

發行人：翁瑞昌

出版者：台南律師通訊雜誌社

地址：708 台南市健康路三段三〇八號(台南地方法院內)

電話：(06) 298-7373

傳真：(06) 298-8383

E-Mail：[tnnbar@tnnbar.org.tw](mailto:tnnbar@tnnbar.org.tw)

網址：[www.tnnbar.org.tw](http://www.tnnbar.org.tw)

## 本刊訊

### 總統選舉大驗票 台南地區動員律師近百 費時八日完成勘驗

由於總統副總統選舉，藍綠陣營得票數僅相差二萬九千五百一十八票，敗選之國民黨提起當選無效、選舉無效之訴，台灣高等法院決定全國同時驗票，為期十天，各縣市選委會封存之選票，囑託當地地方法院進行勘驗，原、被告之訴訟代理人再委任複代理人參加勘驗。

台南地區之有效選票，台南市有四十三萬餘票，台南縣有六十五萬餘票，數量頗多，因此決定在舊地院大禮堂作為驗票場所，分四十組進行驗票，由於舊地院已關閉三年，因此還要清掃、接電源、安裝電腦等工作，原、被告律師則各自分頭找律師支援，藍營有黨部支援，人數不足時，尚可尋找北部律師協助，另外需由選務人員協助驗票工作，每組二人，皆是各地資深之選務人員，此外各種行政支援、安全維護皆有警政、選委會、地院總務科、資訊室配合，所有工作在五月六日下午之協調會一一決定。

驗票於五月十日上午八時卅分，在民事庭蔡美美庭長指揮之下展開，首先勘驗台南市選票，前一日已將台南市的選票由選委會運來法院封存，由於初次辦理，需蔡庭長仔細講解，剛開始速度比較慢，第二天就快多了，有的組下午二時許就結束，為求勞逸平均，蔡庭長調整各組驗票之數量，務使大致相同，如分到票數多的投開票所，下次就分票數少的投開票所，當然，有時還會有意外狀況，如爭議票過多，彩色影印費時，或選舉人名冊點算與報表不符，二度甚至三度點算，均會耗費時間，到了下午，如提前結束的組，蔡庭長會懇請他們義務再幫忙驗一箱選票，大家聽了無不報以熱烈的掌聲。

五月十三日台南市驗票已進入尾聲，當天上午在吳森豐庭長率領之下，六位法官及配屬書記官、律師、法警赴位於新營市的縣選委會押運選票，先點算無訛後再運來地院，搬運、整理、封存後已是下午五時許。

第二天開始沈重的驗票工作，蔡庭長擔心速度太慢，成為全國最後一名，要求增加工作量，每天每組驗六個票箱，提早結束者再幫忙驗一個票箱，每天都忙到快六時始結束，最後終於在五月十七日下午五時四十五分許，點算誤置於公投票袋中之選舉人名冊後，圓滿結束。

總計找出爭議票四千二百餘張，藍、綠陣營花費律師費約四百萬元，接下來，開始閱覽選舉人名冊，大多由黨工參與，至於結果如何，就不是律師們所能過問了。

選舉訴訟本來就不多，全國大驗票更是首見，此次參與驗票，讓律師們瞭解選務工作

之缺失所在，以及判斷有效票、無效票之爭執點何在，都是不可多得的體驗，不過每位律師都累壞了，並表示：希望以後不要再驗票了。

## 本刊訊

### 日文班歡送松代惠子老師回日 太極劍班一招半式 各個武林高手

本會日文班初級班最初是中尾老師授課，後來中尾老師在家齊女中的學生，獲得日文演講比賽冠軍，名聲大噪，許多學校紛紛要求增加鐘點，因此無法再為本會日文班上課，自第二期起改為松代老師，松代老師來自福岡，來台已四年多，中文不似中尾老師的流利，上課多用日文，如此反而增進同學的聽力，大家都覺得進步良多，一轉眼又上了二期的課程。最近松代老師因個人生涯規畫，擬返回日本繼續學業，將於五月初返日，為此日文班初級班與中級班，於四月廿日晚上聯合舉行歡送餐會，餐會在長榮桂冠酒店吃遍天下自助餐廳舉行，大家希望松代老師有空再回台灣，翁理事長表示：本會預計將於明年春天訪問長崎辯護士會，到時希望可以在福岡見到松代老師。

又本會太極劍班目前有十二位學員，邱月珠除教授太極劍外，仍積極複習廿四式太極拳，將許多細節仔細講解，並逐一糾正，同學們皆感進益不少，廿四式太極拳已打得極熟練，最近邱老師又教授五步拳，這是與太極拳招式近似的外家拳，打起來虎虎生風，至為有趣，同學們自覺武功精進不少，時常互取綽號：黃飛鴻、方世玉、楊家將都來了，不過太極拳打得最好的是年紀最大的施煜培律師，施律師高齡七十二，但健朗精瘦，筋骨柔軟，馬步扑步都比年輕人還低，打起太極拳比大家還慢，廿四式可打六分鐘多，而同學們大多只五分鐘就結束，實在不簡單。

## 本刊訊

### 本會壘球隊獲得首勝 隊員欣喜若狂 慶功宴 High 翻天

在歐鴻銘教練的引介下，台南市第一獅子會邀請本會壘球隊參加該會與台中市中央獅子會今年度的壘球聯誼賽，比賽於四月二十四日假球友球場舉行，參加的隊員有許世、郁旭華、曾志青、黃榮坤、陳琪苗、鄭銘仁、邱銘峰、林祈福、李慧千、黃厚誠、洪毓良及吳信賢等律師。

第一場比賽於上午十時開始，由一獅隊與本隊進行廝殺，一獅隊的隊員雖然平均年齡為五、六十歲，但球齡已有二十五年之久，技術較純熟及隊員彼此默契較佳，本隊雖較年輕，然而技術及默契方面較差，所以一開始雙方的得分相當，而在球賽進行中，余政憲前部長得知一獅隊與本隊進行球賽，特前來致意，鄭慶海律師則攜帶啤酒及飲料前來，為本隊打氣。到了第六局結束，本隊以三分暫時領先一獅隊，沒想到一獅隊寶刀未老，七局下，利用本隊數次失誤，接連奔回本壘得分，終場反而以十二比十一贏了本隊，讓本隊的首勝之夢破滅。

