

淺論航商選用我國引水人之自由

Current Taiwan's Pilotage Scheme and Shipping Companies' Freedom of Choice for Marine Pilots

連健良* 陳彥宏**

摘要

航商因為強制引水的規定，或是引水服務的需要，僱用引水人上船領航，與引水人間不論因口頭或書面而締約，均受限於法律規定形成之引水人獨占體制，無選擇引水人的自由。契約自由原則，是彰顯個人格尊嚴與法律地位平等的重要指標，也關係到契約當事人的正當權益保障，選擇相對人的自由即是其中重要的一環。本文旨在探求契約當事人雙皆平等互惠的辦法，以消彌引水人制度中相對人選擇受限而產生之實質上不平等，並試圖完善引水人制度、與其市場機能。

關鍵詞：契約自由原則，引水人獨占性原則

Abstract

According Taiwan's Marine Pilotage Law, the compulsory pilotage system requires that shipping companies calling at Taiwanese seaports should use pilots allocated by the Pilots Association for providing services they need through oral or written negotiations. This legislation has resulted in a lack of freedom of choice of pilots by shipping companies, and thus formed a monopolistic market of pilotage. The principle of freedom of contract is to unveil the equality of personality, dignity and legal standing, and is also related to the right and benefit protection of contract parties. Free to choose opposite party is one of the important elements of the concept. This paper therefore aims at finding solutions with equal and mutual benefits for the

* 連健良，台灣海事安全與保安研究會研究助理，東吳大學法律系法律專業碩士。

** 陳彥宏 Solomon Chen, AFRIN, MNI, CMILT, Maritime Arbitrator，台灣海事安全與保安研究會秘書長，高雄海洋科技大學航運技術系副教授暨海事安全研究中心主任，英國威爾斯大學海洋事務與國際運輸學博士。
Email: solomon@safetysea.org

pilotage contract parties to eliminate essentially inequality as a result of the existing restriction of freedom of choice, and improving the pilotage system and its market mechanism.

Key words: Freedom of Contract, Pilotage Monopoly

一、緒論

長久以來我國引水人制度，一直有爭論，有航商的立場需要顧慮，有引水人工作權需要保障，更重要的，有國家社會乃至於特定港口的公益需要考量，在各種研討會、研究報告中都有鮮明的立場與見解，爭論不休的結果，竟使我國的引水法的規定中，有部分功能未曾採用，使立法者的美意打折，其中最著名的規定是引水法第 16 條關於「指定與長期引水人」之規定。¹

此外不論是新聞事件、或是航商本身意見，或甚至包括監察院行文交通部的糾正文，均有關於引水人的市場機能性的關注。由於歷史與公益等法制考量，引水人一直有獨占的事實與體制，而又因獨占有其弊害之處，若相關防弊措施的法規未能落實者，則直接受其害者往往是締約的另一方，也就是航商本身，對政府而言，恐也已間接受到獨占之害的影響。

故一為解決長期以來爭論不休的制度，二為達到引水人市場機能良好運作的期望，本文避開三方各自的主見，試圖以法理學的角度切入，思考航商選任我國引水人的自由，希望能另闢蹊徑找到合適的解方。故藉著說明何謂自由？為何法律同時有自由要素與限制要素？為何契約自由原則要受到限制？為何引水人一職是獨占的體制？有何獨占的防弊措施？逐步地抽絲剝繭，找出相對應的法理基礎及出合宜的建議，希望可以收一石二鳥之效。

二、自由與限制的法理

何謂自由？經濟學家海耶克在『自由的憲章』一書提到²，所謂自由是「獨立於別人武斷的意志以外」的狀態，亦即不受別人武斷的意志所干預。如果說處處受到他人武

¹ 引水法第 16 條規定：中華民國船舶在一千噸以上，非中華民國船舶在五百噸以上，航行於強制引水區域或出入強制引水港口時，均應僱用引水人；非強制引水船舶，當地航政主管機關認為必要時，亦得規定僱用引水人。在強制引水區域之航行船舶，經當地航政主管機關核准，得指定或僱用長期引水人。

² 海耶克，自由的憲章，台灣銀行經濟研究室編，1973 年 12 月，頁 14。

斷意志的壓迫，無法抗拒必須無條件的服從，與奴隸的狀態無異！所以要能夠稱之為人，就要達到不受干預的境地，才叫做「自由」。

在我國現行法中，有自由的要素³：如憲法，有人身自由(§8)，居住遷徙自由(§10)，意見自由(§11)，秘密通訊自由(§12)，信教自由(§13)，集會結社自由(§14)等；如民法，有侵害人格權之保護(§195)，所有權得自由處份收益之權能(§765)，物之共有人之自由處分權(§819)等；又如刑法，有剝奪他人行動自由罪(§302)，恐嚇危害安全罪(§305)等。可見得自由是法的要素之一，與現行法已密不可分。

康德說，法律皆由約束力(*der Zwang*)而生，此以約束力排除障礙，使勿侵害人之自由，則約束力之自身，即與自由相合⁴。自由既然是與生俱來的，不可侵犯的，是以不管立法者的動機為何⁵，從社會整體的利益來思考，除了自由要素，法也應該要有限制要素，才能制衡自由所可能帶來的負面影響。

