「臺灣法上之公序良俗」已獲著作權人授權利用，由法源資訊重新校編

刊登於月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 26-49 頁。

# 臺灣法上之公序良俗*

許政賢

政治大學法學院教授

## 摘要

民法第 72 條以公序良俗控管法律行為的規定，源自羅馬法並在各國法制形成通例。公序良俗的具體內容，每因個別社會制度的差異，及時代社會思想的變遷，致有所不同。法律行為因違反公序良俗而無效者，其判斷標準並非具體的法律規範，而是存在於法律本身的價值體系（公共秩序），或法律外的倫理秩序（善良風俗）。有關公序良俗條款的闡釋，由臺灣學界及實務界多年經驗觀察，乃由水平整合法律體系內部（公共秩序）、外部（社會道德）規範，發展成為垂直整合法律體系上層（憲法）、下層（民法）規範，整合密度亦由弱趨強，其發展趨於細緻。其中涉及實現憲法價值、維護人倫、經濟秩序及法制框架，藉由實務上諸多案例所演化的見解，已逐漸形成穩妥的判斷標準，不僅表現多元、開放體系的特性，亦展現理論與實務密切關聯的趨勢。

## 關鍵詞：

公共秩序、善良風俗、公序良俗、概括條款、暴利行為

## 目次

壹、前言
貳、公序良俗條款存在原因及體系地位
參、法律行為違反公序良俗的要件與類型
肆、違反公序良俗的效果
伍、結語**【月旦民商法雜誌第62期，2018年12月，第26頁】**

* 本文部分內容曾於 2018 年 9 月 15 日在中正大學所舉行「第八屆東亞民法國際學術研討會」（主題：民法概括條款）中宣讀。

## 壹、前言

目前施行於臺灣的民法，為 1929 年公布、施行的民法。其中第 1 條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」[1]，第 2 條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」，第 72 條則規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」，均涉及公共秩序或善良風俗（下稱「公序良俗」）在法律體系中的定位。以公序良俗控管法律行為的規定，源自羅馬法並在各國法制形成通例[2]，學者稱為法律行為之「標的正當」（社會妥當性）[3]。同時，因民法典另有多處相關規定[4]，學者因認公序良俗已非僅純屬個別法條的規範要件，更屬支配整體法律體系的指導原理[5]；實務上亦肯認公序良俗為規律社會生活的根本原理[6]，或維持法律秩序**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 27 頁】**的基本原則[7]，其重要性不言而喻！

在近代自由主義思潮下，風行於 19 世紀的所有權絕對、私法自治及過失責任三大原則，歷經時代變遷的洗禮，迄今已多所修正。其中公序良俗概括條款的制定，一方面屬於自然法思想的實定法化[8]，另一方面則屬對私法自治原則的限制[9]，就此學理上尚無異議。實務上亦肯認此點，例如：最高法院 103 年度台上字第 2036 號判決明確闡析：「我民法並非容認個人意思之絕對自由，必在與社會國家之存在及其發展所必要之一般秩序與吾人立身處世之道理、法則暨社會道德相符，且不反於社會妥當性或正當性之限度內，始容許私法自治之原則」。學者並將公序良俗條款與誠信原則、禁止權利濫用原則、禁止

1 民法第 1 條對於規範漏洞的填補，扮演極重要角色，相關文獻眾多，代表性教科書參閱洪遜欣，中國民法總則，再修訂初版，1987 年 1 月，29-31 頁；史尚寬，民法總論，1971 年 7 月，5-7 頁；王澤鑑，民法總則，修訂版，2009 年 6 月，46-47、50-53、60-78 頁。重要論文參閱楊日然，民法第一條之研究，收錄於：法理學論文集，1997 年 1 月，465-480 頁；蘇永欽，民法第一條的規範意義，收錄於：楊與齡主編，民法總則爭議問題研究，二版，1999 年 9 月，1-40 頁；吳從周，論民法第一條之「法理」－最高法院相關民事判決判例綜合整理分析，收錄於：民事法學與法學方法第一冊，2007 年 2 月，1-117 頁。

2 在羅馬法上，有所謂「契約，違反法令、善良風俗者，無效」（*"Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indnbitati iuris est", Codex lustinianus* 2, 3, 6）; vgl. Huwiler, Textbuch zum Römischen Privatrecht, einschliesslich einer Auswahl von Texten und Materialien zum ZGB und OR, 1998, Rn. 194.

3 參閱洪遜欣，同註 1，340 頁。

4 例如：第 17 條第 2 項規定：「自由之限制，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」，第 36 條規定：「法人之目的或其行為，有違反法律、公共秩序或善良風俗者，法院得因主管機關、檢察官或利害關係人之請求，宣告解散」，第 148 條第 2 項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」，第 930 條規定：「動產之留置，違反公共秩序或善良風俗者，不得為之。其與債權人應負擔之義務或與債權人債務人間之約定相牴觸者，亦同」。

5 參閱洪遜欣，同註 1，340 頁。

6 最高法院 55 年台上字第 2053 號判例指出：「侵權行為係指違法以及不當加損害於他人之行為而言，至於侵害係何權利，要非所問。而所謂違法以及不當，不僅限於侵害法律明定之權利，即違反保護個人法益之法規，或廣泛悖反規律社會生活之根本原理的公序良俗者，亦同。通姦之足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言，不問所侵害係何權利，對於配偶之他方應構成共同侵權行為」。

7 最高法院 99 年度台上字第 964 號判決闡釋：「公共秩序或善良風俗，係維持我國法律秩序之基本原則，外國法院之確定判決內容或訴訟程序，倘違背我國法律秩序之基本原則，即屬違背公共秩序或善良風俗，應不予承認其效力」。

8 參閱朱柏松，違反公序良俗法律行為的類型分析－兼評最高法院民國 92 年度台上字第 2061 號判決，法令月刊，64 卷 6 期，2013 年 6 月。

9 學理見解參閱史尚寬，同註 1，299 頁；曾世雄，民法總則之現在與未來，二版，2005 年 10 月，45 頁。

違反公益原則，同列修正私法自治的社會標準[10]。因此，公序良俗條款在規範位階上，乃高居整體法律體系的頂層，具有調控所有法律行為的關鍵地位。法律行為縱不因違背強制或禁止規定而無效（民法第 71 條），亦得因違背公序良俗而無效。至於該條款存在原因及在法律體系中的地位，其與暴利行為的關係，及違反該條款的要件、類型及效果等，均有進一步解析必要，以下依序說明。

## 貳、公序良俗條款存在原因及體系地位

### 一、存在原因

公序良俗條款的存在，並非將道德義務轉化為法律義務，而係避免法律行為淪為違反倫理性的工具[11]。申言之，法律行為雖未違反強制或禁止規定[12]，但當事人依該行為所表示並試圖【**月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 28 頁**】達成的事實上效果[13]，如有害社會公共利益或違背善良風俗、社會道德觀念時，在國家法上不應賦予效力[14]，以使法律行為不致成為違反倫理性的工具。由於法律條文難以周延，為避免就強行法漏未規定情形，危及社會秩序的維護，民法乃以具抽象內涵的概括條款（第 72 條），用以補充強行法的不足，因而該公序良俗條款實具有法源的性質[15]。同時，公序良俗條款亦屬對私法自治的限制，乃民法禁止規定的最後防線[16]。

同時，依學者見解，公序良俗條款具有三種功能，亦即：（一）繼受功能：對於法律以外其他規範，將其賦予法律的規範意義；（二）轉換功能：有關公序良俗的觀念，須斟酌社會價值的變遷，在個案中加以認定；（三）正當化功能：法院就新興問題，須依現存社會價值觀念，將公序良俗具體化後，始能將其造法活動正當化[17]。

### 二、體系地位

依學者所見，「公共秩序（公序）者，係國家社會之一般的要求或利益；善良風俗（良俗）者，乃社會一般道德觀念之謂」[18]，兩者雖有重覆之嫌，但範圍並未相同。同時，

10 學者並認藉以將「社會道德」轉化為「法律道德」（最低限度的倫理），而提昇法律行為的品質。參閱施啟揚，民法總則，八版，2009 年 8 月，252 頁。

11 參閱王澤鑑，同註 1，311 頁。

12 民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限」。

13 其中不以當事人因法律行為而通常發生的法律效果為限，並包括其以表示行為而希冀實現的所有社會生活關係。參閱洪遜欣，同註 1，341 頁。

14 參閱洪遜欣，同註 1，340 頁。

15 參閱曾世雄，同註 9，28-29 頁。

16 參閱曾世雄，同註 9，45 頁。學者另有認為，民法強行法的精神與公序良俗實為一體，第 71 條強制禁止規定，屬於第一層次規範，第 72 條公序良俗條款，則為第二層次規定違反第一層次規範的效果，乃將兩個層次規範納為一體，似與上述見解有異曲同工之妙。參閱李模，民法總則之理論與實用，修訂版，1989 年 12 月，120-121 頁。