接著舉行開幕典禮，台南市第一獅子會許會長致詞歡迎台中市中央獅子會蒞臨及本會與賽，之後由台中市中央獅子會羅會長及本會林國明常務理事致詞，三方互相致送紀念品並合照留念，中午休息用餐。

第二場比賽於下午一時舉行，中獅隊以十一比八小勝一獅隊，第三場於二時三十分開

始，一開始中獅隊即拿下七分，到第五局上，本隊尚以六分落後，所幸五局下，本隊強棒發威，紛紛得分，反而以一分領先中獅隊，第六、七局在吳信賢律師穩健的投球及隊員們堅強的防守下，讓中獅隊沒有再得分的機會，本隊則在六局下攻下三分，終場以十七比十三贏了中獅隊，隊員莫不欣喜若狂，互相擊掌、擁抱，歐教練也露出欣慰的笑容。由於此次比賽的結果，三隊彼此均留下良好的印象，中獅隊甚至邀請本隊參加明年其主辦的聯誼賽，並請本隊代為邀請台中律師公會壘球隊與賽。為了慶祝本隊首勝，當晚在「安可」舉行慶功宴，大家的情緒非常地興奮，除了暢飲啤酒，還口沫橫飛地論起球賽，甚至還大言不慚地表示將來的比賽都會有好成績。最後，大家在酒足飯飽下，互道晚安。壘球運動可以聯誼、健身，希望有興趣的道長能夠加入本隊，院檢同仁若有興趣，亦歡迎參與本隊每奇數週週六下午於球友球場的練習。

## 本刊訊

### 台南高分院改善 律師專用停車區 今後憑証停車 違者拖吊

今年二月間台南高分院進行中山路正門機車停車區之規劃，特地劃出律師機車停車區，並指派法警或替代役男站崗，本會同道莫不稱便。唯站崗頗為耗費人力，偶有調派無人之時，律師機車停車區又為他人占用。台南高分院沈院長知悉上情，立即指示李官長、總務科蔡科長研究改善方案，最近決定製發律師專用機車停車証，為一長條型之自黏性標籤，供本會律師索取，貼於機車牌照上，並加強律師專用停車區之管制工作，除繼續指派法警或替代役男站崗外，並不定時巡視律師專用停車區，如發現未貼律師專用停車証之機車，立予拖吊，以維持適當之空間供律師停車。台南高分院也在律師專用停車區畫出明確之標線、標誌，地面每一停車位均寫上「律師專用」字樣，旁邊增設鐵製護欄，標明「律師專用停車區」，及「1 律師請憑証停車。2 凡無停車証者，禁止停放本區。」，以防粗心民眾誤停而遭拖吊。

翁理事長呼籲本會道長，凡有騎機車開庭洽公之道長，速向台南高分院律師休息室職員索取律師專用停車証，並貼於機車牌照上，以免遭拖吊。翁理事長也感謝沈院長鉅細靡遺地關心本會同道，連十來個機車停車位也一再設法改進，務使本會同道可以輕易停放機車，便於開庭，至為感謝。

## 焦點話題

### 請加強選務工作的正確性

翁瑞昌 律師

參加總統副總統選舉全國大驗票之後，深深地感到我們的公務員素質實在低落，連一些固定的工作都做不好，還談什麼為民服務？還談什麼治理國家？

這次總統大選，由於總統副總統選舉罷免法規定，圈選位置需在圈選欄內，否則為無效票，有別於以往公職人員選舉罷免法之規定，只要能辨別圈選何人即可，不幸，許多選民就是喜歡在號次欄上圈選，這些票都應該算無效票，可是我們的選務人員事先經過講習，再三交待，他們還是將圈選於號次欄上的選票當作有效票，縱是無心之失，也會留下執行不公的疑慮。

再以選票袋封裝、彌封為例，台南縣的選票袋，在三月廿一日保全証據時，就發現有

約十分之一的選票袋封口不牢，有的是黏貼不牢，有的是未將袋內空氣擠出，以致在搬運、堆疊時，不堪擠壓而爆裂，如果事先在選票袋上打幾個小洞，空氣可以排出，就不會有爆裂之情形發生，在台南市選票以鐵箱盛裝，即無外力擠壓的問題，台南縣選票以飼料袋包裝，更易因搬運人員丟擲或堆疊太高，而擠壓選票袋造成爆裂，這些問題皆可事先防範，但主事者均漠不關心，令人遺憾。

而選票袋之彌封更是凌亂不堪，封口處有的只蓋上方封口之彌封印，其他中、下二處置之不理，完全失去彌封的用意，有的只有一個人蓋章，另一個人為何不蓋章，不得而知（照規定要主任管理員、主任監察員要一起蓋章）。而封裝的手法更令人搖頭，有的用膠帶封口，印章再蓋在膠帶上，不過塑膠製之膠帶，印文根本無法附著，彌封印看不清楚，形同虛設，有的先在彌封處蓋印，再以膠帶封口，但貼膠帶時封口未加固定（最好先以釘書機先釘幾針固定），膠帶一貼封口就歪了，彌封印未對準，這算什麼彌封？

另外，以按指印領選票，未經管理員及監察員認證，簽名領選票，竟有他人代領，還寫一「代」字，竟也准其領選票，實在荒唐至極。圈選工具也該改善了，圈選工具台南縣未統一保管，亦有弊端，以前筆者到鄉公所做法律服務，就曾在桌上看到一支圈選工具，也許有人拿來敲打，造成印文毀損，選舉時又拿出來使用，到底是否為選委會製備之圈選工具又生爭議，而有的印泥太乾，使印文不清，有的印泥太濕，又使印文暈染成一團，過猶不及，皆非所宜，是否改為不必沾印泥之原子印章，以杜爭議。筆者覺得選務工作數十年來均無多大改變，如得票差距極大，自不生爭議，不幸此次選舉，票數差距極小，似有必要制定更精準的作業程序，防止無效票之產生，彌封、包裝也要盡量確實，我們的選務工作實在有積極改進之必要。

