

王泽鉴民商法学研究著作系列

第三册

民法学说
与
判例研究

【修订版】

王泽鉴

著

中国政法大学出版社

王泽鉴民商法学研究著作系列

第三册

民法学说
与
判例研究

【修订版】

王泽鉴

著

中国政法大学出版社

D913

51=2

:3

2005

著作权合同登记 图字:01-96-663号

图书在版编目(CIP)数据

民法学说与判例研究 第三册/王泽鉴著. —北京:中国政法大学出版社,
1997.11

(王泽鉴民商法学研究著作系列)

ISBN 7-5620-1614-3

I.民… II.王 III.民法-理论研究-文集 IV.D913.01-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 23604 号

书 名 民法学说与判例研究·第三册

出 版 人 李传敢

经 销 全国各地新华书店

出版发行 中国政法大学出版社

承 印 固安华明印刷厂

开 本 880×1230 1/32

印 张 10.25

字 数 275 千字

印 数 0 001-4 000

版 本 2005 年 1 月修订版 2005 年 1 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-5620-1614-3/D·1573

定 价 25.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)

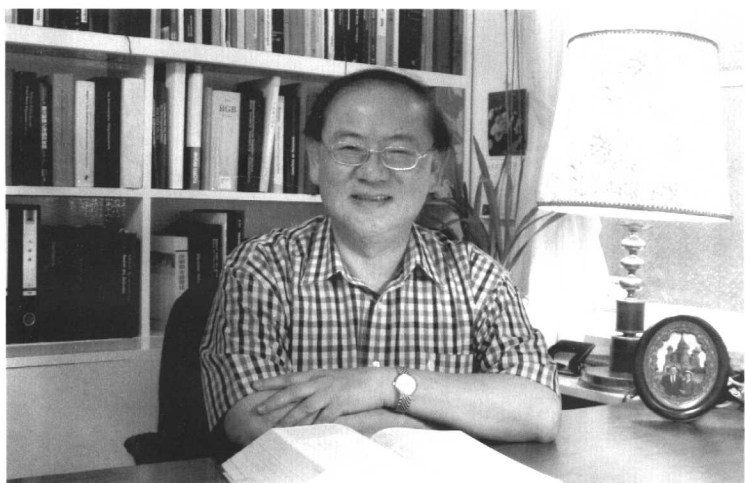
电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所



作者简介

王泽鉴 台湾著名民法学家，1938年出生于台北，毕业于台湾大学法律系，获德国慕尼黑大学法学博士。曾担任德国柏林自由大学访问教授，并在英国剑桥大学、伦敦大学政经学院、澳洲墨尔本大学从事研究工作。现任台湾大学法律系教授。

序 言

拙著民法学说与判例研究等书于一九九七年由中国政法大学出版社发行简体字版，承蒙读者爱护及指教，谨致诚挚谢意。兹再全面校正，调整学体，改版重印，期能更臻完善，俾便使用收藏，敬请惠赐教正，无任感荷。

台湾民法系于一九二九年制定于中国大陆，以德国民法为蓝本，兼采瑞士及日本立法例，自一九四六年适用于台湾，迄今已超过半个世纪，为社会经济发展提供了一个具有效率、稳定的私法秩序。拙著诸书旨在分析讨论民法典社会变迁，理论与实务的互动协力关系。其所致力者，系运用法学方法，就具体个案，从事较深刻的研究，阐释民法的解释适用，综合学说与判例，尝试以较严谨的论证及说理，建构民法的基本概念，理论体系及指导原则。期望此次更新再版，能够使本书继续参与中国民法学的进步和发展。

王泽鉴

二〇〇四年十月四日

目 录

“司法院”例变字第一号之检讨	(1)
消费者的基本权利与消费者的保护	(14)
受诈欺或胁迫而为意思表示之效力在实例之分析	(30)
自始主观给付不能	(39)
不完全给付之基本理论	(57)
使用他人物品之不当得利	(84)
物之瑕疵与不当得利	(102)
以同居为条件之赠与及不法原因给付	(113)
未成年人及法定代理人之侵权责任	(123)
未成年子女之财产、父母及第三人	(140)
产品责任现况之检讨及其发展趋势	(162)
产品责任特别立法之比较研究	(185)
侵害占有之侵权责任与损害赔偿	(208)
不法侵害他人之物之损害赔偿方法	(220)
劳灾补偿与侵权行为损害赔偿	(237)
连带侵权责任与内部求偿关系	(265)
雇用人之资力与慰抚金之量定	(273)
让与请求权	(279)
共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合	(297)
不动产抵押权之善意取得	(306)
不动产抵押权与从物	(311)

