式、次數、期間、課程數、效果分析、副作用及危險性等，及為實施瘦身美容所必須購買相關產品之內容、性質、效用、數量及其價格，於訂約時向甲方為充分明確之說明，並提供相關之書面。

乙方應將為甲方所提供之服務內容及使用之商品留作紀錄，並予甲方簽名確認之，且於紀錄後至少保留二年，以供查對。甲方得隨時請求乙方提供前述紀錄之影本。

第五條 業者之詢問及處置義務

乙方於實施瘦身美容項目前，應詢問、確認甲方有無因患疾現正治療中，是否屬過敏性體質、現有無服用何種藥物、肌膚有無敏感性及其他不利於接受瘦身美容之事項。甲方對於乙方之詢問應誠實告知。

前項詢問，應以書面為之，並經甲方簽名確認後至少保留二年，以供查對。甲方得隨時請求乙方提供前述紀錄之影本。

於甲方接受瘦身美容期間，任一方發現甲方身體狀況有異樣或實施之部位有異常現象時，應即告知他方。乙方除應即中止實施外，並有義務採取甲方接受醫師診療等適當之處理措施。但甲方發生異常或異樣情形之原因，如非乙方之實施行為、使用之商品或甲方未對乙方之詢問誠實告知所致者，甲方應負擔乙方所採取處理措施之相關費用。

關於診治醫師之選定，應尊重甲方之意見。於甲方受診療期間中，就該瘦身美容契之期間應予延長。

第六條 入費會新台幣_____元。(非會員免填)，本契約之總費用(含所需用品及材料費)

共計_____元，其細目如附件_____。

第七條 付款方式

甲方全額預付或依課程進度分期給付對價。如全額預付之折扣率應載明，並不得高於週年

利率百分之二十。分期給付者，毋須計付利息，且應載明頭期款及各期價款與其他附加費用合計之總價款與預付全額之差額。

前項價款得以現金、票據、信用卡或其他方式給付之。以信用卡分期給付對價者，應每期一次刷付，同一日不得分期分刷或預刷未到期價款。全額預付者，不得分刷。若甲方用信用卡付款者，手續費應由乙方負擔。

第八條 卡券之使用

乙方如以卡、券或其他類似方式作為提供服務之憑證者，應將卡、券之使用方式、服務內容、使用時段、使用地點、使用次數及有效期間等項目，載明於卡、券之上，並向甲方為明確說明。

契約終止或解除時，乙方應退還價金並收回卡、券。關於退費及賠償之標準，該卡、券除依訂約時之原價計算外，並應依本應記載事項第十一條至第十二條規定辦理。

第九條 實施前，消費者任意解除契約之退費標準

甲方於瘦身美容課程實施前因甲方任意解除本契約者，乙方應於解約日後____日內(不得逾十五日)將已收取之費用扣除解約手續費後退還於甲方。

前項之解約手續費，係指本契約價金總額之百分之____(但其最高金額不得逾本契約價金總額之百分之五)。若未約定解約手續費之金額時，乙方不得扣除解約手續費。

第十條 實施後，消費者任意終止契約之退費標準

甲方於瘦身美容課程實施後因甲方任意終止本契約者，乙方應於終止日後____日內(不得逾三十日)將已收取之費用扣除已接受服務之費用，並扣除已提領並拆封之附屬商品金額，及再扣除終止契約手續費後退還於甲方。

前項之終止契約手續費，係指價金總額扣除已接受服務之費用，及已提領並拆封之附屬商品價額後之剩餘金額之百分之____(但其最高金額不得逾上述金額之百分之十)。若未約定終止契約手續費之金額時，乙方不得扣除終止契約手續費。

第一項之已提領並拆封之附屬商品，係指已拆封使用之最小消費包裝商品，其以整組或量販方式行銷而未拆封使用之最小消費包裝商品仍屬未拆封。

已接受服務及已提領並拆封附屬商品之價格，以契約所定單價為準，未約定單價者，以平均價格或市價為準。

第十一條 消費者法定解除或終止契約事由

甲方於瘦身美容課程實施前或實施中，因死亡、疾病、副作用、遷移他處致未能接受服務或其他不可歸責於自己之事由致不能或難以參加或繼續本契約之課程者，甲方或其繼承人得解除或終止本契約，並請求乙方將已支付之價金總額扣除已接受服務之費用，及已提領並拆封之附屬商品價額後退還，但不得扣除手續費。

甲方因可歸責於乙方之事由，而解除、終止契約者，除得請求退還已繳交費用外，並得請求損害賠償。

第十二條 業者得解除或終止契約事由

有下列事由之一者，乙方得於瘦身美容課程實施前解除或實施後終止本契約之全部或一部：

一、因天災、戰亂、罷工、政府法令等不可抗力或不可歸責於乙方之事由，致不能履行債務

者。

二、甲方因疾病或健康情形不佳，致難以完成本契約之課程者，但其情形為乙方訂約時已知或可得而知者，不在此限。

乙方依前項第二款因甲方之疾病或健康情形不佳而終止契約者，應自知悉或可得而知之日起一個月內為之，逾期不得終止。

前項情形，乙方應依本契約第九條或第十條規定退還費用於甲方，但不得扣除手續費。

第十三條 終止契約後業者之附隨義務

甲方於實施瘦身美容課程後，本契約終止者，乙方就有關甲方之生命、身體或健康等事項，於相當期間內仍有義務為必要之告知、協助及交付第四條之紀錄。

第十四條 擔保條款

乙方向甲方為效果擔保者，其擔保事項為_____、_____，而甲方應配合事項為_____、_____（上述空白內容皆應具體載明）。

乙方向甲方為前項之擔保而未達其約定效果者，乙方應退還甲方已付之費用。但因甲方未遵守配合事項，致無法達成約定效果者，不在此限。

若未約定賠償甲方損失之金額時，以甲方所給付之全部費用，作為退還之金額。

第十五條 契約代為履行或變更服務地點

乙方未經甲方之同意，將本契約之全部或部分委由其他瘦身美容業者或乙方之分支機構代為履行，或變更服務地點或約定之美容師時，甲方得解除或終止契約。乙方應依約退費且不得扣除手續費。甲方如另有損害，並得請求賠償。

就本契約之履行，受託瘦身美容業者視為乙方之代理人或使用人。

貳、不得記載事項

第一條 不得約定甲方違反本契約時甲方應支付違約金或拋棄已支付之費用。

第二條 不得約定甲方加入會員之費用，一經享受會員權利即不得要求退費之規定。

第三條 不得約定免除或限制乙方依消費者保護法規定所應負之責任。

第四條 不得約定「貨物出門，概不退換」等概括免責條款。

第五條 不得約定乙方得收回甲方之瘦身美容契約書。

第六條 不得約定於本契約實施期間，得追加產品之購買及課程並增收相關費用。

第七條 不得約定乙方之廣告及甲、乙間之口頭約定不構成契約之內容，亦不得約定廣告僅供參考。

第八條 不得約定甲方未於一定期限實施課程時，即不得再行實施。

第九條 不得為其他違反法律強制、禁止規定或欺罔、顯失公平之約定或行為。

5.2.1.3 案例檢視

本文所揭舉之案例四有關某知名美容公司彰化分公司結束營業，移轉至台中分公司經營後，某位購買美容服務與商品且未於契約所定期限內受領給付完成之消費者，美容公司是否得依定型化契約約定於其未於期限內於台中分公司受領給付完結，就未受領部分退費或繼續受領的爭議。

本件爭點在於，美容公司單方面於定型化契約約款中定明移轉服務地點後消費者若未能於期間內消費完畢不予退費且不予延長，是否違反消保法中誠信原則？致使定型化契約該項約款無效？同時，美容公司明知消費者常常申請轉換美容課程或延長期限又認為她的未消費節數已過時而無法退費的定型化契約約款，是否亦屬違反消保法中誠信原則？

檢視上開「瘦身美容定型化契約範本(以下簡稱範本)」與「應記載及不得記載事項」，比對本文案例四，可以發現與本案例有關者，乃「範本」第十九條「業者變更」與第二十三條「消費者可選擇服務者」及第二十四條「契約合意變更」此三項約款。其中第十九條及第二十四條均有規定業者若要變更服務地點需經消費者同意之約定，顯然令本案例美容業者之主張失其理由；再者，第二十三條「消費者可選擇服務者」是指消費者得否選擇服務地之約款，基於對消費者之保護，怎可反而經定型化契約限定變更後之服務地點？可見依「範本」，案例四之美容業者處置上確有不妥。

至於本項定型化契約之「應記載及不得記載事項」與案例四有關者為應記載事項第十五條「第十五條 契約代為履行或變更服務地點—乙方未經甲方之同意，將本契約之全部或部分委由其他瘦身美容業者或乙方之分支機構代為履行，或變更服務地點或約定之美容師時，甲方得解除或終止契約。乙方應依約退費且不得扣除手續費。甲方如另有損害，並得請求賠償」實則與本案例所系之爭點相適切。故若引本「應記載及不得記載事項」作為案例四法律效果之基準，應該能得出相當妥當之結果。

5.2.2 國外旅遊定型化契約範本—檢視案例爭點問題

5.2.2.1 國外旅遊定型化契約範本²⁸

立契約書人

(本契約審閱期間一日， 年 月 日由甲方攜回審閱)

(旅客姓名) (以下稱甲方)

(旅行社名稱) (以下稱乙方)

第一條 (國外旅遊之意義)

本契約所謂國外旅遊，係指到中華民國疆域以外其他國家或地區 旅遊。

赴中國大陸旅行者，準用本旅遊契約之規定。

第二條 (適用之範圍及順序)

甲乙雙方關於本旅遊之權利義務，依本契約條款之約定定之；本契約中未約定者，適用中

²⁸此乃行政院交通部觀光局作成，觀業字第 0930030216 號函修正，公布文號：中華民國八十八年五月十八日交路八十八(一)字第〇四一六四號公告發布。資料來源：行政院消費者保護委員會網頁 http://1950.cpc.gov.tw/KnowledgeBase_Query/ShowFAQ.asp?ID=6139

華民國有關法令之規定。附件、廣告亦為本契約之一部。

第三條（旅遊團名稱及預定旅遊地）

本旅遊團名稱為

- 一、旅遊地區（國家、城市或觀光點）：
- 二、行程（起程回程之終止地點、日期、交通工具、住宿旅館、餐飲、遊覽及其所附隨之服務說明）：

前項記載得以所刊登之廣告、宣傳文件、行程表或說明會之說明內容代之，視為本契約之一部分，如載明僅供參考或以外國旅遊業所提供之內容為準者，其記載無效。

第四條（集合及出發時地）

甲方應於民國 年 月 日 時 分於 準時集合 出發。甲方未準時到約定地點集合致未能出發，亦未能中途加入旅遊者，視為甲方解除契約，乙方得依第二十七條之規定，行使損害賠償請求權。

第五條（旅遊費用）

旅遊費用：

甲方應依下列約定繳付：

- 一、簽訂本契約時，甲方應繳付新台幣 元。
- 二、其餘款項於出發前三日或說明會時繳清。除經雙方同意並增訂 其他協議事項於本契約第三十六條，乙方不得以任何名義要求 增加旅遊費用。

第六條（怠於給付旅遊費用之效力）

甲方因可歸責自己之事由，怠於給付旅遊費用者，乙方得逕行解除契約，並沒收其已繳之訂金。如有其他損害，並得請求賠償。

第七條（旅客協力義務）

旅遊需甲方之行爲始能完成，而甲方不爲其行爲者，乙方得定相當期限，催告甲方爲之。甲方逾期不爲其行爲者，乙方得終止契約，並得請求賠償因契約終止而生之損害。

旅遊開始後，乙方依前項規定終止契約時，甲方得請求乙方墊付費用將其送回原出發地。於到達後，由甲方附加年利率 %利息償還乙方。

第八條（交通費之調高或調低）

旅遊契約訂立後，其所使用之交通工具之票價或運費較訂約前運送人公布之票價或運費調高或調低逾百分之十者，應由甲方補足或由乙方退還。

第九條（旅遊費用所涵蓋之項目）

甲方依第五條約定繳納之旅遊費用，除雙方另有約定以外，應包括下列項目：

- 一、代辦出國手續費：乙方代理甲方辦理出國所需之手續費及簽證費及其他規費。
- 二、交通運輸費：旅程所需各種交通運輸之費用。
- 三、餐飲費：旅程中所列應由乙方安排之餐飲費用。
- 四、住宿費：旅程中所列住宿及旅館之費用，如甲方需要單人房，經乙方同意安排者，甲方應補繳所需差額。
- 五、遊覽費用：旅程中所列之一切遊覽費用，包括遊覽交通費、導遊費、入場門票費。

- 六、接送費：旅遊期間機場、港口、車站等與旅館間之一切接送費用。
- 七、行李費：團體行李往返機場、港口、車站等與旅館間之一切接送費用及團體行李接送人員之小費，行李數量之重量依航空公司規定辦理。
- 八、稅捐：各地機場服務稅捐及團體餐宿稅捐。
- 九、服務費：領隊及其他乙方為甲方安排服務人員之報酬。

第十條（旅遊費用所未涵蓋項目）

第五條之旅遊費用，不包括下列項目：

- 一、非本旅遊契約所列行程之一切費用。
- 二、甲方個人費用：如行李超重費、飲料及酒類、洗衣、電話、電報、私人交通費、行程外陪同購物之報酬、自由活動費、個人病醫療費、宜自行給與提供個人服務者（如旅館客房服務人）之小費或尋回遺失物費用及報酬。
- 三、未列入旅程之簽證、機票及其他有關費用。
- 四、宜給與導遊、司機、領隊之小費。
- 五、保險費：甲方自行投保旅行平安保險之費用。
- 六、其他不屬於第九條所列之開支。

前項第二款、第四款宜給與之小費，乙方應於出發前，說明各觀光地區小費收取狀況及約略金額。

第十一條（強制投保保險）

乙方應依主管機關之規定辦理責任保險及履約保險。

乙方如未依前項規定投保者，於發生旅遊意外事故或不能履約之情形時，乙方應以主管機關規定最低投保金額計算其應理賠金額之三倍賠償甲方。

第十二條（組團旅遊最低人數）

本旅遊團須有 人以上簽約參加始組成。如未達前定人數，乙方應於預定出發之七日前通知甲方解除契約，怠於通知致甲方受損害者，乙方應賠償甲方損害。

乙方依前項規定解除契約後，得依下列方式之一，返還或移作依第二款成立之新旅遊契約之旅遊費用。

- 一、退還甲方已交付之全部費用，但乙方已代繳之簽證或其他規費得予扣除。
- 二、徵得甲方同意，訂定另一旅遊契約，將依第一項解除契約應返還甲方之全部費用，移作該另訂之旅遊契約之費用全部或一部。

第十三條（代辦簽證、洽購機票）

如確定所組團體能成行，乙方即應負責為甲方申辦護照及依旅程所需之簽證，並代訂妥機位及旅館。乙方應於預定出發七日前，或於舉行出國說明會時，將甲方之護照、簽證、機票、機位、旅館及其他必要事項向甲方報告，並以書面行程表確認之。乙方怠於履行上述義務時，甲方得拒絕參加旅遊並解除契約，乙方即應退還甲方所繳之所有費用。

乙方應於預定出發日前，將本契約所列旅遊地之地區城市、國家或觀光點之風俗人情、地理位置或其他有關旅遊應注意事項儘量提供甲方旅遊參考。

第十四條（因旅行社過失無法成行）

因可歸責於乙方之事由，致甲方之旅遊活動無法成行時，乙方於知悉旅遊活動無法成行者，應即通知甲方並說明其事由。怠於通知者，應賠償甲方依旅遊費用之全部計算之違約金；其已為通知者，則按通知到達甲方時，距出發日期時間之長短，依下列規定計算應賠償甲方之違約金。

- 一、通知於出發日前第三十一日以前到達者，賠償旅遊費用百分之十。
- 二、通知於出發日前第二十一日至第三十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之二十。
- 三、通知於出發日前第二日至第二十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之三十。
- 四、通知於出發日前一日到達者，賠償旅遊費用百分之五十。
- 五、通知於出發當日以後到達者，賠償旅遊費用百分之一百。

甲方如能證明其所受損害超過前項各款標準者，得就其實際損害請求賠償。

第十五條（非因旅行社之過失無法成行）

因不可抗力或不可歸責於乙方之事由，致旅遊團無法成行者，乙方於知悉旅遊活動無法成行時應即通知甲方並說明其事由；其怠於通知甲方，致甲方受有損害時，應負賠償責任。

第十六條（因手續瑕疵無法完成旅遊）

旅行團出發後，因可歸責於乙方之事由，致甲方因簽證、機票或其他問題無法完成其中之部分旅遊者，乙方應以自己之費用安排甲方至次一旅遊地，與其他團員會合；無法完成旅遊之情形，對全部團員均屬存在時，並應依相當之條件安排其他旅遊活動代之；如無次一旅遊地時，應安排甲方返國。

前項情形乙方未安排代替旅遊時，乙方應退還甲方未旅遊地部分之費用，並賠償同額之違約金。

因可歸責於乙方之事由，致甲方遭當地政府逮捕、羈押或留置時，乙方應賠償甲方以每日新台幣二萬元整計算之違約金，並應負責迅速接洽營救事宜，將甲方安排返國，其所需一切費用，由乙方負擔。

第十七條（領隊）

乙方應指派領有領隊執業證之領隊。

甲方因乙方違反前項規定，而遭受損害者，得請求乙方賠償。

領隊應帶領甲方出國旅遊，並為甲方辦理出入國境手續、交通、食宿、遊覽及其他完成旅遊所須之往返全程隨團服務。

第十八條（證照之保管及退還）

乙方代理甲方辦理出國簽證或旅遊手續時，應妥慎保管甲方之各項證照，及申請該證照而持有甲方之印章、身分證等，乙方如有遺失或毀損者，應行補辦，其致甲方受損害者，並應賠償甲方之損失。

甲方於旅遊期間，應自行保管其自有之旅遊證件，但基於辦理通關過境等手續之必要，或經乙方同意者，得交由乙方保管。

前項旅遊證件，乙方及其受僱人應以善良管理人注意保管之，但甲方得隨時取回，乙方及其受僱人不得拒絕。

第十九條（旅客之變更）

甲方得於預定出發日前，將其在本契約上之權利義務讓與第三人，但乙方有正當理由者，得予拒絕。

前項情形，所減少之費用，甲方不得向乙方請求返還，所增加之費用，應由承受本契約之第三人負擔，甲方並應於接到乙方通知後 日內協同該第三人到乙方營業處所辦理契約承擔手續。

承受本契約之第三人，與甲方雙方辦理承擔手續完畢起，承繼甲方基於本契約之一切權利義務。

第二十條（旅行社之變更）

乙方於出發前非經甲方書面同意，不得將本契約轉讓其他旅行業，否則甲方得解除契約，其受有損害者，並得請求賠償。

甲方於出發後始發覺或被告知本契約已轉讓其他旅行業，乙方應賠償甲方全部團費百分之五之違約金，其受有損害者，並得請求賠償。

第二十一條（國外旅行業責任歸屬）

乙方委託國外旅行業安排旅遊活動，因國外旅行業有違反本契約或其他不法情事，致甲方受損害時，乙方應與自己之違約或不法行為負同一責任。但由甲方自行指定或旅行地特殊情形而無法選擇受託者，不在此限。

第二十二條（賠償之代位）

乙方於賠償甲方所受損害後，甲方應將其對第三人之損害賠償請求權讓與乙方，並交付行使損害賠償請求權所需之相關文件及證據。

第二十三條（旅程內容之實現及例外）

旅程中之餐宿、交通、旅程、觀光點及遊覽項目等，應依本契約所訂等級與內容辦理，甲方不得要求變更，但乙方同意甲方之要求而變更者，不在此限，惟其所增加之費用應由甲方負擔。除非有本契約第二十八條或第三十一條之情事，乙方不得以任何名義或理由變更旅遊內容，乙方未依本契約所訂等級辦理餐宿、交通旅程或遊覽項目等事宜時，甲方得請求乙方賠償差額二倍之違約金。

第二十四條（因旅行社之過失致旅客留滯國外）

因可歸責於乙方之事由，致甲方留滯國外時，甲方於留滯期間所支出之食宿或其他必要費用，應由乙方全額負擔，乙方並應儘速依預定旅程安排旅遊活動或安排甲方返國，並賠償甲方依旅遊費用總額除以全部旅遊日數乘以滯留日數計算之違約金。

第二十五條（延誤行程之損害賠償）

因可歸責於乙方之事由，致延誤行程期間，甲方所支出之食宿或其他必要費用，應由乙方負擔。甲方並得請求依全部旅費除以全部旅遊日數乘以延誤行程日數計算之違約金。但延誤行程之總日數，以不超過全部旅遊日數為限，延誤行程時數在五小時以上未滿一日者，以一日計算。

第二十六條（惡意棄置旅客於國外）

乙方於旅遊活動開始後，因故意或重大過失，將甲方棄置或留滯國外不顧時，應負擔甲方於被棄置或留滯期間所支出與本旅遊契約所訂同等級之食宿、返國交通費用或其他必要費用，並賠償甲方全部旅遊費用之五倍違約金。

第二十七條（出發前旅客任意解除契約）

甲方於旅遊活動開始前得通知乙方解除本契約，但應繳交證照費用，並依左列標準賠償乙方：

- 一、通知於旅遊活動開始前第三十一日以前到達者，賠償旅遊費用百分之十。
- 二、通知於旅遊活動開始前第二十一日至第三十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之二十。
- 三、通知於旅遊活動開始前第二日至第二十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之三十。
- 四、通知於旅遊活動開始前一日到達者，賠償旅遊費用百分之五十。
- 五、通知於旅遊活動開始日或開始後到達或未通知不參加者，賠償旅遊費用百分之一百。

前項規定作為損害賠償計算基準之旅遊費用，應先扣除簽證費後計算之。

乙方如能證明其所受損害超過第一項之標準者，得就其實際損害請求賠償。

第二十八條（出發前有法定原因解除契約）

因不可抗力或不可歸責於雙方當事人之事由，致本契約之全部或一部無法履行時，得解除契約之全部或一部，不負損害賠償責任。乙方應將已代繳之規費或履行本契約已支付之全部必要費用扣除後之餘款退還甲方。但雙方於知悉旅遊活動無法成行時應即通知他方並說明事由；其怠於通知致使他方受有損害時，應負賠償責任。

為維護本契約旅遊團體之安全與利益，乙方依前項為解除契約之一部後，應為有利於旅遊團體之必要措置（但甲方不得同意者，得拒絕之），如因此支出必要費用，應由甲方負擔。

第二十八條之一（出發前有客觀風險事由解除契約）

出發前，本旅遊團所前往旅遊地區之一，有事實足認危害旅客生命、身體、健康、財產安全之虞者，準用前條之規定，得解除契約。但解除之一方，應按旅遊費用百分之補償他方（不得超過百分之五）。

第二十九條（出發後旅客任意終止契約）

甲方於旅遊活動開始後中途離隊退出旅遊活動時，不得要求乙方退還旅遊費用。但乙方因甲方退出旅遊活動後，應可節省或無須支付之費用，應退還甲方。

甲方於旅遊活動開始後，未能及時參加排定之旅遊項目或未能及時搭乘飛機、車、船等交通工具時，視為自願放棄其權利，不得向乙方要求退費或任何補償。

第三十條（終止契約後之回程安排）

甲方於旅遊活動開始後，中途離隊退出旅遊活動，或怠於配合乙方完成旅遊所需之行爲而終止契約者，甲方得請求乙方墊付費用將其送回原出發地。於到達後，立即附加年利率 % 利息償還乙方。

乙方因前項事由所受之損害，得向甲方請求賠償。

第三十一條（旅遊途中行程、食宿、遊覽項目之變更）

旅遊途中因不可抗力或不可歸責於乙方之事由，致無法依預定之旅程、食宿或遊覽項目等履行時，為維護本契約旅遊團體之安全及利益，乙方得變更旅程、遊覽項目或更換食宿、旅程，如因此超過原定費用時，不得向甲方收取。但因變更致節省支出經費，應將節省部分退還甲方。

甲方不同意前項變更旅程時得終止本契約，並請求乙方墊付費用將其送回原出發地。於

到達後，立即附加年利率 %利息償還乙方。

第三十二條（國外購物）

為顧及旅客之購物方便，乙方如安排甲方購買禮品時，應於本契約第三條所列行程中預先載明，所購物品有貨價與品質不相當或瑕疵時，甲方得於受領所購物品後一個月內請求乙方協助處理。

乙方不得以任何理由或名義要求甲方代為攜帶物品返國。

第三十三條（責任歸屬及協辦）

旅遊期間，因不可歸責於乙方之事由，致甲方搭乘飛機、輪船、火車、捷運、纜車等大眾運輸工具所受損害者，應由各該提供服務之業者直接對甲方負責。但乙方應盡善良管理人之注意，協助甲方處理。

第三十四條（協助處理義務）

甲方在旅遊中發生身體或財產上之事故時，乙方應為必要之協助及處理。

前項之事故，係因非可歸責於乙方之事由所致者，其所生之費用，由甲方負擔。但乙方應盡善良管理人之注意，協助甲方處理。

第三十五條（誠信原則）

甲乙雙方應以誠信原則履行本契約。乙方依旅行業管理規則之規定，委託他旅行業代為招攬時，不得以未直接收甲方繳納費用，或以非直接招攬甲方參加本旅遊，或以本契約實際上非由乙方參與簽訂為抗辯。

第三十六條（其他協議事項）

（略）

前項協議事項，如有變更本契約其他條款之規定，除經交通部觀光局核准，其約定無效，但有利於甲方者，不在此限。

訂約人(餘略)

5.2.2.2 應記載事項²⁹

一、當事人之姓名、名稱、電話及居所(營業所)

旅客：

姓名：

電話：

住居所：

旅行業：

公司名稱：

負責人姓名：

²⁹行政院消費者保護委員會國外旅遊定型化契約應記載及不得記載事項，資料來源：

http://1950.cpc.gov.tw/KnowledgeBase_Query/ShowFAQ.asp?ID=6340

電話：

營業所：

二、簽約地點及日期

簽約地點：

簽約日期：

如未記載簽約地點，則以消費者住所地為簽約地點；如未記載簽約日期，則以交付定金日為簽約日期。

三、旅遊地區、城市或觀光點、行程、起程、回程終止之地點及日期

如未記載前項內容，則以刊登廣告、宣傳文件、行程表或說明會之說明等為準。

四、行程中之交通、旅館、餐飲、遊覽及其所附隨之服務說明

如未記載前項內容，則以刊登廣告、宣傳文件、行程表或說明會之說明為準。

五、旅遊之費用及其包含、不包含之項目

旅遊之全部費用:新台幣 元。

旅遊費用包含及不包含之項目如下:

1.包含項目：代辦證件之手續費或規費，交通運輸費、餐飲費、住宿費、遊覽費用、接送費、服務費、保險費。

2.不包含項目：旅客之個人費用、宜贈與導遊、司機、隨團服務人員之小費、個人另行投保之保險費、旅遊契約中明列為自費行程之費用、其他非旅遊契約所列行程之一切費用。

前項費用，當事人有特別約定者，從其約定。

六、旅遊活動無法成行時旅行業者之通知義務及賠償責任

因可歸責於旅行業之事由，致旅遊活動無法成行者，旅行業於知悉無法成行時，應即通知旅客並說明其事由；怠於通知者，應賠償旅客依旅遊費用之全部計算之違約金；其已為通知者，則按通知到達旅客時，距出發日期時間之長短，依左列規定計算其應賠償旅客之違約金。

1.通知於出發日前第三十一日以前到達者，賠償旅遊費用百分之十。

2.通知於出發日前第二十一日至第三十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之二十。

3.通知於出發日前第二日至第二十日以內到達者，賠償旅遊費用百分之三十。

4.通知於出發日前一日到達者，賠償旅遊費用百分之五十。

5.通知於出發當日以後到達者，賠償旅遊費用百分之一百。

因不可抗力或不可歸責於旅行業之事由，致旅遊活動無法成行者，旅行業於知悉旅遊活動無法成行時應即通知旅客並說明其事由；其怠於通知，致旅客受有損害者，應負賠償責任。

七、集合及出發地

旅客應於民國 年 月 日 時 分在 準時集合出發，旅客未準時到約定地點集合致未能出發，亦未能中途加入旅遊者，視為旅客解除契約，旅行業得向旅客請求損害賠償。

償。

八、出發前旅客任意解除契約及其責任

旅客於旅遊活動開始前得繳交證照費用後解除契約，但應賠償旅行業之損失，其賠償標準如下：

1. 旅遊開始前第三十一日以前解除契約者，賠償旅遊費用百分之十。
2. 旅遊開始前第二十一日至第三十日以內解除契約者，賠償旅遊費用百分之二十。
3. 旅遊開始前第二日至第二日期間內解除契約者，賠償旅遊費用百分之三十。
4. 旅遊開始前一日解除契約者，賠償旅遊費用百分之五十。

旅客於旅遊開始日或開始後解除契約或未通知不參加者，賠償旅遊費用百分之一百。

前二項規定作為損害賠償計算基準之旅遊費用，應先扣除簽證費用後計算之。

九、出發後無法完成旅遊契約所定旅遊行程之責任

旅行團出發後，因可歸責於旅行業之事由，致旅客因簽證、機票或其他問題無法完成其中之部分旅遊者，旅行業應以自己之費用安排旅客至次一旅遊地，與其他團員會合；無法完成旅遊之情形，對全部團員均屬存在時，並應依相當之條件安排其他旅遊活動代之；如無次一旅遊地時，應安排旅客返國。

前項情形旅行業未安排代替旅遊時，旅行業應退還旅客未旅遊地部分之費用，並賠償同額之違約金。

因可歸責於旅行業之事由，致旅客遭當地政府逮捕羈押或留置時，旅行業應賠償旅客以每日新台幣二萬元整計算之違約金，並應負責迅速接洽營救事宜，將旅客安排返國，其所需一切費用，由旅行業負擔。

十、領隊

旅行業應指派領有領隊執業證之領隊。

旅客因旅行業違反前項規定，致遭受損害者，得請求旅行業賠償。

領隊應帶領旅客出國旅遊，並為旅客辦理出入國境手續、交通、食宿、遊覽及其他完成旅遊所須之往返全程隨團服務。

十一、證照之保管及返還

旅行業代理旅客辦理出國簽證或旅遊手續時，應妥慎保管旅客之各項證照，及申請該證照而持有旅客之印章、身分證等，旅行業如有遺失或毀損者，應行補辦，其致旅客受損害者，並應賠償旅客之損失。

旅客於旅遊期間，應自行保管其自有旅遊證件，但基於辦理通關過境等手續之必要，或經旅行業同意者，得交由旅行業保管。

前項旅遊證件，旅行業及其受僱人應以善良管理人注意保管之

，但旅客得隨時取回，旅行業及其受僱人不得拒絕。

十二、旅行業務之轉讓

旅行業於出發前未經旅客書面同意，將本契約轉讓其他旅行業者，旅客得解除契約，其有損害者，並得請求賠償。

旅客於出發後始發覺或被告知本契約已轉讓其他旅行業，旅行業應賠償旅客全部團費百分之五之違約金，其受有損害者，並得請求賠償。

十三、旅遊內容之變更

旅遊中因不可抗力或不可歸責於旅行業之事由，致無法依預定之旅程、交通、食宿或遊覽項目等履行時，為維護旅遊團體之安全及利益，旅行業得依實際需要，於徵得旅客過三分之二同意後，變更旅程、遊覽項目或更換食宿、旅程，如因此超過原定費用時，應由旅客負擔。

但因變更致節省支出經費，應將節省部分退還旅客。

除前項情形外，旅行業不得以任何名義或理由變更旅遊內容

，旅行業未依旅遊契約所定與等級辦理旅程、交通、食宿或遊覽項目等事宜時，旅客得請求旅行業賠償差額二倍之違約金。

十四、過失致旅客留滯國外

因可歸責於旅行業之事由，致旅客留滯國外時，旅客於留滯期間所支出之食宿或其他必要費用，應由旅行業全額負擔，旅行業並應儘速依預定旅程安排旅遊活動，或安排旅客返國，並賠償旅客依旅遊費用總額除以全部旅遊日數乘以留滯日數計算之違約金。

十五、惡意棄置或留滯旅客

旅行業於旅遊活動開始後，因故意或重大過失，將旅客棄置或留滯國外不顧時，應負擔旅客被棄置或留滯期間所支出與旅遊契約所訂同等級之食宿、返國交通費用或其他必要費用，並賠償旅客全部旅遊費用五倍之違約金。

十六、旅行業應依主管機關之規定為旅客辦理責任保險及履約保險，並應載明投保金額及責任金額，如未載明，則依主管機關之規定。

如未依前項規定投保者，於發生旅遊事故或不能履約之情形時，以主管機關規定最低投保金額計算其應理賠金額之三倍作為賠償金額。

十七、旅客於旅遊活動開始後，中途離隊退出旅遊活動時，不得要求

旅行業退還旅遊費用。但旅行業因旅客退出旅遊活動後，應可節省或無須支出之費用，應退還旅客；旅行業並應為旅客安排脫隊後返回出發地之住宿及交通。

旅客於旅遊活動開始後，未能及時參加排定之旅遊項目或未能及時搭乘飛機、車、船等交通工具時，視為自願放棄其權利，不得向旅行業要求退費或任何補償。

第一項住宿、交通費用以及旅行業為旅客安排之費用，由旅客負擔。

十八、當事人簽訂之旅遊契約條款如較本應記載事項規定標準而對消費者更為有利者，從其約定。

貳、不得記載事項

一、旅遊之行程、服務、住宿、交通、價格、餐飲等內容不得記載「僅供參考」或「以外國旅遊業提供者為準」或使用其他不確定用語之文字。

二、旅行業對旅客所負義務排除原刊登之廣告內容。

三、排除旅客之任意解約、終止權利及逾越主管機關規定或核備旅客之最高賠償標準。

四、當事人一方得為片面變更之約定。

五、旅行業除收取約定之旅遊費用外，以其他方式變相或額外加價。

六、除契約另有約定或經旅客同意外，旅行業臨時安排購物行程。

七、旅行業委由旅客代為攜帶物品返國之約定。

八、免除或減輕旅行業管理規則及旅遊契約所載應履行之義務者。

九、記載其他違反誠信原則、平等互惠原則等不利於旅客之約定。

十、排除對旅行業履行輔助人所生責任之約定。

5.2.2.3 案例檢視

本文擬撰之案例二，有關旅行社團體旅遊旅客因遲到無法出發前往，旅行社以遲到過久不予登機且不還機票之問題，旅行社方面之說法為，旅遊定型化契約書上載明「... 應於旅行出發當日上午九點整之前到達高雄市小港國際機場，逾時超過一小時以上，航空公司已截止旅客辦理報到者，將無法出發....」，以及旅行社不交還機票之原因為「機票不交付並不退費是旅行業慣例」，並認為兩人應該知悉。本文以為，該次團體旅遊之定型化契約書中並未提及未乘坐的機票是否不能退費或交付旅客的約定，且旅行社與導遊亦從未講過「機票不交付並不退費是旅行業慣例」並要求他們同意並承諾的宣示或傳達，應該不構成該次團體旅遊定型化契約之約定內容。

檢視本「範本」與應記載或不應記載之事項，其中範本第四條約款以及應記載事項第七款為「(集合及出發時地) 甲方應於民國 年 月 日 時 分於 準時集合 出發。甲方未準時到約定地點集合致未能出發，亦未能中途加入旅遊者，視為甲方解除契約....」惟本案例係因導遊不交付機票致未能中途加入旅遊者，不能依本條視為甲方—消費者—解除契約；且其情形亦有違誠信原則。不交付機票之行爲已使其難以說明有何理由？

5.2.3 短期補習班補習服務定型化契約範本—檢視案例爭點問題

5.2.3.1 短期補習班補習服務契約書範本³⁰

立約人 學生：(以下簡稱甲方)

短期補習班：(以下簡稱乙方)

雙方同意訂立本契約書，約定下列各條款共同遵守：

第一條 甲方於中華民國○○年○月○日收受本定型化契約書。

第二條 就讀班別、班別名稱：

第三條 修業期間：

自中華民國○○年○月○日至○○年○月○日止。

第四條 課程科目與時數、課程科目內容：

每週授課時數 小時，上課時間如課程表(附件一)。

第五條 保證班保證內容、保證內容為：

保證期間為：

第六條 師資：乙方聘請擔任各科講師如下：

科目名稱 講師姓名

³⁰ 參http://1950.cpc.gov.tw/KnowledgeBase_Query/ShowFAQ.asp?ID=5310行政院消保會網頁

乙方無正當事由不得任意更換講師。

上述乙方更換講師之人數不得超過原聘總講師三分之一之人數，但乙方所聘總講師人數在二人以下者，不在此限。

第七條 上課地點： 乙方應依規定編班於經核准班址之教室上課。
前項經核准之上課地點為：(應詳列門牌號碼)。但如遇停水、停電或不可抗力之災害，乙方得調動上課地點及教室。各科目上課教室及時數如下：

(略)

第八條 上課人數上限及併班：

為提供良好學習環境及兼顧教學品質，乙方開設供甲方就讀之班別，其上課人數不得逾人。但共同科目於訂約時已經乙方聲明及告知甲方須與他班合併上課者，不在此限，惟其人數不得超過 人；每人上課使用面積標準，不可違反主管機關訂定之法律規定。

乙方開設供甲方就讀之班別，其實際註冊人數未達第一項所定人數上限之三分之二者，經通知並得其同意後，得與其他同類班別合併開班，惟合併後之上課人數不得逾第一項所定人數上限。

乙方違反前二項規定者，甲方得終止契約並要求乙方退費。乙方應按甲方實際繳納之費用，依尚未上課時數比例核算應退費用加 % (不得低於 10%) 退還甲方。

甲方不同意併班或業者開班延期者，乙方應返還甲方已繳之費用。

第九條

因可歸責於乙方之事由(如教師請假、排課錯誤等)，使某課程一節或數節之既定上課時間暫時有所調動，致學生時間無法配合而缺課者，乙方應予以補課或提供該節課之錄音帶、錄影帶供學生補課用，或經比例計算後返還該節課程費用等。

第十條 收費手續

(一) 繳費項目及金額

繳費總金額 元(繳費細目：1.學費 元；2.雜費 元；3.講義費 元；
4.代辦費 元(內容與金額應明列)；5.其他 元。(例：保險費…等)

繳費項目未明列者，乙方不得向甲方收取。

(二) 繳費方式

一次全部繳納。(○○年○月○日前繳交)

分期繳納。(分幾期與繳納時間、金額應明列，例如：第 1 期應於○○年○月○日繳交 元；第 2 期應於○○年○月○日繳交 元..)