## 焦點話題

### 接受靠行之運輸公司是否當然應負民法第一百八十八條之僱用人責任？ 黃金龍 律師

設例：

甲領有營業大貨車之執照，以駕駛曳引車載送貨物為業。某日上午十一時許，駕駛自己購買但靠行在 A 運輸公司之車輛，行經某交叉路口，與他車會車，因路口會車不易，欲先行倒車欲讓他車先行，倒車時，未注意其他車輛及行人，即貿然倒車。適乙騎乘重型機車行經該交叉路口並停車於系爭車輛後方等待，嗣因甲駕駛系爭車輛突然倒車，閃避不及，遭系爭車輛撞擊而人車倒車，造成乙受有右手、右腳多處擦傷。本件車禍嗣經送車輛事故鑑定委員會鑑定結果，認：「甲駕駛聯結車倒車未促使車輛避讓為肇事原因。乙駕駛重機車無肇事因素」等情，乙以此為證據，並稱甲車禍肇事當時係在執行職務，且系爭肇事之曳引車係登記在 A 運輸公司名下，二者間存有受僱人與僱用人之關係，向法院起訴主張甲應負本件車禍全部之侵權行為損害賠償責任，依民法第一百八十四條及第一百八十八條第一項規定等侵權行為法律關係，請求甲及 A 運輸公司負連帶賠償責任，應支付醫療費用一萬元、機車被撞損失五萬元及非財產上二十萬元，合計二十六萬元。

前言：

在前面設例中，乙對甲之過失車禍肇事致傷之行為，以民法第一百八十四條第一項前

段規定：「因 2 過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。」為請求權基礎，主張應負本件車禍之侵權行為損害賠償責任，固無疑問；對 A 運輸公司部分，乙則以甲車禍肇事當時係在執行職務，且系爭肇事之曳引車係登記在 A 運輸公司名下，二者間存有受僱人與僱用人之關係，依民法第一百八十八條規定，主張 A 運輸公司應負僱用人責任，對甲本件車禍之賠償責任，負連帶清償責任。A 運輸公司得否以事實上，甲係以自有之曳引車靠行該公司，且獨立經營曳引車運輸業務，伊無法監督，與甲之間並無僱用關係，伊非僱用人而主張免責。直言之，A 運輸公司此項抗辯，有無合理性，在法律上有無其立論基礎而可採取，乃是本文所欲討論的課題。（本文問題，係筆者在偶然機會中，看到最高法院八十七年度台上字第八六號民事判決要旨，於不疑中生疑，進而撰寫本文，學植或有誤謬之處，尚請各方賢達、先進，不吝指正）

幾則關於民法第一百八十八條僱用人責任規定之實務上意見：

最高法院八十七年度台上字第八六號民事判決要旨判示：「目前在臺灣經營交通事業之人，接受他人靠行（出資人以該經營人之名義購買車輛，並以該經營人名義參加營運），而向該靠行人（出資人）收取費用，以資營運者，比比皆是，此為週知之事實，該靠行之車輛，在外觀上既屬經營人所有，乘客又無從分辨該車輛是否他人靠行營運，乘客於搭乘時，只能從外觀上判斷該車輛係某經營人所有，該車輛之司機係為該經營人服勞務，自應認該司機係為該經營人服勞務，而使該經營人負僱用人之責任，以保護交易之安全。」相同判決意旨，亦有最高法院七十三年度台上字第二六九一號、七十六年度台上字第一六九號、七十七年度台上字第六六五號、七十八年度台上字第二五六一號、七十九年度台上字第三十四號及八十二年度台上字第一一六八號民事判決。尤其，最高法院七十六年度台上字第一六九號民事判決更進一步判示：「第一審共同被告，因執行職務，駕駛上訴人之營業聯結車，超車時，疏未注意，將鄭美珠輾壓致死，為上訴人所不爭執。上訴人宏公司及曾山且自認為肇事車輛靠行營業名義人及車主。應認宏公司為楊寶之形式上僱用人，曾山為楊寶之實質上僱用人，均應對楊寶侵權行為所生之損害，與楊寶負連帶賠償責任。」乃認不論形式上僱用人及實質上僱用人，均應對司機之侵權行為所生之損害，負連帶賠償責任。對民法第一百八十八條之「僱用人」之認定，幾無限制。

關於僱用人責任問題，民法第一百八十八條第一項本文固規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。」對此「受僱人」之涵義，實務上，最高法院最早有二則重要之判例，即：

四十五年度台上字第一五九九號判例：「民法第一百八十八條所稱之受僱人，係以事實上之僱用關係為標準，僱用人與受僱人間已否成立書面契約，在所不問。」

五十七年度台上字第一六六三號判例：「民法第一百八十八條第一項所謂受僱人，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之服勞務而受其監督者均係受僱人。」

在學理上，右開兩則實務判例，常被稱為對「事實上之僱用關係」之說明，誠有重要之指標性意義；而此「事實上之僱用關係」亦向為實務及學界通說所採納。職此，最高法院八十七年度台上字第八二號民事判決要旨之意見，乍看之下，似無疑問，而前述設例中，A 運輸公司之抗辯，亦與上開最高法院八十七年度台上字第八二號民事判決之見解相左，乃不足採取，似為吾人所不應懷疑。

民法第一百八十八條第一項但書之特別規定：

關於民法第一百八十八條僱用人責任，應包括「事實上之僱用關係」在內，並無疑問。然而，民法第一百八十八條但書亦特別規定有僱用人之免責條款，即：「但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」此一但書規定，在法律適用上，於「事實上之僱用關係」之情形，亦應有適用，蓋「事實上之僱用關係」係對民法第一百八十八條第一項本文中之「受僱人」之意義，加以闡釋而來，此「事實上之僱用關係」之闡釋，既係在該項本文規定範圍之內，自應有該項但書特別規定之適用，此法理至明。