“司法院”例变字第一号之检讨

一、序 说

一九七七年六月一日，“司法院”召开判例变更会议，议决变更一九六六年台上字第一七九八号判决（判例），其全文为：“民事上之共同侵权行为（狭义的共同侵权行为，即共同加害行为，下同），与刑事上之共同正犯，其构成要件并不完全相同，共同侵权行为人间不以有意思联络为必要，数人因过失不法侵害他人之权利，苟各行为人之过失行为均为其所生损害之共同原因，即所谓行为关连共同，亦足成立共同侵权行为。一九六六年台上字第一七九八号判例应予变更。至一九一六年上字第一〇〇一二号及一九三一年上字第一九六〇号判例，则指各行为人既无意思联络，而其行为亦无关连共同者而言，自当别论。”

此一判例变更，颇受各界重视，理由有二：其一，此为于一九二七年以来第一次召开之判例变更会议，事属空前，具有历史意义。其二，例变字第一号所变更者，系第一八五条第一项前段所规定“共同侵权行为”之基本构成要件，与汽车事故、公害、产品责任（Products Liability）等侵权行为具有密切关系，实务上至为重要。

关于此次判例变更会议之经过，游开亨先生著有专文，记其始

末,甚具价值。^[1]关于例变字第一号本身,似未见有人加以评论。为此,笔者不揣浅陋,特撰本文,试加分析检讨,用供参考。

二、主观说与客观说之争论

第一八五条规定:“数人共同不法侵害他人之权利者,连带负损害赔偿责任。不能知其中孰为加害人者,亦同。造意人及帮助人视为共同行为人。”依学者通说,本条所规定者,计有三个类型:①共同加害行为(狭义的共同侵权行为,第一八五条第一项前段)。②共同危险行为(准共同侵权行为,第一八五条第一项后段)。③造意及帮助(视为共同侵权行为,第一八五条第二项)。在此三个类型中,以共同加害行为(以下简称共同侵权行为)最有争论。其问题争点,在于“共同”之意义。易言之,数人不法侵害他人者,在何种情形下,始构成“共同侵权行为”,各行为人应就所生之损害,连带负损害赔偿责任?

关于共同侵权行为之成立,计有二种理论:一为意思共同说(主观说);另一为行为共同说(客观说)。主张意思共同说之学者认为,共同侵权行为之成立,不但加害人间须有共同之行为,且须有意思之联络(共同之意思)。^[2]所谓意思联络,有认为应限于“故意”之情形,亦有认为“有认识之过失”亦应成立共同侵权行为。例如甲乙二人共抬重物登高,预见有坠落伤人之忧,但彼此询问,均有不致有坠落之自信,结果抬行不久,坠落伤人者,仍应构成共同侵权行为。^[3]主观说者认为,法律所以令数人就因数行为

[1] 游开亨:“‘司法院’第一次变更判例会议纪要及观感”,《法学丛刊》第八十六期(一九七七年六月),第四页。

[2] 采主观说的学者有,戴修瓚:《民法债编总论》,第二〇七页;梅仲协:《民法要义》,第一四七页;郑玉波:《民法债编总论》,第一六六页。

[3] 参阅郑玉波:前揭书,第一六七页;此问题系德国法学界长期以来之争论问题,参阅 Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, S. 993f.

