

論法院酌減損害賠償金額之規範：

歐陸各國民法中之酌減條款與我國民法第二百十八條之比較研究*

林易典**

目 次

壹、導論

貳、關於決定損害賠償數額之規範模式

一、按是否要求進行全數賠償所為之分類

- (一) 採取「賠償數額與過失程度相符」原則之立法例
- (二) 採取「全數賠償」原則之立法例
- (三) 檢討

二、按是否承認法院於特定事由下，尚具有酌減權限之分類

- (一) 採取「酌減條款」之立法例
- (二) 採取「全數賠償或根本不負賠償責任」原則

三、立法例之交錯設計

參、採取「酌減條款」規範之必要性

一、平衡考量債務人及債權人兩造之利益

- (一) 全數賠償原則容有例外
- (二) 查封禁止規範並未消滅賠償義務
- (三) 仍應避免法院失控的衡平判決

二、補充破產法制之不足

- (一) 破產法制有介入空間時應優先適用破產法
- (二) 破產法制無介入空間時有導入酌減條款之實益

肆、歐陸各國民法中之「酌減條款」及其比較

一、不採取「酌減條款」法制下之改革討論

- (一) 德國民法之改革討論
- (二) 奧地利民法之改革努力

二、採取「酌減條款」之各國法制

- (一) 瑞士
- (二) 荷蘭
- (三) 北歐各國法制：丹麥、瑞典、芬蘭、挪威
- (四) 西班牙、葡萄牙
- (五) 東歐各國法制：波蘭、匈牙利、捷克、前東德

* 本文曾於2006年11月11日，發表於民法研究基金會，標題及內容經修正而成。作者並衷心感謝兩位匿名審查人所提供之寶貴意見，使作者能就疏漏之處加以改進及補充。

** 國立成功大學法律學系暨科技法律研究所助理教授，德國美因茲(Mainz)大學法學博士(2006)。

• 本文原刊載於台大法學論叢第36卷第3期，頁305-384，2007年9月。

- （六）歐洲民事法律統合工作中相關草案
- 三、各國「酌減條款」規範之比較
 - （一）關於得進行酌減事由（積極要件）之規範模式
 - （二）關於不得進行酌減事由（消極要件）之規範模式
- 伍、我國民法第二百十八條酌減條款規範及實務檢討
 - 一、規範目的
 - 二、法規結構與實務運用
 - 三、酌減權之發生、行使及酌減標的
 - （一）法院酌減權之發生與行使
 - （二）法院酌減之標的
 - （三）酌減之幅度
 - 四、法院酌減權發生之要件
 - （一）酌減權發生之積極要件
 - （二）酌減權發生之消極要件
 - 五、法院行使酌減權時考量之事項
 - （一）被害人之經濟狀況
 - （二）責任之種類、被侵害法益受保護之強度
 - （三）損害預見及避免可能性
 - 六、酌減之效果
- 陸、結論
 - 一、比較法上之觀察
 - 二、我國規範及實務之檢討與展望

關鍵詞：損害、損害賠償、全數賠償、全數賠償或根本不負賠償責任原則、酌減條款、酌減賠償數額、民法第二百十八條、荷蘭民法、瑞士債務法、歐洲侵權行為法原則、歐洲契約法法典草案、賠償義務人之生存能力、衡平事由

壹、導 論

我國民法債編總論之體系及內容，固深受 1896 年制定之德國民法影響，然在 1929 年繼受德國民法之同時，不乏有與德國法異質之處。在損害賠償法制上，德國民法係採取所謂的「全部賠償或根本不負賠償責任」原則，損害賠償義務人須就損害全數賠償，除「與有過失」之情形外，法院並無酌減之權限。相對與此，我國民法第二百十八條則賦予法院於一定條件下，具有酌減賠償金額之權，即所謂之「酌減條款」。而此授予法院酌減賠償金額權限的規範，首見於瑞士民法，此即瑞士債務法第四四條第二項關於侵權行為之規範，及第九九條第三項債務不履行準用之規範。我國民法第二百十八條賦予法院酌減權之規範，在要件上與瑞士債務法第四四條第二項之規定有相當的一致性。

在各國有關確定損害賠償數額之法制中，無獨我國係仿效自瑞士債務法而導入「酌減條款」。比較法上，採納「酌減條款」規範方式者並非少數。因此，如果能了解各國發展出「酌減條款」之淵源、其規範方式及實務，將能對於我國民法第二百十八條「酌減條款」之性質更加了解，並提供未來修法時應有之規範取向。

貳、關於決定損害賠償數額之規範模式

一、按是否要求進行全數賠償所為之分類

(一) 採取「賠償數額與過失程度相符」原則之立法例

於損害賠償之債成立，及「損害之範圍」經確定後，在立法規範模式上，不乏有要求「損害賠償之數額」，須按損害賠償義務人之過失程度來加以決定，而非就損害之全部進行賠償者。在此規範下，賠償義務人之賠償數額須與其過失程度相符(Proportionalität von Schulden und Haftung)，即合乎比例，或有謂就過失程度不同而對損害賠償數額進行「差異化」(schuldformabhängige Differenzierung)。

過去採取賠償數額須與過失程度「相符原則」(Proportionalitätsprinzip)此一立法例者，為受自然法影響的 1776 年之普魯士普通邦法(ALR)，及 1966 年以前之葡萄牙 1867 年舊民法¹。現行採取「賠償數額與過失程度相符」之規範，在比較法上著名者，如 1911 年整合入瑞士民法典第五編的瑞士債務法(OR)，第四三條第一項規定：「就所發生之損害其賠償之種類及規模，由法官決定之，法官須就案例情狀及過失之規模評斷之。」² 故而損害賠償之數額，將取決於賠償義務人過失程度。稍後透過

¹ 關於普魯士普通邦法 ARL I 6 §85，及 1867 年葡萄牙舊民法第 2382 條以下採取「賠償數額與過失程度相符」立法例，參考 Stoll, Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus Rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 1970, S. 481, 488; Roberto, Schadensrecht, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1997, S. 249.

² 瑞士債務法第 43 條之前身，即 1881 年之舊債務法第 51 條第 1 項，其係強烈受蘇黎世邦私法法典(Privatrechtliches Gesetzbuch; PGB)影響。Roberto (Fn. 1), S. 250 Fn. 8. 而對於賠償數額與過失程度間須成均衡狀態之想法，會在瑞士債務法第 43 條被法典化，學者指出是受德國學者耶林(Jhering)及瑞士學者 Johann Caspar Bluntschli 之影響。Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I AT, 4. Aufl., Zürich: Schulthess, 1975, S. 263 f.; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 1979, S. 104 Fn. 85. 而在德國民法之立法過程中，學者耶林、von Gierke 及 Kohler 均係主張採取「賠償數額與過失程度相符」原則者，惟因學說匯纂學派(Pandektistik)排斥此一原則之影響，故德國立法者係採取下述之「全數賠償原則」。Roberto (Fn.1), S. 250 f., 255; Brüggemeier, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin: Springer, 2006, S. 556.

釋義學之轉化，損害之數額成為損害賠償之上限，而過失程度之大小將能決定賠償數額酌減之幅度³。

此外，受到前述普魯士普通邦法及自然法的影響，現行的 1811 年奧地利民法典 (ABGB) 亦採取「賠償數額與過失程度相符」原則此一立法例⁴。奧地利民法典第一三二三條第一句固然規定損害賠償以回復原狀為原則，然於第一三二四條規定，於加害人僅具抽象輕過失時，被害人尚不得就「所失利益」有所請求。申言之，此時依普通法的傳統，損害賠償義務人僅就「積極損害」(positiver Schaden) 負賠償責任，即依第一三三二條規定，僅賠償物毀損時之一般價值⁵。損害賠償範圍，將取決於損害賠償義務人之過失程度。

(二) 採取「全數賠償」原則之立法例

與前述立法例相對者，如在我國民法之損害賠償法制下，損害賠償義務人依我國民法第二百十三條及第二百十六條規定，應填補損害賠償之債的債權人所受之損害及所失之利益，以回復損害發生前之狀態。申言之，於損害賠償之債成立時，債務人之損害賠償義務為損害之全部，而與債務人之過失程度無涉，此即所謂的「全數賠償」(Totalreparation; das Prinzip vollen Ausgleichs; full compensation; restitutio in integrum; réparation intégrale) 原則，或稱為損害填補原則 (Ausgleichsprinzip)⁶。損害賠償債權人之受償範圍，將能確定下來。

與我國民法相同採取「損害填補原則」者，比較法上著名者，為 1896 年德國民法第二四九條以下之規範。而德國法下「全數賠償」原則之建立，在法制史上可歸因於自然法學者，及十九世紀時，經由學者 *Friedrich Mommsen* 之闡述⁷。在德國民法立法過程中，係透過採取「全數賠償」之立法例，有意使損害賠償範圍之決定能過渡到不取決於義務人之過失程度，以求能揮別當時在德國各地民事法律傳統中刑罰的要素⁸。

(三) 檢討

依照瑞士學者之觀察，上述兩種關於決定損害賠償數額其規範模式上的對立，亦係對於損害賠償責任法制其應具有避免未來損害發生之「預防功能」(Präventionsfunktion) 抑或應僅具「損害填補功能」間爭議的延伸⁹。惟無論損害賠償制度是否應具有「預防功能」，亦不論「賠償數額與過失程度相符」原則是否能具有「預防功能」，自德國學者耶林(Jhering)於 1867 年提出在損害賠償責任

³ Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich: Schulthess, 2002, Rdnr. 838; Keller, Haftpflicht im Privatrecht, 4. Aufl., Bern: Stämpfli, 1979, S. 97; Guhl/Merz/Koller in: Guhl (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich: Schulthess, 1991, S. 62.

⁴ 奧地利民法第 1324 條第 1 句規定：「由惡意或顯著過失所造成之損害，被害人得請求完全的損害賠償」，而其依第 1323 條第 2 句之定義，其涵蓋所失利益及排除所造成之侮辱（即非財產上之損害）者，「而於其他情形下，僅得請求回復實際上無損害之狀態」，依第 1323 條第 2 句之規定，即僅能就所受損害(erlittener Schaden)加以請求。

⁵ Harrer, Schadenersatzrecht, Wien: Orac, 1999, S. 76; Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 10. Aufl., Wien: Manz, 1995, S. 459.

⁶ 關於我國民法第 213 條以下所蘊含之損害填補原則，並請參見王澤鑑(2005)，〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 207 以下。

⁷ Staudinger/Schiemann, Neubearbeitung 2005, Vorbem zu §§ 249 ff. Rdnr. 25; Zimmermann, Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact, in: Koziol/Steininger (eds.), European Tort Law 2003, p. 2, 30 (Wien: Springer, 2004).

⁸ Hochloch, Allgemeines Schadensrecht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln: Bundesanzeiger, 1981, S. 375, 385.

⁹ Roberto (Fn. 3), Rdnr. 828.

上應揚棄刑法上的制裁想法後¹⁰，此已為德國民法之立法者所採納¹¹，而被公認是現代民事損害賠償規範應有之內涵。倘在民事損害賠償法制上，如在決定賠償數額時採取「賠償數額與過失程度相符」原則之立法例，區別債務人過失大小而異其賠償義務，事實上將使損害賠償以刑罰之形式出現，即在法制發展過程上，回到過去懲罰與損害賠償不分的狀態¹²。

故而，即便瑞士學說在損害賠償責任之法制上，否定損害賠償其制裁、懲罰的功能，然也因前述瑞士債務法第四三條在決定損害賠償數額的規範上仍採取「賠償數額與過失程度相符」原則，而被學者認為其陷於矛盾¹³。前述奧地利民法第一三二四條之規定，也在國際間及被奧地利學者認為具有「制裁之思想」(Sanktionsgedanke)或損害賠償責任之刑罰化(Pönalisierung)¹⁴。或有謂在「全數賠償」原則下，損害賠償義務人僅因輕微的疏失，而須就廣泛的損害均負有賠償義務並不公平¹⁵。然於「賠償數額與過失程度相符」原則下，賠償債務人因過失之程度較輕而僅須就損害之一部分負賠償責任，即債權人將僅因債務人其過失程度輕微而無法全部受償。此將使損害賠償債權人須承擔債務人無庸負擔之部分，而此對於在個案中根本就沒有過失的債權人將更不公平¹⁶。故而倘欲透過債務人之過失程度，來於債務人及債權人間分配損害之負擔，在規範上將面對前述窘境。從而在現今法制上，有更多的國家係採取「全數賠償」原則。

二、按是否承認法院於特定事由下，尚具有酌減權限之分類

(一) 採取「酌減條款」之立法例

我國民法於第二百十八條規定：「損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額」。申言之，於法律規定之事由存在時，法院得依第二百十八條酌減損害賠償之數額，使債務人無庸為全數之賠償。此一於損害賠償法制中，承認法院酌減損害賠償數額權限的立法模式，使損害賠償義務之範圍自損害之範圍向下調整、偏離，一般被稱為「酌減條款」(Reduktionsklausel; liability reduction clause)。

¹⁰ Jhering, Das Schuldmoment im römischen Recht, 1867, S. 61, 轉引自Roberto (Fn. 3), Rdnr. 831.

¹¹ 德國民法立法緣由書：「於決定民事法律之效果時，將道德上或刑法上之觀點納入考量……必須是不被允許……」。Motiv zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. II Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. 1896, S. 17 f., 內容轉引自Hochloch, (Fn. 8), S. 375, 385 Fn. 12.

¹² Roberto (Fn. 3), Rdnr. 831; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003, S. 13.

¹³ Roberto (Fn. 3), Rdnr. 24.

¹⁴ Esser, Schuldrecht, Bd. I AT, 4. Aufl., Heidelberg: Müller, 1970, S. 267; Eörsi, Comparative (Civil) Private Law, p. 338 (Budapest: Akadémiai Kiadó, 1979); Koziol/Welser (Fn. 5), S. 442. 奧地利學者中認為損害賠償固然非刑罰，但在輕度過失時負全數賠償責任有時會造成嚴苛的情事，而使較重過失者負有較高的賠償義務亦符合預防思想，故而奧地利民法第 1324 條其因過失程度而區別損害賠償範圍者具有意義，然卻也指出較新的法典中已不採此原則者，Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Österreichisches Schuldrecht, BT und Schadensersatz, 2. Aufl., Wien: Springer, 1988, S. 454 f. 奧地利學者中亦有承認奧地利民法第 1324 條具有制裁之思想，但否認刑罰化者，認為其僅是在賠償範圍與過失程度求取均衡者，Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I AT, 3. Aufl., Wien: Manz, 1997, Rdnr. 1/16, 5/5.

¹⁵ 瑞士學者間支持「賠償數額與過失程度相符」原則者認為，考量到行為人完全無過失時不必負任何賠償責任，即損害將完全由被害人承擔，而行為人稍有輕微過失時則須全數賠償，二者間輕重顯然失衡，以及考量到無過失與輕微之過失間僅一線之隔等等，而認為現行瑞士債務法第 43 條第 1 項因行為人過失程度輕重，而異其賠償數額之規範有其正當性。惟法院仍應考量被害人是否將因不能全數受償，而經濟狀況將陷於惡化後，始能決定是否因行為人過失程度較輕，而酌減賠償之數額。von Tuhr/Peter (Fn. 2), S. 105 Fn. 92, 並參見Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I AT, 5. Aufl., Zürich: Schulthess, 1995, § 7 Rdnr. 11.

¹⁶ Roberto (Fn. 3), Rdnr. 830; Hochloch (Fn. 8), S. 375, 457.

在採納「酌減條款」之立法例中，瑞士債務法第四四條第二項侵權行為規範下酌減條款之規定¹⁷，及第九九條第三項債務不履行規範下準用之規定，在比較法學上被認為最具有代表性¹⁸，且為其他國家修法時所仿效的對象。我國民法在損害賠償法制上，雖不採取瑞士法之「賠償數額與過失程度相符」原則，但在第二百十八條酌減條款之構成要件上，卻係仿照瑞士債務法之酌減條款規範所訂定。

（二）採取「全數賠償或根本不負賠償責任」原則

與「酌減條款」相對應者，為在損害賠償法制下，不承認法院酌減損害賠償數額權限之立法例，而須對損害之全數進行填補的規範模式，例如德國民法第二四九條以下之規定。申言之，在不考量到損害賠償權利人其「與有過失」(Mitverschulden; contributory negligence)，法院得依德國民法第二五四條來降低損害賠償數額之案例類型時，於損害事件發生後，其一旦經認定應負損害賠償責任時，不區別損害賠償義務人之過失程度或其與債權人間資力上之差異，亦不問損害之數額是否過高，損害賠償義務人即應就損害之全部加以賠償。此一不採「酌減條款」之規範模式，即所謂之「全數賠償或根本不負賠償責任」(Alles-oder-Nichts-Prinzip; all or nothing principle)原則¹⁹。

三、立法例之交錯設計

前述第一種分類與第二種分類下之立法例，概念上可搭配並存。

第一種：採取「賠償數額與過失程度相符」原則，但不採納「酌減條款」者，如奧地利民法²⁰。

第二種：採取「賠償數額與過失程度相符」原則，且採納「酌減條款」者，如瑞士債務法。

第三種：採取「全數賠償」原則，且採納「酌減條款」者，如我國民法。

第四種：採取「全數賠償」原則，但不採納「酌減條款」(即採納「全數賠償或根本不負賠償責任」)者，如德國民法。

經此重新分類，可看出我國民法之損害賠償法制，在關於損害賠償數額決定之規範模式上，屬於德國民法與瑞士債務法二者間的折衷類型，並未全盤仿照德國式，亦未全部與瑞士式之立法例重疊，可以說是同時繼受德國法及瑞士法下之產物。

參、採取「酌減條款」之必要性

一、平衡考量債務人及債權人兩造之利益

（一）全數賠償原則容有例外

¹⁷ 瑞士債務法第 44 條第 2 項規定：「如損害賠償義務人並非以故意或重大過失造成損害者，且將因給付損害賠償而陷於窘困之狀態(Notlage)者，法官得基於此等理由，對於損害賠償義務進行酌減。」

¹⁸ Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 1996, S. 172.

¹⁹ Soergel/Mertens, 12. Aufl. 1990, vor § 249 Rdnr. 17; Teichmann in: Jauernig (Hrsg.), BGB, 12. Aufl., München: Beck, 2007, vor §§ 249-253, Rdnr. 2.

²⁰ 於奧地利民法條文中，其完全無「酌減條款」之想法。參見 von Bar/Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europa, a comparative study, p. 153 (München: Sellier, 2004). 惟 2005 年司法部公布之學界草案中，已經將酌減條款納入。見下述「肆、一、(二)」之說明。

民事法上損害賠償之任務，本不在於對於債務人進行社會照顧，故不應透過考量行為人與被害人間的財產關係，在社會上進行損害分配。此外，如損害賠償權利人其僅能就其請求權一部來加以請求，亦將面臨法制上倒退之質疑²¹。蓋酌減損害賠償數額即意味著，債權人無法全數受償而須自行承擔損失²²。

對於前述的立場，一般基於下列兩種面向，而肯定進行修正之必要。一方面透過強制執行法中關於查封禁止、限制之規範，來維持債務人最低度之生存。另一方面，在面對債權人本有全數受償之權，及債務人可能因全數賠償而陷於經濟上之窘迫此一兩難的局面時，仍不否認在特定的情形下，考量到債務人生計上之窘迫及債權人承擔損失能力後，酌減債務數額仍有其正當性，即「全數賠償」原則並非不容有例外²³。

（二）查封禁止規範並未消滅賠償義務

由於強制執行法中關於「查封禁止」規定之目的，主要在防止對無支付能力之債務人加以榨取，然而債務仍然存在，應賠償之數額並未因之減少。即便僅就可執行之部分加以執行，仍可能在個案中對債務人造成經濟上窘迫之局面。故而有必要在強制執行法外，於實體法上承認降低損害賠償責任之規範²⁴。因此在各國法制上，存在著各種不同形式及要件的「酌減條款」。儘管酌減條款之導入有此等正當性及需求，惟應強調者，是否要導入「酌減條款」，仍屬立法者之裁量²⁵。

（三）仍應避免法院失控的衡平判決

如前所述，透過肯定「全數賠償」原則於特定情形下，可有限度的容有例外後，「酌減條款」始有生存之空間。故而「酌減條款」之導入，必須避免其毫無止境地偏離「全數賠償」原則。蓋於損害事件之損害賠償責任成立後，債權人本有全部受償之權，以盡可能地填補其所受之損害。相對於此，肯定酌減債務人之損害賠償義務之正當性，係基於平衡考量債務人及債權人兩造利益後，所得之結果，其本具有例外性格。故而在「酌減條款」之設計上，必須透過明確的構成要件，來控制酌減事由之範圍。明確的酌減事由要件本身，一方面可減輕法院的負擔，另一方面也可防免法院恣意失控的衡平判決，以求兼顧債權人及債務人間利益之平衡。

二、補充破產法制之不足

（一）破產法制有介入空間時應優先適用破產法

將債務人無法清償損害賠償義務，與一般無力清償債務之情形，同樣置於破產程序下處理，如下述德國學說中反對「酌減條款」者所主張，此將能避免體系上的割裂。申言之，在民法與破產法制間之關係上，倘破產法中已承認對於債務人之債務加以免除之機制後，應使損害賠償債權人在破產程序中，與所有債權人共同承受無法全數受償之部分，而不另外導入「酌減條款」來進行實體法

²¹ Roberto (Fn. 3), Rdnr. 835 f.

²² Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln: Heymann, 1996, Rdnr. 631; Medicus, Schuldrecht I, AT, 16. Aufl. 2006, München: Beck, Rdnr. 585.

²³ Lange/Schiemann (Fn. 12), S. 16 f.; Hochloch (Fn. 8), S. 375, 460.

²⁴ Hochloch (Fn. 8), S. 375, 459.

²⁵ Deutsch (Fn. 22), Rdnr. 633.

上之酌減，以保持實體法與程序法間之分野。

僅因一次性的損害事件即符合進入破產程序之要件，與傳統上債務人因長期財務狀況累積至無力清償債務的情形，二者形成之原因固然有別，然均屬無力清償。如果一國規範中兼具實體法之酌減條款及與程序法之破產法制，而破產法制中尚有免除債務人其未能清償債務的「債務免除」之制度時，此時能進入破產程序之損害事件，固亦能對於賠償義務人造成經濟上窘迫之情事，然破產法制在此因一次性的損害事件造成之無力清償情形，仍應被優先適用，而不應由法院另依實體法上之酌減條款來進行酌減。蓋此時如進行酌減，將無法依破產法之規範意旨，使所有債權人共同承受無法全數受償之部分，卻僅由單一債權人單獨承受，而有不公。於此情形下，即便實體法中並未導入酌減條款，損害賠償債務人其生計本得透過破產法制中之債務免除規範，來加以確保²⁶。然如果一國規範中之破產法制，並無債務免除之制度來保障債務人之生計時，則另於實體法中導入「酌減條款」，將具有重大之實益。

（二）破產法制無介入空間時有導入酌減條款之實益

本文以為，即便一國之破產法制中已經有債務免除之制度，在實體法中另外導入酌減條款，仍將有實益。蓋損害賠償義務人是否將因全數賠償而陷於生計困難，與是否無力清償而得進入破產程序，在程度及概念上仍有區別。申言之，在個案中可以想像，損害賠償義務人有能力清償，故而破產法制上並無介入之空間，卻將因全數賠償而陷於窘困或重大影響生計之局面。故即便破產法制中有對於債務人債務免除、清理之規範，倘在實體法之損害賠償法制中，於未達到「不能清償債務」之破產門檻前，承認「酌減條款」，使法院能在特定案例類型中具有酌減賠償數額之權限，將能保障賠償義務人之生存空間，而具有實益。

再者，即便是無力清償之情形，債務人其未必能該當破產程序之要求，特別是當一國之破產法對於依破產程序清理債務，設有財產下限的限制時，此諸如我國破產法要求至少須有財產構成破產財團，且依我國破產法第一四八條之旨趣，尚須有足供清償財團費用及財團債務者²⁷，故而毫無財產之債務人，仍然無法依我國破產法來清理債務。此時如另外於民法中保有「酌減條款」，將對於此等根本無法進入破產程序之債務人，其生計保障具有重大實益。惟債務人已經進入或能進入破產程序，或經酌減仍不免進入破產程序，即便損害賠償義務將影響其生計，此時仍應專以破產程序來保障其生存。

²⁶ 值得注意者，將各國民法決定損害賠償數額之法制，與破產法或無力清償法之法制合併觀察，可發現幾種規範方式：一、民法承認酌減條款，破產法不承認未受清償之債務當然歸於消滅（不免責主義）者，如瑞士債務法第 44 條第 2 項，與瑞士破產法第 265 條第 2 項，準用第 149 條之 1，債權人於取得損失憑證(Verlustschein)二十年內，得就債務人新取得之財產加以執行；二、民法承認酌減條款，破產法承認未受清償之債務當然歸於消滅（免責主義），如我國民法第 218 條，與破產法第 149 條；三、民法不承認酌減條款，破產法不承認未受清償之債務歸於消滅者，如德國無力清償法第 201 條規定，於最後分配完結而終結破產程序後，對於債務人主張未受償部分之債權，仍不受限制；四、民法不承認酌減條款，破產法承認未受清償之債務，踐行一定程序後歸於消滅者，如德國無力清償法第 286 條以下，對於「自然人」所導入之未受償債務加以免除(Restschuldbefreiung)之規範。

²⁷ 參見，司法院院字第 1505 號解釋(2)，民國 25 年 6 月 5 日，取自司法院網站中之司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/>（查訪日期：2006 年 11 月 1 日）；陳計男（2006），《破產法論》，修訂 3 版，頁 116，台北：三民：「如經法院依職權查明債務人確係毫無財產，則破產財團即不能構成，或以破產財團尚不足清償破產程序之費用，無從依破產程序清理其債務之場合……，此時法院應依同法第 63 條裁定駁回其聲請」。

肆、歐陸各國民法中之「酌減條款」及其比較

一、不採取「酌減條款」法制下之改革討論

於歐陸各國之民法典中，在規範上迄今未見「酌減條款」者，比較法上重要如 1804 年法國民法、1811 年奧地利民法、1896 年德國民法、1940 年希臘民法及 1942 年義大民法。惟法國法院實務上，雖無法公開地以衡平為由酌減損害賠償數額²⁸，仍有進行酌減之實。此外，其中如德國與奧地利之學說中，受到稍晚制定於 1911 年之瑞士債務法啟發，過去亦有導入「酌減條款」之改革討論及努力。

（一）德國民法之改革討論

迄今仍堅守「全數賠償或根本不負賠償責任」原則之德國民法，規範中除了第二五四條「與有過失」之規定能構成對於前揭原則之「破棄」(Durchbrechung)外²⁹，並無其他酌減損害賠償數額條款之存在。在此規範模式下，固然被害人即損害賠償債權人之權利能完全受到保障，然在個案中賠償債務人將面臨了全部賠償責任，且此可能是以一般收入終其一生都無法償還完畢之鉅額數額。此一情形，以使用動力交通工具時，因極小的疏失發生事故而造成鉅額損害甚至是傷亡時最為明顯³⁰。對此課題，德國實務界因無相對應的酌減條款可加以運用，而無法以現行規範來加以回應。即便被害人投保產險或人身保險且能先填補損害，行為人仍不免受被害人保險公司因法定之債權移轉，行使代位權進行求償。如行為人並未投保責任保險或理賠數額尚不足以償還所有損害時，其仍將背負前述之鉅額債務。

德國學界面對此一現行民法規範僵化所生之窘境，故而對此加以改革的呼聲，自 60 年代以來並未停息過³¹。於 1960 年的第四十三屆德國法律人年會³²、1967 年之聯邦司法部所公開之報告草案、及 1981 年聯邦司法部之債法修正評審報告中³³，均有學者提出仿照瑞士的立法例，在德國民法中增訂「酌減條款」之想法或草案。

1967 年德國聯邦司法部報告草案 第二五五條之一(Referentenentwurf § 255 a)³⁴

²⁸ 法國學者 Tallon 對法國實務所為之觀察。Tallon, The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point, ERPL 1993, p. 189, 194. 德國學者 von Bar 於觀察法國實務後指出，由於法國第一審法院得完全自主的自行決定各種損害之賠償，而法國最高法院對此幾乎不曾加以修正，故而法國法院實務似乎是在程序法的庇護(Windschatten)下，建立起通往「酌減條款」的路。von Bar, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, München: Beck, 1999, § 1 Rdnr. 140.

²⁹ Soergel/Mertens (Fn. 19), § 254 Rdnr. 1

³⁰ 此例參考自 Medicus (Fn. 22), Rdnr. 585.

³¹ 其實在德國民法制定前，「全數賠償或根本不負賠償責任」原則，就已經面對來自學者耶林、von Gierke 的批評。參見 Deutsch (Fn. 22), Rdnr. 631; Hochloch (Fn. 8), S. 375, 386 Fn. 17.

³² Lange, Gutachten, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Tübingen: Mohr, 1960, S. 5, 37, 60; Hauss, Referat, in: Bd. II, Tübingen: Mohr, 1962, C 23, 40; Beschluss, in: Bd. II, C 121.

³³ Hochloch (Fn. 8), S. 375, 459 ff., 475 zu E § 254 a. 學者 Hochloch 於評審報告中所建議增訂之草案第 254 條之 1 (E § 254 a)，內容大致上沿襲下述 1967 年聯邦司法部報告草案第 255 條之 1 之文字，僅於其第 1 項「重大不公平」一詞之後，再加上「，此別是極端的經濟上窘困之狀態者，」一詞，並在第 1 項加上第 2 句「特別並應考量到可預期之情事發展」。惟聯邦司法部 1992 年出版之債法修正結論報告書中，並未採納此一建議。Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln: Bundesanzeiger, 1992.

³⁴ 取自 Lange, Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990, S. 19 ff.; Staudinger/Medicus, 12 Aufl. 1983, Vorbem zu §§ 249 ff. Rdnr. 29.

「(第一項)如考慮到構成賠償義務之情事,損害係屬不尋常之高者,法院得對於賠償義務,於其將導致對於賠償義務人重大不公平之範疇內,並就債權人之正當利益加以考量後,加以限制之。

(第二項)如賠償義務人、或由賠償義務人依照組織章程所任命之代理人、或於第八三九條之情形違背職務上義務之人,故意或重大過失造成損害者,不得對於賠償義務加以限制之。

(第三項)此外,應於適用第一項時,就賠償義務之人其所應負責任之人之過咎(Verschulden),適當地加以考量。」

然有鑑於「酌減條款」將可能導致無法控制的衡平判決,且透過推廣責任保險即可降低對於「酌減條款」之需求,在立法政策上,德國學界對於增訂「酌減條款」仍存有疑慮³⁵。故而德國於2002年7月就損害賠償法制進行第二次修正時,仍未於德國民法中增訂「酌減條款」,來對於現行「全數賠償或根本不負賠償責任」原則加以修正³⁶。

到了80年代末期,德國學者Canaris主張,基於德國基本法中蘊含之「禁止過度」(Übermaßverbot)的要求及對於人格權之保護,至少在現行法(de lege lata)的釋義學上,可以運用德國民法第二四二條誠信原則所涵蓋之對於權利濫用的抗辯,來降低過鉅的損害賠償數額,此特別是在考量到加害人與被害人間之財產關係,加害人將因負擔全數賠償而陷入毀滅性(ruinös)的局面,使其生活終其一生只能停留在查封禁止的最低數額上,而被害人雖未獲得全數賠償仍得滿足其需求,或者是諸如災難性之損害數額將使加害人耗盡數十年之積蓄,或未來或過去十年的薪資等³⁷。此一見解也重新開啟了德國學界對於損害賠償之數額,是否須以維持賠償義務人之生存為界之討論³⁸。

1998年德國聯邦憲法法院於程序上駁回下級法院聲請釋憲的裁定中,曾以傍論(obiter dictum)支持在現行法制下,針對未成年之損害賠償義務人所造成之損害賠償金額,由法院進行酌減³⁹。然學說上卻也指出,聯邦憲法法院為避免未成年人負擔具生存毀滅性格的責任(existenzvernichtende Haftung),使法官得進行酌減之見解,已逾越了法官造法的合法界限⁴⁰。

申言之,學說上認為,此本屬程序法所應處理之事項。現行法下之關於查封限制之規範,被認

³⁵ Staudinger/Schiemann (Fn. 7), Vorbem zu §§ 249 ff. Rdnr. 27.

³⁶ 早在2002年7月德國之第二次損害賠償法制修正於草案階段時,其未將先前1967年之聯邦司法部討論草案中之酌減條款E § 255 a納入,即有學者特別提及此一遺漏。Medicus, Allgemeines Schadensrecht, in: Canaris/Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I. Bürgerliches Recht, München: Beck, 2000, S. 201.

³⁷ Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993, 1002. 奧地利學說上,亦有贊成於現行奧地利民法下,承認此一由「禁止過度」原則經概括條款具體化出來,對於權利濫用得加以抗辯(Rechtsmissbrauchseinwand)。故得於行使權利所取得之利益與對於相對人所造成之負擔間重大不成比例時,得對於損害賠償請求權之行使,於極端例外之情形下加以限制,且自奧地利民法第1295條第2項及第1305條應加以肯認。Koziol (Fn. 14), Rdnr. 7/7 ff.

³⁸ 與此相對,反對逕以德國民法第242條誠信原則之規定,作為酌減之根據,來限制債權人求償之權利者,如Hochloch (Fn. 8), S. 375, 459; Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, S. 36, 67. 折衷的見解認為,固然不能將德國民法第242條理解為概括未成文的酌減條款(generelle ungeschriebene Reduktionsklausel),但仍得被理解為,對義務人造成特別艱困的案例中,將有進行修正之可能。Staudinger/Schiemann (Fn. 7), Vorbem zu § 249 ff. Rdnr. 32.

³⁹ BVerfG, 1 BvL 25/96 vom 13. 8. 1998, NJW 1998, S. 3557, 3558. 聯邦憲法法院以無拘束力的傍論指出:「如基於衡平的理由(Billigkeitsgründe),透過德國民法第242條之規定,來對未成年人之責任來加以限縮,自憲法的觀點視之,此並不必然違反德國基本法制訂前之德國民法立法者的意思,也不違反德國民法第828條第2項(現為第3項)關於未成年人的侵權責任之規範」。

⁴⁰ Kötz/Wagner, Deliktsrecht, 10. Aufl., München: Wolters Kluwer Deutschland, 2006, Rdnr. 362.

為已經提供損害賠償義務人基本的保障⁴¹。此外，此等因損害賠償義務所生之財務上之負擔，通常將符合破產之要件，而其對於憲法所保障之人格權所造成的妨礙，僅得考慮以破產之程序，如無力清償法 (Insolvenzordnung; InsO) 第二八六條以下之規定⁴²，免除其未受清償之債務 (Restschuldbefreiung)，蓋僅透過破產程序，始能在債權人受償之利益與債務人經濟上生存之利益間，取得妥協⁴³。故而，如將自然法的思想，逕行導入如現行實體法中關於未成年人侵權責任或債務不履行規範之解釋上，除將導致體系的破裂及衡平的司法判決 (Billigkeitsjudikaturen) 外，這樣的自然法傳統本為影響德國民法立法之學說匯纂學派之學者 (Pandekten) 其所排斥。此外，其並造成債務人得主張，對其請求償還高額之債務將被解為權利之濫用，此將造成債之關係其拘束效果無法控制的被軟化危險⁴⁴。最後，如被害人已有保險之保障時，倘損害賠償義務人能受有酌減之利益，將使為被害人代位之保險公司承受損害，保費將因之提高，即損害最後將轉嫁由所有被保險人承受⁴⁵。

即便多數見解否認在現行法下逕由法院酌減損害賠償數額之可能，然面對德國第二四九條以下之規範採取「全數賠償或根本不負賠償責任」原則之僵化，在立法政策上仍有學者主張，於逾損害數額不尋常及全部賠償將導致對於損害賠償義務人重大不公平時，此時酌減條款所帶來的利益將能大於債權人不能完全受償之不利利益，而肯定「酌減條款」之功能者⁴⁶。德國學者並有認為，過去草案中將出於重大過失之損害事件，排除其酌減可能之規範，存有過度的懲罰或刑罰⁴⁷。

(二) 奧地利民法之改革努力

同樣在現行法下不採取「酌減條款」之立法例，奧地利卻有相較於德國更為前進之修法發展。於奧地利民法條文中，除被害人於「與有過失」之情形下，按奧地利民法第一三〇四條而依比例承擔之規定，而成為損害賠償數額限制外，本無「酌減條款」之想法⁴⁸。但在奧地利司法部於 2005 年 6 月所公布，由學界工作小組所擬定的損害賠償法制修正草案中，擬將奧地利民法中第一三一七條修訂成「酌減條款」，授予法官有酌減賠償義務之權限。

奧地利 2005 年民法修正草案 第一三一七條⁴⁹

「損害賠償義務如對於加害人造成不合乎比例及壓迫性的負擔，且僅就部分來進行賠償對於被

⁴¹ MünchKomm/Oetker, 4. Aufl. 2003, Bd. 2a, § 249 Rdnr. 15.

⁴² 無力清償法為 1994 年通過之新法，1999 年元旦生效。第 286 條對於未受清償債務免除之規範，為新法導入之規範。原 1877 年舊法稱為破產法 (Konkursordnung; KO)。

⁴³ Staudinger/Oechsler, Neubearbeitung 2003, § 828 Rdnr. 2, 43.

⁴⁴ Staudinger/Oechsler (Fn. 43), § 828 Rdnr. 2, 41, 43.

⁴⁵ Staudinger/Oechsler (Fn. 43), § 828 Rdnr. 43. 與此相反者，有德國學者主張，雖在德國現行法下，原則上應否認法官之酌減權限，但是如果涉及僱用人、雇主或保險公司先為賠償後，向行為人進行代位求償時，因被害人個人所受之損害已先由僱用人、雇主或保險公司承受，而後者其主要係自他處籌措財源，故而於此情形下，「全數賠償或根本不負賠償責任」原則之基礎，即損害宜由有過失之行為人而非無過失之被害人承擔，似乎將因之被改變，而承認此時法院應有酌減賠償數額之權限，透過民法第 242 條誠信原則之規範，來限制賠償義務人之賠償數額，使代位求償請求權人承擔一部份之損害。Deutsch (Fn. 22), Rdnr. 632.

⁴⁶ Deutsch (Fn. 22), Rdnr. 631. 此外，亦有德國學者係透過比較法之方法，即觀察荷蘭現行民法第 6 編第 109 條及北歐各國侵權行為法制中之酌減條款規範後主張，德國法現行之「全數賠償或根本不負賠償責任」原則應該被揚棄者。參見 von Bar/Rogge, Limitation and Mitigation in German Tort Law, in: Spier (ed.), The Limits of Liability – keeping the floodgates shut, pp. 17, 24 et seq. (The Hague: Kluwer Law International, 1996).

⁴⁷ Deutsch (Fn. 22), Rdnr. 631 Fn. 227.

⁴⁸ 參見 von Bar/Drobnig (note 20), p. 153.

⁴⁹ 載於 Griss, Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2005, S. 273, 283 Fn. 28; Griss/Kathrein/Kozziol (Hrsg.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien: Springer, 2006, S. 9.