(三) 乙方收取費用應開立正式收據交由甲方收執。

第十一條 退費手續

除本契約另有約定外，依各直轄市、縣(市)政府訂定之短期補習班設立及管理自治法規之相關規定(如附件，為本契約之一部分)辦理。

第十二條 膳宿提供

(略)

第十三條 甲方有左列情形之一者，乙方得終止契約：

(一) 甲方於補習期間無故缺席超過總時數 分之 者。

(二) 甲方有互毆、竊盜、或其他違法行爲，經乙方查明屬實及召開獎懲會議通過給予記過處分，記過累計達 個者。

(三) 甲方經查有吸毒、販毒、或運送毒品行爲者。依前項終止契約者，依第十一條退費手續之規定辦理。

甲方有第一項違規情事時，乙方應於 3 日內通知家長或法定代理人。

第十四條 乙方有左列情形之一者，甲方得終止契約，並要求乙方退費：

(一) 無正當事由，變更原訂課程、科目、時數、上課地點或更換講師超過三分之一人數者，乙方應依甲方已繳金額費用加 % (不得低於 30%) 退還甲方。

(二) 補習班自行暫停招生、註銷立案，或經主管機關爲停止招生或撤銷立案之處分者，同前款辦理。

(二) 教室經政府機關公共安全檢查列爲危險建築物勒令停止使用者，依尚未上課時數核算應退還費用予甲方。

甲方得隨時通知乙方終止契約，乙方應退還已收取未到期部分之各項費用。

第十五條 資料保護

未經甲方同意，乙方不得擅自將甲方個人資料提供給第三人或作不當利用，其法律效果，依相關法律辦理。

第十六條 疑義之處理

本契約各條款如有疑義時，應依消費者保護法第十一條第二項規定，爲有利甲方之解釋。

第十七條 附件效力及契約分存

本契約之附件及相關廣告視爲本契約之一部分。本契約一式二份，由甲乙雙方各執一份爲憑，並自簽約日起生效。

第十八條 未盡事宜之處理

本契約如有未盡事宜，依相關法令、習慣及誠實信用原則公平解決之。

5.2.3.2 案例檢視

本文所揭之案例爲實質上並無國家考試辦理卻由補習班招攬學生，於上課後確而產生之退費爭議。此處之範本與記載事項相雷同，且均無直接涉及本案例之相關約定。本文以爲，案例爭點爲基本契約法律關係之爭議，若補習班事前知悉無考試而招收學生進而於確認後向退費學生收取費用，應有詐欺之疑，可據以主張契約無效而要求退還所有費用；若補習班事前並不知悉不辦理考試，而確信考試應會辦理而招生，本文以爲此一契約應爲有效，但應對其後確認不辦理考試之情形而產生損害之消費者負損害賠償責任。倘若補習班向學生明示未必辦理考試之可能，猶向學生收招，而學生亦明知未必辦理考試，補習班應可於其合理範圍內向退費者收取費用。

本節於教學上之實踐

一、教學目標

- 1.使學生知悉其所蒐集之定型化契約有參考範本及應記載或不應記載事項作為標準判斷。
- 2.使學生能利用各種定型化契約參考範本及應記載或不應記載事項，決定某項定型化契約的成立與生效問題。

二、教學方式及所需時間

本節為本課程之最後段落，可要求學生找尋案例並藉該案例為報告，應講授至少3節課共6小時，並參雜學生之報告與心得。

三、相關法條闡述

無

四、作業或學習考核

自學生蒐集之案例與判斷案例之契合度，解釋法條或法理之能力與判斷力總合決定成績。

第六章 ETC 案例之解析與教學方法一

壹、ETC 案之重要性

「促進民間參與公共建設法」自從民國 2000 年 02 月 09 日公佈施行以來，一直是民間機構參與政府公共建設的興建、營運、移轉(BOT)之重要法律依據。但也因為該法之施行，發生不少爭議案件¹。其中，以高速公路電子收費系統(ETC)的BOT案件最為著稱，蓋該案例因其爭議性最大、涵蓋法律知識的面向也最廣，故吾人擇選之，作為工程法律篇之經典案例。自從被告(交通部高公局)於 93 年 2 月 27 日甄選決定參加人(遠東聯盟)為最優申請人以來，原告(台灣宇通資訊科技股份有限公司)為次優申請人。繼而，原告對甄選決定之公告不服，於 93 年 3 月 25 日向被告機關提出異議。接續幾近 2 年半之時間，迄自 95 年 8 月 3 日之最高行政法院判決為止，原告歷經申訴、提起行政訴訟以及上訴等之行政救濟途徑。ETC 裁判引發國內公私協力政策與法制之一連串衝擊效應，例如關於最優申請人甄審決定及BOT投資契約之法律性質、甄審決定之正當行政程序，以及前階段甄審決定對於後階段BOT投資契約效力影響等之促參法上重要問題。本文以臺北高等行政法院 94 年度訴字第 752 號及最高行政法院 95 年度判字第 01239 號為核心，於其二者裁判中皆有精闢理論之闡述與論證，故有撰寫本文介紹說明之重要理由，透過該案例之解析讓許多法律概念與原則可傳達出去，引發同學學習工程法律之興趣與動力。

貳、ETC 案之說明

一、案例事實

緣原告(台灣宇通資訊科技股份有限公司)與遠東聯盟(現改名為遠通電收股份有限公司；行政訴訟之參加人)及健元電子收費企業聯盟、交通任我行電子收費聯盟易利通電子收費公司、宏碁股份有限公司、速通企業聯盟等 7 位申請人，參與被告(交通部高公局)依據促進民間參與公共建設法(簡稱：促參法)及相關法令規定辦理之徵求「民間參與高速公路電子收費系統(ETC)建置及營運」案(簡稱：ETC 案)，經甄審委員會進行資格預審後，被告以民國 92 年 12 月 25 日業字第 0000000000 號公告原告、遠東聯盟及宏碁股份有限公司為合格之入圍申請人；復經協商及綜合評審後，被告以 93 年 2 月 27 日業字第 0000000000 號公告甄選決定遠東聯盟為最優申請人，原告為次優申請人。原告對該公告不服，於 93 年 3 月 25 日向被告提出異議。原告嗣認被告未於法定期間為適當處理，又於 93 年 4 月 9 日向行政院公共工程委員會(簡稱：工程會)提出申訴，其請求

¹ 最高行政法院：95 判字 1898 號、95 年度判字第 01239 號、95 年度判字第 00816 號；臺北高等行政法院：95 年度訴字第 03446 號、95 年度訴字第 02710 號、94 年度訴字第 02092 號、94 年度訴字第 03123 號、94 年度訴字第 02092 號、94 年度訴字第 752 號、94 年度訴字第 301 號、93 年度訴字第 02157 號、93 年度訴字第 03454 號；高雄高等行政法院 95 年度訴字第 1012 號。

如下：1. 撤銷遠通電收最優申請人資格 2. 由原告遞補進行系統功能實測及議約。正值工程會尚在審議中，被告機關於 93 年 4 月 26 日作成宇通資訊科技股份有限公司「異議無理由」之決定。工程會接續就雙方爭議疑有違法之六大爭點（但臺北高等行政法院分為七大爭點）予以審議後，認遠東聯盟於招商截止日 92 年 11 月 20 日前，僅提出經外國認證機構 TV 認證之紅外線計次電子收費系統功能英文版，未將該英文版再經公證、認證，且未一併提出經公證之中文原本，而被告未依申請須知第 2.8.1 節及促參法第 43 條與第 44 條第 1 項規定，視遠東聯盟（按此聯盟於 93 年 4 月 7 日經核准設立為參加人）為不合格申請人，僅此部分於法未合，於 94 年 1 月 7 日以促字第 093003 號作成「原異議處理結果有關公證、認證部分撤銷；有關設立建置營運公司發起人、修改投資計畫及公平協商部分不予受理；其餘「申訴駁回」之審議判斷。原告乃對於上開審議判斷中不利於原告部分，提起本件行政訴訟（另不利於參加人部分，另經參加人訴由本院以 94 年度訴字第 301 號審理）。

二、該案涉及之法規範

(一)、訴願法

第 1 條：「I. 人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。

II. 各級地方自治團體或其他公法人對上級監督機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，亦同。」

第 57 條：「訴願人在第十四條第一項所定期間向訴願管轄機關或原行政處分機關作不服原行政處分之表示者，視為已在法定期間內提起訴願。但應於三十日內補送訴願書。」

第 81 條：「I. 訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。

II. 前項訴願決定撤銷原行政處分，發回原行政處分機關另為處分時，應指定相當期間命其為之。」

第 96 條：「原行政處分經撤銷後，原行政處分機關須重為處分者，應依訴願決定意旨為之，並將處理情形以書面告知受理訴願機關。」

(二)、行政程序法

第 1 條：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法。」

第 6 條：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」

第 20 條：「本法所稱之當事人如下：

- 一、申請人及申請之相對人。
- 二、行政機關所為行政處分之相對人。
- 三、與行政機關締結行政契約之相對人。

- 四、行政機關實施行政指導之相對人。
- 五、對行政機關陳情之人。
- 六、其他依本法規定參加行政程序之人。」

第 92 條：「I. 本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。
II. 前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」

第 111 條：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：

- 一、不能由書面處分中得知處分機關者。
- 二、應以證書方式作成而未給予證書者。
- 三、內容對任何人均屬不能實現者。
- 四、所要求或許可之行為構成犯罪者。
- 五、內容違背公共秩序、善良風俗者。
- 六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。
- 七、其他具有重大明顯之瑕疵者。」

第 135 條：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」

第 138 條：「行政契約當事人之一方為人民，依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時，行政機關應事先公告應具之資格及決定之程序。決定前，並應予參與競爭者表示意見之機會。」

第 141 條：「I 行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效。
II. 行政契約違反第一百三十五條但書或第一百三十八條之規定者，無效。」

(三)、政府採購法

第 74 條（廠商與機關間爭議之處理）：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」

第 75 條（廠商向招標機關提出異議）：「I. 廠商對於機關辦理採購，認為違反法令或我國所締結之條約、協定（以下合稱法令），致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向招標機關提出異議：

- 一、對招標文件規定提出異議者，為自公告或邀標之次日起等標期之四分之一，其尾數不足一日者，以一日計。但不得少於十日。

二、對招標文件規定之釋疑、後續說明、變更或補充提出異議者，為接獲機關通知或機關公告之次日起十日。

三、對採購之過程、結果提出異議者，為接獲機關通知或機關公告之次日起十日。其過程或結果未經通知或公告者，為知悉或可得而知悉之次日起十日。但至遲不得逾決標日之次日起十五日。

II. 招標機關應自收受異議之次日起十五日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議之廠商。其處理結果涉及變更或補充招標文件內容者，除選擇性招標之規格標與價格標及限制性招標應以書面通知各廠商外，應另行公告，並視需要延長等標期。」

第 83 條（審議判斷之效力）：「審議判斷，視同訴願決定。」

第 85 條（招標機關對審議判斷之處理）：「I. 審議判斷指明原採購行為違反法令者，招標機關應另為適法之處置。

II. 採購申訴審議委員會於審議判斷中建議招標機關處置方式，而招標機關不依建議辦理者，應於收受判斷之次日起十五日內報請上級機關核定，並由上級機關於收受之次日起十五日內，以書面向採購申訴審議委員會及廠商說明理由。

III. 第一項情形，廠商得向招標機關請求償付其準備投標、異議及申訴所支出之必要費用。」

第 99 條（投資政府規劃建設之廠商甄選程序適用本法）：「機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設，經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者，其甄選投資廠商之程序，除其他法律另有規定者外，適用本法之規定。」

（四）、行政訴訟法

第 4 條：「I. 人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。

II. 逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論。

III. 訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」

第 5 條：「I. 人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。

II. 人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」

第 6 條：「I. 確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。

II. 確認行政處分無效之訴訟，須已向原處分機關請求確認其無效未被允許，或經請求後於三十日內不為確答者，始得提起之。

III. 確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，於原告得提起撤銷訴訟者，不得提起之。

IV. 確認訴訟以高等行政法院為第一審管轄法院。

V. 應提起撤銷訴訟，誤為提起確認行政處分無效之訴訟，其未經訴願程序者，高等行政法院應以裁定將該事件移送於訴願管轄機關，並以行政法院收受訴狀之時，視為提起訴願。」

第 23 條：「訴訟當事人謂原告、被告及依第四十一條與第四十二條參加訴訟之人。」

第 42 條：「I. 行政法院認為撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上利益將受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，並得因該第三人之聲請，裁定允許其參加。

II. 前項參加，準用第三十九條第三款之規定。參加人並得提出獨立之攻擊或防禦方法。

III. 前二項規定，於其他訴訟準用之。

IV. 訴願人已向高等行政法院提起撤銷訴訟，利害關係人就同一事件再行起訴者，視為第一項之參加。」

第 104 條：「民事訴訟法第七十九條至第八十五條、第八十七條至第九十四條、第九十五條、第九十六條至第一百零六條、第一百零八條、第一百零九條之一、第一百十一條至第一百三條之規定，於本節準用之。」

第 107 條：「I. 原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：

一、訴訟事件不屬行政訴訟審判之權限者。但本法別有規定者，從其規定。

二、訴訟事件不屬受訴行政法院管轄而不能請求指定管轄，亦不能為移送訴訟之裁定者。

三、原告或被告無當事人能力者。

四、原告或被告未由合法之法定代理人、代表人或管理人為訴訟行為者。

五、由訴訟代理人起訴，而其代理權有欠缺者。

六、起訴逾越法定期限者。

七、當事人就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴者。

八、本案經終局判決後撤回其訴，復提起同一之訴者。

九、訴訟標的為確定判決或和解之效力所及者。

十、起訴不合程式或不備其他要件者。

II. 撤銷訴訟，原告於訴狀誤列被告機關者，準用第一項之規定。

III. 原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」

第 116 條：「I. 原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。

II. 行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。

III. 於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。

IV. 行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定。

V. 停止執行之裁定，得停止原處分或決定之效力、處分或決定之執行或程序之續行之全部或部份。」

第 133 條：「行政法院於撤銷訴訟，應依職權調查證據；於其他訴訟，為維護公益者，亦同。」

第 198 條：「I 行政法院受理撤銷訴訟，發現原處分或決定雖屬違法，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌原告所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原處分或決定之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回原告之訴。

II. 前項情形，應於判決主文中諭知原處分或決定違法。」

第 243 條：「I. 判決不適用法規或適用不當者，為違背法令。

II. 有左列各款情形之一者，其判決當然違背法令：

一、判決法院之組織不合法者。

二、依法律或裁判應迴避之法官參與裁判者。

三、行政法院於權限之有無辨別不當或違背專屬管轄之規定者。

四、當事人於訴訟未經合法代理或代表者。

五、違背言詞辯論公開之規定者。

六、判決不備理由或理由矛盾者。」

第 254 條：「I. 除別有規定外，最高行政法院應以高等行政法院判決確定之事實為判決基礎。

II. 以違背訴訟程序之規定為上訴理由時，所舉違背之事實，及以違背法令確定事實或遺漏事實為上訴理由時，所舉之該事實，最高行政法院得斟酌之。

III. 依前條第一項但書行言詞辯論所得闡明或補充訴訟關係之資料，最高行政法院亦得斟酌之。」

第 255 條：「I. 最高行政法院認上訴為無理由者，應為駁回之判決。

II. 原判決依其理由雖屬不當，而依其他理由認為正當者，應以上訴為無理由。」

(五)、民法

第 71 條（違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」

第 98 條（意思表示之解釋）：「解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。」

(六)、促進民間參與公共建設法

第 42 條：「I. 經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與。

II. 前項申請人應於公告期限屆滿前，向主辦機關申購相關規劃資料。」

(七)、民事訴訟法

第 79 條（一部勝訴一部敗訴之負擔標準）：「各當事人一部勝訴、一部敗訴者，其訴訟費用，由法院酌量情形，命兩造以比例分擔或命一造負擔，或命兩造各自負擔其支出之訴訟費用。」

參、行政訴訟原告、被告及參加人之各別主張

一、訴訟程序部分

（一）、原告之主張（台灣宇通資訊科技股份有限公司）

第一、原告於本件係就審議判斷中所有不利原告之部分而提起，當然包括未就公證、認證部分撤銷遠東聯盟最優申請人之資格及未使原告遞補等不利原告之部分。

第二、原告於本件訴請撤銷被告之違法公告處分及異議決定、撤銷工程會不利原告之審議判斷及撤銷遠東聯盟最優申請人之資格，符合撤銷訴訟之要件。

第三、原告於本件請求被告應作成由原告遞補為最優申請人之處分，符合行政訴訟法第 5 條所定課予義務訴訟之要件。

第四、本件係公法爭議，法院有審判權，此並不因被告已與參加人簽訂建置營運契約而有不同：

1. 促進民間參與公共建設之案件，不論在招商、興建、營運、以迄營運期間屆滿由民間將建設移轉予政府前，政府均有高度參與，且要嚴密監督，與「雙階理論」或政府採購一次性補貼或採購完全不同。且雙階理論只是當初為解決問題而發展出之法律上之擬制，既然已知其不能解決問題，又有「一個事件分由不同法院及程序審理」及「未予當事人充分且合理之救濟」之弊端，已為學界及實務所不採。本件應不採雙階理論，而採「一階段說」，即將被告之甄選公告處分及所有後續之執行（含建置營運契約簽訂後之程序）擬制為一個公法上之法律關係取代之，也只有如此，才能解決問題，也才符合「一個事件由同一法院審理及解決」、「政府之行政處分必須合法」、「就任何政府機關之違法處分及行為給當事人

充分且合理之救濟」，避免形成權利保護之漏洞，並使具排他競爭關係之第三人可就第一階段（甄選）及第二階段（締約及執行）提起行政救濟，保障人民之訴訟權，以貫徹行政訴訟法制，確保政府機關依法行政。

2. 行政程序法第 135 條係採「契約標的說」，以定契約之法律性質。司法院釋字第 533 號解釋及其協同意見書亦明揭關於契約權利義務關係屬公法或私法之輔助認定標準，包括：是否作為實施公法法規之手段？約定內容是否係行政機關負有作成行政處分或其他公權力措施之義務？約定內容是否涉及人民公法上權益或義務？約定事項中有否顯然偏袒行政機關一方或使其取得較人民一方優勢之地位？依促參法第 12 條更明文規定民間參與公共建設契約之訂定特重公益性質，促參法第 52 條及第 53 條亦規定於興建營運期間，如有施工進度落後、工程品質違失、經營不善或其他重大情事，主辦機關及中央目的事業主管機得令改善、中止其興建及營運之全部或一部、及強制接管，凡此均足以見公權力介入，則本件縱有建置營運契約之簽訂，仍為公法關係。
3. 依按被告主張本件因有建置營運契約之簽訂，已變為私法關係，則人民因電子收費所生之爭議，是否亦要經由民事法院尋求救濟？足見被告及參加人所為建置營運契約為私法關係之主張，明顯違反現行法制。
4. 依最高行政法院 93 年度判字第 510 號判決意旨，有價證券上市之核准攸關投資大眾，且為主管機關以公權力介入之行為，不得以仲裁方式解決，而應循行政爭訟程序為之。

第五、本件被告之甄審公告及其甄審處分及決定有撤銷之實益：

1. 本件甄審遠東聯盟為最優申請人之公告形式上存在，且為被告與遠東聯盟辦理本件建置營運事項之基礎，其間之建置營運關係目前仍在發展中，此持續發展之建置營運過程及關係，均植基於被告違法甄審公告決定及處分，自有必要受司法審查，以維護原告權益及公共利益，本件有撤銷之實益。
2. 行政處分「消滅」係指行政處分所規制之內容已因時間經過、相對人死亡、標的物滅失或其他事由而不存在而言。縱行政處分執行完畢，並不當然構成行政處分消滅之事由。只有當行政處分之執行所直接造成之不利事實狀態亦同時因執行完畢而結束時，行政處分內涵之法律上負擔效果隨之消失，已無排除執行結果之必要與可能，始有進一步探討有無撤銷行政處分實益之問題。

第六、原告係對被告審核遠東聯盟為最優申請人之審核過程、決定及結果違反促參法令及本件申請須知之規定，而提起異議及申訴。有關遠東聯盟假藉 APPIAN 之營運實績參與甄審，及被告違反公平協商等違法事項為攻擊防禦之一，並無未經異議不合程式之問題。

(二)、被告之主張（交通部高公局）

原告訴之聲明不合行政訴訟法第 4 條第 1 項之規定，其訴為不合法，其理由如下：

1. 撤銷訴訟之訴訟標的，為起訴聲明所請求撤銷之具體行政處分或訴願決定，高等行政法院審判之範圍，就實體事項而言，限於已踐行原處分及訴願程序並經原告起訴之爭點。行政訴訟法第 4 條第 1 項明定：「人民因

中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益……得向高等行政法院提起撤銷訴訟」，故違法行政處分，始得為撤銷訴訟之訴訟標的。

2. 中央機關或其授權之所轄機關依促進民間參與公共建設法辦理公共建設招商案，將甄審結果對外公告，係主辦機關審核申請案件過程之一，性質上非屬行政處分。查被告於 93 年 2 月 27 日以業字第 0000000000 號公告遠東聯盟為本件「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運」招商案最優申請人，係被告基於主辦機關立場，就本件招商案進行審核程序之一環，非屬具有行政處分性質之異議處理結果，原告訴之聲明第 1 項請求將該項公告予以撤銷，並由原告遞補，顯與撤銷訴訟之法定要件不符，其訴為不合法。
3. 審議判斷認爭議處理規則第 26 條第 1 項未將逕為變更決定之權限列入，應係有意排除，工程會尚無逕向變更決定之權限，故是否由次優申請人遞補，係屬法令賦予主辦機關之裁量權，核屬行政保留，原告無權為此請求。

(三)、參加人之主張（遠通電收股份有限公司）

第一、原告主張甄審決定有關遠東聯盟為本 ETC 案最優申請人之部分應予撤銷為不合法：

1. 投資契約簽訂後，甄審決定已經消滅，原告之訴欠缺權利保護必要，故無訴之利益，本項聲明不合法，應予裁定駁回。
2. 行政處分消滅（解消、解決）之情形，如處分因撤銷、廢止而消滅，附終期之處分因期限經過而消滅，拆除違建處分因標的物滅失而消滅，證照處分因領有人死亡而消滅，集遊驅逐處分因時間經過而消滅，賦予應考或選舉資格之處分因選舉、考試舉行完畢而消滅等，然行政處分消滅之情形，其範圍甚廣，通常係著眼於行政處分之廢棄是否「毫無實益」（simnlos）可言，至於廢棄實益之有無，則涉及解釋之問題，及取決於事實狀況，或從實體法上探求。
3. 依促參法規定，民間機構與主辦機關簽訂契約後，依投資契約成立新的權利義務關係，前階段「甄審決定」行政處分所發生之「最優申請人應與主辦機關簽訂契約」、「賦予最優申請人簽訂契約公法上權利」之規制力，因目的實現，事實狀態變更，法律效力已經不復存在，且遠東聯盟最優申請人地位早已轉變為投資契約當事人，現實上並不存在「最優申請人」，因此，在事實上甄審決定亦無存在實益；亦即，甄審決定之規制力僅係存續至簽訂投資契約前，投資契約簽訂後，在實定法（促參法）「雙階行為」之設計下，甄審程序已終結，甄審決定存在並無實益，該行政處分即歸於消滅，不復存在。
4. 本件甄審決定既消滅，「最優申請人」已不存在，原告再訴請「撤銷」，根本無法達成訴之目的，訴訟即毫無實益，依司法院釋字第 213 號、546 號之旨，其主張縱經審判之結果，亦無從補救，即無進行爭訟而為實質審查之實益，而欠缺權利保護必要。
5. 促參法規定，甄審決定與投資契約之效力係各自獨立，甄審決定效力並不及於簽約後之履約階段；促參法係將民間參與公共建設之過程分為二

個階段，前階段為簽訂投資契約前之「申請及審核」程序，在此階段，民間投資人之地位（僅）為「申請人」，屬於行政程序上之當事人（行政程序法第 20 條第 1 款），經甄審評定選出最優申請人時，該甄審決定之行政處分即終結該行政程序（申請及審核程序），並賦予最優申請人機關簽訂投資契約之公法上請求權。後階段為簽訂投資契約後之「履約階段」，民間投資人此時已成為契約當事人一造之「民間機構」（促參法第 4 條第 1 項），其建置、營運之法律地位與權利義務，則悉依投資契約之約定（或促參法相關規定）（促參法第 12 條）。

6. 本件參加人建置、營運 ETC 之法律地位與權利義務，悉依「營運及建置契約」之約定所產生，並非來自於甄審決定之效力，應予辨明。後續履約行為亦與甄審決定無關，此觀諸甄審決定之內容，根本無從規範參加人任何一項履約行為，即可得知。故無論從事實上或法律上，「建置營運契約」簽訂後，甄審決定效力確已無從存在，即應歸於消滅，故原告指「甄審公告之效力應延伸及於建置營運契約研議、簽約及一連串之關係」云云，僅係一己之見，並無實定法上根據，即不可採。

7. 原告不得對甄審決定提起撤銷訴訟，此有鈞院 93 年訴字第 2157 號判決可供參考：

（1）在該件訴訟中，速通聯盟主張，第一階段甄審決定違反促參法相關規定云云，然被告已於 93 年 4 月 27 日與遠東聯盟簽訂「高速公路電子收費系統建置及營運契約」，至此，該案之招商程序即為完畢。因此，縱使撤銷系爭甄審決定，亦無法使原告獲得重新參與甄選之資格，亦即，若原告提起撤銷訴訟，則無法律上可回復之利益，欠缺權利保護之必要，為此，原告爰依行政訴訟法第 6 條之規定，提起確認系爭甄審決定違法之訴訟。

（2）參加人舉上開他案之例，旨在強調本 ETC 案之申請審核程序中，無論「第一階段合格入圍申請人（3 家）」之甄審決定，或本件選出「最優申請人」之甄審決定，進入履約階段時，招商程序結束，其效力均告消滅（消滅時點前後或有不同），皆已無法使原告獲得重新參與甄選（參加成為一般申請人）及主張遞補（即成為次優申請人）之資格，此在他案與本件之情形並無不同，故參加人援用他案判決佐證，主張本件甄審決定既已消滅，在訴訟種類選擇上「原告即不得提起撤銷訴訟」（至於得否提起其他訴訟種類，則為另外一事），即具有參考價值。

8. 原告一再主張「建置營運契約」為公法契約關係，鈞院有審判權，其得主張救濟云云。惟查，本件「建置營運契約」依促參法第 8 條規定及其立法理由，可知其性質為民事契約，私法契約關係尚非鈞院審判權範圍，故原告上開主張與現行法規定抵觸，並不足採，併此指駁。

第二、原告主張工程會之審議判斷中不利於原告之部分應予撤銷為不合法：

1. 審議判斷駁回及不受理原告實體主張部分：

就原告主張「公證及認證」部分，作成「異議處理結果有關公證、認證部分撤銷」，為有利於原告之判斷，則原告申訴攻擊防禦方法之一既經工程會採認，並記載於審議判斷主文（「原異議處理結果有關公、認證部分撤銷」），故審議判斷實係對其有利（並非一部有利、一部不利

之情形)，故原告提起本件訴訟，再請求撤銷異議處理結果，亦構成訴訟制度之濫用，欠缺權利保護必要。

2. 審議判斷駁回原告請求撤銷遠東聯盟為本件最優申請人部分：

議處理規則第 26 條第 1 項規定，工程會如發現主辦機關有違反法令者，亦僅得命主辦機關另為適法之處置，並無權得逕行撤銷原「甄審決定」。撤銷主辦機關之異議處理結果，最終仍係回到主辦機關由其「另為適法之處置」，至於主辦機關如何「另為適法之處置」，依促參法立法意旨，仍係尊重主辦機關就個別促參案之裁量權。

第三、本件原告就「異議處理結果」不得提起撤銷訴訟，應僅得提起確認違法之訴訟，故其訴之聲明與訴訟種類之選擇不合法，欠缺權利保護必要。

二、實體部分

(一)、原告之主張（原告為台灣宇通資訊科技股份有限公司）

第一、本項要審究的是本件招商是否有要求「多車道自由車流」？如有要求，遠東聯盟之系統是否在招商截止日確已具備「多車道自由車流」之能力與技術？如遠東聯盟之系統在招商截止日沒有「多車道自由車流」，遠東聯盟是否為不合格申請人？是否應撤銷其最優申請人之資格？

1. 遠東聯盟之系統沒有「多車道自由車流」。
2. 被告要求遠東聯盟說明其供應商 EFKON「多車道自由車流」實績與能力，及遠東聯盟於申請書件及協商階段提出 EFKON「多車道自由車流」實績，可見該等實績攸關申請人有無「多車道自由車流」之建置能力，其重要性不可言諭。
3. 遠東聯盟假藉 APPIAN 之營運實績。

第二、車內設備單元（OBU）部分

1. 遠東聯盟使用之車內設備單元有「DSRC 標準型」、「DSRC 進階型」及「VPS 豪華型」3 種，其投資計畫書只列了「DSRC 標準型」1 種之定價及費用，缺了兩種車內設備單元之定價及費用。
2. 對於被告及參加人所辯，遠東聯盟日後推出「DSRC 進階型」或「VPS 豪華型」車內設備單元時，仍須由被告認可，其可不在投資計畫逐一列明車內設備單元之定價及費用云云，明顯悖於申請須知，且不合理。

第三、有關 VPS 系統部分（含財務計畫）

遠東聯盟採用「DSRC（即紅外線）」及「VPS」系統作為本件建置及營運之電子收費系統；遠東聯盟使用 VPS 系統，卻沒有提出 VPS 之系統功能認證文件（含經公證之中文原本），違反申請須知之規定，為不合格申請人。且被告未測遠東聯盟之 VPS 系統，違反申請須知規定。

第四、本項應審究的是申請須知要求之通訊誤差率是多少？遠東聯盟投標文件提出之通訊誤差率是多少？合不合格？由遠東聯盟提出 Bite Error Rate（簡稱 BER）功能認證文件是不是可以證明其系統之通訊誤差率合格？被告可否藉協商使遠東聯盟修改已提出之不合格通訊誤差率？原告之台灣宇通資訊科技股份有限公司主張如述，申請須知就申請人所採系統之通訊誤差率訂有上限。箇申請須知第 5.3.2.1 第 3 點規定：「系統自動辨識交易之通訊誤差應低於 0.01%。」，遠東聯盟採用之 EFKON 紅外線系統之通訊誤差率不合格，且遠東聯盟提出之文件，並不能證明 EFKON 紅外線系統通訊誤

差率係合格。因此，遠東聯盟所採 EFKON 系統通訊誤差率不合格，此為系統規格標準，不可更改，遠東聯盟為不合格申請人，其最優申請人資格應予撤銷。惟被告輔佐人已○○於鈞院 95 年 1 月 12 日庭訊時稱本件招商文件無不符合規格就視為不合格申請人之規定，縱使規格不符也不必然會不合格，且所有項目均可以協商云云，益足見被告及參加人所辯違反申

請須知，且不合投標法制及實務。

第五、本項所要審究的是被告有無獨厚遠東聯盟？有無讓遠東聯盟三度修改投資計畫？是否違反公平協商之原則？

1. 促參法第 44 條規定主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。依民間參與公共建設甄審委員會組織及評審辦法第 15 條規定綜合評審進行協商時，應「平等」對待各入圍申請人，使各入圍申請人在相同之基礎上，發揮創意，提出各種優惠條件，政府在此一「平等」基礎上，創造競爭環境，選擇最可行且有利政府之投資計畫。
2. 被告只與遠東聯盟協商 VPS，卻未給予已提出 VPS 規劃及作法之原告相同之待遇，並與之進行協商，被告明顯違反促參法第 44 條第 1 項及甄審辦法第 15 條第 1 款所定之公平協商及平等對待各入圍申請人之規定。
3. 被告輔佐人已○○及參加人主張因申請人所提條件不同，協商內容不同，無所謂平等協商可言，明顯違反促參法令。