所生的损害，各负全部责任者，当系由于有意思联络之故，盖数人既同心协力，损害必较单一行为为重，故应使其负较重的责任。某人因其行为与他人的行为偶然竞合，即令其就所生损害负全部赔偿责任，衡诸情理，实属苛严。

主张客观说之学者认为，数人之行为侵害他人之权益造成同一损害者，即应构成共同侵权行为，各加害人有无意思联络在所不同。^{〔1〕} 客观说之内容，可从二方面加以观察：

（1）积极言之，“数人之行为均须为同一损害之原因（相当因果关系）”。其情形有：①数行为个别均足为损害之原因，例如，甲乙意图谋杀丙，分别下毒于丙之茶杯，其药量均足致丙死亡。②个别行为聚合而成为损害之原因，例如上举之例，甲乙所下毒量，分别言之，均不足致人于死，但二者聚合，即可产生死亡之结果。

（2）消极言之，数人纵有意思联络，但其中某一行为不足为损害之原因时，仍不构成共同侵权行为。例如甲、乙二人有意思联络共同开枪杀丙，甲中，乙未中，则乙仍不负共同加害行为之责任。至于其应负教唆或帮助之责任乃属另一问题。^{〔2〕} 客观说之理论依据有二：①第一八五条只云数人共同侵害他人之权利者，负连带赔偿责任，并未明定数人间须有意思之联络。②就实际言，共同侵害他人之权利者，如无意思联络，即非共同侵权行为，则被害人将有难于求偿之危险，于理于情，均有未妥，与民事责任注意损害赔偿之原则，亦有违背。^{〔3〕}

综据上述，关于共同侵权行为之成立，计有客观说及主观说，至其异同，可分四种情形说明之：

（1）数人无意思联络，侵害他人权益，造成不同损害者，例

〔1〕 采客观说的学者有，洪文澜：《民法债编通则释义》，第一三七页；胡长清：《民法债编总论》，第一五四页；史尚宽：《债法总论》，第一六六页；王伯琦：《民法债编总论》，第七十九页。

〔2〕 王伯琦：前揭书，第八十页。

〔3〕 胡长清：前揭书，第一五五页。

如甲乙无意思联络，侵入丙宅，甲窃取财物，乙杀伤丙，无论依客观说或主观说，均不构成共同侵权行为，甲乙应各就其侵害行为，依第一八四条规定负损害赔偿责任。

(2) 数人无意思联络，侵害他人权益，造成同一损害者，例如甲、乙驾车不慎撞伤丙。于此情形，依客观说，甲、乙之行为应构成共同侵权行为；反之，依主观说，甲、乙之行为应不构成共同侵权行为，应各就其加害部分负赔偿责任。至若甲、乙行为所肇致之加害部分不能分别者，其责任将如何决定，系主观说理论下，最具疑义之问题。

(3) 数人有意思联络，共同造成同一损害者，例如甲与乙共谋，烧毁丙宅，甲泼汽油、乙点火而烧毁之，则无论依主观说或客观说，均构成共同侵权行为。

(4) 数人有意思联络，因行为分担，造成多种损害时，例如甲乙共谋抢劫丙丁，甲抢劫丙，乙抢劫丁。于此情形，依主观说，甲乙应负共同侵权责任，依客观说，则尚不构成共同侵权行为，甲乙应分别就其加害行为，负赔偿责任。^{〔1〕}

三、“最高法院”之基本见解

一、“最高法院”系采主观说

关于第一八五条第一项前段之共同侵权行为，有三则重要判例：

(1) 一九一六年上字第一〇一二号判决（判例）：“各加害人无意思之联络，应各就所加损害为赔偿。”

(2) 一九三一年上字第一九六〇号判决（判例）：“他人所有

〔1〕 郑玉波：前掲书，第一六七页。

物，而为数人各别所侵害，若各加害人并无意思上之联络，只能由加害人各就其加害之部分，分别负赔偿责任。”

(3) 一九六六年台上字第一七九八号判决(判例)：“本件车祸系计程车与卡车司机驾驶不慎肇事，依‘司法院’第二三八三号解释，无共同过失之侵权行为，法院仅得就各该司机应负过失责任程度之范围内，令其与雇用人连带赔偿。”该解释之全文为：“二人以上因共同过失之发生犯罪者，应各科以过失罪之刑。不适用‘刑法’第二十八条条文。其判决主文亦毋庸为共同过失之宣示。”

通说向来均一致认为，一九一六年上字第一〇一二号判例及一九三一年上字第一九六〇号判例，系采意思共同说(主观说)。^[1]一九六六年台上字第一七九八号判例，系主观说之产物，亦无疑义。

