

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

私法債權與憲法財產權—以債權作為民法第 184 條第

1 項前段之保護標的為例

Obligatory Rights of Private Law and Constitutional

Property Rights

黃奕華

I-HUA HUANG

指導教授：林明昕 博士

Advisor: Dr. iur. Ming-Hsin Lin

中華民國 112 年 6 月

June 2023



謝辭

時光荏苒，研究所匆匆三年，轉瞬即逝。在半年多的論文寫作過程中，每當行文遇到困境，便不禁責備自己在大學與研究所時對課業的馬馬虎虎。「要是當初多念點書就好了！」、「怎麼沒有早點開始學外文？」這些問題，不知道在腦中迴盪了多少遍。只可惜，千金難買早知道，有限的的能力終究也只能支撐我走到這裡。那些在論文中未解的難題，希望有朝一日，都能夠找尋到令人滿意的答案。不過，這篇論文依然是自己在研究所生涯，乃至於整個法律學習過程，些許的紀錄與省思。一路上也總是幸運地，不斷有老師、家人與同學們的幫忙，心中對你們的感激，無從全然轉變為文字，僅能簡要的表達，也藉此提醒自己，「得之於人者太多，出之於己者太少。」當然，論文中如有張冠李戴、晦澀不明之處，也請大家歸咎於我的疏懶與麻木，辜負沿路上對我伸出援手的所有人。

首先，最感謝的便是我的指導教授林明昕老師。自問題意識的釐清、論文架構的形成還有內容的檢閱，都是承蒙老師的悉心指導，如非老師對文中觀點提出反論、斧正我法學概念上的偏誤，我想這篇論文恐怕也難以付梓。更難能可貴的是，老師在鞭策我們竭力往完成論文之方向邁進的同時，仍然給予學生寬闊的自由揮灑空間。老師在口試言道：「論文中關於基本權客觀效力和主觀效力的見解和我未必相同，但學生有學生自己的想法，做老師的還是要支持。」當時，心中真的覺得能成為老師的學生，是何其有幸。並且，課業以外的事務，無論是研究助理的工作機會，亦或者是瑣細的生活點滴，也都受到老師的掛心與協助，讓我在台大就學的過程能無後顧之憂。

接著，也非常感謝兩位口試委員，張譯文老師與陳信安老師。謝謝張譯文老師，要不是當初看到老師開設的財產法專題研究，課程大綱裡出現了「契約相對性與第三人效力的基本權意涵（釋 349）」，開啟了我對憲法與民法交錯領域的研究興趣，我也不可能會有設定這個論文主題的想法。在課堂上老師展現的法學思維以及研



究方法，也都讓我有很大的啟發。於寫作的過程中，也幸虧老師願意從旁提點，適時解答我心中的困惑。謝謝陳信安老師，不辭辛勞從台中前來參加口試，老師在口試時的循循善誘，指出論文內容上能夠加以修正的缺失，讓我體認到自己在進行法學論證時，應該要更加謹慎，力求盡善盡美。

謝謝臺北大學的黃銘輝老師，願意給予研究所生涯規劃上的建議，以及提供助理工作與指導讀書會的機會，這些都成為這篇論文，不可或缺的養分。我想，當初會選擇公法組，或許就是因為當年的行政法課堂上，看見了老師眼神中對公法的熱愛吧！謝謝臺北大學法律服務隊的林國彬老師，在研究所出隊期間對於法律生涯的經驗分享，以及論文撰寫的鼓勵。也謝謝中山大學的李仲軒老師，讓我擔任研究助理，在這些資料蒐集與整理的過程，都開拓了我對相關議題的視野。


謝謝台大公法健起來的冠廷、肅宇還有宏凱，雖然沒有真的整團一起健身過，但下課一起吃飯、打嘴炮、分享研究所的趣事，還有幾次一起看球賽，都是相當快樂的時光。也特別感謝冠廷幫忙擔任口試的紀錄，祝你日本東京的交換學生之旅一切順利！

謝謝霖澤 1810 的大家，在撰寫論文的漫漫長夜中，能和各位一起奮鬥、互相傾訴箇中的辛苦，都讓一切不再如此孤單。和各位一起在花蓮的民宿聊到天亮、在日本京都的居酒屋流連忘返，都是學生生涯的尾聲裡，最璀璨的音節。

謝謝同門的蓓庭、怡芃、建成學長還有昱文，論文發表與口試的諸多繁瑣事項，都倚靠著大家的幫忙與相互提醒。也特別感謝蓓庭從北大到台大，從準備考試到就讀研究所的幫忙，受訓還要一起加油，當然更需要加油的，是龍貓帶領的樂天桃猿。

謝謝民法組的姿好跟柏邑，在課堂與論文發表時，對論文內容有關民法的部分給了許多實質且深入的回饋。尤其是姿好，一起修了一整年的課，感謝你忍受我時不時請教你民法問題，但不要每次我跟紓萍鬥嘴，都站在她那邊好嗎？

謝謝筠喬，從公法特戰到法研所一路上的陪伴，遇到困難時經常詢問你的意見，多虧了你不厭其煩的解答，你是永遠的南臺灣公法小巨人。



謝謝公法特戰的學弟妹，當小老師的佩勳跟姿穎、特別從政大借書給我的佳穎、幫我搬家的志瑋、在 KTV 勁歌熱舞的旭祺，還有在理律盃的百忙之中抽空幫我校對論文的咨辰，當初在法學院挑燈夜戰到凌晨 1 點的公法特戰隊，應該是我研究所生涯裡，最熱血的回憶。

謝謝北大法壘、桃律、熊北棲還有屏律的學長、學弟跟同學們，在球場上跟大家一起揮灑汗水，那份追逐白球的執著，就彷彿青春不曾離開過。

謝謝北大法服，特別是小社辦的大家，讓我回去台北大的時候有個棲身之所，還在當初我確診的時候幫我送餐，感謝你們的照顧。特別謝謝詠淇一直以來的關心跟鼓勵，雖然你只會記恨我在二試放榜前一天把妳跟昀翰拖去吃宵夜，以及偷拍畢業照被抓包。還有昀翰，感謝你幫忙校對論文，希望你找論文題目的時候可以跟找錯字一樣得心應手。祝你們無論是考試還是論文，都一切順利。

謝謝梁琳，對你的感謝很難用言語表達，從法服到現在，都多事情都是有你在旁邊給我建議，聽我抱怨。抱歉一直開什麼法服女友的玩笑，希望你在溫暖地關心別人的同時，也不要忘記關心自己。相信你接下來的論文口試、找實習跟受雇，一定都沒問題的。

謝謝 yuki，沒想到從大一至今也快要 7 年了（七年之癢），感謝你一直以來的包容跟支持（可能只是不想理我）。從國考到論文，你總是懷疑自己能不能做到，但事實證明，你不但能做到，而且還做得很好。要更相信自己喔！

最後，謝謝最愛我的家人，爸爸、媽媽還有妹妹，所有的一切都是因為有你們無私的付出跟支持。也謝謝在天上的阿公，「讀書命」三個字，是每當我在學習的路途上，腦海中浮出放棄的念頭時，讓我能繼續堅持下去的力量。

2023 年夏，謹誌於蚵仔寮漁港

中文摘要



關於債權是否為民法第 184 條第 1 項前段的保護客體，由於債權和物權同樣受到憲法第 15 條財產權保障，故此一爭議應有自憲法觀點加以分析之必要。

為了避免財產權保障的浮濫與稀釋，以及考量財產權和私法自治的明確界分，僅有「既得利益」始為憲法財產權之保護範圍，而「取得利益之機會」則以客觀法原則之私法自治作為保障機制，此即憲法對於財產利益的二元保護模式。準此，在財產權內容仰賴法律形成的觀點下，民法所形塑之私法債權係以「請求力」與「保持力」為其權利內涵，則債權人請求給付的「權利地位」以及保有基於債權「已取得之給付利益」，具備利益之既得性，應為財產權之射程所及。相反地，「尚未取得之給付利益」，鑒於債權並非對於給付行為或給付客體的支配，其無從獲致憲法第 15 條財產權條款的保護。

基於「修正的主觀法多層論」，本文主張憲法和民法係共同構成市民社會生活領域之基本決定，基本權亦有被私人侵害之可能。是以，既然憲法保護之債權亦具有民法權利之性格，學理上所討論的債權侵害類型中，「侵害債權歸屬」與「侵害債權標的致債務人免給付義務」已侵害債權人權利地位，「侵害以債權為占有本權的有權占有」則屬侵害債權人本於債權已取得之給付利益，均已損及憲法財產權之保護領域。又因上述案型為既得利益之干預，不僅和市場自由競爭無涉，行為人通常亦具較高之預見可能性，而和物權侵害具類似性，不應為區別對待。縱使部分案例行為人較難知悉債權之存在，以權利之性質作為得否適用民法第 184 條第 1 項前段之分類標準，亦顯然涵蓋過廣。因此，受憲法保護之債權應被視為侵權行為法之權利，否則將違反平等原則之要求，悖於「保護不足禁止」的憲法誡命。

關鍵詞：債權侵害、侵權行為、憲法財產權、既得利益、基本權第三人效力、保護不足禁止

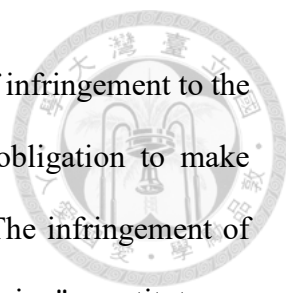
Abstract



Regarding whether the obligatory rights is protected as the object of protection under the forepart of Article 184 Paragraph 1 of the Civil Code, due to both obligatory rights and property rights being protected by Article 15 of the Constitution, it is necessary to analyze this dispute from a constitutional perspective.

In order to prevent the excessive expansion and dilution of constitutional property rights, as well as to ensure a clear distinction between property rights and private autonomy, the protection scope of constitutional property rights is limited to "vested interests" only. On the other hand, the "opportunity to acquire interests" is protected through the mechanism of private autonomy based on objective legal principles. This constitutes the dual protection model of property interests under the Constitution. In accordance with the perspective that the content of constitutional property rights is constructed by law, obligatory rights of private law which formed by civil law is characterized by the rights of "claiming" and "retention" as its substantive rights. Therefore, the "rights position" of the creditor's claim for payment and the retention of the "received benefits" based on the obligatory rights possess the quality of vested interest and should fall within the scope of constitutional property rights. On the contrary, the "benefits not yet acquired" do not fall under the protection of Article 15 of the Constitution since the creditor's rights do not have control over the act of payment or the object of payment.

Based on the "modified subjective multilayered theory", this paper argues that the Constitution and civil law together constitute the fundamental decisions in the sphere of civil society life, and that constitutional rights may be infringed by private individuals. Therefore, since the obligatory rights protected by the Constitution also possess the characteristics of rights under civil law, within the theoretical discussions on types of



infringement of obligatory rights, the infringements of "attribution of infringement to the attribution rights" and "resulting release of the debtor from the obligation to make payment" have already violated the rights position of the creditor. The infringement of "rightful possession based on the obligatory rights as a right of possession" constitutes an infringement of the obligatory rights concerning the benefits already received through the obligatory rights. All of these infringements have encroached upon the protection domain of constitutional property rights. Furthermore, as the aforementioned case involves intervention in vested interests, it not only has no relation to free market competition but also often exhibits a higher degree of foreseeability on the part of the actor. Similar to property rights infringements, it should not be treated differently. Even though in some cases it may be difficult for the actor to become aware of the existence of the obligatory rights, using the nature of the rights as the classification criterion for the applicability of the forepart of Article 184 Paragraph 1 of the Civil Code appears to be overly broad. Therefore, the obligatory rights protected by the Constitution should be regarded as rights under tort law. Otherwise, it would violate the requirement of the principle of equality and go against the constitutional command of "prohibition of inadequate protection".

Keywords: infringement of obligatory rights, tort law, constitutional property rights, vested interests, third person application of constitutional rights, prohibition of inadequate protection

簡目

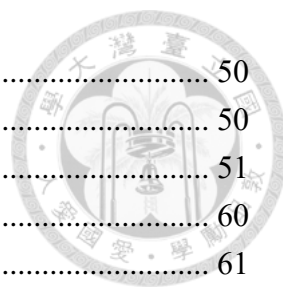


第一章 緒論	1
第一節 研究背景.....	1
第二節 研究過程.....	5
第二章 債權侵害與侵權行為	9
第一節 侵權行為法對於債權的保護.....	9
第二節 債權與過失侵權行為之客體.....	15
第三節 民法學理的綜合分析.....	23
第四節 民法以外的視角：憲法財產權.....	29
第三章 私法上之債權作為憲法上的財產權	31
第一節 我國釋憲實務觀點下的私法上債權.....	31
第二節 債權與財產權保護體系.....	50
第三節 憲法上債權的保護範圍.....	85
第四節 釋憲實務的檢討評析.....	98
第五節 小結.....	100
第四章 憲法價值在私法關係的實踐途徑	101
第一節 憲法取向解釋.....	101
第二節 基本權第三人效力的重構.....	120
第三節 私法的憲法化.....	152
第四節 小結.....	154
第五章 債權在侵權行為法的體系位置	155
第一節 侵權行為法與憲法債權.....	155
第二節 保護不足禁止與過失侵害債權.....	162
第三節 小結：案例分析.....	172
第六章 結論	175
參考文獻	179

詳目



第一章 緒論	1
第一節 研究背景.....	1
第二節 研究過程.....	5
第二章 債權侵害與侵權行為	9
第一節 侵權行為法對於債權的保護.....	9
壹、 民法上的債權侵害.....	9
貳、 侵權行為法的保障體系.....	10
第二節 債權與過失侵權行為之客體.....	15
壹、 債權與侵權行為法的權利.....	15
一、 審判實務的對立.....	15
二、 學說見解的分歧.....	18
貳、 侵害債權例外構成侵權行為？.....	19
一、 租賃權之侵害.....	19
二、 債權歸屬之侵害.....	21
三、 侵害債權標的致債務人免給付義務.....	22
第三節 民法學理的綜合分析.....	23
壹、 相對權的對第三人效力.....	23
貳、 侵權法與契約法的糾葛.....	25
參、 有權占有的例外保護？.....	27
肆、 債權不可侵性的論理不足.....	28
第四節 民法以外的視角：憲法財產權.....	29
第三章 私法上之債權作為憲法上的財產權	31
第一節 我國釋憲實務觀點下的私法上債權.....	31
壹、 概說.....	31
貳、 受憲法財產權保障之債權.....	32
一、 財產權保障的濫觴：特種刑事案件沒收案.....	32
二、 保護債權的再確認：債權人提存物權利案.....	34
三、 給付利益的實現：民事強制執行與財產權.....	37
參、 制度性保障與內容之形成.....	40
一、 無記名證券之制度性保障：公債掛失給付案.....	40
二、 時效制度之絕對法律保留.....	43
三、 出租人租賃物收回權之限制.....	47
肆、 小結.....	49
第二節 債權與財產權保護體系.....	50



壹、 受憲法財產權保障的債權	50
一、 概說：以所有權為核心的憲法財產權	50
二、 私法上債權為憲法所保障之財產權	51
三、 存續保障或價值保障？	60
貳、 財產權作為需規範形塑的基本權與制度性保障	61
一、 財產權內容的形成	61
二、 再探財產權之制度性保障：重生或是凋零？	84
第三節 憲法上債權的保護範圍	85
壹、 既得利益	85
一、 憲法對於利益的二元保護模式	86
二、 受憲法財產權保護的債權	90
三、 小結	95
貳、 不及於廣義的債之關係	96
第四節 釋憲實務的檢討評析	98
第五節 小結	100
第四章 憲法價值在私法關係的實踐途徑	101
第一節 憲法取向解釋	101
壹、 意義	101
一、 憲法取向解釋與合憲性解釋	101
二、 合憲性解釋與適用上違憲	102
貳、 法理基礎	104
一、 基本權對司法者之拘束力	104
二、 法秩序一致性的要求	106
三、 權力分立的觀點	107
四、 小結	109
參、 憲法取向解釋的界限	110
一、 司法審判實務之困境	110
二、 被忽略的體系解釋	117
三、 和基本權第三人效力之關聯性	119
第二節 基本權第三人效力的重構	120
壹、 基本權利的間接適用	120
一、 實務見解	121
二、 學說演進	123
三、 實務見解分析	125
貳、 基本權利的客觀效力與主觀效力	126
一、 客觀法與主觀法	126
二、 日本法上的論辯	128

三、 我國法制的建立	140
第三節 私法的憲法化	152
第四節 小結	154
第五章 債權在侵權行為法的體系位置	155
第一節 侵權行為法與憲法債權	155
壹、 憲法債權的侵害	155
一、 債務不履行	155
二、 權利地位及已取得利益之干預	158
貳、 基本權保護義務觀點下的侵權行為法	161
第二節 保護不足禁止與過失侵害債權	162
壹、 平等原則作為保護不足之標準	162
貳、 債權作為過失侵權行為之客體	166
一、 權利的憲法取向解釋	166
二、 民法侵權行為與基本權衝突	168
三、 民法債物二分的體系？	168
四、 債權與物權的平等對待	170
第三節 小結：案例分析	172
第六章 結論	175
參考文獻	179



第一章 緒論

第一節 研究背景

民事法領域有關侵權行為法的規範中，民法第 184 條的一般侵權行為三類型，係為最根本性之請求權基礎¹。其中民法第 184 條第 1 項前段保護客體的範圍，可說是學說及實務爭論的焦點。而「債權」究竟是否為民法第 184 條第 1 項前段所稱之「權利」，更是涉及了民法第 184 條區分權利及利益的規範模式²，乃至於「差別保護」亦或者是「平等保護」的意見分歧³，兩方各有所據，卻也未見共識。

然而，除了民事法之觀點之外，有無其他可能的解釋路徑？特別是作為國家最高位階規範的憲法⁴，是否能為此一盤根錯節的爭議，提供一個不同的觀察面向？文獻上似乎還未見較為深入的探討。然而，誠如蘇永欽大法官所言，憲法，特別是憲法財產權保障的規範，對於民事法應具有垂直整合的作用，而針對公法及私法加以調和⁵。這樣的看法，在我國於民國 111 年開始施行新修正之憲法訴訟法，引進裁判憲法審查制度之後，更具重要性⁶。其原因在於，當普通法院作成之民事裁判，

¹ 王澤鑑（2019），《侵權行為法》，增訂新版，頁 95-102，自刊；陳聰富（2018），《侵權行為法原理》，2 版，頁 33-38，元照。

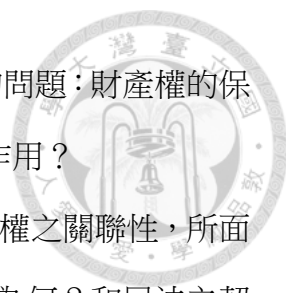
² 王澤鑑，前揭註 1，頁 100-101；陳聰富，前揭註 1，頁 33。

³ 關於權利及利益的「平等保護」或「差別保護」的論理分析，參閱陳忠五（2007），〈論契約責任與侵權責任的保護客體：「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉，《國立臺灣大學法學論叢》，36 卷 3 期，頁 51-254；王澤鑑，前揭註 1，頁 417-428；陳聰富，前揭註 1，頁 55-59。

⁴ 此即憲法的「最高性」，參閱吳信華（2021），《憲法釋論》，4 版，頁 18，三民。

⁵ 蘇永欽（2008），〈從動態法規範體系的角度看公私法的調和—以民法的轉介條款和憲法的整合機制為中心〉，氏著，《尋找新民法》，頁 289-295，元照。

⁶ 關於裁判憲法審查制度之正反論辯，持保留見解者，參閱蘇永欽（2019），〈大道以多歧亡羊—簡評憲法訴訟法〉，《月旦法學雜誌》，288 期，頁 20、22-28；吳信華（2019），《憲法訴訟基礎十講》，頁 98-101，三民；程明修（2017），〈台灣引入「裁判憲法訴訟」制度之相關問題〉，《台灣法學雜誌》，319 期，頁 13-14。相對於此，對於憲法法庭之審查客體擴及於普通法院之裁判採取正面肯定之看法者，參閱許育典（2018），〈從憲法訴訟法草案評析憲法訴訟制度〉，《月旦法學雜誌》，281 期，頁



亦須受到合憲性檢驗時，憲法法庭無可避免地將面臨兩個嚴肅的問題：財產權的保護內涵與結構為何？憲法的基本權利如何對私法關係發揮影響作用？

針對前者，如欲更聚焦於本文所關懷的「債權」和憲法財產權之關聯性，所面臨的挑戰包含：債權是否受憲法財產權保障？如是，其保護範圍為何？和民法之契約法與侵權行為法等相關規範又應如何進行調和？對此，學理上的討論仍屬有限，主要針對財產權的論辯仍然環繞著徵收之公益性與必要性以及損失補償等，以所有權為脈絡之爭議進行⁷。而晚近文獻上固然已有以憲法基本權之視角，觀察債權物權化等民事法爭議之見解⁸；但是，究竟民法上之「債權」在憲法保障財產權之體系下，處於何種概念位置，與以「所有權」為保障核心之憲法財產權⁹，應如何解釋及適用，甚至是和民法侵權行為之「侵害權利」，應為如何的體系觀察，實仍屬學理研究尚未深入的一片藍海。

至於第二個問題，主要的影響途徑，首先即是透過在法學方法論上漸受重視的「合憲性解釋」與「憲法取向解釋」¹⁰，於解釋適用民事規範時將憲法基本權條款之意旨納入考量。於此，美國法上之「適用上違憲」(unconstitutional as applied) 與

74-76；廖元豪（2007），〈憲法訴訟法草案的幾點評析—從「活化憲法」的角度出發〉，《月旦法學雜誌》，149期，頁45-46。

⁷ 例見胡博碩（2015），〈憲法對私有財產權的保障〉，《台灣國際法季刊》，12卷2期，頁55-68；陳新民（1990），〈憲法財產權保障之體系與公益徵收之概念〉，氏著，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，頁285-354，自刊。

⁸ 相關文獻，例見蘇永欽（1995），〈民事判例的合憲性控制—以釋字第三四九號解釋為例〉，《憲政時代》，20卷3期，頁52-68；許政賢（2012），〈財產權保障與基地利用權—評最高法院九十九年度台上字第一七〇五號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，211期，頁216-231；張譯文（2021），〈債權物權化與類型法定原則〉，《國立臺灣大學法學論叢》，50卷1期，頁187-200；黃奕華（2021），〈不動產分管契約對應有部分繼承人的拘束力—以基本權之保護義務功能為中心〉，《軍法專刊》，67卷5期，頁184-207。

⁹ 許育典（2019），《憲法》，9版，頁307-308，元照。

¹⁰ 為行文方便，本文於論述時原則上不區分「合憲性解釋」與「憲法取向解釋」，兩者意涵之細微差異，則於相關章節再進行說明。

「表面上違憲」(unconstitutional on its face) 之關係¹¹，對於合憲性解釋與憲法取向解釋之概念釐清應有所助益；而彼邦於進行違憲審查時所面臨之「合憲性解釋準則」(canon of constitutional avoidance) 和「文義準則」(textual canons) 以及其他解釋方法的衝突¹²，則和我國釋憲實務於操作合憲性解釋時，經常遭受違反文義或歷史解釋之批評類似，亦有參考之價值。

另一種觀察憲法對於私法關係作用的角度則是繼受自德國憲法教義學的「基本權第三人效力」理論，這種著重基本權對於私法關係逐漸提升之影響力的觀點在比較法上亦被稱作「私法的憲法化」(constitutionalisation of private law)¹³，而受到廣泛關注。不過，囿於過往我國欠缺裁判憲法審查等直接控制裁判合憲性之機制，基本權第三人效力之問題，釋憲實務並無表示見解¹⁴，而雖然普通法院不乏作出判斷之事例，卻不免有相互矛盾乃至於論述不清晰之情形。相對於此，同樣深受德國憲法學影響的日本法學界在日本最高裁判所針對「三菱樹脂事件」採取「間接適用」的觀點以後，開啟了學理上的熱烈討論，相關論辯亦對我國之學理與實務有相當比較思考之意義。

綜上，本文以下將先以目前學理及實務針對民法第 184 條第 1 項前段之規定是否包含債權之不同看法為楔子，再自憲法財產權保障的觀點，描繪憲法上財產權對於債權的保護範圍及內涵。接者，透過我國及比較法上文獻的分析歸納，探討基

¹¹ Richard H. Fallon Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321, 1368-70 (2000).

¹² Brian G. Slocum, *Rethinking the Canon of Constitutional Avoidance*, 23 U. PA. J. CONST. L. 593, 595-99 (2021). 中文文獻，參閱賴英照 (2022)，〈始於文義，終於目的〉，《台灣法律人》，9 期，頁 6-10。

¹³ See Jan Smits, *Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View*, in CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW 9, 9-10 (Tom Barkhuysen & Siewert Lindenbergh eds., 2006).

¹⁴ 比較接近的案例會是處理既存祭祀公業派下員依規約認定案的司法院釋字第 728 號解釋，部分大法官即認為多數意見應處理基本權第三人效力之問題，參閱司法院釋字第 728 號解釋李震山大法官提出之不同意見書。惟究其實際，系爭解釋審查之標的係祭祀公業條例第 4 條第 1 項前段，仍為國家之立法行為，和基本權第三人效力無涉，參閱司法院釋字第 728 號解釋蘇永欽大法官提出之協同意見書。



本權對私法關係發生作用之模式。最後，再以民法侵權行為為解決私人間基本權衝突的措施加以延伸，重新架構「侵害債權」的意義。

以上述的研究動機作為基礎，本文的研究目的並不僅止於解決債權是否受過失侵權行為法所保護¹⁵，畢竟若藉由債權保護範圍的釐清而在侵害債權的定義上進行限縮，實際上屬於債權侵害而得以適用民法第 184 條第 1 項前段的案例應屬有限，涉及債權所表彰之利益有無充分實現的問題，毋寧仍係以債務不履行之相關規範作為主戰場。是以，釐清憲法上債權的保護架構與範圍以及基本權利對於民事法領域的影響作用，並為必須面對憲法和民事法之間錯綜複雜關係的裁判憲法審查制度提供些許助益，而更能釐清憲法基本權乃至各種原理原則介入私法領域的界限，以避免遭受來自實務與學理過大的反作用力，毋寧更是進行此一研究的目標所在¹⁶。

職是，債權得否作為民法第 184 條第 1 項前段之客體此一爭議，更具體而言，也僅僅只是基本權可能對侵權行為法發揮影響力的一種事例而已。不過，透過憲法的觀點嘗試解決此一困擾民法學界已久的問題，除了提供跨出傳統權利與利益劃分的思考方式外，也是驗證財產權、基本權第三人效力與保護義務功能等憲法學上和私法規範具高度關聯性的概念是否清晰與一貫的最佳契機。

¹⁵ 基於用語之簡潔，本文係以過失侵權行為法作為民法第 184 條第 1 項前段之代稱，蓋此一類型之侵權行為之有責性以過失為已足（王澤鑑，前揭註 1，頁 328-329），並非排斥行為人為故意之情形，亦不涉及民法第 184 條第 2 項「違反保護他人之法律」的侵權行為類型。

¹⁶ 從憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決「改定親權事件暫時處分案」中大法官內部意見的分歧以及實務界的反彈，均不難看出憲法基本權適用於私法事件時，必須如履薄冰。對於本號判決多數意見的評析，參閱許育典（2022），〈裁判憲法審查作為基本權客觀價值秩序的實踐－以子女最佳利益為核心的 111 年憲判字第 8 號判決〉，《月旦法學雜誌》，327 期，頁 41-50；張淵森（06/01/2022），〈憲法訴訟法來襲（七）：台義跨國爭女案宣判出爐，相似案件怎麼辦？〉，《鳴人堂》，<https://opinion.udn.com/opinion/story/120701/6355444>（最後瀏覽日：09/06/2022）；憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決林俊益大法官、張瓊文大法官、黃昭元大法官、楊惠欽大法官、蔡宗珍大法官共同提出之不同意見書。

第二節 研究過程



為避免概念上的混淆以及問題意識的發散，本文欲先行說明下列幾項問題點，以釐清研究範圍：

首先，所謂私法上之債權成為憲法上財產權之保護範圍，於此所稱之「私法上」之債權指涉者必須是私人之財產，而不及於國家於私法關係中所取得之債權，蓋國家乃基本權之規範對象而非權利主體，且亦無受基本權保護之必要性存在¹⁷。至於，債之發生原因究屬因法律行為而生之意定之債，亦或者是因法律規定而生之法定之債¹⁸，則非所問。


再者，於憲法價值在私法關係的實踐途徑的範疇，本文的研究面向囊括合憲性解釋以及基本權第三人效力兩個看似截然不同的思維方法，並試圖用更宏觀的憲法和民事法關係的角度，將兩者加以整合。此外，為了更契合憲法上財產權對侵權行為法權利認定影響作用的主軸，於分析基本權第三人效力的諸學說時，並不侷限於直接效力、間接效力的歸納方法¹⁹，而進一步使用「主觀法」與「客觀法」的模式進行研究，這也是和我國傳統文獻較具差異性的部分。而在憲法學基本權理論之範疇內，主觀法指的是一種具有確保個人之法狀態作用的主觀權利地位，得以請求國家應不作為之方式，防禦國家所為之侵害（消極地位）以及透過請求國家應為特並之行為實現基本權之內容（積極地位）；相對於此，客觀法則非人民主觀的權利，而是以基本權對於前述之個人地位的保全與界限設定為前提，將基本權利編入民主秩序與法治國家的價值秩序之中，為國家必須遵守的義務²⁰。

¹⁷ 許宗力（2003），〈基本權利：第三講—基本權主體〉，《月旦法學教室》，4期，頁85-86。憲法訴訟實務見解亦同，參閱憲法法庭111年憲判字第14號判決。

¹⁸ 相關概念之說明，參閱王澤鑑（2012），《債法原理》，3版，頁6-7，自刊。

¹⁹ 此一分類方式的經典之作，例見許宗力（2003），〈基本權利：第五講—基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，9期，頁64-70。

²⁰ コンラート・ヘッセ（著），初宿正典、赤坂幸一（訳）（2006），《ドイツ憲法の基本的特質》，頁182-191，成文堂；中文文獻，參閱吳信華，前揭註4，頁207-210。關於地位理論的中文介紹，



最後，本文所欲解決者，僅係「債權」是否應受過失侵權行為法所保護，至於債權以外的各種利益是否亦得作為民法第 184 條第 1 項前段之客體，並非此一研究主題之射程範圍。實則，憲法基本權亦未必能為前開問題提供解答，於此吾人仍必須認識到憲法本於其最高、抽象與簡潔之性格而具有之侷限性²¹。可以說，侵權行為的態樣，可以劃分為具備和不具備基本權意義兩種，而只有前者才是基本權釋義學之概念射程所及。質言之，基本權以外的其他法益仍然可能受到侵權行為法保護²²！

而針對研究之方法，本文於釐清我國釋憲實務建構財產權概念之進展軌跡時，係使用社會科學研究方法中之歷史法，而在參考美國法及日本法相關實務見解及文獻時，則採取比較法作為主軸²³。惟整體而言，歸納及分析我國之學理與實務在財產權之概念、合憲性解釋與憲法取向解釋、基本權之第三人效力乃至於針對過失侵權行為之保護客體是否包含債權等相關爭議所採取之看法，參考比較法之觀點，並進一步透過文義解釋、體系解釋、合憲性解釋以及其他法學解釋方法提出本文之見解²⁴，仍為主要的研究取徑。

是以，在法學資料之蒐集上，實務見解部分包含我國憲法法庭、最高法院以及其他普通法院之裁判均涵蓋之，且亦及於日本最高及其他裁判所與美國最高及各級法院之判決。而學理之意見，則以就財產權內涵進行全面分析的臺北大學陳愛娥副教授、成功大學蔡維音教授、慶應義塾大學小山剛教授、一橋大學平良小百合准教授、哥倫比亞大學 Thomas W. Merrill 教授以及對於基本權第三人效力的主客觀

參閱林明昕（2009），〈「不法侵害人民自由與權利」作為國家賠償責任之構成要件要素〉，台灣行政法學會（編），《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》，頁 111-113，元照。

²¹ 參閱吳信華，前揭註 4，頁 18-20。

²² 松本和彥（2011），〈基本權保護義務と不法行為法制度〉，《企業と法創造》，7 卷 3 号，頁 92。

²³ 相關研究方法之定義，參閱王玉民（1994），《社會科學研究方法原理》，頁 243-249，洪葉。

²⁴ 關於各種法學方法的適用，參閱 Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（1996），《法學方法論》，頁 217-354，五南。



法取徑有精彩對話的京都大學山本敬三教授、大阪大學松本和彥教授以及其他學者與實務家之著作為基礎，進行歸納和分析，以釐清憲法基本權，特別是財產權對於侵權行為法之影響力。

至於研究之架構，首先，本文將自民法侵權行為之規範體系出發，整理及歸納我國法對於侵害債權是否構成侵權行為之相關學理及實務見解，並藉由日本法肯定債權侵害得成立侵權行為以及美國法例外肯認侵害債權所生之給付利益損害得主張侵權行為之比較觀點，指出我國多數見解可能面臨的困境。

於本文之第三章，首先將分析我國釋憲實務涉及私人之私法上債權之實務見解，在私法上之債權是否為憲法上之財產權、其保護範圍、制度性保障、是否區分內容之形成與財產權之限制乃至於內容形成之法律保留密度等問題點有無採取如何之見解，並以此作為本篇論文導引。接著，對應作為引導案例的釋憲實務見解，本文將參考我國法、美國法及日本法之相關文獻及實務見解，重新架構財產權的保護體系，且由於本文所關懷之核心議題為「私法上」之債權，則重點亦將置於要求國家應建構形塑或保護債權之法律制度之「客觀功能」，而非取向對抗國家的主觀功能。此外，源於債權向他人請求給付之性格，信賴利益及履行利益等事實上「尚未取得之利益」，是否為憲法上債權之保護範圍，以及財產權和契約自由的劃分，亦將於本章進行釐清。最後，本文將藉由本章所梳理之憲法上財產權之保護體系，檢視我國現行釋憲實務之相關見解，並加以評析。

確立私人之私法上債權應受憲法財產權保障之後，一個進一步之問題是，憲法保護債權的價值決定，是否會影響私法規範（特別是民法）的解釋適用？如答案為肯定，憲法之基本權又是如何在私法關係中發揮作用？此二者即為本文第四章關懷之重點。對此，將涉及合憲性解釋以及基本權第三人效力之問題。針對合憲性解釋之部分，係以此一解釋方法之法理基礎及界限為研究中心。而關於基本權第三人效力之問題，本文將分析我國法與日本法之學理及實務，觀察憲法上之基本權利在私人之間有無被侵害的可能性。更進一步而言，若肯定基本權在私法關係中發揮一

定程度的主觀作用，即代表私人負有尊重他人基本權利之行為義務。而於本章之結尾，本文將釐清合憲性解釋和基本權第三人效力之異同，以描繪憲法和私法之關係。

架構憲法上債權之概念以及其在私法關係中發揮作用之方式後，則作為民法保護權利之主要手段的過失侵權行為，是否應受到憲法上財產權如何之影響，亦即「債權」是否為侵權行為法之權利，則是第五章論述之主軸。本章將藉由前述合憲性解釋與基本權第三人效力之適用以及法學方法之操作，結合將憲法上財產權之保護範圍限於「既得利益」的概念，定義侵權行為法領域中，涉及憲法財產權保障的債權侵害。並進一步說明，既然自憲法觀點而言，私人亦負有尊重基本權之行為義務，則立基民法之角度，行為人即負有不侵害受憲法財產權保障之債權的義務，故債權必須為民法第 184 條之侵權行為法（包含第 1 項前段、後段及第 2 項）所保護，否則債權將會陷入保護不足之困境。

然而，透過本文前述的論理，亦只能說明債權必須受侵權行為法所保護，除非就「保護不足」提出更精確的標準，否則吾人很難證立何以不將債權視為過失侵權行為法下的權利，國家即會違反基本權之保護義務。故本文將分析學理上曾提出如何認定保護不足之標準，並提出透過「平等原則」之操作，使利益衡量的標準更加具體化。則在此一觀點下，比較和債權同屬憲法上財產權之物權，自始否定債權作為過失侵權行為之權利，除了利益衡量不足的可能外、觀察故意侵權行為以及不當得利等其他保護手段要件或效果上的限制，在侵權行為法的領域只賦予債權民法第 184 條第 1 項後段及第 2 項行為不法之低度保護，是否屬於不合理之差別待遇？如是，債權即應作為過失侵權行為之權利，否則將違反平等原則，而背於基本權保護不足禁止之誡命。



第二章 債權侵害與侵權行為

第一節 侵權行為法對於債權的保護

壹、民法上的債權侵害

在進入債權是否為民法第 184 條第 1 項前段之客體的討論之前，一個先決問題是：究竟民法學理上討論的債權侵害所指為何？

一般而言，我國文獻上乃是將債權的保護領域劃分固有利益與給付利益，而如係涉及固有利益的債權侵害，往往也屬於對於債權人生命權、健康權、人格權，甚至是其他財產權的侵害，本質上即為一種侵權行為，於此不完全給付之契約責任將和侵權責任產生競合²⁵。而如係給付利益之侵害，則可再區分為債務人之債務不履行所造成之債權侵害以及因第三人之行為所致之債權侵害，前者由於民法已有債務不履行之相關規範，為侵權行為法之特別規定，依照特別法優先於普通法之原則，應優先適用債務不履行之規範（契約秩序的特別性），故縱使採取肯定債權得作為過失侵權行為客體之立場者，原則上亦否認此一情形有侵權行為之適用²⁶。從而，以下學理及實務的論辯固然以債權是否為侵權行為之客體為名，為究其實際，係以第三人侵害債權之給付利益是否應受過失侵權行為所保護為關注之焦點。

至於典型之具體債權侵害案例，則可能包含²⁷：二重買賣（一物二賣）、誘使債務人違約（干擾他人契約關係）、合謀脫產（第三人與債務人合謀，以詐害行為使債權不能實現）、因第三人行為所致之債務不履行（侵害債務人人身或給付標的物）以及債權歸屬之侵害（第三人以債權人受領人之身分自居，受領債務人之清償，使

²⁵ 陳忠五（2014），〈第三人侵害債權的侵權責任－問題爭論實益的探討〉，司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會（編），《物權與民事法新思維－司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》，頁 352，元照；王澤鑑，前揭註 1，頁 243-244。

²⁶ 孫森焱（2020），《民法債編總論（上冊）》，修訂版，頁 214，自刊；陳忠五，前揭註 25，頁 352-353。並得參閱最高法院 43 年台上字第 752 號前判例。

²⁷ 王澤鑑，前揭註 1，頁 245-247；陳聰富，前揭註 1，頁 125-132。

債權消滅)等等。以上情形得否主張侵權行為之損害賠償，和民法侵權行為對於權利與利益（非屬權利之純粹經濟上損失）的保護架構有高度關聯性²⁸；因此，由於債權除卻權利本身之性質以外，亦具有利益之面向²⁹，對於民法第 184 條第 1 項前段、同項後段以及同條第 2 項間相互關係之釐清，實屬討論債權侵害必要的前置作業。

貳、侵權行為法的保障體系

民法第 184 條第 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」以及同條第 2 項：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限。」學理及實務之共識乃將上開規定劃分為三個相互獨立之請求權基礎³⁰：民法第 184 條第 1 項前段、民法第 184 條第 1 項後段以及民法第 184 條第 2 項。又由於民法第 184 條第 1 項前段明文以權利為保護客體，民法第 184 條第 1 項後段與同條第 2 項則僅曰損害，而損害則係指因權利與利益受侵害所致之不利益，是以權利與利益均受民法第 184 條第 1 項後段與同條第 2 項之保護，文獻上並無二致³¹。

並且，民法第 184 條第 1 項後段與同條第 2 項必須行為人主觀上故意且侵害行為違反善良風俗，或行為違反法律時，始有適用之餘地³²，相較於以「結果不法」為違法性判斷標準之過失侵權行為規定，係以「行為不法」進行加害人行為違法性之認定，無從以侵害權益結果之存在即推定不法性，必須以公序良俗與保護個人法

²⁸ 關於純粹經濟上損失之定義，參閱王澤鑑，前揭註 1，頁 127-128。

²⁹ 陳忠五，前揭註 25，頁 352。

³⁰ 王澤鑑，前揭註 1，頁 102-103。

³¹ 陳忠五，前揭註 3，頁 61、71；王澤鑑，前揭註 1，頁 100-101。

³² 王澤鑑，前揭註 1，頁 99-100。

益之法規進行個案判斷³³，為對於權益的低度保護。故癥結點乃是在於：侵害利益是否亦屬民法第 184 條第 1 項前段之適用範圍，而得受有較高度之保障？

針對此一問題，國內學理係以「差別保護論」為優勢看法，認為民法第 184 條係以區分權利與利益分別予以保護為基本結構，故利益並非民法第 184 條第 1 項前段之客體，僅有具有權利地位之法益始可能作為過失侵權行為之客體³⁴。其背後之思維，乃是因為利益本身之範圍係處於不確定之狀態，概念上並無明顯之界限，欠缺典型之社會公開性，如過失侵害利益亦須負擔侵權行為之損害賠償，將導致諸多社會生活之交易行為均可能構成侵權行為，進而導致訴訟氾濫，除法院審理量能難以承受之外，亦將壓迫行為人之一般行為自由³⁵。

相對於此，就權利與利益採「平等保護論」者，當以陳忠五教授為執牛耳，氏認為法條文義並非絕對，民法第 184 條第 1 項前段雖稱「權利」，並不排除進行廣義解釋將「利益」納入之可能性³⁶，又本條規定雖繼受自德國民法第 823 條第 1 項，卻未如前揭規定例示生命、身體、健康、自由及所有權等權利，而是加以概括化，且德國法之立法模式已有保護客體過於狹隘之困境，故自比較法觀點亦無當然限

³³ 陳聰富，前揭註 1，頁 259-267。

³⁴ 黃茂榮（2022），《侵權行為法（債法總論：第五冊）》，頁 31-33，自刊；楊佳元（2005），〈侵權行為過失責任之體系與一般要件〉，《臺北大學法學論叢》，56 期，頁 212-213；葉啟洲（2015），〈純粹經濟上損失在臺灣侵權行為法上的保護—以最高法院相關裁判為中心〉，《月旦法學雜誌》，241 期，頁 71-75；孫森焱，前揭註 26，頁 210；陳聰富，前揭註 1，頁 56-59；王澤鑑，前揭註 1，頁 99-106、127-128、417-425。不過，差別保護論中，對於民法第 184 條第 1 項前段之權利範圍，仍然有廣狹不同之立場。例如，王澤鑑教授、陳聰富教授以及楊佳元教授即採取限定於「絕對權」的限縮見解；反之，黃茂榮教授及孫森焱大法官便認為只要私法上之權利即屬之。惟此一差異係涉及本文下述債權是否應受過失侵權行為保護之爭議，並不影響渠等對於權利與利益的差別保護觀點。

³⁵ 王澤鑑，前揭註 1，頁 419-425；陳聰富，前揭註 1，頁 56-59。

³⁶ 陳忠五，前揭註 3，頁 114-115。類似觀點，認為權利之認定宜從廣義及於所有法律保護之私法上利益，參閱邱聰智（著）、姚志明（修訂）（2013），《新訂民法債編通則（上）》，2 版，頁 159-160，自刊。

縮之必要³⁷。再者，權利和受法律保護之利益之間，常處於相互流動之關係，難以區辨，如再給予高低有別之保護將導致價值判斷之失衡³⁸，甚至是於訴訟之過程中，反覆成為雙方當事人間爭執之焦點，增加成本，延宕訴訟程序之進行³⁹。固然，利益之特性和權利有別，其存在、主體、內容與範圍難以具體特定，而有合理限制加害人責任以平衡「被害人利益保護」與「加害人一般行為自由」之必要，惟此一任務由侵權行為之既有成立要件（損害、不法性、故意過失以及因果關係）即足以充分達成，並不需要再以侵害客體為分類標準，使利益無法適用過失侵權責任，而使諸多值得被保護之利益，處於保護不足之不公平狀態⁴⁰。

實務上，雖有部分見解傾向對於權利及利益予以平等保護，較早期者，如最高法院 77 年第 19 次民事庭會議決議（二）謂：「甲對 A 銀行除負債務不履行責任外，因不法侵害 A 銀行之金錢，致放款債權未獲清償而受損害，與民法第一百八十四條第一項前段所規定侵權行為之要件相符。A 銀行自亦得本於侵權行為之法則請求損害賠償」，文獻上即有主張本則決議係認為侵害非屬權利之利益（純粹經濟上損失）亦有過失侵權行為之適用⁴¹；晚近則有下級審實務見解認為受取回扣之行為係侵害被害人之利益，而為民法第 184 條第 1 項前段規範之範疇⁴²。然而，將

³⁷ 陳忠五，前揭註 3，頁 115-122。類似觀點，參閱邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 36，頁 164；簡資修（2020），〈法律繼受之漂移與超越——民法第 184 條權利之解釋視野〉，《高大法學論叢》，16 卷 1 期，頁 34-35。簡資修教授更謂此時必須「超越法律之繼受」。

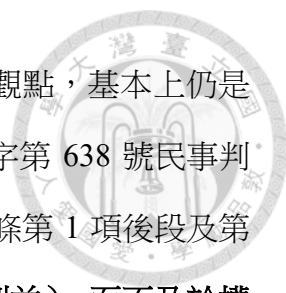
³⁸ 陳忠五，前揭註 3，頁 125-139。相對於民法學理對於權利和受法律保護之利益的劃分，行政法領域在公法上權利的判定上，則將法律上之利益和權利等同視之，參閱林明昕，前揭註 20，頁 120。

³⁹ 簡資修，前揭註 37，頁 14-19。

⁴⁰ 陳忠五，前揭註 3，頁 151-156。

⁴¹ 陳忠五，前揭註 3，頁 108-109。於此相對，王澤鑑教授則主張最高法院係誤認為此時甲係侵害 A 銀行之金錢所有權，參閱王澤鑑，前揭註 1，頁 224-225。

⁴² 參閱臺灣臺北地方法院 105 年度再易字第 29 號民事判決：「則無論渠等收取系爭款項之名義為回扣或其他名義，均係侵害再審被告應得之『利益』無疑……民法第 184 條第 1 項前段保護之客體是否包含『利益』在內，學說及實務見解不一……再審原告一再主張原確定判決有適用民法第 184 條第 1 項規定顯有錯誤之情事云云，洵屬無據。」



過失侵權行為之客體限縮在權利而不及於其他利益的差別保護觀點，基本上仍是民事審判實務穩定且一貫之立場。此觀最高法院 107 年度台上字第 638 號民事判決所稱⁴³：「民法第 184 條關於侵權行為所保護之法益，除有同條第 1 項後段及第 2 項之情形外，原則上限於既存法律體系所明認之權利（固有利益），而不及於權利以外之利益特別是學說上所稱之純粹經濟上損失或純粹財產上損害，以維護民事責任體系上應有之分際，並達成立法上合理分配及限制損害賠償責任，適當填補被害人所受損害之目的。」即為適例⁴⁴。

雖然自比較法觀點而言，在侵權行為法之客體上不區分法律上利益和權利，而是透過其他責任成立之要件加以控制之模式，並非難以實踐之事。例如，西元 2004 年修正前之日本民法第 709 條有關侵權行為（不法行為）之規定雖然僅以權利為構成要件，惟由於彼邦並未如我國民法第 184 條第 1 項後段與第 2 項及德國民法第 823 條與第 826 條尚有「故意背於善良風俗」以及「違反保護他人之法律」等侵權行為類型，欠缺對於利益之保護之機制，故在最高裁判所於「大學湯事件判決⁴⁵」中承認法律上利益亦有舊日本民法第 709 條之適用以後，系爭利益是否屬於權利或絕對權並不當然決定侵權行為之成立與否，而僅影響違法性之判斷，修正後之日本民法第 709 條明文將侵權行為之客體擴張及於法律上保護之利益，更是此一觀點的體現⁴⁶。然而，在我國民法已有三種要件不同之侵權行為類型的條件下，假使認為利益亦得受到過失侵權行為法所保護，則要件較為嚴格的民法第 184 條第 1

⁴³ 相同意旨之實務見解，例見最高法院 104 年度台上字第 1577 號民事判決、最高法院 103 年度台上字第 178 號民事判決、最高法院 102 年度台上字第 1458 號判決。

⁴⁴ 關於我國民事審判實務對於純粹經濟上損失在侵權行為法上適用的詳盡分析，參閱葉啟洲，前揭註 34，頁 50-71。

⁴⁵ 大判大正 14 年 11 月 28 日民集 4 卷 670 頁。

⁴⁶ 相關說明，參閱円谷峻（2005），《不法行為法・事務管理・不当利得—判例による法形成》，頁 50-58，成文堂。

項後段與同條第 2 項將失其規範功能⁴⁷，此實為平等保護論不得不正面對決的關鍵難題。

實際上，部分採取平等保護論者亦不認為在解釋論上能夠直接將法律上之利益視為民法第 184 條第 1 項前段之權利。例如，邱聰智教授及姚志明教授縱使主張不必區分侵權行為類型，而應將過失侵權行為之守備範圍自權利延伸至一切受私法保護之法律上利益的廣義觀點，卻也承認「類型規定立場，已是債編修正後之法律政策」⁴⁸。再者，民法之立法體系上，也往往有意識地區隔「權利」以及「法律上之利益」，故欲擴張解釋侵權行為法上權利之內涵，便不免和民法之規範體系有所扞格。舉例而言，針對物權之拋棄，民法第 764 條第 2 項便謂：「前項拋棄，第三人以該物權為標的物之其他物權或於該物權有其他法律上之利益者，非經該第三人同意，不得為之」，因此物權之拋棄行為不僅不得干預他人之物權（例如以該物權為標的之抵押權），亦不得害及第三人受法律保護之利益（例如出名人不得任意拋棄因借名登記契約而移轉登記之不動產所有權）⁴⁹。綜上所述，在我國現行侵權行為法之文義以及體系下，採取差別保護之立場，僅承認權利之侵害有過失侵權行為之適用，應該還是現階段比較穩健的作法⁵⁰。

從而，在此一基礎上分析債權在侵權行為法上受到保護，文獻上所稱侵害債權之情形，無論是單純侵害債權之給付利益亦或者是致使債權消滅，至少都構成對於法律上保護之利益的干預，在加害人之行為屬於故意違背善良風俗或違反保護他人之法律的情形，被害人均得依照民法第 184 條第 1 項後段或同條第 2 項之規定，

⁴⁷ 參閱陳聰富，前揭註 1，頁 59。

⁴⁸ 邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 36，頁 159-160。

⁴⁹ 謝在全（2020），《民法物權論（上）》，7 版，頁 111-112，自刊。實務見解，參閱最高法院 106 年度台上字第 978 號民事判決。

⁵⁰ 至於在立法論上宜否採取平等保護論，由於本文僅欲分析現行侵權行為法之保護體系，於此暫且略過不談。

請求侵權行為之損害賠償⁵¹。是以，在差別保護論的架構下，真正的關鍵爭議是：債權究竟是否為民法第 184 條第 1 項前段之權利？



第二節 債權與過失侵權行為之客體

壹、債權與侵權行為法的權利

一、審判實務的對立


(一) 否定說

一般來說，我國審判實務對於第三人所為之債權侵害有無民法第 184 條第 1 項前段之適用，多自民法侵權行為的不同類型下的差別保護為出發點，並以債權為「相對權」，欠缺公示性為由，持否定之立場。最高法院 107 年度台上字第 564 號民事判決即指出⁵²：「按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任；故意以背於善良風俗之方法加損害於他人者亦同，民法第 184 條第 1 項前後段分別定有明文。該前、後段為相異之侵權行為類型，前段保護之法益為權利，後段則為一般財產之利益。又債權為相對權，存在於當事人間，因不具公示性，原則上並非前段所稱之權利，固不得作為故意或過失不法侵害之客體。」

於此，最高法院並未就何以債權作為相對權而欠缺公示性便無從為過失侵權行為法保護之理由，有進一步之說明。不過，下級審法院則為相對權觀點下的否定論，提供了「第三人一般行為自由之保護」、「歷史解釋」、「純粹經濟上損失」、「損害合理分配」以及「確保經濟自由之發展」等更充分的論據。臺灣桃園地方法院 107 年度訴字第 988 號民事判決即謂：「相對權如債權僅具相對性，不得對抗第三人，並且缺乏社會生活的公開性，如果將這裡所稱的『權利』解釋為包括債權等相對權

⁵¹ 王澤鑑，前揭註 1，頁 245；陳聰富，前揭註 1，頁 123。

⁵² 相同觀點，參閱最高法院 110 年度台上字第 2502 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 1704 號民事判決。



在內，則社會日常生活交易往來的參與者，恐將動輒侵害債權，並過度限制債權人與債務人以外的第三人的行動自由。再者，該段規定繼受自德國民法第 823 條第 1 項『因故意或過失不法侵害他人生命、身體、健康、自由、所有權或其他權利者，負損害賠償責任。』基於法律繼受的脈絡，**歷史解釋上，我國民法第 184 條第 1 項前段亦應作同一解釋**，以人格權、所有權及物權等絕對權為該段所規定的『權利』。⁵³臺灣臺南地方法院 108 年度訴字第 911 號民事判決則強調⁵³：「因債權僅具相對性而不具典型公開性，僅得對特定債務人行使，如第三人侵害債權，尚不致使債權消滅，所侵害者，**僅為債權不能受清償之利益，即純粹經濟上之損失**，須第三人故意以背於善良風俗之方法為之，始成立侵權行為。」臺灣高等法院 93 年度上字第 522 號民事判決更進一步指出：「**債權不具有所謂典型的社會公開性**，第三人難以知悉，同一個債務人的債權人有時甚多，如謂加害人因過失侵害，即應負損害賠償責任，加害人責任將無限的擴大，似屬過苛，不合社會生活上損害合理分配原則，且有礙於經濟自由之發展，此並涉及債務人的意思自由及社會經濟生活的競爭，應作限制的解釋，是以債權應非屬民法第一百八十四條第一項前段所稱之權利。」

（二）肯定說

然而，否定論將過失侵權行為之客體排除相對權的限縮立場並非沒有受到質疑，早在最高法院 43 年度台上字第 752 號民事前判例謂：「按侵權行為，即不法侵害他人權利之行為，屬於所謂違法行為之一種，**債務不履行為債務人侵害債權之行為，性質上雖亦屬侵權行為**，但法律另有關於債務不履行之規定，故關於侵權行為之規定，於債務不履行不適用之。」便是立於侵害債權（債務不履行）構成民法第

⁵³ 值得注意的是，本則判決謂「如第三人侵害債權，**尚不致使債權消滅**，所侵害者，僅為債權不能受清償之利益，即純粹經濟上之損失」似乎並未全然否定在債權人之債權因第三人之侵害行為而消滅時，構成侵權行為的可能性。

184 條第 1 項侵害權利之觀點，只不過因為民法已就債務不履行有特別規定，而不是適用侵權行為之規範而已⁵⁴。

對於以相對權為由否定債權侵害得適用民法第 184 條第 1 項前段，比較有力的反論是側重權利的不可侵性，第三人縱使非債權關係之當事人，亦有加以尊重之義務。最高法院 58 年度台上字第 1504 號民事判決稱：「債權亦具有不可侵性，依故意或過失侵害他人之債權者，固應負侵權行為上之責任，但此以第三人之行為對債權之存續或其法律上效力有直接影響者為限。例如第三人以侵害他人之債權之意思，毀滅其特定之標的物件時，或故意對債務人之身體加以拘束使其不能為債權標的之特定給付時等是。」雖然未明示侵害債權將構成何種類型之侵權行為⁵⁵，惟自「依故意或過失侵害他人之債權者，固應負侵權行為上之責任」之論述以觀，似乎並不排除成立過失侵權責任的空間⁵⁶。而最高法院更是以「債權既屬權利，即應受尊重」為由⁵⁷，廢棄前開採取否定論的臺灣高等法院 93 年度上字第 522 號民事判決。

類似的看法亦可見諸於臺灣高等法院 88 年度上更(一)字第 93 號民事判決：「按債權雖得為民法第一百八十四條之侵權行為之客體，但仍以受侵害者係債權之所屬，及侵害債權給付之情形為限。且如被侵害之債權並未因此消滅，則須加害人係因故意以違反公序良俗之方法為之，始充足其侵權行為之違法性，而構成侵權行為」，依此一判決之論述，如被侵害之債權消滅，此一侵害結果即足以推定違法性之存在，而有民法第 184 條第 1 項前段之適用⁵⁸。

⁵⁴ 針對本件前判例之分析，參閱王澤鑑，前揭註 1，頁 243-244。

⁵⁵ 王澤鑑，前揭註 1，頁 246。

⁵⁶ 不同見解，認為最高法院於本則判決係否定債權具有侵權行為法上權利之地位，而僅在加害人為故意之情形，始成立侵權責任，參閱陳聰富，前揭註 1，頁 131。惟依本文之見，民法第 184 條第 1 項後段除了行為人主觀上之故意以外，尚有侵害行為違背善良風俗之要件，尚不得因本件判決以故意侵害債權為例，便認定其否定侵害債權有民法第 184 條第 1 項前段之適用。

⁵⁷ 參閱最高法院 95 年度台上字第 294 號民事判決。

⁵⁸ 關於結果不法和行為不法之區辨，參閱王澤鑑，前揭註 1，頁 304-306。



二、學說見解的分歧

而針對民法第 184 條第 1 項前段之「權利」是否包括「債權」，我國多數文獻更是除了本於「差別保護」的觀點，認為僅有物權與人格權等絕對權有過失侵權行為之適用，債權性質為「相對權」，僅得請求債務人為給付行為，欠缺對抗第三人之效力，並無從為第三人所侵害⁵⁹；且債權亦不具典型之社會公開性，第三人不易知悉，為免加害人責任之溢流⁶⁰，故否定其作為本條第 1 項前段的客體。並且，債權之侵害所生之損害，經常為給付利益之喪失，性質上與純粹經濟上損失；因此，對於本條第 1 項前段之權利，宜採目的性限縮解釋，排除債權，俾符公平原則，以維護行為人之一般行為自由⁶¹。另一方面，在給付不能、給付遲延或不完全給付等未依債之本旨為給付之場合，債務不履行之相關契約法規定均已定有適當之救濟機制，如在嗣後給付不能之情形，債權人得依民法第 266 條之規定免除對待給付之義務或依同法第 225 條第 2 項之規定主張代償請求權，故於此情形復承認構成侵權行為，則民法有關債務不履行之規定將失去規範功能⁶²。

相對於此，針對利益和權利採取平等保護論者，自然對於債權作為過失侵權行為之權利採取肯定之看法，陳忠五教授即指出，債權時同具有權利與利益（給付利益）的內涵，難以強加其歸類為兩者其中之一，在給予利益和權利平等保護的前提下，民法第 184 條第 1 項之「權利」是否包括「債權」之爭，是一個「虛假的議題」，關鍵應是在於過失、不法、損害以及因果關係的正確判斷，以充分發揮上揭責任要件具有的價值調和機能⁶³。


⁵⁹ 王澤鑑，前揭註 18，頁 10-12。

⁶⁰ 王澤鑑，前揭註 1，頁 245、427。

⁶¹ 陳聰富，前揭註 1，頁 134-135；王澤鑑，前揭註 1，頁 426-428。

⁶² 王澤鑑，前揭註 1，頁 243-246。

⁶³ 陳忠五，前揭註 25，頁 357-359、360-361、390-393。



一種介在上開兩者之間的看法是，過失侵權行為固然僅以權利作為保護標的，但自其規定本身之文義以及民法之體系以觀，均和德國之立法例有別，並未將此一權利限縮在絕對權，只要具有財產價值之權利，皆為民法第 184 條第 1 項所稱之權利，也當然包含債權⁶⁴，只是在違法性之判斷上，因為債權之侵害往往容易涉及市場交易安全與自由競爭，而需從嚴認定而已⁶⁵。又或者，至少在侵害債權符合特定之要件時，例如在債權歸屬之侵害、作為債權標的之給付受侵害等各種第三人侵害債權之情形，如導致債權消滅，本於債權之不可侵性，仍有構成侵權行為之可能，以避免侵權行為之適用範圍過度萎縮⁶⁶。