第六、本件無情況判決之適用：

1. 行政訴訟法第 198 條情況判決係在社會整體利益之下，一方面為法治主義與私權保護，另一方面為既成事實與公共利益，二者衝突極不得已情形下，才有情況判決之適用。且翁岳生主編「行政訴訟法逐條釋義」亦明揭：「如處分之瑕疵確屬重大，法院於判決時即應該加重考量法治主義之比重，而不得作出情況判決。」
2. 本件目前只是在初步建置，社會整體利益不會因參加人停止本件建設而受損害，停止反而有利社會公益。參加人及被告辯稱如撤銷遠東聯盟最優申請人資格，將造成通行費損失、無收費人員替代、拆除費用、已安裝 OBU 用路人之損失、計畫延宕云云，完全不實。
3. 立法院調閱委員會並已依其調查作成「為免國家及全民受損害，應依法取消遠東聯盟得標資格」之結論。

第七、「涉嫌違反招商程序與規定」：遠東聯盟違反招商程序之處甚多，主要有遠東聯盟第一階段所提國外系統功能資料未經認證，被告竟允許補件，已涉瀆職，遠東聯盟應喪失投標資格。

(二)、被告之主張（交通部高公局）

第一、本件申請人於公告招商截止日所提系統功能認證文件及投資計畫書，無須足以證明申請人所採計程電子收費系統已具備「多車道自由車流」，本件議約期之系統功能實測，不包括「多車道自由車流」，被告所為異議處理結果及工程會對此部分申訴之審議判斷均無不當。申請人於本件招商截止日若未具備多車道自由車流之能力，非即表示申請人於計程階段亦必無多車道自由車流之能力。

第二、遠東聯盟於其投資計畫所載系統供應商 EFKON 有「多車道自由車流」之實績，並無不實情事：

1. 「多車道自由車流」係屬計程階段始須具備之功能，故在招商截止日前，所有申請人均無須提出「多車道自由車流」商業運轉成功之實績。因此遠東聯盟於招商截止日前未提出「多車道自由車流」之商業運轉實績，並未違反招商文件之規定。
2. 東聯盟於 93 年 2 月 6 日所提 EFKON 紅外線計程系統功能認證文件，既在招商截止日後提出，自非評選時供甄審委員判斷其是否合格之基準。
3. 遠東聯盟經本件第一階段資格審查評選為入圍申請人後，於協商階段應被告要求提出「報載有關 EFKON 議題之答覆」說明文件及「前端系統技術來源說明表」，為其中「報載有關 EFKON 議題之答覆」說明文件係於協商階段主辦機關面對外界質疑而要求遠東聯盟提出，並非於招商截止日前所提出之申請文件，亦非評選時供評審委員判斷其資格是否合格之判斷基準，則能否以該答覆內容作為取消遠東聯盟最優申請人資格之理由，尚非無疑。

第三、遠東聯盟於招商截止日前未提出 VPS 系統運轉實績證明文件，並無違反申請須知之規定。綜觀所有招商文件，均無任何規定要求申請人於招商截止日應按申請須知所定「系統技術基本資料表」同時提出「計次」及「計程」階段所採系統合於規範功能之認證文件。因此，遠東聯盟於招商截止日前並無提出 VPS 系統（含多車道自由車流）能力證明或可信之認證文件之必要，是其縱未提出 VPS 系統能力證明或可信之認證文件，亦不影響其申請資格，充其量僅影響甄審委員對其之評分。

第四、遠東聯盟已於投資計畫書內載明 DSRC 進階型以及 VPS 豪華型車內設備單元（OBU）之定價策略、裝機及相關之成本費用，及民眾因採用 VPS 系統所增之通訊費。且申請須知並未強制規定申請人應於投資計畫書載明車內設備單元（OBU）之相關成本費用或民眾因採用 VPS 系統所增之通訊費。

1. 第 7.11.1 節第 2 點前段有關投資計畫書應載明車內裝機費用及定價策略之規定，應係原則性之規定，用以作為評分之參考，尚難以之作為投資計畫書必要之格式，足以影響申請人之資格；至於第 7.11.1 節第 2 點後段有關車內設備單元之裝機費用與價格，經被告認可後即不得任意調高之規定，則係規範建置營運公司未來於營運期間，應遵守之營運規範；亦即，建置營運公司在營運期間內推出任何車內設備單元，均應先取得被告認可，且一旦經被告認可後，建置營運公司即不得任意調高費用與價格，以維護用路人之權益。事實上，本件委辦期間長達 20 年，隨著科技進步及經營模式之演進，建置營運公司也必然推出可以涵蓋更多服務內容之其他機型之車內設備單元，如規定申請人必須將其於未來 20 年期間擬推出之所有機型車內設備單元均於申請時即予以明確制定裝機費用與價格，既不符實際，亦不可行，此非屬申請須知第 7.11.1 節第 2 點規定之真意。
2. 本件委辦期間長達 20 年，隨著科技及經濟模式之演進，建置營運公司必然推出可涵蓋更多服務內容之其他機型之車內設備單元，如規定申請人必須將其於未來 20 年期間擬推出之所有機型車內設備單元，均於申

請時予以明確制定裝機費用與價格，既不符實際，亦不可行，此非屬申請須知第 7.11.1 節第 2 點規定之真意。

第五、遠東聯盟已於招商截止日前提出「通訊誤差率」之認證文件，並依規定補提經駐外機構認證之中文版，其認證亦符合申請須知之規定。

第六、遠東聯盟之成員以色列 APPIAN 公司非遠東電子收費股份有限公司發起人。遠東聯盟有假藉 APPIAN 實績及經驗，參與甄審，確係發生在原告提出異議之後，原告未就此項先向被告提出異議，遽提申訴，則工程會為不受理之判斷，即無不當。

第七、關於設立建置營運公司發起人部分：

本項未經異議程序為原告所自承，此等部分之申訴，屬違反「民間參與公共建設申請及審核爭議處理規則」第 7 條之規定，自非合法。

第八、有關修改投資計畫及公平協商部分：

1. 本項未經異議程序，為原告所自承此等部份之申訴，屬違反「民間參與公共建設申請及審核爭議處理規則」第 7 條之規定，自非合法。

2. 申請須知第 12.6.1 節「可協商項目」第□點概括項目規定：「對於申請人所提投資計畫書內容不符本計畫案之規範需求、不具適法性、欠缺行政或法律可行性者，基於使其更符合本計畫案的規範需求、更具適法性、行政或法律上的可行性或更能增進公共稅益的考量，主辦機關得於協商階段提出，並與申請人達成共識後，請申請人依據協商結論，重新遞送修改之投資計畫書。」

3. 遠東聯盟於協商結束後修其投資計畫書，並以修改後之投資計畫書於簽約時列為契約附件，實無違背招商文件之規定。

(三)、參加人之主張（遠通電收股份有限公司）

第一、當事人適格（訴訟權能）部分：原告主張被告應作成由原告遞補為本件最優申請人之處分並無理由：

1. 原告並無訴請撤銷遠東聯盟最優申請人資格及請求「遞補」之訴訟權能。不論甄審決定已經消滅，聲請人縱有所謂「次優申請人」之權利，業已不復存在，且即使從甄審決定仍屬有效之狀態以觀，聲請人亦自始未取得任何權利。

2. 依促參法第 45 條第 2 項規定，甄審決定選出最優申請人之後，倘無法完成議約，並非當然由次優申請人遞補，可知，本法並未賦予次優申請人向主辦機關主張「遞補」之公法上權利，而係賦予主辦機關裁量權，決定由次優申請人遞補，或重新公告接受申請，此觀法條規定之文義自明。

3. 實務上 BOT 案件申請須知有關「次優申請人遞補為最優申請人」之規定，可分為兩類，一類為「次優申請人有請求遞補權利」者，另一類則為「次優申請人無請求遞補權利」，而係由主辦機關或甄審委員會裁量決定之。實務上 BOT 案件申請須知有關「次優申請人遞補為最優申請人」之規定，可分為兩類，一類為「次優申請人有請求遞補權利」者，另一類則為「次優申請人無請求遞補權利」，而係由主辦機關或甄審委員會裁量決定之。

4. 次優申請人是否有請求遞補之權利，實務上個案未必一致，乃係由主辦機關考量個別促參案件之特性與需求，依其所定招商文件（申請須知）之規定決定之。而主辦機關訂定招商文件之權限，係促參法第 42 條第 1 項所

概括授權，得就「建設之興建、營運規劃內容及申請人資格條件等相關事項」，公告徵求民間參與（參照促參法施行細則第 40 條），可知，為促進民間參與公共建設，促參法係賦予主辦機關相當廣泛之裁量權，本件 ETC 案主辦機關即依促參法之授權訂定申請須知，規定次優申請人是否得遞補，基於尊重專業考量，概由甄審委員會決定之，次優申請人並非當然得（主張）遞補，尤其係對照他案申請須知相關規定之後，本件次優申請人即原告確無請求遞補之權利，至屬明確。

第二、有關「多車道自由車流」部分：

1. 申請須知規定系統建置係採「分階段轉換方式」，並未要求申請人於招商截止日前必須具備「多車道自由車流」能力；申請須知並未有任何要求申請人於招商截止日前必須具備「多車道自由車流」能力之明文規定，合先敘明。
2. 申請須知並未規定最優申請人於議約期必須進行「多車道自由車流」之系統功能實測，遠東聯盟於議約期進行 DSRC 紅外線之單車道系統功能測試，完全符合招商文件規定。
3. 參加人是否能在最短期間內具備「多車道自由車流能力」，甚或在議約期即通過「多車道自由車流」功能實測，「乃甄審委員專業判斷之問題，屬於甄審委員之專業判斷餘地，遠東聯盟縱未具備，亦無違反申請須知之規定」，此業經審議判斷之闡述既明，非原告所能恣意指摘。

第三、有關「VPS 系統」部分（含財務規劃）：

遠東聯盟投資計畫書第 1 冊投資計畫書總要已載明：「為了能兼顧系統之成熟運作及未來之發展性，本團隊在收費技術選擇上，初期將運用成熟穩定之 DSRC 技術建置電子收費系統，並針對部分特定對象進行 VPS 技術之測試與適用」；「在計次階段主要運用 DSRC 技術建置高速公路的電子收費系統；此階段亦規劃有 VPS 電子收費機制的適用，以滿足特定用路人之需求。在計程階段將以 DSRC 技術和 VPS 技術為並存．．．」。等之原告所指控之相關事項，法院認為其所指之重大文件缺漏云云，顯屬無據；且又稱遠東聯盟於計程收費階段採用之 VPS 系統將來無法達成招商文件要求，將造成損失云云，純係憑空臆測，毫無根據，自不足採。

第四、有關「車內設備單元」(OBU) 爭議部分：查遠東聯盟已於其投資計畫書第 7 冊 13.2.2 節中專節說明其 OBU 定價策略及裝機費用，符合申請須知之規定。本 BOT 案委辦期間長達 20 年，隨著科技及經營模式之演進，建置營運公司必然推出可以涵蓋更多服務內容之其他機型之車內設備單元，而其價格係依當時市場機制決定，並須經被告認可，實非目前可得斷然預測，倘如原告主張申請人必須將其於未來 20 年期間擬推出之所有機型車內設備單元均於申請時即予以明確制定裝機費用與價格，並不符實際，亦不可行。末查，有關遠東聯盟推出車內設備單元 OBU 標準型售價成本合理性，經 94 年 12 月 30 日召開「民間參與高速公路電子收費系統建置及營運案」協調委員會第 2 次會議，審酌被告委任會計師所提出之分析資料，已確認尚無明顯不合理之處。

第五、有關「通訊誤差率及通訊準確率」爭議部分：遠東聯盟確於招商截止日前

提送計次系統之功能認證文件（英文版）中，已包含達成計次系統「通訊誤差率」小於 0.01% 以及「辨識交易正確」接近 100% 之功能認證文件，完全符合申請須知之上開規定，此並經工程會審議判斷肯認。

第六、有關「建置營運公司發起人」之部分：查以色列 APPIAN 公司於遠東聯盟申請文件中自始非列為企業聯盟成員，僅表示有意願參與。

第七、有關「修改投資計畫及公平協商」部分：

查遠東聯盟修改投資計畫，並以修改後之投資計畫書於簽約時列為契約附件，並未違反申請須知之規定，說明如下：

1. 遠東聯盟於協商結束後修改其投資計畫書，並以修改後之投資計畫書於簽約時列為契約附件，實無違背招商文件之規定。
2. 由於遠東聯盟所提 VPS 發展計畫相當具體，因此被告認為有若干疑義須進一步釐清（正因為夠具體所以才會有問題意識出現），且遠東聯盟為所有提出 VPS 規劃之申請人中，唯一提出 VPS 具體發展時程之申請人，故基於增進公共利益之考量，被告乃於協商階段與其進行協商，在協商結果中進一步確認投資計畫所載時程確屬遠東聯盟之承諾事項，而並非改變原提送投資計畫中之 VPS 發展時程。可知，是否成為協商項目，端視各家投資計畫書之內容而定，倘被告基於公共利益，認為有疑義須待釐清者，始得成為協商項目，並非如原告所指，只要有提及 VPS 之申請人均有須待釐清之處，被告即須與之協商云云，故原告此等指摘，顯不可採。
3. 本件適用平等原則應從「公平賦予協商機會」、「公平進行協商程序」以及「協商標準一致性」等方面進行審查。在協商程序適中，被告均已給予 3 家完全公平之協商機會，且在協商原則、方式、時間及人數等（參被告「協商執行程序」之各項規定），亦完全平等對待，並無任何差別待遇，而在協商標準方面，凡經提出列為「可協商項目」者，均為被告（或甄審委員會）審核 3 家投資計畫書之後認有疑義，應請申請人再作補充說明之項目，故被告之審核標準即完全一致，此均符合「等者等之」之平等原則精神。
4. 原告指摘「VPS 協商可能影響評審給分項目」等，惟綜觀申請須知表 12.3-1 評審項目中，並未有任何一項專對「VPS 規劃」作評分者，故根本無從得知甄審委員與 3 家協商之後評審給分標準與心證為何？亦無從得知是否列為協商項目與最後評分間又有何因果關係？顯見原告僅空言指摘，並無根據。

第八、有關「情況判決」之主張：

1. 將本件甄審決定或異議處理結果撤銷，將使政府推動 ETC 及相關產業發展之政策嚴重延宕，甚至停滯不前，對公益顯有重大影響。ETC 政策為實政府長久以來之規劃目標，遠東聯盟於 93 年間獲選為本件最優申請人並完成議約後，立即以民間力量全力投入建置工作，迄今 95 年終於開始進行營運測試，國家長期以來之政策目標終得以實現並跨出成功的第一步，且其間並未動支政府任何預算，此不僅對於 ETC 政策，對於我國推動公共建設 BOT 之政策，意義均至為重大且深遠。本件倘經撤銷甄審決定或異議處理結果，上述一切，即今日實現之公共建設果實，勢必全部

推翻，相關建置系統須完全拆除，此意謂 ETC 政策數年來從政府規劃、民間興辦所投入的時間、人力、物力及財力等龐大資源均付諸東流，而必須重新再來，將使政府推動 ETC 及相關產業發展（如「智慧型運輸系統」(IT)、行動通訊系統(3G)產業)時程遭受延宕，嚴重影響國家競爭力。論係撤銷甄審決定或異議處理結果，以本件被告與原告兩造對立、對於招商文件解釋歧見之深，若最後被告必須依判決意旨另為適法處置，倘經被告斟酌一切情況後，決定重新公告招商，原告仍無法獲得遞補時，ETC 案勢將重啟爭端，其結果不僅無法徹底解決糾紛，反而將衍生更多爭議，屆時已不僅係 ETC 既定政策時程延宕之問題，亦因長期陷入糾紛，能否繼續順利推行必將成為問題，如此一來，甚至有使 ETC 及相關產業發展政策停滯不前之重大疑慮，殊非全民之福。

2. 民眾申裝 ETC 車上設備單元，使用 ETC 電子收費之人數正逐日上升，多數人使用便捷國道設備之公共利益，刻正急速形成之中。查 ETC 正式營運測試開通日為 95 年 2 月 10 日，截至 2 月 12 日為止，民眾使用車上設備單元已供裝量為 42,809 台，已註冊量為 12,767 台，總計已達 55,576 之銷售量，其中包括大型車輛安裝 2,104 台，且以每日平均 3,000 台之成長量來保守估算，預計至 2 月底以前將會突破 10 萬台以上，而為因應消費者之需求，未來供裝點經持續增加，並將投入更多人力及延長供裝時間，上述成長量會更高，成長速度將更快。民眾申裝 ETC 車上設備單元，使用 ETC 電子收費之人數正逐日上升，多數人使用便捷國道設備之公共利益，正急速形成之中，故倘驟然撤除日漸上軌道之 ETC 系統，已申裝使用 ETC 之消費大眾，不僅被迫必須面臨權益受損及如何主張之難題，反而因信賴政府政策而徒生困擾，此將嚴重打擊民眾對於政府之信賴、並加深社會對 ETC 案之不確定與不信任感，此等負面連帶效應實不容忽視。
3. 若鈞院將本件甄審決定或異議處理結果撤銷，被告似將面臨賠償之問題，所造成國庫損失亦為公共利益之重大損害。步估計，參加人迄今投入本 ETC 案之建置成本已高達 20 億，營業費用至少為 5.8 億，而此類支出為

參加人實際投入之費用，均有相關憑證可供核認。故倘本件甄審決定或異議處理結果經鈞院撤銷，係不可歸責參加人事由，致無法依「建置及營運契約」時程順利營運，或甚至無法再繼續辦理，其後所生相關求償之金額，勢必相當龐大，絕非原告主張求償金額所可比擬（且其各項主張是否提得出單據、是否通得過訴訟嚴格證據法則之檢驗，更有問題），如此被告將面臨訴訟求償之爭議，可能使國庫遭受鉅額損失，而國庫為全體納稅稅捐之集合體，此亦使公共利益遭受具大之損失。

第九、參加人之權益應受信賴保護原則保障：

1. 信賴保護原則為憲法上之原理原則，不僅拘束行政權，亦同時拘束立法權（司法院釋字第 589 號解釋參照）與司法權。本件認為甄審決定或異議處理結果雖有瑕疵，惟斟酌參加人所受信賴保護之程度重大，且涉及重大公共利益，甄審決定或異議處理結果仍應予以維持。
2. 司法院釋字第 589 號解釋標的雖係針對「法規」，為其宣示信賴保護之基

本原則與適用要件，於所有國家行為均有適用。

3. 參加人已因甄審決定而產生信賴基礎，並在甄審決定存續期間，持續投入龐大資源建置 ETC 系統並開辦營運，係已對構成信賴要件之事實，並有客觀上具體表現之行為，且甄審決定因行政作業程序所造成之瑕疵，並無可歸責參加人因素，參加人之信賴利益自值得保護，依上開解釋，參加人即應受信賴保護原則之保障。

4. 甄審決定係依促參法及申請須知規定而實現政府推動 ETC 之政策目的，甄審決定或異議處理結果遭撤銷後，國家因賠償請求必須面臨財政負擔問題，以及 ETC 延宕甚或停滯而影響國家競爭力等公益因素，另外，亦須考量參加人投入建置營運所產生重大的信賴利益，本件甄審決定或異議處理結果縱認為有瑕疵，亦應選擇採取「存續保障」之方式予以維持。

5. 參加人信賴利益所依據之甄審決定，其作用不僅在保障私人利益之最優申請人法律地位而已，更具有藉該法律地位之保障以實現興辦 ETC 之公益目的，則因甄審決定之變動所涉及信賴利益之保護，依上開解釋之意旨，即應予強化以避免其受損害，俾使政府所欲藉由 ETC 帶來實現便捷交通生活之公益目的，亦得確保。

肆、行政法院之見解

一、台北高等行政法院(94 年度訴字第 752 號)

其判決主文將原處分攸關遠通電收為件 BOT 案最優申請人之部分(包括異議決定)及申訴異議判斷不利於原告部分(除未准予遞補外)均撤銷，原告之訴其餘駁回。茲將法院判決略述如下²：

(一)、訴訟程序部分

第一、高速公路電子收費系統(ETC)的 BOT 案之甄審公告係行政處分，不服該行政處分所提本件訴訟為公法事件，本院有審判權：

1. 政府採購法於 91 年 2 月 6 日修正(即現行法)第 74 條規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」刪除「履約、驗收」得提出異議及申訴，參照其修正理由：「一、政府採購行為一向被認定為『私經濟行為』，故已有契約關係之履約或驗收爭議應循民事訴訟途徑解決，使救濟制度單純化；且本法設有調解制度，已足可提供救濟管道。本條原規定履約或驗收之私法爭議，得由得標廠商自由選擇適用申訴程序或仲裁、起訴，將造成救濟體系積極衝突，實有不宜。爰予刪除。」
2. 促參法有關「申請及審核」爭議之異議及申訴程序準用政府採購法第 74 條規定之結果，其性質亦屬公法爭議。其中，審核評定選出最優申請人之「甄審決定」(促參法第 45 條第 1 項)，係甄審委員會就民間依促參法(公法)規定申請參與特定公共建設規劃案之具體事件，作成單方之決定(評定)，直接發生使特定申請人成為最優申請人(或次優申請人)，並得與主

² 請參見詹鎮榮，促進民間參與公共建設之現實與理論—評台北高等行政法院之 ETC 相關裁判，月旦法學雜誌，第 134 期，2006 年 7 月，頁 46 至 67；陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分—評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 30-34。

辦機關簽訂投資契約之法律效果（促參法第 44、45 條參照），核其性質，自屬行政程序法第 92 條第 1 項規定之行政處分。

第二、原告所主張之各攻擊防禦方法僅係支持違法性之主張，非訴訟標的，自得於行政訴訟言詞辯論終結前提出。例如原告主張：遠東聯盟未在公告之招商截止日提出合格且經公證認證之系統功能認證文件（此部分為本院 94 年訴字第 301 號審理範圍）、欠缺招商文件所要求之「多車道自由車流」、未依規定辦理招商階段該作之系統功能實測、未於投資計畫列明所有車內設備單元之成本費用、隱匿用路人負擔、修改不合格之規格數據、提出實績資料虛偽不實、假藉 APPIAN 營運實績參與甄審，為不合格申請人，被告未視遠東聯盟為不合格申請人，違反公平協商，又未合法處理原告之異議，主張被告之決定及處分違法部分，均係是同一招商過程、決定或結果，均屬在同一基礎事實所提出之支持行政爭訟標的各種不同攻擊防禦手段，均為本件所應審理之範圍。是以有關遠東聯盟假 APPIAN 實績參與甄審，及被告違反公平協商等違法事項為攻擊防禦方法之一，並無未經異議不合程式之問題。

第三、本件應提撤銷訴訟，甄審公告之效力不因事後營運契約之簽訂而消滅，理由如下：

1. 按行政訴訟法第 4 條規定人民對機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經訴願未獲救濟，得向高等行政法院提起撤銷訴訟，撤銷機關之違法處分及訴願決定機關之決定。撤銷訴訟與同法第 6 條第 1 項後段確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟，最大分野在於行政處分是否消滅？行政處分『消滅』，係指行政處分所規制內容已因時間經過、相對人死亡、標的物滅失或其他事由而不存在而言。縱行政處分執行完畢，並不當然構成行政處分消滅之事由。只有當行政處分之執行所直接造成之不利益事實狀態亦同時因執行完畢而結束時，行政處分內涵之法律上負擔效果隨之消失，已無排除執行結果之必要與可能，始有進一步探討有無撤銷行政處分實益之問題（翁岳生主編、盛子龍主筆之「行政訴訟法逐條釋義」第 67 頁至第 70 頁）。然行政處分消滅之情形，其範圍甚廣，通常係著眼於行政處分廢棄是否「毫無實益」可言，至於廢棄實益之有無，則涉及解釋之問題，及取決於事實狀況，或從實體法上探求（學者李建良著「行政處分的『解決』與行政救濟途徑的擇定」第 106、107 頁以下）。
2. 本件建置營運契約係行政契約（詳細理由如本院 94 年度停字第 122 號裁定），則按行政程序法第 141 條第 1 項規定：「行政契約準用民法規定之結果為無效者，無效。」民法第 71 條規定：「法律行為違反強制或禁止之規定者，無效。」再按行政程序法第 141 條第 2 項規定：「行政契約違反第 135 條但書．．．之規定者，無效。」亦即依法規規定，不得締結行政契約者，為無效。（學者有主張第 141 條第 1、2 項規定係屬重複者，參見行政法 2000 第 664 頁，林明鏞主筆行政契約部分）再按促參法第 45 條第 1 項規定：「經評定為最優申請案件申請人，應自接獲主辦機關通知之日起，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約之簽約手續，依法興建、營運。」足見依促參法規定，僅有經評定為最優申請

人方得與主辦機關完成投資契約之簽約手續並依法興建、營運。此為強制規定，違反者，建置營運契約自屬無效。此為行政程序法關於行政契約之解釋所當然之理，並無待促參法明文。被告及參加人主張甄審公告之效力不及於後續之建置營運契約云云，殊有誤解。

3. 本件甄審及其公告之合法性為被告及參加人遠東聯盟後續所有程序及執行（包括議約、系統功能實測、簽約及建置營運之執行等）之基礎，故被告基於甄審公告接續進展之行為（包括議約、簽約、建置、營運等），應係甄審公告之後續程序，顯見本件甄審公告行政處分效力存續，並影響建置營運契約之效力甚鉅。被告主張本件原告甄審公告行政處分與相對人（遠通電收股份有限公司）簽訂建置營運契約後即行解消，原告僅能提起確認訴訟云云，顯不可採。換言之，若按被告及參加人所主張，以建置營運契約訂約時為甄審公告行政處分消滅時，勢將造成日後民間參與公共建設甄選案件，政府機關只要先公告最優申請人後，不管其是否真的合格，或其間有無違法，只要儘速簽約，其他合格申請人（尤其是次優申請人），不能救濟，則縱有促參法所定之異議或申訴途徑，已無任何實益，促參法所定之救濟及行政訴訟形同虛設，非但造成對有競爭關係第三人權利保護之重大漏洞，更使 BOT 促參案件之甄審及後續執行之合法性完全逸出司法審查，明顯違背現行法制及現代法治國家「有權利即有救濟」之程序法解釋原則。

（二）、實體部分

第一、按促參法第 42 條第 1 項規定：「經主辦機關評估得由民間參與政府規劃之公共建設，主辦機關應將該建設之興建、營運規劃內容及申請人之資格條件等相關事項，公告徵求民間參與」；本件 BOT 案所公告之招商文件及招商文件補充說明，係屬本件 BOT 案之建置、營運規劃內容及申請資格條件、程序並甄審程序、標準，依上開促參法第 42 條第 1 項、第 44 條之規定，自屬本件爭議應予適用之規範。

第二、有關協商程序違反平等、公益原則，致甄審判斷違法部份：

本院認被告對合格之入圍申請人於進行協商程序時，有違反平等原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事，據以公告認定遠東聯盟為最優申請人之處分，自屬違反平等原則，應予撤銷：

1. 本院對甄審公告認定遠東聯盟為最優申請人之判斷，仍應審查其有無違反平等及公益原則，按具有高度之屬人性、專業性、經驗性之專業判斷，例如國家考試之評分、學生成績之評定、計畫性政策之決定、公務員能力之評價、獨立專家委員會之判斷、專門科技事項、行政上之預測決定或風險評估等，由於法院審查能力有限，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地。但如行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事，亦應承認法院得例外加以審查，其可資考量之情形包括：(1) 行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊。(2) 行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。(3) 行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。(4) 作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。(5) 行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。(6) 行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原

則等等，仍應由法院審查。(釋字第 553 號解釋理由書、釋字第 319 號翁岳生等 3 位大法官所提不同意見書、並參照學者通說見解)若法院審查行政機關之判斷有上開恣意濫用及其他違法情事，自應依法撤銷違法之行政處分。經查，本件甄審公告認定遠東聯盟為最優申請人，固係甄審委員會之判斷，屬專門事項之專業性判斷，有其判斷餘地。但本件甄審公告對合格之入圍申請人於協商程序違反平等原則及公益原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事。

2. 被告僅與遠東聯盟協商 VPS 項目，而未與各入圍申請人(包括原告)協商 VPS，有違平等原則：

按促參法第 44 條規定主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。及依甄審辦法第 15 條規定綜合評審進行協商時，應「平等」對待各入圍申請人。另按行政程序法第 6 條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」固為平等原則之規定，所謂正當理由，係指「並不禁止法律依事物之性質，就事實狀況之差異而為合理之不同處置」(參照釋字第 481 號解釋)，所謂事物之本質，應就事物內在價值及其所欲達成之目的判斷之，經查本件行政行為事物之本質，應從協商此一程序行為目的及所欲達成之價值判斷之，按協商程序之本質在於招商之公平性及本招商案 20 年之可行性之公共利益，平等協商一方面係使各申請人有一致性的比較基礎，另一方面讓政府獲取更有利之條件，是以入圍申請人雖各有不同系統之採行，但若有新興系統之預估，自應就該新興系統以協商程序作相同之承諾或補充相關資料，甄審委員始有相同之判斷基準。尤其，各申請人所書具之各類投資計劃書等文件均在被告保管中，各申請人並不能互相知悉彼此之各類投資計劃書等文件內容，自無從對競爭者內容提出質疑，只有被告工作小組人員可通盤知悉全部申請人各類投資計畫書等文件內容，且協商議題只能由被告主動提出與決定(參被告輔佐人已○○本院 95 年 2 月 9 日準備程序筆錄)，被告依促參法令所要求之公平協商及平等對待各入圍申請人益形重要。協商既賦予工作小組寬廣主動之裁量空間，自應依協商程序之目的性作平等之解釋，而非如參加人所謂：予以合格之入圍申請人程序機會，及問題釋疑而已。參加人所辯已予各入圍申請人各協商機會及答辯，即合於平等原則云云，並非可採。

3. 甄審委員所授權之工作小組就遠東聯盟關於車內設備單元(OBU)之定價原則未列入協商項目，有違公益原則：

- (1)、此部分之事實，業經原告於主張參加人不具申請人資格中提及「有關車內設備單元(OBU)部分」之爭點，有違民眾最小負擔原則等語，雖未以違反公益原則主張，但本院仍得依職權為正確之法律適用，並非就當事人未主張之事實作判決，先此敘明。
- (2)、按法治國家之憲法及法律內涵，即顯現公益，是以確實執行法律，為實現公益之主要手段，惟行政機關為裁量行為時或可不受法律拘束，但應把公益原則列為第一優先，所謂公益，並非政府之利益，亦非行政、立法或政治社會中某一團體之利益，而係指組成政治社

會各分子事實上利益，經比較交互影響過程所形成之理想狀態總合而言。(參照吳庚著行政法之理論與實用第9版第87頁)是以適用公益原則，必定經過利益比較及事件中各利益交互影響過程之探討。

(3)、應著重用路人權益考量，始不致使各利益輕重失衡。且用路人並未在本件高速公路電子收費系統建置及營運形成利益團體，參與招商、建置營運之程序，而形成較弱勢之利益，則被告為行政機關在裁量協商項目時，自應以用路人權益為最優先考量，並避免營運公司得標後，在20年之委辦期間因系統建置變更而須變更車內設備單元，有損用路人利益，始合於公益。

(4)、此一攸關全民權益之事項，經申請人之一宏碁公司質疑，被告並非不知有此疑義，自應於協商時主動將之列入協商項目，被告未列入協商項目，顯然有違公益原則，則甄審委員所據以甄審之資料即非正確，則甄審決定即屬違法。

4.如前所述，本件就協商程序，既違反平等及公益原則，致甄審判斷有未充分斟酌相關事項而出於錯誤之事實認定或錯誤資訊之判斷而有瑕疵，本院自得加以審查，而認定被告本件甄審公告違法，而予以撤銷。

第三、本件無情況判決之適用：行政訴訟法第198條情況判決係在社會整體利益之下，一方面為法治主義與私權保護，另一方面為既成事實與公共利益，二者衝突極不得已情形下，才有情況判決之適用。本案目前只是在初步建置，社會整體利益不會因參加人停止本案建設受損害，應無情況判決之適用。

(三)、原告訴之聲明應作成由原告遞補為本案最優申請人之處分部分駁回

第一、促參法第45條第2項規定：「經評定為最優申請案件申請人，如未於前項規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約簽約手續者，主辦機關得訂定期限，通知補正之。該申請人如於期限內無法補正者，主辦機關得決定由合格之次優申請案件申請人遞補簽約，或重新依第四十二條規定公告接受申請。」亦即，甄審決定選出最優申請人之後，倘無法完成議約，並非當然由次優申請人遞補，促參法並未賦予次優申請人向主辦機關主張「遞補」之公法上權利，而係由主辦機關裁量權，決定由次優申請人遞補，或重新公告接受申請，此觀法條規定：「主辦機關得決定．．．」之文義自明，並再參酌本條立法理由(參加人停止執行程序陳證5號)：「第二項明定經評定為最優申請案件之申請人應與主辦機關簽訂投資契約，倘最優申請案件申請人未能完成簽約手續，則賦予主辦機關決定由合格之次優申請案件申請人遞補簽約之權，以免重行公告申請之累。」益臻明確。

第二、再按，申請須知第12.1.2第10點規定：「經評定為本計畫案之最優申請人，如未能依促參法第四十五條規定，按評定規定時間籌辦，並與主辦機關完成建置及營運契約之簽約手續時，是否得延展簽約期限及延展期限之方式，或得否由次優申請人遞補為最優申請人，或重新辦理公告，由甄審委員會決定之。」據上可知，縱遠東聯盟未能完成議約，原告亦無請求「遞補」之公法上權利，次優申請人是否有請求遞補之權利，實務上個案未必一致，乃係由主辦機關考量個別促參案件之特性與需求，依其所定招商文件(申請須知)之規定決定之。而主辦機關訂定招商文件之權限，係促參法第42條

第 1 項所概括授權，得就「建設之興建、營運規劃內容及申請人資格條件等相關事項」，公告徵求民間參與（另參照促參法施行細則第 40 條），可知，為促進民間參與公共建設，促參法係賦予主辦機關相當廣泛之裁量權，本件 ETC 案主辦機關即依促參法之授權訂定申請須知，規定次優申請人是否得遞補，基於尊重專業考量，應由甄審委員會決定之，次優申請人並非當然得遞補，原告請求遞補為本案最優申請人之處分，為無理由，申訴審議判斷未依其申訴請求作成准予遞補之決定，並無違誤。是關於原告此部分之請求，應予駁回。

二、最高行政法院(95 年度判字第 01239 號)

