

試論社群平台上投資廣告的合法性問題

劉彥廷*

壹、前言

近年來社群媒體崛起，在使用這些平臺時，常常可以看到標榜專業人士教授有價證券投資、邀集民眾加入網路社群並提供有價證券分析或能夠得到如何之投資效益之廣告，姑且不論這些廣告是否為詐騙集團的手法，從這些廣告內容來看，實有合法性疑義存在。

本文先以證券投資顧問行為之規範出發，說明行為之定義，及從事證券投資顧問行為之適格主體，再分析前述廣告行為是否有牴觸證券投資信託及顧問法、公平交易法之規定，以供讀者參酌。

貳、證券投資顧問行為之規範

一、證券投資顧問行為之定義

依照證券投資信託及顧問法（下稱本法）第4條之規定¹，可知「證券投資顧問」行為具備兩大要素，其一，係向他人提供有

價證券之分析意見或推介建議，其二，是行為人因提供分析、推介建議而取得報酬。

而針對第一個要素，也就是「有價證券的分析意見或推介建議」，依照司法院釋字第634號解釋的意旨，不包含提供「一般性」證券投資資訊的行為，亦即排除「非」針對個別有價證券價值分析或推介建議的直接或間接行為（如講習雖針對某類型有價證券進行分析，然客觀上有導致個別有價證券價值分析之實質效果者，仍屬間接提供個別有價證券價值分析的行為）²。此一見解亦為目前司法實務據以判斷非證券投資顧問業所為之分析建議行為是否適法的標準³。另須特別注意，如係提供分析有價證券之程式，實務上亦曾有認定程式的原始設定已包含對證券市場的分析，而屬證券投資顧問行為之案例⁴。

二、從事證券投資顧問行為之適格主體

關於前述證券投資顧問的行為，依據本法規定⁵，必須係經由主管機關金融監督管

* 本文作者為大任國際法律事務所律師。

1. 本法第4條第1項：「本法所稱證券投資顧問，指直接或間接自委任人或第三人取得報酬，對有價證券、證券相關商品或其他經主管機關核准項目之投資或交易有關事項，提供分析意見或推介建議。」
2. 司法院釋字第634號解釋文：「中華民國七十七年一月二十九日修正公布之證券交易法第十八條第一項原規定應經主管機關核准之證券投資顧問事業，其業務範圍依該規定之立法目的及憲法保障言論自由之意旨，並不包括僅提供一般性之證券投資資訊，而非以直接或間接從事個別有價證券價值分析或推介建議為目的之證券投資講習。八十九年十月九日修正發布之證券投資顧問事業管理規則（已停止適用）第五條第一項第四款規定，於此範圍內，與憲法保障人民職業自由及言論自由之意旨尚無牴觸。」
3. 參照臺灣高等法院106年金上訴字第32號刑事判決要旨：「按未經主管機關許可，不得經營證券投資顧問業務，證券投資信託及顧問法第107條第1款定有明文…。是以，證券投資信託及顧問法第4條所謂『證券投資顧問』，依上開對法律（證券投資信託及顧問法93年6月30日制定前之77年1月29日修正公布證券交易法第18條第1項）的解釋，認為須特許管制者應限縮在對特定之個別有價證券提供價值分析或推介建議的行為，違法經營該業務者始具刑法上之可罰違法性。」（本案未經上訴已確定）；臺灣高等法院108年度金上訴字第36號刑事判決要旨：「…如僅提供一般性之證券投資資訊，而非以直接或間接從事個別有價證券價值分析或推介建議為目的之證券投資講習（例如講習雖係對某類型有價證券之分析，而其客觀上有導致個別有價證券價值分析之實質效果者，即屬間接提供個別有價證券價值分析之證券投資講習），始不受相關法律之限制（司法院釋字第634號解釋意旨參照）。此處所謂『一般性之證券投資資訊』應指對不特定人公開且可無償取得之資訊，倘單純提供未予篩選、編輯或加工之一般性證券投資資訊（例如臺灣證券交易所或櫃檯買賣中心提供之各類交易資訊），並未提供分析意見或推介

建議，當非此處所稱之證券投資顧問；惟若提供自己或他人改造加工或添附之相關證券投資資訊（例如就前述臺灣證券交易所或櫃檯買賣中心提供之各類交易資訊加工製作投資K線圖，用以呈現出個股股價之過去走勢、每日市場波動情形，藉以判斷未來股價走勢），或以資作為技術分析（研究過去金融市場的資訊（通常經由使用圖表）作為預測價格趨勢與決定投資行為的策略依據），顯非『一般性之證券投資資訊』，縱使行為人並未直接推薦買賣特定有價證券商品，因直接或間接從事個別有價證券之價值分析或推介建議，仍屬應經許可始得經營之證券投資顧問業務。」（本案經最高法院109年度台上字第4290號判決駁回被告上訴確定）。
4. 臺灣高等法院108年度金上訴字第39號刑事判決要旨：「查本案被告開發之系爭程式本身已有原始設定之運算邏輯，利用公開、無償之資訊予以編輯加工，提供其分析判斷給使用者參考等情…。可見所謂系爭程式之使用者可以自行調整設定值，無非係為更貼近使用者之個人經驗、使用習慣或交易屬性所做之彈性微調。然電腦軟體在設計時，程式開發者對於技術分析之理解及所採用理論，即已透過參數設定與程式編寫置入其中，後續之使用者縱更改設定值，亦係透過其保守或積極之投資屬性改變參考之指標數值，但就程式操作之基本邏輯與運算方法而言，實屬一致，無論使用者有無更改設定值，系爭程式均已摻有程式設計者對於金融市場趨勢判斷之意見；且縱使操作者未再另予設定條件，系爭程式仍得運行無礙。是系爭程式操作者縱須就期貨商品或有價證券先自行選定欲觀察之標的，然該程式在被告設定下，已具有對程式使用者所選定個別期貨商品或其他有價證券之價位或趨勢研判提供建議及分析之功能，等同代替被告以自己之運算邏輯與操作經驗，與釋字第634號解釋所指單純提供一般性證券投資資訊亦屬有別。是被告以系爭程式，為蔡東龍、楊聰益於其等承租提供期貨顧問（蔡東龍部分）及證券投資顧問之服務，自屬期貨顧問、證券投資顧問行為。」（本案經最高法院109年度台上字第4567號判決駁回被告上訴確定）。

理委員會（下稱金管會）許可，並核發營業執照的證券投資顧問事業始得為之，且組織型態僅限股份有限公司。如果係未經主管機關許可的自然人或組織逕行為證券投資顧問行為，依照本法的規定最重可處五年以下有期徒刑⁶。

三、小結

承上可知，如果網路社群有針對個別有價證券分析、推薦的行為（如：下週某幾檔飆股為何），並有收取相關費用，就涉及本法規範的證券投資顧問行為，則應經主管機關許可的「股份有限公司」始能為之。

參、廣告內容如有虛偽不實或保證獲利之情形，將有適用本法第 70 條、第 70 條之 1 或公平交易法第 21 條之可能

一、本法第 70 條及證券投資顧問事業管理規則第 12 條、第 14 條、本法第 111 條第 8 款

針對證券投資顧問事業的廣告行為，本法於立法之初即於第 70 條、同法第 111 條第 8 款定有規範⁷，而主管機關金管會也根據本法之授權訂定證券投資顧問事業管理規

則（下稱本規則）。依照本規則，證券投資顧問事業之廣告行為不得有行使詐術、保證獲利或負擔損失之表示或於分析證券市場行情時不列合理研判依據等內容⁸。此外，本規則亦授權證券投資顧問事業之同業公會訂定自律規範⁹，而依照該公會所訂定的中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會會員及其銷售機構從事廣告及營業活動行為規範（下稱本行為規範），證券投資顧問事業之廣告行為除不得有前述詐欺等內容外，亦明定不得在未列明合理依據之情形下，於傳播媒體對個別有價證券之買賣進行推介¹⁰。

如有違反本法第 70 條之情形，依照同法第 111 條第 8 款之罰則，最高可處 300 萬元之罰鍰，並得按次連續處罰。

二、本法第 70 條之 1、同法第 113 條之 1

至不具證券投資顧問事業法定資格者，在涉及有價證券投資或業務招攬的廣告行為，過去本法並無規範，惟近年因有詐騙集團透過網路社群媒體發布大量有價證券投資廣告接觸民眾，立法者於 112 年 5 月 30 日增訂本法第 70 條之 1 予以規範，禁止保證獲利或其他使人誤認卻可獲利等廣告內容¹¹。另外需特別說明的是，本法第 70 條之

5. 本法第 4 條第 2 項：「本法所稱證券投資顧問事業，指經主管機關許可，以經營證券投資顧問為業之機構。」；第 6 條第 1 項：「非依本法不得經營證券投資信託、證券投資顧問及全權委託投資業務。」；第 63 條第 1 項：「證券投資信託事業及證券投資顧問事業，應經主管機關許可，並核發營業執照後，始得營業。」；第 67 條第 1 項：「證券投資信託事業及證券投資顧問事業之組織，以股份有限公司為限。」此外，參照行政院金管會證期局的「公司與商業登記前應經許可業務暨項目總表」，可知若係合法的證券投資顧問事業，其營業項目代碼為「H304011」，且公司名稱應標明證券投資顧問字樣。

6. 本法第 107 條第 1 款：「有下列情事之一者，處五年以下有期徒刑，併科新臺幣一百萬元以上五百萬元以下罰金：一、未經主管機關許可，經營證券投資信託業務、證券投資顧問業務、全權委託投資業務或其他應經主管機關核准之業務。」

7. 本法第 70 條：「證券投資信託事業及證券投資顧問事業從事廣告、公開說明會及其他營業活動，其限制、取締、禁止或其他應遵行事項之規則，由主管機關定之。」、第 111 條第 8 款：「證券投資信託事業或證券投資顧問事業有下列情事之一者，處新臺幣六十萬元以上三百萬元以下罰鍰，並責令限期改善；屆期不改善者，得按次處二倍至五倍罰鍰至改善為止：…八、違反主管機關依第七十條所定規則有關限制、禁止之規定。」

8. 本規則第 12 條第 1 項：「證券投資顧問事業從事廣告、公開說明會及其他營業促銷活動時，不得有誇大或偏頗之情事。」、第 14 條第 1 項：「證券投資顧問事業從事廣告、公開說明會及其他營業活動，不得有下列行為：一、於傳播媒體提供證券投資分析節目，違反前條規定。二、為

招攬客戶，以詐術或其他不正當方式，誘使投資人參加證券投資分析活動。三、對所提供證券投資服務之績效、內容或方法無任何證據時，於廣告中表示較其他業者為優。四、於廣告中僅揭示對公司本身有利之事項，或有其他過度宣傳之內容。五、未取得核准辦理全權委託投資業務，而為使人誤信其有辦理該項業務之廣告。六、為保證獲利或負擔損失之表示。七、於傳播媒體從事投資分析之同時，有招攬客戶之廣告行為。八、涉有利益衝突、詐欺、虛偽不實或意圖影響證券市場行情之行為。九、涉有個別有價證券未來價位研判預測。十、於有價證券集中交易市場或櫃檯買賣成交系統交易時間及前後一小時內，在廣播或電視傳播媒體，對不特定人就個別有價證券之買賣進行推介或勸誘。十一、於前款所定時間外，在廣播或電視媒體，未列合理研判分析依據，對不特定人就個別有價證券之產業或公司財務、業務資訊提供分析意見，或就個別有價證券之買賣進行推介。十二、對證券市場之行情研判、市場分析及產業趨勢，未列合理研判依據。十三、以主力外圍、集團炒作、內線消息或其他不正當或違反法令之內容，作為招攬之訴求及推介個別有價證券之依據。十四、引用各種推薦書、感謝函、過去績效或其他易使人認為確可獲利之類似文字或表示。十五、為推廣業務所製發之書面文件未列明公司登記名稱、地址、電話及營業執照字號。十六、以業務人員或內部研究單位等非證券投資顧問事業名義，舉辦證券投資分析活動、製作書面或電子文件。十七、違反同業公會訂定廣告及促銷活動之自律規範。」

9. 本規則第 14 條第 1 項第 17 款：「證券投資顧問事業從事廣告、公開說明會及其他營業活動，不得有下列行為：違反同業公會訂定廣告及促銷活動之自律規範。」、同條第 2 項：「前項第十七款之自律規範，由同業公會擬訂，申報本會核定後實施；修正時，亦同。」

1 的規範主體包含網際網路平臺提供者、網際網路應用服務提供者、網際網路接取服務提供者或其他網路傳播媒體業者¹²，本法課予其不得刊登、播送包含本法禁止內容之廣告，且一經其發現有違犯之情事，即應主動或依司法警察機關通知移除或為其他必要處置¹³，如果有未依通知移除或其他必要處置的情形，同法第 113 條之 1 定有罰則¹⁴，並需與委託刊播、出資刊播廣告者連帶對誤信廣告內容或因被詐欺受損害之人負損害賠償之責¹⁵。

三、公平交易法第 21 條

由於本法第 70 條之 1 雖然就不具法定資格之人所為涉及有價證券投資或業務招攬

的廣告行為，明定禁止之內容，然本法並未就其違反之效果予以明定，蓋同法第 113 條之 1 罰鍰之規範對象實係受委託刊播廣告之網際網路平臺提供者等網路傳播媒體業者。因此，本文擬就委託刊播廣告者之行政責任部分，探討是否有適用公平交易法第 21 條之可能性。

(一) 公平交易法之規範主體

依照公平交易法（下稱公平法）第 2 條之規定，該法規範的「事業」，除公司法、商業登記法及民法所規定的組織型態外，亦包含提供商品或服務而從事交易的自然人¹⁶。

(二) 公平法第 21 條所規範的不公平競爭

公平法針對事業用以招攬消費者的廣告

10. 本行為規範第 16 條：「證券投資顧問事業及其從業人員，從事廣告、公開說明會及其他營業活動，不論係以自行製播、接受媒體連線或現場訪問、callin 節目或以其他形式進行，除應符合證券投資顧問事業負責人與業務人員管理規則有關業務人員之資格條件外，並不得有下列行為：一、藉卜筮或怪力亂神等方式，為投資人作投資分析。二、鼓動或誘使他人拒絕履行證券投資買賣之交割義務，為抗爭或其他擾亂交易市場秩序之行為。三、利用非專職人員從事招攬客戶、證券投資分析活動或其他營業行為，或給付不合理之佣金。四、以非向本公會登記之名稱為之。五、為招攬客戶，以詐術或其他不正當方式，誘使投資人參加證券投資分析活動或簽訂委任契約。六、對於業績及績效作誇大之宣傳，或對所提供證券投資服務之績效、內容或方法無任何證據時，於廣告中表示較其他業者為優。七、故意截取報章雜誌不實之報導作為廣告內容，或於廣告中僅揭示對公司本身有利之事項，或有其他過度宣傳之內容。八、未取得核准辦理全權委託投資業務，而為使人誤信其有辦理該項業務之廣告。九、為保證獲利或負擔損失之表示。十、於傳播媒體從事投資分析之同時，有招攬客戶之廣告行為。十一、涉有利益衝突、詐欺、虛偽不實、隱匿、欺騙、謾罵或其他顯著有違事實或致致他人誤信或意圖影響證券市場行情之行為。十二、涉有個別有價證券未來價位研判預測。十三、於有價證券集中交易市場或櫃檯買賣成交系統交易時間及前後一小時內，在廣播或電視傳播媒體，對不特定人就個別有價證券之買賣進行推介或勸誘。十四、於前款所定時間外，在廣播或電視媒體，未列合理研判分析依據，對不特定人就個別有價證券之產業或公司財務、業務資訊提供分析意見，或就個別有價證券之買賣進行推介。十五、於公開場所或廣播、電視以外之傳播媒體，對不特定人未列合理研判分析依據對個別有價證券之買賣進行推介。十六、對證券市場之行情研判、市場分析及產業趨勢，未列合理研判依據。十七、以主力外圍、集團炒作、內線消息或其他不正當或違反法令之內容，作為招攬之訴求及推介個別有價證券之依據。十八、引用各種推薦書、感謝函、過去績效或其他易使人認為確可獲利之類似文字或表示。十九、為推廣業務所製發之書面文件，刻意以不明顯字體標示附註與限制事項，未列明公司登記名稱、地址、電話及營業執照字號以及冒用或使用相同或近似於他人之註冊商標、服務標章或名號，致有混淆投資人之虞。二十、以業務人員或內部研究單位等非證券投資顧問事業名義，逕行對外招收會員、舉辦證券投資分析活動、製作書面文件或電子文件。二十一、未經許可兼營期貨顧問業務，而從事期貨或衍生品商品之投資分析。二十二、對同業或他人為攻訐或損害營業信譽。二十三、提供贈品或其他利益以招攬客戶。二十四、以投資顧問服務為贈品或以價值與證券投資顧問委任契約本約顯不相當之贈品，勸誘投資人簽訂契約。二十五、以顧問費或委任費之收入為捐贈或與委任人權益無關之詞語為訴求。二十六、藉金管會核准經營某項業務，作為證實該申請事項或保證投資分析績效之宣傳。二十七、以國家認證分析師之資格擔保為訴求。二十八、製作有關媒體廣告時，未以語言或文字聲明『本公司經主管機關核准之營業執照字號為(○○)證管(或金管)投顧字第○○○號』。二十九、製作廣播證券投資分析節目時，未於節目播放之前或之後，聲明公司名稱、金管會或原證期會核准之營業執照字號、從事證券投資分析人員真實姓名。三十、製作電視證券投資分析節目時，未於畫面或版面明顯處，聲明公司名稱、金管會或原證期會核准之營業執照字號、從事證券投資分析人員真實姓名。三十一、涉及對新臺幣匯率走勢之臆測。三十二、證券投資顧問事業未要求從業人員於離職時，將刊登於電子郵件、電子看板及網際網路系統之宣傳資料及廣告予以刪除。三十三、於傳播媒體從事與櫃檯股票以外之其他非上市(櫃)股票之投資分析活動。三十四、其他經金管會禁止之行為。前項第十九、二十八、二十九及第三十款等款

