

東海大學法律學系研究所

碩士論文

指導教授：曾品傑 博士

比例原則於我國民事實務之體現—

● 以侵權法與契約法為中心 ●

**The Principle of Proportionality in Taiwanese  
Jurisprudences—**

**Focus on the Liabilities of Tort and Contract**

研究生：陳芊蒨

中華民國一〇一年六月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生陳芊荷君所提之論文：

比例原則於我國民事實務之體現——以侵權法與契約法為中心

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

曹品傑

林恩偉

許曉

101年 6 月 21 日

## 本文摘要

不論在憲法上抑或是在行政法上，比例原則所涉及之層面及態樣非常的廣泛，亦即，從檢視法律規範合憲與否至國家機關所對人民所為之行為，均須仰賴比例原則之審查，是以，不禁讓人思考，多適用於公法領域之比例原則，於私法領域是否亦得適用？如是，應如何適用？要件之審查應如何調整？本篇論文則將我國民事判決，劃分為侵權行為及契約責任，分別就侵權行為損害賠償責任之原則與例外(消費者保護法第五十一條之懲罰性賠償金)、要約拘束力、過高違約定金之認定、違約金之酌減、情事變更原則、契約之一部解除以及勞務契約常見之過當競業禁止條款之相關實務見解，輔以學說意見，以比例原則之適當性原則、必要性原則以及狹義比例原則分析討論之。

第二章關於比例原則於侵權行為之適用，在填補損害之賠償責任上，本文主要以防衛過當行為人之相當賠償責任以及回復名譽之填補損害方法，列舉相關判決與大法官會議釋字解釋，檢視比例原則之運用，亦即，如何將比例原則下之三個派生原則予以較為細緻化之區分，使其各司其職，發揮其功能。又，針對懲罰制裁為目的之懲罰性賠償金之裁量權，法院就其裁量權應表現於法條所謂「過失」是否需限縮解釋，以及懲罰性賠償金倍數之審酌上，本文透過比例原則之討論，嘗試替法院何以限縮解釋，找出其必要性，並嘗試自判決中尋找審酌因素與懲罰性賠償金之倍數間是否具有一定關聯性。

第三章關於比例原則於契約責任之適用，在締約階段，本文以要約拘束力與法院對於過高違約定金之認定，剖析比例原則於該案例之運作。就前者而言，對於法院將網路標價行為定性為要約，有認為此為使消費者獲勝訴判決之手段，惟從比例原則中可知，將網路標價行為定性為要約，對企業經營者未必造成不利影響，就後者而言，違約定金不似違約金有酌減規定(民法第二百五十二條參照之)，法院將過高部分視為價金之先付，似亦可從此看出比例原則運用之端倪；而於履約階段，本文則劃分為違約金酌減、情事變更原則、契約之一部解除及勞務契約之過當競業禁止條款四個部分，探討就公法上比例原則之合理目的，應為如何之轉換？必要性原則於民事契約責任中，似乎不宜以最小侵害原則來判斷，從而，取而代之者為何？而狹義比例原則又該扮演何種角色以達控利益衡平之手段？以下將分別詳述之。

最後，於第四章結論中，總結前述比例原則之三個派生原則於民事實務之適用，應分別為如何之調整，並統整各章節所討論之重點。

關鍵字：比例原則、防衛過當、登報道歉、懲罰性賠償金、要約拘束力、過高違約定金、過高違約金、情事變更原則、一部解除、競業禁止條款。



## 謝辭

這篇論文得以順利完成，首先要感謝的人是恩師 曾品傑教授。在對於法律懵懂無知的大學時期，老師生動有趣的教學方式，啟發了我對民事法的興趣，而於研究所之課程中，老師則是不斷鼓勵我們創新思考，不論想法多不成熟，只要勇於提出，也會成為具有獨創性之見解。雖然近期老師多不在學校裡，要找老師討論的足跡亦遍布在中正大學及靜宜大學，但每次的討論結果都讓我對於論文的寫作上激發出新的靈感與體認，由衷感謝老師對於本篇論文架構與內容之提點與建議。另外，也要特別感謝百忙之中還抽空前來的兩位口試委員林恩璋教授和許曉芬教授，兩位老師於口試中所給予之意見及批評，除了讓學生受益匪淺之外，亦使本篇論文之呈現更趨於完整。

其次，我要向總是默默在身邊支持我的父母說聲「謝謝」以及「我愛您」。謝謝我最親愛的媽咪，對我無微不至的關心，以及無私的支持與無怨無悔的奉獻，雖然有時對您的叨唸會顯露出不耐煩之神情，但您對我總是再三忍讓、包容，您為我所做的一切我都看在眼裡、記在心裡。謝謝我最辛苦的爸～，每天天微亮就出門，而總是要到夜幕低垂時分，才會拖著疲憊的身軀回家，因為您不計回報的付出，才能讓我更無後顧之憂的衝刺學業，謝謝你們對我的滿滿的愛。

在東海生活也已邁入第八個年頭了，要感謝的好友們真的太多了，在這些日子裡，因為有著威宇、憲哥、中哥、伊婕、瑋樺、000、潔咪你們這些好室友的陪伴，讓我的大學生活能如此的多采多姿。還有我的好姊妹—貼心的育琳，謝謝妳總是扮演著垃圾桶的角色，全盤接受我的負面情緒，在我心情陷入低潮時不斷為我加油打氣，鑽牛角尖時陪我外出走走，希望現在在澳洲打工度假的妳能一切平安順利；細膩的凱玲，謝謝妳總是對我充滿無限信心，陪我天南地北的胡聊瞎扯，並且毫不吝嗇地跟我分享最新一手的國家考試資料。還有，三不五時打電話來詢問我近況的昶憲，雖然每次你回台中時我都無法跟你碰面，但你每每透過電話那頭的關心，總是讓人備感溫暖。還要謝謝易道及時幫我從中興列印論文資料。當然還要謝謝馬力、千琿、擘生以及大師兄，在備感壓力的過年時節，身邊總是有你們可以一起瘋狂歌唱、一起逛夜市，一起穿梭在夜半醉人的小巷內。

最後，怎麼能忘了感謝我優秀的研究所同學呢？謝謝愛拌嘴的閃光情侶檔之臉很臭但心地很善良的讚鵬、和事事設想周到的細心易芬、衝勁一百的新好男人代表憲哥、熱情大方又爽朗的子琦、豪邁幽默的 costco 團長甫哥、有著硬頸精神但少根筋的靖棠、外表柔弱可人內在卻堅毅無比的佳欣、充滿陽光但又認真留守地牢的旻甫、堅持到底也不放棄成為司法官的阿湯，在這令人煩悶到幾近爆炸的研究所生活，多虧有你們，才能讓我留下許多深刻的動人回憶。另外還要感謝同

門的小美人、小藍和小白學姊，跟你們一起驅車前往中正征戰的日子實在令人難忘。還要特別謝謝法律實力深不見底的學弟國仁，在我於論文寫作過程遭遇瓶頸之際，你總是跳出來指點迷津，提供各種看法讓我的思考更添層次，並在我喪失信心時，又充當我的心理諮商師，不斷為我信心喊話，搶救那所剩無幾的自信，你也是我這篇論文得以完成的重大功臣之一；PPT 達人學妹妍婷，謝謝你讓我對於口試用的 PPT 製作能更臻於完善；學妹曉蓓、俞均和嘉微，你們一聲聲的加油及鼓勵，我都有放在心上。謝謝上天安排了那麼多的美麗的天使來到我的生命中，帶給我如此豐富精采的美好回憶。再見了！東海。



芊蒨 2012年7月27日於台中東海

# 簡目

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究範圍.....	2
第三節 研究方法.....	2
第四節 文獻回顧.....	2
第二章 比例原則於侵權行為之適用 .....	4
第一節 比例原則之內涵.....	4
第二節 以填補損害為目的之損害賠償責任 .....	6
第三節 帶有懲罰目的之損害賠償責任—消保法第五十一條之懲 罰性賠償金.....	18
第三章 比例原則於契約責任之適用 .....	45
第一節 締約階段.....	45
第二節 履約階段.....	60
第四章 結論.....	104
參考文獻.....	108

# 詳目

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機 .....	1
第二節 研究範圍 .....	2
第三節 研究方法 .....	2
第四節 文獻回顧 .....	2
第二章 比例原則於侵權行為之適用 .....	4
第一節 比例原則之內涵 .....	4
第二節 以填補損害為目的之損害賠償責任 .....	6
第一項 防衛過當行為人之「相當」賠償之責—最高法院九十六年度台上字第二三二四號判決 .....	6
第一款 事實摘要 .....	7
第二款 實務見解 .....	7
第三款 本文觀察 .....	8
第二項 登報道歉是否符合比例原則？—最高法院九十六年度台上字第一六九五號判決 .....	9
第一款 事實摘要 .....	9
第二款 實務見解 .....	9
第三款 本文觀察 .....	10

第三項	民法第一百九十五條第一項後段由法院為回復名譽 適當處分是否合憲？—大法官會議釋字第六五六號解釋..	13
第一款	解釋文.....	13
第二款	解釋理由書(節錄).....	13
第三款	學理評析.....	14
第四款	本文觀察.....	16
第四項	小結.....	17
第三節	帶有懲罰目的之損害賠償責任—消保法第五十一條之 懲罰性賠償金.....	18
第一項	損害賠償法之功能.....	19
第二項	懲罰性賠償金之目的功能.....	19
第三項	懲罰性賠償金之適用範圍.....	22
第一款	定型化契約.....	23
第二款	特種買賣.....	25
第三款	不實廣告.....	26
第四項	懲罰性賠償金之過失責任.....	28
第一款	實務見解.....	28
第二款	本文觀察.....	29
第五項	懲罰性賠償金之損害額倍數認定標準.....	31

第一款 故意.....	32
第二款 重大過失.....	36
第三款 輕過失.....	40
第三章 比例原則於契約責任之適用 .....	45
第一節 締約階段.....	45
第一項 要約拘束力—臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上 字第一號判決 .....	45
第一款 概說.....	45
第二款 事實摘要.....	47
第三款 實務見解.....	47
第四款 本文觀察.....	48
第五款 小結.....	54
第二項 過高違約定金之認定—最高法院九十八年台上字第 七一〇號判決 .....	55
第一款 事實摘要.....	55
第二款 實務見解.....	56
第三款 本文觀察.....	57
第四款 小結.....	60
第二節 履約階段.....	60

第一項 過高違約金之酌減 .....	60
第一款 概說 .....	61
第二款 違約金酌減之標準 .....	62
第三款 本文觀察 .....	66
第四款 小結 .....	67
第二項 情事變更原則 .....	68
第一款 情事變更原則之要件 .....	69
第二款 情事變更原則之效力 .....	75
第三款 情事變更原則常見類型 .....	76
第四款 本文觀察 .....	83
第五款 小結 .....	87
第三項 契約之一部解除—最高法院九十七年度台上字第一 五四一號判決 .....	87
第一款 事實摘要 .....	88
第二款 實務見解 .....	89
第三款 解除權之行使應適用禁止權利濫用原則 .....	89
第四款 契約一部解除之適用要件 .....	90
第五款 本文觀察 .....	91
第六款 小結 .....	92

第四項 勞務契約之競業禁止條款—最高法院九十四年度台上字第一六八八號判決 .....	93
第一款 事實摘要 .....	94
第二款 實務見解 .....	94
第三款 競業禁止與職業自由 .....	95
第四款 競業禁止條款之審查標準 .....	97
第五款 本文觀察 .....	99
第六款 小結 .....	103
第四章 結論 .....	104
參考文獻 .....	108

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

比例原則係源自早期德國的警察法學，認為警察權力的行使唯有在「必要時」，才能限制人民權利。行政法學者 F. Fleiner 的名言：「不可用大砲打小鳥」，則是用來比喻警察權行使的限度。但從我國司法判決中可以得知目前的應用範圍則不限於此。在理論上且被視為憲法位階之法律原則，以「法律保留」作為限制憲法上基本權利之準則者，一般皆以比例原則充當內在界限<sup>1</sup>。而比例原則體現於我國現行法者則有憲法第二十三條、警械使用條例第五條、社會秩序維護法第十九條第二項、集會遊行法第二十六條、土地法第二〇八條、土地法施行法第四十九條、行政程序法第七條及行政執行法第三條等。

按比例原則適用態樣包羅萬象，有適用於警察實施臨檢與比例原則之界限<sup>2</sup>、公告禁止騎樓擺攤與人車通行順暢之目的<sup>3</sup>、實施戶警合一方案之合憲性<sup>4</sup>、按捺指紋始核發身分證與個人資訊隱私權保障之權衡<sup>5</sup>、禁止散布、播送、販賣、公然陳列猥褻之資訊或物品與維持男女生活中之性道德感情及社會風化之正當目的<sup>6</sup>、農田水利會徵收餘水使用費之範圍<sup>7</sup>、羈押法關於律師接見受羈押被告時應予以監視之正當性<sup>8</sup>等均為大法官解釋中引用比例原則之相關案例。而相關實務見解則多見於行政行為是否違反比例原則，例如對電玩業者施以勒令歇業之處分<sup>9</sup>、對未依限補足持股成數標準之董事之罰鍰<sup>10</sup>、限制改建歷史建築<sup>11</sup>、未使開發案進入第二階段環評<sup>12</sup>、工務局命兩棟建築物相毗鄰之外牆予以回復原狀<sup>13</sup>等。

由上述所列舉的例子中可知比例原則多運用於公法領域，對此，不禁讓人產生疑問，比例原則於私法案例中是否亦有適用之處？如是，應如何適用？是以，本篇論文以比例原則為主軸，觀察我國近來實務判決，並以適當性、必要性以及

<sup>1</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，增定十版，2009年8月，頁59。

<sup>2</sup> 參大法官會議釋字第535號解釋。

<sup>3</sup> 參大法官會議釋字第564號解釋。

<sup>4</sup> 參大法官會議釋字第575號解釋。

<sup>5</sup> 參大法官會議釋字第603號解釋。

<sup>6</sup> 參大法官會議釋字第617號解釋。

<sup>7</sup> 參大法官會議釋字第628號解釋。

<sup>8</sup> 參大法官會議釋字第654號解釋。

<sup>9</sup> 參最高行政法院九十三年度判字第二八八號判決。

<sup>10</sup> 參最高行政法院九十四年度判字第八四四號判決。

<sup>11</sup> 參最高行政法院九十七年度判字第二二九號判決。

<sup>12</sup> 參最高行政法院九十八年度判字第七〇八號判決。

<sup>13</sup> 參最高行政法院九十八年度判字第四五二號判決。

狹義比例原則加以分析討論。

## 第二節 研究範圍

按民法五編包含總則編、債編、物權編、親屬編以及繼承編，所涉及之私人間關係之態樣繁多，本篇論文則集中探討關於債篇中，有關侵權行為以及契約責任，涉有比例原則概念之判決，探討比例原則如何於民事實務中操作運用。

其次，就本文架構略作說明之，第一章緒論部分，主要係針對本篇論文之研究動機、範圍、方法及文獻回顧。第二章則進入比例原則於侵權行為之適用，本文以損害賠償之功能，將實務判決區分為填補損害與懲罰制裁兩大類，分別析論比例原則之活用。第三章之討論重心為契約責任上之比例原則，將契約責任切分為締約階段與履約階段，前者主要著眼於要約之拘束力以及過高違約定金之認定，後者則係以違約金之酌減、情事變更原則、契約之一部解除及勞務契約之過當競業禁止條款之判決，一一討論比例原則於各領域之體現。最後，第四章結論的部分，則是綜合實務判決以及相關學說見解，就比例原則於私法實務之運用作一整理歸納。

## 第三節 研究方法

本文主要係以「案例分析法」輔以「歸納法」之研究方法，從法院判決出發，囊括自地方法院至最高法院之見解，並兼以學說意見，以析透抽象之比例原則概念，如何具體呈現於民事實務之中，並加以檢討比例原則之三個派生原則於民事實務之審查時，應做如何之彈性變化。而本文對於法院判決之參考，主要係利用法源法律網所提供之資料所為之檢索，本文所引用之判決資料，皆援引自 (<http://www.lawbank.com.tw/index.aspx>)。

## 第四節 文獻回顧

本文所討論之議題，似無專書與其有直接相關者，故本文參考之文獻多集中於相關之期刊文章與碩士論文，以下僅列舉出與本文有密切關聯者。

李建良教授於〈強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡/釋字第656號解釋〉一文中，深入解析大法官會議釋字第656號解釋對於人民基本權之利益衝突之衡量，並提出自身之建議。

而李建良教授對於人民不表意自由之不可限制性，與本文所論及比例原則之手段必要層次之審查上，亦有相當之影響。

曾品傑教授於〈從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例〉一文中，藉由網路價格錯標事件，提出民法第八十八條第一項但書之表意人得否撤銷其意思表示，應一併考量表意人之意思自主及相對人是否有值得保護的信賴存在。

詹森林教授於〈消保法懲罰性賠償金責任之過失應否限於重大過失？—台灣高等法院高雄分院九十七年上字第八一號民事判決之評析〉一文中，關於消保法懲罰性賠償金責任之過失應否限於重大過失之問題，鑒於立法政策之考量，以及我國消費者實際獲得懲罰性賠償金之案例不多，其金額亦為極低之理由，而採否定見解。雖然本篇論文所持觀點與詹森林教授之看法有所出入，惟詹森林教授之精闢見解仍極具參考價值。

楊芳賢教授於〈民法違約金酌減規定之若干問題〉一文中，分析民法第二百五十二條違約金酌減規定之適用對象、規定根據、性質、適用類型及酌減之考慮因素。其次，其指出法院得依職權斟酌事實而酌減違約金，仍須遵守民事訴訟程序之辯論原則與主張及舉證責任原則。於該文中，楊芳賢教授援引相關實務，詳盡分析懲罰性違約金與賠償總額預定型違約金酌減之審酌因素，此觀點亦與本篇論文所認為之狹義比例原則之層次欲處理之問題息息相關。

曾品傑教授於〈一項歷久彌新的契約法原理：契約之一部解除〉一文中，從解除權行使之本質限制，以及解除權行使之範圍限制，闡述契約一部解除之基本規範，並將比例原則之目的正當性、手段必要性與限制妥當性，作為契約一部解除之法理基礎。

林更盛教授於〈限制過當的離職後競業禁止約款的效力〉一文中，認為法院對於限制過當之競業禁止條款不應直接將其合理解釋化，而是應使之無效後，再回到民法第一一一條但書，維持契約其他部分之效力；再者於〈離職後競業禁止約款的審查：三步驟—評台南地方法院八十八年度勞簡上字第第六號判決〉一文中，就勞工實務上常見之競業禁止條款，有別於實務審查競業禁止條款之判斷標準，而提出獨到之三個審查步驟。

李宜穎之〈消費者保護法第五十一條懲罰性賠償金制度之研究〉，以比較法之觀點出發，深入淺出的分析我國懲罰性賠償金制度之實務發展，並就消保法第五十一條之適用提出若干建議。

## 第二章 比例原則於侵權行為之適用

比例原則於民事領域之體現或有表現於條文中，或有表現於判決內容中，惟就比例原則之三個派生原則之寬鬆標準，本文認為應區分為侵權責任及契約責任探討之。詳言之，侵權責任中所欲保護之客體原則上著重於絕對權之維護，亦即其主要所涉者為當事人之生命、身體等人格權之法益侵害，相較於原則上僅涉及財產法益侵害之契約責任來看，侵權責任上之比例原則應採取較嚴格之審查標準，反之，契約責任之比例原則的審查則應相對較為寬鬆。而於契約責任中，類似於公法關係之當事人地位不對等之情況，則以企業經營者與消費者之間，以及僱用人與受僱人之間最為相近，故於此二種情形，則例外應採取較為嚴格之標準，以符比例原則之存在目的。

再者，本文擬就比例原則之三個派生原則區分為不同階段之審查標準，亦即，比例原則之適當性原則與必要性原則，應作為檢視要件是否成立之判斷標準，而狹義比例原則則應作為範圍或擇一手段之審酌基準。易言之，就法條所規定之要件是否成立，首應通過適當性原則與必要性原則之檢驗，檢驗過關後，始進入賠償範圍或手段選擇之階段，藉由狹義比例原則之把關，以獲得符合比例原則之結果。

本章主要係分析比例原則於防衛過當行為人之相當賠償責任、回復名譽之損害賠償以及消費者保護法第五十一條之懲罰性賠償金之適用，而在進入討論比例原則於民事實務之適用前，本文欲先介紹何謂比例原則，以及比例原則如何運用於大法官會議解釋中。

### 第一節 比例原則之內涵

比例原則係指國家權力為達成某一特定目的而採取某一種方法或措施，必須合乎合理、比例之原則。因此方法與目的之間必須要符合適當性、必要性、狹義比例性<sup>14</sup>。復依行政程序法第七條規定：「行政行為，應依下列原則為之：一、採取之方法應有助於目的之達成。二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」該條內容可謂是比例原則之具體化規定，即對比例原則之三個子原則—適當性原則、必要性原則及狹義比例原則為一說明。適當性指行為應適合於目的之達成<sup>15</sup>，而行政行為是否適當，應以憲法第二十三條規定之為防止妨礙他

<sup>14</sup> 法治斌、董保城，憲法新論，元照，2006年3月三版，頁65至67。

<sup>15</sup> 吳庚，同註1，頁59。

人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益四種目的為其標準，若合乎其中一項，便可謂具有合憲之目的(行政程序法第七條第一款參照之)；必要性則謂行為不超越實現目的之必要程度，亦即達成目的須採影響最輕微之手段(行政程序法第七條第二款參照之)；至於衡量性原則乃指手段應按目的加以衡判，質言之，任何干涉措施所造成之損害應輕於達成目的所獲致之利益，始具有合法性<sup>16</sup>。是則，所達成之目的與手段之間，必須達成一定之比例，故此原則又稱狹義的比例原則(行政程序法第七條第三款參照之)。

觀察眾多大法官會議解釋，不難發現援引比例原則者多以一言以蔽之之方式帶過，直至釋字第四七六號解釋提及：「人民身體之自由與生存權應予保障，固為憲法第八條、第十五條所明定；**惟國家刑罰權之實現，對於特定事項而以特別刑法規定特別之罪刑所為之規範，倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合，即無乖於比例原則**，要不得僅以其關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係有違於前開憲法之意旨。」明白點出「目的正當性」、「手段必要性」、「限制妥當性」為構成比例原則之內容，其後的釋字第五四四號解釋<sup>17</sup>亦重申此看法<sup>18</sup>。

至於憲法上之比例原則如何為大法官會議釋字所操作、運用，可參閱大法官會議釋字第六〇三號解釋，該號解釋文提及：「指紋乃重要之個人資訊，個人對其指紋資訊之自主控制，受資訊隱私權之保障。而國民身分證發給與否，則直接影響人民基本權利之行使。戶籍法第八條第二項規定：依前項請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存。第三項規定：請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。**對於未依規定捺指紋者，拒絕發給國民身分證，形同強制捺指紋並錄存指紋，以作為核發國民身分證之要件，其目的為何，戶籍法未設明文規定，於憲法保障人民資訊隱私權之意旨已有未合。縱用以達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、辨識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的而言，亦屬損益失衡、手段過當，不符比例原則之要求。戶籍法第八條第二項、第三項強制人民捺指紋並予錄存否則不予發給國民身分證之規定，與憲法第二十二條、第二十三條規定之意旨不符，應自本解釋公布之日起不再適用。至依據戶籍法其他相關規定換發國民身分**

<sup>16</sup> 吳庚，同註1，頁59至60。

<sup>17</sup> 釋字第五四四號理由書(節錄)：「國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以刑罰處罰個人之反社會性行為，**須刑事立法之目的具有正當性，施以刑罰有助於立法目的之達成，且別無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用時，始得為之**；而刑罰對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，尚須處於合乎比例之關係。至何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段，以及判斷相關行為對個人或社會是否造成危害，乃立法者自由形成之範圍。就特定事項經評價為刑事不法行為，以特別刑法規定特別罪刑，**倘與憲法第二十三條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則**，業經本院釋字第四七六號解釋闡釋在案。」

<sup>18</sup> 許宗力，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第14期，2003年12月，頁51。

證之作業，仍得繼續進行，自不待言。

國家基於特定重大公益之目的而有大規模蒐集、錄存人民指紋、並有建立資料庫儲存之必要者，則應以法律明定其蒐集之目的，其蒐集應與重大公益目的之達成，具有密切之必要性與關聯性，並應明文禁止法定目的外之使用。主管機關尤應配合當代科技發展，運用足以確保資訊正確及安全之方式為之，並對所蒐集之指紋檔案採取組織上與程序上必要之防護措施，以符憲法保障人民資訊隱私權之本旨。」

該號解釋指出戶籍法關於換發身分證規定與比例原則不符，即戶籍法第八條規定換發身分證須以強制按捺指紋並錄存為要件之行政目的不明(未符適當性原則)，其次，即使具有用以達到國民身分證之防偽、防止冒領、冒用、辨識路倒病人、迷途失智者、無名屍體等目的，強制人民按捺指紋之手段與其欲達成之目的間亦屬損益失衡、手段過當(未符必要性原則與衡量性原則)。

相較於行政法上所提及之比例原則三個派生原則—適當性原則、必要性原則及狹義比例原則，憲法層次上之比例原則內容為一目的正當性、手段必要性及限制妥當性。兩者所要解決問題的層次不同，要求之內涵自有所差異。而本文所探討重心為民事實務上之比例原則，亦即分析法院依法(或認係造法)所為之判決是否符合比例原則，故基本上係以行政法上的比例原則，亦即三個派生原則來討論之。

## 第二節 以填補損害為目的之損害賠償責任

按比例原則於民事判決之適用，有用於侵權行為下之損害賠償範圍與方式，有用於契約責任之契約締結前階段與履約後階段，甚或至解除契約及情事變更原則等都可見法院於做成判決時，為顧及雙方權益而將比例原則概念考量在內的用心，以下僅先就侵權行為下之損害賠償中之比例原則分析之：

### 第一項 防衛過當行為人之「相當」賠償之責—最高法院九十六年度

#### 台上字第二三二四號判決

## 第一款 事實摘要

被上訴人(下簡稱甲)於先前飲酒後，因曾毆打上訴人(下簡稱乙)之堂弟而賠償，心有不甘，遂仗藉酒意與上訴人發生口角，並突毆乙之臉部一拳，致其受有右顴骨折挫傷青腫等傷害。復欲繼續攻擊乙時，乙基於防衛自身生命、身體安全權利之意思，隨手取得地上之玻璃空酒瓶一只架擋及攻擊其臉部，致其受有顏面撕裂傷、左目失明等傷害。從而，甲依侵權行為之法律關係，請求乙賠償財產上跟非財產上損害，乙則主張正當防衛阻卻違法。

## 第二款 實務見解

原審認為乙除防衛己身權利外，另有傷害甲之犯意，其防衛行為顯已逾必要之程度而有防衛過當之情事，依民法第一百四十九條但書規定，仍應負相當賠償之責，甲尚無與有過失之情形。甲因上述傷害而手術三次而支出醫療費用，扣除折讓金額後為二十四萬零七百十四元，雖經健保給付，然與甲因侵權行為所生之損害賠償請求權，並非出於同一原因，仍得向乙請求賠償。復減少勞動能力之損失及精神慰撫金之加總共須賠償四百十九萬九千一百七十四元。

而最高法院則認為：按民法第一百四十九條但書規定，防衛行為已逾越必要程度者，仍應負相當賠償之責，係在調和現時不法侵害與防衛行為間之衝突，使逾越正當程度之過當防衛行為，仍不能阻卻其違法性，然被動之防衛行為究與單純之不法侵害行為有間，則在過當防衛行為應負賠償責任時，如何程度始謂「相當」？非不能就行為人防衛手段之必要性，與造成侵害結果之可否避免及其損害輕重等客觀情狀，為具體之衡量，庶符比例原則之要求，若不問其情狀如何，概命過當防衛之行為人負全然之賠償之責，是否符合法條所謂仍應負「相當」賠償之責之規範意旨？即值推敲。且同法第二百十七條第一項規定，損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當，不問賠償義務人應負故意、過失或無過失責任，均有該條項規定之適用，於過當防衛行為應負相當之賠償責任時，似無排除其適用之理由。果爾，本件上訴人防衛過當之行為，既導因於被上訴人仗藉酒意毆打上訴人之不法侵害行為所致，則上訴人因過當防衛行為所發生之前述損害，難謂與被上訴人先為不法侵害之挑釁行為無關，是上訴人援引過失相抵為抗辯，請求減輕賠償金額，是否全無可採？自有詳為查明審認之必要。

### 第三款 本文觀察

#### 壹、適當性原則

按憲法上比例原則多應用在公法領域，如判斷行政行為或法律條文是否違反該原則，而公法事件之當事人一造均為國家，所爭執之權利亦屬公法上之權利，其多具有公益性質，故比例原則下之適當性原則，原則上應以憲法第二十三條規定之為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益四種目的作為判斷其是否具有合憲目的之標準。反觀私法案件之雙方當事人多為一般人民(私人)，其所爭執者為私權，故比例原則之適當性原則在民事事件的審查標準亦應有所轉換，亦即，將是否具有合憲目的之適當性判斷轉換為防衛過當行為人之相當賠償責任之主張是否具有合理目的。系爭判決中，最高法院認為實施防衛過當之行為人依民法第一百四十九條但書之規定，仍應負一「相當」賠償之責，亦即，該條規定之目的係在調和現時不法侵害與正當防衛行為間之衝突，是以，就目的正當性之檢驗應無問題。

#### 貳、必要性原則

再者，命防衛過當之行為人所負之「相當」賠償責任是否該當必要性原則？按人民之行為不得任意侵犯他人之權利，且民法之設置目的主要是以填補他人損害為原則，故侵權行為人自應對受害人負損害賠償責任，以彌補他人所受之損害。系爭判決中，最高法院認為過當防衛行為仍無法阻卻其違法性，過當防衛之行為人實際上亦侵害到他人身體健康權，其仍具有損害賠償責任之必要，是以，命過當防衛行為人負相當賠償責任具有手段上之必要性。再者，與命行為人全額賠償相比，該相當賠償責任既已經法院就客觀情狀予以具體衡量，對防衛過當之行為人之損害應為最小，故最高法院之判決自符合比例原則之必要性原則。

#### 參、狹義比例原則

藉由適當性原則與必要性原則之檢驗可以得知，系爭防衛過當行為人之相當賠償責任符合法條之成立要件，而該相當賠償責任亦即賠償範圍則有賴於狹義比例原則之控管。換言之，比例原則下之衡平性原則(狹義的比例性)，係以該手段所造成之損害與達成目的所獲致之利益衡量判斷之，亦即，該手段所造成之權利限制，與其欲達成目的之利益間應具有相當比例，始具有妥當性。上開判決中，最高法院認為過當防衛行為人尚須負一「相當」賠償責任(手段)，始能達到衡平雙方利益之結果。惟何謂「相當」？如何的賠償範圍始具有衡平性？最高法院則係以行為人防衛手段之必要性，與造成侵害結果之可否避免及其損害輕重等客觀

情狀，為具體之衡量，此應為狹義比例原則之運用，亦即法院須實際考量雙方當事人之具體狀況後再決定相當之賠償範圍，雖然此結果使防衛過當行為人之權利受有若干侵害，惟該損害與欲達到衡平雙方利益之結果相較之下，實難謂其限制有何失當之處，故應可肯認該手段所造成的損害與其欲保存之利益間具有衡平性而符狹義比例原則。

## 第二項 登報道歉是否符合比例原則？—最高法院九十六年度台上字第一六九五號判決

### 第一款 事實摘要

被上訴人(下簡稱甲)主張伊為「台灣長臂金龜」攝影著作之著作權人，依法享有上開著作之重製權、公開傳輸權及姓名表示權。上訴人(下簡稱乙)未經伊授權或同意即在其設立之「國立台灣大學昆蟲系暨研究所，瀕臨絕種保育類昆蟲」網頁中，使用系爭圖像二次，且未標明著作權人之姓名，侵害伊之著作財產權及著作人格權。求為命乙賠償及於聯合報刊登「道歉啟事」。乙則主張伊非侵害甲著作權之人，況系爭網頁使用系爭圖像係在法定合理使用之範圍，不構成著作權之侵害，且其請求於聯合報刊登道歉啟事，更有違比例原則等語，資為抗辯。

### 第二款 實務見解

原審認為乙之網頁重製系爭圖像雖亦為非營利之教育目的，然卻係在公眾得使用之網頁將系爭圖像「重製」其上，提供網路瀏覽、列印，為公開傳輸行為，顯已超出著作權法有關「合理範圍」之規定，堪認乙之行為，侵害甲就系爭圖像之「重製」權及「公開傳輸」權。又乙未依規定明示其出處及著作人之姓名或名稱，自屬侵害著作權法所保護之「著作人格權」。另審酌兩造之身分、地位、經濟能力、侵害程度，認甲請求賠償因侵害其「著作人格權」所受之非財產上損害五萬元，及將「道歉啟事」登載於聯合報全國版第一版下半頁一天，以為回復其名譽之處分，亦有理由。

最高法院則主張，損害賠償之目的，固在於填補被害人財產上所受損害及所失利益，且於法律有明文規定之情形下，尚須賠償被害人非財產上所受損害，並為回復名譽之適當處分。惟系爭被上訴人擁有著作權之圖樣，係未經被上訴人之同意、授權而於系爭網頁被重製、公開傳輸，又未註明著作權人之姓名，為原審

所認定之事實。則系爭侵權行為之實行，乃在網路上，得以觀覽系爭圖像或利用之人，即限於網路使用者。倘確須為回復被上訴人名譽之適當處分，其道歉啟事是否有於網路以外之報紙刊登之必要？於報紙全國版之第一版為半頁之刊登，是否合乎比例原則？亦值再為斟酌。原審未遑詳查審認，即為上訴人不利之判決，殊嫌速斷。上訴意旨，指摘原判決對其不利部分為不當，求予廢棄，非無理由。

### 第三款 本文觀察

#### 壹、適當性原則

按民法第一九五條第一項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」不法侵害他人名譽者，被害人自得請求其回復名譽之適當處分，參最高法院九十九年度台上字第三二四號判決：「惟『名譽』為個人在社會上享有一般人對其品德、聲望或信譽等所加之評價，屬於個人在社會上所受之價值判斷，其被侵害之損失，非如財產損失之有價額可得計算，究竟如何始為回復名譽之適當處分，即應由法院斟酌情形認定之。」，而實務上常見回復名譽之處分為於報紙上刊登道歉啟事<sup>19</sup>，故為達回復被害人名譽之目的，依實際加害之情形及被害人

<sup>19</sup> 參最高法院九十九年度台上字第七〇九號判決：「訴人乙〇〇所撰寫之系爭報導，難認已善盡合理查證之義務，又非出於善意，亦非就可受公評之事為適當之評論，其指摘對造上訴人即時任立法委員之甲〇收取不法佣金，足使一般人對於甲〇之人格、操守是否清廉有所質疑，而貶損甲〇之名譽與社會評價。自應對甲〇負侵權行為（侵害名譽權）之損害賠償責任。乙〇〇為受僱於上訴人中國時報文化事業股份有限公司（下稱中國時報）之記者，中國時報既未舉證證明已善盡選任及監督其受僱人職務之執行，即應負僱用人之連帶賠償責任。經審酌甲〇所受損害及兩造之身分、地位、經濟，暨乙〇〇前曾依刑事確定判決在中國時報刊登道歉啟事等情狀，認甲〇請求乙〇〇、中國時報連帶賠償非財產上之損害於新台幣六十萬元，及命其等二人於聯合報、自由時報全國版A五版，以二四·五公分乘以一一·五公分之版面（不限字體）刊登如第一審判決附件所示內容之道歉啟事各一日，以為回復名譽之處分範圍內，為有理由，應予准許。」、最高法院九十九年度台上字第二一〇號判決：「審酌該行為使與被上訴人交易之十四家客戶對其產生不信用，致被上訴人之商譽及信用遭受重大損害，僅登報道歉尚不足以回復其名譽及信用。暨被上訴人之資本額一千萬元，有多次獲頒統一發票績優營業人；及上訴人之資本額為一億五千萬元，其與邱坤懋所簽訂委任契約內有每月提撥金額之約定並有匯款三十七萬元至一百五十萬元不等金額之記錄，以及被上訴人信用受損害之程度等情狀，認被上訴人除得請求上訴人與邱坤懋刊登道歉啟事外，其請求賠償非財產上之損害六十萬元，亦屬相當。因而為上訴人應與邱坤懋連帶給付（賠償）被上訴人六十萬元之本息，並於工商時報、

之身分、地位、職業、被害之程度，以為酌定之標準，認有必要時<sup>20</sup>，實務上多命侵權行為人登報道歉以為手段，雖然登報道歉所侵害者為行為人之不表意自由，惟其與欲保存之被害人名譽之利益相衡量之，應無損益失衡之疑。

承上所述，比例原則之三個子原則於民事案件之審查標準，與公法事件應不盡相同。就民事事件中，比例原則之適當性原則審查標準不應一味以是否具有合憲性目的為準則。系爭判決中，原審認定系爭甲擁有著作權之圖樣，乙未經甲之同意、授權而於系爭網頁被重製、公開傳輸，又未註明著作權人之姓名等事實，故乙確已侵害甲之著作權，乙自應負損害賠償責任。原審進而認為使行為人以登報道歉之方式回復被害人之名譽並無不妥，亦即，此處比例原則之適合性原則之判斷，應視是否以保障被害人名譽權為目的，抑或是否係為了維護著作權人之姓名表示權觀之，從而，命其登報道歉似具有目的正當性，該手段亦有助於目的之達成，而符比例原則之適當性原則。

## 貳、必要性原則

雖然民法第一百九十五條第一項後段明定，名譽權被侵害人得請求回復名譽之適當處分，而實務上常見之回復名譽之適當處分則為登報道歉，惟此是否表示登報道歉為回復他人名譽之必要手段？登報道歉與其他手段相較而言，對侵權行為人之損害確屬最小嗎？退步言之，若認被害人之名譽權回復僅得以公開道歉之方法為之，亦即公開道歉具有其手段必要性，最高法院認為公開道歉之處所或方法仍應慎選之，例如命侵權行為人將道歉啟事之登載處所侷限於特定範圍對之所造成的侵害，應小於登報道歉，是以，登報道歉即難認係最小侵害手段。此可參最高法院一〇一年度台上字第三九二號判決：「上訴人確有因被上訴人在系爭住宅四樓公共鐵門內之走道牆面等處所張貼系爭字條造成名譽受損，為原審認定之事實。而上訴人已表明要被上訴人寫澄清事實道歉書貼大樓佈告欄等語（見原審卷(二)第二三頁背面），衡之原審亦認造成上訴人名譽受侵害之系爭字條，僅系爭住宅住戶、訪客等得以見聞，則倘上訴人之真意係請求被上訴人將系爭道歉啟事張貼系爭住宅佈告欄，亦不失為回復名譽之適當處分。乃原審未行使闡明權，令上訴人為必要之聲明，徒以其請求登報道歉，逾越相當性，且不符比例原則，而為上訴人敗訴之判決，不無可議。」

---

中國時報之頭版，均以二十公分 十五公分之版面刊登如附件所示之道歉啟事各一天之判決，經核於法洵無違誤。」

<sup>20</sup> 參最高法院九十八年度台上字第四三八號判決、最高法院九十八年度台上字第六四〇號判決：「按民法第一百九十五條第一項所謂回復名譽之適當處分，須依實際加害之情形及被害人之身分、地位、職業、被害之程度，以為酌定之標準，縱有登報道歉之必要，亦必其登報內容適當而後可。」