在我國現行法中，也有示例⁶：如憲法指出，「中華民國國土，不得變更之」(§4)，「人民除現役軍人外，不受軍事審判」(§9)，「以上各條列舉之權利，...不得以法律限制之。」(§23)，「立法委員不得兼任官吏」(§75)等；如民法，「權利能力及行為能力，不得拋棄。」(§16)，「自由不得拋棄」(§17I)，「婚約不得請求強迫履行」(§975)，「有配偶者，不得重婚」(§985I)等；如刑法，「不得因不知法律而免除刑事責任...」(§16)，「未滿十八歲人或滿八十歲人犯罪者，不得處死刑或無期徒刑，...」(§63I)，「殺人者，處死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑。」(§271)，「竊取他人動產者，...處五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金」(§320I)等。限制的要素，已在各法之中，處處可見。

海耶克所謂的自由主義，是歐洲的古典自由主義，主張個人自由不受任何方式的外力干預，與美國所稱自由主義迥然而異，後者認為政府為了達成各種公共目的，可以對個人經濟活動有所干預，以限制個人自由⁷。但以海耶克的觀點來看，限制會對自由經濟造成負面影響，他曾以租金限制(*ceiling rents*)為例，說明限制的缺點大於沒有限制的

³ 楊奕華，論法之自由要素—從法律人本主義的角度觀察，社會文化學報，1996年5月，頁348。

⁴ 吳康，康得哲學，商務印書館，1991年，頁208-209。文中舉例，例如債權人之約束力，須與債務人之自由相合，即債務人有諾言在先，才能約束其自身也。

⁵ 熊秉元，人應不應該自私，新新聞，602期，頁97。文中舉例，「強制汽車責任險」是在柯媽媽長期的推動之下，才在立法院完成立法，會完成立法，是因為柯媽媽認為這個法案很重要，他希望別人也認為這個法案也很重要，在某種意義上，他是自私的：他把自己的偏好加在他人的身上。

⁶ 楊奕華，論法之節制要素，社會文化學報，1997年5月，頁209-213。

⁷ 施建生，經濟自由理念的傳承，經濟前瞻，2007年1月，頁102-107。

情況⁸。他認為自由市場會自行調節，橫加節制弊多於利，亦即自由與限制沒有必然的雙生相關，或甚至有相互牴觸的負向關係。

但法學家對於限制抱持著樂觀、正面的態度⁹。德國法學家耶林曾以「鴉片輸入中國為例」，抨擊為了不侵犯購買者的自由，即為尊重自由貿易，中國政府不能禁止鴉片輸中國的荒謬推論，他也進一步說明，保護個人自由並不是法律唯一的目的，而沒有強制力的法律是一把不燃燒的火，不發亮的光¹⁰。法學家認為自由與限制有緊密的雙生關係，不論是康德的一體兩面說，或是耶林的無光之燈說，都是如此，均認為法律為保護自由，就不得限制自由。

有名的公地悲劇¹¹，可引為例證。有一處長滿了肥沃牧草的草原，若羊能帶來這兒放牧，一定長的肥肥胖胖的。因為這片草原是大地的恩澤，大家都可以自由地在這放牧，所以知道這片草原的牧羊人，無不竭盡可能的帶他家所有的羊來這，甚至把他們家的牛隻、馬匹也全部帶來這草原，而左鄰右舍們也都爭相模仿，以致於後來，滿坑滿谷的都是牛羊、及四處亂竄的馬匹。

雖然說自由的放牧，是這群牧羊人共同的生活理念，是草原社會裡不變的價值觀，剝奪了自由放牧的權利，就如同剝奪他們生命一樣。但是，若彼此不事先約束的話，又往往造成一個後果：自己節制放牧，不一定換來別人的自我約束，反而讓別人佔了便宜，可以牧羊吃更多的草，人同此心心同此理的結果，大家都不自我節制，最後有限的草原因為過度的耗費而至枯竭，悲劇於焉產生¹²。

二十世紀初，美國西岸的外海有豐富的沙丁魚魚場，隨科技發展漁獲量愈來愈多，而漁獲愈多利潤也愈多，利潤愈多就吸引更多的參與者，有更多的參與者就捕更多的沙丁魚，如此一來加速了漁場的枯竭，到了魚貨量發出警訊的時候，就像「公地悲劇」一樣，也沒有人願意約束自己便宜別人，最後加州的沙丁魚業成了歷史名詞。加拿大的鱈

⁸ 海耶克，承前註，頁 534-535。

⁹ 熊秉元，人生而平等自由？—權利的剖析，法令月刊，2002 年 11 月，頁 69-77。文中提到，為什麼經濟學者與法學者有如此的差異？經濟學者只是描述權利的狀態，並沒有做價值的判斷；相對的法學者都直接間接的做出價值判斷。前者沒有預設立場、或前提，而是以實際的狀況，已經發生的事、現象做為材料，再據以歸納出「規律」（實然面）；而後者的論述，先提出一些簡而自明的原則、理念或價值，然後再以這些原則、理念或價值為基礎，做進一步的推論，所以是有預設立場的（應然面）。