兩造及原審參加人上訴均駁回，理由如下³：

第一、本件上訴人宇通資訊公司於原審主要係起訴請求撤銷原處分有關公告遠東聯盟（遠通電收公司之前身）為本件 BOT 案最優申請人部分，及命上訴人高公局作成由宇通資訊公司遞補為本件最優申請人之處分等語，原審乃認如判決結果為宇通資訊公司勝訴，遠通電收公司之權利或法律上利益將受影響，爰依行政訴訟法第 42 條第 1 項規定，依職權裁定命遠通電收公司獨立參加本件訴訟。原判決既撤銷原處分有關公告遠東聯盟為本件 BOT 案最優申請人部分，即直接不利於參加人遠通電收公司之權利，遠通電收公司自得本於訴訟當事人之地位，提起上訴。宇通資訊公司上訴答辯意旨主張遠通電收公司於原審雖係以利害關係人之身份參加訴訟，但仍係輔助被告機關高公局之性質，不得獨立作為「上訴人」，對原審判決提起上訴云云，容有誤解。

第二、本件上訴人高公局以 93 年 2 月 27 日業字第 0000000000 號公告甄選決定遠東聯盟為本件 BOT 案之最優申請人，宇通資訊公司為次優申請人，對於宇通資訊公司而言，即屬申請授予簽約之權利而未獲准，其權利及法律上之利益已受有消極損害，應得對該評定遠東聯盟為本件 BOT 案之最優申請人之處分提起撤銷訴訟以資救濟，且若獲得勝訴判決，即有於重行甄審中被評定為最優申請人，甚至遞補為最優申請人之機會，自屬有起訴之利益。遠通電收公司上訴意旨主張宇通資訊公司並非系爭評定遠東聯盟為本件 BOT 案最優申請人之處分相對人，並不具備受促參法所保障之權利或法律上利益，其所受不利益充其量僅屬事實上不利益，非屬法律上之利害關係人，欠缺權利保護必要，其起訴請求撤銷系爭評定遠東聯盟為最優申請人之授益處分，顯無何實益可言云云，亦容有誤解。

第三、上訴人高公局係經由交通部依據促參法第 5 條第 2 項規定授權辦理本件 BOT 案，為主辦機關。揆諸前開說明，原審法院本得就上訴人高公局於實施綜合評審時有無對全體合格之入圍申請人踐行正當程序，有無違反法治國家應遵守之原理原則，加以審查，則其審查本件甄審公告前之協商程序有無違反平等原則及公益原則，以致據為評審之資料不齊全，於法並無不合（未逾越分際）。又高公局既為本 BOT 案的主辦機關，其為協助甄審委員會辦理與甄審有關之作業所成立工作小組進行之協商程序如有瑕疵，導致據以評審的

³ 該判決之評析，請參見陳愛娥，法律原則的具體化與權限分配秩序—評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138 期，2006 年 11 月，頁 5-16。

資料不齊全，造成甄審委員會的評定結果有可議之處，即均應視為高公局行政行為的瑕疵。

第四、高公局僅與遠東聯盟協商 VPS 系統，使其有確認 VPS 系統技術發展方向和建置時程，及承諾「於計程轉換時或之前提供 VPS 服務」的機會（原審卷附被告證 8 第 125 頁以下之相證 15 號、第 146 頁），又與遠東聯盟協商「多車道自由車流」系統，使其有補充資料及修正投資計畫書的機會，卻未與宇通資訊公司協商 VPS 系統，使其有補充承諾建置時程的機會，顯然厚此薄彼，違反前引行政程序法及促參法規所揭櫫之平等原則及侵害未被平等協商者為公平競爭的自由。

第五、證諸高公局於原審 95 年 2 月 9 日準備程序當庭所提針對三家合格入圍申請人所作綜合評審評分彙總表，其中「電子收費使用者費用負擔」一項，最優申請人與次優申請人從十四位甄審委員所得總分平均分數相差僅約 0.64 分（遠東聯盟於此項所得總分 1753，宇通資訊公司則為 1744 分），幾無軒輊，此為遠東聯盟之投資計畫書只列「DSRC 標準型」一種車內設備單元之定價及費用情形下與宇通資訊公司相關的投資計畫對比所產生的評分結果，如果高公局有將「DSRC 進階型」或「VPS 豪華型」車內設備單元定價原則及於計程階段使用 VPS 系統，高速公路用路人是否將被迫換裝新的車內設備單元列入協商項目，無論遠東聯盟如何回應，在競爭激烈的態勢及各方條件對比效應下，均將影響甄審委員的心證，使其對各方的評分發生異動，則高公局未將之列入協商的「概括項目」，加上前述未與宇通資訊公司協商 VPS 系統之因素，導致甄審委員會據以評審的資料不齊全，客觀上更足以影響甄審結果。

第六、高公局未將遠東聯盟的「DSRC 進階型」或「VPS 豪華型」車內設備單元定價原則及於計程階段使用 VPS 系統，高速公路用路人是否將被迫換裝新的車內設備單元等直接攸關用路人權益的事項，列入協商之「概括項目」，不但違背本件甄審案申請須知第 12.6.1 節「可協商項目」第 點概括項目規定使申請人所提投資計畫書內容更能增進公共利益的要求，且漏未考量用路人權益，導致公共利益的維護出現缺口，即不符合公益原則。

第七、高公局上訴意旨主張原判決認定甄審委員會所授權之工作小組就遠東聯盟關於車內設備單元之定價原則未列入協商項目，有違公益原則等情，未先於準備程序及審理程序中，曉諭兩造陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述，竟以兩造攻防所不及之事實與理由，為其始料不及之突襲性判決云云，及遠通電收公司上訴意旨主張關於其「車內設備單元之定價原則未列入協商項目，有違公益原則」部分，宇通資訊公司未主張，原審未曾闡明，其與高公局沒有機會充分陳述及適當完全辯論云云，均不足採信。

第八、宇通資訊公司上訴意旨主張原判決關於上開爭點之論斷有理由矛盾、不適用法規或適用法規不當之違法云云，無非以其主觀歧異之見解，就原判決認事用法之職權行使，指摘為不當，尚不足採。

第九、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：宇通資訊公司主張遠東聯盟欠缺招商文件所要求之「多車道自由車流」、未依規定辦理招商階段該作之系統功能實測、未於投資計畫列明所有車內設備單元之成本費用、隱匿用路人負擔、修改不合格之規格數據、提出實績資料虛偽不實、假藉 APPIAN 營

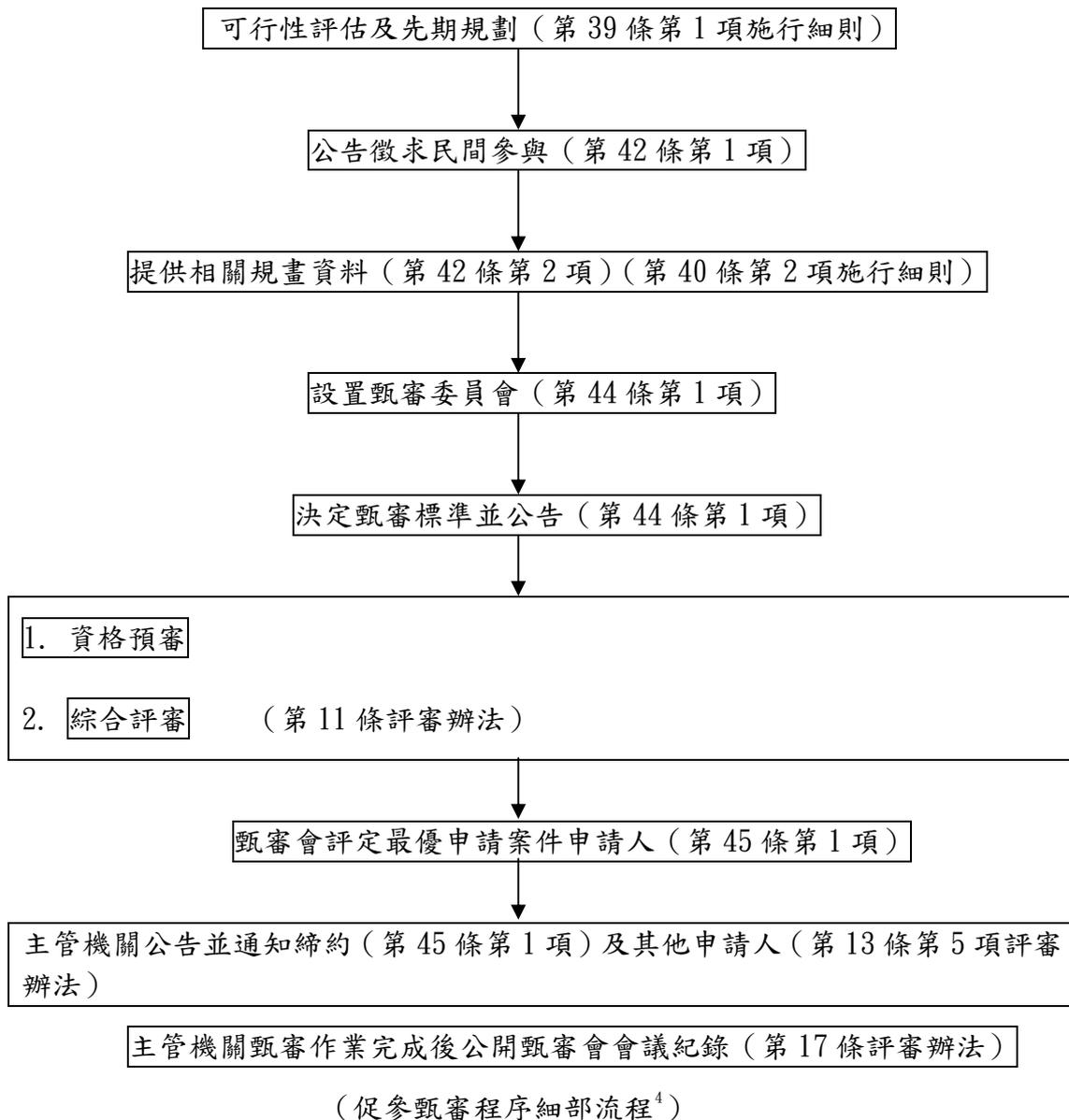
運實績參與甄審等，均難成立，是遠東聯盟應屬合格申請人無誤。惟高公局於92年12月25日公告宇通資訊公司、遠東聯盟及宏碁股份有限公司為合格之入圍申請人，而進行協商階段時，有未符公平原則及公益原則之違法，基於協商程序所獲致甄審資料乃有不全，則甄審委員基於協商後之甄審資料作成評定遠東聯盟為最優申請人之判斷（報由高公局公告之），及高公局嗣後為維持原公告之異議決定，均屬違法；另申訴審議判斷未予認定上開公告最優申請人之處分為違法，亦有未當等語為由，爰將原處分有關遠東聯盟為本件最優申請人之部分（包括異議決定）及申訴審議判斷不利於宇通資訊公司部分（除未准予遞補外）均撤銷，經核認事用法均無違誤。且原公告遠東聯盟為本件最優申請人之處分違法係由於其協商程序違反平等、公益原則所致，自應著由高公局對三位合格之入圍申請人重為適法的協商程序，再為綜合評審決定孰為最優申請人，於重為適法的協商程序前，無法評定孰為最優申請人，亦無從逕由宇通資訊公司遞補為最優申請人。至於原判決理由欄第148頁謂本件協商程序違反平等及公益原則，致甄審判斷有未充分斟酌相關事項而出於錯誤之事實認定而有瑕疵等語，核與其總結時所述協商程序違法致獲得的甄審資料不全，造成評定違法之論述，不盡相同，但揆其整體判決意旨，所謂「錯誤」，仍係指「不完全」之意，併此說明。

第十、在高公局重為適法的協商程序前，既無法評定孰為最優申請人，亦無從逕由宇通資訊公司遞補為最優申請人，已如前述，則原審判決駁回宇通資訊公司請求高公局將其遞補為本案最優申請人之訴，其結論於法即無不合。綜上所述，原判決撤銷原公告遠東聯盟為最優申請人之處分，及駁回宇通資訊公司請求高公局將其遞補為本案最優申請人之訴，於法並無不合。又本件經原審判決後，兩造爭點已集中在高公局於協商程序是否違反平等、公益原則，致甄審判斷違法？及原公告遠東聯盟為最優申請人之處分被撤銷後，高公局是否應遞補宇通資訊公司為本案最優申請人？而依原審已經調查的事證，系爭事實關係已臻明確，本院得依法為判決，高公局及遠通電收公司聲請本院行言詞辯論，應認無此必要。

第十一、本案招商截止日是92年11月20日，運研所報告竟在涉案當事人及官員催促運作下，在92年11月24日定稿，更可議的是遠東聯盟和EFKON在運研所報告定稿前（92年11月21日）已取得資料，由各方運作趕在甄審前作成「紅外線百分之百比微波好」結論之種種行徑，可見遠東聯盟被評定為本案最優申請人資格之由來，故本案甄審結果違法不當，不應維持云云（按宋乃午所涉包括於甄審委員名單尚未公布前，將部分甄審委員陸續洩漏予蔡錦鴻知悉之洩漏國防以外應祕密之消息、違背職務之收受賄賂及不正利益罪嫌，及遠東聯盟之成員精業股份有限公司之公關協理蔡錦鴻所涉向宋乃午交付賄賂及不正利益罪嫌，已經台灣台北地方法院檢察署檢察官於95年3月14日以94年偵字第9938、20775號違反貪污治罪條例等案件提起公訴，現由台灣台北地方法院審理中），均屬當事人於95年2月10日原審言詞辯論終結後始發現的新證據或發生的新事實，且本院為法律審，依行政訴訟法第254條第1項規定，自無從加以審酌，而應由甄審委員會於重為綜合評審時加以斟酌，併此說明。

伍、ETC 案所產生的影響及啟示

一、瞭解促參甄審程序之細部流程



二、瞭解最優申請人甄審決定之法律性質

甄審決定之法律性質究係為何，被告主張如下：中央機關或其授權之所轄機關依促參法辦理公共建設招商案，將甄審結果對外公告，係主辦機關審核申請案件過程之一，性質上非屬行政處分⁵；被告認為該行為為主管機關為選定將來ETC

⁴ 本圖由林明鏘教授自製。請參見氏著，ETC 判決與公益原則—評台北高等行政法院九十四年訴字第七五二號判決及九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，第 134 期，2006 年 07 月，頁 12。

⁵ 認為甄審決定非屬行政處分，而係訂立承攬契約目的之預約者，請參見陳愛娥，促進民間參與公共建設事件中的行為形式與權力劃分—評台北高等行政法院九十四年度訴字第七五二號判決、九十四年度停字第一二二號裁定，月旦法學雜誌，134 期，2006 年 7 月，頁 35-38。

投資契約締約當事人之一種不具終局實體法效力的【締約前準備行為】。惟台北高等行政法院對此採不同之見解，其認定促參法第 45 條第 1 項意義下之甄審決定係【甄審委員會就民間依促參法（公法）規定申請參與公共建設規畫案之具體事件，作成單方之決定】，並直接使特定申請人成為最優申請人（或次優申請人），並得與主辦機關簽訂投資契約之法律效果，自屬行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分⁶。然而，參加人（遠通電收公司）與被告不同調，而與行政法院同採甄審決定係行政處分之一致見解，將攻擊防禦之重點置於甄審決定之行政處分業已歸於消滅而不復存在，主張原告所提之撤銷訴訟不合法。另本件甄審及其公告之合法性為被告及參加人遠東聯盟後續所有程序及執行（包括議約、系統功能實測、簽約及建置營運之執行等）之基礎，故被告基於甄審公告接續進展之行為（包括議約、簽約、建置、營運等），應係甄審公告之後續程序，顯見本件甄審公告行政處分效力存續，並影響建置營運契約之效力甚鉅。

三、瞭解行政法上之雙階理論

台北高等行政法院基本上係以【雙階理論】為思考之出發點，認定前階段之甄審決定為一行政處分，而後階段投資契約的簽訂與履行為行政契約。

(1)、雙階段理論之適用

促參法本身並無明白揭示甄審決定之實體法性質，且參本法第 47 條規定，參與公共建設之申請人與主管機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。及按政府採購法於 91 年 2 月 6 日修正（即現行法）第 74 條規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」刪除「履約、驗收」得提出異議及申訴，參照其修正理由：「一、政府採購行為一向被認為『私經濟行為』，故已有契約關係之履約或驗收爭議應循民事訴訟途徑解決，使救濟制度單純化；且本法設有調解制度，已足可提供救濟管道。本條原規定履約或驗收之私法爭議，得由得標廠商自由選擇適用申訴程序或仲裁、起訴，將造成救濟體系積極衝突，實有不宜。爰予刪除。」又有鑑於政府採購法第 83 條將申訴審議判斷視為訴願，故依促參法第 47 條準用政府採購法第 83 條規定之結果，促參法意義下之甄審決定為一行政處分。

依一般社會通念被理解為單一之生活事件，如本件之 ETC 申請案，法律關係個數之判斷及切割基準之行塑，往往取決於生活事實之複雜性、何等法系之採行，行政行為形式論之發達程度、行政任務執行之效率考量，以及司法審判權之設計等諸多因素⁷。只要法律關係切割之結果，可簡化生活事實認定上之複雜性，且各階段間之區隔亦不致造成辨識上之明顯困難。因此在此範圍內，立法者享有廣泛之形成自由及法規適用者享有一定程度之解釋空間。

將單一 BOT 生活事實關係階段化將導致法律關係複雜化與救濟途徑分歧化之論調，並未從實質面向適切探求法律關係之切割對法制造成之影響。

(2)、台北高等行政法院在另案 93 年訴字第 2157 號判決中認為，本 (ETC)

⁶ 贊同台北高等行政法院之見解也認為甄審決定為行政處分，請參閱林明鏘，第五篇：促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，收錄於「營建法學研究」一書，元照出版社經銷，2006 年 11 月，頁 117-118。

⁷ 請參見程明修，雙階理論之虛擬與實際，行政法之行為與法律關係理論，新學林出版社，2005 年 10 月，頁 43 以下。

計畫案乃屬私經濟行為，性質上為將甄選決定通知原告之事實行為，並非被告機關就公法上具體事件所為或決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之行政處分。從促參法相關法令之規範意旨及體系觀之，本文認為預審決定並非僅是涉及內部程序處置之事實行為，此屬【具第三人效力之行政處分】(Verwaltungsakt mit Drittwirkung)，若對決定有所不服，得行使異議、申訴及行政訴訟之權利救濟途徑⁸。

- (3)、最優申請人資格甄審決定及投資契約簽訂兩個法律性質各異之複數法律關係，因考量 BOT案申請人彼此間之高度競爭性及應具資格之複雜性，故架構出【多階段之行政程序】(mehrstufiges Verwaltungsverfahren) 模式⁹，若對各階段之決定不服，應解釋為皆可提起行政爭訟。

四、瞭解甄審決定與 ETC 投資契約間之關聯性

1. 於肯認主辦機關之最優申請人甄審決定為一行政處分之前提下，該行政處分之效力是否因 ETC 投資契約業已簽約而歸於消滅，致使原告所提之撤銷訴訟因訴訟標的不復存在而欠缺實體裁判要件？參加人遠通電收主張與台北高等行政法院持不同之見解。前者認為甄審決定之規制力僅係存續至簽訂投資契約前，投資契約簽訂後，在實定法（促參法）【雙階理論】下，甄審程序已終結，該行政處分歸於消滅；後者認為本件建置營運契約應認係甄審公告之後續執行程序，並影響營運契約之效力甚鉅，不因投資契約業已簽約而歸於消滅。
2. 行政處分之消滅：按行政訴訟法第 4 條規定人民對機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經訴願未獲救濟，得向高等行政法院提起撤銷訴訟，撤銷機關之違法處分及訴願決定機關之決定。撤銷訴訟與同法第 6 條第 1 項後段確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分違法訴訟，最大分野在於行政處分是否消滅？行政處分『消滅』，係指行政處分所規制之內容已因時間經過、相對人死亡、標的物滅失或其他事由而不存在而言¹⁰。縱行政處分執行完畢，並不當然構成行政處分消滅之事由。只有當行政處分之執行所直接造成之不利益事實狀態亦同時因執行完畢而結束時，行政處分內涵之法律上負擔效果隨之消失，已無排除執行結果之必要與可能，始有進一步探討有無撤銷行政處分實益之問題。（翁岳生主編、盛子龍主筆之「行政訴訟法逐條釋義」第 67 頁至第 70 頁）然行政處分消滅之情形，其範圍甚廣，通常係著眼於行政處分之廢棄是否「毫無實益」可言，至於廢棄實益之有無，則涉及解釋之問題，及取決於事實狀況，或從實體法上探求。（學者李建良著「行政處分的『解決』與行政救濟途徑的擇定」）行政法學上造成行政處分消滅或解決之原因很多，其中以行政處分【已執行完畢】之消滅原因在學理與裁判實務上最有爭議。故因此行政處分而受侵害之相對人或利害關係人仍可依行政訴訟法第 4 條及第 196 條規定對已執行完畢之行政處分提起撤銷訴訟。
3. 甄審決定之規制內容：本案依促參法規定所做成之最優申請人資格甄審決定，性質上係屬一【形成之行政處分】(Die gestaltende Verwaltungsakte)。甄

⁸ 請參見陳英鈞，行政法院作為行政程序的守護神－評台北高等行政法院對 ETC 案相關裁判，月旦法學雜誌，第 132 期，2006 年 5 月，頁 154。

⁹ Vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, S. 480ff.

¹⁰ 請參見洪家殷，行政處分之消滅，月旦法學雜誌，第 84 期，2002 年 5 月，頁 23；吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版，民國 94 年 8 月，頁 162。

審決定一經公告，即發生創設遠通電收為最優申請人之形成效力，而從原告之角度觀察，若甄審決定對其所造成之不利事實與法律狀態並不因 ETC 投資契約簽訂而消失。倘甄審決定因違法而被撤銷，則依促參法第 45 條第 2 項之規定，其作為次優申請人之身分，將有可能遞補簽約，或至少獲得重新提出申請之機會。

4. 甄審決定撤銷對 ETC 投資契約之影響

甄審決定因違法被撤銷時，對於後階段 BOT 投資契約之效力之有無影響，【雙階理論】於此並無說明其間關係，因就個案判定之。又後階段 BOT 投資契約因公、私定性不同，將影響前階段甄審決定間關係之判斷，因此以下就 BOT 投資契約之法律性質敘明之：

(1)、ETC 投資契約之法律性質：

有關促參法意義下之 BOT 投資契約之法律性質，我國學說與實務見解極為分歧，有採私法契約說者、行政契約說¹¹和公私混合契約¹²，此等見解上之歧異，會造成對促參法實定規定之解釋而不同，亦發生對於民間參與公共建設制度設計原意之認知落差。故在 BOT 投資契約定性上，究應著眼於民間機構知平等合作地位？抑或確保政府之公益擔保責任與公權力介入權限？乃成為公、私法契約論證之考量點。

(2)、法院裁判：

在行政法院歷來之裁判實務上，對於依獎參條例或促參法所成立之 BOT 投資契約性質見解分歧。如高雄行政法院 92 年度訴字第 569 號裁定與台北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定見解不同，前者未附說明而逕行認為政府獎勵參與民間公共建設，與受獎勵投資者所簽訂之公共停車停車場投資契約，屬【私法性質】；後者則明白指出 ETC 投資契約為【行政契約】，依其主要論證如下¹³：

- ① 依促參法成立之 BOT 案件，不論在招商、興建、營運，以迄營運期間屆滿由民間將建設轉移予政府前，政府均有高度參與與監督，屬公權力之介入。
- ② 依促參法第 12 條第 1 項規定，主管機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。一般認為立法者有意將投資契約明定為民事契約，然促參法公布於行政程序法尚未施行之前，行政契約係由解釋、實務及學理形成，並未有明文，無從準用。
- ③ ETC 投資契約之標的，乃特許民間機構建置高速公路電子收費系統，代政府徵收通行費，以及收費違規證據之取得。高速公路通行費徵收之主要法源依據，為公路法第 24 條及公路通行費徵收管理辦法，係將高速公路通行費定位為規費屬性，此通行費之徵收屬典型之公權力行為，即【國家保留】事項。

(3)、評析：

上述學說與實務對 BOT 投資契約約定有一共同之前提要件，即肯定依獎參條例或促參法而簽訂之投資契約，皆具有通案性之【單一法律性質】。

¹¹ 吳志光，ETC 裁判與行政契約—兼論德國行政契約法制之變革方向，月旦法學雜誌，135 期，2006 年 8 月，頁 14-28。

¹² 請參見江嘉琪，公私混合契約初探—德國法之觀察，中原財經法學，第 9 期，2002 年 12 月，頁 63 至 112。

¹³ 贊同台北高等行政法院 94 年度停字第 122 號裁定採取行政契約說之見解，請參閱林明鏞，第五篇：促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析，收錄於「營建法學研究」一書，元照出版社經銷，2006 年 11 月，頁 118-120。

我國通說見解，行政契約與私法契約之區隔基準採【契約標的結合契約目的】理論¹⁴，即判斷之標的必須為具體法律關係之個別契約之行塑，而非訂定契約之【抽象法規範】。當訂定契約之準據法所規定之契約標的具多元性與異質性，且據此所簽訂之各契約間內容差異甚大時，則該準據法應無從作為契約定性通案之判斷標的。而就BOT投資契約之內容項目繁多且公私屬性皆有（本法第15條、第16條），另促參法容許主辦機關與民間機構間自由約定之事項，有屬強制規定，將其視為缺權利義務關係之必要部分。（第45條第1項）依促參法第3條規定本法所稱之公共建設，從涉及人民生存照顧之重要基礎建設，以至觀光遊憩設施，項目包羅萬象，攸關民眾公益程度不同。因此就個案之投資契約在公共建設之類型、約定內容，或公益程度上之差異，應以個別之投資契約定性為宜¹⁵。就前述高等行政法院認為ETC之投資契約為行政契約之論，多就促參法之規範架構為通案性之討論，應以ETC投資契約之具體契約標的多著墨。

另本文亦支持高等行政法院認為促參法第12條第1項之字義不足作為認定BOT投資契約為私法契約之結論，其規範之目的並非對BOT法律關係定性，而是揭示當法律關係發生爭議時【法的適用順序】，優先適用促參法之規定，次依投資契約，最後再以民事法之相關法規補充之¹⁶。當契約屬性不明確時，應自契約所約定之權利義務關係以及契約之整體性格為客關判斷與闡釋¹⁷。立法者僅能依據契約之客關內容，透過【法條】為行政契約或私法契約。

在BOT投資契約定性困難之議題上，德國近年來積極推動行政契約之改革，於2004年4月21日及22日於慕尼黑舉行之【聯邦暨各邦行政程序法報告人聯合會議】及聯邦內政部行政程序法諮詢會議中，提出聯邦行政程序法第56A條處增訂【合作契約】獨立類型之建議，草擬之具體條文規定，行政機關在確保其對公共任務之合秩序履行留有充分影響力之情形下，得簽訂第54條第3項意義下之公法契約。行政機關僅得選擇具有專業智能、給付能力及值得信賴的契約當事人。因此，我國若能是當參酌德國之改革，於促參法和獎參條例中修正具爭議性之條款與字句，並對於公私協力契約作明文之【屬性確認】，應可杜絕BOT投資契約定性上之困擾。

5. 甄審決定失效對ETC投資契約效力之影響：

(1)、促參法本身對於甄審決定被撤銷後對ETC投資契約有何影響並未明文規定，且亦未如地方法規般，明確規定甄審決定被撤銷後對投資契約效力之影響如故應回歸行政程序法探討之。

(2)、契約無效說：就台北高等行政法院在94年停字第122號裁定及94年第752號判決中揭援引促參法第45條第1項有關投資契約之簽訂唯有最優申請人始具資格之規定，其屬強制規定。復根據行政程序法第141條第1項規定，行政契約

¹⁴ 詳參見吳庚大法官於釋字第533號解釋所提出之協同意見書；林明鏞，行政契約與私法契約—以全民健保契約關係為例，行政契約法研究，2006年4月，頁130至136。

¹⁵ 請參見林明鏞，行政契約與開發契約—以農地開發利用契約為中心，公法學與政治理論：吳庚大法官榮退論文集，民國93年10月，頁565至566。

¹⁶ 請參見李惠宗，行政法院對BOT最優申請人決定程序的審查—兼評台北高等行政法院94年訴字第752號（ETC）案判決，臺灣本土法學雜誌，第82期，2006年5月，頁181。

¹⁷ 黃錦堂認為，基本上雖肯定公部門援引私人參與公共服務之合約為行政契約，然考量到BOT案往往涉及密切之國家交往性，宜注意美、英、世貿組織就相關問題之規範與國際慣例。公私法之判斷標準固然需有一致性，但也不排除針對特殊領域由立法者直接定性，以昭明確。參見氏著，行政契約法主要適用問題之研究，註31書，39, 60-62頁。

準用民法規定之結果無效者，無效。再按民法第 71 條規定，法律行為違反強制或禁止規定者，無效。故甄審決定撤銷後，其與主辦機關所簽之投資契約，因違反促參法第 45 條第 1 項，應屬無效。根據我國行政法學者對於行政程序法第 141 條第 1 項準用民法第 71 條之規定，其結果並非如民法第 71 條規定會導致契約無效之結果。因為其會有違行政程序法第 142 條就行政契約類型之無效事由而採之列舉規定。故有學者主張應刪除行政程序法第 141 條關於行政契約一般無效事由之規定；故於未修正之現行法制狀況下，應採限縮解釋，即需【嚴重違法】始構成行政契約之無效。

(3)、解除契約說：根據學說及其他獎勵民間投資公共建設之相關法令規定，投資契約特許決定遭撤銷後，對於後續已簽訂之特許合約效力的影響。

本文認為應依行政程序法第 138 條之締約對象選擇程序而觀察，第 138 條所稱之【依法】應以甄選或其他競爭方式決定行政契約當事人之法規範；再依行政程序法第 141 條第 2 項規定，行政契約違反第 135 條但書或第 138 條之規定者，無效。本案 ETC 投資契約之簽訂為遵循行政程序法第 138 條規定之程序，即主辦機關未事先公告行政契約之當事人應具之資格及決定之程序等，將導致 ETC 投資契約無效之法律效果。而本件高公局雖有依規定公告之卻於甄選程序時違反公益原則及平等原則，其瑕疵態樣是否屬於行政程序法第 138 條，有討論之空間。蓋行政程序法第 138 條關於行政契約當事人選擇之程序規定，不應侷限於字義理解，將導致行政契約無效之事由限縮於行政機關未公告締約相對人資格或流程等之程序瑕疵，後階段應依行政程序法第 142 條第 2 項之規定無效。此乃隸屬關係之雙務行政契約的特別無效事由。

6. ETC 投資契約業已簽訂，前階段之甄審決定效力亦不因其目的實現而消滅。

五、瞭解甄審決定之須遵守正當程序

對於合格之入圍申請人於進行協商程序時，被告機關有違反平等原則及公益原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事，據以公告認定遠東聯盟為最優申請人之處分，應予撤銷：

1. 甄審委員所授權之工作小組就遠東聯盟關於車內設備單元 (OBU) 之定價原則未列入協商項目，有違公益原則：

(1)、按法治國家之憲法及法律內涵，即顯現公益，是以確實執行法律，為實現公益之主要手段，惟行政機關為裁量行為時或可不受法律拘束，但應把公益原則列為第一優先，所謂公益，並非政府之利益，亦非行政、立法或政治社會中某一團體之利益，而係指組成政治社會各分子事實上利益，經比較交互影響過程所形成之理想狀態總合而言（參照吳庚著行政法之理論與實用第 9 版第 87 頁）是以適用公益原則，必定經過利益比較及事件中各利益交互影響過程之探討。

(2)、應著重用路人權益考量，始不致使各利益輕重失衡。且用路人並未在本件高速公路電子收費系統建置及營運形成利益團體，參與招商、建置營運之程序，而形成較弱勢之利益，則被告為行政機關在裁量協商項目時，自應以用路人權益為最優先考量，並避免營運公司得標後，在 20 年之委辦期間因系統建置變更而須變更車內設備單元，有損用路人利益，始合於公益。

2. 被告僅與遠東聯盟協商 VPS 項目，而未與各入圍申請人(包括原告)協商 VPS，有違平等原則：

按促參法第 44 條規定主辦機關為審核申請案件，應設甄審委員會，按公共

建設之目的，決定甄審標準，並就申請人提出之資料，依公平、公正原則，於評審期限內，擇優評定之。及依甄審辦法第 15 條規定綜合評審進行協商時，應「平等」對待各入圍申請人。另按行政程序法第 6 條規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」固為平等原則之規定，所謂正當理由，係指「並不禁止法律依事物之性質，就事實狀況之差異而為合理之不同處置」（參照釋字第 481 號解釋），所謂事物之本質，應就事物內在價值及其所欲達成之目的判斷之，經查本件行政行為事物之本質，應從協商此一程序行為目的及所欲達成之價值判斷之，按協商程序之本質在於招商之公平性及本招商案 20 年之可行性之公共利益，平等協商一方面係使各申請人有一致性的比較基礎，另一方面讓政府獲取更有利之條件，是以入圍申請人雖各有不同系統之採行，但若有新興系統之預估，自應就該新興系統以協商程序作相同之承諾或補充相關資料，甄審委員始有相同之判斷基準。尤其，各申請人所書具之各類投資計劃書等文件均在被告保管中，各申請人並不能互相知悉彼此之各類投資計劃書等文件內容，自無從對競爭者內容提出質疑，只有被告工作小組人員可通盤知悉全部申請人各類投資計畫書等文件內容，且協商議題只能由被告主動提出與決定（參被告輔佐人己○○本院 95 年 2 月 9 日準備程序筆錄），被告依促參法令所要求之公平協商及平等對待各入圍申請人益形重要。協商既賦予工作小組寬廣主動之裁量空間，自應依協商程序之目的性作平等之解釋

3. 有關協商程序違反平等、公益原則，致甄審判斷違法部份：

按具有高度之屬人性、專業性、經驗性之專業判斷，例如國家考試之評分、學生成績之評定、計畫性政策之決定、公務員能力之評價、獨立專家委員會之判斷、專門科技事項、行政上之預測決定或風險評估等，由於法院審查能力有限，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地。但如行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事，亦應承認法院得例外加以審查，其可資考量之情形包括：(1) 行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊。(2) 行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。(3) 行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。(4) 作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。(5) 行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。(6) 行政機關之判斷，是否違反相關法治國家應遵守之原理原則，如平等原則、公益原則等等，仍應由法院審查。（釋字第 553 號解釋理由書、釋字第 319 號翁岳生等 3 位大法官所提不同意見書、並參照學者通說見解）若法院審查行政機關之判斷有上開恣意濫用及其他違法情事，自應依法撤銷違法之行政處分。本件甄審公告認定遠東聯盟為最優申請人，固係甄審委員會之判斷，屬專門事項之專業性判斷，有其判斷餘地。但本件甄審公告對合格之入圍申請人於協商程序違反平等原則及公益原則，導致據為評審之資料基準不一，而有判斷違法之情事。

4. 促參法並未賦予次優申請人向主辦機關主張「遞補」之公法上權利：

按促參法第 45 條第 2 項規定：「經評定為最優申請案件申請人，如未於前項規定時間籌辦，並與主辦機關完成投資契約簽約手續者，主辦機關得訂定期限，通知補正之。該申請人如於期限內無法補正者，主辦機關得決定由合格之次優申請案件申請人遞補簽約，或重新依第四十二條規定公告接受申請。」亦即，甄審決定選出最優申請人之後，倘無法完成議約，並非當然由次優申請人遞補，促參法並未賦予次優申請人向主辦機關主張「遞補」之公法上權利，而係由主辦機關

