

界，發現知識，並自由行事，故在私法自治中承認人可以自我決定、自我負責，但也因此只著眼於人具有抽象的理性，而不去關注個人具體上的地位跟處境，或整體生活在社會上的人，例如消費者跟企業經營者締約實力之差距，若以「人有理性」的理由而要一概要求消費者自我負責，有失公允，因為現實生活遠比我們抽象對於人的想像更加複雜、更加多元，其乃「活生生的人」，故我們開始由抽象的理性人看向具體的理性人，去調整及修正，以求實質之公平正義。

### (一) 契約自由與契約正義：

契約自由原則建立在人性尊嚴的普世價值上，為個人形成自我、發展自我所不可或缺<sup>10</sup>。其內容包含締約自由、相對人選擇自由、方式自由、內容自由、變更自由、結束自由。惟隨著社會發展，資本主義崛起，契約自由成為經濟上優勢之一方壓迫經濟上弱者之工具，故如何保護典型經濟上弱者，成為當今契約法發展之主軸，並開始轉向契約正義，著重於內容控制與程序正義<sup>11</sup>。

契約正義除了消費者保護法詳細規定之定型化契約條款相關規定外，尚有強制締約為避免契約自由之濫用或照顧他方當事人之正當利益，而對於契約自由之限制，以我國法為例得分為兩種類型：第一種

---

10 大法官釋字第576號解釋：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第22條所保障其他自由權利之一種。」陳自強，前揭註3，頁146-149。

11 陳自強師謂：「契約自由，從民法的基本原則，成為眾人唾棄的對象，在典型經濟上弱者，特別是消費者保護的無上價值命題下，契約自由似乎逐漸消聲匿跡，正是契約正義。」惟其又謂：「限制契約自由、強調契約正義的同時，似乎也應該尊重契約自由的基本理念，不應使人民成為被監護的對象，而應教育人民，使成為成熟的權利義務關係主體。」，令人印象深刻，前揭註3，頁147-150。亦有學者謂應注意避免家長式干涉主義（paternalist ideology），說明契約自由與契約正義拉扯之難題，蘇惠卿（2018），〈從契約自由原則論航空公司拒載旅客之爭議〉，《臺灣海洋學報》，26期，頁52。

乃直接基於法律之明文規定，第二種乃間接基於法律之一般規定，前者多規範於特別法中；後者於民法中特別需要注意的是可能基於民法第184條第1項後段成立侵權責任，再依民法第213條第1項應回復他方損害發生前之原狀，而成立強制締約<sup>12</sup>。

### 冰杰碎碎念

德國實務早期於認定相當於我國民法第184條第1項後段侵權時，係以拒絕締約者有無壟斷地位，致他人只能與其締約為標準；近來則以拒絕締約者，是否負有提供公眾生活必需品（如飲水、藥品等）之義務<sup>13</sup>；而德國為轉化歐盟指令，於2006年制定「一般平等對待法」，賦予一定情形下於私法關係中差別待遇之救濟權利，詳細內容參考本書「專題研究：私法自治與反歧視」。

### 最高法院110年台上字第217號民事判決

按所謂強制締約，指個人或企業負有應相對人之請求，與其訂立契約之義務，對相對人之要約，非有正當理由不得拒絕承諾。其類型有二，一為直接強制締約，即法律對之設有明文規定者，如郵政法第19條、電信法第22條、電業法第47條第3項、自來水法第61條、醫師法第21條、獸醫師法第11條等規定。二為間接強制締約，即法律雖未設明文規定，如居於事實上獨占地位而供應重要民生必需品者，應類推適用上開現行法郵、電、自來水等規定情形而認其負有與用戶締約之義務；或拒絕締結契約構成故意以背於善良風俗之方法加損害於他人之侵權行為者，均屬之。強制締約制度之主要目的在合理限制契約自由，避免契約自由之濫用或誤用，以維護經濟利益及當事人間地位之實質自由與公平，是其為契約自由之補充原理，倘無上開情形，仍應回歸契約自由原則。

