



PROTECTED INTERESTS OF
CONTRACTUAL AND TORTIOUS LIABILITY

契约责任与 侵权责任的 保护客体

“权利”与“利益”区别正当性的再反省

陈忠五 (Chen Chung-Wu) 著

民事责任的功能之一，在于保护社会生活中各种正当的、值得保护的「权利」或「利益」。既然是民事
责任法所欲保护的客体，则对两者，是否因民事责任性质上是一种「契约责任」或「侵权责任」而有
所不同，是本书所欲讨论的核心问题。



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41

PROTECTED INTERESTS OF
CONTRACTUAL AND TORTIOUS LIABILITY

契约责任与 侵权责任的保护客体 “权利”与“利益”区别正当性的再反省

陈忠五 (Chen Chung-Wu) 著

陈忠五教授自1997年从事教学研究工作的，迄今已历十六年，论著丰厚，足可集结出版多本专著。本书是以陈忠五教授在《台湾大学法学论丛》第36卷第3期上发表的同名长篇论文为基础，不断补充增写而成。“契约责任与侵权责任的区别”此一议题，乃财产法理论与实务上的基本问题，应用范围相当广泛，值得深入探究。

本书所持论点，在台湾属“少数说”！虽然这些论点是否具体可行，有待验证，但却是陈教授个人目前确信的法律意见。

本书各编章节论述之间，具有密切内在关联性，其“体系结构”、“问题定位”及“说理方法”上自成特色！有助于读者在法学研究方法上形成共识。

ISBN 978-7-301-22571-4



9 787301 225714 >

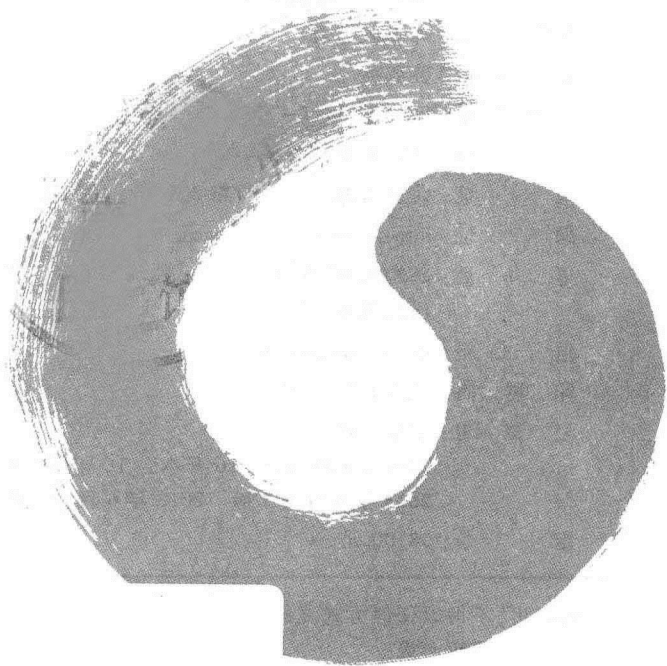
定价：38.00元

PROTECTED INTERESTS OF
CONTRACTUAL AND TORTIC

契约责任与 侵权责任的 保护客体

“权利”与“利益”区别正当性的再反省

陈忠五 (Chen Chung-Wu) 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字：01 - 2013 - 1524

图书在版编目(CIP)数据

契约责任与侵权责任的保护客体：“权利”与“利益”区别正当性的再反省
陈忠五著. —北京：北京大学出版社，2013.6

(元照法学文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 22571 - 4

I. ①契… II. ①陈… III. ①契约法 - 研究 ②侵权责任 - 民法 - 研究
IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 115391 号

简体中文版由元照出版有限公司(Taiwan)授权出版发行

契约责任与侵权责任的保护客体：“权利”与“利益”区别正当性的再反省，陈忠五著

2008年12月版 ISBN 978 - 986 - 6729 - 83 - 6

书 名：契约责任与侵权责任的保护客体——“权利”与“利益”区别正当性的再反省

著作责任者：陈忠五 著

责任编辑：苏燕英

标准书号：ISBN 978 - 7 - 301 - 22571 - 4/D · 3341

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址：<http://www.yandayuanzhao.com>

电 话：邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子信箱：law@pup.pku.edu.cn

印刷者：北京富生印刷厂

经 销 者：新华书店

730mm × 980mm 16 开本 16 印张 230 千字

2013 年 6 月第 1 版 2013 年 6 月第 1 次印刷

定 价：38.00 元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010 - 62752024 电子信箱：fd@pup.pku.edu.cn

序 言

自1997年从事教学研究工作的,迄今已历十一年。十一年来,持续发表论著,累积相当数量,足可集结出版多本专著,但因虑及见解未臻成熟,有待继续反省沉淀,又鉴于现今文献信息发达,数据取得容易,单纯集结论文出版,意义不大,因而一直未考虑公开出书!

本书是我在台湾地区出版的第一本专著。她是以我在《台大法学论丛》第36卷第3期发表的同名长篇文章为基础,继续补充增写而成。“契约责任与侵权责任的区别”此一议题,乃财产法理论与实务上的基本问题,应用范围相当广泛,值得深入探究。本书只是我针对此一议题从事系列研究的开端,日后仍将有相同议题论著,陆续发表。

本书出版动机有二:

第一,某种程度上,本书所持论点,在台湾地区属“少数说”!虽然这些论点是否具体可行,有待验证,但却是我个人目前确信的法律意见。我将这些论点公开出来,希望能就教于法界先进,获得更多批评或响应。

第二,本书各编章节论述之间,具有密切的内在关联性,其“体系结构”、“问题定位”及“说理方法”,自成特色!读者诸贤如能意识到此一研究论证上的特色,进而提出指正意见,当有助于凝聚法学研究方法的共识。

感谢王泽鉴教授引领我走入财产法教学研究之路!本书诸多论点,与王老师向来见解有若干出入,但在共同参与追求真理、促进社会进步的道路上,我们目标是一致的。

我的研究助理或论文指导学生,参与本书的编辑校对工作,谨慎细心,耗费心血,借此表达我的感激之意:张译文、张晏龄、林宗颖、潘玟欣、颜佑炫、黄瀚仪、曾柏涵、黄乃莹。

最后,谨以本书献给我的父亲——陈旺庚先生(1914—1998),感念他生前对我的无限包容与爱护!

陈忠五

2008年11月24日

本书摘要

本书从民事责任法保护客体“权利或利益”此一角度切入,探讨契约责任与侵权责任在权利或利益保护的 范围或程度上究竟有无不同,据以论证契约责任与侵权责任在权利或利益的保护问题上,是否具有区别的正当性。

在研究方法上,本书以民事责任之下再区别为契约责任与侵权责任两种基本类型作为出发点,先探讨契约责任法如何看待权利与利益的区别问题,再从权利与利益在契约责任法上的定位所获得的启发,重新思考侵权责任法应如何看待权利与利益的区别问题。

本书指出,契约责任与侵权责任的保护客体,范围并无不同,均包括权利及利益在内。就此而言,权利与利益的区别,并无必要。然而,契约责任与侵权责任的保护客体,是否因其为权利或利益,而有不同程度的保护,则为本书论述的核心问题。

在契约责任,权利侵害或利益侵害,并无严格区别的 必要,均予以平等保护,适用相同归责原理。其理由,除了权利与利益本就难以区别之外,更是因为契约关系上的权利与利益,均得“具体特定”,当事人具有“预见可能性”。

相较之下,在侵权责任,鉴于契约关系外的利益,通常不如权利一般,得以具体特定并具有预见可能性,因而使得侵权责任究竟应该如同契约责任一般,平等保护权利与利益,或是应该严格区别权利与利益,予以差别保护,显得困难许多。通说采取差别保护说,限缩侵权责任法对利益的保护程度,固然在比较法上有德国法之继受作为理论依据。但此一通说见解,何以在倡议数十年后,仍未能在台湾地区实务上形成稳定一贯的见解,仍然值得思考再三!

本书主张,通说见解之下,对利益保护显然不足。解决之道,应扬弃差别保护见解,直接扩张“民法”第 184 条第 1 项前段“权利”的范围,使其包括“利益”在内,使权利与利益的侵害均有“过失责任原则”的适用。理由有二:

1. 权利与利益具有相同的本质,难以严格区别,不足以作为差别保护

2 契约责任与侵权责任的保护客体

的正当性基础,亦不足以作为拒绝保护利益的法律理由。权利与利益的区别背后所反映者,与其说是两种截然不同的“价值判断”,不如说是两种各具特性的“法律技术”。权利与利益如果有所不同,乃在其是否具有“具体特定性”或“预见可能性”。“不确定性”,导出侵权责任特别需要平衡兼顾“行为自由”此一价值,以达到“适度合理限制加害人责任”的目的。落实此一需求的方法,不是以权利或利益的侵害作为一般侵权责任进一步类型化的基础,并据以适用不同归责原理,而是在相同的过失责任原则下,于实际认定“损害”、“行为不法”、“过失”、“因果关系”等责任成立要件时,应参酌权利与利益特性上的不同,作出合理妥适的判断。

2. “民法”第184条第1项前段规定的保护客体排除“利益”之后,以现有其他侵权责任规定,无论是第184条第1项后段规定或第2项规定,或是扩大解释第184条第1项前段规定的“权利”范围,实际上仍无法合理妥适解决利益保护不足的问题。即使逃避侵权责任,借助契约责任法理,承认或创设“缔约过失责任”及“附保护第三人效力之契约责任”等类似契约责任,但由于此等责任在适用范围(主体范围、时间范围)、责任要件、责任效力等问题上,存在诸多限制或缺失,仍不足以全部解决问题。

从而,本书作一总结:权利或利益的保护,无论是就保护范围或保护程度而言,不因契约责任或侵权责任而有所不同。就此而言,契约责任与侵权责任,并无区别的正当性!

今后,面对侵害“利益”的民事责任,无论其所涉及者是契约责任或侵权责任,即使法律政策上有必要适度合理限制责任的成立,也不再是加害人是否“故意悖于善良风俗”或“违反保护他人法律”的问题,而是“损害”是否存在、行为是否“不法”、加害人有无“过失”以及行为与损害间是否具有“因果关系”的问题。此等问题,均是契约责任与侵权责任所必须面对的共同问题。

元照法学文库

● 《比较行政法》王名扬 著

比较研究不仅可以用于学术目的,提高对法律的认识,也可以用于实用目的,改良立法和司法工作,便于国际交往。在行政法领域,比较研究虽有一定的困难,但其意义却不可小视,这不仅源于行政法学术交流的需要,同时也源于各国行政法制度相互借鉴的需要。

● 《民法总则讲要》谢怀栻 著

因为《民法通则》是全部民法的“通则”,涉及民法的各个方面,所以对《民法通则》的正确阐述可以初步奠定我国民法学的基础。在《民法通则》有明文规定的地方,我们要准确地阐述。在《民法通则》由于立法技术的关系,有不足之处时,我们要从理论上给以弥补或纠正。在《民法通则》没有规定的地方,我们如何从理论上给以补充。这些都是很重要的。

● 《刑事一体化论要》储槐植 著

刑事一体化,源于宏观观察,作为思想观念,是哲学“普遍联系”规律在刑事领域的演绎;作为方法操作框架,是指相关事项的深度融通,操作层面便是运作机制,思维框架主要为折衷范式——平抑偏执达致适中的方法和过程。

刑事一体化,既是观念,也是方法。

● 《政治视域的刑法思考》刘树德 著

政治视域的刑法思考,立足于“刑法之外研究刑法”和“刑法之上研究刑法”的思路,是宪政维度的刑法思考的延续,主要包括从政治的视角对一些刑法问题进行思考和对刑法中与政治有关联的问题进行思考两个方面。

● 《近代中国的法律与学术》俞江 著

清廷主持的法律改革,截断了数千余年的中国法律传统,拉开了移植西方法的序幕。“移植与重建”,成了20世纪前五十年中国法律界思考的主题。西方的法概念在汉语中该怎样解释?欧洲的民法对中国社会合适吗?对中国来说,采用哪一种司法体系更好?没有经验,也不可能现成答案。所有问题都是第一次碰到。中国的法律人在现实催促下尝试着回答和行动。本书通过具体的事例或个案,展现近代中国的立法和司法状况。同时,通过法学语词、法学人物等不同角度,向人们介绍近代法学的发展历程。

●《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》陈自强 著

本书是以代理权范围之确定为主轴而展开的,并借由该问题之研究,回顾了民法与商法在私法发展上之分合关系,并展望未来。本书以民事代理与商事代理有其本质上之差异为基础,分别探讨民事代理与商事代理适用之情形(第一章与第三章)。其间,为确定代理权限制之概念,及其与代理基础关系内部指示之关联,在第二章重新审视代理权授予行为无因性理论之发展及其射程距离。第四章关于表见公司经理人之研究,探讨了民法表见代理法则在表见公司经理人适用之情形。第五章“民商合一与民商分立”,则表明民事代理与商事代理之分合关系,正是民法与商法分合关系之缩影,并抒发了作者对我国台湾地区民商法学发展之期盼。

●《企业组织重组法制》王志诚 著

如何建立高效、公平的企业组织重组法制,以保证公司经营效率并对利害关系人提供保护,这是当前学界关注的一个重要课题。

本书从法解释学及比较法制的视角出发,分别探讨优质企业并购法制的构建、公司合并法制、公司分割法制、股份转换法制、营业让与法制、跨国性并购法制、金融机构并购法制及变更组织法制等方面的内容,以解决目前法律适用上的疑虑。在此基础上,作者提出了立法改革的具体建议。本书内容兼备理论分析与实务应用,具有相当的参考价值。

