

戲棚跛倚久就是你的？

試析論憲法法庭 112 年憲判字第 4 號憲法判決（下）

鄭健宏*

參、本件憲法判決之里程碑

一、廓清憲法所保障「婚姻自由」之實質內涵。

本件憲法判決理由書第 30 段至 31 段，除重申「婚姻自由」受憲法第 22 條保障之旨外，更爬梳、彙整歷來大法官解釋及憲法判決提及「婚姻自由」內容之論述，進一步充實憲法所保障「婚姻自由」之實質內涵。茲以婚姻關係之進程——婚姻關係成立、存續及消滅階段²²——，簡要歸納本件憲法判決所闡釋或明白揭露「婚姻自由」於各該階段之具體化內容如下：

（一）婚姻關係成立階段：

釋字第 362 號解釋已謂：「適婚之人無配偶者，本有結婚之自由，他人亦有與之相婚之自由。」開啟「婚姻自由」基本權利中，憲法保障其中「結婚自由」之定論，其後補充本號解釋之釋字第 552 號解釋，仍沿斯旨²³。

嗣釋字第 748 號將上開「結婚自由」進一步具體化為：「適婚人民而無配偶者，本有結婚自由，包含『是否結婚』暨『與何人結婚』之自由（本院釋字第 362 號解釋參照）。」²⁴

至此，人民在符合法定結婚年

齡、且未有配偶之時，享有自主決定「是否結婚」及「與何人結婚」之婚姻自由，釋字第 791 號解釋、111 憲判 20 號及本件憲法判決循之。

（二）婚姻關係存續階段：

儘管自釋字 242 號解釋起，大法官就已注意到婚姻關係中，配偶共同生活之事實情況²⁵。然而，在釋字第 791 號出現以前，釋憲實務運作上似僅將之視為婚姻關係理所當然之目的，僵化地成為解釋理由書中事實狀態描述，僅止於結婚後，配偶雙方必然共同生活（釋字 242 號、釋字第 365 號、釋字第 372 號、釋字第 452 號、釋字第 552 號、釋字第 554 號、釋字第 620 號、釋字第 647 號、釋字第 696 號及釋字第 748 號解釋）之空洞誡命；至於共同生活之內涵，則渾沌不明，此種一再以共同生活為婚姻目的之重複論述，不無帶有將共同生活作為婚姻關係宣示性「義務」之意味。

迄至釋字第 791 號解釋，大法官終於領悟到：「別人有的愛，我們不可能模仿」，婚姻關係之生活模式態樣因人而異，應盡可能使配偶雙方自主協調、形塑，此亦為人民形塑自我

* 本文作者為展信法律事務所合署律師。銘謝陽銘法律事務所創辦人梁志偉律師，對於本文給予之寶貴建議；惟文責仍由作者自負。

22. 實際上，這樣的分類方式除第二階段無太大疑慮外，第一、三階段之用語並不甚精確。蓋第一階段係婚姻關係成立生效「前」，決定是否結婚、與誰結婚之自由，應為「婚姻關係『即將』成立階段」；而第三階段，婚姻關係尚未消滅，婚姻當事人應享有離婚自由，故應為「婚

姻關係『即將』消滅階段」；然為求行文文句對仗之便，仍定各階段名稱如斯，附此敘明。

23. 參釋字第 362 號及釋字第 552 號解釋理由書。

24. 參釋字第 748 號解釋理由書第 13 段。

25. 參釋字第 242 號解釋文。

人格、實現人性尊嚴所不可或缺之權利，而肯認人民擁有「與配偶共同形成及經營婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之『權利』」，具體化婚姻關係存續中，共同生活之內涵，不再以近乎規範配偶雙方「義務」之角度，描述配偶共同生活；嗣後，111 憲判 20 號及本件憲法判決均援用此一結論²⁶。

應特別注意者為，本件憲法判決尚提及「婚姻自由」包含「維持婚姻關係」之自由²⁷，究其實質應即為「與配偶共同形成及經營婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利」。

（三）婚姻關係消滅階段：

依當事人之意思解消婚姻關係，不外「兩願離婚」及「裁判離婚」兩種途徑，雖於本件憲法判決前，大法官並未直言「離婚自由」為「婚姻自由」之具體內涵；惟依歷來釋憲實務，大法官從未否決民法第 1052 條所表彰之裁判離婚制度存在之合憲性（釋字第 147 號、釋字第 362 號、釋字第 372 號及釋字第 552 號解釋），亦不否認兩願離婚之效力（釋字第 552 號解釋），足認實質上，「兩願離婚」及「裁判離婚」均為人民之自由權利，早已為釋憲實務肯認。

嗣釋字第 791 號解釋，大法官始正面回應「兩願離婚」為「婚姻自由」

內容之具體化，自為憲法「婚姻自由」保障所及。迨至本件憲法判決，憲法法庭以肯定「婚姻自由」之範圍包含「離婚自由」，而「兩願離婚」及「裁判離婚」為保障此一自由實現之途徑²⁸，進一步系統化婚姻關係消滅階段之婚姻自由權內容。

二、推翻審判實務操作系爭規定時，長期以來所採取之有責程度相對比較法。

系爭規定運用於實際審判時，可能遭遇之情況計有：「起訴者為唯一有責之一方」、「被訴者為唯一有責之一方」、「起訴者與被訴者均有責，惟起訴者之可歸責程度較高」、「起訴者與被訴者均有責，惟被訴者之可歸責程度較高」、「起訴者與被訴者均有責，且雙方之可歸責程度相當」，以及「起訴者與被訴者均無責」等 6 種，而審判實務長期以來，均將系爭規定適用於「起訴者為唯一有責之一方」及「起訴者與被訴者均有責，惟起訴者之可歸責程度較高」兩種情況，剝奪起訴者請求裁判離婚之權利，尤其自最高法院 95 年度第 5 次民事庭會議決議以降，前述見解已成審判實務無可置疑之論²⁹。

然而，本件憲法判決理由第 34 段末尾稱：「至難以維持婚姻之重大事由，雙方均應負責者，不論其責任之輕重，本不在系爭規定適用範疇。」顯然排除「起訴者與被訴者均有責，惟起訴者之可歸責程度較高」之情況下，系爭規定

26. 本件憲法判決理由書第 30 段開篇，雖重拾共同生活為婚姻目的之「義務型」論述模式；惟仍不忘在同段末尾補敘：「與配偶共同形成及經營婚姻關係（如配偶間親密關係、經濟關係、生活方式等）之權利」之論理模式，不無打磨「義務型」論述模式之稜角，嘗試兼容「權利型」論述模式加以調和，以形塑更完整之婚姻關係權利義務內容。

27. 本件憲法判決理由書第 31 段。

28. 黃虹霞大法官、黃瑞明大法官之協同意見書，以及吳陳鑽大法官之部分不同意見書中，對於婚姻自由之保障範圍，是否及於「單方解消婚姻關係」之自由，論述上有所保留。參鄭健宏，〈戲棚豈倚久就是你的？試析論憲法法庭 112 年憲判字第 4 號憲法判決（上）〉，《高雄律師會訊》，第 112-10-12 期，2023 年 12 月，第 52 至 54 頁。

29. 參前註文，第 46 頁註 4。

適用之餘地。換言之，本件憲法判決認為於上揭 6 種情況下，系爭規定僅適用於「起訴者為唯一有責之一方」之情況，其餘 5 種情況均不適用，與過往審判實務見解相左。嗣 112 年 12 月 22 日最高法院 112 年度台上字第 1612 號請求離婚等事件審理中，以法律見解歧異為由，就前揭爭議徵詢各民事庭意見，最終統一見解為：「『夫妻就難以維持婚姻之重大事由皆須負責時』之解消婚姻，未有法律規定限制有責程度較重者之婚姻自由，雙方自均得依民法第 1052 條第 2 項本文規定請求離婚，而毋須比較衡量雙方之有責程度。」與本件憲法判決所採取之詮釋內容一致³⁰。至此，最高法院也終於在本件憲法判決循循善誘之下「上車」，變更審判實務歷來主流見解。

茲將本件憲法判決後，系爭規定之於上開 6 種情況間之關係，簡要表列如下：

可歸責對象	可歸責程度	是否受系爭規定限制
起訴者	唯一有責	是
被訴者	唯一有責	否
起訴者 & 被訴者	起訴者較高	否
	被訴者較高	否
	雙方相當	否
無	無	否

三、凡欲對憲法第 22 條所保障之「婚姻自由」基本權利加以限制之國家作為，本即應符合比例原則，毋待援引憲法第 23 條作為開啟比例原則審查之必要條件。

本件憲法判決，除判決理由中載敘聲請人之聲請要旨外（參理由第 3、7、

11 段），判決主文及判決理由中「形成主文之法律上意見」段落以下（參理由第 28 段以降），並未見憲法法庭明文援引憲法第 23 條之比例原則；然判決理由第 35 及 36 段內容，卻在探討系爭規定之立法目的，以及系爭規定所採取之干預手段有助於立法目的之達成，並設下「顯然過苛」之門檻，將「非顯然過苛」之情況下，「維持婚姻自由」與「限制請求裁判離婚自由」間之價值取捨及利弊輕重，委諸立法形成自由。字裡行間，不難發覺「目的合法性」及「手段適當性」之比例原則操作痕跡；至於「手段必要性」及「狹義比例性」之階層論述，雖晦暗不明，惟此一現象或係肇於審查密度之抉擇上，採取寬鬆審查基準之故（詳如後述）。是尚不得以本件憲法判決中，未見完整比例原則之操作（即缺少「手段必要性」及「狹義比例性」階層論述），遽謂本件憲法判決未採取比例原則審查系爭規定。

但凡經劃歸基本權利保障範圍，躋身於憲法所保障基本權利之列者，國家雖非不得出於維護公共利益之理由，而對該基本權利有所限制；惟該限制（尤其是法律）之實質內涵，仍受到基本權利之拘束，此即為學說上所稱「限制基本權利之限制（Grundrechtsschrankenschränken）」或「限制之限制（Schranken-Schranken）」³¹。換言之，基本權利本身即已劃定國

30. 「最高法院 112 年度台上字第 1612 號請求離婚等事件新聞稿（112-民 08）」，最高法院新聞公告，112 年 12 月 22 日，網址：<https://tps.judicial.gov.tw/cp-1025-2393788-fc185-011.html>，最後瀏覽日：113 年 1 月 24 日。

31. 李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，第 9 卷第 1 期，1997 年 3 月，第 68 頁。

家限制基本權利之界線，要求國家於限制基本權利之作為上，須符合某些「條件或底線」，而比例原則即為該「條件或底線」之一。參諸我國釋憲歷史，不乏未援引憲法第 23 條即開啟比例原則論述之釋字（例如：釋字第 224 號、第 439 號³²、釋字第 802 號等），益徵國家倘欲限制人民受憲法所保障之基本權利，其限制作為本應符合比例原則，毋待憲法明文規定，此為民主法治國之基礎原則。故本件憲法判決於未明白援引憲法第 23 條或揭露比例原則作為審查方法之前提下，逕自開啟比例原則之審查模式，適足認憲法法庭似認為：我國憲法第 22 條所保障之「婚姻自由」基本權利，本身即有限制國家干預作為之功能，毋待援引憲法第 23 條。故而，凡欲限制婚姻自由權利之規範，仍應通過比例原則之合憲性審查，而此一比例原則之審查，不以明白求告我國憲法第 23 條為必要，而係根植於我國憲法第 22 條「婚姻自由」基本權利本身。

雖有論者認為：學說上在使用比例原則對私法行為進行審查，而訴諸憲法第 23 條時，將因其對於基本權之限制，須出於「他益」或「公益」目的（即防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益）之要件，而有論述上的阻礙，蓋私法行為通常係出於「自益」目的，將可能導致絕大多數私法行為因而（間接）違憲³³。然而，本件憲法判決雖涉及基本權衝突，惟應

審查之標的——即系爭規定——為一立法者所制定之法律，性質上要屬國家行為，與前開私法行為有別，自無前述疑慮。故此亦不足作為本件憲法判決不援引憲法第 23 條之理由，附此敘明。

肆、本件憲法判決若干有待商榷之處

本件憲法判決中，為唯一有責配偶開啟請求裁判離婚契機之「顯然過苛」概念，將影響後續立法者之立法結果，以及審判實務之個案認定，而其概念之抽象性質，可預見將使後續發展充滿各種可能性與不確定性，絕對係本件憲法判決留下之熱門爭議，此觀本件憲法判決五份意見書，均對該概念加以補充，且詮釋間亦略有不同即明。囿於篇幅，以及本文前已摘要本件憲法判決理由與各意見書對於該爭議之論述，故以下將著眼本件憲法判決其他有疑之處，而不再重複該爭議，容先敘明。

一、「美首德身」暨「寬嚴不一」之審查基準？

（一）憲法法庭於本件憲法判決之比例原則操作上，於判決理由第 33 至 36 段，僅點出「目的正當性」及「手段適當性」，至於「手段必要性」及「狹義比例性」之審查內容則隱晦不明，業如前述。苟自論述脈絡及用語推究，本件憲法判決尋繹系爭規定立法目的後，稱：「核其立法目的，尚屬正當。」、審查系爭規定之手段適當性後，結論用語為：「尚非完全無助於立法目的之達成。」並旋即接續謂：「就此等多元原則裁判離婚原因之法律規定，如未有個案顯然過苛之情事者，容許立法者有自由形成之空間。」

32. 參吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，增訂七版，2020年9月，第143-144頁。

33. 王耀庭，《私法關係的合憲控制——間接影響說的再構成》，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008年7月，第64頁註149。

自論述間側重「目的」及「手段與目的之關聯」之線索，應足認係採取美式審查基準³⁴為基調：

- 1、本件憲法判決理由第 35 段，自民法第 1052 條第 2 項之立法目的及修法過程中法務部之說明中，抽繹系爭規定之立法目的為「維護無責一方配偶之維持或解消婚姻之自主決定權」、「婚姻之法律秩序」與「國民之法感情」，於雙方育有未成年子女之情況下，尚應維護未成年子女利益，而有維護婚姻之家庭與社會責任功能，作為證成系爭規定立法目的正當之理由。又憲法法庭認為系爭規定之立法目的「尚屬正當」，未進一步探究或要求立法目的之重要性，似以目的之不違法為已足，而有採取最寬鬆之合理審查基準（the rational relationship test）之徵兆。
- 2、就目的與手段之關聯性而言，本件憲法判決理由第 36 段先是框定我國裁判離婚制度採取多元主義之立場，旋稱系爭規定限制唯一有責一方請求裁判離婚之手段，有助於上揭立法目的之達成，並未一一建立系爭規定之限制手段與各該立法目的間之關聯性，亦未探究是否存在其他較諸系爭規定更小侵害之手段，僅認在多元主義離婚制度下，立法者所設離婚原因倘未造成個案過苛之情，均屬立法自由形成空間，從而使系爭規定波瀾不興地通過手段與目的之關聯之審查。

- 3、在此，憲法法庭對於系爭規定立法目的之要求，僅止於「正當合法的利益（legitimate interests）」，而未及於「實質或重要的利益（substantial or important interests）」之程度；於達成立法目的之手段選擇上，憲法法庭於未建立限制手段與各該立法目的間之關聯性之前提下，逕然作成「尚非完全無助於立法目的之達成」之結論，並未要求手段與目的間之實質關聯或直接關聯，並將裁判離婚之事由悉數委諸立法形成（僅要求不得造成個案過苛），不啻謂：僅須避免造成個案適用上過於苛酷之情形，無論是否為最小侵害手段，均屬立法者之形成空間。從而，本文認為憲法法庭於本件憲法審查中，對於限制人民離婚自由手段上之審查，採取原則尊重立法者之立場，不要求必須符合最小侵害性，只須目的與手段間具有「合理關連（rational relationship）」即足。是本件憲法判決，應係以美式合理審查標準作為審查基準。

- (二) 繼而，本件憲法判決卻在以美式合理審查基準認定系爭規定並不違憲後，話鋒一轉，於判決理由第 37 至 39 段，指摘立法者於制定系爭規定時，忽略「適用於個案上有顯然過苛」之情況，而有立法事實論斷或預測之疏誤，認系爭規定於適用於個案而產生過苛之情事時，不符合憲法第 22 條保障婚姻自由之意旨。然而，於美式合理審查基準之操作後，旋又以強調對立法權所為之「事實論斷或預測決定內容」之德式審查基準，指摘系爭

34. 林子儀，〈言論自由的限制與雙軌理論〉，《現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集》，1997年3月，第649頁以降；李愷其，〈第七屆大法官違憲審查標準之研究——以平等權、自由權為例〉，《國立臺灣師範大學政治學研究所碩士論文》，2008年6月，第41-50頁。

規定有漏未考慮而造成過度限制之弊病，不禁讓人對於本件憲法判決操作審查基準之一致性，產生疑慮。

- 1、相較於美式審查基準著眼於目的與手段間之寬嚴對待；德式審查基準³⁵對於憲法審查定位，係出於司法權針對立法權所為之「事實論斷或預測決定內容」之審查，即：憲法法院該以何種寬嚴尺度，對立法者所為之「事實論斷或預測決定」加以審究。
- 2、憲法法庭於判決理由第 38 段重申，婚姻關係作為社會基礎之功能，核心在於經營共同生活，俾健全人格發展，如斯和諧之婚姻關係，始應為立法者所欲維護者。鑒於婚姻具高度屬人性，破綻之成因複雜萬端且難以明白窮究並妥適責任歸屬，苟婚姻關係之破綻已至無可回復之程度，配偶一方（甚至雙方）實質上均已無意維持婚姻關係，此時系爭規定僅保障婚姻之外在形式，除強迫唯一有責者繼續面對形骸化之婚姻關係外，亦可能不利未成年子女之身心發展。故系爭規定全然剝奪唯一有責一方請求裁判離婚之權利，可能產生個案顯然過苛之情，於造成顯然過苛之情況下，系爭規定則不符合憲法保障婚姻自由之旨。
- 3、承上，在此，憲法法庭創造一適用系爭規定之結果會造成個案過苛之可能情狀——即破綻事由已經過相當期間或持續相當期間，且婚姻關係已形骸化，卻仍不許該唯一有責配偶請求離