貳、侵害債權例外構成侵權行為？

從上揭學理及實務對於債權是否受民法第 184 條第 1 項前段保護的爭論以觀，可以發現全面否定債權侵害時的侵權責任，不免有對於權利人之保護有所不足。故實際上，包含折衷觀點中所描述可能構成侵權行為之債權侵害案例在內，學理上對於過失侵權行為之權利持狹義立場者，或各級審判實務，仍於部分屬於侵害債權之情形，肯認成立民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為。本文以下即針對此類案例進行更深入之說明。

一、租賃權之侵害


民事審判實務對於承租人對租賃物之使用收益遭到第三人干預之情形，如租賃物因他人之行為而毀損滅失，不乏有認為此時為對於具有財產權地位的租賃權之侵害，得構成民法第 184 條第 1 項前段侵權行為之損害賠償責任者⁶⁷。對此，臺

⁶⁴ 謝哲勝（2018），〈侵權行為的客體與賠償範圍〉，《月旦法學教室》，188 期，頁 14；邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 36，頁 163-164。

⁶⁵ 邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 36，頁 163-164。

⁶⁶ 林誠二（2015），《債法總則新解一體系化解說（上冊）》，頁 326-331，瑞興；史尚寬（2000），《債法總論》，頁 2、135-139，自刊；孫森焱，前揭註 26，頁 210、214-216。

⁶⁷ 不同觀點，以「占有之本質為事實，僅屬一種利益，不因受法律之保護（民法第 943 條、第 960



臺灣高等法院 99 年度重上更（二）字第 154 號民事判決的論述最是確切：「租賃權亦財產權一種，承租人對租賃物之使用、收益權能受侵害時，亦得請求賠償損害。」或是慮及回復占有請求權對於承租人的保護不足，而藉由侵權責任之回復原狀效果，使承租人得排除第三人對於占有之妨礙，如臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 282 號民事判決謂⁶⁸：「占有人其占有被侵奪時，如占有人同時有實體上權利者，自得提起本權之訴，縱令回復占有請求權之一年短期時效業已經過，權利人仍非不得依侵權行為之法律關係，請求回復原狀（最高法院 53 年台上字第 2636 號判例意旨參照）。上訴人本於租賃權而對系爭土地有占有、使用之權能，被上訴人無權占用系爭土地如附圖編號 A、B 所示部分，放置系爭木棧板，致上訴人無法占有、使用該部分土地，自難謂其租賃權未被侵害。被上訴人既未否認系爭木棧板為其所有，則上訴人依民法第 184 條第 1 項前段規定，請求被上訴人將系爭木棧板移除，返還占用土地，即非無據。」

實則，否定債權作為權利之看法，對於租賃物受到他人侵奪等此類有權占有受到侵害的案型，原則上亦肯定過失侵權責任的成立⁶⁹，只不過理由構成略有分別。一種看法是認為占有僅為事實並非權利，但若和屬於相對權之債權結合，取得占有本身所欠缺之積極面向的使用收益權能，該占有即受到強化而為民法第 184 條第 1 項前段之權利⁷⁰。另一種觀點則是引用歐洲學界擬定之「共同參考架構草案」(Draft Common Frame of Reference, DCFR)，主張法律並非以占有本身為保護客體，而是

條至第 962 條參照)，即成為財產權」為由，認為本於租賃權之占有無民法第 184 條第 1 項前段之適用，參閱臺灣高等法院臺中分院 110 年度上國更一字第 1 號民事判決。不過，更應注意的是，於該判決中，法院基本上以解釋民法侵權行為之權利的方式，認定個案之利益是否為國家賠償法第 2 條第 2 項之權利，這和文獻上多數見解認為應以「保護規範理論」加以判斷，有所不同。有關國家賠償法第 2 條第 2 項之「權利」和「保護規範理論」之說明，參閱林明昕，前揭註 20，頁 109-139。

⁶⁸ 相同意旨之實務見解，參閱臺灣高等法院 95 年度上字第 1021 號民事判決及臺灣花蓮地方法院 98 年度玉簡字第 48 號民事簡易判決。

⁶⁹ 陳聰富，前揭註 1，頁 120-123；王澤鑑，前揭註 1，頁 236-239。

⁷⁰ 王澤鑑，前揭註 1，頁 237。

對於使占有人得有權占有該標之物之「權利」的侵害，方有過失侵權行為規範之適用⁷¹。

總之，在本於債權之有權占有受到侵害之情形，實務及學理之多數看法，無論係以該債權以或者是占有本身作為被侵害之權利，基本上均承認此時得受過失侵權責任之保護⁷²。

二、債權歸屬之侵害

另外一個在實務上有被承認構成民法第 184 條第 1 項之侵權責任的是所謂的債權歸屬之侵害，也就是債權之讓與、處分及請求履行等應「歸屬」於債權人，由其「保有」之權限，受到第三人於欠缺法律依據的情形下所為之干預⁷³，如受領清償者為事實上行使債權，而使他人誤認其為真正債權人之債權準占有人（例如表見繼承人、債權證書之持有人及債權讓與無效之受讓人）⁷⁴，依民法第 310 條第 2 款，債務人所為之清償行為有效，以致該債權債務關係依同法第 309 條第 1 項歸於消滅等情形。臺灣高等法院 91 年度重上字第 400 號民事判決指出⁷⁵：「又關於第三人之行為侵害債權之歸屬者，例如受領清償之第三人為債權之準占有人，則債務人之清償有效，債權人對於原來債務人已無債權可資行使，於此情形，應認為該債權即屬民法第一百八十四條第一項前段所稱之『權利』。」並進而認為：「銀行接受定期


⁷¹ 陳聰富，前揭註 1，頁 122。

⁷² 一種較細緻的分類方式是，在物權化之債權（如租賃權）解釋為債權之侵害，而於一般債權之情形，則視為占有受到侵害，參閱蘇永欽（1986），〈侵害占有的侵權責任〉，《國立臺灣大學法學論叢》，15 卷 3 期，頁 113-114。

⁷³ 德國法上之債權歸屬侵害，參閱吉田邦彥（1991），《債權侵害論再考》，頁 502-512，有斐閣。中文文獻，參閱徐曉峰（2005），〈第三人侵害債權的妨害除去責任〉，《月旦法學雜誌》，117 期，頁 116。

⁷⁴ 關於債權之準占有人，參閱孫森焱（2020），《民法債編總論（下冊）》，修訂版，頁 1022-1023，自刊。

⁷⁵ 相同見解，參閱臺灣高等法院 105 年度上字第 934 號民事判決。



存款者，其與存款戶間係發生消費寄託關係，銀行固負有返還同一數額之金錢於存款戶之義務，惟存款如為第三人憑真正之存單及印章所冒領，依其情形得認該第三人為債權之準占有人，且銀行不知其非債權人者，依民法第三百十條第二款規定，銀行得對存款戶主張有清償之效力，存款戶即不得請求銀行返還同一數額之金錢……本件上訴人甲○○持訴外人陳○○之印章、業銀行行員陷於錯誤，而提領被繼承人即訴外人陳○○之一千零七萬八千元定期存款及利息等款項，已如前述，則依前揭說明，上訴人甲○○為債權之準占有人，且華南商業銀行係陷於錯誤而不知其非債權人，則華南商業銀行得主張有清償之效力，而被上訴人二人係繼承訴外人陳水城對華南商業銀行之債權，亦已如前述，該債權既為被上訴人所繼承之遺產，且尚未分割，依民法第一千一百五十一條之規定，即屬被上訴人二人共同共有，是以上訴人甲○○以詐欺、偽造文書等故意不法行為，侵害被上訴人二人之債權歸屬，而致被上訴人二人受有損害，被上訴人二人即因而對上訴人甲○○取得侵權行為損害賠償之債權」即為債權歸屬侵害的典型案列。

而在此一場合下，學理上之肯定論者，自然也認為構成民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為，並無疑問。不過，否定債權作為侵權行為法之權利者則強調相對權性質之債權並非過失侵權行為之客體，且債權和其歸屬無從切割，債權人亦得向第三人主張不當得利請求權，並無承認債權歸屬受侵害之必要，至多僅得依民法第 184 條第 1 項後段，成立故意背於善良風俗之侵權責任⁷⁶。

三、侵害債權標的致債務人免給付義務

除了上述兩種債權侵害的態樣以外，另外一種被肯定論者及部分實務見解認為得適用民法第 184 條第 1 項前段的案列，是第三人侵害為債權標的之給付致債務人依民法第 225 條第 1 項免給付義務之情形⁷⁷。典型的狀況是以交付特定物為標

⁷⁶ 王澤鑑，前揭註 1，頁 247；陳聰富，前揭註 1，頁 129-130。

⁷⁷ 相關說明，例見孫森焱，前揭註 26，頁 210、214-216。

的之債權，該標的物因第三人之行為而毀損滅失，而屬不可歸責於債務人之事由所致之給付不能，依民法第 225 條第 1 項債務人免除給付義務。最高法院 72 年度台上字第 599 號民事判決即明文揭示：「查買賣標的物經第三人侵害之結果，出賣人依民法第二百五條第一項之規定免給付義務者，買受人非不得依侵權行為之法則，逕向該第三人請求賠償所受損害。」

然如前所述，對此情形，否定論者則主張債務不履行法已設有民法第 225 條第 2 項代償請求權以及第 266 條免除對待給付等衡平手段，並無另受民法第 184 條第 1 項前段保護之必要。

第三節 民法學理的綜合分析

綜上所述，債權在侵權行為法上究竟是否具有權利之地位，又私人間何種情形將構成債權侵害，學理和實務並無一致之看法，論理上亦有若干啟人疑竇之處。

壹、相對權的對第三人效力

首先，差別保護論者將債權全面排除於過失侵權責任的保護範圍，不但將面臨如何區分絕對權與相對權乃至於其他財產損失的區分困難，更將使債權僅因權利性質和物權有別，而毫無適用民法第 184 條第 1 項前段之可能，利益衡量上是否失衡，非無可議之處。縱使是明文將權利限縮在絕對權的德國民法第 823 條第 1 項，彼邦學說上也不乏指出絕對權和其他純粹經濟上損失在區分上所陷入之困境⁷⁸，甚至是強調債權之絕對性或應受尊重之必要，進而肯認債權歸屬之侵害、對於債權標的物之侵害（物理的侵害）以及引誘債務人違約（交易的侵害）等情形，有該條之適用的見解⁷⁹，法條文義上未做如此限縮的我國民法第 184 條第 1 項前段，有無和德國法為相同解釋之必要，不免令人懷疑。

⁷⁸ 參閱ヨハネス・ハーガー（著），藤原正則（訳）（1998），〈ドイツの不法行為法〉，《新世代法政策学研究》，9 号，頁 268。

⁷⁹ 關於德國法上肯定債權作為侵權行為法上權利的各種學說，參閱吉田邦彦，前揭註 73，頁 502-



自比較法觀點而言，逐漸拓展債權在私法上所受之侵權責任以及妨害排除等權利保障機制，而非一味強調債權之相對權性格，而給予其和絕對權有別之差別保護，似乎也是大勢所趨。

例如，日本法過往也受到德國民法學界的強烈影響，認為相對權並非舊日本民法第 709 條所稱之權利，或是以債權相較於物權乃是一種「較弱的」權利為由，必須在侵害行為之違法性特別強烈之場合，方有成立侵權責任之可能，進而開展債權歸屬之侵害或債權給付之侵害是否導致債權消滅等各種侵害債權之不同類型，並以加害者之主觀態樣為侵權責任成立與否之區別標準⁸⁰。但是，西元 1980 年代以降，日本法上針對上開傳統見解對於債權侵害之否定或消極的類型化立場的質疑未曾停歇，明確指出以債權之相對性、債務人意思自由、債權平等原則以及市場自由競爭為由，在債權受到第三人侵害之情形，給予極為稀薄的保護，均未有充分之論理依據⁸¹。例如，潮見佳男教授即主張，在契約已對當事人產生拘束力之情形，並不能以自由競爭為由，正當化知悉契約關係存在之第三人所為之債權侵害行為，否則將獎勵或助長契約義務之違反⁸²。

從而，現今日本法之學理，在承認債權具有對世之不可侵性的前提下，逐漸傾向擴大對於契約關係的保護，廣泛肯認成立債權侵害的可能性⁸³，而逕以第三人之主觀態樣（故意過失）或侵害行為（交易行為和事實行為）之不同進行分析⁸⁴，乃

512。

⁸⁰ 關於早期日本債權侵害學說之介紹與分析，參閱潮見佳男（2018），《債權總論》，第 5 版，頁 549-555，信山社；大久保紀彥（2021），《契約侵害による不法行為—「契約の尊重」と第三者の範囲》，頁 108-113，日本評論社；中田裕康（2020），《債權總論》，4 版，頁 333-335，岩波書店；吉田邦彥，前揭註 73，頁 34-50。

⁸¹ 中田裕康，前揭註 80，頁 335；吉田邦彥，前揭註 73，頁 562-564。

⁸² 潮見佳男，前揭註 80，頁 549-550。

⁸³ 潮見佳男，前揭註 80，頁 549-550、554-555；中田裕康，前揭註 80，頁 335-336。

⁸⁴ 以行為人主觀態樣區分者，如円谷峻教授即主張在第三人侵害債權之情形，若加害人為故意，即可成立侵權行為（円谷峻，前揭註 46，頁 66-68）；而以侵害行為之性質區分者，例見吉田邦彥，

至於直接就實際私人間交易關係之個別類型進行綜合之利益衡量，如於交易行為所致之債權侵害，必須考量既存契約之尊重（契約利益的需保護性）、第三人之契約自由與營業自由以及市場流動性等各種價值等等⁸⁵。甚至，就債權人的妨害排除請求權，西元 2017 年增訂之日本民法第 605 條之 4 更明文賦予具備對抗第三人要件之不動產租賃債權人，對於第三人就該不動產占有之妨害，有妨害停止以及返還占有之權利⁸⁶。

由此可見，日本學界為了弭平債權（契約）和物權在民法上所受之保護落差，針對第三人所為之侵害，在損害填補以及妨害排除的面向上，或是透過條文解釋，或是藉由法律修正，都做了相當程度的突破。然則，性質為相對權的債權，是否無從產生所謂的第三人效力，而不得要求債權債務關係當事人以外之其他人亦負有尊重債權之義務，均值更深入之探究。

貳、侵權法與契約法的糾葛

至於債權受侵權行為法保護將使債務不履行法遭到架空以及債權侵害多為純粹經濟上損失（利益侵害）之說，其實也禁不起考驗。

比如，否定論者認為在債務人未依債之本旨給付之情形，無論是否有第三人之介入，債務不履行既然已有相關規範，即不必適用民法第 184 條第 1 項前段，否則給付不能、給付遲延與不完全給付之規定無異形同虛設；惟若如此，何以於債務不履行之情形，仍得成立民法第 184 條第 1 項後段與同條第 2 項之侵權行為？成立上開兩種侵權行為難道就不會與債務不履行之規定有所重疊？實則，債務不履行之法律效果無論是損害賠償或是給付義務之免除，原則上均是調整契約當事人間的權利義務關係⁸⁷；在第三人介入契約關係之場合，第三人並不會因為債權侵害之

前揭註 73，頁 670。

⁸⁵ 潮見佳男，前揭註 80，頁 555；中田裕康，前揭註 80，頁 335-337。

⁸⁶ 關於本於債權之妨害除去請求權的一般性說明，參閱中田裕康，前揭註 80，頁 339-344。

⁸⁷ 有關債務不履行效力之體系分析，參閱邱聰智（著）、姚志明（修訂）（2013），《新訂民法債編通

行為負擔對債權人之債務不履行責任，從而，如果否定或過度限縮成立侵權行為之可能性，債權人、債務人以及第三人之法律地位將嚴重失衡，在第三人之防制損害成本較低的非競爭領域，例如侵害表彰債權人之權利人身份的債權歸屬秩序⁸⁸，尤其是如此⁸⁹。是以，同樣認為將純粹經濟上損失納入侵權行為法之適用範圍，將使契約法喪失規範功能的英美侵權行為法⁹⁰，在個別之侵權行為類型仍對於契約利益加以保護，例如根據第三人之陳述導致的損失（**statement-based losses**），如資訊提供者和被提供者間存有特殊信賴關係，仍有例外構成過失侵權行為的可能⁹¹。

再者，債權之侵害是否果真多為純粹經濟上損失？按所謂純粹的經濟上損失，指涉的應該是「無涉權利侵害」的經濟上損失⁹²，惟學理上所討論的債權侵害情狀，究竟是否為「權利之侵害」？在未就債權之保護範圍進行充分之討論以前，即為此一論斷，不免操之過急。例如，債權歸屬之侵害，債權人已無向債務人請求給付，此時是否仍無法被認定是權利之侵害？至於文獻上固然有主張在侵害債權之情形，債權人仍得向第三人主張不當得利請求權，並無受過失侵權責任保護之必要；然而，有無受過失侵權責任保護之必要，與是否該當過失侵權責任之要件，係屬二事，後者之肯定，並不以前者之成立為必要條件。並且，侵權責任之損害賠償，其作用在於填補受害人的「所受損害」與「所失利益」⁹³；但是，不當得利請求權之內容，係受有應歸屬於他人之利益者，須返還所受之利益，以回復財貨變動發生前原有狀

則（下）》，2版，頁55-72，自刊。

⁸⁸ 徐曉峰，前揭註73，頁116。

⁸⁹ 由法律經濟分析之觀點檢視侵權行為之客體，參閱簡資修（2003），〈侵權行為法〉，《月旦法學雜誌》，95期，頁194-195；類似見解，指出相對權應考量維護經濟自由及公平競爭的必要性，因此應須依據系爭行為是否涉及「同一給付之競爭」，決定第三人行為義務之標準，參閱徐曉峰，前揭註73，頁114。

⁹⁰ Peter Bowal, *Pure Economic Loss Claims*, 25 *LAWNOW* 29, 29-30 (2001).

⁹¹ *Id.* at 31; KIRSTY HORSEY & ERIKA RACKLEY, *TORT LAW* 175-77 (2nd ed., 2011).

⁹² 陳聰富，前揭註1，頁139。英美法上則以「無涉原告資產之物理侵害（人身侵害與財產損害）的價值減少」作為純粹經濟上損失之定義。See Bowal, *supra* note 90, at 29.

⁹³ 詳見民法第216條第1項，並得參閱王澤鑑（2018），《損害賠償法》，3版，頁129-132，自刊。

況⁹⁴，和侵權行為法之法律效果並不相同，則縱使債權人得主張不當得利請求權，亦不代表其無受侵權行為法保護之必要。

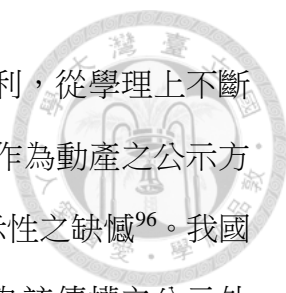


參、有權占有的例外保護？

而在租賃權或所謂有權占有被侵害的情形，前述之否定論者卻又認為此時係屬對於因債權（占有本權）而強化具有權利地位之占有或該債權本身的侵害，著實無法清楚解釋何以非屬過失侵權行為客體的債權，以及非屬權利的占有，兩者加以結合竟會產生「負負得正」之昇華效果，而成為民法第 184 條第 1 項前段之權利。依本文之觀察，無論係以該占有亦或者是該債權（得為占有之債權）為保護標的，似乎都認為占有本身並無積極的權益歸屬內容，故僅有在占有人為「有權占有」（具有占有物之使用收益權能）的情形，方有保護之必要⁹⁵。是以，將有權占有納入過失侵權責任的適用範圍，所欲保護者實際上並非占有本身，而是做為占有權源的債權。

⁹⁴ 參閱游進發（2011），〈契約解除、回復原狀與損害賠償義務〉，《臺北大學法學論叢》，79 期，頁 224-228。

⁹⁵ 職是，文獻上多半否認「無權占有」得作為過失侵權責任之客體，參閱王澤鑑，前揭註 1，頁 236-238；陳聰富，前揭註 1，頁 121-123。至於對於無權占有之侵害是否可能成立民法第 184 條第 1 項後段以及同條第 2 項之侵權行為，學理上有以民法第 952 條以及第 960 條至第 962 條設有對占有之保護為由採取肯定觀點（王澤鑑，前揭註 1，頁 238；謝在全，前揭註 49，頁 550-552），亦有基於無權占有人並無權利對占有物為合法之使用收益，持否定立場者（陳聰富，前揭註 1，頁 121-122），實務則多採肯定說，例見最高法院 71 年台上字第 3748 號民事判決、最高法院 74 年度台上字第 752 號民事判決以及臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 271 號民事判決。本文以為，僅有受法律保護（合法）之利益始受侵權責任保護，而無權占有人所享有之使用收益等利益，除善意占有人有民法第 952 條之情形外（侵害型不當得利之特則），既然尚需依民法第 179 條不當得利之規定返還於權益歸屬者（謝在全，前揭註 49，頁 538），顯然並非民法所欲保護之利益，尚不得因占有物之物上請求權保護占有之事實狀態（我國多數意見，參閱謝在全，前揭註 49，頁 538），即認為無權占有屬於侵權行為法之保護範圍，亦始得和否定過失侵權責任保護無權占有之看法，有一貫之說理。



而債權之所以必須和占有結合始得作為侵權行為法上之權利，從學理上不斷強調債權的相對權性質以及欠缺典型之社會公開性，以及占有作為動產之公示方法以觀，於此乃是透過占有的表彰本權機能，彌補債權欠缺公示性之缺憾⁹⁶。我國民法體系中賦予債權對抗第三人效力之規範，亦不乏以占有作為該債權之公示外觀，使第三人對於債權之存在有知悉可能性，民法第 425 條第 1 項有關買賣不破租賃之規定以「承租人占有中」為要件，即為此意⁹⁷。

如此一來，應該是「具有公示性的債權」而非「作為占有本權之債權」均可作為過失侵權責任之客體，例如債權（請求權）依土地法第 79 條之 1 經預告登記，顯然也滿足了使第三人得以知悉的公示性要求⁹⁸，依否定論之脈絡，似乎也不無成立過失侵權行為之空間。

肆、債權不可侵性的論理不足

然而，本文以上固然對於否定論之理由構成提出諸多反思，但這並不代表吾人可以想當然爾地認為肯定論之說理是足夠充分的。蓋對於債權作為民法第 184 條第 1 項前段之權利持寬認立場者，多以債權作為權利之不可侵性或應受尊重為核心論點。而所謂的不可侵性，依照史尚寬教授之說明，其意義乃是⁹⁹：「一般人應負有不為侵害之義務，故如有第三人不法加以侵害，則不可不使其負侵權行為之責」。惟縱使否定債權屬於過失侵權責任適用範圍之論點，不斷強調債權的相對效力，卻仍皆承認債權之侵害有故意背於善良風俗以及違反保護他人之法律等其他類型之侵權責任的適用。是以，在加害人符合上開民法所定要件的情形下，依然必須就其

⁹⁶ 關於占有的表彰本權機能，參閱謝在全，前揭註 49，頁 473-474。

⁹⁷ 參閱陳聰富（2010），〈使用借貸契約之債權物權化－最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，2 期，頁 53；吳從周（2008），〈債權物權化、推定租賃關係與誠信原則－最高法院九五年度第十六次民事庭決議評釋〉，《台灣法學雜誌》，111 期，頁 5-9。

⁹⁸ 有關登記作為公示方法，參閱謝哲勝（2013），〈共有物管理對於繼受人的效力－最高法院 102 年度台上字第 500 號民事判決評釋〉，《法令月刊》，64 卷 10 期，頁 5；吳從周，前揭註 97，頁 6-7。

⁹⁹ 史尚寬，前揭註 66，頁 2。



侵害債權之行為承擔損害賠償責任，在此一範圍內，第三人仍負有不可侵害債權之義務。

換言之，否定債權在侵權行為法上的權利地位，並不同於排斥債權的不可侵性，只不過其所具有之不可侵性，在強度上遠遠不及屬於過失侵權責任保護客體的物權和其他絕對權而已。從而，肯定論者仍必須進一步說明，何以作為相對權的債權，必須和物權以及人格權等絕對權擁有相等的不可侵性，否則尚無法為將債權納入民法第 184 條第 1 項前段之適用範圍，建構穩固之基礎。陳忠五教授指出，如果認為只有權利才具有不可侵性，即須論證¹⁰⁰：「何以債權被歸類為是一種與物權、人格權、身分權等性質相同的『權利』，而非一種利益？」同樣點出債權不可侵性概念，並無法完全否定債權和其他權利在性質上具備之差異性，實屬的論。

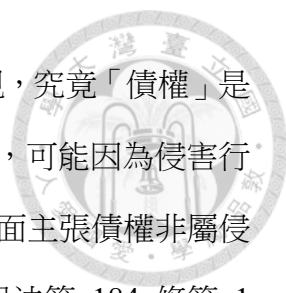
再者，部分論者認為僅在債權歸屬之侵害、債權標的物受侵害等將使債權消滅或債務人免除給付義務之債權侵害情狀，方得成立過失侵權責任。換言之，債權的不可侵性僅在上開範圍內，始有發揮作用之餘地。然若如此，何以其他民法理論所定義之債權侵害，例如非屬民法第 225 條第 1 項所規定之「不可歸責於債務人之給付不能」的債務不履行，即無法以債權之不可侵性為由，受到民法第 184 條第 1 項前段之保護，似乎亦未有清楚之說明¹⁰¹。

是以，債權不可侵性的提出，的確成功鞏固了債權作為權利的絕對性質。但是，僅以此為由，而欲證立在侵權行為法上賦予債權和其他絕對權相等地位之正當性，在不可侵性之強度高低有別以及債權的特殊性等問題的環伺下，似乎也不免心餘力絀。

第四節 民法以外的視角：憲法財產權

¹⁰⁰ 陳忠五，前揭註 25，頁 357。

¹⁰¹ 相對於此，日本傳統見解則指出，債權固然具備「對世的權利不可侵性」，但是相較於物權仍有欠缺公示性之特殊性，故需就侵害債權「責任成立」的面向為合理之限制，參閱潮見佳男，前揭註 80，頁 550、554-555。



總之，透過民事法上實務及學說見解的梳理，吾人可以發現，究竟「債權」是否為侵權行為法領域之「權利」，似乎還欠缺一致的看法。甚至，可能因為侵害行為態樣的不同，而異其侵害客體定性之結果¹⁰²，例如否定說一方面主張債權非屬侵權行為法之權利，另一方面卻認為侵害本於債權之有權占有為民法第 184 條第 1 項前段之適用範圍；亦或者是部分肯定論者主張僅在第三人之行為導致債權消滅或債務人免給付義務時，始成立過失侵權責任，均屬適例。這樣的論理，不免有函矢相攻或晦澀不明之憾。

惟與此同時，自學理及實務此起彼落地強調民事侵權行為法對於基本權利在市民生活間實踐的重要機能¹⁰³；以及司法院釋字第 596 號解釋理由書開宗明義的一段話：「人民於私法上之債權，係憲法第十五條財產權保障之範圍」，儼然給予了觀察債權是否為過失侵權行為客體的另一個不同面向：憲法財產權。而本文以下，也將自這樣的觀點，刻畫憲法財產權保障民法債權的輪廓。

¹⁰² 類似結論，參閱陳忠五，前揭註 25，頁 373-374。

¹⁰³ 文獻上之說明，例見王澤鑑，前揭註 1，頁 36。民事審判實務上，最常見的則是以法秩序一致性作為橋梁，在名譽權侵害的侵權責任案件中，導入針對刑法第 310 條誹謗罪有關規定而為的司法院釋字第 509 號解釋所闡釋之「主觀真實」（應注意憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決似已實質修正為接近「客觀真實」，參閱憲法法庭 112 年憲判字第 8 號判決黃大法官昭元提出之不同意見書）作為言論自由與名譽權的調和方法。相關實務見解，例見最高法院 107 年度台上字第 584 號民事判決以及最高法院 109 年度台上字第 427 號民事判決。美國聯邦最高法院也在著名的 *New York Times v. Sullivan* 案，以憲法增修條文第 1 條所保障的言論自由為民事侵權行為法中的誹謗案件，設下了「真實惡意原則」（actual malice）的限制。376 U.S. 254 (1964); see also David S. Han, *Managing Constitutional Boundaries in Speech-Tort Jurisprudence*, 69 DEPAUL L. REV. 495, 500-02, 513 (2020).

第三章 私法上之債權作為憲法上的財產權



第一節 我國釋憲實務觀點下的私法上債權

壹、概說

財產權保障的相關問題，對於我國釋憲實務而言並不陌生，例如司法院釋字第 596 號解釋即明文¹⁰⁴：「憲法第十五條保障人民之財產權，使財產所有人得依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，以確保人民所賴以維繫個人生存及自由發展其人格之生活資源。惟為求資源之合理分配，國家自得於不違反憲法第二十三條比例原則之範圍內，以法律對於人民之財產權予以限制。」從這段文字敘述來看，大法官對於財產權的保障係以「人格之自由發展」與「個人生存之維繫」為起點，進而開展存續保障、支配自由等財產權「主觀法」面向的保護領域¹⁰⁵。然而，此種以所有權保障連結至徵收補償為中心的財產自由權保障譜系¹⁰⁶，如欲處理私法上債權如何受到憲法財產權保障的問題就顯得貧乏。畢竟，徵收補償之焦點為土地所有權，私法上債權基於公益目的而遭到徵收，理論上雖然可能發生，但在現行法制下卻鮮有實例¹⁰⁷。是以，憲法對於私法上債權保護的核心，並非以對抗國家公權力干預為目的之主觀權利作用，而應是涉及私人間交易及財產秩序形塑的「客觀法」面向¹⁰⁸。

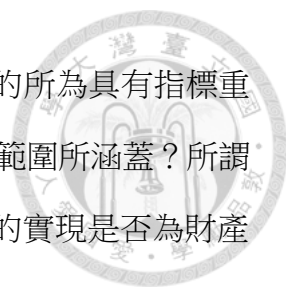
¹⁰⁴ 類似說明，例見司法院釋字第 400 號解釋。

¹⁰⁵ 蔡維音（2006），〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，1 期，頁 39-40、45、63-67。不過，於此蔡維音教授仍批評釋憲實務未妥善使用「維繫個人生存」與「自由發展其人格」兩要件，應使前開兩者成為劃定財產權保護領域之標準。

¹⁰⁶ 陳愛娥（1998），〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，劉孔中、李建良（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁 411-412，中央研究院中山人文社會科學研究所；蔡維音，前揭註 105，頁 45。

¹⁰⁷ 蔡維音，前揭註 105，頁 64。

¹⁰⁸ 關於客觀制度面向的財產權保障，參閱陳愛娥，前揭註 106，頁 400；蔡維音，前揭註 105，頁 67。日文文獻，參閱渋谷秀樹（2008），《憲法》，頁 287-291，有斐閣。



因此，本文以下將爬梳歷來司法院大法官會議以債權為標的所為具有指標重要性之解釋，觀察自憲法財產權之觀點而言，債權是否為其保護範圍所涵蓋？所謂制度性保障之意義為何？和財產權內容形成之差異何在？債權的實現是否為財產權之內涵？並藉此釐清我國釋憲實務所形塑的債權保護架構。

貳、受憲法財產權保障之債權

一、財產權保障的濫觴：特種刑事案件沒收案

（一）案例事實

雖然處理所有權，特別是土地所有權遭受限制的問題才是憲法財產權的主戰場；不過，點燃財產權保障戰火的，卻是不折不扣的私法上債權。

本案之原因事實在於，行憲前之司法院實務見解認為，如犯罪人係因違反懲治漢奸條例而遭宣告沒收財產，縱使被沒收人對第三人負有債務，由於財產於清償之前仍屬被沒收人所有，故執行機關不必以沒收之財產清償被沒收人所負之債務¹⁰⁹。民國 36 年行憲後，行政院認為司法院前開見解和特種刑事案件沒收全部財產執行辦法第 6 條第 2 款規定，於查明受刑人全部財產之價額或數量後，須扣除受刑人應清償之債務，以免債權人因債務人之被處罪刑而遭受不可預測之損害而違反刑止及身原則之旨趣有所衝突，遂依司法院釋字第 18 號解釋向司法院大法官會議聲請統一解釋¹¹⁰。

（二）實務見解及評釋

¹⁰⁹ 參閱司法院院字 2207 號解釋及院解字第 3213 號解釋。

¹¹⁰ 司法院釋字第 18 號解釋：「查大法官會議第九次會議臨時動議第一案決議：『中央或地方機關，對於行憲前司法院所為之解釋發生疑義聲請解釋時，得認為合於司法院大法官會議規則第四條之規定』，本案最高法院對本院院字第七五零號解釋發生疑義，依照上項決議，自應予以解答。」

針對前開爭議，司法院釋字第 37 號解釋理由書先是指出：「執行機關執行特種刑事案件沒收之財產，對於受刑人所負債務固非當然負清償之責。」並未全盤否定過去行憲前司法院之見解。惟本號解釋進一步認為：「惟揆諸憲法第十五條保障人民財產權之精神，如不知情之第三人就其合法成立之債權有所主張時，依刑事訴訟法第四百七十五條之規定，應依強制執行法有關各條規定辦理。」固然，前開解釋所針對者係特種刑事案件，惟此一法理亦應可援用至一般刑事案件之沒收，並無區別對待之必要¹¹¹。

準此以言，於刑事沒收與民事執行競合之情形，雖然使債權人得以沒收物為強制執行之標的，無異是讓被沒收人得以沒收標的清償債務而享受犯罪所得¹¹²。惟本於憲法財產權保障之原則，如第三人在沒收或保全沒收之扣押之前，已就沒收之標的聲請強制執行而為善意者，法院不宜為沒收之裁判，而應作成追徵之裁判，並於執行程序中，國家之追徵債權和第三人之私法上債權，按債權額之比例進行參與分配¹¹³。可以說，大法官已然肯認第三人對於被沒收人之債權，應該受到憲法第 15 條財產權的保護¹¹⁴，不應該永遠劣後於刑事程序之沒收裁判之後而增加執行義務人之財產取償的阻礙¹¹⁵。此外，本號解釋將刑事沒收對債權人求償可能的影響認定為對於財產權之干預，也展現了將基於債權所得請求之給付利益納入財產權保護範圍的傾向。

¹¹¹ 吳燦（2019），〈刑事沒收與民事執行競合之實務運作與困境－兼評最高法院 106 年度台抗字第 669 號、107 年度台抗字第 445 號刑事裁定〉，《法官協會雜誌》，21 期，頁 41。

¹¹² 陳典聖（2017），〈刑事扣押程序與強制執行程序之競合與處理〉，《裁判時報》，61 期，頁 70；吳燦，前揭註 111，頁 41。

¹¹³ 吳燦，前揭註 30，頁 41-42；陳典聖，前揭註 112，頁 70。

¹¹⁴ 蘇永欽（1998），〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》，24 卷 3 期，頁 31。

¹¹⁵ 類似觀點，強調刑事程序之扣押物仍得為執行程序之查封和扣押之標的，否則權利人無法知悉是否及何時發還，將難以進行強制執行，參閱吳光陸（2017），《強制執行法》，3 版，頁 136-137，三民。



二、保護債權的再確認：債權人提存物權利案

(一) 案例事實

民國 88 年修正前之民法第 330 條規定：「債權人關於提存物之權利，自提存後十年間不行使而消滅，其提存物屬於國庫。」¹¹⁶、民國 97 年修正前之提存法施行細則第 7 條前段復規定：「關於民法第三百三十條所規定之期間，自提存之翌日起算。」足見就條文規範而言，無論債權人是否知悉提存之事實，其於提存日之翌日起經過十年後，即不得領取提存物。

本件提存人於民國 67 年 1 月 10 日即辦妥提存手續，惟債權人主張其未曾收到提存通知書，而於民國 78 年 2 月 5 日始具狀聲請領取提存物，高等法院 78 年抗字第 817 號裁定遂認為提存通知書縱然送達不合法，提存日之起算日期，仍然從民國 67 年 1 月 10 日起算，認定債權人等於民國 78 年 2 月 5 日具狀領取提存物，已逾十年之法定期間，提存物屬於國庫，從而未准許債權人請求領取提存物之處分。債權人不服，主張前開條文有牴觸憲法第 7 條、第 15 條、第 16 條之疑義，而向司法院大法官會議聲請憲法解釋。

(二) 實務見解及評釋

回應聲請人之主張，司法院釋字第 335 號解釋理由書先是指出上開民法及提存法施行細則之規定係因「提存之後，債權人本得隨時受取提存物，若竟久不受取，不特提存所須為無期限之保管，且使權利狀態久不確定，對於社會經濟亦有不良影響」，並進而認為系爭規定乃「為維持社會秩序所必要」，和憲法之規定無違。不過，大法官接著筆鋒一轉，明言：「因提存物歸屬國庫，影響債權人之財產權，故提存之事實應由提存人通知債權人或由提存所將提存通知書送達或公告，其未踐行上述程序者，應於前述期間屆滿前相當期間內，補行送達或公告。其未補行者提

¹¹⁶ 民國 88 年修正後之條文，僅是文字上略作修正，意義並無不同。

存物雖仍屬於國庫，但如合於國家賠償法之規定者，債權人仍得依法請求國家賠償。」足見提存物歸屬於國庫，將對於債權人受憲法財產權保障之提存物債權造成干預¹¹⁷。憲法學理上多將本號解釋認為係我國釋憲實務肯認私法上債權應為憲法財產權保護範圍所及之標竿解釋¹¹⁸。

然而，債權人受領提存物之債權已非原本對於債務人之債權，則此一債權之性質究屬公法或私法，似有爭議。文獻上即有認為，提存法第 24 條既已規範「處分」及「異議」，則提存應屬公法上之寄託關係¹¹⁹；亦有主張提存人和提存所之法律關係應屬為債權人利益之私法性質之第三人利益契約¹²⁰，惟債權人就提存物之受取權係以提存所為請求對象之公法上權利¹²¹。

對此，本文以為，清償人就是否為提存具有高度之自願性，又提存法固然多係強行規定，當事人之契約自由受有較多干預。然而，對於提存所和提存人及債權人之關係，實際上一般之私人間亦可本於其契約自由締結具有類似權利義務關係之利益第三人寄託契約。是以，於提存之法律關係中，法院提存所之地位欠缺獨佔性及優越性¹²²，欠缺公權力內涵，尚不具公法關係之性質。再者，固然提存法第 24

¹¹⁷ 蘇永欽，前揭註 114，頁 31。


¹¹⁸ 陳愛娥，前揭註 106，頁 413；蔡維音，前揭註 105，頁 41。

¹¹⁹ 陳自強（2016），《契約之內容與消滅》，3 版，頁 407-408，元照。亦有實務採取此一見解，例見臺灣臺北地方法院 106 年度重訴字第 139 號民事判決。日本文獻上亦有強調提存（弁済供託）具有法律秩序的維持與安定的公益目的之類似觀點，參閱潮見佳男（2018），《新債權總論 II》，頁 69，信山社。惟本文以為，慮及公益的模糊性（陳敏（2016），《行政法總論》，2 版，頁 33，自刊），公益目的之具備與否，應得僅作為輔助之判準，尚無法因提存制度具備一定程度之公益性質，即認提存屬公法之法律關係。

¹²⁰ 邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 87，頁 342。

¹²¹ 邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 87，頁 349；蘇永欽，前揭註 33，頁 31。類似結論，參閱孫森焱（1978），〈論提存〉，《中興法學》，14 期，頁 36-37。惟本文以為，此種觀點可能和「事件關聯說」之「一部公法，全部公法」之預設有所扞格。關於事件關聯說之定義，參閱吳庚、盛子龍（2017），《行政法之理論與實用》，15 版，頁 25-26，自刊。

¹²² 此即公私法區分理論之「權力說」，參閱陳敏，前揭註 119，頁 33-34。實務亦有見解採取類似



條等規定載有「處分」及「異議」等文字，然而，此一處分是否當然具有行政處分或司法行政處分之性質¹²³，而無解為契約上意思表示之空間？並不明白。且縱使提存所之行為性質確為行政處分，其仍然只是為了提存物返還之信用，對債權人和債務人而言，中立地參與私法關係¹²⁴，並不因此改變提存之性質。又此處之異議，依提存法第 24 條第 2 項：「提存所認前項異議有理由時，應於十日內變更原處分，並將通知書送達關係人；認異議無理由時，應於十日內添具意見書，送請法院裁定之。」之文義以觀，其應屬非訟程序¹²⁵，並非行政救濟制度之異議¹²⁶。綜上，提存本身之法律關係應屬私法性質，債權人之受領權亦應屬私法上債權¹²⁷。

是以，前述將本號解釋認為具有肯認憲法財產權保護私法債權性質權利之重要意義的見解，應值肯定。從這裡也可以看出，我國釋憲實務財產權概念之發展，將物權和債權納入為保護客體，並無顯著之先後順序¹²⁸。實則，債權之承認為憲法財產權，不無略早於物權之勢。蓋大法官首次明確肯定物權作為憲法財產權之內涵，應屬民國 76 年之司法院釋字第 216 號解釋表示抵押權受憲法財產權保障¹²⁹，也晚

判斷標準，例見臺灣桃園地方法院 101 年度桃簡字第 906 號民事裁定。

¹²³ 所謂司法行政處分係指法院就行政事項所為之處分，參閱吳庚、張文郁（2018），《行政爭訟法論》，9 版，頁 7-8，自刊。

¹²⁴ 中田裕康，前揭註 80，頁 440-441。日本審判實務亦採類似見解，並強調供託官所為之行政處分，作用在於確認供託上的私法權利義務關係，參閱最大判昭和 45 年 7 月 15 日民集第 24 卷 7 号 771 頁。


¹²⁵ 孫森焱，前揭註 121，頁 36。

¹²⁶ 屬於行政救濟制度之異議種類繁多，例如商標法第 48 條對註冊公告之異議與土地徵收條例第 22 條對公告事項或補償價額之異議，參閱吳庚、張文郁，前揭註 123，頁 2。

¹²⁷ 相同結論，參閱鄭玉波、陳榮隆（2002），《民法債編總論》，2 版，頁 653-654，三民；鄭冠宇（2017），《民法債編總論》，2 版，頁 412，新學林。實務見解，例見臺灣高等法院 106 年度重上字第 868 號判決。

¹²⁸ 陳愛娥，前揭註 106，頁 413。

¹²⁹ 司法院釋字第 216 號解釋理由書：「此項函示，核與上開法條意旨相符，不屬同法第五十五條第三項規定之範圍，既未侵害動產抵押權人之權益，亦為確保關稅之稽徵所必要，與憲法保障人民財產權之本旨，並無牴觸。」



於民國 43 年作成之司法院釋字第 37 號解釋有三十餘年之久。而本則解釋認為提存物歸屬於國家將導致債權人之受領債權無法實現，即屬對於財產權之干預，也和司法院釋字第 37 號解釋對於債權之保護領域採取廣義看法之立場一致。畢竟，債權人固然有請求提存所交付提存物之權利地位，但在其實際受取提存物之前，該提存物仍為債權人事實上尚未取得之給付利益。

三、給付利益的實現：民事強制執行與財產權

(一) 案例事實

民國 99 年修正前之公務人員退休法第 14 條規定¹³⁰：「請領退休金之權利，不得扣押、讓與或供擔保。」然而，勞動基準法於民國 104 年 5 月修法之前，並無類似之規範。聲請人遂主張勞工之退休金請求權和公務人員之退休金請求權之目的相同，均係為保障權利人退休後之基本生活而和人格息息相關，勞動基準法就此漏未規定，已違反憲法第 7 條之平等原則，聲請解釋憲法。

(二) 實務見解及評釋

結論上，司法院釋字第 596 號解釋認為勞動基準法未如同公務人員退休法規定請領退休金之權利不得扣押、讓與或供擔保，惟立法者衡量公務人員與勞工性質之差異及其他相關因素所為之合理差別對待，屬立法形成自由之範圍，符合憲法第 7 條平等原則之要求。

不過對於憲法財產權保障具有重要意義的，應是大法官認為限制請領退休金之權利不得為讓與、抵銷、扣押或供擔保，將妨害其他債權人私法上債權之實現，為對於憲法財產權之限制。就此本號解釋理由書之第三段、第四段及第七段之論述甚為關鍵。

¹³⁰ 修法後條文移列至第 26 條，公務人員退休法於民國 107 年廢止後，相同之內容則規範於同年公布之公務人員退休資遣撫卹法第 69 條。



1. 司法院釋字第 596 號解釋理由書

「人民於私法上之債權，係憲法第十五條財產權保障之範圍，國家為保護人民私法上之債權，設有民事強制執行制度，俾使債權人得依據執行名義，聲請執行法院，使用強制手段，對於債務人之財產加以執行，以實現其債權，至債務人於強制執行中，雖有忍受國家強制力之義務，惟為維護其受憲法第十五條所保障之生存權及其他基本人權，立法者仍得衡酌債權人私法上債權實現及債務人生存保護必要，於不違反憲法第七條及第二十三條之範圍內，立法禁止對於債務人部分財產之執行。……勞工請領退休金之權利，屬於私法上之債權，亦為憲法財產權保障之範圍。……又規定勞工請領退休金之權利不得讓與、扣押、抵銷或供擔保，對於勞工退休生活之安養而言，固係保障，惟對於勞工行使『請領退休金之權利』亦將形成限制，對於勞工之雇主或其他債權人而言，則屬妨害其私法上債權之實現，限制其受憲法所保障之財產權。因此是否規定勞工請領退休金之權利不得為讓與、抵銷、扣押或供擔保之標的，既然涉及勞工、雇主及其他債權人等財產權行使之限制，自應由立法者依客觀之社會經濟情勢，權衡勞工退休生活之保護與勞工、雇主及其他債權人之財產權行使限制而為規範。……至於勞動基準法既有之勞工退休制度，是否應增訂勞工請領退休金之權利不得讓與、扣押、抵銷或供擔保之規定，則仍屬立法者自由形成之範圍……」

2. 內容評析

於此大法官先是重申私法上之債權應受憲法財產權保障此一穩定之看法，並指出強制執行係為使債權人之債權得以實現，是國家保護債權之手段。從這裡來看，我國憲法上債權的保護領域，並不僅止於權利狀態的存續保障，更及於債權所表彰之給付利益之實現。也因此，如果妨害人民私法上債權之實現，即屬對於財產權之干預。而謂「保護債權」，應係指國家設立強制執行之制度，恰是為了要履行基本人權保護義務功能課予國家保護債權人取得債權之給付的要求，避免債權受到他人



之侵犯¹³¹。準此以言，延續司法院釋字第 37 號與第 335 號解釋之脈絡，我國憲法財產權對於債權的保護領域，亦包含「給付利益之取得」，已有了極為清晰的肯定答案。

不過，司法院釋字第 596 號解釋相較於前兩號解釋，對於債權所表彰之給付利益的保護架構，其實已有更為細緻之論述。其理由書第三段及第四段強調私法上債權的實現可能和債務人之生存權或其他基本權利產生衝突，在符合比例原則及平等原則之要求下，得立法禁止執行債務人之「部分」財產。文獻上即有主張此為對於債權人債權行使之限制，只要在債權人應負擔之財產權社會義務範圍內，即屬合憲¹³²。

然而，究竟大法官所指涉者，是否為財產權之社會義務，必須先行處理社會義務和財產權內容形成與限制的關聯性此一先決問題；對此，本文將於本章第二節進行檢討。不過，可以確認的是，這樣的保護強度遠遠不及我國釋憲實務對於財產權「存續保障」到「價值補償」的高度擔保¹³³。蓋當國家為追求公益目的而變動人民財產之權利存續狀態時，不但必須合乎比例原則之誡命，更需轉換為財產價值之保障，方屬合憲¹³⁴。這樣的保護密度落差，或許也是本號解釋不斷強調是否應限制勞

¹³¹ 關於財產權之國家保護義務，參閱許育典，前揭註 9，頁 311。

¹³² 張永明（2006），〈退休金請求權之禁止扣押〉，《月旦法學教室》，45 期，頁 9。

¹³³ 參閱司法院釋字第 747 號解釋理由書：「憲法第 15 條規定人民財產權應予保障，旨在確保個人依財產之存續狀態，行使其自由使用、收益及處分之權能，並免於遭受公權力或第三人之侵害，俾能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴（本院釋字第 400 號、第 709 號及第 732 號解釋參照）。憲法上財產權保障之範圍，不限於人民對財產之所有權遭國家剝奪之情形。國家機關依法行使公權力致人民之財產遭受損失（諸如所有權喪失、價值或使用效益減損等），若逾其社會責任所應忍受之範圍，形成個人之特別犧牲者，國家應予以合理補償，方符憲法第 15 條規定人民財產權應予保障之意旨（本院釋字第 440 號解釋參照）。國家如徵收土地所有權，人民自得請求合理補償因喪失所有權所遭受之損失；如徵收地上權，人民亦得請求合理補償所減損之經濟利益。」

¹³⁴ 參閱司法院釋字第 732 號解釋理由書：「國家徵收人民土地，不但限制人民財產權，如受徵收之土地上有合法居住者，亦嚴重影響其居住自由。徵收人民土地除應對土地所有權人依法給予合理及迅速之補償外，自應符合公用或其他公益目的之必要，始無違於憲法第二十三條之規定。」我國學

工請領退休金之權利不得讓與、扣押、抵銷或供擔保，應尊重立法者形成自由，而採取較為寬鬆之審查標準，進而得出合憲之結論的原因之一。

總結來說，大法官雖然將財產權對於債權的保護射程，延伸至本於債權所得請求之給付利益，卻也意識到私法上債權的實現可能更容易和債務人之其他基本權利產生衝突，給予立法者較大之管制權限，而未採取和一般財產權同樣高強度的保護結構。

參、制度性保障與內容之形成

一、無記名證券之制度性保障：公債掛失給付案

（一）案例事實


依照民國 91 年修正前之中央政府建設公債及借款條例第 8 條前段之規定¹³⁵，無記名公債債票於遺失、被盜或滅失時，不僅不得掛失止付，亦無從依民法第 720 條第 1 項、第 725 條及第 727 條關於無記名證券之規定請求權利保護，亦未提供其他救濟途徑。上海商業儲蓄銀行股份有限公司持有之中央政府建設公債 82 年度甲類第三期債票，總額新臺幣六億九千五百萬元、一百三十九張債票不慎遺失，聲請公示催告，遭臺灣臺北地方法院 82 年催速字第 6888 號民事裁定駁回，提起抗告亦經臺灣高等法院 82 年度抗字第 1878 號民事裁定駁回確定。上海商業儲蓄銀行股份有限公司不服，遂主張前開中央政府建設公債及借款條例第 8 條前段之規定違反過度侵害人民之財產權及訴訟權，違反比例原則，牴觸憲法第 15 條、第 16 條及第 23 條之意旨，聲請解釋憲法。

（二）實務見解及評釋

1. 司法院釋字第 386 號解釋理由書

理上之相同見解，參閱陳新民，前揭註 7，頁 325-326；蔡維音，前揭註 24，頁 63-64。

¹³⁵ 民國 83 年修正前之名稱為中央政府建設公債發行條例。



「法律為保護無記名證券持有人，於證券遺失、被盜或滅失時，不使其受不當之損失，民法第七百二十條第一項但書、第七百二十五條及第七百二十七條本設有各種保護之規定及救濟之程序，以維持公平，不致影響善意第三人之權益，亦未增加發行人之負擔，此為對無記名證券久已建立之制度性保障。而中華民國八十年七月二十九日修正公布之中央政府建設公債發行條例第八條前段規定……禁止掛失止付，並特別排除上述民法對正當公債權利人實體及程序上應享有之權利，立法原意固在尊重契約自由之精神下，增進該種公債之流通性，以實現財政之目的。惟其對於國庫明知無記名證券持有人無處分之權利，或受有遺失、被盜或滅失之通知時，仍可因其給付而免責，以及限制正當權利人聲請法院依公示催告程序，宣告遺失、被盜或滅失之無記名證券無效，使依該條例發行之無記名公債債票合法持有人，無從依民法關於無記名證券之規定請求權利保護，亦未提供其他之合理救濟途徑，與憲法第十五條保障人民財產權及第十六條保障人民因權利受損得依法定程序請求救濟之意旨不符……。」

2. 內容評析

我國釋憲實務於本號解釋首次論及財產權之制度性保障，將民法關於無記名證券掛失止付等保護及救濟之規定，作為無記名證券債權制度性保障之內涵。然而，此處提及之「制度性保障」，究竟所指為何？大法官語焉不詳，未就其意義進行說明，我國學理上之看法因而有所分歧。

一種比較主流的看法是，這裡的制度性保障具有「傳統、典型規範複合體不容撤廢」之意味¹³⁶；也就是說，本號解釋認為民法關於無記名證券掛失止付之規定，係屬私有財產制度相關法規範之核心，不得由立法者任意廢棄¹³⁷，而導致法秩序對

¹³⁶ 許宗力（2002），〈基本權利：第二講—基本權的功能〉，《月旦法學教室》，2期，頁80。

¹³⁷ 陳愛娥，前揭註106，頁412。類似見解，主張本號解釋似認為掛失止付為無記名證券制度之重要原則，將之排除將危及制度運行，參閱蘇永欽，前揭註114，頁34。

無記名證券債權毫無保障¹³⁸。也有學者認為，於此大法官係指涉前開民法之規定，為立法者本於憲法保障財產權之意旨，形塑無記名證券債權之內涵，此即屬財產權保障制度面之呈現¹³⁹。另一種觀點則是根本地質疑此處制度性保障用語的憲法意涵，主張其僅為概括法律規範的描述，未必具有既存制度之意義¹⁴⁰。

對此，本文以為，自解釋理由書之脈絡觀察，本號解釋使用制度性保障之概念應當具有一定的憲法意義。其原因在於，大法官先是強調民法關於無記名證券掛失止付之規定為一種制度性保障，並進而認為此一制度性保障之內容於依中央政府建設公債發行條例發行之公債債權，遭到全面排除，已經違反憲法第 15 條財產權保障之意旨。則此一制度性保障至少具有某種程度之憲法重要性，對於法規範之合憲性有所影響。

不過，如果認為僅是因為民法規定之無記名證券掛失止付是財產權制度性保障之內容，即導出中央政府建設公債發行條例對此加以剝奪係屬違憲，邏輯上卻不免弔詭。畢竟，倘若無記名證券之掛失止付係經由立法者之規範而建立之制度性保障，何以不得由法律加以限制或剝奪¹⁴¹？要認定前開規定之合憲性，毋寧還需要其他的論理構成。

職是，比較合理的解釋可能是，此處之制度性保障係在說明掛失止付等規定，係立法者形塑無記名證券債權之權利內涵。至於對此一權利內容加以限制或剝奪，

¹³⁸ 參閱李惠宗（2022），《憲法要義》，9 版，頁 113，元照。

¹³⁹ 陳春生（2000），〈司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討〉，李建良、簡資修（編），《憲法解釋之理論與實務：第二輯》，頁 316-317，中央研究院中山人文社會科學研究所；胡博硯，前揭註 7，頁 57-58。

¹⁴⁰ 程明修（2009），〈憲法保障之制度與基本權之制度性保障－兼論基本權客觀內涵之主觀化〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊）》，頁 356，中研院法律所。

¹⁴¹ 類似地，文獻上亦有指出性質為任意規定的民法無記名證券規範，何以具有制度性保障的重要性而不得以強化流通等考量，透過特別法排除適用，並不清楚，參閱蘇永欽（2010），〈民事財產規範的違憲審查－第 671 號解釋的審查方法〉，《法令月刊》，61 卷 6 期，頁 9。

是否合憲，則屬權利侵害是否合乎比例原則之問題¹⁴²。固然，由於我國釋憲實務遲至司法院釋字第 436 號解釋始闡述憲法第 23 條為比例原則之依據¹⁴³，本號解釋在認定中央政府建設公債發行條例違憲的論述上並未使用比例原則。不過，在孫森焱大法官的部分不同意見書中，即透過比例原則強化多數意見此部分理由上的缺乏¹⁴⁴，殊值贊同。至於本號解釋對於財產權制度性保障之理解是否妥適，以及和比較法上之異同，則為本章第二節欲處理之問題。

二、時效制度之絕對法律保留

(一) 案例事實

實際上，本件釋憲聲請所涉及者係公務人員保險金此一公法上之債權¹⁴⁵，而非私法上之債權。然而，聲請人係主張民國 88 年修正前之公務人員保險法未就公務人員保險金請求權之消滅時效有所規範，而僅於民國 47 年考試院訂定之公務人員公務人員保險法施行細則定有二年之消滅時效，違反憲法第 23 條之法律保留原則。然而，消滅時效制度所欲追求之法安定性與和平性、既存狀態的保護、督促權利人

¹⁴² 參閱陳春生，前揭註 139，頁 317。

¹⁴³ 湯德宗（2009），〈違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（下冊）》，頁 587，中研院法律所；並得參閱司法院釋字第 436 號解釋文：「規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則。」

¹⁴⁴ 參閱司法院釋字第 386 號解釋孫森焱大法官提出之部分不同意見書：「公債發行條例第八條前段規定將民法第七百二十條第一項但書、第七百二十五條及第七百二十七條規定排除不予適用，對無記名公債債票持有人享有之財產權並程序上應享之訴訟權自有侵害，為此免除公債發行人之注意義務及清償責任，與公共利益之增進無涉，**有違法律比例原則**，與憲法保障人民財產權之意旨不符，應不再適用。……本解釋文謂：公債發行條例第八條前段規定使人民合法持有之無記名公債債票於遺失、被盜或滅失時，無從依民法關於無記名證券之規定請求保護，亦未提供其他合理之救濟途徑，與憲法第十五條、第十六條保障人民權利之意旨不符云云，符合上述論旨，自堪贊同。」

¹⁴⁵ 參閱司法院釋字第 466 號解釋文：「按公務人員保險為社會保險之一種，具公法性質，關於公務人員保險給付之爭議，自應循行政爭訟程序解決。」



及時行使權利以及減輕法院負擔等目的及功能，卻不因公私法領域有所不同¹⁴⁶。因此，本件所面臨的時效制度法律保留密度之爭議，對於私法上債權和憲法財產權保障之關係，亦具有重要之價值。

(二) 實務見解及評釋

1. 司法院釋字第 474 號解釋理由書

「有關人民自由權利之限制應以法律定之，並不得逾越必要之程度，應依法律規定之事項不得以命令定之，憲法第二十三條、中央法規標準法第五條、第六條均有明定。若以法律授權限制人民自由權利者，須法有明示其授權之目的、範圍及內容並符合具體明確之要件……公務人員保險法第十四條規定，公務人員參加公務人員保險，在保險有效期間，發生殘廢、養老、死亡、眷屬喪葬四項保險事故時，予以現金給付。惟同法對保險金請求權未設消滅時效期間，主管機關遂於施行細則中加以規定。時效制度不僅與人民權利義務有重大關係，且其目的在於尊重既存之事實狀態，及維持法律秩序之安定，與公益有關，須逕由法律明定，自不得授權行政機關衡情以命令訂定或由行政機關依職權以命令訂之。四十七年八月八日考試院訂定發布之公務人員保險法施行細則第七十條前段：『本保險之現金給付請領權利，自得為請領之日起，經過二年不行使而消滅』，規定被保險人請求權時效為二年（現行施行細則第四十七條則改為五年），與上開意旨不符，應不予適用。在法律未明定前，應類推適用公務人員退休法、公務人員撫卹法等關於退休金或撫卹金請求權消滅時效期間之規定。……」

