

司法新聲 林輝煌

JUDICIAL ASPIRATIONS

發行所：法務部司法官訓練所
地址：台北市辛亥路3段81號
中華民國96年3月20日

創辦人：林輝煌
主編：李山明
編輯：陳德池 第59期月刊

法學論著

工程糾紛處理流程與 相關事項之介紹

汪曉君

一、前言

一項工程從規劃、設計、施工至驗收、保固期間完成，常涉有施工標的金額龐大、技術專業、風險性高，合約複雜、履約期長等因素參雜其中，再加上工程合約之制定普遍採用定型化合約，在不公平、不合理之情況下，營造廠商為了爭取工作機會，而犧牲自己營有之權益，而導致日後與工程業主間之糾紛不斷，尤以施工階段之履約爭議最為嚴重，影響工程之成敗至鉅。職是，如何減少及解決履約爭議之產生，除了事前周詳之合約規劃外、加強工程人員之法律觀念、建構合理之風險分擔外，則需藉由事後之救濟程序如協商、和解、調解、訴訟、採購申訴審議委員會調解、仲裁、DRB等，解決工程糾紛，確認責任之歸屬。值得注意者，一有效、迅速處理糾紛之機制，不僅可減少資源、時間之耗費，亦可減少工程業主、營造廠商，甚至無辜之第三者之損害，獲得別人信賴之處理結果，防止紛爭再然。

二、工程糾紛常見類型分析

由於工程契約常以定型化契約之故，契約有任何疑義，常以業主解釋為準，往往於契約內容中，隱藏著不公平之條款，而工期、工程價款、施工品質之判定、工程之設計變更、不可抗力事件之範圍不明確、工地狀況與契約之預測資料不符、工期延展之認定不明等亦成為工程糾紛之起因。因此，工程糾紛之類型因不同之原因而有不同之態樣，當事人之身分亦隨其為民營營造承攬廠商或政府機關而有所不同，故依照工程契約簽訂之前後，茲將常見之工程糾紛類型分析如后。

(一) 簽訂契約前

此通常發生於公共工程契約中，在這階段中，常見之爭議如招標文件說明或規定不明確：投標資格、同等品之不當限制或綁標；圍標；決標過程不合規定等（姚乃嘉，2001）。由於此階段營造廠商與政府機關尚未簽訂契約，故依照政府採購法第74條以下，廠商對於機關關於照標、審標、決標之爭議，得提出異議及申訴。由

採購申訴審議委員會為審議之判斷。

(二) 簽訂契約後

此階段，為工程糾紛最常發生者，臚列相關紛爭類型說明之。

1. 工程總價承包工程風險歸屬契約爭議：

一般工程契約分為總價承包與實作實算，當工程施作數量與契約數量不符時，即為爭議之產生。總價承包合約如工程風險全部歸於廠商，則在業主所定圖說、工作項目、數量等如未能精確予以編列、說明或估算時，對承包廠商必有不公（行政院公共工程委員會，1997）。稽此，行政院公共工程委員會訂頒之政府採購契約要項第32條第2款規定，工程之實作數量較契約所定數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減契約價金。未達百分之十者，契約價金得不予增減。以此作為補充規定，以求總價承包合約執行之公平、合理。

2. 異常之工地狀況：

所謂「異常之工地狀況」（王伯儉，1996），大致有兩種情形，一為工地地下或隱藏之實際物理條件與契約之規範、文件所規定者不一致。例如業主所提供之契約圖說或地質鑽探報告說明無地下水之存在，惟營造廠商於基礎開挖工程時，卻遇到異常之地下水湧出，而業主要求增加抽水作業。此時，營造廠商可向業主主張其非在原合約承攬之工作範圍，向業主要求增加抽水作業之費用。二為工地之地下狀況具有不知、不尋常及顯然地不同等特殊性質，與契約所規定或一般工程慣例上所承認之情況不一致。由於此種情形，無法事先預料，故營造廠商似可援引民法第227之2條情事變更原則，向業主請求增加之費用。

3. 工程合約漏項或合約數量不足

所謂「漏項」係指業主所製作之工程圖說（通常為業主之設計監造單位所準備）上有此項目，但其所製作之單價分析表上，卻漏列此工程項目。

「合約數量不足」，乃指業主於單價分析表上每工程項目所載之數量與營造廠商實際施作完成該工程後之實際數量之差距超過百分之十謂之。由於工程項目眾多且繁瑣，一般契約內常未對此情形預作

處理，而營造廠商往往於受限於等標期間過短，而無法清楚瞭解所有合約文件，包括附表、圖說等，俟工程進行估驗計價時始發覺，而肇至爭議之發生。

4. 工程介面不清

工程契約具有高度之專業性及技術性，工程介面問題亦所在多有，造成工程遲延或無法完成之結果，因而產生責任歸屬之爭議。

5. 圖說有錯誤

工程圖說之工作項目與數量與價目表所載者常有互不一致之情形，如前者較後者為多、前者叫後者為少、或前者並無標示，但工程價目表上卻有計價項目與數量之記載。如該工作項目為完成履約工作所必要之項目，於施工慣例上，營造廠商有義務施作，而不得以圖說未載明而拒絕施作。倘若該工項非屬慣例所必要者，營造廠商於契約簽訂當時亦無法加以估算，則即為業主與承包商之爭議所在。

6. 業主應辦事項之延誤

工程用地之提供為工程施作之前提要件，然「提供工地」究為何種義務？實務上尚有不同之爭論。按民法第507條規定：「工作需定作人之協力行為始能完成，而承攬人不為其行為時，承攬人得定相當期限催告；若定作人不於前述期間為行為，承攬人得解除契約」，為認為業主提供工係為契約之協力義務。惟實務上卻有認為此乃業主之給付義務（最高法院92年台上字第1242號判決意旨參照）。此亦為常見之糾紛。

7. 變更設計

由於工程施作本即帶有複雜性、技術性、不確定性，因此於施工過程中，變更設計在所難免。惟變更設計過多，對工程進度之影響不可謂之不大，因而涉及合約價格之調整、工期之延長等爭議發生。

8. 物價指數之調整

一工程從開工至完工常耗時費日，而面臨物價指數之波動，若契約內未對此項預作處理，即有爭議之產生。政府採購契約要項第39條即有針契約價金應隨物價指數調整作一補充規定，可為業主與承包商爭議處理之參考依據。目前，行政院為因應鋼筋價格之變動，於92年間頒定「因應國內鋼筋價格變動之物價調整處理原則」，又於93年頒定「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則」可作為物價調漲之依據。

9. 合約工期之訂定與逾期罰款之爭議

對於工程期間之計算方式，按政府採購契約要項第44條規定，大致分為以限期完成者；以日曆天計者；以工作天計者等三種情形。由於工作天、日曆天之定義並非明確，往往導致國定假日、民俗節日及勞動基準法規定之例假日是否計入或不計入工期，往往產生爭議。而工期之訂定與計算，與營造

廠商是否遭受逾期罰款更有極大之關聯。有關逾期罰款之計罰方式，較常以遲延或逾期之天數，按一定合約金額之比例計罰（李家慶，2004）。惟值得注意者，倘若逾期罰款之金額約定過高，則有民法第252條之適用。

