

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論比例原則於民法上之運用

The Application of the Principle of Proportionality in Civil Law



李昕

Hsin Lee

指導教授：詹森林 博士

Advisor: Sheng-Lin Jan, Ph.D.

中華民國 101 年 6 月

June 2012

## 謝辭

能夠順利完成論文，首先要感謝的當然是詹森林老師，從找題目、找資料到問題的討論，老師都細心的指導並提供意見，給予我極大的幫助，一路上更是給予我相當多的鼓勵及支持，若不是老師，我想我應該無法在最短的時間內順利畢業。也感謝林誠二老師及姚志明老師，百忙之中撥冗幫我口試，並提出許多精闢的建議。另外，也非常感謝蔡宗珍老師，我既非他的學生或助理，甚至未於研究所修習他的課程，然而蔡老師卻毫不猶豫的答應與我討論論文大綱，並仔細提點我相關概念及更好的架構安排。

此外，論文寫作過程中，也有許多實力深厚的好友們提供非常寶貴的意見：首先一定要謝謝燕倫學長，無論是英文或是論文，無論是「預約」或是「突襲」求救，學長總是豪氣的答應幫我解決各種疑難雜症，一次次提出詳盡且有深度的建議，讓我的論文品質能夠提升，深深感激的同時，也著實佩服學長的學術涵養！謝謝泓璟學長，從大學、研究所到未來的司訓所，都有學長這位優秀的「前人」在學業及各種相關問題上提點、幫助及支持我，且無論學長有多忙，總是願意花時間詳細與我分享經驗；謝謝奕華學姐，第一個祝福我發表會順利，並在我口試前跟我分享妳的口試經驗，提醒我應該注意的小細節；謝謝凡瑄，毫不猶豫的答應跟我討論我的論文大綱，並提出了許多很棒的建議；謝謝德文達人維翰學長，幫我解決了許多德文文獻的問題，以及論文發表會和口試時所提供的一切幫助；謝謝士茗，幫我找了許多資料，甚至找到了我各方無法取得的重要資料，謝謝你聽我發牢騷、帶我遊山玩水、吃遍各地美食，讓我在學生時代的最後一年，彌補了從前為了專注於學業而鮮少出去玩的遺憾，更帶給我無數的快樂與美好時光！

謝謝我的父母及弟弟，在我論文字數卡關時想出各種奇怪的手段來幫我增加論文字數；謝謝你們一路的教養與栽培、鼓勵與支持，讓我能順利從台大法研所畢業。

謝謝一路上支持我的所有人，謝謝所有溫暖的關心與鼓勵，我是一個最幸運

的幸運兒，能夠有這麼多貴人相助，讓我能夠順利的邁向人生的下一個階段！



## 中文摘要

近年來民法實務及學說漸漸開始使用「比例原則」一語作為論述基礎，然而，關於比例原則在民法上運用情形之國內外討論相當少，尤其是國內，幾無討論此問題之專書或專論，多僅於學者討論比例原則或其他概念時，順道以極小篇幅、甚至僅短短幾行，論述其認為比例原則於民法上有無適用而已，就相關問題幾無論述，例如：公法上比例原則之產生及運用，乃係針對「國家權力侵害禁止過度」，而於一般認為並無國家權力介入之民法關係中，於此處所提及之「比例原則」，其意涵究竟為何？係如同公法上比例原則之意義，抑或另有所指？公法上之比例原則與民法所強調之私法自治原則，本質上是否衝突？公法上之比例原則運用於體質不相同的民法之中，是否會有扞格之處？

於上述各問題中，本文將討論重心置於：探究民法實務及學說使用「比例原則」一語時，所欲表達之真意為何，換言之，民法上「比例原則」之意涵究竟為何，其與公法上之比例原則是否相同？並試著將實務學說歸類為：回復名譽之適當處分、鄰地關係、正當防衛、喪失勞動能力、解僱、民法第 359 條但書、金額之酌定、競業禁止…等案例類型分別討論，再就各種案例類型作統一之比較分析，嘗試由此歸納出民法上使用「比例原則」一語時，其真意及特色為何，並提出個人淺見。最後則討論，若上述學說實務借用「比例原則」所欲表達之概念，已可藉由民法固有之誠信原則及權利濫用禁止之概念表達，是否仍有必要引進公法上「比例原則」一語作為論述基礎之問題。

關鍵字：比例原則、誠信原則、權利濫用、鄰地關係、顯失公平、情節重大

## 英文摘要

In civil law, recent judicial practices as well as the academics have started to embrace the principle of proportionality as the foundation for their legal arguments.

Yet how the principle of proportionality is to be applied in civil law receives scant attention. Especially in Taiwan, few if any works have been dedicated to this issue. Most discussions concerning this issue spare only a few words out of their limited length in arguing whether the principle of proportionality should be applied in civil law or not, while further discussions are seldom conducted.

For example, the origin and exercise of the principle of proportionality in public law purport this principle as with the aim to prohibit excessive abuse of the state power. However, in civil law, generally regarded as no state power exists, the purpose and function of the principle of proportionality seems suspicious. Does the principle of proportionality serve the likely purpose as it does in public law? Or does it perform another distinctive function? Does the Principle of proportionality in public law conflict with the principle of private autonomy in civil law? Last but not least, is it fitting and proper for the principle of proportionality originated in public law to be applied in civil law?

This Paper is aimed to explore what civil law judicial practices and academics truly intend to mean when they use the phrase “the principle of proportionality” in their legal argument, and explore whether this principle is so used in the same context as it is used in public law.

To conduct this mission, this Paper firstly classifies relevant judicial practices and academic works into categories including petitions for proper disposition to restore reputation, adjacent relation, justifiable defense, non-competition clauses for employees, deciding the amount of money and so on. It then proceeds to make a general comparative analysis, exploring the genuine and distinctive meanings of the principle of proportionality as applied in civil law, and addresses the author’s personal opinion.

Finally as its conclusion, this Paper discusses the desirability of the principle of proportionality in civil law, especially when the function of this principle as judicial practices and the academics so intend could arguably be, or might have already been, fulfilled with the principle of good faith and the principle of prohibition of abuse of rights.

Keywords: the principle of proportionality, the principle of good faith, the principle of prohibition of abuse of rights, private autonomy, adjacent relation

## 目錄

第一章 序論 .....	1
第一節 研究動機及目的 .....	1
第二節 研究範圍 .....	2
第三節 研究方法及架構 .....	3
第二章 公法上比例原則與運用於私法之相關討論 .....	5
第一節 比例原則之發展 .....	5
第二節 條文規範 .....	6
第一項 憲法第 23 條 .....	6
第二項 行政程序法第 7 條 .....	6
第三項 民法？ .....	6
第三節 審查方式 .....	7
第四節 對比例原則之批評 .....	10
第五節 比例原則應用於民法上之問題 .....	12
第六節 比例原則於私法關係中有無適用之現有討論 .....	14
第一項 比較法上之見解 .....	14
第一款 德國實務 .....	14
第一目 梅菲斯特 (Mephisto, 意為「魔鬼」) 案 .....	14
第二目 商法代理人之競業禁止 .....	15
第三目 財產權法 .....	16
第二款 加拿大實務 .....	17
第三款 學說見解 .....	18
第二項 我國學說 .....	18
第一款 肯定說 .....	18
第二款 部分適用說 .....	19
第三款 類型區分說 (一) .....	20
第四款 類型區分說 (二) .....	21
第五款 比例原則拘束法官之裁決權 .....	22
第三項 我國實務 .....	22
第四項 小結 .....	23
第三章 私人行為是否應受限制 .....	25
第一節 民法中之國家權力作用與比例原則 .....	25
第一項 立法 .....	25
第二項 法律強制為國家侵害？ .....	26
第三項 私法自治亦為國家強制下之產物？ .....	27

第四項 判決 .....	29
第二節 衝突之概念？—私法自治與比例原則 .....	30
第一項 私法自治 .....	30
第二項 契約自由原則 .....	32
第三項 私法自治之必要性 .....	33
第四項 私法自治/契約自由之界限？ .....	34
第一款 強制締約 .....	34
第一目 強制締約之意義 .....	35
第二目 強制締約之目的 .....	35
第三目 強制締約之種類 .....	36
第二款 勞雇關係與定型化契約 .....	37
第三款 法律行為之界限 .....	40
第五項 比例原則作為私法自治之界限？ .....	40
第三節 權利行使之界限 .....	42
第一項 一般權利行使之界限 .....	42
第一款 外部說（客觀說） .....	43
第二款 內部說（主觀說） .....	44
第二項 形成權之特別限制？ .....	44
第一款 形成權之意義 .....	44
第二款 形成權作為權利作用體系的一環 .....	45
第三款 形成權之特性 .....	46
第四款 比例原則作為形成權之界限？ .....	47
第三項 比例原則用於民法可達成之目的 .....	50
第四章 民法實務及學說上「比例原則」之意涵 .....	52
第一節 回復名譽之適當處分 .....	52
第一項 實務見解 .....	53
第一款 釋字第 656 號 .....	53
第二款 不符合比例原則 .....	55
第三款 符合比例原則 .....	56
第二項 分析 .....	57
第二節 鄰地關係 .....	58
第一項 實務見解 .....	58
第二項 分析 .....	61
第三節 正當防衛 .....	63
第一項 實務見解 .....	63
第二項 分析 .....	65
第四節 喪失勞動能力 .....	68



第一項 實務見解 .....	68
第二項 分析 .....	69
第五節 解僱 .....	71
第一項 實務見解 .....	71
第二項 分析 .....	74
第六節 顯失公平 .....	78
第一項 實務見解 .....	79
第二項 分析 .....	82
第七節 金額之酌定 .....	83
第一項 實務見解 .....	83
第一款 慰撫金 .....	83
第二款 管理費 .....	84
第二項 分析 .....	84
第一款 當事人主張 .....	85
第一目 連帶賠償數額 .....	85
第二目 違約金 .....	85
第三目 租金 .....	85
第四目 慰撫金 .....	85
第二款 酌定標準 .....	86
第一目 違約金 .....	86
第二目 慰撫金 .....	89
第八節 競業禁止 .....	92
第一項 實務見解 .....	92
第二項 分析 .....	93
第一款 競業禁止之意義 .....	93
第二款 牽涉之法益 .....	93
第三款 審酌標準 .....	94
第九節 承攬關係中解約之規定 .....	97
第一項 學者見解 .....	98
第二項 分析 .....	98
第十節 情節重大? .....	99
第一項 實務見解 .....	99
第一款 侵害「身分法益」情節重大 .....	99
第二款 侵害「人格法益」情節重大 .....	101
第三款 免除扶養義務 .....	101
第二項 分析 .....	104
第十一節 小結 .....	104

第五章 比例原則於民法上存在之空間及必要性？ .....	111
第一節 比例原則與誠信原則 .....	111
第一項 誠信原則之緣起 .....	111
第二項 誠信原則之意義 .....	112
第三項 我國條文規範 .....	114
第四項 誠信原則之機能 .....	115
第五項 誠信原則之類型化 .....	116
第六項 實務見解及分析 .....	118
第七項 誠信原則與比例原則 .....	119
第二節 比例原則與權利濫用 .....	121
第一項 權利濫用之意義 .....	121
第二項 我國規範 .....	122
第三項 實務見解及分析 .....	123
第四項 權利濫用之機能 .....	127
第五項 權利濫用與比例原則 .....	128
第六章 結論 .....	129



# 第一章 序論

## 第一節 研究動機及目的

不知係因國人法律知識逐漸普及，抑或許多法律名詞遭一般人濫用，「比例原則」一語越來越琅琅上口，於新聞中更是隨處可見，如：「高鐵部分，消基會分析，在一律收取二十元退票手續費的狀況下，台北到板橋全票四十元，退一張票得花二十元，手續費達五十%，也不符合比例原則。」<sup>1</sup>、「人多就是保障，從比例原則來說，人多勢眾，即使一小群善心人，也可能瞬間結合為一股巨大的力量，幫你排解困難，助你脫險。」<sup>2</sup>、「中華民國新聞媒體自律協會理事長成嘉玲表示，以藝人 Makiyo 事件為例，相關新聞報導確實超出比例原則，媒體很難他律，新聞界應自省、自律。」<sup>3</sup>，然而仔細觀之，其中許多「比例原則」所欲表達之意義早已逸脫公法上固有比例原則之意涵，甚至與固有比例原則概念毫不相干。回歸法律界，近年來民法實務及學說漸漸亦開始使用「比例原則」一語作為論述基礎，不禁令人好奇：公法上比例原則之產生及運用，乃係針對「國家權力侵害禁止過度」，而於一般認為並無國家權力介入之民法關係中<sup>4</sup>，於此處所提及之「比例原則」，其意涵究竟為何？係如同公法上比例原則之意義，抑或另有所指？然而，關於比例原則在民法上運用情形之國內外討論相當少，尤其是國內，幾無討論此問題之專書或專論，多僅於學者討論比例原則或其他概念時，順道以極小篇幅、甚至僅短短幾行，論述其認為比例原則於民法上有無適用而已，而就其他相關問題，如：比

---

<sup>1</sup> 「不合理！高鐵台北到板橋 40 元退票須扣 20 元」，自由時報電子報，2012 年 1 月 4 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2012/new/jan/4/today-life15.htm>，（最後搜尋日期：2012/04/04）。

<sup>2</sup> 「當街遇險往人多的地方跑」，自由電子報，2011 年 2 月 26 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/feb/26/today-so1-2.htm>，（最後搜尋日期：2012/04/04）。

<sup>3</sup> 「新聞一窩蜂專家學者提自律」，大紀元，2012 年 3 月 5 日，<http://www.epochtimes.com/b5/12/3/5/n3530882.htm%E6%96%B0%E8%81%9E%E4%B8%80%E7%AA%A9%E8%9C%82--%E5%B0%88%E5%AE%B6%E5%AD%B8%E8%80%85%E6%8F%90%E8%87%AA%E5%BE%8B>，（最後搜尋日期：2012/04/04）。

<sup>4</sup> 民事關係中究竟是否全無國家權力之影響，請見本文第五章之討論。

例原則與私法自治之本質是否衝突？公法上之比例原則運用於體質不相同的民法之中，是否會有扞格之處？無論係學說或實務，多均未討論。

基於此種認識，本文除討論上述所提出：比例原則與私法自治之本質是否衝突、公法上之比例原則運用於體質不相同的民法之中，是否會有扞格之處等問題外，主要欲探究民法實務及學說使用「比例原則」一語時，所欲表達之真意為何，換言之，民法上「比例原則」之意涵究竟為何，其與公法上之比例原則是否相同？而於民法已固有「誠實信用原則」及「權利濫用」之概念下，究竟是否仍有使用「比例原則」一詞論述之必要？

## 第二節 研究範圍

「私法規範」範圍甚廣，包含普通法及特別法、實體法及程序法，本文研究範圍僅限於「普通法」，除於解僱案件類型<sup>5</sup>之研究中，因現行實務多以勞動基準法為論述依據，故於該處稍微提及勞基法外，其餘皆以我國民法作為研究標的；此外，亦僅限於「民事實體法」，且因實務及學說以「比例原則」一語為論述之案例，幾乎皆集中於民事「財產法」，故除於討論「情節重大」<sup>6</sup>時，因其中有一實務判決係關於民法第 1118-1 條<sup>7</sup>之論述而提及身分法外，其餘均以民事「財產法」為討論對象。

---

<sup>5</sup>請參閱本文第四章第五節。

<sup>6</sup>請參閱本文第四章第十節。

<sup>7</sup>民法第 1118-1 條：「受扶養權利者有下列情形之一，由負扶養義務者負擔扶養義務顯失公平，負扶養義務者得請求法院減輕其扶養義務：

一、對負扶養義務者、其配偶或直系血親故意為虐待、重大侮辱或其他身體、精神上之不法侵害行為。

二、對負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務。受扶養權利者對負扶養義務者有前項各款行為之一，且情節重大者，法院得免除其扶養義務。

前二項規定，受扶養權利者為負扶養義務者之未成年直系血親卑親屬者，不適用之。」。

## 第三節 研究方法及架構

本文首先就公法上比例原則之基本理論為簡要說明，並整理討論現有對「比例原則是否亦適用於私法」之見解及相關問題，接著探討以私法自治為一大原則之私人行為是否亦有一定之界限，比例原則是否為其中之一；本文重心則在於實務判決及學說見解之整理歸納分析，欲藉此尋繹於民事關係中所提及之「比例原則」其真意為何、法院又係如何運用；最後則係討論：倘若我國民法中已早有誠信原則及權利濫用之概念，且此概念已經學說實務廣泛運用及討論，是否仍有必要引入「比例原則」一語作為論述依據之問題。

本文架構及討論內容簡述如下：

### 第一章 序論

### 第二章 公法上比例原則與運用於私法之相關討論

本章簡介公法上比例原則之基本理論，用以確定固有比例原則之意義究竟為何，並詳細說明比例原則中三個子原則之意義，以作為分析民法上比例原則意涵時可供對照之基礎。並就學者提出關於比例原則之批評，及論者提出將比例原則適用於私法關係中可能產生之問題點，討論是否會影響將比例原則運用於私法之可能性。接著介紹比例原則於私法關係中有無適用之現有討論，說明國內外實務學說之見解。

### 第三章 比例原則作為私人關係之界限？

由前一章節所呈現學說及實務不同見解可發現以下問題：公法上比例原則之產生及運用，乃針對「國家權力侵害」禁止過度，而於一般認為無國家權力介入，且以當事人私法自治為基本原則之私法關係中，私人行為須受一定界限限制之原因為何，比例原則是否為其界限之一，其是否可達成一定民法所欲追求之目的。本文首先就「國家權力作用」作討論，蓋若屬國家權力作用，本即屬公法上比例原則之作用範圍而無疑問，而非屬國家

權力作用範圍，則係私法自治、契約自由之範疇，此時進一步討論於民法私法自治、契約自由原則下，私人關係是否應受限制，比例原則是否亦為其界限之一。接著討論除私法自治及契約自由之限制外，就已經經過法律或雙方合意所確立之權利行使——尤其係單方行使即可變動雙方法律關係之形成權——是否仍須有界限，此外並一併探究若將比例原則作為私人關係之界限所能達成之目的為何。

#### 第四章 民法實務及學說上「比例原則」之意涵

本章為本篇論文之一大重點，即分析實務判決及學說以「比例原則」論述之各種案例類型，其分別提及之「比例原則」所欲表達之意義為何。應說明者為，雖民法條文中與「比例原則」概念相關者眾，然為免探討範圍過於廣泛鬆散，本文將討論對象集中於判決或學說論述中明白使用「比例原則」一語者<sup>8</sup>，並將實務學說歸類為：回復名譽之適當處分、鄰地關係、正當防衛、喪失勞動能力、解僱、民法第 359 條但書、金額之酌定、競業禁止…等案例類型分別討論，再就各種案例類型作統一之比較分析，並提出個人淺見。

#### 第五章 比例原則於民法上存在之空間及必要性？

本文最後欲討論者，則為若上述學說實務借用「比例原則」所欲表達之概念，已可藉由民法固有之誠信原則及權利濫用禁止之概念表達，則是否仍有必要引進公法上「比例原則」一語作為論述之基礎。並因學說就誠信原則及權利濫用仍有不同之討論，故分別論述之。

#### 第六章 結論

---

<sup>8</sup>光以此為範圍，即已可分為十節討論！

## 第二章 公法上比例原則與運用於私法之相關討論

本論文既然是研究「比例原則」在民法上之相關問題，首先自應說明公法上固有「比例原則」之產生背景、定義及相關規範，並且說明討論對於比例原則之相關批評。

### 第一節 比例原則之發展<sup>9</sup>

比例原則 (Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) 係指國會在制訂法律干預人民的基本權時，其干預之方式與範圍不得逾越必要之程度，因此也被稱為「過度禁止」(Übermaßverbot)。這個原則最主要是在行政法上的警察法中產生，由歷史上觀之，此一結果並不令人意外，蓋比例原則之發展與節制國家權力息息相關，而「國家權力對人民權利的侵害」乃清楚表現於警察法之相關措施中。所謂比例原則旨在強調國家「不得為達目的而不擇手段」，西諺有云：「不必以大砲打小鳥。」，我國俗語亦有：「殺雞焉用牛刀。」，皆可用以說明比例原則之真意。其最初只是一個行政法上的原則，並不具有憲法位階的效力。然而到了二次大戰後，由於實質法治國思想的持續發達與型塑，為了落實人民基本權的保障，比例原則便躍上了憲法的位階，逐漸成為憲法的原則<sup>10</sup>。直到今日的現代法治國，在法治國原則的憲法最高性、基本權保障與權利分立的內涵型塑之下，這個原則不僅適用在行政行為上（作為行政法的原則），而且也可以拘束立法者。因此，作為法治國原則的內涵所型塑出的比例原則，可說是針對准許基本權經由法律或法律授權的限制方式與範圍，所型塑的一個憲法上準則。其在護衛人權的意義上，變成了法治國家中最重要、最核心的制度。其重要性可比擬民法中第 148 條的「誠信原則」，成為公法的「帝王條款」。因此，違反比例原則的法令，會因為違憲而無效。

<sup>9</sup>以下參考自：許育典，憲法，2008 年版，頁 69-72；李惠宗，憲法要義，2006 年版，頁 111；陳新民，憲法學釋論，2008 年版，頁 184；蔡宗珍，公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心，政大法學評論第 62 期，1999 年 12 月，頁 80-83。

<sup>10</sup>其如何發展之詳細說明可參考：蔡宗珍，公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心，政大法學評論第 62 期，1999 年 12 月，頁 80-89。

大法官於釋字第 436 號解釋開始使用比例原則後<sup>11</sup>，已經常援用此一概念。而於釋字第 476 號解釋中，大法官首度以三個子原則來檢驗懲治煙毒條例是否合憲的問題。

## 第二節 條文規範

關於比例原則之條文規範，一般認為係憲法第 23 條及行政程序法第 7 條，以下分別簡述之。

### 第一項 憲法第 23 條

憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除『為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益』『所必要』者外，不得以法律限制之。」。

由本條規定可窺見比例原則之法理：國家若因公益需要，而必須限制人民的基本權時，應該在盡可能的範圍內，保護人民的基本權。此條文凸顯出，只有在保護公益的「必要」範圍內，國家才被允許限制人民的基本權。如果國家帶給人民的不利益，與其追求的公益目的明顯地不相當，那麼國家便違反了比例原則，這個目的也是在禁止國家對人民基本權的過度限制與侵害。<sup>12</sup>

### 第二項 行政程序法第 7 條

我國行政程序法第 7 條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

本條顯然即為比例原則之規定，第一款即所謂「適當性原則」、第二款即為「必要性原則」、第三款則係「狹義比例性」，本條為學說之明文規定。

### 第三項 民法？

<sup>11</sup>大法官解釋關於比例原則之建構及發展，可參考：周珮娟，比例原則之分析與實踐—以歐洲人權法院審理德國被訴案件為例，國立台北大學法律學系碩士論文，2009 年 7 月，頁 99-105。

<sup>12</sup>參考：許育典，憲法，2008 年版，頁 69-72。



相較於憲法及行政法均就比例原則作出明文規範，民法典中卻未有相似之規範，也因此始會衍生出本論文所欲討論比例原則運用於民法之相關問題。

### 第三節 審查方式<sup>13</sup>

比例原則之意義係指「基本權利可以為了保護有保護價值的法益而被限制」，但要求限制的手段必須適合且合於比例，以之充作審查工具，可用來判斷公權力對基本權利的限制究係憲法所允許之基本權的限制或者構成基本權的侵害。<sup>14</sup>

學者認為，我國憲法上比例原則的適用，要求了對人民基本權之限制須「為…所『必要』」，然而「必要」雖然只有二字，對國家而言卻具有無邊無際的擴充想像空間。究竟何謂「必要」，涉及到比例原則的構成要素，也稱為比例原則的判斷標準。比例原則在於要求「方法」與「目的」之均衡，也就是需符合適合性、必要性與合比例性，這三個要素也衍生成為它的次原則。應注意者為，這三個次原則（Prinzipien）必非原則（Grundsatz），只是比例原則第二階段審查的三個下位標準。在為比例原則之檢驗時，此三大子原則應同時兼顧，而不可偏廢其一，否則即為違憲之憲法適用。以下就三個子原則分別說明，並一併就學者解釋比例原則時，常提及之「不足禁止」概念與「目的是否符合憲法第 23 條規定」做簡單說明：

#### 1. 適合性原則（Das Prinzip der Geeignetheit）：

---

<sup>13</sup>以下參考自：許育典，憲法，2008 年版，頁 69-72；吳庚，行政法之理論與實用，2007 年版，頁 59-60；陳敏，行政法總論，2007 年版，頁 88；吳信華，法治國原則（三）--比例原則，月旦法學雜誌第 52 期，1999 年 9 月，頁 2；李惠宗，憲法要義，2006 年版，頁 111-113；林更盛，論廣義比例原則在解雇法上之適用，中原財經法學第 5 期，2000 年 7 月，頁 61；薩孟武，中國憲法新論，2007 年版，頁 76；Klaus Stern 著，林三欽、張錕盛譯，基本權及其限制，收錄於：德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（下冊），聯經，2010 年，頁 38-41；蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，2006 年版，頁 29；陳新民，憲法學釋論，2008 年版，頁 181-184；許育典，法治國，月旦法學教室第 7 期，頁 43-44；吳庚，憲法的解釋與適用，2003 年 9 月，頁 162-165；陳慈陽，憲法學，2005 年版，頁 246-247、421-424。

<sup>14</sup>Christian Starck 著，楊子慧、林三欽、陳愛娥、張嫻安、李建良、許宗力、陳英鈞譯，法學、憲法法院審判權與基本權利，2006 年 7 月，頁 317。

此原則也被稱為適當性原則或合目的性原則，係指當國家採取措施要限制人民的基本權時，國家採取的措施必須能適合於達到他所欲追求的公益目的。也就是說，國家採取的措施必須是適合達到目的的有效手段。如果國家採取的措施根本是與目的達成完全無關的辦法，便是不適合的，而違反適合性原則。例如：緣木欲以求魚，即屬不適當、無用之手段。然而因為國家所採取的手段，通常多不至於與其目的相悖、不至於根本無法達成目的；因此多能滿足此原則之要求，故該原則在實際運用上並未扮演重要角色<sup>15</sup>。

## 2. 必要性原則 (Das Prinzip der Erforderlichkeit):

必要性原則也被稱為最小侵害原則。必要性謂行為不超越實現目的之必要程度。即國家如果為了達成公益的目的，而有兩個以上符合適合性原則的措施可以選擇時，必須選擇對人民利益侵害最小的措施。換句話說，國家在採取措施上有選擇可能性的時候，應該選擇對人民基本權侵害最小的手段。

如釋字 588 號即引用必要性原則宣告行政執行法部分規定違憲：「…立法機關基於重大之公益目的，藉由限制人民自由之強制措施，以貫徹其法定義務，於符合憲法上比例原則之範圍內，應為憲法之所許。行政執行法關於『管收』處分之規定，係在貫徹公法上金錢給付義務，於法定義務人確有履行之能力而不履行時，拘束其身體所為間接強制其履行之措施，尚非憲法所不許。惟行政執行法第十七條第二項依同條第一項規定得聲請法院裁定管收之事由中，除第一項第一、二、三款規定：『顯有履行義務之可能，故不履行者』、『顯有逃匿之虞』、『就應供強制執行之財產有隱匿或處分之情事者』，難謂其已逾必要之程度外，其餘同項第四、五、六款事由：『於調查執行標的物時，對於執行人員拒絕陳述者』、『經命其報告財產狀況，不為報告或為虛偽之報告者』、『經合法通知，無正當理由而不到場者』，顯已逾越必要程度，與憲法第二十三條規定之意旨不能謂無違背。」亦即，針對較為輕微的違反義務行為—如拒絕陳述、不為或虛偽報告財產狀況…等情形，應

<sup>15</sup>林更盛，論廣義比例原則在解雇法上之適用，中原財經法學第 5 期，2000 年 7 月，頁 61。

有其他手段可供選擇，不必逕行動用「管收」之重大手段。

### 3. 合比例性原則 (Das Prinzip der Proportionalität):

合比例性原則又被稱為狹義的比例原則 (Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) 這個原則是指國家採取的措施與它所追求的公益目的，必須加以衡判，任何干涉措施所造成之損害應輕於達成目的所獲致之利益，始具有合法性。也就是說，國家不可以為了追求一個很小的公益，而犧牲一個很大的人民利益。用一句德國諺語簡單地形容合比例性原則的內涵，就是「不能用大砲來打麻雀」。亦即國家如果用一個很強的限制人民基本權的手段，來追求一個很小公益，是得不償失的，也是不合比例的。因此，國家採取的方法所造成的損害與欲達成目的的公益，不得有顯失均衡的情形。從這裡也產生一個由合比例性原則所型塑的國家義務，就是國家必須在所採取的措施與所追求的公益目的之間，做一個「合比例」的利益衡量，故亦稱為「禁止過度」(Übermaßverbot)。這是一種「天秤式」的衡量：它一方面把公益所追求之價值內容，與另一方面所侵害之人權，在天秤上相互比較權衡。例如「殺雞取卵」、「竭澤而漁」，即屬手段與目的顯失均衡而不相當<sup>16</sup>。

### 4. 不足禁止

最後，附帶一提的是，在比例原則作為「過度禁止」的相應物上，最近出現了所謂的「不足禁止」(Untermaßverbot) 的討論。它意謂著，當立法者針對某行為有義務時，他不允許沒有對此行為予以特定至少的保護。迄今為止，「不足禁止」只有著眼在基本權的保護義務，才有現實的意義。也就是說，如果發生第三人侵犯人民基本權的案例，當國家有義務保護人民的基本權時，一方面要考慮針對第三人侵犯是否符合過度禁止，另外一方面也要考慮對人民基本權的保護是否不足。就此而言，比例原則所表達的，不只是國家允許行為與否的「必要性」(針

---

<sup>16</sup>蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，2006年版，頁3。

對第三人)，而且也包括國家必須行為與否的「積極性」(針對被保護的人民)。<sup>17</sup>

## 5. 目的審查

另有學者認為於審查比例原則之三個子原則之前，應先審查：要求限制人民基本權之目的是否為「為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益」，即該目的必須符合「特定的公益目的」。若不存在憲法第 23 條所規定的公益目的，則比例原則第一階段審查將因欠缺「起始點」，而無法通過憲法第 23 條的要求。在此，不僅必須審查其所追求的目的，而且也須審查所追求目的在法律上是否正當，而為憲法所允許。倘若審查結果與此不符，則這個限制人民基本權的干預措施，已經因為限制目的不正當而違憲了。<sup>18</sup>然而大部分學者論及「比例原則」時，均僅就該三個子原則分別說明而已。

## 第四節 對比例原則之批評

比例原則雖已在公法關係中被普遍運用，然而亦有學者對比例原則提出以下批評<sup>19</sup>：

第一，必要性原則所謂的最小侵害係一比較性的概念，但其比較的基礎卻往往忽略各個手段的目的達成度非屬同一的性質，而有過份簡化的現象。例如欲達成某一目的時，存在有 A、B、C、D 四種適當的手段，但其目的達成度分別為 100%、80%、70%、50%，而其損害則分別為 100、90、60、50。此時究竟何者為最小損害之手段，因其牽涉到手段與目的之個別與相互間的複雜價值判斷與權衡，因此此一子原則似易實難，從而本原則之適用實屬不易。

第二，據此，假設所有手段之目的達成度均屬同一，則行政機關於行使裁量權時，其權限在最小損害原則的拘束之下，勢必一律收縮到零；設若各個手段之目的達成度均各自不同，而何種程度之目的達成方屬足夠可由行政機關自行決定，

<sup>17</sup>參考：許育典，憲法，2008 年版，頁 69-72。

<sup>18</sup>參考：許育典，憲法，2008 年版，頁 69-72。

<sup>19</sup>蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，2006 年版，頁 31-32；蔡茂寅，比例原則的界限與問題性，月旦法學雜誌第 59 期，2000 年 4 月，頁 31。

則此時實際上比例原則將退化到僅有比例性原則具有實效的情況。前者例如處以一百元到一千元罰鍰均同樣能達成對過去違反義務行為之處罰目的，則行政機關必然僅能處以最低額罰鍰；後者例如承認不同數額之罰鍰均具有不同程度之嚇阻違規行為之作用，則只要罰鍰非屬顯失均衡，此時必要性原則將屬備而不用。

第三，比例原則既然強調損害與目的間不得顯失均衡，則其權衡必然是以同質性之價值相互比較為前提，因之免不了須做量化、經濟價值化的工作，以求能客觀進行權衡。然而，諸如健康、生命、自然環境、文化等價值原難換算成經濟上的價值，強為換算，將不免於發生如同砂石車司機在比較車禍致人癱瘓與致死兩者所負之賠償責任後，選擇倒車壓死傷者的慘劇。即令不做量化、經濟價值化的工作，則前述人體或環境等價值亦可能被無限高估，因而正當化或不當化所有目的或手段，如此將使本原則之適用充滿不確定性。例如在人命關天的思考邏輯下，駕車肇事致人於死者可能遭受過份嚴厲的處罰；相反者，若在「經濟發展第一」的時代，自然環境的破壞顯然在比例原則的天平上又不具重量。可見比例原則原係社會通念下的產物，深受時代與環境的制約。

本文認為，上述三個比例原則之問題，其中第二個乃針對公法上行政機關裁量收縮之問題討論，與民法較無相關，故於此不討論之。然而對於學者指出的第一及第三個質疑，則係於各個法領域中皆可能發生之問題，法院於衡量之時，應如何準確評斷各手段的目的達成度究竟是否「同一」，實際損害又應如何精確判斷，皆為不易之事，且於判斷衡量之過程中，如何去「量化」各種價值，實際上也並無、也無法有一個明確標準；而這也是比例原則受批評之另一個重點：過於抽象、將流為由法官主觀、恣意之決定。然而是否得以比例原則這樣的「原罪」認為民法不應來淌這趟混水呢？本文認為當然不然，一般性的法規及原理原則，本就是为了因應社會上各種不同的案例類型而存在，如同民法中本即存在的許多不確定法律概念，面對此種抽象、不確定的規範模式，是否會流於法官主觀恣意判斷之質疑從未中斷，然而此應為一般性法規及原理原則為處理各種不同案件無法避免

之模式。此種批評，應僅係提醒法院於判斷時，時時注意自身是否夠客觀中立、是否已考量各種利益及是否對各種情形皆以符合一般社會通念之方式予以衡量，而不得根本性的否定該原則之存在或適用。

## 第五節 比例原則應用於民法上之問題

要將公法上之比例原則「移植」於體質大不相同的民法之中，論者亦提出一些疑問。首先，依據憲法上的比例原則，國家行為要能阻卻違憲，必須具備憲法第 23 條的四大正當目的，然而到了私法關係，怎能要求行為人一定要為了這四大正當目的才能阻卻直接違法/間接違憲的可能性？<sup>20</sup>若要求私人於私法關係中，亦必須符合這四大正當目的始可，是否強人所難？再者，比例原則中「必要性」的意義，從原先「國家侵害行為的必要性」被窄化成「私人侵害行為的必要性」之後，可能會產生一些「過度介入」的審查漏洞，例如在店家不願意賣早餐給身障人士或外籍人士的情形，基於其歧視目的，在目的審查時可能就過不了關，然而，如果買賣早餐的市場上並沒有普遍歧視身障人士或外籍人士的現象存在，歧視個案只是特例，並且相關市場上仍然提供受害者充足的交易管道時，國家是否真有「必要」積極介入並強制店家締約？<sup>21</sup>又如同學者所謂：「扣掉也許只在統治關係上較能合理化的必要性與合目的性檢驗，所謂『狹義』的比例原則，類推適用到私法關係便沒有什麼不妥，也就是把公益和人權間的權衡，轉移到人權和人權之間。<sup>22</sup>」按上述見解，比例原則是否得適用於民法中，其爭點即為：僅狹義比例性得運用於民法中？抑或廣義比例原則亦得適用？

就上述論者提出之問題，本文認為，就**正當目的之要求**而言，自不應要求私人間行為之目的亦須符合憲法第 23 條之四大目的，蓋該四大目的本即針對國家權

---

<sup>20</sup>王耀霆，私法關係的合憲控制—間接影響說的再構成，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 64。

<sup>21</sup>參考：王耀霆，私法關係的合憲控制—間接影響說的再構成，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 65。

<sup>22</sup>蘇永欽，民事裁判中的人權保障，民事立法與公私法的接軌，2005 年，頁 159-160。

力為公益而侵害人民利益時所為之限制，私人間行為本即罕有為此四大目的者，對私人行為作此要求實為強人所難，故此部分不應適用於民法中。

就**合目的性**而言，本文認為仍得有存在之必要，蓋任何行為—無論公法行為或私法行為均有其目的，於民法之中，僅係「目的」與公法上不同而已，即民事關係中之目的未必、甚至大部分行為皆非為公益，然而其仍存在行為之目的，故要求行為人對他方造成侵害之行為應符合其欲追求之目的，仍為可能。或謂，實際上罕有行為達不到目的者，故合目的性之要求實無必要。然不僅於民法之中，縱於公法上，仍有學者謂「然而因為國家所採取的手段，通常多不至於與其目的相悖、不至於根本無法達成目的；因此多能滿足此原則之要求，故該原則在實際運用上並未扮演重要角色。<sup>23</sup>」故不應僅因其發揮作用較少即否定其存在之必要。

