

林更盛

「**3** 他們說：我們禁食，你為何不看見呢？我們刻苦己心，你為何不理會呢？看哪，你們禁食的日子仍求利益，勒逼人為你們做苦工。**4** 你們禁食，卻互相爭競，以凶惡的拳頭打人。你們今日禁食，不得使你們的聲音聽聞於上。**5** 這樣禁食豈是我所揀選、使人刻苦己心的日子嗎？豈是叫人垂頭像葦子，用麻布和爐灰鋪在他以下嗎？你這可稱為禁食、為耶和華所悅納的日子嗎？**6** 我所揀選的禁食不是要鬆開凶惡的繩，解下軛上的索，使被欺壓的得自由，折斷一切的軛嗎？**7** 不是要把你的餅分給飢餓的人，將飄流的窮人接到你家中，見赤身的給他衣服遮體，顧恤自己的骨肉而不掩藏嗎？」

（聖經舊約 以賽亞書 第五十八章 3~7 節）

「**23** 耶穌當安息日從麥地經過。他門徒行路的時候，掐了麥穗。**24** 法利賽人對耶穌說：看哪，他們在安息日為甚麼做不可做的事呢？**25** 耶穌對他們說：經上記著大衛和跟從他的人缺乏飢餓之時所做的事，你們沒有念過嗎？**26** 當亞比亞他作大祭司的時候，怎麼進了神的殿，吃了陳設餅，又給跟從他的人吃。這餅除了祭司以外，人都不可吃。**27** 又對他們說：安息日是為人設立的，人不是為安息日設立的。」（聖經馬可福音 第二章 23~27 節）

—

1. 法律的功能在於適當解決紛爭、實現公平正義，為實現此目的
2. 宜以現行法已經蘊含的價值判斷優先 > 社會一般通念 > 法官個人確信

二 價值判斷具體/說服力的程度，基本上從最高到較模糊（形式上可能同時透過（總體/個別）類推適用為之）：

1. 貫徹個別規定的立法目的，例如 § 434 承租人失火責任的減輕，
 - 於承租人本身負侵權行為亦有適用（最高法院 22 年上字第 1311 號判例：「租賃物因承租人失火而毀損滅失者，以承租人有重大過失為限，始對出租人負損害賠償責任，民法第四百三十四條已有特別規定，承租人之失火僅為輕過失時，出租人自不得以侵權行為為理由，依民法第一百八十四條第一項之規定，請求損害賠償。」）；
 - 於其為經其同意使用者而負責時（§ 433），亦以該第三人有重大過失為限（黃立，債各上，P. 378）
2. 特定制度內部歸納出來的目的。例如：職災補償及與有過失的關係。

台灣高等法院暨所屬法院八十八年法律座談會民事類第十三號提案法律問題：勞動基準法第五十九條之職業災害補償，於勞工與有過失時，雇主可否主張民法第二百十七條過失相抵？甲說（否定說）：勞動基準法第五十九條之補償規定，係為保障勞工、加強勞、雇關係，促進社會經濟發展之特別規定，非

損害賠償。同法第六十一條尚且規定該受領補償之權利不得抵銷，應無民法第二百十七條過失相抵之適用。(八十二年度台上字第一四七二號判決參照)。乙說(肯定說)：職業災害補償，基本上亦為損害賠償之一種，勞動基準法第五十九條之規定，對於雇主雖採無過失責任主義，惟民法第二百十三條至第二百十八條所定之損害賠償法則，其中第二百十七條規定之過失相抵，旨在促使被害人注意履行其應盡義務，以避免或減少損害之發生或擴大。職業災害補償既為損害賠償之一種，自仍有民法第二百十七條之適用。(八十七年度台上字第二三三號判決參照) 決議：採甲說。最高法院 89 年度第 4 次民事庭會議決議「勞動基準法第五十九條之補償規定，係為保障勞工、加強勞、雇關係，促進社會經濟發展之特別規定，非損害賠償。同法第六十一條尚且規定該受領補償之權利不得抵銷，應無民法第二百十七條過失相抵之適用。」另外值得注意的是：最高法院於八十七年度台上字第一六二九號判決所持的理由「次按勞動基準法第五十九條係為保障勞工及其家屬之**生存權**，並保存或重建個人及社會勞動力之特別規定，非屬損害賠償之性質，並無民法第二百十七條過失相抵規定之適用。」