10. 工程驗收之爭議

按政府採購法第71條第1項規定，機關辦理工程、財物採購，應限期辦理驗收，另按審計法施行細則第63條規定，各機關辦理一定金額以上營繕工程，於完工後應立即辦理驗收，除有特殊事由外，不得超過三十日。然實務上業主常因營造廠商對其提出索賠或承商是否竣工容有爭議，而遲不辦理驗收，導致承商無法獲得工程尾款、履約保證金之退還，而造成利息之損失。

11. 其他

其他常見之工程糾紛類型尚有有關變更法令或追加工作上各造之職權不明確；不可控制事故之定義，以及其導致延誤之工期延長要件。開工通知延遲；對契約之解釋不合理；大樣圖或材料樣品審核上的延誤；進度付款延誤；承包商未聲明所做者為追加的工作等（楊熙堯，1993）。

三、工程糾紛處理流程

工程糾紛處理方式，依照工程契約之性質與標的金額，而有不同之紛爭處理模式，大致可分為協商、和解、調解、訴訟及仲裁等五種。然而因為現代工程糾紛越趨複雜、專業、高度技術性，因而有學者提出其他之訴訟外處理糾紛之方式，將對工程糾紛之處理帶來新的助益。

（一）協商

當施工過程中業主與營造廠商發生糾紛時，先由雙方當事人自行協商，互為讓步，解決雙方之爭議。惟此種方式，常由於雙方地位不平等，至糾紛之發生原因與責任歸屬並未在協商過程中獲得釐清（張朝順，1996）。

（二）和解

在工程契約雙方當事人尚未就爭議提起訴訟或提付仲裁前，以和解方式化解雙方間之糾紛，較能迅速經濟地解決紛爭，減少當事人產生敵對之態度，以冀期工程能夠順利進行。

（三）調解

調解是以仲裁機構、法院或其他第三者為調解人，由其勸導紛爭當事人相互禮讓，自願達成協議，以解決紛爭之方式（陳煥文、方修忠，1994）。由公正之第三人積極居中協調，降低雙方當事人間之對立與衝突，瞭解爭議之所在，尋求解決糾紛之道。

於公共工程履約過程發生爭議時，按政府採購法第85之1規定，履約爭議廠商申請調解者，機關不得拒絕。即以調解解決雙方爭議，使工程得以順利進行。

（四）訴訟

按憲法第16條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。訴訟乃人民之基本人權，當人民之權利被侵害或受侵害之虞，得向法院提出訴訟主張自己法律上權利，由國家司法程序管轄，得到具有強制執行之判決。以終結彼此間爭議（蕭家進，2001）。

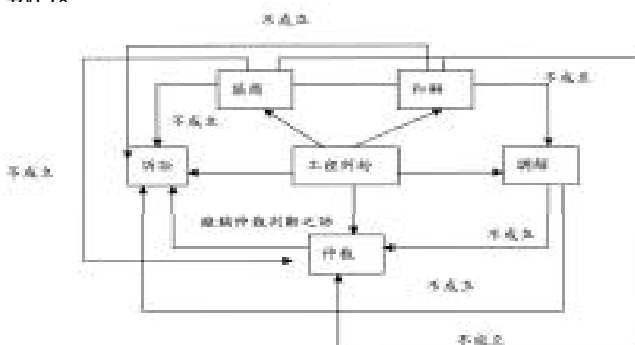
但我國訴訟司法制度除雙方當事人對於第一審法院終局判決所確定之事實無爭議，得合意逕向第三審法院上訴外（飛越上訴制），一般係採行三級三審制，訴訟當事人需歷經審判及上訴等程序，耗時數年之時間，方能獲得確定判決。到頭來，勝訴者有時只獲得一紙判決書，而毫無任何實益，更導致整個工程停擺、財務困難。猶有甚者，法官通常僅有法律背景，而欠缺工程方面之專業常識，無法理解工程實務之艱鉅與困難之處，因而做出欠缺工程專業而背離事實之判決，不符合當事人之期待。

（五）仲裁

仲裁，係指各方當事人自願將當事人間發生的私法上爭議提交給各方所同意的第三者進行裁決，以求爭議的最終解決。申言之，仲裁是由當事人雙方互相約定，將彼此間現在或將來之爭議排除法院管轄，交由雙方合意選定之第三人審理。從而服從其判斷，以解決紛爭之程序（林發立，1997）。

工程仲裁與一般訴訟程序相比，其較具有彈性、有效性、專家性、迅速性、隱密性、經濟性等特質（李嘉慶，1998）。如何以仲裁程序解決雙方工程之糾紛，則須以工程契約內訂有書面之仲裁條款，當事人間有仲裁之合意始得為之。透過仲裁人之選任，將爭議案件交由專業知識之專家裁決，如律師、會計師、建築師、技師、教授等，易獲當世人之信賴，且所花之費用較訴訟費用少，仲裁過程中保密，商業機密不意外洩，加上一審定讞，具迅速性。

此外，按仲裁法第37規定，仲裁之判斷，於當事人間，與法院之確定判決有同一效力。除非基於特定理由如仲裁判斷與仲裁協議標的之爭議無關，或逾越仲裁協議之範圍者，仲裁判斷應附理由而未附者，仲裁停之組成或仲裁程序，違法仲裁協議或法律規定者等，得向法院提起撤銷仲裁判斷之訴，否則，仲裁判斷具有終局之確定力，並得聲請法院就仲裁判斷為執行裁定後為強制執行。



（傳統工程糾紛處理機制）

（六）替代方案（Alternative Dispute Resolution, ADR）

美國很早即有學者推動（Alternative Dispute Resolution, 簡稱ADR）之觀念。所謂之ADR，其實是提供一些爭議處理解決之程序，由當事人就案件之特殊性質，任擇其中一種或數種程序，以為解決。至於這些糾紛解決之途徑與方法，則包括：一、和解（settlement）；二、調解（conciliation）與調停（mediation）、迷你法庭（Mini-trial）；四、仲裁或強制仲裁（Arbitration or compulsory arbitration）；五、爭議審查委員會（Dispute Review Board）；六、爭議顧問（Dispute Advisor）；七、技術性專家鑑定（Technical Expert Appraisal）等（李家慶，1999）。故所謂替代方案，是基於案件特性，證明仲裁或或訴訟無法迎合當事人要求時，則以替代方案ADR程序，補充仲裁之不足，並非以ADR完全取代訴訟或仲裁（陳煥文、方修忠，1994）。

爭議審查委員會乃針對工程糾紛之解決所發展出之訴訟外爭議解決模式之一。其與仲裁不同者在於組成成員全部均是工程師，可直接解決問題，雖其裁決並無形式上之拘束力，惟如經雙方當事人接受，可認其有和解之效力，而生實質上拘束力，並與仲裁配合，彌補仲裁制度一審終結之缺失。

四、相關費用、舉證責任、時效制度

（一）費用之比較

行政院公共工程委員會於91年9月4日訂定「採購履約爭議調解收費辦法」，其收費標準參照該法第5條規定係以請求或確認金額為爭議標的劃分為九個級距，每一級距收取固定金額之調解費。如爭議標的無法直接以金額計算，其調解費依照第6條規定一律為新台幣三萬元。