婚——，映照立法者所欲維持之婚姻態樣——經營共同生活，俾健全雙方人格發展——，用以彰顯立法者對於「事實論斷或預測決定內容」有疏虞，所採取之手段（即系爭規定）可能無助於所欲維持之婚姻關係態樣，不無比例原則審查模式之影子。又憲法法庭認為於上開顯然過苛之情形下，「其對有責配偶請求裁判離婚之限制，與憲法所保障之無責配偶維持婚姻之自由間，自有求其衡平之必要。」亦不無再度衡量、甚至檢討唯一有責配偶與無責配偶間，婚姻自由之保障程度及方式，同樣帶有比例原則審查之輪廓。

- 4、有別於合憲宣告部分（即判決理由第 33 至 36 段）之論述，明確使用美式審查基準之用語，上開違憲宣告部分（判決理由第 37 至 39）並未明確使用德式審查基準用語，僅得迂迴自憲法法庭著重於系爭規定適用可能產生過苛之情境論述，推認此部分應屬憲法法庭認為立法者修訂系爭規定時，所應預見並審酌之「立法事實論斷或預測決定內容」，惟立法者並未預見、審酌，放任系爭規定適用結果有對造成唯一有責配偶造成過苛情況，而應予違憲宣告之脈絡，從而得致違憲宣告部分之論述，可能改用了德式審查基準。至於係採德式審查基準中之可支持性審查基準（Vertretbarkeitskontrolle）或強烈內容審查基準（Intensive Inhaltskontrolle），則欠缺足夠之判

35. 同上註碩士論文，第 69-74 頁；許宗力，〈比例原則與法規違憲審查〉，《戰鬥的法律人：林山田教授退休祝賀論文集》，2004 年 1 月，第 215 頁。

斷線索。

(三) 本件憲法判決先係循美式合理審查基準，肯認系爭規定立法目的「尚屬正當」，而系爭規定蘊含之限制手段「尚非完全無助於立法目的之達成」，而認系爭規定應屬合憲；孰料，情況隨即急轉直下，憲法法庭轉而考究系爭規定之立法事實及適用結果，認為系爭規定普遍適用之結果，可能產生某種顯然過苛之情況，亦即指摘立法者忽略立法時即能預見之前述可能存在之極端例外情況，仍將系爭規定適用及之，將引發過度侵害唯一有責配偶婚姻自由權之虞，同時悖於立法者本擬維護之和諧婚姻關係，此時，唯一有責配偶所受無法請求裁判離婚之桎梏與無責配偶維持婚姻之意思間，即有再為衡平之必要。然而，憲法法庭並未於判決理由中揭露為何會有審查基準之轉變？此種轉變之論理依據何在？且轉變範圍，是否含括審查基準寬嚴程度？如若連同審查基準之寬嚴程度亦有所轉變，理由為何？凡此疑問，均頗費思量。

二、代為捉刀且虛無縹緲之立法目的

(一) 憲法法庭解讀系爭規定之立法理由及立法過程之資料後，認其立法目的在於維護無責一方配偶維持或解消婚姻之自主決定權、婚姻之法律秩序及國民法感情，甚至未成年子女之利益。然而，所謂立法理由不過係「又如足

以構成離婚原因之重大事由，應由夫妻之一方負責者，僅他方得請求離婚，始屬公允，爰並設但書之規定。」立法過程之資料亦僅為法務部曾說明「但書規定的理由是認為離婚原因需自『道德上』加以某些限制，使應負離婚責任之當事人一方不能請求離婚，僅他方才能請求，以免造成不公平與不合理的結果。」兩者相互勾稽，充其量僅能析繹出維護國民法感情之立法目的。蓋前揭立法理由及立法過程資料，並未提及應保障無責一方配偶之權利，亦未論及所擬維持婚姻之法律秩序為何，或者具體化容認唯一有責一方請求裁判離婚，將對公共生活產生何種影響（進而破壞婚姻之法律秩序），至於未成年子女之利益考量，更係隻字未提，況於立法過程資料中，法務部既已曾明白承認系爭規定係出於「道德上」之限制，益徵除維護國民法感情以外，其他立法目的多係憲法法庭代為捉刀。

(二) 其次，憲法法庭為何有此捉刀一舉？或許將系爭規定原則上合憲之結果倒序解讀，可略窺知一二。蓋一方配偶維持婚姻之自由，與他方配偶解消婚姻之自由等價³⁶，且兩者均係婚姻自由權利中，直接與人性尊嚴相關之自主決定權，涉及基本權本質核心，至少應使用中等審查基準、甚至嚴格審查基準進行審查³⁷；惟本件出於不明

36. 在此，之所以未使用「『無責一方』配偶維持婚姻之自由，與『唯一有責一方』配偶解消婚姻自由」用語，係因本文認為：個人是否享有憲法層次之基本權，與法律層次之評價無關。實言之，個人享有憲法上之自由權，不因法律上評價伊為可歸責一方，而使其自由權之品質、憲法保障程度劣於不可歸責之一方。再者，本文之行文方式，亦可聚焦於「自由權」與「自由權」之衝突，便於區分「權利保障」（自由權）與「權利限制」（可歸責）之層次。

37. 張文貞教授於參與釋字第 748 號解釋時，即曾舉大法官歷來就言論自

由及隱私權之解釋字號為例，認為大法官既在涉及表意自由及隱私權等基本權之案例中，提高審查基準，則婚姻自由蘊有人格發展及自主實現之重要功能，與表意自由及隱私權等基本權利密不可分，故於涉及婚姻自由之限制，亦應提高審查基準。參張文貞，司法院大法官釋字第 748 號鑑定意見書，第 9 頁：「從而，婚姻自由/婚姻權與個人人格發展及自主實現的重要 涵，也與表意自由、結社自由及隱私權密不可分。既然司法院大法官對隱私權及言論自由的限制，有提高審查標準的要求，對婚姻自由/婚姻權的限制，亦必須提高審查標準。」

原因而有降低審查基準或作成合憲判決之需求³⁸，憲法法庭於是為無責一方配偶加碼，提出婚姻之法律秩序、國民法感情及未成年子女利益三個立法目的，嘗試正當化降低審查基準之選擇，又系爭規定形式上雖係國家之立法行為，但旨在調和私人間基本權衝突，與國家權力和私人權利間之衝突，仍有所差異，且婚姻制度某種程度上，本身即具有制度性保障之桎梏，我國司法權偶有遇婚姻制度即對立法權退讓之跡象等理由，最終巧妙地以四個立法目的，合理化趨於嚴酷之手段。

(三) 然而，上開立法目的除維護無責一方配偶維持或解消婚姻之自主決定權及未成年子女之利益外，其餘維護婚姻之法律秩序及國民法感情，是否能支撐起「目的正當性」的大纛，本文認為不無疑問。蓋婚姻之法律秩序及國民之法感情實係極盡抽象之能事，且憲法法庭似乎諱莫如深，對於婚姻之法律秩序、國民法感情具體內容若何，均未置一詞，從而導致後續論及系爭規定有助於前述立法目的之達成時，更無從索解系爭規定係如何作用，以成就各該立法目的。簡言之，憲法法庭就系爭規定之立法目的正當，以及系爭規定為有效達成立法目的之手段兩大節之論述，彷彿無從爭議之定言令式。再有，所謂秩序，通常係由掌握話語權者或多數人所形

塑，並時常成為迫害無聲者或少數人之理由，故倘若憲法法庭無法具體化所稱之秩序模型，並為該秩序維持之必要提供足夠之理由，供大眾檢視、討論，即應盡可能避免使用此一概念；又所謂法感情，通常亦為訴諸多數而對少數形成壓力之手段，其正當性僅存在於民主原則最為淺層之多數決原理，惟個人基本權與民眾法感情之衝突，孰輕孰重，於貫徹法治國及社會國原則之民主法治國家而言，不言可喻，蓋憲法對於個人基本權之保障，本即無須仰大眾鼻息，且訴諸法感情，極可能存在集體錯覺³⁹之風險，以致罔顧真相，何況本件憲法判決同樣未說明其所認知之國民法感情為何？值得維護之理由何在？

(四) 應再補充說明者為維護未成年子女利益之立法目的，除憲法法庭所援引系爭規定之立法理由及立法過程之資料，無法析繹出系爭規定之立法目的及於維護未成年子女利益（已如上述）以外，基於以下理由，系爭規定之立法目的應不含維護未成年子女利益：

- 1、參諸現行兩願離婚及修正後民法第1052條第1項規定，均係著眼於配偶雙方主觀上維持或解消婚姻之意思，或客觀上有無無法繼續共同生活之情況，並未將未成年子女利益作為離婚之要件，再觀同法第1055條第1項規定：「夫妻離婚者，對於未成年子女權利義務之行使或負擔，依

38. 若本件憲法判決提高審查基準，勢將進行手段必要性之審查，而須探尋最小侵害手段，則提高有責一方離因損害賠償、贍養費、減少剩餘財產分配等，均係有替代可能之選項，如此一來本件是否仍能作成合

憲結論，仍在未定之天。

39. 關於集體錯覺之概念，可參陶德羅斯，《集體錯覺：為什麼我們寧可欺騙自己也不敢跟別人不一樣》一書。

協議由一方或雙方共同任之。未為協議或協議不成者，法院得依夫妻之一方、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權酌定之。前項協議不利於子女者，法院得依主管機關、社會福利機構或其他利害關係人之請求或依職權為子女之利益改定之。行使、負擔權利義務之一方未盡保護教養之義務或對未成年子女有不利之情事者，他方、未成年子女、主管機關、社會福利機構或其他利害關係人得為子女之利益，請求法院改定之。前三項情形，法院得依請求或依職權，為子女之利益酌定權利義務行使負擔之內容及方法。」⁴⁰表明：配偶間兩願離婚或裁判離婚時，原則上未成年子女之親權行使，委諸配偶間自行協議，僅在未為協議、協議不成、協議不利未成年子女、或行使親權人不盡義務或不利未成年子女時，法院始行介入，且介入之程度，亦僅限於改定親權人或親權行使之內容與方法，顯示立法者對於未成年子女利益之原則立場係：原則上由其父母共同決定，國家不予介入，僅例外在不利未成年子女之情況下，始有限度地介入。將上開條文合併觀察後，可知立法者已然認識到：未成年子女之利益與配偶婚姻關係是否持續存在間，並無必然關係，而有意將未成年子女之利益與其父母間之婚姻關係存續或

解消，適度切割。

- 2、倘若之於憲法法庭而言，形骸化之婚姻，對於未成年子女未必不利，則基於維護未成年子女利益之立場，於維持婚姻並未造成過苛結果之情況下，至少兩願離婚及修正後民法第 1052 條第 1 項第 1 款（重婚）、第 2 款（與配偶以外之人合意性交）、第 5 款（惡意遺棄）、第 7 款（不治之惡疾）、第 8 款（重大不治之精神疾病）、第 9 款（生死不明已逾三年）及第 10 款（故意犯罪而獲判六月以上有期徒刑確定）均應增訂維護未成年子女利益之要件，由法院個案審酌配偶雙方離異，並未違反未成年子女利益，始得准許離婚，而非僅針對唯一有責一方依修正後民法第 1052 條第 2 項請求裁判離婚者，額外要求應符合未成年子女利益始得離婚，否則即有差別待遇之嫌，而此一差別待遇之生成與否，竟僅繫諸請求裁判離婚者是否為唯一有責一方，其餘雙方均無責、雙方均有責或僅被訴方為唯一有責者，均無此項要求，則殊難想像有何合理化差別待遇之理由。
- 3、再進一步而言，憲法法庭似僅針對系爭規定認為存有考量未成年子女利益之立法目的，而不及於修正後民法第 1052 條第 2 項本文；換言之，苟裁判離婚案件，不具系爭規定之情況而得依修正後民法第 1052 條第 2 項本文逕行裁判離婚時，是否即毋庸考量未成年子女之利益？

40. 參民法第 1055 條修訂理由：「一、夫妻兩願離婚或經判決離婚後，對於未成年子女之保護及教養之權利義務與民法親屬編第四章以下之監護章規定有所不同，爰將現行條文「監護」文字修正為「對於未成年子女權利義務之行使或負擔」，以期與第一千零八十九條用語一致。」可知無論係兩願離婚或裁判離婚，皆本條之適用。

(五) 準此，本文認為：系爭規定真正且正當之立法目的，除維護無責一方配偶維持或解消婚姻之自主決定權以外，其餘維護未成年子女之利益、婚姻之法律秩序及國民法感情等，均有待商榷。

三、作為「婚姻自由」之背後靈，「制度性保障」今後該何去何從？

(一) 眾所周知，國內學理及實務所稱制度性保障 (institutionelle Garantie)，主要係繼受源自德國憲法學者 Carl Schmitt 於 20 世紀為抗衡威瑪憲法 (Weimarer Verfassung; Die Verfassung des Deutschen Reichs) 罔顧基本權利保障，所提出之理論。肇於威瑪憲法實質上架空基本權利保障之形式法治國制憲模式，氏乃透過憲法應保障憲法存在前，即長期存在之社會事實 (例如私有財產、婚姻家庭) 或既存制度 (例如地方自治) 之論述，將前述社會事實及既存制度安置於憲法層次，藉此排除立法者以形式上合於法律保留原則之立法，恣意侵害既有傳統、典型，間接達成相當程度保障基本權利之結果⁴¹。第二次世界大戰後，德國重新制憲頒行基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)，有別於威瑪憲法，基本法以人性尊嚴為核心，環繞保障基本權利而開展，對於保障基本權利而言，課以國家直接

且積極之功能義務，此時，以消極面向對抗立法者，間接達成保障基本權利之制度性保障理論，是否仍有存在必要，即滋疑問。最終，德國主流意見仍趨向保留制度性保障理論，惟將之自「憲法應確保既有制度存在 (消極不作為)」，達成基本權利 (間接) 保障」轉向為「國家應建立並確保某些制度存在 (積極作為)」，以促進基本權利 (積極) 實現」，其中著名者即為 Peter Häberle⁴²。除前述 Carl Schmitt 與 Peter Häberle 之理論外，德國學界戰後尚有諸多對於制度性保障詮釋之理論，德國聯邦憲法法院 (Bundesverfassungsgericht) 對於制度性保障之運用，亦自成一格，不拘泥於學界理論。準此，制度性保障理論言人人殊之不穩定性可見一斑⁴³，我國司法院大法官便於此一情境下，將之引入我國釋憲體系中。

(二) 承上，制度性保障乙詞首次粉墨登場，係在釋字第 380 號解釋，該號解釋係針對學術自由之制度性保障；至於婚姻，則於嗣後大法官首次處理刑法通姦罪合憲性之釋字第 554 號解釋文：「婚姻與家庭為社會形成與發展之基礎，受憲法制度性保障 (參照本院釋字第三六二號、第五五二號解釋)。」正式宣告納入制度性保障。然而，大法官在此所形塑、受制度性保障之婚姻制度，係一夫一妻、一男一女之婚姻制度⁴⁴，並於後續釋字第 620 號 (最高行政法院 91 年 3 月 26 日庭長法官聯席會議決議，縮減法律

41. 賴俊唐，《制度性保障的檢討－從司法院釋字第 748 號解釋談起》，國立成功大學法律學系碩士論文，2021 年 9 月，第 44-54 頁。

42. 同上註，第 68-71 頁。

43. 吳庚、陳淳文，《憲法理論與政府體制》，增訂七版，2020 年 9 月，第 114 頁。

44. 釋字第 554 號解釋理由書：「按婚姻係一夫一妻為營永久共同生活，並使雙方人格得以實現與發展之生活共同體。」

所定得為遺產總額之扣除額案)、釋字第 647 號(遺贈法第 20 條限配偶間贈與免稅,是否違反平等原則案)、釋字第 696 號(夫妻非薪資所得合併計算申報稅額,以及分居夫妻依個人所得總額占夫妻所得總額之比率計算其分擔應納稅額,是否違憲案)及釋字第 712 號(已有子女之人不得收養大陸地區之人為養子女規定,是否違憲案)解釋,均沿襲婚姻受憲法制度性保障之論述。這般擲地有聲的基本前提論述及鋪陳,或許係出於無心,惟在貫徹抽象違憲審查制度之詮釋下,可能會導致作繭自縛之結果,大法官後續在面臨釋字第 748 號解釋同性婚姻案時,應不無「今朝都到眼前來」之感慨,儘管最終大法官巧妙地以歷來相關解釋均係在異性婚的原因事實下所作成,不能解為大法官有意將婚姻限於一男一女⁴⁵之說詞,擺脫婚姻係一夫一妻或一男一女之桎梏;惟自釋字第 748 號以降,後續涉及婚姻關係之大法官解釋(釋字第 791 號)及憲法判決(111 憲判 20 號判決與本件憲法判決),已不復見制度性保障用詞,取而代之者為釋字 552 號解釋即出現之「婚姻自由」,顯示大法官似乎有意於婚姻關係之場域,揚棄制度性保障之概念,以憲法第 22 條為本,回歸基本權之操作。然而,現實確實是如此嗎?