關於僱用人責任之立法意旨及其法律適用之基礎，學者王澤鑑教授有以下詳述之說明：「現代社會生活複雜，交易頻繁，事必躬親，殆不可能，因此在法律的範圍內，常須他人補助從事一定的工作，尤其自現代企業興起以後，僱用他人從事企業活動，更屬必要。然而，於此即產生了一個問題：若受僱人於執行職務之際，不法侵害他人法益時，應由何人負責賠償責任？純從理論言，損害之發生，既係基於受僱人的行為，則被害人祇能對受僱人請求賠償。惟受僱人資力通常較為薄弱，向其請求，恐將有名無實。再者，僱用人因僱用他人擴張其活動，其責任範圍亦應隨之而擴大。基此理由，現代國家莫不規定僱用人就其受僱人，因執行職務所加於他人的損害，應負賠償責任。」由是可知，「僱用關係」之存在係僱用人責任之基礎。「僱用人依民法第一百八十八條所負之責任，既係以選任監督過失為基礎，則僱用關係是否存在，自應以選任監督之有無為決定標準，換言之，即某人受他人之選任監督以從事一定勞務者，即為該人之受僱人，至勞務之性質，時間之久暫，報酬之有無、是否授與代理權，皆所不問，縱構成從事勞務基礎之法律行為無效，對於本條所稱僱用關係之存在，亦不生任何影響。」（註一）職此，「僱用人因僱用他人擴張其活動，其責任範圍亦應隨之而擴大」係僱用人應依民法第一百八十八條負之連帶責任之基本理由；苟實際上，並無選任、監督之事實，即無僱用他人擴張其活動，應無民法第一百八十八條僱用人責任規定適用之餘地，殆無疑義。故縱使為事實上之僱用關係，其認定亦應以是否有僱用他人擴張其活動而應有選任、監督之情為其前提事實，否則即與上開僱用人責任規定之立法意旨，有所悖離。

實務上，最高法院十八年上字第二 四一號、二十年上字第五六八號及六十七年台上字第二 三二號判例亦分別判示：「使用主對於被用人執行業務本負有監督之責，此項責任，並不因被用人選之前，已否得官廳之准許而有差異，2 其人之詳慎或疏忽，仍屬於使用主之監督範圍，使用主漫不加察，竟任此性情疏忽之人執行業務，是亦顯有過失，由此過失所生之侵權行為，當然不能免責。」「法律上所謂僱用主必須注意之趣旨，係預防受僱人執行業務發生危害之意，故注意範圍，除受僱人之技術是否純熟而外，尚須就其性格是否謹慎精細亦加注意，蓋性格狂放或粗疏之人執此業務，易生危害乃意中之事。」「民法第一百八十八條所定僱用人之連帶賠償責任，以受僱人因執行職務不法侵害他人之權利者為限，始有其適用」。即民法第一百八十八條僱用人應與行為人連帶負損害賠償責任之例，乃以行為人與之有僱用關係(包括事實上之僱用關係)「擴張其活動」而使用為之服勞務，於執行職務上應受其監督者為前提要件，否則即無本條僱用人應連帶負損害賠償責任規定適用之餘地，可與前述論說對照。

#### 運輸業之靠行制度

按「運輸業之靠行制度」，誠如最高法院八十七度台上字第八六號判決所明白揭示，目前在台灣經營交通事業之人(按：接受靠行之運輸公司)，接受他人(按：司機)靠行，並

以該經營人名義參加營運，而向該靠行人（出資人）收取費用，以資營運者，比比皆是，此為週知之事實。申言之，行政機關單位為便於行政管理，於法令規定限制，營業大貨車、曳引車依汽車運輸業審核細則等相關規定，必須具備一定資金、場地、車輛數等始能申請營業，個人無法以其名義各別登記為該車輛所有人營業進而以個人名義方式經營貨車運送業務，必須靠行貨運業公司而以公司名義經營貨車運送業務，此為運輸業之靠行制度之所由生；但，事實上在靠行制度下，司機之人仍係由個人負責經營其貨車運送業務，並無為靠行公司服勞務而受其選任監督執行職務之事實。直言之，靠行公司收取費用(俗稱管理費，約三千元左右)，旨在代辦關於車輛之牌照稅、燃料稅、駕駛人或車輛違規罰款、規費等監理業務及保險等事宜，該靠行車輛之職業權及經營權仍屬司機個人所擁有，靠行公司一般只有接受靠行或不接受靠行之選擇，對司機個人如何經營、執行貨車運送之業務，靠行公司無置喙餘地，且事實上亦無法干預，故在今實際經濟交易之場合，靠行公司不可能有「選任司機、監督其職務之執行」之可言，殆為靠行公司所共同理解之常態。

況依最高法院七十二年度台上字第三五二四號判決判示：「查汽車運輸業所稱之『靠行』，係指汽車所有人為達營業之目的，將汽車所有權移轉於車行，便成為權利人而為管理行為之謂，應屬信託行為一種，車行即為其受託人。依信託行為之本質，在信託人關係終止並信託財產（即汽車）經受託人移還前，應認受託人為信託財產法律上之所有權人，不得仍謂信託財產為信託人所有。以故，受託人在信託關係存續中，苟有違反信託契約之本旨處分信託財產，或為其他侵害行為時，信託人雖得本於信託關係請賠償損害（回復信託財產原狀或以金錢賠償），但無從本於所有權有所請求。」關於信託行為，實務上曾有最高法院六十二年度台上字第二九九號判例有以下之闡釋謂：「通常所謂信託行為，係指信託人將財產所有權移轉與受託人，使其成為權利人，以達到當事人間一定目的之法律行為而言，受託人在法律上為所有權人，其就受託財產所為一切處分行為，完全有效。縱令其處分違反信託之內部約定，信託人亦不過得請求賠償因違反約定所受之損害，在受託人未將受託財產移還信託人以前，不能謂該財產仍為信託人之所有。」我國於八十五年一月二十六日制定公布施行信託法第一條即開宗明義規定：「稱信託者，謂委託人將財產權移轉或為其他處分，使受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產之關係。」其中「受託人依信託本旨，為受益人之利益或為特定之目的，管理或處分信託財產」之意，學者間即有如下之說明：「所謂管理，雖應依信託行為或契約的內容而定，惟如信託行為或契約未明定管理的內容及範圍時，即應依民法上管理行為的概念來解釋。狹義而言，乃指保存、改良、利用行為。具體言之，可包括時效中斷的保存行為、不動產租賃、金錢或有價證券的利用、收益行為，以及為增加信託財產標的物價值所為的改良行為等。廣義而言，則可包括處分行為在內，例如不動產的出售、設定抵押權等。又所謂處分，在學理上，有事實上處分與法律上處分兩種分類。前者是就標的物為物質的變形、改造或毀損等物理上的事實行為，例如拆除房屋、撕毀書籍等。後者乃就標的物的所有權為移轉、限制或消滅，使所有權發生變動的法律行為，例如所有權的移轉、土地的設定地上權、動產的出質或物的拋棄等。信託法第一條所規定的處分，仍應依信託行為或契約的內容而定，惟如信託行為或契約未明定處分的內容及範圍時，應兼指事實上處分與法律上處分。」(註三)依此信託行為之說明，不論管理行為之內容，究為事實上處分或法律上處分，均無法包含「對司機執行職務之選任及監督其職務之執行」(對