就**必要性**而言，首先本文認為上述論者似乎對於比例原則中之「必要性」意義有所誤解。所謂必要性原則乃指「國家所採取之手段如有多種選擇可能性時，應以最能達到目的且對人民侵害最輕微之方式為之<sup>24</sup>」，即所謂「選擇侵害最小」之手段，然而按上述論者所謂「國家是否真有『必要』積極介入並強制店家締約」，似乎將之解讀為「國家有無必要介入」之問題。再者，回歸必要性「選擇侵害最小之手段」的原始意義而言，應用於民法之中應無不妥，蓋民法中亦充斥著利益衡量，為達同一目的亦會有許多手段可為之，於不同情況下，民法可能較為偏重某一種利益之保護，此時，此一被保護利益者於行使其權利將會對相對利益者造成損害時，亦應採取最小侵害之手段，蓋兩者皆為民法欲保護之利益，僅於特殊情況下較為保護其中之一而已，例如鄰地關係即為顯例，雖所有權人有其對於該所有物之使用收益權能，然而為求地盡其利、物盡其用，為達整體社會經濟利益之最大化，所有權之權能於鄰地關係中將受到限縮，反之，鄰地所有人之所有權權能某程度而言亦隨之擴張，而此時法律雖偏重保護整體社會經濟利益，然而鄰地所有人於行使其權利時，亦應以最小侵害手段為之，此由鄰地關係中處處可見

<sup>23</sup>林更盛，論廣義比例原則在解雇法上之適用，中原財經法學第5期，2000年7月，頁61。

<sup>24</sup>陳慈陽，憲法學，2005年，頁422。

「應擇於鄰地損害最少之處所及方法為之」即明。<sup>25</sup>

## 第六節 比例原則於私法關係中有無適用之現有討論

比例原則為公法上發展出之原則，其針對之客體乃「國家權力」之行使。於私人與私人間法律關係中，應認為比例原則得作為一般性之原則而亦得以適用於民法之中？抑或應維持比例原則乃針對國家權力之行使而不應應用於私人關係間之原則？本章欲就國內外實務及學說見解作一簡單之介紹。

### 第一項 比較法上之見解

#### 第一款 德國實務

##### 第一目 梅菲斯特（Mephisto，意為「魔鬼」）案

梅菲斯特案乃作者描寫一名舞台演員崛起的經過，主角名為 Hendrik Hofgen；作者描述其曾為了夤緣當時納粹德國之當權者，以便維持其演藝生涯而改變其政治信念，並拋卻人類及道德倫理上之約束。作者在描寫書中主角 Hofgen 時，係以當時一名演員 Gustaf Grundgens 為藍本，蓋書中主角 Hofgen 的許多個人特性中，舉凡外表、其所參加演出之戲碼，以及進入普魯士國會，並成為普魯士國家劇院總經理之過程等，均與 Grundgens 之外部形象及經歷相符。此外作者並依據當時 Grundgens 周遭之人編寫該小說。在小說中，作者將許多可資辨認的事實綜合杜撰並以帶有貶低意味的情節寫成該書，Grundgens 去世後，其唯一繼承人起訴主張該書對 Grundgens 的人格形象造成重大貶損，侵害其人格權。

德國聯邦憲法法院在「梅菲斯特案」中表示：比例原則具憲法上之位階，因此所有公權力侵害人民之自由權利時，應注意是項原則之運用。然於本案並不涉及公權力侵害（本案為作家之藝術自由及被影射對象之人格權兩者之衝突），類此民法請求權（如損害賠償請求權）範圍之確定，是不能引用規範人民與國家間關係之比例原則來做判斷，民法之任務主要是儘可能且合理的解決在法律上居同

<sup>25</sup>相關討論請參考本文第四章第二節。



等地位之個體間利益的衝突。因而否認私人間有比例原則的適用。<sup>26</sup>

## 第二目 商法代理人之競業禁止

德國商法§90a 第一項<sup>27</sup>規定，營業人得與其商業代理人協議，後者的商業行為於契約關係終結後的一段時間內受限制，但最長不得超過兩年。這類的競業協議可以使營業人避免與其以往的商業代理人處於競爭關係，而商業代理人也因此得以取得適當的補償。但若營業人因商業代理人之故意、過失行為的重大事由而終止商業代理契約時（契約特別終止事由），得免除此項補償費的支付義務。

聯邦憲法法院認為此一規定符合職業自由的基本權利（基本法第 12 條第 1 項）<sup>28</sup>。其指出，立法者必須對於契約終結後的競業禁止制度作出如此的規定，一方面使得營業人在追求營利時有充足的形成空間，另一方面對於商業代理人的協議弱勢予以衡平。立法者的立法裁量空間在雙方面都受到限制，因為不論是對營業人或對於商業代理人而言，皆涉及憲法所保障的法益。在此類交錯關係中，不論是自由限制或自由保障，都不得違反比例原則。

聯邦憲法法院並且認為，「競業禁止期補償制度」尤其適合用來作為對立法益間的衡平措施，而不會過度侵犯到契約自由。有利於商業代理人的考量是，他必須藉由職業自由的行使來確保其經濟上的生存基礎，因而對他所加諸的大幅度職業限制必須給予金錢補償。營業人得在兩個方案中擇一：對方無須受到競業限制，

---

<sup>26</sup>BVerfGE 30, 173. 陳新民評釋、李建良編著，基本人權與憲法裁判，1992 年 11 月，頁 163-213。

<sup>27</sup>§90 a (1) :” Eine Vereinbarung, die den Handelsvertreter nach Beendigung des Vertragsverhältnisses in seiner gewerblichen Tätigkeit beschränkt (Wettbewerbsabrede), bedarf der Schriftform und der Aushändigung einer vom Unternehmer unterzeichneten, die vereinbarten Bestimmungen enthaltenden Urkunde an den Handelsvertreter. Die Abrede kann nur für längstens zwei Jahre von der Beendigung des Vertragsverhältnisses an getroffen werden; sie darf sich nur auf den dem Handelsvertreter zugewiesenen Bezirk oder Kundenkreis und nur auf die Gegenstände erstrecken, hinsichtlich deren sich der Handelsvertreter um die Vermittlung oder den Abschluß von Geschäften für den Unternehmer zu bemühen hat. Der Unternehmer ist verpflichtet, dem Handelsvertreter für die Dauer der Wettbewerbsbeschränkung eine angemessene Entschädigung zu zahlen.”

<sup>28</sup>BVerfGE 81, 242, 260 ff.

或者，堅持對方必須受到競業限制，但如此一來必須給付補償費。這一法律規定被聯邦憲法法院宣告違憲，因為此一規定對於各種可能的案例類型不予區分，而且容許營業人在可以長達兩年的競業限制期間完全拒絕給付補償，如此不利於商業代理人之規定，無法在商業代理人有故意過失、並因而被提前終止契約案例之特殊性中，找到合理的論據基礎。如此的制裁措施對於終止契約的營業人而言，並非是為了排除其競業法上不利益所必要。但對於商業代理人而言這一制裁措施卻絲毫不具有期待可能性，因為此種措施將帶來極為嚴重的結果。也就是說，這一制裁措施以如此概括的方式規範，將帶來不合乎比例原則的作用。<sup>29</sup>

### 第三目 財產權法

依據修正前之民法§546 b<sup>30</sup>，在房屋租賃關係中，出租人僅得於其對租賃契約

---

<sup>29</sup> BVerfGE 81, 242. 此部分參考：林三欽譯，基本權與私法，當代公法新論（上）--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年7月，頁411-413。Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192(1992), S.41.

<sup>30</sup>現行法請參見BGB §573:” (1) Der Vermieter kann nur kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Die Kündigung zum Zwecke der Mieterhöhung ist ausgeschlossen.

(2) Ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses liegt insbesondere vor, wenn

1. der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat,
2. der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt oder
3. der Vermieter durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde; die Möglichkeit, durch eine anderweitige Vermietung als Wohnraum eine höhere Miete zu erzielen, bleibt außer Betracht; der Vermieter kann sich auch nicht darauf berufen, dass er die Mieträume im Zusammenhang mit einer beabsichtigten oder nach Ü berlassung an den Mieter erfolgten Begründung von Wohnungseigentum veräußern will.

(3) Die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters sind in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Andere Gründe werden nur berücksichtigt, soweit sie nachträglich entstanden sind.

(4) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.”

的終止有正當利益時，才得以發出終止契約的通知。出租人對於租賃契約的終止將被認為有正當利益，例如出租人為自身、為家庭成員或為家屬的需要，必須使用該房屋作為住宅（因自己的需求而終止契約）。某位承租人在接獲出租人以自己需求為由而發出的終止契約通知後，被法院依據上述規定判決必須交出他所居住的房屋。出租人對於她自己為何需要此一房屋所提出的理由為：她年事已高且健康不佳，因而需要他的兒子住在附近。承租人對於這一理由提出反駁，他指出，出租人的兒子目前已經住在相鄰的房屋，並且可以在極短的時間內前往探望他的母親，因而足以作為終止租約事由的「自己需求」情形其實並不存在，但這一抗辯並未獲得法院的採信。承租人對於命其交出房屋的判決提起憲法訴願，並特別指責該判決侵害其依據基本法第 14 條所擁有的財產權。

首先聯邦法院基於「住宅對於任何人而言都是個人生存的中心點」，承認「承租人基於租賃契約所取得對於租賃標的房屋之占有」為基本法第 14 條第一項第一句所保障之財產權。並指出，由於承租人與出租人皆得主張基本法第 14 條第一項第一款所保障之財產權，因而其間的法律關係必須藉由租賃相關法律來規範。立法者在履行其依據基本法第十四條第一項第二句所賦予「規範財產權的內容及其限制」的立法委託時，必須對於互相對立的財產權地位在內容上予以適度的規範與區隔，並且確定其權限，使得雙方的財產權地位皆能受到適度的保障。

一般法院在解釋與適用民法第 546 條 b 時，也必須尊重承租人與出租人的財產權地位在憲法上分別所享有的保障，對於憲法所規範的、並且在法律中傳達出來的利益衡量義務，一般法院在行使此項衡量時必須注意雙方的財產權保障，並且避免不合乎比例原則的財產權限制。而本案中因為法院審理時已充分考量雙方利益，因而承租人對於搬離租屋判決所提起的憲法訴願敗訴。<sup>31</sup>

## 第二款 加拿大實務

---

<sup>31</sup> 此部分參考：林三欽譯，基本權與私法，當代公法新論（上）--翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年 7 月，頁 415-417。

加拿大法院在實務上肯認私法關係中的權利衝突問題亦有比例原則的適用，法院在個案中必須透過比例原則的檢驗，思考對於基本權利的侵害是否可實質正當化，比例原則使法院可考量相衝突的權利，並決定在具體情況中何者應優先受到保護。此外，在 Hill v. Church of Scientology of Toronto<sup>32</sup> 一案中，法院表示：於私法關係的權利權衡，適用比例原則時應更有彈性 (flexibility)，對於私法關係的重大改變應留由立法者決定。<sup>33、34</sup>

### 第三款 學說見解

國外學說上有肯認比例原則於私法關係中之適用者，認為比例原則可轉化為具體的標準，在個案中妥適考量所涉及的各種價值<sup>35</sup>。亦有認為：比例原則是國家與個人間的權衡判斷標準，是權衡公共利益與人權的判斷標準，與私人間權利衝突之權衡不同；關於私人權利間的權衡，在私法上應適用另一套權衡判斷的標準，例如：公序良俗、過失、權利濫用等<sup>36</sup>。

## 第二項 我國學說

### 第一款 肯定說

李惠宗教授認為，從比例原則的發生史來看，此一原則固旨在抑制國家權力之濫用，於私法關係是否適用，非無探討之價值。事實上，比例原則要求「不要

---

<sup>32</sup>[1995] 2 S.C.R. 1170.

<sup>33</sup>參照：Marrias Kumm & Victor Ferreres Comella, *What is so Special about Constitutional Rights in Private Litigation? A Comparative Analysis of the Function of State Action Requirements and Indirect Horizontal Effect*, In: Andrés Sajó & Renáta Uitz (ed.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, 258-261, 276-277(2005)；楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010年，頁277-278。

<sup>34</sup>此部分參考：楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010年，頁277-278。

<sup>35</sup>Gebhard M. Rehm, *Privacy in the Digital Age: Vanishing into Cyberspace?* In: Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez(ed.), *Human Rights in Private Law*, 385-386, 2001；楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010年，頁278。

<sup>36</sup>Barak, Aharon, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in: Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez(ed.), *Human Rights in Private Law*, 36-41, 2001；楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010年，頁278。

為了達到目的而不擇手段」，故為一「理性之行為準則」，私法關係亦應適用，違反比例原則之私法行為可推定為「違法」，乃屬外部化之行為，國家即有介入之憑據。<sup>37</sup>

吳庚教授指出，憲法第 23 條規定之用語具不確定性概念之性質，屬於價值規範，「維持社會秩序」、「增進公共利益」應解釋為基本權主體（私益）與公益之間的價值衡量問題，而「防止妨礙他人自由」及「避免緊急危難」則實為二基本權主體的價值或法益衡量問題，即便是自由主義者，亦肯認「一個人的行為應避免損害他人利益」<sup>38</sup>。由此論述似乎可推導出比例原則在私法關係中亦應有適用。

而論者楊舒嵐亦採取肯定見解，其認為比例原則在憲法與私法層次適用的差異，僅在於憲法層次係思考個人基本權利與公共利益間的權衡（私益與公益間的權衡），在私法層次則是用以權衡私人間的權利保護（私益間的權衡），皆屬於利益間的權衡，在本質上並非全然相異，而比例原則是一套判斷的準則，運用於「私益與公益的權衡」及「私益之間的權衡」，至多僅是判斷私人利益與公共利益在價值權衡比重上的不同，<sup>39</sup>而非「有」或「無」適用之差別。

## 第二款 部分適用說

蘇永欽教授認為：人權作為民事關係的界線，處理的不是公益和人權的權衡，而是人權理念和私法自治之間的權衡，落實到具體個案，常常會變成兩造所受人權保障的權衡，需要調和的是兩種人權的一些客觀內涵，如制度性保障、保護義務、體系正義或價值秩序，也可以說，人權的介入只是為民法經常要做的法益權衡工作，再增加一些材料而已。因此「憲法」上適用的一些人權保障原則，對於私法關係，最接近的應該就是蘊含了法益權衡的比例原則，扣掉也許只在統治關係上較能合理化的必要性與合目的性檢驗，所謂「狹義」的比例原則，類推適用

<sup>37</sup>李惠宗，憲法要義，2006 年版，頁 116。

<sup>38</sup>參考：吳庚，基本權的三重性質—兼論大法官關於基本權解釋的理論體系，收錄於：司法院大法官釋憲 50 週年紀念論文集，1998 年 9 月，頁 33。

<sup>39</sup>楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010 年，頁 282。

到私法關係便沒有什麼不妥，也就是把公益和人權間的權衡，轉移到人權和人權之間。<sup>40</sup>

王澤鑑教授也認為，基本權利效力擴張及於私人間民事行為，應值贊同，私法多涉及兩個基本權利主體及基本權利的衝突，比例原則（尤其是比例性原則上的法益衡量）的適用，應受重視，人格權的保護範圍有不確定性，關於其不法性的認定，應採法益衡量原則，就受侵害的人格法益、加害人的權利及社會公益，依比例原則而為判斷。<sup>41</sup>

### 第三款 類型區分說（一）<sup>42</sup>

許宗力教授則區分法律行為與侵權行為兩種類型論述之：

#### 一、法律行為

就契約而言，其約定內容縱對一方當事人構成基本權之限制，如租賃契約約定承租人不得飼養寵物，離婚協議書約定限制一方之住居範圍，未必構成民法第72條公序良俗之違背，因其建立在私法自治基礎上的契約自由，其特色正在於允許當事人得依己意自由作權利的自我限制，以換取一定的對待利益。且即便所犧牲的權利與換取得來的利益，在一般人眼中並不合比例，原則上亦在允許之列，不得輕易以不符比例原則為由指摘其違背公序良俗，因倘使適用比例原則來衡量，嚴格要求雙方當事人間的給付與對待給付必須處於合比例之關係，私法自治的基礎勢必從根動搖。惟所約定的權利限制其不合比例的程度倘達到「明顯恣意」的地步，如離婚協議書約定一方當事人終身不得再婚，或永不得定居某城市，自另當別論。

另在雙方當事人地位明顯不對等，強勢一方對弱勢他方而言有若國家，尤其是在勞動契約（與部分租賃契約）中強勢資方（或出租人）相對於弱勢他方之情形，所謂依自由意志決定締約相對人與契約內容，對弱勢一方而言根本屬虛象，

<sup>40</sup>蘇永欽，民事裁判中的人權保障，民事立法與公私法的接軌，2005年，頁159-160。

<sup>41</sup>王澤鑑，民法總則，2000年9月，頁140。

<sup>42</sup>參考：許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9期，2003年7月，頁69-70。

蓋弱勢一方往往除同意外並無其他選擇，此時因較無尊重此假象契約自由之顧慮，即無妨適用嚴苛之比例原則來審查，亦即嚴格審查做此權利限制之理由是否合理、正當，所約定的權利限制是否適合所追求目的之達成，是否屬最小侵害之不得已、必要的限制手段，以及所追求利益與所犧牲權利是否合乎比例等，因唯有如此嚴格審查，始較能達到保護弱勢一方當事人之目的。至若遺囑行為，雖屬單方行為，但遺囑自由畢竟亦構成私法自治之重要內容，是即令遺囑人於不違反關於特留分規定之範圍內，以遺囑處分其財產，違反男女平等原則，或不合比例限制繼承人其他基本權利，亦不得輕率以違背公序良俗視之。

## 二、 侵權行為

就侵權行為而言，該學者舉一例說明：甲為抗議乙報報導不公，立場偏頗，而發起退報運動，全島響應，致乙報遭受嚴重營業損失。對乙報言，可認是其出版自由與財產權遭甲侵害，然就甲而言，發起退報運動原屬其言論自由之行使，此時為甲乙間基本衝突之問題，若以比例原則衡量之，則甲畢竟非國家，而係私人，要求適用比例原則審查其杯葛行為之正當性，恐有強人所難之嫌，且單獨於此場合適用比例原則，目的僅在對乙一方提供保護，對可能侵害甲的言論自由部分，則未予公平顧及。故該學者認為面對此種基本權衝突之情況，基本上仍須視所涉及相衝突基本權利之種類，特別是分別與人性尊嚴、民主、法治等憲法最基本價值的密切關係，杯葛的動機、目的，所採手段之暴力、脅迫或和平屬性，對相衝突基本權所構成侵害的強度與範圍，以及種種其他個案相關事實而定。如欲勉強提出一個普遍適用的衡量原則，或許即學者所提的所謂實踐和諧原則，即要求依個案相關事實對兩相衝突法益做相互調整與讓步，讓兩者都同時能獲得盡可能最佳程度的關照與實踐。

簡言之，許宗力教授認為，法律行為得依比例原則審查之，然侵權行為則不宜適用比例原則，而應綜合各項情事為利益衡量。

### 第四款 類型區分說（二）

林更盛教授<sup>43</sup>則以契約自由原則能否有效運作為區分：

#### 一、 契約自由原則有效運作

林更盛教授認為：民法上對於比例原則，在契約自由原則實際上尚能有效之運作前提下，原則上並不適用；蓋當事人已能透過締約實力之運用，尋求符合其利益之最佳狀態，故就此並無透過比例原則加以保護之必要。

#### 二、 契約自由原則未有效運作

反之，若因當事人締約實力差距過於懸殊或是基於其他因素，其法律關係之內容在法律上或實際上已由一方單獨地加以決定時，至少就此情形，吾人即有可能透過私法上的比例原則，對此加以控制之必要。

### 第五款 比例原則拘束法官之裁決權

另有學者認為，法院的行為係依法界定私人權利之紛爭，本即屬於公權力，自亦應受到比例原則的拘束，再參酌比例原則具有「防衛權 (Abwehrrecht)」之性質，其拘束效力可及於法官之裁決權，應無庸置疑。<sup>44</sup>

## 第三項 我國實務

依據我國大法官解釋第 656 號：「民法第一百九十五條第一項後段規定：『其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。』所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第二十三條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。」。

該號解釋之解釋理由書中並表示：「憲法第十一條保障人民之言論自由，依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不表意自由。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之

<sup>43</sup>林更盛，論廣義比例原則在解雇法上之適用，中原財經法學第 5 期，2000 年 7 月，頁 66。

<sup>44</sup>陳新民評釋、李建良編著，基本人權與憲法裁判，1992 年 11 月，頁 208。



理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第六〇三號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。

查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。」。

由此可知，大法官似乎認為縱為民事規範，亦有適用比例原則衡量當事人間利益之餘地。

#### 第四項小結

綜觀以上各說，無論係國內外實務或學說，有其共同之處、亦有其相對立之處，皆有其道理。大多數實務及學說皆肯定民法上有比例原則之適用空間，就現實面而言，我國有不少民事實務見解已運用「比例原則」一詞而為論述，學說上亦有以比例原則論述條文內涵者。然而，實務及大多數學說均未細究相關問題，如：公法上比例原則所強調者為「國家侵害禁止過度」，亦即其具有「針對國家性」，於私人關係中是否會有所扞格？又私人間之行為為何須受限制？若將比例原則運

用至民法中，其所欲、所能達成之目的為何？若此些目的已能透過誠信原則、權利濫用禁止原則達成，則是否仍有使用「比例原則」一語之必要？以下將一一探討之。



## 第三章 私人行為是否應受限制

由上述分析可知，「比例原則」之概念已被廣泛運用於民事法律關係之中，然而，若公法上比例原則產生之基礎，乃因國家權力應受限制，於私法關係中，是否亦有對私人行為作限制之正當理由及必要呢？故以下分別就「民法中之國家權力作用」、「私法自治與契約自由原則」及權利中較具特殊性之「形成權」說明之。

### 第一節 民法中之國家權力作用與比例原則

首先於國家權力之部分，倘若屬於國家權力之運作，則公法上比例原則本係為限制國家權力侵害而生，故屬於此一範圍者，自然有比例原則一旦係公法上固有比例原則概念之適用。

#### 第一項 立法

Medicus 認為<sup>45</sup>，只要是國家權力—特別如立法者—在私法中之作用，無例外的有比例原則之適用，然而其亦認為憲法不應緊密的連結於私法，除了承認立法者的形成空間，並認為若聯邦憲法法院經常指摘該立法不當，將造成法律的不安定性之外，其認為私法有其特殊性：如不同於公法上之衝突，私法上中往往牽涉雙方當事人基本權利之衝突，在多個受憲法保護地位中權衡，其合理結果並非只是單一的；而相對於公法之發展仍處於較早的階段，私法因其長時間之發展已有許多因應的機制，而因此可對於其不同的需求以許多不同的方法規範之…等。而鑑於上述私法原則上的可審查性（有比例原則適用），及私法本身特殊性之衡量，Medicus 認為應予立法者一定的形成空間，特別應承認通常都會有多數符合憲法的決定可能，立法者可自由的從其中做選擇，這特別應適用於，當雙方都處於基本權利保護的地位時。

此時比例原則衡量的不僅是單一基本權，而是所有參與者基本權之相互關係以及其他的憲法價值，這樣的擴大總會產生一些不確定性，但仍應承認立法者的

<sup>45</sup>Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192(1992), S. 54-61.

決定空間，此時要求的不是「立法的最佳值 (gesetzgeberische Optimum)」，相反的而是接受一個尚合理的立法決定。

## 第二項 法律強制為國家侵害？

國家不只保障契約當事人透過法秩序提供之規範所為的自我拘束，該法秩序安排了法律上的私人意願並因此建立法律效果。該法律的要求更藉由法強制力加固，即於債務人不自動履行其義務時，債權人可藉由國家強制措施執行之。國家直接使不履行之債務人得到一個負擔——就此點而言與侵害行政沒有不同。由此角度觀之，私人的要求也是一個「國家的要求」。當初債務人所放棄之權利僅針對契約相對人為之，而非對國家為之，如今國家的介入是否為一種國家侵害？於此，Hanau 分以下兩者論述之<sup>46</sup>：

### (1) 透過國家參與來保障契約約定的實踐

當事人知悉，只有一個外於他們自己的層級得以來保障契約約定的實踐——即法拘束力及法強制力，此與他們各自的願望及契約當事人的地位無關。因此他們也知悉，在法治國家只有國家可以賦予他們的約定法拘束力。契約當事人因此藉由契約締結有意的使法律行為有國家的適用規定在內，他們將其自身置於法秩序下，並至少因此需容忍拘束的結果。

### (2) 國家權力壟斷——私人執行的迴避

在國家強制措施的脈絡下看起來對參與者是不利的。但若此強制措施沒有被國家獨佔，債務人會暴露於債權人的私人執行下，也許會有心理上或物理上權力。債務人因此絕對會注意，不要隨便放棄自己的自由意志，而在一個和平秩序範圍內、依據法律形式程度締結的強制措施，及僅在法治國家標準下者，他才要去忍受。

因此，Hanau 認為此種情形下，雖有國家之力量介入，然均係經債務人權衡考

---

<sup>46</sup> 參考：Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht : zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungswegen, 2004, S.37-39.

量後所願承受者，故其應非屬「國家侵害」。

學者 Medicus 則由另一角度思考之，其認為強制執行毫無疑問為國家權力行使，然而強制執行係當事人依據立法者之立法規範請求、法院審判確認後之最後階段，其僅有在透過前兩階段確認合法之後始能執行，強制執行有其自己關於合憲性的檢驗，特別是注意關於強制執行的保護<sup>47</sup>；然而因其已經過前兩階段之審查，故應僅能在極小範圍內為之，且不能僅因「該請求權非透過國家權力始能貫徹<sup>48</sup>」之理由而強化其對於合憲性之審查。<sup>49</sup>換言之，Medicus 認為強制執行毫無疑問為國家權力之行使，故應受合憲性審查，而有比例原則之適用，僅於審查時必須在很小範圍內為之而已。

### 第三項 私法自治亦為國家強制下之產物？

民事規範最特別的，是絕大部分源於人民自己的創造——主要是契約，一部份民事規範是由「社會」所形成，也就是習慣，國家生產的民事法規和判例、解釋，於民事生活中使用者，反而只占少數。然而私人規範與社會規範，難道真的與國家無涉嗎？經濟學者在不久前意識到自由市場所依賴的民事規範竟也充滿國家強制。<sup>50</sup>當法律學者區隔契約請求權與法定請求權，約定解除權與法定解除權，或意定抵押權與法定抵押權時，一般人很容易就忽略了此類二分法的「相對性」，而對所謂的「法定」產生錯覺。為何如此言之？契約請求權是相對於諸如因侵權行為而生的請求權，後者與當事人的意思完全無關，故稱法定。但基於契約所生的請求權或解除權，又可能是法定請求權或解除權，此時所謂法定，是就民法對該契約有請求權或解除權的規定，相對於法律未規定而由契約當事人特別約定者而言。同樣基於契約關係，抵押權則因為是否由當事人設定而被稱為意定或法定，雖然此時因為物權法定（民法第七五七條）的關係，當事人對於抵押權的內容實無任

<sup>47</sup>如我國強制執行法第 53 條規定特定動產禁止查封；尤其是該條第一款「債務人及其共同生活之親屬所必需之衣服、寢具及其他物品。」

<sup>48</sup>因我國民法原則上並不允許自力救濟，故請求權往往僅能透過強制執行而實現。

<sup>49</sup>參考：Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192(1992), S.49.

<sup>50</sup>參考：蘇永欽，走入新世紀的私法自治，2002 年 5 月，頁 17-23。

何決定自由。即使此一法定和意定的界限，在修正後的民法第四二二條之一規定的地上權和第五一三條的抵押權，也因為立法者刻意以當事人的合意為權利發生要件而趨於模糊。僅以民法中所謂「法定」的多義性，已可說明，當事人的意思自由只是在國家設定的高低不同的柵欄中流動，私法自治的領域，事實上自始充滿了各種國家強制。<sup>51</sup>而越是價值中立的民法典，越能凸顯公權力介入社會的身影。

52

基於此種認識，是否可以直接將私法自治亦視為國家權力下之產物，而既是國家權力下之產物，即便是冠以「私法自治」之頭銜，於此範圍內亦應理所當然的有比例原則之適用？

本文認為，是否得以如此簡單之邏輯推演便導出「比例原則在私法自治之範圍內亦當然適用」之結論，似值得思考。蓋私法自治中雖亦有許多國家作為之痕跡，然而此種國家權力之運作是否為公法中談及比例原則時所欲規範、限制之對象，即有探討之必要。

對此問題，有學者就民法上常見的分類：任意規範（*iusdispositivus*）與強制規範（*iuscogens*）分別討論之。

學者認為就任意規範而言，其不具強制力，得由當事人決定是否採用。此種任意規範之規定目的或為節省交易成本、或為提供交易選擇、或為指導交易，此部分因其不具強制力，故應較無「國家強制」之疑慮。

就民法上的強制規範（*iuscogens*）而言，其功能在大多數情形下，只是從另一個角度去支撐私法自治而已。強制規範並不「管制」人民的私法行為，而毋寧是提供一套自治的遊戲規則，如同籃球規則一樣，僅規定何時由誰取得發球權，何時必須在邊線發球，規則之目的在於讓所有球員都能把投、跑、跳、傳的體能技巧發揮到極致，而唯一不變的精神就是公平。

故「法定」的民事規範，其功能或者只是在節省交易成本，或指導交易，而

<sup>51</sup>參考：蘇永欽，走入新世紀的私法自治，2002年5月，頁17-23。

<sup>52</sup>蘇永欽，從動態法規範體系的角度看公私法的調和，月旦民商法雜誌，2003年3月，頁105。

不具強制性；或者雖具強制性，其功能亦在於建立自治的基礎結構，為裁判者提供裁判爭議的依據，不在影響人民之行為，故人民如果針對強制性的權限規範，以不行使的方式實質上加以調整，仍不抵觸私法自治之理念。<sup>53</sup>

本文贊同此種論點，蓋並非所有之「國家權力」之目的均係為限制人民之行為或權利，如民法中之任意規範僅係為節省交易成本或指導交易，此種規範乃為方便社會上之經濟活動，而非欲在當事人間作出何等限制；而縱然為強制規範，其亦非如行政處分一般對人民作出基本權之限制，而係在所謂的「自由」、「自治」之下，為維護整體秩序及社會運作，制訂一定的「遊戲規則」供大家遵守，以達最終「自由」、「自治」之目的，此種情形與比例原則所欲節制之國家權力迥不相同，自不得相提並論。是故，本文認為不得僅以「私法自治」或「民法典」中亦有許多國家權力作用之痕跡，即輕易推論出「比例原則當然亦適用於私法」之結論，而仍應細究私法自治之本質，及該本質是否與比例原則之本身衝突，方為妥適。

#### 第四項 判決

法院判決毫無疑問的係國家公權力之運作，其可能產生判決所適用之法律違憲，或錯誤適用合憲法律而導出違憲結果之情形<sup>54</sup>。如同學者評釋上述梅菲斯特案（Mephisto）中所指出<sup>55</sup>：（該案中）憲法法院認為比例原則是在公權力侵及人民權利時，方有適用之餘地。本案情形乃人民之間的請求事項，法院從一方之請求而作決定，故不涉及比例原則也。憲法法院此一見解，忽視了法院的行為，乃在公平的依法來界定私人權利之紛爭，自亦係公權力。法院的行為亦如同行政權力，應受到比例原則之拘束。比例原則實係具有「防衛權」（Abwehrrecht）之性質，其拘束效力可及於法官之裁決權，應無庸置疑！

<sup>53</sup>參考：蘇永欽，走入新世紀的私法自治，2002年5月，頁17-23。

<sup>54</sup>Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192(1992), S.47-48.

<sup>55</sup>陳新民評釋、李建良編著，基本人權與憲法裁判，1992年版，頁208。

基於此項基礎認識，細觀釋字第 656 號，其「解釋爭點<sup>56</sup>」為「民法第 195 條第 1 項後段由法院為回復名譽適當處分合憲」，其解釋文中也清楚指出其解釋之客體乃針對「判決命加害人公開道歉」之情形，而認定法院判決時應符合比例原則。法院判決毫無疑問為國家公權力行使已如上述，既是公權力行使，對人民基本權利作出侵害時應符合比例原則亦為當然之理。

## 第二節 衝突之概念？——私法自治與比例原則

私法自治中雖亦有許多國家權力作用之痕跡，然該種國家權力並非比例原則所欲規制之對象已如上述。故以下將探討私法自治之意義及相關討論，並討論在私法自治及契約自由原則下，「當事人自由形成私法關係」一事是否仍有一定界限，進而是否有以比例原則作為其界限之必要及空間。

### 第一項 私法自治

私法自治於民法中之重要性不言可喻，蓋在任何一種法律制度下，沒有私法自治是不可思議的，即使在管制經濟的國家，仍然需要有最低限度的自治，比如每個人可以隨意添置或者處分個人的必需品。相反的，在民主國家中，私法自治乃為最重要的原則，因為這個原則是以自由思想為基礎。<sup>57</sup>由於尊重個人之自由意思，私法自治乃成為私法領域上之最高指導原則。所謂私法自治，其意義為：當事人得依其自由意思創設、變更及消滅其私法上之生活關係。在私法自治原則之下，法律就私法上之生活關係，基本上並未預設當事人應予依循之強制規範。相反地，法律原則上承認當事人本於自由意思所為之表示具有法之拘束力，並對於基於此種表示所形成之私法上生活關係賦予法律上之保護<sup>58</sup>。亦有認為，所謂私法自治，即生活資源之得、喪、變更得聽由個人自做安排<sup>59</sup>。簡言之，私法自治乃個

<sup>56</sup>司法院大法官網站：[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=656](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=656)...

<sup>57</sup>黃立，民法總則，2005 年 9 月，頁 183。

<sup>58</sup>Raiser, JZ 1958, 1; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Aufl. 1990, Rd 174.轉引自：詹森林，私法自治原則之理論與實務—台灣法制發展之情形，台大法學叢刊第二十二卷第二期，1993 年 6 月，頁 2。

<sup>59</sup>曾世雄，民法總則之現在與未來，1993 年 6 月版，頁 19。



人形成私人法律關係並自我負責的自由。<sup>60</sup>而私法自治原則為一種透過自己的意志形成法律關係的原則。<sup>61</sup>

學者認為私法所以自治之最基本理念，可歸納成二：(一) 人類社會由單一個人聚集而成，猶如一座城池由無數基石堆成。假如單一基石悉數健全無瑕，所堆砌而成之城池，比較易臻完美鞏固。因此，如欲人類社會穩固、繁榮、進步，首應先使單一個人「填飽肚子……」，生活資源無匱。(二) 如何使單一個人生活資源無匱，最好之方法應該藉助個人之自私心。人類個人天生秉性有自私心，雖然單一個人其自私之程度不一，但其不能斷絕自私則可肯定。單一個人本於自私心之驅使，對其個人生活資源之得喪變更，勢必盡其所能以期作最有利之安排。<sup>62</sup>

換言之，法律上之私法自治原則與經濟學上之自由經濟思想密切相關。在經濟學上，有著名之「看不見之手」(invisible hand) 原則。依據是項原則，個人係其私益之最佳追求者，故在私人經濟生活領域內，國家應盡量減少干預，而委諸個人自行決定。個人在公平、自由之秩序上追求其最佳之個體利益，即同時創造國家社會最佳之整體利益。國家之減少干預，即為法律上之尊重當事人自主，而賦予當事人自由，以規律其生活關係<sup>63</sup>。

德國民法並未明文規定私法自治原則，而僅於債編中之第 305 條規定：「除法律另有規定外，依法律行為創立債之關係，及債之關係內容之變更，以當事人間有契約為必要。」惟德國聯邦憲法法院認為，德國基本法第二條第一項關於任何人有自由發展其人格之基本權利的規定，保障人之一般行為的自由 (allgemeine Handlungsfreiheit)。就此而言，經濟交易之自由 (Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr) 及契約自由 (Vertragsfreiheit) 除已經特別的基本權利之規定保護者

<sup>60</sup>Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 16.Auf. 2009, 1.Kapitel §3 Rn.2(S.27).

<sup>61</sup>Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6 Aufl.1994, Rn.174; Jan Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S.13.

<sup>62</sup>曾世雄，民法總則之現在與未來，1993 年 6 月版，頁 19。

<sup>63</sup>Brox, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuchs, 14 Aufl. 1990, Rd 24；曾世雄，民法總則之現在與未來，1993 年版，頁 19；詹森林，私法自治原則之理論與實務—台灣法制發展之情形，台大法學叢刊第二十二卷第二期，1993 年 6 月，頁 2-3。

外，亦屬於行為自由之範疇。由於契約自由乃私法自治原則之具體實踐，故德國實務及學者一致認為，私法自治乃民法最基本之原則<sup>64</sup>。

## 第二項 契約自由原則

就「契約自由」而言，有學者認為契約自由原則之基礎乃意思自由/私法自治<sup>65</sup>。歐洲中世紀封建時代，並無意思自由，甚至承認人為物的一種（例如：奴隸）。但自封建制度崩潰與個人主義興起後，因對個人之尊重，承認所有權私有及自由處置，導致經濟自由主義抬頭，最終承認契約自由原則。<sup>66</sup>至於契約自由原則之內容，學者謂包含五種自由：一、締約自由：即得自由決定是否與他人締結契約，法律不加以干涉；二、相對人自由：即得自由決定究與何人締結契約，不負與特定人非訂立契約不可之義務；三、內容自由：即雙方當事人得自由決定契約的內容；四、變更或廢棄之自由：即當事人得於締約後變更契約的內容，甚至以後契約廢棄前契約（如合意解除）；五、方式自由：即契約的訂立不以踐行一定方式為必要。<sup>67</sup>

有學者認為契約自由與過失責任原則、所有權絕對原則共同構成近代民法的三大基本原則。契約自由原則使市民社會的成員，不再如封建社會時代受其身份所支配，而是可以自主地決定其法律關係；亦即使當事人得任意、自主地創造、形成其法律關係，並免於國家干涉。除有違背公序良俗、強行規定、或權利濫用等例外的情形，否則對於一個縱然在客觀上不盡明智或正確的契約條款，法律上仍應承認其效力。而此結果也與「信守承諾」的道德要求相符合。在當事人締約實力對等的情形下（這也是傳統民法的基本出發點），契約自由原則通常也可以保

<sup>64</sup>BVerfF 70, 123; 72, 170; Palandt/Heinrichs, 51. Aufl. 1992, Vor§104, Rd 1.轉引自：詹森林，私法自治原則之理論與實務—台灣法制發展之情形，台大法學叢刊第二十二卷第二期，1993年6月，頁3-4。

<sup>65</sup>亦有謂「契約自由原則遂發展出私法自治原則」者。然本文認為此二者為一體兩面，難以區分，猶如雞生蛋或蛋生雞之問題，故不深入討論究竟何者為何者之基礎。參閱：鄭玉波，民法總則，2008年9月，頁11；Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 32 Aufl. 2008, Rd 25.