害人係屬期待可能時，可例外地被酌減。對此，歸責事由之比重、被害人與加害人間之經濟關係、及由加害人所取得之利益，應納入考量。」

草案導入此一「酌減條款」之理由為，在現行法下，即便賠償義務人只是輕度的過失，即須負擔賠償損害數額全部之責任，且草案於導入危險責任之規範後，並未同時導入最高責任數額之規定，故而，在比例原則及禁止過度之要求下，參考過去德國學說上之討論，及比較法上瑞士債務法及荷蘭民法中之立法例後，而導入「酌減條款」⁵⁰。儘管草案中導入「酌減條款」，惟對於此一草案是否能夠確保法律適用時之法安定性及可預見性，奧地利學界卻仍有疑慮⁵¹。

二、採取「酌減條款」之各國法制

授予法院酌減損害賠償數額之規範，首見於 1911 年之瑞士債務法。此於歐陸各國之影響所及，首先為 60 年代多數東歐國家及葡萄牙制定民法典時，即便其體例及內容上係深受奧地利或德國民法影響，於此處仍與之相左，而導入「酌減條款」。70 年代及 80 年代之北歐各國，於制定或修正侵權行為法及買賣法時，除丹麥之買賣法仍繼續適用北歐買賣法之舊法外，亦悉數採納「酌減條款」之立法例。於 1992 年之荷蘭民法、近年歐洲民事法律統合工作中幾部重要的侵權行為法及契約法學界草案、及前揭 2005 年奧地利民法修正草案中，均係採納「酌減條款」之規範模式，更使此一由瑞士民法所帶動之風潮，達到最高峰。

（一）瑞士

1. 法制史上之發展及修法計畫

現行於 1911 年整合入瑞士 1907 年民法典(ZGB)第五編的瑞士債務法(Obligationenrecht; OR)，二者同於 1912 年元旦生效。「酌減條款」係指債務法第四四條第二項關於侵權行為規範中法院酌減之規範。

瑞士債務法 第四四條第二項

「如損害賠償義務人並非以故意或重大過失造成損害，且將因給付損害賠償而陷於窘困之狀態者，法官得基於此等理由，對於損害賠償義務加以酌減。」

此一規範並經債務法第九九條第三項於債務不履行規範準用之⁵²。且無論損害賠償其請求之基

⁵⁰ Karner in: Griss/Kathrein/Kozioł (Hrsg.) (Fn. 49), S. 90 f. Fn. 35. 此一工作小組之報告中並指出，於丹麥、芬蘭、挪威、波蘭、葡萄牙、西班牙、瑞典等現代之立法例中，均常見此等「酌減條款」，且在經驗上其操作屬正當且實用。

⁵¹ Reischauer, Reform des Schadenersatzrechts?, in: Reischauer/Spielbühler/Welser (Hrsg.), Reform des Schadenersatzrechts, Bd. II, zum Emtwurf einer Arbeitsgruppe, Wien: Manz, 2006, S. 23, 47.

⁵² 瑞士於 1911 年訂定債務法第 44 條第 2 項酌減條款時，於立法過程中本擬將其適用範圍僅限於非因契約關係所生之不法行為，即侵權行為，而提案的農業界代表亦對於這樣的限制表示滿意。惟瑞士債務法第 99 條第 3 項規定：「此外，對於不法行為之責任其範圍所為之規定，準用於違反契約之行為」，第 44 條一般被認為在準用之列，故而，第 44 條第 2 項酌減規範之適用範圍，亦因此擴張至因債務不履行所生的損害賠償之債。參見 Oser/Schönenberger in: Zürcher Kommentar, 2. Aufl., Zürich: Schulthess, 1929, OR Art. 44 Rdnr. 13; Wiegand in: Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003, OR Art. 99 Rdnr. 19; Schnyder in: Basler Kommentar, OR Art. 44 Rdnr. 1.

礎為過失責任或無過失亦應負責之「原因責任」(Kausalhaftung)者，均得依本條來進行酌減損害賠償範圍。⁵³

關於瑞士債務法第四四條第二項酌減之規範，本未見於 1881 年之舊債務法第五一條中，而是於 1911 年將債務法整合入瑞士民法典第五編時，來自農業界的提議，特別是有鑒於僱傭人依聯邦法院發展出的實務，來為受僱人承擔危險及責任義務時，其責任數額遠超過當時工廠責任法之責任上限，故而倡議修法，經專家委員會採納後所新增訂者。此外，起草瑞士民法立法之 *Eugen Huber* 在專家委員會中亦指出，其意亦在損害賠償義務中，仿當時破產法(SchKG)第九二條不得查封之規定，仍給與一定程度生存能力之保障⁵⁴。關於瑞士債務法第四四條第二項其立法目的，1910 年之立法理由指出，於應負責之人僅具輕度過失時，法律秩序應盡一切嘗試，去防止對於一個人所發生的不幸事件，會對於應負責之人造成第二個的不幸⁵⁵。

自 1988 年起，瑞士聯邦司法部開始研議，就瑞士之責任法制進行大幅修正。1999 年由 *Widmer* 及 *Wessner* 兩位教授提出準備草案，2000 年開始公聽程序⁵⁶。於 2004 年提出之公聽結論指出，各界對此草案仍有疑慮⁵⁷。聯邦參議院並決議，對於責任法制之修正，暫不納入 2007 年以前之修法計畫內。關於損害賠償數額之決定，前揭準備草案第五二條規定如下：

1999 年瑞士債務法準備草案 第五二條

「(第一項)法院審酌一切情事後，決定賠償之給付；對此應特別考慮到，過失之程度及特殊的危險其歸責於義務人及被害人之強度，以及被害人就損害之防免或損害之減少所採取之措施。

(第二項)此外法院得例外地考量到當事人之經濟關係，特別是當事人經投保保險或不存在著投保保險之情事。」

司法部之註釋指出，準備草案第五二條第二項涵蓋現行法第四四條第二項關於因賠償而陷於窘困狀態(Notlage)之「酌減條款」的規範。在內容上創新者，為強調本項之例外性格，及不再要求現行法下行為人須非出於重大過失，始得享有酌減之可能⁵⁸。後者係因為準備草案中大幅擴張關於「原因責任」即無過失責任之規範，特別是危險責任之導入。對於前者，修法草案的解說報告中強調，準備草案第五二條第二項係自社會之考量下，使法院能就當事人間之經濟關係納入考量，有其正當性。惟解說報告另外指出，責任法制並不適合就社會上之不平等來加以調整，其目的亦不在履行分配的正義之要求，故而在草案文字內特別強調其例外性格⁵⁹。

2. 現行法相關要件之解釋

⁵³ *Oftinger* (Fn. 2), S. 272.

⁵⁴ *Oser/Schönenberger* (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 1, 13.

⁵⁵ 此一 1910 年立法理由之敘述係取自 *Brehm* in: *Berner Komm.*, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1998, OR Art. 44 Rdnr. 67; *Oftinger/Stark* (Fn. 15), § 7 Rdnr. 53.

⁵⁶ 參見 *Koch*, Die gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts, ZEuP 2001, S. 753 及瑞士聯邦司法部網站之說明 http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_haftpflicht.html (最後瀏覽日：2006/11/01)。

⁵⁷ *Bundesamt für Justiz* (Hrsg.), Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Bern, 2004, S. 2.

⁵⁸ *Bundesamt für Justiz* (Hrsg.), Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkommmentar, Bern, 2000, S. 15; *Widmer/Wessner*, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern, 1999, S. 157.

⁵⁹ *Widmer/Wessner* (Fn. 58), S. 156 f.

瑞士債務法第四四條第二項在條文要件上，排除了法官對於具重大過失之損害賠償義務人者，酌減之可能，法官至多只能對中度之過失(mittelschweres Verschulden)加以酌減⁶⁰。此外，是否進行酌減，由於條文文義上使用「得」字，法官本有完全的自由，其並非必須進行酌減。故而，即便第四四條第二項中酌減之「非重大過失」及「賠償義務人將陷於窘困之狀態」要件均該當，若有情事可認為不宜酌減者，法官仍得不進行酌減⁶¹。此諸如，損害賠償債權人因酌減而不能全部受償，反將因此陷於窘困之狀態之時。也因此有學者指出，法官在衡量是否對於損害賠償義務人之賠償數額行使酌減權之時，倘酌減將造成賠償義務人與債權人間兩難的情形，本應就損害賠償債權人之情形多加考量，甚至其本應居於較優先之地位⁶²。

此條文中之損害賠償義務人，包括自然人與法人⁶³。至於是否損害賠償義務人將因給付損害賠償而陷於窘困之狀態，應由賠償義務人舉證。惟此要件是否該當，仍係由法院來判斷⁶⁴。縱賠償義務人未加以主張，法院本應依職權調查，是否賠償義務人將陷於「窘困之狀態」⁶⁵。

在判斷是否賠償義務人將陷於「窘困之狀態」時，學說上認為必須是實際上有財務窘困之危險存在，始該當之。此一方面並不以賠償義務人於賠償後，將陷於需要領取社會救助之窮困狀態為必要，另一方面瑞士實務亦指出，如只是暫時性的資金週轉不靈，亦不該當此一要件⁶⁶。又如賠償義務人已經無力清償而進入甚至是可預見即將進入破產程序時，瑞士學說上認為，此時法官不得對損害賠償數額加以酌減，蓋酌減將降低損害賠償債權人自破產財團中應分得之比例，而使其他破產財團之債權人受益⁶⁷。

此外，損害賠償義務一旦經法院判決酌減並經義務人給付賠償後，即便嗣後賠償義務人之財務狀況改善，學說上認為在瑞士現行法下並無法律基礎，使損害賠償債權人就經酌減之部分再行請求之權(Nachklagerecht; Nachforderung)⁶⁸。故而學說上，有指出法官在權衡是否要進行酌減時，必須考量到賠償義務人之財務狀況，未來是否有改善之可能⁶⁹。

在賠償義務人有責任保險時，只要損害賠償數額低於得理賠數額之上限時，即便賠償義務人並無資金，因保險人本負有義務為被保險人（即賠償義務人）承擔損害賠償責任之責，而無法被認為賠償義務人將因損害賠償而陷於「窘困之狀態」⁷⁰。故而在賠償義務人有責任保險之時，其是否將因損害賠償而陷於「窘困之狀態」，僅能就得自保險人處理賠之數額以外的部分來加以判斷⁷¹。瑞士

⁶⁰ Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 69; Schnyder (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 17. 惟亦有認為得酌減者，僅限於損害賠償義務人具輕過失之情形，參見Oftinger/Stark (Fn. 15), § 7 Rdnr. 53; Guhl/Merz/Koller (Fn. 3), S. 79.

⁶¹ Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 79.

⁶² Oser/Schönenberger (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 13; Oftinger/Stark (Fn. 15), § 7 Rdnr. 55 Fn. 94; Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 78; Ray, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 2003, Rdnr. 434.

⁶³ Oftinger (Fn. 2), S. 271.

⁶⁴ Oser/Schönenberger (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 13; Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 70 f.; Schnyder (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 17.

⁶⁵ 對於法院依職權適用酌減之規定，參見Oftinger/Stark (Fn. 15), § 7 Rdnr. 5a, 7，並參照Brehm 對於第 43 條第 1 項「與有過失」規定之解釋。Brehm (Fn. 55), OR Art. 43 Rdnr. 47.

⁶⁶ Oser/Schönenberger (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 13; Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 71; Schnyder (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 17.

⁶⁷ Oftinger/Stark (Fn. 15), § 7 Rdnr. 54; Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 73; Ray (Fn. 62), Rdnr. 435.

⁶⁸ Oser/Schönenberger (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 14; Oftinger/Stark (Fn. 15), § 7 Rdnr. 56; Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 77; Schnyder (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 19. 惟亦有認為此一就經酌減之部分再行請求之權，在現行法下有據者，von Tuhr/Peter (Fn. 2), S. 105.

⁶⁹ Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 77.

⁷⁰ Brehm (Fn. 55), OR Art. 44 Rdnr. 72; Schnyder (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 18.

⁷¹ Oftinger/Stark (Fn. 15), § 7 Rdnr. 57.

學者Roberto分析瑞士聯邦法院的案子中指出，過去六十年未出現肯定賠償義務人將因損害賠償而陷於「窘困狀態」之實例，或許可歸因於責任保險的普及所致⁷²。

（二）荷蘭

1. 法制史上之發展

在損害賠償數額之決定上，荷蘭民法 1992 年新法(Nieuw Burgerlijk Wetboek)第六編第一〇九條(Art. 6: 109 BW)係採取廣泛授予法院酌減賠償金額權限之立法方式，此為 1838 年舊法規範下所無⁷³。荷蘭民法新法即便深受德國民法之影響，然經此增訂，將與德國民法所採之「全數賠償或根本不負賠償責任」原則之規範模式相左。

在荷蘭司法部於 1961 年公布之草案第 6.1.9.7.條酌減條款之第一項，酌減之事由本係以「全額損害賠償的判決將使債務人陷於窘困狀態(state of emergency)」為要件，並排除債務人因故意或重大過失造成損害時，法院之酌減權。荷蘭司法部於立法理由中，揭示其係承襲自瑞士債務法第四四條第二項之規定，並明白表示不採瑞士債務法第四三條之立法方式，蓋後者僅依賠償義務人之過失程度來酌減，在酌減權之行使上其將授予法院完全的自由而非根據法定之要件，故而在構成要件上欠缺明確性⁷⁴。於後來之審議過程中，酌減之事由經修改，酌減之要件放寬至「顯然無法接受之結果」，並例示各種應考量之事由，及將原草案中對於出於故意或重大過失造成損害者，無酌減可能之規定刪除後，而形成現行法第六編第一〇九條之面貌。

荷蘭民法 第六編第一〇九條 酌減權(Matigingsrecht)⁷⁵

「(第一項)如在既存之情事下，此諸如責任之本質、存在於當事人間之法律關係及當事人雙方之支付能力等，全額損害賠償的判決將造成顯然無法接受之結果時，法官得對於法律上之損害賠償義務加以酌減。

(第二項)如義務人已就其責任投保保險，或就其責任負有投保保險之義務時，酌減不得減至該數額以下。

(第三項)任何協議，其違反第一項規定者，無效。」

2. 導入酌減條款之意義

⁷² Roberto (Fn. 3), Rdnr. 852. 在Widmer與Wessner於 1999 年對於瑞士責任法制提出之修法草案的解說報告中，亦強調現行法第 44 條第 2 項在瑞士實務上，相對而言之所以並不常被運用到，往往係被告之責任多已透過保險所承擔，而保障了其支付能力。Widmer/Wessner (Fn. 58), S. 156.

⁷³ Hartkamp, Law of Obligations, in: Chorus et al. (eds.), Introduction to Dutch Law, p. 123, 133 (3rd edn., The Hague: Kluwer Law International, 1999).

⁷⁴ The Netherlands Ministry of Justice (ed.), The Netherlands Civil Code, Book 6 The Law of Obligations, draft text and commentary, p. 34, 218, 220 (Leyden: Sijthoff International, 1977). 荷蘭司法部在立法理由並強調，授予法院酌減權唯一的理由，為避免對於損害賠償義務人造成災難性之後果，如僅因微小的過失所造成之損害賠償義務，將剝奪其生存之財務上基礎，或使其負擔其永遠無法支付之債務者(p. 220)。其具有社會上意義(social purport) (p. 221)。又荷蘭司法部在此草案之立法理由亦強調，如被害人因酌減反將陷於窘困狀態，則無此一酌減條款之適用，法院僅得於審視酌減損害賠償數額將對於被害人之影響後，始得行使酌減權 (p. 220)。

⁷⁵ 此處譯文譯自德文譯本：Nieper/Westerdijk (Hrsg.), Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6, Bücher 7 und 7A, Series of Legislation in Translation 7, S. 49 (München: Beck/The Hague: Kluwer Law International, 1995). 新法財產法部分之條文英、法文譯本，Haanappel/Mackaay (eds.), New Netherlands Civil Code (property, obligations and special contracts), p. 275 (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990).

荷蘭民法新法採取授予法官相當廣泛的酌減權的規範模式，其酌減事由包括但不限於條文中例示的三種情況，僅以「全數賠償將造成顯然無法接受之結果」控制酌減事由之範圍。荷蘭學說上有指出，這樣酌減條款，即便被強烈批評實為社會保障法制，而非民事法律應有之規範，然在荷蘭民法新法下，此一「酌減條款」可補足新法導入相關「無過失責任」規範不足之處，而有其體系上的功能，因此在立法的過程中被保留下來⁷⁶。此特別是在侵權行為法之規範下，依荷蘭民法新法 1992 年新增之規定，如行為人已滿十四歲，就其被視為作為之行為，即便是其行為時受精神上或身體上之障礙的影響，此一情形並不阻礙其被歸責為不法行為之行為人（第六編第一六五條第一項）。惟面對荷蘭民法新法導入此一相較於舊法嚴格之責任規範，在立法時即有認為，有同時導入第六編第一〇九條第一項「酌減條款」來加以緩和之必要性，使行為人就損害賠償數額仍有酌減之可能，且此成為適用第六編第一〇九條第一項酌減條款之重要案例類型⁷⁷。

3. 相關要件之解釋

荷蘭民法新法第六編第九五條至第一一〇條關於損害賠償之規範，在體系上是置於第六編「債法總論」第一章「債之總論」之規範下。故而依第六編第一〇九條來酌減之損害賠償之債其發生原因，可以是基於侵權行為、契約、無因管理、非給付類型之不當得利、無權代理所生之損害賠償義務者。

在第一項相關之要件解釋上，關於法院行使酌減權時，法官得考量的既存之情事中，於第六編第一〇九條第一項所例示之「責任之本質」（de aard van de aansprakelijkheid; die Art der Haftung; the nature of the liability），荷蘭學說及立法過程中之討論均指出，此諸如過失責任或危險責任⁷⁸。此外，在考量到責任的本質時，學說上亦有指出，如損害賠償事由之發生，是因未履行自願承擔之義務時，一般而言仍不構成酌減事由⁷⁹。亦有學者指出，過失程度大小，以及損害之種類，亦將成為法院是否行使減權時審酌之因素，後者如對於純粹經濟上之損失之賠償，相較對於人身傷害之賠償，較容易為法院納入酌減考量⁸⁰。在考量到賠償義務人之「支付能力」此一要件時，如同前述瑞士法下之學說，荷蘭學說上亦指出，賠償義務人未來財務狀況之發展亦應納入考慮⁸¹。最值得注意者，前述荷蘭司法部草案中，仿自瑞士法之於債務人因故意或重大過失造成損害時，法院無酌減權的草案規定，並未保留在現行的第六編第一〇九條中。論者有參酌立法時討論之文獻指出，即便損害賠償義務人故意或重大過失造成損害，法院行使酌減權仍有可能是妥當者，此諸如損害賠償事件係因賠償義務人受被害人之挑釁所生者⁸²。

第一〇九條第二項係規定酌減後之損害賠償數額其下限，即已投保責任險或應保險之數額，將構成行使酌減權之限制。荷蘭司法部於 1961 年草案之立法理由指出，損害賠償義務人就其損害賠償

⁷⁶ Hartkamp, Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, 1992, p. 551, 560.

⁷⁷ Hartkamp (note 76), p. 551, 560; Houdius/van Dam, *Landesberichte Niederlande*, in: von Bar (Hrsg.), *Deliktsrecht in Europa*, Köln: Heymann, 1993, S. 11; Hartkamp (note 73), S. 145.

⁷⁸ Hartkamp (note 76), p. 551, 560; Hartkamp (note 73), p. 123, 133.

⁷⁹ 參見 Koziol, *Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht*, ZEuP, 1996, S. 587, 591 Fn. 28 所引之荷蘭學說見解。

⁸⁰ von Bar/Drobnig (note 20), p. 154.

⁸¹ Spier, *How to Keep Liability Within Reasonable Limits? A brief outline of Dutch law*, in: Spier (ed.), *The Limits of Liability – keeping the floodgates shut*, p. 93, 109 (The Hague: Kluwer Law International, 1996).

⁸² Spier (note 81), p. 93, 107 Fn. 72.

責任進行投保的義務，可自法律或契約所生。在立法過程之討論中，政府草案對於不得酌減之部分其規範，僅納入賠償義務人「負有投保義務」而未投保之部分，而有意不納採賠償義務人「習慣上(customary)應投保」之要件，蓋習慣上是否應投保其在個案中難以判斷，如以其作為賠償義務人不得享有酌減利益之事由，在規範上將不具合理性⁸³。

(三) 北歐各國法制：丹麥、瑞典、芬蘭、挪威

1. 簡介

北歐各國之民事法規，曾被歐體執委會與前述之 1992 年荷蘭民法並列為最進步的立法例⁸⁴，而受到矚目。在確定損害賠償數額之規範上，丹麥、瑞典、芬蘭、挪威四國關於侵權行為之法制中，均有「酌減條款」之存在，而瑞典、芬蘭、挪威三國在契約法中關於買賣法的法制，即「北歐買賣法」(Nordic Sale of Goods Act)之新法中，亦有「酌減條款」之規範。從而，「酌減條款」為北歐各國損害賠償法制上，最具特色之要件，而成為比較法上受重視的對象。

2. 丹麥民事法律中之酌減條款規範

(1) 酌減條款規範

丹麥除在 1984 年於破產法第一百九十七條以下，導入自然人「債務調整」(Gældssanering; debt adjustment)之新制度，免除其債務之一部或全部外⁸⁵，在 1986 年之「損害賠償責任法」(Erstatningsansvarslov; Damages Liability Act)中，第二十四條第一項並規定了一般的酌減事由，此「酌減條款」規定如下：

丹麥損害賠償責任法 第二十四條 一般的例外條款⁸⁶

「(第一項)如對於損害賠償義務人而言，賠償義務可認為係不合理的嚴厲者，或如有其他極特殊之情事可認為，進行酌減或免除賠償義務係合理者，得酌減損害賠償之義務或免除之。於判決時，應納考量損害之範圍、責任之種類、加害人之關係、被害人之利益、既存之保險及其他之情事。

(第二項) …略⁸⁷。」

(2) 分析

丹麥學說上強調，第二十四條第一項酌減或免除損害賠償義務人賠償數額，為一般的例外規定。故不論損害賠償之債之產生，係基於過失責任之規定或其他較為嚴格之規定所生者，均有其適用⁸⁸。

⁸³ The Netherlands Ministry of Justice (ed.) (note 74), p. 34, 221.