●《民事诉讼理论之新开展》黄国昌 著

台湾地区“民事诉讼法”经过近年来三次大幅度修正后,已呈现崭新的面貌。毋庸置疑,新民事诉讼法学的成型,是过去数十年台湾地区学者苦心研究积累的产物。本书收录了作者在此研究成果基础上,针对“证据收集权”、“举证责任”、“证明妨碍”、“程序保障”、“第三人撤销诉讼”、“争点效”、“民事第三审上诉之变革”以及“假处分的战争”等热门而重要的议题所陆续发表的12篇论文。书中除了采取传统的法教义学以及比较法的观点外,更透过法律经济分析的视野以及实证研究的考察,对台湾地区新“民事诉讼法”的变革,进行了深刻的分析与检讨,并提出了新的见解。

●《诉讼权保障与裁判外纷争处理》沈冠伶 著

随着社会变迁,交易方式越来越多样化,民事纷争呈现复杂多样的形态。民事纷争的处理制度也必须有多样化的设计,才能为当事人解决纷争提供有效的途径。现今发达国家除健全诉讼制度外,莫不同时致力于建构当事人自主性解决纷争的制度。

针对上述问题,本书对包括宪法诉讼权保障与台湾新“民事诉讼法”的实践、民事诉讼与行政诉讼的分工与合作、第三审许可上诉制度、合意选定法官制度等民事基础理论与重要制度性问题进行了深入探讨。此外,作者还对示范诉讼契约、仲裁鉴定及律师和解等重要制度作了详尽的分析,并提出了独到的见解。

●《公司证券重要争议问题研究》冯震宇 著

本书是我国台湾地区公司证券法学者冯震宇教授的著作。公司证券是现代商业交易的基础,有无良好的公司证券法律制度,不但影响到企业的发展,而且与投资人利益密切相关。冯教授的这本著作内容丰富、见解精辟,不但包括与公司治理有关的问题,还特别针对通讯投票、结算交割、股务作业、券商与网络交易等证券市场的重要问题进行探讨,对企业并购与技术入股所涉及的租税问题与公司法问题也有所讨论,凸显出作者在公司证券法律领域的研究深度与广度。

●《过渡时代的民法问题研究》葛云松 著

民法是生活的百科全书。而民法学之难,在于其试图发展出一套“篇幅”有限并且相对稳定的规则体系,来调整千头万绪而又常变、常新的社会生活。中国的民法研究应当以中国的问题为主要研究对象并寻找其解决之道,这需要我们了解民法的目的、方法及其局限性。中国民法学上的创新是可能的,也是必要的,但是这个机会并没有很多人想象的那么多。

●《公共执法与私人执法的比较经济研究》李波 著

私人执法模式与我们所熟悉的政府(公共)执法模式在经济学上有什么区别?应该如何评价不同执法模式的成本和效果?在执法制度的设计上,立法者应该如何权衡公共执法与私人执法之间的利弊?在总结已有研究的基础上,本书试图从经济学的角度对上述问题做出进一步的探索,以期引起对此类问题更多的关注和研究。

●《入世背景下的中国与国际经济法》孔庆江 著

中国是一个正在崛起的大国,理所当然希望也必将在国际社会发挥越来越大的影响力。作为国际经济法的研究者,比起其他学术领域的耕耘者,可能肩负着更多的在国际法律学术领域发出中国声音的道义责任,本书作者在这方面已做了不少成功的尝试,书中所收文章均被 SSCI 收录,本书的出现应能起到一个提醒和提示的作用。

●《诉讼认识论纲——以司法裁判中的事实认定为中心》吴宏耀 著

本书针对传统证据法学的“客观真实理论”,以客观真实能否作为(刑事)裁判的证明标准为着眼点,指出了传统论证思路中的逻辑悖谬。在寻找新的切入点时,将传统证据法理论长期忽视的主体因素纳入视野,探索一种兼顾认识主体和客体两方面的论证方法。在案件事实双重视角和裁判者双重认识客体这两个理论前提之上,全文依次详细研究了有关事实认定活动的四个问题。最后结合英美经验主义哲学对“优势证据”和“排除合理怀疑”作了新的思考。

●《佟柔中国民法讲稿》佟柔 著 周大伟 编

取材于佟柔先生生前颇有影响的演讲记录、教材、论文著述,以及编者佟柔先生的学生、

旅美法律学者周大伟老师个人课堂笔记的这本民法学术问题集合,基本上展现了佟柔先生在民法总则教学和研究中的成果和心得。这些真知灼见,直到今天也不失理论上的前瞻性。

佟柔先生是一个堪称教育家的民法教授。他生前以精彩的课堂演讲享誉法学界,其言谈出自文章,却胜过文章。本书以“讲稿”命名,恰如其分。

●《罪过形式论》姜伟 著

罪过形式是一个陈旧的传统议题,也是一个常新的永恒命题。本书为作者二十年前的研究心得,曾以《犯罪故意与犯罪过失》为题出版。在撰写此书时,作者研究了当时国内可以收集到的有关罪过心理问题的全部资料,是我国法学界第一部研究罪过心理的专著,记录了刑法理论研究的历史痕迹。此次再版,作者针对刑法的修改做出相应的注释说明,期望本书能够称为繁荣刑法科学研究的铺路之石、引玉之砖。

●《罗马法提要》周栢 著

罗马法是世界公认的最主要法系之一,也代表着当时法学文化的主要传统。从《十二表法》到《国法大全》,上下千余年,它随着经济的发展而产生、发展,范围广泛,内容丰富。本书主要是对罗马法的一个概览性研究,对一些具体的罗马法制度作了简要的介绍,因而称本书为《提要》。

●《干预处分与刑事证据》林钰雄 著

本书的写作源于作者在德国留学时导师的一堂生动讲座,导师讲了一则案例令作者十分不解:德国嫌犯怎么会笨到就医后留下真实姓名?德国医生护士怎么胆敢拒绝警方的要求?及至1998年作者回国任教之际,诸如“因采职权主义故对证据种类、能力不设限制”及“欧陆法就强制处分不采法官保留”等诸多根深蒂固的误解,使作者为了正本清源而集十年之功完成本书。本书非常完美地阐明了主题——作者希望合理保护犯罪嫌疑人的人权,规范一系列证据使用原则,最终达到法律的公平。

●《证据法的体系与精神——以英美法为特别参照》易延友 著

本书志在将证据法学作为一个有着自己独立研究对象和独特学术品格的独立法学学科来建设,使证据法学能够走出自然科学和其他部门法学的阴影,从而获得更加广阔的发展空间。基于上述立场,本书以第一手资料为依据,首次对英美证据规则及其背后的哲学原理进行了深刻的剖析和探讨。着力确立我国独立证据法学的研究对象、研究方法,制作基本概念,提出基本命题,以求最终整合为完整的理论体系。

●《物上请求权的功能与理论基础》王洪亮 著

本书系统地论述了物上请求权制度,从权利推定入手,论证了原物返还请求权以及防御请求权的制度构成与功能,并最终论证了其理论归属。同时本书还论证了物上请求权的次请求权体系,也即占有恢复关系的功能与理论归属。

●《批判民法学的理论建构》薛军 著

本书从社会发展与民法理论范式的转型、法律行为基础理论的批判性反思、人格权基础理论的反思与建构、民法典编纂的基本问题几个方面,对中国民法学基础理论的诸多方面进行了批判性分析与反思,通过对市场观念和民法模式的关系、民法与宪法法的关系、公法和私法的关系、法律行为的“合法性”问题、人格权理论以及民法典编纂等重要问题进行了全面深入的解读分析,对当下中国民法学理论中存在的诸多问题进行了清理,对中国民法学的发展路向进行了探讨,尝试解开长期困扰中国民法理论的迷局,为中国民法的理论建构提供理论依据。本书是中国民法学基础理论研究领域的最新成果。

●《侵权违法性与损害赔偿》陈聪富 著

本书收录了作者近年来发表于学术刊物的文章,着重介绍侵权责任的违法性概念与损害赔偿的基本问题。在侵权行为的违法性方面,主要探讨违法性概念的内涵以及违法性与过失概念的区别。作者通过整理法国、德国、日本和英美等国关于违法性的含义,发现台湾地区法院实务中关于侵权责任的成立,逐渐由权利侵害发展为违法侵害。在损害赔偿方面,主要讨论损害赔偿法上的“损害”概念、慰抚金的调整补充机能、过失相抵的法理基础及赔偿代位等。

●《整合中之契约法》陈自强 著

本书前三章介绍了德国2002年债法现代化之来龙去脉、德国消费借贷之修正,以及欧盟及德国代理商法,彰显出台湾地区债编规定之陈旧过时,以及德国债法之发展已无法与欧洲契约法整合脱钩。后四章介绍了在区域性整合之努力下欧洲契约法之整合,以及对世界契约法发展必将产生重大影响之世界契约法统一文件,并重新检视了契约法之法源。

●《制度设计型行政法学》刘宗德 著

行政法学系以民事法学为典范,并试图脱离其法理束缚而自立;如一方面模仿民法理论中之“法律行为论”而自成“行政行为论”,他方面为求摆脱民法之对等性而另赋与国家活动之公权力性。其结果,虽成功地将国家权力导入法律形式予以规范,但亦不免须对公权力活动予以特别处理。甚且,伴随给付行政领域之扩展,采取私法形式或非型化之行政活动不断增加,单以公权力性之要素,欲掌握行政活动之全貌,诚非易事。

本书是基于对传统行政法学之批判意识,针对行政法学之制度设计,试图建立行政法学之制度设计考察方法,建立自身之行政法学方法论。

●《债权法之现代化》陈自强 著

社会生活形形色色、千奇百怪,立法者本来就无法一网打尽,而仅能弱水三千取一瓢饮,择要有名契约化,其余均仍须善用契约自由原则与契约一般法律原则。然而,在契约一般法律原则方面,依附在债之一般理论下之契约法理论及抽象空洞化之思考模式,非唯使法律

学习与其主要规范对象之生活事实脱离,也无法培养解决问题之能力,更无法彰显契约法律原则在经济生活法律规范上之独特地位。更有其甚者,契约一般法律原则究竟仍须适用在个别契约上,一旦制定法所揭橥之契约一般法律原则运用到实际交易、与交易习惯南辕北辙,或与当事人契约之约定内容有差距时,在国际商事交易、与国际间多数人共信共守之契约法原则不同时,制定法削足适履式的法律适用,是否可能反而抵触以当事人约定为基础之契约自由原则,不无斟酌余地。

●《新民事诉讼法》许士宦 著

本书叙述 20 世纪 30 年代继受自德、日等国之“民事诉讼法”施行台湾地区以后,历经 20 世纪 80 年代以来 20 年之论争、批判,终于 2000 年左右被大幅度修正,借以落实宪法理念而保护当事人及利害关系人之实体利益及程序利益。如巩固当事人之程序主体地位、扩张反诉制度、平等保障被告攻防之机会等。而在审理模式上,改采集中审理主义,充实审理及促进诉讼;要求当事人践行提出证据以证明对其有利事实之举证责任,课以当事人诉讼促进义务。至于对受本诉讼之判决效力影响之利害关系人,则增设法院职权通知及第三人撤销诉讼等程序制度。

●《契约责任与侵权责任的保护客体——“权利”与“利益”区别正当性的再反省》 陈忠五 著

本书从民事责任法保护客体的角度切入,论证契约责任与侵权责任在权利或利益的保护问题上,是否具有区别的正当性。

在研究方法上,本书先探讨契约责任法如何看待权利与利益的区别问题,再从权利与利益在契约责任法上的定位所获得的启发,重新思考侵权责任法应如何看待权利与利益的区别问题。

在契约责任,权利侵害或利益侵害并无严格区别的必要时,均予以平等保护,适用相同的归责原理。相较之下,在侵权责任,通说采取差别保护说,限缩侵权责任法对利益的保护程度,固然在比较法上有德国法之继受作为理论依据,但此一通说见解,对利益保护显然不足。解决之道,应扬弃差别保护见解,直接扩张“民法”第 184 条第 1 项前段“权利”范围,使其包括“利益”在内,使权利与利益的侵害均有“过失责任原则”的适用。

从而权利或利益的保护,无论是就保护范围或保护程度而言,或是契约责任与侵权责任,并无区别的正当性!

目 录

本书摘要 1

绪论 1

第一编 保护范围不同?

第一章 契约责任:从保护“利益”到保护“权利” 16

第二章 侵权责任:从保护“权利”到保护“利益” 21

第一节 民法侵权责任规定 21

第二节 特别法侵权责任规定 33

第二编 保护程度不同?