<sup>66</sup>林誠二，債法總論新解—體系化解說（上冊），2010年版，頁52。類似說明：戴修瓚，民法債編總論，1961年版，頁38-39。

<sup>67</sup>參考：王澤鑑，債法原理（一）--基本理論債之發生，2005年版，頁80；王澤鑑，債編總論（1），1989年11月版，頁69-70；邱聰智，新訂民法債編通則（上），2000年版，頁62-63。

障契約內容至少在當事人間同時具有的實質妥當性。<sup>68</sup>

於我國民法雖未有明文規定私法自治原則，然而大法官亦肯認契約自由及私法自治原則之重要性，並認為憲法第 15 條及第 22 條即為對於契約自由之保護基礎：釋字 643 號解釋理由書即謂「人民財產權及契約自由，為憲法第十五條及第二十二條所保障。國家對上開自由權利之限制，應以法律定之，其限制且需符合比例原則，始符憲法第二十三條規定之意旨。」，另於釋字 602 號解釋理由書中，大法官亦指出「又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。契約自由，依其具體內容分別受憲法各相關基本權利規定保障，例如涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障，又涉及人民組織結社之契約內容，則為憲法第十四條所保障；除此之外，契約自由亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種（本院釋字第五七六號解釋參照）。」

契約自由原則，有內外兩層不同含意：從內部言，所謂契約自由，係指契約之基礎乃當事人意思之完全自由，不受外力任何干預。從外部言，契約自由則指對於當事人基於自由意思締結契約而形成之權利義務關係，法律原則上任其自由而僅施以最低程度之干涉。由此可知，法律介入契約自由領域所干涉而排除者，無非妨礙契約自由之事由，而所謂不受干預者，係指對於干預之因素應予掃除；兩者具有互補關係。<sup>69</sup>

### 第三項 私法自治之必要性

私法自治有其歷史上發展之脈絡，亦有經濟學上之思維，然而私法自治是否有其必要性？

學者認為一來因私法關係之關係人為個人，每個人所好不同，私法關係因而具個別化及複雜化之特色。私法本於法律普遍適用性，僅能就特定類型之契約予以規定，面對因人而異之私法關係，除認同由關係之個人依其意願自作安排外，

<sup>68</sup>林更盛，論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，2009 年 3 月，頁 2-3。

<sup>69</sup>陳彥希，契約法之經濟分析，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1994 年 7 月，頁 29。

亦無更為恰當之方法以資規範。二來私法關係之關係人，對於其個人之私法關係內容，常有不欲人知之情事，如契約當事人之資力。私法關係有此隱私性，本質上即排斥外力介入安排，因而最佳之方法，莫如關係之個人依其意願自作安排。<sup>70</sup>故就現實面而言，私法自治確有其存在之必要性，並非可任意捨棄之原則。

#### 第四項 私法自治/契約自由之界限？

雖然如上述所謂「在任何一種法律制度下，沒有私法自治是不可思議的」，並且亦肯認私法自治有其存在之必要性，然而，任何制度都不可能無限上綱，縱為民法之基礎「私法自治」亦然。蓋其既本於人類之自私心，其運用至相當程度，可能危及人類社會生活資源之合理分配，甚或影響他人生存，此即私法自治之原則雖經確立，然一再出現各種限制私法自治之主張之因<sup>71</sup>。且私法自治乃假設「自由市場上從事交易的每個人都具有相同的談判能力」，而談判能力係由財產、知識及其他市場供需因素所結構出來的。現實生活上，並非每個人都具有相同的談判能力，故國家立法對於濫用談判能力以欺壓他人的情事，就有介入的正當性。私法自治乃是期望個人在最理性、最有利性的考慮下，能夠做成最好的決定，但如果堅持私法自治反而會產生不理性或不合乎公益之情形，則國家就應透過法律制度予以限制。是以，私法自治雖屬人類社會的基本價值，但仍非不可透過法律加以限制<sup>72</sup>。德國聯邦憲法法院亦認為：私法自治在必要情況下得加以設限<sup>73</sup>。而私法自治之限制，亦應以使生活資源之合理分配為其原理原則。<sup>74</sup>

私法自治之界限究係為何，以下先就一般教科書所為之說明簡介之。

#### 第一款 強制締約

<sup>70</sup>參考：曾世雄，民法總則之現在與未來，1993年6月版，頁20。

<sup>71</sup>參考：曾世雄，民法總則之現在與未來，1993年6月版，頁22。

<sup>72</sup>李惠宗，立法對於私法契約介入的界限，月旦法學教室第41期，頁6-7。

<sup>73</sup>BVerfGE 89, 214, 232.

<sup>74</sup>參考：曾世雄，民法總則之現在與未來，1993年6月版，頁23。

## 第一目 強制締約之意義<sup>75</sup>

依據契約自由理論，當事人是否願意訂立契約或與誰訂立契約，本皆有其自由，然而若不加任何限制，勢必構成自由之濫用，因而產生強制締約制度。所謂強制締約（Kontrahierungszwang），係指個人或企業（尤其是法人）負有應相對人之請求，與其訂立契約之義務，易言之，即對相對人之要約，非有正當理由不得拒絕承諾。此在物質匱乏時期，基於經濟統制，或有其必要，但在現行法上罕見其例，蓋此與私法自治原則顯有違背也。

## 第二目 強制締約之目的

法律上要求締約強制，通常有其特定的目的與利益。<sup>76</sup>

### 1. 維持生活必需品的供應

為了確保個人的自治得以實現，個人具備一定最低程度的資源，才能有具體的行為可能性，因此，對於某些事涉生存照顧（Daseinvorsorge）的給付，為個人日常生活所必要，若縱放事業得任意拒絕締約時，則個人將無法獲取生活所需之物品或給付，將有損其生存權的保障，因此，亦有賴強制締約義務，予以保障。

### 2. 維護市場機能的運作

對於契約自由原則而言，有效競爭的市場（Markt mit funktionierendem Wettbewerb）是一項必要條件，蓋僅有在有效競爭的市場中，個人對於眾多相互競爭的市場對造，才會具有交易的選擇可能性，以滿足個人需求、實現自我決定。

但若市場被獨占事業所壟斷時，則個人的需求滿足將被獨占者所支配，而有被榨取（Ausbeutung）之可能，為避免個人因不利的市場地位而在交涉過程被獨占事業所主宰，致為不利之意思決定，故禁止事業拒絕締約，以避免市場力量的濫用。

另外，若獨占事業提供的商品或服務，事涉其他事業進入市場所必須者，則

<sup>75</sup>參考：王澤鑑，債編總論（1），1989年11月，頁72-75。

<sup>76</sup>參考：楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，2009年，頁61。

該商品或服務的接取，將重大影響下游市場競爭時，為避免下游市場競爭受到阻礙 (Behinderung)，對事業拒絕交易之行為加以禁止，將有助於市場機能的調節。

### 第三目 強制締約之種類

強制締約制度又可分為直接強制締約與間接強制締約兩者<sup>77</sup>，以下簡介之：

#### 一、 直接強制締約

法律對強制締約設有明文規定者，學說上稱為直接強制締約 (Unmittelbare Kontrahierungszwang)，其主要情形有三：

(一) 公用事業之締約義務：郵政、電信、電業、自來水、鐵公路等事業，非有正當理由，不得拒絕客戶或用戶供用之請求 (參閱郵政法第 19 條<sup>78</sup>、電信法第 15 條<sup>79</sup>、電業法第 57 條<sup>80</sup>、自來水法第 61 條<sup>81</sup>、鐵路法第 48 條<sup>82</sup>、公路法第 50 條<sup>83</sup>)。上開事業居於獨占之一般人民事實上依賴此等民生需要之供應，欠缺真正締約自由之基礎，故法律特別明訂其負有締約之義務。

(二) 醫療契約之締結：醫師、獸醫師、藥師、助產士非有正當理由，不得拒絕診療、檢驗或處方之調劑 (參閱醫師法第 21 條<sup>84</sup>、獸醫師法第 11 條<sup>85</sup>、藥師法第 12 條<sup>86</sup>、助產士法第 22 條<sup>87</sup>)。法律所以設此規定，乃基於對生命健康之重視。至

<sup>77</sup> 參考：王澤鑑，債編總論 (1)，1989 年 11 月，頁 73-74。

<sup>78</sup> 郵政法第 19 條：「中華郵政公司非依法規，不得拒絕郵件之接受及遞送。但禁寄物品或郵件規格不符中華郵政公司公告者，不在此限。」

<sup>79</sup> 電信法第 15 條：「第一類電信事業有下列情形之一者，應先經交通部核准：一、暫停或終止其全部或一部之營業者。二、讓與全部或主要部分之營業或財產。三、第一類電信事業間相互投資或合併。」

<sup>80</sup> 電業法第 57 條：「電業在其營業區域內，對於請求供電者，非有正當理由，不得拒絕。」

<sup>81</sup> 自來水法第 61 條：「自來水事業在其供水區域內，對於請求供水者，非有正當理由，不得拒絕。前項請求供水者，對拒絕供水如有異議，得申請主管機關核定之。」

<sup>82</sup> 鐵路法第 48 條：「物品依其性質對於人或財產有致損害之虞者，除鐵路機構已公告辦理運送者外，得拒絕運送。前項運送物，因申報不符，致鐵路機構蒙受損害，託運人應負損害賠償之責。」

<sup>83</sup> 公路法第 50 條：「依物品之性質，有危害他人身體或財產之虞者，汽車運輸業得拒絕運送。前項運送物，因申報不實，致汽車運輸業蒙受損害者，託運人應負損害賠償責任。」

<sup>84</sup> 醫師法第 21 條：「醫師對於危急之病人，應即依其專業能力予以救治或採取必要措施，不得無故拖延。」

<sup>85</sup> 獸醫師法第 11 條：「執業之獸醫師如無正當理由，不得拒絕診斷、治療及檢驗，並不得拒絕填診斷書及檢驗證明書。」

<sup>86</sup> 藥師法第 12 條：「藥師執行調劑業務，非有正當理由，不得拒絕為調劑。藥局標示為日夜調劑者，其藥師應日夜為之。」

於律師或會計師，則無強制締約之明文。

(三) 耕地三七五減租條例第 20 條規定：「耕地租約於租期屆滿時，除出租人依本條例收回自耕外，如承租人願繼續承租者，應續訂租約。」此為保護經濟上弱者之締約強制。

## 二、 間接強制締約

間接強制則係非由法律直接規定，卻尚有締約義務存在者。其法律基礎為何，有認係總體類推適用現行法關於郵、電、自來水等特別規定，而建立一般法律原則<sup>88</sup>。認為凡居於事實上獨占地位而供應重要民生必需品者，負有以合理條件與用戶訂立契約之義務。或認由民法第 184 條第 1 項後段亦可導出強制締約義務，即拒絕訂定契約，係出於故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者，應負損害賠償責任，故相對人得請求訂立契約，以回復原狀<sup>89</sup>。

### 第二款 勞雇關係與定型化契約

民法規範本身乃刻意抽離社會階級、族群、或任何在利益上共同的團體，而以中性的交易「角色」為其規範對象，民法中並不區分「企業」、「勞工」或「消費者」，債編契約的規定是就「出賣人」與「買受人」，「貸與人」與「借用人」或「僱用人」與「受僱人」間，建立合理的權利義務關係。<sup>90</sup>然而近年來因資本主義蓬勃發展，近代契約由於與自由所有權結合之結果，步步擴張其機能，以致馴逸出其原來之使命，而轉化為支配他人之手段，發生許多違反正義之現象<sup>91</sup>。在此情況下，一般均認為於雙方當事人地位不對等之情形下，如：勞雇關係及企業與消費者間，兩者間並不存在傳統民法所設定的自由及對等之關係。反而是存在著社會、經濟上的強者支配從屬之弱者的關係<sup>92</sup>，故自應對私法自治作出限制。蓋私法

<sup>87</sup>助產士法第 22 條：「助產士不得無故拒絕或遲延接生。」

<sup>88</sup>Larenz, AT.S. 43f.轉引自：王澤鑑，債編總論（1），1989 年 11 月，頁 74。

<sup>89</sup>此為德國之通說，參閱 RGZ 48, 127; 133,392; Palandt-Heinrichs, 1b zu Einführung vor §145. 參考自：王澤鑑，債編總論（1），1989 年 11 月版，頁 74，註 4。

<sup>90</sup>參考：蘇永欽，走入新世紀的私法自治，2002 年 5 月版，頁 15。

<sup>91</sup>參考：楊崇森，私法自治制度之流弊及其修正（上），政大法學評論，1970 年 12 月，頁 18。

<sup>92</sup>參考：李仁淼，人權的私人間效力，月旦法學教室第 39 期，2006 年，頁 8。

自治以當事人間的經濟均衡作基礎，如果缺乏了此種經濟均衡，可能形成不公平的情況<sup>93</sup>。如學者所強調者：自由須以平等為前提，雙方當事人地位懸殊，一方屈服於他方意志之下，即無公平正義之可言<sup>94</sup>。弱勢的一方對於締約的內容常常沒有參與決定的可能，法律為了保護經濟上的弱者，有時必須限制私法自治的形成權，干預契約內容的自由。<sup>95</sup>

在勞雇關係中，勞工與雇主相比，多處於劣勢狀態，在通常情形下雇主及勞工所擁有之資源極不平衡，財大勢大之雇主得以其優勢之資源、經驗片面決定受雇者之勞動條件，勞工多不具有商議能力，而僅有接受或拒絕工作機會之自由，因此有保護之必要<sup>96</sup>；對於為保護弱勢當事人而限縮契約自由的適用範圍，德國學說上稱此為「契約控制」(Vertragskontrolle)，並發展出多種學說相應。<sup>97</sup>依照我國勞動基準法第1條之規定，勞基法之規範目的，亦在於「為規定勞動條件最低標準，保障勞工權益」且明訂「雇主與勞工所訂勞動條件，不得低於本法所定之最低標準。」，換言之，在勞雇雙方經濟、社會地位及締約能力顯不相當之狀況下，若仍不對私法自治作出限制，則所謂契約「自由」將被濫用，而侵蝕契約正義。

而除勞雇關係之外，另一常被提及對契約自由作出限制者，乃定型化契約，所謂定型化契約條款，依消費者保護法第2條之規定乃「指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款。」，契約之定型化對於大量交易之社會可減少交易成本，然而，契約經營者於訂立契約條款時，往往利用其較強勢之地位制訂對自己較為有利之條款，甚至將應由其承擔之風險均轉換至消費者，而一般消費者亦無能力變動該不合理之條款，使契約自由成為強

<sup>93</sup>黃立，民法總則，2005年9月，頁186。

<sup>94</sup>王澤鑑，債編總論(1)，1989年11月版，頁14。

<sup>95</sup>黃立，民法總則，2005年9月，頁186。

<sup>96</sup>參考：王松柏，勞動契約，著於：台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，2009年9月，頁50-51。

<sup>97</sup>參考：林更盛，論契約控制—從 Rawls 的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，2009年3月，頁28-39。



者壓榨弱勢之手段，自為法律所不容，故民法及消費者保護法均對此作出相關之規範。如民法第 247-1 條「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」以及消費者保護法第 12 條規定「I 定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效。II 定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者。」除指出特定情形將使條款無效外，並以「顯失公平」及「誠信原則」此種不確定法律概念為抽象規範。目的皆在於使法院得於各個個案中作出適當之衡量及判斷。

值得注意者為，德國聯邦法院認為單單契約當事人欠缺平等性不能作為定型化契約條款無效之理由。必須當契約另外「對於一方有不平常的負擔，且於利益衡量明顯不適當時」，內容控制的義務才產生。亦即當關於契約當事人的不對等也涉及一個契約內容的不衡平時才須介入控制。聯邦憲法法院按照§138 Abs. 2 BGB<sup>98</sup>的架構，同樣的，也只有在利用債務人較弱地位而為一個明顯不相稱的給付和對待給付，才會阻礙其效力<sup>99</sup>。此種見解實值贊同，蓋並非所有在雙方不對等地位下所締結之契約均係不公平，仍應視其實際所訂立之條款內容判斷之，不得因為當事人地位不平等即當然推斷條款無效。然此於我國條文規範之下應較無問題，

---

<sup>98</sup>BGB § 138(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen.

<sup>99</sup>Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht : zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungswegen, 2004, S.75.

蓋觀我國民法第 247-1 條「…為左列各款之約定，按其情形顯失公平者…」及消費者保護法第 12 條第 1 項「定型化契約中之條款違反誠信原則…」及同條第 2 項「定型化契約中之條款有下列情形之一者…」可知，條款是否無效之重點仍在於當事人間所訂定之條款內容是否有顯失公平或違反誠信原則之情形，而非當事人地位是否相當。

### 第三款 法律行為之界限

學者謂法律行為旨在實現私法自治<sup>100</sup>，然為維護公共利益及當事人利益，民法對於私法自治下的法律行為仍有一定之界限，如民法第 71 條「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」、第 72 條「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」、第 74 條「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。前項聲請，應於法律行為後一年內為之。」及第 148 條「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」之規定，其中第 72 條「公序良俗」及第 148 條「權利濫用及誠信原則」之規定又係以較抽象概括之不確定法律概念規範，以因應各種不同案例。

### 第五項 比例原則作為私法自治之界限？

本文欲探討者，乃除了上述談及私法自治之界限時，均會談及之契約強制、相關民法規範、勞雇關係及企業與消費者間之定型化契約外，私法自治是否仍存在其他界限？而於本文探討之主題下，可將問題簡化為：**比例原則是否亦為私法自治之界限？**

對此問題，學者 Medicus 認為因私法自治亦為憲法所保障，而在私法自治下所發生的基本權利乃已經參與者所同意，故在此範圍內由第三人介入控制之檢驗

---

<sup>100</sup>王澤鑑，民法總則，2009 年版，頁 271。

標準自應減弱。但其亦認為，若雙方當事人中有一方之地位明顯較為強勢時，該較強勢者對於該契約約定可為「事實上單方規定」，在此地位不平等之情況下，契約正義將無法發揮，故此時例外的應縮減私法自治的範圍，即較有比例原則介入之空間。<sup>101</sup>換言之，Medicus 認為於雙方當事人地位不相等時，基於契約正義之保護，應例外縮減私法自治的空間；而於雙方當事人無地位不平等情形時，因為已經當事人自身之同意，故應減弱檢驗之標準。

本文贊同上述學者見解，私法自治之本質在於雙方當事人間得自由安排其間之法律關係，撇開當事人雙方地位不對等之情形<sup>102</sup>不談，於完全之契約自由之下，其法律關係主體乃完全不同於公法關係中國家高權與一般人民之關係，而係為雙方當事人基於其意思自由--在雙方當事人地位平等、並無各種如：不具行為能力、強暴脅迫之意思不自由、輕率急迫無經驗使之無法作出正確決定、或一方有獨占性地位之情形下--「合意」所作出之決定，縱有任何對其權利之限制甚至「侵害」，皆係當事人基於自主決定所放棄的，此即所以由私法自治原則，衍生出所謂契約信守原則，即一旦契約經意思合致而成立時，兩造當事人即受契約之拘束，是為契約之拘束力<sup>103</sup>或稱為當事人意思之強制力（La force obligatoire de la volonté）<sup>104</sup>。既是如此，是否仍容許當事人事後任意主張該約定之利益分配不符合比例原則，請求第三人介入變更原約定則有疑問。更何況現行民法基本上採取主觀等值原則，即當事人主觀上願以此給付換取對待給付，即為已足，客觀上是否相當，在所不問。法院不能扮演「監護」之角色，以自己之價值判斷，變更契約的內容<sup>105</sup>。亦即，縱然社會上所有「理智」之人均認為雙方當事人所為之決定不「理智」，亦需尊重

<sup>101</sup>參考：Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192(1992), S. 61-62.

<sup>102</sup>此種情形即如上述之「勞雇關係」或「企業與消費者間之關係」，大多無爭議的認為應對私法自治作出限制，以避免所謂的契約「自由」遭到濫用，甚至有認為自由自治之基礎在於雙方經濟實力對等，而於雙方關係顯不相當時，強勢當事人之地位即有如國家高權一般，自應對其作出限制。

<sup>103</sup>王澤鑑，債編總論（1），1989年版，頁159。

<sup>104</sup>Christian LARROUMET, Droit civil—Les obligations, Le contrat 1re partie, Economica, Août 2007, n° 116, p. 96.轉引自：曾品傑，論消費者契約之無條件解除權，政大法學評論第123期，2011年10月，頁66。

<sup>105</sup>王澤鑑，債法原理（一）--基本理論債之發生，2005年版，頁82。

其所為之決定而無介入、批判之空間。然而比例原則實際上便是由一個「客觀」之第三人（法院）介入衡量當事人間之利益分配，判定其「合理」或「不合理」，此與民法上「主觀等值原則」似乎即有本質上之矛盾。

是故，本文認為於雙方當事人基於完全之自由意志所為的約定，基於私法自治原則及其所衍生之主觀等值原則、契約嚴守原則，應減弱比例原則審查之標準，原則上不應容許第三人輕易介入變更當事人間之約定，亦不應容許當事人事後任意因反悔而主張該約定不符比例原則。

### 第三節 權利行使之界限

除上述關於私法自治及契約自由原則下，法律關係之形成時是否仍應有所限制之討論外，於「已經確認當事人擁有法律上權利」之情形，權利人行使其權利是否仍應有所限制，若肯定其應受限制，其理由為何？此外，各種權利之中，形成權可經由單方行使而變更法律關係之特性，又與前述私法自治強調雙方合意之情形及其他權利性質較為不同，故有論者特別討論此一部份，本文亦一併探討之。

#### 第一項 一般權利行使之界限

學者認為：權利係法律所賦予享受利益之力，具有一定的社會功能，而為社會秩序的一部份。在一個基於私法自治原則所組成的市民社會及肯定個人自由的市場經濟體制，蘊含於權利的個人自主決定固然居於核心的地位。惟權利與自主決定非自己所獨有，他人亦享有之，不能只知有己，不知有人，違反彼此尊重的法律倫理原則。因此，為保障個人得共存共榮、和諧的社會生活，權利的行使需受限制，乃屬當然。凡權利皆應受限制，無不受限制的權利<sup>106</sup>。基此，一般均認為權利之行使有其界限，應無疑問。

權利行使之界限存在何處，就此主要有外部說（或謂：形式說、客觀說）及內部說（或謂：實質說、主觀說）兩種學說之對立<sup>107</sup>。肇致兩種學說對立的原因，

<sup>106</sup>王澤鑑，民法總則，2009年6月版，頁589。

<sup>107</sup>黃越欽，權利濫用與惡意抗辯權，政大法學評論第7期，1972年12月，頁104-105；吳家慶，

係學者對「權利之本質」的認定不同，而就權利行使之界限產生歧異的見解。就此見解之對立，在法國法上有「形式說」(critique de forme)與「實質說」(critique de fond)的對立；而在德國法上也有所謂「外部說」(Außentheorie)與「內部說」(Innentheorie)兩種主張，以下分別簡述之。

### 第一款 外部說（客觀說）<sup>108</sup>

外部說又可稱為客觀說，客觀說認為：權利行使之限制是來自外界，通常是根據實體法來確定其界限，誠信原則即可說是此種界限之具體規定，這種界限對權利內容固然沒有什麼影響，但在特定情形下，卻可以從外界對權利人權利之行使加以限制。換言之，權利仍繼續存在，只不過由於外在的限制，使權利不能被行使而已。

客觀說的論據大體如下：任何權利之行使，縱然於法律上未作具體限制之情形下，亦應受更高的規範拘束，諸如公序良俗、誠信原則、社會功能等原則，而權利濫用之行為雖未逾越權利之內容或法律之規定本身，但卻違背了最高的法律規範，所以對權利濫用加以禁止並非因為其逾越權利內容而加以行使的結果，乃是因為權利行使之結果侵害了存在於權利之外的另一個法律規範，因而其權利之行使成為不被容許的違法行為。不過，此種不被容許的權利行使，卻可能在該對權利行使加以限制的法律或高於法律的規範不存在時，使其權利的行使恢復為不受限制之狀態。

客觀說主張權利之內容並不具有相對性，而是絕對確定的，非僅權利之內容確定，其界限也是確定的，而其所以不能加以行使之原因，乃是因為抵觸其他的法律規範。此種主張固然具有明確而能維持法律安定性之優點，但是客觀說一方面認為法規範賦予其不受限制的性質，另一方面又對於權利之行使加以外部的限制，此乃具理論上之矛盾，蓋「權利本身之外的限制」之假設，在邏輯上是說不

---

論民法上之形成權，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年，頁68-71。

<sup>108</sup>黃越欽，權利濫用與惡意抗辯權，政大法學評論第7期，1972年12月，頁104-105；吳家慶，論民法上之形成權，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年，頁68-71。

通的，不但違背思考原則，而且自相矛盾，蓋法律若承認其為一項權利而得以不受限制地存在，即不能對其行使再加以限制。因此，一項權利若果真是權利時，其行使即不可能違法。

## 第二款 內部說（主觀說）<sup>109</sup>

內部說又稱為主觀說，不同於外部說，此說認為權利行使之禁止係來自該權利本身，因為權利本身設有界限，權利的可行使性（Ausübbarkeit）已包含在該權利的內容之中，所以對權利可行使性之限制，同時即是對權利本身的限制；反之亦然，權利的內容不是由權利的本旨加以限制，就是由誠信原則、公序良俗等共同原則加以限制，法律不可一面對某項權利毫無限制地保護，但同時卻禁止該項權利之行使，此種內在的自我限制是不可逾越的，一旦逾越此界限而行使權利，其行使便不再是權利之行使，而變成不法行為，換言之，此時即成為一個權利濫用的行為<sup>110</sup>。

無論內部說或外部說，均肯認權利之行使應受到如誠信原則或公序良俗等原則之限制，應無疑問，而究竟應以何說為當，似應就「權利」發展之歷程及其本身之性質與內涵為深入之探討始得判斷，此非本文欲討論之範圍，故於此不為論斷。

## 第二項 形成權之特別限制？

除一般權利均有其界限之外，形成權因其行使之特性較為特別，故有學者將其特別提出討論，以下便就形成權之意義、特性及學者認為其是否應以比例原則作為形成權之限制為討論。

### 第一款 形成權之意義

<sup>109</sup>黃越欽，權利濫用與惡意抗辯權，政大法學評論第7期，1972年12月，頁104-105；吳家慶，論民法上之形成權，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年，頁68-71。

<sup>110</sup>參考：Enneccerus-Nipperdy, Allg. T. S. 1441f.; Soergel-Mormann, Kommentar zum BGB., Bem. 12 vor§226. 轉引自：吳家慶，論民法上之形成權，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年，頁70。

有謂：形成權者，依權利者一方之行為，得使權利發生、變更、消滅或生其他法律上效果之權利也。非如支配權。權利人只得為特定之行為。乃依特定之行為。更使其發生法律上特定之效果也。<sup>111</sup>亦有將形成權定義為：權利人以單方之意思表示，無待乎他人之協力，使原有法律關係發生變更之權限。形成權既不發生支配關係，也不產生債權，只給予權利人一個機會，使法律關係發生，變更或消滅。<sup>112</sup>或簡言之：形成者依自己之行為，使自己或與人共同之法律關係發生變動之權利也。<sup>113</sup>、<sup>114</sup>

上述各種見解，皆說明了形成權「單方」、「無待乎他人協力」即得以變更「雙方法律關係」之特性。

## 第二款 形成權作為權利作用體系的一環

形成權的本質，普遍認其為權利的作用，經由（裁判外或裁判上）意思表示，即可導致法效果的產生。除非在驚慌失措的特別情況，需依賴某人外，通常僅以單純的意思活動行使即可，無須他人的協力參與。就此，形成權與其他權利相反的是，透過他人來侵害形成權，為概念上所不可能。<sup>115</sup>

明顯地，形成權係一學理名詞而非法典名詞。民法及其他相關法律，尚無「形成權」或「形成」一類之用語。而形成權發生作用之結果，權利義務發生得喪變更等變動現象，故學理上或稱變動權。惟變動權亦係學理名詞，法典上並未見之。因此，何者為形成權，須分別就法典所規定之權利，檢視其性質而定。法律上關於權利之性質，具有形成作用者，係分別依其作用之不同而賦予不同之名稱，非若債權本質上為請求權，於民法第一百九十九條已作一般性、綜合性之規定。在

<sup>111</sup>史尚寬，民法總則釋義，1973年8月版，頁37。

<sup>112</sup>黃立，民法總則，2005年9月版，頁68。

<sup>113</sup>鄭玉波，民法總則，2008年9月版，頁58。

<sup>114</sup>類似解說：Rüthers/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Auf. 2009, 2. Kapitel § 5 Rn. 8 (S. 55). 曾品傑，論形成權之行使—兩則最高法院民事判決評釋，東海大學法學研究第21期，頁101-102。

<sup>115</sup>參閱：Peter Bydliński, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986, S. 6; Vgl. auch Bötticher, Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht, Dölle-FS I(1963) 42ff; 吳家慶，論民法上之形成權，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年，頁23。

此角度上，則形成權云者，意義上係指各種不同名稱之形成權的集合名詞，非謂法律上有單一概念之形成權。因此，形成權理論之發現，使僅須單方意思表示即可發生得喪變更之法律現象獲得類型化的彌補，同時成為權利作用之一環。<sup>116</sup>

### 第三款 形成權之特性

而如學者所言，既然民法上之撤銷權、解除權、選擇權等形成權，乃以一方之意思表示即可使法律關係逕行發生變更或消滅之權利。從權利所可發生之效力而論，形成權乃私法上之利器，威脅法律關係之穩定。<sup>117</sup>又，無論其為法定之形成權或合意之形成權，其可依一方當事人之意思變更雙方之法律關係，完全無須經由他方同意或協力，此與一般契約關係中乃強調雙方當事人「意思合致」似乎有所不同，此種權利行使方式，一來或許並非在一般人締約時所衡量之範圍內，二來其更容易遭一方濫用而對他方造成權利侵害。此即為何法律經常對形成權之相對人作出保護，如：德國終止保護法（Kündigungsschutzgesetz, KSchG）第一條規定，雇主對於勞動關係（Arbeitsverhältnis）為一般終止（ordentliche Kündigung）者，需具備社會正當性（soziale Rechtfertigung）<sup>118</sup>。例如：勞工欠缺身心的合適性（如久病未癒）、外勞失去工作許可、勞工違反契約或工作規則或犯與工作有關之犯罪（如公司內偷竊）、業務減縮等，否則，終止無效<sup>119</sup>。另外，我國民法及土地法為顧及耕地承租人之保護，於民法第 458 條、第 459 條及土地法第 114 條均規定<sup>120</sup>，出租人欲終止耕地租賃者，需具備法定原因。此外，觀察法

<sup>116</sup>吳家慶，論民法上之形成權，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997 年，頁 24。

<sup>117</sup>曾世雄，民法總則之現在與未來，1993 年 6 月版，頁 62。

<sup>118</sup>Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl., 2007, Rn. 473；楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，2009 年，頁 56。

<sup>119</sup>我國勞基法第 11 條：「非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。」

<sup>120</sup>民法第 458 條：「耕作地租賃於租期屆滿前，有左列情形之一時，出租人得終止契約：一、承租人死亡而無繼承人或繼承人無耕作能力者。二、承租人非因不可抗力不為耕作繼續一年以上者。三、



院判決亦可發現，法院經常於形成權人行使其權利時（如終止權、解除權），以誠信原則、是否權利濫用，甚至比例原則衡量雙方利益，以決定該權利人是否得以有效行使形成權<sup>121</sup>。

基於形成權此種多僅憑一方之意思表示即可變動雙方關係之特性，其與一般私法自治強調雙方意思合致及當事人共同創造、變動契約約定有其不同之處，故有學者即另外討論：形成權之行使是否應受比例原則之限制？本文亦對此特別提出討論。

#### 第四款 比例原則作為形成權之界限？

除了上述任何權利行使時均應有之界限外，對於一方無須經他方同意即可變動雙方關係之形成權，是否應受更多之限制？在本文脈絡下，爭點即為：比例原則是否亦為形成權行使之界限？關於此問題，林更盛教授認為<sup>122</sup>：按法律之作用，在於當事人互相衝突的利益中，作一適當判斷、求一合理解決。在私法關係上，若當事人一方得單獨地決定、而其所為之決定的結果將影響他方權益者，則其權限自應有一妥當界限，不應逾越其實現正當利益所必要的範圍，如此方能在當事人間之利害關係上維持一適當的平衡<sup>123</sup>。準此，承認以廣義比例原則作為一種一般

---

承租人將耕作地全部或一部轉租於他人者。四、租金積欠達兩年之總額者。五、耕作地依法編定或變更為非耕作地使用者。」

民法第 459 條：「未定期限之耕作地租賃，出租人除收回自耕外，僅於有前條各款之情形或承租人違反第四百三十二條或第四百六十二條第二項之規定時，得終止契約。」

土地法第 114 條：「依不定期限租用耕地之契約，僅得於有左列情形之一時終止之。一、承租人死亡而無繼承人時。二、承租人放棄其耕作權利時。三、出租人收回自耕時。四、耕地依法變更其使用時。五、違反民法第四百三十二條及第四百六十二條第二項之規定時。六、違反第一百零八條之規定時。七、地租積欠達二年之總額時。」

<sup>121</sup>請參考本文第四章、第五章。

<sup>122</sup>林更盛，勞動法案例研究（一），2002 年版，頁 263。

<sup>123</sup>Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, S. 274ff; Auffermann, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 1975, S. 6; Kunz, Das Allgemeine Übertreibungsverbot im Bürgerlichen Recht und seine Auswirkungen auf das "überbetriebene Anlocken" im Wettbewerbsrecht, 1980, S. 35; Holly, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ultima-ratio Prinzip im arbeitvertraglichen Kündigungsrecht, 1989, S. 64, 105 f; ähnlich, Staudinger/J. Schmidt, 12. Aufl., §242 BGB RdNr 683. 轉引自：林更盛，勞動法案例研究（一），2002 年版，頁 263。

的法益權衡的標準之一，使之不僅對國家與人民間的關係（尤其在關乎人民的基本權利受到侵害時）有其適用之餘地；在人民與人民間的法律關係，基本上亦有其效力，應屬妥當。亦即若當事人之一方行使其原所擁有之權利，已明顯地偏離法律規定原先所預期之利益狀態、逾越法律所賦予該權利之目的時，法律即應否定該權利之行使。

論者 Hans Hanau 則區分為兩種情形討論之：

一、於當事人「約定形成權」之情形，當形成權人有形成對象的足夠授權時，實行這些權利是私法自治的。藉由參與者基於私法自治所為的充分自我拘束，將正當化形成權得以行使之範圍。此時他人形成（Fremd-Gestaltung）不會對形成對象造成侵害。同時，這個透過形成權實行欲達成的請求，基於同樣的理由對債務人而言不會是法律上的負擔。蓋該形成權之實行及若債務人不履行時，他方得藉助國家權力強制實現，這些均是債務人事前自己放棄的。<sup>124</sup>

二、另一方面，於法律授權形成權（法定形成權）之情形，對於形成相對人可能造成的自由侵害，學者認為應決定的是自由放棄的範圍。此時特別困難的是，當事人於締約當時所為的契約授權不是涉及明確的「形成」情形，而是未來的形成授權，尤其在繼續性債之關係，未來的授權情形——債務人或契約當事人未來有什麼義務——在締約當時是不可預見的，例如勞務契約中的雇主指示權。其範圍同時也欠缺未來形成要求的可預見性。亦即，權利變動或撤銷形成在授權當時常是不可預見的：「何時」及「在什麼明確情形下」該形成將出現。在這些情形下於當初締約時也沒有經過形成對象的明確同意，而僅是根據一個抽象的授權。因此「規範內容與參與者意志間的關連是鬆動的。按實際情況參與者對於該界限的掌握可能好一點或差一點，在形成對象受拘束的決定內，不是每個情況其意志和相關規範都是一致的。」。契約的拘束意志在這些情況似乎是被「修剪」的，國家對私

---

<sup>124</sup>參考：Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht : zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungswegen, 2004, S.19.