⁸⁴ Richtlinien-vorschlag vom 18. 6. 1996 zum Verbrauchsgüterkauf, Kom(95)520 endg., Begründung zu E Art. 2 Abs. 1, abgedruckt in: ZIP 1996, S. 1845, 1850.

⁸⁵ Møgelvang-Hansen, Contract and Sales in Denmark, in: Dahl et al. (eds.), Danish Law in a European Perspective, 1996, pp. 264 et seq. (1st edn., Copenhagen: Gad Jura, 1996); Glerup et al., An Introduction to Danish Law, pp. 444 et seq. (1st edn., Allingaaebro: Forlaget Drimmelstrupgaard, 2002).

⁸⁶ 此處譯文係譯自 Nørgaard/Vagner, Landesberichte Dänemark, in: von Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993, S. 52 之德文譯文，惟近年之修正並未反映在此德文譯文內，並參見 Glerup et al. (note 85), p. 106 及 <http://uk.patientforsikringen.dk/legislation/erstatningsansvarsloven.html> 中之英文譯文（最後瀏覽日：2006/11/01）。

⁸⁷ 第 24 條第 2 項為關於被害人與有過失時，準用第 1 項而對此與有過失一部或全部不納入考量之規定。從而，即便被害人對於損害之發生與有過失，加害人仍可能例外地仍負全數賠償責任。

⁸⁸ Nørgaard/Vagner (Fn. 86), S. 22.

惟第二十四條第一項僅在極端例外之情形下，始有適用之可能，且法院於酌減或免除賠償時，須嚴守法條所規定之要件⁸⁹。此外，依丹麥法損害賠償責任法第二十四條之一及之二規定，對於未滿十五歲之人其所負之損害賠償責任，與滿十五歲之人相同，以及處於精神疾病、精神發展損傷及暫時心神喪失者其所負之損害賠償責任，亦與精神健全者同。對於此二種情形，丹麥損害賠償責任法第二十四條之一及之二中，另有特別的酌減規範⁹⁰。

3. 瑞典民事法律中之酌減條款規範

(1) 酌減條款規範 3

瑞典 1972 年之損害賠償責任法(Skadeståndslag; SKL; Tort Liability Act)，為瑞典規範損害賠償事件之主要法規，本對於基於契約關係或侵權行為所生之損害事件均有適用，惟按第一章第一條之規定，如其他法律另有規定，將不適用本法之規定，故而對於特別之契約型態，如買賣法中另有規定之時，損害賠償責任法僅具補充之地位⁹¹。

在損害賠償責任法於 1972 年制定時，本無一般的「酌減條款」之規範⁹²，該法甫制定後，對於是否要再增訂一般的「酌減條款」，曾有疑慮此將造成損害賠償數額決定上之不確定性及流於恣意。惟最後仍於 1975 年增訂第六章第二條(6:2 SKL)「酌減條款」之規定⁹³，內容如下：

瑞典損害賠償責任法

第六章 一般規定 第二條⁹⁴

「如損害賠償義務對於賠償義務人而言，在考量到其財務狀況後，係屬不合理的沉重時，賠償義務得依合理之裁量酌減之，惟酌減時，對損害賠償其對於被害人之必要性，及其他情事，亦應一併注意之。」

(2) 分析

於瑞典損害賠償責任法中，除有關於未滿十八歲之人及關於因精神疾病或精神發展障礙而造成損害時，其所負擔之損害賠償數額須為合理者之特別規定(2: 4, 2: 5 SKL)外⁹⁵，尚有關於勞工僅於具特殊事由時，始負損害賠償責任的規範(4: 1 SKL)，故而有瑞典學者指出，第六章第二條之「酌減條款」所剩之適用空間有限⁹⁶。此外，即便是在損害賠償責任法適用範圍外之損害事件，如無其他之

⁸⁹ Møgelvang-Hansen (note 85), p. 291.

⁹⁰ Gleerup et al. (note 85), pp. 85 et seq.

⁹¹ Hellner, The New Swedish Tort Liability Act, The American Journal of Comparative Law, Vol. 22, 1974, p. 1; Witte, Landesberichte Schweden, in: von Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993, S. 21.

⁹² 1972 年制定時，僅有關於未滿十八歲之人及關於因精神疾病或精神發展障礙之人，其所負擔的損害賠償數額，須為考量到其所規定之各種因素後為合理(skäligt)者之規範。此規定於舊條號 2:1, 2:2 SKL，於 2001 年移至 2:4, 2:5。

⁹³ 增訂「酌減條款」前之討論，Hellner (note 91), p. 1, 16.

⁹⁴ 此處譯文係譯自 Witte (Fn. 91), S. 106 之德文譯文。

⁹⁵ 關於上述規定於 2001 年前置於舊法 2:2, 2:3 SKL 下之解釋，並參見 Witte (Fn. 91), S. 30 ff. 及 Hellne (note 91), pp. 1, 6 et seq.; Bengtsson, Torts and Insurance, in: Bogdan (ed.), Swedish Law in the New Millennium, p. 301, 310 (1st edn., Stockholm: Norstedts Juridik, 2000); Ring/Olsen-Ring, Einführung in das skandinavische Recht, München: Beck, 1999, S. 102.

⁹⁶ 參見 Witte (Fn. 91), S. 84 所引之 1975 年瑞典官方草案立法理由。

規定，瑞典學說解釋上認為，仍得適用損害賠償責任法第六章第二條之「酌減條款」，故而對於另由特別法所規範之危險責任的賠償事件，亦得援引損害賠償責任法中之「酌減條款」進行酌減⁹⁷。

「酌減條款」之導入目的，本在於如果行為人未有責任保險之保障時，可避免損害賠償義務對於自然人或中小企業造成毀滅性之效果⁹⁸。惟在行為人是否應投保責任保險之因素上，亦與是否有第六章第二條「酌減條款」之適用具有關聯性。瑞典學說指出，如行為人應投保責任險而未投保，則其不得依「酌減條款」來酌減賠償數額，惟對於這樣的投保義務之要求對象，學說上並指出，其僅限於事業而不及於自然人之情形⁹⁹。倘行為人之損害賠償義務其數額，本得自其已投保之責任保險加以涵蓋，自不得依「酌減條款」來減少賠償數額¹⁰⁰。

第六章第二條「酌減條款」適用於各種發生損害之案例類型¹⁰¹。在考量適用「酌減條款」時，行為人之經濟狀況將具有關鍵性。學者間有強調，並非被害人富有而加害人相對窮困時，酌減之前提要件即充足，重點在於全額賠償對於加害人而言，是否為不合理的沉重¹⁰²。瑞典官方之立法理由中強調，損害賠償不得使義務人陷於低於平均家庭之生活水準¹⁰³。瑞典學說上並指出，如行為人因負擔損害賠償義務而須出售其持續居住之住家時，即屬構成要件上所規定之「不合理」，而有酌減條款之適用。而在審酌是否應酌減時，其他亦應考量之因素，學者並強調，應先考量被害人對於損害賠償之需求，其次再考量行為人之過失程度¹⁰⁴。

值得強調者，學說上固有主張出於故意之行為原則上當無「酌減條款」之適用者¹⁰⁵，惟瑞典另有學說認為，即便損害事件之發生，行為人係出於故意，甚至是觸犯刑法之故意行為者，如所犯之罪惡性不重大，且酌減將有助於侵權行為人重新社會化(re-socialization)時，「酌減條款」仍有適用之可能¹⁰⁶。

4. 芬蘭民事法律中之酌減條款規範

(1) 酌減條款規範

如同前揭之丹麥法與瑞典法，芬蘭的損害賠償法制亦是以單行法規行之，此即芬蘭 1974 年損害賠償責任法(Vahingonkorvauslaki; Tort Liability Act)。其第一章第一條規定，除另有規定外，本法不適用於基於契約所生之損害賠償責任，及基於其他法律規定所生之責任。故而對於契約上責任或嚴格責任所生之損害賠償事件，並不適用損害賠償責任法之規範¹⁰⁷。

芬蘭 1974 年損害賠償責任法中，第二章第一條第二項有關於「酌減條款」之規範如下：

芬蘭損害賠償責任法

⁹⁷ Witte (Fn. 91), S. 84; Bengtsson (note 95), p. 301.

⁹⁸ Bengtsson (note 95), p. 301, 311.

⁹⁹ 參見Witte (Fn. 91), S. 84 Fn. 342 所引之瑞典學說見解。

¹⁰⁰ Hellner, Consequential Loss and Exemption Clauses, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 1, 1981, p. 13, 45 note 88.

¹⁰¹ Witte (Fn. 91), S. 84.

¹⁰² Bengtsson (note 95), p. 301, 311.

¹⁰³ 參見Witte (Fn. 91), S. 84 Fn. 343 所引之 1975 年瑞典官方草案立法理由。

¹⁰⁴ Witte (Fn. 91), S. 84.

¹⁰⁵ von Bar/Drobnig (note 20), p. 154.

¹⁰⁶ Bengtsson (note 95), p. 301, 311.

¹⁰⁷ Surakka, Access to Finnish Law, p. 161 (1st edn., Helsinki: WSOY, 2000); Pöyhönen, Contracts and Torts, in: Pöyhönen (ed.), An Introduction to Finnish Law, 1993, p. 59, 82 (Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing, 1993).

第二章 造成傷害或損害之人其責任 第一條¹⁰⁸

「(第一項) …略。¹⁰⁹

(第二項) 如在考量到造成傷害或損害之人其財務狀況、被害人之財務狀況，及其他情事後可認為，損害賠償責任係不合理的嚴厲者，得調整之。惟傷害或損害係出於故意者，除有特別理由可認為應酌減損害賠償外，仍應為全額之賠償。」

(2) 分析

芬蘭損害賠償責任法下之酌減條款，係以「不合理的嚴厲」為要件，與前述之丹麥法與瑞典法並無不同。芬蘭學說上有指出，一般而言，輕度過失較重大程度過失容易獲得酌減¹¹⁰。值得注意者，即便行為人基於故意造成損害事件，依芬蘭損害賠償責任法中規定，其酌減可能並未完全被排除，惟須有特殊理由之存在，始得酌減。

此外，如同丹麥法與瑞典法，芬蘭損害賠償責任法中，對於未滿十八歲之人及心神喪失或精神障礙之人造成損害時，其所負擔之損害賠償另有特別規定，即其損害賠償數額須斟酌其年齡、成熟度、行為時之狀況、行為之種類、行為人之財務狀況、被害人之財務狀況及其他情事後，被認為是「合理」者。而自陷於精神障礙加損害於他人者，不被視為構成酌減之事由（第二章第二條、第三條）。故而，對於未滿十八歲之人及心神喪失或精神障礙之人，其具有特別的酌減規範及事由存在。芬蘭學說上有指出，五歲或六歲以下之孩童，一般被認為其並不具備了解行為後果之能力，故而不被認為須對損害事件負賠償責任¹¹¹。

5. 挪威民事法律中之酌減條款規範

挪威 1969 年「損害賠償法」(Skadeserstatningsloven; skl.)，於 1985 年增訂之第 5-2 條「酌減條款」規定如下：

挪威損害賠償責任法

第五章 一般規定 第 5-2 條 賠償責任之降低¹¹²

「如法院考慮量到損害之範圍、應負責之人其財力、既存之保險及保險可能性、過失程度及其他情事，可認為損害賠償義務對於應負責之人，係屬不公平之沉重者，得酌減之。…略。）」¹¹³

6. 「北歐買賣法」新法中之酌減條款規範

(1) 酌減條款規範

在北歐各國之規範中，「酌減條款」之規範模式不只存在於前述之丹麥、瑞典、芬蘭、挪威等國

¹⁰⁸ 此處譯文譯自<http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1974/en19740412.pdf>之英文譯文（最後瀏覽日：2006/11/01）。

¹⁰⁹ 第 2 章第 1 條第 1 項係關於因故意或過失造成他人傷害或損害者，除另有規定外，其負有損害賠償責任之規範。

¹¹⁰ Surakka (note 107), p. 161.

¹¹¹ Surakka (note 107), p. 161.

¹¹² 此處譯文譯自 Lødrup/Hagstrøm, Landesberichte Norwegen, in: von Bar (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993, S. 79 之德文譯文。

¹¹³ 第 2 句為於被害人與有過失之情形時，準用此一酌減規定來酌減賠償數額。其規定如下：「如於特別案例中，由被害人來承擔損害之全部或一部始為公平者，亦適用前揭之規定。」

侵權行為法之責任規範中，其亦被導入契約法之責任規範中。此即前述之「北歐買賣法」新法第七十條第二項之規定，將其轉化為內國法者，如瑞典 1990 年買賣法(Köplag)、芬蘭 1987 年買賣法(Kauppalaki)及挪威 1988 年買賣法(Kjøpsloven)。

芬蘭買賣法及瑞典買賣法 第七十條第二項均規定¹¹⁴：

「(第一項) …略。

(第二項) 對於受有損害之一方當事人應支付的損害賠償數額，如考量到違反契約之一方預見及避免之可能性，及其他情事後，可認為該數額係不合理者，得調整之。」

挪威買賣法 第七十條第二項、第三項規定¹¹⁵：

「(第一項) …略¹¹⁶。

(第二項) 對於損害賠償之數額，於考量到損害之數額，其與此等損害於相似案例中通常會出現者相比較，及考慮到其他之情事後，可認為此將對於違反契約之一方造成不合理之效果時，得酌減之。

(第三項) 在國際買賣中之損害賠償僅包含，當事人根據締結契約時已知或應知之情事，所能合理預見違反契約時，可能之後果所生之損失。於此等買賣中之損害賠償，不得依前項規定加以酌減之。」

(2) 分析

申言之，在買賣法下之酌減條款，法院得酌減之部份，芬蘭、瑞典之立法例表示對於無預見可能性之損害屬不合理時，得酌減損害賠償數額，挪威之立法例則自另一個面向來表示，無預見可能性之損失被排除在損害之範疇外，而有預見可能性之損害則不得酌減其賠償數額。而「北歐買賣法」此等將預見及避免之可能性作為判斷「合理性」之標準，據以作為酌減之事由，其亦與展現在同法中關於判斷義務人應負責之損害範圍時，以義務人可否預見、避免履行債務上之障礙作為標準之其他規定（如第二七條出賣人遲延之規定、第四十條瑕疵之規定、第五七條買受人遲延之規定），在立法意涵上有相通之處¹¹⁷。

(四) 西班牙、葡萄牙

1. 西班牙

西班牙 1889 年民法第一一〇三條，亦提供了法院對於損害賠償數額來加以酌減之機制，其規定如下：

¹¹⁴ 此處譯文譯自芬蘭司法部之英文譯本，取自 <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9870355.PDF>（最後瀏覽日：2006/11/01），及參見 Hultmark, Obligations, Contracts and Sales, in: Bogdan (ed.), Swedish Law in the New Millennium, p. 273, 294 (1st edn., Stockholm: Norstedts Juridik, 2000)。第 1 項為受有損害之一方其負有採取合理手段減少損害之義務，如不為之，則須自行承受此部份之損害。

¹¹⁵ 此處譯文譯自英文譯本，取自 <http://www.ub.uio.no/ujur/ulovdata/lov-19880513-027-eng.pdf>（最後瀏覽日：2006/11/01）。

¹¹⁶ 第 1 項為受有損害之一方其負有採取合理手段減少損害之義務，如不為之，則須自行承受此部份之損害。

¹¹⁷ Hultmark (note 114), pp. 273, 294 et seq. 在草案階段之討論，參見 Hellner, Consequential Loss and Exemption Clauses, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 1, 1981, p. 13, 25.

西班牙民法 第一一〇三條¹¹⁸

「於履行各種債務之時，對於因過失所生之責任，同樣亦得加以主張，惟法院得依案例實際情形，對其加以酌減之。」

在體系上，西班牙民法第一一〇一條以下本條規範因契約所生之損害賠償¹¹⁹，第一一〇三條亦包括在內。惟西班牙實務認為，第一一〇三條對於非因契約關係所生之損害賠償責任，亦有適用¹²⁰。然應強調者，西班牙法院實務之運作上，適用此一酌減規範來酌減損害賠償數額所涉及之案例，雖不乏基於有關損害賠償義務人事由來進行酌減者¹²¹，惟仍以涉及雙務契約中之損害賠償請求權人就損害之發生「與有過失」之案例為主¹²²。此外，在西班牙學說上，亦將第一一〇三條酌減之規範置於「與有過失」之類型下，來進行討論¹²³。故而，儘管西班牙民法第一一〇三條在規範上可被理解為「酌減條款」，然實務之操作上其多係用來處理「與有過失」的議題。

2. 葡萄牙

1966 年之葡萄牙民法中，也有就損害賠償數額來加以酌減之規範，其於「因不法事實所生之責任」(Responsabilidade por factos ilícitos)即侵權行為之規範中，於第四九四條有如下之「酌減條款」規定：

葡萄牙民法 第四九四條 於純粹過失之情形下，賠償之限制¹²⁴

「責任之基礎純粹為過失者，如依行為人之過失程度、行為人之經濟狀況、被害人之經濟狀況及案例中之其他情事，而可認為有正當理由時，得以衡平之方式，將賠償責任之數額，調整至所造成之損害其數額以下。」

依第四九四條之規定，僅過失致生損害時，始有酌減損害賠償責任之可能，如行為人係因其故意之行為而造成損害事件時，則無酌減之可能¹²⁵。此外，依葡萄牙實務之見解，僅有在全數賠償將造成明顯的不公平之情形時，始得依此規定來加以酌減¹²⁶。此外，由於葡萄牙民法中關於「危險責任」(Responsabilidade pelo risco)之規範，依第四九九條之規定，除另有規定外，亦準用「因不法事實所生之責任」之規定，故而前揭第四九四條「酌減條款」規定，於「危險責任」中亦有適用，而此特別是第五〇三條以下所規範之因道路交通事故所生之危險責任，亦得準用「酌減條款」來酌減賠償數額¹²⁷。

¹¹⁸ 此處譯文譯自德文譯文 *Sohst*, Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., Berlin: Xenomos, 2003, S. 204; *Peuster*, Código Civil, Das spanische Zivilgesetzbuch, Frankfurt am Main: Edition für internationale Wirtschaft, 2002, S. 581.

¹¹⁹ *Adomeit/Frühbeck*, Einführung in das spanische Recht, 2. Aufl., München: Beck, 2001, S. 65.

¹²⁰ 參見 *Sohst* (Fn. 118), S. 204 zu Artikel 1104 所引之判決。

¹²¹ 如 *von Bar* (Fn. 28), § 1 Rdnr. 138 Fn. 916, Rdnr. 139 Fn. 928 所引之案例，其涉及者，為損害賠償義務人過失程度微小，卻致生龐大損害數額之情形。

¹²² 參見 *Sohst*, S. 204 zu Artikel 1104 其解說及所引之判決。

¹²³ *Santdiuenge*, Landesberichte Spanien, in: *von Bar* (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993, S. 57.

¹²⁴ 此處譯文譯自英文譯文 *Sims*, Recent Codifications, Código Civil, Supplement to: van Gerven/Lever/Larouche, Tort Law, Common Law of Europe Casebooks, p. 68/7, 68/8 (Oxford: Hart Publishing, 2000), under: <http://www.law.kuleuven.be/casebook/tort/heading1.4.5.pdf> (最後瀏覽日：2006/11/01)。

¹²⁵ *von Bar/Drobnig* (note 20), p. 154.

¹²⁶ 參見 *von Bar/Drobnig* (note 20), p. 154 Fn. 769 所引之實務見解。

¹²⁷ *von Bar/Drobnig* (note 20), p. 153.