第一章 契约责任:平等保护 45

第一节 平等保护的规定 45

第二节 平等保护的理 48

第二章 侵权责任:差别保护? 52

第一节 学说争议 56

第二节 实务立场 65

第三节 本书见解 77

结论 193

参考文献 205

法规索引 217

实务索引 221

事项索引 225

详目 233

绪 论

1. 民事责任两种基本类型:契约责任与侵权责任

民事责任,一般而言,是指违反私法上义务造成他人损害所生的赔偿责任。学理上通常在民事责任之下,再区分为“契约责任”与“侵权责任”两种责任类型。

契约责任与侵权责任,是民事责任中最基本的两种责任类型。大多数民事责任,如果不属于契约责任,通常可以归类为侵权责任。如果不属于侵权责任,通常也可以归类为契约责任。更有不少民事责任,既能成立契约责任,也能成立侵权责任,是契约责任与侵权责任竞合。

2. “契约责任”的用语选择

关于“契约责任”这一用语,台湾地区学说与实务有时将违反契约义务所生的损害赔偿,称为“债务不履行责任”,有时甚至完全不区分“契约责任”与“债务不履行责任”两种用语,将二者混用,用来指称相同物事。

针对此一现象,不容否认的是,民法关于债务不履行责任之规定,主要系以契约责任为适用对象。大多数的债务不履行责任,实际上均指契约责任而言。

然而,契约责任,以“契约义务”之违反为前提;债务不履行责任,以“债务”之违反为前提。严格而言,“契约义务”与“债务”并不完全相同。契约义务,固然是“债务”之一种,但“债务”不以契约义务为限,除契约义务外,尚可能包括基于无因管理、不当得利、侵权行为或其他法律规定所生之各种义务。举例而言,因侵权行为所生之损害赔偿,加害人如应恢复被害人损害发生前之原状而拒绝恢复、迟延恢复、不能恢复或恢复有瑕疵者,同样可能构成“给付拒绝”、“给付迟延”、“给付不能”或“不完全给付”,同样应对被害人负“债务不履行责任”,但此一债务不履行责任,并非契约责任。

从而,契约责任本身固然也是债务不履行责任,但契约责任属于“债之个别发生原因”层次上之责任,性质上是一种“第一次责任”,债务不履行责任则属于“债之共通法律效力”层次上之责任,性质上是一种“第二次责任”。后者可以包含前者,但前者不能完全代表后者。鉴于本书旨在从“债

2 契约责任与侵权责任的保护客体

之个别发生原因”角度,比较研究契约责任与侵权责任二者间之异同及其区别正当性,因而为求问题定位及用语精确起见,本书刻意避开“债务不履行责任”此一用语,而选择以“契约责任”用语,作为与侵权责任比较研究的基础。

3. “侵权责任”的用语选择

关于“侵权责任”这一用语,由于“民法”第二编第一章第一节第五款之标题为“侵权行为”,因而台湾学说与实务大多以“侵权行为责任”或“侵权行为损害赔偿”此等用语,指称因侵权行为所生之损害赔偿。从法典文字而言,此一用语选择,确实有其实定法上的依据!

然而,本书却偏好使用“侵权责任”用语。此一决定,并非单纯基于标新立异或文字简化因素考虑的结果,而是作者认为,侵权责任传统上固然以加害人自己的行为造成他人损害之“行为责任”类型为主,但其实不以此为限。

随着侵权责任归责原理严格化与责任原因事实多元化的发展趋势,在“自己行为责任”之外,民法或特别法上不乏“危险责任”或“担保责任”的立法例,“为他人行为负责”或“为特定物负责”的侵权责任类型,并不在少数。此等责任之成立,不必然非要以责任主体方面有一具体的“侵害行为”为必要。

消费者保护法上的商品或服务责任,即是明显事例。该等责任的责任主体,是“企业经营者”此一抽象的组织体,而非具体个别的“行为人”。该等责任的责任原因事实,乃企业经营者进入市场或提供的商品或服务“欠缺安全性”,而非该企业所属从业人员于提供商品进入市场或在提供服务过程中,某一具体个别的“侵害行为”。

因此,除非有必要强调“侵害行为”或“行为责任”,否则为求问题定位及用语精确,本书刻意避开“行为”二字,而选择使用“侵权责任”这一用语,用以广泛指称在一般社会生活关系下,侵害他人权益所生的损害赔偿。责任。

4. 契约责任与侵权责任的异同

一般而言,契约责任是指违反基于“契约关系”不得侵害“他方当事人或债权人”权益这一“契约义务”因而所生的责任。侵权责任则是指违反基于“社会生活关系”不得侵害“不特定人或一般人”权益此一“一般义务”因而所生的责任。

由此可知,契约责任的发生,来自于“契约当事人”间违反其“个别契约

关系”上的“契约义务”，致侵害他方当事人的权利或利益。侵权责任的发生，则是来自于“任何人与任何人”间违反其“社会生活关系”上的“一般义务”，致侵害他人的权利或利益。

从而，契约责任与侵权责任二者，在责任主体所违反义务的“来源”与“性质”，以及“责任主体范围”上有所不同。

契约责任以“契约义务”的违反为前提。此一契约义务，来自于特定人与特定人间基于自由意志所成立的“个别契约关系”，也因而使得契约责任的功能，在于保护该等特定人间的“特定契约利益”，从而唯有在该等特定人彼此之间，始能享有或负担契约责任关系上的各种权利或义务。

相较之下，“任何义务”的违反，均可能发生侵权责任。此一义务的存在，来自于任何人与任何人间的“一般社会生活关系”，不管当事人间存在“契约关系”与否。侵权责任的功能，在于保护任何人的“一般生活利益”，因而任何人与任何人之间，均可能享有或负担侵权责任关系上的各种权利或义务。

虽然，契约责任与侵权责任有如上所述的不同，但二者却有一项共同的法律效果：“损害赔偿”。〔1〕违反契约义务或一般义务而侵害他人权利或利

〔1〕 民事责任的法律效果，主要是“损害赔偿”。民事责任是否成立的判断，目的即在确定被害人是否得向何人请求损害赔偿。此所以学理上一般多将“民事责任”与“损害赔偿”二者等同视之。但民事责任的法律效果，除赋予被害人“损害赔偿请求权”之外，是否尚包括以“排除侵害状态继续存在”为目的之“侵害排除请求权”？或以“预防侵害发生可能”为目的之“侵害防止请求权”？甚至，民事责任中的契约责任，其法律效果，除“损害赔偿请求权”之外，是否尚包括兼有避免损害发生或继续扩大功能之“契约解除权或终止权”、“同时履行抗辩权或不安抗辩权”等？均是值得思考的问题。此等问题，涉及“民事责任”此一用语的含义，以及民事责任法的“功能”与“损害”的概念等议题，牵涉颇广。相关讨论，参见 M. Villey, *Esquisse historique sur le mot < responsable >*, *Archives de philosophie du droit*, tome 22, 1977, p. 45 et s.; J. Henriot, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot < Responsabilité >*, *Archives de philosophie du droit*, tome 22, 1977, p. 59 et s.; M. Villey et J.-M. Turlan, in M. Boulet-Sautel, G. Cardascia et alii, *La responsabilité à travers les ages*, 1989, *Economica*, p. 75 et s., et p. 115 et s.; G. Viney, *La responsabilité*, *Archives de philosophie du droit*, tome 35, 1990, p. 275 et s. 台湾学者在理论上的初步反省，可参见曾世雄：《民法总则之现在与未来》，2005年10月第2版，第279、280页。本书以下所论述的民事责任，如未特别指明，系指“损害赔偿”而言。

4 契约责任与侵权责任的保护客体

益,同为损害赔偿责任的发生原因。就民事责任的发生原因而言,契约责任与侵权责任均以“义务违反”为前提。所不同者,前者所违反的义务,是一种“约定义务”,后者所违反的义务,是一种“法定义务”。然而,就民事责任的法律效果而言,无论违反的义务是约定义务还是法定义务,均衍生出另一种义务:“损害赔偿”。〔2〕

“损害赔偿”此项共同的法律效果,使得契约责任与侵权责任二者之间,本来看似泾渭分明,不相关联的两种制度,事实上不但关系密切,而且经常交错适用,有时甚至混淆不清。

5. 契约责任与侵权责任的区别:民事责任“绝对二分法”?

契约责任与侵权责任,固然是民事责任中最基本的两种责任类型,但值得注意的是,契约责任与侵权责任的划分,不是民事责任的“绝对二分法”!亦即,并非任何民事责任,只要不属于契约责任,当然即是侵权责任,或只要不属于侵权责任,当然即是契约责任。

事实上,在契约责任与侵权责任之外,可能另存在一些既不属于契约责任,亦不属于侵权责任的“第三种责任”,或可称为“法定特别责任”。

例如,“民法”第110条规定,无权代理人对善意相对人之损害赔偿责任,依实务见解,此一责任既不是一种“契约责任”,也不是一种“侵权责任”,而是一种“直接基于民法规定而发生的特别责任”。〔3〕至于学说上固然有“契约责任说”、“侵权责任说”、“法定或默示担保责任说”、“缔约上过失责任说”、“法定特别(无过失)责任说”等诸说,然通说与实务见解,系采

〔2〕对“契约责任”(responsabilité contractuelle)此一用语的质疑,尤其是“损害赔偿”是否适宜作为契约责任的法律效果,参见D. Tallon, L'inexécution du contrat: pour une autre présentation, RTDCiv. 1994, 223.

〔3〕参见“最高法院”1967年台上字第305号判例;“最高法院”2001年台上字第1923号判决。

“法定特别(无过失)责任说”。〔4〕

再如,“民法”第245条之1规定之“损害赔偿责任”(一般称为“缔约过失责任”),其责任性质为何,依该条增订理由说明,此一损害赔偿责任“既非侵权行为,亦非债务不履行之范畴”。从而,该条规定之损害赔偿责任,亦可解为是基于该条规定而发生的“法定特别责任”。

6. 契约责任与侵权责任的区分:两种不同的责任法理

然而,暂且不论民事责任法理论上是否有必要将“民法”第110条或第245条之1规定之损害赔偿责任,解为是一种契约责任与侵权责任以外之“法定特别责任”〔5〕,不容否认的是,契约责任与侵权责任的区分,仍是民事责任法上最重要的责任分类方式。盖契约责任与侵权责任,分属两种不同的法律规范,二者各有其各自的指导原理,各有其责任要件与法律效果,个别体现不同的理论基础,形成两种不同的责任体系,分别代表两种不同的责任法理。

就“侵权责任”而言,“民法”第184条至第198条关于侵权行为之规定,搭配“民法”第213条至第218条之1关于损害赔偿之债之一般规定,其背后具有独立的理论基础,形成一套完整的规范体系,堪称侵权责任“普通法”。民法及民事特别法中关于侵权责任的个别规定,依其性质,大多可以纳入此一规范体系之内,构成“侵权责任法理”,显然并无疑义。

至于“契约责任”,“民法”似乎未如侵权责任般,针对“契约责任”特设

〔4〕 关于“民法”第110条无权代理人责任之法律性质,参见施启扬:《民法总则》,2005年6月第6版,第296页;郑玉波著、黄宗乐修订:《民法总则》,2004年10月修订第9版,第338、339页;李模:《民法总则之理论与实用》,1998年9月修订版,第272、273页;洪逊欣:《中国民法总则》,1987年1月修订版,第508、509页;史尚宽:《民法总论》,1980年1月第3版,第501页;史尚宽:《民法总则释义》,1973年8月版,第397页。另比较,王泽鉴:《民法总则》,2000年9月版,第505页;王泽鉴:《无权代理人之责任》,载氏著:《民法学说与判例研究》(第6册),1989年9月版,第5页(采法定担保责任说);黄立:《民法总则》,2005年9月版,第408页(采缔约上过失责任说)。又,关于“民法”第110条无权代理人责任法律性质的发展历史,可参见刘春堂:《狭义无权代理之研究》,载氏著:《民商法论集》(一),1985年8月初版,第42—46页。

〔5〕 关于此点,作者日后将另针对所谓“法定特别责任”问题,撰文提出研究意见。

6 契约责任与侵权责任的保护客体

专章或专节予以一般性规范。惟“民法”第 220 条以下规定,尤其是第 226 条、第 227 条、第 231 条、第 232 条、第 233 条等规定,虽然是关于“债务不履行责任”之规定,但主要仍系以契约责任为适用对象。此等规定搭配“民法”第 213 条至第 218 条之 1 关于损害赔偿之债之一般规定,其实亦有其独立的理论基础,形成一套完整的规范体系,可称为是契约责任“普通法”。民法及民事特别法中关于契约责任的个别规定^[6],依其性质,亦大多可以纳入此一规范体系之内,而构成“契约责任法理”。

因此可以认为,台湾地区现行法针对契约责任与侵权责任,实质上各设有一组规定,形成两种责任法理,以规范两种责任各自适用范围内的相关问题。在民事责任诸多问题领域上,契约责任与侵权责任两种责任间,仍然存在着明显差异。某一民事责任,性质上究竟是契约责任,或是侵权责任,将决定该事件应适用何种责任法理,进而影响法律适用结论。

7. 两种责任法理的漏洞填补功能

不仅如此,由于契约责任或侵权责任的理论基础较为充实,规范体系较为完备,因而即使既不属于契约责任,亦不属于侵权责任的“法定特别责任”,在某些法律未规定的情形下,有时仍有必要借助契约责任或侵权责任法理,解决一些实际上可能发生的问题。

以“民法”第 110 条规定之无权代理人责任为例,代理人如进一步选任他人为复代理人或利用他人实际从事代理行为时^[7],因而发生的无权代理,代理人是否或应如何为该他人的行为负责,可能成为问题。契约责任或侵权责任有关“为他人行为负责”的规定,亦即“民法”第 224 条或第 188 条规定,或许可提供解决此项问题的思考方向。换言之,于此情形,究竟应基于契约责任法上“为他人行为负责”的思想,而将该他人解为是代理人之“代理人或使用人”,依“民法”第 224 条规定之精神,使代理人

[6] 例如“民法”第 360 条、第 434 条、第 495 条、第 514 条之 7、第 514 条之 8、第 544 条、第 634 条、第 654 条等规定。