人形成的認可包含了潛在的過度（規範）。<sup>125</sup>由是可知，該論者認為：於法定形成權之情形，當事人雖於締約時對契約內容達成合意，並於該同意程度範圍內放棄其自身相關權利，然而對於未來何時、在什麼明確情形之下可能發生形成情形，如撤銷或解除契約、雇主片面的勞動指示權等，實際上並非該形成相對人締約當時所能預見的，此時便可能對該形成相對人造成侵害。

故其認為於此種情形首先必須確定形成相對人同意自我拘束的邊界。授權的邊界也是形成權所有人私法自治形成權的界限（因為他是基於形成相對人設置的）。<sup>126</sup>而當證實了形成權非與契約的授權一致，而為一種侵害時，這個「他治的」形成權僅有在合理化其侵害時始為有效。即其雖係依法律規定而生之形成權，然該法律的授權仍要在基本權保護的自由範圍內找到合理化基礎。<sup>127</sup>

因此，Hans Hanau 主張，形成權人的形成利益和形成相對人的存續利益儘管有契約的同意，仍須在兩種情形權衡：一者為在不夠明確的自我拘束時；法律的形成要求在此有「潛在」過度可能<sup>128</sup>。在契約締結時抽象給予的授權必須被具體化，在他人形成權下的承受界限要是可辨認的。另一者為，在「確定」過度的形成要求情況，已經確定的侵害必須有合理化基礎。應討論者為，「是否」及「在何範圍」此種非基於個人，而是單純基於法律授權賦予私人形成權者，可被給予「特權<sup>129</sup>」，此時應該要討論的即是個案中誰的利益應優先為判斷。<sup>130</sup>而權衡這些相互利益衝突之情形，以及其優先關係，乃透過比例原則得到。<sup>131</sup>

本文肯認形成權基於其單方行使即可變動雙方關係之特性應受特別之限制，並認為上述區分意定形成權及法定形成權而為不同處理實值贊同。於意定形成權之情形，當事人可明確預見該形成權之發生情形及其內容，並於利益衡量後選擇

---

<sup>125</sup>參考：Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht : zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungswegen, 2004, S.78-79.

<sup>126</sup>同前註, S.83.

<sup>127</sup>同註 125, S.84.

<sup>128</sup>指某些形成權行使時可能造成他方當事人無法預見之情形。

<sup>129</sup>所謂「特權」,指法律給予其一種不須經他方同意即可對他方作出某程度侵害的權利(即形成權)。

<sup>130</sup>同註 125, S.92.

<sup>131</sup>參考註 125, S.139.

是否放棄自身權利，於此種情形，與上述私法自治之情形並無不同，為當事人完全意思自由下為利益衡量後所為之決定，此時無特別保護之必要，亦無由法院介入審查調整之空間。反之，於法定形成權之情形，當事人實際上對於該形成情形並無預見，亦非締約時所考量、放棄之範圍，應有保護之必要；再者，法定形成權僅能作出抽象規範，無法就個案一一作出妥適規定，亦有遭形成權人濫用而對他方不公之可能，故應有比例原則之適用，衡量於個案中形成權人行使權利是否合宜。

雖上述討論僅針對形成權為之，然而本文認為其他權利如請求權、支配權是否亦應受比例原則之限制，亦可以同樣之方式思考，即該權利行使之情形是否為他方當事人所得預料、得事先衡量者，若是，則此時較無保護之必要，反之，則應受更多之控制，以達雙方實質公平之效。

### 第三項 比例原則用於民法可達成之目的

若比例原則於公法上所欲達成之目的為「節制國家權力」，則比例原則於民法中限制私人行為可達成之目的為何？

首先，學者指出，從法哲學的角度來看，合比例性思想的發展與正義理念息息相關：由於法規秩序於形成對現實生活之規範過程，無法避免地必然須運用許多抽象性規範以涵納各種各樣的生活事實，並謀求能適應個案中的關係。像這樣必然內蘊有抽象規範的法秩序，若欲主張其已充分地考慮並且實際上照顧到正義理念的話，那麼必然得肯認以像比例原則思想這樣的調節性工具的地位，以便藉以針對個案而進行微調。<sup>132</sup>雖學者所為此段論述，係為說明合比例性思想如何發展為行政法上之比例原則，然而，本文認為上述關於比例原則得達成個案正義之論述，於民法關係中應無不同，蓋民法中本亦有許多抽象法規範，其對於達成個案正義之需求，與行政法中應無不同。故透過比例原則之行使，於民法關係中亦

---

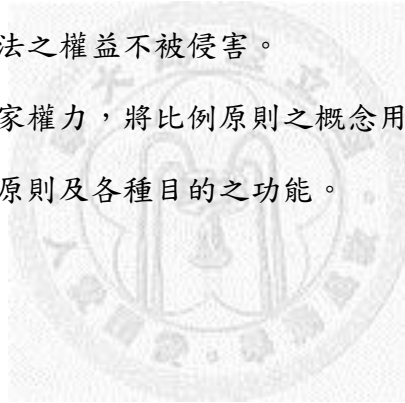
<sup>132</sup>蔡宗珍，公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心，政大法學評論第 62 期，1999 年 12 月，頁 83。

可達成追求個案正義之目的。

此外，由民法本身之基本原理原則及其所欲達成之目的觀之，其包含如<sup>133</sup>：維護人的尊嚴、契約自由、契約正義、交易安全（動的安全 dynamische Sicherheit）與靜的安全（statische Sicherheit）之調和、社會經濟效用最大化、資源合理分配、效率、保障合法權益、填補損害…等

由理論觀之，比例原則「手段可達成目的」、「最小侵害」及「利益衡量」之概念，應可促成上述大多數目的之達成<sup>134</sup>，例如：以比例原則限制法定形成權之行使，或在鄰地關係中平衡土地所有人及鄰地所有人之利益，可衡酌雙方利益而追求社會經濟效用之最大化；於債之關係中，也可透過比例原則之要求，達成資源合理分配、契約正義等目的；另於是否防衛過當、是否為權利濫用等，則可透過比例原則之判斷而保障合法之權益不被侵害。

是故，雖非為節制國家權力，將比例原則之概念用於民法仍具有追求個案正義及實現民法上基本原理原則及各種目的之功能。



---

<sup>133</sup>相關說明可參考：史尚寬，債法總論，1983年版，頁4-6；王澤鑑，民法總則，2009年版，頁36-44；曾世雄，民法總則之現在與未來，1993年版，頁6-13。

<sup>134</sup>部分如契約自由原則，因比例原則本身即為對契約自由之限制，故無法達成其目的。

## 第四章 民法實務及學說上「比例原則」之意涵

由上述之論述可知，民法學者多肯認比例原則亦得運用於民事關係中，於解釋民法上概念時，亦多有以「比例原則」補充、解說概念者；於實務上，民事裁判中不乏以「比例原則」作為論述依據者，然而，大多數民事關係中並無如公法中有「國家侵害」存在，民事法院及學者所謂之「比例原則」，其所欲表達之意義及所欲達成之目的究竟為何？實務上究竟如何操作使用「比例原則」此一概念？實務上使用此一詞彙有何特色？其與公法上固有比例原則之概念有何異同？是否有助於民法所欲追求之目的的實現？以下藉由實務及學說歸納分析之。

以「比例原則」為關鍵字搜尋法院<sup>135</sup>判決，為數不少，然而細究其內容，實多為「拘提管收」、「假扣押」、「停止執行」等關於強制執行之判決，或為「國家賠償」此種雖屬民事法院管轄，本質上卻非民事案件之判決；以及許多判決實際上僅係原告或被告主張「有違比例原則/與比例原則無違」，然而法院卻未就此點多作說明，或縱有說明亦未明白使用「比例原則」之詞。基於上述種種情形，真正屬於民法上之爭議，且法院有明白使用「比例原則」一詞者，實際上並不如想像得多，類型亦大不相同，最高法院判決更為少數，以下僅就最高法院使用「比例原則」之判決類型及其他較常被提及之類型歸納分析之。

### 第一節 回復名譽之適當處分

民法第 195 條第一項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」關於該條項後段「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」之請求在實務上為數不少，尤其請求被告登報道歉者更是不在少數。而就當事人請求對造登報道歉究竟是否有理由，法院以「比例原則」判斷衡量之者，幾乎為民事裁判

<sup>135</sup>司法院法學資料檢索系統：<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>，最後搜尋日期：2012/03/25。

中出現「比例原則」一語者之最大宗，此應與釋字第 656 號有關，故以下分別就釋字第 656 號及實務判決作討論分析。

## 第一項 實務見解<sup>136</sup>

### 第一款 釋字第 656 號

釋字 656 號針對以判決命加害人公開道歉作出合憲解釋，認為「民法第一百九十五條第一項後段規定：『其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。』所謂回復名譽之適當處分，如屬以判決命加害人公開道歉，而未涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即未違背憲法第二十三條比例原則，而不牴觸憲法對不表意自由之保障。」並於解釋理由書中表示：「…憲法第十一條保障人民之言論自由，依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不表意自由。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第六〇三號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。」

查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載

<sup>136</sup>此類判決不勝枚舉，除本文所舉數例外，尚有：台灣高等法院 97 年度重上字第 539 號、98 年度訴字第 43 號、98 年度上更(一)字第 47 號、97 年度重上字第 412 號、99 年度上字第 1161 號、95 年度上字第 565 號…等。

澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違…」。

本文重點在於比例原則之探討，故就本解釋其他爭議不加贅述<sup>137</sup>，合先敘明。就比例原則衡量部分，首先如本號解釋所指出者，強制公開道歉本身關乎人民的不表意自由，也就是消極言論自由的保障，其旨在使人民有免於被強迫表示自己意見或看法的自由，可稱為人民的「沈默自由」或「不表態自由」<sup>138</sup>。而強制公開道歉所欲達成之目的，則係名譽權（人格權）之保障。而解釋理由書中並分別就比例原則之三個子原則作說明：就目的審查部分，大法官認為：「鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。」；就必要性審查而言，其認為：「法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身份及加害人經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。」；而於狹義比例性之判斷，其認為：「惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。」<sup>139</sup>。

<sup>137</sup>就釋字第 656 號之詳細討論，可參考：李念祖，良心的賠償還是懲罰？--論釋字第 656 號解釋的射程，法令月刊第 60 卷第 8 期，2009 年 8 月，頁 4-20；李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡/釋字第 656 號解釋，台灣法學雜誌第 127 期，2009 年 5 月，頁 221-232。

<sup>138</sup>李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡/釋字第 656 號解釋，台灣法學雜誌第 127 期，2009 年 5 月，頁 230。

<sup>139</sup>學者認為此段論述即為狹義比例性之運用，即在名譽權與不表意自由之間進行法益權衡，若為回



是故，法院於判決命加害人公開道歉時，應衡酌上述各點，尤其係必要性及狹義比例性，始得符合比例原則之要求。而此處之「比例原則」，乃對於法院為「判決」時之要求，而法院之「判決」毫無疑問為公權力之行使，故此處之比例原則應係指公法上原有意義之比例原則無疑。

## 第二款 不符合比例原則

九十六年度台上字第一六九五號乃關於侵害著作權事件中，判決登報道歉以回復被害人之名譽是否符合比例原則。法院表示「原審認為被上訴人主張上訴人設立之系爭網頁未經其同意或授權即使用系爭圖像二次，為重製及公開傳輸行為，且未載明著作權人之姓名等情，為上訴人所不爭。依著作權法第四十七條規定，依法設立之各級學校，為教育目的之必要，在合理範圍內，固得公開播送他人已公開發表之著作；上訴人之網頁重製系爭圖像雖亦為非營利之教育目的，然卻係在公眾得使用之網頁將系爭圖像『重製』其上，提供網路瀏覽、列印，為公開傳輸行為，顯已超出著作權法有關『合理範圍』之規定。堪認上訴人之行為，侵害被上訴人就系爭圖像之『重製』權及『公開傳輸』權。又上訴人明知系爭網頁所用之系爭圖像，係刊登於載明被上訴人『甲○○攝』之台灣省政府農林廳所出版之『保育類野生動物圖鑑』上，竟未依規定明示其出處及著作人之姓名或名稱，自屬侵害著作權法所保護之『著作人格權』。是以，被上訴人訴請上訴人賠償其『重製權』及『公開傳輸權』之財產損害，分別於二萬五千元、五萬元範圍內，即有理由。另審酌兩造之身分、地位、經濟能力、侵害程度，認被上訴人請求賠償因侵害其『著作人格權』所受之非財產上損害五萬元，及將原判決附件二所示之『道歉啟事』以十六號字體，登載於聯合報全國版第一版下半頁一天，以為回復其名譽之處分，亦有理由，應予准許。」。

---

復被害人之名譽而要求加害人為自我羞辱等損及人性尊嚴之行為，則所欲達到之目的（回復名譽）即與所造成之侵害（損及人性尊嚴）顯失均衡，故屬對人民不表意自由之過度限制。李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡/釋字第 656 號解釋，台灣法學雜誌第 127 期，2009 年 5 月，頁 227。

然最高法院卻認為，「系爭被上訴人擁有著作權之圖樣，係未經被上訴人之同意、授權而於系爭網頁被重製、公開傳輸，又未註明著作權人之姓名，為原審所認定之事實。則系爭侵權行為之實行，乃在網路上，得以觀覽系爭圖像或利用之人，即限於網路使用者。倘確須為回復被上訴人名譽之適當處分，其道歉啟事是否有於網路以外之報紙刊登之必要？於報紙全國版之第一版為半頁之刊登，是否合乎比例原則？亦值再為斟酌。」。

又如：台灣高等法院一〇〇年度上字第四〇號判決認為：「黃淑君張貼系爭字條之期間不長，字條所示內容亦僅系爭大樓住戶、訪客等可能見聞，一般社會大眾並不知悉，即使知悉亦未必關心此事，對陳瑪莉名譽之侵害行為情節堪稱輕微，而黃淑君上開妨害陳瑪莉名譽之行為，業經判處罪刑確定，已如前述，則陳瑪莉名譽所受損害因上開刑事確定判決及金錢賠償，客觀上即足以填補，尚無命黃淑君刊登報紙道歉，以為回復之必要。是陳瑪莉另請求黃淑君連續3日在聯合報、中國時報、自由時報第1版刊登字體24、行距42pt，如附件所示之道歉啟事，顯逾越相當性，且不符比例原則，已逾回復名譽適當處分之範圍，自屬無據。」。

此二判決中，前者法院認為侵害行為僅在網路上，並無於報紙上刊登道歉啟事之必要；後者則係認為，侵害情狀較小、知悉該侵害事實之人亦為少數，且加害人已受到刑事上處罰，故並無要求加害人登報道歉之必要。

### 第三款 符合比例原則

最高法院八十六年度台上字第五五七號關於時報周刊報導侵害被害人名譽之案件，原審認為「上訴人請求時報周刊有限公司在其出版之時報周刊封面右上角十公分乘五公分位置登載內容如附表所載之道歉啟事一期，查時報周刊之封面係經過專業之設計，本身兼具美觀作用，如於封面登載道歉啟事，顯已破壞封面之美感，並不適當。於時報周刊第一頁刊登如附表所示之道歉啟事一則，已足以回復上訴人之名譽。上訴人關此部分之請求，在此範圍內應予准許。」。

最高法院亦贊同原審見解而認為「被上訴人係在時報周刊有限公司出刊之第

八一四期時報周刊第四十九頁至五十三頁分別刊載妨害上訴人名譽之「甲○○手上握有武器」「壺中天裡的案中案」之報導文章，則原審命被上訴人在時報周刊第一頁登載面積十公分乘五公分如附表所示之道歉啟事一期，合於比例原則，並足以回復上訴人之名譽。」。

此外，台灣高等法院九十七年度上字第七三八號判決表示：「本件報導雖未見聯合報及中國時報披露，惟上訴人在95年2月21日接受台視、民視、八大等家電視台採訪部分應負過失侵權行為責任，該3台電視畫面重覆播出、影響無遠弗屆，及於全國，已如上述，則被上訴人請求上訴人在蘋果日報、中國時報及聯合報等3家有全國普及性之報紙刊登道歉啟事，以回復被上訴人名譽，應甚符合比例原則，不以本件報導當初是否在該報紙是否披露為判斷基準。」。

## 第二項 分析

關於民法第195條第一項後段「其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」之請求，法院多以「比例原則」衡量原告請求回復名譽之處分與其所受之侵害是否相當，已如上述。然而，法院究竟應衡量哪些具體事項，上述判決並未詳細說明，而似乎僅是就個案情形綜合判斷，再以「符合比例原則」或「不符合比例原則」一語，得出請求有理由或無理由之結論。

臺灣高等法院一〇〇年度上字第一〇六〇號判決對「如何判斷原告請求究竟是否具必要性」則有較詳細之說明：「請求行為人將毀損被害人名譽之緣由及行為人致歉等項刊登於新聞紙，亦屬得回復被害人名譽方式之一，但是否有採取上開方式之必要，仍應視行為人與被害人社會地位、行為人當時毀損被害人名譽所使用之對公眾傳播方法、毀損名譽內容及該毀損名譽內容之可能散播範圍而定。」

並於該案中清楚涵攝：「兩造當事人並非動靜觀瞻為國人矚目之公眾人物，而被上訴人固於臺北市○○區○○街47號1樓前公眾得見聞之路上，當日數次出言辱罵上訴人，然除當時偶然經過之民眾及鄰人目擊，及周遭鄰里居民因口耳相傳而可能聽聞外，一般社會大眾並不知悉，即使知悉亦未必關心此事，是以對上訴人名

譽之侵害行為情節堪稱輕微，況被上訴人上開妨害上訴人名譽之行為，業經刑事判決處刑確定，已如前述，則上開行止，既經刑事公開審理，並將對被上訴人判處罪刑結果公告於眾，在客觀上應足以終止上訴人名譽受損之不利益狀態，尚無命被上訴人刊登報紙道歉，以為回復之必要。是上訴人請求被上訴人於蘋果日報全國A疊4分之1版面刊登如附件所示之道歉啟事1日部分，顯逾越相當性，且不符比例原則，已逾回復名譽適當處分之範圍，自屬無據。」。

關於民法第195條回復名譽之適當處分，實務上請求權人往往主張被告應「登報道歉」，而登報之版面、大小及時間為何，雙方常有爭執，而因釋字第656號之指示，法院即多依循其意旨，以比例原則衡量該登報道歉之請求及程度是否得達到回復被害人名譽之目的（適當性）、該請求及程度是否必要（必要性），並衡量雙方當事人之利益（狹義比例性）以作決定。此種案件類型亦成為民法案件中出現「比例原則」一語之最大宗。

## 第二節 鄰地關係

### 第一項 實務見解

最高法院九十七年度台上字第九四四號判決<sup>140</sup>中，上訴人主張伊所有之土地（下稱系爭土地）係屬與公路無適宜聯絡之袋地，有通行被上訴人所有之八七、八七之二地號（下合稱八七號等土地）A部分六公尺寬土地（下稱A部分土地），以聯絡公路，卻為被上訴人所拒。故依民法第七百八十七條第一項前段、第七百八十八條之規定，請求確認伊對A部分土地有通行權存在，被上訴人對該部分土地不得毀損、設置障礙物，並應容忍伊通行及設置道路。被上訴人則主張依地籍圖所示，與系爭土地相繼連接之同段八九之四七、四八、三二、三三、三四等地號土地（下合稱八九之四七號等土地），似為早期該公路未開闢時之預留巷道，上訴人可藉該巷道通行；或借道毗鄰之同段八九之五地號土地（下稱八九之五號

<sup>140</sup>九十一年度台上字第一八四六號亦為最高法院於鄰地關係中有提及比例原則者。

土地) 通行至公路。其請求通行A部分土地，勢將影響伊就八七號等土地全筆之有效利用，損害伊之權利甚鉅，自非損害最少之通行方法。

原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。法院首先確認兩造並不爭執系爭土地為與公路無適宜聯絡之袋地。然系爭土地上早建有房屋使用，該土地及同段八八號土地本可與同段八九之四七號土地（法定空地，下稱八九之四七號土地）連結相通。又八八號土地緊臨公路，地形呈倒三角形，僅尖端部分觸及公路，屬畸零地，則系爭土地為與公路有適宜聯絡，即應選擇在八八號土地倒三角形觸及公路之尖端部分，從其兩旁或一側拓開寬六公尺之出路以與公路相通，方屬對其周圍之被上訴人所有土地所造成損害最少之處所及方法。上訴人開設建築師事務所，明知上情，仍買受系爭土地，再迴避八八號土地因素，以面積僅一二六平方公尺之系爭土地，主張通行長、寬各為約二〇公尺、六公尺，面積已逾一〇〇平方公尺之A部分土地，顯失誠信，亦不符比例原則。故不應准許其請求。

然最高法院對此認為，原審判決雖認定「系爭土地上早建有房屋使用，上訴人為系爭土地之與公路有適宜聯絡，應選擇在八八號土地倒三角形觸及公路之尖端部分，從其兩旁或一側拓開寬六公尺之出路以與公路相通，始為對其周圍之被上訴人所有土地所造成損害最少之處所及方法。」，然「該可能開拓之六公尺寬通道，究占用被告所有八七號等土地之何一部分？原告請求確認通行權存在之A部分土地若有一部分坐落於該通道範圍內，其請求是否仍為全部無理由？非無探求釐清之必要。原審未加細究，逕謂原告請求通行A部分土地有失誠信，不符比例原則，而為原告全部敗訴之判決，未免速斷。」。

臺灣高等法院九十七年度上字第九二〇號判決<sup>141</sup>中，法院於判斷當事人主張之袋地通行權有無理由時，表示：「系爭土地面積僅31平方公尺，地面上雖現存平房供顧鈞銘家人居家使用，但其性質屬畸零地，土地利用上有賴與其他相鄰土地

---

<sup>141</sup>臺灣高等法院九十三年度上易字第二二二號判決亦為袋地通行權之爭議中，法院有以「比例原則」為判斷者。

合併使用，始能充分發揮地利。而同段 280 之 2 地號面積 74 平方公尺，分割後同段 280 地號面積 66 平方公尺（見原審調解卷第 30-31 頁）同段 279 地號面積 156 平方公尺（見原審調解卷第 86 頁）。同段 279 地號、280 之 2 地號均臨系爭 116 巷道。就系爭土地相鄰之分割後同段 280 地號而言，顧鈞銘既自陷於袋地，原得依民法第 789 條第 1 項規定，主張通行原分割共有人之土地，而分割後同段 280 地號與 280 之 2 地號僅設鐵皮圍牆一道區隔（見本院勘驗筆錄附圖及原審調解卷第 56 頁照片），系爭土地與分割後同段 280 地號現該 2 土地均為顧鈞銘所有，2 者自可相連；上訴人既未能證明無法通行原分割共有人之土地，尚難謂系爭土地通行之路已絕。反之，同段 207 地號土地地形完整方正面積 1789 平方公尺，但距三民路口寬僅 11 公尺，若扣除上訴人要求 3 公尺寬通行之地，則其餘寬僅 8 公尺，此亦經本院履勘明確，有勘驗筆錄可考（見本院卷第 38 頁正、背面勘驗筆錄附圖），將不利完整方正地形之利用。且上訴人要求被上訴人提供寬 3 公尺面積 51 平方公尺之公有土地（約系爭土地面積之 2 倍）供其通行權利，亦顯然不符合比例原則及公益優先原則，自難認有容許其通行之必要。」。

台灣高等法院九十六年度上易字第二四二號關於民法第 774 條：「土地所有人經營工業及行使其他之權利，應注意防免鄰地之損害。」之爭議，法院認為：「該條立法目的在於『按土地所有人經營工業及行使其他之權利，如有利用鄰地之情形，自不應專謀自己之利益，而致鄰地有所妨害。故應注意防免鄰地之損害，以昭允協。』。其立法本旨非在強調防免損害之注意義務，而在注意公益與私益調和並判斷土地所有人行使所有權有無過當而不符合比例原則，簡言之，應判斷重點在土地所有人行使權利不得對鄰地為過度干擾。（蔡明誠教授，民法物權篇不動產所有權修正草案探討，台灣本土法學 89 期，2006.12 參照）。申言之，在本條僅要求土地所有人之注意義務範圍限於其經營事業時，須採取必要之安全措施，避免對鄰地造成過度干擾，以防止鄰地房屋或他人生命財產遭受損害，但並非涵蓋至任何與直接行使所有權行為無關之財產上之損害，而均須由被告承擔。

職是，上訴人依該條對於鄰地損害之防免義務應認不包含『防止竊賊趁機（即建興大樓）入鄰地之屋行竊乙事』，自為當然之理。否則交易成本必無限度之擴張，如此又豈是該條原來立法之本旨所在。…再探求民法第 774 條立法宗旨，旨在求公益與私益調和，不應為求公益而過度犧牲私益，被上訴人徒以民法第 774 條保護客體解釋上包括一切經濟上利益，上訴人鷹架設置，顯然有利第三人攀爬，跟由眾多住戶自行設置安全設施相較，應由上訴人為更進一步防盜措施符合社會財富最大化利用云云，而認上訴人負有之「防止竊賊趁機（即建興大樓）入鄰地之屋行竊」義務，顯然過份擴張公益目的，對上訴人所有權之行使造成過重負擔，已達比例原則，與本條之立法目的有背。」。

## 第二項 分析

相鄰關係者，乃民法為調和鄰接不動產之利用，而就其所有人間所定之權利義務關係。各相鄰或鄰接不動產所有人基於其所有權之權能對其不動產，本得自由用益或排除他人之干涉，但各所有人如僅注重自己之權利，而不顧他人權利之需求時，必將導致相互利害之衝突，不僅使不動產均不能物盡其用，更有害於社會利益、國民經濟。有鑑於此，民法遂就相鄰不動產所有權之行使為一定程度之介入與干涉，於最大可能範圍內，適切調整鄰接不動產所有人之利益狀況，以形成全民均屬有益之生活秩序。相鄰關係規定之建構基本原理有二：一是相鄰關係人間基於鄰里和睦（睦鄰）之相互關顧義務，蓋相鄰關係人就不動產用益之相互尊重，足以提高彼此不動產利用之經濟效率，為減少自己之受害就必須減少自己之有害活動。易言之，相鄰關係人間如不能相互容忍因不動產用益所生之不利作用甚或妨害，勢必亦將阻礙自己不動產之利用。準此，不動產當地慣行上利用方法所生之不利作用或妨害非重大時，相鄰關係人原則上有容忍之義務，再者，該利用方法所生之利益與相關受影響或被害之利益衡量，前者顯然較大時，亦同。此實為個人間相互利益之調整，而以誠信原則、防止所有權濫用為依歸。二是基於權利行使必須符合公益之原則，調整個人對社會或國家之利益，此自相鄰關係

規定之立法旨趣不乏涉及社會經濟之增進、公共衛生之維護、紛爭之預防觀之即明，是鄰接不動產所有人就不動產之用益，於可能範圍內應符合公共利益，亦可謂所有權社會化之具體表現。要言之，相鄰關係規定乃基於相鄰關係人間睦鄰之相互關顧義務，利用利益衡量之原理，使權利行使間相互調和，達到物盡其用，相鄰不動產共存共榮，社會與國家同享其利之終局目的。<sup>142</sup>

最高法院七十八年度台抗字第三五五號判例指出：「民法第七百八十七條第一項所定之通行權，其主要目的不僅在調和土地所有人間之利害關係，且在充分發揮袋地之經濟效用，以促進物盡其用之社會整體利益，是鄰地通行權之行使，在土地所有人方面，為其所有權之擴張，而在鄰地所有人方面，其所有權則因而受限制。」。

由鄰地關係條文中反覆出現「應擇其損害最少之處所及方法為之」，判決中「應判斷重點在土地所有人行使權利不得對鄰地為過度干擾」等語可察知，實務及學說於鄰地關係中所言之「比例原則」應包含了「最小侵害手段」，即借用公法上比例原則「必要性」之概念；亦即雖為社會經濟效益之最大化而擴張所有權人之所有權範圍、要求鄰地所有人忍受，然而所有權人仍應選擇對鄰地侵害最小之手段始為正當。

此外，民法物權中之鄰地關係，實係為衡量土地所有人利益、鄰地所有人利益及公益三者，對權利行使作適當之調整及限制，以達物盡其用、地盡其利之目的。由上述判決所謂「上訴人要求被上訴人提供寬3公尺面積51平方公尺之公有土地（約系爭土地面積之2倍）供其通行權利，亦顯然不符合比例原則及公益優先原則」、「顯然過份擴張公益目的，對上訴人所有權之行使造成過重負擔，已違比例原則」以及學者所謂「相鄰關係規定乃基於相鄰關係人間睦鄰之相互關顧義務，利用利益衡量之原理，使權利行使間相互調和」可知，鄰地關係中，所謂之「比例原則」亦係指「利益衡量」，即其相當著重狹義比例性中利益衡量之部

<sup>142</sup>參考：謝在全，民法物權論（上），2004年版，頁289-291。



份，衡量「此行為所欲達成之目的及可獲得之利益」及「此行為將造成之侵害」二者。並綜合土地所有人、鄰地所有人利益及公益判斷之。並且於法院認定其行為不符「比例原則」時，即不准許其行為。

### 第三節 正當防衛

#### 第一項 實務見解

最高法院九十六年度台上字第二三二四號判決乃牽涉是否為「防衛過當」之情形，本案中原審認為：「被上訴人於飲酒後，因曾毆打上訴人之堂弟而賠償，心有不甘，遂仗藉酒意與上訴人發生口角，並突毆上訴人之臉部一拳，致其全身仰躺在地，受有右顴骨折挫傷青腫、左前臂擦挫傷瘀青及右足跟擦傷，復欲繼續攻擊上訴人時，上訴人基於防衛自身生命、身體安全權利之意思，隨手取得地上之玻璃空酒瓶一只架擋及攻擊其臉部，致其受有右側顏面撕裂傷二處，左眼眼球破裂及左眼上眼瞼三處撕裂傷等傷害。然被上訴人攻擊上訴人時已酒醉，且係徒手攻擊，並未持有任何兇器，而依證人之證述，被上訴人毆打上訴人倒地後，已被證人拉住，行動自由已受相當之拘束，縱仍續有欲毆上訴人之動作，然其侵害之程度已明顯降低，而上訴人所戴之近視眼鏡，當時固因而掉落於地上，且案發地點之防火巷光線不佳，視力難免因此受影響，然兩人間僅有約七〇公分之距離，上訴人對於如此近距離之人體，何處為眼睛？臉部？頭部？胸部？腹部？四肢？何處為被上訴人之要害？衡諸常情應仍可辨識，上訴人不論用腳對被上訴人之雙腳、胸部、腹部，或以空玻璃酒瓶對被上訴人之四肢等處施以防衛行為，在在均足與被上訴人相抗衡而得免再遭加害，殊無以酒瓶反擊被上訴人臉部或眼睛之必要，上訴人於客觀上既能預見眼部乃人體脆弱器官，以空玻璃酒瓶刺之，將會造成視覺毀敗之結果，仍於架擋同時攻擊被上訴人眼瞼脆弱部位，可認上訴人除防衛己身權利外，另有傷害被上訴人之犯意，其防衛行為顯已逾必要之程度而有防衛過當之情事，依民法第一百四十九條但書規定，仍應負相當賠償之責，被上訴

人尚無與有過失之情形。復查，被上訴人因上述傷害而手術三次而支出醫療費用，扣除折讓金額後為二十四萬零七百十四元，雖經健保給付，然與被上訴人因侵權行為所生之損害賠償請求權，並非出於同一原因，仍得向上訴人請求賠償。又被上訴人左眼失明，依勞工保險殘廢給付標準表之規定屬殘廢等級第八級，喪失工作能力為六一·五二%，參酌被上訴人係六十六年六月六日出生，若以基本工資每月一萬五千八百四十元為標準，依霍夫曼計算法扣除中間利息後，被上訴人減少勞動能力之損失為二百四十五萬八千四百六十元。再審酌兩造均為國中畢業之教育程度，均無不動產，被上訴人原從事建築鐵工，因左眼失明，精神上所受痛苦程度，及上訴人係因防衛過當，並幫家人養殖之工作，認被上訴人得請求之精神慰撫金以一百五十萬元為適當。從而，被上訴人依侵權行為之法律關係，請求上訴人賠償四百十九萬九千一百七十四元本息，洵屬正當，應予准許。」。

然最高法院認為：「按民法第一百四十九條但書規定，防衛行為已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責，係在調和現時不法侵害與防衛行為間之衝突，使逾越正當程度之過當防衛行為，仍不能阻卻其違法性，然被動之防衛行為究與單純之不法侵害行為有間，則在過當防衛行為應負賠償責任時，如何程度始謂『相當』？非不能就行為人防衛手段之必要性，與造成侵害結果之可否避免及其損害輕重等客觀情狀，為具體之衡量，庶符比例原則之要求，若不問其情狀如何，概命過當防衛之行為人負全然之賠償之責，是否符合法條所謂仍應負『相當』賠償之責之規範意旨？即值推敲。」。

臺灣高等法院九十七年度訴字第九號判決亦謂：「…最高法院 64 年台上字第 2442 號判例闡示：『所謂正當防衛，乃對於現時不法之侵害為防衛自己或他人之權利，於不逾越必要程度範圍內所為之反擊行為。又此反擊行為，必加損害於侵害人，始生正當防衛之問題，至正當防衛是否過當，又應視具體之客觀情事，及各當事人之主觀事由定之，不能僅憑侵害人一方受害情狀為斷。』次按民法第 149 條但書規定，防衛行為已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責，係在調和現時

不法侵害與防衛行為間之衝突，使逾越正當程度之過當防衛行為，仍不能阻卻其違法性，惟過當防衛行為人應負何『相當』賠償責任，須衡量行為人防衛手段之必要性、造成侵害結果之可否避免及其損害輕重等客觀情狀，庶符比例原則之要求。」。

臺灣高等法院九十三年度訴易字第三九號判決則表示：「按『對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。』民法第一百四十九條定有明文，學說上稱為正當防衛，係權利之自力救濟，雖屬於『正對不正』，惟仍應受合理限制而有比例原則之適用，不得逾越必要程度，有多種防禦方法時，應選擇反擊較輕而相當的方法為之，否則仍應負賠償之責。」。

臺灣高等法院九十年度上易字第八〇三號判決亦謂：「縱上訴人有防衛之意，其防衛行為仍應受合理限制而有比例原則之適用，並應選擇反擊較輕而相當之方法為之，惟上訴人手戴戒指虎毆擊乙〇〇，顯已逾越必要程度，仍應負相當賠償之責。」。

## 第二項 分析

上述判決法院雖皆係以「比例原則」論述關於正當防衛之判斷，然而仔細觀之，實又可分為兩種不同之情形：

### 一、該防衛行為究竟是否過當？

臺灣高等法院九十年度上易字第八〇三號判決及臺灣高等法院九十三年度訴易字第三九號判決則係在處理何謂民法第 149 條「已逾越必要程度」之「必要」之問題，換言之，係在判斷前階段「該防衛行為究竟是否過當」之問題，法院並明白表示防衛行為「仍應受合理限制而有比例原則之適用，不得逾越必要程度，有多種防禦方法時，應選擇反擊較輕而相當的方法為之」。法院此段論述，與公法上比例原則之必要性原則中「有多種侵害手段時，應選擇侵害較小之方法為之」極為相似，或許亦是因為民法第 149 條文字即謂「必要」程度，故法院即借用必

要性原則論述之。

就此部分而言，學者謂：「正當防衛係權利的自力救濟，雖屬以『正對不正』，為仍應受合理限制而有比例原則的適用，不得逾越必要程度，有多種防禦方法時，應選擇反擊較輕而相當的方法為之，否則仍應負賠償之責。」<sup>143</sup>。通說認為正當防衛係適法行為對抗不法侵害（即正對不正），遭受侵害之法益與因防衛行為反擊受損之法益，不必相等，但二者在社會觀念上如顯失平衡，即為逾越必要之程度<sup>144</sup>。細觀法院判決，肯認個案中有正當防衛情形，而須探究是否有防衛過當情形之判決，法院多數即以比例原則衡量之。應特別注意者，乃學者認為，由於正當防衛並無以出於不得已的唯一手段為要件，故也無須考慮防衛行為所保護的法益是否優越於其所侵害的法益的法益權衡問題，而且防衛者能否以消極的逃避方式取代積極的反擊行為，亦在所不問，因為合法者無須刻意迴避違法侵害者，惟若有效而可行的緊急防衛可能性有數個同時存在時，則防衛者應考慮採行造成最低損害的緊急防衛方法，否則將涉及防衛權過當與權利濫用的問題。<sup>145</sup>

此外，雖然緊急避難於實務上案例鮮少，然因正當防衛與緊急避難均為所謂「自衛行為」，即為相似，故於此一併就緊急避難為說明。

緊急避難較諸正當防衛更涉及不同的利益的取捨及其犧牲<sup>146</sup>，緊急避難行為有無必要，應依危險情況、避難方式、對避難人及第三人所生損害，全盤觀察。一般認為，避難行為必須為捨此之外，別無其他方法可採，始為必要。又避難行為「並未逾越危險所致之損害程度」，係指避難行為加於他人的損害，必須少於或等於危險所能產生的損害，逾越此程度即為過當避難，因此在學理上稱為「法益權衡之原則」。<sup>147</sup>亦即這個避難行為必須剛好足以挽救法益或利益陷於急迫危險的必要手段。即所犧牲的他人法益或利益與所保全的法益或利益之間，已經呈現出不

<sup>143</sup>王澤鑑，民法總則，2009年6月版，頁605。

<sup>144</sup>施啟揚，民法總則，2005年版，頁379。

<sup>145</sup>參考：林山田，刑法通論，2006年版，頁314-315。刑法上與民法上之正當防衛與緊急避難理論實無不同，而於刑法學者中有較多較詳細的討論，故在此引用刑法學者之論述。

