

一.【契約總論暨買賣契約】

一、主題案例：臺北某加油站加假油事件

日前位於台北市郊之某 A 加油站，老闆甲企圖為節省成本開支，竟於汽油中參入甲醇，及其他化學原料，導致來加油的汽、機車，因加入假油而導致愛車拋錨故障。經獲民眾檢舉，檢察官與中油公司立刻派人進行調查，發現上開事實，並透過新聞媒體公諸於社會。某汽車車主乙一看到新聞，猛然想起兩天前才在該加油站裡加過油，結果就導致愛車拋錨進場大維修，連忙打電話詢問修車廠人員有關愛車狀況。經修車場工程師告知果然是因為加入假油之關係，才導致愛車拋錨無法啟動，維修費高達 40 萬元。乙一氣之下，決定對甲之 A 加油站提起民事告訴，請求民事賠償，試問，乙如何替自己爭取應有的權益？

二、主題說明：

(一) 契約的成立要件與法律觀點¹

所謂「契約」的定義，乃是指當事人以發債之關係為目的，相互為對立之意思表示，而該意思表示將漸漸趨於一致之行為。而在法律學理中，所謂契約被分為廣義與狹義的契約。「廣義契約」意指已發生私法上效果為目的之一切合意之總稱，包括債權、物權契約或身分契約等。而狹義契約專指以發生債法上之效果為目的之合意，換言之，學者限縮於僅指「債權契約」而言。而契約是法律行為的一種，其成立生效必須以健全的意思表示為基礎，因此所謂合意就是在說「雙方當事人的意思表示合致」之情形。

基本上，契約以「意思表示」為其中最重要之要素(但契約內不僅只有意思表示之要素，尚有其他要素存在)，性質上是一種法律行為，只要符合各種契約類型之相關要件，並且由雙方意思表示合致，契約就能成立。而學者通說對於吾人一般所稱之「契約」大多採狹義解釋，認為須以債之發生為其目的，亦即，以成立請求給付之法律關係為目的其合意，即為一般所稱之「契約」。

再者，契約當事人所為之意思表示，其內容係利害相反、且互相對立。以買賣契約來說，一方欲取得他方所擁有之財產權，另一方欲藉該契約取得他方所擁有之價金，兩者乃係處於「對向」的狀態。而也因為如此「對向」之狀態，契約之成立點即在於雙方對向之意思表示相合致時。而此處所謂之「合致」，學者認為不僅須有與他方之意思表示結合而生法律效果之意思一致，且其意思表示於客觀內容上亦須一致。

如前所述，契約乃法律行為類型的一種，因此，一般法律學者皆認為，法律行為之成立要件有三，分別為當事人、標的(內容)、意思表示。而契約之成立要件，即需當事人就該契約標的(契約內容)所為之雙方意思表示相合一致始可。因此，在民法第 153 條第 1 項規定「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立」。而所謂「意思表示一致」，當事人明白表示固無問題，若

¹ 參邱聰智，新訂民法債編通則(上)，輔仁大學叢書編輯委員會，2001 年 10 月，新訂一版二刷，第 30 頁至第 33 頁、第 42-47 頁。

當事人並沒有明白的約定表示，但以其他足以推認效果意思之舉動或情事所為之意思表示方法，仍然可以認為當事人之意思表示已經合致，在法律上稱為此種狀況為「默示的意思表示」。但若僅是單純沉默，則就不能認為有意思表示的存在。

再者，契約內容以是否為契約成立所絕對必要，可以分為下列三種要素，分別為要素、常素、偶素。「要素」是契約成立所不可或缺之要件，例如移轉物之財產權以及交付價金為買賣契約之要素(民法第 348 條及第 367 條參照)；「常素」則為通常構成契約之內容，但若除去該內容契約仍然可以成立，例如學者認為瑕疵擔保責任就是買賣契約的常素；最後，「偶素」所指的乃是雖非構成契約內容的法定必要事項，但當事人可以以意思表示將其附加為契約內容，例如履行期、條件等等。要素是整體契約中的必要之點，常素與偶素是否為必要之點，需當事人以意思表示決定其是否可以成為必要之點。換言之，一個契約的成立，至少該要素須達成一致，如當事人以常素或偶素為契約必要之點，而經意思表示，則必須常素或偶素一致，契約始能成立。因此，民法第 153 條第 2 項規定「當事人對於必要之點，意思表示一致。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」。

(二) 買賣契約的成立要件與法律規定²

1. 買賣契約的意義

依民法第 345 條第 1 項之規定，稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約，故買賣契約所約定之內容乃一方移轉財產權於他方之義務，而他方亦負有給付價金之義務。買賣為契約之一種，也是民法債編各論上的第一種契約類型。而買賣契約乃財產權與金錢交換之契約，出賣人移轉財產為買賣要素之一。法律構成上進一步可區分為「財產權」、「移轉」兩個概念。所謂「財產權」，係指具有經濟利益而得為交易標的之法益。其範圍包括物權、準物權、債權、無體財產權、社員權、電話使用權及占有等等。由於買賣標的需具有財產價值。因此，一般認為非財產權不能做為買賣之客體，例如人格權或身分權等。是民法第 199 條第 2 項關於「給付，不以有財產價格者為限」之規定於此應不適用。不過若是人體之一部分與人身分離對於身體之完整健康之維護如無影響，且於法律價值判斷上沒有違反強行禁止規定或有違公共秩序、善良風俗之問題時，仍然可以因為其具有財產上價值而成為買賣標的物，正如吾人一般所常見於法令限制允許範圍內之器官捐贈或移植手術。

又財產權不問是否屬於買受人，亦不論現在是否仍然存在亦或將來的財產或權利，均得為買賣之標的(亦即買賣內容)，其因此所成立之買賣契約均應效。因此，綜上可知，就法律規範架構而言，財產權原則上均得為買賣之標的，但是仍然有些例外不得為買賣契約內容的，學者³歸類出兩種情形：

(1) 基於公益由法律禁止買賣者。例如：煙毒或未經許可之藥品或毒性化學

² 參邱聰智，新訂債法各論(上)，元照出版有限公司，2002 年 10 月，初版第一刷，第 59 頁至第 71 頁。

³ 同註 2。

物質之禁止販售，最高法院 20 年上字第 202 號判例即指出「販賣煙土，則其債權債務關係自無從發生」。(另法律學說上又稱此種物品為不融通物，亦即因法律禁止規定而無法流通於市面上，例如毒品、槍枝等)

- (2) 法律上禁止讓與之權利，亦即法律學說上所稱之「專屬性權利」。舉例來說，依據民法第 734 條之規定，關於終身定期金之權利，若以之為買賣契約之內容，則其買賣原則上將導致無效。此外，若是「不得單獨讓與之權利」亦無法單獨成為買賣契約之內容，例如，擔保物權不得單獨成為買賣契約之內容。

2. 買賣契約的成立要件

買賣契約可以說是所有契約的典型，所以有關契約成立之一般規定，在買賣契約的範圍內都有適用。因此，依據民法第 153 條第 1 項「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立」之規定，只要當事人就買賣契約的內容作好約定，雙方的意思表示(亦即出自內心譽為一定法律效果之行爲之表示)一但合致，買賣契約即宣告成立。不過，有關契約之訂定，在法律上因交易類型區分之需要，對客觀內容設有最低事項之要求，以統一當事人在交易上的基礎認定。而每個契約當事人因其所著重的重點不盡相同，進而對於該契約內容之對於客觀內容之要求、喜好就會各有不同。而此種契約的「內容」，在法律的學理上即稱為「契約之因素」。事實上，在現實交易中，關於契約的因素種類或區分通常異想不到的複雜且繁多，而法律學理上就將這些因素大致歸類為以下三種類型：「要素」、「常素」、「偶素」。

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。」本條規定之設計，乃在於緩和意思表示內容一致之範圍，避免契約可能因為法律對於意思表示一致之程度要求過高而不易成立，有礙社會上之交易安全與經濟活動。因此，在本條規定下，意思表示如經必要之點一致，買賣契約即告成立，不須就買賣契約內容所有預設因素一一確定一致，買賣契約始能成立。

對應於民法債編總論第 153 條關於契約成立之規定，民法第 345 條第 2 項規定「當事人就標的物及其價金互相同意時，買賣契約即為成立」。因此，一般認為，從本條規定來看，標的物及價金即為買賣契約之兩大要素，只要契約雙方就此二者要素為同意，契約即為成立。

3. 買賣契約的性質⁴

(1) 債權契約

買賣乃典型之債權契約，其僅使出賣人與買受人個別負擔一定債務，享有一定債權(參民法第 199 條第 1 項之規定「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付」)，因此買賣契約並不會使當事人對於其所持有之財產權或價金直接發生

⁴ 參黃立主編，楊芳賢等人著，民法債編各論(上)，元照出版有限公司，2002 年 7 月，初版第一刷。第 21-23 頁。

物權法上的變動效果。換言之，物之出賣人依民法第 348 條第 1 項「物之出賣人負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務」之規定，僅負有使買受人取得物之所有權與占有，或使買受人取得出賣之權利之義務。因此，買賣契約可謂一債權契約，即使出賣人對於出賣之標的無處分權，例如出賣別人擁有之物，買賣契約成爲有效，但出賣人可能因此無法履行其買賣契約所規定之義務，此時將會構成「債務不履行」，對買受人負損害賠償責任。

(2) 不要式契約

買賣契約之成立，原則是無需雙方當事人訂立書面，法律上稱爲「不要式契約」。但對於不動產之買賣契約，民法修正後(但尚未施行)第 166 條之 1 第 1 項已規定需要備有書面始得成立，其謂「契約以負擔不動產物權之移轉、設定或變更之義務爲標的者，應由公證人作成公證書。如未依前項規定公證之契約，如當事人以合意爲不動產物權之移轉、設定或變更而完成登記者，仍爲有效。」

(3) 有償契約

依民法第 367 條之規定「買受人對於出賣人有交付約定價金及受領標的物之義務」。因此，不僅是出賣人對買受人負有交付買賣標的物之義務，反過來說，買受人對出賣人亦負有「交付約定價金」以及「受領標的物之義務」。因此，學理上稱爲當事人一方因他方給付而須給付報酬或價金者，爲有償契約，買賣契約正是一典型之有償契約。

(三) 買賣契約的權利與義務歸屬⁵

1. 出賣人義務

依民法第 348 條之規定，物之出賣人附有交付其物於買受人，並使其取得該物之所有權之義務，而同條第 2 項規定，權利之出賣人負有使買受人取得其權利之義務，如因其權利而得占有有一定之物者，並負交付其物之義務，學說認爲，此等義務乃出賣人之主給付義務。但若買賣契約雙方有特殊約定主給付義務之內容，依私法自治下之契約自由原則，當然以雙方約定之內容爲準，僅於雙方無所特殊約定時，使適用民法第 348 條之規定。

若出賣人未依約或依法履行交付買賣標的物，或使買受人取得物之所有權債權或其他權利之義務，在尚未確定出賣人已不能履行其給付義務時，買受人須先對出賣人請求履行其債務，諸如請求交付移轉所有權或除去第三人之權利(民法第 349 條參照)。此外，買受人亦得主張民法第 246 條之同時履行抗辯權並於定期催告，之後主張給付遲延等損害賠償或遲延利息。反之，若已確定出賣人不能履行其義務，則可能構成給付不能之法律效果，依民法第 226 條、第 256 條、第 260 條之規定，請求解除契約及損害賠償。

2. 買受人義務

依民法第 367 條之規定，買受人對於出賣人有「給付價金」及「受領標的物」之義務。對於給付價金爲買受人對於出賣人所應負之主給付義務尚無可議，但究竟「受領標的物」是否是另一個買受人對出賣人應負的主給付義務，則有爭執。

⁵ 參黃立主編，民法債編各論(上)，第 31-35 頁、第 141-145 頁。

最高法院以判決形成肯定見解，認為「受領標的物」亦為買受人之主給付義務內容之一(最高法院 64 年台上字第 2367 號判決參照)。因此，若買受人不願受領標的物，則不僅可能構成受領遲延之法律效果，依民法第 234 條以下規定付遲延責任，同時也構成給付遲延之法律效果，而依民法第 229 條以下給付遲延之損害賠償責任。

(四) 買賣契約瑕疵擔保責任⁶

所謂「瑕疵擔保責任」，是在規範出賣人就買賣標的物之權利或其標的物本身之瑕疵，所應負之「法定擔保責任」。瑕疵者，即是吾人一般所稱之「缺點」，於買賣法上，則係指出賣人所為之給付，亦即其所交付之標的物、移轉之權利，未盡符合債之本旨。依據債法通則之原理原則，債務人給付如有瑕疵，僅於有過失時，始構成不完全給付，應負債務不履行責任。若債務人無過失時，則尚無債務不履行責任可言。然而，相對於出賣人負有支付價金債務之買受人，對於其給付，債法上卻要求其負擔保責任。買賣契約乃係雙務契約，已如前述，移轉財產權與支付價金兩者係互相對待而報償，如買受人就價金給付負擔保責任，而出賣人僅於瑕疵有過失時始負責任，顯然有違等價交換之正義理念，亦非買賣制度設計之本意，因此出賣人對於其給付之瑕疵無論有無過失均應負法定擔保責任，無過失而應負責，無異擔保完全給付，且擔保之對象為給付瑕疵，「瑕疵擔保」之用語從此而來。

瑕疵擔保責任，性質上並非強行規定，原則上買賣雙方得以特約限制或免除出賣人之瑕疵擔保責任，況且此種特約除出賣人明知有瑕疵而故意不為告知者外，其特約均屬有效，因此民法第 366 條規定「以特約免除或限制出賣人關於權利或物之瑕疵擔保義務者，如出賣人故意不告知其瑕疵，其特約為無效」。也因此，多數法律學者認為，瑕疵擔保責任僅係買賣常素，而非要素。又所謂「故意不告知」，一般認為乃是指出賣人明知瑕疵並認為買受人不知，竟故意為沉默之情形。換言之，「故意不告知」乃須以有「告知義務」為基本前提。瑕疵擔保責任雖然依前開法條可以限制、減輕、免除責任，但亦可以為加重責任之約定，因為這樣對買受人更有保護，自當允許。

瑕疵擔保責任之類型，以出賣人給付義務內涵之不同而區分為兩種型態。一般認為，出賣人之給付義務內涵，概念上可以區分為「移轉權利」及「交付標的物」兩者，因此相對而言，瑕疵擔保責任之體系設計，亦區分為「權利瑕疵擔保責任」與「物之瑕疵擔保」責任兩種。就權利瑕疵擔保而言，依民法第 349 條規定「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利」、第 350 條規定「債權或其他權利之出賣人應擔保權利確係存在。有價證券之出賣人，並應擔保其證券未因公示催告而宣示為無效」。前者法律學理上稱為「權利無缺擔保」，後者則為「權利存在擔保」。關於違反權利瑕疵擔保之責任效果，依民法第 353 條之規定「出賣人不履行第 348 條至第 351 條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。」；而就物之瑕疵擔保部分，依民法第 354

⁶ 同註 2，第 91-95 頁。

條之規定「物之出賣人對於買受人應擔保其物依第 373 條之規定，危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵；出賣人並應擔保其物於危險移轉時具有其所保證之品質。」，其法律效果，依照民法第 359 條規定「買賣因物有瑕疵，而出賣人因前五條之規定應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金」、第 360 條規定「買賣之物缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償。出賣人故意不告知物之瑕疵者，亦同」。

(五) 買賣契約的危險負擔⁷

所謂「危險負擔」，乃指風險分擔，亦即買賣契約成立後，因不可歸責於雙方當事人之事由，致標的物毀損滅失等，應由何人承擔其不利益之問題。所謂「應由何人承擔其不利益」，乃係指諸如出賣人是否仍應負有給付標的物之義務、若出賣人免給付義務時，買受人是否仍負有對待給付價金之義務。但若是可歸責於當事人一方之事由致給付不能者，則是如給付不能、給付遲延或不完全給付等關於債務不履行之問題，則非危險負擔所要處理的問題。

是以，民法第 225 條規定「因不可歸責於債務人之事由致給付不能者，債務人免給付義務；債務人因前項給付不能之事由，對第三人損害賠償請求權者，債權人得向債務人請求讓與其損害賠償請求權，或交付其所受領之賠償物」，此外民法第 266 條亦規定「因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務。如僅一部不能者，應按其比例減少對待給付；前項情形以為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還」。

在尚未締結買賣契約前，若標的物因不可歸責於契約雙方當事人之事由，發生毀損滅失時，係由所有權人承擔不利之後果，學者將之稱為「天災歸所有權人負擔原則」。若於買受人締結契約並受讓標的物之所有權及占有後，標的物因不可歸責於任何人之事由發生毀損滅失時，亦由所有權人即買受人承擔此不利之後果。因此，嚴格來說，這兩種狀況與民法上所謂危險負擔原則或利益承受之規定無關。

自買賣契約成立之後，直至出賣人履行債務時，即買受人取得標的物之所有權及占有時止，就特定標的物之買賣，若因不可歸責於債務人之事由，依民法 225 條第 1 項之規定免給付義務，若同時也不可歸責於債權人之事由，依第 226 條第 1 項之規定買受人亦得免為價金的對待給付。若是種類物之債(亦即僅以物之種類指示給付物，民法第 200 條參照)，在未經特定之前縱有毀損滅失，出賣人仍可以給付合乎種類約定之標的物之義務，原則上無給付不能之問題。而當種類物一經特定後，立即轉換為特定物之債，於發生不可歸責於雙方當事人之事由時，一切依照特定物之債之危險負擔的相關規定為相同處理。不過，種類物之債尚分往取之債、付償之債、送交之債等類型，其特定方法各有不同，但此非危險負擔之理論與相關規定所要處理的問題，故於此即不贅述。

⁷參黃立主編，民法債編各論(上)，第 145-170 頁。

涉及買賣契約的危險負擔問題，尚有民法第 373 條之規定「買賣標之物之利益及危險，自交付時起均由買受人承受負擔，但契約另有訂定者，不在此限」。事實上若依民法於債編總論第 266 條之規定，於雙方當事人皆不可歸責時，雙方皆免為給付或對待給付。但若於買賣契約中有民法第 373 條之適用時，則將不再適用第 266 條之規定，換言之，既然買賣標之物自交付時起均應移轉由買受人承擔，則交付後買受人即不得再主張因不可歸責於自己之事由致給付不能而免為價金之對待給付。此乃買賣契約之特殊規定，自應優先於債編總論條文之適用。

三、案例析解

(一) 按稱買賣者，謂當事人約定一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約，

民法第 345 條第 1 項有明文規定。次按物之出賣人負交付其物於買受人並使其取得該物之所有權之義務；買受人對於出賣人有交付約定價金及受領標之物之義務，民法第 348 條第 1 項、第 367 條分別定有明文。因此，依上開法條之規定，今本案例中乙到甲所開設位於台北市郊之 A 加油站加油，兩人乃就標之物「汽油」，成立買賣契約。亦即，甲必需依上開法條之規定給付乙汽油，始能盡給付義務；反之，乙亦須依法律規定給付甲相當於汽油之金額(法律上稱為「價金」)，並且受領汽油(讓甲將油槍放進乙汽車之加油孔中)，始能盡到買受人之義務。

(二) 但是今天乙向甲購買的汽油乃是參入甲醇具有嚴重瑕疵的汽油，依民法第 354 條之規定，物之出賣人對於買受人應擔保其物依第 373 條之規定，危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度無關重要者，不得視為瑕疵；出賣人並應擔保其物於危險移轉時具有其所保證之品質。本條乃係買賣契約瑕疵擔保之規定，亦即要求出賣人必須對於其所出賣之物，負擔保無瑕疵之責任。若於出賣物有瑕疵時，應負損害賠償責任。故上開條文規定「出賣人並應擔保其物於危險移轉時具有其所保證之品質」。今本案例中，甲因為節省成本開銷，竟然將汽油中參入甲醇，降低其成本花費，但如此一來將會造成汽車的故障或拋錨，對加入假油之汽車將有嚴重損傷。因此，本題中車主乙之愛車因加入假油之關係，導致拋錨無法啟動，維修費高達 40 萬元。甲所給付給乙之汽油顯然已經具備「滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵」，應認為構成瑕疵擔保責任。

(三) 故此時，依民法第 359 條之規定「買賣因物有瑕疵，而出賣人因前五條之規定應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金」。乙應向甲主張應負瑕疵擔保責任，而請求依比例減少汽油之費用或是解除契約，請求甲償還該汽油費用。惟依民法第 360 條規定「買賣之物缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償。出賣人故意不告知物之瑕疵者，亦同。」依本條規定，甲對於該汽油參入甲醇早已知情(更甚者，該汽油中之甲醇乃係由甲自行參入)，是甲對於該汽油有重大瑕疵一事對乙隱瞞，應認為甲乃係「故意不告知瑕疵」，此時乙應得依本條規定請求甲負損害賠償責任。

(四) 但是，甲對乙應負損害賠償責任之前提是「乙究竟受有何種損害？」。就本案

例來說，汽油本身有瑕疵，並無法達成正常汽油所得發揮之功能，因此就這個部分構成法律上所謂的「履行利益(亦即契約履行時所應已得到之利益)之損害」。再者，因為該汽車本身加入參入甲醇之汽油，導致汽車拋錨、毀損，就此部分而言，構成「固有利益(亦即當事人本身即具備之利益)之損害」。依學界多數學說之見解，認為民法第 360 條所指涉損害賠償之「損害」，同時包含「瑕疵損害(亦即履行利益之損害)」及「瑕疵結果損害(固有利益之損害)」兩者。受害人乙對於上述兩種損害均得向甲請求損害賠償。

(五) 此外，依消費者保護法第七條規定「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性；商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法；企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」本案例中，甲乃是提供加油服務、販賣油品之企業經營者，自應對消費者乙於提供商品流通進入市場或提供服務時，確保該商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。為甲不僅未確保該服務與產品之安全性，反而自行添加甲醇，致使有瑕疵的油品危害車體本身與行駛安全，乙自得向甲依消費者保護法關於本條之規定，請求損害賠償。

四、思考問題

- (一) 買賣契約中，身為出賣人之人應對於買受人負何種義務？
- (二) 買賣契約中，身為買受人之人應對於出賣人負何種義務？
- (三) 就民法規定中之買賣契約制度，設計「瑕疵擔保責任」之規定又有何用處？

五、參考案例

(一) 母牛不生買賣雙方對簿公堂⁸

為了一頭母牛沒有懷孕，買賣雙方竟然告上法院！原來一位鐵工廠的老闆，因為自己小時候養牛，想讓附近的小孩也看看牛生產的模樣，向台南縣的牛販買了 1 頭懷孕 6 個月的牛，沒想到過了 4 個月，母牛還不生，才發現自己受騙，一氣之下，要告牛販涉嫌詐欺！邊放牛吃草，陳先生邊抱怨，因為賣牛給他的人，從頭到尾都在說謊，還不承認。買牛人陳先生：「買 1 隻，花 2 隻的錢。」記者：「不要用騙的就對了？」買牛人陳先生：「對啊，還很會辯。」

事情要從 4 個月前說起，經營鐵工廠的陳先生，小時候曾經放過牛，因為牛越來越少，他想讓附近的小朋友都能看到牛的模樣，並且紀錄下母牛生產的過程，於是向台南縣一位陳姓牛販購買 1 頭懷孕 6 個月的母牛，怕被騙，還要牛販寫下切結書，沒想到過了 4 個月牛還沒生，陳先生才發現不對。買牛人陳先生：「讓我忙 1 個月，基本工資都要給我。」陳先生一氣之下告上警察局，要求比買牛的錢多 1 倍的賠償，就是 12 萬 4 千元，牛販卻說，這頭牛他也是跟別人買來的，自己也是受害人，1 頭沒懷孕的母牛，讓買賣雙方對簿公堂。

(二) 美語教材買賣糾紛，十五年後算帳⁹

⁸ 記者辜士陞報導，TVBS 新聞採訪報導，最後瀏覽日：2007 年 11 月 12 日，00:52。

⁹ 記者李晴報導，TVBS 新聞採訪報導，最後瀏覽日：2007 年 11 月 20 日，18:49。

這家美語教材公司老闆是美國人，在台灣開了 18 年，怎麼會在 15 年後 才向客戶催收帳款呢？發言人表示，其實早在 10 幾年前就已經告上法院了，只是法院最近才執行強制扣款命令，並不是現在才開始要，美語公司無奈的說，對方買了東西半年後才要求退費，鑑賞期也未免太久。

洪先生當初花 3 萬多，買來的就是像這樣的美語教材，打開厚厚的盒子現在放的是 DVD 光碟，15 年前，左半邊擺的是 VHS 英文教學影片，包含右手邊的英文手冊，整套下來在當年售價 3 萬 9 千多。英文教材利用的是剪輯過的影集內容，設定各式各樣的情境作為教材方法，美語教材公司說，這套教學本身就要這樣的成本價格，活動課程是附加上去的，並不是洪先生所指控上課也要另外付費。

美語公司副總祝若珉：「如果你是使用，相當長的一段時間之後，你要談解約，我覺得彼此要有相當的一個共識，而不是產品我還你，然後你錢通通都不繳。」一套美語教材過了 10 幾年後，現在要價 7、8 萬，不算便宜，也引發不少糾紛，去年有人向公平會申訴，這家公司在簽約後，沒有立刻把合約給客戶，讓消費者無法了解合約內容錯過解約機會，公平會因此裁罰美語公司 185 萬，不過最後法院判決，美語公司勝訴，撤銷公平會的評議。不過一連串的風波，已經讓這家美商公司覺得很灰心，不排除等到服務完最後一個合約，就結束在台灣的銷售業務。

二.【租賃契約與贈與契約】

一、主題案例：

(一) 贈與契約：台灣首富贈與大學五億元興建癌症研究教學大樓

台灣首富郭董，日前愛妻因罹患癌症不幸過世，與愛妻鶼鶼情深的他悲痛不已，悔恨自己當初只顧賺錢工作，卻沒有好好的陪自己的牽手幸福的走完人生。感嘆自己當年從無到有，如今縱使貴為全國首富，在病魔面前依然束手無策，當下化悲憤為力量，決定將自己財產的一小部份，捐贈高達新台幣五億元國內某頂尖大學，提供其做為學術研究之用，成立研究抗癌症之教學型大樓，希望可以為人類的醫學技術帶來更大的突破。

由於捐款時，僅由郭董交代秘書直接轉交贈款支票即可。但秘書因事務繁忙，遲遲未將支票交給該大學校長，此際，郭董的公司因受到美國次級房貸風暴的波及導致引發嚴重財務危機並瀕臨倒閉，郭董緊急要秘書拿回支票，並向該大學校長主張因尚未交付捐款，故贈與契約無效，請該大學校長另覓財源，否則也愛莫能助。此外，郭董日前捐贈給該大學的教學器材，也因品質不佳而於實驗室中不慎產生爆炸，傷及數位正在進行研究工作的教授與學生，該大學校長委請律師向郭董提起請求給付贈與物之訴訟，並針對爆炸事件所導致的損傷對其請求損害賠償，請問身為該大學之委任律師，該如何位你的當事人爭取權益？

(二) 租賃契約：時下常見的大學生租屋糾紛案件

家住南部小漁村的甲年滿十八歲，剛通過大學指定考試進入台北市某大學就讀。首度離家千萬里的他面臨必須在台北市自己租房子生活的處境，雖然他興奮異常，終於能脫離父母的嚴格控管，但還是對於租屋生態與方法不甚了解。因此由父母陪同一同去台北找房子，終於找到一間距離學校車程大約僅有十分鐘的公

寓雅房(廁所浴室與房東共用)，價格雖然高，但尚在合理範圍。與房東乙簽定一年的租賃契約後，隨即展開他的大學新鮮人生活。萬萬沒想到一住進去之後，屋頂不僅嚴重漏水，甚至門窗也未經整修，安全性嚴重出現漏洞。甲請求乙維修房屋，乙卻以只是單純將房間出租沒有義務替甲整修為理由拒絕，因此甲只好自行修復，並主張於每月租金中扣除其所支付之整修費。過了三個月，房東乙就將房屋轉賣給丙，並已經辦理過戶登記，丙此時帶大批人馬登門要求甲立刻搬家，揚言若堅持不搬，就提起告訴。但甲主張與乙所簽定的契約乃係一年，丙無理由要甲搬家。丙反過來指稱那是甲與乙的問題，應自行解決，跟丙無關，仍要求甲立即搬家，試析解上述事實的法律關係。

二、主題說明：

(一) 贈與契約的意義與成立要件¹⁰

依民法第 406 條規定「稱贈與者，謂當事人約定，一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約」。事實上，從條文文意即推可知，贈與契約乃為贈與人無償給與財產於他方之契約，因此「給與財產」乃贈與契約主要內容，性質上看似與買賣相類似，但「無償」則為與買賣契約相對立的特性(蓋買賣契約必為有償契約)。

贈與契約之成立，民法上既無特殊規定，此時即應回歸基本法律原則，亦即認為贈與因當事人雙方就「無償與受財產」一事所為之意思表示一致而成立。此之「一致」無須一定方式，亦無須經契約成立時現實交付。因此，一般均認為，贈與契約乃一不要式契約，亦為諾成契約(即不要物契約)，換言之，只需要雙方當事人就贈與物之交付及贈與內容為意思表示之合致，該贈與契約即為成立。而「無償給與財產」乃贈與之特點，故贈與契約成立後，原則上僅由贈與人負給付義務，受贈人無庸負擔給付義務，故學理上通認，贈與契約為單務契約、亦為無償契約。

(二) 贈與契約的法律效果與瑕疵擔保責任¹¹

依民法第 408 條規定「贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與。其一部已移轉者，得就其未移轉之部份撤銷之；前項規定，於經公證之贈與或為履行道德上之義務而為贈與者，不適用之」。因此，未經公證之贈與或非履行道德上義務之贈與，贈與人在權利移轉以前，無庸任何理由，均得撤銷贈與。反過來說，若贈與已經公證、履行道德上給付之贈與，於贈與契約生效後即不得撤銷。

所謂「撤銷」，不論是意義、性質或是效力，均係指民法總則所規定之撤銷權。而撤銷權在法律的性質上乃屬形成權之一種，撤銷為有相對人之單獨行為，因撤銷權人之意思表示而使贈與行為溯及既往的自始無效。民法第 419 條規定「贈與之撤銷，應向受贈人以意思表示為之；贈與撤銷後，贈與人得依關於不當

¹⁰參邱聰智，新訂債法各論(上)，元照出版有限公司，2002 年 10 月，初版第一刷，第 261 頁至第 266 頁。

¹¹參邱聰智，新訂債法各論(上)，第 267 頁至第 289 頁。

得利之規定，請求返還贈與物」。

又民法第 410 條規定「贈與人僅就故意或重大過失，對於受贈人負給付不能之責任」。贈與人為贈與之債務人，既僅就重大過失負責，若是具體輕過失(即未符與處理自己事務同一注意義務)或抽象輕過失(即未符善良管理人注意義務)所致之給付不能，贈與人即非民法第 226 條所稱之可歸責事由，從而不構成債務不履行，受贈人自然無從請求因債務不履行所生之損害賠償。但是，若贈與契約之債務人(贈與人)已經為給付，而僅係給付有瑕疵，則贈與人於給付之瑕疵有重大過失時是否亦應負責，則有法律學理上之爭執。依民法第 411 條規定「贈與之物或權利有瑕疵者，贈與人不負擔保責任。但贈與人故意不告知瑕疵或保證無瑕疵者，對於受贈人因瑕疵所生之損害，負賠償責任」。從本條規定可得知，贈與人僅於故意不告知瑕疵時始就加害給付(亦即因瑕疵所產生之固有利益之損害，例如有瑕疵的洗髮精對頭皮所造成的傷害)負責，其贈與人於瑕疵不告知若僅有重大過失時，尚且不負賠償責任；而就瑕疵本身而言，不論是有無故意或過失，均無須負責。因此，贈與人僅於故意之情形下，始就不完全給付負其責任，且僅以「加害給付」之部分為責任範圍，不包含瑕疵給付部分。

(三) 租賃契約之意義與成立要件¹²

租賃契約乃是以物之使用收益為權利內容之契約，與買賣、互易、贈與均是以移轉權利為內容有所不同。其乃以物之使用收益為契約內容(契約標的)，且須占有標的物，同時亦為繼續性契約(因租賃契約通常是租賃一段期間，而非僅係單一時間點)。依民法第 421 條第 1 項規定「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約」。因此，其以物租與他人使用收益者，為出租人，支付租金者，為承租人。租賃之內容，在於使用收益，所謂「使用」乃係指不毀損物體本身及不變更物之性質，但依物之用法加以利用者而言。所謂「收益」，指收取標的物之天然孳息或法定孳息之行爲。

租賃因當事人之意思表示一致，即告成立。不需要交付標的物、亦不需為一定的方式，因此為「諾成契約」及「不要式契約」。但實際上租賃之承租人具有人格性，亦即承租人之資格在交易上認為重要，因此有學者認為在租賃成立過程中，出租人為出租意願之表示，通常為「要約引誘」，承租人承租意願之表示乃是「要約」，出租人決定出租之意思表示始為「承諾」。

再者，租賃契約亦是一種「雙務契約」及「有償契約」，因為租賃關係通常會使出租人負有交付標的物，並使承租人為使用收益之債務，承租人負有支付租金之債務，兩者給付互相存在著一種對價關係，故學說上始將租賃契約定位為雙務契約及有償契約。且租賃契約不論是否經雙方當事人定有期間，一般認為通常皆須有「相當期間之經過」，例如一般常見的租屋、出書、租車等等，都是必須維持一段期間的租賃關係(縱使是一天、三天乃至於一、兩年皆如是)。因此，在法律的學理上，租賃契約為繼續性契約乃是多數學者對於其性質的共識。當然，繼續性契約內涵，包括人格性、債權不得讓與、契約終止試用等相關問題也隨之

¹² 參邱聰智，新訂債法各論(上)，第 303 頁至第 316 頁。

蘊育而生。

事實上，相較於一般其它債之契約類型，租賃契約顯然有更多特殊的特性存在。例如，租賃契約非常重視「當事人的資格」，亦即租賃契約中，由於是一種必須長期保持的債之關係，非如買賣於一瞬間即可完成。因此承租人與出租人的人格特性通常是他方考慮與之訂約的重要依據。因此，有學者才會認為，招攬承租之路邊廣告(或網路廣告)，應將之視為均僅屬「要約引誘」，而由承租人向出租人表達承租意願時始為「要約」，之後由出租人決定是否為承諾之意思表示。這樣的設計，其實最根本的思考來自於要賦予出租人一種「決定權」，在經過與承租人的交涉過程中，決定是否要與承租人訂約。

(四) 租賃契約雙方權利義務的歸屬¹³

1. 出租人之權利義務

民法第 423 條規定「出租人應以合於所約定使用、收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係中，保持其合於約定使用、收益之狀態」。因此，出租人「交付租賃物」並「維持合於使用、收益狀態之義務」，應可認為是租賃契約的主給付義務。詳言之，與買賣契約不同者在於，出租人之交付非僅為交付租賃物，並應保持租賃物之合於使用、收益狀態始可。租賃為繼續性給付之法律關係，因此，若未能交付房屋，則可能構成債務不履行態樣中所謂之「給付不能」、「給付遲延」，而若未能保持合於使用收益狀態者，則可能構成債務不履行態樣中之「不完全給付」。

出租人於租賃關係存續中，既負有保持租賃物，使其符合使用收益狀態之義務，則租賃物有瑕疵或毀損者，出租人負有修善義務乃是理所當然。修善義務在性質上乃係保持租賃物符合使用收益狀態之具體手段，同時也是承租人之權利，民法第 423 條規定「出租人應以合於所約定使用、收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係中，保持其合於約定使用、收益之狀態」、第 429 條規定「租賃物之修繕，除契約另有訂定或另有習慣外，由出租人負擔；出租人為保存租賃物所為之必要行為，承租人不得拒絕」、第 430 條規定「租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，承租人得定相當期限，催告出租人修繕。如出租人於其期限內不為修繕者，承租人得終止契約或自行修繕，而請求出租人償還其費用，或於租金中扣除之」。

又依民法第 425 條之規定「出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在；前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之」，此乃學理上所稱之買賣不破租賃原則。學者認為，依據「債權契約相對效」之基本原則，租賃契約既為債權契約，理應遵守此一原則，而僅得對抗契約之相對人，尚不得對契約以外第三人為租賃權之主張。但立法者有鑑於承租人通常為社會弱勢之一方，應在立法上予以完整健全之保護，因此規定承租人於租賃期間占有房屋時，縱使該租賃物已備出租人讓與給第三人，承租人仍可對第三人主張租賃權，此時構成

¹³ 參邱聰智，新訂債法各論(上)，第 318 頁至第 367 頁。

「債之變更(出租人之變更)」之問題，而學理上亦將此種情形稱之為「租賃債權契約物權化之效力」，其意指原本僅有得對抗相對人之債權契約效力，因本條規定而具有如物權般之對世效，得對抗受讓租賃物之第三人。

2. 承租人之權利義務

承租人支付租金為主給付義務，乃屬當然，固無問題。但因為租賃契約之性質乃是由出租人交付租賃物給承租人，而於一定期間內由承租人占有該租賃物，契約期間經過後仍應返還該租賃物給出租人。因此，承租人於租賃期間占有該租賃物，理應負有保管租賃物之義務，因此，民法第 432 條始為如下規定「承租人應以善良管理人之注意，保管租賃物，租賃物有生產力者，並應保持其生產力；承租人違反前項義務，致租賃物毀損、滅失者，負損害賠償責任。但依約定之方法或依物之性質而定之方法為使用、收益，致有變更或毀損者，不在此限」、民法第 433 條規定「因承租人之同居人或因承租人允許為租賃物之使用、收益之第三人應負責之事由，致租賃物毀損、滅失者，承租人負損害賠償責任。」、民法第 434 條規定「租賃物因承租人之重大過失，致失火而毀損、滅失者，承租人對於出租人負損害賠償責任」，上述規定除有規範承租人之善良管理人注意義務外，另外亦於第 433 條、第 434 條規範了承租人的失火責任與代負責任，從法條設計上來看，基本上會比較偏重於承租人之保護，因為就一般認為，承租人屬於社會階層之弱勢，理應受更多保護。

此外，除上述承租人之義務外，另外法律上亦有規定承租人之附隨義務，其一為「通知義務」，另一為「容忍義務」。通知義務是規定在民法第 437 條中，其謂「租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，或因防止危害有設備之必要，或第三人就租賃物主張權利者，承租人應即通知出租人。但為出租人所已知者，不在此限。承租人怠於為前項通知，致出租人不能及時救濟者，應賠償出租人因此所生之損害」；而容忍義務則規定於民法第 429 條中，謂「租賃物之修繕，除契約另有訂定或另有習慣外，由出租人負擔；出租人為保存租賃物所為之必要行為，承租人不得拒絕」。

(五) 押租金的返還與續約問題¹⁴

一般稱「押租金」，乃指租賃關係存續中以擔保承租人之租賃債務為目的，由承租人交付於出租人之金錢或其他替代物，一般日常生活交易習慣上稱為「押金」。押金通常於契約成立時支付，一般於租押金之定義亦多稱於租賃契約成立時交付。但在現實生活中，承租人於租賃契約成立後多時，亦即租賃關係存續相當時日後，始因出租人要求而交付者，亦多有所在。因此，為符合社會上交易習慣，應認為縱使於租賃契約成立後多時始交付，仍屬租押金。

租押金之目的在於擔保承租人之租賃債務，此之租賃債務應包括租金債務及承租人之不履行損害賠償債務。既然，押租金之目的在於債務之擔保，性質上應屬擔保物權，因此學者認為，交付押租金之行為自屬物權行為。學理上與實務見解皆認為，押租金因交付而成立，因此性質上乃屬要物契約。不過這裡的要物契