裁量權，決定由次優申請人遞補，或重新公告接受申請，此觀法條規定：「主辦機關得決定．．．」之文義自明，並再參酌本條立法理由（參加入停止執行程序陳證5號）：「第二項明定經評定為最優申請案件之申請人應與主辦機關簽訂投資契約，倘最優申請案件申請人未能完成簽約手續，則賦予主辦機關決定由合格之次優申請案件申請人遞補簽約之權以免重行公告申請之累。」。

5. 不得侵害憲法所保障競爭自由之基本權利：

就侵害未被平等協商對待之申請人的競爭自由，依憲法第15條之規定，其乃就工作權保障範圍內的競爭自由，並非保障基本權主體有完全不受競爭之自由，即係保障人民享有不受國家公權力以扭曲競爭方式影響或干預其與他人為公平競爭之自由。所謂【競爭之扭曲】，係指有足夠影響力去改變市場參與者競爭機會之經濟抗爭自然因素以外的外部經濟狀況。就本案之甄審委員會工作小組未有正當理由而為不平等之協商程序，即屬一種競爭扭曲式之國家公權力行為，侵害其憲法上所保障之競爭自由，因而致甄審決定違法。

六、瞭解ETC案之尚未解決問題

(一)、ETC投資契約無效後之回復原狀問題

本案最優申請人甄審決定之行政處分遭撤銷後，業已簽訂之ETC投資契約將於判決確定後歸於無效；則依現行法制，ETC投資契約之雙方當事人須依照公法上返還請求權而互負回復原狀之義務。由於此乃涉及涉被拆除、OBU買回、收費員歸制、權利金退還、租稅補增等諸問題，其如何解決雙方之法律關係，倍增難度，甚且可能為國家帶來更多棘手之後續經營問題。

可參前述曾提及有關德國之合作契約，為降低行政契約無效對公益所產生之衝擊及風險，聯邦暨各邦聯合會建議於合作契約無效時，契約當事人應保有【適當調整契約之法定請求權】（其建議增訂之德國聯邦行政程序法第59條第2a項），另有契約之當事人任一方得請求調整契約，以代回復原狀（同條第4項），最後同條第5項之規定，無效契約之回復原狀，準用民法第818至第822條。此等修正草案為現代行政契約不再採取之【嚴格行政契約無效結果】¹⁸。其皆在調整契約當事人雙方享有更大之空間，可視不同之問題情況及個案差異性而尋找出對雙方，甚至第三人最有利之解決方法。

(二)、本案原告請求國家賠償之問題

原告要求行政法院撤銷最優申請人甄審決定，係屬第一次權利保護之行使；其亦可進一步利用第二次權利保護制度，就因此所生之損害賠償向主管機關請求國家賠償。雖國賠之請求未於原告聲明之列，或可依行政訴訟法第7條規定合併請求損害賠償。

陸、ETC案在教學中呈現

一、教師學識：

教師須對於BOT案的專業理論知識及實務經驗，應不斷地自我充實，這是教學成效之根本問題。

二、課前準備：

¹⁸ 我國行政程序法第146及第147條關於調整契約制度之設計，亦屬此等維持行政契約有效思考之體現。

老師課前應做適當的準備，例如準備教材、使用教具或設備、精熟教學內容等。

三、教學方法之多元性：

老師上課應進行多元的教學方法，例如安排戶外教學活動、使用教學媒體，有助於多樣化的教學活動。課程若只停留在老師單向式的講授方式，學生可能無興趣、心不在焉或是睡覺，參訪活動、影片欣賞或戶外教學可以讓學生感受在法律知識的生動性。總而言之，教學方法之多元性只要用得有效果，都是可以彈性運用。

四、師生互動：

老師和學生之間應保持良好的相處狀況，例如師生之良好互動、老師尊重及關心學生以及老師的情緒智商 EQ 之控管等，應有基本的認知與態度。透過老師對課程主題的講授、學生的發問，來形成師生的互動關係。老師的身教勝於言教，老師課堂上所教的專業知識常會忘記，但是不會忘記的是老師的關心及與學生的互動，法律知識的吸收不完全是靠老師，但是學生體會到老師的用心良苦之後，自然就應該會知道如何自我主動學習。

五、授課以及教材內容：

老師授課內容取決於是否能夠選擇或編撰適宜的教材與講義等，老師所選擇的教材，例如教材充實豐富齊全、教學內容難易程度、編寫或使用系統化的講義/教材、選擇適宜的教科書等，也影響教學之效果。

六、教師特質：

老師的人格特質，例如老師是否認真、有耐心等。

七、教師對學生心態：

老師應能夠誠懇、親切對待學生，並且樂於協助學生解決問題、回答問題等。

八、解說能力：

老師應能夠清楚明確地將教學內容及授課主題呈現給學生，含括書面及口語之表達，例如講解條理分明、板書呈現清楚、音調及聲音。

九、學生收穫：

老師應能夠培養學生個人能力及自發性及態度、能夠學到完整的概念以及啟發學習興趣。

十、教材有用性／相關性：

老師應能夠選擇及編寫適宜的教材及講義，並符合有用性及相關性的原則。

十一、課業負擔：

教師應顧慮到學生對該課程能夠負荷的負擔程度，包括作業太多或太少、作業沒有發還、課程要求過高等。

十二、教學時間運用：

老師應能夠針對教學主題，充分運用時間進行相關教學活動，例如準時上下課、教學進度適中等。

十三、分組討論與報告

首先由老師詳細講述 ETC 案例事實、其所涉及之我國相關法規以及主要爭點。然後，分成不同小組，大致以五人為一組根據老師之授課內容具體討論，提出相關意見與心得。最後，每一小組提出綜合性之簡要報告。每次小組討論皆由不同學生組成，以促進學生的交流與互動。

十四、口頭報告之控管

如果學生的口頭報告離題太遠或有錯誤，應提醒學生應注意之處，或者改為老師直接講解(我們發現學生有時引用大陸的材料，並且誤解我國法律之情形出現)。

十五、邀請一些實務或學界的人士參與課程：

邀請 ETC 案這方面之專家學者就相關議題進行演講或討論，能讓學生對實務上的運作有更多的體認，以補充老師這方面知識之不足。

柒、成績評量方法

一、基本原則

老師對於該課程所進行的考試之成績評量方法，除了考試的次數及難度以外，也考慮到評分的公平性。除此之外，亦可考慮選擇題、open book 找答案或書寫報告作為成績評量方法，基於個人經驗，同學反應都也不錯。

二、建議：

1. 考試前替同學提示考試重點並要求她(他)們起碼要達到的基本水準。
2. 校內的考試不要出得太艱澀、出題範圍應該要限縮，不要太廣泛或突襲考生。
3. 教學者應該認知到，小考、期中考或期末考之考試是提示同學學習重點之手段，而非考倒同學為目的。
4. 賞罰分明(高、低分/扣分、加分之情形)，訂出透明明確的評量標準。
5. 無論小考、期中考或期末考，老師應利用上課時間加以解答，並提供數份成績優異的考卷供修課同學參考。
6. 考試可以 open book 以引導他們去尋找其他資料蓋本課程之目的係在於培養學生自己思考問題與尋求解答的能力，而非僅是背誦記憶性之考試。
7. 不宜過多的書面或口頭報告。
8. 若是採取背誦記憶式的考試，應該提示明確的重點。
9. 出席率高、發言次數多宜在平時分數上予以加分，以鼓勵「主動參與」之精神。
10. 私底下與老師較主動互動、印象好的同學雖然可以在平時分數上予以加分，但不宜以此做為重大影響學期總分數之最終根本決定。
11. 每週上完後，要求同學自己設計考題之作業，作為平時分數的參考依據之一。

第七章人獸混合胚胎案例之解析與教學方法

壹、人獸混合胚胎案例之重要性

一、人首獸身在我們身邊？

「凱美拉」(chimera) 典出希臘神話，原指一隻獅首、羊身、蛇尾而且能噴火的怪物；而「嵌合體」動物是部分組織、細胞基因中混入其他生物基因(外源基因)的動物。「人類是否應扮演上帝」的爭議始終不斷，隨著英國「人類授孕與胚胎學管理局」(HFEA) 今年 2008 年 1 月 17 日批准了兩所大學團隊的人獸胚胎研究申請¹，加深了人獸分際之不安與疑慮。英國紐卡索大學 2008 年 4 月 1 日宣布，已經成功製造半人半獸混合胚胎，國會將於 5 月投票表決規範人獸胚胎研究的法案，研究人員希望它能繼續生長到六天，再從這類「人獸混種」的胚胎擷取出幹細胞，進而有助於治療帕金森氏症、老年失智症等神經退化性疾病的新治療方法²。故英國學界人士多半都持樂見之態度。但倫理衛道人士認為，即使是人類基因與其他動物的少許基因混合也不行，蓋此舉違反自然定律，必然引發道德倫理的爭議。此外，「保護未出生胎兒學會」譴責 HFEA 之批准人獸胚胎研究申請是「人類尊嚴的一大倒退」。

紐卡索大學教授萊爾·阿姆斯特壯辯駁表示，母牛卵子與人類卵子研究起來的結果差不多，反而母牛卵子比起人類卵子更容易取得，完全無倫理與違法的爭議。他主張人獸混合胚胎的研究目的只是希望了解幹細胞之如何發展成不同的組織、細胞。此外，另有支持人獸胚胎研究的學者指出：1. 這類胚胎最多發育到 14 天就必須予銷毀，絕對不能植入人類母體子宮內著床、發育，所以根本不可能產生「半人半獸」的「嵌合體動物」。；2. 人獸混合複製胚目的是發展造福人類的再生醫學，並不是培養半人半獸的複製生命！；3. 人類細胞核的命令傳不進動物的細胞質，細胞無法分化，一般經過三、四天就會死亡，只有物種相近的才有機會生存發展下去。但是超過 14 天以上的人獸混合胚胎之繼續培養下去，其結果如何，沒人做過，人首馬身之現在技術還不可能發生，未來，我們卻不知道！

二、無性生殖技術(SCNT)之人牛混合胚胎

胚胎之發育分為有性與無性生殖。由精子與卵子結合的發育過程稱為有性生殖，之後的受精卵(Zygote)會形成一個胚囊(Blastocyst)，此為「有性生殖之胚胎」。相對而言，若從人體身上取出體細胞核，顯微注射進入一個去核的人類卵子中，再以電流刺激使其融合為一體，經由發育之後便可得到人造的人類胚胎，此技術稱為「體細胞核轉殖技術」³(somatic cell nuclear transfer, 簡

¹【謹悠文／綜合廿五日外電報導】，HFEA 掌控生死門 防製半人半獸，中國時報，A2/焦點新聞，2008/01/26。

² 英國成功製造 人獸混合胚胎，<http://news.sina.com> 2008 年 04 月 02 日 星島日報，造訪日期：2008 年 4 月 6 日，網站 <http://news.sina.com/oth/singtao/000-000-000-101/2008-04-02/06402783241.html>。

³ 各國對於 SCNT 是否可以進行研究的政策仍很分歧，多數國家尚未開放體細胞核轉殖技術之研究。爭論中的關鍵問題為因研究而製造或複製胚胎，然後經由破壞胚胎取得幹細胞來進行研究，

稱SCNT)，蓋不需經由精卵結合之胚胎，故稱為無性生殖，所得到的胚胎稱之為「體細胞核轉殖技術之胚胎」。無論是「有性生殖之胚胎」或「無性生殖(體細胞核轉殖技術)之胚胎」，若二者繼續置於母體子宮內發育，理論上最後均可產出完整的人類個體。有性生殖胚胎的發育過程可以在一般體內受精懷孕或是在試管中體外受精(*in vitro fertilization*，簡稱IVF)；而無性生殖(體細胞核轉殖技術)之胚胎最後則會發育成與提供體細胞核者相同基因的個體，也就是所謂的「複製人」。

利用上述同樣的體細胞核轉殖技術(SCNT)從母牛身上取出一枚卵子，並去掉卵內的細胞核，再將一個取自人類體細胞，將其細胞核植入已被去核的牛卵中，培育成一個經「細胞核移轉」之胚胎，此胚胎將含有「人體的細胞核」與「牛卵細胞質」。人牛混合胚胎所含有的粒腺體DNA在發育初期，大部分是來自牛的，但由於粒腺體DNA複製有賴人類體細胞核之指導，因此隨著人獸混合胚胎的發育，及其細胞增生分裂及分化次數增加，牛的粒腺體DNA將逐漸被人的粒腺體DNA取代。

三、胚胎幹細胞

幹細胞最早是歐文⁴(Owen)在1945年於母牛身上發現，係指尚未完全分化的細胞，其具有可分裂增殖為另一個與本身完全相同的細胞及分化成具有特定功能的細胞兩種特性。幹細胞屬於非特化之細胞(unspecialized cells)，它們存在於胚胎、胎兒組織、出生嬰兒的臍帶血及某些成人(例如腦、骨髓)中，是生物體內尚未分化成特定細胞類型的基礎細胞(foundation cells)，具有進一步分化發展出特化細胞、組織與器官的潛能。因此利用幹細胞培育出病人需要的細胞、組織與器官乃被科學家視為未來醫療上的一大福音。例如，可以為糖尿病患製造出能正常分泌胰導素的人類胰臟，為亟待換心的患者生產一顆活繃繃的健康心臟。此外，利用無性生殖之複製科技(甚至加上基因轉殖技術)的情況下，更能製造出無需擔心異體排斥，具有病人自身相同遺傳訊息之所需器官。

1998年底，由James Thomson 領導的the University of Wisconsin-Madison developmental biologists團隊，則是全球第一個從人類胚胎中，將其內胚層幹細胞單獨萃取並成功培育出造血先驅細胞的實驗機構⁵。藉由培育出純粹而又特定型態的人類細胞，可以較為精確的檢測出藥品的化學成分對於細胞的作用是否真具有醫療的效果，以縮短實驗的流程。另外，胚胎幹細胞研究，亦對於進一步解決與解決發育過程所產生的相關疾病有莫大的助益。瞭解早期胚胎的發展過程

該技術是否將胚胎視為一種商品或工具，違反人性尊嚴？又因其方法與製備複製人的方法幾乎部相同，其差異僅在於置入子宮之步驟，而間接鼓勵複製人之發展。起初衛生署於2002年原本制定胚胎幹細胞研究的倫理規範時，也考慮到SCNT之規範問題可能涉及到其複雜度及缺乏審查與管制的機制，故該規範第三條認為「以細胞核轉殖術製造胚胎供研究使用，因牽涉層面較廣，需再作進一步之審慎研議」。目前，最近民國96年08月09日發布的「人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引」第4條規定人類胚胎及胚胎幹細胞之研究來源，也包括「……，或以體細胞核轉殖製造且尚未出現原條之胚胎或胚胎組織。」，作為細胞核轉殖術製造胚胎有條件性的研究許可。

⁴ R. D. Owen, Immunogenetic consequences of vascular anastomosis between bovine twins, *Science* 102, 1945, p.400-401.

⁵ J. A. Thomson, et al., Embryonic stem cell lines derived from human blastocysts. *Science*, 282, 1998, p.1145-1147.

可避免或治療不正常的胚胎發育，並藉由藥物篩檢的方式，減少因藥物治療所引發的相關生育疾病⁶。胚胎幹細胞培植或移植之案例技術日益增加，加上未來醫療目的或技術更加成熟，勢必衝擊人性原有倫理道德之價值觀。人類正在改善、利用胚胎幹細胞的科技，來治療人類本身之疾病，故人獸混合胚胎之研究勢必會急速發展。人體器官和組織的商品化之問題，即人獸混合胚胎之研究，似乎已是不可避免產生爭論的議題。

貳、人獸混合胚胎案例之說明

一、案例事實

儘管目前醫療目的的克隆技術已經存在與成熟，但是因為使用人類卵子必須是人工生殖剩下不用的卵才能作，且需要事先徵得捐獻者同意，但這樣取得的卵子數量嚴重不足。以我國為例，為取得人類卵細胞以供研究使用便極為不容易，2007年8月9日衛署醫字第0960223086號公告人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引：「……六、以人類卵細胞進行體細胞核轉植研究，應為1.依法施行人工生殖之剩餘卵細胞，且經受術夫妻或捐贈人書面同意；或2.經告知成年婦女並取得其書面同意(告知後而同意)捐贈之卵細胞。前項卵細胞之提供者，應具行為能力，且不得與計畫主持人有職務上之關係。……」

因為取自於胚胎之幹細胞，其來源和功能較為豐富且多元，英國科學家一直以來計畫進行人類與動物混合胚胎的試驗，研究人員用動物卵子和人體遺傳物質混合形成胚胎，為醫學研究提供幹細胞來源，相信對於拯救生命、改善生存品質的研究將得以向前發展，例如可進一步了解或發展阿茲海默症、帕金森氏症或運動神經元病變等絕症之新療方法。

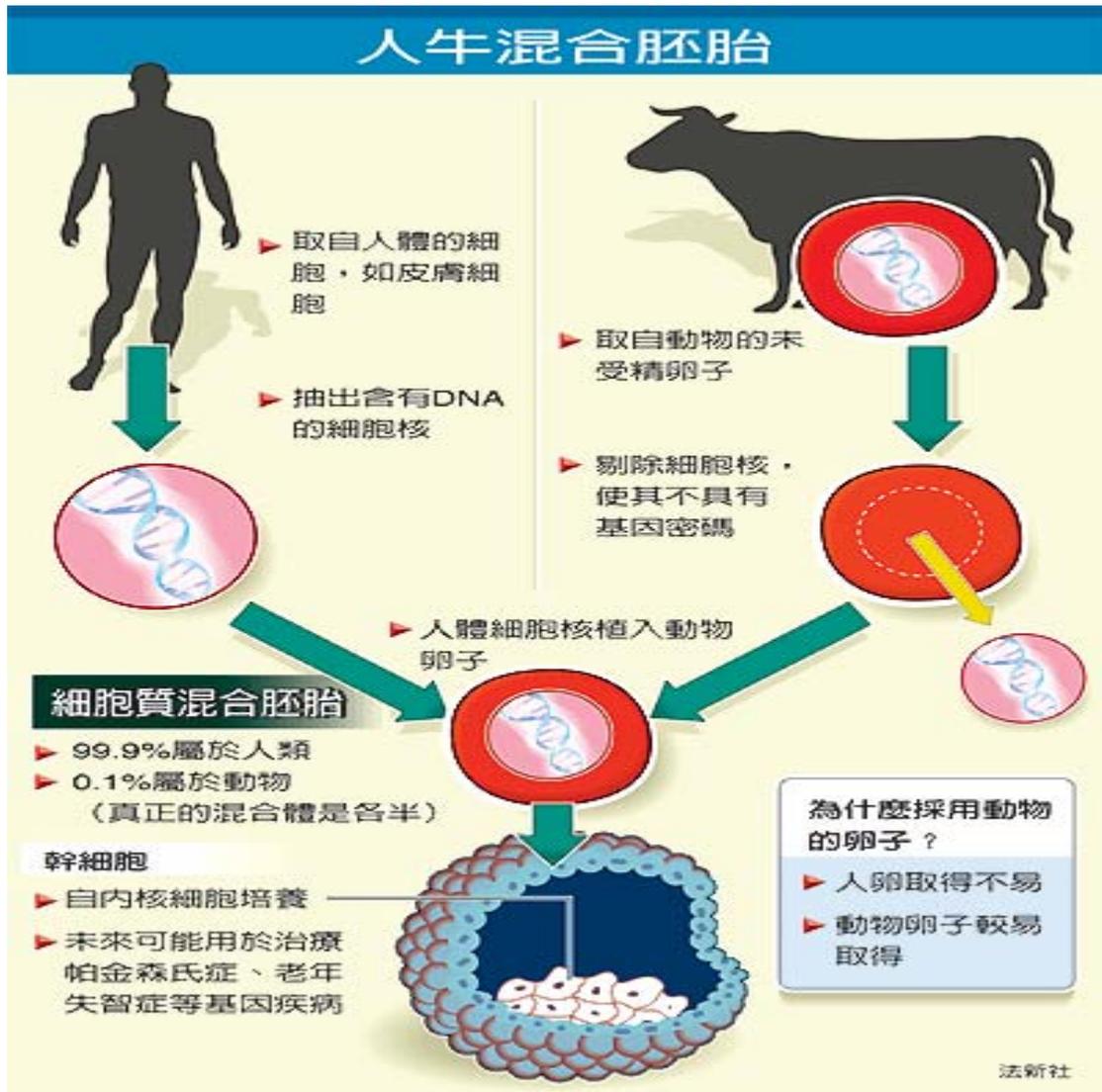
劍橋大學國王學院「幹細胞生物學實驗室」與紐卡索大學「東北英格蘭幹細胞研究中心」兩支團隊於2006年向當局提出申請，於2007年5月17日，取得英國「人類授孕與胚胎學管理局」(HFEA)核可科學家進行一年的人獸混合胚胎研究，並積極草擬一項法律草案，以便日後其他研究單位想要從事類似實驗計畫，也需要提出專案申請⁷。人獸混合胚胎是使人類體細胞核植入動物(牛或兔子)被去核的卵子內之互相結合，發育為「細胞質混合胚胎」(cytoplasmic hybrid embryo)，進而抽取胚胎幹細胞研究，該技術將用於對帕金森症等人類頑疾的治療研究。但仍有不少人擔心這種研究存在許多未知的潛在風險，這些風險對人類來說可能會是致命的。所謂「細胞質混合胚胎」是運用複製生物「細胞核轉植技術」，先將動物(牛或兔子)卵子的細胞核移除，因此胚胎基因有九九·九%屬於人類，只有〇·一%的「粒線體基因」來自動物。人類卵細胞之取得困難人類卵子難以取得人類卵子困難且具有爭議，於是研究人員想到從相對容易的動物卵子開始嘗試，解決醫療和研究用途的人類卵子之來源問題。

※人獸混合胚胎製造流程圖⁸：

⁶ M. J. Shamblott, et al., Derivation of pluripotent stem cells from cultured human primordial germ cells., PNAS, 95, 1998, p.13726-13731.

⁷ 【編譯陳成良／綜合報導】，治絕症—英准許培植人獸胚胎，2007年5月19日，星期六，自由時報頭版新聞。

⁸ 【聯合報／編譯陳世欽／報導】，人獸混合胚胎 成功活3天，造訪日期：2008年4月6日，網站：<http://udn.com/NEWS/WORLD/WOR4/4285100.shtml>。



二、人獸胚胎之憂慮

英國健康部 (Department of Health) 仍然為了因應科技提升、國際發展，以及民眾態度可能的轉變，在經過廣泛的公眾諮商與不斷的檢討研究後，於2007年12月，正式提出「人工授精暨胚胎學法草案」(Human Fertilisation and Embryology Bill, HFE)⁹，引發全球關注⁹。但因人類卵子不易取得，從母牛身上取出一枚卵子，在人體的細胞核與動物的卵子結合下之胚胎，其取得在法律與倫理上雖然較無爭議，但是人獸混合胚胎之研究仍然無法避免之問題在於該胚胎是否屬於「人」或「物」之何種地位？在醫療目的與倫理價值相互衝突時，應如何調合二者價值之維護？乃現今相當重要之兩大課題。

人獸胚胎一般所憂慮的面向如下：

1. 社會風險(細胞質中的粒線體污染之不確定因素)：

線粒體存在於『細胞質』中，為細胞活動提供能量。線粒體有自己的遺傳物質DNA，因此是可以複製遺傳的基因。人體細胞核在動物卵子中發育，人的線粒體和動物的線粒體(細胞質)共同存在，是否存粒線體污染，現在尚不清楚。將動物身上的器官移植到人類身上，將有可能大大增加人類感染動物病毒的風險。因

⁹ HFEA 掌控生死門 防製半人半獸，同前註1。

為一些隱性病毒可能對動物無害，但一旦轉移到人類身上，將可能引發一場致命的危險。例如艾滋病病毒來自動物，目前人類對艾滋病幾乎束手無策，這種擔心不是沒有道理的。

2. 倫理問題：

它打破了人和動物之間的物種界限，令人難以接受。蘇格蘭人類生物倫理委員會的卡勒姆·麥凱勒說：“在人類歷史上，動物和人類在物種上從來都互不相干。這種實驗已經開始侵蝕動物和人之間的界限。”反對墮胎的保守團體反對這類研究，認為此種研究最終會導致出現“基因改良嬰兒”，形成後的人獸混合胚胎本身最終會遭“毀滅”，違背了倫理道德。

三、其涉及之我國相關法規範

(一)、民法

我國民法第 6 條規定：「人之權利能力，始於出生，終於死亡」。民法體系以自然人為權利主體因出生而享有權利能力，又因死亡而終止其權利能力。同法第 7 條特別規定：「胎兒以將來非死產者為限，關於其個人利益之保護，『視』為既已出生」。胎兒權利能力之保護僅以死產為解除條件，原則上視為既已出生（第 7 條）。民法第 7 條使胎兒可例外享有與自然人相同之利益保護，其構成要件為「將來非死產」為限。當胎兒死產時，胎兒之父母不能向加害人主張民法第 184、192、194 條之侵權損害賠償，此反射出胎兒與自然人在民法所受的保護程度不同。

胚胎在文義解釋上非胎兒，故尚非民法所保護之權利主體，亦無權利能力。但由於胚胎生命現象之特殊性，若對於其無權利能力之認定，似有不週且不公平之處。但又由於母體內之胚胎未必會成熟到胎兒，故僅保護幾乎直接成為自然人之胎兒，又有其說服力。儘管胎兒如果無法達到分娩後存活之生命階段，亦不屬於法律主體。反之，胎兒如果能夠達到分娩後存活之生命階段，均享有法律主體之資格。以胎兒之活產與否作為法律主體資格的條件，乃在規範上之重要界限，胚胎屆至成功活產須經複雜歷程，充滿不具確定性。根據「舉重以明輕」的法律推論規則，當胎兒尚且必須為活產才能被評價為法律主體時，則發育階段離完整自然人尚遠的胚胎，更必須在離開母體之後，才能給予其權利能力。因此，胚胎單純在母體內發育無享有權利能力。由此可知，民法第 7 條所稱之胎兒無法涵蓋受精卵或胚胎，就其權利能力之保障，與民法權利主體之自然人明顯有所不同；故對於胚胎之保護，屬於介於權利主體與權利客體間的特殊型態，其係「準人」之地位，僅無法具備權利能力。體外受精之胚胎一樣無法受到與胎兒同等之保護，雖然具有成為人之潛能，然而同理無法享有等同於完全自然人之權利能力。

(二)、刑法

我國刑法對於胎兒保護之規定為刑法第 288 至第 292 條之墮胎罪¹⁰。適用刑法關於墮胎罪之規定，應當首先釐清胚胎或胎兒之文義界限。墮「胎」罪之保護客體乃胎兒，所要保護之法益是胎兒生命。胎兒係指受精卵分裂已逾八週者至分娩程序完成前之生命。反之，受精卵分裂未逾八週者為胚胎，而當被保護之客體為胚胎時，因故意致胚胎於死者，似不構成墮胎罪；當胎兒生命進入分娩程序之後，而致其死者，則構成殺人罪。由此可知，胚胎雖因具有生命價值，但不為刑法所保護之客體，故其與人或胎兒所受到之刑法保護有所不同。但必須注意的是，依現行刑法規定，胎兒有被物化之傾向，蓋第 288 條規定懷胎婦女自行或聽從墮胎罪處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金，比起第 354 條一般毀損器物罪¹¹處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金來得輕，二者保護法益之處罰規定，顯失均衡。

受精卵自著床於子宮之後(通常 14 天之後)至於分娩程序完成之前，就其生命受到刑法之保護，分不同階段，有所不同。在這個胚胎之階段中，應非單純之「物」，但亦非刑法意義之「人」¹²。

進而更推前言之，14 天前未著床的胚胎，更非墮胎罪所保護之客體，其又是否仍為生命體，不無疑義。另一方面，刑法墮胎罪的保護對象，不包括體外授精程序所創造的受精卵或胚胎，且未在母體內發育者。在文義上，這種解釋也比較符合刑法墮胎罪關於「懷胎婦女」的構成要件。唯有在婦女體內發育之胎兒，才能夠與「懷胎婦女」有所關連。若是在婦女體外之胚胎，則與「懷胎婦女」毫無關連，也不適用墮胎罪。故處於母體外之胚胎無論是否已發育超過 14 天，皆非刑法關於墮胎罪之保護客體。

總之，在母體內但尚未著床 14 天之前胚胎，與儲存體外之胚胎，皆非刑法意義下之生命主體；故依根據「舉重以明輕」的推論，其更無法與胎兒一般，受到等同的生命權利之保障。但是這些 14 天之前胚胎至少不能淪為單純之客體地位，僅以財產權標的般之適用關於竊盜罪或毀損罪等之規定。

¹⁰ 刑法第 288 條（自行或聽從墮胎罪）：「I.懷胎婦女服藥或以他法墮胎者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。II.懷胎婦女聽從他人墮胎者，亦同。III.因疾病或其他防止生命上危險之必要，而犯前二項之罪者，免除其刑。」；第 289 條（加工墮胎罪）：「I.受懷胎婦女之囑託或得其承諾，而使之墮胎者，處二年以下有期徒刑。II.因而致婦女於死者，處六月以上五年以下有期徒刑。致重傷者，處三年以上有期徒刑。」；第 290 條（意圖營利加工墮胎罪）：「I.意圖營利，而犯前條第一項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。II.因而致婦女於死者，處三年以上十年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金，致重傷者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科五百元以下罰金。」；第 291 條（未得孕婦同意使之墮胎罪）：「I.未受懷胎婦女之囑託或未得其承諾，而使之墮胎者，處一年以上七年以下有期徒刑。II.因而致婦女於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。III.致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。IV.第一項之未遂犯罰之。」

¹¹ 刑法第 354 條（毀損器物罪）：「毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

¹² 傅馨儀，「從人工生殖法草案探討生命科技對刑法之衝擊與影響」，國立台北大學法學系碩士論文，2004年。

為了避免婦女體外之人工生殖胚胎被物化，違反人性尊嚴，故應當適用人工生殖法第 30 -36 條之刑責或罰鍰，保護之。例如該法第 16 條：「實施人工生殖，不得以下列各款之情形或方式為之：一、使用專供研究用途之生殖細胞或胚胎。二、以無性生殖方式為之。三、選擇胚胎性別。但因遺傳疾病之原因，不在此限。四、精卵互贈。五、使用培育超過七日之胚胎。六、每次植入五個以上胚胎。七、使用混合精液。八、使用境外輸入之捐贈生殖細胞」。違反第十六條第一款或第二款規定者，處其行為人五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百五十萬元以下罰金(第 30 條)。意圖營利，從事生殖細胞、胚胎之買賣或居間介紹者，處二年以上有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金(第 31 條)。其他大都數處以罰鍰者，例如違反第十六條第三款至第八款規定之一者，處新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰鍰(第 32 條)。

(三)、優生保健法

民國 73 年 07 月 09 日公布的優生保健法第 1 條得知該法之立法目的在於「實施優生保健，提高人口素質，保護母子健康及增進家庭幸福……」等語，包括「母」或/與「子」之健康應該一併考量，容許孕母以產前人工篩檢的方式，去除有嚴重遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者以及有畸型發育之虞之缺陷胎兒，以免在其出生後增加其父母及社會國家的負擔，並進而提高全民素質。在此法的立法精神下，比較不會被認為不尊重胎兒之生命權，施行人工流產才始具有正當性。但卻容許該法第 9 條¹³寬鬆規定有關人工流產之條件、同意及標準之「列示條件」，在父母親自願的情況下，得以人工流產的方式剝奪儘管根本未患有重大疾病的胎兒之生存權。此外，優生保健法施行細則第 15 條規定人工流產之施行期間：「I.人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。II.妊娠十二週以內者，應於有施行人工流產醫師之醫院診所施行；逾十二週者，應於有施行人工流產醫師之醫院住院施行。」，更使得胎兒之生存權在妊娠 6 個月內，懷孕婦女得到「合法的」人工流產授權。

胎兒的生存權及孕婦的生命危險或危害身體、精神健康或家庭生活的的基本權在兩者相衝突的利益衡量上，胎兒的生命基本權仍會被犧牲。故從優生保健法的角度檢視胚胎的地位，可以推論出胚胎不具備「人」的地位，否則即使胚胎或胎兒有嚴重缺陷，影響到國家人口素質及造成父母負擔，都不能剝奪其生存權。而從優生保健法類似外國之墮胎法，衡量的法益是婦女的自主權與胎兒的生存權，通常會以婦女的自主權為優先，忽略胎兒的生存權¹⁴。

¹³ 優生保健法第 9 條：「懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一者，得依其自願，施行人工流產：I.一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者。二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病者。三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者。四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者。五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者。六、因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。II.未婚之未成年人或禁治產人，依前項規定施行人工流產，應得法定代理人之同意。III.有配偶者，依前項第六款規定施行人工流產，應得配偶之同意。但配偶生死不明或無意識或精神錯亂者，不在此限。IV.第一項所定人工流產情事之認定，中央主管機關於必要時，得提經優生保健諮詢委員會研擬後，訂定標準公告之。」

¹⁴ 行政院衛生署官方網站：<http://dohlaw.doh.gov.tw/Chi/Default.asp>。

(四)、人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引

起初，衛生署早已於2002年2月19日公布了「胚胎幹細胞研究的倫理規範」，是國內第一個以人類胚胎幹細胞的行政規則¹⁵，其內容如下：

- (一)、研究使用的胚胎幹細胞來源限於：自然流產的胚胎組織、符合優生保健法規定之人工流產的胚胎組織、施行人工生殖後，所剩餘得銷毀的胚胎，但以受精後未逾14天的胚胎為限。
- (二)、不得以捐贈之精卵，透過人工受精方式製造胚胎供研究使用。
- (三)、以「體細胞核移轉技術」製造胚胎供研究使用，因牽涉層面較廣，需再作進一步之審慎研議。
- (四)、供研究使用的胚胎幹細胞及其來源，應為無償提供，不得有商業營利行為，且應經當事人同意，並遵守「研究用人體檢體採集與使用注意事項」。
- (五)、胚胎幹細胞之研究，不得以複製人為研究目的。
- (六)、胚胎幹細胞若使用於人體試驗之研究，應以治療疾病和改善病情為目的，但應遵守醫療法規定，由教學醫院提出人體試驗計畫經核准後方可施行。

依此規範，對胚幹細胞的「人」之地位採取14天分界的原則，且至於體細胞核轉植製造(SCNT)之研究用途胚胎，則採取暫時保留的態度。

繼而最近，衛生署於民國 96 年 08 月 09 日發布「人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引」的行政規則，其內容如下：