<sup>146</sup>王澤鑑，民法總則，2009年6月版，頁609。

<sup>147</sup>施啟揚，民法總則，2005年版，頁381。

可避免的利益衝突現象，兩者只能擇一存在，不是喪失所要保全的法益或利益，就是犧牲他人的法益或利益。<sup>148</sup>而同樣的，避難行為亦應具備必要性，若在具有多數有效的避難措施可供選擇的情形下，避難者自應選擇最不損害他人利益的避難方式。<sup>149</sup>

由上觀之，或許因為民法第 149 條關於正當防衛之規定：「對於現時不法之侵害，為防衛自己或他人之權利所為之行為，不負損害賠償之責。但已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責。」及第 150 條關於緊急避難之規定：「因避免自己或他人生命、身體、自由或財產上急迫之危險所為之行為，不負損害賠償之責。但以避免危險所必要，並未逾越危險所能致之損害程度者為限。」均有「必要」二字之要求，而關於此「必要之解釋」，無論是「有多種防禦方法時，應選擇反擊較輕而相當的方法為之」或「在具有多數有效的避難措施可供選擇的情形下，避難者自應選擇最不損害他人利益的避難方式。」皆與公法上比例原則中之必要性原則有異曲同工之妙，故可借用該邏輯來判斷是否為「必要」。而就正當防衛或緊急避難是否「過當」而言，顯然需衡量雙方當事人之法益輕重予以決定，故此時法院即以「狹義比例性」之概念來為「利益衡量」。於正當防衛與緊急避難之情形中，或許因為此二種行為之本質即為「侵害行為」<sup>150</sup>及「法益衝突」之情形，故法院便以「私人之侵害」直接代替公法上比例原則之「國家侵害」要件，而為民法上「比例原則」之操作。僅係於狹義比例性之衡量判斷時，考量正當防衛係「正對不正」，故應放寬必要性及狹義比例性之衡量，而不應過於嚴格的要求雙方利益之衡平。反之於緊急避難之情形中，因係屬於「正對正」之利益衝突，對於必要性及狹義比例性即有更嚴格之要求。

## 二、在過當防衛行為應負賠償責任時，如何程度始謂『相當』？

不同於第一種情形較多學者討論、亦較容易將「正當防衛」與「比例原則」

<sup>148</sup>林山田，刑法通論，2006 年版，頁 327。

<sup>149</sup>林山田，刑法通論，2006 年版，頁 327。

<sup>150</sup>以一般三階段判斷而言，該行為為「構成要件該當」，而正當防衛僅係第二階段「阻卻違法」之問題而已。

為聯想，最高法院九十六年度台上字第二三二四號判決及臺灣高等法院九十七年度訴字第九號判決處理之標的為「在過當防衛行為應負賠償責任時，如何程度始謂『相當』？」之問題，亦即，法院已經認定其行為屬於「防衛過當」，而認為在判斷應負如何之損害賠償責任時，應「就行為人防衛手段之必要性，與造成侵害結果之可否避免及其損害輕重等客觀情狀，為具體之衡量，庶符比例原則之要求」，亦始為「相當」之賠償。就此部分而言，較無學說為相關之探討。分析法院此段文字，其所謂「比例原則之要求」乃指「就行為人防衛手段之必要性，與造成侵害結果之可否避免及其損害輕重等客觀情狀，為具體之衡量」，亦即，應就前述各種狀況衡量判斷，以定賠償之金額，而若又就前述文字作歸類，其所謂「行為人防衛手段之必要性」似乎可對應至公法上比例原則中強調最小侵害手段之「必要性原則」；「造成侵害結果之可否避免」則似乎可對應至判斷得否達到避免侵害之目的「適當性原則」，「損害輕重等客觀情狀，為具體之衡量」則似乎指「狹義比例性」之利益衡量。

## 第四節 喪失勞動能力

### 第一項 實務見解

最高法院八十七年度台上字第一二三九號判決係車禍案件請求損害賠償之案件，與本論文相關之部分為最高法院對於原審所謂「林美玲（被害人）原任職省立竹東醫院護理師，受傷前每月薪津為三萬一千六百零二元，其主張每年工作所得為三十六萬元，因減少勞動能力百分之五三·八三，每年喪失勞動能力值為十九萬三千七百八十八元」提出是否符合比例原則之質疑，最高法院對此表示：「侵權行為賠償損害之請求權，以實際上受有損害為成立要件。查林美玲（被害人）係主張，伊於八十三年三月間車禍發生時為五職等公務員，每月薪俸三萬元，全年薪資所得三十六萬元，固請求每年減少勞動能力損失十九萬三千七百八十八元，三十年減縮請求二百萬元云云，惟亦自認其任職於省立竹東醫院護理師等情。倘

林美玲並未因此次受傷而遭解職或資遣，迄仍任職該醫院，其薪資並無減少，則其所指之勞動能力是否受有實際上之損害，自滋疑義。又林美玲經省立新竹醫院作傷殘等級鑑定，其右下肌肌力約減少百分之二十，為原審確定之事實，似此其喪失勞動能力程度為百分之五十三點八三，是否符比例原則，尤有疑義。」。

## 第二項 分析

本案例中最高法院所謂「林美玲經省立新竹醫院作傷殘等級鑑定，其右下肌肌力約減少百分之二十，為原審確定之事實，似此其喪失勞動能力程度為百分之五十三點八三，是否符比例原則，尤有疑義。」似乎係認為「右下肌肌力約減少百分之二十」與「喪失勞動能力程度為百分之五十三點八三」之判斷間不符比例原則。此種論述方式所欲表達之真意為何，應先探討法院如何認定喪失勞動能力之程度：

因為殘廢而喪失全部勞動能力者，如四肢俱殘、雙眼失明、植物人、全身癱瘓等，計算損害額較為單純。如僅減少勞動能力，在計算勞動能力之喪失比率時，理論上應就每個具體個案綜合檢討傷害部位的程度、被害人之職業年齡等。實務上有送請法務部調查局鑑定者，有送請醫院鑑定者，亦有由法院自行判斷，如由法院判斷，實務上多參考醫院之診斷證明書及勞工保險條例第五十三條附表所定之殘廢給付標準表及殘廢等級與勞動減損比率換算表（表一），並斟酌被害人之職業、年齡、教育程度、再教育、再就業之可能性。<sup>151</sup>

殘廢等級	勞動減損比率	殘廢等級	勞動減損比率
15	7.69%	7	69.21%
14	15.38%	6	76.9%

<sup>151</sup>參考整理自：陳洸岳，關於賠償減損勞動能力之損害的研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2005年10月，頁4；羅美棋，侵害身體、健康之損害賠償，法律漫談第23期，桃園縣議會網站；高添富，民事醫療糾紛案例研析--損害賠償的細目，98年6月17日政大法律系上課講義；陳文章，交通事故談判之研究，逢甲大學公共政策研究所碩士論文，2008年7月，頁105-106。

13	23.07%	5	84.59%
12	30.76%	4	92.28%
11	38.45%	3	100%
10	46.14%	2	100%
9	53.83%	1	100%
8	65.52%		

請醫院鑑定者如最高法院九十八年度台上字第二四六二號判決：「復經該院依其失智障礙、左側上肢無力、左側下肢無力情形為失能評估，其失能百分比為81%，足見被上訴人之勞動能力確已明顯減損，其比例應達81%；而被上訴人經長庚醫院職業醫學科門診鑑定，亦認其勞動力減損為81%，亦有該院覆函在卷可稽。」然法院似多以上述勞工保險條例第五十三條附表所定之殘廢給付標準表及殘廢等級與勞動減損比率換算表判斷之：如最高法院一〇〇年度台上字第一四一一號判決表示「被上訴人屬中度肢體障礙，被上訴人主張依車禍時勞工保險條例第五十三條附表殘廢等級第九級喪失勞動能力程度為百分之五十三點八三，應堪採取。」九十八年度台上字第七四七號判決亦謂：「依財團法人振興復健醫學中心（下稱振興復健中心）九十四年函示上訴人所受之傷害，較接近勞工保險條例第五十三條附表所定殘廢給付標準所列項目九〇之上肢三大關節中有一大關節遺存顯著障害之第十一等級殘廢，依勞工保險殘廢給付標準表所示，按上訴人主張其從事之加油站員工，屬體力勞動者為標準，依據擬定減少勞動能力程度之比例為38.45%。」。

152

然而最高法院亦經常對原審法院僅以此表換算出所謂勞動減損比率提出質疑，如：九十五年度台上字第七二一號判決：「本件原審雖認被上訴人車禍受傷情形，

<sup>152</sup>以該換算表判斷喪失勞動能力程度之判決為數甚多，如：一〇〇年度台上字第三九九號、九十八年度台上字第六七三號、九十七年度台上字第二一三四號、九十四年度台上字第一八一八號、九十四年度台上字第一五四三號、九十三年度台上字第七四九號、九十三年度台上字第四七二號、九十五年台上字第九八三號…等。



符合勞工保險殘廢給付標準表第八級之殘廢等級，惟何以認被上訴人減少勞動能力程度為百分之六一·五二，則未據說明其依據，自有不備理由之違法。」、八十六年度台上字第三二〇〇號：「依各殘廢等級喪失或減少勞動能力比率表，其喪失勞動能力程度為百分之四六·一四云云，但所謂各殘廢等級喪失或減少勞動能力比率表所指為何，是否足為認定喪失勞動能力程度之根據，不無疑義，原審未就簡進興受傷前之身體健康狀態、工作性質及其具備如何專門技術、以及受傷後對工作操作能力有如何之影響，詳為斟酌，據以判斷簡進興減少勞動能力之情形，逕認簡進興減少勞動能力達百分之四六·一四，自嫌速斷。」<sup>153</sup>

回歸八十七年度台上字第一二三九號判決可發現，判決中雖無明白指出該數據，然而原審判斷喪失勞動能力程度為「百分之五十三點八三」，對照上換算表，應係由殘廢等級「九」換算而來，但最高法院雖質疑原審所為關於喪失勞動能力程度之判斷，卻似非如上述判決乃質疑該比率表之正當性，然僅單純認為右下肌肌力約減少「百分之二十」卻認定勞動能力喪失「百分之五十三點八三」似乎不合於「比例原則」。

對最高法院此項見解，首先，因「如何認定喪失勞動能力程度為宜」並非本文探究之範圍，故對此問題並不討論。而對於最高法院於此處用「比例原則」一詞，本文認為，最高法院之真意應是認為右下肌肌力約減少百分之二十卻認定勞動能力喪失百分之五十三點八三不合「比例」，換言之，最高法院此處所言之「比例原則」實際上僅欲表達日常所言「不符比例」而已，與公法上之固有之「比例原則」概念應無關係。

## 第五節 解僱

### 第一項 實務見解

最高法院九十八年度台上字第一六九八號判決中，法院首先確認「上訴人為

<sup>153</sup>類似見解如：九十二年度台上字第一一一〇號、九十六年度台上字第二八二一號判決、八十五年度台上字第二一四〇號、八十五年度台上字第二六五二號。

農會，其信用部並未具獨立法人地位或單獨辦理事業單位登記，無勞動基準法之適用，其信用部員工與上訴人間，仍應適用民法關於僱傭契約之規定。又上訴人理事會於九十四年四月二十二日審定通過「獎懲考核辦法」，作為績效獎金及年度考績之依據，嗣於九十五年十二月十四日修正辦法第二條有關功過獎懲事項，固增列「違反農會人事管理辦法之規定者，提人評會通過後應予議處，議處應依據農會人事管理辦法第四十條第二款懲戒：申誡、記過、記大過、降級及解聘或解僱。但違反人事管理辦法第四十七條致生嚴重損害於農會者，應予解聘或解僱並追訴其法律責任」，然對何種事項應該當於何種獎懲，仍未制定其獎懲標準，全然委諸所屬人評小組會議評議，已違反農會人事管理辦法之授權。況上訴人未依該辦法第四十八條第一、四項規定制定獎懲要點，以為其對所屬員工懲戒是否適當之判斷依據，則於判斷上訴人對員工懲戒有無濫用其懲戒權，尤應考慮該項懲戒是否合於比例原則、一事不二罰原則、公平待遇原則、正當程序原則。

上訴人就被上訴人辦理綜合消費性貸款無擔保放款，其中黃玉汝等一百四十五人借款造成三千八百二十三萬四千七百八十四元呆帳部分，以違反農會人事管理辦法第四十七條第三款、第四款規定為由，所為第一次懲戒處分手段為記一大過、二小過及二申誡，而就陳清淇等三十人借款造成八百五十四萬九千零五十五元、鄭彥欣等三十人借款造成六百九十八萬一千七百二十八元，合計一千五百五十三萬零七百八十三元部分（尚不及黃玉汝等一百四十五人借款呆帳半數），卻於同一天分別以違反同一條款規定，為各記一大過，合計二大過而予解僱之懲戒處分，所為懲戒處分已有違比例原則。」。

九十五年度台上字第一四四九號中，最高法院亦廢棄原審判決而明白指出：「按民法第四百八十九條第一項規定，當事人之一方，遇有重大事由，其僱傭契約，縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之。所謂『重大事由』，係屬不確定之法律概念，應斟酌僱傭契約之性質或內涵審認之。倘其事由已喪失勞務目的之信賴，如使僱傭關係繼續，對當事人之一方，已屬不可期待，而有害於當事人之利

益，並顯失公平時，固非不得認為重大。惟查被上訴人派駐外技術團人員考核及獎懲要點第五點第(二)目已規定，駐外人員有該目所列各種情形時，應視情節輕重分別予以申誡、記過、記大過、降級、降等及解聘之處分，似寓有用比例原則衡量以符合懲戒相當性之含意。而系爭考核表總評評語所載：「對推廣農戶木瓜合作農場及專科學校輔導，平時無責任感，敷衍塞責，亦不虛心接受上級指導，性情表現暴躁，不肯與他人配合合作，不願接受團長勸導，反而出言不遜，辱罵團長」等語，並未載明具體事實，審視被上訴人指派前往當地訪查之證人李栢淳及張晞昌所為前開證述內容，亦流於籠統空泛；而上訴人於原審主張馬蔭春團長於八十六年六月三日任滿考核表載其工作認真、經驗豐富、成果顯著，且續聘之電文於八十六年九月六日到達前均無重大事由發生；另依前後二任團長分別陳報之八十六年八月及九月份之業務月報表所載工作執行進度及數量，均肯認其工作能力及表現等情，倘非虛妄，則對照此客觀事實，被上訴人人事管理委員會第三次會議以上訴人經「團長考評為不及格：經本會李副處長及張副處長赴多米尼克調查肯定評估合理」為由，而決議上訴人任期續派至八十六年十二月三十一日後解職，是否符合上開獎懲要點所定情節重大之解聘事由？攸關被上訴人得否以重大事由解聘上訴人之認定，非無進一步推求之餘地。」。

台灣高等法院一〇〇年度勞上易字第八十六號判決：「雇主對於違反規定之勞工施予懲戒，應注意相當性原則，解僱係懲戒手段中對勞工工作權最嚴重之侵害，故須符合最後手段性要求方得為之。亦即應兼顧解僱最後手段性原則，必原有工作職位已無適當工作得以安置，或雇主使用勞動基準法所賦與保護雇主之各種手段後，仍無法改善情況下，始得終止勞動契約。經查：…以被上訴人公司之組織架構，被上訴人已無其他單位得以安置上訴人，其依勞動基準法第11條第5款規定終止勞動契約，並未違反解僱最後手段性及比例原則。…上訴人之客觀工作能力或主觀工作意願表現縱不符預期，被上訴人亦應先予告誡、申誡、記過，或商議降低薪資等其他較輕微之手段，被上訴人逕行終止勞動契約，顯與解僱最後手

段性與懲戒相當性原則相悖等語。惟查：…又基於勞工工作權之保障及促進勞資關係和諧之理念，雇主解僱勞工固屬最後不得已之手段，惟除法令另有規定或契約另有約定雇主解僱勞工，必先經勸導、輔導及懲戒等程序外，祇須具備勞動基準法所定終止勞動契約之要件，即難認雇主終止勞動契約之行為不生效力（最高法院 99 年度臺上字第 1309 號判決意旨參照）…足見被上訴人非惟未立即終止勞動契約，甚或已採行較告誡、申誡、記過等更為輕微之手段，因上訴人不能勝任行銷企劃工作，復無調任業務部門之意願，其他部門又與上訴人專長無關，已無法期待採用解僱以外之懲處手段繼續其勞動契約，被上訴人始終止勞動契約，其終止自己具備最後手段性之要件。」。

## 第二項 分析

勞動契約終止制度，乃是使契約當事人得向將來結束此一繼續性債之關係，賦予其調整與因應勞動契約之進行之障礙與勞力供需之機會。就其性質言，因涉及到契約的存續，故不外乎為契約自由原則的一種表現。然在雇主終止勞動契約（解僱）時，則可能牽涉到勞方經濟生活基礎的喪失，縱在有失業救濟制度下，亦會造成勞方經濟生活基礎之降低；在勞工尚能另覓新職的情形下，則會變更勞工向來所熟悉的工作環境、條件以及住家；若導致失業或提前退休，則對勞工藉工作以發展其人格之人格利益有明顯影響。又就社會整體言，尤其是在大量裁員所引起的失業除引起社會生活不安、社會救濟支出之負擔外，亦可能導致相關企業結構有調整的必要。因此對於雇主之解僱權限，自有加以限制之必要。但在另一方面，在承認自由經濟市場的前提下，雇主既然必須面對市場競爭，自然有調整人事，以因應市場變化之必要，因此雇主解僱權限亦無法全然予以抹煞。又從社會整體言，強令雇主繼續僱用多餘勞工，將增加其成本；而此不利益最終將透過市場機能轉嫁給社會全體負擔。因此，解僱法的重要功能，即在上述不同利益

間，取得一個適當的平衡。<sup>154</sup>而為了兼顧上述不同利益，勞動法中之通說及我國勞動基準法對於解僱之理論採取「正當事由說」，此說對解僱自由權作了很大的制約，認為非有正當事由，不得解僱<sup>155</sup>。正當事由說對民事法上基本契約自由原則作了根本修正，由於對生存權勞動權的確認，因此揚棄解僱自由原則，而以正當事由作為解僱權內在的制約，必須法有明文，始得行使解僱權，違法解僱則無效。<sup>156</sup>然而應特別注意者為，倘若契約自由原則尚能發揮功能，則仍具有適當保護勞工之效果，此時並不須以比例原則介入審查，故原則上僅於契約自由制度未能實際上發揮其功能時—包括該法律關係實際上僅由當事人之一方決定時—方有以比例原則加以審查控制之必要；準此，就勞動契約法而言，特別是雇主，單方地決定勞動關係之內容時，例如：懲戒權之行使、升遷調職、工作規則之制訂以至於解僱權之行使，都有透過私法上的比例原則，加以審查之餘地。<sup>157</sup>

於德國法關於解僱之相關問題討論上，廣義比例原則—尤其是最後手段性（"Ultima-Ratio"-Prinzip）原則—亦為審酌解僱是否正當之重要標準。<sup>158</sup>德國聯邦勞動法院<sup>159</sup>首先在其 1978 年 5 月 30 日的判決中，明白表示：作為最後手段之終結性的勞動契約終止（Beendigungskündigung），不論解僱事由為何，為通常或

---

<sup>154</sup>林更盛，勞動法案例研究（一），2002 年版，頁 260。

<sup>155</sup>如我國勞動基準法第十一條規定：「非有左列情形之一者，雇主不得預告勞工終止勞動契約：一、歇業或轉讓時。二、虧損或業務緊縮時。三、不可抗力暫停工作在一個月以上時。四、業務性質變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置時。五、勞工對於所擔任之工作確不能勝任時。」第十二條規定：「勞工有左列情形之一者，雇主得不經預告終止契約：一、於訂立勞動契約時為虛偽意思表示，使雇主誤信而有受損害之虞者。二、對於雇主、雇家家屬、雇主代理人或其他共同工作之勞工，實施暴行或有重大侮辱之行為者。三、受有期徒刑以上刑之宣告確定，而未諭知緩刑或未准易科罰金者。四、違反勞動契約或工作規則，情節重大者。五、故意損耗機器、工具、原料、產品，或其他雇主所有之物品，或故意洩漏雇主技術上、營業上之秘密，致雇主受有損害者。六、無正當理由繼續曠工三日，或一個月內曠工達六日者。雇主依前項第一款、第二款及第四款至第六款規定終止契約者，應自知悉其情形之日起，三十日內為之。」

<sup>156</sup>黃越欽，勞動法新論，2006 年版，頁 206。

<sup>157</sup>參考：林更盛，論廣義比例原則在解僱法上之適用，中原財經法學第 5 期，2000 年 7 月，頁 67-68。

<sup>158</sup>相關說明可參考：Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl., 2007, Rn.540-541.

<sup>159</sup>BAG 30. 5. 1978, BAGE 30, 309.

是非常終止，僅當另無其他（包括變更勞動條件）繼續僱用勞工之可能時，方屬正當。<sup>160</sup>而所謂解僱之最後手段性，從文義言，指解僱應為雇主終極、無法迴避、不得已的手段；就其內容言，實不外為廣義的比例原則底下的必要性原則。<sup>161</sup>對此，台北地方法院八十七年度勞訴字第六十七號判決<sup>162</sup>有詳細說明：「按勞動契約之終止制度，乃使契約當事人脫離此繼續性債之關係的拘束，賦與其調整與因應勞力市場之機會，就其性質言，不外為契約自由原則之一種表現，然在雇主終止勞動契約即解僱時，不無予以限制之必要，此於學說及實例上乃有所謂『解僱之最後手段性』原則產生，作為控制雇主解僱權之利益衡量之原則。從文義言，所謂解僱之最後手段性，係指解僱應為雇主終極、無法迴避、不得已的手段，換言之，雇主對勞工之本已有之懲戒處分，例如警告、申誡、記小過、記大過、拒發獎金、扣薪或不予升遷，與解僱相比，一般而言，自屬對勞工權益影響較輕之措施，雇主一方面既有為上述懲戒處分之權限，則在勞工有違紀違約行為時，雇主原則應優先考慮此等措施以避免逕為解僱。再按，勞動基準法第十二條第一項第四款所定：違反勞動契約或工作規則，情節重大者，其之所謂『情節重大』，固為不確定之法律概念，惟參照勞動基準法有關規定，應指因該事由導致勞動關係進行受到干擾，而有賦予雇主立即終結勞動關係權利之必要，並且亦無法期待雇主於解僱後給付資遣費。蓋若某事由之發生，並不導致勞動關係進行受到干擾、有所障礙，則雇主則無據以解僱之正當利益。從解僱之最後手段性言，勞工違反工作規則之情節，若依社會通念並非情節重大，而參照個案具體情況，為其他懲戒處分如警告、申誡、記過、扣發獎金，一般地即可達到維護工作場所之紀律、防止類似事件再度發生，則自可期待雇主僅為其他較輕之處分，而非逕行解僱勞工。易言之，於判斷雇主之解僱權之行使是否合法而正當時，援引最後手段性之原則，

<sup>160</sup>林更盛，勞動法案例研究（一），2002年版，頁261-262。

<sup>161</sup>參考：林更盛，論廣義比例原則在解僱法上之適用，中原財經法學第5期，2000年7月，頁59。

<sup>162</sup>類似判決：台北地方法院86年度勞訴字第70號判決、台北地方法院88年度重勞訴字第6號判決、士林地方法院87年度勞訴字第20號判決…等。

無寧為一重要之判斷標準，如此方能妥當兼顧勞、雇雙方與社會整體之需求。」。

法院亦有併用比例原則及民法上之誠信原則、權利濫用原則論述者，如台北地方法院八十八年度重勞訴字第六號判決：「按僱主為維護企業內部秩序，對於不守公司紀律之勞工得以懲處，而在各種懲戒手段中，以懲戒解僱終止勞雇雙方之勞動契約關係，所導致之後果最為嚴重，對原告之工作而言，無異處以極刑，因此，在雇主任行使懲戒解僱之處分時，因及勞工既有的工作將行喪失之問題，當屬憲法工作權保障之核心範圍，在可期待雇主任之範圍內，捨解僱而採用對勞工權益影響較輕之措施，應係符合憲法保障工作權之價值判斷。換言之，解僱應為雇主任終極、無法迴避，不得已的手段、即『解僱之最後手段性』，就其內容而言，實不外為『比例原則』下之必要性原則之適用。就勞工違反懲戒規定之違規行為，亦應就其情節輕重，依照雇主任所定之工作規則，施予該當之懲罰，而非可任由雇主任恣意選擇懲戒之條文，此乃所謂權利不得濫用及誠信原則之適用。」。

學者有認為：為保護典型立於締約弱勢之勞工、免於雇主任權利濫用之弊；與處理締約實力典型上對等之民法的情形相比，在勞動法上判定雇主任違反比例原則的情形，或許將更為廣泛；亦即後者之情形或許並未符合民法上向來所承認的權利濫用類型。<sup>163</sup>就勞動契約法的領域而言，或許針對此一現象，可將比例原則作為勞動關係內容之控制（Vertragskontrolle）底下一種獨立的標準與制度；亦即在法律之適用上，吾人似可做如下之區分：若雇主任之解僱行為已明顯重大地違背比例原則，符合向來所認定之權利濫用類型，則可逕行認定為權利濫用；至於其他違反比例原則的情形，則可獨立地認為比例原則是屬於一種獨立的勞動契約內容控制的標準，而逕以其違反比例原則否認該行為之效力。如此一來，或可保持勞動法上與民事法上向來權利濫用制度之一致，而來亦可另行建立以比例原則作為勞動契約控制下的一種獨立制度。<sup>164</sup>故吾人應可參照德國民法與勞動法上之多數見

<sup>163</sup>Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, S.276 f; 林更盛, 論廣義比例原則在解僱法上之適用, 中原財經法學第 5 期, 2000 年 7 月, 頁 67。

<sup>164</sup>林更盛, 論廣義比例原則在解僱法上之適用, 中原財經法學第 5 期, 2000 年 7 月, 頁 67。林更

解，將不符合比例原則的權利行使型態—於此，其所謂的比例原則，多係指稱廣義比例原則底下的必要性/最後手段性原則—歸類為民法上誠信原則底下權利濫用的一種型態。<sup>165166</sup>

我國條文上雖無「最後手段性」之詞，然而有認為勞基法第 11 條第 4 款：「有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置」實為解僱最後手段性之表現，且除本款之外，第 11 條之其他各款均應類推適用之。<sup>167</sup>

而於解僱最後手段性之法理下，無論係民法第 489 條「當事人之一方，遇有重大事由，其僱傭契約，縱定有期限，仍得於期限屆滿前終止之。」之「重大事由」<sup>168</sup>或如勞基法第十二條第四款「違反勞動契約或工作規則，情節重大者。」之「情節重大」，都應綜合衡量勞雇雙方之利益，審查是否符合必要性/最後手段性，亦即雇主必須已無法藉由例如：警告、申誡、記小過、記大過、拒發獎金、扣薪或不予升遷等較輕之懲戒處分達其目的，始得使用解僱此種「終極、無法迴避、不得已的手段」，否則解僱即不合法。

由上述學說及實務見解觀之，於解僱之案件類型中，所謂「比例原則」或「最後手段性」皆應係指稱三個子原則中之「必要性原則」。

## 第六節 顯失公平

民法條文中經常出現「顯失公平」一語，如第 74 條、第 227-2 條、第 359 條但書、第 799-1 條…等，使法院得以依個案具體情事衡量雙方利益而為判斷，學

---

盛，資遣解僱，著於：台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，2009 年 9 月，頁 272。

<sup>165</sup>林更盛，勞動法案例研究（一），2002 年版，頁 264。

<sup>166</sup>另有直接以誠信原則作為雇主解僱之界限者。參考：郭玲惠，終止勞動契約—兼論德國之制度，中興法學第 37 期，1994 年 5 月，頁 11-14。

<sup>167</sup>張琬如，我國勞動基準法第十一條解僱理由之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 104。

<sup>168</sup>學者認為：「依德國勞動法與民法之通說對此一「重大事由」不確定法律概念之見解，因為該國民法第 626 條與我國民法 489 條之規定完全相同，故可作為參考。依該國通說之見解，所謂「重大事由」係指在斟酌具體個案所有事實，並充分衡量勞資雙方間之利益狀態後，如可認為某一情事之存在，因為對雙方當事人間之信賴基礎已經構成重大危害，故而導致雙方當事人間之契約關係的繼續存在（不定期契約）或存在至所約定之期間屆滿（定期契約），對當事人之一方而言，已屬不可期待，此時該情事即屬民法第 489 條之所謂重大事由。」黃程貫，勞動法，2001 年版，頁 481。



者<sup>169</sup>及論者<sup>170</sup>均有認為此概念應係比例原則之展現者，因出現「顯失公平」一語之條文眾多，考量其所欲表達之意義相差無幾，本文以下僅就實務案例類型及學者討論較多之民法第 359 條但書<sup>171</sup>分析討論之。

## 第一項 實務見解

於最高法院九十九年度台上字第二四二六號判決中，原審認為：「…被上訴人於系爭攤位簽約後，始在其旁變更設計而設置寬約一百二十二公分之安全門，對人潮往來之流暢及攤位之醒目程度，自有相當之影響，且主建物短少一·二一平方公尺，換算後，全部面積短少三·六五平方公尺，均足以影響系爭攤位之價值及效用，固構成買賣標的物之瑕疵，惟其作為攤位使用之效能並未喪失，攤位營業是否獲利，尚受商品品質，行銷方式、商譽等影響，不以店家之坐落，人群往來動向為限，另上訴人在裝潢時，仍可將部分攤位往外延伸，故上開瑕疵影響上訴人經營之程度，尚非嚴重。衡量買受人因該瑕疵所受損害及出賣人因解除契約所受損害，上訴人據此主張解除契約顯失公平，僅得請求減少價金。」

然最高法院質疑原審判決而認為：「因買賣標的有瑕疵對於買受人所受之損害，與解除契約對出賣人所生之損害，各為如何？應係判斷買受人得否依民法第三百五十九條規定解除契約或僅得請求減少價金之重要依據。查被上訴人係於系爭契約簽訂後，始在系爭攤位旁增設安全門，對人潮往來之流暢及攤位之醒目程度，有相當之影響，影響系爭攤位之價值及效用，再因主建物面積短少，均構成物之瑕疵一節，既為原審所認定，則原審僅以上訴人單方所受之損害為依據，未併就被上訴人因解除契約所受損害程度如何為斟酌說明，亦有可議。況上訴人原預期系爭攤位之人潮動線，因安全門之設置而受阻礙，且主建物面積因主樑柱而

<sup>169</sup>詹森林，比例原則在民法上之理論與運用，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007年3月，頁5-7。

<sup>170</sup>楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010年6月，頁283。

<sup>171</sup>民法第359條：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。」。

減少達百分之九以上，影響契約預定效用非微，而被上訴人得於系爭契約解除後，再將系爭攤位出售與明瞭現場情狀之買受人，其所受之損害是否必大於上訴人？似均待釐清。原審未詳為調查審認，遽認上訴人解除契約顯失公平，僅得請求減少價金，並嫌疏略。」。

關於民法第 359 條但書，解除契約究竟是否顯失公平之判斷，最高法院尚無直接以「比例原則」說明者，僅言須「衡量買受人因該瑕疵所受損害及出賣人因解除契約所受損害」，然而台灣高等法院判決則有明白表示應依「比例原則」判斷者：

台灣高等法院九十一年度上字第八八五號判決及該院九十一年度上易字第四六七號判決即謂：「民法第三百五十九條規定：『買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約，或請求減少價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。』，而所謂顯失公平，係謂瑕疵對於買受人所生損害，與解除對於出賣人所生之損害，有失平衡（最高法院七十三年台上字第四三六〇號判決意旨參照）。次按『物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無減失或減少其價值之瑕疵，亦無減失或減少其通常效用，或契約預定效用之瑕疵』，民法第三百五十四條定有明文。所謂物之瑕疵擔保，乃物之出賣人就其物本身有所欠缺應負之擔保責任。雖不以物質上應具備者為限，惟須依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，始得認為物有瑕疵（最高法院七十三年度台上字第一一七三號判例參照）。依此物之瑕疵之類型可分為（一）價值瑕疵：即交換價值之瑕疵；（二）效用瑕疵：又分為通常效用瑕疵及預定效用瑕疵，通常效用，指一般交易觀念上應有之效用。預定效用，指該物在一般交易觀念上未必有此效用，惟當事人以契約預定其效用者而言；（三）品質瑕疵：須經出賣人特約擔保其交付之標的物具有一定之品質。在判斷物之瑕疵部分應依當事人特別約定之使用目的，並在當事人意思範疇內，就該物依其種類一般具有的客觀特徵

加以判斷。如有瑕疵，另尚應視該瑕疵減少其價值或其通常效用或契約預定效用之程度，如其瑕疵情形尚未達已屬『瑕疵重大難以達成契約目的』，應僅得請求減少價金而不得解除契約。否則，一旦有任何輕微瑕疵即予解除契約，不僅不符合比例原則，且違背契約目的及精神，浪費締約成本，不能兼顧雙方利益，此由民法第三百五十九條但書精神亦可得知。」。

就預售屋買賣契約上所約定之意定解除權之部分，法院早期認為其並無民法第 359 條但書之適用，如九十一年度台上字第一六六八號判決，係涉及管道配置與契約附件不符、十二人份電梯變成僅九人份電梯等瑕疵，實務上從保護定型化契約相對人的角度，容認買受人於行使意定解除權時，無須考慮瑕疵是否重大之情事。惟晚近最高法院九十六年度台上字第一三九四號判決就一個買受人多受分配二坪共用部份的事件，改採肯定態度，法院指出：「本件上訴人指被上訴人違反系爭契約附件四、第十五條及第十九條約定，未依區分所有人主建物面積比例計算公共設施應有部分，其得行使約定解除權一節，查原審既審據上開事證，合法認定系爭房屋虛增共同使用坪數部分，未因主建物及附屬建物面積變動而影響居住之使用目的，該違約之瑕疵難謂為重大，於上訴人損害極少，其行使該約定解除權，依上說明，即與誠信原則有悖而不得為之。」。亦即，今後買受人行使意定解除權，即便形式上不直接援引民法第 359 條但書規定，然經由誠信原則之權利社會化理念的規整，論其實際與適用上開條文的結果，可謂殊途同歸。<sup>172</sup>

除此之外，法院甚至基於預售屋銷售之特性，即買受人於締約當時建物房地尚未存在，而負責營造系爭房地之建商，則幾乎全盤掌控預售屋施工建造的狀況，故在判斷解約是否顯失公平時，應一併斟酌當事人對系爭交易之控管能力，並考量買受人對系爭房地之合理期待，如最高法院九十二年度台上字第二七四五號判決表示：「…斟酌被上訴人（買受人）購買系爭房屋之主觀價值期待、客觀上一般人對於瑕疵房屋之接受程度，並兼顧該瑕疵對於被上訴人（買受人）及上訴人（建

<sup>172</sup>參考：曾品傑、張哲源，「民事法原理之重要判決選讀」期末報告，教育部 96 年度法律專業教育教學改進計畫，2007 年 6 月-2008 年 1 月，頁 101-103。

商)所生損害之平衡考量，認定被上訴人解除系爭房地買賣契約，尚無顯失公平之情事，經核委無可議之處」。<sup>173</sup>此項見解應值肯定。

## 第二項 分析

對於民法第 359 條但書規定「但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金」，法院經常以「係指物之瑕疵，對買受人所生之損害，與解除契約對出賣人所生之損害，兩相權衡，有失公允與平衡，買受人因之僅得請求減少價金，而不得據以解除契約之情形而言。」<sup>174</sup>判斷之。學者<sup>175</sup>認為此條即是比例原則之體現。而究竟是否有失平衡，則為個案認定之問題。標的物瑕疵部分占全部之比例為何、是否影響標的物之價值及效用、買受人是否因系爭瑕疵而受有不能回復之損害、房屋之瑕疵有無影響結構安全、瑕疵部分之約定買賣價金或修補所需金額與全部價金之比例為何等，均為認定解除契約是否顯失公平所應考量之因素。

<sup>176</sup>

由上述實務及學說見解觀之，於判斷民法第 359 條但書「顯失公平」時，所使用之「比例原則」概念，無論是「衡量買受人因該瑕疵所受損害及出賣人因解除契約所受損害」、「一旦有任何輕微瑕疵即予解除契約，不僅不符合比例原則，且違背契約目的及精神，浪費締約成本，不能兼顧雙方利益」，抑或「斟酌被上訴人（買受人）購買系爭房屋之主觀價值期待、客觀上一般人對於瑕疵房屋之接受程度，並兼顧該瑕疵對於被上訴人（買受人）及上訴人（建商）所生損害之平衡考量」，均在強調「雙方之利益是否平衡？」，其所謂「比例原則」所欲表達者似

<sup>173</sup>參考：曾品傑、張哲源，「民事法原理之重要判決選讀」期末報告，教育部 96 年度法律專業教育教學改進計畫，2007 年 6 月-2008 年 1 月，頁 101-103。

<sup>174</sup>如：九十六年度台上字第一三九四號判決、九十八年度台上字第二一三七號、九十八年度台上字第一六一一號、九十七年度台上字第二五六號、九十六年度台上字第二一五一號、九十五年度台上字第二一九二號…等不勝枚舉。

<sup>175</sup>詹森林，比例原則在民法上之理論與運用，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007 年 3 月，頁 5-7。

<sup>176</sup>詹森林，比例原則在民法上之理論與運用，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007 年 3 月，頁 7。