¹⁰ 博登海默，法理學法哲學及其方法，結構群編譯，1990 年 10 月 15 日，頁 123-125。

¹¹ 魯爾夫杜伯里，思考的藝術：52 個非受迫性思考錯誤，商周出版，2013 年 1 月，頁 92。文中提到兩個解決方案，一個是私有化，把該公共財化成一個人私有，另一個是管制，由國家制定規則，決定誰有權使用。

¹² 熊秉元，我劃地自限故我自由？，新新聞，619 期，頁 76。

魚有著相同的遭遇，漁夫因為沒有節制的捕撈，最後魚場枯竭，有將近四萬漁民失業¹³，亦可佐證有自由而無限制之害。

三、契約自由原則之上位概念：平等

契約自由原則，係指契約之訂定與否、相對人之選擇、契約內容之修訂、與如何履行一定之方式，原則上委諸當事人自由之意志而言¹⁴。此一原則的形成，根源於近代私法承認個人有獨立平等的人格，而得以自由意志利用其財產、維持其生存，從而在社會生活上欲成立契約，須基於個人與個人意思合致，成為當然之理。簡言之，契約自由原則發源自平等之上位概念。

惟，現代化以來自由訂定的契約已非實質平等，契約的內容由當事人一方決定，他方僅有同不同意的例子所在多有¹⁵，契約自由原則已然變成資本家累積資本的手段。原本促進自由經濟發展之原則，其結果亦造成資本之累積與大企業之產生，並制定相關定型化契約，限他方於不得不的地步，實與平等之概念背道而馳。於是乎國家機關基於經濟政策，開始有干涉督導私經濟活動之措施。

故為彰顯平等之概念，避免經濟弱者之為難，有限制契約自由原則之必要。政府為了保障大眾利益增進社會福祉，其適合於國家社會之利益者，強制其締約，內容不公平者，強制其修訂，易生欺壓情事者，嚴定其方式，進而限制契約相對人之選擇，包括：(1)為增進經濟生活而限制契約之相對人；(2)以行政機關為契約當事人兩類，均在政府管制之列¹⁶。我國大法官基本上採取同樣的見解，認為契約自由可以受到限制，釋字第576號解釋：

¹³ 國家地理頻道，魚線的盡頭(The end of the line)，2009年。參考網頁：
<http://www.youtube.com/watch?v=22YrMRav6dU>，瀏覽日期：2013/04/15

¹⁴ 劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局，1988年，頁45。

¹⁵ 即民法第247條之1立法理由所謂之「附合契約」(Contract of adhesion)，係指「依照當事人一方預定用於同類契約之條款，而訂定之契約」，亦即當事人之一方以其獨佔優越的地位，預先擬定雙方試用的條款，片面的決定契約的內容，向不特定之他人要約，經他方完全的附合未予變更的承諾所成立之契約。參見陳美伶，附合契約條款之研究，法務部，1982年7月，頁7。李清潭，資本主義下現代契約法的變遷，桂冠圖書，1997年，頁12-15。

¹⁶ 孫森焱，民法債編總論上冊，2005年修訂版，頁35-37。關於為增進經濟生活而限制契約之相對人，書中舉例：「如農產品市場交易法第十八條規定，農產品批發市場供應人之資格採列舉方式，向農產品批發市場登記，又如合作社法施行細則第二條規定，合作社之設立，以社員能實行合作之範圍為準，又例如日本勞動組合法第七條第一款但書規定，勞動團體代表特定工廠受僱之勞動者半數以上時，得訂立勞動契約，約定受僱之勞動者應限於該勞動團體之會員，為僱傭之條件。」

契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種。惟國家基於維護公益之必要，尚非不得以法律對之為合理之限制。

有學者從另一個角度思惟，相對人選擇之自由之所以受到限制，是因為交易標的物屬於獨占事業之產品，交易主體處於「獨此一家，別無分號」之地位，亦即現代化國家，一方面資本社會化，國營事業、公營事業，獨占事業廣泛存在，一方面實行自由經濟制度形成資本集中及聯合壟斷，均是造成相對人選擇之自由在某些領域受到削減或是不存在的主因¹⁷。對於獨占的現存事實依客觀事實思維，不參酌主觀價值的認定，較能夠體認自由受限制的必然性。

綜上，契約自由肇始於平等，其限制亦基於平等，不但證明了法同時有自由要素與限制要素，且有明確的法之上位概念，用以支配自由與限制之均衡點，以契約自由原則思考，其上位概念之均衡點即是「平等」。

承此，航商選用引水人之自由，乃關於契約自由原則中「相對人選擇之自由」，政府基於國家社會之利益，或基於引水人「獨此一家，別無分號」之獨占地位，使其契約相對人選擇之自由受到限制，惟是否已達於「平等」的均衡點？仍有值得討論的空間。