有疑問者為，於系爭案例中，就未經允許即盜用他人所拍攝之照片，有何名譽權受侵害之情事？被害人所被侵害者應係著作財產權及著作人格權之姓名表示權，故實務認為應為回復名譽之適當處分者，似有可議之處。是以，系爭案例中，既然不見名譽權受到侵害之事實，自無為公開道歉之必要性。其次，即使法院認為系爭案例中，侵權行為人確有為回復被害人名譽之適當處分之必要，命加害人公開道歉是否為適當處分，以下將於狹義比例原則詳述之。

### 參、狹義比例原則

退步言之，即使肯認系爭案例具有回復被害人名譽權之必要性，即須進入狹義比例原則之檢驗，承前所述，適當性原則與必要性原則係用於判斷要件是否成立，倘要件成立後，則應於狹義比例原則層次決定賠償範圍或選擇之手段。系爭案例中，法院先肯定被害人有一回復名譽之請求權，惟就回復名譽之適當處分，是否以公開道歉為適當處分？又，即使法院認為應公開道歉，則道歉之處所(報紙或網路)對於侵權行為人之侵害大小，亦應一併考量在內。

本文認為，系爭案例既為未經他人同意、授權而擅用他人所拍攝之照片，與其命其公開道歉，命其為一公開陳述似乎為更妥適之選擇，亦即公開陳述該照片係由某人所拍攝，例如：「因本人不查，而將由○○○所拍攝之照片挪為己用，特此公開說明之，日後若欲使用他人之照片必定審慎引用之。」如此一來，既能回復被害人之名譽權，亦未使侵權行為人之不表意自由受到過度侵害。

又，法院命侵權行為人公開道歉之際，亦應考量公開道歉後對侵權行為人所造成之影響。系爭判決中，最高法院認為為回復被害人之名譽(目的)，侵權行為人確應於公開場合道歉(手段)，惟系爭侵權行為之實行，乃在網路上，得以觀覽系爭圖像或利用之人，即限於網路使用者。若命侵權行為人登報道歉所造成之損害，與其欲維護之利益(被害人之名譽)間似有輕重失衡之嫌。故最高法院認為倘確須為回復被上訴人名譽之適當處分，其道歉啟事也應限於網路上刊登。再者，命侵權行為人公開道歉所侵害者為行為人之不表意自由，但為了回復被害人名譽之目的，對其不表意自由所為之適當限制應屬妥當，故最高法院在諸多考量之下，認為命侵權行為人於網路上公開道歉所造成之損害應輕於其欲達成目的(維護被害人名譽權)所保障之利益，如此解釋下，似無違比例原則之衡量性原則。

惟本文認為，最高法院命侵權行為人將道歉啟事限於網路上為之，其對侵權行為人之侵害未必小於將該道歉啟事刊登於報紙上。若從須付出之代價相比，將道歉啟事刊登於網路所需支付的金錢，的確不如將道歉啟事刊登於傳統報紙來得高，故由此面向思考，最高法院所採之見解，對行為人而言實屬(財產上)損害較

小。惟現今為網路時代，除了電腦可以散播網路資訊，目前普及率極高的智慧型手機亦有此功能，網路影響力的傳閱速度與影響性之廣度與傳統報紙相較而言，絕對是有過之而無不及。換言之，除了加密的資訊以外，任何在網路上的資訊，原則上皆可輕易的被轉載或分享，若侵權行為人於網路上之道歉啟事遭有心人利用，將之更為傳散出去，對侵權行為人所造成的侵害只會更大，最高法院忽略網路影響之嚴重性，而認為侵權行為人將道歉啟事限於網路上所致侵害小於登載於報紙上，此見解實有可議之處。最高法院尚認為登報道歉與回復被害人名譽之目的之間，有失衡之虞，更何況是影響力更甚於報紙的網路呢？如此一來，還能認為該手段所造成的損害與欲達成之目的間未輕重失衡嗎？故系爭案例中所為之公開道歉處分，似不符比例原則之檢驗。

### 第三項 民法第一百九十五條第一項後段由法院為回復名譽適當處分是否合憲？—大法官會議釋字第六五六號解釋

#### 第一款 解釋文

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

#### 第二款 解釋理由書(節錄)

名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障（本院釋字第三九九號、第四八六號、第五八七號及第六〇三號解釋參照）。民法第一百九十五條第一項規定：「不法侵害他人之身體、健康、名譽、自由、信用、隱私、貞操，或不法侵害其他人格法益而情節重大者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額。其名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。」其後段之規定（下稱系爭規定），即在使名譽被侵害者除金錢賠償外，尚得請求法院於裁判中權衡個案具體情形，藉適當處分以回復其名譽。至於回復名譽之方法，民事審判實務上不乏以判令登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。憲法第十一條保障人民之言論自由，依本院釋字第五七七號解釋意旨，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不

表意自由。國家對不表意自由，雖非不得依法限制之，惟因不表意之理由多端，其涉及道德、倫理、正義、良心、信仰等內心之信念與價值者，攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切（本院釋字第六〇三號解釋參照）。故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。查系爭規定旨在維護被害人名譽，以保障被害人之人格權。鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當。而法院在原告聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽者，法院以判決命加害人公開道歉，作為回復名譽之適當處分，尚未逾越必要之程度。惟如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由。依據上開解釋意旨，系爭規定即與憲法維護人性尊嚴與尊重人格自由發展之意旨無違。未就聲請人其餘聲請解釋部分，關於民法第一百八十四條第一項前段、第一百九十五條第一項前段、最高法院十九年上字第二七四六號、九十年台上字第六四六號判例等，係爭執法院適用法令見解當否之問題，尚不生確定終局判決所適用之法令於客觀上有何牴觸憲法之處。

### 第三款 學理評析

自解釋理由書觀之，大法官認為名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，而受憲法第二十二條所保障。民法第一百九十五條第一項後段規定，則賦予法院於裁判中權衡個案具體情形，藉適當處分以回復其名譽之權利。至於回復名譽之方法，民事審判實務上不乏以判令登報道歉作為回復名譽之適當處分，且著有判決先例。再者，系爭規定既包含以判決命加害人登報道歉，即涉及憲法第十一條言論自由所保障之不表意自由。其後指出，不表意自由攸關人民內在精神活動及自主決定權，乃個人主體性維護及人格自由完整發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，故於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合憲法第二十三條所定之比例原則。

大法官緊接著以比例原則為據，針對系爭規定之合憲性進行審查，其步驟依次如下<sup>21</sup>：「

<sup>21</sup> 李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益

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

系爭規定主要是涉及名譽權(人格權)與不表意自由(消極言論自由)的衝突問題，其寓有以限制不表意自由作為保護名譽(回復名譽)方法之規範旨趣。從抽象法律規範的層次來說，系爭規定乃是一種限制人民不表意自由之規定。因此，從基本權的防禦功能及過度禁止原則出發，此種限制基本權規定必須合乎憲法第二十三條之比例原則，也就是不能過度限制不表意自由<sup>22</sup>。

查該理由書就比例原則內涵之審查，首先是針對系爭規定是否符合適當性原則，誠如解釋理由書所載，為了使未能以金錢填補或回復之名譽權，法院有權為適當處分，該目的自有其正當性。其次，法院命加害人公開道歉，以作為回復名譽之適當處分之手段，係於法院衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及加害人之經濟狀況等情形之後，認為諸如在合理範圍內由加害人負擔費用刊載澄清事實之聲明、登載被害人判決勝訴之啟事或將判決書全部或一部登報等手段，仍不足以回復被害人之名譽所為之決定，故此亦應符合手段必要性原則(最小侵害原則)。最後，大法官闡述「法院如要求加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事者，即屬逾越回復名譽之必要程度，而過度限制人民之不表意自由」，這段話應是狹義比例原則的運用，也就是說，在名譽權與不表意自由之間進行法益權衡，若為回復被害人之名譽而要求加害人為自我羞辱等損及人性尊嚴之行為，則所欲達到之目的(回復名譽)即與所造成之侵害(損及人性尊嚴)顯失均衡，故屬對人民不表意自由之過度限制<sup>23</sup>。

雖然學者認為大法官於本件釋憲案中就比例原則之運用有欠允當，讓人始終陷於在到底是法律違憲，還是判決違法或違憲的謎團中，復提出法院應循以下三

---

權衡/釋字第六五六號解釋，台灣法學雜誌第 127 期，2009 年 5 月 1 日，頁 224。

<sup>22</sup> 李建良，同前註，頁 225。

<sup>23</sup> 李建良，同註 21，頁 227。李建良老師並認為大法官就該系爭規定之合憲性審查內容，時而以「系爭規定」為主詞，時而以「法院」為主詞而具有邏輯上的乖謬性。

個步驟適用系爭規定<sup>24</sup>：

- a. 法院應先命加害人負擔費用登載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報。
- b. 上開手段仍不足以回復被害人名譽時，法院始得命加害人公開道歉。
- c. 法院命加害人公開道歉之方式，不得涉及自我羞辱等損及人性尊嚴之情事。

惟如何認定加害人負擔費用登載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報等手段仍不足以回復被害人之名譽？其判斷標準為何？又，何等道歉方式始未涉及自我羞辱等損及人性尊嚴之情事？如何區分「有損及人性尊嚴之公開道歉」與「未損及人性尊嚴之公開道歉」？大法官對此均未加以著墨，這可能會造成上述指令的不可操作性。其次，基於與思想自由及人性尊嚴之親緣性，不表意自由原則上具有「不可限制性」，也就是人民享有絕對的「不表意的自由」。但從本號解釋所稱「國家對不表意自由，雖非不得依法限制之」來看，大法官顯然是以不表意自由的「可限制性」為出發點，前後論點似有矛盾之虞。最後，學者認為應直接針對系爭規定作成部分違憲之宣告，而試擬解釋文如下：「系爭規定所稱回復名譽之適當處分，乃維護被害人名譽，以保障被害人之人格權所必要，與憲法並無牴觸；然系爭規定授權法院得以判決命加害人公開道歉，涉及加害人自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，逾越回復名譽之必要程度，過度限制人民不表意自由，就此部分，與憲法保障人民不表意自由及比例原則有所牴觸。」<sup>25</sup>

#### 第四款 本文觀察

民法第一百九十五條第一項後段規定是否得為法院命侵權行為人公開道歉之正當化基礎？首先，依該號解釋認為名譽權旨在維護個人主體性及人格之完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第二十二條所保障。故行為人若侵害他人之名譽權者，自須依民法第一百八十四條第一項負損害賠償責任，名譽權受侵害之人亦得依民法第一百九十五條第一項後段請求回復名譽之適當處分。雖然實務上多以命侵權行為人公開道歉為適當處分，惟命行為人公開道歉確屬「適當」處分嗎？根據該號解釋理由書之內容認為「鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當」，固然得肯認公開道歉之處分有其適當性，但是公開道歉是否存有手段必要性？名譽權之回復難道不能藉由法院命加害人負擔費用登載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報而達成嗎？

<sup>24</sup> 李建良，同註 21，頁 229。

<sup>25</sup> 李建良，同註 21，頁 229 至 231。

本文認為，自學理所示之審查三步驟可知，命侵權行為人公開道歉具有手段最後性，即須在法院應已命加害人負擔費用登載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報，仍不足以回復被害人名譽時，法院始得命加害人公開道歉。而法院若捨前述之處分而作成(強制)行為人公開道歉之判決內容，美其名是為回復被害人之名譽，實際上是實現被害人報復之心態，蓋命非出於自願、誠心之行為人公開道歉，本質上對於行為人即具有自我羞辱之情事，這與民法係以填補他人損害而非懲罰行為人之原則似乎有違。

再者，學者認為人民之不表意自由原則上具有「不可限制性」，也就是人民享有絕對的「不表意的自由」，不表意自由牽涉內在精神活動及內在的自主決定權，實已近乎「思想自由」及「良心自由」<sup>26</sup>，而比例原則之必要性原則於此之探討重心似乎為人民之「思想自由」及「良心自由」有無受到限制之可能？換言之，若認為「思想自由」及「良心自由」與人性尊嚴間具有密切關連性，亦即，人民之不表意自由具有絕對之不可限制性，則公開道歉處分似不符比例原則中之必要性原則；反之，若認為人民之不表意自由不可無限上綱，即當事人一方之不表意自由與他方之人格權有所衝突時，人民之不表意自由應為適度退讓者，公開道歉處分自該當必要性原則。

最後，若肯認公開道歉具有手段必要性者，則進入比例原則之狹義比例原則之探討。如前所述，於此層次討論者為賠償之範圍界定或手段之選擇，而本文認為，針對名譽權受到侵害之處分，應以命加害人負擔費用登載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報為原則，蓋此等處分既未涉及自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，亦得回復被害人之名譽，若強命加害人刊載道歉啟事者，似有輕重失衡之嫌而不該當狹義比例原則。

#### 第四項 小結

本文列舉私法判決上之三則實務見解，說明公法事件因多涉及公益，故公法領域上比例原則之適當性原則，原則應以憲法第二十三條規定之為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益四種目的作為判斷其是否具有合憲目的之標準。反觀私法案件之雙方當事人多為一般人民(私人)，其所爭執者為私權，故比例原則之適當性原則在民事事件的審查標準亦應有所轉換。

其次，民法第一百四十九條但書規定之目的係在調和現時不法侵害與正當防衛行為間之衝突，具有目的正當性。過當防衛行為仍無法阻卻其違法性，過當防衛之行為人實際上亦侵害到他人身體健康權，其仍具有損害賠償責任之必要，是

<sup>26</sup> 李建良，同註 21，頁 230。

以，命過當防衛行為人負相當賠償責任具有手段上之必要性。又「相當」賠償責任之判斷應就行為人防衛手段之必要性，與造成侵害結果之可否避免及其損害輕重等客觀情狀，為具體之衡量，此即為狹義比例原則之具體化。

又，於網路上發生之侵害名譽權者，法院命行加害人公開道歉，應具有回復被害人名譽之合理目的，故其目的正當性應當無疑。惟針對未經同意、授權即盜用他人所拍攝照片之行為，被害人所被侵害者應係著作財產權及著作人格權之姓名表示權，究有何名譽權受侵害之情事？既然無名譽權受侵害之情事，自無為公開道歉之必要性。退步言之，即使肯認系爭案例具有回復被害人名譽權之必要性，即須以狹義比例原則之層次，探討回復名譽手段之選擇，本文認為，系爭案例既為未經他人同意、授權而擅用他人所拍攝之照片，與其命其公開道歉，倒不如使其為一公開陳述，以達回復被害人之名譽權之目的，並防免使侵權行為人之不表意自由受到過度侵害。

最後，根據大法官會議釋字第六五六號解釋理由書之內容認為「鑒於名譽權遭侵害之個案情狀不一，金錢賠償未必能填補或回復，因而授權法院決定適當處分，目的洵屬正當」，是以，法院命加害人公開道歉之處分有其正當目的，惟若肯認人民之不表意自由具有絕對之不可限制性，則公開道歉處分似不符比例原則中之必要性原則；反之，若認為人民之不表意自由不可無限上綱，則公開道歉處分自符合手段必要性。再者，若肯認公開道歉具有手段必要性者，則須於狹義比例原則之層次討論手段之擇取，本文認為，針對名譽權受到侵害之處分，應以命加害人負擔費用登載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報為原則，蓋此等處分一方面未涉及自我羞辱等損及人性尊嚴之情事，他方面亦得達到回復被害人名譽之目的。

### 第三節 帶有懲罰目的之損害賠償責任—消保法第五十一條之懲罰性賠償金

相較於前節中所分析者係比例原則於以填補損害為目的之損害賠償責任之適用，以下所探討者為比例原則於以懲罰目的之損害賠償責任之適用，亦即，我國民事實務就當事人主張消保法第五十一條懲罰性賠償金時，針對該法條之限縮解釋以及酌定懲罰性賠償金之倍數有無比例原則概念之操作。

## 第一項 損害賠償法之功能

按現行損害賠償法之基本機能在於填補被害人所受之損害<sup>27</sup>，且從我國民法第二百一十三條於民國十八年之立法理由<sup>28</sup>可知，損害賠償係在填補被害人之所失利益與所受損害，是以，我國民法之損害賠償原則係採「全部賠償原則」<sup>29</sup>。其次，損害賠償法除填補損害之目的外，尚具有所謂權利繼續功能<sup>30</sup>以及具有一定程度預防損害的附帶效果<sup>31</sup>。從而，損害賠償法之主要目的為填補損害暨一定的預防附帶效果，相較於刑事責任本質即是在處罰行為人，以達到一般預防及特別預防之功能，若損害賠償亦具備懲罰性，是否適當？雖然對於懲罰功能之存在或有爭議，惟依我國現行法中，就帶有懲罰制裁性之法條，仍可散見於特別法中，例如消費者保護法第五十一條、公平交易法第三十二條第一項、著作權法第八十八條第三項、營業秘密法第十三條、健康食品管理法第二十九條等<sup>32</sup>。

## 第二項 懲罰性賠償金之目的功能

依臺灣高等法院九十八年度消上更(一)字第一號判決表示：「按消費者保護法第 51 條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」其立法理由則為：「為促使企業經營者重視商品及服務品質，維持消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效，參酌美國、韓國立法例而有懲罰性賠償金之規定。」是據此足見立法目的在於促使企業經營者注意商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。因此該規定雖未將同法第 7 條第 3 項所稱之「第三人」與消費者並行列舉，惟消費者與第三人皆應為消費者保護法商品責任規定之保護對象，以免減損該條規定之懲罰及嚇阻效用。」換言之，立法者制定懲罰金賠償金之目的在於提高企業經營者就其提供之商品或服務之注意義務，避免消費者之權益受到不當侵害，並懲罰具有惡性之企業經營者，以達殺雞儆猴之效。

<sup>27</sup> 王澤鑑，損害賠償法的目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁，月旦法學雜誌第 123 期，2005 年 8 月，頁 207；同氏著，侵權行為法(一)，王慕華發行，2001 年，頁 8。

<sup>28</sup> 民國 18 年 11 月 22 日第 213 條立法理由：「謹按所謂負損害賠償責任者，即負填補債權人所受損害及其所失利益之責任也。...」

<sup>29</sup> 王澤鑑，同註 27 文，頁 211。

<sup>30</sup> 所謂權利繼續係指，當權利受到侵害時，被害人得依其損害賠償請求權而取得該被侵害權益的價值內容，而以該權利的客觀(交易價值)作為應予賠償的最低損害。Larenz, Lehrbuch der Schuldrechts Bd I., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S.352, 轉引自王澤鑑，同註 27 文，頁 208，註 5。

<sup>31</sup> 王澤鑑，同註 27 文，頁 212。

<sup>32</sup> 李宜穎，消費者保護法第五十一條懲罰性賠償金制度之研究，台大法研所碩士論文，2008 年 6 月，頁 5 至 6

又，學理上更詳盡地點出懲罰性賠償金之目的功能，學者認為「自懲罰性賠償金的發展歷史可知，懲罰性賠償金具有損害填補、懲罰被告行為、嚇阻被告或他人從事類似不法行為，及鼓勵私人擔任「檢察官」，以執行法律等功能。其目的在於維護社會治安，避免私人、家族械鬥等。懲罰性賠償金的目的功能，正足以作為檢討該制度適用對象的基準，以避免懲罰性賠償金制度流於濫用<sup>33</sup>。」詳言之，源自於英美法之懲罰性賠償金之功能，臚列如下<sup>34</sup>：

#### (一)損害填補功能：填補無法請求之損害

懲罰性賠償金之損害填補功能，在於填補精神上損害與「加重損害」(aggravated damages)等無法以金錢計算之損害。傳統上，當被告「惡意」(maliciously)、「懷恨」(vindictively)或「粗暴」地(outrageously)侵害被害人，令被害人感受尊嚴受損，精神受辱時，被告基於損害填補原則，應得請求損害賠償。例如，在毀謗侵權行為案例，被告不法侵害者為原告之榮譽、尊嚴與人格，屬於「加重損害」之範疇，依法應填補之，但此項損害，無法以刑事罰或一般損害填補原則加以救濟，因而以懲罰性賠償金補償之。

再者，懲罰性賠償金除補償名譽喪失、生活享受減損及信賴關係破滅等無法以金錢計算的損害外，其經常使用於填補原告訴訟費用的支出與因訴訟所生的精神上耗損。蓋美國訴訟費用制度採取各自分擔之「美國原則」(American Rule, 訴訟當事人應各自負擔自己的訴訟費用)以及「勝訴報酬制」(Contingent fee, 原告與律師間之酬金安排，若原告勝訴，其律師將獲得賠償金之一定比例作為報酬；若敗訴，其律師將得不到任何報酬)之背景下，往往使原告賠償金成為律師的報酬，從而懲罰性賠償金具有「填補」原告支出程序費用的功能<sup>35</sup>。惟就填補原告訴訟費用支出之功能，於我國應不適用，蓋我國訴訟費用之支出係由敗訴之當事人負擔，故懲罰性賠償金之損害填補功能，就我國而言，應僅指填補無法以金錢計算之損害。

#### (二)嚇阻功能：經濟效率與賠償

懲罰性賠償金作為嚇阻被告與其他第三人從事相同不法行為，為學說與實務所肯定之功能。法院判決經常認為懲罰性賠償金在於「設立典範」供為後人之殷鑑。「特別嚇阻」在以懲罰性賠償金使被告不敢再犯相同的過錯，以免負擔重大賠償。「一般嚇阻」在於設立「典範」(example)，使一般人不敢從事與被告相同

<sup>33</sup> 陳聰富，美國法上之懲罰性賠償金制度，台大法學論叢第 31 卷第 5 期，2002 年 9 月，頁 170。

<sup>34</sup> 陳聰富，同前註，頁 170 至 185。

<sup>35</sup> 李宜穎，同註 32，頁 30 至 31；楊靖儀，懲罰性賠償金之研究：以評析消費者保護法第五十一條為中心，台大法研所碩士論文，1996 年 6 月，頁 27。

或類似的非法行為。依據民事侵權行為強調者之「有效嚇阻理論」(efficient deterrence theory)，加害人應將非法行為造成的所有成本，內化為自己的成本，亦即加害人應賠償受害人全部損失，而使加害人僅在其行為產生之利益大於損害賠償數額時，始會從事一定行為。

是以，根據「有效嚇阻理論」解釋懲罰性賠償金的功能，可以得知：①懲罰性賠償金的嚇阻目的在於設立「典範」，避免將來類似事件發生，係懲罰性賠償金「對將來」的效力。此項功能與懲罰性賠償金的報復、懲罰目的，顯然不同。蓋後者在於回顧事實的嚴重程度，對被告行為的可歸責性加以「懲罰」。②基於嚇阻功能，懲罰性賠償金數額之判決，無需考慮被告行為在道德上的可非難程度，而只須考慮原告的實際受損與被告逸脫責任的可能性。③被告的財富多寡對於懲罰性賠償金數額無關重要，蓋只須損害賠償(包括執法落差的損害計算)得以嚇阻被告從事非法行為，即可達成目的<sup>36</sup>。

### (三)報復、懲罰功能：道德非難與賠償

報復主義源於刑事罰的制裁，在民事法中表現為懲罰性賠償金。報復主義與損害填補原則不同，損害填補原則依據被害人的損害多寡予以補償，報復主義則依據非法行為的惡性加以懲罰。依據報復主義學者的見解，法律本應保障人與人之間具有公平正義關係。個人與個人之間應屬公平對待，任何人無權未經他人同意，要求他人放棄其權利。懲罰的目的即在於，以公開可見的處罰方式，重新恢復加害人和被害人之間相對的價值關係。換言之，報復性的處罰在於重新肯認被害人因侵害行為喪失的「人的價值」，並修復被害人因侵害事件無法實現其價值的損失。

基於報復性目的，懲罰程度必須反映加害人與被害人因非法行為造成的不平等，亦即處罰必須與犯行輕重符合比例原則。蓋基於報復之目的，加害人與被害人的價值均應兼顧，否則以貶損加害人價值的懲罰手段加諸於加害人，將表示加害人比其他人類更不具價值。基於上述，報復主義與嚇阻理論不同，報復主義是「向後觀察」，考量加害人非法行為的惡性程度，而予以制裁。反之，嚇阻理論係「向前觀察」，如何處罰足以達成阻絕被告事後再犯，或避免他人從事相同非法行為之目的。

<sup>36</sup> 一般認為，基於嚇阻理論，懲罰性賠償金的數額應考慮被告的財力狀況，蓋若被告財力甚巨，卻僅判決少額賠償金，對於被告將不生任何嚇阻效果。我國實務於判斷懲罰性賠償金之數額時，亦將加害人之財力考慮在內，此可參閱台灣最高法院台中分院九十七年度建上字第四四號判決：「是以被上訴人主張依消保法第五十一條之規定，對頌揚公司、戊○○，請求之懲罰性賠償金以損害額一倍以下計算，要無不合。因而考量加害人行為之性質、加害人所為危害之性質及程度、加害人之財力，以及加害人惡意行為所得之利益額等標準。」

#### (四)私人執行法律功能

依據有效嚇阻理論，懲罰性賠償金在於彌補因執法落差所生刑罰嚇阻不足(under-deterrence)的缺失。依據報復主義，懲罰的結果必須使被告負擔「應得」的處罰，但因法律制度與執法程度，導致懲罰不足，有失報復之目的，因而藉助懲罰性賠償金，強化懲罰功能。據此兩項懲罰性賠償金制度的基本目的，得知該制度具有填補執法落差、懲罰不足的功能。換言之，懲罰性賠償金具有鼓勵私人，調查不法案件，起訴請求賠償，並對被告課以「私人罰金」(private fines)，達成公平正義的目的。據此，懲罰性賠償金制度在於鼓勵被害人成為「私人檢察官」(private attorney general)，實現執法目的，不僅有利於被害人，更有利於社會公共福祉。此項功能尤其在被害人實際損害甚少時，更具實益。蓋若無懲罰性賠償金判決，被害人因訴訟所得甚少，不願起訴請求，加害人將因而免受懲罰，亦無法嚇阻加害人再度從事相同不法行為。懲罰性賠償金適足以作為被害人擔任私人檢察官之代價。

承上所述，懲罰性賠償金具有以上四種目的功能，就損害填補功能而言，有謂懲罰性賠償金可以填補難以計算之損害，然而非財產上損害賠償雖有數額難以估算之弊，實際適用上可能與懲罰性賠償金難以切割，但此問題應當由司法實務經由案例累積、建立較為客觀的賠償標準著眼，在理論上仍應明確劃分「屬於填補損害性質的非財產上損害賠償」以及「非填補損害性質的懲罰性賠償金」<sup>37</sup>。再者。就報復、懲罰之功能言之，若僅著眼於行為人惡性的應報目的論，在概念上將面臨以金錢衡量道德評價(惡性)高低的困境<sup>38</sup>。又，就私人執行法律功能而言，此僅得視為制度適用後所產生的附帶效果，不得視之為制度目的。否則豈非表示法院於判決懲罰性賠償金之際，將考量多少數額足以形成刺激訴訟的誘因，無異於倒果為因<sup>39</sup>。是以，懲罰性賠償金之功能目的應著重在預防的功能，由於民事不法行為未必能夠進入行政或刑事領域，所以有必要透過民事責任的方式預防不法行為的發生，以充分保護受害人合法權益、維護社會生活與經濟秩序。從而，懲罰性賠償之要件以及效果的設計應該緊扣預防的目的，以免產生嚇阻不足或過度嚇阻之弊<sup>40</sup>。

### 第三項 懲罰性賠償金之適用範圍

按消保法第五十一條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致

<sup>37</sup> 李宜穎，同註 32，頁 31 至 32。

<sup>38</sup> 何建志，懲罰性賠償金之法理與應用—論最適賠償金額之判定，台大法學論叢第 31 卷第 3 期，2002 年 5 月，頁 264。

<sup>39</sup> 李宜穎，同註 32，頁 31。

<sup>40</sup> 李宜穎，同註 32，頁 32。

之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」，消保法中相關的消費爭訟，似乎均有懲罰性賠償金規定之適用，惟是否真如該法條所示，所有與消保法相關之消費訴訟，均有懲罰性賠償金之適用餘地？依該條之立法理由提及「為促使企業經營者重視商品及服務品質，維持消費者利益」可知，立法者之所以引進該制度之目的，即是肯定商品或服務責任案件中有懲罰性賠償金之適用，甚至有實務認為，懲罰性賠償金之適用範圍應為目的性限縮，即消保法第七條以下關於企業經營者之產品、服務責任始有適用懲罰性賠償金之可能<sup>41</sup>。反之，與消保法有關的消費爭訟，尚有涉及契約責任者，包括定型化契約、特種買賣以及不實廣告，實務上對於該等契約責任是否均肯認懲罰性賠償金規定之適用，以下將分述之。

## 第一款 定型化契約

實務上對於涉及定型化契約條款之契約關係，是否得適用懲罰性賠償金之規定，見解並不統一。就無效之定型化契約條款之案件，法院有認為無懲罰性賠償金適用者，例如高等法院九十五年度重上字第四百二十號判決<sup>42</sup>、高等法院九十

<sup>41</sup> 參閱臺灣臺北地方法院九十八年度消字第十七號判決：「消費者保護法第 51 條明定：依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。該條文立法原意係為促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效，乃參酌美國、韓國立法例而為之規定。乃係為貫徹保護消費安全之政策作用，防範企業經營者濫用實力之行為（以上參照該條立法理由）。首先，所謂依「本法所提之訴訟」，無論在消費者個人因消費關係，或消費者保護團體依同法第 49 條、第 50 條以自己之名義所提起之消費者賠償訴訟均有其適用。其次，就得請求懲罰性賠償金之適用範圍而言，懲罰性賠償為英美法上所特有之賠償類型，為非補償性的賠償，與傳統損害賠償之目的，在填補被害人實際上所受之損害，概念已有所不同，懲罰性賠償金性質上並非一般之損害賠償，因此等損害賠償利用現行契約、侵權等制度，已然足以達成。可知，懲罰性賠償金實係「損害額」（消費者實際上所受之損害）以外之賠償金，其與一般損害賠償制度，為完全不同之法律概念、毫不相干之制度。其目的係在對於有邪惡動機，或非道德的、或意圖的、或極惡的之行為人施以一定懲處，進而防止他人效尤的處罰性賠償，故適用上極其嚴格。因而該條文之適用上，應予做目的性限縮，僅係指依同法第 7 條以下規定所稱消費者或第三人因企業經營者所提供之商品或服務，發生安全或衛生上之危險而致生之損害，或因商品或服務具有違害消費者生命、身體、健康、財產之可能而企業經營者未於明顯處為警告標示及處理危險之方法，致生損害於消費者，即企業經營者之產品、服務責任而言。」採相同見解者另有臺灣臺北地方法院九十五年度消字第十號判決、臺灣臺北地方法院九十五年度訴字第 12339 號判決、臺灣臺北地方法院八十八年度訴字第二五七〇號判決。

<sup>42</sup> 高等法院九十五年度重上字第四百二十號判決：「惟按定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效；定型化契約中之條款，有違反平等互惠原則者；或條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者，推定其顯失公平，消費者保護法第 12 條第 1 項、第 2 項第 1 款、第 2 款分別定有明文。旭訊公司依兩造所訂之系爭保全契約請求賠償，縱未遵守契約約定於事故發生日起 7 日內提出，然以旭訊公司所受損害之多，強求其於事故發生日起 7 日內即須計算出實際所受損害金額，並檢具相關文件、資料向中興保全公司請求，已有所難；且觀諸由中興保全公司擬就之系爭保全契約，僅加諸旭訊公司應於 7 日內檢具損失清單否則視同放棄求償權之失權條款，卻未見相對拘束中興保全公司應於一定期間理賠，

二年度上易字第三四三號判決<sup>43</sup>。惟亦有認為無效之定型化約款者，有懲罰性賠償金適用者，例如高等法院台中分院九十四年度上易字第二五九號判決<sup>44</sup>。反之，於定型化契約條款有效之案件，法院則傾向駁回原告懲罰性賠償金之請求，如臺北地方法院九十六年度保險簡上字第一號判決<sup>45</sup>、最高法院九十七年度台上字第

否則應給予旭訊公司若干賠償之違約條款約定，則該片面失權約定之條款，亦難謂符合平等原則；況系爭保全契約兩造之主要權利義務即在於旭訊公司按月給付保全服務費用，中興保全公司負責提供保全服務，如發生保全事故，中興保全公司則應給予賠償（補償），而旭訊公司之賠償請求權時效，依民法規定本應為 15 年，系爭合約第 11 條之 7 日失權條款約定，不僅將原民法賦予 15 年之請求權時效變相縮短為 7 日，且發生旭訊公司完全喪失索賠權利之效力，顯與旭訊公司設置保全之目的相背。揆諸前揭規定，兩造所訂保全契約第 11 條第 2 項之失權約款，因顯失公平而無效。……惟中興保全公司雖有過失，然旭訊公司損害之發生，係第三人犯罪行為所致，並非中興保全公司提供之保全服務本身所造成，與消費行為無關，應無消費者保護法規定之適用。縱認有適用，本院審酌事發當時颱風甫過，旭訊公司已自富邦產險公司獲得部分理賠等情，認旭訊公司並無依消費者保護法第 51 條規定請求中興保全公司給付損害額一倍以下懲罰性賠償金之餘地。」

<sup>43</sup> 高等法院九十二年度上易字第三四三號判決：「上訴人於九十年九月十五日交付車輛予被上訴人時，被上訴人縱將委修單交予上訴人簽名，惟於簽名後即將委修單夾於車上交給技工，並未將正本或副本交付上訴人，則上訴人無從閱覽委修單上之一般條款；此外，被上訴人並未另行舉證證明其有依消費者保護法第十三條第一項規定將上開條款向上訴人明示內容，或以顯著之方式公告內容，並經上訴人同意受上開條款之拘束，則上訴人所辯：其與被上訴人訂立承攬定型化契約前，並無三十日以內之合理期間審閱上開條款一節，核屬有據，故依消費者保護法第十一條第二項前段規定，上開條款非屬兩造於九十年九月十五日成立之承攬契約之內容，不生拘束上訴人之效力，故被上訴人上開所辯，委無足取。……按依消費者保護法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金，為消費者保護法第五十一條明訂。可見，消費者依消費者保護法第五十一條規定，請求企業經營者給付懲罰性賠償金，以企業經營者因故意或過失之行為所致之損害為限。查上訴人所有系爭車輛遭水淹之損失，乃不可抗力，非因被上訴人之故意或過失行為所肇致，則上訴人依消費者保護法第五十一條規定請求被上訴人給付懲罰性賠償金二十三萬二千六百六十九元，核與前開條文之要件有間，自不應准許。」

<sup>44</sup> 高等法院台中分院九十四年度上易字第二五九號判決：「系爭損害既係上訴人未履行消保法第七條所定之義務所致，被上訴人自得依消保法第五十一條所定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」之規定，請求上訴人賠償損害額一倍以下懲罰性賠償金。被上訴人主張懲罰性賠償金應按損害額一倍計算，本院斟酌上開損害之經過、依被上訴人全友麗繳管委會與上訴人約定之內容，上訴人僅需提供一名管理人員值勤之給付、上訴人每月自被上訴人全友麗繳管委會所受之給付為十二萬元等情，認為懲罰性賠償金應按損害額百分之十計算較為合理，……上訴人與被上訴人全友麗繳管委會所簽訂之契約，上訴人所取得之利益為自被上訴人所取得之管理服務費，而被上訴人所取得之利益為上訴人所提供之管理服務，此項管理服務具有保全價額遠高於管理費金額之系爭大廈住戶之生命、財產之作用，若管理公司未履行善良管理人之注意，導致社區發生重大損害，社區方面僅能取得相當於當月管理費用之賠償，則管理服務公司即得以低廉之成本，提供品質甚低之服務，而謀取損害未發生期間之重大利益，社區支付管理費用期以取得保全住戶生命、財產之效果即無法達成，如此顯然違反平等互惠原則，上訴人與被上訴人全友麗繳管委會所簽訂之契約第十條第一項第二款，參照上開說明，應屬無效，……」

<sup>45</sup> 臺北地方法院九十六年度保險簡上字第一號判決：「上訴人主張如果在第一年解約會形成因大部分已繳保費轉為相關人員之佣金而無法收回，無異以條款限制保戶解約之意願，該解約金之損失實質上亦屬保戶承擔顯不相當之賠償責任云云，係放棄長期性的保險契約如長期存在可預期之利益，提前於第一年解約之結果；上訴人於簽約前就已知悉，該後果，自應於投保前審慎評估是否願意長期投保，而非投保之後以商品費率及內容對短期解約之客戶不合理，

一五七號判決<sup>46</sup>。

按「定型化契約規範之制定，不僅為避免企業經營者以營利為目的將不利益風險轉嫁給消費者，而消費者只能毫無選擇地接受該契約外，並為平衡企業經營者與消費者間訂立契約的實力，以實現契約正義，定型化契約與消費者安全無涉，與懲罰性賠償金之立法理由，係為促使企業經營者重視商品及服務品質，維持消費者利益，懲罰惡性之企業經營者仿效，並嚇阻其他企業經營者之目的不符，故消保法第五十一條應做目的性限縮，即定型化契約原則並非懲罰性賠償金之適用範圍，惟若於契約責任外，尚具備獨立侵權行為責任者，則不在此限<sup>47</sup>」。是以，因定型化契約規範之制定目的與懲罰性賠償金之目的並不一致，尤於定型化契約條款有效之案例，企業經營者並非以強勢之締約地位，陷消費者於任何不利益之情事，其應無惡性可言，故應將定型化契約原則排除在懲罰性賠償金之適用範圍之外，較為適當。

## 第二款 特種買賣

實務上對於特種買賣案例，是否得適用懲罰性賠償金之見解，亦正反互見，有採肯定見解者，如臺北地方法院八十九年度簡上字第七五八號判決<sup>48</sup>；亦有採

---

質疑契約條款違反平等互惠原則、顯失公平。被上訴人既未違反消費者保護法，自無令其負懲罰性賠償責任可言，故上訴人主張應無理由，足堪認定。原判決審認上開約定並無違反平等互惠則，亦無顯失公平情事，而駁回上訴人於原審之訴，並無違誤，上訴人仍執前詞提起上訴，為無理由，應予駁回。」

<sup>46</sup> 最高法院九十七年度台上字第一五七號判決：「按所謂定型化契約，係指以企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約，消費者保護法第二條第九款規定甚明。其次，依消費者保護法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金，同法第五十一條亦有明定。本件被上訴人係經營海、空運輸業（見一審卷第二十六頁被上訴人委任狀記載），而關於系爭託運物品之運送契約，係依被上訴人印就提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定，有卷附託運單三紙可稽（見一審卷第五頁以下），上訴人追加主張：兩造關於系爭託運物品損害，伊依消費者保護法第五十一條規定，請求懲罰性違約金一百二十二萬七千零九元云云，就消費者保護法規定之定型化契約消費樣態，似非全然無據。乃原審未進一步就上訴人是否屬於消費者保護法保護之適格消費者，進行審認，逕謂兩造間無訂立定型化契約，或物品運送契約無消費者保護法之適用，即為不利於上訴人之論斷，不免速斷。上訴論旨，指摘此部分原判決為不當，聲明廢棄，非無理由。」