¹⁴⁶ 陳愛娥（2013），〈公法上請求權消滅時效的制度意義、適用範圍與其起算〉，《法學叢刊》，58 卷 3 期，頁 11。民法上消滅時效之立法理由，參閱陳聰富（2019），〈論時效起算時點與時效障礙事由〉，《月旦法學雜誌》，285 期，頁 6-7。不過，亦有學者主張公法領域之消滅時效仍具增進行政效能等有別於私法上消滅時效制度之目的，參閱李建良（2008），〈行政法上消滅時效之基礎理論初探：概念、客體、法效〉，《東吳公法論叢》，2 期，頁 417-418。



2. 內容評析

關於公務人員保險金請求權之消滅時效僅於公務人員公務人員保險法施行細則有所規範之問題，司法院釋字第 474 號解釋認為已違反憲法法律保留原則之要求；換言之，時效制度於我國釋憲實務之見解下，應屬絕對法律保留之事項¹⁴⁷。其原因在於「時效制度不僅與人民權利義務有重大關係，且其目的在於尊重既存之事實狀態，及維持法律秩序之安定，與公益有關」；而時效制度本身，又是屬於財產權實體內容之規定，故我國文獻上多有主張大法官於本號解釋採取了財產權內容之形成，立法者有裁量餘地，且屬於國會保留事項之看法¹⁴⁸。

然而，如果細觀本號解釋之論述，前開結論卻不免操之過急。蓋姑且不論時效制度需要絕對法律保留何以得直接連結到所有財產權內容之形成也需有相同之要求，大法官在闡釋時效制度不得授權法規命令進行規定之理由時，亦係強調時效制度「和人民權利義務有重大關係」以及「與公益有關」；職是，能夠得出的合理結論應該是：我國釋憲實務認為，有關財產權內容形成之事項，應考量「權利影響之重要性」以及「公益」兩項要素，以決定法律保留之密度。就此，或許也是大法官在司法院釋字第 443 號解釋以降，在決定何種事項應交由國會決定時，採取源自德國法之「重要性理論」的具體寫照¹⁴⁹。

不過，多數意見雖主張時效制度之法律保留密度需提升至絕對法律保留之層次，卻在解釋文之最後，指出在立法者尚未就公務人員保險金請求權之消滅時效有所規範時，應類推適用公務人員退休法、公務人員撫卹法以及民法有關消滅時效之

¹⁴⁷ 學理上即稱此為層級化法律保留，例見陳敏，前揭註 119，頁 159-161。關於層級化法律保留原則在釋憲實務的實踐，參閱司法院釋字第 443 號解釋理由書。

¹⁴⁸ 李惠宗，前揭註 138，頁 357-358；許育典，前揭註 9，頁 309-310。

¹⁴⁹ 有關司法院釋字第 443 號解釋對於重要性理論之指標意義，參閱許宗力（2003），〈基本權利：第六講－基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，11 期，頁 72-74；林明昕（2021），〈再論嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條之合憲性爭議〉，《台灣法學雜誌》，407 期，頁 62。



規定。如此一來，是否如同蘇俊雄大法官於不同意見書所言，忽略法律保留原則對於法院法律續造權限的拘束效果，而存有矛盾¹⁵⁰？

對此，本文以為，固然實務及學理所承認之絕對法律保留事項，例如罪刑法定原則及租稅法定原則，多伴隨著禁止不利人民之類推適用之效果¹⁵¹；然而，依法行政原則並不禁止司法以類推適用之方式填補法律之漏洞，而是須受法律保留原則及法安定性原則之限制，而有一定的界限而已¹⁵²。前述禁止類推適用之國會保留事項，毋寧即是考量其對人民基本權利之干預極為重大，應受法律保留原則及法安定性原則較高密度的保護，進而排除司法於個案之中進行法律續造之權限¹⁵³。

不過，法律保留原則實際上即為立法權和其他國家權力權限分配之問題，也因此機關功能最適理論等權力分立思維於此也必須加以適用¹⁵⁴。準此，雖然司法和行政均肩負個案利益衝突調和之職責¹⁵⁵，兩者的權力功能差異，特別是法院不得以規

¹⁵⁰ 參閱司法院釋字第 474 號解釋蘇俊雄大法官提出之部分不同意見書。


¹⁵¹ 稅捐之構成要件法定主義即禁止以類推適用之方法課予人民稅捐負擔，參閱陳清秀（2020），〈依法行政與法律的適用〉，翁岳生（編），《行政法（上）》，4 版，頁 237，元照。不過，晚近我國釋憲實務對於稅捐法定原則之立場已有所鬆動而和一般法律保留原則無異，例如司法院釋字第 620 號解釋。學說對此之批評，參閱柯格鐘（2015），〈論依法課稅原則之解釋方法—對歷年來司法院大法官解釋的觀察（上）〉，《興大法學》，17 期，頁 38-44。至於禁止不利人民之類推適用作為罪刑法定原則內涵之介紹，詳見林鈺雄（2016），《新刑法總則》，5 版，頁 41-42，元照。

¹⁵² 陳清秀，前揭註 151，頁 236-237；Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 24，頁 286；黃奕華，前揭註 8，頁 203。

¹⁵³ 黃奕華，前揭註 8，頁 203。

¹⁵⁴ 黃舒芃（2015），〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，13 期，頁 14；黃銘輝（2023），〈論行政程序法上行政命令的類型與程序設計應有之取向〉，黃丞儀（編），《2017 行政管制與行政爭訟》，頁 32，<http://publication.iias.sinica.edu.tw/40412002.pdf>（先期電子出版）；林明昕，前揭註 149，頁 63-64。不過，應予注意的是，日本文獻上有主張作為依法行政原則一環的法律保留原則所涉及之權力分立問題應和一般之立法和行政相互關係區別以觀；蓋前者之出發點係人民私人權利利益的保護，後者則可能以財政民主主義、行政組織法定主義等其他因素為核心，參閱藤田宙靖（2013），《行政法總論》，頁 85-90，青林書院；赤坂幸一（2017），〈統治機構論探訪（第 6 回）議會留保〉，《法學セミナー》，753 号，頁 81-82。

¹⁵⁵ 參閱司法院釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官協同意見書。



範欠缺為由拒絕裁判的正義要求¹⁵⁶，在劃分立法權和司法權之界限時應受重視，此即和立法與行政間之權限分配有所差異。而當法院無法在類似的案例中，本於平等原則之要求進行類推適用時，也就代表其難以藉由個案之利益衡量追求正義¹⁵⁷。是以，縱使系爭事項在立法和行政之權力關係中，被認定係屬國會保留之事項，吾人仍不應全然否定法院在個案中進行法律續造之可能性¹⁵⁸。就此而言，本號解釋之論理實際上並未存有矛盾。但是，透過前述的分析可以發現，大法官固然認為時效制度係具有重要性及公益性之財產權內容形成，而應有絕對法律保留之要求，惟相較於罪刑法定等司法和行政皆無從分享的事項，其既然容許類推適用其他公私法規範之時效制度，其國會保留之密度仍較為寬鬆。

此外，本號解釋理由書對於時效制度絕對法律保留的論證，似乎和基本權干預之法律保留原則相同，係以憲法第 23 條為依據¹⁵⁹。然而，財產權內容形成之規範，倘若和財產權之干預有別，則其須有法律保留之要求，得否自憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利……不得以法律限制之。」所導出？抑或者是大法官根本無意區分財產權內容之形成與對財產權之侵害？此等問題，仍值進一步探究。

三、出租人租賃物收回權之限制

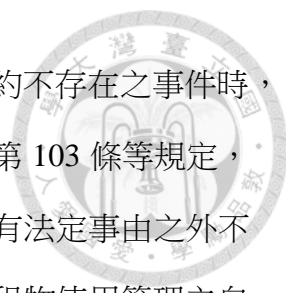
(一) 案例事實

¹⁵⁶ 陳淳文、吳庚（2021），《憲法理論與政府體制》，7 版，頁 580，自刊。

¹⁵⁷ 參閱 Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 24，頁 286。

¹⁵⁸ 日本審判實務在租稅法律主義及侵害保留之領域均有肯認類推適用或偏離文義解釋之事例，參閱最判平成元年 2 月 17 日民集第 43 卷 2 号 56 頁（將平成 11 年修法前之航空法第 101 條第 1 項第 3 款之「航空保安上適切之事由」解釋為包含「因航空器航行所造成之噪音」）、最判昭和 45 年 10 月 23 日民集第 24 卷 11 号 1617 頁（將設定借地權時支付土地所有人之權利金，類推適用昭和 34 年修法前之所得稅法有關讓渡所得之規定）。

¹⁵⁹ 以憲法第 23 條之「法律」為法律保留原則之憲法明文依據，係我國憲法學理之通說，參閱吳信華，前揭註 4，頁 77-79；許宗力，前揭註 149，頁 71-72。




臺灣臺北地方法院民事第八庭水股法官於審理確認租賃契約不存在之事件時，主張其應適用之民法第 422 條和第 451 條及土地法第 100 條與第 103 條等規定，使出租人所有之不動產租賃物一旦依法被視為不定期租賃，除有法定事由之外不得任意收回租賃物，嚴重限制財產之自由使用及出租人對於出租物使用管理之自由意識，侵害憲法第 15 條保障之財產權及第 22 條保障之人格權與契約自由。不但無助於不定期限契約所欲達成「藉防後日無益之爭論、當事人得隨時終止契約」之立法目的，更造成債權契約效力強過於物權契約之情形，除無法通過比例原則之檢驗外，亦使民法之體系產生衝突，前述承審法官因而聲請憲法解釋。

（二）實務見解及評釋

司法院 107 年度憲三字第 4 號不受理決議之多數意見其實僅是例稿性的認為聲請人並未就前述之民法及土地法之規定，提出客觀上確信其為違憲之具體理由，而不符合司法院釋字第 371 號、第 572 號以及第 590 號解釋所闡釋之法官聲請釋憲之要件，而並未真正觸及前開規定是否過度侵害財產權或契約自由的實質問題。

然而，詹森林大法官於本號決議所提出之不同意見書，卻隱約碰觸到了財產權內容之形成與財產權之干預是否應予區別以及財產權和契約自由應如何進行劃分的基本權釋義學問題¹⁶⁰。氏認為，縱使期限逾一年之不動產租賃契約未以字據訂立或租期屆滿承租人繼續租賃契約且出租人不即表示反對，而依民法第 422 條或民法第 451 條之規定須視為不定期限之租賃，任一方之當事人仍可依民法第 450 條第 2 項本文之規定，隨時終止租賃契約，故民法第 422 條並未過度侵害人民之財產權及契約自由，不生牴觸憲法第 15 條或第 22 條之問題。惟按土地法第 103 條之規定，僅有定有年限之租賃契約，於年限屆滿時，始得依該條第 1 款之規定收回基地；否則不定期限之基地租賃契約，僅得依該條第 2 款至第 5 款之規定，如「承

¹⁶⁰ 本段以下論述，整理自司法院 107 年度憲三字第 4 號不受理決議詹森林大法官提出、黃瑞明大法官加入之部分不同意見書。



租人以基地供違反法令之使用時」等得由承租人單方控制之事由，方可收回基地，則出租人之財產權及契約自由將受到嚴重之限制。再者，現今承租人未必皆不具經濟實力，而縱使前開規定除保護弱勢承租人，亦有維護房屋存續之立法目的，仍應設計個案調節機制，始符合憲法比例原則之誠命。

前揭詹森林大法官之不同意見，似乎延續了大法官在司法院釋字第 602 號解釋理由書認為：「涉及財產處分之契約內容，應為憲法第十五條所保障」，此種將契約自由和財產權的分野含糊帶過的解釋取徑，直接將民法第 422 條、第 451 條以及土地法第 103 條涉及限制不定期租賃契約終止之規定，一律視為對於財產權及契約自由之侵害，而應受憲法比例原則之審查。但問題是，民法和土地法之規定所涉及者，究竟是憲法第 15 條之財產權，亦或者是憲法第 22 條之契約自由？由於屬於意定之債的債權，本即是由契約自由之實現而生¹⁶¹，故若將債權納入憲法財產權保障之範圍後，涉及債權之法規範，究竟應以財產權亦或者是契約自由作為審查之標的，即屬必須處理的重要議題。再者，縱使系爭規定確屬涉及財產權之規範，其是否得直接適用處理基本權干預的比例原則，則是應否區分財產權內容之形成以及財產權之侵害的重要實益所在。而無論是多數意見亦或者是少數意見，似乎都未對此有所意識或表示看法，而一蓋以基本權干預之模式進行審查，就此是否妥適，卻也不無斟酌之餘地。

肆、小結

總結債權與憲法財產權的關係在我國司法院解釋脈絡下的發展，可以發現債權在我國憲法財產權的保障，有下列幾個特點：

- 一、債權受憲法第 15 條財產權之保障，且受承認之時間未晚於物權。

¹⁶¹ 意即契約是債之發生的原因之一，參閱王澤鑑，前揭註 18，頁 77-78。



二、債權在憲法上的保護範圍，不僅止於權利狀態的存續保障，債權所表彰之給付利益的實現（特別是事實上尚未取得之給付利益），亦同受保障，惟保護之密度較低。

三、立法者形塑債權內涵之相關規範，係為憲法對於債權之制度性保障。

四、財產權內容之形成，應參酌「權利影響之重要性」以及「公益」兩項因素，以決定法律保留之密度。

五、未分析財產權內容之形成和財產權之限制是否應予區分，而一蓋適用審查基本權干預之各項原則，如憲法第 23 條之比例原則。

六、涉及債權之規範，究竟為對於財產權亦或者是契約自由之限制，並未詳加區分。

第二節 債權與財產權保護體系

壹、受憲法財產權保障的債權

一、概說：以所有權為核心的憲法財產權

憲法學上對於財產權的保障，其實源自於「所有權絕對」、「所有權神聖」的觀念，此觀西元 1789 年法國人權宣言第 17 條前段「所有權為神聖且不可侵犯的權利」可見一斑¹⁶²。固然隨著資本主義體系的經濟生活所導致的巨大貧富差距，以及緊接而來的社會國原則、共產主義等思想，財產權的保障不再絕對，而本於財產權的「社會義務性」進行調和，呈現相對化的趨勢¹⁶³。然而，整體憲法財產權保障的

¹⁶² 渋谷秀樹，前揭註 108，頁 286；許育典，前揭註 9，頁 307。

¹⁶³ 辻村みよ子（2012），《憲法》，4 版，頁 257-258，日本評論社；渋谷秀樹，前揭註 108，頁 286。我國文獻，參閱楊奕華（2022），〈經濟自由〉，程明修（編），《憲法講義》，3 版，頁 347-348，元照；許育典，前揭註 9，頁 307；吳信華，前揭註 4，頁 426-427。社會主義之思想在我國憲法的體現即是民生主義，得參閱憲法第 142 條及第 143 條等有關土地所有權限制之基本國策規定。我國學理上，對此亦早已有所體認，例見劉慶瑞（1970），《中華民國憲法要義》，5 版，頁 84-85，自刊；章淵若（1946），《人民之權利義務》，頁 42-44、64-66，正中。



規範體系，諸如排除他人對於使用處分權能之侵害，仍係緊扣「物之所有權」的概念而建構¹⁶⁴。也因此，彼時德國威瑪憲法第 153 條以及日本明治憲法第 27 條第 1 項，文義上均僅以所有權為保障之對象¹⁶⁵。

相對於此，我國憲法第 15 條之用語既為「財產權」，似乎可以直接認為其內涵，已遠大於民法所規範之所有權乃至於物權之範圍，而直接包含各種具備財產價值之權利，例如債權¹⁶⁶。但是，基於憲法一體性之思維，基本國策之規定對於和其保護範圍具有事務關聯性之基本權利內涵應有之填充功能¹⁶⁷，而我國憲法第 143 條有關國民經濟之規定，也是以所有權，特別是土地所有權為規範核心。倘若如此，和前開規定具有事務關聯性之我國憲法第 15 條財產權，在這樣的觀點之下，是否已經真正擺脫了所有權的束縛，卻也不無疑問。

二、私法上債權為憲法所保障之財產權

(一) 比較法的觀察

1. 美國法：契約與財產的不區分

在美國法中，和大陸法系債權和物權大致相對應的概念即是「契約」(contract) 以及「財產」(property)¹⁶⁸，故觀察比較兩者在美國憲法所受保護之異同，對釐清債權是否應受憲法財產權之概念涵蓋，亦有所助益。而憲法層次上，涉及財產之確保者，係憲法增修條文第 5 條之「徵收條款」(Takings Clause)，要求國家唯有在

¹⁶⁴ 參閱陳新民(2022)，《憲法學釋論》，10 版，頁 228，三民。

¹⁶⁵ 渋谷秀樹，前揭註 108，頁 287；辻村みよ子，前揭註 163，頁 257。我國文獻，參閱陳新民，前揭註 7，頁 290-291。

¹⁶⁶ 陳新民，前揭註 7，頁 340。

¹⁶⁷ 參閱林明昕(2016)，〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷特刊，頁 1326、1332-1333。

¹⁶⁸ 張永健(2011)，〈民法第 826-1 條分管權之法律經濟分析：財產權與準財產權之析辨〉，《國立臺灣大學法學論叢》，40 卷 3 期，頁 1261；張譯文，前揭註 8，頁 157。

給予人民正當補償之情形，始得基於公共利益徵收人民之財產¹⁶⁹。至於人民契約權利的捍衛，則可見諸憲法第 1 條第 10 項第 1 款「契約條款」(Contracts Clause)，禁止聯邦各州透過法律去干預契約之義務¹⁷⁰。而分析契約條款的理論取徑則包含：經濟國家主義（促進商業的穩定）、私人之自主性（契約制度為自由社會所必要）以及制度規律性（法治原則以及權力分立）¹⁷¹。

和德國之規範模式不同，美國憲法之正當程序 (Due Process) 與徵收條款等規定並未正面承認財產權之權利地位或將其作為一種受憲法保護之法律制度¹⁷²；不過，在徵收條款的擴張適用下，雖然財產權受憲法保障之程度仍然不及言論自由或參政權等其他基本權利，財產權的地位仍然有相當大幅的進展¹⁷³；實務上亦極少為正當程序的目的，區分財產和契約¹⁷⁴。論者更指出，憲法上其實並不明確區分契約權 (contract rights) 與財產權 (property rights)，而是將契約認為具有財產的特質使其有「徵收條款」的適用，同時，也將財產權蘊含契約權的特徵為由，將其納入「契約條款」之射程¹⁷⁵。畢竟，無論是徵收條款亦或者是契約條款，無非是在彰顯制憲者保護人民之財產免受立法者侵害的價值決定¹⁷⁶。

舉例而言，在 *E. Enters. v. Apfel* 一案中，O'Connor 大法官主筆之多數意見即認為 1992 年煤炭工業退休人員健康福利法案，要求前煤炭工業之經營者在某些情況

¹⁶⁹ U.S. CONST. amend. V. See also *Armstrong v. United States*, 364 U.S. 40, 49 (1960).

¹⁷⁰ U.S. CONST. art. I, § 10, cl. 1. See also Note, *Rediscovering the Contract Clause*, 97 HARV. L. REV. 1414 (1984).

¹⁷¹ Note, *supra* note 170, at 1420-30. 我國文獻上針對美國憲法學理及實務對於契約條款解釋適用之介紹，參閱法治斌 (1981)，〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，《政大法學評論》，23 期，頁 1-4。


¹⁷² Gregory S. Alexander, *Property as a Fundamental Constitutional Right - The German Example*, 88 CORNELL L. REV. 733, 736-37 (2003).

¹⁷³ *Id.* at 734-735.

¹⁷⁴ *Id.* at 736.

¹⁷⁵ Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, *The Property/Contract Interface*, 101 COLUM. L. REV. 773, 774 (2001).

¹⁷⁶ Robert L. Hale, *The Supreme Court and the Contract Clause*, 57 HARV. L. REV. 512, 512-14 (1944).



下為公司工作的前員工支付退休金，此種對僱傭契約之回溯性限制，已然對煤炭工業之經營者造成不可預期之重大經濟損失，為具實質性及侵入性之國家行為，而違反徵收條款避免國家強制人民獨自接受於公平正義的情況下應該由全體公眾承擔的公共負擔之目的，因此應給予正當之補償¹⁷⁷。與此相對的則是 *Fletcher v. Peck* 一案，聯邦最高法院指出，不動產的移轉即是一種已執行的契約，伴隨著某些隱含的契約義務，故而無論是待履行之契約抑或者是已執行的契約，均應受憲法契約條款之保護¹⁷⁸。蓋憲法係使用「契約」之一般性詞彙，並未針對兩者加以區分¹⁷⁹。並且，如果憲法只保護以財產移轉為內容的契約，卻不給予絕對的財產移轉相等的保護，邏輯上亦相當弔詭，毋寧應至少給予同樣之憲法地位¹⁸⁰。

總而言之，對比財產權和契約權在英美法秩序下的涇渭分明，美國聯邦最高法院則是透過解釋之方法，著眼於財產和契約的類似性，使兩者同時受到功能不同的契約條款和徵收條款的保護¹⁸¹。

2. 日本法：跨越所有權藩籬的財產權

明治憲法係採取所有權保障之概念，已如前述。是以，儘管作為日本憲法學的奠基人之一的美濃部達吉教授高瞻遠矚，精準指出，固然憲法使用「所有權」之文

¹⁷⁷ 524 U.S. 498, 528-38 (1998).

¹⁷⁸ 10 U.S. 87, 137 (1810). 關於本案之評析，並得參閱 Robert L. Hale, *The Supreme Court and the Contract Clause: II*, 57 HARV. L. REV. 621, 629-36 (1944). 此外，本則判決之多數意見，即是採取了認為多數派對於經濟事務的干預，將危及自由交易之權利以及個人主義之價值觀的「私人之自主性」解釋方法，參閱 Note, *supra* note 170, at 1423.

¹⁷⁹ *Fletcher*, 10 U.S. at 137.

¹⁸⁰ *Id.* 本案另外一個指標意義在於，將契約條款之適用範圍，自私人契約擴張至公共契約。See George Leef, *The Lost Contract Clause*, 40 REGULATION 60, 60 (2017).

¹⁸¹ 不過在美國南北戰爭後的重建期間以及西元 1933 年至 1939 年之新政 (New Deal)，美國各州法院乃至最高法院以政策與人道及經濟緊急情況等理由寬認支持債務人的法律，已使得契約條款之功能大幅衰退。*Id.* at 61. 法治斌教授則指出，西元 1868 年制定之憲法增修條文第 14 條之「正當法律程序」亦有保障財產權之功能，亦是契約條款喪失價值之原因，參閱法治斌，前揭註 171，頁 4。

字，然其意義遠較民法之所有權廣泛，具有「財產權」之內涵，而肯認了私有財產制度，保障人民安全地就其財產為使用收益，不受國家之侵害¹⁸²；明治初期日本學理上之有力見解，仍然認為只有所有權或是具有支配權能的物權，才受憲法所保護，而不包含債權¹⁸³。其理由除了將憲法文本之因素外，更是主張如果基於保護帝國臣民之目的，將憲法第 27 條的所有權概念擴張為「財產權」，將忽略所有權和其他物權，乃至於債權輕重之不同，而欠缺法理上之基礎¹⁸⁴。

不過，美濃部達吉教授的觀點仍然具有重要意義，更是成為當今日本通說的重要根據¹⁸⁵。氏藉由比較法之途徑，認為明治憲法所使用之「所有權」概念，其實和英文之 *property* 以及德文之 *Eigentum* 為相當之概念，而兩者於日常生活中固然多指涉所有權，卻也可以作為更廣義的財產權而使用，特別是明治憲法第 27 條第 1 句實際上深受德國普魯士憲法的影響，則明治憲法之所有權保障，實際上和普魯士憲法的私有財產保障，具有相同之意涵¹⁸⁶。儘管普魯士憲法的 *Eigentum* 意義究竟為何，並非毫無爭議，不過在日本國憲法第 29 條以「財產權」取代明治憲法之「所有權」以後，已然採取了德國「憲法上的」*Eigentum* 概念，而不再限於民法之所有權，此一觀點亦成為日本憲法學界穩定的通說¹⁸⁷。

¹⁸² 美濃部達吉（1926），《憲法撮要》，3 版，頁 179，有斐閣。

¹⁸³ 參閱市村光惠（1927），《帝國憲法論》，13 版，頁 416-419，有斐閣；清水澄（1937），《逐條帝國憲法講義》，12 版，頁 240-241，松華堂。威瑪憲法時代初期，德國學說亦多採取類似見解，將憲法保障之對象限定於所有權。參閱戶波江二（1993），〈財產權の保障とその制限〉，《法学セミナー》，466 号，頁 75；陳新民，前揭註 7，頁 289-290。

¹⁸⁴ 清水澄，前揭註 183，頁 240-241。

¹⁸⁵ 石川健治（1992），〈財產權條項の射程拡大論とその位相（一）：所有・自由・福祉の法ドグマティック〉，《国家学会雜誌》，105 卷 3・4 号，頁 162-163。

¹⁸⁶ 美濃部達吉（1927），《逐條憲法精義》，頁 383-384，有斐閣。

¹⁸⁷ 石川健治，前揭註 185，頁 162-163。關於德國憲法學之「擴張的所有權概念」，參閱陳新民，前揭註 7，頁 290-291。

職是，如今日本憲法學上之財產權概念，已經獨立於民法之所有權，延伸到「一切具有財產價值的權利」，非但不僅止於物權而及於債權，而亦及於各種無體財產權與具有經濟利益的特別法上之權利，如漁業權以及礦業權等等¹⁸⁸。



(二) 我國學理之脈動

相對於同樣深受德國憲法學影響的日本，我國憲法之第 15 條於制定之初即以「財產權」為用語，而未限縮於所有權。是以，學理上對於憲法上之財產權之概念，絕多數皆認為只要是具有財產價值之權利或地位，而為私人使用、收益或處分者即屬之，自然亦包括債權¹⁸⁹。比較詳細的說理如學者吳信華指出憲法之財產和民法之財產之內涵有所不同，而係由所有實定法規所共同界定¹⁹⁰，而李惠宗教授更是強調，現代社會中中產階級之多數人，賴以為生的並非物的所有權，而是基於勞動關係所生之各種債權請求權，如薪資、加班費與退休金，足見財產權之保障，債權之重要性並不亞於所有權¹⁹¹。至於較為早期之文獻，縱使未明白闡述債權或其他有財產價值之權利即為憲法之財產權，亦未認為憲法層次之財產權之需限縮於民法之所有權¹⁹²，此點乃是我國憲法財產權概念之發展，和日本及德國極為重要之差異所在。

惟文獻上仍然有對於將債權納入財產權之保護範圍持較保留態度之看法，例如鄭建才大法官獨排眾議，認為：「憲法第十五條所謂『人民之財產權應予保障』


¹⁸⁸ 松井茂記（2002），《日本國憲法》，2 版，頁 558-559，有斐閣；高見勝利（2006），〈經濟的自由〉，野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利，《憲法 I》，4 版，頁 460，有斐閣；平良小百合（2017），《財產權の憲法的保障》，頁 11，尚学社；渋谷秀樹，前揭註 108，頁 287；石川健治，前揭註 185，頁 157。

¹⁸⁹ 董保城、法治斌（2021），《憲法新論》，8 版，頁 390-392，元照；陳慈陽（2016），《憲法學》，3 版，頁 740-741，自刊；管歐（1992），《憲法新論》，25 版，頁 151，五南；陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 254；李惠宗，前揭註 138，頁 342-343；許育典，前揭註 9，頁 308；吳信華，前揭註 4，頁 424；陳新民，前揭註 7，頁 340。

¹⁹⁰ 吳信華，前揭註 4，頁 424。

¹⁹¹ 李惠宗，前揭註 138，頁 342-343。類似說明，參閱陳愛娥，前揭註 106，頁 404。

¹⁹² 劉慶瑞，前揭註 163，頁 84-85；章淵若，前揭註 163，頁 64-66。



僅係承認財產私有制，賦予保障私人既有財產之意義；非謂人民有請求國家給予財產之權利（條文並非定為『人民有財產權』）。故通說指此受憲法保障之財產權，為自由權，而非受益權。關於債權，僅有請求權之作用。債權能否實現，胥視債務人是否『給付』（履行之為不為或能不能）而定，債權人非如所有人之享有支配權，亦即並未享有可使債權實現之自由。因此債權是否屬於自由權意義之財產權，學界間尚無一致意見。未經學理過濾，不宜遽予肯定。¹⁹³」據此，鄭健才大法官係認為債權和物權之性質不同，為請求權，並無從支配債權所表彰之給付利益之實現與否，故欠缺自由權之內涵，尚非憲法層次之財產自由。

（三）債權應受憲法財產權保護

在分析債權是否應受憲法財產權之保障之前，不免須溯源至問題的根源：究竟甚麼是債權？債權和物權之差異又何在？是美國最高法院所主張之契約和財產實際上極為相似，憲法應給予相同之保護，亦或者是鄭健才大法官所指出債權為請求權，和物權不同，並無憲法財產自由之性質？

就此，則須以自債物二分為思維方式的民事法進行觀察¹⁹⁴。我國通說主張，債權為請求債務人給付之權利，無涉給付客體之支配¹⁹⁵；準此，相較於物權所涉及之財貨支配與歸屬，債權僅係關於財貨移轉之秩序與利益¹⁹⁶。而債權和物權之差異，

¹⁹³ 司法院釋字第 266 號解釋鄭健才大法官提出之不同意見書。

¹⁹⁴ 文獻上即有指出「債物二分」係民事財產法的指導原則，參閱張譯文（2022），〈從債物二分的底蘊看德國物上之債〉，蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《法學的想像（第一卷）：大民法典—蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 291-292，元照。

¹⁹⁵ 謝在全，前揭註 49，頁 10-11；邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 37，頁 13-14；陳自強，前揭註 119，頁 10；張譯文，前揭註 8，頁 156-157。不過亦有認為請求權僅係債權權能之一種，參閱鄭冠宇，前揭註 127，頁 12，新學林；王澤鑑，前揭註 18，頁 9-10。

¹⁹⁶ 謝在全，前揭註 49，頁 2；張譯文，前揭註 8，頁 156-157。

除了前述權利內容之不同外，主要則是和具有絕對性而得對任何他人發生效力之物權相較，債權無從對債務人以外之第三人主張，而僅具相對性¹⁹⁷。

不過，晚近我國學者已有對債物二分的絕對性提出質疑，除了追及性及優先性等物權效力本身的歧異性以外¹⁹⁸，諸如學理所習稱之債權物權化，此類具有對抗第三人效力之債權，固然其效力之內容和物權仍有落差¹⁹⁹，卻也使得債權和物權的差異，不再截然分明²⁰⁰。實則，文獻上早有指出，債權之內涵除了請求給付之外，尚有具正當法律上原因保有給付而無須返還之「受領保持力」²⁰¹；意即，「債權係將債務人的給付歸屬於債權人²⁰²」。此觀民法第 144 條第 2 項，縱使債權罹於消滅時效，債務人如為清償仍不得請求返還之規範意旨即可得知²⁰³。是以，債權是否確如我國傳統學理所指出的，全然無涉財貨之支配與歸屬，似乎也不無可疑。

或許，從債權的請求權性格分析債權和物權的差異，能夠較為精確的釐清兩者間的異同，日本法學界對於債權和物權的分析，也是著重於此。如是，所謂的債權指的是一種特定人和特定人間的特別結合關係，債權人具有向債務人請求給付的地位，債務人並應相對地因為此一給付利益之實現受到拘束，而為一種對人權²⁰⁴；

¹⁹⁷ 陳自強，前揭註 119，頁 17；王澤鑑，前揭註 18，頁 10；張譯文，前揭註 8，頁 157。

¹⁹⁸ 參閱張永健，前揭註 168，頁 1261-1266；陳自強，前揭註 119，頁 17-26；張譯文，前揭註 8，頁 161-162。

¹⁹⁹ 黃奕華，前揭註 8，頁 202-203；張譯文，前揭註 8，頁 159-172、186-186。張譯文教授於此對「法定契約承擔」、「妨礙行為無效」、「妨礙行為得撤銷」等各種不同之債權第三人效力，有深刻的分析。

²⁰⁰ 張譯文，前揭註 8，頁 157、172。日本文獻上之類似意見，認為除了「排他性」以外，物權和債權之概念其實已經相當接近，參閱中田裕康，前揭註 80，頁 21-22。我國學理上更有以債權物權化為例，對於債物二分法為根本性質疑者，參閱謝哲勝（2020），《民法物權》，5 版，頁 41-43，三民。另一種債務二分的例外，則是學理所稱之「物上之債」，參閱張譯文，前揭註 194，頁 283-296。

²⁰¹ 邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 37，頁 7-9。

²⁰² 王澤鑑，前揭註 18，頁 9。

²⁰³ 陳自強，前揭註 119，頁 17；邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 37，頁 9-10。

²⁰⁴ 潮見佳男（2017），《新債權總論 I》，頁 152，信山社；平野裕之（2005），《債權總論》，頁 7，

相對於此，物權則並非與特定人之權利義務關係，其對物支配之內容得對所有人主張，而為一種對世權²⁰⁵。不過重點在於，債權人的履行請求權，既然仍然是一種被法律秩序所保護的權利，任何人仍然負有不得侵害此一權利之義務，此即債權的不可侵性，其係以特定人為請求對象，和此並不衝突²⁰⁶。而憲法所謂的「自由權」，其意義即是「保障不受國家侵害的個人自由領域，並請求國家不作為之權利²⁰⁷」。而債權人固然無從自由支配尚未給付之標的物，但仍得依其自由意志為給付之請求、保有本於債權取得之給付利益以及處分債權等等²⁰⁸，這樣的自由領域，既然同樣不得被包含國家在內之任何人侵害，以債權為請求權而欠缺自由權意義之觀點，就容有斟酌之餘地。

更進一步來說，對人權（*in personam rights*）和對世權（*in rem rights*）的區分實益，應該是權利特質或實現內容之不同所導致的「資訊獲取成本」高低有別，因而相關法律規範的設計即應有所差異，以符合成本效益之要求²⁰⁹。質言之，對人的契約權所拘束的是少數的特定人，而當事人須承擔較高的資訊取得成本，不過卻能透過較為彈性的法律規定，調整當事人間的權利義務關係²¹⁰。相對於此，對物權則是藉由明確的法律規定，以較低的資訊成本拘束多數且不特定之人²¹¹。是以，既然債權和物權皆可能涉及財貨之支配與歸屬，也同樣具備權利的不可侵性，則藉由債

信山社；山野目章夫（2012），《物權法》，5版，頁1-3，日本評論社。

²⁰⁵ 平野裕之，前揭註204，頁7-8；山野目章夫，前揭註204，頁1-3。

²⁰⁶ 潮見佳男，前揭註204，頁152；平野裕之，前揭註204，頁7-8。我國文獻上之類似觀點，參閱史尚寬，前揭註66，頁2；陳忠五，前揭註25，頁356-357。

²⁰⁷ 中村睦男（2006），〈人權總論〉，野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利，《憲法I》，4版，頁213-215，有斐閣。我國文獻，參閱董保城、法治斌，前揭註189，頁186-187。

²⁰⁸ 王澤鑑，前揭註18，頁22-24。

²⁰⁹ Merrill & Smith, *supra* note 175, at 774-809. 我國文獻，參閱張永健，前揭註168，頁1264。

²¹⁰ *Id.* at 790.

²¹¹ *Id.*



權的請求權性質和物權差異性的分析，至多也只能導出因資訊成本高低不同所致的規範模式區分，並無法將債權排除於憲法財產權之保護範圍之外。

綜上所述，前揭認為憲法第 15 條既已明文「財產權」，即毋庸將憲法上的財產畫地自限於民法的所有權概念之看法，其實相當值得支持。蓋回歸憲法解釋方法而言，特別是文義解釋之視角²¹²，具有財產價值且由私人所有的私法債權，應為憲法上所保障之財產權，當屬無疑。這樣的觀點亦和學理上否定基本權之保護範圍存有內在界限，不應任意對基本權之構成要件為限縮解釋之看法²¹³，更唱迭和²¹⁴，亦契合美日比較法上憲法保障不區分債權與物權之發展趨勢。縱使取向體系解釋或憲法一致性原則之觀點²¹⁵，我國憲法第 143 條基本國策之規定，固然係以土地所有權為主軸，惟其原因或許只是在於土地所有權相較於其他的財產權，具備有限、獨佔以及競爭等特性²¹⁶，而為民生主義之關懷重心而已，尚不得因此而限縮憲法第 15 條之財產權範圍。

職是，重點仍是在於，傳統以所有權之保障為出發點建構的保障架構及效果，要如何和物權性質不同，非屬支配權而以請求給付與保有給付為核心內涵的債權，加以調和。準此以言，前述否定債權作為憲法財產權之看法，仍然精準點出債權和傳統財產自由的相異之處，此點對於本文後述憲法上債權的保護範圍之釐清，甚具啟發性。

²¹² 關於憲法的「文義解釋」，參閱吳信華，前揭註 4，頁 26-27。

²¹³ 許宗力，前揭註 149，頁 65-66。

²¹⁴ 黃奕華，前揭註 8，頁 190。

²¹⁵ 憲法的體系解釋之意義在於「禁止將個別的憲法條文孤立進行解釋，而是在解釋憲法時須一併探求其他的憲法價值考量」(宍戶常壽(2004)，〈憲法裁判權の動態(六・完)ドイツ憲法研究ノ一ト〉，《国家学会雜誌》，117 卷 3・4 号，頁 376；吳信華，前揭註 4，頁 28)，而憲法一致(體)性原則旨在強調「憲法規範效力與內容之整合」(林明昕，前揭註 167，頁 1326)，目的亦是避免價值體系的不一致，為憲法解釋之優先目標(吳信華，前揭註 4，頁 31-32)；是以，體系解釋和憲法一致性原則，兩者之功能實際上具有相當之類似性。

²¹⁶ 渡辺洋三(1977)，《土地と財産權》，頁 88-89，岩波書店。



三、存續保障或價值保障？

繼續向下深掘債權在我國憲法財產權理論的發展脈絡，將發現一個令人困惑的問題：究竟債權所受的財產權保護，是兼及存續保障與價值保障，亦或者是僅止於價值保障？針對此一問題點，學理上之看法則存在明顯之歧異。

文獻上之多數看法認為，債權乃因憲法學理對財產概念之擴張，而成為憲法財產權之保護主體，故債權人之法律上地位和所有權人相同，其權利狀態之存續均受憲法之保護，因此其所受者乃財產權之存續保障²¹⁷。另一方面，亦有見解主張，憲法財產權概念的演進，是因「財產價值保障」思維之影響，而由「所有權的存續保障」發展到「財產權的價值保障」，因而所有具有財產價值之權利均為財產權之標的，其中亦包含債權，而未將其納入存續保障之範圍²¹⁸。

本文以為，對此須就「存續保障與價值保障之意義」以及「債權之性質」兩個面向來進行分析。首先，「存續保障」以及「價值保障」，均屬財產權主觀公權利防禦權功能之面向的「個別性保障」，這種法律上地位的保障使人民可以據以對抗來自國家對財產的侵害²¹⁹。而前者係指財產現有權利存續狀態的保障，後者則係指當財產的存續狀況改變，即應給予相當價值的補償²²⁰，此時財產權的存續保障即轉換

²¹⁷ 陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 254、256；蔡維音，前揭註 24，頁 45-46、53、63-65、69；吳信華，前揭註 4，頁 423-424；陳新民，前揭註 7，頁 289-292、304-309；李惠宗，前揭註 138，頁 347-348。

²¹⁸ 許育典，前揭註 9，頁 308。日本文獻上之相同見解，參閱石川健治（2013），〈財產權①〉，小山剛、駒村圭吾（編），《論点探究憲法》，2 版，頁 237，弘文堂。國內文獻上對於價值保障的另一種理解是「物或權利地位之『自由利用』」，參閱董保城、法治斌，前揭註 189，頁 390-391。惟依本文之見，此一理解下的價值保障應僅是財產權之支配自由而已。關於財產權之支配自由，參閱張譯文，前揭註 8，頁 191-192；蔡維音，前揭註 105，頁 45-46、48-49。

²¹⁹ 陳新民，前揭註 7，頁 304-309。

²²⁰ 陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 256-259；陳新民，前揭註 7，頁 304-309。日本文獻，參閱中島茂樹（2003），〈憲法を規準とした財産権の内容形成－戦後補償問題の立法的解決によせて〉，《立命館法学》，287 号，頁 45-46；柴田堯史（2022），〈鰻が……－損失補償・財産権〉，《法学セミナー》，806 号，頁 68。



為價值保障²²¹。並且，國家僅有在公共目的下，才能剝奪人民財產權之「存續保障」，強制取得人民之財產，而同時予以適當之補償²²²。

準此以觀，財產權之保障係以權利地位之存續保障為中心，且為所有「具財產價值之權利」的「存續保障」，理應包含債權在內。前述認為債權僅受價值保障之看法，誤將「具財產價值權利的存續保障」當作「財產權的價值保障」，不但未能釐清存續保障及價值保障之意義，更將使債權人權利地位在憲法層次之保護出現真空，並不妥適。

貳、財產權作為需規範形塑的基本權與制度性保障

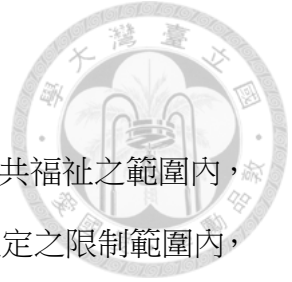
一、財產權內容的形成

(一) 內容形塑與權利限制之界分

財產權保障之另一個重要問題是：所有涉及財產權內容之法規範，是否皆為財產權之侵害？此一問題，必須就財產權保障之意義以及是否肯定財產權內容之形成與財產權之干預之區分，來進行分析。

²²¹ 此即一種基本權的「完整性保障」，參閱程明修（2007），〈公法上結果除去請求權在國家責任體系中的地位〉，台灣行政法學會（編），《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》，頁 180，元照。不過，這樣的保障結構也是財產權和一般自由權差異之所在，參閱蔡維音，前揭註 105，頁 66-67、69；石川健治（2013），〈財產權②〉，小山剛、駒村圭吾（編），《論點探究憲法》，頁 254，弘文堂。

²²² 吳信華，前揭註 4，頁 428-430。日本文獻，參閱渋谷秀樹，前揭註 108，頁 295。不過財產權之保障並非絕對，本於其所具有之社會義務性，其內容及行使本即受有較多之限制，然而，倘若逾越此一社會義務之界限，而形成個人利益之「特別犧牲」時，即應享有請求相當補償之權利，此亦是著眼於憲法平等權保障下，負擔平衡的要求。相關說明，參閱吳信華，前揭註 4，頁 426-427；陳新民，前揭註 164，頁 231。有關為公共利益之徵用與特別犧牲之判準，參閱阿部照哉等（編），周宗憲（譯）（2001），《憲法（下）》，頁 196-198，元照。惟學理上亦有指出，倘若財產權之「本質內容」亦無法對抗因公共利益而進行之法律規制，所謂「不可侵害」（存續保障）也僅僅只是對於該財產權價值的「價值保障」而已，參閱高橋正俊（1990），〈經濟活動の自由〉，佐藤幸治（編），《憲法Ⅱ基本的人權》，頁 302，成文堂。



1. 日本法之財產權保障結構

日本國憲法第 29 條第 2 項明定：「財產權之內容，在符合公共福祉之範圍內，由法律定之」，而學理上一般認為，「公共福祉」一詞代表在法律規定之限制範圍內，財產權的享有將受到限制²²³；而「財產權之內容……由法律定之」之意義究竟為何，和同條第 1 項的「財產權不可侵犯」應為如何之體系觀察，學理上之看法則略有出入。就此，透過財產權保障構造之不同學說之比較，或可加以釐清。

(1) 法律上的權利保障說

栗山茂裁判官認為，日本國憲法第 29 條第 1 項與第 2 項須進行整合之理解，固然第 1 項已規定「財產權不可侵犯」；然而，承接而來的第 2 項之意義即在於，將第 1 項之受憲法保障之財產權解釋為「根據第 2 項由法律規定而合乎公共福祉之財產權」²²⁴。準此，憲法第 29 條之規定係從屬於立法，欠缺對立法者之拘束力，不過本條並不因此失其憲法價值，其意義在於將涉及財產權之規制保留由法律為之，阻卻來自行政部門獨立為之的財產規制²²⁵。

片上孝洋教授更進一步指出，自文義解釋以及憲法和民法共同構成社會的基本法之立場，憲法財產權之意義為「包含在『私法秩序』中，基於關於財產之規範賦予一定當事人之權利」，是以憲法不得不將此一權利之內容之構成授權給民法決定，也因此，受憲法第 29 條第 1 項所保障的先於「法律上的定義」之財產權是不存在的²²⁶。並且，只要財產權內容是國會經由基於憲法的民主的意思決定所形成的，即足以否定這是恣意為之的規定²²⁷。

²²³ 渋谷秀樹，前揭註 108，頁 291；高見勝利，前揭註 188，頁 463。

²²⁴ 最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集第 7 卷 13 号 1523 頁（裁判官栗山茂の補足意見）。

²²⁵ 高橋正俊（1986），〈財產權不可侵の意義（二・完）：財產權保障の研究〉，《香川法学》，5 卷 4 号，頁 523-524。

²²⁶ 片上孝洋（2010），〈課稅權の保障と財產權の制約〉，《ソシオサイエンス》，16 号，頁 132-137。

²²⁷ 片上孝洋，前揭註 226，頁 137。

不過，這種觀點仍然招致日本學界之大力批評，蓋假使憲法第 29 條第 1 項只保障受法律保護之內容的財產權，則「財產權不可侵害」條款至少對於法律而言將欠缺任何效果，而失其憲法規範之意義²²⁸。並且，財產權固然為一種「依存於法律的權利」，然而，「依存」並不等於「從屬」，憲法第 29 條第 2 項之功能不僅僅只是對於立法者形成財產權之委託，同時也是在拘束立法者²²⁹。

(2) 權利制度兩面保障說

日本通說認為，儘管憲法第 29 條第 2 項設有法律保留之規定，同條第 1 項仍然可以解釋為同時保障個人現有的具體財產上權利，以及使個人得以享有財產權的法律制度²³⁰。也就是說，財產權概念可以再劃分為「屬於人權的財產權」以及「不屬於人權之財產權」，前者之意義和一般人權並無太大差異²³¹，而後者則是指法律在形塑財產制度時，仍不得侵害財產制度的核心內涵²³²。在此一理解之下，個人之財產權也是在私有財產制度保障的前提下，作為基本人權而被保障²³³。一般認為，最高裁判所在著名的宣告森林法關於共有分割限制之規定違憲的判決中闡述憲法第 29 條「不僅僅是在保護私有財產制度，而且作為一項基本人權保障了構成社會和經濟活動基礎的國民個人財產權利²³⁴」，即具有相同之意涵²³⁵。

²²⁸ 高見勝利，前揭註 188，頁 460-461。

²²⁹ 小山剛（2015），〈「憲法上の權利」各論：勤勞の權利、労働基本権（2・完）・財産権（1）〉，《法学セミナー》，727 号，頁 91-92。

²³⁰ 阪本昌成（2008），《憲法 2 基本権クラシック》，3 版，頁 224，有信堂；渡辺洋三（1985），《財産権論》，頁 141，一粒社；辻村みよ子，前揭註 163，頁 258；高見勝利，前揭註 188，頁 461。

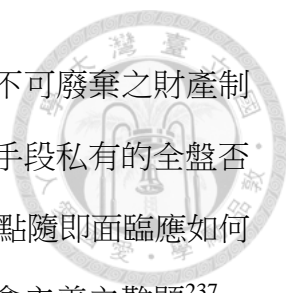
²³¹ 渡辺洋三，前揭註 230，頁 142。

²³² 辻村みよ子，前揭註 163，頁 258；高見勝利，前揭註 188，頁 461。

²³³ 高見勝利，前揭註 188，頁 461。

²³⁴ 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集第 41 卷 3 号 408 頁。

²³⁵ 阪本昌成，前揭註 230，頁 224；高見勝利，前揭註 188，頁 461。不同觀點，認為通說所稱之「保障個人現有的具體財產上權利」和最高裁於森林法判決所指出的「保障了構成社會和經濟活動基礎的國民個人財產權利」是否完全相同，仍有探求之餘地，參閱山本龍彦、出口雄一（2016），



至於所謂財產制度之核心內涵為何？一種看法認為立法者不可廢棄之財產制度核心為資本主義的私有財產秩序，也就是說憲法不允許生產手段私有的全盤否認，揚棄自由市場而採取社會主義的經濟體制²³⁶。不過，此一觀點隨即面臨應如何界分社會主義和資本主義以及如何的否定私有財產制方可謂社會主義之難題²³⁷，是以如今日本學理上之多數見解係主張，財產權必須作為制度保障的理由在於其為人格自由的前提，因此其目的係基於財產而確保個人之自律生活，故財產權制度保障的核心是「根據其能力獲得並應該用於其生活利益之財產，並為了此一目的而為使用、收益以及處分之自由」²³⁸。不過誠如文獻上部分見解所指出者，這個觀點下的財產權客觀法面向之制度性保障，實際上意義和自由權概念的財產權保障已相當接近²³⁹。

然而，這種取向制度性保障之路徑在日本學理上並非沒有反對的見解。例如浦部法穗教授即認為，從憲法第 22 條第 1 項以及第 29 條第 2 項「公共福祉」之文字，均足見日本國憲法採取社會權優越於經濟自由權的基本價值決定²⁴⁰。而財產權制度性保障之觀點，將導致立法者於實現社會權而必需受到財產制度核心內容之限制；因此，將憲法第 29 條第 1 項解釋為具有制度性保障之內涵，將根本和日本

〈森林法事件－憲法の保障する「財産権」とは何か？〉，《法学セミナー》，733 号，頁 53。

²³⁶ 渡辺洋三，前掲註 230，頁 147；阪本昌成，前掲註 230，頁 224。

²³⁷ 松井茂記，前掲註 188，頁 560；辻村みよ子，前掲註 163，頁 258；高見勝利，前掲註 188，頁 462。

²³⁸ 渋谷秀樹，前掲註 108，頁 288-289；高見勝利，前掲註 188，頁 462；辻村みよ子，前掲註 163，頁 258。惟學理上仍有其他對於制度性保障之理解，例如石川健治教授即認為所謂其意義僅止於憲法對於民法典採取的一物一權主義之追認，而主張最高裁於森林法判決中特別處理「共有」的問題，即是立基於此一觀點，探求和私有財產制度保障不同的「作為法律制度之所有權」的憲法保障，參閱石川健治（2009），〈法制度の本質と比例原則の適用〉，LS 憲法研究会編（編），《プロセス演習憲法》，頁 285-287，信山社。

²³⁹ 渋谷秀樹，前掲註 108，頁 290-291。類似見解，指出這種「人類應得之生活財產保障」之看法，其實已無需堅守在制度保障的架構下，參閱高見勝利，前掲註 188，頁 463。

²⁴⁰ 浦部法穗（2006），《憲法學教室》，2 版，頁 207-208，平文社。

國憲法之基本立場不相容²⁴¹。小山剛教授更指出，制度核心之內容具有多種可能性，但是縱使是具有強力憲法審判權的德國，也未曾認為法律侵害財產權制度之核心而違憲，可以說這種「核心保障」之觀點，欠缺實踐上之意義，應該將制度之周邊領域亦納入保障之範圍，才能真正保障財產制度²⁴²。

(3) 內容形成論

此說首先肯認憲法之財產權是一種具有法律依存性之權利，也就是說，財產權和表現自由、人身自由等「自然的自由」不同，無從自憲法本身獲致其權利之內涵，必須由包含公法及私法在內之整體法律規定其內容，而為一種「由法律構成之自由」，憲法第 29 條第 2 項即呈現此一意涵²⁴³。準此，最高裁判所在森林判決中，將民法之共有物分割請求權所彰顯之單獨所有的原則所有型態，提升至憲法位階而為財產權之內容，復將森林法的規定定位為對此其之限制²⁴⁴，而有「原則—例外」之關係，並不妥適²⁴⁵。

更深入而言，和基本權限制有別之財產權的內容及界限其實是一體劃定的，透過和財產權有關之各種私法及公法規範，調整各種對立之利益，而規定財產權之具體內容²⁴⁶。換言之，立法者同時考量確保自律生活形成的財產權意義，以及財產權

²⁴¹ 浦部法穂，前揭註 240，頁 212。

²⁴² 小山剛（2013），〈權利の保障と制度の保障〉，小山剛、駒村圭吾（編），《論点探究憲法》，頁 54，弘文堂。

²⁴³ 平良小百合，前揭註 188，頁 135-137、226；中島茂樹，前揭註 220，頁 59-60；小山剛，前揭註 229，頁 90。

²⁴⁴ 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集第 41 卷 3 号 408 頁。

²⁴⁵ 小山剛，前揭註 229，頁 90、92。氏並指出於森林法之案例中，討論限制經濟自由之規制目的二分論（例如石川健治，前揭註 238，頁 297-292），是根本忽略了財產權須由法律形成內容的權利構造，參閱小山剛，前揭註 229，頁 95。

²⁴⁶ 小山剛，前揭註 229，頁 92。亦即，現今之內容形成論者，並不區分「內容形成規定」（財產概念之創設）與「內容界限規定」（財產權社會拘束性），蓋「界限定義內容，而內容規定也含有必要之界限」（平良小百合，前揭註 188，頁 160-161；我國文獻，參閱蔡宗珍（2004），〈從憲法財產權



的社會拘束性，而為財產權內容與界限之規定²⁴⁷。而憲法第 29 條第 2 項之「公共福祉」，即在於拘束立法者所為之利益衡量，不得過度限制財產之私有性以及基本的處分可能性²⁴⁸。

至於應該如何決定財產權之內容與界限是否合於憲法公共福祉之要求？在認定此種內容形成規定和一般自由權之基本權限制需要區別而無須受憲法比例原則拘束的前提下，即必須探求其固有之憲法拘束²⁴⁹。而採取「綜合考量」之「比較衡量」觀點，考量規制之目的、必要性、內容、涉及之財產權種類、性質以及限制之程度等要素進行判斷²⁵⁰，較能對應財產權之內容界限與形成規定同時須關照確保自律生活形成以及社會拘束性的保護構造²⁵¹。具體來說，對於確保個人之自由以及自我責任的生活形成之基礎的財產權，應該給予較具厚度之保護；反之，若是因財

之保障論既成道路與公用地役關係》，氏著，《憲法與國家（一）》，頁 294，自刊），本文同樣立基於此種觀點，行文上固然同時使用「內容形成」、「內容形成與界限」之用語，惟二者之內涵並無二致。

²⁴⁷ 中島茂樹，前揭註 220，頁 59、62；小山剛，前揭註 229，頁 92。

²⁴⁸ 小山剛，前揭註 229，頁 92、94。

²⁴⁹ 小山剛（2004），《基本權の内容形成—立法による憲法価値の実現》，頁 119-120，尚学社。就此，中島茂樹教授之內容形成論和小山剛教授之觀點則有所不同，氏認為憲法財產權保障包含了適當內容形成的委託，於個人之人格自由有關連性的財產權受到侵害之情形，立法者有採取立法措施之義務，以回復所受之侵害，參閱中島茂樹，前揭註 220，頁 62-63。

²⁵⁰ 最高裁判所於「證券交易法事件」判決中即採取此一審查方法，參閱最大判平成 14 年 2 月 13 日民集第 56 卷 2 号 331 頁。至於基本權限制之合憲性審查，日本最高裁判所多採取源自美國法區分精神自由與經濟自由的二重基準論，亦有部分判例於干預社會權或經濟自由的案型採取和狹義比例原則具有互換性的比較衡量論。晚近學界則多有以當今美國最高法院的三重審查標準以及德國法的比例原則，對日本最高裁判所的違憲審查方式提出諸多批判。相關說明，參閱近藤敦（2020），《人權法》，2 版，頁 72-85，日本評論社；中文文獻，參閱簡玉聰（2012），〈日本違憲審查制度之課題與展望—以審查方式與基準之論爭為中心〉，《憲政時代》，37 卷 3 期，頁 296-305。值得注意的是，近藤敦教授更認為，由於日本國憲法第 13 條針對生命、自由與追求幸福的權利，規定「在不違反公共福祉的限度內，在立法及其他國政上都有必要受到最大的尊重」，和我國法普遍認為係比例原則條文依據的憲法第 23 條具有類似性，而得作為比例原則在日本憲法上的基礎，參閱近藤敦，前揭註 250，頁 74。

²⁵¹ 小山剛，前揭註 229，頁 95。

產權之性質而有較強之社會拘束性或是涉及社會或經濟的情勢變化，立法則有較為廣泛之裁量餘地²⁵²。

相對於此，亦有見解參考德國聯邦憲法法院以及德國學理，認為內容形成與界限規定的合憲性審查，固然非關基本權保護領域的介入，不過財產權內容的形成仍然涉及支配權、使用權以及處分權的承認與保護，具有一定的防禦權意義，仍然得援引用以審查國家對基本權之限制是否合憲的比例原則²⁵³。只不過，由於此時非屬對於基本權保護領域的限制，立法者又係為私使用性與財產權社會拘束的多方利益衡量，往往涉及法政策的評價與預測，難以進行必要性之審查，同時也因為經濟立法的目的多元性，適合性審查之操作亦屬勉強，故重點將置於「狹義比例性」，而為一種「特別的」比例原則²⁵⁴。

在財產權之制約中和這種內容界限規定相區別的，即是憲法第 29 條第 3 項之「基於公共目的使用私有財產」²⁵⁵，此種對於財產權之強制的限制或徵收，如已形成對於個人財產之特別犧牲，國家及應給予正當之補償²⁵⁶。而如何判斷財產權之限制是否已屬對於特定個人之特別犧牲，其實也就涉及「基於公共目的使用私有財產」和「內容形成與界限規定」應如何區別之問題²⁵⁷。基於憲法第 29 條第 2 項以及第 3 項應分離觀察之立場，是否為需要補償之「基於公共目的使用私有財產」，除了實質要件（侵害行為是否已逾越財產權內在制約之忍受限度）外，亦應考量形式要件（規範對象為廣泛之一般人或特定範圍之人）²⁵⁸。

²⁵² 小山剛（2015），〈「憲法上の權利」各論：財産権（2・完）〉，《法学セミナー》，728 号，頁 79。

²⁵³ 平良小百合，前揭註 188，頁 183、187-189、233-236。

²⁵⁴ 平良小百合，前揭註 188，頁 189-192、233-236。

²⁵⁵ 小山剛，前揭註 229，頁 94。

²⁵⁶ 小山剛，前揭註 252，頁 82-83。

²⁵⁷ 小山剛，前揭註 252，頁 81。

²⁵⁸ 小山剛，前揭註 252，頁 81、83。對於補償與否之類似說明，參閱阿部照哉等（編），周宗憲（譯），前揭註 222，頁 198。不同見解，以憲法第 29 條第 2 項及第 3 項應合併觀察為基礎，而不考慮形式要件的「實質要件說」，參閱高見勝利，前揭註 188，頁 469-471。

此種內容形成論之觀點，固然相較於前述制度性保障之核心部分不可侵害的消極觀點，更為強調積極的委託立法者積極形塑法制度之內涵等差異，惟在著重客觀法保障之面向上，和制度性保障之看法仍然具有相當程度的類似性²⁵⁹。而對於內容形成論的主要批評也是由此而生，例如由於此說否定「憲法上自由的財產權之概念」，故違反內容形成之憲法拘束的立法並未侵害憲法上之主觀權利，而難以救濟，以及強調立法者積極行使形塑財產權內容之權限和傳統憲法學抑制國家權力的立憲主義之矛盾²⁶⁰，似乎也是其難以掙脫之原罪。