人之管理)，蓋信託行為係針對信託物之管理，而非針對信託人之管理而言。

在運輸業靠行制度之實務上，司機常會與靠行公司簽訂靠行之定型化契約(俗稱靠行管理契約)，約定關於車輛之牌照稅、燃料稅、駕駛人或車輛違規罰款、規費等監理業務及保險等事宜，亦不受靠行公司指揮監督調度車輛營業之事，除非兩方另外有調度車輛之特別約定(此則涉有雙方營業相關選任事項而有「人之管理」的問題)，否則，靠行公司無法干預司機之營業行為。質言之，在運輸業之靠行制度上，司機即汽車之真正所有人為達營業之目的，將汽車所有權移轉於運輸公司(即所謂車行)，即屬當然之舉，此正是前開汽車運輸業審核細則等相關法律限制下必然之結果，自不能以汽車所有權之歸屬，而得認司機個人有為靠行公司服勞務而受其選任監督執行職務之事實，蓋人的管理與物之管理，在概念上應嚴格區分。故最高法院八十七度台上字第八六號判決所示：「該靠行之車輛，在外觀上既屬經營人所有，乘客又無從分辨該車輛是否他人靠行營運，乘客於搭乘時，只能從外觀上判斷該車輛係某經營人所有，該車輛之司機係為該經營人服勞務，自應認該司機係為該經營人服勞務，而使該經營人負僱用人之責任，以保護交易之安全。」之推論，則有疑義，不無研求之餘地(參註二)。否則法律一方面要司機靠行營運，卻要無監督司機執行業務權限之靠行公司(僅有對信託物之管理權，並無對人之管理權)，莫名其妙負上民法第一百八十八條選任、監督靠行司機職務執行之僱用人責任(對人之管理責任)，對接受靠行公司而言，似有違背憲法第十五條人民之財產權應予保障之虞。

#### 結語

民法第一百八十八條第一項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用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之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」依前所述，本條僱用人責任規定之適用，乃以「僱用關係」(包括事實上之僱用關係)之存在為基礎。參諸前述民法第一百八十八條僱用人責任之立法意旨及該條但書規定，僱用人依民法第一百八十八條所負之責任，不管係法律上之僱用關係或事實上之僱用關係，應係以僱用人對受僱人之執行職務之選任監督之過失為基礎(屬對人之管理層面)，蓋僱用人因僱用他人擴張其活動，其(管理)責任範圍亦應隨之而擴大；即僱用關係是否存在，自應以對人之選任監督之有無為決定標準。質言之，運輸業之靠行制度，係法令為便於行政管理而產生之制度，單純之車輛靠行，係屬物之信託行為，乃對物之管理，非屬對人之管理。靠行司機並非運輸業公司之受僱人，彼此間並不存在僱用關係，亦無對人管理之問題；靠行司機係單獨經營貨車運送業務，於執行職務並不受靠行之運輸業公司監督，接受靠行之運輸業公司亦無使用為之服勞務，事實上並無選任監督之(對人之管理)關係，即無民法第一百八十八條僱用人責任規定適用之餘地。

故接受靠行之運輸公司除有與司機另外有調度車輛之特別約定而有於職務上得為選任或監督(對人之管理)之情外，應無民法第一百八十八條僱用人適用之餘地。依上開推論，本件設例中，A運輸公司以事實上，甲係以自有之曳引車靠行該公司，且獨立經營曳引車運輸業務，伊無法監督，與甲之間並無僱用關係，伊非僱用人而主張免責之抗辯，應有其合理性，在法律上亦有其立論基礎，而有可採取之處。(至於被害人因此而缺少得請求賠償之人，或有認保護上有不盡周延之處，惟以一個理性思考之態度，此應係另一個問題)

#### 【註釋】

註一：王澤鍵，僱用人無過失侵權行為責任的建立，民法學說與判例研究(第一冊)第、頁。

註二：臺灣高等法院年度上易字第號民事判決：「按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。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。查營業大貨車、曳引車因依汽車運輸業審核細則等相關規定，必須具備一定資金、場地、車輛數等始能申請營業，個人無法以其名義各別登記為該車輛所有人營業，故必須登記在靠行公司名義下，將來出售時，自亦係由靠行公司移轉登記予買受人，自難僅憑車輛因靠行而受移轉登記在其名下，即認定其為買受人。統一發票僅係報稅憑據，縱使本件統一發票內加記有車牌號碼，亦難據此即認係買賣關係。至於買賣契約書，被上訴人為買賣當事人，其出售前開車輛訂有契約書附於前開案卷可憑，本件車輛，依例理應亦有書面契約書，被上訴人主張因係出售予上訴人公司而非個人，故未訂立書面云云，顯不足採信。被上訴人既不能舉證證明有買賣關係存在，其基於買賣關係，請求給付價金及遲延利息，即應認為無理由，不予准許。」亦足參照。

註三：賴源河、王志誠，現代信託法論，第、頁。

## 二、國際人權法中對原住民人權之保障

聯合國國際法律發展初期，並未特別提出原住民，因此原住民剛開始大多引用少數民族的法規保護自己，最常引用者乃「公民權利及政治權利國際公約」第條之規定：「在那些存在著人種的、宗教的或語言的少數人的國家中，不得否認這種少數人同它們的集團中的其他成員共同享有自己的文化、信奉和實行自己的宗教或使用自己的語言的權利。」<sup>5</sup>