<sup>47</sup> 林德瑞，懲罰性賠償金適用之法律爭議問題，月旦法學雜誌第 110 期，2004 年 7 月，頁 48。

<sup>48</sup> 臺北地方法院八十九年度簡上字第七五八號判決：「復按依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金，但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金，消費者保護法第五十一條定有明文。經查：上訴人係以提供服務為營業之企業經營者，而被上訴人乃以消費為目的而為交易、使用該服務之消費者（消費者保護法第二條第一、二款規定參照），茲上訴人以「中獎或幸運中獎」為說詞，誘使消費者參加實為促銷活動的旅遊說明會，其間誇大渡假權的出售、出租、交換等利益，利用消費者輕率、無經驗的交易心理，加上長達四、五小時的長時間推銷，計劃性地誘使消費者信賴該廣告進而與被告成立買賣契約，支付部分價金，致使被上訴人受有損害，揆諸前揭規定，被上訴人請求上訴人給付懲罰性賠償金，即屬正當。又所謂懲罰性賠償係消費者保護

否定見解者，如臺北地方法院九十年度簡上字第五一四號判決<sup>49</sup>。

按特種買賣之相關規定，性質上亦屬契約行為，其制定乃因於現行大量生產、大量銷售及大量消費的時代，消費者面對契約經營者多樣的商品推銷方式，常無法經深思熟慮而購買，為保障消費者權益而制定之，是以，基於與前述定型化契約相同理由，此與消費者安全無涉，故於特種買賣亦須以目的性限縮之方式排除懲罰性賠償金之適用<sup>50</sup>。

### 第三款 不實廣告

消費者保護法第二十二條規定：「企業經營者應確保廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告之內容。」本條規定企業經營者就廣告內容，對消費者負有契約履行義務，消費者得請求企業經營者依廣告內容為給付。若企業經營者違反本條規定，視個案情形，消費者得撤銷其意思表示，或依照民法債務不履行或物之瑕疵擔保主張權利<sup>51</sup>。有疑問者，消費者是否仍得據以主張懲罰性賠償金？實務上多持肯定見解，如最高法院九十七年度台上字第二一四號判決<sup>52</sup>、

---

法特有之賠償類型，非屬損害補償性質之賠償，此制之設立目的在於對具有邪惡動機（evil motive）、非道德的（outrageous）、有意圖的（intentional）或極惡的（flagrant）之行為人施以一定懲罰，阻嚇他人效尤之處罰性賠償，其性質及目的與刑事處罰無異，故適用上極具嚴格，參以「斷臂非中彩」之原理，原審審酌上訴人以不實之廣告誘使被上訴人與其簽渡假村合約、及受損害情節，且事後上訴人故意刁難不予退費，為維護交易秩序以及消費者利益，以懲罰不法之業者等情，判命為上訴人應賠償懲罰性賠償金二萬元，亦屬妥當。」

<sup>49</sup> 臺北地方法院九十年度簡上字第五一四號判決：「首先，所謂依「本法所提之訴訟」，無論在消費者個人因消費關係，或消費者保護團體依同法第四十九條、第五十條以自己之名義所提起之消費者賠償訴訟均有其適用。其次，就得請求懲罰性賠償金之適用範圍而言，懲罰性賠償為英美法上所特有之賠償類型，為非補償性的賠償，與傳統損害賠償之目的，在填補被害人實際上所受之損害，概念已有所不同，懲罰性賠償金性質上並非一般之損害賠償，因此等損害賠償利用現行契約、侵權等制度，已然足以達成。可知，懲罰性賠償金實係「損害額」（消費者實際上所受之損害）以外之賠償金，其與一般損害賠償制度，為完全不同之法律概念、毫不相干之制度。其目的係在對於有邪惡動機，或非道德的、或意圖的、或極惡的之行為人施以一定懲處，進而防止他人效尤之處罰性賠償，故適用上極其嚴格。因而該條文之適用上，應予做目的性限縮，僅係指依同法第七條以下規定所稱消費者或第三人因企業經營者所提供之商品或服務，發生安全或衛生上之危險而致生之損害，或因商品或服務具有違害消費者生命、身體、健康、財產之可能而企業經營者未於明顯處為警告標示及處理危險之方法，致生損害於消費者，即企業經營者之產品、服務責任而言。至於特種買賣，例如訪問買賣，係就企業經營者利用新穎促銷術，美化商品、服務，以遂其銷售商品、服務之目的，此時欲期待消費者對於買賣行為具有充分自由之意思活動，往往甚為困難，故藉由特種買賣之規範，賦予消費者強大之權利，以否認法律行為之效力，例如：賦予解除契約之權利等，可知，特種買賣中關於訪問買賣之規定等，實與本條立法原意係為懲罰企業經營者之經營行為是否罔顧消費安全之情形等無涉。故從懲罰性賠償金制度之立法意旨與比較法而言，因特種買賣所提之訴訟，應排除適用懲罰性賠償金之規定。」

<sup>50</sup> 林德瑞，同註47，頁48。

<sup>51</sup> 詹森林，民事法理與判決研究(三)—消費者保護法專論，2003年8月，頁256。

<sup>52</sup> 最高法院九十七年度台上字第二一四號判決：「按消費者保護法第五十一條之規定，旨在促使

高等法院九十四年度上更(一)字第七十三號判決<sup>53</sup>。但臺北地方法院九十五年度訴字第七五七六號判決<sup>54</sup>，則以廣告內容是否危及消費健康、安全者，認定有無懲罰性賠償金之適用。

在現今資訊充斥的時代，消費者往往透過無所不在的廣告行銷手法，決定選擇其所欲購買商品或服務，於此情形下，若無正確資訊提供予消費者，消費者無法正確的做選擇，為促成企業經營者做正當的競爭並提供正確資訊與消費者，特於消保法作相關規定，以保護消費者之消費權益。故若企業經營者刊登不實廣告，有虛偽不實之情事，致違反消保法第二十二條之規定者，原則上應依契約行為之相關規定加以處理，但因不實廣告同時構成詐欺之侵權行為，故若企業經營者具有詐欺之主觀故意，則不實廣告可構成獨立侵權行為，亦應有懲罰性賠償金之適用<sup>55</sup>。亦即，懲罰性賠償金之目的係在懲罰惡性之企業經營者，而廣告不實之企業經營者，應可推認其具有主觀惡性，是以，就廣告不實之案例，應有懲罰性賠

企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。且該條係規定：「依本法所提之訴訟」，並非規定：「依前條所提之訴訟」，自難解為僅限於消費者保護團體依同法第五十條所提起之訴，始得為之，以故，當事人提起之訴訟，倘係消費者與企業經營者間就商品，或服務所生爭議之法律關係，而依消費者保護法之規定起訴者，無論係由消費者團體或由消費者個人提起，均有第五十一條懲罰性賠償金之適用。本件上訴人丙○○係主張正第公司明知系爭廣告內容，與現場樣品屋，均屬不合法之夾層屋，竟提供予伊，致其因信賴系爭廣告內容，而受有給付價金之損害，併依侵權行為、不當得利及消費者保護法第二十三條之規定，請求正第公司負賠償責任（見原審卷一五八頁），倘屬無訛，則正第公司係銷售預售房屋之企業經營者，丙○○則為購買房屋之消費者，丙○○因正第公司不實之廣告而購買不合法之夾層屋，致受有損害，其併依消費者保護法第二十三條規定提起本件訴訟而有理由時，是否無消費者保護法第五十一條之適用，非無研求之餘地。上訴論旨，指摘原判決關於此敗訴部分為不當，求予廢棄，非無理由。」

<sup>53</sup> 高等法院九十四年度上更(一)字第七十三號判決：「上訴人係以經銷房屋商品為營業之公司，其藉由不實廣告及現場銷售人員之不實說明，使被上訴人誤認室內夾層係獲准施造之合法使用空間，因而與上訴人訂立系爭房屋及停車位買賣契約，自係故意違反公平法第 21 條第 1 項之規定。被上訴人既因而支付定金 13 萬 7,255 元予上訴人，致受有財產上之損害，並就該預售屋商品所生爭議，提起本件消費訴訟，即與公平法第 32 條第 1 項及消保法第 51 條之規定，均無不合，且因上開二者乃具有請求權競合之關係，是被上訴人併依上開規定，擇一請求酌定懲罰性賠償金，自屬有據。爰斟酌上訴人故意隱瞞室內夾層違法之事實，誘使被上訴人訂立系爭房屋及停車位買賣契約之侵害情節，認被上訴人所得請求上訴人給付之懲罰性賠償金，以損害額 3 倍即 41 萬 1,765 元（其計算式為：137,255 元×3 倍=411,765 元）為相當。」

<sup>54</sup> 臺北地方法院九十五年度訴字第七五七六號判決：「原告另主張依消費者保護法第 22 條及第 51 條之規定請求被告賠償按損害額一倍計算之懲罰性賠償金云云。惟按該條固規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」，其適用之範圍除產品責任、服務責任案例外，是否廣泛及於定型化契約、特種買賣及不實廣告等案例，於實務及學說上均有爭辯。本件所涉之不實廣告在解釋上，若企業經營者所刊登之廣告只是誇大虛偽不實，廣告之陳述與商品實際功能不相符合以致引起消費者之誤信，但並不危及消費健康安全者，應就前開條文之適用為目的性限縮，否定消費者懲罰性賠償之請求；相反地，若企業經營者所刊登之廣告不僅誇大虛偽不實，還嚴重危及消費健康、安全者，即應處以懲罰性賠償，以妥當規範該條之適用範圍。本件被告縱如原告所稱，其旅遊廣告使原告誤信得享有契約所訂之旅遊內容，惟並不危及原告之消費健康、安全，依前開說明，原告依消費者保護法第 51 條規定請求被告賠償懲罰性賠償金，亦屬無理由，應予駁回。」

<sup>55</sup> 林德瑞，同註 47，頁 48 至 49。

償金之適用可能。

#### 第四項 懲罰性賠償金之過失責任

從消保法第五十一條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」觀之，法院於斟酌懲罰性賠償金相關案件時，其裁量權得彈性運用之範圍應有懲罰性賠償金之倍數。再者，該法條中所謂過失，並未明定須達何種程度之過失，亦即在法條未明文規定之情況下，似乎亦賦予法院於裁判時，得自由認定之權利，以下，本文即就此兩部分討論比例原則之運用。

自條文內容可以得知，須企業經營者經營企業有故意或過失，致消費者受損害，消費者始得依上開法條規定請求懲罰性賠償金。亦即消費者若要主張懲罰性賠償金之前提，須舉證企業經營者具有主觀上之故意或過失<sup>56</sup>。究竟被告具有何種可責的心理狀態，方得令其負懲罰性賠償金責任，可謂是懲罰性賠償金最重要的要件。美國法發展出許多的形容詞彙，包括惡意(malice)、詐欺(fraud)、濫用權利(oppression)、故意、輕率或有意識地不顧他人權利( willful, wanton, reckless or with conscious disregard )等等不一而足，大體上，惡意、詐欺、濫用權利等心理狀態在我國法脈絡下，可以理解為故意侵權行為，得適用懲罰性賠償金並無爭議<sup>57</sup>。有疑問者為，法條中所指之企業經營者之過失，是否包括抽象輕過失，抑或須目的性限縮至「重大過失」？

#### 第一款 實務見解

觀察近來實務見解不難發現，實務上對於企業經營者之過失程度之認定標準似乎不一，或有認為企業經營者具有抽象輕過失，消費者即得主張懲罰性賠償金者，或有以目的性限縮之方式，將企業經營者之過失責任限制至「重大過失」者。

<sup>56</sup> 參閱最高法院九十八年度台上字第二二七三號：「末按消保法所提之訴訟，因企業經營者之過失所致之損害，消費者得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金，消保法第五十一條但書定有明文。是消費者或第三人於請求懲罰性賠償金時，應舉證證明企業經營者有過失。」、高等法院台中分院九十七年度建上字第四四號判決：「又消保法第五十一條規定，消費者或第三人於請求懲罰性賠償金時，應舉證證明企業經營者具有故意或過失，其立法目的在於懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者從事相同之不法行為。惟消保法將過失列為請求懲罰性賠償金之原因，為我國相關設有懲罰性賠償金制度中之唯一（其餘公平交易法第三十二條、專利法第八十九條第三項及營業秘密法第十三條，均限定於故意。），係我國民法傳統損害賠償制度之例外規定，立法目的在於制裁、嚇阻，並非增加消費者之請求。」

<sup>57</sup> 李宜穎，同註32，頁174。

前者如最高法院九十三年度台上字第二〇二一號判決，本案之第二審法院稱：「系爭機器設計、製造，未具通常可合理期待之安全性，造成安全或衛生上之危險，京華公司於設計時並未盡其注意義務，具有過失。被上訴人依消保法第五十一條規定，請求京華公司給付懲罰性賠償金，即屬有據。惟參以……等情，京華公司尚未達重大過失程度，認懲罰性賠償金以十萬元為適當。」，最高法院認為「關於被上訴人請求上訴人京華公司給付懲罰性損害金其中十萬元本息部分，原審所為被上訴人勝訴之判決，於法洵無違背。上訴論旨，就原審取捨證據及認定事實之職權行使，指摘原判決此部分為不當，求予廢棄，非有理由。<sup>58</sup>」

反之，後者如臺灣高等法院高雄分院九十七年度上字第八十一號判決「按消費者保護法第 51 條固規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」惟懲罰性賠償金為英美法特有之損害賠償制度，目的在於對具有邪惡動機、非道德的或極惡之行為人施以懲罰，阻嚇他人效尤或提高他人注意力之處罰性賠償，與我國損害賠償法目的在於填補損害者不同（參見陳聰富教授著，*侵權歸責原則與損害賠償*，「美國法上之懲罰性賠償金制度」、「美國懲罰性賠償金的發展趨勢—改革運動與實證研究的對峙」，第 255 頁以下，2004 年初版）。而我國消費者保護法第 51 條雖係參考美國法，惟擴大懲罰性賠償金之適用範圍，而及於行為人出於過失之情形，此為英美法所無。從而為求符合英美懲罰性賠償制度之原始精神，並與我國固有損害賠償法填補損害之本旨相協調，本院認為，我國消費者保護法第 51 條所謂「過失」，應為目的性限縮解釋而限於「重大過失」，亦即當行為人顯然欠缺普通人應盡之注意，如稍加注意，即得避免損害時，法院始應課以懲罰性賠償金。<sup>59</sup>」

## 第二款 本文觀察

前開判決中，最高法院認為構成懲罰性賠償金之主觀要件，毋庸侷限在企業經營者須有重大過失程度，只要企業經營者具有抽象輕過失，即有該條規定之適用，而高等法院及其分院之見解則認為，消保法第五十一條所謂之過失，應為予以目的性限縮解釋，亦即企業經營者之過失程度須達「重大過失」，法院始得課以懲罰性賠償金。究竟高等法院多數之見解，將該條之過失為目的性限縮解釋，適當與否，本文嘗試以比例原則之概念檢討之。

<sup>58</sup> 可併參臺灣高等法院九十二年度上更(一)字第二四七號判決、臺灣高等法院臺中分院民事判決九十五年度消上易字第一號判決。

<sup>59</sup> 臺灣高等法院九十八年度消上更(一)字第一號判決、臺灣高等法院台中分院九十七年度建上字第四四號判決亦採相同見解。

## 壹、適當性原則

如前所述，欲符合比例原則下之適當性原則，則須手段有助於目的之達成。按前開臺灣高等法院高雄分院九十七年度上字第八十一號判決所示，我國消費者保護法第五十一條雖係參考美國法，惟擴大懲罰性賠償金之適用範圍，而及於行為人出於過失之情形，此為英美法所無。從而為求符合英美懲罰性賠償制度之原始精神，並與我國固有損害賠償法填補損害之本旨相協調，才會將過失之主觀要件限縮為重大過失。是以，法院之所以限縮解釋之目的在於，為求符合英美懲罰性賠償制度之原始精神，以及與我國固有損害賠償法填補損害之本旨相協調。

針對為求符合英美懲罰性賠償金制度之原始精神之目的而言，我國懲罰性賠償金制度固然是仿效自英美國家，要件之適用亦應參考其案例，惟我國消保法第五十一條之規定，既明文將過失責任列入要件之中，系爭判決逕謂為求與英美懲罰性賠償金制度之精神一致之目的，合理與否，似有斟酌之空間。故本文推測，系爭判決限縮過失程度之主要目的應為調和懲罰性賠償金制度與我國固有損害賠償法填補損害之原則，蓋我國損害賠償責任之主要功能為填補受害人所受之損害，而懲罰性賠償金之目的則在懲罰惡性之企業經營者，並達到預防其再犯之效果，其功能目的與我國固有之損害賠償責任之目的大相逕庭，若未將過失責任予以限縮，不問是輕過失或重大過失之企業經營者，均得依該條被課予懲罰性賠償金，豈不將懲罰、預防之目的視為損害賠償責任之原則，而有動輒得咎之虞嗎？是以，系爭判決中藉由將法條所指之過失限縮解釋為「重大過失」，確能達到調和懲罰性賠償金與我國固有之損害賠償責任之目的，故系爭判決自符合比例原則之適當性原則。

## 貳、必要性原則

所謂必要性原則係指行為不超越實現目的之必要程度，亦即達成目的須採影響最輕微之手段。誠如前述，我國固有損害賠償制度之基本目的在於損害填補，而損害填補亦具有一定程度預防損害之附帶效果。換言之，對於具有輕過失之企業經營者而言，課以損害填補責任，其附帶預防效果應已足夠督促行為人不再犯。再者，就主觀可責程度而言，相對於重大過失之企業經營者，僅具輕過失之企業經營者之可責性應較低，對之課以懲罰性賠償金之懲罰實益並不大，故若肯認輕過失之企業經營者亦得課以額外的懲罰性賠償金，對其之侵害實為甚鉅，從而，將該條之過失責任限縮至重大過失，有其必要性，如此始能符合最小侵害原則。

## 參、狹義比例原則

按懲罰性賠償金制度之立法目的在於懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企

業經營者從事相同之不法行為，是以，該制度勢必對於企業經營者之財產權有所侵害，惟對於消保法欲保護之廣大消費者之權益相比，輕重應難調失衡。再者，既然該制度對於企業經營者之財產權造成一定侵害，法院在審酌案件是否得適用該規定，即須謹慎判斷，從而，要件之適用上宜趨於嚴格認定，以避免造成過度嚇阻之反效果。系爭判決認為應將過失認定限縮於重大過失，即係提高適用屬於損害賠償例外之懲罰性賠償金之標準，應可肯認其平衡考量雙方當事人之利益下所為之選擇，故限縮解釋該條規定之過失應符合狹義比例原則。

惟我國有學者認為，系爭判決將條文中之過失，為一目的性限縮之做法似乎不甚妥當，蓋「消保法第五十一條之立法理由既然明示該條係仿效英美法，故立法者於制定本條時，應當已知悉美國之懲罰性賠償金，僅成立於加害人有重大過失以上惡性之情形，但立法者卻仍明定企業經營者有過失者，即應負懲罰性賠償金責任。由是可見，立法者於規定懲罰性賠償金之加害人主觀要件時，在過失與重大過失之間，已經決定抉取前者而捨棄後者。

申言之，美國法認為加害人有重大過失以上之惡性者，始應課以懲罰性賠償金，至於其金額，則交由陪審團或法院決定；消保法第五十一條則認為加害人有未盡善良管理人注意之輕過失時，即應承擔懲罰性賠償金責任，但同時規定其金額上限，二者均係立法者之設計，各有其立法政策之考慮。又，在美國法，懲罰性賠償金之金額通常很高，反觀台灣，消保法第五十一條之懲罰性賠償金，於企業經營者有過失之情形，則不得超過實際損害額一倍以下，已不同於美國，且消費者實際獲得懲罰性賠償金之案例不多，其金額不僅無過高現象，甚至更低<sup>60</sup>。」是以，消保法第五十一條之過失，尚應包含輕過失在內。

## 第五項 懲罰性賠償金之損害額倍數認定標準

消保法第五十一條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」條文中明文規定懲罰性賠償金之上限，可見立法者於立法之初應考量到，懲罰性賠償金過於浮濫或數額過高容易導致企業宣告破產，進而影響社會經濟秩序及發展，故就懲罰性賠償金設有限制，有其合理目的。

再者，懲罰性賠償金制度雖涉及侵害企業經營者之財產權，或有認為民事責任中不應有刑事制裁之概念，惟為達到懲罰、嚇阻惡性之企業經營者之目的，此

<sup>60</sup> 詹森林，消保法懲罰性賠償金責任之過失應否限於重大過失？—台灣高等法院高雄分院九十七年上字第八一號民事判決之評析，月旦裁判時報第4期，2010年8月，頁58至59。

應屬必要手段，是以，藉由一倍及三倍以下之限制，替企業經營者之財產權損害，預先設立一停損點，避免過高的懲罰性賠償金造成懲罰過當或嚇阻過度之情況，而喪失懲罰性賠償金制度之設立目的。故該上限之規定亦符合必要性原則。

惟於法院肯認案件適用懲罰性賠償金規定之後，接下來要面對的難題即是數額的多寡，課以幾倍始得達到懲罰、嚇阻之目的，且亦不會對企業經營者造成過重之負擔？此即為狹義比例原則，亦即限制妥當性層次所欲探討之問題。此時無不在考驗法官如何在消保法第五十一條僅規定倍數上限之窘境中，決定出一合理懲罰性賠償金之倍數或數額，從而，於個案判斷中即須藉由審酌因素之把關，而得出一合理的懲罰性賠償金之數額，對於審酌因素我國實務尚未統一化，學說亦條列出法院應審酌之標準<sup>61</sup>，其中實務上最為常見者，不外乎懲罰性賠償金制度之目的、被告行為之惡性、消費者之利益、可否達到嚇阻效果等，究竟審酌因素與倍數間有何關係，本文以下即以法條為基礎，就加害人之主觀惡性程度分類討論之。

## 第一款 故意

### 第一目 實務見解

觀察近年來的實務判決，最高法院肯認懲罰性賠償金的判決甚為稀少，多以發回更審後，始確定懲罰性賠償金之適用以及倍數，而自肯定懲罰性賠償金之案件中可以發現，企業經營者主觀上具有故意者之懲罰性賠償金倍數大約在 0.5 至 3 倍。臚列如下：

#### 1、臺灣板橋地方法院八十九年度重訴字第六五號判決(新莊「博士的家」倒塌案)

一審法院先說明懲罰性賠償金之性質與該條所稱之故意後，再肯認系爭案件之企業經營者具有故意，而課以三倍懲罰性賠償金。「消保法第五十一條之之立法理由為促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企

<sup>61</sup> 林德瑞老師歸納出 12 種審酌因素如下：1.加害人不法行為可被非難的程度或其嚴重性(包括對公眾危害的嚴重性)；2.被害人所受損害的性質、範圍及損害賠償之數額，懲罰性賠償金與損害賠償之間應具有合理關係；3.懲罰性賠償金之數額必須足以防止被告或他人再為相同或類似之不法行為；4.加害人因不法行為所獲得之利益；5.加害人的財力狀況；6.被害人所支出的訴訟費用；7.加害人發覺該不法行為的行動態度；8.加害人明瞭其危險與超過其危險之程度；9.加害人企業牽涉該不法行為的受雇人之人數與職位；10.加害人不正當販賣行為與隱匿存續的期間；11.已加諸或可能加諸於被告不法行為之處罰與加害人可能被處罰的總金額；12.比較不法行為受到懲罰性賠償與民事或刑事制裁之差異。林德瑞，論懲罰性賠償，國立中正大學法學集刊第 1 期，1998 年 7 月，頁 60。

業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。亦即懲罰性賠償金制度係：

(1) 對凶暴行為之懲罰，因商品製造人之惡意或其魯莽無視於他人之權利，於衡量懲罰性損害賠償，法院得適當地考量該製造人行為之惡性或魯莽之程度予以懲罰。(2) 懲罰性與嚇阻性乃為懲罰性損害賠償之基礎。(3) 商品製造人既有惡意為設計與製造其商品並將之置於市場流通，而足以危害消費者之身體與生命安全，自應課以懲罰性賠償金，以懲其不法惡意，並嚇阻其未來為相同行為或其他企業經營者之仿效。(4) 加重消費者之舉證責任—應舉證證明企業經營者有故意或過失。

4、消保法第五十一條所稱之故意應包括左列各項在內：

- (1) 魯莽或有意無視：有意不顧消費者人身安全可能因商品而受危害。
- (2) 魯莽不顧公共安全：明知或有意造成非必要之危險。
- (3) 惡意：有意無視於對消費大眾造成傷害可能性之行為。
- (4) 拒絕採取措施以減低危險至可接受程度。

茲審酌：……被告和昌公司、丑○○、寅○○、嘉信公司、卯○○、戊○○、己○○等興建系爭商品即「博士的家」大樓，其設計、製造過程顯係魯莽並有意無視消費者之**人身安全**、草菅人命、不顧公共安全至極，揆諸前揭說明，原告主張依消保法第五十一條前段之規定，對被告和昌公司、寅○○、丑○○、嘉信公司、卯○○、戊○○等請求損害額三倍之懲罰性賠償金，於法並無不合。」是以，系爭判決之審酌因素，主要為**被告行為之惡性**，所課予之懲罰性賠償金為損害額之**三倍**。

## 2、臺灣高等法院九十四年度上更(一)字第七三號判決 (展望夾層屋案)

「又公平法第 32 條第 1 項及消保法第 51 條所稱之「損害額」，乃作為酌定懲罰性賠償金之依據，係指因事業違反公平法之規定，或因企業經營者之故意行為，所致他人財產之減少而言，雖他人就該損害本身，或得依侵權行為或其他法律關係，請求事業或企業經營者予以填補或返還，惟就其得依該損害額為據，請求酌定懲罰性賠償金之權利，不生任何影響。經查：……上訴人係以經銷房屋商品為營業之公司，其藉由**不實廣告及現場銷售人員之不實說明**，使被上訴人誤認室內夾層係獲准施造之合法使用空間，因而與上訴人訂立系爭房屋及停車位買賣契約，自係故意違反公平法第 21 條第 1 項之規定。被上訴人既因而支付定金 13 萬 7,255 元予上訴人，致受有財產上之損害，並就該預售屋商品所生爭議，提起本件消費訴訟，即與公平法第 32 條第 1 項及消保法第 51 條之規定，均無不合，且因上開二者乃具有請求權競合之關係，是被上訴人併依上開規定，擇一請求酌定懲罰性賠償金，自屬有據。爰斟酌上訴人故意隱瞞室內夾層違法之事實，誘使被上訴人訂立系爭房屋及停車位買賣契約之侵害情節，**認被上訴人所得請求上訴人給付之懲罰性賠償金，以損害額 3 倍即 41 萬 1,765 元（其計算式為：137,255 元×3 倍=411,765 元）為相當。**」高等法院於更一審中，認定上訴人以不實廣告及不實說明之方式，故意違反公平法第 21 條第 1 項之規定，致被上訴人受有損

害，是以，系爭判決之主要審酌因素，亦著重在上訴人行為之惡性，而課以三倍懲罰性賠償金。

### 3、臺灣高等法院九十七年度上更(一)字第三五號（「仁愛新第」夾層屋案）

「查，被上訴人係於 91 年 10 月 27 日因誤信廣告內容為真，而與上訴人簽訂預售屋買賣契約，92 年 3 月 28 日以受詐欺為由，而撤銷前開買賣契約，該撤銷買賣之意思表示於翌日（即同年月 29 日）到達上訴人，並於 93 年 12 月 29 日起訴，請求上訴人、蔡傾珍、陳遠明應連帶賠償其損害 154 萬元及法定遲延利息；嗣於 95 年 4 月 4 日言詞辯論期日，具狀追加消保法第 51 條懲罰性賠償金請求權，主張上訴人故意以不實廣告，致其受有損害 154 萬元，請求上訴人應再給付其 1 倍懲罰性賠償金 154 萬元本息等情，有卷附買賣契約、存證信函、回執、起訴狀暨原法院收狀戳記章、原審筆錄、95 年 3 月 31 日民事爭點整理狀並原法院收狀戳記章可稽（見原審外放證物原證五、原證十二、本院前審卷第 168 頁；原審卷第 3 頁正反面、第 192 頁、第 205 至 206 頁），並為兩造所不爭執，則被上訴人既主張上訴人故意以不實廣告內容，使其受詐欺致有損害 154 萬元，並據此撤銷前開買賣契約之意思表示乙事以觀，益見其至遲於 92 年 3 月 28 日，顯已知悉上訴人故意違反消保法第 22 條規定，致其受有損害 154 萬元之情事，然卻至 95 年 4 月 4 日始追加同法第 51 條懲罰性賠償金請求權，請求上訴人再給付其 1 倍懲罰性賠償金 154 萬元本息，要屬已罹於 2 年請求權時效至明。故上訴人抗辯：被上訴人追加同法第 51 條懲罰性賠償金請求權，業已罹於 2 年時效乙節，自屬有據。」

雖然系爭案件之懲罰性賠償金請求權最後係以時效已完成，而遭到最高法院駁回，惟最高法院與高等法院更一審中，仍認為上訴人以不實廣告之方式，致被上訴人受有損害，而以上訴人行為之惡性，認為被上訴人主張一倍之懲罰性賠償金，核屬有據，只是懲罰性賠償金請求權時效，應適用侵權行為損害賠償請求權二年時效之規定。

### 4、臺灣高等法院九十七年度上字第三八號判決

「依消費者保護法所提之訴訟，因企業經營者故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金，同法第 51 條定有明文。本件上訴人萬錦公司故意使用不實廣告宣傳，出售有瑕疵房屋致被上訴人買受而受損害，被上訴人依上開規定及公司法第 23 條規定，請求加計上開損害額 0.5 倍之懲罰性賠償金自屬有據。從而每一被上訴人得請求上訴人連帶給付金額為 104 萬 8081 元 5 角」，高等法院認定上訴人涉有不實廣告之情事，致被上訴人受有損害，而以上訴人行為之惡性，認為課以○•五倍之懲罰性賠償金自為合理。

## 5、臺灣高等法院一〇〇年度消上更(一)字第一號判決

「按依消保法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額 3 倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金，消保法第 51 條定有明文。而所謂依消保法所提之訴訟，參照同法第 2 條第 5 款及第 47 條規定，凡因消費關係向法院所提之訴訟，均包括在內。本件兩造間之法律關係，係消費關係，有消保法之適用，業如前述，陳建章等 5 人提起本件訴訟，有前開第 51 條規定之適用，應無疑義。本件綠竹公司明知系爭旺族名邸建案之整體容積率利用狀況幾達上限，系爭建物之 1 樓部分，經核准使用用途停車空間部分，欲轉換成商業店鋪使用已無可能，為達順利銷售建物目的，竟仍以系爭建物 1 樓係可供店面使用為售屋訴求，並以整棟店面市價售出系爭房地，而未將上情明白向陳建章、黃瑛琳、曾文燦、熊秋華及張巧螢告知，致其等 5 人受有損害，其損害係因綠竹公司故意所致，應甚明確，參照前開規定，陳建章等 5 人得請求懲罰性賠償金。至於其得請求之數額，本院參以系爭建物有部分遭政府機關拆除裝潢，且綠竹公司如此作為，增加同一建案之建築容積，取得更多之建物面積出售，牟取私利等情，認陳建章等 5 人請求其房地損害額之 1 倍之懲罰性賠償金，尚屬適當。」本案於二審法院認為，綠竹公司故意以廣告及藉由建案銷售人員向欲買受房屋之消費者宣稱系爭房屋 1 樓可供營業用等虛偽不實內容，使消費者產生誤認，經行政院公平交易委員會予以處分，綠竹公司之違法情節難認輕微，茲審酌綠竹公司違反公平交易法為虛偽不實之表示，及謀自己不法之所有之故意詐欺行為，及甲〇〇等 5 人買受系爭房屋之 1 樓無法變更為營業用途之損害等一切情狀，甲〇〇等 5 人請求損害額 1 倍之懲罰性賠償金，可認為適當。」是以，二審法院以綠竹公司之違法情節、主觀惡性、消費者之損害，課予綠竹公司損害額一倍之懲罰性賠償金。而高等法院於更一審時，則以綠竹公司之主觀惡性及有不法獲利等情，亦認為應課予其一倍之懲罰性賠償金。

## 6、臺灣高等法院九十二年度上字第七六七號判決(仲介詐欺案)

「未按「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金」，消費者保護法第五十一條定有明文，其立法理由為：「為促使企業經營者重視商品及服務品質，維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他經營者仿效，參酌美國、韓國立法例而有懲罰性賠償金制度之規定」，故法院應參酌消費者之利益、企業經營者故意或過失之可責性程度及可否達到嚇阻效果、善後態度等情形，以為酌定賠償金數額之標準。經查，本件力霸公司與三信公司應依消費者保護法第七條第一項、第三項連帶負損害賠償責任，且乙〇〇、甲〇〇、己〇〇等人係故意詐欺戊〇〇房屋售價之差額十七萬元，已如前述，依上開說明，本院審酌結果認本件懲罰性賠償金以二十五萬元為適當。戊〇〇逾此部分

之請求，即不應准許。」系爭判決中清楚列出法院審酌懲罰性賠償金之判斷標準有：消費者之利益、企業經營者故意或過失之可責性程度及可否達到嚇阻效果以及善後態度，從而，於審查完其所列標準後，法院最後以約為損害額之一•四七倍(以懲罰性賠償金二十五萬元除以損害額十七萬元)為其懲罰性賠償金。

## 第二目 本文觀察

觀察上開所列判決，涉及故意之懲罰性賠償金案例以不實廣告居多，而法院對於故意之企業經營者致消費者受有損害之情況，於其未明白點出其審酌標準之前提下，似乎只能推測法院係以行為人之行為惡性為懲罰性賠償金之審酌標準，僅有少數判決列出其他應審酌之標準，惟就未清楚列出審酌因素之判決，其所評斷之因素應無法斷言其所考量者，僅止於行為人之行為惡性。申言之，實務針對故意之企業經營者所課予之懲罰性賠償金，少有以損害額之三倍為其計算數額，除非係如同上開所舉之案例一，該企業經營者有意無視消費者之人身安全、草菅人命、不顧公共安全至極，且造成之住戶死傷、財物損失之狀況甚為嚴重，綜合考量懲罰性賠償金制度之目的、行為人之行為惡性、消費者受損程度等等，始課予最高倍數限額之懲罰性賠償金。

又，消費者之受損程度亦為法院於斟酌懲罰性賠償金之重要審酌因素之一。蓋比較上開案例二與案例四，系爭二判決亦同樣涉及故意以不實廣告致消費者受有損害，且加害人均為設計、製造之企業經營者，惟懲罰性賠償金之倍數仍有落差，本文推測，法院於判斷懲罰性賠償金之數額時，著重審酌消費者之受損程度，亦即受到侵害者係屬於何種法益。於案例二中，違法之夾層屋已危及致消費者之人身安全，故其日後受有遭拆除之命運，反觀案例四的爭執點僅為系爭買賣之房屋地面層為停車空間，而不得供營業使用，亦即該房屋對消費者之人身安全並未造成任何的危險，相較於後者，前者之企業經營者之惡性更大，是以，對其課以較高倍數之懲罰性賠償金，似乎較能達到該制度之目的。

## 第二款 重大過失

### 第一目 實務見解

按企業經營者如具有主觀故意，致消費者之權利受有損害者，其適用懲罰性賠償金之規定自屬無疑，而依照消保法第五十一條所示，對於過失之企業經營者亦得課以損害額一倍以下之懲罰性賠償金，承前所述，就具有重大過失之企業經

營者，是否得適用該條規定應亦無爭議，蓋我國消保法針對企業經營者所課予之無過失責任，其目的就是為了確實保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質<sup>62</sup>，是以，希望可藉以督促企業經營者，提高其注意義務。惟就重大過失之企業經營者，其亦已違反一般人之注意義務，法院自得課以懲罰性賠償金以達懲罰及嚇阻目的，而觀察近來實務就重大過失之懲罰性賠償金案件，賠償數額大約係在 0.035 至 1 倍之間。以下僅臚列幾則判決：

#### 1、臺灣臺中地方院八十九年度訴字第三七四四號判決(「生活公園」倒塌案)

「此種眾多之違反規範或設計圖說之鋼筋施工錯誤，非論被告甲○○建築師及前述現場工地主任、監工等人具有專業背景之人，於混凝土灌漿前，稍加注意即可發覺，縱屬一般普通人倘配合設計圖說觀察，亦得發現錯誤，尤其樑、柱鋼筋之配置及搭接，為建築物之結構基礎，稍有疏失即可影響建物整體安全，應屬一般人之識見，故一般普通人如發現上開錯誤，自無法忽視，必要求改善，惟本件情事，被告甲○○建築師及前述現場工地主任、監工，竟疏於注意未盡監造、監工之責，……，**是本院認為依原告所提出之起訴書所附資料，被告等應具有重大過失**，可資證明。是以，原告主張依消保法第五十一條之規定，對被告宏總公司、宏統公司、茗泰公司及甲○○等請求懲罰性賠償金，雖無法證明被告等之「故意」，所請以損害額三倍計算之懲罰性賠償金不應准許，**惟被告等既有前述之重大過失，原告請求之懲罰性賠償金以損害額一倍以下計算，要無不合。**

另消保法第五十一條所定懲罰性賠償金，僅設有倍數限制，一般認為企業經營者應課以懲罰性賠償金若干，係法院斟酌裁量權限（美國法上係由審理事實之陪審團認定），不受當事人主張之拘束（見邱聰智前揭文及民法研究會第九次研討會紀錄）。基此，本院依本件情節，斟酌：

- 1.美國法例上算定懲罰性賠償金額度時，**通常考量加害人行為之性質、加害人所為危害之性質及程度、加害人之財力，以及加害人惡意行為所得之利益額等標準。**然本件尚無嚴重偷工減料，惡性謀取暴利情事。
- 2.依前所述，本件將商品（房屋）本身損害，列為企業經營者賠償之範圍內，業已擴大消費者之求償範圍。
- 3.**懲罰性賠償金之立法目的在於使企業經營者受到適當之制裁，及必要程度之嚇阻，並非藉此制度增加消費者之受償金額。**
- 4.我國商品責任保險制度尚未建立，如課以鉅額懲罰性賠償金，可能使企業經營者因一次求償而破產倒閉，相對而言，對於消費者權益之保護，並非適宜。」

#### 2、臺灣高等法院九十七年度消上字第七號判決

<sup>62</sup> 參照消費者保護法第一條第一項之規定：「為保護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質，特制定本法。」

「第二上訴人科達公司為歷史悠久之中藥製造廠商，對於長期服用馬兜鈴酸會導致腎衰竭，有危害消費者身體、健康之可能知之甚明，且經行政院衛生署於 89 年 8 月 3 日之函文負有於產品之標籤、仿單及外盒等明顯處，加註「長期服用馬兜鈴酸會致腎衰竭」警語，以盡其提醒及告知產品危險性之義務，第一上訴人依消費者保護法第 7 條第 2 項規定請求第二上訴人科達公司負損害賠償責任，為有理由，業經審酌如前，從而第一上訴人依同法第 51 條規定請求第二上訴人科達公司給付懲罰性違約金，應屬正當。本院審酌：第一上訴人所受損害經本院判認之總額已達 2,809 萬 2,925 元，而第二上訴人科達公司未盡其提醒及告知義務之過失情形確屬嚴重，依同法第 51 條但書規定第一上訴人本得請求第二上訴人科達公司給付損害額 1 倍（100%）以下即 2,800 餘萬元之懲罰性賠償金，並將第一上訴人對於損害應負 50% 責任之因素亦予考慮後，因第一上訴人在此請求第二上訴人科達公司給付懲罰性賠償金 100 萬元，僅為損害總額之 3.5%，仍認第一上訴人請求給付 100 萬元懲罰性賠償金之金額尚屬相當，並無過高情事。」