之營業執照字號揭露規定，於他業兼營證券投資顧問事業業者，改應揭露金管會核准該事業兼營是項業務之核准日期及文號，以及提供其客戶得查詢前開資訊之方式。」

11. 本法第 70 條之 1 第 1 項：「非屬證券投資信託事業及證券投資顧問事業業者，為涉及有價證券投資或業務招攬之廣告，不得有下列行為：一、使人誤信其業經主管機關核准經營證券投資信託、證券投資顧問或全權委託投資業務。二、從事投資分析之同時，有以提供有價證券投資建議為目的之客戶招攬或投資勸誘行為。三、為有價證券投資保證獲利或負擔損失之表示。四、引用各種推薦書、感謝函、過去績效或其他易使人誤認有價證券投資確可獲利之類似文字或表示。五、冒用政治、財經、金融、影視、其他著名人士或公司名義，對有價證券進行推介、招攬或引誘投資。六、與前五款相關之其他不當推介行為。」

12. 依照金管會證期局網站所公布之「證券投資信託及顧問法第 70 條之 1 問答集」：網際網路平臺提供者，係指在網際網路上提供儲存空間、或利用網際網路建置網站提供資訊發布及網頁連結服務功能者，如 GOOGLE、META 等；網際網路應用服務提供者，係指在網際網路上提供各項應用服務者，如 APP Store；網際網路接取服務者係指以專線、撥接等方式提供網際網路連線服務者，如中華電信；其他網路傳播媒體業者，係指以電子傳輸設備傳送數位格式之文字、影像、數據或其他訊息，提供通訊傳播中介服務之業者，如網路電子報平臺業者。(網址：<https://www.sfb.gov.tw/ch/home.jsp?id=1061&parentpath=0%2C6%2C858>；最後瀏覽日：112 年 8 月 7 日)

13. 本法第 70 條之 1 第 2 項、第 3 項：「網際網路平臺提供者、網際網路應用服務提供者、網際網路接取服務提供者或其他網路傳播媒體業者，刊登或播送非屬證券投資信託事業或證券投資顧問事業業者涉及有價證券投資或業務招攬之廣告，應於廣告中載明或敘明委託刊播者、出資者及其他相關資訊。」「網際網路平臺提供者、網際網路應用服務提供者、網際網路接取服務提供者或其他網路傳播媒體業者，不得刊登或播送違反前二項規定之廣告；於刊登或播送後，始知有前開情事者，應主動或於司法警察機關通知期限內移除、限制瀏覽、停止播送或為其他必要之處置。」

14. 本法第 113 條之 1：「違反第七十條之一之第三項規定未於通知期限內移除、限制瀏覽、停止播送或為其他必要之處置者，由通知之司法警察機關處新臺幣十二萬元以上六十萬元以下罰鍰，並責令限期改善；屆期不改善者，得按次連續處二倍至五倍罰鍰至改善為止。」

15. 本法第 70 條之 1 第 4 項、第 5 項：「網際網路平臺提供者、網際網路應用服務提供者、網際網路接取服務提供者或其他網路傳播媒體業者，刊登或播送違反第一項及第二項規定之廣告，對於因誤信廣告內容或因被詐欺而受有損害者，應與委託刊播者、出資者負連帶損害賠償責任。但已依前項後段規定為必要處置者，不在此限。」「有前項應負連帶損害賠償責任，而有下列情形之一者，得減輕或免除其責任：一、未自刊登或播送廣告行為獲有財產上利益。二、刊登或播送廣告行為非出於故意或重大過失。」

16. 公平法第 2 條第 1 項：「本法所稱事業如下：一、公司。二、獨資或合夥之工商行號。三、其他提供商品或服務從事交易之人或團體。」「參照司法實務見解智慧財產及商業法院 110 年度民公上易字第 1 號民事判決要旨：「公平交易法第 2 條第 1 項第 3 款為概括條款，係指前 2 款以外其他提供商品或服務從事交易之人或團體，不論為法人或自然人，其為獨立而繼續從事生產、商品交易或提供服務之行為，在市場從事競爭活動者，不以營利為限，均受公平交易法之規範。」，可知公平法第 2 條第 1 項第 3 款所規範的主體包含自然人。

內容，於公平法第 21 條針對定有相關規範，處罰的行為態樣可區分為兩種，其一為「虛偽不實」，其二為「引人錯誤」¹⁷。而根據主管機關公平交易委員會（下稱公平會）就公平法第 21 條訂定「公平交易法第 21 條案件之處理原則」（下稱公平法第 21 條處理原則），「虛偽不實」是指與客觀事實不符的情況；「引人錯誤」則是不論廣告內容是否與客觀事實相符，僅就是否有引起大眾錯誤認知的可能性予以檢視¹⁸。若廣告有違反公平法第 21 條之情形，依照同法第 42 條之規定，主管機關得命改正或裁處罰鍰¹⁹；若不實廣告導致他人受有損害，法院甚至可以酌定損害額以上的賠償²⁰。

（三）行政實務上關於「引人錯誤」之認定

行政實務上，公平會將標榜特定效果，

而無科學依據的廣告，列為違反公平法第 21 條的態樣之一²¹。以曾裁處的案例而言，如有事業販售塑身褲²²、嬰兒枕²³、塑身穿戴裝置²⁴，均因所宣傳的特定效果無科學或醫學相關實證研究可茲佐證而遭到裁罰。

司法裁判實務上，就公平法第 21 條「引人錯誤」之行為態樣認定，除了援引前述公平法第 21 條之處理原則外，並指出不限於積極傳達引人錯誤資訊之行為，如就足以影響交易決定之重要事項不為完全的揭露，亦包含在內²⁵。因此，若廣告標榜商品（或服務）具備特定效果或市場優勢，卻未提出或確實掌握客觀科學數據為證，或者引用之資料欠缺公信力，即屬對影響交易決定之重要事項為不完全之揭露，即屬公平法第 21 條的不實廣告²⁶。

17. 公平法第 21 條第 1 項至第 4 項：「事業不得在商品或廣告上，或以其他使公眾得知之方法，對於與商品相關而足以影響交易決定之事項，為虛偽不實或引人錯誤之表示或表徵（第一項）。前項所定與商品相關而足以影響交易決定之事項，包括商品之價格、數量、品質、內容、製造方法、製造日期、有效期限、使用方法、用途、原產地、製造者、製造地、加工者、加工地，及其他具有招徠效果之相關事項（第二項）。事業對於載有前項虛偽不實或引人錯誤表示之商品，不得販賣、運送、輸出或輸入（第三項）。前三項規定，於事業之服務準用之（第四項）。」

18. 公平法第 21 條案件處理原則第五點：「本法第二十一條所稱虛偽不實，指表示或表徵與事實不符，其差異難為一般或相關大眾所接受，而有引起錯誤之認知或決定之虞者。」；第六點：「本法第二十一條所稱引人錯誤，指表示或表徵不論是否與事實相符，而有引起一般或相關大眾錯誤之認知或決定之虞者。」。另參照臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1236 號行政判決同旨：「（二）依公平交易法第 21 條之明文及上開原則之各點之規定可知，公平交易法第 21 條第 1 項、第 3 項之違反，以該表示或表徵之內容合併觀察之整體印象及效果，足以影響具有普通常識經驗之一般大眾為合理判斷並作成交易決定為已足，...，是否違反公平交易法第 21 條，應以社會通念作為判斷之依據，因而有可能引起一般或相關大眾錯誤認知之抽象危險，即屬虛偽不實或引人錯誤，並不以『實際上已引起相當數量消費者之錯誤認知』為必要。」（本案經最高行政法院 98 年度裁字第 1046 號裁定駁回原告上訴確定）

19. 公平法第 42 條：「主管機關對於違反第二十一條、第二十三條至第二十五條規定之事業，得限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新臺幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；屆期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期令停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止。」

20. 公平法第 31 條第 1 項：「法院因前條被害人請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。」

21. 公平交易委員會網站公告「本會管轄表示或表徵有虛偽不實或引人錯誤之案件類型例示」項目第二十五：「表示或表徵說明商品（服務）具有一定效果，而無科學學理或實驗依據。」（網址：<https://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1138&docid=11972&mid=1138>；最後瀏覽日：112 年 8 月 6 日）。

22. 參照公平會 110 年 7 月 21 日公處字第 110054 號處分書要旨：「被處分人網○○庭公司及被處分人第○○體公司於 103 年 4 月 21 日至 109 年 9 月 7 日在 P00000 購物中心網站銷售案關商品並刊載『有效促進淋巴循環』、『有效改善橘皮組織』等文字，予人印象為案關商品經穿戴後，可有效達到促進穿戴者身體淋巴循環以及改善肌膚橘皮組織之功效。...，惟經向安○公司查證，前揭報告內容並非針對案關商品，是就上開宣稱功效，被處分人網○○庭公司及被處分人第○○體公司均無法提供相關醫學學理或臨床試驗依據證明，故案關商品廣告宣稱『有效促進淋巴循環』、『有效改善橘皮組織』等文字尚無科學學理或實驗依據，

核屬就足以影響交易決定之商品品質為虛偽不實及引人錯誤之表示，已違反公平交易法第 21 條第 1 項規定。」

23. 參照公平會 109 年 4 月 22 日公處字第 109024 號處分書要旨：「三、被處分人網○○公司及被處分人瀚加公司於 000000024h 購物網站銷售『韓國哈萊兒 hajour 嬰兒兩用蜂巢式空氣護頭枕』，刊登廣告宣稱『避免寶寶窒息的可能』、『可以防止嬰兒猝死』，違反公平交易法第 21 條第 1 項規定：（一）查被處分人瀚加公司於 107 年 1 月 11 日至 108 年 10 月 31 日在被處分人網○○公司經營之 000000024h 購物網站刊登案關商品廣告，宣稱『避免寶寶窒息的可能』、『可以防止嬰兒猝死』，予人印象為案關商品具有預嬰兒窒息及猝死之功能。（二）據被處分人瀚加公司及被處分人網○○公司表示，案關商品廣告內容係被處分人瀚加公司將原廠提供韓文廣告翻譯為中文後，直接上傳至 000000024h 物網站，並未就案關商品是否可預防窒息或猝死乙節進行送驗，亦無其他資訊或國內學術論文可供佐證。」

24. 參照公平會 107 年 2 月 21 日公處字第 108007 號處分書要旨：「三、按廣告係事業爭取交易之慣用手法，其內容所顯現之商品相關資訊，亦為交易相對人作成交易決定時之重要參考依據，故廣告主於刊登廣告時，當克盡查證與真實表示之義務，倘廣告主未就廣告內容之真實性詳加查證而逕予使用，致有虛不實或引人錯誤情事者，即應負不實廣告表示之責任。查案關廣告宣稱『慢慢幫你的「脂肪震碎」震碎排出去……幫助你的腸胃蠕動……蘿蔔腿、大象腿、屁股、水桶腰……掰掰袖……瘦得很漂亮……以抖動方式有效達到運動瘦身……』等語，其整體予人印象為使用案關商品毋須運動，只要立或坐於案關商品上，就可以抖動方式，搖動脂肪、促進血液循環，進而有效達到震碎脂肪、抖掉肥之運動瘦身效果，惟就上開宣稱功效，被處分人東○公司及被處分人輝○公司無法提供相關醫學學理或臨床試驗依據證明，又被處分人輝○公司雖認案關商透過上下抖動的方式，身體立即可以感受到各部位運動的效果，但並無相關依及實驗數據。是以，案關廣告之宣稱並無科學學理或實驗依據，核屬虛偽不實引人錯誤之表示。」、公平會 107 年 6 月 19 日公處字第 107043 號處分書同旨。

25. 臺灣臺北地方法院 110 年度簡更一字第 11 號行政判決要旨：「2...所謂虛偽不實或引人錯誤的表示或表徵，並不以積極傳達與事實有落差的不實或引人錯誤的資訊為限，足以影響交易決定之重要事項不為完全的揭露，亦包括之。...3. 事業在其服務、廣告或採行其他使公眾得知以爭取交易機會的商業方法上，標示其服務『第一』、『冠軍』、『最多』、『最大』等最高級用語以爭取交易機會者，對具有普通常識經驗的相關交易相對人而言，整體印象上即在傳達其服務已經由相關調查或檢驗的比較，得出比較項目達所宣稱最高級的結果。然而，倘若事業為爭取交易機會而為上述使公眾得知的表示或表徵之前，未曾從事任何此等比較性調查或檢驗，也不曾掌有此等比較性調查或檢驗的客觀結果，即對外為上述最高級用語的宣稱，以招徠交易相對人爭取交易機會，無疑即以引人錯誤之廣告或其他使公眾得知的不正當競爭方法，取得競爭優勢，自屬違反公平法第 21 條第 4 項、第 1 項所稱不實廣告行為。」（本案經臺灣臺北高等行政法院 110 年度簡上字第 124 號裁定駁回原告上訴確定），同院 105 年度簡字第 294 號行政判決同旨。

(四) 小結

本文以為，不符本法第 4 條第 2 項之法定資格而委託刊播與有價證券投資相關之廣告者，不論係自然人或法人均屬公平法第 21 條之規範主體，如有委託刊播本法第 70 條之 1 第 1 項所列各款內容之廣告，該條項第 1 款「使人誤信其業經主管機關核准經營證券投資信託、證券投資顧問或全權委託投資業務。」、第 5 款「冒用政治、財經、金融、影視、其他著名人士或公司名義，對有價證券進行推介、招攬或引誘投資。」之行為既均係與客觀事實未符之內容，可能涉及公平法第 21 條「虛偽不實」的情形；至第 3 款「為有價證券投資保證獲利或負擔損失之表示。」、第 4 款「引用各種推薦書、感謝函、過去績效或其他易使人誤認有價證券投資確可獲利之類似文字或表示。」之行為，若委託刊播之人無法提出任何客觀科學證據可佐證其內容，則牽涉公平法第 21 條「引人錯誤」的態樣；至第 2 款「從事投資分析之同時，有以提供有價證券投資建議為目的之客

戶招攬或投資勸誘行為。」之行為，應回歸本法第 4 條、第 107 條認屬未經許可經營證券投資顧問業務之情形論處。

肆、結語

網路社群平臺上的投資廣告多如牛毛、內容聳動，對於我國整體的金融交易市場秩序影響甚深，除了證券投資顧問行為的適格主體問題外，立法者於今年增修第 70 條之 1，針對網際網路平臺提供者、網際網路應用服務提供者、網際網路接取服務提供者或其他網路傳播媒體業者訂定移除或停止播送違法廣告的義務，以及與委託刊播、出資者連帶賠償之規範，後續網路社群平臺業者將採取如何之措施因應以求免責、實務見解將如何認定網路社群平臺已為必要之處置應均為觀察之重點。此外，本法 113 條之 1 並無針對委託刊播廣告之人違反本法第 70 條之 1 的情形訂定法律效果，因此嗣後主管機關將如何規範委託及出資刊播廣告之人，亦值得我們繼續關注。

26. 如臺灣臺北高等行政法院 101 年訴字第 845 號判決要旨：「四、本院判斷如下：(一)……事業於廣告中使用自身產品節省能相關數據，既屬客觀陳述，事業即應有相關測試之客觀數據為基礎，倘無法提出廣告當時足以推論其商品具有該性能之資訊來源，致具有普通知識經驗之一般大眾無法合理判斷是否屬實，因而影響其交易決定者，即屬以虛偽不實及引人錯誤之表示，而為不正競爭手段。尤其，節油產品之效能乃交易相對人選擇商品之首要基準，業者於廣告上提供產品效能實測之客觀資料及數據等相關訊息，以爭取交易相對人與其交易時，有義務揭示其訊息來源之資料及數據，以供評價其資料及數據之真偽，避免交易相對人因業者引用未具公信力、未具檢測能力之單位所出具之資料或數據以製成之虛偽不實或引人錯誤廣告內容，而產生錯誤之認知與決定，合先敘明。(二)原告自 99 年 9 月至 100 年 5 月間於其網站刊登廣告銷售系爭商品，宣稱『保證節省燃料 20-60% 以上』，並登載測試車未加裝及加裝(經 1000 km 磨合)系爭商品之市區油耗、90km/h 定速耗油、平均耗油等數據分別為 8.73km/L、13.54km/L、11.14km/L 及 11.4km/L、17.89km/L、14.68km/L 等情，為兩造所不爭執，並有原告系爭廣告文宣網頁資料等件在卷為憑。本件之爭點無非系爭廣告是否虛偽不實或引人錯誤，以及原告是否有為虛偽廣告之主觀責任要件。(三) 經查，……是以，原告所引用之產品省油數據顯然未經具有公信力或專業能力之單位經重複操作後予以認同。又客觀科學檢驗，係指相同控制條件下之操作，必有相同之結果，且可以重複驗證者，廣告之所以經常引用所謂『科學數據』作為其宣傳重點，亦係藉此可重複驗證之特點以說服民眾信賴其所引用之數據，如所引用之數據係無從檢驗，但卻未予明白揭示者，當然令具有普通知識經驗之一般大眾誤認廣告所引用之數據，係可重複操作檢驗，致影響其交易決定，係屬虛偽不實及引人錯誤(按：誤)之表示，可堪認定。」(本案經最高行政法院 102 年度裁字第 228 號裁定駁回原告上訴確定)；臺灣臺北高等行政法院 97 年訴字第 1239 號判決要旨：「(四) 第查原告宣稱其在 93 年間於我國從事臍帶血業務之營利事業主間，其臍帶血業務之存戶總數係第一，及於 94 年間在事實欄所示之時間，分別在雜誌、電視等公開媒體及平面上所為系爭廣告宣稱『超過 50% 市場佔有率』、『生寶臍帶血銀行』、『生寶市佔率第一』及『超過一半以上的準爸媽，選擇生寶臍帶血銀行』等語(或