(4) 憲法底線說

長谷部恭男教授認為，某些受憲法保障之自由，例如婚姻自由、契約自由與財產權，必須以各種規範權利行使之要件與效果之制度為實現之前提，而國家有設立相關制度之義務，故此類基本權為「對應制度設置義務之權利」²⁶¹。不過，這並不當然可以直接導出立法者有廣泛裁量權之結論，必須檢視憲法有無限制立法裁量之規定，縱使答案為否定，倘若法律家集團內部針對該制度之內容有廣泛共通的理解，也可以據此限縮立法者之裁量空間²⁶²。而法律家普遍認為民法典中財產法之規定，是政治上公正中立的基準，故民法有關財產法之規定（例如「單獨所有」為市民社會「原則的所有型態」之共有規定），即成為違憲判斷的底線（ベースライン）²⁶³，與之偏離的立法，其目的與手段至少不能明顯欠缺必要性及合理性²⁶⁴。

²⁵⁹ 水津太郎（2015），〈憲法上の財産権保障と民法—所有権を対象として〉，《法律時報》，87卷1号，頁98、103。

²⁶⁰ 清水潤（2008）〈財産権の憲法的保障の意義について〉《東京大学法科大学院ローレビュー》，3号，頁109-110。

²⁶¹ 長谷部恭男（2006），〈国家による自由〉，氏著，《憲法の理性》，頁133，東京大学出版会。

²⁶² 長谷部恭男，前掲註261，頁133-134。

²⁶³ 長谷部恭男（2012），《憲法》，5版，頁177，新世社。

²⁶⁴ 長谷部恭男，前掲註261，頁135。此即日本法違憲審查「二重基準論」中的明白性基準，參閱辻村みよ子，前掲註163，頁479-480。

憲法底線說所面臨的批評，主要源自於其論理本身存在的矛盾。例如，民法本身也是由國家所制定之法律，是否具有政治中立性其實不無可疑²⁶⁵。再者，法律家共同體為何須對制度內容為公平的理解，其共通之理解又是否能真正符合正義，以及「共通理解」忽略集團內部差異的可能性²⁶⁶，憲法底線的觀點似乎都未有詳細的考量與分析。小山剛教授即一針見血地指出²⁶⁷：「何以法律家集團的共通了解必須受到憲法之尊重，似乎沒有足夠的說明。」可說是為文獻上對憲法底線說的批判，下了極為精闢的註解。

(5) 自然權說

所謂的自然權，指的是無關乎國家之存立與否，而為人類共通承認的「道德上的」且「先於國家的」的權利，例如日本國憲法第 18 條之免於奴役之自由以及同法第 19 條之思想自由，並且這種先於國家而存在之自然權，係基本的自由權利之基礎，因而也是一種法的權利²⁶⁸。而財產權之制度，縱使在沒有國家的前提之下，也是實際存在的，商業交易之習慣法也是在國家法之外獨立成立，而後才由國家所承認，故財產權其實也是一種自然權，且縱使其受到國家之保護，也不因此改變其權利之性質，蓋保障自然權等道德的權利，本來即是國家正當化基礎之一²⁶⁹。又所有權係財產權之典型，而可以作為自然權之私的所有權內容包含「占有的權利」（排他的物理支配）、「使用的權利」（使用享受、管理與收益）、「資本的權利」（移轉所有物之權能以及消費與破壞之自由）、「安全的權利」（除徵收以外不被沒收之地位）、「繼承可能性」、「所有權的恆久性」、「防止加害行為之義務」（禁止自己或他人以

²⁶⁵ 清水潤，前揭註 260，頁 99。

²⁶⁶ 清水潤，前揭註 260，頁 99。其他從法制史或違憲審查限制立法裁量之觀點對憲法底線說的檢討，參閱山本龍彥、出口雄一，前揭註 235，頁 55-57；青井未帆（2011），〈ベースライン論—長谷部恭男教授の議論の検討を中心に〉，《法律時報》，83 卷 5 号，頁 50-53。

²⁶⁷ 小山剛（2009），〈基本権の内容形成論からの応答〉，《法律時報》，81 卷 5 号，頁 12。

²⁶⁸ 森村進（2000），《財產權の理論》，頁 3-4，弘文堂。

²⁶⁹ 森村進，前揭註 268，頁 4-5。

自己之所有物加害於他人)、「作為強制執行的責任財產的地位」以及「所有權的彈力性」(限制物權除去後，所有權將恢復到圓滿的狀態)²⁷⁰。

自然權說最大的貢獻在於其突破了內容形成論否定獨立於法律的財產權概念之枷鎖，建構了不依存於法律的財產權內涵²⁷¹。不過，這也一體兩面地造成其難以說明在欠缺具體的財產權規範下應如何行使財產權²⁷²，以及和日本國憲法第 29 條第 2 項將財產權之相關規範委由法律規定之文義應如何進行調和²⁷³。文獻上更有指出，若將財產權作為先於國家而成立的自然權之一，公共財的存在勢必和此一概念產生衝突，且因在自然權之概念下將肯定人民投入私有財產創設軍隊以保護自我財產的權利性，此點甚至與憲法第 9 條要求國家與個人放棄軍隊之意旨出現矛盾²⁷⁴。

(6) 一般自由權論

清水潤教授和主張內容形成論者同樣認為財產權之內容需仰賴立法加以形成，故無從得出憲法上獨立之財產權概念，不過氏以對日本國憲法第 13 條「幸福追求權」之射程為最廣義解釋的「一般自由權說」為基底，將一切無限定之自由均納入憲法自由權的保護範圍²⁷⁵。財產權之立法也因可能涉及占有權、留置權以及分割請

²⁷⁰ 森村進，前揭註 268，頁 6-7、106、117。

²⁷¹ 清水潤，前揭註 260，頁 104。同樣不強調財產權之法律依存性，而主張憲法第 29 條第 1 項的財產權保障，結合同條第 2 項及第 3 項之「公共福祉」以及世界人權宣言第 17 條第 2 項，應解釋為「財產恣意剝奪禁止」(尤指比例原則的限制)之看法，參閱近藤敦，前揭註 250，頁 287-288。

²⁷² 清水潤，前揭註 260，頁 104。清水潤教授並指出，只有在具體的財產權規則中特別需要被保護者，才具備排他支配之性質。

²⁷³ 中島徹(2003)，〈財產權の領分—市場の暴走を抑制する日本国憲法のメカニズム〉，《法律時報》，75 卷 1 号，頁 40；清水潤，前揭註 260，頁 104-105。

²⁷⁴ 中島徹，前揭註 273，頁 40。

²⁷⁵ 清水潤，前揭註 260，頁 112-115。

求權等等各種自由權的限制，而需受到憲法之制約，唯有當統治利益之重要性凌駕於自由權的需保護性而合於比例原則之要求時，始為合憲²⁷⁶。

而在否定憲法上財產權概念的情形下，憲法第 29 條第 1 項之財產權只能理解為下位規範的個別財產權，也因此無從拘束立法者取向將來的財產權內容形成立法以及對於過去既得財產權之剝奪，而僅僅只是禁止行政權限制或剝奪個人之既得權而已²⁷⁷。此外，由於財產權之立法已屬對於一般自由權之限制，同條第 2 項則是具有立法內容應符合公共福祉之確認性意義，以及要求財產權內容不得以命令為之，而課予立法者需以法律形式加以規定之立法義務²⁷⁸。

(7) 小結

綜上所述，日本法下的各種財產權保障學說，大致上可以由觀察角度之不同，以主觀法與客觀法為基準進行分類²⁷⁹。其中，愈強調客觀保障或財產權法律依存性之見解，例如「權利制度兩面保障說」與「法律上的權利保障說」，就財產權之內容與財產制度為形成之規範，即不當然構成對於財產權之干預，而往往賦予立法者有廣泛之裁量權。相對於此，「憲法底線說」、「自然權說」以及「一般自由權論」等採取主觀法路徑之觀點，就較有可能認為國家所制定之財產規則構成對於基本權之干預，法院即有採取較為嚴格之審查密度，甚至是適用比例原則的空間。至於將主觀權利與客觀制度兩面向結合進行觀察的「內容形成論」，則無可避免的必須處理如何界分財產權內容形成規定和財產權限制之問題。

2. 我國法視角下的財產權保障

²⁷⁶ 清水潤，前揭註 260，頁 115-119。

²⁷⁷ 清水潤，前揭註 260，頁 120。

²⁷⁸ 清水潤，前揭註 260，頁 120。

²⁷⁹ 文獻上採取類似分類方式之見解，參閱水津太郎，前揭註 259，頁 98。

相對於日本學理上對於憲法財產權保障之架構的熱烈討論，我國法對此一問題之分析則仍屬有限。不過，如果將焦點置於是否肯認制度性保障與財產權內容形成之關係以及內容形成規定是否應受比例原則或其他憲法原則之拘束等問題點上，文獻上之看法似乎存有相當程度的歧異性。

和德國基本法或日本國憲法授權立法者就財產權之內容為立法例之規定不同，我國憲法第 15 條有關財產權保障之規定，文義上並未明文強調財產權之法律依存性格²⁸⁰。因此，遂有主張諸多基本權利均需仰賴立法形成使得實現（如集會遊行如無法律規定亦無從使用公用道路），而無須承認內容形成規定非屬基本權之侵害，而一致採取「法律保留」與「比例原則」為合憲性審查之見解²⁸¹。

然而，縱使憲法文本未有明文之規定，我國學理上多數看法對於財產權的理解，一方面在客觀保障效果之層次強調財產權受憲法之制度性保障，立法者於形塑財產制度時，必須尊重作為財產制度核心內涵的私使用性，原則上不得要求人民僅為公益之目的行使財產權利，亦不可損及私人自由使用、收益與處分個人財產之自由空間²⁸²，甚至不應偏離交易安全以及惡意不受保護之民法基本原則，以維護私有財產制之順利運作²⁸³，並確保人格之自由發展²⁸⁴。另一方面，亦同時指出財產權之內容必須仰賴立法者履行其立法義務，否則無從構成具體之權利，故必須採取無須補償且和「財產權之干預」有別的「財產權內容之形成」概念²⁸⁵。

²⁸⁰ 蔡維音，前揭註 105，頁 61；陳新民，前揭註 7，頁 340。

²⁸¹ 蔡維音，前揭註 105，頁 62；李惠宗，前揭註 138，頁 356-357。類似見解，強調內容形成之觀點如同基本權之內在界限，不利於人民基本權利之保護，只要能夠檢驗出基本權干預之成分，即應受法治國原則之限制，參閱許宗力，前揭註 149，頁 71。

²⁸² 陳新民，前揭註 7，頁 299-300；陳愛娥，前揭註 106，頁 401-402；蘇永欽，前揭註 114，頁 25；吳信華，前揭註 4，頁 423；李惠宗，前揭註 138，頁 344-345。

²⁸³ 蘇永欽，前揭註 114，頁 25。

²⁸⁴ 許育典，前揭註 9，頁 310-311。

²⁸⁵ 蔡宗珍，前揭註 246，頁 294-295；胡博硯，前揭註 7，頁 57-58；陳新民，前揭註 7，頁 297-298；陳愛娥，前揭註 106，頁 402；吳信華，前揭註 4，頁 425-427；陳慈陽，前揭註 189，頁 528-

至於「財產權內容之形成規定」是否應受法律保留、比例原則或其他憲法原則之限制，國內文獻上之看法似乎就相當曖昧不明。有傾向認為內容形成規定為憲法基本權利之具體化而後始有本於社會義務限制財產權之情形，故無需適用比例原則或法律保留原則²⁸⁶。或有主張財產權並非法定之權利，此一形成基本權內涵之法律，必須是合憲的，不得侵害侵害財產制度之核心內容且必須合乎其他憲法原則之限制²⁸⁷，這也包含藉由比例原則之韁繩，避免立法者過度侵害財產權人之權限²⁸⁸。

3. 以內容形成為中心的財產權保障

(1) 財產權作為需形塑之自由

其實國內文獻上早有論及，財產權此種和宗教自由、言論自由以及集會自由等「自然的自由」性質迥異的「透過法律加以形塑的自由」，涉及行使權利之條件，其基本權之內涵必須仰賴基本權之具體化始可確定²⁸⁹。實則，縱使不自基本權釋義學之角度觀察而從財產概念之本質出發，亦可得出類似之結論。蓋財產利益本即非由憲法所創設，而係由現存之規範或理解創造並定義其範圍，憲法僅在對此一財產加以保護而已²⁹⁰。進一步言之，財產權（物權）以及契約權（債權）並非自然存在或因私人互動而生，而係法律制度的產物²⁹¹。是以，固然我國憲法第 15 條未明文

529。

²⁸⁶ 參閱胡博硯，前揭註 7，頁 57-58；吳信華，前揭註 4，頁 425-426。

²⁸⁷ 陳愛娥，前揭註 106，頁 402。

²⁸⁸ 陳新民，前揭註 7，頁 297-298。

²⁸⁹ 王韻茹（2009），〈淺論德國基本權釋義學的變動－以德國聯邦憲法法院 Glykol 與 Osho 兩則判決為中心〉，《成大法學》，17 期，頁 102-103。

²⁹⁰ *Bd. of Regents v. Roth*, 408 U.S. 564, 577 (1972). *See also* James Y. Stern, *Property's Constitution*, 101 CALIF. L. REV. 277, 286 (2013). 其實，美國文獻上也同樣指出，財產權之範圍由法律定義之特徵，係和言論自由以及徵收財產得請求補償等由憲法創造之權利，最重要之區別所在，參閱 DAVID A. DANA & THOMAS W. MERRILL, *PROPERTY: TAKINGS* 62 (2002).

²⁹¹ CASS R. SUNSTEIN, *The Revolution of 1937*, in *THE PARTIAL CONSTITUTION* 51,51 (2002).



賦予立法者形塑財產權內容之權限，然而財產權的內涵必須仰賴法律之構成，應是自財產概念之分析即可證立。

再者，如欲為財產權的法律依存性格尋求憲法文本之根據，自然應於以客觀法效力為特徵之基本國策規範中探尋²⁹²，而憲法第 143 條第 1 項中段所言「人民依法取得之土地所有權，應受法律之保障與限制」，當屬可能之選項。針對此一規定之內涵，文獻上有主張其須和同項前段「中華民國領土內之土地屬於國民全體」為整體觀察，且應在土地法第 14 條有關土地私有排除之規定的「先期理解」下，詮釋為物權發生（土地私有）之排除²⁹³。就此，乃是指涉憲法領土高權和私人之財產權必須區別以觀，國家（全體國民）並不因個別人民取得特定之土地所有權，而失卻對系爭領土之權力，上開說明當屬正確。

惟除此之外，前揭規定「應受法律之保障與限制」之文字，如與憲法第 142 條為體系之觀察，實際上更具有為達成民生主義，授權立法者制定土地政策並就土地所有權加以規範、保障之意義²⁹⁴，結合前述基本國策填充基本權內涵的說明，在將我國憲法第 15 條財產權和第 143 條基本國策之規定為憲法一體性考量之條件下，認為我國憲法未有授權立法者規制財產權內容之看法，至少就土地所有權之部分，即不無過於武斷之嫌。至於債權或土地以外之所有權固然欠缺土地所有權之特殊性，惟如依本文前述對於憲法第 143 條第 1 項中段旨在實踐民生主義之理解，各種財產權之行使其實皆有可能造成私人財富的集中與濫用，進而危及國計民生之

²⁹² 關於基本國策性質之不同論辯，參閱林明昕，前揭註 167，頁 1309-1317。

²⁹³ 蘇永欽，前揭註 5，頁 283。

²⁹⁴ 此即一種「憲法（立法）委託條款」，參閱陳新民，前揭註 164，頁 727-728。不過，所謂的憲法委託其實和「國家目標規定」並無強加區分之必要，蓋兩者均可能對於國家之立法、行政及司法權產生直接或間接之拘束力，參閱林明昕（2006），〈原住民地位之保障作為「基本權利」或「基本國策」？〉，氏著，《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 18-21，元照。日本文獻上更有指出，國家目標規定最重要的功能即是對於立法者的形成委託，參閱小山剛，前揭註 249，頁 278-279。

均衡發展²⁹⁵。舉例而言，金融債權對於金融市場之安定、債權人的利益、債務人之經濟負擔乃至國家整體財產發展之重要性，絕不亞於土地所有權²⁹⁶。是以，在民生主義之觀點下，債權及其他財產權實際上和土地所有權具有相當之類似性，應得類推適用憲法第 143 條第 1 項中段之規定，給予立法者較大之規制空間²⁹⁷。

職是，我國憲法框架下的財產權其實仍具有強調客觀法保障之面向而依賴法律具體化之性格，因此日本法上之憲法底線論、自然權論以及一般自由權論等揚棄客觀法意涵而以主觀法的財產自由權為核心之見解固然別出心裁，甚至更有利於人民權利之保護，惟其保障結構不但無法契合財產概念之本質，亦和我國憲法之意旨有所衝突，不宜率然肯認。又一般自由權論將各種財產權權能當作一般行為自由的論述模式，除將造成財產權概念和一般行為自由高度重疊之外，更有使基本權之認定過於浮濫，而有基本權通貨膨脹、貶損人權價值之疑慮²⁹⁸。故以內容形成為主軸，建構財產權保障之概念應屬可採。

此外，應特別釐清的問題點是，承認財產權內容委託立法者加以形塑，並不代表憲法全面棄守對於財產權內涵的決定權限。蓋除了下述之內容形成的憲法拘束以外，憲法既然提及財產權，即代表有一定之標準決定何種涉及財產利益之法律關係，構成憲法上的財產權，該等法律關係固然係由立法者所形塑，然而劃定憲法財產權範圍之標準，應由憲法所定義²⁹⁹，以避免將財產權之概念完全委諸立法者而導

²⁹⁵ 於此著重的是民生主義中「節制資本」之內涵，參閱李惠宗，前揭註 138，頁 813。

²⁹⁶ 例如金融機構合併法第 14 條關於金融機構概括承受或概括讓與債權之特殊規定。類似觀點，參閱李惠宗，前揭註 138，頁 342-343。

²⁹⁷ 有關憲法的類推適用，參閱林明昕（2017），〈論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，46 卷 1 期，頁 44-50。

²⁹⁸ 關於基本權之通貨膨脹，參閱許育典，前揭註 9，頁 359。

²⁹⁹ Stern, *supra* note 290, at 286-87. 此一觀點即是美國法上對於憲法財產權範圍的「結構定義」（patterning definition）解釋方法，而與此相對的則是將財產權之定義及創設完全委諸實證法的「純粹實證主義」（pure positivism），參閱 DANA & MERRILL, *supra* note 290, at 63.

致其範圍有過寬或過窄之情形³⁰⁰。就此，德國聯邦憲法法院提出的「具有財產價值的權利」³⁰¹、「私的效用性」與「基本的處分權限」³⁰²，以及本文將於本章第三節加以說明的「利益既得性」(vestedness)³⁰³，均是此一理念的展現。

至於針對前述主張財產權並非唯一需立法者規定始得行使的基本權，而不必區分「財產權內容的形成」以及「財產權之干預」兩者之看法，本文的回應是：固然某種程度上，所有基本權均須立法者加以規範始得充分行使，然而，精準以言，立法者的作用可能是本於基本權的「組織及程序保障」或「保護義務」等不同的基本權客觀功能，則評價上即應有所區別，不可一概而論³⁰⁴。縱使認為基本權本質上均須立法者加以形成內涵，其依賴之程度仍有所不同，重點仍係該基本權需規範形塑的程度，以及如何相對應地調整立法形成自由的空間³⁰⁵。倘若為避免適用的困難，而全面納入基本權干預之違憲審查，除了邏輯上難以成立以外³⁰⁶，亦不免矯枉過正，過度壓迫立法對不同事務領域的裁量權限以及形塑社會制度的優先性³⁰⁷，而有動搖權力分立原則之疑慮。

³⁰⁰ Thomas W. Merrill, *The Landscape of Constitutional Property*, 86 VA. L. REV. 885, 950-51 (2000).

³⁰¹ 只不過，「具有財產價值」此一要素，應自財產權人之主觀認知抑或是客觀考量法律權限是否有經濟的實質內涵，縱使是德國聯邦憲法法院立場也相當搖擺，參閱平良小百合，前揭註 188，頁 103-104。

³⁰² 對於德國聯邦憲法法院採取之憲法上財產權概念的介紹與評釋，參閱平良小百合，前揭註 188，頁 99-118。

³⁰³ Merrill, *supra* note 300, at 961-64.

³⁰⁴ 關於不同基本權客觀功能的區辨，例見許宗力，前揭註 136，頁 75-80；吳信華，前揭註 4，頁 210-215。

³⁰⁵ 茲舉同樣仰賴立法者規範始得行使的「訴訟權」為例，司法院釋字第 396 號解釋固然認為「保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。」卻也在司法院釋字第 752 號解釋中劃定了「人民初次受有罪判決，至少應予一次上訴救濟之機會」的權利核心，作為立法形成自由之界限。

³⁰⁶ 蘇永欽，前揭註 114，頁 22-23、34。

³⁰⁷ 社會制度之演進及形成的責任，應由具多元民意基礎的立法者肩負之。參閱陳愛娥(2017)，〈會台字第一二七七號聲請人臺北市政府及會台字第一二六七四號聲請人祁家威聲請解釋案：鑑定



然而，緊接而來的問題是，內容形成觀點下的財產權保障，有無制度性保障概念存立之餘地？又應如何面對人民難以救濟以及賦予國家積極干涉人民基本權之批評？

(2) 內容形成的憲法拘束與救濟

首先就前者而言，依本文之觀察，文獻上強調財產權制度性保障之概念者，重點並不在於「基本權」與「制度性保障」的僵硬區分，而是為了彰顯憲法在承認立法者對於財產制度或基本權內容具有廣泛之形成自由時，仍要求不可損及制度核心之內涵。然而，在內容形成論的觀點下，於承認財產權內容之立法裁量權的同時，亦不否認內容形成與界限規定須受到合憲性之拘束。而此一合憲性之拘束，固然有主張應使用以狹義比例性為中心的比例原則之看法，然而狹義比例性之要求即屬利益衡量之一種³⁰⁸，且比例原則之審查重心即在於「最小侵害性」之誡命³⁰⁹，失卻此一要素而將焦點置於狹義比例性的比例原則，和一般的利益衡量審查究竟尚有多大之差別，有無必要承受「無涉基本權干預」之批評，為其高擎「特殊的比例原則」之大纛，著實令人懷疑³¹⁰。

意見書》，《月旦法學雜誌》，264期，頁108。

³⁰⁸ 例見董保城、法治斌，前揭註189，頁87。

³⁰⁹ 許宗力大法官即指出必要性原則之審查已排除多數過度侵害基本權之手段，狹義比例原則之目的僅在捕捉「落網之魚」，參閱許宗力(2007)，〈比例原則之操作試論〉，氏著，《法與國家權力(二)》，頁128-129，新學林。

³¹⁰ 類似觀點，指出將財產權內容形成規範此種「構成的」(constitutive)法律，和限制表現自由等「制約的」(regulative)法律，同樣適用比例原則，不但概念上有所矛盾，原則也只能採取寬鬆的審查密度，參閱穴戶常壽(2014)，《憲法解釋論の応用と展開》，2版，頁159-160，日本評論社。

不妨，以拘束所有國家行為之「公益原則」作為立法者形成財產權內容之框架³¹¹，並借助公共利益的判斷必須經過利益比較與交互作用之特徵³¹²，直截了當採取「綜合考量」之審查模型，且在針對各種要素為利益衡量時，慮及民事財產法規範平行關係所蘊含的自治性、體系性與技術性等特質，保留立法者合理之形成空間³¹³；並將學理上提出之私使用性及基本的處分權限等財產權核心內容納入考量，以達成「基於自己責任的生活之形成」與「人格的發展」之公益目的³¹⁴，也同時避免和比例原則作為基本權限制之限制的特質³¹⁵，有所出入。

此一觀點下的內容形成論不但和制度性保障具有相當之功能，又可豁免於因財產權內容由法律形成概念之興起以及財產權種類之擴張而難以確認法制度保障內容之批評³¹⁶，也同時回應了容任立法權干涉人民財產權的質疑，畢竟這裡的立法裁量，仍然是需受憲法拘束的「合義務裁量」而非任憑立法者恣意判斷的「自由裁量」³¹⁷。

³¹¹ 公共利益作為國家行為之正當性及合法性依據，參閱陳新民（1990），〈公共利益的概念〉，氏著，《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，頁 130-133，自刊；陳清秀、詹鎮榮（2020），〈行政法的法源〉，翁岳生（編），《行政法（上）》，4 版，頁 182，元照。文獻上強調立法者建構財產秩序須服膺於公共利益之要求者，參閱陳信安（2022），〈黨產條例合憲性爭議再探：以釋字第 793 號為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，51 卷 1 期，頁 82。

³¹² 陳清秀、詹鎮榮，前揭註 311，頁 188-189。

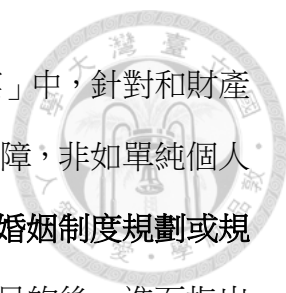
³¹³ 關於違憲審查時，應考量之民法特質，參閱蘇永欽，前揭註 141，頁 10-12。

³¹⁴ 參閱平良小百合，前揭註 188，頁 97-99。國內文獻上以自主決定空間、人格發展與可預見性作為憲法對民事財產法之要求的類似觀點，參閱蘇永欽，前揭註 141，頁 11-13。

³¹⁵ 陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 142-145。

³¹⁶ 上開批評即是德國聯邦憲法法院揚棄財產權制度性保障觀點的理由，參閱平良小百合，前揭註 188，頁 177-178。當然，內容形成論仍然將面臨對於財產權內容形成規範，應如何進行合憲性審查的問題；但是，透過實務個案的累積逐步建構更具體的利益衡量標準，似乎也更能促進憲法學和民法學間之對話與整合。

³¹⁷ 合義務裁量和自由裁量原意是在指涉行政裁量權的法律拘束之有無（陳敏，前揭註 119，頁 186-187），本文用以借指立法裁量的憲法拘束，可謂殊途同歸。



實則，我國憲法法庭在「限制唯一有責配偶請求裁判離婚案」中，針對和財產權同屬須形塑之基本權的婚姻自由，先是強調「又婚姻自由之保障，非如單純個人自由基本權之防禦功能面向保障，仍有賴國家就婚姻自由，妥為婚姻制度規劃或規範設計」，並在認定系爭規定具有「維護婚姻法律秩序」之公益目的後，進而指出「系爭規定所採取之限制手段，尚非完全無助於立法目的之達成。就此等多元原則裁判離婚原因之法律規定，如未有個案顯然過苛之情事者，容許立法者有自由形成之空間」³¹⁸，上開論理和本文之主張，其實已相當類似。

至於縱使立法行為踰越內容形成之界限，人民亦難以救濟之批評，似乎也非必須加以處理之問題。蓋內容形成論本即以客觀法保障為脈絡，而採取客觀法規範之模式，本來即是考量權力分立之原則，避免權利概念的過度膨脹，導致司法權藉由人民之救濟請求，廣泛取得監督立法者之手段所致的權限擴張，而將客觀法義務之實踐與否，託付予行政對立法之制衡（如覆議權），乃至於政黨競爭等其他監控立法行為是否合乎憲法要求之機制³¹⁹。

不過，法院其實也並不因財產權內容形成界限的客觀性質，而完全喪失審查內容形成規範合憲性之可能。蓋如系爭規定涉及其他基本權利之干預，或為侵害基本權利之判決所直接或間接適用，而成為法院審查之標的時³²⁰，由於憲法訴訟中，本於客觀憲法秩序維護之公益目的，就審查基準之採擇應以職權主義為原則，故憲法法院得判斷裁判及其適用之法規範，是否符合憲法所有條文及相關原理原則之要求³²¹，這也包含立法者對於財產權內容形成的界限在內。甚至是於國家機關、立法

³¹⁸ 參閱憲法法庭 112 年憲判字第 4 號判決。

³¹⁹ 有關僅具客觀法效力之規範的司法救濟與審查之限制，以及其他監督機制之說明，參閱林明昕，前揭註 167，頁 1316。

³²⁰ 民國 112 年 6 月 21 日修正前之憲法訴訟法第 59 條雖然無明文規定，惟在其兼具主客觀混合訴訟性質之前提下，仍應結合「基本權利受侵害」之聲請權能要件的要求，且裁判所間接適用之法律亦屬裁判之一部分，而為法院審查之範圍，參閱吳信華，前揭註 6，頁 93-94。而本條修正後，已將「憲法上所保障之權利遭受不法侵害」此一要件明文化。

³²¹ 吳信華，前揭註 6，頁 16-17。



委員以及法院聲請法規範憲法審查等，不以人民基本權利之侵害為聲請之合法性要件之情形³²²，司法仍然可以直接或間接取得控制立法對於財產權內容裁量之合憲性的權限。

總此而言，取向客觀法保障之內容形成論，並不因人民救濟之困難，而失其規範效力，此一批評也就無從撼動財產權之內容須由立法者加以形成的正當性³²³。

(3) 財產權內容形成、內容限制與干預之區分？

至於財產權內容形成規定和徵收、徵收性侵害及準徵收性侵害等各種類型之財產權侵害的區分問題，我國學理上有指出應視其涉及之情狀為具體或抽象，規制事項屬個別或一般以及侵害嚴重性等要素為考量³²⁴，基本上和內容形成論所採取之形式要件及實質要件綜合考量之觀點，並無二致。且自判斷標準之明確性以觀，形式標準應具有較高之重要性，而侵害強度之高低，應為輔助之判斷參數³²⁵。

比較有爭議的是，有無必要在財產權內容之形成規範中，劃分出「對於財產權內容之限制」此種規範類型，而將其視為一種對於財產權之干預，而須受法律保留原則及比例原則之檢驗，甚至是有損失補償之要求？

就此，國內文獻上有主張，倘若立法者所為之立法，乃基於社會義務而對於財產權人權利義務所為之「新界定」(如新法對於舊法所建構之財產權為不同規範)，即屬「限制」而非「開啟」財產權之保障，而屬基本權之侵害³²⁶。然而，當今之財

³²² 參閱憲法訴訟法第 47 條、第 49 條及第 55 條。

³²³ 針對客觀法性質之基本國策的類似看法，參閱林明昕，前揭註 167，頁 1315-1317。

³²⁴ 吳信華，前揭註 4，頁 427。

³²⁵ 德國之通說及實務見解則傾向以形式要件判斷為主，也因此的內容及界限規定對於既得權利人造成和剝奪權利同等強度之侵害時，承認該等權利人得請求損失補償，參閱平良小百合，前揭註 188，頁 196-198、200-201。惟本文認為，假使該等內容形成規範確實已造成財產權內容之空洞化，損及其本質之內容，而形同對於權利之剝奪，即已逸脫社會義務之容許範圍，而得視為對於財產權之侵害，故無須治絲益芬承認「需補償的」內容與界限規定。

³²⁶ 吳信華，前揭註 4，頁 425-426。

產權法，已肯認財產權之內容形成規定與內容界限規定的一體性，已如前述。也就是說，創設財產內容之規範與限制財產權內容之規範，無法也無須進行區分³²⁷。實際上，將內容形成與內容限制強硬區分的觀點，無可避免地將面臨一個根本性的質疑：何以針對財產權內容相同事務領域之規制，會因為制定時序的先後不同，而有原則與例外(先制定者為基本權之內容，後制定者為基本權之限制)之別³²⁸？再者，既然在本文所採取的財產權保障觀點，內容形成規範仍必須受到合憲性之審查，而非憲法秩序之化外之地，強加劃分兩者之正當性，又更顯單薄³²⁹。

最後要特別說明的是，內容形成規範固然並非財產權之干預，而無從適用價值保障範疇下的損失補償；惟縱使其為取向將來的抽象一般之規制，在後法變更財產權內涵之情形，仍可能縮減既得財產權之內容，而為不真正溯及既往，須服膺於信賴保護原則之法安定性誠命，於此亦將有賦予財產權人和財產權損失補償性質相異之金錢補償請求權之可能³³⁰。

(二) 財產權形塑與法律保留

在內容形成論視角下的財產權保障，還有一個不可忽略的問題點：內容形成規範的法律保護密度。換言之，在肯認憲法授權立法者規制財產權之內涵時，立法者得否再將此一權限，授權給行政機關為之？比較多數的看法是，立法者針對財產權

³²⁷ 蔡宗珍，前揭註 246，頁 294。

³²⁸ 於此，和日本最高裁於森林法判決中遭受何以將民法關於共有之規定作為原則，而將森林法限制分割之規定視為例外之批評，具有一定程度之類似性。

³²⁹ 於此可能的反論是，審查財產權內容形成規範和財產權干預的合憲性時，其內容和標準仍有所不同。惟實際上，縱使將內容限制或界限視為財產權干預，慮及前述利益衡量之複雜性與目的多元性，也難以和其他財產權干預情形進行強度相當的合憲性審查。

³³⁰ 小山剛，前揭註 252，頁 79-82。不過此種信賴保護原則概念下的損失補償，也是一種對於信賴利益的價值保障，參閱陳清秀、詹鎮榮，前揭註 311，頁 182。此外，對於既得財產權利的影響，亦為對財產權內容形成規定是否符合公共利益進行衡量時，必須考量之重要因素。相關說明，參閱平良小百合（2019），〈事後法による財産権の内容変更の合憲性〉，長谷部恭男、石川健治、穴戶常寿（編），《憲法判例百選 I》，7 版，頁 215，有斐閣。

內容的立法義務，涉及基本權利之內涵，為不得授權行政機關以行政命令加以規定的絕對法律保留事項³³¹。不過，亦有論者著眼於經濟事務領域之多元性，認為要求財產權之內容與界限僅得由法律位階之法規範加以規範，實踐上將面臨困難，故行政機關以法律授權之行政命令規制財產權內容者，亦合於此處之法律保留原則要求³³²。

法律保留原則的寬嚴採擇，其實就是行政和立法之間權力分立制衡的問題，從而在「重要性理論」以外，尚需一併進行「功能最適」之考量，本文已有所說明³³³。職是，我國政府體制之型態特殊性，亦應作為衡量法律保留之密度高低的原因之一。而在總統由人民直接選舉，且由總統任命行政院院長的臺灣，行政權和立法權都具有直接之民主正當性，並未如同內閣制國家強調議會優位與議會民主，因此無法為傳統重要性理論視角下的法律保留原則提供有利之基礎³³⁴。

除了前述雙元民主之觀點外，我國立法和行政之間權力制衡關係，本於擴張總統權力而縮減立法對行政控制力的修憲過程，帶有「行政與立法平等」之色彩³³⁵，而將民意機關的權限劃分給立法院與監察院的「複數國會」憲政架構，更可以看出我國之政府體制具有防止國會獨大之意義³³⁶。從而，除非憲法有明文之指示，或者

³³¹ 蔡宗珍，前揭註 246，頁 294-295。相同結論，參閱李惠宗，前揭註 138，頁 357-358；許育典，前揭註 9，頁 309。

³³² 蔡維音，前揭註 105，頁 59。

³³³ 功能最適理論在我國釋憲實務最佳之例證即是司法院釋字第 613 號解釋理由書此段說明：「蓋作為憲法基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地……」，參閱林明昕，前揭註 149，頁 64。

³³⁴ 黃舒芃（2011），〈再論「二分」與「三分」之爭：從憲法觀點檢討職權命令的存廢問題〉，《東吳法律學報》，23 卷 2 期，頁 12-14；林明昕，前揭註 149，頁 63-64。同樣於標定法律保留原則之範圍時，強調行政權之民主正當性之看法，參閱黃銘輝，前揭註 154，頁 32-34。

³³⁵ 廖元豪（2000），〈論我國憲法上之「行政保留」—以行政、立法兩權關係為中心〉，《東吳法律學報》，12 卷 1 期，頁 29-31。

³³⁶ 黃舒芃，前揭註 334，頁 7-9。



針對系爭事項立法自組織、制度與功能等面向均較行政具有絕對之優越性，否則不應貿然將國家之任務劃定為由立法權獨佔決策權限，而不可授權由行政機關決定之絕對法律保留事項³³⁷。

其實，司法院釋字第 443 號解釋固然採取重要性理論作為法律保留原則之論證依據，惟釋憲實務在劃定絕對法律保留事項時，亦極為審慎。除了對於租稅法定原則之放寬以外³³⁸，縱使是前開解釋所指出之罪刑法定原則，實踐上也僅僅只是「罪名」的絕對法律保留而已，此觀司法院釋字第 522 號解釋理由書所稱³³⁹：「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。」可見一斑。假使涉及人民生命、自由及財產剝奪之刑事處罰，亦非全面劃歸為立法獨佔之權限，財產權內容之形成何以須採取與之相同，甚至是更高的國會保留密度，其實並不明白³⁴⁰。

準此以言，考量財產權所涉及之社會義務範疇之多方利益衡平、不同經濟生活領域之事務差異性，以及自治法規範之高度技術性，較法律為具體的行政命令其實在價值調和上有更優異的機能³⁴¹，保留授權行政機關之空間，亦可避免事事求諸法律之規定而導致的立法能量超載³⁴²。因此，在財產權保障之相關事項，原則上也只

³³⁷ 縱使是在憲法明文授權由立法者形成財產權內容的日本，學界亦不否定國會得授權行政機關以行政命令為規定，參閱小山剛，前揭註 229，頁 94。

³³⁸ 參閱本文第二章第一節參、二、之說明。

³³⁹ 相同見解，參閱司法院釋字第 680 號解釋。

³⁴⁰ 即使認為此處涉及財產權之實現，恐怕亦無法支撐絕對法律保留之要求，參閱司法院釋字第 743 號解釋理由書：「政府之行政措施雖未直接限制人民之自由權利，但如涉及公共利益或實現人民基本權利之保障等重大事項，應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則……」。

³⁴¹ 參閱葉俊榮（2020），〈行政命令〉，翁岳生（編），《行政法（上）》，4 版，頁 503，元照；黃銘輝（2021），〈從美國法上復興「不授權原則」之呼聲略論立法授權實踐之取向〉，陳春生（編），《全球視野下之比較行政法：行政法總論之組織與程序法面向》，頁 154、158-159，新學林。

³⁴² 此即「實用主義」之展現，參閱黃銘輝，前揭註 341，頁 158-159。

需採取相對法律保留原則，即為已足³⁴³，惟在系爭內容形成之規定和基本的處分權限等財產權之核心內容具密接性而有高度重要性等情形，依照司法院釋字第 522 號解釋理由書：「至於授權條款之明確程度，則應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱」之意旨，在授權明確性之要求上，即應採取較嚴格之標準，人民於授權條款中必須能預見何種內容事項將被法律納入財產權之保護領域³⁴⁴。

二、再探財產權之制度性保障：重生或是凋零？

藉由本文前述之說明可以得知，在內容形成觀點下的財產權保障，似乎並無必要再行採納同樣在客觀法保障之層面限制立法形成自由的制度性保障概念。再者，我國學理及實務上對於財產權保障之理解也莫衷一是，對於財產權保護體系之建構恐怕並無太大助益。例如，除了前述將制度性保障作為立法者形塑財產權制度的界限之見解外，尚有將財產權內容須形塑之特質等同制度性保障之看法³⁴⁵，亦有將財產權主觀保護面向外的各種涉及經濟生活及交易秩序之法律規範，如時效制度與善意取得，視作財產權之客觀制度保障者³⁴⁶。如果將視野拓及財產權以外之各種基本權，文獻上更有統整我國釋憲實務對於制度性保障之運用，規整出包含劃定基本權之保護領域、基本權保障之核心內容、規範密度等等九種不同之意義³⁴⁷。

由德國憲法大儒 Carl Schmitt 於二十世紀上半葉所提出的「制度性保障」概念，原意是在強調「制度保障」和「基本權利」的嚴格劃分，前者是指憲法保障某些存立於國家範圍之內而受法律承認之制度，例如公務員法；而後者則是原則不受到限


³⁴³ 相同見解，參閱司法院釋字第 743 號解釋林俊益大法官提出之部分不同部分協同意見書。

³⁴⁴ 關於釋憲實務就授權明確性寬嚴不同之審查標準於方法論上之差異，參閱司法院釋字第 604 號解釋許宗力大法官提出之協同意見書；林明昕，前揭註 149，頁 59-61；黃銘輝，前揭註 341，頁 154-156。

³⁴⁵ 例見胡博碩，前揭註 7，頁 57-58。

³⁴⁶ 蔡維音，前揭註 105，頁 67-69。類似見解，以「市場經濟的基礎結構」（憲法第 145 條及第 148 條）作為財產權之制度性保障，參閱司法院釋字第 689 號解釋蘇永欽大法官提出之協同意見書。

³⁴⁷ 程明修，前揭註 140，頁 352-363。



制的自由領域³⁴⁸。在此意義下，本身兼具基本權利與私法制度性格的私有財產，其實並非制度性保障的典型示例³⁴⁹。然而，這種制度性保障之概念，不但具有制度優越於人權的危險性，徒增承認無涉制度之核心但原本在人權保障之觀點下不被允許的基本權干預之可能，且在現代無條件人權保障的憲法思維下，也無多大存立之空間³⁵⁰。而因此轉換為立法者對於具有制度特質之基本權利的形成自由界限，乃至於更寬廣的客觀制度形塑等和原始意涵大異其趣的制度性保障觀點，至少在財產權之範疇內，都不免和內容形成及其伴隨的憲法拘束有所重合而難以明確界分，並無必要疊床架屋用「財產權之制度性保障」加以描述。

總而言之，在訴訟權、學術自由等其他基本權領域，早已因意義混沌不明，被認為得由比例原則、組織及程序保障及保護義務等其他基本權客觀功能，甚至是法律保留與授權明確性原則替代³⁵¹，而漸次凋零的制度性保障，終究難以攀附在財產權需形塑的特質上，重獲新生。

第三節 憲法上債權的保護範圍

壹、既得利益

關於將來利益之取得是否受到財產權保障的問題，在支配私有財產之傳統物權的範疇固然較無爭議，立法者採取物權法定主義所規範的相關權利義務，如涉及

³⁴⁸ Carl Schmitt (著)，劉鋒 (譯) (2004)，《憲法學說》，頁 229，聯經。

³⁴⁹ 參閱 Carl Schmitt (著)，劉鋒 (譯)，前揭註 348，頁 230-231。

³⁵⁰ 日本學理上對於此種制度性保障概念之各種批評，參閱小山剛，前揭註 242，頁 46-50。我國文獻上之類似分析，參閱陳春生，前揭註 139，頁 274-281、頁 309-311；陳愛娥，前揭註 106，頁 401。

³⁵¹ 參閱程明修，前揭註 140，頁 363；林明昕，前揭註 167，頁 1330；陳春生，前揭註 139，頁 322。不同觀點，主張取向過去既存制度核心侵害防止的制度性保障，仍有其價值，參閱張嘉尹 (2002)，〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉，Dr. Dr. h. c. Heinrich Scholler (等著)，《當代公法新論 (上) — 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 56-57，元照。

物上權能之歸屬，原則上即是財產權之保護範疇³⁵²。而將來財產之取得與否，本非物權性質權利的射程所及，也難以假借物權之身分，取得憲法層次之確保。

但是，與物權性質迥異，介於營業活動本身和營業獲得所獲致之財產之間的營業權³⁵³，以及具有權利與利益雙重性格的債權，有無可能使經濟上利益取得之可能性，化身為憲法文本所確保之財產權？

一、憲法對於利益的二元保護模式

在一般通說的理解下，以所有權為基礎擴張到各種具財產價值權利的財產權保障，最重要的核心概念即是「既得權」的不可侵性³⁵⁴，存續保障乃至於價值保障等財產自由面向之內涵，皆屬對抗既得權利之限制的手段³⁵⁵。也就是說，財產利益必須受到法律相當程度之保護，不被任意之干預或剝奪³⁵⁶，而有一定的「存續上確定性」，為權利人所使用，單純的獲利機會與期待，都無法被納入財產權之保護領域，而獲致存續保障與由其轉換之價值保障的高度擔保³⁵⁷。其原因在於，取得利益之機會與期待，可能涉及市場自由競爭以及行政機關裁量權之行使³⁵⁸；從而，過度擴張財產權之射程，將導致經濟政策與立法極可能因牴觸憲法有關財產權之規定

³⁵² 張譯文，前揭註 8，頁 196。

³⁵³ 陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 256。

³⁵⁴ 參閱石川健治，前揭註 218，頁 232-233。

³⁵⁵ 平良小百合，前揭註 188，頁 26。

³⁵⁶ Merrill, *supra* note 300, at 962-64; Roth, 408 U.S. at 577.

³⁵⁷ 蔡維音，前揭註 105，頁 49-52；吳信華，前揭註 4，頁 423-425；陳慈陽，前揭註 189，頁 741-742。德國聯邦憲法法院亦以此為由，否定設立並勞動之營業權利具有憲法財產權之地位，參閱小山剛，前揭註 229，頁 93；英文文獻，參閱 HANRI MOSTERT, THE CONSTITUTIONAL PROTECTION AND REGULATION OF PROPERTY AND ITS INFLUENCE ON THE REFORM OF PRIVATE LAW AND LANDOWNERSHIP IN SOUTH AFRICA AND GERMANY: A COMPARATIVE ANALYSIS 233 (2002).

³⁵⁸ 美國法上即認為，得由政府人員隨意發放或扣留之「純粹自由裁量的利益」(purely discretionary benefit) (例如研究補助費)，並不符合利益既得性之要求，參閱 Merrill, *supra* note 300, at 963.



而寸步難行，或與之相反，因對獲利之機會採取存續保障之結構有實踐上之困難，而終究使財產權之保障稀薄與空洞化³⁵⁹。

類似地，日本最高裁判所在「河川附近地制限令事件³⁶⁰」判決中，縱使未將財產權之保護範圍嚴格收斂在既得利益之範疇，卻依然強調被告無法採取河川周遭之砂石所蒙受的相當損失，是因為「無法繼續營運過去透過支付租金，僱用工人和投入大量資本來運營的業務」，而為應依日本國憲法第 29 條第 3 項給予損失補償之特別犧牲。此一見解其實也暗示了財產權之對象宜適當地進行限定，否則財產權在「財產價值」作為指標定義的情形下，將成為欠缺輪廓與邊際的基本權利³⁶¹。

實則，財產權之保護領域必須以既得利益為限，還有一個強而有力的釋義學依據：財產權與私法自治、契約自由乃至營業自由的明確劃分³⁶²。上開三者於我國憲法上均具有基本權之地位，殆屬無疑³⁶³，又契約自由為私法自治在交易場合的具體化³⁶⁴，而涉及企業經濟活動之契約自由，更是營業自由之保護範疇³⁶⁵。是以，無論是契約自由和營業自由，均和私法自治原則具有相當程度之關聯性。而所謂私法自

³⁵⁹ 司法院釋字第 606 號解釋許宗力大法官、余雪明大法官、曾有田大法官、林子儀大法官共同提出之協同意見書；蔡維音，前揭註 105，頁 49-50。

³⁶⁰ 最大判昭和 43 年 11 月 27 日刑集第 22 卷 12 号 1402 頁。


³⁶¹ 小山剛，前揭註 229，頁 93。

³⁶² 類似地，德國實務見解亦強調，企業之商業利益或營業活動已分別受到憲法保障，並無再將其納入憲法財產權保護範圍之必要，參閱 MOSTERT, *supra* note 357, at 233.

³⁶³ 相關釋憲實務見解，參閱司法院釋字第 728 號解釋理由書（私法自治與契約自由應受憲法第 22 條保障）及司法院釋字第 514 號解釋（營業之自由為憲法上工作權及財產權所保障）。又私法自治實際上亦可能為集會結社之自由或工作權等基本權所保護，而憲法第 22 條一般行為自由之意義在於，當系爭事例所涉及之私法自治原則非其他列舉基本權之概念射程所及時，承認其為憲法保障之基本權，參閱張譯文，前揭註 8，頁 188。

³⁶⁴ 詹森林（1993），〈私法自治原則之理論與實務－臺灣法制發展之情形〉，《國立臺灣大學法學論叢》，22 卷 2 期，頁 357-358、363。

³⁶⁵ 西島良尚（著），謝淳容、徐子茵、冨田創（譯）（2002），〈重新思考私法自治原則和契約自由原則－與最近日本私法學會關注的強行法和任意法之區別有關〉，《靜宜法學》，8 期，頁 33-34。



治，主觀法之面向乃是以市民社會中，私法關係的個人自主決定與自我負責為內涵³⁶⁶；至於客觀法之層次，則是於自由經濟之思維下，特別要求國家應建構妥適之經濟與交易制度，以使人民得在公平自由之環境中，獲致個人利益，並進而謀求社會整體利益之最大化³⁶⁷。準此以言，如果國家之立法行為未能確保公平之交易秩序，進而損及人民獲取利益之機會時，則將違反憲法第 22 條私法自治此一客觀法原則之誠命³⁶⁸。在這一觀點之下結合財產權限於既得利益的理解，才能夠明確建構出「取得利益之機會－私法自治」（客觀法秩序）與「既得利益－財產權」（主觀公權利與客觀法秩序）之二元保護模式。

相對於此，我國釋憲實務似乎對於財產權的邊際，做了極為寬廣的認定。例如司法院釋字第 414 號解釋文開宗明義揭示：「藥物廣告係為獲得財產而從事之經濟活動，涉及財產權之保障」，亦或者是司法院釋字第 390 號解釋認定停工與勒令歇業之處分「涉及人民工作權及財產權之限制」，以及司法院釋字第 514 號解釋除了工作權以外，也將財產權作為營業自由之憲法依據，乃至於司法院釋字第 606 號解釋理由書認為股利緩課之規定「影響公司累積資本之方式，對於公司之財務結構、營運及發展自有重大影響，是構成公司財產權及營業自由之重要內容」，均將「獲得財產的可能性」納入財產權的保護範圍，也導致財產權、營業自由，甚至是契約自由與工作權，呈現相當程度的重疊性³⁶⁹。學理上亦有自財產的功能應該及於個人

³⁶⁶ 張譯文，前揭註 8，頁 188；詹森林，前揭註 364，頁 356；西島良尚（著），謝淳容、徐子茵、富田創（譯），前揭註 365，頁 24。

³⁶⁷ 詹森林，前揭註 364，頁 356-357；蔡維音，前揭註 105，頁 67-69。惟蔡維音教授仍將私法自治界定為財產權之客觀制度保障。又有別與傳統觀點，以「格差社會之擴大」質疑自由經濟主義對於私法自治與契約自由的重要性之看法，參閱西島良尚（著），謝淳容、徐子茵、富田創（譯），前揭註 365，頁 26-29。

³⁶⁸ 類似見解，強調獲利之機會與期待僅屬財產權之客觀面之保護內涵，參閱蔡維音，前揭註 105，頁 68。

³⁶⁹ 學理上就釋憲實務理解之財產權保護範圍的說明及評價，參閱蔡維音，前揭註 105，頁 49-50、67-69；陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 257-258；蘇永欽，前揭註 141，頁 9。

財富累積之期望與信賴始能發揮作用的角度出發，認為不僅止於既有的財產之存續，整個財產的利用行為，乃至於期待利益，也應納入財產權存續保障之範疇³⁷⁰。

日本法學界則有以表現自由為例，指出國家不僅不得任意妨害現存言論的發表，將來言論之獲得也同樣受到保護，則在同一思考之下，憲法對於現有財產權利的保護也當然包含將來財產獲得機會的保障³⁷¹。

然而，否定利益取得之機會為財產權之射程所及，並不代表憲法放棄對於獲取利益之期待或信賴的保障，除了前述私法自治原則外，尚有信賴保護原則此一以法安定性、誠信原則或基本權利保障為基礎³⁷²，且取向未來之手段以保護人民正當之信賴³⁷³。換言之，縱使利益的獲致不受財產權保護，憲法其他相關之原理原則，仍然足以確保財產功能的充分實現。至於將財產權是否保障取得利益之機會和表現自由對於將來言論之保護相互比擬之觀點，則不免忽略言論自由本身係在以資訊流通促進民主思辨之思維下，藉由「知的權利」之內涵，而具有取向將來的獲致資訊之權能³⁷⁴，未慮及財產權和言論自由本質之差異性而直接將兩者相提並論，並不

³⁷⁰ 陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 254、256-258。

³⁷¹ 渋谷秀樹，前揭註 108，頁 288。

³⁷² 林明昕（2015），〈一條遺失的規定：論具第三人效力之行政處分的撤銷與廢止〉，《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷 2 期，頁 372。關於信賴保護原則的憲法依據分析，參閱乙部哲郎（1977），〈行政法における信賴保護〉，《公法研究》，39 号，頁 171-175。

³⁷³ 蓋信賴保護原則所保障者係非屬既得權之信賴利益，參閱陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 257-258。惟我國大法官時常對於信賴保護原則為過於嚴格之認定，導致信賴利益之保護徒託空言，甚至是和委諸各基本權利保護之既得利益相互混淆。例如司法院釋字第 525 號解釋針對銓敘部 84 年 6 月 6 日之函釋停止適用後備軍人轉任公職考試比敘條例有關比敘之規定稱「是以於停止適用時，尚未應考試及格亦未取得公務人員任用資格者（本件聲請人遲至八十六年始應特種考試後備軍人轉任公務人員考試及格），難謂法規廢止時已有客觀上信賴事實之具體表現，即無主張信賴保護之餘地。」即屬誤解信賴利益之意義，蓋若後備軍人應考試及格而取得公務人員任用資格，其轉任之權利即已屬既得之利益。

³⁷⁴ 關於知的權利之意義與和言論自由之關係，參閱黃銘輝（2020），〈從憲法上「知的權利」析論對抗假新聞的法制策略〉，臺北市府法務局（編），《人權系列：10 篇人權保障論文》，頁 4-11，臺北市府法務局，<https://www-ws.gov.taipei/001/Upload/375/refile/17156/118909/37937783-5060->



妥適。職是，前述學理及我國釋憲實務嘗試突破既得利益對財產權保護範圍限制之看法，應該均有再行斟酌之必要。

在確立憲法財產權之保護範圍僅止於「既得利益」以後，如欲釐清私法債權所涉及之財產利益，包含債權之權利地位、本於債權所得保有之給付利益以及基於債權所得請求之給付利益，何者為具有憲法財產權地位的債權概念所及，便必須自債權之權利內容分析，上開各種利益是否具備充分的既得性。

二、受憲法財產權保護的債權

(一) 契約法對於債權內容的形成

財產權係受法規範形塑之基本權，其保護之內涵係由立法者加以決定，前已述及。則憲法財產權的內涵建構，就很難逸脫作為市場機制原則規範的民法的拘束³⁷⁵，因此，民法上的債權和憲法上的債權，應具有高度的連動性。而前述職司形塑債權內容的契約法之中，和利益之取得與否高度相關的，當屬涉及「債權請求」之規範。

又針對各種債權之內容，法定之債需由法律規定其內容固屬無疑，而各種意定之債，雖係本於私法自治及契約自由而生³⁷⁶，契約之內容得依當事人之合意自由創設³⁷⁷，然而，契約法中的「任意規定」具有填補契約漏洞，合理分配交易風險的機能，「強行規定」則有維持私法秩序公平性之意義³⁷⁸；準此，契約法中的各種規定，具有具體化債權內涵之功能，殆屬正確³⁷⁹。

4c00-81a7-be2c61935208.pdf (最後瀏覽日：12/08/2022)。

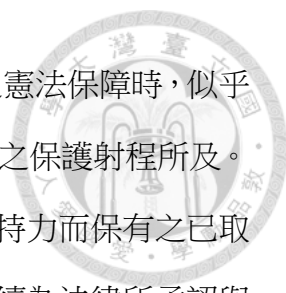
³⁷⁵ 蘇永欽(2008)，〈民事裁判中的人權保障〉，氏著，《尋找新民法》，頁337，元照。

³⁷⁶ 王澤鑑，前揭註18，頁7。

³⁷⁷ 詹森林，前揭註364，頁364；王澤鑑，前揭註18，頁80。

³⁷⁸ 王澤鑑，前揭註18，頁79；張譯文，前揭註194，頁290。晚近文獻上有認為任意規定亦具有誘導當事人之一方提供資訊予他方，以彌平當事人間資訊不對等，並進而提升效率之功能，對此種看法之介紹，參閱王文宇(2018)，〈契約解釋與任意規定—比較法與案例研究〉，簡資修(編)，《2014兩岸四地法律發展》，頁600-601，中研院法律所。

³⁷⁹ 類似見解，參閱蔡維音，前揭註105，頁67-68。惟契約法上規定之憲法意義亦不以「形塑債權



進一步將財產權之保護限於既得權之概念，理解債權所受之憲法保障時，似乎不難得出，請求權性格之債權所彰顯之利益，並非全然受財產權之保護射程所及。具體而言，應當只有本於債權請求給付之地位，以及依債權之保持力而保有之已取得的給付利益，債權人得自由支配或使用收益，且此一地位的存續為法律所承認與充分保護³⁸⁰，而屬既得利益之範疇，受憲法財產權條款之保障。反之，如債務人不為給付之行為，債權人亦僅得依債權之「請求力」向債務人為給付之請求³⁸¹，民法第 199 條第 1 項：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」即係呈現此一意旨。由此觀之，債權人無從支配「給付行為」與「給付客體」³⁸²，其能否取得債權所表彰的給付利益，終係繫諸於債務人之給付與否，非謂一具有債權人之地位，即得取得債之關係的給付客體之支配。是以，事實上尚未取得之債權給付，欠缺既得利益之地位，並非憲法財產權之保護範圍。

或許，在以法律提供之保護密度決定利益之既得性之視角下，因為於履行利益無法充分實現之情形，意即出現「給付不能」、「給付遲延」以及「不完全給付」等債務不履行的場合³⁸³，立法者仍賦與債權人「次給付請求權」，債權人得因債務人未依債之本旨給付，主張「損害賠償請求權」以及契約解除之「回復原狀請求權」

內涵」為限，除涉及私法自治之客觀保障或後述之契約自由外，倘若已賦予債權人對抗第三人之效力，應已涉及「債權之保護義務功能」與「基本權干預」，而非單純的權利內涵形塑，而須受比例原則及平等原則的檢驗。類似見解，主張債權物權化已涉及對第三人私法自治之干預，參閱張譯文，前揭註 8，頁 189-190。或以財產權之保護義務功能觀察房地所有權分離的基地利用權問題，參閱許政賢，前揭註 8，頁 225-231。

³⁸⁰ 關於債權之內涵，參閱本文第二章第二節壹、二、(三)之說明。惟若認為債權僅以請求力為內容，保有本於債權已取得之給付利益，便未必具有憲法財產權之地位。

³⁸¹ 邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 37，頁 7-8；王澤鑑，前揭註 18，頁 22。

³⁸² 陳自強，前揭註 119，頁 28；王澤鑑，前揭註 18，頁 22。

³⁸³ 姚志明（2008），〈契約總論：第三講契約之效力（二）—契約債務不履行（上）〉，《月旦法學教室》，74 期，頁 26-27。晚近民法學界大力主張以「義務違反」取代此一債務不履行概念三分法者，參閱陳自強（2020），〈債務不履行規定之現代化〉，《月旦法學教室》，216 期，頁 54-59。



³⁸⁴，似乎可以認為立法者人仍然相當程度保護了債權實現之可能性。甚至是和採取有效率的違約（**efficient breach**）觀點的英美法相比，既然在我國的債權體系下，債權人可以本於債權向法院起訴請求債務人履行，更能夠印證給付利益之取得受到我國民法保障之想法。

具體而言，所謂的有效率的違約，係指在債務人違反契約義務時，原則上並不允許債權人本於契約請求法院命債務人給付，而僅允許請求損害賠償或解除契約³⁸⁵。Holmes 大法官所言：「在普通法體系下，擁有一個契約的義務，除了在你違反契約時應賠償損害之外，並無其他。³⁸⁶」可說是精準地描述了英美法上的契約概念。職是，在損害賠償之外，更另外賦予債權人向法院訴請債務人給付之地位的我國法，又如何能說是未將依債權所得請求之給付利益作為既得之財產權而保護？

惟本文以為，保護「債權人之請求權」與保護「事實上尚未取得之給付利益」，並不相同。單純本於債權人之地位訴請債務人履行，與是否果能取得給付，而使債權所表彰的利益得到滿足，並無必然之關聯，尚難據此而謂債權保護其所得請求之給付利益。至於以債務不履行之相關規範論證債權之保護範圍及於事實上尚未取得之給付利益的看法，恐怕對於符合利益既得性之法律保護強度門檻，有過於寬鬆之認定。其原因在於，我國民法針對債權實現所設之債務不履行制度，僅屬對於給付利益的「內部保護」，無從防禦第三人所為之外部妨礙³⁸⁷，此和屬於既得利益之物權，具有對抗任意第三人干預權能的物權效力，以捍衛權利之支配領域，在保護

³⁸⁴ 王澤鑑，前揭註 93，頁 219。損害賠償請求權與契約解除權之關係，得參閱游進發（2016），〈解除契約與債務不履行損害賠償—以對最高法院九十六年度台上字第一二〇四號判決之反思為限〉，《月旦法學雜誌》，259 期，頁 211-218。

³⁸⁵ 詹森林（2015），〈臺灣民法債務不履行體系之發展—外國法之繼受、本國理論與實務之演變〉，《月旦法學雜誌》，241 期，頁 10。英文文獻，參閱 THEODORE SILVER & STEPHEN HOCHBERG, THE GLANNON GUIDE TO CONTRACTS : LEARNING CONTRACTS THROUGH MULTIPLE-CHOICE QUESTIONS AND ANALYSIS 422 (2013).