(三)回顧我國司法院大法官解釋中涉及婚姻之解釋,除非解釋標的涉及配偶間平等地位之平等權問題(例如釋字第 365 號及釋字第 452 號),否則大法官一旦將解釋標的劃歸制度性保障領域,多隨即以幾近棄權之姿放棄實質審查,悉委諸立法形成自由空間⁴⁶。何以如此?釋字第 552 號解釋理由書,或許能窺知端倪:「一夫一妻婚姻制度係為維護配偶間之人格倫理關係,實現男女平等原則,及維持社會秩序,應受憲法保障。民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定,即本此意旨而制定。婚姻自由雖為憲法上所保障之自由權,惟應受一夫一妻婚姻制度之限制。」大法官在此宣示了婚姻自由縱為憲法所保障之權利,但仍應受婚姻制度之限制,不啻將婚姻自由框限於婚姻制度底下,而對於婚姻制度之形塑,大法官通常採取尊重立法者之立場,如此一來,婚姻自由權之內涵及保障,將大幅度操諸立法者之手。釋字第 748 號以後,制度性保障之字眼雖自大法官解釋與憲法判決絕跡;然其影響是否已然根除,卻未可斷言。姑不論釋字第 748 號解釋雖認民法未賦與同性戀者成立婚姻關係,與憲法保障婚姻自由(及平等權)意旨相違,卻仍因欲使同性戀者成立婚姻關係乙事,涉及婚姻制度之建構,而謂:「至以何

45. 釋字第 748 號理由書第 11 段:「按本院歷來提及『一夫一妻』、『一男一女』之相關解釋,就其原因事實觀之,均係於異性婚姻脈絡下所為之解釋。例如釋字第 242 號、第 362 號及第 552 號解釋係就民法重婚效力規定之例外情形,釋字第 554 號解釋係就通姦罪合憲性,釋字第 647 號解釋係就未成立法律上婚姻關係之異性伴侶未能享有配偶得

享有之稅捐優惠,釋字第 365 號解釋則係就父權優先條款所為之解釋。本院迄未就同性別二人得否結婚作成解釋。」

46. 楊智傑,〈制度性保障說理模式對社會改革的阻礙(下)〉,《台灣本土法學雜誌》,第 61 期,2004 年 8 月,第 6-7 頁。

種形式（例如修正婚姻章、於民法親屬編另立專章、制定特別法或其他形式），使相同性別二人，得為經營共同生活之目的，成立具有親密性及排他性之永久結合關係，達成婚姻自由之平等保護，屬立法形成之範圍。」在人權保障與維護權力分立間，大法官似乎選了後者，肇致今日同性戀與異性戀者間「隔離但平等」之局面⁴⁷；本件憲法判決理由書第35至36段，憲法法庭仍在為立法者就系爭規定之立法目的捉刀，並以立法者自行選取之多元離婚事由之裁判離婚制度為由，容許立法者對裁判離婚原因有立法形成自由，只要不造成個案顯然過苛即可，字裡行間，仍顯示出憲法法庭一旦觸及婚姻制度，原則上依舊選擇對立法者退讓，此一情況與婚姻制度性保障風行時，並無二致。連結至上開對於本件憲法判決審查基準與寬嚴模糊之批判，或許憲法法庭未敢言明審查基準、開啟較為嚴格審查基準之根本原因在此。

（四）苟令婚姻自由權服膺於婚姻制度性保障，至少存在三個疑慮：其一，於理論體系上，制度性保障於憲法學定位中，僅屬基本權之客觀功能面向，當此一功能本身有反噬基本權利之風險時，如何解釋、調和？其二，就戰後制度性保障理論詮釋之意旨而論，應

在積極促進基本權利之實現，則何以委諸立法之結果，反而可能質變為限制基本權利之枷鎖？其三，就權力分立角度而言，婚姻自由與婚姻制度性保障之互動關係為何？司法權與立法權間之界線又何在？基上，足徵制度性保障理論之於我國之釋憲實務，是否仍有存在必要，實有商榷餘地，何況，即令國內留學德國之學者，早在制度性保障概念舶來之初，即多抱持懷疑立場⁴⁸。

（五）誠然，自釋字第748號解釋以後，制度性保障之用詞，於涉及婚姻自由基本權利之場域已然絕跡；惟長期將婚姻自由夾藏於婚姻制度之中，交由立法權把持之局面，並未全然改善，大法官仍有意無意地慣性訴諸婚姻制度之說理，使制度性保障隱隱約約飄浮婚姻自由權身後，宛如背後靈。至於從今往後，憲法法庭對於婚姻自由，將採取何種審查模式？是否將全面回歸基本權體系建構審查基準？抑或重新詮釋婚姻場域之制度性保障理論？均有待後續觀察。

伍、代結論：戲棚跛倚久就是你的？ 憲法法庭企劃的耐力賽？

回顧人類歷史上有關婚姻之目的、定義、婚姻關係及制度之安排，存在太多與當代認知扞格之處，可知婚姻之目的、定義、婚姻關係及制度並非一日羅馬，憲法法庭亦不否認因社會變遷，當代之婚姻關係已非全然可用舊日認知加以理解，而「有重新檢討

47. 有關大法官於釋字第748號中拿捏立法形成自由尺度之批判，可參黃舒芬，〈若隱若現的立法形成自由：婚姻自由的保證抑或障礙？—評司法院釋字第748號解釋—〉，《輔仁法學》，第53期，2018年6月，第1-48頁。

48. 楊智傑，〈制度性保障說理模式對社會改革的阻礙（上）〉，《台灣本土法學雜誌》，第60期，2004年7月，第22-25頁。

改進現行裁判離婚制度，並妥為法規設計之必要。諸如比較外國立法例，現代不乏放寬離婚原因之立法例，以因應社會變遷。」

⁴⁹無獨有偶，楊惠欽大法官之不同意見雖以「然婚姻縱僅存外在形式，是否即不具存續之價值或意義？本席認本於婚姻關係之複雜多樣，有否存續之價值或意義，常不脫婚姻當事人之主觀情感與價值觀；…而此二項論點或涉高度個人價值選擇或涉高度個案差異性，面對今日價值多元、家庭與婚姻型態多元之社會，實不宜以之作為允許唯一有責配偶請求裁判離婚之立論基礎。而本號判決將之認屬對唯一有責配偶之顯然過苛情形，並認應允許唯一有責配偶請求裁判離婚，實已含有對婚姻存續意義為價值判斷之意涵。」對多數意見宣告系爭規定例外違憲部分進行批判，而與本文立場相左；惟論述之間仍肯定當代婚姻關係之多元價值與型態，並考量婚姻之於個人之意義，不應由憲法判決代為決定，此一開放態度仍應敬表讚佩。近期即有論者透過觀察我國婚姻規範之變革，認為我國婚姻法制確有「從身分到契約（from status to contract）」之趨向，即自傳統性別身分秩序，轉向尊重個人自主與雙方合意，朝個人化或私化（privatization）方向發展⁵⁰。按諸一般契約原理，以行為或不行為為標的之契約一方當事人無意繼續履行契約時，他方當事人大別有請求依照原契約履行或損害賠償兩種行動可採，惟無論採取何種行動，即令訴諸強制執行程序，均不得以直接強制力要求債務人為特定行為（此觀強制執行法第 127 至 129 條自明），即係出於維護個人意思自主之故，則婚姻契約能強

制雙方（尤其意欲離婚之一方）繼續經營共同生活嗎？尤有甚者，當契約性質關乎兩造當事人間高度信賴時，當事人一方甚至得隨時終止契約，他方僅得請求損害賠償，婚姻契約所須之當事人間信賴，顯不亞於財產契約，則基於契約帶有身分性質而欲維持公共秩序之論理，至少應具體化公共秩序後，再與個人意思自主進行權衡，而非僅訴諸婚姻秩序之口號。又以損害賠償制度（與贍養費、剩餘財產分配制度）建置不公平為由，限制意欲離婚一方之個人意思，無異將立法者之疏失轉嫁意欲離婚一方，真能通過比例原則之檢驗嗎？凡此均係婚姻規範契約化下，有待討論、釐清之課題。

然而，無論係進一步廓清婚姻自由權保障內涵、推進司法審判實務對於民法第 1052 條第 2 項但書詮釋之更新、確立比例原則存乎婚姻自由基本權利本身，毋須外求，抑或係充斥不確定性之「顯然過苛」概念、無可名狀的比例原則操作、模糊不清的審查基準、制度性保障仍係婚姻自由基本權利之後遺症，均係憲法法庭竭力彙集各方觀點、交互辯證後，本於忠司民主法治國家司法權之立場，兼衡基本權利保障與權力分立調和後所得致之成果，該成果雖因立場不同而未能盡如人意；然仍係一形塑吾人公共生活之社群討論之重要觀點，此點應不容置疑。

「人生若只如初見，何事秋風悲畫扇？」⁵¹當婚姻的誓詞及舊日時光，成了收

49. 此一附論，似乎坐實了憲法法庭多數意見雖認為應朝放寬離婚事由之方向前進，卻仍基於涉及婚姻制度即應尊重立法形成自由之立場，而未直接宣告系爭規定全面違憲；僅以外國放寬離婚原因之立法例，委婉向立法者建言。

50. 李立如，〈在身分與契約之間——婚姻法規範的引導功能與發展方向〉，《中研院法學期刊》，第 32 期，2023 年 3 月，第 215-220 頁。

51. 語出清·納蘭性德〈木蘭花令·擬古絕詞東友〉。

受枕邊人悄悄向法院提起裁判離婚起訴狀繕本送達的諷刺，隨著心頭一涼，驚懼、憤怒、迷惘、質疑、不甘等情緒紛沓而來，讓人不知所措，緊接著紙包不住火，家族上下都知道你們的婚姻陷入危機，不管離與不離，總是會有個飽經風霜而世故的聲音，用這句話勸你：「戲棚跛倚久就是你的。」意味著：眼前不管有多大的委屈都先忍著，只要能忍，久而久之，枕邊人終會倦鳥歸巢。憲法法庭宣告系爭規定原則上合憲的字眼，彷彿在向這位「被離婚者」喊話：「無論你的婚姻關係有多空洞，你沒有做錯任何事，有錯的是他，只要你能忍著不妥協，我就不會讓他稱心如意。」但隨即憲法法庭又宣告系爭規定例外違憲，形同立刻當著你的面轉過頭去對「提離婚者」也喊話：「你也別灰心，雖然你做錯事，但只要忍耐一段時間，讓這段婚姻關係繼續維持空洞化，過一段時間，我就可能准你離婚了。」這樣的兩面討好的行為，如果不是不諳人際往來的分際或是抱持隔岸觀火的心態，就是有精神分裂的疑慮。憲法法庭既給了無責一方配偶維持婚姻關係的希望，並同時博愛地留給唯一有責一方配偶解消婚姻關係的念想，許了雙方當事人各自忍耐，即能美夢成真的未來；然而，感情一事最忌拖泥帶水、藕斷絲連，講究感情的婚姻關係也不例外，忍耐過程中，婚姻關係所課予雙方當事人之權利義務並不終止，對於沒有共同生活共識之雙方而言，無疑成為人格發展的限制，欠缺共同生活的外觀，亦帶給第三人辨識上的困擾，而生誤入

配偶權禁區之風險，屆時除衍生其他訴訟爭議外，雙方當事人間最後一點情分及尊重，勢將蕩然無存，徒留玉石俱焚的執念。又憲法法庭著意關心的未成年子女，成長過程中長期（甚至始終）處在雙親形式上穩定（婚姻關係未解消）、實質上躁動（一方執著於維持婚姻、另一方執意解消婚姻）的婚姻關係中，身心是否能健全發展，顯然無法做肯定的回答。職是，憲法法庭是否低估了身陷情感或婚姻牢籠中人的執念，有待時間驗證；如果答案是肯定的，本件憲法判決猶如一份無意間，將配偶、配偶雙方家庭、未成年子女、甚至與配偶雙方或單方認識之第三人，均納入參賽名單之耐力賽企畫書。

「相愛太短，遺忘太長。⁵²」憲法法庭心疼婚姻關係破綻中，全然無責一方之心情，絕對無可厚非；誠然，系爭規定合憲之結論，固替無責一方將唯一有責一方綁在身邊，惟系爭規定卻沒有愛情魔藥的效力，連虛假的愛意也沒有，無責一方要到的東西，是在安慰自己還是傷害自己？無責一方無時無刻都要面對唯一有責一方的怨憎，久而久之，無責一方的委曲求全亦終將化為怨懟，終於，雙方對彼此視若寇讎，偏生負面情緒於人類記憶之附著度，遠大於正向情緒，如果要遺忘一個愛過的人需要很長的時間，那麼，要忘記一個無法停止憎恨的人呢？換個角度想，該選擇窮盡一世忘記一個愛過的人，抑或用餘生恨一個人呢？

52. 語出智利詩人巴柏羅·聶魯達 (Pablo Neruda) <今夜我能寫出最悲傷的詩句 (Puedo escribir los versos más tristes esta noche.) > 一詩，原文：Es tan corto el amor, y es tan largo el olvido.

監造契約監造人之酬金請求請求權時效

吳光陸*

近日辦理一件仲裁案件，係建築師就一工程先與業主簽立設計契約，嗣再訂立監造契約，即該工程係由建築師設計，事後再由該建築師監造，此為一般實務所常見，甚至有設計監造合為一件契約者。在該工程結束後，建築師雖與業主依契約結算給付監造酬金，但一方面因業主扣款，該建築師認扣款有誤，另一方面監造酬金係以業主與營造商之工程款，依一定比例給付，因該工程之營造商另案訴訟，請求增加工程款，經判決勝訴確定，就此增加之工程款，該建築師請求亦應比例增加監造酬金，為此建築師請求業主給付上開有誤之扣款及應增加之酬金，在仲裁案件中，業主提出數項抗辯，其中一項係時效，業主認此項酬金應依民法第 127 條第 7 款「七、技師、承攬人之報酬及其墊款。」應為二年，即該監造契約一方面性質為承攬，建築師為承攬人，另一方面該第 7 款之技師包括建築師在內，並提出最高法院 110 年台上字第 2193 號判決為據，因上開扣款係自應給付建築師之監造酬金扣除，建築師現請求返還，本質上仍屬監造酬金，如扣款有誤，建築師現請求返還者即為請求給付監造酬金，應自扣款之日起算 2 年時效。又營造商請求增加工程款，判決業主應給付確定時，即應起算 2 年時效，因建築師聲請仲裁已超過扣款日及判決確定日 2 年，業主提出時效抗辯。

上開 2193 號判決係維持第二審判決，以「查上訴人為建築師，依系爭合約第 1 條約定，受託辦理察勘建築基地、擬定規劃草

圖、繪制設計圖樣及編訂施工說明書、代向主管建築機關請領建造執照、依法辦理監造有關事項、解釋工程設計上疑問等工程事項，其報酬即屬系爭規定所定技師之報酬，該報酬請求權之時效期間應為 2 年。」，並敘明「四、按技師、承攬人之報酬及其墊款，因 2 年間不行使而消滅，民法第 127 條第 7 款定有明文。上開規定，係參考清宣統 3 年大清民律草案第 307 條第 2 款：『技師及承攬人關於工事者』之規定而訂定，規範以工程之設計、監督與施工為業者，關於工程所生報酬或墊款請求權之時效。是其所稱技師，應係泛指從事於一切工程設計、監督之人。建築師，既從事建築物之設計、監造業務，即係從事工程設計、監督之人，自屬系爭規定所定技師，不論從事上開業務所依據之法律關係，亦不因技師法、建築師法係在民法施行後之 36 年 10 月 27 日、60 年 12 月 27 日始制定公布，而於其文義有所影響。至本院 100 年度台上字第 786 號、103 年度台上字第 560 號判決之當事人均非建築師；103 年度台上字第 218 號、104 年度台上字第 1423 號、第 1606 號、106 年度台上字第 702 號、107 年度台上字第 1637 號判決係原告訴請被告建築師為損害賠償；另 107 年度台上字第 1394 號判決則涉及解釋契約，且非就建築師是否為系爭規定所定技師乙節有所闡述，尚無從比附援引。」，認定依上開第 7 款時效為 2 年，駁回上訴。

* 本文作者係精誠法律事務所主持律師，曾任中華民國律師公會全國聯合會第十屆第二任理事長。

關於監造契約之性質，究為委任或承攬，固有爭執，實務上亦有不同見解，但一方面應視契約內容，是否完全符合委任或承攬規定，另一方面多數之契約內容，實有混合之性質，參照最高法院 103 年台上字第 560 號判決「當事人所訂立之契約，係由承攬之構成分子與委任之構成分子混合而成，且各具有一定之分量時，其既同時兼有『事務處理』與『工作完成』之特質，即不能再將之視為純粹之委任或承攬契約，而應歸入非典型契約中之混合契約（司法院院字第二二八七號解釋參照），而成為一種法律所未規定之無名勞務契約。」，另 104 年台上字第 1423 號判決、第 1606 號判決、107 年台上字第 1394 號判決、1637 號判決、106 年台上字第 702 號判決均係同一意旨，均係混合契約視之，並仍適用委任契約，愚意以為民法第 528 條規定「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」與第 490 條第 1 項「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」不同，委任係委託他方處理事務，注重在事務處理，而非結果，例如律師代理當事人即係處理一定之訴訟事務或非訟事務，至於結果如何不論，是律師代理當事人訴訟，縱然敗訴，仍可請求酬金。承攬係完成一定工作，注重結果，必需達到一定結果，完成工作，始可請求酬金，如未能完成該工作，即不可請求酬金。本件監造契約為「委託監造契約」，其第 1 條約定「監造委託範圍」，係相對人委託聲請人辦理一定監造事務，自與承攬不同，故本件監造契約之性質應為委任。

至於建築師是否為民法第 127 條第 7 款之技師，愚意以為建築師與技師不同，此觀建築師法外，另有技師法，依技師法第 1 條規定「為維護公共安全與公共利益，建立專業技師制度，提升技術服務品質，健全專業技師功能，特制定本法。」及第 3 條第 1 項「中華民國國民，依考試法規定經技師考試及格，並依本法領有技師證書者，得充任技師。」與建築師法第 1 條「中華民國人民經建築師考試及格者，得充任建築師。」不同，則民法第 127 條第 7 款之技師自非建築師，故監造酬金請求權時效應為 15 年。雖最高法院 110 年台上字第 2193 號判決以民法第 127 條第 7 款係參考大清民律草案，以當時並無建築師，建築師應包括在技師範圍內，但愚意以為民法第 127 條第 7 款所列技師，其技師即應以目前法制為準，不應包括建築師。否則，即不應在技師法外，另立建築師法，故以現行法制言，該 127 條第 7 款之技師不應包括建築師在內而適用 2 年時效。



確定裁判內容有無明顯重大違誤之研究（系列一）

評析最高法院 103 年度台上字第 1297 號民事裁定

蘇吉雄*

壹、序言

最高行政法院新任院長吳東都於 112 年 10 月 25 日就任典禮致詞時，指出法官以裁判作為志業，而裁判是法官全人格的表現，評價法官的良窳就看裁判品質。想了解法官的裁判品質，最好的方式是「事後研閱」法官的裁判書，善哉斯言！

司法院為使人民之司法受益權受到保障，建立完善之司法行政監督機制，於 103 年 3 月 5 日訂定「司法院確定裁判書類審查實施要點」，將先前施行多年以任務編組型態成立之確定裁判書類審查小組，修正為設立確定裁判書類審查委員會，將審查法官所製作確定裁判書類之組織予以常態化，以提昇其功能¹。