字樣)，均無任何客觀之數據資料或事證，所稱『生寶市佔率第一』或『超過 50% 市場佔有率』等亦非自何客觀數據或證據資料所計算得出，系爭廣告內容之『真實性』自啟人疑竇。且姑不論所謂『臍帶血銀行』之市場範圍界定及計算依據，亦暫且將國內從事相關業務之企業共達 7 家(含原告)，眾等所當『臍帶血銀行』之營業業務內容是否相同擱置一旁不論。本件原告主張所謂『市佔率第一』之定義，無非以臍帶血業務存戶之總數為判斷依據。惟查臍帶血簽訂契約時之客戶總數與日後實際儲存入庫之客戶總數，會因有客戶中途解約或因臍帶血抽取時或抽取後之保存不當無法使用，致有所出入，是臍帶血簽約數並無法充分反應市佔率，自不能作為市佔率認定之標準，遑論原告於製作系爭廣告前既未查證其餘各家公司臍帶血業務之儲存契約數、儲存血入庫數等數據資料，又如何能得知其『市佔率第一』或『超過 50% 市場佔有率』之際，並無任何客觀數據或證據資料，自難認系爭廣告之內容為實在。」(本案經最高行政法院 100 年度判字第 154 號判決駁回原告上訴確定)；臺北高等行政法院 97 年訴字第 2807 號判決要旨：「(二) 本件原告就其自 94 年 12 月 27 日起至 95 年 1 月 31 日止以公車廣告、95 年 3 月間於西湖直營店以廣告傳單為『房屋網站流量最大』之廣告一事，固不爭執，惟稱其刊登上開廣告，係依 Alexa 網站排名資料、創市際公司及 Yahoo 公司提供之 ARO 值調查資料顯示而為，除符合『流量』多種解釋之一義外，廣告之表徵亦與公眾之認知相符，而無使公眾誤信之虞云云，惟查：1、事業於廣告中以具體文字對商品或服務為表示或表徵，諸如『唯一』、『第一』、『冠軍』或『最大』、『最多』等最高級用語，須有客觀數據或意見調查等事證為廣告之基礎，不待贅言。……2、原告另……，原告既未查證資料之真實性及客觀性，亦未載明資料計算之來源及比較基礎、調查時間、調查範圍、調查對象、調查方法、抽樣方法、抽樣誤差值、樣本數量及有效樣本數量之重要資訊，選擇他事業不同之調查結果或媒體報導而推估之『流量』統計排名，無法令網路使用者查證或確認資料之正確性，是被告辯稱系爭廣告就其服務之內容，有虛偽不實及引人錯誤之表示等情事，違反公平交易法第 21 條第 3 項準用同條第 1 項規定，洵屬有據。」(本件原告未上訴已確定)。

不受歡迎的遊客與不守規定的員工

——美國遊樂園穿著打扮的自由及其限制

蔡達智*

壹、問題提出

穿著打扮，為個人身心健康、生活安全所必要，¹ 以身體、言論、行動表現，藉由視覺、聽覺、嗅覺等感官傳達身分、性別傾向、人格特質、個人體驗、喜好、流行時尚、公眾形象、政治、經濟、社會、宗教、族群、階級、地位、歷史與文化關聯性。從而選擇、決定穿什麼樣的服飾、打扮、化妝、美化身體、改變容貌，² 本屬於個人自由、自律與自決事物，³ 如無影響他人權益、社會價值，不應任由他人恣意干預、貶低或歧視，更不應由他人強迫自己應或不應怎麼穿著打扮，刻板投射任何不合理負面評價。⁴

立論如此，實踐過程，難以順心如意。

人雖不可貌相，但佛要金裝，人要衣裝，穿著打扮，往往受到世俗主流價值、政治、

經濟、社會、宗教、歷史、文化、環境、家庭、同儕、流行時尚等眾多因素交互影響，⁵ 伴隨衡量個人成就、喜惡標準，⁶ 形成在什麼樣的場合，最好穿什麼樣的衣服、配件，才算得上有禮得體。婚喪喜慶著裝習俗，天差地北；游泳池或海濱，最好穿泳衣戴泳帽；圖書館常要求整潔服儀入館；⁷ 企業規定員工服儀，代表企業形象、促進行銷、展現員工專業與服務品質；⁸ 軍隊、警察、法院、監獄等嚴格服儀規定，以為服從、階級、權威、效率與辨識表徵；⁹ 特定嚴格的宗教服儀，幾乎已成信徒日常生活一部。¹⁰

當人們在遊樂園乘坐驚險刺激的遊樂設施，¹¹ 觀賞遊行表演，瀏覽動植物園，前往美食廣場享受美食，購買紀念品，參與各項休閒娛樂活動，¹² 擺脫現實生活中束縛，改

* 本文作者係國立成功大學產學創新總中心研究員，國立政治大學法學博士。

1. 經濟、社會及文化權利國際公約第11條：「締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。」
2. WOODROW BARFIELD, CYBER-HUMANS: OUR FUTURE WITH MACHINES 221 (2015).
3. Gatto v. County of Sonoma, 98 Cal.App.4th 744, 772 (Cal. Ct. App. 2002); Hodge v. Lynd, 88 F. Supp. 2d 1234, 1239 (D.N.M. 2000); Madalina Virginia Antonescu, *Clothing: From "Subsistence Rights" to the Category of "Comfort and Well-Being Rights."* 1 LOGOS UNIVERSALITY MENTALITY EDUCATION NOVELTY, SECTION: SOCIAL SCIENCES 7, 10, 14 (2016).
4. Gowri Ramachandran, *Freedom of Dress: State and Private Regulation of Clothing, Hair, Makeup, Tattoo and Piercing Choices*, 66 MD. L. REV. 11, 13-16, 18, 32, 51 (2006).
5. JOCELYNNE A. SCUTT, BEAUTY, WOMEN'S BODIES AND THE LAW: PERFORMANCES IN PLASTIC 10 (2020).
6. Jasmine Harris, *The Aesthetic of Disability*, 119 COLUM. L. REV. 895, 932 (2019).
7. Kreimer v. Morristown, 765 F. Supp 181 (D.N.J. 1991); 958 F.2d 1242 (3d Cir. 1992); Neinst v. Board. of Trustees of the Columbus Metropolitan Library, 346 F.3d 585 (2003)(進入圖書館要穿鞋); Armstrong v. Dist. of Columbia Public Library, 154 F. Supp. 2d 67 (D.D.C. 2001)(衣物污穢不潔禁止入館規定過於空泛、無效); Nicole P. Dyszlewski, Kristen R. Moore, Genevieve B. Tung, *Managing Disruptive Patron Behavior in Law Libraries: A Grey Paper*, 107 LAW LIBR. J. 491, 509-13 (2015); 蔡達智, 《教育文化事業世俗化因應對策》, 新學林, 2017年, 頁66-67。
8. Dallan F. Flake, *Image Is Everything: Corporate Branding and*

Religious Accommodation in the Workplace, 163 U. PA. L. REV. 699, 723-24 (2015).

9. Ramachandran, supra note 4, at 89; EEOC v. Geo Group一案，監獄管理員不適合戴任何頭飾，免為人犯利用頭飾使人窒息或限制他人行動，616 F. 3d 265 (3rd Cir. 2010); Goldman v. Weinberger, 475 U.S. 503 (1986)(美國空軍禁止室內戴帽，軍官受傳統猶太教影響需要在室內帶小帽遭拒，聯邦最高法院以軍隊有命令、統一、服從與榮譽作為服儀要求，應予尊重); Kelley v. Johnson, 425 U.S. 238 (1976)(限制警察服儀、髮型，有助於一般人民對警察辨識，並表現警察榮譽、團結精神); Webb v. City of Philadelphia, 562 F. 3d 256, 258 (3rd Cir. 2009)(警察不能戴頭巾值勤，以提升警察凝聚力、合作與團結)。軍警人員，應遵循政教分離、宗教中立、平等原則，不應偏袒或歧視任何宗教，因而有必要禁止穿戴宗教頭巾值勤，Aliah Abdo, *The Legal Status of Hijab in the United States: A Look at the Sociopolitical Influences on the Legal Right to Wear the Muslim Headscarf*, 5 HASTINGS RACE & POVERTY L.J. 441, 480 (2008); 如頭巾非特定宗教行為，又不妨礙值勤，應無不可穿戴之理，Wiley v. Pless Security, No. 1:05-CV-332-TWT 1-2 (N.D. Ga. July 12, 2006); 10 U.S. Code § 774 (2021).
10. Immanuel V. Chioco, *Looking Beyond the Veil*, 24 IND. J. GLOBAL LEGAL STUD. 547, 560 (2017)
11. JENNIFER WISMER, "FROM AMUSEMENT THRILLS TO SUMMERTIME CHILLS," THE RISE AND DECLINE OF THE TRADITIONAL AMERICAN AMUSEMENT PARK 11 (2001); Pay to Thrill: Roller Coasters, SEPTIEMBRE 29, 2017, <https://learnex.com.mx/home/business-section/pay-to-thrill-roller-coasters/> (last visited: Apr. 5, 2020); Castelan v. Universal Studios, No. CV 12-05481 BRO (AGRx) 2 (C.D. Cal. Jan. 10, 2014).
12. RUTH V. RUSSELL, PASTIMES: THE CONTEXT OF CONTEMPORARY LEISURE 379, 381 (2005).

變平常角色，感受夢幻、神奇體驗，¹³ 表現自主、發現自我，¹⁴ 形塑家庭社會價值，¹⁵ 追求美麗、幸福、快樂的人生，¹⁶ 共同以和平、平等、尊重、融合不同種族、族群，提升休閒產業，¹⁷ 創新流行文化，¹⁸ 是否依然存在穿著打扮的自由，還是必須遵循遊樂園等服儀規定入遊園。主體身分如為遊樂園員工，是否亦享有穿著打扮的自由，還是必須遵循遊樂園對員工的服儀規定。遊樂園、遊客與遊樂員工對於如何穿著打扮有不同意見時，事涉憲法保障最根本的自由與平等權衝突，應有何解，有必要進一步分析。

我國直接或類似問題分析的學說、判決、立法理由、行政解釋尚不多見，以下將引介美國相關學說、判決、立法與行政機關交互影響與決定，分別論述遊樂園的服儀規定，一方面可能對遊客產生種族、性別、身分族群等不當歧視，進而限制遊客入遊園或要求離園；另一方對遊樂園員工宗教信仰穿著打扮，除職業安全衛生等必要外，多以企業形象或經營困難為由，未能因應員工所求調整適當職務。遊樂園此等不當舉措，或有違憲法與人權法無歧視、尊重遊客穿著打扮與員工宗教信仰等自由與平等權益。

貳、遊客入遊園穿著打扮限制

遊樂園為維護遊樂設施安全、保障員工及遊客安全，限制遊客乘坐特定高風險的遊樂設施如雲霄飛車，不能穿戴帽子、頭巾、高跟鞋、拖鞋、長裙、耳環、配件與手機等，實屬合理必要。以免飛車旋轉、震動、風速吹落遊客衣物、配件，卡住遊樂設施，造成遊樂園巨大財產與營業損失，危害其他遊客生命、身體與健康。¹⁹ 若無乘坐該等風險遊樂設施，只是在遊樂園內散步、吃飯、觀賞遊行表演、瀏覽動植物、享受遊樂園氣氛，遊樂園是否仍可限制遊客應有適當穿著打扮？

美國六旗（Six Flags）遊樂園²⁰ 以友善家庭環境與遊客安全為由，要求入園遊客必須穿鞋與襯衫，不歡迎身穿具有侵犯性襯衫或刺青的遊客。六旗遊樂園雖已說明衣服單純印有槍枝、大砲、戰爭武器，不屬於具有侵犯性的象徵。但穿著褻瀆神明、猥褻、暴力、吸毒、犯罪組織象徵與歧視任何族群的衣物，遊客必須採取所有可能的方法改變身上穿著，不能只是將衣服反穿。²¹ 否則，遊樂園將禁止遊客入遊園，甚至要求離園。²²

但什麼樣的穿著打扮具有侵犯性象徵，是否能片面由遊樂園來決定，頗有疑慮，遊客因穿著打扮被拒絕入遊園、被迫離園，或已影響遊客個人表現、人身以及一般行動自

12. RUTH V. RUSSELL, PASTIMES: THE CONTEXT OF CONTEMPORARY LEISURE 379, 381 (2005).

13. Lauren A. Newell, *Happiness at the House of Mouse: How Disney Negotiates to Create the "Happiest Place on Earth,"* 12 PEPP DISP. RESOL. L.J. 415, 420-22, 440, 443-44, 463-64 (2012).

14. Rachel Yerbury, William Boyd, David Lloyd, Anna Brooks, *Right to Leisure? Refocusing on the Dolphin*, 20 ANNALS OF LEISURE RESEARCH 368, 369-70 (2017).

15. Ted Evans, Michelle Bellon, Brian Matthews, *Leisure as a Human Right: An Exploration of People with Disabilities' Perceptions of Leisure, Arts and Recreation Participation through Australian Community Access Services*, 20 ANNALS OF LEISURE RESEARCH 331, 334 (2017).

16. William L. Moorer, *Comment: Who Decides Who Rides: Examining Amusement Ride Access Policies and Title III*, 88 MISS. L.J. 411, 415-16 (2019).

17. Rachel Vorspan, *"Rational Recreation" and the Law: The Transformation of Popular Urban Leisure in Victorian England*, 45 MCGILL L.J. 897, 898, 912 (2000).

18. WISMER, *supra* note 11, at 11; Jeffrey S. Downs, *Note: New Jersey and You Perfect Together? A Fatal End to the 1999 Summer Tourism Season Raises the Question Whether New Jersey's Regulation of Fixed-Site Amusements Is Perfect Enough*, 32 RUTGERS L.J. 307, 310 (2000).

19. 蔡達智，〈身心障礙者在遊樂園應有權益保障及其規範取向—以美國法為中心〉，《銘傳大學法學論叢》，38期，2023年2月，頁115。

20. 六旗遊樂園的六面旗子，分別代表西班牙、法國、墨西哥、美國、德州以及南北戰爭時期的美國南方邦聯（the Confederacy），象徵德州的多元與南方文化，VICTORIA W. WOLCOTT, RACE, RIOTS, AND ROLLER COASTERS: THE STRUGGLE OVER SEGREGATED RECREATION IN AMERICA 158 (2012).

21. Dress Code, Park Policies, Six Flags New England, <https://www.sixflags.com/newengland/plan-your-visit/park-policies> (last visited: Jul. 4, 2020).

22. Joseph William Singer, *No Right to Exclude: Public Accommodations and Private Property*, 90 NW. U. L. REV. 1366 (1996).