17 參閱王澤鑑，同註 1，311-312 頁。

18 洪遜欣，同註 1，341 頁。實務見解亦同，例如：最高法院 69 年台上字第 2603 號判例指出：「民法第七十二條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言」，同院 73 年度台上字第 1930 號判決則認為：「民法第七十二條所謂法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，乃指

兩者大體上尚稱一致，區別為相對而非絕對；前者以國家社會秩序本身為主，後者以道德觀念為主，具有相依相成的作用[19]。而所謂公共秩序，應包括整體法秩序的**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 29 頁】**規範原則及價值體系，特別是憲法基本人權規定[20]。此外，公序良俗的具體內容，每因個別社會制度的差異，及時代社會思想的變遷，致有所不同[21]。故特定法律行為是否違反公序良俗，應考量時代變遷、社會思潮、經濟狀況及地區環境等因素，綜合加以判斷[22]，難以一概而論。學者另有認為，法律行為因違反公序良俗而無效者，其判斷標準並非具體的法律規範，「而是存在於法律本身的價值體系（公共秩序），或法律外的倫理秩序（善良風俗）」[23]。準此，涉及國家社會秩序的公序概念，乃依據法律內在原理（價值體系）而判斷；至於涉及社會道德觀念的良俗概念，則以法律以外的道德（倫理秩序）為斷。

另一方面，有關憲法與公序良俗規定之間存在何種關係，學理上向有爭議。依臺灣憲法第 22 條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障」，第 23 條復規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，依臺灣學界通說，民法第 72 條的公序良俗條款，亦具實現憲法基本人權的功能。申言之，憲法所定人民的基本權利，一方面具有保護人民不受公權力侵害的功能，另一方面亦保護人民不受其他第三人侵害。同時，就保護的方式而言，學說上多採所謂「間接效力說」，亦即藉由民法公序良俗條款的詮釋，以實現憲法基本權利所建構的價值體系[24]。因此，法官在個案判斷中，須在闡釋公序良俗的概念時，導入憲法基本權利的相關價值，再依第 72 條宣告無效，以間接控制法律行為的效力[25]。就此而言，公序良俗條款在法律體系中，具有將憲法位階的價值加以具體實現的調控功能。

## 三、與暴利行為的關係

**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 30 頁】**

就「標的正當」（社會妥當性）而言，為追求公平及人類共同生活的理想，當事人一方藉他方特殊情形之便，所為利己行為應有其界限，以維護當事人間的協同關係，在羅馬法中早有相關規範，各國立法上亦有先例[26]。就此，民法第 74 條規定：「法律行為，

---

法律行為有背於國家社會之一般的要求或利益，或社會一般道德觀念之情形而言」。

19 參閱洪遜欣，同註 1，341 頁。

20 參閱王澤鑑，同註 1，313 頁。

21 參閱洪遜欣，同註 1，341 頁。

22 參閱施啟揚，同註 10，251 頁。

23 王澤鑑，同註 1，311 頁。惟亦有學者認為：「公其秩序係自外部之社會秩序方面言之；善良風俗則自內部之道德觀念觀察」，參閱孫森焱，公序良俗與誠信原則，收錄於：楊與齡主編，民法總則爭議問題研究，二版，1999 年 9 月，194 頁。

24 參閱王澤鑑，同註 1，312 頁；蘇永欽，尋找新民法，2008 年 9 月，297 頁；蘇永欽，憲法權利的民法效力，收錄於：合憲性控制的理論與實務，1994 年 5 月，52 頁。

25 參閱蘇永欽，尋找新民法，同前註，297 頁。

26 參閱洪遜欣，同註 1，355-356 頁。

係乘他人之急迫、輕率或無經驗，使其為財產上之給付或為給付之約定，依當時情形顯失公平者，法院得因利害關係人之聲請，撤銷其法律行為或減輕其給付。（第 1 項）前項聲請，應於法律行為後一年內為之。（第 2 項）」，學理通稱為暴利行為，乃參考法國法之例，而得訴請法院撤銷，尚與德國法的無效規定有異[27]。

學說上有認為，暴利行為乃違反公平交易、童叟無欺的社會道德觀念，亦屬違背公序良俗的一種類型，原得認為無效，但民法就此另設特別規定[28]。亦有認為暴利行為並非違反公序良俗，否則應規定為無效[29]。依現行民法的設計，就法律行為涉及財產上給付或為給付的約定，如行為時有顯失公平情形，而與行為人的主觀反社會性結合，則雖與社會公益無直接關係，但因該法律行為欠缺社會正當性，而不得發生完全效力[30]。換言之，行為人乃利用他人急迫、輕率或無經驗，而與其為法律行為，涉及行為動機的主觀情事具有「反道德性」[31]，乃予以適當限制。甚至在高度重視行為社會正當性的法律中，為對此類行為加以合理規制，亦有明文規定暴利行為乃無效者[32]。誠如學者指出：「國家法當決定可否對法律行為與以國家法上效果，及究竟應與以如何效果之時，除對各個具體之法律行為之標的，即當事人因其法律行為所企圖形成之社會生活關係之正當性，加以考慮外，尚須顧及法律行為成立時之一切具【**月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 31 頁**】體情事」[33]。就此而言，暴利行為乃欠缺一定程度的社會妥當性，而就行為的社會正當性、法律生活的安定性及實效性等因素，法律為加以適度調節，乃設計尊重當事人及其他利害關係人的機制，實為最適合法律社會化的原則[34]。此外，如暴利行為本身已違背公序良俗時，應依第 72 條規定而無效[35]。

換言之，公序良俗在程度上或有強弱之分，民法第 72 條公序良俗條款，係指違反公序良俗的強度較高情形（狹義類型）。至民法第 74 條暴利行為規定，其所指乘他人急迫、輕率或無經驗而為顯失公平的財產上法律行為，在某種意義上，亦有違公序良俗，不過其違反強度較低（廣義類型）而已，尚與民法第 72 條有所區別。因此，在廣義情形，暴利行為亦屬違反公序良俗的次類型，但因法律就此特設規定，應優先適用。簡言之，在個案事實中，如符合暴利行為的要件時，應優先適用第 74 條的特別規定，但如暴利行為另有其他違反公序良俗的情事，仍得因適用第 72 條規定而無效[36]。

---

27 參閱孫森焱，同註 23，192-193 頁。
28 參閱鄭玉波著，黃宗樂修訂，民法總則，修訂十版，2007 年 9 月，245 頁。
29 參閱姚瑞光，民法總則論，2002 年 9 月，291 頁。
30 參閱洪遜欣，同註 1，356 頁。
31 參閱孫森焱，同註 23，192 頁。
32 例如：1936 年公布的勞動契約法，其第 5 條規定：「當事人之一方，乘他方急迫輕率或無經驗，為自己或他人訂立之勞動契約，其報酬過少，與勞動之比例有失平衡，或勞動條件顯與關於該種勞動之地方習慣或從來慣例較為不利者，其契約為無效」。
33 洪遜欣，同註 1，401 頁。
34 參閱洪遜欣，同註 1，357-358 頁。
35 參閱王澤鑑，同註 1，324 頁。
36 類似見解參閱鄭冠宇，民法總則，四版，2017 年 8 月，342-343 頁。

## 參、法律行為違反公序良俗的要件與類型

### 一、違反公序良俗的判斷

有關判斷法律行為違反公序良俗的標準，就客觀標的而言，最高法院曾闡析：「民法第七十二條所稱之『法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效』，係指法律行為之標的，亦即法律行為之內容（當事人因該法律行為所欲使其發生之事項），與上開秩序、道理、法則暨社會道德不相容，顯然悖離社會之妥當性，或帶有反社會性之動機經表現於外而成為法律行為標的之一部，或與其結合之法律行為，有助長反社會行為實現之具體危險，而為相對人有預見之可能者而言」[37]。換言之，原則上係指法律行為之標的（內容）欠缺社會妥當性；至於動機違法情形，或須將其表現於外而成為法律行為標的一部，或與其結合的法律行為，將生助長反社會行為實現的具體危險，且得為相對人所預見時，始因違反公序良俗而**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 32 頁】**無效。