二、学者之不同意见

关于共同侵权行为之成立，通说认为一九一六年上字第一〇一二号判例及一九三一年上字第一九六〇号判例，系采主观说已如上述。最近，钱国成先生采取不同的解释，认为：“其实上述判例所示，系指各行为人各别所为之加害行为，造成各别之损害，无共同关联之情形而言，此际各行为人如无意思联络自不能认为共同加害。至如数人为加害行为，造成一共同之损害，无法分别各别之损害部分时，则客观上其行为已有关连共同，纵令行为人无意思联络，当依通说认为构成共同加害行为。”^[1]

[1] 胡长清：前掲书，第一五五页；戴修瓚：前掲书，第二〇七页；史尚宽：前掲书，第一六八页(注1)。第一八五条规定系源自民律草案第九五〇条。依民律草案立法理由书之说明：“数人共同为侵害行为，致加损害于他人时，(即意思及结果均共同)各有赔偿其损害全部之责任。至造意人及帮助人，应视为共同加害人，始足以保护被害人之利益。其因数人之侵权行为，生共同之损害时(即结果共同)亦然，此本条所由设也。”似亦系采主观说。

[1] 钱国成：“共同犯罪与共同侵权行为”，《军法专刊》第二十卷第一期(一九七四年一月)，第四页。

钱国成先生对上述判例之解释，似难赞同。就此二则判例之文义及学说理论背景而言，当时的法院系采主观说，应无疑义。各行为人为人各别行为之加害行为造成各别损害，而各行为人无意思联络者，无论依主观说及客观说均不能构成共同侵权行为，事属当然，向无疑义。上述二则判例非指此种情形而言，似可断言。关于共同侵权行为之成立，原有主观说及客观说之争论。上述二则判例旨在对此争议问题采取立场，并表示采取主观说，而非对当然自明之事理，特著判例也。

三、例变字第一号系对主观说之变更

例变字第一号谓“……至一九一六年上字第一〇一二号及一九三一年上字第一九六〇号判例，则指各行为人既无意思联络，而其行为亦无关联共同者而言，自当别论。”其见解显然系采取钱国成先生之见解，否认上述二则判例系采主观说。如前所述，上述二则判例系采主观说，原为学说上一致见解，因此从法学方法论诚实性（Methodenehrlichkeit）之观点言，^{〔1〕}吾人似应认为例变字第一号系技巧地以隐藏性之解释方法，变更当时的法院主观说之基本见解。

四、判例之变更及其理由

一、一九六六年台上字第一七九八号判例之功能

关于共同侵权行为之成立，当时的法院系采主观说，前已详述，即数人无意思联络而加损害于他人，造成同一损害者，不构成共同侵权行为，从而各加害人应就其加害部分负赔偿责任。在此理

〔1〕 参阅 Brecher, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, Festschrift für A. Nikisch, 1958, S. 227.

论，其所生最具疑义之问题，系各行为人之加害部分不能确定时，其责任应如何决定。依吾人之见解，一九六六年台上字第一七九八号判例似在解决此一问题，^{〔1〕}并采取以“过失轻重分配责任”之见解，即各加害人应依其过失责任之范围内负其责任。例如，计程车司机（甲）与卡车司机（乙）驾车不慎肇事，撞伤丙，丙支出医药费一万元。经认定各为一半时，则甲乙应分别负担五千元。易言之，被害人丙仅能向甲、乙分别请求五千元，而不能向甲乙同时或分别请求一万元。

二、对一九六六年台上字第一七九八号判例之批评

关于该判例，钱国成先生作有二点批评：①该判例引“司法院”所为刑事上无过失共同正犯之解释，作为民事上无过失共同侵权行为之直接论据，不合逻辑。②各行为人应负过失责任之范围如何，实务上亦难于决定。车祸事件，今日各地方虽有汽车肇事责任鉴定委员会鉴定肇事司机过失责任之比例，可供参考，但其鉴定之比例是否正确，已不无疑问。而汽车肇事以外之过失侵权行为，其行为人之过失责任之比例如何，更无从捉摸，实务上必然陷于困境，是上述判例中所创之见解，实尚有商榷之必要。^{〔2〕}