乎為狹義比例性中「利益衡量」之概念。

## 第七節 金額之酌定

民事判決中，需酌定「金錢數額」者，所在多有，例如：慰撫金、違約金、賠償數額，甚至大樓管理費…等，於此種案例類型，判決中大量使用「比例原則」一詞，以說明該數額是否恰當，以下僅舉數例說明之：

### 第一項 實務見解

#### 第一款 慰撫金

台灣高等法九十七年度上易字第三〇二號判決表示：「人格權被侵害者，雖許被害人請求以金錢賠償，但其損失原非如財產損失之有價額可以計算，究竟如何始認為相當，應由法院斟酌實際加害情形與其人格權損害是否重大，及被害者之身分地位與加害人經濟狀況等情形定其數額，非以賠償義務人之資力為惟一之考量。本院審酌被上訴人因上訴人與其夫簡文成通姦，精神上所受創傷非輕，及被上訴人自陳高中畢業，目前在簡文成經營之公司擔任行政會計，每月薪資 5 萬元，上訴人則自陳淡江大學畢業，之前在簡文成經營之公司任職，擔任副總經理，每月薪資 15 萬元，及本院依職權調取上訴人財產所得明細表，查悉上訴人 95 年度之所得共有 13 筆，合計 497,460 元，名下另有房屋 6 筆、土地 4 筆、投資 6 筆，財產總額 5,835,028 元等情狀，暨使被上訴人受精神上之痛苦最深之被上訴人之夫簡文成與上訴人分手並同意給付解任慰問金 110 萬元後，轉而坦承通姦並竭力作證協助其妻即被上訴人追究第三者刑責及訴請賠償鉅額精神撫慰金，夫妻能齊心合力對抗第三者，被上訴人遭背叛所受之精神折磨痛楚已見稍減，使被上訴人受精神上之痛苦最深者，當為被上訴人之夫簡文成，上訴人雖為第三者，終究非使被上訴人受精神上之痛苦最深者，其自上訴人之夫簡文成處取得之解任慰問金 110 萬元，實不能重複評價或轉嫁承擔，故本院認原審判定本件精神撫慰金為 70 萬元（被上訴人原審請求上訴人賠償非財產上損害 200 萬元，原審判決被上訴人

敗訴部分，未據不服），稍嫌過高，應減為 40 萬元方為允當，較符比例原則，逾此數額之請求，有失衡平，不應准許。」

台灣高等法院九十五年度上易字第一五四號判決：「被上訴人為小學畢業，現從事服務業，年收入約 33 萬餘元，且有其夫為其經濟之支柱；上訴人為國中畢業，經營家庭美髮業，每月約有 2 萬元之收入，名下有桃園縣楊梅鎮不動產二筆現值各 465,400 元、113,791 元，且其中 1 戶出租予他人，每月另可獲得租金收入 8,000 元，再參酌前述被上訴人已對於其夫之宥恕等一切情況，認為被上訴人請求上訴人給付之非財產上之損害-即精神慰撫金以 15 萬元，方為相當，且符其比例原則，逾越上開範圍之請求，即失衡平，自非法所許，不應准許。」。

## 第二款 管理費

台灣高等法院九十四年度上字第六六六號判決：「本院認依比例原則，上訴人將系爭停車位高達三層半之停車位對外開放營業，勢必導致擎天大廈管理維護費用增加，參酌地下停車場實際使用情形及維護費用訪價結果，認系爭地下四層至七層停車位每車位每月管理費為 700 元（為一般住戶停車位管理費之二倍半）應屬合理，並無顯失公平之處。」

台灣高等法院九十六年度上易字第四二四號判決：「是被上訴人對於非住戶而於上開決議以前已購車位者之車位管理費收費標準，核與住戶並無不同，而其後所為不同收費標準之決議，其依據竟以『住戶』、『非住戶』為區別之唯一標準，再參以對非住戶而前以購買該大廈車位者，仍維持原 1000 元之收費標準，與住戶相同之收費標準之情形相互比較，顯然不合公平，亦不合比例原則，是上訴人主張上開決議不合公平原則，洵屬有理，上開決議既違衡平及比例原則，依法理自屬無效，從而，上訴人主張被上訴人所為之上開『非本社區住戶租購之車位管理費以每車位每月新台幣壹仟元』之決議，應屬無效，核屬可採。」

## 第二項 分析

不同於其他案例類型，於金額酌定之案例類型中，當事人亦大量以「比例原則」一詞論述其主張，故以下一併舉數例說明之。而就審酌標準之分析部分，因上述各種牽涉「金錢數額」計算之種類繁多，本文僅就法院討論較多之「違約金」及「慰撫金」為較詳細之分析。

## 第一款 當事人主張

### 第一目 連帶賠償數額

台灣高等法院九十六年度智上更(一)字第八號判決中，上訴人主張：「上訴人甲○○僅國中畢業，94年收入72,000元，名下並無任何不動產，妻從事安麗直銷事業，年收入從十餘萬元至數十萬元不等、夫妻育有一女，就讀高三，生活並不富裕；凱宏公司當時承製標籤，連工帶料僅收取區區15,000元，如判令其等與專事仿冒之丁○○連帶負賠償400餘萬元，顯非公平，亦違反比例原則。」。

### 第二目 違約金

台灣高等法院九十六年度上易字第一〇六號判決中，上訴人主張：「縱認西園醫院得依兩造聘約第六條之約定請求伊給付違約金，該項違約金之約定顯然過高，應予酌減始合乎公平合理及比例原則。」。

### 第三目 租金

台灣高等法院九十九年度上字第四九九號判決之被上訴人則主張：「系爭土地非坐落臺北縣永和市工商業最繁榮之區域，原判決以申報地價年息10%計算租金，有違比例原則，系爭土地屬供公眾通行之騎樓地，不能與一般供居住使用之房屋相比擬，應按申報地價年息2%計算租金，較為公平合理。」。

### 第四目 慰撫金

台灣高等法院九十九年度上易字第二四〇號判決之上訴人主張：「本件上訴人乙○○乃高職畢業，未婚，從事果菜市場搬運勞力工作，無固定收入，丙○○為

計程車駕駛，依其自認每月營業額 4 萬 4,580 元，受傷治療二天後即行出院，健康恢復情形良好，原判決給付精神慰撫金 70 萬元有所偏高，不符比例原則，乙○○僅同意給付 2 萬元。<sup>177</sup>。

## 第二款 酌定標準

### 第一目 違約金

按我國民法第 251 條規定：「債務已為一部履行者，法院得比照債務人因一部履行所受之利益，減少違約金」；民法第 252 條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額」。此兩條乃關於當事人間違約金約定過高時，法院得酌減違約金之規定。法院與當事人有時便以「是否符合比例原則」作為數額是否過高之論述，以下欲探究此處所謂「比例原則」之實際上內涵為何。

我國法院究竟如何判定違約金是否過高，最高法院四十九年台上字第八〇七號判例認為：「按當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院原得依民法第二百五十二條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，而債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額。」，而多數法院主要亦依此判斷，如最高法院一〇〇年度台上字第二一一一號及一〇〇年度台上字第一一二六號均認為：「按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第二百五十二條定有明文。至是否相當，應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形及債務人若能依約履行時，債權人可得享受之一切利益，以為斟酌之標準，倘所約定之額數，與實際損害顯相懸殊者，法院自得酌予核減。」最高法院一〇一年度台上字第七四號判決則指出：「按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第二百五十二條定有明文。至是否相當，應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形及債務人若能依約履行時，債權人可得享受之一切利益，以為衡量

<sup>177</sup>就慰撫金數額以「比例原則」主張數額不當者，又如同院 99 年度上字第 56 號、99 年度上易字第 241 號、97 年度上易字第 958 號、95 年度上易字第 200 號、97 年度上字第 998 號等。



之標準，倘所約定之額數，與實際損害顯相懸殊者，法院自得酌予核減，並不因懲罰性違約金或賠償額預定性違約金而異。<sup>178</sup>。九十八年度台上字第一六六六號更詳細說明：「約定違約金過高者，法院雖得減至相當數額，但是否過高，應有衡量標準，凡債權人之正當利益顯無如約定額之多，或實際所受之損害與約定額相懸殊，或有其他顯不公平之情形者，始得謂之過高，否則即無從酌減，亦無所謂不相當。」。

上述實務見解對於判定違約金是否過高之標準，可整理如下：首先必須「依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準。」，並參酌「債務人若能依約履行時，債權人可得享受之一切利益」、「倘所約定之額數，與實際損害顯相懸殊者，法院自得酌予核減。」且此項標準「並不因懲罰性違約金或賠償額預定性違約金而異。」實務上法院判定違約金是否過高，乃通盤考慮個案中所有情形，包含：債務履行狀況、阻礙他方履約之情事、有無補償及約定價金為何…等。

例如：九十九年度台上字第二二二八號判決認為「按約定之違約金過高者，依民法第二百五十二條規定，法院得減至相當之數額，而酌減之標準，則應依一般客觀事實、社會經濟狀況及如債務人如期依約履行，債權人所得享受之一切利益為衡量標準。依系爭競業禁止條款之約定，上訴人如有違反應給付被上訴人懲罰性違約金二百萬元，而被上訴人補償上訴人因禁止競業之損失，每月僅底薪百分之十，即每月補償徐志龍約三千元、陳仁苔約二千二百四十四元、林朱鴻約二千一百五十九元、邱錦廷約二千二百六十元，兩相比較，該違約金之數額顯然過高，應予酌減。審酌上情，本件違約金均應酌減為五十萬元較為公允。」本案法院係衡量「雇主補償勞工因禁止競業之損失」與「違反競業禁止之違約金」兩者之高低，言下之意似乎為「給人的太少，想拿得太多」。

<sup>178</sup>其他如：最高法院一〇〇年度台上字第二二三八號、一〇〇年度台上字第一九三〇號判決等。

又如一〇〇年度台上字第五〇〇號判決乃一併衡量當事人之主觀惡性：「而依系爭契約第十八條約定，可知上訴人將系爭土地所有權移轉登記予陳義承後，顯已不能依系爭契約之約定提供系爭土地與被上訴人合建房屋，顯有違約，應賠償被上訴人保證金一倍即七百萬元之違約金。上訴人雖再抗辯違約金過高云云，惟斟酌被上訴人雖於訂約後，就本件合建工程之施工起步緩慢，但並非全無進度，反係上訴人不斷以移轉所有權應有部分、刑事訴訟、設定抵押權、及行政投訴等行為干擾被上訴人施工之進展，上開干擾行為並不必然造成被上訴人無法進行施工，但其妨礙被上訴人履行契約之惡意，不可謂不重大。而被上訴人因此未能於系爭契約約定之日完成系爭工程，遭上訴人沒收保證金，上訴人後於九十四年間將系爭土地出售獲得價金二千八百萬元，被上訴人則於九十七年四月間催告上訴人提供系爭土地未果後，解除系爭契約，完全無法繼續施工取得預期可分得之房屋、土地持分及停車位等利益，故堪認被上訴人主張上訴人應賠償七百萬元違約金，並無過高之情形。」。

此外，法院有時亦會就約定交易價金與違約金之比例關係，衡量違約金是否過高，如：九十九年度台上字第二〇〇號判決表示：「惟比較系爭土地起訴時公告現值與系爭協議書約定違約金額，約定違約金額高於土地價值近二倍，足見該約定違約金過高。」一〇〇年度台上字第一〇三五號判決亦指出：「依民法第二百五十二條規定，其約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額。審酌趙國根、李艷貞購買系爭房地之總價各為一千零三十五萬元、一千零四十二萬元，然系爭房屋土地之價值，於前案經委託台灣省土木技師公會派員鑑定，共值九百五十四萬六千一百四十一元，其間價差高達一千一百二十餘萬元，堪認被上訴人因上訴人違約所造成之損失，確屬重大，且被上訴人投入資金成本甚鉅；惟上訴人各繳納價金四百萬元，占上開交易總價款約百分之四十，若全數沒收作為違約金，顯屬過高，應認違約金應各以二百六十萬元為相當。」。

由上述法院「依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準。」，並參酌「債務人若能依約履行時，債權人可得享受之一切利益」、「倘所約定之額數，與實際損害顯相懸殊者，法院自得酌予核減。」之衡量標準觀之，本文認為，法院似乎著重於「債權人因債務人違約所受之損害及其原本可得之利益」與「違約金數額」是否相當，其似乎較重視「被違約方」之損益狀況與違約金數額是否相符，而非衡量雙方當事人之利益—例如衡量「違約金對違約方所造成之損害」與「違約對他方造成之損害」是否相當，即便法院綜合衡量當事人債務履行狀況、阻礙他方履約之情事、有無補償及約定價金為何等各種情事，亦並非因為要衡量雙方當事人利益，而僅欲作出一個「在此種狀況下，約定此數額之違約金是否恰當？」之判斷。故本文認為，於量定違約金是否過高而應予酌減時，所謂「是否符合比例原則」，其真意應係「是否符合『比例』」，而與公法上「比例原則」之概念較無關連。

## 第二目 慰撫金

請求慰撫金之案例於實務上甚為常見，法院及當事人經常主張其請求數額「過高而不符合比例原則」，其所謂「比例原則」之意義究竟為何，本文欲探究學說實務量定慰撫金時之標準為何<sup>179</sup>，並以此分析其意涵。

學說對於慰撫金量定應參酌之因素，多認為「應斟酌被害情節、債權人及債務人之經濟狀況、社會地位以及被害人與債權人之關係、債務人之故意過失等因素決定」<sup>180</sup>；亦有學者歸納最高法院早期之判決先例而認為量定慰撫金時，應注意慰撫金之功能，情事之斟酌及慰撫金金額之算定，務須兼顧填補與慰藉之雙重機能。<sup>181</sup>並應視被害人個別受害情形，運用慰撫金之填補、克服、滿足功能之一種或

<sup>179</sup>詳細分析可參考：藍家偉，慰撫金量定之理論與實務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2009年6月。

<sup>180</sup>邱聰智，新訂民法債編通則（上），輔仁大學法學叢書編輯委員會，2000年版，頁292；孫森焱，民法債編總論，1980年版，頁249-350；史尚寬，債法總論，1983年版，頁210。

<sup>181</sup>王澤鑑，慰撫金，民法學說與判例研究（二），1998年版，頁275。

二種以上，以期被害人精神上損害，獲得適當賠償。<sup>182</sup>

有學者認為各因素之份量及先後有所不同，例如應優先考慮加害結果，包含被侵害之權益及損害程度，加害人故意過失輕重及雙方當事人之資力。至於身分、地位、年齡、職業等則為次要考慮之因素。<sup>183</sup>

就慰撫金應如何量定，實務上有提出各種認定標準，以下就數則判例及判決說明之：

最高法院四十七年台上字一二二一號判例：「名譽被侵害者，關於非財產上之損害，加害人雖亦負賠償責任，但以相當之金額為限，民法第一百九十五條第一項定有明文，所謂相當，自應以實際加害情形與其名譽影響是否重大，及被害者之身分地位與加害人經濟狀況等關係定之。」。

最高法院五十一年台上字第二二三號判例：「慰藉金之賠償須以人格權遭遇侵害，使精神上受有痛苦為必要，其核給之標準固與財產上損害之計算不同，然非不可斟酌雙方身分資力與加害程度，及其他各種情形核定相當之數額，原審對於被上訴人所受之名譽損害有如何痛苦情事，並未究明，若僅以上訴人之誣告為賠償依據，則案經判處上訴人罪刑，是非明白，被上訴人似亦無甚痛苦之可言，且原判決何以增加賠償慰藉金之數額，亦未說明其理由，遽命上訴人再賠償五千元，自有未合。」。

最高法院七十六年台上字第一九〇八號判例：「受僱人因執行職務，不法侵害他人致死者，被害人之父、母、子、女及配偶受有非財產上之損害，依民法第一百九十四條及第一百八十八條第一項規定，請求受僱人及其僱用人連帶賠償相當金額之慰撫金時，法院對於慰撫金之量定，應斟酌該受僱人及應負連帶賠償責任之僱用人，並被害人暨其父、母、子、女及配偶之身分、地位及經濟狀況等關係定之，不得僅以被害人與實施侵權行為之受僱人之資力為衡量之標準。」。

其他如最高法院八十五年台上字第四六〇號判決，則綜合各種情事而認為：

<sup>182</sup>曾隆興，詳解損害賠償法，2004年版，頁31。

<sup>183</sup>王澤鑑，慰撫金，民法學說與判例研究（二），1998年版，頁277。

「查慰藉金之多寡，應斟酌雙方之身分、地位、資力與加害之程度及其他各種情形核定相當之數額。其金額是否相當，自應依實際加害情形與被害人所受之痛苦及雙方之身分、地位、經濟狀況等關係決定之。」<sup>184</sup>。

論者<sup>185</sup>觀察判決先例見解之演變，認為在民國 80 年代以後之最高法院判決，形成穩定之見解，慰撫金之審酌因素，邁向多元化之趨勢。

分析學說實務量定慰撫金數額之因素，乃分別考量「加害人」之身分、地位、家況及資力；「被害人」之身分、地位、家況、資力及所受痛苦之程度；「加害行為」之加害情形、加害程度、侵害法益影響是否重大…等。由此觀之，學說實務量定慰撫金數額時，皆會衡量雙方當事人之利益以為判斷，然而，此種衡量方式是否即為比例原則中「狹義比例性」之概念？本文認為似乎仍有所不同，蓋狹義比例性乃指「侵害行為所能獲得之利益與所侵害之法益應不顯失均衡」，此處學說實務雖就加害人、被害人及侵害行為之情形作考量，然似乎仍傾向綜合各種情形作出妥適判斷，亦即，判斷慰撫金請求之數額是否適當，其實係在作一個「於該個案中，被害人作此數額之請求與總體損益情況是否『符合比例』」之判斷。尤其觀法院於量定慰撫金數額時所使用「比例原則」一詞時之情形更為顯然，無論係台灣高等法九十七年度上易字第三〇二號判決中所謂：「故本院認原審判定本件精神撫慰金為 70 萬元（被上訴人原審請求上訴人賠償非財產上損害 200 萬元，原審判決被上訴人敗訴部分，未據不服），稍嫌過高，應減為 40 萬元方為允當，較符比例原則，逾此數額之請求，有失衡平，不應准許。」，或台灣高等法院九十五年度上易字第一五四號判決中所謂：「被上訴人請求上訴人給付之非財產上之損害—即精神慰撫金以 15 萬元，方為相當，且符其比例原則，逾越上開範圍之請求，即失衡平，自非法所許，不應准許。」，其使用之「比例原則」似乎僅是用於表達「該個案情形與該請求數額不符比例」而已。故本文認為，此種情形與公法上狹義比

<sup>184</sup>同院：九十六年度台上字第五一三號判決亦同。

<sup>185</sup>藍家偉，慰撫金量定之理論與實務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2009 年 6 月，頁 94-96。

例性之概念仍有所不同，而係著重個案情形與請求數額是否「符合比例」。

## 第八節 競業禁止

### 第一項 實務見解<sup>186</sup>

台灣高等法院九十二年度上更(三)字第一一八號判決：「被上訴人抗辯稱系爭同意書因違反憲法人民工作權之保障而無效等語。但查：(1)經核系爭同意書第一項約定：『任職期間除向公司報備經核准外，其於在外之任何兼職銷售，營利投資等均不得從事』；第三項約定：『若因離職，離職之日起一年半時間內保證不從事同公司類似或影響公司營運之產品的開發、設計、製造、銷售或其他任何直接、間接之營利與投資，同時對前述第二項之遵守仍繼續有效』；第五項則有違反時之法律效果約定：『前述之第一、二、三項因違反除應負賠償責任外，其因獲利或任何投資均歸華鼎電子工業股份有限公司所有』等語。(2)憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，此為工作基本權，但契約自由原則亦為憲法位階自己決定權所應保障清單之一，工作基本權人民如合意予以限制，在未達完全剝奪其工作權及生存權，並符合比例原則與禁止過當原則下，契約自由亦應予尊重。因此當事人如於僱傭契約約定，受僱人於任職期間除向公司報備經核准外不得從事在外之任何兼職銷售及營利投資，以及約定當事人間為免受僱人因知悉前僱人之營業資料而作不公平之競爭，約定於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業，以免有不公平之競爭，若此禁止兼職及競業禁止之約定期間、內容，不侵害其工作基本權之核心，並符合比例原則，以及禁止過當原則下，即不應認係侵入憲法工作基本權之核心領域，而認之為違憲。本件被上訴人簽署之同意書既係出於被上訴人之同意，且有期限之約定（任職期間、離職之日起一年半），又有內容之限制（兼職銷售或營利投資、同公司類似或影響公司營運之產品的開發、設計、製造、銷售或其他任何直接、間接之營利與投資），且核其違反約

<sup>186</sup>台灣高等法院 99 年度勞上易字第 20 號亦屬此類判決。

定之法律效果，乃以負金錢上之損害賠償責任為內容，並非受僱人與他人所另訂之契約或所為之法律行為無效，應認本件同意書內容約定並未侵入工作基本權之核心領域而無效。」。

台灣高等法院高雄分院九十八年度上易字第一二六號判決亦表示：「人民之生存權及工作權固為憲法所保障，惟非屬絕對之權利，於一定條件下得為合於比例原則之限制，是為避免受僱人因知悉前僱用人之營業資料，於離職後，以之作為競爭，雙方得於事先約定，於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業，若此競業禁止之約定期間、內容、範圍為合理相當時，即與憲法工作權之保障無違。」。

## 第二項 分析

### 第一款 競業禁止之意義

所謂「競業禁止」，是指「事業單位為保護其商業機密、營業利益或維持其競爭優勢，要求特定人與其約定在在職期間或離職後之一定期間、區域內，不得受雇或經營與其相同或類似之業務工作」而言。<sup>187</sup>

### 第二款 牽涉之法益

對於競業禁止條款所牽涉之利益衝突為何，及應如何衡量之，臺灣高等法院臺南分院九十七年度上字第一七二號判決有詳盡之說明：「次按關於『競業禁止』之約定，乃雇主為免受僱人於任職期間所獲得其營業上之秘密，或與其商業利益有關之隱密資訊，遭受受僱人以不當方式揭露在外，造成雇主利益受損，而與受僱人約定在任職期間及離職一定期間內，不得利用於原雇主服務期間所知悉之技術或業務資訊為競業之行為。而有關競業禁止約款應否容許，一方面涉及憲法第15條所保障之人民(即受僱人)工作權利，另一方面則涉及業主之利潤或競爭利益，此亦攸關業主之生存權利，是雇主以定型化契約所為之競業禁止約款是否容許，

<sup>187</sup>王偉霖，營業秘密與離職後競業禁止約款-評台灣台地方法院97年勞訴字第14號判決，月旦法學雜誌第186期，2010年11月，頁200。

屬基本權利衝突之情況，於個案中是否容認競業禁止約款之存在，自應依憲法第23條之比例原則判斷之。據此是否容許雇主以競業禁止條款對於離職後員工之工作加以限制，應考量以競業禁止約款限制離職員工利用先前任職經驗從事工作，是否為確保雇主生存權利之唯一且必要方式，並應審酌限制之時間、地區、範圍及方式，在社會一般觀念及商業習慣上，是否為合理適當且不危及受限制當事人之經濟生存能力。且雇主所欲保障之營業秘密或與其商業利益有關之隱密資訊，其涉及專業性、獨創性、秘密性之性質愈高，亦即雇主之競爭對手在未能獲知雇主之營業秘密資訊前，在市場上難以與雇主從事競爭者，則雇主以競業禁止約款保障此項營業秘密之正當性愈強，而得認其有以競業禁止約定保障其營業秘密資訊之利益；反之雇主所欲保障之營業秘密資訊，若為其競爭對手透過一般市場訪查或交易磋商過程，即能輕易探知，抑或雇主之競爭對手即便知悉營業秘密資訊，仍須以其自身經濟實力在市場上與雇主競爭，則雇主以競業禁止約定保障其營業秘密資訊之正當性即有不足，而不能認雇主有以競業禁止約定保障其營業秘密資訊之必要。」<sup>188</sup>。

由此判決可知，競業禁止牽涉勞工選擇工作及職業之自由，與業主之利潤或競爭利益（此亦攸關業主之生存權利）。而我國多數法院認為憲法上之工作權並非絕對權，若於合理情況下，基於契約自由及私法自治原則，競業禁止約款並不抵觸憲法上之職業自由。

### 第三款 審酌標準<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup>本案法院最後認為：「約定：『乙方因職務上或與職務有關任何事項所獲知本公司之營業資料，於契約期間及契約終止後2年內，均負有保密義務，如有洩漏，乙方願賠償本公司所有損失及負法律上一切責任。』顯見上訴人確已就此預先於勞動契約內加以約定，則其再透過系爭競業禁止約定，以限制離職員工工作權之方式，保障上揭不具專業性、獨創性或秘密性之營業資料，實難謂與比例原則相符。」簡言之，法院認為該案中雇主之營業資料並無以限制離職員工工作權之方式保護之必要，故該競業禁止條款無效。

<sup>189</sup>對各審酌標準之詳細說明及批評，非本文探討範圍，故不多加贅述，關於此部分可參考：王偉霖，營業秘密與離職後競業禁止約款-評台灣台地方法院97年勞訴字第14號判決，月旦法學雜誌



就如何認定個案中競業禁止條款之效力，台北地方法院八十五年勞訴字第七十八號判決首次明白揭示審查競業禁止約款合理性之五標準：「依從來通說之見解，要課離職員工以競業禁止義務，必需有法的依據，例如締結勞動契約時之合意、工作規則上之規定或另行書面約定等均是；實則競業限制約定，其限制之時間、地區、範圍及方式，在社會一般觀念及商業習慣上，可認為合理適當而且不危及受限制當事人之經濟生存能力，其約定並非無效，惟轉業之自由，牽涉憲法所保障人民工作權、生存權之基本人權，為合理限制競業禁止契約，綜合外國法例及學說，認為競業禁止之契約或特約之有效要件，至少應包括下列所述各點，換言之，競業禁止特約之合理性，應就當事人間之利害關係及社會的利害關係作總合的利益衡量而為判斷，其重要標準計有：1. 企業或雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在，亦即雇主的固有知識和營業祕密有保護之必要。2. 勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位。<sup>190</sup>關於沒有特別技能、技術且職位較低，並非公司之主要營業幹部，處於弱勢之勞工，縱使離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，此時之競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由，乃違反公序良俗而無效。3. 限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇。4. 需有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施，代償措施之有無，有時亦為重要之判斷基準，於勞工競業禁止是有代償或津貼之情形，如無特別之情事，此種競業特約很難認為係違反公序良俗。5. 離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則，亦即當離職之員工對原雇主之客戶、情報大量篡奪等情事或其競業之內容及態樣較具惡質性或競業行為出現有顯著之背信性或顯著的違反誠信原則時，此時該離職違反競業禁止之員工自屬不值保護。」。

第 186 期，2010 年 11 月，頁 193-219；林發立，競業禁止近期實務見解再釐清，萬國法律第 137 期，2004 年 10 月，頁 64-68。林更盛，定型化離職後競業禁止約款的審查—評最高法院 94 年台上字第 1688 號判決，台灣本土法學雜誌第 87 期，2006 年 10 月，頁 249-252。

<sup>190</sup>判決中有以「受僱人之職務地位與知悉雇主業務祕密之因果關聯。」表達者。如：台灣高等法院 94 年度勞上字第 40 號判決。

而後行政院勞工委員會民國 87 年 8 月 21 日台 89 勞資二字第 0036255 號函，針對法院就競業禁止條款是否有效之爭議，歸納出五項衡量原則：(一)企業或雇主須有依競業禁止特約之保護之利益存在。(二)勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位。(三)對勞工就業之對象、期間、區域職業活動之範圍，應有合理之範疇。(四)應有填補勞工因競業禁止損失之措施。(五)離職勞工之競業行為是否具有背信或違反誠信原則之事實。近年法院即多以此五項原則判斷之。<sup>191、192</sup>

另外，亦有論者主張，部分實務判決所提出「競業禁止之約定，其限制之時間、範圍及方式，在社會一般觀念商業習慣上，可認為合理適當而且不危及受限制當事人之經濟生存能力者，其約定並非無效。」<sup>193</sup>之審查標準較為切實有效，始足以作為評斷「競業禁止條款」有效與否之核心依據。<sup>194</sup>

因實務主要係以上述五標準審酌競業禁止條款之有效性，亦有較多學者討論之，故本文以下即就該五標準分別分析之。

本文認為<sup>195</sup>，第一標準「企業或雇主需有依競業禁止特約保護之利益存在」似乎係指「目的正當性」之判斷，即若企業或雇主根本無值得保護之利益存在，則此時即因目的不正當而應認該條款無效。

第二標準「勞工在原雇主之事業應有一定之職務或地位」則係關於「適當性原則」之判斷，蓋若勞工所任之地位或職務根本無法接觸雇主之核心資訊，此時縱使該勞工離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，故雇主限制勞工競業之手段無法達成保護營業利益之目的，即違反適當性原則。

---

<sup>191</sup>可參考：台灣高等法院 99 年度上易字第 301 號、94 年度勞上字第 40 號、臺灣高等法院臺南分院 100 年度勞上字第 2 號…等。

<sup>192</sup>另有所謂「三標準說」、「四標準說」及「六標準說」，然此非本文所欲探究之範圍，故不加贅述。

<sup>193</sup>如：台灣高等法院 86 年勞上字第 89 號、同院 89 年重上字第 224 號、台灣台北地方法院 92 年勞訴字第 190 號等。

<sup>194</sup>林發立，競業禁止近期實務見解再釐清，萬國法律第 137 期，2004 年 10 月，頁 66。

<sup>195</sup>本文見解關於第一標準、第二標準及第五標準之判斷，同於：黃偉銘，員工競業禁止條款效力之研究—以競業禁止制度及營業秘密制度為中心，國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，2011 年 7 月。然而關於第三及第四標準之判斷則有所不同，其認為第三標準為狹義比例性之判斷；而第四標準之「有無」係必要性問題、「額度」則係狹義比例性之問題。

第三標準「對勞工就業之對象、期間、區域職業活動之範圍，應有合理之範疇」則應係關於「必要性」之判斷，即判斷這些限制是否合理必要，而屬最小侵害手段。例如：僅限制勞工不得在台北地區從事同樣職業僅可維護雇主利益，雇主卻要求勞工不得於全台灣從事相同職業，即非屬最小侵害手段而違反必要性原則；或是限制兩年內不得從事相同工作即可確保雇主利益，卻要求勞工於五年內均不得為相同工作，亦非最小侵害手段而不應認可該條款之有效性。

第四標準「應有填補勞工因競業禁止損失之措施」<sup>196</sup>本文認為應係著重利益衡量，即藉助狹義比例性之概念，衡量「競業禁止約款」對勞工職業自由所為之限制，與此條款所欲達成保護雇主營業利益之目的究竟是否相當。倘若雇主於約款中有補償或代償約定時，則該約款所造成之損害即相對較小，自應納入該約款合理性之考量。

第五標準「離職勞工之競業行為是否具有背信或違反誠信原則之事實」，乍看之下，似乎亦是利益衡量之一部份；然而，「判斷競業禁止條款是否有效」應是客觀就該條款保護之利益、存在之必要及對他方所造成之限制為判斷，而不應繫諸離職勞工事後之行為<sup>197</sup>，故是否應將此標準亦作為審酌競業禁止條款是否有效之因素之一，即值斟酌。

## 第九節 承攬關係中解約之規定

關於承攬關係中解約之規定，目前尚無法院以「比例原則」論述者，然而有學者認為民法第 494 條及第 495 條之規定為比例原則於民法上之體現，故於此亦討論學者論述中所謂「比例原則」欲表達之涵義為何。

<sup>196</sup>關於第四標準是否有存在必要，學說及實務均有爭議，可參考：王偉霖，營業秘密與離職後競業禁止約款-評台灣台地方法院 97 年勞訴字第 14 號判決，月旦法學雜誌第 186 期，2010 年 11 月，頁 193-219。實務上認為競業禁止約款之有效性應以雇主提供代償措施為前提者如：台灣台北地方法院 96 年勞訴字第 185 號、台灣彰化地方法院 94 年度訴字第 269 號、台灣台中地方法院 90 年度訴字第 212 號判決等；實務認為補償或代償措施並非競業禁止約款有效之必要條件者如：台灣板橋地方法院 95 年度勞訴字第 51、同院 94 年度勞訴字第 53 號判決、台灣台中地方法院 94 年度訴字第 358 號判決等。

<sup>197</sup>例如勞工惡意大量篡奪原公司之情報等情形，此行為是否構成侵權行為，則為另一回事。

## 第一項 學者見解

於承攬關係之瑕疵擔保責任中，關於解約之規定，民法第 494 條規定：「承攬人不於前條第一項所定期限內修補瑕疵，或依前條第三項之規定拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約。」並於第 495 條規定：「因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。前項情形，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，而其瑕疵重大致不能達使用之目的者，定作人得解除契約。」。

學者<sup>198</sup>認為，定作人得否因承攬工作物之瑕疵而解除契約，應依據「比例原則」，比較「解除契約對於定作人之利益」與「解除契約對於承攬人之不利益」認定之。最高法院八十三年台上字第三二六五號判例亦謂：「民法第四百九十四條但書規定，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約，係指承攬人所承攬之建築物，其瑕疵程度尚不致影響建築物之結構或安全，毋庸拆除重建者而言。倘瑕疵程度已達建築物有倒塌之危險，猶謂定作人仍須承受此項危險，而不得解除契約，要非立法本意所在。」。

## 第二項 分析

學者認為於承攬解約時，應「比較解除契約對於定作人之利益與對於承攬人之不利益」，即類似上述民法第 359 條但書中「衡量買受人因該瑕疵所受損害及出賣人因解除契約所受損害」之判斷，兩者均在強調「雙方之利益是否平衡？」，是故，於承攬解約之情形中，所謂「比例原則」所欲表達者似乎亦為狹義比例性中

<sup>198</sup>詹森林，比例原則在民法上之理論與運用，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007 年 3 月，頁 8；林誠二，民法債編各論（中），2002 年版，頁 96-97；黃立/楊芳賢，民法債編各論（上），2000 年版，頁 612-614；邱聰智/姚志明，新訂債法各論（中），2002 年版，頁 80-81；劉春堂，民法債編各論（中），2004 年版，頁 53-55；詹森林，建築物或其他土地上工作物承攬契約之解釋，台灣本土法學雜誌第 22 期，頁 94。

「利益衡量」之概念。

## 第十節 情節重大？

有論者認為「情節重大」<sup>199</sup>一語，亦含有比例原則之思考模式，尤其是「狹義比例原則」的利益衡量<sup>200</sup>，故本文亦就此探討分析。

### 第一項 實務見解

首先應說明者為，法院就個案情形是否屬於「情節重大」之判斷，幾無以「比例原則」作為論述基礎者，故以下僅就法院如何判斷「情節重大」，舉數例說明之，並分析法院於判斷是否為「情節重大」之思考邏輯，與比例原則究竟是否有所關連。

#### 第一款 侵害「身分法益」情節重大

關於民法第 195 條第 3 項「不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者」所謂「情節重大」之判斷，為法院就「情節重大」一語，有較多討論、亦較常出現之案例類型。

於最高法院一〇〇年度台上字第 2219 號判決中，原審認為「鄭誠贊經治療後，身體機能已恢復接近正常人狀態，難謂鄭基德等二人基於父母身分法益受有情節重大之侵害，其二人不得請求被上訴人給付精神慰藉金。」然而最高法院

---

<sup>199</sup>如：民法第 195 條：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。前項請求權，不得讓與或繼承。但以金額賠償之請求權已依契約承諾，或已起訴者，不在此限。前二項規定，於不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，準用之。」

第 1118-1 條第二項：「受扶養權利者對負扶養義務者有前項各款行為之一，且情節重大者，法院得免除其扶養義務。」

第 1163 條：「繼承人中有下列各款情事之一者，不得主張第一千一百四十八條第二項所定之利益：一、隱匿遺產情節重大。二、在遺產清冊為虛偽之記載情節重大。三、意圖詐害被繼承人之債權人之權利而為遺產之處分。」

<sup>200</sup>楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010 年 6 月，頁 282-283。

質疑原審此項判斷，而謂：「倘子女因交通事故而成為植物人或引致心智缺陷，並經宣告為禁治產人（受監護宣告人），父母基於親子間之關係至為親密，此種親密關係所生之身分法益被侵害時，在精神上自必感受莫大之痛苦，不可言喻。查奇美柳營分院於九十五年一月十三日出具之病情摘要記載：鄭誠贊傷及左側大腦，語言中樞受損，對外界事務全然缺乏知覺、理會及判斷，無自由決定意思之能力等語；台灣台南地方法院於九十五年二月九日以九十五年度禁字第一號裁定宣告鄭誠贊為禁治產人（受監護宣告人），並以鄭基德等二人為其法定監護人（見一審附民卷一〇、一一頁）。則於鄭基德等二人負責養護鄭誠贊及治療鄭誠贊身體，迄至鄭誠贊因行復健而得逐漸回復身體機能之期間，其二人乍逢愛子傷重，當已費神照顧，不無心力交瘁。果爾，能否徒以鄭誠贊經治療後身體機能已恢復接近正常人狀態為由，遽謂鄭基德等二人不得依上開規定請求賠償精神慰藉金，尚非無研酌之餘地。」。

此判決中，原審法院認為，被害人經治療後，身體機能已恢復接近正常人狀態，難謂其父母之身分法益受有情節重大之侵害；然最高法院認為於被害人治療及復健之過程中，父母已承受莫大之痛苦，故不得僅以被害人最後身體機能已恢復接近正常人狀態，即謂父母之身分法益並無受到情節重大之侵害。