[7] 此在代理人属于以反复继续代理他人为业务之“法人团体”或各种“事业组织”时,最为常见。代理人为从事代理行为,往往必须进一步选任或利用他人为其从事代理行为。

为该他人的行为负责？或是应基于侵权责任法上“为他人行为负责”的思想，而将该他人解为是代理人之“受雇人”，依“民法”第188条规定之精神，使代理人为该他人的行为负责？由于“民法”第224条规定与第188条规定在责任性质、规范功能、构成要件与法律效果上的不同，将可能有不同的答案。^{〔8〕}

同样，再以“民法”第245条之1规定之损害赔偿责任为例，缔约当事人一方为准备或商议订立契约而选任他人或利用他人实际从事准备或商议行为时，该他人如有恶意隐匿或为不实说明、因故意或重大过失泄露秘密，或其他显然违反诚实及信用方法之情事者，缔约当事人一方是否或应如何为该他人的行为负责，亦成为问题。借助契约责任法理，依“民法”第224条规定之精神而为该他人的行为负责？或是借助侵权责任法理，依“民法”第188条规定之精神而为该他人的行为负责？此一问题牵涉“民法”第245条之1规定之损害赔偿责任，在理论依据上如何定位，无论选择何种解决方案，均攸关当事人权益，影响法律适用结论。

8. 问题提出

由此可知，契约责任与侵权责任二者之间，究竟有无区别、如何区别、区别实益何在、两种责任发生竞合时应如何适用法律等问题，可谓是民事责任法最基本的问题，理论研究与实务运用上，均极具重要性。

台湾学说就契约责任与侵权责任发生竞合时应如何适用法律这一问题，已有许多分析论述。学者间分别提出诸如“法条竞合说”、“请求权自由竞合说”、“请求权相互影响说”、“请求权规范竞合说”等各种不同学说，累

〔8〕 此尤以在该他人不受代理人指挥监督，与代理人间不存在“从属关系”，系属所谓的“独立债务履行辅助人”的情形，最为明显。解释上，“民法”第224条规定的适用，不以债务人对其履行辅助人有“指挥监督权限”为必要。“民法”第188条规定的适用，则以雇用人对其受雇人有“指挥监督权限”为必要。从而，无权代理人是否应为他人行为负责的问题，借助“民法”第224条规定或“民法”第188条规定，结论可能有所不同。

8 契约责任与侵权责任的保护客体

积不少研究成果,具有相当贡献。^[9]

契约责任与侵权责任发生竞合的情形,实务上更是屡见不鲜。“最高法院”不少判例、裁判或决议,均涉及契约责任与侵权责任发生竞合时,损害赔偿请求权人是否得任意选择其一行使权利,或契约责任规定是否应排除侵权责任规定适用的问题。^[10]其中,又以1988年11月1日,“最高法院”1988年第19次民事庭会议决议(二),最具指标性意义。该决议另附有

[9] 参见王伯琦:《契约责任与侵权责任之竞合》,载氏著:《王伯琦法学论文集》,1999年1月初版,第251页以下;王泽鉴:《契约责任与侵权责任之竞合》,载氏著:《民法学说与判例研究》(第1册),1981年9月版,第395页以下;史尚宽:《债法总论》,1983年3月版,第219页以下;刘春堂:《侵权责任与契约责任》,载氏著:《民商法论集》(一),1985年8月初版,第9页以下;郭丽珍:《瑕疵损害、瑕疵结果损害与继续侵蚀性损害——契约法与侵权行为法邻接范围之厘清与责任基础之探讨》,1999年5月初版,第129—169页;曾隆兴:《修正民法债编总论》,1999年10月初版,第123页以下;曾隆兴:《详解损害赔偿法》,2003年1月初版,第17页以下;邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第297页以下;林诚二:《民法债编总论——体系化解说》(下册),2001年3月初版,第106页以下、第149页以下;刘春堂:《民法债编通则》(一),2001年9月初版,第281页以下、第329页以下;姚志明:《债务不履行之研究》(一),2003年8月初版,第42页以下;孙森焱:《民法债编总论》(下册),2006年9月修订版,第605页以下;林大洋:《契约责任与侵权责任竞合之适用关系——实务上相关见解在理论体系上之再建构》,载《法令月刊》2008年第9期,第4页以下。关于请求权之竞合,参见黄茂荣:《债法总论》(第一册),“债之关系、债权、债务与责任”,2003年10月修订版,第72页以下。

[10] 参见“最高法院”1933年上字第1311号判例;“最高法院”1954年台上字第639号判例;“最高法院”1954年台上字第752号判例;“最高法院”1963年台上字第188号判例;“最高法院”1972年台上字第200号判决;“最高法院”1974年台上字第1988号判决;“最高法院”1980年台上字第1402号判决;“最高法院”1982年台上字第2412号判决;“最高法院”1984年台上字第209号判决;“最高法院”1988年台上字第1876号判决;“最高法院”1988年11月1日1988年第19次民事庭会议决议(二);“最高法院”1989年台上字第2478号判决;“最高法院”1992年台上字第2379号判决;“最高法院”1992年台上字第90号判决;“最高法院”1996年台上字第3043号判决;“最高法院”1998年台上字第407号判决;“最高法院”1998年台上字第2336号判决;“最高法院”1998年台上字第2470号判决;“最高法院”1998年台上字第2835号判决;“最高法院”1999年台上字第1592号判决;“最高法院”2000年台上字第2097号判决;“最高法院”2003年台上字第1649号判决;“最高法院”2003年台上字第2406号判决;“最高法院”2004年台上字第1154号判决;“最高法院”2006年台上字第218号判决;“最高法院”2007年台上字第1456号判决。

研究报告,论述详尽,颇值参考。

问题是“契约责任与侵权责任发生竞合时应如何适用法律”这一问题,有一重要前提:契约责任与侵权责任确实“有所区别”,而且有其“区别标准”及“区别实益”!设若契约责任与侵权责任二者之间,毫无区别必要,适用两种责任法理,实际上并无不同,则探讨“契约责任与侵权责任发生竞合时应如何适用法律”这一问题,即无意义可言!

台湾学说与实务在处理契约责任与侵权责任交错适用问题时,向来着重于两种责任竞合时的法律适用问题。相对的,就民事责任之下再区分契约责任与侵权责任,究竟有无区分的必要性或正当性,反省思考较少。此一现象,是导因于契约责任与侵权责任的区分本身,乃当然自明之理,本毋待深论?或是其背后事实上隐藏着一些未经深思熟虑、仍然有待研究厘清的问题?

9. 重新反思契约责任与侵权责任区别的必要性

按台湾侵权责任法的发展,由于以下诸项因素的影响,使得侵权责任法的规范功能,向来受到某种程度的压抑或限制:

(1) 保护客体有所不足。例如,在以保护“权利”为原则的规范体系下,“利益”被侵害时,责任要件相当严格,责任较难成立。

(2) 归责原理难以有重大突破。例如,以“危险责任”作为归责原理的概括性规定,一直未被承认,无法形成足以与“过失责任”相抗衡的一般性原则。

(3) 确保损害可以迅速简易获得赔偿的担保制度仍不周延。例如,以落实被害人损害赔偿请求权为目的之强制性责任保险制度,尚未普遍建立。

侵权责任法规范功能上的局限,无法全盘妥适解决日益复杂的损害赔偿事件,使得契约责任相对受到重视。契约责任适用范围的不断扩大,可谓是台湾民事责任法近几十年来立法、学说与实务演变发展上最重要的趋势。无论所谓“缔约过失责任”条文的增订(“民法”第245条之1)、“不完全给付”(尤其是加害给付)债务不履行形态的明文承认(“民法”第227条、第227条之1)、“附随义务”种类与形态的不断增加、“附保护第三人效力契

约”理论的提倡、所谓“后契约责任”存在的可能性等^[11]，在在均使契约责任法的规范功能大幅扩张，某种程度上，或是取代了侵权责任法的规范功能，或是与侵权责任法的规范功能相互重叠。

随着契约责任适用范围的不断扩大，契约责任与侵权责任间的区别界线，也因而越来越模糊。契约责任与侵权责任有无本质上的不同、二者之间是否应该区别、如何区别、区别实益何在等问题，不但是处理契约责任与侵权责任竞合问题时的前提性问题，其答案如何，也将是解决契约责任与侵权责任竞合问题时的指导原理。

10. 本书讨论重点

有鉴于此，本书拟暂时抛开契约责任与侵权责任竞合时的相关理论与实务问题，而先从契约责任与侵权责任的“区别必要性”出发，经由比较契约责任与侵权责任两种不同责任在“保护客体”上究竟有无不同、有何不同、何以不同等，以便从当代民事责任法理论与实务发展趋势，重新反省契约责任与侵权责任二者间有无区别的正当性^[12]，并据以检讨契约责任与侵权责任的区分，在现行法上应如何加以正确定位。

民事责任法的功能之一，在于保护社会生活中各种正当的、值得保护的“权利或利益”。经由民事责任成立的判定，一方面确认被害人权利或利益存在，而且确实受到侵害；另一方面宣告被害人权利或利益被侵害后所生的损害，应予赔偿。此所以民事责任成立要件之一，必须被害人受有某种“损

[11] 关于“后契约义务”或“后契约责任”，“最高法院”最近裁判中明确提及此一概念者，可参见“最高法院”2005年台上字第2406号判决；“最高法院”2006年台上字第1076号判决（本号判决特别指出：“学说上所称之为‘后契约义务’，系在契约关系消灭后，为维护相对人人身及财产上之利益，当事人间衍生以保护义务为内容，所负某种作为或不作为之义务，诸如离职后之受雇人得请求雇主开具服务证明书、受雇人离职后不得泄露任职期间获知之营业秘密之类，其乃脱离契约而独立，不以契约存在为前提，违反此项义务，即构成契约终止后之过失责任，应依债务不履行之规定，负损害赔偿责任，与当事人间就契约本身应负之原给付义务未尽相同”）。

[12] 从比较法观点（法国法、英国法、美国法），对民事责任区分契约责任与侵权责任的批评，参见 A. Tunc, *La responsabilité civile*, 2e éd., 1989, *Economica*, n° 32 et s., 尤其是 n° 44 et s.

害”。就责任是否成立而言,所谓“损害”,是指“权利或利益”被侵害本身所生的不利益,亦即权利或利益归属主体,因责任原因事实的存在而抽象地无法完全享有或行使其权利或利益的内容。^[13]

“权利或利益”,既然是民事责任法所欲保护的客体,则权利或利益的保护,是否因民事责任性质上是一种“契约责任”或“侵权责任”而有所不同,是本书所欲讨论的核心问题。

侵权责任的成立,以被害人“权利或利益”被侵害为必要。契约责任亦不例外。契约责任的成立,也必须是债权人因债务人违反契约义务致其“权利或利益”被侵害。无论契约责任或侵权责任,既然均以被害人权利或利益被侵害为必要,问题是,所谓“权利”,是指既存法律体系所承认的权利,“侵害权利”应予保护,赋予适当救济,于一定要件下成立损害赔偿責任,通常没有争议。

相反,所谓“利益”,只是一种事实状态,内容相当空泛概括,是否获得既存法律体系承认,不能一概而论,而且,“侵害利益”,究何所指,有时不易掌握,尤其是所谓的“纯粹经济上损失”(pure economic loss)或“纯粹财产上损害”(reines Vermögensschaden)是否存在,主体、内容或范围如何,通常难以明确界定,则在法律保护位阶上,是否应完全等同于“权利侵害”,同受契约责任与侵权责任的保护?即有疑义。

11. 本书结构

以下两个问题,特别值得提出来讨论:

(1) 是否“任何权利或利益”均属契约责任或侵权责任所保护的客体,因而只要是“权利”或“利益”被侵害,均足以成立契约责任或侵权责任?

(2) 契约责任或侵权责任的成立,是否应区别被侵害者为“权利”

[13] 损害,是一种“不利益”,此种不利益,依其在具体实现损害赔偿权利过程中所扮演角色的不同,可分别从“责任成立”与“责任范围”两个不同层次加以观察,而有“责任成立上的损害”与“责任范围上的损害”之分。相关问题,参见陈忠五:《产前遗传诊断失误的损害赔偿責任——从“新光医院唐氏症事件”论民事责任法的新课题》,载《台大法学论丛》2005年11月第34卷第6期,第107页以下,段码23、24。

12 契约责任与侵权责任的保护客体

或“利益”，而适用不同的责任要件或归责原理，使责任成立上有宽严之别？

上述第一个问题，涉及契约责任与侵权责任所保护的客体，范围上是否相同。第二个问题，涉及契约责任与侵权责任所保护的客体，是否因其为“权利”或“利益”，而有不同程度的保护。此两个问题的答案，将影响权利或利益的保护，是否因契约责任或侵权责任而有所不同。

就第一个问题而言，契约责任与侵权责任保护的客体，范围上并无不同，均包括“权利”及“利益”在内，此点似乎具有高度共识。就第二个问题而言，契约责任与侵权责任是否区别“权利”或“利益”被侵害，而有不同程度的保护，此点则有重大争议。

基于以上说明，以下分别从民事责任法“保护范围”及“保护程度”两个角度，探讨契约责任与侵权责任在权利与利益的保护问题上，是否具有区别的正当性。

第一编 保护范围不同?