¹⁴ 參邱聰智，新訂債法各論(上)，第 372 頁至第 386 頁。

約，乃係指物權上之要物契約，非債權意義上的要物契約。

而押租金在法律意義上若為嚴格分類，可分為「押金」、「押租」。押金乃重在「押」，純粹以擔保債權為目的，偏重物權行為之意義，亦即須以交付為其成立要件；押租則兼具租金支付之作用，乃重在「租」，偏重債權行為之租賃關係。押租金契約雖係獨立於租立契約之外，但其存在成立皆須以租賃契約存在為基本前提，亦即租賃契約不生效者，押租金契約原則上亦無從成立，租賃契約消滅者，押租金契約原則上亦隨同消滅，因此，學說上認為，押租金契約為從契約。但是，租賃契約與押租金契約概念上雖屬完全獨立，且為主從之關係。但現實交易上，兩者時常一併完成，於此情形法律概念上仍屬兩個契約同時並存，至其相互關係則為契約聯立，而非混合契約。(最高法院 33 年上字第 637 號判例可資參照)

押租金於租賃關係消滅時即應返還，因此承租人對於出租人無租賃債務者，押租金返還請求權即於租賃關係消滅時發生，但若承租人負有租賃債務(例如返還租賃物)者，於租賃債務清償完畢時或債務不履行責任解除後發生。但是，租賃關係消滅後，出租人有返還押租金之義務，承租人有返還租賃物之義務，彼此義務之履行是否屬於同時履行關係，如非為同時履行關係則究竟何者為具有先履行義務之性質？學說上為此有所爭論。學者認為，當承租人無租賃債務，或得當然抵償之租賃債務為金錢或與租金相同之種類之情形時，則返還押租金義務與返還租賃物義務即構成同時履行關係。反之，於租賃關係消滅承租人之租賃債務為損害賠償，而出租人請求修復原狀者，押租金與租賃債務並非當然抵償關係，於承租人履行修復原狀義務之前，出租人得拒絕返還押租金，承租人不得以返還租賃物之義務為同時履行抗辯。(關於同時履行抗辯，規定於民法第 264 條「因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限。他方當事人已為部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。」)

三、案例析解

(一) 郭董得依民法第 408 條撤銷贈與或依第 418 條拒絕履行贈與債務，惟該大學仍可對郭董主張侵權行為損害賠償請求權：

1. 按稱贈與者，謂當事人約定一方以自己之財產無償給與他方，他方允受之契約，民法第 406 條有明文規定。今台灣首富郭董，有感於自己縱貴為全國首富，在病魔面前依然束手無策，當下化悲憤為力量，決定將自己財產的一小部份，捐贈高達新台幣五億元國內某頂尖大學，提供其做為學術研究之用，成立研究抗癌症之教學型大樓，希望可以為人類的醫學技術帶來更大的突破。由於贈與契約乃係諾成契約，僅需雙方意思表示一相合致，契約即為成立，因此，郭董與該大學醫前開法條之規定，成立贈與契約，合先敘明。

2. 次按贈與物之權利未移轉前，贈與人得撤銷其贈與，其一部已移轉者，得就其移轉之部份撤銷之；前項規定於經公證之贈與或為履行道德上義務而為贈與者，不適用之，民法第 408 條有明文規定。今郭董雖與該大學訂立贈與契約，但贈與人郭董僅交代秘書直接轉交贈款支票即可。而秘書因事務繁忙，遲遲未將支

票交給該大學校長，秘書僅係為郭董交付款項支票之工具手足，換言之，該票據之交付仍應以該大學校長是否以實際收到為準。此時因秘書尚未交付該支票，亦得視為郭董尚未為贈與物之交付。依民法第 408 條之規定，除非是經公證之贈與或為履行道德上義務，否則郭董於贈與款項交付前，均得撤銷贈與而拒絕給付。故今本案例中，郭董僅因思念愛妻，並且化悲憤為力量促使其有捐款動機，其與該大學之贈與契約並未經公證，也非履行道德上義務(因郭董對該大學無道德義務之存在)，是郭董自可以依據本條規定撤銷對該大學所為之贈與。

3.再按贈與人於贈與約定後，其經濟狀況顯有變更，如因贈與致其生計有重大影響，或妨礙其撫養義務之履行者，得拒絕贈與之履行，民法第 418 條有明文規定。本條設計乃在於保護贈與人，蓋贈與人若未履行債務，受贈人亦非因此將獲致任何不利益，如此權衡之下，自當優先對贈與人予以保護。因此，於贈與人有「因贈與致其生計有重大影響，或妨礙其撫養義務之履行」得拒絕履行贈與債務。但在本案例中，郭董之公司發生嚴重財務危機並瀕臨倒閉，是否可構成「因贈與致其生計有重大影響，或妨礙其撫養義務之履行」尚有疑問。解釋上認為，應依個別狀況決定，由於郭董之公司可能面臨倒閉危機，仍有可能構成「因贈與致其生計有重大影響，或妨礙其撫養義務之履行」，此時仍應肯認郭董得依本條規定拒絕履行贈與債務。

4.又按贈與人僅就故意或重大過失對於受贈人負給付不能之責任；贈與物或權利如有瑕疵，贈與人不負擔保責任。但贈與人故意不告知其瑕疵或擔保其無瑕疵者，對於受僱人因瑕疵所生之損害，負賠償之義務，民法第 410 條、第 411 條有明文規定。本案例中郭董日前捐贈給該大學的教學器材，也因品質不佳而於實驗室中不慎產生爆炸，傷及數位正在進行研究工作的教授與學生。首先應探究的是，郭董已為贈與物之給付，因此並無給付不能之問題。但其所捐贈之物品卻因瑕疵而致教授與學生之受傷，依第 411 條本文規定，原則上郭董若非故意不告知瑕疵或保證無瑕疵，即對此瑕疵不須負責任。雖然就契約責任上而言，郭董似乎無任何契約上之責任，但仍可能構成債法總論上侵權行為責任。按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，民法第 184 條第 1 項有明文規定。因此郭董若對於該贈與物之瑕疵致人受傷有過失者，仍可能構成侵權行為而應對該校受傷之師生負損害賠償責任。

5.但由於贈與契約之特別規定免除贈與人之過失責任(民法第 411 條參照)，因此是否債編總論之侵權行為有可能會因請求權交互影響下而不構成侵權責任，亦非無探討之空間。

(二) 甲得依民法第 423 條、第 429 條、第 430 條之規定請求乙修繕房屋，並依民法第 425 條之規定對丙主張仍有居住於該房屋之權利：

1.按稱租賃者，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，民法第 421 條第 1 項有明文規定。今甲年滿十八歲，乃限制行為能力人(民法第 13 條參照)，依民法第 77 條規定「限制行為能力人為意思表示或受意

思表示，應得其法定代理人之允許。但純獲法律上利益或依其年齡及身分日常生活所必需者，不在此限」；第 79 條規定「限制行為能力人未得法定代理人之允許所訂立之契約，須經法定代理人之承認始生效力」。因此，甲與其父母親陪同與乙成立租賃契約，其契約應認為已經法定代理人之同意而為有效，合先敘明。

2.次按民法第 423 條規定「出租人應以合於所約定使用、收益之租賃物，交付承租人，並應於租賃關係中，保持其合於約定使用、收益之狀態」，本條規定乃係賦予出租人應交付合於使用收益之房屋給承租人，並對該房屋有修繕義務，以便合於承租人使用收益。因此，今本案例中，甲向乙承租之房屋，該屋頂不僅嚴重漏水，甚至連門窗也未經整修，使得安全性嚴重出現漏洞。此時依照第 429 條之規定「租賃物之修繕，除契約另有訂定或另有習慣外，由出租人負擔；出租人為保存租賃物所為之必要行為，承租人不得拒絕」，甲自有請求乙維修房屋之權利，乙不得拒絕。若乙拒絕，則依民法第 430 條「租賃關係存續中，租賃物如有修繕之必要，應由出租人負擔者，承租人得定相當期限，催告出租人修繕。如出租人於其期限內不為修繕者，承租人得終止契約或自行修繕，而請求出租人償還其費用，或於租金中扣除之」之規定，由甲先行自為修繕，其後始於租金中扣除之。因此，乙之抗辯無理由。

3.又按出租人於租賃物交付後，承租人占有中，縱將其所有權讓與第三人，其租賃契約，對於受讓人仍繼續存在；前項規定，於未經公證之不動產租賃契約，其期限逾五年或未定期限者，不適用之，民法第 425 條有明文規定。此乃學理上所稱之買賣不破租賃原則，亦即保護承租人不因出租人將房屋所有權讓與第三人時，損及其利益。惟本條適用情形尚非無所限制，首先，若是「未經公證之不動產租賃契約之期限已逾五年或未定期限」者皆不適用。再者，本條適用亦應以租賃物已交付承租人占有狀態中始得為之。今本題，甲以簽訂之租賃契約雖未經公證，但契約期限僅為一年，因此仍不受本條第 2 項之限制，且該房屋確實現正由承租人甲占有中。因此，雖逾契約簽訂後三個月，房東乙即將房屋轉售給丙，並已經辦妥所有權之過戶登記。但是乙仍得對丙依據民法第 425 條之規定，主張買賣不破租賃，丙應忍受甲於契約所訂期限內居住其內之權利。

4.此時丙僅得依買賣契約之權利瑕疵擔保規定(亦即民法第 349 條之規定)，請求乙負瑕疵擔保責任，依民法第 353 條準用債編總論關於債務不履行之規定，負損害賠償責任。

四、思考問題

- (一) 贈與契約成立後，可否拒絕交付贈與物？
- (二) 如果贈與物出現瑕疵，受贈人可否對贈與人主張損害賠償？
- (三) 房客可否不經原房東之同意當起二房東？
- (四) 若租屋環境實在太糟，可否請求房東改善環境？
- (五) 租房子一定要押租金嗎？

五、參考案例

(一) 《贈與小撇步》現金贈與 轉帳交付有憑證¹⁵

遠東銀稅務顧問戴素雲說，依照規定一年內，贈與一百一十一萬元，不用課稅。

一、現金贈與，限期完成、轉帳給錢較合宜。戴素雲說，如果是贈與現金，一定要在十二月底之前，完成交付，最好用轉帳方式給錢，以後有憑有證。如果直接交付現金，未來要告訴國稅局，孩子名下有大筆錢，是因為爸媽逐年在免稅額度內，贈與現金來的，恐怕舉證不易。

二、贈與不動產、有價證券，以贈與契約上頭的日期為準。戴素雲說，如果是贈與不動產、股票，倒不必急著在十二月底之前完成過戶，國稅局在認定贈與時間上，是看贈與契約上的日期而定。即使到了明年九十七月初才辦手續，在簽訂贈與契約、辦理過戶登記時，只要在贈與契約上頭，贈與日期押上今年十二月，一樣算是九十六年完成的贈與，九十六年的免稅額度一樣有效。

(二) 租屋修設備 房東要負責¹⁶

無殼蝸牛租屋，常因屋內設備損壞的修繕費用該誰負責，與房東爭議不斷。消基會律師林瑞成表示，除非人為因素導致設備損壞，或曾事先與房東另訂契約，否則根據民法規定，出租房屋內的設備，包含熱水器、洗衣機等，若因年久失修導致毀損，房東負有維護租賃物及修繕的責任。

就讀大學二年級的楊姓女學生，因新學期末抽中學校宿舍，只好在學校周邊找房子。楊女搬入新居不久，隨即發現浴室馬桶不通堵塞，楊女告知房東後，由房東找來水電師傅維修，事後還向她收取 500 元修繕費。

「第一次給完錢後，哪曉得熱水器又壞掉，房東修好後又來跟我拿錢」楊姓女學生說，她本來不想給錢，但房東卻說如果不給修理費，就要把修好的熱水器搬走，她想寒流快來了，沒熱水洗澡實在不行，無奈之下只好乖乖付錢。

林瑞成指出，房屋出租不單僅是屋舍本體，房東提供給房客的物品（如熱水器、洗衣機、電視機、冷氣機等），均是屬於出租的一部份，若非人為因素產生故障，房東須負修繕之責；但電燈或觸動熱水器起動的電池等，則算是損耗品，須由房客自理。

此外，房客可以在房東不行使修繕義務時，以存證信函告知，要求房東進行修繕，若房東仍不願維修，房客可自行僱工修繕再從租金中扣除；若是當初供給的設備短少，房客當可依民法 435 條要求減少租金的支付。

三.【借貸契約暨僱傭契約】

一、主題案例：

(一) 借貸契約：地下錢莊借錢與暴力討債集團案件

賭俠甲(外號陳小刀)年輕時不學無術，專靠偷瞞拐騙維生。某天因緣際會收留失去記憶的賭神高進，甲覺得自己賺到了，想靠高進神奇的賭術到賭場海撈一票，但想賭大錢須有豐厚賭本，甲遂夥同小弟烏鴉到「成哥借貸財務公司」向外

¹⁵ 李國煌採訪報導，摘錄自中國時報網站新聞，最後瀏覽日：2007/10/31 10:02。

¹⁶ 黃佳琳採訪報導，摘錄自自由時報，最後瀏覽日：2007/11/19 04:09。

號「成哥」的乙借錢。其實乙本不願意借款於甲，認為甲信譽差，借給他簡直是肉包子打狗有去無回，但因拗不過甲三吋不濫之舌，最後終於答應借甲十萬元(以下皆為新台幣)，期限一年。但事先聲明借款的年利率是 30%，甲一口答應並簽發本票以供擔保，乙遂命小弟拿七萬元給甲。烏鴉見狀說：「不對阿，我們明明借的是十萬，怎麼只給七萬元？」甲馬上制止烏鴉並說：「你懂什麼，預扣第一期利息早就是老規矩了…對吧~成哥~(笑…)」，試問：

1. 假設甲、乙乃於電話中就借款條件達成協議，惟甲前往乙公司領取借款時，乙突然反悔，甲得否主張乙債務不履行之損害，應賠償甲從家裡坐計程車到乙公司的車資？

2. 若甲、乙在電話中約定於三天後雙方始在成哥公司簽訂十萬元的借款契約，但三天後甲突然消失不見蹤影，乙可否主張甲債務不履行？

3. 承 2，乙講完電話後，越想越不對，覺得還是不借甲為妥，此時乙於何種狀況下，才可以收回自己在電話中曾說過的話？

4. 一年過去了，高進原來不是賭神，害甲全部慘陪輸光跑路，對乙之追債避不見面。乙遂依票據法第 123 條之規定，向高雄地方法院聲請對甲所開立之本票裁定強制執行，此時甲聲明異議主張本票借款債權只有七萬元(亦即當初只借七萬元)，其異議有無理由？又甲本金加利息共應償還多少錢？

(二) 僱傭契約：僱傭問題與侵害第三人權利案件¹⁷

成年人甲因服完兵役後長期失業在家，為力求振作，故到乙所開設之物流公司擔任運送貨物之貨車司機。乙要求甲每日須至少送貨五次，並同時代為簽收貨款。工作時間從早上八點到下午五點，薪資方面每月兩萬五千元。某日，因市政府為防止因新建捷運系統啓用時可能導致交通堵塞，因此實施捷運附近周邊道路拓寬工程，導致乙公司門口整條大路全部被封閉施工，貨車根本無法通行，乙無奈因此只能停工兩天，甲亦因此無法送貨。試問：

1. 此時乙向甲表示，因為甲兩天皆無送貨，必須扣除該兩日之薪資。甲此時覺得很冤枉，因為不能送貨並非因自己過失，故向乙據以力爭，此時甲求助於身為律師的你，試問你如何為甲主張權利？

2. 此外，乙要求甲每天早上一進公司後就必須先檢查貨車本身的零件與車身安全，並定期送廠維修與保養，以免發生危險。甲為清理、維修貨車、更換貨車零件，花費了新台幣將近一萬元，則甲可否向乙請求該筆維修費用？

3. 甲開車一向非常小心謹慎，但某日因為與妻子發生口角，情緒不佳，藉酒澆愁至天明，上班時帶著濃濃酒味，照常開車送貨。果然送貨途中因為酒精作祟、意識不清，導致撞死正在等紅綠燈的路人丙，試問丙得否請求乙與甲負連帶賠償責任？

二、主題說明：

(一) 借貸契約之成立要件與法律觀點¹⁸

¹⁷ 改編自黃立主編，楊芳賢等人著，民法債編各論(上)，元照出版有限公司，2002年7月，初版第一刷，第549頁學者郭玲惠教授所設計之案例。

¹⁸ 參黃立主編，楊芳賢等人著，民法債編各論(上)，元照出版有限公司，2002年7月，初版第一刷。第505-547頁。

所謂借貸契約乃是借用他人之物之契約，借用他人之物的一方，一般稱為「借用人」，將物借與他方使用之人法律上將之稱為「貸與人」。借貸契約在法律上細分為兩種類型，一為「使用借貸」，民法第 464 條規定「稱使用借貸者，謂當事人一方以物交付他方，而約定他方於無償使用後返還其物之契約」；另一為「消費借貸」，民法第 474 條規定「稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約；當事人之一方對他方以付金錢或其他代替物之給付義務而約定以之作為消費借貸之標的者，亦成立消費借貸契約」。

使用借貸契約，需有當事人欲成立使用借貸之意思表示始成立，而正式發生使用借貸之權利義務關係。且使用借貸契約必須是無償契約，亦即不需借用人給付任何報酬給貸與人，此參最高法院第 67 年台上字第 2488 號判例中謂「使用借貸必係無償，有償則非使用借貸。換耕田地，互有對價關係，自非無償」即可明知。這也是使用借貸契約與租賃契約最大之區別，依民法第 421 條規定，租賃契約乃是由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。因此，若他方式支付對價以使用收益該標的物，則為租賃契約，而非使用借貸契約。另使用借貸契約意為要物契約(亦即契約之成立須以標的物之交付為成立要件)，故當事人間縱有成立使用借貸之合意，於貸與人未將標的物交付之前，借用人自然無法根據使用借貸關係，請求貸與人將物交付給借用人使用。但是因為使用借貸契約為要物契約，必須將借用物交付借用人，否則契約無法成立，此對交易安全可能有所衝擊，故立法者另外設計借貸契約之「預約制度」，希望可以藉此緩和要物性之色彩。所謂「預約」，乃係指「約定將來成立本契約」之契約，本契約之成立即為預約之履行。預約履行方法有兩種，一為預約當事人之一方表示欲成立本契約之意思後，他方有為承諾之義務，使本約成立；另一種方式是有預約完結權之一方行使權利後，不待他方之承諾，本契約即行成立。民法第 465 之 1 條規定「使用借貸契約成立後，預約貸與人得撤銷其約定。但預約借用人已請求履行預約而預約貸與人未即時撤銷者，不在此限」。

消費借貸契約，事實上性質上與使用借貸契約相仿，其差異點在於其所貸與之標的物係「移轉金錢所有權或其他代替物所有權」，而這一點差別將造成整個消費借貸契約在制度設計上與使用借貸的根本性差異。移轉金錢或其他代替物所有權之他方者為貸與人，他方為借用人。消費借貸與使用借貸雖同為借貸契約，但由於使用借貸須於標的物使用後，將原物返還給貸與人，因此無移轉所有權給借用人之必要，故縱其具有要物契約之性質，其移轉給借用人的僅係該標的物之占有，而非所有權。反之，消費借貸則是將借貸物為消費使用(亦即有耗損性)，因此原物已消滅而無法返還，故有移轉所有權之必要。因此，消費借貸之標的物不僅需要交付，更需移轉所有權與借用人，使借用人取得權利，而其所需返還的物品，即非原物(事實上亦不可能返還原物)，而是「種類、品質、數量相同之物」，例如借新台幣一千元，使用後，返還「另一張」新台幣一千元，而無法將原本的「該張鈔票」再予以返還。學說通說認為消費借貸與使用借貸相同，亦為要物契

約，除當事人另有合意外，更需交付金錢或其他代替物以移轉所有權於他方始能成立。但消費借貸契約有另一項特點在於可能為有償契約，亦可能為無償契約，此乃與使用借貸契約必為無償之性質有所不同。消費借貸契約之當事人間約定有利息或其他報償時，貸與人因移轉金錢或其他代替物之所有權於借用人，使借用人得以消費方法使用標的物，而獲有報償，此即為有償契約。

(二) 借款利率與預扣利息之檢討與規範離清¹⁹

當消費借貸契約之雙方當事人約定以利息作為借貸之報償時，雙方當事人及另行成立一種「利息之債」關係。利息之債，乃是一種以己復力為標的物之債，所謂「利息」，依法律上概念而言，乃是一種法定孳息(民法第 69 條第 2 項可資參照)。利息是基於原本(指原來之債權債務關係)所生，因此利息之債與原本之債是一種相對概念，而利息之原本，須限於消費物，最常見者則為消費借貸契約所生之利息。而利息乃係依原本之比例計算而出，此一比例有一定之成數，即一般所稱之「利率」，按年計算者稱為「年利率」，按月計算者則稱之為「月利率」，按日計算者則稱之為「日利率」。

利息有可能依當事人之法律行為而生，亦即一般所稱之「約定利息」。約定利息通常係由雙方同意，亦即依契約約定而生，例如借款新台幣一百萬元，約定每月給付一萬五千元之利息。但學者認為亦有可能因為單獨行為發生利息者，例如以遺囑明訂於遺囑執行前給付受遺贈人利息者，其約定利息亦可發生。除了當事人之法律行為產生利息外，亦可能依法律所規定而來，此即稱為「法定利息」，諸如無因管理人得請求之利息(民法第 176 條第 1 項規定參照)、惡意不當得利人應返還之利息(民法第 182 條第 2 項規定參照)，皆屬此觸所謂之法定利息。法定利息故多依法定利率計算，但依約定利率計算亦無不可，僅須符合法定限制爾。而約定利息亦多以約定利率計算較多，如未約定利率者，當依法定利率計算，因此，民法第 203 條即規定「應負利息之債，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五。」

利息之債因為涉及社會交易的複雜性，因此立法者為保護弱勢一方的當事人，設計若干法律制度加以制衡，學理上稱為此乃「利息之債社會化」。這樣的立法政策首先展現在民法第 205 條，其規定「約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部份之利息，無請求權。」從這一條規定來看，最高利率之限制雖是一種強行規定(亦即不容許當事人雙方合意變更規避此規定)，但若是違反本規定，其原本之債並不會因此無效，利息之債的約定亦屬有效，只是超過最高利率之部分，債權人對之無請求權而已。另外民法第 206 條規定「債權人不得以折扣或其他方法巧取利益」，若違反本條規定，就巧取利益之部分應屬無效，債權人不得請求返還。例如借款一萬元，約定先付並扣除一年利息兩千元，實付八千元，其巧取利益之兩千元不生借貸關係，計算上應認為債務人僅借貸八千元，並以實借之八千元作為計算利息之依據。

¹⁹ 參邱聰智，新訂民法債編通則(上)，輔仁大學叢書編輯委員會，2001 年 10 月，新訂一版二刷，第 326 頁至第 335 頁。

(三) 僱傭契約之成立及與委任、承攬關係之差別²⁰

依民法第 482 條之規定，「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約。」是從條文文意可知，僱傭契約是以約定受僱人於一定或不定期限內，為僱用人服勞務，僱用人給與報酬為其成立要件。故有學者認為，僱傭契約為勞務契約之基本類型，單純的僱傭契約相較於其他勞務契約之類型，提供勞務應為其最終目的。僱傭契約乃係單純的提供勞務，對於所服務之方法、事務目的均無自由裁量之餘地(最高法院 85 年台上字 2727 號判決可資參照)。「對於提供之勞務無任何裁量餘地」乃係僱傭契約與委任契約之最大分野，換言之，委任契約乃係「為他人處理事務」，民法第 528 條規定「稱委任者，謂當事人約定一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」。解讀本條文意，應可認為委任事務乃可能交由受任人一定權限自為處理，存有某限度之裁量權限，與單純提供勞務之僱傭契約尚有不同。

而若受僱者除了提供一定勞務之外，尚必須完成一定的工作，始可獲得報酬，則該契約之性質即可能是法律上所稱之「承攬契約」。民法第 490 條規定「稱承攬者，謂當事人約定一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約；約定由承攬人供給材料者，其材料之價額推定為報酬之一部」。由於僱傭契約乃重於當事人一方提供勞務之行為，而他方針對此勞務行為給付報酬，故僱傭契約並不如其他契約重視一定之工作完成，無論工作是否有所完成，均須給付報酬，例如工廠工人搬運貨物，縱使當天無貨物可搬貨未搬運完成，隔日再繼續完成，僱用人仍應完整給付當日報酬給受僱工人。因此，一般認為，承攬契約與僱傭契約之區分重點在於「是否必須完成一定之工作始可取得報酬」。

此外，僱傭契約之受僱人須提供勞務，而其勞務應親自為之，因此學說通說認為，服勞務之人須以自然人為限，法人不包括之。但有學者對此持保留看法²¹，認為由於法人採「實在說」之立場，亦即法人由其代表人或機關之行為，尚非不得視為法人本身之行為，且現行社會下亦有許多以僱傭為主要營業內容之法人，因此應無需將「受僱人」限縮解釋認為僅限於自然人，而不包括法人。

服勞務而為雙務契約時，其對價通稱為「報償」，僱傭契約亦如是。僱傭契約以給付報酬為基本前提，無報酬即不成僱傭關係。如前所述，故僱傭契約僅需有服勞務之事實，尚無需有一定工作之完成即可領取報酬。而報酬之形式，法律並無特殊規定，通常是金錢報酬，但若以其他物代替之，只要雙方當事人願意接受均無不可。但是若未給付報酬而仍有服勞務之行為，則非民法上所稱之僱傭契約，通說認為此乃「無名契約」(意指非民法債編各論上之契約類型)，但可類推用贈與或僱傭之規定，但有學者²²對此提出不同見解，認為此時應成立無償委任，而非無視民法第 529 條規定，謂「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定」，逕行類推適用贈與及僱傭規定。

²⁰ 參黃立主編，民法債編各論(上)，第 551-554 頁、第 580-581 頁。

²¹ 參邱聰智，新訂債法各論(中)，元照出版有限公司，2002 年 10 月，初版第一刷，第 12 頁至第 16 頁。

²² 參邱聰智，新訂債法各論(中)，第 15 頁。

(四) 僱傭契約間對於勞、僱雙方之權利義務歸屬²³

僱傭契約就受僱人而言，其最主要之主給付義務為勞務供給義務，而其主要權利，則為報償請求權。勞務提供性質上不宜任由第三人代為服勞務，而僱用人亦不得隨意的將自己對於受僱人之服勞務請求權讓與給第三人，最主要的理由在於諸如僱傭、委任等契約，其就人格性之重視遠比其他契約來得更強，換言之，之所以會成立僱傭契約，當事人本身之能力、資格皆乃主要考量範圍內，因此民法第 484 條第 1 項中規定「僱用人非經受僱人之同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務」。若受僱人使第三人代服勞務，僱用人不同意者，僱用人且得依民法第 484 條第 2 項規定終止僱傭契約。而且，勞務供給契約既具有專屬性，性質上即不得為繼承之標的，例如父親與他人訂立僱傭契約後隨即死亡，該契約不得由其子繼承，相對人不得請求其子履行勞務提供之義務。又，受僱人供給勞務，應服從僱用人之指示，並應盡善良管理人注意義務。因僱傭契約乃有償契約，受僱人既受有報酬而未盡善良管理人注意義務，則將視為有過失(學理上稱此為抽象輕過失)，如因而致損害於僱用人，解釋上仍應負債務不履行之責任(民法第 220 條第 1 項可資參照)。

就僱用人而言，受僱人提供勞務後所取得之對價，稱為報酬。僱用人對於報酬之給付，不問勞務供給後是否符合僱用人之期待皆須給付，民法第 483 條即規定「如依情形非受報酬即不服勞務者，視為允與報酬；未定報酬額者，按照價目表所定給付之，無價目表者按照習慣給付」。報酬給付時期，依民法第 486 條規定「報酬應依約定之期限給付之；無約定者，依習慣；無約定亦無習慣者，依左列之規定：一、報酬分期計算者，應於每期屆滿時給付之。二、報酬非分期計算者，應於勞務完畢時給付之。」此外，僱用人對於受僱人亦有所謂「安全防護義務」，民法第 483 條之 1 規定「受僱人服勞務，其生命、身體、健康有受危害之虞者，僱用人應按其情形為必要之預防」。

三、案例析解

(一) 借貸契約部份

1. 甲不得主張乙債務不履行而請求乙賠償車資

(1) 按稱消費借貸者，為當事人之一方移轉金錢或其他替代物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約，民法第 474 條第 1 項有明文規定。依本條項新修正後規定，消費借貸契約乃一要物契約，非經當事人交付標的物，契約尚不成立。惟縱使乃要物契約，仍非要式契約，合先敘明。

(2) 本案例中，甲、乙在電話中就借款契約達成協議，顯見雙方欲就十萬元成立消費借貸契約，且因消費借貸契約非要式契約，不須立有書面，僅須口頭約定即可，是雙方縱於電話中口頭約定，仍無礙消費借貸契約之成立。惟依前開法條之規定，消費借貸契約須以標的物之交付始告成立，雙方於電話中口頭約定，並未交付標的金額，是本件消費借貸契約尚不能認為已經成立。消費借貸契約既不成立，甲自無從主張乙債務不履行而請求乙賠償車資。

(3) 惟雙方之間可否因此成立消費借貸預約，學說上有所爭論。對此，應以否定見解為妥，蓋消費借貸知本約與預約，其契約標的有所不同，當事人之意思表示

²³ 參邱聰智，新訂債法各論(中)，第 17 頁至第 27 頁。

亦不同，尙無從以本約不成立而可轉換成立預約，併此指明。

2. 乙可主張甲債務不履行

(1) 按消費借貸之預約，其約定消費借貸有利息或其他報償，當事人之一方於預約成立後，成爲無支付能力者，預約貸與人得撤銷其預約，民法第 475 之 1 第 1 項有明文規定。蓋消費借貸契約乃要物契約已如前述，立法者爲增進社會經濟之利用，緩和其要物性之規定，特增訂本條項。

(2) 本案例中，甲、乙於電話中約定三天後雙方始在成哥公司簽訂十萬元的借款契約，乃係就十萬元消費借貸本約成立預約，其預約之標的乃「雙方成立消費借貸本約義務」，因此，該預約並不以要物性爲要件，於雙方意思表示合致時，預約即告成立。惟於三天後，甲卻不出面成立本約，乃係違反雙方預約所要求之履行義務，乙自得依債務不履行之規定，請求甲負損害賠償責任。

3. 於甲無資力時，乙得主張撤銷預約

(1) 按消費借貸之預約，其約定消費借貸有利息或其他報償，當事人之一方於預約成立後，成爲無支付能力者，預約貸與人得撤銷其預約，民法第 475 之 1 第 1 項有明文規定。

(2) 今本題甲、乙成立消費借貸之預約，已如前述。預約一經成立，則雙方即負有使本約成立之義務。惟立法者爲使消費借貸契約之彈性增強，特制定本條之規定，於當事人一方陷於無資力時，仍可使貸與人撤銷其預約，故若乙欲返悔其於電話中之所爲之意思表示，則須於甲無資力始可爲之。

4. 甲之異議爲有理由；甲應償還本金加利息共新台幣八萬四千元

(1) 按消費借貸契約乃要物契約，已如前述，則本案例中，甲、乙約定借款 10 萬元，並預扣第一期利息，乙僅交付甲 7 萬元，則究竟甲、乙之消費借貸契約是否包含未交付之 3 萬元欲扣利息，乃本案例中首須解決之問題所在。

(2) 依照學說通說與最高法院歷來實務見解皆認爲，消費借貸契約必須堅守其要物性之規定。故若本案例中，乙僅交付甲 7 萬元，應就該 7 萬元成立消費借貸契約，其餘 3 萬元，因未交付給甲，自不納入該契約之中，最高法院 63 年第六次民庭決議可資參照，是應認爲甲之異議有理由。但學說上亦有認爲，基於利息先付的合法性，應就包含預扣利息部份之金額成立金錢借貸。惟基於利息先付的暴利性，該預先扣除額中超過法定利息限制部分，應以之抵償原本。換言之，即以實際交付數額爲準，依週年 20% 之年利率，計算其最高利息限制額。如預先扣除之利息超過此項限制額時，則以超過部份抵償原本，借用人只須返還餘額即可，併此指明。

(3) 若依學說通說與實務見解，則甲之異議爲有理由。因乙僅交付給甲 7 萬元，消費借貸契約應僅存於 7 萬元之範圍內。且依民法第 205 條之規定，法定利率以年利率 20% 爲上限，超過部份無請求權。故可請求之利息總共爲 1 萬 4 千元，加上本金，甲僅須償還乙 8 萬 4 千元即可。

(二) 僱用契約部份

1. 甲得向乙請求給付報酬，如仍未給付，依債務不履行規定請求損害賠償

(1) 按稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內爲他方服勞務，他方給付報酬之契約，民法第 482 條有明文規定。受僱人提供勞務後所取得之對價，稱爲報酬。僱用人對於報酬之給付，不問勞務供給後是否符合僱用人之期待皆須給付，因此，民法第 483 條亦規定「如依情形非受報酬即不服勞務者，視爲允與報酬；未定報酬額者，按照價目表所定給付之，無價目表者按照習慣給付」。

(2) 本案例中，乙僱用甲為從事駕車送貨工作，並約定薪資每約新台幣兩萬五千元，該僱傭契約於雙方當事人意思表示合致時即成立生效。因此，僱傭人之給付義務即是給付報酬，無論受僱人所服勞務是否符合僱傭人之期待。本案例中甲之所以無法送貨，乃因市政府實施捷運附近周邊道路拓寬工程，導致道路被封閉，貨車無法通行，乙因此只能停工兩天。此非因甲自己之故意、過失導致無法履行服勞務之義務，乙自不得因此要求甲扣減薪水。

(3) 因此，乙仍須依雙方所定之僱傭契約給付全部薪資給甲，否則甲得依債務不履行之規定，向乙請求損害賠償。

2. 甲得向乙請求維修費用

(1) 接受任人因處理委任事務支出之必要費用，受任人應償還之，並付自支出時起之利息；受任人因處理委任事務負擔必要債務者，得請求委任人代其清償未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保，民法第 546 條第 1 項、第 2 項有明文規定。

(2) 本案例中，甲、乙成立之債之關係乃僱傭契約關係，非委任契約，則上開法條乃係委任契約之規定，是否亦有適用於本案例之情形，尚有探討之必要。事實上，就民法對於僱傭契約之規定並沒有類如委任契約之上述條文規範，但受僱人常受僱傭人之請求而負擔必要費用之債務，乃屬常見，因此應該可以類推適用委任契約之規定請求僱傭人清償債務始屬合理。縱不類推適用，就本案例中，乙請求甲處理維修車輛之事務，亦非不可界定為有委任契約性質之存在，故適用民法第 546 條之規定應屬適當。

(3) 因此，甲得依民法第 546 條之規定請求乙償還其因維修車輛所支出之費用，或代為清償該必要債務。

3. 丙得請求乙與甲負連帶損害賠償責任

(1) 本案例中，今甲因酒醉駕車致丙於死，乃過失不法侵害丙之生命權，甲應依民法第 184 條第 1 項之規定對丙負侵權行為損害賠償責任，並依民法第 192、194 條之規定賠償丙之財產上損害與慰撫金。

(2) 接受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者，由僱傭人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務上之執行，已盡相當注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任，民法第 188 條第 1 項有明文規定。本條所規定之「僱用關係」，學說通說認為不以有僱傭契約為必要，僅需有事實上僱用關係即可。

(3) 今本案例中，甲與乙成立民法第 482 條之僱傭契約關係，甲乃乙之受僱人，為乙從事運送貨物服勞務之工作。因此甲亦為民法第 188 條所定之受僱人。而甲乃係於運送貨物途中，因執行職務不法侵害他人之權利，除了甲自己本身構成民法第 184 條第 1 項之侵權行為責任外，乙亦須以僱用人之身分，對丙連帶負賠償責任。

(4) 但是，因為民法第 188 條對僱用人課與的是「選任監督責任」，亦即乙所負擔者乃是「他人責任」，而非「自己責任」。因此，立法者允許僱用人對於受僱人之選任與監督已盡相當責任時，即可免責，僅由侵權行為人自行負擔侵權行為損害賠償責任即可。因此，若乙能證明自己對甲之選任與監督已盡相當之注意義務，則乙則不須負連帶賠償責任，反之，甲、乙須對丙負侵權行為損害賠償之連帶責任。

(5) 附帶一提的是，若是乙因此須對丙負連帶賠償責任，則乙另得依民法第 188 條第 3 項「僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人有求償權」之規定向甲請求賠償。

四、思考問題

- (一) 地下錢莊高利息貸款有無法律效力？
- (二) 借款可否先行預扣利息？
- (三) 僱主可否不給工資？若不給，該如何向雇主求償？
- (四) 受僱人可否請第三人代為履行勞務？

五、參考案例

(一) 南韓雙龍汽車勞資糾紛未了工會誓言繼續罷工²⁴

由中方投資的南韓雙龍汽車工會對於上週與資方間結束罷工臨時協議，遭會員投票否決後，誓言將繼續罷工。雙龍汽車工會領袖自首爾以南平澤主工廠接受法新社電話訪問時說：「罷工仍在持續中，直到達成新協議時為止。」

南韓聯合新聞社報導，數百名工會成員今天手持鋼條、並以消防車擋住大門，不准資方進入工廠。在資方決定取消員工資遣計畫後，工會於上週五（二十五日）同意凍結加薪要求。工會也同意「依市況彈性調整生產線工人」，而公司承諾在二〇〇九年之前，投資一兆兩千億韓元（十二億五千萬美元）研發新款汽車和引擎。

但五千三百八十六人的工會，超過百分之六十的成員，在二十五日晚間投票否決了這項協議。資方也隨即宣布將推動裁員五百五十四人的計畫，工會成員霸占辦公室、並阻擋經理人入內上班。這場罷工行動是在勞資糾紛數週後，於八月十一日展開。工人指控在二〇〇四年年底併購雙龍汽車的上海汽車工業集團把技術移轉至中國，但公司方面力予否認。

(二) 非法僱用扯薪資糾紛 3 印尼漁工遣返²⁵

屏東琉球籍漁船振福祥 16 號船長陳盈忠與在公海僱用的 3 名印尼漁工疑似發生勞資糾紛，18 日漁船返港時，陳盈忠向東港安檢所指控漁工揚言對他不利，漁工們反咬船長常動粗又沒付薪資，由於 3 名印尼漁工未經合法申請入境，東港安檢所將之留置並於 20 日遣送出境，陳盈忠澄清說，漁工所言絕非事實，他會與仲介業者結清該付給漁工的薪資。

振福祥 16 號 18 日凌晨返回東港漁港，東港安檢所發現船上的 3 名印尼漁工並未合法申請入境，船長陳盈忠也向安檢所人員反映漁工揚言要對他不利；但稍後在偵訊時，漁工們卻表示，他們是在公海上受僱登上振福祥號作業已近 3 個月，但船長不但常動粗罵髒話，又沒領到每人每月 8000 元薪資，所以才會找船長理論。

船長陳福祥 19 日到安檢所接受問訊時低調澄清說，3 名漁工的說法並非事實，由於 3 名漁工不願離船回到船屋去，只好把人載回漁港交給海巡署處理，近日內他就會和仲介業者結清該付給 3 人的薪資。

²⁴ 法新社外電新聞，王黛麗編譯，最後瀏覽日：2006/08/28，14:35。

²⁵ 許政欽採訪報導，東森新聞報，最後瀏覽日：2007/11/20，01:09。

四.【結婚與離婚】

一、主題案例：

(一) 結婚：綜藝天王結婚生子風波事件

日前某綜藝天王甲被媒體爆料未婚生子，鎂光燈前與眾位女星、名模緋聞不斷，但卻在家中有一名正牌妻子乙與四名子女。輿論強烈譴責甲是當今陳世美、負心漢，此事件遭媒體大肆批露後，甲連日躲在家中希望等待風暴過去，但眼見事態嚴重、越演越烈，終於沉寂多日後首度召開正式記者會協同律師面對媒體。天王甲首先向社會大眾道歉，表示自己身為公眾人物卻為社會做了最壞示範，但是甲同時也位自己辯白澄清，表示一來自己確實已經結婚，並沒有遺棄家中的糟糠之妻。況且與女明星、名模搞曖昧只是為了節目效果，他本人是最專情的，絕不會犯「全天下男人都會犯的錯」。至於那四名子女本來就是他的親生子女，長期以來也對他們母子盡心盡力的照顧，絕非陳世美、負心漢。