工程仲裁費用依據中華民國仲裁協會制訂之收費標準，係依據仲裁標的金額逐級累加計算。

訴訟費用之收費標準，按照民事訴訟法第77條之13規定，採分級疊退計費方式，將訴訟標的金（價）額超過新台幣十萬元部分，分五級遞減其裁判費徵收比例。如有不服上訴第二審或第三審法院，則爰民事訴訟法第77條之16規定，依第77條之13加徵裁判費十分之五。

以下以圖表方式將行政院申訴審議委員會之調解、工程仲裁與法院裁判之費用作一比較。

（二）舉證責任

1. 舉證責任

工程糾紛之解決機制中之協商、和解、調解等，原則上係依賴當事人雙方相互磋商、讓退，解決工程糾紛，故無涉舉證責任之問題。而在訴訟、仲裁之過程中，則有賴當事人舉證以實其說，由公正之第三者即法官、仲裁人就所提之證據、事實進行判斷。

按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。所

中華民國仲裁協會仲裁費與法院裁判費比較表：
(以新台幣計算)

標的金額	仲裁費	調解費	法院裁判費			
			一審	二審	三審	合計
100萬元	36,600	5,000	10,900	16,350	16,350	43,600
200萬元	58,600	10,000	20,800	31,200	31,200	83,200
300萬元	75,600	15,000	30,700	46,050	46,050	122,800
400萬元	90,600	20,000	40,600	60,900	60,900	162,400
500萬元	104,600	25,000	50,500	75,750	75,750	202,000
600萬元	114,600	30,000	60,400	90,600	90,600	241,600
700萬元	124,600	35,000	70,300	105,450	105,450	281,200
800萬元	134,600	40,000	80,200	120,300	120,300	302,800
900萬元	144,600	45,000	90,100	135,150	135,150	360,400
1000萬元	152,600	50,000	100,000	150,000	150,000	400,000
1500萬元	177,600	75,000	144,000	216,000	216,000	576,000
2000萬元	202,600	100,000	188,000	282,000	282,000	752,000
2500萬元	227,600	125,000	232,000	348,000	348,000	928,000
3000萬元	252,600	150,000	276,000	414,000	414,000	1,104,000
5000萬元	352,600	250,000	452,000	678,000	678,000	1,808,000
1億元	602,600	500,000	892,000	1,338,000	1,338,000	3,568,000
2億元	1,102,600	1,000,000	1,662,000	2,493,000	2,493,000	6,648,000
3億元	1,602,600	1,500,000	2,432,000	3,648,000	3,648,000	9,728,000
5億元	2,602,600	2,500,000	3,972,000	5,958,000	5,958,000	15,888,000
10億元	5,102,600	5,000,000	7,822,000	11,733,000	11,733,000	31,288,000

(資料來源：中華民國仲裁協會)

謂舉證責任者，乃特定法律效果之發生或不發生所必要之事實存否不明之場合，當事人之一造因此事實不明，將受不利益之判斷，乃必須就該事實提出有關證據，使法院信其主張為真實之謂也（王甲乙、楊建華、鄭建才，1998）。

舉證責任又可分為客觀舉證責任與主觀舉證責任。所謂「客觀舉證責任」，係指法官就法律規定之要件事實，於言詞辯論終結時無法判定真偽，此時就該法律規定無法適用，所產生之不利歸於一造當事人。故關於某特定訴訟事實須由何造當事人負客觀之舉證責任，在訴訟以前即已決定，不受具體訴訟審理過程之影響。而「主觀舉證責任」，乃為當事人為避免受不利益之判決，在法院審理過程中，積極的就有爭執之事實，為證據之提出以為證明。故在辯論主義下之訴訟，主要事實之主張與舉證，皆由當事人負擔，若當事人不主張，或僅有主張而未舉證，法院即不得以該事實為裁判之基礎（陳彩霞，1972）。

2. 證據種類

證據之種類，可分為直接證據與間接證據；本證與反證。直接證

據係用以證明有爭執之主要事實。如工程合約書即為證明雙方間有承攬關係之證據。間接證據則用以證明或推任成為映證事實之間接事實或補助事實之證據。如原告之證人證明被告請原告施作合約範圍以外之工項。間接事實雖無法直接證明應證事實，但間接事實與應證事實有間接證明之作用，故能以間接證據所證明之事實，依經驗法則推認主要事實之存在。

本證，乃負舉證責任之當事人，為證明其所主張之事實為真實，所提出之證據，故本證須使法官之心證達到確信之程度。反之，不負舉證責任之當事人為否認負舉證責任者主張之事實所提出之證據，即為反證；換言之，反證僅需動搖法官就主要事實為真實之心證，而使之呈現真偽不明之程度即可。

3. 證據方法

按民事訴訟法第 285 條第 1 項規定，聲明證據，應表明應證事實。一般訴訟常用之證據方法，分別為證人、鑑定人、書證及勘驗等。

(1) 證人

證人，依法院之命令向法院陳述自己所經驗事實之第三人。具有不可替代性。證人須具結，於結文內記載據實陳述，否則即觸犯偽證罪。惟當事人之受僱人，依法得不令其具結，故此項證人之證言可否採用，自應依事實審法院之自由心證決之。

(2) 鑑定人

鑑定人，乃向法院陳述自己關於特別法規或經驗法則之意見之人。目前國內常見之鑑定單位有台北市土木技師工會、台北市土木技師公會、台灣省建築技師公會、中華民國建築技術學會、臺灣省電機技師公會及行政院公共工程委員會所設之工程技術鑑定，接受法院、檢查或調查機關，就機關與廠商間有關公共工程爭議之民刑事案件進行鑑定等不一而足。鑑定人僅為法院之輔助機關，法院不受鑑定意見之拘束。

申言之，法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證為判斷事實真偽之依據，然就證人證言之可採與否，書證之證據力如何，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。不得一任鑑定人依其一己之意思，自行判斷。倘法院不問其取捨之理由如何，全盤採用鑑定結論為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權行使委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背，最高法院 79 年台上字第 540 號判例意旨參照。

(3) 書證

書證係依文書所記載之意思內容或符號，閱讀其中意義及內容，而後將之作為證據資料以認定事實。於工程上可供作書證者如下列附表所示。

招標文件	鑽探日誌及土壤報告
設計圖	竣工圖
施工說明書	一般及特殊規定
計畫日程 (CPM等)	實際建造進度 (進度表)
補充說明	工程變更
通告與指令	檢查記錄
工作日誌	包商日誌 (全部日誌)
通信文件	查驗記錄
訂購單	運輸與送達憑單
工作時間記錄卡	人力分配單
會議記錄	備忘錄
工地照片	試驗結果
公開的紀錄	

(李得璋、王伯儉、陳坤成，1987)

上開書證對於工程糾紛之爭議解決極為重要。是否有約定完工期限、施作之範圍如何、有無追加工程、延展施工期日得否請求管理費用、有無逾越完工期限、是否遇有不可抗力之事故發生、施工有無瑕疵等，均有賴該等資料之匯集，作為認定事實之重要證據。