另觀最高法院一〇〇年度台上字第九九二號判決：「按不法侵害他人基於父、母、子、女或配偶關係之身分法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得準用民法第一百九十五條第一項前段規定，請求賠償相當之金額，同條第三項定有明文，此乃保護基於父母或配偶與本人之親密關係所生之身分法益所為之規定。查上訴人不法侵害邱子粟之身體、健康法益，致邱子粟成為類植物人狀態，已遭法院依修正前民法之規定宣告禁治產（現已改稱為監護宣告），被上訴人分別為邱子粟之父母，亦為監護人（見一審交附民卷七頁），不僅須執行有關邱子粟生活、護養療治及財產管理之職務（民法第一千一百十二條參照），且因邱子粟須終身仰賴他人照護，於其二人不能維持生活時之受扶養權利亦將無法享受（民法第

一千一百十七條規定參照)，遑論孝親之情。被上訴人與邱子栗間父母子女關係之親情、倫理及生活相互扶持與幫助之身分法益已受到侵害，且因必須持續終身照顧，其情節自屬重大。」及一〇〇年度台上字第六二號判決「胡智翔因溺水事故成為植物人，胡世允、盧春霞基於父母子女身分法益受侵害且情節重大，自得請求上訴人就非財產上損害為相當之賠償。審酌胡世允、盧春霞與胡智翔係屬至親，卻因上訴人對公共設施設置及管理之欠缺致胡智翔成為植物人，一家生活更因此陷入無盡之災難境地，情節重大…」法院皆認為子女成為「類植物人」或「植物人」對父母之身分法益即為「情節重大」之侵害，而認父母應可依民法第 195 條第 3 項請求非財產上損害賠償。

### 第二款 侵害「人格法益」情節重大

除上述民法第 195 條第 3 項何謂「侵害身分法益情節重大」之外，亦有關於對人格法益侵害是否「情節重大」之討論。

最高法院九十二年度台上字第一六四號判決表示：「於他人居住區域發出超越一般人社會生活所能容忍之噪音，應屬不法侵害他人居住安寧之人格利益，如其情節重大，被害人非不得依民法第一百九十五條第一項規定請求賠償相當之金額。乙○○○請求賠償精神上之損害，係主張因己○○○於增建之機器房內置冷氣壓縮機，日夜運作，噪音不停，致伊受到侵害等語，原審就乙○○○之人格法益是否確受不法侵害而情節重大，未加審究，遽認其不得請求精神上之損害賠償，亦有疏略。」。

由此觀之，最高法院認為，若加害人製造超越一般人社會生活所能容忍之噪音，而且情節重大時，則被害人得請求精神上之損害賠償，並質疑原審判決並未審究此部分，而遽認被害人不得請求精神上之損害賠償，有所疏略。然而，對於究竟何種程度之噪音始屬「情節重大」，法院並未多加論述。

### 第三款 免除扶養義務

我國民法於 99 年 1 月 27 日增定第 1118 條之 1 條：「受扶養權利者有下列情形之一者，由負扶養義務者負扶養義務顯失公平，負扶養義務者得請求法院減輕其扶養義務：一、（略），二、對負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務。受扶養權利者對負扶養義務者有前項各款行為之一，且情節重大者，法院得免除其扶養義務。…」。

對於增訂此條減輕或免除扶養義務之規定，有認為「扶養不須有對價概念」，不須以受扶養義務人先履行一定之義務，日後才得行使扶養請求權，因此認為受扶養權利人即使曾有或現有對扶養義務人為性侵、家暴或遺棄等行為時，仍須負扶養義務，亦即僅須具一定親屬關係就應負扶養義務。反之，亦有認為，於現今社會中，棄養未成年子女、家庭暴力、性侵等殘害子女之事件屢見不鮮，傳統上認為「天下無不是的父母」已遭受挑戰與質疑，倘若要求這些子女成人後仍須負擔扶養施暴者之義務，除顯失公平外，亦會對於此等受害者造成二度傷害。本條立法理由採取後者看法而指出：「…二、按民法扶養義務乃發生於有扶養必要及有扶養能力之一定親屬之間，父母對子女之扶養請求權與未成年子女對父母之扶養請求權各自獨立（最高法院九十二年度第五次民事庭會議決議意旨參照），父母請求子女扶養，非以其曾扶養子女為前提。然在以個人主義、自己責任為原則之近代民法中，徵諸社會實例，受扶養權利者對於負扶養義務者本人、配偶或直系血親曾故意為虐待、重大侮辱或其他家庭暴力防治法第二條第一款所定身體、精神上之不法侵害行為，或對於負扶養義務者無正當理由未盡扶養義務之情形，例如實務上對於負扶養義務者施加毆打，或無正當理由惡意不予扶養者，即以身體或精神上之痛苦加諸於負扶養義務者而言均屬適例（最高法院七十四年臺上字第一八七〇號判例意旨參照），此際仍由渠等負完全扶養義務，有違事理之衡平，爰增列第一項，此種情形宜賦予法院衡酌扶養本質，兼顧受扶養權利者及負扶養義務者之權益，依個案彈性調整減輕扶養義務。三、至受扶養權利者對負扶養義務者有第一項各款行為之一，且情節重大者，例如故意致扶養義務者於死而未遂或重傷、強制性交或猥褻、妨害幼童發育等，法律仍令其負扶



養義務，顯強人所難，爰增列第二項，明定法院得完全免除其扶養義務。四、又父母對於未成年子女，有保護及教養之權利義務，爰仿德國民法第一千六百十一條第二項規定，增列第三項，明定第一項及第二項規定不適用於受扶養權利者為負扶養義務者之未成年直系血親卑親屬，以保護未成年子女之利益。」，是故，法院依該條規定應判斷個案中是否有各款情形且情節重大而得免除扶養義務人之扶養義務。

台灣高等法院九十九年度家上易字第十八號判決中，就是否「情節重大」有較詳細之論述：「查上訴人抗辯伊於二歲多時，被上訴人就棄家而帶許水籬、許金煌離家出走，其他留在家中之小孩均是由父親扶養帶大，被上訴人未曾扶養上訴人等情，業據證人即上訴人之大姐即被上訴人之長女許水籬證明屬實，而被上訴人對其離家，嗣後並與夫許標離婚，再與劉惠海結婚，育有訴外人劉義宏一節並不否認，而被上訴人與夫係於57年9月7日與許標在臺灣雲林地方法院調解離婚，亦有調解程序筆錄影本在卷可證，堪認上訴人之抗辯應可採信。被上訴人既於上訴人二歲多時即離家，對上訴人無正當理由未盡扶養義務，則現被上訴人年歲已高，反而要求上訴人對其負扶養義務，自顯失公平，本院認情節尚非重大而應免除其扶養義務，應以減輕其扶養義務為宜，爰酌定其扶養義務自上開法條施行之日起為按月給付2,000元。」於本判決中，法院採認上訴人之抗辯，肯認被上訴人（上訴人之母親）於上訴人兩歲多時即棄家不顧，對其無正當理由未盡扶養義務，然而接著卻無任何論述過程、不附任何理由便直接認為「現被上訴人年歲已高，反而要求上訴人對其負扶養義務，自顯失公平」卻又「情節尚非重大」，故不得免除扶養義務而應以減輕其扶養義務為宜，換言之，法院對究竟何謂「情節重大」並未提供任何標準。不知是否因法院仍受最高法院九十二年度第五次民事庭會議決議所謂「父母對子女之扶養請求權與未成年子女對父母之扶養請求權各自獨立，父母請求子女扶養，非以其曾扶養子女為前提。」之影響，抑或基於傳統認為「子

女應盡孝道、侍奉父母」之觀念，而於個案中較傾向尚不得完全免除扶養義務，而僅得減輕而已。

## 第二項 分析

上述論者認為「情節重大」亦蘊含比例原則之思考模式，尤其是「狹義比例原則」的利益衡量。

然而，就上述法院判決分析之，首先幾無法院將「比例原則」一語用於是否為「情節重大」之判斷。再者，觀法院判決所表現之意義，本文認為，法院對於是否為「情節重大」之判斷，較似在作一個「門檻性質」之判斷，由上述判決文字觀之，法院於判斷是否「情節重大」時，似乎未特別就何種利益為比較衡量，而往往僅先敘述本案事實，接著便認為「情節重大而准許請求」或「非情節重大故不應准許其請求」；即法院似乎在作一個「本案之嚴重程度，是否足以為慰撫金之請求？」或「本案之嚴重程度，是否足以免除扶養義務？」之判斷；若超過法院心中之嚴重程度門檻，即准許其請求；反之，若法院認為嚴重程度未達門檻，即不准許其請求。或許此亦為法院於判斷情節是否重大時，並未以「比例原則」一語論述之理由，蓋其心中之判斷並無與公法上固有比例原則概念相似之處。

## 第十一節 小結

由上述各種案例—無論係實務或學說見解中，以「比例原則」作為論述者，其所謂「比例原則」所指之意義究竟為何，本文分析後認為，就民法第 195 條回復名譽之適當處分<sup>201</sup>及競業禁止<sup>202</sup>之案例類型，較可就其中之判斷對應至公法上比例原則三個子原則之概念；民法第 359 條但書<sup>203</sup>及承攬關係中解約之規定<sup>204</sup>則著重「利益衡量」之意義；就鄰地關係<sup>205</sup>及是否防衛過當<sup>206</sup>之判斷中，法院同時借用「必

---

<sup>201</sup>請參考本章第一節。

<sup>202</sup>請參考本章第八節。

<sup>203</sup>請參考本章第六節。

<sup>204</sup>請參考本章第九節。

<sup>205</sup>請參考本章第二節。

<sup>206</sup>請參考本章第三節。

要性」及「利益衡量」之概念審酌；雇主之解僱<sup>207</sup> 是否符合最後手段性而有效，則係借用「必要性」之概念；而於喪失勞動能力<sup>208</sup>及金錢之酌定<sup>209</sup> 案例類型中，法院以「比例原則」一詞所欲表達者，其實僅為一般人所謂「符不符合比例」之概念而已。

類型	合目的性	必要性	狹義比例性	比例
民法第 195 條回復名譽之適當處分	V	V	V	
鄰地關係		V	V	
防衛過當		V	V	
喪失勞動能力				V
雇主之解僱		V		
民法第 359 條但書			V	
金錢之酌定				V
競業禁止	V	V	V	
承攬關係之解約			V	

而就上述分析實務學說使用「比例原則」一詞所欲表達意義之分析結果，可整理出以下各點：

### 一、較少使用「合目的性」之概念

除回復名譽之適當處分及競業禁止判斷之案例類型中，較有完整對應至公法上比例原則之三個子原則外，其他各案例中於法院或學者論及「比例原則」時，實際上似乎並未重視「合目的性」此一概念；換言之，民法上提及「比例原則」一詞時，其所欲表達者，多為「必要性」、「狹義比例性」之概念，而並非欲論述

<sup>207</sup>請參考本章第五節。

<sup>208</sup>請參考本章第四節。

<sup>209</sup>請參考本章第七節。

「手段可達成目的」此點。為何有此現象，本文認為，或許如學者所言，此一判斷於統治關係中較能合理化解釋<sup>210</sup>；亦或許乃因法律關係中「手段不能達成目的」者本即少見，故於民事關係上論及「比例原則」時，似乎較忽略三個子原則中「合目的性」之概念，而較常用來表達「必要性」及「狹義比例性」之意義。

## 二、 比例原則=利益衡量？

由上述實務及學者見解可明顯發現，其實許多以「比例原則」論述者，乃係將「國家採取的方法所造成的損害與欲達成目的的利益，不得有顯失均衡的情形」中之「國家」要素直接置換為「私人」，而判斷個案中個人行為所欲達成之目的利益與其所造成之損害是否均衡。於許多案例中，法院甚至並未明確就「欲達成之目的利益」與「造成之損害」為論述，而僅於判決中先例示許多應考量之利益，最後再作一個「該請求符合/不符合比例原則」之判斷。本文認為，民事實務、學說及論者所指稱之「比例原則」，經常係欲指稱「利益衡量」，「違反比例原則」意即「不符利益均衡之要求」。尤其民事關係中，本就經常需就各種利益—無論係私人利益、交易安全、社會經濟等—作衡量取捨，或許係因法院實難於每個個案中將各種利益一一量化比較，亦不容易具體說明「為何案中所欲追求之利益劣於其他欲保護之利益」，故借用「比例原則」之概念，以「不符比例原則」說明案中之「利益不均衡」之情形。

## 三、 單獨使用「必要性」、「利益衡量」之概念

由上述所分析之各種案例類型觀之，實務或學說提及所謂「比例原則」一語時，其所欲表達者其實經常僅為「必要性」或「利益衡量」其中一者，而並非如公法上論及比例原則時，多以三個子原則整套判斷於個案中該侵害行為是否符合比例原則而具正當性，於民法中，「比例原則」有時成為「必要性/最小侵害手段」之代名詞，有時則成為「利益衡量」之代名詞。

---

<sup>210</sup>蘇永欽，民事裁判中的人權保障，民事立法與公私法的接軌，2005年，頁159-160。

#### 四、 比例？比例原則？

本文於分析歸納眾多判決中，深覺最有趣者，乃實務上一無論係法院或當事人一經常以「比例原則」一語表達一般日常生活中是否「符合比例」之概念，尤其於論述金額數額之多寡是否適當時，更係如此，所謂「不符比例原則」經常僅為表達「請求權人要求太多」之意義。當然，於法學上固有比例原則之概念，本亦含有「合度」、「合比例」之意涵，然而姑不論其背後之理論基礎與一般生活中所謂之「符合比例」相差甚遠，法學上之比例原則一語已精緻化為三個子原則之操作，已非如一般生活中「符合比例」意義之簡單。

#### 五、 類型化區分

上述實務學說運用「比例原則」一詞者，其案例類型所含甚廣，幾乎橫跨整個財產法領域，而由上述所分析之結果，似乎可分為三大類型：

##### (一) 顯為不同基本權利或法原理原則之衝突者→整套運用：

由牽涉法益觀之，將比例原則有系統整套運用之回復名譽之適當處分及競業禁止兩種案例類型，皆係有明顯不同基本權或法原理原則之衝突，前者係不表意自由及人格權保障；後者係勞工工作權及雇主營業利益(生存權利)、契約自由之衝突。而其他案例，多僅為雙方財產權之衝突而已，例如：買賣及承攬契約乃在衡酌雙方當事人之財產上利益、鄰地關係亦是相鄰所有人間之所有權衝突。或許係在有明顯不同權利或法原理原則衝突之情形，法院及學者較容易由「基本權保障」聯想至「應運用比例原則處理」。

##### (二) 本質係「侵害」者→必要性及利益衡量：

防衛行為與鄰地關係之案例類型中，於三個子原則中運用了必要性及利益衡量兩者，或許與其本身性質實為「侵害」有關。就前者言，由刑法上「構成要件該當」、「違法性」、「有責性」三階段觀之，防衛行為屬於(侵害之)「構成要件該當」但得阻卻違法之行為，亦即，防衛行為本質上實為侵害之一種；

就後者言，按民法第 765 條：「所有人，於法令限制之範圍內，得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」，若無鄰地關係之規定，土地所有人本可就行使過水權之鄰地所有人、設置管線之鄰地所有人或通行其土地之袋地所有人主張第 767 條之妨害除去請求權或甚至第 184 條侵權行為之損害賠償。

或許係因此二種類型之本質屬於「侵害」，僅係因法律有特殊規定而使其不具違法性，故法院認為應對其為較多之控制，以確保他方之合法利益不受過度侵害。<sup>211</sup>

### （三） 形成權行使→必要性或利益衡量：

本文前已述及，基於形成權經單方行使即可變動雙方法律關係之性質，學者認為其更應受到限制，上述各種案例類型中，民法第 359 條但書乃限制解除權之行使、學者以「比例原則」論述承攬關係中解約規定應衡量之利益、解僱之最後手段性亦係限制雇主單方即可終止勞雇關係之形成權行使，此種案例類型或許因其屬於形成權，故無論實務或學說均認為應為較多限制，縱然由條文無法明確得出立法者有規範其界限之意思，實務學說亦發展出應由法院對其為控制之主張。

然而，此種類型化分析僅為本文盡可能求其最大公因數所為之區分，實際上仍有一些零星案例難以歸類，且亦有其他同樣案例類型者並無使用比例原則之情形，例如並非所有解約權行使法院均會以比例原則衡酌之，質言之，我國法院目前似乎並無類型化運用比例原則概念之情形。

## 六、 功能之達成

若由法院使用比例原則時所欲達成之目的觀之，於契約關係中，法院以比例原則作為當事人行為之界限，如買賣與承攬之解約權，或許係為追求效率、社會

---

<sup>211</sup>此兩種類型中，亦係立法者直接將「必要」或「損害最少」此類表達「必要性」概念之文字直接明文於條文之中者。

經濟利益最大化，蓋權利人雖有解約之權利，然而於其解約所獲利益過小而他方損害過大時，則此時即不具效率，且亦會危害整體社會利益；於物權關係中，法院利用比例原則在權利人間求取平衡，目的亦係在追求整體社會經濟利益，並於追求此項目標之同時，保障合法利益不被過度侵害；金額酌定之部分，則法院似乎是為了貫徹民法損害填補之宗旨，故不允許過度之賠償金額或違約金之請求；換言之，法院雖未明言，然其確實透過比例原則之運用，達到民法上所欲追求之各種目的，實值肯定。

## 七、 建議之提出

### （一）類型化運用

本文肯定法院經常為達實質公平正義，而運用比例原則作判斷之依據，然而，法院於使用比例原則一詞時，常常僅一語帶過，僅先敘述個案情形，再以「無違比例原則」肯認請求或「不符比例原則」而駁回請求，而並無明確為涵攝或論述，實為可惜。此外，實務上並未將各種運用情形類型化，而似乎僅是由法官之「法感」決定「何時」使用、「如何」使用比例原則之「何種」概念。若能將比例原則運用於民法上之案例類型化操作，或許能使比例原則於民法上之概念更統一、更明確而能使當事人瞭解而有所應對。本文認為，類型化之方式或許可自兩種方向出發，其一為以「法益」區分，例如財產法益、身體法益及人格法益是否應有不同之運用（如不同之密度、強度）？於憲法上操作比例原則時，即就不同案件類型建立不同審查密度，如美國法上有合理關聯性審查、中度審查及嚴格審查標準；德國法亦有明顯性、可支持性及強烈內容審查。民法上使用比例原則時雖多非如公法上乃係針對國家權力，然而應仍可就不同案件類型建立不同運用之模式，使法院之運用更具體精緻，亦更得使當事人得以預見；其二為以「行為/權利類型」區分，蓋民法上各編之規定所追求之目的不盡相同，如：正當防衛將防衛人本質上之侵害行為於保護自身或他人合法權利範圍內阻卻違法，對於此種本質上為侵害之行為，或許應有較嚴格之判斷；債之關係—尤其契約，特別強調契約自由、

主觀等值，在此原則之下，法院介入控管之空間似乎應大幅縮減；物權相對於債權，乃採取物權法定原則，當事人自由安排之空間本即受到抑制，且物權關係中經常為求社會經濟利益最大化或為平衡動的安全及靜的安全而調整當事人間之權利義務關係，於此種情形下，或許法院即有較多之介入空間。無疑者為，任何一種操作方式，都應係為達成民法上各種基本原理原則及目的之追求。

## （二）獨創？借用？

另一方面或許值得思考者為，民法上使用比例原則一詞，究竟係欲創立一個不同於公法的「民法上之比例原則」抑或僅係借用公法上比例原則之相關概念而已？若係前者，則實務學者自然可自由的創立一個新的概念；若係後者，則實務現行運用「比例原則」一詞所欲表達之意義及方式即有討論之空間。

首先，實務經常以「比例原則」表達日常生活中「比例」之概念，比例原則固然由合比例性之思想發展而來，本身亦有「合比例」及「合度」之概念，然而法學上之「比例原則」經過發展，已被精緻化為三個子原則之判斷而成為與一般生活中單純之「比例」不盡相同之概念，若「符合/不符合比例」一詞，或「斟酌…情形，請求權人請求之數額實屬過高，逾此數額之請求，有失衡平，不應准許」即可表達「請求過當」之概念，似乎並無必要擴張使用「比例原則」原始之意義，而較能與公法上固有之比例原則意義合致。

而就運用方式而言，民法實務及學者經常以「比例原則」一詞作為「必要性」或「利益衡量」之代名詞，然而，公法上之「比例原則」實為三個子原則之總體，而非單指「必要性」或「利益衡量」而已，若民法上之比例原則乃借用公法上比例原則之概念，於運用上則應注意公法上「比例原則」所涵蓋之概念並不僅係「必要性」或「利益衡量」而已，以避免造成混淆。



## 第五章 比例原則於民法上存在之空間及必要性？

於民法關係中，與比例原則最為明顯相似之概念應屬誠實信用原則及權利濫用禁止此二者。不僅論者經常同時提及這些概念；法院於民事裁判中，常引用民法之帝王條款「誠信原則」或「權利濫用原則」，論證當事人之法律行為因此無效，因此形成當事人法律行為之界限；某程度而言，誠信原則與權利濫用禁止如同比例原則般，皆是由第三人衡量雙方當事人之利益而作一決定；比例原則於民法中若係強調其「必要性」及「利益衡量」之概念，誠信原則與權利濫用禁止原則是否即可達到？比例原則可達成民法上所追求之公平正義、效率、社會經濟利益最大化等目的，是否透過誠信原則與權利濫用禁止原則即可達成？若肯定，則是否仍有將比例原則之概念用於民法之必要？

以下欲討論之問題為：比例原則與誠信原則、權利濫用之關係為何？在民法早已有此二種固有概念之下，實務及學說是否仍有借用「比例原則」來加以論述之必要？

又雖大多數學者均認為權利濫用為誠信原則之下位概念，惟此二者仍有不同之處，故以下區分「比例原則與誠信原則」及「比例原則與權利濫用」討論，並分別就其意義、機能及相關實務見解說明分析，進而探尋「比例原則」此一概念用於民法中之必要性及空間。

### 第一節 比例原則與誠信原則

#### 第一項 誠信原則之緣起

誠實信用及權利濫用禁止原則<sup>212</sup>起源於羅馬法之惡意抗辯（*exceptio doli*），最初僅用以對抗因詐欺而取得或實行之權利，而後則擴及於對抗債權人之一切不公平、惡意等權利之行使<sup>213</sup>，現代諸如德國、瑞士、土耳其、義大利、西班牙及日

<sup>212</sup>此處因誠信原則與權利濫用原則之緣起相同，故一併於此論述之。

<sup>213</sup>Münch Komm-Roth: BGB 2.Aufl., Art. 242, RdNr. 228-229；陳彥希，契約法之經濟分析，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1994年7月，頁88。

本等國之民法，均明文規定此項原則。學者認為誠實信用及禁止權利濫用原則之特色有三：第一、該原則在具體案例中之適用係價值判斷，並非邏輯之涵攝<sup>214</sup>。第二、今日誠信原則之功能除了規範當事人之行為，更成為法官造法（Rechtsfortbildung）之主要門徑，其適用範疇已遠超出立法當時之用意。<sup>215</sup>第三、誠信原則與禁止權利濫用雖名稱及內涵不盡相同，但是實際運用之領域常有重疊、競合之情形<sup>216</sup>。

## 第二項 誠信原則之意義

所謂誠信原則（Treu und Glauben）指每人對其所為之契約信守，而形成所有人類關係所不可或缺的「信賴」基礎。換言之，即是於善良思考的交易人間，契約相對人依公平方式所可期待的行為。此一抽象而有待具體化的尺度，於何種要件下可適用於個案並無確定的規則，須於個案中判斷。於判斷時應以一般需求及相關行業（如商人、手工業者、農人）的法律意識為準則，此原則並非僅依法律感覺（Rechtsgefühl）或公平裁量適用，而是依據有待具體化、但仍可相當客觀決定的準則，並斟酌個案的特殊情況而為判斷。誠信原則的遵守構成了法律上往來的基礎，蓋此一原則不僅適用於債之關係，凡有法律上特別約束時（如物權、訴訟法、公法）均應得以適用。學者認為，如無此種法律上特別約束，如參與競賽的多數人間，或數個得向債務人相同主張的債權人間（例如多重買賣的情形），此時其行為非以誠信原則判斷，而以民法第 72 條之公序良俗來衡量。善良風俗係由人類的社會本性而生，任何情況下均應被遵從，此乃屬於最低的要求。而誠信原則多要求特別約束，即因之「對參與此約束關係者的信賴」，所以違反了誠信原則未必一定違反善良風俗，而在現存的特殊約束關係中，違反善良風俗的行為總

<sup>214</sup>Von Tuhr: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. S.52；陳彥希，契約法之經濟分析，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1994 年 7 月，頁 88。

<sup>215</sup>Münch Komm-Roth: BGB 2.Aufl., Art. 242, RdNr. 230-232；陳彥希，契約法之經濟分析，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1994 年 7 月，頁 88。

<sup>216</sup>谷口知平：註釋民法(1)總則(1)，頁 70-71。轉引自：陳彥希，契約法之經濟分析，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1994 年 7 月，頁 88。

構成誠信原則的嚴重違反<sup>217</sup>。<sup>218</sup>

由誠信原則之性質觀之，所謂「誠」「信」原則，一來含有「信」之因素，即相對人於其所信，應不受欺，其正當之期待不應失望，權利人與義務人法律上相互連接，成為一體，一方應顧及他方之利益，並衡量他方之所應期待於此方者為何，此種信用之保護，在各種不同之法律關係，依其範圍，雖各有差異，然為不可或缺。二來其含有「誠」之因素。誠者，成也。成己，成人，成物。成人，包括相對人及第三人之利益。成物，為成其事物。故信用之利益，不獨當事人間之信用利益，即第三人或公眾之信用利益，亦在保護之列。<sup>219</sup>

誠信原則創設法律所無之契約上義務，限制當事人恣意行使權利，保護契約當事人之正當期待，與法律追求之公平正義相符。<sup>220</sup>簡言之，所謂誠信原則之意義，應包含當事人主觀上的誠實與公平，以及客觀上遵守社會交易活動的合理與公平。<sup>221</sup>依據誠信原則，行為人於行為時，應符合正義，即不得恣意為之。<sup>222</sup>而法官於判斷時，則應斟酌各種特別情事，比較當事人雙方之對立的利益之中道。<sup>223</sup>有學者認為，利益之考量原則下，如涉及雙方當事人之對等利益時，應以平等之考量對待其所生之利益對立問題。然而個人利益如與公眾利益衝突時，則應將個人利益置於公眾利益之下。<sup>224</sup>

學者有謂：誠信原則之本質，為當事人雙方利益之客觀衡量，在法律解釋方法論上，一般雖認為誠信原則與利益衡量仍有不同，前者側重當事人之利益，後者則指法律規範意義上之利益，前者重在調整或補充法條所未體現之價值，後者重在選定法條所體現之（複數）價值，但誠信原則之適用本身，終究有賴利益衡

<sup>217</sup>參見：Larenz, Schuldrecht, AT, §10.

<sup>218</sup>黃立，民法債編總論，2006年版，頁343。

<sup>219</sup>參考：史尚寬，債法總論，1983年版，頁319-320。

<sup>220</sup>陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第104期，頁52。

<sup>221</sup>陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第104期，頁45。

<sup>222</sup>黃異，誠信原則與禁止權利濫用原則（下），法務通訊第1263期，第二版。

<sup>223</sup>胡長清，中國民法債編總論，1977年版，頁271。

<sup>224</sup>姚志明，誠信原則，月旦法學雜誌第76期，2001年9月，頁112。

量之運作。<sup>225</sup>本文對於學者「誠信原則之適用本身，終究有賴利益衡量之運作」之結論實感贊同，但對法律解釋方法論上區分「誠信原則」及「利益衡量」所衡量利益及重視價值之不同有所疑義，首先法律經常係為保護當事人利益而存在，如何區分「當事人之利益」及「法律規範意義上之利益」似乎即有困難；再者，如何區分法條體現或未體現之價值，似乎亦有困難，例如：若法條未明文，但可由條文文義推知其所選擇之價值，此種情形究竟係法條有體現或未體現？若屬於法條所體現之價值，則可經由法條文義被推知之範圍又為何？並且，於法律所追求之價值往往都極為抽象而範圍甚廣（例如「公平、正義」）之情形下，個案或法條中所追求之價值經常係有交集而難以劃清界限，既是如此，是否真有區分其衡量之利益不同之必要？

雖有民法上之帝王條款之稱，誠信原則最大的缺點為：其屬於一種「不確定法律概念」，故具有一定的抽象性、不確定性。如學者所言：「誠信原則作為一個抽象的原則，在適用上具有彈性與一般性，同時具有優點與缺點。優點是，在法律規範尚未修訂時，得以彈性適應社會變遷之需求。缺點是，其不明確的特性，可能給予法官過大的裁量空間，而使法律喪失明確性。<sup>226</sup>」，「誠信原則似為萬靈丹，實則有如刀之兩刃，如漫無標準不當援用，將流為法官主觀擅斷之工具，破壞法律之安定性至大，但如為避免流弊將之虛置不用，又將喪失維護實質正義公平之功能。因此，誠信原則如何能妥適用，攸關法律之安定與實質意義（目的）之達成。<sup>227</sup>」故法官於依據誠信原則而為裁判時，應特別注意是否足夠客觀，並應注意法安定性之要求。

### 第三項 我國條文規範

<sup>225</sup> 邱聰智，誠實信用原則實務應用之研究，頁 26。轉引自：林榮龍，誠實信用原則在民法解釋學上功能之探討，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1992 年 6 月，頁 171。

<sup>226</sup> ANTONIOLLI ET AL., *supra* note 18, at 51. 轉引自：陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第 104 期，頁 52。

<sup>227</sup> 林榮龍，誠實信用原則在民法解釋學上功能之探討，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1992 年 6 月，頁 1。

我國誠信原則於民法之一般條款，於民國十九年五月五日係規定在債編第 219 條。而於七十一年一月四日總統公布修正後之民法總則編條文中，於第一百四十八條第二項增訂「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」。立法理由並指出：「誠信原則，應適用於任何權利之行使及義務之履行，現行法僅就行使債權，履行債務之誠信原則，於債編第二百十九條中規定，似難涵蓋其他權利之行使與義務之履行，爰於第一百四十八條增列第二項明示其旨。」故誠信原則應適用於所有民法上之法律關係應無疑問。

#### 第四項 誠信原則之機能

誠信原則之機能為何，有不同說法，以下僅簡單說明：

通說認為誠信原則係對於具體事件，為使之妥當適用於法律之一種補正或解釋成文法與現實要求相吻合之法理，故具有規定欠缺補正機能與規定之解釋機能。

228

林誠二教授採四分法<sup>229</sup>，認為誠信原則具有：

- 一、**具體化機能**：所謂具體化機能，係指在制定法範圍內，補其規定之不備，使之適合制定法精神之具體化機能。
- 二、**正義衡平機能**：所謂正義衡平原則，係指制定法外之倫理依據，使行使權利能符合實質的正義衡平機能。
- 三、**法修正機能**：按法修正機能，係為使制定法適合時代社會之進展需要，而修正制定法之機能。
- 四、**法創設機能**：法創設機能，是指為適應時代需要，而創設與制定法相反之機能，與前述使制定法適合時代社會之進展需要，而修正制定法之機能不同。

姚志明教授<sup>230</sup>則將誠信原則之功能區分為：

<sup>228</sup>施啟揚，民法總則，2005 年版，頁 371-376。

<sup>229</sup>林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋，台灣法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月，頁 44-48。

- 一、**具體性功能**(Konkretisierungsfunktion)：此部分意義同上述之「具體化機能」。
- 二、**補充性功能**(Ergänzungsfunktion)：依德國通說之見解，誠信原則乃附隨義務之基礎，故其可創立或補充義務群之產生。
- 三、**限制性功能**(Schnkenfunktion)：誠信原則建立了一個所有權利及權利狀態之內在限制。<sup>231</sup>
- 四、**修正性功能**(Korrekturfunktion)：誠信原則之原理衍生了法律行為基礎之欠缺或滅失之原則，基於此原則，當契約關係明顯改變時，當一方當事人不改變的維持至今之契約係不可期待時，可以適當調整契約內容。

## 第五項 誠信原則之類型化

一般認為<sup>232</sup>誠信原則既為法律之最高指導原則，法律上許多相關重要法律原則，實際上多為誠信原則之下位概念。較常見者如：「權利濫用禁止原則」、「情事變更原則」、「暴利行為禁止原則」、「權利失效原則」、「禁反言原則」、「競業禁止原則」…等均屬之。王澤鑑教授認為，誠信原則在適用上可歸納為三大基本類型；一、對權利義務之具體化，尤其是作為建立從義務之依據。二、對權利行使之限制。三、對法律行為內容之控制。<sup>233</sup>

王澤鑑教授並將其歸類為以下幾種案例類型<sup>234</sup>：

- 一、**細微的利益侵害及比例原則**：一方當事人不為義務的履行，影響權利人利益輕微，其拒絕受領造成損害甚大，不合比例原則者，其行使權利違反誠實信用

---

<sup>230</sup>姚志明，誠信原則，月旦法學雜誌第 76 期，2001 年 9 月，頁 113-115。

<sup>231</sup>Gerhuber, JuS1983, 764 (765); Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), §242 Rn. 13. 轉引自：姚志明，誠信原則，月旦法學雜誌第 76 期，2001 年 9 月，頁 114。

<sup>232</sup>參考：蔡意文，論誠信原則於保險法之適用，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1994 年 6 月，頁 32-44；何孝元，誠實信用原則與衡平法，1966 年版，頁 91-120；林榮龍，誠實信用原則在民法解釋學上功能之探討，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1992 年 6 月，頁 108-109；張進德，誠實信用原則應用於租稅法之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2006 年 7 月，頁 20-41。

<sup>233</sup>王澤鑑，民法實例研習叢書第一冊，1988 年版，頁 161 以下。

<sup>234</sup>參考：王澤鑑，民法總則，2009 年 6 月版，頁 598-602。

原則。最高法院 26 年滬上字第 69 號判例謂：「債權人甲與債務人乙成立和解契約，約明如乙依此次所定日期、數額如數付清，則全部債款作為清償，每期付款均應於午十二時前為之，嗣後乙已將第八期以前各期應付之款如數付清，其最後第九、第十兩期之款，應於上年十二月三十一日付清，是日乙因須以即期支票換取銀行本票始可付甲，而是日銀行業務紛忙致稽時間，送交甲處已十二時三十分，乙於是日上午十一時三十二分曾以電話致甲商緩數分鐘，甲雖未允緩三十分鐘，而乙之遲誤時間，按其情形非無可原，雙方之和解契約係因該地商業習慣，票據於下午二時送入銀行，須作為翌日所收之款，故特約明須於午十二時前付款，如甲於十二時三十分收款後即以之送入銀行，銀行仍可作為當日所收之款，於甲並無損失，乃甲以乙已遲延三十分鐘拒絕受領，主張乙應償還全部債款，其行使債權，實有背於誠實及信用方法，依民法第二百十九條之規定，不能認為正當。」此為實務上有關誠實信用原則最早最重要的判例。

二、權利人妨害相對人履行義務：權利人的作為或不作為，妨害相對人履行其義務，致影響其有利的法律地位，權利人據此而行使形成權等權利，有違誠信原則。例如最高法院 43 年台上字第 1143 號判例謂：「出租人基於土地法第一百條第三款承租人欠租之事由，並依民法第四百四十條第一項規定，對於支付租金遲延之承租人，定相當期限催告其支付，承租人於其期限內不為支付者，固得終止契約，惟承租人曾於出租人所定之期限內，依債務本旨提出支付之租金，而因出租人或其他有代為受領權限之人拒絕受領，致未能如期完成時，尚難謂與上開條項所定情形相當。依民法第二百十九條關於行使債權，應依誠實及信用方法之規定，出租人自不得執是為終止契約之理由。」可供參照。

三、主張依不當方法取得的權利：其與誠實信用原則有違者，係主張依不當方法而取得的權利，如最高法院 58 年台上字第 2929 號判例：「媒介居間人固以契約因其媒介而成立時為限，始得請求報酬，但委託人為避免報酬之支付，故意拒絕訂立該媒介就緒之契約，而再由自己與相對人訂立同一內容之契約者，依

誠實信用原則，仍應支付報酬。又委託人雖得隨時終止居間契約，然契約之終止，究不應以使居間人喪失報酬請求權為目的而為之，否則仍應支付報酬。」

四、**矛盾行為與權利失效**：矛盾行為，出爾反爾的行為（Venire contra factum proprium）破壞相對人的正當信賴，並致其受有損害者，其權利的行使有違誠實信用原則。<sup>235</sup>最高法院 56 年台上字第 1708 號判例：「上訴人就系爭土地上雖非無租賃關係，然於被上訴人未履行出租人之義務達十一年之久，上訴人迄未行使其租賃權或聲請為假處分，以保全強制執行，坐令被上訴人在系爭土地上建築房屋、種植果樹，耗費甚鉅，始引起訴訟，求命其除去地上物交付土地，核其情形，雖非給付不能，然亦係權利之濫用，有違誠信原則。」此即所謂「權利失效」（Verwirkung），即權利者在相當期間內不行使其權利，依特別情事足以使義務人正當信任債權人不欲其履行義務者，基於誠信原則，該權利人即不得再為主張。

