

· 最高行政法院 106 年 3 月第 1 次庭長法官聯席會議(106/03/14)

【相關法條】

1. 行政程序法第 149 條(104.12.30)
2. 行政訴訟法第 1 條(103.06.18)
3. 民法第 99、226、232、245、247、250、251、252、253、259、260 條(104.06.10)
4. 臺灣警察專科學校組織條例第 2 條(77.04.29)
5. 警察法第 15 條(91.06.12)
6. 警察教育條例第 2、4、9 條(91.06.05)
7. 中央警察大學臺灣警察專科學校畢業學生服務年限及教育費用賠償辦法第 2、4、8 條(92.01.01)
8. 中央警察大學臺灣警察專科學校養成教育學生公費待遇及津貼辦法第 3 條(92.01.15)
9. 民法第 250 條(88.04.21)
10. 公務人員特種考試警察人員考試規則第 4 條(95.02.27)

【決議】

1. 按「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定。」行政程序法第 149 條定有明文。
2. 民法有關違約金之規定與行政契約不相牴觸，自得準用於行政契約。
3. 警察專科學校為執行確保國家培養警察人員且能及時補充警員人力之行政職務，辦理 95 年專科警員班第 25 期正期學生組行政警察科學生招生，於招生簡章拾口·五載明「前列各科畢業生在 99 年 12 月 31 日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用」，係為確保學生應於 99 年 12 月 31 日前通過警察特考及格並分發任職之義務之履行，經應考錄取並就學者，其性質即屬違約金之約定。
4. 而契約雙方約定之違約金是否相當，須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，為斟酌之標準。
5. 系爭個案中甲未於約定期限內通過警察特考並分發任職，致雙方締約之目的無法達成，而甲僅應返還所受領之公費及津貼，並未為額外之賠償，故其固有財產未遭受剝奪，且甲於就學期間完成警察養成教育取得學位及參加警察特考之應試資格之利益仍然存在，審酌雙方之損益，該違約金之金額並未過高。甲主張雙方約定之違約金過高，請求準用民法規定予以酌減，並無理由。

【法律問題】

考試院於民國 95 年 2 月 27 日修正發布「公務人員特種考試警察人員考試規則」附表一「公務人員特種考試警察人員考試應考資格表」，開放非警察專科學校畢業生具警察特考應試資格。嗣警察專科學校辦理 95 年專科警員班第 25 期正期學生組行政警察科學生招生，於招生簡章拾口·五規定「前列各科畢業生在 99 年 12 月 31 日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用（如附錄十連帶保證書格式）」。甲於 95 年 4 月間報考，經錄取後於 95 年 8 月入學就讀（97 年 6 月畢業），並簽訂連帶保證書，約定願遵照招生簡章規定，在期限前如仍未經警

【高點法律專班】

察特考及格而分發任職，願賠償在學期間之公費待遇及津貼，如未能賠償者，由連帶保證人乙負責賠償。嗣甲未於約定期限前通過警察特考考試，遲至 100 年 12 月始通過考試並任職。警察專科學校訴請甲、乙連帶賠償甲在學期間之公費待遇及津貼。問：

- (一) 警察專科學校與甲間所為「如未於 99 年 12 月 31 日前經警察特考及格而分發任職，應賠償在學期間之全部費用」約定之性質是否為違約金之約定？
- (二) 如約定之性質為違約金之約定，甲主張雙方約定之違約金過高，應準用民法規定，予以酌減，是否有理？

#### 問題（一）

##### 【甲說（否定說）】

1. 警察專科學校招考入學之學生可享受公費及警察養成教育，畢業後得經特考及格而分發任職，惟為確保國家培養警察人才之目的，且能及時補充及增加警察之人力，於 25 期招生簡章上載明「各科系學生畢業後，於 99 年 12 月 31 日前仍未經特考及格，無法分發任職者，應賠償在學期間之全部費用」，作為與接受公費警察教育學生訂立行政契約之準據，核與法律強制或禁止規定無違，自得作為入學公費生與警察專科學校間成立行政契約之內容。
2. 招生簡章上既已載明應履行義務及違反之賠償事由、範圍等，甲並簽署連帶保證書，則該招生簡章之內容即為契約內容，核其內容具體明確，且無損及人民基本權利，復未違反現行法令規定及悖離法秩序價值，訂約當事人均負有履行之義務。
3. 甲既未能於 99 年 12 月 31 日期限屆至時經行政警察人員考試及格分發任職，雙方締約之目的無法達成，構成締約之基礎喪失，甲即喪失受領公費及津貼利益之正當性，本諸誠信原則及契約約定，自應依約履行全額賠償之義務。

##### 【乙說（肯定說）】

1. 中央警察大學臺灣警察專科學校養成教育學生公費待遇及津貼辦法暨中央警察大學臺灣警察專科學校畢業學生服務年限及教育費用賠償辦法並未規範接受該養成教育之學生須於何年限考取並任職，始符合規定，亦未有因此須負賠償責任之明文，凡接受公費待遇及津貼之學生，其主要義務為畢業後持續一段期間擔任警察工作。就「應於何時限考取並任職」之約定內容而言，並非警察專科學校與學生彼此間主要義務之約定。
2. 雖警察專科學校為確保國家培養警察人員且能及時補充及增加警員人力，始於招生簡章為上開約定，亦僅為確保債務之履行，故其約定甲不履行債務時，應賠償在學期間之全部費用，核其性質類如民法第 250 條規定之違約金性質，得準用民法關於違約金之相關規定。

#### 問題（二）

##### 【甲說（否定說）】

1. 警察專科學校與甲締結行政契約，約定由其無償提供公費及生活津貼予甲，其目的在於使甲在學期間免於經濟負擔，專心接受警察養成教育，期能於畢業後，在 99 年 12 月 31 日前通過警察特考及格，適時分派任職補充基層警察之員額，自有責求甲善盡學生職分，在預定年限內考取警察資格之必要性與正當性。
2. 苟甲於期限屆至時仍未通過警察特考及格而分發任職，雙方締約之目的無法達成，甲即喪失受領公費及津貼利益之正當性，本諸誠信原則及契約約定，自應依約履行全額賠償之義務，況其逾期未通過警察特考及格，僅返還原受領之公費及生活津貼，並未對其固有財產

予以剝奪，衡諸甲受領公費津貼，得免費完成警察養成教育，並取得學位及參加警察特考之應試資格，將來經警察特考及格分發任職復提升自己謀生能力及社會經濟地位，增加收入，其因享受公費待遇而獲取之利得倍增，又其服警職，國家尚需對其工作成果給付相當之薪資津貼，無論警察專科學校或國家並無因此獲有財產上之不當利益，自無從減輕甲應負之賠償責任，而將該負擔之賠償金額轉嫁予無辜之全國納稅人承擔。