(4) 勘驗

勘驗，乃法官直接以其五官之知覺作用，勘查物體之現象，以獲得證據資料之證據方法。原則上於受訴法院行之，惟因勘驗物之性質不適於提出 M，或有重大困難無法於法院進行，則於勘驗物之所在地進行。

4. 相關案例

(1) 最高法院68年台上字第1617號判決

兩造所訂合作建屋契約以外之追加工程，係屬另一承攬契約行為，被上訴人請求上訴人朱一給付追加工程款，須就該另一承攬契約之存在，負舉證責任。

(2) 最高法院93台上字第909號判決

約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定，此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。

(3) 台灣高等法院86年度上字第1396號

按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條定有明文。又按主張法律關係存在之當事人，須就該法律關係發生所須之特別要件，負舉證責任（最高法院48年台上字

第824號判例意旨參照）。而事實為法律發生之特別要件者，在消極確認之訴應由被告就其存在負舉證之責任，在其他之訴應由原告就其存在負舉證之責（司法院院字第2269號解釋意旨參照）。依此意旨，房屋未如期建築完成，乃屬消極之事實，主張房屋業已如期完成者，自應由其就此積極事實負舉證責任。隆公司等既未就此九百個工作天已完工之積極事實舉證以實其說，隆公司等應支付之違約金為四十六萬零四百十二元。

契約書第4條約定：黃紅之繳款義務，須俟隆公司通知繳款後始屆清償期，否則並無遲延責任可言。黃紅固未依約定於七日內繳款，然於隆昌公司等為解約前之八十五年五月八日，主張以前開違約金四十六萬零四百十二元之一部分為抵銷（原審卷第四十六頁），並無不合。經抵銷後，並無積欠工程款之情形，則隆公司等以黃紅遲延給付工程款為由，所為之解除契約意思表示，並不生效。

(4) 台灣高等法院88上字第139號判決

按債權人基於債之關係，得向債務人請求給付；又以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；民法第199條第1項、第231條第1項分別定有明文。次按稱「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；民法第490條亦定有明文。依該條規定之文義，定作人對於承攬人負有支付報酬之義務，且此報酬債權，以工作之完成或交付時為清償支付之時期；換言之，承攬人若已完成或交付所承作之工作，自得向定作人請求其支付報酬。另遲延之債務以支付金錢為標的者，不問其債務是否原應支付利息，債權人均得請求依法定利率計算之遲延利息，並不以債務之有約定利率，為遲延利息請求權之發生要件。未按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條定有明文。又契約成立後，債務人有依契約內容而為履行之義務；另主張常態事實者，就其事實無庸舉證，主張變態事實者，應就變態事實負舉證義務，此為舉證責任分配原則。

(5) 台灣高等法院89上易字第439號判決

查系爭工程發生一支基樁偏離，依上開三位證人之證言，可能係上訴人公司放樣時發生錯誤，亦可能係被上訴人公司拉回施作時發生錯誤所致，而



施工時兩造工程人員均在場，仍未發現基樁發生偏離，足見兩造均有疏忽之處，均可歸責於兩造，是兩造均應各負一半之責任，不可僅歸責於任何一造。次查：系爭基樁偏離基座，兩造均有疏忽之處，須各負一半之責，如前所述，且基樁樁頭被上訴人公司未敲除，係由上訴人公司敲除，亦為兩造所不爭執；再依兩造所訂合約第四條第三項約定「樁頭打除完成後，上訴人付清百分之五工程尾款」等情以觀，被上訴人未完成樁頭打除之工程，而係由上訴人為之，則此部分之工程款，上訴人自可主張抵銷。另系爭工程其中一基樁偏離基座，此部分工程之瑕疵修補所支出之費用，承前所述，兩造須各負一半之責。

(6) 台灣新竹地方法院90年度竹小字第124號判決

按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條定有明文；而請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任，此為舉證責任分擔之原則（最高法院43年台上字第377號判例意旨參照）。原告係基於承攬法律關係請求被告給付工程款，原告自應就其與被告間有承攬之原因事實負舉證責任。原告並未就兩造確有承攬關係及被告為系爭工程之定作人且其個人有積欠工程款之原因事實提出足夠證據證明，從而原告基於承攬關係，請求被告給付積欠之工程款及利息，自無理由，應予駁回。

(三) 時效制度

法律為避免權利人怠於行使權利，故設有時效制度。而權利行使受有時間上之限制之情形有消滅時效與除斥期間。消滅時效之立法理由認為：「規定請求權經若干年不行使而消滅，蓋期確保交議之安全，維持社會秩序耳。蓋以請求權永久存在，足以礙社會經濟之發展」。而除斥期間則為權利預定存續之期間（王澤鑑，2000）。

1. 承攬人之報酬請求權

按民法第505規定，報酬，應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之，工作係分部分交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。基此，承包商完成工作，自須依照民法第127條第7款之規定，於二年內向業主行使承攬報酬請求權。逾期不行使，該請求權即罹於時效而消滅。

2. 承攬人之契約解除權、損害賠償請求權

(1) 契約解除權

工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害，民法第507條著有明文。例如業主與承包商約定有關變更設計圖及材料，應於某日前交由承包商辦理施

工，業主如未按期交付，經承包商定相當期限催告業主履行，而其逾期不履行時，得解除契約。

承攬人之此項契約解除權，依民法第514條第2項之規定，一年間不行使而消滅。此乃除斥期間，目的在於維持既存之法律狀態。

(2) 損害賠償請求權

承攬人於未完成工作前，定作人依法得隨時終止契約，但業主應賠償承攬人因契約終止而生之損害，該損害包括因定作人隨時終止契約而生之積極損害及消極損害，民法第510條規定參照。是項損害賠償請求權，依民法第514條第2項規定，自其原因發生後一年間不行使而消滅。

3. 定作人之瑕疵修補請求權

承攬人對於其完成之工作，應擔保其無瑕疵之法定擇日，該責任包括品質、價值、效用等之瑕疵擔保責任在內。因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，依民法第495條規定，定作人除依同法第493條及第494條規定請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。此之損害賠償請求權，係指本於承攬瑕疵擔保責任所生之請求權，與因債務之不完全給付而生之損害賠償請求權，係不同之訴訟標的。故定作人依承攬瑕疵擔保責任及不完全給付，請求被上訴人賠償損害，係請求權之競合，各有其時效之規定。不完全給付損害賠償請求權應適用民法第125條一般請求權十五年時效之規定，承攬人之瑕疵擔保責任，依民法第498條至第501條、第514條之規定，有瑕疵發見期間及權利行使期間（最高法院87年度台上字第1289號判決參照）。