此外，最高法院另行闡釋：「法律行為是否違反公序良俗，則應就法律行為之內容，附隨情況，以及當事人之動機、目的及其他相關因素綜合判斷之」[38]，學者除肯定此判決見解外，並補充闡釋：（一）行為人不需有「違反公序良俗的意識」，僅需認識其法律行為違反公序良俗的相關情況，即為已足；（二）判斷時點以法律行為作成時為原則；（三）就已確定事實是否違背公序良俗，屬於法律問題，得據以提起第三審上訴[39]。因此，有關違反公序良俗的法律行為，就主觀意識而言，當事人僅需認識該行為違反公序良俗的相關情況，而不需具備確屬違反公序良俗的意識。學者亦有認為，法律行為違反公序良俗乃不具社會妥當性（正當性），或具有反社會性，對其有所認識與對違法行為的違法性認識相當，而如行為人加以必要注意，應得知悉行為的反社會性時，即屬有此認識[40]。

### 二、違反公序良俗的類型（一）－以法律行為標的有不正當情事為中心

有關法律行為違反公序良俗，因觀察標準不同，分析架構自有差異[41]。一般而言，如以法律行為標的有不正當情事為中心，在型態上得為下列區分[42]：

（一）法律行為中心標的違背公序良俗

例如：就賭博、通姦等犯罪行為成立契約時，其約定無效。

---

37 參照 103 年度台上字第 2036 號判決。

38 參照 83 年度台上字第 1530 號判決。

39 參閱王澤鑑，同註 1，313-314 頁。

40 此為德國學者見解，參閱史尚寬，同註 1，301 頁。

41 學者曾以「法律行為標的不正當內容」為標準，而區分（一）違反人倫之行為；（二）違反正義觀念之.行為；（三）剝奪個人自由或過度限制個人自由之行為；（四）過度限制營業自由之行為；（五）破壞國家特殊政策，或社會經濟有重大障礙之行為；（六）投機取巧之行為等類型。參閱洪遜欣，同註 1，341-344 頁。另有參考臺灣及德國實務案例而分類，參閱黃立，民法總則，二版，1999 年 10 月，326-331 頁；有關法國法上的公序良俗，參閱許曉芬，我國與法國民法上公序良俗概念之比較研究：法國民法革新對我國之啟發與借鏡，東海大學法學研究，51 期，2017 年 4 月，171-215 頁；日本學者之古典分類，參閱朱柏松，同註 8，10 頁。

42 參閱洪遜欣，同註 1，344-347 頁。

（二）法律行為中心標的因法律上強制而違背公序良俗

例如：就不得在任何地域為任何營業成立契約時，綜觀該行為的趣旨，一方當事人將強制受法律上拘束，其約定無效。**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 33 頁】**

（三）法律行為中心標的因與金錢利益結合而違背公序良俗

例如：公務員對於所執行職務而約定收受報酬，其約定無效[43]。

（四）法律行為中心標的因附條件而違背公序良俗

例如：法律行為附有不法條件，或約定以不為犯罪為條件並給付金錢，其約定無效。又實務見解曾認為，附條件之法律行為是否違背公序良俗，應以該法律行為及所附條件本身為斷，至當事人為使條件成就所為之行為，縱有背於公序良俗，亦不影響法律行為之效力[44]。

（五）動機不法或不當

如上所述，當事人試圖實現不法或不當社會生活關係，而未表示其動機時，原則上其法律行為有效。但如相對人於行為時明知其情事，致行為違法或欠缺社會正當性時，其法律行為無效[45]。實務上對於法律行為違反公序良俗，原則上亦採取較狹範圍，指法律行為本身有背於公序良俗的情形[46]。換言之，主要係指法律行為標的而言，至動機則不**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 34 頁】**包括在內[47]，但如動機已表示於外，將構成法律行為標的之內容，而影響其效力[48]。

---

43 類似案例參閱 90 年度台上字第 1978 號判決：「原審認被上訴人矇蔽所服務之凱○公司，收受公司交易對象之回扣，並無違法或違反公序良俗之情事，亦即其行為本身不違反國家社會一般利益及道德觀念，顯與經驗法則有違」。

44 參閱 88 年度台上字第 1906 號判決：「按附條件之法律行為是否有背於公共秩序或善良風俗者，應就該法律行為及所附條件本身以為判斷之依據。至附條件之法律行為當事人為使條件成就所為之行為，縱有背於公共秩序或善良風俗，於法律行為之效力，不生影響。系爭債務承擔契約縱附有『高○安獲不起訴處分』之停止條件，惟該條件本身似與國家社會一般利益及道德觀念無違，原審認系爭債務承擔契約因附有上開條件，應屬無效，非無可議」。本件前審判決則對當事人為使條件成就，所為之行為是否違反公序良俗，認有審酌必要，並認為：「按法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，民法第七十二條定有明文。查本件債務承擔契約之成立，係以『訴外人高○安沒事』或『不告高○安』為停止條件，當事人間立約之真意，係指被上訴人向台北地檢署指訴高○安所涉『詐欺等』案經處分不起訴者而言。債務承擔契約所附之停止條件，於前述刑事案件處分不起訴之時即告成就，上訴人應受其拘束。被上訴人於高○安詐欺等案件偵查期間，依和解條件，於八十一年四月十七日不出庭應訊，嗣於出庭應訊時，復出言迴護高○安，台北地檢署偵查後始認高○安罪嫌不足，為不起訴處分，上訴人自應受前揭承擔債務契約之拘束，為原審認定之事實。茲被上訴人為使高○安獲得不起訴處分，債務承擔契約之條件成就，或不出庭應訊，或出庭為迴護高○安，而為非真實內容之陳述，類此債務承擔契約，於民法第七十二條規定有無違背，自有進一步研求之餘地。原審未遑詳查，遽以債務承擔契約所附條件已經成就，為上訴人不利之判決，已嫌疏略」（參照 85 年度台上字第 1344 號判決）。

45 參閱洪遜欣，同註 1，345-346 頁。

46 最高法院 60 年台上字第 584 號判例指出：「民法第七十二條所謂法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身有背於公序良俗之情形而言，至構成法律行為要素之意思表示，倘因被脅迫所為時，依照民法第九十二條規定，僅得由表意人撤銷其意思表示，並非當然無效」。

47 參閱 79 年度台上字第 1712 號判決：「民法第七十二條規定法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，係指法律行為之標的而言。至法律行為之緣由或動機，若未表現於外而成為標的之一部者，縱該緣由或動機有背於公共秩序或善良風俗，與法律行為之效力，尚不生影響」。

48 102 年度台上字第 1686 號判決指出：「本件徐曾○金與徐○添於五十九年四月間結婚至徐○添九十六年十二月間亡故，達三十七年餘，其間徐○添已與被上訴人同居長達三十餘年，為原審認定之事實，並為被上訴人自承……

（六）原因行為不法或不當

如原因行為違反公序良俗而無效，基於該原因所為物權行為，並不因而無效，僅發生得否請求返還問題[49]，實務上亦採相同見解[50]。**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 35 頁】**

## 三、違反公序良俗的類型（二）－以最高法院實務案例為中心

此外，實務上涉及違反公序良俗的案例所在多有[51]，學者分析架構及區分類型，頗有差異並各具特色[52]。同時，縱分類標準有其概念上之差異，但因具體事實常同時符合多項標準，致在適用上或有標準交錯、重疊之處，在所難免。為便於扼要解說，本文以最高法院實務案例為主，並考量分析架構的精簡，區分為憲法基本權利的保障、違反公共秩序及倫理秩序的維護。前者涉及憲法對民事法的垂直調控及憲法價值在民事法中的實現；後者涉及法律所蘊含公共政策與民事法的融合及對法律行為的規制；最後者則為避免社會價值與法律規範的疏離。