四、引水人獨占原則之法理與防弊措施

引水人，是引領船隻安全地航行政府所指定的引水區域之人，其本質是船長的顧問或助理¹⁸。由於引水人的高度專業技能及經驗，對於其所負責水域的天候、水文、地形與港口作業習慣的了解，均可以有效降低航行的風險，是航商、貨主、保險公司、政府機關，甚至是船長所樂見的，也行之有年¹⁹。

此外，引水人的重要不只基於安全性考量，我國引水法所揭櫫之公益性、國防性，與前三者衍伸的引水人獨占性原則，均是立法者有意寫入引水法的重要依據²⁰。

¹⁷ 劉宗榮，承前註，頁 48。

¹⁸ 依引水法第 32 條及國際慣例，引水人在船，視為船長之顧問或助理，故指揮權仍屬船長，而依同法 19 條，基於船舶之安全，船長應採取必要之措施或拒絕引水人領航。參考網頁：<http://lis.ly.gov.tw/lghhtml/lawstat/reason2/0203080011500.htm> 瀏覽日期：2013/05/01

¹⁹ 方信雄，引水概論，時報文化出版，2005 年，頁 13-61。

²⁰ 丁漢利、舒瑞金，引水法釋義，中華民國引水協會，2001 年，頁 46。

從僅重視船貨安全的引水人父子相傳時期，到保險人介入杜絕船舶所有人與引水人利益勾結時期，以及現今強調港口是港口國甚至是全人類的公共財時期，基於歷史發展及引水法制之沿革而生的引水制度，其獨占性的特色始終明顯。而從重視引水人的私益，各利益團體的共益，演進到公共財的公益，似乎也說明了航商選擇引水人自由的削弱與式微的背景原因。

我國法律公益性的特色也不例外，引水區域是公物的概念，直接間接地使引水人獨占性原則更加地根深蒂固。憲法 143 條 2 項規定，附著於土地之礦，及經濟上可供公眾利用之天然力，屬於國家所有，不因人民取得土地所有權而受影響，又土地法第 14 條 1 項規定，公共需用之湖澤及可通運之水道不得為私有，商港法 3 條規定，商港區域包括劃定商港界限以內之水域，引水法 1 條規定，引水係指在港埠、沿海、內河或湖泊之水道引領船舶航行而言。

而所謂公物，乃經提供公用，直接以達成特定公目的，適用行政法之特別規制，而受行政機關公權力支配之物²¹，原則上因「提供公用」之法律行為，及「供作使用」之事實而成立²²。是以，引水之區域為公物，因其為不得私有之天然力，並依法規受公權力支配，進而提供公眾使用，係一公法上的概念。

從而不論觀航政事務與港政事務同屬公物管理權內容，因公物的設置而由設置的行政主體取得，或觀引水區域之劃分或變更²³，或自由引水強制引水之分別，及基於航道及航行之安全，所實施強制引水之制度由交通部以命令定之²⁴，國家權力介入的比重非常明顯，此皆引水人獨佔性原則凌駕航商選用引水人自由的法理²⁵。然獨占卻有其負面影響必須削減，以民國 87 年監察院糾正文為例²⁶：

²¹ 陳敏，行政法總論，新學林出版，2007 年，頁 1027。

²² 陳敏，承前註，頁 1033。

²³ 引水區域除內水、商港外，亦可擴及領海。延伸閱讀參考 Rothwell, Donald R., *Compulsory Pilotage and the Law of the Sea: Lessons Learned from the Torres Strait* (2012). ANU College of Law Research Paper No. 12-06. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2020781> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2020781> visited date at 2013/3/29.

²⁴ 引水法第 4 條規定，引水區域之劃分或變更，由交通部定之，引水法第 5 條規定，交通部基於航道及航行之安全，對引水制度之施行，分強制引水與自由引水兩種，而強制引水之實施，由交通部以命令定之。

²⁵ 引水法關於因水人獨佔性原則於第 7 條規定，各引水區域之引水人，其最低名額由當地航政主管機關擬定，呈報交通部核備，變更時亦同。

²⁶ 監察院，(87)院台交字第 872500117 號公告，監察院公報，2166 期，1998 年 6 月，頁 1527-1530。部分糾正文亦可參考船聯會，「我國引水制度、法規修正研究及船舶進出港之智慧化導航系統探討」期中報告審查會議紀錄，2012/07/30，頁。參考網頁：<http://www.nacs.org.tw/19/38.html>，瀏覽日期：

「引水人數並未充分開放，致引水人行業形成一特殊保障行業。復以引水業務，以共同排班輪值方式執業，航商無指定或長期僱用某一引水人之權利，引水業務形同自然壟斷，引水人無須以服務品質，爭取領航機會，致服務態度不佳情事，時有所聞，與民營化自由開放市場精神並不相符，爰依法提案糾正。」

我國引水法本有相關獨占性原則的防弊配套²⁷，有包含合格引水人等措施以避其害，如引水費率由主管機關擬定(§10)，以行政命令明定強制與自由引水區域(§5)，引水人形式適格性(§11)²⁸，引水人消極資格(§13)，引水人執行引水區域之限制(§22)，引水人懲戒罰(§39)等。