第一章 契约责任:从保护“利益”到保护“权利”

第二章 侵权责任:从保护“权利”到保护“利益”

12. 契约责任保护“利益”，侵权责任保护“权利”？

从契约责任与侵权责任的历史发展背景加以观察，论者或谓：契约责任的保护客体，是“利益”；侵权责任的保护客体，是“权利”，二者在保护客体上各有其不同的规范功能，其区别相当明显。

乍看之下，此种说法似有其立论根据。盖传统上契约责任的保护客体，主要即是债权人基于契约关系所享有的“利益”。此一利益，即是履行利益或给付利益。为保护此一利益，债务人负有积极的作为义务，必须对债权人为一定给付。债务人违反其积极的作为义务，未对债权人为一定给付时，乃消极地侵害债权人的利益，应负契约责任。

此所以契约责任的典型案例，为“给付迟延”与“给付不能”两种形态。无论是给付迟延或给付不能，其所侵害者，主要是债权人依契约享有的“利益”。

反之，传统上侵权责任的保护客体，乃法律体系所承认之任何人基于社会生活关系所享有的“权利”。为保护此一权利，任何人均负有消极的不作为义务，不得侵害他人权利。任何人违反其消极的不作为义务，积极侵害他人权利时，均应负侵权责任。

此所以侵权责任的典型案例，为侵害“生命”、“身体”、“健康”、“自由”、“名誉”、“姓名”、“所有物”等形态。无论是生命、身体、健康、自由、名誉、姓名或所有物之侵害，其所侵害者，均是被害人依法律享有的“权利”。

假如以上说法可以成立，则契约责任与侵权责任的差别，确实相当明显。民事责任法所保护的客体，可以明确划分为“权利”以及权利以外之其他“利益”。前者的保护，由侵权责任承担任务；后者的保护，由契约责任承担任务。契约责任与侵权责任，一在保护利益，一在保护权利，二者保护范围截然不同。侵害利益，适用契约责任法理；侵害权利，适用侵权责任法理。

在以上观点下，契约责任与侵权责任，不至于发生竞合情形。契约责任与侵权责任的差别，当然具有正当性。

13. 契约责任与侵权责任保护范围的趋近

问题是，上述说法显然与实情不合。随着社会生活形态日趋复杂多样，民事损害赔偿事件所牵涉的权利或利益形态，也呈现极度多元多变的特性。

无论是契约责任或侵权责任,其所保护的客体范围,事实上均有逐渐扩大的趋势。

就契约责任而言,其向来固然以保护“利益”为主,但亦扩大及于“权利”。就侵权责任而言,其向来固然以保护“权利”为主,但亦扩大及于“利益”。契约责任与侵权责任保护客体不断扩大,使得契约责任与侵权责任的保护范围,同时包括“权利”及“利益”。

从而,契约责任与侵权责任发生竞合的情形,越来越多。盖两种不同的法律规范,规范相同的法律事实,保护相同的权利或利益时,即可能发生竞合的情形。

契约责任与侵权责任保护范围逐渐趋近,甚至完全相同的结果,除非契约当事人就其契约关系所涉及的权利或利益是否存在及其内容、范围有特别约定,而且此一特别约定有效成立,因而可以看出“契约责任的特别性”^{〔1〕},否则,契约责任与侵权责任在保护客体范围上,看不出有何区别的正当性。

〔1〕 例如,公司与离职员工间订立“离职后竞业禁止协议”,明确约定离职后不竞业的业务种类、期间长短、地域范围等事项。如果此一约定有效成立,则公司“营业权”或“营业利益”的具体内涵,将取决于离职后竞业禁止协议的约定。从而,嗣后员工违反离职后竞业禁止协议时,是否成立契约责任,将取决于公司是否有“营业权”或“营业利益”被侵害而定。由此可知,基于私法自治、契约自由原则,契约当事人原则上得基于其特殊需要,以约定方式,自由界定权利或利益是否存在及其内容、范围。此一约定,只要有效成立,即应受尊重,并予维护,构成“契约责任的特别性”。

第一章 契约责任:从保护“利益” 到保护“权利”

14. 契约责任的类型

契约责任,依债务人违反契约义务形态的不同,可分为“给付不能”、“给付迟延”与“不完全给付”三种类型,并无争议。至于契约责任是否应包括债务人于履行期限届至前预示拒绝给付之“给付拒绝”此一违反契约义务形态?现行法并无明文规定。^[1]学说上见解不一,通说系采取肯定立场。^[2]以“最高法院”见解为主的实务立场,未尽明确一致,有些似乎倾向

[1] 1999年“民法”债编修正时,立法者亦刻意不针对此一问题明确表示意见。此从“民法”第227条修正理由一:“又现行条文中所谓‘不为给付’之含义为何?学者间争论纷纭,有主张属于给付迟延范围者;有主张系‘给付拒绝’者,为免滋生争议,爰并予删除”,当可明了。

[2] 契约责任(或债务不履行责任)的类型,除“给付不能”、“给付迟延”与“不完全给付”三种类型之外,是否尚包括“给付拒绝”此种类型?学者通说系采肯定见解。参见郑玉波:《论不为给付与不为完全之给付》,载氏著:《民商法问题研究》(二),1980年10月第2版,第22—24页;史尚宽:《债法总论》,1983年3月版,第392—397页;姚志明:《论拒绝给付》,载《法学丛刊》1998年7月第43卷第3期,第52页以下;曾隆兴:《修正民法债编总论》,1999年10月初版,第371页、第377—378页;姚志明:《回顾不完全给付制度于民法七十年来之发展》,载苏永钦等合著:《民法七十年之回顾与展望纪念论文集》(一),2000年10月初版,第378—379页;林诚二:《民法债编总论—体系化解说》(下册),2001年3月初版,第52页、第144—147页;刘春堂:《民法债编通则》(一),2001年9月初版,第325—327页;郑玉波著、陈荣隆修订:《民法债编总论》,2002年6月修订2版,第333页、第352—354页;詹森林:《不完全给付——“最高法院”决议与判决之发展》,载氏著:《民事法理与判决研究》(二),2003年4月初版,第150—154页;陈猷龙:《民法债编总论》,2003年9月增订3版,第164页、第168—172页;黄茂荣:《债法总论》(第二册),2004年7月增订版,第240—241页;姚志明:《债务不履行之研究(一)给付不能、给付迟延与拒绝给付》,2004年9月初版,第227页以下;王泽鉴:《不完全给付之基本理论》,载氏著:《民法学说与判例研究》(第3册),2004年10月版,第83页;曾品杰:《债务不履行之新风貌》,载《台湾本土法学杂志》2005年12月第77期,第182—183页。另参见邱聪智:《新订民法债编通则》(下),2003年3月新订1版,第77—78页,认为预示拒绝给付是一种“契约不履行”形态,不是一种“债务不履行”形态,共通的债务不履行,只有给付不能、给付迟延及不完全给付三种形态。

采取否定见解^[3],有些则似乎倾向采取肯定见解。^[4]

本书肯定“给付拒绝”是一种独立的契约责任类型。但由于此项问题与本书论述内容,尚无直接关联性,为避免横生枝节,本书在以下原则上仅就“给付不能”、“给付迟延”与“不完全给付”三种类型予以说明。

15. 契约责任的一般规定亦保护“权利”

在契约责任类型中,“给付迟延”或“给付不能”所侵害者,主要是债权人依契约所得享有的“履行利益”或“给付利益”,已如前述。^[5]至于“不完全给付”,依违反义务形态的不同,又可分为“瑕疵给付”与“加害给付”两种形态。其中“瑕疵给付”所侵害者,固然是债权人依契约所得享有的“履行利益”或“给付利益”,惟“加害给付”所侵害者,则大多属履行利益或给付利益以外之其他利益(或称为“固有利益”或“完整利益”)。此种利益,其性质通常即是既存法律体系所承认的“权利”。

例如,鸡只买卖契约的出卖人,交付病鸡,致买受人的鸡群感染而死亡。此例中,就买受人的鸡群遭感染死亡部分,乃侵害买受人对其鸡群的“所有权”。再如,机器买卖契约的出卖人,未告知机器的特殊使用方法,致买受人因使用方法不当引起机器爆破,伤害买受人的人身或其他财产。此例中,就买受人的人身或其他财产遭受损害部分,乃侵害买受人的生命权、身体权、健康权或财产之所有权。^[6]

由此可知,契约责任不但保护“利益”,也保护“权利”。此在债务人为加害给付而侵害债权人“人身”或“其他财产”的情形,最为常见。

“民法”第 227 条规定:“因可归责于债务人之事由,致为不完全给付者,债权人得依关于给付迟延或给付不能之规定行使其权利(第 1 项)。因

[3] 从若干“最高法院”判决的字里行间,似乎系采取否定见解。参见“最高法院”2004 年台上字第 42 号判决;“最高法院”2000 年台上字第 1871 号判决;“最高法院”2000 年台上字第 1317 号判决;“最高法院”1995 年台上字第 6 号判决;“最高法院”1994 年台上字第 2410 号判决;“最高法院”1989 年台上字第 636 号判决。

[4] 参见“最高法院”1991 年台上字第 229 号判决,似乎又采取肯定见解。

[5] 段码 12。如果承认“给付拒绝”是一种独立的契约责任类型,则“给付拒绝”所侵害者,原则上也是债权人依契约所得享有的“履行利益”或“给付利益”。

[6] 此两则事例,均取材自“民法”第 227 条修正理由二。

不完全给付而生前项以外之损害者，债权人并得请求赔偿（第2项）。”本条第2项规定，即在保护债权人履行利益或给付利益以外之其他权利。^{〔7〕}

“民法”第227条之1规定：“债务人因债务不履行，致债权人之人格权受侵害者，准用第192条至第195条及第197条之规定，负损害赔偿责任。”^{〔8〕}本条规定，更在宣示契约责任保护范围，不仅债权人的“利益”而已，亦及于债权人的“人格权”这一“权利”。

事实上，“民法”第227条之1虽然只规定了债务人因债务不履行致侵害债权人的“人格权”，但“民法”第195条既然亦在该条准用规定之列，而第195条在1999年“民法”债编修正时，已扩大其保护客体范围，从原先所列举的“身体、健康、名誉、自由”，扩大及于“信用、隐私、贞操及其他人格法益”（第1项），并及于“基于父、母、子、女或配偶关系之身份法益”（第3项），则第227条之1规定的适用范围，解释上应不以债务人因债务不履行致侵害债权人“严格意义下的人格权”为限，尚应包括债务人因债务不履行致侵害债权人的“信用、隐私、贞操及其他人格法益”^{〔9〕}，甚至亦应包括债务

〔7〕 本条项于1999年“民法”债编修正时，其修正理由为：不完全给付如为加害给付，除发生原来债务不履行之损害外，更发生超过履行利益之损害，例如出卖人交付病鸡致买受人之鸡群感染而死亡，或出卖人未告知机器之特殊使用方法，致买受人因使用方法不当引起机器爆破，伤害买受人之人身或其他财产等是。遇此情形，固可依侵权行为之规定请求损害赔偿，但被害人应就加害人之过失行为负举证责任，保护尚嫌不周，且学者间亦有持不同见解者，为使被害人之权益受更周全之保障，并杜疑义，爰于本条增订第2项，明定被害人就履行利益以外之损害，得依不完全给付之理论请求损害赔偿。

〔8〕 本条于1999年“民法”债编修正时，其修正理由为：“债权人因债务不履行致其财产权受侵害者，固得依债务不履行之有关规定求偿。但如同时侵害债权人之人格权致其受有非财产上之损害者，依现行规定，仅得依据侵权行为之规定求偿。是同一事件所发生之损害竟应分别适用不同之规定解决，理论上尚有未妥，且因侵权行为之要件较之债务不履行规定严苛，如故意、过失等要件举证困难，对债权人之保护亦嫌未周。为免法律割裂适用，并充分保障债权人之权益，爰增订本条规定，俾求公允”。

〔9〕 例如，出版社借出版名人回忆录之便，访谈过程中意外获知该名人财务危机或罹患绝症的事实，而擅自泄露或公开该等信息，致侵害该名人的信用或隐私等人格权或人格利益。

人因债务不履行致侵害债权人“基于父、母、子、女或配偶关系之身份法益”^[10]等情形在内。从而,“民法”第227条之1所称“人格权”,应作广义解释,包括各种“严格意义下的人格权”及其他“人格法益”或“身份法益”在内。

16. 契约责任的个别规定亦保护“权利”

民法或民事特别法上有关契约责任的个别规定,不乏除保护“利益”外,同时亦保护“权利”的例子众多。

“民法”第634条规定:“运送人对于运送物之丧失、毁损或迟到,应负责任。但运送人能证明其丧失、毁损或迟到,系因不可抗力,或因运送物之性质,或因托运人或受货人之过失而致者,不在此限”。核其规范意旨,就运送物“迟到”的部分,固然是侵害“利益”,就运送物“丧失或毁损”的部分,则是侵害“权利”(运送物之所有权)。

“民法”第654条第1项规定:“旅客运送人对于旅客因运送所受之伤害及运送之迟到应负责任。但因旅客之过失,或其伤害系因不可抗力所致者,不在此限。”核其规范意旨,就旅客运送“迟到”的部分,通常固然是侵害“利益”,就旅客“伤害”的部分,则是侵害“权利”(旅客之生命权、身体权或健康权)。

“医疗法”第82条第2项规定:“医疗机构及其医事人员因执行业务致生损害于病人,以故意或过失为限,负损害赔偿责任。”本条项所称“致生损害”,解释上包括“权利”及“利益”在内。从而,医疗机构基于其与病人间之医疗契约,其所属医事人员如有故意或过失致病人之病情许久未见好转但亦未见病情恶化或并发其他后遗症,或检验出病人罹患绝症却因故意或过失迟未告知等情事,即使最后确定并未耽误病情的发展或治疗,但已经影响病人面对死亡心理准备或提早安排后事者,应解为仅是侵害“利益”(病人病情好转或疾病治愈的利益,病人适时获知病情的利益)。反之,医疗机构所属医事人员如有故意或过失致病人之病情恶化或并发其他后遗症者,则