司法院確定裁判書類審查委員會置委員 16 人，除最高法院院長為當然委員外，其餘 15 人涵蓋由司法院院長遴聘之資深庭長、法官、檢察官、律師及學者²。

法官法第 30 條第 1 項已明定法官之評鑑，由司法院設法官評鑑委員會掌理。而對於裁判結果不服，固應依審級制度尋求救濟，不得以裁判錯誤為由，指摘法官而請求評鑑，惟法官故意致審判案件有明顯重大違誤者，應受刑法第 124 條罪之訴追，或因重

大過失，致審判案件有明顯重大違誤者，已嚴重違反職務上應盡之義務，均屬得請求評鑑之事由。是受審查之裁判書類有事實足認因故意或重大過失，致裁判內容有明顯重大違誤，而嚴重侵害人民權益者，除以個案指正方式，指正缺失外，為落實法官法之精神，應改由法官評鑑委員會進行個案評鑑，不宜再由司法院人事審議委員會議處，上述「司法院確定裁判書類審查實施要點」第三項修正為得建議司法院移請法官評鑑委員會進行個案評鑑（但法官法第 30 條第 3 項規定法律見解不得據為法官個案評鑑之事由，故所稱裁判內容，自不包括法律見解。）³。

上述審查委員會審查之確定裁判，其來源採多元化，其一即涵蓋律師公會 5 人以上連署提請審查，經司法院初步審查，認有移送審查之必要者⁴。準此，律師公會針對確定裁判書類是否有事實足認因故意或重大過失，致裁判內容有明顯重大違誤，而嚴重侵害人民權益者，允宜鼓勵會員踴躍研究，善盡在野法曹之職責。本文針對歷年確定裁判內容有無明顯重大違誤，而嚴重侵害人民權益者作系列研究，提出檢討與省思的淺見，並選擇系列一以最高法院 103 年度台上字第 1297 號民事裁定為中心，敬請 法學先進，惠予指教。

* 本文作者曾任高雄律師公會首屆理事長暨全國律師聯合會第 6 屆第 2 任理事長。

1. 司法院確定裁判書類審查實施要點第一點立法理由。

2. 司法院確定裁判書類審查實施要點第二點立法理由。

3. 司法院確定裁判書類審查實施要點第六點立法理由。

4. 司法院確定裁判書類審查實施要點第四點。

貳、事實概要與訴訟經過

原告南和興產股份有限公司（下稱南和興公司）起訴主張：被告高雄市政府工務局養護工程處（下稱養護工程處）未經其同意亦無任何正當權源，竟於其所有四筆土地（下稱系爭土地）設置愛河沿岸景觀親水公園，供步道使用，應屬無權占有，而無法律上之原因受有利益，伊自得本於所有物返還請求權之法律關係，訴請被告拆除地上物及返還系爭土地，並依不當得利法則，請求被告給付相當於租金利益之損害金等情。

被告則以：系爭土地於台灣日據時代及台灣光復後辦理總登記時均登記為南和興產株式會社所有（下稱南和興會社），南和興公司與南和興會社並非同一法人，其於民國45年間以更名登記取得系爭土地所有權，顯屬欠缺合法登記原因。更名登記時系爭土地西半部分已經滅失而成為高雄市愛河之一部分，嗣經高雄市政府工務局水利工程處於民國76年間回填土方而成為浮覆地，其權利客體於更名登記時是否不存在？浮現後之水道土地，原所有人是否得依土地法第12條第2項規定，不待申請即當然無條件回復其所有權？本件訴訟有無行政院91年8月9日修正發布之「關於水道浮覆地及道路溝渠廢置地所有權歸屬處理原則」第3點規定及最高行政法院100年7月26日法官聯席會議決議之適用？南和興公司請求拆除地上物有無民法第148條第1項規定之適用等情資為抗辯，並於第一審提起反訴請求確認原告對系爭土地所有權不存在。關於原告請求拆除地上物及返還系爭土地部分，先於更一

審程序受敗訴判決確定；關於被告反訴請求確認原告對系爭土地所有權不存在部分，亦先於更一審程序以欠缺即受確認判決之法律上利益為理由而受敗訴判決確定。本件訴訟自繫屬法院至訴訟終結，歷經12年，先後上訴最高法院5次，每次第三審上訴理由均涉及上述法律問題之爭議，先後5次第三審上訴理由之內容均具體指摘第二審判決如何違背法令之情形大同小異，前4次均經最高法院認通過上訴合法審查門檻而以上訴有理由而發回更審。惟第5次第三審上訴竟遭受最高法院103年度台上字第1297號裁定（下稱系爭確定裁定）恣意認定上訴不合法，於103年6月26日以定型化例稿式之裁定駁回上訴。

參、系爭確定裁定要旨

本件兩造對於原判決不利其部分，各自提起上訴雖以各該部分判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實之職權行使，所論斷：系爭土地係屬上訴人（下稱南和興公司）所有，並未經高雄市政府徵收，由水利局辦理河堤改善工程後，隨即由上訴人高雄市政府工務局養護工程處（下稱養工處）設置景觀親水公園，供人行步道及綠地使用，核屬無法律上原因受有利益，致南和興公司受有損害，南和興公司得請求養工處返還不當得利。經養工處以辦理上開河道改善工程所支出之整治工程費用行使抵銷，且得以抵銷適狀時為抵銷，則南和興公司依不當得利之法律關係訴請養工處自民國一〇二年十月二十四日起即原審言詞辯論終結翌日起，至

交還系爭土地之日止，按月給付新台幣五萬一千一百二十元，為有理由等情，指摘其為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，而未表明該部分判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認兩造上訴均為不合法。

肆、確定裁判內容有無明顯重大違誤之研究

一、審查第三審上訴合法與否之程序法則

〈一〉第三審上訴合法與否之判斷，在於審查是否具備法定程式要件，此為程序審查事項。如何審查是否具備法定程式要件，應依上訴理由是否須經許可而異其審查基準。而強制律師代理及須依民國 88 年 2 月 3 日公布修正民事訴訟法第 470 條第 2 項規定：表明①判決所違背之法令及其具體內容。②依訴訟資料合於上述原判決違背法令之具體事實，則為不論上訴理由是否須經許可之共同必備法定程式要件。上述①、②兩項共同必備法定程式要件，即分別相當於三段邏輯論證形式之大前提與小前提。上訴理由如須經許可者，則尚須依民事訴訟法第 470 條第 2 項第 3 款規定：具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，始具備法定程式要件，此要件亦相當於三段邏輯論證形

式之小前提。至於上訴理由有關原判決違背法令之論證，即相當於三段邏輯論證形式之結論。論證邏輯形式包含是否有效與是否為真、是否妥當，於決定上訴合法與否之程序審查階段，僅得檢驗其論證形式邏輯是否有效，至於前提是否為真、是否妥當，則屬實體審查事項。上訴理由書對於憲法基本原則、一般法律原則以及系爭法令之詮釋，與法院或學理之見解如不相一致，而遭認定為理解錯誤，均屬大小前提妥當與否之問題，為實體審查事項，不應於程序審查時予以斟酌〈參照釋字第 572 號解釋大法官許玉秀、城仲模不同意見書〉。

〈二〉最高法院 92 年 10 月 7 日第 16 次民事庭決議，依據民事訴訟法第 469 條之 1 規定，訂定「許可上訴第三審之原則」：1. 事件所涉及法律問題，無法律規定或解釋、判例可據，而須為創造性之闡釋者。2. 事件涉及之法律規定有疑義或不完備，須依事件性質、憲法原則或法律倫理原則為創造性之補充、擴張或限縮其規定之適用者。3. 事件涉及之爭點，法律雖有規定，但法律倫理觀念已有變更或社會情況已有變遷，須為因應、符合現況之闡述者。4. 原判決所持之法律見解與本院判決先例歧異，須統一其見解者。5. 事件所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要。上述「許可上訴第三審之原則」，其中第 1 點至第 3 點係關於「法之續造」，第

4 點係關於「確保裁判之一致性」，第 5 點係關於「法律見解有原則上重要性」詮釋。當事人以民事訴訟法第 469 條以外之事由提起第三審上訴時，依民事訴訟法第 469 條之 1 規定，固須經第三審法院之許可，惟許可與否之審查，祇須上訴理由書就上述最高法院 92 年 10 月 7 日第 16 次民事庭決議，所訂定 5 項「許可上訴第三審之原則」予以具體說明，即屬具備民事訴訟法第 469 條之 1 之許可上訴第三審之法定程式要件，縱令所持法律觀點顯屬不當，亦僅係上訴無理由，不能謂其上訴不合法。此為釐清第三審上訴不合法與無理由之關鍵所在。

〈三〉以民事訴訟法第 469 條所列各款事由，提起第三審上訴時，依民事訴訟法第 469 條之 1 規定之反面解釋，無須經第三審法院之許可，亦即「有無具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性」，既非無庸許可上訴情形之法定程式要件，則針對無庸許可上訴情形，僅能審查上訴理由有無表明：①判決所違背之法令及其具體內容。②依訴訟資料合於上述原判決違背法令之具體事實，以憑判斷上訴合法與否，豈可併予審查「有無具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性」，而增加民事訴訟法第 469 條及第 469 條之 1 對第三

審上訴所無之限制？因此，針對當事人單獨以民事訴訟法第 469 條所列各款事由提起第三審上訴事件〈其中以指摘判決不備理由或理由矛盾之情形最多〉，或合併以民事訴訟法第 469 條所列各款外之事由提起第三審上訴事件，其判斷上訴合法與否之審查基準，既然完全不同，則應分別說明審查意見，始符法制。

〈四〉民事訴訟法第 467 條所謂「原判決違背法令」，乃抽象之上位概括規定，同法第 468 條立法解釋「判決不適用法規或適用不當者，為違背法令」則為其下位具體內容之規定。至同法第 469 條所列各款不過為其中違背法令之當然例示事由而已。又此之所謂「法規」，包括實體法上及程序法上之原理原則在內。最高法院 46 年台抗字第 115 號民事判例揭示：提起再審之訴，若非主張有民事訴訟法第 492 條第 1 項（舊）或第 493 條（舊）所列之情形者，固應以其為不合法而駁回之，惟此僅屬形式要件，祇須主張有此情形之一為已足，至其情形是否果屬存在，則為其訴有無理由之問題。48 年台抗字第 188 號民事判例亦闡示：再審之訴以發見未經斟酌之證物為再審之理由者，縱其證物實無可採，亦為再審之訴無理由而非不合法。此外 71 年 3 月 2 日 71 年度第 3 次刑事庭會議決議〈五〉：上訴意旨祇須具體指摘原判決內容如何違法，即屬具備刑事訴訟法第 377 條

之要件，縱令所持法律觀點顯屬不當，亦僅係上訴無理由，不能謂其上訴不合法。71年台上字第7728號刑事判例闡示：原判決有無違法，與上訴是否以違法為理由為兩事。足認基於民刑訴訟法程序在理論上之相同程序原則，對於第三審民刑事上訴界定上訴不合法與上訴無理由之區別，應作同一解釋。亦即最高法院對民刑第三審上訴如有誤認合法上訴為不合法而從程序上駁回第三審上訴，或誤認不合法上訴為合法，逕為實體上之審判，其第三審判決，即屬適用程序法則不當之判決違背法令。

三、系爭確定裁定內容與實際上卷存訴訟資料不符之說明

系爭確定裁定認定上訴理由係就原審已論斷者，泛言未論斷，未表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認上訴為不合法云云，顯與實際上卷存訴訟資料不符，即所謂「憑空杜撰」及「將有誤無」等之情形，似有「登載不實」之嫌！蓋：

- 〈一〉查本件被告當事人上訴理由《二》狀⁵首先指摘原判決疏未斟酌準備程序所列被上訴人以更名登記為原因取得系爭土地所有權，是否欠缺合法登記

原因？【①南和興產公司與南和興產株式會社是否同一法人？②被上訴人更名登記時之權利客體〈系爭土地〉是否已經滅失】之爭點，顯屬訴訟程序重大瑕疵，而有判決消極不適用民事訴訟法第478條第4項規定及同法第469條第6款判決不備理由致影響於判決結果之當然違背法令，繼於標題甲部分，依民事訴訟法第470條第2項第1款規定，說明原判決所違背之法令為民事訴訟法第226條第3項、第478條第4項、最高法院29年上字第842號、30年上字第58號判例、73年台上字第3292號判例及其具體內容。再於標題乙部分，依民事訴訟法第470條第2項第2款規定，引用訴訟資料〈加註卷證頁碼〉就上述原判決合於所違背法令之具體事實分五項詳加說明，尤其特別指摘「上訴人於原審更〈四〉審程序繼續主張：『被上訴人以更名登記為原因取得系爭土地所有權，是否欠缺合法登記原因？【①南和興產公司與南和興產會社是否同一法人？②被上訴人更名登記時權利客體〈系爭土地〉是否已經滅失？』】〈見原審更〈四〉卷上訴人102.6.7爭點整理摘要狀第4頁第3~6行〉，並經原審受命法官列為兩造爭執事項〈見原審更〈四〉卷第66頁102.6.10準備程序筆錄第7頁〉，原審受命法官復於102.7.15準備程序期日論知：『系爭土地〈是否〉為被上訴人所有？』列為本件爭

5. 最高法院103年台上字第1297號卷糞工處103年1月8日上訴理由〈二〉狀。

點，詢問兩造有無意見？上訴人訴訟代理人答稱「有爭執」〈即繼續爭執〉』〈見原審更〈四〉卷第 66 頁 102.7.15 準備程序筆錄第 4 頁末行至第 5 頁第 9 行〉⁶。原審 102.10.23 言詞辯論筆錄亦記載：『上訴人訴訟代理人陳述上訴理由：詳如 102 年 6 月 7 日爭點整理摘要狀、102 年 7 月 15 日準備書狀、102 年 8 月 7 日調查證據聲請（二）狀、102 年 10 月 18 日辯論意旨摘要狀、102 年 10 月 21 日辯論意旨摘要（二）狀，茲引用之。』『兩造各陳述在原審辯論、發回前歷審辯論及本院準備程序要領。』審判長問：『對於準備程序所列爭點或不爭執事項，有何意見？』（提示並告以要旨）兩造均稱：『同意，並引用準備程序所述。』〈見原審更〈四〉卷 102.10.23 言詞辯論筆錄 --- 更（四）卷第 209~210 頁〉。而於第六項總結記載「上開被上訴人以更名登記為原因取得系爭土地所有權，是否欠缺合法登記原因？①南和興產公司與南和興產株式會社是否同一法人？②被上訴人更名登記時之權利客體〈系爭土地〉是否已經滅失之爭點，攸關被上訴人得否基於訟爭土地所有權人地位主張民法第 179 條不當得利返還請求權之判斷，惟綜觀原判決理由，對於準備程序所列上述爭點暨上訴人有關該爭點之攻擊方法以

及最高法院 96 年度台上字第 415 號判決發回意旨所為廢棄理由之法律上之判斷⁷完全棄置不論，且未說明何以棄置不論之意見，顯屬訴訟程序重大瑕疵，而有判決消極不適用民事訴訟法第 478 條第 4 項規定及同法第 469 條第 6 款判決不備理由致影響於判決結果之當然違背法令。民事訴訟法第 476 條第 1 項固規定第三審法院應以原判決確定之事實為判決基礎，惟上述原審言詞辯論筆錄所記載上訴人陳述之事實以及上訴人指摘原審訴訟程序重大瑕疵資為上訴理由時所舉違背之事實，依同條第 2 項、第 3 項之規定，鈞院得斟酌。」等語〈參閱上訴理由《二》狀第 2~8 頁〉，足認上訴理由已經表明：①判決所違背之法令及其具體內容。②依訴訟資料合於上述原判決違背法令之具體事實之法定程式要件，而本件上訴人 103 年 1 月 8 日上訴理由〈二〉狀係以民事訴訟法第 469 條第 6 款判決不備理由之事由提起第三審上訴，依民事訴訟法第 469 條之 1 規定之反面解釋，無須經第三審法院之許可，即「有無具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其所涉及之法律見解具有原則上重要性」，並非無庸許可上訴情形之法定程式要件，堪認此部分上訴理由已具備法定程式要件，應認上訴為合法，最高法院針對此部分上訴理由應為實體上有無理由之裁判，始符法制，惟系爭確定裁定竟認上訴理由

6. 本件訴訟第二審更〈四〉卷第 66 頁 102.6.10 準備程序筆錄第 7 頁，原審更〈四〉卷 102.7.15 準備程序筆錄第 4 頁末行至第 5 頁第 9 行。

7. 本件訴訟最高法院 96 年台上字第 415 號民事判決發回意旨。

係就原審已論斷者，泛言未論斷，未表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，豈非「罔顧實際上卷存訴訟資料」，而「憑空杜撰」及「將有誤無」？

〈二〉查本件被告當事人上訴理由《一》狀⁸首先指摘原判決認系爭土地並未經公告劃出河川區域以外之土地，自非「關於水道浮覆地及道路溝渠廢置地所有權歸屬處理原則」或最高行政法院於100年7月26日法官聯席會議決議所指之浮覆地，而無上開處理原則或最高行政法院決議意旨之適用，及引用最高法院98年台上字第1788號判決發回意旨，認私有土地，因天然變遷成為湖澤或可通運之水道，其所有權視為消滅後，再行回復原狀時，經原所有權人證明為其原有者，仍回復其所有權，無待於向政府機關之申請核准，亦不因他人以人工改良所致而不同等語，顯有不當適用土地法第12條第2項、民事訴訟法第478條第4項規定及錯誤解讀法律構成要件而消極不適用上開處理原則、最高行政法院決議意旨及河川管理辦法第6條規定之當然違背法令，繼於標題甲部分，依民事訴訟法第470條第2項第1款規定，說明原判決所違背之法令為土地法第12條、行政院91年8月9日修正發布之「關於水