五、國內目前對工程糾紛處理之普遍看法

綜上所述，工程糾紛處理之機制有協商、和解、調解、仲裁、訴訟等。倘若協商、和解、調解能夠解決業主與營造廠商間之工程糾紛，則具有重要之經濟價值。惟工程糾紛所涉及之金額大多十分龐大，加上爭議差距甚大，或對於法律或契約解釋之爭議，雙方當事人不易互相讓步以解決糾紛，故僅有選擇仲裁或訴訟之途徑。仲裁相較於訴訟而言，其具有一、隱密性：不公開為原則。二、經濟性：仲裁費用較訴訟費用為少。三、專業性：仲裁人乃具有法律或其他個業專門知識或經驗，信譽素孚之公正人士。四、迅速性：仲裁庭應於接獲被選為仲裁人之通知日起十日內，決定仲裁處所及詢問期日，通知當事人，並於六個月內作成判斷書；必要時得延長三個月（仲裁法第21條第1項）等優點。而訴訟雖為爭議之最後救濟手段，惟由於訴訟程序繁複費時，訴訟費用昂貴，法官多不具工程專業知識，故一般民間廠商為免將時間長期花費在冗長之訴訟程序上，卻又得不到預期之效果，多喜愛選擇仲裁作為解決工程爭議，於仲裁停審理期間，藉由代理人為其法律上之攻防、事實上之主張、有利證據之提出等，達到求償之目的。

然而，政府部門對於仲裁之實施成效，並未予很高之肯定和期望，甚至已有不少公部門單位已經具體在契

約中排除仲裁條款，排斥廠商借仲裁之名，而行求償之實（吳家德，2003）。蓋由於公共工程合約均為政府部門自行訂定之定型化契約，合約條款自然較多不利於承攬廠商，且於契約之字裡行間隱藏玄機，故於仲裁庭之審理過程中，仲裁人往往對公部門做出不利之判斷，已調和契約對承攬廠商所造成之不公平處，故政府部門往往於仲裁程序中成為輸家。

六、結論

在台灣之工程環境與政策中，承包商大多處於弱勢地位。因此，承包商在兼顧工程之品質、進度、控制成本、維護勞工安全、衛生外，更應認知及爭取其應有之權益與方法。然而，工程進行到履約爭議之發生，無論採取何種解決工程糾紛之處理機制，均是善後之舉，除徒增費用之浪費外，更導致工程之延滯、停擺。職是之故，如何避免工程糾紛之發生，更應強調者是合約之管理，諸如證據之保全、自主檢查表之確實填載、同類型爭議案例之收集與建檔、施工人員法律知識之訓練與加強等，以作為未來爭議處理之依據；以及於工程糾紛發生後，雙方當事人能於不影響工程進行之情況下，順利尋求解決之間之糾紛，方有助於工程糾紛之避免，確保施工之品質。

參考文獻

- 一、姚乃嘉，2001年，公共工程常見之糾紛與防阻之道，律師雜誌，265期，第3頁。
- 二、行政院公共工程委員會，1997，公共工程爭議處理案例彙編（1）。
- 三、王伯儉，工程人員契約法律實務，永然出版股份有限公司，1996，第98-99頁。
- 四、李家慶，2004，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會。
- 五、標案，工程糾紛索賠之談判與仲裁，營建管理實務（一）。
- 六、張朝順，1996年1月，工程糾紛處理模式的新角色工程法醫，工程，第25頁。
- 七、陳煥文、方修忠，1994年6月，對簿公堂未必是福公共工程爭議之訴訟外途徑，法律與你，第68期，第82頁。
- 八、蕭家進，2001，公共工程爭議處理的省思，現代營建，第260期，第65頁。
- 九、林發立，1997，公共工程處理程序之簡介及探討，萬國法律，第93期，第13頁。
- 十、李嘉慶，1998，多人用事，官司可免-如何運用仲裁程序解決工程糾紛，法律與你，第57期，第60-61頁。
- 十一、李家慶，1999，第三者出面，別爭了-如何利用和解、調解或仲裁程序解決爭議，第64期，第61-62頁。
- 十二、中華民國仲裁協會，<http://www.arbitration.org.tw>。
- 十三、王甲乙、楊建華、鄭建才，1998，民事訴訟法新論，三民書局。
- 十四、陳彩霞，民事證據法則之研究，司法院行政部，1972。
- 十五、李得璋、王伯儉、陳坤成，1987，營建工程糾紛索賠之研究，財團法人台灣營建研究中心。

十六、王澤鑑，2000，民法總則，三民書局。

十七、吳家德，2003，公共工程仲裁制度應用之研究，高雄第一科技大學營建工程系，碩士論文。

參與「合議審判範圍座談會」 之學習心得請教

俞力華學員

95年11月11日上午，由東吳大學法律系、台灣法學會、財團法人民間司法改革基金會、中華民國律師公會全國聯合會及台北律師公會共同主辦之「合議審判範圍座談會」，就擬具擴大簡式審判範圍並縮小第一審合議範圍的具體修法草案，邀集審、檢、辯、學有心於此議題之先進共同討論。筆者有幸參與學習，謹以一初始接受司法官訓練之後進身分，就與會心得提出個人看法，惟誠可預測此並不能代表多數司法新血之立場，不周之處尚祈各方賢達不吝賜教。

我國刑事訴訟制度自92年9月1日修正施行後，增訂刑事訴訟法第284條之1：「除簡式審判程序及簡易程序案件外，第一審應行合議審判。」則刑事案件除簡式審判及簡易審判案件可採法官獨任審判外，第一審均應採行合議審判制度。觀諸現由立法委員高思博等人所提出之刑事訴訟法第273條之1及第284條之1條文修正草案總說明修正要點，分列：「一、擴張適用簡式審判程序之範圍：現行得適用簡式審判程序之案件，限於被告所犯死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審以外之案件，致實務上常見被告所犯最輕本刑為三年有期徒刑之罪，如偽造有價證券罪（刑法第201條第1項）等，被告為有罪之陳述，且對於證據並不爭執，亦不聲請傳喚證人到庭行交互詰問，僅因所犯罪名關係，仍必須耗時費事依通常程序審理，實不符對於案情無爭執之被告速審速結之期待，爰將得行簡式審判程序之範圍修正為除最輕本刑五年以上有期徒刑之案件，如被告先就被訴事實為有罪之陳述時，法院亦得裁定進行簡式審判程序。（修正條文第273條之1）」及「二、適當調整合議審判之範圍：民國88年全國司法改革會議因達成除簡易案件外，第一審應採行合議審判之共識，惟該項共識係以訴訟結構之金字塔化為配套，即第二審、第三審分別配套成為事後審及嚴格法律審。茲上開金字塔化之修法尚未完成，連帶使因訴訟結構金字塔化後，可以將第二審、三審部分人力移到第一審之規劃，尚無從據以辦理，因此以因第一審法院有限之人力，如不分案件是否輕微，均行合議審判，將嚴重排擠審理其他行通常程序案件之時程，因此在第二審法院仍維持覆審制之架構下，將案件較為輕微、通常也較為單純之第376條第1款、第2款案件修正為可由法官獨任審判，將使司法資源可作更合理、有效之分配，惟上開案件如案情確屬繁雜，且法官認為有必要時，仍得行合議審判。（修正條文第284條之1）」可知，修法目的確係反應原則上採合議制造成法官案件量增加而人力窘迫之

困境；至增列第 376 條第 1 款、第 2 款案件可採獨任審判，所云案件較為輕微也較為單純之理由，實無堅強法理依據，似僅因在實務上此二款案件量所佔比例較高而放寬可採獨任審判，同樣是僅為求降低法官負擔所設計。