甲的一場公開認錯的記者會，顯然並沒有平息社會對他的質疑。法界人士對甲的結婚是否有效成立抱持懷疑態度。因為甲聲稱雖然沒有與其妻乙辦理結婚登記，但至少也是經過明媒正娶，在國內某大飯店的某一小包廂中宴請親朋好友，席開兩桌，已經有公開儀式且有兩個以上證人。但法界人士認為，僅在飯店中的私人包廂中聚餐，並不能算是有公開儀式，因此甲乙兩人的結婚應該不具備成立生效要件。試問，身為法官的你該如何處理這個問題？

(二) 離婚：妻子中風癱瘓，丈夫訴請離婚事件

甲、乙兩人為夫妻，彼此相愛、鶼鶼情深，羨煞旁人，對於老公的體貼細心，妻乙笑在嘴裡、幸福在心裡，他常常問老公甲如果有一天她生病了，甲會不會去外面搞東搞西？這時甲都會送上最溫暖的答案「小傻瓜，你生病了，就是我生病了，你說我又怎麼會拋棄我自己？不好好照顧我自己呢？」。甜言蜜語，猶言在耳。不料，好景不常，某日乙過馬路時因不慎被路過闖紅燈的酒駕計程車撞倒在地，緊急送醫後歷經幾次生死關頭，未能甦醒，最後在醫生全力搶救下幸運的撿回一命。但卻有一個嚴重的後遺症是，乙終身成為植物人，雖然能夠繼續活下去，但以後再也不能動了，也無權無法對外溝通。

甲一開始仍然對乙盡心盡力的照顧，甚至每天求神拜佛希望乙好起來。可是隨著一年復一年的過去，甲開始覺得心力交瘁，因此決定不再背負這個重擔，向法院訴請離婚。乙的父母親眼見女婿狠心拋棄妻子，非常憤怒，怒指甲無情無義，試問身為法官的你，是否會判准甲乙離婚，其法律依據為何？又如果裁判離婚，則雙方的財產與未成年子女的親權歸屬又該如何處理？

二、主題說明：

(一) 結婚的法律要件²⁶

婚姻當是以當事人之合意而成立，基本上乃屬單純私人生活模式，法律原無介入之必要，但兩人之婚姻涉及到相關權益義務甚廣，諸如雙方之間財產管理方式與歸屬約定、未成年子女之撫育教養問題乃至死亡後繼承順位等問題，在在證明婚姻制度的維繫對社會秩序的重要性，因此法律特別針對當事人間之婚姻制度進行完整規範，除著眼於婚姻成立要件外，更探求其成立婚姻關係之後所可能產生之任何法律效果。

因此，婚姻問題首重其要件是否成立，若一但婚姻不能成立或生效，則雙方之間權利義務之問題將會更顯複雜。婚姻要件，就法律設計制度上區分為「實質要件」與「形式要件」兩種。就實質要件而言，第一，須有結婚能力。所謂「結婚能力」，乃指當事人能理解結婚之意義及其效果之能力，學者認為這裡的「能力」以有意思能力為已足，不必有行為能力。但法定結婚年齡與結婚能力之有無無關，依照民法第 980 條之規定「男未滿十八歲，女未滿十六歲者，不得結婚」。未達法定結婚年齡之人可能有結婚能力(意即意思能力)，而已達法定結婚年齡之人則未必皆有結婚能力(例如心神喪失)，男未滿十八歲或女未滿十六歲，非不能結婚，其結婚亦非無效，而僅係得撤銷。民法第 989 條有如此規定，「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。但當事人已達成該條所定年齡或已懷胎者，不得請求撤銷」。第二，需有當事人合意，因結婚乃是雙方行為，需要雙方之合意乃理所當然，民法第 972 條規定「婚約應由男女當事人自行訂定」、第 972 條規定「婚約不得請求強迫履行」。第三，需視當事人意思健全下所為之合意，而非因受詐欺或受脅迫而做成之合意，一般認為此時可類推適用民法第 92 條之規定，於受詐欺或脅迫時撤銷其婚姻之意思表示。第四、須非在無意識中或精神錯亂中所為之合意。民法第 996 條規定「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月內，向法院請求撤銷」。第五、未成年人之結婚須有法定代理人之同意，民法第 981 條規定「未成年人結婚，應得法定代理人之同意」。第六、須非一定親屬關係始可結婚。在傳統的舊時代下，流行「親上加親」，例如堂兄妹、表兄妹的結婚等等。現今立法政策基於基因優生學與常倫觀念下，對於近親結婚作出若干限制。民法第 983 條規定「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，輩份相同者不在此限。三、旁系姻親在五親等以內被分不相同者。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」。最後，當然須非重婚，民法第 985 條規定「有配偶者不得重婚；一人不得同時與兩人以上結婚」。

至於結婚的形式要件，依民法第 982 條之規定「結婚應有公開儀式及二人以上之證人。經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」。現行民法乃採「儀式

²⁶ 戴炎輝、戴東雄合著，親屬法，三民書局，91 年 8 月新修訂一刷，第 83 頁至第 97 頁。

婚」，亦即需要有公開儀式及兩人以上證人在場，婚姻始得成立。但因為我國結婚形式要件現行所採取之「儀式婚」有諸多缺失，包括何謂「公開儀式」，引起許多爭議及訴訟。且欠缺公示制度，與結婚登記無法配合。再者，結婚無須登記，惟兩願離婚卻須經過登記，造成實務上未有結婚登記之夫妻若欲辦理兩願離婚，須先辦理結婚登記之荒謬情況²⁷。故我國民法於 96 年 5 月修法時明確規定「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」，亦即改採「登記婚」。亦即雙方結婚必須辦理結婚登記始能成立，再也不需依靠宴客等公開儀式使婚姻成立。不過由於此次修法與我國長期以來的民俗文化有若干衝突，需要時間讓國人適應新規定，因此關於登記婚之修法部分，依民法親屬編施行法第 4 條之 1 第 1 項規定，延長到 97 年 5 月 25 日施行。

(二) 結婚的法律效果與雙方之間權利義務之歸屬²⁸

就結婚的法律效果，學者將其區分為「身分法上的效力」與「財產法上的效力」。就「身分法上的效力」而言，首先關於夫妻的姓氏，民法第 1000 條規定「夫妻各保有其本姓。但得書面約定以其本姓冠以配偶之姓，並向戶籍機關登記；冠姓的一方得隨時回復其本姓，但於同一婚姻關係存續中以一次為限」。本條規定允許配偶不需要冠上對方姓氏，換言之將過去冠夫姓之習俗作重大調整，欲藉以改善男尊女卑的基本社會結構，達成「男女平等」之基本價值信念。再者，依民法第 1001 條規定「夫妻互負同居義務，但有不能同居之正當理由者，不在此限」，亦即本條在於課與夫妻有其貞操義務，雖然民法中並未明確規定「貞操」二字，但學者認為本條規範應包括「貞操義務」。第三，男女未結婚前，有各自之住所。於結婚後為履行婚姻本質目的之同居義務，夫妻有決定共同生活中心處所之必要，該共同生活中心以夫妻共同住所為重要處所之一，因此夫妻應如何決定該處所，成為婚姻效力之一。而關於夫妻之住所，民法第 1002 條規定「夫妻之住所由雙方共同協議之；未為協議或協議不成時，得聲請法院定之。法院為前項裁定前，以夫妻共同戶籍地推定其為住所」。配偶之一方不履行同居義務時，他方當然得請求同居。同居之訴於起訴前應經法院調解；其調解程序準用民事訴訟法第 403 條至第 426 條之規定(民訴第 577 條規定參照)。法院認為當事人有和諧之希望時，得於六個月以下之期間內，以一次為限命終止訴訟程序(民訴第 578 條規定參照)，且同居之訴之判決，不得為強制執行。

就「身分法上的效力」而言，首先依照民法第 1003 條規定「夫妻於日常家務，互為代理權」，此乃日常家務代理權。本條所謂「代理權」與通常之意定代理權不同，實為法定代理權。日常家務係指一般家庭日常所處理之事項。再者，依照民法第 1116 條之 1 規定「夫妻互負扶養之義務，其撫養義務之順序與直系血親卑親屬同，其受扶養權利之順序與直系血親尊親屬同」。夫妻互負扶養義務，學者認為此乃係夫妻關係之本質要素所導致，夫妻各需犧牲自己而扶養對方。夫妻之扶養義務復與同居義務有密切關係，但兩者非絕對互為條件。原則上，夫妻

²⁷ 參照民法親屬編 96 年 5 月修法之修正理由。

²⁸ 戴炎輝、戴東雄合著，親屬法，第 147 頁至第 169 頁。

互負同居義務，同時互負扶養義務。夫妻同居者，關於扶養義務，自無任何問題。但妻拒絕與夫同居者，視有無正當理由而不同。關於別居中之扶養(亦即俗稱之「贍養」)，需有正當理由時始得對夫請求之，而無理由時，原則上不能對他方請求扶養。扶養義務不履行時乃構成惡意遺棄，而可成爲離婚原因(民法第 1052 條第 5 款可資參照)。

(三) 離婚要件與方式²⁹

我國親屬法上關於離婚之方式，有「兩願離婚」與「裁判離婚」兩種。而兩願離婚乃指當事人間協議離婚，不透過法院判決而終止夫妻關係。因此兩願離婚的實質要件有：第一，需要當事人自行協議，民法第 1049 條規定「夫妻兩願離婚者，得自行離婚。但未成年人應得法定代理人之同意」。當事人若是未成年人或暫時恢復意識之禁治產人亦同。而第三人不問是否爲本人之法定代理人，均不得代理本人爲兩願離婚，其所代訂之離婚無效(此乃基於身分行爲不得代理之基本原則)。第二，當事人須有離婚能力，兩願離婚以有意思能力爲已足，因此未成年人已結婚者，當然有離婚能力，而禁治產人若回復正常狀態者亦有之。但心神喪失之人縱未受禁治產宣告，奇兩願離婚仍爲無效，因尚不具備意思能力。第三，未成年人須得法定代理人之同意，因爲成年人已結婚者雖有財產法上之行爲能力(民法第 13 條第三項可資參照)，但兩願離婚尚須法定代理人之同意(民法第 1094 條但書)。若禁治產人回復常態時，始得爲兩願離婚，但此時是否單獨爲之或須法定代理人之同意，學者認爲，參酌民法第 1006 條規定之立法意旨，應認爲仍須得法定代理人同意始爲妥當。兩願離婚之形式要件，依民法第 1050 條規定「兩願離婚應以書面爲之，有兩人以上證人之簽名並應向戶政機關爲離婚之登記」，因此我國法上離婚之形式要件乃採公示主義之離婚登記制度。因此，離婚登記是離婚成立之要件。學者認爲離婚採登記主義乃是正確之立法，因關於離婚後子女親權之行使、夫妻財產之清算、離婚損害賠償及贍養費之請求，均能在國家機關監督下進行，減少無謂糾紛。

另一種離婚方式乃係「裁判離婚」，因爲民法雖承認兩願離婚，但兩願離婚基礎前提是雙方當事人均同意之狀況下始得爲之。若當事人有一方反對離婚者，即無法透過兩願離婚解消彼此間之婚姻關係。故法律制度另外設計由法院裁判准否雙方當事人離婚之制度，是爲「裁判離婚」。因此，裁判離婚之意義乃指「夫或妻本於一定理由請求離婚，而由法院認爲有理由時，以判決解消婚姻關係」。既是透過法院裁判離婚，非由當事人間合意，則非以法律所限定之理由不能爲之。依民法第 1052 條之規定，裁判離婚之事由有「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：一、重婚。二、與配偶以外之人合意性交。三、夫妻之一方對他方爲不堪同居之虐待。四、夫妻之一方對他方之直系親屬爲虐待，或夫妻一方之直系親屬對他方爲虐待，致不堪爲共同生活。五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。六、夫妻之一方意圖殺害他方。七、有不治之惡疾。八、有重大不治之精神病。九、生死不明已逾三年。十、因故意犯罪，經判

²⁹ 戴炎輝、戴東雄合著，親屬法，第 247 頁至第 270 頁。

處有期徒刑逾六個月確定。有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚」。

(四) 離婚後雙方權利義務之歸屬問題³⁰

因離婚，夫妻間由婚姻所發生之身分上與財產上之一切法律關係，對將來消滅，故離婚之成立時期，即離婚之效力發生時期，乃離婚之重要課題。兩願離婚之成立，以離婚書面之作成及由兩人以上之證人簽名並依戶籍法為離婚之登記時期，裁判離婚係以判決確定時為離婚效力之發生時期。離婚效力可分為關於「身分上效力」與「財產上效力」。就身分上效力而言，因離婚而夫妻關係消滅，因此妻冠夫姓或夫冠妻姓，皆回復本姓，又夫妻同居義務消滅、日常家務上互為代理權人之權消滅、互為繼承人之地位亦消滅。由婚姻所發生之姻親關係亦因離婚而消滅(民法第 971 條參照)，但姻親之禁婚，對直系姻親仍保持適用，民法第 983 條第 2 項規定「第一項關於直系姻親結婚之限制，於姻親關係消滅後，亦適用之」。但是自然血親關係不能消滅，因此夫妻不會因為離婚而導致與其子女之自然血親關係消滅。

而就「財產上效力」，主要涉及離婚後子女之扶養與繼承關係，夫妻財產關係之終了及損害賠償與贍養費之給付(贍養費之給付僅限於裁判離婚，不適用於兩願離婚之狀況)。民法第 1017 條規定，「夫或妻之財產分為婚前財產與婚後財產，由夫妻各自所有。不能證明為婚前或婚後財產者，推定為婚後財產；不能證明為夫或妻所有之財產，推定為夫妻共有。夫或妻婚前財產，於婚姻關係存續中所生之孳息，視為婚後財產。夫妻以契約訂立夫妻財產制後，於婚姻關係存續中改用法定財產制者，其改用前之財產視為婚前財產。」民法第 1030 條之 1 規定，「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得調整或免除其分配額。第一項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。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同」。

而對於離婚後未成年子女之教養問題，乃是極重要之課題。因為夫妻雙方離婚受到影響最重大的將是未成年子女，不僅對於他們的生活上可能帶來不利益，心裡更可能造成某種程度的創傷與負面效應，因此立法者認為此時應慎重處理未成年子女親權行使、保護教養之問題，特別設計民法第 1055 條之規定，「夫妻離婚者對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人得為子女之利益，請求

³⁰ 戴炎輝、戴東雄合著，親屬法，第 300 頁至第 336 頁。

法院改定之。前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法。法院得依請求或依職權，為未行使或負擔權利義務之一方酌定其與未成年子女會面交往之方式及期間。但其會面交往有妨害子女之利益者，法院得依請求或依職權變更之。」、第 1055 條之 1 規定「法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告，尤應注意左列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」。

三、案例析解

(一) 甲之婚姻是否有效？依新舊法將有不同結果！

1. 我國民法關於結婚形式要件的規定，乃係依民法第 982 條規定「結婚應有公開儀式及二人以上之證人。經依戶籍法為結婚之登記者，推定其已結婚」。現行民法採「儀式婚」，亦即需要有公開儀式及兩人以上證人在場，婚姻始得成立。
2. 今本案例中甲聲稱雖沒有辦理結婚登記，但至少也在國內某大飯店的某一小包廂中宴請親朋好友，席開兩桌，已經有公開儀式且有兩個以上證人。但爭執焦點就在於，若僅在飯店中的私人包廂中聚餐，是否算是一種「公開儀式」？有學者認為，此種包廂乃屬封閉型，一般第三人無法得知甲乙兩人正於內舉行結婚儀式(現今有許多婚禮皆於飯店中舉行惟幾乎都是於大型宴會場地宴客並且於門口昭示某某府聯姻，此種筵席應認為已具備公開儀式，使一般第三人皆得明確知悉)，因此甲乙兩人之婚姻似仍無法成立生效。
3. 我國結婚形式要件現行所採取之「儀式婚」有諸多缺失，包括何謂「公開儀式」，引起許多爭議及訴訟。且欠缺公示制度，與結婚登記無法配合。再者，結婚無須登記，惟兩願離婚卻須經過登記，造成實務上未有結婚登記之夫妻若欲辦理兩願離婚，須先辦理結婚登記之荒謬情況³¹。故我國民法於 96 年 5 月修法時明確規定「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」，亦即改採「登記婚」。亦即雙方結婚必須辦理結婚登記始能成立，再也不需依靠宴客等公開儀式使婚姻成立。不過由於此次修法與我國長期以來的民俗文化有若干衝突，需要時間讓國人適應新規定，因此關於登記婚之修法部分，依民法親屬編施行法第 4 條之 1 第 1 項規定，延長到 97 年 5 月 25 日施行。
4. 因此，依新法規定甲與乙若已辦理結婚登記，則其兩人之婚姻將成立生效。但本案例中，甲乙亦未辦理結婚登記，故依舊法規定，兩人不受婚姻有效之推定，依新法則兩人婚姻亦不成立生效。

³¹ 參照民法親屬編 96 年 5 月修法之修正理由。

(二)

1. 按民法第 1052 條規定，裁判離婚之事由有「夫妻之一方，有下列情形之一者，他方得向法院請求離婚：一、重婚。二、與配偶以外之人合意性交。三、夫妻之一方對他方為不堪同居之虐待。四、夫妻之一方對他方之直系親屬為虐待，或夫妻一方之直系親屬對他方為虐待，致不堪為共同生活。五、夫妻之一方以惡意遺棄他方在繼續狀態中。六、夫妻之一方意圖殺害他方。七、有不治之惡疾。八、有重大不治之精神病。九、生死不明已逾三年。十、因故意犯罪，經判處有期徒刑逾六個月確定。有前項以外之重大事由，難以維持婚姻者，夫妻之一方得請求離婚。但其事由應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚」。

2. 本案例中，乙因不慎被路過闖紅燈的酒駕計程車撞倒在地，緊急送醫終身成為植物人。甲心力交瘁下，決定向法院訴請離婚。於本案例相符之事由乃係上開法條中第七款所謂「有不治之惡疾」。我國民法學說與判例均承認「瘋癲」及「花柳病」乃本條所稱之「惡疾」，但重症植物人是否亦為本條所規範之範圍？尚有討論之空間。有認為著眼於夫妻之間相互扶持之倫常關係，若因配偶遭遇不測，成為無謀生能力之人即可依本條規定訴請離婚，將導致夫妻關係之破裂，對於遭遇不測之配偶一方亦不甚公平。但也另有認為，由於配偶一方已經無法與正常人為相同之生活，若強求當事人間繼續維持感情，顯係強人所難。且夫妻之間感情之維繫乃係道德與個人價值觀之問題，縱或有非議之處，亦非可以法律相繩，國家此時應無置喙之餘地。因此，仍應認為符合民法第 1052 條第 1 項第 7 款「有不治之惡疾」之規定，判決准許兩人離婚成立。

3. 但是，准其離婚後，應依照夫妻財產制之相關規定，計算剩餘財產分配請求額。依民法第 1030 條之 1 規定「法定財產制關係消滅時，夫或妻現存之婚後財產，扣除婚姻關係存續所負債務後，如有剩餘，其雙方剩餘財產之差額，應平均分配。但下列財產不在此限：一、因繼承或其他無償取得之財產。二、慰撫金。依前項規定，平均分配顯失公平者，法院得調整或免除其分配額。第一項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。自法定財產制關係消滅時起，逾五年者，亦同」。因此，依照民法第 1005 條之規定，如夫妻雙方未約定夫妻財產制者，則適用法定財產制。此時，若夫之財產大於妻之財產，應依本條規定給予妻其剩餘財產之差額。

4. 對於未成年子女之親權歸屬，原則上本應由夫妻雙方共同行使，但由於現在妻子成為植物人，且夫妻雙方因而離婚，因此依照民法第 1055 條之規定，「夫妻離婚者對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人得為子女之利益，請求法院改定之。」第 1055 條之 1 規定「法院為前條裁判時，應依子女之最佳

利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告，尤應注意左列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況」。且參酌民事訴訟法第 572 條之 1 之規定，縱使雙方當事人未請求法院判定親權歸屬，法院仍應自行判定親權行使之一方為何(此乃處分權主義下聲明拘束性原則之例外)，表護未成年子女之最佳利益。

四、思考問題

- (一) 結婚為什麼一定要宴客？現在是否還需要如此儀式？
- (二) 結婚之後，夫妻是否應該共同負擔債務？
- (三) 在何種情況下，夫妻一方可以訴請法院裁判離婚？
- (四) 離婚後，關於未成年子女之親權應該如何爭取？

五、參考案例

(一) 結婚請客不算數，登記才有效³²

「結婚是我的事，法律怎麼變，應該不會有什麼影響吧！」預定明年底結婚的吳老師，聽說明年五月底起結婚的法律效力會有重大改變。她說，反正結婚之後一定會到戶政事務所辦理登記，所以不論是「儀式婚」還是「登記婚」，對他們小倆口都不造成影響。剛考取基層公務員的曾先生則說，因為積蓄不多，又要買房子，如果登記即可成婚，那可省了不少錢。「不過，我擔心思想老舊的爸媽及岳父母會不肯，如果這樣就算結婚，會不會太兒戲呀？」

最高法院不久前才判決一宗離婚官司，一群男女在 K T V 飲酒作樂，在大伙起鬨下，其中一對男女當場簽下結婚證書，並拿去戶政機關登記；不料，事後兩人感情生變，男方主張兩人婚姻無效，法院最後認定在 K T V 場合不符合法律要件，判決兩人婚姻無效。同樣的場景，如果發生在明年五月廿三日以後，這樣的婚姻卻是有效的，為什麼差別那麼大？

再過半年多，民法親屬編修正的第九百八十二條就要開始施行，屆時結婚如果只有請客，是不算數的，必須提出有兩個證人簽名的書面，然後雙方當事人一起到戶政事務所辦理結婚登記，婚姻才有效。目前我國對於結婚要件是採「儀式婚」，也就是結婚只要有「公開儀式及二人以上證人」就算成立，這樣的規定雖然符合我國國情，且結婚本是喜事，理當熱熱鬧鬧宴請賓客。但是，因為結婚無須登記，時日一久，當事人要舉證是否曾結婚，有時很難舉證，所以實務上常有重婚或是騙婚的情形發生。

由於儀式婚公示效果薄弱，容易衍生重婚等問題。婦女團體出身的立委黃淑英稱呼此一條文為「吳宗憲條款」。她說，改採登記制後，包括吳宗憲等名人未來就難以隱藏自己婚姻情況，避免混淆外界視聽。另外，現行離婚制度採登記主義，結婚卻採儀式主義，兩者不能配合。有些當初未辦結婚登記者，在雙方已鬧得不可開交而決定離婚時，卻還要先辦理結婚登記才能離婚，場面尷尬、荒謬，因此立委連署提案，將我國婚姻制度也改採登記主義。

³² 楊肅民、張孝義專題報導，中國時報，最後瀏覽日：2007/11/12，09:06。

事實上，法務部之前也曾大力推過「登記婚」，但當時的行政院長蘇貞昌擔心，「登記婚」與我國國情相去太遠，怕衝擊過大，認為應該多討論，讓社會形成共識後再修法，因此裁示「緩議」，不料立委卻逕行提案闖關。但因擔心民眾一時無法適應新制度，所以五月廿三日總統公布新修正民法親屬編條文時，單獨將九百八十二條留有一年的緩衝期，以利法務部、內政部等相關單位加強宣導。

(二) 再爆爭執，詹仁雄月付陳孝萱贍養費 6 萬元³³

陳孝萱、詹仁雄離婚，男方承諾未來將負責女方及小孩生活費用，但據查，詹仁雄每月付贍養費用約 6 萬元，相對於他每月約 50 萬的收入，給的似乎不算多。他說：「那不是全部的錢，房子仍給她住，保母費及其他另外給，所有的費用加起來，當然比這個數字高。」

詹仁雄今年 5 月帶著律師謝震武和陳孝萱碰面簽字離婚，當天，陳孝萱的母親也在場，並極力勸合，最後仍因男方堅持離婚而無效。陳孝萱愛小孩，離婚後兒子鐵弟由她帶，但監護權為雙方共有，兩人後來花了不少時間就離婚後男方該如何「貼補」母子兩人生活費進行討論。剛開始，詹仁雄提出每月付 2 萬元，登記在他名下的現居再讓母子住 3 年等條件，女方覺得這數字連保母、房子管理費及其他基本開銷都不夠，經過一番爭吵，最後協議每月 6 萬定案。詹仁雄昨聞訊，先表示不願再炒離婚話題，思考後他說：「這數字太離譜了，去放這話的人，是想我變成一個沒心肝的人嗎？」詹仁雄說：「我們如果相親相愛，怎會走到這一步？既然都協議離婚了，我不想做出任何發言去傷害小孩的媽媽。」

贍養費是否確定為 6 萬元？他回應：「在法律上，兩人協議離婚是不需要付出任何費用，目前很多費用仍是我在付，仍在照顧她們，其他的問題，我不想回應。」去年底，陳孝萱請辭三立《封面人物》後，幾乎都在家相夫教子，偶爾出席活動，詹仁雄也會干涉她活動和主持風格。離婚後，她將努力接活動，據悉，目前已有不少主持和戲劇邀約。至於每月 6 萬元的贍養費是否足夠母子開銷？陳孝萱的經紀人李慧良說：「細節我不清楚，但保持緘默是最大的力量！」

五.【醫療與法律】

一、主題案例：肩難產案

小雪（化名）民國八十三年六月起至甲醫院處做產檢，自同年九月二十二日起，由甲醫院所屬之 A 醫師負責產檢及生產事宜，A 醫師於同年十一月二十一日做第二次腹部超音波檢查時，已知胎兒於產前二週體重高達三千五百公克，小雪體重亦屬過重，均屬發生肩難產之危險因素，竟未採取防止危險之必要行為及確保其助產服務無安全上之危險，亦未盡說明之義務，逕為小雪選擇陰道自然生產之處置，迨於產程中發生肩難產現象，不得不採用 Mc-Robert 方式助產，造成伊右臂神經叢損傷，已成殘廢。小雪主張醫院違反消費者保護法第七條第一項及第二項之規定，就伊因而減少勞動能力之損失新台幣（下同）一百萬元，應依同條第三項規定，負賠償責任。

³³ 葉君遠採訪報導，中國時報，最後瀏覽日：2007/10/14，09:05。

二、主題說明

(一) 消費者保護法之立法緣由

消費者保護約在六十年代中期於美國興起，隨而籠罩西歐、日本乃至擴及於第三世界若干國家，蔚為一股社會風潮。由於受該股風潮之影響，各國政府紛紛陸續制定了一些有關消費者權益的法令，不論是實體法抑或程序法，均不乏有獨到卓越之創見與構想。而所謂攸關大眾權益之「消費者保護法」在使用上雖甚為普遍易見，但其所涵攝之內容為何，卻常因強調重點之不同而大有差異，依其使用的方式及目的，約有下列四種定義方向：

1. 最廣義的消費者保護法

即把「所有直接或間接促進消費者利益的法規範總和」歸類為消費者保護法。此定義把所有實踐消費者政策的法令均涵蓋在內，除了一般所謂的「保護」消費者政策外，尚及於提高消費者數量和改變消費結構的政策在內，因此使得許多諸如獎勵投資、管制進出口等權宜性的立法也可稱為消費者保護法，涵蓋面恐比通俗定義的經濟法還廣。

2. 廣義的消費者保護法

即將消費者保護法理解為「所有直接或間接保護及於消費者或者係消費者得以援以自保之法規範總和」。此種定義下之消費者保護法範圍仍包羅甚廣，蓋除了為保護消費者而制定之法律外，原來非以保護消費者為目的之法令，只要消費者可據以主張權利，即可歸入消費者保護法之範疇，涵蓋面仍嫌過廣。

3. 限制廣義的消費者保護法

較為普遍的用法則是把消費者保護法限定於「所有明文或依立法背景可以推知是為保護消費者而制定的法規範總和」。此定義下的消費者保護法多數是六十年代以後各國制定之法令，也就是隨著消費者運動的興趣應運用而生之產物。與廣義的消費者保護法相較，雖多了「目的」因素之考量，然此意圖以改善消費者地位為目的之法律規範未必即具有相同的合法性理由。

4. 狹義的消費者保護法

從限制廣義的消費者保護法出發，更進一步限定，即把法律保護的「合法性」扣牢於「消費者」之角色上。換言之，消費者具有獨立意義，而不再侷限於契約相對人，即凡是具有消費者適格地位者，均在保護之列。

一般而言，消費者在整個消費過程中始終處於被剝削、被侵害之弱勢地位，在現代的資本主義社會中，消費者與強大之企業經營者相較之下，更呈現顯著無力甚或無奈之狀態，揆其理由不外以下數端：

1. 消費者經濟力薄弱：

企業經營者具備強大的勢力，而消費者在消費市場中係以各自獨立、自主之姿態從事消費行為，達成生活之目的，致其經濟上之力量至為薄弱，與企業經營者之經濟力形成一極為懸殊之強烈對比，造成雙方地位之極度不平等。

2. 消費知識的貧乏：

消費者爲了滿足生活之慾望，而使用之商品或接受之服務，無論是種類抑或內容均相當廣泛，無法苛求外行之消費者對之完全了解、熟悉，況且由於科技急速進步、一日千里之故，消費者對之幾乎已近似無知之狀態，以致無可避免地造成對企業經營者之全面倚賴。

3.交易上之人性弱點：

消費者之經濟活動有異於企業經營者，其對於消費商品、服務之選取，並非出自營利之動機，而完全基於個人之愛好、習慣及僥倖之心理所致，期能滿足其慾望，是故亦不具有經濟上之合理性。此類在交易上所呈現之特殊性，自然爲企業經營者所深諳，且易遭其利用，而將交易視爲生活之一部分的消費者，卻很難識破企業經營所提供之虛像。

4.消費者之缺乏組織：

消費者係於滿足慾望，追求生活目的的情形下，選擇自身所需之消費商品 或服務，與交易階級中之交易主體即企業經營者有所不同。

民國七十七年間由消基會延請學者專家研擬完成之「消費者保護法草案」，共分七章總計六十一條，經由六十六位立法委員連署後正式向立法院提出。嗣後，行政院參酌當時已草擬完成之消基會草案，擬訂八章共五十六條之草案，趕於七十七年五月六日與消基會草案同日送至立法院，是故，兩草案之內容大部分雷同，但有些關鍵處仍見歧異，二案送交立法院後進入三讀立法程序，三讀審查會在民國八十三年元月十一日終告結束，消費者保護法（以下簡稱消保法）自民國七十七年送交立法院審查後，歷經七年漫長歲月，終於在民國八十三年元月十一日完成立法程序並經總統公布實施，並於九十二年一月二十二日、九十二年五月二十六日及九十四年二月五日修訂，使得我國之消費者保護運動邁向一個新里程。

消保法之立法方式基本上係採綜合性的具體規範型態，即以一種單一的法律將消費者保護之目的、企業經營者之責任、定型化契約、特種買賣、消費資訊、消費爭議及處罰條文等實體法與部分程序法詳盡的納入而爲統合性之規定，全法總計七章共六十四條，皆屬與消費者權益保護攸關之重要規範³⁴。

消保法第七條至第十條關於「健康與安全保障」之規定，原則上係承襲歐美之立法例予以發揚光大後之產物，就其爲保障消費者權益而加重企業經營者責任之立意，固應給予掌聲，惟正如前述，消保法爲擴大保護消費者，對「服務」亦課以「無過失責任」，亦即將「服務」與「商品」視爲形式上相同之規範。此規定的適用範圍及其請求權基礎之解釋，除深深影響服務業外，也將造成我國侵權行爲法上「歸責原則」之衝擊。

（二）醫療行爲之性質爲何

我國民法或醫事法未對醫療行爲之性質作明文規範，是欲了解醫療行爲之性

³⁴ 洪需濃，「探討消費者保護法服務無過失責任於「醫療服務」之適用與解釋」，<http://cm.nsysu.edu.tw/~hcm/files/2003.4.24.ppt>，查訪日期 2008 年 3 月 5 日。

質，得自下列方向加以探討。一是醫療行為之內容為何？醫療行為內容應採廣義之概念，即醫療行為應包括疾病、傷害之診斷、治療，治療後情況判定，及療養指導等具有綜合性行為為內涵之法律事實，並不以『診療為目的』之醫療行為為限。二是依據醫療行為之內容，以判斷醫療行為該當於我國民事法律體系下之何種契約類型？

美國法院認為醫生、律師、會計師、建築師等專業人士提供其等之專業服務（professional services），通常係依據契約關係而來，法律處理該等侵害事件時，均以契約關係來規範當事人之法律關係，並視醫療行為之不當治療，係違反契約之約定。準此，倘醫療行為人與醫療需求人間定有醫療契約，醫療行為之內容則由契約關係（contractual relationship）規範。因此，本文茲依據醫療契約之內容，以判斷醫療行為該當於我國民事法律體系下之何種契約類型。

1. 委任契約說

稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約（民法第五百二十八條）。而醫療契約係醫療需求人委託醫療行為人處理醫療事務，醫療行為人允為處理醫療事務之契約，醫療行為人提供醫療服務之行為，屬於勞務供給之行為。醫療行為人（即受任人）應將醫療事務進行之狀況，報告醫療需求人（即委任人），委任關係終止時，應明確報告其始末（民法第五百四十條）。即醫療行為人處理醫療事務，應受醫療需求人之指示左右。準此，認醫療契約為典型之勞務契約（contract for service）。我國實務亦有認醫療契約為委任契約。

2. 承攬契約說

稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付執酬之契約（民法第四百九十條第一項）。倘醫療行為人與醫療需求人訂立醫療契約，已完成一定的工作為其契約之目的。例如：以治癒疾病為給付報酬之停止條件者（民法第九十九條第一項），即所謂之包醫；或為醫療需求人裝設義齒、義肢及義眼等契約，其給付方法均屬『結果債務』，應屬承攬契約範疇。易言之，醫療需求人於工作完成後，始負給付報酬之義務，是醫療行為人縱使提供醫療服務，如未能完成工作者，原則上不得請求給付報酬。

3. 僱傭契約說

稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約（民法第四百八十二條）。美國法院判決有認醫療行為人與醫療需求人訂立醫療契約時，醫療行為人應向先告知醫療需求人，其擬採取之醫療行為及醫療需求人因該醫療行為所承受之負擔、風險。醫療需求人基於醫療行為人之告知、說明，具有自我決定權（right to self-determination），是醫療行為人於進行醫療行為前，應獲醫療行為人同意（consent doctrine）。此與僱傭關係中，受僱人服從僱用人之指揮命令相符，且醫療行為之內容係醫療行為人為醫療需求人服勞務，亦與僱傭契約之債務給付內容相同。日本亦有學者認為，醫療行為人與醫療需求人締結醫療契約，醫療行為人有先告知義務，醫療需求人依據其說明，再決定是否接受醫療行為，此與僱傭關係中，受僱人必須服從僱用人

之指揮命令之原則相符。再者，委任契約以無償為原則，有償則為例外，此與醫療契約多屬有償契約有所差異，是德國通說將醫療契約歸類為僱傭契約。準此，醫療契約係僱傭契約（contract of employment），而非委任契約。

4. 混合契約說

此說認醫療行為種類繁多（diverseness），是醫療契約之性質應分別觀之，以性質相近者，準用相關之有名契約，而不以一種有名契約為限。即醫療行為人提供醫療服務，係屬委任之性質。醫療需求人向醫療行為人購買藥品、醫療器材及餐飲，則屬買賣關係。醫療需求人因醫療原因而向醫療行為人承租病房及設備，其關係為租賃關係。另醫療需求人因看護之需要，特別僱用護士作為特聘護士，此時護士係醫療需求人之受僱人。實驗性醫療行為常涉及醫療行為人無償為醫療需求人實施醫療行為，此屬於贈與契約。換言之，一般門診醫療契約係委任與買賣契約之混合契約。而住院契約係委任、買賣、租賃及僱傭之混合契約。另實驗性醫療契約則為委任與贈與契約之混合契約。從而，醫療契約係以委任關係為基礎之混合契約，非單一有名契約所能涵蓋。

綜上所陳，醫療契約具有特殊性質，非民法上任何一有名契約所能涵蓋，是為建立醫療契約之規範機制，自有制定醫療契約之專節規定之必要。惟未設專節之前，一般醫療契約係以勞務給付（即診療）為主要目的之契約，其係手段債務或方法債務。然醫療行為人於醫療過程中本於其專業之醫學知識及技能，針對不同病症之醫療需求人，作出不同之指示、診斷、說明及治療，具有相當程度之自主性。況醫療需求人通常在接受醫療行為人之指示幫助下時，進行醫療過程，此時醫療行為人則居於指示人地位。足見醫療行為人之注意及報告義務亦與一般委任人有別。因醫療契約亦屬勞務給付（supply service）之契約，依民法第五百二十九條，適用關於委任之規定。除此，倘醫療行為人與醫療需求人訂立醫療契約，已完成一定的工作為其契約之目的，始得取得報酬者。此為結果債務，即所謂的包醫契約，是該醫療契約應屬承攬契約之範疇³⁵。

（三）醫療服務責任

消保法有關服務責任，規定在第二章第一節「健康與安全保障」，共計四個條文，將服務與商品並列，為相同形式的規範，其中商品的規定，與藥品及醫療器械責任有關，其規定如下：

1. 消費者保護法第七條之規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。

商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。

企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」

³⁵ 同前註。

2. 消費者保護法第七之一條之規定：「企業經營者主張其商品於流通進入市場，或其服務於提供時，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性者，就其主張之事實負舉證責任。商品或服務不得僅因其後有較佳之商品或服務，而被視為不符合前條第一項之安全性。」
3. 消費者保護法第八條之規定：「從事經銷之企業經營者，就商品或服務所生之損害，與設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者連帶負賠償責任。但其對於損害之防免已盡相當之注意，或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，不在此限。
前項之企業經營者，改裝、分裝商品或變更服務內容者，視為前條之企業經營者。」
4. 消費者保護法第九條之規定：「輸入商品或服務之企業經營者，視為該商品之設計、生產、製造者或服務之提供者，負本法第七條之製造者責任。」
5. 消費者保護法第十條之規定：「企業經營者於有事實足認其提供之商品或服務有危害消費者安全與健康之虞時，應即回收該批商品或停止其服務。但企業經營者所為必要之處理，足以除去其危害者，不在此限。
商品或服務有危害消費者生命、身體、健康或財產之虞，而未於明顯處為警告標示，並附載危險之緊急處理方法者，準用前項規定。」
6. 消費者保護法施行細則第五條之規定：「本法第七條第一項所定商品或服務符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性，應就下列情事認定之：
一、商品或服務之標示說明。
二、商品或服務可期待之合理使用或接受。
三、商品或服務流通進入市場或提供之時期。」

(四) 醫療服務致他人受損害，約可分為以下幾種類型：

1. 診斷錯誤
2. 治療不當
3. 給藥錯誤
4. 延誤醫療或轉診時間
5. 未做過敏試驗
6. 病患管理疏失
7. 擅自執行醫療業務

其中有些牽涉藥品的使用，醫療器材的操作，並混合醫師、護士、藥劑師、醫檢師等之醫療服務，且往往涉及事實認定困難、過失與因果關係之判斷不易。

(五) 醫療行為法律責任之類型

1. 民事責任

- (1) 民法第 184 條之規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。
違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行

為無過失者，不在此限。」

- (2) 消費者保護法第 7 條之規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。
商品或服務具有危害消費者生命、身體、健康、財產之可能者，應於明顯處為警告標示及緊急處理危險之方法。
企業經營者違反前二項規定，致生損害於消費者或第三人時，應負連帶賠償責任。但企業經營者能證明其無過失者，法院得減輕其賠償責任。」
- (3) 醫療法第 82 條之規定：「醫療業務之施行，應善盡醫療上必要之注意。醫療機構及其醫事人員因執行業務致生損害於病人，以故意或過失為限，負損害賠償責任。」
- (4) 民法第 191 條之 3 之規定：「經營一定事業或從事其他工作或活動之人，其工作或活動之性質或其使用之工具或方法有生損害於他人之危險者，對他人之損害應負賠償責任。但損害非由於其工作或活動或其使用之工具或方法所致，或於防止損害之發生已盡相當之注意者，不在此限。」
- (5) 民事訴訟法第 277 條之規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」