<sup>12</sup> 詹森林（1993），〈私法自治原則之理論與實務——臺灣法制發展情形〉，《國立臺灣大學法學論叢》，22卷2期，頁11-13，1993年6月。

<sup>13</sup> 詹森林，前揭註12，頁13。

## (二)所有權絕對化與所有權社會化：

自法國大革命以來，「所有權神聖不可侵犯」及「行使權利不受限制」的觀念曾經極盛一時，即個人所有權神聖不可侵犯，權利行使與否，屬於個人之自由，國家不得干涉，此原則具體表現在所有權之絕對性與繼承權<sup>14</sup>。但隨著時代進步，人與人之間交往日漸頻繁，並關注整體社會的發展，此觀念逐漸受到修正，例如相鄰關係（§ 773參照）、財產權之社會性義務等（釋字第564號參照）即展現此意旨<sup>15</sup>。

## (三)過失責任與危險責任：

侵權行為法本質上乃被害人權利保護與行為人行為自由之拉扯，為維護個人活動之自由，避免動輒得咎，民法在侵權行為法方面，原則上採取過失責任主義；此外，僅以該行為係出於自由意思發動之情形，始負賠償責任，縱係自己的行為，若非出於其自由意思（故意、過失），個人原則上亦不負賠償責任，此乃尊重個人意思理論之當然結論<sup>16</sup>。但隨著工業進步、醫學發達、科技日新月異，在現代型意外事件中被害人往往難以舉證，不該將此不利益之風險交由被害人承擔，故發展出無過失責任（§ 191-3參照）<sup>17</sup>。

### 冰杰碎碎念

陳自強教授認為，面對現代科技危險，採取無過失責任並非唯一選

<sup>14</sup> 楊崇森（1962），〈私法自治制度之演進〉，《法學叢刊》，7卷3期，頁59。

<sup>15</sup> 大法官解釋第564號解釋：「此項限制究至何種程度始逾人民財產權所應忍受之範圍，應就行為之目的與限制手段及其所造成之結果予以衡量，如手段對於目的而言尚屬適當，且限制對土地之利用至為輕微，則屬人民享受財產權同時所應負擔之社會義務，國家以法律所為之合理限制即與憲法保障人民財產權之本旨不相抵觸。」可參考張永健（2018），〈財產權的限制與補償：新理論分析框架〉，《人文及社會科學集刊》，30卷4期；陳聰富（2020），《民法總則》，元照，頁14-15。

<sup>16</sup> 陳聰富，前揭註15，頁59。

<sup>17</sup> 陳聰富，前揭註15，頁16。

擇。世界各國侵權行為法之發展，亦朝擴張或修正傳統侵權行為法之方向邁進，中間責任、過失客觀化、表見證據法則、事實推定原則等，均為此一趨勢之明證。而我國法第191條之3並非純正無過失責任，應屬推定過失責任，即中間責任規定，故我國法並未真正確立過失責任與危險責任並重之二元體系，反而仍係以義務違反為中心的侵權責任，乃至於民事責任體系<sup>18</sup>。

## 專題研究 私法自治與男女平等

### 一、司法院釋字第728號解釋認為祭祀公業條例第4條第1項前段合憲：

#### (一)第728號解釋文意旨：

「祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』並未以性別為認定派下員之標準，雖相關規約依循傳統之宗族觀念，大都限定以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，但該等規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於私法自治，原則上應予尊重，以維護法秩序之安定。是上開規定以規約認定祭祀公業派下員，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。」大法官認為規約是設立人與其子孫所為私法上的結社及財產處分，屬於私法自治的範圍，應予以尊重，肯定其效力。惟對於第4條第1項後段：「無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。」則認為本規定應適時檢討修正。

#### (二)陳新民大法官協同意見書：

薩維尼曾謂：「法律首先是靠著風俗與國民信仰，而後靠著法學將之形成習慣法，這些都是如同國家內部寧靜孕育的力量，而不是僅靠著

<sup>18</sup> 陳自強（2011），〈民法侵權行為法體系之再構成——民法第191條之3之體系地位〉，氏著《臺灣民法與日本債權法之現代化》，元照，頁131-149。