3. 況不論民法第 251 條或第 252 條規定之適用，均應考量當事人依約定條款履行，是否造成雙方損益不相當之情形，倘無不公平情形，即無適用各該條文以平衡雙方損益之必要。依雙方之契約內容，警察專科學校單方無償給付，甲經警察特考及格而分發任職，並非耗損其財產利益，警察專科學校或國家亦無因此受有財產上之利益，並不符合民法第 251 條規定之要件。
4. 且專科警員班招生簡章拾肆。一所訂之 4 年服務年限，係已任警職者之義務規定，核與同簡章拾口。五所訂畢業生應於一定年限經警察特考及格為警察專科學校預定之給付目的者，事物本質迥異，無從援為畢業生逾期限始取得警察任用資格可比例減輕賠償額之基準。
5. 又民法第 252 條係就當事人原約定之違約金過高之情形為規範，警察專科學校係無償提供公費待遇予甲完成警察養成教育，而以其畢業後 2 年經警察特考及格作為給付之目的，衡諸自 95 年至 100 年歷屆畢業生之錄取率高達 8 成至 9 成之譜，縱使自 95 年考選部開放非警專畢業生具警察特考應試資格之初，確略有下降情形，但旋即回復，並無明顯大幅度減低。
6. 是警察專科學校預定甲於 99 年 12 月 31 日前取得警察任用資格，並無不合理或過當之處，且非加諸財產上之不利益予甲，倘其未於年限內完成警察特考及格亦僅賠償所受公費之同額利益，並無另外剝奪其固有財產，殊難認該約定賠償金額有過高之情形，核無酌減之必要性。
7. 況甲逾期限取得擔任警察職務資格後，其可獲得收入總額亦數倍於該公費金額，警察專科學校徒請求其賠償原來無償受領之同額金額，難謂有顯失公平之情形，若任意予以酌減，將輕啓僥倖之機巧，除對於其他遵守誠信原則，依約履行賠償義務者不公平外，亦無以確保行政上給付目的之實效。

#### 【乙說（肯定說）】

1. 如前所述，甲既未如履行其於 99 年 12 月 31 日期限屆時經警察特考及格而分發任職之約定，警察專科學校依約請求其賠償在學期間之全部費用，自屬有據。
2. 然如前所述，該約定屬違約金約定性質，且甲已於 100 年 12 月間通過考試、迄今仍擔任警察職務，足見其仍有盡考取並服警察職務之義務，此與其他根本未參加或曾參加然嗣後放棄警察特考並服警察職務者之情形，自屬有別，而行政程序法有關行政契約之相關規範，並無違約金之明文規定，應依同法第 149 條準用民法第 251 條、第 252 條之規定，斟酌雙方之利益、損失等情形，酌減前所約定之違約金金額。
3. 第 25 期招生簡章原預定學生應於 99 年 12 月 31 日前考上分發任職，又自該時起服務 4 年，始無需賠償在學期間之教育費用為基準，予以計算該損害賠償之違約金比例為適當。則甲延遲 1 年考取任職，應負 4 分之 1 損害賠償違約金之責任。

## 【表決結果】

問題（一）：採乙說（肯定說）之結論。

問題（二）：採甲說（否定說）之結論。

## 【決議】

如決議文。

研究意見：

第一庭張法官國勳

一、臺灣警察專科學校於民國 95 年專科警員班第 25 期正期學生組行政警察科學生招生簡章（下稱「系爭簡章」）第 13 點第 5 款規定「前列各科畢業生在 99 年 12 月 31 日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用（如附錄 10 連帶保證書格式）」（下稱「系爭條款」）之定性：

（一）系爭簡章為臺灣警察專科學校與報考人間所成立之行政契約：

依警察法第 15 條規定，中央設警察大學、警察專科學校，辦理警察教育。又依警察教育條例第 2 條規定：「（第 1 項）警察教育，分養成教育、進修教育、深造教育；分別由警察學校、警察專科學校、警察大學辦理。（第 2 項）前項學校之組織，另以法律定之。」第 4 條第 1 項前段規定：「警察專科學校設專科警員班，修業年限 2 年，成績及格者，依法取得專科畢業資格。……」第 9 條規定：「（第 1 項）警察專科學校、警察大學受養成教育之學生，得享受公費待遇及津貼；其辦法，由內政部定之。（第 2 項）警察專科學校、警察大學畢業學生，依法任警察官人員，應依規定服務滿一定年限，服務年限未滿者，應賠償在學期間之教育費用；其賠償內容、標準、程序及服務年限期間之辦法，由內政部定之。」立法者依警察教育條例第 2 條第 2 項規定授權所制定之臺灣警察專科學校組織條例第 2 條規定：「臺灣地區設立臺灣警察專科學校（以下簡稱本校），隸屬內政部警政署，依警察教育條例有關規定辦理警察教育；並依專科學校法有關規定，兼受教育部之指導。」

內政部依警察教育條例第 9 條第 1 項規定授權所訂定之「中央警察大學臺灣警察專科學校養成教育學生公費待遇及津貼辦法」（下稱「學生公費待遇及津貼辦法」）第 3 條第 1 款規定：「下列班別學生在校修業期間享受公費待遇及津貼如下：一、中央警察大學四年制各學系、臺灣警察專科學校專科警員班正期學生組學生：服裝費、主副食費、書籍費、平安保險費、見學費、實習費及生活津貼。……」又內政部依警察教育條例第 9 條第 2 項規定授權所訂定之「中央警察大學臺灣警察專科學校畢業學生服務年限及教育費用賠償辦法」（下稱「服務年限及教育費用賠償辦法」）第 2 條第 1 項第 3 款規定：「中央警察大學、臺灣警察專科學校（以下簡稱各校）畢業學生服務年限規定如下：……三、臺灣警察專科學校專科警員班為 4 年。……」第 4 條規定：「各校畢業學生經分發職務後，在服務年限內離職者，應依尚未服務期滿年限之比例，賠償在學期間之教育費用；其無力賠償或無法追繳者，由保證人賠償。」第 8 條規定：「各校服務年限及教育費用賠償規定，應於招生簡章內明定之。」

綜合前揭規定可知，臺灣警察專科學校係為國家辦理各項警察教育而設立，其為辦理警察養成教育所設之專科警員班正期學員組，修業年限為 2 年，學生雖得享受各項公費待遇（包括服裝費、主副食費、書籍費、平安保險費、見學費、實習費）及生活津貼，惟其畢業學生應依法任警察官人員，並依規定服務滿 4 年，如未滿服務年限，則應賠償在學期間之教育費用，且臺灣警察專科學校應於招生簡章內明定上開服務年限及教育費用賠償等規定。

按行政機關基於其法定職權，為達之特定之行政上目的，於不違反法律規定之前提下，自得

與人民約定提供某種給付，並使接受給付者負合理之負擔或其他公法上對待給付之義務，而成立行政契約關係（司法院釋字第 348 號解釋理由書參照）。臺灣警察專科學校為辦理警察養成教育，使其畢業學生能適時投入警察行列為國家執行各項警察職務，以公費警察養成教育之方式培養人才，參酌前揭各項法令規定作為處理是項業務之依據，並作為與接受公費警察養成教育學生訂立行政契約之準據，乃於系爭簡章第 13 點第 5 款、第 14 點第 1 款及第 3 款分別規定「前列各科畢業生在 99 年 12 月 31 日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用（如附錄 10 連帶保證書格式）……」、「本校專科警員班畢業學生服務年限規定為 4 年……」及「本校畢業學生經分發職務後，在服務年限內離職者，應依尚未服務期滿年限之比例，賠償在學期間之教育費用……」，均為確保享受公費待遇之畢業生，依約於 99 年 12 月 31 日前經警察特考及格而分發任職，以適時投入警察行列為國家執行各項警察職務，達成行政目的所必要，亦未逾越合理之範圍。是凡同意系爭簡章內容並報名參加考試者，即係對於臺灣警察專科學校之要約（系爭簡章）所之承諾，而與臺灣警察專科學校成立行政契約，並以系爭簡章為該契約之內容，雙方當事人自應本誠信原則履行契約上之義務，且依行政程序法第 149 條規定，有關行政契約之債務不履行等事項，如該法未規定者，應準用民法之相關規定。