（五）東歐各國法制：波蘭、匈牙利、捷克、前東德

1. 波蘭

波蘭 1964 年民法典(Kodeks cywilny)亦有酌減損害賠償數額之規定，其第四四〇條規定如下：

波蘭民法 第四四〇條 損害賠償義務之界限¹²⁸

「就自然人間之關係，考慮到被害人之財產狀態、應負責之人之財產狀態後可認為，依社會共同生活之原則須就損害賠償義務之範圍加以限制者，得依情形限制之。」

2. 匈牙利

匈牙利 1959 年民法典(Polgári Törvénykönyv)亦有酌減損害賠償數額之規定，其第三三九條第二項規定如下：

匈牙利民法 第三三九條¹²⁹

「(第一項) …略。¹³⁰

(第二項) 對於就損害應負責之人，法院得基於特別之衡平事由，免除其責任之一部。」

此一基於衡平事由來進行酌減之規定，於匈牙利民法之發展上亦是突破，蓋過去匈牙利之實務受前述奧地利民法第一三二條以下規定之影響，係依過失程度來定責任之範圍，1959 年之民法典則改以衡平作為酌減事由。此一規定之適用範圍，僅限於非基於契約關係所生之損害。對於違反契約之情形，匈牙利民法典並不承認得基於衡平事由來進行酌減¹³¹。學說上強調，雖然匈牙利民法典捨棄以「衡平」作為一般的責任發生基礎，但仍將「衡平」導入作為一般的責任酌減要素，惟酌減僅得於例外之情形為之。倘責任之基礎本身有根據，法院仍應對於損害賠償請求權優先加以考量，然此也不應淪於僵化，故而應承認「衡平事由」得為酌減之依據。此外，學說上並指出，於特定之案例中，如只有高額之損害賠償，而無酌減之可能，反將使行為人漠不關心，甚至不願或畏於從事勞動，故而應承認酌減損害賠償數額此一制度¹³²。

3. 捷克、斯洛伐克

捷克斯洛伐克 1964 年民法典(Občanský zákoník)中，亦有酌減損害賠償數額之規定。其規定於現行捷克民法第四五〇條，亦規定在斯洛伐克之民法典(Občianský zákonník)第四五〇條如下：

¹²⁸ 此處譯文譯自德文譯文，Lane, Zivilgesetzbuch, in: Polnische Wirtschaftsgesetze, 6. Aufl., Warszawa: Beck, 2004, S. 1, 72.

¹²⁹ 此處譯文譯自德文譯文 Lamberg, Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik, Budapest: Corvina, 1960. 並參見英文譯文 <http://www.angelfire.com/mn2/reformclub/hck2.html> (最後瀏覽日：2006/11/01)。

¹³⁰ 匈牙利民法第 339 條第 1 項為損害賠償之基礎規範，即「以違法之方式對於他人造成損害者，須對其負損害賠償責任。惟如行為人可證明，其行為係於案例情形下一般可加以期待者，則不負責任。」

¹³¹ Eörsi, Die Zivilrechtliche Verantwortlichkeit im ungarischen Zivilgesetzbuch, in: Eörsi/Mádl (Hrsg.), Das Ungarische Zivilgesetzbuch im fünf Studien, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1963, S. 261, 282 f.

¹³² Eörsi (Fn. 131), S. 261, 283.

捷克民法 第四五〇條、斯洛伐克民法 第四五〇條¹³³

「基於特別應注意之事由，法院應對於損害賠償適當之加以酌減。對此應注意者¹³⁴，為發生損害之情事、加害人其個人及經濟之狀況；此外亦應考量被害人之狀況。如損害係因故意所造成者，不得進行酌減。」

捷克學說上認為，無待被告即賠償義務人主張，法院本具有酌減損害賠償數額之權限，蓋此一酌減權限係直接依法律規定而來。在另一方面，如於案例情事可認為有理由須進行酌減者，依捷克民法第四五〇條之規定，其課予法院適用此一酌減條款之義務¹³⁵。捷克民法第四五〇條所指出之可作為或排除法院來進行酌減之事由，捷克學說上強調，其僅係例示而非列舉，而仍有其他事由存在之可能。賠償義務人其過失之程度，在決定酌減之數額，即確定損害賠償之數額上，將具有關鍵性，二者間須合乎比例¹³⁶。

4. 前東德

前東德 1975 年民法典中，亦有酌減損害賠償數額之規定，其第三四〇條規定如下：

前東德民法 第三四〇條 損害賠償之酌減

「法院得於例外之情形下酌減損害賠償。惟此僅得於下列情況時，始可能為之：如損害係因過失造成者，且損害過高，以致於考慮到加害人之經濟地位、收入及此可預期之發展後，可認為全數之損害填補係屬無法加以期待者。」

前東德民法之官方註釋書指出，被害人其本得就損害請求全數賠償，而此一原則只有在例外的情況下始能被破棄。雖然損害賠償之範圍，原則上係已發生之損害其數額，而與義務違反之種類、程度無涉，亦與當事人之財產狀況無關，然卻不乏僅因輕微的過失，卻致生高額之損害賠償義務之案例存在。註釋書強調，透過採取酌減損害賠償數額的立法例，前述之情形將得到解決，蓋其同時考量到社會共同生活下，須對於行為負責任之要求，及民法中關於保護生命、健康財產規定之保障功能，且維護了當事人間之正當利益¹³⁷。而關於酌減損害賠償數額之法定要件是否存在，係由法院來加以判斷。如損害已透過保險給付來賠償者，則加害人之經濟地位即無須加以考量，蓋此時即不具備酌減之前提要件¹³⁸。

（六）歐洲民事法律統合工作中相關草案

1. 概說

¹³³ 此處譯文譯自捷克民法之德文譯文 *Giese/Vondřichová*, Bürgerliches Gesetzbuch, in: Tschechische Wirtschaftsgesetze, 6. Aufl., Praha: Beck, 2004, S. 1, 41, 及 *Lebwohl*, Das Zivilgesetzbuch von 1964 und Familiengesetz von 1963 der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik, Berlin: Osteuropa-Institut, 1966, S. 136. 並參見捷克民法之英文譯文 *Czech Republic Civil Code*, pp. 151 *et seq.* (Prague: Trade Links, 2005).

¹³⁴ 在 1989 年之前，關於應注意之事項，於此處尚有「損害之社會意義」此一要件。

¹³⁵ 參見 *Vondracek*, Commentary on the Czechoslovak Civil Code, p. 401 (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988) 所引之捷克學說見解。

¹³⁶ *Vondracek* (note 135), p. 401.

¹³⁷ Ministerium der Justiz (Hrsg.), Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, 2. Aufl., Berlin: Staatsverlag, 1985, S. 395 f.

¹³⁸ Ministerium der Justiz (Hrsg.) (Fn. 137), S. 396.

在目前仍在進行中的歐洲民事法律整合的工作上，兩份由學界提出的關於侵權行為法之不同草案中，不約而同的都採取導入「酌減條款」之立法例¹³⁹。

然在契約法整合的工作上，學界草案間則處於對立之狀態。下述之*Gandolfi*之「歐洲契約法法典準備草案」則有詳盡之「酌減條款」規範。於此相對者，過去由丹麥學者Lando所領銜的「歐洲契約法委員會」(The Commission on European Contract Law)所擬定之「歐洲契約法原則」(Principles of European Contract Law; PECL)中¹⁴⁰，並未就「酌減條款」加以規範¹⁴¹。

2. 歐洲侵權行為原則

成立於 1992 年，由荷蘭學者 *Spier* 與奧地利學者 *Koziol* 所主持之「歐洲侵權行為法小組」(European Group on Tort Law) (一般又稱其為 *Tilbung* 小組)，於 2005 年二月公布之「歐洲侵權行為法原則」(Principles of European Tort Law)，第 10: 401 條「酌減條款」之規定如下：

2005 年歐洲侵權行為法原則

第 10:401 條 損害賠償範圍之酌減¹⁴²

「於例外之案例中，倘考慮到當事人之財務狀況可認為，全額賠償對於被告係屬壓迫性的負擔時，得酌減損害賠償義務之範圍。於決定是否進行酌減時，應特別考慮到責任之基礎(第 1: 101 條)、所保護之利益其範圍(第 2: 102 條)及損害之規模。」

「歐洲侵權行為法小組」在此條文之註釋中強調，法院應以既審慎而又較為開放的態度來進行酌減，故而規定各種應考量之事由，且通常應將被害人已獲得保險理賠之事實納入考量。惟註釋中強調，本條文並不干涉無力清償法(*insolvency law*)，且如無力清償法導致相同之解決方式時，得忽視此酌減條款¹⁴³。在體系思考上，註釋特別強調，只有構成第 3: 201 條所規定責任範圍內的損害¹⁴⁴，始有酌減賠償數額之必要¹⁴⁵。

「歐洲侵權行為法原則」第 10: 401 條「酌減條款」之導入，係參考自前述之瑞士債務法及荷蘭民法中之「酌減條款」規範，及參考即便是在無「酌減條款」規範之國家，如德國及奧地利，其學說上仍不乏有主張在例外之情形下，仍應承認得對於損害賠償數額進行酌減者。故而「歐洲侵權

¹³⁹ *Magnus*, Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht, ZEuP 2004, S. 562, 578 f.

¹⁴⁰ *Lando/Beale* (eds.), Principles of European Contract Law, Parts I and II (The Hague: Kluwer Law International, 2000); *Lando/Clive/Prüm/Zimmermann* (eds.), Principles of European Contract Law, Part III (The Hague: Kluwer Law International, 2003). PECL 主持人之一，德國學者 *Zimmermann* 強調，PECL 其不採「酌減條款」而堅守「全數賠償或根本不負賠償責任」原則，雖然「嚴厲但是健康」(*harsch but healthy*)。 *Zimmermann* (note 7), p. 2, 30.

¹⁴¹ 同樣屬國際間整合之工作中，由「國際私法統一中心」(International Institute for the Unification of Private Law, UNIDROIT)出版之「國際商業契約原則」(Principles of International Commercial Contracts)，第 7.4.2 條之註釋明白指出，其不採取「酌減條款」之規範模式。 *Tallon*, comments, in: UNIDROIT (ed.), Principles of International Commercial Contracts, p. 196 (Rome: UNIDROIT, 1994). 2004 年版之 UNIDROIT 仍採取此一立場。 *Tallon*, comments, in: UNIDROIT (ed.), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, p. 234 (Rome: UNIDROIT, 2004).

¹⁴² 本譯文譯自英文版及其德文譯文。「歐洲侵權行為法原則」條文及註釋，以 *Principles of European Tort Law* 之名，由奧地利之 *Springer* 出版社於 2005 年出版。此一酌減條款，係在最後階段始被「歐洲侵權行為法小組」採納。 ZEuP 2004, S. 427, 432 Fn. 1.

¹⁴³ *Moréteau*, comments, in: European Group on Tort Law (ed.), Principles of European Tort Law – Text and Commentary, p. 179 (Wien: Springer, 2005).

¹⁴⁴ 第 3: 201 條規定責任範圍，即如一行為係損害發生之原因，損害是否可歸責於行為人，及於何程度內可歸責於行為人，取決於合理性之人於行為時對於損害之預見可能性、受保護之利益其本質及價值(第 2: 102 條)、責任之基礎(第 1: 101 條)、一般生活危險其範圍、所違反之規範其保護目的。

¹⁴⁵ *Moréteau* (note 143), p. 179.

行為法小組」制定相關之酌減標準，以避免由法官恣意決定之，以期使此一酌減條款在規範上可行¹⁴⁶。

「歐洲侵權行為法小組」在討論是否應導入「酌減條款」時，成員間有主張現行各國法制上關於執行之限制，已足以使加害人享有「最低程度之生存」(Existenzminimum)之保障，且法院之酌減將使判決之結果不具可預測性。惟「歐洲侵權行為法小組」最後仍認為，如能在實體法上去酌減損害賠償之數額，其在本質上與執行法上之保障有所不同，且此對於加害人將具有重要意義。此外，如被害人之生活水準係處於較「最低程度之生存」為高之情形時，當得根據利益衡量，來對於加害人之賠償義務進行實體法上之酌減¹⁴⁷。惟仍有批評者認為，經此導入，因賠償數額尚有可能基於衡平的理由而酌減，無疑地將使損害賠償請求權之授予更為容易¹⁴⁸。

3. 歐洲民法典研究小組之侵權行為法

一般被認為是「歐洲契約法委員會」(Lando委員會)的承襲者，成立於1999年之「歐洲民法典研究小組」(Study Group on a European Civil Code)，係由德國學者 von Bar所主持(故一般又稱為 von Bar小組)，於2005年12月公布，經2006年11月修正之侵權行為法(Tort Law; Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another)修正定稿中¹⁴⁹，第6:202條亦有「酌減條款」之規定如下：

2005年歐洲民法典研究小組侵權行為法

第6:202條 責任之酌減

「如損害之造成並非出於故意，倘令造成損害者負擔全數之責任，與其可歸責性、或與損害之範圍、或與避免損害之方式，係不合乎比例，而對於其損害賠償責任之全部或一部加以免除，係公平及合理者，得免除之。」

4. 歐洲契約法法典準備草案

在歐洲契約法整合之工作上，由義大利學者Gandolfi所領銜之「Pavia工作小組」，其所擬具之「歐洲契約法法典」(European Contract Code)之「準備草案」，於2002年以「歐洲私法學者研究學會」(Academy of European Private Lawyers)之名，出版第一卷第一冊¹⁵⁰。其第一六八條第二項亦有「酌減條款」之規範：

2002年歐洲契約法法典準備草案第一卷第一冊

第一六八條 依衡平來決定賠償¹⁵¹

「(第一項) …略。¹⁵²

(第二項)於考量債權人之行為、利益及經濟情形後，於下列情形，法官得就損害賠償之範圍，依衡平之方式加以限制之：

¹⁴⁶ Koziol, Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“, ZEuP 2004, S. 234, 258.

¹⁴⁷ Koziol (Fn. 146), ZEuP 2004, S. 234, 258; Moréteau (note 143), p. 180.

¹⁴⁸ Zimmermann (note 7), p. 2, 30.

¹⁴⁹ 「歐洲民法典研究小組」之「侵權行為法」，其英文版可取自 http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm (最後瀏覽日：2007/01/01)。

¹⁵⁰ Gandolfi (éd.), Académie des Privatistes Européens, Code Européen des Contrats, Avant-projet I – 1, Milano: Giuffrè, 2002.

¹⁵¹ 譯自德文版及英文版，Gandolfi (éd.) (note 150), p. 704, 799.

¹⁵² 第1項為經證明損害之存在或為當事人所不爭，但經專家之專業意見亦無法或難以確定其精確之數額時，法官得依衡平之裁量，來決定損害範圍之規定。

(1) 如全額之損害賠償被認為係不合乎比例，或考慮債務人之經濟情形後可認，此將對於債務人造成明顯的無法承受之結果時，且如其未為履行、不合乎規定之履行或遲延，並未涉及債務人誠信之違反時。或，

(2) 於債務人之輕微過失之案例中，此特別是就債務人給付，契約中未規定報酬者。」

在準備草案之立法理由書中指出，第一六八條第二項「酌減條款」a款之規定，係參考西班牙民法第一一〇三條、德國民法第二五一條第二項¹⁵³、荷蘭民法第六編第一〇九條之規定，而b款之規定，係參考瑞士債務法第九九條第二項¹⁵⁴之規定，及包括德國學者*Canaris, Medicus, Schlechtriem*在內之學者意見¹⁵⁵。對於第一六八條第二項「酌減條款」規範，學界認為極詳盡且有創意¹⁵⁶。

三、各國「酌減條款」規範之比較

(一) 關於得進行酌減事由（積極要件）之規範模式

採取「酌減條款」之前述各國法制及實務中，對於得酌減之事由其範圍的規範模式，即法院酌減權發生之積極要件，本文首先將其分類為「抽象的限定法」與「具體的限定法」二種：

1. 抽象的限定法

在「抽象的限定法」下，對於客觀上得酌減之事由幾乎不加以限制，留待法院於個案中審酌。最具代表性者，為1911年瑞士債務法第四三條第一項之規定，依過失之程度來酌減賠償數額。在此一規範方式下，酌減事由只有「過失程度」此一主觀要件之要求，而無客觀要件之限制，因此在構成要件之控制上仍相對地不足，法院審判實務上將有流於恣意之危險¹⁵⁷。

2. 具體的限定法

相較於「抽象的限定法」在規範密度上之空白，「具體的限定法」對於得酌減之事由具有構成要件上的控制。本文依控制程度之高低再區分如下：

(1) 低度控制

在「低度控制」之規範模式下，其僅具體規定法院應納入考量之事項，但對於酌減之事由，以較不明確之要件來加以控制，如前揭葡萄牙、捷克、斯洛伐克、波蘭之規範¹⁵⁸。

¹⁵³ 德國民法第251條第2項第2句規定：「如回復原狀僅能以不合乎比例之費用始可能為之時，賠償義務人得對於債權人以金錢加以賠償。」

¹⁵⁴ 瑞士債務法第99條第2項規定：「責任之範圍依交易之特別本質定之，且特別是對於債務人而言，交易之目的毫無利益之時，責任之範圍得在判斷上加以減輕之。」

¹⁵⁵ Rapport du coordinateur sur les art. 136-173, in: *Gandolfi* (éd.) (note 150), p. 405, 565.

¹⁵⁶ *Patti*, Kritische Anmerkungen zum Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuches, ZEuP 2004, S. 118, 129.

¹⁵⁷ 在比較法上，不乏同採此規範模式者，如前揭1889年西班牙民法第1103條，其僅規定法院得「依案例實際情形」來進行酌減，法院將因此享有不受節制之裁量空間。同樣者，為1959年匈牙利民法第339條第2項，僅規定法院得基於「特別之衡平事由」來進行酌減，在規範密度上幾近空白。

¹⁵⁸ 前揭1966年之葡萄牙民法第494條，以「正當理由」來作為酌減事由，雖仍流於概括，然其輔以例示內容上較具體之應考量情狀，在規範密度已較前述「抽象的限定法」為高，故而歸類於「低度控制」之範疇。此外，前述1964年捷克、斯洛伐克民法第450條以「特別應注意之事由」、及1964年波蘭民法第440條以具社會主義想法的「社會共同生活之原則」來控制，且均輔以應考慮之其他情事，亦屬之。

(2) 高度控制

在「高度控制」此一規範模式下，酌減之事由被嚴格限定於具體之事由上，而無隨個案彈性操作之可能。1911年瑞士債務法第四四條第二項，僅承認賠償義務人「將因給付損害賠償而陷於窘困之狀態者」始能酌減此一態樣，在要件上並不承認其他之酌減事由。同樣的，我國民法第二百十八條以「賠償致賠償義務人之生計有重大影響」作為酌減損害賠償義務的積極要件，亦屬此一規範模式。其嚴格控制酌減事由之範圍也反映出，對於賠償數額來加以酌減，本具有例外性格，蓋損害賠償權利人本有就所受之損害全部受償之權利。

(3) 中度控制

在「中度控制」之規範模式下，除規範法院審酌是否應進行酌減時，應考量之事由外，並以在解釋上略具彈性之要件，來控制酌減事由之範圍。前揭北歐各國內國法制上，普遍均以具體而不失其彈性之要件來規範酌減之事由，並輔以其他應考量之事項。而授予法院酌減可能之規範，被認為係北歐法系下的特色，在比較法受到矚目¹⁵⁹。

3. 展望

在比較法最新的立法例上，1992年荷蘭民法第六編第一〇九條係採取「中度控制」之方式，即考量到如責任之本質、存在於當事人間之法律關係及當事人雙方之支付能力，以「全額損害賠償將造成顯然無法接受之結果」作為酌減之事由，在構成要件上保有了彈性，並仍限制住酌減事由範圍，而不使酌減陷於浮濫的衡平判決，故而在比較法上廣受矚目¹⁶⁰，而在歐洲民事法律統合的工作上，被兩份學界草案點名仿效之¹⁶¹。此外，瑞士債務法準備草案第五二條第二項，及奧地利民法修正草案第一三一七條，及兩份關於歐洲侵權行為法之學界草案，及關於契約法之「歐洲契約法法典準備草案」第一六八條，亦採取「中度控制」之方式。

至此，濫觴於上一世紀初1911年瑞士債務法第四四條第二項之「酌減條款」此一損害賠償法上的新思潮，經由70年代北歐各國法制之粹煉，擺脫原本僵化之外殼，塑造出能隨個案來調整而不失彈性亦不流於浮濫之規範內容後，在世紀末經由1992年荷蘭民法確認「中度控制」此一規範模式之可行性，其已儼然成為新一代「酌減條款」的理想形式。

(二) 關於不得進行酌減事由（消極要件）之規範模式

法院適用酌減條款進行酌減時，除須具備法定積極要件外，尚須無法定消極要件之存在。在比較法上，一方面部分國家仍有規定不得進行酌減之事由存在，然另一方面亦有多數國家並不規定當

¹⁵⁹ von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. I, München: Beck, 1996, § 3 Rdnr. 238, 253. 前述在北歐瑞典、芬蘭、丹麥、挪威各國之侵權行為法制，係以全數賠償屬「不公平之沉重」、「不合理的嚴厲」、「不合理之沉重」為酌減之要件，並例示輔以考量之要件。前揭北歐芬蘭、瑞典、挪威各國之買賣法的法制，亦採取此一規範模式。此亦展現再1975年前東德民法第340條中。

¹⁶⁰ von Bar/Rogge即主張，荷蘭民法第6編第109條及北歐各國損害賠償責任法制所勾勒出界限，在未來歐洲法制共同之發展上，應朝此方向來努力。von Bar/Rogge (note 45), pp. 17, 24 et seq.