由，如不具備正當法律程序，²³ 遊樂園的私有財產權、營業與契約自由，未必優於遊客的穿著打扮自由。²⁴

穿著打扮，未必能夠展現行為人內在的主觀思想、意識，有時多如難以理解的抽象藝術，不易由一般常理認知穿著打扮的意義，僅憑穿著打扮便要判斷是否為侵犯性象徵衣物，委實不易。

部分遊客只是配合遊樂園遊樂設施、動漫畫情境、遊行表演裝扮成劇情反派角色 (cos-play)，情事虛擬非現實，未必對特定人或不特定公眾懷有故意真實的侵犯性，²⁵ 反而對遊樂園有免費行銷廣告、提高商業利潤、受到其他喜愛該等角色遊客眾人熱烈歡迎也說不定。²⁶ 僅以個人穿著打扮外觀片面判斷，很容易流於長期累積的形式刻板印象，厭惡、排斥甚至歧視非主流價值的窮人、性別、身心障礙者、膚色與種族等弱勢族群，進而不假思索採取過度預防或不合理差別待遇如禁止入遊園、限制乘坐相關遊樂設施、要求離園。

一、種族歧視

在隔離平等的時代 (separate but equal)，²⁷ 有色人種只能到專為有色人種設置的遊樂園遊玩。²⁸ 1945 年 6 月，Sarah Elizabeth Ray 跟白人同學們買票乘坐 Bob-Lo 公司遊船，遊船公司退款給 Ray，並強制 Ray 不得乘坐，離開遊船。²⁹ Ray 拒絕

接受退款並記下員工與公司名稱，向法院控訴遊船公司違反密西根州人權法 (The Michigan Civil Rights Act)：遊樂園應不分種族，平等提供大眾娛樂場所、使用遊樂設施。³⁰ 遊船公司敗訴，罰款 25.7 元。³¹

隨後，在廢除種族隔離政策影響下，³² 1955 年加州迪士尼樂園，選擇場址座落於交通不便、只能開車才會到的偏遠郊區，入園必須負擔昂貴的門票，規劃傑出的人流管制與空間設計，配置訓練有素的員工，大幅減少傳統社區遊樂園好鬥的青少年入園機會，化解大多數不必要的種族衝突，³³ 使迪士尼在開園後一直維持高品質服務。³⁴

除迪士尼外，多數遊樂園未因施行人權法及法院平權判決變更入園政策，許多遊樂園藉故拖延平權政策，依然拒絕有色人種入園。³⁵ 部分有色人種族群開始挑戰遊樂園的種族歧視隔離行為，採取非暴力集體站立遊樂園門前、集體坐在只給白人遊玩的遊樂園裡、集體進入只給白人休閒的海灘散步。³⁶

遊樂園為避免種族衝突，如果不是跟隨迪士尼的腳步，遠離塵囂，管制人流，就只能抽乾游泳池水、拆除遊樂設施、暫時停止營業。³⁷ Gilmore v. City of Montgomery 一案，聯邦初審法院認為市立遊樂園，強制執行黑白隔離政策，拒絕提供黑人使用，違反憲法保障種族平等，但 Montgomery 市具有遊樂園所有權，得自由選擇不開放。³⁸

23. State v. White, 348 S.C. 532, 539-40 (S.C. 2002); Hodge v. Lynd, 88 F. Supp. 2d 1234, 1238-39 (D.N.M. 2000).

24. Gatto v. County of Sonoma, 98 Cal.App.4th 766 (Cal. Ct. App. 2002).

25. Ramachandran, supra note 4, at 22; Adrianna Rodriguez, Family outraged after a Universal character made 'OK' symbol on 6-year-old's shoulder, USA TODAY, <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2019/10/01/universal-orlando-resort-fires-despicable-me-actor-after-ok-symbol/3791483002/> (last visited: Jun 19, 2020).

26. Shelan Y. Joseph, *Six Flags Magic Mountain: A Family Entertainment Park, But Only If You Wear the Right Clothes*, 16 LOY. L.A. ENT. L.J. 359, 395 (1995).

27. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

28. Paradise Park, Florida (1949-1969), https://en.wikipedia.org/wiki/Paradise_Park,_Florida (last visited: Jun 19, 2020).

29. Bob-Lo Excursion v. People of State of Michigan, 333 U.S. 28 (1948).

30. *Id.* at 30-31.

31. *Id.* at 32, 40.

32. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483 (1954).

33. PAUL SPICKER, LIBERTY, EQUALITY AND FRATERNITY 20 (2006).

34. WOLCOTT, supra note 20, at 9.

35. *Id.* at 7-8.

36. *Id.* at 162-63.

37. *Id.* at 11, 161; Bohler v. Lane, 204 F. Supp. 168, 170-71 (S.D. Fla., 1962) (公園廣播將立即關閉園區，指示園內所有人應立即離開)。

38. 176 F. Supp. 776, 780 (M.D. Ala. 1959); City of Montgomery v. Gilmore, 277 F.2d 364 (5th Cir. 1960).

本案判決給市政府拖延解決遊樂園種族隔離的理由，所有人都不能到遊樂園遊玩，看起來形式公平，也尊重遊樂園所有權人消極不營業自由，實際上卻是剝奪少數族群平等使用遊樂園的權益。逃避與拖延開放遊樂園，終究不能解決種族歧視問題。

Watson v. City of Memphis 一案，³⁹ 市政府主張需要在合理的期程內，整修所有不合種族平等的遊樂園，因而遲延開放遊樂園，以預防發生種族衝突。⁴⁰ 聯邦最高法院認為人民的憲法權利應充分實現，不應僅提供一個形式的希望，更不應否定任何權利。⁴¹ 以避免種族衝突為由拒絕廢除種族隔離的遊樂園，已否定人們的憲法權利。⁴² 沒有必要為廢除種族隔離政策，整修遊樂園，至少沒有增減遊樂園警力與管理人員的必要。關門、禁止使用遊樂設施作為執行廢除種族隔離的政策手段，看起來方便，卻不能實現人民的憲法權利。⁴³ 市政府沒有充足證據證明，延遲開放遊樂園，可以實現憲法禁止種族隔離的政策目的，就應以一般正常方式開放遊樂園。⁴⁴

本案判決後，為消除種族隔離對人民的傷害，1964年國會制定人權法（Civil Rights Act of 1964），要求包含遊樂園等提供一般公眾商品、服務、設施、權限、優惠及住宿等公眾場所（public accommodation），不得因種族、膚色、宗教、原住民族（national origin）給予不合

理差別歧視待遇。⁴⁵

人們立刻想到規避人權法的方法，主張「酒」不是人權法定義的「食物」；⁴⁶「溜冰場」不是人權法定義的「娛樂場所」（place of exhibition or entertainment）；⁴⁷ 甚至將過往服務公眾場所，變成不再對外公開提供服務，改成封閉式的會員制、自我服務（self-serving）的私人會所、俱樂部，即可篩選會員，排除有色人種入會。⁴⁸

廢除種族隔離政策繼續強而有力的推行之後，遊樂園的種族歧視，並未完全消失。

六旗遊樂園曾為犯罪預防，無端對拉丁裔及非裔美國人，進行搜索、詢問甚至要求離園，即被控訴對該等身分族群入遊園種族歧視，遊樂園因此遭受重大損害賠償。⁴⁹ 2009年環球影城扮演吉祥物員工與遊客合照，員工右手搭在6歲有色人種兒童肩膀上，擺出三根手指向下的OK手勢，被認為有白人至上的種族歧視，該名員工因而被開除。⁵⁰

二、性別歧視

1980年，男性遊客 Andrew Exler 與男性友人 Shawn Elliott 在迪士尼的舞台上共舞，立即遭到5名保全人員帶往保全人員辦公室，要求離開迪士尼。此舉引來 Exler 控訴迪士尼對原告等性傾向不合理歧視。法院認定迪士尼拒絕同性友人在舞台跳舞，構成性別歧視。⁵¹

1998年由遊客自願發起的迪士尼同性

39. 373 U.S. 526 (1963).

40. *Id.* at 530, 535.

41. *Id.* at 533, 535.

42. *Id.* at 536.

43. *Id.* at 537.

44. *Id.* at 539.

45. 42 U.S.C. § 2000a(a); Miller v. Amusement Enterprise, 394 F.2d 342 (5th Cir., 1968); 391 F.2d 86 (5th Cir., 1967); Newman v. Piggy Park Enterprises, 390 U.S. 400, 402 (1968).

46. 42 U.S.C. § 2000a(b)(2).

47. 42 U.S.C. § 2000a(b)(3).

48. 2 U.S.C. § 2000a(e); WOLCOTT, *supra* note 20, at 197-98.

49. Hernandez v. Six Flags Magic Mountain, 688 F. Supp. 560, 561 (C.D. Cal. 1988); Erin Ailworth, Six Flags Agrees to Settle Discrimination Suit, Los Angeles Times, MAY 14, 2004, (last visited: May 1, 2020).

50. Adrianna Rodriguez, Family outraged after a Universal character made 'OK' symbol on 6-year-old's shoulder, USA TODAY, <https://www.usatoday.com/story/news/nation/2019/10/01/universal-orlando-resort-fires-despicable-me-actor-after-ok-symbol/3791483002/> (last visited: Jun 19, 2020).

日集會，一位外表看似男性遊客穿著偏向女性特徵的紫色禮服，就被引入迪士尼美國大街商店，請他換上其他迪士尼認為的「適當穿著」。⁵²

2008年 Craig Person 跟 Edmund Yang 到加州六旗遊樂園搭乘雲霄飛車，園方在兩位男性遊客手牽手乘坐時拍照，員工在出口處問詢遊客是否購買相片遭拒後，在該等遊客照片添加「變態同性戀 (we're fags)」文字，在出口處公開展示，當事人幾經要求園方處理未果，控訴遊樂園歧視當事人性傾向。⁵³

2016年加拿大 PFLAG 遊樂園的同性日，兩名同性遊客在園內排隊等待乘坐遊樂設施時相互擁抱，被遊樂園員工以遊樂園屬於家庭遊樂場所為由，制止兩名同性遊客相互擁抱。遊樂園的總經理回覆當事人電子郵件表示無法容忍該等歧視行為，向兩名遊客道歉。遊樂園董事長認為員工沒有接受適當的人權教育，應重新訓練，在未完成適當教育訓練之前，不再舉辦同性日。⁵⁴

不過，不是所有同性性傾向權益，必然優於提供產品服務的企業主。

Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission 一案，蛋糕師傅得以虔誠信仰基督教為由，拒絕販售同性結婚蛋糕。⁵⁵ *Arlene's Flowers v.*

Washington 一案，花店主人得以宗教信仰為由，拒絕販售花束給同性人。⁵⁶ 兩案皆獲得美國聯邦最高法院的支持。花店案於華盛頓州最高法院重審時，仍維持原判決認為花束本身不是言論，花店主人不用參加同性婚禮，要求不歧視同性戀販售花束，不得強迫違反花店主人的宗教信仰。⁵⁷

依照兩案的判決意旨，如果眾多遊樂園的企業主，具有特定如宗教信仰，禁止同性戀人遊客入遊園並要求離園，似乎也沒有違法、違憲。

三、犯罪預防

六旗遊樂園，以友善家庭價值為由，限制穿著侵犯性衣著，或戴有犯罪組織圖騰、符號、刺青等外觀入遊園。⁵⁸ 暫不論過於抽象的友善家庭價值，拒絕侵犯性衣著或犯罪組織圖騰、符號、刺青等穿著打扮遊客入遊園，主要目的是預防犯罪組織成員在遊樂園內鬥毆、偷盜、詐騙、賭博、吸毒、性交易、誘拐兒童、毀損遊樂設施等犯罪行為，導致其他遊客、員工不入園或迅速離園，使遊樂園蒙受巨大損失。*Gatto v. County of Sonoma* 一案，酒吧經理要求摩托車隊員，除去上衣旗幟、圖騰後，才可進入酒吧，避免不同旗幟、圖騰車隊成員在酒吧內打架，並未歧視特定車隊成員。⁵⁹

困難在於，犯罪組織圖騰符號象徵，

51. *Exler v. Disneyland*, #342021 (Superior Ct., Orange County, CA., 1984); Mary Lou Fulton, 3 Gays, *Disneyland Settle Discrimination Suit*, Sep. 30, 1989, L.A. Times, <https://www.latimes.com/archives/1a-xpm-1989-09-30-me-327-story.html> (last visited: Apr. 25, 2021).

52. Jeff Truesdell, *How Gay Day pushed Disney out of the closet*, <https://www.orlandoweekly.com/orlando/how-gay-day-pushed-disney-out-of-the-closet/Content?oid=2262655> (last visited: May 1, 2020);

53. Seth Hemmelgarn, *Men sue Great America over 'fags' photo*, *The Bay Area reporter*, Saturday Aug 20, 2011, <https://www.ebar.com/news/news//123625> (last visited: May 1, 2020).

54. Alex Ballingall, *Gay Day at Canada's Wonderland cancelled*

after no-hugging incident, Jul 14, 2016, *OurWindsor.Ca*, <https://www.simcoe.com/news-story/6768601-gay-day-at-canada-s-wonderland-cancelled-after-no-hugging-incident/> (last visited: May 1, 2020).

55. 138 S. Ct. 1719 (2018).

56. 138 S. Ct. 2671 (2018).

57. 441 P.3d 1203, 1209-10, 1216 (Wash. 2019); 論者有謂編織花束天生就是一種人類的言論行為，Mike K. Steenson, *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 45 MITCHELL HAMLIN L. REV. 57, 68-69 (2019).

58. Dress Code, *supra* note 21.

59. *Gatto v. County of Sonoma*, 98 Cal.App.4th 767, 773 (Cal. Ct. App. 2002).

不易辨識，非犯罪組織成員也會使用，如穿黑衣、前後反戴棒球帽、⁶⁰ 胸掛十字念珠（rosaries）、⁶¹ 手指間有十字架刺青、⁶² 或倒立五角星（pentagram）刺青等，⁶³ 很難分辨該等穿著打扮的遊客，是否為犯罪組織成員。即便可以確定該等穿著打扮就是犯罪組織成員，也不一定能夠精準預測或認定該名遊客，如前案酒吧主依經驗判斷不同車隊隊員，會因穿著打扮車隊標誌旗幟，引來高度暴力與犯罪的風險危害，進而要求所有遊客要撤下車隊標誌、旗幟才能入店消費。

Gatto v. County of Sonoma 一案，縣政府贊助舉辦的博覽會門前，原告不願遵循縣府指示脫下「地獄天使摩托車俱樂部（Hell's Angels Motorcycle Club）」標誌背心，入會遭拒。法院認為博覽會禁止穿戴犯罪組織服儀規定，因「犯罪組織」定義過於空泛模糊（void for vagueness and facially overbroad），將導致執法人員過於恣意裁量，侵害原告穿著打扮權利，剝奪原告平等參與博覽會機會。政府不應擔心他人會受到冒犯或激怒，便使個人身分、地位、觀點處於不利地位。憲法也不允許僅因為不喜歡特定族群，政府就認定特定族群低人一等；更不能只是因為個人具有敵意的主張或舉動，如本案原告穿著「地獄天使」圖樣文

字衣物，便否定原告憲法保障的權利。⁶⁴ 什麼是侵犯行為，不應由政府規定，⁶⁵ 即便由政府規定，只有當個人惡意煽動他人從事暴力或明顯立即的危險行為，才有可能被認定屬於破壞和平的侵犯行為。⁶⁶

遊樂園仍有許多有效控制、預防犯罪，確保遊客人身安全等措施，⁶⁷ 如入園前對遊客進行金屬探測、⁶⁸ 員工戴上手套檢查遊客隨身行李，配置喬裝遊客的保全人員，⁶⁹ 全區影像監控，⁷⁰ 或可有效預防遊客犯罪行為，⁷¹ 同時避免遊客、員工身陷犯罪被害的不安全、危險恐懼等情境，不入遊園或提早離園，造成遊樂園的損失。⁷²

單純依據遊客的穿著打扮，判斷遊客從事犯罪危害可能性，以此拒絕特定遊客入遊園、要求離園，或已偏離犯罪預防目的。⁷³ 其所帶來的負面效應，或將損害遊樂園商譽、造成遊樂園營收下降、無端捲入昂貴、耗時的爭訴。⁷⁴

1985年加州六旗遊樂園發生3位犯罪組織成員持刀鬥毆，造成6人受傷。為防止未來暴力事件再度發生，遊樂園加入洛杉磯警察局辨識犯罪組織成員行為與穿著的園區監控計畫。⁷⁵ 影響所及，遊樂園內許多拉丁裔及非裔美國人，在無任何武器、毒品與違

60. *Hodge v. Lynd*, 88 F. Supp. 2d 1234, 1236-37 (D.N.M. 2000) (原告前後反戴棒球帽進入博覽會市集，被當成是犯罪組織成員，要求離開未果後被警察逮捕)。

61. *Chalifoux v. New Caney Independent School District*, 976 F. Supp. 659, 665, 671 (S.D. Tex. 1997); *Iacono v. Croom*, 5:10-CV-416-H 1 (E.D.N.C. Oct. 8, 2010)。

62. *Stephenson v. Davenport Community School District*, 110 F. 3d 1303, 1307 (8th Cir. 1997)。

63. *Davis v. State*, 329 S.W.3d 798, 805-06 (Tex. Crim. App. 2010); RUTHANN ROBSON, DRESSING CONSTITUTIONALLY: HIERARCHY, SEXUALITY, AND DEMOCRACY FROM OUR HAIRSTYLES TO OUR SHOES 133-34 (2013)。

64. *Gatto v. County of Sonoma*, 98 Cal.App.4th 749-750, 777 (Cal. Ct. App. 2002)。

65. *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, 138 S. Ct. 1719, 1735 (2018)。

66. *Gatto v. County of Sonoma*, 98 Cal.App.4th 775 (Cal. Ct. App. 2002)。

67. *Chalifoux v. New Caney Independent School District*, 976 F. Supp. 659, 671 (S.D. Tex. 1997)。

68. 蔡達智，〈公權力利用衛星科技對隱私權的影響—以美國法為中心〉，國立政治大學法律系博士論文，2006年，頁52。

69. *Newell*, *supra* note 13, at 426, 470。

70. 許如婷，〈「再讀」迪士尼樂園：一種監控與規訓邏輯的觀點思考〉，《國際文化研究》，11卷1期，2015年6月，頁57。

71. *Kaitlyn Stone*, *Enter the World of Yesterday, Tomorrow and Fantasy: Walt Disney World's Creation and Its Implications on Privacy Rights Under the MagicBand System*, 18 J. HIGH TECH. L. 198, 198-99, 222, 234 (2017)。

72. *Robison v. Six Flags Theme Parks Inc.*, 64 Cal. App. 4th 1296 (1998); *WOLCOTT*, *supra* note 20, at 4, 6; *Doron Dorfman*, [Un]usual Suspects: Deservingness, Scarcity, and Disability Rights, 10 U.C. IRVINE L. REV. 557, 574 (2020)。