（二）系爭條款之性質屬違約金之約定：

按學理上所謂「違約金」，係當事人為確保債務之履行，約定債務人於債務不履行（包括給付不能、給付遲延及不完全給付）時，應支付之金錢或其他給付。依其性質可分為「懲罰性違約金」及「賠償額預定性違約金」：前者，係以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，於債務不履行時，債權人除得請求債務人支付懲罰性違約金外，並得請求履行債務或不履行之損害賠償；後者，則為當事人預先約定為債務不履行所生損害之賠償額，或為賠償總額或為最低賠償額，一旦有債務不履行之情事發生，債權人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得請求債務人按約定支付違約金。至於當事人間約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之，如無從依當事人之意思認定違約金之種類，則依民法第 250 條第 2 項前段規定視為因不履行而生損害之賠償總額，亦即「損害賠償額預定性違約金」（註一）。

88 年 4 月 21 日修正公布之民法第 250 條規定：「（第 1 項）當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。（第 2 項）違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。」該條第 1 項所規定之「債務不履行」，包括「給付不能」、「給付遲延」及「不完全給付」（立法理由參照（註二））。而該條第 2 項後段，係就「給付遲延」及「不完全給付」而訂定之違約金為特別規定，至於該條第 2 項前段所謂「不履行」，則係除遲延給付及不完全給付以外之情形，包括針對民法第 226 條第 1 項「因可歸責於債務人之事由，致給付不能」或第 232 條「遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得拒絕其給付」之損害預先約定其賠償總額（立法理由參照（註三））。

當事人如約定債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，即為因遲延給付或不完全給付而約定違約金，故債務人如有遲延給付或不完全給付之情事，債權人非僅得請求履行債務，此項違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額（註四）。

違約金既係於債務不履行時始由債務人支付，如債務履行，債務人即可免給付義務，可見違約金契約係在確保債務之履行，有強制履行債務之作用，其性質屬於從契約（註五），且係基於當事人之約定而成立（民法第 250 條第 1 項）。質言之，民法第 250 條所規定之違約金，係屬針對強制債務人履行債務所為之特別規定，是當事人所為之約定，凡符合其法定要件者，即屬違約

金契約，而有民法第 250 條至第 253 條規定之適用。

系爭簡章除於第 14 點第 1 款及第 3 款明定「服務年限及教育費用賠償辦法」第 2 條第 1 項第 3 款及第 4 條所定之服務年限及教育費用賠償等事項外，並以系爭條款約明「前列各科畢業生在 99 年 12 月 31 日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用」，課予畢業生應於 99 年 12 月 31 日前經警察特考及格而分發任職之契約義務，且約定如債務人（畢業生）不於適當時期（99 年 12 月 31 日前）履行債務（經警察特考及格而分發任職）時，即須支付違約金（「賠償」（註六）在學期間之全部費用，視為因不於適當時期履行債務所生損害之賠償總額），顯見系爭條款核屬民法第 250 條第 2 項後段所定之違約金契約。故建議設題（一）採乙說（違約金說）（註七）。

或有論點主張系爭條款為附解除條件之約款，以「畢業生未於 99 年 12 月 31 日前經警察特考及格而分發任職」作為解除條件，當解除條件成就時，行政契約失其效力，畢業生即受有不當得利，而應償還其在學期間之全部費用（註八）。惟按條件乃「法律行為」之附款，指「法律行為」效力之發生或消滅，繫於將來客觀上不確定事實之成就與否，為當事人對其意思表示效力所附加之限制，構成意思表示（法律行為）內容之一部分（註九）。又法律行為是否附有條件，應依實際內容定之，而非依當事人間所使用之詞句，交易上時常使用之「訂約條件」、「買賣條件」，實際上是指「條款」或「要件」，而非「條件」，應注意加以區別（註十）。而民法將條件區分為停止條件及解除條件，停止條件乃限制法律行為效力發生之條件，即法律行為於條件成就時發生效力（第 99 條第 1 項）；而解除條件則係限制法律行為效力消滅之條件，即已發生效力之法律行為於條件成就時失其效力（第 99 條第 2 項）。足見解除條件成就之效力，應自條件成就時發生，並不溯及既往，原則上無使已發生效力之法律行為，自始歸於無效（註十一）。易言之，附解除條件之契約及契約之解除，二者法律效果截然不同，契約之解除有溯及效力，解除條件之成就，原則上並無溯及之效力（註十二）。故如將系爭條款解為附解除條件之約款，則縱解除條件（即畢業生未於 99 年 12 月 31 日前經警察特考及格而分發任職）成就，亦僅使臺灣警察專科學校與畢業生間之行政契約向將來失其效力，尚不足以使臺灣警察專科學校取得向畢業生請求償還不當得利（在學期間之全部費用）之請求權。

此外，須特別指明者，依臺灣警察專科學校與其學生間所成立行政契約之內容，兩造所負給付義務（臺灣警察專科學校負有提供教學、公費待遇及生活津貼等義務；學生則負有接受教育、畢業、經警察特考及格而分發任職及服務滿 4 年等義務），係隨時間之經過而繼續發生，各自總給付之內容繫於給付時間之長短，而非一次給付即可完結，故其性質上屬於「繼續性契約」（註十三）。而繼續性契約之一方當事人如有債務不履行之情形時（給付不能、給付遲延、不完全給付及物之瑕疵擔保），當事人僅能終止契約，使契約向將來消滅，並無溯及效力，其在終止前所為之給付，具有法律上原因，不成立不當得利，亦不生回復原狀之問題（註十四）。故系爭條款亦不應解為保留解除權之約定，即臺灣警察專科學校於學生畢業後，不得以其未履行於 99 年 12 月 31 日前經警察特考及格而分發任職之義務為由而解除行政契約，並請求畢業生返還不當得利或回復原狀（即償還在學期間全部費用）。

二、如約定之性質為違約金之約定，甲主張雙方約定之違約金過高，應準用民法規定，予以酌減，是否有理？

（一）此一問題涉及具體個案事實之判斷，與純粹法律見解之歧異有別，建議不宜於本院聯席會議中討論並作成決議。

（二）如多數學長仍贊同於本院聯席會議中討論並作成決議，則個人提出以下淺見供參：

債務人如有遲延給付之情形，債權人原得聲請法院強制執行，並得請求賠償遲延給付所生之損害。當事人間既就債務人遲延給付約定有違約金條款，債權人即得請求支付違約金以代損害賠償。倘若嗣後因可歸責於債務人之事由，致給付不能，債權人仍得依民法第 226 條第 1 項規定請求損害賠償（註十五）。

民法第 251 條規定：「債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。」按當事人以契約預定違約金，於債務人不履行債務時，應即支付違約金，此屬當然之事。然債務人已為一部之履行時，如仍使照約支付違約金，則債務人備受不測之損害，殊失情理之平，故法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金，以期公平之結果，此本條所由設也（註十六）。而民法第 251 條所謂債務已為一部履行者，並不以給付之可分為限，如債權人因一部履行而受有利益，法院皆得比照該所受利益減少違約金（註十七），而一部履行包括不完全給付及可分給付之一部履行（註十八），債權人因此所受之利益，以得易為金錢上之利益即為已足（註十九）。法院適用本條規定，係本於職權為之，無待當事人之請求（註二十）。

系爭條款係為確保享受公費待遇之臺灣警察專科學校畢業生，依約於 99 年 12 月 31 日前經警察特考及格而分發任職，以適時投入警察行列為國家執行各項警察職務，並達到促使其履行執行警察職務至少 4 年義務之最終目的。易言之，系爭條款所定畢業生應履行依限通過警察特考而分發任職之義務，係為達成適時擔任警察並服務至少 4 年之行政目的所使用之手段。