（一）憲法基本權利的保障

有關憲法基本權利的保障，涉及憲法第 7 條至第 21 條所列人民基本權利，及人民其

---

觀諸卷附九十四年八月間簽立之契約書就系爭土地上建築房舍事宜約定：『甲、乙雙方（分指徐○添、被上訴人）……於九十四年六月十二日入新居宴請雙方親友……甲方同意無償提供乙方永久使用前開土地』等；上訴人另辯稱：被上訴人與徐○添同居共宿長達三十餘年，已構成侵害徐曾○金基於配偶關係之身分法益，且屬情節重大，況徐○添臨終前係由徐曾○金不離不棄加以照料；被上訴人係為與徐○添同居，始出資整理系爭土地及興建地上物，此項使用土地之約款係共同侵權行為人片面約定，因違背善良風俗，且以破壞徐曾○金之家庭幸福為主要目的，應屬無效等語……倘若非虛，被上訴人與徐○添間簽立系爭契約之緣由或動機，是否出自同居並繼續維持不正常關係之目的，已否表現於外而成為法律行為標的之一部，要與系爭契約使用土地之約定是否有背於公序良俗而無效者攸關。原審未遑詳究，遽以前揭情詞為不利於上訴人之論斷，非無可議」。相關見解參閱 91 年度台簡上字第 28 號判決：「被上訴人代上訴人墊付之款項，固供作股票空中交易之用，然既係於該交易之外兩造另成立之消費借貸契約，且借款動機亦未成為該借貸法律行為標的之一部，難謂該消費借貸法律行為之標的有背於公共秩序或善良風俗」（本件係最高法院維持原審見解而駁回上訴）。

49 參閱洪遜欣，同註 1，346-347 頁；王澤鑑，同註 1，314 頁；王澤鑑，不當得利，2009 年 7 月，137-138 頁。

50 87 年度台上字第 1293 號判決指出：「本件兩造於七十九年五月二十五日所訂之買賣契約，自始即為有效成立，縱該買賣契約經上訴人以受詐欺為由撤銷意思表示，致使契約之效力歸於無效，惟訂約之初，被上訴人將系爭不動產移轉登記於上訴人，顯係基於合法原因而為之給付，雖被上訴人嗣因其行使詐術，致上訴人據以撤銷兩造買賣之法律行為，惟於上訴人行使撤銷權前，其所取得系爭不動產之登記應係具有合法原因之給付，該情形自與民法第七十二條所定法律行為因有背於公共秩序或善良風俗故自始無效之情形有間，且其給付目的本身亦不具不法性，與前述最高法院判例所示，給付標的或給付目的本身具有不法性，顯有不同，此由民法第九十二條之所以規定，實施詐欺而為之法律行為僅屬得撤銷，即規定如一方有詐欺行為，僅係他方取得撤銷權，在他造未行使其撤銷權之前，兩造之買賣契約，非認即當然無效。是上訴人主張被上訴人之詐欺買賣行為，具有不法原因之給付，依民法第一百八十條第四款規定，被上訴人不得為本件請求，尚嫌乏據」（本件係最高法院維持原審見解而駁回上訴）。

51 筆者運用司法院法學資料檢索系統，以「公共秩序或善良風俗」為關鍵字檢索結果，共查得最高法院裁判（1996 年至 2018 年間）94 筆，經扣除上訴不合法案例，共計 84 筆；如以「公序良俗」為關鍵字，共查得最高法院裁判（1996 年至 2018 年間）474 筆，經扣除上訴不合法案例，共計 427 筆。參閱司法院法學資料檢索系統網站：http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm（最後瀏覽日：2018 年 6 月 10 日）。

52 一般而言，將憲法基本權利的保護及違反經濟秩序等公共秩序列為獨立類型，殆無異議。參閱王澤鑑，同註 1，315-319 頁。另有學者分為四大類，分別為：（一）侵害憲法所規定基本人權之違反公序良俗之法律行為；（二）違反公共秩序之法律行為；（三）以人體或人倫秩序為標的所成為之法律行為；（四）阻害正當婚姻或成立非正常婚姻關係之法律行為，參閱朱柏松，同註 8，10-23 頁。亦有學者區分為：（一）確保普遍承認之規範；（二）防止對自由之限制；（三）利用權力地位；（四）防止損害第三人，參閱黃立，同註 41，326-331 頁。

他自由、權利而不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法保障。依基本權對第三人的「間接效力說」，法院於判斷私人間法律行為是否違反公序良俗時，應考量憲法保障基本權價值的實現。就此，最高法院亦指出：「民法關於『公序良俗』之規定，一為對私法自治之限制；他則係重建契約自由與維護憲法基本價值之工具，為落實『公序良俗』所蘊含憲法基本權之意涵，凡法律行為涉及生存等基本權之事項，自**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 36 頁】**須兼顧締約雙方處境之優劣及該基本權是否被重大侵害而反於社會性，始得展現其真正意義。因此，審判法院於透過該『公序良俗』之抽象、概括規定，調整當事人之自治領域，檢視法律行為是否為無效時，除斟酌法律行為之內容、附隨情況、當事人之動機、目的等在該時、空環境下，是否符合首揭秩序、道理、法則、道德觀念及社會妥當性外，尚應就法律行為之內容涉及生存等基本權者，併將當事人之一方是否在經濟、學識、經驗等處於嚴重劣勢？及該法律行為之成立，是否將對其基本權造成重大之損害而反於社會性等其他相關因素考量在內，以綜合判斷之」[53]，足供參酌。

此外，學者亦有認為，因憲法基本權利非採列舉方式，故有關憲法基本權利的保護，並不限於憲法第 7 條至第 14 條的自由權，尚包括第 15 條至第 18 條的公權利，及其他私人得主張受侵害的權利[54]。在實務案例上，常見型態約略如下：

1. 單身條款與平等原則、工作權

在農會與女性員工所簽訂契約中，如預立於任職中結婚即應辭職(所謂「單身條款」)，實屬違反憲法所保障男女平等原則及工作權的價值，應藉由違反公序良俗條款的判斷而宣告無效[55]。

2. 競業禁止條款與工作權

公司為避免離職員工洩漏其專業上秘密，乃與員工約定自離職日起 2 年間，不得從事與公司同類廠商的工作或提供相關資料，實務上認為未違憲法保障人民工作權的精神，亦與公共秩序無關[56]。此外，在演藝人員經紀契約中，如限制在一定期間內，不得從事與經紀**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 37 頁】**範圍相衝突的表演活動，

53 參照 103 年度台上字第 2036 號判決。

54 參閱黃立，論公序良俗與暴利行為，政大法學評論，41 期，1990 年 6 月，160 頁；朱柏松，同註 8，10-11 頁。就部分權利涉及公權力的行使，並受限於其性質，是否適宜直接或間接對私人發生規範效力，相關反思參閱蘇永欽，尋找新民法，同註 24，342 頁。

55 參閱王澤鑑，同註 1，312 頁；王澤鑑，勞動契約上之單身條款－基本人權與公序良俗，收錄於：民法學說與判例研究第七冊，1992 年 9 月，36-55 頁；蘇永欽，尋找新民法，同註 24，333-336、347 頁。

56 參閱 75 年度台上字第 2446 號判決：「憲法第十五條規定，人民之生存權、工作權及財產權應予保障，乃國家對人民而言。又人民之工作權並非一種絕對之權利，此觀諸憲法第二十三條之規定而自明，上訴人惟恐其員工離職後洩漏其工商業上，製造技術之秘密，乃於其員工進入公司任職之初，要求員工書立切結書，約定於離職日起二年間不得從事與公司同類之廠商工作或提供資料，如有違反應負損害賠償責任。該項競業禁止之約定，附有二年間不得從事工作種類上之限制，既出於被上訴人之同意，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定似非無效」，相關評釋參閱蘇永欽，尋找新民法，同註 24，351-352 頁。

亦屬合法[57]。

3. 最低服務期限與受僱自由

勞工離職的自由權固應保障，但為兼顧各行業特性的差異，平衡雇主與勞工雙方的權益，對於雇主與勞工間的勞動契約，就所訂定勞工最低服務期限及違約金的約款，是否承認其效力，應依個案具體情形加以判斷，無法一概而論[58]。

4. 不追究刑責與訴訟權

實務上亦有當事人約定「不得再以任何方式追究他方刑責」，法院認為該行為違反憲法所保障訴訟權，應屬無效[59]。

5. 因訴訟牟利與訴訟權[60]

未取得律師資格者，原不得辦理訴訟事件，其與可能涉訟之人約定，於勝訴後取得訟爭標的物一部或價額一定比例，藉以謀取利益，即屬違背公序良俗，應屬無效[61]。此外，實務案例亦有**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 38 頁】**為強化對訴訟權內涵的保護，認為利用憲法所保護訴訟權而牟取利益者，例如：對涉訟之人提供證據資料或允諾負擔費用，並約定於勝訴後給予特定利益者，均屬違反公序良俗而無效[62]。