¹⁶¹ 即前述之侵權行為法上「歐洲侵權行為法小組」的「歐洲侵權行為原則」，及契約法上「歐洲私法學者研究學會」的「歐洲契約法法典準備草案」。同樣，前述奧地利民法損害賠償法制修正草案中，亦明白指出其亦係參考荷蘭民法之規範。

然的負面排除事由。惟酌減條款在構造上，各國多以法院之「酌減權」而非「酌減義務」加以設計，即便在規範上未明文規定法院不得酌減損害賠償數額之情事，在個案中如有正當事由，法院仍有權不就損害賠償數額來進行酌減。其分類如下：

1. 有規定不得酌減事由之立法例

在各國「酌減條款」規範上，如有規範不得酌減事由者，除部分立法例係以賠償義務人客觀上之行為或不行為，如違反誠信者¹⁶²，或以賠償義務人依法有保險之義務而未投保者¹⁶³，作為排除之事由以外，主要係以行為人出於故意或重大過失之主觀要件，作為排除適用「酌減條款」之事由。本文分類如下：

(1) 毫無例外的當然排除之規範模式

在酌減可能性之排除事由上，以行為人之主觀要素為標準來加以規範者，首先見於1911年瑞士債務法第四四條第二項，其排除了賠償義務人係以「故意或重大過失造成損害」之時，受有酌減之利益的可能性，且為當然排除而毫無例外。1929年我國民法第二百十八條從之。在此二立法例下，「重大過失」與「故意」均被排除在外。

另一方面，1966年葡萄牙民法第四九四條、1975年前東德民法第三四〇條中、1964年捷克斯洛伐克民法第四五〇條，及2005年「歐洲民法典研究小組」(von Bar小組)之侵權行為法第6:202條學界草案，僅承認損害係出於過失者，而排除了出於故意造成損害者，酌減其損害賠償之可能。共通的是，「重大過失」在前述之立法例中，並未當然地被排除於酌減可能外。採取以賠償義務人之主觀要件，來排除其酌減可能性之立法例中，僅將出於「重大過失」之損害事件亦列入排除事由，毋寧是瑞士法所獨有者，其他國家稍晚之立法例均不從之。

(2) 在排除規範下保留法院權衡可能性之規範模式

同樣根據行為人即賠償義務人之主觀要件，來排除酌減之可能，芬蘭之侵權行為法則係採取彈性的排除方式。1974年芬蘭損害賠償責任法第二章第一條第二項但書規定，如損害事件係因故意造成者，除有特別理由可認為應酌減損害賠償外，仍應為全額之賠償。申言之，因故意而造成損害事件，如有特別之事由，法院仍得進行酌減，此保留了法院進行權衡之可能性，在比較法之規範上深具啟發性。

2. 無不得酌減事由之立法例

在比較法上多數之立法例，卻是不規定任何客觀上或主觀上不得酌減之事由，至多係將其置於法院決定是否進行酌減及其幅度時，得考量之因素中。除前揭之東歐、北歐國家外¹⁶⁴，在最新之立法，如2005年「歐洲侵權行為法小組」之「歐洲侵權行為原則」第10:401條，瑞士債務法準備草案第五二條第二項，及奧地利民法修正草案第一三一七條，亦不在構成要件上，直接規定不具酌減

¹⁶² 此例如前揭契約法之「歐洲契約法典準備草案」第168條。

¹⁶³ 此例如前揭1992年荷蘭民法第6編第109條第2項。

¹⁶⁴ 此例如前述之匈牙利、波蘭、前東德民法，北歐瑞典、丹麥、挪威各國之侵權行為法制，芬蘭、瑞典、挪威之買賣法。

可能性之情事。

1992 年荷蘭民法第六編第一〇九條則屬折衷之類型，原政府草案中，仿自瑞士債務法第四四條第二項之就行為人因故意或重大過失造成損害事件時不得酌減之主觀排除事由，在後來的立法過程中被刪除。然在客觀之排除事由上，荷蘭民法仍保留了原政府草案中，就損害賠償義務人負有義務保險而未保險之情形規定，如前所述，此時酌減不得減至該應保險而未保險數額以下之規定。

3. 檢討

前揭規範上「不規定」不得酌減之事由的立法例，其共通點在於，對得酌減之事由保有個案適用上之彈性。申言之，即便賠償義務人係基於故意或重大過失造成損害事件者，倘具備酌減之控制要件（例如全額賠償係不合理之沉重），輔以判斷應納入考量之事項後，仍有可能導出允以酌減之判斷。其賠償義務酌減之可能性，並不當然地在規範上被排除，惟酌減之範圍仍容有隨著個案加以調整之空間。

本文以為，在規範上不以行為人之主觀要件作為不得酌減事由，誠屬進步之立法，蓋其還原了「酌減條款」原本應有的規範目的：避免於特定之情形下，因全額賠償而對於損害賠償義務人造成不合理之壓迫。當損害賠償義務人係因出於故意、重大過失或一般過失造成損害事件，而在得否享有酌減上有別，將模糊了「酌減條款」應對於損害賠償義務人之生存加以保障之規範目的。申言之，如透過規範損害賠償義務人之主觀要件，來限制法院僅得對於肇因於（一般）過失之損害事件進行酌減，其將當然排除出於故意（或重大過失）之賠償義務人其受有酌減之可能性，使其仍將受有不合理的全額賠償義務之不利益，此係對於行為人變相的懲罰。生存保障之要求，本也不應因賠償義務人行為人之主觀要素之不同，而有別。故而，唯有在規範上，不以行為人之主觀要件作為排除酌減之事由，方能擺脫民事法律中納入懲罰思想此一舊思維的桎梏。

伍、我國民法第二百十八條酌減條款規範 及實務檢討

一、規範目的

我國民法第二百十八條規定，「損害非因故意或重大過失所致者，如其賠償致賠償義務人之生計有重大影響時，法院得減輕其賠償金額。」本條文自民法 1929 年公布、1930 年施行後，即未曾修正。於 1999 年大幅修正民法債編時，在相關之修法文獻中，亦未見對此條文進行修正之討論¹⁶⁵。其立法理由為：「謹按凡非因故意或重大過失所生之損害，如因責另賠償之故，致使加害人之生計頓生重大之影響，按之事理，似亦過酷，故亦得由法院減輕其賠償金額，以昭平允。此本條所由設也。」

民法第二百十八條採取「酌減條款」之規範，使法院在個案中上有調整賠償數額之空間，以保障損害賠償義務人之生計，寓有社會保障之意義¹⁶⁶。學界也有將之稱為「人道條款」者¹⁶⁷。此外，

¹⁶⁵ 民法研究修正小組第四四五次會議紀錄，民國 70 年 9 月 11 日，收錄於：法務部編印（1990），《民法研究修正實錄——債編部分（一）》，頁 437、442，法務部。

¹⁶⁶ 我國學說上強調「酌減條款」之社會意義者：梅仲協（1958），《民法要義》，頁 164 編碼 261，自版，台新 5 版：

本文認為，由於民法第二百十八條「酌減條款」導入，法院仍有酌減損害賠償之數額，故而可避免法院在「確定損害」之數額時，採取較保守之態度，將本屬於「損害」之範疇者，認定為「非損害」，以行酌減「賠償數額」之實。其將有助於還原損害之概念，在民法損害賠償制度之思考階層上具有重要意義，而能與「全數賠償原則」相輔相成。

二、法規結構與實務運用

在我國實務上，涉及民法第二百十八條之裁判，上訴至最高法院者並不多見¹⁶⁸。於最高法院之判例中，關於民法第二百十八條迄今僅二則，即二十三年上字第第三〇五七號判例¹⁶⁹，及三十三年上字第五一號判例¹⁷⁰，大致上僅重申民法第二百十八條法條意旨，強調如賠償義務人係出於故意或重大過失，即便賠償義務將重大影響其生計，法院仍不得減其賠償金額。

究其原因，首先為我國民法第二百十八條在酌減權發生之積極要件上，採取比較法中最窄之高度控制，及在消極要件中，將出於故意及重大過失行為之損害事件同時列為不得酌減者，其在排除之範圍上屬比較法中最寬者，且屬當然排除而未保留法院之權衡可能性，在要件上不可謂不嚴格，此一立法結構，將使法院依法行使酌減權之機會，實際上極為有限。此也突顯了對於損害賠償數額進行酌減，其影響損害賠償債權人之權益甚鉅，故而本應具有例外之性格。

再者，已於民法中導入大量危險責任規範之國家（如荷蘭民法），其損害賠償責任本較為容易成立。與此相較，我國民法之損害賠償法制中，各種侵權行為之損害賠償責任以故意過失為要件，契約責任中之損害賠償以可歸責為要件，而其他如無因管理等規範中採無過失責任之規定本相當有限，故而損害賠償責任之成立本已受限。此外，隨著近年責任保險之推廣，甚至是透過特別法所實施之強制責任保險，亦能使一定數額下之損害賠償責任，尚不至於對賠償義務人造成生存上之壓迫。

各國立法例上所承認酌減事由之寬窄，本身並無絕對的良窳之別，我國民法之酌減條款在規範模式上採「高度控制」，雖然不如北歐荷蘭等國採「中度控制」其更具彈性上之優點，然高度規範密度之要求有其法安定性之考量，及略窄之酌減事由係顧及到對於損害賠償權利人之保護，此毋寧仍是立法政策上之選擇。相較於採取「全數賠償或根本不負賠償責任」原則之立法例，僅保障損害賠償權利人其受全數賠償之權利，對於賠償義務人可能有的特殊情狀完全不納入考量，我國現行法在發生酌減權之「積極要件」上，仍屬進步之立法例。

「蓋為顧全經濟能力較弱之義務人，對於賠償義務之負擔，為推行社會政策起見，自應予法院斟酌衡量之權也。」

¹⁶⁷ 馬維麟（1996），《民法債編註釋書（二）》，頁 213 編碼 1，台北：五南。

¹⁶⁸ 除下列之二則判例外，於司法院網站建置檢索系統前，過去涉及本條之最高法院判決，少數如：最高法院，40 年度台上字第 1849 號判決，裁判日期：民國 40 年 12 月 13 日；最高法院，42 年度台上字第 101 號判決，裁判日期：民國 42 年 1 月 30 日。收錄於：國立台灣、政治大學判例研究委員會編纂（1976），《中華民國裁判類編，民事法（一）》，頁 899，第二冊，頁 389，正中。司法院於網站建置檢索系統後，僅收錄 1999 年 8 月後之判決，其中最高法院之判決中，涉及民法第二百十八條者，迄今僅三則。而下級審之一的臺灣高等法院之實務，有較多之案例其認事用法涉及民法第二百十八條酌減條款。本文以下選取近年最高法院及台灣高等法院判決，來檢討我國法院之實務。除另有註明外，本文以下所引之判決，均取自司法院之法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/>（最後瀏覽日：2006/11/01）。

¹⁶⁹ 最高法院，23 年上字第 3057 號判例：「損害係因侵權行為人之故意所致者，縱令該侵權行為人，因賠償致其生計有重大影響，亦不得減輕其賠償金額，其資力如何，自可不問。」判例要旨收錄於：最高法院判例編輯委員會編輯（1983），《民國十六至六十八年最高法院判例要旨（上）》，頁 139，最高法院。

¹⁷⁰ 最高法院，33 年上字第 551 號判例：「損害係因侵權行為人之故意或重大過失所致者，依民法第 218 條之規定，縱令該侵權行為人，因賠償致其生計有重大影響，亦不得減輕其賠償金額，其不能以侵權行為人之無資力，即謂受害人不應請求賠償，更無待言。」判例要旨收錄於，前註 169，頁 139。

三、酌減權之發生、行使及酌減標的

(一) 法院酌減權之發生與行使

1. 依法當然發生之法院酌減權而非酌減義務

於個案中如具備發生酌減權之積極要件（倘進行全數賠償，將重大影響賠償義務人之生計），而無消極要件之存在（損害事件非基於故意或重大過失之行為所致者），酌減權依法當然發生，法院即取得酌減損害賠償數額之權限。另一方面，民法第二百十八條係採取賦予法院「酌減權」之設計，而非課予法院一「酌減義務」。縱然酌減事由客觀上存在，全數賠償將使賠償義務人之生計受有重大影響時，法院仍得出於特別之考量，而不對損害賠償數額進行酌減¹⁷¹。申言之，在概念上，應就「酌減權之發生」（即「酌減事由之存在」），及酌減權發生後法院是否「行使酌減權」，二者加以區別。

2. 酌減權之發生法院本應職權探知、當事人不因不能證明受不利益

倘在個案中，如賠償義務人主張存在酌減之事由，而為損害賠償請求權人否認時，多數學者主張，減輕責任之要件應由賠償義務人負舉證之責¹⁷²。本文強調，酌減權乃法院依法當然發生之法定權限，並非賠償義務人之權利，本無待當事人之主張即得審酌及行使。故法院本應依職權探知發生酌減權之積極及消極要件要件是否存在。法院固得於個案中不行使此一酌減權，但非謂法院並無調查其自身之法定職權是否存在之義務。故而，當事人將不因不能證明此等發生法院酌減權之事由存在與否（如未能舉證賠償之數額將重大影響其生計），而當然受有不利益。法院於依職權調查後，仍得逕行酌減。

臺灣高等法院曾於九十年度上字第 277 號判決中指出，如當事人不能舉證賠償義務將重大影響生計，法院無由依民法第二百十八條進行酌減¹⁷³。似認為，如賠償義務人未能證明具有發生酌減權之事由，將因此無法受有酌減之利益，且似認為法院並無調查之義務。惟如前所述，如案例事實中顯有發生酌減權之事由，法院自身之法定權限是否存在，將取決於案例事實是否真的符合法定之要件，而非取決於當事人是否能證明其是否存在，法院本當依職權進行調查。

3. 法院行使上固不受當事人聲明之拘束、惟不行使時仍應敘明理由

過去最高法院之實務中有認為，就損害賠償之酌減，「縱忽視上訴人之聲請，仍不得指為違法」¹⁷⁴。本文認為，此一見解顯不足採，法院仍應審酌是否應進行酌減。蓋法院之酌減權係因案例事實符合民法第二百十八條之要件，而依法當然發生，其中有保障賠償義務人生存之公益考量在。故而，無待損害賠償義務人主張，亦不問其是否曾主張，法院當然不受其聲明之拘束，本得主動酌減其賠

¹⁷¹ 參見，史尚寬（1954），《債法總論》，頁 305，自版，「所謂得減輕其賠償金額，減輕與否，法院有裁量之自由。」

¹⁷² 史尚寬，前註 171，頁 305；馬維麟，前註 167，頁 214，編碼 3；黃立（1999），《民法債編總論》，2 版，頁 388，台北：元照。

¹⁷³ 臺灣高等法院，90 年度上字第 277 號判決，裁判日期：民國 90 年 10 月 3 日。賠償義務人固主張其具有酌減之情事，但「並未舉證證明其生活已陷於困難，自無由依民法第 218 條規定酌減其賠償金額」。相同見解，亦見於下述之臺灣高等法院 90 年度上字第 678 號判決，見註 184。惟本案法院尚有賠償義務人之財產狀況進行調查，並納入考量後，始得出無由依民法第 218 條規定酌減之結論。

¹⁷⁴ 最高法院，88 年度台上字第 2582 號判決，裁判日期：民國 88 年 10 月 28 日。最高法院認為，是否依第 218 條斟酌賠償義務人（上訴人）之生計關係為酌減，「屬原審職權所得裁量之範圍，縱忽視上訴人之聲請，仍不得指為違法。」

償義務。如賠償義務人已加以主張，法院更應當加以審酌是否行使此一法定權限。

倘案例事實中顯然存在著酌減權發生之事由，例如損害之數額係屬不尋常的高，賠償義務人之生計顯將受到重大影響時，法院雖仍得不酌減，尚不得逕行排斥第二百十八條之規定而不加以適用，其仍應調查酌減之要件究竟是否存在，以及審酌是否進行酌減。酌減固然非法院之義務，如酌減權已依法發生，法院仍決定不酌減時，仍應於判決中敘明不行使酌減權之理由。

（二）法院酌減之標的

1. 不限於因「侵權行為」或「債務不履行」所生之損害賠償

民法法典體系上，第二百十八條「酌減條款」係置於「債之標的」關於損害賠償之債的規範中，故其適用範圍，不限於因「侵權行為」或「債務不履行」所生的損害賠償之債，尚包括因其他債之發生原因所生的損害賠償之債，如基於無因管理（第一七四條第一項）、不當得利（第一八二條第二項）所生之損害賠償。無論是基於過失責任或無過失責任（如第一七四條第一項）之規定所生之損害賠償，均有適用第二百十八條進行酌減之可能。

我國法院實務上酌減之標的，不限於傳統損害賠償之債，尚包括懲罰性違約金累積之結果¹⁷⁵。即便懲罰性違約金本身並未過高，如於個案中其數額按日累積，將影響賠償義務人之生計時，其雖非損害賠償總額之預定，然考量到義務人之生存保障，應類推適用民法第二百十八條之規範予以酌減。

2. 含減輕「回復原狀」之責任

民法第二百十八條，僅規定係就「損害賠償金額」加以減輕，文義上並不及於減輕「回復原狀」之責任。學說上則多認為，對於回復原狀責任之減輕，仍得類推適用第二百十八條之規定¹⁷⁶。在考量到第二百十八條之規範目的，係在於維持賠償義務人生計，無論賠償形式係以回復原狀或金錢賠償者，賠償義務人均有此保護需求，且採取金錢賠償之方式，除係因當事人間之約定外，往往係因為不能回復原狀或顯有困難之時，二者殊無作不同處理之道理。故而在解釋上，應將第二百十八條之適用範圍，目的性擴張至「減輕賠償責任」，以期能涵蓋到「減輕回復原狀」及「減輕回復原狀之必要費用」之態樣。

（三）酌減之幅度

¹⁷⁵ 臺灣高等法院，89年度重上更（1）字第27號判決，裁判日期：民國89年10月9日。於本判決中，總工程價千分之一按日計罰之懲罰性違約金之約定，係依內政部之工程合約範本所定，其本身被法院認為並無過高之情事，而無從依相關規定來進行酌減。然其所請求之違約金累積達三千一百萬元，為賠償義務人之資本額九百萬的三點五倍，其中興建教室之工程總價一千八百萬元，請求之違約金高達近一千六百萬元，同樣之情形亦出現於興建宿舍工程上。故而法院認為，如不為核減，該股份有限公司（賠償義務人）「必將破產，影響股東、員工之生計」，並考量到請求權人於賠償義務人遲延時，未及時終止契約，任令其繼續施工而使違約金按日累積增加，亦具有「與有過失」之情事，從而酌減違約金之二分之一。本判決係累積適用民法第217條、第218條來進行酌減。申言之，本判決一方面考量到損害之數額與履行契約所生之收益間的關係，而肯定酌減之必要性，另一方面亦將酌減之標的，擴張至「懲罰性違約金」。再者，本案中法院認為，法人亦得為民法第218條酌減之對象，而擴大酌減條款之適用，倘法人將因損害賠償而陷於破產，將具有酌減之事由。

¹⁷⁶ 孫森焱（2001），《民法債編總論（上）》，修訂版，頁454，自版；邱聰智（2003），《新訂民法債編通則（上）》，新訂1版，頁370，自版。惟認為僅適用於金錢賠償或以金錢回復原狀之情形者，史尚寬，前註171，頁305。