73. *Joseph*, *supra* note 26, at 383。

74. *JIM REID-ANDERSON*, SIX FLAGS 2014 ANNUAL REPORT 16 (2014)。

75. *Joseph*, *supra* note 26, at 359。

法行為的情況下，經常未經同意即被盤查、搜索、監控、詢問確認遊客是否為犯罪組織成員。有時遊客只是穿著類似犯罪組織徽章的襯衫，或遊客單純只是因為種族、膚色，就被認定是犯罪組織成員，不允許入遊園、被要求離園。⁷⁶ 受到歧視的遊客起訴六旗遊樂園，遊樂園後與原告達成和解。⁷⁷ 2001年六旗遊樂園又因類似歧視事件被訴，再以560萬美金賠償原告達成和解。⁷⁸

參、遊樂園員工服儀限制

1964年人權法規定，除非是宗教事業所屬員工必須遵循宗教服儀，⁷⁹ 一般雇主不能以員工或求職者宗教信仰，給予不合理差別聘僱條件。⁸⁰ 為尊重員工或求職者的宗教信仰，雇主應嘗試眾多適當、必要、合理且可調整的職務內容、工作時間、地點、條件、環境或服儀等措施。如為個別員工的宗教信仰調整職務，將增加雇主不合理、難以負擔的營運成本，危害工作安全環境，降低營運效能，難與其他員工客戶協調，侵害其他員工權益，增加其他員工不必要的風險負擔，導致職務調整過於困難（undue hardship），員工宗教信仰或應稍微退讓。⁸¹

但什麼樣的情況應尊重員工宗教信仰？什麼時候為員工宗教信仰調整職務會造成企

業經營困難？以下將由適當調整職務與職業安全衛生、企業形象、職務調整困難類型，進一步說明。

一、適當調整仰職務

迪士尼遊樂園員工摩洛哥人巴哈（Aicha Baha）從1997年至2002年8月中旬在迪士尼遊樂園擔任加勒比海灘度假村（Disney's Caribbean Beach Resort）的服務員與銷售員，在2002年休完產假後重返工作崗位時開始戴頭巾，為主管以迪士尼的服儀規定只能戴迪士尼帽子與遮陽帽，要求巴哈工作時拿下頭巾，為巴哈所拒，因而遭到解雇，巴哈控訴迪士尼未因原告宗教信仰服飾適當調整員工職務，違反人權法，最後於2005年和解。⁸²

出生在摩洛哥的美國人Imane Boudlal在2008年4月於加州迪士尼旅館（Disneyland Hotel）內的說故事咖啡店（Storytellers Caf）工作。Boudlal主張自受雇以來，一直不斷遭受同事諸多種族與宗教上的侮辱，罵他是恐怖份子、駱駝、奴隸、賤人，⁸³ 又模仿她說話的語氣說他是阿拉伯恐怖份子，會說恐怖份子語言，隨時準備製作炸彈。⁸⁴ Boudlal向主管說明倍感騷擾，主管卻只是敷衍他並要他不要抱怨。⁸⁵

76. *Id.* at 378.

77. *Hernandez v. Six Flags Magic Mountain*, 688 F. Supp. 560, 561 (C.D. Cal. 1988).

78. Erin Ailworth, *Six Flags Agrees to Settle Discrimination Suit*, Los Angeles Times, MAY 14, 2004, (last visited: May 1, 2020).

79. 42 U.S.C. § 2000e-1(a); 宗教事業雇主若須遵循特定宗教信仰，不提供員工避孕及人工流產的健康保險，未違反人權法，*Burwell v. Hobby Lobby Stores*, 573 U.S. 682 (2014); *Kennedy v. St. Joseph's Ministries*, 657 F.3d 189, 190 (4th Cir. 2011); *Corp. of Presiding Bishop v. Amos*, 483 U.S. 327, 330 (1987); 鄭津津，〈美國就業歧視法制之研究—兼論我國相關法制應有之發展〉，《臺大法學論叢》，32卷4期，2003年7月，頁160-161。

80. 42 U.S.C. § 2000e-2(a)(j) (2021).

81. 42 U.S.C. § 2000e(j); *Religious Discrimination & Reasonable Accommodation & Undue Hardship*, EEOC, <https://www.eeoc.gov/religious-discrimination> (last visited: Apr. 17, 2021); Erika C. Collins, *Religious Discrimination in International Employment Law*, in THE EMPLOYMENT L. REV. 27 (2018).

82. *Suit says Muslim scarf cost woman Disney jobs*, Tampa Bay Times, Aug 28, 2005, <https://www.tampabay.com/archive/2004/05/22/suit-says-muslim-scarf-cost-woman-disney-jobs/?outputType=amp>; Sarahaji, *Not Such a Small World, After All: Disney's Latest Discrimination*, Muslimah Media Watch, <https://www.patheos.com/blogs/mmw/2010/09/not-such-a-small-world-after-all-disneys-latest-discrimination/> (last visited: Apr 25, 2021).

83. 類似遊樂園職場霸凌，在 *Brown v. Walt Disney World* 一案，原告為迪士尼的前員工，平時與同事相處不融洽，因同事常對他帶有種族歧視的言語辱罵情事（tired of picking up after that god damned mother fucking nigger）。原告主張被告迪士尼以種族歧視為由任意解雇原告，法院卻採信迪士尼主張認為證據顯示原告經常遲到、消失不見、態度不佳、未能服從指示等多重因素終止聘僱關係，並非基於種族動機解雇原告，805 F. Supp. 1554, 1563-66 (M.D. Fla. 1992).

84. *Boudlal v. Disney*, 8:12-cv-01306-DOC-AN, at 4, 7 (C.D. Cal. 2014).

85. *Id.* at 3.

工作 2 年後來到回教齋戒月，Boudlal 為表徵對回教信仰的忠誠，向主管表示希望能夠戴頭巾工作。2 個月後主管告知戴頭巾工作會影響遊客對迪士尼咖啡店的感受，不符合迪士尼員工服儀規定。如果一定要戴頭巾工作，可以改到餐廳後台烘焙部門戴頭巾工作，不用接觸遊客。如果一定堅持要在前台服務遊客又要戴頭巾，可以在頭巾上，再戴一個迪士尼圖樣帽子遮蔽頭巾，如果都不接受就只能解雇。

Boudlal 認為主管雖提供他選擇到烘焙部門工作，因烘焙部門是熱門職缺，已有眾多富有經驗的員工候補。這對完全沒有烘焙經驗的 Boudlal 而言，難與其他富有經驗的員工競爭，最後將使自己工作不保。何況申請調任烘焙部門期間已過，因此依然選擇在前台服務遊客。⁸⁶

迪士尼公司認為員工要遵循遊樂園的服儀規定，畢竟，所有員工只要出現在遊客面前，等於就是在迪士尼樂園的舞台上表演，⁸⁷ 迪士尼只是要求 Boudlal 跟別人一樣穿制服而已，Boudlal 不能接受，只好解雇。⁸⁸

Boudlal 認為其他同事戴十字架、刺青、美容指甲、編髮等不為迪士尼接受的服儀規定，卻沒有人因此被懲處，因而感到迪士尼員工的服儀規定，似乎是特別針對他戴回教頭巾而為不合理差別待遇。Boudlal 認為受盡侮辱並侵害他個人宗教信仰，違反 1964 年的人權法，禁止雇主歧視個人宗教信仰而

給予不平等的聘僱條件。迪士尼未能提供免於騷擾的工作環境，拒絕調整適合員工宗教信仰的工作條件，鼓勵其他員工繼續對他騷擾並擴散歧視行為，因而控告迪士尼，最後也是以和解收場。⁸⁹

對迪士尼上述兩案頭巾爭議，應知，西餐廳廚師有時會戴上白色帽子，防止頭髮掉落餐點，保持衛生。廚師如有必要也常會到前台與顧客交流餐飲心得。如此，迪士尼咖啡店前台服務員工，如果戴上整潔乾淨頭巾，應該不會增加迪士尼及其員工過度負擔，同時有助迪士尼塑造歡迎全世界多元文化等遊樂設施與影視作品企業形象，應無干預與限制必要。

二、職業安全衛生限制

(一) 預防犯罪

2001 年 9 月 11 日美國遭逢恐怖攻擊事件後，為避免恐怖份子偽裝隱身從事恐怖攻擊活動，各地多禁止在公開場合蒙面、戴口罩、頭巾、穿上全身罩袍等穿著管制措施，⁹⁰ 申請駕照，所附人臉辨識照片，也必須是全頭照。⁹¹

因應恐怖攻擊而為個人衣著管制措施，容易限制甚至禁止個人宗教信仰自由的穿著打扮，進而有減弱、危及甚至侵害個人宗教信仰自由。

前述 Boudlal 案，迪士尼員工 Boudlal 雖為美國人，僅因在回教國家摩洛哥出生，卻引來同事們嘲笑、辱罵 Boudlal 是恐怖份

86. *Id.* at 13.

87. *Id.* at 11.

88. *Id.* at 4.

89. *Id.* at 4-5; Amanda Holpuch, Disney sued for discrimination by former employee over Muslim hijab, *The Guardian*, Aug. 14, 2012, <https://www.theguardian.com/world/2012/aug/14/disney-sued-discrimination-muslim-employee?newsfeed=true> (last

visited: May 1, 2020).

90. Chioco, *supra* note 10, at 559; Sadia Aslam, *Hijab in the Workplace: Why Title VII Does Not Adequately Protect Employees from Discrimination on the Basis of Religious Dress and Appearance*, 80 UMKC L. REV. 221, 223 (2011).

91. *Freeman v. Department of Highway Safety & Motor Vehicles*, 924 So. 2d 48 (Fla. Dist. Ct. App. 2006).

子、隨時準備製造炸藥等歧視性語言霸凌。⁹² 迪士尼主管未制止該等同事語言霸凌，拒絕 Boudlal 戴上具有回教女性意義的頭巾招待遊客，否則解雇等，不當宗教歧視聘僱行為。⁹³

天主教修女也會戴上頭巾，進入特定教堂與宗教場所也會被要求戴上頭巾。⁹⁴ 除天主教外，世界仍有眾多民俗風情、習慣傳統要求人們在特定場合戴帽、蓋頭、面紗與頭巾，卻不是每一個戴頭巾的人都等同於預謀犯罪的恐怖份子。戴上頭巾若主要目的在彰顯信仰的忠誠，不是吸毒，⁹⁵ 也與假借宗教信仰的犯罪行為無關，⁹⁶ 頭巾本身也不是具有高度危險的刀槍、爆裂物、易燃物，更不是疾病傳染媒介，⁹⁷ 沒有必要以預防恐怖攻擊等犯罪行為，禁止餐飲前台服務的員工戴頭巾。任何人不假思索將戴頭巾的回教信徒與恐怖份子畫上等號，無異為非理性、刻板印象的宗教歧視行為。

(二) 安全衛生

遊樂園的如雲霄飛車等遊樂設施，稍有不慎將導致遊客生命、身體、財產重大危害。因此，遊樂園服務遊客乘坐遊樂設施等員工及其助手，亦應同遊客一般，遵守遊樂設施乘坐安全規範，與員工是否信仰特定宗教無關，應不得穿戴頭巾，以保障員工、遊客、遊樂設施等所有人生命、身體、自由與財產安全。此外，遊樂園員工進行遊樂設施的檢測、維修、保養時，亦應嚴格遵守相關保

服儀規定，穿著鮮明工作服，不得穿戴妨礙、危害檢修、保養的高跟鞋、長裙、頭巾、帽子、配件等，以免造成檢修時高度風險危害。⁹⁸

此外，遊樂園如提供餐飲與住宿，亦有餐飲住宿的衛生安全規定，而得限制員工宗教信仰的特殊服儀。Hussein v. Waldorf-Astoria 一案，旅館禁止所屬服務員留鬍，以維持乾淨、整潔等旅館經營原則與企業形象，不許服務員一人以宗教理由蓄鬍毀掉企業乾淨整潔專業服務形象。⁹⁹ EEOC v. Sambo's of Georgia 一案，被告為餐飲整體的環境安全衛生等專業服務規定，限制員工蓄鬍蓄髮，並應經常清潔指甲，禁止員工塗指甲油，避免鬍鬚、指甲與指甲油掉落餐飲中讓遊客誤食，造成消費糾紛與健康安全疑慮。¹⁰⁰

但如因宗教信仰蓄鬍未影響職業安全衛生，雇主就不一定要嚴格禁止員工蓄鬍。

Brown v. Roberts 一案，¹⁰¹ 被告機動車服務站要求擔任潤滑油技術員、接待、業務與收銀的原告，必須每天將鬍子刮乾淨。但原告的宗教信仰不可以隨便刮鬍子、剪頭髮。被告要求調任原告不必接待顧客的職務後，原告發現調動後的職務比原先的工作環境更差、工時變長，因此向被告請求調任與原先職務類似或相同職務，卻遭雇主以企業服儀規定不受個別員工宗教信仰拘束，否則將難以維護企業形象，且會使原告的宗教信仰過度干預雇主事業經營，造成企業重大負

92. Boudlal v. Disney, 8:12-cv-01306-DOC-AN, at 4, 7 (C.D. Cal. 2014).

93. 焦興鐸，〈美國禁止就業上宗教歧視法制之研究〉，《全國律師》，81期，2014年4月，頁18、20；Aslam, supra note 90, at 222.

94. SCUTT, supra note 5, at 79, 81.

95. Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 U.S. 872, 890 (1990) (原住民宗教聖餐不可吸食令人迷幻的 peyote 植物)。

96. 蔡達智，〈宗教自由之法制理論與實務〉，《立法院院聞》，29卷4期，2001年4月，頁82-83。

97. Erik H. Beard, *You Must Be This Tall and Have This Many Hands and This Many Legs To Ride: Recreational Access*

Under the Americans with Disabilities Act, 35 FRANCHISE L.J. 19, 27 (2015); 2015年美國加州流行麻疹，兩位患者去過加州迪士尼，使迪士尼成千上萬遊客恐懼是否感染麻疹，Dorit Rubinstein Reiss, *Litigating Alternative Facts: School Vaccine Mandates in the Courts*, 21 U. PA. J. CONST. L. 207, 215-16, 223-24 (2018).

98. 蔡達智，前揭註19，頁115。

99. 134 F. Supp. 2d 591, 592 (S.D.N.Y. 2001).

100. 530 F. Supp. 86 (N.D. Ga. 1981).

101. 452 Mass. 674 (2008).

擔，拒絕原告所請。¹⁰²

法院認為單純因員工宗教信仰調整企業服儀規定，不會構成重大營業困難。如果會，企業要提出證明所有可能的服儀調整措施都會嚴重影響企業營運，從而難以調整任何服儀規定，避免濫用企業形象作為不調整服儀規定的藉口。¹⁰³ 調整服儀規定是否構成企業過度負擔，應從企業經營的本質及其日常運作判斷，而不是單純口頭說明無法調整，或認為服儀規定的企業專業形象即屬不可調整的非經濟重大因素影響企業營運。¹⁰⁴ 如果不能證明為員工宗教信仰調整服儀規定將造成企業經營重大困難，又沒有針對員工特殊宗教信仰適當調整職務，公司堅持服儀規定而未調整員工宗教信仰職務的不作為，就是歧視員工宗教信仰。¹⁰⁵

三、企業形象限制

上述 Hussein 與 Brown 兩案，旅館或機動車服務站禁止員工蓄鬍，除職業安全衛生要求外，兩案雇主皆主張限制員工蓄鬍等服儀規定，是為建立並維護企業專業形象，以提升工作效能、產品與服務品質，使消費者享受消費，養成長期交易的品牌忠誠度，為企業創造更好營收。¹⁰⁶

遊樂園的員工服儀規定亦有此等效益，尤其直接面對遊客的遊樂園員工，屬於影響遊客情緒最重要的關鍵人員，員工的專業、自信、尊重、友善服務遊客，重視遊客意見

並適時反應，藉以改善、提升服務方法與態度，¹⁰⁷ 決定遊客對於票價及其服務的滿足與快樂，或可以此建立口碑、廣為周知而有意想不到的人際網絡擴散效應，為遊樂園創造正向回饋。¹⁰⁸

相反的，員工服儀與服務如有歧視有色人種、同性戀人、特定穿著打扮遊客、幫遊客拍去頭照片、不為小朋友簽名還怒瞪兒童等行徑。¹⁰⁹ 凡此遊樂園員工不合理、無必要、甚至違法歧視、侵犯行為，使遊客深覺來遊樂園花錢買罪受，逐漸感染、累積遊客負面情緒。¹¹⁰ 除可能使遊樂園遭受訴訟與賠償等巨大損失外，更可能使企業形象大受損害，讓人以為企業不尊重客戶需求，間接導致不願、拒絕消費，長期惡性循環下，使企業陷入經營困境。¹¹¹

Cloutier v. Costco 一案，¹¹² 被告好市多公司服儀規定員工臉部不得有任何珠寶首飾，限制原告工作時不得戴上眉環。原告主張自身宗教信仰（Church of Body Modification），必須透過身體整形美容始能得到身心靈成長，藉由學習、教導與展示整形後的身體，可充滿自信，足為他人表率。¹¹³ 原告雖無法接受被告帶有宗教歧視的服儀規定，但只要主管同意能用繃帶遮蔽眉環就好，依然遭拒。原告因而向工作機會平等委員會（Equal Employment Opportunity Commission, EEOC）申訴被告服儀規定違反人權法禁止雇主任何歧視宗教行為。¹¹⁴

102. *Id.* at 675-76, 678.

103. *Id.* at 683, 685.

104. *Id.* at 676, 683-84.

105. *Id.* at 686.