（二）違反公共秩序

如上所述，所謂公共秩序，學理上認為包括整體法秩序的規範原則及價值體系，特別是憲法基本人權規定[63]，實務上則稱「社會國家之存在及其發展所必要之一般秩序」。至於如何將其內涵具體化，以利實務運作之參考，學理上則有不同闡釋架構。學者曾參考外國學說，區分為行政秩序、立法秩序、司法秩序、警察秩序、個別政策秩序、市場

57 參閱 87 年度台上字第 43 號判決：「按憲法第十五條固規定：人民之生存權、工作權及財產權應予保障。但人民之工作權並非絕對之權利，此觀憲法第二十三條之規定自明。演藝人員之經紀人鑑於藝人須長期培訓及投資，因而於演藝人員經紀契約約定演藝人員在一定期間內不得從事與其經紀範圍相衝突之表演活動之限制，倘未逾越合理之範圍，既出於契約當事人之同意，自與憲法保障人民工作權之精神不相違背，亦難謂違反其他強制規定，且與公共秩序無關，自非無效」。

58 參閱 96 年度台上字第 1396 號判決：「按現行勞動基準法就雇主與勞工間之勞動契約，雖未設有勞工最低服務期間之限制，或不得於契約訂定勞工最低服務期限暨其違約金之禁止約款，但為保障勞工離職之自由權，兼顧各行業特性之差異，並平衡雇主與勞工雙方之權益，對於是項約款之效力，自應依具體個案情形之不同而分別斷之，初不能全然否定其正當性。又最低服務年限約款適法性之判斷，應從該約款存在之『必要性』與『合理性』觀之」。

59 參閱 87 年度台上字第 2000 號判決：「按權利之拋棄，不得違背法律之強制或禁止規定或公序良俗，否則其拋棄行為無效。又憲法第十六條規定，人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。查系爭協議書第四條雖約定兩造『不得再以任何方式追究他方刑責』，其真意倘係拋棄刑事訴訟權，似有違憲法第十六條保障訴訟權之意旨，難謂有效」。

60 亦有學者將相關案例列為違反公共秩序的類型，參閱朱柏松，同註 8，11-12 頁。

61 參閱 103 年度台上字第 41 號判決：「按訴訟權係人民在司法上之受益權，旨在確保人民有依法提起訴訟及受公平審判之權益，不容他人從中牟利。故未取得律師資格，意圖營利而辦理訴訟事件，對可能涉訟之人，允諾提供服務負擔全部費用，而與之約定應於勝訴後給予訟爭標的物之一部分或其價額之若干比例為報酬，即與公序良俗有違，依民法第七十二條規定，應屬無效」。

62 參閱 95 年度台上字第 2928 號判決：「訴訟權係人民在司法上之受益權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益，不容他人從中牟取利益。故對涉訟之人，提供證據資料或允諾負擔費用，而與之約定應於勝訴後給予訟爭標的物之一部分或其價額之若干比例，即與公序良俗有違，依民法第七十二條規定，應屬無效」。

63 本文將「憲法基本權利的保障」列為獨立類型，而所謂「違反公共秩序」案例，亦可能同時歸屬「憲法基本權利的保障」類型，為避免重複，以下論述不再解析其與憲法基本權利的關係。

秩序、競爭秩序、（消費者）保護秩序、投資者保護秩序及勞動秩序等 10 大類型[64]。應注意者，就涉及公法政策的實現，學者有認為應藉由民法第 71 條加以調控，藉以形成公、私法的接軌通道[65]，此時，區分應屬第 71 條強行法規或第 72 條公共秩序，即具重要意義。因此，如過度擴大公共秩序的範圍，有時似易與強行法規的功能過度重疊。本文擬以最高法院見解為例，扼要區分違反公共秩序的次類型如下：

1. 定型化契約條款的司法控制

在消費者保護法（下稱「消保法」）第 12 條於 1994 年施行前，及民法第 247 條之 1 於 1999 年增訂前，實務上對於定型化契約條款的內容，曾藉由公序良俗進行司法控制[66]。但在上述法條增**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 39 頁】**訂後，最高法院乃藉由誠實信用原則進行內容控制[67]，似無就此再適用民法第 72 條的案例[68]。又如金融機關與甲種活期存款戶間，以定型化契約免除其抽象的輕過失責任，往昔實務上曾認此項特約違背公共秩序而無效[69]，但現已不再參考。論者有認為，上述實務見解於消保法施行後，論斷基礎雖有不同，但兩者並非互斥關係，實務見解仍有適用餘地[70]。論者進一步認為，就定型化契約條款的效力，消保法第 12 條以是否違反誠信原則為判斷標準，與民法第 74 條第 1 項暴利行為效力規定的立法趣旨，實有所牴觸[71]。

2. 經濟秩序的維護

為維護經濟秩序，實務上亦有數起以公共秩序為判斷基礎的案例。例如：結匯許可

64 參閱朱柏松，同註 8，11 頁。

65 參閱蘇永欽，尋找新民法，同註 24，262-264、267-278 頁。

66 參閱 80 年度台上字第 792 號判決：「旅行契約係指旅行業者提供有關旅行給付之全部於旅客，而由旅客支付報酬之契約。故旅行中食宿及交通之提供，若由旅行業者洽由他人給付者，除旅客已直接與該他人發生契約行為外，該他人即為旅行業者之履行輔助人，如有故意或過失不法侵害旅客之行為，旅行業者應負損害賠償責任。縱旅行業者印就之定型化旅行契約附有旅行業者就其代理人或使用人之故意或過失不負責任之條款，但因旅客就旅行中之食宿交通工具之種類、內容、場所、品質等項，並無選擇之權，此項條款殊與公共秩序有違，應不認其效力」。

67 參閱王澤鑑，同註 1，316 頁。

68 參閱楊淑文，消費者保護法關於定型化契約在實務上之適用與評析，收錄於：新型契約與消費者保護法，1999 年，84 頁。

69 參閱最高法院 73 年度第 10 次民事庭會議決議：「甲種活期存款戶與金融機關之關係，為消費寄託與委任之混合契約。第三人盜蓋存款戶在金融機關留存印鑑之印章而偽造支票，向金融機關支領款項，除金融機關明知其為盜蓋印章而仍予付款之情形外，其憑留存印鑑之印文而付款，與委任意旨並無違背，金融機關應不負損害賠償責任。若第三人偽造存款戶該項印章蓋於支票持向金融機關支領款項，金融機關如已盡其善良管理人之注意義務，仍不能辨認蓋於支票上之印章係偽造時，即不能認其處理委任事務有過失，金融機關亦不負損害賠償責任。金融機關執業人員有未盡善良管理人之注意義務，應就個案認定。至金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效」，本則業經最高法院 90 年度第 5 次民事庭會議決議不再供參考。類似見解參閱 78 年度台上字第 2118 號判決：「約定書係定式契約，原係由被上訴人所製作；並係以債權人強勢之立場，命債務人簽名及蓋章，此為公眾週知之事實，該約定書第三條內收錄於：『各種票據、借據及其他證書等之印鑑，僅憑立約書人所留印鑑即可發生效力，不必親筆簽名，即使因盜用或偽造印章及其他任何情形發生之損失，立約人當自負一切責任』等語；如認為該約定書為有效，則立約人即 h 訴人於其立約（七十一年八月二十一日）之後，任何人如有盜用或偽造上訴人印章為債務人或保證人，向被上訴人借貸金錢或保證債務，不論其金額之多寡，上訴人皆須負貴清償；而金融機關即被上訴人祇為其本身作業上（即借款時之對保）之省略或方便，竟置立約人即上訴人事後權益於不顧，顯非衡平之道。是上訴人在原審抗辯稱：前述約定書內容與公序良俗有違，不能認為有效，是否全不足採，亦待審酌」。

70 參閱孫森焱，同註 23，197-198 頁。

71 參閱孫森焱，同註 23，193 頁。

證內容有違國家外匯政**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 40 頁】**策[72]、表決權拘束契約[73]、違反管制品管制措施[74]、禁止巧取利益[75]及結合得標行為[76]。值得注意者，實務案例亦有涉及在臺灣法院起訴，並依外國法規定請求超過法定最高額（週年 20%）的遲延利息，最高法院曾認有違公序良俗[77]，**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 41 頁】**但其後已變更見解[78]。

3. 判決效力公益性與強行性的維護

民事訴訟確定判決所生拘束力，乃基於國家司法權的行使及公權力的作用，所產生公法（民事訴訟法）上的效力，具有公益性與強行性，屬於國家社會的一般利益。故當事人如事先以法律行為否認確定判決的效力，實有違判決效力的公益性與強行性，應屬違反公共秩序而無效[79]。