系爭條款既屬於違約金契約，而有民法第 250 條至第 253 條規定之適用，已如前述。依本題題旨，甲未於 99 年 12 月 31 日前通過警察特考，致無法依臺灣警察專科學校（所代表之國家）之原訂計畫「適時」分發執行警察職務，惟因甲嗣已於 100 年 12 月通過警察特考並分發任職，開始執行警察職務，核屬因可歸責於己之事由所為之遲延給付（註二十一），並使臺灣警察專科學校（所代表之國家）受有「恐無法及時補充警察人力之虞」的損害（註二十二），則臺灣警察專科學校固得依系爭條款請求甲支付違約金（即「賠償」其在學期間之全部費用）以代損害賠償，然因甲既已於延遲 1 年後通過警察特考而分發任職，並開始執行警察職務，而履行一部分債務，使臺灣警察專科學校（所代表之國家）因該一部履行而受有延遲 1 年補足警察人力之利益，此與其他根本未參加、曾參加但嗣後放棄、曾參加但始終未通過、通過警察特考但拒絕分發服警察職務等情形，自屬有別，法院應依行政程序法第 149 條準用民法第 251 條規定，依職權比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。

又民法第 252 條規定：「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」蓋違約金之數額，雖許當事人自由約定，惟如約定之違約金額超過債權人之損害額，而顯失公平者，立於經濟上之弱者因不得不忍受過高之違約金而訂立契約時，倘無救濟之道，殊非公允，因此賦予法院得減至相當數額之職權，以資衡平（註二十三），且此項核減，法院得依職權為之，不待債務人之聲請（註二十四）。惟是否相當，仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定之標準（註二十五）。

依本題題旨，縱認甲於延遲 1 年後始通過警察特考而分發任職，並開始執行警察職務，不屬於一部債務之履行，惟因系爭條款未區分不同情形，一律約定相同之違約金額（即賠償在學期間之全部費用），而未慮及甲之情形，已使臺灣警察專科學校（所代表之國家）受有延遲 1 年補足警察人力之利益，而與其他根本未參加、曾參加但嗣後放棄、曾參加但始終未通過、通過警察特考但拒絕分發服警察職務等情形有別。故就此一情形，系爭條款所約定之違約金額核屬過高，而有顯失公平之情形（註二十六），法院應依行政程序法第 149 條準用民法第 252 條規定，依職權審酌本件客觀事實、社會經濟狀況及臺灣警察專科學校（所代表之國家）所受損害之情形，將約

定之違約金額減至相當之數額。故建議設題（二）採乙說（肯定說）。

至於甲說（否定說）雖主張甲於期限屆至時仍未通過警察特考而分發任職，雙方締約之目的無法達成，甲即喪失受領公費及津貼利益之正當性，本諸誠信原則及契約約定，自應依約履行全額賠償之義務。惟因甲就讀臺灣警察專科學校專科警員班，所享受之公費待遇及津貼，核屬警察教育條例第 9 條及「學生公費待遇及津貼辦法」第 3 條第 1 款所定之法定權益。本題臺灣警察專科學校與甲之間的行政契約，係屬繼續性契約，甲雖係於 99 年 12 月 31 日期限屆至後 1 年始通過警察特考而分發任職，致生遲延給付之情形，惟該行政契約仍屬有效存在，已如前述，且該情形非屬喪失受領公費待遇及津貼之法定事由（註二十七），而臺灣警察專科學校（所代表之國家）僅受有延遲 1 年始補足警察人力之損害，顯見雙方之締約目的仍有部分達成，締約之基礎亦未全部喪失，甲自未喪失受領部分公費待遇及津貼利益之正當性。故法院當有依行政程序法第 149 條準用民法第 251 條、第 252 條規定，依職權酌減系爭條款所約定違約金數額之空間。

註一：孫森焱，民法債編總論下冊，修正版，頁 715-717，自版，2014 年。另最高法院 102 年度台上字第 1378 號民事判決要旨：「契約當事人以確保債務之履行為目的，約定於債務人不履行債務或不為適當之履行時，所應支付之違約金，除契約約定其為懲罰性之違約金外，概屬於賠償總額預定性之違約金，以免對債務人造成不利，此觀同法第 250 條之規定及其修正理由自明。」

註二：88 年 4 月 21 日修正公布之民法第 250 條立法理由：「一、第 1 項『不履行債務』，係指債務違反之情形，包括給付不能、給付遲延及不完全給付。而上述情形，法規上用語應為『債務不履行』（第 353 條參照），為統一用語，爰將『不履行債務』修正為『於債務不履行』。……」

註三：民國 88 年 4 月 21 日修正公布之民法第 250 條立法理由：「……二、第 2 項但書規定之違約金究指懲罰性違約金，抑指損害賠償額之預定？眾說紛紜，莫衷一是。惟如謂但書規定之違約金係違約罰性質，則何以僅對給付遲延及不完全給付加以規定，而未規定給付不能之情形？法理上有欠周延。故此處所規定之違約金應不具違約罰之性質，而係債務不履行中之給付遲延及不完全給付所生損害賠償額之預定。為避免疑義並期明確，爰將『但』字修正為『其』字，又將違約金明白規定為『不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額』。至於給付遲延後，因可歸責於債務人之事由致給付不能或遲延後之給付於債權人無利益者，債權人除違約金外，並得請求不履行之損害賠償，此乃當然之效果，毋庸訂定，爰予刪除。」

註四：孫森焱，前揭註 1 書，頁 719-720。

註五：孫森焱，前揭註 1 書，頁 716。

註六：系爭條款之用語雖使用「賠償」而非「支付」，惟「支付」之內涵本即包括「賠償」，且系爭條款所約定「賠償在學期間之全部費用」，視為因不於適當時期履行債務所生損害之賠償總額，故系爭條款使用「賠償」一詞，亦符合「賠償總額預定性違約金」之本質。故僅以系爭條款使用「賠償」二字，而非如一般違約金之約定方式為由，而主張解釋上不應認為系爭條款係違約金之性質，恐有誤會。

註七：系爭條款既屬違約金契約，其本質上即屬契約之一種，故甲說（否定說）所主張之「契約條款說」或「賠償要件之約定說」，均與「違約金說」並未抵觸，祇不過民法第 250 條以下針對違約金契約所為之特別規定，於此應優先適用爾。

註八：參見本院 106 年 1 月份第 2 次庭長法官聯席會議紀錄中第 5-6、9、12、14 頁之討論意見。

註九：與此項「條件」應予區別者，係作為契約內容之「交易條件」，如買賣契約中關於標的物、價金、清償時、地的條款。詳參王澤鑑，民法總則，增訂新版，頁 467-468，自版，2014 年。

註十：施啓揚，民法總則，校訂再版，頁 266，自版，1984 年。

註十一：王澤鑑，前揭註 10 書，頁 476；孫森焱，前揭註 1 書，頁 737。

註十二：最高法院 74 年度台上字第 1354 號民事判決參照。

註十三：所謂「繼續性契約」，係指契約之內容，非一次的給付可完結，而是繼續的實現，其基本特色係時間因素（Zeitmoment）在債的履行上居於重要地位，總給付之內容繫於應為給付時間的長度。詳參王澤鑑，債法原理（基本理論、債之發生—契約、代理權授與、無因管理），增訂 3 版，頁 146，自版，2012 年。

註十四：王澤鑑，前揭註 14 書，頁 148-150；孫森焱，前揭註 2 書，頁 790-791。

註十五：惟如當事人就因可歸責於債務人之事由致給付不能所生賠償總額約定有違約金條款（即民法第 250 條第 2 項前段之違約金），則債權人祇能請求支付違約金，如僅一部給付不能，則除有民法第 226 條第 2 項情形，仍得請求支付全部違約金外，債權人祇能依比例請求支付一部違約金（民法第 251 條）。詳參孫森焱，前揭註 1 書，頁 722、720。