### 3、臺灣高等法院九十八年度消上易字第一號判決(電視機爆炸案)

「再按依消費者保護法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害金額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性違約金，消費者保護法第五十一條定有明文。本件上訴人對損害之發生，縱非故意仍有重大過失，被上訴人請求上訴人給付懲罰性賠償金，核與消費者保護法第五十一條之規定尚無不符。經斟酌上訴人為商品製造人，為消費者所信任與依賴，竟未依誠實信用之原則履行其義務，影響消費者甚鉅，應予嚇阻並加以懲罰，並衡以被上訴人所受損害等因素，認被上訴人請求以損害額一倍計算其懲罰性賠償金，並無不當。」

### 4、臺灣高等法院一〇〇年度重上字第四九〇號判決(樂活賽車場服務案)

「另按「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」，消費者保護法第 7 條第 1 項定有明文。又「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金」，同法第 51 條規定甚明。經查：樂活公司於該公司之網頁宣傳其為合法專業經營之賽車場，並經由中華賽車會指導通過 FIM 認證，以安全性考量為最高指導原則，讓車友可以盡情在賽車廠內「樂活」玩賽車，並經常性辦理國內各項重要賽車盛事，有該公司之網頁及相關資料為憑（見原審卷 120 至 135 頁），被害人陳明材係支付費用方能使用樂活公司所提供之系爭賽車場地，樂活公司並自承有派員管理該賽車場地，是被害人陳明材與樂活公司間確已成立消費關係，且樂活公司明

知賽車場內練車者有高速駕車行駛之狀況，故對於有練車者在場內練習時應保持車道淨空之情形，自應有嚴格之要求與控管。然如前所述，本件係因樂活公司所僱用之賽車場管理員即劉昌宏在管制車輛進出上之重大過失，加上劉家豪之疏失，因而造成消費者陳明材不幸死亡之結果，足認樂活公司對於專業賽車場之管理確有重大過失，爰審酌樂活公司之重大過失及損害之結果，而認高玉惠等 4 人所受之財產上損害，加計 30% 為懲罰性賠償金，為適當公允。」

#### 5、臺灣高等法院九十六年度上更(二)字第一〇四號判決(公寓保全服務案)

「按「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」消費者保護法第五十一條定有明文。本件上訴人提供之服務既為消費者保護法之適用範圍，而兩造係因上訴人提供之大廈管理維護服務所生法律關係涉訟，上訴人就被上訴人損害之發生有重大過失，已如前述，則被上訴人請求上訴人給付懲罰性賠償金，核與消費者保護法第五十一條之規定尚無不符。經斟酌上訴人受委任提供其大廈管理維護服務，為消費者即全體住戶所信任與依賴，竟未依誠實信用之原則履行其義務，影響住戶之權益至鉅，應予嚇阻並加以懲罰，惟本件被上訴人及其家屬所受財產損失，究因第三人之侵權行為所致，終非上訴人所為，過高之懲罰性賠償金，並無助於社會經濟活動之正常發展；參酌上訴人之過失程度，行為（含不作為）情狀，被上訴人所受損害及其經濟狀況等因素，認以損害額十分之一計算其懲罰性賠償金，當足警惕。」

### 第二目 本文觀察

相較於前開之企業經營者主觀上具有故意之懲罰性賠償金之案例，法院多未明白揭示其判斷懲罰性賠償金倍數之因素，而因企業經營者具有重大過失而被課予懲罰性賠償金之判決中，法院皆或多或少提出其審酌懲罰性賠償金倍數之因素，其中較為詳盡的應屬案例一之內容，其先說明美國法例上算定懲罰性賠償金額度時，通常考量加害人行為之性質、加害人所為危害之性質及程度、加害人之財力，以及加害人惡意行為所得之利益額等標準，再輔以懲罰性賠償金制度所欲達到使企業經營者受到適當制裁，及必要程度之嚇阻目的，作為決定懲罰性賠償金之審酌依據。而以上開所列之判決中最为普遍之審酌因素則為加害人之過失程度以及消費者之受損程度。

雖然消保法第五十一條明定的是企業經營者之主觀可責性(故意或過失)，惟法院於審酌懲罰性賠償金之因素時亦將消費者之行為或是第三人之介入納入考量。詳言之，於案例二中，法院先以企業經營者之科達公司未盡其提醒告知消費

者長期服用會導致腎衰竭之副作用，而消費者亦未遵不宜多服久服之囑，累積劑量導致罹患尿毒症，認定消費者與有過失，其與企業經營者之科達公司應就損害各負 50% 之責任。是以，在消費者亦與有過失之情形下，法院於斟酌懲罰性賠償金時，亦審酌消費者本身之行為有無加重其損害程度，以及於消費者與有過失之前提下，課以企業經營者過高之懲罰性賠償金是否能達該制度之目的，故不難理解系爭懲罰性賠償金為何僅為損害額之 0.035 倍。類似的情況亦可參酌案例五，雖然提供服務之企業經營者疏未維護管理消費者之住宅大門之安全，以致該大門遭破壞，消費者之財物進而遭到第三人之竊取，從而，企業經營者就其提供服務之行為具有重大過失，惟消費者及其家屬所受財產損失，究因第三人之侵權行為所致，若課以過高之懲罰性賠償金，並無助於社會經濟活動之正常發展，故法院在綜合審酌上訴人之過失程度，行為（含不作為）情狀，被上訴人所受損害及其經濟狀況等因素，認以損害額 0.1 倍計算其懲罰性賠償金，即可達懲罰性賠償金之目的。

再者，法院於審酌懲罰性賠償金之倍數時，似乎亦將企業經營者有無謀取暴利之情事一併考量在內，此可自比較案例一及案例三得知。案例一之事實為企業經營者之重大過失，導致建築物之結構基礎不實，後因地震致使建物部分倒塌，造成住戶多人傷亡；案例三之事實則為系爭電視機無端爆炸起火，釀成火災，致消費者之建物及家具受有毀損。前者涉及消費者之生命、身體法益之侵害，而法院僅課以損害額之 0.4 倍之懲罰性賠償金，反觀後者僅涉及消費者之財物損害，而法院卻課以過失責任上限之損害額 1 倍之懲罰性賠償金，這或許可以從法院之審查因素及案例事實中看出端倪。前者判決中先提出美國法例上算定懲罰性賠償金額度時，通常考量加害人行為之性質、加害人所為危害之性質及程度、加害人之財力，以及加害人惡意行為所得之利益額等標準，緊接著即指出本件尚無嚴重偷工減料，惡性謀取暴利之情事。後者法院則認為系爭企業經營者為降低電視機生產製造成本，製造利潤，而將中古電視機即俗稱黑心電視機充作新品電視機販售，是以，應可推測法院於審酌懲罰性賠償金時，將企業經營者之惡性程度列為重要審酌因素，亦即系爭企業經營者有無惡性謀取暴利之情事屬重要參考標準，故法院始對過失可責性較高之企業經營者課以最高倍數之懲罰性賠償金。

### 第三款 輕過失

#### 第一目 實務見解

實務上對於消保法第五十一條所稱之過失，或有認為應限縮至重大過失，或有認為對於輕過失之企業經營者亦得適用之，前已述及。而實務上對於企業經營

者主觀上具有重大過失抑或是輕過失，所斟酌之審酌因素亦同樣著眼於企業經營者之過失可責程度與消費者之受損程度，其所決定之懲罰性賠償金倍數差異亦不大，自上開所列判決，企業經營者具有輕過失者，懲罰性賠償金之倍數大約是落在損害額之 0.03 至 1 倍之間，唯一較不同之處，法院對於輕過失之企業經營者所判定之懲罰性賠償金數額，除了以倍數計算外，以實際數額計算者亦不在少數。以下僅列舉幾則相關判決。

#### 1、臺灣高等法院九十二年度上更(一)字第二四七號判決(電話盜打案)

「本件最高法院發回意旨略以「按消費者保護法第五十一條規定懲罰性賠償金之目的，參照其立法理由，係在維護消費者利益，懲罰惡性之企業經營者，並嚇阻其他企業經營者仿效。惟該條文僅就賠償金額設有上限，故法院應參酌消費者之利益、企業經營者故意或過失之可責性程度及可否達到嚇阻效果等情形，以為酌定賠償金數額之標準。」是以本院酌定本件懲罰性賠償金數額，自應以此為標準。查就消費者利益部分：上訴人已賠償被上訴人全部損害且經被上訴人受領完畢，即已彌補被上訴人所受之不利益。就企業經營者過失之可責性程度部分：經查上訴人出售予被上訴人之電話交換機設備之初，上訴人即依照被上訴人之需求，設定不具有語音信箱轉接外線電話直播功能，被上訴人未經上訴人之同意，即擅行向其他廠家購買部分設備並委託該廠家改裝原有之系統設備及負責維護系爭交換機設備，並抽換軟體匣更改原系統設定內容，始致生被盜打事變之損害，(被上訴人有自行擴充系爭交換機設備等情業經被上訴人自承在卷。)足見上訴人之未告知並非造成被上訴人發生損害之唯一原因，顯非全然可歸責於上訴人。就可否達到嚇阻效果部分：經查上訴人出售系爭系統予被上訴人之售價僅二十四萬元(見原審卷第九頁原證一)，上訴人此部分之獲利更僅區區數萬元，惟上訴人卻已賠償一百餘萬元，若謂上訴人確有過失以言，就此顯已足達嚇阻效果。職是，本件無論依法依理依情，上訴人均無再賠償一倍懲罰性賠償金之必要。本院斟酌消費者之利益、企業經營者過失之可責性程度及可否達到嚇阻效果等情形，酌定賠償金數額以十萬元為適當。被上訴人在此範圍內之懲罰性賠償金請求，為有理由，應予准許。」

#### 2、最高法院九十三年度台上字第二〇二一號判決

「懲罰性賠償金：系爭機器設計、製造，未具通常可合理期待之安全性，造成安全或衛生上之危險，京華公司於設計時並未盡其注意義務，具有過失。被上訴人依消保法第五十一條規定，請求京華公司給付懲罰性賠償金，即屬有據。惟參以系爭機器中汽缸軸及連接塊之螺牙規格係設計為 M20X1.5P 牙螺紋，其安全高於系爭機器就承載方面之需求，且為三種細牙規範中之中間者，屬於較不易鬆脫者(參見鑑定報告第三頁第七點、第四頁第十三點)，京華公司亦於連接塊上方

加裝上螺帽以防止鬆脫等情，京華公司尚未達重大過失程度，認懲罰性賠償金以十萬元為適當。」

### 3、臺灣高等法院九十四年度上易字第三九號判決

「懲罰性賠償金部分：乙○○係因用餐消費而遭紙火鍋酒精爐噴濺之火花灼傷左眼，應屬突發狀況，非上閣屋公司及輔成公司主觀上所得認知或客觀上故意使其發生，乃為過失所造成之傷害，依消費者保護法第五十一條之規定，乙○○所得請求之懲罰性賠償金額自以一倍以下為當，本院審酌兩造之資力及上閣屋公司及輔成公司之過失程度，認為乙○○得請求之懲罰性賠償金額以其所受上開損害金額（即醫療費用二千零四十九元、交通費用一千零四十元、精神慰撫金十萬元）之一倍為宜，是乙○○主張上閣屋公司及輔成公司連帶給付之懲罰性賠償金於十萬三千零八十九元之範圍內，為有理由。」

### 4、臺灣高等法院臺中分院九十五年度消上易字第一號判決

「再按依消費者保護法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額 3 倍以下之懲罰性賠償金，但因過失所致之損害，得請求損害額 1 倍以下之懲罰性賠償金，消費者保護法第 51 條定有明文。本件上訴人既無法舉證證明其無過失，堪認其有過失，則被上訴人請求懲罰性賠償金，自屬有據。爰斟酌被上訴人所受醫藥費損害及非財產上之損害為 77,386 元，上訴人為從事設計之企業經營者，而非從事生產、製造商品或提供服務之企業經營者，惟其自認係生產者凱洋公司之關係企業（本院卷第 26 頁）等情節，認上訴人應負擔之懲罰性賠償金以 30,000 元為適當，逾此部分之請求則屬無據，應予駁回。」

### 5、臺灣高等法院九十三年度上字第一〇八七號判決

「另按，依消費者保護法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害金額 3 倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額 1 倍以下之懲罰性違約金；消費者保護法第 51 條定有明文。經查，甲○○因永慶房屋前揭違反消費者保護法之行為，依消費者保護法所提出之本件訴訟，自屬於因消費關係向法院所提之訴訟，而有前開規定之適用。是甲○○主張：永慶房屋應就其違反消費者保護法第 7 條之行為，依消費者保護法第 51 條之規定應給付懲罰性賠償金，為有理由。本院審酌永慶房屋使用人李元鳳、溫獅雄為甲○○提供服務處理買賣事務之過失程度、所提供服務影響交易、財產上安全之危險性、甲○○受損害之程度暨永慶房屋事後處理態度等情節，為維護交易秩序及消費者利益，認甲○○所得請求之懲罰性賠償金以 50 萬元為當。」

## 第二目 本文觀察

與前述重大過失之案例比較，法院於審酌懲罰性賠償金之數額時，同樣會將消費者之與有過失列入考量標準，此可參考上開之案例一。系爭判決中，法院首先揭示懲罰性賠償金之審酌因素為消費者之利益、企業經營者故意或過失之可責性程度及可否達到嚇阻效果，而就審酌企業經營者過失之可責性程度部分，法院認為企業經營者雖未盡告知之附隨義務，惟消費者擅自向其他廠家購買部分設備並委託該廠家改裝原有之系統設備及負責維護系爭交換機設備，並抽換軟體匣更改原系統設定內容，始致生被盜打事變之損害，足見企業經營者之未告知並非造成被上訴人發生損害之唯一原因，顯非全然可歸責於企業經營者，即消費者亦自須擔負部分責任，消費者與有過失之影響可從原二審判決損害額一倍之懲罰性賠償金，至更審時懲罰性賠償金則調降為十萬元(約為損害額之 0.1 倍)反映出來。

再者，企業經營者之性質似乎亦為懲罰性賠償金之審酌因素之一，此可自上開案例四說明之。系爭判決中，法院於審酌受害人之受損程度後，即表示「上訴人為從事設計之企業經營者，而非從事生產、製造商品或提供服務之企業經營者」，法院似乎認為僅負責設計之企業經營者，不似從事生產、製造之企業經營者，需擔負較重之企業責任，其可責程度較低，是以，僅課以 30000 元之懲罰性賠償金(與消費者之損害額相比約為 0.38 倍)。惟從事設計之企業經營者與從事生產、製造之企業經營者，同為消保法第七條所規定之無過失責任之主體，為何法院在懲罰性賠償金之酌定上，將企業經營者之性質區分為設計或是生產、製造，實令人不得其解。

最後，承前所述，懲罰性賠償金之立法目的為懲罰惡性之企業經營者，並帶有預防其再犯之功能，是以，其具有一合理目的存在，對惡性之企業經營者課以懲罰性賠償金亦應具有手段必要性，惟就懲罰性賠償金之多寡，則須於狹義比例原則之層次來討論之。而如一開始所提及者，侵權行為主要欲保護之客體為人格法益之生命、身體之絕對權，故比例原則之審查應趨於嚴格，再者，涉及懲罰性賠償金案件之當事人，一方為企業經營者，他方為消費者，兩造之資力、社經條件等均立於不平等之地位，於此消費關係下，就狹義比例性之審酌，亦須採取更為嚴格之標準。針對案例三所示「兩造之資力」之審酌因素而言，當事人兩造之資力相差愈懸殊時，即應就該企業經營者課以更高額之懲罰性賠償金，以達到懲罰與預防之目的與分配正義，否則對於反覆為營業行為之企業經營者，尤為跨國性之企業經營者而言，若懲罰性賠償金過低，對其應難收懲罰之效，更遑論達到嚇阻、預防之目的。

### 第三目 小結

於消費關係中，亦即一方為企業經營者，他方為消費者之情況，就懲罰性賠償金之比例原則應採取較為嚴格之認定標準。而法院於懲罰性違約金之裁量權，主要係表現於懲罰性賠償金之倍數酌定上，藉由法院於必要之審酌因素之綜合判斷後，即經過狹義比例原則之檢驗後，決定出一個能達到懲罰惡性之企業經營者，且又不會淪為過度嚇阻之懲罰性賠償金數額，以達該制度之衡平性。誠如消保法第五十一條所規定者，立法者已預先將企業經營者之主觀要件區分為故意以及過失，從而，法院於斟酌懲罰性賠償金之第一步自須先判斷企業經營者故意或過失之可責性程度，其次，較無爭議之審酌標準應為受害人之受損程度以及可否達到嚇阻之效果。又，於企業經營者主觀具有故意者，其背後之主要目的應為獲取不法利益(或謂謀取暴利)，是以，於審酌懲罰性賠償金之倍數時，亦應將企業經營者因其不法行為所得之利益一併考量在內，而此因素之考量，自上開判決可知，於企業經營者具有重大過失時亦須考慮之。再者，企業經營者具有過失之情況，不問係重大過失抑或係輕過失，法院認為均須將受害人之與有過失列為懲罰性賠償金之審酌因素。

而就「加害人之性質」之判斷標準是否有其存在必要，不無疑義。蓋此審酌因素，與懲罰性賠償金制度之懲罰及嚇阻目的似無太大關連，蓋立法者於制定消保法第七條之際，即應考量過不論是設計、製造或是生產之企業經營者，其均須負擔較高之注意義務，惟法院於判斷懲罰性賠償金時，卻有意將消保法第七條所明定之主體為區分，亦即認為課予設計之企業經營者之懲罰性賠償金之數額，應低於課予製造、生產之企業經營者之懲罰性賠償金，如此區分之實益何在，令人甚感疑問。

### 第三章 比例原則於契約責任之適用

比例原則適用之面向相當之廣泛，前章已就比例原則運用於侵權行為之損害賠償為一探討，以下本文即自契約責任上之比例原則加以分析討論之。首先，就民事契約責任之探討，本文以意思表示或法律行為是否具有可分割性，將其區分為締約前階段與履約後階段兩部分，質言之，於締約前階段中，意思表示具有不可分割性，亦即其無一部有效，一部無效之概念。反觀於履約階段中，法律行為或有涉及一部履約、一部解除或一部請求等可分割之性質，是以，本文即以此等概念將比例原則於契約責任之分析，劃分為締約階段與履約階段。

而觀察近來實務判決，不難發現於締約前階段有比例原則之色彩者，有要約拘束力之認定，亦有法院就當事人一方已交付過高違約定金之處理方式，以下僅先以網路標價行為為例，說明比例原則如何適用於要約拘束力之認定。

#### 第一節 締約階段

#### 第一項 要約拘束力—臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決

##### 第一款 概說

民法第一百五十三條第一項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」亦即若欲成立契約者，則需要一方之要約以及他方之承諾，而要約即係指以訂立契約為目的之須受領的意思表示，其內容須確定或可得確定，得因相對人的承諾而使契約成立，且要約通常多向特定人為之。反之，要約之引誘，乃在引誘他人向其為要約，其本身並不發生法律上的效果<sup>63</sup>。

又民法第一百五十四條規定：「契約之要約人，因要約而受拘束。但要約當時預先聲明不受拘束，或依其情形或事件之性質，可認當事人無受其拘束之意思者，不在此限(第一項)。貨物標定賣價陳列者，視為要約。但價目表之寄送，不視為要約(第二項)。」要約生效後，發生兩種拘束力，一為實質拘束力，一為形式拘束力。所謂要約實質拘束力，即要約一經相對人承諾，契約即為成立的效力，

<sup>63</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論、債之發生，作者自版，2005年9月，頁173至174。

學說上稱為要約的承諾能力或承諾適格。所謂要約形式拘束力，指要約生效後，在其存續期間內，要約不得撤回或變更的效力，學說上稱為要約不可撤回性(不可撤銷性)。要約之具有實質拘束力，乃要約性質之當然。要約失其實質拘束力，不復存續，相對人即無從對要約為承諾，而成立契約。民法第一五五條、第一五六條、第一五七條及第一五八條所稱「要約失其拘束力」，係指此種實質拘束力而言。民法第一五四條所謂「要約人因要約而受拘束」，則指形式拘束力而言，即要約生效後，於其存續期間內，要約人即不得將要約擴張、限制、變更或撤回而言。(學說上簡稱為要約不可撤回性)<sup>64</sup>。易言之，不論是形式拘束力或是實質拘束力均僅存於要約，該等效力於要約之引誘並無發生之可能。惟該等效力對於表意人及相對人而言均十分重要，而此重要性可從實務上關於網路購物標價之經典案例中窺知一二。

在科技發達的現今，傳統透過實體店面的買賣方式已不是唯一的交易方法，逐漸取而代之的是網路購物，利用網路進行買賣行為，對於企業經營者而言具有節省實體店面的開銷、減少人事成本、打破消費時空限制以及降低囤貨壓力等優點；反之，對於消費者而言亦具有不必出門就可以購物，以及動動手指頭就可以輕鬆達到貨比三家等便利性。然而，網路購物標價之性質，究為要約抑或要約之引誘，實務及學者見解均各執一詞，實務上有認為網路標價行為屬要約之引誘，可參考臺灣臺北地方法院九十九年度訴字第五五九號判決<sup>65</sup>、臺灣台北地方法院九十八年北消簡字十七號判決<sup>66</sup>，亦有將其劃分為要約者，如臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決<sup>67</sup>、臺灣臺南地方法院九十八年度訴字第一〇〇九號判決<sup>68</sup>。

<sup>64</sup> 王澤鑑，同前註，頁 182 至 183。

<sup>65</sup> 臺灣臺北地方法院九十九年度訴字第五五九號判決：「(三)又依兩造所不爭之系爭商品網路交易過程，乃係原告於網路線上下單後，被告之系爭網站系統即自動回覆一封如附件所示內容之電子郵件予原告，且顯示訂單狀態為「收到訂單」(見 98 年度北簡字第 34627 號卷第 7、10、13 頁)，衡以該郵件已載明：「本郵件僅表示 Dell 已收到您的訂單，但並不表示 Dell 已接受您的訂單。...Dell 會在下一個工作日與您聯絡，以確認訂單的詳細資料，包括最後的總購買金額，以及您的 Dell 客戶編號和 Dell 訂單編號。Dell 確認收到您的付款後，就會立即處理您的訂單，並透過傳真、電子郵件或電話通知您，確定 Dell 已經接受並著手處理您的訂單。」等中文文字，足認被告並無以系爭網站張貼系爭商品之相關訊息為要約，並受其拘束之意思表示，應僅屬要約之引誘，待消費者(原告)後續之訂購行為方屬要約。」可併參板橋地院九十八年度重小字第二二六九號判決。

<sup>66</sup> 臺灣台北地方法院九十八年北消簡字十七號判決：「是以本院衡此性質及當事人之意思表示內容，認被告於系爭網站上標價展售系爭商品之行為，僅屬要約之引誘，故原告另表示欲訂購系爭商品，並提供系爭信用卡資訊之行為，方屬要約。」

<sup>67</sup> 臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決：「(三)、本件被上訴人刊登之限時優惠活動內容，已將各項商品(含系爭商品)附加照片，標明型號中英文名稱、原價、線上折扣、線上折後價等標示明確，各項商品已達明確之程度，且其標示之售價亦已臻確定，並非僅單純之價目表標示，是本件被上訴人在所屬網站刊登系爭商品買賣訊息之意思表示，自己符合「要約」之要件，應受其要約之拘束。」

<sup>68</sup> 臺灣臺南地方法院九十八年度訴字第一〇〇九號判決：「本件被告在其網站刊登之優惠促銷活動內容，將各項編訂型號、規格、名稱之電腦商品分別標示優惠之售價而刊登在其網站，此

有鑑於網路交易逐漸成為現代人的交易趨勢，網路標價行為究屬「要約」或是「要約之引誘」，對企業經營者及消費者之權益影響甚鉅，以下即以喧騰一時的「戴爾電腦事件」(臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決)出發，輔以相關網路錯標案之判決，一併討論之：

## 第二款 事實摘要

被上訴人(下稱甲)於民國 98 年 6 月 25 日在其網址「www.dell.com.tw」之網路商店上，就其品牌部分商品標明有線上折扣之優惠，上訴人(下稱乙)即依網站所標示之折扣價格及訂購方式，於網站所具體設計供填寫信用卡資料之欄位，以填寫含信用卡類型、號碼、到期日、卡片上名稱、信用卡確認號碼、發卡國家等信用卡資訊之方式，訂購網站上所展售之型號 Dell 2009W 20"Ultrasharp Widescreen LCD Monitor 之寬螢幕液晶顯示器 1 台，以及 Dell E2009 W20"Digital Widescreen LCD Monitor 之寬螢幕顯示器 1 台，並立即獲取兩組訂單號碼，甲亦隨即發出通知信告知已收取完整之訂單相關資料。詎料甲事後逕以系爭網站上線上價格標示錯誤、訂單不被接受為由，拒絕履行兩造間就系爭商品所成立之買賣契約。

## 第三款 實務見解

原審法院認為網路標價行為應定性為「要約之引誘」。蓋系爭約款之約定(契約於 Dell 接受客戶訂單後始為成立)，即甲表示其享有締約的最終決定權之旨，是依系爭約款之表示，於客觀上即可認被告有不受其系爭網站上系爭商品之標示價格拘束之意思。且本件甲於系爭網站上展示系爭商品圖片，對不特定多數人為意思表示之行為，性質上與「價目表之寄送」相近。是以原審法院衡此性質及當事人之意思表示內容，認甲於系爭網站上標價展售系爭商品之行為，僅屬要約之引誘，故原告另表示欲訂購系爭商品，並提供系爭信用卡資訊之行為，方屬要約。

惟二審法院卻持相反見解，二審法院認為，本件甲刊登之限時優惠活動內容，已將各項商品(含系爭商品)附加照片，標明型號中英文名稱、原價、線上折扣、線上折後價等標示明確，各項商品已達明確之程度，且其標示之售價亦已臻確定，

---

刊登之內容，就各該電腦商品而言，因已編訂其貨物型號、規格、名稱，則就各該電腦商品已達確定或可得確定之程度，而其標示之售價亦已臻確定，依此實際情形判斷，本件被告在所屬網站所刊載相關買賣訊息之意思表示，自符合「要約」，應受其要約之拘束。」

並非僅單純之價目表標示，是本件甲在所屬網站刊登系爭商品買賣訊息之意思表示，自己符合「要約」之要件，應受其要約之拘束<sup>69</sup>。

#### 第四款 本文觀察

系爭案例中之被告(被上訴人) 荷蘭商戴爾企業股份有限公司(下稱戴爾公司)，應屬國際間電腦產品之知名大廠，卻接連於民國 98 年 6、7 月間，連續發生網路標價之錯誤，而實務上對於該等戴爾公司網路錯標案之判定，似無統一之標準。但觀察相關判決後，不難發現，若法院目的上為使消費者勝訴，必須使雙方契約成立，即需將網購交易網頁定性為要約；目的上為使業者勝訴，即需將網購交易網頁視為要約之引誘，消費者下單，業者未為承諾，因此契約未成立；此似乎有為達特定結論而組織理論之嫌。例如台北地院台北簡易庭九十八年度北消簡字第一七號判決之結論，法院即係考量因使契約成立將造成業者重大損失、使契約成立消費者利益損失不大，因而決定應判決業者勝訴而使契約不成立並將網購交易網頁解為要約之引誘<sup>70</sup>。

觀察上開以及相關判決後，發現判決結果似乎會隨著原告性質而異。亦即，若原告為一般消費者，法院似乎傾向將網路標價之行為定性為要約，因而導出消

<sup>69</sup> 臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決：「(三)、本件被上訴人刊登之限時優惠活動內容，已將各項商品(含系爭商品)附加照片，標明型號中英文名稱、原價、線上折扣、線上折後價等標示明確，各項商品已達明確之程度，且其標示之售價亦已臻確定，並非僅單純之價目表標示，是本件被上訴人在所屬網站刊登系爭商品買賣訊息之意思表示，自己符合「要約」之要件，應受其要約之拘束。而上訴人在該網站上依該要約之內容，點選所要購買之電腦商品及其數量後回覆下單，並未將被上訴人刊登之內容為擴張、限制、或為其他變更，是以上訴人之下單尚難認為屬於新要約。況買賣契約成立後，買受人始有給付買賣價金之義務，本件上訴人在下單後，除需輸入送貨資訊外，另需輸入付款方式為信用卡/轉帳卡線上付款、電匯、支票/銀行匯票等方式，而上訴人亦已選擇以信用卡方式付款而提供信用卡資訊，倘系爭商品標價僅為要約之引誘，被上訴人何須在其網站上設定買賣契約成立前購買者(含上訴人)之付款方式，被上訴人上開網路交易之設定方式，足認被上訴人係基於買賣契約已成立之情況下，始指引購買者完成付款。苟被上訴人所辯兩造買賣契約尚未成立，尚須被上訴人接受訂單為承諾後始成立，但此時購買者之價款已進入被上訴人帳戶內，其以信用卡線上刷卡方式付款者，亦處於被上訴人隨時可取得之情形下，如何處理該價款，完全操縱在被上訴人之手，被上訴人可恣意主張買賣契約成立與否，顯失公平，亦與價金之給付或收受係在契約成立後之常理不符，是被上訴人既已指示購買者完成付款行為，卻又辯稱其僅收到訂單，尚未表示已接受訂單，兩造間之買賣僅尚未成立云云，顯屬矛盾而不足採。倘被上訴人因其面對的是毫無認識的消費者，系爭商品標價僅為要約之引誘，被上訴人亦可在其確定承諾後，始要求購買者(上訴人)輸入送貨資訊及選擇付款方式，確定購買者(上訴人)身分或收到貨款後再行出貨，而非在其要約引誘之階段，即設定消費者可匯款或信用卡付款之方式，是依被上訴人上開刊登商品標價及付款之方式，尚難認被上訴人就系爭商品標價僅為要約之引誘，而非要約。」

<sup>70</sup> 張瑞星，網路購物機制之微調—從購物網站標價錯誤之數件判決談起，政大智慧財產評論，第九卷第一期，2011年6月，頁33。

費者勝訴之結果<sup>71</sup>；反之，原告若屬企業經營者，法院則將網路標價行為認定為要約之引誘，而使原告敗訴<sup>72</sup>。由此可知，似乎只要認定了網路標價行為之性質，就可以得知判決結果。而亦有學者認為欲區分要約與要約之引誘，除了判斷表意人是否有締結契約之意思外，於無法律特別規定之情形，則應視表示之內容是否明確、契約是否重視當事人或物之資格以及依交易習慣或社會通念加以認定<sup>73</sup>。惟本文觀察，法院將系爭網路標價錯誤之行為定性為要約之結果，似可援引比例原則之概念探討之，詳述如下：

## 壹、適當性原則

誠如前述，比例原則具有三個派生原則—適當性原則、必要性原則以及衡量性原則。法院在判斷網路標價行為究屬要約抑或是要約之引誘，或許會因其先預設立場(欲保護何者)或原告性質而有所差異，但本文認為，於系爭案例中之賣方為企業經營者，買賣商品之資訊皆由賣方所提供，就一般消費者而言，即使賣方所提供之資訊再明確，其仍受有無法檢視實體商品之風險。再者，在契約自由的前提下，網路交易安全亦應該被加以維護，是以網購消費關係的認定，應側重表意人的合理信賴。在戴爾電腦事件等這種先契約之消費關係的場合，身為企業經營者的戴爾公司在網路商店上飾所販售商品之相關資訊，應當構成消保法施行細則第 23 條定義的「廣告」概念，即指「利用電視、廣播、影片、幻燈片、報紙、雜誌、傳單、海報、招牌、牌坊、電腦、電話傳真、電子視訊、電子語音或其他方法，可使不特定多數人知悉其宣傳內容之傳播。」倘此，戴爾公司等企業經營者根據消保法第 22 條之規定，應確保該廣告內容之真實，其對消費者所負之義務不得低於廣告內容，方屬正辦。倘吾人著眼於網路交易之當事人未曾謀面洽談之特性，則所謂網購業者應確保該廣告內容之真實，主要係指若該廣告內容之標示、敘述的具體詳盡或確定程度，已足以使一般理性的外行人信賴廣告內容之可得實現，則企業經營者所負包含締約或履約在內的契約義務，應該至少等同於通常消費者所合理期待的廣告內容<sup>74</sup>。

換言之，在向來業者沒有標錯價之正常情形，若網購業者之網站上有使訂購者得確定商品之外觀、規格、型號、以及售價，且訂購者得於網購環境中確認後直接為訂購之表示，並由於網購業者在網路上所提供之商品訂購單已足以呈現契約必要之點，加上幾乎都緊連著消費者線上付款的流程，對於善意且無重大過失之一般外行人而言，渠等通常係將業者在購物網站上的商品交易資訊，理解為要

<sup>71</sup> 可參考臺灣臺南地方法院九十八年度訴字第一〇〇九號判決、臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決。

<sup>72</sup> 可參考臺灣臺北地方法院九十九年度訴字第五五九號判決。

<sup>73</sup> 林誠二，網路購物中錯誤標價衍生之法律問題，月旦法學教室第 86 期，2009 年 12 月，頁 10。

<sup>74</sup> 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，國立中正大學法學集刊第 32 期，2011 年 1 月，頁 166。

約，消費者透過滑鼠、案件圈選、或勾選網頁上業者之商品名稱、數量等資訊，形成商品訂購單，具體化業者對該消費者就系爭交易所為之精確要約內容，當消費者對之為確認時，究其實質，要難謂非為承諾之意思表示，除當事人另有特約外(例如限制銷售數量)，契約應即成立，似較合理<sup>75</sup>。

在業者標錯價的場合，對於善意且無過失之消費者來說，如消費者信賴業者於網路購物上之商品促銷活動，且該商品銷售資訊相當具體明確，則經消費者勾選所形成的商品訂購單，性質上應為業者就系爭交易所為之具體要約內容。準此，在戴爾電腦標錯價事件中，除非業者另有明白的保留約定，否則基本上應將戴爾公司在網路上有關商品販售之標示資訊，認定為要約，始能保護信賴網購促銷優惠之消費者的正當權益<sup>76</sup>。是以，將該等網購消費關係定性為要約，就企業經營者所負包含締約或履約在內的契約義務，應該至少等同於通常消費者所合理期待的廣告內容，以及維護交易安全、保障消費者權益之合理目的綜合觀之，應合乎比例原則中之適當性原則。

## 貳、必要性原則

其次，如前所述，實務上對於該等網路錯標案之判決結果，似乎決定於其將網路標價行為之定性，惟本文認為，法院採要約看法者，對企業經營者未必不利，同樣的，法院若採要約之引誘者，並不盡然均會推導出消費者敗訴之結果。蓋即使將網路標價行為認定為要約，消費者下單行為則屬承諾，進而使契約得以成立，企業經營者仍有機會行使民法第八十八條之撤銷權。民法第八十八條第一項規定：「意思表示之內容有錯誤，或表意人若知其事情即不為意思表示者，表意人得將其意思表示撤銷之。但以其錯誤或不知事情，非由表意人自己之過失者為限。」有疑問者，該條第一項但書之程度為何？學說上不乏有採抽象輕過失者<sup>77</sup>，亦有採重大過失者<sup>78</sup>，而實務上對此問題似採一彈性看法，臺灣臺北地方法院九十四年度消簡上字第7號判決：「其次，民法第八十八條第一項但書所謂之過失，法條並未明文規定究竟為抽象輕過失、具體輕過失，抑或為重大過失，而未就過失之標準作進一步之具體規定，準此，此條所舉之過失概念，可認為係具開放性的規範性概念，法院在個案中得因應相關事實透過法律解釋或補充予以認定、適用。就以我國民法關於債務人所負過失責任輕重在不同情狀下有不同之程度規定，則債務人究竟應就何種過失負其責任，當依法律之規定定之，是以民法第二百二十條第二項前段方規定過失之責任，依事件之特性而有輕重，在過失責任輕重之決定，倘法律無規定且當事人又無約定時，則依事件之特性定之。同此觀點，民法第八十八條第一項但書係規定於第四章第三節意思表示下，而法律行為係以意思

<sup>75</sup> 林誠二，同註73，頁10至11。

<sup>76</sup> 曾品傑，同註74，頁167。

<sup>77</sup> 劉姿汝，網路購物契約與消費者保護，科技法學評論第七卷第一期，2010年6月，頁248。

<sup>78</sup> 林誠二，同註73，頁11。

表示為要素（民法第一百五十三條規定參照），故關於意思表示錯誤之撤銷，表意人過失程度之決定自應依該意思表示之特性、所欲成立之法律行為內涵加以判斷，法院可以彈性地權衡、調整雙方當事人之利益，而不必先機械地界定本項過失之標準，換言之，在不同之法律行為，表意人有不同之注意義務，相對應之過失程度即依此而決定。」

換言之，法院見解傾向於表意人過失程度之決定，應依該意思表示之特性、所欲成立之法律行為內涵加以判斷，從而在不同之法律行為，表意人有不同之注意義務，相對應之過失程度即依此定奪。詳言之，表意人為營業人、企業經營者的場合，所謂非由表意人自己之過失，指的是表意人已盡到善良管理人的注意義務（不該當抽象輕過失）。反之，在表意人接觸系爭交易事項，乃偶爾為之的門外漢情形，所謂非由表意人自己之過失，則指個人已恪守與處理自己事務為同一之注意義務而言（不構成具體輕過失）<sup>79</sup>。系爭案例中，企業經營者之一方，若能舉證（1）其僅有抽象輕過失，而消費者卻明知該撤銷原因，或因重大過失而不知該撤銷原因，（2）其無過失，但消費者卻明知該撤銷原因、基於重大過失或具體輕過失而不知該撤銷原因、抑或是消費者也是善意無過失的情形下，企業經營者自得撤銷意思表示<sup>80</sup>。惟從近來實務觀之：「是被上訴人就系爭商品標價自承係因其自己（或使用人）之錯誤所致，不論前開規定過失之認定係採「抽象輕過失」或「具體輕過失」，被上訴人至少欠缺與處理自己事務一般的注意義務，顯然有過失，依前開規定，被上訴人自不得撤銷其錯誤之意思表示。」足見實務似認為企業經營者對於網路標錯價之行為，顯屬有過失，企業經營者不得撤銷該意思表示。

進一步言之，法院就 B2B 之情況下<sup>81</sup>，企業經營者與企業經營者間之地位不似企業經營者與一般消費者之懸殊，故無需賦予過重之保護，遂逕於網路標價行為之定性為要約之引誘，而阻絕契約之成立，更無須討論意思表示得否撤銷之問題。反之，於 B2C 之情形，一般消費者之地位與企業經營者相較而言係居於弱勢之一方，且若該消費者購買系爭商品僅為自用而無再銷售之目的，即使法院認為企業經營者不得撤銷該意思表示，對於企業經營者之損失應只限於該筆訂單之差價，雖然與得撤銷意思表示後之法律效果（信賴利益之損害賠償）相比，前者損失較大，但於以自用為目的之消費者而言，企業經營者之侵害亦非屬鉅大。惟若回到維護交易安全及保障消費者權益之立場來看，將網路標價行為定性為要約，進而否定企業經營者之撤銷權，似為達到此一目的之必要手段。