---

72 參閱 50 年台上字第 691 號判例：「外匯在政府管制之下，必須特定人基於特定事故始得請求，而非得以自由買賣之權利，臺灣銀行所發結匯許可證結匯證實書內載『不得轉讓或抵押』等字，一若僅為該行片面之規定，然聽任自由轉讓或出質之結果，實足影響國家外匯政策，即應解為有背公共秩序，依民法第七十二條，其行為為無效」，但本件判例經最高法院 91 年度第 12 次民事庭會議決議不再援用。

73 參閱 96 年度台上字第 134 號判決：「按所謂表決權拘束契約，係指股東與他股東約定，於一般的或特定的場合，就自己持有股份之表決權，為一定方向之行使所締結之契約而言。此項契約乃股東基於支配公司之目的，自忖僅以持有之表決權無濟於事，而以契約結合多數股東之表決權，冀能透過股東會或董事會之決議，以達成支配公司所運用之策略。若股東間得於事前訂立表決權拘束契約，則公司易為少數大股東所把持，對於小股東甚不公平，更易使有野心之股東，以不正當手段締結此種契約，達其操縱公司之目的，不特與公司法有關股東會或董事會決議規定之原意相左，且與公序良俗有違，自應解為無效」。類似見解參閱同院 71 年度台上字第 4500 號判決。

74 參閱 85 年度台上字第 2487 號判決：「三氯乙烷係蒙特婁議定書列管之化學品，輸入三氯乙烷應檢附經濟部工業局核發配額文件，且限由蒙特婁議定書之締約國，或經行政院環境保護署公告認可之國家或地區進口，廠商申請進口三氯乙烷應本此規定向經濟部國際貿易局申請輸入許可證，憑以報關進口……兩造係約定以三氯乙烷以外虛偽之名義進口……既違反申請輸入三氯乙烷許可證應循之規定，且影響政府對三氯乙烷配額之管制，該履行契約方式之約定，違反前揭強制性之規定，且有背於公共秩序，依民法第七十一條及第七十二條之規定，應屬無效，亦不生履行契約之問題」。

75 參閱 103 年度台上字第 1403 號判決：「民法第二百零五條立法限制最高利率，明定債權人對於超過週年百分之二十部分之利息無請求權，第二百零六條更明定債權人除前條限定之利息外，不得以折扣或其他方法，巧取利益，則當事人將借貸關係所得獲取之對價即利息，改以其他形式為約定而超過上開限制，使之成為有請求權，無異助長脫法行為，難以貫徹該二條『防止重利盤剝，保護經濟弱者』、『避免擾亂社會經濟及破壞善良風俗』之立法目的，自非法之所許」。

76 參閱臺灣高等法院 86 年度上字第 1731 號判決：「系爭協議書內容係約定由被上訴人得標後，被上訴人即轉包予上訴人而可得到標金之百分十二‧五之管理費此種被上訴人以利誘行為使上訴人不為價格之競爭，而參與結合得標之行為，致政府機關遭受極大損失，公共工程品質低落，此行為自有違反公共秩序及善良風俗，依民法第七十二條之規定，應屬無效」。

77 參閱 95 年度台上字第 20 號判決：「被上訴人以荷蘭法為系爭授權契約準據法請求上訴人給付之約定遲延利息，已超過我國允許之法定最高額（週年百分之二十），依上說明，被上訴人對於該超過部分利息之請求似難謂無悖於我國公序良俗，原審為相反之認定，亦屬可議」。

78 參閱 103 年度台上字第 1957 號判決：「按修正前涉外法律適用法第二十五條規定，依本法適用外國法時，如其規定有背於中華民國公共秩序或善良風俗者，不適用之。係指適用外國法之結果，與我國公序良俗有所違背而言。此係準據法適用之例外條款，就此例外條款，自以從嚴解釋為宜，我國民法第二百零五條係規定：約定利率，超過週年百分之二十者，債權人對於超過部分之利息，無請求權。非規定該超過部分，為無效。旨在防止資產階級之重利盤剝，以保護經濟弱者之債務人。系爭授權契約第四‧〇七條遲延利息之約定，目的在督促上訴人如期付款，自難單以被上訴人依該約定，請求給付月利率百分之二之利息部分，違背我國民法第二百零五條之規定，即遽謂有背我國公共秩序或善良風俗」。相關評釋，參閱許耀明，公序良俗條款之內涵與我國最高法院之相關適用，月旦法學教室，153 期，2015 年 7 月，32 頁。

79 參閱 103 年度台上字第 620 號判決：「法院為終局判決確定後，受判決之當事人及法院均應受該判決內容之拘束，不得任由當事人一方預先以法律行為加以否認。蓋確定判決之拘束力，旨在維護當事人間法的安定及社會上法之和平，並保護當事人就法院對於權利存在與否所作判斷之信賴，此乃國家本於司法權之行使及公權力之作用所產

（三）倫理秩序的維護

有關倫理秩序的維護，主要涉及家庭倫理、婚姻制度、不當性關係、人格尊嚴。在實務案例上，其主要次類型如下：

1. 家庭倫理的維護

實務上曾就兄弟間於父母健在時，即以契約預立財產分管契約，最高法院認為違反崇尚孝悌的善良風俗，而宣告無效[80]。或在日據時期，養子女未**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 42 頁】**經養父母同意，而更為他人養子女者，有關後者的收養為無效[81]。此外，生父在生母懷胎期間，亦不得以契約免除對非死產胎兒的扶養義務[82]。

2. 婚姻制度的維護

為維護婚姻制度，在實務上多起案例中，法院以公序良俗條款加以調控，例如：

（1）夫妻預立離婚契約：夫妻間縱恐對方於日後有虐待或侮辱情事，仍不得就此預立離婚契約[83]。

（2）協議離婚契約限制雙方於一定期限不得結婚：夫妻在離婚協議中，約定於一定期限或永久不得結婚，並以給付金錢為對價，乃違背善良風俗[84]。

（3）離婚協議書條款以放棄行使撤銷訴權為條件：法定撤銷訴權的行使，如涉及善良風俗的維護，有關以放棄該項權利為條件的財產上給付之約定，即屬違背善良風俗[85]。**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 43 頁】**

---

生之公法（民事訴訟法）上之效力，屬於國家社會之一般利益，具有公益性與強行性。苟當事人一方對於確定判決之效力得事先以法律行為否認，無異允許其得預先任意排除該判決之拘束力，自有違判決效力之公益性與強秆性，應認為係道反公共秩序」。

80 參閱 46 年台上字第 1068 號判例：「上訴人與被上訴人均為某甲之養子，於養父母健在時預立分管合約為財產之瓜分，載明該約俟父百年後始生效力，固堪認係以某甲死亡之日為契約發生效力之始期之法律行為，然兩造對於其父之財產不待其父自行贈與，或於壽終後再行協議分析，乃急不暇擇，於父生前預行訂約剝奪母之應繼分，此項矇父欺母而訂立之契約，衡諸我國崇尚孝悌之善良風俗，既屬有違，依民法第七十二條，該契約即在無效之列」。

81 參閱 85 年度台上字第 136 號判決：「按一人同時為二人之養子，縱令法律無禁止之規定，亦為善良風俗所不容，故在日據時期，養子女未經養父母同意，而更為他人之養子女者，後者之收養，應解為無效」。

82 參閱 102 年度台上字第 726 號判決：「按未婚生子，並非墮胎法定要件，教唆墮胎本違公序良俗，依民法第 72 條規定，其法律行為無效。系爭切結書約定丙如不墮胎執意生下乙應自負責任，該約定違反公序良俗，自屬無效。況且對乙之扶養義務乃法定義務，丙並非權利人，自無權免除甲之扶養義務。」

83 參閱 50 年台上字第 2596 號判例：「夫妻間為恐一方於日後或有虐待或侮辱他方情事，而預立離婚契約者，其契約即與善良風俗有背，依民法第七十二條應在無效之列」。

84 參閱詹森林，待婚期間之約定與善良風俗－司法院七十五年三月二十八日廳民一字第一一三九號函之研究，收錄於：民事法理與判決研究，1998 年 11 月，357-378 頁。另參閱高雄地方法院 85 年度訴字第 2535 號判決：「結婚乃男女雙方感情之結合，在一般國民道德觀念上屬終身大事，結婚與否或與何人結婚乃個人之基本自由，若以契約限制在一定期間內不得結婚，實有違善良風俗，況民法對於男子離婚後並無再婚期間之限制，故男女雙方於協議離婚時，約定男方於離婚後一定期間內或永久不得再婚，均屬有背善良風俗，而以此違背善良風俗之方法作為約定給付金錢之條件，依法亦屬無效，當事人間當不得據此而為請求」。