降低法官負擔，應非自私負面之想法，難認僅出自法院本位主義思想，蓋法官負擔過重將導致訴訟資源分配失調、審判品質低落等不利司法公益之影響。依司法院委託中央研究院法律學研究所（籌備處）於 94 年 10 月作成之法官工作環境現況調查報告所述，我國法官每週工作總時數平均達 63.9 小時，超過每週標準工作時數（40 小時）達 20 小時以上，基層法官對此實感負荷而苦不堪言，甚有論者提出若法官負擔再不減輕將使司法改革諸多規劃功敗垂成。惟 92 年 9 月 1 日方始施行之刑事訴訟法第 284 條之 1 原則上採合議制之規定，係經審、檢、辯、學及社會賢達多方思考而制訂，當時亦將減輕法官負擔列為修法目標之一，新制施行迄今僅 3 年有餘，何以法官仍感負擔繁重而促生修法之議？研擬修法「擴張適用簡式審判程序之範圍及限縮合議審判之範圍」，是否即能有效大幅減輕法官負擔？抑或，即便得藉此減輕法官負擔，然此修法對發現真實之殺傷力過大，而應省思法官負擔之根本源由，檢討有無其他更為有效且根本之解決方法？實有探究之必要。否則，即便日後修法通過擴張適用簡式審判程序之範圍及限縮合議審判之範圍，在案件量日益增加之情況下，難料三五年後不會出現「廢除交互詰問制度」、「放寬證據能力之認定」等議題以求再次調整法官負荷。

猶記 2006 年初，筆者於考試院應考司法官口試時，其中一位口試委員即曾以「刑事訴訟採合議制及獨任制何者孰優」之問題提問應試者，筆者受指定為第一位回答時，不及細想即回答對於筆者才疏資淺之學習者而言，合議制應較能收慎思明斷之效。後經筆者於司改會協助處理人民陳情請求聲請非常上訴案件之點滴經驗，更證此論：筆者社會歷練甚窘，然自認力求勤勉以補，對於檢察官、被告各自陳述之故事及附證，即便幾番研閱陳情案件之資料卷宗，仍無法得到有罪無罪之確切看法。思及日後若從事刑事審判職務，所為裁判動輒攸關被告生命自由之剝奪、被害人及其家屬所受創傷之撫平，且深深牽扯人民對司法之期許信賴，實感對事實認定之責任壓力沉重。殺人、放火、強制性交及廣受社會矚目之重大案件，法官或許刻意謹慎認事，仍難能完全免於誤判之可能，遑論其他刑責較輕而受關注性少之案件。但，以筆者於法律扶助基金會及犯罪被害人保護協會服務經驗而言，對法官而言無足輕重難引喜怒之小小過失傷害案件，已是當事人生活全部之聚焦；法官所收案件千百件中的一件，是該案當事人整个人生的天與地。筆者孜孜不倦，仍惶恐是否誤斷事實致正義不彰，料想即便將來執業十餘年累積經驗後，肩負之重大責任亦難使筆者得對一己之判定全然無疑。

筆者反對限縮合議審判範圍之理由即在於，就避免

專斷而可收集思廣益效果論之，合議制確有其存在必要。尤於被告就被訴事實為無罪答辯時，即便吾人認為法定刑甚為輕微，對於該案被告而言不啻滔天大禍。就無罪答辯案件，每一件易流於專斷之獨任審理案件總和起來，將嚴重動搖司法信賴，相較合議審判增加法官負擔所造成之影響，孰優孰劣讀者心中自有定見。

前揭「合議審判範圍座談會」中，識者提出其他減輕基層法官負擔之方法，如簡化裁判書格式、偵查中犯罪協商之立法、簡化被告辯護權受到保障時之訴訟程序、增加改列高等法院為第一審管轄法院之重大案件類型等，誠為的論而值贊同。另，與會討論中提及是否應將「得被告同意」設為無罪答辯時採獨任審判之要件，實務上被告應不敢反對法官所提獨任審理之提議，增此要件似流於形式，而無法實質保障被告權利，故本文略予帶過。座談間，筆者深受張熙懷主任檢察官、葉建廷法官及尤伯祥律師發言之感動，法官所應盡之社會責任不容推諉，弊不在制度而在人為，諸多修法敦促司法進步之主張尚未真正落實於法院，倡言減輕法官負擔前應先力求反省，檢討是否已勉力回應社會對司法之期待才是。

就法官先進所述沉重負荷而達負載臨界此點，筆者認為就「訴訟資源分配」及「訴訟品質提升」觀之，確有減輕法官負擔之必要，惟此目標萬不可建立在有悖人民權益保障及發現真實要求之上，而致本末倒置，反而與「訴訟資源應分配於有罪答辯之爭執案件」及「訴訟品質應提升而令真實發現」有所扞格，是難以支持「限縮合議審判之範圍」此一修法方向。刑事訴訟制度設計上，現雖採當事人進行主義而拘限職權進行之範圍，然法官於制度運用及訴訟指揮上仍有相當大之裁決空間。例如，法官研閱案件卷證資料，若認未達法定起訴門檻或有證據調查未盡之情事，大可職權退回要求檢察官詳盡其責，無須繼續審理程序耗用大量交互詰問程序以求釐清事實。制度運用得當，則自能減輕許多不必要之負擔，一切操之在人。但承上例，年輕資淺之法官固對將案件職權退回檢察官甚為惶恐，年高資深之法官對此或易感不妥，司法倫理之框架導致法官負擔仍重，此時有必要基於公益創建制度以助人為運作。筆者建議司法院明訂內部規則，詳列「應」職權退回案件或採行其他方式之情形，避免因院檢間倫理人情之平和而增加彼此於審理程序中之負擔，要求法官「有義務」揮動法律所賦予之尚方寶劍，以達訴訟資源合理分配、訴訟品質提升之目標，更能維護發現真實之要求，同時達到減輕法官負擔之效果。

此外，拜讀美國 Richard A. Posner 法官所著如何提升法院審理效率之相關文章後，對照我國司法實務，筆者深感我國法官助理配置設計上有修正之必要。查找法規函釋、研究相關法律及撰擬裁判初稿，此係法官責無旁貸不應假手法官助理之職務，蓋鑽研法規之過程常會引發深度思考，而非聽取法官助理報告研究結論即可獲得；筆者認為，法官助理所應為者，係協助法官處理卷

宗、釐清事實脈絡及整構爭點，此為事實審繁重工作之部分核心。除應建立法官助理國家考試制度，公平公開招納賢才投入司法服務，予以職位保障外，鑑於行政控管效益及協助法官減輕負擔之考量，筆者建議每一位事實審基層法官宜配與一位法官助理員額；而基於法官助理職務不應側重於鑽研法規之論述，可考慮降低法律審法官配與法官助理之員額比率。若能健全法官助理配置之設計，亦為減輕基層法官負擔之可參考方向。