<sup>79</sup> 曾品傑，同註 74，頁 179 至 180。

<sup>80</sup> 關於從比較過失的觀點理解民法第 88 條第 1 項但書之規定，可參閱曾品傑，同註 72，頁 183 至 186。

<sup>81</sup> 可參考臺灣臺北地方法院九十九年度訴字第五五九號判決，系爭判決之原告為科甲創意股份有限公司，被告則為荷蘭商戴爾企業股份有限公司。

### 參、狹義比例原則

退步言之，即使法院認為企業經營者有過失而不得依民法第八十八條撤銷該意思表示，此際仍須判斷消費者有無可保護之信賴利益。民法第一百四十八條規定：「權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的(第一項)。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法(第二項)。按權利之行使，是否以損害他人為主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。倘其權利之行使，自己所得利益極少而他人及國家社會所受之損失甚大者，非不得視為以損害他人為主要目的，此乃權利社會化之基本內涵所必然之解釋<sup>82</sup>。

法律之所以規定意思表示錯誤得撤銷，旨在調和表意人與相對人之利益，緩和表意人因主觀之認知與客觀之事實差異致為不符內心真意表示所造成之損害。判斷是否允許表意人撤銷其基於錯誤所為之意思表示時，應將允許表意人撤銷是否會危及交易安全、相對人是否有值得保護之信賴利益、是否濫用權利、違背誠信原則等因素一併考量<sup>83</sup>。從相關判決中可歸類出，以消費者是否明知或可得而知標價錯誤而購買之標準，判斷是否予以信賴利益之保護。分類如下：

#### 1.認為消費者明知或可得而知標價錯誤而仍購買，無須予以信賴利益之保護

臺北地方法院九十三年度訴字第三四六七號判決：「退步言，市售 Panasonic 卅七吋電漿電視之市場價格，均在二十萬元上下，有市面商品價格廣告傳單附卷足參，原告既有意購買此類電視，依社會通念及客觀情況判斷，理應曾於市場訪價並知悉該類商品之市場一般價格，故被告聯邦銀行絕無可能以低於二萬元價格於網路上販售系爭電漿電視，此應為原告所明知或可得而知，揆諸前揭說明，原告應無可資保護之信賴利益。」又如臺灣臺北地方法院九十四年度消簡上字第第七號判決：「況上訴人販售系爭電視並非採取超低價競售之手法，亦如前述，被上訴人居於一般消費者之地位，以社會上相同經驗智識之人、處於相同之狀態下，應可判斷知悉此網頁上所登載之系爭電視銷售價格 19,499 元有相當之可能係出於誤載，被上訴人對系爭電視售價表示錯誤應有認識之可能性。其次，被上訴人並未開始履行買賣契約即給付系爭電視價金予上訴人，乃其所自陳者（見原審卷第 2 頁）；而被上訴人亦無在訂購系爭電視後有為履行契約而有所支出之情事存在。益徵，被上訴人迄今尚無足資值得保護之信賴存在。」

<sup>82</sup> 參閱最高法院七十一年台上字第七三七號判例。

<sup>83</sup> 張瑞星，同註 70，頁 27。

## 2.認為消費者購買標價錯誤之商品有與信賴利益保護之必要者

臺灣臺北地方法院九十三年度北消簡上字第十八號判決：「相對而言，消費者係在虛擬世界之網路上進行購物，並無實物可供其檢視判斷，故消費者僅得信賴網路廣告之刊載而為購買與否之決定，顯負擔較企業主更大之風險，此與傳統一對一之買賣交易，買受人得藉由契約締結過程，而知悉出賣人意思表示之真意是否出於錯誤，故其信賴保護程度較低，必須分別以觀，因此，一旦允許網路交易之企業主以意思表示錯誤為由而撤銷其出賣之要約，勢將影響消費大眾對網路交易安全之信賴，而阻滯網際網路活動之蓬勃發展，致使社會經濟造成莫大損失，從而，依民法第 220 條第 2 項規定「過失之責任，依事件之特性而有輕重，如其事件非予債務人以利益者，應從輕酌定」之精神，自應課予企業主更高度之注意義務，故就信賴保護及交易安全之觀點而言，逢陞公司就系爭電視價格在網路廣告上刊載之疏失，顯有違其應負之高度注意義務，而難辭其咎，應不得將此不利益，轉嫁予消費者承擔。」，又如臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決：「故上訴人請求被上訴人履行系爭買賣契約，尚難認係以損害被上訴人為主要目的，上訴人並無權利濫用或違反誠信原則之情事。至被上訴人因其網站商品標價錯誤如就訂購者之訂單全部履約是否將使被上訴人遭受數億元以上之損失，此與本件買賣契約之成立無涉，仍應視個別購買者之訂單具體情形而論，且被上訴人並非一定選擇依購買者之訂單履行，況被上訴人亦可透過保險或對錯誤標價應負責之人請求負責，以被上訴人為國際知名企業而論，不應為免除其契約上責任即認購買者有權利濫用或違反誠信原則之情事。」<sup>84</sup>

本文觀察，按比例原則之狹義比例性於民事實務之適用，應探討賠償範圍或手段選擇，使雙方當事人間之利益損害無輕重失衡之虞，惟此時除了客觀上之利益衡量外，亦須將雙方當事人之主觀意思一併列入考量。簡言之，若是一般消費者主觀上明知網路業者標錯價錢，且整體衡量後其所失利益遠小於業者之所受損害，即應允許表意人撤銷該等意思表示。反之，若一般消費者主觀上不知網路業者標錯價錢，且業者所受損害有限之前提下，為了維護網路交易安全，即不應允許其撤銷意思表示。惟於業者故意錯標之情形下<sup>85</sup>，若允許業者得行使撤銷權，除了有合理化表意人主觀上非難性之虞外，無疑變相鼓勵網路業者循此方法，阻礙網路經濟的發展，更有害於交易安全之維護。再者，權衡消費者之所受利益及業者之所受損害亦未失衡，因消費者所受之利益應僅為與原價之差額，而業者之損失非謂甚鉅，蓋業者於標價錯誤而獲得製造話題之廣告效益，以及事實上標價錯誤與消費者對其商品品質之信賴之間應無太大關連，其商譽受損程度亦應有限

<sup>84</sup> 張瑞星，同註 70，頁 27 至 28。

<sup>85</sup> 臺灣臺南地方法院九十八年度訴字第一〇〇九號判決：「本件被告先後二次「標價錯誤」事件，應屬民法第 86 條所定之心中保留，被告既未能舉證證明原告等人有何明知被告為「真意保留」之情事，則被告上揭網站刊登之買賣內容應屬有效。」

<sup>86</sup>，故不允許業者(表意人)撤銷意思表示亦符衡量性原則。

## 第五款 小結

網路價格錯標案件層出不窮，而該等案件所涉及之當事人多為企業經營者與消費者，是以，承前所述，於此種不對等地位之消費關係中，比例原則之審查標準應持較為嚴格之標準。針對企業經營者於網路標價之行為，究為要約抑或是要約之引誘，近來實務見解正反互見，惟系爭案件中之二審法院將網購消費關係定性為要約，就企業經營者所負包含締約或履約在內的契約義務，應該至少等同於通常消費者所合理期待的廣告內容，以及維護交易安全、保障消費者權益之合理目的綜合觀之，自該當比例原則中之適當性原則。

針對比例原則之必要性原則於系爭案例之分析，系爭案例係屬 B2C 之情形，亦即一般消費者之地位與企業經營者相較而言係居於弱勢之一方，且若該消費者購買系爭商品僅為自用而無再銷售之目的，即使法院認為企業經營者不得撤銷該意思表示，對於企業經營者之損失應只限於該筆訂單之價額，雖然與得撤銷意思表示後之法律效果(信賴利益之損害賠償)相比，前者損失較大，但於以自用為目的之消費者而言，企業經營者之侵害亦非屬鉅大。惟若回到維護交易安全及保障消費者權益之立場來看，否定企業經營者之意思表示撤銷權似為達到此一目的之必要手段。

按比例原則之狹義比例性於民事實務之適用，應探討者為賠償範圍或手段選擇，使雙方當事人間之利益損害無輕重失衡之虞，惟此時除了客觀上之利益衡量外，亦須一併考量雙方當事人之主觀意思。亦即，若是一般消費者主觀上明知網路業者標錯價錢，且整體衡量後其所失利益遠小於業者之所受損害，即應允許表意人撤銷該等意思表示。反之，若一般消費者主觀上不知網路業者標錯價錢，且業者所受損害有限之前提下，為了維護網路交易安全，即不應允許其撤銷意思表示。系爭案例中，將網路標價行為解為要約，並否定企業經營者之撤銷權，對於消費者之所受利益及業者之所受損害之間應未失衡，因消費者所受之利益應僅為與原價之差額，而業者之損失非謂甚鉅，蓋業者於標價錯誤而獲得製造話題之廣告效益，及其商譽受損程度亦應有限，故不允許業者撤銷意思表示應無未符衡量性原則之疑。

---

<sup>86</sup> 張瑞星，同註 70，頁 29 至 30。

## 第二項 過高違約定金之認定—最高法院九十八年台上字第七一〇

### 號判決

觀察比例原則於民事契約責任上之運用，不難發現比例原則的應用層面甚廣，故本文將契約責任上比例原則之討論區分為締約前階段及履約後階段，而締約前階段關於要約拘束力上之比例原則的探討已如上述，以下，則就法院對於過高之違約定金之認定分析之。

民法第二百四十八條規定：「訂約當事人之一方，由他方受有定金時，推定其契約成立。」、民法第二百四十九條復規定：「定金，除當事人另有訂定外，適用左列之規定：一、契約履行時，定金應返還或作為給付之一部。二、契約因可歸責於付定金當事人之事由，致不能履行時，定金不得請求返還。三、契約因可歸責於受定金當事人之事由，致不能履行時，該當事人應加倍返還其所受之定金。四、契約因不可歸責於雙方當事人之事由，致不能履行時，定金應返還之。」，此為定金之效力規定。按最高法院九十一年台上字第六三五號判決：「惟按定金之性質，因其作用之不同，通常可分為：一、證約定金，即為證明契約之成立所交付之定金。二、成約定金，即以交付定金為契約成立之要件。三、違約定金，即以定金為契約不履行之損害賠償擔保。四、解約定金，即為保留解除權而交付之定金，亦即以定金為保留解除權之代價。五、立約定金，亦名猶豫定金，即在契約成立前交付之定金，用以擔保契約之成立等數種。」亦即，定金依其作用及當事人真意不同而原則上可分為區分為五類，而縱觀近來實務判決，法院於作成判決過程中，有援引比例原則概念者似僅有違約定金而已。以下即自最高法院九十八年台上字第七一〇號判決觀察之。

### 第一款 事實摘要

新勝光興業機電有限公司(以下簡稱甲)與安順環保科技股份有限公司(以下簡稱乙)於民國八十六年三月二十二日訂立廢輪胎處理整廠設備合約書，總價金新台幣(下同)四千二百萬元，伊交付一千二百六十萬元予上訴人，雙方約定交貨日期為八十六年八月三十日。後乙主張因甲一再延誤交貨期限，經伊定期催告，甲逾期仍未依約交付該廢輪胎處理整廠設備，伊乃於九十二年七月十七日以存證信函解除契約。依民法第二百五十九條第一、二款之規定，請求甲給付一千二百六十萬元，並加付法定遲延利息。而甲則主張依系爭合約第二條之約定，乙於訂約同時交付一千二百六十萬元定金。伊於製造完成機械設備後，即依系爭合約第三條通知乙前往伊之工廠驗貨付款，然乙因財務困難等因素，遲不依約前往驗貨

付款，顯已違反系爭合約之約定。伊已依法催告及解除系爭合約，乙所付定金業經伊依約沒收，其請求為無理由等語，資為抗辯。

## 第二款 實務見解

原審以系爭合約第二條規定：「甲方（即上訴人）機械製造完成後通知乙方（即被上訴人）於三天內至甲方公司驗貨並付清第二條第二項之款額（二千三百十萬元）。如乙方未能依甲方通知之三天內至甲方公司驗貨時，乙方也應先將前項之貨款付清，否則甲方得將乙方所付之定金沒收及製造過程之損失全部由乙方負責賠償，乙方不得異議。」依郵局存證信函之記載及證人李峰輝、廖世衍、乙○○之證詞，足認被上訴人於收受上訴人系爭機械設備製造完成之通知後，未依通知至上訴人工廠驗貨付款。被上訴人迄今未履行其合約義務，其所為解除契約之意思表示，自不生效力。被上訴人未依約驗貨並付清第二期二千三百十萬元之款項，則上訴人於九十二年七月二十一日為沒收定金及解除契約之意思表示，應為法所許。惟本件被上訴人所付之定金一千二百六十萬元，占全部買賣價金之百分之三十，應認該定金有民法第二百五十條第一項之違約金性質，在過高之情形時，仍有同法第二百五十二條違約金酌減規定之適用。酌情認本件沒收之金額應酌減百分之四十，則上訴人得沒收之金額為七百五十六萬元，其餘五百零四萬元不得沒收。

最高法院則認為按違約定金（民法第二百四十九條所規定之定金之一種）之交付，旨在強制契約之履行，供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定，故違約定金屬於要物契約。違約金則係當事人為確保債務之履行，約定債務人不履行債務時，另應支付之金錢或其他給付；除當事人另有訂定外，視為因不履行債務而生損害之賠償總額預定（民法第二百五十條參照），屬於諾成契約。兩者在性質上顯有不同。約定之違約定金，除交付違約金之當事人證明其所交付違約定金過高，而與他方當事人所受損害顯不成比例，得認當事人交付過高金額部分已非違約定金，而係價金之一部先付，交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金，以求公平外，並無民法第二百五十二條違約金酌減之規定。本件被上訴人依系爭合約第二條所交付之一千二百六十萬元為定金，乃原審認定之事實，並有系爭合約之記載足憑。則除被上訴人能證明其所交付違約定金過高，而與上訴人所受損害顯不成比例，可認被上訴人交付過高金額部分已非違約定金，而係價金之一部先付，得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金外，尚不得根據民法第二百五十二條予以酌減。原審疏未推闡明晰，遽謂被上訴人所付之定金一千二百六十萬元，占全部買賣價金之百分之三十，即認該定金為違約金性質，而有同法第二百五十二條違約金酌減規定之適用。不啻將違約定金與違約金混為一談，自有可議。

### 第三款 本文觀察

首先，最高法院將違約定金與違約金之概念先行釐清，兩者性質上差異之處整理如下：

1. 作用不同：違約定金之作用係在強制契約之履行，供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定；違約金之作用則係當事人為確保債務之履行，約定債務人不履行債務時，另應支付之金錢或其他給付；除當事人另有訂定外，視為因不履行債務而生損害之賠償總額預定（民法第二百五十條參照）。
2. 種類不同：違約定金應僅有作為最低損害賠償額之預定一類而已；反觀違約金則可區分為當事人約定債務人不履行債務時，另應支付之金錢或其他給付之懲罰性違約金及視為因不履行債務而生損害之賠償總額預定之違約金兩類。
3. 契約種類不同：按違約定金之交付既在契約履行之前，故其屬要物契約<sup>87</sup>；而違約金則屬於諾成契約。

再者，最高法院主張經當事人約定之違約定金，除交付違約金之當事人證明其所交付違約定金過高，而與他方當事人所受損害顯不成比例，得認當事人交付過高金額部分已非違約定金，而係價金之一部先付，交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金，以求公平外，並無民法第二百五十二條違約金酌減之規定。於此，最高法院再點出違約定金與違約金之一差異處，即過高之違約定金於民法上並無酌減之相關規定，反之，依民法第二百五十二條：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」則為過高之違約金得酌減之明文規定。附帶一提，違約訂金是否過高而與他方當事人所受損害顯不成比例，應由交付違約金之當事人負舉證責任，本文認為此處應有「舉重以明輕」概念之適用，蓋依最高法院九十六年台上字第一三九六號判決：「按約定之違約金額過高者，法院固得依民法第二百五十二條規定減至相當之數額，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉

<sup>87</sup> 可併參九十七年台上字第七號判決：「次按違約定金，乃以確保契約之履行為目的而交付一定金錢或其他代替物，性質為要物契約，且為損害賠償最低額之預定。而違約金，則屬諾成契約，除特別約定外，原則上為損害賠償總額之預定，二者並非相同。」

證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。」

依法律明文規定，就過高之違約金法院雖有酌減權，當事人仍須就違約金過高之事實，負舉證責任，更何況是法院無酌減權之過高的違約定金，當事人一方自須就違約定金與他方當事人所受損害顯不成比例之事實負起舉證責任。而若經證明其交付之違約定金確屬過高者，為求公平，得認當事人交付過高金額部分已非違約定金，而係價金之一部先付，交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金。

誠如上述，過高之違約定金不似過高之違約金，有法院得為酌減之規定，且因為違約定金與違約金之性質差異甚大，亦無法認定違約定金類推適用民法第二百五十二條有任何正當化之基礎。在此前提下，何以最高法院逕將過高之違約定金視為價金之一部？此見解是否有法官造法之虞？抑或是此見解是法院運用比例原則概念所得出之有利結果，以下即嘗試以比例原則檢驗之。

#### 壹、適當性原則

最高法院於判決裡提到：「約定之違約定金，除交付違約金之當事人證明其所交付違約定金過高，而與他方當事人所受損害顯不成比例，得認當事人交付過高金額部分已非違約定金，而係價金之一部先付，交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金，以求公平外，並無民法第二百五十二條違約金酌減之規定。」，足認最高法院之所以會將過高之違約定金直接視為價金之一部先付之原因，是為求公平，蓋民法第二百四十九條第二款明定：「契約因可歸責於付定金當事人之事由，致不能履行時，定金不得請求返還。」且雙方所簽訂合約中也規定：「甲方（即上訴人）機械製造完成後通知乙方（即被上訴人）於三天內至甲方公司驗貨並付清第二條第二項之款額（二千三百十萬元）。如乙方未能依甲方通知之三天內至甲方公司驗貨時，乙方也應先將前項之貨款付清，否則甲方得將乙方所付之定金沒收及製造過程之損失全部由乙方負責賠償，乙方不得異議。」姑且先不論該合約內容是否有顯失公平之情事，單從法條規定觀之，原審依郵局存證信函之記載及證人之證詞，認定被上訴人（違約定金交付人）於收受上訴人（違約定金收受人）系爭機械設備製造完成之通知後，未依通知至上訴人工廠驗貨付款之情事，此應屬可歸責於付定金當事人之事由致契約不能履行，故違約定金交付人不得請求返還定金，若依契約內容來看，當然亦會得出此結論。

誠如前述，比例原則之適當性原則，係指手段有助於目的之達成，而該合理目的之審查，於公法事件中，應以憲法第二十三條規定之為防止妨礙他人自由、

避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益四種目的為其標準，惟鑑於民事事件與公法事件具有本質上之不同，審查因素亦應隨之調整，是以，於民事契約責任中，目的正當與否應轉換為締約目的是否合法為其判斷基準。按違約定金之作用係供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定，故其目的係在賠償他方當事人之損失，故應可推斷出系爭案例中當事人約定違約定金之目的，並無任何不法之處，其自該當適當性原則。

附帶一提，既然違約定金之作用係供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定，故其目的係在賠償他方當事人之損失，而一旦違約定金過高，則可能使他方當事人受有不當利益。以本例來說，若安順環保科技股份有限公司確實未依通知前往驗貨付款，新勝光興業機電有限公司仍可將該機械設備出售予他人，相信其再次出售之價金與原先所定者亦相去不遠，如此一來，還能認定新勝光興業機電有限公司所受到的損害須自高達價金之三成的違約定金中始能獲得填補？即使系爭機械設備最終未能售予他人，鑑於新勝光興業機電有限公司對於機械設備之製造具有一定專業度，其再將系爭機械設備用於他途或再製造利用成新設備應非屬難事，其後再出售亦可獲得一定價金，尚不得就因其未能將原機械設備售出遂認其受有原價金四千二百萬元之損失，而認占價金三成之違約定金無過高之情事，使出賣人無庸返還定金而受有不當利益。

是以，為避免前述情況之發生，以及免受困於目前法條無違約定金酌減規定之窘境，亦即為了追求對雙方當事人均公平合理之目的，將違約定金高於他方當事人所受損害之部分，視為價金之一部先付，交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金，如此始能使違約定金發揮其功能，使他方當事人之損失獲得確實賠償而無獲有不當利益之嫌。

## 貳、必要性原則

按違約定金之作用為供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定，前已論及，是以，違約定金之約定是雙方當事人於訂定契約時，已權衡過自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等因素而為之，故該約款既為契約之一部，契約當事人自應受契約內容之拘束，法院亦應尊重當事人於締約時的本意。此有疑問者為最高法院認為其所交付之違約定金中，就高於他方當事人損害之部分，視為價金之一部先付，則違約定金交付人所能請求者，亦僅為先付價金之部分，其餘仍作為賠償他方當事人之損失，此是否符合手段必要性？

亦即，依最高法院之看法，其認為在合理範圍內(未高於當事人他方所受之損害範圍內)之違約定金自有其效力，而針對超出合理範圍之違約定金，性質上

已喪失違約定金之效力，而應視為價金之一部先付，是以，合理範圍之外之違約定金，實無必要性可言，即藉由手段必要性之把關，否定過高違約定金部分之性質。此似可從民法第七十四條第一項關於暴利行為之規定看出端倪，民法第七十四條第一項規定：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。」從該條文中可以得知暴利行為禁止原則之要件為乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，系爭案例中，超出合理範圍之違約定金，對於定金交付之當事人而言，確已達顯失公平之情事，就過高部分之違約定金，自應將其性質轉換為價金之一部先付。

#### 第四款 小結

就最高法院逕將過高之違約定金視為價金之一部，交付之當事人得請求返還該超過相當比例損害額部分之先付價金，此判決內容似乎隱含著比例原則之運用。首先，針對比例原則之適當性原則，係指手段有助於目的之達成，而該合理目的之審查，於民事契約責任中應有所調整，即目的正當與否應轉換為締約目的是否合法為其判斷基準。按違約定金之作用係供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定，故其目的係在賠償他方當事人之損失，故應可推斷出系爭案例中當事人約定違約定金之目的，並無任何不法，自得通過適當性原則之審查。

其次，就最高法院認為其所交付之違約定金中，就高於他方當事人損害之部分，視為價金之一部先付，則違約定金交付人所能請求者，亦僅為先付價金之部分，其餘仍作為賠償他方當事人之損失，此是否符合手段必要性？依最高法院之看法，其認為在合理範圍內(未高於當事人他方所受之損害範圍內)之違約定金自有其效力，而針對超出合理範圍之違約定金，性質上已喪失違約定金之效力，而應視為價金之一部先付，是以，合理範圍之外之違約定金，實無必要性可言，即藉由手段必要性之把關，否定過高違約定金部分之性質，將其視為價金之一部先付。

### 第二節 履約階段

#### 第一項 過高違約金之酌減

於民事契約責任之履約後階段上之比例原則，本文擬就過高違約金之酌減、

情事變更原則、契約之一部解除以及勞務契約之過當競業禁止條款分別探討之。首先，蓋違約金係關於當事人有債務不履行之情事時，始有認定之問題，包括違約金之種類、違約金是否過高等，是以，該酌減問題自發生於履約階段，故本文將過高違約金酌減之比例原則置於此階段討論之。

## 第一款 概說

民法第二百五十條規定：「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。」復依最高法院九十九年台上字第二〇一號判決：「復按我民法所規定之違約金有兩種，一為以預定債務不履行之損害賠償為目的，此種違約金於債務人不履行債務時，債權人僅得就本來之給付或違約金擇一請求，不得併為請求；二為以強制債務之履行為目的，此種違約金於債務人不履行債務時，債權人除得請求違約金外，並得請求本來之給付；而當事人所定違約金究竟屬於何種，應依當事人之意思定之」。

從上開法條與判決規定可知，違約金按其性質可區分為賠償性違約金，以及懲罰性違約金。前者係以違約金為債務不履行所發生損害之賠償總額之意，又稱「賠償額預定性違約金」。因違約金之功能：制度上預設為賠償總額預定，故文獻上又稱「固有意義之違約金」。契約之債，如有違約金之約定，債務人一有債務不履行情事者，債權人不問是否受有損害即得請求違約金<sup>88</sup>，此為違約金之最大實益；後者則指於債務人有不履行契約義務時，除支付違約金外，尚應負損害賠償責任者，其違約金是為懲罰性違約金。約定之違約金為懲罰性者，債權人除當然享有違約金請求權外，尚得請求損害賠償，對債權人之保障，實更優厚<sup>89</sup>。

如前所述，相較於未設有酌減規定之違約定金而言，民法第二百五十二條則是過高違約金得酌減之相關規定，民法第二百五十二條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」惟酌減之標準應以什麼標的為考量基礎？主、客觀因素為何？再者，本條規定是否亦同援引比例原則之概念，以下本文則就近

---

<sup>88</sup> 惟即使損害超出違約金之約定範圍，債權人亦僅得請求其約定之違約金，此可參最高法院六十二年台上字第一三九四號判例：「違約金，有屬於懲罰之性質者，有屬於損害賠償約定之性質者，本件違約金如為懲罰之性質，於上訴人履行遲延時，被上訴人除請求違約金外，固得依民法第二百三十三條規定，請求給付遲延利息及賠償其他之損害，如為損害賠償約定之性質，則應視為就因遲延所生之損害，業已依契約預定其賠償，不得更請求遲延利息賠償損害。」

<sup>89</sup> 邱聰智，新訂民法債編總則(下)，作者自版，2003年3月新訂一版，頁552至553。

來實務見解分述之。

## 第二款 違約金酌減之標準

按最高法院九十八年度台上字第一五九六號判決：「再者，當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院原得依民法第二百五十二條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，而債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額（本院四十九年台上字第八〇七號判例參見），**此並不因懲罰性違約金或賠償額預定性違約金而異。**」<sup>90</sup>是以，民法第二百五十二條關於違約金得酌減之規定，除了賠償額預定性違約金得以適用之外，懲罰性違約金亦有適用餘地。既然賠償額預定性違約金與懲罰性違約金均得適用酌減之規定，惟最高法院應如何酌減始對雙方當事人均公平、合理？

### 壹、客觀因素

最高法院九十六年度台上字第二〇一七號判決：「其次，當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院固得依民法第二百五十二條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準（參見本院四十九年台上字第八〇七號判例）。<sup>91</sup>」，又依最高法院一〇〇年度台上字第一〇八號判決：「按當事人約定之違約金是否過高，須依一般客觀事實，社會經濟狀況，當事人所受損害情形及債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益為衡量標準，倘違約金係屬損害賠償總額預定之性質者，尤應審酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以衡量其約定之違約金是否過高。原審既認本件係屬損害賠償總額預定性質之違約金，乃竟未參酌上列事項，及審酌上訴人實際所受之積極損害與消極損害，以判斷該違約金是否過高，率以前揭理由認系爭三百七十八萬元違約金過高，應酌減為一百五十萬元，進而為上訴人不利之判決，自有可議。<sup>92</sup>」。上開前則判決之系爭違約金約款，性質為懲罰性違約金，後則判決之系爭違約金約款則屬損害賠償總額預定性，由此兩則判決中不難發現，最高法院於違約金是否過高之判斷標準不盡相同，而該等標準是否隨著系爭違約金之性質而有異？抑或可推定此種判斷標準是受最高法院八十七年度台上字第二五六三號判決所影響？最高法院八十七年度台上字第二五六三號判決：

<sup>90</sup> 可併參最高法院一〇一年度台上字第七十四號判決、最高法院九十三年度台上字第一八一二號判決。

<sup>91</sup> 可併參最高法院九十八年度台上字第一六七七號判決。

<sup>92</sup> 可併參最高法院九十八年度台上字第一〇四三號判決、最高法院九十六年度台上字第八二八號判決。

「何況，違約金之約定是否過高，應依違約金係屬於懲罰之性質或屬於損害賠償約定之性質而有不同。若屬前者，應依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準；若為後者，則應依當事人實際上所受損失為標準，酌予核減。原審未遑細究本件約定違約金之性質，而以當事人雙方之身份、地位、經濟狀況為核減之斟酌標準，亦有可議。」

違約金依其效力可分為賠償性預定性之違約金和懲罰性違約金<sup>93</sup>，此二種違約金之效力既然不同，自有區分之實益。惟於適用民法第二百五十二條之違約金酌減之規定時，法院所持之判斷標準是否亦要隨之更動？按違約金之約定，其目的應係減輕雙方當事人之舉證責任，即如當事人於契約中事先預訂違約金債權發生之要件以及違約金之數額，應有釐清、確定當事人權利義務與確定損害賠償數額之功能<sup>94</sup>。針對損害賠償總額預定之違約金，適用民法第二百五十二條規定判斷違約金之金額高低時，宜顧及民法第二百一十六條第一項之規定，即當事人得就損害賠償之範圍為約定。亦即，當事人得就難以證明之損害或若干法律限制請求損害賠償之對象，依損害賠償總額預定違約金之約定加以確保<sup>95</sup>。當事人違約金之約定，既係法律所允許者，而當事人亦於締約時為協商違約金付出一定之交易成本，而於契約中約定違約金，法院原則上應予尊重，賦予法律上效力。再者，法院酌減違約金之判決實務，亦可能導致債務人欠缺誘因遵守契約履行債務，因為若法院判決實務係將債權人之損害賠償總額預定之違約金以依法明定所得請求者為其上限，則債權人將僅得請求法律所允許之損害，至於法律並未明文允許之損害項目或者實際難以證明損害之項目，將無從請求。是以，就損害賠償總額預定之違約金，應依一般客觀之事實、社會經濟狀況、當事人實際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享受之一切利益為判斷其約定之金額是否過高之衡量標準<sup>96</sup>。

其次，就懲罰性違約金而言，最高法院九十五年度台上字第六八一號判決認為，約定之違約金是否過高，應就債務人若能如期履行債務時，債權人可得享受之一切利益為衡量之標準，而非僅以約定一有違約情形發生即應支付若干比例之金額為衡量標準。此見解似與上開最高法院八十七年度台上字第二五六三號判決

<sup>93</sup> 參最高法院一〇〇年度台上字第五三三號判決：「按當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院得依民法第二百五十二條規定以職權減至相當之數額。而違約金有賠償性違約金及懲罰性違約金，其效力各自不同。前者係以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額；後者則係以強制債務履行為目的，確保債權效力之強制罰，於債務不履行時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償。」

<sup>94</sup> 林誠二，違約金酌減之法律問題，台灣本土法學第157期，2010年8月1日，頁117。

<sup>95</sup> Medicus, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 2002, Rn. 461 (有關損害賠償總額預定之說明)；Charles J. Goetz & Robert E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, 77 COLUM. L. REV., 557-58,565,578,583.(1977)，轉引自楊芳賢，民法違約金酌減規定之若干問題，臺大法學論叢第40卷第4期，2011年12月，頁2169，註164。

<sup>96</sup> 楊芳賢，同前註，頁2170。

認為懲罰性違約金是否相當應依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準有所差異。學者認為，判斷懲罰性違約金是否相當時，應將債權人一切正當利益納入考慮<sup>97</sup>。當事人約定懲罰性違約金，具有促使債務人履行債務之性質；而且所謂懲罰性違約金，在債務人不履行債務時，債權人除得請求債務人給付此違約金外，尚得請求履行或不履行之損害賠償；而損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應填補債權人所受損害及所失利益，並為民法第二百一十六條第一項所明定。在此，瑞士聯邦法院判決甚至認為，只有當（約定金額）超出原本依法可得請求之損害賠償，才可稱為懲罰性違約金<sup>98</sup>。因此，就懲罰性違約金，若僅「依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形」加以判斷，並不符合懲罰性違約金之性質<sup>99</sup>。從而，就判斷懲罰性違約金是否相當之標準，除了審酌一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形之外，亦應將債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益併為判準。

易言之，損害賠償預定總額之違約金實具有減輕當事人舉證責任之優點<sup>100</sup>，實質上懲罰性違約金亦具有相同特點，故為避免因為歸類之不同，而影響民法第二百五十二條規定之適用結果，懲罰性或損害賠償總額預定之違約金適用本條規定時，亦宜採取相同標準<sup>101</sup>。近來多數實務<sup>102</sup>於判斷違約金是否相當，不論該違約金性質係損害賠償預定總額性或為懲罰性，均以相同標準判斷之，亦為肯認適用民法第二百五十二條時，毋庸區分損害賠償預定總額違約金或為懲罰性違約金之證明。

## 貳、主觀因素

當事人約定之違約金是否具有過高之情事，實務上多數判決均以客觀因素加

<sup>97</sup> 參德國民法第 343 條第 1 項第 2 句規定，判斷違約金之相當性時，應斟酌債權人之一切正當利益，而非僅其財產上利益而已。瑞士實務與學說見解亦認為，懲罰性違約金是否相當，應注意個案之一切情事，參瑞士聯邦法院，Urteil, vom 26. April 1977, BGE 109, 108；Ehrat, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht - Obligationenrecht I: Art. 1-529, 3. Aufl., Basel 2003, Art. 163 Rn. 17，轉引自楊芳賢，同註 95，頁 2172，註 173。

<sup>98</sup> 瑞士聯邦法院判決，Urteil, vom 26. April 1977, BGE 109, 108，轉引自楊芳賢，同註 95，頁 2173，註 175。

<sup>99</sup> 楊芳賢，同註 95，頁 2172 至 2173。

<sup>100</sup> 參最高法院九十二年度台上字第六九七號判決：「按約定有違約金者，有債務不履行情事發生時，債權人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定之違約金，請求債務人支付。」

<sup>101</sup> 楊芳賢，同註 95，頁 2174。

<sup>102</sup> 參最高法院一〇〇年度台上字第一八號判決、最高法院一〇〇年度台上字第六十一號判決、最高法院九十八年度台上字第一五九六號判決、最高法院九十八年度台上字第一〇四三號判決、最高法院九十七年度台上字第一一五四號判決、最高法院九十六年度台上字第八二八號判決。

以判斷，而不問當事人之主觀意思，此可參考最高法院二十九年度滬上字第一八號判例：「民法第二百五十二條僅規定約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，並未規定債務人之不履行債務，非由於故意或重大過失者，法院亦得減少違約金。原審既認債務人某等所稱違約金過高之主張為非正當，而又以某等之不履行債務非由於故意或重大過失，即減少其與債權人約定之違約金額，於法殊有未合。」惟按最高法院九十七年台上字第一六〇四號判決：「再審酌一般客觀事實，社會經濟狀況及上訴人所受前揭實際損失暨被上訴人無違約惡意等情，認上訴人以被上訴人交付如附表一所示之定期存單三紙共計四百四十九萬二千一百二十五元充作違約金而不予退還，顯然過高，應酌減為定期存單一紙（附表一編號三所示部分）之金額一百四十九萬七千三百七十五元，方屬公允。」則罕見的將當事人主觀上是否具有違約惡意列入衡量因素中。該判決特別將當事人之主觀惡意亦列入違約金是否過高之判斷標準，究有無必要？

### 參、本文評析

鑑於民事損害賠償制度係以填補他人之損害為目的，而非專以處罰行為人為設，故帶有懲罰性質之違約金之規定自有其獨特性，債務不履行之行為人除了須負損害賠償責任之外，尚須另行給付違約金予受害人，故懲罰性違約金雖對債權人之保護較周到，但其亦使債務人須付出較大之代價，惟既然該違約金係由契約當事人於訂約時自主決定違約金之作用及金額範圍，應可推定其已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素後而決定之，當事人均應同受該違約金之拘束，法院亦應予以尊重<sup>103</sup>。蓋懲罰性違約金本質上具有懲罰債務人之功能，相應於旨在懲罰行為人之刑法規定，於其構成要件、違法性及罪責之檢驗過程中，亦同時檢視行為人實行犯罪時之客觀情狀及主觀意圖，故本文認為法院於懲罰性違約金酌減之審酌上，除了應考量上述之客觀因素以外，亦應將債務人主觀上之惡性列入衡量標的，如此始能貫徹帶有懲罰性質之違約金之目的。

惟前開案例中之違約金條款為系爭契約第二十二條第二項約定，系爭履約保證金係供擔保被上訴人履行契約及違約時應負之損害賠償責任，核屬違約金性質。衡諸民法第二百五十二條規定，法院就約定之違約金金額過高者，自得酌減至相當之金額。是以，系爭案例之違約金應為賠償損害總額預定性之違約金，按違約

<sup>103</sup> 最高法院九十六年度台上字第一六九六號判決：「況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。」

金之約定係於雙方訂約時已權衡過自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位而自主決定之，若僅依當事人有無違約惡意，法院即得任意調整違約金酌減金額，豈不違反契約自由、私法自治原則。再者，賠償損害總額預定性之違約金之目的本不如懲罰性違約金，其並不以懲罰當事人為目的，而僅係在確保債務的履行，故就賠償性違約金有無過高之判斷，似不宜將當事人有無主觀惡意併入考量。惟將當事人之主觀意思列入違約金是否過高之判斷標準之實務見解實屬少數，上開實務見解所持之標準未來是否會成為多數見解，仍值注意。

### 第三款 本文觀察

#### 壹、適當性原則

比例原則於三個層次中所欲處理之問題不盡相同，本文將適當性原則與必要性原則用於檢視法律構成要件是否成立，而將賠償範圍或手段選擇置於狹義比例原則階段判斷之。首先，關於違約金酌減之問題，於適當性原則之審查階段，須先檢視是否有一合理目的存在，相較於公法上之合理目的係以憲法第二十三條為審酌標準，此處應調整為審酌當事人之締約目的是否合法，亦即，判斷當事人關於違約金之約定目的有無不法。按民法第二百五十條之立法理由：「謹按當事人得以契約預定支付違約金，以為債務不履行時所生損害之賠償額，於實際上尚為便利。」

誠如前述，違約金之約定，其目的應係為減輕雙方當事人之舉證責任，即如當事人於契約中事先預訂違約金債權發生之要件以及違約金之數額，應有釐清、確定當事人權利義務與確定損害賠償數額之功能。當事人亦得就難以證明之損害或若干法律限制請求損害賠償之對象，依損害賠償總額預定違約金之約定加以確保。易言之，違約金之約定實具有減輕當事人舉證責任之功能，既然當事人雙方於締約之初，係以達到降低日後之證明成本或訴訟成本之目的，而合意約定違約金者，就違約金之訂定目的而言，實無任何不法之處。

#### 貳、必要性原則

其次，本文認為，就必要性原則之層次，則須審酌當事人所約定之違約金有無過高之情事。按民法第二百五十二條之立法理由：「謹按違約金之數額，雖許當事人自由約定，然使此約定之違約金額，竟至超過其損害額，**有顯失公平之情形時**，債務人尚受此約定之拘束否，各國法例不一。本法則規定對於違約金額過高者，得由法院減至相當額數，以救濟之。蓋以保護債務人之利益，而期得公平

之結果也。」是以，法院欲行使其違約金酌減權之前提，須發生當事人間之給付與對待給付間已達「顯失公平」之情事。又，關於民法上重視當事人間之公平維護之精神，亦體現在民法條文上，如民法第七十四條：「法律行為，係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。」

是以，關於過高違約金之約定，若欲達成公平維護雙方利益之目的，則有賴於法院適當行使其酌減權。惟法院所持之酌減權這把大刀應於何時出現？亦即過高程度應至何處始得認定為過高？依最高法院一〇〇年度台上字第二一一一號判決：「按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第二百五十二條定有明文。至是否相當，應依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形及債務人若能依約履行時，債權人可得享受之一切利益，以為斟酌之標準，倘所約定之額數，與實際損害顯相懸殊者，法院自得酌予核減。」、最高法院九十八年度台上字第一六六六號判決：「未按約定違約金過高者，法院雖得減至相當數額，但是否過高，應有衡量標準，凡債權人之正當利益顯無如約定額之多，或實際所受之損害與約定額相懸殊，或有其他顯不公平之情形者，始得謂之過高，否則即無從酌減，亦無所謂不相當。」由是可知，違約金過高之認定，應達「與實際損害顯相懸殊」或「有其他顯不公平之情形者」。