- (一)、人類胚胎及胚胎幹細胞研究（簡稱胚胎及其幹細胞研究），應本尊重及保障人性尊嚴、生命權之原則及維護公共秩序善良風俗為之。
- (二)、胚胎及其幹細胞研究應遵守政府有關法令之規定。
- (三)、胚胎及其幹細胞研究不以下列方式為之：
 - 1.使用體細胞核轉植技術製造胚胎並植入子宮。
 - 2.以人工受精方式，製造研究用胚胎。
 - 3.製造雜交體。
 - 4.體外培養已出現原條之胚胎。
 - 5.繁衍研究用胚胎或將研究用胚胎植入人體或其他物種之子宮。
 - 6.繁衍具有人類生殖細胞之嵌合物種。
 - 7.以其他物種細胞核植入去核之人類卵細胞。
- (四)、胚胎及其幹細胞來源，應為無償提供之自然流產、符合優生保健法規定之人工流產、人工生殖剩餘胚胎，或以體細胞核轉植製造且尚未出現原條之胚胎或胚胎組織。
- (五)、胚胎及其幹細胞來源之取得，應於事先明確告知同意事項，經提供者完全理解後，依自由意願簽署書面同意書後為之。
- (六)、以人類卵細胞進行體細胞核轉植研究，應為依法施行人工生殖之剩餘卵細胞，且經受術夫妻或捐贈人書面同意；或經告知成年婦女並取得其書面同意捐贈之卵細胞。
前項卵細胞之提供者，應具行為能力，且不得與計畫主持人有職務上之關係。

¹⁵行政院衛生署官方網站：<http://dohlaw.doh.gov.tw/Chi/Default.asp>。

(七)、胚胎及其幹細胞研究計畫應經研究機構倫理委員會或委託其他機構之

研究倫理委員會審查通過後為之。前項審查，應注意下列事項：

- 1.研究計畫須符合促進醫療與科學發展、增進人類健康福祉及治療疾病之目的。
- 2.難以使用其他研究方法獲得成果。
- 3.計畫內容具備科學品質並符合倫理要求。

依此第 4 條規定人類胚胎及胚胎幹細胞之研究來源，僅言明也包括「……、人工生殖剩餘胚胎，……」而已，卻未如前規定的 14 天之界限，而對胚幹細胞的「人」之地位不採取 14 天分界的原則，衛生署到底似有意否定前者倫理規範或默認延續所定之 14 天分界，不得而知。相反於前者倫理規範之規定，對於體細胞核轉植製造(SCNT)且尚未出現原條之胚胎或胚胎組織作為研究用途的胚胎及其幹細胞來源，則採取允許的態度。

(五)、人工協助生殖技術管理辦法

我國人工協助生殖技術管理辦法發布於民國 83 年 11 月 23 日，廢止於民國 96 年 09 月 10 日。在未有目前民國 96 年 03 月 21 日所公布的人工生殖法之前，人工協助生殖技術管理辦法一直是在進行人工協助生殖時，很重要之參考依據。

人工協助生殖技術管理辦法係針對進行人工協助生殖的臨床機構應該遵守的事項規範，針對不孕症夫妻借助人工生殖技術，而製造胚胎以生殖為目的，而且這樣的胚胎僅供生殖之用，否則若符合該法第 15 條規定¹⁶之其中一種情形者，在兩個月內即予銷毀。但該法第 7 條¹⁷第 4 款規定：「使用供實驗研究用途之精子、卵子或胚胎」，醫療機構雖然不得施行人工生殖技術，但是該管理辦法解釋上已經預留立法者容許對胚胎進行研究實驗之可能性。

不過，人工協助生殖技術管理辦法由於其中的規範明顯涉及到人民之自由權利應是法規命令之性質，然而卻無法律授權，依據行政程序法第 158 條應該是不生效力，只不過為免法秩序變動過大的衝擊，第 174 條之一又有緩衝規定：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第 7 條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效。」，故在 2003 年 1 月 1 日前，若該管理辦法若無取得法律授權，自動逾期失效。此外，人工協助生殖技術管理辦法並未規範剩

¹⁶ 人工協助生殖技術管理辦法第 15 條（精、卵銷燬）：「I.醫療機構於捐贈人所捐贈之精子或卵子，或受術夫妻之精子、卵子或胚胎有下列各款情形之一時，應不得再使用，並於情形發生後二個月內銷燬之：一、保存逾十年。二、捐贈人或受術夫妻一方死亡。三、受術夫妻完成活產一次。II.保存未逾十年之冷凍胚胎於完成活產一次後，經同一受術夫妻要求，醫療機構得協助其再完成活產一次，不受前項第三款之限制。III.醫療機構為第一項銷燬時，應依第十二條第一項規定辦理。」

¹⁷ 人工協助生殖技術管理辦法第 7 條（除外條件）：「有下列情形之一者，醫療機構不得施行人工生殖技術：一、捐贈人與異性之受術夫妻間有民法第九百八十三條之親屬關係。二、捐贈人與受贈人經依第五條檢查及評估不合格者。三、使用培育超過十四天以上之胚胎。四、使用供實驗研究用途之精子、卵子或胚胎。五、施行代理孕母方式。六、施行無性生殖方式。」

餘胚胎利用於研究時，該原精、卵捐贈者的同意問題。

(六)、人工生殖法草案

人工生殖法草案總說明中，有「對於生殖細胞及胚胎應予尊重，不得任意移為人類品種改良之實驗」的敘述，且該草案第 18 條的說明提到「生殖細胞是否具有人格，在立法例、學說上雖有爭議，惟究其性質上不宜與一般之物同視」等語。人工生殖法草案承認對胚胎應予尊重，可以得知胚胎雖不具真正「人」的地位，但絕對不能將之視為「物」，淪為「工具」的客體地位¹⁸。

人工生殖法草案第 17 條第 6 款的「說明」：「體外受精培育超過 14 日之胚胎，其神經系統已發育，且為一個體」，似乎表明了以 14 天作為一關鍵性的交界，也就是說，14 天以上已經是一個體，不能任意處置；反之，未及 14 天的前胚胎神經系統尚未發育，不會感覺痛苦，而且不是一個「個體」，可以加以處分支配。

雖然人工生殖法只是個草案，且立法說明亦不是法條本身，不具法拘束力，但該管理辦法深具主管機關之意見參考價值，探求該規定的意旨。以此推論得知，為幹細胞研究所使用的胚胎實驗，只可以針對 14 天以下的前胚胎為之。此外，人工生殖法草案尚有不足之處，例如告知後同意的問題：身體完整權及人格權乃憲法所保障之基本人權，因此凡是對人之身體、組織、器官之使用，即使只是極小一部份，都必須告知主體者後，得其同意。

民國 96 年 03 月 21 日最新公布的人工生殖法第 16 條第五款¹⁹又再往前推到第七天，似乎認定係以 7 天作為個體與客體的新界限。

(七)、人工生殖法

生殖原為天賦本能，但對於部份罹患不孕症無法自行生育，或罹患遺傳性疾病不宜自行生育子嗣之人，醫學上實有必要以先進之科技為其解決子嗣綿延及繼續之問題，此際人工生殖技術乃應運而發展。

在人工生殖法草案總說明裏，言及：「西元一七九九年英國醫生 John Hunter 完成人類第一個人工授精成功之案例，西元一九七八年世界上第一個試管嬰兒在英國出生，臺灣第一位試管嬰兒在民國七十四年出生，迄今已屆二十年，一連串醫學突破創舉，將人類生殖技術推入新紀元，更為生育有障礙之夫婦帶來新希望。生殖技術對生命尊重及生命品質提昇之衝擊，已超越傳統醫療倫理僅以醫病關係建構之範圍，而進入「生命倫理」思索之範疇。鑑於人工生殖科技與任何科技相同，皆難以完全避免其負面影響，例如精子、卵子供應淪為商業買賣；精子、卵子或胚胎篩檢不嚴及技術草率造成不良後代；同一捐贈人多次提供精子可能造成未來子代亂倫之隱憂；或以無性生殖方式實施人工生殖，將導致社會倫常之崩解等等。因此，行政院衛生署自民國七十五年起，即陸續訂定「行政院衛生署人工生殖技術管理諮詢小組設置要點」、「人工生殖技術倫理指導綱領」及「人工協助

¹⁸ 衛署醫字第 85010919 號：「胚胎之處理應給予相當之人道尊重」，請參照行政院衛生署官方網站：<http://dohlaw.doh.gov.tw/Chi/Default.asp>。」

¹⁹ 立法理由：「體外受精培育超過十四日之胚胎，其神經系統已發育，已不適合植入，另有鑑於體外受精培育之胚胎培育時間越久，如超過六天以上，要植入人體時，可能附著在植入管上，不易植入子宮內，並且子宮內膜趨於老化造成著床率降低，影響成功率，故目前實務上，醫界大多是將體外受精培育約三至五日之胚胎植入人體，爰為第五款規定。」

生殖技術管理辦法」等，據以提供倫理指導及管理。惟上開規定均屬職權命令或行政規則，不能充分規範人工生殖技術之施行，致受術夫妻及人工生殖子女之權益亦無從獲得充分保障，爰制定人工生殖法。基於維護生命之倫理及尊嚴，人工生殖技術應以治療不孕為目的，而非作為創造生命之方法；對於生殖細胞及胚胎應予尊重，不得任意移為人類品種改良之實驗，並禁止為商業目的，而實施人工生殖技術及其相關之行為。對於人工生殖子女之地位，以子女最高利益為指導原則，爰適規定人工生殖子女之地位，以維護其權益。規範之內容應包括醫事法層面之管理、當事人間之權利義務關係及可能產生之法律責任等；至於以代理孕母方式之人工生殖，因涉及科學、倫理、法律、社會道德等層面之問題，經深入研議，爰參酌專家學者之意見，將人工生殖法與代理孕母採脫鉤方式處理，在本法草案中，未對代理孕母之施術條件、人工生殖子女之地位、醫療機構之管理等相關事項加以規定，併予敘明。」

民國 96 年 03 月 21 日所公布的人工生殖法有關胚胎或生殖細胞使用之重要規定，列舉如下：

1. 第 2 條本法用詞定義如下：「一、人工生殖：指利用生殖醫學之協助，以非性交之人工方法達到受孕生育目的之技術。二、生殖細胞：指精子或卵子。三、受術夫妻：指接受人工生殖之夫及妻，且妻能以其子宮孕育生產胎兒者。四、胚胎：指受精卵分裂未逾八週者。」

2. 第 16 條²⁰：「實施人工生殖，不得以下列各款之情形或方式為之：

一、使用專供研究用途之生殖細胞或胚胎。二、以無性生殖方式為之。三、選擇胚胎性別。但因遺傳疾病之原因，不在此限。四、精卵互贈。五、使用培育超過七日之胚胎。六、每次植入五個以上胚胎。七、使用混合精液。八、使用境外輸入之捐贈生殖細胞。」

²⁰ 立法理由：「為確保受術夫妻及人工生殖子女之權益，避免人工生殖遭濫用，以維護社會倫常，爰禁止人工生殖以特定方式實施：一、基於生命倫理之考量，專供研究用途之生殖細胞或胚胎，自應不得作為人工生殖之用，爰為第一款規定。二、以生物複製技術之無性生殖方式實施人工生殖，將使人之存在價值及尊嚴淪喪，造成社會倫常秩序之崩解，爰為第二款規定。三、禁止實施子代之性別選擇，以維持性別之自然平衡，爰為第三款規定。四、精卵互贈因易衍生指定對象、有償捐贈及人工生殖子女身分認定等問題，爰為第四款規定。五、體外受精培育超過十四日之胚胎，其神經系統已發育，已不適合植入，另有鑑於體外受精培育之胚胎培育時間越久，如超過六天以上，要植入人體時，可能附著在植入管上，不易植入子宮內，並且子宮內膜趨於老化造成著床率降低，影響成功率，故目前實務上，醫界大多是將體外受精培育約三至五日之胚胎植入人體，爰為第五款規定。六、為避免植入過多之胚胎，造成受術妻身體健康之傷害，及依據九十二年行政院衛生署國民健康局人工生殖資料庫之資料顯示，國內人工生殖醫療機構於植入超過四個以上之胚胎數，未對受孕成功率有顯著提升，並參考台灣生殖醫學會所訂「胚胎植入數目指導原則」，爰為第六款規定。七、使用混合精液無法增加受孕率，卻可能造成無法確認父系來源之後果，爰為第七款規定。八、境外輸入之捐贈生殖細胞，可能引進境外人種之特殊遺傳疾病，爰為第八款規定。」

3.第 21 條²¹：「I.捐贈之生殖細胞有下列情形之一者，人工生殖機構應予銷毀：一、提供受術夫妻完成活產一次。二、保存逾十年。三、捐贈後發現不適於人工生殖之使用。II.受術夫妻之生殖細胞有下列情形之一者，人工生殖機構應予銷毀：一、生殖細胞提供者要求銷毀。二、生殖細胞提供者死亡。三、保存逾十年。但經生殖細胞提供者之書面同意，得依其同意延長期限保存。III.受術夫妻為實施人工生殖形成之胚胎，有下列情形之一者，人工生殖機構應予銷毀：一、受術夫妻婚姻無效、撤銷、離婚或一方死亡。二、保存逾十年。三、受術夫妻放棄施行人工生殖。IV.人工生殖機構歇業時，其所保存之生殖細胞或胚胎應予銷毀。但經捐贈人書面同意，其所捐贈之生殖細胞，得轉贈其他人工生殖機構；受術夫妻之生殖細胞或胚胎，經受術夫妻書面同意，得轉其他人工生殖機構繼續保存。V.前四項應予銷毀之生殖細胞及胚胎，經捐贈人或受術夫妻書面同意，並報經主管機關核准者，得提供研究使用。」

第 22 條²²：「依本法捐贈之生殖細胞、受術夫妻之生殖細胞及受術夫妻為實施人工生殖形成之胚胎，人工生殖機構不得為人工生殖以外之用途。但依前條第五項(應予銷毀之生殖細胞及胚胎，經捐贈人或受術夫妻書面同意，並報經主管機關核准者)規定提供研究使用之情形，不在此限。」

第 31 條²³：「I.意圖營利，從事生殖細胞、胚胎之買賣或居間介紹者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以上一百萬元以下罰金。II.犯前項之罪者，所得之財物沒收之；如全部或一部不能沒收時，追徵其價額或以其財產抵償之。」

(八)、人工生殖技術倫理指導綱領

民國 75 年 07 月 08 日發布且於民國 78 年 10 月 20 日修正的「人工生殖技術倫理指導綱領」樹立了諸多原則：

原則一、人工生殖技術乃於不得已之情況下所施行的必要性醫療行為：

1 人工生殖技術之施行應以下列夫妻為限：

(1).罹患不孕症且無法治癒者。

(2).一方罹患遺傳性症病有生育異常子女之虞者。

²¹ 立法理由：「一、目前生殖細胞與胚胎之保存技術雖有進步，惟仍存有易突變及其他不易發現之風險。為避免保存過久，影響其品質及世代間隔，造成人倫秩序之乖違，且為避免同一捐贈人重複捐贈，易造成血統紊亂，爰於第一項、第二項及第三項分別規定捐贈之生殖細胞、受術夫妻之生殖細胞或受術夫妻為實施人工生殖形成之胚胎之銷毀條件。二、人工生殖機構歇業時，原則上規定其所接受捐贈生殖細胞應予銷毀，惟考量國內捐贈生殖細胞之來源匱乏，爰為但書規定，經捐贈人書面同意，其所捐贈之生殖細胞，得轉贈其他人工生殖機構；受術夫妻之生殖細胞或胚胎，經受術夫妻書面同意，得轉其他人工生殖機構繼續保存，以資彈性。三、第五項明定應予銷毀之生殖細胞及胚胎，得提供研究使用之條件。」

²² 立法理由：「為避免依本法捐贈之生殖細胞、受術夫妻之生殖細胞及受術夫妻為實施人工生殖形成之胚胎，被擅自實施人工生殖以外之用途，爰為本條之規定。」

²³ 立法理由：「一、生殖細胞與物不能等同看待，意圖營利，從事生殖細胞、胚胎之買賣或居間介紹者等行為，不僅影響當事人權益，對於人性尊嚴亦有所傷害，具有相當之反社會性，爰為第一項規定。二、從事商業行為通常有對價關係，故其因此所獲之財物應予沒收；如全部或一部不能沒收時，並應追徵其價額或以其財產抵償之，爰為第二項規定。」

前項夫妻之一方應具製造生殖細胞之能力，並不得同時受贈精子及卵子，且妻方能以其子宮孕育生產胎兒者。

2. 執行人工生殖技術，應由具備婦產醫學、生殖醫學、內分泌學及遺傳學等知識與能力之合格醫師為之。

除單純之配偶間精子植入術外，應僅限於在具備有關之合格醫事人員及充分有關技術設備之醫院中進行。

3. 為確保受術夫妻及其子嗣之權益，精子、卵子來源之篩檢、提取與保存應加以嚴密之安全管制。

4. 精子、卵子之捐贈者以捐贈一處為限。

精子、卵子或胚胎之保存期限，以十年為限。

捐贈者死亡，其所捐贈之精子或卵子應予銷毀。

原則二、人工生殖技術乃非商業行為：

人工生殖技術係慈善性質之醫療行為，不得以任何方式買賣精、卵或胚胎。

原則四、5. 下列人工生殖技術之施行應予以禁止：

(1). 出於營利動機之媒介與供給。

(2). 純以優生為動機之人工生殖，但有罹患先天或遺傳性疾病不適生育之情況者不在此限。

(3). 代理孕母方式之人工生殖行為。

(4). 使用培育超過十四天之胚胎。

(5). 使用供實驗研究用途之精子、卵子或胚胎。

(6). 捐贈者與受贈者間有民法第九百八十三條之親屬關係。

(九)、人工生殖資料通報及管理辦法

民國 96 年 08 月 08 日所發布的人工生殖資料通報及管理辦法之重要規定，列舉如下：

1. 第 2 條：「人工生殖機構（以下簡稱機構）應通報之人工生殖資料如下：

一、生殖細胞捐贈人健康檢查及評估。二、捐贈生殖細胞施術結果。三、捐贈生殖細胞或以捐贈之生殖細胞形成之胚胎未完成捐贈、返還、銷毀、轉贈或轉移之資料。四、人工生殖開始使用排卵藥物等進入治療週期個案之資料。

五、人工生殖個案資料。六、受術夫妻生殖細胞或胚胎銷毀資料。」

2. 第 6 條：「第四條之資料非有下列情形之一，不得解除列管：一、該捐贈人未完成實際捐贈程序，且經通報主管機關者。二、該捐贈人之生殖細胞或以捐贈之生殖細胞形成之胚胎已全數銷毀，並通報主管機關者。三、該捐贈人生殖細胞或以捐贈之生殖細胞形成之胚胎已使用而未有活產，且施術後已無儲存，並通報主管機關者。」

3. 第 8 條：「機構使用捐贈之生殖細胞或以捐贈之生殖細胞形成之胚胎為受術夫妻施行人工生殖時，應於施術日起十二週內填報捐贈生殖細胞施術結果通報表（附表三）第一聯，並應於預產日起二個月內填報同表第二聯。」

4. 第 9 條：「I. 機構遇有下列情形之一，應於事實發生日起二個月內填報捐贈生殖細胞或以捐贈之生殖細胞形成之胚胎未完成捐贈、返還、銷毀、轉贈或轉移通報表（附表四）：一、依第四條第一項列管之捐贈人，無法完成捐贈者。二、依本法第十九條但書規定，返還捐贈人未經銷毀之生殖細胞者。三、依本法第二十

一條第一項至第四項之規定為銷毀者。II.依本法第二十條及第二十一條第四項規定之轉贈及轉移，應由轉出機構將個案之附表一至附表三、捐贈人或受術夫妻之書面同意書及主管機關回復等有關資料影本移由轉入機構保存，並由轉入機構於附表四簽章確認。III.前項轉出機構應於轉贈或轉移完成日起二個月內，檢具附表四向主管機關通報。」

(十)、人工生殖子女親屬關係查詢辦法

人工生殖法第二十九條規定：「I.人工生殖子女，或其法定代理人，遇有結婚對象有違反民法第九百八十三條規定之虞時、被收養人有違反民法第一千零七十三條之一規定之虞時、違反其他法規關於限制一定親屬範圍規定之虞時，得向主管機關申請查詢。II.前項查詢之適用範圍、查詢程序、內容及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」，考量接受精卵捐贈之人工生殖子女其地位與傳統民法規定者有所出入，與結婚對象於血緣上不無發生民法有關近親結婚、收養等禁止情形之可能，為符合優生保健之需求，避免造成血統紊亂，因此制定「人工生殖子女親屬關係查詢辦法」²⁴，並於民國 96 年 06 月 23 日公佈，其重要規定，列舉如下：

- 1.第 2 條：「人工生殖子女或其法定代理人（以下稱申請人）遇有人工生殖法第二十九條第一項各款情形之一者，得向主管機關申請人工生殖子女證明書。」
- 2.第 3 條：「人工生殖子女擬結婚或被收養時，其結婚對象或收養人得持主管機關出具之人工生殖子女證明書，向戶政事務所申請相關之戶籍謄本，為填具、核對親屬表之用。」
- 3.第 4 條：「申請人向主管機關申請查詢時，應檢具下列文件：一、本人之國民身分證（外籍人士請附有統一證號或護照號碼之證明文件）。二、人工生殖子女親屬關係查詢申請表。三、親屬表。」
- 4.第 5 條：「本辦法之查詢範圍，以民國八十七年以後於主管機關人工生殖資料庫登錄之個案為限。」
- 5.第 6 條：「本辦法所定查詢業務，主管機關得委任其所屬國民健康局或委託相關團體辦理之。」

四、我國大法官解釋對於人性尊嚴的實踐

我國憲法雖未有明文規定「人性尊嚴」條款之保護，但「人格尊嚴」的用語最先明訂於民國 81 年 5 月第二次憲法增修條文第 18 條基本國策的第 3 項第 2 句：「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。」。其間經歷條文次序的變更，迄今民國 94 年 6 月第 7 次憲法增修條文第 10 條第 6 項規定，其內容未曾更改過²⁵。

吾人整理出援用人性尊嚴之相關大法官解釋，如下：

²⁴ 全文共七條，其重點如下：一、本辦法之訂定依據（第一條）。二、本辦法之申請人及適用時機（第二條）。三、接受精卵捐贈之人工生殖子女，其結婚或收養人填具親屬表應辦理事項（第三條）。四、申請人向主管機關申請查詢與擬結婚或收養對象有無違反民法親屬關係規定應檢附之文件（第四條）。五、本辦法之查詢範圍（第五條）。六、本辦法之委任機關或委託團體（第六條）。七、本辦法施行日期（第七條）。

²⁵ 江玉林，人性尊嚴與人格尊嚴—大法官解釋中有關尊嚴論述的分析，月旦法學教室，2004 年 6 月，頁 116-123。

1. 釋字第 365 號民國 83 年 9 月 23 日，有關民法就親權行使父權優先之規定是否違憲之問題，理由書：

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」以及憲法增修條文第九條第五項：「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」，分別定有明文。由一男一女成立之婚姻關係，以及因婚姻而產生父母子女共同生活之家庭，亦有上述憲法規定之適用。因性別而為之差別規定僅於特殊例外之情形，方為憲法之所許，而此種特殊例外之情形，必須基於男女生理上之差異或因此差異所生之社會生活功能角色上之不同，始足相當。

2. 釋字第 372 號民國 84 年 2 月 24 日，有關夫妻一方不檢致他方行為過當，非當然構成「不堪同居虐待」之判例是否違憲之問題：

解釋理由書：人格尊嚴之維護與人身安全之確保，乃世界人權宣言所揭示，並為我國憲法保障人民自由權利之基本理念。（民國 83 年 8 月 1 日第三次）憲法增修條文第九條第五項規定：「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」即在宣示上述理念。此一憲法意旨，於婚姻關係及家庭生活，亦有其適用，業經本院釋字第三六五號解釋釋示在案。婚姻係以夫妻之共同生活為目的，配偶應互相協力保持其共同生活之圓滿、安全及幸福，因而夫妻應互相尊重以增進情感之和諧，防止家庭暴力之發生，不僅為維繫婚姻所必要，亦為社會大眾所期待。民法第一千零五十二條第一項第三款規定夫妻之一方受他方不堪同居之虐待者，得向法院請求離婚，旨在維持夫妻任何一方之人格尊嚴與人身安全。若一方受他方不堪同居之虐待，夫妻繼續共同生活之目的，已無可期待，自應許其訴請離婚。所謂「不堪同居之虐待」應就具體事件，衡量夫妻之一方受他方虐待所受侵害之嚴重性，斟酌當事人之教育程度、社會地位及其他情事，是否已危及婚姻關係之維繫以為斷。若受他方虐待已逾越夫妻通常所能忍受之程度而有侵害人格尊嚴與人身安全者，即不得謂非受不堪同居之虐待。

3. 釋字第 400 號民國 85 年 4 月 12 日，有關行政院就有公用地役關係既成道路不予徵收之函釋是否違憲之問題：

憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。如因公用或其他公益目的之必要，國家機關雖得依法徵收人民之財產，但應給予相當之補償，方符憲法保障財產權之意旨。

4. 釋字第 445 號民國 87 年 1 月 23 日，有關集會遊行法相關規定是否違憲之問題：本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。國家所以保障人民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的。

5. 釋字第 485 號民國 88 年 5 月 28 日，眷村改建條例等法規就原眷戶之優惠規定是否違憲之問題：

憲法係以促進民生福祉為一項基本原則，此觀憲法前言、第一條、基本國策章及憲法增修條文第十條之規定自明。本此原則國家應提供各種給付，以保障人民得維持合乎人性尊嚴之基本生活需求，扶助並照顧經濟上弱勢之人民，推行社會安

全等民生福利措施。前述措施既涉及國家資源之分配，立法機關就各種社會給付之優先順序、規範目的、受益人範圍、給付方式及額度等項之有關規定，自享有充分之形成自由，斟酌對人民保護照顧之需求及國家財政等社會政策考量，制定法律，將福利資源為限定性之分配。

6. 釋字第 490 號民國 88 年 10 月 1 日，有關兵役法服兵役義務及免除禁役規定是否違憲之問題：

服兵役之義務，並無違反人性尊嚴亦未動搖憲法價值體系之基礎，且為大多數國家之法律所明定，更為保護人民，防衛國家之安全所必需，與憲法第七條平等原則及第十三條宗教信仰自由之保障，並無抵觸。

7. 釋字第 550 號民國 91 年 10 月 4 日，有關健保法責地方政府補助保費之規定是否違憲之問題：

憲法基本國策條款乃指導國家政策及整體國家發展之方針，不以中央應受其規範為限，憲法第一百五十五條所稱國家為謀社會福利，應實施社會保險制度，係以實施社會保險制度作為謀社會福利之主要手段。而社會福利之事項，乃國家實現人民享有人性尊嚴之生活所應盡之照顧義務，除中央外，與居民生活關係更為密切之地方自治團體自亦應共同負擔（參照地方制度法第十八條第三款第一目之規定），難謂地方自治團體對社會安全之基本國策實現無協力義務，因之國家推行全民健康保險之義務，係兼指中央與地方而言。

8. 釋字第 567 號民國 92 年 10 月 24 日，有關預防匪諜再犯辦法管制之規定是否違憲之問題：

思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。

9. 釋字第 585 號民國 93 年 12 月 15 日，有關真調會條例是否違憲之問題：

理由書之第五點：隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五〇九號、第五三五號解釋參照）。立法院行使調查權如涉及限制憲法所保障之人民基本權利者，不僅應有法律之依據，該法律之內容必須明確，且應符合比例原則與正當法律程序。

10. 釋字第 588 號解釋民國 94 年 1 月 28 日，有關行政執行法拘提管收事由相關規定是否違憲之問題，其一部協同意見書及一部不同意見書，大法官彭鳳至意見如下：

行政執行法上之拘提管收制度，有違人性尊嚴之要求。就此本件多數意見似採否定見解；部分大法官則對以管收為實現公法上金錢債權之強制執行手段，根本持反對態度，就聲請意旨之前開主張，似採肯定見解，但均未提出具體理由。本席認行政執行法規定公法上金錢給付義務之行政執行，得以拘提、管收為強制措施，並不當然違反「人性尊嚴」而違憲之理由，有補充說明之必要。

11. 釋字第 603 號民國 94 年 9 月 28 日，有關戶籍法第 8 條第 2、3 項捺指紋始核發身分證規定是否違憲之問題：

維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障（本院釋字第五八五號解釋參照）。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。惟憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。指紋乃重要之個人資訊，個人對其指紋資訊之自主控制，受資訊隱私權之保障。而國民身分證發給與否，則直接影響人民基本權利之行使。

12. 釋字第 631 號民國 96 年 7 月 20 日，有關 88 年 7 月 14 日制定公布之通訊保障及監察法第 5 條第 2 項規定是否違憲之問題：

秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第 603 號解釋參照），憲法第十二條特予明定。國家若採取限制手段，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保障人民基本權利之意旨。

由以上諸多我國大法官解釋可得而知，我國大法官解釋有時以「人格尊嚴」或者「人性尊嚴」不同用語，則經常於其解釋文、解釋理由書或不同意見書的論述中，大法官顯然認為「人格尊嚴」即「人性尊嚴」之同義語。「人性尊嚴」除了我國學說²⁶對其有較具體的說明之外，可惜的是，我國大法官釋憲實務上，對於人性尊嚴在憲法的規範內容上，並沒有提出明確的具體闡釋，以及有疑問的是，胚胎得否主張人性尊嚴的保護。做為繼受德國憲政思潮的其中一員之我國，將人性尊嚴成為我國憲法的諸多基本原則之一，應是無爭議的共識。

參、人獸混合胚胎案例之主要爭點

一、胚胎是否為「人」？

從我國人工協助生殖技術管理辦法第 3 條第 5 款定義「胚胎：指受精卵分裂未逾八週者」且人工生殖法草案定義為「胚胎：指分裂未逾八週知受精卵」，直到民國 96 年 03 月 21 日公布的人工生殖法第 2 條第 4 款：「胚胎：指受精卵分裂未逾八週者」，三者定義胚胎之內容皆屬一致。無論是「有性生殖之胚胎」或「無性生殖（體細胞核轉殖技術）之胚胎」，最後均可產出完整的人類個體，所以人類胚胎幹細胞的研究引發了激烈且敏感的倫理之爭議，其主要集中在兩個問題上：第一，取得胚胎幹細胞的過程大多造成胚胎的破壞，往往造成胚胎的死亡。於是，胚胎是不是「人」，研究胚胎幹細胞是不是「毀滅生命」成為各國是否法律管制及倫理道德的爭論焦點；第二，雖然大多國家都表示反對再生性之複製，醫療性之複製必然利用再生性之複製方法，二者無本質差異性，只是目的不同而

²⁶人性尊嚴具有兩項基本內涵：人的主體性及其自由意志，請參閱李惠宗，憲法要義，元照出版社，4 版，2004 年，頁 75-77；陳慈陽，憲法學，元照出版社，2004 年，頁 476。

已，但一部分國家認為二者之目的截然不同，支持醫療性之複製係允許的²⁷，但我國行政院衛生署仍然不允許此種利用「體細胞核轉殖」的複製技術之醫療目的²⁸。

自1973年美國最高法院判決墮胎合法之後，子宮內的生命算不算是一個享有人權主體的「人」就一直是個爭論不休的話題。在探討胚胎的法律地位時，其爭論和當年墮胎爭議相當類似，犧牲一個「是不是人」的胚胎來拯救一個急待移植幹細胞的病人是否好事一樁？根本原因在於到底胚胎算不算是一個人，有正當理由來拯救另一個人？如果不是，則何時他們才具備「人」的資格？這些賦予他們「人」的法律地位之標準是什麼？胎兒和胚胎的生命界線在哪裏？

胚胎算不算是人，有以下幾種說法：一、自精卵結合的那一刻起，一個人的生命就開始了。但目前的科技已幫助我們了解精卵結合並非「一刻」即可完成，反而需要大約一天的時間才能完成全部過程，所以藉由科技與儀器的協助我們可以重新定義所謂的「一刻」，新生命始於結合後，「新的」雙套(2N)染色體細胞才開始有自己的生命活動時；二、另一種說法是自受精卵著床開始算起(約第7天)胚胎才算是人，原因是在這之前有許多受精卵都無法成功著床，造成自然流產(約68-80%)。但此說法的弱點在於流產(受精卵死亡)與否並不能決定其法律地位，就像一群癌症末期病人可能有80%會死亡，但並不會影響其作為一個「人」的地位與資格；三、還有一種說法是人類生命始於原條(primitive streak)發育之時，原條代表人類神經系統發育的最早時期，也就是大約在受精第14天的時候；四、另一種傳統說法則認為從母親開始感覺到「胎動」那一刻，胎兒才算是一個人，但這說法在超音波的檢視下已難成立，因為早在母親感覺得到胎動之前，胎兒就已在羊水中「運動」很久了。

目前英國所採取的態度是第14天的時候，蓋在這之後胚胎才有感覺，有神經，也才知道痛，才有生命的開始，因此在這之後銷毀他是不人道的。這些14天前的胚胎許多論著取名為「前胚胎」²⁹(pre-embryo)，這樣不但可以和「胚胎」分別出來，也可以減少科學家銷毀胚胎時道德良心的壓力。人工生殖法草案第17條第6款³⁰的「說明」：「體外受精培育超過14日之胚胎，其神經系統已發育，且為一個體」，似乎表明了以14天作為一關鍵性的交界，也就是說，14天以上已經是一個體，不能任意處置，相反地，未及14天的前胚胎神經系統尚未發育，不會感覺痛苦，而且不是一個「個體」，可以加以支配。民國91年02月19日衛

²⁷ 張立明，人類胚胎幹細胞的倫理考量，醫學教育，8卷2期，2004年，頁65-77。

²⁸ 行政院衛生署民國92年11月04日所公佈的「體細胞治療人體試驗申請與操作規範」(衛署醫字第0920202477號)：「體細胞療法之定義：本規範所稱體細胞療法(somatic cell therapy)係指使用取自病患同種自體(Autologous)、同種異體(Allogeneic)或異種異體(X-enogeneic)或其他經中央主管機關核准之體細胞或幹細胞，並經體外培養後所衍生的細胞，以達到疾病治療、診斷或預防目的之醫療技術。」、「有關體細胞療法之適用原則：絕對禁止進行涉及或會影響人類生殖遺傳功能之體細胞療法，包括以個人的體細胞核轉殖入去核的卵細胞，或以其他方法複製人類個體。又，直接採取受孕十四天以上之人類胚胎為原料繁殖分化，成為特殊細胞組織或使用於病人之體細胞療法亦絕對禁止。」

²⁹ 張靖梅、林獻鋒，著床前胚胎遺傳診斷之臨床應用與倫理爭議，醫護科技學刊，6卷2期，2004，頁133-140。

³⁰ 人工生殖法第16條第5款卻以7天作為一關鍵性的交界。

生署所公佈的「胚胎幹細胞研究的倫理規範」第1條第3款規定研究使用的胚胎幹細胞來源限於施行人工生殖後，受精後剩餘得銷毀未逾14天的胚胎，明顯也認定超過14天的胚胎已為一種生命型態。然而，最近民國 96 年 08 月 09 日發布的「人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引」第4條規定人類胚胎及胚胎幹細胞之研究來源，僅言明也包括「……………、人工生殖剩餘胚胎，……」而已，卻未如前規定的14天之界限，衛生署到底似有意否定或默認延續之，極易引發爭議。

然而，以14天決定胚胎是否算是人，以有感覺者算人，沒感覺者不能算人，以此類推則會把所有中風、昏迷的病人都排除在人類之外。沒有感覺，沒有神經，不知道痛，並不表示沒有資格稱為人，不能以有無神經功能來決定是否作為人之本質，中風的人、植物人或昏迷者仍不能因此否定他們「人」的地位而隨便殺死他們。而且14天只是一個「人為的界定，而非自然現象的分野」。胚胎是活的生命體何以第14天晚上他還可銷毀實驗，卻到第15凌晨就擁有神聖不可侵犯的人權之主體地位？可見這14天的界定，事實上並非自然與科學的分界，而是人為訂定的標準，以此界定生命的開始，僅以執行方便之著眼點。我們實在無法否認14天前的胚胎仍是有生命的人。另一說法認為由人類胚胎發育的過程來看，精子和卵子結合成單一細胞的受精卵。受精數小時之後細胞會分裂成4倍體的「全能性細胞」(Totipotent cells)，這時將4倍體的任何一個細胞植入女性子宮內都有能力發育成一完整個體。在此時期若將各細胞分離，每一個細胞皆可能發展出一個單獨且基因完全相同的個體。受精後分裂成為兩個或四個基因相同的多細胞，他們也都還是個別的生命，生出來的話就是多胞胎，所以受精數小時內之胚胎事實上是大於或等於一個人。亦有論者認為以體外受精(IVF)方式製造的胚胎是人，而經由體細胞核轉殖(SCNT)之技術做出來的胚胎則不能算是人，其理由是，SCNT使用的細胞是體細胞(如皮膚細胞)加上卵，而非精、卵的結合，所以該胚胎只不過是體細胞的延伸。但是不論IVF和SCNT作出來的的胚胎都是具有雙套(2N)染色體的人生命，只要用相同環境培養，放入子宮內皆都能長成一個成體，例如桃莉羊便是一例。因此若以其生成方式的差異來否定其人之主體性，則桃莉羊就不能算是「羊」。另有人說許多的新科技在剛開始時都受到排斥，例如心臟移植手術在起初受到很多阻力，但後來人們漸漸接受了，而且也證明了這是個有益於人類的手術，故破壞人類胚胎以取得幹細胞，進行相關之研究是必要之惡，應該也會日漸受到接受。心臟移植手術這是歷史事實的陳述，但在邏輯上，仍然無法推論出破壞人類胚胎，進行其醫療目的之研究是具有正當性的，正如當年德國納粹與日本731細菌部隊進行許多不人道的人體實驗，儘管當時係以其醫療目的之研究為名義受到很多人之反對，今天證明這些反對者是對的。部分贊成墮胎的人士認為胚胎或胎兒在出生之前都不能算是人，所以他們沒有任何權利主體之地位，母親及醫師隨時都可以用人工流產結束其生命。甚至於Princeton大學教授Peter Singer，他主張連嬰兒都不算是人，因為『嬰兒無自我意識，無法體認到自我存在，他們並不能算是人。』³¹，個體是否具有理性及自決性(autonomy)來決定是否算是人，也是以理性功能來決定是否作為人之本質，若僅以具備理性及自決性的人才算是人的話，那麼嬰孩和智障、精神病人無理性及自決性可言，是否都不能算是人了？因此我們可以將『它們』拿去研究做實驗嗎？

³¹ P. Singer, Practical Ethics, Cambridge, Cambridge University Press, first ed., 1979, p.122-123.