筆者學淺，僭越撰文提出一己心得，戰戰兢兢恐思緒不周，誠懇祈請各方賢達惠予賜教。

巨塔與生命映照·摒息 臺大醫院實習週記分享

蔡佩玲

結束了前兩個禮拜在各科部參觀見習的動態教學，本週的課程以傳達一些重要的核心概念為主軸，包括病人安全運動、醫學倫理、用藥安全、親子鑑定、法醫學等，其中黃勝堅醫師的安寧照護因為在外科部走訪期間已經談了不少，黃醫師調整課程內容，以四十分鐘的時間讓我們學會簡易的腦部電腦斷層原理與判讀，黃醫師用蘋果、米老鼠、蛋蛋、香蕉、小玉西瓜等有趣的口語讓我們能初步判讀斷層切面，再慢慢加入各種出血的情況，僅四十分鐘的時間我們就可以通過黃醫師的測驗試題，對於向來感到艱澀難懂的醫學知識，第一次有小獲成就感的感受，好像也能絲微地感受到醫師平常工作時的快樂！

本週的幾點心得如下：

- 一、醫療倫理的課程，院長跟我們提到倫理就是做人的道理，就是與人相處的方式，但是知道容易、處之難也，重要的是倫理是帶來信任的鑰匙，而醫療應以病患作為主體，醫療倫理才能逐漸落實。院長提到紀伯倫的話，當你的手指放在善與惡的交界間，你就碰觸了上帝的袍澤，作為一名醫師，常在生死的決斷間作抉擇，所謂公平正義，除了法官的良心之外，別無其他，均是在提醒我們不管是醫師、司法官，都肩負著其他們的生命、人生，在所有的抉擇之間，都要以病患、以受裁判者作為考量點，不止去考量他在這個當下的事件對於他的整個人生長途而言是不是一個適宜的、明智的抉擇，才是專業倫理真正落實之日！
- 二、病人安全運動的介紹，我們了解到醫療不良事件的發生有許多時候是來源於制度設計不良，而當許許多多細微的醫療錯誤（medical error）湊巧兜在一起時，就容易產生損害，而釀成醫療糾紛。病人安全運動的觀念從美國哈佛大學發表了 To Err Is Human 的報告之後，各國重視，台灣的醫院也已有共識，例如台大就設有病人安全委員會，負責院內的不良事件通報檢討。我由於在之前就接觸過病人安全運動的議題，不僅從法律人或一般就醫民眾的

立場，當然期望醫院能落實此一觀念，為病人安全作層層的把關，因此特別請教石崇良醫師關於台大的病人安全委員會的運作成效，石醫師表示該委員會自成立以來已漸上軌道，但是建議國內能夠有如美國的病人安全與醫療品質控管法案，保障所有通報資料可以享有訴訟上的特惠權，亦即，相關的檢討、錯誤通報資料，應允其免於訴訟上的取證。惟針對此點，國內的態度似乎仍在觀望，畢竟社會文化上對於醫界的高塔似乎仍有些不信任，反對的聲音就擔心醫師會透過特惠權的制度逃避法律制裁，筆者以為，醫療倫理提升、民眾建立了正確的醫藥觀念，雙方之間的互信基礎增強後，應該可以慢慢推動病人安全法案的立法，讓醫療此種具有高度風險、卻又同時有高度的不確定性與極限性的作業過程，可以在免於擔憂相關責任的前提之下，透過制度內的檢討、以病人安全為宗旨，不斷地進步，這也才是社會所期待的。

最後，想要分享在精神科部的走訪，感覺與別的科部有很大的不同，看到精神科的病人不僅在隱私上特別受到保護，醫院也對於精神病人設有喜悅園、台大櫥窗、或甚至輔導病人在院內擔任助理、資料建制工作，使病人能慢慢恢復正常生活、重拾穩定的情緒，我相當感動。從小到大我好像享有許多的幸運，按著自己的興趣唸書，一路就順利的唸完大學、研究所，也沒有因為國家考試傷神，對於人生的看法是一個比較完美的，也比較難容忍缺陷的，這樣的價值觀一直隨著年紀慢慢增長才有了一些改變。特別在台大醫院的三個禮拜走訪，深刻感覺到人的脆弱，從早上和一群人從捷運台大醫院站湧出，一直到下午離開時醫院交班後又是另一段忙碌不堪、漫無天日的人、事、物，這期間人生階段的生老病死都可以在醫院裡面看到，在加護病房看到許多人仍和生命的終點在搏鬥、儘管他們已陷於無意識的狀態中，在兒科加護病房看到巴掌大的孩子也在為這個新的世界第一戰努力，看到精神科的病人雖然沒有生理上的痛苦，但是活在自己的另一個世界裡、、、。然後我看到醫護人員沒有把這些我向來視為缺陷者當作缺陷，仍然在為他們規劃著他們的人生、希望他們早日恢復，我自己一個人站在一樓大廳的地方，看院長題寫的牌示說他們願無私的奉獻與每一位前來醫院者，我也偶爾在各個護理站看到病友寄來的感謝卡片，我於是想，人生有時候是一個信念讓它變得漂亮、美麗的，生理、心理的喜怒哀樂已經成為其次，在台大醫院的空間裡，你單純看這每天日復一日的生老病死，其實並不是一般人的情緒所可以承受的，但是假如你看到了這個空間裡，不管是醫師、病家，都有一個信念，他們在為存活在這世界的每一天而努力、他們為他們所關心的人、所愛的人而努力，這信念卻是著實令人動容的！我謝謝台大醫院的主管及所有的醫護人員和病家，在這一段期間對於我們的打擾多所包容、也總是給我們最大的支持鼓勵和教導，我們在這裡不僅學習到將來工作所需的相關智識，

也在這裡找到了一個對於生命、對於生活新的詮釋，自己選擇擔任司法官的初衷也是希望這個養育我的地方和人民都可以過的更好、這一個信念是美的，我在這段期間更清楚了自己的選擇，也會以同樣的信念落實在未來的工作中。



Mail-Order Brides - The vague line between law and ethics

蔡佩玲

編按：臺灣的外籍新娘越來越多，牽涉的社會問題層面亦愈趨深廣，其中關於媒介外籍新娘的部分，更屢成為人權問題的核心，近來有線電視節目中頻播放外籍新娘自薦節目，不少民眾反應該節目有物化外籍新娘之嫌，要求NCC對該類節目處以罰鍰及停播處分，但NCC多數委員認為該節目只有「節目廣告化」之問題，未涉及人權考量，又縱有買賣外籍新娘之情形，亦屬於檢警單位之職責，筆者以為在本案中民眾的法律感情、倫理觀、媒體的報導重心以及NCC的決定本身似乎有相當大的鴻溝與歧異，企盼透過此問題之討論來呈現法律與道德之間的模糊界限。

Foreign brides have recently become a cause for concern in Taiwan, because since there are not enough women to go around, a lot of Taiwanese men have had to resort to looking for brides in other Asian countries like Vietnam, mainland China, Indonesia, etc. And this new development has raised a host of social issues, for example, how we should help these women adapt to Taiwanese culture and society, how we can help them avoid being physically and mentally abused, how we can help them educate their children, and how we should go about creating a social environment that will facilitate their integration into Taiwanese society. After all, since we welcome these women into our midst, it is only normal that we should do our utmost to help them become full-fledged functional members (not second-class citizens) of our society.