2. 刑事責任

- (1) 刑法第 12 條之規定：「行為非出於故意或過失者，不罰。
過失行為之處罰以有特別規定者為限。」
- (2) 刑法第 276 條之規定：「因過失致人於死者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。
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。」
- (3) 刑法第 284 條第 2 項之規定：「從事業務之人，因業務上之過失傷害人者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金，致重傷者，處三年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。」
- (4) 刑法第 15 條之規定：「對於犯罪結果之發生，法律上有防止之義務，能防止而不防止者，與因積極行為發生結果者同。
因自己行為致有發生犯罪結果之危險者，負防止其發生之義務。」
- (5) 最高法院 95 年度台上字第 3884 號刑事判決意旨：「醫療過失係指醫療人員違反客觀上必要之注意義務而言。惟因醫療行為有其特殊性，自容許相當程度之風險，應以醫療當時臨床醫療實踐之醫療水準判斷是否違反注意義務。」

3. 行政責任

醫師法第 25 條之規定：「醫師有下列情事之一者，由醫師公會或主管機關移付懲戒：

- 一、業務上重大或重複發生過失行為。

- 二、利用業務機會之犯罪行爲，經判刑確定。
- 三、非屬醫療必要之過度用藥或治療行爲。
- 四、執行業務違背醫學倫理。
- 五、前四款及第二十八條之四各款以外之業務上不正當行爲。」

(六) 醫療服務之契約責任與侵權行爲責任

在現行法上，醫療服務責任，得依四項不同之請求權基礎，請求相關之義務人負賠償責任：

1. 瑕疵擔保損害請求權
2. 不完全給付賠償請求權
3. 民法之侵權行爲損害賠償請求權
4. 消保法之商品或服務責任賠償請求權

醫療服務通常病患與醫師或醫療機構間彼此有契約關係存在，醫療服務契約乃醫師運用醫學知識及技術，正確地診斷病患疾病，並施以適當的治療，而病患，允為接受診療之契約，即所謂「醫療契約」，其法律效果依契約自由原則，尊重當事人意思處理之。故以契約規範醫療服務責任，一般僅於契約當事人間發生效力，契約當事人僅對他方當事人負債務不履行責任，除非契約當事人另約定向第三人為給付，則第三人對於債務人亦有直接請求給付之權，並有債務不履行的損害賠償請求權。

醫療契約當事人因履行契約若導致侵害他人之權利，而有人身或財產之損害，如合乎侵權行爲之要件，亦可構成侵權行爲，其與契約債務不履行兩者均以損害賠償為給付內容，債權人不得雙重請求，於醫療服務責任方面，則多發生競合的問題，目前通說及實務見解採「請求權競合說」解決³⁶。

(七) 醫療過失之舉證責任

基於債務不履行請求醫師損害賠償，受害人無庸就醫師之過失負舉證責任，但若基於侵權行爲請求損害賠償，則受害人應就醫師之過失負舉證責任。一般學者認為應該採取「推定過失」之責任或無過失責任主義。英美於醫師過失採證法則上之「*res ipsa loquitur*」原則，以及德國之「*prima facie Beweis*」原則，也是以「推定過失」為其理論根據的。

實務上，最高法院八十六年台上字第五十六號判決，亦認為「可容許的危險」，理論適用於醫療過失侵權行爲，裁判要旨云：「可容許之危險，係指行爲人遵守各種危險事業所定之規則，並於實施危險行爲時，盡其應有之注意，更應可視為被容許之危險得免其過失責任而言，如行爲人未遵守各該危險事業所定之規則，盡其應有之注意，這不得主張被容許之危險而免責。」最高法院八十一年台上字第二九六七號判決，認為醫師未盡醫療法第四十六條、第五十八條規定之告知義務者，得成立侵權行爲責任及債務不履行責任，指的都是行爲人故意或過失的責任。

依我國消保法 2 條 2 款規定，凡以提供服務為營業之人，均屬於企業經營者，

³⁶ 最高法院七十七年十一月一日十九次民事庭會議決議。

對於服務本身未作進一步之定義與限制。由第 3 條之規定可知在本法上係將商品與服務視為對等之規範標的，換言之，本法所稱服務，並不以與商品有關聯者限，如社會服務業(醫療,教育)，生產者服務業(如律師，會計師，保險，金融)個人服務業(如餐飲，旅館)均在消保法規定之範圍。

若某服務具有商品之特性，所造成的過失侵權責任，在請求權的構成上，亦遭遇類似商品過失責任所面臨的難題，則有特別保護消費者的必要。消保法所欲規範之「服務」似指「以消費為目的，而接受服務」者，故法院於具體個案中，須斟酌系爭服務是否具有「消費性」，而得適用該規定，實務將採何種見解亦無從預測。就醫療服務責任言，更須探討者應為請求權要件如何構成，相較於既有的侵權法則，其實亦何在，是否真能平衡醫病地位，減輕受害人的舉證責任，達成促進病患權益之立法目的³⁷。

三、案例解析

本案要辨別是否合法，可參考下列幾點涉及違法之判斷基準來綜合判斷：

- (一) 醫院醫師是否有評估肩難產的可能性？
- (二) 肩難產在產科學上是否無法預測？如醫師能正確認知小雪在產前二週體重達 3500 公克之檢測，自可事先考慮為小雪安排一切確保安全之服務(如剖腹產)。
- (三) 醫院提供醫療服務是否盡到說明義務，並非僅以形式上簽署同意書為已足，更應有充分的告知說明，使病患了解所有對其做成決定有重大影響的資訊，使病患有權決定是否接受特定的醫療行為，違反者即構成醫院說明義務的違反。
- (四) 醫院所提供予小雪之服務是否具通常可合理期待之安全性，且符合當前醫學認知，已無安全或衛生上危險。

四、思考問題

醫療行為是否一律負消費者保護法所規定之無過失責任？

五、參考案例³⁸：

甲女為一第二胎三十歲年輕孕婦，自懷孕第七個月起就經常陰道出血，經乙醫師檢查診斷為「完全性前置胎盤」，而急診入院觀察,因稍一活動即會出血，且出血狀況愈來愈嚴重，自懷孕 32 週起就長期住院在乙醫師之診所內觀察臥床休息。

住院期間因仍不時出血,乙醫師認為有可能「植入性胎盤」，分娩時勢必一定要用剖腹生產，但產後胎盤一定無法完全剝離，恐會大量血崩出血不止，情況可能嚴重到極有可能死在手術台，連切除子宮亦來不及的危險，遂再三要求患者

³⁷ 鴨嘴大夫行記，「論消費者保護法的醫療服務無過失責任」，<http://www.drkao.com/index.htm>，查訪日期 2008 年 3 月 7 日。

³⁸ 高添富，「醫療業務過失致死的犯罪理論(刑法/段重民 教授指導)」，<http://www.drkao.com/library/9/chap3-3.htm>，查訪日期 2008 年 3 月 7 日。

轉院。問題是乙醫師依專業判斷，自忖該患者即使轉院至任何一家醫院，都可能因病況危急回天乏術，但以其三十年臨床經驗加上事先瞭解患者病情，若能事先充分準備下，可能還有一線生還的機會，但機會不大，乙醫師也不敢承諾更不敢承擔此項重責，雖患者苦苦哀求，仍一再要求患者轉院，主動介紹大醫院醫師安排替她剖腹生產且詳細告知轉診醫院有關患者危險致命的可能性。

但患者唯有信任乙醫師之醫德及技術，一再苦苦要求乙醫師一定要替她剖腹生產，患者及家屬再三保證，即使出事也不會怪醫師，更不會追究醫師責任，並且主動表示要自願寫下切結書，表示後果自行承擔和醫師完全無涉（但實際上未寫，且乙醫師也未便要求患者寫下死亡同意書）。患者先生亦再三拜託，口頭保證即使救不起來也會感謝醫師，絕不可能告醫師或要求醫師賠償。乙醫師在患者一再哀求下只好勉強答應，同時積極準備，除手術前事先輸血一千西西外並事先備了三千西西，並聘請另一位資深的婦癌手術專科醫師作助手，以備血崩時可先作子宮動脈血管結紮止血，再切除子宮，同時購買一台新的心臟電擊器以備萬一時急救。剖腹生產台上已事先備妥切除子宮的全部器械，進行剖腹手術娩出胎兒後，果然正如乙醫師所料，胎盤因植入子宮壁內，無法完整剝離，血液開始潺潺而流，不到一分鐘，患者馬上進入休克狀態，乙醫師請患者老公進開刀房過目一下，在三分鐘內馬上著手切除子宮，術中輸血三千西西，不到半小時已摘除子宮而且止血了，仍患者仍心跳停止，經麻醉醫師電擊心臟三次仍回天乏術，不得不宣告死亡。患者家屬不能諒解，改口指責醫師說診所設備不足為何不事先轉診大醫院，認為有「故意殺人」之意圖，向檢察官報案，檢察官最後依「業務過失致死」起訴，病家並附帶民事訴訟求償六百萬。

六.【媒體與法律】

一、主題案例：副總統嘿嘿嘿風波

坊間媒體日前以大篇幅報導指出，副總統與其高層記者通話，通話內容略為：「...嘿嘿嘿，總統府裡面有傳緋聞喔...」，舉國因此震驚。對此，副總統立即召開記者會回應，批評有心人士有意將其妖魔化，並經過與律師研商後，決定對該媒體依照民法第一九五條侵害名譽權之規定，要求該媒體為回復名譽之適當處分。該媒體對此一開始反擊聲稱其確實擁有副總統與其高層記者的通話錄音帶，之後該媒體於原告依法取得通聯記錄後，轉稱其並未擁有錄音帶，並另懷疑原告所舉之通聯記錄可能已經遭人竄改。最高法院後來判決副總統勝訴，也就是○○○公司等人應就道歉聲明等文字，在四大報全國版的頭版刊登一天。最高法院就具體訟案舉行公開言詞辯論是罕有的事，再加上副元首出面控告媒體是我國有史以來的第一次，自然吸引各方的注意。

二、主題說明

(一) 誹謗罪之相關規定

刑法第三一〇條規定：「意圖散布於眾，而指摘或傳述足以毀損他人名譽之事者，為誹謗罪，處一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。散布文字、圖畫犯前項之罪者，處二年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」，立法者強迫被告負擔舉證責任，與一般刑事訴訟法法院應依職權調查事實證據不同，引發是否違反「被告不自證有罪」的刑事基本原則，而與憲法上正當法律程序原則不符之疑義³⁹。

從刑法上設有妨害名譽罪的規定可以發現，為了因應憲法，法律在處理名譽和言論自由相衝突問題的基本態度，是對部份的言論自由加以限制，以保障個人的名譽。名譽，指的是個人在社會上所受的評價與尊重。雖然在概念上不容易量化，刑法對於妨害名譽的行為，仍以公然侮辱與誹謗等罪加以處罰。就公然侮辱罪部份，由於學說上認為侮辱行為的內容須與客觀事實不符，因此較易認定。相對而言，誹謗罪的成立，則涉及具體的事件行為內容，適用上問題較多。舉例來說，如果在公開場合說別人是恐龍，這顯然不會是事實，只可能成立公然侮辱；若是四處散播別人經常服用搖頭丸的不實訊息，即須探討有無誹謗的問題，這是二者間最基本的區別⁴⁰。

要成立刑法第 310 條的誹謗罪，必須要符合幾個條件。在客觀上，行為人要指摘或傳述足以毀損他人名譽之事，對此可區分為三個部份加以分析。首先，「指摘或傳述」即指「散佈訊息」而言。在區分侮辱與誹謗時已提到過，誹謗行為所散佈的訊息，須涉及具體的事件行為內容，至於是公開或私下為之則不重要。不過如果所散佈的是文字或圖畫，則成立加重誹謗罪，依據刑法第 310 條第 2 項，刑度將會加重至 2 年以下有期徒刑、拘役或 1000 元以下之罰金。其次，所謂的「他人」，不須以言論中已經指名道姓為必要，如果依其言論內容能推知所指之人是誰，仍有可能成立誹謗罪。最後，言論的內容只要有毀損他人名譽的可能性就夠了，至於被害人的名譽是否確實遭到貶低，對於誹謗罪的成立並無影響，而且即使在誹謗他人之後設法更正，也無法改變已觸犯誹謗罪的事實。在主觀上，行為人要有將言論散佈於大眾的目的，並且了解到所散播的言論可能損害他人名譽。

另外誹謗罪屬於告訴乃論之罪，須有被害人或其他法律上有告訴權之人的告訴，才能進行定罪的程序，亦即「告訴乃論」之罪係指若無告訴人主動向法院檢察署直接提告，或是主動向警局報案後移轉法院檢察署，檢察官不得主動偵辦該類告訴乃論之犯罪案件，當然也就無後續檢察官提起公訴後的刑事庭判決的問題。要特別注意的是，即使是對於已死之人為誹謗行為，依據刑法第 312 條第 2

³⁹ 大法官釋字第三八四號解釋認為「被告不自證有罪」為「實質正當法律程序原則」之一。

⁴⁰ 許華偉，「看不見、摸不著的是是非非－談網路誹謗的法律問題」，財團法人資訊工業業進會科技法律中心，<http://w3.nioerar.edu.tw/newtalk/0716/0716%E6%96%87%E5%AD%97/02.pdf>，查訪日期 2008 年 3 月 4 日。

項，仍然構成犯罪。

（二）不成立誹謗罪的例外情形

言論自由的蓬勃，是民主國家發展的重要基礎，為避免得之不易的自由被過份限制甚至遭到剝奪，刑法設計了不少的除外條款，以限制誹謗罪的成立，在這裡也要對例外的狀況作簡要的分析。首先，刑法第 310 條第 3 項規定：「對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉於私德而與公共利益無關者，不在此限。」從字面上可以了解到的是，如果發表的言論是真實的，即使對於他人的名譽有所損害，也是他人應該自我負責的範圍，不該因此處罰發表或散佈言論者；但是當這個真實的言論只涉及他人的品行等個人事項時，為了維護他人的隱私，即使言論具真實性，還是成立誹謗罪。須附帶指出的是，依據大法官在釋字第 509 號解釋的意旨，這樣的規定並不是要求行為人須自行證明其言論真實，才能免於遭到處罰，而是依據其所提的證據，能認定行為人具有相當理由確信其言論為真實時，即不得處以誹謗罪。換句話說，發表或散佈言論者只要證明其言論並非空穴來風，在客觀上具有一定基礎，自己也相信所發表的言論是真實的，就可以不受處罰。

其次，刑法第 311 條規定：「以善意發表演論，而有左列情形之一者，不罰：一、因自衛、自辯或保護合法之利益者。二、公務員因職務而報告者。三、對於可受公評之事，而為適當之評論者。四、對於中央或地方之會議或法院或公眾集會之記事，而為適當之載述者。」條文中所謂的「善意」，是指對於有關公益的事項提出意見或評論，而非以損害他人名譽為唯一目的的心態。在這 4 款規定中，第 2 款與第 4 款較為明確，至於第 1 款及第 3 款的規定，文字雖然簡略，卻經常被引用，因此有必要加以說明。首先，第 1 款的規定是基於言論須以言論澄清的道理而來。為了防衛自己或為自己辯白，例如受他人誣告時，在必要的限度內公開發表聲明的情形，不構成誹謗罪。其次，第 3 款所謂「可受公評之事」，其實並沒有一般性的標準，而須個案認定，但一般認為，對於公共事務或政府施政、大眾傳播媒體的報導或評論等等，既應容許公眾發表意見，即屬可受公評之事。須注意的是，「適當之評論」指的是就個人價值判斷所提出的理性陳述，具人身攻擊性的言論並不包含在內。並且，由於是主觀的評論意見，其評論內容是否正確無誤，也與評論是否適當無關。

（三）何謂「新聞自由」

新聞自由為一種制度性的基本權利(an institutional right)，而非一種個人性的基本權利(an individual right)，新聞自由乃是憲法為了保障新聞媒體自主性，以使其發揮監督政府的制度性功能，而給予新聞媒體的一種基本權利保障。享有新聞自由之權利主體為新聞媒體而非一般大眾，新聞自由的享有者應具有一定的身分，此與一般憲法所保障的基本權利，是一種不認身分，任何人均得享有者不同。新聞自由亦是一種工具性的基本權利，新聞自由可以保障新聞媒體為社會整體利益而扮演好監督政府的角色，而有助於新聞媒體完成工具性的功能。新聞自由並

非是以保障或促進新聞媒體自身的利益為中心。新聞自由提供新聞媒體一些言論自由保障之外的特別保障，如採訪新聞的權利(newsgathering rights)、不洩漏新聞來源的權利、不受搜索及扣押證物的權利。

報導真實新聞，雖然為新聞媒體除參與輿論形成外，最重要的權利與任務，但不可否認的，因真實報導所引發的侵權問題，在整體媒體與人格權衝突問題中卻佔有著極高的比重。在真實報導的範圍中，大眾傳播媒體為滿足人民知的權利以及履行社會公共責任，總是盡可能地向大眾提供廣泛的資訊。以犯罪新聞報導為例，新聞媒體常以犯罪案件乃與公益有關之重大社會議題與為滿足視閱聽者資訊利益為由，鉅細靡遺地報導犯罪事實，或是未經修飾地直接為現場報導。新聞媒體此等報導權利之行使雖符合公益，但卻可能因報導所引發的公眾輿論譴責、造成未審先判的結果，而直接或間接衝擊被報導者人格權法益。在此種情形下大眾傳播媒體的真實報導權利與被報導者之人格權保護，自然處於高度緊張關係⁴¹。

如前所述，大眾傳播媒體的報導自由權和人民的資訊利益乃係憲法所保障的基本權利之一，惟此等基本權利並非不得限制之，依憲法第二十三條的規定，在符合防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益等必要情況之下，仍得以法律限制之。基此，大眾傳播媒體所作之報導，一即便是真實報導，若有侵害前述被報導者人格法益且妨礙個人自由權利行使的情形時，亦得透過制訂一般法來限制其權利之行使。

媒體的報導是為了滿足「正當的公共關切」，而事實上，我們也確實看到過去以來，正因為媒體對於許多事件的耗費心力採訪、追蹤，才使得大眾對於許多公共事務有較清楚之瞭解，然而，對於以追求真相、挖掘事實自許的媒體來說，卻也應該清楚地意識到，新聞的報導對於相關的當事人可能會造成什麼樣的困擾甚至是傷害。因此，尊重個人隱私與實現公眾正當公共關切二者之間的份際，需要新聞媒體以更大的智慧，以及更重要的是，更誠實的職業道德來加以判斷，而不是一再以滿足民眾知的權利來欺騙自己、欺騙公眾。要分辨的是，新聞媒體的作用並不是無所原則地用來滿足民眾的好奇心，如果媒體不以「正當性」「公共性」的標準來守住自己的專業，並守住被報導者的隱私權，那麼，新聞媒體將自淪為探人隱私的八卦報導，而這樣的沈淪將會是整個社會的損失，更是對人們權利的一種威脅與侵害⁴²。

(四) 媒體自由與民法上侵權行為之關係

我國民法對侵權行為的規範，以民法第一百八十四條⁴³為重心，該條第一項

⁴¹ 翁曉玲，「性侵害犯罪新聞報導之法律界限問題—性侵害犯罪防治法第十條第一項相關理論及實務之研究」，中正法學集刊第十二期。

⁴² 陳素秋，「新聞自由與隱私權」，教育部人權教育資訊網，http://www.hre.edu.tw/report/epaper/no29/topic1_1_2.htm，查訪日期 2008 年 3 月 4 日。

⁴³ 民法第 184 條：「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。」

前段採概括規定，所保護之客體為「權利」。權利可區分為人格權、物權、身分權等。所謂人格權，指一般人格權而言，乃關於人之價值與尊嚴的權利，特別人格權則是由一般人格權所衍生出，經具體化的個別人格權，可再分為法定與未法定兩種。

就侵權行為法的發展歷史而言，侵權行為法對人格權的保護首重生命、身體、健康、自由等權利，接著擴及名譽及隱私。民法第十八條規定：「人格權受侵害時，得請求法院除去其侵害，有受侵害之虞時，得請求防止之。前項情形，以法律有特別規定者為限，得請求損害賠償或慰撫金。」民法第一百八十四條是請求損害賠償（包括財產上及非財產上損害）之基礎規定，但因慰撫金（即非財產上損害賠償）之請求受到第十八條第二項之限制，必須法律有特別規定，因此並非所有人格權受侵害之情形，均能請求慰撫金。民法第一百九十四條就侵害生命權、第一九五條是就侵害他人身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操或其他人格法益而情節重大者、第十九條則為姓名權受侵害時，得請求慰撫金之特別規定。由此可知，生命、身體、健康、名譽、自由、姓名、信用、隱私、貞操係法定的特別人格權，除此以外的「其他人格法益，而其情節重大者」，係針對其他未經法律明定之人格權受侵害而設之限縮要件，必須視行為人的故意或過失及所受侵害之嚴重程度而定，避免浮濫，這一部份人格權將會隨著人民對人格自覺、社會進步及侵害增加，擴大其保護範圍，肖像權即為法律未明定而普遍認其為重要之人格法益者

隱私權，是不讓他人無端干預個人私領域的權利，此種人格權是維護個人尊嚴、保障追求幸福所必要。隱私權在我國屬於發展形成中的人格權，其概念還有待類型化，且須與姓名權、肖像權的保護範疇加以區分。侵入私人獨處的生活領域，以及公開揭露個人秘密（尤其是個人不名譽的陳年舊事），為可侵害隱私權之標準態樣。肖像權，指以自己肖像的利益為內容的權利，個人對其肖像是否公開具有自主權利，若未經同意而就肖像為攝影，或以他人肖像作為商業廣告，均構成對肖像權之侵害。當然，肖像權之保護基於社會公益而受到限制，例如拍攝國家元首、立法委員、明星等公眾人物，得阻卻違法。

（五）新聞自由可否成為侵權行為之阻卻違法要件

侵權行為之成立，除符合侵害他人權利並造成損害之構成要件外，尚必須該當「不法」之要件。原則上，侵害他人權利之行為即具有不法性，但於阻卻違法事由存在時，例外地因不具違法性而不成立侵權行為。

新聞自由亦為憲法所保障的基本權利，然而憲法之所以保障新聞自由，目的在維護新聞媒體之獨立性與完整性，使新聞媒體能忠於事實，報導真相，滿足人民知的權利，避免媒體於報導前因恐遭處罰而產生自我事前檢查，或造成寒蟬效果。然憲法所保障之新聞自由並非絕對而漫無限制，必須兼顧法律所保護之個人隱私權，因此若新聞報導涉及他人隱私權，而與公眾「知的權利」無關時，仍應負侵權行為之損害賠償責任。

為調和新聞自由與隱私權的衝突，美國法院採取區分公眾人物與非公眾人物之方式。公眾人物所受保障的隱私權範圍，原則上較非公眾人物所享有之範圍為小，在有正當報導的需求時，公眾人物必須忍受某些干擾其個人隱私之報導。但公眾人物仍應享有其生活隱私權，只要其行為合法，無涉公益，民眾及媒體並無權力探刺或窺視其私人行為⁴⁴。

（六）比較各國妨礙名譽之法制

對於妨害名譽之行為予以制裁，乃各國法制共通的規定；不僅於民事尚可構成侵權行為，而請求損害賠償，且多以犯罪行為視之，尚可追究刑事責任，科處短期自由刑及罰金之規定屢見不鮮。對此而言，我國法制與外國法制其實並無不同，故誹謗罪的存在並不一定當然違憲。但是實務運作上，美國妨害名譽事件已漸由民事賠償取代。美國妨害名譽法制自一九六四年以後，經由聯邦最高法院之多項裁判，逐漸跳脫單純民事法之領域，而染上一層濃厚的憲法色彩，不僅成為憲法學中之重要內涵，更可引為美國積極保障意見表達自由之另一項具體指標，而與他國法制，形成強烈的對比。不過在此之前必須先強調，涉及誹謗罪的行為人，絕大多數都是新聞媒體，按新聞自由為憲法第十一條所保障，新聞自由與言論自由並不相同⁴⁵，但是在涉及誹謗言論的違憲審查時，新聞自由與言論自由並無不同。

（七）誹謗性言論的違憲審查標準—真正惡意原則

1. 習慣法原則

美國法在處理誹謗是否受到新聞自由與言論自由保障問題時，1964年是一個分水嶺。在此之前，美國法院在處理該問題時，其認為誹謗性言論不受言論自由或新聞自由的保障，故未納入言論自由與新聞自由的考慮，而以習慣法上的原則處理之。此習慣法原則包括：

（1）真實抗辯原則：

是指一項涉及他人侵害名譽的誹謗性言論，表意人如能證明其所言為真實者，即不構成誹謗。而可證明為真實者，僅「事實」的陳述，才有可能。因此，本項原則只適用於「事實」陳述所構成的誹謗性言論，而無法適用於「意見」表達或「評論」所構成的誹謗性言論類型。

（2）合理評論原則：

依學者見解，一項陳述要符合合理評論原則的構成要件有四：

- a. 其為一種意見（opinion）的表達而非事實陳述；
- b. 其所評論者必須與公眾利益有關的事項；
- c. 其所評論所根據或評論之事實必須要隨同評論一併公開陳述，或已經為眾所周知；
- d. 表意人為該評論時，其動機並非以毀損被評論人的名譽唯一目的。

⁴⁴ 高點法律網，「狗仔隊登陸台灣」—民法篇深入分析」

<http://www.license.com.tw/lawyer/practice/news/cv036.shtml>，

⁴⁵ 林子儀，「新聞自由的意義及其理論基礎」，收於言論自由與新聞自由，第113-118頁。

因為意見評論的詞語常為評價性的詞語，是主觀的，無法以客觀事實證明。故其保障顯然比真實抗辯原則更高。

2. 憲法特權—真正惡意原則

(1) 內容

在 1964 年 *New York Time v. Sullivan* 案後，最高法院宣示凡報導或批評政府官員執行公務行為之言論，縱使侵害被批評或報導者之名譽，原則上都為憲法言論自由所保障；而且，即使其言論內容不實，也只有在具有「真正惡意」的情形下，亦即原告必須證明被告於發表言論時「明知其所言非真實」或「過於輕率而未探究所言是否真實」時，才須受到法律制裁而不為憲法保障。此一「憲法特權」大門一開，受惠最多的即是新聞媒體。因其不僅無須負舉證責任之重擔，而反轉由原告必須證明其所為實係「明知故犯」，且因原告必須於事前考量提起訴訟的一切利弊得失，未必即樂於訴之於法，言論自由可獲得進一步的保障。最高法院的態度之所以如此寬鬆，主要乃是認為美國民主政治中的一項基本原則，就是大眾在從事有關公共議題的討論，不應受有任何拘束，應是充滿活力的，而且是完全開放的自由抒發；即使此種言論是對政府或公務員所為的猛烈刻薄或令人不快的尖銳攻擊，也應該予以容忍。

(2) 適用範圍

關於真正惡意原則的適用範圍，可分為「人」與「事」二方面說明：

a. 人：公務人員與公眾人物

真正惡意原則適用之初，主要適用在對「公務人員」的評論上，至於公務人員的範圍雖未明確界定，但下級法院採取擴張解釋的方向，幾乎已經包括所有「與政府有關之人員」，諸如聯邦或州之國會議員、警官、警員、公職候選人，甚至擔任設計政府房舍的私人建築師及民營垃圾收集公司的所有人在內。之後，最高法院又擴大真實惡意原則的適用範圍，及於「公眾人物」(public figure)。而公眾人物包括在社會上享有普遍盛名或惡名昭彰者，以及主動投入某一爭執的公共問題，期能影響其結果者，就該特定爭執之議題可視為公眾人物。

b. 事：與公益有關的事務

真正惡意原則原先是適用在「執行公務行為」上，但是後來最高法院採取寬鬆的解釋，認為如言論內容為「與公益有關的事務」時，該言論亦有真正惡意原則的適用。

3. 合理評論原則

由於真正惡意原則乃是代替習慣法上的真實抗辯原則，使得「虛偽性言論」獲得更大程度的保障。然如前所述，唯有「事實」方有是否虛偽的問題，意見評論因是主觀評價，並無真假可言。因此，習慣法上的「合理評論原則」仍有適用餘地，更有甚者，學者有認為，意見表達的憲法保障，在 *Gertz v. Robert Welch, Inc* 案中，Powell 大法官於判決意見書中的旁論已經將合理評論原則更提高為「絕

對保障」的憲法原則，而與真實惡意原則相對應。因此，美國法院食物在處理誹謗性言論的程序，首先要面對的，乃是系爭言論究竟應屬於「事實」或「意見」，之後即分別予以不同的違憲審查標準⁴⁶。但是言論究竟是「事實」或是「意見」，往往並不是這麼容易區分，美國實務對此提供一套檢驗標準來區分「事實」與「意見」：

(1)分析所涉及的陳述，與一般正常用法及意義，可否被任定為一種「事實」或「意見」？

(2)分析該陳述是否可被驗證為真或偽？

(3)瞭解表達該項陳述時的事實情境及全部的陳述⁴⁷，以確定涉及爭議的陳述真正意涵，而判斷其應被視為「事實」或「意見」的陳述

(4)探求表達該項陳述時的客觀社會狀態，以判斷當時社會對該陳述認定為「事實」或「意見」的陳述。

不過，由於此等區別並非十分清楚，最近於 1990 年的 *Milkovich v. Lorain Journal Co.* 案中，多數意見判決書中，Rehnquist 大法官即揚棄區分「事實」與「意見」，因為「意見」表達，常常也隱含聲明某種事實在其中。現有的法制（即真實惡意原則）以足以適用於本案所涉及的誹謗性言論，沒有必要在現行法制之外，再針對「意見」的表達做額外的保護。此判決的轉變值得注意。

（八）釋字第五〇九號解釋

1. 真正惡意原則之引入

由於刑法第三一〇條第三項規定：「（被告）對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。但涉及私德而與公共利益無關者，不在此限。」立法者強迫被告負擔舉證責任，與一般刑事訴訟法法院應依職權調查事實證據不同，引發是否違反「被告不自證有罪」的刑事基本原則，而與憲法上正當法律程序原則不符之疑義⁴⁸。學者有認為本項規定與美國習慣法原則的真實抗辯原則相當⁴⁹，然本原則被告亦應證明是否真實，且我國又有「私德」與「公共利益」字眼，對被告更加不利。對此，大法官，採取了「合憲性解釋方法」，認為本項規定「係針對言論內容與事實相符者之保障，並藉以限定刑罰權之範圍，非謂指摘或傳述誹謗事項之行為人，必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。」大幅減輕被告的舉證責任，不要求其舉證百分之百之真實，只要行為人有相當理由確信其為真實即可。吳庚大法官於其協同意見書對此提出補充，認為：「除行為人得提出相當證據證明所涉及之事實並非全然子虛烏有外，檢察官、自訴人或法院仍應證明行為人之言論係屬虛妄，諸如出於明知其為不實或因輕率疏忽而不知其真偽等情節，

⁴⁶ 林子儀，「新聞自由與誹謗-一個嚴肅的憲法課題」，全國律師 87 年 5 月號，第 43 頁。

⁴⁷ 林子儀，「言論自由與名譽保障之新發展」，美國最高法院重要判例之研究：一九九〇～一九九二，第 33 頁。

⁴⁸ 大法官釋字第三八四號解釋認為「被告不自證有罪」為「實質正當法律程序原則」之一。

⁴⁹ 法治斌「新聞報導與誹謗-一個憲法觀點」，人權保障與司法審查，第 74-75 頁。

始屬相當。」換言之，大法官透過「合憲性解釋方法」，成功將原本不利於被告的舉證責任規定，一部份亦交由原告負擔，此乃真正惡意原則的引入。

2. 釋字第五〇九號解釋與美國法制的差異

(1) 適用範圍

本解釋與美國法制不同者，乃是釋字第五〇九號解釋並未區分公務人員、公眾人物與私人，而一體適用。故其射程範圍顯然比美國還要廣。此舉是否反而有過度保障言論自由，忽略對私人名譽的保護，進而產生矯枉過正的結果，大法官似乎並未考慮到⁵⁰。由於本案聲請案由被告皆是新聞媒體法人（商業週刊、司改會），原告為公務員，故本號解釋應解釋為限定於涉及公務人員或公眾人物方有適用餘地，對於這類案件方導入憲法言論自由或新聞自由保障的考量；至於私人間的誹謗性言論，則仍應回歸刑法規定，就構成要件、違法、有責性一一判斷。

(2) 事實陳述與意見評論的區分

釋字第五〇九號解釋中，並未針對「事實」或「意見」是否不同說明，吳庚大法官的協同意見書則緊扣「陳述事實」與「發表意見」之不同，並認為後者顯然有較高的價值。然而其亦認為事實與意見的區分往往有灰色地帶，並指出「言論涉及事實部分有本件解釋上開意旨（即真實惡意原則）之適用」，其真意是否還是區分事實與意見，而有不同的審查標準，亦即事實部分以刑法第三一〇條第三項處理；意見評論則交由第三一一條第三款「就可受公評之事為適當之評論」處理，尚不得而知。簡言之，本件解釋未能明確指出「事實」與「意見」是否在誹謗性言論有不同的審查違憲基準，亦為缺憾之一。

三、案例解析

要辨別媒體之報導是否對於個人造成侵權，可參考下列幾點涉及違法之判斷基準來綜合判斷：

（一）媒體作相關報導時，有無盡到查證義務，以及是否能證明其報導內容的事實，如果沒有，其報導顯有過失。

（二）判斷媒體具有惡意可能有以下幾點：(1)該媒體一開始聲稱自己的確擁有通話錄音帶，但事後卻改口沒有，並質疑通聯記錄的真實性，此舉似乎故意散佈不實消息；(2)該媒體目前提不出任何證據資料，顯示其確實有相當理由確信其為真實，只以憲法應保障新聞自由為自己辯護，此舉難謂無重大過失；(3)原告目前所舉證的通聯記錄顯示並無報導中所言的通話，顯示此報導係全然子虛烏有。

（三）新聞自由之界限，倘若媒體在報導前業經合理查證，有相當理由確信其查證所得資料為真實者，應認定已盡善良管理人注意義務而無過失；縱然事後證明其報導與事實不符，亦不能課以侵權行為的損害賠償責任。反之，未加合理查證，或有明顯理由足以懷疑消息之真實性或報導之正確性，其與事實不符的報導，難謂無過失，應負侵權行為的損害賠償責任。

⁵⁰ 法治斌，「保障言論自由的遲來正義」，月旦法學第六十五期，第 148-155 頁。

四、思考問題

1. 民事訴訟是否亦有釋字第五〇九號解釋的適用？
2. 「真正惡意原則」除了適用於刑事誹謗認定外，於民事侵權行為的認定上，是否亦有適用餘地？

五、參考案例：

副總統呂秀蓮控告新新聞侵權官司，台灣最高法院於民國 93 年 4 月 29 日三審定讞，判決新新聞敗訴。

最高法院認為新新聞作相關報導時，未盡查證義務，又未能證明呂副總統確有傳播陳水扁緋聞的事實，其報導顯有過失，應依二審判決回復呂秀蓮名譽。

被告新新聞社長王健壯批評最高法院這項判決違法違憲，他們將聲請再審及大法官解釋，尋求翻案，原告呂秀蓮則呼籲新新聞尊重最高法院判決，從速履行登報道歉的法律義務。

依三審定讞的結果，新新聞公司必須和社長王健壯、總編輯李明駿、採訪主任陶令瑜、主編吳燕玲、撰文記者楊舒媚五人，連帶負起損害賠償責任；共同將道歉聲明及判決主文、理由，以二分之一版面刊登在聯合報、中國時報、自由時報、工商時報的全台版頭版各一天。

最高法院合議庭雖排除民事訴訟適用大法官第 509 號解釋，但判決書處處可見 509 號的影子。判決書中明文指出，新聞自由攸關公共利益，國家應給予最大限度的保障，並從輕酌定新聞媒體工作者應負的善良管理人注意義務。

合議庭並在判決中指引新聞自由的界限說，倘若媒體在報導前業經合理查證，有相當理由確信其查證所得資料為真實者，應認定已盡善良管理人注意義務而無過失；縱然事後證明其報導與事實不符，亦不能課以侵權行為的損害賠償責任。

反之，未加合理查證，或有明顯理由足以懷疑消息之真實性或報導之正確性，其與事實不符的報導，難謂無過失，應負侵權行為的損害賠償責任。

合議庭認為，本案爭訟的相關報導唯一消息來源，是共同參與該報導的新新聞總編輯李明駿(即楊照)自稱接獲呂秀蓮的電話；而經被告採訪總統夫人吳淑珍、總統府相關人士蕭美琴、蔡明華等人，均不能證明呂秀蓮傳播了緋聞，顯見「嘿嘿嘿」報導有「明顯理由足以懷疑報導正確性」的情形，並已侵害呂秀蓮名譽，應負損害賠償責任。

本案訴訟是因 89 年 11 月 16 日出版的第 715 期新新聞週報，以封面刊出「鼓勵緋聞、暗鬥阿扁的竟然是呂秀蓮」、台灣版的「陸文斯基」桃色疑雲封面故事，報導中提及呂秀蓮在 11 月初深夜，打了一通電話給媒體高層(指楊照)，驚爆「總統府緋聞」，指陳總統和當時的總統府顧問蕭美琴有緋聞。呂秀蓮否認打過這通電話，向法院提起要求新新聞回復名譽的民事訴訟。

副總統呂秀蓮控告新新聞侵權案，最高法院判決新新聞敗訴；對此，民間司法改革基金會執行長林靜萍和律師李永然都認為，法官雖一再強調，判決已將

509 釋憲精神融入，新新聞因未盡合理查證義務而須負民事責任，但已對媒體工作者產生不利影響，後續值得進一步觀察⁵¹。

七.【旅遊與法律】

一、主題案例：團體旅遊遇颱風改期出發，取消費該誰賠⁵²？

甲方是一所中學，該校籃球隊接受邀請赴歐洲觀摩及參加友誼賽，於是找上乙旅行社張小姐代為安排，雙方幾經商討行程，最後決定遊覽蘇聯、英國、西班牙、法瑞等國家，全程 18 天，預訂 85 年 8 月 3 日出發。雙方簽訂合約書，由甲方繳交新台幣 100 萬元作為定金，並於說明會時繳清尾款。學生及老師們也興奮地準備出國所需用品，對大多數的學生而言，這是他們第一次出國，而且旅遊地區是歐洲，更讓他們期待的不得了。

不料離出發日期近了的時候，天公不作美，來了個大颱風，機場被迫關閉，行程也無法如期出發。當時乙旅行社張小姐緊急與甲方協商，希望延後出發日期，並配合航班將原行程做適當調整，最後雙方同意將行程縮短為 15 天，並延後於 8 月 10 日出發。

這期間雙方並沒有討論有關取消費由何人負擔？行程天數減少，費用應退還多少？以致於甲方返國後找上乙旅行社張小姐要求退還每人 3 天旅費，張小姐當時允諾退還甲方共新台幣 32 萬元，並親自立下字據言明 9 月 10 日親自拿錢退還甲方。然而 9 月 10 日到了，卻不見張小姐的影子，於是甲方再以存証信函通知張小姐履行退費承諾。

張小姐以郵寄方式將面額新台幣 32 萬本票乙張寄給甲方，明示 85 年 11 月 15 日兌付，但是 11 月 15 日甲方仍然領不到錢，經過張小姐一再失信於甲方，甲方最後請求調處。

二、主題說明

(一) 民法債篇增訂旅遊一節之立法目的

「民法債編修正條文」暨「民法債編施行法」業經 總統於中華民國(下同)八十八年四月二十一日修正公布，依民法債編施行法第三十六條第二項規定，自明(八十九)年五月五日施行。民法債編自十八年十一月二十二日公布，翌年五月五日施行以來，迄今已逾六十九年。其間政治環境、社會結構、經濟條件乃至世界局勢均有重大變化，原本立基於農業生活型態之民法債編規定確已不敷所需。再揆以長期間之適用經驗，確有若干未盡妥適或疏漏之處應予修正。