關於與有過失的規定於損害賠償/補償時，皆有適用；可另參：最高法院 79 年台上字第 2734 號判例「民法第二百十七條關於被害人與有過失之規定，於債務人應負無過失責任者，亦有其適用。」勞基法第五十九條**明確**地規定職災補償之**數額**-吾人若與侵權或契約上責任(特別是關於勞工歸責事由以及損害賠償數額的認定)相比，這將有助於減少爭議，促使勞工**儘速獲得補償**；第六十條規定職災補償得抵充雇主損害賠償金額-由此吾人可推論：職災補償係勞工發生職災時可獲得**最基本的補/賠償之金額**；第六十一條第二項規定職災補償不得作為**讓與、抵銷、扣押、擔保**之對象-由此吾人可推論：立法者應當有意使勞工獲得法定職災補償之**全額**，立法者並藉由第六十二條、六十三條規定、擴大確保承攬時勞工值職災補償權利的**實現**的機會。以上對相關法規的理解，在憲法第十五條所定生存權保障的觀點下，更獲得其正當性(憲法取向的考量)。又承此，立法者一方面既保障勞工職災補償權利的實現，另一方面才會在第六十一條第一項規定二年短期消滅時效、藉以**儘速釐清、確定**法律關係。立法者既有意使勞工實際上能儘速獲得職災補償的全額，則認為僱方得主張與有過失以減免其責任，不僅有違職災補償之作為**最基本的補/賠償**之目的，亦使法律關係複雜化、托延其權利實現的機會，顯然與立法者**儘速實現**勞工職災補償權利的意旨不符。

3. 相關制度整體歸納出，例如勞動基準法上的退休金請求權，應認為不得作為抵銷、扣押、擔保的對象。

最高法院於八八年度台上字第一六四七號判決中表示：「雇主按月提撥之勞工退休準備金及勞工受領職業災害補償之權利，核與勞工請領退休金之權利，性

質上並不相同。勞動基準法第五十六條第一項及第六十一條第二項僅規定勞工退休準備金及勞工受領職業災害補償之權利，不得抵銷，**對於勞工請領退休金之權利，既無禁止抵銷之明文，自非不得為抵銷之標的**」。對於上述結論，大法官於釋字第 五九六 號解釋中表示並不違憲：「憲法第七條規定，中華民國人民在法律上一律：平等，其內涵並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等；立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之差別對待。國家對勞工與公務人員退休生活所為之保護，方法上未盡相同；其間差異是否牴觸憲法平等原則，應就公務人員與勞工之工作性質、權利義務關係及各種保護措施為整體之觀察，未可執其一端，遽下論斷。勞動基準法未如公務人員退休法規定請領退休金之權利不得扣押、讓與或供擔保，係立法者衡量上開性質之差異及其他相關因素所為之不同規定，屬立法自由形成之範疇，與憲法第七條平等原則並無牴觸。」對此，大法官廖義男、許宗力、許玉秀分別於不同意見書主張上述結果與公務員退休制度、勞基法職災補償、新實施之勞工退休金條例等相比較，違反體系正義、牴觸平等原則，應屬立法疏漏、為違憲。

本文認為關於勞基法上退休金請求權應該解釋為具有專屬性、不得成為抵銷、扣押、讓與或擔保的對象，這從雇主所提撥之退休準備金所具有之專屬性（勞基法第五六條第一項）即可明確地推論得知。退休準備金之所以具有專屬性，在於確保勞工退休金請求權之獲得實現。從此一立法目的出發，退休準備金雖然仍屬於雇主，而在此階段，勞工退休金之請求性質上為期待權、其條件尚未成就，就已經具有專屬性，則當條件既已成就、從期待權轉變成為權利時，退休金請求權**更應當**具有專屬性（舉輕以明重），方能實現上述立法者保護勞工退休後生活之意旨。