[10] 例如,产妇至妇产科医院分娩,因医护人员看管不周,致刚出生的新生儿遭陌生人士抱走,下落不明,乃侵害该产妇对新生儿的身份权或身份利益。

应解为是侵害“权利”(病人之生命权、身体权或健康权)。

“律师法”第25条规定：“律师如因懈怠或疏忽，致委托人受损害者，应负赔偿之责。”律师基于其与委托人间之委任契约，如因懈怠或疏忽未提出重要的攻击防御方法或提出显无胜诉之望的诉讼，致委托人受败诉判决者，固然是侵害“利益”(委托人可能获得胜诉判决的利益)，如因疏忽将委托人提供的个人财务或私密数据泄露于媒体或他人者，则是侵害“权利”(委托人之信用权或隐私权)。

17. 保护“权利”的契约责任，事例有增无减

从以上说明可知，随着契约关系上义务群范围不断扩大，愈来愈多的契约义务，往往不是基于“当事人约定”而来，而是为维护契约上的“公共秩序或善良风俗”，基于“法律强行规定”或“诚实信用原则”，由立法者或司法者课予契约当事人一方某种契约义务。此项法律创造活动，经常即是契约上“附随义务”的发生根据。尤其是具有“保护功能”，以维护他方当事人人身或财产“固有利益”或“完整利益”为目的的附随义务，其种类与内容，均有不断扩张与强化的趋势。

由于契约关系上债权人的“固有利益”或“完整利益”，通常即是一种“权利”，因而此一趋势，将使得侵害“权利”的契约责任，未来势必有增无减。契约责任的保护范围，从传统上的“利益”，逐步扩大到“权利”，乃是不争的事实。

第二章 侵权责任:从保护“权利”到保护“利益”

18. 民法与特别法上的侵权责任规定

如果单纯只观察“民法”第184条以下侵权责任的相关规定,由于许多条文中充斥“侵害他人权利”等文字,似乎容易得出侵权责任只保护“权利”此一结论。

此一结论是否正确?民法侵权责任规定是否完全不保护“利益”?值得进一步审究。

如果再观察越来越多民事特别法有关侵权责任的相关规定,当可发现,越来越多的侵权责任规定,不仅保护“利益”,甚至以保护“利益”为其主要任务。此一现象,更加证实侵权责任从保护“权利”到扩大及于保护“利益”的发展趋势。

第一节 民法侵权责任规定

19. 一般侵权责任与特殊侵权责任

台湾民法侵权责任规定,学说上向来分为“一般侵权责任”与“特殊侵权责任”两种类型加以论述。^[1]

[1] 参见胡长清:《中国民法债编总论》,1977年10月3版,第121页以下;戴修瓚:《民法债编总论》,1978年11月3版,第141页以下;史尚宽:《债法总论》,1983年3月版,第106页以下;王泽鉴:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,1999年5月版,第180页以下;曾隆兴:《修正民法债编总论》,1999年10月初版,第132页以下;刘春堂:《判解民法债编通则》,2000年1月修订版,第76页;邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第150页以下;林诚二:《民法债编总论——体系化解说》(上册),2000年9月初版,第237页以下;王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),2000年9月增订版,第68页以下;郑玉波著、陈荣隆修订:《民法债编总论》,2002年6月修订2版,第161页以下;曾隆兴:《详解损害赔偿法》,2004年4月修订初版,第73页;姚志明:《侵权行为法》,2005年2月初版,第1页以下;王泽鉴:《侵权行为法》(第2册),2006年3月版,第1页以下;孙森焱:《民法债编总论》

问题是,一般侵权责任与特殊侵权责任的类型区分标准为何?学者间见解不一。有些学者从归责原理角度,以“单纯的过失责任”为一般侵权责任,以“非单纯的过失责任”为特殊侵权责任。^{〔2〕}亦有学者从行为主体或行为态样角度,以“行为人自己的侵害行为”为一般侵权责任,以“他人行为之参与或行为人自己行为以外的事实造成损害”为特殊侵权责任。^{〔3〕}

上述学说见解,虽然未尽一致,但至少具有两点共识:

(1) 分别以“民法”第184条及第185条至第191条之3两组法条规定,作为区分一般侵权责任与特殊侵权责任的的标准;

(2) 立法者之所以在一般侵权责任之外,另行创设特殊侵权责任,其目的在于修正或调整一般侵权责任的部分要件。

因此,所谓一般侵权责任,系指“民法”第184条所规定的侵权责任类型。此种责任类型,属行为人因自己不法侵害他人行为所生之责任,具有一般、概括性格,得适用于任何人对任何人,在任何情形下,违反任何义务,侵害任何权利或利益所生的侵权责任。其功能,在经由“损害”(权利或利益的侵害)、“不法”、“故意或过失”、“因果关系”等责任成立要件的宣示,具体呈现出立法者在侵权责任法上的基本价值判断或利益衡量。

所谓特殊侵权责任,系指“民法”第185条以下所规定的各种侵权责任类型。此种责任类型,其实是各种不同侵权责任类型的总称。此种责任类型的“特殊”之处,乃在于其个别的类型特征,如行为人的单复数^{〔4〕}、行为人

(上册),2006年9月修订版,第207页以下;黄立:《民法债编总论》,2006年11月修正3版,第251页以下。另参见王伯琦:《民法债篇总论》,1983年11月11版,第68页以下(分为直接侵权行为与间接侵权行为)。

〔2〕 例如史尚宽:《债法总论》,1983年3月版,第106页;邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第150页;郑玉波著、陈荣隆修订:《民法债编总论》,2002年6月修订2版,第161页。

〔3〕 例如戴修瓚:《民法债编总论》,1978年11月3版,第141页;林诚二:《民法债编总论——体系化解说》(上册),2000年9月初版,第238页;孙森焱:《民法债编总论》(上册),2006年9月修订版,第207页。

〔4〕 参照“民法”第185条规定的共同侵权责任。

的身份^[5]、为他人行为而负责^[6]、为特定物而负责^[7]、为一般的危险物或危险活动而负责^[8]等。基于此等类型特征,立法者为实现其特殊的立法政策,乃在某种程度内,修正或调整“损害”、“不法”、“故意或过失”、“因果关系”等一般侵权责任的责任成立要件、其责任型态(单独负责或连带负责)或其举证责任(推定不法、推定过失、推定因果关系)。此等个别的侵权责任类型,类型特征不一,其立法体例除在法律史或比较法上有迹可循之外,背后似乎欠缺统一的、一贯的理论基础,用以说明特殊侵权责任所以“特殊”之处。

一般侵权责任与特殊侵权责任的类型区分,或特殊侵权责任之下各种类型的再区分,其主要差异在于侵权责任的“成立要件”上有所不同。至于侵权责任的法律效果(即损害赔偿)^[9],原则上并无不同。

问题是,作为侵权责任成立要件之一的“损害”(亦即权利或利益的侵害),是否因侵权责任类型属“一般侵权责任”或“特殊侵权责任”而有不同?一般侵权责任与特殊侵权责任,是否均保护权利及利益?一般侵权责任与特殊侵权责任,在权利与利益的保护范围上,有哪些不同?

一、一般侵权责任规定

20. 一般侵权责任保护客体包括“利益”

如前所述^[10],传统上侵权责任的保护客体,乃既存法律体系所承认之“权利”。“民法”第184条第1项前段规定:“因故意或过失,不法侵害他人

[5] 参照“民法”第186条规定的公务员侵权责任。

[6] 参照“民法”第187条规定的法定代理人责任、第188条规定的雇用人责任、第189条规定的定作人责任。

[7] 参照“民法”第190条规定的动物占有人责任、第191条规定的工作物所有人责任、第191条之1规定的商品制造人责任、第191条之2规定的动力车辆驾驶人责任。

[8] 参照“民法”第191条之3规定的危险事业经营者责任。

[9] 参照“民法”第192条至第198条、第213条至第218条之1等规定。就侵权损害赔偿责任而言,“民法”第213条至第218条之1之规定,乃损害赔偿之债之一般规定,第192条至第198条之规定,则为侵权损害赔偿责任之特别规定,应优先适用。

[10] 段码12。

之权利者,负损害赔偿责任”,即在揭示此一意旨。

问题是,权利之外,一般侵权责任是否不保护“利益”?答案相当明显:一般侵权责任不但保护“权利”,也保护“利益”。

此处暂且不论“民法”第184条第1项前段所称“权利”,是否应从宽解释包括“利益”在内^[11],即使将第184条第1项前段规定的保护客体,解释为仅限于“权利”,甚至严格解释为仅限于具有排他性、典型社会公开性、得对抗第三人特性之“支配权”或“绝对权”,惟该条第1项后段及第2项规定的保护客体,除“权利”外,亦包括“利益”在内,可谓是学说上的一致见解。^[12]

“民法”第184条第1项后段规定:“故意以悖于善良风俗之方法,加损害于他人者亦同。”同条第二项规定:“违反保护他人之法律,致生损害于他人者,负赔偿责任。但能证明其行为无过失者,不在此限。”其中“加损害于他人”或“致生损害于他人”,其所称“损害”,除“权利侵害”外,亦包括“利益侵害”。

台湾实务向来亦同此见解。“最高法院”1966年台上字第2053号判

[11] 此问题为本书讨论的重点,详见后述段码46以下。

[12] 参见王泽鉴:《违反保护他人法律之侵权责任——“民法”第一八四条第二项规范功能之研究》,载氏著:《民法学说与判例研究》(第2册),1982年9月版,第190页以下;马维麟:《民法债编注释书(一)》,第153条至第198条,1997年6月版,第239、276、282页;王泽鉴:《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》,1999年5月版,第181—188页;刘春堂:《判解民法债编通则》,2000年1月修订版,第78—79页;邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第151、153页、第176—178页、第183—184页;林诚二:《民法债编总论——体系化解说》(上册),2000年9月初版,第251—252页、第265—266页;王泽鉴:《侵权行为法》(第1册),2000年9月增订版,第78—80页、第320—321页、第343—345页;郑玉波著、陈荣隆修订:《民法债编总论》,2002年6月修订2版,第175—176页;陈猷龙:《民法债编总论》,2003年9月增订3版,第70—71页;曾隆兴:《详解损害赔偿法》,2004年4月修订初版,第75页;姚志明:《侵权行为法》,2005年2月初版,第6—7页、第61—63页、第72页;王泽鉴:《侵权行为法》(第2册),2006年3月版,第3、11页;孙森焱:《民法债编总论》(上册),2006年9月修订版,第246、248页;黄立:《民法债编总论》,2006年11月修正3版,第288、292页。另参见史尚宽:《债法总论》,1983年3月版,第108—109页、第113—116页。

例,可作为实务见解代表。该号判例指出:“民法第一百八十四条第一项前段规定,以权利之侵害为侵权行为要件之一,故有谓非侵害既存法律体系所明认之权利,不构成侵权行为。惟同法条后段规定,故意以悖于善良风俗之方法加害于他人者,亦同。则侵权行为系指违法以及不当加损害于他人之行为而言,至于侵害系何权利,要非所问。而所谓违法以及不当,不仅限于侵害法律之权利,即违反保护个人法益之法规,或广泛悖反规律社会生活之根本原理的公序良俗者,亦同……”此段判例要旨,具有指标性意义,其后一再为无数“最高法院”裁判及下级审法院裁判所引用。

二、特殊侵权责任规定

21. “民法”第 186 条修正引起的疑义

“民法”第 184 条规定固然如此,第 185 条至第 191 条之 3 有关各种特殊侵权责任的规定,其所保护的客体,是否包括“利益”在内?恐怕不能一概而论,应分别情形论之。

“民法”第 186 条规定的修正,可作为说明。该条第 1 项前段修正前原规定:“公务员因故意违背对于第三人应执行之职务,致第三人之权利受损害者,负赔偿责任。”1999 年“民法”债编修正时,将该条第 1 项前段规定修正为“公务员因故意违背对于第三人应执行之职务,致第三人受损害者,负赔偿责任。”

比较修正前后文字差异,立法者显然有意将“权利”等文字删除,留下文字上较为抽象概括之“损害”,而将该条保护范围扩大及于“利益”。此从该条修正理由一,可以获得证实:“现行条文第一项规定以第三人之‘权利’受损害者,公务员始负赔偿责任。范围太过狭窄,无法周延保障第三人利益。为扩大保障范围,且为配合第一百八十四条第二项之修正,爰仿德国民法第八百三十九条第一项规定,删除第一项内‘之权利’等字,使保护客体及于‘利益’。”

“民法”第 186 条修正,将公务员侵权责任的保护客体,从“权利”扩大到包括“利益”,固然值得赞同。但除该条规定之外,“民法”第 185 条以下其他有关各种特殊侵权责任的规定,其保护客体是否一律包括“利益”在

内？不无疑问。

22. 两种法条文字规范体例

就法条文义而言，可大抵将“民法”第185条以下其他有关各种特殊侵权责任规定的保护客体范围，区别为两种类型：

其一是法条明文规定“侵害他人之权利”^[13]或“致他人权利之损害”^[14]（以下简称“侵害权利”）；

其二是法条明文规定“致第三人受损害”^[15]、“加损害于他人”^[16]、“致他人之损害”^[17]或“有生损害于他人之危险”^[18]（以下简称“致生损害”）。