⁵¹ 台灣最高法院民事庭九十四年度台上字第七一六號判決。

⁵² 中華民國旅行業品質保障協會，旅遊糾紛案例，

http://www.travel.org.tw/casestudy/menu_main4_3.htm，查訪日期 2008 年 3 月 7 日。

近年來，由於交通便利、通訊發達，國民生活水準大幅提高，因而重視休閒生活，旅遊風氣大為盛行。惟旅遊糾紛亦時有所聞，原民法債編中對之並沒有專節或專條的規定，法院僅得依混合契約法理就個案而處理。為使旅遊營業人與旅客間之權利與義務關係明確，有明文規範之必要，所以本次修正特別增訂本節規定。

（二）民法債篇之旅遊專節之體系

1.名詞定義（民法第五百十四條之一）：

旅遊營業人：以提供旅遊服務為營業而收取旅遊費用之人。是故，只要有收取費用，提供旅遊服務，即為旅遊營業人，不問其營業是否依行政體系申請許可，取得旅行業執照。

旅遊服務：安排旅程及提供交通、膳宿、導遊或其他有關之服務。旅遊營業人所提供之旅遊服務至少應包括二個以上同等重要之給付，其中安排旅程為必要之服務，另外尚須具備提供交通、膳宿、導遊或其他有關之服務，始得稱為旅遊服務。依此觀之，目前部份旅行業僅經營代售機票，代訂旅館，或代辦出國手續業務，皆非民法所稱之旅遊服務。

2.以書面記載旅遊營業人名稱、地址、旅客名單、旅遊行程、交通、膳宿、導遊、保險等（民法第五百十四條之二）：

這裡的書面記載指的是相關旅遊資料，與旅遊契約應記載事項有關。

3.旅客之協辦義務（民法第五百十四條之三）：

旅遊的完成，有些環節需要旅客之協助，例如：旅客必須提供個人資料及照片，俾辦理護照、簽證。故課以旅客協辦義務及不行為之損害賠償責任。

4.旅客之變更權（民法第五百十四條之四）：

旅客於旅遊開始前，因故不能參加時，在通常情況下，應准其改由第三人代替，此時，旅遊營業人非有正當理由不得拒絕（例如：不及辦妥簽證。）

5.禁止變更旅遊內容及因不得已事由變更之效果（民法第五百十四條之五）：

- （1）原則：行使債權、履行債務應依誠實及信用方法，民法二百十九條已定有明文，旅遊營業人應本誠信原則，實現旅遊內容，不得任意變更。
- （2）例外：有不得已之事由時，得予變更。例如：因颱風、地震或旅遊地發生疫情動亂等影響行程。
- （3）不得已變更的效果：一、減少之費用退還旅客，增加之費用不得向旅客收取。二、旅客不同意變更時，得終止契約，並得請求旅遊營業人墊付費用將旅客送回原出發地。

6.瑕疵擔保責任（民法第五百十四條之六、七）：

（1）旅遊營業人對於所提供之旅遊服務之價值及品質負瑕疵擔保責任。

（2）瑕疵之責任：一、改善瑕疵，否則旅客得請求減少費用。二、終止契約：旅遊營業人所提供之旅遊服務不具備通常價值及約定，如有難於達成預期目的，旅客不欲繼續旅遊時，得終止契約，旅遊營業人應負擔費用將旅客送回原出發地。三、旅遊服務之瑕疵，是因可歸責於旅遊營業人之事由所造成者，旅客除請

求減少費用或並終止契約外，並得請求損害賠償。

7.時間浪費之求償權（民法第五百十四條之八）：

（1）因可歸責於旅遊營業人之事由，致旅遊未依約定之旅程進行者，旅客就其時間之浪費有非財產上損害之請求權，得按日請求賠償相當金額。

（2）所謂「按日請求」，係以「日」為計算賠償金額之單位，並不以浪費時間達一日以上者為限。

（3）每日賠償金額，不超過旅遊費用每日之平均數額。

8.旅客終止權（民法第五百十四條之九）：

旅遊未完成前，旅客得隨時終止契約，但應賠償旅遊營業人，因契約終止而生之損害，旅客得請求旅遊營業人墊付費用將其送回原出發地。

9.意外事故之協助處理（民法第五百十四條之十）：

旅客在旅遊期間因不可歸於旅遊營業人之事由，發生意外事故致身體或財產受有傷亡、損害時，旅遊營業人應為必要之協助及處理，此種不可歸責於旅遊營業人之事由，其費用由旅客負擔。

10.購物瑕疵之處理（民法第五百十四條之十一）：

旅遊營業人對旅遊地之語言、交易習慣較旅客熟悉，因此，旅客在旅遊營業人安排之特定場所購置之物品如有瑕疵，得於一個月內請求旅遊營業人協助處理。

11.消滅時效：一年。（民法第五百十四條之十二）：

鑑於旅遊行為時間短暫，為期早日確定法律關係，「旅遊」一節中規定的權利以從速行使為宜，故明定本節規定之增加、減少或退費用請求權，損害賠償請求權及墊付費用償還請求權，均自旅遊終了或應終了時起，一年間不行使而消滅。

（三）台灣旅遊相關法令規範

台灣除參照德國民法於債篇增訂旅遊一節外，相關規範尚有發展觀光條例、旅行業管理規則、消費者保護法以及布魯賽爾旅行契約國際公約等。

發展觀光條例規範旅行業之營業條件、證照許可、營業範圍等，規定旅行業辦理旅遊應與旅客訂立書面契約，強制旅行業應繳納保證金，旅客因旅遊糾紛所生之債權，對保證金有優先受償權。

旅行業管理規則將旅行業區分為綜合、甲種、乙種三種，分別定其營業範圍，具體規定各種旅行業應繳納保證金之數額；規定旅行業應印製招攬文件、簽訂旅遊契約，並規範其具體內容；旅遊業應派遣導遊，舉辦說明會。旅遊業應投保責任保險、履約保證保險，並規定對旅行業設立之旅遊品質保證公益法人之監督。

消費者保護法為維護消費者權益，對定型化契約之控制、廣告等有所規定，民用航空法、海商法、鐵路法及其相關法規，對各種運送人之責任與限制有所規範。此外，觀光局並依旅行業管理規則訂定公布有國內外旅遊定型化契約範本書範本，普為業界所採行。

至於布魯塞爾旅行契約國際公約，因當年僅重在參加，並未重視其生效之意義，既未依通例公布條約生效之事實，在司法實務未見援用之例，民法修訂也少有參考，雖已對我國生效，卻缺乏時實然意義⁵³

(四) 消費者保護法旅遊定型化契約之探討

行政院消費者保護委員會依據現行的國內外旅遊契約公告為定型化契約，並依據 32 條的旅遊契約，及消保法第十七條規定了 18 項「應記載事項」及 10 項的「不得記載事項」，其中「不得記載事項」已於第一節行政法對旅遊規範的部份提及，其內容如下：

1. 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「以外國旅遊業者提供者為準」或使用其他不確定用語之文字。
2. 旅行業對旅客所負義務排除原刊登之廣告內容。
3. 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。
4. 當事人一方得為片面變更之約定。
5. 旅行業除收取約定之旅遊費用外，他方式變相或額外加價。
6. 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。
7. 旅行業委由旅客代為攜帶物品返國之約定。
8. 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。
9. 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。
10. 排除對旅行業履行輔助人所生責任之約定。

其中對旅行業影響最大是第 3、8、10 項，將影響到一些特殊的旅遊產品操作。如郵輪、包機團或過年旺季團的操作；增加來自「旅行業履行輔助人」如旅行社、航空公司、飯店、車公司、領隊的風險；以及旅行社不能與旅客另外協議，在旅行業管理規則及旅遊契約所載應履行之義務；而未來的旅遊契約書上也不得記載「僅供參考」或「以外國旅遊業者提供者為準」或使用不確定的文字。在此規定實施後，觀光局也根據該條文精神，修改旅遊契約範本，凡抵觸應記載及不應記載事項精神者，均屬違法，法院可以判定契約無效，而做出較有利消費者的判決。

新辦法實施後，和原契約比較大的改變有兩項，一是有關旅遊內容的變更方面，凡遊程中受不可抗力或不可歸責於旅遊業者的事由，致無法依原訂行程活動時，旅行社可徵得三分之二旅客同意後更改，此在原條文為須徵得二分之一旅客同意而更改有所不同。另一增加一條文：凡旅行業未依規定為旅客投保保險，致發生意外等事故時，旅行業應賠償主管機關所規定的最低投保額之三倍做為賠償金。另外，不得記載事項中，第九條為排除對旅行業履行輔助人所生責任之約定，但觀光局契約範本中仍維持旅行業者得排除責任的條款，但若有案例發生時，則以個案論，並循司法途徑解決⁵⁴。

⁵³ 許惠佑，「從歐體旅遊準則比較兩岸對旅客之保障」，法學叢刊第二〇三期，第 38-39 頁。

⁵⁴ 藍翊修，「旅客與旅行業者對旅遊相關法令認知之研究—從旅遊糾紛觀點」，中國文化大學觀

(五) 旅遊糾紛案例之分類

中華民國旅行業品質保障協會針對旅遊糾紛案例之分類方式如下，共分為七類：

- 1.行程內容問題：取消旅遊項目、景點未入內參觀、變更旅遊次序、餐食不佳。
- 2.班機問題：機位未訂妥、飛機延誤、滯留國外。
- 3.證照問題：護照未辦妥、出境申辦手續未辦妥(出境證條碼)簽證未辦妥、證照遺失。
- 4.領隊導遊服務：強索小費、強行推銷自費活動、帶領購物。
- 5.行前解約問題：人數不足、生病、臨時有事、契約內容不符、訂金。
- 6.飯店問題：變更飯店等級、未依約二人一房內、飯店設備、飯店地點。
- 7.其他：不可抗力事變、代辦手續費、行李遺失、尾款、生病．．．等。

(六) 整體旅遊給付之瑕疵

旅遊營業人提供之旅遊服務應具整體性，所以其中一項服務有瑕疵時，可能會導致其他服務亦發生瑕疵，此時，應認整體旅遊給付均有瑕疵。抑有進者，因為整體旅遊給付均有瑕疵，則關於旅客得主張之費用減少權及損害賠償請求權，計算數額時，即應考慮之，換言之，旅客可能得主張減少全部之旅遊費用，抑或請求全部旅遊給付有瑕疵時之損害賠償。

台灣台北地方法院八十八年訴字第二九四三號判決謂：「…因司機迷路致未依原訂計劃參觀景點之損害部分：行程第二天舊金山市區觀光，因司機迷路，未及參觀卡斯楚街、金門公園、中國城等景點，已如前述，而上開景點占預定參觀景點之七分之三，此觀原告提出行前說明會資料即明，則原告本於民法第二百二十七條規定及旅遊契約第二十條約定，自得請求被告賠償損害。又團費固包含來回機票在內，而非全數支付於當地之旅遊費用，然就旅遊團而言，來回機票之價值實乃附麗於旅遊當地之行程，故就原告所受損害，殊不宜扣除來回飛機票價而為計算，是則，原告主張按每日團費四千九百元，計算本項損害為每人二千八百元（4,900元×4/7=2,800元），即無不合。…」關於本案損害賠償額度之計算，本文有兩點意見：第一，因為旅遊給付具有整體性，所以機票之價值與旅遊費用間其實密不可分，計算損害賠償額度時，不應將該機票價值予以扣除，否則即明顯忽視旅遊給付「整體性」之特色，台灣台北地方法院之見解應予贊同；第二，關於旅程安排之部分，台灣台北地方法院顯然未考量旅遊給付「整體性」之特色，蓋已進行之行程對於旅客而言，可能毫無利益可言，例如旅客在舊金山僅到過 Shopping Mall，卻未參觀卡斯楚街，易言之，不僅應考慮「量」的問題，且應注意「質」的因素。

(七) 旅遊契約之法律性質

旅遊契約之法律性質應係承攬契約，而非混合契約，尤其是在民法「旅遊」一節之規定施行後，更應認其係屬承攬契約，其理由如下：第一，關於旅遊契約之法律性質，眾說紛紜，其中一因素係對於契約標的認識之不同，有認給付期待

權之買賣、締約機會之買賣、旅程規劃之勞務、旅程規劃事務之處理、旅遊服務之媒介、旅遊權利之移轉及旅遊服務之仲介等，職是，為解決旅遊契約法律性質該問題，應由契約之標的加以著手。經查旅客之所以訂立旅遊契約，其目的無非在於藉由旅遊營業人整體旅遊服務之提供，進而享受休閒之樂趣，亦即由旅遊營業人將旅程安排、運送、膳宿及參觀節目等服務作一整體規劃，再由旅客支付旅遊費用而享受該等服務，此應為旅客、旅遊營業人及社會之共識。抑有進者，旅遊服務有瑕疵等情事時，旅客亦會直接以旅遊營業人作為尋求救濟之對象，而非實際提供給付之運送人、旅店主人或餐館主人等，蓋旅客對渠等給付提供人可謂毫不相識，是以旅遊營業人係以自己之責任提供整體旅遊服務，給付提供人僅係其履行輔助人，而非由他人提供。簡言之，旅遊契約之標的係旅遊營業人以自己名義及責任提供旅遊服務，而旅客支付費用，從而給付期待權之買賣、締約機會之買賣、旅程規劃之勞務、旅程規劃事務之處理、旅遊服務之媒介、旅遊權利之移轉及旅遊服務之仲介等說法，認旅遊服務係由旅遊營業人以外之給付提供人所為，不僅不符合旅遊契約之標的，且不足保護旅客之權益，明顯有其不妥之處。

第二，按旅遊營業人之給付，雖然包括安排旅程、請領護照、辦理簽證、安排交通工具、預定住宿餐飲、帶領旅行參觀等服務，含有買賣、僱傭、承攬及委任等性質，惟當事人係側重旅遊營業人為旅客完成整體旅遊服務，而旅客支付旅遊費用乙節，是以承攬契約之性質可謂係旅遊契約之核心概念。抑有進者，旅遊之給付並非係各有關服務之集合而已，其各有關之服務須經組合，按預定之時序提出，易言之，旅遊契約乃係經過融合之整體給付，此等整體效果乃旅遊契約之標的，且不適於再分解還原為運送、食宿及導遊等服務分別觀察，蓋此單樣之服務對於旅客並無意義，且易使旅遊契約之要素「整體服務」受到忽略。職是，混合契約說恐有其不妥之處。

第三，實務上，旅遊營業人收取之旅遊費用並非按每項旅遊服務各別計算，而係一次計酬之總費用，詳言之，旅遊營業人係就旅遊為整體之規劃提供全部之服務，其個別服務成本之漲跌與旅客無涉，旅遊營業人既收取約定之旅遊費用，則應負責使旅客圓滿完成旅遊，是旅遊契約之法律性質應為承攬契約。

第四，確定契約之法律性質，應由該契約之要素加以著手解釋，並非不分要素及常素而拆解契約之所有內容，蓋如此之解釋方法，恐怕包括典型契約之所有契約均會成為混合契約，而失去確定契約法律性質之意義，職是，混合契約說恐有其不妥之處。

第五，西元一九七九年十月一日以來施行之德國民法第 651 條a至第 651 條m有關旅遊契約之規定，係將其視為「類似承攬之契約」，而在德國實務及學說上，多數見解亦咸認旅遊契約乃承攬契約。我國民法第五百十四條之一至民法第五百十四條之十二有關旅遊契約之規定，係仿德國民法之例，置於承攬契約乙節之後，職故，應可認旅遊契約之法律性質為承攬契約。

第六，依混合契約說，旅遊契約之法律關係應適用或類推適用相關契約之規定，惟法律關係發生於旅遊何部份，實際上易生爭議，蓋旅遊營業人之給付具有整體性之故，例如旅程中行李之失竊，究應歸於旅店主人之法定寄託責任，抑或運送人之

通常事變損害賠償責任，恐會造成困擾⁵⁵。

三、案例解析

在實務上，要辨別旅行社是否合法，可參考下列幾點涉及違法之判斷基準來綜合判斷：

（一）因遇颱風天災等不可抗力因素，而行程被迫取消或延期時，因而產生之合理必要取消費用（如機票退票手續費，簽證費，飯店取消費等）由何人負擔？依國外旅遊契約書第十七條：「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，應為有利於旅遊之必要措置。但甲方不同意者，得拒絕之；如因此支出必要費用，應由甲方負擔。」。第十二條也規定「因不可抗力或不可歸責於乙方之事由，致旅遊無法成行者，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。」，依上述契約，甲方的行程因颱風因素，機場關閉而無法如期出發。據乙旅行社張小姐表示，出發的機票（台北--莫斯科）已開但不能退票，且國外飯店的取消費也不少，如依該契約，此部份之損失應由甲方負擔。但乙方也應在知悉無法出發後，立即以適當方法告知，否則如造成甲方損失（如甲方不知仍趕至機場集合等），乙旅行社仍應負責。

（二）再者討論，當乙旅行社將行程延後出發並將原行程由 18 天縮短為 15 天，雙方並沒有於原契約內特別註明變更事項，雙方也沒有重新簽訂旅遊契約，據了解甲方與乙旅行社自始至終皆未曾表示要解除原契約。而依民法規定，解除契約應以意思表示為之，所以甲方與乙旅行社之協議，應屬契約內容之變更。雙方協議變更內容如何卻沒有事先言明，如取消費及減少三天團費如何計算。結果會造成乙旅行社張小姐認為甲方既然事先都沒表示意見，應該就是同意將減少三天之團費用於彌補取消費，那來退費？但甲方則不這麼認為，既然行程少三天，當然團費減少，旅行社理應退還。至於先前的取消費，乙旅行社並沒有事先告知，所以不須給付。至於誰主張有理？只有法院的法官有權判決，甲乙兩方如要避免此類糾紛，最好於原契約內容寫明變更事項，或者雙方重新訂立新的旅遊契約。

四、思考問題

1. 非旅遊營業人者偶而舉辦之旅遊，是否屬於旅遊契約？
2. 當事人未約定時，旅客應於何時應支付旅遊費用？

五、參考案例⁵⁶：

⁵⁵ 曹庭毓，「旅遊契約之研究」，國立政治大學法律研究所碩士論文。

A 旅行社股份有限公司（以下簡稱 A 旅行社）於八十二年十月八日辦理變更登記前，其原名稱爲甲旅行社股份有限公司（以下簡稱甲旅行社）。八十二年九月間，B 團體參加 A 旅行社承辦之「大陸昆明、成都、長江三峽、黃山十五日遊」旅行團，並定於八十二年十月五日由台灣出團經香港轉赴昆明。B 團體於出團前，業向 A 旅行社付清團費每人各新台幣（以下同）七萬零七百五十元。八十二年九月十三日，A 旅行社未經伊同意，將全團轉包給訴外人 C 旅行社股份有限公司（以下簡稱 C 旅行社），賺取其中價差後，即不加聞問。而 C 旅行社亦未依照契約，妥善安排大陸行程。B 團體於八十二年十月五日抵達大陸之次日，大陸地區導遊陳○○及 C 旅行社大陸負責人劉○表示，因 A 旅行社及 C 旅行社未將團費匯達，故拒絕進行旅遊行程。B 團體因而受困於大陸，無法進行既定之旅遊行程，不得已乃於同年十月十二日自費返台。A 旅行社未依債之本旨給付，使 B 團體受有已付團費之損失，且受困大陸期間，精神上受有損害，請求 A 旅行社賠償精神慰撫金每人二萬九千二百五十元，A 旅行社應負債務不履行損害賠償責任等情。爰依民法第二百二十六條之規定，請求 A 旅行社付予每人十萬元及加計法定遲延利息之判決，本案經最高法院民事庭審理，認爲 B 團體所參加者，係 A 旅行社所承辦之「大陸昆明、成都、長江三峽、黃山十五日遊」旅行團，昆明一站，係旅程之始，B 團體甫到達昆明，即遭棄團，幾與完全未享受旅遊同。A 旅行社對於 B 團體到達昆明時，即遭棄團，不得已自費返回台灣之事實，亦不爭執。則 A 旅行社未依其提供之行程，完成全部之給付，堪以認定。A 旅行社所爲旅遊之一部給付（即安排 B 團體由台北搭機至香港，再轉抵昆明），對於 B 團體並無實益，從而，A 旅行社就契約義務之履行，乃屬因可歸責於 A 旅行社之事由，致完全給付不能，A 旅行社依據民法第二百二十六條第一項規定，請求 A 旅行社爲債務不履行之損害賠償，即賠償各團員相當於團費之金額六萬八千五百元及自八十四年一月二十七日起算之法定遲延利息，洵屬正當。

八.【性別工作平等法】

一、主題案例：性別的就業歧視

珍妮（化名）在某百貨公司任職專櫃小姐，該百貨公司爲了維護企業形象，特明文規定「爲了維護公司形象，專櫃員工懷孕六個月後，需申請留職停薪」。珍妮於日前發現自己懷孕了，她開始擔心自己懷孕六個月後會被公司強迫留職停薪。所幸經其他女員工和珍妮的抗爭，公司終於刪除此項不平等規定。

當她的孩子出生時於民國九十一年三月八日，適逢兩性工作平等法（九十七年一月十六日總統華總一義字第 09700003951 號令修正名稱爲性別工作平等法）實施，於是她依照兩性工作平等法第十六條的規定，高興地向公司申請兩年的育嬰假，開始當起一個辛苦卻快樂的全職媽媽。惟珍妮的命運並未因此一帆風順，

⁵⁶ 最高法院八十五年度台上字第一七八七號民事判決。

當兩年後她向公司要求復職時，公司卻以兩性工作平等法第十七條第一項第四款之「業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者」為由將她解雇。

二、主題說明

(一) 性別工作平等法的立法目的與體系

隨著教育的普及與社會環境的變遷，女性大量投入勞動市場幾乎已是世界各先進國家之共同趨勢，女性勞動者在整個經濟發展過程中亦已佔有舉足輕重之地位。惟在就業市場上男女數量漸趨平衡的今日，性別歧視的情形卻仍隨處可見。歧視的型態主要包括就業機會的不均等、待遇上的不公平、各項福利措施的差別待遇、升遷機會的不平衡以及性騷擾等，造成在各國不論公、民營機關，女性在高階之專門職業所佔比例極低，而在低階之一般職業所佔之比重又往往偏高，形成職業隔離的現象。隨著女性意識的日漸抬頭，各國均積極著手進行各類促進兩性工作平等之措施。國際勞工組織於一九五一年通過男女勞工同工同酬公約，一九八一年復通過男女勞工待遇與機會平等公約，聯合國亦於一九七九年倡議消除對婦女一切形式歧視公約，均已成為各國制定保障男女工作平等之重要依據。

我國過去雖於憲法第七條及第十五條明定男女平等及人民工作權應予保障之基本人權，增修條文第十條亦強調國家應消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等，但針對消除性別歧視、促進男女就業均等的規定，僅散見於各相關法令，如勞動基準法、就業服務法、工廠法、職業訓練法等，在女性就業人口大量增加的情況下，並未落實兩性工作之平等。有鑑於此，各方乃有制定兩性工作平等法之議，以期徹底消除男女工作上的不平等，並保護母性，創造婦女就業機會，維護兩性工作和諧，排除婦女就業障礙，建構完整的兩性工作平等之法律規範⁵⁷。

本法共有七章四十條，計有下列內容。

1. 第一章總則共有六條條文，除明定公務、教育及軍職人員之申訴、救濟及處理程序不適用本法外，其他實體事項均受本法之適用，但其規定如優於本法者，則從其規定。此外，本章亦責成各級主管機關應設「兩性工作平等委員會」，以審議、諮詢及促進兩性工作平等事項，委員人數為五人至十一人，任期兩年，女性委員人數應占全體委員二分之一以上。再者，本章規定直轄市及縣市政府應辦理各類職業訓練、就業服務及再就業訓練，並在該期間設置托兒、托老及相關福利設施，以促進兩性工作平等。
2. 第二章性別歧視禁止之規定共有五條條文，除明定雇主在招募、甄試、進用、分發、配置、考績、陞遷、教育、訓練、福利、退休、資遣、離

⁵⁷ 立法院國會圖書館，<http://npl.ly.gov.tw/do/www/billIntroductionContent?id=6>，查訪日期 2007 年 2 月 21 日。

職及解僱等方面，不得因性別而有差別待遇，其保障範圍及於就業前及就業後外，也規定兩性同工同酬之原則，同時也將同值同酬之理念一併納入。此外，為禁止單身條款及禁孕條款之實施，本章還規定雇主不得以結婚、懷孕、分娩或育嬰為由，而以勞動契約、團體協約或工作規則約定或規定受雇者應行離職、留職停薪或解僱之理由，否則其約定、規定或終止行為均屬無效。最後，本章也對上述之原則設定幾項例外條款。舉例而言，如工作性質僅適合特定性別，則在招募等就業決定上，雇主可以給予差別待遇，至於基於年資、獎懲、績效及其他非性別因素之正當理由，雇主也不必受同工同酬或同值同酬原則之限制。

3. 第三章是性騷擾防治之規定，共有兩條有關實體部分之條文，雖然它將有關程序部分之規定，另列在第五章中。它首先將工作場所性騷擾界定為兩大類型，並賦予定義。其次，它責成僱用員工三十人以上之雇主，應採取適當之預防、申訴及懲戒措施。再者，它還規定受雇者於勞務契約存續期間，遭受雇主或其他受雇者性騷擾時，由雇主及行為人連帶負擔損害賠償責任。但雇主如能證明已遵守本法所定之各項防治性騷擾規定，且對該事情之發生已盡力防止仍不免發生者，則不在此限。同時，為避免受害人無法獲得賠償，另訂有雇主應負衡平責任之規定，而在賠償損害後，對實際行為人有求償權，且為使雙方權益關係及早確定，又訂有二年及十年之時效期間限制。又者，受雇者或求職者因雇主違反有效糾正及補救措施而受有損害者，本法也規定應由雇主負賠償責任。最後，本法還規定對被害人所受非財產上損害，得請求相當之損害賠償金額，而因此名譽受損害者，亦得請求恢復名譽之適當處分。
4. 第四章是有關促進工作平等措施之規定，共有十二條條文，主要規定生理假（每月一日）、產假（八週）、流產假（四周至五日）、陪產假（二日，工資照給）等有關女性生理特質及母性保護之規定，並有育嬰休假、哺乳時間、育嬰減少工時、彈性調整工時及家庭照顧休假等親職假之規定，藉以讓兩性受雇者得以兼顧工作及家庭生活。此外，它還規定僱用員工達二百五十人以上之雇主，應設置或提供適當之托兒設施或措施，並由主管機關給予經費補助。最後，該章還責成主管機關採取就業服務、職業訓練及其他必要措施，以協助因結婚、懷孕、分娩、育兒或照顧家庭而離職之受雇者獲得再就業之機會，並規定僱用此類受雇者而成效卓著之雇主，得由主管機關給予適當之獎勵。
5. 第五章是有關救濟及申訴之程序，共有十二條條文，除規定受雇者或求職者因雇主違反工作平等權及促進工作平等措施之規定而受有損害者，得向雇主請求財產上及非財產上之損害賠償外，並對舉證責任設有轉換之規定，明定雇主應就差別待遇之非性別因素，或所從事工作之特定性別因素，負擔舉證責任。此外，為使本法相關爭議能在事業單位內部及早解決，還特別規定雇主得建立申訴制度，而受雇者或求職者亦得向地方主管機關提出申訴，並儘量以協調方式處理此類爭議，在當事人有異議時，亦得向中央主管機關申請審議或提起訴願。再者，為提高兩性工作平等委員會對事實認定之效力及權威，本章還特別規定法院及地

方主管機關應參考其所為之調查報告、評議或處分。最後，為使受雇者或求職者得到進一步之保障，本章還特設法律扶助及保全處分優惠之規定。

6. 第六章及第七章為罰則及附則之規定，共有三條條文，除附則部分屬一般規定並訂自民國九十一年三月八日施行外，在罰則部分訂有科處新台幣一萬元以上十萬元以下罰鍰之規定⁵⁸。

(二) 何謂性別歧視禁止

雖然在男主外、女主內觀念及營運便利之需求下，我國的職業市場中存在著以男性為主的職業隔離現象，以致造成女性及殘障人士在職場上受到與一般男性不相同之待遇。但是，現實存在的事實並不表示在社會演進過程中，仍然具有合理性，尤其在憲法第七條及第十五條：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，人民之生存權、工作權及財產權，應予保障之宣示下，禁止歧視而促進職場工作平等，一直是現行法律所努力的目標。為了達成上述目的，我國勞動法令設有如下規定：

1. 就業服務法之相關規定：

就業服務法第 5 條第 1 項：「為保障國民就業機會平等，雇主對求職人或所僱用員工，不得以種族、階級、語言、思想、宗教、黨派、籍貫、出生地、性別、性傾向、年齡、婚姻、容貌、五官、身心障礙或以往工會會員身分為由，予以歧視；其他法律有明文規定者，從其規定。」。就業服務法第 65 條之規定：「違反第五條第一項、第二項第一款、第四款、第五款、第三十四條第二項、第四十條第二款、第七款至第九款規定者，處新臺幣三十萬元以上一百五十萬元以下罰鍰。」

2. 性別工作平等法之相關規定：

性別工作平等法第 7 條之規定：「雇主對求職者或受僱者之招募、甄試、進用、分發、配置、考績或陞遷等，不得因性別或性傾向而有差別待遇。但工作性質僅適合特定性別者，不在此限。」。第 8 條之規定：「雇主為受僱者舉辦或提供教育、訓練或其他類似活動，不得因性別或性傾向而有差別待遇。」。第 9 條之規定：「雇主為受僱者舉辦或提供各項福利措施，不得因性別或性傾向而有差別待遇。」。第 10 條之規定：「雇主對受僱者薪資之給付，不得因性別或性傾向而有差別待遇；其工作或價值相同者，應給付同等薪資。但基於年資、獎懲、績效或其他非因性別或性傾向因素之正當理由者，不在此限。雇主不得以降低其他受僱者薪資之方式，規避前項之規定。」。第 11 條之規定：「雇主對受僱者之退休、資遣、離職及解僱，不得因性別或性傾向而有差別待遇。工作規則、勞

⁵⁸ 焦興鎧，「兩性工作平等法與女性工作權之保障」，第 213-214 頁
<http://www.ncnu.edu.tw/ncnu/38/%A8%E2%A9%CA%A4u%A7%A5%AD%B5%A5%AAk%BBP%A4k%A9%CA%A4u%A7%C5v%A4%A7%ABO%BB%D9.doc>，查訪日期 2007 年 2 月 21 日。

動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。違反前二項規定者，其規定或約定無效；勞動契約之終止不生效力。」第 38-1 條之規定：「雇主違反第七條至第十條或第十一條第一項、第二項者，處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。」

聯合國在 1967 年通過「消除對婦女歧視宣言」，但此宣言並未具有法律的約束力。為增強宣言的有效性，聯合國女性地位委員會（UN Commission on the Status of Women）參考宣言原則及相關公約，著手起草公約。1974 年，女性地位委員會作成第一次草案。1979 年正式公約通過之前，各國政府、相關國際組織、經濟社會理事會及第三委員會皆反覆檢討條文內容。經過充分的討論後，「消除對婦女一切形式歧視公約」，終於第三委員會以及聯合國大會獲得壓倒性多數通過。

就權利規範的完整性而言，「消除對婦女一切形式歧視公約」可說是集權利項目之大成，該公約共分為六大部份、三十個條文，第一部份首先定義「女性歧視」，闡明推行消除歧視政策之法、加速實現兩性平等之特別措施的必要性及暫時性，並建議調整型塑刻板性別印象的社會文化行為模式。第二部份為女性在政治參與權的改善，包括選舉權、參與政府及非政府組織事務的決策、女性代表國家參與國際社會活動的機會、國籍的變更及獲得；第三部份主要為保障女性在教育、工作、保健、經濟與社會方面的平等權利。值得注意的是，解除因生育天職遭受到的困境與農村婦女權益的爭取也在文中明確規定；第四部份則為規範女性法律上的平等地位，如訂定契約與管理財產之平等權利；第五、六部份則是訂定負責監督公約實施狀況的消除對女性歧視委員會（The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women）之規範⁵⁹。

3. 就業歧視評議委員會處理相關性別歧視案件

依就業服務法施行細則第二條第規定：「直轄市、縣（市）主管機關依本法第六條第四項第一款規定辦理就業歧視認定時，得邀請相關政府機關、單位、勞工團體、雇主團體代表及學者專家組成就業歧視評議委員會。」，審理有關就業歧視之案件。台北市政府於 1995 年 10 月間正式成立「就業歧視評議委員會」，負責受理有關就業歧視案件之申訴與評議。台北市就業歧視評議委員會是我國各級政府最先成立類似機關者。在其審理案件有關歧視部份，其中除涉及「工會會員身份」的歧視外，其餘大部分都是有關性別的就業歧視案件。在就業歧視案件中，大部分是懷孕歧視。由性別歧視尤其是懷孕歧視案件佔全部就業歧視案件數量的比例，不難推知我國工作場所存在的性別歧視，尤其是「禁孕條款」或懷孕歧視情形之嚴重。

如果以歧視成立或不成立的原因來說，成立懷孕歧視的案件大致可以歸納為

⁵⁹ 林心如，「聯合國與女性人權」，<http://taiwan.yam.org.tw/womenweb/papers/united.htm>，查訪日期

2007 年 2 月 21 日。

以下幾種類型：

(1) 差別對待的歧視(disparate treatment discrimination)

在這類型的懷孕歧視，雇主對於兩位具有相同或類似工作能力、效率、表現的員工，只因爲其中一位發生「懷孕、生產或其他相關連的醫療狀況」的事實，就因此對其採取不利的不平等待遇。這項差別待遇可能是雇主的成文規定(工作規則或勞務契約中明定)，或是一種不成文的習慣。如果雇主直接以員工懷孕做爲解雇的理由，甚至沒有其他藉口，那就是本類型的懷孕歧視。即使雇主有時會主張「懷孕可能會降低工作效率」，或是「懷孕生產會增加雇主支付產假薪水等的成本」等等理由，但這些理由也都算是對於懷孕的直接差別對待。在學理上，這類型的差別對待，構成所謂「表面歧視」(facial discrimination)，幾乎是當然成立懷孕歧視(性別的就業歧視)。

這類型的懷孕歧視案件，由於雇主所採取的歧視措施屬於表面不平等的差別對待行爲，除非懷孕情事屬於該行業或工作的「真實職業資格」，否則在法律上幾乎都很難站得住腳。一般而言，性別因素在極少數情形也許還有可能構成「真實職業資格」，例如招募男、女性模特兒或演員時的性別限制。但是懷孕這項因素，比起一般的性別因素，其實更難符合真實職業資格的要求。

(2) 混合動機的歧視(mixed motive discrimination)

相較於上述的「差別對待的歧視」類型，其他懷孕歧視案件大多屬於「混合動機的歧視」類型。也就是說雇主在作成某項有關雇用或勞動關係的決定時，同時含有合法與不合法的動機。合法的動機例如員工本身的工作效率、態度及其他確實影響工作表現的因素，不合法的動機就是將不涉及真實職業資格的懷孕因素列入考慮。由於這類型的歧視混雜了兩種不同的動機，在實務上往往增加事實認定上的困難。

可以預見的是，屬於「混合動機的歧視」類型的懷孕歧視，乃至於一般的就業歧視案件，未來可能會越來越多，很可能會是將來就業歧視案件的主要類型。因此，如何確立具體的審查標準，尤其是舉證責任分配的問題，將是評議委員會未來努力的方向。值得注意的是，評議委員會在過去認定成立懷孕歧視的幾件案件中，似乎傾向於將舉證責任歸由雇主負擔，也就是在涉及「混合動機的歧視」案件中，雇主必須舉證證明「即使不存在員工懷孕、生產的事實，也會因爲其他的合法事由解雇該員工」(例如該員工確實工作表現不力、虧空公款、洩漏營業機密等相當於勞基法第 11、12 條之事由)。換句話說，雇主必須證明解雇與懷孕無關，而不是由受雇人證明雇主具有歧視故意。尤其是在「產假期間」解雇員工，同時涉及勞基法第 50、51 條對懷孕、生產者之保障，相對上還會更加重雇主的舉證責任。不過，這項法律見解的傾向在未來是否會形成較明確、一致的審查標準，甚至影響其他政府機關的就業歧視評議委員會，乃至於法院的見解，就仍有待觀察。

(3) 胎兒保護措施

除上述懷孕歧視案件外，還出現一種新的類型，也就是學說上所謂的「胎兒保護措施」。在這類型的案例中，雇主可能是基於保護懷孕者與胎兒健康的好意，或是爲了減少未來職業傷害賠償或補償的避險動機，主動採取某些措施，禁止懷

孕者或有懷孕可能的女性員工擔任某些工作，或強制留職停薪，甚至予以資遣，以致造成對於懷孕或一般女性的差別待遇。

1998年2月26日台北市就業歧視評議委員會曾針對部份航空公司所訂定的「女性空服員懷孕後留職停薪辦法」是否有就業歧視之嫌，正式舉行公聽會。由於有些航空公司訂有「女性空服員妊娠留職停薪暨申請復職辦法」，「強制」當事人自確知懷孕事實，取得診斷證明書三日內必須申請留職停薪。也有航空公司規定，女性空服員於得知懷孕後，應立即提具合格醫師之證明，申請留職停薪或暫調為地勤人員(以有缺額為限)，或經雙方協調得予資遣。不過，得以暫調地勤的懷孕空服員在實務上並不多見，絕大多數都是「留職停薪」。雖然資方主張此舉乃是考量空勤工作之特殊性需求，並為照顧女性空服員懷孕後之安全，所設之不得已措施。不過在公聽會上，也有外國籍航空公司代表表示女性空服員懷孕後仍可自行選擇擔任空服工作直到懷孕第31週，不必然要停飛。同日，評議委員會決議認定航空公司「強制」懷孕空服員必須「留職停薪」的規定，構成性別的就業歧視。嗣後勞工局並要求相關航空公司應研擬具體辦法提供地勤工作機會或留職留薪(非全薪，由勞雇雙方協商)待遇，並保障懷孕後的員工待遇不致受有不利影響。

這種「強制」女性空服員一旦懷孕就必須「立即」留職停薪的明文規定，類似在美國引起高度爭議的，以性別為特殊因素之「胎兒保護措施」。對於這類案件，美國聯邦最高法院已經在Johnson Controls一案，全體大法官無異議判決雇主片面採取的胎兒保護措施違法，構成性別的就業歧視。台北市就業歧視評議委員會對於上述案件的決定，顯然也受了美國相關法院判決及學說的影響，算是邁出了我國法上對於「胎兒保護措施」的重要一步。本案對於我國就業服務法，尤其是就業歧視法的未來發展，值得進一步觀察⁶⁰。

(三) 何謂「性騷擾」？

性騷擾問題由來已久，且不斷困擾女性，尤其是工作場所中之性騷擾，其所侵害的不僅是女性的人格與尊嚴，更是假藉性騷擾而改變其工作條件，使得女性只有屈從一途，因此有加以規範之必要，且性騷擾之問題，實為性別歧視的問題，即一性對另一性之不尊重，始有冒犯之舉動，故在「性別工作平等法」中乃特別予以規範⁶¹，性別工作平等法所稱之性騷擾有兩種情形，分述如下⁶²：

1. 敵意性工作場所性騷擾—

受僱者在工作時，雇主、同事、客戶...等任何人，以性要求、具有性意味或性別歧視的言詞或行為，造成一個敵意性、脅迫性或冒犯性的工作環境，以致侵

⁶⁰ 黃昭元，「懷孕歧視實例檢討--台北市就業歧視評議委員會案件分析」，<http://taiwan.yam.org.tw/nwc/nwc3/papers/forum512.htm>，查訪日期2007年2月21日。

⁶¹ 尤美女，「從立法到執法談兩性工作平等法之落實」，國際婦女法學會中華民國分會簡訊第八期，2002年3月14日。

⁶² 行政院勞委會，<http://equal.cla.gov.tw/qa/qa015.html>，查訪日期2007年2月21日。

犯或干擾受僱者的人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現的情形通稱敵意性工作場所性騷擾。

至於行為到何種程度才構成所謂敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，依美國之立法例，認定「敵意工作環境性騷擾」之因素約有：(1)騷擾行為是言語或肢體上的行為？或是二者兼備？(2)行為重覆發生之頻率何？(3)行為是否有敵意？(4)騷擾人是同事或上司？騷擾行為是否持續？在持續過程中，有無其他人參與？(5)騷擾行為是否直接對不止一個人為之？而美國法院主要認定標準在於性騷擾行為「普遍」或「嚴重」到影響員工之工作表現，如果性騷擾行為態樣並非惡質或是僅偶而出現了一次，並非經常或持續性地出現，尚不致被認為工作環境具有敵意、侵犯。關於此種論點，值得贊同。因為性騷擾之防治目的在於消除性別歧視，保障受僱人之工作權，促進兩性地位實質平等，而不是讓兩性在工作場所中互相敵視。造成緊張關係⁶³。