一九五七年國際勞工組織通過的「原住民及部落人民公約」，可以算是聯合國第一個專門針對原住民人權的公約，可是公約主要還是基於國家主義立場，主旨乃在促進原住民的整合與同化，且保護條文充滿暫時性和過渡性，對於原住民文化及自主性缺乏明確之保障。<sup>6</sup> 可以說，反而為國家逐步消除原住民族的行為提供了合法的基礎。譬如公約第條宣示，允許原住民族保有自己的習慣與制度，但是馬上附帶必須以不違反國家的法律系統或整合目的為條件。再如公約第條承認原住民族土地的集體所有權，第條立即表示，在涉及國家安全或國家經濟發展利益的情形下，國家仍然可以要求原住民族放棄它們祖先的土地。<sup>7</sup> 總之，原住民認為該公約的破壞性多於建設性，整合政策將帶給原住民更多的傷害。

由於國際勞工組織也承認上開公約（第號公約）的缺失，因此乃於一九八九年將公約加以修訂，新修訂的「原住民及部落人民公約」（第號公約）共分十個部分條。新公約係以一九五第七號公約為基礎，並參酌聯合國「世界人權宣言」、「經濟、社會及文化權利公約」、「公民及政治權利公約」，以及國際上許多有關防止歧視的公約為基礎而

加以修訂而來。新公約去除了整合的政策方針，改採「民族發展、自主管理、多元文化」政策。8 公約前言即表明，原住民族在所居住的國家中，可以掌控它們自己的制度、生活方式、經濟發展、族群認同、語言和信仰。而公約第條第項則賦予原住民族對自身事務的決策權，以及參與有直接影響的國家或地方發展的政策形成與實踐。9 而在「第號公約」樹立原住民事務處理原則以後，一九九三年由聯合國原住民工作小組成員同意，一九九四年聯合國防止歧視與保護少數民族副署委員會通過並送交「聯合國人權委員會」的「原住民族權利宣言草案」，目前該草案即在人權委員會考慮之中。一旦大會批准，將為全球原住民權利建立新的國際標準。原住民主張的自決權、免於文化滅絕權、土地及資源等權利，在「原住民族權利宣言草案」中大多得到了實現。該宣言相當強調自決權，而自決權可以用不同形式之自主來展現，不必然是分離權。本草案提供不同方式承認自己是原住民，包括自己認為自己是原住民，還有血統或與某塊土地有歷史悠久的聯繫，或有傳統生活方式等。0 該宣言的影響巨大深遠，不僅所提出的理念已逐漸變成當代標準，甚而已經影響許多國家的立法與政策。

從人權國際化之觀點而，自一九七〇年代開始，人權發展邁入第三階段，開發中國家提出「民族權」(Right of People)的觀念，挑戰西方國家以個人權利為中心的政治哲學思想，人權的內容乃從個人權利擴大至「集體人權」，拓衍出發展權、和平權、資源權、環境權、人類共同遺產權及民族權等「第三代人權」。法國人權學者 Karel Vasak 於一九七七年，以法國大革命口號「自由、平等、博愛」為基礎，將人權的內涵及發展作三階段劃分：

- 1 以西方價值為取向的「消極人權」，其本質在於爭取個人自由，不希望國家加以干預，此乃相當於「公民政治權」(civil and political rights)，是為「第一代人權」。
- 2 需要國家積極有所作為或給付，力求社會平等的「積極人權」，相當於「經濟、社會及文化權」(economic, social, and cultural rights)，是為「第二代人權」。
- 3 建立在「社群」、集體的「連帶關係」與「同胞愛」的基礎上，並透過國際社會的共同努力始能落實的「和平權」、「環境權」，以及所謂民族的「自決權」(right to self-determination)，則屬「第三代人權」。

所謂「第三代人權」基本上乃是一種「集體的自決權」(the collective right to self-determination)。其原始目的在於保護特定的族群免於受到「主流社會」外在決定的宰制，亦即所謂「對外保護」(external protections)。=此種權利之作用如下：對殖民地國家而言，透過此種權利可以讓殖民地國家獲得自決權，自由管理其自己的土地與資源，從而可以排除或限制外來的投資與開發，以維護其自然的生態環境。再則是在一國之內承認某特定原住民族在其所居住的區域享有一定程度的政治、經濟自治權。透過此種權利的承認與賦予，可以讓原住民族依其固有傳統的生活方式，維持其生存的環境，免於受到工業文明的污染與破壞。然而，國際社會迄今仍僅將原住民族當作「保護的客體」，而非「權利的主體」，因此，原住民的法律地位必須在國際法上有所提升，才能透過自決權的行使維護其生存環境及文化。

有學者提出，國際法上人權的發展，原住民族權利的保障存有五個基本問題 (elementary questions)，有待研究與解決：首先是如何界定「原住民族」？其二是原住民族權利的內涵為何？是個別權？還是集體權？其如何對原住民族提供權利上的保障？其三是原住民權應透過何種機制予以保障與落實？例如基於民族自決所建立的民

族自治制度？第四是個別（原住民族）文化與人權普世文化之間究竟屬於何種關係？最後是原住民族團體如何參與國際組織的運作，以及如何與其他國家進行對話？q

肆、台灣原住民人權

#### 一、台灣原住民人權運動與現況

原住民運動，通常係指某一國家地區內被征服的先住民後裔，針對政治、社會地位及權利提出訴求，以及對自己文化、族群再認同的運動，其對象主要是當地現今的優勢或統治族群 w。

引發台灣原住民運動的直接原因，是原住民在現今社會所面臨的許多生存上困境。具體的例子包括：原住民童工、雛妓問題；原住民從事高危險行業的急難問題；都市原住民的就業、居住與適應困境；部落原住民的教育與醫療問題；保留地非法買賣問題；山地經濟惡化等等。e

原住民運動的產生，乃是與外來族群密切接觸的結果。從原住民的角度來看，此種運動則是某一國家或地理區域內原來居住於主人地味的族群，後來被外來族群征服並統治，其後裔經由族群集體共同痛苦的經驗而足見覺醒，並形成族群意識型態，透過組織、行動爭取歷史解釋權、傳統土地權，以促進政治、教育、經濟、社會地位的提升，及對文化、族群再認同的運動，其最終目標是追求原住民族自決。r