106. Flake, *supra* note 8, at 700.

107. John Grady, Damon Andrew, *Legal Implications of the Americans with Disabilities Act on Recreation Services: Changing Guidelines, Structures, and Attitudes in Accommodating Guests with Disabilities*, 13 J. LEGAL ASPECTS SPORT 231, 242-44 (2003).

108. Newell, *supra* note 13, at 452, 456, 461.

109. Lauren A. Newell, *Mickey Goes to France: A Case Study of the Euro Disneyland Negotiations*, 15 CARDOZO JOURNAL OF CONFLICT RESOLUTION 193, 209 (2013).

110. Newell, *supra* note 13, at 484.

111. 蔡達智，前揭註 7，頁 83。

112. 390 F.3d 126, 128 (1st Cir. 2004).

113. 該宗教網站顯示其教義未要求信徒必須整形美容，也沒有一定要永久改變身形，*Id.* at 129.

114. 42 U.S.C. § 2000e-2(a).

申訴過程中原告被解雇，但被告同意如原告所請，工作時貼上繃帶遮蔽眉環，或用一個乾淨透明的眉環，原告就可以回聘。原告主張一定要修改好市多的服儀規定，否則將抵觸原告個人宗教信仰。好市多認為這樣會造成公司營運的嚴重負擔。¹¹⁵

工作機會平等委員會認同原告主張不得有宗教歧視行為，要求變更好市多服儀規定。初審及上訴法院卻認同好市多主張，認為員工工作期間對外是雇主的表徵，企業服儀規定可建立專業形象以招徠顧客。如果企業服儀規定有太多例外，為每一位員工宗教信仰調整服儀規定，企業將難以掌控專業形象，甚至會陷入極度經營困難。¹¹⁶

四、調整職務困難

（一）增加其他員工負擔

上述 Cloutier 與 Brown 兩案，雇主主張的理由之一便是，因員工宗教信仰調整職務困難。然而，調整職務造成企業營運困難，必須從個案員工調整費用、企業規模、員工總數、資本規模、調整設施設備的總數、型號、費用、空間，影響其他員工負擔等眾多因素綜合判斷。¹¹⁷

有認為應以調整職務明顯重大影響企業營運才會構成營運困難無須調整。¹¹⁸ 但亦有認為造成其他員工不必要負擔，即便花費不多，也可能被認定造成企業營運困難。Trans World Airlines v. Hardison 一案，一名員工出於宗教原因拒絕在星期六工作，聯邦最高法院認為不應要求雇主向其他員工支付加班費，誘使其他員工在星期二代原告上班。這樣的要求會增加企業替代人力與加班費負

擔，即使只需要花費公司幾百美元，依然構成企業營運困難。¹¹⁹ 類似理由，Ansonia Board of Education v. Philbrook 一案，原告欲參加宗教節日活動，要求被告給額外有薪假或給付加班費讓原告找人代班，聯邦最高法院認為被告已提供原告無薪假參與宗教節日，即屬合理調整，不須要不計代價或選擇最好的方式進行調整，滿足特定員工參與宗教節日個人需求。¹²⁰

（二）創作表演服裝設計

部分工作職務本身，有一定服裝儀容化妝打扮要求，不易依據員工宗教信仰而有所改變。演藝事業演員或服裝時尚秀的模特兒，職務性質與工作內容，原本必須依據服裝設計師、劇本、導演、雇主等要求，穿上戲服、打扮、化妝、製造特定效果等一連串服儀規定進行展演。演員如果認為自己宗教信仰不適合劇中穿著打扮化妝效果等，應充分與劇組、雇主適當溝通協調，以便調整。如果劇情人物穿著打扮難以調整，具有特定宗教信仰演員，只能放棄該項角色。畢竟演藝事業，尊重原創應為根本，假使因演員個人宗教信仰改變劇情所需服儀，因而喪失原創或劇情目的展現特定人物與特定時空背景，難以實現創作、流行與時尚目的，演員個人宗教信仰應稍微退讓。¹²¹

前述 Boudlal 案，迪士尼也有類似主張，所有迪士尼內樂園內的員工，都必須配合遊樂園內的每一棟建築物、人行道顏色、音樂、

115.390 F.3d 130 (1st Cir. 2004).

116.*Id.* at 135-37.

117.42 U.S.C. § 12111(10)(2021).

118.Aslam, *supra* note 90, at 236.

119.432 U.S. 63 (1977).

120.479 U.S. 60, 64-65 (1986).

121.Ramachandran, *supra* note 4, at 64.

遊樂設施、遊行表演、景觀、動植物園、與遊客的互動、排隊人群、紀念商品店、餐飲店與爆米花香等，皆由迪士尼精心設計如同電影、故事書裡的場景舞台，盡情表演的演員一般，遵守原創者即迪士尼劇情舞台設計的服儀規定，以免侵犯或毀壞迪士尼的劇作原創等表現自由與企業形象。¹²²

就此，應可理解，迪士尼並非沒有製作出席捲全球的阿拉丁神燈等影視動漫作品，迪士尼遊樂設施「小小世界」，¹²³ 展示全世界各地穿著漂亮傳統服飾裝扮的小玩偶，也包括回教風俗民情的兒童及家庭傳統服飾，當然也包含頭巾。因此，想要以尊重原創劇作為由，在遊樂園內的劇場創作或表演遊行隊伍中應依據劇情故事內容限制員工穿著打扮，雖有其合理必要性，但對於餐飲店內的前台服務員工，迪士尼應無不可為員工宗教信仰調整職務或改變經營策略的方法。如將 Boudlal 工作地點的說故事咖啡廳，部分場境設計為神燈區或阿里巴巴與四十大盜等故事情境，或將 Boudlal 調往類似情境的故事職場區域、商店、餐飲店服務，就不會與員工想要戴頭巾的職務內容有所衝突，一舉數得。¹²⁴

何況，迪士尼展開雙手歡迎全世界遊客，也包括全世界各地信奉回教的遊客。對於進入迪士尼樂園具有回教信仰的遊客們，合理推論也不會對戴上回教頭巾的咖啡店女性服務員有任何不佳觀感。可以想見，員工因信仰回教戴上頭巾工作，不會減少迪士尼樂園回教信徒的遊客，也不會對迪士尼的營業造成重大負面影響。相反的，迪士尼主

管限制員工不得穿戴回教頭巾工作，反而歧視回教信徒時，合理推論將引起回教遊客反感，不願進入迪士尼遊樂，如此對迪士尼反而易導致重大商譽及經濟損失。¹²⁵

肆、結論

遊樂園以預防犯罪、保護遊客安全、提升家庭價值為由，對遊客進行穿著打扮的限制，背後或有過度預防或存在種族、族群與性別歧視等隱藏動機與目的。部分案件或許較尊重小型蛋糕花店企業主的宗教信仰，但在遊客來自全世界、不同族群遊客等大型主題樂園，或較不應存在此等以種族、膚色、族群及性傾向等為入遊園及離原等不合理差別待遇。

其次，員工宗教信仰穿戴頭巾原則應予尊重，維修保養遊樂設施禁止穿戴不合時宜的頭巾雖屬合理，若因戴頭巾而有恐怖攻擊與犯罪聯想，則無必要、也不相干、更無證據證明頭巾具有特定犯罪風險危害。在餐飲前台服務，戴頭巾亦有維持餐飲衛生的目的，也不會造成迪士尼或其他員工過度負擔。何況迪士尼歡迎全世界遊客，遊樂設施及其影視作品，匯集全世界人民傳統服飾，即便是餐飲前台也可以回教故事場景布置，沒有必要只因員工宗教信仰穿戴頭巾，未善盡適當調整職務前，便以不符企業服儀規定予以解雇，¹²⁶ 迫使員工放棄宗教信仰，喪失憲法保障個人信仰宗教自由。¹²⁷

122. Boudlal v. Disney, 8:12-cv-01306-DOC-AN, at 11 (C.D. Cal. 2014).

123. "it's a small world," <https://disneylands.com/cn/disneyland/attractions/its-a-small-world/> (last visited: Apr. 13, 2021).

124. Ramachandran, *supra* note 4, at 64.

125. United States v. Lee, 455 U.S. 252 (1982).

126. Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398, 401 (1963).

127. Everson v. Board of Education, 330 U.S. 1, 15 (1947).

香港離婚訴訟管轄權確定之研究

—以香港法例第 179 章《婚姻訴訟條例》第 3 條規定之 司法實踐為中心

劉子健*

目次

壹、前言

貳、管轄權確定之法律原則

一、兩大基本原則

二、訴訟類型區分

(一) 對人訴訟

(二) 對物訴訟

參、離婚訴訟管轄權確定之理論與實務

一、所謂「在呈請或申請提出當日，婚姻任何一方以香港為居籍」

二、所謂「在緊接呈請或申請提出當日前的三年期間內，婚姻的任何一方慣常居於香港」

三、所謂「在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方與香港有密切聯繫」

肆、代結論

一、居籍概念判斷之困難與法官保留之必要性

二、慣常居所地之詮釋與福祉原則之優先衡酌

三、密切聯繫之二階段審查基準與各審酌因子

四、實際控制原則之體現與管轄權衝突之發生

壹、前言

邇來香港¹、臺灣因通婚所生婚姻糾紛之情形日漸增多，而國際（區際）管轄權之有無為離婚訴訟首須判定之課題，並涉及準據法之選擇與裁判之承認與執行等問題。關於離婚訴訟管轄權之規定，我國係見諸於家事事件法第 52 條，其規定除當事人合意定離婚事件管轄法院外，夫妻住所地法院、經常共同居所地法院、訴之原因事實發生之夫或妻居所地法院，對於離婚事件均有管轄權²。換言之，該規定大抵係以大陸法系法域傳統上所採取之住所主義為原則，並輔以尊重當事人程序處分權與起訴、執行便利之立場所共同鑄鑄而成。相較於此，師承英美法系之香港，香港法例（下同）第 179 章《婚姻訴訟條例》（Matrimonial Cause Ordinance）第 3 條關於離婚訴訟管轄權則有截然不同之立法設計。爰分述其管轄權基本法則與立法規定，並以法院實例為探討核心，藉此觀察其管轄權係如何認定，及是否可能衍生國際（區際）管轄權之積極衝突，進而提出本文見解與評析以代為結論。

* 本文作者係臺灣高雄少年及家事法院法官，國立中山大學中國與亞太區域研究所博士。

1. 香港澳門關係條例第 2 條第 1 項規定：「本條例所稱香港，指原由英國治理之香港島、九龍半島、新界及其附屬部分」，即香港是由新界、香港島與九龍半島所共同組成，其中新界更與中國大陸廣東省深圳土地相連接，此三地區因「南京條約」、「北京條約」、「拓展界址條例」先後割讓與租借予英國。楊奇，《香港概論（下）》（香港：三聯書局有限公司，1996 年 7 月），頁 100；吳建璠、劉海年、劉翰研、李步雲，

〈一國兩制與香港基本法〉，《法學研究》，第 19 卷第 4 期，1997 年，頁 3；湯開健、蕭國建、陳桂榮，《香港 600 年 遠古~1997》（香港：麒麟書業有限公司，1998 年），頁 51。

2. 依該規定立法理由觀之，謂離婚事件多發生於夫妻婚姻生活中心即夫妻住居地，為維護公益、證據便捷及當事人意思之尊重，便利其使用法院及平衡追加實體與程序利益，故允許當事人合意定其管轄法院，然為因應時代變遷及婚姻態樣多元化現象，故另規定以訴之原因事實發生之夫或妻居所地之法院定專屬管轄法院。

貳、管轄權確定之法律原則

一、兩大基本原則

沿襲英美普通法系制度之香港法院，咸認於公共秩序之指導下，無論當事人具有何國籍或何身分，法院均須為當事人主持「正義」(Justice)³，故正義通常被視為確立香港法院管轄權之基本原則，並具體表現於「實際控制原則」(實效性原則；Effectiveness)與「自願服從(接受)原則」(Voluntary Submission)⁴。亦即，以法院對管轄案件是否具有實質支配力為判斷標準，俾被告能有效通知到庭且判決得以有效執行。

據此，通常只要滿足下列任一情形，香港法院就爭訟民商事件即享有管轄權：(一)被告自願接受管轄；(二)被告在香港境內或境外送達(傳訊)令狀(Writ of Summons)⁵。此外，香港法院亦承襲英國作法而將訴訟為類型之區分，並異其管轄權法則之確立，容後分述之。

二、訴訟類型區分

(一) 對人訴訟

對人訴訟(Action in Personam)係指當事人間之訴訟，即原告要求被告特定作為或不作為以解決法律上權利義務關係之訴

訟，判決效果僅就當事人間產生拘束，例如原告請求被告履行契約或就侵權行為訴請損害賠償等皆屬之。

據此，前述「被告自願服從法院管轄」之自願服從原則，專指於對人訴訟中，原不受香港法院管轄之當事人，藉由其行為給予香港法院本不具有、惟因當事人服從而享有或創設之管轄權⁶。亦即，只要香港法院認為被告之行為構成並接受本毋庸承受之管轄權，香港法院即對被告有管轄之權，故該原則僅適用於對人訴訟而不及於對物訴訟等訴訟。

換言之，對人訴訟行使管轄權最重要之基礎為「令狀實際送達被告，且被告並未提出管轄異議」，此觀第4A章《高等法院規則》(The Rules of the High Court;原名:《最高法院規則》)第11號命令第1條(1)(d)(iii)、(iv)⁷、第12號命令第8條(7)規定自明⁸。此外，被告為下列行為時常可推認其接受香港法院之管轄：(一)指定法庭地律師以被告名義收受令狀；(二)對案件為實體答辯或提出反訴；(三)聲請訴訟救助。據此，「在香港境內向被告有效送達令狀」、「於香港境外向不在香港境內之被告有效送達令狀」厥為前述實際控制原則之展現，並為香港法院確立管轄權之基本原則⁹。

3. 陳隆修，《國際私法管轄權評論》(臺北：五南圖書出版股份有限公司，1986年)，頁27。

4. 普通法系國家早期多係基於權力(主權)理論(Power Theory)，認為訴訟應由被告之住居所或其國內法院管轄，然而之後已改變看法，倘被告與法院所在法域有最低度接觸(Minimum Contacts)而具合理性(Reasonableness)與公平性(Fairness)，即得行使管轄權，此即所謂「最低度接觸法則」、「合理公平原則」，因而大幅擴充法院行使管轄權之範圍。此管轄理論之遞嬗，涉及本文後述關於「密切聯繫」部分之論述。劉鐵錚、陳榮傳，《國際私法論》(臺北：三民書局股份有限公司，2008年9月修訂4版)，頁598；吳光平，《國際裁判管轄權的決定與基準—總論上方法的考察》，《政大法學評論》，第94期，2006年12月，頁285-288。

5. 通常而言，原告於香港提起民事訴訟之首要步驟係向法院提交傳訊令狀且包含詳細陳述索賠事由與救濟之申索陳述書(Statement of Claim)，並將該文件送達被告。

6. 林銳鑫、陳曉廣，《淺析英國民商事管轄權制度》，《河北法學》，第1期，2003年，頁127。

7. 第11號命令第1條(1)(d)(iii)、(iv)：「(1)如某令狀並非本條規則第(2)款所適用者，而在藉該令狀開展的訴訟中有以下

情況，則在法庭許可下，將該令狀在本司法管轄權範圍外送達是容許的。(d)提出申索是為強制執行、撤銷、解除、廢止或以其他方式影響一份合約，或就一份合約的違反追討損害賠償或取得其他濟助；而該份合約(在上述任何一種情況中)是—(iii)因其條款或隱含情況而受香港法律管限，或(iv)載有一項條款，表明原訟法庭具有司法管轄權聆訊裁定就該合約進行的任何訴訟」。《電子版香港法例》，<<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap4A1zh-Hant-HK>>(最後瀏覽日：2024年2月20日)。

8. 第12號命令第8條(7)：「被告對令狀所作之認可送達，除非認可根據第21號命令第1條規則因為法院許可而被撤銷，否則須視作被告在法院程序中願意接受法院之司法管轄權。但如被告是根據第(1)或(2)款提出之申請，則屬例外」。同上註(最後瀏覽日：2024年2月20日)。

9. 學者認為香港法院就下列對人訴訟具有管轄權：(一)自然人被告之居所位於香港，或在香港從事營業活動；法人被告之營業所或營業地位於香港；(二)敗訴債務人為香港訴訟之原告，或其被提起反訴；(三)作為香港法院訴訟之被告係自願參加訴訟程序；(四)作為香港法院訴訟之被告於訴訟開始前已同意接受香港法院之管轄。C.G.J. Morse & David McClean, Dicey, Morris & Collins on the conflict of laws(Hong Kong: Sweets & Maxwell, 14th ed., 2006), pp.588.