註十六：民法第 251 條立法理由參照。

註十七：最高法院 77 年度台上字第 423 號民事判決意旨參照。

註十八：孫森焱，前揭註 1 書，頁 726。

註十九：債權人所受之損害，既係以約定之違約金視為其所受損害之賠償總額，即得以金錢賠償予以填補其所受之損害，同理，則其因債務人一部履行債務所受之利益，自亦應以其得易為金錢上之利益即足。是甲說（否定說）以臺灣警察專科學校並未因甲延遲 1 年通過警察特考而分發任職而受有「財產上之利益」為由，而主張不符合民法第 251 條規定之要件，似值研求。

註二十：孫森焱，前揭註 1 書，頁 726。另最高法院 88 年度台上字第 1853 號民事判決亦同此意旨。

註二十一：所謂債務人給付遲延，係指債務人於應給付之期限內，因可歸責於己之事由，能給付而不為給付，又稱遲延給付。詳參孫森焱，前揭註 1 書，頁 530。

註二十二：依題旨，由於考試院已於 95 年 2 月 27 日修正發布「公務人員特種考試警察人員考試規則」附表一「公務人員特種考試警察人員考試應考資格表」，開放非警察專科學校畢業生具警察特考應試資格，故甲雖未依限通過警察特考，惟考選機關仍非不得經由錄取非警察專科學校之畢業生以補足缺額，故尚無法確定是否必然發生損害。

註二十三：孫森焱，前揭註 1 書，頁 726-727。另參民法第 252 條立法理由：「按違約金之數額，雖許當事人自由約定，然使此約定之違約金額，竟至超過其損害額，有顯失公平之情形時，債務人尚受此約定之拘束否，各國法例不一。本法則規定對於違約金額過高者，得由法院減至相當額數，以救濟之。蓋以保護債務人之利益，而期待公平之結果也。」

註二十四：孫森焱，前揭註 1 書，頁 727。另最高法院 79 年台上字第 1612 號民事判例意旨亦同。

註二十五：最高法院 49 年台上字第 807 號民事判例意旨參照。

註二十六：甲說（否定說）針對系爭條款不論畢業生違約情節之輕重，均一律約定相同之違約金額（即賠償在學期間全部費用），認為並未顯失公平，惟並未回應何以對於違約情節較輕（例如僅延遲 1 年通過警察特考而分發任職）與違約情節重大（例如根本未參加、

曾參加但嗣後放棄、曾參加但始終未通過、通過警察特考但拒絕分發服警察職務等)二種截然不同之情形，臺灣警察專科學校(所代表之國家)所受損害及其賠償總額竟然相同，似忽視賠償額預定性違約金係屬損害賠償總額預定之本質。

註二十七：依警察教育條例第 9 條第 2 項及「服務年限及教育費用賠償辦法」第 2 條第 1 項第 3 款規定，臺灣警察專科學校專科警員班畢業生服務年限未滿 4 年者，始構成應依尚未服務期滿年限之比例，賠償在學期間之教育費用之要件。

研究意見：

第四庭帥法官嘉寶

#### 一、研究意見之範圍界定：

- 1.有關「臺灣警察專科學校於民國 95 年專科警員班第 25 期正期學生組行政警察科學生招生簡章」第 13 點第 5 款規定「前列各科畢業生在 99 年 12 月 31 日前，仍未經警察特考及格而分發任職者，應賠償在學期間之全部費用」之公法契約約款。
- 2.在該約款所稱「全部費用」，其賠償內容及科目明細，依內政部依警察教育條例第 9 條第 1 項規定授權所訂定之「中央警察大學臺灣警察專科學校養成教育學生公費待遇及津貼辦法」第 3 條第 1 款規定，被界定為「服裝費」、「主副食費」、「書籍費」、「平安保險費」、「見學費」、「實習費」及「生活津貼」等科目之給定前提下。
- 3.有關該「費用賠償約定」之條款在契約法上屬性，是否屬於「違約金」約定。

二、研究意見之結論：該條款之屬性非屬「違約金」約款。

#### 三、研究意見之理由形成：

##### 1.「違約金」定義之詮釋：

###### A.定義「違約金」之法規範基礎：

###### (1) 民法第 250 條第 1 項：

當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。

###### (2) 民法第 250 條第 2 項前段：

違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。

###### (3) 民法第 250 條第 2 項後段：

其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。

###### B.違約金之功能：

###### (1) 給付之目的在於填補「債務不履行」所生之損害賠償(註一)

(民法第 250 條第 1 項規定參照)，因此不適用在「因契約無效或經撤銷所生信賴利益落空之損害賠償」情形(此等情形應適用民法第 245 條之 1 及同法第 247 條第 1 項規定)。

###### (2) 而債務不履行之類型則有以下三種：

(A) 給付不能，因此會造成由「給付利益」範圍所界定之損害。

(B) 給付遲延，因此會造成由「給付利益」範圍所界定之損害。

(C) 加害給付，因此會造成由「固有利益」範圍所界定之損害。

### C. 違約金之分類（註二）：

#### （1）損害賠償額之預定：

- （A）其規範基礎為民法第 250 條第 2 項前段之規定。
- （B）主要用以填補因「給付不能」所生之損害。
- （C）是否包括填補因「加害給付」所生之固有利益損害，則有進一步討論之空間（詳後所述）。

#### （2）以強制履約為目的之懲罰性給付：

- （A）其規範基礎為民法第 250 條第 2 項後段之規定。
- （B）兼有處理「給付遲延」所生之損害及督促履行之作用，因此與「給付不能」所生之損害賠償，得以相容併存。

### 2. 違約金與損害賠償間之關係：

#### A. 損害之定義：

「損害」指受「因他人違法行為，使自己因此喪失了受法律保護之權利或利益，並從法秩序之觀點言之，形成有待回復或填補的狀態」，因此受法律保護之權利或利益內容，會決定了待回復或填補之「損害」範圍（「損失」概念之理解，大體上亦可套用「損害」之定義，唯一區別僅在於損失形成原因，為他人合法行為或自然因素）。並可依此標準，對損害賠償進行分類。

#### B. 損害之分類（註三）：

- （1）固有利益之損害賠償，「固有利益」乃指「任何人在其權利或法益的不可侵犯性上，或者在其身體或現有財產的不可侵犯性上，所享有的利益」，此等利益之填補，即屬「固有利益之損害賠償」。一般而言，侵權行為與加害給付所造成之損害，即屬固有利益之損害。
- （2）信賴利益之損害賠償，「信賴利益」乃指「因相信契約能被締結成功及履行所作的花費」。如果事後信賴落空，所造成之損害，其填補即屬「因信賴利益之損害賠償」。因締約過失所生之賠償，即屬此等性質之賠償。
- （3）給付利益之損害賠償，「給付利益」乃指「當事人基於有效之契約而取得之履行請求權」，該請求一旦落空，造成期待利益落空而生之損害，即屬給付利益之損害，相對人對之有賠償義務，此即屬「給付利益之損害賠償」。

C. 舉例言之，締結買賣契約，買入一隻小狗，買受人為迎接家中的新寵物而買入狗鏈、狗屋、狗食，事後買賣契約因故無效或被撤銷，前開狗鏈、狗屋、狗食對買受人而言，即使轉售交易價值還在，但從使用之角度言之，已毫無經濟意義，這是信賴利益之損害。如果契約有效成立，出賣人卻違約拒絕交付小狗，此時如果買受人已經作好轉賣購取差價的安排，或者如前所述，買入狗鏈、狗屋、狗食之支出，此等期待利益之落空，同屬給付利益之損害。至於出賣人交付的小狗若患有傳染病，導致買受人一併受到感染，則屬加害給付所生之固有利益損害。

D. 在契約法中，給定「契約有效成立」之前提下，因債務不履行導致之損害，可以是給付利益之損害（在給付遲延或給付不能之情形），也可以是固有利益之損害（在加害給付之情形），但不可能有信賴利益之損害發生。事實上，在得請求給付利益之損失時，信賴利益之損失已吸收在給付利益之損失內。