但監察院糾正文卻也指出兩個重點，其一，承認引水人此一特殊保障性行業之事實，其二，引水的獨占性已影響其服務品質，其顯示雖獨占有其法理依據，但包括合格引水人等防止獨占之弊的配套措施不夠完善，已使立法的美意受損。

獨占的事實有其市場及歷史成因，但不一定是非難的理由，其之所以遭人非難，是因為獨占之個體利用市場的獨占地位，濫用市場力量，造成市場競爭的不公平²⁹。所應予矯正或救濟的並不是獨占本身，而是「獨占行為」所產生的負面影響，法制上思量對策與方法多從獨占之行為管制著手，我國引水法的配套措施即是獨占行為管制的方式，但從引水人的獨占性造成航商選任引水自由受限，其負面的影響並進一步產生實質上不平等來看，管制的成效不盡人意。

五、獨占行為的矯正

獨占不排除為完全競爭所形成，是市場運作效率化的結果；也可能是法制所造成的市場結構，如專利權人、引水人制度等。曾有官員表示：「引水制度改革之方向，應朝

2013/03/29

²⁷ 謝哲勝等，法律經濟學，五南出版，2007年5月，頁214。文中說明：「獨占市場生產者的獲利最大，並不等於社會福祉最大，為求社會福祉最大，國家機關就有必要介入市場運作，對契約加以管制。」

²⁸ 「民國87年司法院大法官在釋字第453號解釋意旨中，對於專門職業提出三項條件，其一須特殊學識或技能，此知識技能尚不需具備高深學識才能操作，如水電技工、汽車駕駛等即不屬於專技人員範圍；其二需能經由現代教育或訓練達成培養目的，所謂現代教育或訓練指其教育或訓練方法、內容符合現代科學精神，故民間堪輿或卜卦等雖是職業，但無由現代教育或訓練可供培養；其三從事之職業與公益或人民重大法益如生命、身體、財產等有關²⁸。」參考吳庚，憲法的解釋與適用，三民書局，2003。

²⁹ 范建得、莊春發，公平交易法上冊，漢興書局出版，1994年，頁65。文中指出，行為學派(Behaviourist)的觀點，認為對於獨占市場的管理，應從其行為為下手，不應以身分為管制依據；反之，結構學派(Structurist)認為應對市場結構加以管理，打破市場獨占的局面，兩者看法不同。

向自由化、國際化，以營造市場機能，創造自由競爭的環境」³⁰，其欲以自由競爭取代獨占的市場結構，是否有益於社會公共利益，有待商榷，因為若懲罰因效率而形成的獨占，反而有害整體經濟效率的達成³¹，若改革因法律所形成的獨占制度，間接有害於引水人私益，利益團體的共益，及公共財的公益，法理已如前述。從而欲去其獨占之負面影響，改變市場結構並非上策。

獨占的監督與獨占行為的矯正，我國公平交易法也許可以提供一個思考的方向。公平交易法所指之獨占比經濟學的獨占，含義更廣³²，該法第 5 條 1 項規定之「處於無競爭狀態」等同經濟學的獨占特徵，而「具有壓倒性地位，可排除競爭之能力」，指市場不只一個廠商之情況；同條 2 項之規定，則將二以上少數壟斷市場事業之寡佔，以法律擬定的方式視為獨占。關於獨占行為的矯正，茲以行政院公平交易委員會所通過之一決議³³，加以說明：

高雄港勤服務股份有限公司(下稱高港勤公司)等 7 家公司違反公平交易法第 14 條事業不得為「聯合行為」的規定，除命違法事業立即停止該違法行為外，並各處新臺幣 10 萬元至 200 萬元罰鍰，7 家合計 500 萬元。過去業者彼此殺價競爭激烈，為減少價格競爭，多次邀請其他 6 家業者召開協調會，並共同訂定「高雄港交通船參與聯合調度作業」，成立統一調度中心，以利彼此監督，避免業者私下攬客，並議定營收分配比例，如有業者超過該營收比例，即須自制，不再爭取他業者之客戶，以合力作業方式減少價格競爭。

然而高港勤等 7 家事業以開會討論之方式，共同決定輪班載運及共同分配營收，各業者依順序輪班接送引水人，再依議定的營收比例進行分配，以達營收共享之目的，造成努力招攬客戶的業者，必須將其營收分配給其他業者，而怠於招攬客戶的業者，卻能夠自其競爭對手分配到營業利益，故業者僅需依序排班即有客源，減損交通船運輸業者相互競爭的意願，且影響被招攬的客戶選擇交易人的自由。是以，該聯合行為造成 7 家業者無意願透過各種競爭策略以爭取客戶，又目前市場上另無其他競爭者，故市場供需調整機制無法發揮，該聯合行為已足以影響服務供需之市場功能。