4. 特定法律領域內的普遍原則，例如：分管契約與善意保護的平衡

釋 349 「最高法院四十八年度台上字第一〇六五號判例，認為「共有人於與其他共有人訂立共有物分割或分管之特約後，縱將其應有部分讓與第三人，其分割或分管契約，對於受讓人仍繼續存在」，就維持法律秩序之安定性而言，固有其必要，惟應有部分之受讓人若不知悉有分管契約，亦無可得而知之情形，受讓人仍受讓與人所訂分管契約之拘束，有使善意第三人受不測損害之虞，與憲法保障人民財產權之意旨有違，首開判例在此範圍內，嗣後應不再援用。」

5. 訴諸憲法上的價值判斷；另參合憲性觀點 + 超越制定法外的法官造法

6. 單純法律領域以外的其他的因素，例如：

6.1. 事物本質

6.1.1. 法人不得請求慰撫金

最高法院 62 年台上字第 2806 號判例「公司係依法組織之法人，其名譽遭受損害，無精神上痛苦之可言，登報道歉已足回復其名譽，自無依民法第一百九十五條第一項規定請求精神慰藉金之餘地。」

6.1.2. 法人不能為侵權行為？

最高法院 95 年台上字第 2550 號民事判決 「八十八年四月二十一日修正公布而於八十九年五月五日施行前（下稱修正前）民法第一百八十四條、第一百八十五條所規定之侵權行為類型，均適用於自然人之侵權行為，上訴人均為法人之組織，能否直接適用各該規定？尚非無疑。原審以蓮美公司、亞聯公司「共同不法侵害」和驛公司之財產權，而令該二人負侵權行為連帶賠償責任，已有未洽...」（建造大樓，鄰地房屋基地陷落、房屋沉陷毀損、屋內財物受損；＝最高法院 95 年台上字第 338 號民事判決）（另參最高法院 93 年台上字第 1956 號民事判決「按法人之一切事務，對外均由其代表人代表為之，故代表人代表法人所為之行為，即屬法人之行為，其因此所加於他人之損害，該行為人尚須與法人負連帶賠償之責任，此觀民法第二十七條、第二十八條自明，是應認法人有侵權行為之能力。原審認法人無侵權行為能力，所持法律見解，已有可議。」）

6.1.3. 電磁紀錄可否成為竊盜罪的客體？

民國 86 年 10 月 08 日修正後、民國 92 年 06 月 25 日修正前的刑法 323 條規定「電能、熱能及其他能量或電磁紀錄，關於本章之罪，以動產論。」「本條係八十六年十月八日修正時，為規範部分電腦犯罪，增列電磁紀錄以動產論之規定，使電磁紀錄亦成為竊盜罪之行為客體。惟學界及實務界向認為：刑法上所稱之竊盜，須符合破壞他人持有、建立自己持有之要件，而電磁紀錄具有可複製性，此與電能、熱能或其他能量經使用後即消耗殆盡之特性不同；且行為人於建立自己持有時，未必會同時破壞他人對該電磁紀錄之持有。因此將電磁紀錄竊盜納入竊盜罪章規範，與刑法傳統之竊盜罪構成要件有所扞格。」