(二) 對物訴訟

對物訴訟 (Action in Rem) 係指原告向法院訴請確認所有權、物權或其他權利之訴訟，其判決效力及於訴訟外第三人而具有對世效力，並至少可區分為「決定物之所有權或其他權利之訴訟」、「關於香港領海內船舶之海商訴訟 (Admiralty Action)」、「關於身分關係之訴訟」等三種類型。就後者而言，香港法院咸認「身分」與「物」有類似之處，且關於當事人身分之判決亦希冀得到所有人承認而具有對世效力，故將之列為對物訴訟之範疇¹⁰。正因如此，上開自願服從 (接受) 原則於對物訴訟並無適用之餘地，香港法院於對物訴訟僅得依據實際控制原則以確立管轄權。

根據實際控制原則，只要訴訟標的或物之客體位於香港，法院對之即享有管轄權，且就其中之身分行為訴訟，僅須當事人之住所地或慣常居所地位於香港，法院即可取得管轄權，且排除當事人得合意管轄之可能性。

參、離婚訴訟管轄權確定之理論與實務

香港法院就離婚訴訟是否享有管轄權之依據為第 179 章《婚姻訴訟條例》第 3 條「對離婚案的司法管轄權 (Jurisdiction in

divorce) 」，其規定：「如屬下列情況，法院對根據本條例進行的離婚法律程序具有司法管轄權— (a) 在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方以香港為居籍；(b) 在緊接呈請或申請提出當日前的三年期間內，婚姻的任何一方慣常居於香港；或 (c) 在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方與香港有密切聯繫」¹¹。可知香港離婚案件管轄權之確定，法院主要考量離婚當事人「是否以香港為其居籍 (domicile) 」 (Le Mesurier v. Le Mesurier)¹²、「是否以香港為慣常居所地 (habitually resident in Hong Kong) 」、「是否與香港有密切聯繫 (had a substantial connexion with Hong Kong) 」。爰就其法律規定與司法實務分述如下。

一、所謂「在呈請或申請提出當日，婚姻任何一方以香港為居籍」

「居籍」為香港法律制度中之重要概念，蓋涉及稅捐、繼承、婚姻之管轄與法律適用，大致上得以永久居所 (家庭；Permanent Home) 之概念為理解，近似於我國民法關於「住所」之定義¹³，並與公民 (Citizen)、居留 (Residency)、香港永久性居民 (Permanent Resident of Hong Kong)¹⁴、國民 (Nationality) 等身分界

10. 張美榕，《香港衝突法研究》(北京：法律出版社，2014年8月第1版)，頁128。

11. 原文為 The court shall have jurisdiction in proceedings for divorce under this Ordinance if—(a) either of the parties to the marriage was domiciled in Hong Kong at the date of the petition or application; (b) either of the parties to the marriage was habitually resident in Hong Kong throughout the period of 3 years immediately preceding the date of the petition or application; or (c) either of the parties to the marriage had a substantial connexion with Hong Kong at the date of the petition or application.。《電子版香港法例》，<<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap179!en-zh-Hant-HK>> (最後瀏覽日：2024年2月17日)。

12. <[1895] AC 517>。

13. 民法第 20 條：「(第 1 項) 依一定事實，足認以久住之意思，住於一

定之地域者，即為設定其住所於該地。(第 2 項) 一人同時不得有兩住所」。

14. 關於香港永久性居民地位之取得，係規定於《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第 24 條、第 115 章《入境條例》附表 1。又香港於 1997 年 7 月 1 日主權回歸中國大陸前後，曾陸續出現一系列涉及香港永久性居民身分認定之「居港權訴訟」案例，其爭點在於香港永久性居民於中國大陸所生之子女，於九七後因《中華人民共和國香港特別行政區基本法》所生法律身分與地位之爭議問題，又稱「無證兒童案」或「小人蛇案」。湛中樂、陳聰，〈論香港的司法審查制度—香港「居留權」案件透視〉，《比較法研究》，第 2 期，2001 年 4 月，頁 39。其中，關於較著名之談雅然、莊豐源、陳錦雅與吳嘉玲等案件之介紹與評析。鄭安佑，《一國兩制之研究》(臺北：政治大學法律學系碩士論文，2021 年 7 月)，頁 132-166；劉子健，《香港與大陸法律衝突之研究》(臺北：臺北大學法律學系碩士論文，2010 年 7 月)，頁 123-132。

定不同，蓋每個人僅有一居籍，亦不可能出現沒有任何居籍之情形。是以，居籍之「斷定」¹⁵，除涉及財產、身分等法律關係之確定，並具有相當之複雜性、不確定性與高度爭議性，第 596 章《居籍條例》（Domicile Ordinance）因而於 2009 年 3 月 1 日以 2008 年第 280 號法律公告問世¹⁶。

《居籍條例》雖明定未成年人、成年人取得與喪失香港或其他國家、地區居籍之條件與方式，然並未對居籍做出定義，甚至於第 3 條「一般規則」(3) 規定：「凡在香港任何法院席前就任何個人的居籍出現爭議，該法院須按照香港法律裁斷該項爭議」，除明示居籍認定爭議應以香港法律為準據法外，更直言居籍認定之困難與易燃爭端。此外，關於成年人取得香港居籍之條件，倘該成年人於未成年時已取得香港居籍，則於成年後仍保留其已取得之居籍，且若該成年人身處香港，並具有無限期以香港為家之意圖，亦能取得香港居籍之資格，此經核閱《居籍條例》第 5、6、7 條規定自明。以上，為居籍概念與《居籍條例》相關規定之介紹。

關於實務上就居籍之判定，香港法院於「Z, SN v. K, VSF」離婚案有清楚之說明¹⁷。該案原告 Z, SN（妻子）雖出生於中國大陸，然之後前往美國接受高等教育，並於畢業後留美工作 4 年及取得美國公民身分，隨後返還上海定居。至被告 K, VSF（丈夫）

則為父親美國人、母親越南裔美國人所生之美國公民，其童年時曾於香港、臺灣、北京、新加坡和美國等地生活與旅行，後於 2001 年，其移居上海工作與生活至 2017 年 8 月，隨後抵達香港。兩造並養育均持有美國護照之 5 歲、2 歲未成年子女，但 2 名子女始終僅於上海生活與求學。嗣原告曾於上海對被告訴請離婚然因故未果，隨後於 2018 年在香港對被告提起離婚訴訟，被告則抗辯香港法院不具管轄權。從而，被告是否以香港為居籍成為該案之重要爭點之一¹⁸。

法官認為，依《居籍條例》第 12 條規定，主張存在香港居籍之原告（按：本案為妻子），負有以「相對可能性的衡量來證明」被告居籍位於香港之舉證責任¹⁹。在居籍之斷定時，法院將綜合考慮以下因素：（一）停留之時間與居住狀況：例如停留多長時間、是否住於購置房屋或租屋抑或住於飯店；（二）是否與本地人結婚；（三）家庭成員位於何處；（四）是否為經常工作地；（五）個人物品位於何處；（六）是否為財產與投資所在地；（七）當事人或其子女之國籍；（八）子女所受教育之地點；（九）所參加俱樂部、宗教團體等。至於香港永久性居民身分並不當然取得香港之居籍²⁰。換言之，原告應以前述「相對可能性的衡量來證明」被告有在香港長期居住之意圖，且具有居住與身處香港之上揭各客觀事實，始得證明被

15. 「斷定」為香港法例常見法律用詞，例如《居籍條例》第 2 部「斷定居籍」即屬之，其意義與「判斷」或「認定」相同。

16. 《電子版香港法例》，< https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap596?xid=ID_1438403499012_002 >（最後瀏覽日：2024 年 2 月 18 日）。

17. 該案又名「K, SN v. K, VSF」。< [2019] HKCA 840 >，《香港司法機構（Judiciary），法律參考資料系統（Legal Reference System）：下簡稱法律參考資料系統》，<https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.js?p?DIS=123467&QS=%24%28VSF%29&TP=JU>（最後瀏覽日：2024 年 2 月 18 日）。

18. 該案之另一爭點為「被告是否與香港有密切聯繫」，容後詳述之。

19. 該規定所稱「相對可能性的衡量來證明」，原文為 shall be proved on a balance of probabilities.，為香港關於民事訴訟事件之舉證標準，係指：「必須證明你對案情的說法更為可信。如果你的案件涉及任何事實爭議，審裁官（或法官）只會在他認為你的說法更為可信時才會接納你的說法」。換言之，其舉證責任程度等同我國民事訴訟法之「優勢證據法則」。〈勞資審裁處－預備審訊須知〉，《2017 年第 2 版，香港司法機構》，<https://www.judiciary.hk/doc/zh/court_services_facilities/guidelines_for_trial_06ed1_c.pdf>（最後瀏覽日：2024 年 2 月 18 日）。

20. 「Y v. W」案亦採取相同見解。< [2012] 2 HKC 455 >。

告係以香港為居籍。最終，法官綜合審酌後認為原告無法舉證被告有以香港為永久居住之居籍之意，並另認被告未與香港有密切聯繫，香港法院不具案件之管轄權，因而駁回原告所請。

二、所謂「在緊接呈請或申請提出當日前的三年期間內，婚姻的任何一方慣常居於香港」

此要件較諸於 (a)(c) 規定，雖因規定較為明確而較少成為離婚訴訟管轄權辯論之爭點，然須強調者，於離婚訴訟管轄權確定問題上所考量之慣常居所地，與通常理解之慣常居所地仍容有出入。亦即，通常理解之慣常居所地包含「定居之目的」、「持續一段時間之實際居住」兩要件 (Regina v. Barnet London Borough Council, ex parte Nilish Shah)²¹，其中對於「持續一段時間之實際居住」此要件，並未有明確之時間限制，通常是於個案為綜合審斷，然相較於此，就離婚事件管轄權確定之慣常居所地，除須考量前述一般法則外，依前開規定尚須同時滿足「在香港慣常居所地居住至少3年以上期間」、「緊接在離婚申請或呈請提起日前慣常居住於香港」之條件。

關於該規定何以特別明定「3年期間」，本文認為可由第115章《入境條例》(Immigration Ordinance) 推敲其立法緣由²²。蓋「不再通常居於香港後，有連續36個月(按：即3年)或以上不在香港」為《入境條例》第7條所明定喪失香港永久性居民身分之法定條件之一，且就所謂「斷定該人是否已不再通常居於香港」之審酌要件，該人是否在香港有慣常住所為其中一項重要因

素，亦為同條例第2條6(b)所明定。據此，「3年期間(或36個月)」非僅為是否喪失香港永久性居民地位之法律要件，亦成為離婚訴訟關於慣常居所地之認定時間，可認不論是《入境條例》或《婚姻訴訟條例》，均強調經常居住於香港此客觀事實之重要，並以「3年期間(或36個月)」作為時間認定上之分水嶺。

至於司法實踐上，得舉「TO v. KO」離婚案為說明²³。該案原告TO(妻子)、被告KO(丈夫)均為日本人，其中被告為經商有成之富人，其與前妻之婚姻解消後，於1999年與原告於東京結為連理，此時被告、原告分別為56歲、25歲，兩造婚後前10年共同居住於東京，並於2009年11月產下一女R。於2008年，被告決定前往菲律賓開設賭場，基於商業考量，因此先於2010年在香港成立公司，此後被告頻繁往返菲律賓、澳門、香港、日本及美國等地，復於2010年12月搬遷至香港，原告與R亦於2011年4月追隨被告搬至香港居住，被告雖於香港島(Hong Kong Island)承租租期至2018年11月之高級公寓共同生活，然而被告始終未於香港置產。此段期間，原告甚至取得香港身分證，R亦於香港就學，原告之胞妹並前往香港照顧R，直至R於2018年9月前往瑞士求學為止。至於被告平均每月有20天位於馬尼拉，其他時間則在日本或香港，又被告雖於馬尼拉置產，

21. <[1983] 2 AC 309> .

22. 《電子版香港法例》，< <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap115!zh-Hant-HK>> (最後瀏覽日：2024年2月19日)。

23. 該案又名「TT v KO」.< [2021] HKCA 1545 >，《法律參考資料系統》，<https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=139559&QS=%24%28%282021%29%2CHKCA%2C1545%29&TP=JU> (最後瀏覽日：2024年2月19日)。

但仍保留東京之住處，且只要完成賭場業務多數時間皆返回日本，被告並表示前往香港之目的僅為探望 R 而已。事實上，兩造之婚姻因原告主張被告於 2016、2017 年間外遇（extra marital relationship）而生破綻，原告遂於 2018 年 10 月在香港訴請離婚。

本案爭點為：「婚姻任何一方於呈請或申請提出當日前的 3 年期間即 2015 年 10 月 7 日起至 2018 年 10 月 8 日止，是否以香港為慣常居所」。經法院調取兩造之入出境資料，顯示被告於 2015 年 10 月 7 日起至 2018 年 10 月 8 日期間，入境、停留香港之每年天數與每月平均日數係如表一所示²⁴：

表一

Period	Days in Hong Kong per year	Average Days in Hong Kong per month
7 October 2015 to 6 October 2016	35 days/366 days	3 days
7 October 2016 to 6 October 2017	51 days/365 days	4.25 days
7 October 2017 to 8 October 2018	148 days/367 days	12 days

至於原告於 2015 年 10 月 8 日起至 2018 年 10 月 7 日期間，入境與停留香港、日本之每年天數與每月平均日數則分別如表二、表三所載：

表二

Period	Days in Hong Kong per year	Average Days in Hong Kong per month
8 October 2015 to 7 October 2016	112/366 days (about 30%)	9.25
8 October 2016 to 7 October 2017	92/365 days (about 25%)	8
8 October 2017 to 7 October 2018	43/365 days (about 12%)	4

表三

Period	Days in Japan per year	Average Days in Japan per month
8 October 2015 to 7 October 2016	137/366 days (about 37%)	11
8 October 2016 to 7 October 2017	169/365 days (about 46%)	14
8 October 2017 to 7 October 2018	149/365 days (about 41%)	12

根據前述入出境紀錄所示，被告於前述期間停留香港天數合計為 234 天，至原告則合計為 247 天，其中原告甚至低於停留日本之總計 455 天，且兩造平均每月停港口數之比例僅介於 3 天至 12 天之譜。因此，原審法官參酌兩造上開停港期間、兩造均未於香港置產、R 停留香港係為求學、被告前往香港之目的係為探望 R 等上情，認兩造於原告訴請離婚訴前 3 年均非以香港為慣常居所地，不符合該條規定，香港法院不具受理訴訟之管轄權為由駁回原告所請。嗣原告雖不服提出上訴，然仍經上訴駁回在案。

三、所謂「在呈請或申請提出當日，婚姻的任何一方與香港有密切聯繫」

本規定以與香港具有密切聯繫作為確定離婚案件管轄權之依據，一方面賦予香港法官相當程度之「酌情權」（Discretion）²⁵，然另一方面同時擴大香港法院就離婚案件管轄權之範圍，形同變相擴大法庭地法即香港法律之適用。此規定固然有其積極意義，惟學者認為倘香港法官濫用其酌情權，恐將導致大量管轄權積極衝突現象²⁶。亦即，正因本

24. 表一與下述之表二、表三其資料來源均引自該案判決書。

25. 「Discretion」一般譯為「（自由）裁量權」，香港則稱為「酌情權」。王玄璋，〈香港雙語法制：現有問題及其解決〉，《「一國兩制」研究》，第 2 期，2018 年，頁 101。

26. 張美榕，〈香港衝突法研究〉，頁 213。

規定乃典型之不確定法律概念，故實務上以該規定為管轄權認定爭點所累積之案例非少，並常成為討論與研究之對象。茲關於香港法院就所謂「密切聯繫」之判斷，爰述之如下。

首先，香港法院於「PH v. DL」離婚案²⁷，認為不具管轄權而駁回原告 PH（妻子）離婚訴訟之提起，蓋原告並未能證明被告 DL（丈夫）與香港有密切聯繫。申言之，兩造於中國大陸結婚並育有 3 名子女，其中原告與其子女經常居住於美國，至被告則為新加坡公民，且經常居住於新加坡及中國大陸。後原告先於 2019 年 11 月於香港訴請離婚，被告則於 2020 年於新加坡申請離婚，且兩造均合意本案所涉管轄權爭點僅為第 3 條（c）規定之解釋與認定。

法院於審酌兩造陳述後，認為原告負有證明被告與香港有密切聯繫之「相對可能性的衡量來證明」之舉證責任。首就公司業務而言，原告固然主張公司為被告之家庭業務，並表示縱然兩造婚後財產多數源自被告公司之股份，惟尚難證明被告與香港具有密切聯繫。申言之，該公司全體員工數至少為 1 萬人，但只有其中 7 人位於香港，足徵公司並未實際在香港經營，即公司係基於商業考量始於香港上市，與被告本人無涉。次者，法院認為雖然被告在香港經營業務，但相較於中國大陸或新加坡等地，其並未積極投入香港市場，且根據入出境紀錄，被告過去 6 年每年訪港之時間為平均每年 38 日，並包含同日往返及偶爾留宿等情形，更甚者，被

告從未有連續於香港停留 7 日以上之紀錄。繼而，法院指出被告未擁有位於香港之不動產，復未建立香港之家庭居所，且原告與子女更未曾長期居於香港。末者，雖然原告認為家庭多數收入均來自香港公司配發之股息，然而法院認定被告擁有相當之財富與經濟資源，實無需依賴股息之配給養育家庭，更何況兩造於香港未設有任何退休金等銀行帳戶，反而於中國大陸、新加坡與美國等地均獨自或共有數間不動產。因此，就被告是否與香港具有密切聯繫乙節，原告既然無法舉證證明，香港法院自不具有管轄權，因而駁回原告之離婚訴訟請求²⁸。

次就「婚姻一方為經常進出香港之境外僑民或商人是否為『密切聯繫』認定之決定性因素」、「於中港兩地均有居所或業務之家庭是否代表與香港有『密切聯繫』」、「婚姻一方於香港未有其他家人是否即非『密切聯繫』」之爭點，香港法院於「JQ v. CLH」離婚案²⁹，審酌上訴人即原審被告 JQ（丈夫）「定期或經常抵港經營業務」、「雖然自 2010 年起不再擔任其所創立香港上市公司之股東，但仍然擔任公司之主席、常務董事及執行董事，而與公司保持緊密聯繫」、「香港仍然是其財務與業務基地」、「其之豐沛收入來自前開位於香港之業務」、「其於 2000 年、2001 年間返回東莞後，從未停止在香港活動，且繼續在香港進行不間斷之『經濟』與『社交』活動」等各因素，認定上訴人與香港有密切聯繫，因而駁回上