E. 在契約有效成立前提下，才有可能適用「違約金」之相關規定（但已生違約金請求權，不因事後契約解除而受影響）（註四），此時違約金約款與損害賠償間之關係，可分述如

下：

(1) 在違約金屬「損害賠償額之預定」時：

(A) 在傳統上以財產為給付標的之契約類型中，違約金之約定均是針對「給付不能」所生之「給付利益損害賠償」，而不包括「加害給付」所生之「固有利益損害賠償」。理由則是：

a. 傳統上的財產給付契約，很難想像會發生「加害給付」之情形，即使發生，其加害給付之內容與導致之損害科目與範圍，也比較簡單，沒有事前約定之必要。

b. 但在財產給付契約中，因「給付不能」所生之損害，在事前很難「預想」及「確認」其損害科目及範圍。畢竟締約當時，想必雙方都是真心誠意地打算履約，而且財產給付契約中的預期利益，亦多為轉售利益，此等轉售可能性，通常在締約時尚難確認。因此有必要針對損害總額預為約定，以降低債權人事後舉證之繁難。

(B) 但在近代社會中以服務（特別是人身服務）為給付標的之契約類型中，違約金之約定範圍，即有可能同時包括「給付不能」與「加害給付」之二種損害。因為人身服務所可能發生的加害給付，一樣具有不確定性，既無法事前預測損害科目，事後通常也難以舉證，而有以違約金預行約定的實證需求。

(2) 在違約金屬「以強制履約為目的之懲罰性給付」時，其屬性則為「因給付遲延所生給付利益損害賠償」，且依前述，與給付不能及加害給付所生之損害賠償請求，得併行不悖。

3. 作為「損害賠償額預定」或「強制履約懲罰給付」之「違約金」約款，在規範上有何特徵，而得在個案法律涵攝過程中予以辨識。

A. 不管是給付利益之損害或固有利益之損害，之所以要透過違約金約款而在締約時點「預行確定」，其理由即是因為「損害賠償科目事前難以設想及特定，且其損害事實之事後證明，通常也有困難」。所以讓契約當事人可以在事前以「合意」預為約定。

B. 此等「損害賠償之事前合意」，最強烈鮮明之規範特徵即是：「損害」界定的高度抽象化，沒有具體之損害科目，也沒有具體之損害數量，通常僅有一個總金額之約定，即使有計算標準，該計算標準也會與損害量化事實全然剝離。以致只能用「固有利益的全部損害」，或「給付利益的全部損害」，甚或是「固有利益加給付利益之全部損害」來界定（至於前開最大範圍利益，其利益種類之界定，往往要由個案之實證特徵來決定）。

C. 也因為如此，債權人事前為尋求充份保障，因此在締約時通常會「高估」全部損失，從而現行法制設計，給予法院酌減違約金之職權（註五）（民法第 252 條規定參照）。

D. 如果一個約款，對「損害賠償」之科目，以及該科目之損害金額計算標準，清楚明確，可以在實證層次，透過證據調查及事實認定，來核實檢驗其有無及數量者，則根本不是民法第 250 條第 1 項所指之「違約金」，因為此等約款約定內容具體明確，只要核實認列，沒有依民法第 252 條規定減縮賠償額之規範需求存在，又何需定性為「違約金」。

E. 事實上面對前開「損害賠償範圍界定明確」的約款，執法者真正該擔心的，反而不應是「約定賠償額是否過高」，而應是「該等約款是否『不當』限制了賠償的科目」。本來在「給付利益」或「信賴利益」的最大範圍底下，是有眾多不同的「損害」科目，可供債權人選擇。如果將契約有約定之「具體損害科目」解為「債權人僅能請求此一科目之損害」，實質上等於是「抑制」了債權人其餘損害賠償科目請求權之行使。

- 4.本件法律問題之設題，既然已將「應賠償在學期間全部費用」界定在「服裝費」、「主副食費」、「書籍費」、「平安保險費」、「見學費」、「實習費」及「生活津貼」等細項，而這些細項金額之支出，亦有客觀事實為據。此時就算將該等細項支出，解為「因契約不履行（給付不能）所生之固有利益損害」（假設語），這樣的「損害賠償」約款內容，也太過具體明確，又完全沒有賠償額過高之蓋然性存在，實不具備「違約金」約款之規範特徵，因此也不應定性為「違約金」約款。
- 5.再從下述法律論點思考，以上「損害科目」之「費用支出」明細，甚至連能否定義為「因契約不履行所生之固有利益損害」，就法律概念體系之操作而言，恐怕都大有疑義，因為：
- A.從雙務契約之精神言之，主張「加害給付」之債權人，其對待給付義務，並不會因為有「主張對造不履行契約債務，致其固有利益受損害，且曾提出賠償請求」，即行歸於消滅，除非其已依民法規定，解除契約。詳言之：
- (1) 在契約法中，有關「給付不能」、「給付遲延」或「加害給付」之各式歸責事由下，所導致所有「損害」，不問是「固有利益之損害」或「給付利益之損害」，都不會包括「債權人自己應為或已為之對待給付」。
  - (2) 因為債權人之對待給付本來即是其依法應負之義務，即使對待給付結果，造成債權人財產之減少，或心智體力之耗費，而在外觀上可以被視為所謂的「損害」或「損失」，但這種「損害」或「損失」之造成，其原因出於在契約之約定，不僅合法，而且是其依約應盡之義務，僅能視為「取得收益所必須付出之成本費用」，並沒有形成有待回復或填補的法秩序狀態，所以也不符合「損害」或「損失」之真正定義。另外此等所謂之「損害」或「損失」，也與「給付不能」、「給付遲延」或「加害給付」之各式歸責事由，缺乏因果關連性。
  - (3) 在民事契約法制之設計上，如果因為對造有債務不履行，債權人想「徹底永久」免除自己之對待給付義務者，其應依循規範路徑應是「解除契約」（同時履行抗辯權僅有「暫時解免對待給付義務」之功能）。
- B.而解除契約之法律效果，依民法第 259 條規定，雙方互負「回復原狀」之義務，而此等義務性質上屬「不當得利」之特殊型態（註六）。又其回復原狀之方式，在本案之情形，依民法第 259 條第 3 款之規定（即「受領之給付為勞務或為物之使用者，應照受領時之價格，以金錢償還之」），本來即應由違約者返還國家前開細目之費用支出。
- C.至於民法第 260 條規定，解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。一般教科書之詮釋為「債權人仍可行使因債務不履行所生之損害賠償請求權，請求給付利益之損害賠償」，同時加註「如債權人因而免除對待給付者，應扣除對待給付，而就其差額請求損害賠償」（註七）。其實前開「債務不履行之損害賠償」，擴而言之，也應包括「得請求因加害給付債務不履行類型所生之固有利益損害賠償」。但不管如何，對待給付義務之解免，或已為對待給付之回復，基本上都與「因有效契約不履行所生之損害賠償」無涉，不管該損害是「固有利益損害」，抑或是「給付利益損害」，皆是如此。
- 6.前開「費用賠償」約款，透過法律解釋之手段，詮釋為「違約金」約款之可行性及必要性探討。
- A.有關「費用賠償約款」定性可能性之探討，或有採取以下視野，來進行實證認識及規範分析者：
- (1) 上開公法契約具有「繼續性契約」之屬性，因此只能「終止」契約，不能「解除」契約。所以國家沒有解約權，只能請求給付不能或給付遲延之損害賠償。