乍看之下，“民法”第184条第1项前段明文规定“侵害他人之权利”，同条第1项后段及第2项分别明文规定“加损害于他人”及“致生损害于他人”，因而似乎可以作如下之初步推论：当立法者于法条中使用“侵害权利”文字时，显然系有意限制该法条之保护客体范围，仅以“权利”为限；反之，当立法者于法条中使用“致生损害”文字时，显然系有意扩大该法条之保护客体范围，使其同时包括“权利”及“利益”在内！

此一推论，似又可从“民法”第186条规定的修正，将原条文中“致第三人之权利受损害”改为“致第三人受损害”等文字，以便扩大该条保护客体

[13] 参照“民法”第185条第1项前段“数人共同不法侵害他人之权利者”、第187条第1项前段“无行为能力人或限制行为能力人，不法侵害他人之权利者”、第188条第1项本文“受雇人因执行职务，不法侵害他人之权利者”、第189条本文“承揽人因执行承揽事项，不法侵害他人之权利者”。

[14] 参照“民法”第191条第1项本文“土地上之建筑物或其他工作物所致他人权利之损害”。

[15] 参见“民法”第187条第4项“……其他之人，在无意识或精神错乱中所为之行为致第三人受损害……”

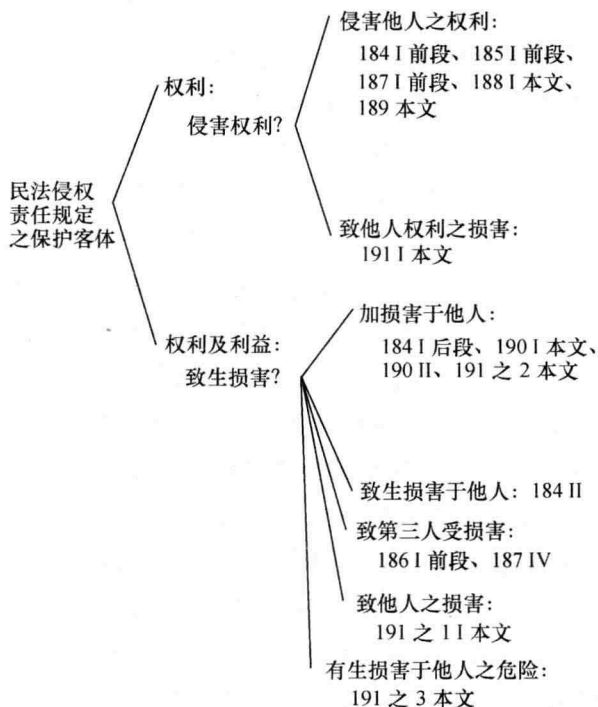
[16] 参见“民法”第190条第1项本文“动物加损害于他人”、同条第2项“动物系由第三人或他动物之挑动致加损害于他人”、第191条之2本文“汽车、机车或其他非依轨道行驶之动力车辆，在使用中加损害于他人”。

[17] 参见“民法”第191条之1第1项本文“商品制造人因其商品之通常使用或消费所致他人之损害”。

[18] 参见“民法”第191条之3本文“经营一定事业或从事其他工作或活动之人，其工作或活动之性质或其使用之工具或方法有生损害于他人之危险”。

范围,进一步获得证明。

依此推论,民法侵权责任有关规定的保护客体范围,整理归纳之后,可简单图示如下^[19]:



如果上述推论可以成立,则“民法”第 185 条以下其他有关各种特殊侵权责任的规定,其保护客体范围应如何界定,将有明确答案。凡法条规定中出现“侵害权利”文字者,其保护客体范围,以“权利”为限。凡法条规定中出现“致生损害”文字者,其保护客体范围,包括“权利”及“利益”。

23. 民法第一八六条文字修正的背景

问题是,依本书所见,此种纯粹取决于法条文义及规范体例的形式推论

[19] 请比较王泽鉴:《侵权行为法》(第 2 册),2006 年 3 月版,第 11—12 页所列之表格。

方法,并不可靠。^[20]

民法第一八四条区别“侵害权利”与“致生损害”,使一般侵权责任因侵害客体之不同而适用不同的归责原理,是否妥当,为本书讨论重点,其后将有详细论述。^[21]至于民法第一八六条修正,将“侵害权利”修正为“致生损害”,扩大公务员侵权责任保护客体范围,其实只是修法过程中的一段“意外插曲”而已,立法者并非基于周延通盘的政策考虑,有意识且有目的地,一方面以“侵害权利”等文字,限制某条文规定的保护客体范围,他方面以“致生损害”等文字,扩张某条文规定的保护客体范围。

1999年民法债编修正时,为何只修正民法第一八六条文字,明确将公务员侵权责任保护客体范围扩大及于“利益”,却未同时修正其他条文文字,以致民法第一八五条等其他条文,仍维持“侵害权利”之规范体例?经查阅修法数据后^[22],可以发现,当初在讨论民法第一八六条是否修正时,苏永钦委员曾表示,有关公务员侵权责任,德国民法第八三九条规定“对第三人因此所受之损害”,与我国民法规定“致第三人之权利受损害”不同,德国法无权利之限制,而我国民法第一八四条第二项已修正为独立之侵权行为类型,本条属公务员违法造成他人损害之特殊类型,不宜限于权利受损害,故应删除“之权利”等文字。在苏永钦委员此一提议影响下,修正委员会最后决定删除第一八六条“致第三人之权利受损害”中“之权利”三字,改为“致第三人受损害”,使其保护客体包括权利及利益。

[20] 不同意见,请参见姚志明:《论民法商品责任——民法第一百九十一条之一之评析》,载氏著:《侵权行为法之研究》(一),2003年10月初版,第94—96页;姚志明:《侵权行为法》,2005年2月初版,第21—31页、第61—63页、第72页(第184条)、第85、93、97、100页(第185条)、第108页(第186条)、第115、118页(第187条)、第134、143页(第188条)、第160—161页(第189条)、第170页(第190条)、第182页(第191条)、第196—198页(第191条之1)、第206—207页(第191条之2)、第213页(第191条之3);该等著作完全以法条文义为“侵害权利”或“致生损害”,作为认定“民法”第184条以下各规定保护客体范围的标准。

[21] 段码79以下。

[22] 参见“法务部”编:《民法研究修正实录——债编部分》(四),2000年1月版,第540—541页。

值得注意的是,苏永钦委员另表示,德国法上诸如共同侵权行为、未成年人侵权行为、受雇人侵权行为等,其三种侵权行为之类型均可能发生相同情况,故皆规定“致他人受损害”,而限于“侵害他人权利”,似较为周延,值得以下修正各条时一并参考。钱国成委员亦曾表示,如将第186条中“之权利”删除,则第191条亦需配合修正,其受损害者,不限于“权利”,当然亦包括“利益”在内。修正委员会并曾就民法第191条部分作成如下决议:该条第一项“之权利”三字亦宜配合删除。惟其后均未再就包括民法第191条在内之其他条文中“侵害权利”等文字,一并再作文字修正。其理由何在,难以查考,修法过程中的疏漏,或系可能的原因。

从上述立法背景可以得知,解释上不能单从立法者仅修正民法第186条“侵害权利”等文字,未修正其他条文中“侵害权利”等文字,即率尔作出反面推论,而认定立法者有意限制其他条文的保护客体范围。

24. 部分特殊侵权责任保护客体包括“利益”

本书认为,“民法”第186条既然有必要扩大保护客体范围,其他条文似乎更找不到应该限制保护客体范围的理由。

事实上,“民法”第185条以下其他有关各种特殊侵权责任的规定中,有“致生损害”等文字者,其保护客体范围,是否当然一律包括“利益”在内,亦不能一概而论,应斟酌各该规定的立法目的或规范功能而定。

解释上,“民法”第186条第1项前段与第187条第4项规定的保护客体,固然应包括“权利”及“利益”,惟基于“特定物责任”或“危险责任”^[23]的特殊立法政策考虑,“民法”第190条第1项本文、第2项、第191条之1本文、第191条之2本文、第191条之3本文等规定,法条文义上虽然使用“致生损害”等文字,但其保护客体,反而仅限于生命、身体、健康、所有权等“特定权利”,不包括姓名权、名誉权、自由权、信用权、隐私权、贞操权等“其他

[23] 严格而言,在侵权责任归责原理上,真正的“危险责任”,是一种“无过失责任”,不包括“过失责任”或“推定过失责任”情形。“民法”特殊侵权责任的诸多规定,归责原理上固然是采取“推定过失责任”,但其理论依据,似又来自“危险责任”,立法政策上未尽明确,甚至相互矛盾!此处为避免涉入危险责任的理论争议,本书以下所称之“危险责任”,如未特别指明,均暂时从广义解释,不以“无过失责任”的情形为限。

权利”,亦不包括纯粹经济上损失等“利益”在内。^[24]

盖从民事责任法演变发展史角度加以观察,无论是“特定物责任”此一责任类型,或是“危险责任”此一归责原则或责任基础,其形成背景与“意外事故”(如劳动灾害、交通事故、商品事故、工业污染等)此种特殊的损害形态密切相关,学理上提出特定物责任或危险责任的目的是,即在解决因各种意外事故对“人身安全”(生命、身体、健康)及“财物完整性”(所有权)所造成的损害赔偿问题,不在全面性解决侵害任何权利或利益所造成的损害赔偿问题。^[25]

[24] 相同见解,参见陈自强:《民法侵权行为法体系之再构成(下)——“民法”第一九一条之三之体系地位》,载《台湾本土法学杂志》2000年12月第17期,第40、41页(关于第191条之1、之2、之3);林美惠:《交易安全义务与我国侵权行为法体系之调整(下)——以归责原则变动为中心》,载《月旦法学杂志》2002年1月第80期,第248—249页(关于第191条之3,惟作者认为,第191条之3保护客体范围与第184条第1项前段规定完全相同,包括任何绝对权在内);邱琦:《纯粹经济上损失之研究》,台湾大学法律学研究所博士论文,2002年6月,第203—204页(关于第191条之1、之2、之3);王泽鉴:《侵权行为法》(第2册),2006年3月版,第188—191页(关于第190条)、第235页(关于第191条之2)、第270—271页(关于第191条之1、之2、之3)。

[25] 不同意见,认为“特定物责任”或“危险责任”的相关规定,其保护客体范围亦包括“利益”在内者,请参见史尚宽:《债法总论》,1983年3月版,第191页(关于第190条);邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第228、233、244页(关于第191条之1、之2、之3);林诚二:《民法债编总论——体系化解说》(上册),2000年9月初版,第305—306页(关于第190条,甚至认为“民法”第184条以下条文,无论法条用语为“侵害权利”、“加损害”或“致生损害”,其保护客体,均兼括权利与利益在内;惟同书第322页,似乎赞同通说见解,将“纯粹经济上损失”排除在“民法”第191条之1及“消费者保护法”第7条关于商品责任的保护客体范围之外);邱聪智:《危险责任一般条款增订之评介——以“民法”第191条之3为中心》,载《黄宗乐教授六秩祝贺论文集——财产法学篇》(一),2002年5月版,第51页(关于第191条之3);郑玉波著、陈荣隆修订:《民法债编总论》,2002年6月修订2版,第214、223、230页(关于第190条,第191条之1、之3);姚志明:《论民法商品责任——“民法”第一百九十一条之一之评析》,载氏著:《侵权行为法之研究》(一),2003年10月初版,第94—95页(关于第191条之1);林诚二:《论两岸产品责任法制》,载《迈入二十一世纪的两岸私法——孙森茂教授七秩华诞祝寿论文集》,2004年6月版,第356—357页(关于第191条之1);姚志明:《消费争议与民法及消保法适用之问题——以商品买卖责任为例》,载《月旦法学杂志》2004年7月第110期,第13、17、19页(关于第191条之1);郭丽珍:《产品责任法十年来之发展概论》,载《月旦法学杂志》第110期,第35页(关于第191条之1);

此外,“民法”第190条关于动物占有人责任的规定,其立法理由指出:“查民律草案第954条理由谓动物因占有人不注意,而伤害他人之生命身体、或毁损对象者,应使占有人负赔偿之责任。因占有人既占有动物,应负注意保管之义务也。故设本条以明示其旨。”立法者以伤害他人之生命身体或毁损对象为例,似乎有意限制保护客体范围,亦可作为佐证。

反之,“民法”第185条以下其他有关各种特殊侵权责任的规定中,有“侵害权利”等文字者,其保护客体范围,是否当然一律排除“利益”在内,亦不能一概而论,应斟酌各该规定的立法目的或规范功能而定。

解释上,基于“特定物责任”或“危险责任”的特殊立法政策考虑,“民法”第191条第1项本文规定的保护客体,应只限于生命、身体、健康、所有权等“特定权利”,不包括姓名权、名誉权、自由权、信用权、隐私权、贞操权等“其他权利”,亦不包括纯粹经济上损失等“利益”在内。^[26]就此而言,1999年“民法”债编修正过程中,修正委员会在钱国成委员提议下所作成之决议:“配合‘民法’第一八六条删除‘权利’等文字,第一九一条亦需配合修正,删除‘权利’等文字,使保护客体包括‘利益’在内”^[27],并不妥当。所幸,此一决议内容最后并未立法付诸实现。