有疑問者為，所謂顯失公平或顯相懸殊之判斷標準為何？依最高法院九十五年度台上字第一〇九五號判決：「按約定之違約金額過高者，法院得依職權減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定。而契約當事人約定之違約金是否過高，應依一般客觀之事實、社會經濟狀況、當事人實際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享受之一切利益為衡量標準，庶符實情而得法理之平。又民法第一百四十八條第二項規定，行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，則當事人約定之違約金是否過高而顯失公平，非不能依誠信原則予以檢驗。」亦即，違約金過高是否至顯失公平程度，應受誠信原則之檢驗。從而，當事人間約定之違約金額過高已達顯失公平之狀態者，法院始有行使酌減權之必要性。

### 參、狹義比例原則

最後，若當事人約定之違約金之目的合法，且該違約金之支付已至顯失公平者，法院即須行使其酌減權，易言之，於狹義比例原則階段，即是探討賠償範圍或手段之選擇，而此際當然係指法院就過高違約金所應酌減之數額多寡。從而，法院於酌減權之行使仍應先依上述之客觀標準，即依一般客觀之事實、社會經濟狀況、當事人實際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享受之一切利益，判斷當事人所約定之違約金是否過高。又，實務上有針對總額預定性違約金是否過高，認為應就債權人實際上所受之積極損害及消極損害為更謹慎之審

酌。參最高法院九十八年度台上字第一〇四三號判決表示：「至當事人約定之違約金是否過高，須依一般客觀事實，社會經濟狀況，當事人所受損害情形及債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益為衡量標準，庶符實情而得法理之平。倘違約金係損害賠償總額預定性質者，尤應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高（參看本院四十九年台上字第八〇七號、五十一年台上字第一九號及七十九年台上字第一六一二號、第一九一五號判例意旨）。」

蓋總額預定性違約金本係將違約金視為債務不履行所生損害之賠償總額，故違約金是否過高，自應與債權人實際上所受之積極損害及消極損害加以衡量，此較能兼顧債權人可得享受之一切利益。而所謂懲罰性違約金，係指於債務不履行時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償，既然懲罰性違約金亦包括履行債務，或不履行之損害賠償，故就違約金是否過高，債權人實際上所受之積極損害及消極損害亦有加以考量之必要。是以，法院之違約金酌減，並非指酌減至實際損害額，而係酌減至相當之數額，其誠屬當然。

#### 第四款 小結

首先，不論是損害賠償總額性違約金或是懲罰性違約金，判斷契約當事人所約定之違約金是否過高者，就客觀因素而言，均應以依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形以及債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益為判斷依據。至於主觀因素，本文認為懲罰性違約金帶有懲罰債務人之特性，故僅於判斷懲罰性賠償金是否過高時，始須加以審酌債務人之主觀惡性。

又，關於違約金酌減之問題，於適當性原則之審查階段，就合理目的之判斷，相較於公法上之合理目的係以憲法第二十三條為審酌標準，此處應調整為審酌當事人之締約目的是否合法。按違約金之約定具有減輕當事人舉證責任之功能，既然當事人雙方於締約之初，係以達到降低日後之證明成本或訴訟成本之目的，而合意約定違約金者，就違約金之約定應具目的正當性。

再者，本文認為，就必要性原則之層次，則須審酌當事人所約定之違約金有無過高之情事。而依照相關實務見解，關於違約金過高之認定，應達「與實際損害顯相懸殊」或「有其他顯不公平之情形者」。復依最高法院九十五年度台上字第一〇九五號判決內容所示，違約金過高是否至顯失公平程度，仍應通過誠信原則之檢驗，從而，當事人間約定之違約金額過高已達顯失公平之狀態者，法院行使酌減權始合乎手段必要性。

最後，於狹義比例原則階段，則係在處理賠償範圍或手段之選擇，而針對過高之違約金，當然即指法院如何決定應酌減之數額多寡。按最高法院九十八年度台上字第一〇四三號判決認為損害賠償總額預定型違約金，應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高，此較能兼顧債權人可得享受之一切利益。而就懲罰性違約金而言，既然懲罰性違約金亦包括履行債務，或不履行之損害賠償，故就該違約金是否過高，亦須考量債權人實際上所受之積極損害及消極損害。是以，法院之違約金酌減，並非指酌減至實際損害額，而係酌減至相當之數額，自屬當然。

## 第二項 情事變更原則

於履約後階段之民事判決上比例原則之探討，除上述違約金酌減以及契約之一部解除之外，尚有情事變更原則之適用。所謂情事變更原則，係指當事人為法律行為(契約行為)當時，並不知情事將有所變更，而於法律行為(契約行為)生效後至給付之前，發生法律行為(契約行為)成立當時所不可預見之情事，法律上所給予之救濟方式。亦即法律行為成立後至履行完畢前，為法律效果發生原因之法律要件之基礎或環境變更，因不可歸責於當事人之事由，致發生非當事人所預期之結果，如仍使發生原有效力，顯然背於誠實信用原則，應認為其法律行為有相當變更之規範，可見情事變更原則之理論係基於誠實信用原則之公平理念而來<sup>104</sup>。而我國民法則於民國八十九年五月五日施行之債編修正條文中增訂情事變更之一般性之原則規定，民法第二百二十七條之二規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果(第一項)。前項規定，於非因契約所發生之債，準用之。(第二項)」。<sup>105</sup>觀察近年民事判決上關於情事變更原則之適用，多見於工程承攬之物價變動約款及調整租金<sup>105</sup>之爭議，本文即嘗試以最高法院之見解及相關學說，分析比例原則如何體現在情事變更之民事判決上。

### 第一款 情事變更原則之要件

臺灣高等法院臺南分院九十七年度建上字第五號判決：「次按民法第二百二十七條之二第一項固規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其

<sup>104</sup> 林誠二，民法債編各論(上)，1994年11月初版，瑞興圖書股份有限公司，頁293。

<sup>105</sup> 可參考最高法院九十三年度台上字第二四四六號判例：「未定期限之基地租賃，契約當事人約定租金按基地申報地價之固定比率計算者，雖所約定之租金係隨基地申報地價之升降而調整，惟契約成立後，如基地周邊環境、工商繁榮之程度、承租人利用基地之經濟價值及所受利益等項，已有變更，非當時所得預料，而租金依原約定基地申報地價之固定比率計算顯失公平者，出租人自得依民法第二百二十七條之二第一項規定，訴請法院調整其租金。」

原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」**惟適用上開「情事變更」原則須符合下列各項要件：**(1)須有情事變更之事實，即法律行為成立當時客觀基礎環境之事實有變更，惟若屬當事人主觀上於行為時已認識其事實之存在，或明示該事實之存在或繼續為其法律行為生效之要件，則應屬條件之問題，而非情事變更。(2)必須發生於法律行為成立後法律效果消滅前，蓋非發生在法律行為成立後，即無所謂不能預料之情事；良以法律行為成立時已屬變更不利，而當事人仍以其為法律行為（契約）之內容，應屬個人意願，自無事後再加以保護之必要。至法律效果消滅後發生情事變更，則無效果可供變更，當事人間亦不生公平與否之問題。(3)須非當事人於法律行為當時所得預料，且不能預料之事，非當事人於為法律行為當時所知或可得而預見者；若為法律行為當時所知或可以預見者，則於當事人間即無不公平情事，自不得適用情事變更原則。(4)必須情事變更係因不可歸責於當事人之事由所致，即情事變更原則之適用，僅以天然災害及其他人力不可抗拒者（絕對事變）為限；因情事變更之目的乃在排除不公平之結果，且必須在法律上別無救濟方法時，始有其適用，故如係可歸責於當事人依法得向第三人請求損害賠償，則無情事變更原則之適用。(5)情事變更依其原有效果必須顯失公平，乃在客觀交易秩序上，認原有法律效果發生，將有背於誠信與衡平觀念之謂（最高法院 41 年度台上字第 47 號判例參照）。依上開判決可知欲適用情事變更原則，須符合一定要件，以下僅就實務所列舉之要件個別分述之：

#### 一、須有情事變更之事實

實務上認為，該要件即指法律行為成立當時客觀基礎環境之事實有變更，惟若屬當事人主觀上於行為時已認識其事實之存在，或明示該事實之存在或繼續為其法律行為生效之要件，則應屬條件之問題，而非情事變更。學者更進一步指出，該情事應僅限於客觀事實，例如突發戰爭、災害、暴動、罷工、經濟危機、幣值大幅滑落、物價漲幅過鉅、匯率發生大幅波動等客觀事實，而不包括主觀之事實<sup>106</sup>。

#### 二、須發生於法律行為成立後法律效果消滅前<sup>107</sup>

此處的法律行為範圍參考民法第二二七條之二所示，應包括契約之債、單獨

<sup>106</sup> 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 62；邱聰智，同註 89，頁 410。

<sup>107</sup> 參考最高法院九十七年度台上字第 60 號判決：「按民法第二百二十七條之二第一項所稱之情事變更，係指契約成立後，其成立當時之環境或基礎有所遽變，非當時所得預料，依一般觀念，認為如依其原有效果顯然有失公平者而言，該情事變更之事實，應祇須發生於契約成立之後，即有其適用。」

行為與法定之債。但實務上適用情事變更者，仍以契約之債為主<sup>108</sup>。而將時點侷限在法律行為成立後法律效果消滅前，係因非發生在法律行為成立後，即無所謂不能預料之情事；良以法律行為成立時已屬變更不利，而當事人仍以其為法律行為（契約）之內容，應屬個人意願，自無事後再加以保護之必要。至法律效果消滅後發生情事變更，則無效果可供變更，當事人間亦不生公平與否之問題<sup>109</sup>。不過，若是法院基於民法第二一八條之規定，顧及損害賠償義務人因其賠償致其生計有重大影響時，而減輕其賠償金額後，債務人之經濟狀況好轉時，債權人應可主張民法第二二七條之二之情事變更原則，而請求增加給付，或較為公平<sup>110</sup>。

有趣的是，於契約成立前即已存在之情事，倘為當事人兩造均不知或無從可得而知者，實務的見解為何？臺灣高等法院九十九年度建上字第十一號判決：「再按，民法第 227 條之 2 第 1 項所示之情事，要非限於該情事發生於契約成立之後。申言之，倘該事實於契約成立前即已存在，然為兩造於簽約前無從得知，自不可能將該事實列入簽約之考量，即無法為正確之風險評估。因之，如於契約成立後，始發現該情事，仍屬契約成立當時之環境或基礎於簽約後有所變動，而得主張情事變更原則之適用。」換言之，臺灣高等法院認為，於契約成立前即已存在之情事，倘為當事人兩造均不知或無從可得而知者，肯認當事人之一造有情事變更原則之適用。反觀最高法院一〇〇年度台上字第四七一號判決：「兩造於訂約前均未發現系爭土地地下埋有系爭廢棄物，為原審認定之事實。果爾，系爭廢棄物於系爭契約成立時即已存在，僅係被上訴人因參考系爭鑽探報告，對系爭土地地下構造物有所誤認，然清運處理系爭廢棄物依約應由其負責，且為其完成履約所必須，縱清運處理之數量超過原估算範圍，係屬上開契約第六條所約定得否請求加價之問題。系爭廢棄物既非契約成立後有何客觀事實發生變動所造成，上訴人抗辯被上訴人不得依情事變更原則請求給付系爭費用，是否毫無可取，非無研求之餘地。原審就此未詳加審酌，徒以前揭理由，為有利被上訴人之判斷，不無可議。」由此可知，最高法院仍係以該情事須發生在法律行為成立後法律效果消滅前為情事變更原則之適用要件，而不問當事人之主觀認知。

### 三、須非當事人於法律行為當時所得預料

非當時所得預料，係指法律關係成立時，依客觀之事實狀態觀之，乃為無法預料該情事變更事時會發生，亦即該情事變更須在客觀上無預見可能性(keine

<sup>108</sup> 邱聰智，同註 89，頁 410。

<sup>109</sup> 林誠二，民法債編各論(下)，2001 年 3 月，瑞興圖書股份有限公司，頁 20；同氏著，同註 106 文，頁 62；黃茂榮，債法總論(第二冊)，作者自版，2002 年 9 月，頁 424。

<sup>110</sup> 姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 263；邱聰智，新訂民法總則債編通則(上)，作者自版，2003 年 1 月新訂一版。頁 369 至 370。

Voraussehbarkeit)<sup>111</sup>。若該未預料之事實，在主觀上有符合錯誤之規定時，則此時則為錯誤之問題，而與情事變更無關<sup>112</sup>。如於法律行為成立時，即預見情事將有變更，雙方對之應如何調整給付有所約定者，自無該條規定之適用。此可參考最高法院一〇〇年度台上字第一三九二號判決：「上訴人於投標系爭工程及簽訂系爭工程契約之前，應已預期或可得預期鋼筋價格大幅波動及上漲趨勢等風險，其仍與被上訴人為系爭工程契約之簽訂，則於系爭工程契約訂立後，上訴人縱因物價變動而受有相當之影響，惟因該變動本係上訴人得預見且應於投標及簽訂契約前為估算，被上訴人並未因此而受有任何利益，故上訴人所受之損失，尚未達於顯失公平之程度，揆諸上揭規定及說明，自與民法第二百二十七條之二第一項所規定之情事變更原則有悖。上訴人主張其於締約時完全無法預料日後鋼筋物價上漲之變更情事，依民法第二百二十七條之二第一項情事變更原則之規定，請求被上訴人增加給付物價調整款一千二百六十六萬四千四百三十六元云云，自無可採。」

再者，如僅一方當事人曾有預見，而未預見之他方當事人並無過失或錯誤者，他方當事人得否主張情事變更原則，必須視該交易標的物屬於一般性或是投機設倖性而決定是否適用情事變更原則。如交易標的物係一般性者，則預見之一方常係乘相對人之未克預見而冀得不當得利，此時對善意之未克預見相對人應給予主張情事變更原則之保護。反之，如交易標的物係屬於投機射倖性者(例如股票、期貨等)，相對人雖無過失或錯誤，但其本身明瞭其交易性質上極不確定，竟仍冒險為交易行為，則其暴利與損失均應由其享有與負擔<sup>113</sup>。此可參考最高法院九十五年度台上字第四四四號判決：「而股票價格固係企業經營指標之反映，但企業如何經營，本有面對合同業競爭之各類經營風險，兩造均為合法經營之企業，實難認於訂立系爭協議書時已欠缺評估同業競爭能力之預測，則若客觀上並無重大變故發生，而純係企業經營風險所造成之股價下跌，依一般社會通念，究難遽認係當事人於成立契約當時，非得預料之情事變更，自無情事變更原則之適用。」

#### 四、須情事變更係因不可歸責於當事人之事由所致

最高法院四十一年台上字第一四〇六號判例：「復員後辦理民事訴訟補充條例第十二條所稱不可歸責於當事人由致情事變更者，係指其情事變更非因可歸責於當事人之事由所致而言，與原有債務人之遲延履履行是否可歸責於債務人無涉。故互負對待給付之一方遲延履行，而由他方終止契約時，對於他方固應賠償因契約不履行所生之損害，然他方之對待給付，亦應依情事變更之法則，公平裁量增、減數額，以扣算一方實際所受之損害。」即情事變更原則之適用，僅以天然災害

<sup>111</sup> 邱聰智，同註 89，頁 410；林誠二，同註 106，頁 62；Vgl. Jauernig/Vollkommer, BGB, 10. Aufl., 2003, §313 Rn. 24。轉引自姚志明，同註 110，頁 264，註 32。

<sup>112</sup> 史尚寬，債法總論，1990 年 8 月，頁 435，轉引自姚志明，同註 110，頁 264，註 33。

<sup>113</sup> 林誠二，同註 106，頁 62 至 63。

及其他人力不可抗拒者（絕對事變）為限；因情事變更之目的乃在排除不公平之結果，且必須在法律上別無救濟方法時，始有其適用，故如係可歸責於當事人依法得向第三人請求損害賠償，則無情事變更原則之適用。又情事變更原則於實務上多見於工程承攬事件，故就此要件之不可歸責於當事人之事由，本文認為可參考工程採購契約範本第七條第三項<sup>114</sup>之規定，發生第十七條第五款不可抗力或不可歸責契約當事人之事故，可構成展延工期之事由，又該範本第十七條第五款<sup>115</sup>，

<sup>114</sup> 根據 101.01.10 修正之工程採購契約範本第七條第三項規定：「(三)工程延期：

1. 契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度綱圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消滅後\_\_日內(由機關於招標時載明；未載明者，為 7 日)通知機關，並於\_\_日內(由機關於招標時載明；未載明者，為 45 日)檢具事證，以書面向機關申請展延工期。機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限，不計算逾期違約金。其事由未達半日者，以半日計；逾半日未達 1 日者，以 1 日計。

(1) 發生第 17 條第 5 款不可抗力或不可歸責契約當事人之事故。

(2) 因天候影響無法施工。

(3) 機關要求全部或部分停工。

(4) 因辦理變更設計或增加工程數量或項目。

(5) 機關應辦事項未及時辦妥。

(6) 由機關自辦或機關之其他廠商之延誤而影響履約進度者。

(7) 機關提供之地質鑽探或地質資料，與實際情形有重大差異。

(8) 因傳染病或政府之行為，致發生不可預見之人員或貨物之短缺。

(9) 因機關使用或佔用本工程任何部分，但契約另有規定者，不在此限。

(10) 其他非可歸責於廠商之情形，經機關認定者。

2. 前目事故之發生，致契約全部或部分必須停工時，廠商應於停工原因消滅後立即復工。其停工及復工，廠商應儘速向機關提出書面報告。

3. 第 1 目停工之展延工期，除另有規定外，機關得依廠商報經機關核備之預定進度表之要徑核定之。」

參考自行政院公共工程委員會全球資訊網：  
<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002> (最後瀏覽日：2012 年 6 月 10 日)

<sup>115</sup> 根據 101.06.04 修正之工程採購契約範本第十七條第五款規定：「(五)因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；不能履約者，得免除契約責任：

1. 戰爭、封鎖、革命、叛亂、內亂、暴動或動員。

2. 山崩、地震、海嘯、火山爆發、颱風、豪雨、冰雹、惡劣天候、水災、土石流、土崩、地層滑動、雷擊或其他天然災害。

3. 墜機、沉船、交通中斷或道路、港口冰封。

4. 罷工、勞資糾紛或民眾非理性之聚眾抗爭。

5. 毒氣、瘟疫、火災或爆炸。

6. 履約標的遭破壞、竊盜、搶奪、強盜或海盜。

7. 履約人員遭殺害、傷害、擄人勒贖或不法拘禁。

8. 水、能源或原料中斷或管制供應。

9. 核子反應、核子輻射或放射性污染。

10. 非因廠商不法行為所致之政府或機關依法令下達停工、徵用、沒入、拆毀或禁運命令者。

11. 政府法令之新增或變更。

12. 我國或外國政府之行為。

13. 其他經機關認定確屬不可抗力者。」

參考自行政院公共工程委員會全球資訊網：  
<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002> (最後瀏覽日：2012 年 6 月 10 日)

係指戰爭、封鎖、革命、叛亂、內亂、暴動或動員；山崩、地震、海嘯、火山爆發、颱風、豪雨、冰雹、惡劣天候、水災、土石流、土崩、地層滑動、雷擊或其他天然災害；墜機、沉船、交通中斷或道路、港口冰封；罷工、勞資糾紛或民眾非理性之聚眾抗爭。

## 五、情事變更依其原有效果必須顯失公平

參最高法院四十一年度台上字第四十七號判例：「法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由致情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，法院固得裁量增加給付之判決，然若物價略有變動，當事人不無相當受有影響，而斟酌其他情形，尚未達於顯失公平之程度者，仍不得遽准債權人之請求，命債務人增加給付。」、最高法院三十九年度台上字第一四四〇號判例：「復員後辦理民事訴訟補充條例第十二條所謂情事變更，依原有效果顯失公平者，係指情事劇變，依一般觀念，認為如依原有效果顯然有失公平者而言，以新臺幣為給付之契約成立後，物價雖有變動，但苟非依一般觀念認為有顯失公平之情形，即無本條之適用。」所謂顯失公平，乃在客觀交易秩序上，認使原有法律效果發生，將有背於誠信與衡平觀念之謂。至於有無背於誠信與衡平觀念，學者認為須視個案情形，參酌當時社會環境以為斷，必須在有「顯失公平」之情形下，始得引用情事變更原則<sup>116</sup>。

而就是否顯失公平，於客觀衡量標準上，學者提出下列原則<sup>117</sup>：

- (1) 有交易安全危害之虞者：亦即對於通常之利害關係發生巨大之變動。
- (2) 僅相對人未預料利益之除去：情事變更原則，其目的在於免去不當之損害，但不得因此使相對人蒙受不當損害之結果。
- (3) 公平之事實須存在發生法律關係之相對人之雙方或一方。
- (4) 情事變更與顯失公平間，須有相當因果關係。

又按最高法院一〇〇年度台上字第一三九二號判決：「依上訴人提出之「營造工程物價金屬製品類指數」所載，鋼筋物價指數於九十一年二月六日兩造訂約後，迄九十三年十月二十日驗收間，固有上漲之情形，惟物價之變動有其市場因素，並可預期會產生物價連動現象，通常有一定之趨勢可預估。尤其上訴人為專業之營造廠商，其承攬系爭工程之金額高達二億零四百萬元，堪認上訴人係頗具規模且極具市場經驗之專業營造廠商，對於未來物價之變動，當具推估判斷能力。由於我國為開放性經濟體系，營造工程物價受國內外不確定因素之影響甚大，履約之成本風險自宜一併考量，營建材料物價上漲之市場趨勢，於系爭工程契約訂定前應已有明顯市場趨勢跡象可循，並非完全無法預料，該物價上漲之履約成本

<sup>116</sup> 林誠二，同註 106，頁 63。

<sup>117</sup> 史尚寬，同註 112，頁 437，轉引自姚志明，同註 110，頁 267，註 53。

風險，上訴人於締約前本應評估。再者，兩造於訂約時已就上開物價變動因素列入考量而明訂系爭工程契約，排除物價調整之適用，上訴人縱因物價持續上漲致減損其預期利潤，亦應自行承擔，否則將無從敦促投標者理智謹慎評估，將其欲投標之金額納入風險考量，其結果無異形同鼓勵投標廠商不須預作正確風險評估而先以低價搶標，迨得標後，再以物價上漲之理由，請求提高承攬合約之總價金，顯與民法第二百二十七條之二第一項規定之立法目的相違。上訴人於投標系爭工程及簽訂系爭工程契約之前，應已預期或可得預期鋼筋價格大幅波動及上漲趨勢等風險，其仍與被上訴人為系爭工程契約之簽訂，則於系爭工程契約訂立後，上訴人縱因物價變動而受有相當之影響，惟因該變動本係上訴人得預見且應於投標及簽訂契約前為估算，被上訴人並未因此而受有任何利益，故上訴人所受之損失，尚未達於顯失公平之程度，揆諸上揭規定及說明，自與民法第二百二十七條之二第一項所規定之情事變更原則有悖。」

從上開判決可推知，最高法院認為當事人一方為專業之營造廠商，對於未來物價之變動，當具推估判斷能力，且營建材料物價上漲之市場趨勢，於系爭工程契約訂定前應已有明顯市場趨勢跡象可循，並非完全無法預料，是以，當事人一方於投標系爭工程及簽訂系爭工程契約之前，應已預期或可得預期鋼筋價格大幅波動及上漲趨勢等風險，即使發生物價變動，亦本屬當事人一方得預見且應於投標及簽訂契約前為估算，此風險成本估算應係當事人一方之對己義務，若當事人未盡此義務，而將嗣後發生物價變動所造成之不利益轉嫁至他方當事人，難謂無不公之理。故當事人他方亦難認其因情事變更而受有任何利益，當事人一方所受之損失，亦未達於顯失公平之程度，自與民法第二百二十七條之二第一項所規定之情事變更原則有違。

## 第二款 情事變更原則之效力

情事變更的法律效果依據我國民法第二百二十七條之二第一項之規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，**當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。**」學者有認為，就實體關係而言，情事變更原則之法律效果，不僅可以變動給付之內容，甚至可以創設或消滅法律關係。前者法條所謂增、減其給付，如增加或減少給付之數額是，後者法條所謂變更其他原有之效果，如解除或終止契約(解除構成終止權發生)。不過究係增減給付或變更原有效果，法院應就個案，斟酌其數權公平之具體情況而為妥善裁量<sup>118</sup>。

又，學理上亦有將情事變更原則之法律效果區分為第一次效力及第二次效力。

<sup>118</sup> 邱聰智，同註 89，頁 411。

所謂第一次效力係指，情事變更原則之適用，應盡量維持已成立之基本法律關係，使其能繼續存在，亦即第一次效力之目的著重在不破壞原有法律關係之前提下，得以排除因情事變更所生之不公平狀態；第二次效力則係指，若採第一次效力之方法，仍不能達排除不公平之結果者，為維護雙方之誠信衡平，自應允當事人解除契約以消滅原有法律關係。而第一次效力包括實務上常見之增減給付判決、分期或緩期清償、同種給付之變更、拒絕先為給付(不安抗辯權)、給付以他種通用貨幣、窮困抗辯以及成立適法之無因管理等；第二次效力則有解除契約、終止契約以及除去責任請求權<sup>119</sup>。學者更進一步釐清第一次效力(增減額請求權)與第二次效力(解除權或終止權)之間的關係為何，即情事變更原則適用第一次效力既係以維持原有法律關係為目的，且此原則係建立在誠信衡平觀念上，如何求當事人間公平正義，為最重要之課題。故增減額請求權為行使解除權(終止權)之先行條件，必在一方請求他方增減額給付而被拒絕後，方得解除契約<sup>120</sup>。

惟我國實務似乎有不同見解，臺灣高等法院九十五年度上字第六二三號判決：「退步言，縱認上訴人得主張情事變更，惟因情事變更規定之法律效果，僅契約當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果，並未賦予契約當事人契約解除權，是上訴人依情事變更之規定，主張解除合建契約，亦屬無據。」我國實務似乎認為情事變更之情形，無解除權或終止權之適用。相較於我國實務所採取之見解，學者建議可參考德國民法第三一三條規定之法律效果。德國法行為基礎變更的法律效果有三：得請求為契約之調整、解除契約、在長期債之關係，得以終止契約替代解除契約。目前德國法院實務在情事變更並未賦予一定之法律效果，也不會首先考量將契約解除或終止，而是盡可能地找尋維持原契約之機會。也就是找尋對於雙方承諾之義務作盡可能最弱的干預。於價值失衡(*die Äquivalenzstörungen*)時，最常見的措施是調整對待給付之價值與給付間使其回復均衡。問題是對相對人而言，係在私法自治決定外，強迫其接受新的價值關係。當然此時相對人也可以選擇解除契約。而從另一方面言，解除契約或終止契約縱然是符合一定要件下片面為之，或有認為違反私法自治之疑慮，可是任何契約之變更，原本有待於雙方當事人之共識。在情事變更之其他給付調整，也沒有此種共識，而是以法官的判決代替雙方意思之合致。也就是說，也是片面的權利主張，由法院認可就發生了效力，與解除或終止契約的效果也無甚差異<sup>121</sup>。

### 第三款 情事變更原則常見類型

誠如前述，近年實務有關情事變更原則多出現於工程承攬契約中，蓋承攬工

<sup>119</sup> 林誠二，同註 106，頁 64 至 65。

<sup>120</sup> 林誠二，同註 106，頁 65。

<sup>121</sup> 黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月，頁 221 至 223。

程所需時間與金錢均為數可觀，而在契約成立後，工作物交付之前，亦往往涉及一定變數致契約內容有調整需要，是以基於私法自治與契約自由之精神，應盡量尊重當事人間對契約內容實現之期待，若遇有情事變更之情況，自應以增減給付判決為優先考量原則，惟是否一旦情事有所變更，即可援引情事變更原則，不無疑問，實務所採之作法多以當事人於締約之時是否可預見為判斷基準。我國民事實務上適用情事變更原則之「情事」類型甚多，以下則將該等「情事」區分為不可抗力及通常事變兩大類介紹之。

## 壹、不可抗力

### 一、天候異常

最高法院九十四年度台上字第一三九五號判決：「其次，上訴人追加之訴部分：(1)系爭工程因工期延長期間之擋土排水、勞安、交通維持等費用之部分：就系爭工程因非可歸責於上訴人之事由，而准予延長之工期，依一般工程慣例，「一式」性之工程項目，為延長逾三個月以上工期之部分，致上訴人因此增加工期延長期間之成本及減少之利潤，核與工期有直接關係者，依民法第二百二十七條之二第一項情事變更之規定，應准上訴人請求增加給付工程費及利潤，始符合事理之公平，系爭工程工期因非可歸責於上訴人之事由，准予延長工期逾三個月以上部分，且工期延長與上訴人之成本與利潤具有直接關係者，應准上訴人請求增加給付。上訴人請求系爭契約「一式」工程項目中之A—擋土排水部分，尚難認定與上訴人之成本利潤與工期具有直接關係，為台灣省土木技師公會鑑定報告所是認，上訴人就此部分亦未舉證證明如何具有直接關係，故此部分之請求應予駁回。…是上訴人追加之訴，除依情事變更請求被上訴人給付系爭工程之工期延長期間之勞安、交通維持等費用二十萬七千五百三十一元部分，為有理由；其餘追加之訴部分，不應准許。」由此判決中可以得知，因天候不佳(颱風、雨天等)而不得不延長工期之情形，雖非可歸責於當事人，惟當事人若無法舉證成本利潤與工期具有直接關係者，該部分即無適用民法第二百二十七條情事變更原則之餘地。

最高法院九十六年度台上字第二一六七號判決：「果爾，衡諸台灣屬亞熱帶海島型氣候，因天候不佳致海象惡劣而無法施工者，縱事所恆見，但因此停工長達七八·五日之停工日數，是否仍屬兩造於訂約時可預見之常態範圍？又供電正常不斷電，原為民生經濟現狀之常態，而九二一地震屬罕見天災，兩造於締約之初可否預見其災情及因此停電停工之損害？依系爭契約原有約定解釋該停工效果是否顯失公平？均非無疑。原審未察上述天候不佳是否為反常狀況？及九二一地震之罕見天災，所致第二分項原排定時程施工之影響，究明天候及九二一地震後續停電停工日數是否屬於締約當時合理預見之範疇？逕以天候屬不可抗力，為

大棟公司所預見；停電停工乃九二一地震所致，不可歸責於台電公司等詞，認各該因素之停工，非屬情事變更，而為不利於大棟公司之認定，是否符合論理及經驗法則？」而此判決則點出，即使天候不佳係可預見之情事，惟停工過久似已逾越兩造於訂約時可預見之常態範圍，且因地震所需之停電停工日數亦應非屬於締約當時合理預見之範疇，既然於訂約之後始發生客觀上不可預料之情事，而依其原有效果顯失公平者，自有情事變更原則之適用。

## 二、民眾抗爭

臺灣高等法院九十二年度重上字第六一九號判決：「查系爭工程原定 670 日曆天內完工，但因被上訴人辦理變更設計及施工地民眾抗爭等因素展延 6 次，致其工期合計展延 625 日之事實，已如前述。系爭合約第 6 條約定：「甲方（即被上訴人）在本工程原計劃範圍內有隨時變更設計及增減工程數量之權。．．」又未約定被上訴人有提供如何之施工環境予上訴人之義務，上訴人既已將系爭該工地交由被上訴人施工，尚難以工期因被上訴人辦理變更設計及工地附近居民之抗爭等因素展延，即認被上訴人有可歸責之事由，而令負不完全給付或給付遲延責任，故上訴人追加依民法第 227 條、第 231 條第 1 項規定，請求被上訴人負給付遲延之損害賠償責任，尚非有據。．．然契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果，民法第 227 條之 2 第 1 項定有明文。此一規定，於民法債編修正放行前發生之債，亦適用之（民法債編施行法第 15 條參照）。系爭工程原定 670 日曆天內完工，但實際展延 625 日始完工，展延之工期幾與原定工期相同，顯非兩造於訂立系爭合約時所得預料，而此期間，上訴人所必須支付之管理費及外籍勞工薪資、所得稅及就業安定費，並不因無法施工而減少。本院認為此增加之費用，既非系爭合約所預定，無法依系爭合約為解決，復不能歸責於一方，依債務不履行之規定處理，自應依上開規定，由兩造平均分擔，始為合理。」高等法院針對民眾抗爭所造成之工期延誤，認為其顯非兩造於訂立系爭合約時所得預見，故當事人因而多增加之開銷，應可援引情事變更原則，由兩造公平分擔。惟此見解似與最高法院相左。

最高法院一〇〇年度台上字第六五五號判決：「又按法院因情事變更為增加給付之判決，並非以請求權人所受損失之填補為目的，其與損害賠償填補原理不同，應依客觀之標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增、減給付之數額。再居民抗爭係屬不可歸責於上訴人與勇澧公司，亦為原審所認定之事實。則勇澧公司倘有增加支出，上訴人是否必受有利益？乃原審並未調查審認上訴人是否因該情事變更而受有利益及其利益額暨社會客觀經濟環境是否變更，勇澧公司所受之損失為何，逕認勇澧公司在上開停工期間無法施作無從獲取報酬，然仍須支出必要費用而受有損失，顯

失公平，進而判命上訴人給付勇澧公司於該待工期間之人員機具之損害之全部費用，不免速斷。上訴論旨，指摘關此部分之原判決不當，求予廢棄，非無理由。」最高法院進而指出，即使居民抗爭非為可歸責於當事人之事由，仍須判斷當事人實際之所受損害與所得利益額，而非僅以當事人一造增加支出，即逕認為他造受有利益，而得適用情事變更原則。

### 三、物價變動

最高法院一〇〇年度台上字第一七一四號判決：「惟情事變更原則，旨在規範契約成立後有於訂約當時不可預料之情事發生時，經由法院裁量以公平分配契約當事人間之風險及不可預見之損失。倘於契約成立時，就契約履行中有發生該當情事之可能性，為當事人所能預料者，當事人本得自行風險評估以作為是否締約及其給付內容（如材料、價金等）之考量，自不得於契約成立後，始以該原可預料情事之實際發生，再依據情事變更原則，請求增加給付。本件系爭契約第四條第七項既記載：「本工程不依物價指數調整變動辦理契約價金之調整，承商（即被上訴人）應自行將可能之物價波動因素納入標價考量。」等語（見一審卷七二頁）。似見兩造已預見於系爭契約訂定後，工程進行期間，非無發生物價變動情事之可能。且經被上訴人將之納入標價考量後，始與上訴人締約，並明確約定不依物價指數調整工程款。果爾，倘該契約條項之約定，未違反公序良俗或強制規定，又無其他無效之情形。則上訴人一再抗辯：本於私法自治及契約自由之原則，不得捨系爭契約第四條第七項之約定不予適用；該契約條項之約定，應排除民法第二百二十七條之二第一項規定之適用等語（同上卷二八五頁、二八六頁；原審卷第一宗六五頁、六六頁），即屬重要之攻擊防禦方法。何以不可採？未據原審於判決理由項下說明其取捨意見，已有判決不備理由之違誤。<sup>122</sup>」最高法院多數見解認為，當事人若於訂約之初，已明確約定不依物價指數調整工程款，即可認為就契約履行中有發生該當情事之可能性，係屬當事人所能預料者，當事人本得自行風險評估以作為是否締約及其給付內容（如材料、價金等）之考量，自不得於契約成立後，始以該原可預料情事之實際發生，再依據情事變更原則，請求增加給付。

惟最高法院亦有認為，不問系爭契約內有無物價指數調整之約定，均得適用情事變更原則。最高法院九十五年度台上字第一九四四號判決：「上開砂石價格飆漲情事既非兩造於立約當時所得預料，倘無論砂石工料如何飆漲，均依系爭合約約定之單價辦理，則不啻令被上訴人單獨承擔不可預測之風險，於客觀交易秩序及系爭合約原有法律效果之發生，亦將有悖誠信及衡平觀念，對被上訴人顯失

<sup>122</sup> 可併參最高法院一〇〇年度台上字第一三九二號判決、最高法院一〇〇年度台上字第一三四七號判決、最高法院一〇〇年度台上字第二九〇號判決、最高法院九十九年度台上字第二三八九號判決、最高法院九十九年度台上字第一七四二號判決、最高法院九十八年度台上字第一六六二號判決。

公平，被上訴人依情事變更原則及誠信原則之規定，自得請求法院增加上訴人應為之給付。…系爭合約物價指數條款係以營建物價總指數計算物價指數調整，僅為一般物價指數調整，該營建物價總指數不足反應砂石單一材料之漲跌情況，佐以交通部砂石補償方案肆之處理原則第三點說明：「本方案適用於原合約內有物價指數調整或無物價指數調整規定之工程，以求公平並分攤風險。……依據要點中所規定採行之『總指數』計算物調時，其增減超過 5% 才會調整，以八十三年七月行政院主計處公布之統計月報之台灣區營建工程物價指數之總指數漲、跌幅均未超過 5%，原合約雖有物價指數調整辦法，但均因此不予調整，故原合約是否含有物價指數調整辦法，其結果及所面對之困難均相同，無法反應個別材料、工資之漲跌情況，失去訂定該辦法之德政及風險分攤原則。故基於衡平、合理及風險分攤考量，原合約是否含有物調辦法，均以適用本方案調整或補償較宜」，堪認被上訴人主張因此次砂石價格飆漲而適用情事變更原則，核與系爭合約有無物價指數調整之約定無涉，亦非互相排斥適用。」

就實務上常見之「物價調整約款」而言，多數見解認為契約中如已約定遇有物價變動時有何應變方法，則可判定當事人於訂約之時即有預見可能性，此時情事變更原則得以適用之可能性並不大，反之，若當事人於締約之時就物價變動並無任何約定者，當事人主張情事變更原則成功之機率則較大。而上開判決則獨排眾議認為，系爭契約內有無物價指數調整之約定並非適用情事變更原則之判斷要件，而係應以當事人間之衡平及風險分擔為首要考量，故即使當事人於締約之時已於契約內訂有物價調整約款<sup>123</sup>，當事人仍得以主張情事變更原則。惟系爭案例中之「砂石補償方案」及「交通部砂石補償方案肆、處理原則第三點」為強烈情事變更所因應之事後補救規範，故最高法院如此見解應無違反「私法自治」及「契約自由原則」。

## 貳、通常事變

若因契約當事人以外第三人之行為所致之通常事變，不論第三人為政府機關或其他自然人、法人，若承包商之施工成本因而大增，依原有契約價金顯失公平時，且該通常事變係締結契約當時雙方所無法預見者，應認為承攬人得主張情事變更原則而請求調整契約價金<sup>124</sup>。

### 一、界面廠商之影響

在工程契約中，常有因界面廠商之遲延，導致承攬人無法如期履約之情形，

<sup>123</sup> 該案例之原審判決，：「基隆港務局雖辯稱系爭合約附件「基隆港務營繕工程補充說明書」第 7 條已約定工料價格變動調整方法，無情事變更原則適用云云，…」