³⁸⁶ Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 110 HARV. L. REV 991, 995 (1997).

³⁸⁷ 有關債權的內部保護與外部保護，參閱張譯文，前揭註 8，頁 166-167。

強度上有極大之落差。是以，縱使民法針對債權之實現提供了若干保護手段，以確保債權人取得給付之可能性，在慮及市場自由競爭的條件下，依其保障之模式，終究無法使依債權所得請求之給付利益成為既得權而落入憲法財產權條款之保護範圍。

（二）所失利益與取得利益之機會

至於民法第 216 條規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。」足見損害賠償之範圍亦即於「所失利益」。而同條第 2 項更對所失利益之內涵進行說明：「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」意即，若侵害事由不存在則「將來預期可取得」之利益，亦為應予賠償之損害³⁸⁸。如此一來，是否意味著，「取得利益之機會」同樣也位於民法所形塑的財產權內涵之中，而具有既得權之性質？

但是，財產權的保護範圍究竟是否及於取得利益之機會，重點應是在於，將來利益之取得本身，是否應受「存續保障」的高度擔保。而損害賠償範圍的問題，則係存續保障發生變動之後，「價值保障」的法律效果層次之爭議，兩者尚不得混為一談³⁸⁹。具體而言，所謂的完整性保障，本於基本權擔保人民在其保護範圍內自由行為的觀點，因權利侵害而受限的權利發展亦應屬於價值填補所能請求補償或賠償的範圍之內，而「所失利益」即為典型之一³⁹⁰。又存續保障和價值保障固屬基本權主觀之保障內涵，然而在客觀法秩序層面之保護義務功能，立法者縱然本於其直

³⁸⁸ 王澤鑑，前揭註 93，頁 80-84。實務見解，例見最高法院 109 年度台上字第 3268 號民事判決：「所謂所失利益，係指新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害之消極損害」。

³⁸⁹ 文獻上對於價值保障多主要指涉公益徵收等國家所為之「合法的」財產權干預（例見陳新民，前揭註 164，頁 234），不過晚近學理對於違法之基本權侵害，也逐漸強調「價值的替代」作為基本權保障之內容（程明修，前揭註 221，頁 180-184）。

³⁹⁰ 程明修，前揭註 221，頁 183。

接民主正當性，就保護手段之選擇有廣泛之形成自由³⁹¹，該等措施也必須至少適合達成其目的³⁹²。以其中典型之「侵害行為禁止」而言³⁹³，如保護私人之物權不受他人侵害之物上請求權制度³⁹⁴，以及認定加害行為具不法性並進而課予行為人不利益以預防危害發生之侵權行為法³⁹⁵，其所建構之整體保護體系也應該具有維護權利之存續（侵害排除）以及價值填補（損害賠償）之效果，始屬適當的保護手段，而符合憲法之要求。

只不過，因為國家在履行基本權保護義務時所面臨基本權衝突之三角關係（國家—加害人—被害人），其保護措施往往又涉及加害人基本權利之干預，同時須受干預過度禁止之誡命³⁹⁶，故並非被害人之權利受加害人侵害，即須賦予其請求損害賠償之權利。例如，著眼於保護義務體系下，過失等責任要件在侵權行為法上之重要性³⁹⁷，在行為人無過失侵害他人財產權之情形，受害人即無從透過侵權行為之損害賠償請求權，填補其損害。換言之，相對於國家作為財產權不法侵害源之情形，如國家有故意或過失，則有「國家賠償請求權」之適用，在無過失之情形，人民亦得主張「類似徵收之侵害」等損失補償請求權³⁹⁸，此種近乎「絕對的」價值保障；

³⁹¹ 小山剛（1998），《基本權保護の法理》，頁 52-55，成文堂；董保城、法治斌，前揭註 189，頁 195。

³⁹² 董保城、法治斌，前揭註 189，頁 195。當然於此更涉及法院對立法者是否違反保護不足禁止原則採取何種審查密度的問題，參閱小山剛，前揭註 391，頁 107-115。

³⁹³ 小山剛，前揭註 391，頁 56-57。

³⁹⁴ 關於物權法作為基本權之保護制度，參閱謝在全，前揭註 49，頁 3-4。

³⁹⁵ 侵權行為法之一般性不得侵害原則即屬保護義務功能之展現，參閱楊承燁（2015），《論國家之基本權保護義務—以德國憲法法學之發展為中心》，頁 163-164、225，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。民法學理亦指出預防損害為侵權行為法之重要機能，參閱王澤鑑，前揭註 1，頁 9-10。

³⁹⁶ 李建良（2000），〈基本權利與國家保護義務〉，李建良、簡資修（編），《憲法解釋之理論與實務：第二輯》，頁 346、353-356，中央研究院中山人文社會科學研究所。

³⁹⁷ ヨーゼフ・イーゼンゼー（著），小山剛、上村都、栗城寿夫（訳）（2003），〈保護義務としての基本權〉，ドイツ憲法判例研究会（編訳），《保護義務としての基本權》，頁 156-157，信山社。

³⁹⁸ 陳敏，前揭註 119，頁 1225-1230。有關各種損失補償請求權與國家賠償請求權之關係，參閱黃



在私法關係中，本於基本權衝突的和諧實現，受害人對於財產權，僅能享有「相對的」價值保障。

準此，民法以回復原狀作為侵權行為之損害賠償方法，目的在於回復「應有之狀態」，基於「全部賠償原則」，其範圍除所受損害外，亦包含所失利益³⁹⁹。此一規範模式，正是作為下位階法規範之民法，為實踐基本權之保護義務功能，欲透過價值之替代，完整填補當事人損害的呈現，和何種法益應屬財產權之保護範圍並無直接之關聯。此一理解也和民事審判實務強調，將所失利益納入被害人依民法第 184 條第 1 項前段所得請求損害賠償之範圍，並非將經濟上損失均視為侵權行為法之權利，而係因所失利益為「權利侵害」附隨之經濟損失的看法⁴⁰⁰，不謀而合。

三、小結

結論是，將取得利益之機會納入財產權之保護範圍將造成財產權保障之浮濫與空洞，故僅有既得利益始可受到憲法財產權條款對於地位存續及價值替代的高度擔保。而就債權而言，應當僅有本於債權請求給付之地位以及依債權之保持力而保有之已取得的給付利益，具有既得利益之地位而受到憲法第 15 條財產權條款保護。至於依私法債權所得請求的事實上尚未取得之給付利益，並無法滿足利益既得

奕華(2022)，〈公法上結果除去請求權與被害人之過失—簡評最高行政法院 101 年判字第 983 號判決〉，李模務實法學基金會(編)，《判解研究彙編(二十七): 第二十七屆法學論文徵選優勝作品集》，頁 9，李模務實法學基金會。

³⁹⁹ 詳見民法第 213 條第 1 項，並得參閱王澤鑑，前揭註 93，頁 129-132。

⁴⁰⁰ 參閱最高法院 103 年度台上字第 845 號民事判決：「按因財產權被侵害所造成之營業利益之減少或喪失，乃權利(財產權或所有權)受侵害而附隨(伴隨)衍生之經濟損失，屬於民法第二百十六條第一項規定『所失利益』(消極的損害)之範疇，被害人得依同法第一百八十四條第一項前段之規定，對加害人請求損害賠償；與學說上所謂『純粹經濟上損失』或『純粹財產上損害』，係指其經濟上之損失為『純粹』的，而未與其他有體損害如人身損害或財產損害相結合，原則上並非上開規定所保護之客體，固有不同。」



性之要求，故債權人能否充分享受債權之實現，和憲法財產權之侵害無關。而更進一步的問題在於，是否所有對於既得債權之規制，都會涉及財產權之形塑或限制？

貳、不及於廣義的債之關係

延續前述財產權和契約自由明確劃分的觀點，單純藉由利益既得性的劃分，似乎還尚未能滿足此一要求。質言之，所謂的債之關係，又尚可區分為限於個別債權債務關係（給付關係）的「狹義債之關係」，以及指涉個別債權債務間之關聯，乃至整體契約內容的「廣義債之關係」⁴⁰¹。而就上開兩者，財產權和契約自由又應如何分配守備之範圍？

而按照學理上對於契約自由的一般性理解，當事人間藉由相互之意思表示合致，形成具有拘束力之法律關係稱為契約，而人民則有契約締結與否（締約之自由）、締結如何之契約（內容之自由）、以何種方式締約（方式自由）以及與何人締約之自由（相對人選擇之自由）⁴⁰²。而和財產權類似的是，在契約關係中，必須追求法之安定性以尊重所有關係人之自主決定權，因此契約自由亦是一種須法律形塑之自由，仰賴法律之制度賦予契約法之拘束力、補充及限制契約之內容與量定其法律效果⁴⁰³。是以，個別之私法規範所形塑者，究係財產權亦或者是契約自由之內

⁴⁰¹ 陳自強，前揭註 119，頁 2-4；王澤鑑，前揭註 18，頁 5-6。

⁴⁰² 松本和彥（2021），〈包括的基本權〉，渡邊康行、穴戶常壽、松本和彥、工藤達朗，《憲法 I 基本權》，頁 127-128，日本評論社；詹森林，前揭註 364，頁 363-364。

⁴⁰³ ヨゼフ・イーゼンゼー（著），小山剛（譯）（2001），〈契約自由と基本權：憲法を基準とした契約の内容統制〉，《名城法学》，50 卷 3・4 号，頁 8-9；松本和彥，前揭註 402，頁 127；小山剛，前揭註 249，頁 148-152；大串倫一（2021），〈契約自由の制限をめぐる憲法原理に関する一考察：契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障に関するドイツ憲法学説・判例の変遷を中心に〉，頁 40-46，北海道大学大学院法学研究科（法学政治学専攻）博士論文。於此，大串倫一氏並就 Martin Gellermann、Christian Bumke 等德國學者提出之不同的契約自由內容形成論進行分析。其中，特別值得注意的是契約自由內容形成之憲法拘束，Gellermann 氏所使用者係「制度性保障」，而 Bumke 氏則使用「指導原理」（自律原則、信賴保護與交易安全）。

涵，遂有詳加區分之必要，否則便無將經濟利益劃歸不同基本權保護，而有不同保障效果之意義。

而誠如學理所指出者，契約自由乃是一種個別基本權的輔助權，例如財產權除了權利地位之存續以外，亦保障財產使用收益之可能性（支配自由），而藉由契約之手段以進行財產之取得、讓渡、用益以及負擔，即可以理解為保護財產權動態用益可能性的輔助權限⁴⁰⁴。換言之，相較於財產權著重財產性權利地位本身（如使用或處分權限）之保障，契約自由乃是為求財產使用收益權能充分實現之「輔助性」權利⁴⁰⁵。準此，前揭司法院釋字第 602 號解釋認為財產權之保護領域亦及於涉及財產處分之契約內容的看法，姑且不論此處之契約內容係屬於何種財產權之內涵（例如物權或債權）大法官語焉不詳，其終將導致財產權和契約自由保障的高度重疊，並不甚妥當。

更進一步言，民法學理上對於債之關係之廣狹分類，應可與憲法上契約自由和財產權之保護範圍進行對應。個別之債權債務關係，當屬憲法上債權之保護範圍，自屬無疑。縱使是從給付義務，既然已可獨立以訴請求履行，具請求權之性質，亦應包含在內⁴⁰⁶。相對於此，如係涉及屬於廣義債之關係範疇之附隨義務、不真正義務、契約解除權與終止權，無非是為確保債權人給付利益之充分滿足⁴⁰⁷，屬於輔助個別給付關係的債之關係內容。而前述之廣義債之關係，既然具備輔助性又可能涉及契約之整體，較契合此等法益之基本權應為保障法律關係自主決定之契約自由而非強調利益存續狀態之財產權。

⁴⁰⁴ 日本文獻上對於此一觀點之德國學理之說明，參閱大串倫一，前揭註 403，頁 26-27。

⁴⁰⁵ 類似見解，認為財產權規範「既得資源的自由支配」，而契約自由規範「資源的自由交換」，參閱蘇永欽，前揭註 141，頁 8-9。

⁴⁰⁶ 王澤鑑，前揭註 18，頁 41-44。

⁴⁰⁷ 關於廣義債之關係所生之義務群與功能，參閱王澤鑑，前揭註 18，頁 39-59；陳自強，前揭註 119，頁 87-110。

第四節 釋憲實務的檢討評析



藉由本文所建構之財產權保護體系，並結合私法上債權和物權之差異性，可以發現我國釋憲實務對於私法上債權所受之憲法上保障，似乎有更行精確之必要。

首先，就承認債權作為憲法財產權種類之一而言，我國釋憲實務不將財產權之範圍限於物權之看法，不但正確理解債權之財產自由性格，有其憲法釋義學上依據，亦和比較法上在憲法層次對債權與物權予以平等保護之發展趨勢，若合符節，殊值肯定。在此同時，可惜的是大法官在司法院釋字第 596 號等解釋中，卻未能掌握債權之請求權性格，而將憲法對債權之保護，延伸及於債權人事實上尚未取得之給付利益，忽略僅有既得利益始為憲法財產權之射程所及，將導致財產權和私法自治之界線趨於模糊，除與民法形塑之債權內涵有所扞格外，更有基本權通貨膨脹之危險，並不妥適。

至於就財產權仰賴立法者形成內容之特質而言，司法院釋字第 386 號解釋以制度性保障加以描述，不但偏離其制度核心不可侵害的原始意義，也未能發展出和其他基本權功能有別之內涵。重中之重者，仍是財產權作為須形塑之自由，其內容形成之法規範之形式與實質正當性之要求。

關於形式正當性之面向，司法院釋字第 474 號解釋以重要性理論為基礎進行法律保留密度調控之觀點，在以功能最適理論加以調和之條件下，本文亦採取肯定之立場，這也和大法官歷來對於法律保留原則之操作，有一貫之理解。只不過，就該號解釋對於時效制度採取絕對法律保留之結論，基於前述對於立法者不得授權行政機關之事項採取嚴格認定之立場，是否所有不同經濟領域之請求權時效制度均須以如此嚴謹之立法密度加以規制，應容有議論之空間。

另一方面，於實質正當性之審查，大法官似乎有不區分財產權內容之形成與財產權干預之傾向，就此恐怕將對立法形成自由造成壓迫，而和權力分立原則有所齟齬。並且，以比例原則對內容形成規定為合憲性控制，也將和比例原則作為基本權限制之限制的概念有所衝突，應綜合考量規制之手段、涉及之財產權種類、性質以

及限制之程度等要素進行一般利益衡量，以在達成和以衡量性原則為中心之比例原則相同拘束效果的同時，豁免於憲法釋義學之矛盾。

以我國釋憲實務之案例而言，司法院釋字第 386 號解釋處理之無記名證券債權掛失止付，僅是在證券遺失、被盜或滅失等情形，於化解債務人難以證明證券持有人善意與否之困境的同時，保護原持有人（失主）之利益，故對無記名證券之流通性加以限制⁴⁰⁸，其制定與否均無關無記名證券債權權利內涵之剝奪。而司法院釋字第 474 號解釋涉及之時效制度，則是在一定期間後使請求權之訴求力歸於消滅，其法律效果縱然類同於對權利人之「沒收行為」⁴⁰⁹，惟在消滅時效期間經過以前，對權利人之請求權並無任何影響，只要時效之起算等規定，不致使權利人實質上無行使請求權之可能⁴¹⁰，即無掏空請求權之本質內涵之疑慮。是以，無記名證券債權掛失止付與消滅時效制度不但屬以不特定多數人為對象之一般、抽象之規制，實質上對債權內涵之影響也未於踰越社會義務容許之範疇，故兩者皆屬對於財產權內容之形成規範，而不應認定為對於財產權之干預。

最後，在進行涉及債權之法規範的合憲性審查時，無論是內容形成規定亦或者是基本權干預，都必須注意財產權和契約自由的界線標定，否則將架空憲法文本及解釋區分財產權和契約自由而有不同保護內涵之意旨。而本文所提出之「既得利益」以及「狹義債之關係」，應可作為劃分兩者保護範圍之重要依據。

以司法院釋字第 474 號解釋所涉及之時效制度為例，時效抗辯乃是具有使債權本身欠缺訴求力而無法以訴訟請求履行之法效果，係針對個別債權債務關係所作之規制⁴¹¹，故認定其為形成財產權內容之規範，殆屬正確⁴¹²。相對於此，同屬權

⁴⁰⁸ 史尚寬（1986），《債法各論》，頁 782-785，自刊。

⁴⁰⁹ 參閱陳聰富，前揭註 146，頁 6。

⁴¹⁰ 論者即強調時效制度需給予權利人行使權利之公平機會，參閱陳聰富，前揭註 146，頁 6-7。

⁴¹¹ 陳自強，前揭註 119，頁 16-17、107。

⁴¹² 不同見解，主張私法上之消滅時效制度因僅採取「抗辯權發生主義」，非如公法上之消滅時效制度具有使債權債務關係消滅之功能（參閱行政程序法第 131 條第 2 項），實體法層次僅為反射利益，

利排除抗辯的民法第 264 條規定之雙務契約同時履行抗辯權，涉及複數給付義務間之關聯性，依附於整體契約關係之中⁴¹³，即應劃歸為契約自由之內涵，而非落入財產權之保護範圍。循此理路，司法院 107 年度憲三字第 4 號不受理決議之不同意見認為契約解除權除契約自由以外，亦同時涉及財產權之看法，未能關照到解除契約具有使整個契約關係歸於消滅的效力，就值得再三斟酌。

第五節 小結

釐清私法上債權受憲法保障之內涵以後，如要使此一結論對私法規範之解釋適用發揮影響力，毋寧更需為其建構理論正當性並開闢作用之途徑。畢竟，本於立憲主義的制約王權思想，原先受憲法拘束者，乃是國家的政治權力行使，而非私人之行為⁴¹⁴。因此，何以用以控制「國家－私人」間法律關係的憲法，其法之拘束力能夠擴及至「私人－私人」間的社會生活關係？基本上，憲法學理乃是藉由「憲法取向解釋與合憲性解釋」與「基本權第三人效力」兩種看似南轅北轍之概念，架起憲法和私法間的橋梁。以下，本文即針對前開兩者之內涵、法理基礎、適用界限以及相互間之關聯性，進行探討。

無從作為財產權之內容，參閱李惠宗，前揭註 138，頁 351-352。

⁴¹³ 陳自強，前揭註 119，頁 107。

⁴¹⁴ 高橋和之（2006），〈憲法〉，野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利，《憲法 I》，4 版，頁 3-5，有斐閣。

第四章 憲法價值在私法關係的實踐途徑



第一節 憲法取向解釋

壹、意義

一、憲法取向解釋與合憲性解釋

概括來說，對於包含公法與私法在內之各種法律進行合乎憲法之解釋，就方法論而言，可以區分為兩種情形；其一，在法律解釋具有多種可能性時，優先選擇符合憲法意旨的解釋結果，不可捨合憲結論不用而採違憲之解釋，又稱作「合憲性解釋」；其二，於進行法律解釋活動時，本於憲法對其之影響力，應儘可能依循憲法之意旨闡釋法律之內涵，此即「憲法取向解釋」⁴¹⁵。又學理上雖亦多肯認上開兩者間具有類似性，卻仍然主張其為不同之解釋規則；例如，強調前者為同時出現合憲結果與違憲結果時，必須採取之「衝突規則」，而後者則為適用法律時單純的「解析規則」，僅為體系解釋之一環⁴¹⁶。

然而。誠如穴戶常壽教授所指出者，當法規範有複數解釋可能性之情形，除了選擇最適合系爭規定之文義、目的與體系之法律解釋外，當然也必須注入作為法體系中最高法規之憲法的保護價值，因此根本不必特別將這種避免違憲判斷的手段稱作「合憲限定解釋」（即我國學理上所稱之合憲性解釋），其終究僅為憲法適合的解釋（即我國學理上所稱之憲法取向解釋）之一種態樣而已⁴¹⁷。從這個觀點來看，

⁴¹⁵ 蘇永欽（1994），〈合憲法律解釋原則－從功能法上考量其運用界限與效力問題〉，氏著，《合憲性控制的理論與實際》，頁 84-85，月旦；吳信華，前揭註 4，頁 37-38。日本文獻，參閱駒村圭吾（2012），〈合憲限定解釋と部分違憲：および適用違憲について少々（その 1）〉，《法学セミナー》，57 卷 12 号，頁 39。

⁴¹⁶ 蘇永欽，前揭註 415，頁 84-85。類似見解，參閱王澤鑑（2022），《法律思維與案例研習》，二版，頁 222，自刊；駒村圭吾，前揭註 415，頁 39。駒村氏並強調合憲性解釋具有更狹義且強烈的「合憲」「限定」意涵。

⁴¹⁷ 穴戶常壽，前揭註 310，頁 309-310。

既然合憲性解釋無法自憲法取向解釋之範疇中完全分割，在兩者之依據同為憲法內涵在下位階法規範之體現的理解下，強行加以區分，只不過是突增困擾，此即於行文之初，即強調本文將合憲性解釋與憲法取向解釋為相同理解之緣由所在。

無獨有偶，在美國聯邦最高法院在 *Marbury v. Madison* 一案中，將判斷行政與立法等權力機關行為合憲性之司法審查 (judicial review) 納入法院解釋憲法之權限以後⁴¹⁸，此一具爭議性的權限也導致法院和其他政治部門極易產生衝突，在判定國會頒布之法律違憲之情形，甚至招致以司法積極主義 (judicial activism) 阻撓多數人意志之批評⁴¹⁹。為了解決此一困境，最高法院建立出一系列的「合憲解釋準則」，以避免法院對於憲法問題做出不必要的廣泛裁決，儘可能作成認定國會制定之法律合憲的結論⁴²⁰。並且，合憲解釋準則長期以來一直被聯邦最高法院所適用，可以說是相當穩定的看法⁴²¹。

此一準則之內涵是，當國會法案的有效性受到質疑時，甚至是對其合憲性產生了嚴重的懷疑，法院仍應首先確定對法規的解釋，是否有相當之可能性，得以避免前述之問題⁴²²。換言之，如果一項法規可以有兩種解釋，其中一種會產生嚴重和可疑的憲法問題，另一種則可以避免這種問題，法院有責任採用後者⁴²³。其和我國學理上所稱之憲法取向解釋，同具要求法院對於法規範之內涵採取合憲之解釋的功能，其背後之邏輯與面臨之挑戰，也同樣具有比較參考之價值。

二、合憲性解釋與適用上違憲

⁴¹⁸ 5 U.S. 137 (1803).


⁴¹⁹ Andrew Nolan, *The Doctrine of Constitutional Avoidance: A Legal Overview*, in CONSTITUTIONAL INQUIRIES: THE DOCTRINE OF CONSTITUTIONAL AVOIDANCE AND THE POLITICAL QUESTION DOCTRINE 1, 3 (Kelly R. Doyle ed., 2015).

⁴²⁰ *Id.* at 3-4.

⁴²¹ *Jones v. United States*, 526 U.S. 227, 239-240 (1999).

⁴²² *Ashwander v. TVA*, 297 U.S. 288, 348 (Brandeis, J., concurring) (1936).

⁴²³ *Jones*, 526 U.S. at 239-240.



另一方面，美國法上，自尋求法院救濟之人民的角度，就侵害其權利之法規範，有兩種可能之選項⁴²⁴：其一，主張適用上違憲（*as-applied challenge*），即系爭法規雖屬合憲，但如適用於該案件將侵犯其憲法上之權利⁴²⁵；其二，主張表面上違憲（*facial challenge*），也就是該法律適用在所有情況均有一般性違憲之情形，使法律本身亦欠缺合憲性⁴²⁶。而前者和合憲解釋準則之關係即是在於，法院為了避免國會所制定之法規範落入適用上違憲的窘境，經常使用合憲解釋準則來劃定法律之適用範圍⁴²⁷。因此，在憲法訴訟之過程中，原告側所主張者係適用上違憲，而法院應嘗試進行之解釋方法，則為合憲性解釋⁴²⁸。

總而言之，縱使法律規定本身合憲，法院於適用該合憲之法規範時，仍必須對基本權之價值有充分之認知與考量，否則即難脫適用上違憲之指摘⁴²⁹。是以，國內文獻上有認為合憲性解釋與適用上違憲皆為解釋法律之方法，而兩者不同之處在於前者認定法律合憲而後者則判定違憲⁴³⁰，除了對於適用上違憲之理解有所偏誤外⁴³¹，或多或少也未能正確掌握兩者之關聯性。

⁴²⁴ Fallon Jr., *supra* note 11, at 1321-22.

⁴²⁵ 在我國之憲法訴訟制度下，即應選擇裁判憲法審查作為訴訟類型，參閱吳信華，前揭註 6，頁 89-91。

⁴²⁶ 就此，美國最高法院針對憲法增修條文第 1 條所保護之權利，更發展出了過於廣泛原則（*overbreadth doctrine*），即法規之用語展現其有全面性地不當適用而侵害前開憲法上權利之可能性，而非不重要或想像中之孤立、偶然的個案始有逾越憲法界限之情形，即可允許法院宣告法律違憲。See *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518, 530-31 (1972) (Burger, C.J., dissenting); *Broadrick v. Oklahoma*, 413 U.S. 601, 615 (1973). See also Fallon Jr., *supra* note 11, at 1321-22.

⁴²⁷ Charlotte Garden, *Avoidance Creep*, 168 U. PA. L. REV. 331, 338 (2020). See, e.g., *NLRB v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

⁴²⁸ 宍戶常壽，前揭註 310，頁 310-311。

⁴²⁹ 黃銘輝（2020），〈「此『幹你娘』」非「彼『幹你娘』」？！—斷開髒話與公然侮辱的鎖鍊—臺灣桃園地方法院 107 年度易字第 131 號刑事判決簡評〉，《月旦裁判時報》，94 期，頁 33-34。

⁴³⁰ 廖元豪（2014），〈適用上違憲與合憲性解釋〉，《月旦法學教室》，143 期，頁 7-8。

⁴³¹ 例如，論者將司法院釋字第 242 號解釋、釋字第 362 號解釋以及釋字第 712 號解釋均作為適用上違憲宣告之適例（廖元豪，前揭註 430，頁 7-8；類似見解，稱此為「臺灣式的裁判憲法訴願制



貳、法理基礎

在釐清憲法取向解釋、合憲性解釋以及適用上違憲，三種互有重疊與連結之概念以後，如欲更進一步深掘法院對於法律進行憲法取向解釋的界限，先行探求憲法取向解釋之正當性基礎，實屬必要。否則，於實際上運用此一解釋方法，遭逢其背後之不同法理出現衝突的情形，孰先孰後，吾人將難以妥適地進行衡量。而據本文之理解，憲法取向解釋之法理基礎，特別是對於私法規範，至少有下列三種論證途徑⁴³²：

一、基本權對司法者之拘束力


基本權利的保護義務（客觀價值秩序作用）與防禦權功能，除了拘束立法者必須制定保護人民基本權之法規範，使其免於他人之侵害且同時不得對加害人施以過度之限制以外；同屬國家作用，對法律進行解釋與適用之法院也同樣受到此類基本權功能的直接拘束⁴³³。因此，法官於行使其裁判權時，不但須依法審判，更必須妥適地考量基本權之價值，此即憲法（基本權）與法律對法官的「二重拘束」⁴³⁴。

度」，參閱張嘉尹（2014），〈司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎〉，廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第八輯）（上冊）》，頁 155-160，中研院法律所。惟依本文之見，此類案件固然本質上為法院對於法律之解釋適用違憲的問題，然而在當時我國「抽象審查」之違憲審查制度下，均以「涵蓋過廣」的「法規範」違憲形式出現（類似見解，參閱吳志光（2007），〈憲法法院之裁判效力—比較法上之若干觀察〉，《全國律師》，11 卷 11 期，頁 16），並非宣告該法律「適用上」違憲。

⁴³² 其他論證模式，例如德國聯邦憲法法院提出之「合憲性推定」，和憲法審判權存在之理由背道而馳，在學理上早已飽受批評，囿於篇幅，茲不詳述。相關說明及批評，參閱原島啓之（2021），〈司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈（一）—ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判を手掛かりとして—〉，《阪大法学》，71 卷 1 号，頁 108-110；蘇永欽，前揭註 415，頁 118-119。

⁴³³ 原島啓之，前揭註 432，頁 129-132；我國文獻，參閱程明修（2022），〈基本權利之功能與體系〉，程明修（編），《憲法講義》，3 版，頁 222-223，元照。不同見解，認為僅立法者受基本權之直接拘束，參閱林明昕，前揭註 167，頁 1328。

⁴³⁴ 原島啓之，前揭註 432，頁 129-130。



並且，無論受審理之案件係屬公法事件或私法事件，這樣的觀點均應一體適用。有關共有人就其應有部分設定抵押權，依土地登記規則第 107 條之規定，抵押權於共有物分割時將轉載於分割後之各宗土地，而對於其他共有人或第三人之財產權造成影響，大法官亦於司法院釋字第 671 號解釋理由書闡述：「憲法第十五條關於人民財產權應予保障之規定，旨在確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，**不得因他人之法律行為而受侵害。**」亦肯認基本權（財產權）之保護義務對於民事事件之合憲性控制具有關鍵地位⁴³⁵。

不過，需特別強調的是，於此應注意「法律的適用優先原則」，原則上並不得棄較具體之法律不用，直接尋求較抽象之憲法規定作為直接依據，而係將憲法基本權之價值作為法律解釋之指針，為法院適用法律時應將憲法意旨加以具體化之義務⁴³⁶。準此，基本權規範應為憲法取向解釋之實體法基礎，當屬正確。

尤其是在私人 and 私人之間出現基本權法益相互衝突之情形（例如民法上之侵權行為），縱使立法者已經本於其優先權限，制定相應之法規範以進行抽象的利益權衡，法院仍必須在個案之中，藉由憲法取向解釋的操作，進行相衝突法益的具體衡量⁴³⁷。憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決開宗明義地闡釋：「惟一般而言，當各級法院對於法律之解釋或適用係基於對基本權根本上錯誤之理解，且該錯誤將實質影響具體個案之裁判；**或於解釋與適用法律於具體個案時**，尤其涉及概括條款之適用，若有應審酌之基本權重要事項而漏未審酌，**或未能辨識出其間涉及基本權衝突，致發生應權衡而未權衡，或其權衡有明顯錯誤之情形**，即可認定構

⁴³⁵ 參閱許政賢，前揭註 8，頁 226-227。蘇永欽大法官則以「財產權之制度性保障」及「民事自治性法規的體系正義」建構財產權保護義務之正當性基礎，參閱司法院釋字第 689 號解釋蘇永欽大法官提出之協同意見書。

⁴³⁶ 原島啓之，前揭註 432，頁 130。中文文獻，參閱陳清秀、詹鎮榮，前揭註 311，頁 191。

⁴³⁷ 司法院釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官提出之協同意見書；黃銘輝，前揭註 429，頁 33-34。



成違憲」，亦與上揭說明同符合契。畢竟，誠如論者所言⁴³⁸：「相衝突的基本權利實際上是否已經達到最佳化的調和，是難以脫離個案脈絡來認定的。」

二、法秩序一致性的要求

另外一種憲法取向解釋之依據，則是「法秩序一致性」的觀點。而所謂的法秩序一致性，是在平等原則之要求下，整體法秩序之規範與評價必須免於矛盾，係法治國原則之展現，且具有憲法之位階⁴³⁹。而法律整體意義關聯性之追求，結合憲法優位性之理念，下位階之法規範必須以合乎上位階之憲法的意旨之方式進行解釋，以達成不同位階法規範間的一致性，此亦構成憲法取向解釋之正當性基礎⁴⁴⁰。

藉由法秩序一致性之憲法誠命論證憲法取向解釋最大的問題在於，當法律本身有違憲可能之情形，將法律宣告違憲無效，同樣也能達成法秩序一致性和憲法優位性之目的，也因此單以法秩序之一致，似乎無法為憲法取向解釋提供充分之基礎⁴⁴¹。不過，蘇永欽大法官在法秩序一致的要求以外，更獨出巧思地注入「法規動態意義的串聯」之憲政理念，強調縱使宣告法律違憲也能消弭法秩序之矛盾，然而唯有透過憲法取向解釋的妥適運用，才能使憲法和法律本身與相互間，達到平衡與妥協，進而更緊密的統合⁴⁴²。實際上，受制於實定法本身的複雜性與多樣性，如欲透過法規之制定、修正與廢棄來合致法秩序的一致性，皆不免力

⁴³⁸ 黃銘輝，前揭註 429，頁 34。

⁴³⁹ 我國學理對於法秩序一致性內涵之闡述，參閱吳從周（2019），〈再訪違章建築——以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察其法律性質與地位〉，吳從周（等著），《違章建築專題研究》，頁 6-23，元照。

⁴⁴⁰ コンラート・ヘッセ（著），初宿正典、赤坂幸一（訳），前揭註 20，頁 46；陳清秀，前揭註 151，頁 233-234。又法秩序一致性之概念，日本法上稱作「法秩序的統一性」，併此敘明。

⁴⁴¹ 原島啓之，前揭註 432，頁 111-113。

⁴⁴² 蘇永欽，前揭註 415，頁 119-120。

有未逮⁴⁴³。特別是憲法法院的訴訟量能極為有限，法秩序一致性的達成，仍舊必須仰賴普通法院在適用法律之時，將憲法之基本原理納入考量。



三、權力分立的觀點

晚近，學理上論及憲法取向解釋之法理依據時，最頻繁提及者，當屬「尊重立法者」的權力分立思想，蓋具有多元直接民意基礎的立法者所作之決定，僅具間接民主正當性之法院於審查時應有所節制⁴⁴⁴。另一方面，法律制定之程序較為公開透明，且三讀程序亦高度嚴謹，各方不同利益團體之主張均得透過代議士協調、折衝，此一成果也應儘量予以維持⁴⁴⁵。準此，功能最適的權力分立原則，也能夠作為法院應戮力避免法律違憲無效之理由。

美國法上的合憲解釋準則的發展脈絡，則源自法院在認定由國會制定之法律違憲時，因為法律背後所代表的乃是選民的意志，故其將面臨「抗多數決之困境」（*countermajoritarian difficulty*），而為了調和法院之抗多數主義和民主原則之衝突，藉由「消極美德」（*passive virtues*）和「司法最小主義」（*judicial minimalism*）之思維，防止法院踰越其和政治部門之界限⁴⁴⁶。*Jones v. United States*⁴⁴⁷一案中，聯邦法院說得明白⁴⁴⁸：「出於對國會的尊重，我們認為國會是根據憲法的限制進行立法的」，即屬上述理念之展現，基本上也和我國學理之論述，有異曲同工之妙。

而美國聯邦最高法院於操作合憲解釋準則時，並不區分當事人所主張者為系爭規範「適用上違憲」，亦或者是「表面上違憲」⁴⁴⁹。例如 *NLRB v. Catholic Bishop*

⁴⁴³ 相同見解，指出由規範論之角度難以達成法秩序之一致性，參閱吳從周，前揭註 439，頁 7-8。

⁴⁴⁴ 陳淳文（2019），〈論憲法解釋原則〉，《中研院法學期刊》，2019 特刊 2，頁 174-175；吳信華，前揭註 4，頁 38；許育典，前揭註 9，頁 31。

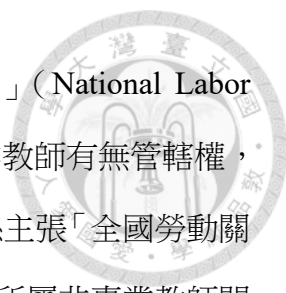
⁴⁴⁵ 許育典，前揭註 9，頁 31。

⁴⁴⁶ Nolan, *supra* note 419, at 7-11.

⁴⁴⁷ 526 U.S. 227 (1999).

⁴⁴⁸ *Id.* at 239-240.

⁴⁴⁹ Garden, *supra* note 427, at 386.



of Chicago⁴⁵⁰一案，其所處理者為原告「全國勞工關係委員會」(National Labor Relations Board, NLRB)對被告教會經營之學校所僱傭之非專業教師有無管轄權，得命被告停止其拒絕和工會協商之不當勞動行為。而雖然被告係主張「全國勞動關係法」(National Labor Relations Act)不應適用於教會學校和其所屬非專業教師間的勞資關係，最高法院仍然使用了合憲性解釋準則，限縮全國勞動關係法之適用範圍⁴⁵¹。不過，啟人疑竇的是，在系爭法規本身並無違憲之疑慮，也就是僅有適用上違憲而無表面違憲之可能性時，法院並無宣告法律違憲無效之空間，如此一來，採取憲法迴避準則以避免認定法律違憲，進而尊重立法者之前提，也就不復存在⁴⁵²。換言之，若採取合憲性準則之唯一目的是增加適用上違憲成功之可能性，是不符合邏輯的⁴⁵³。

實則，更有論者對以尊重立法者為由，建構合憲解釋準則之觀點提出根本性的反論⁴⁵⁴。Posner 法官即指出，考量到現代國會事務的複雜與繁瑣，立法者難有能力推翻曲解其真意的司法判決，因此，透過解釋法規以避免引起憲法問題的實際效果是擴大憲法禁止事項的範圍，其效果等同於法官創造的憲法⁴⁵⁵。類似地，Schauer 教授亦認為，在操作合憲解釋準則時，法院經常以立法者未曾預料之方式解釋法規；因此，何以為避免違憲之疑慮而對聯邦法規進行嚴格的解釋，將比對同一法規進行較廣泛的解釋，而以其違反憲法為由宣告其無效，要少一些司法入侵 (judicial intrusion)，並不清楚⁴⁵⁶。

⁴⁵⁰ 440 U.S. 490 (1979).

⁴⁵¹ *Id.* at 502-04.

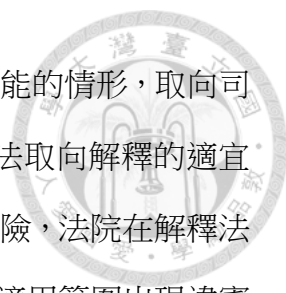
⁴⁵² Charlotte Garden, *Religious Employers and Labor Law: Bargaining in Good Faith*, 96 B.U. L. REV. 109, 133 (2016).

⁴⁵³ *Id.*

⁴⁵⁴ Richard A. Posner, *Statutory Interpretation – in the Classroom and in the Courtroom*, 50 U. CHI. L. REV. 800, 816 (1983); Frederick Schauer, *Ashwander Revisited*, 1995 SUP. CT. REV. 71, 74 (1995).

⁴⁵⁵ Posner, *supra* note 454, at 816.

⁴⁵⁶ Schauer, *supra* note 454, at 74.



針對上述質疑，本文的回應是，縱使在法規本身沒有違憲可能的情形，取向司法和立法權限分配的權利分立考量，仍然是合憲解釋準則或憲法取向解釋的適宜基礎。原因是，縱使立法者制定之法規範並無遭到全面推翻的風險，法院在解釋法律的過程中，如未事先將憲法之意旨納入考量，導致系爭法規之適用範圍出現違憲的窘境；也同樣違背立法者在制定法律之時，由於受到基本權之拘束，會將憲法精神納入考量的預設⁴⁵⁷，實際上也是對國會的不尊重。

至於法院可能以違背立法者真意之方式解釋法律，而造成司法擴權，侵入立法權限的看法，也無法動搖前述權限劃分之說明⁴⁵⁸。蓋只要法院在整個解釋的過程之中，恪守各種法學解釋方法，諸如文義解釋、歷史解釋、目的解釋乃至於體系解釋之要求，在立法者「可能的」真意範圍內進行解釋；而非將憲法取向解釋作為唯一或較優越的解釋準則，凌駕於其他解釋手段之上，法院於解釋法律時，將憲法之意旨納入考量，仍然是尊重立法者之展現⁴⁵⁹。是以，權力分立的要求，也同樣是憲法取向解釋的正當性基礎。

四、小結

綜上，基本權對司法者的拘束力、法秩序的一致性以及權力分立原則，率皆得作為憲法取向解釋的正當性依據。然而，如前所述，在適用此一解釋準則進行法律解釋之情形，上開三種理論根據，可能會有相互衝突與矛盾的可能。此時，應以何者為優先，則涉及憲法取向解釋界限的標定，此即本文以下欲探討之重心所在。

⁴⁵⁷ 關於基本權對立法者之拘束，參閱許宗力（2003），〈基本權利：第四講—基本權利對國家權力的拘束〉，《月旦法學教室》，7期，頁87-89。

⁴⁵⁸ 類似見解，指出批評合憲解釋準則之論點「誇大了法院能夠『改寫』法律的程度」，參閱 Slocum, *supra* note 12, at 596.

⁴⁵⁹ 實際上，否定論者對於全面推翻以尊重立法者作為採取合憲解釋準則之理由，也是語帶保留。Schauer 教授在質疑合憲解釋反而可能造成司法入侵後，卻謂：「至少，這樣的做法表明，將避免憲法問題作為一項具有優先於所有其他司法行為之原則的作法是過於急切的」（Schauer, *supra* note 454, at 74），即屬適例。



參、憲法取向解釋的界限

一、司法審判實務之困境

(一) 美國法

1. *NLRB v. Catholic Bishop of Chicago*

美國聯邦最高法院在操作合憲解釋準則時，不斷受到指摘的，便是其結果和一般法學解釋方法有所扞格，而有違反立法者原意之疑慮，前已有所述及，上開 *NLRB* 判決即為相當著名的案例。該案中，縱使全國勞動關係法第 152 條第 (2) 項針對該法所稱之「雇主」作了極為廣泛的定義，認為除了政府本身以及政府全額投資之企業等該條文規定之特殊情形，任何直接或間接作為雇主代理人之人皆涵蓋在內⁴⁶⁰，多數意見仍然將教會所經營之學校排除於該法之適用範圍。

而之所以會作出前開結論，主要原因在於法院認定透過「立法歷史」(legislative history) 的探求，立法者曾針對該法進行修正，允許受僱人得本於其宗教信仰拒絕參加勞工組織，展現了對於宗教自由的敏感性；因此即使條文文義未作限制，其並沒有明確表達國會有將教會經營的學校的教師納入該法適用範圍的意圖⁴⁶¹。是以，法院得透過合憲性解釋準則之解釋方法，避免全國勞工關係委員會對教會所經營之學校的教師行使管轄權，而造成違反憲法增修條文第 1 條所保障之宗教自由之危險與可能性⁴⁶²。

惟此一觀點隨即受到不同意見的強烈質疑，*Brennan* 大法官即主張，全國勞動關係法第 152 條第 (2) 項的語意極為明確，將該法之適用範圍劃定及於條文明文列舉八個例外情形以外的所有雇主；如今，法院透過解釋而非修法創造「教會經營

⁴⁶⁰ 29 U.S.C. §152 (2).

⁴⁶¹ *NLRB*, 440 U.S. at 504-06. 關於法院透過一般法學解釋方法探求立法者是否明確表達其意圖之我國文獻，參閱黃銘輝 (2014)，〈論美國法上法院對行政行為的司法審查密度—以通訊傳播行政為中心〉，《臺北大學法學論叢》，92 期，頁 208-209。

⁴⁶² *NLRB*, 440 U.S. at 507.

之學校」此一例外，將明顯逾越司法權之功能界限⁴⁶³。並且，若自立法歷史進行觀察，國會在全國勞動關係法的修法過程中，曾否決一個內容和多數意見類似，將任何收益不歸於股東或個人的專門為宗教、慈善、科學、文學或教育目的而組織和運作的公司、社區機構、基金或基金會，排除於雇主定義以外的提案⁴⁶⁴。因此，國會的意圖是欲將全國勞動關係法的適用範圍包括而非排除教會經營的學校的非專業教師，Brennan 大法官更借引自由派三劍客之一 Cardozo 大法官的名言，抨擊在此時仍然採取合憲解釋準則，無疑是「迴避困難，到了虛偽逃避的程度」⁴⁶⁵。

2. Jennings v. Rodriguez

晚近，最高法院對於合憲解釋準則之適用，似乎有趨於保守的傾向。西元 2015 年，聯邦第九巡迴上訴法院在 *Rodriguez v. Robbins*⁴⁶⁶一案，就「移民及國籍法」(Immigration and Nationality Act) 第 1125 條第 (b) 項與第 1126 條第 (a) 項及 (c) 項有關拘留外國人之規定⁴⁶⁷，認為其除一般外國人外，亦可能適用於享有憲法正當程序 (due process) 保障的合法永久居民，故採取合憲解釋準則，解釋為隱含了六個月的最長時限，如欲延長即必須踐行保釋聽證 (bond hearing)⁴⁶⁸。本案上訴至最高法院，在 *Jennings v. Rodriguez*⁴⁶⁹一案中，由 Alito 大法官主筆之多數意見，一改過往廣泛使用合憲解釋準則的積極立場，特別強調合憲解釋準則之適用，必須以該法規有一個以上之合理解釋時，方有適用之餘地⁴⁷⁰。而本案存在爭議的三

⁴⁶³ *Id.* at 511 (Brennan, J., dissenting).

⁴⁶⁴ *Id.* at 511-14.

⁴⁶⁵ *Id.* at 517. 文獻上對 *NLRB* 一案的分析批評，例見 Garden, *supra* note 427, at 338.

⁴⁶⁶ 804 F.3d 1060 (9th Cir. 2015).

⁴⁶⁷ 8 U.S.C § 1225 (b), 1126 (a) (c).

⁴⁶⁸ *Rodriguez*, 804 F.3d at 1082-83.

⁴⁶⁹ 138 S. Ct. 830 (2018).

⁴⁷⁰ *Id.* at 842. *See also* Garden, *supra* note 427, at 338.



個條款，其文義並無任何內容提及居留之長度，亦未有關於保釋聽證之規範，無法被合理解釋為包含六個月之拘留長度限制，因此並無採取合憲解釋準則之空間⁴⁷¹。


(二) 我國法

1. 司法院釋字第 623 號解釋

我國釋憲實務對於憲法取向解釋的操作，主要體現在和言論自由法相關的刑事法領域。例如，針對為促進非法商業活動之商業性言論，司法院釋字第 623 號解釋之多數意見於理由書明示：「因此促使人為性交易之訊息，係促使其為非法交易活動，立法者基於維護公益之必要，自可對之為合理之限制。」先是宣示對促進非法交易活動之商業性言論的管制，採取尊重立法形成自由的寬鬆審查標準之原則⁴⁷²，並進一步指出：「兒童及少年性交易防制條例第二十九條規定：『以廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，散布、播送或刊登足以引誘、媒介、暗示或其他促使人為性交易之訊息者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金』，乃在藉依法取締促使人為性交易之訊息，從根本消弭對於兒童及少年之性剝削。故凡促使人為性交易之訊息，而以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容者，具有使兒童少年為性交易對象之危險，一經傳布訊息即構成犯罪，

⁴⁷¹ *Id.* at 842-43.

⁴⁷² 林志潔（2007），〈無菌空間的想像與堅持—評釋字第六二三號解釋及兒少性交易防制條例第二十九條〉，《台灣法學雜誌》，92 期，頁 231-232。並得參閱司法院釋字第 623 號解釋許宗力大法官提出之部分協同與部分不同意見書。不同意見，以本號解釋文中「上開規定乃為達成防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件之國家重大公益目的，所採取之合理與必要手段，與憲法第二十三條規定之比例原則，尚無抵觸。」之「重大公益目的」以及「合理必要手段」之論述，主張本號解釋係採取中度偏嚴格之審查標準。參閱楊智傑（2020），〈菸品包裝管制與言論自由、財產權限制之違憲審查——美國、加拿大、澳大利亞與臺灣比較〉，《政大法學評論》，162 期，頁 300-301。惟本文以為此一見解應過度拘泥於用語之爭，而忽略本號解釋理由書開宗明義之闡述：「商業言論所提供之訊息，內容為真實，無誤導性，以合法交易為目的而有助於消費大眾作出經濟上之合理抉擇者，應受憲法言論自由之保障。」則以非法之性交易為目的之商業性言論，則應是被認定為受憲法保障之程度較低而採取寬鬆的審查標準。



不以實際上發生性交易為必要。又促使人為性交易之訊息，縱然並非以兒童少年性交易或促使其為性交易為內容，但因其向未滿十八歲之兒童少年或不特定年齡之多數人廣泛傳布，致被該等訊息引誘、媒介、暗示者，包括或可能包括未滿十八歲之兒童及少年，是亦具有使兒童及少年為性交易對象之危險，故不問實際上是否發生性交易行為，一經傳布訊息即構成犯罪。惟檢察官以行為人違反上開法律規定而對之起訴所舉證之事實，行為人如抗辯爭執其不真實，並證明其所傳布之訊息，並非以兒童及少年性交易或促使其為性交易為內容，且已採取必要之隔絕措施，使其訊息之接收人僅限於十八歲以上之人者，即不具有使兒童及少年為性交易對象之危險，自不屬該條規定規範之範圍。」


本號解釋之論理，即是透過合憲性解釋及目的性限縮解釋之法學方法，藉由將原屬抽象危險犯的民國 96 年公布之兒童及少年性交易防制條例第 29 條⁴⁷³，解釋為具體危險犯，以契合系爭法律避免對於兒童及少年為性剝削之規範目的，避免打擊過廣而對言論自由造成不合比例之侵害，進而維持系爭規範的合憲性。此種作法即招致學理上認為已逾越合憲性解釋之界限，損及立法者將系爭規定設計為抽象危險犯之規範核心，而違反權力分立原則的批評⁴⁷⁴。

2. 司法院釋字第 617 號解釋

又如司法院釋字第 617 號解釋於處理刑法第 235 條規定：「散布、播送或販賣猥褻之文字、圖畫、聲音、影像或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科九萬元以下罰金。意圖散布、播送、

⁴⁷³ 此一條文於民國 104 年兒童及少年性交易防制條例修法時，已移列第 40 條，並按本號解釋之意旨修正為：「以宣傳品、出版品、廣播、電視、電信、網際網路或其他方法，散布、傳送、刊登或張貼足以引誘、媒介、暗示或其他使兒童或少年有遭受第二條第一項第一款至第三款之虞之訊息者，處三年以下有期徒刑，得併科新臺幣一百萬元以下罰金。」

⁴⁷⁴ 司法院釋字第 623 號解釋許宗力大法官提出之部分協同與部分不同意見書；林志潔，前揭註 472，頁 238-239。



販賣而製造、持有前項文字、圖畫、聲音、影像及其附著物或其他物品者，亦同。前二項之文字、圖畫、聲音或影像之附著物及物品，不問屬於犯人與否，沒收之。」是否違反憲法第 11 條及第 23 條所揭示保障言論自由之意旨及比例原則之爭議時，本號解釋之多數意見雖然指出，性言論之表現與性資訊之流通，不問是否出於營利之目的，均應受憲法第 11 條言論及出版自由之保障；卻仍然認為刑法第 235 條針對含有暴力、性虐待或人獸性交等而無藝術性、醫學性或教育性價值之猥褻資訊、物品（硬蕊猥褻性言論）以及其他足以刺激或滿足性慾，而令一般人感覺不堪呈現於眾或不能忍受而排拒之猥褻資訊、物品（軟蕊猥褻性言論），未採取適當之安全隔絕措施（例如附加封套、警告標示或限於依法令特定之場所等）而為傳布，使一般人得以見聞之行為進行處罰，對性言論之表現與性資訊之流通，並未為過度之封鎖與歧視，故仍屬合憲⁴⁷⁵。

前述之多數意見和司法院釋字第 623 號解釋同樣採取了合憲性解釋，將軟蕊之猥褻性言論之刑罰限於未採取適當隔絕措施的情形，以避免抵觸憲法第 11 條保障言論自由之意旨，進而維持規範效力。不過，此一合憲性解釋之使用，針對軟蕊之性資訊創造「未採取適當之安全隔絕措施」之要件，同樣被少數意見認為已逾越文義之範圍，並違背立法者之主觀意旨；反之，將刑法第 235 條之處罰範圍限縮在硬蕊之性資訊，才是使用合憲性解釋所能夠得出的合理結論⁴⁷⁶。

3. 司法院釋字第 671 號解釋

至於大法官對於民事法規採取合憲性解釋的案例，則可見諸於前揭之司法院釋字第 671 號解釋。對於土地登記規則第 107 條第 1 項本文：「分別共有土地，部分共有人就應有部分設定抵押權者，於辦理共有物分割登記時，該抵押權按原應有

⁴⁷⁵ 參閱司法院釋字第 617 號解釋理由書；關於硬蕊與軟蕊之猥褻性言論之分類，並得參閱司法院釋字第 617 號解釋林子儀大法官提出之部分不同意見書。

⁴⁷⁶ 參閱司法院釋字第 617 號解釋許玉秀大法官提出之不同意見書。

部分轉載於分割後各宗土地之上。」是否不符合憲法課予立法者對於抵押權人或其他共有人之財產權的保護義務，該號解釋最終採取合憲性解釋之方法以「是強制執行時，係以轉載於分割後各宗土地經抵押之應有部分，為其執行標的物。於拍定後，因拍定人取得抵押權客體之應有部分，由拍定人與其他共有人，就該不動產全部回復共有關係，其他共有人回復分割前之應有部分，經轉載之應有部分抵押權因已實行而消滅，從而得以維護其他共有人及抵押權人之權益。」藉由將應有部分設定抵押權之共有不動產的分割與後續拍賣，解釋為抵押權實行時「強制回復分割前的狀態」，來解決抵押權人與其他共有人的財產權保障問題⁴⁷⁷。

對於多數意見的作法，黃茂榮大法官固然在其提出之協同意見中強調⁴⁷⁸：透過在強制執行時回復共有之法律狀態可以避免土地登記規則第 107 條第 1 項本文所規定之抵押權轉載方式，強加抵押權負擔於其他共有人取得之土地而「違反私法自治原則」⁴⁷⁹；並且，若共有人在抵押權人實行抵押權而使土地回復共有狀態以後欲重為分割，仍可依民國 98 年新增訂之民法第 824 條之 1 第 2 項處理，更可「促進新舊制度接軌」⁴⁸⁰。然而，文獻上仍然對於「強制回復分割前的狀態」此種使原本之裁判分割或協議分割前功盡棄的運作模式，自「分割安定性與土地使用效率之減損」⁴⁸¹、「司法資源之浪費」以及「用『當然除去』的規則替代民法第 866 條『有影響時除去』的規則將對所有權人的處分自由造成過度之限制」而違反「民事財產法體系正義」等角度⁴⁸²，提出諸多非議。

⁴⁷⁷ 關於本號解釋此段論理之分析，參閱司法院釋字第 689 號解釋蘇永欽大法官提出之協同意見書。

⁴⁷⁸ 參閱司法院釋字第 671 號解釋黃茂榮大法官提出之協同意見書。

⁴⁷⁹ 蓋依民法第 819 條第 1 項之規定，共有人就其應有部分設定抵押權，毋庸得到其他共有人之同意。並得參閱司法院釋字第 141 號解釋。

⁴⁸⁰ 換言之，本號解釋所處理之爭議在修法使抵押權人在共有物分割時即有參與之機會以後，已然得到相當程度的解決，參閱蘇永欽，前揭註 141，頁 16。

⁴⁸¹ 陳明燦（2010），〈論共有土地分割與權利保護－簡評司法院大法官釋字第 671 號解釋〉，《台灣法學雜誌》，150 期，頁 182。

⁴⁸² 蘇永欽，前揭註 141，頁 17-21。並得參閱司法院釋字第 689 號解釋蘇永欽大法官提出之協同意



4. 司法院釋字第 777 號解釋

和美國法發展湊巧的是，近期合憲性解釋似乎也失卻我國大法官的鍾愛。面對刑法第 185 條之 4 構成要件中之「肇事」是否違反明確性原則之爭議，司法院釋字第 777 號解釋之多數意見認為：「肇事」文義所及之範圍，包含「因駕駛人之故意或過失」或「非因駕駛人之故意或過失」（例如因不可抗力、被害人或第三人之故意或過失）所致之事故，前者依刑法之文義解釋與體系解釋，並無不明確之情形；相對於此，非因駕駛人故意或過失所致事故是否屬於本條所稱之「肇事」，人民難以理解或預見，不符法律明確性原則之要求。

而這種割裂式的理解，便受到不同意見指摘違反人民之法常識，應採取合憲性解釋，綜合文義、社會通念以及刑法之體系，將系爭規定所稱之肇事，限縮在當事人就事故之發生有故意或過失之情形⁴⁸³。

（三）小結

總結美國與我國訴訟實務就憲法取向解釋之操作狀況，吾人可以察覺，在考量憲法規範意旨的情形下，為了將法規之適用範圍限縮在合憲的框架內，法院往往會嘗試挑戰文義可理解的界限。而這種作法便難以脫免違背立法者本意，而有違以憲法取向解釋維護權力分立之意旨的指摘，這也往往是多數意見和不同意見攻防的戰場所在。

惟除此之外，有無其他的解釋方法同是構築憲法取向解釋合理範圍的重要因素？上開學理以「體系正義」之觀點對司法院釋字第 671 號解釋所提出之質疑，以及我國司法院釋字第 777 號解釋之不同意見，在論證應如何針對刑法第 185 條之 4

見書。

⁴⁸³ 參閱司法院釋字第 777 號解釋湯德宗大法官提出、林大法官俊益加入[5]部分之部分協同暨部分不同意見書。



的肇事要件進行合憲性解釋時，所提及的「體系解釋」，即已悄然開啟觀察合憲性解釋之另一不同面向。

二、被忽略的體系解釋

所謂的體系解釋，其意義在於自條文的多個解釋可能性中，應優先選擇有助於達成系爭規定與其他規定之「事理上一致性」的解釋⁴⁸⁴。特別是法律內在的原則與價值秩序之調和，包含不同位階的法規範之整合，以及法律概念的無矛盾性，皆為體系解釋之核心目的⁴⁸⁵。也因此，體系解釋和憲法取向解釋同樣具有維持法秩序一致性的重要功能。

尤有甚者，法秩序的一致性誠命非僅存在於不同位階的法規範之間，同位階的法規範相互間也不能呈現矛盾的狀態，必須遵守立法者所建構之基本原則，以維持法律的一貫性⁴⁸⁶。這種規範間關係的合憲性問題，又稱作「體系正義」，如有所違反而形成無正當理由之差別待遇，也就牴觸了憲法之平等原則⁴⁸⁷。從這個觀點出發，吾人似乎可以發現體系解釋也應是進行憲法取向解釋時，必須嚴格遵守的界限。原因在於，倘若在傾注憲法之價值至下位階的法規範之時，反而導致立法者所制定之規範出現矛盾或衝突的狀況，則根本無從達成憲法取向解釋所欲追求的法秩序一致性⁴⁸⁸。