85 參閱 80 年度台上字第 12 號判決：「民法第九百八十六條規定因姦經判決離婚或受刑之宣告者，不得與相姦者結婚，及同法第九百九十三條規定，前配偶對於違反上開規定之結婚，得請求法院撤銷，旨在維護善良風俗。上訴人為達其與曾春嬌結婚之目的，於簽發附表所示五張本票與被上訴人同時，約定被上訴人應放棄上開撤銷訴權，否則，即放棄該未到期本票之給付請求權，自難謂係純屬個人財產權之約定而未違背善良風俗，依民法第七十二條規定，該離婚協議書第六項約定，應屬無效」，但民法第 986 條、第 993 條規定業於 1998 年刪除。

（4）以辦理離婚登記為贈與之負擔：辦理離婚登記屬於身分行為，不得為強制執行之標的，且依其性質不得附以條件或期限，否則即違背公共秩序或善良風俗，故不得成為贈與之負擔[86]。

（5）夫妻所為以同意一方與第三人同居通姦為條件而給付金錢之契約[87]：實務上向來認為，有配偶之人與他人為婚姻外之同居通姦，足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，自屬違反善良風俗[88]。

3. 不當性關係的禁止

實務上曾有當事人與非配偶之第三人約定移轉土地所有權，並以終止同居關係為解除條件，最高法院認為此項約定有背善良風俗而無效[89]。但如係有婦之夫與單身女性交往，為彌補女方損害而承諾給付特定金額，實務上則承認**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 44 頁】**其效力[90]。又如夫利用妻賣淫，並於妻與第三人性交易之際報警查獲，如夫令第三人簽立和解契約及本票，其行為乃有違公序良俗而無效[91]。

4. 人格尊嚴的維護[92]

基於維護人格尊嚴，有關以人體為標的之法律行為，除法律另有規定外[93]，原則上不得為之。

此外，債務人為規避債權人之強制執行，與第三人通謀而訂立虛偽買賣契約，並移

86 參閱 95 年度台上字第 1437 號判決：「親屬法上之身分行為，依其性質不得附以條件或期限，否則即有悖於公共秩序或善良風俗。為免經濟強勢者以贈與之方式，使受贈人依其目的為特定之身分行為，故民法第四百十二條第一項所謂附負擔贈與之規定，解釋上即不應包括特定之身分行為」。

87 參閱 87 年度台上字第 1849 號判決：「有配偶而與人通姦之行為，足以破壞夫妻間之共同生活，而為法所不許。如夫妻因之約定以金錢交付他方，以取得他方配偶同意其與他人繼續同居通姦者，該約定自屬有背於公序良俗而無效」，類似見解參閱 87 年度台上字第 886 號判決：「有配偶之人與他人為婚姻外之同居通姦，固屬違反善良風俗；如因之約定以金錢交付與他方配偶，取得他方配偶同意其繼續維持不正常關係，則亦屬違背公序良俗」。但如為斷絕不正常關係而約定給付金錢，即非違背公序良俗，參閱 69 年度台上字第 2505 號判決：「兩造係為斷絕不正常之關係而訂立和解書，而非以相姦行為作為契約之標的，係以金錢之交付，維持不正常之關係，始屬違背公序良俗，然本件為斷絕不正常關係，約定給付金錢，即無違背公序良俗之可言」。

88 參閱 102 年度台上字第 1686 號判決：「又按民法第七十二條所謂法律行為有背於公共秩序或善良風俗者無效，乃指法律行為本身違反國家社會一般利益及道德觀念而言。而法律行為是否違反公序良俗，則應就法律行為之內容、附隨情況，以及當事人之動機、目的暨其他相關因素綜合判斷之。又有配偶之人與他人為婚姻外之同居通姦，足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，自屬違反善良風俗」。另參閱 55 年台上字第 2053 號判例：「通姦之足以破壞夫妻間之共同生活而非法之所許，此從公序良俗之觀點可得斷言」。

89 參閱 65 年台上字第 2436 號判例：「上訴人為有婦之夫，涎被上訴人之色，誘使同居，而將系爭土地之所有權移轉登記與被上訴人，復約定一旦終止同居關係，仍須將地返還，以資箝制，而達其久佔私慾，是其約定自係有背善良風俗，依民法第七十二條規定應屬無效，上訴人依據此項約定，訴請被上訴人移轉系爭土地之所有權殊非正當」。

90 參閱 92 年度台上字第 2061 號判決：「被上訴人主張系爭承諾書係因上訴人謊稱其單身未婚而與之交往，雙方發生性關係後，始發現其已有家室，上訴人為彌補被上訴人之損害而書立……則兩造就出具系爭承諾書之真意，自非在表明上訴人向被上訴人借款之意甚明，尚不得拘泥於上訴人以借款人之稱謂署名，即認該承諾書係消費借貸契約。是系爭承諾書既未將上訴人積欠被上訴人六百十萬元之原因加以記載，其性質當屬未標明原因之債務承認之意思表示，且與原因行為分離，不受原因行為之影響」。有關本判決的評釋，參閱朱柏松，同註 8，1-27 頁。

91 參閱高雄地方法院 89 年度訴字第 338 號判決（本件現不得公開查詢），引自：陳聰富，民法總則，2014 年 12 月，250 頁。

92 如涉及違反強行法規情形，依民法第 71 條規定，自屬無效。

93 例如：2007 年起施行的人工生殖法。

轉登記其不動產所有權於該第三人，如契約之目的係侵害他人的債權，實務見解認為因違背善良風俗而無效[94]。

## 四、案例一則－代理孕母契約的社會妥當性

有關代理孕母（下稱「代孕」）契約是否違反公序良俗的問題[95]，在各國立法例上規定不一，甚有爭議。依歐洲人權法院在 2014 年就 36 個締約國所作調查中，其中 15 國明文禁止代孕人工生殖，10 國無明文規定，7 國允許代孕人工生殖，另有 4 國雖無法律明文允許，但卻容任代孕人工生殖[96]。

臺灣法上的人工生殖法，於 2007【**月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 45 頁**】年施行，其中並未規範代孕問題，同時因其中所涉及高度複雜的倫理議題，致其後雖曾提出代孕人工生殖草案及舉行公民審議會議，但迄今仍未凝聚共識而遲未進入立法程序[97]。在實務上，最高法院並無相關案例，高等法院亦無因違反公序良俗而宣告無效的案例，但曾有極少數個案並未否定代孕契約對價給付的合法性[98]。至在地方法院層級，有少數個案認為代孕契約因違反公序良俗而無效，主要理由在於代孕契約乃以給付金錢為對價，易遭致商品化。其中論述理由較為詳盡者，例如：臺灣新竹地方法院 98 年度竹簡字第 281 號民事判決，指出代孕契約雖未違反強制或禁止規定，但有違公序良俗，其進一步闡析：「法律行為本身是否違反國家社會一般利益及道德觀念，須從法律行為之本質觀之，代理孕母契約之產生，係基於順應人類生兒育女之基本的欲求與需要，代理孕母係以此為動機而尋求醫學協助之產物，以滿足不孕症夫妻享有子女之需求，本無可厚非；然人之獨特價值與尊嚴之維護為法規範或社會公序良俗應予保持之基本精神及目的。又系爭代理孕母契約中所為報酬約定之協議，無異使子宮商品化或懷孕生子行為得以價格化達成交易，非惟可能變相鼓勵出借或出租子宮之行為，進而產生容許使生命之誕生與否淪為他人利用金錢支配之工具等扭曲人性尊嚴之價值觀，違反尊重生命之國家社會一般利益及道德觀念，亦即藉助人工生殖技術將生命之誕生商品化、價格化並進行交易，悖於現今尊重生命及人性尊嚴之一般社會通念之倫理道德標準，基此，即認代理孕母契約並約定報酬之協議係違反當前之公序良俗，依前揭民法第 72 條規定，即屬無效」[99]。