在2003年10月美國參、眾兩院卅年來首次採取同一立場，通過一項禁止「半生產墮胎」（partial birth abortion，指懷孕後期的墮胎）的法案，其原因就是胎兒發育到後期其實與早產兒無異，使用殘忍的手術方法硬把後期的胎兒墮胎掉是令人難以接受的。可見出生前都不算是人一說的弱點在於，似乎把胎兒是否經過「產道」當作權利主體的唯一標準，這樣不合邏輯的理論顯然已受到否決。任何蓄意殺害一個「可能是人」的存有者，與意圖殺人者沒有兩樣，同樣原則適用於胚胎。

綜合上述，第7天受精卵著床說、第14天的人類神經系統發育、胎動說、IVF和SCNT技術說、產道說以及理性及自決性說等皆無法成為是否具有「人」的法律地位之唯一標準。吾人以為現代科技已經證實精卵融合的剎那，毋寧即是一個獨立人類新生命的開始。不管是從遺傳基因學的角度，或從個體發生的自然律法都揭示出生物體自精卵融合的那一刻時起，就由其遺傳訊息調控著，並開啟一個獨立新的生命，胚胎發展經由一連串無中斷的階段，達其生命狀態的最後型式。雖然胚胎歷經複雜的各個階段，但仍保持著同一個體性，精卵的結合時起即自始擁有「人」的地位。

二、胚胎有無「權利能力」？

人類的受精卵或胚胎有無「權利能力」？大致可以歸納以下四種之論點：

(1). 人類的受精卵或胚胎是「物」，而非「人」。基於此論點，人類的受精卵或胚胎不受優生保健法之保護³²、刑法的墮胎罪只保護胎兒，而不保護受精卵或胚胎。如果他人毀損人類的受精卵或胚胎，則只觸犯刑法的毀損一般物品罪或構成民法上之侵權行為。

其遭受之批判如下：人類的受精卵或胚胎是「未來可能之人」，顯然不宜將其法律地位與「物」等同視之，否則其將如同「物」一般可以任意地被自由處分。依據物權法定主義，法律上未明文將人類的受精卵或胚胎定位為一般財產之物，故其法律體系上地位絕非是「物」。

(2). 人類的受精卵或胚胎就是「人」且同時具有「權利能力」。基於此論點，在人類的受精卵階段一開始即是「人」且具有「權利能力」，故受精卵、胚胎、胎兒，甚至於已出生的自然人，均具有連續性的「平等」生命權。依據平等原則，

³² 胚胎或甚至於已到胎兒早期之階段之未出生人在我國優生保健法的寬鬆要件下，可以任由懷孕婦女自願決定，予以「處分」，將人類的受精卵或胚胎有「物化」之嫌疑，使胚胎應該享有最低密度的人性尊嚴保護之精神完全蕩然無存。我國優生保健法(民國 88 年 12 月 22 日修正)之第 9 條(人工流產之條件、同意及標準之訂定)：懷孕婦女經診斷或證明有下列情事之一者，得依其自願，施行人工流產：一、本人或其配偶患有礙優生之遺傳性、傳染性疾病或精神疾病者；二、本人或其配偶之四親等以內之血親患有礙優生之遺傳性疾病者；三、有醫學上理由，足以認定懷孕或分娩有招致生命危險或危害身體或精神健康者；四、有醫學上理由，足以認定胎兒有畸型發育之虞者；五、因被強制性交、誘姦或與依法不得結婚者相姦而受孕者；六、因懷孕或生產將影響其心理健康或家庭生活者。再者，優生保健法施行細則(民國 89 年 05 月 09 日修正)第 15 條(人工流產之施行)：人工流產應於妊娠二十四週內施行。但屬於醫療行為者，不在此限。妊娠十二週以內者，應於有施行人工流產醫師之醫院診所施行；逾十二週者，應於有施行人工流產醫師之醫院住院施行。有關我國優生保健法之詳細評論，請參閱雷文攻，解構我國胚胎保護規範體系—發現父母生育自主的地位，臺大法學論叢第 33 期第 4 卷，2004 年，頁 1-36。

對受精卵、胚胎、胎兒以及已出生的自然人之保護並無差異，在受精卵階段即有「權利能力」，侵害人類的受精卵或胚胎，已成立墮胎罪，受精卵亦有繼承權或損害賠償請求權。

其遭受之批判如下：並非所有國家視胎兒為「人」且具有權利能力(例如日本)，依據「舉重以明輕」之原則，更遑論受精卵或胚胎就可以直接被認為具有權利能力，一旦承認受精卵或胚胎享有權利能力，必然引起巨大之爭議。

(3). 人類的受精卵或胚胎是「人」，準用「權利能力」的規定。基於此論點，人類的受精卵僅為近似於「人」，為潛在的生命體，近似於「人格獨立」，其與「物」必然予以區別，比照屍體之毀損罪，將人類的受精卵或胚胎視為「人」，但準用「權利能力」的規定。

其遭受之批判如下：準用「權利能力」之規定須要立法者將其明文規定，必須尋求法律的根據，而非只是理論上的說明或主張而已。

(4). 人類的受精卵或胚胎是「人」，但無「權利能力」。基於此論點，人類的受精卵或胚胎就是潛在的生命體，具有人類生命的價值，是未來可能之「人」。但是現有的法律「權利能力」的保護僅及於胎兒或自然人。人類的受精卵或胚胎不宜過早賦予「權利能力」之法律地位，否則既會造成違反現有法律的最大可能解釋，明顯成為法官造法的問題，而侵害立法者之權限。

其遭受之批判如下：此論點只是肯定人類的受精卵或胚胎是「人」，而「單純地」否定其權利能力，而無積極地論證說理「受精卵或胚胎是人」會產生何種「法律效果」。

吾人以為，人類的受精卵或胚胎是「人」，且其應該受到憲法人性尊嚴條款的最低限度保護³³。用人性尊嚴保護之觀點，承認人類的受精卵或胚胎具有「主體性」而非任意可以被處分的客體。至於在不同法律體系，人類的受精卵或胚胎受到不同人為階段所界定的「人」之開始，始產生其法律地位，例如民法(以胎兒為開始)、刑法(以胎兒為開始)、優生保健法(以超過 24 週之上的胎兒為開始)、人工生殖法(以受精卵超過 14 日以上的胚胎為開始)等皆有不同的認定標準，吾人認為必須尊重上述規定的「立法裁量的權限與空間」，應視相關法律規定如何產生或給予其法律地位。

人類胚胎是人，除此其能享有憲法人性尊嚴保護之外，原則上應該不能享有其他憲法基本權利，且其在民法上之權利能力亦應否定之。易言之，人類胚胎只受到憲法「人性尊嚴」條款之最低限度保護，因為這是不爭議的共識，所以胚胎只有在「人性尊嚴」意義下具有基本權利之「主體地位」，但非具有民法之權利能力。

三、人性尊嚴的保護應如何適用在人類胚胎³⁴？

根據德國憲法，「人」的尊嚴是神聖不可侵犯的。除此之外，德國憲法第一條並未對此設定任何其他的要件，因此，一個人不需要任何特別的特質或能力以證明自己的人性尊嚴係須受到憲法之保障。每個人—無論老少或青壯或虛弱者—都有權利要求得到其應有的尊嚴。甚至於憲法對於「未出生的生命」(ungeborenes Leben)，也都有責任去捍衛其人性尊嚴。

在人類演進的歷史中，已經出現一個新的現象，個人需要被結合到基本人權的

³³ 何建志，反反胚胎商品化的一些法律論證，律師雜誌，285 期，2003 年，頁 47-61。

³⁴ BT-Drs. 14/9020，S.15-17.

體系裏，亦包括存在「人體外的人類胚胎」。由於科技的進步，男性和女性之間可以不需藉由性行為，便可以產生體外的胚胎。並且該體外胚胎有一段時間可以不需要在女性體內才能繼續生存下去。不像藉由男性和女性間之性關係而懷孕，人工生殖技術通常會牽涉到三方面的關係：主導授精者、培養精卵形成胚胎者和提供子宮以保存胚胎者。若胚胎在體外缺乏保護，則在其操作和運用上便會發生風險，一般而言人工生殖的胚胎畢竟不像是在母體內長成的胚胎一樣，受到母體完善的保護照顧。人工生殖的胚胎和母體內的胚胎最大不同處是在於，人工生殖的胚胎缺乏最完善的母體保護。因此也希望能給予人工生殖的胚胎能擁有和母體內的胚胎相同的保護措施。

人工生殖使用迄今尚未完全為人所知的方式創造出存活在母體子宮外的「人」。在這個法治發達的年代，德國聯邦法院尚未以基本人權的觀點，對上述人工生殖胚胎等問題做出終局性之結論。因為德國聯邦憲法法院以前做出的判決都僅限於一般人們認知的在體內授精後的胚胎且在母體子宮內的發育之懷孕過程。

不管是體內或體外授精，胚胎都有能力獨立發展成一個個體。一個成功體外授精的胚胎就已經可以認為一個人，其隨後便會被植入並在母體子宮內發育。無論是體內或體外授精之任何胚胎都可能發育成為小孩子，並回顧其發展歷程實際上都是由胚胎所演變而來的。

很多人認為，人類胚胎已是一個「人」，但也有部分人認為，人類胚胎只是未來或潛在的「人」，而非是一個「人」。然而，很明白的，根據人性尊嚴的理論，人類的概念並不限於擁有自知、語言、活動能力的人。相反的是，人類的認定是視其發展的過程而定，當然也包括了在其養成的過程中所需要培養出來的自覺、語言等能力，就被視為是一個個體的人，即使他那些能力尚未完全培養完成，也視為是一個個體的人。如果以此寬廣的概念以定義人類，則人類胚胎就不能被阻絕於人性尊嚴的保護之外。

有關倫理道德和法律地位的討論應用在人類胚胎時，就具有特別的意義。特別是在母體子宮外人為技術所產生的胚胎需要被特別的保護³⁵。先撇開法律上的觀點，人工生殖的胚胎在社會上的地位，有不同的立場。不同立場之相異立足點來自於：體外授精的胚胎從早期至其出生後應該受到完全的保護；或胚胎所受到的保護應隨著其成長而日漸增加，直到發展到某個階段後才給予完全的保護。

上述兩種立場：胚胎從早期至其出生後應該受到完全的保護（同等保護的立場）以及胚胎應隨著其成長階段而有不同程度的保護（漸進主義者的立場）至少對人類胚胎的共通點在於其具有道德身份。二者立場皆視授精的完成既為生命的開始，並且他們建議人類生命價值保護始於生命的開始，而人類生命的發展，無論任何理由都不得任由第三者加以濫用。這反應了人類生命基礎受到道德的制約力，亦是人類生命固有的價值存在，這個價值是獨立於第三人之承認而存在，因此人類生命是值得受到保障。

當兩者立場之見解衡量其利益之後，主要的差異點就變得很明顯：根據漸進主義者的看法，它似乎意謂者：接受早期胚胎在發展階段所應受到之保護是不同程度的，因為早期發展階段的胚胎尚未完全擁有完整的道德地位。同等保護的立場

³⁵ BT-Drs. 14/9020, S. 15.

者認為，如果有兩個利或兩個不利都是同一位階立於衝突，應為相同合法的權衡。

四、人類胚胎可否成為研究來源？

在我國人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引第4條規定進行人類胚胎幹細胞研究所允許的胚胎來源限於：「應為無償提供之自然流產、符合優生保健法規定之人工流產、人工生殖剩餘胚胎，或以體細胞核轉植製造且尚未出現原條³⁶之胚胎或胚胎組織」，既對胚胎應受人性尊嚴最大保護的具體規定。

德國幹細胞法第四條第一項規定：「禁止進口與使用胚胎幹細胞」。但同條第二項卻規定：「為研究目的進口與使用胚胎幹細胞若符合第六條所定要件³⁷，並滿足下列條件，可不受第一項之限制：1. 胚胎幹細胞在製造國於2002年1月1日之前從胚胎取得，且胚胎係為懷孕之目的於體外人工授精製造，但非基於胚胎自身的理由最終不用於受孕。2. 根據胚胎製造國法律有同意權之人，對於胚胎將用於抽取幹細胞，已經過說明後對此表示同意。3. 對於提供胚胎做為抽取幹細胞之用，並未給予報酬或其他金錢上的利益，並且4. 進口或使用並不抵觸其他法律規定，尤其是胚胎保護法(Embryonenschutzgesetz)的規定」。

簡言之，根據德國幹細胞法之規定，原則上禁止進口並且使用人類胚胎幹細胞，例外在以下條件下，可以進口並且使用人類胚胎幹細胞³⁸：

- (1). 這些幹細胞必須在2002年1月1日以前就已經存在，且不抵觸進口國的法律規定。
- (2). 胚胎幹細胞之研究必須是為了追求更高的研究目的。且同樣價值的科學知識無法透過動物細胞或其他人類細胞的研究達成。
- (3). 胚胎幹細胞係由人工授精剩餘胚胎取得，且這些胚胎確定不再用於懷孕。
- (4). 捐贈胚胎不能有財物報酬。
- (5). 無論是進口或使用胚胎幹細胞都需要主管機關的許可。主管機關為聯邦衛生部的羅伯特寇和研究所 (Robert Koch-Institut) 或保羅愛立希研究所 (Paul-Ehrlich-Institute)。
- (6). 由生物、醫學、倫理與神學等九位鑑定人組成的幹細胞研究中央倫理委員會，將對提出的申請計畫做出鑑定意見。
- (7). 違反本法規定者將處以刑法或行政制裁。
- (8). 在國外幫助或教唆違反本法規定之行為同樣須受刑事制裁。

但是，德國幹細胞法「例外地」允許進口豐富潛能幹細胞進行研究，無異是掩耳盜鈴，接受「毒樹的果實」，且對於保守的人士而言，新法已經開啟了將胚胎工具化的大門³⁹。

³⁶ 原條代表人類神經系統發育的最早時期，通說也就是大約在受精第14天的時候。

³⁷ 第六條 許可之條件：「第一項：胚胎幹細胞之進口與使用須得到主管機關之許可。第二項：聲請許可須以書面為之。聲請人尤其必須在聲請書上記載。1. 研究計畫負責人的姓名與職業住址。2. 研究計畫之描述，包括研究計畫符合第五條規定之學術理由說明。3. 即將進口或使用之胚胎幹細胞相關文件，藉以證明第四條第二項第一款至第三款之要件齊備。聲請人亦得提出證明，係爭之胚胎幹細胞已經在被學術界承認、對一般大眾公開並且在國家登記簿或國家授權機關之登記簿上登記，該項登記並可證明第四條第二項第一款至第三款之要件齊備。」

³⁸ 陳英鈴，德國對胚胎幹細胞研究的管制：幹細胞法的意義，應用倫理研究通訊，第22期，2002年4月，頁50-51。

³⁹ 請參閱陳英鈴，德國對胚胎幹細胞研究的管制：幹細胞法的意義，應用倫理研究通訊，第22期，2002年4月，頁49、51。

肆、人獸混合胚胎案例所產生的影響及啟示

一、瞭解人性尊嚴之重要性

憲法「人性尊嚴」條款之功能不僅形成現代醫學的倫理道德和法律間之評價重要標準，而且從該條款也可以導出許多基本人權。德國眾議院所下設的「現代醫學之法與倫理的調查委員會」⁴⁰(Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin)於2001年5月31日之有關生物科技和現今醫學建立原則性的討論會議當中就已經強調，人性尊嚴對於所有生物科技和現今醫學之政策，有其法拘束力。現今醫學在討論一般倫理道德和法倫理的標準之際，往往涉及到人性尊嚴和基本人權。

人性尊嚴的判斷形成過程發生諸多困難，因為人性尊嚴的概念使用於不同的脈絡意義當中，難以有統一理解的意涵。人性尊嚴在既存已久的哲學討論、憲法上的詮釋活動以及通俗用語的運用等，皆有意義不一致的解釋。儘管存有一些生物倫理學家反對人性尊嚴之概念以及與其相關的倫理道德之當為要求，其理由在於它們係以世界觀的確信力之意識形態為基礎，在世俗社會上毫無根據。然而，現代醫學之法與倫理的調查委員會認為，人的行為除了在個別情形，常常去進行利益衡量之外，也必須受到一些普世有效性的價值或原則之拘束。人性尊嚴和基本人權在討論現今醫學之倫理道德以及法倫理時，呈現出某種不可或缺的架構與要素⁴¹。

德國基本法(德國憲法)第一條規定：「人性尊嚴不可侵犯，所有國家之權力必須予以尊重與保護」。日本憲法第十三條也規定：「所有國民，均以個人地位而受尊重」。在德國聯邦共和國，人性尊嚴是憲法的核心思想且是基本權利之基礎以及其效力來源⁴²。對於人性尊嚴的尊重與保護是德國基本法的諸多立憲原則之一⁴³。藉由人性尊嚴之思想，人類社會的價值與尊重之義務要求已受到保護，而此種的要求乃是使人類成為國家統治的單純客體對象，或使人類遭受到其主體性之稀釋淡化原則上已經成為問題的對待方式，其處置應該予以禁止⁴⁴。此種意義下，由於身體或精神的狀態而意思無法有意義地從事行為之人，也是與生俱來享有其人性尊嚴。人性尊嚴不能從人類身上，予以剝奪。不過，人性尊嚴的尊重之

⁴⁰ 德國聯邦眾議院為了因應生物科技與現代醫學之發展趨勢，在2000年3月24日決定成立「現代醫學之法與倫理的調查委員會」(Bundestagsdrucksache 14/3011, 24.03.2000)。現代醫學之法與倫理的調查委員會進行以下的工作：(1)將倫理、憲法、社會、立法者與政策的面向，納入現代醫學的研究、診斷與治療，關於此時重要與未來發展以及由此產生的問題之專業狀況，予以陳述；(2)探究相關的研究實務以及指示出法律規定不圓滿的領域；(3)醫學的研究、診斷與治療以及它們的應用與發展，其界限的標準應該含有維護人性尊嚴之當為要求。該委員會陸續提出三次調查報告，完整呈現德國聯邦眾議院對於生物科技立法政策的觀察角度，作為德國國會立法時之參考依據，同時也足資我國借鏡參考之。其中，本論文之主要參考依據係該委員會最後一次的期終報告(14.05.2002, BT-Drs. 14/9020)於2002年5月14日被提出。該期終報告另外整合了2001年1月25日的「在生物科技裏的智慧財產之保護」(Teilbericht Schutz des geistigen Eigentums in der Biotechnologie"BT-Drs. 14/5157)以及2001年11月12日的「幹細胞之研究」(Teilbericht Stammzellforschung"BT-Drs. 14/7546)之二次期中報告。

⁴¹ BT-Drs. 14/9020, S.9-11.

⁴² BVerfG, Urteil vom 5. Juni 1973, BVerfGE 35, S. 202 (25).

⁴³ BVerfGE 45, 187(227); 87, 209(228); 96, 375(398); 102, 370(389)).

⁴⁴ BVerfGE 27, 1(6); 45, 187(228).

要求亦從人性尊嚴可以推論出，而人性尊嚴的尊重之請求是容許有可能受到他人之傷害⁴⁵。

德國憲法的人性尊嚴之保障有二種不同功能，其一，對於有效下位階法規範之解釋，樹立起解釋標準，其二，可以讓國家行為有客觀的價值目標，而且也是基本人權被歸屬於個人享有之根本基礎。

Dürig教授所常引用的「客體公式」(Objektformel)，以其來檢驗人性尊嚴是否已經受到侵害⁴⁶：「若是在於一個獨立完整的人被貶抑成一件東西、一種方法或是一個可被替代的物，則其人性尊嚴便是已被侵犯」。

德國聯邦憲法法院很謹慎地評價Dürig的客體公式，認為這個法則⁴⁷：「一般公式一例如人類能不可被國家當權者貶抑成為東西一只能指出目前直接有違反人性尊嚴案例的一個方向」。例如折磨、奴隸、驅逐、集體大屠殺、屈辱、被污名化、迫害、逐出等是沒有爭議的嚴重違反人性尊嚴之案例⁴⁸。如果考慮人性尊嚴是不能違反的最高原則一如果不納入其他基本人權的考量的情況一並且甚至不准藉由多數決所決定的憲法修正，將其效力予以減損，因為「人類生存的絕對核心價值」⁴⁹被包括在人性尊嚴保護當中⁵⁰。德國憲法對人性尊嚴的保障，並不只是一個毫不值錢的普通硬幣，而是一種「軍人應急的口糧」(Count Vitzhum)，只在絕對需要時使用之。

二、瞭解研究自由的保障

(一)、研究自由之意義

研究自由指的是「為了發展或取得可一般化的知識所設計出來的系統性探索，包括研究發展、檢驗與評價」⁵¹。我國憲法第11條規定，人民有言論、著作、講學及出版之自由。除此之外並無明文保障國民之研究自由。其中，講學自由從文義言，係一切有條理、有計畫地講授、傳佈具有邏輯、理論體系之學術知識的活動⁵²。

大法官會議解釋第380號解釋文開宗明義，憲法關於講學自由之規定，係對學術自由之制度性保障，就大學教育言，應包含研究自由、教學自由及學習自由

⁴⁵ BVerfGE 87, 209(228).

⁴⁶ Dürig, G., Der Grundsatz von der Menschenwürde, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 81, 1956, S. 117(127); ders., Kommentierung Art. 1 GG, In: Maunz, T. et al. (Hrsg.), *Grundgesetz: Kommentar*, München, 1972, Rn. 28, 34.

⁴⁷ BVerfGE 30, S. 1 (25).

⁴⁸ Klein, F., Kommentierung Art. 1 GG, In: Schmidt-Bleibtreu, B. & Klein, F. (Hrsg.), *Grundgesetz: Kommentar*, 9. Auflage, Neuwied/Frankfurt a.M., 1999, Rn.12.

⁴⁹ Höfling, W., Die Unantastbarkeit der Menschenwürde, Annäherung an einen schwierigen Verfassungsrechtssatz, *Juristische Schulung*, 35(10), 1995, S. 857(860).

⁵⁰ Starck, C., Kommentierung Art. 1 GG, In: Mangoldt H. v., Klein, F. & Starck, C. (Hrsg.), *Das Bonner Grundgesetz: Kommentar*, 3. Auflage, München, 1985, Rn. 14. 他認為，人性尊嚴的保護不能保證所有想得到出來的好處、安心與用處，而是其必須為了其有效力目的之意思而根本地被理解。

⁵¹ 參照陳英鈴，人類胚胎幹細胞議題，政大法學評論，第67期，2001年，頁34。

⁵² 參照蔡宗珍，人體基因科技研究自由及其界限，臺灣法學會報第20輯—世界人權宣言50週年紀念研討會專輯，臺灣法學會，2000年，頁344。

等事項。該號解釋理由書詳言，憲法第 11 條關於講學自由之規定，以保障學術自由為目的，學術自由之保障，應自大學組織及其他建制方面加以確保，亦即為制度性保障。為保障大學之學術自由，應承認大學自治之制度，對於研究、教學及學習等活動，擔保其不受不當之干涉，使大學享有組織經營之自治權能，個人享有學術自由…按學術自由與教育之發展具有密切關係，就其發展之過程而言，免於受國家權力干預之學術自由，首先表現於研究之自由與教學之自由，其保障之範圍並應延伸至其他重要學術活動，舉凡與探討學問，發現真理有關者，諸如研究動機之形成、計畫之提出、研究人員之組成、預算之籌措分配、研究成果之發表，非但應受保障且得分享社會資源之供應⁵³。據前開解釋，研究自由在我國憲法架構下應解為憲法第 11 條講學自由之內涵，除確定大學享有自治權能外，也保障個人的學術自由。

(二)、研究自由之限制

研究自由作為依種基本權，受到憲法諸多保障，惟非全無限制。對於基本權之限制，原則上可區分為憲法本身的限制與來自於法律的限制，前者例如行為危害憲法基本秩序或侵害國際和平，須受憲法防衛性的禁止⁵⁴；後者如法律基於憲法第 23 條之公益目的所為知限制。

然而主張研究自由，是否須受所謂內在界限的限制⁵⁵？學說上見解未獲一致。主張肯定見解者認為，「所有基本權規範既然均須藉由規範領域（Normbereich）方能形成，則每一種用以劃定規範領域的概念本身均含有其文義所能指涉的當然界限。尤其在扣緊個別基本權透過其規範領域所表現出來的意義與目的而觀察時，更可支持表面的概念文義範圍應受到基本權之內在的意義與目的所界定的主張」，因此，「研究自由所保障的範圍自不應及於研究者本即無權處分或支配的領域。…例如，學術研究者無權主張享有研究自由而恣意以他人身體作為研究客體…」⁵⁶；另一種見解則認為，欲限制憲法列舉之基本權，除援以第 23 條之限制理由，非當然可以依憲法之內在限制為理由。而德國聯邦憲法法院的看法認為，憲法自身未明示權利保障界限的基本權，固然非謂因此即享有毫不受節制的自由權主張的可能，但其權利保障的界限僅能於憲法本身求；只有憲法本身也明示加以保護之憲法位階的法益，方能對無明文設限的基本權保障構成內在的保護界限⁵⁷。

基本權利為憲法秩序所加以確立而保障，其行使應非毫無限制。權利在文字概念下有一定的核心範圍，固無疑義，基於此種特性，內在界限論可謂有據。但權利概念文義的外延部分如何擴張或限縮難免透過解釋及衡量的程序，難以一望即知。內在限制如何從某一種基本權當方面清楚界定，殊非易事，有時亦因其與他人之基本權利產生衝突的性質，可能有交錯重複的地帶。上述肯定見解在邏輯

⁵³ 參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年，頁 226。

⁵⁴ 參照憲法增修條文第 5 條第 5 項規定，政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之黨政秩序者，為違憲。

⁵⁵ 此處所謂的內在界限，涉及憲法第 22、23 條之基本權與其它權利區分之爭議。有認為憲法第 22 條妨害社會秩序與公共利益是所有基本權的構成要件與行使限制，參照李惠宗，憲法要義，2002 年，頁 106, 326；另有認為，憲法第 22 條之限制，是基本權以外其它權利的同一構成要件，而對基本權之限制，除符合憲法第 23 條所定條件以外，並非當然可以援引憲法內在限制作為限制的理由，參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年，頁 96。

⁵⁶ 參照蔡宗珍，人體基因科技研究及其界限，臺灣法學報第 20 輯，2000 年，頁 349, 350。

⁵⁷ 參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年，頁 96。

上可表為，「基本權的範圍不包括 A 原本不能包括之範圍」。

因此提出三個操作標準：首先，權利之行使不得以侵害他人違主要目的；其次，權利之行使不得妨害社會秩序與公共利益（憲法第 22 條）；最後，符合前二個要件而仍有疑問者，循基本權衝突理論的途徑解決之。故研究自由有其內在界限與範圍，如果研究對象、客體、目的、手段方法等與他人權利或公序良俗有重大對立情形，必須受到某種合理程度的限制，國家亦不可聽任研究人員主張其研究自由而毫不介入。

（三）、胚胎幹細胞之研究自由

除此之外，憲法上的另外兩種規定，學者指出其亦也為在幹細胞研究上的法依據，值得參考⁵⁸：

1. 憲法增修條文第 10 條第 5 項規定，國家應推行全民健康保險，並促進現代和傳統醫藥之研究發展。
2. 憲法第 15 條保障生命權與身體健康權，不僅構成人民的主觀防禦權，也形成國家的保護義務。

前者規定是憲法典型的委託性質，無法直接得出人民主觀公權利；後者之規定亦無法據以直接請求國家治療期疾病之人民主觀公權利基礎。但兩者均可作為立法者行使立法裁量之重要依據，而對胚胎之保護加以限制。

確定研究自由屬於憲法保障的基本權利後，具體落實在幹細胞研究的議題裡，則有如下的效果⁵⁹：

1. 防禦權功能：根據 G. Jellinek 身份理論⁶⁰，自由權是典型的防禦權，用以對抗國家或其他行政主體的公權力干涉。國家針對幹細胞研究，受到憲法的限制拘束。研究人員對研究動機之形成、計畫之提出、研究人員之組成、預算之籌措分配、研究成果之發表，均可主張不受國家不當之干涉。
2. 分享權功能：係指研究人員可在某種程度內請求或參與國家財物的給付、公共設施的提供及準備等⁶¹。雖然可否由自由權導出請求權仍非無疑，在學說上有認為限代學術研究，由於對於龐大經費與設備的依賴，使得傳統自由權、防禦權性質的研究自由，轉變為需要國家積極的介入，提供必要經費或設備等研究條件或環境，使能得到充分保障之社會權（受益權）性質之權利⁶²。另外，當研究自由與平等權結合後，此種分享給付的受益性質更為強烈。
3. 制度性保障：基本權不僅有防禦權、分享等個人主觀權利，對於社會各種既存之生活事實現狀，立法機關非但不得予以侵害，更應立法確定基本權利的內涵及構成要件事實，達成保障基本權利之憲法任務。前引釋字第 380 號解釋即針對講學自

⁵⁸ 參照陳英鈞，人類胚胎幹細胞研究管制的根本問題，第三屆行政法實務與理論學術研討會，臺北高等行政法院等主辦，2003 年，頁 12。

⁵⁹ 參照吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年，頁 125-128。

⁶⁰ 參照薩孟武，中國憲法新論，2002 年，頁 90-99。

⁶¹ 參照科學技術基本法第 12、14、15 條之規定。

⁶² 參照周志宏，生命科技與研究自由—生命倫理、研究倫理與法律規範，憲政時代，第 25 卷第 2 期，2000 年，頁 14。

由揭禁學術自由的制度性保障之意旨⁶³。

(四)、胚胎幹細胞研究自由之限制

對於幹細胞之研究既為研究自由所保障，並且無法完全免除研究自由之限制，而限制標準為何，應以研究行為可能產生之實害為標準⁶⁴：

1. 對生態環境之影響，例如生物災害；2. 導致物種之消滅、變更、演進，包括人種、人、胎兒、胚胎、細胞與動物、植物及微生物；3. 對研究者或研究社群本身之侵害；4. 與他人基本權利保障產生衝突，例如生命權、人性尊嚴、隱私權等。

幹細胞之研究行為，有屬僅單純觀察幹細胞分化之情形者，亦有從胚胎取得幹細胞者，前者因為觀察研究並未干預任何生命之行為，因此其研究自由並無與其他權利相衝突，研究人員自得享有高度之研究自由。後者則因為取得胚胎幹細胞會使胚胎無法生長或使其生長受到嚴重侵擾，此時則必須進行法益衡量，研究人員之研究自由自須受到某種適當程度的限制。

三、瞭解人性尊嚴與研究自由之衝突問題

胚胎幹細胞之利用與研究行為，必然造成胚胎毀壞與胚胎繼續生存可能性消滅之結果，換言之，胚胎幹細胞之萃取勢必形成胚胎生命權受到限制之情形。並且將應受人性尊嚴保障之胚胎，作為胚胎幹細胞研究中，萃取幹細胞之來源，並加以毀棄，即有侵害胚胎人性尊嚴之虞。相對而言，未確保胚胎生命權或是人性尊嚴，必然將透過限制胚胎幹細胞活動之方式，始得達成其目的，惟胚胎幹細胞研究活動屬於研究自由保障之範疇，因此若欲限制胚胎幹細胞之研究，亦將限制研究者之研究自由。綜上所述，將可知悉欲針對胚胎幹細胞之研究活動加以管制，必將面臨前述人性尊嚴與各項基本權利之衝突，因此若欲適切規制胚胎幹細胞之研究活動與利用活動，應權衡各方利益後，尋找出究竟何基本權應當具有優先地位，而給予優先之保障，應當加以注意者在於不可侵犯基本權核心。