道浮覆地及道路溝渠廢置地所有權歸屬處理原則」第3點規定、最高行政法院100年7月26日法官聯席會議決議、最高法院100年度台上字第1213號判決意旨及其具體內容，再於標題乙部分，依民事訴訟法第470條第2項第2款規定，引用訴訟資料〈加註卷證頁碼〉就上述原判決合於所違背法令之具體事實逐項詳加說明，最後於標題丙關於具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由部分，詳加說明本件所涉及之法律問題有二：其一為浮現後之水道土地，原所有權人是否得依土地法第12條第2項之規定，不待申請即當然無條件回復其所有權，顯有疑義或不完備，須依事件性質、憲法原則或法律倫理原則為創造性之補充、擴張或限縮其規定之適用。其二為系爭土地部分因成為愛河河道而滅失，嗣其部分之土地雖因上訴人施工回填而回復，但其使用分區為河道用地，屬於都市計畫法第42條明列之公共設施用地，並應受相關法令及公共利益之限制，土地所有權人不得違反相關法令及公共利益限制之目的，是否應依上開最高行政法院100年7月26日法官聯席會議決議，俟水道區域線公告重新劃出河川區域以外後，經被上訴人提出聲請並經登記機關核准始回復其所有權，鈞院98年台上字第1788號判決所持見解，核與上開最

8. 最高法院103年台上字第1297號卷糞工處102年12月27日上訴理由(一)狀

高行政法院 100 年 7 月 26 日法官聯席會議決議及鈞院 100 年度台上字第 1213 號判決所持見解歧異，且此法律問題可能出現於其他不特定之多數案件中，其法律意義重大，具有原則上重要性而加以闡釋之必要，堪認符合鈞院 92 年第 16 次民事庭會議決議訂定之許可上訴第三審之原則。縱令所持法律觀點顯屬不當，亦僅係上訴無理由，不能謂其上訴不合法。惟系爭確定裁定竟認上訴理由係就原審已論斷者，泛言未論斷，未表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認上訴為不合法等例稿用語，豈非「罔顧實際上卷存訴訟資料」，而「憑空杜撰」及「將有誤無」？

〈二〉法官係依法令服務於國家而具有法定職務權限，符合刑法第 10 條第 1 款公務員的定義，其職司審判工作，須就裁判結果製作裁判書，裁判書當然為其基於職務關係所製作，符合刑法第 10 條第 3 款公文書的定義。法官製作判決書時，必須詳細閱覽卷存訴訟資料，此為其應盡的職責。如果法官製作判決書的內容，與實際上卷存訴訟資料不符，即所謂「憑空杜撰」或「無中生有」或「將有誤無」等情形，當事人當然可以依法定程序尋求

救濟，但類此「憑空杜撰」或「無中生有」或「將有誤無」等情形的烏龍裁判，絕非屬單純自由心證認定事實或法律見解歧異而為審級救濟問題，卻是涉及應否追究法官是否觸犯刑法第 213 條登載不實罪的爭議。「王子犯法與庶民同罪」，這句千古不朽的法律名言，旨在說明法律之前人人平等。一般小公務員製作公文書，若有不實，很難脫卸刑法第 213 條登載不實罪的刑事責任，但是台灣的法官製作不實的裁判書，可以「高枕無憂」，不怕被上級長官移送檢察官偵辦偽造文書罪嫌，而且事實上也很難找到法官製作不實的裁判書，成立刑法第 213 條登載不實罪的案例。試問法官果真享有偽造文書罪的豁免權，豈非讓法官可以假「獨立審判」之名，而行「恣意裁判」之實？

四、系爭確定裁定濫用許可上訴與否之審查權限之說明

系爭確定裁定認定上訴理由係就原審已論斷者，泛言未論斷，未表明原判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認上訴為不合法云云，顯係濫用許可上訴與否之審查權限。蓋：針對當事人單獨以民事訴訟法第 469 條所列各款事由提起第三審上訴事件〈其中以指摘判決不備理

由或理由矛盾之情形最多〉，或合併以民事訴訟法第 469 條所列各款外之事由提起第三審上訴事件，其判斷上訴合法與否之審查基準，既然完全不同，則應分別說明審查意見，始符法制，已如前述，本件被告當事人上訴理由《二》狀係以指摘原判決有民事訴訟法第 469 條第 6 款判決不備理由致影響於判決結果之當然違背法令，依民事訴訟法第 469 條之 1 規定之反面解釋，無須經第三審法院之許可，亦即並無「具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性」之問題，豈可併予審查「有無具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性」，而增加民事訴訟法第 469 條及第 469 條之 1 對第三審上訴所無之限制？系爭確定裁定濫用許可上訴與否之審查權限，莫此為甚！按法官執行職務，不得增加當事人、關係人不合理之負擔，為法官倫理規範第 11 條所明定。法官執行職務，增加法律所無之限制，其情節較增加當事人、關係人不合理之負擔為重，依「舉輕明重」之法理，系爭確定裁定就有關本件被告當事人上訴理由指摘原判決有民事訴訟法第 469 條第 6 款判決不備理由致影響於判決結果之當然違背法令，認並未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性，顯係增加民事訴訟法第 469 條及第 469 條之 1 對第三審上訴所無之限制，自屬該當

違反法官倫理規範第 11 條之構成要件。

五、系爭確定裁定內容欠缺正當性之基礎

〈一〉法院對於具體訴訟案件的裁判，係屬可受公評事項，蓋司法裁判是否合法、正確及妥適，與訴訟當事人的權益以及司法威信息息相關。依民事訴訟法第 476 條第 1 項規定，第三審法院應以原判決確定之事實為判決基礎，故第三審判決書僅需記載主文與理由，而無須記載事實，惟依民事訴訟法總則篇第 226 條第 3 項規定，第三審判決書理由項下仍應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見，第三審程序並無排除適用總則篇第 226 條第 3 項之特別規定。查本件定型化例稿式之系爭確定裁定完全不記載上訴理由，已經涉及消極不適用民事訴訟法第 226 條第 3 項規定之爭議，此項爭議並不在大法官釋字第 416 號解釋之範圍。從形式上觀察，根本無從得悉上訴理由之具體內容為何，試問如何依據系爭裁定之內容判斷是否符合民事訴訟法第 470 條第 2 項及第 3 項所規定第三審上訴法定程式要件及評析系爭裁定有無誤合法上訴為不合法上訴或恣意裁定不合法之違背法令？學者及律師異口同聲批評最高法院程序裁定內容為實質內容相同之「例稿」，並不誇張，此種處置方式，當事人實在無法充分理解最高法院何以認為其所指摘第二審判決之違背法令，毋庸賦予實質有無理由之認定，不但產生憲法保障人民之訴

訟程序聽審請求權有無遭受侵害之疑慮；更造成當事人與其委任律師間之誤解，從而律師界形成對最高法院幾乎以定型化例稿裁定駁回第三審上訴之操作方式，究竟有無正當性存在之強烈質疑！

〈三〉針對當事人單獨以民事訴訟法第 469 條所列各款事由提起第三審上訴事件〈其中以指摘判決不備理由或理由矛盾之情形最多〉，或合併以民事訴訟法第 469 條所列各款外之事由提起第三審上訴事件，其判斷上訴合法與否之審查基準，既然完全不同，則應分別說明審查意見，始符法制，已如前述，惟最高法院就上訴理由指摘第二審判決有不備理由之當然違背法令部分，仍以「定型化裁定」籠統含糊記載「並未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由」等語加以處置，顯屬增加民事訴訟法第 469 條及第 469 條之 1 對第三審上訴所無之限制，即有適用程序法則不當之判決違背法令，而可能發生憲法裁判審查之爭議。

六、上訴理由書究竟有無具體指摘原判決如何違背法令，或所指摘者與得為第三審上訴理由之違法情形是否適合，係屬「事實認定問題」，絕大多數祇要核對卷存訴訟資料，即可判斷最高法院程序裁定有無誤合法上訴為不合法上訴或恣意裁

定不合法之情形，而與法律見解完全無涉。

七、最高法院誤合法上訴為不合法之程序裁定確有經再審程序推翻之具體案例⁹，但類此案例不多之原因，是否與承辦法官〈指聲請再審案件〉的道德勇氣有關，則不得而知！

伍、結論

綜上所述，堪認系爭確定裁定之內容確有「憑空杜撰」及「將有誤無」等之情形，而顯與實際上卷存訴訟資料不符，並濫用許可上訴與否之審查權限，增加民事訴訟法第 469 條及第 469 條之 1 對第三審上訴所無之限制，且裁定之內容類似定型化例稿，形同消極不適用民事訴訟法第 226 條第 3 項規定，完全不記載上訴理由要旨等情事，導致錯誤認定上訴合法為上訴不合法，違反審查第三審上訴合法與否之程序法則，而侵害憲法保障人民之訴訟程序聽審請求權，是否該當法官法第 30 條第 2 項第 1 款裁判確定後有事實足認因故意或重大過失，致審判案件有明顯重大違誤、同條項第 5 款違反辦案程序規定或職務規定，情節重大、同條項第 7 款違反法官倫理規範，情節重大，即法官倫理規範法第 3 條法官執行職務時，應保持公正、客觀、中立，不得有損及人民對於司法信賴之行為及第 11 條法官應謹慎、勤勉、妥速執行職務，不得無故延滯或增加當事人、關係人不合理之負擔等法令之構成要件，值得省思與檢討！

9. 最高法院 96 年度台聲字第 636 號民事裁定、最高法院 100 年度台聲字第 1294 號民事裁定

數不動產合併拍賣時優先購買權之行使

——以共有人優先購買權為中心

馮善詮*

壹、前言

數不動產合併拍賣，優先購買權人能否買受全部標的，是司法實務重大爭議問題¹，其中又以共有人優先購買權之行使爭議最為常見。觀察歷年之司法裁判，有認為優先購買權為法所明定，不得任意創設，為嚴格之法定主義型；有認為執行法院既將不動產合併拍賣，買受人自應受拍賣條件之拘束，係採較為寬鬆之拍賣條件型；亦有認為數不動產宜以分別拍賣為原則，惟若符合整體開發與利用、法令不得分離讓與、建物與坐落基地、使用上具不可分性等情形時，執行法院應合併拍賣，優先購買權人亦應一併購買始為合法，乃以標的現況而有不同認定之個案判斷型，見解並非一致。優先購買權行使範圍，對權利人影響甚大。而美國優先購買權之類型甚多，在「出賣人將優先購買權約定或規定之標的與其他標的一併出賣」之議題，亦有豐富之探討，可供比較、參考。

是本文先從共有人優先購買權之制度目的切入，探討此種優先購買權所欲達成之社會政策為何，接著整理我國、美國實務相關見解，並作比較分析，最後提出結論。

貳、共有人優先購買權之制度設計

不動產經濟價值高，如能有效利用，可發揮最大功用。但數人共有不動產之情形並非少見，共有人間之意志常不一致，形成不動產之低度使用²，產生共決悲劇（tragedy of anticommons）³，妨礙經濟發展⁴。因此，如何提高不動產之使用效率，成為重要課題。

一、簡化或消滅共有關係

從不動產持有狀態觀察，無非為單獨所有或數人共有兩種模式。前者法律關係較為單純，後者則較為複雜，其成因有基於當事人合意⁵、法律規定⁶或習慣者⁷，型態多樣。共有人間通常存有一定之身分關聯，如合夥人、繼承人、同房分、宗族等。倘共有人出賣其應有部分予第三人，該第三人加入原有共有關係後，共有人產生變動，其內部關係轉趨複雜，共有物管理與利用之共識更難達成，共有人間相互限制之結果，有礙共有物之自由流通，致生社會經濟上之不利益。是賦予共有人有依同一買賣條件先於第三人購買應有部分之權，可避免共有人之應有部分落於他人之手，而妨礙不動產管理使用與處分，並藉以減少共有人人數，達到簡化或消除共有關係之目的。此即土地法第34條之1第4項規定：「共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購。」之規範目的所在。簡言之，共有人

* 本文作者係中正大學兼任助理教授、中正大學法學博士，現任為臺灣嘉義地方法院司法事務官。

1. 優先購買權類型甚多，於強制執行程序中常見者有：共有土地之優先購買（土地法第34條之1第4項）、租地建屋之優先購買（土地法第104條第1項）、耕地租賃之優先購買（土地法第107條第1項）、重劃地之優先購買（農地重劃條例第5條）、三七五土地之優先購買（耕地三七五減租條例第15條）、變價分割之優先購買（民法第824條第7項）。

2. Michael A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, 111 HARV. L. REV.

621, 621-88(1998).

3. JESSE DUKEMINER, JAMES E. KRIER, GREGORY S. ALEXANDER, MICHAEL H. SCHILL & LIOR JACOB STRAHILEVITZ, *PROPERTY* 53-55(8th ed. 2014).

4. 溫豐文，論共有，三民，頁32，2011年1月。

5. 民法第668條之合夥契約、民法第1031條夫妻約定共同財產制及信託法第28條第1項之信託契約均屬之。

6. 民法第1151條所定數繼承人在遺產分割前，對繼承遺產成立共同共有。

7. 如以祭祀公業名義登記之不動產，依1976年2月17日最高法院65年第2次民庭庭推總會決議（三），認為屬派下員之共同共有財產。

優先購買權之設立意旨，可限制共有人數增加，簡化或消滅共有關係，並促進土地利用，發揮其經濟效益⁸。

二、同一價格即為同一條件

共有人出賣其應有部分時，應明確告知買賣價金、買賣條件及價款給付方式，他共有人方得行使優先購買權。土地法第34條之1第4項固然以「同一價格」作為行使優先購買權之要件，惟從不動產之優先購買領域，無論不動產法規之立法理由⁹，或司法裁判¹⁰及學說¹¹就各種優先購買權之行使，大抵認為「同一價格」即為「同一條件」。

前揭認定非我國獨有，從比較法觀察亦可獲得相同結論。以美國法制而言，對優先購買權(right of first refusal, option of first purchasing)亦討論甚多，與我國優先購買權概念大抵相同¹²，多數發生於不動產之交易上¹³、租賃¹⁴、房地產銷售契約¹⁵。優先購買權雖多由契約當事人約定，但國會及州立法機關為保護加盟商、承租人和農民，復已制定法定優先購買權加以規範¹⁶。透過判例法與學說見解，可歸納出優先購買權為標的物出賣於第三人時，優先購買權人

得不經所有人之同意，支付價金後優先購買標的物，屬附條件之選擇權(conditional option)¹⁷、出賣人應對優先購買權人發出通知¹⁸，不得惡意更改或增加購買條件¹⁹，權利人在其自由選擇之下²⁰，欲行使優先購買權時，應遵守「同樣條件」之要求²¹，而非僅對價格承諾但對其他條件不予遵守²²。倘價金、條款或條件已有重要變更，將被視為新要約，即非優先購買權之行使²³。

優先購買於私人間不動產之買賣交易行為，本有其適用。然強制執行程序中，因標的物之拍賣而有優先購買之情形時，適用上是否同私法上之買賣行為，學說見解雖非一致²⁴，惟多數認為拍賣處分，仍為私法上之買賣行為，其效力適用民法上買賣之規定。司法實務見解亦同²⁵。準此，執行法院拍賣債務人所有不動產之應有部分，既有拍賣價格與相關條件，買受人於拍賣前即清楚認知始決定應買，價格與條件即構成應買人對於該標的物之整體評價，買受人須受價格與條件之拘束，從而優先購買權人於行使先買權時，亦應同受拘束。

三、優先購買權之排除適用

8. 謝在全、謝明諱，不動產應有部分優先承購權之優先效力，月旦法學雜誌，第302期，頁160，2020年7月。
 9. 例如修正前之土地法第34條之1執行要點第10點(內政部於2023年8月22日修正該執行要點，訂於2024年1月1日生效，要點第10點移列於第12點)，立法理由即謂：「本法條規定，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，惟實務上解釋係指同一條件優先承購。」
 10. 最高法院98年度台上字第479號、102年度台上字第141號、104年度台上字第1433號等民事判決。
 11. 王澤鑑，民法物權，自版，頁281，2010年6月2版；謝在全，民法物權(上)，自版，頁359，2014年9月6版；黃健彰，不動產優先購買權總論，元照，頁40-45，2023年1月3版；蔡明誠，共有人依同一條件行使優先承購權之問題，臺灣本土法學雜誌，第70期，頁153，2005年5月。
 12. 謝哲勝，土地共有人以同一條件行使優先購買權—最高法院107年度台上字第2434號民事判決評釋，月旦裁判時報，第88期，頁26-27，2019年10月。
 13. Miller v. LeSea Broad., Inc., 87 F.3d 224, 226(1996); Unlimited Equip. Lines, Inc. v. Graphic Arts Ctr., Inc., 889 S.W.2d 926, 932(1994).
 14. A.G.E., Inc. v. Buford, 105 S.W.3d 667, 670(2003); Abraham Inv. Co. v. Payne Ranch, Inc., 968 S.W.2d 518, 522(1998).
 15. Starr v. Wilson, 11 So.3d 846, 853(2008); Tadros v. Middlebury Med. Ctr., Inc., 820 A.2d 230, 235(2003).
 16. Jonathan F. Mitchell, Comment: Can a Right of First Refusal Be Assigned?, 68 U. CHI. L. REV. 985, 985(2001).
 17. Creque v. Texaco Antilles Ltd., 409 F.3d 150, 152(2005); Crivelli v. General Motors Corp., 215 F.3d 386, 389(2000); Miller v. LeSea Broadcasting, Inc., 896 F.Supp. 889, 893(1995). 選擇權係從法律經濟分析之觀點切入，其認為優先購買為一種購買的選擇權，稱之為買權(call option)，有此權利之人，在標的物出賣於第三人時，則無論該權利為債權效力或物權效力，均得