2. 交換式工作場所性騷擾—

雇主利用職權，對受僱者或求職者為明示或暗示之性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，作為僱用與否、報酬、考績、陞遷或獎懲等之交換條件之情形通稱交換式工作場所性騷擾。

(四) 何謂促進工作平等措施

1. 生理假部份

首先，在法律構成要件上，性別工作平等法第 14 條規定：「女性受僱者因生理日致工作有困難者，每月得請生理假一日，其請假日數併入病假計算。生理假薪資之計算，依各該病假規定辦理。」如何認定「是否因生理日致工作發生困難」？實有困難，只有本於勞僱雙方互信、善意對待的基礎來處理。另外，女性員工的生理假，是併入「病假」計算，因此，生理假之日的工資是「折半」發給，如果合計病假超過三十日的部分，則無工資。因此，女性員工當確實評估因生理日「致工作有困難」，始提出此病假的申請，做誠實正派的人，以獲取同仁及上司的尊重，企業主方面，宜建立由女性主管「認批」的制度，基本上應尊重女性員工的請求，以免侵害女性員工權益之事⁶⁴。

2. 產假及陪產假部份

依性別工作平等法第 15 條規定：「雇主於女性受僱者分娩前後，應使其停止工作，給予產假八星期；妊娠三個月以上流產者，應使其停止工作，給予產假四星期；妊娠二個月以上未滿三個月流產者，應使其停止工作，給予產假一星期；妊娠未滿二個月流產者，應使其停止工作，給予產假五日。產假期間薪資之計算，依相關法令之規定。受僱者於其配偶分娩時，雇主應給予陪產假三日。陪產假期間工資照給。」惟產假期間薪資部分該如何計算，依勞基法第 50 條第 2

⁶³ 愈慧君、呂榮海，「兩性工作平等法」，國際婦女法學會中華民國分會簡訊第八期，2002 年 3 月 14 日。

⁶⁴ 同前註。

項規定「女工受僱工作在六個月以上者，停止工作期間工資照給，未滿六個月者減半發給」。

3. 育嬰留職停薪假部份

因新修正之性別工作平等法第 16 條條文施行日期，由行政院定之，因此本文以目前有效之條文探討（原兩性工作平等法第 16 條），有權請求「育嬰留職停薪假」的人，男女皆可，它有三個前提：1. 僱用三十人以上的單位；2. 任職滿一年以上；3 配偶有就業。請此假的期間是兩年以內，而且，必須是小孩滿三歲以前，如果同時撫育子女二人以上的，留職停薪期間應合併計算，但最長以最幼子女受撫育二年為限，例如，撫育了老大一年，接著又生老二而繼續留職停薪，則到了老二兩歲時，留職停薪期滿。

所謂「留職停薪」，顧名思義，是「停薪」，但可以繼續享有勞保（除職業災害保險）、健保等社會保險。法律規定原由雇主負擔的保險費免予繳納，以減輕雇主的負擔；原由受僱人負擔的保險費，得遞延三年繳納。

有時受僱人請了「育嬰假」後，「不久」就想「復職」，可能造成雇主在管理上的困擾，因此勞委會所訂「育嬰留職停薪辦法」中規定，「育嬰假」每次以不少於六個月為原則。而且在育嬰假期間，受僱人不得與他人另訂勞動契約。當然，如果受僱者想提前復職，只要雇主同意，不是不可以的，同樣地，如果受僱者在育嬰假滿了，想要延後復職，只要雇主同意，也是可以的，但是如果雇主不同意，受僱者可能只有兩條路走，一是辭職，一是申請復職。

員工申請復職時，除有下列情形之一，「並經主管機關同意」外，雇主不得拒絕：

- (1) 歇業、虧損或業務緊縮；
- (2) 雇主依法變更組織、解散或轉讓者；
- (3) 不可抗力暫停工作在一個月以上者；
- (4) 業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者。

雇主因上述原因而未能使員工復職時，應於三十日前通知，並應依法定標準發給資遣費或退休金。

4. 哺乳、撫育時間部份

依性別工作平等法第 18 條規定：「子女未滿一歲須受僱者親自哺乳者，除規定之休息時間外，雇主應每日另給哺乳時間二次，每次以三十分鐘為度。前項哺乳時間，視為工作時間。」

5. 家庭照顧假部份

依性別工作平等法第 20 條規定：「受僱於僱用五人以上雇主之受僱者，於其家庭成員預防接種、發生嚴重之疾病或其他重大事故須親自照顧時，得請家庭照顧假；其請假日數併入事假計算，全年以七日為限。」其實，家庭照顧假的規定，宣示意義大於實質意義。因為：像這類的事，原來依勞工請假規則本可在一年可請十四天的範圍內請「事假」，惟不給薪資，性別工作平等法也是規定「請假日數併入事假計算，全年以七日為限」，這樣也擠壓了其他事假的日數，而且，

性別工作平等法也規定「家庭照顧假薪資的計算，依各該事假規定辦理」（第 20 條第 2 項），而「勞工請假規則」對事假是規定不給薪的。不過，有一不同的是，以往在實務上請事假會影響到「全勤獎金」或考績，而性別工作平等法第 21 條第 2 項規定「雇主不得視為缺勤而影響其全勤獎金、考績或為其他不利處分」，因此，人事部門需在制度上做調整因應⁶⁵。

6. 托兒與再就業扶助部份

本法規定，僱用二百五十人以上的雇主，應設置托兒設施或提供適當的托兒措施（第 23 條第 1 項）（可自辦、與其他雇主聯合辦理，或委託托兒機構、幼稚園辦理）。同時規定，主管機關應給予經費補助（第 23 條第 2 項），因此，僱用員工超過二百五十人以上的單位，應密切注意主管機關的做法和主管機關保持良好互動。

同時，許多受僱人可能因結婚、懷孕、分娩、育兒、照顧家庭而選擇離職，在經過一個時期之後，有意再回到職場，可能面臨一些困難，為了扶助其再就業，主管機關應採取就業服務、職訓等必要措施（第 24 條），對雇主僱用再就業者成績卓著者，主管機關得給予適當的獎勵（第 25 條），這些都是促進兩性平等的「努力規定」，適合以行政指導方式，例如「獎勵」方式努力促成。

三、案例解析

本案係懷孕歧視與不當解僱之案例，可參考下列幾點涉及違法之判斷基準來綜合判斷：

- (一) 百貨公司為了維護企業形象，特明文規定「為了維護公司形象，專櫃員工懷孕六個月後，需申請留職停薪」，此種「強制」女性員工一旦懷孕六個月後就必須「立即」留職停薪的明文規定，類似在美國引起高度爭議的，以性別為特殊因素之「胎兒保護措施」，對於這類案件，美國聯邦最高法院已經在 Johnson Controls 一案，全體大法官無異議判決雇主片面採取的胎兒保護措施違法，構成性別的就業歧視，在我國方面，性別工作平等法第 11 條第 2 項之規定：「工作規則、勞動契約或團體協約，不得規定或事先約定受僱者有結婚、懷孕、分娩或育兒之情事時，應行離職或留職停薪；亦不得以其為解僱之理由。」，因此案例中百貨公司之懷孕六個月後需申請留職停薪之規定係違反性別工作平等法第 11 條第 2 項之規定。

單身條款與禁孕條款，是一種相當不公平的性別差別待遇，此二種條款的共通點，在於當雇主僱用女性勞工之時，便預先於勞動契約及工作規則內列舉結婚、懷孕或生產等限制規定，做為僱傭契約或關係的解除條件。也就是說，一旦受僱勞工結婚或懷孕，就必須離職或面臨被解僱之命運，法律上則禁止雇主採取單身條款及禁孕條款等限制。從民法的觀點而言，以結婚及懷孕等條件來限制女性勞工係屬於違背公序良俗之規定，已經被

⁶⁵ 同前註。

法院所肯定並認定無效⁶⁶。學者認為，雖然此等限制條款，在以往男女地位相當不平等的社會狀況下似乎合理，但在今日講求男女機會均等的社會之中，此類條款的存在自然不被允許。

- (二) 公司以性別工作平等法第十七條第一項第四款之「業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者」為由將珍妮解雇部份，依性別工作平等法第 17 條第 1 項第 1 款及第 4 款規定，對於育嬰留職停薪期滿之受僱人申請復職者，雇主除非有歇業、虧損或業務緊縮，或業務性質變更，有減少受僱者之必要，又無適當工作可供安置者之情形，並經主管機關同意外，不得拒絕受僱者申請復職；違反者，雇主即構成性別平等工作法第 21 條第 2 項規定之違反，主管機關自應依同法第 38 條處 1 萬元以上 10 萬元以下罰鍰。本案珍妮所屬之百貨公司既未得主管機關（勞工局）之同意，亦無業務緊縮或業務性質變更之情形，當然已構成性別平等工作法第 21 條第 2 項規定之違反，主管機關自應依同法第 38 條處 1 萬元以上 10 萬元以下罰鍰，且珍妮可向公司提起「確認僱傭關係存在」及「請求工資」或「損害賠償」等民事訴訟。

四、參考案例：

A 音樂公司開除懷孕的倉管部副理甲女，事後捏造假考績和業務損失證據，指稱甲女造成公司重大損失被開除；案經甲女提起訴訟，地方法院認定解雇不合法，判決公司應給付解雇期間的工資及精神撫慰金共九十二萬九千餘元⁶⁷。

甲女起訴指出，她從八十五年四月任職 A 音樂公司，八十九年五月生第一胎，依勞基法公司應給五十六天產假（八週），但她只休了四十五天就被公司命令銷假上班；前年一月她二度懷孕，三月告知公司後即常被總經理數落、挨罵，並說要登報找人接手。

她說，為了工作，她懷孕期間經常配合公司作業，加班到深夜。同年七月八日她有早產跡象，遵醫囑請假安胎，次日竟就被公司解雇。

她認為雇主歧視懷孕婦女將她解雇，解雇無效，先向勞工局申訴，再向法院起訴求償一百卅四萬元。

⁶⁶ 台灣高雄地方法院曾於民國七十八年度法律座談會中，以一則農會女職員所預立之離婚辭職書效力進行探討。會中針對單身條款之限制提出甲乙兩說。甲說認為該解僱契約附有解除條件，所以當甲女結婚之時該解僱契約即生效力。乙說認為憲法第七條明定人民之平等權，另憲法又於第十五條及第十二條保障人民之結婚自由與工作權。因此本解僱契約僅要求女性職員簽訂，顯然有性別差別之待遇，又限制其結婚自由之基本人權，因此該約定已違反民法第七十二條「公共秩序」應屬無效。法院採納乙說。參見民事法律問題研究彙編第七輯第七則，1980，頁33。參見王澤鑑，1992，「勞動契約上之單身條款、基本人權與公序良俗」，民法學說與判例研究（七），頁37。

⁶⁷ 台灣士林地方法院，92 年勞訴第 11 號判決。

音樂公司辯稱，公司沒有歧視懷孕女員工，甲女被解雇是因她屢犯嚴重錯誤，帳目交代不清；前年四月至六月有大量退貨未經主管同意即擅自盤轉入帳，致公司受到重大損失，累積記滿三大過，依勞基法規定將她開除，但願意給她第一次產假未休假和加班費三萬七千餘元。

地方法院審理時，甲女堅稱沒有工作疏失，也沒有被記過的紀錄；音樂公司則提出甲女八十九年至九十一年考績表，和盤轉貨品簽呈做為證據。

多名音樂公司員工於法官傳訊時作證，公司主管不喜歡女員工懷孕，因為「產假期間不能工作，公司還要給薪水」。

法官並發現有關甲女的重大獎懲從未公告，甲女和其他員工都不知道，甲女當年年終獎金也沒有減少，不符 A 公司管理規章規定「員工因申誠記過應依規定減發年終獎金」，法官因此認為考績表有造假之嫌。其次，盤轉貨品簽呈的簽名，經比對筆跡不是甲女，法官不採信這項證據。

法官據此認定甲女求償有理，判決音樂公司應給付解雇期間的廿三個月薪水六十六萬餘元、精神撫慰金廿萬元及加班費、生育給付等共九十二萬九千八百卅一元，並應讓甲女回復工作。

九.【性侵害犯罪防治法】

一、主題案例：劍潭捷運雙狼案

女醫科學生逛完士林夜市後，至劍潭捷運站牽機車準備離去時，突遭兩名男子擄走，並被歹徒載往大佳河濱公園性侵得逞。此則新聞一出，幾乎是震懾所有人的心情，都不免要問怎會有如此膽大妄為的歹徒，做出傷天害理的行爲。自民國 96 年 3 月 11 日劍潭捷運雙狼案發後，台北市政府及警政署都對此案高度重視，加上女醫科生的冷靜沉著保全相關證物，使得此案在警察縝密部署下終於在民國 96 年 3 月 16、17 日先後擒捉洪○○與林○○而告破案。

儘管此案一破，一方面挽回民眾對警方破案的信心，另一方面也杜絕民眾對進出公眾場合的恐懼。但此事件的發生對於女醫科生仍是心頭不可抹滅之痛，復原之路將會是漫漫長夜。

二、主題說明

（一）性侵害犯罪防治法的立法目的與體系

按性侵害犯罪防治法之立法目的，乃為防治性侵害犯罪及保護被害人權益，此觀之該法第 1 條之規定自明，自一九九四年初立法院通過立委潘維剛等人的臨時提案，規定觸犯刑法妨害風化罪章之受刑人必須先接受強制診療方能假釋開始，一直到今年初立法院大幅修訂刑法與性侵害防治法為止，一向被批評效率不彰的立法院，卻在十年左右的時間裡，數度修改並增訂相關條文，相當積極地為

台灣社會建立一套範圍涵蓋性犯罪受害者、性犯罪加害者以及社會大眾的性侵害犯罪防治體系⁶⁸。

性侵害犯罪防治法於中華民國九十四年二月五日總統華總一義字第 09400017721 號令修正公布全文 25 條，其中分為下列幾個重點：

1. 就防治機制而言，依法內政部應成立性侵害防治委員會，各縣市政府則應設立性侵害防治中心，以推廣性侵害防治教育，並規定各級中小學每學年至少應實施四小時以上之性侵害防治教育課程。其次，各縣市政府性侵害防治中心應設立二十四小時服務專線，提供二十四小時緊急救援，辦理被害人心理治療、提供緊急安置及法律扶助，並給予加害人身心治療。
2. 就被害人權益保障部份有下列幾點—
 - (1) 性侵害防治中心應提供二十四小時電話專線、被害人之緊急安置及法律扶助，並協調成立性侵醫療小組，提供二十四小時之診療相關協助。
 - (2) 醫院、診所對於性侵害犯罪之被害人，不得無故拒絕診療及開立驗傷診斷書。
 - (3) 政府相關機構應制定性侵害事件之處理準則，以保障被害人之權益，並應指定專人辦理性侵害犯罪案件。
 - (4) 性侵害犯罪被害人或主管機關得指定特定人員於偵查或審判中，陪同被害人在場，並得陳述意見。
 - (5) 性侵害犯罪偵察不得詰問或提出有關被害人與被告以外之人之性經驗證據。
 - (6) 性侵害犯罪案件審判不公開原則。
 - (7) 偵查、審判程序對弱勢被害人之特別保護，如：得在法庭外為之，或採雙向電視系統將被害人與被告、被告律師或法官隔離。
3. 該法也課予各縣市主管機關應對性侵害犯罪加害人施以身心治療或輔導教育⁶⁹。
4. 性侵害犯罪防治法為具體協助性侵害事件當事人，以預防其心理困擾再度出現，特責成中央及地方政府對當事人提供必要之協助、輔導、治療。現行法令相關條文摘要如下：
 - (1) 中央主管機關應建立全國性侵害加害人之檔案資料。
 - (2) 大眾傳播媒體、行政機關及司法機關需保護受害人隱私，不得揭露足以識別被害人身分之資訊。
 - (3) 地方主管機關得對性侵害被害人核發醫療、心理復健、訴訟及律師等費用。

⁶⁸ 李佳玟，「近年來性侵害犯罪之刑事政策分析－從婦運的角度觀察」，第 2 頁 <http://cycu.lawbank.com.tw/14/01350001.pdf>，查訪日期 2007 年 3 月 1 日。

⁶⁹ 陳美華、鄧佳蕙，「一九九九台灣女權報告」，http://www.scu.edu.tw/hr/document_imgs/documents/d6.htm，查訪日期 2007 年 3 月 1 日。

（二）性侵害犯罪

性侵害犯罪防治法於九十四年二月五日大幅修正，修正後之性侵害犯罪防治法第二條除了保留原來刑法第二百二十一條至第二百二十七條、二百二十八條、第二百二十九條之範圍外，另又兼及刑法第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪。並定義所稱之性侵害犯罪加害人為「觸犯前項各罪經判決有罪確定之人」。

1. 何謂「性侵害犯罪」？

我國刑法於民國十七年制定「妨害風化罪章」（第二百二十一條至二百三十六條共十五條），並認為「以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法，至使不能抗拒而姦淫之者，為強姦罪」；另「對於男女以強暴、脅迫、藥劑、催眠術或他法至使不能抗拒而為之猥褻行為者」則為強制猥褻罪，又對於未滿十六歲之女子之姦淫或男女之猥褻或「對於婦女乘其心神喪失或其他相類之情形不能抗拒而姦淫」、「對於男女乘其心神喪失或其他相類之情形而為猥褻之行為」或「對於因親屬、監護、教養、救濟、公務或業務關係服從自己監督之人，利用權勢而姦淫或為猥褻之行為者」，皆可稱為性犯罪。然而彼時並沒有所謂夫強姦妻之觀念，而且強姦之所以要重罰，那是因為他人侵犯並且減損了男人所有財產的價值—女人。因為女性自結婚時起人格即為夫所吸收，僅成為家庭中的生財工具—生育子女，而男人從婚姻制度中取得了支配利益的正當性，強姦則嚴重地危害到了這個正當性。只是不論何者，事實上都只在複製著男性的支配地位而已。

時空遷移下及國內婦運運動的發展，對於舊刑法「妨害風化罪章」之規定將性侵害與賣淫、買春等色情行業並列於「妨害風化」罪章，並且認為係侵害社會法益而非個人法益，被害人之個人尊嚴反未受重視，且未顧及多樣化之性行為，強姦只對婦女成立，男性不能成為「強『姦』罪」之被害人，充滿性別歧視結構而飽受批評。故婦女團體於民國八十三年即擬定「性侵害犯罪防治法草案」由立委潘維剛送至立法院，然卻一直未受重視，直至八十五年底彭婉如女士命案發生，始喚起朝野關懷性侵害之議題，並快速於八十五年十二月三十一日通過三讀，八十六年一月二十一日公佈實施，惟由於不願割裂刑法中有關性犯罪之規定，故上述刑法「妨害風化罪章」之批判並未在性侵害犯罪防治法中得到回應。

性侵害犯罪防治法被界定為程序法及福利法，此由修正前第二條規定：「本法所稱性侵害犯罪，係指刑法第二百二十一條至第二百二十九條及第二百三十三條之犯罪」，並未另行定義何謂性侵害，而仍舊以刑法之規定來界定即可知之；以女性主義的觀點來看，舊刑法被認為充滿性別意識形態，對於性侵害被認為係「妨害風化」，亦充滿社會控制，似乎遣責被性侵害之被害人—尤其是女人未保護其貞操，被性侵害即等於失去被社會認同之立足點，而此種規定猶如得到控制女人行動及規範女人舉止的最佳藉口。然而，性侵害的被害人的「主體性」到底在哪裡？基此，法務部參考美國模範刑法典之規定及國內婦女團體現代婦女基金會之意見，提出尊重身體自主權及性自主權，視性侵害為自主權之剝奪，而提出刑法之修正草案，並終於八十八年三月三讀通過修正刑法原「妨害風化罪章」中

有關性侵害犯罪之部分，正名為「妨害性自主罪」章，強調性侵害犯罪係侵害被害人之身體自主權與性自主權，揚棄舊有代表女性身體必須向他人（丈夫）負責之「貞操、名節」觀念，回歸被害人的主體性，同時也修正舊法中有關行為主體（加害人）為男性，行為客體（被害人）為女性之規定，不再區分男女，故具有性別歧視之「姦淫」一詞，也修改為「性交」，性交之定義則立法解釋為「一、以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為。二、以性器以外之其他身體部位或器物進入他人之性器、肛門之行為」（修正前刑法第十條第五項）。然而，將「姦淫」修正為「性交」，仍然反映出對於男性生殖支配地位的尊崇，例如法條中一再重複以性器「進入」或以性器以外之其他身體部位或器物「進入」，女性僅是受體，其中隱含了就是「男性＝生殖支配＝性的支配」的論述。為此，刑法又於九十四年將該刑法第十條修正，增列「或使之接合」，藉以包含所謂女對男之性交概念及其他難以涵括之性侵入概念⁷⁰。

修正後之性侵害犯罪防治法第二條除了保留原來刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條之範圍外，另又兼及刑法第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪。並定義所稱之性侵害犯罪加害人為「觸犯前項各罪經判決有罪確定之人」。

2. 何謂強制性交罪？

八十八年三月三十日立法院三讀通過刑法修正草案，此次修法，將原來的「妨害風化罪章」分割為二部份，強制性交、強制猥褻、利用權勢性交或猥褻等罪（刑法221至229之一），改稱「妨害性自主罪章」，另列一章；近親為性交、圖利使人為性交或猥褻罪、公然猥褻、販賣猥褻物品等罪（刑法230至245），則仍稱為「妨害風化罪」。修正後之刑法第二百二十一條規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。前項之未遂犯罰之。」，相較於原刑法規定，本條修正有兩項重點：（1）保護對象之擴大：傳統之強姦罪及準強姦罪保護對象僅限於婦女，新修正刑法則將男性亦納入保護對象之範疇。（2）行為態樣之增加：傳統係以「姦淫」為規範之行為態樣，新修正刑法則係以「性侵入行為」為規範之行為態樣，又可分為三種行為類型：Ⅰ.以性器進入他人之性器、肛門或口腔之行為：除包括傳統男對女之姦淫行為外，並進一步包括男對女之肛交、口交和男對男之雞姦行為；Ⅱ.以性器以外之其他身體部位進入他人性器、肛門之行為：將傳統男對女或女對男之猥褻行為納入強制性交罪之規範；Ⅲ.以器物進入他人之性器、肛門之行為：將性侵害行為亦納入強制性交罪之規範。

原本刑法上的強姦罪與強制猥褻罪，在構成要件上有「致使不能抗拒」的要素，一讀會將這個要件修改為「致使難以抗拒」，三讀會更將此項要件加以刪除。

⁷⁰ 陳美燕，「青少年性侵害加害人處遇之法律困境研究」，國立高雄師範大學性別教育研究所碩士論文，頁 13-15。

刪除的理由是爲了避免舉證的困難，同時，應該亦是爲了呼應婦女團體的要求。然而，此項修正是否妥適、必要，亦有疑義。

有學者認爲⁷¹，強制性交與強制猥褻，在犯罪學上被認爲是暴力犯罪。修法前後的刑法，都有強姦、強制猥褻致人於死或重傷的加重危險犯的規定。此清楚地表示，強制性交與強制猥褻的手段，必然隱含生命與身體的危險；這個手段，必然使被害人陷於難以抗拒的處境。現在「至使不能抗拒」的要件被刪除，行爲人的手段不需要帶有任何危險性，沒有暴力成分，只要突襲的撫摸他人身體，包括下體，即可能成立強制性交與強制猥褻罪。突襲他人私處，除非情誼很深的男女（或同性），當然「違反被害人意願」。將來這類犯罪的舉證會更困難（檢察官要舉證被害人沒有意願），同性之間或異性之間的性事問題，會隨著新的立法而益形複雜，刑事司法體系將疲於應付。

另修法前，侵害他人性自主決定之犯罪，均需告訴乃論。婦女團體及部份輿論不斷地表示此等規定並不合理，認爲被害婦女可能會因受到威脅而不敢報案，從而，此將會縱容犯罪行爲人，助長性犯罪的氾濫。於是，此次修法，除「配偶間之強制性交」或「未滿十八歲之人對少年人犯性交或猥褻罪」需告訴乃論（刑法229之一）以外，其餘部份均改爲「非告訴乃論」。

所謂「告訴乃論」之罪係指若無告訴人主動向法院檢察署直接提告，或是主動向警局報案後移轉法院檢察署，檢察官不得主動偵辦該類告訴乃論之犯罪案件，當然也就無後續檢察官提起公訴後的刑事庭判決的問題；反之，若告訴人對其告訴乃論之犯罪向法院檢察署提出告訴，檢察官就必須依職權偵查該犯罪案件，然後再決定依法起訴或是不起訴。檢察官起訴後，告訴人只要在一審地方法院宣判前聲明撤回告訴，該案件即會塵埃落定不再審理，而告訴人於撤回後不得再依同一事實事由再提出告訴。而「非告訴乃論」則是指任何的犯罪事實一但經檢察官或是司法警察知悉後，即必定會依刑事訴訟法之規定予以開庭偵辦調查，並逕而決定起訴與否，告訴人不得聲明撤回告訴。

3. 何謂「強制猥褻罪」？

配合刑法第二百二十一條之修正，將刑法第二百二十四條修正爲：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而爲猥褻之行爲者，處六月以上五年以下有期徒刑。」，「強制猥褻」可視爲是妨害自主意識裡「性自主意識」的特別規定，「猥褻是除姦淫以外所有的『色慾行爲』，而色慾行爲爲任何人自主行爲之一種，依照憲法個人自由權的規定，除法律另有規定外，均不得強制限制之。猥褻行爲的範圍究竟爲何？在判例上是指被色慾行爲所包含，但與姦淫行爲相斥(除姦淫行爲以外)。猥褻行爲本質上並非不法，但如果是強制施行，則可依刑法第 224 條處斷。如果施行強制行爲被害的法益與「自主爲色慾行爲」無關，則會被認定爲僅是妨害自由或強制罪的程度。至於其分野爲何，應是指分別有最高法院六十三年度台上字第二二三五號、七十六年度台上字第二〇八

⁷¹ 林東茂，「評刑法性自主罪章之修正」，月旦法學 51 期，頁 77。

0號、二十七年上字第五五八號判例所述的「所謂猥褻，係指姦淫以外有關風化之一切色慾行為而言」。

最高法院指出：「猥褻之價值概念因時間、空間而有不同，抽象言之，猥褻行為乃指姦淫以外可資滿足或刺激性慾、使一般人生羞恥、嫌惡感覺之行為，故其評價自應以社會生活之倫理觀念為基準，不可一概而論。」換言之，猥褻係指姦淫行為以外之一切滿足自己性慾，或足以挑逗他人引起性慾之有傷風化之色慾行為，如客觀上非基於色慾之行為，且不致引逗他人性慾，行為人主觀亦不足以滿足基本人之性慾，即非猥褻行為。

（三）禁止新聞及文書揭露被害人身份之資訊

為保護性侵害犯罪被害人免於受到二度傷害，我國性侵害犯罪防治法第十三條特別規定：「廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，不得報導或記載被害人姓名或其他足資識別被害人身份之資訊。但經有行為能力之被害人同意或犯罪偵查機關依法認為有必要者，不在此限。

違反前項規定者，由各該目的事業主管機關處新臺幣六萬元以上六十萬元以下罰鍰，並得沒入前項物品或採行其他必要之處置；其經通知限期改正，屆期不改正者，得按次連續處罰。但被害人死亡，經目的事業主管機關權衡社會公益，認有報導必要者，不罰。」，報導真實新聞，雖然為新聞媒體除參與輿論形成外，最重要的權利與任務，但不可否認的，因真實報導所引發的侵權問題，在整體媒體與人格權衝突問題中卻佔有著極高的比重。在真實報導的範圍中，大眾傳播媒體為滿足人民知的權利以及履行社會公共責任，總是盡可能地向大眾提供廣泛的資訊。以犯罪新聞報導為例，新聞媒體常以犯罪案件乃與公益有關之重大社會議題與為滿足視閱聽者資訊利益為由，鉅細靡遺地報導犯罪事實，或是未經修飾地直接為現場報導。新聞媒體此等報導權利之行使雖符合公益，但卻可能因報導所引發的公眾輿論譴責、造成未審先判的結果，而直接或間接衝擊被報導者人格權法益。在此種情形下大眾傳播媒體的真實報導權利與被報導者之人格權保護，自然處於高度的緊張關係⁷²。

如前所述，大眾傳播媒體的報導自由權和人民的資訊利益乃係憲法所保障的基本權利之一，惟此等基本權利並非不得限制之，依憲法第二十三條的規定，在符合防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益等必要情況之下，仍得以法律限制之。基此，大眾傳播媒體所作之報導，一即便是真實報導，若有侵害前述被報導者人格法益且妨礙個人自由權利行使的情形時，亦得透過制訂一般法來限制其權利之行使。

不過新聞媒體報導的影響力，非僅對於受害者（含潛在受害者）的人格法益可能產生殺傷力，在特殊的刑事案件中，甚至對於被害者權益亦會造成不小的負

⁷² 翁曉玲，「性侵害犯罪新聞報導之法律界限問題—性侵害犯罪防治法第十條第一項相關理論及實務之研究」，中正法學集刊第十二期。

面效應，典型的例子即是性侵害犯罪案件。由於性侵害犯罪對於受害者所造成的身心痛苦、隱私及名譽的侵害遠超過其他犯罪，加上社會與司法體系對性侵害案件之發生，長久以來存在的偏見與誤解，多認為係與受害者的道德品行有關，使得性侵害受害者，在心理重建與再社會化的路途上，向來困難重重。若新聞媒體未經當事人同意，即報導揭露受害者之姓名或身份資訊，將使得受害者精神、名譽上再度受創、身心回復更為不易。有鑒於此，為保護受害者權益並鼓勵受害者勇於投案，立法者乃啟動國家保護義務、立法限制新聞報導自由權，於性侵害犯罪防治法第十三條中，明文禁止新聞媒體不得報導或記載性侵害事件被害人之姓名或其他足以識別被害人身份之資訊。此項規定雖限制了媒體的報導自由權暨衍生出人民的資訊利益，但吾人若從憲法比例原則角度檢視之，分別就限制目的、限制手段的妥當性與利益衡量等原則進行考量，應可認為此屬合理的法律限制，並無違背憲法保障新聞自由意旨之虞。由此可知，在面對被害人隱私權和資訊自主權保護時，媒體的事實報導權利暨人民的資訊利益實應退居於後⁷³。

（四）我國對性侵害加害人處遇之法律

性侵害犯罪防治法第二十條規定：「加害人有下列情形之一，經評估認有施以治療輔導之必要者，直轄市、縣（市）主管機關應命其接受身心治療或輔導教育：

- 一、有期徒刑或保安處分執行完畢。
- 二、假釋。
- 三、緩刑。
- 四、免刑。
- 五、赦免。
- 六、緩起訴處分。

觀護人對於前項第二款、第三款付保護管束之加害人，得採取下列一款或數款之處遇方式：

- 一、對於受保護管束之加害人實施約談、訪視，並得進行團體活動或問卷等輔助行為。
- 二、對於有事實足認其有再犯罪之虞或需加強輔導及管束之受保護管束加害人，得密集實施約談、訪視；必要時，並得請警察機關派員定期或不定期查訪之。
- 三、對於受保護管束之加害人有事實可疑為施用毒品時，得命其接受採驗尿液。
- 四、受保護管束之加害人無一定之居住處所，或其居住處所不利保護管束之執行者，觀護人得報請檢察官、軍事檢察官許可，命其居住於指定之處所。
- 五、受保護管束之加害人有於夜間犯罪之習性，或有事實足認其有再犯罪之虞時，觀護人得報請檢察官、軍事檢察官許可，施以宵禁。
- 六、受保護管束之加害人經評估應接受身心治療或輔導教育者，觀護人得報經檢察官、軍事檢察官之許可，對其實施測謊。
- 七、受保護管束之加害人有固定犯罪模式，或有事實足認其有再犯罪之虞時，觀

⁷³ 同前註。

護人得報請檢察官、軍事檢察官許可，禁止其接近特定場所或對象。

八、轉介適當機構或團體。

九、其他必要處遇。

觀護人對於實施前項第四款、第五款之受保護管束加害人，得報請檢察官、軍事檢察官許可後，輔以科技設備監控。

第一項之執行期間為三年以下。但經評估認無繼續執行之必要者，直轄市、縣(市)主管機關得免其處分之執行。

第一項之評估，除徒刑之受刑人由監獄或軍事監獄辦理外，由直轄市、縣(市)主管機關辦理。

第一項評估之內容、基準、程序與身心治療或輔導教育及登記之內容、程序、成效評估等事項之辦法，由中央主管機關會同法務部、國防部及行政院衛生署定之。

第二項第三款採驗尿液之執行方式、程序、期間次數、檢驗機構及項目等，由法務部會商相關機關定之。

第二項第六款測謊之機關(構)、人員、執程序、方式等及第三項科技設備之監控方法、執程序、機關(構)、人員等，由法務部會商相關機關定之。」國內關於性侵害加害人處遇依據之法令演進可大致分為下列幾個時期⁷⁴—

1. 強制診療時期—民國八十三年至八十八年：

有關性侵害犯罪者，應施以治療之規定，係始於民國八十三年一月二十八日刑法修正有關假釋規定時，在第七十七條增定第三項規定：「犯刑法第十六章妨害風化各條之罪者，非經強制診療，不得假釋」，法務部更據此訂定：「妨害風化受刑人輔導與治療實施辦法」及「妨害風化罪受刑人強制診療實施要點」，所以係以強制診療做為性侵害犯罪受刑人於刑之執行矯正中有俊悔實據外，附加之假釋條件，此種強制診療並非保安處分，只能說是監獄矯正特定受刑人，並限制性侵害加害人假釋機會之方法，而且此法之增定係立法院匆促間所完成，至矯正機關有無能力提供此項強制診療，或有無專業診療人員，

則非立法者所重視，故被認為明顯違反假釋制度原理。

2. 刑前強制治療時期—民國八十八年迄九十五年六月三十一日：

民國八十八年修正刑法時，增定第九十一條之一規定：「犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條之罪者，於裁判確定前應經鑑定有無施以治療之必要。有施以治療之必要者，得令入相當處所，施以治療，前項處分於刑之執行前為之，其期間至治癒為止，但最長不得逾三年，前項治療處分之日數，以一日折抵有期徒刑或拘役一日或第四十二條第四項裁判所定之罰金數額」。此亦目前我國對性侵害加害人施以「強制治療」之依據，此強制治療係屬保安處分之一種。

3. 有關身心治療及輔導之社區處遇（民國八十六年迄九十四年二月四日前）：

修正前性侵害犯罪防治法第十八條第一項亦規定：「性侵害犯罪之加害人經

⁷⁴ 同註 3。

判決有罪確定，而有刑及保安處分之執行完畢、假釋、緩刑、免刑、赦免情形之一者，主管機關應對其實施身心治療及輔導教育」。此身心治療與輔導之措施，並非刑事執行，而是社政機關對性侵害加害人出獄後或有緩刑、免刑等情形時，基於防衛社會及繼續追蹤治療性侵害加害人之身心治療及輔導措施之社區處遇，目的在使性侵害加害人降低其再犯的可能性，依據該條例，內政部乃定有「性侵害犯罪加害人身心治療及教育辦法」，以做為執行身心治療及輔導之依據。

4.修正後刑法第九十一條之一：刑後強制治療、輔導（九十五年七月一日起迄今）

刑法於九十四年一月二十四日修正公布，其中攸關性侵害加害人強制治療輔導的法律依據也做了重大改變，在刑法第九十一條之一規定：「犯第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第二百三十條、第二百三十四條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪，而有下列情形之一者，得令入相當處所，施以強制治療：一、徒刑執行期滿前，於接受輔導或治療後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。二、依其他法律規定，於接受身心

治療或輔導教育後，經鑑定、評估，認有再犯之危險者。前項處分期間至其再犯危險顯著降低為止，執行期間應每年鑑定、評估有無停止治療之必要」。此條文改變多年來刑前強制治療的政策。

5. 輔以社區監控之社區身心治療或輔導教育及強制治療（九十四年二月四日起迄今）

性侵害犯罪防治法爲了要讓社區處遇對象範圍更廣，彰顯執行成效，於是除了加入受緩起訴處分之加害人爲社區處遇之對象並加重罰則外，同時建構社區監控制度，將觀護人加入社區處遇團隊之中，並且仿美國梅根法案之精神，加入已滿18歲之性侵害加害人社區公告登記及查閱制，而分別在第二十條、二十一條及二十三條設有規定，其次，性侵害犯罪防治法也採用了類似英美法民事監護制度，所謂民事監護制度，係針對性侵害之加害人，在明確可信的證據下，足以顯示該加害人心理異常且對自己或他人造成危險時，即可由法院裁定在刑期結束後，進入特定治療處所接受相關處遇，因而在性侵害犯罪防治法第二十二條設計了由社區處遇再度回到司法處遇的機制，藉以配合刑法第九十一條之一第一項第二款之規定。其內容如下：「加害人依第二十條第一項規定接受身心治療或輔導教育，經鑑定、評估其自我控制再犯預

防仍無成效者，直轄市、縣（市）主管機關得檢具相關評估報告，送請該管地方法院檢察署檢察官、軍事檢察署檢察官依法聲請強制治療」。

三、案例解析

性侵害犯罪防治法第二條除了保留原來刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條之範圍外，另又兼及刑法第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別

法之罪。並定義所稱之性侵害犯罪加害人為「觸犯前項各罪經判決有罪確定之人」，可參考下列幾點涉及違法之判斷基準來綜合判斷：

(一) 女醫科學生逛完士林夜市後，至劍潭捷運站牽機車準備離去時，突遭兩名男子擄走，並被歹徒載往大佳河濱公園性侵犯得逞，依刑法第二百二十一條規定：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法而為性交者，處三年以上十年以下有期徒刑。」兩名男子之行為已構成強制性交罪之犯罪要件進而成為性侵害犯罪防治法第二條所稱之性侵害犯罪加害人。

(二) 妨害自由部分，46 年台上字第 1285 號判例提到：「強姦罪」之內容，當然含有使人行無義務之事等妨害自由之性質，該罪一經成立，則妨害自由行為即已包含在內，自不另成妨害自由之罪名。」新法修正後，上述見解應仍可援用。此外，68 年台上字第 198 號判例也說：「強姦婦女而剝奪婦女之行動自由時，是否於強姦罪外，另成立妨害自由罪，須就犯罪行為實施經過之全部情形加以觀察，除該妨害自由之行為已可認為強姦行為之著手開始，應成立單一之強姦罪外，應認係妨害自由罪及強姦罪之牽連犯。」而該號判例的案例事實就是強制手段的施用與強姦的著手間隔一段時空，故法院認為難以單一之強姦罪論處，如本案強制性交與妨害自由間隔一段時空，將另外成立妨害自由罪。

四、思考問題

1. 性侵害犯罪，為何要改成「公訴罪」？
2. 性侵害犯罪的被害人，其隱私權是否會受到充分的保護？
3. 性侵害犯罪的加害人，其身心治療、輔導教育 及 監督機制如何？

五、參考案例：

94 年 1 月 21 日，當國中、小學生放寒假的第一天，於新竹縣新豐鄉發生一件駭人聽聞的命案，一名國中二年級的女學生單獨在家，卻慘遭歹徒侵入住宅行竊後，予以性侵害並殺害的重大命案。遭殺害的少女，其被發現時全身赤裸、頸部有勒痕、頭部亦有外傷。警方根據現場狀況研判，可能是歹徒侵入住宅偷竊不成，被少女發現後，即先將其性侵害後，再予以殺人滅口。