(2) 國家依前開公法契約請求損害賠償時，心中想的是「債務不履行（給付遲延或給付不能）所生給付利益的損害賠償」（即「享受公費待遇之臺灣警察專科學校畢業生，能依原來之約定，於 99 年 12 月 31 日前通過警察特考，並分發任職，適時投入警察行列執行警察職務，維持警力規劃需求」。但因為此等給付利益難以衡量，所以用「已確定數額之公費支出返還」作為「本件公法給付利益損害賠償額之預定」，因此該費用賠償約款，仍可視為「預定損害賠償額」或「具懲罰性質」之違約金條款，得類推適用民法第 251 條或第 252 條之規定，酌減違約金。

B.但以上論點，基於下述理由，在法律上尚有甚多爭議，可否採行，實有必要再加考量。

(1) 首先必須澄清的法律觀點為，「契約解除」與「契約終止」的分辨：

(A) 只有具「繼續」屬性之契約，才有契約「終止」規定之適用，而契約「繼續性」性格之強弱，又取決於「給付與對待給付」間之「對稱」反覆性。這個「對稱」越弱，契約之繼續性格也越弱，越有可能要分段處理。例如甲乙間訂定買賣契約，出賣人甲分 10 次給付貨物，買受人乙應一次支付全部價金，如果甲已交貨 5 次，二造發生履約爭議，而打算結束買賣關係，則其中甲已履約 5 次之爭議，要適用契約「解除」規定處理，未履約之 5 次則要適用契約「終止」規定處理。

(B) 又當契約一方之給付已完畢，而對方之對待給付卻完全沒有履行，此時只能適用「契約解除」之法規範，不可能有「契約終止」規定之適用，因為契約終止是法律關係的向後調整，以前給付及對待給付均已履行完畢之部分，並不會依終止之法規範來處理。但如果二造契約當事人有任何一方之給付義務尚未履行完畢，契約終止法規範對之即無適用餘地。

(C) 在本案例中，國家依公法契約所應為之給付已完全給付完畢，而對造之給付卻尚未履行。在此等情形下，終結此等以契約為基礎之法律關係，其處理規範，只可能是契約「解除」規定，而不可能是契約「終止」規定。因此以「該公法契約具繼續性契約屬性」為由，而認國家不可「解除」該公法契約，法理上似乎也不具說服力。

(2) 再者，若以「國家雖『有權』解除該公法契約，但『實際上』沒有解除契約」之給定前提，則以上「費用賠償」約款實為：「國家是以『形式上』的『對價返還金額』為賠償範圍。但實質上仍係基於『債務不履行』之規定，為『以給付利益為範圍之損害賠償請求』」。此等法律見解仍會面臨以下二項質疑

(A) 基於解釋空間之多重性，以上「費用賠償」約款，也可解為：「國家所屬行政機關在擬具本件公法契約之約款時，面對給付不能或給付遲延所生給付利益損害之不可預測性，因此『知難而退』，自動放棄『給付利益損害賠償』，改以請求範圍較小之『已為給付費用返還』方式，自我限縮得請求損害賠償之範圍」。此等情況下，國家已「自我限縮」請求賠償範圍在先，何能再適用「違約金酌減」之規定。

(B) 再者從經濟實質角度言之，任何的交易參與者，主觀上都會相信「透過交換，從交換者處所得到之利益，必然大於自己所付出之成本」（不然自願性之交易即不會發生。交易之所以能形成，必然是雙方主觀上都認為「有利可圖」）。因此在日常經驗法則上，可以推定「給付利益之損害賠償」金額，必然高於「返還已為給付」金額。在此情況下也沒有「事前違約金約定過高，事後需

由法院予以節制，予以酌減」之法理正當性。

註一：參孫森焱著，民法債編總論下冊，自版 2014 年 9 月訂正版，頁 716；參邱聰智著，新訂民法債編通則，自版 2014 年 2 月新版二版一刷，頁 156。

註二：參孫森焱著，同上註，頁 716、717；參邱聰智著，同上註，頁 158-160。

註三：參黃茂榮著，概論損害賠償之債，頁 19-23。

<https://www.mnd.gov.tw/Upload/200709/%E6%A6%82%E8%AB%96%E6%90%8D%E5%AE%B3%E8%B3%A0%E5%84%9F%E4%B9%8B%E5%82%B5.pdf>

註四：參孫森焱著，同上註，頁 728。但其亦指出「此在約定之違約金係懲罰性者，故屬合理之解釋，若違約金係賠償額預定性者，則滋疑義。……實務上則認為懲罰性之違約金於債務人有違約情事時，其請求權即已發生，不因契約解除而隨同歸滅（最高法院 61 年臺上字第 2922 號判例）」；參邱聰智著，同註 1，頁 166、167；參左覺先著，論契約解除後違約金之請求權是否存在，收錄於鄭玉波總主編，民法債編論文選輯（中），五南圖書出版公司，民國 73 年 7 月初版，頁 855-862。

註五：參孫森焱著，同上註，頁 726、727；參邱聰智著，同註 1，頁 163-166。

註六：參邱聰智著，同註 1，頁 183。

註七：參邱聰智著，同註 1，頁 186。

研究意見（續）：

第一庭張法官國勳

一、依民法第 250 條第 1 項規定，約定債務人於債務不履行時應支付之金錢即為違約金，此一金錢包括明確表明之金額，亦包括可得計算之金額，題示情形將應支付之金錢以公費待遇及津貼等項羅列，屬可得計算之情形，並不影響其為定額「應支付之金錢」之違約金性質。質言之，民法第 250 條所定之「違約金」，並未以損害賠償金額需不明確作為其規範特徵。是研究意見（7）之 4 第 8 頁第 8-15 行，以系爭約款界定之賠償範圍太過具體明確為由，作為不應將其定性為「違約金」約款之理由，恐其設定之前提要件容有再商榷之必要。

二、違約金分類上包括損害賠償總額預定違約金及懲罰性違約金，前者性質上本來即為損害賠償總額之預估。其功能一方面在契約當事人一造發生債務不履行時，他造免於逐一舉證損害之勞費；另一方面則在限制請求權一方損害賠償之總額，除違約金外，不得另主張債務不履行之損害賠償。題示預定給付一定金額之情形，如果實證上確與實際之財產上損害相吻合（假設語，其實不然，蓋於題示情形，警察專科學校或國家至多僅受有警力無法及時補充之非財產上損害（註一）），同時「限制」警察專科學校其他損害賠償之請求，適為損害賠償總額違約金之目的，並得認該約款為一符合契約正義及公益之違約金約款，惟尚不得因此即認系爭約款非違約金契約。

三、在雙務契約中，損害之認定非僅計算契約一方之支出總額，尚須扣除他方所為之對待給付，此即為損害賠償「差額說」之概念（比較債務不履行前後財產狀況之差額）。公費待遇及津貼等費用逐項羅列，僅係精確計算出契約一方之支出，然他方（學生）之對待給付，則因逐一個案情形不同，產生之損害總額自亦有個案之差異，此即民法第 251 條之規範目的所在。

四、又「繼續性契約」與一般所謂「分期交付契約」尚有不同，前者係指契約之內容，非一次的給付可完結，而是繼續的實現，其基本特色係時間因素（Zeitmoment）在債的履行上居於重要地位，總給付之內容繫於應為給付時間的長度（註二），如僱傭、承攬、租賃等；後者則係當事人訂立之單一契約，其總給付自始確定，僅採分期履行之方式，時間因素對給付之內