台灣最近一波的原住民族運動，自一九八三年以來，已進入第二十個年頭，幾乎與台灣其他社會運動同時，在解嚴前醞釀，並在解嚴後碰撞出劇烈的火花，而後又在社會政治轉型其間逐漸沈潛並轉型。原運大旗下的各個具體事件，一方面是在回應著各時期的台灣社會政治情境；另一方面，原運也在與國際接軌的同時，發覺到世界各地原住民族處境的類似性，加入了二次大戰後才逐漸展開、歷經二十餘年才逐漸成形的國際原住民運動。t

一九八四年月日，「台灣原住民權利促進會」（以下簡稱「原權會」）在台北成立，組織化型態的原住民運動正式展開。自此之後，各種原住民自主性團體相繼湧現，此一時期原住民運動的性質是以受理都市原住民個案問題為主。一九八七年一月，由關心原住民雛妓問題的彩虹婦女事工中心發起抗議「販賣人口」華西街大遊行，原運進入「社會抗爭時期」，所謂「原運團體」於焉形成。此一時期較重要的活動有：「打破吳鳳神話」、通過「台灣原住民族權利宣言」等。緊接著即是一九八八年以後的三次「原住民還我土地運動」，在原住民三番的怒喊之下，逼使統治當局不得不正視原住民的土地問題。

原住民運動的另一個發展脈絡為「正名」與憲法運動。台灣原住民在清治時期被稱為「番」，在日治時期先被稱為「蕃」，後被改稱「高砂族」，到了國治時期，改稱「山胞」，對此帶有貶抑的稱謂，原住民從原有的隱忍逐漸轉為不滿而要求正名。經過幾次憲改會議，終於於一九九四年第三次憲改將「山胞」改為「原住民」。且於一九九七年第四次修憲時增訂憲法第條第九項及第十項之規定：「國家肯定多元文化，並積極維護發展原住民語言及文化」「國家應依民族意願，保障原住民族之地位及政治參與，並對其教育文化、交通水利、衛生醫療、經濟土地及社會福利事業予以保障扶助並促進其發展，其辦法另以法律定之。」<sup>2</sup>此次修憲使「原住民族」之名稱正式成為憲法用語。y 同屬此一時期者，尚有「還我姓氏」運動，且已獲階段性成果。

另外值的一提者，一九九九年月日，民進黨總統候選人陳水扁在競選總統期間，遠赴

蘭嶼與原住民族各族代表共同簽署「原住民與台灣政府建立新的夥伴關係」文書。其主要內容有七：一、承認台灣原住民之自然主權。二、推動原住民自治。三、與台灣原住民締結土地條約。四、恢復原住民族部落及山川傳統名稱。五、恢復部落及民族傳統領域土地。六、恢復傳統自然資源之使用，促進民族自主發展。七、原住民族國會議員回歸民族代表。u 二〇〇〇年三月，台灣首次政黨輪替，過去在台灣民主運動時期與「原住民族運動」並肩作戰的民進黨，取代了國民黨成為執政黨，上開文書正式成為台灣原住民族跳脫繼續被殖民的希望所繫，其中又以「原住民族自治法」的研議，最見觀瞻，牽動層面也最大。（待續）

【註釋】

5 《人權法典》，中國人權協會編，遠流出版社，二〇〇一年，頁。

6 高德義，前揭文，頁。

7 林淑雅，前揭書，頁。

8 高德義，前揭文，頁。

9 林淑雅，前揭書，頁 1。

0 見 U.N.Doc.E/CN.4/Sub2/1994/56,at105。

-Karel Vasak, "A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights," UNESCO COURIER(PARIS)29-32(1997); 陳秀容，近代人權觀念的轉變：一個社會生態觀點的分析，《人文及社會科學集刊》，第九卷，第二期，一九九七，頁。轉引自李建良，淺說原住民族的憲法權利，《台灣本土法學雜誌》第期，二〇〇三年六月，頁。

=Will Kymlicka, MULTICULTURAL CITIZENSHIP: A LIBERAL THEORY OF MINORITY RIGHTS 35(1995); Patrick Thornberry, INDIGENOUS PEOPLES AND HUMAN RIGHTS 44(2002)。

轉引自李建良，前揭文，頁。

q 李建良，前揭文，頁。

w 謝世忠，《認同的污名：台灣原住民的族群變遷》，一九八七年，頁。

e 林淑雅，前揭書，頁。

r 夷將 拔路兒，台灣原住民族運動發展路線之初步探討，《山海文化》，第四期，一九九四年五月，頁。

t 陳舜伶，前揭文，頁。

y 李建良，前揭文，頁。

u 布興 大立，原住民需要什麼樣的自治？，《原住民族人權與自治》，前衛出版社，二〇〇一年月，頁 1。

時間：中華民國九十三年五月廿日（星期四）下午六時卅分

地點：大億麗緻酒店四樓雅典廳

出席：翁瑞昌、林國明、蔡敬文、黃雅萍

宋金比、楊慧娟、陳慈鳳、禎和

曾子珍、黃厚誠、方文賢、吳信賢

陳惠菊、李孟哲、楊淑惠、施承典

列席：林祈福、陳琪苗、陳清白、陳文欽

主席：翁瑞昌 紀錄：陳琪苗

壹、報告出席人數：

應到廿人，實到十六人。

貳、主席宣佈開會

參、通過本次會議議程

肆、上次會議紀錄：

請參見第一〇五期台南律師通訊。

伍、報告事項：

一、主席報告：

此次司法驗票活動能順利完成，要感謝律師們的參與及配合。本會會務推動順利，希望能再多舉辦一些活動，亦請理監事們多多參與，以評估活動的成效。

二、監事會報告（李孟哲監事報告）：

本月帳目清楚，沒有問題。

三、各委員會組報告：

1 法律研究委員會（林國明常務理事報告）

法務部法庭觀察小組將於六月一日在台南地檢署舉行座談會，邀請辯護人三、四名參加，就交互詰問的過程及量刑協商之實施成效等事項，提供意見以供參酌。

2 學術活動委員會—召集人宋金比理事報告—

本會於四月二十五日邀請政大林國全教授演講，題目為「股份有限公司內部監控機制之發展趨勢」，參加研習人員共計四十一人。另於五月八日邀請台大王兆鵬教授演講，題目為「刑事訴訟之協商程序」，參加研習人員共計六十八人。六月份預計邀請台大詹森林教授蒞會演講。