惟“民法”第185条第1项前段、第187条第1项前段、第188条第1项本文、第189条本文等规定,法条文义上虽然使用“侵害权利”等文字,但其

邱聪智:《一般危险责任与法律适用——以责任主体之论争为中心》,载《台湾本土法学杂志》2004年7月第60期,第141页(关于第191条之3);姚志明:《侵权行为法》,2005年2月初版,第170页、第196—198页、第206—207页、第213页(关于第190条、第191条之1、之2、之3);陈猷龙:《民法债编总论》,2005年10月第4版,第98页(关于第191条之1);孙森焱:《民法债编总论》(上册),2006年9月修订版,第320、321页(关于第191条之1);黄立:《民法债编总论》,2006年11月修正3版,第331页(第191条之1所称“损害”,不以权利为限,任何法益均包括在内,但同时又指出,该条损害与消费者保护法第7条保护法益相同,以结果损害为限,不包括商品本身瑕疵所生损害)。

[26] 参见姚志明:《侵权行为法》,2005年2月初版,第182页;王泽鉴:《侵权行为法》(第2册),2006年3月版,第215页。不同意见认为,第191条的保护客体,包括“利益”在内者:参见邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第218页。

[27] 参见“法务部”编:《民法研究修正实录——债编部分》(四),2000年1月版,第540—541页。

保护客体,除“权利”外,应包括“利益”在内。^[28]

举例而言,银行征信科员与贷款户勾结串谋,故意高估客户信用而非法超贷巨款,致银行贷款债权无法受偿时,虽然是共同不法侵害银行的“利益”,仍应依“民法”第185条第1项规定,连带负损害赔偿赔偿责任。^[29]行为时有识别能力的限制行为能力人,教唆债务人或与债务人合谋,使债务全部或一部分陷于履行不能,因而致债权人受有损害时,虽然是侵害债权人的“利益”,其法定代理人仍应依“民法”第187条第1项规定,与行为人连带负损害赔偿赔偿责任。^[30]未经认许之地区外金融机构,其受雇人于执行职务时,违反银行法规定,擅自招揽客户从事外汇保证金买卖并吸收存款,虽然是违反保护他人法律而侵害客户的“利益”,该金融机构仍应依“民法”第188条第1项规定,与其受雇人连带负损害赔偿赔偿责任。^[31]

基于以上所述,“民法”第185条以下有关各种特殊侵权责任的规定中,即使有部分规定的保护客体,仅限于“权利”,不包括“利益”,但至少其他部分规定的保护客体,同时包括“权利”及“利益”在内。

[28] 参见邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第193—194页及注68(关于第185条)、第210页(关于第188条);郑玉波著、陈荣隆修订:《民法债编总论》,2002年6月修订2版,第187页(关于第185条,另比较同书第214页);参见王泽鉴:《侵权行为法》(第2册),2006年3月版,第27—28页(关于第185条)、第76页(关于第187条)、第126—127页(关于第188条);孙森焱:《民法债编总论》(上册),2006年9月修订版,第278页(关于第185条)。不同意见认为,仅限于权利,不包括利益在内者:参见姚志明:《侵权行为法》,2005年2月初版,第85、93、97、100(关于第185条)、115、118(关于第187条)、134、143(关于第188条)、160—161页(关于第189条)。

[29] 本事例取材自“最高法院”1988年11月1日1988年第19次民事庭会议决议(二)。本事例中另涉及“诈欺”他人,使该他人为意思表示,被害人被侵害的客体,亦可能解读为是一种“精神自由权”、“表意自由权”或“意思自主权”,属于一种“权利”。参见后述段码96。

[30] 本事例取材自“最高法院”1929年上字第2633号判例。依部分学说见解,本事例中被害人被侵害的客体,亦可能解读为是一种“债权”,属于一种“权利”。参见后述段码43、44。

[31] 本事例取材自“最高法院”2002年台上字第1221号判决。

第二节 特别法侵权责任规定

25. 加强保护“利益”的立法政策

民法侵权责任的相关规定,即使亦保护“利益”,但不容否认的是,其基本上是以保护“权利”为原则,例外情形下,才兼及于保护“利益”。

然而,民法侵权责任规定之外,民事特别法上许多有关侵权责任的个别规定,其保护客体,不但包括“权利”,亦包括“利益”在内。其中不少规定,甚至以保护“利益”为主要任务。此一现象,多少可以看出此等规定对“利益保护”的重视,甚至有意与民法侵权责任规定反其道而行,以保护“利益”作为规范主轴,以保护“权利”作为附带效果。

以下试以“公平交易法”、“证券交易法”、“营业秘密法”、“计算机处理个人资料保护法”、“电子签章法”、“会计师法”、“地政士法”、“不动产经纪业管理条例”等重要的民事特别法领域有关损害赔偿责任规定为例说明,并进一步以性质上相类似的赔偿法及土地法上相关损害赔偿责任的保护客体范围,作为佐证。

26. “公平交易法”

“公平交易法”第31条规定:“事业违反本法之规定,致侵害他人权益者,应负损害赔偿责任。”法条文义使用侵害“权益”等文字,而非侵害“权利”或侵害“利益”等文字,其保护客体范围,显然包括“权利”与“利益”。^[32]

盖事业违反“公平交易法”规定者,除可能侵害他人之“权利”,例如姓名权或名称权、信用权、营业信誉权、专利权、商标权、著作权等之外,大多是侵害他人之“利益”,尤其是其他竞争事业者的公平自由竞争利益,或消费

[32] 参见曾世雄:《违反公平交易法之损害赔偿》,载《政大法学评论》1991年12月第44期,第354页;邱聪智:《新订民法债编通则》(上),2000年9月新订1版,第256页;吴秀明:《论“企业权”与侵害营业利益之损害赔偿》,载《新世纪经济法制之建构与挑战——廖义男教授六秩诞辰祝寿论文集》,2002年9月初版,第848页注1、第858页、第920页。另参见罗昌发:《由美国反托拉斯法实务论公平交易法的民事责任规定》,载《新世纪经济法制之建构与挑战——廖义男教授六秩诞辰祝寿论文集》,2002年9月初版,第842页。

者的交易选择利益,故唯有将本条保护客体范围,扩大及于“利益”,方足以贯彻本条规范意旨,实现本条的规范功能。

27. “证券交易法”

“证券交易法”有许多损害赔偿责任的规定,大多以保障投资人的“投资利益”为主要目的。例如:该法第20条第3项规定,有价证券之募集、发行、私募或买卖,有虚伪、诈欺或其他足致他人误信之行为者,对于该有价证券之善意取得人或出卖人因而所受之损害,应负赔偿责任;第20条之1第1项规定,依该法规定申报或公告之财务报告或财务业务文件,主要内容有虚伪或隐匿之情事者,对于发行人所发行有价证券之善意取得人、出卖人或持有人因而所受之损害,应负赔偿责任;第31条第2项规定,募集有价证券,未先向认股人或应募人交付公开说明书者,对于善意之相对人因而所受之损害,应负赔偿责任;第32条第1项规定,公开说明书应记载之主要内容有虚伪或隐匿之情事者,对于善意之相对人因而所受之损害,应负赔偿责任,等等。^[33]

此等损害赔偿责任规定,性质上固然不排除可能是一种当事人间基于契约关系所生之“契约责任”。例如,该法第157条第3项有关董事或监察人不为公司行使同条第1项之请求权时,对公司应连带负损害赔偿责任之规定,即是明显事例。但在一般情形下,此等损害赔偿责任规定多属一种“侵权责任”。^[34] 盖当事人间不是没有契约关系存在,就是契约关系存在与

[33] 其他规定,参见“证券交易法”第43条之2第2项、第43条之3第2项、第43条之4第3项、第155条第3项、第157条第3项、第157条之1第2、3项。

[34] 实务上多采“侵权责任”说,参见台北地方法院1985年诉字第15521号判决;台北地方法院2000年“国贸”字第34号判决;新竹地方法院2001年重诉字第162号判决;台中地方法院2001年重诉字第706号判决;台中地方法院2002年诉字第243号判决;台中地方法院2002年重诉字第334号判决;高等法院台中分院2003年上易字第471号判决;高等法院2003年抗字第728号裁定。

否,不影响损害赔偿责任的成立及效力。^[35]

无论如何,此等损害赔偿规定所称“损害”,实际上以“侵害利益”的情形居多,“侵害权利”的情形,较为少见。

28. “营业秘密法”

“营业秘密法”第12条第1项规定:“因故意或过失不法侵害他人之营业秘密者,负损害赔偿责任。数人共同不法侵害者,连带负赔偿责任。”本条所称“营业秘密”,依同法第2条规定,系指“方法、技术、制程、配方、程序、设计或其他可用于生产、销售或经营之信息,而符合左列要件者:一、非一般涉及该类信息之人所知者。二、因其秘密性而具有实际或潜在之经济价值者。三、所有人已采取合理之保密措施者。”

[35] 相关学说讨论,以该法第20条及第32条规定之损害赔偿为主,但不以此为限。采“侵权责任说”者,参见赖英照:《证券交易法逐条释义》(第4册),1996年8月版,第6页、第106—108页、第233页、第504页;刘连煜:《新证券交易法实例研习》,2006年2月增订4版,第287、298页;赖英照:《股市游戏规则——最新证券交易法解析》,2006年2月初版,第509、513、555页;吴光明:《证券交易法论》,2006年7月第8版,第264、266页;林仁光:《论公开发行公司不实揭露财务报告及财务业务文件之民事责任——以“证券交易法”第二十条第二项之违反为讨论核心》,载台北律师公会会馆:《民法研究会报告论文》,2006年12月9日,第10页。采所谓“法定责任说”或“独立责任说”者,参见曾宛如:《论证券交易法第二十条之民事责任——以主观要件与信赖为核心》,载《台大法学论丛》2004年9月第33卷第5期,第59—61页;王志诚:《公开说明书不实记载之民事责任》,载《政大法学评论》2004年12月第82期,第141—142页;庄永丞:《“证券交易法”第二十条证券诈欺损害估算方法之省思》,载《台大法学论丛》2005年3月第34卷第2期,第150—152页。另参见陈春山:《证券交易法论》,2004年9月第7版,第368页(就“证券交易法”第20条规定之损害赔偿,认为解释为“独立责任”或“侵权责任”,均无不可);王志诚:《发行市场证券诈欺规范之解释适用》,载《律师杂志》2004年6月第297期,第20、21、23、28页;王志诚:《财务报告不实之民事责任》,载《月旦财经法杂志》2005年6月第1期,第123、126页(就“证券交易法”第20条及第32条规定之损害赔偿,认为是一种“独立之特殊侵权责任”);赖英照:《股市游戏规则——最新证券交易法解析》,第542页(就“证券交易法”第32条规定之损害赔偿,认为是一种“法定责任”,依当事人间有无契约关系,决定其为契约责任或侵权责任)。

关于营业秘密的法律性质,多所争议。有认为其属于一种“权利”^[36],亦有认为其属于一种“利益”。^[37]此一争论,是否具有实益,不无疑问。^[38]鉴于营业秘密的内容及范围相当概括广泛,依其情形,固然不排除可能是一种“权利”,但通常多属于一种受法律保护的“利益”。从而本条所称“侵害他人之营业秘密”,原则上是一种“利益侵害”。

29. “计算机处理个人资料保护法”

“计算机处理个人资料保护法”第27条第1项规定:“公务机关违反本法规定,致当事人权益受损害者,应负损害赔偿赔偿责任。但损害因天灾、事变或其他不可抗力所致者,不在此限。”同法第28条第1项规定:“非公务机关违反本法规定,致当事人权益受损害者,应负损害赔偿赔偿责任。但能证明其无故意或过失者,不在此限。”

上述规定的文义使用侵害“权益”等文字,而非侵害“权利”或侵害“利

[36] 参见黄三荣、林发立、郭雨岚、张韶文合著:《营业秘密——企业权益之保护》,2002年3月初版,第15—19页、第30页;冯震宇:《了解营业秘密法——营业秘密法的理论与实务》,1997年7月版,第50—52页、第152页;谢铭洋:《知识产权之概念与法律体系》,载《台大法学论丛》1995年第24卷第1期,第411页以下;徐玉玲:《营业秘密的保护》,1993年11月版,第5—9页、第42—49页;张静:《营业秘密究为权利或利益?》,载蔡明诚、陈家骏、张静、许智诚、张凯娜合著:《营业秘密六十讲》,1992年3月版,第40页;蔡明诚:《民法侵权行为法则中是否可能创设“企业权”(或称营业权)的概念?》,载《营业秘密六十讲》,第41页以下;蔡明诚:《公平交易法对营业秘密之保护》,载《政大法学评论》1991年12月第44期,第274页以下;李潮雄:《营业秘密与专门技术之保护》,载《法令月刊》1991年10月第42卷第10期,第42页;“司法院”第一厅编:《民事法律专题研究》(四),1987年6月版,第96—97页。

[37] 参见赖文智、颜亚伦合著:《营业秘密法二十讲》,2004年4月初版,第27、29、33、39页,第115—121页;谢铭洋、古清华、丁中原、张凯娜合著:《营业秘密法解读》,1996年11月版,第30—32页、第157—159页;文衍正:《营业秘密之侵害及其应负之法律责任》,中正大学法律学研究所硕士论文,1994年11月,第30页;谢铭洋:《营业秘密侵害之类型观察与责任分析》,载《信息法务透析》1992年8月,第44页;许智诚:《营业秘密之法律地位及保护概况》,载《经社法制论丛》1988年1月创刊号,第206页以下;蒋次宁:《营业秘密之侵害与民事救济》,台湾大学法律学研究所硕士论文,1977年6月,第46页。另“行政院”公平交易委员会:《营业秘密之保护》,1995年度合作研究计划六,1995年1月版,第120—123页(张懿云执笔),认为对于营业秘密此种特殊的法律上利益,应有赋予等同于权利保护的必要。

[38] 参见后述段码102。