关于共同侵权行为之成立，钱国成先生系采客观说，认为各加害人虽无主观上之意思联络，而其各行为客观上有关连共同者，即构成共同加害行为。故不特主观说所认之共同加害行为，因其行为人相互间具有意思之联络，当然应认其行为有关连共同。在客观说自亦认其为共同加害行为；即加害人相互间欠缺意思联络，在主观说不认其为共同加害行为者，如其行为间有关连共同之关系，在客

〔1〕 一九三一年上字第一九六〇号判例与一九六六年台上字第一七九八号判例之关系如何，不无疑问。本文以为在解释上应认为前者系采主观说之基本原则，即数人无意思联络致他人受损害（同一）者，应仅就其加害部分负责；后者系在解决加害部分不能分别时之责任问题，认为各行为人应依过失轻重，定其责任。如此解释，可使二者得获协调，不致发生冲突之现象。

〔2〕 钱国成：前揭文，第四页。

观说亦认其为共同加害行为。^{〔1〕} 基此见解，钱国成先生认为关于共同加害行为，可分作如下之结论：^{〔2〕}

（1）数人之加害行为有意思联络者，为共同加害行为，各行为人为人应就各加害行为所造成之总结果（损害总和）负连带赔偿之责。

（2）数人之加害行为，虽无意思联络，但其行为有关连共同者（即各行为造成一共同之损害，无法分别何行为造成何部分之损害），亦属共同加害行为（故有共同过失加害行为）。

（3）数人之加害行为，无意思联络，而其行为亦无关连共同者（即各别行为造成各别之损害），不成立共同加害行为，各行为人为人应就其行为所造成之各别损害，分别负赔偿之责。

（4）数人之加害行为，其中有不发生损害之结果者，不问其与他行为人有无意思联络，该一行为不构成共同加害行为（因该行为未发生损害，其本身不成立侵权行为，至如或因其有意思联络而成立帮助行为，则属另一问题。）。

综据上述，可知钱国成先生之基本观点系认为数人虽无意思联络，但其行为有关连共同造成同一损害者，各人若无法分别造成损害时，亦属共同加害行为，行为人应负连带赔偿责任。至于加害部分可分者，是否各人仅就其加害部分负责，钱国成先生见解如何，不甚清楚，惟就其文义推论之，似倾向于肯定说。

三、例变字第一号之理由构成

例变字第一号含有二点基本内容：①以解释之方法否认一九一六年上字第一〇一二号及一九三一年上字第一九六〇号判例所采之主观说。②变更一九六六年台上字第一七九八号判例。至于变更之理由，“司法院”谓：“民事上之共同侵权行为与刑事上之共同正

〔1〕 钱国成：“共同侵权行为与特殊侵权行为”，《国父法律思想论集》，第四五七页以下。

〔2〕 钱国成：“共同犯罪与共同侵权行为”，《军法专刊》第二十卷第一期，第四页。

犯，其构成要件并不完全相同……。”此项理由构成(Begründung)，颇嫌简略，惟查其文义，基本上似采钱国成先生之见解，前已详述，兹不重赘。

五、目的、方法及疑义

一、主观说之存在价值

例变字第一号所以舍弃当时所采之主观说，其基本目的系认为数人无意思联络造成同一损害，其加害部分不明者，不应依行为人之过失程度决定其责任（一九六六年台上字第一七九八号判例），而应使各行为人负连带赔偿责任。此项观点，实值赞同。盖“以过失轻重分配责任”原则，不但与损害赔偿原则有违，而且未足保护被害人利益。然而，所应提出讨论的是，为达到变更一九六六年台上字第一七九八号判例之目的，是否必须以废弃主观说为手段？

关于共同侵权行为之成立，主观说亦有相当依据，因此德、英、美等国均采此见解。^{〔1〕}主观说理论下之基本问题，在于加害部分不能分别时，各行为人之责任应如何决定，前已说明。关于此点，德国民法第一草案第七一四条第二项对此种情形原设有明文，规定：“多数人之行为导致损害，虽无意思联络，若各人对损害所生之部分，无法确定者，负连带赔偿责任”。von Kübel 在其所提出