³⁰ 張新平等，我國引水制度整體規劃之研究，中華海運研究學會，1998 年，頁 152-153。

³¹ 范建得、莊春發，承前註，頁 66-67。

³² 呂榮海、謝穎青、張嘉真，公平交易法解讀，月旦出版，1992 年 3 月，頁 56。

³³ 公平會新聞稿，公平會 99 年 9 月 29 日第 986 次委員會議，參考轉載網頁：
[http://1950.tycg.gov.tw/frprint/frprint/print.asp?prtPage=http://1950.tycg.gov.tw/news/news/upt.asp?uid=\\$con=\\$cid=\\$year=\\$month=\\$day=\\$key=\\$pageno=\\$p0=1057](http://1950.tycg.gov.tw/frprint/frprint/print.asp?prtPage=http://1950.tycg.gov.tw/news/news/upt.asp?uid=$con=$cid=$year=$month=$day=$key=$pageno=$p0=1057) 瀏覽日期：2013/04/02

決議主要是矯正高港勤等 7 家公司的「行為」，並不試圖改變市場結構，而決議的內容有幾個重點，值得省思。第一，自由競爭不代表是經濟的最佳結構，此例中的港勤業者彼此惡性殺價，最後竟屏棄競爭，採取聯合的作業方式；第二，各業者依順序輪班接送引水人，此一情況似乎與我國引水人輪班制度相符，是引水人影響了港勤船制度？還是避免競爭的情況就是輪班制度？觀國內車站機場前排班的計程車業者，似乎可類比推敲出答案；第三，影響被招攬的客戶選擇交易人的自由，亦即輪班制度中權益受損的是相對人的選擇自由。

全年無休且付出勞力的產業，輪班輪休制度很常見，除配合日常工作節奏外，也讓勞工有充足的休息休假以恢復體力。公務人員週休二日實施辦法第 4 條規定，交通運輸、警察、消防、海岸巡防、醫療、關務等機關(構)，為全年無休服務民眾，應實施輪班、輪休制度。

我國引水人輪班制度也是相同的管理邏輯，引水人管理規則第 5 條規定，引水人辦事處應設置輪值簿，分組按日牌示輪值，並將輪值名單報送當地航政主管機關。也就是說，不管颶風日曬雨淋，不管白天黑夜假日，只要是當值引水人就要上班，就有義務引領船舶。

但同樣是輪班制度，同樣付出勞力，為何交通關務等公務人員及引水人可以正當輪值，而高港勤等 7 家公司輪班反而會遭到糾正？本文以為關鍵在於有無法律規定，及其輪班的動機。相較於公務人員及引水人，高港勤等七家業者的輪班制度，是基於營業管理的考量，是為利益均分所做的安排，並無法源依據，反而有害於市場供需機能。公平交易法又被稱為「經濟憲法」，其高舉著追求產業的自由競爭環境、及公平產銷秩序的大旗，糾正任何產業濫用獨占地位，利用結合、聯合行為壟斷市場，及不公平競爭的行為，其目的在於讓消費者受益。

是以，合法的獨占，公平交易法不罰，但有害於私經濟的反競爭行為，是有害於消費者權益的，就要矯正。高港勤等七家業者輪班之後，最大的癥結點在於讓消費者權益受損，以輪班制度來謀取自己的利益，剝奪當事人的選擇自由是直接的負面影響，間接的影響就是服務品質的低落，客戶不只沒有處於一個平等的地位來締約，客戶支付對價，卻可能搭上一個怠於殷勤服務的業者的船，支付固定的票價，接受期待中優質服務的機會卻不固定。

對於受到限制的相對人選擇自由而言，唯一且最好的補償方式，就是確保消費者權益，不會因為服務品質低落等原因而受損。很難想像代表港口國迎接近出港的港勤船是

如此的不濟，更難想像引水人沒穿救生衣還穿著涼鞋登船領航³⁴，這就好像進出國際機場發現連接飛機的空橋很破舊，官員及工作人員衣著不整的道理一樣，不但會讓人懷疑其專業性，覺得自己權益受損，還會覺得臉上無光。

如同前述監察院糾正文所指，獨占已影響其服務品質，已影響港口的國際競爭力與國際形象。本文不欲探討引水人是否為公平交易法的規範的對象，而是想藉高港勤公司一例說明，討論航商選用引水人自由時，包括服務品質在內的「正當權益」，是平等互惠的均衡點所在³⁵。

六、從自由到平等：探求平等互惠的均衡點

依高港勤公司及引水人兩個的例子作比較，同樣都是輪班制，同樣都令他方選擇相對人的自由受到影響，但將面臨不同的處理方式，高港勤公司直接以公平交易法矯正，除去客戶選擇相對人自由的限制，並藉以改善市場供需的機能，但引水人制度要如何彌補航商受限制的相對人選擇的自由？更重要的是要如何避免因獨占而生的負面影響？茲從航商的消費者權益角度說明之。

如何判斷包括服務品質在內的消費者「正當權益」，法律從消極保護的觀點切入，亦即若有此情況，則契約無效，此情況法者稱之為「權益處於無從選擇締約對象或無從拒絕締約餘地之情況」。我國法院判決有多例說明，例如³⁶：

「按定型化契約之條款，因違反誠信原則，顯失公平而無效者，應以契約當事人之一方於訂約當時，處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定者始足當之。又定型化契約之出現原因不一而足，是否符合平等互惠原則，不能主觀認定，而應依一般社會的客觀標準，以及當事人雙方是否彼此對約定內容有充分的認知來判斷。」