<sup>124</sup> 黃立，同註 121，頁 213。

實務上針對界面廠商遲延能否主張情事變更原則有不同見解<sup>125</sup>。有採肯定見解者，如最高法院一〇〇年度台上字第一九三二號判決：「建忠公司承攬之系爭工程須配合土木工程之進度始得施作，因負責土木工程之允建公司施工及驗收延宕，致建忠公司之工期延滯九百三十三點五天，似此情形，要非建忠公司於訂約時所得預料。而工期延滯將導致成本增加及資金運用之積壓，造成財務損失，如仍依正常工期所簽訂之契約給付工程款，對建忠公司顯非公平，其自得依情事變更原則，請求增加給付。…再者，高市經發局因情事變更須對承攬裝修工程之訴外人學志營造有限公司增加給付九百七十一萬九千零二十元本息；承攬空調工程之訴外人昌緯冷凍機械股份有限公司亦訴請高市經發局增加給付；因允建公司之土木工程延宕，致高市經發局就高雄市工商展覽中心及音樂館於延宕期間無法使用或出租，亦受有損失。審酌建忠公司因情事變更所受之損失，高市經發局因情事變更所得之利益，及其實際上亦受有損失，並參酌系爭工程自兩造於八十五年四月間訂約時起至允建公司之土木工程於九十一年八月十六日完成驗收止，消費者物價指數變動幅度及營造工程物價指數變動幅度均僅約百分之四，社會經濟環境變動不大等其他實際情形，認由兩造平均承擔建忠公司所受利潤、管理費之損失，始為適當。」

而亦有採否定見解者，如最高法院九十七年度台上字第二三四五號判決：「查第一次延展一百七十四日申請事由為：高鐵主線分段交地（高鐵界面第十三、十四、十七、十九項）、桃四二線中油管未如期遷移。第二次延展一百十三日申請事由為（參第三次 C.P.M.網圖修正說明書，第四頁）：高鐵界面（第十四、十七項）延遲交地、交通設施工程變更案。上開二次上訴人聲請展延日數，經被上訴人審查後，分別各准以展延一百七十四日及一百十三日，並經內政部函准予備查，且其所展延就其中事由最長日數為之，復為兩造所不爭執。該等事由皆為工程施工中，他業務單位配合問題所產生之工期羈延。且依系爭工程採購契約第七條第六項第一款約定申請展延事由，亦堪推認上訴人申請經被上訴人核准部分即係契約約定之不可歸責事由。而該事由為上訴人於投標及訂約時所得預見，並於上開施工規範中明文約定屬上訴人之契約義務。…本件之展延事由俱為上訴人於訂約時所得預見。矧非屬高鐵介面因素之障礙事由，僅有二十七日，依上訴人請求之金額，扣除華大林組公司給付之二千萬元，餘下者佔工程結算總金額百分之一點一，難認已逾契約簽訂時之預期範圍，是本件既無情事變更原則適用餘地，亦無顯失公平之處，上訴人自無從依民法第二百二十七條之二規定，請求被上訴人賠償該部分之損害。<sup>126</sup>」最高法院認為界面廠商遲延之事由為當事人一造於投標及訂約時所得預見，並於施工規範中明文約定屬當事人一造之契約義務，難認已逾契約簽訂時之預期範圍，是以既無情事變更原則適用餘地，亦無顯失公平之處，進而排除民法第二百二十七條之二規定之適用。

<sup>125</sup> 黃立，同註 121，頁 213。

<sup>126</sup> 可併參最高法院九十四年度台上字第一號判決。

## 二、土地徵收機關遲延

就土地徵收機關遲延之情事，當事人得否援引民法第二百二十七條之二之規定，實務亦均有所採。最高法院九十五年度台上字第二三八三號判決：「其次，民法第二百二十七條之二第一項規定，契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增減其給付或變更其他原有之效果。該所謂情事變更，非當時所得預料，依其原有效果顯失公平者，係指情事遽變，非契約成立當時所得預料，依一般觀念，認為如依其原有效果顯然有失公平而言。兩造訂立系爭契約之際，是否可得預料徵收機關未能於完工期限前完成土地徵收及可能展延工期超過原定工期一年以上，在此期間上訴人能否棄系爭工地之材料安全等於不顧，此攸關上訴人可否因出乎常情之預期而主張情事變更，原審未詳為調查，遽謂兩造已有棄權條款約定，自無情事變更原則之適用，非無可議。」此則判決認為土地徵收機關未能於完工期限之前完成土地徵收，此攸關當事人可否因出乎常情之預期而主張情事變更，亦即土地徵收機關遲延為當事人始料未及之情事，而肯認其可主張情事變更原則。

參考最高法院九十八年度台上字第二四七〇號判決：「查兩造於系爭契約第六條第四項約定：「因其他非宏隆公司之責任而影響工期者（如房屋拆除、工地取得、管線拆除等），第四區養護工程處應於監工日報逐日記載……並於半月報內予以統計於影響工期之事實告一段落時主動予以分析核算延長工期」。第二十條第二款約定：「訂約後因第四區養護工程處之原因超過六個月仍無法使宏隆公司開工者。宏隆公司得請求終止合約，宏隆公司因此所受損失按第四區養護工程處投標須知補充說明有關規定得請求第四區養護工程處補償外，宏隆公司不得提出任何要求」。…顯見系爭工程有用地徵收及拆屋等問題尚待解決，宏隆公司於上揭情形得斟酌是否請求終止合約並請求損害賠償。又宏隆公司曾多次承攬第四區養護工程處之工程，知悉第四區養護工程處所發包工程須於施工中同時辦理用地徵收之情事，其於第四區養護工程處交付土地遲延時，並未依民法第五百零七條規定解除系爭契約或依上揭約定終止系爭契約，仍繼續施作系爭工程，獲致報酬。則遲延交付土地致宏隆公司遲延完工，是否得認為係情事變更致非宏隆公司所得預料，已非無疑。」從系爭契約約款中可知，當事人知悉系爭工程有用地徵收及拆屋等問題尚待解決，又當事人之一造曾多次承攬第四區養護工程處之工程，知悉第四區養護工程處所發包工程須於施工中同時辦理用地徵收之情事，因而，是否得認為土地徵收機關遲延致非當事人所得預料，似有探究餘地，是以最高法院據此否定情事變更原則之適用。

### 三、法令變更

最高法院九十六年度台上字第一〇六五號判決：「次查自強公司於原審主張：「至於水電追加工程（消防泡沫灑水變更工程）款四十八萬八千三百九十六元，依證人陳家祿於鈞院證稱：停車場原來設計是二層（指二層停車位），消防圖設計是一層（指灑水設備），因為當初法令只要設計一層的消防設施就夠了，後來法令變更，二層停車位就需要二層的灑水設備，因此變更消防灑水設備等語，可知，此項水電追加工程係因法令變更而起，既不能歸責於伊，自不應使伊受其損害，故應許伊有請求是項已服勞務之報酬」等語（見原審卷(一)第二二七、二八一頁），此攸關法院應否適用情事變更原則，命甲○○○等四人增加給付，原審未說明不足採取之理由，遽謂自強公司非處於情事變更須定作人增加給付情事，而為自強公司該部分敗訴之判決，亦嫌速斷。」最高法院似肯定法令變更之情事，有情事變更原則之適用，蓋契約成立後，法令始有所變更，此非為當事人於締約當時可得預料，亦非可歸責於雙方當事人之事由，若強使當事人之一造負擔因此所生之費用，難認無不公之處，故此時當事人應可援引情事變更原則，使該支出由當事人兩造公平負擔，始為合理。本文贊同之。

#### 第四款 本文觀察

「私法自治」及「契約自由原則」可謂是私法領域兩大重要之基本原則，故私法上之權利義務關係，法院自應尊重當事人所為之約定，以維護當事人間之法安定性，除非在極為例外之情況下，法院始得介入。從而，民法第二百二十七條之二「情事變更原則」，雖鑑於維護法律正義而規定法院得介入、變更契約約定，然基於維持「私法自治」及「契約自由原則」，自應嚴格限縮情事變更原則之適用。且法院在介入契約後，仍應以最小程度介入，否則私法自治、契約自由原則重要精神將蕩然無存<sup>127</sup>。是以，本文嘗試以比例原則剖析我國民事實務上對於情事變更原則之操作。

#### 壹、適當性原則

學理上，有將情事變更原則定位為誠信原則之次之下位概念之一<sup>128</sup>，亦可謂情事變更原則是廣義誠信原則的表現，使法院得對權利的行使，尤其是債務的履行，依誠信原則為公平的裁判<sup>129</sup>。尤是可知，情事變更原則之適用是為了實現誠

<sup>127</sup> 鄭漢碁，物價變動調整之情事變更原則適用，萬國法律第 174 期，2010 年 12 月，頁 13。

<sup>128</sup> 邱聰智，同註 89，頁 411 至 412。

<sup>129</sup> 施啟揚，民法總則，作者自刊，2003 年 8 月修訂版，頁 395。

信原則，此亦可從民法第二百二十七條之二之增訂理由窺知一二<sup>130</sup>。按最高法院四十七年度台上字第一七七號判例：「因情事變更，增加給付之法理，於適用時，應斟酌當事人因情事變更，一方所受不相當之損失，他方所得不預期之利益及彼此間之關係，為公平之裁量。」

復依最高法院一〇〇年度台上字第六五五號判決：「又按法院因情事變更為增加給付之判決，並非以請求權人所受損失之填補為目的，其與損害賠償填補原理不同，應依客觀之標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增、減給付之數額。」以及最高法院一〇〇年度台上字第一七一四號判決：「又民法第二百二十七條之二第一項所定之情事變更原則，旨既在規範契約成立後，有於訂約當時不可預料之情事發生時，經由法院裁量以公平分配契約當事人間之風險及不可預見之損失。則法院依該原則為增加給付之判決時，仍應本於客觀公平之標準，審酌一方因情事變更所受損失、他方所得之利益，及其他實際情狀，以定其增加給付之適當數額。」<sup>131</sup>

公法上比例原則之適當性指行為應適合於目的之達成，而行政行為是否適當，應以憲法第二十三條規定之為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益四種目的為其標準。而民事事件與公法事件具有本質上之相異性，是以，比例原則之三個派生原則於民事事件之操作，應有別於公法事件。申言之，於民事事件之比例原則下之三個派生原則應各司其職，亦即適當性原則與必要性原則所要處理的問題在於法條構成要件是否成立，而狹義比例原則則係以判斷賠償範圍或手段選擇為審查重心。

民法第二百二十七條之二第一項規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」就該條規定以及前開所述及之內容可以得知，情事變更原則之要件有五，分別為：一、須有情事變更之事實。二、必須發生於法律行為成立後法律效果消滅前，蓋非發生在法律行為成立後，即無所謂不能預料之情事。三、

<sup>130</sup> 民法第二百二十七條之二之增訂理由：「……二、情事變更原則為私法上之一大原則，民事訴訟法第 397 條雖有明文，惟民法上除有個別具體之規定，例如第 252 條、第 265 條、第 442 條等外，尚乏一般性之原則規定，致適用上易生困擾。目前實務上雖以誠實信用原則依民事訴訟法第 397 條之規定，為增、減給付或變更原有效果之判決。但誠實信用原則為上位抽象之規定，究不如明定具體條文為宜。爰參考民事訴訟法第 397 條之立法體例，增訂第一項規定，俾利適用。」

<sup>131</sup> 可併參最高法院一〇〇年度台上字第八五九號判決：「查原審本於取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，認定被上訴人為處理系爭工程剩餘土方所增加支出之必要費用三百七十二萬九千一百九十二元，係系爭工程契約成立後，因原約定之需土單位變更需求數量及未依原設計規畫前來載運，經向上訴人請示後，依上訴人不得私自處理之指示所生，非於簽約時所得預見，倘依施工規範約定，由其全數自行負擔，不另計價，依一般觀念，對其顯失公平。因而基於分配風險之情事變更規定，論斷應由上訴人負擔該必要費用，並以上述理由而為此部分上訴人敗訴之判決，經核於法並無違誤。」

須非當事人於法律行為當時所得預料，且不能預料之事，非當事人於為法律行為當時所知或可得而預見者。四、必須情事變更係因不可歸責於當事人之事由所致，即情事變更原則之適用，僅以天然災害及其他人力不可抗拒者(絕對事變)為限。五、情事變更依其原有效果必須顯失公平，本文認為，要件一至要件四應為判斷主張情事變更原則是否符合適當性之審酌因素，亦即，就目的正當性之審查階段，須同時具備此四個要件，使得謂主張情事變更原則有其適當性。

## 貳、必要性原則

比例原則下之手段必要性所要處理之問題，則係依照民法第二百二十七條之二第一項所謂「依其原有效果顯失公平者」，即情事變更原則之第五個要件，換言之，是否顯失公平為適用情事變更原則之最後一道防線。法院應先衡量當事人一方所受之損害，與他方因而所得之利益是否已達顯著不公平之程度。若法院肯任一方所受損害與他方所得利益已顯著失衡，始可依情事變更原則為一增減給付判決。此可參酌最高法院九十六年台上字第六四七號判決：「惟按情事變更原則，係基於衡平之理念，對於當事人於法律行為當時不可預見之情事，或其他為法律事實之基礎或環境發生劇變所設之救濟制度。如該情事於訂約時非不得預見，或為法律事實之基礎或環境未發生劇變，或其結果未達顯著不公平時，縱一方當事人因雙方依原訂契約履行之結果，受有損害，亦不得逕依情事變更原則，請求他方增加給付。本件原審依情事變更原則，命上訴人增加給付，惟就兩造訂約時之基礎或環境，於訂約後有何劇變？依其原有法律效力，是否已達顯著不公平等合於情事變更原則之要件，均未說明；徒以系爭工程延後驗收，非被上訴人所得預料，被上訴人受有成本增加，及財務損失等語，即認有民法第二百二十七條之二第一項規定之適用，自有可議。」<sup>132</sup>

承前所述，情事變更原則為誠信原則下位概念之一，而顯失公平為情事變更原則適用之要件，此或可推導出，誠信原則為操縱是否顯失公平之背後那隻看不見的手，亦可謂顯失公平與否須通過誠信原則之檢驗。是以，若依其原有效果未達「顯失公平」之程度者，則難肯認主張情事變更原則有其手段必要性。

<sup>132</sup> 可併參最高法院九十八年度台上字第七六五號判決：「而依系爭『棄權事項』約定：『承包商（上訴人）以有效之理由申請延長工期，如（被上訴人所屬）工程司以書面通知核准其延長之請求，除該延期之理由係可歸責於國工局（被上訴人）外，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已作全部而圓滿之補償，承包商須放棄對該一事件再提出要求之權利』等內容（見一審卷第一宗二一八頁），似謂被上訴人僅就可歸責於其本人之事由而展延工期，始予上訴人補償。若因「非可歸責於兩造之事由」所生之工程展延，上訴人概不得再要求補償，並應放棄請求之權利。果爾，無異將「非可歸責於兩造事由」所生之損失，全歸由上訴人一人承擔。是否未顯失公平？已非無斟酌之餘地。況系爭『棄權事項』，似未明示排除情事變更原則之適用。」

### 參、狹義比例原則

若同時具備民法第二百二十七條之二第一項所規定之五個要件者，應可肯認情事變更原則之適當性及必要性原則，最後則進入到比例原則之狹義比例原則之審視階段，依照該條規定，情事變更之法律效力為「當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」如同前面一再提及，比例原則之狹義比例性原則所欲檢視者，為賠償範圍或手段之選擇。是以，法院就合乎情事變更原則要件之案例，首先應先選擇為增、減給付之判決或為變更其他原有效果之判決；再者，若法院採取前者之手段，則須進一步判斷增、減之數額範圍。

依照前述學理上之見解，情事變更之法律效果有第一次效力及第二次效力之分，法院之增減給付判決為第一次效力所及，而變更其他原有效果(解除權或終止權之行使)則為第二次效力，且第一次效力為第二次效力之前提要件，故增減額請求權為行使解除權(終止權)之先行條件，必在一方請求他方增減額給付而被拒絕後，方得解除契約。又按前開所列之臺灣高等法院九十五年度上字第623號判決：「退步言，縱認上訴人得主張情事變更，惟因情事變更規定之法律效果，僅契約當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果，並未賦予契約當事人契約解除權，是上訴人依情事變更之規定，主張解除合建契約，亦屬無據。」我國實務對於情事變更之法律效果，排除了解除權或終止權之適用，可見我國實務係採取了較為限縮、保守的態度。本文認為，不論是學理見解或是實務看法，其皆以維持當事人間原有法律關係為首要考量。

又，立於公正第三人立場之法院，所為增減給付判決之標準究竟為何？如何下一判決才能衡平雙方當事人因情事變更所致之利損？最高法院六十六年度台上字第2975號判例：「因情事變更為增加給付之判決，非全以物價變動為根據，並應依客觀之公平標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增加給付之適當數額。<sup>133</sup>」、最高法院四十一年度台上字第四十七號判例：「法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由致情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，法院固得裁量增加給付之判決，然若物價略有變動，當事人不無相當受有影響，而斟酌其他情形，尚未達於顯失公平之程度者，仍不得遽准債權人之請求，命債務人增加給付。」依照上開兩則判例可知，實務上調整雙方當事人間之風險係以客觀之公平標準，

<sup>133</sup> 可併參最高法院一〇〇年度台上字第290號判決：「惟按契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人始得依民法第二百二十七條之二第一項之規定，聲請法院增減其給付或變更其他原有之效果。而所謂情事變更，非當時所得預料，依其原有效果顯失公平者，係指情事劇變，非契約成立當時所得預料，依一般觀念，認為如依其原有效果顯然有失公平者而言。又按情事變更，法院依職權公平裁量為增加給付之判決，應依客觀之標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增加給付之適當數額，非全以物價變動為根據。」

審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形後，定其增加給付之適當數額，而非單以物價變動為依據。蓋若單以物價變動為判決基準，而未參酌其他實際情形，則無法使兩造平均分擔情事變更之風險。

從而，不論係法院決定為增、減給付之判決或為變更其他原有效果之判決(手段之選擇)，抑或係增、減給付判決之數額範圍，均係狹義比例性層次所要處理之問題，亦可謂狹義比例原則主要體現於情事變更法律效力上。

## 第五款 小結

民事事件之比例原則下之三個派生原則應各司其職，亦即適當性原則與必要性原則所要處理的問題主要為法條構成要件是否成立，而狹義比例原則則係以判斷賠償範圍或手段選擇為審查重心。本文認為，適當性原則於情事變更之體現在於，民法第二百二十七條之二第一項規定，所謂須有情事變更之事實、情事變更之事實必須發生於法律行為成立後法律效果消滅前、該事實須非當事人於法律行為當時所得預料、必須情事變更係因不可歸責於當事人之事由所致之該等要件是否成立之判斷上。

再者，比例原則下之手段必要性於情事變更所要處理之問題，則係情事變更原則之第五個要件，所謂「依其原有效果顯失公平者」，亦即，在客觀交易秩序上，認使原有法律效果發生，將有背於誠信與衡平觀念。換言之，法院若肯任一方所受損害與他方所得利益已明顯輕重失衡，當事人主張情事變更原則始符合手段必要性。

最後，則進入到比例原則之狹義比例原則之審視階段，該層次所要探討之問題為情事變更原則之法律效果，亦即賠償範圍或手段之選擇。是以，法院就合乎情事變更原則之案件，首先應先選擇為增、減給付之判決或為變更其他原有效果之判決；再者，若法院採取前者之手段，則須進一步判斷增、減之數額範圍。而針對增、減判決所決定之數額範圍，實務上係以客觀之公平標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形後，定其增加給付之適當數額，而非僅以物價變動為單一之判斷依據。

### 第三項 契約之一部解除—最高法院九十七年度台上字第一五四一號判決

按民法條文之規定，債務人所交付之物若有瑕疵，債權人得主張之法律效果計有解除契約、減少價金、另行交付無瑕疵之物、請求補正及請求損害賠償<sup>134</sup>等。其中，基於解除契約之效力較為強烈，亦即契約一經解除，契約效力則溯及失效，與自始未訂契約相同，對當事人甚或是公益之影響均甚大，故於民法第三百五十九條但書即規定：「但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。」第四百九十四條但書亦同：「但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約。」若單從條文解讀之，當債權人主張解除契約時，似乎即是主張解除全部契約，如此一來即是全盤推翻該契約之效力，當事人於之前對於契約之締結或為履行契約內容所付出的成本及努力均付諸流水，法院若逕准許債權人解除全部契約之請求，是否使當事人有權利濫用之嫌？再者，法院是否得依個案判斷為一部解除之判決？一部解除之判決內容是否亦有援引憲法比例原則之概念？以下茲就最高法院九十七年度台上字第一五四一號判決及相關學說分析之。

#### 第一款 事實摘要

上訴人(下稱甲)主張兩造於民國八十五年六月十二日訂立合建分售契約，由被上訴人(下稱乙)提供土地予伊興建房屋，約定被上訴人應於同年六月十九日前，將系爭土地應有部分各四分之一移轉登記與甲之法定代理人，詎乙拒不辦理該土地之所有權移轉登記，而乙則主張甲未依合約興建「獨棟」建築物，卻興建與鄰棟相連接之「連棟」建物，顯屬不完全給付。經伊多次及最後一次於八十九年六月九日，催告甲於同年七月十五日前補正，仍未遵期補正，已予解除合建契約，甲猶本於該契約為請求，自屬無據。縱伊不得解除合建契約，然於甲依債務本旨興建獨棟房屋前，伊仍得拒絕履行移轉系爭土地所有權之義務，亦得行使合建契約第三十六條沒收甲於系爭土地上建築物之權利。且甲未依約建築房屋，亦不得請求伊給付履約保證金所生之利息及瓦斯管線、水電費用等語，資為抗辯。

<sup>134</sup> 民法第三百五十九條、第三百六十條、第三百六十四條、第四百九十三條、第四百九十四條及第四百九十五條參照之。

## 第二款 實務見解

原審認為，合建契約訂立時，甲及乙之配偶陳煌曾於建築平面圖上簽名蓋章確認，如按舊圖施工，則合建契約建物亦成為「獨棟」建物，獨棟建物乃合建契約重要事項，然甲卻另按他圖施工完成，而成連棟建物。甲雖主張兩造曾於八十五年底、八十六年初合意修改該契約書內容，並將原建築圖之舊圖作廢，改依新圖建築房屋云云，然其主張並非可採。依民法第二百五十六條規定，債權人於有第二百二十六條之情形時，得解除其契約。乙既未同意按新圖施工，而甲卻違反合建契約約定，逕按新圖施工，致系爭合建契約有不完全給付情形，而此不完全給付，可歸責於甲，甲亦自認無法補正，即屬給付不能情形，則乙於八十九年七月十五日依法解除合建契約，自屬有據。又乙行使契約解除權，為正當權利行使，並無任何權利濫用之情形。合建契約既已合法解除，甲依兩造間合建契約之法律關係，請求乙移轉登記系爭土地應有部分各四分之一予甲之法定代理人自屬無據。

最高法院則認為，本件兩造間之合建契約，係因甲未依約建築獨棟之建物而成為不完全給付，為原審認定之事實。則該未建成獨棟建物之欠缺是否重要，甲所為其他部分之履行，是否於乙無利益，而得解除全部契約，原審未經詳查審酌，遽為甲敗訴之判決，已有可議。次按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第一百四十八條定有明文。本件乙解除合建契約，是否違反上開條文規定而有權利濫用情事，原審未詳細說明其理由，僅以乙行使契約解除權，為正當權利行使，即認其無權利濫用情形，亦屬判決不備理由而廢棄原審判決。

## 第三款 解除權之行使應適用禁止權利濫用原則

最高法院九十七年度台上字第一五四一號判決：「次按權利之行使，不得違反公共利益，或以損害他人為主要目的。行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第一百四十八條定有明文。本件被上訴人解除合建契約，是否違反上開條文規定而有權利濫用情事，原審未詳細說明其理由，僅以被上訴人行使契約解除權，為正當權利行使，即認其無權利濫用情形，亦屬判決不備理由。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。」，明白揭櫫解除權之行使，應適用權利濫用之禁止原則，足堪贊同。本件經發回更審後，臺灣高等法院臺中分院在九十七年度建上更(三)字第四十三號判決說道：「……，本件建物業於九十年間即建造完成，若予拆除，不僅將使建商所投入之人力物化為烏有，並須支出大筆拆除費用以回復原狀，其付出之社會成本及代價甚高，對被上訴人之損害亦甚大，

況依新圖建造之結果，上訴人之整體樓地板面積不僅加大，其市價亦較原舊圖為高，本院考量上訴人之主張縱屬實，即其未同意將獨棟改為連棟之建物縱屬實，然其因權利即解除權行使之結果，將對對造及社會經濟利益造成極大之損失…，是本院認被上訴人縱有不完全給付之情形，上訴人解除權之行使亦難予准許」，亦明斯旨，可供參照<sup>135</sup>。

#### 第四款 契約一部解除之適用要件

查最高法院十九年度上字第一二二三號判例要旨：「買賣之標的物有瑕疵者，買主固得請求解除契約，然其性質可分離者，究不能以一部之瑕疵而解除全部契約<sup>136</sup>。」此則判例要旨揭示出買賣標的物之性質若屬可分者，買受人不得以一部瑕疵而主張解除全部契約。而於其他契約類型，依其債之本旨所為之給付若可分而有一不給付不能或給付遲延之情形，債權人似乎亦得一部解除該契約。此可參照最高法院七十二年度台上字第二九一二號判決要旨：「給付為可分而有一部給付不能或給付遲延之情形時，債權人非不得就該契約之一部解除之，此依民法第二百二十六條第二項及第二百五十六條規定推之自明。」

復依最高法院九十七年度台上字第一五四一號判決：「按因可歸責於債務人之事由致為不完全給付而得解除契約者，依民法第二百二十七條第一項、第二百五十六條、第二百二十六條第二項規定，須以不完全給付於債權人無利益時，債權人始得解除全部契約。本件兩造間之合建契約，係因上訴人未依約建築獨棟之建物而成為不完全給付，為原審認定之事實。則該未建成獨棟建物之欠缺是否重要，上訴人所為其他部分之履行，是否於被上訴人無利益，而得解除全部契約，原審未經詳查審酌，遽為上訴人敗訴之判決，已有可議。」

綜觀前述判決，可歸納出兩個結論：第一、若給付為可分、系爭瑕疵非屬無關緊要、瑕疵無法補正、且瑕疵給付以外之其他部分的履行對於債權人仍有利益時，債權人原則上僅得解除該瑕疵給付部分之契約。第二、若除去該瑕疵給付之

<sup>135</sup> 曾品傑，一項歷久彌新的契約法原理：契約之一部解除，台灣法學雜誌第 132 期，2009 年 7 月 15 日，頁 245 至 246

<sup>136</sup> 可併參最高法院九十六年度台上字第二四〇〇號判決：「次按買賣之標的物有瑕疵者，買受人固得請求解除契約，然其性質可分離者，究不能以一部之瑕疵而解除全部契約。查被上訴人係於客戶投訴系爭貨物有瑕疵後，委請歆錡科技股份有限公司測試，並於測試報告書完成後，以電子郵件通知上訴人，為原審所確定之事實，惟被上訴人僅就系爭貨物中 TS78M06CP 一項產品委託測試（見第一審第二宗第一五五、一五六頁），兩造交易之產品不下於十項（見第一審第一宗第三六頁），原審未究明該項產品與其他產品是否可分離？其他產品是否均有瑕疵？遽認全部契約應予解除，尤嫌疏略。」

部分，契約亦可成立，但債務人就契約其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕其他部分之履行，而解除全部之契約。學者進一步認為，在給付與對待給付皆為可分之場合，若因債務人主給付義務、從給付義務、或附隨義務之違反，導致債權人訂立系爭契約之主要目的難以達成者，此際應認為債務人就契約其他部分之履行，對於債權人無利益，債權人即得解除契約之全部。反之，若債務人違反義務，並未妨礙債權人實現其契約上之主要目的，則應認為債務人就契約其他部分之履行，對於債權人仍有利益，債權人遂僅得解除契約之一部<sup>137</sup>。

## 第五款 本文觀察

### 壹、適當性原則

按訂定契約之雙方當事人須受到契約內容之拘束，當事人之一方因他方未依債之本旨為給付義務，而有債務不履行之情事者，若其所違反之情狀嚴重，而致契約目的無法或難以達成，則應賦予當事人之一方解除契約之權利以茲救濟，惟解除權人行使解除權時，仍應受到權利濫用禁止原則之拘束。而當事人之一方行使解除權之後，雙方當事人除應負回復原狀之義務外，他方當事人則尚有損害賠償之問題，故可知當事人一方藉由解除權之行使以避免其權利遭受不當侵害，其合法之解除權限表現於民法明文規定之條文上，例如民法第二百五十六條、第三百五十九條、第四百九十四條等。系爭案例中，最高法院表示「按因可歸責於債務人之事由致為不完全給付而得解除契約者，依民法第二百二十七條第一項、第二百五十六條、第二百二十六條第二項規定，須以不完全給付於債權人無利益時，債權人始得解除全部契約。」是以，當事人一方之合法解除權限係繫於民法第二百二十七條第一項、第二百五十六條、第二百二十六條第二項規定上，故其行使解除權自具有目的正當性。

### 貳、必要性原則

其次，肯定當事人一方之解除權後，難道即可謂其得將契約之全部予以解除嗎？契約解除範圍是全有全無之概念嗎？依民法第三百六十三條第一項規定：「為買賣標的之數物中，一物有瑕疵者，買受人僅得就有瑕疵之物為解除。」立法者認為於給付可分之前提下，買受人可僅就瑕疵部分行使契約解除權；又依民法第三百五十九條但書及第四百九十四條但書規定，若債權人行使解除權，於當事人間有顯失公平之情事，或對公益造成極大影響時<sup>138</sup>，即有適當限制其解除權之必

<sup>137</sup> 曾品傑，同註 135，頁 248。

<sup>138</sup> 可參民法第四百九十四條之立法理由：「查民律草案第七百三十七條理由謂修補瑕疵之目的，既不能達，則定作人或解除契約，或減少報酬，二者必居其一，否則定作人之利益，必受損

要性。又依前述提及之判決所採之見解，最高法院認為若給付為可分、系爭瑕疵非屬無關緊要、瑕疵無法補正、且瑕疵給付以外之其他部分的履行對於債權人仍有利益時，債權人原則上僅得解除該瑕疵給付部分之契約。亦即在此前提下，若債權人解除全部契約即有顯失公平之可能，解除權人即有權利濫用之嫌，惟亦不得以顯失公平為據，論以不得其主張解除契約，故債權人僅得針對該瑕疵部分解除該部契約，而准其解除契約之一部，對債權人而言，其解除權或許受有一定限制，但其部分受損之權利得藉由解除一部契約而有效獲得保障，其他對其仍有利益之給付部分亦未受有影響；對債務人而言，債權人解除全部契約所造成的損失絕對會大於解除一部契約之損失，故解除契約之一部自符合比例原則之必要性原則。

### 參、狹義比例原則

最後，賦予當事人一方契約解除權之目的係為了維護其權利，不因他方當事人債務不履行之情事而受到侵害，惟在考量保障債權人權利之同時，亦不可將債務人之權利完全置之不顧<sup>139</sup>。契約一經解除，雙方之權利義務均會發生變動，尤其系爭合建契約一旦遭到解除，所影響者應該不僅該契約之當事人兩造，對社會經濟利益亦有造成極大損害之虞，對公益層面影響甚大，故於給付為可分、系爭瑕疵非屬無關緊要、瑕疵無法補正、且瑕疵給付以外之其他部分的履行對於債權人仍有利益之前提下，肯定契約之一部解除，一方面債權人之權利得以確保，他方面債務人所受之損害亦可獲得控制，故契約之一部解除，對於債權人之解除權或有所限制，惟該限制有其正當性及必要性，亦即，一部解除所造成之損害與欲達成目的所獲致之利益，應未失衡，故一部解除之判決當符合衡量性原則。

## 第六款 小結

按民法第三百六十三條第一項規定：「為買賣標的之數物中，一物有瑕疵者，買受人僅得就有瑕疵之物為解除。」，是以，於買賣契約中，於給付可分時，買受人得就有瑕疵之物行使部分解除權，而該條文明文規定係針對買賣契約，惟該一部解除權之法理，是否得類推適用於系爭案立中之合建契約，不無疑問，本文亦援引比例原則以審查之。契約當事人一方得藉由解除權之行使，使其權利免受

---

害。但瑕疵甚微，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，祇許請求減少報酬，不許解除契約，所以重公益也。」

<sup>139</sup> 可參民法第三百五十九條之立法理由：「謹按買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，於此情形，或退還原物而解除買賣契約，或欲受領其物而減少價金，買受人均有自由選擇之權。但依買賣之情形，其解除契約顯失公平，如限於特定事項所需之物，契約解除，即難銷售者，買受人即不得解除契約，僅得請求減少價金，蓋一方保護買受人之利益，一方仍顧及出賣人之損失也。故設本條之明示其旨。」

不當侵害，是以，於適當性原則之階段，應視債權人是否具有一合法解除契約之權限。按最高法院之見解，其認為債權人之合法解除權限係繫於民法第二百二十七條第一項、第二百五十六條、第二百二十六條第二項規定上，故其行使解除權自具有目的正當性。

債權人僅得針對該瑕疵部分解除該部契約，而准其解除契約之一部，對債權人而言，其解除權或許受有一定限制，但其部分受損之權利得藉由解除一部契約而有效獲得保障，其他對其仍有利益之給付部分亦未受有影響；對債務人而言，債權人解除全部契約所造成的損失絕對會大於解除一部契約之損失，故債權人解除一部契約實具有手段之必要性。

又，債權人之解除權行使目的，雖係為避免其權益遭受侵害，惟法院於判決之作成，亦應平衡考慮對造之權益，系爭合建契約一旦遭到全面解除，影響所及者，不僅該契約之當事人兩造，對社會經濟利益亦有造成極大損害之虞，此已涉及公益層面。是以，契約之一部解除，對於債權人之解除權或有所限制，惟該限制有其正當性，亦即，一部解除所造成之損害與欲達成保障私益及公益之目的之間，輕重應無失衡情事，故一部解除之判決符合狹義比例原則。

#### 第四項 勞務契約之競業禁止條款—最高法院九十四年度台上字第一六八八號判決

按「契約自由」與「私法自治」為私法領域之兩大核心原則，在契約自由原則之下，只要當事人具有行為能力，基於自由意思而締結契約，在締約過程中，未受他方詐欺、脅迫，或意思表示有錯誤，且契約內容亦未違反法律強制規定或違背公序良俗，國家法即承認當事人締結的契約，即為當事人間的法律，而賦予國家法的效力<sup>140</sup>。而私法自治乃自由社會秩序的結構要素，於此基礎下，契約當事人得以在自我負責之下(eigenverantwortlich)，形成其相互之間的法律地位，而不受國家的強制。因此，對於在私法自治的範圍內所設定的規範，原則上國家應予尊重<sup>141</sup>。亦即，基於契約自由與私法自治之兩大原則下，由當事人雙方合意訂成之契約條款，原則上具有拘束當事人之效力，而國家不得任意干涉之，惟勞務契約上常見之「競業禁止條款」，是否均屬正當，如有過度限制受僱人之權益時，國家是否均不得介入之？以下，本文嘗試以比例原則來檢討最高法院九十四年度台上字第一六八八號判決，觀察該判決妥適與否。

<sup>140</sup> 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 51。

<sup>141</sup> 李建良，競業禁止與職業自由，台灣本土法學第 15 期，2000 年 1 月，頁 113 至 114。

## 第一款 事實摘要

被上訴人(下稱甲)自八十五年七月一日起在上訴人公司(下稱乙)所屬國防系統與科技事業部航電處(下稱航電處)任職,任職期間接觸伊公司之「隨選視訊個人資訊系統」,習得並知悉該資訊秘密,曾簽署保密切結書,承諾於在職期間及離職後不得洩漏、交付或利用秘密資訊;更承諾於離職日起算一年內,不得從事未獲伊同意授權之娛樂視訊系統(如車輛娛樂視訊)等相關工作或使用上述相關資訊,如違反約定,應給付伊懲罰性違約金新台幣(下同)二百萬元。嗣甲於八十九年十月一日離職後,即至殷特科技股份有限公司(下稱殷特公司)任職,從事車用娛樂系統之製造銷售,並提供在乙研發之車用娛樂系統給殷特公司使用,已違反競業禁止及保密切結書之約定等情,爰依系爭保密切結書第三條之約定及營業秘密法第十二條第一項規定,求為命被上訴人各給付二百萬元。甲則以系爭保密切結書有關競業禁止之約定,違反公共秩序、善良風俗,且缺乏正當性,甚有濫用權利之嫌,自應無效。縱認有效,伊三人並未違反競業禁止及保密約定,亦無適用該約定之餘地。而違約金之約定,亦屬過高等語,資為抗辯。

## 第二款 實務見解

原審認為,上訴人公司營業項目為航空、航太、汽電共生、軌道車輛機電系統、醫療器材、污染防治設備、電腦週邊設備等項目,其中並無經營有關娛樂視訊系統。上訴人有關競業禁止特約保護之利益,自無存在之必要性。被上訴人之職務、地位,並非上訴人公司營業主管,自無競業禁止約定之必要性。且以系爭保密切結書內容觀之,係約定被上訴人於離職後一年內,不得從事未獲上訴人公司同意授權之「娛樂視訊系統」等相關工作或使用上述相關資訊。該切結書既未明定競業禁止之地域,顯然限制被上訴人於任何地域(含國內外),均不得從事上開工作,其範圍顯然過大。又有關禁業之種類,廣及娛樂視訊系統之相關工作或使用相關資訊之產業,種類之限制亦顯然過廣,而失諸公允。上訴人既對被上訴人競業之時期、地域及種類三者一併加以限制,且限制之條件顯然過廣,已超逾合理之範圍。又上訴人並無任何填補被上訴人因競業禁止之損害之代償措施。是其競業禁止之約定,顯然損害被上訴人之利益,依民法第二百四十七條之一認為該部分約定無效。

最高法院先係以為免受僱人因知悉前僱用人之營業資料而作不公平之競爭,以肯定競業禁止約款之存在必要,後卻認為,系爭競業禁止之約定,附有一年期間不得從事特定工作上之限制,雖未明定限制之地域,但既出於被上訴人之同意,於合理限度內,即在相當期間或地域內限制其競業,與憲法保障人民工作權之精

神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定應屬有效。其次，被上訴人確有參與隨選系統研發計劃，因而知悉該系統之營業秘密，而肯認該公司有關依競業禁止特約保護之正當利益，進而廢棄原判決。

### 第三款 競業禁止與職業自由

#### 第一目 基本權對第三人效力

在進入分析該判決是否符合比例原則之前，本文欲先就競業禁止條款與憲法保障人民之工作權衝突為一簡單說明。憲法第十五條規定：「人民之生存權、工作權及財產權，應予保障。」，又大法官釋字會議第四〇四號解釋提及：「憲法第十五條規定人民之工作權應予保障，故人民得自由選擇工作及職業，以維持生計。」亦即，職業自由可謂係憲法保障人民之基本權利之一，人民可以以之防衛來自國家之不當侵害，人民所欲對抗之對象為國家，有疑問者，人民得否以是項權利對抗人民？換言之，憲法有關基本權利的規定，於私法領域有無適用可能？晚近學者率多主張，基本權利的規範效力，不應僅侷限於對抗來自國家權力的侵害，尚應發揮防止來自社會強勢者侵害的功能，如此方能使基本權力的行使，獲得完善的保障，此為憲法基本權利規定所蘊含的客觀價值決定。於此基本考量下，基本權利的規範效力，乃逐漸從傳統「國家—人民」之間的關係，擴展到「私人—私人」之間的關係，對此一般稱為「基本權利對第三人效力」(Drittwirkung der Grundrechte)<sup>142</sup>。