基本權核心有形式與實質保護內容，所謂形式保護內容係時間與空間之行使可能性，而實質保護內容則係指人性尊嚴與生命權之保障⁶⁵。觀察時間與空間之行使可能性，將得以發見胚胎之生命一旦被剝奪，將無行使任何基本權之可能性，但反觀胚胎幹細胞研究者之研究自由，僅無從於胚胎幹細胞之研究中受到保障，仍得於其它研究中行使，因此從形式面觀察，似可得出優先保障胚胎人性尊嚴與生命權之概念。而從實質保護內容觀察，生命權必須受到保障，而作為憲法最高價值之人性尊嚴，係不得受到侵犯。

惟對於胚胎生命權之保障部分，有學者認為胚胎受到生命權之保護，不應與已出生者相提並論，並且應當區分其存在之狀態異其對待，即體內受精之胚胎與體外受精並植入母體著床之胚胎應受到較高程度之保護，而體外受精未能植入母體之胚胎，於原條出現前，則受到較低程度之保護，若原條已出現之體外胚胎，亦應提供相對高程度之保護⁶⁶。針對此一見解，其植入母體之胚胎，無論係體內受精或體外受精，於現行科技水準下，均無從成為萃取胚胎幹細胞之對象，因此縱然給予較高度之保護，亦無涉侵害研究者之研究自由，並無基本權衝突之問題存在。

⁶³ 參照科學技術基本法第 16 條之規定。

⁶⁴ 參照李震山，【複製人】科技發展對既有法律思維與制度之衝擊—以基本權利保障為例，月旦法學雜誌，第 79 期，民國 90 年，頁 164。

⁶⁵ 參照陳慈陽，憲法學，元照出版社，2005 年，頁 481。

⁶⁶ 參照陳英鈞，人類幹細胞研究的憲法問題，臺大法學論叢，第 36 期，頁 85。

然而針對體外未能植入母體之胚胎，加以利用時，雖得以發見諸多曾進人類醫療水準之醫藥或是治療方式，甚或於胚胎幹細胞之研究中，獲得諸多提升人類福祉之研究成果，因此可知保障胚胎幹細胞之研究無疑亦是對人類生命的尊重⁶⁷。又針對生命權與研究自由保障之權衡，有學者提出生命權保障相對化之見解，以為即便為已出生之生命，尚非不得藉由法律加以限制、剝奪，因此生命權絕對保障之見解，係不適當的，而胚胎研究，所面臨的乃生命權與研究自由之法益衝突，因此研究自由既應受保護，就應對胚胎之生命權予以適當之限制⁶⁸。而針對此一見解，亦有學者認為生命權係人性尊嚴得以實踐之重要權利，若剝奪生命權將使人性尊嚴無所存續，因此否認生命權得以剝奪之容許性⁶⁹。

惟從生命權角度觀察無論是否應當允許胚胎作為萃取胚胎幹細胞之材料，均無法否認將胚胎作為研究素材，係將胚胎工具化，有違人性尊嚴保障之結論。因此，將胚胎作為萃取胚胎幹細胞之材料，此利用行為將違反憲法之意旨。

四、瞭解人獸胚胎所取得幹細胞之可專利性探討

(一)、歐盟生物科技專利指令

歐盟生物科技專利指令第六條第一項：「倘若發明的產業開發使用違反公共秩序或善良風俗者，則不授予其專利，且上述開發使用的違反非只限於法令規章所禁止者。」再者，同歐盟指令之第六條第二項規定⁷⁰：「1. 複製人類的方法(klonen von menschlichen Lebewesen)；2. 人類受精卵發展過程的基因身份之變更方法(Keimbahnintervention am menschlichen Lebewesen)⁷¹；3. 使用人類的胚胎(menschliche Embryonen)以為工業或產業之目的⁷²；4. 動物基因身份的變更之方法，而此方法是無重要醫藥的用處而可能會導致人類或動物的痛苦。藉由上述指稱的方法所生產的動物，亦同。」

歐盟生物科技專利指令第六條第二項第一款規定胚胎分裂

⁶⁷ 參照李震山，基因科技發展與基本權利保障，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，2005年，頁388-389。

⁶⁸ 參照王富仙學，受精卵法律地位之探索，法學叢刊，第183期，2001年，頁12。

⁶⁹ 參照陳慈陽，憲法學，元照出版社，2005年，頁492。

⁷⁰ 該指令例示出「越過倫理道德界限」的不具有專利能力之清單項目，此乃所謂的智財權保護之倫理道德界限，參見李素華，生物科技發展與智慧財產權保護，臺灣經濟研究月刊，2003年1月，第26卷第1期，頁76。

⁷¹ 人類受精卵發展過程以及胚胎之冷凍方法，且該冷凍方法的保護範圍擴及於被冷凍的存在實體(eingefrorene Entitäten)，尤其包括胚胎本身之使用，其授予專利是許可的。因為授予專利的對象是對生物物質的特殊保存之維護方法。然而此項專利已引起爭議，請參見歐洲專利EP 1121015 B1。

⁷² 以基因轉殖的人類胚胎且該胚胎可被耗用為前提要件，從此該胚胎之幹細胞可被取得。進而基於此種人類胚胎幹細胞而去產出神經先行細胞(neurale Vorläuferzellen)之方法，也就是多能性細胞(multipotente Zellen)的生產方法之授予專利是准許的。然而此項專利已引起爭議，請參見德國專利DE 19756864；歐洲專利EP 1040185。歐盟生物科技專利指令或EPC公約對於胚胎幹細胞本身或相關技術之問題，雖然並未規定，但是理論上，胚胎幹細胞本身或相關技術仍然屬於歐盟生物科技專利指令的第六條第二項之禁止範圍，見謝銘洋，從歐洲觀點探討幹細胞相關發明之可專利性，生物科技與法律研究通訊，2003年，第17期及第18期合刊，頁119；Bundestagsdrucksache 14/7546, 12.11.2001, 頁29。

(Embryonenspaltung) 的人為方法亦屬禁止之方法。由此得知，歐盟生物科技專利指令之規定有意排除任何方式的複製，包括醫療性目的之複製亦屬禁止之列，因此，儘管複製之目的係以人類生命的治療用途，此種醫療目的的體細胞核轉殖(SCNT)之複製技術也被列入禁止專利之項目⁷³。依據歐盟生物科技專利指令的考量理由之第四十一點之規定：複製人類的方法⁷⁴包括任何胚胎分裂之操縱方法。該操縱方法之目的係以創造人類生命為目的。此種「被複製」的人類生命在其細胞核裏與另一個活人或死人之細胞核一樣具有相同的遺傳資訊。依據歐盟生物科技專利指令的考量理由第四十點之規定，人類的複製禁止授予其專利。

人類胚胎的工業或商業目的之應用不准專利，基於此原因，任何由人類胚胎以工業或商業目的而獲得幹細胞的方法也不准專利。人類多能性胚胎幹細胞係由全能細胞進一步分化而得，並無發展成人類的可能性。歐盟生物技術發明的法律保護指令 98/44/EC 第 42 點說明，可知其係排除為工業和商業的目的對人體胚胎的使用的可專利性，但此種排除專利範圍不影響為治療或診斷之目的而應用於人類胚胎且對其有用益之發明。因此許多英國科學家、醫學和政策報告強調幹細胞研究的許多可能潛力，認為人類多能性胚胎幹細胞相關發明不涉及違反公共政策或道德之問題。

人類胚胎與其幹細胞間之關係至少有三種解釋的可能性：第一種，只有使用胚胎本身才不具有可專利性，至於由胚胎所取得的幹細胞與幹細胞株本身以及與其有關的方法或使用應皆具有可專利性；第二種，只有直接涉及摧毀胚胎的發明才不具有可專利性，不涉及胚胎破壞而已經建立之人類胚胎幹細胞株本身以及與其有關的方法或使用仍具有可專利性；第三種，為取得人類胚胎幹細胞而預設必然使用胚胎以及摧毀胚胎，因此不管是人類胚胎本身、人類胚胎幹細胞或者已經建立之人類胚胎幹細胞株，以及包括其方法或使用，皆不具有可專利性。

人類胚胎幹細胞研究與發明所牽涉的問題非常廣泛且複雜，包括科學、法律、社會、倫理以及宗教等方面，尤其他們在科學技術上的進展相當快速且持續，且許多原先的定義現在已被修正，例如美國先進細胞技術公司(Advanced Cell Technology, ACT)在 2006 年 8 月 23 日宣佈，他們找到一種新方法，可以在不破壞胚胎的情況下獲取胚胎幹細胞⁷⁵。雖然該技術還不太成熟，但此技術符合美國

⁷³ 關於體細胞核轉殖的複製技術發明牽涉複雜的問題，吾人認為若專利申請範圍所述體細胞核轉殖的複製技術之最終產物並未涉及發展成人類，則未違反公序良俗應得取得專利；然而其相關的論述相當多，隨著其所依據的理論不同，所得之結果亦有不同，至於我國官方的見解，行政院衛生署民國 92 年 11 月 04 日所公佈的「體細胞治療人體試驗申請與操作規範」，禁止醫療目的的體細胞核轉殖(SCNT)之複製技術，推論也應該禁止其專利授予。

⁷⁴ 歐盟執委會依據本指令企圖將任何形式的人類複製均予以排除專利。歐盟執委會將「人類複製方法」(procedure for cloning human beings) 取代「人類重製方法」(procedures for human reproductive cloning) 之用語，因為「重製」之此詞太過於狹隘。除此之外，在其備忘錄的解解文中，其認為「人類」的定義應該包括自胚胎開始的階段在內。

⁷⁵ ACT 公司研究人員在英國《自然》雜誌網路版上報告說，體外受精的胚胎在被植入子宮前，得進行「胚胎植入前基因診斷」，也就是醫務人員從胚胎中提取 1 至 2 個全能幹細胞進行基因分析，將已被確認基因正常的胚胎植入子宮。研究人員利用了基因分析用的全能幹細胞，透過誘導分化培育出「幹細胞系」。這種方法不會使胚胎本身受到任何破壞，可以正常發育。美國每年大約要進行 1000 例「胚胎植入前基因診斷」，試管嬰兒的父母們希望透過這種方法避免遺傳缺陷。或許這將成為未來培育全能幹細胞系的模式。但美國一些研究人員也表示，這種新方法雖然聽起來很有前景，只是其幹細胞培育的效率遠不如現行的胚胎幹細胞培育方法。不過先進細胞技術公司的這一手段起碼表明研究人員正在向著「不破壞胚胎」的前提下，進行人類胚胎幹細胞的研究。

聯邦政府資助胚胎幹細胞研究經費的法規，理論上科學家可利用此技術取得新的人類胚胎幹細胞株。此實驗對象是利用剛剛發育了2天的胚胎，此時受精卵已經分裂成8個全能幹細胞，亦即胚葉細胞(blastomeres)。科學家們將這個胚葉細胞放到環境類似子宮的細胞生長環境中，然後從8個卵裂球中提取出一個用於未來研究用途的全能幹細胞，再後將只剩下7個全能幹細胞的胚胎重新移植回母體內。該被提取過的全能幹細胞仍可能繼續發育成新的個體。生命研究人員認為，這可以打消對胚胎破壞而取得幹細胞的倫理顧慮。

然而，對於人類胚胎的「工業或商業目的」之應用應該如何解釋？如何區分「工業或商業目的」與「治療或診斷目的」應用之區別界限與認定，實有困難⁷⁶。

歐洲專利局在一九九九年十二月八日核准「哺乳動物基因轉殖的幹細胞之分離、擇選及繁衍方法」(Method of enriching for mammalian stem cells)之一項歐洲專利(Edinburgh專利案)⁷⁷。授予此項方法的專利包括動物幹細胞之分離方法以及在該幹細胞基因之操縱方法製造出受到基因變更的生命物質。授予上述方法之專利一開始便引起一陣嘩然。不少團體自主管機關核准該項專利公告之日起，在九個月內之二〇〇〇的年初，其馬上隨而對該項專利提出異議。

因為英文的「動物」(*animal*)之文意解釋不僅包括一般動物，而且也包括「人類」在內。如此使得上開授予專利之對象似乎也包含「人類的複製」在內。錯誤的英文翻譯已使人誤認，人類的複製似乎亦得授予其專利。不包括人類在內的基因轉殖“動物”(德文：*Tier*)之生產方法若是以德文翻譯就不會被誤解，因為動物之德文用語並不包括人類在內。

歐洲專利局異議審查部在二〇〇〇年四月十九日提出初步的決定。該此決定係以專利權所有人的專利說明書之內容修正為基礎，例如在專利說明書中第四十八、第四十九點之內容增加「非人類」二字—Edinburgh大學亦同意如此的建議。唯有此之作法修正專利說明書之內容似乎就能夠較符合歐洲專利公約與歐洲專利公約施行辦法、歐盟生物科技專利指令等相關之規定。直到目前，該異議程序仍然以其他理由(特別是未充份揭示之理由)受到反對，因此其爭議尚未終結。

歐洲專利局(EPO)自愛丁堡專利(EP0695351)異議一案之後目前對於胚胎幹細胞的發明均暫停授予專利，主要理由是基於胚胎幹細胞的取得必須破壞胚胎，因而違反歐洲專利公約(EPC)第53(a)條公共秩序或道德之規定而不准予專利，其不僅排除包含人類胚胎的工業或商業使用的可專利性，也排除藉由破壞胚胎而得之人類胚胎幹細胞的可專利性。

另一件令人醒目的案子是申請之靈長類胚胎幹細胞申請案(EP1640448)⁷⁸，EPO審查部門於2004年核駁此案，其理由在於該申請案之說明書所描述之人類胚胎幹細胞的製造方法中以使用人類胚胎為來源物質，以生產工業用途的產品，故

此時，雖然其效率雖低於直接自胚囊中取得胚胎幹細胞，但此研究方式，將為人類胚胎幹細胞研究提供未來的可行方向與道路。

⁷⁶ 我國智慧財產局認為胚胎於工業或商業上的利用例如販賣胚胎或使胚胎商品化之此類問題無法決定是否授予專利之關鍵標準，反而是應由其他的法令來管制，例如人工生殖法之第31條，處以刑罰，請參閱張智慧，由胚胎幹細胞談猩猩生物科技審查，2006兩岸生物科技智慧財產權及微生物資源保護研討會。

⁷⁷ 參見歐洲專利EP 0695351 B1；德國專利DE 69422034。

⁷⁸ Wisconsin Alumni Research Foundation (WARF)申請之靈長類胚胎幹細胞申請案(EP1640448)。

違反其規定以及EPC第 53(a)條之規定而不准予專利。申請人不服提起訴願(T1374/04)，訴願委員會於 2006 年 4 月 21 日做出中間判決，並依據EPC第 112 條之規定向擴大訴願委員會(Enlarged board of Appeal)提出四個問題請求法律解釋(被編為G2/06)，其爭議也尚未終結。

EPO 目前對胚胎幹細胞發明所採的相當嚴格審查態度，引起許多爭議，未來此擴大訴願委員會的見解不僅可以決定靈長類胚胎幹細胞申請案甚或愛丁堡專利案，也將影響 EPO 未來審查的走向。英國專利局雖然是 EPC 的會員，對於胚胎幹細胞發明有否公序良俗之違反的認定則較為寬鬆，英國專利局於 2003 年 4 月公布之「包含人類胚胎幹細胞之發明」實務公告(已於 2005 年 5 月修訂之生物技術審查基準)，規定了「只有人類全能性幹細胞因有發展成人類的潛能，不准授予其專利，也包括培養或增殖人類全能性幹細胞的方法(因為方法之保護效力也到由該方法所及的產物)」。⁷⁹故英國專利局的生物技術審查基準並未禁止對人類多能性胚胎幹細胞相關發明准許授予其專利，採取較開放的態度，可能與英國政府積極推動人類胚胎幹細胞研究的既定政策習習相關。

(二)、歐盟執委會之報告意見

歐盟執委會在二〇〇二年十月七日以「在生物科技與基因工程領域，其專利的發展與影響」為名，提出第一份報告書，作出以下的結論⁷⁹：

1. 歐盟生物科技專利指令之規定與現行生物科技發明的相關國際公約之內容，並無明顯的差異。
2. 歐盟生物科技專利指令明確地區分：動物及植物具有可專利性與否之界限；反之，動、植物新品種不具可專利性。類似地，重要的生物方法不能授予專利。但是，藉由使用基因工程之方法而生產基因轉殖的動、植物則又可授予其專利。
3. 有關自人類身體所分離出來的成分之可專利性與否問題，本指令亦重申可專利與不可專利性的界限。從人體所分離出來的成分或藉由基因工程之其他方法所取得的成分，若是其符合專利的要件，則仍具可專利性。另外，本指令也很明確、謹慎地維護人性尊嚴以及人體完整性與不可處分性等之基本原則。
4. 本指令也明訂了發明的開發使用若是違反公序良俗，則不授予其專利。本指令的例示規定明確地表示某些方法（如複製、變更人類的遺傳生殖基因、以產業或商業之目的而利用人類胚胎），其在倫理上是不被大眾所接受。這些不可專利性的除外例示規定得使社會產生自我保護，免於上述發明之使用造成社會不良的影響。

但是在該首份報告書裏，主動提出二個未解決的問題：其一，基因序列或部分基因序列的專利保護範圍仍留待有不同解釋的爭論空間。其二，人類幹細胞的發明是否可授予其專利，也暫時不處理，留給公眾廣泛之討論。

有鑑於此，歐盟執委會在二〇〇五年七月十四日，再度以「在生物科技與基

⁷⁹ BERICHT DER KOMMISSION AN DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT UND DEN RAT, Entwicklung und Auswirkungen des Patentrechts im Bereich der Biotechnologie und der Gentechnik, Brüssel, den 07.10.2002, COM (2002) 545 (01), 線上檢索日期：2008 年 1 月 13 日，頁 30-31，<http://www.europa.eu.int/cgi-bin/eur-lex/udl.pl?REQUEST=Service-Search&LANGUAGE=de&GUILANGUAGE=de&SERVICE=all&COLLECTION=com&DOCID=502PC0545>。

因工程領域，其專利法的發展與影響」為名，提出第二份報告書，以回答第一份報告書所留下二個待解決的問題，其結論如下⁸⁰：

1. 二〇〇二年十月七日所提出的第一份報告書已指出，本指令的重要條文之規定是清楚明確的。有關植物、動物及微生物的可專利性規定無有不確定性的概念；人體所分離出來的成分之可專利性也沒有模糊不清之處。
2. 沒有客觀的理由對人體所分離出來的基因序列或部分基因序列之可專利性，有作其限制之必要性。但是，其他倫理、研究、經濟等層面的問題也必然會浮現。
3. 全能 (totipotent) 幹細胞因從人性尊嚴的觀點下，不可授予其專利。
4. 多能 (pluripotent) 胚胎幹細胞是否可具有可專利性，目前其沒有終局的答案。歐盟執委會將持續觀察該方面的未來發展。

目前，人類幹細胞以及由幹細胞所產出的「細胞系」(Zelllinien) 是否授予其專利之問題，其意見十分的分歧。幹細胞係能發展特定器官之細胞，或者，其至少能發展特定細胞階段的不同類型細胞（如不同類型的血細胞）。幹細胞尤其能有助於身體組織的再生，因此，其可以治療敗壞性的疾病，如不同類型的硬化症。來自於人類胚胎的幹細胞有很大的潛能。發明的對象涉及到人類幹細胞之情形，其可否授予專利之討論成為倫理道德最敏感的議題⁸¹。

(三)、我國人類(胚胎)幹細胞醫療目的之禁止專利？

依據民國九十三年七月一日正式施行的專利法第二十四條之規定，不授予發明專利之項目如下：「1. 動、植物以及生產動、植物之主要生物學方法。2. 人體或動物疾病之診斷、治療或外科手術方法。3. 妨害公共秩序、善良風俗或衛生者」。我國專利法第 56 條第 2 項之規定，方法專利權之效力及於依該方法直接製成的產物，即為人類全能性細胞之「方法」亦不應授予專利。應考量多能性幹細胞的胚胎之取得來源或方式，其中可能直接破壞胚胎而取得多能性幹細胞者，便有違反公序良俗之虞，但也有可能取自已經建立之胚胎幹細胞系，則無涉及破壞胚胎之問題。但是不能僅以破壞胚胎與否作為判斷違反公序良俗的基準，蓋衛生署於 91 年 2 月 19 日公佈之「胚胎幹細胞研究的倫理規範」⁸²以及民國 96 年 08 月 09 日公佈之「人類胚胎及胚胎幹細胞研究倫理政策指引」⁸³，由此這些倫理規範的精神可看出只要由「合法管道取得」之胚胎就可以用來進行研究，所以如果僅以破壞「合法的」胚胎為理由，就認定此發明違反公序良俗，而不能取得其專利，則不得授予專利與得進行研究之標準竟然不一致，造成專利取得的標準更高於研究自由的標準，而形成「合法的」研究卻是「不適當」的發明，而無法取得專利之結果，破壞「合法的」胚胎構成違反公序良俗，增加取得專利的「高障

⁸⁰ REPORT FROM THE COMMISSION TO THE COUNCIL AND THE EUROPEAN PARLIAMENT – Development and implications of patent law in the field of biotechnology and genetic engineering, Brussels, 14.07.2005 COM (2005) 312 final, 頁 7, 線上檢索日期：2008 年 1 月 12 日, http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/de/indprop/invent/index.htm。

⁸¹ 參閱 2002 年 5 月 7 日歐盟執委會的倫理委員會之第 16 號意見書：die Stellungnahme Nr. 16 der Ethikkommission vom 7. Mai 2002, 線上檢索日期：2007 年 11 月 13 日, http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/avis16_en_complet.pdf。

⁸² 將研究使用的胚胎來源限於自然流產的胚胎組織、符合優生保健法規定之人工流產的胚胎組織及施行人工生殖後，所剩餘得銷毀的胚胎，但以受精後未逾 14 天的胚胎為限。

⁸³ 將研究使用的胚胎來源限於自然流產、符合優生保健法規定之人工流產、人工生殖剩餘胚胎，或以體細胞核轉植製造且尚未出現原條之胚胎或胚胎組織。

礙」似不符合以授予專利手段來鼓勵、保護發明與創作之促進產業發展的目的。

另一個問題是如果要從專利說明書去判斷取得胚胎的來源為何，必須要求申請人於幹細胞專利申請案中揭露其來源，但是否有法律依據去要求申請人做此揭露？又若申請人不揭露、錯誤揭露或虛假揭露胚胎的來源之效果為何？所以吾人認為破壞胚胎與違反公序良俗與否無涉，公序良俗還是回歸到專利法層面的一般綜合價值判斷來考量，至於胚胎的利用或胚胎的來源是否合法，應由其他法律來規範管理較恰當。基於上述分析，破壞「合法的或來源不明的」胚胎而取得多能性幹細胞等之本身及其製備方法，應無違反公序良俗而得取得專利。

此外，經濟部智慧財產局依據民國九十一年十二月十二日所公佈的《生物相關發明審查基準》⁸⁴之規定。與生物技術領域相關之投遞基因的治療方法屬於施用於人體或動物體之治療方法，為不予專利之項目。但活體外修飾基因之方法、活體外偵測或分析生物材料之方法、供基因治療方法用之基因、載體或重組載體，均非屬法定不予專利之項目。

「人體或動物疾病之診斷、治療或手術方法」⁸⁵係指施用於活的人體或動物體之疾病診斷、治療或手術方法。此外，疾病之預防方法亦屬不予專利之範圍。在此意義下，我國不允許利用「體細胞核轉殖」之方法，以取得醫療目的性的複製人技術之專利。

專利法的目的雖在於鼓勵、保護、利用發明，以促進產業發展，然亦應尊重、保護人性尊嚴及生命權，並維持社會秩序。生物相關發明會妨害公共秩序、善良風俗或衛生者，依專利法規定應不予專利⁸⁶，例如複製人及其複製方法(包括胚胎分裂技術)、改變人類生殖系之遺傳特性的方法及其產物、由人體及動物的生殖細胞(germ cell)或全能性細胞(totipotent cell)所製造之嵌合體(chimeras)及製造嵌合體之方法。此外，若申請標的涉及人體形成和發育的各個階段的物或方法，包括生殖細胞、受精卵、桑葚胚、囊胚、胚胎、胎兒等以及製造人體形成和發育的各個階段的方法，亦違反公序良俗，應不准專利。

人類胚胎幹細胞相關之發明，若有發展成人類個體的潛能者，違反公序良俗，應不准專利，例如人類全能性細胞以及培養或增殖人類全能性細胞的方法。至於由人類全能性細胞進一步分裂而成之人類多能性胚胎幹細胞(human embryonic pluripotent stem cells)，若無發展成人類的潛能，其相關發明應無違反公序良俗。

於生物相關發明審查基準第二篇發明專利實體審查之第二章何謂發明中規定「基於維護倫理道德，為排除社會混亂、失序、犯罪及其他違法行為，將妨害公共秩序、善良風俗或衛生之發明列入法定不予專利之項目。若於說明書、申請專利範圍或圖式中所記載之發明的商業利用會妨害公共秩序、善良風俗或衛生，

⁸⁴ 我國經濟部智慧財產局在 2002 年 12 月所公佈的《生物相關發明審查基準》；馮達發，「關於生物相關發明專利審查基準之淺論」，萬國法律，第 126 期，2002 年 12 月，頁 57-62。

⁸⁵ 在美國，醫學治療方法列入發明專利的清單目錄。反之，歐洲專利公約第 52 條第 4 項對其予以明文禁止。就歐洲專利公約第 52 條第 4 項之立法意旨而言，其認為醫療方法基於公共利益的考量，其涉及公眾之醫療照顧至為重要之權益事項。醫療方法的發明之授予專利是違反倫理道德的。除此之外，倘若醫療方法係可專利性，則其治療費用將十分地昂貴。詳情參見顏上詠，教育部補助歐盟專題研究計劃結案報告：歐盟生物科技指令—以人性尊嚴為核心論生物科技發明之法律保護，頁 11-13，線上檢索日期：2007 年 11 月 12 日，http://www.edu.tw/EDU_WEB/EDU_MGT/BICER/EDU8854002/1229.doc。

⁸⁶ 《生物相關發明審查基準》之發明標的例示，頁 1-8-3。

則應認定該發明屬於法定不予專利之項目」。此外，考量發明的商業利用會不會妨害公共秩序、善良風俗或衛生，要從發明的全部利用的可能性來考慮，不能僅因為該發明有被濫用而有妨害之虞，而認定其違反公序良俗，例如各種棋具、牌具，或開鎖、開保險箱之方法，或以醫療為目的而使用各種鎮定劑、興奮劑之方法等。

然而因科技進展日新月異，無法窮盡所有生技發明的標的，上述發明類型僅為例示而已，故生物相關發明審查基準的發明標的之例示規定沒有排除分離或重組人類遺傳資訊的DNA、重組染色體、蛋白質及融合細胞等之專利授予⁸⁷。甚至於，有關幹細胞、基因、基因序列或其他人類身體成分的「分離方法」也不排除其專利授予⁸⁸。不論在歐盟或美國，自人類身體所分離出來的或使用其他技術方法而產出的任何成分，也包括基因的序列或其部分序列，得為發明專利的對象。我國的專利制度與歐盟生物科技的專利制度較為類似，亦多有承襲之處⁸⁹。《生物相關發明審查基準》的發明標的之例示規定沒有排除分離或重組人類遺傳資訊的DNA、重組染色體、蛋白質及融合細胞等之專利授予⁹⁰。甚至於，有關幹細胞、基因、基因序列或其他人類身體成分的「分離方法」也不排除其專利授予⁹¹。不論在歐盟或美國，自人類身體所分離出來的或使用其他技術方法而產出的任何成分，也包括基因的序列或其部分序列，得為發明專利的對象。我國的專利制度與歐盟生物科技的專利制度較為類似，亦多有承襲之處⁹²。

(四)、結論

未來胚胎幹細胞之取得技術，可能不再以破壞胚胎為代價，是否如此就會一定符合人類的倫理價值判斷？或是，人類倫理價值會隨科技發展與社會變遷，自然接受所有破壞胚胎，容許進行幹細胞之研究？若是破壞胚胎就以違反公序良俗為理由，而禁止胚胎幹細胞的專利之取得，是否有違背專利制度設計之當初目的，以鼓勵、保護發明與創作來促進產業發展，反而阻礙科技產業的進步⁹³？在1980年，美國最高法院以非常微弱多數通過一項Chakrabarty的判決，宣告全世界第一個來自於基因工程所得出一種可用來降解石油且有生命力的微生物產物之授予專利⁹⁴。該案之後陸續接著基因的可專利性與植物品種的可專利性，在美國皆取得認可。歷史告訴我們，人類對於陌生的新事物一向採抗拒、排斥、責難、懷疑、試探、有條件接受到全面接受的心理路程與態度。故動物幹細胞(含人類胚胎幹細胞)或動物品種的可專利性，已是不可避免的趨勢。複製動物與複

⁸⁷ 《生物相關發明審查基準》之發明標的例示，頁1-8-4；陳志忠，專利法上公序良俗條款初探：以基因生物體為例，應用倫理研究通訊，第27期，2003年7月，頁66；謝銘洋，從歐洲觀點探討幹細胞相關發明之可專利性，生物科技與法律研究通訊，第17期及第18期合刊，2003年1月，頁122。

⁸⁸ 謝銘洋，同前註，頁122。

⁸⁹ 謝銘洋，前揭註87，頁123。

⁹⁰ 《生物相關發明審查基準》之發明標的例示，頁1-8-4；陳志忠，「專利法上公序良俗條款初探：以基因生物體為例」，應用倫理研究通訊，第27期，頁66，2003年7月；謝銘洋，前揭註87，頁122。

⁹¹ 謝銘洋，前揭註87，頁122。

⁹² 謝銘洋，前揭註87，頁123。

⁹³ 孫玉苓、林志生、周佑吉，我國專利法下人類胚胎幹細胞相關發明可專利性之研究，科技法律透析，第15卷第8期，2003年8月，頁44。

⁹⁴ 在此之前，國際普遍認為具有可專利性的標的物僅係「非生物」之物質或組成物，換言之，有生命來源的「生物物質」(biological material)是不可以成為被授予專利的對象。

製人以及醫療目的性的複製與再生性的複製技術之原理方法基本上大同小異，體細胞核轉殖技術之複製人未來出現已是必然的趨勢。複製人的「技術上」是可行的，只是目前在「道德上」無法全球普遍地被接受，但未來呢？人類胚胎幹細胞研究與發明及其應用，亦復如是，「技術不是問題，而是道德上應不應該之問題」。其他涉及人類道德價值爭論的生命科技，該科技既由人所創造而為服務人類之用，其用途便應用益於「人類」和受制於「人類普世的道德價值觀」。

伍、人獸混合胚胎案在教學中呈現

一、教師學識：

教師須對於生命科技的專業理論、知識及實務經驗，應不斷地自我充實，這是教學成效之根本問題。

二、課前準備：

老師課前應做充分的準備，例如準備教材、使用教具或設備、精熟教學內容等。

三、教學方法之多元性：

老師上課應進行多元的教學方法，例如安排戶外教學活動、使用教學媒體，有助於多樣化的教學活動。課程若只停留在老師單向式的講授方式，學生可能無興趣、心不在焉或是睡覺，所以參訪活動、影片欣賞或戶外教學可以讓學生感受在法律知識的生動性。總而言之，教學方法之多元性只要用得有效果，都是可以彈性運用。

四、師生互動：

老師和學生之間應保持良好的相處狀況，例如師生之良好互動、老師尊重及關心學生以及老師的情緒智商(EQ)之控管等，應有基本的認知與態度。透過老師對課程主題的講授、學生的發問，來形成師生的互動關係。老師的身教勝於言教，老師課堂上所教的專業知識常會忘記，但是不會忘記的是老師的關心及與學生的互動，法律知識的吸收不完全是靠老師，但是學生體會到老師的用心良苦之後，自然就應該會知道如何自我主動學習。

五、授課以及教材內容：

老師是否能夠選擇或編撰適宜的教材內容與講義等，老師所選擇的教材，例如教材充實豐富齊全、教學內容難易程度、編寫或使用系統化的講義/教材、選擇適宜的教科書等，也影響教學之效果。

六、教師特質：

老師的人格特質，例如老師是否認真、有耐心等。

七、教師對學生心態：

老師應能夠誠懇、親切對待學生，並且樂於協助學生解決問題、回答問題等。

八、解說能力：

老師應能夠清楚明確地將教學內容及授課主題呈現給學生，含括書面及口語之表達，例如講解條理分明、板書呈現清楚、音調及聲音。

九、學生收穫：

老師應能夠培養學生個人能力及自發性及態度、能夠學到完整的概念以及啟發學習興趣。

十、教材有用性／相關性：

老師應能夠選擇及編寫適宜的教材及講義，並符合有用性及相關性的原則。

十一、課業負擔：

教師應顧慮到學生對該課程能夠負荷的負擔程度，包括作業太多或太少、作業沒有發還、課程要求過高等。

十二、教學時間運用：

老師應能夠針對教學主題，充分運用時間進行相關教學活動，例如準時上下課、教學進度適中等。

十三、分組討論與報告

首先由老師詳細講述人獸混合胚胎案例事實、其所涉及之我國相關法規範以及主要爭點。然後，分成不同小組，大致以五人為一組根據老師之授課內容具體討論，提出相關意見與心得。最後，每一小組提出綜合性之簡要報告。每次小組討論皆由不同學生組成，以促進學生的交流與互動。

十四、口頭報告之控管

如果學生的口頭報告離題太遠或有錯誤，應提醒學生應注意之處，或者改為老師直接講解(我們發現學生有時引用大陸的材料，並且誤解我國法律之情形出現)。

十五、邀請一些實務或學界的人士參與課程：

邀請生命科技這方面之專家學者就相關議題進行演講或討論，能讓學生對實務上的運作有更多的體認，以補充老師這方面知識之不足。

陸、成績評量方法

一、基本原則

老師對於該課程所進行的考試之成績評量方法，除了考試的次數及難度以外，也考慮到評分的公平性。除此之外，亦可考慮選擇題、open book 找答案或書寫報告作為成績評量方法，基於個人經驗，同學反應都也不錯。

二、建議：

1. 考試前替同學提示考試重點並要求她(他)們起碼要達到的基本水準。
2. 校內的考試不要出得太艱澀、出題範圍應該要限縮，不要太廣泛或突襲考生。
3. 教學者應該認知到，小考、期中考或期末考之考試是提示同學學習重點之手段，而非考倒同學為目的。
4. 賞罰分明(高、低分/扣分、加分之情形)，訂出透明明確的評量標準。
5. 無論小考、期中考或期末考，老師應利用上課時間加以解答，並提供數份成績優異的考卷供修課同學參考。
6. 考試可以 open book 以引導他們去尋找其他資料蓋本課程之目的係在於培養學生自己思考問題與尋求解答的能力，而非僅是背誦記憶性之考試。
7. 不宜過多的書面或口頭報告。
8. 若是採取背誦記憶式的考試，應該提示明確的重點。
9. 出席率高、發言次數多宜在平時分數上予以加分，以鼓勵「主動參與」之精神。
10. 私底下與老師較主動互動、印象好的同學雖然可以在平時分數上予以加分，但不宜以此做為重大影響學期總分數之最終根本決定。
11. 每週上完後，要求同學自己設計考題之作業，作為平時分數的參考依據之一。