3 會刊委員會—主編陳文欽律師報告—

這期會刊之稿件已編排完成，可順利出刊。目前稿件雖未短缺，但仍請理監事就焦點話題部分多多賜稿。

4 平民法律服務中心—主任委員黃雅萍常務理事報告—

此次司法驗票活動參與律師頗多，對法律服務工作有所影響，所幸未參與驗票之律師們大力協助，讓法律服務工作未曾中斷，在此向參與及代理服務的律師們致謝。

5 體育委員會

1 壘球隊（隊長陳琪苗副秘書長報告）

本會壘球隊於四月二十四日與台南市第一獅子會、台中市中央獅子會進行友誼賽，獲得成軍以來第一次勝利。另，預計於六月五日下午三時在球友球場與榮星電線公司壘球隊進行友誼賽，歡迎各位理監事到場加油。

#### 2 康福組（主任 禎和理事報告）

預計在六、七月舉行之國內一日遊活動，就日期及行程方面，本組有提案，請理監事們討論議定。

#### 3 國際交流委員會（主任委員陳慈鳳理事報告）

長崎縣辯護士會會報中有關與本會交流之文章，理事長指示將之翻譯後登載在本會通訊，日前翻譯人員均已確定，松永及福田二位辯護士的文章已取得其同意。

#### 4 網站管理工作委員會（主任委員施承典監事報告）

本會網站之雛型預計六月份即可架構完成，屆時如有問題，再請廠商改進。

#### 5 秘書處（秘書長林祈福律師報告）

九十三年度四月份退會之會員：李易興、陳鼎仲、邱創典、馬志平（以上四名月費均繳清），截至四月底會員總數六八二人。

#### 陸、討論事項：

一、案由：九十三年四月份加入本會為會員之律師：黃文昌、杜英達、高素真、徐家福、林世勳等五名，請追認。

說明：經向台南地方法院查詢，均符合規定，亦均無積欠會費情況。

決議：通過。

二、案由：本會九十三年四月份財務收支報告表（如附件一，略），請審核案。

說明：請財務長楊慧娟理事說明。

決議：通過。

三、案由：本會團保案，請討論。

說明：目前有富邦、明台二家保險公司報價。

決議：請秘書處通知兩家保險公司，明天上午至地院本會辦公室就有否投保年齡限制、眷屬及員工投保、加保保額限制及保費等事項，進行比價後決定。

四、案由：台北黃東熊律師申請重新入會案，請討論。

說明：黃東熊律師原是本會會員，於九十二年十一月四日傳真退會聲請書辦理退會手續，所積欠會費也已於九十三年二月全數繳清。但於九十三年四月廿日再度辦理重新入會手續，聲稱當初因助理疏失誤辦退會事項，希望延續原來會員資格，補繳當中月費費用。（附件二，略）

決議：與章程不符，不予通過，發函通知請其補繳入會費，否則退還其所繳之月費。

五、案由：本會舉辦一日遊案（如附件三，略），請討論。

說明：請康福組 禎和理事說明。

決議：訂七月十一日（星期日）舉行溪頭一日遊，相關行程及比價事項，由 禎和、林祈福、蔡敬文、楊淑惠及曾子珍五位道長組成小組負責，本次活動會員免費、眷屬酌予補助。

#### 柒、臨時動議

一、案由：台南地院閱卷室之替代役人員，於工作時間有大聲喧嘩、打電動玩具、服

裝不整、音樂聲音過大等情形，建請地院予以改善，請討論。

決議：通過。

二、案由：本會章程修正後，副秘書長人數不限於二人，原執行秘書許雅芬律師，升為副秘書長，請討論。

決議：通過。

三、案由：本會財務報表是否增列各項目之執行率，請討論。

決議：本案移下次會議討論。

捌、自由發言

玖、散會

## 本刊訊

### 悼

本會資深道長林永發律師（現任全聯會副理事長）之夫人蔡順惠女士，慟於九十三年五月四日因心臟血管剝離仙逝，享年六十五歲，葬禮訂於九十三年六月十日上午十一時廿分假台南市殯葬管理所明德廳舉行公祭。

林夫人一生勤儉持家，相夫教子，與林永發道長鱣鱓情深，育有一男三女，長子適從美國取得M B A企管碩士歸國服務，長女則為台中地區知名執業醫生，次女現負笈美國攻讀教育學博士，參女亦是執業律師，均學有所成，誠為賢妻良母之典範，當是頤養天年，含飴弄孫，卻不幸因病辭世，同感哀戚。

## 緊鑼密鼓

### 法律扶助基金會七月一日上路 台南分會聘陳琪苗道長出任執行秘書

法律扶助基金會即將上路，台南分會已訂於七月一日開張，受理無資力民眾申請法律扶助。

基金會於五月廿八日的第四次董事會中，討論通過聘請本會會員陳琪苗律師為台南分會的專任執行秘書，七月一日上任，專責掌理推動台南分會之全般業務。

陳琪苗道長登錄本會執業已有九年，期間曾任本會理事、會訊主編，現在則有副秘書長兼慢速壘球隊隊長的職務在身，可以說參與公會會務積極而活躍。多年來，陳律師研修日文，涉獵心理輔導諮商群書，關懷社會脈動，對律師在現代社會應扮演的角色，多有體會，此次因緣際會，決意轉換跑道，相信必有一番作為；而她在本會理事長翁瑞昌律師事務所任職有年，處事明快，辯才無礙，為翁理事長的得力助手，此番異動，翁理事雖心有不舍，仍表示尊重與祝福。因此，大家也相信，將來本會與基金會業務的密切配合，是可以期待的。

台南分會會址設在台南市中山路一四七號三樓（台南高分院對面國泰大樓），現正積極籌備裝修，預計會務人員會於六月中旬後，會陸續駐進辦公，並開始聯絡律師同道，規劃志願提供扶助律師名單，俾將來依順序、依專長輪分代撰書狀及代理或辯護案件之扶助工作。

據知，基金會規劃的律師酬金，諮詢為一次三小時付一千元，撰狀為五千元，代理訴

訟或擔任辯護人之酬金在二萬至三萬元間，若案件確為繁雜，尚可申請酌加。至於申請者是否符合扶助條件，基金會是否提供申請者全部免費或部分負擔的扶助，將由基金會所聘任的審查委員以三人合議定之。