27. 〈[2021] HKFC 166〉，《法律參考資料系統》，〈https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=139070&currpage=1〉（最後瀏覽日：2024 年 2 月 19 日）。

28. Ray Lee, "Jurisdiction of divorce: Do you have a substantial connection with Hong Kong?," ONC Lawyers, January 28, 2022, 〈https://www.onc.hk/en_US/publication/jurisdiction-of-

[divorce-do-you-have-a-substantial-connection-with-hong-kong](https://www.onc.hk/en_US/publication/jurisdiction-of-divorce-do-you-have-a-substantial-connection-with-hong-kong)〉（last visited 02/19/2024）。

29. 〈[2022] HKCA 489〉，《法律參考資料系統》，〈https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/ju/ju_frame.jsp?DIS=143431&currpage=1〉（最後瀏覽日：2024 年 2 月 19 日）。

訴人之上訴，維持原審法院關於具有管轄權之判斷³⁰。由該案例可知，經常出入香港並非為「密切聯繫」之關鍵判斷因素，法院仍應綜合審酌上開各情整體觀察認定之，至於婚姻一方縱然於香港未有其他親屬或家人，但與所謂「密切聯繫」與否之判斷無涉。

末者，就所謂「聯繫之密切性」而言，揆前「Z, SN v. K, VSF」離婚案，法院除認為被告並未以香港為居籍外，亦認為被告 K, VSF（丈夫）雖與香港具有聯繫，但同時與上海、泰國、美國等地亦均有聯繫，且依原告 Z, SN（妻子）之舉證，尚難證明香港較諸上海等地，對被告有更為密切之聯繫，故法院最終認定被告與香港並無密切聯繫，香港法院不具案件之管轄權，因而駁回原告 Z, SN（妻子）所請³¹。

肆、代結論

綜合上述說明，可知僅需離婚當事人其中一方「以香港為其居籍」或「以香港為慣常居所地」抑或「與香港有密切聯繫」，香港法院即取得離婚案件之管轄權，故整理與評述如下。

一、居籍概念判斷之困難與法官保留之必要性

關於《婚姻訴訟條例》第3條(a)居籍之概念，每個人必有一居籍，且不可能沒有居籍，其爭執點在於該人之居籍位於何處矣。承前所述，若客觀上該人身處香港，且具有永久、無限期以香港為家（住所）之主觀意圖，可認為係以香港為居籍即定居於

香港之意。實務上並以上開「Z, SN v. K, VSF」離婚案所揭示諸如停留時間長短、是否在香港購屋、家庭成員位於何處、香港是否為經常工作地與財產所在地、當事人或其子女之國籍等為參考判斷標準。

儘管如此，前述審查基準實具有相當之不確定性與模糊空間，且雖《居籍條例》業已區分未成年人、成年人而異其取得與喪失香港或其他國家、地區居籍之條件與方式，然始終未對居籍做出定義。本文認為「居籍」本質為「事實」之認定問題，並非「法律上身分」之概念，自無強加定義之必要，且立法上既已就居籍之得喪變更作出規定，則交由法院依據個案客觀情況，就當事人居籍之取得、喪失與變更為時間遞嬗上之推演，最終認定該人係何時喪失原居籍，以及該人之新居籍究竟位於何處，此非僅較為公允，亦為更能因應人、物（財產）經常異動此現代社會快速變遷之衡平作法。由此觀之，時任香港高等法院法官夏正民於「S v. S」離婚案中所發出：「我們生活在一個國界日益消弭的世界中。資本會在眨眼間從世界的一端轉移到另一端，國界的限制變得很小乃至不存在，網絡無處不在。一般富裕者往往可能在兩個國家都擁有房屋，成功的商人同時在兩個國家生活和工作，不再只發生在虛構世界中³²」之喟嘆，實不足為奇也。

二、慣常居所地之詮釋與福祉原則之優先衡酌

《婚姻訴訟條例》第3條(b)關於慣常居所地之認定，該規定之要件為「在香港慣常居所地居住至少3年以上期間」、「緊接在離婚申請或呈請提起日前慣常居住於香港」。首就「3年期間」之設計而言，本文認為「36個月」既係《入境條例》所規定

30. Ray Lee, "The Hong Kong Court's jurisdiction over families with homes or businesses both in Hong Kong and the Mainland," ONC Lawyers, May 30, 2022, <https://www.onc.hk/en_US/publication/the-hong-kong-court-s-jurisdiction-over-families-with-homes-or-businesses-both-in-hong-kong-and-the-mainland> (last visited 02/19/2024).

31. 同註17。

喪失永久性居民身分之法定要件之一，為立法裁量後之抉擇，香港法院自無運用酌情權（裁量權）以適度酌減或延長之餘地。承前開「TO v. KO」離婚案之說明，除當事人是否於香港購屋置產、子女留港與當事人前往香港目的為何外，法院特別側重原告於訴請離婚前3年期間，兩造入出境及停留香港之每年天數與每月平均日數，且此為相對概念，蓋係就當事人停留香港與入境、駐足其他國家或地區時間之比較後所得結論。

至此可知，第3條(a)居籍因需具有永久住於香港意圖與實際居住事實，故認定上最為嚴格，至(b)之慣常居所地其判斷則較之為寬鬆，於婚姻任何一方均未以香港為居籍之情形下，則退一步考慮是否以香港為慣常居所地，並設有前述「3年期間」此法定、不得自由裁量之時間規範限制，以示雖然不再強調「居住（以香港為家）」之事實與意念，但仍重視是否連續、經常且不間斷於3年內持續停留於香港之客觀情形。

茲有附言者，本文前已敘及是否在香港有慣常住所，為斷定當事人是否已不再通常居於香港之其中一項審酌要件（《入境條例》第2條6(b)規定參照），然實則同條例第2條6(d)另規定：「該人的主要家庭成員（配偶及未成年子女）的所在」亦為當事人是否不再通常居於香港之考量基準，據此揭櫫未成年子女所在地亦可作為父母慣常居所地判

定之參考依據，蓋此乃「家（庭）」概念之體現。亦即，第13章《未成年人監護條例》（Guardianship of Minors Ordinance）第3條(1)(a)(i)所揭示之「福祉原則」（按：我國稱之為未成年子女《或兒童》最佳利益原則）³³，應為管轄權衡酌之重要因素。申言之，就所謂兒童最佳利益之保護，學者認為核屬「家的價值」所涵蓋內容，即對兒童及其所處「家」等所有主客觀因素進行「自體法」體系之全面性評估，因而由「家的價值」層面以確立兒童慣常居所地，並認為至少包含「父母與兒童自由意志之相互尊重」、「家所給予之全面支持」等內容。具體而言，透過賦予法院全面分析與「家」的價值有關之主客觀因素，使其確立兒童慣常居所地，既能體現「家的價值」，亦能實現「兒童最大利益」³⁴。本文因而認為，涉及兒童或未成年子女為香港永久性居民時之贍養費、扶養權利等相關婚姻爭訟，縱使涉案子女於起訴時並非身處香港，香港法庭仍應發揮保護兒童之固有作用，以「兒童慣常居所地」作為「婚姻任何一方慣常居所地」之優先考量要素，並以之為離婚案件之管轄法院，以符合未成年人及其家庭之最佳利益，併予敘明。

三、密切聯繫之二階段審查基準與各審酌因子

於婚姻任何一方均不具備前述《婚姻訴訟條例》第3條(a)、(b)要件之情形，如原告考量被告於香港具有可供執行之財產與標

32. 原文為 Increasingly we are living in a world without borders. Capital sums are moved in moments from one side of the world to the other with little or no regard for national boundaries. The internet is universal. It is commonplace for even the modestly affluent to have homes in two countries. It is no longer only in the world of fiction that successful business people may at the same time live and work in two countries.。〈[2006] 3 HKLRD 751〉，《法律參考資料系統》，< https://legalfref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?D1S=53982&QS=%2B&TP=JU〉（最後瀏覽日：2024年2月19日）。

33. 第3條(1)(a)(i)：「有關未成年人的管養或教養問題，以及有關屬於未成年人或代未成年人託管的財產的管理問題，或從該等財產所獲收益的運用問題—(a)在任何法院進行的法律程序中（不論該

法院是否第2條所界定的法院)—(i)法院須以未成年人的最佳利益為首要考慮事項，而考慮此事項時須對下列各項因素給予適當考慮。

(A) 未成年人的意願（如在顧及未成年人的年齡及理解力，以及有關個案的情況後，考慮其意願乃屬切實可行者）；及(B)任何關鍵性資料，包括聆訊進行時社會福利署署長備呈法院的任何報告；及(ii)在上述管養、教養、財產管理或收益運用等問題上，法院無須從任何其他觀點來考慮父親的申索，是否較母親的申索為優先，或母親的申索是否較父親的為優先」。《電子版香港法例》，< https://www.legislation.gov.hk/hk/cap13!en-zh-Hant-HK?INDEX_CS=N〉（最後瀏覽日：2024年2月19日）。

34. 張美榕，《中國區際私法之發展與完善—以海牙國際私法會議成果為視角》（臺北：元照出版有限公司，2019年12月，初版第1刷），頁144-149。

的，而仍於香港訴請離婚之場合，此時管轄權異議之爭點即落入該條 (c) 關於密切聯繫之判斷。揆諸前述「PH v. DL」、「JQ v. CLH」等離婚案件之說明，香港法院雖均就婚姻一方是否與香港有密切聯繫提出判斷標準，並得據此推知法院於考慮密切聯繫時，通常係採用「二階段審查基準 (Two Stages Test)」，然本文認為是否與香港有密切聯繫之判斷究屬事實問題，因認可由「ZC v. CN」³⁵、「LCYP v. JRK」³⁶ 案所提出之規則為參考與指引。

申言之，第一階段須先確定與香港具有「聯繫」，於通過此階段之檢驗後，即進入該聯繫是否為「密切聯繫」之第二階段審查範疇。於此階段應特別審酌：(一) 為訴訟所刻意建立、製造之聯繫，並非密切聯繫；(二) 所謂「聯繫」之意義與居籍不同，一個人可與數司法轄區建立密切聯繫，故應「單獨」考慮該人是否與香港有密切聯繫，不應以該人同時與其他司法轄區亦具有密切聯繫而否定與香港之密切聯繫³⁷；(三) 所謂「密切」，其程度應多於「一點」(a little) 而少於「巨大」(great)；(四) 雖然當事人是否在香港居住及居住時間之長短，並非決定是否為密切聯繫之唯一因素，但仍為最具實質性與最重要之考量原因；(五) 應就案件之相關因素為通盤、整體與客觀之評價 (broad objective assessment)；(六) 就所謂「聯繫」之判斷標準，該人必須實際身處香港 (physical presence)，且鑑於「密切」之要求，此

出現不可是暫時性 (temporality) 或過渡性 (transitional)，否則無異鼓勵為解消婚姻而「飛進」(fly in)、「飛出」(fly out) 香港；(七) 香港永久性居民身分僅為眾多須審量因素之一，蓋該人可能並非長期居住於香港，故應同時考慮其過去生活模式、前往與停留香港之時間、目的與頻率、是否在香港開展業務或工作、在香港是否有其他家人、是否在香港組建家庭、子女們是否在香港入學等各客觀事實。

據此，通常居住於香港至少 1 年以上、於香港擁有永久住所、持有受雇簽證或長期居留簽證、於香港投資房產，以及一方或雙方於香港工作與成家、其子女於香港就學等，原則上或可被認為與香港有密切聯繫³⁸。惟縱使當事人於香港擁有不動產及本地銀行帳戶，法院仍會就當事人於香港之工作、職業屬性、家庭狀況、生活情形、入出境紀錄、停留時間等諸多因素為整體判斷，且雖然當事人別無其他居住於香港之親屬，然此並非其與香港是否具有密切聯繫之考量重點。簡言之，法院雖仍應依據案件客觀情況，就前開所列舉之各標準通盤考慮，始能認定婚姻一方是否與香港有密切聯繫，然本規定相較於前述 (a)、(b) 要件，可謂充分賦予法官裁量權限，進而擴大香港法院就離婚案件管轄權之行使，至為灼然。

四、實際控制原則之體現與管轄權衝突之發生

當事人是否以香港為居籍、是否以香港為慣常居所地，抑或是否與香港有密切聯繫，為《婚姻訴訟條例》第 3 條 (a)(b)(c) 關

35. <[2014] 5 HKLRD 43>，《法律參考資料系統》，<https://legalref.judiciary.hk/lrs/common/search/search_result_detail_frame.jsp?DIS=94334&QS=%2B&TP=JU> (最後瀏覽日：2024 年 2 月 19 日)。

36. <CACV NO¹ s 98 and 125 of 2015>。

37. 據此，法院於上開「Z, SN v. K, VSF」離婚案，認為原告尚難證明較

諸上海、泰國、美國等地，被告對香港有更為密切之聯繫，因而認定被告與香港並無密切聯繫之判決理由，即與此法則關於應「單獨」而非「比較」之判斷標準未符，而容有商榷餘地。

38. YAN LAWYERS, <<https://www.cnhklawyer.com/en/divorce-proceedings-in-hong-kong-jurisdiction-of-hong-kong-court-on-divorce/>> (last visited 02/19/2024)。

於離婚案件之管轄權確定規則，由 (a)(b)(c) 係分別為「定居香港」、「停留香港」、「與香港有聯繫」之立法設計與前述各說明觀之，除可認婚姻一方具有香港永久性居民身分，非即代表香港法院享有案件管轄權外，亦可知法院就 (a)(b)(c) 要件，遞次所累積與建立之審查因素多有重複與雷同，而其共同之處在於「身處香港」此必要條件之存在。甚且，立法者讓步至只要婚姻一方與香港有聯繫，即承認香港法院享有管轄權，顯然直接明示與擴大香港法院對離婚訴訟管轄權之行使，本文認為此與香港採取實際控制原則為其管轄權確定法則息息相關。

承前所述，性質上核屬對物訴訟之離婚官司，並無自願服從原則此普通法系管轄權確定法則之適用，其管轄權之確立依據乃實際控制原則，故當事人是否於香港有居住之客觀事實，為得否在香港境內向當事人有效送達令狀之重要基礎。蓋依據普通法規則，當令狀無從送達當事人時，法院即不能對之行使管轄權，例如香港法院於 *Deng Ming Hui v. Chau Shuk Ling* 案件³⁹，所援引英國於 1989 年「*Barclays Bank of Swaziland v. Hahn*」案件所確立之管轄權原則⁴⁰，即為顯例。據此可知，「令狀得否合法送達」乃香港法院對當事人是否具有實際控制之圭臬，並進一步影響判決確定後之強制執行問題。

行文至此，可推知縱然被告位於境外，然被告因與香港有實際聯繫，並可依據前述《高等法院規則》第 11 號命令第 1 條 (1) (d) (iii)、(iv)、第 12 號命令第 8 條 (7) 等規定，經香港法庭許可准許在香港境外送

達令狀，香港法院對之即享有管轄權。此除為境外送達文書其規定與訴訟程序公權性格之表徵外，亦係實際控制原則之展現，並為管轄權域外效力之體現。因此，或可謂不論是《婚姻訴訟條例》第 3 條 (a)(b)(c) 何規定，均係創造香港法院得以行使離婚案件管轄權之不同途徑或方式，彼此間雖有程度上之差異，然無優劣先後之分，蓋目的俱係擴大香港法庭就離婚案件管轄權之行使矣。

如上所述，香港法院就離婚訴訟因上述規定而易取得管轄權，如此即容易形成同一當事人互換地位，就基於相同離婚事實及訴因，同時或先後於複數以上法域法院進行訴訟之國際（區際）訴訟競合⁴¹，因而形成管轄權之積極衝突。此選擇對已有利法院起訴之挑選法院（Forum Shopping）現象，其結果可能導致判決矛盾、互斥或難以付諸執行等弊端，此際即須透過禁訴令（Anti-Suit Injunction）、不便利法庭原則（Doctrine of Forum Non Conveniens）等管轄權衝突調節機制以資介入與緩和。換言之，縱認香港法院因婚姻一方具有《婚姻訴訟條例》第 3 條 (a)(b)(c) 任一規定而享有離婚案件之管轄權，然因被告於香港域外法院對原告提出禁止或命令撤回起訴之禁訴令，或於訴訟程序中提出香港法院並非適合審理案件法院之管轄權抗辯，其結果恐將肇致香港法院拒絕行使管轄權或停止訴訟程序，抑或駁回原告之起訴，於此附帶敘及之。

39. <[2007] H. K. E. C. 292> ; <[2007] 2 H. K. C. 414(CA)> .

40. <[1989] 1 W. L. R 506> .

41. 沈冠伶，〈國際訴訟競合〉，《月旦法學教室》，第 18 期，2004 年 4 月，頁 12；張淑鈞，〈論國際訴訟競合之認定〉，《杭州商學院學報》，第 2 期，2004 年，頁 58。湖北省高院民四庭，〈涉外民事訴訟管轄權問題研究〉（武漢：武漢大學出版社，2008 年 3 月第 1 版），頁 246。