6.2. 倫理要求；例如：

6.2.1. 非婚生子女，其生父死，亦得依 §194 請求慰撫金。

6.2.2. 釋字第 569 號 解釋文「憲法第十六條明定人民有訴訟之權，旨在確保人民權益遭受不法侵害時，有權訴請司法機關予以救濟。惟訴訟權如何行使，應由法律規定；法律於符合憲法第二十三條意旨之範圍內，對於人民訴訟權之實施自得為合理之限制。刑事訴訟法第三百二十一條規定，對於配偶不得提起自訴，係為防止配偶間因自訴而對簿公堂，致影響夫妻和睦及家庭和諧，乃為維護人倫關係所為之合理限制，尚未逾越立法機關自由形成之範圍；且人民依刑事訴訟法相關規定，並非不得對其配偶提出告訴，其憲法所保障之訴訟權並未受到侵害，與憲法第十六條及第二十三條之意旨尚無抵觸。刑事訴訟法第三百二十一條規定固限制人民對其配偶之自訴權，惟對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人，並非不得依法提起自訴。本院院字第三六四號及院字第一八四四號解釋相關部分，使人民對於與其配偶共犯告訴乃論罪之人亦不得提起自訴，並非

為維持家庭和諧及人倫關係所必要，有違憲法保障人民訴訟權之意旨，應予變更；最高法院二十九年上字第二三三三號判例前段及二十九年非字第一五號判例，對人民之自訴權增加法律所無之限制，應不再援用。」

6.2.3. 信賴保護到什麼程度-事物本質/人倫要求-?

釋字第 552 號「本院釋字第三六二號解釋謂：「民法第九百八十八條第二款關於重婚無效之規定，乃所以維持一夫一妻婚姻制度之社會秩序，就一般情形而言，與憲法尚無抵觸。惟如前婚姻關係已因確定判決而消滅，第三人本於善意且無過失，信賴該判決而與前婚姻之一方相婚者，雖該判決嗣後又經變更，致後婚姻成為重婚，究與一般重婚之情形有異，依信賴保護原則，該後婚姻之效力，仍應予以維持。首開規定未兼顧類此之特殊情況，與憲法保障人民結婚自由權利之意旨未盡相符，應予檢討修正。」其所稱類此之特殊情況，並包括協議離婚所導致之重婚在內。惟婚姻涉及身分關係之變更，攸關公共利益，後婚姻之當事人就前婚姻關係消滅之信賴應有較為嚴格之要求，僅重婚相對人之善意且無過失，尚不足以維持後婚姻之效力，須重婚之雙方當事人均為善意且無過失時，後婚姻之效力始能維持，就此本院釋字第三六二號解釋相關部分，應予補充。如因而致前後婚姻關係同時存在時，為維護一夫一妻之婚姻制度，究應解消前婚姻或後婚姻、婚姻被解消之當事人及其子女應如何保護，屬立法政策考量之問題，應由立法機關衡酌信賴保護原則、身分關係之本質、夫妻共同生活之圓滿及子女利益之維護等因素，就民法第九百八十八條第二款等相關規定儘速檢討修正。在修正前，對於符合前開解釋意旨而締結之後婚姻效力仍予維持，民法第九百八十八條第二款之規定關此部分應停止適用。在本件解釋公布之日前，僅重婚相對人善意且無過失，而重婚人非同屬善意且無過失者，此種重婚在本件解釋後仍為有效。如因而致前後婚姻關係同時存在，則重婚之他方，自得依法向法院請求離婚，併此指明。」

6.3. 合理的答案？參照社會一般觀念、司法者個人的價值判斷。

6.3.1. 物之瑕疵擔保制度，德國民法的立法者原意較接近擔保說，但結果不當，故有履行說的出現。我國，自 77 年最高法院第 7 次民庭決議後，通說：履行說。

6.3.2. 適當界定當事人間的權益。例如：

- 基於經濟上考量，興建中、尚未完成的建築物，是動產？是；蓋若為不動產（土地）的一部分，則將歸土地所有人所有，當建造者≠土地所有人時，對通常已花費重大成本的建造者甚為不利。
- 鰻魚池，是土地以外獨立的不動產，池中漁獲並非其孳息則為獨立的動產。頂樓上加蓋的部分 有獨立出入口 跟一般「正常」的樓層相近，為獨立不動產；否則和樓中樓的上層相近，為頂樓之一部分。
- § 373 僅以交付、或同時以移轉所有權作為危險負擔的時點？立法理由「僅按買賣之標的物，於其交付前，因天災及其他不可抗力而毀損滅失者，損失應歸何人負擔，古來學說聚訟，各國立法例亦不一致，此所謂危險擔保之問題是