⁴⁸⁴ Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，前揭註 24，頁 230。

⁴⁸⁵ 王澤鑑 (2016)，《民法總則》，增訂新版，頁 68，自刊；Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，前揭註 24，頁 232。

⁴⁸⁶ 李惠宗 (1990)，〈體系正義作為違憲審查基準之探討—以釋字第 228 號解釋為素材〉，《憲政時代》，16 卷 2 期，頁 27。

⁴⁸⁷ 參閱李惠宗，前揭註 486，頁 27；司法院釋字第 455 號解釋翁岳生大法官提出之協同意見書。

⁴⁸⁸ 固然立法者所形構之法律體系如和憲法價值產生衝突，亦可能係因立法者原先根本未注意憲法條文所致。但是，此一場合下的法秩序合憲性維持，已然超越憲法取向解釋的功能極限，應交由法規範違憲審查機制處理，使立法者有機會就相關法律規定進行通盤檢討。類似觀點，參閱林明昕，前揭註 167，頁 1329；司法院釋字第 585 號解釋許宗力大法官提出之部分不同意見書。



實則，此種法律體系性之維持對於憲法取向解釋而言，其重要性相對於立法者原意之探求以及基本權利之保護，恐怕是有過之而無不及。畢竟，在現代法學方法論的調和觀點下，立法者的主觀意志，終究也只是解釋法律時必須衡量的一種要素而已⁴⁸⁹；而基本權利價值之實現，並不以合憲性解釋為唯一手段，藉由法規範違憲審查之相關制度宣告系爭規範違憲，更是具有拘束其他第三人以及國家各機關之廣泛一般效力的選擇⁴⁹⁰。此外，在嘗試以憲法之觀點解釋私法規範時，慮及基本權利之相關規範終究係以國家和私人間之關係為出發點，而和私法規範以私人間之法律關係為規範目標有本質之不同，故其本身之自治性與體系性（例如私法自治原則），更應受到較高程度之確保⁴⁹¹。

其實，此種於進行合憲性解釋時，一併注意體系解釋的解釋方法操作，我國民事審判實務於認定祭祀公業條例第 5 條：「本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。」所稱之「繼承人」是否包含「遺妻」或「遺母」時，最高法院 105 年度台上字第 2268 號判決即強調：「按司法審判機關於行使審判權解釋相關法律規定時，應本諸憲法保障男女平等意旨，為**合憲性解釋**。法律之解釋固以法律文義為基石，惟有實現更大法價值之必要時，執法者非不得捨文義解釋，而為**體系解釋**或目的解釋。」並進而

⁴⁸⁹ Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯)，前揭註 24，頁 223-225。晚近，文獻上亦漸有於法學方法論上著重客觀目的與原理原則之追求，而非立法者主觀意志的觀點。例見張譯文 (2021)，〈物權化公式 4.0—最高法院 109 年度台上字第 1821 號民事判決評釋〉，《台灣法律人》，5 期，頁 74-76（認為基於「保護占有利益」，使用借貸契約得類推適用民法第 425 條買賣不破租賃之規定）；黃奕華，前揭註 8，頁 200-206（以財產權保障為由，主張於受讓人屬「明知或因重大過失而不知」的情形，未登記之不動產分管契約得類推適用民法第 826 條之 1 第 1 項）。

⁴⁹⁰ 關於抽象違憲審查制之一般效力，參閱林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞 (2016)，《憲法：權力分立》，3 版，頁 37，新學林。

⁴⁹¹ 但仍應注意，涉及社會形成、環境政策以及經濟政策之國家目標規定的實現，亦是民主立憲國家之立法者的任務，並且可能以私法規範之制定作為手段，則此類私法規定即無太多強調「私法秩序自生」的私法自治原則作用之空間，參閱平良小百合，前揭註 188，頁 75-77。

藉由憲法性別平等之要求、探求立法目的、內在體系的觀察指出祭祀公業條例有「兼顧國家對女性之積極保護義務，參以祭祀公業係以祭祀祖先發揚孝道、延續宗族傳統」之價值決定，因此祭祀公業條例第 5 條之繼承人應包含遺妻或遺母。此一見解可說是充分體現了合憲性解釋和體系解釋之間，難捨難分的高度關聯性⁴⁹²。


準此，再次檢視美國最高法院及我國憲法法庭對於合憲性解釋之適用，或許就不難發現，*NLRB* 一案中，藉由合憲性解釋將教會經營之學校排除於全國勞動關係法第 152 條第 (2) 項所稱之雇主，其實恰恰符合該法容許受僱人得基於其宗教信仰拒絕加入勞工組織，所展現之尊重受規範者宗教信仰自由的價值決定，從而多數意見之看法應該是相當值得支持的。於此相反，我國司法院釋字第 623 號解釋，即忽略自條文之內在體系觀察，刑法之具體危險犯往往在構成要件上即會設定特定的具體危險結果，例如刑法公共危險罪章中有關「致生公共危險」、「致生往來之危險」或「致生危險於他人之身體健康」之規定均屬之⁴⁹³；從而，該解釋之多數意見將僅以「傳布促使人為性交易之訊息」之行為作為構成要件要素的民國 96 年公布之兒童及少年性交易防制條例第 29 條，合憲性限縮解釋為「有使兒童及少年為性交易對象之危險」，而自抽象危險犯質變為具體危險犯，便和有刑事法之體系脈絡產生衝突之疑慮。

三、和基本權第三人效力之關聯性

在釐清合憲性解釋或憲法取向解釋之概念意涵以後，吾人難免困惑：既然已得藉由在解釋私法規範時考量憲法之意旨，使憲法之價值體現於私人間之關係，那麼所謂的基本權第三人效力又和憲法取向解釋有何等之關聯？

⁴⁹² 學理上對於本件判決之評釋，參閱詹森林 (2019)，〈憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐〉，《台灣法學雜誌》，381 期，頁 102-104；王澤鑑，前揭註 416，頁 225-226、234-236。

⁴⁹³ 林鈺雄，前揭註 151，頁 101-103。並得參閱刑法第 174 條第 2 項、第 185 條第 1 項及第 189 條之 1 第 1 項等相關規定。



一種可能的觀點是，憲法取向解釋和基本權第三人效力具有相同之功能，皆是將憲法之基本權利藉由解釋概括條款，進而在私法關係中發揮作用⁴⁹⁴。不過更精準來說，基本權利之第三人效力其實是法院於適用法律時進行合憲性解釋，使基本權利藉由法律適用的過程產生影響力，而產生的「基本權利之放射效力」於民事法範圍內的一種態樣⁴⁹⁵。而由於基本權第三人效力關注的是私人是否以及如何受到基本權利拘束的問題⁴⁹⁶，實際上也就可能構成法院在針對涉及民法權利的相關條文（例如民法第 184 條侵權行為之規定）進行合憲性解釋時，必須遵循之規則⁴⁹⁷。

而基本權究竟在私法關係中會產生何種作用，也就決定了憲法財產權規範對於民事侵權行為法的作用方式。如果聚焦在本文所關注的債權得否作為侵權行為法上之權利，問題便是在於：得否因為債權為受憲法保護之財產權，而同樣認為其必須被承認為民法第 184 條第 1 項所稱之權利？就此，即是涉及基本權利能否在私法關係中發生主觀權利性之作用，而為本文以下欲探討之重心所在。

第二節 基本權第三人效力的重構

壹、基本權利的間接適用

在分析基本權利得否拘束私法關係之前，必須特別說明的是，於此所謂的私法關係乃是純粹的私人間相互往來關係，倘若涉及國家行為之介入，而需分析是否受基本權利較高程度之拘束，則為國家行為理論（state action）的守備範圍⁴⁹⁸。因此，

⁴⁹⁴ 王澤鑑，前揭註 416，頁 222。

⁴⁹⁵ 林明昕，前揭註 167，頁 1328-1329。

⁴⁹⁶ 林明昕，前揭註 167，頁 1328。

⁴⁹⁷ 參閱蘇永欽（1994），〈憲法權利的民法效力〉，氏著，《合憲性控制的理論與實際》，頁 39-40，月旦。

⁴⁹⁸ 蘇永欽，前揭註 497，頁 29-33、36-39。國家行為理論之意義與發展，參閱 KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, CONSTITUTIONAL LAW 814-35 (ROBERT C. CLARK et al. eds., 8th ed., 2013)。中文文獻，參閱法治斌（1983），〈私人關係與憲法保障〉，《政大法學評論》，27 期，頁 159-194。



學理上或有建立在基本權僅得拘束國家之行為，而無從於私人間發生效力，進而提倡以國家行為理論取代基本權第三人效力理論之觀點⁴⁹⁹，便不在本文討論之範疇。

一、實務見解

而觀察我國法制之發展脈絡，實務見解初始對於基本權利在私法關係中產生作用力抱持較為質疑保留的立場⁵⁰⁰，不過晚近對於基本權利對於私人的拘束力，則漸採寬容肯定之態度，而細分其在民事案件中適用基本權利之方式，又可再劃分為下列四種態樣。


其一，將基本權蘊含之價值，於解釋民法公序良俗條款時加以具體化。例如，最高法院 111 年度台上字第 1169 號民事判決認為「按契約自由係受憲法保障之基本權利……是若當事人於締結契約之際，缺乏實質之平等及自由，致約定內容不具妥當性，法院基於基本權利間接第三人效力之作用，固得依民法第 72 條公序良俗或第 148 條第 2 項誠實信用原則，並藉由解釋、適用或補充法律之職權行使，對於契約效力及其內容予以合理之限制或增補，俾使契約自由及契約正義獲得最大程度之調和與實現」⁵⁰¹。

其二，於解釋適用民事法規定時，針對基本權衝突之情境進行利益衡量，使人民得間接透過法律主張基本權利。此種論證路徑和前者最大的差異在於，憲法價值於民事法規範中的實踐途徑，將不僅止於所謂的公序良俗等概括條款，只要該條文之用語有不同之解釋可能，或多或少都有憲法意義參與的空間。而採擇此種間接適用模式的實務見解，可見諸於臺灣高等法院 104 年度上字第 718 號民事判決：「是

⁴⁹⁹ 松井茂記，前揭註 188，頁 324-326。

⁵⁰⁰ 參閱臺灣臺北地方法院 68 年訴字第 13412 號判決（原告主張被告公司之離職條款違反憲法第 7 條性別平等與第 15 條工作權以及民法之公序良俗條款，法院均未審究）。有關該判決之評釋，參閱蔡欽源（1983），《憲法上基本權利之規定在私法關係中之效力》，頁 198-203，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁵⁰¹ 類似見解，參閱臺灣台中地方法院 99 年度中勞簡字第 46 號民事判決。




關於言論自由及名譽權保障之衝突，在私法關係亦有適用，此即『基本權利對第三人效力理論』，目前通說採取『間接效力說』，認基本權利本質上係以對抗國家權力為其權利內涵，人民如欲對第三人主張基本權利，必須透過法律規定，使基本權利『間接』適用於私法關係之中，使法院在個案中，對於基本權利之衝突進行利益權衡.....對於民法侵權行為之規定，採取符合憲法保障名譽權及言論自由意旨之解釋方法，使基本權利內涵間接適用於私法關係.....言論內容之真實性既然為名譽侵權行為責任之客觀要件，主觀要件則為行為人對於言論真實性之認知，故行為人主觀上是否有相當理由確信言論內容為真實，應屬行為人有無故意或過失之判斷依據。行為人查證後明知言論內容為不實，仍惡意發表言論者，為故意；行為人查證後無相當理由確信言論內容為真實者，則為過失.....足認被上訴人等撰寫之系爭文章，就其中事實陳述部分，已經合理查證，其餘個人主觀意見表達部分，即使施以尖酸刻薄之負面評論，仍未逾越憲法言論自由之保障範圍.....」⁵⁰²。

第三種類型則是運用比例原則來判定私人之行為對於他人基本權利之干預是否屬於不法之權利侵害，臺灣高等法院花蓮分院 102 年度上易字第 22 號民事判決所稱：「次查上訴人即被上訴人丙○○取得上述監視錄影後，除用於訴訟外，並未將之轉為其他方式利用，在訴訟之外不足以侵害被上訴人即上訴人等之人格評價的問題，並通過憲法基本權第三人效力之合適性原則、必要性原則及狹義比例原則等合憲審查，足認其侵害性並不顯著，且目的及揭露資訊之方式有其得就被上訴人即上訴人等活動資訊加以評價之合理性、正當性，欠缺主觀上之不法性，與民法第 184 條第 1 項、第 195 條第 1 項『加害人行為具須有不法性』之構成要件有違，應不成立侵權行為」，即屬此種基本權作用途徑之適例⁵⁰³。

⁵⁰² 相同觀點，例見臺灣高等法院臺中分院 103 年度上字第 143 號民事判決、臺灣高等法院 104 年度上字第 461 號民事判決、臺灣臺中地方法院 102 年度訴字第 2350 號民事判決。

⁵⁰³ 相同觀點之實務見解，參閱臺灣臺北地方法院 109 年度簡上字第 339 號民事判決。



最後一種態樣則是直接將憲法上之權利認定為民法侵權行為法所稱之權利，臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 2122 號民事判決先是指出「民法第 184 條第 1 項前段之侵權行為標的—『權利』，包含憲法明文或大法官解釋、憲法法庭裁判所肯認之『憲法上權利』，以及法律所承認之私法上權利（即『法律上權利』）」，並進而認為「『配偶權』既非憲法上權利，亦非法律上權利，原告依民法第 184 條第 1 項前段、第 195 條第 1 項、第 3 項規定，請求被告賠償非財產上損害，自屬無據」便充分展現此一意旨⁵⁰⁴。

二、學說演進

至於學理的發展，有部分學者肯認憲法基本權利條款得直接適用於私法關係，較早期者，如林紀東教授認為，基本權利不僅有受國家侵害之危險，私人亦有可能加以侵害；並認為公私法之區別非屬絕對，而他方當事人之權利保護僅為技術問題，尚不得因此否定憲法作為最高之基本原則規範，而具有拘束私人行為之效力⁵⁰⁵。近期強力主張類似看法者，當屬學者吳庚及陳淳文。渠等指出，何以於民事審判中不能直接援引憲法之概括條款，欠缺有力之論據，而私法自治也無從凌駕於憲法之上，毋寧應採取直接適用之觀點，消弭憲法和人民生活的差距⁵⁰⁶。至於顏厥安教授則是從規範理論的觀點，強調規則適用與否的絕對性，否認存在「間接」適用基本權利的空間⁵⁰⁷。

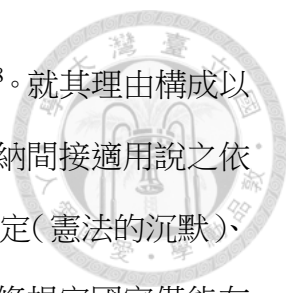
然而，或許是受到德國法影響，我國學理上之通說則採取「間接適用」之觀點，認為基本權乃是透過民法之「善良風俗」、「公共秩序」以及「誠實及信用方法」等

⁵⁰⁴ 此即近期引起學界、實務界以及一般社會大眾廣泛討論的「否認配偶權案」。

⁵⁰⁵ 林紀東（1967），〈論人權之保障與私人相互間之法律關係〉，《法令月刊》，18 卷 1 期，頁 3-4。

⁵⁰⁶ 陳淳文、吳庚，前揭註 156，頁 134-138。

⁵⁰⁷ 顏厥安（2005），〈除了喜愛之物，人們別無認識—評吳庚著《憲法的解釋與適用》〉，氏著，《憲邦異式：憲政法理學論文集》，頁 237-238，元照。



不確定法律概念的闡釋，間接地在私人間的法律關係發揮效力⁵⁰⁸。就其理由構成以及與直接適用說之相關論辯，許宗力大法官可謂集大成者。其採納間接適用說之依據可大致羅列如下⁵⁰⁹：憲法未直接就基本權對私人之效力有所規定（憲法的沉默）、基本權理論之發展係以「針對國家性」為主軸（我國憲法第 23 條規定國家僅能在特定公益目的下，在必要限度內以法律限制人民之基本權利，亦間接宣示此一理念）、法院直接適用憲法基本權條款將違反權力分立並損及法安定性（基本權規範之具體化為立法者之責任）、直接適用說過度侵害私法自治（比例原則過於嚴格與因平等原則而生的強制締約）以及基本權的保護義務功能（司法者於審理私法事件時必須針對民事法規為憲法取向解釋）。至於其他文獻上支持間接適用之原因，尚有公私法二元性之維持，避免法律上權利之紛爭均成為憲法人權之問題⁵¹⁰；以及基本權具有客觀價值秩序功能，涵蓋私法在內的全體法秩序，均須服膺於基本權規範所樹立之原則等等⁵¹¹。

相較於全面的直接適用和間接適用，部分學者則立於較為折衷之觀點，認為應視基本權條款之性質，決定其於私法關係中作用之方式⁵¹²。許志雄大法官指出，某些基本權利乃是民主社會之基本前提，而為憲法的公序，不受公私法二元論的拘束，而有直接適用之效力，例如勞動權、具民主機能的言論自由、思想自由以及參政權

⁵⁰⁸ 陳新民（1990），〈憲法基本權利及「對第三者效力」之理論〉，氏著，《憲法基本權利之基本理論（下冊）》，頁 127-137，自刊；李仁森（2018），〈憲法特別連載：第一講憲法與民事法的交錯點—人權的私人間效力〉，《月旦法學教室》，193 期，頁 33-34；李惠宗（1999），〈憲法基本權與私法的關係〉，氏著，《權力分立與基本權保障》，頁 274-275，韋伯文化；許宗力，前揭註 19，頁 66；許育典，前揭註 9，頁 140-145；吳信華，前揭註 4，頁 221-224；董保城、法治斌，前揭註 189，頁 216-220。

⁵⁰⁹ 許宗力，前揭註 19，頁 66-68。

⁵¹⁰ 李仁森，前揭註 508，頁 33。

⁵¹¹ 董保城、法治斌，前揭註 189，頁 218-219；許育典，前揭註 9，頁 141-143；

⁵¹² 許志雄（2016），〈人權的私人間效力論—以司法院釋字第 728 號解釋為契機〉，氏著，《人權論—現代與近代的交會》，頁 145-154，元照；蘇永欽，前揭註 5，頁 296。

等等⁵¹³。而蘇永欽大法官則主張，財產權、宗教自由、婚姻自由以及工作自由，原先係為抗衡社會實力者之壓迫，而後方轉變為對抗國家，此種基本權在特定領域對私人亦有直接效力，同時為民法上之權利；至於其他基本權利則須視其性質，或為間接適用，或僅得向國家進行主張⁵¹⁴。

晚近，則有學者以基本權係以國家（立法、行政與司法權）為直接作用對象，欠缺「對第三人指向性」為由，認為所謂的基本權之「間接」適用僅是因為法院受到基本權利的「直接」拘束，而在解釋適用法律的情形納入憲法基本權之價值時，會使第三人（私人）間接地受到影響，這種基本權對國家作用的外溢情形應稱作「基本權之輻射效力」而非「基本權對第三人效力」⁵¹⁵。此種看法可說是以憲法取向解釋為主軸，進而認為基本權並無拘束私人之效果，本文暫且稱其為現代觀點下的「無效力說」。

三、實務見解分析

而藉由前述直接適用、間接適用以及無效力說的分類觀察我國民事法院所闡述的基本權對第三人效力，不同的論證模型又分別屬於何種適用方式，便不無探求之餘地。

比較沒有爭議的應該是以基本權之價值秩序填充民法之公序良俗、誠信原則等條款內涵的第一種觀點，此一操作方式基本上符合學說上對於間接適用說的定義。然而，誠如文獻上所指出者，能夠藉由基本權價值加以具體化之條款，似不以前開之公序良俗條款為限⁵¹⁶，間接適用說也可能因為不同的解釋方式，而在基本權對私人的效力上有極大的區別⁵¹⁷；假使存在提升基本權水平效力的「特殊情勢」，

⁵¹³ 許志雄，前揭註 512，頁 151。

⁵¹⁴ 蘇永欽，前揭註 5，頁 296。

⁵¹⁵ 程明修，前揭註 433，頁 222。

⁵¹⁶ 許宗力，前揭註 19，頁 66。

⁵¹⁷ 李仁森，前揭註 508，頁 34。

基本權的間接拘束強度甚至可能等同對於國家的直接拘束⁵¹⁸。姑且不論將間接適用的範圍延伸至此，是否和傳統之基本權對第三人效力理論有所扞格，其至少說明，所謂的間接適用光是在定義上，便充滿相當程度的不確定性。而依本文之觀察，前開第二種類型的實務見解，由於實際上已經將憲法保障言論自由之意旨，藉由侵權行為法故意或過失要件的合憲性解釋加以具體化，應可歸類於此種較為廣義的間接適用論。

至於最後兩種實務見解，一者在基本權第三人效力下以比例原則審查私人行為之合法性，一者直接將憲法之基本權作為民法第 184 條第 1 項前段之權利，這種論點就較難為一般學理上所定義的間接適用說所涵蓋，而可能落入直接適用說的範疇。不過，除了將憲法上之基本權直接作為民事法之權利當屬直接適用之特徵較無疑問外，究竟比例原則的適用與否、於何項要件進行審查，在直接適用和間接適用兩種模式上之不同，於學理上都尚存有相當的歧異性⁵¹⁹。

貳、基本權利的客觀效力與主觀效力

一、客觀法與主觀法

鑒於僅以直接適用與間接適用劃分基本權對第三人效力所呈現的混沌不明，吾人仍需進一步依循基本權對私人效力的發展軌跡，建構更穩妥的觀察角度。而起源於德國之基本權利理論，在學者 Carl Schmitt 提出了和基本權利有別的制度性保障理論以後，逐漸發展出了以「公共體之客觀秩序」為要素之基本權的客觀法功能，認為基本權之價值決定為國家與全體人民共同追求之目標，使基本權利具有主觀法和客觀法的「二重性格」⁵²⁰。德國聯邦憲法法院在西元 1958 年著名的呂特案中，

⁵¹⁸ 蘇慧婕（2020），〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，49 卷 4 期，頁 1956-1961。

⁵¹⁹ 例如，蘇永欽教授即認為間接適用論下，亦應準用比例原則為「背於善良風俗」與否之認定（蘇永欽，前揭註 5，頁 59），此即和通說之主張有所不同。

⁵²⁰ コンラート・ヘッセ（著），初宿正典、赤坂幸一（訳），前揭註 20，頁 182-183。關於各種基本

便是強調基本權的價值非中立性，並藉由其所樹立的客觀價值秩序而生之基本權放射效力，使基本權對私法秩序發生規範效力⁵²¹。質是，傳統觀點下之基本權第三人效力之間接適用，既是要法院在解釋適用公序良俗等私法規範時，須慮及基本權之價值決定，即屬基本權客觀法作用之展現⁵²²。

而主觀法和客觀法之區別在於：前者之規範目標，乃是主體相互間的權利義務關係，而客觀法則不具有此一限定意涵⁵²³。此外，主觀法又得以受拘束對象之不同，區分為「國家拘束規範」與「市民拘束規範」⁵²⁴。因此，學理上以防禦權為中心建構的基本權利的主觀法功能，又可以說是在國家和私人之關係中，以國家為拘束對象的「國家拘束規範」⁵²⁵。而一般文獻上所稱之基本權對私人的直接適用，無論是認為私人亦有侵害基本權利之可能性，抑或者是直接以憲法基本權條款拘束私人之行為，均使基本權利在市民生活中發揮主觀之作用力，而為一種「市民拘束規範」。

然而，在傳統直接適用與間接適用的觀點以外，有無其他開展基本權對私法作用力的可能性？就此，和我國同樣深受德國基本權釋義學影響的日本法學界，在最高裁判所作成「三菱樹脂事件⁵²⁶」判決以後，對於基本權的第三人效力進行了許多有別於我國實務與學理觀點的討論，應具有相當參考之價值。

權之主觀法與客觀法功能，參閱李建良（1997），〈基本權利體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9卷1期，頁43-53；吳信華，前揭註4，頁207-213。

⁵²¹ 高橋和之（2012），〈人權規定の「私人間適用」と「第三者効力」〉，《法律時報》，84卷5号，頁89。我國文獻上對呂特案之詳細介紹，參閱李建良（2011），〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，《月旦法學教室》，100期，頁45-46；陳新民，前揭註508，頁100-106。

⁵²² 李建良，前揭註520，頁48-49。

⁵²³ 山本敬三（2011），〈基本權の保護と不法行為法の再構成〉，《企業と法創造》，7卷3号，頁73。

⁵²⁴ 山本敬三，前揭註523，頁73。

⁵²⁵ 參閱山本敬三，前揭註523，頁74。

⁵²⁶ 最大判昭和48年12月12日民集第27卷11号1536頁。



二、日本法上的論辯

(一) 端緒：三菱樹脂事件

日本學界就基本權第三人效力的問題，初期同樣呈現以基本權規定直接適用於私法關係的「直接效力說」以及以人權規定填充私法一般條款的「間接適用說」的對立，並以後者為穩定之通說⁵²⁷。而最高裁判所也在三菱樹脂事件中，針對被告（三菱樹脂股份有限公司）要求應徵者應表明各自之政治思想與宗教信仰等相關事項，是否侵害原告（職務應徵者）受日本國憲法第 19 條保障之思想及精神之自由之爭議，明確否定基本權有直接適用或類推適用於私法關係之可能性，並強調應透過民法之一般條款的解釋適用，在憲法所保護的思想、精神之自由以及財產權等經濟自由之間，謀求適當之平衡，於尊重私法自治之同時，避免對自由與平等的利益造成超過社會容許性的侵害⁵²⁸；彼邦通說基本上也認為本判決即是採取所謂の間接適用說⁵²⁹。隨後，最高裁判所亦於「昭和女子大學事件⁵³⁰」判決，再次確認此一見解。

不過，由於最高裁判所在三菱樹脂事件判決中，以社會容許性作為私人間之人權侵害的判斷基準，相對於基本權利之保護，其顯然向私法自治嚴重傾斜，結論上可以說是一種「近似於不適用說的間接適用說」⁵³¹。實則，於此法院見解亦未就思想、精神自由和經濟自由相互衝突之利益衡量有所描述，即認為三菱樹脂公司拒絕

⁵²⁷ 關於日本傳統學理發展之詳細介紹，參閱芦部信喜（2000），《憲法学Ⅱ人權總論》，頁 282-300，有斐閣。

⁵²⁸ 此判決之中文翻譯，參閱司法院（編）（2004），《日本國最高法院裁判選譯（第二輯）》，頁 91-101，司法院。

⁵²⁹ 相關說明，參閱川岸令和（2019），〈私法關係と基本的人權－三菱樹脂事件〉，長谷部恭男、石川健治、穴戸常寿（編），《憲法判例百選Ⅰ》，7 版，頁 23，有斐閣；芦部信喜，前揭註 527，頁 303-307。

⁵³⁰ 最判昭和 49 年 7 月 19 日民集第 28 卷 5 号 790 頁。

⁵³¹ 芦部信喜，前揭註 527，頁 307。

雇用應徵者之行為並無違法，因此將其解釋為採取「不適用說」，似乎也是可能的⁵³²。

惟無論如何，自三菱樹脂案判決作成以後，日本學說間環繞間接適用說本身理論構成不足之各種討論，持續至今⁵³³。而本文所關注者，主要是我國學理討論未及之部分；至於論理脈絡類似之觀點，因本文之重點並非針對日本學理上之第三人效力理論進行全面之分析，為免橫生枝節，只能割捨⁵³⁴。而以下針對基本權對私法效力的討論，便以前述的主觀法與客觀法之分類方式進行。

（二）客觀法模式

1. 客觀直接適用說

客觀直接適用說和傳統之直接適用說最大之區別在於，其認為雖然基本權利係針對國家的消極權利，故在私法關係中無從作為權利進行主張，不過憲法既為國家最高之法規範，故私法自治也必須在尊重人性尊嚴的價值秩序內，方可獲得承認⁵³⁵。因此，憲法所規定之自由權以及平等權的客觀法內容，在大型企業、經濟團體以及私立學校等社會實力者造成他人基本權利侵害之情形，也得以制度性保障與原則規範的形式，直接適用於私人間⁵³⁶。

然而，堅持將基本權條款直接適用於私法關係的結果，依然導致其無法倖免於傳統直接適用說所面臨之自由權對抗國家之本旨不符以及過度壓迫私法自治等批評⁵³⁷。松原光宏教授即指出，縱使將基本權規範作為客觀法直接在私人和大型企

⁵³² 參閱高橋和之，前揭註 521，頁 93-94；川岸令和，前揭註 529，頁 23。

⁵³³ 川岸令和，前揭註 529，頁 23。

⁵³⁴ 就日本學理上之基本權第三人效力理論，分析最完整者，參閱君塚正臣（2009），《憲法の私人間効力論》，頁 63-101、154-235，悠々社。我國文獻，參閱王耀霆（2008），《私法關係的合憲控制—間接影響說的再構成》，頁 14-32，國立政治大學法律學研究所碩士論文。

⁵³⁵ 橋本公巨（1982），《日本国憲法》，頁 170-171，有斐閣。

⁵³⁶ 橋本公巨，前揭註 535，頁 171-172。

⁵³⁷ 參閱芦部信喜，前揭註 527，頁 287-291。

業等社會實力者的法律關係中發揮效力，何以完全不需考量與對立利益（如企業的私法自治）的利益衡量，而將此一情形和公權力所為之人權侵害等同視之，並不清楚⁵³⁸。此外，究竟應以如何之標準判定社會實力者之範圍，客觀直接適用論者亦未提供明確之標準⁵³⁹，也將使基本權之效力呈現不穩定之狀態，而有害於法安定性。

2. 新間接適用說

此說首先批評傳統之間接適用說理論發源於基本權於契約法領域之適用，以及對於私法自治的尊重，除有救濟困難的可能外，也難以解決事實行為對於基本權之侵害，更無法處理刑法、行政法等其他法領域的法益保護問題⁵⁴⁰。再者，其亦未能就民事立法和基本權的關係，以及民事立法與裁判的關係有整合的說明⁵⁴¹。是以，論者乃藉由基本權保護義務功能重新架構基本權第三人效力理論，指出基本權之義務人乃是國家，故私人所造成的人權侵害，其所侵害者並非基本權利本身，而是由被基本權利（針對國家性）保護的各種自由、行為與利益所構成的「基本權法益」（全方位性）；於此，基本權的保護義務不僅課予立法者第一次介入私法關係對其加以保護的責任，也同時直接拘束法院（包含民事法院）在具體的救濟中，於法律的架構內就法律進行合憲性之解釋，而對於相對立的基本權法益進行利益衡量⁵⁴²。

⁵³⁸ 松原光宏（2013），〈私人間における権利の保障〉，小山剛、駒村圭吾（編），《論点探究憲法》，2版，頁91-92，弘文堂。

⁵³⁹ 君塚正臣，前揭註534，頁78。

⁵⁴⁰ 小山剛，前揭註391，頁213-214。不同觀點，以最高裁判所於「日產自動車事件」（最判昭和56年3月24日民集第35卷2号300頁）參照憲法第14條第1項（平等原則）及民法第1條之2之規定（誠信原則），作成規定男女退休年齡相差五歲之就業規則為僅因性別而為的不合理差別待遇，違反民法第90條（公序良俗）而無效之決定為例，認為隨著論證社會通念按照人權規定意旨變化的技術逐漸縝密，間接適用說亦可發揮人權救濟之功能，參閱大津浩（2009），〈私法關係における人權保障〉，LS憲法研究会編（編），《プロセス演習憲法》，頁530-531，信山社。

⁵⁴¹ 小山剛，前揭註391，頁214。

⁵⁴² 松本和彦（2003），〈基本權の私人間効力と日本国憲法〉，《阪大法学》，53卷3、4号，頁277-288；小山剛，前揭註391，頁245-258。



而由於此說和傳統之間接適用說均否定直接由憲法導出私人具有不可侵害基本權之義務，也同樣自基本權之客觀功能面向分析基本權對私法關係的作用，而可稱之為以基本權之保護義務功能所建構的「新間接適用說」⁵⁴³。

這種觀點必須面對的第一個質疑便是源於保護義務功能本身，例如在以保護義務為依據介入私法自治領域，和人民之自主決定權應如何進行調和⁵⁴⁴；特別是此一義務包含從立法不作為的主張到基於社會國家原理進行積極的給付等多樣的內容，難以特定，因此容易使法院透過憲法解釋，在採取過剩之保護手段的同時，對於私人的基本權利有過度的干預，使人權保護質變為人權限制⁵⁴⁵。另一方面，透過保護義務所建構之基本權在私法關係的間接適用，固然在相衝突基本權利的調和上，有了突破性的進展，然而在以基本權法益的概念維持基本權針對國家性的同時，保護義務論者並未就基本權法益的法律基礎有清楚之說明，而如訴諸客觀法律價值，其便又無異於傳統之間接適用說⁵⁴⁶。

3. 國家最高法規範論

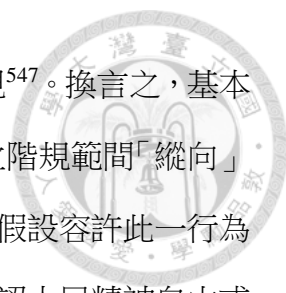
君塚正臣教授認為，憲法的私人間效力終究不過是一般條款不得違憲地適用而已，蓋憲法既然為國家法中的最高位階法規範，則法院針對私人間之紛爭進行裁判時，自應對於屬於憲法下位階法規範的私法一般條款，進行合憲性的限縮或擴張

⁵⁴³ 小山剛，前揭註 391，頁 223-224、255-256。此一觀點在現今德國憲法學界亦為主流看法，參閱 Jörg Fedtke, *Drittwirkung in Germany*, in *HUMAN RIGHT AND THE PRIVATE SPHERE: A COMPARATIVE STUDY* 125, 155-56 (Dawn Oliver & Jörg Fedtke eds., 2007).

⁵⁴⁴ 戸波江二(1996)〈国の基本権保護義務と自己決定のはざままで—私人間効力論の新たな展開〉，《法律時報》，68 卷 6 号，頁 129-130。類似觀點，指出透過客觀價值做為媒介，將導致國家傾向保護對多數人有益的自由行使，參閱西原博史(2009)，《自律と保護—憲法上の人権保障が意味するものをめぐって》，頁 168，成文堂。

⁵⁴⁵ 木下智史(2007)，《人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所》，頁 39，日本評論社。類似見解，參閱渋谷秀樹，前揭註 108，頁 130-131。

⁵⁴⁶ 高橋和之，前揭註 521，頁 90。



解釋，此即作為下位階國家法的民法受到上位階憲法拘束的展現⁵⁴⁷。換言之，基本權的私人間效力並非「橫向」的憲法上權利效力問題，而是不同位階規範間「縱向」的適合性問題⁵⁴⁸。至於，何種解釋結論將構成違憲，氏認為只要假設容許此一行為之立法存在，該法律是否違憲，即可得知⁵⁴⁹。例如，如果法律否認人民精神自由或允許因出生所為之差別待遇，將構成違憲，則於解釋適用私法一般條款時，也應該藉由合憲性解釋否認此一情形⁵⁵⁰。而透過法令或其適用上違憲的判定，憲法產生了間接效力，故本說可以說是一種「新間接適用說」，將憲法和私法的功能分配理論化，確立日本國憲法的多元主義⁵⁵¹。

不過，山本敬三教授便質疑此說將憲法所有規範均視為客觀的價值規範，忽略憲法之本旨係規定國家和私人間權利義務的主觀法規範，並未直接設定個人和他人間之義務，而將使原先僅能拘束國家的憲法，獲得全面的規範效力，並不妥適⁵⁵²。然而，更本質的問題是，此說實際上無法對應到基本權對第三人效力的問題，蓋自始自終，憲法拘束私人與否皆為橫向關係的爭議，而合憲性解釋在此並無適用之可能，否則要如何說明私人以民法之一般條款的「合憲性解釋」為依據，向第三人主張基本權利⁵⁵³？準此以觀，所謂的國家最高法規範論在基本權第三人效力（橫向關係）的範疇內，論理上應是一種「無效力說」⁵⁵⁴。

⁵⁴⁷ 君塚正臣，前揭註 534，頁 262-267。相同見解，參閱青井未帆（2008），〈人權保障と市民社会—私人間効力—人權を尊重する社会をいかに築くか〉，《法学セミナー》，641 号，頁 25-26。

⁵⁴⁸ 青井未帆，前揭註 547，頁 26。

⁵⁴⁹ 君塚正臣，前揭註 534，頁 263。

⁵⁵⁰ 君塚正臣，前揭註 534，頁 263。

⁵⁵¹ 君塚正臣，前揭註 534，頁 261。關於多元主義觀點下的憲法和民法關係，參閱廣渡清吾（2004），〈憲法と民法—その關係の多元主義的理解〉，《法律時報》，76 卷 2 号，頁 87-90。

⁵⁵² 山本敬三，前揭註 523，頁 74-75。

⁵⁵³ 高橋和之，前揭註 521，頁 91。

⁵⁵⁴ 高橋和之，前揭註 521，頁 91。



4. 客觀法融合論

日本民法巨擘我妻榮教授在戰後對於憲法和民法的關係的研究著力甚深，其主張日本國憲法對於個人基本權利的保障，並非立基於自然法的純粹個人本位的觀點，而是本於「國家協同體」的理念，要求作為協同體構成員的國民行使基本權利，必須受到公共利益的拘束而負擔義務，不可濫用⁵⁵⁵。例如，在承認新的勞動權利時，是否僅強調財產權的社會義務性而忽略勞動權利本身的義務性？而此一在公共利益框架內的自由與平等理念，即為協同體秩序的綱領，套用在私法關係中則稱作「民主主義的私法原理」⁵⁵⁶。換言之，我妻榮教授係否認憲法和民法處於一種對立的關係，突破傳統國家社會二分論觀點下的憲法民法異質論，融合兩者為一客觀價值規範，故可稱之為「客觀法融合論」⁵⁵⁷。

此一理論之出發點固然與以基本權所樹立之客觀價值秩序為基礎之傳統間接適用說有所不同，然而如果觀察其對於私法之作用方式，仍然是將所謂民主主義的私法原理作為支配整個法律體系之公序良俗的一環，而僅在理解下承認私法自治和契約自由⁵⁵⁸，則其適用之途徑和間接適用說又有何差異，其實並不明白。又將憲法之價值以公共利益之抽象概念直接拘束私人間之權利義務關係，不啻是徒增人權受到限制的風險，畢竟和國家對於人民基本權干預之正當化事由相較，後者除了目的須為公共利益之外，尚有比例原則之限制⁵⁵⁹。並且，日本國憲法第 13 條既已承認人民的幸福追求權，而其意義在於：何謂幸福必須由自己決定，追求幸福的同時也認識到不能歸屬於其他事物的固有價值；則以「個人的自由伴隨國家全體與文

⁵⁵⁵ 我妻榮（1985），《民法研究Ⅷ：憲法と私法》，頁 172-175、248，有斐閣。

⁵⁵⁶ 我妻榮（1966），《民法研究Ⅰ：私法一般》，頁 1-8、41-49，有斐閣。

⁵⁵⁷ 山本敬三，前揭註 523，頁 76-77。

⁵⁵⁸ 山本敬三（2001），《公序良俗論の再構成》，頁 12-18，有斐閣。

⁵⁵⁹ 參閱陳新民，前揭註 311，頁 156-157。



化向上發展之義務」為內涵的國家協同體概念，在現今之憲政秩序下並無存立之基礎⁵⁶⁰。

(三) 主觀法模式

1. 無效力說

在客觀法架構下的新間接適用說，以保護義務論建構基本權對第三人效力，再次鞏固基本權針對國家性之概念以後，也為以此為據，主張基本權在私法關係並無適用餘地的見解⁵⁶¹，大開方便之門。

在無效力說的觀點下，基本權利既然為對抗國家之防禦權，則在私法關係中根本無受到侵害之可能，各種基本權利在私人間適用的情境（例如私人之言論發表侵害他人名譽）所生的法益保護必要，均非人民與國家間之法律關係，基本權並無發生效力之空間，而僅為法律適用之問題爾⁵⁶²，憲法的價值也因為相對應的利益（個人的自由及平等）在此一過程得到適當的調整，潛入民法之中⁵⁶³。縱使在法律規定對於利益的保護有所欠缺的情形，解決方式亦非將憲法之權利運用於民事事件，而是將其作為是否構成立法不作為的問題進行處理，從而私法關係中，終究無憲法登場之機會⁵⁶⁴。此外，雖然此說適用之結果和基本權保護義務論構成之間接適用說相同，均須藉由民法權利濫用、公序良俗等一般條款之解釋適用以達成相對立法益的

⁵⁶⁰ 山本敬三，前揭註 558，頁 31-32。不過，我妻榮教授的協同體理念對於當時戰後日本社會在追求人格自由、財產自由的同時所面臨的各種社會問題，例如中小企業間的不公平競爭（我妻榮，前揭註 556，頁 47），仍具有相當反思之價值。

⁵⁶¹ 參閱西村枝美（2007），〈「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」〉，《關西大學法學論集》，57 卷 2 号，頁 244-246。相同結論，認為基本權利在私法關係的間接適用，有相對化基本權條款效力的風險，參閱西原博史，前揭註 544，頁 194-195。

⁵⁶² 西村枝美，前揭註 561，頁 246-247。

⁵⁶³ 西村枝美（2004），〈土壤なき憲法の私人間適用問題〉，《公法研究》，66 号，頁 270-271。

⁵⁶⁴ 西村枝美，前揭註 561，頁 247。

調和，但兩者對於基本權在私人間適用肯認與否的區別，涉及人權觀念之根本性差異，這種論理上的不同是不容忽略的⁵⁶⁵。

此一理論的困境是，既然已否定憲法條款在私法領域的適用，則憲法價值又是如何進入民法之範圍，並無清楚的說明⁵⁶⁶。且將憲法上權利和民法上權利視為以不同的方式（前者為不可侵害之權利，後者為不允許踰越社會容許界限的干預）保障相同的利益，仍必須進一步說明兩者之關係為何⁵⁶⁷。再者，基本權私人效力的事例往往皆為憲法不得不介入之狀況，故重點應是在何種情形下使用一般條款進行民法上權利衝突的衡量是憲法所允許的，而非以其為法律之適用迴避此一問題⁵⁶⁸，否則將難脫無法解決私人間權利侵害的弊端⁵⁶⁹。

2. 新無效力說

高橋和之教授和無效力說同樣認為基本權係對於國家的防禦權，私人並不受其拘束，只不過，氏將私人間人權保障的問題訴諸自然法的思想，亦即雖然基本權無從被私人侵害，惟自然權所保護者為基於人性尊嚴而受道德、哲學所肯認之利益，具有全方位性，除反制國家之干預外（實定法後為憲法上之基本權利），亦可對抗源自私人的侵害（實定法後為民法上的權利）⁵⁷⁰。從而，在私法關係中需要被保護的，並非基本權利，亦非基本權法益，而是自然權；且國家成立之目的便是在於使

⁵⁶⁵ 西村枝美，前揭註 561，頁 244、247。

⁵⁶⁶ 君塚正臣，前揭註 534，頁 233。

⁵⁶⁷ 木下智史，前揭註 545，頁 41-42。

⁵⁶⁸ 君塚正臣，前揭註 534，頁 233。

⁵⁶⁹ 此即否定基本權在私法關係間具有任何效力之最嚴重的缺點所在，參閱佐々木くみ（2021），〈人權の保障の射程：私人間効力〉，新井誠、曾我部真裕、佐々木くみ、横大道聡，《憲法Ⅱ人權》，2版，頁 38，日本評論社。

⁵⁷⁰ 高橋和之（2010），〈私人間効力論とは何の問題で、何が問題か〉，《法律時報》，82 卷 5 号，頁 62-63。

自然權獲得更好的保護，是以國家對於自然權受到私人侵害之情形，亦負有保護義務，此一義務縱使在實定憲法制定後，仍應被承認⁵⁷¹。

總結來說，此一見解和無效力說同樣以憲法權利條款背後所欲保護之一定價值之權利（自由、平等、人性尊嚴）為基底，只不過前者係探尋憲法和民法共通之價值原理，將憲法權利和民法權利視為此一價值原理個別的顯現，而後者則是將憲法權利和民法權利作為保護同一利益的不同效果⁵⁷²，故可稱之為「新無效力說」。

然而，新無效力說強硬劃分憲法上權利和民法上權利的作法，儼然受到嚴格的公民法區分理論以及國家與社會區別之影響，認為私法得完全獨立於憲法所樹立之法秩序之外，而將和憲法得拘束裁判所對於私法解釋適用，以及下位階私法不得牴觸上位階憲法之價值設定產生矛盾，進而動搖憲法作為國家最高規範之地位⁵⁷³。實際上，將民法排除於國家法體系之外，徹底適用不同法原理的觀點，在政府活動深入市民生活各個角落的積極國家立憲主義之時代下，根本難有立足之空間⁵⁷⁴。特別是將民法的一般條款作為人權衝突調整途徑的前提下，相關條文之構成要件往往處於不明確之狀態，而需要憲法規定進行概念的填充，更證立將憲法作為民法解釋方針的必要性⁵⁷⁵。而若以設定較憲法更為上位之自然法為統一之價值原理，使私人間亦須遵循和憲法規範相同之價值，結論上又和間接適用說並無二致⁵⁷⁶，不過徒增法院以較憲法基本權更為上位抽象之自然權概念進行利益衝突之衡量，所伴隨的司法擴權及侵蝕裁判公平性與預測可能性之風險⁵⁷⁷。

⁵⁷¹ 高橋和之，前揭註 570，頁 63-64。類似見解，以「作為原理的基本權」而非基本權法益建構基本權的保護義務，參閱松原光宏，前揭註 538，頁 97-98。

⁵⁷² 木下智史，前揭註 545，頁 41。

⁵⁷³ 君塚正臣，前揭註 534，頁 178-180；渋谷秀樹，前揭註 108，頁 131。類似見解，認為將私法上權利和憲法上權利為割裂式的理解，並不自然，參閱木下智史，前揭註 545，頁 41。

⁵⁷⁴ 渋谷秀樹，前揭註 108，頁 131。

⁵⁷⁵ 近藤敦，前揭註 250，頁 67。

⁵⁷⁶ 渋谷秀樹，前揭註 108，頁 131-132。

⁵⁷⁷ 不同見解，認為法院係在一般條款之授權下進行自然權之調整，並無違反權力分立之疑慮，參



3. 主觀直接適用說

佐藤幸治教授主張，儘管基本人權之發展歷史上，本為適用於公法關係中，以對抗國家所為的人權侵害；然而，基本權利的本質，乃是個人自主決定權的保障，不問對國家或私人均得主張，僅是保護之方式有所不同⁵⁷⁸。具體來說，對私人關係和對國家關係中的基本權利保護不同之處在於，在對私人關係中，必須考量個人自主決定權之相互尊重與作為自主決定權延長的私法自治，而如何進行相衝突基本權利的調整，則是貫穿憲法和民法的共通課題⁵⁷⁹。此一見解既然認為在私人間亦可主張基本權規定，應可分類為「主觀法模式」的「直接適用說」⁵⁸⁰。

相對於此，學者卷美矢紀則以無效力說為基底，原則上否定憲法上人權之效力得及於私人之間⁵⁸¹。惟氏進一步參考美國 Sunstein 教授本於公私法連續性，試圖根絕次級市民性所提出的反階級原理，力主「最小限直接適用說」，指出若私人間基於種族或性別而為的差別待遇（次級市民性），屬於結構性的再生（由於社會實力者的慣行而反覆發生）時，加以防止係政治共同體、審議民主主義的條件，故日本國憲法第 14 條的平等保障，於此亦可在私人間之關係中直接適用⁵⁸²。而在此一範圍內，卷美矢紀教授之見解亦可說是限定適用之憲法基本權以及作用領域的主觀直接適用說⁵⁸³。

閱卷美矢紀（2009），〈私人間効力の理論的意味〉，安西文雄（等著），《憲法学の現代的論点》，2 版，頁 268-269，有斐閣。

⁵⁷⁸ 佐藤幸治（1999），《憲法》，3 版，頁 438，青林書院。

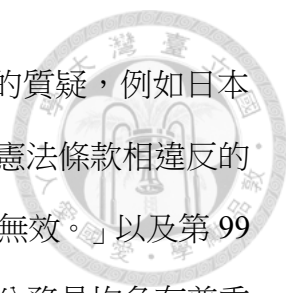
⁵⁷⁹ 佐藤幸治，前揭註 578，頁 438。

⁵⁸⁰ 文獻上即認為此說係將憲法視為同時拘束國家與拘束市民的「共生規範」，參閱渋谷秀樹，前揭註 108，頁 128；山本敬三，前揭註 523，頁 75-76、79。

⁵⁸¹ 卷美矢紀，前揭註 577，頁 270-271。

⁵⁸² 卷美矢紀，前揭註 577，頁 272-279。

⁵⁸³ 類似觀點，參閱山本敬三，前揭註 523，頁 76。



主觀直接適用論首先必須克服的障礙是和憲法本質不相容的質疑，例如日本國憲法第 98 條第 1 項規定：「本憲法為國家的最高法規，與本憲法條款相違反的法律、命令、詔敕以及有關國務的其他行為的全部或一部，一律無效。」以及第 99 條規定：「天皇或攝政以及國務大臣、國會議員、法官以及其他公務員均負有尊重和擁護本憲法的義務。」顯然係以國家為憲法之義務人，若無法尋求其他憲法文本基礎，恐難以將憲法視為市民拘束規範⁵⁸⁴。至於最小限直接適用說更必須說明何以在無效力說的基礎下，會有部分的基本權條款越過間接適用，直接在私人間的關係中發生效力⁵⁸⁵？又為何僅有基於種族和性別所為之差別待遇有基本權利之直接適用，其他基本權利如精神自由卻無此一效力，此說仍須有更為詳盡之論證⁵⁸⁶。

4. 主觀法多層論

和前述主觀直接適用說類似，山本敬三教授亦認為憲法係為一種市民拘束規範，惟不同之處在於氏為其理論建構明確的憲法依據：日本國憲法第 13 條幸福追求權⁵⁸⁷。其認為憲法保障個人決定幸福與追求幸福的權利，係對市民相互之關係作出基本決定：私人彼此之間應該作為同樣追求幸福的主體而受到尊重；從而，憲法不僅規定了國家不可侵害基本權與保護基本權不受他人侵害的義務，同時也是市民社會的基本法⁵⁸⁸。而民法亦具有國家法之性格，故民法負有將基本權內容具體化與建構保護基本權不受他人侵害以及使基本權獲得充分實現之制度的任務，而實現上開任務之手段具有多種可能，民法同時也在私法領域內為此等任務之實現作

⁵⁸⁴ 參閱木下智史，前揭註 545，頁 50；渋谷秀樹，前揭註 108，頁 128。

⁵⁸⁵ 君塚正臣，前揭註 534，頁 180。

⁵⁸⁶ 君塚正臣，前揭註 534，頁 180。

⁵⁸⁷ 山本敬三，前揭註 523，頁 77。

⁵⁸⁸ 山本敬三，前揭註 523，頁 77-78。

出了基本決定，從而憲法和民法是多層次（重層）地和相互配合地共同構成國家和社會的基本法⁵⁸⁹。

此說最重要的特色在於，承認憲法基本權條款（憲法第 13 條）得在私法間發揮主觀法之效力，私人亦可能侵害基本權利（個人之自主決定權）。是以，基本權保護義務之對象為基本權利本身，對此民法設立了包含侵權行為法在內的諸多法律制度以保護基本權利，故民法侵權行為法上權利之概念，也就必須考量憲法第 13 條涵蓋個人自主決定權之意旨進行理解⁵⁹⁰。

主觀法多層論對於憲法和民法關係的開創性觀點，特別是採取主觀之基本法建構國家對於基本權的保護義務，而非訴諸基本權之客觀價值決定，以及認為憲法同時是一種市民拘束規範，直接挑戰了深受德國法影響的日本學界對於基本權釋義學的認識。

例如，松本和彥教授便批評將個人自主決定的可能性而非基本權法益作為國家保護的對象，忽略自主決定的障礙極為多樣，課予國家將其全面排除的義務實際上是「家父長主義的復辟」，使國家得以拓展干預人民基本權利的範圍⁵⁹¹；學者西原博史亦指出，認為憲法亦可拘束私人的觀點，忽略憲法上之權利係因國家具有壟斷物理性實力的優越地位而賦予人民與之對抗之地位，私人間之關係中有無建構相同權利之可能，值得懷疑⁵⁹²。

另一個問題點是，主觀法多層論的論理過程高度仰賴以自由主義對憲法第 13 條為廣泛之理解，除了和近代日本憲法學界對於典型一般自由權說的反省有所齟

⁵⁸⁹ 山本敬三，前揭註 523，頁 78。類似見解，參閱平良小百合，前揭註 188，頁 38-39、43-44。

⁵⁹⁰ 山本敬三，前揭註 523，頁 70-71、84-86。於此，由於主觀法多層論肯認憲法作為國家對於基本權的保護命令，故權利間的衡量方法和基本權保護義務論採用相同的「保護不足禁止」與「干預過度禁止」之判斷結構。

⁵⁹¹ 松本和彥，前揭註 22，頁 92。

⁵⁹² 西原博史，前揭註 544，頁 168-169。

齟齬外，也可能未完全契合憲法條文之文義⁵⁹³。再者，固然侵權行為法為國家履行基本權保護義務的手段之一，然而其目的並不以此為限，亦得將基本權以外之其他利益納入保護之射程，主觀法多層論扣緊自主決定的權利觀卻有阻絕此一可能性的疑慮⁵⁹⁴。

（四）小結

綜觀以上學理論辯，無論是客觀法模式或主觀法模式在現階段皆有其難以克服的弱點，並無絕對優勢之看法。這樣的拉扯也可以顯見在「基本權針對國家性」以及「私人間人權保護」的兩難困境中，日本憲法學界與民法學界試圖在法釋義學上再創新猷的努力。而其間最重要的問題是：憲法上的權利在私人間有無適用？倘若答案為肯定，其作用之方式為何？

三、我國法制的建立

（一）私人間的基本權侵害

1. 憲法真的沉默嗎？

學理上否定基本權在私人間亦有適用的主張，無非是強調憲法並未就基本權的私人效力有所表態，甚至是如日本國憲法第 98 條第 1 項及第 99 條一般以國家為尊重憲法的義務人，以致嘗試肯認基本權亦有可能被私人侵害的見解，例如主觀直接適用說和以擴張解釋日本國憲法第 13 條為理論基礎的主觀法多層論，在憲法

⁵⁹³ 君塚正臣，前揭註 534，頁 204-205。例如日本學理上對於自日本國憲法第 13 條推導出幸福追求權之作法，即不乏造成「人權膨脹化」（人權インフレ化）以及人權價值相對化或減損的質疑。相關說明，參閱矢島基美（2009），〈自己決定權の法理〉，LS 憲法研究会編（編），《プロセス演習憲法》，頁 472-473，信山社。

⁵⁹⁴ 松本和彦，前揭註 22，頁 92。惟在主觀法多層論的自主決定權利觀下，得被侵權行為法保護之權利，理論上也都會被日本國憲法第 13 條之幸福追求權所涵蓋。



依據的攀附上就遭逢嚴峻挑戰。然而，我國憲法是否果真未對基本權被私人侵害的情形有所表示？

就此，憲法第 23 條即已明文：「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。」學理上多有主張本條之「防止妨礙他人自由」為基本權保護義務在憲法文本之依據⁵⁹⁵，甚至是以憲法第 152 條至第 154 條之基本國策規定填充工作權之保護義務內涵⁵⁹⁶，一再顯示私人間的人權保障實為制憲者所設定之重要基本價值決定。


進一步言之，所謂「防止妨礙他人自由」之「自由」，自解釋論而言意義為何？以體系解釋之角度出發，憲法在「人民之權利義務」一章所提及之自由，諸如第 8 條之「人民身體之自由」、第 11 條之「言論、講學、著作及出版之自由」以及第 13 條之「信仰宗教之自由」等等，均是指涉作為「基本權利」之「自由權」，乃是文獻上的穩定看法，殆屬無疑⁵⁹⁷。然則，憲法第 23 條所規定之「他人自由」毋寧亦有解釋為自由權的基本權利之空間。實際上，林明昕教授亦早已對憲法於第 7 條至第 18 條以及第 21 條至第 24 條，用語分立的「自由」與「權利」間的關係，有極為精闢的洞察⁵⁹⁸：「憲法第 7 條以下，固然勿論，即使那些連結第 7 條以下的同法第 22 條至第 24 條所稱之『自由』、『權利』，也同樣已無區別的實益，而應該通稱為『憲法所保障的人民之權利』，也就是『基本權利』。」

⁵⁹⁵ 黃銘輝(2019)，〈假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由〉，《月旦法學雜誌》，292 期，頁 15；許宗力，前揭註 136，頁 76。

⁵⁹⁶ 林明昕，前揭註 167，頁 1332。類似見解，參閱許宗力，前揭註 136，頁 76。

⁵⁹⁷ 關於基本權的分類問題，參閱吳信華，前揭註 4，頁 190-194。另一方面，縱使是憲法第 15 條等未明言「自由」之基本權條款，學理上一般亦以自由權加以理解，參閱吳信華，前揭註 4，頁 191-192。

⁵⁹⁸ 對於憲法上權利與自由概念上之區別實益，參閱林明昕，前揭註 20，頁 110-113。



雖然，慮及保護義務乃是要求國家「必須」保護私人之基本權利免於其他私人之侵害⁵⁹⁹，而憲法第 23 條文義上則僅在說明國家「得」為防止妨礙他人自由所必要，以法律限制人民之基本權利，其是否足以作為基本權保護義務在憲法上的明文依據，仍有待更深入的討論。但是，此一規定仍然肯認防止妨礙他人之自由權（基本權利）作為一種透過立法干預人民基本權利之公益目的，也就隨之肯定基本權有被私人侵害之可能性，而於私法關係中發生主觀法的效力。

2. 客觀間接適用的自我矛盾

（1）浮濫的私法自治

另一個間接適用論的有力論證基礎：私法自治的保護；在學理上大概並無太多有力的反論，至多是以私法自治亦不得凌駕於憲法規範之上加以回應，並無法徹底根除基本權利適用於私人關係時，由於比例原則中最小侵害性的適用，而壓迫私法自治的疑慮。

然而，私法自治是否足以全面作為基本權利在私人間僅得間接適用之依據，其實相當令人懷疑。原因在於，所謂的私法自治乃是強調市民社會中的個人自主決定與自我負責，前已論及；問題是，私法領域之中的人權侵害是否皆涉及私法自治之尊重？一般來說，私人間的憲法權利侵害問題，可以大致分為兩種類型：基於事實行為而生之侵害以及基於法律行為而生之侵害⁶⁰⁰。後者情形多為契約自由之行使，與私法自治相關固屬無疑；然而，如人權侵害係由他人之事實行為造成，其中並無以自主決定形成個人生活空間之成分，恐怕並不存在多少私法自治之色彩，而是在保護被害人的同時，必須考量加害人之基本權利（例如一般行為自由）⁶⁰¹。是以，

⁵⁹⁹ クラウス・ヴィルヘルム・カナリス（著），山本敬三（訳）（1998），〈ドイツ私法に対する基本権の影響〉，《法学論叢》，142 卷 4 号，頁 15。

⁶⁰⁰ 芦部信喜，前掲註 527，頁 296-300；木下智史，前掲註 545，頁 52。

⁶⁰¹ 相同見解，參閱木下智史，前掲註 545，頁 52-53。

透過私法自治的確保建構間接適用論的正當性基礎，至少在權利侵害行為屬於事實行為的狀況，是站不住腳的⁶⁰²。

再者，承認憲法基本權條款得在私人間發揮主觀法之效力，並不代表即須以「比例原則」審查私人行為的合法性。理由除了利益衡量之方法多端（例如基本權衝突之利益權衡）⁶⁰³，比例原則僅為其中之一以外；比例原則在憲法文本上係以第 23 條之「必要」為依據⁶⁰⁴，而該條文之拘束對象為國家行為（法律），故縱使肯定私人可能對基本權利造成侵害，此與是否以比例原則作為私人行為合法性的判斷準繩，並無必然的邏輯關聯。換言之，縱使國家和私人同為基本權利之義務人，所負之義務仍有所分別，國家為不得對於基本權利造成不合比例之侵害，私人則為對於他人之基本權利造成之干預，不得逾越基本權衝突之利益衡量允許之範疇。