本案經過檢警專案小組 4 天追查後，宣告偵破，並將涉嫌性侵害及殺人的 17 歲劉姓少年（76 年次）逮捕，令人驚訝的是，劉姓少年當時是新竹縣某高中一年級學生，且在死者住家附近的公寓租屋。劉姓少年被捕時，堅決否認涉案，但經警方提出劉姓少年唾液的 DNA 與死者體內採集到的精液 DNA 比對資料相符後，他才坦承犯下全案。少年供稱：他獨自犯案，與死者並不認識，係因行竊而臨時起意犯下性侵害殺人罪行。案發當天，他是以攀爬方式，侵入死者家中準備行竊，犯案時還穿著學校制服，原本挑選的是另一間民宅行竊，但因該民宅的陽台門窗打不開，乃便順竊取其陽台一套女用內衣褲，再轉進被害少女住家行竊。原想偷竊物品而已，但見被害少女獨自在家，且被其發現竊盜行為，故在犯

下大錯後，又恐遭被害人指認出來，才一錯再錯地以手壓住死者口鼻，使其窒息死亡。事後，少年又將少女屍體拖到洗手間，刻意沖洗被害人下體，以湮滅遺留在死者身上的體液。但鑑識人員仍從死者身上，採集到兇嫌的精液DNA，成為破案最有力的證物。

劉姓少年原來在當地法務部所辦的一所矯正學校就讀，後來，少年父親不讓其繼續就學，少年的老師獲悉此事後，乃予以特別關照，不但安排他轉至另一所中學就讀，甚至幫他付學費；沒想到少年不知上進，辜負老師一片好意。在少年被逮捕時，起初仍矢口否認，警方請到其恩師到場勸說後，少年才俯首認罪。而劉姓少年是個私生子，從小未曾見過親生母親，五歲才被父親帶回撫養，但父親也遊手好閒，並未管教少年，任他自生自滅，故從小跟隨祖母在屏東生活⁷⁵。

十.【社會工作與法律】

一、主題案例：違反兒童及少年福利法事件

王○○、修○○分別為○○報股份有限公司負責人及記者，該公司發行之「○○報」，於○年○月○○日第○版報導「父虐待男童『好累好想死』」新聞，因刊載受害兒童姓氏及居住地點，系爭報導客觀上王○○、修○○刊載受害男童姓氏及居住地點之行爲，足以識別該兒童之身分，即合致於兒童及少年福利法第46條第1項規定。又主觀上王○○、修○○對於上開事實，是有認識，而決意為報導或記載之行爲，明顯違反注意義務，是系爭刊載行爲有可非難性及可歸責性，新聞工作者雖身具傳播媒體之社會責任，披露社會案件時，盡可能做到迅速、翔實、正確報導，惟仍不得違反法律之規定，致侵犯兒童及少年之基本人權。兒童及少年福利法第46條第1項規定，課予媒體禁止報導遭受不正當行爲之兒童及少年等足以識別其身分案件之義務，乃為免兒童及少年遭二度傷害所為之保護規定，媒體一旦報導足以辨識兒童及少年身分之內容時，即應究其責任予以處分，用以保障兒童及少年人格權之完整。王○○經營媒體事業，修○○身為新聞媒體工作者，應遵守兒童及少年福利法等相關規定，以善盡媒體以「公共利益」為前提之注意義務及社會責任。茲卻為系爭違法報導，而法律既明定不得報導，明顯違反注意義務，王○○、修○○違反兒童及少年福利法第46條第1項之行政法上不作為義務，應受處罰，臺北市政府依同法第63條各核處罰鍰新臺幣3萬元整。

⁷⁵ 教育部人權教育資訊網，<http://www.hre.edu.tw/report/>，查訪日期2008年3月4日。

二、主題說明

(一) 社會工作與法律的基本概念與原則

隨著諸多社會福利法案的通過，社會工作者在司法體系中扮演的角色日益重要，法律常以準則、原則、要點、辦法和規則等不同的名義來界定⁷⁶，並由政府 and 公務機關制定以約束行為表現的社會規範。不僅是政府的譴責，有時連個人的教育訓練、社會壓力、習慣作為、道德信仰，甚至連推理過程和倫理守則也都深受影響。法律之前人人平等，法律之外人人自由，它不僅是觸法時處罰的依據，同時也是做為行為準則和形式風範的準據。

法律的規範形式因此也顯得相當分歧。(1)它可以是管束個人行為的依據，並且作為懲罰非法行為的強制手段，因此意圖動機的區分是審視的標準，積極非法的作為、消極違法的不作為和應注意、能注意、而不注意的過失行為，都是必須交付懲處之犯罪行為的準據。(2)它也是權利義務和職權的根源，命令要求是遵守的規則，職權是授予執行職務的自由，權利則是透過爭取而來的權力；這些行為能力必須透過法律來加以界定，以釐清和排除不具有此種能力的個人⁷⁷。(3)法律是包含實質與程序的訴訟系統。它詳列了獲致結果之訴訟程序的形式和步驟，也列舉或援引與事實相關的實質定義和內容。並且也規定了執法者必備的資格和證照。(4)法律又可區分為公法的刑法規約和私法的民法關係。前者保護公權力的完整和社會公益事由，後者則在保障個人的權利關係。

法律系統則隨政治制度而有所區別。司法系統的本身在於透過起訴、審理和審判所形成之複雜的操作系統，在引用適切的法律條文法理等，在憲法、刑法、民法和行政法的法律、規定、辦法、要點等，再加上法理見解等，分別在不同層級的法院，進行訟理案件的所有程序。在權能分治的國家體系中，行政執行與司法審判部門是獨立的系統，法院是獨立裁判行政部門與個人權利的機關，也是審理個人彼此之間權利義務關係的機制。了解司法系統運作的機關與程序，是維護法律權利的基本知識，例如分辨隸屬行政機關的檢察署系統與從屬於司法院獨立的審判系統，將是認知個人法律行動的第一步。

就法律的層次而言，憲法乃是全國根本大法，主要在規範人民權利義務和政府組織與基本國策等相關問題。其他各種法律依其性質與位階的不同，得定名為法、律、條例或通則；而由行政各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。透過類似以憲章形式公布的法律，常居於最高的指導原則，各種基本權利和自由的內涵接包含於其中，近年來隨著時代的轉變，除了憲法所列的言論出版等自由，加上身分隱私等權利外，社會權概念的興起，就像環保權的要求一般，根本就是外求，而由政府主動提供的權利作為，為此福利權的運作，也必須援引此種必要的作為。兒童人權與家庭權利因此足以

⁷⁶ 中央法規標準法(中華民國五十九年八月三十一日總統臺統一義字第七八八號令制定公布) §1：中央法規之制定、施行、適用、修正及廢止，除憲法規定外，依本法之規定。§2：法律得定名為法、律、條例或通則。§3：各機關發布之命令，得依其性質，稱規程、規則、細則、辦法、綱要、標準或準則。

⁷⁷ 例如北市內湖麗山國小畢業之吳姓學童殺死祖母吳游金運命案(2001, 8, 30 聯合電子報)，因為嫌犯年齡未達十四歲，依中華民國刑法(中華民國九十年六月二十日總統華總一義字第九〇〇〇一二〇七六〇號令增訂)§18：未滿十四歲人之行為，不罰。

成爲推動社會權利的基本原則。法理原則正好成爲推動提供社會權利的基礎。

徒法不足以自行，法律必須設定必要的管轄權則和領域。其基礎原則、程序與法律權利早爲憲法所設定，但是相關的實質刑法與民法條理和訴訟程序，都必須以更明確的刑、民法和刑、民事訴訟法程序來加以進行。對於行政機關爲推行社會福利政策所制定的各種行政法的規定，也都將以適切的方式，由立法、司法和行政人員相互合作，共同推動以利民生。立法者透過起草法案，將不同的理論理念和概念架構，轉化成可供執行的法條，進行三讀後，交由行政機關加以執行。社會工作和福利人員，可以透過提供草案條文、協助起草法條、舉辦公聽會、溝通協調理念或是影響行政首長，來創造修訂推動福利或組織的法案。

這些法案當然也同時影響到稅務結構與分配的問題，並且左右行政機構的執行效率。畢竟立法者是無法填塞所有法律的漏洞的，同時立法者也難以自己推動所有的相關法令，並且立法者往往只被受託於制定政策，而非推行法定政務。行政機關因此必須依法遵從法定程序提供服務，將自己職權本份的事項辦妥，這種所謂的行政法程序，正是其必須遵守的法制。社會福利或工作督導以上層級的人員，往往必須擔負起草法規的責任。但是實務工作者卻一直忽略執行法規和相關章法，故而在落實社會政策的過程中，便老會讓立法理念和實際績效之間仍有落差。只有少數社福或社工人員會真正注意到相關法規的限制，例如從事兒童托育工作之後，才會慢慢的留意到設置標準或是立案程序，尤其是特殊兒童的服務，更有嚴格把關的器材標準；然而除非已然投入隸屬的專業協會組織，否則多數的人都會採取不聞不問的態度。

國家司法部門對於社會所採取的超然立場，也是其處理問題的基本原則。站在解決雙方爭議的出發點，法院必須利用論理或文義解釋的方法，化解彼此的紛爭，適當的引據相關法律，充實既有法令的空泛，正是法律處理衝突的泛用原則。針對虛構事實或既存漏洞的訴訟，更是需要對行政法令有相當深入的見解，才可掌握法律的真義，做出最佳的裁決。至於社福、社工的專業實務工作，經常涉及之法律訴訟的問題，則以過度越俎代庖的侵權行爲，以及執業失當的態樣爲主。就目前三級三審制的法院系統而言，多數的訴訟依然是先由檢察署的檢察官或由原告向地方法院提出⁷⁸。

（二）法律訴訟程序的進行

法院訴訟的進行過程相當繁複。基本上，地方法院在就事實審理之前，都會先做管轄權和程序法的審查，再以呈現的證據和法條做出對事實判定的結果。上訴法院則以事實判定是否合法和審理程序是否正確爲準。至於公平審判的基礎，不但重視證據法則，也在善用當事人進行主義的對抗系統，使訴訟兩造的當事人都能得到必要的法律協助，以便獲取所謂的法律正義⁷⁹。在曠日費時的訴訟折磨

⁷⁸ 林瑞發，「法律與福利--以兒童福利的相關法令爲例」，頁 1-4。

⁷⁹ 有關法律訴訟補助費用僅見於特殊境遇婦女家庭扶助條例(中華民國八十九年五月二十四日總統華總一義字第八九〇〇一二三一七〇號令制定)§2：本條例所定特殊境遇婦女家庭扶助，包括…法律訴訟補助…。§11：…無力負擔訴訟費用者，得申請法律訴訟補助。其標準最高金額以新臺幣五萬元爲限。申請法律訴訟補助，應於事實發生後三個月內檢具相關證明、律師費用收據正本及訴訟或判決書影本各一份，向戶籍所在地之主管機關申請。然而此等法律訴

中，案件審理也並非全以聽證審判做為唯一的依據，替代紛爭解決方法的運用(像是調解和仲裁)也是事前相當良好的解決方式。在「生不入衙門，死不入地獄」之根深蒂固的想法下，不失是化解法律紛爭的上策。

雖然社福、社工人員和律師同樣都是為案主爭取權益的專業工作，但是在立場上卻有稍許的不同。律師必須竭力的為客戶力爭想要的權益，因此常以競爭的態度爭個是非曲直，故而彼此對立的情勢和得理不饒人的奮鬥是可以理解的。至於社福、社工人員則在維護案主個人的需要，積極的協助案主取得應有的權益，在為案主爭取最佳利益時，也在維持社會整體的利益。在司法系統的社工人員所扮演的特殊角色，有時只是對抗行政機關不當處遇的代言人或倡法者而已，但是在社福、社工與法律的聯合服務過程中，社福、社工人員就必須常常為案主的最佳利益做考量，分工的律師則專注在爭取客戶的法律權利，兩者無間的合作表現，才是案主最大的福利。

從案件起訴、審前準備、開庭審理、進行判決和執行判決等相關法律步驟中，都有適當而必要的法律動作。首先必須備妥訴訟理由和訴之標的，向有管轄權的法院遞狀起訴；審前準備過程中，則可備妥答辯狀和其它調查證據，或者訴請簡易判決和程序性的聲請等；假如未能以替代紛爭解決訴訟衝突，直至開庭審理期日，管轄權和證據法則將是訴訟進行的主力，法官獨任或合議庭(甚至是英美法中的陪審團)因此挑起審判的大樑，聆聽雙方律師和證人與當事人配合證據的陳述；緊接著做出適當的裁判，不論是實質性的判決，或是其他程序性或作為性的裁定，如收容、禁制令和保護令等，當然這也都有相當性的補救措施可以使用，例如針對家庭暴力的保護令進行抗告等；判決結果的執行與否，端是有否足以上訴、復議、再審等理由或條件，只有在判決定讞之後，才能取得執行的權利。參與案件進行的實質內容有二，在參與人員方面，除了兩造當事人外，還有負責審判的法官、訴訟代理人、律師或檢察官、證人或鑑定人、以及監護人或輔佐人等等。對於未成年人的部分則有法定代理人或監護人，足以為其利益做代言，然而在爭取兒童收養或強制保護時，前項人員反倒可能成為對造的當事人。對於無行為能力人或未成年人的保護，在英美法中，法院可以指定監護人加以保護，並且為當事人利益進行辯護或協助，以捍衛當事人在法律上的實質利害，基於對弱勢者人權的保護，不論是以具有法學背景的律師加以協助，或以維護案主切身利害的社工人員，其實都是良好的設計，即便是選定其它適當之人，也都是不得不慎的作法。社工、社福人員可在兒童福利保護案件扮演的另一角色為類似於鑑定者的角色，在父母離婚監護權調查案件中，可以基於兒童最佳利益的原則，提具相當鑑定的調查報告，供做決定監護權參考的依據；在兒童保護中的緊急安置與保護和延長安置事件中，社工人員所做的工作報告，特別是個案兒童進展報告，更是決定監護權人的衡量指標。

訟扶助卻未普及至所有經濟能力困乏者，例如社會救助法(中華民國八十九年六月十四日總統華總一義字第八九〇〇一四六九七〇號令修正)條文中即未見有此補助內容。

證據是用以支持補強訴訟論證的一切人事地物，然而其證據能力卻深受呈現方式和證據法則的影響。例如法律證據有別於一般社工人員所做的社會證據，因此作為法律證據的社工、調查報告，必須注重構成法律相關要件事項的撰寫，才足以獲致法官的採證。證據法則規範何者可以為證和如何呈現證據，雖然每每因為自由心證而有不同的認定方式，其實過庭之際也需視其證據性質與法庭類別而異。證據能力還得依證人做證和具結的能力而定，無行為能力之少年和兒童和限制行為能力之人的證詞，法庭其實應當斟酌而加以個別事實的認定。雖然也可引用相關證據和傳聞證據，例如社工人員所做的個案檔案、工作紀錄和訪視報告，通常都只能視為傳聞證據，認定採證與否全由法官自由心證來加以認定，即使是其中登載相關的處遇建議，由於只是專業工作人員個別的判斷，由於未經客觀的鑑定程序，恐怕仍難直接由法官加以採據認證，特別是未經具結的法律程序所為之發言或意見。然而工作日誌和公共紀錄由於負有時效保存性，卻未必完全被認定是傳聞證據，因此凡是擁有關聯和價值之邏輯性的證據者，就有可能有被採證的可能性。所以提具合法、可信和信服的證據才能發揮應有的法律功效。引導問話勢必加以禁止，才可保護審理的公正性。展示證據也須排除合理懷疑、明確可信、預設推理和舉證義務，但是採證與否仍是法官的自由心證而定⁸⁰。有時關於案主個人的隱私可以作為法律對抗的依據，但是基於專業工作人員的保密倫理守則和案主之法律權益維護，倘若考慮將部分不為人知的內情做為呈庭證供之前，最好必須先行審慎思量。倘若是人民控告行政機關施政不當，可能只好走上訴願或行政法庭的程序，此時所涉及的與一般民法或刑法案件和程序的範圍不同，當然是否已竭盡行政救濟的事實，也就成為審理的注意要點。尤其是涉及侵權或傷害時，可能引發的國家賠償責任。

（三）法院與社福、社工專業執掌

社福及社工在撰寫有關蒞庭的相關報告時，必須注意依據其管轄與目的來擬具書寫的內容。為了調查審理所準備的報告紀錄，也最好能為將在法庭陳述意見，整理摘要個人的報告紀錄。例如兒保社工在調查兒虐事件時，除了必須提陳兒童疏忽的始末外，還需摘轉訪談案童、案童父母、與其他相關之人的扼要內容，好讓法官足以做出適切的判斷和裁決。倘若是在調查中輟學生的問題時，最好能夠彙整備妥案主學生的缺勤紀錄、造訪案生時間與次數表和相關的後續行為表現效應，好清楚呈現問題的嚴重性與複雜性。藉此案情變化摘要敘述，釐清問題頭緒和處置建議；只是卻非得預先交付律師做為證據加以檢視，在審理過程中當面提陳，以現場質詢或交叉訊問的方式進行詰問，不但有利於個人立場看法和構置意見的說明，更有利於避免被過分的侵犯。對於撰寫紀錄的使用，因此必須秉持工作成果法則的原理，除被認定是社會福利工作的紀錄證明之外，同時也足以做為被法院和其他人檢視的證據，所以在做服務紀錄時，應該時時要有可能被他人使用的理念，力求客觀具體是絕對必要的作法。

⁸⁰ 憲法第 80 條規定：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」

社福機構的社工人員所做的工作報告，往往通時兼具機構責信和通告律師的雙重用途。就像兒童保護案件的目的一般，既在呈報也在存查兒童虐待或疏忽的事實，難免加入個人對被虐兒童與家長的觀察判斷，同時也必須確認其它專業工作人員如醫師、護理師、教師、保育員、心理師也都知曉該虐待事實之存在，以及社工人員對他們的期待，以交互印證所陳事實之真實存在，同時更要摘述重點，做為出庭佐證的切要證據。社福社工有時也會應法院囑託要求，進行訪視服務和做成法院報告⁸¹。由於這些訪視或服務紀錄均非正式之公文書，當然格式要件和內容要求也不一致，因此不但常依特殊原則加以約束，也因個人偏好作為或組織文化習俗而定，究竟真能彰顯或蘊含法理所盼，仍待深入鑽研以究其義。就父母離異後監護權歸屬問題的調查報告而言，必須提供法官裁量時所需考慮的所有相關因素，由於必須蒐證調查的事項十分繁瑣，依法條規定需要調查的事項，往往也正是裁決監護權的充分且必要要件，因此社工人員除了應就法定事項加以調查外，仍需適切以專業立場表達特別有關本案的關聯證據，摒棄可能誘導法官斷案的意見表述，以發揮報告的說服和採證效用。依此法院為前條裁判時，應依子女之最佳利益，審酌一切情狀，參考社工人員之訪視報告，尤應注意左列事項：一、子女之年齡、性別、人數及健康情形。二、子女之意願及人格發展之需要。三、父母之年齡、職業、品行、健康情形、經濟能力及生活狀況。四、父母保護教養子女之意願及態度。五、父母子女間或未成年子女與其他共同生活之人間之感情狀況。

若將監護權案件延伸為收養事件時，則在法院認可兒童收養事件，應考慮兒童之最佳利益。決定兒童之最佳利益時，應斟酌收養人之(1)人格、(2)經濟能力、(3)家庭狀況及(4)以往照顧或監護其他兒童之紀錄。法院為…認可前，應命主管機關或其他兒童福利機構進行訪視，提出調查報告及建議。收養之利害關係人亦得提出相關資料或證據，供法院斟酌。法院對被遺棄兒童為前項認可前，應命主管機關調查其身分資料。法院認可兒童收養者，應通知主管機關定期進行訪視，並作成報告備查。於是在收養當事人在聲請認可收養後，法院裁定前兒童死亡者，聲請程序終結。收養人死亡者，法院應命主管機關或其委託機構為調查並提出報告及建議，法院認其於兒童有利益時，仍得為認可收養之裁定，其效力依前項之規定。但是當養父母均不能行使、負擔對於兒童之權利義務或養父母均死亡時，法院得依兒童、檢查官、主管機關或其他利害關係人之聲請選定監護人及指定監護之方法，不受民法第一千零九十四條之限制。

⁸¹ 參閱如非訟事件法(中華民國九十四年二月五日總統華總一義字 09400017811 號令修正)第 125 條規定：「法院為審酌子女之最佳利益，得徵詢主管機關或社會福利機構之意見或請其進行訪視，就民法第一千零五十五條之一所定事項，為事實之調查，並提出調查報告及建議。法院認為必要時，亦得命少年調查官為前項之調查。」第 126 條：「法院認為必要時，得通知主管機關或社會福利機構相關人員或少年調查官於期日到場陳述意見。」

對於進行養護的衛生或療養案件的囑託報告，則可能需要以故事採訪的方式撰寫，逐次的描述病情惡化的程度，以及各種需要的迫切程度，特別是類似於個案管理之需求程度的排序，以便合理的爭取該有的必要權益。只是有時為簡要的呈現和評估需要的程度，只要單獨或是附帶的選擇性勾填調查表即可概要的提示問題或需要之所在。至於是否遵照特定格式填註意見，則是法院有無斟酌使用的必要。不論報告的格式與內容如何斟酌，都必須遵守真實、客觀、具體、精要和平述易讀的原則，同時儘量的少用專業術語表述事件內容和進行過程，感受抽象式的描述也請避免，多用直接觀察見聞，直接引錄的第一手資料，在專業倫理守則(如保密)和法理規範(如隱私權)的要求下，確認提陳所使用的資料來源。並以法律證據所需之構成要件的形式，來舉證相關聯的材料，再加以彙整成條理分明脈絡清晰的報告。錯字連篇、段落混亂、條理雜亂和章節零散等等都是兵家大忌，不但閱讀不易，更因難以採信和說理不清，都會影響訴訟的品質。

必須謹記的是，即使是法院所囑託的調查也只能做為傳聞證據的形式。想要將此社會證據採證為具體的法律證據，仍然必須通過審理的檢證過程，在交叉詰問的程序中，法律程序的質問幾乎是免不了的，如何經過檢證而不失據，將是社福、社工人員必備的在職實務訓練，以練就維護案主權益的本領。例如在測試兒童是否正確具有辨識和表達能力，將是決定兒童保護案件是否成立的關鍵因素，對於處於泛靈論階段的兒童，能否區分生死狀態和虛擬真實的意識型態，正是法官認定兒童陳述內容有效度的強力指標。只是在具結和交叉訊問的過程中，必須先行通曉法律對隱私權保護，陳述必須的精要事實訊息內容，提示案主只要揭露在法律訴訟所必須的資訊，以及徵詢專業的司法人員和社工督導有關案件必須揭露的事實，以真正引用保密倫理保護案主的利益，避免任何無謂而不必要的傷害，或設法將傷害降至最低⁸²。

(四) 法律與社福、社工處遇的基本共同觀點

1. 社會歷程重建－刑法取向

以法律社會角度處理社會福利問題的類型，大致可以分為三類：罪犯、病人與受害者。不論是單從少年事件處理法的內涵來看，其既有之司法處遇的色彩已逐漸降低，不僅由原有的報復主義轉為教育刑罰主義，也由罪犯矯治增益病患治療，對於被害者的協助甚至也蔚為司法處遇的主流之一。當然對應的司法處遇機制中，年齡的界線是最主要的考量因素。少年觸法的處理過程中，除了根本不構成犯罪和虞犯者外，最輕的處遇自然是少年法院依少年調查官調查之結果，認為以情節輕微，以不付審理為適當者，得為不付審理之裁定，並為左列處分：一、轉介兒童或少年福利或教養機構為適當之輔導。二、交付兒童或少年之法定代理人或現在保護少年之人嚴加管教。三、告誡⁸³。並得斟酌情形，經被害人同意，命少年為左列各款事項：一、向被害人道歉。二、立悔過書。三、向被害人支付相當數額之慰撫金。在少年宜教不宜罰的原則和微罪不舉概念的交互作用下，輕

⁸² 林瑞發，「法律與福利--以兒童福利的相關法令為例」，頁 8-11。

⁸³ 少年事件處理法(中華民國八十九年二月二日華總一義字第八九〇〇〇二八四〇〇號修正)§29(I)。

微的懲罰示警或許是嚇阻其不再觸法的良方。

2. 人民權益的維護—民法取向

社福、社工參與民法案件的形式，目前較常見的是以兒童最佳利益原則進行監護權和收養前的調查。兒童最佳利益的基礎即在以國家親權的原則，遂行兒童的福利與保護內涵。雖然尊重家庭與父母對於兒童的權利義務，家庭卻不能自外於其他公益，國家依然擁有相當的權力以限制父母決定兒童福利的自由和權威。國家既承認家庭的完整和隱私免被侵害，也保障所有成員應當享有的權利。儘管血緣關係是家庭親屬的核心關係，卻非所有關係的組合，至少經由婚姻結合的夫妻關係就非如此，在擬制親屬關係與實際血緣關係的家庭組合關係中，權利義務和福利網絡之間的遞送系統，究竟該如何落實，莫不是維護最佳利益的具體關鍵。探究家庭組織與功能的運作關係，將有助於讓司法社福、社工制度，更加落實於整個福利服務的運送體系之中。

3. 家庭制度與兒童保護—行政法取向

家事紛爭與兒童保護理念的轉變是深受社會變遷的影響。以憲法和刑法的規範層級和形式是無法直接有效處理家事和兒童虐待的問題，所謂法不入家門的概念正是傳統社會的風俗習慣，即使以民法的形式也多以處理彼此間親屬關係和財產繼承的問題為主，清官難斷家務事的困擾，也一直是無法解決的爭議。

隨著兒童保護理念的整體發展，政策理念的走向也隨之調整。

(1)受虐兒童先是在國家保護制度下，掙脫家庭虐待束縛，同時接受地方政府主管或委託機關的庇護。然而隨著家庭解組和經濟不繼而起的批判，再加上「二度傷害」負面效應的提出，只得限於需要緊急/致命之虞的受虐兒童，才得以符合運用的標準。

(2)將兒童帶離家庭之強制措施的評估檢討，逐漸發現在家庭中的受虐兒童和弱勢成員，可能共同受到來自相同家庭強勢成員的暴力侵犯來源，家庭暴力防治的觀點，應聲成為處遇措施的主流。平時保護令和緊急保護令的使用，配合司法警察的執法過程，起初的確收抵部分嚇阻的效果。但是在台灣社會中民主制度運作的機制中，卻不乏引用民意代表或其他權威人士的關說施壓，以致在現有社區福利體制規模不足的情勢裡，無法真正達到保護「跑得了和尚卻跑不了廟」窘境的被虐待威脅者，反倒是給了原本該受到保護令限制的施暴者報復的機會。最後，(3)細分兒童保護與家庭暴力防治經驗時，可以發現有許多為了維持家庭結構完整，卻以緘默封口默許方式從犯的家庭成員，不但破壞家庭既有功能，甚至也所有的溝通交流過程也都走樣，讓兒童和其他家庭成員在偏差的社會化過程，變態或不當的衍生為代間暴力傳遞的帶原者，甚至以「多年媳婦熬成婆」的模仿學習和互動關係者，搖身一變而為另個覆轍重演的施暴者。因此家庭暴力防治和家庭保護的觀點，自此需要更明確的釐清，變態與偏差的概念也更需深切的探討。家暴防治與而虐保護理念的結合與分離，正是整段過程的最真切寫照⁸⁴。

⁸⁴ 林瑞發，「法律與福利--以兒童福利的相關法令為例」，頁 12-24。

三、案例解析

要辨別行為是否違反社會法案，可參考下列幾點涉及違法之判斷基準來綜合判斷：

(一) 按兒童及少年福利法第 30 條第 2 款規定：「任何人對於兒童及少年不得有下列行為：二、身心虐待。」同法第 46 條第 1 項規定：「宣傳品、出版品、廣播電視、電腦網路或其他媒體不得報導或記載遭受第 30 條或第 36 條第 1 項各款行為兒童及少年之姓名或其他足以識別身分之資訊。兒童及少年有施用毒品、非法施用管制藥品或其他有害身心健康之物質之情事者，亦同。」同法第 63 條規定，違反第 46 條第 1 項規定者，各目的事業主管機關對其負責人及行為人，得各處新臺幣 3 萬元以上 30 萬元以下罰鍰，該報導因刊載受害兒童姓氏及居住地點，足以識別被害人身分，違反兒童及少年福利法第 46 條第 1 項有關出版品不得報導遭受第 30 條第 2 款行為之兒童及少年之姓名或其他足以識別身分資訊之規定。

(二) 按兒童及少年福利法之立法目的，係為落實兒童及少年之保護，參酌性侵害犯罪防治法相關法例規定，以強化對於兒童及少年保護個案之保密工作，以免對兒童及少年造成二度傷害，促進兒童及少年身心健全發展，保障其權益，增進其福利，故媒體報導不可恣意干預兒童及少年之隱私、家庭、住家或信函，兒童及少年對此等干預或侵害有依法受保障的權利，爰禁止新聞及文書揭露兒童及少年身分之資訊。舉凡得以知悉兒童及少年之個人資料包含兒童及少年照片或影像、聲音、住址、親屬姓名及其關係、就讀學校等詳細之個人基本資料，或其他讓人足以辨識兒童及少年身分之資訊，皆不得於揭露於公眾，相關人員應負專業上保密責任，原因無他，乃媒體之傳播及渲染力強，易對兒童及少年造成極大之傷害，爰賦予大眾媒體對兒童及少年人身資料保護之責任。

(三) 次按新聞事實之呈現，首應衡酌恪守法律規定與事實呈現之優先次序，必在不違法的情況下，始得以傳達事實真相；再者，所呈現之事實，如不利於社會風氣，或有影響兒童少年基本人權之虞者，是否有報導之必要？此即媒體所負之社會道德責任。媒體所表達之報導內容與方式，因具有強大之傳播力量，即使對事實之呈現，亦應以正面之報導匡正人心，始能提振媒體之教化功能，此即媒體自律精神之體現，新聞工作者雖身具傳播媒體之社會責任，披露社會案件時，盡可能做到迅速、詳實、正確報導，惟仍不得違反法律之規定，致侵犯兒童及少年之基本人權。兒童及少年福利法第 46 條第 1 項規定，課予媒體禁止報導遭受不正當行為之兒童及少年等足以識別其身分案件之義務，乃為免兒童及少年遭二度傷害所為之保護規定，媒體一旦報導足以辨識兒童及少年身分之內容時，即應究其責任予以處分，用以保障兒童及少年人格權之完整。

四、參考案例：○○報股份有限公司因違反兒童及少年性交易防制條例事件⁸⁵

⁸⁵ 中華民國行政院新聞局網站，<http://info.gio.gov.tw/ct.asp?xItem=35594&ctNode=3459>，查訪日期 2008 年 3 月 8 日。

查○○股份有限公司所出版發行之「○○報」於 xx 年 xx 月 xx 日第 F5 版刊登「日領、安全、保密、商務美眉、專車接送、18~30 歲 地點：彰化台中 09xx-514xxx」廣告 1 則，查系爭廣告刊載「日領、安全、保密、商務美眉、專車接送、18~30 歲...」字句，用以對外聯絡招攬顧客，系爭廣告並未在廣告上說明其確實之營業項目，且以具性暗示之煽情或暗喻之文字，附加聯絡電話以廣招徠，其為傳布性交易之訊息，依常理判斷均不難窺知。○○股份有限公司受理該項廣告，未加審視，遽予刊登，違反兒童及少年性交易防制條例第 33 條第 1 項規定甚明。

按兒童及少年性交易防制條例第 33 條之立法意旨，在於規範出版業者，於接受委刊廣告之際，應特別注意其內容，以防止不肖業者利用出版品或其他媒體刊登廣告，使人淪為性交易之對象，故立法授權凡以廣告方式，引誘、媒介、暗示或以他法促使人為性交易時，新聞主管機關即應依法核處，不以性交易事實發生為必要。訴願人既為出版品之媒體，對於政府制定本條例之目的在防制性交易，杜絕色情氾濫，自不可推諉無此認識，是○○股份有限公司對於類此以廣告方式散布或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，應負事前審查之責任，於刊登前注意防範。因之，訴願人受託系爭廣告刊登，未加審視，遽將之刊登於所發行之出版品上，明顯違反注意義務，自應負法律責任。

廣告之目的在於以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，其標的物為性交易之服務及與性相關之用品；甚而色情行業徵求從業人員等，均應屬色情廣告之範疇。而廣告內容是否足以引誘、媒介、暗示或他法促使人為性交易，不能單純以刊登文字之字義解釋為準據，而應以社會客觀觀念上是否足以達到上述目的為論斷(最高行政法院 93 年度判字第 978 號判決要旨參照)。○○股份有限公司既為媒體經營者，其執業之公信力影響公眾權益甚鉅，自應遵守兒童及少年性交易防制條例第 33 條第 1 項規定，於執業過程一旦發生錯誤、疏漏或不法情事，即可能對公眾造成損害；基於媒體經營者本身負高度之社會責任且對其社會公信力維護，自應就媒體專業善盡其注意義務。且查兒童及少年性交易防制條例 33 條第 1 項係行政秩序罰，一經構成要件相當，新聞主管機關即得核處；○○股份有限公司於刊登系爭廣告前，未盡查核、過濾之責，對該違法事實，縱無故意，亦有過失。

邇來許多色情業者鑑於政府大力執行掃黃專案後，已不敢再明目張膽地在報刊上以各種性明示用語招攬客人，而係以掛羊頭賣狗肉方式，化身為「瘦身」、「美容」、「護膚」等廣告，以規避政府之執法；另色情廣告主流，其廣告特性趨向無任何特性甚至只留電話號碼，形容用語由性挑逗趨向無任何性挑逗，自性暗示或性明示趨向無任何性相關用語或圖片，益徵性交易廣告之訊息必隨社會客觀觀念改變而改變。本件依一般社會常理經驗，實不難窺知系爭廣告隱藏色情成分，緣系爭廣告又未在廣告上說明其確實之營業項目，僅刊載「日領、安全、保密、商務美眉、專車接送、18~30 歲...」云云字句，衡諸社會一般客觀環境之認知，已足使不特定人一望即知係引誘促使人為性交易之訊息。又色情交易之訊息殆無可

能明示刊登之，必藉由隱藏於文字、圖畫或符號等背後，而藉由社會約定成俗所形成之性交易訊息，行色情交易之實；近來色情廣告刊登之方式，漸由「明示性」之挑逗文字或符號或圖畫趨向「暗示性」之隱喻，社會大眾實不難由其常理經驗，認知系爭廣告隱含色情訊息，受其引誘或暗示進而從事性交易。○○股份有限公司怠於審視任令其刊登，足徵有違本法立法意旨，殆無疑義。是○○股份有限公司訴稱其內容無任何足以引誘、媒介或暗示為性交易之訊息云云，顯係有誤。

至○○股份有限公司主張兒童及少年性交易防制條例第 1 條明定立法目的是為保護兒童及少年免受性交易之危害，若對象並非兒童及少年應不在該法所規範之內云云；惟查該條例之立法目的固「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件」，然其制定，係鑒於各種媒體上色情廣告氾濫，助長淫風，且廣告之內容通常不記載被引誘對象之年齡，而特設之處罰規定，並非僅以未滿十八歲之兒童少年為保護對象（最高法院 87 年 3 月 3 日 87 年度第二次刑事庭會議決議參照）。該條例第 33 條既未明文限於未滿十八歲之兒童少年，參酌上開決議意旨，該條例第 33 條自不應解為僅以兒童、少年為限；另系爭廣告已足使不特定人一望即知係引誘促使人為性交易之訊息，已如前述，且兒童及少年性交易防制條例第 33 條第 1 項規定，在規範媒體不得傳達足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息，不以確有性交易為要件，足見○○股份有限公司上開主張，尚難採據。

○○股份有限公司身為傳播媒體，自應對於社會脈動具高度敏感性，並瞭解媒體傳播之效果無遠弗屆，於接受委刊之初，對於委刊內容有致性交易訊息之虞之廣告，應加過濾、查察，竟怠忽媒體專業判斷能力及所應負之責任，任令刊登，所辯各節，顯不足採。查本案系爭廣告業經臺中市警察局循線查獲，據 O 女等人到案證實，有臺中市警察局第 xx 分局違反社會秩序維護法案件移送書附卷可憑，足證其為招攬客戶之色情廣告無疑，該廣告之內容，既構成首揭規定所稱引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易訊息之行為，即應依法論處，與其已否達成性交易之行為無關。原處分認事用法並無不當，應予維持。

十一.【服裝設計與法律】

一、主題案例：服裝設計圖侵權案⁸⁶

甲○○自民國（下同）84 年 5 月間起至 88 年 7 月間止，與其妻乙共同經營「良心服裝行」，經銷 A 國際股份有限公司（簡稱 A 公司）之服飾；至 89 年 1 月間，甲○○又以其妻乙○○之名義，在臺北市○○路 27 號 5 樓申請設立 B 有限公司（簡稱 B 公司），並擔任實際負責人。

⁸⁶ 臺灣高等法院 94 年度上更(一)字第 665 號刑事判決，最高法院九十五年度台上字第三七五三號刑事判決。

甲○○明知服裝設計圖，為 A 公司負責人王○○分別於 82 年間某日、86 年 10 月間某日所創作完成之著作，且業將著作財產權轉讓予 A 公司，並將設計完成之服飾分別於 87 年 3 月、88 年 3 月印製在該公司出版之型錄上。

詎甲○○明知未經 A 公司之同意，竟與大陸地區成年人謝○○共同意圖銷售圖利，基於犯意之聯絡及散布侵害著作權之物之概括犯意，由甲○○於 88 年間某日，向謝○○訂購如服裝設計圖之美術著作衣物，旋由謝○○接續在大陸地區生產後，吳○○自 88 年 12 月間起，由大陸地區輸入由謝○○生產如服裝設計圖所示上衣、褲子，並連續多次對外販售予不特定之下游中盤商牟利。又於 89 年 1 月間某日，委請不知情之 C 廣告事業有限公司製作成衣廣告型錄對外廣告宣傳。嗣經 A 公司發現該廣告型錄第 11 頁上衣、第 12 頁褲角圖形侵害其如服裝設計圖所示之美術著作，並於 89 年 4 月 12 日，自 D 服飾店內購得 B 公司銷售之侵害著作權之仿冒衣褲各一件，而報警查獲。

二、主題說明

(一) 智慧財產權的性質

智慧財產權(Intellectual Property Rights,簡稱IPR)，係指人類精神活動之成果而能產生財產上之價值者，並由法律所創設之一種權利。因此，智慧財產權必須兼具「人類精神活動之成果」，以及能「產生財產上價值」之特性。就「人類精神活動之成果」之特性而言，如果僅是體力勞累，而無精神智慧之投注，例如僅作資料之辛苦蒐集，而無創意之分類、檢索，並不足以構成「人類精神活動之成果」。又此一「人類精神活動之成果」如不能「產生財產上價值」，亦無以法律保護之必要，必須具有「財產上的價值」，才有如一般財產加以保護之必要。而目前我國為了保障智慧財產權所制訂的法律主要有專利法、著作權法、商標法、營業秘密法、積體電路電路布局法⁸⁷。

智慧財產權近年來在我國受到高度重視，權利人意識抬頭，個人與企業競相取得權利保護，並頻頻對不法侵害與競爭對手提出訴訟，因此近年來法院有關智慧財產權之訴訟案件比往年增加許多，智慧財產權性質上屬於無體財產權，是一種抽象存在的權利⁸⁸。所謂無體財產，是相對於有體財產而言。有體財產的權利發生、取得、讓與，都與有形的物體有密不可分的關係；然而無體財產與有形物之間則沒有直接的關係。以下分別述之。

- 1.就權利之發生而言，有體財產權之權利係以有形物之存在為前提，不論是動產、不動產，也不論是所有權或擔保物權，都是如此。如果該物具體上並不

⁸⁷ 范建得，簡維克，「以仲裁解決智慧財產權糾紛之利弊研究」，

http://www.au.edu.tw/ox_view/photo/pub/%B4%BC%BCz%B0%B2%A3%C5v01.doc，查訪日期 2008 年 3 月 9 日。