判決本文是以定型化契約之條款來說明何謂「平等互惠」，其補充說明民法 247 條之 1 所規定之「公平」須依二個條件與一個標準，雖是為說明契約之約款是否違反誠信

³⁴ 航海者網站，花蓮港碰撞事件，海運新聞討論版，2012 年 6 月，參考網頁：
http://marinefans.org/modules/newbb/viewtopic.php?topic_id=8799&forum=5 瀏覽日期：2013/04/22

³⁵ 有學者稱所謂契約自由與契約正義的平衡所在，係指定型化契約條款固有節省締約成本之功能，但如條款使用人僅專注追求一己利益，而完全不顧他方之正當權益，遂擬不符經濟效率、違反任意法規立法意旨、或妨礙達成契約目的之條款者，則該他方當事人仍得於締約後，主張條款無效。參詹森林，定型化契約條款效力之規範－最高法院 90 年臺上 2011 號、91 年臺上 2220 號、92 年臺上 39 號判決之商榷，律師雜誌，第 293 期，2004 年 2 月，頁 37。

³⁶ 最高法院 100 台上 1635 號判決。

原則而顯失公平，但似乎亦可類推說明本文所欲討論之題旨，即契約當事人處於「無從選擇締約對象」，並於「簽定顯然不利於己之約定」時，以契約無效論。然退一萬步想，契約當事人之航商，選任我國引水人是為了符合本國港口強制引水之規定，或亦為滿足引水服務之需求，其目的不是為了使契約無效，而是為了獲得包括務品質在內的消費者「正當權益」，故以法論法其功太過，其效太強，並不適合在經濟制度下，討論平等互惠的均衡點。

我國憲法所規定的一般平等權可否用以討論？至少有三個面向可以思考。其一，憲法保障的權利主體為何？其二，憲法權利的第三人效益？其三，違憲審查的結果是否符合當事人需求？首先，依大法官解釋³⁷，不但自然人與法人是受到憲法保障的權利主體，非法人團體若符合一定之認定標準，縱未具法人資格，亦可為憲法保障之權利主體。故，不論我國締結引水人契約的雙方當事人，是自然人也好，是法人也罷，亦或是非法人團體，均為權利保障主體。

又憲法基本權是否適用於私人之間，有三說：無適用說、直接適用說及間接適用說³⁸；直接適用說認為，應直接適用於民事關係，以貫徹基本權應有之效力；間接適用說認為，基本權是防禦權的概念，若將憲法基本權利之規定，形式的移植到私人間法律關係，是侵犯了「私法自治」以及「契約自由」等私法上之基本價值，基本權僅能間接透過私法規定，對私人間相互法律關係發生效力。

憲法第 171 條規定，立法者不得制定和基本權利相牴觸之法律，故基本權利規定主要是對立法者產生效力，而非直接對人民產生拘束，間接適用說似較合理。從而直接引用平等權之概念討論，相等人選擇自由下之「平等」，似不服我國憲法之精神。若有法律規定，使締約的一方具有明顯壓倒相對人，並妨礙相對人基本權利的行使，國家權力是否應介入？行政程序法第 6 條已有規定，行政行為非有正當理由不得為差別待遇，而國家行政行為的矯正之道，除了行政法相關的救濟之道，就屬大法官的違憲審查，可以決定到底有無侵犯平等權之情況。

然違憲審查，係針對法規作一般性判斷，非個案研究，就算是我國引水法，或相關引水制度的某條規定違反了基本權，也僅作該條條文無效的解釋，與民法判斷誠信原則的公平與否一樣，無效並非平等互惠的均衡點。此外，更遑論平等權的審查難度，以及

³⁷ 大法官釋字第 486 號解釋：「自然人及法人為權利義務之主體，固均為憲法保護之對象；惟為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之「團體」，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障。」

³⁸ 陳新民，中華民國憲法釋論，2001 年 4 月，頁 144 以下。

平等權是否適用於契約雙方當事人人格平等之判斷，其法理非本文所蒐集之資料可以說明清楚，宜另案再研究。

故單以法論述「平等互惠」時，無法適切地找出其均衡點，應循其他途徑以茲解決。本文簡單提出兩點建議供作參考：

1、總體上堅持引水制度的體系正義³⁹

假設立法者已基於我國法律、經濟制度及相關當事人的權益作過通盤考量，則堅持相關立法制度，不作刪減、偏袒或廢而不用，應已符合平等之原則。觀我國引水人之制度，雖無引水業務法規，但有引水法輔以引水人管理規則，及相關港口管理辦法，若體系完整，則遵守各法規之條文規定，實已符合體系正義，無須細究平等互惠之均衡點，因立法者已做充分且多方考究之故。

觀我國引水制度既已規定輪班制度，並進而剝奪航商選擇相對人之自由，於立法當初，亦應有相對應之規定作為補償，以符合體系正義之精神，無須細究「平等互惠」之必要也，我國引水法 16 條「得指定或僱用長期引水人」之規定，即是體系正義精神的最好例證，立法者立法之初已通盤考量法制與管理、經濟制度與當事人權益之衡平，只要此相對應的規定不被漠視、或刪除即可。