也。本法明定買賣之標的物，除契約另有訂定外，其利益及危險，應自交付時起，均由買受人承受負擔，所以杜無益之爭論也。」債編修正過程中，相反內容的草案不被採取，立法者的意思更加明顯（黃立/楊芳賢，債各（上），159頁）。但是：最高法院 81 年度第 19 次民事庭會議決議「...買受人向出賣人買受之某筆土地，在未辦妥所有權移轉登記前，經政府依法徵收，其補償地價由出賣人領取完畢，縱該土地早已交付，惟民法第三百七十三條所指之利益，係指物之收益而言，並不包括買賣標的物滅失或被徵收之代替利益（損害賠償或補償地價）在內，且買受人自始並未取得所有權，而出賣人在辦畢所有權移轉登記前，仍為土地所有人，在權利歸屬上，其補償地價本應歸由出賣人取得，故出賣人本於土地所有人之地位領取補償地價，尚不成立不當得利。但買受人非不得類推適用民法第二百五條第二項之規定，請求出賣人讓與該補償地價。」（雖與立法說明所表現的立法目的不盡相符，但可接受）。

6.3.3. 法官需要健全的 common sense; 例如: 強吻=國際禮儀? ; 10 秒非猥褻?。

三 Savigny 「解釋的最高任務在於使一個瀕臨死亡的規定重獲新生」（Höchste Aufgabe der Interpretation : höhere Kritik = Restitution eines verdorbenen Textes, Vorlesungen über juristische Methodologie, 1802-1842, 2004, S. 94）

例如：舊 § 227 「債務人不為給付或不為完全給付者，債權人得聲請法院強制執行，並得請求損害賠償。」其意義為何，甚有爭論（不完全給付？給付遲延？）；王澤鑑（不完全給付之基本理論，民法學說與判例研究（三），2002 年版，第 59 頁以下）：解釋成是關於不完全給付的規定，由客觀功能觀之，值得贊同。

四 ≠ 政策（權力分立，政策的制定與修正，主要是立法者的權限）

1 勞基法第十一條第五款所定之解僱事由「勞工對於所擔任之工作確不能勝任」？最高法院八十年度台聲字第二十七號裁定：「勞動基準法第十一條第五款規定，勞工對於所擔任工作之「勝任」與否，應將積極與消極兩方面加以解釋，勞工之工作能力、身心狀況、學識品性等固為積極客觀方面應予考量之因素，但勞工主觀上「能為而不為」、「可以作而無意願」之消極不作為情形，亦係勝任與否不可忽視之一環，此由勞動基準法制定之立法本旨在於「保障勞工權益，加強勞雇關係，促進社會與經濟發展」觀之，為當然之解釋」。

2 最高法院九十四年度台上字第二三三九號民事判決

「虧損或業務緊縮時，雇主得預告勞工終止勞動契約，此固可由勞基法第十一條第二款規定之反面解釋推知。惟為保障國民工作權，聘僱外國人工作，不得妨礙本國人之就業機會、勞動條件、國民經濟發展及社會安定，亦為修正前之就業服務法第四十一條（九十一年一月二十一日修正為同法第四十二條）所明定。此乃為促進國民就業，以增進社會及經濟發展，所制定之特別規定（就業服務法第一條參照），應優先於勞基法之適用，蓋聘僱外國人工作，乃為補足我國人力之不

足，而非取代我國之人力，故雇主同時僱有我國人及外國人為其工作時，雇主有勞基法第十一條第二款得預告勞工終止勞動契約之情事時，倘外國勞工所從事之工作，本國勞工亦可以從事而且願意從事時，為貫徹保障國民工作權之精神，雇主即不得終止其與本國勞工間之勞動契約而繼續聘僱外國勞工，俾免妨礙本國人之就業機會，有礙國民經濟發展及社會安定。」