⁸⁸ 謝銘洋，「智慧財產權的性質」，

http://www.au.edu.tw/ox_view/photo/pub/%B4%BC%BCz%B0%B2%A3%C5v01.doc，查訪日期 2008 年 3 月 9 日。

存在，則不能產生任何物權，頂多只能產生債權，縱使該物原先存在，而後來歸於消滅，則原先存在於其上之物權也會歸於消滅。

2. 智慧財產權之發生則不以有形物之存在為前提。固然智慧上之創作經常必須借助有形物始能讓人了解其創作之內容，然而其只是一種表現形式而已，並非權利發生之前提（在例外情形，有些國家規定著作必須固著於有形物，此時該有形物之存在就屬必要，然而值得注意者，這種情形其保護之對象仍然為抽象存在之創作內容，而非該有形物），有許多創作不需借助有形物仍然可以讓人了解其創作內容，例如即席演說，即興演奏，或是透口頭敘述之技術思想。亦即縱使欠缺有形物之存在，原則上無體財產權仍然可以發生，此與有體財產有相當大之不同。
3. 有體財產權不僅必須有有體物之存在始能發生，而且其權利只能存在於特定之有形物上，不同物分屬不同之有體財產權客體，甲物之財產權效力原則上並不能及於乙物。然而無體財產權是屬於抽象存在之權利，其權利之效力並不受限於特定之物，以著作權和專利權而言，縱使其創作內容曾經透過某有形物表現出來，其權利之效力並不只存在於該有體物，而是廣泛及於任何表現出相同創作內容之有形物上。因此著作權人印製一千本書，或發明人製造一千個產品，這些物品都為智慧財產權之效力所及。由此可知，智慧財產所保護之對象並非有形物，而是無形存在之一定內容。具體而言，著作權法所保護之對象為「著作」，而非「著作物」，專利法所保護之對象為技術之「發明」，而非「專利品」，商標法所保護之對象為「商標」，而非「商標品」。
4. 此外，無體財產權與有體財產權在權利之移轉取得上亦有相當大之差異。有體財產權之權利移轉，在動產之情形必須有物之交付，而在不動產之情形則必須為移轉登記，才能發生權利移轉之效力。而在智慧財產權之情形，其權利之取得並不以有形物之交付為前提，原則上只要雙方有讓與之合意，即發生移轉之效力。至於有形物之交付（例如技術資料等），原則上並非必要，亦不影響智慧財產權讓與之效力。只有在例外之情形，有體物之交付才會對無體財產權讓與之效力有所影響，例如我國民法第五一五條之一第一項規定，在出版契約之情形，「出版權於出版權授與人依出版契約將著作交付於出版人時，授與出版人」，其係為保護著作權人，而特別規定出版權於著作交付時始移轉於出版權人。至於登記，雖然有些智慧財產權法（專利法與商標法）要求權利移轉時須為登記，然而此種登記亦僅屬於對抗效力而非權利移轉之要件。

（二）「服裝設計」是否也受著作權法之保護

依智慧財產權局之解釋⁸⁹，美術著作包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）、素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作；圖形著作則包括地圖、圖表、科技或工程設計圖及其他之圖形著作（參見著作權法第五條第一項各款著作內容例示第二項第四款及第六款）。所稱之「服裝設計」之表現方式如果是利用色彩、明暗、線條、平面的或立體的美術技巧，以美感為特徵而表現思想或感情之創作，可認係美術著作；如果是利用圖之形狀、線條等製圖技巧，以學術或技術之表現為特徵而表現思想或感情之創作，則可認是圖形著作，均可受著作權法之保護。但所謂「服裝設計」究竟是否屬於美術著作或圖形著作，還是根本不是著作，必須就具體個案參照著作權法的規定來認定。（著作權法第五條第一項各款著作內容例示 II-4、II-6）

服裝設計本身或造型非著作權保護對象，但設計圖可用圖形或美術著作受著作權法保護。依圖製衣，除非是再現圖形上之圖案花紋，屬圖形或美術著作之重製行為，否則僅屬按圖施工之實施行為，尚不構成著作權侵害。有人認為如果服裝發表會上的服裝設計不受著作權法的保護，則服裝設計師辛苦的構思一發表就被依樣化葫蘆地抄襲，豈不是很不合理，然而，著作權法不能保護風格或造型，以免不當壟斷，否則巴黎某大師今年採用不對稱尖領上衣，配深綠色系列之 A 字裙或百折裙設計，是否會造成所有服裝均不得採此作法？從而，重製一件跟被重製的服裝一樣，但其布料或其花紋跟被重製的原服裝不同，但是其型式樣態都一樣，或仿製一件名牌新款上衣，樣式花色都一樣，但沒有該名牌的商標在上面，應均不構成著作權之侵害，至於引用同一系列風格或造型，是否違反行規或被認為是服裝界之抄襲，則為另一問題。

（三）著作權法所欲保護的著作內容

著作權法第十條之一規定：「依本法取得之著作權，其保護僅及於著作之表達，而不及於其所表達之思想、程序、製程、系統、操作方法、概念、原理、發現。」著作權法保護表達而不保護觀念，係因「著作權法所保護者為著作之原創性，如著作人在參考他人之著作後，本於自己獨立之思維、智巧、匠技而推陳出新創造出另一獨立創作，該作仍不失為原創性，並不因其曾經受他人創作之影響而有差異，否則不僅拘束創作人之思維、構想，亦將嚴重影響文藝美術之發展⁹⁰。」那麼如何去區分觀念與表達，進而決定原著作受保護的範圍，以及系爭兩著作間是否可認為實質近似，將成為判斷具體個案有沒有侵害著作權的一個重要的基礎。

我國主管機關亦承認構想與表達區別的概念，惟查其歷年所著相關函釋中，僅見抽象性說明：「著作權法所保護者乃觀念、構想等之表達方式，非觀念構想之本身，著作如係確出於著作人獨立創作之結果，其間並無抄襲之情事，縱或有

⁸⁹ 智慧財產權局，「「服裝設計」是否也受著作權法之保護？」

<http://www.tipo.gov.tw/copyright/qaContent.asp?subtitle=%B0%D1%A1B%B5%DB%A7%40%A4%CE%B5%DB%A7%40%A4H&type=%B5%DB%A7%40%C5v>，查訪日期 2008 年 3 月 8 日。

⁹⁰ 台灣高等法院八十年度上易字第五七四二號刑事判決。

雷同或相似，各人就其著作均享有著作權⁹¹。」至於個案上的具體判斷仍交給法院。法院實務上用以判斷是否構成抄襲、兩著作是否實質近似時，也一定會先經過區別構想與表達的檢驗程序，如：「兩人先後在相同地點、角度，並以相同條件拍攝同一風景照片，畫面縱然相同，仍為兩獨立之創作，亦互不發生侵害他人著作權之問題。」就是法院在說明構想與表達區分時，最常舉的典型案列。

對於一些無法加以解構的著作，例如美術著作、圖形著作、多媒體著作等，美國法院通常用「整體觀念及感覺測試法」加以判斷：亦即將兩個著作整體性地加以觀察後所得到的觀感或著作所給人的意境，都是屬於表達的範圍。惟本文認為，對於這些視覺上的感官刺激創作，仍可以運用抽象測試法的精神，來處理其在觀念和表達上的區分；換言之，經由人類感官所能觀察到的感覺或意象，仍可以透過一些理則思惟將之類推出存在於意象中的「模式」。事實上，從國內外許多判決中，我們仍可以追尋到法院在「解構」觀念與表達時所表現出的思考軌跡。例如兩件同以蝴蝶、蜜蜂等昆蟲來作為裝飾主題的飾品，觀察者首先可以從風格、整體感覺等初步判斷兩件作品是否具有同一性；接著，由於蝴蝶是大自然裡原本就存在的生物，所以「採用蝴蝶、蜜蜂等昆蟲來作為物品的裝飾」，可以說只是一種創意或點子而已，人人都可以使用，而蝴蝶有牠通常既定的形態，例如觸角、身體、翅膀的大致比例和通常搭配等等，除了重大「變種」的情形之外，任何人使用「蝴蝶」的形象作為素材，都會受限於一定的範圍，也就是說畫起來都是讓人一眼就看出那是「蝴蝶」的形狀，這一部份的內涵，應該就相當於「抽象測試法」中可被抽離出來的具有普遍性的「模式」，在此抽象性質以外的具體表現，仍舊有很多的空間提供各式各樣的表達形式。換句話說，此等作品受保護的部份，應該是「如何把蝴蝶應用在飾品上，蝴蝶的姿態、細部的顏色與線條處理，和其他藝術性的表現」，而不是「把蝴蝶用在髮飾上」這一部份⁹²。

（四）美術著作受保護的表達

美術著作係指以描繪、著色、書寫、雕刻等平面或立體之美術技巧表達線條、色彩、明暗或形狀等，以美感為特徵而表現思想或感情之創作⁹³，其具體內容，則包括繪畫、版畫、漫畫、連環圖（卡通）素描、法書（書法）、字型繪畫、雕塑、美術工藝品及其他之美術著作⁹⁴。因此，美術著作應受著作權法所保護的表達，即係指著作人運用其智巧、匠技，並以一定客觀方式所呈現出來者。並且，受到保護的部份尚及於該著作非直接刺激觀賞者感官而呈現出著作人精神內涵的「內面的形式」。例如，一幅「少女在星空下祈禱」的繪畫，除了保護整幅圖面既有的，直接可由感官探知的外面形式之外，其星空的藝術表現手法、少女與

⁹¹ 內政部台（八二內著字第八二〇五六二四號、台（八二）內著字第八二二四〇四二號、台（八三）內著字第八三〇二七七八號、台（八三）內著字第八二四〇四二號、台（八六）內著會發字第八六〇一四六三號、台（八八）內著會發字第八七〇六〇九七號等函釋參照。

⁹² 張桂芳，「美術著作與圖形著作之立體化於著作權法規範地位之研究——從我國實務現象之評析出發」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 57。

⁹³ 內政部台（八五）內著會發字第八五二〇〇七四號函。

⁹⁴ 內政部台（八一）內著字第八一八四〇〇二號函：著作權法第五條第一項各款著作內容例示。

星空的相對位置、少女的姿態等等，都是整個美術著作內涵的重要構成部份；如果另一幅圖畫就這些「內面的形式」加以判斷，被認為具有同一性的話，則不會因為某些外面的形式的不同（星空裡排列不同的星座、少女的面容不一樣、著色不盡相同等）而異其法律上有抄襲可能性的評價。

（五）圖形著作受保護的表達

圖形著作可說是著作類型中較複雜的一個領域。從內政部台（八一）內著字第八一八四〇〇二號函著作權法第五條第一項各款著作內容例示看來，圖形著作包含了地圖、圖表、科技或工程圖形及其他之圖形著作。事實上，這幾個被例示出來的項目，仍可以再予細緻地類型化，而分別異其受保護的內涵。依著作權法第三條第一項第一款來看，圖形著作除了不太可能是文學範圍的創作外，其屬性分別跨於科學、藝術、或其他學術範圍，甚至兼具兩者以上。以下大別為學術性或功能性的圖形著作和地圖著作做說明：

1. 學術性或功能性的圖形著作

科技或工程圖形等，與建築設計圖、司法表格、電腦程式、服裝設計圖等同被歸類於功能性著作（functional works）之範疇，這些著作的價值主要在於實現特定任務的實用性。因此，在功能性著作中，其表達方式和藝術上的吸引力，只是附隨於著作的主要目的（即實用性）而已。在此類著作中，我們必須嚴格區分「著作的實用任務所在」與「著作受法律保護的內涵」係兩種不相同的概念。有時圖表所呈現出來的，是一種對於他種表達方式的解析或解構，例如以語文著作的形式所呈現出的學術論文，對於某一段艱澀難懂的文字敘述以圖表的方式繪出，讓讀者透過不同的感官界面，得以分析消化其語文著作所要傳達的內容，也可能受到著作權法的保護，而且這種情形正可以用來說明觀念與表達的區分——該圖表以「圖形著作」的地位受到著作權法上的保護，是因為其「表達方式」具有原創性，而不及於其所傳達語文著作的內容；如果有人將同一語文著作的內容以另種圖表方式加以表達，是不會侵害此圖形著作的，至於有沒有侵害語言著作本身，則屬另一問題。

2. 地圖著作

最複雜的圖形著作當屬地圖著作。地圖著作通常是將地球上的現象以一定的記號客觀表現，著作人個性的表現餘地較少，比起文學、音樂、造型美術上之著作，受著作權保護範圍也相對較狹；但由於地圖著作關於各種素材的取捨選擇、配列及其表示方法，地圖製作者的個性、學識、經驗等頗具重要影響，所以在地圖著作中，仍有創作性表現的餘地。因而地圖的可著作性，可綜合上述素材選擇、配列及表現方法等來加以認定。地圖著作所呈現出來的表達，往往兼具了美術性、學術性及功能性。

（六）何謂「重製」

著作權法第3條第1項第5款規定：「重製：指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作。於劇本、音樂著作

或其他類似著作演出或播送時予以錄音或錄影；或依建築設計圖或建築模型建造建築物者，亦屬之。」其 92 年 7 月 9 日之修正理由如下⁹⁵：

1. 按「與貿易有關之智慧財產權協定 (TRIPS)」(下稱 TRIPS) 第九條規定，會員應遵守一九七一年伯恩公約第一條至第二十一條規定。又伯恩公約第九條第 (1) 項規定「受本公約保護之文學及藝術著作之著作人應享有不論以任何方式或形式授權重製其著作之專有權利」，為因應數位化網路科技之發展，爰參酌歐盟二〇〇一年資訊社會著作權及相關權利協調指令 (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society，下稱歐盟二〇〇一年著作權指令) 第二條及第五條第一項規定，修正「重製」之定義，使包括「直接、間接、永久或暫時」之重複製作。另並於第二十二條增訂第三項及第四項，使特定之暫時性重製情形不屬於「重製權」之範圍。
2. 又於數位化網路環境下，重製並不以「有形」之重複製作為限，爰將「有形」二字刪除。

「重製權」無疑是構成著作權內容的各種利用權中最重要的權利；從另一觀點而言，著作利用權即是圍繞著重製權的內涵所組成。而所謂的無形的重製，則包含了上演、演奏、播映等，法制上均採取以明文獨立為各種權能的方式立法。從著作權的發展歷史來看，早期重製權之所以以「有形」為其必要的要件，肇因於印刷術的發達，實則傳統的無形重製行為，包含了音樂的演奏、戲劇的演出等，在發展歷史上遠早於有形的重製；此類利用形態雖然出現較早，但人們意識到應對其加以保護卻屬晚近的概念；而科技發展更為著作的利用形態帶來許多衝擊與新意，使重製的概念益形擴張，如播放、播映等。尤其是電腦程式的興起、網際網路的發展，皆促使重製的概念不斷受檢討。因此即使欲重組著作利用權的體系，仍須從掌握最中心的重製意義出發，而找出其本質，始能因應。

(七) 何謂「改作」

在廣義的重製概念下，將原著作加以若干改變後，再現為使第三人能感知之某種表現形式，雖然其改變之結果成為並非與原著作之形態完全相同之物，惟此種利用方式仍被認為應劃歸為著作財產權人的專屬領域，一般稱為改作權。例如將小說改編為劇本、拍成電影、本國文翻譯成外國文等。改作行為的特殊意義，在於經由此種利用行為，將產生另一個具有受法律保護地位的新著作，則原著作與第二次著作（衍生著作）間，及其利用人間所可能產生的複雜關係，即深值探究。

改作權之本質為一種間接的重製或廣義的重製，早期各國法僅規定重製權而無改作權，改作的概念乃包含於重製權的概念中，其後隨著著作財產權利用體系

⁹⁵ 法源法律網，<http://db.lawbank.com.tw/FLAW/FLAWDOC01.asp?lsid=FL011264&lno=3>，查訪日期 2008 年 3 月 9 日。

的逐步確立，始行分化獨立。伯恩公約第十二條即規定：「文學或美術著作之著作人，享有授權改編編曲及為著作之其他改變的排他權利。」第十四條復規定：「（1）文學或美術著作之著作人，享有左列授權之排他權利：a.將著作改編及複製為電影，以及將該改編或複製之著作頒布b.將該改編或複製之著作公開上演及演奏，以及以有線廣播公開傳達（2）文學或美術著作改編為電影作品的其他美術形式，應經原著作之著作人的同意。……」且其第二條第三項更規定：「文學或美術著作之翻譯、改編、編曲或其他改變，在無害於原著作著作權之範圍內，與原著作受同樣的保護。」美國著作權法第一〇六條第二款亦規定，著作人有將其著作製作為衍生著作的權利，所謂衍生著作，係指本於一種以上既存著作而以翻譯、編曲、摘要、濃縮等方法將該著作予以改寫、變更形態或改作⁹⁶。

三、案例解析

要辨別一行為是否違反著作權法，可參考下列幾點涉及違法之判斷基準來綜合判斷：

（一）服裝設計圖是否屬於美術著作？亦即服裝設計圖之平面著作內已有標示尺寸，則依該圖形之尺寸、規格及結構，將圖形之概念製成立體物，屬實施行為或重製行為？服裝設計是否為美術著作（包括美術工藝品），須以是否具備美術技巧之表現為要件，如作品非以美術技巧表現思想或感情者，亦即未能表現創作之美術技巧者，尚難認係美術著作。又所謂重製，依著作權法第三條第一項第五款係指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法有形之重複製作。亦即重製乃「著作內容之重現」，此與依著作標示之尺寸、規格或器械結構圖等，以按圖施工方法將著作表現之概念製成立體物，而「並未再現著作內容」之實施行為自屬有別。故以按圖施工之方法將著作表現之概念製成立體物，須其外形在客觀上已使一般人無法認知係同一者，方屬非受著作權保護之實施；亦即依服裝設計圖所完成之服裝，若服裝上未再現設計圖上之圖樣，僅屬依圖實施，非重製之行為，尚不致侵害設計圖之著作權。

（二）著作權法第五條第一項第四款之美術著作，係著作人以著色、書寫、雕刻、塑型（形）等平面或立體之美術技巧表達線條、色彩、明暗或形狀，以美感為特徵而表現思想感情之創作。作品是否為美術著作（包括美術工藝品），須以是否具備美術技巧之表現為要件，如作品非以美術技巧表現思想或感情者，亦即未能表現創作之美術技巧者，尚難認係美術著作，本案之服飾設計圖及其上之美術圖樣，「其創作之構想著重點、線、面之結合，圖樣之概念以點狀為基礎，以點狀感為圖樣主要之要素」、「上開服飾設計圖對於服飾之線條、造型、滾邊、花紋等，均有清楚之描繪，並有其美感及獨創性，屬王○○基於精神作用之藝術創作」，而謂「依據著作權法第三條第一項第一款對於『著作』之定義，該等服飾設計圖屬於著作權法第五條第一項第四款之美術著作」，亦即服飾設計圖及其上

⁹⁶ 張桂芳，「美術著作與圖形著作之立體化於著作權法規範地位之研究——從我國實務現象之評析出發」，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 83-85。

之美術圖樣，是王○○以著色、塑型等平面之美術技巧表達線條（如圓點、曲線、花紋等）、色彩（如鑲嵌五彩透明亮片等）及形狀（如鏤空、滾邊、繞繩股、亮片及水珠圖形等）等，表現感情之創作，而為美術著作。

（三）甲○○意圖銷售而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權罪、第 93 條第 3 款之以第 87 條第 3 款（輸入未經著作財產權人授權重製之重製物）方法侵害他人著作權罪、同條款之以第 87 條第 6 款（明知為侵害著作財產權之物而以移轉所有權之方式散布）方法侵害他人著作權罪。

四、思考問題

將平面之美術或圖形著作轉變為立體形式究屬重製，抑或實施行為？

五、參考案例：霹靂Q版娃娃案⁹⁷

甲○○係設於臺北縣板橋市○○路○段 141 號「五隆木偶社」之負責人，乙○○為甲○○之妻，二人共同經營「五隆木偶社」，其等明知「慕少艾」、「人形師」、「風之痕」、「蝴蝶君」、「赦生童子」、「劍子仙跡」、「北辰元凰」、「公孫月」、「洛子喬」、「憶秋年」、「人邪」、「葉小釵（龍城版）」、「吞佛童子」、「談無慾」、「疏樓龍宿」、「北辰鳳先」、「赦生童子（紅髮殺體版）」、「素續緣（刀鋒版）」、「素續緣（九皇版）」、「一頁書（九皇版）」、「羽人非獍」、「白馬縱橫」、「苗飛飛」、「偃雲溪」、「北辰胤（無冠帽版）」、「素還真（龍城版）」、「劍子仙跡（嬉遊記造型）」、「佛劍分說」、「阿九」、「炎熇兵燹」布袋戲偶均為「霹靂國際多媒體股份有限公司」（下稱霹靂公司）享有著作權之美術著作，非經霹靂公司之授權或同意，不得擅自改作，竟基於意圖營利之犯意聯絡，自民國 93 年底某日起，在上址「五隆木偶社」內，由乙○○負責接受訂單，由甲○○負責以將上開霹靂布袋戲偶之臉部卡通化，頭部、身體比例縮小，臉形改變，並仿效上開霹靂布袋戲偶之髮型、服飾、臉部特徵製成 Q 版娃娃之方式，共同擅自改作上開霹靂布袋戲偶而侵害霹靂公司之著作財產權，並意圖散布，明知其等所製作之「慕少艾」Q 版娃娃等均係侵害霹靂公司著作權之物，仍將之公開陳列於上址「五隆木偶店」內，以每尊 Q 版娃娃新臺幣（下同）3,800 元之價格出售予不特定人牟利，並均恃此為生，而以之為常業。嗣於 95 年 5 月 17 日下午 3 時許，經警持搜索票於上址「五隆木偶店」搜索查獲，並扣得「慕少艾」Q 版娃娃 1 尊、「人形師」Q 版娃娃 1 尊、「風之痕」Q 版娃娃 1 尊、「蝴蝶君」Q 版娃娃 3 尊、「赦生童子」Q 版娃娃 1 尊、「劍子仙跡」Q 版娃娃 2 尊、「北辰元凰」Q 版娃娃 1 尊、「公孫月」Q 版娃娃 2 尊、「洛子喬」Q 版娃娃 2 尊、「憶秋年」Q 版娃娃 1 尊、「人邪」Q 版娃娃 1 尊、「葉小釵（龍城版）」Q 版娃娃 1 尊、「吞佛童子」Q 版娃娃偶頭 1 顆、「談無慾」Q 版娃娃偶頭 1 顆、送貨單 350 張、估價單 172 張。

又甲○○雖以上開霹靂布袋戲偶均係沿用習知之服裝、髮型設計，不具原創性，應不受著作權法保護等語置辯；惟證人即霹靂公司造型組組長樊仕清於原審

⁹⁷ 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 1133 號刑事判決。

理中具結證稱：我是霹靂公司造型組組長，主要負責劇本內所要演出角色的製作、組裝完成，供現場拍片使用；是先有劇本，由編劇設定角色的名單、背景、個性，交給造型組去想像角色的外型，上開霹靂布袋戲偶的服裝都是我自己設計的，髮型有一半以上也是我設計的，並沒有參考其他人的作品，服裝設計好後會先請裁縫師做衣服，做好後如果我不滿意，我會再補一些東西上去，植髮則係由我們自己做，木偶頭則係由簽約的雕刻師做的，之後再組裝起來做成木偶，交給老闆、編劇看，通過後就交給片場人員拍戲使用；服裝一定有原創手稿，髮型沒有，髮型是我們拿到偶頭後一邊做一邊想；做這個工作後，我很少看布袋戲或武俠連續劇等，都是看時裝秀，希望設計的東西不要跟以前的東西有雷同，希望東西有原創性，我都是看到編劇的人物設定後，想像要怎樣表達他的人物特性，例如蝴蝶君的角色設定是視錢如命的殺手，又風流倜儻，所以我在他的服裝上加上水鑽，表示他很愛錢、也很有錢，他的名字叫蝴蝶君，蝴蝶的色彩繽紛，衣服上就使用漸層的紅色表示他名字的特徵，左肩上本來是放黃色火焰，後來成品出來後我把它改成 1 隻蝴蝶等語，並有原創手稿圖共 34 張附卷可稽，足見上開布袋戲偶之服裝、髮型均係證人樊仕清或其組員之獨立創作無疑；又上開「慕少艾」等布袋戲偶雖均係著古代服裝、蓄長髮，惟著作權法所謂之著作，係指屬於文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作，故只需本於自己獨立之思維、智巧、技匠而具有原創性之創作，即享有著作權，且原創性非如專利法所要求之新穎性，倘非重製或改作他人之著作，縱有雷同或相似，因屬自己獨立之創作，具有原創性，亦同受著作權法之保障（最高法院 89 年度台上字第 2787 號判決意旨參照），是上開「慕少艾」等布袋戲偶是否應受著作權法保護，自應視上開布袋戲偶之髮型、服裝、臉部特徵設計是否為獨立創作，且由整體觀之，其髮型之樣式、髮色、髮飾、服裝之樣式、花色、飾品及其整體之組合方式是否具有一定之創作高度而定，並不僅因上開布袋戲偶均係著古代服裝並蓄長髮即當然不受著作權法之保護，而觀諸上開「慕少艾」等霹靂布袋戲偶，不論係在髮型之樣式、髮色、髮飾、服裝之樣式、花色、飾品及其整體之組合方式上均極具特色，亦表達出作者所欲彰顯之人物獨特性及個性，且此種用色大膽、顏色對比鮮豔、裝飾華麗、臉部各具特徵之布袋戲偶，亦與過去傳統之布袋戲偶截然不同，顯非沿用傳統布袋戲偶之服裝及髮型設計。因之，上開「慕少艾」等布袋戲偶既均為證人樊仕清或其組員之獨立創作，並具有相當之創作高度，自應受著作權法之保護。

修正前著作權法第 94 條所謂以犯第 91 條、第 92 條或第 93 條之罪為常業者，係指專以觸犯第 91 條或第 92 條、第 93 條，或兼犯前揭 2 條以上之罪，為其日常之職業，賴以為生而言，為第 91 條、第 92 條或第 93 條犯罪之加重態樣，且性質上屬多數行為之集合犯，法律上擬制為一罪，其反覆從事之多數行為相互間並不發生連續犯、牽連犯或想像競合犯之問題。如基於常業之犯意而犯第 91 條、第 92 條或第 93 條之罪，則應擇其重者論意圖銷售或出租而擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業罪。最高法院 92 年度台上字第 4415 號判決意旨參照。查甲乙二人係以「改作」而非「重製」之方式侵害霹靂公司之著作財產權一

節，已如前述，是核甲○○、乙○○所為，應均係犯修正前著作權法第 94 條、第 92 條擅自以改作之方法侵害他人之著作財產權為常業罪及同法第 94 條、第 93 條第 3 款以犯明知係侵害著作權之物意圖散布而公開陳列為常業罪，依上開說明，即應擇其重者論以甲乙二人擅自以改作之方法侵害他人之著作財產權為常業罪。公訴意旨漏未斟酌上情，認甲乙二人所為均係犯修正前著作權法第 94 條、第 91 條第 2 項擅自以重製之方法侵害他人之著作財產權為常業罪，容有未洽，惟其起訴之基本事實同一，本院自應予以審理，並變更起訴法條。又甲乙二人就上開犯行間，有犯意之聯絡及行為分擔，皆為共同正犯。

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第一次會議—會議記錄

會議時間：96 年 8 月 10 日，晚上六點至十點

會議地點：捌樓異國美食館(高雄市苓雅區興中二路 35 號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光助理教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、李洙德教授說明計畫構想：

本計畫的目標在於將法律理論的教授留給法律系的養成訓練，並且放棄盤根錯節的法條結構運用介紹，回歸生活化與本土化兩大原則。就生活化而言，全面選擇日常生活中涉及學生生活的案例，例如租賃、車禍、智慧財產權以及消費爭議；就本土化而言，全面選擇本國案例以利教師與學生更關心其所在的土地，例如成功大學 MP3 事件、黃立成誹謗立法委員案等。

二、三位老師提出的議題討論：

1. 本教材每單元以多少字為洽當?
2. 本教材總字數多少為原則?
3. 在解決本教材字數以前是否應該先處理本教材的設計與使用方式?
4. 本教材的單元三位老師如何配置?
5. 今後的集會方式與開會方法?

三、決議：

1. 本教材每單元以 7000 字~8000 字為主。
2. 三位撰稿人各自有 50000 字的撰稿責任分配。
3. 本教材撰寫的執行方法，採取哈佛式個案教學方法寫作模式每一個主題都具備(1) 事實陳述、(2) 思考方向、(3) 爭點分析以及 (4) 法律解析。
4. 教材撰寫的執行分工：
 - (1) 李洙德：公平交易法、智慧財產權、集體勞動法、個別勞動法。
 - (2) 張鈺光：民法、消費者保護法。
 - (3) 鄭仰峻：兩性工作平等法、勞動基準法、性騷擾防治法、性侵害犯

罪防治法、醫療與法律、工程與法律、媒體與法律、社會
工作與法律、服裝設計與法律。

5. (1) 每個月定期面談一次，地點基本上為高雄或台北。
- (2) 每星期透過 msn 開會，並掌握進度

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第二次會議—會議記錄

會議時間：96 年 9 月 7 日，晚上六點至十點

會議地點：三皇三家(高雄市苓雅區林泉街 77 號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光助理教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、三位老師提出的議題討論：

1. 如何定義本土性教材?
2. 各單元的主題案例該如何呈現?
3. 課程教材的設計為何?授課方式為何?

二、出席老師發言後彙整共識：

1. 本土性教材將以學生為本位，摒除老師想要學生學什麼，而是學生想知道什麼。且秉持「生活法律」為核心，從學生最常接收的資訊找材料。
2. 將鎖定以個別法律議題為學習主題，挑選最新時事案例作為帶領學生學習該單元的引導線與切入點，而以投影片或是書面講義介紹該案例，或於教材中直接將該案例的背景或基本陳述。
3. 課程設計 A 方案：課程教材設計以「週」為單位，每週講授一個案例為原則，並以一學期 18 週為規劃基礎(不含期中考與期末考)，預計講授 16 個個案，並附若干參考個案。
課程設計 B 方案：課程教材設計以「2 週」為單位，每兩週講授一個案例為原則，並以一學期 9 週為規劃基礎(不含期中考與期末考)，預計講授 8

個個案，並附若干參考個案。

4. 授課方式先將全班學生以 4-5 人爲一組分組，每次上課前先由老師講解主題事實或播放相關影片，接著老師先聽取與整理學生在聆聽或觀看後對該主題事實的觀點，之後各組自行討論，最後老師再次聽取分組討論後，學生對該主題事實的觀點並整理學生問題，由老師回應學生問題、分析學生觀點與法律觀點講述。

三、散會：預定下次開會時間爲十月中旬，將討論各主題撰寫的進度，以及討論撰寫時遇到的疑問，並蒐集相關主題案例，確立所要撰寫的案例爲何。

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第三次會議—會議記錄

會議時間：96 年 10 月 10 日，晚上六點至十點。

會議地點：異人館(高雄市左營區富國路 302 號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光副教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、三位老師提出的議題討論：

1. 教材主題案例的說明方式，應如何呈現才能使學生真正達到生活與法律的結合?
2. 教材的撰寫是否該避免陳述過多法條，否則會與「生活法律」相違背?那該以何種方式撰寫較爲洽當?
3. 將目前所蒐集到的各個主題相關案例，經由出席老師討論後，從中選出一個最爲適當的案例作爲主題案例，確立以此作爲撰寫教材。

二、出席老師發言後彙整共識：

1. 主題案例的說明方式將著重於解釋該單元所涉及的基礎法律關係(由老師親自講授)，由於此計畫是針對通識課程的學生，故在法律關係的介紹與解釋上，將以「貼近實用、淺顯易懂」為最高指導方針。如有機會甚至可邀請法律界名人或實務界人士針對該主題分享經驗與感想。
2. 教材的撰寫，法條是無法避免的，因此為了使學生容易吸收且真正活用於日常生活中，採取五大教學步驟來進行：(1) 主題案例簡介 (2) 主題說明 (3) 案例解析 (4) 思考問題 (5) 參考案例。
3. (1) 買賣契約的主題案例：台北恆加加油站加假油事件。
(2) 贈與契約的主題案例：郭台銘贈與台大五億元興建癌症研究教學大樓。
(3) 借貸契約的主題案例：地下錢莊借錢與暴力討債集團案件。
(4) 僱傭契約的主題案例：麥當勞打工問題與侵害第三人權利案件。
(5) 醫療與法律的主題案例：肩難產案。
(6) 媒體與法律的主題案例：副總統嘿嘿嘿風波。

三、散會：預定下次開會時間為十一月中旬，將討論三位老師採取五大步驟撰寫的教材，可以達到何種效果?是否有該改進或增加的部份?以及將上次開會剩下還未決定的各個主題相關案例，經由討論後確立所要撰寫的案例。

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第四次會議—會議記錄

會議時間：96 年 11 月 16 日，晚上六點至十點。

會議地點：摩斯漢堡(高雄市中正一路 122 號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光副教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、三位老師提出的議題討論：

1. 撰寫教材中的每單元「主題案例」的選擇，真的有需要如此謹慎，甚至經由出席老師們一起討論決定嗎？
2. 採取五大步驟撰寫的教材，可以達到何種效果？
3. 上次開會剩下還未決定的各個主題相關案例，經由出席老師討論後，從中選出一個最為適當的案例作為主題案例。

二、出席老師發言後彙整共識：

1. 撰寫教材中，每個單元「主題案例」的決定是非常重要的，因為選擇對的案例，它能引起學生的注意力，再加上此案例倘若很實用，甚至學生自己本身有親身經驗，但卻不知如何處理？經由這五大教學步驟，想必能使學生自發性的學習。
2. 希望藉由此種模式，不要再讓學生面對法律課程時，有「法律用不到」、「法律太難」此種心態，也不要讓學生對法律老師都有刻板印象，認為「教法律的老師上課一定枯燥無聊」、「法律老師的思維邏輯太過深奧」，最重要的是，能夠經由此種模式，強化學生的法律概念，在未來碰到相關的事件時，能夠將其做適切的運用。
- 3.(1) 保證契約的主題案例：為他人債務作保而被請求負連帶債務之案件。
(2) 結婚的主題案例：吳宗憲結婚生子風波事件。
(3) 離婚的主題案例：妻子中瘋癱瘓，丈夫訴請離婚事件。
(4) 消費者保護法的主題案例：名人代言宣稱有治癌功效之黑心藥品遭踢爆事件。
(5) 社會工作與法律的主題案例：違反兒童及少年福利事件。
(6) 旅遊與法律的主題案例：團體旅遊遇颱風改期出發，取消該誰賠？

三、散會：預定下次開會時間為十二月初，將討論期中報告的相關細節。

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第五次會議—會議記錄

會議時間：96年12月7日，晚上六點至十點。

會議地點：捌樓異國美食館(高雄市苓雅區興中二路35號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光副教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、三位老師提出的議題討論：

1. 期中報告由誰負責報告?主要架構為何?
2. 延續上次開會剩下還未決定的各個主題相關案例，經由出席老師討論後，從中選出一個最為適當的案例作為主題案例。

二、出席老師發言後彙整共識：

1. (1) 決定由總主持人李洙德教授負責報告，另外請有上「企業倫理」這門課的同學，發表上此種課程的相關想法。
(2) 報告大綱：壹、計畫團隊介紹與特色
貳、計畫思考方向
參、計畫目的
肆、「法律與生活」課程教材內容
伍、從實驗性課程「企業倫理」檢驗教學方法變更與學習成效的改變
2. (1) 旅遊與法律的主題案例：團體旅遊遇颱風改期出發，取消該誰賠?
(2) 性侵害犯罪防治法的主題案例：劍潭捷運雙狼案。
(3) 性別工作平等法的主題案例：性別的就業歧視。
(4) 社會工作與法律的主題案例：違反兒童及少年福利法事件。

三、散會：預定下次開會為一月中旬，將討論期中報告後，對於自己所撰寫的教材，有無需要改進的地方?

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第六次會議—會議記錄

會議時間：97年1月11日，晚上六點至十點。

會議地點：摩斯漢堡(高雄市中正一路122號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光副教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、三位老師提出的議題討論：

1. 在所撰寫的教材中，讓學生能將其內容吸收進去，是很重要的，而能把此教材的精華全部教學生亦為重要，因此，教材到底該「重視教學的品質」還是「重視教學的數量」？該如何取決？抑或該如何平衡？
2. 教材的撰寫中，採取五大教學步驟來進行：(1) 主題案例簡介 (2) 主題說明 (3) 案例解析 (4) 思考問題 (5) 參考案例，而其中最後一步驟的參考案例，是否需要多一點案例來強化此單元，讓學生更能活用？

二、出席老師發言後彙整共識：

1. 該「重質」還是「重量」？這是一個很大的衝突點，倘若著重於教的精緻，卻可能一學期學生所能學的份量不夠多；倘若著重於教的內容多，老師可能急著想把進度教完，卻囫圇吞棗，導致學生吸收不進去。因此，老師不需要受限於進度和傳統的教學模式，站在學生的立場，安排重質也重量的適當教材，才能達到最大效用。
2. 「主題案例」是每一單元的重心所在，然而，「參考案例」扮演的角色僅是輔助主題案例，因此，參考案例的數量不需要很多，只要能夠加深學生對此單元的瞭解，進而達到「生活與法律」的結合。

三、散會：預定下次開會時間為二月中旬，將討論三月舉行期末報告的相關事宜。

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第七次會議—會議記錄

會議時間：97年2月15日，晚上六點至十點。

會議地點：三皇三家(高雄市苓雅區林泉街77號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光副教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、三位老師提出的議題討論：

1. 三月將舉行期末報告的成果發表會，因此將討論出舉行的日期為何?地點為何?邀請的主持人為何?邀請的講師或教授名單為何?
2. 此次成果發表會的時間流程為何?該如何安排較為妥當?

二、出席老師發言後彙整共識：

1. 擬定期末報告成果發表會：

- (1)日期：97年3月14日，星期五早上九點至十二點。
- (2)地點：高雄市華王大飯店。
- (3)主持人：余元傑(嘉南藥理科技大學主任秘書)
- (4)邀請的教授：

王貴弘(嘉南藥理科技大學化粧品應用與管理系助理教授)

呂麗慧(高雄大學法律系助理教授)

葉怡君(高苑科技大學通識中心助理教授)

楊福清(中華醫事科技大學餐旅管理系副教授)

曹金增(樹德科技大學通識中心助理教授)

2. 預計將上列諸位老師及計畫主持人與協同主持人，分為四階段發表，由一位發表人和一位與談協談人作為一階段，之後安排一小段休息時間，然後由各個學校前來參加的教授們發表感言，最後由主持人做總結。

三、散會：預定下次開會時間為三月底，將討論結案報告的相關事宜。

教育部補助大專院校推動生活法律與法律生活教學發展計畫

第八次會議—會議記錄

會議時間：97年3月28日，晚上六點至九點。

會議地點：摩斯漢堡(高雄市中正一路122號)

召集人：李洙德副教授

出席人員：張鈺光副教授、鄭仰峻助理教授

列席人員兼記錄：郭凡瑄助理

一、三位老師提出的議題討論：

1. 在傳統上，「高教體系」與「技職體系」的通識教材是一樣的，是否該發展出不同的教材，使學生吸收力更好?
2. 如果想要使「高教體系」與「技職體系」的通識教材有區別性，那該如何做?有何建議?

二、出席老師發言後彙整共識：

1. 國立大學、私立大學、管理學院、國立科技大學、私立科技大學、技術學院，在通識教育的教材，是沒有區別性的，但是，「高教體系」與「技職體系」的學生程度明顯不同，所以對於同一種教材吸收能力亦有差別，因此，應該要針對不同體系學校的學生，發展出合適的教材。
2. (1) 向教育部提及此建議，藉此多撥些經費，讓有心為教育盡心盡力的教授們，齊心改造原有的教材，使學生真的能在通識教材學到東西。
(2) 延續此計畫，向教育部申請第二筆經費，將此計畫規劃的更完美。因為本計畫是採取「哈佛式個案教學方法」當作課程的設計，這是跳脫既有的模式，是嶄新的教材，因此，倘若能延續下去，想必能造福許多學生。