不經所有人之同意，以同樣條件優先購買標的物，但須支付價金，為補償法則(liability rule)之展現。參閱黃健彰，同註11，頁9-11。而優先購買權人一經行使買權，即與出賣人形成買賣關係，故在我國司法實務如最高法院98年度台抗字第1001號民事裁定、87年度台上字第2776號、85年度台上字第1051號等民事判決，大抵認優先購買權為形成權性質。學說見解亦同。可參考溫豐文，共有人之優先購買權，臺灣本土法學雜誌，第38期，頁114，2002年9月；謝哲勝、張靜怡、林學晴，選擇權，頁61，2003年9月2版。
 18. Cipriano v. Glen Cove Lodge No. 1458, B.P.O.E., 801 N.E.2d 388, 393(2003).
 19. Tex. Transmission, L.P. v. Enron Corp., 907 F.2d 1554, 1565(1990).
 20. Mfg. Co. v. United States, 492 F.2d 515, 520(1974).
 21. Bernard Daskal, Rights of First Refusal and the Package Deal, 22 FORDHAM URB. L. J. 461, 465-66(1994); In re Friday Afternoon, Inc. 73 B.R. 940, 945(1987).
 22. Smith v. Hevra Realty Corp., 507 A.2d 980, 985(1986).
 23. DASKAL, supra note 21, at 468.
 24. 強制執行拍賣之性質，尚有爭論。有認為強制執行之拍賣，應係公法上之行為，可參照賴來焜，強制執行法各論，元照，頁163-164，2008年4月；沈建興，強制執行法逐條釋義(上)，元照，頁6，2020年5月2版。有認為拍賣期日之實施拍賣行為，及拍定後所生權利義務，其與私法上之買賣並無差異，而採私法說。可參照楊與齡，強制執行法論，自版，頁390-391，2007年9月13版；陳計男，強制執行法釋論，元照，頁311，2012年2月。亦有認為執行程序應為公法，而執行效力則為私法，係採折衷說。可參考張登科，強制執行法，自版，頁279-280，2020年9月修訂版；郭振恭，論對第三人所有物為執行，載於：強制執行法實例問題分析，五南，頁182，2000年11月。
 25. 最高法院49年台抗字第83號、104年度台抗字第59號民事裁定、105年度台上字第2237號民事判決；辦理強制執行事件應行注意事項第58點。

共有人優先購買權之立法目的既在簡化共有關係，若共有人間互為買賣應有部分時，已達簡化共有關係之結果，是應就土地法第 34 條之 1 第 4 項為目的性限縮解釋，他共有人即無優先購買權利²⁶。而在區分所有建築物之專有部分連同其基地應有部分之所有權一併移轉與同一人所有之情形，基於建築物區分所有權與基地使用權處分一體化之原則²⁷，若其他土地共有人主張優先購買權，勢必影響交易之安全與房地產之利用²⁸，故共有人亦無優先購買權²⁹。

建築物樓層已劃分各特定區域營業之商場攤位，於建物登記簿上，所有權人雖以應有部分方式登載為共有人，惟所有權人就攤位不僅可使用收益，且得將之讓與他人，並不受須經他共有人全體同意之限制，自非一般共有物之所有人可比，故所有權人將應有部分讓與他人，共有人無優先購買權³⁰。另外，殯葬業者將殯葬用地劃分成特定占用位置，作為個人墓園使用，再以應有部分方式出賣，其目的無非係欲多數買受人得以利用，故非有賦予其他共有人優先購買以簡化土地關係之必要。若維持共有關係，亦符合當初規劃及實際利用狀態，對於共有物之管理、收益並無妨礙。況且個人墓園倘已使用，其餘共有人往往缺乏應買意願。基此，共有人無優先購買權³¹。

參、我國實務就數不動產合併拍賣之見解

拍賣單一不動產之應有部分，共有人得優先購買固容易判斷。惟若數不動產合併拍賣時，共有人得否買受全部標的，非無討論

之處。常見之情形係執行法院將數標的合併拍賣，而數標的之共有人非完全一致，或部分標的為共有，部分標的非共有，則某標的之共有人得否一併購買非共有之執行標的？因法規無明確之處理方式，則如何認定優先購買權人之行使範圍，成為司法實務之難題。我國實務就此議題，見解並非一致，可歸納為以下三類型：

一、法定範圍型

採嚴格之法定主義見解者，係認為優先購買權為法律所明定，不得任意創設。執行法院雖將數執行標的合併拍賣，惟並無創設優先購買權之效力，自不得要求僅對部分標的有優先購買權之共有人承買全部標的。縱執行法院於拍賣公告載明「部分標的之共有人主張優先承買權時，應連同合併拍賣之其他標的一併購買」之條件，亦不得拘束該合併拍賣之部分標的有優先購買權之共有人³²。基此，共有人優先購買權之行使範圍限定於法律所規定之部分。

二、拍賣條件型

採較為寬鬆之拍賣條件者，係認為共有人優先購買權，應指他共有人於共有人出賣不動產之應有部分時，對於該共有人有請求以「同樣條件」訂立買賣契約之權而言。故他共有人行使優先購買權，應接受出賣之共有人與他人所訂原買賣契約之一切條件，不得部分不接受或予以變更。倘出賣之共有人將數宗共有土地合併出賣時，此項「合併出賣」之條件，行使優先購買權之他共有人應依此條件與為出賣之共有人訂立買賣契約，不得僅選擇其中部分土地主張優先購買，否則即非按出賣之共有人出售之同一條件承

26. 最高法院 72 年度台抗字第 94 號民事裁定。黃健彰，共有不動產處分與優先購買權，元照，頁 8-9，2021 年 7 月 3 版；陳立夫，土地法釋義（一），元照，頁 100-101，2021 年 9 月 3 版。

27. 公寓大廈管理條例第 4 條第 2 項、民法第 799 條第 5 項。

28. 楊松齡，實用地法精義，五南，頁 128，2021 年 8 月 21 版。

29. 土地登記規則第 98 條，土地法第 34 條之 1 執行要點第 13 點第 3 款。

30. 最高法院 94 年度台抗字第 499 號民事裁定。

31. 臺灣高等法院暨所屬法院 110 年法律座談會民執類第 7 號提案。

32. 最高法院 93 年度台抗字第 933 號、97 年度台抗字第 602 號、101 年度台抗字第 337 號民事裁定。

購，難認其係合法行使優先購買權，而就出賣之共有人土地有優先購買權³³。

三、個案判斷型

然亦有因標的現狀而採個案判斷類型者，可再區分4種態樣。

首先，乃使用上具不可分者。司法實務認為共有人優先購買權之規定，寓含促進土地資源最有效率使用之目的及保護優先購買權固有權益。執行法院拍賣債務人所有之不動產，倘包括優先購買權標的及其他非優先購買權標的，在上開目的範圍內，優先購買權人除優先購買權標的外，可擴及與優先購買權標的性質具有使用上不可分之範圍而一併承買³⁴。

其次，為整體開發與利用考量者。其認為共有人行使優先購買權時，是否須連同共有物外之其他標的合併購買，宜參照土地法第34條之1之立法意旨，斟酌個案是否符合「土地之整體開發與利用」為斷³⁵。亦即，如共有土地之客觀上經濟價值高於非共有土地，除去共有土地後，就其他非共有土地部分，第三人即不願買受或僅願以較低價格買受，或原共有人即不願出賣，或分開出賣不利於土地整體利用，該全部之土地即應視為單一交易客體，共有人應買受全部土地³⁶。

繼之，為依法令不得分離讓與者。其認為農地共有人於出賣其農地應有部分及坐落該農地上之農舍時，依土地法第34條之1第4項文義觀之，雖未將農地應有部分及所坐落之農舍之類型涵蓋在土地共有人優先購買權內，惟綜觀該條項與農業發展條例第18條第4項中段規定之原規範意旨，乃屬漏洞，自應依漏洞補充之方法作目的性擴張，透過其包

括作用，將共有人優先購買權範圍，擴及於農地之應有部分及該農地上所坐落之農舍，以符合並貫徹該二條項立法之規範目的³⁷。

最後，為建物與其坐落基地者。拍賣之建物為債務人單獨所有，而建物坐落基地為債務人與第三人共有，執行法院將建物與基地應有部分合併拍賣，倘若基地共有人一併優先購買，可使土地及建物之權利歸屬趨於一致，不特簡化物權關係，尚且有利於不動產之使用。反之，基地共有人僅買受基地應有部分，將使拍定人被迫僅能取得建物，除使拍定人受不測之損害，不利增加應買意願外，亦徒增土地與建物間權利歸屬及利用關係之繁複³⁸。

肆、美國實務就優先購買權約定或規定標的及其他標的合併出售之見解

美國之優先購買權區分為約定與法定兩類，其優先購買權之種類較我國為多。其中關於出賣人將優先購買權約定或規定之標的及其他標的合併出售，而優先購買權人行使權利範圍之見解甚多，且爭議由來已久³⁹，迄今仍持續不斷。目前各法院間之認定不一⁴⁰，使此類型之紛爭充滿不確定性⁴¹。與我國亦有許多相似之處，可作為比較法上之參考。美國實務見解可歸納為以下5種類型。

一、無優先購買權，且不得救濟

此說係認為優先購買權係存在於特定標的，優先購買權人就該特定部分行使先買權固無疑問。惟若出賣人將該特定標的與非約定或規定之標的合併出賣，這種型態無優先購買權適用，惟法院可禁止交易之協議，

33. 最高法院 100 年度台上字第 46 號、100 年度台上字第 432 號民事判決。

34. 最高法院 107 年度台上字第 1427 號民事判決。

35. 臺灣高等法院暨所屬法院 104 年法律座談會民事類第 23 號提案。

36. 最高法院 107 年度台上字第 2434 號民事判決。

37. 最高法院 102 年度台上字第 26 號民事判決。

38. 臺灣高等法院暨所屬法院 101 年法律座談會民事類第 4 號提案。

39. *New Atl. Garden v. Atlantic Garden Realty Corp.*, 194 N.Y.S 34, 40(1922).

40. *Aden v. Estate of Hathaway*, 427 P.2d 333, 334(1967); *Garmo v. Clanton*, 551 P.2d 1332, 1336(1976); *Cohen v. Thomas & Son Transfer Line, Inc. v. Kenyon, Inc.*, 586 P.2d 39, 41(1978).

41. *DASKAL*, supra note 21, at 462.

蓋如允許，將使優先購買權之行使變成無效⁴²。然優先購買權人亦不得提起救濟⁴³。

二、禁止移轉及補救措施

有禁止出賣人移轉不動產者，其認為如出賣人有意出賣較大之標的，但卻未就有優先購買權之較小標的定價，優先購買權人無從確認其買賣條件，將可能無法行使優先購買權。倘出賣人仍試圖出售，優先購買權人得向法院聲請核發禁止一併移轉之命令（enjoin package sales）⁴⁴。如出賣人已移轉不動產，則可命買受人將優先購買權之標的移轉回出賣人，以作為補救措施⁴⁵。至於優先購買權人權利受損害，能否向出賣人請求金錢賠償，則有不同看法⁴⁶。

三、限定範圍

有限定優先購買權之行使者，認為優先購買權人僅得就其約定或規定之標的行使優先買權，不得擴大到非約定或規定標的⁴⁷。否則無異允許出賣人和買受人破壞優先購買權制度⁴⁸。如出賣人仍欲一併出售，優先購買權人得行使權利，但可就優先購買權之標的為價金比例之支付⁴⁹。

四、一併買受

亦有認為，除非優先購買權人能證明出賣人與第三人為惡意之串通⁵⁰外，只要提供優先購買權人符合其期待且公平之保護，對出賣人而言，無論將約定之優先購買權標的與其他標的合併出售與第三人或優先購買權人，均係獲得相同之價金，並未對出賣人造成負擔或困難。基此，優先購買權人接受一併購買其他標的應屬合理⁵¹。

五、資產價值最大化

另有認為，債務人將優先購買權約定之標的與其他標的合併出賣與第三人，如法院認為債務人之出賣已達「資產價值之最大化」（maximization of the value of the asset），而優先購買權人主張購買之價格非「資產最佳價格」（the best possible price for the asset）時，債務人得自由選擇拒絕優先購買權之主張，法院亦應批准資產之出售係有利於債務人⁵²。

伍、我國與美國實務見解之比較分析—代結論

以美國實務見解，與我國實務見解為分析比較如下：

第一說限制優先購買權人不得行使權利，在我國除符合優先購買權之排除適用情形外，應無適用可能。執行法院如定不許優先購買之條件，係侵害優先購買權人之權益，其得於程序終結前依強制執行法第12條規定聲明異議。

第二說有關禁止移轉之部分，係英美法之救濟途徑，我國現行法無此制度。在私人間交易，優先購買權人如欲阻止出賣人出售優先購買權之標的，可向法院聲請假處分，以保全其優先購買權⁵³。惟在執行程序，保全執行仍不得妨礙終局執行程序⁵⁴。倘無其他強制執行法第18條第2項停止執行之事由，執行程序不因而停止。至於標的物如已移轉予第三人，因共有人優先購買權僅具債權效力⁵⁵，僅能另訴證明其受有損害，請求

42. Chapman v. Mutual Life Ins. Co. of N.Y., 800 P.2d 1147, 1151(1990); Ollie v. Rainbolt, 669 P.2d 275, 281(1983).

43. Crow-Spieker NO.23 v. Helms Const. and Dev. Co., 731 P.2d 348, 350(1987).

44. Gyuarkey v. Babler, 651 P.2d 928, 932(1982).

45. Gualclides v. Kruse, 67 N.J.Super. 348, 363(1961); L.E. Wallach, Inc. v. Toll 113 A.2d 258, 261(1955).

46. 有認為金錢賠償並無法充分替代優先購買權之權利主張受到侵害。See Thomas & Son Transfer Line, Inc. v. Kenyon, Inc. 574 P.2d 107, 111(1977). 另有認為如優先購買權人已投入土地之改良，但卻無法買受該土地，則因改良土地而投入之金錢應獲得賠償。See

Anderson v. Armor & Co., 473 P.2d 84, 89(1970).

47. Hinds v. Madison, 424 S.W.2d 61, 64(1967).

48. Navasota Resources, LP v. First Source Texas, Inc. 249 S.W.3d 526, 534(2008).

49. Brenner v. Duncan, 27 N.W.2d 320, 322(1947).

50. City Screenprint Corp. v. Aquilar Corp., 214 N.Y.S.2d 29, 31(1961).

51. Capalongo v. Giles, 425 N.Y.S.2d 225, 228(1980).

52. In re New Era Resorts, LLC 238 B.R. 381, 387(1999).

53. 最高法院 97 年度台抗字第 701 號民事裁定。

54. 張登科，同註 24，頁 635-636。

損害賠償⁵⁶，不動產之移轉不受影響⁵⁷。是此說之補救措施，在我國已有相對應之法規範適用，參考價值較為有限。

第三說限定範圍，與我國實務之法定範圍型相仿。其優點在於權利人及行使範圍均較特定。但在標的不可分、具整體使用之情況下，如共有人僅購買優先購買特定標的，不僅可能影響不動產之整體利用價值與使用效率，亦不利於日後不動產之流通，其缺點亦甚為明顯。就此，美國與我國均面臨相同之難題。

第四說類似我國實務之拍賣條件型，優先購買權人應一併買受全部標的。此或有整體利用、提高使用效率之考量，但若無差別地一律允許，並非妥適。舉例而言，倘共有之標的為數執行標的之一小部分，允許共有人全部買受，即可能形成以小吃大，以劣併優之不合理情形，影響拍定人權益甚鉅。職是，此說優劣分析同前。

第五說之見解較為特別，但站在保持不動產價值之角度，應給予肯定。我國實務並無相關見解，而在執行實務上，執行法院於訂定拍賣條件時，綜合考量標的物現狀，決定採同標拍賣或分標拍賣之方式，若標的物之拍賣條件，執行法院訂定得當，使標的物賣得價金高，較短時間即能拍定，對債權人、債務人雙方均屬有利，相當程度代表該執行標的，在不動產交易市場上有較高之評價，等同達到資產價值最大化效果。從而，此說就執行實務上有較大之參考價值。

綜上分析，美國實務第 1 說，與我國現有法規不符。第 2 說部分，我國有相關法規因應，參考價值有限。而第 3、4 說在我

國也有相同之困境。探究其因，係未能考量標的物之現況，單純認定共有人僅能優先購買特定範圍，或應受拍賣條件之拘束所致，此或能簡化或消滅共有關係，但未必有利於共有不動產之管理與利用，與土地法第 34 條之 1 第 4 項之規範意旨未能完全契合。是我國實務因應標的現況所採之個案判斷型，較能符合優先購買之制度設計目的。第 5 說之見解，在執行實務上亦有值得參考之處。舉例而言，A 地為建地，B 地為道路用地，兩地相連，應有部分均為 3 分之 1，共有人組成相同，B 地除作為 A 地出入之道路外，亦提供鄰地之出入道路。執行法院評估兩土地並不符合我國實務個案判斷之 4 種類型⁵⁸，但如將兩地分標拍賣，將造成 A 地較易拍定，但 B 地無人應買或應買價格甚低之情形，不利於當事人。故執行法院得以執行標的價值最大化為考量，將兩筆土地合併拍賣，拍定後共有人行使優先購買權時，亦應一併買受兩筆土地。如能酌採此作法，將能補我國實務個案判斷上之不足。

數不動產合併拍賣，共有人優先購買權之行使，是司法實務之重要爭議問題，執行法院訂定拍賣條件時應審慎考量。基此，執行法院於同一程序執行數不動產，其全部或一部涉及優先購買權時，判斷合併拍賣之適合性，應衡量當事人之整體利益與不動產之經濟效益。一方面係避免部分執行標的有優先購買，而影響應買人之投標意願，致不易拍定或拍定價格低落。二方面防止優先購買權人利用承購之機會，不當擴大買受範圍致生弊端。三方面保持執行標的之完整性，不會因拍賣而使標的物分屬不同人所有，進而創造較高之使用效益。最後，使法律關係單純化，不因執行衍生日後之訴訟糾紛。

55. 最高法院 68 年度台上字第 3141 號民事判決；溫豐文，優先購買權之競合，月旦法學教室，第 156 期，頁 13-14，2015 年 10 月。

56. 土地法第 34 條之 1 執行要點第 13 點第 6 款。

57. 許文昌，土地法規體系，元照，頁 264，2021 年 8 月 6 版。

58. 一來，兩筆土地不符合依法令不得分開讓與之情形。二來，B 地非單獨作為 A 地之出入道路，無性質上使用不可分。再則，非屬建物應與坐落基地一併移轉之類型。最後，亦非大規模之土地，具整體開發與利用特性。