1. 法院有權決定酌減之幅度

於民法第二百十八條法定之酌減要件具備後，法院對於酌減不僅有發動上之自由，且對於酌減之幅度，本有裁量之空間¹⁷⁷。蓋酌減本屬法院之權限，且法條文義上並不要求，酌減須減至對於賠償義務人不會造成生計上之重大影響者。此外，酌減條款固然寓有社會保障之想法，然並不使法院負有義務保障賠償義務人之生計，否則酌減條款之結構，應當設計成法院之「酌減義務」，或就賠償義務中足以影響生計之部分，設計成根本否認其賠償義務存在之否定性「抗辯」(Einwendung)，或設計成賠償義務人得拒絕履行之阻礙性「抗辯權」(Einrede)者。另一方面，倘法院未能酌減至不重大影響賠償義務人之生計時，酌減條款之規範目的仍無法克竟全功。故而，即便法院不負有此等義務，仍應儘可能使酌減後之數額趨近此一狀態。

2. 不得減輕至零

此外，我國學說上一般認為，依第二百十八條規定，法院僅得「減輕」而不得根本「免除」賠償義務。¹⁷⁸對照第二百十七條關於「與有過失」之規定中，條文將「減輕」與「免除」並列，顯然第二百十八條未將「免除」納入係屬有意的省略。故而，倘將賠償義務「減輕至零」，將與第二百十八條之規範文義不合。

四、法院酌減權發生之要件

(一) 酌減權發生之積極要件

1. 重大影響生計

民法第二百十八條所允許之酌減事由，在「積極要件」上僅限於賠償將導致「賠償義務人之生計有重大影響」此一情形。其要求較瑞士債務法第四四條第二項以陷於「窘困狀態」為寬。申言之，只要損害賠償足以重大影響債務人之「生計」(Unterhalt)或「生存能力」(beneficium competentiae)時已足，不以使其陷於「窘困狀態」為必要。是否對生計造成「重大影響」，參照學說上對於民法第四百十八條「窮困抗辯」中相同要件之解釋，應以賠償義務人之地位決定之，雖不必致貧乏無以自存，然至少須有相當困難¹⁷⁹。

我國法院實務在判斷賠償義務是否受重大影響債務人生計上，除調查其動產、不動產，並將存款¹⁸⁰、負債¹⁸¹、賠償義務人（債務人之繼承人）受領人身保險金¹⁸²等事實納入考量外，尚有考量

¹⁷⁷ 寓有此意者：馬維麟，前註 167，頁 214，編碼 3。

¹⁷⁸ 鄭玉波（1990），《民法債編總論》，13 版，頁 254，台北：三民；孫森焱，前註 176，頁 454；邱聰智，前註 176，頁 369。

¹⁷⁹ 參照學說上，對於民法第 418 條贈與人之約定贈與後經濟狀況顯有變更，得拒絕履行贈與之「窮困抗辯」規定中，對於「重大影響贈與人之生計」要件之解釋，如：史尚寬（1960），《債法各論》，頁 129，自版；鄭玉波（1992），《民法債編各論（上）》，15 版，頁 163，自版；邱聰智著、姚志明校訂（2002），《新訂債法各論（上）》，初版，頁 289，台北：元照。

¹⁸⁰ 臺灣高等法院，93 年度勞上字第 62 號判決，裁判日期：民國 94 年 8 月 31 日。判決指出，賠償義務人有土地、存款及汽車一輛，經營之工廠年營業額三十七萬，則近一百五十八萬損害賠償義務並不會對其生計造成重大影響。

¹⁸¹ 最高法院，88 年度台上字第 1827 號判決，裁判日期：民國 88 年 8 月 13 日。其原審認為，法院調查賠償義務人任職於銀行，其貸款並非至鉅，而此貸款與車禍所造成損害事件有關，且損害賠償義務已因損害賠償請求人之「與有過失」酌減至十分之二，故認為賠償義務將不會對於賠償義務人之生計造成重大影響，不得依民法第 218 條再減

到薪資結構¹⁸³，及是否有固定工作、並參酌學歷對於未來收入之影響¹⁸⁴，即同時對於未來的償還能力進行評估。上述考量標準堪稱具體周延。

關於損害賠償或「懲罰性違約金」累積之數額，其與對待給付之金額二者間是否合乎比例，究竟僅將此視為是否「行使酌減權」時所考量之事由之一，或亦將其納入判斷是否「發生酌減權」之要件，過去法院實務之態度仍不明確¹⁸⁵。對此，本文強調，是否具「酌減事由」、是否「發生酌減權」，仍應專以損害賠償數額或懲罰性違約金累積之結果，是否重大影響賠償義務人之生計為斷。損害賠償數額與對待給付間是否合乎比例，其與法院酌減權之發生無涉，其僅為法院於決定是否行使酌減權時，所考量之其中一項要素。

2. 影響自然人之生計

民法第二百十八條之構成要件係使用「生計」二字，頗有暗示須涉及生活或生存者。故本文認為，文義解釋上，民法第二百十八條所指之賠償義務人係指「自然人」。申言之，此處無法採取與瑞士學說關於債務法第四四條第二項相同之解釋，認為無論損害賠償義務人為自然人或法人均有適用。即便損害賠償義務將重大影響法人之營運或經營時，仍不發生法院之酌減權，法院仍不得援引民法第二百十八條來進行酌減。如於立法政策上，能仿照其他國家之立法例，將酌減權發生之要件修改為如「全數賠償係屬不合理的嚴厲」等較中性的描述時，則以法人形式出現之損害賠償義務人將能因此納入受酌減之對象。

然過去實務上，不乏考量到如不酌減，將影響股東、員工之生計，對於法人之損害賠償義務予以酌減者並¹⁸⁶。雖揆諸各國酌減條款之立法例，未見僅將酌減對象限於自然人者。惟如前所述，民法第二百十八條中「生計」二字，在文義解釋上與法人並無關連性。如將民法第二百十八條之酌減對象擴張至法人，無異在擴張法定酌減事由。退萬步言，縱承認法人亦得為酌減之對象，在判斷是否具「酌減事由」上，仍無法將員工之生計與法人之生計混為一談，此仍應以損害賠償是否將影響法人之經營能力為斷。

3. 僅考量未能自責任保險中受償之賠償數額

倘賠償義務人已經投保責任保險，則損害賠償是否將重大影響賠償義務人之生計時，判斷上僅考量未能自責任保險中受償之賠償數額¹⁸⁷。蓋如損害賠償之數額，已為保險金額所涵蓋時，則一方面賠償義務人之生計，將不因賠償義務而受有影響，根本不發生法院之酌減權，另一方面此時倘進

輕賠償義務。

¹⁸² 臺灣高等法院，89年度重上字第4號判決，裁判日期：民國91年3月13日。判決指出，因賠償義務人（即加害人）於此一損害事件死亡，賠償義務（合計約五百八十九萬）之繼承人，曾因此事件領有人壽保險金二百六十萬元，及賠償義務之繼承人其名下尚有不動產，另外亦曾自存款戶頭領取兩百四十九萬餘元，均被法院納入考量，而認為賠償義務之繼承人尚非無資力或將因賠償義務而重大影響生計。

¹⁸³ 臺灣高等法院，89年度上易字第412號判決，裁判日期：民國89年9月27日。判決指出，八萬元之慰撫金，對於月收入約二至三萬元且無存款及不動產之計程車司機而言，並不會造成生計上之重大影響。

¹⁸⁴ 臺灣高等法院，90年度上字第678號判決，裁判日期：民國90年10月30日。法院認為，扣除已理賠之汽車強制責任險等後，損害賠償數額為近三百三十一萬，而賠償義務人具高中學歷、有固定工作之所得相當於月薪約五萬元時，此賠償義務並不重大影響賠償義務人之生計，而無法依民法第218條酌減賠償義務。

¹⁸⁵ 臺灣高等法院，89年度重上更（1）字第27號判決，前揭註175。

¹⁸⁶ 臺灣高等法院，89年度重上更（1）字第27號判決，前註175。

¹⁸⁷ 實例可參見，臺灣高等法院，90年度上字第678號判決，前註184。

行酌減，將使保險人即保險公司無庸全數理賠受有利益，而賠償請求權人無法獲得全數賠償，對其顯有不公。故而荷蘭民法中所規定，酌減不得減至保險人應理賠之數額以下，在我國民法第二百十八條應為相同之解釋上。

（二）酌減權發生之消極要件

依民法第二百十八條之規定，須非出於重大過失之重大影響生計的損害事件，法院始得酌減損害賠償數額。對此，學者間有強調酌減損害賠償數額須有道德上之基礎者¹⁸⁸。相較於多數國家至多僅排除因故意所造成的損害事件之酌減，我國仿照瑞士債務法之立法例，亦將重大過失納入排除之範圍，大幅窄化了依本條文發生酌減權、進行酌減之機會。也由於我國之酌減條款將出於重大過失造成損害事件，排除於酌減可能性之外，過去實務中，不乏法院原本只認為過失之情事，於檢驗民法第二百十八條規定之適用可能性時，復又將其認為重大過失者¹⁸⁹。此也顯示出，我國法院實務於審酌是否適用第二百十八條時，有將一切過失均認為重大過失的傾向，造成適用民法第二百十八條來加以酌減之機會更加狹隘。

過去實務之案例諸如：損害（因未能及時配售國宅以回收房地價款，而損失之利息收益）係肇因於賠償義務人（承攬人）受催告仍拒絕交屋，不合民法第二百十八條所規定之損害須非因故意或重大過失所致之要件，而無法酌減賠償數額¹⁹⁰。土地借用人違反約定及未經主管機關許可，將土地供他人堆置廢土，致其無法供原來之使用而侵害土地所有權人之權利者，即被認為出於故意之行為，以無資力請求酌減，洵屬無據¹⁹¹。通姦、相姦因屬故意行為，因之所生之非財產上賠償義務，即被認為無酌減條款之適用¹⁹²。職業駕駛人明知熬夜數日、精神疲憊、情緒不佳，仍飲酒並駕車者，就損害事件之發生，被認為有重大過失，而無第二百十八條之適用¹⁹³。

此外，我國實務上認為賠償義務之繼承人（實際賠償義務人），於因繼承此一賠償義務而重大影響生計時，因其亦承受被繼承人（行為人、原賠償義務人）之重大過失，而剝奪其酌減之可能¹⁹⁴。這樣的解釋，等於使實際上就損害事件並無過失的繼承人，亦繼承了對於被繼承人之懲罰，而忽略了其應享之生存保障，實不足取。

五、法院行使酌減權時考量之事項

（一）被害人之經濟狀況

¹⁸⁸ 孫森焱，前註 176，頁 454：「立法意旨全在基於道德上之衡量，因此加害行為係出於故意或重大過失，其道德上之依據即失其所在，自無特加保護必要。」

¹⁸⁹ 臺灣高等法院，89 年度重上字第 4 號判決，並參見前註 182。其案例事實中，行為人（賠償義務人）於下坡路段未減速慢行，致跨越分向線駛入來向車道的行為，其僅被法院認為係有過失，而於賠償義務之繼承人主張酌減時，法院復又將此行為認定為係「重大過失」，另外參酌賠償義務之繼承人有財產之事實，而認為無法依民法第 218 條酌減賠償義務。又，法院似認為，賠償義務之繼承人將承受行為人之重大過失，而無法受有酌減之利益。

¹⁹⁰ 最高法院，93 年度台上字第 616 號判決，其原審見解，裁判日期：民國 93 年 3 月 26 日。

¹⁹¹ 臺灣高等法院，93 年度重上字第 28 號判決，裁判日期：民國 93 年 8 月 31 日。

¹⁹² 臺灣高等法院，88 年度上易字第 94 號判決，裁判日期：民國 88 年 8 月 31 日。

¹⁹³ 臺灣高等法院，92 年度上字第 199 號判決，裁判日期：民國 92 年 9 月 17 日。

¹⁹⁴ 臺灣高等法院，89 年度重上字第 4 號判決，前註 182。

前揭各國法制下，所發展法院決定是否進行酌減時，各種得納入考量之事由，在我國法之解釋上亦得加以參考。首先為被害人之經濟狀況，蓋倘損害賠償權利人將因法院酌減其受償之權利，生計反將受有重大影響時，此時仍應優先保障損害賠償權利人，如縮減酌減之程度，甚至不得對損害賠償義務進行酌減。

（二）責任之種類、被侵害法益受保護之強度

此外，責任之種類，亦為法院斟酌是否行使酌減權時，得納入考量之對象。如損害賠償義務人之責任基礎，係基於無過失責任之規定（如第一七四條不適法無因管理之責任）負賠償責任，而其實際上亦無過失時，解釋上將能受有較多酌減之機會。此外，被侵害之法益受保護之強度，亦影響賠償數額被酌減之可能。此諸如相較於對於非財產上之損害，財產上之損害賠償其數額較容易受到法院之酌減。又賠償義務人依法應投保責任保險而未投保，或未投保至法定之數額時，致使賠償責任重大影響其生計時，雖然民法第二百十八條並未如荷蘭民法將其列為排除酌減之事由，惟解釋上不妨認為，於法院審酌是否行使酌減權時，其將因此受有較少的酌減可能或酌減幅度。

（三）損害預見及避免可能性

本文以為，無論法院是於審酌是否行使酌減權，或於決定酌減數額上，均不宜取決於賠償義務人之過失程度，否則將陷於過去「賠償數額與過失程度相符」之立法例下，民事賠償與刑事懲罰不分之疑慮。相較之下，將損害賠償義務人對於損害之預見及避免可能性納入考量，使損害其預見及避免可能性較小者，或損害賠償義務人已經致力於避免損害者，受有較大的酌減可能性，毋寧是較客觀的考量事由。

在是否「行使酌減權」上，過去法院實務中，有以「損害之數額」與「賠償義務人履行契約所生之收益」間是否合乎比例，來審酌是否就賠償數額進行酌減之見解¹⁹⁵，其使僅因輕微的過失行為，致生巨額之損害數額的極端案例，將因此能有調整之空間。實務此等解釋，雖於酌減權之發生上仍以保障賠償義務人之生計考量為斷，然就酌減權之行使與否及酌減之範圍，操作上卻與「賠償義務人履行契約所生之收益」發生相當程度之牽連，實際上仍是進行衡平判決及一般性的酌減。產生巨額之損害數額之案例事實，賠償義務人對於瞬間之損害行為所造成之損害範圍往往無預見可能，亦無法控制損害範圍之擴大，即避免可能性極小。對此，如能以損害之預見可能性及避免可能性，作為法院發動酌減權及決定酌減範圍之考量事由，毋寧較為合理。

六、酌減之效果

損害賠償數額，經法院依民法第二百十八條酌減後，即產生實體法上之效果，損害賠償義務人

¹⁹⁵ 臺灣高等法院，93年度重上更（1）字第11號判決中，裁判日期：民國93年7月27日。於本案中，合夥組織之賠償義務人依承攬契約，為損害賠償權利人之核電廠進行修繕工程，於載運所清理之廢土時，卡車煞車失靈撞上電纜托架設備，致發電設備跳脫或須以手動停機檢查，損害賠償權利人依工程承攬契約，請求增加成本之損失。法院認定損害賠償權利人扣除與有過失後，本得請求約三千六百八十四萬元之損害賠償，然工程款僅三百八十八萬元，損害賠償義務人「縱有獲利亦屬不多，若令其賠償三千多萬元，對其生計顯有重大影響」，另外損害之發生非於故意或重大過失所致，故其「抗辯應依上開規定（民法第218條）減輕賠償金額，亦屬可取」，且法院認定損害之發生，並非出於駕駛之故意或重大過失所致，「經審酌一切情狀後，應認為酌減二分之一為適當」，而將應賠償金額酌減至約一千八百四十二萬元。

之賠償義務將因之縮減，且經縮減之部分即歸於消滅，其並非產生損害賠償義務人其抗辯權或暫時拒絕履行之效果。即便損害賠償義務人日後經濟情形改善，損害賠償請求權人亦無從再行請求履行經酌減部分之權。我國學說上多採此見解¹⁹⁶。故而，法院考量是否行使酌減權時，值得參酌揭前東德民法規範及瑞士、荷蘭學說之見解，即應將損害賠償義務人未來經濟狀況之發展納入考量。

陸、結 論

一、比較法上之觀察

在民法之損害賠償規範中，於特定之情形下授予法院酌減損害賠償數額之想法，濫觴於二十世紀初的瑞士債務法，其並在比較法上發生相當大的影響力。各國後來制定或修正民法時，包括多數北歐、東歐國家、西歐的荷蘭、葡萄牙，均採取此一立法例，「酌減條款」蔚為潮流。「酌減條款」並為未來歐洲民事法律整合工作之幾部重要學界草案，及 2005 年奧地利民法損害賠償法制修正草案所採，成為其共同的立法取向。我國於 1929 年制定民法時，即採取了「酌減條款」之規範模式，在構成要件上相當程度地係參考了 1911 年瑞士債務法第四四條第二項之規範。此係為立法者為兼顧損害賠償義務人生計，避免「全數賠償」原則之僵化，所做出的選擇。

在「酌減條款」之立法技術上，各國均選擇透過法院之公權力，由其行使酌減權之方式來介入，來使部分賠償義務歸於消滅，而不選擇使義務人得依法加以抗辯，或授予其得拒絕給付之抗辯權的規範方式。而各國採取「酌減條款」之背景，或有因為在民法侵權行為之法制中，大量引進危險責任之規範，或有因為對於未成年人及心神喪失者，規定其不因之免除賠償責任，故有同時引進「酌減條款」之必要，以緩和前揭規範之嚴苛。然各國選擇導入「酌減條款」之規範模式時，背後共同不變的想法，為在透過程序法上查封、執行禁止、破產法制之規範外，實體法上也須就賠償義務人之生存能力加以保障，使實體法上損害賠償請求權所能請求之數額，實際上須以不影響賠償義務人之生存為界。此將使損害賠償義務人未達到查封、執行禁止之界限或申請破產之標準前，其生存已先透過「酌減條款」而受到保障，程序法與實體法在功能上將能因此產生互補之效。惟損害賠償義務人將因損害事件而進入破產程序者，如前述瑞士學說及歐洲侵權行為原則之註釋所強調者，此時仍應以破產程序行之。

而此等透過授予法院酌減權，來保障賠償義務人生存，有其公益的考量。法院於法定之情形下所進行之酌減，係立法者經法益權衡後，決定須由損害賠償請求權人承擔之「特別犧牲」，此可謂損害賠償請求權「社會拘束」的表現。於責任保險尚未普及之損害種類，或破產或債務清理法制尚未完臻的法制條件下，「酌減條款」之存在，將對於賠償義務人之生存具有重要意義。

二、我國規範及實務之檢討與展望

依我國民法第二百十八條之酌減條款，對賠償數額進行酌減，具有例外性格，蓋損害賠償權利

¹⁹⁶ 學者史尚寬，前註 171，頁 305，其援引瑞士債務法上之學說（Oser, Komm. B V, S. 320，即本文前所引之 Oser/Schönenberger (Fn. 52), OR Art. 44 Rdnr. 14），而採此見解。而此一學說迄今仍為瑞士學說上之通說，參見本文「肆、二、（一）、2.」。同此說者：黃立，前註 172，頁 388；孫森焱，前註 176，頁 454。不同見解，認為得依情事變更之規定（民法第 227 條之 2），請求增加始較妥當者：邱聰智，前註 176，頁 369 以下。

人本有全數受償之權利。故在解釋上及實務操作上，應當避免法院因酌減權之取得，而進行一般性的酌減，造成衡平判決的危險。各國於導入酌減條款之規範時，在構成要件之設計上，亦朝此方向進行。較新的立法例如北歐各國、荷蘭之民法及目前歐洲民事法律統合之學界草案，多採取稍具彈性之酌減事由作為酌減要件。而我國酌減事由發生之「積極要件」，僅限於損害賠償將對於賠償義務人之生計造成重大影響此一情形，在比較法上屬最嚴謹之高度控制，除保有於個案中能進行酌減之可能性外，亦能避免法院之酌減陷於浮濫。