容及範圍並無影響（註三）。顯見「分期交付契約」並非「繼續性契約」，僅係分期履行契約之給付義務而已。研究意見（7）之 4 第 12 頁第 1 行以下所舉之實例，其性質上應為「分期交付契約」，而非「繼續性契約」，應予釐清。題示情形，不論是警察專科學校給付之提供或學生義務之履行（包括於 2 年期間持續就學、應試及格、畢業、於 99 年 12 月 31 日通過警察特考分發任職及服務滿 4 年），均須在一段期間內達到契約目的者，應為「繼續性契約」，實與「分期交付契約」有別。而警察專科學校學生在學期間之對待給付，至少包括於 2 年間持續就學、應試及格、畢業，甚至常需支援國家特定勤務，並非如研究意見（7）之 4 第 12 頁第 13 行所稱「完全未履行」；就警力補充之政策而言，甲遲延 1 年通過警察特考並分發任職既較完全未考上者對警察專科學校或國家有利，則 99 年 12 月 31 日前通過警察特考並分發任職即不應解為嚴格之定期行為，遲誤該期限應解為給付遲延（或已為一部履行），遲延對待給付所致國家之損害與拒絕對待給付或對待給付不能既屬有別，則警察專科學校或國家於個案之損害情形自有所不同，倘一概適用相同之「應賠償金額」，自有可能於個案發生顯失公平之情形，而有視個案情形予以酌減之必要。

五、雙務契約之訂立，固然係以雙方當事人之意思表示合致為前提，惟於一方因可歸責於己之事由致債務不履行之情形發生時，他方依違約金條款請求之違約金額是否過高？參酌最高法院 49 年台上字第 807 號民事判例要旨：「當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院固得依民法第 252 條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，而債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額。」可知，個案中判斷系爭約款之違約金額是否過高？在於其客觀上是否顯失公平，而不在於當事人之主觀意思。是研究意見（7）之 4 第 13 頁第 11-18 行，以雙方當事人既於主觀上認為「有利可圖」始訂立契約，可合理推定「給付利益之損害賠償」金額，必然高於「返還已為給付」金額，故沒有「事前違約金約定過高，事後需由法院予以節制，予以酌減」之法理正當性一節，恐有混淆當事人訂立契約之「主觀意思」與一方債務不履行致他方所受的「客觀損害」之嫌，且將徹底否定民法第 247 條之 1、第 251 條、第 252 條規定之存立意義，並使該等條文永無適用之可能。

六、最後再進一言，行政權之行使固然具有普遍性，惟行政訴訟職司個案審判，基於不告不理原則，本質上就僅能針對不服行政權行使之個案加以救濟，並就個案產生拘束力（註四）（至於因個案所產生之漣漪效應，則屬附帶或反射效果），故實務運作發生「僅提起訴訟者始可獲得救濟」之結果，乃行政訴訟制度設計之所必然。惟不宜以「僅提起訴訟者始可獲得救濟」、「對未提起訴訟者不公平」為由，即否認個案審查之正當性，否則不啻根本否定行政訴訟「以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能」之宗旨（註五），行政法院也將失去其存在的意義與價值。

註一：由於考試院已於 95 年 2 月 27 日修正發布「公務人員特種考試警察人員考試規則」附表一「公務人員特種考試警察人員考試應考資格表」，開放非警察專科學校畢業生具警察特考應試資格，故甲雖未依限通過警察特考，惟考選機關仍得經由錄取非警察專科學校之畢業生以補足缺額，故警察專科學校或國家根本不致於會發生實際之非財產上損害，更遑論財產上之損害。故或謂系爭約款僅要求畢業生賠償公費待遇及津貼，而非包括學校教學等全部費用，已屬自我限縮賠償金額之約款，而絕無酌減之空間與必要的論點，恐陷於未究明題示個案中警察專科學校或國家到底受有什麼損害之迷思。至於主張非警察專科學校畢業之考生通過警察特考後，「通常」不會報到接受分發，故國家受有警力未適時補充之損害

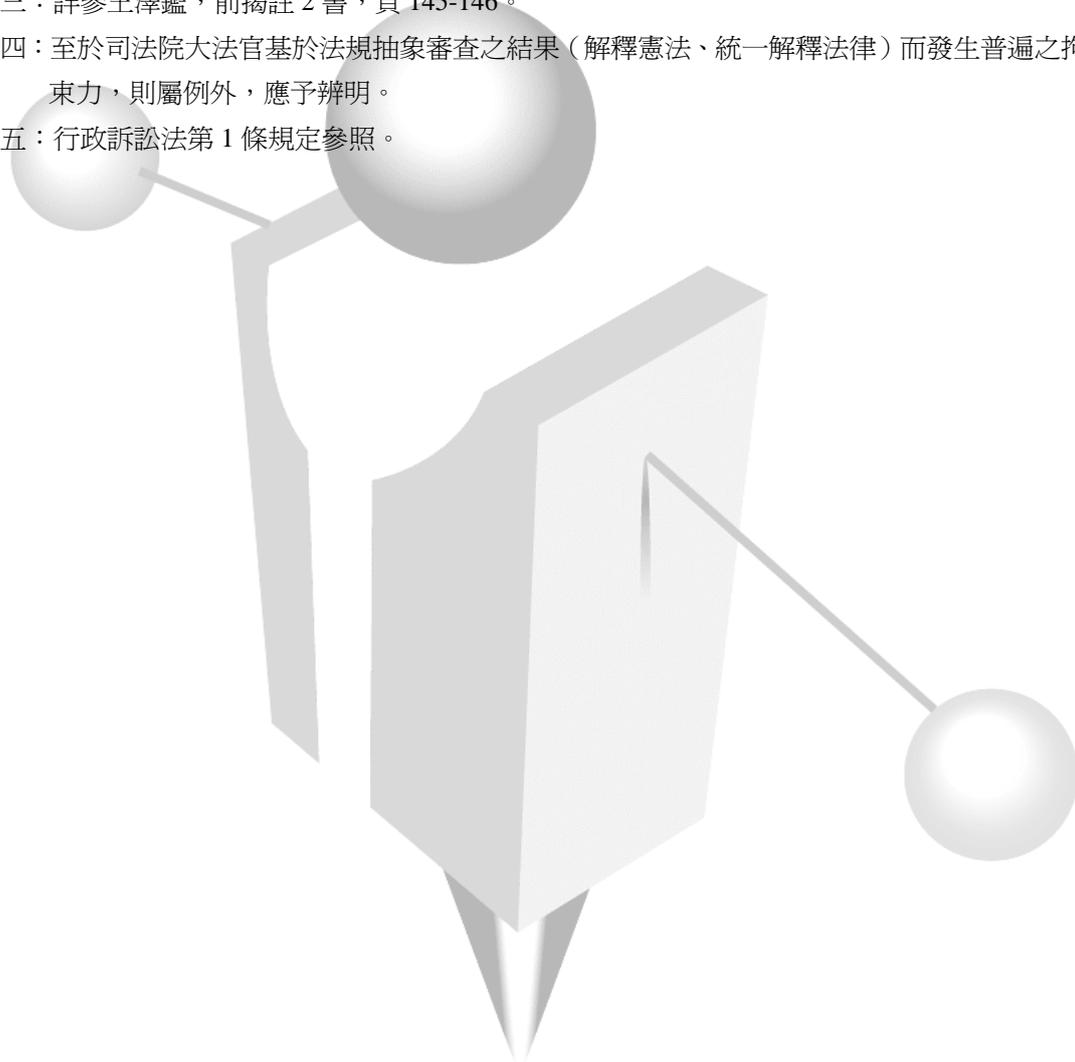
一節，則應提出更有力之佐證，否則其前提恐建立在臆測之基礎上。

註二：詳參王澤鑑，債法原理（基本理論、債之發生—契約、代理權授與、無因管理），增訂 3 版，頁 146，自版，2012 年。

註三：詳參王澤鑑，前揭註 2 書，頁 145-146。

註四：至於司法院大法官基於法規抽象審查之結果（解釋憲法、統一解釋法律）而發生普遍之拘束力，則屬例外，應予辨明。

註五：行政訴訟法第 1 條規定參照。



【高點法律專班】

版權所有，重製必究！