However, the way people gain access to these foreign brides has long been a matter of controversy. In the not too distant past, matchmakers used to accompany men to foreign countries in their search for foreign brides. Men had their own criteria for choosing prospective brides, would make their bids, and pick as their brides those women who met those requirements. This way of proceeding has often been criticized for leaving no choice to women, since they would only get married for money and in order to give a better life to their family. Recently there has been a trend toward exhibiting potential foreign brides on TV shows, in which those women have to introduce themselves, provide personal information like their measurements, and strut

their stuff around. They say things like "hope you'll like me! Please call this telephone number!" Those women are referred to as "mail-order brides" and quite a few people have voiced their concern about this way of marketing women and have asked the NCC (National Communication Commission) to take measures against (put pressure on) those matchmakers to make them stop "commoditizing women" (treating women as commodities). However, after the NCC examined the claim, they decided that since these TV shows did not violate any human rights, no disciplinary action could be taken against them. Most of the NCC commissioners are of the opinion that that is only a "TV show within a commercial (an infomercial)" and any measures taken against this show would be an infringement on freedom of speech. The final decision of the NCC is that the public's claim that this show treats women as commodities and infringes on human rights lacks legal foundations. Their argument is that if there is any abuse of human rights involved, then it is the prosecutor's responsibility to take action. One interesting point is that when the media reported this decision of the NCC, they stressed that all three female commissioners on the NCC shared the final decision of the NCC.

Actually, the issue as to the legitimacy of this TV show can be approached in two ways, and from these two perspectives we can see how vague the line between law and ethics is. First, from an ethical point of view, some people feel uneasy when they see so many young foreign girls being treated as commodities, deemed uneducated and asked to exhibit themselves on TV.

However, from an ethical point of view, some people do not see the reason to make such a fuss about this. In their opinion, these TV shows are only a new development in the art of matchmaking, and both foreign brides and Taiwanese men can benefit greatly from them. Thus Taiwanese men who are shy or afraid of being cheated by illegal matchmakers can get access to these foreign brides in a quick and safe way. That means, these TV shows can work as a preliminary selection device for them. On the positive side, if they are lucky, these foreign brides can marry nice and rich Taiwanese men and can enjoy a better life here than they otherwise would. And their family members can also benefit from their marriage since they can work legally in Taiwan and earn a lot of money for their family. Furthermore, in the past when Taiwan was still a poor country, lots of Taiwanese girls also went abroad to find foreign husbands and pursue a better life. Thus, we now have a feeling that these foreign brides are poor, ignorant and are being exploited, just because Taiwan has become a developed country and now enjoys a higher standard of living. Also, we should not forget that we used to be in the same situation as these foreign brides and were then as economi-

cally dependent as they are. If we ban this new development, in the end it might just deprive them of an access to a better life.

From a legal point of view, there arises the question as to whether this new development should be banned? We first have to ask what the purpose of banning this new development would be. Generally speaking, in a wedding contract, there are three values ensured and protected by law. The first value is the public health concern. In order to assure that later generations will be healthy, near-relation marriages are banned. The second value is the full-consent of both parties. Thus, if either party is too young to make a ripe decision about marriage, or if either party is threatened or defrauded into marriage, the law grants both parties the right to rescind the marriage. The third value is the virtue and purity of marriage. To this effect, a wedding should be announced publicly so that everybody knows that the bride and the groom form a couple. Besides, a bigamous marriage is also ground for cancelling the second marriage since it violates the virtue of marriage. We also need to notice that besides the values enshrined in a marriage contract, there are still other values protected by law, like the assurance that any legal act shall not contravene public order and well-established customs. Since the meaning of public order and well-established customs is not quite clear, we often have to base our judgment on our sense of justice.

The above values are protected by law, and in what follows we will reconsider the mail-order bride issue in the light of those values. First, for public health reasons, some legislators believe that since these foreign brides are from inferior, developing countries and are thus second-class citizens, marriage with mail-order brides will soon lower the quality of the population in Taiwan. It is clear that this statement is preposterous when we consider that all human beings are born equal, and that coming from a developing country has nothing to do with the "human quality" of its population. On the contrary, since these foreign brides do not enjoy the same social status as our people, we should create a friendly, non-biased, and socially non-discriminating environment for them. Second, as regards the full-consent of both parties, some observers claim that since these foreign brides marry Taiwanese men for their money and a better life but not for love, their consent does not actually constitute full-consent. However, since people get married for various reasons, this argument appears untenable. Third, concerning the virtue of marriage, nobody can claim that these mail-order brides and their Taiwanese husbands do not commit themselves whole-heartedly to the marriage.

Here, we should bear in mind that it is not the institution of matchmaking that is being questioned but rather the way in which the matchmaking is marketed. What I mean

here is that although the marriage itself may be in accordance with the values implied in the marriage contract, the method of matchmaking seems to go against our sense of decency and respectability. These girls are dressed normally and just talk about themselves and their desire to find a Taiwanese husband. It is clear that, according to Taiwanese law, they have a legal right to marriage and can exercise freedom in the way they look for a spouse. And the same goes for men looking for wives, the logic is the same. If any of them finds a foreign bride that he deems suitable for becoming his wife, he can gain access to the foreign bride through the matchmaker, and the foreign bride can consider the proposal. From a legal point of view, nobody is forced into this marriage. And if no transaction of human beings is involved, then the law has no business regulating the way in which people get into marriage. One purpose of the law is to protect human rights, and when there is no such concern, the law itself is the lowest standard of ethics and it should not be used to promote or condemn any values which vary extensively in the view of ethics. Thus, even if some of us are offended by the way those foreign brides are marketed on TV; the NCC commissioners claim that this is an issue on which the law has no bearing. My point is that there is a gray zone between whether the method of marketing the mail-order brides on TV violates the law, since there is a lot of room for interpretation, and the sense of decency and respectability that varies from person to person.

On the issue of "mail-order brides", we see how broad a spectrum of opinions exist regarding the decency of those infomercials, and also how "the law" prudently plays the role of a regulator. We need to reflect deeply on this: the law itself is based on a consensus of values, and legal policy affects every aspect of society, so when our sense of justice tells us that something just seems not quite right, where do we draw the line between the law and ethics? How can we bridge the obvious distance that exists between a population's general sense of justice and decency and the law that is supposed to represent it? Or, when we are trying to give an expression of the difference between law and ethics, does it mean that we have already given a value a preferential treatment to the detriment of another?

4月份司法新聲徵稿啟事

1. 法學論著—10,000字以內之法學研究；
2. 文學創作—新詩、散文、小說，內容不拘，可用筆名發表；
3. 司法新聲徵編輯，請洽李山明主編。
4. 司法新聲2007年4月份擬出版(司法倫理)專刊，徵文啟示，徵一萬字以上之司法倫理專文，稿酬從優。

來稿經刊登將致稿酬並登刊於本所網路版(學員作品每字0.5元，新詩一首500元或依字數擇優計算)，投稿請以Word檔附聯絡方式寄 lsmw@mail.moj.gov.tw或洽4月份編輯柯學航。