總之，過去文獻上多以尊重私法自治為支持間接適用論的主要理由，透過本文上述的分析，不難看出這種觀點並未能釐清私法自治的真正意義，將造成私法自治的過度乘載，無法否定基本權在私人間產生主觀作用之可能。

（2）基本權法益的空殼

對於基本權的保護義務和基本權針對國家性的格格不入，蘇永欽大法官早已一語道破⁶⁰⁵：「基本權既為人民對國家主張的權利，第三人如何妨害？」但是，以

⁶⁰² 類似觀點，指出間接適用論難以處理事實行為造成之人權侵害，參閱芦部信喜，前揭註 527，頁 300。

⁶⁰³ 關於私人間基本權衝突之權衡方法，參閱董保城、法治斌，前揭註 189，頁 265-266。相關的判斷參數可能包含基本權之種類、侵害強度、影響時間長短、雙方地位之強弱關係等等，參閱楊舒嵐（2010），〈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〉，頁 144，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

⁶⁰⁴ 此係學理及實務之共識，參閱許宗力（2003），〈基本權利：第六講—基本權的保障與限制（下）〉，《月旦法學教室》，14 期，頁 50。

⁶⁰⁵ 司法院釋字第 689 號解釋蘇永欽大法官提出之協同意見書。

基本權保護義務功能作為間接適用論之依據，透過使用「基本權法益」避免突破基本權之防禦權框架，其實也無從解決基本權法益概念和間接效力本質之不相容。

在一般學理上對於基本權保護義務的理解中，由於此時人權侵害之加害人係私人而非國家，故為了維持基本權針對國家的性格，遂以基本權法益為受侵害而須被保護之對象⁶⁰⁶。而所謂的基本權法益，指的是基本權規定欲加以保護的自由地位，即人性尊嚴、自由、生命以及身體不可侵犯之法益，這些法益即是基本權的客觀價值秩序以及原則規範，從而為一種客觀的法益，無論侵害主體與侵害關係為何，均得發揮其效力，而為一種絕對的法益保護（對國家和私人均得主張）⁶⁰⁷。

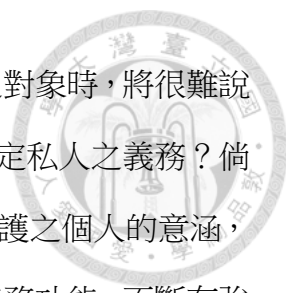
首先必須說明的是，本文無意否認基本權所具有的主客觀雙重性質⁶⁰⁸，以及基此而來包含保護義務功能在內的各種基本權功能，而僅欲挑戰基本權保護對象為客觀基本權法益此一命題。蓋基本權之客觀面向和主觀面向最大之差異即是在於，基本權之客觀功能所欲達成者，僅是基本權所樹立之客觀價值秩序（例如前述的人性尊嚴、生命與自由），為一種「公共利益」而非將此一利益授予特定之個人，從而僅使國家負有一般性之義務，個人並不因此取得相對應之權利⁶⁰⁹。

⁶⁰⁶ クラウス・シュテルン（著），井上典之、鈴木秀美、宮地基、棟居快行（編訳）（2009），《シュテルン ドイツ憲法Ⅱ基本権編》，頁 183-185，信山社；ヨーゼフ・イーゼンゼー（著），小山剛、上村都、栗城寿夫（訳），前掲註 397，頁 145-147。我國文獻上同樣使用基本權法益概念者，例見程明修（2004），〈禁止過度侵害與禁止保護不足〉，《月旦法學教室》，17 期，頁 11；蕭淑芬（2016），〈私人間人權侵害與基本權之國家保護義務〉，《月旦法學教室》，169 期，頁 8；楊承燁，前掲註 395，頁 158-159；吳信華，前掲註 4，頁 212-213。相對於此，認為私人係侵害基本權利之看法，參閱董保城、法治斌，前掲註 189，頁 193-196。

⁶⁰⁷ 小山剛（2005），〈基本権の私人間効力・再論〉，《法學研究》，78 卷 5 号，頁 62；クラウス・シュテルン（著），井上典之、鈴木秀美、宮地基、棟居快行（編訳），前掲註 606，頁 185；松本和彦，前掲註 22，頁 91。

⁶⁰⁸ 我國學理及實務均採納此一源自德國憲法學之概念，參閱張嘉尹（2010），〈違憲審查中之基本權客觀功能〉，《月旦法學雜誌》，185 期，頁 19。

⁶⁰⁹ 參閱 Prof. Dr. Dr. h. c. mult Klaus Stern（著），蔡宗珍（譯）（2009），〈基本權保護義務之功能—法學上的一大發現〉，《月旦法學雜誌》，175 期，頁 58-59。



因此，當吾人使用客觀的基本權法益作為基本權保護義務之對象時，將很難說明：何以公共利益受到侵害時，國家會因為基本權而負有保護特定私人之義務？倘若如此，這樣的法益究竟尚存多少客觀性格，而無歸屬於該受保護之個人的意涵，似乎都相當令人困惑。特別是晚近憲法學界針對基本權之保護義務功能，不斷有強調基本權之權利性，而應賦予個人相對應請求國家採取保護措施之保護請求權的呼聲⁶¹⁰，假使此一主張成立，則個人更有因公共利益（基本權法益）受到侵害，而請求國家採取保護措施的主觀權利，論理上更顯矛盾。

從而，基本權法益是否有助於基本權保護義務概念的梳理，抑或僅只是更添紊亂，都必須更進一步探究。姑且不論保護義務功能之性質在主客觀法面向上學理的歧異性（客觀法的保護義務、主觀法的保護義務以及自然權的保護義務等等）⁶¹¹，即使肯認私人得對基本權利造成侵害而使基本權利成為保護義務功能之對象，只要人民不因此取得對國家的保護請求權，基本權保護義務功能的客觀性，應當還是能夠獲得充分的維持⁶¹²。

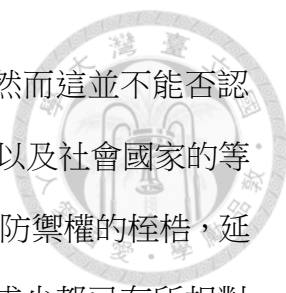
3. 基本權概念的多樣性

綜上所述，固然基本權在私人間的主觀適用，經常遭逢動搖基本權針對國家性、壓迫私法自治之相關批評；然而透過前述對於私法自治概念之分析以及私人間人權侵害的類型化，後者實難以脫免「欲加之罪，何患無辭」之缺憾，而前者除了針對國家性並非憲法條文理解上當然可得之結論外，開拓基本權對私人的主觀效力，也非全然否定基本權旨在對抗國家之性格。蓋誠如文獻上所指出者，基本權的防禦

⁶¹⁰ 例見許宗力，前揭註 136，頁 76。不同見解，自功能最適之角度出發，對於基本權客觀面向之主觀化持保留態度者，參閱林明昕（2006），〈健康權－以國家保護義務為中心〉，氏著，《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，頁 41-42，元照。

⁶¹¹ 山本敬三，前揭註 523，頁 80。

⁶¹² 林明昕教授即強調，個人不得因國家未善盡保護義務而直接向法院以訴訟請求救濟，要求國家履行此一義務，「正是所謂基本權客觀面向的主要特性，也因此而與基本權之主觀面向涇渭分明」，參閱林明昕，前揭註 610，頁 41。



權功能至始至終皆是基本權最為主要且具高度重要性的面向，然而這並不能否認在憲法的解釋上可能成立客觀價值的、民主主義程序的、制度的以及社會國家的等等，其他面向的複數基本權觀⁶¹³。實際上，當基本權的概念突破防禦權的桎梏，延伸到一般性的客觀價值秩序以後，基本權對抗國家之特性或多或少都已有所相對化⁶¹⁴。

是以，既然基本權之針對國家性並非絕對，欲以此為據根除基本權在私人間的主觀作用之空間，也難以在基本權釋義學上尋得穩固的立足點。基本權對於私人的主觀效力，也不過只是為概念本就已複雜多樣的基本權利，再添新芽而已，並不動搖「防禦權」的針對國家性。

（二）憲法和民法的關係

1. 憲法作為市民社會基本法的視角

在論證憲法之基本權利不僅僅是作為客觀價值秩序適用於私法關係之中以後，緊接而來的問題點是，以規制私人間之權利義務關係為目的⁶¹⁵，而同樣具有主觀法地位的民事法，和憲法具有如何的關聯性？

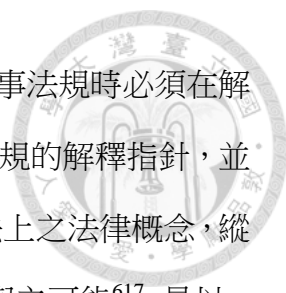
首先，縱使肯定基本權利在私法關係中也有所適用，由於民法在國家法體系下乃是憲法之下位規範，立法者透過民法規範將憲法基本權條款具體化與現實化，故按照「規範適用優先原則」，除非私法規定完全欠缺，法院仍應優先適用私法規範進行審判，而非捨民法不用，直接援引憲法作為審理依據⁶¹⁶。職是，客觀間接適用說對於憲法基本權條款適用在私人之間，將危及權力分立與法安定性原則的憂慮，也就無法成立。

⁶¹³ 松原光宏，前揭註 538，頁 100-101。

⁶¹⁴ 參閱西原博史，前揭註 544，頁 175-176。

⁶¹⁵ 王澤鑑，前揭註 485，頁 105-107。

⁶¹⁶ 關於規範適用優先原則，參閱陳清秀、詹鎮榮，前揭註 311，頁 191-192。



再者，根據本章第一節的憲法取向解釋，法官於解釋適用民事法規時必須在解釋方法的界限內，充分考量憲法之意旨。從而，憲法成為民事法規的解釋指針，並結合本文未將基本權私人效力拘限於客觀作用的觀點，任何私法上之法律概念，縱使涉及主觀權利之認定，只要尚有解釋之空間，均有憲法價值參與之可能⁶¹⁷。是以，憲法將成為私法關係中權利保障的最低標準，宣示基本權利之保障不僅止於國家和私人之法律關係，私人相互之間亦不得任意加以侵害。從而，一方面在民法規範提供的權利保護不及憲法之要求時，將有法規範違憲之問題；另一方面，若是解釋民法之結果有不符合憲法基本權保障之條款時，則屬適用上違憲之禁止。在此一範疇內，憲法的確也能夠說是和民法共同構成市民社會生活領域的基本決定，並作為民法之解釋指針，而具有基本法之性格⁶¹⁸。

上述結論和國家最高法規範論或現代觀點下的無效力說其實相當類似，然而其間最重要之不同點在於，後二者自始否定基本權存在拘束私人之效力，前者則不然。原因是，固然法院所為的民事判決為國家行為之一，在基本權利之直接拘束與法秩序一致性等要求下，對民法進行合憲性解釋；但是，這並不能否定私人會因為基本權利條款之作用，在私法關係中負有尊重他人基本權利之義務，從而受到拘束，此即基本權的對第三人效力。畢竟，憲法在私法爭議之中，能否作為據以審查當事人行為的標準，仍將決定民事判決是否與如何受到基本權利之拘束⁶¹⁹。

⁶¹⁷ 許宗力大法官對此亦稱：「當然，不僅是私法中的概括條款而已，即所有一切其他概念還算『確定』的私法規範，只要還有解釋餘地者，也都應根據基本權精神解釋之。」（許宗力，前揭註 19，頁 66），不過依其採取客觀間接適用說的立場，此處的「一切其他概念」應當無涉權利。

⁶¹⁸ 關於基本法作為原則性規範與解釋方針，參閱林孟楠（2016），〈基本法與行政領域之法統制——日本法及臺灣法之比較研究〉，《華岡法粹》，61 期，頁 116-117。又針對民法作為社會之基本法，山本敬三教授更強調，相較於「一般法」，「基本法」更能表現民法構成其他特別法所依據之框架以及進一步指導特別法內容的特性，參閱山本敬三（1998），〈基本法としての民法〉，《ジュリスト》，1126 号，頁 265。

⁶¹⁹ 許宗力，前揭註 19，頁 64-65。

縱使是受到國家行為理論支配的美國法，在 *Sullivan* 一案中將法院於個人因言論表達承擔侵權責任的「言論侵權案件」(speech-tort cases) 施加侵權責任視作國家行為的同時⁶²⁰，也同樣精準指出：在言論侵權案件中對於言論自由的侵害並非源自於國家藉由立法或行政行為對於私人的直接干預，而是藉由國家適用法律規則的形式出現，國家並非訴訟之當事人⁶²¹；且侵權行為法具有糾正私人間錯誤之權利侵害的功能，而私人的侵權行為並非應受嚴格審查的國家行為⁶²²。是以，言論侵權案件和關注國家與私人間關係的典型言論自由案件相較，具有較高的複雜性⁶²³。

總之，吾人不能僅因法院受到基本權的直接拘束，便忽略在民事案件中基本權對於私人行為的影響力。此一理解也和本文前述關於合憲性解釋和基本權第三人效力關聯性的說明，遙相呼應。

2. 憲法權利與民法權利

而如憲法之基本權條款得在私法關係中作為主觀之基本法適用，則憲法上之基本權利和民法上權利是否相同？和侵權行為法之關係為何？特別是得否直接將基本權作為侵權行為法上之權利？

以上種種，仍然必須根基於憲法和民法的關係進行回答；首先，既然憲法在市民社會中亦有主觀法之性質，則憲法上之基本權在私法關係中自亦屬民法上之權利。文獻上固然有主張參政權、訴訟權等基本權利，無涉平行的社會關係，在私法關係中無任何效力⁶²⁴；惟本文以為，上開基本權利除了客觀面向的程序性給付功能以外，仍然有自由權之面向⁶²⁵，並不排除其在私法關係中發生效力之空間。我國實

⁶²⁰ *Sullivan*, 376 U.S. at 265.


⁶²¹ Han, *supra* note 103, at 510-11.

⁶²² *Id.* at 511-12.

⁶²³ *Id.*

⁶²⁴ 王耀霆 (2008)，〈私法關係的合憲控制—兼評再興社區訴關愛之家案〉，《月旦法學雜誌》，154 期，頁 71-72；蘇永欽，前揭註 497，頁 38。

⁶²⁵ 參閱吳信華，前揭註 4，頁 191、454。



務上亦不否認此類基本權利有受到私人侵害之可能，例如臺灣臺北地方法院 109 年度簡上字第 251 號民事判決：「按憲法第 16 條規定，人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。此憲法上基本權之規定，不僅保護人民不受公權力之侵害，基於基本權之第三人效力，在解釋民法上之概括條款時，亦應審酌此基本權保障之旨趣，以保護人民之基本權不受其他第三人之侵害。第三人與人民間所為之法律行為，倘有侵害人民訴訟權之情事，例如使人民預先放棄提起民事訴訟、刑事告訴之權利，或以人民提起訴訟為條件，加諸不正當、不適當之不利利益，即屬訴訟權之侵害，該法律行為即違反以憲法為基礎之公共秩序，依民法第 72 條之規定，應為無效。」即和本文所見大致相同。

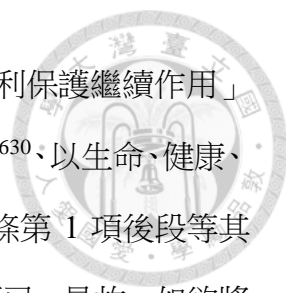
然而，這並不表示憲法上的權利和民法上的權利可以直接畫上等號。原因在於，憲法只是私人間相互關係中人權保護的「最低」標準，只有未達此一保護門檻方有違憲之可能，民法或其他私法規定，無論是在規範上或解釋上，都可以給予人權「更高」的保護。例如，在我國憲法文本和釋憲實務尚未獲得明確承認的「環境權」⁶²⁶，民事審判實務即已視其為人格利益之一種，為私法上之權利⁶²⁷。因此，精確來說，憲法上的權利（自由權）也是民法上的權利；但是，民法上的權利並不當然是憲法上的權利。而在此一觀點下，民法仍然可以在憲法以外，於市民社會中開展更多元、深厚的權利保護體系，從而民法典的自治性與獨立性也得到充分的維持⁶²⁸。

至於憲法上權利和侵權行為法上權利之關係，則可劃分為兩層次進行分析。首先，憲法上之權利縱使得作為民法上之權利，亦不代表得直接認定其為侵權行為法

⁶²⁶ 我國於西元 1997 年第四次修憲時僅於基本國策性質之憲法增修條文第 10 條第 2 項規定：「經濟及科學技術發展，應與環境及生態保護兼籌並顧。」並未將環境法益定位為基本權利，參閱胡博硯（2013），〈環境權之司法發展－寫在環境基本法施行十年之後〉，《司法新聲》，105 期，頁 19-21。

⁶²⁷ 最高法院 108 年度台上字第 2437 號民事判決。

⁶²⁸ 實際上，山本敬三教授亦稱：「民法『至少』有三項任務。一是實現基本權利的內容，二是制定保護基本權利不受他人侵害的制度，三是建置使基本權利得以更充分實現的制度。」（山本敬三，前揭註 523，頁 78）就此而言，也並未排除民法保護基本權利以外之權利的可能性。



上之權利。蓋民法上對基本權及權利之保護機制，舉凡具有「權利保護繼續作用」的不當得利制度⁶²⁹、保護物權不受第三人侵害之物上請求權制度⁶³⁰、以生命、健康、所有權等法益為保護對象之損害賠償法⁶³¹，乃至於民法第 184 條第 1 項後段等其他類型之侵權行為，不一而足，過失侵權責任不過是其中之一而已。是故，如欲將基本權利視為民法第 184 條第 1 項前段之權利，仍必須說明：何以不賦予特定之基本權利侵權行為法上權利之地位，該權利即會處於保護不足之狀態，而有違基本權保護義務之誠命。例如甫受大法官承認之「個別原住民」的「文化權」⁶³²，鑒於其概念本身的開放性和兼具公益性質的客觀性⁶³³，在對於文化權之內容取得更高的共識之前，先將私人間的文化權侵害交由民法第 184 條第 1 項後段及同條第 2 項處理，對於第三人的一般行為自由保障而言，應該還是比較穩健。

準此以言，前揭臺灣臺北地方法院 109 年度訴字第 2122 號民事判決認為民法第 184 條第 1 項前段之權利，包含憲法上權利與民法上之權利，至少就其直接將憲法上權利納入的部分，就不無速斷之嫌。再者，自前述憲法僅劃定私法關係中人權保護之最低標準，民法上之權利範圍較基本權利為廣的觀點，應該可以得出更完整的結論：侵權行為法上之權利未必皆屬憲法上之權利，非屬基本權保護範圍之各種利益也有獲致過失侵權行為保護之可能⁶³⁴。

⁶²⁹ 王澤鑑（2017），《不當得利》，增訂新版，頁 3，自刊。


⁶³⁰ 謝在全，前揭註 49，頁 4。

⁶³¹ クラウス・ヴィルヘルム・カナリス（著），山本敬三（訳），前揭註 599，頁 22。

⁶³² 司法院釋字第 803 號解釋稱之為「身為原住民族成員之個別原住民，其認同並遵循傳統文化生活之權利」。

⁶³³ 此觀司法院釋字第 803 號解釋除憲法第 22 條外，更援引客觀法性質之憲法增修條文第 10 條第 11 項及第 12 項前段等基本國策規定作為文化權之依據，即可得知。文獻上特別指出憲法基本國策之原住民族條款欠缺主觀權利效力者，參閱林明昕，前揭註 294，頁 20-27。

⁶³⁴ 其間最大的差異是，無論不具基本權地位之利益是否被視為侵權行為法上之權利，均不生適用上違憲與否之問題。



並應特別強調的是，固然在憲法第 22 條保護一般行為自由的情形下，眾多的利益皆可能以此為橋梁，而成為私法上之權利，甚至是進而進入侵權行為法上權利的守備範圍。然而，至少在個別之利益是否歸屬於一般行為自由之保護範圍的認定上，都還是要慮及系爭利益是否具有基本權的品質，諸如普遍性、是否為保護人格自由所必要以及和人性尊嚴之密接性等等⁶³⁵，以避免基本權的通貨膨脹，使憲法對於人權的保障趨於稀釋與浮濫。此點亦是本文見解和對於日本國憲法第 13 條幸福追求權之射程，以自主決定之保護為由採取廣泛立場的主觀法多層論，重要之區別所在⁶³⁶。

（三）小結：修正的主觀法多層論

總而言之，以上對於基本權在私人間之效力以及憲民關係的理解，在基本權利得在私人間產生主觀之作用以及憲法和民法共同作為社會的基本法的範疇，與主觀法多層論之主張，其實並無二致。但是，本文係以憲法第 23 條而非同法第 22 條有關一般行為自由之規定作為基本權利對於民事行為具有主觀效力之依據，並且結合私法規範本身與適用結果的合憲性審查，將憲法作為市民生活的基本決定，此點和論理上高度倚賴日本國憲法第 13 條幸福追求權的主觀法多層論即有所差異。並且，因為此一論點係將憲法對於基本權之保障視為私法關係中人權保障最低標準，故相較於主觀法多層論以自主決定之保障貫穿憲法與民法，無論在私法權利之判斷，乃至於侵權行為法的保護範疇，對於民法而言，都保留了更多的彈性與自治之空間。

準此，本文之觀點可以說是一種比起主觀法多層論，在憲民關係上更尊重私法典獨立與自主之「修正的」主觀法多層論。

⁶³⁵ 有關基本權利之品質，參閱司法院釋字第 670 號解釋李震山大法官提出之協同意見書。

⁶³⁶ 日本學理上對於彼邦憲法第 13 條之幸福追求權，一般採取補遺權、保障一般行為自由的想法（例見近藤敦，前揭註 250，頁 86-88），其和我國憲法第 22 條實具有相當之功能。

第三節 私法的憲法化



藉由本章對於憲法取向解釋、基本權第三人效力的分析，乃至於對於憲法和民法關係的梳理，我們終於能夠分析本文在緒論所提及的「私法的憲法化」此一概念，作為關於憲法價值在私法關係的實踐途徑討論的總結。

私法的憲法化所關注的基本權對於私法發生影響力之正當性問題，其實也就呈現了憲法的最高性和私法獨立性之間的緊張關係⁶³⁷。例如 Jan Smits 教授對於私法的憲法化便採取較為質疑的觀點，氏認為基本權利條款既然僅得透過私法條款間接適用於私人之間，則其僅能發揮極有限的影響力，私法規範對於案件仍然具有決定性之地位；且在基本權衝突的情境中，憲法的基本權利條款也未能提供法院足夠的判斷指引，私人間權利的衡平，徹頭徹尾皆是私法的作用⁶³⁸。是以，概念抽象模糊的憲法基本權利對於私法的價值僅在於提供何謂公正社會（just society）的認定要素，並警示法院該案件可能涉及人性尊嚴，而非作為案件的判斷基準⁶³⁹。

然而，Hugh Collins 教授即指出私法所保護之自由，並非僅保護個人不受干預的「消極自由」（negative liberty），而是更關注於保障個人有平等之機會，自主決定並實現自我目標的「積極自由」（positive liberty）⁶⁴⁰。法律避免人們做出不符合其長遠利益、違反其自主決定以及欠缺價值的選擇，例如對於契約的意思表示是否出於詐欺脅迫、契約是否涉及不法之內容或附加不合理之限制等等⁶⁴¹。這種積極自由的理念創造了基本權利進入私法領域的良好條件，只不過由於國家與私人間之關係和私人相互間的關係的性質差異，基本權之內涵必須進行調整以妥適的對應

⁶³⁷ クラウス・ヴイルヘルム・カナリス（著），山本敬三（訳），前掲註 599，頁 2。

⁶³⁸ Smits, *supra* note 13, at 15-18.

⁶³⁹ *Id.* at 21-22.

⁶⁴⁰ Hugh Collins, *On the (in)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law, in* CONSTITUTIONALISATION OF EUROPEAN PRIVATE LAW 26, 58-59 (Hans-W. Micklitz ed., 2014).

⁶⁴¹ *Id.* at 58.



到私人間人權侵害的情狀⁶⁴²。以隱私權為例，在國家侵犯個人之隱私權時，癥結點往往在於公眾場域和私人場域的劃分；相對於此，私人間之隱私權干預，則多以個人資訊之秘密性以及公眾人物與私人生活界線的保護⁶⁴³。

而在本文將所論證之憲法取向解釋憲法和民法共同作為主觀之社會基本法的基礎下，憲法的價值將有更多注入私法領域的可能性，為私人間之人權保障設下門檻，私法的憲法化也就無從避免。實際上，憲法之基本權條款固然簡約抽象，然而透過釋憲實務的長期耕耘，吾人早已各自對於個別的基本權利建構了更深厚、細緻的保障體系。例如，憲法第 11 條僅宣示言論自由應予保障，但大法官早就藉由事前審查禁止、針對內容與內容中立之干預以及高價值言論與低價值言論等概念⁶⁴⁴，為言論自由建構了多層次的保護內涵，也都能夠在基本權衝突利益衡量時，為法院提供較私法之不確定法律概念或一般條款提供更清晰、明確之標準⁶⁴⁵。

當然，民法的相關制度設計在長久的累積與發展之下，有其具體性和獨自性，並且，民法具有規範市民日常生活的優先地位，故私法規範本身應對憲法在私人間的適用具有指導的作用，而與憲法之間呈現一種相互影響的狀態⁶⁴⁶。在本文所提及之憲法取向解釋的體系性維持誠命、民法規範之優先適用以及憲法僅為私法關係中人權保障之最低標準等觀點下，憲法和私法間確實處於此一協調合作之關係，故在傾注基本權內涵於私法規範時，私法的本身的規範體系仍然可以得到充分的確保。

⁶⁴² *Id.* at 46, 59-60.

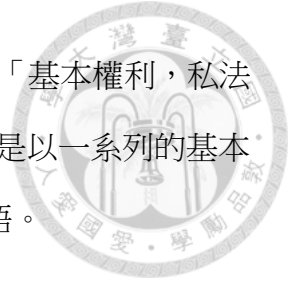
⁶⁴³ *Id.* at 46.

⁶⁴⁴ 相關說明得參閱司法院釋字第 414 號、第 445 號及第 744 號解釋。

⁶⁴⁵ 類似見解，參閱松原光宏，前揭註 538，頁 100。

⁶⁴⁶ ヨハネス・ハーガー（著），円谷峻（訳）（2007），〈民法と憲法の関係：民法の憲法化から憲法化による民法化〉，《明治大学法科大学院論集》，2 号，頁 19。

於此，本文借用荷蘭著名法學家 Hans Nieuwenhuis 所言⁶⁴⁷：「基本權利，私法中法律論述的沃土？是時候將問號換成句號了，私法是，也應該是以一系列的基本權利思想為基礎的。」為錯綜複雜的憲法和民法關係，暫下斷語。



第四節 小結

透過上述對於憲法上債權保護體系之建構以及基本權如何在私法關係中發揮作用力的鋪敘，憲法上債權對於侵權行為法權利客體之認定將產生何等影響，似乎也已略見端倪。接著，本文將透過分析私法關係中何種情形將侵害憲法上債權所欲保護之利益，並結合保護不足禁止原則之操作，將債權納入過失侵權行為之射程。

⁶⁴⁷ Hans Nieuwenhuis, *Fundamental Rights Talk: An enrichment of legal discourse in private law?*, in CONSTITUTIONALISATION OF PRIVATE LAW 1, 8 (Tom Barkhuysen & Siewert Lindenbergh eds., 2006).

第五章 債權在侵權行為法的體系位置

第一節 侵權行為法與憲法債權



壹、憲法債權的侵害

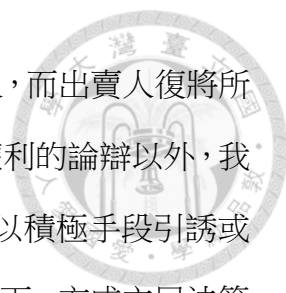
既然在憲法層次已將財產權之保護範圍限縮於「既得利益」，並藉此定義受憲法財產權保障的債權僅止於本於債權請求給付之地位，以及依債權之保持力而保有之給付，而不及於事實上尚未取得之給付利益；並且，在憲法作為市民社會基本法的前提下，憲法上的財產權也能夠在私法關係中發揮主觀之效力，亦即憲法所保護的私法債權，也能夠作為民法上的權利而受到國家以外之第三人的侵害。吾人終於能夠藉此判斷，本文第二章所述及民法學理上所討論的各種債權侵害情狀之中，哪些類型將構成憲法債權（財產權）的侵害，從而有透過憲法保護義務功能之觀點加以檢視的空間。

一、債務不履行

（一）給付不能與給付遲延

首先，單純涉及「給付利益」的給付不能或是給付遲延，例如國內文獻上經常用以分析債權侵害的一物二賣，否定債權作為權利者當然認為此時無民法第 184 條第 1 項前段侵權責任之適用，無須多言。採取肯定或部分肯定債權有過失侵權責任之適用之見解，亦有主張對於債務人，本於「契約秩序的特別性」，並無侵權責任之適用，而僅發生債務不履行責任，均已如前述。

實際上，將此種情形排除於民法第 184 條第 1 項前段之適用，自財產權保障之觀點而言，也並無憲法之疑義。其原因在於，在原買受人根本連占有皆尚未取得之情形，其並未本於債權獲得給付之利益，而其因出賣人將標的物出賣於第三人而未能取得之「給付利益」，既然非屬既得利益，本非憲法債權之保護範圍，出賣人與第三人之移轉交付標的物之行為，自始不構成「憲法債權之侵害」。



至於不動產之二重買賣，如出賣人已交付標的物予原買受人，而出賣人復將所有權讓與第三人之情形，除了債權本身是否屬於侵權行為法之權利的論辯以外，我國文獻上更有強調為避免市場自由競爭之抑制，而僅在第三人以積極手段引誘或以詐欺脅迫使債務人違約等構成「違反善良風俗之方法」的條件下，方成立民法第 184 條第 1 項後段的侵權行為責任⁶⁴⁸。民事審判實務則以「不動產之重複買賣，以先辦妥所有權移轉登記者，應受法律之保護」以及第三人「取得系爭不動產所有權，係本於買賣契約行使權利」為由⁶⁴⁹，亦僅在第三人明知原買受人已買受該不動產，復唆使出賣人移轉所有權於自己，或故意引誘出賣人違約以毀損前買受人之商譽或使其受有重大損失等場合，原買受人始得以第三人係故意以背於善良風俗之方法加損害於他人為由，向其請求侵權行為之損害賠償⁶⁵⁰。

類似地，日本法上，傳統見解則主張，第三人之行為是否構成侵權行為，在容許自由競爭的前提下，需視其是否以「不公正」的方法，取得系爭不動產之所有權⁶⁵¹。最高裁判所亦強調在不動產二重買賣，後買受人不僅因知悉前買受人和出賣人間的買賣事實，而須負侵權責任⁶⁵²，結論上亦和我國學理及實務大致雷同。

惟在本文以既得利益界定財產權保護範圍之觀點下，不動產之二重買賣也並非對於憲法債權之侵害，蓋於此情形，原買受人僅本於債權取得系爭標的物之「占有」爾，縱使出賣人將「所有權」移轉於第三人，買受人並不因此喪失對標的物之占有，並未侵害買受人本於債權「已取得」之利益。而第三人本於所有權向原買受人主張所有物返還請求權，固然將使原買受人因而喪失占有，侵害其因債權而已取得之利益，該當「債權侵害」之要件。然而，第三人既已取得完整之所有權，且本

⁶⁴⁸ 王澤鑑，前揭註 1，頁 246；陳聰富，前揭註 1，頁 125-126。

⁶⁴⁹ 臺灣高等法院 95 年度重上更（一）字第 48 號民事判決。

⁶⁵⁰ 最高法院 96 年度台上字第 2828 號民事判決。

⁶⁵¹ 円谷峻，前揭註 46，頁 66-67。

⁶⁵² 最判昭和 30 年 5 月 31 日民集第 9 卷 6 号 774 頁。

於私法自治，其原則上無須受出賣人與原買受人間買賣契約之拘束⁶⁵³，其行使所有物返還請求權，當無「不法性」可言，仍不構成侵權行為。



(二) 不完全給付

相對於給付不能及遲延，對於不完全給付，則需進一步細緻區分「瑕疵結果損害」與「瑕疵損害」⁶⁵⁴。

首先，加害給付所致之瑕疵結果損害已構成對債權人之「人身及財產等其他「固有益處」之侵害，而此等利益係受身體權、健康權及所有權等「權利」所保護，本即有民法第 184 條第 1 項前段過失侵權責任之適用，前已論及，並非「債權」是否為「權利」，所欲關注的主要課題。

至於因瑕疵給付而生「瑕疵損害」，則係原來債務不履行之問題，為履行利益之損害⁶⁵⁵，亦非屬債權之侵害。蓋履行利益係指債務人履行債務之後，債權人因此得獲取之利益⁶⁵⁶，縱使債權人此時已取得「瑕疵給付」，其受干預者仍係其事實上未取得之完整的「履行利益」，並非本於債權而得保有之給付，受到侵害。

較有疑義者是本已糾纏不清的「商品自傷」情形，然而此時學理爭論所環繞者，係此一情形是否為「所有權之侵害」，抑或僅是「純粹經濟上損失」，以決定此時有無消費者保護法第 7 條商品製造人侵權責任以及民法第 184 條第 1 項前段之適用

⁶⁵³ 參閱最高法院 72 年台上字第 938 號民事前判例及最高法院 83 年台上字第 3243 號民事前判例（強調買賣契約僅有債之效力，不能對抗契約以外之第三人）。

⁶⁵⁴ 對於此一區分的說明及反思，參閱詹森林(2002)，〈不完全給付—最高法院決議與判決之發展〉，《台灣本土法學雜誌》，34 期，頁 47-48。

⁶⁵⁵ 王澤鑑，前揭註 93，頁 247-249。

⁶⁵⁶ 林誠二，前揭註 66，頁 527-528。



⁶⁵⁷。本文初步認為，商品自傷既係因瑕疵致使買受人已取得所有權之商品本身毀損滅失，應屬「所有權」之侵害，故已逸脫「債權侵害」之範疇⁶⁵⁸。

二、權利地位及已取得利益之干預

(一) 權利地位的侵害

對於債權權利地位之侵害，也就代表者債權人本於債權而得向債務人請求給付以及進而保有給付的權能受到干預，學理上論及的侵害債權歸屬，既然債權人因第三人受領債務，而致使債權消滅，已影響債權人債權權能地位的存續，當屬對於債權之侵害。

此外，在債權標的因不可歸責於債務人之事由受到侵害而給付不能，由於債務人依民法第 225 條第 1 項之規定免除對於債權人的給付義務，債權人已無從本於債權向債務人請求給付，該債權之請求力顯然受到第三人之干預，故和債權歸屬之侵害同樣落入侵害債權之範疇⁶⁵⁹。

實際上，在債務人免除給付義務之情形，我國民法雖未就該債權之效力有所規範，惟文獻上即有強調除非債權人行使民法第 225 條第 2 項之代償請求權，否則債權債務關係即已喪失存在之意義，宜解釋為債之關係消滅⁶⁶⁰。臺灣高等法院臺中分院 101 年度重上字第 119 號民事判決謂：「雙務契約，債務人給付義務消滅、債

⁶⁵⁷ 相關正反論辯，參閱陳忠五（2009），〈論消費者保護法商品責任的保護法益範圍〉，《台灣法學雜誌》，134 期，頁 77-96；陳聰富（2015），〈建物瑕疵之侵權責任－商品自傷的損害賠償〉，《政大法學評論》，143 期，頁 61-122。

⁶⁵⁸ 相同見解，指出商品自傷係因商品瑕疵造成商品「物之完整性」受到損害，參閱陳忠五，前揭註 657，頁 89-90。

⁶⁵⁹ 此處可能面臨的質疑是，在此一觀點下，第三人之行為是否構成債權侵害將取決於債務人可否歸責，實際上似為一種偶然。然而，此亦是財產權作為需形塑之自由，仰賴法律就權利行使之要件、法律效果以及限制進行規範，謀求當事人間利益衡平的展現，並無不妥之處。

⁶⁶⁰ 孫森焱，前揭註 74，頁 996-997；邱聰智（著）、姚志明（修訂），前揭註 87，頁 58-59。

權人對待給付義務亦消滅者，論其債之關係繼續存在，實無意義，故實務認為此種情形，債之關係因而消滅。」亦同斯旨。

從而，此種清況下，既然和債權歸屬之侵害均會導致債權消滅，將之評價為對於債權之侵害，概念上當屬正確。縱使是在債權人行使代償請求權之場合，文獻上多認為代償請求權係「新生之權利」而非「原債權之繼續」⁶⁶¹，如學者向明恩即強調代償請求權之核心功能在於調整不當之財貨分配（不當得利法之功能），避免債務人在免除給付義務的同時，卻受有來自第三人的替代利益⁶⁶²，更足見代償請求權和原債權欠缺債之同一性。是以，即使債權人於此仍須為對待給付而整個契約關係（廣義債之關係）並未歸於消滅，使債權人得向債務人請求給付的該債權本身（狹義債之關係）仍已不再具有效力，故依舊得被歸類為侵害債權。

相對於此，債務不履行的損害賠償請求權，學理上則多指出僅係原債權在形態上的變化，而僅為「原債權之繼續」，兩者間具有債之同一性⁶⁶³。自憲法的角度言，債權的內容除了當事人本於私法自治或契約自由，自主決定與形成以外，本身也就仰賴法律制度加以規制。則立法者為了解決履行利益的損害，在債權債務關係內部所建構的債務不履行損害賠償制度，也應屬債權的內涵之一，第三人之行為如導致債務不履行的發生，因而啟動債權請求內容的更易，應為債權本身之法律制度設計，債權人之權利地位仍然存續，加害人並未干預債權之請求權能，無須認定為對於債權之侵害。

⁶⁶¹ 向明恩(2015)〈剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算—以最高法院100年度台上字第1833號判決為楔子〉，《月旦民商法雜誌》，48期，頁150-151；孫森焱，前揭註74，頁515；邱聰智(著)、姚志明(修訂)，前揭註87，頁58。不同見解，以消滅時效制度之維繫為由，認為代償請求權為「原債權之繼續」，參閱陳聰富，前揭註146，頁18。但是，如係以時效制度之立法設計，作為論斷請求權性質之依據，不免有倒果為因之嫌。

⁶⁶² 向明恩，前揭註661，頁140-146、150-151。

⁶⁶³ 陳聰富，前揭註146，頁15；孫森焱，前揭註74，頁516；邱聰智(著)、姚志明(修訂)，前揭註87，頁60。



(二) 已取得之利益之干預

至於已取得之利益之侵害，典型之態樣即為干預以債權為占有本權的有權占有，例如前述臺灣高等法院 99 年度重上更(二)字第 154 號民事判決所涉及的「租賃權」，債權人既已本於租賃契約有權占有租賃物為使用收益，即已屬依債權而「已取得之利益」，為債權之保護內涵。如此一使用收益權能受到干預，當屬債權之侵害。

固然，於請求損害賠償時，債權人所能向加害人請求者，終究係取向未來，因加害人之干預行為而無法繼續就標的物為使用收益而生之損害，似有解釋為「未取得利益」之可能。然而，本文以為，在此類以物之使用權作為標的之繼續性契約關係中，假使債權人已經取得對標的物的「直接占有」，具對物之直接管領力及支配力⁶⁶⁴，而得對標的物為使用收益時，其性質即屬「本於債權已取得之利益」，債權人得本於債權之保持力繼續保有此一給付，具備利益之「既得性」，為憲法第 15 條財產權所保障。從而，此一利益狀態應受「存續保障」的高度確保，而債權人在契約關係存續期間對標的物的「繼續使用收益」之利益，亦應包含在內⁶⁶⁵。

反之，在勞務契約中，固然衡諸部分類型的勞務供給契約之本旨，其契約目的係關注「勞務提供」或「事務處理」，故債務人之勞務提供乃是主給付義務或履行給付義務之手段⁶⁶⁶，故如第三人之行為侵害此類勞務契約債務人之人身，使其無法履行債務而陷於給付不能⁶⁶⁷，除了在債務人為不可歸責而免給付義務時當然屬於

⁶⁶⁴ 鄭冠宇(2020)，《民法物權》，10 版，頁 730，新學林。

⁶⁶⁵ 民法對於以物之使用權為標的之契約關係，在債權人取得標的物以後，對於第三人以法律行為造成之干預，也傾向給予權利地位存續的保護，例見民法第 425 條買賣不破租賃之規定。

⁶⁶⁶ 各種勞務供給契約的比較分析，參閱張譯文(2021)，〈勞務供給契約之類型與區分標準－以定性的困境為中心〉，《月旦法學雜誌》，314 期，頁 49-51。

⁶⁶⁷ 相對於此，承攬契約中之承攬人之主給付義務為「工作完成之結果」，是否由承攬人提供勞務並不重要(張譯文，前揭註 666，頁 50)，故縱使第三人侵害承攬人人身也難以導致承攬債務陷於給付不能。

侵害債權以外，似乎亦有討論是否構成債權侵害的必要。惟依本文之見，勞務供給契約和前述以物之使用權為標的之繼續性契約的最大差異即在於，債權人並不因勞務債權而得支配債務人將來持續給付與否⁶⁶⁸。是以，究竟未來債務人是否繼續提供勞務（履行利益），本即存有相當程度的不確定性，尚不具備利益的「既得性」，應不受憲法財產權保護。

貳、基本權保護義務觀點下的侵權行為法

本於立法者對於財產權所負有的保護義務，民法中設立了諸多保護財產權的規範制度。就作為本文討論主軸的侵權行為法而言，其功能則是權益保護，且在被害人權利遭受侵害之時，藉由損害賠償之機制加以填補，並藉此鼓勵行為人採取措施預防對他人權利造成損害，使其行為舉止符合社會目標⁶⁶⁹。如同王澤鑑大法官為憲法基本權利與侵權行為法之關係所下的註解⁶⁷⁰：「為保障人民的基本權利，國家負有義務，建構一個有效率、合理的侵權行為法及損害賠償制度」，一語中的，甚為貼切。

特別是侵權行為法對於既成損害的填補機能，其他權利保護機制並不具備類似之作用。例如，以妨害除去為核心的物上請求權便較無發揮之空間⁶⁷¹，而以調整不當財貨分配秩序為目的之不當得利制度，功能更在於除去所受利益，而非填補損

⁶⁶⁸ 固然針對勞動契約的「人格從屬性」，臺灣高等法院 104 年度重勞上字第 27 號民事判決強調「雇主在支配勞動力之過程即相當程度地支配勞工人身及人格」，不過這也僅限在債務人已決定為勞務給付的範疇，債權人就其所提供之勞動力方具有支配力。文獻上亦指出「從屬性係用以描述勞務提供的過程」（邱羽凡（2019），〈假承攬、真僱傭？—平台餐飲外送員之勞動保護與「勞工身分」簡析〉，《月旦法學教室》，206 期，頁 72），則尚未提供之勞務自不與焉。

⁶⁶⁹ 王澤鑑，前揭註 1，頁 6-10。英文文獻，參閱 Han, *supra* note 103, at 505-06.

⁶⁷⁰ 王澤鑑，前揭註 1，頁 36。

⁶⁷¹ 關於物上請求權和侵權行為法的關係，參閱王澤鑑（2022），《民法物權》，3 版，頁 205，自刊；謝在全，前揭註 49，頁 156。



害⁶⁷²。就此而言，債權必須受到侵權行為法保護，否則侵害債權所致之既成損害，將難有受到完整填補之機會，將牴觸保護不足禁止之誡命而違反國家對於財產權的保護義務。

然而，僅是強調侵權行為之功能特殊性以及債權為侵權行為法之保護範圍，並無法解決債權在民事侵權行為法領域所面臨之困境。蓋不論採取差別保護亦或者平等保護的看法，亦或者是否主張過失侵權責任之客體須限於絕對權，債權終究係侵權行為保護之客體，不過係受保護之程度高低有所不同而已⁶⁷³。而在本文於前述基本權第三人效力之爭議，採取修正的主觀法多層論，認為基本權利亦得在私法關係中發揮主觀法之作用，故私人亦負有尊重基本權利之義務，開啟基本權作為民法第 184 條第 1 項前段之權利的可能性以後，最關鍵的問題點將是：將債權排除於過失侵權責任之適用範圍，是否將導致債權處於保護不足之狀態？

第二節 保護不足禁止與過失侵害債權

壹、平等原則作為保護不足之標準

相對於由德國聯邦憲法法院所建構的基本權保護義務，「保護不足禁止」之概念係由民法學者 Canaris 導入基本權保護義務之體系中，氏認為如何判斷國家有無違反基本權的保護命令，經常涉及對立的私法上權利主體的利益衡量，故國家有廣泛的裁量權限，因此須採取和使用比例原則進行嚴格審查的「侵害過度禁止」有別於「保護不足禁止」概念進行認定⁶⁷⁴。Isensee 教授則以立法者行使具體化保護義務的裁量權之目的在於達成保護義務之效果，保障基本權的安全之最低水準為由，將保護不足禁止作為此一裁量之界限，並指出其和對防禦權的侵害過度禁止原則

⁶⁷² 王澤鑑，前揭註 629，頁 4。

⁶⁷³ 參閱陳聰富，前揭註 1，頁 123。

⁶⁷⁴ クラウス・ヴィルヘルム・カナリス（著），山本敬三（訳），前揭註 599，頁 16-17、31。



具有相對應的關係⁶⁷⁵。這樣的保護義務體系一方面受到德國聯邦憲法法院的廣泛採納⁶⁷⁶，另一方面也為我國憲法學界所繼受⁶⁷⁷。

不過，誠如論者所指出的，受制於立法者對於如何履行保護義務的廣泛形成空間，究竟不足禁止的審查標準或內涵為何，似乎呈現混沌不明的景象⁶⁷⁸。實際上，是否保護不足的判斷和個案審查密度的採擇，具有高度關聯性⁶⁷⁹。在勞動基準法未就勞工請領退休金之權利成為扣押、讓與或供擔保之標的有所限制，是否違反國家對於勞工之工作權與生存權之保護義務的爭議中⁶⁸⁰，司法院釋字第 596 號解釋理由書中指明：「本諸立法機關對於公務人員與勞工等退休制度之形成自由，而為不同之選擇與設計，因此，無由以公務人員退休法對於公務人員請領退休金之權利定有不得扣押、讓與或供擔保之規定，而勞動基準法未設明文之規定，即認為對於勞工之退休生活保護不足，違反憲法第一百五十三條保護勞工之意旨」，便顯示出不足禁止原則本身受制於立法者對於給付事項資源分配的形成自由⁶⁸¹，就拘束國家積極採取有效的保護手段，往往必須採取寬鬆之審查密度⁶⁸²。

⁶⁷⁵ ヨーゼフ・イーゼンゼー（著），小山剛、上村都、栗城寿夫（訳），前掲註 397，頁 195-197。

⁶⁷⁶ 首開先例者即為著名的「第二次墮胎案判決」，關於此一判決之中文介紹與評析，參閱陳英淙（2002），〈由德國聯邦憲法法院之判決（BVerfGE 88, 203）探討墮胎合法化問題〉，《憲政時代》，28 卷 1 期，頁 69-72；楊承燁，前掲註 395，頁 40-47。

⁶⁷⁷ 例見許宗力，前掲註 136，頁 75-76；吳信華，前掲註 4，頁 212-213。不同意見，認為不足禁止原則和過度禁止原則之間具有內在關聯性，並無特殊意涵，參閱李建良，前掲註 396，頁 353-356。然而，學理上多有強調不足禁止原則之重心在於「應否及如何保護」（司法院釋字第 689 號解釋李震山大法官提出之部分不同意見書）以及「劃定國家保護措施的下限」（小山剛，前掲註 391，頁 103-107；楊承燁，前掲註 395，頁 260）；準此以觀，不足禁止原則和過度禁止原則仍然有獨立分析判斷之必要。

⁶⁷⁸ 吳信華，前掲註 4，頁 212。

⁶⁷⁹ 小山剛，前掲註 391，頁 89、107-115。

⁶⁸⁰ 於此雖然是源自憲法第 153 條之規範要求，惟前已述及，此類基本國策之規定得填充保護義務等基本權客觀功能之內涵，故以之作為國家對於工作權與生存權之保護義務應無違誤。

⁶⁸¹ 關於基本權保護義務的給付義務性格，參閱小山剛，前掲註 391，頁 105-106。

⁶⁸² 相反地，本號解釋之不同意見則認為在涉及生存權保障或憲法設有特別保護誡命（如憲法第 153

並且，單純仰賴個案的審查密度，並不能解決不足禁止原則內涵不明確的問題，文獻上則有以禁止保護不足和禁止過度侵害同樣延伸自比例原則為由，建構由比例原則轉化而來的「目的確定」、「適當性」（非無助於保護義務之實現）、實效性原則（必要最低限度的實效性或必須採取對第三人干預同樣小，但更為有效的保護手段）以及均衡性原則（最適比例性的調整）的審查步驟⁶⁸³。於此相對，亦有學者將保護不足與否的判斷，求諸於相對立基本權的「衡量法則」，如果對受害人權利的侵犯程度越大，保護行為人權利的重要性就必須越大，故在保護行為人權利的重要性不大之情形，則必須保護受害人的權利不受侵犯⁶⁸⁴。

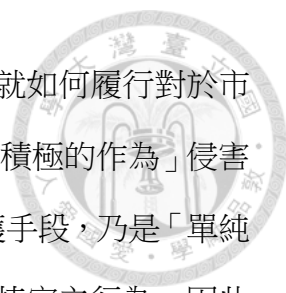
然而，上述的判斷標準相較於適用於過度侵害禁止的比例原則，其實概念上都還是相當模糊，仍有待學理及實務進一步的發展。只不過，吾人不能忽略了在國家已經針對某些相類似之情形已採取保護措施的「不真正不作為」（部分不作為）之場合，相較於國家毫無行動的「真正不作為」（全部不作為）⁶⁸⁵，其實可以用更具體的審查標準來檢視系爭基本權利是否處於保護不足之狀態。

條)之情形，法院即不能因立法形成自由，棄守對於立法規範的控制，參閱司法院釋字第 596 號解釋廖義男大法官提出之不同意見書；司法院釋字第 596 號解釋許宗力大法官、許玉秀大法官共同提出之不同意見書。學理上亦有批評本號解釋就立法者為何未逾越立法形成自由之界限欠缺詳盡之說理，而忽略公務人員和勞工受雇法律關係之類似性，參閱林佳和（2014），〈公務員、勞工與平等原則—從釋字第 596 號解釋談起〉，氏著，《勞動與法論文集 II——勞動與公法、全球化與勞動人權》，頁 167-174，元照。

⁶⁸³ 程明修，前揭註 606，頁 11；日文文獻，參閱小山剛，前揭註 391，頁 93-99。不過兩者之間仍略有差異，程明修教授主張保護不足禁止無涉相對立利益之衡量，故均衡性原則較無價值；而小山剛教授則以基本權之保護義務只要求國家採行最低限度之保護措施為由，認為實效性原則在保護不足禁止原則之體系下較不明確。

⁶⁸⁴ 山本敬三，前揭註 558，頁 210-212、227。

⁶⁸⁵ 關於立法者之真正不作為和不真正不作為，參閱陳愛娥（2001），〈立法怠惰與司法審查〉，《憲政時代》，26 卷 3 期，頁 55。此和部分文獻上將國家針對某一事實僅有不充分之規範稱之為不純粹不作為（楊承燁，前揭註 395，頁 277-278），有所不同。



開創不足禁止原則的 *Canaris* 教授亦早已言明，國家之所以就如何履行對於市民的保護義務具有非常廣泛的裁量權限，是因為相對於國家以「積極的作為」侵害人民的基本權利，國家未對於市民間的權利侵害採取充分的保護手段，乃是「單純的不作為」，必須有特別的「法的行為義務」方可要求國家採取特定之行為，因此需要比判斷積極作為之法的無價值更為強力之論據⁶⁸⁶。然而，在立法者已針對和未受保護之事實相類似之情形採取保護措施時，以該措施作為國家是否保護不足的標準，便能大幅減低過度壓迫立法者具體化保護義務形成空間之疑慮，畢竟此時法院並未以自己創設保護手段，取代立法者的裁量⁶⁸⁷。換言之，在此種立法者就具有可相提並論性的私人間權利侵害事實⁶⁸⁸，採取的保護措施具有強度上的落差時，透過平等原則判斷此一差別待遇是否合理，實際上也能相當程度地回應保護不足與否的認定難題⁶⁸⁹。


司法院釋字第 596 號解釋理由書對於「公務人員退休法對於公務人員請領退休金之權利定有不得扣押、讓與或供擔保之規定，而勞動基準法未設明文之規定」的情形，先是強調「公務人員與勞工之工作性質、權利義務關係不同，國家對勞工與公務人員退休生活所為之保護，方法上自亦未盡相同」，將論證焦點置於公務人

⁶⁸⁶ クラウス・ヴィルヘルム・カナリス（著），山本敬三（訳），前掲註 599，頁 16-17。

⁶⁸⁷ 此亦是基於平等原則所為的類推適用，相較於制定法外的法之續造，較不至和權力分立原則產生衝突的原因。平等原則與權力分立和法之續造間的關聯性，參閱陳清秀，前掲註 151，頁 236-240、244-246。

⁶⁸⁸ 「可相提並論性」係比較差別待遇之前提，其判斷依據包含事物與規範目的之本質（吳信華，前掲註 4，頁 298）與是否具備他人或其他生活事實所無之特徵（陳愛娥，前掲註 685，頁 48-49）。

⁶⁸⁹ 陳愛娥教授即指出在違反平等權的立法怠惰，實質判斷標準即是平等原則之牴觸與否，參閱陳愛娥，前掲註 685，頁 48。應特別說明的是，保護是否「不足」，究竟得否透過平等原則和其他保護措施進行「比較」而得出，可能涉及保護不足禁止原則和平等原則，乃至於自由權和平等權之間，複雜的交錯關係。由於不足禁止原則之內涵仍處在發展階段，且考量平等權概念本身的空泛性以及對於自由權的依附性（吳信華（2021），〈「平等權」的主張與「平等原則」的審查〉，《月旦法學教室》，223 期，頁 8），本文暫且選擇將平等原則和自由權體系下的保護不足禁止原則進行連結，但相關概念體系的釐清，仍有待學理及實務更深入的研究與對話。



員和國家之間為「公法上的勤務關係」，而勞工和雇主之間則為「私法上的勞動契約關係」⁶⁹⁰。並進而指出「其間差異是否牴觸憲法平等原則，應就各種保護措施為整體之觀察」，最後則以勞動基準法和公務人員退休法間的保護落差，並未「對於勞工之退休生活保護不足」，亦未「違反憲法第七條之平等原則」作結。亦展現平等原則和保護不足與否的認定，具有極高的關聯性。

貳、債權作為過失侵權行為之客體

一、權利的憲法取向解釋


綜合本文對於憲法價值在私法關係的實踐途徑之相關論述，可以歸納為下列兩個重點：

其一，基本權的保護義務功能，非僅在拘束立法者須制定相關規範以保護人民之基本權利，職司國家審判作用的法院，在審理個案，適用法律之情形，亦須充分考量憲法基本權之價值，為「合憲性解釋」或「憲法取向解釋」，避免發生「適用上違憲」，而損及人民之基本權利。且司法權的審判作用，是公權力行為，應受基本權之直接拘束，是以，無論受審理之案件係屬公法事件或私法事件，這樣的觀點均應一體適用。

其二，在承認基本權得在私法關係中發揮主觀效力的前提下，只要私法規範的解釋具有抽象性時，均有以憲法的價值加以形塑之可能，並不侷限於「公序良俗」等概括條款，只不過依其抽象程度的高低差異，作用方式略有不同而已⁶⁹¹。特別是概念呈現開放性的侵權行為法，諸如「權利」、「違法性」以及「故意或過失」等不確定法律概念，都具有相當程度的解釋空間，而法院於適用相關概念時，更應考量

⁶⁹⁰ 就本號解釋理由書此段論理之分析，參閱林佳和，前揭註 682，頁 125-126。學理上則有認為退休金制度仍係勞動基準法之強制規定，不應全然漠視其公法性格，參閱鍾秉正（2010），〈簡評「大法官釋字第 596 號解釋」〉，氏著，《社會法與基本權保障》，頁 352-353，元照。類似意見，提出「公務員法與勞動法之趨近」，參閱林佳和，前揭註 682，頁 146-162。

⁶⁹¹ 蘇永欽，前揭註 415，頁 114-115。

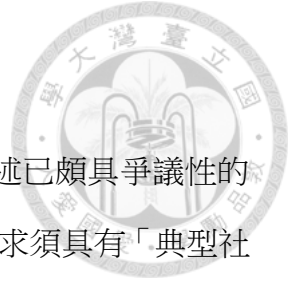


憲法之價值，將之具體化。至於具體化的方式則具有相當程度的多樣性，綜合本文前述之相關說明，至少包含：「系爭利益是否為基本權之『保護範圍』所及」與以基本權保護義務為基礎的「保護不足與干預過度的『雙重禁止』」以及「基本權衝突的『利益衡量』」等等⁶⁹²。舉例而言，我國民事審判實務參酌司法院釋字第 603 號解釋對於憲法第 22 條隱私權保護範圍之闡釋，將當事人自主控制個人資料之資訊隱私權（決定是否揭露、在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露）認定為民法隱私權之內涵⁶⁹³；亦或者是前揭採取廣義間接適用論的臺灣高等法院 104 年度上字第 718 號民事判決，衡量言論自由和名譽權間的基本權利衝突時，將名譽侵權責任的「故意或過失」要件解釋為：「行為人查證後明知言論內容為不實，仍惡意發表言論者，為故意；行為人查證後無相當理由確信言論內容為真實者，則為過失」，均是此類以憲法價值具體化私法不確定法律概念的展現。

從而，在針對民法第 184 條第 1 項前段之「權利」進行解釋，判斷「債權」是否為其概念意涵所及時，便無從忽略「債權」係受憲法「財產權」所保障，而必須自憲法之視角進行分析。

⁶⁹² 應特別說明的是，得透過上開手段傾注憲法價值的私法上之不確定法律概念，並不以侵權行為法為限。例如，臺灣彰化地方法院 105 年度重訴字第 162 號民事判決針對民法第 824 條第 2 項第 2 款：「原物分配顯有困難時，得變賣共有物，以價金分配於各共有人；或以原物之一部分分配於各共有人，他部分變賣，以價金分配於各共有人。」之「顯有困難」，便強調「基本權的保護義務功能，課予國家保護私人自由與財產，使免於遭受其他私人侵害的義務」，故「法官於適用、解釋私法規定，解決私人間因基本權侵害所引發的私法衝突時，亦應同受基本權之拘束，對相衝突之基本權作適切之權衡」。本判決並進而指出，共有物分割方法可能涉及憲法之「財產權」與「生存權」，考量財產權之「社會義務」以及生存權保障的「尊嚴生活水準義務」，故本款之「顯有困難」應採行「合乎憲法意旨之法律解釋」解為：「未涉及共有人已於共有物上，依其應有部分所得主張之範圍內，已存有之居住、利用之情形；或雖有此類情形，然該共有人於共有物上之居住、利用之情形，已造成公共安全有危害之虞之情形，而以原物分割之結果，無論採何方案，均將造成各共有人所得之應有部分價值因此減損之情形」。

⁶⁹³ 例見臺灣南投地方法院 106 年度投小字第 368 號民事判決、臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上易字第 7 號民事判決。