損害賠償與保險理賠之比例因果關係認定

自臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決談起

賴煥升*

目次

壹、前言

貳、臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決摘要

一、事實摘要

(一) 原告(被上訴人)主張

(二) 被告(上訴人)抗辯

二、法院判決理由

(一) 臺灣屏東地方法院 110 年度保險字第 13 號民事判決

(二) 臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決

三、本案爭點

參、比例因果關係責任之理論與應用

肆、過失相抵與強制汽車責任保險給付

伍、代結論 - 評臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決

一、保險金補償責任與本案是否類推適用過失相抵無涉

二、本案損害賠償因果關係之認定

壹、前言

按保險法第 1 條規定：「本法所稱保險，謂當事人約定，一方交付保險費於他方，他方對於因不可預料，或不可抗力之事故所致之損害，負擔賠償財物之行為。根據前項所訂之契約，稱為保險契約。」保險契約之功能在於分散危險、消化損失，遭受保險事故之人藉由獲得保險人提供之保險給付，以填補損失。保險人是否負有保險理賠責任，學者歸納判斷基準如下¹：(一)、保險人應

否理賠，取決於保險事故發生之該保險契約之法律效力；(二)、除保險法規另有規定或保險契約條款另有約定外，保險事故之發生，將使該保險契約效力狀態確定化，並不再產生變動；(三)、該保險契約某一時點之效力狀態，除有足以變更效力之其他事實產生，原則上應延續前一時點之效力狀態。此外，縱使保險事故確實業已發生，保險契約亦處於有效之狀態，保險人承擔風險之範圍應有對價性，保險人基於確保正確理賠避免保險詐欺情事與危險團體管理者之角色，當保險人收受被保險人提出給付保險金之理賠申請，其應進行必要之調查，有關保險事故之相關事實均應查核，亦包含理賠文件查證²，對事故發生過程為詳實報告暨相關文件之提交等，此亦屬於被保險人合作協助義務之合理範圍³，以合乎保險契約損失填補原則、不當利得禁止原則之意旨。

今臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決之案例事實，為涉及保險理賠範圍認定疑義之爭議議題。雙方當事人就強制汽車責任保險理賠給付範圍，涉及損失發生原因之因果關係認定爭議。於該案，被告(上訴人)與第三人締結強制汽車責任保險契約，原告(被上訴人)與該第三人發生交通事故，受有右肩傷勢體傷，基於

* 本文作者係逢甲大學風險管理與保險學系助理教授；國立中正大學法學博士。

1. 林勳發，保險契約效力論，自版，頁 3-4，1996 年 3 月。

2. 李志峰，危險事故發生後保險人之調查義務—以美國法之發展為核心，中正財經法學，第 15 期，頁 23，2017 年 7 月。

3. 李志峰，論被保險人之合作協助義務—兼析兩岸保險法與保險契約條款，核保學報，第 20 期，頁 43，2012 年 3 月。

前述有效之強制汽車責任保險契約，向被告（上訴人）主張該交通事故導致其符合失能給付標準之上肢機能障害第 6 等級之失能等級，應為強制汽車責任保險之保險給付 90 萬元；對此，被告（上訴人）則抗辯原告（被上訴人）在該交通事故發生前便有傷勢，該交通事故與其傷勢並無因果關係，因此僅願給付保險金 37 萬元，並拒付其餘 53 萬元。值得注意者為，臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決適用「蛋殼頭蓋骨（Eggskull）理論」，並類推適用民法第 217 條規定，就本案為比例因果關係之責任認定。基此，本文遂就比例因果關係之理論與應用、過失相抵與強制汽車責任保險給付等本案相關議題為討論，並於文末就臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決進行評析。

貳、臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決摘要

一、事實摘要

（一）原告（被上訴人）主張

…緣原告於 107 年 1 月 19 日 23 時許，在高雄市○○區○○路 000 號前與被告公司所承保之車牌號碼：00-0000 號自小客車發生交通事故。原告因上開系爭事故致受有左肩挫傷、左肩旋轉肌袖破裂、右肩挫傷；左膝挫傷、下背部挫傷及輕微腦震盪合併暈眩等傷害，原告於事故當日即 107 年 1 月 19 日經送往聖功醫院急診治療，嗣於 107 年 1 月 23 日出院。原告出院後，因前開身體傷害仍持續至聖功醫院、奇美醫院及國仁醫院接受門診治療迄今。…原告於 108 年 2 月 20 日就前開所受身體傷害，向被告公司請求

失能給付，經核定符合強制汽車責任保險失能給付標準表肢障害項目第 11 級第 11-34 項及第 13 及第 2-5 項，合併後按其最高失能等級第 11 級再升一等級，即第 10 級，獲被告公司給付失能保險金計新臺幣 37 萬元。惟原告因前開系爭事故所受之身體傷害，因遺存障害嚴重惡化，原告飽受身心折磨。為此，原告曾以其障害狀態惡化、失能等級提升為由，請求被告公司依原告現今之失能等級追加給付失能保險金，遭被告公司所拒。經查依奇美醫院 111 年 5 月 13 日（111）奇醫字第 2085 號函暨附件病情摘要之說明第 4、5 項分別載明：「若以肩關節正常活動度 240 度來判定，應符合『顯著運動失能』，係指喪失生理運動範圍二分之一以上者之規定，因左右兩肩皆受限，屬 11-31 兩上之三大關節中，各有一大關節遺存顯著運動失能者。」、「患者於本院就診時亦多次提及嚴重頭暈頭痛之情形，仍符合原判 2-5 神經系統之病變，通常無礙勞動，但由醫學上可證明局部遺存頑固神經症狀者」等語明確，是依奇美醫院之醫學專業判斷結果，勘認原告之障害項目及失能等級，應符合強制汽車責任保險失能給付標準表之障害項目 2-5；神經系統之病變，通常無礙勞動，惟由醫學上可證明局部遺存頑固神經症狀者；失能等級十三。障害項目 11-31；兩上肢三大關節中，各有一大關節遺存顯著運動障患者；失能等級七。…原告因系爭交通事故致身體失能，其失能程度分別為七及十三等級，依強制汽車責任保險給付表準第 4 條第 3 款及第 3 條第 3 項第 6 款，保險人即被告公司應按原告最高失能等級七，再升一等級即失能等級六，給付原告失能給付 900,000 元，並於扣除原告前已受領之失能保險金 370,000

元，原告得請求被告公司給付之失能保險金為 530,000 元。…經查，原告於本件交通事故發生後，有向被告公司申請各項強制汽車責任保險給付，並經被告公司核定原告失能等級 10 級，於 108 年 2 月 20 日給付失能保險金 370,000 元。嗣原告因頭痛、暈眩病況為改善甚至惡化，又雙肩復健情形未見成效，於 109 年 5 月 19 日檢具相關證明文件向被告公司申請更高失能等級之失能保險金給付，此有被告公司之汽車理賠文件簽收單影本為據。詎被告公司遲至 110 年 5 月 18 日始函覆原告表示拒賠。…至被告公司辯稱原告右肩關節遺存顯著運動障害，非系爭交通事故所致與系爭交通事故無因果關係，惟觀諸聖功醫院 108 年 10 月 19 日診斷證明書，於診斷欄載明原告因系爭交通事故至受有右肩挫傷等傷勢等語明確；奇美醫院 108 年 10 月 17 日診斷證明書，診斷欄載明原告有右肩挫傷傷勢，醫師囑言欄則載明原告右肩被動關節活動度（前屈 / 後展）：（50 度 / 20 度）等語明確，此勘認原告確有因系爭交通事故在奇美醫院接受物理治療復健。又奇美醫院 109 年 12 月 15 日診斷證明書，除於診斷欄載明原告右肩挫傷外，更於醫師囑言欄載明「患者肩關節活動受限與左肩、右肩挫傷有因果關係」等語，益徵原告右肩所遺存障害與系爭交通事故具因果關係…

（二）被告（上訴人）抗辯

…原告自系爭事故發生 107 年 1 月 19 日之聖功醫院診斷證明書至 108 年 3 月 21 日之奇美醫院診斷證明，共計 5 份醫囑，僅有聖功醫院於系爭事故急診時，診斷記載右肩挫傷，其餘診斷證明書無論症狀或醫囑皆未有記載原告之右肩有任何傷勢、不適及實

際治療。逾一年多時間，兩間醫院無任何診斷、治療及復健資料，甚至於 108 年 5 月 10 日之國仁醫院診斷證明書亦未有記載，皆僅有「左肩旋轉肌袖破裂」之上肢傷勢，然而卻於 108 年 5 月 2 日奇美醫院開立之診斷證明書，突然記載原告右肩關節活動度為（45/20）。又原告聖功醫院之急診病歷中，救護紀錄表僅顯示其左肩及腰部疼痛（Pain），急診醫囑僅對於原告之左（L）肩（Shoulder）、肩頰骨（Scapula）及鎖骨（Clavicle）之關節檢查，並未有對於右肩之相對應部位檢查，且查病歷亦僅對於左側肩部及上臀壓砸傷之初期照護，也無對於右肩有任何醫療照護。更足證，原告之右肩挫傷當屬輕微，難認足使其右肩關節活動受限。…次查，111 年 5 月 12 日奇美醫院病情摘要所載，「原告之雙肩關節活動度如下：右肩前屈 / 後展：70/35 度（共 105 度）；左肩前屈 / 後展 75/35 度（共 110 度）」，原告左肩有旋轉肌袖破裂，而其關節活動度竟比僅受挫傷之右肩高 5 度，顯有違常理。並觀諸本院 104 年度平保險簡字第 3 號民事卷宗，可知原告前於 103 年因車禍事故受有「右肩關節挫傷併脫臼，再受傷與關節盂唇破裂，目前關節活動度前舉 80、內轉 40、外轉 15」並經手術治療，有右肩關節活動角度受限。足證，聖功醫院之急診病例有記載「Hx of Rt shoulder dislocation s/p op」，中譯：「病史有右肩脫臼手術」一事。是以，原告於 103 年 10 月起即因車禍意外事故有右肩活動角度受限，受限角度「前舉 80、內轉 40、外轉 15」之情形，與本件事後原告主張其右肩受限角度「前屈 / 外展：70/35 度（共 105 度）」相差無幾，應足證原告於本件所主張右肩角度受限之情事，早

已於本件車禍事故即存在。更得證，原告主張右肩關節活動度受限，並非因系爭車禍間所致…

二、法院判決理由

(一) 臺灣屏東地方法院 110 年度保險字第 13 號民事判決

…被告主張原告之傷勢與本件車禍無關，應係原告於前案本院 104 年度屏保險簡字第 3 號所致傷勢云云。然查：原告起始之聖功醫院 108 年 10 月 19 日診斷證明書，就已載明當時右肩及左肩均有傷勢，故奇美醫院鑑定結果就右肩及左肩之傷勢所為判定，並未超出原告因本件車禍所受傷勢，從而奇美醫院就原告雙肩傷勢認定失能等級，並為超溢前開車禍傷勢，且在受傷之初即有記載右肩傷勢，而被告亦未舉證原告於車禍後，復因其他事件致右肩受傷，固本院仍認定該右肩傷勢為本件車禍所致。再觀諸被告所指稱之原告前案本院 104 年度屏保險簡字第 3 號案件，原告雖否認為同一人之案件，但經本院查閱卷宗後，確認當事人確實為原告無誤，惟該案件經上訴後為本院 105 年度保險簡上字第 2 號案件，於上訴審中原告為全部敗訴，上開等情均經本院調閱該案件全數卷宗後核閱無誤，可見原告在當時並未因此而請得保險金，因可認原告當時並未有被告所指之傷勢。縱原告在車禍前上肢已未如常人般健康，但原告當時既尚未具備有現在之傷勢及障礙，係於車禍後才出現原告現在之狀態，保險公司即應就車禍後之狀態給予相對應之理賠；況依照前案判決書記載，原告在前案中係自稱傷勢在於手肘、手腕，與本件原告傷勢在於左肩及右肩部位不同，是被告抗辯原告之傷勢係前案中留下，於本件車禍

無因果關係，難以採信。…又保險人於被保險汽車發生汽車交通事故時，依本法規定對請求權人負保險給付之責。保險人應於被保險人或請求權人交齊相關證明文件之次日起 10 個工作日內給付之；相關證明文件之內容，由主管機關會商相關機關（構）訂定公告之。保險人因可歸責於自己之事由致未在前項規定期限內為給付者，自期限屆滿之次日起，應按年利一分給付遲延利息。強制汽車保險法第 25 條第 1 項至第 3 項定有明文。被告固以原告之障礙級別未改變不應給付保險金為辯，惟本件既經送奇美醫院鑑定結果如上，是以本件保險金顯係因可歸責於被告單方之事由拒絕原告請求給付保險金，則原告請求自 109 年 5 月 19 日遞交申請書（有簽收單在卷可查，見本院卷二第 20 頁）次日起算 10 個工作天（109 年 6 月 3 日）翌日即 109 年 6 月 4 日起算按年利一分即百分之 10 計算之遲延利息，即屬依法有據；於此部分為無理由，應予駁回。…承上，本件既經奇美醫院鑑定後認原告之障礙級別為 11-31 及 2-5，而被告亦稱對於此級別之理賠金為 53 萬元無意見業如前述，則原告據此請求 53 萬元及遲延利息，並無違誤。…

(二) 臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決

…被上訴人與上訴人所承保自小客車發生交通事故，致被上訴人受有傷害，被上訴人傷情經奇美醫院鑑定結果，認符合失能給付標準之上肢機能障害第 6 等級之失能殘廢等級；被上訴人請求上訴人給付保險金，獲上訴人給付 37 萬元，並拒付其餘 53 萬元等情，為兩造所不爭，並有高雄市政府警察局道路交通事故當事人登記聯單、聖功醫院診

斷證明書、上訴人函、汽車險理賠文件簽收單及奇美醫院函暨病情摘要附卷足憑... 按侵權行為損害賠償之債，須損害之發生與加害人之故意或過失加害行為間有相當因果關係，始能成立。而所謂相當因果關係，係指依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形上，有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當之因果關係（最高法院 98 年度台上字第 1953 號判決要旨參照）。另所謂行為當時所存在之一切事實，解釋上應包括被害人之特殊體質，此為比較法上普遍承認之「蛋殼頭蓋骨（Eggskull）理論」（參王澤鑑著，侵權行為法，98 年 7 月出版，第 254 至 255 頁），即縱被害人患有特殊體質或舊疾，在無外力介入下，本不影響被害人之生命、身體及健康狀態，因外力介入後，致被害人生命、身體及健康受損，仍應肯認該外力與被害人所受損害間有因果關係，不因被害人之特殊體質或舊疾影響因果關係之認定。查，被上訴人前已有如上所述之舊疾，然被上訴人於本件交通事故之外力介入前，該舊疾並不符合失能給付標準 8-3-13 項所列「一上肢肩、肘及腕關節永久遺存運動障患者」殘廢程度，被上訴人係因上該交通事故之外力介入後，致受有包括右肩挫傷等傷害，始造成右肩前屈 / 後展：70/35 度（共 105 度）、左肩前屈 / 後展：75/35 度（共 110 度），進而符合失能給付標準所稱上肢機能障害第 6 殘廢等級等情，為兩造所不爭執。足見被上訴人右肩狀況於本件交通事故前後有明顯變化，本件交通事故雖致被上訴人受有右肩挫傷等傷害，然依奇美醫院鑑定意見，其右肩傷情加重與

本件交通事故確具有關聯性。上訴人抗辯被上訴人之失能殘廢等級，該障害與本件交通事故無關云云，洵非足採。…繼上，學說上所謂之「蛋殼頭蓋骨理論」，認無論被害人如何脆弱，行為人之行為引起之損害，即便非一般人所能預期者，行為人仍應擔負損害賠償責任，即被上訴人之特殊體質，雖不影響其損害賠償請求權，然其特殊體質所生之損害，如令上訴人負擔全部損害賠償責任，顯有違公平原則，應類推適用過失相抵之規定，即須斟酌被上訴人原有病症以定損賠數額，方為公允。本院審酌被上訴人前已有右肩關節挫傷併脫臼，再受傷與關節盂唇破裂等傷害，經手術治療後，右肩關節活動度前舉 80、內轉 40、外轉 15 之障害即系爭舊疾，其遭上訴人所承保之自小客車撞擊受傷後發生右肩產生失能障害之機會較常人為高等情，認被上訴人就導致上該失能殘廢之結果應擔負 50% 責任。被上訴人固主張強制汽車責任保險法採無過失責任主義之立法意旨，不應依過失相抵原則，減輕上訴人之給付云云。惟按我國民法係以過失責任主義為原則，而強制汽車責任險制度之目的，乃在使汽車交通事故所致體傷、殘廢或死亡之受害人，迅速獲得基本保障，並未同時寓有加重加害人賠償責任之意（強制汽車責任保險法第 1 條參照），並無改變強制汽車責任險仍屬責任保險之本質。況且，保險人所給付之保險金，視為加害人或被保險人損害賠償金額之一部分，加害人或被保險人受賠償請求時，得扣除之，為強制汽車責任保險法第 30 條所明文。被害人於交通事故發生後，雖可依強制汽車責任保險法或保險契約請求保險公司補償或理賠，若捨此不為，逕向加害人請求賠償，當無不可；然其請求損害範圍

自仍應受民法相關規定之拘束，否則若不論加害人對交通事故之發生或無故意、過失，或雖有故意、過失，於被害人亦有過失之情形下，認加害人應賠償之賠償金額低於保險公司應給付金額之情況下，猶要求保險公司應依強制汽車責任保險法規定，給付全部賠償金額與被害人，於超逾加害人原依民法應負賠償責任部分，不啻課加害人以無過失責任，與我國民法之過失責任主義相悖。是此，保險人應給付被害人保險金之範圍，自應受加害人本應負擔損害賠償金額之限制，否即不當擴張加害人損害賠償責任。被上訴人主張強制汽車責任保險法係採無過失責任主義，不能類推適用民法第 217 條規定云云，要無可採…

三、本案爭點

本案爭點如下：1、被上訴人經鑑定，傷情符合失能給付標準表之失能殘廢等級，此項障害與本件交通事故有無因果關係？2、被上訴人前有舊疾，是否類推適用民法第 217 條規定，減輕上訴人賠償責任？被上訴人得再向上訴人請求若干數額保險金？3、被上訴人主張強制汽車責任保險法係採無過失責任主義，不能類推適用民法第 217 條規定，有無理由？