## 第六項 實務見解及分析

誠信原則雖如學者所述，具有「具體化」機能，然而其本身卻實為一個抽象、不確定法律概念，究竟應如何運用此一概念法院有較詳細之說明。

最高法院 91 年度台上字第 754 號判決指出：「按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的；行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第一百四十八條定有明文。而所謂誠信原則，係指一切法律關係，應各就其具體的情形，依正義衡平之理念加以調整，而求其妥適正當。」<sup>236</sup>。

而最高法院 93 年度台上字第 1948 號判決則謂：「所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事

<sup>235</sup>參考：Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993; Teichmann, Vinire contra factum proprium-Ein Teilaspekt rechtsmissbräuchlichen Handelns, JA 1985, 497. 轉引自：王澤鑑，民法總則，2009 年 6 月版，頁 600-601。

<sup>236</sup>九十九年度台上字第二二八七號、九十四年度台上字第二 0 0 一號及台灣高等法院九十九年度上字第一一九八號判決等亦同此旨。



人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考慮權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法。」<sup>237</sup>。

最高法院 82 年度台上字第 1654 號判決亦表示：「誠信原則乃斟酌事件之特別情形，衡量雙方當事人之利益，使其法律關係臻於公平妥當之一種法律原則。」。

最高法院就「誠實信用」此種不確定法律概念，提出種種「具體化」之敘述，由上述各種論述均提及之要素可歸納出，關於誠信原則之運用，法院強調應於「個案」中依照「公平/正義」為「雙方利益之衡量」。然而何謂「公平/正義」卻仍係一個抽象、不確定之概念，似乎應可期待有更具體之衡量準則，讓當事人得以依憑。

## 第七項 誠信原則與比例原則

由上述誠信原則之意義可知，誠信原則係為達到實質公平正義而存在，且其機能及運用類型皆涵蓋甚廣，既然民法上已有行之有年且涵蓋範圍極廣之「誠信原則」，是否仍有將「比例原則」一詞運用於民法上之必要？若有，則比例原則與誠信原則間之關係為何？

就此問題，本文首先肯認「比例原則」之概念運用於民法上之意義及必要性。本文認為，比例原則可作為民法上誠信原則之下位類型，充實、並具體化誠信原則之概念，理由如下：

就比例原則應為民法誠信原則之下位類型而言，由王澤鑑教授上述所為誠信原則之案件類型化可窺知，其將誠信原則分為：細微的利益侵害及比例原則、權利人妨害相對人履行義務、主張依不當方法取得的權利及矛盾行為與權利失效四種類型。而違反比例原則僅為其中的一種，例如矛盾行為與權利失效與比例原則絕大多數並無關連。是故，或可謂：違反誠信原則者，未必亦違反比例原則；然而，違反比例原則者，則亦違反誠信原則。另一方面，由學者所述誠信原則之機

---

<sup>237</sup>台灣高等法院下述判決：一〇〇年度上易字第九七八號、八十六年度台再字第六十四號、九十九年度重上字第七二二號等亦同此旨。

能觀之，誠信原則之機能包含：具體化、正義衡平、法修正、法創設機能等，已如上述，然而何謂正義衡平？如何修正？即可依循比例原則判斷之，例如：不具必要性之侵害、行為所得之利益與他方受侵害之法益顯失均衡時，即為「不正義」或是應由法院介入「修正」。本文認為，若透過比例原則—尤其係其子原則之論述，作為論斷違反誠信原則之基礎，應可更細緻、具體化誠信原則之內涵。舉例而言，判斷定型化契約條款是否違反誠信原則、顯失公平而無效時，實際上即可透過比例原則之概念——檢視：一、合目的性：該條款能否達成其所欲達成之目的？二、必要性：契約中強勢一方訂定條款賦予對方不利益時，是否有侵害更小之手段即可達成目的？三、狹義比例性：該條款為訂定條款者獲得之利益與於對方產生之不利益是否衡平？若能如此判斷，則實務判斷定型化契約條款效力之時，似乎得更加具體而使當事人得以預見。

台灣高等法院 99 年度上字第 713 號判決對比例原則與誠信原則之關係有較為詳盡之論述：「…於我國司法實務上亦已採認衡量兩造當事人間之『細微的利益侵害及比例原則』，來判斷是否違反誠信原則（參最高法院 26 年滬上字第 69 號判例）…然被上訴人實質上已獲得相當之金錢賠償，是縱使上訴人未能如期返還 170 萬元簽約金，對被上訴人實際上所造成之金錢損失非鉅；反之，兩造就系爭房地約定之總價金為 470 萬元（系爭契約第 2 條），如被上訴人因上訴人違約而可獲得簽約金及一倍違約金，計 340 萬元（170 萬元 $\times$ 2=340 萬元），已達系爭房地總價金之 72.3%，被上訴人之獲利將甚為驚人，及衡量目前一般房地交易行情，違約金僅約占房地總價金之 10% 左右，即未違約之一方當事人僅得請求違約之一方當事人返還簽約金及總價金約 10% 之違約金等一切情狀，來權衡兩造間之利益侵害情形及比例原則，而認被上訴人得請求返還之簽約金於 47 萬元（房地總價金之 10%）本息之範圍內為適當，逾此範圍，被上訴人行使權利，實違反民法第 148 條第 2 項之誠實原則，不能認為正當。」。

然而，台灣高等法院 99 年度上字第 81 號判決卻採完全相反之見解，其明白表示：「本件所涉純為兩造間私法上權利義務關係，非屬統治或行政行為，當無所謂比例原則之適用，上訴人援引民法第 148 條、比例原則等為抗辯之依據，尚難採憑。」，顯係完全立於公法上比例原則僅得針對國家侵害之立場，而否定於私法上亦有適用。雖如前所述學說實務多肯認比例原則應亦得適用於民法上，然仍應注意實務上近年仍有此種否定比例原則適用之見解存在。

## 第二節 比例原則與權利濫用

### 第一項 權利濫用之意義

任何人行使權利，都可能造成義務人個人精神上之不快，或經濟上之不便，甚至損害，例如向無資力之承租人收取租金，惟此乃權利行使之本質，權利人原則上對義務人此種不利益並無予以顧慮之義務，於權利人行使其權利，超過一定界限，對義務人形成一種不可能期待其完成之負擔，並具有惡意為難之際，法律始予干涉，因為權利人往往主張其合法權利之結果，逾越誠實信用原則，造成客觀上之不公平；就義務人而言，如果強其履行，勢必容忍權利人對誠信原則之逾越，如此，即不能期待義務人履行其義務。<sup>238</sup>

就其意義而言，權利濫用為違背誠信原則之特種行為<sup>239</sup>，權利濫用須具主觀要件及客觀要件，所謂主觀要件乃指行使或不行使權利之人主觀上有加害之故意（subjektiver Schädigungsabsicht）。所謂客觀要件乃指破壞利益的均衡，而此利益之均衡又所以保護社會的安全者（jede objective, übermäßige Störung eines gesunden Gleichgewichtes）。私法上權利濫用禁止是為保護公益及他人之私益而設。凡公益或私益事實上有被侵害者，不論其種類為何，均得以之為客體。

<sup>238</sup>黃越欽，權利濫用與惡意抗辯權，政大法學評論第 7 期，1972 年 12 月，頁 99。

<sup>239</sup>亦有謂：誠信原則在本質上係一種價值，它是由人之共同的法律意識所識別出來的。而禁止權利濫用原則則是由誠信原則所演繹出來的原則。黃異，誠信原則與禁止權利濫用原則（上），法務通訊第 1262 期，第二版。

<sup>240</sup>亦有謂：權利濫用係在外觀上為權利的行使，實質上卻違反權利的社會性，因而不能認為正當行使權利之行為。換言之，行使權利因逾越權利的本質及經濟目的，或逾越社會觀念所允許的界限，而成為權利濫用。一般認為行使權利而對於權利人無正當利益、行使權利而使義務人遭受與權利所得利益顯不相當的損失，或權利人以行使權利的方法加害於他人為目的者，皆為權利濫用。<sup>241</sup>權利人行使權利行為是否為損害他人之行為，有無發生損害之可能，以及權利人的利益相對人的損害是否平衡，應依社會客觀標準認定之。<sup>242</sup>

就其適用上而言，權利濫用禁止原則，不僅源於誠實信用原則，且亦須受誠實信用原則之支配，故在衡量權利人是否濫用其權利時，仍不能不顧及誠實信用原則之精神。質言之，權利之行使，「違反公共利益」或「以損害他人為主要目的」，無非亦係違反誠實及信用之方法，僅其規定較為具體，不若誠實信用原則之內容「概括抽象」幾類於「白紙規定」，如此而已。故於具體案件，遇有權利濫用之情形時，固不必直接訴諸有「帝王條款」之稱的誠實信用原則，而應逕予援用較次之「概括條款」權利濫用禁止原則，惟在就權利濫用禁止原則予以價值補充時，闡釋「違反公共利益」「以損害他人為主要目的」等概念時，仍不能偏離誠實信用原則之精神，以求實質的公平與妥當，更不能動用個人主觀的法律感情。<sup>243</sup>

## 第二項 我國規範

我國民法仿照德國民法體例，於民法第 148 條第 1 項規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的」，此即為權利濫用禁止之明文規定。

學者認為，所謂「行使權利不得以損害他人為主要目的」，必須以公私利益衡量判斷是否「視為」以損害他人為主要目的。尤其在權利社會化之現代，公益之

<sup>240</sup>參考：蔡章麟，論誠實信用的原則-私法上誠實信用原則及其適用，國立台灣大學法學院出版社社會科學論叢，1951 年，頁 44。

<sup>241</sup>施啟揚，民法總則，2005 年版，頁 366。

<sup>242</sup>施啟揚，民法總則，2005 年版，頁 368。

<sup>243</sup>楊仁壽，論權利濫用禁止原則之適用—評最高法院七十八年度台上字第二二八九號民事判決，法令月刊第四十一卷第二期，頁 42。

維護亦為民法之重要課題。在具體法律關係中，如何以誠信原則為基礎，依正義公平之方法確定並實現權利內容，以避免當事人藉由犧牲他人之方式而圖利自己？解釋上應以雙方利益衡量考慮，考察權利義務之社會作用，於具體案件中認定事實，妥善運用。<sup>244</sup>再者，於解釋「以損害他人為主要目的」時，絕不能僅解為「專」以損害他人為主要目的，或僅指損人不利己而言。若行使其權利之結果，自己雖獲有利益，惟他人亦受有損害，則應比較二者之利益或害惡孰大，若自己所獲利益，多於他人之損害，即非「以損害他人為主要目的」。反之，若自己行使權利之結果，自己雖不無利益，然對他人所造成之損害實甚於此，不管其對象為對造或其他多數人，均構成權利濫用。至於此等情事，無論權利人事先知情與否，其結論並無不同，蓋應與權利人因權利行使所得利益較量者，乃「客觀上」他人利益或整個社會國家因其權利行使所受之損害，而非權利人主觀之利害也。惟宜注意者，較量利益，並不以財產上之利益為限，亦非以數理之計算為已足，而係應綜合一切情事加以比較衡量。<sup>245</sup>

### 第三項 實務見解及分析

實務上對於權利濫用之說明著有最高法院 71 年台上字第 737 號判例，亦多有判決加以論述。

最高法院 71 年台上字第 737 號判例謂：「查權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋。」由此判例觀之，法院於判斷「是否以損害他人為主要目的」時，即係借用公法上比例原則中之狹義比例性衡量之，蓋其所謂「就

<sup>244</sup>林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋，台灣法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月，頁 41-42；孫森焱，民法債編總論，1980 年 10 月版，頁 342；鄭玉波，民法債編總論，1993 年 10 月版，頁 262。

<sup>245</sup>楊仁壽，論權利濫用禁止原則之適用—評最高法院七十八年度台上字第二二八九號民事判決，法令月刊第四十一卷第二期，頁 43。

權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之」實際上即為狹義比例性所謂「採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡」之要求。<sup>246</sup>

最高法院 88 年台上字第 2819 號判決除就權利濫用有所說明外，並就如何審究攸關大眾利益之公共設施的雙方利益有詳細說明：「按『權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的』，民法第一百四十八條第一項定有明文。又查權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋。最高法院七十一年台上字第七三七號判例參照。攸關大眾利益之公共設施所應審究之『忍耐限度』與『利益比較衡量』，前者應從受害利益之性質及程度，侵害行為之態樣、性質、程度及社會上評價，地區性，土地利用之先後關係等因素加以審酌；後者則除審究受害利益之性質及程度，侵害行為之態樣、性質、程度外，應再斟酌侵害行為之公共性與公益性，地點是否適當，事前是否經過環境影響評估及其結果如何等具體情形。本件被上訴人在上訴人所有系爭土地之下埋設自來水管線，對該地區民眾之健康及生活之品質實有裨益，且事關重大，故若上訴人請求被上訴人將埋設於該土地下之自來水管線拆除，則大台南地區居民之生活勢將陷於癱瘓，居民之衛生健康堪憂，且亦恐將造成各類疾病之流行。而各型商店、工廠因缺水亦均將停頓，嚴重影響當地居民之生活及經濟。換言之，系爭土地下埋設之自來水輸水管，一旦拆除，大台南縣市地區居民之生活除嚴重癱瘓外，衛生健康條件上亦極為低劣。而系爭兩筆土地，地目皆為道，都市分區○○○○○道路用地及綠地，係屬公共設施，已如前述，顯然上訴人行使權利所得之利益甚微，而他人及國家社會卻因其權利之行使而造成鉅大之損害，且此之損害，不惟人民之財產

<sup>246</sup>參考：詹森林，比例原則在民法上之理論與運用，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007 年 3 月，頁 4。

有之，甚而恐因此罹病致命。上訴人請求拆除地下埋設之自來水管，交還系爭土地，其行使權利顯然違反公共利益，為權利之濫用，自為法所不許。」林誠二教授認為，此判決提供一個判斷「不得以損害他人為主要目的」之具體標準，亦即「忍耐限度」與「利益比較衡量」，前者應從受害利益之性質及程度，侵害行為之態樣、性質、程度及社會上評價，地區性，土地利用之先後關係等因素加以審酌；後者則除審究受害利益之性質及程度，侵害行為之態樣、性質、程度外，應再斟酌侵害行為之公共性與公益性，地點是否適當，事前是否經過環境影響評估及其結果如何等具體情形。並以案件中實際情形為詳細研究，藉以衡量是否「違反公共利益」，本判決並考量現實狀況、居民生活、經濟、衛生及健康等問題，而認為上訴人要求拆除自來水輸水管係違反公共利益，非常值得贊同。<sup>247</sup>

又如：最高法院 92 年台上第 1446 號判決亦指出：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的，民法第一百四十八條第一項定有明文。該條所稱權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋。查系爭土地為僅二〇平方公尺之道路用地，顯難單獨供建築之用，而被上訴人復稱：如就垂直上下之建物予以拆除，對整體大廈結構必有影響云云。原審未詳為深究，進一步審認如僅就北歐大廈如附圖暨附表所示之建物部分予以拆除，是否有上述權利濫用而悖於誠信原則之情形，即以上述理由遽為上訴人此部分敗訴之判決，自非無再事推求之必要。」。

同院 89 年台上 2606 號判決則係屬於王澤鑑教授所為類型化區分中「矛盾行為與權利失效」之案例類型：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第一百四十八條第二項定有明文。本件上訴人於拍賣取得一一八之一號等九筆土

<sup>247</sup>林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋，台灣法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月，頁 61。

地所有權後，明知坐落其上之建物屬金○成公司所有，金○成公司占用該基地對上訴人並無正當權源，卻不訴請拆屋還地，反另向執行法院指封拍賣系爭建物，並就拍得價金取償，其行為顯已表示不行使拆屋還地請求權，並默示同意拍定人於該建物可使用之期限內繼續使用該基地，引起拍定人（即被上訴人）之正當信任，嗣後上訴人再本於民法第七百六十七條物上請求權提起本件訴訟，請求被上訴人拆除土地上之系爭建物，實屬權利之濫用，有違誠信原則，被上訴人此部分抗辯，非無理由，應認被上訴人可使用該基地至原建物滅失或不堪使用時為止。」

即權利者在相當期間內不行使其權利，依特別情事足以使義務人正當信任債權人不欲其履行義務者，基於誠信原則，該權利人即不得再為主張。

就關於最高法院 71 年台上字第 737 號判例以後，法院要求比較「權利人因權利行使所能取得之利益」與「他人及國家社會因其權利行使所受之損失」此點，有學者提出質疑<sup>248</sup>，認為並非任何權利之行使，皆必然與「國家社會」有關，故是否須比較「國家社會因其權利行使所受之損失」，即有疑問。該學者並分別就債權、物權舉例論述之：買受人行使減少價金請求權、解除契約權（民法第 359 條）、損害賠償請求權（民法第 360 條）或另行交付他物請求權（民法第 364 條）時，固然影響出賣人之利益，但未必當然因而造成國家及社會之損失。同理，出賣人行使買賣價金請求權（民法第 367 條）、損害賠償請求權（民法第 231 條、第 232 條、第 233 條）或解除契約權（民法第 254 條至第 256 條、第 227 條）時，固然影響買受人之利益，但未必當然因而造成國家及社會之損失。

此外，租賃、承攬或其他雙務契約之一造當事人為自己之利益而行使其履行請求權、損害賠償請求權、終止契約權、解除契約權等權利時，固然通常造成對造之損失，但未必影響國家社會之損失。

在行使物權之情形，亦復如此。例如：抵押權人行使抵押權聲請法院拍賣抵押物而經第三人拍定時，抵押權人可就拍賣價金優先受償，係屬受有利益，抵押

<sup>248</sup>詹森林，比例原則在民法上之理論與運用，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2007 年 3 月，頁 4-5。



人則因此喪失其所有權而受有損失，但於此情形，不得謂國家社會亦受有損失。

是故，該學者認為法院在比較因行使權利發生之利益與造成之損失時，亦應將「國家社會之損失」納入考量，係有所誤解。

然而，觀大多數學者對於權利濫用之意義所提出之衡量標準，無論係「私法上權利濫用禁止是為保護公益及他人之私益而設<sup>249</sup>」或「應與權利人因權利行使所得利益較量者，乃客觀上他人利益或整個社會國家因其權利行使所受之損害<sup>250</sup>」，似乎均仍將國家社會法益/公益納入衡量對象。本文認為，首先，或許因民法第 148 條第 1 項即規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的」，故學者解釋權利濫用之意義時，均會將公益亦納入其中。再者，衡量雙方利益以判斷是否為權利濫用時，究竟是否會牽涉「國家社會」利益？本文認為，上述學者見解歧異，或許是在於「直接」侵害與「間接」侵害之差別。例如就上述學者所舉債權上權利之例而言，直接觀之，的確是私人間之問題，而與國家社會利益無關，然而，間接觀之，當事人間之契約發生權利濫用情事而影響契約效力時，將可能連帶影響下游之契約，進而影響一連串之交易安排；同理，物權上之安排，更經常與追求物盡其用、地盡其利及物之經濟價值最大化有關，因此直接觀之或許與國家社會法益無關，間接觀之卻可能息息相關。故本文認為兩種說法皆有其道理，僅觀察角度不同而已。

#### 第四項 權利濫用之機能

同於誠實信用原則有其不同之機能，學者<sup>251</sup>認為權利濫用禁止之機能類型有：

- 一、**侵權行為機能**：係指依權利濫用禁止法理，使某種權利之行使，構成不法侵權行為，而負損害賠償責任。蓋因民法第 184 條有「不法」之要素，權利人有時雖係合法行為之行使，難以其為不法條件而依侵權行為法加以處理，但就損

<sup>249</sup>施啟揚，民法總則，2005 年版，頁 366。

<sup>250</sup>楊仁壽，論權利濫用禁止原則之適用—評最高法院七十八年度台上字第二二八九號民事判決，法令月刊第四十一卷第二期，頁 43。

<sup>251</sup>林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋，台灣法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月，頁 48-49。

害他人方面而言，與不法行為並無不同，為公平計，以不公平事由，斷定權利人之權利濫用，則甚容易，故將不法要素轉化為權利濫用，而構成侵權行為，使不法之概念擴張，包含權利濫用。

二、**權利範圍明確化機能**：指制定法係概括抽象之法規，當制定法有欠缺時，權利濫用禁止之法理，具有使該欠缺之權利內容及範圍加以明確化之機能。

三、**權利行使範圍縮小化機能**：即係依權利濫用禁止法理，使其權利行使範圍縮小之機能。

四、**強制調停機能**：係指依權利濫用禁止法理，強制權利所有人參與調停之機能。此一機能之適用，以涉及公共利益者為限。例如若公用事業已成事實之不法裝置，土地所有權人不得任意主張拆除，而必須以強制調停程序加以解決。

## 第五項 權利濫用與比例原則

本文認為，比例原則亦可明確化、精緻化「權利濫用」之概念，例如上述權利濫用之四個機能中，權利濫用之行為可能構成不法，而何種程度屬之，則可以比例原則之概念衡量之，即：不符比例原則之行為應屬權利濫用而成為不法；此外，又如權利行使範圍縮小之機能，究竟何時應縮小？又應縮小至何種程度？亦可以比例原則衡量定之，實務亦有類似見解者，如台灣高等法院九十二年度上字第一二〇一號判決謂：「被上訴人解除系爭契約有無違反誠信及比例原則而屬權利濫用？」，即係以有無違反比例原則作為衡量是否屬權利濫用之標準。

## 第六章 結論

「比例原則」一詞於日常生活中愈來愈常耳聞，民法實務及學說亦漸漸開始使用「比例原則」作為論述基礎。然而源於公法之比例原則，乃針對「國家權力侵害禁止過度」而生，將此一概念運用於民法，是否將有所扞格？其意涵是否會發生轉化？又若民法上早已固有「誠信原則」及「權利濫用禁止原則」之概念，是否仍有以比例原則論述之必要？

本文首先介紹比例原則之基本理論，確定公法上固有比例原則之意義，及討論相關問題。接著介紹國內外實務學說對於「比例原則於私法關係中有無適用」之討論，由此可發現，對此一問題之討論並不多，尤其國內討論更少，但觀其論述，雖適用範圍及理由各不相同，絕大多數實務及學說皆認為比例原則之概念應得運用於民法之中；然而，大部分討論僅論述其認為「有」或「無」適用，並簡單說明理由而已，對於上述問題幾未討論。

是故，本文首先就「國家權力作用」作討論，蓋若屬國家權力作用，本即屬公法上比例原則之作用範圍而無疑問，而非屬國家權力作用範圍，則係私法自治、契約自由之範疇，此時進一步討論於民法私法自治、契約自由原則下，私人關係是否應受限制，比例原則是否亦為其界限之一；於此，應可認為民事立法與判決毫無疑問為國家權力作用而當然有比例原則之適用。另有學者提出討論：可否認為債務不履行後之強制執行，亦係一種「國家強制」，故民事關係仍受國家權力之強制？或因以「私法自治」為原則之民事法典中實際上亦充滿強制規範，而可認為所謂「私法自治」亦不過係國家強制下之一環？對此二問題，學者均採否定見解，故進一步仍應探討比例原則與私法自治原則是否有所衝突、是否仍有適用空間。本文首先確立私法自治及契約自由雖為民法之基本原則，其亦有界限而不能無限上綱，然而對於「比例原則是否亦為私法自治/契約自由之界限」，本文認為，於雙方當事人地位平等、私法自治之功能得以完全發揮之情況下，民法所強調者為「主觀等值」及「契約嚴守」，即當事人間認為合理妥適，即無第三人介

入之空間，此一原則與本質上即由第三人介入調整之比例原則似乎有所衝突，故於私法自治得以完全發揮功能之情況下，原則上不應容許當事人主張比例原則而使第三人有介入調整之空間。

本文接著分析實務判決及學說以「比例原則」論述之各種案例類型，其分別提及「比例原則」時所欲表達之意義為何。為免探討範圍過於廣泛鬆散，則將討論對象集中於判決或學說論述中明白使用「比例原則」一語者，並將實務學說歸類為：回復名譽之適當處分、鄰地關係、正當防衛、喪失勞動能力、解僱、民法第 359 條但書、金額之酌定、競業禁止…等案例類型分別討論，本文分析後認為，就民法第 195 條回復名譽之適當處分及競業禁止之案例類型，較可就其中之判斷對應至公法上比例原則三個子原則之概念，本文認為，或許因其顯為不同基本權利或法原理原則之衝突，故實務學說較易與公法上固有之比例原則概念作連結；就鄰地關係及是否防衛過當之判斷中，法院同時借用「必要性」及「利益衡量」之概念審酌，本文認為，或許係與此二者本質上皆為「侵害」有關，故予其較多的限制；民法第 359 條但書及承攬關係中解約之規定著重「利益衡量」之意義，雇主之解僱是否符合最後手段性而有效，則係借用「必要性」之概念，本文認為對此部分之限制，或許即如前述，學者認為對於單方即可變動雙方關係之形成權，應做相當之限制；而於喪失勞動能力及金錢之酌定案例類型中，法院以「比例原則」一詞所欲表達者，其實僅為一般人所謂「不符合比例」之概念而已。

進一步分析其使用特色，可發現：一、於民法上使用比例原則一語時，較少使用「合目的性」之概念、民法實務及學者似乎經常將「比例原則」一語作為「利益衡量」來使用；二、不同於公法上使用比例原則時，多係以三個子原則整套運用以為判斷，民法實務及學說使用「比例原則」一語時，經常似乎僅係「必要性」或「利益衡量」之代名詞而已；三、法院及當事人經常以「比例原則」表達一般日常生活中「不符合比例」之意思，其實已完全逸脫公法上固有比例原則之概念。

由上述分析可發現，民法上使用「比例原則」概念時，經常係一語帶過，亦無類型化之運用，故本文試著提出兩種類型化運用之可能，一者，如憲法上以不同法益區分不同審查密度；二者，因民法各編所追求之目的不同，或許可以不同行為（侵權、契約、物權…等）或權利類型區分不同運用方式。此外，或許應確立，民法上所使用之「比例原則」概念，究竟係欲創設一個新的「民法上之比例原則」，抑或僅借用固有之比例原則概念？若係後者，則應注意不宜與公法上固有比例原則意義過度偏離，例如單純「（請求數額）不符合比例」似乎即不宜以「比例原則」一詞表達。

最後，對於上述比例原則於民事關係中所欲表達之意義，於民法已固有「誠信原則」及「權利濫用禁止」之概念下，是否仍有用比例原則一語論述之必要？就此問題，於分析誠信原則與權利濫用禁止之各種機能及不同案例類型後，本文採肯定見解而認為，比例原則可作為誠信原則及權利濫用禁止之下位概念，具體化、精緻化此二概念之內涵，故仍有其存在之必要及空間。

本文由現行實務及學說使用情形出發，試圖探究「比例原則」於民事關係中之定位、運用情形及存在空間，雖仍有許多思慮不周之處，仍盼得於尚處混沌之實務及學說之中，盡可能歸納演繹出其運用之特色及邏輯所在，並提出個人淺見，以提供使比例原則運用於民法上更明確精緻之可能。

## 參考文獻

### 壹、中文參考文獻（依作者姓氏筆劃排列）

#### 一、專書

1. 王澤鑑，民法學說與判例研究（四），台大法學叢書，2004年10月。
2. 王澤鑑，民法總則，2009年6月。
3. 王澤鑑，債法原理（一）——基本理論債之發生，2005年9月。
4. 王澤鑑，債編總論（1），1989年11月。
5. 王澤鑑，慰撫金，民法學說與判例研究（二），1998年9月。
6. 史尚寬，民法總則釋義，1973年8月。
7. 史尚寬，債法總論，自刊，1983年3月。
8. 台灣勞動法學會編，勞動基準法釋義—施行二十年之回顧與展望，新學林，2009年9月。
9. 吳庚，行政法之理論與實用，三民，2007年9月。
10. 吳庚，憲法的解釋與適用，三民，2003年9月。
11. 李淑明，民法總則，元照，2009年7月。
12. 李惠宗，憲法要義，元照，2006年9月。
13. 法治斌、董保城，憲法新論，2006年，元照，頁65-67。
14. 邱聰智，新訂民法債編通則（上），輔仁大學法學叢書編輯委員會，2000年9月。
15. 邱聰智/姚志明，新訂債法各論（中），元照，2002年。
16. 林更盛，論契約控制—從Rawls的正義理論到離職後競業禁止約款的控制，翰蘆圖書，2009年3月。
17. 林誠二，債法總論新解—體系化解說（上冊），瑞興圖書，2010年9月。
18. 林誠二，民法債編各論（中），瑞興圖書，2002年。

19. 林更盛，勞動法案例研究（一），翰蘆，2002年5月。
20. 林山田，刑法通論，2006年4月。
21. 胡長清，中國民法債編總論，台灣商務，1977年。
22. 施啟揚，民法總則，三民，2005年6月。
23. 翁岳生教授祝壽論文編輯委員會，當代公法新論（上）——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，元照，2002年7月。
24. 孫森焱，民法債編總論，1980年10月。
25. 許育典，憲法，元照，2008年。
26. 黃立，民法總則，元照，2005年9月。
27. 黃立，民法債編總論，元照，2006年11月。
28. 黃立/楊芳賢，民法債編各論（上），元照，2000年。
29. 黃越欽，勞動法新論，翰蘆，2006年9月。
30. 黃程貫，勞動法，國立空中大學，2001年6月。
31. 陳敏，行政法總論，新學林，2007年。
32. 陳新民評釋、李建良編著，基本人權與憲法裁判，永然文化，1992年11月。
33. 陳新民，憲法學釋論，三民，2008年9月。
34. 陳慈陽，憲法學，元照，2005年。
35. 曾世雄，民法總則之現在與未來，三民，1993年6月。
36. 曾隆興，詳解損害賠償法，三民，2004年4月。
37. 劉春堂，民法債編各論（中），三民，2004年。
38. 鄭玉波，民法債編總論，三民，1993年10月。
39. 鄭玉波，民法總則，三民，2008年9月。
40. 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，行政程序法實用，新學林，2006年10月。
41. 蔡章麟，論誠實信用的原則—私法上誠實信用原則及其適用，國立台灣大學法學院出版社社會科學論叢，1951年。

42. 戴修瓚，民法債編總論，三民，1961年3月。
43. 謝在全，民法物權論（上），新學林，2004年8月。
44. 薩孟武，中國憲法新論，三民，2007年。
45. 蘇永欽，民事裁判中的人權保障，民事立法與公私法的接軌，北京大學，2005年。
46. 蘇永欽，走入新世紀的私法自治，元照，2002年5月。

## 二、 論文

1. 王耀霆，私法關係的合憲控制—間接影響說的再構成，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008年7月。
2. 吳家慶，論民法上之形成權，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1997年。
3. 周珮娟，比例原則之分析與實踐—以歐洲人權法院審理德國被訴案件為例，國立台北大學法律學系碩士論文，2009年7月。
4. 林榮龍，誠實信用原則在民法解釋學上功能之探討，中國文化大學法律學研究所碩士論文，1992年6月。
5. 陳文章，交通事故談判之研究，逢甲大學公共政策研究所碩士論文，2008年7月。
6. 陳彥希，契約法之經濟分析，國立台灣大學法律學研究所博士論文，1994年7月。
7. 黃偉銘，員工競業禁止條款效力之研究—以競業禁止制度及營業秘密制度為中心，國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，2011年7月。
8. 張進德，誠實信用原則應用於租稅法之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2006年7月。
9. 張琬如，我國勞動基準法第十一條解僱理由之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁104。



10. 楊舒嵐，憲法價值於私法關係之體現—以隱私權與表現自由之衝突與調和為例，國立台灣大學法律學院法律學系碩士論文，2010年6月。
11. 楊宏暉，締約前資訊義務之研究，國立政治大學法律學研究所博士論文，2009年。
12. 蔡欽源，憲法上基本權利之規定在私法關係中之效力，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1983年7月。(未引用)
13. 藍雅筠，民法第二四七之一的研究—以近十年實務上判決為中心，私立東海大學法律學系研究所碩士論文，2011年1月。
14. 藍家偉，慰撫金量定之理論與實務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2009年6月。

### 三、 期刊

1. 王澤鑑，憲法基本權利與私法—合憲性控制在法學方法上的分析，收錄於：司法院大法官釋憲50週年紀念論文集，1998年9月，頁53-94。
2. 王偉霖，營業秘密與離職後競業禁止約款—評台灣台地方法院97年勞訴字第14號判決，月旦法學雜誌第186期，2010年11月，頁193-219。
3. 李仁森，人權的私人間效力，月旦法學教室第39期，2006年，頁8-9。
4. 李惠宗，立法對於私法契約介入的界限，月旦法學教室第41期，頁6-7。
5. 李念祖，良心的賠償還是懲罰？—論釋字第656號解釋的射程，法令月刊第60卷第8期，2009年8月，頁4-20。
6. 李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡/釋字第656號解釋，台灣法學雜誌第127期，2009年5月，頁221-232。
7. 吳庚，基本權的三重性質—兼論大法官關於基本權解釋的理論體系，收錄於：司法院大法官釋憲50週年紀念論文集，1998年9月，頁1-52。

8. 吳信華，法治國原則(三)--比例原則，月旦法學雜誌第 52 期，1999 年 9 月，頁 2-3。
9. 林誠二，再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能—最高法院八十八年度台上字第二八一九號判決評釋，台灣法學雜誌第 22 期，2001 年 5 月，頁 36-61。
10. 林發立，競業禁止近期實務見解再釐清，萬國法律第 137 期，2004 年 10 月，頁 64-68。
11. 林更盛，定型化離職後競業禁止約款的審查—評最高法院 94 年台上字第 1688 號判決，台灣本土法學雜誌第 87 期，2006 年 10 月，頁 249-252。
12. 林更盛，論廣義比例原則在解雇法上之適用，中原財經法學第 5 期，2000 年 7 月，頁 57-89。
13. 姚志明，誠信原則，月旦法學雜誌第 76 期，2001 年 9 月，頁 109-121。
14. 郭玲惠，終止勞動契約—兼論德國之制度，中興法學第 37 期，1994 年 5 月，頁 29-65。
15. 黃異，誠信原則與禁止權利濫用原則(上)，法務通訊第 1262 期，第二版。
16. 黃異，誠信原則與禁止權利濫用原則(下)，法務通訊第 1263 期，第二版。
17. 黃越欽，權利濫用與惡意抗辯權，政大法學評論第 7 期，1972 年 12 月，頁 99-124。
18. 許育典，法治國，月旦法學教室，第 7 期，頁 40-44。
19. 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室，9 期，2003 年 7 月，頁 69-70。
20. 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論第 104 期，頁 43-53。
21. 曾品傑，論消費者契約之無條件解除權，政大法學評論第 123 期，2011 年 10 月，頁 51-120。
22. 曾品傑，論形成權之行使—兩則最高法院民事判決評釋，東海大學法學研究

- 第 21 期，頁 99-123。
23. 詹森林，私法自治原則之理論與實務—台灣法制發展之情形，台大法學叢刊第二十二卷第二期，1993 年 6 月，頁 355-379。
  24. 楊仁壽，論權利濫用禁止原則之適用—評最高法院七十八年度台上字第二二八九號民事判決，法令月刊第四十一卷第二期，頁 41-44。
  25. 楊崇森，私法自治制度之流弊及其修正（上），政大法學評論第 3 期，1970 年 12 月，頁 16-31。
  26. 蔡宗珍，公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心，政大法學評論第 62 期，1999 年 12 月，頁 75-103。
  27. 蔡茂寅，比例原則的界限與問題性，月旦法學雜誌第 59 期，2000 年 4 月，頁 30-31。
  28. 羅美棋，侵害身體、健康之損害賠償，法律漫談第 23 期，桃園縣議會網站。
  29. 蘇永欽，從動態法規體系的角度看公私法的調和，月旦民商法雜誌，2003 年 3 月，頁 74-106。
  30. Klaus Stern 著，林三欽、張錕盛譯，基本權及其限制，收錄於：德國聯邦憲法法院五十週年紀念論文集（下冊），聯經，2010 年，頁 3-42。

#### 四、 其他

1. 高添富，民事醫療糾紛案例研析—損害賠償的細目，98 年 6 月 17 日政大法律系上課講義。
2. 陳洸岳，關於賠償減損勞動能力之損害的研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫，2005 年 10 月。
3. 曾品傑、張哲源，「民事法原理之重要判決選讀」期末報告，教育部 96 年度法律專業教育教學改進計畫，2007 年 6 月-2008 年 1 月。
4. 詹森林，比例原則在民法上之理論與運用，行政院國家科學委員會專題研究

計畫，2007年3月。

## 貳、外文參考文獻（依作者姓氏字母順序排列）

### 一、德文

1. Auffermann, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, 1975.
2. Brox, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 14. Aufl., 1990.
3. Brox/Rüthers/Henssler, Arbeitsrecht, 17. Aufl., 2007.
4. Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 32. Aufl., 2008.
5. Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999.
6. Bydlinski, Die Übertragung von Gestaltungsrechten, 1986.
7. Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht: zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungswegen, 2004.
8. Holly, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Ultima-ratio Prinzip im arbeitvertraglichen Kündigungsrecht, 1989.
9. Kunz, Das Allgemeine Übermaßverbot im Bürgerlichen Recht und seine Auswirkungen auf das “überbetriebene Anlocken” im Wettbewerbsrecht, 1980.
10. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 6. Aufl., 1994.
11. Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192(1992), S. 35-70.
12. Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, 1987.

13. Rütters/Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl., 2009.

## 二、英文

1. Barak, Aharon, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez (ed. ), *Human Rights in Private Law*, 36-41, 2001.
2. Rehm, Gebhard M. , *Privacy in the Digital Age: Vanishing into Cyberspace?* In: Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez(ed. ), *Human Rights in Private Law*, 385-386, 2001.