二、民法侵權行為與基本權衝突

而針對學理及實務否定債權作為權利的看法，姑且放下前述已頗具爭議性的「絕對權」及「相對權」二分法以及和文義解釋的背離不談，要求須具有「典型社會公開性」始得侵權行為法上之權利，實際上考量者其實正是被害者之基本權利以及加害者之一般行為自由之平衡。然而，侵權行為法的整體概念架構，無非就是在權衡前述兩者之間加以權衡⁶⁹⁴，也就是在基本權衝突的情境下，所必須進行的利益衡量，以達不同基本權利之間的「實踐和諧」⁶⁹⁵。

然而，在民法第 184 條第 1 項前段的規範結構中，「權利」相較於「違法性」、「故意過失」以及「因果關係」等其他要件，卻正是最不適宜擔任「利益衡量」的個案調控職責，蓋是否為權利的判別，將直接導致系爭事實適用不同的侵權行為類型，而在所受之保護強度上呈現極大差異。這樣的結果，將使法律適用者無法針對具體個案的不同情狀，例如主觀可歸責性、客觀行為之態樣乃至於雙方地位的強弱，妥適地達到基本權利實現的最佳化調和，而呈現「衡量不足」的窘境。

換句話說，能夠最密切貼合個案脈絡差異的概念，才是基本權衝突下，利益衡量的最適選擇；而透過「權利」的分類，將債權排除於權利之外，則恰好是在迴避這樣的利益衡量。

三、民法債物二分的體系？

儘管將債權納入侵權行為體系的權利概念有助於基本權衝突的利益調和，在憲法取向解釋作為法秩序一致性實踐手段的理解下，假使肯認債權作為民法第 184 條第 1 項前段之權利，將和民事法的價值體系有所扞格，那麼此一任務也必須由法院回歸至立法者，以規範制定或修正之方式加以解決。

⁶⁹⁴ 王澤鑑，前揭註 1，頁 96。

⁶⁹⁵ 關於實踐和諧原則，參閱吳信華，前揭註 4，頁 242-244。




於此最相關的也許是民法債物二分的立法體例，固然債權和物權的概念辨異無從抹滅債權的自由權性格，而須受到憲法財產自由保護；但是，在侵權行為法上將債權和物權同樣視為權利，是否和此一體系設計有所衝突，仍是必須先行克服之阻礙。

從本文前述的債權與物權差異性來看，債權之權能乃是對於給付的請求以及保有給付，而物權則是對物的支配。是以，債物二分所關注者，其實是權利所表彰之利益實現方式之不同，而非上開利益之實現受到干涉以後的侵害排除及既成損害之填補。雖然就權利侵害的排除，我國民法亦僅針對物權設計了排除第三人干預之物上請求權，但是這並不代表在職司損害填補的侵權行為法未明文進行區分的前提下，解釋論上也應該認為侵權行為法上存有債物二分之思維。更何況，即便是第三人干預之排除，在民國 98 年民法物權編修正增訂第 800 條之 1 以後，由於承租人及其他土地、建築物或其他工作物利用人得準用民法第 774 條至第 800 條有關不動產相鄰關係之規定，在此一範圍之內，我國民事審判實務亦有肯認在民法第 786 條之管線安設權以及第 787 條之袋地通行權遭到鄰地所有人干預的情形，承租人得主張妨害排除之案例⁶⁹⁶。這樣的立法趨勢以及實務發展，亦顯見在個別事物領域中判定債權人須保護程度之重要性，而非僅以債物二分為由，逕為高低不同的差別保護。

實則，自體系解釋而言，民法在財產性權利及利益的保護體系上，如果意欲在其保護範圍上進行限縮，往往會在文義上明確進行規範⁶⁹⁷。例如物上請求權依民法

⁶⁹⁶ 至於請求權基礎的採擇，也許是囿於民法第 767 條在文義上的侷限性，實務見解或直接以袋地通行權或管線安設權之規定為依據（參閱臺灣南投地方法院 107 年度簡上字第 70 號民事判決及臺灣臺南地方法院 110 年度訴字第 1962 號民事判決），或將不動產相鄰關係之相關規範作為民法第 184 條第 2 項「保護他人之法律」進行主張（參閱臺灣雲林地方法院 106 年度簡上字第 81 號民事判決）。

⁶⁹⁷ 相對於此，人格權由於概念上的開放性，就範圍界定上本即存有更廣闊的解釋空間，此亦是民法第 18 條、第 195 條第 1 項前段等對於人格權之保護機制，多使用概括條款的原因。對於人格權概念之界定，參閱王澤鑑（2022），《人格權法》，頁 111-112、291-295，自刊。



第 767 條之規定限於所有權以及所有權以外之物權，或如針對不當得利請求權，民法第 180 條定有特殊不當得利不得請求返還之規定⁶⁹⁸，均為適例。亦即，如欲對於民法上的權利救濟手段，採取合目的性限縮等解釋方法排除特定的財產權，都必須有其他極為強力之理由⁶⁹⁹，否則不免有悖於立法者之主觀意志。特別是我國立法者在採取德國法三個侵權行為類型之保護模式的同時，卻獨獨未同步引進德國民法第 823 條第 1 項將權利限縮在絕對權之規範，也隱約印證了本文的觀察。

總之，若是透過憲法取向解釋的操作，將受到財產權保障的債權納入過失侵權責任的保護客體，並不動搖民法債物二分的體例，反而將使私法關係中的權利救濟體系更趨完善。

四、債權與物權的平等對待

最後卻也最為舉足輕重的，便是憲法基本權保護義務下的不足禁止原則，是否給予了吾人充分之論據，將民法第 184 條第 1 項前段之權利，藉由憲法取向解釋理解為包含債權？

在本文提出平等原則亦得作為不足禁止之判斷標準的概念下，和債權同屬憲法財產權保障範圍而具有其他事實所無之特徵，且自民法第 184 條第 1 項前段之權利保護的規範目的而言，亦具有可相提並論性的物權，顯然得以作為保護強度的比較對象。是以，問題核心便是：以債權和物權之分類標準，認為債權無過失侵權責任之適用，所導致其和物權於遭受他人侵害之情形在私法上所呈現的保護強度落差，是否屬於合理的差別待遇？

就此，答案顯然是否定的，蓋固然債權和物權之間存有權利性質之不同、第三人可預見性之高低以及是否涉及市場自由競爭等諸多差異；惟在本文所定義的債

⁶⁹⁸ 各種特殊不當得利之說明，參閱王澤鑑，前揭註 629，頁 122-154。

⁶⁹⁹ 合目的性限縮的正當性基礎除了規範目的以外，即是「法律體系」顯示的原則與秩序，參閱 Karl Larenz（著），陳愛娥（譯），前揭註 24，頁 300-306。



權侵害情狀下，既然已將債權侵害限縮於對於權利地位或已取得利益等既得利益之干預，此間尚存有多少植基於取向獲致利益之機會的私法自治、契約自由以及營業自由之自由競爭成分，著實相當令人懷疑⁷⁰⁰。

而第三人可預見性的問題，其實也無須過分高估。因為此處的債權侵害，於侵害債權歸屬之案型，第三人已自居於受領給付之地位，殊難想像其無從得知自己非真正之債權人。而於侵害已取得利益的案型，往往伴隨的是對於「物」的侵害，且被侵害之債權亦已和系爭標的物結合，具有充分的公示性或社會典型公開性，當事人絕非毫無知悉之可能。

至於債權標的物因不可歸責於債務人之事由受到侵害而給付不能，雖然當事人對於被侵害物之背後是否存有以之為標的之債權的確不易得知；但是，相較於僅因第三人之知悉可能性較低，便將此類債權侵害情形全面排除於民法第 184 條第 1 項的適用範圍，透過本即在處理行為人對於權利侵害事實的認識與否、可預見性及可避免性的「故意過失」要件進行個案利益調和⁷⁰¹，顯然是一個更為精確，更能避免「涵蓋過廣」的分類標準⁷⁰²。舉例而言，僅在加害人對於債權之侵害係故意或顯然欠缺普通人注意的重大過失之場合⁷⁰³，始令其就債權人的債權因民法第 225 條第 1 項之規定歸於消滅所致之損害負賠償責任，顯然更能準確對應到「避免第三人在不知悉之情形即造成債權之侵害而致使侵權責任溢流」的目的。

再者，債權所能受到的其他保護手段，無論是故意背於善良風俗、違反保護他人之法律等其他類型之侵權行為，亦或者是不當得利返還請求權制度，在主觀歸責

⁷⁰⁰ 類似結論，強調此時債權人具有對於債權關係或債權標的物的行為權，第三人負有一定的行為義務，參閱徐曉峰，前揭註 73，頁 116。

⁷⁰¹ 侵權行為法上故意過失要件之功能，參閱王澤鑑，前揭註 1，頁 328-336。

⁷⁰² 以分類標準是否「涵蓋過廣」，作為差別待遇合理與否、有無違反平等原則之判斷，在我國釋憲實務上首見於司法院釋字第 781 號解釋理由書。

⁷⁰³ 民法體例上多將故意和重大過失為同一評價，參閱民法第 218 條、第 237 條、第 796 條第 1 項本文、第 948 條第 1 項但書等規定。關於重大過失之定義，則得參閱最高法院 42 年台上字第 865 號民事前判例。

與侵害行為之要件以及返還客體範圍的限制上，都無法提供債權和以權利侵害結果推定不法性、賠償範圍復及於所失利益的過失侵權責任，同等強度的權利保護。

總而言之，以債權和物權作為適用過失侵權行為與否的分類標準，一方面忽略債權侵害和物權侵害的類似性，也無法精準對應到確保第三人得以知悉、合理控制侵權責任範圍的分類目的。另一方面，全盤否定債權適用過失侵權責任的可能性，也必將導致債權人在加害人侵害債權之情形，求償可能性受到大幅限制，無法獲致個案利益的衡平。

準此，將憲法所保障之債權排除於民法第 184 條第 1 項前段「權利」之範圍，而將之和利益等同視之，在侵權行為法上僅受民法第 184 條第 1 項後段以及同條 2 項的低度保障，必須行為人主觀上故意且侵害行為違反善良風俗，或行為違反法律時始受保護；無異是將同屬憲法保障之財產權的債權與物權為不同之處理，而將分屬權利之債權及不具權利地位之利益為相同之待遇，實屬「等者不等之、不等者等之」的不平等情狀。且其間之差別待遇亦非合理，因而違反平等原則，將使債權落入保護不足之窘境，難脫「適用上違憲」之指摘⁷⁰⁴。

第三節 小結：案例分析

走筆至此，對於債權在侵權行為法上所能受到之保護，自憲法財產權的保護範圍、民法第 184 條第 1 項前段之「權利」的憲法取向解釋，乃至於債權和物權的平等對待等各種面向，均已有充分的討論。於此，乃藉由對於本文第二章所提及否定

⁷⁰⁴ 一個延伸的問題是，假使受憲法財產權保障之債權必須和物權受到平等對待，得否比照民法第 767 條物上請求權之規定，賦予債權人排除侵害之權利？本文初步認為，和物權具有類似性之債權理論上亦應享有排除侵害之權能，不但是平等原則之要求，在比較法上亦有前揭日本民法第 605 條之 4 的先例可循，更可解決債權人無法直接排除第三人對債權所為之侵害的困境（例如承租人須輾轉透過民法第 242 條之代位權主張出租人（所有人）之侵害排除請求權）。但是，民法第 767 條已然將適用之客體明文限定在物權，體系上亦呈現債物二分之意旨。是以，要在現行法的解釋論上透過類推適用等法學方法給予債權人和物上請求權相類的排除侵害權能，恐怕具有相當的困難性，只能交由立法論來處理。

債權有過失侵權責任之適用的臺灣臺南地方法院 108 年度訴字第 911 號民事判決進行檢討，以驗證本文所提出的理論構成與思維層次。

該則判決之基礎事實略為：原告根據其與轉租人簽訂之轉租租約(合法轉租)而占有被告之女所有之房屋，作為其經營投幣式健身房之場所。在轉租人和被告之女合意終止租約以後，被告(房屋實際管理人)認為轉租人已無轉租系爭房屋之權限，故原告係無權占有系爭房屋，而有「僱用工人將該屋前方鐵皮屋頂、騎樓兩側支架門及招牌、電錶及電線線路與店內用水管線拆除」、「將該址玻璃門、木製裝潢、塑膠地磚及輕鋼架天花板窗戶、牆壁拆除」以及「就系爭房屋向台灣電力公司申請暫停全部用電，並拆除水錶、電錶、電纜線」等行為，欲使原告搬離系爭房屋。

此一案例乃是租賃權侵害的典型態樣，而在法院認為債權非屬民法第 184 條第 1 項前段之權利的前提下，僅於第三人為故意且加害行為背於善良風俗之情形始可成立侵害債權之損害賠償責任。由於被告為前開行為之時，原告明知轉租人已與出租人合意終止系爭租約，其對於系爭房屋所有人「實已喪失繼續合法占有系爭標的之正當權源」，並且「經被告請求搬遷，亦未置理」，故被告之行為「固有不當，但尚難遽認係故意以背於善良風俗之方法，加損害於原告債權之不法侵權行為」。

而在本文所提出之侵害受憲法財產權保護之債權亦得適用民法第 184 條第 1 項前段的觀點下，本件之原告係本於其和轉租人之租賃契約，取得系爭房屋之占有(對轉租人為有權占有)，並得依債權之保持力而保有此一給付，此一權利地位受到憲法財產權保護，第三人如加以干預，自屬侵害侵權行為法上之「權利」。從而，被告之行為應屬故意侵害原告之租賃權，使其無法繼續就租賃物為使用收益，即便前揭行為尚不具有背於善良風俗之不法性，仍應成立侵權責任。此外，雖然在被告為侵害行為之時，轉租人不但已無轉租系爭房屋之權限，對於房屋所有人亦非有權占有，故原告無法適用「占有連鎖」之法理⁷⁰⁵，其對於房屋所有人而言，同樣屬於

⁷⁰⁵ 關於占有連鎖之要件，參閱最高法院 101 年台上字第 224 號民事判決：「又基於債之關係而占有他方所有物之一方當事人，本得向他方當事人(所有人)主張有占有之合法權源；如該有權占有之

無權占有。但是，誠如本件二審法院所言⁷⁰⁶：「就系爭標的雖係無權占有……所有人及所有人以外之第三人，應循法律正當程序始得排除其占有，不得自行逕以強制手段排除。」因此，縱使對於所有人而言，原告就系爭房屋係為無權占有，但仍不能阻卻被告侵害租賃權之行為的違法性。

人將其直接占有移轉予第三人時，除該移轉占有性質上應經所有人同意（如民法第四百六十七條第二項規定）者外，第三人亦得本於其所受讓之占有，對所有人主張其有占有之權利，此乃基於『占有連鎖（Besitzkette）』之原理所產生之效果，與債之相對性（該第三人不得逕以其前手對所有人債之關係，作為自己占有之正當權源）係屬二事。」

⁷⁰⁶ 臺灣高等法院臺南分院 109 年度上易字第 271 號民事判決。只不過二審法院改以「無權占有」作為保護客體，並認為被告之行為已違反善良風俗而有民法第 184 條第 1 項後段之適用，故無法充分回應「債權」得否作為同項前段之權利的問題，茲不贅述。

第六章 結論



憲法學，乃至於公法學的發展，遠不如民法的雋永與成熟，然而，憲法作為法體系中最高的價值秩序，究竟會為下位階的民法領域，帶來甚麼樣的影響？要遵守的界限為何？反面而言，將憲法保障之財產權、契約自由及私法自治加以形塑並具體化的民法，將會如何形成憲法的內涵？在步入憲法訴訟時代的今日，皆屬實務及學理，必須更進一步討論的課題。而當這些討論趨於成熟的時刻，或許也就是「民法與憲法交錯」的典範變遷，來臨的時分。

債權是否為民法第 184 條第 1 項之權利，誠屬一個困擾民法學理已久的古老難題，而此一爭論想必在未來，亦將是我國法學界持續辯證的核心所在。本文試圖透過憲法財產權的形塑與保護以及憲法取向解釋和基本權第三人效力等憲法價值在私法關係中的體現管道，另闢蹊徑，勾勒債權在侵權行為法的地位，希冀能使此一問題有更多不同的觀察面向。基於以上分析，爰提出下列結論：

首先，債權係憲法第 15 條所稱之財產權，而本於存續保障與價值保障的高度擔保以及財產權和私法自治的明確界分，僅有「既得利益」始為憲法財產權之保護範圍所及。而在財產權內容仰賴法律形塑的觀點下，民法所形塑之債權權能包含「請求力」以及「保持力」，因此僅有「基於債權請求債務人給付之地位」，以及「依債權之保持力而保有之已取得的給付」，方具備利益之既得性。至於，債權人所得請求之給付利益，由於債權並非對於給付行為或給付客體的支配地位，在債權人事實上取得給付利益之前，尚非既得利益之範疇。以上財產權對於私法債權的保護結構，呈現如下：

【表一】憲法對於利益的二元保護模式（※資料來源：作者自行整理而成；下同）

財產利益類型	保護機制	私法債權
既得利益	憲法第 15 條財產權 (主觀法+客觀法)	1. 基於債權請求債務人給付之地位(債權之請求力)

		2. 依債權之保持力而保有之已取得的給付利益(債權之保持力)
取得利益之機會	憲法第 22 條私法自治 (客觀法)	依債權所得請求的事實上尚未取得之給付利益(債權並非對於給付的支配)

接著，對於憲法之基本權條款如何在私法關係中發生作用力，自法院之角度而言，在保護義務、法秩序一致性以及權力分立原則的要求下，法院於解釋適用私法規範時必須採取憲法取向解釋，並不得逾越體系解釋的框架，破壞私法的獨立性與自主性。而自私人是否受基本權拘束的面向進行觀察，和傳統學理上之客觀間接適用論有別，本文主張我國憲法第 23 條已然承認基本權受到私人干預的可能性，也就肯定基本權在私法關係中發生主觀之效力。並且，客觀間接適用論所提出之避免壓迫私法自治、客觀之基本權法益以及基本權之針對國家性等理由，皆無法充分作為否定基本權利對於私人發揮主觀效力之依據。是以，縱使依照規範適用優先原則，憲法規範原則上不得直接適用於民事事件，而需透過私法規範的憲法取向解釋間接為之。準此，個人在私法關係中仍然負有尊重他人基本權利之義務，而此一義務則仰賴立法者依據基本權保護義務所制定之法規範加以具體化。綜上，憲法乃是私人間人權保障之最低標準，和民法共同構成市民社會之基本法。茲將客觀間接適用論和本文所提出之「修正的主觀法多層論」之異同，表列如下：

【表二】客觀間接適用論 vs. 修正的主觀法多層論

	客觀間接適用論	修正的主觀法多層論
於私法事件直接 適用憲法	否定	原則否定 (除非私法規範完全欠缺)


基本權對私人之效力	客觀效力	主觀效力
基本權保護義務之標的	基本權法益	基本權利
侵權行為領域之適用途徑	民法第 184 條第 1 項後段之「公共秩序與善良風俗」	民法第 184 條第 1 項前段與後段之各要件均可

最後，在將受到憲法財產權保護之債權限縮於具備「既得利益」性質之「請求給付之地位」與「保有本於債權已取得之給付」以後，民法學理上所討論的諸多債權侵害態樣，應該只有屬於干預債權請求給付地位的「侵害債權歸屬」與「侵害債權標的致債務人免給付義務」，以及得歸類於干預基於債權已取得之利益的「侵害以債權為占有本權的有權占有」，方構成對於憲法所保護之私法債權的侵害。準此，各種債權侵害類型與憲法財產權間之關係，圖示如下：

【表三】受憲法保護之私法債權的侵害

案型	侵害態樣	債權侵害
給付不能與給付遲延	尚未取得之利益	否
不完全給付	尚未取得之利益	否
侵害債權歸屬	權利地位	是
侵害債權標的致債務人免給付義務	權利地位	是
侵害以債權為占有本權的有權占有	已取得之利益	是

而在平等原則得作為保護不足與否之判斷標準的前提下，既然國家於侵權行為法領域，已對同樣涉及財產權干預的物權侵害情狀採取民法第 184 條第 1 項前段作為保護措施，便不得在無正當化事由的情形下，對具有憲法意義之債權侵害為



差別待遇。則無論是慮及侵害憲法所保護之私法債權與侵害物權在「無涉市場自由競爭」和「行為人可得預見」等面向上的類似性，亦或者考量以「權利性質」為適用不同侵權行為類型之分類標準所落入的「涵蓋過廣」窘境，皆應肯認憲法所保護之私法債權屬於民法第 184 條第 1 項前段之「權利」，否則將抵觸「保護不足禁止」的憲法誡命。

參考文獻



一、中文部分（筆畫順）

- Larenz, K. (著), 陳愛娥 (譯) (1996), 《法學方法論》, 五南。
- Schmitt, C. (著), 劉鋒 (譯) (2004), 《憲法學說》, 聯經。
- Stern, K. (著), 蔡宗珍 (譯) (2009), 〈基本權保護義務之功能—法學上的一大發現〉, 《月旦法學雜誌》, 175 期, 頁 46-59。
- 王文宇 (2018), 〈契約解釋與任意規定—比較法與案例研究〉, 簡資修 (編), 《2014 兩岸四地法律發展》, 頁 593-656, 中研院法律所。
- 王玉民 (1994), 《社會科學研究方法原理》, 洪葉。
- 王澤鑑 (2012), 《債法原理》, 3 版, 自刊。
- 王澤鑑 (2016), 《民法總則》, 增訂新版, 自刊。
- 王澤鑑 (2017), 《不當得利》, 增訂新版, 自刊。
- 王澤鑑 (2018), 《損害賠償法》, 3 版, 自刊。
- 王澤鑑 (2019), 《侵權行為法》, 增訂新版, 自刊。
- 王澤鑑 (2022), 《人格權法》, 自刊。
- 王澤鑑 (2022), 《民法物權》, 3 版, 自刊。
- 王澤鑑 (2022), 《法律思維與案例研習》, 二版, 自刊。
- 王韻茹 (2009), 〈淺論德國基本權釋義學的變動—以德國聯邦憲法法院 Glykol 與 Osho 兩則判決為中心〉, 《成大法學》, 17 期, 頁 85-126。
- 王耀霆 (2008), 〈私法關係的合憲控制—兼評再興社區訴關愛之家案〉, 《月旦法學雜誌》, 154 期, 頁 66-93。
- 王耀霆 (2008), 《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。
- 史尚寬 (1986), 《債法各論》, 自刊。



史尚寬（2000），《債法總論》，自刊。

司法院（編）（2004），《日本國最高法院裁判選譯（第二輯）》，司法院。

向明恩（2015），〈剖析代償請求權之本質與消滅時效之起算—以最高法院 100 年度台上字第 1833 號判決為楔子〉，《月旦民商法雜誌》，48 期，頁 138-154。

西島良尚（著），謝淳容、徐子茵、富田創（譯）（2002），〈重新思考私法自治原則和契約自由原則—與最近日本私法學會關注的強行法和任意法之區別有關〉，《靜宜法學》，8 期，頁 21-37。

吳 庚、張文郁（2018），《行政爭訟法論》，9 版，自刊。

吳 庚、盛子龍（2017），《行政法之理論與實用》，15 版，自刊。

吳 燦（2019），〈刑事沒收與民事執行競合之實務運作與困境—兼評最高法院 106 年度台抗字第 669 號、107 年度台抗字第 445 號刑事裁定〉，《法官協會雜誌》，21 期，頁 32-48。

吳光陸（2017），《強制執行法》，3 版，三民。

吳志光（2007），〈憲法法院之裁判效力—比較法上之若干觀察〉，《全國律師》，11 卷 11 期，頁 4-24。

吳信華（2019），《憲法訴訟基礎十講》，三民。

吳信華（2021），〈「平等權」的主張與「平等原則」的審查〉，《月旦法學教室》，223 期，頁 6-8。

吳信華（2021），《憲法釋論》，4 版，三民。

吳從周（2008），〈債權物權化、推定租賃關係與誠信原則—最高法院九五年度第十六次民事庭決議評釋〉，《台灣法學雜誌》，111 期，頁 1-25。

吳從周（2019），〈再訪違章建築——以法學方法論上「法秩序一致性」原則出發觀察其法律性質與地位〉，收於：吳從周（等著），《違章建築專題研究》，頁 3-58，元照。

李仁淼（2018），〈憲法特別連載：第一講憲法與民事法的交錯點—人權的私人間效



- 力》，《月旦法學教室》，193 期，頁 31-41。
- 李建良（1997），〈基本權利體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9 卷 1 期，頁 39-83。
- 李建良（2000），〈基本權利與國家保護義務〉，收於：李建良、簡資修（編），《憲法解釋之理論與實務：第二輯》，頁 325-375，中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 李建良（2008），〈行政法上消滅時效之基礎理論初探：概念、客體、法效〉，《東吳公法論叢》，2 期，頁 405-432。
- 李建良（2011），〈德國基本權理論攬要—兼談對臺灣的影響〉，《月旦法學教室》，100 期，頁 38-50。
- 李惠宗（1990），〈體系正義作為違憲審查基準之探討—以釋字第 228 號解釋為素材〉，《憲政時代》，16 卷 2 期，頁 26-40。
- 李惠宗（1999），《權力分立與基本權保障》，韋伯文化。
- 李惠宗（2022），《憲法要義》，9 版，元照。
- 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞（2016），《憲法：權力分立》，3 版，新學林。
- 林志潔（2007），〈無菌空間的想像與堅持—評釋字第六二三號解釋及兒少性交易防制條例第二九條〉，《台灣法學雜誌》，92 期，頁 227-239。
- 林佳和（2014），《勞動與法論文集 II——勞動與公法、全球化與勞動人權》，元照。
- 林孟楠（2016），〈基本法與行政領域之法統制——日本法及臺灣法之比較研究〉，《華岡法粹》，61 期，頁 109-133。
- 林明昕（2006），《公法學的開拓線：理論、實務與體系之建構》，元照。
- 林明昕（2009），〈「不法侵害人民自由與權利」作為國家賠償責任之構成要件要素〉，收於：台灣行政法學會（編），《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》，頁 67-142，元照。
- 林明昕（2015），〈一條遺失的規定：論具第三人效力之行政處分的撤銷與廢止〉，



- 《國立臺灣大學法學論叢》，44 卷 2 期，頁 355-405。
- 林明昕（2016），〈基本國策之規範效力及其對社會正義之影響〉，《國立臺灣大學法學論叢》，45 卷特刊，頁 1305-1358。
- 林明昕（2017），〈論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，46 卷 1 期，頁 1-86。
- 林明昕（2021），〈再論嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例第 7 條之合憲性爭議〉，《台灣法學雜誌》，407 期，頁 53-68。
- 林紀東（1967），〈論人權之保障與私人相互間之法律關係〉，《法令月刊》，18 卷 1 期，頁 3-4。
- 林誠二（2015），《債法總則新解—體系化解說（上冊）》，瑞興。
- 林鈺雄（2016），《新刑法總則》，5 版，元照。
- 法治斌（1981），〈憲法保障人民財產權與其他權利之標準〉，《政大法學評論》，23 期，頁 1-26。
- 法治斌（1983），〈私人關係與憲法保障〉，《政大法學評論》，27 期，頁 159-194。
- 邱羽凡（2019），〈假承攬、真僱傭？—平台餐飲外送員之勞動保護與「勞工身分」簡析〉，《月旦法學教室》，206 期，頁 64-76。
- 邱聰智（著）、姚志明（修訂）（2013），《新訂民法債編通則（上）》，2 版，自刊。
- 邱聰智（著）、姚志明（修訂）（2013），《新訂民法債編通則（下）》，2 版，自刊。
- 阿部照哉等（編），周宗憲（譯）（2001），《憲法（下）》，元照。
- 姚志明（2008），〈契約總論：第三講契約之效力（二）—契約債務不履行（上）〉，《月旦法學教室》，74 期，頁 26-39。
- 柯格鐘（2015），〈論依法課稅原則之解釋方法—對歷年來司法院大法官解釋的觀察（上）〉，《興大法學》，17 期，頁 1-49。
- 胡博硯（2013），〈環境權之司法發展—寫在環境基本法施行十年之後〉，《司法新聲》，105 期，頁 16-25。



- 胡博硯 (2015),〈憲法對私有財產權的保障〉,《台灣國際法季刊》,12 卷 2 期,頁 55-68。
- 孫森焱 (1978),〈論提存〉,《中興法學》,14 期,頁 35-45。
- 孫森焱 (2020),《民法債編總論(上冊)》,修訂版,自刊。
- 孫森焱 (2020),《民法債編總論(下冊)》,修訂版,自刊。
- 徐曉峰 (2005),〈第三人侵害債權的妨害除去責任〉,《月旦法學雜誌》,117 期,頁 112-131。
- 張永明 (2006),〈退休金請求權之禁止扣押〉,《月旦法學教室》,45 期,頁 8-9。
- 張永健 (2011),〈民法第 826-1 條分管權之法律經濟分析:財產權與準財產權之析辨〉,《國立臺灣大學法學論叢》,40 卷 3 期,頁 1255-1302。
- 張淵森 (2022),〈憲法訴訟法來襲(七):台義跨國爭女案宣判出爐,相似案件怎麼辦?〉,《鳴人堂》,載於:<https://opinion.udn.com/opinion/story/120701/6355444>。
- 張嘉尹 (2002),〈基本權理論、基本權功能與基本權客觀面向〉,收於:Heinrich Scholler (等著),《當代公法新論(上)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》,頁 29-70,元照。
- 張嘉尹 (2010),〈違憲審查中之基本權客觀功能〉,《月旦法學雜誌》,185 期,頁 17-38。
- 張嘉尹 (2014),〈司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎〉,收於:廖福特(編),《憲法解釋之理論與實務(第八輯)(上冊)》,頁 115-174,中研院法律所。
- 張譯文 (2021),〈物權化公式 4.0——最高法院 109 年度台上字第 1821 號民事判決評釋〉,《台灣法律人》,5 期,頁 65-80。
- 張譯文 (2021),〈勞務供給契約之類型與區分標準——以定性的困境為中心〉,《月旦法學雜誌》,314 期,頁 47-62。

張譯文（2021），〈債權物權化與類型法定原則〉，《國立臺灣大學法學論叢》，50 卷 1 期，頁 153-212。

張譯文（2022），〈從債物二分的底蘊看德國物上之債〉，收於：蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會（編），《法學的想像（第一卷）：大民法典－蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 283-296，元照。

章淵若（1946），《人民之權利義務》，正中。

許志雄（2016），《人權論－現代與近代的交會》，元照。

許育典（2018），〈從憲法訴訟法草案評析憲法訴願制度〉，《月旦法學雜誌》，281 期，頁 68-77。

許育典（2019），《憲法》，9 版，元照。

許育典（2022），〈裁判憲法審查作為基本權客觀價值秩序的實踐－以子女最佳利益為核心的 111 年憲判字第 8 號判決〉，《月旦法學雜誌》，327 期，頁 41-50。

許宗力（2002），〈基本權利：第二講－基本權的功能〉，《月旦法學教室》，2 期，頁 72-80。

許宗力（2003），〈基本權利：第三講－基本權主體〉，《月旦法學教室》，4 期，頁 80-88。

許宗力（2003），〈基本權利：第五講－基本權利的第三人效力與國庫效力〉，《月旦法學教室》，9 期，頁 64-74。

許宗力（2003），〈基本權利：第六講－基本權的保障與限制（上）〉，《月旦法學教室》，11 期，頁 64-75。

許宗力（2003），〈基本權利：第六講－基本權的保障與限制（下）〉，《月旦法學教室》，14 期，頁 50-60。

許宗力（2007），《法與國家權力（二）》，新學林。

許政賢（2012），〈財產權保障與基地利用權－評最高法院九十九年度台上字第一七〇五號民事判決〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 216-231。



- 陳 敏 (2016),《行政法總論》,2 版,自刊。
- 陳自強 (2016),《契約之內容與消滅》,3 版,元照。
- 陳自強 (2020),〈債務不履行規定之現代化〉,《月旦法學教室》,216 期,頁 47-61。
- 陳典聖 (2017),〈刑事扣押程序與強制執行程序之競合與處理〉,《裁判時報》,61 期,頁 65-76。
- 陳忠五 (2007),〈論契約責任與侵權責任的保護客體:「權利」與「利益」區別正當性的再反省〉,《國立臺灣大學法學論叢》,36 卷 3 期,頁 51-254。
- 陳忠五 (2009),〈論消費者保護法商品責任的保護法益範圍〉,《台灣法學雜誌》,134 期,頁 77-96。
- 陳忠五 (2014),〈第三人侵害債權的侵權責任—問題爭論實益的探討〉,收於:司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集編輯委員會(編),《物權與民事法新思維—司法院謝前副院長在全七秩祝壽論文集》,頁 351-393,元照。
- 陳明燦 (2010),〈論共有土地分割與權利保護—簡評司法院大法官釋字第 671 號解釋〉,《台灣法學雜誌》,150 期,頁 179-183。
- 陳信安 (2022),〈黨產條例合憲性爭議再探:以釋字第 793 號為中心〉,《國立臺灣大學法學論叢》,51 卷 1 期,頁 67-137。
- 陳春生 (2000),〈司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討〉,收於:李建良、簡資修(編),《憲法解釋之理論與實務:第二輯》,頁 273-324,中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 陳英淙 (2002),〈由德國聯邦憲法法院之判決(BVerfGE 88, 203)探討墮胎合法化問題〉,《憲政時代》,28 卷 1 期,頁 66-88。
- 陳淳文 (2019),〈論憲法解釋原則〉,《中研院法學期刊》,2019 特刊 2,頁 139-209。
- 陳淳文、吳庚 (2021),《憲法理論與政府體制》,7 版,自刊。
- 陳清秀 (2020),〈依法行政與法律的適用〉,收於:翁岳生(編),《行政法(上)》,4 版,頁 197-285,元照。

陳清秀、詹鎮榮（2020），〈行政法的法源〉，收於：翁岳生（編），《行政法（上）》，4版，頁135-195，元照。

陳愛娥（1998），〈司法院大法官會議解釋中財產權概念之演變〉，收於：劉孔中、李建良（編），《憲法解釋之理論與實務》，頁393-420，中央研究院中山人文社會科學研究所。

陳愛娥（2001），〈立法怠惰與司法審查〉，《憲政時代》，26卷3期，頁43-74。

陳愛娥（2013），〈公法上請求權消滅時效的制度意義、適用範圍與其起算〉，《法學叢刊》，58卷3期，頁1-21。

陳愛娥（2017），〈會台字第一二七七號聲請人臺北市政府及會台字第一二六七四號聲請人祁家威聲請解釋案：鑑定意見書〉，《月旦法學雜誌》，264期，頁100-110。

陳慈陽（2016），《憲法學》，3版，自刊。

陳新民（1990），《憲法基本權利之基本理論（上冊）》，自刊。

陳新民（1990），《憲法基本權利之基本理論（下冊）》，自刊。

陳新民（2018），《憲法學釋論》，9版，自刊。

陳聰富（2010），〈使用借貸契約之債權物權化—最高法院九十八年台上字第一三一九號民事判決評析〉，《月旦裁判時報》，2期，頁52-61。

陳聰富（2015），〈建物瑕疵之侵權責任—商品自傷的損害賠償〉，《政大法學評論》，143期，頁61-122。

陳聰富（2018），《侵權行為法原理》，2版，元照。

陳聰富（2019），〈論時效起算時點與時效障礙事由〉，《月旦法學雜誌》，285期，頁5-33。

游進發（2011），〈契約解除、回復原狀與損害賠償義務〉，《臺北大學法學論叢》，79期，頁207-277。

游進發（2016），〈解除契約與債務不履行損害賠償—以對最高法院九十六年度台上

- 字第一二〇四號判決之反思為限》，《月旦法學雜誌》，259期，頁209-219。
- 湯德宗（2009），〈違憲審查基準體系建構初探－「階層式比例原則」構想〉，收於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（下冊）》，頁581-660，中研院法律所。
- 程明修（2004），〈禁止過度侵害與禁止保護不足〉，《月旦法學教室》，17期，頁10-11。
- 程明修（2007），〈公法上結果除去請求權在國家責任體系中的地位〉，收於：台灣行政法學會（編），《國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織》，頁143-185，元照。
- 程明修（2009），〈憲法保障之制度與基本權之制度性保障－兼論基本權客觀內涵之主觀化〉，收於：廖福特（編），《憲法解釋之理論與實務（第六輯）（上冊）》，頁327-363，中研院法律所。
- 程明修（2017），〈台灣引入「裁判憲法訴願」制度之相關問題〉，《台灣法學雜誌》，319期，頁8-16。
- 程明修（2022），〈基本權利之功能與體系〉，程明修（編），《憲法講義》，3版，頁213-236，元照。
- 黃奕華（2021），〈不動產分管契約對應有部分繼承人的拘束力－以基本權之保護義務功能為中心〉，《軍法專刊》，67卷5期，頁184-207。
- 黃奕華（2022），〈公法上結果除去請求權與被害人之過失－簡評最高行政法院101年判字第983號判決〉，收於：李模務實法學基金會（編），《判解研究彙編（二十七）：第二十七屆法學論文徵選優勝作品集》，頁1-32，李模務實法學基金會。
- 黃茂榮（2022），《侵權行為法（債法總論：第五冊）》，自刊。
- 黃舒芃（2011），〈再論「二分」與「三分」之爭：從憲法觀點檢討職權命令的存廢問題〉，《東吳法律學報》，23卷2期，頁1-29。

黃舒芃(2015),〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉,《中原財經法學》, 13期,頁1-46。

黃銘輝(2014),〈論美國法上法院對行政行為的司法審查密度—以通訊傳播行政為中心〉,《臺北大學法學論叢》,92期,頁187-252。

黃銘輝(2019),〈假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由〉,《月旦法學雜誌》, 292期,頁5-29。

黃銘輝(2020),〈「此『幹你娘』」非「彼『幹你娘』」?!—斷開髒話與公然侮辱的鎖鍊—臺灣桃園地方法院107年度易字第131號刑事判決簡評〉,《月旦裁判時報》,94期,頁32-39。

黃銘輝(2020),〈從憲法上「知的權利」析論對抗假新聞的法制策略〉,收於:臺北市府法務局(編),《人權系列:10篇人權保障論文》,頁1-30,臺北市府法務局,載於:<https://www-ws.gov.taipei/001/Upload/375/refile/17156/118909/37937783-5060-4c00-81a7-be2c61935208.pdf>。

黃銘輝(2021),〈從美國法上復興「不授權原則」之呼聲略論立法授權實踐之取向〉,收於:陳春生(編),《全球視野下之比較行政法:行政法總論之組織與程序法面向》,頁131-161,新學林。

黃銘輝(2023),〈論行政程序法上行政命令的類型與程序設計應有之取向〉,收於:黃丞儀(編),《2017行政管制與行政爭訟》,頁1-61,<http://publication.iias.sinica.edu.tw/40412002.pdf>(先期電子出版)。

楊佳元(2005),〈侵權行為過失責任之體系與一般要件〉,《臺北大學法學論叢》, 56期,頁205-254。

楊承燁(2015),《論國家之基本權保護義務—以德國憲法法學之發展為中心》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

楊奕華(2022),〈經濟自由〉,收於:程明修(編),《憲法講義》,3版,頁333-355,元照。

楊智傑 (2020),〈菸品包裝管制與言論自由、財產權限制之違憲審查——美國、加拿大、澳大利亞與臺灣比較〉,《政大法學評論》,162期,頁247-325。

楊舒嵐 (2010),《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》,國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

葉俊榮 (2020),〈行政命令〉,收於:翁岳生(編),《行政法(上)》,4版,頁503-598,元照。

葉啟洲 (2015),〈純粹經濟上損失在臺灣侵權行為法上的保護——以最高法院相關裁判為中心〉,《月旦法學雜誌》,241期,頁47-76。

董保城、法治斌 (2021),《憲法新論》,8版,元照。

詹森林 (1993),〈私法自治原則之理論與實務——臺灣法制發展之情形〉,《國立臺灣大學法學論叢》,22卷2期,頁355-379。

詹森林 (2002),〈不完全給付——最高法院決議與判決之發展〉,《台灣本土法學雜誌》,34期,頁23-50。

詹森林 (2015),〈臺灣民法債務不履行體系之發展——外國法之繼受、本國理論與實務之演變〉,《月旦法學雜誌》,241期,頁5-24。

詹森林 (2019),〈憲法之基本原則及基本權在民事裁判上之實踐〉,《台灣法學雜誌》,381期,頁89-108。

廖元豪 (2000),〈論我國憲法上之「行政保留」——以行政、立法兩權關係為中心〉,《東吳法律學報》,12卷1期,頁1-45。

廖元豪 (2007),〈憲法訴訟法草案的幾點評析——從「活化憲法」的角度出發〉,《月旦法學雜誌》,149期,頁40-55。

廖元豪 (2014),〈適用上違憲與合憲性解釋〉,《月旦法學教室》,143期,頁6-8。

管 歐 (1992),《憲法新論》,25版,五南。

劉慶瑞 (1970),《中華民國憲法要義》,5版,自刊。

蔡宗珍 (2004),《憲法與國家(一)》,自刊。



蔡欽源（1983），《憲法上基本權利之規定在私法關係中之效力》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

蔡維音（2006），〈財產權之保護內涵與釋義學結構〉，《成大法學》，1期，頁31-74。

鄭玉波、陳榮隆（2002），《民法債編總論》，2版，三民。

鄭冠宇（2017），《民法債編總論》，2版，新學林。

鄭冠宇（2020），《民法物權》，10版，新學林。

蕭淑芬（2016），〈私人間人權侵害與基本權之國家保護義務〉，《月旦法學教室》，169期，頁6-8。

賴英照（2022），〈始於文義，終於目的〉，《台灣法律人》，9期，頁1-26。

謝在全（2020），《民法物權論（上）》，7版，自刊。

謝在全（2020），《民法物權論（上）》，7版，自刊。

謝哲勝（2013），〈共有物管理對於繼受人的效力—最高法院102年度台上字第500號民事判決評釋〉，《法令月刊》，64卷10期，頁1-7。

謝哲勝（2018），〈侵權行為的客體與賠償範圍〉，《月旦法學教室》，188期，頁13-16。

謝哲勝（2020），《民法物權》，5版，三民。

鍾秉正（2010），《社會法與基本權保障》，元照。

簡玉聰（2012），〈日本違憲審查制度之課題與展望—以審查方式與基準之論爭為中心〉，《憲政時代》，37卷3期，頁287-314。

簡資修（2003），〈侵權行為法〉，《月旦法學雜誌》，95期，頁191-201。

簡資修（2020），〈法律繼受之漂移與超越—民法第184條權利之解釋視野〉，《高大法學論叢》，16卷1期，頁1-41。

顏厥安（2005），《憲邦異式：憲政法理學論文集》，元照。

蘇永欽（1986），〈侵害占有的侵權責任〉，《國立臺灣大學法學論叢》，15卷3期，頁109-126。



蘇永欽（1994），《合憲性控制的理論與實際》，月旦。

蘇永欽（1995），〈民事判例的合憲性控制—以釋字第三四九號解釋為例〉，《憲政時代》，20卷3期，頁52-68。

蘇永欽（1998），〈財產權的保障與大法官解釋〉，《憲政時代》，24卷3期，頁19-64。

蘇永欽（2008），《尋找新民法》，元照。

蘇永欽（2010），〈民事財產規範的違憲審查—第671號解釋的審查方法〉，《法令月刊》，61卷6期，頁4-22。

蘇永欽（2019），〈大道以多歧亡羊—簡評憲法訴訟法〉，《月旦法學雜誌》，288期，頁5-36。

蘇慧婕（2020），〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，49卷4期，頁1915-1977。

二、日文部分（五十音順）

Canaris, C.-W. (著), 山本敬三 (訳) (1998) 〈ドイツ私法に対する基本権の影響〉, 《法学論叢》, 142 卷 4 号, 頁 2-33。

Hager, J. (著), 円谷峻 (訳) (2007), 〈民法と憲法の関係：民法の憲法化から憲法化による民法化〉, 《明治大学法科大学院論集》, 2 号, 頁 1-19。

Hager, J. (著), 藤原正則 (訳) (1998), 〈ドイツの不法行為法〉, 《新世代法政策学研究》, 9 号, 頁 249-277。

Hesse, K. (著), 初宿正典、赤坂幸一 (訳) (2006), 《ドイツ憲法の基本的特質》, 成文堂。

Isensee, J. (著), 小山剛 (訳) (2001), 〈契約自由と基本権：憲法を基準とした契約の内容統制〉, 《名城法学》, 50 卷 3・4 号, 頁 1-27。

Isensee, J. (著), 小山剛、上村都、栗城寿夫 (訳) (2003), 〈保護義務としての基



- 本権〉, 收於: ドイツ憲法判例研究会(編訳), 《保護義務としての基本権》, 頁 129-244, 信山社。
- Stern, K. (著), 井上典之、鈴木秀美、宮地基、棟居快行(編訳)(2009), 《シュテルン ドイツ憲法Ⅱ基本権編》, 信山社。
- 青井未帆(2008), 〈人権保障と市民社会—私人間効力—人権を尊重する社会をいかに築くか〉, 《法学セミナー》, 641号, 頁 24-26。
- 青井未帆(2011), 〈ベースライン論—長谷部恭男教授の議論の検討を中心に〉, 《法律時報》, 83巻5号, 頁 47-54。
- 赤坂幸一(2017), 〈統治機構論探訪(第6回) 議会留保〉, 《法学セミナー》, 62巻10号, 頁 80-85。
- 芦部信喜(2000), 《憲法学Ⅱ人権総論》, 有斐閣。
- 石川健治(1992), 〈財産権条項の射程拡大論とその位相(一): 所有・自由・福祉の法ドグマーティク〉, 《国家学会雑誌》, 105巻3・4号, 頁 150-213。
- 石川健治(2009), 〈法制度の本質と比例原則の適用〉, 收於: LS 憲法研究会編(編), 《プロセス演習憲法》, 頁 273-302, 信山社。
- 石川健治(2013), 〈財産権1〉, 收於: 小山剛、駒村圭吾(編), 《論点探究憲法》, 頁 224-240, 弘文堂。
- 石川健治(2013), 〈財産権2〉, 收於: 小山剛、駒村圭吾(編), 《論点探究憲法》, 頁 241-255, 弘文堂。
- 市村光恵(1927), 《帝國憲法論》, 13版, 有斐閣。
- 浦部法穂(2006), 《憲法学教室》, 2版, 平文社。
- 大串倫一(2021), 《契約自由の制限をめぐる憲法原理に関する一考察: 契約対等の侵害に対する契約自由の憲法保障に関するドイツ憲法学説・判例の変遷を中心に》, 北海道大学大学院法学研究科(法学政治学専攻)博士論文。
- 大久保紀彦(2021), 《契約侵害による不法行為—「契約の尊重」と第三者の範囲》,



- 日本評論社。
- 大津浩 (2009), 〈私法関係における人権保障〉, LS 憲法研究会編 (編), 《プロセス演習憲法》, 頁 519-536, 信山社。
- 乙部哲郎 (1977), 〈行政法における信賴保護〉, 《公法研究》, 39 号, 頁 166-177。
- 片上孝洋 (2010), 〈課税権の保障と財産権の制約〉, 《ソシオサイエンス》, 16 号, 頁 127-142。
- 川岸令和 (2019), 〈私法関係と基本的人権—三菱樹脂事件〉, 收於: 長谷部恭男、石川健治、宍戸常寿 (編), 《憲法判例百選 I》, 7 版, 頁 22-23, 有斐閣。
- 木下智史 (2007), 《人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所》, 日本評論社。
- 君塚正臣 (2009), 《憲法の私人間効力論》, 悠々社。
- 駒村圭吾 (2012), 〈合憲限定解釈と部分違憲: および適用違憲について少々 (その 1)〉, 《法学セミナー》, 57 卷 12 号, 頁 38-42。
- 小山剛 (1998), 《基本権保護の法理》, 成文堂。
- 小山剛 (2004), 《基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現》, 尚学社。
- 小山剛 (2005), 〈基本権の私人間効力・再論〉, 《法学研究》, 78 卷 5 号, 頁 39-81。
- 小山剛 (2009), 〈基本権の内容形成論からの応答〉, 《法律時報》, 81 卷 5 号, 頁 9-15。
- 小山剛 (2013), 〈権利の保障と制度の保障〉, 收於: 小山剛、駒村圭吾 (編), 《論点探究憲法》, 頁 46-55, 弘文堂。
- 小山剛 (2015), 〈「憲法上の権利」各論: 勤労の権利、労働基本権 (2・完)・財産権 (1)〉, 《法学セミナー》, 727 号, 頁 87-95。
- 小山剛 (2015), 〈「憲法上の権利」各論: 財産権 (2・完)〉, 《法学セミナー》, 728 号, 頁 79-86。

近藤敦（2020），《人権法》，2版，日本評論社。

阪本昌成（2008），《憲法2 基本権クラシック》，3版，有信堂。

佐々木くみ（2021），〈人権の保障の射程：私人間効力〉，收於：新井誠、曾我部
真裕、佐々木くみ、横大道聡，《憲法Ⅱ 人権》，2版，頁 37-41，日本評論社。

佐藤幸治（1999），《憲法》，3版，青林書院。

潮見佳男（2017），《新債権総論Ⅰ》，信山社。

潮見佳男（2018），《債権総論》，第5版，信山社。

潮見佳男（2018），《新債権総論Ⅱ》，信山社。

宍戸常寿（2011），《憲法解釈論の応用と展開》，日本評論社。

柴田堯史（2022），〈鰻が……—損失補償・財産権〉，《法学セミナー》，806号，
頁 66-72。

渋谷秀樹（2008），《憲法》，有斐閣。

清水潤（2008），〈財産権の憲法的保障の意義について〉，《東京大学法科大学院ロ
ーレビュー》，3号，頁 86-121。

清水澄（1937），《逐條帝國憲法講義》，12版，松華堂。


水津太郎（2015），〈憲法上の財産権保障と民法—所有権を対象として〉，《法律時
報》，87巻1号，頁 97-104。

平良小百合（2017），《財産権の憲法的保障》，尚学社。

平良小百合（2019），〈事後法による財産権の内容変更の合憲性〉，收於：長谷部
恭男、石川健治、宍戸常寿（編），《憲法判例百選Ⅰ》，7版，頁 214-215，有
斐閣。

高橋正俊（1986），〈財産権不可侵の意義（二・完）：財産権保障の研究〉，《香川
法学》，5巻4号，頁 507-526。

高橋正俊（1990），〈経済活動の自由〉，收於：佐藤幸治（編），《憲法Ⅱ 基本的人
権》，頁 291-330，成文堂。

- 
- 高橋和之（2006），〈憲法〉，收於：野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利，
《憲法 I》，4 版，頁 3-44，有斐閣。
- 高橋和之（2010），〈私人間効力論とは何の問題で、何が問題か〉，《法律時報》，
82 卷 5 号，頁 59-64。
- 高橋和之（2012），〈人権規定の「私人間適用」と「第三者効力」〉，《法律時報》，
84 卷 5 号，頁 86-98。
- 高見勝利（2006），〈経済的自由〉，收於：野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見
勝利，《憲法 I》，4 版，頁 435-476，有斐閣。
- 辻村みよ子（2012），《憲法》，4 版，日本評論社。
- 円谷峻（2005），《不法行為法・事務管理・不当利得－判例による法形成》，成文
堂。
- 戸波江二（1993），〈財産権の保障とその制限〉，《法学セミナー》，466 号，頁 74-
78。
- 戸波江二（1996），〈国の基本権保護義務と自己決定のはざままで－私人間効力論の
新たな展開〉，《法律時報》，68 卷 6 号，頁 126-131。
- 中島茂樹（2003），〈憲法を規準とした財産権の内容形成－戦後補償問題の立法的
解決によせて〉，《立命館法学》，287 号，頁 1-75。
- 中島徹（2003），〈財産権の領分－市場の暴走を抑制する日本国憲法のメカニズ
ム〉，《法律時報》，75 卷 1 号，頁 36-42。
- 中田裕康（2020），《債権総論》，4 版，岩波書店。
- 中村睦男（2006），〈人権総論〉，收於：野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝
利，《憲法 I》，4 版，頁 199-260，有斐閣。
- 西原博史（2009），《自律と保護－憲法上の人権保障が意味するものをめぐって》，
成文堂。
- 西村枝美（2004），〈土壌なき憲法の私人間適用問題〉，《公法研究》，66 号，頁 265-



273。

西村枝美 (2007), 〈「自由」を軋ませる「基本権の私人間適用」〉, 《關西大學法學論集》, 57 卷 2 号, 頁 239-280。

橋本公亘 (1982), 《日本国憲法》, 有斐閣。

長谷部恭男 (2006), 《憲法の理性》, 東京大学出版会。

長谷部恭男 (2012), 《憲法》, 5 版, 新世社。

原島啓之 (2021), 〈司法の法律および憲法への二重拘束と憲法適合的解釈(一) — ドイツ連邦通常裁判所の民事裁判を手掛かりとして —〉, 《阪大法学》, 71 卷 1 号, 頁 99-153。

平野裕之 (2005), 《債権総論》, 信山社。

広渡清吾 (2004), 〈憲法と民法—その関係の多元主義的理解〉, 《法律時報》, 76 卷 2 号, 頁 87-90。

藤田宙靖 (2013), 《行政法総論》, 青林書院。

卷美矢紀 (2009), 〈私人間効力の理論的意味〉, 收於: 安西文雄 (等著), 《憲法学の現代的論点》, 2 版, 頁 259-281, 有斐閣。

松井茂記 (2002), 《日本国憲法》, 2 版, 有斐閣。

松原光宏 (2013), 〈私人間における権利の保障〉, 收於: 小山剛、駒村圭吾 (編), 《論点探究憲法》, 2 版, 頁 89-102, 弘文堂。

松本和彦 (2003), 〈基本権の私人間効力と日本国憲法〉, 《阪大法学》, 53 卷 3、4 号, 頁 269-296。

松本和彦 (2011), 〈基本権保護義務と不法行為法制度〉, 《企業と法創造》, 7 卷 3 号, 頁 90-99。

松本和彦 (2021), 〈包括的基本権〉, 渡邊康行、宍戸常壽、松本和彦、工藤達朗, 《憲法 I 基本権》, 頁 112-130, 日本評論社。

美濃部達吉 (1926), 《憲法撮要》, 3 版, 有斐閣。



美濃部達吉（1927），《逐条憲法精義》，有斐閣。

森村進（2000），《財産権の理論》，弘文堂。

矢島基美（2009），〈自己決定権の法理〉，收於：LS 憲法研究会編（編），《プロセス演習憲法》，頁 464-480，信山社。

山野目章夫（2012），《物権法》，5 版，日本評論社。

山本敬三（1998），〈基本法としての民法〉，《ジュリスト》，1126 号，頁 261-269。

山本敬三（2001），《公序良俗論の再構成》，有斐閣。

山本敬三（2011），〈基本権の保護と不法行為法の再構成〉，《企業と法創造》，7 巻 3 号，頁 70-89。

山本龍彦、出口雄一（2016），〈森林法事件—憲法の保障する「財産権」とは何か？〉，《法学セミナー》，733 号，頁 50-59。

吉田邦彦（1991），《債権侵害論再考》，有斐閣。

我妻榮（1966），《民法研究 I：私法一般》，有斐閣。

我妻榮（1985），《民法研究 VIII：憲法と私法》，有斐閣。

渡辺洋三（1977），《土地と財産権》，岩波書店。

渡辺洋三（1985），《財産権論》，一粒社。

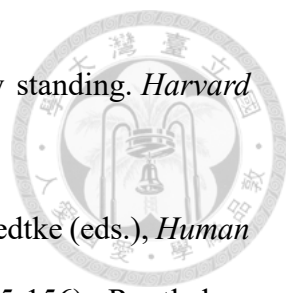
三、英文部分（alphabet 順）

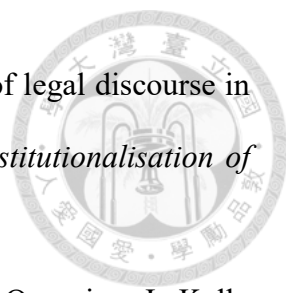
Alexander, G. S. (2003). Property as fundamental constitutional right the german example. *Cornell Law Review*, 88(3), 733-778.

Bowal, P. (2001). Pure economic loss claims. *LawNow*, 25(5), 48-53.

Collins, H. (2014). On the (in)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law, In Hans-W. Micklitz (ed.), *Constitutionalisation of European Private Law* (pp. 26-60). Oxford University Press.

Dana, D. A., & Merrill, T. W. (2002). *Property: takings*. Foundation Press.

- 
- Fallon, R. (2000). As-applied and facial challenges and third-party standing. *Harvard Law Review*, 113(6), 1321-1370.
- Fedtke, J. (2007). Drittwirkung in Germany, In Dawn Oliver & Jörg Fedtke (eds.), *Human Right and the Private Sphere: A Comparative Study* (pp.125-156). Routledge-Cavendish.
- Garden, C. (2016). Religious employers and labor law: bargaining in good faith. *Boston University Law Review*, 96(1), 109-160.
- Garden, C. (2020). Avoidance creep. *University of Pennsylvania Law Review*, 168(2), 331-388.
- Hale, R. L. (1944). The supreme court and the contract clause. *Harvard Law Review*, 57(4), 512-557.
- Hale, R. L. (1944). The supreme court and the contract clause: ii. *Harvard Law Review*, 57(5), 621-674.
- Han, D. S. (2020). Managing constitutional boundaries in speech-tort jurisprudence. *DePaul Law Review*, 69(2), 495-542.
- Holmes, O. (1997). The path of the law. *Harvard Law Review*, 110(5), 991-1009.
- Horsely, K. & Rackley, E. (2011). *Tort Law* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Leef, G. (2017). The lost contract clause. *Regulation*, 40(2), 60-62.
- Merrill, T. W. (2000). The landscape of constitutional property. *Virginia Law Review*, 86(5), 885-1000.
- Merrill, T. W., & Smith, H. E. (2001). The property/contract interface. *Columbia Law Review*, 101(4), 773-852.
- Mostert, H. (2002). *The Constitutional Protection and Regulation of Property and Its Influence on the Reform of Private Law and Landownership in South Africa and Germany: A Comparative Analysis*. Springer Berlin Heidelberg.

- 
- Nieuwenhuis, H. (2006). Fundamental Rights Talk: An enrichment of legal discourse in private law?. In T. Barkhuysen & S. Lindenberg (Eds.), *Constitutionalisation of Private Law* (pp. 1-8). Martinus Nijhoff Publishers.
- Nolan, A. (2015). The Doctrine of Constitutional Avoidance: A Legal Overview. In Kelly R. Doyle (ed.), *Constitutional Inquiries: The Doctrine of Constitutional Avoidance and the Political Question Doctrine* (pp.1-40). Nova Science Publishers.
- Note. (1984). Rediscovering the contract clause. *Harvard Law Review*, 97(6), 1414-1431.
- Posner, R. A. (1983). Statutory interpretation--in the classroom and in the courtroom. *University of Chicago Law Review*, 50(2), 800-822.
- Schauer, F. (1995). Ashwander Revisited. *Supreme Court Review*, 1995, 71-98.
- Silver, T. & Hochberg, S. (2013). *The Glannon Guide to Contracts : Learning Contracts Through Multiple-Choice Questions and Analysis*. Wolters Kluwer.
- Slocum, B. G. (2021). Rethinking the canon of constitutional avoidance. *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 23(3), 593-660.
- Smits, J. (2006). Private Law and Fundamental Rights: A Sceptical View. In T. Barkhuysen & S. Lindenberg (Eds.), *Constitutionalisation of Private Law* (pp. 9-22). Martinus Nijhoff Publishers.
- Stern, J. Y. (2013). Property's constitution. *California Law Review*, 101(2), 277-326.
- Sullivan, K. M. & Feldman, N. (2013). *Constitutional law* (8th ed.). Foundation Press.
- Sunstein, C. R. (2002). *The Partial Constitution*. Harvard University Press.