參、比例因果關係責任之理論與應用

按因果關係有無之認定，應就客觀事實進行因果判斷，此時條件關係理論則為最直觀且合乎邏輯之驗證方法。所謂條件關係

理論 (sine qua non)，或稱「必要條件說 (But For test)」，乃套用「若無行為人之行為，則結果不會發生；倘特定行為並未發生，則不會產生特定之損害結果。」此概念進行事實因果律之驗證⁴。至於應如何應用條件理論進行事實因果律之判斷，應基於一般社會智識之經驗法則，就自然科學、社會科學及行為科學等各面向，對比系爭個案之具體事實，以條件理論之架構加以檢驗之⁵。然而在因果關係是否確實存在難以舉證、成因過於複雜之邊際案例，果若受害人無法證明行為人之因果關係存在，但可得證明行為人之行為確已增加損害之危險時，此時因果關係不確定之責任應歸由何人負擔，均難以因應，此時傳統因果關係「全有或全無」(all or nothing)之認定，可能產生過度賠償或賠償不足之情形，因此學者提出比例因果關係責任 (Causal Proportional Liability) 之概念⁶。比例因果關係之立論基礎，則係以行為人對於損害結果具有原因力之比例，作為因果關係認定之基礎⁷，而在民事訴訟程序舉證責任上，受害人僅就因果關係之可能性比例加以證明，無須證明因果關係確實全部存在，而法院亦並非判斷因果關係是否存在，而是因果關係存在之可能性比例為何，據以計算損害賠償之數額⁸。從而原告如得以在統計上之證據證明一定比例之因果關係存在，即可認定被告應按其比例，負損害賠償責任⁹。而行為人之賠償數額亦僅以因果關係之可能性比例為範圍，可避免產生過度賠償或賠償不足之情形。由上

4. 陳聰富，因果關係與損害賠償，元照，2004年9月，頁55；黃立，從歐洲侵權行為法觀點解析工程侵權行為之因果關係，高大法學論叢，第9卷第1期，頁8-9，2013年9月；賴煥升，論損害賠償因果關係—兼評比例因果關係之適用可能性，全國律師，第23卷第10期，頁45，2019年10月。
5. 王千維，民事損害賠償責任成立要件上之因果關係，違法性與過失之內涵及其相互間之關係，中原財經法學，第8期，頁12-13，2002年6月；賴煥升，同前註，頁45。

6. John Makdisi, Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability, 67 N.C.L. Rev. 1063, 1080-1081 (1989).
7. 陳月端，民事醫療因果關係之探討，財產法與經濟法，第35期，頁12，2013年9月。
8. 陳聰富，侵權行為法，元照，頁346-347，2017年7月。
9. 陳聰富，醫療事故之因果關係—最高法院96年度台上字第2032號民事判決評析，法令月刊，第60卷10期，頁50-51，2009年10月。

述比例因果關係理論之實務運作模式，可知其已和傳統因果關係概念大相逕庭，當事人僅透過證據資料統計之運用，達成說服法院各個原因造成損害之可能性，即以完成舉證責任，法院在可估算出各行為人應負責比例之前提下，便令其負相應比例之損害賠償責任，此固然有效處理損害結果無法分辨來源時，因果關係應如何舉證之困境，然如此一來或可能使因果關係此法律要件產生質變之疑慮¹⁰。然於特定邊際案例，如過失共同侵權行為等類似案例，未按比例歸責，對各當事人亦未盡公平，細緻化可責比例則可更精準分配責任¹¹。

而就比例因果關係責任實際應用之情形，外國法制如澳大利亞新南威爾斯州2002年民事責任法（Civil Liability Act 2002）¹²、澳大利亞昆士蘭州2003年民事

責任法（Civil Liability Act 2003）¹³對比例因果責任有所規定，因此根據澳大利亞聯邦2010年消費者保護法（Competition and Consumer Act 2010）¹⁴、以及澳大利亞聯邦2001年公司法（Corporations Act 2001）¹⁵之損害賠償責任規範，法院在審理侵權行為損害賠償責任時，得應用比例因果責任¹⁶，以考慮各個行為人就被害人損失之比例因果關係責任¹⁷。如於Redmond Family Holdings v GC Access Pty Ltd & Ors¹⁸案，原告依據公司法等上述規定，向兩名董事提出共同詐欺侵權索賠，因其並未詳實揭露自身公司之財務狀況，導致原告收購公司股權時受有損失，最終法院認定無論是哪位被告董事均可透過揭露原告財務資訊方式，達成避免原告損失，因此被告董事二人對原告之損失應各負擔二分之一之損害

10. 賴煥升，同註4，頁57-58。

11. 蔡建興，從過失共同侵權行為檢討醫療因果關係與損害賠償範圍，全國律師，第19卷6期，2015年6月，頁66；賴煥升，同前註，頁57-58。

12.35 Proportionate liability for apportionable claims

(1) In any proceedings involving an apportionable claim:

(a) the liability of a defendant who is a concurrent wrongdoer in relation to that claim is limited to an amount reflecting that proportion of the damage or loss claimed that the court considers just having regard to the extent of the defendant's responsibility for the damage or loss, and

(b) the court may give judgment against the defendant for not more than that amount.

(2) If the proceedings involve both an apportionable claim and a claim that is not an apportionable claim:

(a) liability for the apportionable claim is to be determined in accordance with the provisions of this Part, and

(b) liability for the other claim is to be determined in accordance with the legal rules, if any, that (apart from this Part) are relevant.

(3) In apportioning responsibility between defendants in the proceedings:

(a) the court is to exclude that proportion of the damage or loss in relation to which the plaintiff is contributorily negligent under any relevant law, and

(b) the court may have regard to the comparative responsibility of any concurrent wrongdoer who is not a party to the proceedings.

(4) This section applies in proceedings involving an apportionable claim whether or not all concurrent wrongdoers are parties to the proceedings.

(5) A reference in this Part to a defendant in proceedings includes any person joined as a defendant or other party in the proceedings (except as a plaintiff) whether joined under this Part, under rules of court or otherwise.

13.31 Proportionate liability for apportionable claims

(1) In any proceeding involving an apportionable claim—

(a) the liability of a defendant who is a concurrent wrongdoer in relation to the claim is limited to an amount reflecting that proportion of the loss or damage claimed that the court considers just and equitable having regard to the extent of the defendant's responsibility for the loss or damage; and

(b) judgment must not be given against the defendant for more than that amount in relation to the claim.

(2) If the proceeding involves both an apportionable claim and a claim that is not an apportionable claim—

(a) liability for the apportionable claim, to the extent it involves concurrent wrongdoers, is to be decided in accordance with this part; and

(b) liability for the other claim, and the apportionable claim to the extent it is not provided for under paragraph (a), is to be decided in accordance with the legal rules, if any, that, apart from this part, are relevant.

(3) In apportioning responsibility between defendants in a proceeding the court may have regard to the comparative responsibility of any concurrent wrongdoer who is not a party to the proceeding.

(4) This section applies to a proceeding in relation to an apportionable claim whether or not all concurrent wrongdoers are parties to the proceeding.

14.144 Liability joint and several

If 2 or more persons are liable under Division 1 for the same loss or damage, they are jointly and severally liable.

15. CORPORATIONS ACT 2001 – SECT 1041L

Application of Division

(1) This Division applies to a claim (an apportionable claim) if the claim is a claim for damages made under section 1041L for:

(a) economic loss; or

(b) damage to property; caused by conduct that was done in a contravention of section 1041H.

(2) For the purposes of this Division, there is a single apportionable claim in proceedings in respect of the same loss or damage even if the claim for the loss or damage is based on more than one cause of action (whether or not of the same or a different kind).

(3) In this Division, a concurrent wrongdoer, in relation to a claim, is a person who is one of 2 or more persons whose acts or omissions (or act or omission) caused, independently of each other or jointly, the damage or loss that is the subject of the claim.

(4) For the purposes of this Division, apportionable claims are limited to those claims specified in subsection (1).

(5) For the purposes of this Division, it does not matter that a concurrent wrongdoer is insolvent, is being wound up or has ceased to exist or died.

16. 賴煥升，同註4，頁60-61。

17. Skinner v Redmond Family Holdings Pty Ltd [2017] NSWCA 329; Ligon Sixty Three Pty Ltd v ClarkeKann [2015] QSC 153.

18. [2016] NSWSC 1883.

賠償責任。

而所謂蛋殼頭蓋骨理論，係在處理加害行為與被害人所受損害間之因果關係議題，如被害人自身具有特殊體質或舊疾，在無加害行為外力介入下，本不影響被害人之生命、身體及健康狀態，該因加害行為外力介入後，致被害人生命、身體及健康受損，依據蛋殼頭蓋骨理論，仍應肯認該外力與被害人所受損害間有因果關係，不因被害人之特殊體質或舊疾影響因果關係之認定，但令加害人完全負擔被害人全部損害賠償責任，即回歸傳統因果關係「全有或全無」之認定，可能產生過度賠償，有違公平原則，此時斟酌被害人之特殊體質或舊疾，應類推適用民法第 217 條過失相抵之規定，以一定比例定損害賠償數額。

司法實務首次明確適用該理論者，則為臺灣屏東地方法院 104 年度訴字第 130 號民事判決，其稱：「…依此觀之，縱本件原告陳金祥之硬腦膜下出血係因被告陳靖翔之毆打所致，但依原告陳金祥送醫時，頭部、身體均無明顯外傷等情，堪認除被告陳靖翔之毆打行為外，原告陳金祥本身之腦部萎縮亦與其硬腦膜下出血之形成有關。而依學說上所謂之「蛋殼頭蓋骨理論」，無論被害人如何脆弱，行為人之行為引起之損害，即便非一般人所能預期者，行為人仍應負擔損害賠償責任。是原告陳金祥縱有腦部萎縮之特殊體質，並不影響其損害賠償請求權。惟其特殊體質所生之損害，如令被告陳靖翔負擔全部損害賠償責任，顯有違公平原則，應類推適用過失相抵之規定，斟酌原告陳金祥之原有病症以定損賠數額。本院審酌系爭事故與原告陳金祥之硬腦膜下出血間有相當因果關

係，但其原有腦部萎縮之情形，亦觸發其硬腦膜下出血成因之一等情，認被告陳靖翔就本件原告陳金祥所受之傷害，被告陳靖翔應僅負擔 6 成之賠償責任即足…」

肆、過失相抵與強制汽車責任保險給付

按強制汽車責任保險法第 9 條規定：「因汽車交通事故致受害人傷害或死亡者，不論加害人有無過失，請求權人得依本法規定向保險人請求保險給付或向財團法人汽車交通事故特別補償基金請求補償。」因此無論加害人於汽車交通事故有無過失，受害人因該事故受有死傷，均得請求保險給付或特別補償基金之補償，此乃因強制汽車責任保險之制度設計為無過失保險，與民法之損害賠償機制有所差異¹⁹。此亦可由強制汽車責任險制度之目的得知，其乃在使汽車交通事故所致體傷、殘廢或死亡之受害人，迅速獲得基本保障，但並非係為加重加害人賠償責任之意涵。按汽車交通事故本質上屬於民法之侵權行為損害賠償範疇，強制汽車責任保險被害人於交通事故發生後，無論係依強制汽車責任保險法或保險契約請求保險公司補償或理賠，或逕向加害人請求侵權行為損害賠償，然其請求損害範圍自仍應受民法損害賠償相關規定之限制，否則若不論加害人對交通事故之發生或無故意、過失，或雖有故意、過失，於被害人亦有過失之情形下，均得向保險人請求應依強制汽車責任保險法規定，給付全部賠償金額與被害人，自與損害賠償原則有違，保險人應給付被害人保險金之範圍，自應受加害人本應負擔損害賠償

19. 汪信君，論動力車輛事故之侵權行為責任、責任保險與無過失補償：以經濟抑制理論為基礎，臺大法學論叢，第 39 卷 1 期，頁 273，2010 年 3 月；葉啓洲，保險法，元照，頁 477，2021 年 3 月 7 版。

金額之限制。是以，保險人所給付之保險金，視為加害人或被保險人損害賠償金額之一部分，加害人或被保險人受賠償請求時，得扣除之，為強制汽車責任保險法第 30 條所明文，因此請求權人如依侵權行為之民事法律關係，向加害人即被保險人請求損害賠償，則需考量後續加害人有無過失、以及被害人有無民法第 217 條第 1 項之與有過失等情，基此，強制汽車責任保險法第 32 條遂規定：「保險人依本法規定所為之保險給付，視為被保險人損害賠償金額之一部分；被保險人受賠償請求時，得扣除之。」

換言之，在涉及過失相抵計算與強制汽車責任保險給付扣除之適用情況，為避免請求權人反因強制汽車責任保險法第 32 條之扣除規定，而發生賠償超逾損害或使被害人受領超額賠償而獲得不當得利，加害人即被保險人受賠償請求時，在被害人與有過失之情形，應先適用民法第 217 條第 1 項規定算定賠償額後，再依上開規定扣除強制險保險給付額，即對於損害賠償金額算定後之最終全額進行扣除²⁰。相關實務見解如最高法院 104 年度台上字第 1743 號民事判決即稱：「…強制汽車責任保險法第 32 條規定，保險人依本法規定所為之保險給付，視為被保險人損害賠償金額之一部分；被保險人受賠償請求時，得扣除之。是被保險人受賠償請求時，得依上開規定扣除請求權人已領取之保險給付，乃係損害賠償金額算定後之最終全額扣除，故在被害人與有過失之情形，應先適用民法第二百十七條第一項規定算定賠償額後，始有依上開規定扣除保險給付之餘地。如於請求賠償之金額中先予扣除保險給

付，再為過失相抵之計算，無異減少賠償義務人所得扣除之強制汽車責任保險給付額，當非上開規定之本意。…」

伍、代結論 - 評臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決

本案被告(上訴人)與第三人締結強制汽車責任保險契約，原告(被上訴人)與該第三人發生交通事故，受有體傷，基於前述有效之強制汽車責任保險契約，向被告(上訴人)主張該交通事故導致其符合失能給付標準之上肢機能障害第 6 等級之失能等級，應為強制汽車責任保險之保險給付 90 萬元；對此，被告(上訴人)則抗辯原告(被上訴人)在該交通事故發生前便有傷勢，該交通事故與其傷勢並無因果關係，因此僅願給付保險金 37 萬元，並拒付其餘 53 萬元。

前審法院即臺灣屏東地方法院 110 年度保險字第 13 號民事判決認定，原告所請求之保險理賠範圍並未超出原告因本件車禍所受傷勢，奇美醫院就原告雙肩傷勢認定失能等級，並未超溢前開車禍傷勢，且在受傷之初即有記載右肩傷勢，而被告亦未舉證原告於車禍後，復因其他事件致右肩受傷，固認定該右肩傷勢為本件車禍所致，保險公司即應就車禍後之狀態給予相對應之理賠，是被告抗辯原告之傷勢係前案中留下，於本件車禍無因果關係，難以採信。相對而言，臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決審酌被上訴人前已有右肩關節挫傷併脫臼，再受傷與關節盂唇破裂等傷害，經手術治療後，右肩關節活動度前舉 80、內轉 40、外轉 15 之障害即系爭舊疾，其遭上訴

20. 楊舜麟，過失相抵計算與強制汽車責任保險給付扣除之適用，會計研究月刊，第 445 期，頁 106-107，2022 年 12 月；葉啓洲，同前註，頁 477。

人所承保之自小客車撞擊受傷後發生右肩產生失能障害之機會較常人為高等情，認被上訴人就導致上該失能殘廢之結果應擔負 50% 責任。本文就此討論如下：

一、保險金補償責任與本案是否類推適用過失相抵無涉

如前所述，與民法之損害賠償機制相異，強制汽車責任保險之制度設計為無過失保險，但究其本質仍屬於責任保險，以強制汽車責任保險被保險人因交通事故導致被害人受有體傷、殘廢或死亡，所衍生之民事侵權行為損害賠償責任為承保範圍。而本案係在探究該交通事故與原告（被上訴人）傷勢有無因果關係，進而衍生是否應類推適用民法第 217 條之規定等爭議，與強制汽車責任保險是否為無過失保險，兩者並無相關，強制汽車責任保險人應給付被害人保險金之範圍，自應受加害人本應負擔損害賠償金額之限制，其請求損害範圍自仍應受民法損害賠償相關規定之限制。因此臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決認定本案原告（被上訴人）主張強制汽車責任保險法係採無過失責任主義，不能類推適用民法第 217 條規定並不可採，應屬允當。

二、本案損害賠償因果關係之認定

而有關本案交通事故侵權行為損害賠償因果關係之認定，如前所述，如採取嚴格意義之比例因果關係理論，原告僅需在統計上之證據證明一定比例之因果關係，而法院亦無需判斷因果關係確實全部存在，即可認定被告應按其比例，負損害賠償責任，因行為人之賠償數額亦僅以因果關係之可能性比例

為範圍。此固然可避免產生過度賠償或賠償不足之情形，但當事人僅透過證據資料統計之運用，便達成說服法院之舉證責任，恐怕仍與現行民事訴訟實務有所差距。臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決基於原告（被上訴人）在該交通事故發生前，已有右肩關節挫傷併脫臼，再受傷與關節盂唇破裂等傷害，經手術治療後，右肩關節活動度前舉 80、內轉 40、外轉 15 之障害等舊疾，並援引「蛋殼頭蓋骨（Eggskull）理論」，認定縱使原告（被上訴人）患有舊疾，在無外力介入下，本不影響原告（被上訴人）之生命、身體及健康狀態，因外力介入後，致原告（被上訴人）生命、身體及健康受損，仍應肯認該外力與被害人所受損害間有因果關係，不因原告（被上訴人）之舊疾影響因果關係之認定，但應類推適用與有過失規定，原告（被上訴人）就導致上該失能殘廢之結果應擔負 50% 責任。就此，本文認為其考量本案屬於特定邊際案例，如前審法院即臺灣屏東地方法院 110 年度保險字第 13 號民事判決，採取傳統損害賠償因果關係「全有或全無」之認定，可能產生過度賠償，有違公平原則，因此不宜由加害人負擔全部損害賠償責任。臺灣高等法院高雄分院 112 年保險上易字第 2 號民事判決本質上仍有參酌比例因果關係責任之理論與應用，考量過度賠償各當事人亦未盡公平，進而類推適用民法第 217 條過失相抵之規定，加害人與原告（被上訴人）均負擔百分之五十之比例損害賠償數額，細緻化可責比例，使各當事人之損害賠償責任更為妥適與合理。