然關於此一讓體系衡平之規定，有學者竟以破壞現制批判⁴⁰，更有研究欲提出建議刪除之⁴¹。本文認為「得指定或僱用長期引水人」之規定，係一優良的立法，在原則採輪班制度外，允許有特例的存在，不但符合我國各級法規立法之精神，亦兼顧航商現實之需求，從平等互惠的體系正義思考，亦收衡平之效。換言之，不但不宜刪除，更應研究如何落實以完善立法者之美意。

2、個案上細究不適任引水人的退場機制

³⁹ 法治斌、董保誠，憲法新論，元照出版，2005 年 1 月，頁 243-249。文中說明，平等原則要求立法者於差別待遇之規定時，除應注意「禁止恣意」、「事務本質與合目的性」二者外，也應依憲法之價值以「體系正義」作為參考基準。一併參照李念祖，案例憲法 III(下)人權保障的內容，三民書局，2006 年 7 月，頁 387。

⁴⁰ 鄧學良等，我國引水制度及引水法修法方向之研究，中華民國引水協會，2001 年 12 月，頁 20-28。亦有支持「指定與長期引水」論者，認為於自由引水水域如北海可特別採用，詳參張新平等，我國引水制度整體規劃之研究，中華海運研究協會，1998 年 12 月，頁 26。

⁴¹ 「我國引水制度、法規修正研究及船舶進出港之智慧化導航系統探討」期中報告審查會議紀錄，2012 年 7 月 30 日，頁 4。詳參全國船聯會報告，網頁 <http://www.nacs.org.tw/19.html> 第 38 頁，瀏覽日期：2013/04/09

我國平等權之保障，非直接適用民事案件，已如上述，欲探究平等互惠之均衡點，除依私法自治及契約自由原則由雙方當事人依個案與當時情況特別約定外，難以單憑法規取得雙方均滿意的均衡。進而我引水制度原則上採輪班制度，特例上採指定或長期引水人制度，實已限制航商選任相對人自由及追求服務品質等正當權益之可能，故探索平等互惠均衡點前，細究不適任引水人的退場機制，以避免二次侵害當事人權益，可收消極地滿足航商平等需求之效果。

簡言之，個案上欲間接地追求當事人人格尊嚴的平等，首先應避免不合宜的當事人繼續參與締約。我國引水法 30 條船長得拒絕引水人領航之規定，引水法第 38 條因怠忽職守等情節重大原因收回引水人職業證書之規定，即是避免不合宜的引水人參與締約，進而侵害航商權益的立法，已間接保障航商追求平等互惠之正當權益，此一作法不只對航商平等締約有利，讓引水人去蕪存菁，亦有助於引水人整體素質與名聲的提升。

有論者認為輪班制度亦剝奪引水人選擇相對人的自由，卻無相對應的引水制度以避免其碰上不合宜船舶的可能，實則不然。不獨基於我國法律體制，引水人有獨占性原則的考慮，國際法上已有港口國管制、與海洋法、國際勞工法、相關污染防治的公約以制衡航商，次於標準且不合宜的船舶並非不能避免，有相關規定可茲救濟與制衡航商，如扣船或裁罰等手段，以避免不合宜的船二次進港締結引水契約，是以並無所謂引水人不能選擇航商時，無從救濟之說。

綜上所述，當代主義思潮，認為人人平等才有自由，而自由主義的目標是要實踐平等⁴²，我國憲法第七條亦將平等原則列為人權保障之首，惟並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待⁴³，但一項法律所採取不同對待，必須有一定的理性或具說服力的理由作為支撐，不可以恣意妄為⁴⁴。我國引水制度於限制航商選用引水人的同時，亦提出特例之規定以補不足之處，若能落實引水制度的體系正義，及相關引水人退場機制，應是目前滿足自由主義思潮下實踐平等的可行辦法。

七、結論

⁴² 李念祖，承前註，頁 388。參閱江宜樺，當代兩種自由主義之爭，收入蔡英文、江宜樺編『現代性與中國社會現代化』，新臺灣人文教基金會，2002 年，頁 258-259。文中提到：「相對於(海耶克)放任的自由主義，當前的自由主義在意每個人都應享有自由，因此更重視平等。如德沃金所言：自由主義的目標是要實現自由式平等，也就是保障每個人獲得平等的關懷與尊重。」

⁴³ 大法官釋字 485 號解釋。

⁴⁴ 憲法平等原則審查之基準之一。

本文認為基於引水人獨占性原則的考慮，使合格的引水人及相關防弊措施完善，是落實引水人私益、保險人等利益團體的共益、及國家社會公益的先決條件；其次，在航商選任我國引水人之自由受限的現行法制下，欲追求其包括服務品質等正當權益的平等互惠均衡點，採取「總體上堅持引水制度的體系正義」，並於「個案上細究不適任引水人的退場機制」，是目前適切可行的辦法。