惟我國民法第二百十八條酌減事由發生之「消極要件」，其排除範圍過大，將出於故意及重大過失之行為一律排除其酌減可能，除實務上有讓一切過失都變成重大過失之危險外，這樣鋸箭式的立法，使出於故意或重大過失造成損害事件之行為人，無論損害事件之具體事實為何，縱賠償將對其生計造成重大影響，仍須為全數賠償，等於變相受有無法酌減之懲罰。究其實際，此仍係以行為人之主觀要素來決定賠償範圍，過去民事去刑罰化的努力，在此並未被貫徹。賠償數額須與過失程度「相符原則」之規範模式，仍以另一種形式，殘存在民法第二百十八條條文中。如欲貫徹第二百十八條對於行為人生存保障之規範目的，本文建議，宜仿多數國家較新的立法例，將這樣的消極要件加以刪除，使法院得依個案決定，是否要對出於故意或重大過失之損害事件其賠償數額進行酌減，或仿芬蘭害賠償責任法之模式，即便是面對出於故意之行為，讓法院在個案中仍能有機會例外地酌減其賠償數額。

民法第二百十八條在我國實務上，雖然實例不多，但並非僅是「紙上的法條」而已。其將出於故意及重大過失之行為，一律排除其酌減可能，造成其適用範圍不當地被窄化，故有先天結構上之缺失。儘管法院行為空間將因此受限，然過去多數的實務也顯示，只要法院酌減權限能依法發生，法院多能致力於避免使過於嚴厲之損害賠償數額，對於損害賠償義務人造成生存毀滅之效果。申言之，於酌減之積極事由存在且無消極事由時，是否進行酌減，本屬法院之權限，法院本得不予酌減，然過去實務大致上仍未出現「抗拒酌減」之傾向。由於我國法院實務多能致力於保障賠償義務人生存，使「酌減權」實際運作之結果，某種程度上已經成法院之「酌減義務」。

惟少數的實務見解卻也顯示了，民法第二百十八條在實務運作上，仍有被法院扭曲，而發生擴大適用或擴大不適用之潛在危險。在是否「發生酌減權限」之層次上，過去實務法院在認定事實時，不乏有將一切過失均認定為重大過失，使酌減權限當然不發生，從而無庸審酌是否進行酌減的實例。概念上亦可想像，法院於審酌酌減權發生之積極要件時，將因採取過高或過低之標準，使一切對於生計之影響，均成為重大影響或都不是重大影響，使酌減權將輕易發生或難以發生。

整體而言，我國法院過去運用民法第二百十八條，致力於保障賠償義務人生存，並避免損害賠償請求權行使，個案中造成不公平或難以接受之結果的努力，值得肯定。就損害賠償數額之決定上，仍應持續注意民法第二百十八條於法院實務之運作，其不應該演變成一般性的衡平判決或法院一般性的酌減，亦不應該演變成法院一般性的不酌減，蓋前者將根本動搖損害賠償制度的責任基礎，使衡平成為責任基礎，後者將完全忽視規範目的對於賠償義務人生存保障之要求，使立法者所堅拒的「全數賠償或根本不負賠償責任原則」，實質上導入我國，而與國際間民事法律之發展漸行越遠。

參考文獻

一、中文部份

- 王澤鑑 (2005)。〈損害賠償法之目的：損害填補、損害預防、懲罰制裁〉，《月旦法學雜誌》，123 期，頁 207。台北：元照。
- 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/>，最後瀏覽日：2006/11/01。
- 史尚寬 (1954)。《債法總論》。自版。
- 史尚寬 (1960)。《債法各論》。自版。
- 法務部編印 (1990)。《民法研究修正實錄：債編部分 (一)》。台北：法務部。
- 邱聰智 (2003)。《新訂民法債編通則 (上)》，新訂 1 版。自版。
- 邱聰智著、姚志明校訂 (2002)。《新訂債法各論 (上)》。台北：元照。
- 孫森焱 (2001)。《民法債編總論 (上)》，修訂版。自版。
- 馬維麟 (1996)。《民法債編註釋書 (二)》。台北：五南。
- 國立台灣、政治大學判例研究委員會編纂 (1976)。《中華民國裁判類編，民事法》。台北：正中。
- 梅仲協 (1958)。《民法要義》，台新 5 版。自版。
- 陳計男 (2006)。《破產法論》，修訂 3 版。台北：三民。
- 最高法院判例編輯委員會編輯 (1983)。《民國十六至六十八年最高法院判例要旨 (上)》。台北：最高法院。
- 曾隆興 (2004)。《詳解損害賠償法》。台北：三民。
- 黃立 (1999)。《民法債編總論》，2 版。台北：元照。
- 鄭玉波 (1990)。《民法債編總論》，13 版。台北：三民。
- 鄭玉波 (1992)。《民法債編各論 (上)》，15 版。自版。

二、外文部份

- Adomeit, Klaus /Frühbeck, Guillermo (2001), Einführung in das spanische Recht, 2. Aufl., München: Beck, 2001
- Basler Kommentar (2003), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, OR I, 3. Aufl., Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003 (zit.: Basler Kommentar)
- Berner Kommentar (1998), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VI/1/3/1, 2. Aufl., Bern: Stämpfli, 1998 (zit.: Berner Komm.)
- Bogdan, Michael (ed.) (2000), Swedish Law in the New Millennium, (1st edn., Stockholm: Norstedts Juridik, 2000)
- Brüggeheimer, Gert (2006), Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Berlin: Springer, 2006
- Bundesamt für Justiz (Hrsg.) (2000), Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkomentar, Bern, 2000, abrufbar unter:

- <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.html> (zuletzt besucht am 1. 11. 2006)
- Bundesamt für Justiz* (Hrsg.) (2004), Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Bern, 2004, abrufbar unter: <http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.html> (zuletzt besucht am 1. 11. 2006)
- Bundesminister der Justiz* (Hrsg.) (1992), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln: Bundesanzeiger, 1992
- Canaris, Claus-Wilhelm* (1987), Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S. 993
- Chorus, J. M. J. et al.* (eds.) (1999), Introduction to Dutch Law (3rd edn., The Hague: Kluwer Law International, 1999)
- Dahl, Børge et al.* (eds.) (1996), Danish Law in a European Perspective, 1996 (1st edn., Copenhagen: Gad Jura, 1996)
- Deutsch, Erwin* (1996), Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln: Heymann, 1996
- Eörsi, Gyula* (1963), Die Zivilrechtliche Verantwortlichkeit im ungarischen Zivilgesetzbuch, in: Eörsi, Gyula /Mádl, Ferenc (Hrsg.), Das Ungarische Zivilgesetzbuch im fünf Studien, Budapest: Akadémiai Kiadó, 1963, S. 261
- Esser, Josef* (1970), Schuldrecht, Bd. I AT, 4. Aufl., Heidelberg: Müller, 1970
- European Group on Tort Law* (ed.) (2005), Principles of European Tort Law – Text and Commentary (Wien: Springer, 2005)
- Gandolfi, Giuseppe* (éd.) (2002), Académie des Privatistes Européens, Code Européen des Contrats, Avant-projet I – 1, Milano: Giuffrè, 2002
- Giese, Ernst /Vondřichová, Eva* (2004), Bürgerliches Gesetzbuch, in: Tschechische Wirtschaftsgesetze, 6. Aufl., Praha: Beck, 2004, S. 1
- Gleerup, Anne et al.* (2002), An Introduction to Danish Law, (1st edn., Allingaaabro: Forlaget Drammelstrupgaard, 2002)
- Griss, Irmgard* (2005), Der Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2005, S. 273
- Griss, Irmgard /Kathrein, Georg /Kozioł, Helmut* (Hrsg.) (2006), Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien: Springer, 2006
- Gschnitzer, Franz /Faistenberger, Christoph /Barta, Heinz /Eccher, Bernhard* (1998), Österreichisches Schuldrecht, BT und Schadenersatz, 2. Aufl., Wien: Spriger, 1988
- Guhl, Theo* (Hrsg.) (1991), Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl., Zürich: Schulthess, 1991
- Haanappel, P. P. C. /Mackaay, Ejan* (eds.) (1990), New Netherlands Civil Code (property, obligations and special contracts) (Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990)
- Harrer, Friedrich* (1999), Schadenersatzrecht, Wien: Orac, 1999
- Hartkamp, Arthur S.* (1992), Judicial Discretion under the New Civil Code of the Netherlands, The

- American Journal of Comparative Law, Vol. 40, 1992, p. 551
- Hellner, Jan* (1974), The New Swedish Tort Liability Act, The American Journal of Comparative Law, Vol. 22, 1974, p. 1
- Hellner, Jan* (1981), Consequential Loss and Exemption Clauses, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 1, 1981, p. 13
- Hochloch, Gerhard* (1981), Allgemeines Schadensrecht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln: Bundesanzeiger, 1981, S. 375
- Houdius, Ewoud /van Dam, Cees* (1993), Landesberichte Niederlande, in: von Bar, Christian(Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln:Heymann, 1993
- Jauernig, Othmar* (Hrsg.) (2004), BGB, 12. Aufl., München: Beck, 2007
- Keller, Alfred*(1979), Haftpflicht im Privatrecht, 4.Aufl., Bern:Stämpfli, 1979
- Koch, Daniel* (2001), Die gesamtrevision des schweizerischen Haftpflichtrechts, ZEuP 2001, S. 753
- Kötz, Hein /Wagner, Gerhard* (2006), Deliktsrecht, 10. Aufl., München: Wolters Kluwer Deutschland, 2006
- Koziol, Helmut* (1996), Das niederländische BW und der Schweizer Entwurf als Vorbilder für ein künftiges europäisches Schadenersatzrecht, ZEuP, 1996, S. 587
- Koziol, Helmut* (1997), Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. I AT, 3. Aufl., Wien: Manz, 1997
- Koziol, Helmut* (2004), Die „Principles of European Tort Law“ der „European Group on Tort Law“, ZEuP 2004, S. 234
- Koziol, Helmut /Welser, Rudolf* (1995), Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 10. Aufl., Wien: Manz, 1995
- Lamberg, Pál* (1960), Zivilgesetzbuch der Ungarischen Volksrepublik, Budapest: Corvina, 1960
- Lando, Ole /Beale Hugu* (eds.) (2000), Principles of European Contract Law, Parts I and II (The Hague: Kluwer Law International, 2000)
- Lando, Ole /Clive, Eric /Prüm, André /Zimmermann, Reinhard* (eds.) (2003), Principles of European Contract Law, Part III, (The Hague: Kluwer Law International, 2003)
- Lane, Alexander* (2004), Zivilgesetzbuch, in: Polnische Wirtschaftsgesetze, 6. Aufl., Warszawa: Beck, 2004, S. 1
- Lange, Hermann* (1960), Gutachten, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Tübingen: Mohr, 1960
- Lange, Hermann* (1990), Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen: Mohr, 1990
- Lange, Hermann /Schiemann, Gottfried* (2003), Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 2003
- Lebwohl, Gerhard* (1966), Das Zivilgesetzbuch von 1964 und Familiengesetz von 1963 der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik, Berlin: Osteuropa-Institut, 1966
- Lødrup, Peter /Hagstrøm, Vitto* (1993), Landesberichte Norwegen, in: von Bar, Christian (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993
- Magnus, Ulrich* (2004), Vergleich der Vorschläge zum Europäischen Deliktsrecht, ZEuP 2004, S. 562

- Medicus, Dieter* (1992), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 1992, S. 36
- Medicus, Dieter* (2000), Allgemeines Schadensrecht, in: Canaris, Claus-Wilhelm /Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I Bürgerliches Recht, München: Beck, 2000, S. 201
- Medicus, Dieter* (2006), Schuldrecht I, AT, 16. Aufl., München: Beck, 2006
- Ministerium der Justiz* (Hrsg.) (1985), Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, 2.Aufl., Berlin:Staatsverlag, 1985
- Münchener Kommentar (2003), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, 4. Aufl., München: Beck, 2003 (zit.: MünchKomm/Bearbeiter)
- Nieper, Franz /Westerdijk, Arjan. S.* (Hrsg.) (1995), Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 6, Bücher 7 und 7A, Series of Legislation in Translation 7, München: Beck /The Hague: Kluwer Law International, 1995
- Nørgaard, Jørgen /Vagner, Hans Henrik* (1993), Landesberichte Dänemark, in: von Bar, Christian (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993
- Oftinger, Karl* (1975), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I AT, 4. Aufl., Zürich: Schulthess, 1975
- Oftinger, Karl /Stark, Emil W.* (1995), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I AT, 5. Aufl., Zürich: Schulthess, 1995
- Patti, Salvarore* (2004), Kritische Anmerkungen zum Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuches, ZEuP 2004, S. 118
- Peuster, Witold* (2004), Código Civil, Das spanische Zivilgesetzbuch, Frankfurt am Main: Edition für internationale Wirtschaft, 2002
- Pöyhönen, Huha* (ed.) (1993), An Introduction to Finnish Law, 1993 (Helsinki: Finnish Lawyers' Publishing, 1993)
- Ray, Heinz* (2003), Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 2003
- Reischauer, Rudolf* (2006), Reform des Schadenersatzrechts?, in: Reischauer, Rudolf /Spielbüchler, Karl /Welser, Rudolf (Hrsg.), Reform des Schadenersatzrechts, Bd. II, zum Entwurf einer Arbeitsgruppe, Wien: Manz, 2006, S. 23
- Ring, Gerhard /Olsen-Ring, Line* (1999), Einführung in das skandinavische Recht, , München: Beck, 1999
- Roberto, Vito* (1997), Schadensrecht, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1997
- Roberto, Vito* (2002), Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich: Schulthess, 2002
- Santdiuenge, Josep* (1993), Landesberichte Spanien, in: von Bar, Christian (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993
- Sims, N.* (2000), Recent Codifications, Código Civil, Supplement to: van Gerven, Walter /Lever, Jeremy/Larouche, Pierre, Tort Law, Common Law of Europe Casebooks (Oxford: Hart Publishing, 2000), under: <http://www.law.kuleuven.be/casebook/tort/heading1.4.5.pdf> (visiting: 1. 11. 2006)
- Soergel Kommentar (1990), Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2/1, 12. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer, 1990 (zit.:

Soergel/Bearbeiter)

Sohst, Wolfgang (2003), Das spanische Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl., Berlin: Xenomos, 2003

Spier, Jaap (1996), How to Keep Liability Within Reasonable Limits? A brief outline of Dutch law, in: Spier, Jaap (ed.), The Limits of Liability – keeping the floodgates shut, p. 93 (The Hague: Kluwer Law International, 1996)

Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.) (1960), Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, Tübingen: Mohr, 1960; *dies.* (1962), Bd. II, 1962

Staudinger Kommentar (1983), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 243-254, 12. Aufl., Berlin: Sellier-de Gruyter, 1983; *ders.* (2005) §§ 249-254, Neubearbeitung, 2005; *ders.* (2003), §§ 826-829, Neubearbeitung, 2003 (zit.: Staudinger/Bearbeiter)

Stoll, Hans (1970), Die Reduktionsklausel im Schadensrecht aus Rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 1970, S. 481

Surakka, Aapo (2000), Access to Finnish Law (1st edn., Helsinki: WSOY, 2000)

Tallon, Denis (1993), The new Dutch Civil Code in a comparative perspective – a French view-point, *European Review of Private Law (ERPL)* 1993, p. 189

The Netherlands Ministry of Justice (ed.) (1977), The Netherlands Civil Code, Book 6 The Law of Obligations, draft text and commentary (Leyden: Sijthoff International, 1977)

UNIDROIT (ed.) (1994), Principles of International Commercial Contracts (Rome: UNIDROIT, 1994)

UNIDROIT (ed.) (2004), UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 (Rome: UNIDROIT, 2004)

von Bar, Christian (1996), *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Bd. I, München: Beck, 1996; *ders.* (1999), Bd. II, 1999

von Bar, Christian (Hrsg.) (1993), *Deliktsrecht in Europa*, Köln: Heymann, 1993

von Bar, Christian /Drobnig, Ulrich (2004), The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europa, a comparative study (München: Sellier. European Law Publisher, 2004)

von Bar, Christian /Rogge, Ingo (1996), Limitation and Mitigation in German Tort Law, in: Spier, Jaap (ed.), The Limits of Liability – keeping the floodgates shut, p. 17 (The Hague: Kluwer Law International, 1996)

von Tuhr, Andreas /Peter, Hans (1979), *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. I, 3. Aufl., Zürich: Schulthess, 1979

Vondracek, TH. J. (1988), *Commentary on the Czechoslovak Civil Code* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1988)

Widmer, Pierre /Wessner, Pierre (1999), Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Erläuternder Bericht, Bern, 1999, abrufbar unter: [http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/ haftpflicht.html](http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.html) (zuletzt besucht am 1. 11. 2006)

- Witte, Hennig* (1993), Landesberichte Schweden, in: von Bar, Christian (Hrsg.), Deliktsrecht in Europa, Köln: Heymann, 1993
- Zimmermann, Reinhard* (2004), Principles of European Contract Law and Principles of European Tort Law: Comparison and Points of Contact, in: Koziol, Helmut /Steininger, Barbara C. (eds.), European Tort Law 2003, p. 2 (Wien: Springer, 2004)
- Zürcher Kommentar (1929), Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V OR, 1. Halbband, 2. Aufl., Zürich: Schulthess, 1929 (zit.: Zürcher Kommentar)
- Zweigert, Konrad /Kötz, Hein* (1996), Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 1996

摘 要

依我國民法第二百十八條之規定，如全數賠償將對於賠償義務人之生計造成重大影響時，法院得酌減損害賠償數額。此一「酌減條款」之規定，係繼受自瑞士債務法第四四條第二項。本文首先就不同法律體系下對於損害之數額確定後，決定賠償數額之規範模式，及就採取「酌減條款」之必要性加以分析。其次，本文比較分析瑞士債務法、荷蘭 1992 年民法新法、東歐及北歐各國、目前整合中之歐洲侵權行為法及契約法學界草案中，所採納酌減條款其制定背景及酌減之要件。本文並分析解釋我國民法第二百十八條之「酌減條款」其應具有之內涵，在思考層次上並就「酌減事由之存在」（法院「酌減權之發生」）與法院「酌減權之行使」此二概念加以區別。我國民法第二百十八條條文排除了出於故意或重大過失之損害事件，賠償義務人受有酌減之可能，與本條保障賠償義務人生計之規範目的不一致，且在比較法上相對而言嚴格。本文於檢視近年之案例後，發現我國法院實務仍有擴張適用前揭排除酌減要件之傾向。與此相對者，法院應避免運用此一條款進行一般性的酌減，以免動搖損害賠償制度之責任基礎。

Commentary on the Mitigation of Full Compensation of the Courts : A Comparative Study of the Reduction Clauses in the Civil Codes of European Countries and the Art. 218 Civil Code of Taiwan

Yi-Tien Lin^{*}

Abstract

According to the Art. 218 Civil Code of Taiwan, it grants courts the power to reduce the amount of compensation, if the awarding full compensation would lead to substantial influence on existence ability of the compensation debtors. This reduction clause was adopted from the Art. 44 para. 2 of the Swiss Code of Obligations of 1912. The first contest of this article is using the comparative studies to analyze how different legal systems decide the amount of compensation, after the sum of damages has been confirmed, and explaining the necessity of introducing the reduction clauses into the civil codes. The next part of this article is to analyze the background and the conditions of provisions in the countries, which grant the power to the courts to reduce the amount of compensation. Among them are the Swiss Code of Obligations, the new Civil Code of the Netherlands of 1992 and the provisions in the eastern European and Scandinavian countries. The new academic drafts to integrate the European tort and contract law are also included. In the final part, the conditions of mitigation from the courts according to the Art. 218 Civil Code of Taiwan will be analyzed. This article clarifies object of this provision, distinguishes “the existence of the mitigation reasons” from “the discretion of the courts to exercise this mitigation power” and explains the content of suitable conditions. The exclusion of the mitigation power to the courts in the present Art. 218 Civil Code of Taiwan, provided the damage was caused willfully or by gross negligence, is not consistent with the purpose of this provision, i.e. to maintain the existence ability of the compensation debtors. This is relatively strict from the view-point of comparative law. After analyzing the recent cases and opinions of the courts in the past, this article finds on one hand the potential trends of the courts to expand the exclusion in the Art. 218 Civil Code of Taiwan. On the other hand the courts should also prevent a general equitable mitigation, because this will undermine the foundation of the liability.

Keywords: damage, compensation, full compensation, all or nothing principle, reduction clause, mitigation of compensation, reduction of damages, Art. 218 Civil Code of Taiwan, the Swiss Code of Obligations, the Dutch Civil Code, Principles of European Tort Law, draft of the European Contract Code, existence ability of the debtors, equitable circumstances

^{*} Assistant Professor of Law, National Cheng-Kung University, Dr. iur. of the University of Mainz, Germany (2006)