〔1〕 关于德国判例学说，参阅 Larenz, Schuldrecht II, 11. Aufl. 1977, S. 587f.；关于英国之判例，参阅 Winfield and Jolowicz on Tort, Tenth Edition (by W. V. H. Rogers), 1975, p. 545f.；关于美国法，参阅 Prosser, Law of Torts, Third Edition, 1964, p. 249f.；关于共同侵权行为之成立，日本判例学说系采客观说，然主观说之论点，亦甚受重视，参阅加藤一郎：《不法行为》，“法律学全集”22 - II，昭和52年增补版，第205页以下。关于德、法、日、英、美各国学说之介绍，参阅温汶科：《共同侵权行为之研究》，一九七三年版。

之民法草案，亦采同样观点，并有较详尽之说明，略谓：“数人无意图，纯因偶然共同作用，导致同一损害结果时，若各人之加害部分得予确定时，则各人应仅就其部分负责；至若各人加害部分无法确定时，则为保护被害人，有特别使行为人负连带责任之必要，苟非如此，数人行为致生损害，虽属无疑，但因未能证明各人加害之范围，而难求偿，殊失事理之平”。^{〔1〕}今日德国通说（主观说）亦采同样观点。“最高法院”在所采主观说之理论下，采同一解释，亦符合“现行法”之价值判断，盖依第一八五条第一项后段之规定，数人参与危险行为，不知孰为加害人者，既应负连带赔偿责任，则数人肇致损害并无疑问，仅其加害部分，无法确定而已，论其情况，尤较严重，自应适用该项法理，使负连带赔偿责任也。^{〔2〕}由是可知，在主观说理论下，加害部分不能区别时，各行为人之责任问题，得经由解释之方法，获得合理妥适之解决。因此，例变字第一号之目的，若仅系为“以过失轻重分配责任”原则之不当，则废弃一九六六年台上字第一七九八号判例，改采上述见解，即可达此目的；以辗转曲折解释之方法，变更原院所采主观说之基本见解，似无必要。

二、客观说之贯彻

在例变字第一号所采客观说理论下，有一项疑问，即数人之加害行为有关连共同，造成同一损害，其加害部分可以分别时，各行为人之责任如何决定。关于此点，钱国成先生曾谓：“至如数人为加害行为，造成一共同之损害，无法分别各别之损害部分时，则客观上其行为已有关连共同，纵令行为人无意思联络，当依通说认为构成共同加害行为。”据此而观之，钱国成先生似倾向于认为各别之损害部分可以确定时，各行为人应就其加害部分负赔偿责任。例

〔1〕 参阅拙著：《民法学说与判例研究》第一册。

〔2〕 参阅郑玉波：前掲书，第一六七页；温汶科：前掲书，第一七二页；拙著：《民法学说与判例研究》第一册。

变字第一号是否采此见解不得而知，法院（尤其“最高法院”）对例变字第一号将如何解释适用，尚难预料。惟钱国成先生一方面采客观说，一方面似又倾向于认为损害部分可分时，各行为人仅就其加害部分负责，则其理论是否一贯，似有疑问。依本文见解，在客观说理论下，只要有行为关连共同，即构成共同侵权行为，损害部分是否可以分别，在所不问。

三、主观说与客观说之结合？

关于共同侵权行为之成立，主观说及客观说在适用上有以下二点基本差异：

（1）数人无意思联络，因数行为共同造成同一损害时，依客观说，应构成共同侵权行为。依主观说原则上不构成共同侵权行为，各人应就其加害部分负责，但各别加害不可分者，各行为人仍应负连带损害赔偿责任。就理论言，客观说对被害人较为有利，惟同一损害之部分可分别者，甚为少见；就结果言，客观说及主观说在适用上并无重大差异。

（2）数人有意思联络，因行为分担而造成数不同损害时，依主观说，应构成共同侵权行为；依客观说，则不构成共同侵权行为。就理论言，主观说对被害人较为有利，惟被害人关于各行为人之意思联络，应负举证责任。

基上所述，关于共同侵权行为，无论采主观说或客观说，对被害人利益之保护利弊兼具。为确实保护被害人，其最佳之途径，系对第一八五条第一项前段所称之“共同”采取广义解释，认为兼指意思共同或行为共同。换言之，即数行为人具有意思联络者，就行为分担所生不同之损害，固构成共同侵权行为；其虽无意思联络，但数人之行为，客观上造成同一损害结果者亦同。例变字第一号不采此见解，似无疑问。