---

94 參閱 80 年度台上字第 1412 號判決：「所謂脫法行為係指當事人為迴避強行法規之適用，以迂迴方法達成該強行法規所禁止之相同效果之行為，債務人為規避債權人對其所有不動產為強制執行，與第三人通謀訂立虛偽之買賣契約，將該不動產所有權移轉登記於該第三人者，既非以規避強行法規之適用為目的，與脫法行為自屬有間。惟此行為以侵害債權人之債權為目的，與善良風俗不能謂無違背，依民法第七十二條規定，亦屬無效」。

95 學者曾介紹早期德國法院裁判內容，參閱詹森林，借腹生子契約之違背善良風俗性與不當得利返還請求權【西德法院裁判要旨介紹】，收錄於：民事法理與判決研究，1998 年 11 月，439-443 頁。

96 參閱戴瑀如，由歐洲人權法院裁判再探代孕之禁制與開放論子女最佳利益之優位原則，月旦法學雜誌，253 期，2016 年 6 月，211-212 頁。

97 參閱戴瑀如，同前註，231 頁。

98 參閱臺灣高等法院 93 年度家上字第 330 號民事判決。

99 類似見解參閱同院 94 年度訴字第 262 號民事判決：「代理孕母制度，即接受夫妻之精子、卵子或胚胎植入其生殖器官並代為孕育生產胎兒之情形，目前尚無法為現行社會倫常所接受」。此外，雲林地方法院 104 年度訴字第 590 號民事判決亦指出：「人之獨特價值與尊嚴之維護為法規範或社會公序良俗應予保持之基本精神及目的，兩造上

據此以觀，依部分地方法院實務【**月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 46 頁**】見解，代孕契約所約定報酬的協議，乃違反當前臺灣社會的公序良俗，依民法第 72 條規定，應屬無效。應注意者，縱認在當前臺灣社會中，代孕契約因違反公序良俗而無效，但如外國裁判涉及代孕問題，則臺灣法院是否承認其效力，涉及該判決是否違背內國法的公序良俗，理論上可能因考量子女利益等因素，而不認為違反公序良俗[100]。

## 肆、違反公序良俗的效果

違反公序良俗的法律行為，依民法第 72 條規定，為無效，且係當然、自始、確定無效[101]，對任何人亦產生無效之效力。此外，法律行為如因違反公序良俗而無效，通常僅屬債權行為，基於債權行為所為物權行為，在評價上係屬中性，故縱使債權行為無效，原則上不影響物權行為的效力，但得依不當得利規定請求返還[102]。應注意者，民法第 180 條規定：「給付，有左列情形之一者，不得請求返還：。……四、因不法之原因而為給付者。但不法之原因僅於受領人一方存在時，不在此限」，所謂因不法之原因而為給付，學說上雖有不同見解[103]，但多數乃認包括違背公序良俗及違反強行法規，實務見解亦同[104]。因此，依違反公序良俗的法律行為而履【**月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 47 頁**】行契約，通常即屬因不法之原因而為給付，除有不法之原因僅於受領人一方存在的情形外，不得請求返還不當得利[105]。

學者為合理規範當事人間權益關係，認為受損人如具備請求返還不當得利的構成要件，對於例外不得請求返還的規定，應予合理解釋適用，以符制度的規範目的。換言之，所謂不法原因的給付，應指財貨的終局性移轉，例如：移轉所有權，並不含交付支票等

---

開所為金錢給付之約定，無異使子宮商品化或使懷孕生子行為得以價格化以達成交易，非但可能變相鼓勵懷孕商業化，進而產生容許使生命之誕生與否淪為他人得利用金錢支配之工具等扭曲人性尊嚴之價值觀，違反尊重生命之國家社會一般利益及道德觀念，亦即將生命之誕生商品化、價格化並因性別而區別價格並進行交易，悖於現今尊重生命及人性尊嚴之一般社會通念之倫理道德標準，基此，本院認兩造就懷孕生子給付報酬之約定係違反當前之公序良俗，依前揭民法第 72 條規定，即屬無效」。

100 相關問題參閱小林貴典，論涉外代孕案件中外國裁判之承認，臺北大學法學論叢，103 期，2017 年 9 月，235-247 頁。

101 參閱王澤鑑，同註 1，514-515 頁。

102 參閱王澤鑑，同註 1，314 頁。

103 主要有四種不同見解：（一）包括違背公序良俗及違反強行法規；（二）僅指違背公序良俗而不含違反強行法規；（三）僅指違背善良風俗而不含違反公共秩序及強行法規；（四）僅指強烈違背善良風俗而言。參閱王澤鑑，不當得利，2009 年 7 月，147 頁；孫森焱，民法債編總論，上冊，修訂版，2008 年 8 月，171 頁。

104 實務見解曾認係指違反公序良俗而言，參閱 81 年度台上字第 742 號判決：「按民法第一百八十條第四款規定，因不法原因而為給付者，不得請求返還。所謂不法原因係指給付之原因為反公共秩序或善良風俗而言，非謂凡違反強制或禁止規定之行為均屬之。蓋法律禁止或強制規定，或因國家政策考量之結果，若概指為不法原因之給付而謂已給付者不得請求返還，將有失衡平」，但嗣解為包括違反強制規定在內，參閱同院 84 年度台上字第 1083 號判決：「民法第一百八十條第四款所謂之『因不法之原因而為給付』，乃指給付違反強制規定及有悖公序良俗者而言」。此外，在 94 年度台上字第 1074 號判決中，就原審所認：「按所謂不法原因之給付，係指法律行為有背於公共秩序或善良風俗，或有違反法律強制或禁止之規定稱之」，最高法院維持原審見解而駁回上訴，亦值參考。

105 最高法院在 87 年度台上字第 1293 號判決中，對原審所持下列見解並無異議：「實務上之見解，俱認所謂因不法之原因而為給付，係指公序良俗之違背及強行法規之違反，依民法第一百八十條第四款之規定，當事人不得依不當得利之規定請求返還」。

非終局性的財貨變動情形[106]。又民法第 180 條第 4 款本文在適用上，須以給付人對其給付不法原因的認識，具有故意或過失為必要，而公序良俗乃屬社會一般通念，對違反公序良俗者，原則上應認定其有過失[107]。

## 伍、結語

在法律條文規範以外，另將公序良俗作為規範控制的一環，以賦予國家法上的效力，自羅馬法以來，為世界各國法制上的常態，在臺灣所施行的民法亦非例外。有關民法第 72 條公序良俗條款的闡釋，一方面展現對於私法自治原則的限制，另一方面亦賦予法院整合法秩序的權限。由臺灣學界及實務界多年經驗觀察，乃由水平整合法律體系內部（公共秩序）、外部（社會道德）規範，發展成為垂直整合法律體系上層（憲法）、下層（民法）規範，整合密度亦由弱趨強，其發展趨於細緻。其中涉及實現憲法價值、維護人倫、經濟秩序及法制框架，藉由實務上諸多案例所演化的見解，已逐漸形成穩妥的判斷標準，不僅表現多元、開放體系的特性，亦展現理論與實務密切關聯的趨勢，對於促進未來進一步良性互動，實有極正面的意義！**【月旦民商法雜誌第 62 期，2018 年 12 月，第 48 頁】**

106 參閱王澤鑑，同註 103，141-142 頁。
107 參閱王澤鑑，同註 103，150 頁。

「臺灣法上之公序良俗」已獲著作權人授權利用，由法源資訊重新校編

# Public Order or Good Morals Under Taiwan's Legal System

Cheng-Hsien Hsu

Professor, College of Law, National Cheng Chi University

## Abstract

Article 72 of the Civil Code，which monitors juridical acts via public order or good morals, originated from the Roman law and became the common legal practice in each jurisdiction. The details of public order or good morals vary due to differences in each social system and evolutions of social thoughts and generations. Regarding juridical acts that become void because of violation of public order or good morals, the judgment criteria are not based on specific legal rules, but on the value system（public order）or extra-legal ethical order（good morals）. With respect to the interpretation of the public order or good morals clause, judged from the long- term observation on academic and judicial practices, it has developed from horizontally integrating legal system's internal（public order）and external（social morals）rules into vertically integrating such system's upper（the Constitution）and lower（the Civil Code）levels of rules. In the meantime, the said integration density has been strengthened and its development refined. For those relating to realize constitutional values as well as safeguard human relations, economic order and legal framework, some stable judgement standards have formed due to the evolving judicial practice, which not only demonstrates the features of diversity and openness but also shows the close bond between theory and practice.

## Keywords：

Public Order, Good Morals, Public Order or Good Morals, General Clause, Profiteering Conduct【月旦民商法雜誌第62期，2018年12月，第49頁】