所謂「基本權對第三人效力理論」，係在處理私人間法律關係，是否也有基本權條款之適用？學說向有爭議，臚列如下<sup>143</sup>：

一、直接效力說：此說承認基本權利具有絕對效力，認為基本權不僅拘束國家，亦可直接拘束私人，毋庸間接透過法律規定的轉化解釋，即得直接適用於私人相互關係中。其理由是，基本權傳統上固係針對國家而設計，惟其意義仍須隨時代腳步而變遷，特別是當私人中的基本權利造成不亞於國家自身所施加的侵害時，基本權不能不有所回應。

依此派學者的說法，直接效力說的適用方式是：在侵權行為方面，直接將基本權視為民法第一百八十四條第一項前段所稱「他人之權利」，使因故意或過失

<sup>142</sup> 李建良，同前註，頁 112。

<sup>143</sup> 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室第 9 期，2003 年 7 月，頁 65 至 66。

不法侵害他人基本權利者，亦應負損害賠償責任；在法律行為方面，則直接將基本權利視為民法第七十一條所稱禁止規定，使違反基本權規定的私人法律行為，因之歸於無效。

二、 間接效力說：此說則堅持基本權利只拘束國家，而不拘束私人。期雖基於國家整體法秩序體系的一致性與統一性，而不否認基本權利對私法亦有影響作用，但為維護私法的獨立性，避免私法自治遭到破壞，仍以為基本權利不能直接，但只能間接透過私法規範，特別是其中的開放性概念與概括條款，對私人相互間法律關係發生效力。此說的適用方式是，在侵權行為領域，以民法第一百八十四條第一項後段「故意以背於善良方俗之方法，加損害於他人者」，亦負損害賠償責任之規定，為適用法條，而非同條項前段；在法律行為領域，則適用民法第七十二條「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效。」，或第一百四十八條第二項「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」等之規定，而非第七十一條。而於解釋其中諸如公序良俗等開放性概念時，將基本權之精神灌入法律條文之解釋當中，使之獲得基本權利之保護。我國目前通說亦採此說。」

三、 無適用說：依傳統基本權利理論，憲法基本權利的主要作用是防禦來自國家權力的侵害；反之，在私法的領域，則是涉及私人之間的權利義務關係。是以，人民僅能向國家主張基本權利，而不能持基本權利以對抗另一人民<sup>144</sup>。簡言之，此說堅持「基本權針對國家性」的傳統立場，認為不得對國家權力以外之第三人主張基本權之效力。

## 第二目 基本權衝突

企業與員工間所簽訂之競業禁止條款，所涉及者為企業對員工離職後的轉業自由之限制，屬私人對基本權(工作權)之干預，若以「基本權第三人效力」來看，焦點似乎集中在「競業禁止條款」會不會因為牴觸公序良俗而無效，卻未考慮到雇主的營業自由也因此而受影響。學者認為<sup>145</sup>，基本權第三人效力的理論，較屬片面優惠於勞方的判斷，因此提出以「基本權衝突」的理論解決此問題。

基本權衝突如涉及到不同種類的基本權，則應依「基本權價值位序原則」解決之；若涉及相同的基本權，則依「基本權核心接近原則」判斷之。就「競業禁止條款」(跳槽之禁止)而論，被禁止人屬轉業自由的工作權受到限制，由於此種競業禁止往往是禁止該離職員工運用其維持生存之能力，故此屬其基本權之核心。就禁止公司而言，若不為此種禁止，公司的營業核心—營利—即可能造成影響，

<sup>144</sup> 李建良，同註 141，頁 112。

<sup>145</sup> 李惠宗，禁止跳槽的程式設計師，台灣本土法學第 33 期，2002 年 4 月，頁 130 至 131。

二者接涉及到基本權的核心。

但如果毫無限制之競業禁止，對於被禁止人之**人格發展自由權**與**生存權**必然會造成一定威脅，故此種競業禁止條款必須有期間之限制。且在此期間內，受競業禁止人之生存仍須獲得照顧，故須附有補償條款，始合乎「基本權最大發展」原則。故競業禁止條款固然會對轉業人的職業選擇權造成限制，但如有期限，且有一定範圍，並附加補償，此時衡量之下，即可肯認公司之營業權是比較接近核心的，其結果是，私法自治(Privatautonomiem)原則可以獲得維持。如果公司排除補償條款，即會侵害到被限制人之生存權，此時可認為被禁止人之工作權較公司之營業權更接近工作權之核心。從而，該學者進而以台北地方法院八十五年度勞訴字第七十八號判決為基礎，提出一套精闢的基本權衝突的衡量標準，以下將論述之。

#### 第四款 競業禁止條款之審查標準

競業禁止條款既然限制離職員工之轉業自由，其合理性應受一定標準之審查，以判斷該約款是否得以合理有效拘束離職員工，台北地方法院八十五年度勞訴字第七八號判決，即針對競業禁止條款之合理性提出一套判斷基準，該判決表示：「依從來通說之見解，要課離職員工以競業禁止義務，必須有法的依據，例如締結勞動契約時之合意、工作規則上之規定，或另行書面約定等均是；**實則競業限制約定，其限制之時間、地區、範圍及方式，在社會一般觀念及商業習慣上，可認為合理適當而且不危及受限制當事人之經濟生存能力，其約定並非無效，惟轉業之自由，牽涉憲法所保障人民工作權、生存權之基本人權，為合理限制競業禁止契約，綜合外國法例及學說，認為競業禁止之契約或特約之有效要件，至少應包括下列所述各點，換言之，競業禁止特約之合理性，應就當事人間之利害關係及社會的利害關係，做總合的利益衡量而為判斷，其重要標準計有：(一)企業或雇主須有依競業禁止特約保護之利益存在，亦即雇主的固有知識和營業秘密有保護之必要。(二)勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位。關於沒有特別技能、技術且職位較低，並非公司之主要營業幹部，處於弱勢之勞工，縱使離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，此時之競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由，乃違反公序良俗而無效。(三)限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇。(四)需有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施，代償措施之有無，有時亦為重要之判斷標準，於勞工競業禁止是有代償或津貼之情形，如無特別之情事，此種競業特約很難認為係違反公序良俗。(五)離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則，亦即當離職之員工對原雇主之客戶、情報大量篡奪等情事或其競業之內容及態樣較具惡質性或競業行為出現有顯著背信性或顯著的違反誠信原則時，此時該離職**

違反競業禁止之員工自屬不值保護。」

學者<sup>146</sup>有認為上開實務所提之標準欠缺明確性，而認競業禁止條款須具備以下之要件，始發生效力：

- (一)雇主須有特別保護之利益：單純競爭上的優勢尚不足當之。
- (二)該競業禁止須係限制勞工之特別技能、技術或因受雇主之特別栽培而習得之技術。故具有通常可替代性之技能，僅因員工有較高的技能，尚不足以限制員工轉業。
- (三)限制勞工就業就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇。亦即競業禁止須有期限及區域範圍的限制，就此學者認為德國商法第九十 a 條所規定之「二年」應屬適當之最高期限。地域則應以形成與雇主之惡性競爭為地域性之要件，若在地域上不至於發生排擠效應者，應不得加以限制。
- (四)需有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施。否則勞工之生存權將無以為繼。學者認為代償之成數應在原勞工薪資之五到七成應屬適當，低於半數則屬過度之限制。
- (五)離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則：蓋競業之禁止實為誠信原則之具體化，故如在經濟市場上未使用不公平競爭之手段，雖有競業之事實，乃屬職業自由所保障<sup>147</sup>。
- (六)須勞雇雙方另以書面經個別商議而特別約定：若成立雇傭契約當時則以定型化契約約定競業禁止，學者認為其屬雇主之權利濫用(過早防禦)，應不發生效力<sup>148</sup>。」

不同於上開實務所提之標準，臺南地方法院八十八年度勞簡上字第六號判決認為：「為兼顧保護雇主之營業秘密及受雇人之基本人權，必須衡量雙方之利益妥為處理。故競業禁止約定須在合理之時間、地域及營業種類限制內，始為有效。倘競業禁止之約定逾越公平合理之原則，造成受雇人基本人權之不合理限制結果，應認該約定違背公序風俗，依民法第七十二條而屬無效。競業禁止之約定是否合乎公理合理原則，應審酌：(一)雇用人有無可受保護之利益：……(二)限制之合理性：……(三)限制之相當性：……。」該判決與前開判決之五標準內容不盡相同，而相對應於該判決所提之審查標準，學者亦提出審查三步驟，亦即，「應先審查(一)「雇主有無值得保護的正當利益」?若無，應認為該約定無效。若有，(二)「所為之限制，是否與雇方正當利益維持合理的關聯」?若答案是否定的，該

<sup>146</sup> 李惠宗，同前註，頁 131 至 132。

<sup>147</sup> 台北地院八十九年度勞訴字第七六號表示：「另有主張，應加上第五項離職後員工之競業行為是否具有顯著背信性或顯著的違反誠信原則為標準，然橫諸「顯著背信性」之標準，應係在個案中先行肯認競業禁止之約定為有效後，根據個案勞工之競業行為是否具有顯著背信性而為斟酌，並非審認競業禁止約定是否無效之前提。」

<sup>148</sup> 李建良，同註 141，頁 111/115。

約定無效。若有，則最後應審查該約款(三)「是否給予勞工合理的補償」?若答案是否定的，該約定原則上無效；反之，該約款方為有效<sup>149</sup>。」

不論是實務見解或是學說意見，對於限制員工轉業自由之競業禁止條款之合理性，均有一番見地，不難看出對人民基本權有所拘束的競業禁止條款之重要性，是以，面對不盡合理的競業禁止約款，法院若未對其合理性為一審慎判斷，而逕將該約款限縮至合理範圍，以維持該約款之效力，該判決內容似乎存有再討論的空間。以下，本文即援引比例原則來檢討限制過當之競業禁止條款。

## 第五款 本文觀察

### 壹、適當性原則

按競業禁止條款之約定，主要目的應係在保障前雇主之營業利益(正當利益)<sup>150</sup>，且雇主之營業利益是否有保護必要，立法者似乎賦予其肯定之看法，此可從已公布但未施行之勞動契約法第十四條中推測出。可參臺南地方法院八十八年度勞簡上字第六號判決：「按競業禁止義務原為經理人基於忠誠義務，在任職期間禁止為自己或第三人經營同類業務而損及公司利益，故民法第五百六十二條定有關於「經理人及代辦商之競業禁止」規定，公司法第三十二條定有「經理人之競業禁止」之規定。此種法定義務之產生係基於契約存續期間之誠信原則。至於離職後之競業禁止規定，首見於勞動契約法（二十五年公布，但尚未施行）第十四條：「勞動契約得約定勞動者因勞動關係終止後不得與僱方競爭營業，但以勞動者因勞動關係得知僱方技術上秘密，而對於僱方有損害時為限。前項約定應以書面為之；對於營業之種類、地域及時期應加以限制。」蓋在現今競爭激烈之工商社會，舉凡方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，均為企業生存命脈，自應加強保護營業秘密，避免惡性同業競爭。故應承認此種限制離職後競業禁止約定之效力。」<sup>151</sup>

<sup>149</sup> 林更盛，離職後競業禁止約款的審查：三步驟—評台南地方法院八十八年度勞簡上字第六號判決，月旦法學雜誌第 111 期，2004 年 8 月，頁 199。

<sup>150</sup> 可參閱臺北地方法院九十一年度勞訴字第一二九號判決：「前述離職後競業禁止條款，係前雇主在勞動契約下與受僱人約定，勞工有不使用或揭露其在前勞動契約中獲得之營業秘密或隱密性資訊之附屬義務，其目的在使前雇主免於受僱人之競爭行為，此因雇主為維護其隱密資訊，防止員工於離職後，在一定期間內跳槽至競爭公司，並利用過去於原公司服務期間所熟悉之技術或業務資訊為競爭之同業服務，或打擊原公司造成損害，或為防止同業惡性挖角，而與員工為離職禁止競爭約定，其本質側重保障前雇主，故此項約款如未逾合理程度，且不違反公序良俗，應為法律所許，……」

<sup>151</sup> 可併參高等法院九十七年度勞上易字第二十八號判決。

系爭判決中，最高法院肯認系爭競業禁止條款之存在必要<sup>152</sup>，惟競業禁止條款是否符合比例原則，仍須依次通過三個層次的檢驗。首先，在目的正當性之審查上，有別於公法上之比例原則係以憲法第二十三條之四個合憲目的為判斷基準，針對實務上常見之競業禁止條款，是否具有目的正當性即應轉換為審酌雇主有無值得保護之正當利益，若僅具單純競爭上的優勢自不足以當之。換言之，參酌德國聯邦勞動法院所認為者，若雇主僅單純地為防止透過勞工工作轉換所可能衍生、對於競業上的任何型式的強化，卻無任何其他洩漏其企業經營上機密或搶奪其固定客源之虞者，該約款無效<sup>153</sup>。故僅於雇主具有值得保護之正當利益者，始得肯定該競業禁止條款之適當性原則。

## 貳、必要性原則

而在手段必要性之審查階段，主要為判斷競業禁止條款之限制要件是否合理，以及雇主是否提出適當的代償措施。按前開所提之台北地方法院八十五年度勞訴字第七八號判決所言，競業限制約定，其限制之時間、地區、範圍及方式，在社會一般觀念及商業習慣上，可認為合理適當而且不危及受限制當事人之經濟生存能力者，其約定並非無效。

詳言之，競業禁止特約之合理性，應就當事人間之利害關係及社會的利害關係，做總合的利益衡量而為判斷。首先，須判斷勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位。若是關於沒有特別技能、技術且職位較低，並非公司之主要營業幹部，處於弱勢之勞工，縱使離職後再至相同或類似業務之公司任職，亦無妨害原雇主營業之可能，此時之競業禁止約定應認拘束勞工轉業自由，乃違反公序良俗而無效。其次，限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇。最後，需有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施，代償措施之有無，有時亦為重要之判斷標準，於勞工競業禁止是有代償或津貼之情形，如無特別之情事，此種競業特約很難認為係違反公序良俗。

系爭案例中，當事人所約定之競業禁止條款，未明定競業禁止之地域，顯然限制被上訴人於任何地域（含國內外），均不得從事上開工作，其範圍已有過大之嫌。又有關禁業之種類，廣及娛樂視訊系統之相關工作或使用相關資訊之產業，

<sup>152</sup> 最高法院九十四年度台上字第一六八八號判決：「按受僱人有忠於其職責之義務，於僱用期間非得僱用人之允許，固不得為自己或第三人辦理同類之營業事務，惟為免受僱人因知悉前僱用人之營業資料而作不公平之競爭，雙方得事先約定於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業，以免有不公平之競爭，若此競業禁止之約定期間、內容為合理時，與憲法工作權之保障無違。」

<sup>153</sup> BAG Urteil vom 24 .6. 1966 (LS), AP Nr 2 zu §74 a HGB, zuletzt BAG Urteil vom 1. 8. 1995 (LS), BAGE 80, 303 ff. 轉引自林更盛，離職後競業禁止約款的審查—雇方值得保護的正當利益兼評台灣高等法院台中分院九一年度上字第三六七號判決，月旦民商法雜誌第1期，2003年9月，頁256，註15。

種類之限制亦顯然過廣，是以，該競業禁止條款之限制已超逾合理之範圍。再者，雇主並無任何填補被受雇人因競業禁止之損害之代償措施。故系爭案例之競業禁止條款，自無法通過比例原則之手段必要性之檢驗

惟最高法院卻逕將有瑕疵之競業禁止條款，限縮到合理範圍以維持該條款之效力，此似與國家的保護義務有違，蓋私法自治原則固然是自由社會秩序的基本要素之一，惟其仍須在現行法律的框架之內，且須受到憲法基本權利的拘束，例如民法第七十一條：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限。」即屬私法自治的界限。惟在簽訂契約時，如果缺乏「相近等量勢力」(annäherender Kräftegleichgewicht)的契約當事人，單憑契約自由的規範法則，將不足以確保合乎事理的利益均等狀態，並保障弱勢一方的權利。因此，當基本權利所保障的法律地位遭他人支配時，國家必須採取必要的調整與規範，以確保基本權利的實質內涵，此乃屬國家的保護義務<sup>154</sup>。是以，欠缺相近等量勢力的勞資雙方，國家對於締約弱勢之勞方，自應有保護義務，尤其於契約約款之解釋上，除了尊重當事人之締約本意外，司法者應盡量將該約款做有利於弱勢之一方之解釋，以期獲得更完善之保護。

其次，最高法院將有瑕疵之競業禁止條款，限縮到合理範圍以維持該條款之效力，亦可能會造成以下之結果<sup>155</sup>：

「(1)使受雇人承擔約款效力不明之不利益。詳言之，就一般情形而言，法律上的強行規範(包含法官造法所創設者)多基於保障特定的法益(特別是保護處於締約弱勢之勞工、承租人、消費者等)。牴觸強行規範的系爭約定，又多由締約強勢者所提出。法院對於一個過當的給付約定，若可以直接限縮到合法/合理範圍內而維持其效力，如此一來，因為此一合法/合理的界限自始不明，這將意味著：約款效力不明的不利益，終究「轉嫁」由法規範所企圖保護的對象承擔。何況提出此類約款之締約強者，更會因而有恃無恐，大可在約定之時，廣泛地設定給付的範圍與期間，因為該約定縱然被法官嗣後宣布為一部分無效，締約強者基本上並未受到任何損失。

(2)法官脫離其仲裁者之立場。申言之，若肯認法院得將有瑕疵之競業禁止條款，限縮到合理範圍，此無異是認為法官有義務替締約強勢者，界定一個合法/合理的界限—當然，此義務的前提是：以法律為專業的法官有能力為之，縱然締約強勢者對其自身利益狀態不甚知悉，亦然。如此一來，法官將脫離原先被公認的仲

<sup>154</sup> 參閱 K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, 1988, S. 37 f.; P. Badura, *Arbeit als Beruf* (Art. 12 Abs. 1 GG), in: *Festschrift für Wilhelm Herschel*, 1982, S. 21 (34). 轉引自李建良，同註 141，頁 114，註 10。

<sup>155</sup> 林更盛，限制過當的離職後競業禁止約款的效力，*興大法學*第五期，2009年5月，頁97至98。

裁者的腳色，演變成強勢締約者的公設辯護人、義務律師，其不當甚明。」

誠如前述，競業禁止條款所涉及者不僅僅是雇主的營業利益，更有甚者，是侵害到受雇人之職業自由，實務上又多以雇主之營業利益有保護必要，而肯認競業禁止條款之約定。其次，競業禁止條款既屬較片面優惠雇主之約定，對於締約弱勢之勞工而言，該條款合理與否自應受到許多標準綜合審查之，亦即不論是以實務所提出之五標準或三標準，抑或是學者提出之六標準或三步驟，在在都是於雇主之營業利益與受雇人之職業自由中為一利益權衡。以法院之觀點出發，其認為將限制過廣或限制不明之競業禁止條款限縮至合理範圍，既可以保障雇主之營業利益，又不至過度侵害受雇人之職業自由，可謂是兩全其美。惟其或許忽略了自身之立場，對於締約地位或社會經濟狀況均居於弱勢的受僱人而言，司法者所扮演的不只是公正的裁判者，更是使勞工權益免受侵害的捍衛者，法院如此的限縮解釋無異使勞工陷於更不利之地位。

申言之，能平衡競業禁止條款所帶來之侵害者，應非所配合之代償措施莫屬，惟實務上多數之競業禁止條款或無代償措施，或代償內容過低，屢見不鮮，法院限縮解釋使競業禁止條款維持其效力之行為，實質上不僅是限制受雇人之職業自由、使受雇人承擔約款效力不明之不利益，甚至連其生存權益亦會受到莫大的侵害，相較於雇主的營業利益，法院之手段所致之侵害，輕重已明顯失衡，實難肯認系爭競業禁止條款之手段必要性。

### 參、狹義比例原則

承前所述，比例原則下之狹義比例原則欲探討之問題在於決定賠償範圍或手段之選擇，而就競業禁止條款中，與此階段所要檢視則應為當事人間所約定之懲罰性違約金有無過高而須酌減之問題。系爭案例中，法院所爭執的部分著重於系爭競業禁止約款到底有效與否，以及受僱人離職後從事之工作有無違反與前雇主所簽「保密切結書」，亦即其是否從事娛樂視訊系統（如車輛娛樂視訊）等相關工作或使用相關資訊上，法院並未進一步就懲罰性違約金是否過高為討論。惟本文認為，此層次之問題仍有檢討之必要，蓋懲罰性違約金之約定本為競業禁止約款之一部，競業禁止條款一旦認定有效，且受雇人亦確有違反該約定之情事者，對其勢必須課以該懲罰性違約金。又，亦得藉由法院酌減權之行使，以達到保護債務人之利益，而得公平之結果。

按最高法院九十九年度台上字第五九九號判決：「惟於受僱人違反競業禁止約款而應支付違約金時，該違約金本應推定為損害賠償額之預定。此項約定是否相當，法院即應依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害、利益等情，依職權為衡酌，無待債務人（受僱人）之訴請核減，此觀民法第二百五十二條規

定自明。」關於過高違約金酌減之問題，於本章節第一項之部分已為更進一步之探討，可一併參考之，故此處僅為簡單之陳述。簡言之，藉由狹義比例原則之運用，以「相當」之標準，即依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人實際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享受之一切利益等審酌因素綜合衡量之後，以決定債務人（受僱人）應支付之懲罰性違約金之數額。

## 第六款 小結

按競業禁止條款之約定，主要目的應係在保障前雇主之營業利益(正當利益)，立法者亦肯認雇主之營業利益有保護之必要。而比例原則於競業禁止條款之操作上，內涵亦應有所調整，首先，在目的正當性之審查上，有別於公法上之比例原則係以憲法第二十三條之四個合憲目的為判斷基準，此際應轉換為審酌雇主有無值得保護之正當利益，若僅具單純競爭上的優勢自不足以當之。

其次，於手段必要性之審酌階段，主要以競業禁止條款之限制要件是否合理，以及雇主是否提出適當的代償措施為判斷基準。亦即，須探討勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位是否為公司之主要幹部，或其業務有無涉及公司主要營業項目之秘密、限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，是否已超逾合理之範疇，以及是否附有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施。而於系爭案例中，當事人所約定之競業禁止條款，未明定競業禁止之地域，其限制範圍顯然過大。又有關禁業之種類，廣及娛樂視訊系統之相關工作或使用相關資訊之產業，其限制亦顯然過廣，是以，該競業禁止條款之限制已超逾合理之範圍。再者，雇主並無任何填補被受雇人因競業禁止之損害之代償措施。故系爭案例之競業禁止條款，是否具有手段必要性非無疑義。

最後，比例原則下之狹義比例原則欲探討之問題在於決定賠償範圍或手段之選擇，而就競業禁止條款中，與此階段所要檢視則應為當事人間所約定之懲罰性違約金有無過高而須酌減之問題。依最高法院九十九年度台上字第五九九號判決內容所示，關於懲罰性違約金之酌減應以一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害、利益等審酌因素綜合衡量決定之。

## 第四章 結論

按公法關係通常涉及國家公權力之行使，故公法關係原則上為不平等的權力服從關係，反之，私法關係與國家公權力之行使無關，原則上為平等的權利義務關係<sup>156</sup>。而源自公法關係之比例原則，其所欲檢視者，即為國家對於人民所為之行為是否合乎適當性、必要性以及狹義比例原則。是以，涉及公益之公法事件，就適當性原則之審查，行政行為是否適當，應以憲法第二十三條規定之為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益四種目的為其標準，若合乎其中一項，便可謂具有合憲之目的，惟於私法關係中，所涉及者主要為私人間之利益，所爭執者為私權，故適當性原則之審查，即手段須有助於目的之達成，其中所指之合理目的即應有所轉換。而除了目的正當性以外，就必要性原則以及狹義比例原則亦須為適當調整。

本文認為，於民事實務中之比例原則，就適當性原則與必要性原則之功能而言，相同處為均以審查法律構成要件是否成立為目的，相異點則為適當性原則中所涉之合理目的之審酌，須轉換為以法條之立法目的或當事人之締約目的是否合法為基準；而就必要性原則，於侵權責任上之操作，以最小侵害原則判斷似還有合理之處，惟於契約責任中，是否具有手段必要性，本文主要係以是否已逾越合理範圍、或有無顯失公平之情事、或要件之限制已否過當等，以為判斷標準。而關於狹義比例原則之作用，主要則反映在決定賠償範圍或手段之選擇上。亦即，透過狹義比例原則之把關，法院就該法律效果有多種手段可茲選擇時，應擇取對當事人雙方之利益、損害較為衡平之方法，抑或以一定之主、客觀標準決定懲罰性賠償金之倍數或是酌減數額之範圍。

首先，第二章所討論之重心在比例原則於侵權行為之適用。於侵權行為之案件中，比例原則主要顯現於因侵權行為所致之損害賠償責任，而我國損害賠償責任之基本功能是填補受害人之損害，例外始帶有懲罰行為人之目的，就前者而言，本篇論文列舉了最高法院九十六年度台上字第二三二四號判決、最高法院九十六年度台上字第一六九五號判決以及大法官會議釋字第六五六號解釋，分別就防衛過當行為人之「相當」賠償責任、登報道歉以及民法第一百九十五條第一項後段由法院為回復名譽適當處分，分別以比例原則之操作討論之。

關於實務上常見之回復名譽之方法係以命加害人登報道歉為處分，惟如此手段是否妥當不無疑問，本文則嘗試以比例原則分析之。就適當性原則而言，回復被害人之名譽應為其主要目的，故登報道歉處分確有其目的正當性。就必要性原則觀之，公開道歉所涉及者應為加害人之不表意自由之限制，是以，就加害人之

<sup>156</sup> 施啟揚，同註 129，頁 2。

不表意自由究有無限制可能性，即為此層次所欲討論之重心。若認為人民之不表意自由具有絕對之不可限制性，則登報道歉處分似不符手段必要性；反之，若認為人民之不表意自由不可無限上綱，或認為登報道歉不必然會涉及自我羞辱等情事者，則當事人一方之不表意自由與他方之人格權有所衝突時，人民之不表意自由應為適度退讓者，登報道歉處分自該當必要性原則。從而，若肯認登報道歉具有手段必要性，此時即須面臨手段之選擇，此即為狹義比例原則層次所欲解決之問題。易言之，本文認為，與其命加害人將道歉啟事刊載於報紙上，不如以公開陳述之方式(如公開陳述照片之實際拍攝者為何人，或文章之實際作成者為何人)，或以應以命加害人負擔費用登載澄清事實之聲明、登載被害人勝訴判決之啟事或將判決書全部或一部登報為手段，使其既能達到回復被害人之名譽，又不過度侵害加害人之不表意自由。

其次，就帶有懲罰行為人為目的之損害賠償責任者，本文則以消保法第五十一條規定之懲罰性賠償金為分析重點。自該條文觀之，可知法院之裁量主要在懲罰性賠償金數額之酌定上，且該條文所稱「過失」，並未明定企業經營者須具備何種程度之過失，是以，是否限縮至「重大過失」應屬法官之裁量空間，比例原則之運用於此二部分應最為明顯。就過失要件之適用上，實務上有認為須限縮適用，有認為輕過失亦得適用之，針對限縮解釋之實務見解，本文以比例原則檢討之，認為將法條所指之過失限縮解釋為「重大過失」，確能達到調和懲罰性賠償金與我國固有之損害賠償責任之目的，又，鑑於懲罰性賠償金本質既在懲罰企業經營者，其適用上宜趨於嚴格認定，故限縮解釋有其必要性，且該制度對於企業經營者之財產權雖有所侵害，惟對於消保法欲保護之廣大消費者之權益相比，輕重應難謂失衡。從而，法院限縮解釋「過失」要件，自符合比例原則。

再者，針對懲罰性賠償金之審酌因素，本文以法條所區分之主觀要件，將判決分為故意、重大過失以及輕過失，再比較觀察法院對於不同案件所採之審酌標準是否不同，結果發現審查標準大致相同，均係以加害人之故意或過失之可責性程度、受害人之受損程度以及可否達到嚇阻之效果為判準，僅有些微的差別，例如企業經營者具有過失之情況，不問係重大過失抑或係輕過失，法院認為均須將受害人之與有過失列為懲罰性賠償金之審酌因素。而因不法行為所得之利益，不只於企業經營者有故意時須審查，於企業經營者具有重大過失者，亦因將該因素一併考量在內。至於「加害人之性質」之審酌因素，本文則以其與懲罰性賠償金制度之懲罰及嚇阻目的關連性不大而否定其存在之必要。

第三章之焦點則放在比例原則於契約責任之適用。首先，就締約階段所討論的兩個部分，即要約拘束力及過高違約定金之認定，前者，針對臺灣臺北地方法院九十九年度消簡上字第一號判決，二審法院將網路標價行為定性為要約，就適當性原則而言，將網路上有關商品販售之標示資訊，認定為要約，較能達到保護

信賴網購促銷優惠之消費者的正當權益之目的，且於 B2C 之情況下，即使認為網路標價行為為要約，而否定企業經營者之契約撤銷權，對於企業經營者之侵害亦非屬鉅大，蓋其僅是損失該筆訂單之差價，為從保護消費者之目的來看，此亦屬必要手段。而狹義比例原則於此之適用，應可適度調整為對雙方當事人間利益損害之衡量，除了客觀上之利益衡量外，亦須將雙方當事人之主觀意思一併列入考量。而於系爭案例中之消費者非明知，而企業經營者似故意錯標之情形下，權衡消費者之所受利益及業者之所受損害並未失衡，是以，將網路標價行為定性為要約應符合比例原則。

其次，就過高之違約定金，實務將其視為先付價金之一部，而允許定金交付人得請求返還過高之部分，從雙方當事人就違約定金之締約目的來看，違約定金之作用係供契約不履行損害賠償之擔保，為最低損害賠償額之預定，故其目的係在賠償他方當事人之損失，故應可推斷出系爭案例中當事人約定違約定金之目的應為合法，其自該當目的正當性。再者，依最高法院之看法，其認為在合理範圍內(未高於當事人他方所受之損害範圍內)之違約定金自有其效力，而針對超出合理範圍之違約定金，性質上已喪失違約定金之效力，而應視為價金之一部先付，是以，合理範圍之外之違約定金，自無手段必要性可言，

再者，針對履約階段，本篇論文分別就違約金之酌減、情事變更原則、契約之一部解除以及過當之競業禁止條款觀察比例原則於該部分之操作。關於比例原則於過高違約金之案例操作，違約金之約定，其目的有為減輕雙方當事人之舉證責任，有為帶有懲罰、制裁之目的，是以，就違約金之締約目的觀之，應無不法之處，而該當目的正當性。其次，就必要性原則之層次，則須審酌當事人所約定之違約金有無過高之情事，亦即，違約金過高之認定，應視是否已達「與實際損害顯相懸殊」或「有其他顯不公平之情形者」之程度。最後，於狹義比例原則階段，即是探討賠償範圍或手段之選擇，而此自以法院就過高違約金所應酌減之數額多寡為當然。本文認為，不論係總額預定性違約金，或是懲罰性違約金之約定是否過高，均應與債權人實際上所受之積極損害及消極損害加以衡量，此較能兼顧債權人可得享受之一切利益。從而，法院之違約金酌減，並非指酌減至實際損害額，而係應酌減至相當之數額。

針對比例原則於情事變更原則之適用而言，本文認為，此處之適當性原則，應判斷是否該當民法第二百二十七條之二第一項之構成要件，亦即，應以：一、須有情事變更之事實。二、情事變更之事實必須發生於法律行為成立後法律效果消滅前。三、須非當事人於法律行為當時所得預料，且不能預料之事，非當事人於為法律行為當時所知或可得而預見者。四、必須情事變更係因不可歸責於當事人之事由所致，為審酌之因素。同時具備此四個要件，始具有目的正當性。其次，民法第二百二十七條之二第一項規定，所謂「依其原有效果顯失公平者」即為必

要性原則所要處理之問題，從而，依其原有法律效力，若已達顯著不公平等合於情事變更原則之要件者，適用情事變更原則始有手段必要性可言。最後，於狹義比例性原則層次所欲檢視者，則為賠償範圍或手段之選擇，故法院就合乎情事變更原則之案件，首先應先選擇為增、減給付之判決或為變更其他原有效果之判決；又，若法院採取前者之手段，則須進一步決定增、減之數額範圍。

就比例原則於契約之一部解除之操作而言，首先，於適當性原則所要解決之問題，係要判斷當事人有無合法之解除權限。關於系爭之合建契約，依照最高法院之見解，當事人一方之合法解除權限係繫於民法第二百二十七條第一項、第二百五十六條、第二百二十六條第二項規定上，故其行使解除權自具有目的正當性。再者，於必要性原則之階段，則須檢視債權人所要解除者，究為契約之一部或為全部。最高法院認為若給付為可分，系爭瑕疵非屬無關緊要、瑕疵無法補正、且瑕疵給付以外之其他部分的履行對於債權人仍有利益時，債權人原則上僅得解除該瑕疵給付部分之契約。亦即，若債權人解除全部契約即有顯失公平之可能，故債權人行使契約之一部解除權，有其手段必要性。最後，於狹義比例原則之層次，若系爭合建契約一旦遭到全面解除，對於債務人之權益已造成顯失公平之影響，甚或是社會經濟利益均有造成極大損害之虞，此已廣及公益層面。故以當事人雙方利益之衡平為考量者，債權人解除一部契約，亦符衡量性原則。

而比例原則於限制過當之競業禁止條款之運用，首要討論者為適當性原則之審查，針對實務上常見之競業禁止條款，當事人訂定之目的，即是為了保障前雇主之營業利益，從而，關於競業禁止條款是否具有目的正當性，應判斷雇主有無值得保護之正當利益。其次，於手段必要性之層次，主要為檢視競業禁止條款之限制要件是否合理，以及雇主是否提供適當的代償措施。亦即，須判斷：一、勞工或員工在原雇主或公司之職務及地位是否為公司之主要營業幹部。二、限制勞工就業之對象、期間、區域、職業活動之範圍，需不超逾合理之範疇。三、需有填補勞工因競業禁止之損害之代償措施。系爭案例中，當事人所約定之競業禁止條款，未明定競業禁止之地域，且有關禁業之種類限制亦顯然過廣，是以，該競業禁止條款之限制已超逾合理之範圍。再者，雇主並無任何填補被受雇人因競業禁止之損害之代償措施。故系爭案例之競業禁止條款，似無法通過比例原則之手段必要性之檢驗。最後，於狹義比例原則中所要處理者，應為當事人間所約定之懲罰性違約金有無過高而須酌減之問題，復依最高法院九十九年度台上字第五九九號判決內容所示，關於懲罰性違約金之酌減，應以一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人實際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享受之一切利益等因素衡酌之。

## 參考文獻

### 一、中文文獻(以下依作者姓名筆劃排序)

#### (一) 專書著作

1. 王澤鑑，侵權行為法(一)，作者自版，2001年。
2. 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論、債之發生，作者自版，2005年9月。
3. 吳庚，行政法之理論與實用，三民書局，增定十版，2009年8月。
4. 法治斌、董保城，憲法新論，元照，2006年3月三版。
5. 林誠二，民法債編各論(上)，瑞興圖書股份有限公司，1994年11月初版。
6. 林誠二，民法債編各論(下)，瑞興圖書股份有限公司，2001年3月。
7. 邱聰智，新訂民法債編通則(上冊)，作者自版，2003年1月新訂一版。
8. 邱聰智，新訂民法債編通則(下冊)，作者自版，2003年3月新訂一版。
9. 施啟揚，民法總則，作者自刊，民國2003年8月修訂版。
10. 黃茂榮，債法總論(第二冊)，作者自版，2002年9月。
11. 詹森林，民事法理與判決研究(三)—消費者保護法專論，2003年8月。

#### (二) 期刊文章

1. 王澤鑑，損害賠償法的目的:損害填補、損害預防、懲罰制裁，月旦法學雜誌第123期，2005年8月。
2. 何建志，懲罰性賠償金之法理與應用—論最適賠償金額之判定，台大法學論叢第31卷第3期。
3. 李建良，強迫公開道歉與人性尊嚴之憲法保障：民事侵權事件中不表意自由與名譽權之法益權衡/釋字第六五六號解釋，台灣法學雜誌第127期，2009年5月1日。
4. 李建良，競業禁止與職業自由，台灣本土法學第15期，2000年1月。
5. 李惠宗，禁止跳槽的程式設計師，台灣本土法學雜誌第33期，2002年4月。
6. 林更盛，離職後競業禁止約款的審查:三步驟—評台南地方法院八十八年度勞簡上字第6號判決，月旦法學雜誌第111期，2004年8月。
7. 林更盛，限制過當的離職後競業禁止約款的效力，興大法學第五期，2009年5月。
8. 林更盛，離職後競業禁止約款的審查—雇方值得保護的正當利益兼評台灣高等法院台中分院九一年度上字第三六七號判決，月旦民商法雜誌第1期，2003年9月。
9. 林誠二，網路購物中錯誤標價衍生之法律問題，月旦法學教室第86期，2009

年 12 月。

10. 林誠二，違約金酌減之法律問題，台灣本土法學第 157 期，2010 年 8 月 1 日。
11. 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月。
12. 林德瑞，懲罰性賠償金適用之法律爭議問題，月旦法學雜誌第 110 期，2004 年 7 月。
13. 林德瑞，論懲罰性賠償，國立中正大學法學集刊第 1 期，1998 年 7 月。
14. 姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月。
15. 許宗力，基本權的保障與限制(下)，月旦法學教室第 14 期，2003 年 12 月。
16. 許宗力，基本權利的第三人效力與國庫效力，月旦法學教室第 9 期，2003 年 7 月。
17. 張瑞星，網路購物機制之微調—從購物網站標價錯誤之數件判決談起，政大智慧財產評論，第九卷第一期。
18. 陳聰富，美國法上之懲罰性賠償金制度，台大法學論叢第 31 卷第 5 期，2002 年 9 月。
19. 陳聰富，契約自由與定型化契約的管制，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月。
20. 黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月。
21. 曾品傑，從當事人屬性看法律行為之規範—以網購業者標錯價事件為例，國立中正大學法學集刊第 32 期，2011 年 1 月。
22. 曾品傑，一項歷久彌新的契約法原理：契約之一部解除，台灣法學雜誌第 132 期，2009 年 7 月 15 日。
23. 楊芳賢，民法違約金酌減規定之若干問題，臺大法學論叢第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月。
24. 詹森林，消保法懲罰性賠償金責任之過失應否限於重大過失？—台灣高等法院高雄分院九十七年上字第八一號民事判決之評析，月旦裁判時報第 4 期，2010 年 8 月。
25. 鄭漢綦，物價變動調整之情事變更原則適用，萬國法律第 174 期，2010 年 12 月。
26. 劉姿汝，網路購物契約與消費者保護，科技法學評論第七卷第一期，2010 年 6 月。

### (三) 碩士論文

1. 李宜穎，消費者保護法第五十一條懲罰性賠償金制度之研究，台大法研所碩士論文，2008 年 6 月。
2. 楊靖儀，懲罰性賠償金之研究：以評析消費者保護法第五十一條為中心，台

大法研所碩士論文，1996 年 6 月。

## 二、國內網站資料

1. 行政院公共工程委員會全球資訊網，  
<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002>（最後瀏覽日：  
2012 年 6 月 10 日）
2. 法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw/index.aspx>（最後瀏覽日：2012 年 6  
月 10 日）

